

فقه و اصول



تحکیم و تکمیل دیدگاه امام خمینی (ره) در نقد حجیت ذاتی قطع / دکتر محمد رسول آهنگران
بررسی فقهی حقوقی خیار شرط در ایقاع / دکتر فخرالدین اصغری قمشهدی - بهزاد منصوری
زکات باطنی از دیدگاه فقهی / دکتر جواد ایروانی - دکتر عباسعلی سلطانی -

دکتر محمدحسین حسینزاده بحرینی

وکالت غیرمستقیم / دکتر علی رضا باریکلو

بررسی و نقد نظریه‌های تعریف ملک در حقوق اسلامی / سعیده باقری - دکتر حیدر باقری اصل
تأملی فقهی در ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی پیشنهادی /
دکتر محمد محسنی دهکلانی - دکتر محمد حسن حائری - دکتر محمدتقی قبولی درافشان
چیستی و کارکردهای «مذاق شریعت» / دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوئی - دکتر حسین ناصری مقدم

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۸۶/۱ - بهار و تابستان ۱۳۹۰ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: علی بابائی آریا

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 شماره ۳/۱۱/۱۷۵۸ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۲، 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 نظریات 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: ریحانه 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/Fiqh>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

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 مصوّب 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 می‌توان 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 مقاله‌ها، کتابها و گزارشها و سایر مراجع به شرح زیر است:

۱۰ - ۱ - مقاله‌ها: 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.

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.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجة الاسلام مجتبی الهی خراسانی (حوزه علمیه مشهد)
۲. دکتر احمد باقری (دانشیار دانشگاه تهران)
۳. دکتر محمدحسن حایری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۴. محمدعلی خورسندیان (استادیار دانشگاه شیراز)
۵. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۶. دکتر عباس زراعت (استاد دانشگاه کاشان)
۷. دکتر عباسعلی سلطانی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر محمدتقی فخلعی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر جلیل قنواتی (استادیار دانشگاه تهران، پردیس قم)
۱۰. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
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. حجة الاسلام حسن نقی زاده (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

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	تحکیم و تکمیل دیدگاه امام خمینی (ره) در نقد حجیت ذاتی قطع دکتر محمدرسول آهنگران
۳۳	بررسی فقهی حقوقی خیار شرط در ایقاع دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی - بهزاد منصوری
۵۱	زکات باطنی از دیدگاه فقهی دکتر جواد ایروانی - دکتر عباسعلی سلطانی - دکتر محمدحسین حسین زاده بحرینی
۷۳	وکالت غیرمستقیم دکتر علی رضا باریکلو
۹۹	بررسی و نقد نظریه‌های تعریف ملک در حقوق اسلامی سعیده باقری - دکتر حیدر باقری اصل
۱۳۵	تأملی فقهی در ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی پیشنهادی
۱۵۷	دکتر محمد محسنی دهکلانی - دکتر محمد حسن حائری - دکتر محمدتقی قبولی درافشان چیستی و کارکردهای «مذاق شریعت» دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی - دکتر حسین ناصری مقدم
۲۰۳	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶/۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۳۲-۹

تحکیم و تکمیل دیدگاه امام خمینی (ره) در نقد حجیت ذاتی قطع*

دکتر محمد رسول آهنگران
استادیار دانشگاه تهران، پردیس قم

چکیده

یکی از مباحثی که در میان صاحب نظران علم اصول فقه، مسلم انگاشته شده و چندان مورد مناقشه قرار نگرفته، مبحث حجیت ذاتی قطع است. یکی از معدود کسانی که با کمال دقت و توجه، این نظریه را به نقد کشیده‌اند مرحوم امام خمینی (ره) است که این تحقیق در پی تحکیم و تکمیل نقد ایشان است. در این راستا، نخست باید مراد از واژه‌ی «ذاتی» روشن و سپس معلوم گردد که «حجیت» به چه معنا است تا با مشخص شدن معنای قطع و تفاوت آن با علم، آشکار شود که انکار حجیت قطع به معنای منجزیت توسط ایشان، کاری پسندیده است. وانگهی، روشن شود که حجیت به معنای معذرت نیز ذاتی قطع نیست؛ چرا که از امور جعلی و اعتباری است و به این ترتیب، عدم ذاتی بودن حجیت قطع، ثابت می‌شود. ضمن آن که اعتبار معذرت از سوی عقلا، در حقیقت برای جهل صورت می‌گیرد و قطع در فرض اتحاد مصداقی با آن، این ویژگی را دارا خواهد بود و خود خصوصیتی برای معذرت ندارد.

کلیدواژه‌ها: حجت، حجیت، ذاتی، قطع، قطع طریقی، معذرت، منجزیت.

* تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۹/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۰۳/۲۳.

مقدمه

در علم اصول فقه معمولاً مکلف از نظر حالت ادراکی که نسبت به حکم شرعی دارد، به سه قسم تقسیم می‌گردد: مکلف قاطع، مکلف ظان و مکلف شاک. مکلف اگر نسبت به حکم شرعی شک داشته باشد، شارع مقدس برای او اصول عملی را حجت قرار داده و در صورت دوم، سخن از حجیت بعضی از ظنون مانند خبر واحد است که آن هم به جعل شارع صورت گرفته است، ولی در مورد صورت اول که مکلف نسبت به حکم شرعی قطع دارد، این طور اظهار نظر می‌گردد که حجیت قطع از سوی شارع مقدس، ذاتی است نه جعلی و اعتباری. در این جا ابتدا باید دید منظور از حجیت و ذاتی چیست و سپس باید به فرق قطع و علم پرداخت و خلطی که در این مورد صورت گرفته است را توضیح داد و سپس به تحقیق این مسأله پرداخت که آیا حجیت قطع ذاتی است؟

اصطلاح حجت یا حجیت

این واژه از نظر لغوی عبارت از برهان و دلیل است (فیومی، ۱/ ۱۴۹۱؛ یسوعی، ۲۵۰/۱). البته در برخی منابع لغوی، حجّت چیزی دانسته شده است که به وسیله‌ی آن خصم دفع می‌گردد (زیبیدی، ۵/ ۶۶۴)، ولی در بیشتر کتاب‌های لغوی، معنای مطرح شده عبارت از برهان و دلیل است.

برای این واژه در اصطلاح، معانی متعددی ذکر شده که اهمّ آن به این قرار است:
 ۱. معلوماتی که به وسیله‌ی آن مجهولات تصدیقی کشف می‌شود (کاتبی قزوینی، ۲۵). این معنا، یکی از دو معنای اصطلاحی این واژه در علم منطق است. از نظر منطق‌دانان یکی از معانی اصطلاحی حجّت عبارت است از قضایایی که ما را به مطلوب می‌رساند (مظفر، منطق، ۲۰۸).

۲. معنای اصطلاحی دوم این واژه در علم منطق حد وسط است؛ یعنی به حد وسط، حجیت اطلاق می‌شود (همان، ۲۱۶). برخی صاحب نظران اصولی، حجیت در علم اصول را به همین معنا دانسته و اظهار نموده‌اند که منظور از آن در علم اصول عبارت است از حد وسط که به وسیله‌ی آن اکبر برای اصغر ثابت شده و واسطه‌ی قطع به ثبوت آن می‌گردد. از این توضیح مشخص می‌شود که بنا بر کلام فوق، حجیت عبارت است از حد وسط و اگر بر اماره و یا طریقی اطلاق می‌گردد، معنا و مفهوم آن از این نقطه نظر، همین است و چون در نظر ایشان حجیت عبارت است از حد وسط، حجیت به معنای اصطلاحی فوق بر قطع قابل تطبیق نیست؛ بلکه اگر به قطع حجیت اطلاق می‌شود، در واقع حجیت به معنای لغوی است، نه اصطلاحی (انصاری، ۲۳/۱).

۳. آن چه متعلق خود را ثابت می‌نماید و به حد قطع نمی‌رسد (مظفر، اصول فقه، ۱۲/۲). بر طبق این تعریف، زمانی به دلیل شرعی، حجیت اطلاق می‌گردد که به سر حد قطع نرسد.

۴. به معنای اماره و طریق است که به خاطر جعل شرعی و فرض اعتبار آن از ناحیه‌ی شارع مقدس، متعلقات خود را اثبات می‌کند (کاظمی، ۷۱/۳).

در تعریف اخیر، نقطه‌ی مشترکی با تعریف قبلی وجود دارد که عبارت است از عدم صدق این معنای حجیت بر مفهوم قطع و از زاویه‌ی دید هر دو تعریف، مراد از حجیتی که بر قطع حمل می‌شود باید معنای لغوی حجیت باشد، نه معنای اصطلاحی.

۵. حجیت عبارت از حکمی عقلایی است که احتیاج به آن صحیح است (سبحانی، ۸۴/۲) و این معنا با معنای لغوی این واژه تناسب دارد و طبق این اظهار نظر، گویی حجیت در علم اصول معنای اصطلاحی ندارد و منظور علمای علم اصول از آن، معنای لغوی است.

۶ - حجت به معنای منجز و معذر است (هاشمی، ۳۷/۴؛ بهسودی حسینی، ۱۵/۲). بنابراین نقل قول‌ها، مرحوم خوئی و شهید صدر تصریح می‌نمایند که حجیت به معنای منجزیت و معذرت است.

مقصود از منجزیت این است که حکم شرعی پس از مرحله‌ی انشا در قالب قطع به مکلف ابلاغ و قطع وسیله‌ی ابلاغ آن می‌شود و معذرت به این معنا است که حکم شرعی اگر به مکلف ابلاغ نگردد و قطع به وجود آن ناشی از یک اشتباه باشد، آن‌گاه قطع موجب می‌شود که مکلف در مخالفت با آن حکم شرعی ابلاغ نشده، معذور باشد. لازم به ذکر است که معنای فوق از واژه‌ی منجزیت، بنابر دیدگاه مرحوم محقق اصفهانی است که منجزیت را مرحله‌ی بعد از فعلیت بر شمرده و آن را عبارت از رسیدن حکم به مرحله‌ی دانسته که استحقاق عقاب بر مخالفت آن مترتب است و معلوم است که حکم شرعی وقتی بنابر تعبیر ایشان در مرحله‌ی فعلیت، تبدیل به حکم حقیقی شد و به جلد باعثیت و زاجریت پیدا کرد، تنها شرطی که لازم است تا در صورت مخالفت استحقاق عقاب پیدا کند، عبارت است از علم و آگاهی (اصفهانی، ۷ و ۱۶).

آن چه از بیان معانی مختلف حجت مورد نظر است، این است که طبق تصریح صاحب‌نظران، کدام معنا از میان معانی اصطلاحی حجت، قابل اطلاق بر قطع است؛ نه این که به دنبال صحت و سقم تعاریف مزبور باشیم و با توضیحات بیشتری که از نظر خواهد گذشت این مطلب بیشتر روشن خواهد شد و معلوم خواهد شد که وقتی گفته می‌شود حجیت برای قطع ذاتی است، مراد و مقصود چیست.

معنای حجیت قطع

در دو تعریف از تعاریفی که در بالا از نظر گذشت، تصریح گردید که حجت فقط به معنای لغوی بر قطع قابل اطلاق است و نه به معنای اصطلاحی و معنای اصطلاحی حجیت، تنها بر امارات و طرق صادق است.

اما تعریفی که در کلام شیخ اعظم (ره) از نظر گذشت مبنی بر آن که مراد از قطع در علم اصول، معنای اصطلاحی آن در علم منطق (حد وسط) است، بر این دلالت دارد که حجت به این معنا بر قطع اطلاق نمی‌شود، بلکه تنها بر اماراتی که از نظر شارع مقدس اعتبار دارد، گفته می‌شود. برای مثال، می‌توان گفت: این چیز مظنون الخمر است و از هر مظنون الخمری باید اجتناب نمود. در این جا ظن حد وسط قرار گرفته و از نظر مرحوم شیخ اعظم صحیح است، ولی قطع، حد وسط قرار نمی‌گیرد و نمی‌توان گفت این مقطوع الخمر است و از هر مقطوع الخمری باید اجتناب کرد؛ چرا که حرام بودن روی ذات خمر رفته و ذات موضوع، محکوم به این حکم است و قطع طریقی تنها جنبه‌ی ارائه‌دهندگی و کاشفیت دارد و در موضوعات احکام دخالتی ندارد. البته اگر خمر به علاوه‌ی «قید متعلق قطع و یقین بودن»، موضوع حکم شرعی را تشکیل می‌داد، آن‌گاه اطلاق حجیت به معنای حد وسط بر قطع صحیح می‌بود (انصاری، ص ۲۳)؛ لذا، از نقطه نظر تعریفی که مورد انتخاب شیخ اعظم است نیز قطع، موصوف به حجیت به معنای اصطلاحی نیست و اگر بر قطع، حجت اطلاق می‌شود، مراد حجیت به معنای لغوی است، مگر این که از سر مسامحه بخواهیم حجیت به این معنای اصطلاحی را بر قطع حمل کنیم (تبریزی، ۴).

برخی از محققین در این جا تلاش کردند تا ثابت کنند که اطلاق حجیت به همان معنایی که مورد نظر مرحوم شیخ اعظم است بر قطع، صحیح بوده و مسامحه‌ای هم در کار نیست؛ چرا که قطع در تنجیز حکم شرعی واسطه قرار می‌گیرد و از این رو در

جایی که بخواهیم حکم شرعی را ثابت کنیم، می‌تواند به عنوان حد وسط مطرح باشد. برای مثال، در دو مقدمه‌ی:

(أ) این مایع به صورت قطعی شراب است.

(ب) هر آن چه به طور قطعی شراب باشد، اجتناب از آن واجب است.

قطع، نقش حد وسط را ایفا کرده و اشکالی هم ندارد؛ چون قطع در مقدمه‌ی دوم موجب می‌گردد تا حکم شرعی در حق مکلف تنجز یابد یا به دیگر سخن، موجب تحقق ابلاغ و وصول آن به مکلف می‌شود (اصفهانی، ۵/۲).

اشکال وارد بر این نظریه، آن است که اگر منظور ما از مقدماتی که بخواهیم به وسیله‌ی آن، از قطع به عنوان حد وسط، برای رسیدن به حکم شرعی استفاده کنیم، در مرتبه‌ی تنجز باشد یا همان رسیدن به مرحله‌ای باشد که موضوع حکم عقل به استحقاق ثواب یا عقاب را تشکیل می‌دهد، حد وسط قرار گرفتن قطع صحیح است، ولی آن چه که از نظر مرحوم شیخ اعظم مورد انکار است این است که قطع نمی‌تواند برای احراز حکم در مرحله‌ی جعل و انشاء، حد وسط قرار گیرد؛ چرا که بنا بر فرض، قطع طریقی، در مرحله‌ی جعل دخالت ندارد و شارع، حکم را روی عنوان عمل به علاوه‌ی این که آن عمل متعلق قطع است، نبرده، بلکه حکم را روی ذات عمل برده و قطع را در موضوع حکم خود دخالت نداده است و لذا، در این مرحله برای اثبات حکم شرعی، قطع، حد وسط قرار نگرفته و اظهار نظر مرحوم شیخ صحیح است، اما چون مبنای شیخ اعظم در باب مؤدای ادله‌ی اعتبار امارات، عبارت از حکم مماثل است و این که شارع مقدس در وقت قیام اماره، حکمی مماثل با آن چه که مؤدای اماره است را جعل می‌کند، ظن در مرحله‌ی جعل دخالت داشته و حکم شرعی روی ذات عنوان عمل نمی‌رود، بلکه روی آن، به علاوه‌ی این که آن عنوان، متعلق ظن مکلف می‌باشد، می‌رود و به این ترتیب روشن شد که بنا بر معنای مورد نظر شیخ اعظم، اطلاق حجت بر قطع

صحیح نیست و فقط از باب مسامحه صحیح است، ولی اطلاق آن بر ظن صحیح می‌باشد.

حاصل این که حجتی که بر قطع اطلاق می‌گردد و برای آن ذاتی به حساب می‌آید یا به معنای لغوی است که برخی صاحب نظران به طور کلی حجت مورد نظر در علم اصول را همین معنا می‌دانند و وجود یک معنای اصطلاحی را برای این واژه منکرند (خراسانی، ۲۷) و یا حجت به معنای معذرت و منجزیت است و عمده‌ی اثبات مردود بودن دیدگاه حجیت ذاتی قطع به این معنا است؛ چرا که اولاً، مورد تصریح عمده‌ی صاحب نظران این است که این معنا، مراد از واژه‌ی حجت را در علم اصول تشکیل می‌دهد (هاشمی، ۳۷/۴) و ثانیاً، حجت به معنای لغوی، یک وصف انتزاعی است و باید مشخص کرد که چه چیزی باعث می‌شود امری قابل احتجاج باشد و یا به دیگر سخن قابلیت احتجاج، لازمه‌ی منجزیت و معذرت است و لذا، باید به مذاقه در این مطلب پرداخت که آیا قطع، ذاتاً دارای حجیت به معنای منجزیت و معذرت است؟

مراد از ذاتی

در کتاب‌های اصولی و در مبحث قطع، مراد از این واژه کمتر مطرح شده است، ولی به نظر می‌رسد در مورد آن دو دیدگاه مطرح باشد: مراد از ذاتی در این جا، یا ذاتی باب برهان است و یا ذاتی باب کلیات خمس (سبحانی، ۸۴/۲؛ خمینی، ۳۸/۳). ذاتی باب کلیات خمس عبارت است از آن چه که مقوم ذات و ماهیت یک شیء، یعنی همان جنس و فصل شیء است و قطعاً حجت به معنای اعم از منجز و معذرت، جنس و یا فصل قطع نیست؛ بلکه مقوم ماهیت قطع، چیزی غیر از حجت بودن آن است و از این رو، آن چه می‌تواند مراد از ذاتی را در باب قطع تشکیل دهد، ذاتی باب برهان است. بنابراین، ابتدا باید مراد از ذاتی در باب برهان مشخص شود. در مورد مراد از ذاتی در باب برهان میان صاحب نظران اختلاف نظر وجود دارد. برخی از ایشان ذاتی باب برهان را این طور تعریف کرده‌اند که اعم است از ذاتی باب

کلیات خمس و ذاتی باب حمل و عروض که به کوتاه‌ترین عبارت این طور تعریف شده است: ذاتی، محمولی است که در حد و تعریف موضوع اخذ می‌شود، یا موضوع یا یکی از مقومات موضوع در تعریف و حد آن اخذ می‌شود (مظفر، منطق، ۳۴۱) و از کلام بوعلی نیز استفاده می‌شود که مراد از ذاتی در این باب همین است؛ چرا که اظهار می‌دارد ذاتی دارای معانی متعدد است و از میان معانی متعدد، دو معنا به وضع و حمل اختصاص دارد و در کتاب برهان همین دو معنا مد نظر است و آن گاه در توضیح آن اظهار می‌دارد: یکی آن است که جنس و یا جنس جنس یک شیء باشد، یا فصل و یا فصل جنس آن و هر چه که مقوم ذات یک شیء باشد و دوم آن که چیزی عارض چیز دیگر باشد و در تعریف عارض و یا معروض آن، اخذ شود (ابن سینا، ۱۴۲، ۱۴۴).

همچنین خواجه نصیرالدین طوسی، ذاتی در باب برهان را چنین تعریف می‌کند:

«ذاتی در این موضوع عام‌تر است از آن چه در ایساغوجی (باب کلیات خمس) گفته‌ایم؛ چه، ذاتی آن جا اجزاء حد باشد که مقومات، محدود بود و آن جنس و فصل بود و جنس و فصل هر یکی از جنس و این جا اعراض ذاتی را هم ذاتی خوانند و آن محمول بود که لحوقش موضوع را به حسب ذات موضوع بود نه به سبب امری عام‌تر یا خاص‌تر از او» (طوسی، ۳۸۰).

و نیز در تعریفی از سوی علامه طباطبایی ذاتی در باب برهان به این ترتیب بیان

شده است:

«محمولی که موضوع آن یا موضوع موضوع محمول در تعریف آن اخذ شده یا

محمول در تعریف موضوع اخذ شده است» (طباطبائی، ۲۹).

در مقابل این تعاریف که تقریباً نزدیک به یکدیگر است، برخی صاحب نظران،

ذاتی باب برهان را عبارت دانسته‌اند از آن چه که از ذات یک شیء انتزاع می‌شود و

ذات آن برای انتزاع وصف مورد نظر، کافی است، یا به عبارت دیگر، منشأ انتزاع، ذات

شیء بدون نیاز به ضمیمه شدن چیز دیگری به آن است؛ مثل ممکن بودن یا امکان

برای ماهیت؛ چرا که امکان برای ماهیت، ذاتی محسوب می‌شود (سبزواری، ۱۷۹/۱). ولی مرحوم مظفر این معنا از ذاتی را، ذاتی باب حمل دانسته و ذاتی باب برهان را چنان که در بالا ملاحظه گردید، از آن جدا کرده است (مظفر، منطقی، ۳۴۰).

به نظر می‌رسد که می‌توان این دو معنا را به یک معنا برگرداند؛ چرا که اگر منشأ انتزاع برای انتزاع وصفی کافی باشد و نیاز به ضمیمه نباشد، موضوع حتماً در تعریف محمول اخذ شده است. مثلاً در «البیاض ابیض»، ابیض برای بیاض ذاتی است؛ به این معنا که از ذات بیاض بدون ضمیمه شدن چیزی به آن، ابیض، انتزاع می‌شود و نیز اگر بخواهیم ابیض را تعریف کنیم، بیاض را که مبدأ مشتق است در تعریف آن می‌آوریم و لذا، این دو معنا از ذاتی به یک معنا قابل برگشت است و اما در «ماهیت ممکن است» در صورتی موضوع در تعریف و حد محمول اخذ شده که در باب مشتق قائل شویم که مشتق عبارت است از ذاتی که دارای مبدأ است، نه این که تعریف مشتق واجد مبدأ باشد. در بحث مشتق در علم اصول این اختلاف مطرح است و ما اگر قائل شویم که در تعریف مشتق، ذات که در این جا ماهیت است، اخذ شده، آن گاه «ماهیت ممکن است» نیز، هم ذاتی به معنای مورد نظر در کلام سبزواری است و هم ذاتی در کلام بوعلی و دیگران.

با روشن شدن معنای ذاتی در باب برهان، باید گفت که مراد مشهور از ذاتی بودن حجیت قطع، ذاتی باب برهان است و منظور از آن، این است که حجیت، از ذات قطع بدون ضمیمه شدن چیزی به آن، انتزاع می‌شود.

این در صورتی است که ذاتی باب برهان را به آن معنایی بدانیم که در کلام مرحوم سبزواری گذشت و اگر نتوانستیم میان دو تعریفی که از ذاتی در باب برهان، صورت گرفته آشتی و اتفاق ایجاد کنیم، آن گاه مسأله در مورد ذاتی بودن حجیت قطع به آن معنایی که دیگران مانند بوعلی در تعریف ذاتی باب برهان بیان داشتند، مشکل می‌شود؛ چون در نظر آن‌ها ذاتی باب برهان اعم از ذاتی باب کلیات خمس است؛ چرا

که ذاتی باب برهان در تعریف آن‌ها عبارت بود از این که یا موضوع در تعریف محمول اخذ شود و یا محمول در تعریف موضوع و در این جا که می‌گوییم: «قطع حجیت است»، باید یا قطع در تعریف حجیت اخذ شده باشد و یا بالعکس که اگر حجیت جنس و یا فصل قطع باشد، آن گاه حجیت ذاتی، به معنای ذاتی باب کلیات خمس برای قطع خواهد بود و پر واضح است که حجیت به معنای منجزیت و معذرت، نه در تعریف قطع قرار دارد و نه قطع در تعریف و حد حجیت اخذ شده است.

بنابراین، تنها در صورتی ذاتی بودن برای قطع دارای معنای قابل طرحی خواهد بود که اولاً مراد از ذاتی، ذاتی باب برهان باشد و ثانیاً ذاتی باب برهان را عبارت از آن چه که در کلام مرحوم سبزواری آمده است بدانیم و ملاحظه شد که برگرداندن تعریف ذاتی از نقطه نظر ایشان به تعریف دیگران و اثبات یکی بودن همه‌ی تعاریفی که در باب معنای ذاتی باب برهان وجود دارد، اگر چه ممکن است، کاری بس دشوار است و نیاز به دست برداشتن از ظواهر تعاریف صاحب نظران دارد.

تفاوت مفهوم قطع با علم

قطع حالت ادراکی خاص در انسان است که به صورت جزمی می‌باشد و از نظر نگارنده، این حالت ادراکی، نسبت به داشتن مطابق خارجی به سه نحو قابل تصور است:

صورت اول این که نسبت به وجود مطابق در خارج لاشرط است؛ یعنی در حقیقت آن، به هیچ وجه وجود مطابق خارجی و یا عدم آن دخالتی ندارد و این حالت ادراکی، در هر صورت در ذهن انسان وجود دارد و تطابق آن با خارج، تفاوتی در حقیقت آن ایجاد نمی‌کند.

صورت دوم آن که حالت ادراکی جزمی است که نسبت به وجود مطابق در خارج بشرط لا است؛ یعنی حقیقت آن منوط به عدم وجود مطابق در خارج است و اگر مطابق در خارج از ذهن وجود داشته باشد، این حقیقت دیگر منتفی خواهد بود.

صورت سوم، حالت ادراکی جزمی است که نسبت به وجود مطابق در خارج بشرط شیء باشد؛ یعنی حقیقت آن منوط به وجود مطابق در خارج است؛ به طوری که اگر ورای این ادراک جزمی، چیزی در خارج از ذهن وجود نداشته باشد، دیگر این قسم وجود نخواهد داشت و حقیقت خود را از دست خواهد داد.

نام صورت نخست قطع و نام صورت دوم جهل مرکب و نام صورت سوم علم است. آن چه در حقیقت قطع دخالت دارد عبارت از این است که حالت ادراکی به وجود آمده در ذهن، به صورت جزمی باشد و احتمال وجود نقیض در ذهن قاطع، منتفی باشد، ولی این که آیا این قطع درست است و با خارج از ذهن تطابق دارد یا خیر، در حقیقت آن، نقش ندارد، ولی جهل مرکب آن حالت ادراکی است که به صورت جزمی در ذهن قاطع وجود دارد و در صورتی نام آن جهل مرکب است که قطع به وجود آمده، ناشی از اشتباه باشد و با خارج از ذهن هیچ گونه مطابقتی نداشته باشد و اما علم آن حالت ادراکی است که اولاً به صورت جزمی در ذهن وجود دارد و ثانیاً این ادراک جزمی با خارج مطابق است.

از این توضیح مشخص گردید که قطع غیر از علم است؛ چرا که در حقیقت قطع، آن چه نقش اصلی را ایفا می‌کند این است که حالت ادراکی به وجود آمده، به صورت جزمی باشد و چون نسبت به وجود و یا عدم وجود مطابق خارجی بی تفاوت است، گاه توافق با واقعیت خارجی دارد و گاه تطابقی میان آن‌ها نیست و اگر این حالت ادراکی جزمی، به وجود مطابق خارجی مشروط بود، نامش علم است و لذا، آن چه که از مطابقت با خارج تخلف بردار نیست، علم است و اگر این تطابق وجود نداشته باشد، آن صورت ادراکی علم نخواهد بود، ولی در حقیقت قطع، چون این مطلب نقش ندارد، اگر هم قطع به وجود آمده با واقعیت تطابق نداشت و قاطع در اثر یک اشتباه به چیزی که واقعیت ندارد قطع پیدا کرده باشد، در این صورت، این عدم مطابقت قطع با واقعیت خارجی، باعث نمی‌شود که آن حالت ادراکی قطع نباشد، بلکه چنان که توضیح داده

شد، این مسأله نقشی در حقیقت آن ندارد و لذا، عدم وجود واقعیتهای وری قطع، ضرری به حقیقت قطع نمی‌زند و باعث نمی‌شود که نام آن حالت به وجود آمده قطع نباشد. قطع که در لغت به معنای بریدن است، از آن جهت به این حالت ادراکی اطلاق می‌گردد که قاطع نسبت به یک طرف قضیه‌ی مساوی‌الطرفین، جزم پیدا می‌کند و نسبت مقابل آن را بریده و از طرفیت خارج می‌کند و چون نسبت به یک قضیه که نسبت به دو طرف وجود و عدم دارای نسبت تساوی بوده و احتمال صدق و کذب آن به یک میزان وجود داشت، یک طرف ثابت شد و طرف دیگر نسبت خود را در ذهن از دست داد. در این صورت، در ذهن حالت ادراکی قطعی به وجود می‌آید. پس آن چه در حقیقت قطع دخالت دارد این است که حالت ادراکی به وجود آمده به صورت جزمی باشد، ولی این که آیا این ادراک جزمی با واقعیت خارجی تطابق دارد یا خیر، در حقیقت قطع دخالت ندارد.

اشکال امام خمینی (ره) در دلیل وجوب متابعت از قطع

در باب قطع اظهار می‌شود که وجوب متابعت از آن، واجب است. چنان که دیدگاه مرحوم شیخ اعظم این است که متابعت از قطع و عمل بر طبق آن، مادام که قطع در ذهن قاطع وجود دارد واجب است. امام (ره) در این باره می‌فرماید:

«این نظریه قابل مناقشه و اشکال است؛ چرا که مکلف اگر نسبت به یک حکم شرعی قطع پیدا کرد، حال قطع او چه از مقدمات برهانی ناشی شده باشد و چه از غیر مقدمات برهانی، در هر صورت، در مکلف دو چیز به وجود می‌آید: اول یک صفت نفسانی ثانی و دوم این که برای مکلف، واقع به صورت کامل انکشاف پیدا می‌کند» (سبحانی، ۸۴).

ایشان بعد از بیان این دو حالتی که برای مکلف به وجود می‌آید، این‌گونه اشکال را شروع می‌نماید که اگر مراد کسانی که می‌گویند متابعت از قطع واجب است، عمل بر قطع به این اعتبار است که موجب به وجود آمدن یک حالت نفسانی است، غیر معقول

خواهد بود و معنای صحیحی برای آن وجود ندارد و اگر وجوب اطاعت به خاطر انکشاف واقع و دسترسی مکلف به حکم واقعی مولا است، در این صورت، این حکم شارع است که وجوب اطاعت دارد و این وجوب اطاعت، از احکام قطع نیست تا اظهار گردد که متابعت قطع واجب است. اشکال دوم آن است که وجوب اطاعت، وجوب عقلی است، نه وجوب شرعی و اگر وجوب شرعی بود، در صورت عصیان از یک حکم شرعی، عقوبت و عذاب نامتناهی می‌شد (همان).

توضیح این که قطع دارای دو حیثیت است: از یک حیث، قطع به اعتبار حالتی که در ذهن قاطع به وجود می‌آید، مورد ملاحظه قرار می‌گیرد. از این جهت قطع یک حالت نفسانی و همان حالت ادراک جزمی است و قاطع، احتمال خلاف را نسبت به آن چه که به آن قطع دارد، منتفی می‌بیند. حیثیت دیگر این است که قطع نسبت به متعلق خود که همان انکشاف واقع است، حاصل می‌شود و قاطع از دریچه‌ی قطع خود، واقع را می‌بیند. با روشن شدن این دو جهت و حیثیتی که قطع دارا است، اشکال مرحوم امام این است که متابعت قطع از حیث اول، واجب نیست؛ چون معنا ندارد که حالت ادراک نفسانی، وجوب متابعت داشته باشد، بلکه این حکم شارع است که اطاعت آن از منظر عقل، واجب است، نه این که اطاعت از حالت جزمی‌ای که در نفس به وجود می‌آید، واجب باشد، اما قطع از حیث دوم که همان انکشاف واقع است، اطاعت آن واجب است، ولی این وجوب اطاعت از احکام قطع نیست، بلکه لازمه‌ی حکم شارع مقدس است و عقل، به واجب بودن اطاعت مولا حکم می‌کند. اشکال اول و دوم ایشان هم این است که اطاعت مولا، واجب عقلی است، نه این که وجوب شرعی داشته باشد؛ چرا که اگر واجب شرعی باشد، از آن جهت که نیاز به بی‌نهایت وجوب اطاعت شرعی است، قهراً اگر بی‌نهایت وجوب مخالفت شود، بی‌نهایت عقاب نیز وجود خواهد داشت.

در بحث بعد توضیح داده می‌شود که طریقت و کاشفیت برای قطع، ذاتی نیست و از این اشکال که بگذریم و بگوییم که قطع، عین کشف واقع است، در این صورت، قطع کاشف از حکم واقعی شارع، وجوب متابعت خواهد داشت و بر مکلف است که بر طبق قطع خود عمل کند و دیگر این اشکال امام وارد نیست که وجوب متابعت از احکام قطع نیست؛ چون قطع از این حیث که کاشف از واقع است، عین حکم واقعی خواهد بود. در بحث بعد به این مطلب مفصل پرداخته خواهد شد. بنابراین، تنها اشکالی که به نظریه‌ی مرحوم شیخ اعظم و مشهور وارد است این است که قطع، طریقت ذاتی ندارد و اگر از این اشکال چشم‌پوشی شود، مناقشه‌ی بالا وارد نیست و بهترین اشکال بر این نظریه، انکار کاشفیت ذاتی قطع است که ابتکار امام در مورد آن، از نظر خواهد گذشت.

مناقشه‌ی امام خمینی (ره) در منجزیت قطع

میان صاحب نظران علم اصول، مشهور این است که منجزیت برای قطع، ذاتی است و استدلال ایشان برای اثبات این ادعا آن است که طریقت قطع ذاتی است (انصاری، ۳)؛ یعنی چون کاشف و طریق برای واقع، ذاتی آن است، از این رو، حجیت به معنای منجزیت هم برای آن ذاتی خواهد بود. به دیگر سخن، منجزیت یعنی موجب وصول و ابلاغ و چون از یک طرف کاشف از واقع بودن یا ارائه دهندگی واقع، از قطع جدایی ناپذیر است و از طرف دیگر هم، حجیت به معنای منجزیت است، لذا حجیت، ذاتی قطع خواهد بود و از آن جدایی ناپذیر است و وقتی ثابت شد که حجیت، ذاتی قطع است، ثابت می‌گردد که حجیت دیگر نمی‌تواند به جعل و اعتبار شارع صورت گیرد؛ چرا که این امر زمانی می‌تواند مجعول شارع باشد که میان ذات و ذاتی امکان انفکاک وجود داشته باشد و وقتی انفکاک ممکن نبود، نتیجه این خواهد شد که امکان جعلی بودن حجیت منتفی است.

مرحوم امام (ره) این دیدگاه را مورد اشکال قرار می‌دهد و اظهار می‌دارد که اگر حجیت به معنای منجزیت^۱، ذاتی قطع باشد، امر ذاتی از ذات انفکاک ناپذیر است؛ یعنی نمی‌شود ذات تحقق پیدا کند و ذاتی آن محقق نشود و این در حالی است که قطع یک حالت ادراکی است که از واقعیت تخلف پذیر است و گاه قاطع به امری قطع دارد، در حالی که در قطع خود مرتکب اشتباه شده و به چیزی اعتقاد پیدا کرده است که واقعیتی ندارد و چون گاه قطع به وجود می‌آید، ولی ارائه دهنده و کاشف از واقع نیست، معلوم می‌شود که ارائه دهندگی یا منجزیت، ذاتی آن نیست؛ چون اگر ذاتی آن می‌بود، نمی‌بایست از آن تخلف پیدا می‌کرد (همان).

در این جا ایشان اشکالی را به این صورت مطرح می‌نماید که از نقطه نظر قاطع، ارائه دهندگی از قطع جدایی ناپذیر است و قاطع اعتقادش بر این است که قطع او واقعیت دارد و لذا، از نقطه نظر او، این انفکاک منتفی است و قطع همواره کاشف و ارائه دهنده‌ی واقع است و این ویژگی در نظر قاطع تخلف ناپذیر است.

در پاسخ مرحوم امام اظهار می‌دارند که معنا ندارد امر ذاتی، نسبی باشد؛ چرا که امور ذاتی، اموری واقعی هستند. امور واقعی، مستقل از لحاظ و تصور افراد، وجود دارند. برای مثال، وجود خورشید در آسمان به دید و نظر اشخاص بستگی ندارد، بلکه مستقل از دیدگاه و نظریات انسان‌ها وجود دارد. اما امور اعتباری، چون وجود آن‌ها فرضی و وابسته به لحاظ و تصور افراد است، بنا بر دیدگاه‌ها و نظرات مختلف،

۱. البته لازم به ذکر است که تعبیر مرحوم امام در این جا، مناقشه در این جهت است که طریقت یا کاشفیت، عین قطع است و کاشفیت و طریقت همان است که اصطلاح منجزیت، بنا بر آن چه که قبلاً در کلام محقق اصفهانی (ره) از نظر گذشت، آن را افاده می‌نماید؛ چون گفته شد که منجزیت یعنی آخرین مرتبه‌ای که حکم به آن می‌رسد و موجب می‌شود که در صورت مخالفت، استحقاق عقاب نسبت به عاصی تحقق یابد و حکم وقتی از تمام مراتب حکم که عبارت است از ملاک، انشا و فعلیت عبور کرد، تنها چیزی که موجب می‌شود تا در صورت مخالفت، استحقاق عقاب پیدا شود، علم و آگاهی مکلف از آن است که وقتی مکلف نسبت به آن آگاهی پیدا کرد و آن گاه نسبت به آن مخالفت ورزید، مستحق عقاب خواهد بود. بنابراین، منجزیت در اصطلاح مرحوم محقق اصفهانی و بسیاری از صاحب نظران بعد از او، به معنای کاشفیت است و لذا، منجزیت در این اصطلاح با کاشفیت مترادف خواهد بود.

اختلاف پیدا می‌کند. برای مثال، زوجیت برای عدد چهار، هیچ‌گاه قابل انفکاک نیست و این‌طور نیست که اختلاف نظر در این مسأله، دخالتی داشته باشد.

اشکالی که مرحوم امام بر نظریه‌ی مشهور در باب منجزیت قطع، وارد می‌نمایند، زمانی بهتر معلوم می‌شود که به تفاوت قطع با علم که در مبحث قبل از آن سخن به میان آمد، توجه گردد. در مبحث قبل ملاحظه شد که قطع، نسبت به وجود مطابق خارجی، لابشرط است و از این رو، گاهی با واقعیت تطابق دارد و گاه این تطابق منتفی است و لذا، معنا ندارد که در باب قطع گفته شود که منجزیت از ذاتیات آن است.

آن‌چه که حجیت به معنای منجزیت، ذاتی آن است علم است و علم که حقیقت آن ادراک جزمی به شرط تطابق با خارج بود، همواره مطابق با خارج است و لذا منجزیت، ذاتی آن است.

سرّ این که منجزیت ذاتی علم است در این نکته نهفته است که علم عین خارج و صورت مماثل با حقیقت خارجی است و تنها تفاوت میان صورت علمی با حقیقت خارجی در این است که وجود ذهنی، دیگر آثار خاصّ وجود خارجی را دارا نیست و الاماثلت میان آن دو از بقیه‌ی جهات کامل است و لذا، علم ما عین کشف از خارج است و کاشف بودن از آن انتزاع می‌شود و روی این جهت، وقتی نسبت به حکم شرعی علم داشته باشیم، علم ما منجز حکم شارع خواهد بود؛ یعنی موجب می‌گردد تا حکم شرعی به ما ابلاغ گردد و این موجب ابلاغ شدن به خاطر این است که کشف از واقعیت، حقیقت علم را تشکیل می‌دهد. بنابراین، حجیت علم ذاتی است و نهفته در ذات و حقیقت علم است، اما نسبت به قطع، این سخن بی‌اساس است و حجیت، به معنای منجزیت ذاتی قطع نیست.

مناقشه‌ی امام خمینی (ره) در معذریّت ذاتی قطع

بعد از ردّ دیدگاه مشهور در باب منجزیت ذاتی قطع، نوبت به این مبحث می‌رسد که آیا قابلیت احتجاج و معذّر بودن قطع، ذاتی آن است یا خیر؟ در پاسخ، نظر ایشان این است که ذاتی، چه مراد از آن، ذاتی باب کلیات خمس باشد و چه باب برهان، در صورتی بر امری اطلاق می‌گردد که آن امر، جنبه‌ی واقعی و وجود خارجی و حقیقی داشته باشد، ولی معذریّت و قابلیت احتجاج برای قطع، جزو امور حقیقی و خارجی نیست، بلکه جزو امور اعتباری است که از سوی عقلا، جعل و اعتبار می‌شود و لذا، صحیح نیست که این امر اعتباری که جنبه‌ی فرضی دارد را برای قطع ذاتی بدانیم، بلکه این عقلا هستند که این جهت را برای قطع جعل و اعتبار کرده و آن را معذّر می‌دانند (همان).

بنا بر آن چه از طرح دیدگاه امام گذشت، معلوم شد که حجیت به معنای کاشفیت یا همان منجزیت، ذاتی قطع نیست؛ چرا که قطع همیشه کاشف نیست و اگر حجیت، ذاتی قطع باشد، تخلف‌پذیری از آن ممتنع می‌بود و این در حالی است که فراوان ملاحظه می‌گردد که قطع با واقع تطابق ندارد و از این رو، در علم اصول، بحث از قبح تجرّی یا حسن انقیاد مطرح است و این دو مبحث، خود تأکیدی بر این مطلب است که قطع، خطا‌پذیر بوده و امکان عدم مطابقت آن مسلم است.

اما حجیت به معنای معذّر بودن هم، ذاتی قطع نیست؛ چرا که ذاتی، وصف چیزی است که جنبه‌ی واقعی داشته باشد و محمولی می‌تواند برای موضوعی ذاتی باشد که در حقیقت آن موضوع داخل باشد و اگر در حقیقت چیزی داخل بود، قهراً بهره‌ای از حقیقت و واقعیت برایش خواهد بود؛ حال آن که معذریّت، چیزی است که عقلا آن را فرض می‌کنند و یک امر اعتباری، دیگر حقیقی نیست تا بتوان از آن به ذاتی تعبیر کرد و به این ترتیب، معلوم می‌شود که حجیت، به هیچ معنا ذاتی قطع نیست.

البته اگر چه حجیت به معنای معذرت ذاتی قطع نیست، ولی برای قطع از دیدگاه مرحوم امام، حجیت به این معنا ثابت است، ولی چون ثبوت آن به حکم نظر عقلا است، دیگر نیازی به جعل و اعتبار شارع نیست و سرّ بی نیازی از جعل شرعی، این است که عقلا قطع را حجت می‌دانند و معذرت را برای آن اعتبار کرده‌اند و دیگر نیازی به جعل شرعی نخواهد بود (همان)؛ لذا، قطع از منظر ایشان حجت است اما این حجیت را از بنای عقلا گرفته و چیزی نیست که جنبه‌ی غیر اعتباری و واقعی داشته باشد؛ چون ذاتی به معنای آن چه در باب کلیات خمس مورد اصطلاح است، باید جزئی از حقیقت یک شیء را تشکیل دهد که یا فصل آن شیء باشد و یا جنس آن. اما ذاتی در باب برهان، اگر چه ممکن است جزء چیزی نباشد، بلکه امر خارجی باشد، ولی جنبه‌ی واقعی و حقیقی دارد و این در حالی است که وصف معذرت بودن، جنبه‌ی حقیقی ندارد و لذا، اگر چه حجیت برای قطع وجود دارد اما به بنای عقلا ثابت است و لذا امری اعتباری خواهد بود.

اشکال امام خمینی (ره) بر عدم امکان جعل تألیفی کاشفیت قطع

آخرین اشکالی که مرحوم امام در این باب مطرح می‌کند مربوط به این نظریه است که جعل تألیفی برای قطع غیر ممکن است. اشکال ایشان در این باب آن است که مراد از عدم امکان جعل یا جعل، تکوینی است یا تشریحی؟ اگر مراد از جعل، جعل تکوینی است، این نظریه صحیح نیست؛ چون بنا بر اصالت وجود، آثار وجود مانند خود وجود جعلی است و نیاز به جعل دارد و حکم به ممتنع بودن جعل آن، صحیح نیست. نه این که جعلی بودن آن ممتنع نیست، بلکه لازم و ضروری است و بدون جعل ممکن نیست. اما اگر مراد از جعل، جعل تشریحی باشد، چون بنا به فرض کسانی که طریقت و کاشفیت را برای قطع ذاتی می‌دانند، این امر از قطع انفکاک ناپذیر است و این ویژگی به صورت تکوینی برای قطع وجود دارد و وقتی این جنبه برای قطع به

اقتضای تکوین وجود داشت، دیگر نیازی به جعل شارع مقدس نیست و چون شارع مقدس مرتکب کار لغو و بی فایده نمی‌شود، از این جهت جعل تشریحی به خاطر محذور لغویت محال است.

اما حجیت به معنای معذور بودن، اصلاً قابل جعل تکوینی نیست؛ چون این امر از آثار و لوازم تکوینی قطع نیست؛ چرا که امری اعتباری است و امور اعتباری متقوم به فرض و اعتبار است و اموری که تنها تقوم به فرض دارد، قابل جعل تکوینی نخواهد بود (همان، ۸۵).

در این اشکال مرحوم امام، آن چه که به نظر قابل مناقشه می‌رسد این است که جعل تألیفی تکوینی برای قطع در صورتی که کاشفیت و طریقت را ذاتی قطع بدانیم، محال است؛ چون بنا بر اصالت وجود، اگر چه وجود و آثار آن نیاز به جعل دارد، ولی لوازم ذاتی یک شیء، به جعل بسیط وجود پیدا می‌کند، نه به جعل مرکب و تألیفی و آن چه در دیدگاه مطرح شده از سوی شیخ اعظم مورد نفی است این است که جعل تألیفی محال است، ولی جعل بسیط ممکن و بلکه بنا بر اصالت وجود، لازم است، اما جعل تألیفی امتناع دارد؛ چون امور ذاتی، از ذات انفکاک پذیر نیست تا ذات به یک جعل وجود پیدا کند و ذاتی به جعل دیگر و اگر این انفکاک امکان داشت، آن‌گاه می‌توانستیم تألیفی را برای امور ذاتی ممکن بدانیم و وقتی بنا به فرض، ذات از ذاتی انفکاک ناپذیر است، نتیجه این خواهد بود که امور ذاتی به همان جعلی که ذات تحقق یافت، تحقق پذیر خواهد بود، نه به جعلی جدا از جعل ذات؛ لذا، ذاتیات، مجعول به جعل بسیط است، نه جعل مرکب و تألیفی. بنابراین، در اشکال بر این دیدگاه، حق آن است که همان اشکال اصلی امام وارد است که کاشفیت و طریقت، ذاتی قطع نیست، ولی اگر آن را ذاتی دانستیم، دیگر نمی‌توان امتناع جعل تألیفی تکوینی را برای آن انکار نمود.

تکمیل دیدگاه امام خمینی (ره) در نقد بر حجیت قطع

از آن چه تا به حال توضیح داده شد، معلوم گردید که مرحوم امام، طریقت را برای قطع ذاتی نمی‌داند و لذا، حجیت به این معنا در مورد قطع از نظر ایشان منتفی است، ولی آن چه را که ایشان قبول نمودند، این است که حجیت به معنای معذّر بودن برای قطع ثابت است، ولی این ثبوت نه به خاطر ذاتی بودن آن است، بلکه به خاطر این است که عقلاً این جهت را برای قطع فرض نموده‌اند و لذا، قطع بنا بر فرض و اعتبار عقلاً، دارای حجیت به معنای معذّریت است و آن گاه، در ادامه‌ی اشکال خود بر مبنای مشهور اضافه نمودند که چون معذّر بودن قطع، امری اعتباری و فرضی است، ذاتی قلمداد کردن آن صحیح نیست؛ چون محمول زمانی برای یک موضوع جنبه‌ی ذاتی خواهد داشت که امری حقیقی باشد و حقیقتی از موضوع را تشکیل دهد و حال آن که حجیت به این معنا امری غیر واقعی و غیر حقیقی بوده و فقط جنبه‌ی اعتباری دارد. بنابراین، به طور خلاصه دیدگاه مرحوم امام این است که قطع، حجیت دارد، ولی حجیت، ذاتی آن نیست.

به نظر می‌رسد اشکال و نقد ایشان بر دیدگاه مشهور نیاز به تکمیل دارد و آن این است که وقتی ثابت شد که قطع منجز نیست و منجزیت و ذاتی بودن آن، خاص علم است و قطع این ویژگی را ندارد، نوبت به معذّریت آن می‌رسد و در این معنا، حق آن است که عقلاً اگر قاطع را معذور می‌دانند، نه به خاطر قطع است، بلکه اگر قطع با واقع تطابق نداشت، در واقع قاطع نسبت به حکم شرعی جاهل است و جهل را عقلاً عذر می‌دانند و یکی از مصادیق جهل این است که جاهل نسبت به مجهول قطع داشته باشد و لذا، عقلاً جهل را در صورتی که قصوری باشد و نه تقصیری، عذر و جاهل را معذور می‌دانند و این جاهل، دارای مصادیق متعدد است. گاه جاهل شاک است و گاه متوهم و گاهی به صورت ظان و گاهی هم در جهل خود به صورتی است که به یک امر اشتباه قطع دارد. لذا، قطع خصوصیتی ندارد، بلکه از دیدگاه عقلاً جهل عذر است و زمانی

مکلف عاصی را عقلاً مستحق عقاب می‌دانند که حکم شارع مقدس به او ابلاغ شده باشد؛ و الا در صورت جهل، او را معذور می‌شمارند و عقاب او را صحیح نمی‌دانند. بنابراین، قطع خصوصیتی ندارد که آن را معذر بدانیم و بگوییم «قطع حجت است». حجیت در واقع برای جهل است و معنای این جمله این خواهد بود که جهل عذر است و قطع در فرض اتحاد مصداقی با جهل، عذر خواهد بود و لذا، اعتبار معذر بودن در حقیقت، نه برای قطع است، بلکه در واقع امر، این کار عقلاً برای جهل قصوری صورت می‌گیرد.

در ضمن توضیحات بالا مشخص شد که حجیت به معنای قابلیت احتجاج را باید بر معذرت حمل کرد؛ چون قابلیت احتجاج، امری انتزاعی است و نیاز به منشأ انتزاع دارد و منشأ انتزاع، بیش از دو چیز نمی‌تواند باشد: منجزیت و یا معذرت و وقتی ثابت شد که منجزیت برای قطع ثابت نیست، طبعاً منظور از حجیت، باید معذرت باشد و روشن شد که معذرت اگر چه مجعول عقلاً است، ولی این جعل، برای عنوان جهل صورت می‌گیرد و موضوع حقیقی این اعتبار عقلاً قطع نیست.

نتیجه

در اغلب قریب به اتفاق کتاب‌هایی که در زمینه‌ی علم اصول نگاشته شده، چنین اظهار می‌شود که قطع حجت است و این حجیت برای آن ذاتی است. استدلال صاحب نظران برای اثبات ذاتی بودن حجیت آن این است که چون طریقت و کاشفیت آن ذاتی است، حجیت برای آن ذاتی خواهد بود.

مناقشه‌ی مرحوم امام در این قسمت، آن است که چون قطع، گاه تخلف بردار است و با واقع تطابق ندارد از این رو صحیح نیست که طریقت آن را ذاتی بدانیم و اما معذرت و قابلیت احتجاج برای قطع هم که چون از امور واقعی و حقیقی نیست و از جمله امور اعتباری و جعلی از سوی عقلاً است، صحیح نیست که این ویژگی را برای

قطع، ذاتی بدانیم؛ چون ذاتی بودن در مورد اموری است که جنبه‌ی عینی و واقعی داشته باشد.

این مقاله در بخش نخست سعی کرد تا مفردات این بحث، نظیر ذاتی، حجت و قطع را به خوبی تحلیل و بررسی نماید تا به بررسی دقیق‌تر این بحث کمک کند. در بخش دوم برای بیان کامل‌تر دیدگاه مرحوم امام، نقد و اشکال ایشان بر مسلک مشهور اصولیان، از معنای اصطلاحی حجت کمک گرفته شد و نقد ایشان بر اساس آن تنظیم گردید که نخست، نفی حجیت به معنای منجزیت در دیدگاه امام روشن گردید و سپس به اشکال ایشان در باب حجیت به معنای معذرت پرداخته و گفته شد که این امر معنا ندارد که ذاتی قطع باشد، بلکه از امور مجعول در نزد عقلا است و بدین ترتیب، مبنای مرحوم امام تحکیم گردید و به منظور تکمیل اشکال امام بر مسلک مشهور این نکته اضافه شد که معذرت در واقع از اموری است که عقلا برای جهل، اعتبار می‌نمایند و قطع در این جهت خصوصیتی ندارد.

منابع

- انصاری، مرتضی؛ *فرائد الاصول*، بیروت، انتشارات مؤسسه اعلمی، ۱۹۹۱ م.
- ابن سینا، حسین، *برهان شفا*، انتشارات فکر روز، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۳.
- اصفهانی، محمد حسین، *نهایة الدرایه فی شرح الکفایه*، انتشارات بوذرجمهری، تهران، ۱۳۶۷.
- بهسودی حسینی، محمد سرور، *مصباح الاصول* (تقریرات درس مرحوم آیه الله آقای خوئی) انتشارات داوری، قم، ۱۴۱۷ ق.

- تبریزی، موسی، *اوثق الوسائل*، انتشارات کتبی نجفی، قم، ۱۳۶۹.
- خراسانی، محمد کاظم، *درر الفوائد*، انتشارات سازمان تبلیغات اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۴۱۰. ق.
- _____، *کفایة الاصول*، انتشارات جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۰. ق.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، انتشارات سازمان تبلیغات اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۴۱۴. ق.
- فیومی، احمد، *المصباح المنیر*، ۱۹۲۹. م. بی جا.
- زیبیدی، محمد مرتضی، *تاج العروس*، ۱۹۶۹. م. انتشارات داراحیاء التراث العربی، بیروت.
- یسوعی، لوئیس معلوف، *المنجد*، ترجمه محمد بندر دیگی، انتشارات ایران، تهران، ۱۳۷۴.
- کاتبی قزوینی، عمر، *شرح شمسیه*، انتشارات زاهدی، بی جا، بی تا.
- مظفر، محمد رضا، *المنطق*، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۷.
- _____، *اصول فقه*، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸. م.
- کاظمی، محمد علی، *فوائد الاصول* (تقریرات درس مرحوم آیه الله میرزای نائینی) انتشارات جامعه مدرسین، قم، ۱۴۰۶. ق.
- سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول* (تقریرات درس مرحوم امام خمینی)، انتشارات مطهر، قم، بی تا.
- هاشمی، محمد، *بحوث فی علم الاصول* (تقریرات درس مرحوم آیه الله شهید صدر) انتشارات سازمان تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۰۵. ق.
- نصیرالدین طوسی، محمد، *اساس الاقتباس*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۷.

طباطبائی ، محمد حسین ، *رسائل شیعه* ، انتشارات حکمت ، قم ، ۱۳۶۲
سبزواری ، هادی ، *شرح المنظومه* ، انتشارات نشر ناب ، تهران ، چاپ اول ، ۱۳۶۹

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶/۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۳۳-۵۰

بررسی فقهی حقوقی خیار شرط در ایقاع*

دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی^۱

دانشیار دانشگاه مازندران

Email: fasgharia@yahoo.com

بهزاد منصوری

کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

در قانون مدنی، خیارات یکی از مباحث مربوط به عقود است. در ماده‌ی ۴۵۶ ق.م نیز «خیار» ویژه‌ی معامله دانسته شده است. در فقه و حقوق موضوعه، کمتر سخنی از امکان بر هم زدن ایقاع به استناد خیار فسخ به میان آمده است. از نظر منطقی نیز وجود بیشتر خیارها با طبیعت ایقاع سازگاری ندارد. مقاله‌ی حاضر به بررسی امکان یا عدم امکان درج خیار شرط در ایقاع با توجه به حقوق موضوعه و نظرات حقوق دانان و فقیهان پرداخته و با رد دلایل صحت شرط خیار در ایقاع، چنین شرطی را باطل دانسته است، هر چند ایقاع را باید صحیح دانست.

کلید واژه‌ها: خیار شرط، ایقاع، فسخ، باطل.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۱/۱۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۰۳/۱۵.

۱ . نویسنده مسئول.

طرح بحث

خیار شرط در ایقاع، عبارت از اختیاری است که در ضمن ایقاع به واقع کننده‌ی ایقاع داده می‌شود تا بتواند در مدت معینی آن را فسخ نماید. ایقاعی را که خیار شرط در آن قرار داده شده باشد، ایقاع خیاری می‌گویند. افراد، آزادانه می‌توانند هرگونه تعهدی که بر خلاف قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد را داشته باشند. خیار شرط در معاملات، امری عقلایی است که در جامعه به آن عمل می‌شود و منطبق حقوقی نیز آن را می‌پذیرد. بدین جهت، ماده‌ی ۳۹۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد». بنابراین، در قرار دادها شرط خیار، نتیجه‌ی تراضی دو طرف است که قانون‌گذار سرنوشت عقد را در اختیار آنان گذاشته است، ولی در ایقاع که با یک اراده واقع می‌شود، در امکان درج خیار شرط تردید وجود دارد؛ زیرا در ایقاع، یکی از دو سوی ارتباط می‌خواهد برای خود امتیاز فسخ را نگه دارد؛ لذا، برهم زدن ایقاع به منزله‌ی اسقاط یک طرفه‌ی حق دیگران است. اقدامی که به ولایت خاص نیاز دارد. در قانون مدنی، نمونه‌ای از شرط خیار در ایقاعات دیده نمی‌شود تا بتوان اذن قانون‌گذار را از آن استنباط کرد. به همین دلیل نظرات مختلفی از سوی حقوق‌دانان و فقها در خصوص امکان ایقاع خیاری بیان گردیده که بعضی از آنها وجود خیار شرط را در آن صحیح دانسته و برخی نیز آن را باطل می‌دانند. در صورت بطلان شرط خیار، این بحث مطرح شده است که آیا ایقاع نیز باطل می‌شود یا خیر؟ برخی مؤلفان، شرط و ایقاع، هر دو را باطل می‌دانند. در مقابل، برخی دیگر، بطلان شرط را موجب بطلان ایقاع نمی‌دانند. در مقاله‌ی حاضر پس از بیان نظریه‌ی صحت شرط خیار در ایقاع، به نقد و بررسی دلایل بطلان آن می‌پردازیم.

۱. نظریه‌ی صحت شرط خیار در ایقاع

بعضی از فقهای امامیه (طباطبایی یزدی، ۶۲/۲-۶۳؛ اصفهانی، ۴۸)، وجود خیار شرط را در ایقاع از نظر اصولی صحیح می‌دانند؛ زیرا ایقاع معاهده است و مقتضای عموم قاعده‌ی «المؤمنون عند شروطهم» صحت این گونه معاهده است. این گروه معتقدند نیاز شرط به قبول، با آوردن آن ضمن ایقاع منافات ندارد و ماهیت آن را دگرگون نمی‌سازد. مفهوم شرط بیش از این اقتضا ندارد که به سود یکی و زیان دیگری باشد و هیچ ضرورتی ندارد که ضمن ایجاب و قبول، واقع شود. محمد کاظم طباطبایی یزدی ضمن انکار ناسازگاری میان ایقاعات و شرط می‌نویسد:

«اگر شرط ضمن ایقاع، التزامی را بر عهده‌ی سازنده‌ی ایقاع بگذارد، این شرط بدون نیاز به قبول نافذ است؛ چرا که مشروط علیه، آن را بر عهده‌ی خود پذیرفته است. نهایت این است که مشروط له آن را نپذیرد و حقی را که به سود او ایجاد شده است، اسقاط کند. مانند شرط خیاری که به سود بیگانه می‌شود و بدون این که نیازی به قبول باشد به او حق فسخ می‌دهد. جز این که بیگانه می‌تواند حق خود را ساقط کند و از آن سود نبرد. همچنین است در موردی که شرط بر عهده‌ی کسی قرار گیرد که سازنده‌ی ایقاع بر او سلطه دارد و می‌تواند او را به کاری ملزم سازد، ولی هرگاه مفاد شرط، ایجاد تعهد بر کسی باشد که در سلطه‌ی سازنده‌ی ایقاع نیست (مثلاً طلب‌کار ضمن ابراء مدیون بر او شرط کند که جامه‌ای بدوزد) نفوذ شرط منوط به قبول مشروط علیه است بدون این که با طبیعت ابراء مخالف باشد. بنابراین، در ابراء همراه با شرط خیار، حق از آغاز ناپایدار و همراه با شرط به وجود می‌آید. نباید فسخ ابراء را تجاوز به حق دیگران شمرد. اصل حکومت و آزادی اراده در ابراء پذیرفته شده است» (طباطبایی یزدی، ۶۲/۲-۶۳).

ایرادی که بر این نظریه وارد است آن است که طرف‌داران نظریه‌ی مزبور، شرط ضمن ابراء را با شرط خیار به نفع ثالث در عقد، از یک سنخ شمرده و از آن نتیجه

گرفته‌اند که هرگاه شرط ضمن ابراء به سود بیگانه باشد و تعهدی بر دوش ابراء کننده نهد با یک اراده تحقق می‌یابد و نیازی به قبول طلب‌کار ندارد، ولی این قیاس، دقیق نیست؛ چراکه شرط خیار برای بیگانه پایه‌ی قراردادی دارد و از تراضی مایه می‌گیرد؛ در حالی که تعهد ضمن ابراء ناشی از یک اراده است؛ پس نمی‌توان گفت چون دو طرف عقد حق دارند به سود بیگانه شرط کنند، ابراء کننده نیز می‌تواند بر عهده‌ی خود ایجاد دین کند. اگر شخص بتواند ضمن ابراء، به سود دیگری تعهد کند، خارج از آن نیز چنین توانی را دارد و این خود عین مدعا و مرکز همه‌ی گفت‌وگوها است. از سوی دیگر، اگر شرط ضمن ابراء، با قبول بده‌کار واقع شود، نشانه‌ی این حقیقت است که پیوندی میان شرط و ابراء وجود ندارد و نیروی الزام‌آور شرط، ناشی از تراضی است. با وجود این، چون مفاد شرط و ابراء در کنار هم قرار گرفته است، وجود هر کدام در تفسیر دیگری مؤثر است و نباید ارتباط معنوی آن دو را انکار کرد. بدین ترتیب، حق فسخی که ضمن ابراء تعیین می‌گردد، از ابراء کسب لزوم نمی‌کند و شرایط وقوع آن تابع قواعد عمومی است (همان، ۱۸۷).

۲. نظریه‌ی بطلان شرط خیار در ابراء

اکثر فقیهان و حقوق‌دانان، دخول خیار شرط را در ابراء صحیح نمی‌دانند، ولی این گروه برای اثبات مدعای خود ادله‌ای را اقامه کرده‌اند که در ذیل مورد بحث قرار می‌گیرند:

۲-۱. اجماع

برخی فقیهان در خصوص طلاق و عتق و گروهی دیگر در خصوص ابراء، طلاق و عتق و برخی نیز در مطلق ایقاعات خیار شرط را جایز نمی‌دانند. از گروه اول می‌توان به قاضی ابن براج، شیخ طوسی و علامه حلی اشاره کرد. قاضی ابن براج می‌نویسد: «در هیچ یک از طلاق و عتق، خیار داخل نمی‌شود» (ابن براج، ۳۵۵/۱). شیخ طوسی

می‌نویسد: «عدم دخول خیار در طلاق و عتق، اجماعی است» (طوسی، ۸۱/۲). علامه حلی نیز می‌نویسد: «خیار شرط در هر عقدی به جز وقف و نکاح و همچنین به جز طلاق و عتق وجود دارد» (حلی، قواعد الاحکام، ۳۰۸/۵).

از گروه دوم می‌توان به ابن ادریس حلی، محقق حلی و شهید ثانی اشاره کرد. ابن ادریس حلی می‌نویسد: «در طلاق از آن جا که عقد نیست، خیار شرط داخل نمی‌شود. در عتق نیز بدون هیچ گونه اختلافی بین فقیهان امامیه، خیار داخل نمی‌شود» (ابن ادریس، ۲۴۶/۲). محقق حلی می‌نویسد: «خیار شرط در هر عقدی به جز نکاح و وقف وجود دارد و همچنین در ابراء، طلاق و عتق وجود ندارد» (محقق، شرایع الاحکام، ۱۷/۲).^۱ شهید ثانی بعد از نقل عبارت مزبور می‌نویسد که این امر محل اتفاق بوده و حجّت است.

از گروه سوم می‌توان به صاحب جواهر، صاحب مفتاح الکرامه و شیخ انصاری اشاره کرد. صاحب جواهر می‌نویسد: «مقتضای عبارت کسانی که خیار را در ابراء، طلاق و عتق جایز نمی‌دانند این است که حکم اختصاص به موارد مزبور ندارد و در جمیع ایقاعات جاری می‌شود» (نجفی، ۶۴). صاحب مفتاح الکرامه می‌نویسد: «در ایقاعات هیچ خیاری نیست؛ چون ایقاع، همان نفوذ به مجرد صیغه است که خیار در آن جاری نمی‌شود و مفهوم شرط، بین دو نفر است و خیار ایقاعی یک نفره می‌شود. پس منع، مخصوص ایقاعاتی چون طلاق، ابراء و عتق نیست» (عاملی، ۵۶۸/۴). شیخ انصاری نیز می‌نویسد: «اما در ایقاعات، ظاهر این است که قول مخالفی در عدم دخول خیار شرط در آن، وجود ندارد» (انصاری، ۲۳۳).

در ایراد بر این نظر گفته شده است (خویی، ۹۳/۲-۹۲): ادعای اجماع ابتدایی بر صحیح نبودن شرط خیار در مطلق ایقاعات، به دلایل زیر منطبق با واقع نیست:

۱. «و خیار الشرط یثبت فی کل عقد عدا النکاح و الوقف و کذا الابرء و الطلاق و العتق».

۱. برخی از بزرگان (شهیدین و صاحب ریاض) این مسأله را طرح نکرده‌اند و اطلاق کلامشان متضمن بحث بطلان شرط در ایقاع، نیست.
- ۲- تخصیص زدن عنوان موضوع توسط برخی فقیهان به طلاق و عتق و افزودن ابراء، دلیل بر بطلان شرط خیار در مطلق ایقاعات نیست. اگر ادعا شود منظور علما، مطلق ایقاع بوده و ذکر این سه عنوان، به صورت نمونه بوده است، در جواب باید گفت: اختلاف اصحاب در الحاق برخی از مصادیق ایقاع مانند خلع، کاشف از این امر است که حکم مزبور در مطلق ایقاعات عمومیت ندارد.
- ۳- برخی فقیهان که متذکر این بحث شده‌اند در وقوع اجماع تردید کرده‌اند. به عنوان مثال، صاحب کفایه می‌نویسد: «... سند این حرف اجماع است اگر ثابت شود» (محقق سبزواری، ۵۹). صاحب حدائق (بحرانی، ۳۰۹/۱۸) نیز با توجه به اطلاق نصوص و عدم وجود مخصص، عدم دخول خیار را خالی از اشکال نمی‌داند و صاحب جواهر (نجفی، ۶۵) بعد از بیان این امر که حکم عدم خیار در جمیع ایقاعات جاری می‌شود، اضافه می‌کند: «... شاید مسأله این چنین باشد» که استفاده از کلمه‌ی «شاید» نشانگر تردید در حکم است.
- ۴- تصریح برخی از فقها (غروی اصفهانی، ۴۸/۱) به جریان شرط خیار در ایقاع نیز، حجیت اجماع ادعایی را مورد خدشه قرار می‌دهد.

۲-۲. ماهیت شرط

برخی از علما (حسینی عاملی، ۴/۵۶۸) برای نفی دخول خیار شرط در ابراء، به ماهیت شرط استناد کرده‌اند. شرط، بین دو نفر منعقد می‌گردد؛ در صورتی که ایقاع قائم به یک فرد است. به عبارت دیگر، درج شرط به فرضی اختصاص دارد که دو شخص در باره‌ی مفاد آن تراضی کنند. پس در ایقاع که با یک اراده واقع می‌شود، سخن گفتن از شرط، بی مورد است. برخی دیگر از فقها (خوانساری، ۵۶/۲؛ نجفی، ۹۴/۲۳) در تأیید این استدلال می‌گویند: آن چه قید اراده شود، در حکم شرط ابتدایی است.

بنابراین، استدلال اصلی این گروه در مورد عدم ثبوت خیار شرط این است که شرط ماهیتاً مستلزم وجود دو طرف؛ یعنی مشروط له و مشروط علیه می‌باشد؛ در حالی که ابراء، یک ایقاع و متکی به اراده‌ی یک طرف است. بدین جهت، شرط خیار، با حقیقت ابراء سازگار نیست.

در ایراد به این استدلال می‌توان گفت (انصاری، ۲۳۳) که آن چه از اخبار شرط فهمیده می‌شود این است که شرط، قائم به دو شخص است که یکی را مشروط له و دیگری را مشروط علیه می‌نامند و این معنی در مورد ایقاع قابل تصور است؛ یعنی اگر تحقق شرط متوقف بر ایجاب و قبول می‌بود استدلال یاد شده استوار می‌بود و ایقاعات خارج می‌شدند، لیکن چنین نیست؛ چنان که در آزادسازی بنده توسط مولایش، مولا می‌تواند با عید شرط کند که تو را آزاد می‌نمایم، مشروط به این که مدت یک سال برای من کار کنی و برای اثبات جواز چنین اشتراطی به عموم روایت «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرده‌اند. این گروه معتقدند که اگر شرط در ضمن ایقاع قابل تصور نبود، پس چگونه است که چنین اشتراطی از سوی بزرگان تجویز گردیده است.

حاصل کلام این که شرط را می‌توان در مورد ایقاع تصور نمود، نهایت امر این است که لزوم اشتراط متوقف بر قبول است و این مطلب در موردی که مولا با عید شرط کند که تو را آزاد می‌سازم به شرط این که فلان مبلغ را بپرداز، وضوح بیشتری دارد.

۳-۲- عدم صدق شرط بر خیار شرط در ایقاع

برخی از فقها (انصاری، ۲۳۳) معتقدند با توجه به تعریف شرط در قاموس اللغه، مفهوم شرط بر شروط ضمن ایقاع صادق نیست و به عقود انصراف دارد؛ چه آن که در قاموس، در تعریف شرط گفته شده است: «الشرط الزام الشيء و التزامه فی البیع و نحوه»؛ یعنی شرط الزام و التزامی است که در بیع و نظایر آن واقع می‌شود و با توجه به این نکته که نظایر بیع تنها اموری خواهد بود که محتاج به قبول باشند، روشن

می‌گردد که تنها عقود مجرای شرط می‌شوند و ایقاعات به علت عدم احتیاج به قبول چنین نیستند. به عبارت دیگر، بنا بر تعریف مذکور، در ایقاع اصلاً شرط وجود نمی‌یابد. برخی دیگر (خمینی، ۲۵۴/۴-۲۵۲) در توضیح این مطلب گفته‌اند: «هر شرطی حتی خیار، در ایقاعات درست نیست؛ چون از لغوی‌ها بر می‌آید که شرط، الزام در بیع و نظایر آن است و روشن است که در ایقاع، این طور امکان ندارد». شایان ذکر است که این دلیل، غیر از دلیل قبلی است. دلیل قبلی ناظر به ماهیت شرط و کیفیت وقوع آن در خارج است، ولی این دلیل بر مبنای معنی لغوی شرط است.

در اشکال به استدلال مذکور، چنان که برخی از مؤلفان نیز گفته‌اند، می‌توان گفت: در تحقق شرط همین قدر کافی است که در ضمن التزامی باشد، نه دو التزام مرتبط تا عنوان شرط به شرط واقع در ضمن عقد اختصاص یابد (اصفهانی، ۴۸). از آنجایی که ایقاع التزام است، اگر چه از جانب یک شخص محقق می‌شود، الزام ضمن التزام موجود است؛ چنان که صاحب قاموس گفته است (ایروانی غروی، ۲۶) و علت این که در قاموس به الزام و التزام در ضمن بیع و امثال آن اشاره شده است، آن نیست که شرط ضرورتاً باید در ضمن عقد لازم باشد؛ و آلا بهتر این بود که به آن تصریح می‌کرد. ذکر بیع در تعریف شرط به این دلیل است که عقد بیع مصداق متعارف برای درج شرط در ضمن آن و مورد ابتلای عامه‌ی مردم است.

۴-۲- عدم تعلق فسخ بر امر معدوم

برخی از فقها (خمینی، ۲۵۴/۴) معتقدند که فسخ فقط به امر موجود تعلق می‌گیرد، اگر چه وجود آن اعتباری باشد. معاملات اعم از عقود و ایقاعات در یک آن، به وجود می‌آیند و بعد از آن معدوم می‌شوند؛ لذا، در زمان‌های بعدی باقی نیستند تا قابل فسخ باشند. در خصوص عقود، شارع و عقلا برای آن‌ها بقای اعتباری فائلند و به همین لحاظ، فسخ آن‌ها جایز است؛ اما در ایقاعات دلیلی بر بقای اعتباری آن‌ها در نزد شارع

یا عقلاً وجود ندارد؛ در نتیجه، فسخ آن‌ها معنایی ندارد و صرف شک در بقای اعتباری ایقاعات نزد عقلاً یا شرع برای عدم ثبوت آن کافی است.

در ایراد به این نظریه می‌توان گفت: ادعای این که شارع و عقلاً، در خصوص عقود، قائل به بقای اعتباری هستند، ادعایی فاقد دلیل است و می‌توان همین اعتبار را در خصوص ایقاعات نیز تصور کرد. به لحاظ این که هر دو عمل حقوقی، یعنی عقود و ایقاعات به اقتضای طبیعت‌شان ایجاد می‌شوند و بعد از این که اثر حقوقی خود را به جای می‌گذارند، از بین می‌روند (خویی، ۱۰۴).

۵-۲- عدم امکان اعاده‌ی معدوم

برخی از فقها (اصفهانی، ۴۸) برای اثبات عدم امکان شرط خیار در ایقاعات، معتقدند که مضمون ایقاعات، نوعاً امور عدمی است؛ مثل زوال زوجیت در طلاق و سقوط اشتغال ذمه در ابراء که رجوع و فسخ آن‌ها مستلزم اعاده‌ی معدوم است؛ بر خلاف عقود که مضمون آن‌ها امور وجودی هستند و فسخ آن‌ها مستلزم اعاده‌ی معدوم نخواهد بود.

در اشکال به این نظریه می‌توان گفت که اولاً، اگر اشکال مزبور وارد باشد، به مفاد ایقاعات اختصاص نخواهد داشت و شامل عقود نیز خواهد بود؛ زیرا اعاده‌ی ملکیت زائل شده به وسیله‌ی فسخ یا اقاله نیز اعاده‌ی معدوم محسوب می‌شود؛ چون ملکیت بایع با فروش کالا از بین رفته است و با فسخ یا اقاله بر نمی‌گردد. ثانیاً، منظور از اعاده‌ی زوجیت و طلب، اعاده‌ی فردی نیست که قبلاً منقضی شده است، بلکه در حقیقت ایجاد فرد و مصداق جدیدی است که در نهایت می‌توان گفت جایگزین همان عمل حقوقی قبلی گردیده است. به عبارت دیگر، فرد ایجاد شده در مقابل فرد معدوم، حقیقت مستقلی دارد (خویی، ۱۰۹).

۶-۲- نیاز شرط به عوض

برخی از فقها (خوانساری، ۵۵)^۱ برای توجیه عدم دخول خیار شرط در مطلق ایقاعات معتقدند که حقیقت شرط، منوط کردن منشأ به آن است، به گونه‌ای که شرط به یکی از عوضین ضمیمه گردد. در ایقاعات عوض وجود ندارد تا شرط به آن منضم گردد. به عبارت دیگر، شرط مجرد ذکر یک شیء در کنار شیء دیگر نیست که مثلاً بگوید: «بعتك الدار» و «آجرتك البستان»، بلکه واجب است منشأ به آن منوط گردد. در ایقاعات اگر اصل منشأ به آن منوط گردد، معلق به آن خواهد بود و تعلیق موجب بطلان است. اگر شرط خیار به منشأ مرتبط نباشد، شرط ابتدایی محسوب خواهد شد که وفای به آن واجب نیست.

در ایراد به این نظریه گفته شده است که نیاز نیست منشأ به طور کامل منوط به شرط گردد، بلکه صرف وجود علقه و ارتباط عرفی بین ایقاع و شرط در تحقق شرط کافی است و این امر در شرط ضمن ایقاع نیز حاصل است (خویی، ۱۱۰). از طرفی، شرط عوض موجب نمی‌شود ابراء که ایقاع است تغییر ماهیت دهد و به عقد تبدیل شود، بلکه ابراء، ماهیت اصلی خود را حفظ می‌کند و اگر شرط پذیرفته شود، عقد و ایقاعی در کنار هم قرار می‌گیرند.

۷-۲- عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات

برخی از فقها (انصاری، ۲۳۳؛ اصفهانی، ۴۸) در توجیه عدم جریان خیار شرط در ایقاعات معتقدند که ما با یک قاعده‌ی کلی مواجهیم و آن این است که شرط، آن چه را که سبب شرعی محسوب نمی‌شود، سبب شرعی نمی‌سازد. بنابراین، باید گفت هر چیزی که قطع نظر از وجود شرط، فسخ آن صحیح باشد، شرط خیار در آن راه خواهد یافت. به عبارت دیگر، در بیع و نظایر آن، بدون وجود شرط خیار، فسخ آن از مجرای خیار

۱. «... ليس الشرط مجرد ذكر شيء منضمّاً الي آخر، كما لو قيل: «بعتك الدار» و «آجرتك البستان» بل يجب ان ينسأ بالمنشأ به و في الايقاعات لو انبط اصل المنشأ به يبطل للتعلیق، ولو ذكر غير مرتبط بالمنشأ فهو الشرط الابتدائي الذي لا يجب الوفا به لكونه حينئذ مجانياً و بلاعوض، و غير منضم الي احد الطرفين».

مجلس، خیار حیوان، اقاله و... صحیح است؛ ولی در ایقاعات که بدون شرط خیار و با قطع نظر از آن فسخ مجاز نیست، شرط خیار راهی ندارد.

۳- نظریه‌ی منتخب

با بررسی نظرهای ارایه شده توسط حقوق دانان، به نظر می‌رسد که خیار در ایقاعات، در حقوق ایران راه ندارد. در بین ادله‌ای که طرف‌داران بطلان شرط خیار در ایقاع اقامه کرده‌اند، نظریه‌ی عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات می‌تواند عدم امکان اندراج شرط خیار را در ایقاعات توجیه کند. بنابراین، از جهت رعایت قواعد، پذیرفته نشدن شرط خیار در ایقاع، قوی‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا فسخ عمل حقوقی، به ویژه پس از اجرای مفاد آن، مستلزم این است که این رابطه، موجود فرض شود و باز گرداندن آثار آن ممکن باشد و این دو، نیاز به دلیل خاص دارد و از قواعد عمومی استنباط نمی‌شود. در عقدی که در حال اجرا و مستمر است، مانند اجاره و حق انتفاع، امکان فسخ پیمان و در نتیجه، پایان دادن به آثار آن در آینده، امری طبیعی است که با حکومت اراده نیز سازگار می‌نماید. اما در پیمانی که اثر آن بی‌درنگ ظاهر می‌شود و مربوط به گذشته است، امری نامتعارف و استثنایی است. برای مثال، درباره‌ی اتومبیلی که فروخته شده و اکنون در دست خریدار است، فسخ بیع پایان یافته و زوال تملیک انجام شده، از صلاحیت‌های اضافی است که از قواعد عمومی، مشروع بودن و نفوذ تراضی و شرط استنباط نمی‌شود. پس، اگر قانون‌گذار این اقدام را در قرارداد مباح شمرد، نباید این اذن را به ایقاع نیز سرایت داد (کاتوزیان، حقوق مدنی (ایقاع)، ۶۰).

به عبارت دیگر، قانون‌گذار در بیع و نظایر آن، بدون وجود شرط خیار، فسخ آن را به وسیله‌ی خیار مجلس، خیار حیوان و اقاله صحیح دانسته است و سبب شرعی برای فسخ آن وجود دارد؛ در حالی که این سبب در ایقاعات وجود ندارد و شرط، آن چه را که سبب شرعی محسوب نمی‌شود، سبب شرعی نمی‌سازد. از سوی دیگر، در قانون

مدنی، نمونه‌ای از وجود خیار در ایقاع لازم، دیده نمی‌شود تا بتوان از آن اذن قانون‌گذار را استنباط کرد. پس، ناچار باید پذیرفت که ابراء خیاری، امری است خلاف قاعده و امکان شرط خیار نیاز به اذن ویژه‌ی قانون دارد.

۴- اثر خیار شرط در ایقاع

چنان که گفته شد، یکی از آثار برگشت‌ناپذیری ایقاع، بی اثر بودن خیار شرط در آن است که فقیهان امامیه نسبت به آن اتفاق نظر دارند (عاملی، ۳۲۵/۵؛ طباطبایی یزدی، ۶۴/۲). هر چند دلایل دیگری که قبلاً بیان شد نیز بطلان شرط را تأیید می‌کند. سؤال قابل طرح این است که با فرض بطلان شرط خیار، ایقاع چه وضعیتی پیدا می‌کند؟ آیا علی‌رغم بطلان شرط خیار، خود ایقاع صحیح است و اثر قانونی دارد و یا این که بطلان شرط به ایقاع نیز سرایت و آن را باطل می‌کند؟ به عبارت دیگر، آیا شرط مزبور مبطل ایقاع است؟

در مورد عقد، خیار شرط مانع از تحقق اثر عقد نیست؛ چنان که در ماده‌ی ۴۵۹ ق.م می‌خوانیم: «در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود...» و در ماده‌ی ۳۶۴ آمده است: «در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است، نه از تاریخ انقضاء خیار ...». پس، سقوط طلب نیز مانند تملیک، پس از عقد تحقق می‌یابد و قید خیار مانع از آن نیست.

در خصوص سؤال مذکور دو نظر مطرح شده است: گروهی معتقدند که شرط خیار، باطل و موجب بطلان ایقاع می‌شود (شهیدی، ۱۴۴). گروه دیگر معتقدند که هر چند خیار شرط باطل است، ولی موجب بطلان ایقاع نمی‌شود (کاتوزیان، حقوق مدنی / ایقاع، ۳۹۵) که در ذیل، هر یک از این نظریات مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت نظریه‌ی منتخب ارائه خواهد شد.

۱-۴- بطلان خیار شرط و ایقاع

به نظر برخی فقیهان بطلان شرط موجب بطلان ایقاع نیز می‌شود (حلی، *تذکرة الفقها*، ۱۰۸/۱؛ شهید ثانی، *شرح لمعه*، ۵۰۵/۳؛ فیض کاشانی، ۶۶۳؛ شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۱۹۱/۱).^۱ این گروه، بر ای اثبات ادعای خود به دو دلیل تمسک جستند:

۱. بطلان شرط در همه‌ی موارد باعث می‌شود آن عمل حقوقی که شرط باطل، ضمن آن درج شده است، باطل شود؛ زیرا تراضی درباره‌ی مجموع شرط و عمل حقوقی (ابراء) انجام می‌شود. پس آن چه به وجود آمده مجموعه‌ای تجزیه‌ناپذیر است که اجزای آن به نیروی اراده، پیوند خورده است و تبعیض در آن باعث تخلف ابراء از قصد می‌شود؛ زیرا ابراء کننده به عنوان رکن مطلوب یا انگیزه‌ی اساسی به آن می‌نگریسته است؛ لذا، فساد شرط، بی‌گمان همه‌ی ابراء را فرا می‌گیرد. پاسخ به این استدلال در بررسی نظریه‌ی منتخب خواهد آمد.

۲. در ابراء که از ایقاعات است، بستن کار با درج خیار شرط، آزاد شدن ذمه مدیون را به طور قطعی و مطلق قصد نمی‌کند، بلکه براءت ذمه‌ی او را مشروط به شرط امکان اشتغال مجدد از طریق فسخ، اراده می‌کند که چنین ابرائی قانوناً قابل تحقق نیست (شهیدی، ۱۴۴). دلیل مزبور صحیح نیست؛ زیرا پذیرش آن موجب خواهد شد که در عقود نیز، شرط خیار موجب بطلان عقد گردد؛ چه آن که در عقد بیع، بائع با درج خیار شرط، نقل و انتقال مالکیت را مشروط به شرط امکان بازگشت ملکیت اراده می‌کند و این امر هیچ مانعی ندارد.

۲-۴- بطلان خیار شرط و صحت ایقاع

به نظر برخی فقها (طوسی، ۷۳۲/۴؛ طباطبایی، کتاب بیع/۱؛ بجنوردی، ۱۳۷/۳)

۱. «ان العقود تابعة للقصد و المقصود هو العقد مع الشرط لا منفردا و لا بشرط فيبطل المقصود لانتفاء جزئه، و قصد الكل لا يكفي في قصد الجزء فاذا لم يكن الجزء مقصوداً منفرداً فلم يحصل له حكم بشرط».

بطلان شرط در هیچ صورت، سبب بطلان عمل حقوقی نمی‌شود. در واقع، تراضی به دو توافق اصلی و فرعی منحل می‌شود و بطلان فرع موجب بطلان اصل نمی‌گردد. منتها، برای این که عمل حقوقی بر طرفی که شرط را از دست داده است، تحمیل نشود تمایل بر این است که در صورت قابل فسخ بودن عمل حقوقی اصلی، به او حق فسخ داده و در غیر این صورت، از ضمانت اجراهای دیگری مثل مطالبه‌ی خسارت برخوردار شود. پاسخ به این استدلال نیز در بررسی نظریه‌ی منتخب خواهد آمد.

۲-۵- نظریه‌ی منتخب

به نظر می‌رسد هیچ دلیلی برای بطلان ایقاعی که در آن شرط خیار شده است، وجود ندارد. بطلان ایقاع متناسب با نظر فقیهانی (شهید ثانی، شرح لمعه، ۵۰۵/۳؛ سبزواری، ۹۷) است که بطلان شرط را سبب بطلان عقد می‌شمارند. به نظر این گروه از فقیهان، تراضی به مجموع عقد و شرط واقع می‌شود و تبعاً وقتی یک جزء آن ممتنع گردد، متعلق تراضی که مجموع عقد و شرط بوده است نیز منتفی می‌گردد و آن چه که باقی می‌ماند تجارت بدون تراضی خواهد بود (شهید ثانی، شرح لمعه، ۵۰۵/۳) که مورد نهی الهی قرار گرفته است: «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا آن تكون تجارة عن تراض» (نساء/ ۲۹). در پاسخ به استدلال مزبور باید گفت مراد از تراضی در آیه‌ی شریفه، وقوع معامله بدون اکراه و اجبار است. در نتیجه، تمسک به آیه‌ی شریفه درست نیست. دلیل دیگری که بر بطلان عقد متضمن شرط باطل اقامه شده این است که قصد شخص، به عقد مقید به شرط تعلق گرفته است و با انتفای قید، مقید نیز منتفی می‌شود (نراقی، ۵۲). در پاسخ به استدلال مزبور می‌توان گفت که قصد به عقد مقید به شرط تعلق نگرفته است، بلکه به مجموع عقد و شرط به صورت تعدد مطلوب و دو التزام مجزا تعلق گرفته است. در این صورت، با بطلان شرط و سقوط یک مطلوب، تعلق قصد به مطلوب دیگر، یعنی عقد منتفی نمی‌شود (خوانساری، ۴/۱۵؛ حسینی شیرازی، ۵۷/۶۷). به عبارت دیگر، قصد اصلی و التزام طرفین یا یکی از آنها به وجه ملزم بر

آن، ضمن یک عقد مندرج شده است. بنابراین، یک امر تبعی نمی‌تواند قصد اصلی را فاسد سازد (حلی، ۵۴). به موجب قانون مدنی ایران نیز ملازمه بین بطلان شرط و عقد وجود ندارد (ماده‌ی ۲۳۲)^۱؛ مگر این که چندان اساسی باشد که ارکان عقد را بر هم (ماده‌ی ۲۳۳)^۲.

نتیجه

نتایج حاصل از تحقیق حاضر به شرح ذیل است:

۱. در صورتی که در ایقاع، شرط خیار شود برخی از مؤلفان چنین شرطی را صحیح می‌دانند. دلایل این گروه آن است که ایقاع، معاهده است و مقتضای عموم قاعده‌ی «المؤمنون عند شروطهم»، صحت این گونه معاهده است و نیاز شرط به قبول، با آوردن آن ضمن ایقاع منافات ندارد و ماهیت هیچ یک را دگرگون نمی‌سازد. نظر درست این است که شرط خیار در ایقاع باطل است؛ زیرا اصل بر لزوم اعمال حقوقی است و ایقاع خیاری، امری خلاف قاعده است و امکان آن نیاز به اذن ویژه قانون‌گذار دارد.

۲- برخی مؤلفان بطلان شرط خیار را در ایقاع موجب بطلان ایقاع نیز می‌دانند؛ چه آن که خیار شرط به عنوان رکن مطلوب یا انگیزه‌ی اساسی ایجاد کننده‌ی ایقاع تلقی می‌گردد. بنابراین، فساد شرط بی‌گمان همه‌ی آن را فرا می‌گیرد. از طرف دیگر، در ابراء که از ایقاعات است، داین، آزاد شدن ذمه‌ی مدیون را به طور قطعی و مطلق قصد نمی‌کند، بلکه برائت ذمه‌ی او را مشروط به شرط امکان اشتغال مجدد از طریق فسخ، اراده می‌کند، که چنین ابرائی قانوناً قابل تحقق نیست. اما چنان که مؤلفان حقوقی

۱. ماده‌ی ۲۳۲ ق.م. : شروط مفصله‌ی ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱ - شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد. ۲ - شرطی که در آن نفع و فایده نباشد. ۳ - شرطی که نامشروع باشد.

۲. ماده‌ی ۲۳۳ ق.م. : شروط مفصله‌ی ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱ - شرط خلاف مقتضای عقد. ۲ - شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

گفته‌اند، بطلان شرط موجب بطلان عمل حقوقی نمی‌شود، مگر این که جزء شروط مذکور در ماده‌ی ۲۳۳ قانون مدنی باشند.

منابع

- ابن ادریس حلی، محمد؛ *السرائر*، قم، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن براج طرابلسی قاضی، *المهذب*، قم، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- انصاری، مرتضی؛ *مکاسب*، اطلاعات تبریز، ۱۳۷۵.
- بجنوردی، حسن؛ *القواعد الفقهیه*، قم، افسست، بی تا.
- حسینی شیرازی، محمد؛ *الفقه*، بیروت، دارالعلوم، ۱۴۰۹ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد؛ *مفتاح الکرامه*، مصر، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۶ق.
- خوانساری، احمد؛ *جامع المدارک*، قم، مؤسسه‌ی مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
- خوانساری، موسی؛ *منیة الطالب* (تقریرات میرزای نائینی)، تهران، چاپخانه‌ی حیدری، بی تا.
- خویی، محمد تقی؛ *الشروط*، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۱۲ق.
- رشتی، حبیب الله؛ *اجاره*، چاپ سنگی، بی تا.
- زین الدین، محمد امین؛ *کلمة التقوی*، تهران، چاپ سنگی، ۱۳۶۴.
- سبزواری، محمد باقر؛ *کفایة الاحکام*، اصفهان، چاپ سنگی، افسست، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، نجف، چاپ سنگی، عبدالرحیم، ۱۴۰۳ق.

_____ ، *مسالك الافهام*، در دو مجلد، شرح بر شرایع محقق، چاپ سنگی، بی تا.

شهیدی، مهدی؛ *سقوط تعهدات*، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰. طباطبایی یزدی، محمد کاظم؛ *حاشیه‌ی کتاب مکاسب*، قم، دار المصطفی احیاء التراث، ۱۴۲۳ق.

طباطبایی، سید علی؛ *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه‌ی آل‌البیت، ۱۴۰۴ق. طوسی، محمد بن حسن؛ *المبسوط*، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۱. علامه حلی، حسن بن یوسف؛ *تحریر الاحکام*، تهران، چاپ سنگی، ۱۳۵۹. _____ ، *قواعد الاحکام*، در یک مجلد، تهران، چاپ سنگی، بی تا.

علامه، مهدی؛ *شروط باطل و تأثیر آن در عقود*، مانی، ۱۳۷۵. فیض کاشانی، محمد محسن؛ *مفاتیح الشرایع*، قم، تحقیق سید مهدی رجایی، ۱۴۰۱ق.

قمی، میرزا ابوالقاسم؛ *جامع الشتات*، تهران، مؤسسه‌ی کیهان، ۱۳۷۵. کاتوزیان، ناصر؛ *حقوق مدنی* (ایقاع)، تهران، انتشارات یلدا، ۱۳۷۰. _____ ، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳.

مامقانی، عبدالله؛ *نهایة المقال*، قم، انتشارات مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۷۷ هـ.ق. مجاهد، سید محمد؛ *مناهل*، تهران، چاپ سنگی، ۱۳۶۵. محقق حلی، جعفر بن حسن؛ *شرایع الاحکام*، قم، چاپ سنگی، افسست، بی تا. محقق داماد، مصطفی؛ *قواعد فقه*، بخش مدنی ۲، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۶. موسوی خمینی، روح الله؛ *کتاب البیع*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۱.

نجفی، محمد حسن؛ *جواهر الکلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٩٨١ م.
نراقی، احمد؛ *عوائد الایام*، قم، بصیرتی، ١٤٠٨ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶/۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۷۲-۵۱

زکات باطنی از دیدگاه فقهی*

دکتر جواد ابروانی^۱

عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: Irvani_javad@yahoo.com

دکتر عباسعلی سلطانی

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: msoltani1962@gmail.com

دکتر محمدحسین حسینزاده بحرینی

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: bahreini@um.ac.ir

چکیده

از راهکارهای دستیابی به عدالت اقتصادی و مقابله با فقر، پرداخت‌های مالی به نیازمندان است. فرضیه‌ی این تحقیق آن است که افزون بر زکات مصطلح و خمس، حق مالی دیگری در آموزه‌های دینی مطرح شده است که بر پایه‌ی روایات، «زکات باطنی» نام دارد و عبارت است از «زکاتی فراگیر که به هدف رفع فقر و به گونه‌ی وجوب کفایی، به اموال توانگران تعلق می‌گیرد و از نظر مقدار و شرایط، با زکات مصطلح متفاوت است». این پژوهش، پس از مفهوم‌شناسی واژه‌ها، ادله‌ی وجوب این زکات را با تحلیل آیات و روایات مربوط، به بحث نهاده و به پاره‌ای از احکام آن اشاره نموده است.

کلید واژه‌ها: زکات، زکات باطنی، صدقه، عدالت اقتصادی، فقر.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۹/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۰۳/۲۳.

۱ . نویسنده مسئول.

طرح بحث

در متون فقهی، واجبات مالی ابتدایی و مباحث آن، به طور عمده منحصر به زکات و خمس است. فرضیه‌ی تحقیق آن است که در آموزه های دینی، برای رفع فقر، حق مالی دیگری جدای از خمس و زکات مصطلح، مطرح شده که در مباحث فقهی، کمتر مورد توجه قرار گرفته است. این حق، بر اساس برخی روایات، «زکات باطنی» نامیده می‌شود که در مقابل زکات ظاهری (زکات مصطلح فقهی) قرار می‌گیرد.

از تحلیل آیات و روایات بر می‌آید که زکات، دو گونه است: زکات ظاهری (مصطلح فقهی) که نوعی مالیات حکومتی است و به اموالی خاص تعلق می‌گیرد و مصرف آن افزون بر فقرا، پاره‌ای از هزینه‌های عمومی جامعه است و زکات باطنی که به شکل وجوب کفایی، به اموال همه‌ی اغنیا تعلق می‌گیرد و مصرف آن، خصوص نیازمندان و هدف آن، ریشه‌کن‌سازی فقر است و از نظر مقدار و شرایط، با نوع اول تفاوت دارد. این نام، عنوانی مشیر است و انتخاب آن، ممکن است به این جهت باشد که از یک سو، بر خلاف زکات مصطلح، حدّ نصاب ظاهر و مشخصی ندارد و معیارمحور است و از سوی دیگر، به حکم اولی، مالیاتی حکومتی نیست تا به طور طبیعی در معرض دید کارگزاران قرار گیرد. ضرورت این بحث، به سبب نقش مهم آن در رفع فقر، غنای قرآنی و حدیثی این بحث و کم توجهی به آن در مباحث فقهی است.

مفهوم شناسی

واژه‌های زکات، صدقه و انفاق، در قرآن، روایات و فقه، کاربردهای متفاوتی دارند که در مجاللی دیگر به آن پرداخته‌ایم (ایروانی، ۱۵۲-۱۷۱). اکنون به اندازه‌ای که در مباحث بعدی مورد نیاز است، اشارتی به آنها می‌کنیم. زکات که در اصطلاح فقهی، کاربردی ویژه یافته («الصدقة المقدرة بالاصالة ابتداء» *الدروس الشرعية*، ۲۲۷/۱؛

نجفی (۳/۱۵) در قرآن به معنی «هر واجب مالی ابتدایی» است، خواه در قالب زکات مصطلح فقهی یا خمس و خواه با تعیین حد نصاب یا بدون آن (صادقی، ۱۳۸/۱۳ و ۱۴۹؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۹/۸؛ حکیمی، ۲۲۷/۶)؛ چراکه قرآن زکات را از آغازین سوره‌های مکی (مزمّل/۲۰) تا فرجامین سوره‌های مدنی (توبه/۵؛ مائده/۱۲) به کار برده و آن را تشریحی عام در تمامی شرایع می‌داند (انبیاء/۷۳؛ مریم/۳۱ و ۵۵) در حالی که زکات مصطلح فقهی، در مدینه تشریح شده است (کلینی، ۴۹۷/۳؛ طبرسی، ۱۱۵/۵-۱۱۷). نیز گواه دیگر، دستور پرداخت زکات به همسران پیامبر (ص) است (احزاب/۳۳) که در آن زمان، از اموال زکوی به مقدار حد نصاب بهره‌مند نبوده‌اند. زکات در روایات نبوی (حر عاملی، ۳۳/۶) نیز، مفهومی گسترده دارد (عسکری، ۹۷/۲)، لیک در روایات امام باقر (ع) و امام صادق (ع)، کاربرد آن در مفهوم «زکات مصطلح فقهی» غلبه داشته است (حر عاملی، ۳/۶ و ۳۳-۳۹). صدقه نیز که در فقه، دو کاربرد عام (هر گونه کمک مالی واجب یا مستحب برای خدا) و خاص (انفاق مستحب) دارد (مفید، المقنعه، ۶۵۲؛ طوسی، الخلاف، ۱۵۵/۲؛ محقق حلی، المختصر النافع، ۱۵۹)، در قرآن، کاربردی عام دارد و شامل زکات نیز می‌شود و حتی آیات ویژه‌ی تشریح و مصرف زکات مصطلح (توبه/۱۰۳ و ۶۰) با لفظ صدقه آمده است (کلینی، ۴۹۷/۳؛ طبرسی، ۵-۶/۱۰۲ و ۱۰۳). در احادیث نبوی (ص)، کاربرد آن در «زکات مصطلح»، فزونی داشته (کلینی، ۴۹۷/۳ و ۵۸/۴) و در زمان امام باقر (ع) و امام صادق (ع) در دو معنی وقف و کمک مالی به محرومان (اعم از واجب و مستحب) رایج بوده است (کلینی، ۳۹/۷ و ۵۶؛ ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۲۹۴/۴؛ بحرانی، ۱۵۴/۲۲-۱۵۵ و ۲۶۷). در مورد «انفاق» در راه خدا نیز، نکته‌ی قابل توجه آن است که آیات امرکننده به آن، معنای گسترده‌ای را اراده کرده‌اند که شامل واجبات مالی و از جمله زکات مصطلح می‌شود (طوسی، التبیان، ۲۱۰/۵؛ طبرسی، ۶۵۶/۲ و ۴۴۵/۱۰؛ فاضل مقداد، ۲۳۱/۱ و ۲۲۳؛ جصاص، ۱۳۷/۳؛ فخر رازی، ۳۵/۶ و ۵۵۰/۱۰؛ قرطبی، ۱۳۰/۱۸).

ادله

غالب آیات و روایاتی که سخن از حقوق نیازمندان و لزوم رسیدگی به آنان خارج از زکات مصطلح و خمس، به میان آورده اند، در قالب «زکات باطنی» جای می‌گیرند. مهم‌ترین ادله‌ی این حق، عبارتند از:

الف) آیات

از مشکلات تفسیری، تحلیل آیات مکی مربوط به واجبات مالی است. چه، از یک سو بر اساس روایات و گزارش‌های تاریخی، زکات مصطلح فقهی در مدینه و در سال نهم هجری تشریح شده است (کلینی، ۴۹۷/۳؛ طبرسی، ۳/۵ و ۱۱۵-۱۱۷؛ طباطبایی، ۸/۹؛ طبری، *تاریخ الامم و الملوک*، ۳۸۳/۲؛ ابن کثیر، ۳۳/۵) و از سوی دیگر، آیاتی که به پرداخت زکات و حقوق محرومان فرمان داده‌اند، در سوره‌های مکی فراوان است. با توجه به مجموع آیات و فضای اجتماعی و اقتصادی آن روزگار، این تحلیل استوارتر به نظر می‌رسد که در آغاز بعثت، وضعیت اقتصادی مسلمانان سخت دشوار بود. به همین جهت، آیاتی متعدد، مسلمانانی را که وضعیت مالی بهتری داشتند ملزم نمود تا نیازهای ضروری دیگر مؤمنان را برطرف نمایند. لیک گستردگی نیازها، وضعیت نابه‌سامان بیشتر مسلمانان و فقدان تشکیلات حکومتی، مانع از آن شد که حدود و مقدار معینی برای آن در نظر گرفته شود (ر.ک. اجتهادی، ۳۰۹-۳۱۱). در سال‌های نخست دوران مدینه نیز، چنین وضعیتی حاکم بود (بقره/۲۱۹؛ طبرسی، ۵۵۸/۲) تا آن که در پی قدرت یافتن مسلمانان و درآمدهای ناشی از غنایم، وضع اقتصادی مسلمانان رو به بهبود نهاد. از سوی دیگر، حکومت نوپای اسلامی، نیازمند منابع درآمدی بود تا هزینه‌های جاری جامعه را اداره نماید. این شرایط سبب گردید تا «بخشی» از واجبات مالی که پیش‌تر تشریح شده بود، جنبه‌ی حکومتی پیدا کند و افراد واجد شرایط، موظف به پرداخت آن به حکومت باشند و حدّ نصاب ویژه‌ای برای موارد آن تعریف گردید. اجرای آن پس از نزول آیه‌ی «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً...» (توبه/۱۰۳) بود. این، همان زکات

ظاهری و مصطلح فقهی است و بخش دوم، که ادامه‌ی همان واجبات مالی مطرح در آیات مکی و سال‌های نخستین مدینه است، «زکات باطنی» نامیده می‌شود و هدف آن، رفع فقر و محرومیت است و از نظر مقدار و شرایط، با زکات ظاهری تفاوت دارد. این تقسیم، به صراحت در برخی روایات اشاره شده است (کلینی، ۵۰۰/۳).

با توجه به این تحلیل، مهم‌ترین آیاتی که «زکات باطنی» یا برخی مصادیق آن را مطرح کرده‌اند، در چند دسته قابل ارائه هستند که برخی به عنوان دلیل و برخی، مؤیدند.

۱. آیات حق معلوم: «وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِّلسَّائِلِ وَ الْمَحْرُومِ» (معارج/۲۴-۲۵؛ نیز: ذاریات/۱۹). در تفسیر این دو، نظرات گونه‌گونی ابراز شده است (ر.ک. طبری، ۹۹/۲۹؛ فخر رازی، ۱۷۱/۱۰؛ قرطبی، ۳۸/۱۷؛ ابن العربی، ۱۷۱۸/۴؛ جصاص، ۵۴۸/۳؛ قطب راوندی، ۲۲۱/۱؛ فاضل مقداد، ۲۲۶/۱؛ اردبیلی، ۱۸۲). تأمل در دو آیه و توجه به قرائن، دو مطلب را ثابت می‌کند: نخست آن که «حق معلوم» چیزی غیر از زکات است؛ چه از یک سو چنان که خواهد آمد، روایات معتبری بر آن دلالت دارد و از سوی دیگر، آیات مورد بحث در دو سوره‌ی معارج و ذاریات قرار دارند که هر دو، از سور مکی هستند (معرفت، ۱۳۳/۱-۱۴۵) و پیش‌تر گذشت که زکات مصطلح، در مدینه تشریح شده است. از سوی دیگر، مصرف آن خصوص «سائل و محروم» بیان شده است، در حالی که مصارف زکات مصطلح، موارد هشت‌گانه را شامل می‌شود (نکته توبه/ ۶۰). دوم این که این آیات، تکلیفی الزامی را بیان می‌کنند؛ چه از یک سو در هر دو آیه، واژه‌ی «حق» آمده که در قرآن، هیچ‌گاه در مورد «مستحبات» به کار نرفته است، بلکه آن جا که در مقام تشریح حکم بوده، «تکلیف و الزام» را مراد نموده است (مانند بقره/۲۳۶ و ۲۴۱). به علاوه، از روایات تفسیری ذیل آیات که خواهد آمد نیز، وجوب حق معلوم استفاده می‌شود (ر.ک. قرطبی، ۳۹/۱۷؛ سیوطی، الدر المنثور، ۱۱۴/۶). یاد کردنی است که ستایش بر پرداخت آن نمی‌تواند دلیل استحباب (فاضل

مقداد، ۲۲۶/۱؛ قطب راوندی، ۲۲۱/۱) باشد؛ زیرا هیچ گونه ملازمه‌ای بین مدح و استحباب یا وجوب و عدم مدح نیست و در آیاتی، ستایش از کسانی شده که واجبات را انجام می‌دهند (ر.ک بقره/ ۲-۵؛ نساء/ ۶۹؛ حج/ ۴۱؛ فرقان/ ۴۸-۷۶). ادعای نسخ آیات نیز، بی اساس است؛ چه، نسخ جز با دلیل قطعی ثابت نمی‌گردد (خویی، *البیان*، ۲۸۴). همچنین، حمل وجوب حق معلوم بر وجوب ناشی از نذر و مانند آن، مدعایی بی دلیل است که هیچ شاهدی از آیات ندارد.

۲. آیاتی که از آن‌ها، وجوب اطعام مسکین و یتیم بر می‌آید (مانند مدثر/ ۳۹-۴۴؛ حاقه/ ۲۶-۳۷؛ ماعون/ ۱-۳؛ فجر/ ۱۷-۱۸؛ ضحی/ ۹-۱۰). در این آیات، بی توجهی به اطعام مسکین و یتیم، از عوامل سقوط به دوزخ معرفی می‌شود و این با توجه به تهدید به عذاب، دلالت بر وجوب آن دارد و مکی بودن آیات و تأکید بر «اطعام مسکین»، حمل آن‌ها بر زکات، خمس و کفارات را ناستوار می‌سازد (طباطبایی، ۹۷/۲۰؛ مغنیه، ۶۵/۷؛ زحیلی، ۲۳/۲۳). «اطعام» نیز برای نمونه ذکر شده و مراد، تأمین هر گونه نیازهای محرومان است (ر.ک بقره/ ۱۷۲؛ مومنون/ ۵۱؛ نیز مکارم شیرازی و دیگران، ۲۵۳/۲۵؛ طباطبایی، ۴۱۷/۱ و ۳۵/۱۵) که البته از همین نکته، کفایی بودن وجوب آن نیز بر می‌آید؛ چه، مقید به وجود محرومیت در جامعه است.

۳. آیاتی که به انفاق و صدقه فرمان داده‌اند (برای نمونه، نکه بقره/ ۲۵۴ و ۲۶۷؛ نساء/ ۳۶-۳۹؛ توبه/ ۳۴-۳۵؛ ابراهیم/ ۳۱؛ یس/ ۴۷؛ منافقون/ ۱۰؛ حدید/ ۷ و ۱۰؛ تغابن/ ۱۶). فعل امر «أنفقوا» و لحن تهدیدگونه‌ی بیشتر این آیات، بیانگر وجوب حکم یاد شده است (ر.ک طوسی، *التبیان*، ۵۷/۱؛ طبرسی، ۱۲۲/۱؛ صادقی، ۱۰۴/۶؛ مغنیه، ۳۷/۴؛ فخر رازی، ۵۵۰/۱۰ و ۴۴۴/۱۳؛ قرطبی، ۱۷۹/۱) و به فرض که برخی از این آیات، ظهور در وجوب نداشته باشند، دست کم می‌توانند مؤید محسوب شوند. از سوی دیگر، کاربرد عام انفاق و صدقه در قرآن و عموم مستفاد از محتوای بسیاری از آن‌ها، هیچ گونه محدودیتی را بر نمی‌تابد. به ویژه آن که بیشتر این آیات، پیش از سوره‌ی

توبه که آغازگر تشریح زکات مصطلح بوده، نازل شده‌اند. از این روی، قابل حمل بر زکات مصطلح نیستند. روایاتی تفسیری نیز، بر وجوب و مغایرت انفاق در آن‌ها با زکات مصطلح، تصریح دارند (کلینی، ۴۹۸/۳؛ عیاشی، ۲۳۰/۲).

۴. همه‌ی آیاتی که به پرداخت «زکات» فرمان داده‌اند؛ چه، پیش‌تر گذشت که زکات در قرآن، هر نوع واجب مالی ابتدایی را شامل می‌شود.

۵. آیات فرمان دهنده به «قرض حسن» (مانند حدید/ ۱۸؛ مزمل/ ۲۰؛ تغابن/ ۱۷) که در قرآن، به مفهوم کمک مالی بلاعوض و جدای از قرض در اصطلاح روایات و فقه است (طبرسی، ۳۵۸/۹ و ۵۷۶/۱؛ طباطبایی ۲۸۴/۲) و براساس روایات (کلینی ۴۹۸/۳) چیزی جز زکات مصطلح است.

۶. آیات دال بر لزوم صله‌ی رحم (برای نمونه، نکر رعد/ ۲۱) که به تصریح روایات (کلینی، ۴۹۸/۳)، حقی مالی جز زکات هستند.

ب) روایات

روایات فراوانی این حکم را اثبات می‌کنند که برخی را ذکر می‌کنیم و به شماری، ارجاع می‌دهیم.

- «محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد، عن عثمان بن عیسی، عن سماعة بن مهران، عن أبي عبد الله (ع) قال: إن الله عزوجل فرض للفقراء في أموال الاغنياء فريضة لا يحدون إلا بأدائها وهي الزكاة ... ولكن الله عزوجل فرض في أموال الاغنياء حقوقا غير الزكاة فقال عزوجل: "وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ" فالحق المعلوم من غير الزكاة وهو شيء يفرضه الرجل على نفسه في ماله يجب عليه أن يفرضه على قدر طاقته و سعة ماله... ومن أدى ما فرض الله عليه فقد قضى ما عليه ... ولما وفقه لاداء ما فرض الله عزوجل عليه...» (کلینی ۴۹۸/۳، حر عاملی ۲۷/۶-۲۸) این حدیث مسند و صحیح است^۱ و در آن حقوق

۱. رجال موجود در سند، همگی توثیق شده‌اند، به ترتیب ر.ک. نجاشی/۳۵۳، طوسی، الفهرست ۶۰ و رجال الطوسی ۳۵۱، طوسی، اختیار معرفه الرجال ۵۵۶ و خوبی، معجم رجال الحدیث ۱۳۲/۱۲، نجاشی ۱۹۳ و خوبی، معجم رجال الحدیث ۳۱۳/۹-۳۱۴.

مالی مطرح شده در ۵ آیه (معارج/۲۴؛ حدید/۱۸؛ ابراهیم/۳۱؛ ماعون/۷؛ رعد/۲۱) به عنوان حقوقی جز زکات مصطلح، یاد شده است. این روایت، از چند جهت دلالت بر «وجوب» حقوق یاد شده دارد: نخست واژه‌های فرض و وجوب که مکرر به کار رفته است. «فرض» هرگاه به خدا نسبت داده شود، بیانگر واجب الهی است (فراهیدی، ۲۹/۷؛ ابن اثیر، ۴۳۲/۳؛ ابن منظور، ۲۰۲/۷) و در احادیث نیز، به مفهوم «وجوب مصطلح فقهی» به کار رفته است (ر.ک. کلینی، ۴۹۷/۳ و ۴۹۸؛ حر عاملی، ۱۵۳/۶) دوم استناد امام (ع) به آیاتی که توأم با تهدیدند و همسویی این روایت با آیات دیگری که پیش‌تر مطرح گردید. با این حال، از عبارت «يفرضه الرجل على نفسه» چنین برداشت شده است که این حقوق، وجوب شرعی ندارند و فرد به اختیار خود (با نذر و مانند آن) چنین الزامی را ایجاد می‌کند (منتظری، ۲۵/۱) این برداشت، ناشی از بی توجهی به ادامه‌ی حدیث است؛ زیرا الزامی که از ناحیه‌ی خود فرد است، در مورد مقدار و زمان پرداخت آن است نه اصل وجوب آن؛ زیرا در ادامه چنین آمده است: «يجب عليه ان يفرضه علي قدر طاقته و سعة ماله». افزون بر آن، هم در صدر روایت و هم در ذیل آن، امام (ع) به صراحت این فریضه را به خداوند نسبت داده و فرموده است: «لكن الله عزوجل فرض».

به مفاد این روایت، احادیث متعدد و صحیح دیگری نیز وجود دارد (ر.ک. کلینی، ۴۹۹/۳-۵۰۱؛ ابن بابویه، *من لا يحضره الفقيه*، ۴۸/۲ و *الهدایه*، ۱۷۹؛ حر عاملی، ۲۹/۶-۳۰؛ مجلسی، ۹۹/۹۳).

- «علي بن محمد، عن ذكره، عن محمد بن خالد، عن محمد بن سنان، عن المفضل قال: كنت عند أبي عبد الله (ع) فسأله رجل في كم تجب الزكاة من المال؟ فقال له: الزكاة الظاهرة أم الباطنة تريد؟ فقال: اريدهما جميعا، فقال: أما الظاهرة ففي كل ألف خمسة وعشرون و أما الباطنة فلا تستأثر على أخيك بما هو أحوج إليه منك» (کلینی، ۵۰۰/۳؛ حر

عاملی، ۳۰/۶). این روایت را شیخ صدوق نیز با سندی دیگر گزارش کرده است^۱ (ابن بابویه، *معانی الاخبار*، ۱۵۳). حدیث، به صراحت زکات را دو نوع می‌داند: ظاهری و باطنی و نکته‌ی مهم در آن، همسان دانستن این دو در حکم و جوب است (حکیمی ۲۹۰/۶). مقید نمودن به نیاز دریافت کننده («هو أحوج إليه»)، کفایی بودن این حکم را نشان می‌دهد؛ چه، با پرداخت فرد دیگر، موضوع مرتفع می‌گردد.

- «... أترون انما في المال الزكاه وحدها؟! ما فرض الله في المال من غير الزكاه اكثر، تعطي منه القرابه و المعترض لك ممن يسألك فتعطيه مالم تعرفه بالنصب...» (مفید، *المقنعه*، ۲۶۲؛ کلینی، ۵۵۱/۳؛ طوسی، *تهذیب الاحکام*، ۵۵/۴؛ حر عاملی، ۲۹/۶) روایت، به طریق کلینی و طوسی صحیح است^۲ و از نظر محتوا، گستره‌ی حقوق مالی غیر زکات مصطلح را بسی فزون‌تر از زکات مصطلح و الزامی دانسته است: «فرض الله».

- «... جاء رجل إلى أبي عبد الله (ع) فقال له: يا أبا عبد الله قرض إلى ميسرة، فقال له أبو عبد الله (ع): إلى غلة تدرک؟ فقال الرجل: لا والله، فقال أبو عبد الله (ع): فأنت ممن جعل الله له في أموالنا حقاً. ثم دعا بکیس فيه دراهم...» (کلینی، ۵۰۱/۳؛ حر عاملی، ۲۷/۶؛ مجلسی، ۳۰۲/۷۲-۳۰۳). کلینی حدیث را با سندی دیگر نیز گزارش کرده که صحیح است.^۳ این روایت، ارتباطی با زکات مصطلح ندارد، به همین جهت، حر عاملی آن را در «باب الحقوق في المال سوى الزكاة و جملة من أحكامها» آورده است.

- «عن جعفر بن محمد (ع) قال: جاء رجل الي النبي (ص) قال: يا رسول الله! في المال حق سوى الزكاه؟ قال: نعم، علي المسلم ان يطعم الجائع اذا سأله و يكسو العاري اذا

۱. در طریق کلینی، اوایان سلسله سند، همگی ثقه‌اند، لیک به سبب «عمن ذکره» روایت صحیح محسوب نمی‌شود. در طریق صدوق نیز، به سبب ابوعبدالله رازی و نصر بن صباح، به درجه‌ی «صحت» نمی‌رسد. با این حال، نقل آن توسط مشایخ بزرگ حدیث همچون کلینی، شیخ صدوق و ابن ولید، توجه صدوق به فقه الحدیث آن در *معانی الاخبار* و همسویی آن با سایر روایات، درجه‌ای از اعتبار به آن می‌بخشد.

۲. افراد سلسله سند آن، احمد بن محمد بن عیسی (طوسی، *الرجال*، ۳۵۱) علی بن حکم (خویی، *معجم رجال الحدیث*، ۳۹۴/۱۱)، مثنی بن ولید حناط (همان، ۱۸۵/۱۴) و ابو بصیر (نجاشی، ۴۴۱) همگی امامی و ثقه‌اند.

۳. رجال آن شامل عده‌ی کافی (ر.ک حر عاملی، ۳۴-۳۲/۲۰) احمد بن محمد بن خالد برقی (نجاشی، ۷۶)، حسن بن محبوب (طوسی، *الفهرست*، ۱۲۲) و سعدان بن مسلم (خویی، *معجم رجال الحدیث*، ۱۰۰/۸) امامی و ثقه‌اند.

سأله...» (ابن بابویه، جامع الاخبار، ۱۵۸؛ مجلسی، ۴۶۱/۷۲). این روایت مرسل، تأییدی بر ضرورت تأمین نیازهای محرومان همچون خوراک و پوشاک از اموالی غیر از زکات مصطلح است.

شبهه این روایت، روایات دیگری نیز وجود دارد (ابن بابویه، عقاب الاعمال، ۲۹۸؛ طوسی، الامالی، ۳۰۲-۳۰۳ و ۵۲۰؛ حر عاملی، ۱۱/۶، ۵۱۹/۳۲، ۱۶/۱۶ و ۴۶۵/۱۶؛ مجلسی، ۹۴/۷۱ و ۳۵۵/۷۳؛ طبرسی، ۸۹۷/۲؛ طبری، ۲۵۴/۴؛ طبرانی، ۳۲۲/۲؛ قرطبی، ۲۹۱/۴؛ سیوطی، الدر المثور، ۱۰۵/۲).

«... وإن الناس ما افتقروا ولا احتاجوا ولا جاعوا ولا عروا إلا بذنوب الاغنياء،...»

(ابن بابویه، من لا يحضره الفقيه، ۷/۲). این حدیث به صراحت، «گناه» گرسنگی، برهنگی و نیاز افراد جامعه را متوجه اغنیا ساخته است. همانند آن، روایات دیگری نیز وجود دارد (مجلسی، ۲۸/۹۳؛ نیز کلینی، ۶۶۸/۲؛ حر عاملی، ۴۹۰/۸؛ سیوطی، الجامع الصغير، ۴۷۸/۲) و از آن جا که با بر طرف شدن نیاز، موضوع مرتفع می‌گردد، وجوب رفع آن کفایی خواهد بود.

تعامل مشهور با روایات یادشده

کسانی که حقی مالی برای رفع فقر، جدای از زکات مصطلح را نپذیرفته‌اند، روایات یاد شده را به سه گونه توجیه کرده‌اند: حمل بر استحباب مؤکد (حر عاملی، ۳۲/۶؛ بحرانی، ۱۷/۱۲؛ نجفی، ۸/۱۵)، حمل بر اضطرار (حر عاملی، ۳۲/۶) و حمل بر تقیه (همان). لیک حمل بر استحباب، از یک سو مخالف تعبیراتی مانند: «فرض الله»، «فريضة»، «يجب»، «عليك» و تهدید موجود در آنهاست و از سوی دیگر، خود حکمی شرعی و نیازمند دلیل است و اما درباره‌ی حمل بر موارد اضطرار باید گفت: اگر مراد، موارد «نیاز» محرومان جامعه است، تفاوت چندانی با مدعای ما ندارد، لیک این پرسش مطرح است که چرا احکام آن، سهمی از مباحث فقهی را به خود ویژه نساخته

است؟ و اگر مراد این است که کمک مالی، صرفاً در صورت اضطرار بالفعل به «طعام» و خوف تلف واجب می گردد، با روایات یادشده سازگاری ندارد. حمل بر تقیه نیز، فاقد دلیل و بی اساس است؛ چه، عموم فقیهان و محدثان اهل سنت نیز، حقی مالی جز زکات مصطلح را به رسمیت نمی شناخته اند (نک: ابن قدامه، ۴۳۶/۲).

اکنون ببینیم چه دلایلی توجیحات یادشده را موجب گردیده است.

ادله‌ی توجیه روایات

دلایلی چند، موجب توجیه روایات و نیز آیات مثبت حقوق مالی جز زکات مصطلح شده است:

۱- **اعراض مشهور.** از ادله‌ی توجیه روایات، اعراض مشهور یاد شده است (حسینی شیرازی، ۳۹/۲۹). البته روشن است که مراد از آن، اعراض محدثان نیست؛ چراکه آنان هر یک بابتی را به موضوع بحث ما ویژه ساخته‌اند (کلینی، ۴۹۶/۳؛ ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۴۸/۲؛ حر عاملی، ۲۷/۶؛ مجلسی، ۹۲/۹۳)، بلکه مراد، اعراض فقیهان از عمل به مفاد آن‌ها است. لیک از یک سو اعراض یادشده عمومیت نداشته و شماری از قداما و متأخران، آن سان که خواهد آمد، به مفاد آن‌ها، فتوا داده‌اند و از سوی دیگر، «شهرت» و اعراض مشهور، نه خود حجیت دارد و نه می‌تواند دلیل معتبری بر ردّ روایات فراوان و صحیح باشد. آنچه در روایات علاجیه نیز آمده (حر عاملی، ۷۵/۱۸-۷۶)، شهرت روایی است که روایات مورد بحث از آن برخوردارند، نه شهرت عملی و از سوی سوم، هرگاه اعراض از روایتی، به جهت جمع دلالی بین دو روایت متعارض نما باشد، ارزش مرجحیت یا مرجعیت ندارد؛ چه، فهم یک یا چند فقیه، برای دیگر فقها حجت نیست.

۲- **وجود روایات متعارض.** مهم‌ترین مستند مشهور در توجیه روایات و آیات پیش گفته، روایاتی است که وجود هر حقی جز زکات را نفی کرده‌اند؛ مانند «لا یسأل الله عزوجل عبداً عن صلاة بعد الفریضة و لا عن صدقة بعد الزکاة...» (طوسی، تهذیب

الاحکام، ۱۵۳/۴) و «شهر رمضان نسخ کل صوم ... و الزکاة نسخت کل صدقة و غسل الجنابة نسخ کل غسل» (همان). روایاتی نیز از طریق اهل سنت با این مضمون رسیده است (نکته بخاری، ۱۷/۱)؛ از جمله «لیس فی المال حق سوى الزکاة» (ابن ماجه، ۵۷۰/۱)، لیک این روایات، فاقد اعتبارند؛ چراکه از نظر سندی، هر دو روایت نقل شده از طریق شیعه، ضعیف هستند؛ روایت اول به سبب «محمد بن خالد الاصبم» که در کتب رجالی، نامی از وی به میان نیامده و روایت دوم به سبب «حسین بن علوان کلبی» که عامی بوده و وثاقت وی اثبات نشده است (نجاشی، ۵۲). سایر روایات نیز، از طرق معتبر نزد شیعه گزارش نشده و از سوی برخی محققان اهل سنت نیز، مورد نقد و رد قرار گرفته‌اند (نووی، ۳۳۲/۵؛ بیهقی، ۸۴/۴؛ قرضاوی، ۹۶۶/۲). درباره‌ی محتوای آن‌ها نیز، چند نکته یادکردنی است:

۱- پیش‌تر گفتیم که واژه‌ی «زکات» در روایات نبوی (ص)، شامل تمام واجبات مالی می‌شود. بنابراین، مقصود از نبود حقی جز زکات، پرداخت همه‌ی حقوق الهی در اموال است.

۲- در روایات منقول از امامان (ع) نیز، به فرض صحّت، قرائنی چند وجود دارد که نشان می‌دهد مراد از زکات، تمامی واجبات مالی (اعم از زکات ظاهری، باطنی و خمس) است: یکم آن‌که در هر دو، هر گونه حقی جز زکات نفی شده است، در حالی که وجوب «خمس» از مسلمات فقهی است. دوم آن‌که زکات در ردیف صلاه یاد شده و به طور معمول هرگاه زکات مقرون با صلاه یاد می‌شود، مطلق واجبات مالی اراده می‌گردد. سوم آن‌که شیخ طوسی که خود، این دو روایت را گزارش کرده، به وجوب حقی جز زکات باور داشته و حتی آن را به اجماع شیعه نسبت داده است (الخلاف، ۵/۲) و از این جا معلوم می‌شود که این روایات را در مقام نفی حقوقی جز زکات نمی‌دانسته است.

۳- به فرض که مراد از زکات، خصوص زکات مصطلح باشد، ممکن است حصر موجود، حصر اطلاق و قابل تقیید باشد و این، در دیگر موضوعات نیز نمونه دارد (نک: حر عاملی، ۱۹/۷).

۴- نکته‌ی مهم‌تر آن است که حصر «اضافی» در آیات (انعام/ ۱۴۵ با توجه به: مائده/ ۳) و روایات (کلینی، ۳/۳۶۴-۳۶۶)، بسی شایع است. به نظر می‌رسد حصر موجود در این روایات نیز، حصر اضافی است و گواه آن، حصر غسل در روایات یاد شده به غسل جنابت است، در حالی که غسل‌های دیگری نیز در شریعت واجب است. اکنون ببینیم این حصر نسبت به زکات، برای خارج کردن چه مصادیقی است. تحلیلی تاریخی، مواردی را نشان می‌دهد که می‌تواند مورد نظر روایات باشد: یکم مالیات‌های گوناگون دوره‌ی جاهلیت که برخی از آن‌ها، صبغ‌های دینی به خود می‌گرفت، مانند «اتاه»، «عشر» و «مکس» (علی، جواد، ۷/۴۷۳-۴۸۶؛ زبیدی، ۴/۲۴۹، ۷/۱۰، ۳/۴۰۰) و روایات فراوانی در مذمت «عشار» و «مکس»، اشاره به آن‌ها دارد (ابن حنبل، ۴/۱۴۳؛ ابن بابویه، الخصال، ۳۳۸) دوم این که گرفتن عشور و مکوس با وجود ممنوعیت در زمان پیامبر (ص)، در دوره‌ی خلفا از سر گرفته شد (اجتهادی، ۲۴۹؛ ابوعمید، ۷۰۴؛ ابن سعد، ۵/۲۸۳). سوم وجوب پرداخت زائد بر زکات در صورت امتناع شخص، که نزد برخی فقیهان اهل سنت، مطرح بوده است (بیهقی، ۴/۱۰۵؛ نووی، ۵/۳۳۴؛ قرضاوی، ۲/۷۷۸-۷۸۲). به نظر می‌رسد که روایات منقول از پیامبر (ص)، ناظر به مورد اول و روایات امامان (ع) ناظر به مورد دوم و سوم است.

۵- روایت دوم، زکات را ناسخ هر صدقه‌ای می‌داند، در حالی که نسخ اصطلاحی با خبر واحد به اثبات نمی‌رسد (خویی، البیان، ۲۸۴) و از سوی دیگر، اگر مراد از «کل صدقه»، حقوقی همچون حق فقیر در مال غنی باشد، توسط همان امام (ع) و سایر امامان، به اثبات رسیده و قرآن نیز بدان‌ها ناطق است و اگر مراد، جز آن بوده است

ارتباطی با بحث ندارد. چنان که مواردی دیگر در روایت نیز، همچون «غسل هایی» که با غسل جنابت نسخ گردیده است، از چنین ابهامی رنج می‌برد.

۶- این روایات، در تعارض با روایاتی دیگر و نیز آیاتی هستند که حقوق مالی جز زکات مصطلح را تصریح کرده‌اند. از جمله آیات مطرح در همین بحث و آیاتی که به «جهاد با مال» و کمک مالی برای مقابله با دشمنان فرمان داده‌اند (انفال/ ۷۲؛ توبه/ ۲۰ و ۴۴ و ۸۱ و ۱۱۱؛ نساء/ ۹۵؛ حجرات/ ۱۵؛ صف/ ۱۱؛ نیز مغنیه، ۳۷/۴). همچنین، روایات پیش گفته به ویژه «إِنَّ فِي الْمَالِ حَقًّا سَوِيًّا» (ترمذی، ۸۵/۲). بنابراین، باید به مرجّحات روایی (کلینی، ۶۸/۱-۶۹ و ۲۲۲/۲، حر عاملی، ۷۶/۱۸-۸۰) و قواعد آن مراجعه کرد. ارزیابی بر اساس آن‌ها نشان می‌دهد که روایات مثبت این حق، دارای رجحان سندی و شهرت روایی و موافقت با آیات متعددی از قرآن و مخالفت با دیدگاه مشهور عامه مبنی بر نفی هر حقی جز زکات است.

۷- بی تردید حقوق واجب دیگری جز زکات مانند خمس، از مسلمات فقهی به شمار می‌رود و همان گونه که حقوق یادشده به گونه‌ی تخصیص یا تخصّص، از روایات نافی خارجند، زکات باطنی نیز چنین است.

ج) اصل عدالت

تأکید قرآن (حدید/ ۲۵؛ نحل/ ۹۰؛ رحمن/ ۷-۹؛ نساء/ ۱۳۵؛ اعراف/ ۲۹) و روایات (کلینی، ۵۴۲/۱) بر اصل عدالت، آن را از محدوده‌ی حکمی فرعی خارج و «اصل» ثابتی ساخته است (مطهری، ۶۱/۱). در عرصه‌ی عدالت اقتصادی، توجه به روایات (کلینی، ۵۴۲/۱) نشان می‌دهد که عدالت باید افراد را به حدّ «غنا» رساند و موجب بهره‌مندی «همه‌ی مردم» از «همه‌ی امکانات مادی» در عین تفاوت سطح معیشتی (زخرف/ ۳۲) گردد. تردیدی نیست که صرف پرداختن به زکات مصطلح، کفارات و نذورات، نمی‌تواند این مهم را محقق سازد.

مؤیدات

در کنار ادله‌ی یاد شده، مؤیداتی نیز وجود دارد که به اختصار اشاره می‌شود:

الف) فلسفه‌ی تشریح واجبات مالی

برای واجبات مالی، اهدافی در دو بخش تعریف شده است. نخست: اهداف مربوط به پرداخت کننده، مانند تطهیر (توبه/۱۰۳)، تزکیه (لیل/۱۸)، رشد فضیلت‌ها (بقره/۲۶۵)، کسب خشنودی خدا (همان)، آزمایش توانگران (آل عمران/۱۸۶؛ ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۷/۲)، برکت و حفظ مال (همان، ۲/۲) و دوم: اهدافی مربوط به دریافت کننده و جامعه، همچون تأمین نیازهای محرومان (همان، ۴/۲) و ریشه کن شدن فقر (همان، ۷/۲). در همین راستا، مسئولیت هر گونه رنج و محرومیت تهی‌دستان، متوجه اغنیا شده است (کلینی، ۴۹۶/۳). بسیاری از این نصوص، به اموال و افرادی محدود، ویژه نشده و کاملاً تعمیم داده شده است. از این روی، اهداف یاد شده و مسئولیت رفع فقر، اختصاص به زکات مصطلح ندارد.

ب) اصل مواسات مالی

آموزه‌های دینی در تبیین اصل «اُخوت» (حجرات/۱۰؛ کلینی، ۱۶۶/۲) بر حقوق مالی در قالب «مواسات» (ر.ک ابن منظور، ۳۵/۱۴ و ۳۶) تأکید دارند (ابن بابویه، النخصال، ۸؛ کلینی، ۱۷۱/۲). قرائنی همچون واژه‌ی «حق»، هم‌سویی با روایات زکات باطنی و بیان مصادیقی مانند «لزوم سیر کردن گرسنه» در این گونه روایات، حمل آن‌ها بر استحباب را ناستوار می‌سازد.

بررسی چند اشکال

با وجود دلایلی استوار بر مدعا، پاسخ به پاره‌ای اشکالات در این باره سزاوار

می‌نماید:

اشکال یکم: از آن جا که نفی وجوب هر حقی جز زکات مصطلح، مسأله‌ای اجماعی است (نجفی ۷/۱۵-۱۲)، ظواهر آیات و روایات باید توجیه یا اعراض گردد. در پاسخ به این اشکال چند نکته یادکردنی است:

۱- ادعای اجماع، با وجود مخالفانی بسیار بین قدما و متأخران، بی اساس است. از جمله شیخ صدوق *(الهدایه، ۱۷۹)*، کلینی *(۴۹۶/۳-۵۰۰)*، شیخ طوسی *(الخلاص، ۵/۲)* که ثبوت حقی جز زکات را اجماعی می‌داند، سید مرتضی *(الانتصار، ۲۰۹)*، محقق سبزواری *(۴/۱۹۹)*، محمد جواد مغنیه *(۴/۳۷)* و سید محمد شیرازی *(۲۹/۲۱)*. از بین اهل سنت نیز، فقیهانی همچون ابن حزم *(۶/۱۵۶-۱۵۹)* و قرضاوی *(۲/۹۶۳)* به ثبوت حقی جز زکات باور دارند.

یادکردنی است غالب فقیهان، این مسأله را مسکوت گذاشته‌اند و این، اثبات اجماع به‌ویژه محصل را ناممکن می‌سازد. برخی از فقیهان نیز که اشارتی به روایات زکات باطنی داشته‌اند، وجوب هر حقی جز زکات مصطلح را نفی کرده‌اند، یا احتیاط را در عدم ترک آن شمرده‌اند (سبزواری، ۳/۲۰)، یا پس از حکم به استحباب، الزام آن را بر خود شایسته دانسته‌اند (نجفی، ۱۵/۸-۱۰) و یا به گونه‌ای با اذعان به استفاده‌ی وجوب از روایات، به توجیه آن‌ها پرداخته‌اند (انصاری، *الزکاه، ۴*).

۲- این اجماع به فرض تحقق، مدرکی و مستند به روایات پیش گفته است و از این رو حجیتی ندارد؛ به ویژه آن که اجماع بر «فهمی خاص از روایات» است و نه اجماع بر «حکم».

۳- اجماع یاد شده، با ادله‌ی حقوق مسلمی همچون خمس، تخصیص خورده‌اند. بنابراین، ادله‌ی وجوب زکات باطنی نیز، مخصّص دیگری برای آن به شمار می‌رود.

۴- از آن جا که اجماع ادعایی، بر اساس روایات نافی حقوق جز زکات شکل گرفته، ممکن است ناظر به مالیات‌های اجباری از سوی حاکمان وقت همچون عشور و مکوس باشد.

اشکال دوم: ثبوت این حق، با اصل مالکیت خصوصی منافات دارد. پاسخ این است که مالکیت خصوصی در اسلام به طور «مقید» و «ضابطه‌مند» محترم است نه مطلق؛ چه، بخشی از مال که بایستی به عنوان واجبات مالی پرداخت گردد، اصولاً ملک مالک نیست و به گونه‌ی تخصیص یا تخصّص از مالکیت شخصی خارج است (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۴۲/۲-۴۰؛ نیز طوسی، المبسوط، ۲۸۵/۶-۲۸۶؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۷۵۸/۴).

اشکال سوم: تمسک به اصل برائت و اصل عدم (نجفی، ۸/۱۵) نیز بی اساس است؛ چه، استناد به اصول، ویژه‌ی مواردی است که دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد و با وجود انبوه آیات و روایات، جایی برای آن نمی‌ماند.

اشکال چهارم: «سیره‌ی مسلمانان بر عدم ایفاء این حق» (همان ۸/۱۵) نیز، به تنهایی نمی‌تواند مدرک فقهی قلمداد شود، مگر آن که جریان آن در زمان معصوم و با تأیید ایشان، قطعی باشد (مظفر، ۵۱۷-۵۱۵؛ انصاری، المکاسب، ۴۲/۳). درنگی در روایات نشان می‌دهد که سیره‌ی معصومان (ابن شهر آشوب، ۱۵۴/۴؛ حر عاملی، ۲۷۸/۶؛ مجلسی، ۴۳-۲۴/۴۱ و ۸۹-۸۸/۴۶) و اصحاب آنان (کلینی، ۵۰۱/۳)، بر پرداخت آن در دوره‌ی معصومان بوده است.

مسائل زکات باطنی

مسائل فراوانی در مورد شرایط و چند و چون زکات باطنی وجود دارد که مجال گسترده می‌طلبد. در این جا، صرفاً به این نکات اشاره می‌کنیم که زکات باطنی، به سان کمک به جبهه (انفال/۷۲؛ توبه/۱۱۱) و نفقه‌ی همسر (بقره/۲۳۳؛ طلاق/۷ و ۶؛ نجفی، ۳۳۰/۳۱-۳۳۳)، «معیار محور» است و نه «مقدار محور» و مقدار آن، بر اساس دو معیار «میزان توانایی مالی فرد» و «میزان حضور محرومیت و محرومان» معین می‌گردد (کلینی، ۴۴۲/۶). به همین جهت، وجوب آن کفایی خواهد بود. مصرف آن، فقرا و محرومان

هستند و در شرایط عادی پرداخت به کافر و مخالف نیازمند، به شرط عدم دشمنی با مؤمنان، جایز است (کلینی، ۵۵۱/۳؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۵۵/۴).

نتیجه

نتیجه‌ی تحقیق این است که بر اساس آیات و روایات متعدد که در قالب پنج دلیل مطرح شد، حقی مالی به شکل وجوب کفایی، به اموال توانگران تعلق می‌گیرد که هدف از آن، رفع فقر و از نظر مقدار و شرایط، با زکات مصطلح متفاوت است. این حق را بر پایه‌ی برخی روایات، زکات باطنی می‌نامیم. تفصیل ادله، پاسخ به اشکالات و پاره‌ای از احکام آن، در این نوشتار ذکر شد.

منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد؛ *النهایه فی غریب الحدیث و الاثر*، چاپ چهارم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
- ابن بابویه، محمد بن علی؛ *الخصال*، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین، بی تا.
- _____، *الهدایه*، چاپ اول، قم، مؤسسه الامام الهادی (ع)، ۱۴۱۸ق.
- _____، *معانی الاخبار*، تحقیق علی اکبر غفاری، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۱.
- _____، *من لایحضره الفقیه*، تحقیق علی اکبر غفاری، چاپ دوم، قم، جامعه المدرسین، ۱۴۰۴ق.
- ابن حزم، علی بن احمد؛ *المحلی*، تحقیق احمد محمد شاکر، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابن حنبل، احمد بن محمد؛ *مسند احمد*، بیروت، دارصادر، بی تا.
- ابن سعد، محمد بن سعد؛ *الطبقات الکبری*، بیروت، دار صادر، بی تا.
- ابن شهر آشوب، محمد بن علی؛ *المناقب*، قم علامه، بی تا.
- ابن عربی، محمد بن عبدالله؛ *احکام القرآن*، بی جا، بی تا.

- ابن قدامه، عبد الله؛ *المعنى*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.
- ابن ماجه، محمد بن یزید؛ *سنن ابن ماجه*، دارالفکر، بیروت، بی تا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم؛ *لسان العرب*، چاپ اول، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۰ق.
- ابوعبید، قاسم بن سلام؛ *الاموال*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۸ق.
- اجتهادی، ابوالقاسم؛ *وضع مالی و مالیه مسلمین از آغاز تا پایان دوره امویان*، چاپ اول، تهران، سروش، ۱۳۶۳.
- اردبیلی، احمد؛ *زبده البیان فی احکام القرآن*، چاپ اول، تهران، المکتبه المرتضویه، بی تا.
- انصاری، مرتضی؛ *الزکاة*، اول، قم، المؤتمر العالمی بمناسبه ذکرى المئويه الثانيه لميلاد الشيخ الانصارى، ۱۴۱۵ق.
- انصاری، مرتضی؛ *المکاسب*، چاپ دوم، قم، انتشارات دهقانی (اسماعیلیان)، ۱۳۷۴.
- ایروانی، جواد؛ «بازکاوی مفهوم و کاربرد واژه‌های زکات و صدقه در روایات»، *فصلنامه علوم حدیث*، سال سیزدهم، شماره ۴۸، تابستان ۱۳۸۷.
- بحرانی، یوسف؛ *الحدائق الناضرة*، تحقیق محمد تقی ایروانی، قم، جامعه مدرسین، بی تا.
- بخاری، محمد بن اسماعیل؛ *صحیح البخاری*، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۳ق.
- بیهقی، احمد بن حسین؛ *السنن الکبری*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ترمذی، محمد بن عیسی؛ *سنن الترمذی*، دوم، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۳ق.
- جصاص، احمد بن علی؛ *احکام القرآن*، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ *وسائل الشیعه*، تحقیق عبد الرحیم ربانی شیرازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- حسینی شیرازی، محمد؛ *الفقه*، چاپ دوم، بیروت، دارالعلوم، ۱۴۰۸ق.
- حکیمی، محمد رضا و دیگران؛ *الحیاه*، چاپ اول، تهران، مکتب نشر الثقافه الاسلامیه، ۱۳۶۸.

- حویزی، علی بن جمعه؛ *نور الثقلین*، تصحیح سید هاشم رسولی، چاپ چهارم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۲ق.
- خویی، ابوالقاسم؛ *البيان فی تفسیر القرآن*، چاپ سوم، قم دارالثقلین، ۱۴۱۸ق.
- _____، *معجم رجال الحديث*، چاپ پنجم، ۱۴۱۳ق.
- سبزواری، محمد باقر؛ *ذخیره المعاد*، موسسه آل البيت (ع)، بی تا.
- سیوطی، عبد الرحمن بن ابی بکر؛ *الدر المثور*، چاپ اول، بیروت، دارالمعرفه، ۱۳۶۵ق.
- شهید اول، محمد بن مکی؛ *الدروس الشرعیه*، چاپ اول، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.
- صادقی، محمد؛ *الفرقان فی تفسیر القرآن*، چاپ دوم، قم، انتشارات فرهنگي اسلامی، ۱۳۶۵.
- طباطبایی، محمد حسین؛ *المیزان فی تفسیر القرآن*، چاپ اول، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۷ق.
- طبرانی، سلیمان بن احمد؛ *المعجم الكبير*، چاپ دوم، قاهره، مکتبه ابن تیمیه، بی تا.
- طبرسی، فضل بن حسن؛ *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، چاپ اول، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۶ق.
- طبری، محمد بن جریر؛ *تاریخ الامم و الملوک*، بیروت، موسسه الاعلمی، بی تا.
- _____، *جامع البیان عن تاویل آی القرآن*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
- طوسی، محمد بن حسن؛ *الاستبصار*، قم، دارالکتب الاسلامیه، بی تا.
- _____، *الامالی*، چاپ اول، قم، دارالثقافه، ۱۴۱۴ق.
- _____، *الخلاف*، چاپ اول، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
- _____، *الفهرست*، چاپ اول، موسسه نشر الفقاهه، ۱۴۱۷ق.
- _____، *المسبوط فی فقه الامامیه*، تحقیق محمد تقی کشفی، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ق.
- _____، *النهايه*، بیروت، دارالاندلس، بی تا.

- _____، **تهذیب الاحکام**، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- _____، **الرجال**، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- عسکری، مرتضی؛ **معالم المدرستین**، بیروت، موسسه النعمان، بی تا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف؛ **تذکره الفقهاء**، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۵ق.
- سیّد مرتضی، علی بن حسین؛ **الانتصار**، چاپ اول، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- علی، جواد؛ **المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام**، منشورات الشریف الرضی، بی تا.
- عیاشی، محمد بن مسعود؛ **تفسیر العیاشی**، تحقیق سید هاشم رسولی محلاتی، تهران، المکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
- فاضل جواد، جواد بن سعید؛ **مسالك الافهام الی آیات الاحکام**، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۳ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله؛ **کنز العرفان فی فقه القرآن**، چاپ اول، قم، انتشارات مرتضوی، ۱۳۷۳.
- فخر رازی، محمد بن عمر؛ **مفاتیح الغیب** (التفسیر الکبیر)، چاپ سوم، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ق.
- قرطبی، محمد بن احمد؛ **الجامع لاحکام القرآن**، بیروت، موسسه التاریخ العربی، ۱۴۰۵ق.
- قطب راوندی، سعید الدین هبه الله؛ **فقه القرآن**، چاپ دوم، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب؛ **الکافی**، تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- مجلسی، محمد باقر؛ **بحار الانوار**، چاپ سوم، بیروت، موسسه الوفاء، ۱۴۰۳ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن؛ **المختصر النافع**، سوم، تهران، موسسه البعثه، ۱۴۱۰ق.

- محقق حلی، جعفر بن حسن؛ *شرایع الاسلام*، تحقیق سید صادق شیرازی، چاپ دوم، تهران، انتشارات الاستقلال، ۱۴۰۹ق.
- مطهری، مرتضی؛ *مجموعه آثار استاد شهید مطهری*، چاپ دهم، تهران، صدرا، ۱۳۸۲.
- مظفر، محمدرضا؛ *اصول الفقه*، تحقیق عباس علی زارعی سبزواری، چاپ دوم، قم، بوستان کتاب، ۱۴۴۲ق.
- معرفت، محمد هادی؛ *التمهید فی علوم القرآن*، چاپ سوم، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- مغنیه، محمد جواد؛ *التفسیر الکاشف*، چاپ اول، تهران، دارالکتاب الاسلامی، ۱۴۲۴ق.
- مفید، محمد بن محمد؛ *المقنعة*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ق.
- مکارم شیرازی، ناصر و دیگران؛ *تفسیر نمونه*، چاپ شانزدهم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۳.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۱۱ق.
- منتظری، حسین علی؛ *کتاب الزکاة*، چاپ اول، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
- نجاشی، احمد بن علی؛ *رجال النجاشی*، چاپ پنجم، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- نجفی، محمد حسن؛ *جواهر الکلام*، تحقیق عباس قوچانی، چاپ دوم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- نووی، یحیی بن شرف؛ *المجموع فی شرح المهدب*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- _____، *روضه الطالبین*، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶/۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۷۳-۹۸

وکالت غیر مستقیم*

دکتر علی رضا باریکلو

دانشیار دانشگاه تهران، پردیس قم

Emil: bariklou @ ut.ac.ir

چکیده

وکیل که دارای حق توکیل است، اگر حق خود را اعمال و شخص دیگری را برای اجرای موضوع وکالت انتخاب کند، شخص انتخاب شده، وکیل انتخاب کننده نیست، بلکه وکیل غیرمستقیم موکل محسوب می‌شود. بنابراین، اگر مورد وکالت، انعقاد معامله‌ای باشد و وکیل غیرمستقیم، آن را منعقد کند، آن متعلق به موکل است و او باید تعهدات ناشی از آن را اجرا نماید، مشروط بر اینکه وکیل از حدود اختیارات خود تجاوز نکرده باشد.

در موردی که وکیل از حدود اختیارات خود تجاوز کند، اگر مورد معامله یا عوض آن مال متعلق به موکل است، قرارداد معتبر نیست؛ مگر این که موکل صراحتاً یا ضمناً آن را تنفیذ کند. اما اگر موضوع معامله یا عوض آن کلی است، وکیل یا وکیل غیرمستقیم باید تعهدات ناشی از عقد را اجرا کند و موکل متعهد به انجام آن نیست.

کلیدواژه‌ها: حق توکیل، خارج از حدود اختیارات، غیرمستقیم، معامله، وکیل، موکل.

مقدمه

وکالت عقدی است که شخص می‌تواند با انعقاد آن، حقوق و امور خود را از طریق دیگری به مصلحت و منافع خود اجرا کند. دارنده‌ی حق، موکل و اجرا کننده‌ی آن وکیل نامیده می‌شود. یکی از تعهدات وکیل، مباشرت در اجرای مورد وکالت است و او نمی‌تواند دیگری را به عنوان وکیل برای اجرای مورد وکالت انتخاب کند؛ چون موکل با اعتماد به شخص وکیل، او را انتخاب کرده است.

با این وجود، این تعهد از آثار ذاتی عقد وکالت نیست، بلکه از آثار اطلاقی آن است. به همین جهت در ماده‌ی ۶۷۲ ق.م. مقرر شده است: اگر وکیل حق توکیل داشته باشد، می‌تواند دیگری را به وکالت انتخاب کند.

در صورتی که وکیل حق توکیل داشته باشد و آن را اعمال کند، این موضوع از جنبه‌هایی قابل بررسی است. مثلاً وکیلی که از سوی وکیل اول انتخاب می‌شود، به وکالت از طرف چه کسی اقدام می‌کند و در قبال چه کسی مسئول است و باید پاسخگو باشد؟ یا آن که حدود وکالت وکیل دوم در قبال موکل اصلی و وکیل اول به چه میزانی است؟ همچنین او در قبال طرف قرارداد خود چه تعهداتی خواهد داشت؟ و چه کسی متعهد است که حق الوکاله را پرداخت کند؟

بنابراین، در صورتی که وکیل، حق توکیل داشته باشد و آن را اعمال کند، نمایندگی شخص انتخاب شده و رابطه‌ی او با انتخاب کننده و دارنده‌ی حق یا موکل اصلی، موضوعی است که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. نمایندگی وکیل

در صورتی که وکیل با داشتن حق توکیل، اقدام به انتخاب شخصی جهت انجام مورد وکالت کند، این موضوع قابل طرح است که شخص انتخاب شده، به نمایندگی از طرف چه کسی انتخاب شده و در قبال چه کسی مسئول است و از جانب چه کسی اقدام به وکالت می‌کند. آیا باید به عنوان نماینده‌ی دارنده‌ی حق عمل کند، یا لازم است

به عنوان نماینده‌ی وکیل اول، که او را انتخاب کرده است، عمل کند، یا از جانب هر دو نمایندگی خواهد داشت؟

در مورد نمایندگی شخص منتخب، نظریات متفاوتی ابراز شده است. بعضی معتقدند که وکیل دوم، نماینده‌ی وکیل اول است؛ زیرا او این شخص را به نمایندگی انتخاب کرده است و اقتضای قواعد حقوقی در این است که وکیل دوم از شخص انتخاب کننده وکالت داشته باشد؛ مگر این که اثبات شود حدود اختیار وکیل اول (مقام انتخاب کننده) محدود به انتخاب وکیل بوده است که در این صورت، شخص انتخاب شده از موکل اصلی وکالت خواهد داشت و مورد وکالت موکل، توسط نماینده‌ای که وکیل اول انتخاب می‌کند، موضوعاً انجام شده محسوب می‌شود (طباطبایی، ۲۶۱/۹؛ امامی، ۳۰۷/۲).

این نظریه که ظاهراً مبتنی بر اصل نسبی بودن قراردادها است، دارای پیامدهایی است که نمی‌توان به آن ملتزم شد؛ زیرا اگر وکیل اول (مقام انتخاب کننده)، موکل شخص انتخاب شده محسوب شود، مستلزم این است که وکیل انتخاب شده باید در اقدامات خود مصلحت انتخاب کننده را رعایت کند و توجهی به مصلحت موکل اصلی و دارنده‌ی حق نداشته باشد، در صورتی که نمی‌توان او را ملتزم به رعایت غبطه‌ی وکیل انتخاب کننده دانست. همچنین اگر مورد وکالت، انجام عمل حقوقی و انعقاد عقدی از عقود باشد، به اقتضای نمایندگی، تمام حقوق ناشی از قرارداد متعلق به موکل است و وکیل فقط اجرت و دستمزد انعقاد معامله را دریافت می‌نماید (ر.ک نجفی، ۲۷/۴۰۱؛ صدر، ۱۱۶/۴؛ سنه‌وری، ۱۲۷/۵ و ۱۴۸؛ عدل، ۱۱۶). همچنین تعهدات ناشی از قرارداد را نیز باید موکل انجام دهد.

مسئلاً نمی‌توان وکیل دوم را به رعایت غبطه‌ی وکیل اول ملزم کرد و یا وکیل اول را به انجام تعهدات ناشی از معامله‌ی وکیل دوم ملتزم دانست؛ زیرا فلسفه‌ی لزوم

رعایت غبطه‌ی موکل توسط وکیل، اجرای حق موکل است که توسط وکیل اعمال می‌شود (ر.ک: نجفی، ۳۷۴/۲۷).

در موضوع مورد بحث، وکیل دوم، حق وکیل اول را اجرا نمی‌کند، بلکه حق موکل اصلی را اعمال می‌نماید. به همین دلیل لازم است که غبطه‌ی موکل اصلی را در اعمال آن رعایت نماید. همچنین موکل باید تمام تعهدات ناشی از معامله‌ی وکیل را انجام دهد. به همین جهت، طرفداران این نظریه تمام آثار قرارداد به نمایندگی را بر رابطه‌ی وکیل اول و دوم مترتب نکرده‌اند و فقط عقد وکالت را از حیث بقا و زوال تابع اراده و اهلیت موکل و وکیل اول محسوب نموده‌اند و تمام آثار عقد را نسبت به وکیل اول مترتب نکرده‌اند.

علاوه بر این، در صورتی که وکیلی حق توکیل داشته باشد و تردید شود که مورد وکالت او محدود به انتخاب وکیل و یا فراتر از آن است، اصل استقلال اشخاص از یکدیگر اقتضا دارد که وکالت به موارد متیقن محدود شود. از لحاظ ظهور نیز نمی‌توان وکیل اول را موکل وکیل دوم محسوب نمود. بنابراین، با توجه به پیامدهای متعارض این نظریه، نمی‌توان بر آن اعتماد کرد.

بعضی دیگر به جایگاه وکیل اول و نقش او از دیدگاه موکل در حق توکیل توجه نموده و معتقدند: لازم است به نقش وکیل اول در حق توکیل از منظر موکل توجه شود. اگر شخصیت او در حق توکیل اهمیت داشته و علت عمده‌ی حق توکیل باشد، وکیل انتخاب شده، نماینده‌ی وکیل اول محسوب می‌شود؛ ولی اگر شخصیت او علت عمده‌ی حق توکیل نباشد، شخص انتخاب شده، نماینده‌ی موکل است و مورد وکالت وکیل اول، انتخاب وکیل بوده که با انتخاب او، تعهد وکالتی خود را انجام داده است (کاتوزیان، ۱۷۰).

این نظریه نیز در بخشی که وکیل دوم را نماینده‌ی وکیل اول محسوب می‌نماید، مانند نظریه‌ی پیشین، دارای پیامدهایی است که نمی‌توان به آن ملتزم شد؛ چون نتایج مترتب بر آن با قواعد حقوقی و فلسفه‌ی نمایندگی منطبق نیست.

بعضی دیگر معتقدند که شخص انتخاب شده، نماینده‌ی موکل است (حلی، ۳۵۱/۲؛ موسوی، ۴۴/۲؛ صدر، ۴۸/۵؛ کرکی، ۱۹۵/۸؛ صانعی، ۳۰۴/۲) و او وکیل غیرمستقیم است؛ زیرا رابطه‌ی وکالت پیوسته بین دارنده‌ی حق و اعمال کننده و یا اصیل و وکیل قابل تحقق است. روشن است که بر فرض این که وکیل اول اختیارات تام داشته باشد، در رابطه با وکیل دوم، نمی‌تواند اصیل و موکل تلقی شود؛ زیرا او دارنده‌ی حق و مالک امر مورد وکالت نیست (ر.ک نجفی، ۳۲۲/۲۷).

این نظریه با قواعد و اصول حقوقی و همچنین فلسفه‌ی وکالت مطابقت‌تر است؛ چون موکل و اصیل به کسی اطلاق می‌شود که دارنده‌ی حق مورد وکالت باشد. بنابراین، شخص انتخاب شده توسط وکیل اول، وکیل غیرمستقیم موکل محسوب می‌شود. به همین جهت لازم است که در صورت تعارض منافع دارنده‌ی حق و وکیل انتخاب کننده، منافع و غبطه‌ی موکل و دارنده‌ی حق را رعایت کند و نمی‌تواند برای رعایت منافع انتخاب کننده، از غبطه‌ی دارنده‌ی حق صرف نظر کند.

با این وجود، این موضوع قابل توجه است که آیا شرط انتخاب وکیل برای وکیل، صحیح است؟ مثلاً اگر موکل به وکیل اول اجازه دهد که برای خود شخصی را به عنوان وکیل انتخاب کند، آیا شخص انتخاب شده، وکیل انتخاب کننده است؟ صاحب نظران حقوق اسلامی، شرط انتخاب وکیل برای وکیل را صحیح شمرده و معتقدند اگر موکل یا وکیل شرط کند که وکیل، ناشی از اعمال حق توکیل وکیل اول باشد، شرط صحیح است و شخص انتخاب شده، نماینده‌ی وکیل اول است (نجفی، ۳۲۲/ ۲۷؛ حلی، ۳۵۱/۲؛ موسوی، ۴۴/۲؛ صدر، ۴۸/۵؛ کرکی، ۱۹۴/۸؛ یزدی، ۲۱۵/۵).

هر چند که شرط مزبور صحیح تلقی شده است، ولی مشکل می‌توان آن را با قواعد حقوقی منطبق نمود. در وکالت، نظریه‌ی مشهور مبتنی بر جانشینی و استنباط است و وکیل نمی‌تواند در مورد وکالت، نماینده داشته باشد؛ زیرا کسی می‌تواند نماینده انتخاب کند که اصالتاً صاحب حق مورد وکالت باشد؛ در حالی که وکیل فقط حق اجرای مورد وکالت را در جهت منافع موکل دارا است و اصالتاً هیچ گونه حقی ندارد تا برای اجرای آن، جانشینی انتخاب کند. به همین جهت، تمام آثار اقدامات وکیل را نسبت به وکیل اول مترتب ندانسته و فقط حق عزل او و نیز فقدان اهلیت وکیل اول را در انفساخ وکالت او مؤثر دانسته‌اند (ر.ک: موسوی، ۴۴/۲؛ کرکی، ۱۹۴/۸؛ یزدی، ۲۱۵/۵). حتی بعضی، با وجود صحیح دانستن شرط، آن را وکیل غیرمستقیم موکل محسوب کرده و معتقدند اذن موکل در توکیل برای وکیل اول عبارت از این است که اقدامات وکیل وکیل (وکیل دوم) اقدامات غیرمستقیم موکل محسوب شود و این واسطه محفوظ است. وکالت وکیل دوم مرکب از دو وکالت است: اگر موکل بیهوش شود یا فوت و یا عزل کند، هر دو وکالت از بین می‌رود و اگر وکیل اول نیز بیهوش شود یا فوت و یا عزل کند، وکالت دوم منقضی می‌شود (نجفی، ۳۲۲/۲۷).

واضح است که در این نظریه، تمام آثار معاملات به نمایندگی نسبت به وکیل اول مترتب نشده و وکیل دوم نماینده‌ی غیرمستقیم موکل محسوب شده است. این نظر مؤید این موضوع است که وکیل اول، موکل وکیل دوم محسوب نمی‌شود و فقط حق نظارت بر اقدامات وکیل دوم را خواهد داشت. واضح است که حق نظارت مزبور، وکالتی است و به اصالت نیست؛ چون وکالت را نمی‌توان با وصایت یا ولایت قیاس نمود؛ زیرا همان‌گونه که اثبات شده است، ولی و وصی می‌توانند نماینده داشته باشند، ولی وکیل نمی‌تواند برای خود وکیل انتخاب کند (نجفی، ۳۸۸/۲۷).

به همین دلیل، شرط انتخاب وکیل برای وکیل اول به این تفسیر شده که او دارای حق نظارت بر اقدامات وکیل دوم است. چنین شرطی مانعی ندارد؛ زیرا موکل دارای

حق نظارت بر اقدامات وکیل است و می‌تواند آن را شخصاً یا از طریق وکیل اعمال کند، ولی اگر شرط به این معنا تفسیر شود که رابطه‌ی وکیل اول با دوم مانند رابطه‌ی موکل با وکیل اول از تمام جهات و نسبت به تمام آثار اقدامات وکیل باشد، چنین شرطی نامعقول و باطل است.

بنابراین، با وجود آن که شخص منتخب، وکیل غیرمستقیم دارنده‌ی حق محسوب می‌شود، می‌توان این موضوع را طرح کرد که آیا وکیل اول می‌تواند بر اقدامات او نظارت کند؟ در این مورد لازم است به حدود اختیارات وکیل اول توجه شود. اگر قلمرو وکالت او، علاوه بر انتخاب وکیل، شامل نظارت بر اقدامات او نیز بشود، می‌تواند بر اقدامات وکیل غیرمستقیم، به نمایندگی از موکل نظارت کند، ولی اگر قلمرو وکالت او شامل حق نظارت نشود و در انتخاب وکیل ظهور داشته باشد، با انتخاب وکیل، مورد وکالت او انجام شده محسوب می‌گردد.

در صورت تردید در حق نظارت، اصل اولیه، عدم حق نظارت است (شهادت‌ثانی، ۲۶۱/۵)؛ زیرا او به نمایندگی از موکل نظارت می‌نماید و با شک در مورد وکالت، به استناد اصل استقلال اشخاص، حکم به عدم نمایندگی می‌شود.

۲. تعهدات ناشی از معاملات وکیل غیرمستقیم

اگر موضوع وکالت انعقاد عقدی از عقود باشد که وکیل غیرمستقیم آن را به نمایندگی منعقد کرده است، این موضوع قابل بررسی است که تعهدات و حقوق ناشی از آن متعلق به چه کسی است؟ آیا طرف قرارداد می‌تواند به وکیل و یا شخص انتخاب کننده مراجعه کند یا باید به موکل و دارنده‌ی حق رجوع نماید؟ اقتضای اصول و قواعد در این است که اگر وکیل اول در انتخاب وکیل غیرمستقیم در حدود اختیارات قراردادی و یا متعارف عمل کند و وکیل دوم نیز از حدود آن تجاوز ننماید، تمام حقوق و تعهدات ناشی از آن بر عهده‌ی موکل است و او نسبت به معامله‌ای که به نمایندگی

انعقاد کرده است، تعهدی نخواهد داشت (نجفی، ۳۸۸/۲۷؛ سنهوری، ۱۴۸/۵؛ کاتوزیان، ۱۷۷). به همین جهت در ماده‌ی ۶۷۴ ق.م. مقرر شده است: «موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است، انجام دهد...».

این وجه کاملاً مطابق با قواعد حقوقی و اقتضای نمایندگی است؛ زیرا قرارداد به نمایندگی اساساً برای موکل ایجاد حق و تعهد می‌کند. در نتیجه، نسبت به وکیل حق و تعهدی ایجاد نمی‌شود. این در صورتی است که وکیل غیرمستقیم در قلمرو اختیارات خود عمل کرده باشد، اما اگر معاملات وکیل غیرمستقیم، خارج از حدودی باشد که موکل تعیین کرده است، دو حالت قابل تصور است: نخست این که وکیل غیرمستقیم در حدود اختیاراتی که وکیل اول مشخص نموده، عمل کرده است، ولی وکیل اول در تعیین حدود اختیار وکیل غیر مستقیم از شرط مقرر موکل تجاوز کرده است. در این مورد هر چند ممکن است استدلال شود که وکیل غیر مستقیم ظاهراً در حدود اختیارات خود عمل کرده است و طبق ماده‌ی ۶۷۴ ق.م. معاملات در حدود اختیارات وکیل نافذ است و موکل باید تعهدات ناشی از آن را اجرا کند، ولی ماده‌ی ۶۷۴ ق.م. ناظر بر وکالت مستقیم است و از این مورد منصرف است؛ چون اگر وکیل اول در انتخاب وکیل غیرمستقیم، از حدود اختیارات خود تجاوز کند، وکالت نافذ نیست. در نتیجه، نمی‌توان مدعی شد که وکیل غیرمستقیم در حدود تعیین شده عمل کرده است. بنابراین، در این فرض، معامله نسبت به موکل نافذ نیست. بله، اگر طرف قرارداد خسارتی مطالبه کند و یا خسارتی به وکیل غیر مستقیم وارد شود، با تنقیح مناط از ماده‌ی ۲۶۳ ق.م. بر مبنای قاعده‌ی غرور، او می‌تواند خسارت پرداخت شده به طرف قرارداد و یا وارد بر خویش را از وکیل اول تقاضا نماید.

ولی اگر وکیل اول از حدود قرارداد تعدی نکند، اما وکیل غیرمستقیم از حدود مقرر تخلف کند، هر چند بعضی، در باره‌ی معاملات خارج از حدود مدیران که به نوعی نمایندگی از شرکت است، معتقدند اگر یکی از مدیران بدون اذن سایرین تصرف

کند، معامله نافذ است و شرکت یا شرکا می‌توانند علیه مدیر اقامه‌ی دعوی جبران خسارت ناشی از نفوذ معامله کنند؛ زیرا اولاً در ماده‌ی ۵۸۰ ق.م. مسئولیت و ضمان مدیر مطرح شده و واضح است که اگر معاملات خارج از اختیار مدیر غیر نافذ باشد، هیچ خسارتی برای شرکت و شرکا قابل تصور نیست تا مدیر ضامن آن باشد؛ لذا، با توجه به این ماده که مدیر را ضامن دانسته است، معاملات مدیر نافذ ولی ضامن است خسارات ناشی از آن را که به شرکت و شرکا وارد شده است، جبران کند. ثانیاً در موردی که شک در صحت یا بطلان قراردادی شود، چون اصل بر صحت قرارداد است، باید دلیلی بر بطلان اقامه شود که در این مورد دلیلی وجود ندارد. ثالثاً مدیر مانند وکیل است و همان‌گونه که تصرفات خارج از حدود وکیل بدون دخالت سایر وکلا نافذ است، تصرفات خارج از حدود اختیارات مدیر نیز نافذ است (کاشانی، ۲۶).

به نظر می‌رسد این نظریه به وجوهی با حقوق مدنی ایران مطابق نیست؛ زیرا اولاً ماده‌ی ۵۸۱ ق.م. به صراحت معاملات خارج از حدود مدیر را فضولی و غیر نافذ محسوب کرده است. با توجه به این ماده، حکم ماده‌ی ۵۸۰ ق.م. حمل بر خسارت ناشی از تصرفات مادی می‌شود تا تعارضی بین دو ماده‌ی متوالی ایجاد نگردد. ثانیاً اصل صحت بر قراردادی حاکم است که ظاهراً شرایط صحت قرارداد در آن فراهم باشد و در موضوع مورد بحث، وکیل خارج از اختیار خود عمل نموده است و طبق ماده‌ی ۲۴۷ ق.م. چنین معامله‌ای صحیح نیست. به همین جهت، در قسمت دوم ماده‌ی ۶۷۴ ق.م. مقرر شده است: «... در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام شده است، موکل هیچ‌گونه تعهدی نخواهد داشت، مگر اینکه اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند».

بنابراین، غیرنافذ بودن ضمانت اجرای حقوقی تخلفات وکیل در اعمال حقوقی، کاملاً مطابق با اصول حقوقی است؛ زیرا به استناد اصل استقلال اشخاص و ماده‌ی ۲۴۷ ق.م. هیچ کس حق ندارد در امور و حقوق دیگران دخالت کند. وکالت موردی

است که استثنائاً وکیل می‌تواند در امور موکل دخالت کند. با توجه به خلاف اصل استقلال اشخاص بودن وکالت، لازم است بر موارد متیقن اکتفا شود و آن موردی است که وکیل در حدود اختیارات عمل کند و اگر از حدود تجاوز نماید، چون نسبت به مازاد از حدود، سمت وکالت نداشته، از انجام آن بیگانه و معامله‌ی بیگانه غیر نافذ است.

۳. مسئولیت وکیل غیرمستقیم در قبال طرف معامله

در صورتی که موکل تعهدات خود را انجام ندهد یا در مواردی که به دلیل تجاوز وکیل از حدود اختیارات، معامله نسبت به موکل غیرنافذ محسوب شده، آیا طرف قرارداد حق رجوع به وکیلی که با او قرارداد منعقد کرده است را دارد یا او فقط باید به موکل مراجعه نماید و حق مراجعه به وکیل را نخواهد داشت؟

به نظر می‌رسد، لازم است بین موردی که وکیل در حدود اختیارات و خارج از اختیارات عمل کرده است و همچنین در فرض اول نیز بین موردی که وکیل اظهار سمت کرده و یا آن را اخفا کرده، فرق گذاشت. بنابراین، هرکدام جداگانه بررسی می‌شود.

در صورتی که وکیل در حدود اختیارات عمل کرده و نیز در زمان انعقاد معامله اظهار سمت کرده باشد، تمام صاحب نظران معتقدند که وکیل مسئولیتی در قبال طرف قرارداد نخواهد داشت و او حق رجوع به وکیل را ندارد (نجفی، ۴۰۰/۲۷؛ سنه‌وری، ۱۲۷/۵؛ کاتوزیان، ۱۹۳)؛ زیرا او با اظهار سمت وکیل، انعقاد معامله با موکل را قصد کرده است و اقتضای اصل نسبی بودن قراردادها در این است که فقط بتواند به موکل یا قائم مقام او رجوع کند.

استناد به این که طبق ماده‌ی ۲۱۹ ق.م. معاملات بین طرفین و قائم مقام آنان لازم الاجرا است و در نتیجه، وکیل به عنوان قائم مقام موکل مسئول است و باید تعهدات

ناشی از قرارداد به نمایندگی را انجام دهد، غیر موجه است؛ زیرا اولاً وکیل، قائم مقام موکل در مقام انعقاد و تشکیل قرارداد است و قائم مقام او در اجرای قرارداد نیست. به همین جهت، حقوق دانان در تفسیر قائم مقام ماده‌ی ۲۱۹ ق.م. به وراثت و طلب‌کار و منتقل‌الیه اکتفا کرده و آن را شامل وکیل ندانسته‌اند (ر.ک: شهیدی، ۲۴؛ امامی، ۲۳۵). ثانیاً تا زمانی که اصیل و طرف قرارداد موجود است، طرف دیگر قرارداد نمی‌تواند به قائم مقام رجوع کند. در نتیجه، در این فرض، طرف قرارداد حق رجوع به وکیل را نخواهد داشت.

در صورتی که وکیل اظهار سمت نکند و بعد از انعقاد معامله ثابت کند که معامله را به نمایندگی برای موکل انجام داده است، اختلافی نیست که معامله به موکل تعلق خواهد داشت و وکیل نمی‌تواند نسبت به آن حقی داشته باشد، ولی در مورد مسئولیت او نسبت به تعهدات ناشی از عقد در قبال طرف قرارداد اختلاف است. منشأ اختلاف تعارض ظاهر و واقع معاملات به نمایندگی در این فرض است؛ زیرا بر حسب ظاهر، هر کس معامله‌ای را منعقد می‌کند، برای خود او است؛ چون طرف قرارداد به این ظاهر اعتماد کرده است، به استناد این ظاهر وکیل باید تعهدات ناشی از آن را انجام دهد. از طرف دیگر، بر حسب واقع، وکیل برای موکل معامله کرده است و اقتضای معامله به نمایندگی این است که وکیل، نسبت به آن تعهدی نداشته باشد و تمام تعهدات ناشی از آن را باید موکل انجام دهد. تعارض این دو وضع موجب اختلاف حقوق دانان و صاحب نظران شده است.

در حقوق اسلام، بین فقهای امامیه اختلافی نیست که اگر وکیل اثبات سمت کند، تعهدی در قبال طرف قرارداد نخواهد داشت (ر.ک: طباطبایی یزدی، ۲۱۴/۵ و ۲۳۴؛ شهید ثانی، ۳۰۲/۵). در سایر مذاهب اسلامی، بعضی مانند حنفیان و مالکیان بین حکم عقد و حق عقد تفصیل داده و معتقدند: حکم عقد مثلاً در بیع، عبارت از جابه‌جایی ثمن و مضمن است که نسبت به موکل مترتب است، ولی حقوق ناشی از بیع، مانند لزوم

تسلیم مبیع، پرداخت ثمن و حق مطالبه‌ی ثمن یا مثن متعلق به وکیل است؛ زیرا اولاً قرارداد به نمایندگی را او منعقد کرده است و طرف قرارداد با موکل معامله نکرده است. ثانیاً اصل بر این است که هر معامله‌کننده‌ای اصیل است و طرف قرارداد بر این اصل اعتماد کرده است. بنابراین، وکیل در قبال طرف قرارداد مسئول است (ر.ک سنهوری، ۱۵۷/۵)، ولی بعضی دیگر مانند شافعیان و حنبلیان معتقدند: تمام آثار قرارداد به نمایندگی، اعم از حکم و حقوق، متعلق به موکل است و وکیل هیچ مسئولیتی در قبال طرف دیگر قرارداد نخواهد داشت (همان، ۱۷۱).

در حقوق ایران نیز بعضی معتقدند: اگر وکیل در زمان انعقاد قرارداد اظهار سمت نکند و بعد از انعقاد آن ثابت کند که به وکالت از دیگری عمل کرده است، در این فرض او مسئول انجام تعهدات ناشی از آن در قبال طرف عقد است؛ چون «اگر قصد انجام معامله برای موکل در تراضی نیاید، اثری در عقد ندارد و تعهد ناشی از آن را از بین نمی‌برد» (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۵۱/۲)، ولی بعضی دیگر معتقدند: در صورت اثبات سمت، وکیل تعهدی نخواهد داشت (عدل، ۱۱۶).

به نظر می‌رسد، وکیل در قبال طرف دیگر، تعهد قراردادی نخواهد داشت؛ زیرا عمده‌ی وجوه متعهد بودن او در قبال طرف قرارداد، اصل ظاهر انعقاد معامله برای خود و عدم ورود قصد انجام معامله برای موکل در قلمرو تراضی است که این وجوه در موضوع مورد بحث قابل استناد نیست؛ چون در مورد ظاهر، ثابت است که ظواهر الفاظ یا اعمال تا زمانی حجت است که خلاف آن اثبات نشود (ر.ک مظفر، ۱۵/۲؛ قافی و شریعتی، ۱۱۳/۱). اگر خلاف ظاهر اثبات شد، قابل استناد نیست و از بین می‌رود. در نتیجه، بعد از اثبات وکالت و معامله برای موکل، در این مورد، ظاهر اصل معامله برای خود از بین می‌رود و نمی‌توان به استناد آن وکیل را ملزم به اجرای تعهد ناشی از آن کرد.

ورود معامله برای موکل به قلمرو تراضی، شرط صحت عقد نیست؛ چون به اتفاق صاحب نظران معامله به نمایندگی، همراه با اخفای سمت، اگر شخصیت طرف معامله علت عمده‌ی عقد نباشد، لازم نیست شخصیت موکل در تراضی داخل شود و عقد صحیح است و جهل به آن موجب بطلان یا حتی حق خیار برای طرف دیگر نمی‌شود (ر.ک نجفی، ۴۰۳/۲۷؛ شهیدی، ۱۴۵/۱؛ کاتوزیان، ۴۴۹/۱؛ امامی، ۲۶۴/۱).

بنابراین، با توجه به موضوع مورد بحث که شخصیت موکل علت عمده‌ی عقد نیست، معلوم بودن و یا در قلمرو تراضی قرار گرفتن آن، شرط وقوع عقد برای موکل نیست و با این وجوه نمی‌توان وکیل را در قبال طرف قرارداد ملتزم نمود. در نتیجه، همان‌گونه که صاحب نظران معتقدند (شهید ثانی، ۳۰۲/۵؛ طباطبایی یزدی، ۲۳۴/۵؛ بهبهانی، ۴۶۰؛ عدل، ۱۱۶) و مفهوم مخالف ماده‌ی ۱۹۶ ق.م. نیز بر آن دلالت می‌کند، در صورتی که شخص بعد از معامله ثابت کند که قصد انعقاد آن را در زمان عقد برای دیگری کرده و او از آن شخص وکالت داشته است، معامله برای آن شخص محسوب و وکیل مخفی در قبال تعهدات ناشی از آن مسئولیتی نخواهد داشت.

پس، با اثبات نمایندگی برای دیگری، معامله برای موکل محسوب می‌شود و همان‌گونه که ثابت است از قرارداد به نمایندگی، برای وکیل سود و یا تعهدی ایجاد نمی‌شود، بلکه تمام حق و تعهدات چنین معامله‌ای متعلق به موکل است.

با این وجود، بعضی معتقدند: در صورتی که از عدم انجام تعهدات موکل خسارتی متوجه طرف قرارداد وکیل شود، به استناد قاعده‌ی تسبیب و ماده‌ی ۳۳۱ ق.م. وکیل مسئول جبران خسارت وارده است (امامی، ۲۶۵/۱). به نظر می‌رسد، مسئولیت وکیل را نتوان بر مبنای قاعده‌ی تسبیب اثبات کرد؛ زیرا اولاً از دیدگاه عرفی، انعقاد قرارداد سبب ورود خسارت نیست که وکیل با انعقاد آن، سبب تلقی شود، بلکه سبب ورود خسارت، عدم اجرای قرارداد است که وکیل، مسئول اجرای تعهدات ناشی از معاملات به نمایندگی نیست.

ثانیاً در اجتماع سبب و مباشر، مباشر مسئول جبران خسارت است که مباشر عدم انجام تعهد، موکل است. در نتیجه، نمی‌توان وکیل را سبب ورود خسارت ناشی از عدم انجام تعهد موکل محسوب نمود تا او مسئول جبران خسارت وارده بر آن مبنا باشد. با این حال، ظاهراً طرف قرارداد، در صورت آگاه نبودن از سمت وکیل، می‌تواند به استناد قاعده‌ی غرور، جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد موکل را از وکیل بخواهد؛ زیرا عرفاً، همان‌گونه که در ماده‌ی ۱۹۶ ق.م. هم مقرر است، ظاهر این است که هر کس معامله‌ای منعقد می‌کند، آن را برای خود منعقد کرده است. این ظاهر آن‌قدر مسلّم و قوی است که عرف، احتمال خلاف و یا اجازه‌ی پرسش از خلاف آن را نمی‌دهد. در نتیجه، وکیل با اخفای سمت، با وجود این ظهور عرفی، موجب فریب طرف قرارداد شده و بر مبنای قاعده‌ی غرور باید خسارت وارده بر او را از این جهت جبران کند.

در موردی که وکیل خارج از حدود وکالت اقدام کند، لازم است به موضوع آن توجه شود. اگر موضوع قرارداد عین معین متعلق به موکل است، به استناد ماده‌ی ۱۹۷ ق.م. معامله متعلق به موکل است و طبق مواد ۲۴۷ و ۶۷۴ ق.م. غیرنافذ است. اگر موکل آن را تنفیذ کند، باید تمام تعهدات ناشی از آن را انجام دهد و وکیل در این فرض مسئولیتی نخواهد داشت، ولو تأخیر موکل در تنفیذ، موجب ورود خسارت بر اصیل شود؛ زیرا به استناد ماده‌ی ۲۵۲ ق.م. اصیل حق بر هم زدن قرارداد فضولی را در صورت بیم ضرر خواهد داشت و اگر آن را فسخ نکند، ضرر وارده، ناشی از تقصیر خود متضرر است.

اما اگر موکل آن را رد کند و اصیل جاهل به حدود اختیارات وکیل و یا سمت او باشد، به استناد ماده‌ی ۲۶۳ ق.م. می‌تواند از وکیل، خواهان جبران خسارت ناشی از رد معامله گردد.

اگر موضوع معامله خارج از حدود وکیل، کلی مافی الذمه باشد و موکل آن را تنفیذ ننماید، به استناد اصل اصیل بودن معامله کننده و ماده‌ی ۱۹۶ ق.م.وکیل، اصیل قرارداد محسوب می‌شود و همان‌گونه که صاحب نظران معتقدند (حلی، ۳۶۰/۲؛ شهید ثانی، ۳۰۳/۵؛ طباطبایی یزدی، ۲۱۴/۵ و ۲۳۴؛ عدل، ۱۱۶) باید تعهدات ناشی از عقد را اجرا کنند و به استناد سمت وکالت ادعایی نمی‌تواند از انجام تعهدات ناشی از قرارداد خودداری کند.

با این تفصیل، از ظاهر مواد ۵۸۱ و ۵۸۵ ق.م. نیز حل تعارض می‌شود؛ زیرا در ماده‌ی ۵۸۱ مقرر شده است: تصرفات هر یک از شرکا یا مدیر در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی است. واضح است که معاملات فضولی تا زمانی که تنفیذ نشود، تأثیری ندارد و در صورت تنفیذ، اثر آن نسبت به امضا کننده مترتب می‌شود و نسبت به فضول یا منعقد کننده بی اثر است؛ ولی طبق ماده‌ی ۵۸۵ ق.م. «شریک غیرمأذون در مقابل اشخاصی که با آنها معامله کرده مسئول بوده و طلب کاران فقط حق رجوع به او دارند». به استناد این ماده، مدیر غیرمأذون یا فضول نسبت به اشخاصی که با آنان معامله کرده، شخصاً مسئول است و بنا بر عبارت ماده که طرف معامله را طلب کار محسوب کرده، ظاهر آن است که قرارداد نافذ است و مدیر باید تعهدات ناشی از آن را ایفاء نماید.

بنابراین، با توجه به ظهور این ماده در نفوذ قرارداد و ظهور ماده‌ی ۵۸۱ در فضولی بودن آن، به نظر می‌رسد ماده‌ی ۵۸۱ ق.م. ناظر به موردی است که مدیر، مال معینی از اموال شرکت را خارج از اختیارات، موضوع معامله قرار دهد. طبق این ماده و ماده‌ی ۱۹۷ ق.م. و اصول حقوقی، معامله غیرنافذ است. ولی ماده‌ی ۵۸۵ ق.م. ناظر به موردی است که موضوع معامله، کلی مافی الذمه است و مدیر مدعی است که کلی مافی الذمه‌ی شرکت را مورد معامله قرار داده است. در این گونه موارد ادعای مدیر پذیرفته نیست و طبق ماده‌ی ۱۹۶ ق.م. که مقرر شده است: «کسی که معامله می‌کند آن معامله

برای خود آن شخص محسوب است مگر این که در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود...»، قرارداد از آن مدیر محسوب می‌شود و او شخصاً مسئول انجام تعهدات ناشی از آن است. در نتیجه، وکیل باید تعهدات ناشی از قرارداد خارج از حدودی که برای موکل انجام داده است و موضوع آن کلی ما فی الذمه است را انجام دهد.

استناد به این که وکیل معامله را برای موکل منعقد کرده و در صورت رد او، اقتضای قاعده‌ی تابعیت عقد از قصد در این است که عقد باطل باشد، موجه نیست؛ زیرا آنچه وکیل قصد کرده، معامله برای موکل است و آنچه تفسیر و واقع شده، معامله برای وکیل محسوب شده است و این با قاعده‌ی مزبور موافق نیست؛ چون ظهور اصل اصیل بودن عاقد، آنقدر قوی است که حتی در نکاح، که شخصیت طرف عقد علت عمده‌ی آن است، در مورد مهر به آن استناد شده است. به همین جهت بیشتر صاحب نظران معتقدند که اگر وکیل، مهر را خارج از حدود تعیین کند و یا موکل منکر وکالت او شود و نتواند وکالت خود را در نکاح اثبات کند و یا به ادعای وکالت از دیگری عقد را منعقد کند، باید نصف یا تمام مهر را پرداخت کند (حلی، ۳۶۱/۲؛ طباطبایی، ۲۶۶/۹؛ طباطبایی یزدی، ۲۳۲/۵).

بنابراین، در نکاح که شخصیت موکل علت عمده‌ی عقد است، اگر وکیل نسبت به مهر خارج از حدود ضامن باشد، به طریق اولی در معاملات مالی، وکیل متعهد به انجام تعهدات آن در صورت عدم قبول موکل است. وجه اولویت عبارت است از این که در عقد نکاح شخصیت طرف عقد مهم و علت عمده‌ی آن است و در صورت اشتباه، عقد باطل می‌شود؛ در حالی که در سایر موارد اشتباه در شخصیت طرف عقد، حتی موجب تحقق حق خیار محسوب نشده است (ر.ک شهیدی، ۱۴۵/۱؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۴۴۹/۱؛ امامی، ۲۶۴/۱).

علاوه بر این، ظهور معامله برای خود در تمام موارد انعقاد عقد نکاح مانند عقود مالی نیست. مثلاً مادری که با ادعای داشتن سمت وکالت از پسر، عقد نکاح را منعقد و بعد پسر منکر سمت وکالت او شده، به ضمان مادر نسبت به مهر حکم شده است (ر.ک: شهید ثانی، ۸۰/۲). در حالی که در سایر معاملات مالی، ظهور معامله برای معامله کننده محکم و قابل استناد است. از طرف دیگر، لزوم ثبات و امنیت قراردادها اقتضا می‌کند که هر کس به بهانه‌ی فضولی بودن عقد نتواند از انجام تعهدات خویش خودداری کند. به همین جهت، قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۹۶ ق.م. اصل را بر متعهد بودن معامله کننده قرارداد است، مگر اینکه ثابت شود از دیگری نمایندگی داشته است و بر این اصل تنها یک استثنا در ماده‌ی ۱۹۷ وارد شده و آن فرضی است که ثمن یا مضمن موضوع عقد، مال متعلق به دیگری باشد. در نتیجه، قرارداد خارج از حدود، که موضوع آن کلی مافی الذمه است، در صورت عدم تنفیذ موکل، معامله‌ی وکیل محسوب می‌شود.

۴. مسئولیت موکل در قبال وکیل غیرمستقیم

در صورتی که وکیل، مورد وکالت را انجام دهد، اصولاً موکل متعهد به پرداخت هزینه‌های اجرای حق و اجرت انجام عمل است. در نتیجه، تعهدات موکل در قبال وکیل در پرداخت هزینه و اجرت خلاصه می‌شود.

در مورد تعهد پرداخت هزینه‌های اجرای مورد وکالت، روشن است که مورد وکالت در جهت منافع موکل اجرا شده و قاعده این است که هر دارنده‌ی حق یا ذی‌نفع حقی لازم است هزینه‌های اجرای آن را پرداخت نماید (حائری، ۶۰۵/۲). به همین جهت در ماده‌ی ۶۷۵ ق.م. یکی از تعهدات موکل، پرداخت هزینه انجام مورد وکالت مقرر شده است.

در مورد مقدار هزینه در صورتی که بین طرفین شرط شده باشد، موکل همان مقدار را مسئول است و در صورتی که شرط نشده باشد، موکل باید هزینه‌های متعارف و ضروری اجرای مورد وکالت را پرداخت کند و مازاد بر آن را ملتزم نیست. نکته‌ی قابل توجه این است که تعهد موکل به پرداخت هزینه‌های انجام مورد وکالت از تعهدات ذاتی عقد وکالت نیست؛ بلکه از آثار اطلاقی عقد است و می‌توان بر خلاف آن شرط نمود.

یکی دیگر از تعهدات موکل، پرداخت حق الوکاله‌ی وکیل است. حق الوکاله عبارت از مال یا امتیازی است که در عقد وکالت در قبال انجام مورد وکالت برای وکیل تعیین شده است. هر چند، عقد از لحاظ موضوع به دو نوع معوض و مجانی تقسیم شده است (ر.ک. شهیدی، ۸۲؛ عدل، ۳۳۲)؛ ولی عقد وکالت از جمله عقود است که در این تقسیم‌بندی قرار نمی‌گیرد و تعیین حق الوکاله در عقد وکالت نباید موجب این تصور شود که عقد وکالت از عقود معوض است؛ چون در عقود معوض، تعیین عوضین شرط اساسی صحت قرارداد است و در معاوضه نمی‌توان شرط کرد که عقد بدون عوض، منعقد یا بعداً معین شود (ر.ک. کاتوزیان، عقود معین، ۳۷/۱). در حالی که در عقد وکالت تعیین حق الوکاله، شرط صحت قرارداد تلقی نشده و وکالت بدون تعیین حق الوکاله، صحیح و نافذ است. از طرف دیگر، بر خلاف حقوق فرانسه که در ماده‌ی ۱۹۸۶ ق.م. آن، اصل بر مجانی بودن عقد وکالت است، در حقوق اسلام نمی‌توان اصل را بر مجانی بودن وکالت قرار داد؛ زیرا اصل عدم تبرع و قاعده‌ی احترام عمل و نیروی کار انسان (حسینی مراغه‌ای، ۴۷۲/۲؛ امامی، ۳۰۸/۲) با آن در تعارض است. به همین جهت طبق ماده‌ی ۶۷۷ ق.م. در صورت عدم تعیین اجرت در قرارداد، بعد از انجام مورد وکالت، اگر وکیل تبرعاً آن را انجام نداده باشد، مستحق حق الوکاله‌ی عرفی و یا اجرت المثل عمل خود خواهد بود.

بنابراین، استحقاق وکیل به دریافت حق الوکاله، مبتنی بر قاعده‌ی احترام عمل و نیروی کار شخص است. به همین جهت وکیل در صورتی مستحق دریافت آن است که قصد تبرع و احسان نداشته باشد. در ماده‌ی ۶۷۶ ق.م. درباره‌ی حق الوکاله‌ی وکیل و نحوه‌ی تعیین و پرداخت آن مقرر شده است: «حق الوکاله‌ی وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد، تابع عرف و عادت است. اگر عادت مسلمی نباشد، وکیل مستحق اجرت المثل است». در این ماده سه نوع حق الوکاله پیش‌بینی شده است:

أ) حق الوکاله‌ی قراردادی

مراد از حق الوکاله‌ی قراردادی امتیاز یا پاداشی است که در قرارداد وکالت با توافق وکیل مستقیم و غیر مستقیم در قبال انجام مورد وکالت تعیین شده است. این حق می‌تواند وجه نقد یا کالا و یا نوعی امتیاز باشد.

در صورتی که حق الوکاله‌ی قراردادی که با توافق وکیل اول و وکیل غیر مستقیم معین شده است، مورد اعتراض موکل قرار نگیرد، موکل باید آن را پرداخت کند، ولی اگر موکل آن را قبول ننماید، رد حق الوکاله‌ی تعیین شده به وسیله‌ی موکل خللی به عقد وارد نمی‌کند؛ چون همان‌گونه که ثابت شد، عقد وکالت از عقود معوض نیست که حق الوکاله‌ی تعیین شده رکن عقد محسوب شود تا رد آن موجب بطلان عقد گردد و این صورت، مانند موردی است که در وکالت حق الوکاله تعیین نشده است و وکیل بعد از انجام مورد وکالت، مستحق دریافت اجرت المثل عرفی و یا اجرت المثل عمل خواهد بود.

نکته‌ی قابل توجه این است که اگر موکل، اجرت المسمای مقرر شده بین وکیل اول و وکیل غیر مستقیم را رد کرد، اگر قبل از انجام مورد وکالت است، وکیل حق رجوع خواهد داشت و اگر از وکالت رجوع ننماید و مورد وکالت را انجام دهد، ضمناً راضی به اجرت المثل متعارف شده است و نمی‌تواند ادعایی نسبت به وکیل اول داشته

باشد؛ ولی اگر موکل بعد از انجام مورد وکالت توسط وکیل غیر مستقیم، اجرت المسمما را رد کند و بین اجرت المثل با اجرت المسمما تفاوت باشد، وکیل غیر مستقیم می‌تواند جهت مابه‌التفاوت به وکیل اول رجوع کند.

ب) حق الوکاله‌ی عرفی

نوع دیگری از حق الوکاله که در ماده‌ی ۶۷۶ قانون مدنی مقرر شده است، حق الوکاله‌ی عرفی است. حق الوکاله‌ی عرفی عبارت از امتیاز یا مالی معین است که وکیل عرفاً مستحق دریافت آن از موکل است. تفاوت آن با فرض سابق در این است که در فرض پیشین طرفین قرارداد حق الوکاله را تعیین کرده‌اند، ولی در این فرض عرف آن را تعیین نموده و طرفین اشاره‌ای به آن ننموده‌اند.

در صورتی که موکل، حق الوکاله‌ی توافقی وکیل اول و وکیل غیرمستقیم را نپذیرد و آن را رد کند یا در وکالت، حق الوکاله‌ی معین نشده باشد و در عرف برای انجام مورد وکالت، حق الوکاله‌ی متعارف باشد، بعد از انجام مورد وکالت، وکیل غیر مستقیم مستحق دریافت حق الوکاله‌ی متعارف است؛ زیرا در صورت عدم توافق بر حق الوکاله، فرض این است که طرفین باید بر مبنای متعارف رفتار کنند. در صورت رد حق الوکاله‌ی توافقی، فرض این است که موکل به استناد غیر متعارف بودن آن، آن را رد کرده است. در نتیجه، در هر دو صورت او باید حق الوکاله‌ی عرفی را پرداخت کند.

موضوع قابل توجه این است که اگر موکل یا وکیل اول به مقدار حق الوکاله‌ی عرفی جاهل باشد، آیا متعهد به پرداخت آن است و یا باید اجرت المثل عمل را پرداخت کند؟ به نظر می‌رسد اگر مبنای لزوم پرداخت حق الوکاله‌ی عرفی، رضایت ضمنی باشد، مشکل می‌توان موکل را موظف به پرداخت آن دانست؛ زیرا با جهل او به حق الوکاله‌ی عرفی، چگونه می‌توان معتقد شد که او، با توجه به اینکه حق الوکاله را تعیین نکرده، ضمناً راضی شده است مقدار عرفی را پرداخت کند؟ علاوه بر این، در این فرض چون موکل وکیل غیر مستقیم را انتخاب نکرده، بلکه وکیل اول انتخاب کرده

است، نمی‌توان به رضایت ضمنی او استناد کرد. با این حال، اگر وکیل اول به اجرت متعارف آگاه باشد، می‌توان رضایت ضمنی او را، رضای ضمنی موکل محسوب کرد و او را به پرداخت آن ملتزم نمود، ولی اگر مبنای آن سیره‌ی عقلا و عرف باشد، همان‌گونه که در ماده‌ی ۲۲۵ ق.م. متعارف بودن امری در عرف به منزله‌ی شرط قراردادی محسوب شده است، علم موکل به آن لازم نیست؛ چون التزام او مبتنی بر رضایت ضمنی نیست، بلکه بر مبنای سیره‌ی عقلایی و عرف ملتزم به پرداخت حق الوکاله‌ی عرفی است.

ج) اجرت المثل

اگر موکل حق الوکاله‌ی توافقی وکیل اول با وکیل غیر مستقیم را رد کند و یا در ضمن وکالت بر اجرت وکیل توافق نشده باشد و حق الوکاله‌ای هم برای اجرای مورد وکالت متعارف نباشد، موکل باید اجرت‌المثل عمل وکیل را پرداخت کند. اجرت‌المثل وکیل عبارت از دستمزدی است که نوعاً بر مبنای نرخ بازار نیروی کار به کاری که وکیل انجام داده است، تعلق می‌گیرد.

هر چند ممکن است تصور شود که اجرت المثل همان حق الوکاله‌ی عرفی است، ولی تفاوت آن دو در این است که در اولی به دستمزد کار در بازار کار توجه می‌شود، ولی در دومی به حق الوکاله‌ای که وکلا عرفاً از سایرین دریافت می‌کنند، اطلاق می‌شود. بنابراین، ممکن است در مواردی بین اجرت‌المثل و حق الوکاله‌ی عرفی اختلاف باشد. مثلاً حق الوکاله‌ی عرفی وکلای دادگستری در امور مالی ۱۰٪ الی ۱۲٪ خواسته است، ولی اجرت المثل نیروی کار وکیل ممکن است به مراتب کمتر یا بیشتر از آن مقدار باشد. در نتیجه، شایسته نیست تصور شود که حق الوکاله‌ی عرفی همان اجرت‌المثل است.

موضوع قابل توجه این است که چون وکالت در تقسیم‌بندی عقود به معوض و مجانی قرار نمی‌گیرد، وکیل در صورتی مستحق دریافت حق الوکاله‌ی عرفی و یا اجرت

المثل نیروی کار خویش بر مبنای قاعده‌ی استیفاء است که قصد تبرع و احسان نداشته باشد. در صورتی که مورد وکالت را تبرعاً و به قصد احسان انجام دهد، نمی‌تواند خواستار پرداخت آن از سوی موکل شود. در صورتی که وکیل و موکل در مورد تبرع و عدم تبرع انجام مورد وکالت اختلاف داشته باشند، چون اصل اولیه، قاعده‌ی احترام عمل و نیروی کار و لزوم پرداخت دستمزد آن است، کسی که مدعی تبرع است، باید آن را اثبات کند. به همین جهت در ماده‌ی ۶۷۷ ق.م. مقرر شده است: «اگر در وکالت، مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد، محمول بر این است که با اجرت باشد». این حکم مبتنی بر قاعده‌ی احترام عمل و لزوم پرداخت اجرت آن بر مبنای قاعده‌ی استیفاء است.

۵. مسئولیت وکیل اول در قبال وکیل غیر مستقیم

قاعده این است که اگر وکیل اول در حدود اختیارات خود عمل کرده باشد، وکیل غیر مستقیم حق رجوع به او را نخواهد داشت؛ زیرا وجهی برای رجوع وجود ندارد؛ ولی در صورتی که او از حدود وکالت خود تجاوز کرده باشد و وکیل غیر مستقیم از آن آگاه نباشد و از آن جهت ضرری متوجه او شود، به استناد قاعده‌ی غرور می‌تواند جبران خسارت وارده را خواستار شود. مثلاً در صورتی که موکل اجرت مقرر را بعد از انجام مورد وکالت قبول ننماید، وکیل مستحق دریافت اجرت المثل یا متعارف از موکل است و می‌تواند مابه‌التفاوت آن را از وکیل اول دریافت نماید؛ چون وکیل اول با انعقاد عقد و تعیین اجرت، دستور انجام مورد وکالت را به اجرت مقرر شده داده و دستور دهنده در قبال مخاطب خود مسئول است (ر.ک. شهید ثانی، ۲۲۹/۵؛ حسینی مراغه‌ای، ۴۷۲/۲).

همچنین، ممکن است وکیل اول در تعیین قلمرو اختیارات وکیل غیر مستقیم از آنچه موکل تصریح کرده بود، تخلف نماید و او با انجام آن متضرر شود. در این موارد

به استناد قاعده‌ی غرور می‌تواند به وکیل اول رجوع و جبران خسارت وارده را خواستار شود.

نکته‌ی قابل توجه در حق رجوع وکیل غیر مستقیم به وکیل اول این است که او زمانی حق رجوع دارد که مرتکب تقصیر نشده باشد و ضرر وارده، ناشی از تقصیر او نباشد. در صورتی که ضرر، ناشی از تقصیر باشد، حق رجوع به وکیل اول را نخواهد داشت؛ چون مقصر، عرفاً مغرور محسوب نمی‌شود و در نتیجه، قاعده‌ی غرور شامل مقصر نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

اگر در عقد وکالتی، وکیل حق توکیل داشته باشد و آن را اعمال کند، وکیل انتخاب شده باید به نمایندگی از اصیل و دارنده‌ی حق اقدام کند و او وکیل غیر مستقیم موکل محسوب می‌شود. با این وجود، وکیل اول، در صورتی که اختیار او محدود به انتخاب وکیل نباشد، می‌تواند به نمایندگی از موکل بر اقدامات وکیل غیرمستقیم نظارت کند.

اگر مورد وکالت وکیل غیر مستقیم انعقاد عقدی از عقود باشد و وکیل اول و وکیل غیر مستقیم هر دو در حدود اختیارات عمل کنند، معامله‌ی منعقد شده متعلق به موکل است و او باید تمام تعهدات ناشی از آن را ایفا کند. با این حال، اگر وکیل غیرمستقیم در زمان انعقاد عقد، اظهار سمت نکند و در نتیجه‌ی عدم ایفای تعهدات موکل به طرف قرارداد خسارتی وارد شود، او می‌تواند بر مبنای قاعده‌ی غرور به وکیل انعقاد کننده‌ی قرارداد رجوع و خواهان جبران خسارت وارده به خود شود.

اگر وکیل اول یا وکیل غیر مستقیم، از حدود اختیارات تجاوز کنند و موضوع قرارداد نیز مال معین خارجی متعلق به موکل باشد، قرارداد غیرنافذ است و در صورت رد موکل، طرف دیگر قرارداد، مشروط بر آگاه نبودن از وضعیت، می‌تواند به استناد ماده‌ی ۲۶۳ ق.م. به وکیل متجاوز از حدود، رجوع و تقاضای جبران خسارت کند؛ اما

اگر مورد معامله کلی باشد، اگر وکیل غیر مستقیم در حدود اختیارات عمل کرده، ولی وکیل اول از حدود اختیارات تجاوز کرده باشد، معامله به استناد دستور وکیل اول متعلق به او است و باید تمام تعهدات ناشی از آن را ایفا کند. اگر وکیل اول در حدود اختیارات خود حق توکیل را اعمال کرده و وکیل غیر مستقیم از آن تجاوز کرده باشد، به استناد اصل ظهور انعقاد عقد برای خود و ماده‌ی ۱۹۶ قانون مدنی، او باید تمام تعهدات ناشی از عقد را انجام دهد.

موکل باید هزینه‌های متعارف انجام مورد وکالت و حق الوکاله‌ی وکیل غیرمستقیم را پرداخت کند. در صورت رد حق الوکاله‌ی معین شده بین دو وکیل توسط موکل، وکیل دوم مستحق اجرت المثل از موکل و مابه‌التفاوت آن از وکیل اول است.

منابع

امامی، سید حسن؛ *حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۶۸.

_____، *حقوق مدنی*، ج ۲، چاپ هیجدهم، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۸۴.

حائری، سید علی، *شرح قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
 حسینی مراغی، میر عبدالفتاح؛ *العناوین*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۸ق.
 حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر؛ *قواعد الاحکام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هـ ق.

سنهوری، عبدالرزاق؛ *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۷ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ *مسالك الافهام*، الطبعة الثالثة، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۵.

- _____، *الروضة البهيبة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۷.
- شهیدی، دکتر مهدی، *تشکیل قرارداد و تعهدات*، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- _____، *آثار قراردادها و تعهدات*، تهران، مجد، ۱۳۸۲.
- صانعی، یوسف، *استفتائات قضایی*، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- صدر، محمد باقر؛ *ماوایة الفقه*، قم، المحبین للطباعة والنشر، ۱۴۲۷ق.
- طباطبایی، سید علی؛ *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ق.
- طباطبایی، محمد کاظم؛ *سؤال و جواب*، دکتر سید مصطفی محقق داماد، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم؛ *عروة الوثقی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ق.
- عدل، مصطفی؛ *حقوق مدنی*، قزوین، بحر العلوم، ۱۳۷۳.
- قافی، حسین و شریعتی، سعید؛ *اصول فقه کاربردی*، تهران، سمت، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر؛ *حقوق مدنی: عقود معین ۱*، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا انتشارات مدرس، ۱۳۷۶.
- _____، *عقود معین ۲*، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا انتشارات مدرس، ۱۳۷۶.
- _____، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۲.
- _____، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.
- _____، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
- کاشانی، سید محمود؛ *جزوه‌ی پلی کیپی حقوق مدنی ۷*، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۷۴ - ۷۳.

کرمی، علی بن الحسین؛ *جامع المقاصد*، قم، مؤسسه آل البيت، ١٤٠٨ق.
مظفر، شیخ محمد رضا؛ *اصول الفقه*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
موسوی خمینی، روح الله؛ *تحریر الوسیله*، نجف، آداب، بی تا.
نجفی، محمد حسن؛ *جواهر الکلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٩٨١.
وحید بهبهانی، محمدباقر؛ *حاشیة مجمع الفائدة والبرهان*، قم، مؤسسه وحید بهبهانی،
١٤١٧ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶/۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۹۹-۱۳۴

بررسی و نقد نظریه‌های تعریف ملک در حقوق اسلامی*

سعیده باقری^۱

دانشجوی کارشناسی ارشد پردیس دانشگاه تبریز

دکتر حیدر باقری اصل

دانشیار دانشگاه تبریز

Email: bagheriasll@gmail.com

چکیده

فقیهان، نظریه‌های گوناگونی را در تعریف ملک ارائه داده‌اند. تعدد این نظریه‌ها، مفهوم فقهی ملک را با ابهام دچار ساخته است؛ زیرا که، همه‌ی این نظریه‌ها به علت تعارضشان با یکدیگر، نمی‌توانند با حقوق اسلامی انطباق داشته باشند و ترجیح یکی و کنار گذاشتن سایر نظریه‌ها، به دلیل نیاز دارد؛ در حالی که فقیهان، دلایل فقهی کافی را برای اثبات و انطباق نظریه‌ی خود با حقوق اسلامی، ارائه نداده‌اند. متأسفانه، تحقیق مستقلی که حاوی طرح، بررسی و ارزیابی همه‌ی این نظریه‌ها باشد، در این مسأله صورت نگرفته است و یک خلأ علمی در مسأله‌ی تحقیق مشاهده می‌شود؛ لذا ضرورت دارد محققان، این مسأله را بررسی و تبیین نمایند تا ابهام مذکور بر طرف و نظریه‌ی منطبق بر حقوق اسلامی در تعریف ملک، تحصیل گردد. ضرورت تحقیق در مسأله، آن‌گاه آشکار می‌شود که بدانیم تعریف ملک طبق هر نظریه‌ای آثار فقهی خاصی را به دنبال دارد. بنابراین، تحقیق فعلی، در صدد است تعریف فقهی ملک را بر اساس نظریه‌های موجود فقیهان طرح نماید و ضمن نقد و ارزیابی آن‌ها، نظریه‌ی تحقیق را بر اساس حقوق اسلامی در تعریف فقهی ملک تحصیل و تبیین کند و این مهم‌ترین یافته‌ی تحقیق، محسوب می‌شود.

کلید واژه‌ها: حقوق اسلامی، تعریف ملک، سلطنت، حکم شرعی و عرفی.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۴/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۰۳/۰۹.

۱. نویسنده مسئول.

طرح مسأله

فقیهان، نظریه‌های مختلفی را در حقوق اسلامی برای تعریف فقهی ملک بیان کرده‌اند. گروهی از آنان، ماهیت ملک را نوعی سلطنت و گروهی دیگر، آن را نوعی حکم و گروهی سوم، آن را نوعی حق، تلقی نموده‌اند و گروه چهارم، مقابل این سه گروه قرار گرفته و ماهیت ملک، سلطنت، حکم و حق را متباین دانسته‌اند و به این ترتیب فقیهان، چهار گروه را در تعریف ملک، تشکیل داده‌اند. با این وصف، هر کدام از پیروان دو گروه اول، چندین دسته را در خود جای داده‌اند؛ زیرا که، آن‌ها مراد خود را از سلطنت و یا حکم بودن ملک، به نوعی بیان می‌کنند که نظرشان با دیگران گاهی، متفاوت و گاهی، موافق می‌شود و اگر نظرهای یکسان و متفاوت آن‌ها را جمع‌بندی نماییم، می‌توانیم آن‌ها را به مجموعه گروه‌های فرعی مختلف و جدید، تقسیم‌بندی کنیم. تعدد این نظریه‌ها، مفهوم فقهی ملک را با ابهام دچار ساخته است؛ زیرا همه‌ی این نظریه‌ها به علت تعارضشان با یکدیگر نمی‌توانند با حقوق اسلامی، انطباق داشته باشند و ترجیح یکی و کنار گذاشتن سایر نظریه‌ها به دلیل نیاز دارد؛ در حالی که فقیهان، دلایل فقهی کافی را برای اثبات و انطباق نظریه‌ی خود با حقوق اسلامی، ارایه نداده‌اند. متأسفانه، تحقیق مستقلی که حاوی طرح، بررسی و ارزیابی همه‌ی این نظریه‌ها باشد نیز از سوی محققان در این مسأله صورت نگرفته است و در مسأله‌ی تحقیق یک خلاً علمی وجود دارد. از این رو، ضرورت دارد محققان، این مسأله را بررسی و تبیین نمایند تا ابهام مذکور بر طرف و نظریه‌ی حقوق اسلامی در تعریف ملک، کشف گردد. ضرورت تحقیق در مسأله، آن‌گاه آشکار می‌شود که بدانیم ابهام مذکور، آثار متعددی را در برخی از مسایل فقهی پدید آورده و خود سبب ابهام برخی از مسایل دیگر فقهی شده است و به این ترتیب، تعریف ملک طبق هر نظریه‌ای، آثار فقهی خاصی را به دنبال خود داشته است که یک نمونه را در این نوشتار ذکر و آن را بررسی خواهیم کرد. بنابراین، ضرورت دارد که در این مورد پژوهش مستقلی انجام پذیرد و به ابهام مذکور،

پایان دهد و خلأ علمی موجود را مرتفع سازد. از این رو، تحقیق حاضر در صدد است مفهوم فقهی ملک را بر اساس نظریه های فقیهان بررسی و تحلیل نماید و ضمن نقد و ارزیابی آن ها، نظریه ی تحقیق را بر اساس حقوق اسلامی در تعریف فقهی ملک، تحصیل و ارایه کند. نوآوری تحقیق، طرح و تحلیل و نقد نظریه های فقیهان در مسأله ی پژوهش و نشان دادن اثر آن ها در تعریف خیار و نیز، ارایه و تبیین نظریه ی تحقیق است.

سؤال تحقیق

سؤال تحقیق این است که فقیهان، معنای فقهی ملک را چگونه تحلیل می کنند و طبق حقوق اسلامی و به دور از نظریه های فقیهان، ماهیت فقهی ملک چیست؟

مفهوم ملک در اقوال فقیهان

استقرای این تحقیق در حقوق اسلامی، اثبات می کند که فقیهان چهار گروه اصلی و چندین گروه فرعی را در تعریف ملک به وجود آورده اند. به این بیان که گروهی از فقیهان، ماهیت ملک را نوعی سلطنت محسوب می کنند و گروهی دیگر از آنان، ماهیت ملک را نوعی حکم تلقی می نمایند و گروهی دیگر از آن ها، ماهیت ملک را مساوی حق می دانند و گروهی دیگر، ماهیت ملک را مستقل و متباین با سلطنت، حکم و حق، ارزیابی می کنند. هر کدام از دو گروه اول به چندین گروه فرعی تقسیم می شوند؛ چرا که آن ها مراد خود را از سلطنت یا حکم بودن ملک به نوعی بیان می کنند که نظرشان با دیگران گاهی، متفاوت و گاهی، موافق می شود و اگر نظریه های یکسان و متفاوت آن ها را جمع بندی نماییم، می توانیم آن ها را به مجموعه گروه های مختلف فرعی، تقسیم کنیم. ما این نوع گروه های فرعی را در گروه اصلی قرار خواهیم داد و نظریه های آن ها را در گروه اصلی مربوط، بررسی خواهیم نمود. بنابراین، ابتدا تعریف فقیهان را از ملک

طرح و تحلیل می‌کنیم تا نظریه‌های فقیهان در ملک، آشکار و زمینه‌ی طرح و اثبات نظریه‌ی تحقیق فراهم گردد.

دیدگاه گروه اول فقیهان؛ حکم بودن ماهیت ملک

گروه اول فقیهان، ملک را به حکم تعریف می‌کنند. وجه اشتراک این گروه در تعریف ماهیت ملک به حکم خاص است، ولی آنان در تعیین نوع این حکم خاص با هم اختلاف دارند: بعضی از فقیهان، ماهیت ملک را حکم عرفی - عقلایی و برخی حکم شرعی - وضعی و عده‌ای نوعی حکم انتزاعی - عقلی تلقی کرده‌اند و تعدادی نیز، ماهیت ملک را حکم تکلیفی - تحریمی و یا حکم وضعی و یا هر دو دانسته‌اند که هرکدام را به شرح زیر، طرح و تحلیل می‌کنیم:

۱. ماهیت ملک؛ نوعی حکم عرفی و عقلایی

بعضی از فقیهان، ماهیت ملک را نوعی حکم دانسته‌اند که عرف و عقلا، آن را معتبر می‌کند. این حکم عرفی و عقلایی خود احکام و آثاری دارد که سلطنت اعتباری مالک بر تصرف مملوک از جمله‌ی آن احکام و آثار است. یکی از محققان معاصر، این دیدگاه را قول مشهور فقیهان معرفی می‌کند (نک: موسوی بجنوردی، ۱۹۲-۱۹۱). طبق این نظریه، مشهور فقیهان، ملک را نظیر اصل عقود و ایقاعات، از احکام امضایی دانسته، ولی احکام آن، نظیر احکام عقود و ایقاعات را از احکام تأسیسی تلقی نموده‌اند. بنابراین دیدگاه، ملک نیز یکی از احکام امضایی شرع محسوب می‌شود و شارع مقدس آن را بنا بر حفظ و رعایت مصالح، اعم از شخصی و نوعی، امضا نموده است. بر این اساس، ماهیت ملک، نوعی حکم (اعتبار) عرفی و عقلایی محسوب می‌شود و قدرت و سلطنت بر تصرف در این ملک از احکام و آثار اعتبار عقلایی آن ملک است (نک: امام خمینی، ۲۵).

۲. ماهیت ملک؛ نوعی حکم شرعی

برخی از فقیهان، ماهیت ملک را نوعی حکم وضعی دانسته‌اند که شارع مقدس، آن را معتبر می‌کند و طبق این حکم، مالک سلطنت اعتباری بر تصرف مملوک دارد. شهید اول از این طیف فقیهان است. او در قاعده‌ی ۱۹۷ کتاب قواعد و فوائد و در تعریف ملک چنین می‌نویسد:

«ملک، حکمی شرعی است که به عین، یا منفعت تعلق می‌گیرد و قدرت [یا سلطنت] بهره‌برداری، یا عوض گرفتن از آن‌ها را برای مالک، از آن نظر که مالک است، به همراه می‌آورد» (شهید اول، ۱۳۳/۲).

جلال الدین سیوطی در اشباه و نظایر، نزدیک به این تعریف را برای ملک ذکر کرده است (نک: سیوطی، ۳۴۲). طبرسی، ملک را عبارت از چیزی می‌داند که به کسی اختصاص یافته است؛ طوری که برای دیگران، خارج کردن آن از اختیار مالک و استفاده از آن، [بدون اذن و اجازه] مباح نیست (نک: طبرسی، ۲۶۱). اصطلاح «مباح» در این تعبیر، محل تردید است و می‌تواند به یکی از سه معنی باشد: یا حکم تکلیفی - تحریمی، یا حکم وضعی و یا هر دو است. عمل بر خلاف حکم تحریمی - تکلیفی، موجب عقوبت عامل می‌شود و تخلف از حکم وضعی، موجب ضمان می‌گردد (نک: عمید زنجانی، ۷۹-۸۰).

نراقی (عوائد الایام، ۳۸) و علامه طباطبایی نیز، ملک را به اختصاص چیزی به شخصی تعریف کرده است. علامه طباطبایی، این اختصاص را یک اختصاص ویژه معرفی کرده است که قبل از تأسیس جامعه‌ی انسانی، به طور اجمال وجود و ریشه داشته است. سپس بعد از تأسیس جامعه و به وسیله‌ی اعتبار متنوع، نظیر اعتبار شارع و نیز اعتبار اهالی جامعه، مفصل و روشن گردیده است (نک: طباطبایی، المیزان، ۵۴/۲-۵۳؛ همو، اصول فلسفه و روش رئالیسم، ۲/ ۲۱۴-۲۱۲). ایشان در این مورد در المیزان نوشته‌اند: «ملک نوعی از اختصاص است که موجب صحت تصرفات در آن می‌گردد» (طباطبایی، المیزان، ۱۹/۱).

۳. ماهیت ملک؛ حکم عقلی - انتزاعی

بعضی از فقیهان، ماهیت ملک را حکم عقلی - انتزاعی دانسته‌اند که عقل، این حکم را از منشأ انتزاع آن، انتزاع می‌کند و در نتیجه، پیروان این دیدگاه، وجود ملک را به منشأ انتزاع معلق و وابسته کرده‌اند. این نظریه، جعل حکم وضعی را به طور مستقل، محال تلقی می‌کند و حکم وضعی را از منشأ انتزاع حکم تکلیفی قابل انتزاع می‌داند. شیخ مرتضی انصاری، یکی از این‌گونه فقیهان است. او، ملکیت را از امور انتزاعی می‌داند. متن سخن شیخ انصاری، به شرح زیر است:

«این امور [ملکیت و زوجیت و حریت] خود به خود، از احکام شرعی نیستند. بله، حکم به ثبوتشان از احکام شرعی تلقی می‌گردند، ولی ماهیت و حقیقتشان، یا از امور اعتباری هستند که از احکام تکلیفی، انتزاع می‌شوند و یا از امور واقعی هستند که شارع آن‌ها را کشف کرده است» (انصاری، مکاسب، ۳۵۱).

این گروه از فقیهان در چپستی منشأ انتزاع ملکیت با یکدیگر اختلاف نظر دارند. چنان‌که، شیخ انصاری احکام تکلیفی و جواز تصرف مالکانه و یا قدرت خارجی بر تصرفات را منشأ انتزاع ملکیت دانسته است (نک: همان) و آخوند خراسانی، عقد را منشأ این انتزاع دانسته است (نک: آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ۳۰۶/۲).

دیدگاه گروه دوم فقیهان؛ سلطنت بودن ماهیت ملک

گروه دوم از فقیهان، ماهیت ملک را سلطنت خاص دانسته‌اند. وجه اشتراک این گروه در این است که ماهیت ملک را به سلطنت خاص تعریف می‌کنند. سلطنت در این دیدگاه، معنایی عام و ملک، معنای خاص دارد و رابطه‌ی آن دو، عموم و خصوص مطلق است. این گروه از فقیهان در تعیین ماهیت خود سلطنت، با یکدیگر اختلاف نظر دارند. برخی ماهیت این سلطنت را از مقوله‌ی کیف و بعضی دیگر از مقوله‌ی اضافه و

عده‌ای از مقوله‌ی جده و برخی مردد بین مقوله‌ی کیف و اضافه دانسته‌اند. ما نظریه‌های هر کدام از این چهار طیف را طرح و تحلیل می‌کنیم:

۱. مقوله‌ی کیف

بعضی از فقیهان (نک: تبریزی، ۱۲/۲) و از جمله مرحوم خوئی، ملک را به معنای سلطنت اعتباری بر تغییر و تحول در عین مملوک تعریف کرده و آن را از مقولات عرضیه و از نوع مقوله‌ی کیف (سلطنت اعتباری) دانسته‌اند (نک: خوئی، ۴۴/۲). مرحوم خوئی در این مورد تصریح می‌کنند:

«هر چیزی که در نظام وجود، محقق است خارج از چهار قسم نیست؛ چرا که آن یا واجب است و یا ممکن و دومی، یا جوهر، یا عرض و یا امری اعتباری است که به نفس اعتبار، قایم می‌باشد. شکی نیست که همه‌ی احکام، از امور اعتباری هستند و احکام شرعی، عقلایی، وضعی، تکلیفی، الزامی و ترخیصی در این مسأله برابرند. بنابراین، وجوب به معنای اعتبار فعل بر ذمه‌ی مکلف است و زوجیت به معنای اعتبار عدل و برابر بودن هر یک از دو زوج نسبت به دیگری است و ملکیت نیز به معنای اعتبار احاطه‌ی مالک به مملوک است و معنای هر حکمی از احکام وضع شده نیز بر اساس این معیار است. بنابراین، حقیقت ملکیت همان حقیقت سلطنت و احاطه بوده و از مقوله‌ی اعتباری تشکیکی است» (همان).

مرحوم خوئی مفهوم سلطنت موجود در ملک را فراگیرتر می‌داند؛ به این استدلال که آن، هم به اعیان خارجی و هم افعال انسان، متعلق می‌شود. نظیر تعلق سلطنت سلطان به مملکت و رعیت و نیز، سلطنت مردم بر اموال خود؛ در حالی که سلطنت موجود در حق و حکم تنها به افعال، تعلق پیدا می‌کند. متن بیان وی در این مورد این‌گونه است:

«فرق بین حق و حکم با ملک در این است که دو مورد اول تنها به افعال متعلق می‌شوند بر خلاف ملک که گاهی به اعیان و گاهی به افعال، متعلق می‌گردد» (همان، ۴۵).

از این رو، آقای خوئی ملک را مقابل حق و حکم قرار می‌دهد و تنها ملک را با حکم و حق، متفاوت می‌داند و با یکسان دانستن ماهیت حق و حکم، چنین می‌فرماید: «شکی نیست که حقیقت حکم و حق، یکسان است؛ زیرا قوام آن دو، اعتبار صرف است ... پس تقسیم مجعول شرعی و عقلایی به حق و حکم، وجهی ندارد تا بیان فرق آن دو نیاز باشد، بلکه همه‌ی آن‌ها حکم شرعی و یا عقلایی هستند که به خاطر مصالح خاص، معتبر شده‌اند» (همان، ۴۶-۴۵).

بنابراین، مرحوم خوئی میان حق و حکم، هیچ فرق ماهوی قایل نیست و آن دو را از جهت حقیقت و ماهیت یکی تلقی می‌کند. حال سؤال پیش می‌آید که آیا وی فرق دیگری را نیز میان آن‌ها قایل نیست؟ در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت: وی اختلاف آثار آن دو را پذیرفته و منشأ این اختلاف را اختلاف ظاهری آن دو تلقی نموده و تصریح کرده است:

«بله، [گاهی] اثر حق و حکم، اختلاف ظاهری پیدا می‌کند؛ زیرا بعضی، اسقاط را می‌پذیرند و بعضی نمی‌پذیرند و سرّ این اختلاف در آن است که زمام امور مذکور از جهت حدوث و بقا در دست شارع است و در نتیجه، گاهی او به بقای امری حکم می‌کند، همان طور که به حدوث آن، حکم کرده است و گاهی نیز، به ارتفاع آن حکم می‌نماید، هر چند این ارتفاع به اختیار یکی و یا هر دو طرف معامله باشد. بله، آن در مقام اثبات، تابع دلیل شرعی خواهد بود و خلاصه جواز و لزوم وضعی نظیر جواز و لزوم تکلیفی است؛ زیرا همه‌ی آن‌ها از احکام شرعی هستند و در ماهیت و ذات فرقی با هم ندارند؛ هر چند در اثر با هم متفاوت باشند. به این مثال توجه کنید: آیا بین جواز قتل مشرک که حکم شرعی نامیده می‌شود و بین سلطنت ولی دم بر قتل قاتل که به خاطر

سقوطش، حق شرعی نامیده می شود، فرقی وجود دارد؟ دوباره با چشم باز توجه کن: آیا بین حق حضانت، ابوت، ولایت و امثال اینها از چیزهایی که اسقاط را قبول نمی کنند و بین حق شفعه و حق خیار که قابل اسقاط هستند، فرق می بینی؟» (همان، ۴۶).

۲. مقوله‌ی اضافه

بعضی از فقیهان و اصولیان، ملک را از مقولات عرضی و از مقوله‌ی اضافه دانسته و بر مدعای خود چنین دلیل آورده اند:

«ملک از مقوله‌ی اضافه است؛ زیرا ملکیت، مالکیت و مملوکیّت از تکرار نسبت در آنها حاصل می شوند» (نک: آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ۳۰۷/۲؛ همو، حاشیه بر فرائد الاصول، ۲۹۴).

نظر امام خمینی (نک: ۲۴/۱) و سید محسن حکیم (نک: ۶-۷) نیز، چنین است و آنها ملک را نوعی خاص از اضافه دانسته اند. بر طبق این بیان، ماهیت ملک، سلطنت فعلی است که از معنای مقوله‌ی اضافه به دست می آید (نک: همان، ۸). استنباط طباطبایی یزدی از ظاهر بیان شیخ انصاری نیز، مطابق این نظریه است؛ زیرا شیخ انصاری، ملک را به علاقه و نسبت بین مالک و مملوک تعریف می کند که لازمه‌ی آن، سلطنت خاص است (نک: طباطبایی یزدی، ۵۸).

۳. مقوله‌ی مردد بین کیف و اضافه

طباطبایی یزدی، ملک را ماهیت مردد بین مقوله‌ی کیف و اضافه می داند و ملک را به سلطنت خاص مردد بین مقوله‌ی کیف و مقوله‌ی اضافه، تفسیر می کند و در این مورد می نویسد:

«ملک، یا [از مقوله‌ی کیف، یعنی] سلطنت فعلی است و یا [از مقوله‌ی] اضافه‌ای است که لازم ذاتی آن، سلطنت فعلی است» (همان).

طبق این بیان، ماهیت ملک عبارت از سطنت خاصّ مردّد بین مقوله‌ی کیف و اضافه است و آن در مقوله‌ی کیف به معنای سلطنت فعلی خواهد بود و در مقوله‌ی اضافه به معنایی خواهد بود که لازم ذاتی آن، سلطنت فعلی است (نک: همان).

۴. مقوله‌ی جدّه

برخی از فقیهان، ملک را از مقولات عرضی و از نوع مقوله‌ی جدّه به معنی مشتمل و دارا بودن اعلام کرده‌اند. غروی اصفهانی، یکی از فقیهانی است که این نظر را داده و بحث مفصلی را در مورد ملکیت و مالکیت طرح نموده (نک: غروی اصفهانی، ۷-۵) و در این مورد نوشته است:

«و آیا مفهوم ملک، عبارت از احتوا، یا احاطه، یا سلطنت و یا وجدان است؟ ظاهر این است که ملک به معنای سلطنت نیست؛ زیرا سلطنت با حرف استعلا متعدی می‌شود؛ در حالی که ملک، خودش متعدی است؛ همچنین احاطه، گاهی با حرف استعلا متعدی می‌گردد و به نظر می‌رسد که اگر ملک را مساوی احتوا و وجدان بدانیم، به حقیقت نزدیک‌تر است» (همان، ۷).

دیدگاه گروه سوم فقیهان؛ حق بودن ماهیت ملک

جماعتی از فقیهان، ماهیت ملک را مساوی حق دانسته و حتی نظریه‌ی یکسان حق و ملک را ارایه داده‌اند. مرحوم حکیم از این گروه فقیهان است. او، ملک را نوعی حق تلقی می‌کند و آن را به اعتبار و نسبت خاص بین مالک و مملوک، تفسیر می‌نماید. این «اعتبار و نسبت خاص» را همان معنای لام ملکیت در مثال: «الفرسُ لِزیدٍ»، محسوب می‌کند. وی اظهار می‌دارد: «الفرسُ لِزیدٍ، نسبت خاص بین زید و اسب را حکایت می‌کند و نشان می‌دهد که اسب از توابع، شئون و لواحق زید است و از آن به ملکیت اسب برای زید، تعبیر می‌شود» (نک: حکیم، ۶). بنابراین، مرحوم حکیم تفاوت ملک و حق را بر حسب مورد و اسم می‌دانند، نه چیز دیگر (نک: همان، ۷). همچنین، هر چند،

مرحوم طباطبایی یزدی، ملک را به سلطنت خاص مردد بین مقوله‌ی کیف و اضافه، تفسیر می‌کند (طباطبایی یزدی، ۵۷)، ولی بین حق و ملک، تفاوتی قایل نیست؛ به این دلیل که او در بحث حق، اظهار می‌دارد که: «حق نوعی ملک، بلکه بر حسب لغت، همان ملک است» (نک: طباطبایی یزدی، ۵۷).

دیدگاه گروه چهارم فقیهان: ماهیت مستقل ملک از حکم، سلطنت و حق

عده‌ای دیگر از فقیهان، ماهیت ملک را مستقل از حکم، سلطنت و حق دانسته و بین ماهیت ملک، حکم، سلطنت و حق تباین کلی، قایل شده‌اند. امام خمینی یکی از این نوع فقیهان است. وی، ماهیت ملک، سلطنت و حق را متباین می‌داند و فهم عرف و ارتکاز عقلایی را شاهد ادعای خود، معرفی می‌کند. او استدلال می‌کند که مواردی وجود دارند که این تباین را اثبات می‌کنند. برای مثال، حق بر حق سبق، صدق می‌کند، ولی ملک و سلطنت بر آن، صدق نمی‌کند (نک: امام خمینی، ۲۲/۱)؛ چنان که سلطنت مردم بر نفوس خود، صدق می‌کند، ولی حق و ملک بر آن صدق نمی‌کند (نک: همان، ۲۳) و مؤید و حتی دلیل ادعای خودش را تفاوت آثار حق و ملک می‌داند و استدلال می‌کند که دلیل تباین حق و ملک این است که ملک در تمامی مواردش تنها به نسبت بین مالک و مملوک، نیاز دارد، اما حق در بسیاری مواردش به سه طرف، یعنی: صاحب حق، مدیون و دین، نیاز دارد (نک: همان، ۲۴). سؤال این است که این گروه از فقیهان، ماهیت ملک را چه می‌دانند؟ در پاسخ می‌توان گفت: برخی از فقیهان این گروه، ملک و مالکیت را حکم اعتبار عقلایی دانسته و در این مورد نوشته‌اند:

«مالکیت اعتبار عقلایی است که یکی از احکام [و آثار] آن، قدرت [و یا سلطنت]

اعتباری شخص بر تغییر و تحول مملوک است» (امام خمینی، ۲۵).

بررسی اثر نظریه‌های ملک در تعریف خیار

نظریه‌های مذکور ملک، آثار متعددی را در برخی از مسایل فقهی پدید آورده و خود سبب ابهام برخی از مسایل دیگر فقهی شده‌اند و به این ترتیب، تعریف ملک طبق هر نظریه‌ای آثار فقهی خاصی را به دنبال خود داشته است. ما تنها یک نمونه را در این جا ذکر، بررسی و ارزیابی می‌کنیم؛ زیرا اولاً، آوردن تمام آثار این نظریه‌ها، موجب خروج مقاله از حجم مرسوم آن می‌شود و باید این کار را در تحقیق مستقلی انجام داد و ثانیاً، این نمونه یکی از آثار مهم نظریه‌های ملک است و موجب اختلاف زیادی در میان فقیهان شده است و آن تعریف خیار است و می‌توان گفت: یکی از آثار فقهی نظریه‌های ملک در تعریف خیار مشاهده می‌شود. ما این مطلب را در دو مقام، بررسی و ارزیابی می‌کنیم. مقام اول بحث برای نشان دادن تعریف فقیهان از خیار به ملک و مقام دوم بحث برای نشان دادن تعریف فقیهان از ماهیت خیار به سلطنت ملکی، حکمی و حقی اختصاص دارد.

مقام اول؛ تعریف فقیهان از خیار به ملک

جماعتی از فقیهان، ماهیت خیار را ملک دانسته و در تعریف خیار به این معنا تصریح کرده‌اند. فخرالمحققین در *ایضاح الفوائد*، در بحث خیار مجلس، به این امر تصریح کرده و خیار را نوعی ملک و یا مالکیت مالک بر فسخ عقد منعقد شده، تلقی کرده و نوشته است:

«جماعتی از عالمان متأخر، خیار را به ملک فسخ العقد تعریف کرده‌اند»
(فخرالمحققین، ۴۸۲/۱).

همچنین فاضل مقداد، ماهیت خیار را نوعی ملک دانسته و این تعریف را برای خیار آورده است:

«ملک اقرار العقد و ازالته» (فاضل مقداد، ۴۳/۲)؛ خیار، عبارت از مالکیت بر اقرار (ابقا و یا الزام) عقد و فسخ عقد است.

طبق این بیان، خیار، نوعی ملک برای مالک تلقی می‌شود و مالک این نوع ملک، بر فسخ عقد منعقد شده تسلط پیدا می‌کند؛ اعم از این که مراد از «اقرار عقد» را ابقای عقد بر حالتش با ترک فسخ، معنا کنیم و یا طوری که عقد غیر قابل فسخ گردد، به الزام عقد معنا نماییم (نک: انصاری، مکاسب، ۲۱۴).

این تعریف از سوی فقیهان دیگری نیز برای تعریف ماهیت خیار بیان شده است؛ چنان که، مؤلف ریاض (نک: طباطبایی، ۱۷۷/۸) و صاحب جواهر (نک: نجفی، ۳/۲۳)، این تعریف را برای بیان ماهیت خیار، انتخاب کرده‌اند.

شیخ انصاری نیز، این تعریف را از فقیهان متأخر نقل کرده است و در معنای واژه‌ی الزام با ارایه دهندگان این تعریف، به مناقشه پرداخته است (نک: انصاری، مکاسب، ۲۱۴).

مقام دوم: مقصود فقیهان از تعریف خیار به ملک

اگر نظریه‌های چهارگانه‌ی تعریف ملک فقیهان را ملاک تعریف خیار قرار دهیم، اثر و نتیجه‌ی منطقی نظریه‌های مذکور را در تعریف خیار، مشاهده خواهیم نمود؛ زیرا که تعریف خیار مطابق نظر هر کدام از گروه‌های چهارگانه فقیهان مذکور، به شرح زیر خواهد شد:

۱. مطابق نظر گروه اول فقیهان، ماهیت خیار نوعی حکم می‌شود، در این صورت، خیار، آثار حکم را پیدا می‌کند و نمی‌توان آن را نقل و انتقال داد و به ارث گذاشت و گاهی نیز، اسقاط نمود؛ زیرا که آنان، ماهیت ملک را نوعی حکم، تلقی می‌نمایند و حکم، هیچ کدام از این آثار را ندارد.

شهیدی این قول را در حاشیه‌ی خود بر مکاسب طرح کرده و تصریح نموده است:

«بنابر قول مختار، تمام حقوق از قبیل احکام هستند، اعم از احکام وضعی؛ چنان که در بعضی موارد این گونه است و یا از احکام تکلیفی، همان طور که در برخی موارد دیگر، چنین است» (شهیدی، ۱۵۱).

شهیدی مقتضای تحقیق را این مطلب می‌داند که حقوق مذکور با اسقاط صاحب حق ساقط نمی‌گردد؛ زیرا وجه عدم سقوط حقوق الله معلوم است و کسی نمی‌تواند حکم الهی را ساقط کند، اما وجه عدم سقوط حقوق الناس این است که تا زمانی که حق الناس، اقتضای جعل حکم الهی را دارد، چنین حکمی با اسقاط صاحب حق از بین نمی‌رود؛ مگر اینکه اقتضای جعل حکم که مصلحت ویژه است از بین برود و صاحب حق به تبع آن، حق خود را ساقط نماید و در حقیقت، در چنین فرضی، حق، خود به خود سقوط موضوعی پیدا کرده است؛ بدون اینکه کسی آن را ساقط نماید (نک: همان، ۸۶).

یکی از فقیهان معاصری که این نظریه را داده و دلایلی را نیز، برای اثبات آن ارایه کرده است، مرحوم اراکی است (نک: اراکی، ۴-۳). ایشان ماهیت خیار را به «جواز رجوع از عقد» تعریف می‌کند و معلوم است که این جواز رجوع، جواز حکمی است، نه جواز حقی. مرحوم اراکی این تعریف از خیار را تعریف دیگر فقیهان نیز، تلقی می‌کند و می‌فرماید:

«ظاهر عرفی موارد حکم فقیهان در خیار، این است که خیار حق بر عین (مورد معامله) نیست؛ زیرا فقیهان، خیار را به بازگشت از معامله، تعبیر می‌کنند» (همان، ۴).

۲. مطابق نظر گروه دوم فقیهان، ماهیت خیار نوعی سلطنت می‌شود. در این صورت، خیار، آثار ملک را پیدا می‌کند و می‌توان آن را نقل و انتقال داد و به ارث گذاشت و گاهی نیز، اسقاط نمود؛ زیرا این گروه فقیهان، ماهیت ملک را نوعی سلطنت می‌دانند که آن آثار مذکور را دارد. بنابراین مبنا، جمله‌ی: «ملک فسخ العقد» به این معنی

است که خیار عبارت از نوعی سلطنت و مالکیت شرعی مالک بر فسخ عقد منعقد شده است. از این رو، مؤلف *ایصال الطالب* «ملک فسخ العقد» را چنین معنا کرده است: «زمانی که گفته می‌شود مثلاً برای فلانی خیار است، یعنی او طبق شرع، نوعی مالکیت [سلطنت] بر فسخ عقد منعقد شده دارد» (حسینی شیرازی، ۴/۱۱).

طبق این متن، ملک به معنای سلطنت است و معنای جمله‌ی: «ملک فسخ العقد»، سلطنت صاحب خیار بر اجازه و رد در عقد فضولی و یا سلطنت بر رجوع در عقد هبه‌ی جایز است. اثر چنین تعریفی برای خیار آن است که موارد زیر در تعریف خیار داخل شوند:

- مالکیت شخص بر فسخ عقود جایز؛
 - مالکیت شخص بر فسخ عقد فضولی؛
 - مالکیت وارث بر رد عقد مُورَث بر مازاد بر ثلث؛
 - مالکیت عمه و خاله بر فسخ عقد دختر برادر و دختر خواهر؛
 - مالکیت هر کدام از زوجین بر فسخ عقد به واسطه‌ی عیوب.
- در حالی که اثر تعریف خیار به حکم طبق نظر گروه اول فقیهان آن است که موارد مذکور را از احکام و سلطنت حکمی مالک بر فسخ عقد، تلقی کنیم.
۳. مطابق نظر گروه سوم فقیهان، ماهیت خیار نوعی حق می‌شود. در این صورت، خیار، آثار حق را پیدا می‌کند و می‌توان آن را نقل و انتقال داد و به ارث گذاشت و اسقاط کرد؛ زیرا که این گروه فقیهان، ماهیت ملک را مساوی حق می‌دانند.
- ابن زهره، ماهیت خیار را به صراحت، حق می‌داند (نک: ابن زهره، ۲۲۱).
- همچنین شیخ انصاری، ماهیت خیار را حق تلقی می‌کند و طبق مبنای خودش، تعریف خیار فخرالمحققین، به «ملک فسخ عقد» را به حق تفسیر و حمل می‌کند و می‌فرماید:
- «شاید دلیل این که فخرالمحققین خیار را به ملک، تعبیر نمود، این باشد که خیار از حقوق است، نه از احکام» (نک: انصاری، مکاسب، ۲۱۴).

دلیلی که شیخ انصاری تفسیر مذکور را حمایت می‌کند آن است که فخر نفرمود: «جواز فسخ العقد»، بلکه گفت: «ملک فسخ العقد»؛ زیرا اگر او، در تعریف مذکور واژه‌ی جواز را به کار می‌برد، به یقین مرادش از خیار، حکم بود، نه حق. بنابراین، شیخ انصاری، ماهیت خیار را سلطنت حقی مالک بر فسخ عقد تفسیر می‌کند و طبق این بیان، همه‌ی مثال‌های زیر از احکام شرعی خواهند بود:

- مالکیت شخص بر فسخ عقود جایز.
- مالکیت شخص بر فسخ عقد فضولی.
- مالکیت وارث بر رد عقد مؤرّث بر مازاد بر ثلث.
- مالکیت عمه و خاله بر فسخ عقد دختر برادر و دختر خواهر.
- مالکیت هر کدام از زوجین بر فسخ عقد به واسطه‌ی عیوب.

و در نتیجه، آن‌ها قابل ارث گذاشتن و اسقاط کردن نیستند؛ در حالی که اگر آن‌ها از حقوق بودند هم قابل ارث گذاشتن و هم قابل اسقاط می‌شدند و این دو مورد از تفاوت‌های حق و حکم هستند. برای مثال، زن می‌تواند حق قسم خود را از زوج خود، اسقاط کند؛ چون آن، حق است؛ ولی کسی نمی‌تواند حکم را اسقاط کند؛ برای مثال، کسی نمی‌تواند سلطه‌ی خود را بر فسخ عقود جایز، اسقاط کند و بگوید من تسلط خودم را بر فسخ عقود جایز، اسقاط کردم؛ زیرا با چنین گفتاری، این حکم نسبت به او، ساقط نمی‌گردد (نک: همان). البته اگر کسی سؤال کند که آیا هر حقی قابل انتقال و اسقاط است، پاسخش منفی است؛ زیرا حقوقی قابل انتقال است که وجود و حیات شخص مقوم آن نباشد و گرنه، مثل حق جلوس در بازار و مسجد، حق خیار مجعول برای اجنبی، حق تولیت و نظارت، قابل انتقال نیستند و اگر مستحق (صاحب اصلی حق) بمیرد، ما نمی‌توانیم حقوق مذکور را به ورثه انتقال دهیم. از این رو، اگر کسی بگوید: ما برای اثبات حق بودن خیار، بقای حق و عدم انقطاع آن با فوت صاحب حق را استصحاب می‌کنیم! جواب می‌دهیم: چنین امری به علت عدم احراز موضوع مشکل

است؛ زیرا قوام چنین حقی تنها قائم به صاحب حق است و با فوت او، موضوع حق منتفی می شود (نک: همان، ۲۹۰).

۴. مطابق نظر گروه چهارم فقیهان، ماهیت خیار مستقل و متباین از سلطنت، حکم و حق می شود و آثار هیچ کدام از ملک، حکم و حق را ندارد؛ زیرا آن‌ها، ماهیت ملک را مستقل و متباین با سلطنت، حکم و حق، ارزیابی می کنند. البته طبق تعریف خیار به ملک، ماهیت خیار همان ماهیت ملک است، ولی سؤال می شود که طبق قول چهارم ماهیت ملک چیست و آثار آن کدام است؟ پاسخ قبلی برای این سؤال نیز قانع کننده نیست که کسی بگوید: ملک، اعتباری عقلایی است که یکی از آثار آن، سلطنت اعتباری شخص بر تغییر مملوک است (نک: امام خمینی، ۲۵)؛ زیرا اگر سلطنت مذکور را بپذیریم باید آن را به نظریه ی گروه دوم فقیهان در تعریف ملک و خیار ارجاع دهیم که در این صورت، قول چهارمی در کار نخواهد بود.

بنابراین، سه قول در مقام اثبات از فقیهان در تعریف خیار وارد شده است؛ زیرا آن‌ها بعد از پذیرش خیار به ملک، در تبیین و تحلیل ماهیت این گونه ملک یا بهتر بگوییم ملک خیار، اختلاف دارند. برخی از فقیهان، ماهیت خیار را سلطنت ملکی، بعضی از آن‌ها، ماهیت خیار را سلطنت حکمی و برخی از آنان نیز، ماهیت خیار را سلطنت حقی دانسته اند. به این ترتیب، خیار طبق قول اول، آثار ملک و طبق قول دوم، آثار حکم و طبق قول سوم، آثار حق را پیدا خواهد کرد و آثار هر کدام از آن‌ها، متفاوت خواهد بود.

تحلیل مذکور در دو مقام بحث، نشان می دهد که ریشه ی ابهام تعریف خیار و وجود سه قول پیرامون تعریف آن در نظریه های تعریف ملک، نهفته است و اگر تعریف ملک منطبق و سازگار با فقه اسلامی، از منابع حقوق اسلامی استنباط و استخراج گردد و ادله ی آن ارایه شود، می توان از مشکل تعدد نظریه های مذکور، رهایی یافت. بنابراین، ابتدا باید نظریه ی تحقیق را بر اساس حقوق اسلامی در تعریف فقهی ملک، تحصیل و

ارایه نمود؛ سپس به تبیین و تحلیل نظریه‌ی تحقیق پرداخت و در لابلای بحث، نظریه‌های فقیهان در تعریف ملک را بررسی، نقد و ارزیابی کرد.

نظریه‌ی تحقیق

طبق نظریه‌ی این تحقیق، ملک در حقوق اسلامی، عبارت از سلطنت عرفی شخص بر شیء است که مورد تأیید شرع باشد؛ طوری که تصرف شخص را بر آن شیء فراهم نماید و مانع تصرف دیگران شود؛ مگر اینکه مانع عرفی و شرعی در بین باشد و اجازه‌ی تصرف را بر خلاف اصل اولی به شخص ندهد.

ادله‌ی نظریه‌ی تحقیق

این معنای ملک از ادله‌ی مختلف حقوق اسلامی یعنی: روایات یا قاعده‌ی سلطنت، لغت، ظهور ملک، تبادل عرفی و برخی آیات قرآن استنباط می‌شود. هر کدام از این ادله را شرح می‌دهیم:

۱. روایات یا قاعده‌ی سلطنت

روایات متعددی نظریه‌ی مذکور تحقیق را اثبات می‌کنند. این روایات به شرح و استدلال زیر هستند:

الف: حدیث مستفیض ابن ابی جمهور

«الناس مسلطون علی اموالهم» (ابن ابی جمهور، ۲۰۸/۳).

کیفیت استدلال به حدیث مذکور برای اثبات نظریه‌ی تحقیق، چنین است که این حدیث، حکم عرفی مالکیت مردم بر اموال و املاک را به شرح فوق، تأیید و امضا می‌کند و به مالکیت مردم بر املاک و اموال خود مشروعیت می‌دهد و به تعبیری بهتر، مشروعیت آن را تأسیس می‌کند و از آنجایی که حدیث نفرموده است: «الناس مالکون علی اموالهم»، بلکه بیان داشته است: «الناس مسلطون علی اموالهم»؛ لذا، حدیث به صراحت مردم را بر اموال خودشان مسلط دانسته است، نه مالک بر اموالشان. بنابراین،

به نظر ما معنای صریح حدیث مربوط به دو چیز است: اموال و مردمی که مسلط بر اموال دانسته شده‌اند. از این رو، معنای صریح یا ظهور حدیث در این است که مردم بر اموال خویش مسلط هستند و در پاسخ این سؤال که ملکیت از کجا به دست می‌آید؟ جواب می‌دهیم: ملکیت از مفاهیم انتزاعی است و منشأ انتزاع آن، سلطه‌ی مردم بر اموال خویش است. از این رو، سلطه از اوصاف و قیود ماهوی ملک است و این سلطه‌ی مردم بر اموال که ملکیت را تحصیل می‌کند، آثاری نظیر انواع تصرف، دارایی محسوب شدن مال و ایجاد صفت مالکیت برای سالت را دارد. پس، ماهیت ملک، این سلطنت خاص است و این سلطنت در تعریف ماهیت ملک، قید ماهوی ملک محسوب می‌شود. حال، از آنجایی که سلطنت دو طرف دارد: یکی، سالت و دیگری، مسلوط، اگر ما الگوی حقیقی مفهوم فقهی ملک را همان رابطه‌ی وجودی بین سالت و مسلوط تکوینی بدانیم، ملک در حقوق اسلامی به مطلق سلطنت اعتباری شخص بر شیء اطلاق می‌شود، به طوری که این سلطنت اعتباری، امکان هر نوع تصرف سالت را در آن شیء فراهم می‌کند و مانع تصرف دیگران در آن شیء می‌شود؛ مگر اینکه مانع عرفی و شرعی در بین باشد و اجازه‌ی تصرف را بر خلاف اصل اولی به شخص ندهد. شیخ جواد تبریزی (نک: ۱۲/۲)، خوئی (نک: ۴۴/۲)، آخوند خراسانی (نک: کفایة الاصول، ۳۰۷/۲؛ همو، حاشیه بر فرائد الاصول، ۲۹۴)، امام خمینی (نک: ۲۴/۱)، سیدمحسن حکیم (نک: ۶-۷)، طباطبایی یزدی (نک: ۵۸) و غروی اصفهانی (نک: ۵-۷) ماهیت ملک را به سلطنت تعریف کرده‌اند. بنابراین، تعریف ماهیت ملک به سلطنت و قرار دادن سلطنت به عنوان قیدی ماهوی برای تعریف ملک، امری مألوف است.

ب: روایت امام زمان (عج)

روایتی از امام زمان (عج)، به شرح زیر وارد شده است که نظریه‌ی تحقیق را اثبات

می‌کند:

«لا یحلّ لاحد ان یتصرف فی مال غیره بغير اذنه» (حر عاملی، ۲/ ۳۰۹). وجه استدلال به این روایت چنین است که، طبق روایت مذکور، بر کسی جایز نیست که بدون اذن، در مال دیگری تصرف کند؛ زیرا که این کار دخالت در حوزه مالکیت دیگران و نادیده گرفتن حق سلطنت آنان است. هر چند این روایت به سلطنت تصریح نمی‌کند، ولی معنای عامی دارد و ملک و سلطنت را در بر می‌گیرد. همچنین، عرضه‌ی مُفاد این روایت به حدیث سابق، معنای سلطنت را خواهد رساند. چنان‌که وجه استدلال روایت بعدی نیز این وضع را دارد.

ج: روایت امام صادق (ع)

حدیثی از امام صادق (ع) نقل شده است که مربوط به مقام بحث است. در این حدیث آمده است: «الانسان احقّ بماله مادام الروح فی بدنه» (همان، ۱۳/ باب ۱۷)؛ کیفیت استدلال به این حدیث این‌گونه است که انسان تا زنده است، از هر کس دیگر به مال خویش سزاوارتر است؛ لذا، هر نوع سلطنت مالکانه بر اموال برای وی محفوظ است.

د: قاعده‌ی سلطنت

فقیهان از روایات مذکور، قاعده‌ی سلطنت را استنباط کرده‌اند و در وجه استدلال آن می‌گویند: صاحب هر ملکی می‌تواند انواع تصرف نظیر نقل و انتقال را در ملک خود انجام دهد؛ زیرا روایات به تسلط مردم بر اموالشان دلالت می‌کند و برای تسلط مردم بر مال خود، معنایی غیر از تصرفاتی مانند نقل و انتقال، متصور نیست (نک: انصاری، مکاسب، ۲۲۱)، ولی به نظر می‌رسد که مبنای اصلی این قاعده، عرف و حکم عاقلان است و آن را باید یک قاعده‌ی عرفی و عقلایی محسوب کرد که روایات مذکور، مشروعیت آن را در حقوق اسلامی امضا و تأیید می‌کنند. شیخ انصاری، این قاعده را یک قاعده‌ی مسلم دانسته و بر آن استدلال کرده است (نک: همان).

صاحب جواهر، قلمرو این قاعده را نظیر دیگر فقیهان بسیار گسترده و شامل کلیه اموال مادی و معنوی دانسته و نوشته است: «مردم [طبق این قاعده] بر حقوق و اموال خود سلطه دارند» (نجفی، ۲۵/۲۲۸).

این معنای ملک، در حقوق اسلام، مقسم قرار می‌گیرد و اصطلاحات متعددی از آن ساخته می‌شود؛ مانند: ملک مایملک، ملک طلق، ملک عین، ملک منفعت، ملک انتفاع، ملک قهری، ملک ارادی و دهها تعبیر دیگر (نک: جعفری لنگرودی، ۶۸۷-۶۸۴). عین وجه استدلال روایت سلطنت در مورد این قاعده نیز جریان دارد که از تکرار آن پرهیز می‌کنیم.

۲. تبادر عرفی و ظهور ملک

تبادر عرفی و ظهور ملک، دلیل دیگر نظریه‌ی تحقیق است؛ زیرا ظهور لفظ ملک و تبادر عرفی آن، عبارت از سلطنت عرفی شخص بر شیء است؛ به طوری که تصرف شخص را بر آن شیء فراهم نماید و مانع تصرف دیگران شود؛ مگر اینکه مانع عرفی در بین باشد و اجازه‌ی تصرف را به شخص ندهد. بنابراین، هر چند ملک در حقوق موضوعه و به ویژه قانون مدنی ایران، در مال و دارایی، اعم از منقول و غیر منقول، استعمال می‌شود؛ چنان‌که می‌توان گفت: ملک در مال، تبادر و ظهور دارد (نک: جعفری لنگرودی، ۶۸۴)، ولی در حقوق اسلامی، میان ملک و مال، فرق وجود دارد و بین آن دو، رابطه‌ی عموم و خصوص من وجه بر قرار است و برای مثال، ماهی صید نشده در دریا از مباحات است و مال تلقی می‌شود، ولی ملک نیست و شخص در مورد آن، سلطنت ندارد. همچنین، میوه‌ی فاسد شده در مغازه، مال نیست و فاسد شدن، آن را از مالیت انداخته است و کسی به ازای آن پول نمی‌پردازد، ولی علی‌رغم این، آن میوه، ملک است و صاحب باغ نسبت به چنین میوه‌ای سلطنت دارد و می‌تواند هر نوع تصرفی را در آن انجام دهد.

۳. مفهوم ملک در لغت

دلیل بعدی نظریه‌ی تحقیق، مفهوم ملک در لغت است. معنای لغوی ملک، عبارت از سلطنت عرفی شخص بر شیء است؛ به طوری که تصرف شخص را بر آن شیء فراهم نماید و مانع تصرف دیگران شود، مگر اینکه مانع عرفی در بین باشد و بر خلاف اصل اولی، اجازه‌ی تصرف را به شخص ندهد. توضیح اینکه، واژه‌ی ملک با کسره و ضمّه‌ی فاء الفعل و سکون لام الفعل که جمع آن، املاک است، در لغت به یک معنی استعمال شده و ریشه‌ی کلمات: مالک، مالکیت، مملوک، مُلک، مَلَاک، تملیک و غیره است. عرب‌زبانان، این واژه را به معنای «ما یملکُهُ الانسان» (نک: الیاس، ۶۶۹) و یا «ما یتصرفُ فیهِ» (نک: انیس، ۸۸۶) تعبیر می‌کنند؛ یعنی ملک چیزی است که انسان آن را مالک می‌شود و به تملک و تصرف خود در می‌آورد. طبق این بیان لغت‌شناسان، معنای ملک همان سلطنت است. این معنای ملک از معجم مفردات الفاظ قرآن راغب اصفهانی نیز با کمی تفاوت استفاده می‌شود؛ زیرا راغب اصفهانی، این واژه را به معنای سلطنت دانسته است (نک: راغب اصفهانی، ۴۹۳). بنابراین، «مَلِکَ الشیء» به معنای تصرف و سلطنت اختصاصی شخص بر شیء است (نک: انیس، ۸۸۶). معنای سلطنت اختصاصی شخص بر شیء این است که تصرف شخص را بر آن شیء فراهم نماید و مانع از تصرف دیگران در آن شود.

ارزیابی نظریه‌های فقیهان بر اساس نظریه‌ی تحقیق

به نظر ما، نظریه‌ی تحقیق، مطابق تعریف حقیقی ملک در حقوق اسلامی است و سایر تعریف‌های ملک، یا تعریف نادرست، یا تعریف به لوازم و یا تعریف به آثار ملک محسوب می‌گردند. لذا، لازم است که نظریه‌های فقیهان را بر اساس نظریه‌ی تحقیق ارزیابی و نقد کنیم:

۱. خلط مفاهیم اعتباری و تکوینی

مفهوم فقهی ملک، حکم، حق و سلطنت، از مفاهیم اعتباری است (نک: خویی، ۴۴/۲) و اعتبار کننده‌ای، اعم از متعبر شرعی و عرفی را لازم دارد و بدون این اعتبار، معتبر، نخواهد شد. لذا، مفاهیم فقهی را نباید با مفاهیم تکوینی، اعم از منطقی و فلسفی، خلط کنیم. این گونه مفاهیم اعتباری فقهی از مفاهیم واقعی و الگوهای حقیقی گرفته شده‌اند و باید بحث شود که الگوی حقیقی مفاهیم اعتباری ملک، حکم، حق و سلطنت چیست و کدام الگوهای حقیقی، منشأ اتخاذ این گونه مفاهیم فقهی و حقوقی هستند.

به نظر می‌رسد، الگوی حقیقی مفهوم فقهی ملک، حکم، حق و سلطنت همان رابطه‌ی تکوینی موجودات واقعی است. چنین رابطه‌ای بین نفس شخص و صورت‌های ذهنی او، موجود است و نیز بین خالق هستی و مخلوقات او وجود دارد. این الگوی تکوینی، منشأ پیدا شدن مفاهیم اعتباری فقهی، نظیر ملک، حکم، حق، سلطنت، حریت و زوجیت و این قبیل مفاهیم است و اگر ما با چنین الگوی تکوینی آشنایی نداشته‌ایم، نمی‌توانستیم این گونه مفاهیم اعتباری فقهی را بسازیم و اگر شارع نیز، آن‌ها را برای ما به صورت کشفی وضع می‌کرد، ما معنای درست و واقعی آن‌ها را نمی‌فهمیدیم. لذا، فقیهانی که به این الگوی تکوینی توجه نکرده‌اند، معنای مفاهیم اعتباری فقهی و تشریحی نظیر ملک، حکم، حق، سلطنت، حریت و زوجیت را درست طرح نکرده و این بحث را خلط کرده و موضوع را در چنین فضای پیچیده‌ای طرح و تحلیل نموده‌اند. اگر همه‌ی فقیهان به این الگوی تکوینی در طرح و تحلیل مفاهیم اعتباری فقهی توجه می‌کردند، این مشکل و در نتیجه، این همه اختلاف نظر پدید نمی‌آمد. بر طبق این مبنا، اگر ما الگوی حقیقی مفهوم فقهی ملک را همان رابطه‌ی وجودی بین ملک، مالک و مملوک تکوینی بدانیم، ملک در حقوق اسلامی به مطلق سلطنت اعتباری شخص بر شیء اطلاق می‌شود؛ به طوری که این سلطنت اعتباری امکان هر نوع تصرف مالک را در آن شیء فراهم می‌کند و مانع از تصرف دیگران در آن می‌شود؛ مگر این که مانعی

عرفی و شرعی در بین باشد و بر خلاف اصل اولی، اجازه‌ی تصرف را به شخص ندهد.

بنا بر این تحلیل، نظریه‌های فقیهان این‌گونه نقد می‌شود که تعریف آن‌ها از ملک، یا غلط است و یا تعریف به آثار یا لوازم ملک است؛ نه تعریف به حقیقت و ماهیت ملک. چنان‌که تعریف‌های زیر این‌گونه هستند و از فرمول تعریف به آثار و لوازم تبعیت کرده‌اند:

۱. ملک در حقوق اسلام و ایران، عبارت از اختیار قانونی شخص بر اشیا و اموال است.

۲. ملک در حقوق ایران و اسلام، عبارت از حقی است که شخص می‌تواند خود را به استناد آن، مالک گرداند. به این‌گونه ملک، در اصطلاح حقوقی «ملک آن یملک» نیز گفته می‌شود. مثلاً، ورثه می‌تواند وصیت زاید بر ثلث پدر را رد کند و به این وسیله بعد از فوت پدر، مالکیت خود را بر اموال تسلط ببخشد. این اصطلاح گاهی نیز به معنای اختیار قانونی شخص بر اشخاص است؛ نظیر اطلاق ملک بر بضع در اصطلاح «ملکیت بضع» که به معنای تسلط زوج بر رابطه‌ی زوجیت با زن معین و آثار آن، به کار رفته است (نک: جعفری لنگرودی، ۶۸۵).

۲. سلطنت؛ قید ماهیت ملک، نه لازم ماهیت آن

طبق نظریه‌ی تحقیق، ماهیت ملک، نوعی سلطنت است. قید «سلطنت» در تعریف تحقیق، جزو ماهیت ملک است. سلطنت به معنای علاقه‌ی اختصاصی چیزی به شخصی است؛ به طوری که امکان تصرف را بر مالک فراهم بیاورد و مانع تصرف دیگران در آن شیء گردد. این سلطنت گاهی عینی است مثل سلطنت حمل (کودک در شکم مادر) بر ارث و گاهی، دینی است مثل سلطنت طلب‌کار بر مورد دین. همچنین، این سلطنت گاهی قوی است مثل سلطنت مالک بر اموال خودش و گاهی، ضعیف است مثل سلطنت مرتهن بر عین مرهونه. این نوع سلطنت همیشه، دو طرف دارد: یکی سالط

و دیگری مسلوط است. پس، ملک نیز همیشه دو طرف خواهد داشت که عبارت از مالک و مملوک است.

۳. شباهت و تفاوت ملک و حق

هر چند، طبق نظریه‌ی تحقیق، ملک و حق، هر دو به سلطنت شخص تعریف می‌شوند و آن دو از این جهت شباهت دارند، ولی اطراف و متعلقات ملک و حق با یکدیگر تفاوت دارند. توضیح اینکه طبق نظریه‌ی تحقیق، حق در حقوق اسلامی، عبارت از سلطنت شخص بر شیء یا شخص و یا امری که مورد تأیید شارع است؛ به گونه‌ای که امکان تصرف شخص را در موضوع حق (شیء، شخص و امر) فراهم بیاورد و مانع تصرف دیگران در موضوع حق شود. معنای سلطنت در تعریف مذکور، عبارت از علاقه‌ی اختصاصی چیزی، یا شخصی و یا امری به شخصی است، به طوری که تصرف صاحب حق را بر موضوع حق فراهم آورد و مانع تصرف دیگران در آن شود. این سلطنت گاهی سلطنت بر عین است مثل حق ارث بیع خیاری؛ گاهی، سلطنت بر شخص است، مثل حق قصاص و گاهی هم سلطنت بر امری از امور است، مثل حق ذین که حق ذمه‌ای است. بر طبق این بیان اگر متعلق حق، شخص باشد، اطراف حق، سه چیز خواهد بود: من له الحق (طلب‌کار)، من علیه الحق (مدیون، متعهد و بده‌کار) و محل حق. متعلق حق در صورتی شخص خواهد بود که حق ذمی باشد، مثل حق نفقه‌ی زن بر شوهر که نسبت بین دو فرد و خود ذین، وجود دارد، ولی اگر متعلق حق، شیء و یا امری از امور باشد، اطراف آن، دو رکن خواهد بود: من له الحق (صاحب حق) و محل حق (خود شیء و امر).

بنابراین تحلیل، تفاوت‌های اساسی بین حق و ملک به این شرح است: تفاوت اول ملک و حق در خود اطراف آن دو است؛ زیرا ملک همیشه دو طرف دارد که همان ملک و مملوک است. در حالی که حق در غالب مواردش سه طرف دارد که طلب‌کار، مدیون و محل حق است.

تفاوت دوم ملک و حق در اتحاد و افتراق اطراف آن دو است؛ زیرا اطراف ملک در یک نفر جمع شده و متحد می‌شود، ولی اطراف حق به هیچ وجه در یک فرد، جمع و متحد نمی‌شود. این مطلب در حقی که سه طرف دارد، بسیار واضح است و به توضیح نیازی ندارد و در حقی که دو طرف دارد (و این در مواردی است که متعلق حق، شیء و امری از امور باشد) با دقت معلوم می‌شود؛ زیرا در حق دینی، معقول نیست که کسی مالک نفس (ذمه‌ی) خودش باشد (نک: انصاری، مکاسب، بیع / ۱) و مشغول الذمه به خودش گردد؛ چون اگر مالکیت بر نفس (ذمه‌ی) خود معقول بود، سقوط و اسقاط آن، ممکن نمی‌شد (نک: ایروانی، ۷۳). در حالی که یکی از اوصاف ذاتی حق، قابل سقوط و اسقاط بودن آن است.

تفاوت سوم ملک و حق در متعلق آن دو است؛ چرا که متعلق ملک همیشه شیء است. در حالی که متعلق حق، یا شخص، یا شیء و یا امری از امور است.

۴. افتراق ملک و حکم

بر اساس نظریه‌ی تحقیق، ملک و حکم، دو ماهیت متمایز دارند و ماهیت ملک، حکم نیست؛ زیرا طبق اصطلاح فقیهان، حکم معانی متعددی دارد و شامل حکم تکلیفی، حکم وضعی، حکم اولی، حکم ثانوی، حکم ظاهری، حکم واقعی، حکم امضایی، حکم تأسیسی و حکم ولی امر مسلمین می‌شود. در حالی که هیچ کدام از احکام مذکور نمی‌توانند ماهیت ملک را تشکیل دهند. این است که فقیهان، اجازه و رد کردن عقد فضولی از سوی مالک را ملک نمی‌گویند و نیز تسلط شخص بر فسخ عقد جایز مثل هبه‌ی جایز و عاریه را ملک نمی‌خوانند؛ چون این‌ها از قبیل احکام هستند، نه از قبیل املاک؛ لذا، به ارث نمی‌رسند و قابل سقوط و اسقاط نیز نیستند. برای مثال، اگر کسی به دیگری هدیه دهد و این عقد، عقد جایز باشد، تا زمانی که عین هدیه موجود است، مالک، قدرت بر فسخ آن را دارد، ولی این حق فسخ، برای وراثت او به ارث نمی‌رسد. همچنین، اگر کسی به دیگری بگوید: من حق رجوع خودم را در هبه‌ی

مذکور ساقط کردم، حق رجوع او، ساقط نمی‌شود؛ چون حق رجوع مذکور، حکم است و حکم قابل ارث و سقوط و اسقاط نیست؛ در حالی که ملک از قبیل حقوق است و قابل نقل، انتقال و ارث است و گاهی نیز، قابل سقوط و اسقاط می‌شود (انصاری، مکاسب، ۲۱۴).

۵. اعتبار شرعی ملک

بر اساس نظریه‌ی تحقیق، هر چند ماهیت ملک، حکم نیست، ولی منشأ سلطنت شخص بر شیء، اعتبار عرفی است که مورد تأیید شرع هم قرار گرفته است. شارع این تأیید شرعی را از طریق حکمی از احکام خود بیان کرده و مشروعیت حکم عرفی مذکور را به تأیید رسانده است. اکنون سؤال در مقام بحث این است که شارع با کدام نوع از احکام خود، ملک را یک اعتبار تشریحی می‌کند؟

پاسخ سؤال مذکور به این مطلب وابسته است که ما نهاد فقهی و حقوقی ملک را یک نهاد تأسیسی شارع می‌دانیم و یا آن را یک نهاد امضایی شارع، تلقی می‌کنیم. توضیح مطلب این است که فقیهان، احکام را به تأسیسی و امضایی تقسیم می‌کنند و اصطلاح امضا را مقابل اصطلاح تأسیس به کار می‌برند. تأسیس در حقوق اسلامی به معنای وضع قانونی است که در عرف و عادت وجود نداشته و ابتدا شارع آن را تأسیس و مقرر کرده است (نک: جعفری لنگرودی، ۱۳۳ و ۲۴۴)؛ لذا، احکام تأسیسی، عبارت از احکامی هستند که پیش از آمدن اسلام وجود نداشتند و شارع، آن‌ها را تأسیس کرده است. در هر جایی که حکم تأسیسی قابل اثبات باشد، حقیقت شرعی نیز، قابل اثبات خواهد بود؛ زیرا حقیقت شرعی به این معنا است که شارع اسلام واژه‌ای را در معنای لغوی و یا عرفی خود استعمال کرده است. قول مشهور فقیهان (نک: موسوی بجنوردی، ۱۹۲-۱۹۱)، احکام مربوط به عبادات را تأسیسی می‌دانند. این‌گونه فقیهان معتقدند که هر چند احکام عبادی نظیر نماز و روزه در ادیان گذشته نیز بوده، اما نماز و روزه با این شرایط و چگونگی، ویژه‌ی دین اسلام است. بنابراین، دین مقدس اسلام،

احکام بالا را تأسیس کرده است و این گونه عناوین، دارای حقیقت شرعی و یا متشرعی هستند و معنای خاصی دارند. امضا در حقوق اسلامی به معنای شناسایی یک عرف و عادت از طرف شارع اسلام است؛ لذا، اگر بگوییم معاملات امضایی هستند، به این معنا خواهد بود که قوانین راجع به معاملات، از عرف و عادت گرفته شده‌اند (نک: جعفری لنگرودی، ۸۱ و ۲۴۴) و این گونه معاملات بین مردم متعارف بوده‌اند و شارع مقدس آن‌ها را با عباراتی از قبیل: «أحلّ الله البيع» (بقره/۲۷۵) و «أوفوا بالعقود» (مائده/۱) امضا کرده است. شارع مقدس، اگر مواردی مانند معامله‌ی «ربوی» و «غرری» را در کل قبول نکرده، نظر خود را روشن، بیان کرده است. به همین جهت، سکوت شارع مقدس و نبود نهی درباره‌ی عقدی از عقود، کفایت می‌کند که شارع مقدس آن را پذیرفته است و آن عقد در شرع، نظیر عرف، جایز و صحیح است؛ زیرا که شارع مقدس، هرگز اهمال و مسامحه نمی‌کند و آنچه را که مورد رضایت و مقصودش نیست، به روشنی اعلام می‌دارد (نک: موسوی بجنوردی، ۱۹۲-۱۹۱).

قول مشهور فقیهان، اصل عقود و ایقاعات را از احکام امضایی دانسته، ولی احکام این گونه نهادهای فقهی و حقوقی را از احکام تأسیسی تلقی کرده‌اند (نک: همان). بنابراین، در مورد ملک نیز دو قول وجود دارد: قولی، اصل ملک را نظیر عقود و ایقاعات، امضایی تلقی می‌کند و معتقد است که شارع مقدس، حکم عرفی ملک را با بیان حکم شرعی، امضا کرده است. این قول مخالف نظر مشهور فقیهان است و قول مشهور، ملک را یکی از احکام تأسیسی شرعی محسوب می‌کند که شارع مقدس آن را بنا بر حفظ و رعایت مصالح اعم از شخصی و اجتماعی، تأسیس نموده است. در این بیان، حکم ملک از احکام اولی شرعی، اعم از تکلیفی و وضعی است. اگر شارع، اعتبار شرعی ملک را با یک حکم تکلیفی اعلام کند، آن را به طور مستقیم جعل می‌کند و اگر اعتبار شرعی ملک را با یک حکم وضعی اعلام نماید، جعل آن بر طبق مبانی فقیهان، مختلف خواهد بود. قدمای اصولیان و مشهور فقیهان، جعل مستقیم این نوع حکم را نیز

برای شارع ممکن و صحیح دانسته‌اند (نک: مشکینی، ۱۱۹)، ولی، شیخ انصاری و پیروان او، جعل مستقیم این نوع حکم را برای شارع غیر ممکن تلقی نموده و جعل احکام وضعی را از طریق جعل احکام تکلیفی دانسته‌اند. به این بیان که حکم وضعی از حکم تکلیفی، انتزاع می‌شود. برای مثال، زمانی که شارع، شرب خمر را تحریم می‌کند، ما حکم نجاست، بطلان خرید و فروش، تولید و توزیع آن را به عنوان حکم وضعی از حکم حرمت شرب خمر انتزاع و استخراج می‌کنیم، یا وقتی که شارع، عقد نکاح را جایز می‌داند، ما حکم استمتاع جنسی زوجین از یکدیگر را از آن انتزاع می‌نماییم و همین طور، احکام وضعی را از سایر احکام تکلیفی، انتزاع می‌کنیم (نک: انصاری، فرائد الاصول، ۳۵۱؛ مشکینی، ۱۱۹).

۶. تفاوت معنای مصدری و اسم مصدری حکم

حکم در معنای مصدری که نسبت به فاعل لحاظ می‌شود و معنای آن به فاعل نسبت داده می‌شود، عبارت از انشای یک امر اعتباری از سوی شارع و قانون‌گذار است که به طور مستقیم یا غیر مستقیم الزام و یا منعی را ایجاد می‌کند. حکم در معنای مصدری می‌تواند شامل حکم تکلیفی، وضعی، اولی، ثانوی، ظاهری، واقعی، امضایی، تأسیسی، قاضی و ولی امر مسلمین گردد. بنابراین، اگر فقیهی برای مثال بگوید: حکم خیار مجلس، عبارت از جواز فسخ عقد از سوی فروشنده و خریدار، تا قبل از افتراق متعاقبین از مجلس عقد است، حکم مذکور در این عبارت، به معنای حکم مصدری آمده است؛ یعنی شارع و یا عاقلان، حکم خیار مجلس را چنین اعتبار و وضع کرده‌اند. پس، با استناد به سخنان فقیهان در تعریف حکم در موارد متعدد می‌توانیم بگوییم که فقیهان، حکم مصدری را چنین تعریف می‌کنند: حکم مصدری، عبارت از انشای یک امر تکلیفی و یا وضعی از سوی شارع و قانون‌گذار است که انجام و یا ترک فعلی را اقتضا کند، یا رخصت دهد و یا اثری عملی را بر آن مترتب کند. از جمله مصادیق حکم مصدری عبارت از حکم جواز است که در این مثال‌ها آمده است:

۱. جواز فسخ عقود جایز از سوی طرفین؛
 ۲. جواز فسخ عقد فضولی از سوی مالک اصلی؛
 ۳. جواز رد عقد مُورَّث از مازاد بر ثلث از سوی وارث؛
 ۴. جواز فسخ عقد دختر برادر و دختر خواهر از سوی عمه و خاله؛
 ۵. جواز فسخ عقد به واسطه‌ی عیوب از سوی هر یک از زوجین.
- حکم به معنای اسم مصدری که نسبت به مفعول لحاظ می‌شود و معنای آن به مفعول نسبت داده می‌شود و در اصطلاح به آن، حاصل فعل نیز اطلاق می‌گردد، عبارت از خود آن امرِ اعتباری اِثنا شده و به اصطلاح، امرِ مجعول است. برای مثال، اگر فقیهی بگوید: خیار مجلس با خیار حیوان متفاوت است؛ یا خیار مجلس، یکی از انواع خیارات مجعول شارع و یا عقلای جامعه است، خیار در عبارت‌های مذکور به معنای اسم مصدری آمده است.
- بنابراین، فقیهانی که ماهیت ملک را به حکم و حق تفسیر می‌کنند، مرادشان از این حکم، معنای اسم مصدری حکم و حق است، نه معنای مصدری آن‌ها. دلیل اول این ادعا، آن است که فقیهانی که ملک را به حق و یا حکم تفسیر کردند حق و حکم را به معنای اسم مصدری آن‌ها گرفته‌اند و اگر کسی سخنان آن‌ها را در تفسیر ملک به حکم و حق ملاحظه کند به ادعای ما قطع و یقین پیدا می‌کند و دلیل دوم ادعای مذکور این است که فقیهانی که ملک را به حکم و حق تفسیر می‌کنند، در عین حال، آن را قابل نقل و انتقال می‌دانند؛ در حالی که یقین داریم، معنای مصدری حکم و حق، قابل نقل و انتقال نیست و آن دو تنها در معنای اسم مصدری خود، قابل نقل و انتقال است. پس، فقیهان، وقتی می‌گویند: ماهیت ملک، حکم است، معنای اسم مصدری حکم را اراده می‌کنند، نه معنای مصدری حکم را؛ چنان که اگر فقیهی خیار را به «ملک فسخ العقد» تعریف نماید یا بگوید: حق خیار به ارث می‌رسد، مراد او از ملک و حق در عبارت‌های مذکور، معنای اسم مصدری ملک و حق است. در حقیقت، حکم، ملک و حق در

معنای اسم مصدری خود، نظیر سبب، شرط، مانع، صحت، فساد، طهارت و نجاست هستند. نکته‌ای که نباید از آن غفلت نمود این است که در فقه، ملک و حق، بر خلاف حکم، در معنای مصدری کاربرد ندارند، بلکه ملک و حق، همیشه در معنای اسم مصدری به کار می‌روند. غفلت فقیهان از این مسأله، موجب اشتباه و یا خلط معنای مصدری و اسم مصدری ملک، حق و حکم شده و آثار مختلفی را در برخی مباحث فقهی و از جمله در مسأله‌ی تحقیق، پدید آورده است.

نتیجه

این تحقیق، بر طبق دلایل حقوق اسلامی، ملک را سلطنت عرفی شخص بر چیزی دانست که به تأیید شارع رسیده است. سلطنت مذکور، ماهیت ملک را بیان می‌کند و آن به معنای اختصاص چیزی به شخصی است؛ به طوری که امکان تصرف شخص را بر آن چیز، فراهم می‌کند و مانع تصرف دیگران می‌شود، مگر این که مانع عرفی و شرعی در بین باشد و اجازه‌ی تصرف را بر خلاف اصل اولی به شخص ندهد.

بنابراین نظریه، اولاً، مفهوم فقهی ملک، از مفاهیم اعتباری و مقابل مفهوم تکوینی است. الگوی مفهوم اعتباری ملک در این نظریه، امور تکوینی است و رابطه‌ی اعتباری مالک و مملوک تشریحی، همان رابطه‌ی وجودی بین مالک و مملوک تکوینی است. برای مثال، رابطه‌ی خالق هستی و مخلوقات او، یک رابطه‌ی تکوینی است. این الگوی تکوینی، معیار و مقیاس اعتبار تشریحی قرار می‌گیرد و مفهوم ملک، مالک و مملوک تشریحی از این الگوی تکوینی، یعنی از قیاس ملک، مالک و مملوک حقیقی، پدید می‌آید. ثانیاً، بر طبق نظریه‌ی تحقیق، هر چند ماهیت ملک، حکم نیست، ولی منشأ سلطنت شخص بر شیء، اعتبار عرفی است که مورد تأیید شرع هم قرار گرفته است. شارع این تأیید شرعی را از طریق حکمی از احکام خود، بیان کرده و مشروعیت حکم عرفی مذکور را با این حکم شرعی به تأیید رسانده است. بنا بر این تحلیل، مفهوم

اعتباری ملک، اعتبار کننده‌ای اعم از متعبر شرعی و عرفی را لازم دارد و بدون این اعتبار، معتبر نخواهد شد و از آنجایی که این تحقیق، ماهیت ملک را سلطنت شخص بر چیزی تعریف می‌کند و این سلطنت را سلطنتی اعتبار عرفی می‌داند که به تأیید شارع رسیده است، عرف عقلایی با حکم تأسیسی و شارع مقدس با حکم امضایی، این سلطنت شخص بر چیزی را معتبر کرده‌اند. اگر شارع اعتبار شرعی ملک را با یک حکم تکلیفی اعلام کند، آن را به طور مستقیم جعل می‌کند و اگر او اعتبار شرعی ملک را با یک حکم وضعی اعلام نماید، جعل آن طبق مبانی فقیهان مختلف خواهد بود. قدمای اصولیان و مشهور فقیهان، جعل مستقیم این نوع حکم را نیز برای شارع، ممکن و صحیح دانسته‌اند (نک: مشکینی، ۱۱۹)، ولی شیخ انصاری و پیروان او، جعل مستقیم این نوع حکم را برای شارع غیر ممکن تلقی نموده و جعل احکام وضعی را از طریق جعل احکام تکلیفی دانسته‌اند. به این بیان که حکم وضعی از حکم تکلیفی، انتزاع می‌شود (نک: شیخ انصاری، *فرائد الاصول*، ۳۵۱؛ مشکینی، ۱۱۹). ثالثاً، بر مبنای نظریه‌ی تحقیق، هر چند، ملک و حق، هر دو، به سلطنت شخص، تعریف می‌شوند و آن دو از این جهت شباهت دارند، ولی اطراف و متعلقات ملک و حق با یکدیگر، تفاوت دارند. ملک، همیشه دو طرف دارد که همان مالک و مملوک است؛ در حالی که حق در غالب مواردش، سه طرف دارد که طلبکار، مدیون و محل حق هستند. علاوه بر این، اطراف ملک در یک نفر جمع شده و متحد می‌شوند، ولی اطراف حق به هیچ وجه در یک فرد، جمع و متحد نمی‌شود. متعلق ملک و حق نیز، متفاوت است. متعلق ملک همیشه شیء است؛ در حالی که متعلق حق، یا شخص، یا شیء و یا امری از امور است و رابعاً، بر پایه‌ی نظریه‌ی تحقیق، ملک و حکم، دو ماهیت متمایز دارند و ماهیت ملک، حکم نیست. به این بیان که حکم، قابل ارث و نقل و انتقال نیست؛ در حالی که ملک، قابل ارث، نقل و انتقال است. بنابراین، کسانی که ماهیت ملک را به حکم و حق، تفسیر

می‌کنند، مرادشان از این حکم، معنای اسم مصدری حکم است، نه معنای مصدری آن. معنای اسم مصدری حکم نظیر معنای اسم مصدری ملک و حق، قابل نقل و انتقال است، ولی معنای مصدری حکم نظیر معنای مصدری ملک و حق، قابل نقل و انتقال نیست.

بنا بر تحلیل مذکور، می‌توان در یک نتیجه کلی گفت: تعدد نظریه‌های فقیهان در تعریف ملک بر مبنای خلط و اشتباه یکی از امور مذکور، انجام گرفته است و گاهی نیز، تعریف به آثار و لوازم ملک به جای تعریف حقیقی ملک نشسته است، ولی یافته‌های این تحقیق، تعریف حقیقی و منطبق با حقوق اسلامی ملک را روشن نمود و ایرادات و نقدهای نظریه‌های موجود فقیهان را آشکار کرد و میزان ناسازگاری و انطباق آن‌ها را با نظریه‌ی تحقیق معلوم ساخت.

منابع

قرآن کریم.

آنطون الیاس، آنطون؛ *القاموس العصری*، به اهتمام سید مصطفی طباطبایی، تهران، انتشارات اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۶۰ ش.

ابن ابی جمهور، محمد بن علی بن ابراهیم احسائی؛ *عوالی اللثالی*، تحقیق مرعشی و مجتبی عراقی، قم، مؤسسه‌ی سید الشهداء، ۱۴۰۳ ق.

ابن زهرة، حمزة بن علی؛ *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه‌ی امام صادق، ۱۴۱۷ ق.

ابراهیم أنیس، عبد الحلیم المنتصر، عطیه الصوالحی و محمد خلف الله احمد؛ *المعجم الوسیط*، قم، مکتب نشر الثقافة الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۱۲ ق.

- ابوالعینین بدران، بدران؛ تاریخ الفقه الاسلامی و نظریة الملكية و العقود، بیروت، دارالنهضة العربیة للطباعة و النشر، ۱۹۶۸ م.
- انصاری، مرتضی؛ **المکاسب**، تبریز، اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۵ ق.
- _____، **فرائد الاصول**، قم، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- ایروانی، **حاشیه بر مکاسب**، چاپ سنگی.
- تبریزی، جواد؛ **ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب**، قم، مهر، ۱۳۹۹ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ **ترمینولوژی حقوق**، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲ ق.
- حر عاملی، محمدبن حسن؛ **وسائل الشیعه**، بیروت، تصحیح محمد رازی، احیاء دارالتراث، ۱۳۸۷ ق.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد؛ **ایصال الطالب الی المکاسب**، تهران، اعلمی، بی نا، بی تا.
- حکیم طباطبایی، سید محسن؛ **نهج الفقاهه**، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا.
- حلی، حسن بن یوسف؛ **قواعد الاحکام**، قم، دفتر نشر اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- _____، **تذکره الفقهاء**، المكتبة الرضویة لاحیاء التراث الجعفریة، قم، چاپ سنگی، بی تا.
- _____، **تحریر الاحکام**، مشهد، موسسه‌ی آل‌البتیت، چاپ سنگی.
- خراسانی، محمدکاظم [آخوند خراسانی]؛ **کفایة الاصول**، محشی ابوالحسن مشکینی، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۶۶.
- _____، **حاشیه بر فرائد الاصول**، قم، اسماعیلیان، بی تا.
- خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهة**، تقریرات محمدعلی توحیدی، قم، وجدانی، ۱۳۷۱.
- راغب اصفهانی، حسن بن محمد؛ **مفردات غریب القرآن**، تحقیق ندیم مرعشی، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، بی تا.
- سیوطی، جلال‌الدین؛ **الاشباه و النظائر**، مصر، منشورات داراحیاء الکتب العربیة، بی تا.

شهید اول، محمد بن مکی؛ *القواعد و الفوائد*، تحقیق عبدالهادی حکیم، قم، مکتبه المفید، بی تا.

شهیدی تبریزی، میرزا فتاح؛ *هدایة الطالب الی اسرار المكاسب*، تبریز، دارالصناعه، ۱۳۷۲ ق.

صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم؛ *الاسفار الاربعه*، قم، مصطفوی، ۱۳۷۹ ق.

طباطبایی، سیدعلی؛ *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ سنگی، ۱۴۰۴ ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم؛ *حاشیهی مکاسب*، قم، مؤسسهی اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ق.

طباطبایی، محمدحسین؛ *المیزان*، قم، دفتر نشر اسلامی، بی تا.

_____، *اصول فلسفه و روش رئالیسم*، با پاورقی مرتضی مطهری، دار العلم، قم، بی تا.

طبرسی، فضل بن حسن؛ *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.

عمید زنجانی، عباسعلی؛ *آیات الاحکام*، تهران، مؤسسهی مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، ۱۳۸۲ ش.

غروی اصفهانی، محمدحسین؛ *حاشیهی مکاسب*، دارالمصطفی، ۱۴۱۸ ق.

فاضل مقداد، جمال الدین مقداد سوری حلی، *التنقیح الرائع فی مختصر الشرایع*، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم، ۱۳۶۱.

فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف؛ *ایضاح الفوائد*، قم، مؤسسهی مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۸ ق.

مشکینی، علی؛ *اصطلاحات الاصول*، قم، حکمت، ۱۳۴۸ ش.

موسوی بجنوردی، محمد؛ *نقش قبض در عقد رهن*، فقه اهل بیت، ۱۳۷۴/۳.

موسوی خمینی، روح الله، *البیع*، قم، اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ ق.

نجفی، محمدحسن؛ *جواهر الکلام*، تحقیق و تعلیق محمد قوچانی، بیروت، دار الإحیاء التراث العربیه، چاپ هفتم، بی تا.

نراقی، احمد؛ *عوائد الایام*، مکتبه‌ی بصیرتی، قم، چاپ دوم، ١٤٠٨.ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶/۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۱۵۶-۱۳۵

تأملی فقهی در ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی پیشنهادی

دکتر محمد محسنی دهکلانی^۱

استادیار دانشگاه مازندران

Email: mmdehkalany@yahoo.com

دکتر محمد حسن حائری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri_m@ferdowsi.um.ac.ir

دکتر محمد تقی قبولی درافشان

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی، زنا را این گونه تعریف کرده است: «زنا عبارت است از جماع مرد با زنی که ذاتاً بر او حرام است، گرچه در دبر باشد، در غیر موارد وطی شبهه». تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی جدید پیشنهادی نیز با تأیید مفاد ماده‌ی مذکور آورده است: «جماع با دخول رجولیت به اندازه‌ی ختنه‌گاه در قبل یا دبر زن محقق می‌شود». همان طور که از دو ماده‌ی مذکور بر می‌آید، تحقق زنا به وطی در قبل و یا دبر زن منوط شده است. قابل ذکر است که مفاد این دو ماده مستظهر به موافقت مشهور امامیه است؛ چراکه فقیهان امامیه زنا را به ایلاج در فرج تعبیر نموده‌اند و مشهور ایشان مصداق فرج را مطلق آن و اعم از قبل و دبر دانسته‌اند، اما در مقابل، نظریه‌ای به شواذی از فقها منسوب است که معتقدند ایلاج در غیر قبل، مصداق ایلاج در فرج نیست و لذا، به نظر ایشان دخول در غیر آن، موجب تحقق عنوان زنا نیست. اگر چه به نظر دسته‌ی اخیر، دخول در دبر و لو زن، خود مصداق جرم دیگری به نام لواط است. با این توضیحات مشخص می‌شود، محل نزاع دخول در دبر انثا است که مطابق دیدگاه مشهور امامیه، مصداق جرم زنا و مطابق رأی نادر محقق عنوان لواط است. نگارندگان با بازخوانی هر دو رأی پیش گفته و با ارزیابی مستندات فقیهان، نظر سومی را در مسأله برگزیده است. وی معتقد است که دخول در دبر انثا نه محقق عنوان زنا و نه محصل جرم لواط است، بلکه می‌تواند جرم مستقلی باشد که تبیین حدود و میزان و نوع مجازات آن محتاج به بازجستی دیگر در ادله خواهد بود.

کلید واژه‌ها: ایلاج، قبل، دبر، زنا، لواط.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۸/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۱۲/۲۰.

^۱ . نویسنده مسئول.

مقام یکم؛ تحقق و عدم تحقق زنا با وطی در دبر انثا

در کتب فقهی، زنا به «ایلاج ذکر الانسان حتى تغيب الحشفة في فرج امرأة محرمة، من غير سبب مبیح و لا شبهة» (علامه حلی، ارشاد الاذهان، ۱۷۰/۲) تعریف شده است. در این تعریف و تعاریف مشابه آن در دیگر کتب، واژه‌ی «ایلاج» و یا «دخول»، ظاهراً قید در تعریف زنا است؛ لذا، افعالی مثل ملاعبه، مضاجعه و ... عناوینی غیر از زنا هستند و از تعریف آن خارج‌اند. این مطلب متسالم علیه همه‌ی فقها است؛ اما این که متعلق ایلاج و دخول چه چیزی است و این که آیا زنا تنها به واسطه‌ی دخول در قبل محقق می‌شود و دخول در غیر آن حتی دبر، موجب صدق زنا نخواهد بود و یا این که دخول در فرج اعم از قبل و دبر، محقق عنوان زنا است، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقیهان، نظر اخیر را پذیرفته‌اند و قائل به تعمیم هستند، لکن از صریح کلام ابن حمزه در الوسیله و ظاهر عبارت شیخ مفید در المقنعه و شیخ طوسی در النهایه از شیعیان و ابو حنیفه از ائمه‌ی عامه، برمی‌آید که وجه نخست را برگزیده‌اند.

عرفی یا شرعی بودن عنوان زنا

قبل از بیان کلمات فقها در این باره و ارزیابی ادله‌ی طرفین، لازم است این نکته معلوم شود که آیا زنا موضوعی شرعی است و حقیقت شرعی‌ای درباره آن وجود دارد یا این که این عنوان، مانند بسیاری دیگر از عناوین، داخل در عناوین عرفیه و از موضوعات متخذ از عرف است که شارع تأسیسی در این باره ندارد؟

در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد احتمال دوم موجه‌تر باشد. مؤید این احتمال آن است که اولاً تعریفی از زنا در روایات ائمه (ع) دیده نشده است و هر آن چه از اهل بیت (ع) در این باره رسیده، احکام مربوط به زنا است. گویی شارع همان مفهوم عرفی و عقلایی زنا را پذیرفته و احکام را بر همان مفهوم عرفی‌اش بار کرده است. ثانیاً در برخی از آثار فقهی به عباراتی از فقیهان بر می‌خوریم که معتقدند زنا حقیقت شرعی ندارد و شارع همان معنای عرفی و لغوی آن را پذیرفته است. یکی از فقهای معاصر در

این باره می‌نویسد: «الزنا موضوع عرفی ... و لیس له حقیقة شرعیة» (مکارم شیرازی، ۲۲/۱). همو در جایی دیگر دوباره تاکید می‌کند: «کل ذلك لصدق عنوان الزنا عرفاً و الموضوعات متخذة من العرف بعد ان لم تكن لها حقیقة شرعیة...» (همان، ۲۳).

اقوال لغویان

نگارندگان جهت فهم معنای عرفی و حقیقت لغوی آن با تفحص در کتب لغت و مطالعه و استقصای بسیاری از مجامع لغوی، به تعریفی مناسب از زنا که مشخص کننده‌ی حدود و مبین ماهیت آن باشد دست نیافته است. در مآخذ لغوی معتبری هم که در تفسیر عبارات و واژه‌های قرآنی و روایی مورد استناد قرار می‌گیرند مانند *النهایی* ابن اثیر، *الفائق* زمخشری، *مجمع البحرین* طریحی و ... مطلب خاصی که به وضوح مسأله کمک کند، برخورد نکرده است. کتب مذکور اصلاً یادآور نشده‌اند که مثلاً آیا زنا منحصر در وطی در قبل است یا وطی در دبر را هم شامل می‌شود و اگر در جایی احیاناً اشاره‌ای شده باشد، نقل قولی از فقها است. البته به این مطلب که واژه‌ی «فرج» در مورد مذکر هم صادق است، تصریحاتی دارند که این امر، نه نفیاً و نه اثباتاً به مسأله‌ی مورد بحث ارتباط محسوسی ندارد. گویی که صاحبان آثار لغوی نیز تعریف زنا را به متن عرف حواله کرده‌اند و از ارایه‌ی تعریفی مشخص در این باره صرف نظر نموده‌اند.

تنها ابو هلال عسکری در *الفروق اللغویة*، زنا را این گونه تعریف کرده است: «الزنا هو وطی المرأة فی الفرج من غیر عقد شرعی و لا شبهة عقد مع العلم بذلك او غلبة الظن و لیس کل وطی حرام زنا لان الوطی فی الحيض و النفاس حرام و لیس بزنا» (عسکری، ۲۶۸)؛ اما وی نیز مشخص ننموده که منظور از فرج در تعریف ایشان صرف قبل است و یا مطلق عورت که اعم از قبل و دبر است؛ لذا، تعریف ایشان نیز در این باره به ما کمکی نمی‌کند.

در مآخذ تاریخی هم که به تاریخ صدر اسلام و قبل از آن پرداخته‌اند، مانند *تاریخ طبری*، *تاریخ یعقوبی*، *مروج الذهب* و حتی *تاریخ العرب قبل الاسلام* جواد علی، به

مطلبی در این خصوص دست نیافته‌ایم. به نظر می‌رسد که همه‌ی این‌ها مسأله را به عرف و یا به وضوحش وانهاده‌اند. از این رو، اگر بپذیریم که عرف معاصر و قدری پیش از آن، «زنا» را مرادف وطی در قبل می‌داند، گزاف نیست که با اصل عدم نقل، معنای واژه را در عصر صدور آن (در قرآن کریم و لسان معصومان (ع))، همین معنای متعارف بدانیم؛ مگر آن که خلاف آن ثابت شود که ظاهراً چنین چیزی ثابت نشده است.

در ادامه صاحبان این سطور خود را ناچار از آن یافت که برای روشن شدن ماهیت زنا، دست نیاز را به آثار فقهی دراز نماید و با استمداد از تعاریف فقیهان در این باره به جلو حرکت کند و مستظهر به بضاعت اندک خود کوره راهی به حقیقت بگشاید.

اقوال فقها

أ. فقهای شیعه

۱. رأی نادر

پیش‌تر آورده شد که شواذی از فقها زنا را تنها به واسطه‌ی ایلاج در قبل محقق می‌دانند و دخول در دبر را خارج از ماهیت زنا می‌بینند. صریح سخن ابن حمزه در این باره چنین است: «الزني الموجب للحد وطئ الرجل الكامل البالغ امرأة في فرجها حراماً من غير عقد، أو شبهة عقد، أو شبهة نكاح و في الوطئ في دبر المرأة قولان: أحدهما أن يكون زني و هو الأثبت والثاني: أن يكون لواطاً» (ابن حمزه، ۴۰۹).

شیخ مفید نیز در **مقنعه** پیش از ابن حمزه، آورده است: «و الزنا الموجب للحد هو وطئ من حرم الله تعالى وطأه من النساء بغير عقد مشروع إذا كان الوطئ في الفرج دون ما سواه» (مفید، ۷۷۴).

شیخ طوسی نیز در عبارتی مشابه کلام استاد خود، در *نهایه* می‌نویسد: «الزنا الموجب للحد هو وطئ من حرم الله تعالى وطأه من غير عقد و لا شبهة عقد و يكون الوطئ في الفرج خاصة» (طوسی، ۶۸۸).

مقتضای این کلمات، اختصاص زنا به دخول در قبل و ثمره‌ی عملی این ادعا، در احکام اختصاصی مترتب بر لواط است؛ مثل حد پرت کردن از بلندی، عدم اشتراط احسان و ... البته برخی از فحول تصریح نموده‌اند که واژه‌ی «فرج» حقیقت در قبل و دبر، هر دو است: «الزنا الموجب للحد، هو وطئ من حرم الله تعالى وطئه من غير عقد و لا شبهة عقد و يكون الوطئ في الفرج، سواء كان قبلاً أو دبراً، بلا خلاف» (ابن ادریس، ۴۲۸/۳) و قید «خاصه» در کلام شیخان، مخرج ایلاج در غیر فرج است. در نتیجه، در انتساب این نظریه به شیخان تشکیک کرده‌اند و مرحوم شیخ مفید و شیخ طوسی را در ردیف مشهور قرار داده‌اند.

علامه حلی در *مختلف* در این باره می‌نویسد: «مسألة: قال الشيخان وابن البراج: حكم الزنا بالمرأة في الدبر حكم الزنا في القبل و هو المشهور ايضاً و قال ابن حمزة: و في الوطئ في دبره المرأة قولان: احدهما: ان يكون زنى - و هو الاثبت - و الثاني: و ان يكون لواطاً و المشهور هو الاول، فتعين المصير إليه» (علامه حلی، *مختلف الشیعة*، ۱۶۱/۹).

۲. رأی مشهور

مشهور فقیهان در این مسأله قائل به تعمیم هستند و دخول در اعم از قبل و دبر را موجب تحقق ماهیت زنا می‌دانند. ذیلاً به کلام برخی از ایشان اشاره خواهد شد: محقق حلی در *شرایع* می‌نویسد: «و يتحقق ذلك بغيبوبة الحشفة، قبلاً أو دبراً» (۹۳۲/۴).

همو در *مختصر النافع* تکرار نموده است: «و يتحقق بغيبوبة الحشفة قبلاً أو دبراً» (۲۱۳).

فاضل آبی در *کشف الرموز عین تعبیر مختصر النافع* را آورده است (۵۳۸/۲).

علامه در همه ی آثار خود همین رأی را پذیرفته است. وی در قواعد گفته است: «و هو إيلاج الإنسان ذكره حتى تغيب الحشفة عالماً بالتحريم، مختاراً بالغاً عاقلاً في فرج امرأة قبلاً أو دبراً، مع تحريمها عليه من غير عقد و لا شبهة عقد و لا ملك» (٥٢١/٣). ایشان در *ارشاد می نویسد*: «الزنا إيلاج ذكر الانسان حتى تغيب الحشفة في فرج امرأة قبل أو دبر محرمة من غير سبب مبيح و لا شبهة» (١٧٠/٢) و در *تحریر الاحکام* آورده است: «ايلاج ذكر الانسان في فرج امرأة قبل أو دبر محرمة عليه من غير عقد و لا شبهة عقد و لا ملك و يكفى في تحققة غيبوبة الحشفة في القبل أو الدبر» (٢١٩/٢). وی در *تبصره* نیز تأکید دارد: «و هو يثبت بإيلاج فرجه في فرج امرأة، حتى تغيب الحشفة، قبلاً أو دبراً، من غير عقد و لا شبهة عقد و لا ملك» (٢٤٣).

ابن فهد مطابق با مشهور پیشینیان، زنا را این گونه تعریف کرده است: «الزنا تغيب الحشفة من ذكر أصلي يقيناً في فرج امرأة أصلي يقيناً، مع علم التحريم، علماً مطابقاً لما في نفس الأمر» (ابن فهد، ٨/٥).

صاحب *كشف اللثام* نیز می نویسد: «ايلاج الانسان الذكر ذكره و كأنه اكتفي به عن وصف الذكر بناء على ان ما للخثى ليس بذكر حتى تغيب الحشفة أو قدرها مع فقدها أو الباقي بكماله على وجهين عالماً بالتحريم مختاراً بالغاً عاقلاً في فرج امرأة قبلاً و دبراً كما نص عليه ابن ادریس والمحقق و قال ابن حمزة في الوطئ في الدبر المرأة قولان أحدهما أن يكون زنا و هو الا ثبت و الثاني أن يكون لواطاً قال في (المخ) فالمشهور هو الاول فيتعين المصير إليه قلت و ربما كان مراد الشيخين حيث قال انه في الفرج خاصة تخصيصه بالقبل مع تحريمها عليه اصالة» (٣٩٣/٢) و سید علی طباطبایی گفته است: «و يتحقق الدخول الموجب بغيبوبة الحشفة أو قدرها من الذكر قبلاً أو دبراً بلا خلاف اجده به و صرح الحلبي في شمول الفرج للقبل و الدبر لاطلاق الادلة فتوى و رواية ففي الصحيح و غيره إذا ادخله فقد وجب الغسل و المهر و الرجم فتأمل و الاصل في تحريم الزنا و ثبوت الحد به بعد اجماع

الامة والكتاب والسنة المستفیضة بل المتواترة الآتی إليها الاشارة في تضاعیف الابحاث الآتیة» (۴۵۹/۲)

آخرین نقل قول هم اختصاص به صاحب جواهر دارد. ایشان نیز معتقد است: «(و) کیف کان ف (یتحقق ذلك) عرفاً (بغیبیة الحشفة قبلاً أو دبراً) كما نص علیه غیر واحد بل هو المشهور كما عن المختلف، بل لم أجد فيه خلافاً، كما اعترف به في الرياض، نعم في الوسيلة في الوطئ في دبر المرأة قولان: أحدهما أن يكون زنا و هو الا ثبت و الثاني أن يكون لواطاً و لعله أراد ما في المقنعة: «الزنا الموجب للحد و طئ من حرم الله تعالى و طأه من النساء بغير عقد مشروع إذا كان الوطئ في الفرج خاصة دون ما سواه» و في النهاية: «الزنا الموجب للحد هو و طئ من حرمه الله من غیر عقد و لا شبهة عقد و يكون في الفرج خاصة» و فيه أن الظاهر منه الاعم كما عن ابن إدريس التصريح به. كل ذلك مضافاً إلى الاطلاق فتوى و رواية ففي الصحيح وغيره «إذا أدخله فقد وجب الغسل والمهر والرجم» (۲۶۰/۴۱).

ادلهی قول مشهور

مشهور، جهت تبیین نظریه‌ی خویش به ادله‌ای استناد جسته‌اند. این ادله از فقره‌ی پایانی کلام صاحب جواهر نیز فهمیده می‌شود. صاحب ریاض در مقام بیان دلیل رأی مشهور به نقل کلام ابن ادريس در این باره پرداخته و نوشته است: «و صرح الحلبي في شمول الفرج للقبل و الدبر لاطلاق الادلة فتوى و رواية» (۴۵۹/۲). در واقع همان طور که قبلاً بیان شد، ابن ادريس مدعی است که فرج به حسب وضع، اعم از قبل و دبر است و ظاهر ادله، فرقی میان این دو نگذاشته‌اند. مقصود ایشان از ظاهر روایات دو خبر ذیل است:

خبر اول، خبر حفص بن سوجه از امام صادق (ع) است که در مورد فردی که با همسر خویش از دبر مواجهه نموده، فرموده است: « هو احد المأتین فيه الغسل» (حر عاملی، ۱۴/ باب ۷۳ من مقدمات النکاح)

خبر دوم، صحیح‌هی محمد بن مسلم است که از احد الصادقین (ع) پرسیده است: بر مرد و زن چه وقت غسل واجب می‌شود؟ امام فرمود: «إذا ادخله فقد وجب الغسل و المهر و الرجم» (حر عاملی، ۴۶۹/۱).

تقریب استدلال به این دو حدیث بدین صورت است که در حدیث اول وقتی «احد الماتیین» بر دبر صادق باشد، دخول در آن نیز محقق عنوان زنا است و یا در حدیث دوم، اطلاق «اذا ادخله»، شامل غیوبیت حشفه در دبر نیز می‌شود و عنوان ادخال، بر ادخال در دبر نیز صادق است.

اشکالات وارد به ادله‌ی مشهور

برخی محققان اشکالاتی به ادله‌ی مشهور گرفته‌اند که خالی از دقت نیست. اشکالات ایشان بدین قرار است:

۱. اطلاق خبر، قابل تمسک نیست؛ چراکه در زنا غیوبیت حشفه موجب تحقق ادخال است، لکن در صدق لواط که موجب حرمت مادر و خواهر است عدم غیوبیت حشفه کفایت می‌کند.

۲. بر فرض صدق ادخال و عدم معارض برای تمسک به اطلاق، چه بسا بگوییم زنا تنها به ادخال در قبل منصرف است و شاهد بر آن در قذف بکر به زنا است که در صورت شهادت به بقای بکارت، حکم به براءت باکره می‌شود؛ بدین معنا که اگر وطی در دبر نیز زنا محسوب شود نباید شهادت به بقای بکارت مساوی با عدم زنای بکر باشد.

۳. مورد از باب تعیین موضوع است و در باب تعیین موضوع اتکا به خبر واحد در غایت اشکال است.

۴. با وجود اشکالات فوق، از باب قاعده‌ی درء و عمل به احتیاط، چه بسا حکم به عدم ثبوت زنا به واسطه‌ی دخول در دبر موجه باشد (خوانساری، ۳/۷).

پاسخ به اشکالات فوق

برخی از اعلام و اساطین معاصر در مقام پاسخ به ایرادات مذکور برآمده و معتقدند:

در مسأله‌ی رمی باکره به زنا محتمل است که قاذف، تنها رمی به زنا در قبل نموده باشد و گرنه باکره خصوصیتی ندارد؛ چراکه در زنا در دبر بین باکره و غیر آن فرقی نیست. اما به نظر می‌رسد اشکال تعیین موضوع به خبر واحد، ارتباطی به مسأله‌ی مورد بحث نداشته باشد؛ چراکه محل بحث، تعیین موضوع نیست، بلکه شمول و عدم شمول عناوین وضع شده برای احکام در روایات وارد شده در باب وطی در دبر است. اما تمسک به قاعده‌ی درء در جایی وارد است که احد الاحتمالین، عدم ثبوت حد باشد، نه مثل مقام ما که مخالف نیز اعتراف دارد در وطی در دبر احکام لواط مترتب می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۱). اما به نظر می‌رسد اشکال به جای خود باقی باشد؛ چرا که می‌توان گفت در این جا و در فرض عدم اثبات زنا و لواط، احتمال سومی نیز متصور است و آن ثبوت تنها تعزیر است. بنابراین، تمسک به قاعده‌ی درء به خوبی معنا پیدا می‌کند.

ب) فقهای اهل سنت

۱. نظر ابوحنیفه

از میان فقیهان عامه ابوحنیفه یگانه فقیهی است که زنا را اسمی برای «وطی حرام در قبل زن» می‌داند و وطی در غیر قبل را مصداق زنا نمی‌شمارد. صاحب *بدائع الصنائع* که خود از فقیهان حنفی مسلک است زنا را این گونه تعریف می‌کند: «الزنا فهو اسم للوطئ الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار...» (کاشانی، ۳۳/۷). حتی ابوحنیفه به رغم حرام دانستن وطی در دبر (اعم از مذکر و مونث) آن را موجب ثبوت حد نیز نمی‌بیند: «كذلك الوطئ في الدبر في الأنتى أو الذكر لا يوجب الحد عند أبي حنيفة وإن كان حراماً لعدم الوطئ في القبل فلم يكن زناً» (همان).

استدلال ابوحنیفه

ابو حنیفه برای مختار خود به ادله‌ای استناد جسته است. وی معتقد است: اولاً زنا و لواط دو عنوان متباین هستند و زنا اسم است برای وطی در قبل مرأه؛ لذا، می‌توان گفت «لاط و ما زنی» و نیز ادعا نمود «فلان لوطی و فلان زانی». این اختلاف در اسامی، دلیل اختلاف در معانی است. از این رو، صحابه در حد این فعل (وطی در دبر) اختلاف کرده‌اند در حالی که اگر زنا بود، اختلاف معنا نداشت؛ زیرا که موجب زنا به نص برایشان معلوم بود. پس وطی در دبر نه زنا است و نه در معنای زنا. ثانیاً زنا موجب اشتباه در نسب و عامل اختلاط ماء و تضييع ولد می‌شود و این چیزی است که در وطی در دبر راه ندارد. همان‌طور که در عزل که امری مباح است، این تضييع و اشتباه وجود ندارد. ثالثاً حد برای زجر است و در این مورد نیازی به زجر نیست؛ چون نیاز به زجر مربوط به مواردی است که دارای غلبه‌ی وجود هستند و وجود این فعل دارای غلبه نیست؛ زیرا وجود آن در اختیار دو شخص است که تنها یک طرف آن داعی شهوی دارد و محل (مفعول)، داعی شهوی ندارد در حالی که در زنا داعی از طرفین است (ابن عابدین، ۱۵۴/۳).

جواب به استدلال

به نظر می‌رسد استدلالات ابو حنیفه تمام نبوده و هر کدام قابل پاسخگویی است. در پاسخ به استدلال اول می‌توان گفت: اولاً این که عنوان زنا فقط شامل وطی در قبل می‌شود، اول الکلام است و این مبنا قابل خدشه است. ثانیاً ملازمه‌ی ادعایی، مبنی بر این که اختلاف صحابه در کیفیت حد، ناشی از اختلاف ایشان در ماهیت وطی در دبر است، صحیح نیست. مگر نه این است که در بسیاری از حدود مثل حد شیخ و شیخه، حد زن اگر با صبی زنا کند و حد لواط در غیر محصن و... میان فقیهان اختلاف است؟ در حالی که در صدق عنوان زنا و لواط، در فروع مذکور هیچ اختلافی بین اصحاب نیست.

استدلال دوم وی نیز بدین گونه قابل جواب است که همه‌ی مصادیق زنا موجب اختلاط ماء نمی‌شوند و بسیاری از موارد، مثل زنا با زنی که بارداری وی ممکن نیست با زنا با وطی در دبر از حیث مناط یکسان است.

در پاسخ به استدلال سوم ایشان نیز می‌توان گفت: اولاً صغرای استدلال را قبول نداریم و می‌گوییم: قطعیت به عدم ثبوت شهوت در طرف مفعول، معلوم نیست. ثانیاً بر فرض قبول صغرا از کجا معلوم است که جعل حد و ثبوت زجر تنها در جایی ثابت می‌شود که داعی، شهوت طرفین باشد؟ شاید دواعی دیگر مثل انتشار فحشاء و ... موجب ثبوت حد شوند. ثالثاً بر فرض تمامیت صغرا و کبرا، باید این ملاک در تعزیر هم جاری گردد و ملتزم شوید که واطی در دبر، مستحق تعزیر هم نیست و حال آن که بطلان چنین چیزی از مسلمات همه‌ی مذاهب است.

آن چه به عنوان جمع‌بندی می‌توان گفت این است که این استدلالات، تنها وجوهی اعتباری و صرفاً استحساناتی عقلی‌اند که دلالت آن‌ها بر واقع معلوم نیست و عدم اعتبار آن‌ها در جای خود ثابت شده است.

نکته‌ی قابل ذکر در این مسأله آن است که دو شاگرد میرزا ابوحنیفه، یعنی قاضی ابو یوسف و محمدحسن شیبانی، فتوایی مخالف با استاد خود و وفق دیگر مذاهب اهل سنت داده‌اند (زحیلی، ۳۵۰/۷؛ کاشانی، ۳۴/۷).

۲. نظر شافعیه، مالکیه و حنابله

بقیه‌ی مذاهب عامه، وطی در دبر را موجب حد زنا می‌دانند، هر چند آن را در معنای زنا دانسته‌اند. ذیلاً ترجمه‌ی عبارات برخی از ایشان را نقل می‌کنیم:

محمی الدین نووی که از فقیهان شافعی است می‌نویسد: «وطی موجب حد، غیبت حشفه در فرج است و نیز در دبر؛ چون دبر هم فرج است و حدی که در فرج واجب است در وطی در دبر هم واجب است؛ چون دبر هم فرجی است که مقصود (به وطی) است؛ لذا، ایلاج در آن، همانند قبل حد دارد و نیز برای این که هرگاه در وطی در قبل

که از موارد مباح است حد دارد وطی در دبر که مطلقاً از موارد غیر مباح است به طریق اولی حد دارد» (۱۷/۲۰).

صاحب معنی المحتاج نیز که از هم مسلکان نووی است، همین نظر را با بیانی متفاوت، این گونه اعلام می کند: «ایلاج مذکر در فرج (یعنی قبل اثنا) موجب حد است و نیز وطی در دبر مذکر و دبر اجنبیه همانند قبل اثنا است؛ یعنی با ایلاج در هر یک از دبرین، حد ثابت است» (شریبنی، ۱۴۳/۴).

عبد الله بن قدامه ی حنبلی در کتاب معروف خود *المعنی* می نویسد: «بین اهل علم خلافی نیست در این که وطی در قبل مرأه حرام و زنا است و در صورت وجود شرایط دیگر، مستوجب حد است. وطی در دبر هم مانند وطی در قبل است؛ چون وطی در فرج زنی است که واطی مالک آن نیست» (۱۵۱/۱۰).

عبد الرحمن بن قدامه نیز در شرح کبیر عبارتی مشابه با *المعنی* دارد (۱۷۹/۱۰) و فقیه مالکی، دسوقی در *حاشیه* نیز، این نظر را بر گزیده است (۳۱۳/۴).

استدلال قائلان به تعمیم

این دسته از فقیهان بر مدعای خود به دو آیه ی ذیل استناد جسته اند: «و لا تقربوا الزنا انه كان فاحشة...» و به دلیل «أتأتون الفاحشة». وجه استدلال به آیات نیز بدین صورت است که در آیه ی اول، زنا فاحشه نامیده شده است و در آیه ی دوم که مربوط به قوم لوط است، به لواط که وطی در دبر است نیز، عنوان فاحشه اطلاق شده است.

جواب به استدلال

در پاسخ به این دسته می گوییم: اولاً اشتراک وطی در قبل و وطی در دبر در فاحشه بودن، مستلزم اشتراک آن دو در زنا بودن نیست. ثانیاً آیه ی دوم مربوط به قوم لوط و در مورد وطی در دبر مردان است در حالی که ادعا این است که وطی در دبر زنان هم فاحشه است و این امر از آیه استفاده نمی شود.

ارزیابی دو قول

آن چه به عنوان ارزیابی دو نظریه به ذهن می‌رسد این است که از آن جا که طرح ادعا از سوی قائلان مشهور ارائه شده است و ایشان مدعی اثبات موضوع هستند، منطقیاً بار اثبات نیز به دوش ایشان است؛ چراکه اصل عدم، مؤید رأی مقابل (رأی شاذ) است. به عبارت دیگر، از آن جا که احکام تابع موضوعات‌اند، اثبات حکم زنا، فرع احراز عنوان زنا است و این همان چیزی است که مشهور باید در صدد اثبات آن برآیند.

آن چه مشهور امامیه در مقام ادله ارایه نموده‌اند، خبر حفص بن سوقه و صحیح‌های محمد بن مسلم است. خبر نخست غیر صحیح است (نجفی، ۲۶۰/۴۱)؛ علاوه بر این که دلالتش بر مطلوب نیز روشن نیست؛ زیرا که روایت، تنها بر جواز دخول از دبر دلالت دارد، اما این که آیا چنین دخولی از راه غیر شرعی، مصداق زنا است یا خیر، مطلبی است که این روایت در مورد آن ساکت است.

خبر اخیر نیز اگرچه سند آن تام است، اشکال دلالتی خبر نخست بر آن نیز وارد است؛ چرا که صحیح‌های می‌گوید بر عهده‌ی دخول کننده (خواه دخول کننده در قبل باشد یا دبر)، غسل، مهرالمثل و رجم ثابت است، اما این مطلبی است که محل بحث نیست. محل نزاع، صدق عنوان زنا بر مطلق دخول در قبل و دبر است و ادعای دلالت روایت محمد بن مسلم، اول کلام است و قائلان رأی شاذ معتقدند این روایت دلالتی بر آن ندارد و شاید بدین دلیل بوده است که صاحب ریاض علی‌رغم این که از قائلان رأی مشهور است، ذیل روایت، لفظ فتأمل آورده است (طباطبایی، ۴۵۹/۲).

نکته‌ی قابل توجهی که نباید از نظر دور داشت، این است که در شهادت بر زنا، فقها فرموده‌اند: اگر چهار نفر به زنای زنی شهادت دهند و چهار نفر دیگر به بقای بکارت وی گواهی نمایند، حد زنا ساقط می‌شود و این مطلب ظاهراً اجماعی است. باید گفت بر طبق نظر مشهور، شهادت دسته‌ی اول بر زنا، وطی در قبل و دبر (هر دو) را شامل می‌شود و شهادت گروه دوم بر بقای بکارت، تنها نافی وطی در قبل است؛ لذا، در فرض مذکور و بر مبنای نظر مشهور، به نظر می‌رسد حکم به سقوط حد زنا

توجیهی غیر از تعبد به اخبار وارده در مسأله ندارد و حال آن که مطابق نظر نگارنده، این مسأله موافق قاعده خواهد بود.

در فقه عامه نیز اگرچه دلایل ابوحنیفه مبنی بر تحدید زنا به ایلاج در قبل کافی نبوده و استدلال وی قابل خدشه است، لکن به همان ملاکی که در سطور آغازین ارزیابیِ دو قول گفتیم، اثبات حکم، فرع احراز موضوع است؛ لذا، با ناتمام دانستن مدارک مثبت زنا، بر پایه‌ی اصل عدم، به عدم ثبوت زنا حکم می‌کنیم.

مقام دوم؛ تحقق و عدم تحقق لواط با وطی در دبر اثنا

آن چه در این مقام در پی بررسی آن هستیم، این است که بر فرض عدم ثبوت زنا، آیا به واسطه‌ی وطی در دبر اثنا، لواط اثبات می‌شود یا خیر؟ این ادعایی است که ابن حمزه‌ی طوسی از فقیهان شیعی و نیز برخی از فقیهان عامه (۳۱۳/۴) آن را ثابت دانسته‌اند. جهت جلوگیری از تکرار نقل‌ها، خواننده را به سطور آغازین اقوال ارجاع می‌دهیم. لازم به توضیح است که خود ایشان دلیلی بر مدعایشان اقامه نکرده‌اند؛ لذا، آن چه در این جا باید مورد سنجش و بررسی قرار گیرد، ادله‌ی لواط است و باید با بازخوانی ادله‌ی لواط مشخص گردد که آیا این ادعا ادعایی مصاب است یا خیر؟

تعریف لواط از نظر فقها

با مطالعه‌ی اکثر آثار فقهی مشخص می‌گردد که اتحاد جنسیت مذکر میان فاعل و قابل در تحقق عنوان لواط دخالت دارد و صرفاً ادخال در مطلق دبر در تحقق این عنوان کافی نیست. عبارات فقها در تعریف لواط چنین است: «و اللواط هو الفجور بالذکران» (مفید، ۷۸۵؛ طوسی، ۷۰۳؛ حلی، ۵۲۹/۲؛ ابن حمزه، ۴۱۳؛ غنیة النزوع، ۴۲۵؛ ابن ادریس، ۴۵۷/۳) و یا برخی دیگر چنین تعریف کرده‌اند: «اللواط هو وطئ الذکران، سواء كان بإيقاب أو بغيره» (علامه حلی، تحریر الأحکام، ۳۳۰/۵؛ همو، إرشاد الأذهان، ۱۷۵/۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۹۴۱/۴) و یا شهید، لواط را این گونه تعریف

می‌کند: «هو وطئ الذکر و اشتقاقه من فعل قوم لوط» (۱۴۱/۹) و یا فقیهی دیگر آورده است: «اللوواط بالذکران بالایقاب» (حلی، یحیی بن سعید، ۵۵۴). با نگاهی هر چند سریع و گذرا در تعبیر مذکور واضح می‌شود که ذکوریت طرفین عمل لواط در تحقق آن شرط است و صرف دخول در دبر ولو دبر اثنا برای تحقق کافی نیست. این همان چیزی است که روایات وارده در باب لواط نیز بدان تصریح می‌کنند. به عنوان مثال، شیخ حر عاملی در جلد ۱۸ وسایل با عنوان «ابواب حد اللواط»، فصولی را با عناوینی مثل «باب ان الرجل اذا لاط بغلام»، «باب حد اللواط مع الايقاب»، «باب من قبل غلاماً بشهوة» و یا «باب ثبوت اللواط بالاقرار اربعاً»، تنظیم نموده است و ذیل این عناوین به بیان اخبار ائمه پرداخته است. با اندک تأملی در متن این اخبار فهمیده می‌شود که در تمام اخبار مذکور، موضوع، حول ادخال مذکر در دبر مذکر است و تعبیری مثل «فی رجل یفعل بالرجل»، «رجل اتی رجلاً»، «ان الرجل اذا لاط بغلام» که متخذ از اخبار موصوف است، گواه چنین مطلبی است؛ لذا، به نظر می‌رسد مقام اخیر، بحثی بیش از این را نطلبد و روشنی بحث به میزانی است که اتمام کلام در این حد خللی به دلالت استدلال نزنند.

رأی اصراری دیوان عالی کشور و تحلیل آن

قابل ذکر است که هیأت عمومی دیوان عالی کشور در سال‌های پیش از انقلاب اسلامی، با بررسی موضوع «جرم لواط با دختر»، جهت اتخاذ رویه، به اتفاق آراء، در این باره رأی صادر نموده است. در این جا به نظر رسیده است این رأی و بیان سابقه‌ی آن به همراه تحلیل فقهی‌اش ذکر شود. این امر موجب فزونی غنای علمی مقاله می‌گردد و برای خوانندگان نیز خالی از فائده نیست.

رأی صادره از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ناظر به دو ماده‌ی ۲۰۷ و ۲۰۸ قانون مجازات عمومی مصوب سال‌های ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ مجلس شورای ملی است که

با پیروزی انقلاب اسلامی، نسخ گردید. اما نقل اصل دو ماده‌ی قانون مذکور، جهت فهم مطالب بعدی ضروری است:

ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی، بند الف: هر کس به عنف یا تهدید، هتک ناموس زنی را بنماید به حبس جنایی درجه‌ی یک از سه تا ده سال محکوم خواهد شد و همین مجازات مقرر است درباره‌ی کسی که مرتکب لواط شود. در صورت وجود یکی از علل مشدده‌ی ذیل، مرتکب به حداکثر مزبور محکوم می‌شود: ۱- ۲...-اگر مجنی علیه کمتر از ۱۸ سال تمام داشته باشد. ... ۷- در مورد لواط، هرگاه به عنف یا تهدید باشد.

ماده‌ی ۲۰۸ قانون مجازات عمومی، بند الف: هر کس به دیگری، به عنف یا تهدید، مرتکب عمل منافی عفتی غیر از هتک ناموس گردد، به حبس جنحه‌ای از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد.

رأی اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره‌ی ۱۱۸ مورخ ۱۳۳۶/۳/۳۰: «منظور از عبارت "عمل منافی عفت غیر از هتک ناموس" مذکور در ماده‌ی ۲۰۸ قانون مجازات عمومی این است که با مجنی علیها، اعمال منافی غیر موقوعه انجام شده باشد و الا ارتکاب موقوعه با عنف با دختر یا زن، بدون رابطه‌ی زوجیت (اعم از قبل و دبر)، هتک ناموس بوده و مشمول فراز اول بند الف ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی خواهد بود، بدون این که استناد به شق ۷ ماده‌ی مذکور که اختصاص به جنس ذکور دارد، لازم باشد. بنابراین، حکم شعبه‌ی ۲ دیوان عالی کشور بر ابرام حکم دادگاه جنایی از حیث تطبیق عمل با ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی، بالتیجه صحیح است.»

سابقه‌ی این رأی اصراری هیأت عمومی مربوط به رویه‌های مختلفی بود که در شعب دیوان عالی کشور، در باب هتک ناموس به عنف اتخاذ شده بود. شرح اجمالی آن رویه‌های متفاوت، به قرار ذیل است:

الف- شخصی برای انجام عمل شنیع با دختری که سنش در کیفرخواست ۲۰ سال تعیین شده و ازاله‌ی بکارت از مشار الیها، تحت تعقیب دادرسی بابل واقع گردیده و در دادگاه جنحه‌ی بابل طبق ماده‌ی ۲۰۸ قانون مجازات عمومی و رعایت ماده‌ی ۴۵ قانون مزبور، به ده ماه حبس تأدیبی و پرداخت یک‌هزار ریال هزینه‌ی دادرسی محکوم شده است. محکوم علیه، خود و دادستان به لحاظ این که «ارتکاب لواط، جنایی و خارج از حدود صلاحیت دادگاه جنحه می‌باشد و باید در دادگاه جنایی رسیدگی به عمل آید» تقاضای رسیدگی فرجامی نمودند. شعبه‌ی نهم دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی به فرجام‌خواهی، چنین رأی داده است: اعتراض دادستان به این که عمل انجام شده با مجنی علیها لواط و از مصادیق شق ۷ ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی است، نه ماده‌ی ۲۰۸، استنادیه‌ی دادگاه وارد به نظر نمی‌رسید؛ چه آن که لواط موقعی صادق است و بر ماده‌ی استنادیه‌ی دادستان منطبق است که با جنس ذکور انجام شود و در مورد اناث لواط صادق نیست و عمل انجام شده از طرف متهم با دختر مجنی علیها به طوری که در نظر دادگاه به ثبوت رسیده است، منطبق به همان ماده‌ی مستندی دادگاه است. علیهذا و این که شکایت فرجامی محکوم علیه پس از اعلام رأی و در خارج از مدت، تنظیم و تقدیم شده، فرجام‌خواهی محکوم علیه رد می‌شود و حکم فرجام خواسته از طرف دادستان که از حیث رعایت اصول و مقررات بلا اشکال است، ابرام می‌شود.

ب- مردی که دارای یک فقره محکومیت کیفری بوده، به اتهام ارتکاب لواط به عنف با اقدس (نام دختر هفت ساله)، مورد تعقیب قرار گرفته و در دادگاه جنایی مرکز، طبق قسمت الف ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی و بند ۲ و ۷ ماده‌ی مزبور، با رعایت ماده‌ی ۳۶ (چون در حین ارتکاب بیش از ۱۸ سال نبوده)، به چهار سال حبس در دار التأدیب محکوم گردیده است. محکوم، از این حکم فرجام خواسته و شعبه‌ی دوم دیوان عالی کشور چنین رأی داده است: «فرجام‌خواه ایراد و اعتراض خاصی

نموده تا مورد توجه واقع شود و چون به حکم فرجام‌خواسته ایراد و اشکال مؤثر موجب نقض به نفع فرجام‌خواه ملاحظه نمی‌شود، مبرم است».

همان‌طور که از متن رأی اصراری به دست می‌آید، اصل اختلاف در تطبیق عمل آمیزش در فرج زن بیگانه و عنوان «هتک ناموس به عنف» با دو ماده‌ی ۲۰۷ و ۲۰۸ قانون مجازات عمومی است. شعبه‌ی نهم دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی به فرجام‌خواهی با ابرام حکم دادگاه بدوی بابل، آن را مطابق ماده‌ی ۲۰۸ و در صلاحیت دادگاه جنحه دانسته است. شعبه‌ی مزبور ذیل این حکم با رد اعتراض دادستان وقت مبنی بر تطبیق عمل آمیزش با زن و یا دختر با عنوان لواط تصریح می‌کند: لواط موقعی صادق است که آمیزش میان دو جنس مذکر باشد. از سوی دیگر، شعبه‌ی دوم دیوان عالی کشور، پیرو حکم دادگاه جنایی مرکز و ابرام آن، آمیزش در دبر دختر را منطبق با بند ۲ و ۷ ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی می‌داند. همان‌طور که آورده شد، ماده‌ی ۲۰۷ مربوط به جرم هتک ناموس به عنف است که با دخول صورت می‌پذیرد و بند ۷ آن ماده، یکی از مصادیق آن را لواط می‌داند.

با این توضیحات، مشخص می‌شود که اختلاف میان دو شعبه‌ی نهم و دوم دیوان عالی کشور در مورد این پرونده در دو چیز است: شعبه‌ی نهم دخول در دبر زن را مصداق هتک به ناموس (موضوع ماده‌ی ۲۰۷) ندانسته است، بلکه مفاد ماده‌ی بعد (۲۰۸) می‌داند، اما شعبه‌ی دوم، این عمل را مصداق هتک به ناموس که موضوع ماده‌ی ۲۰۷ است، می‌داند. شعبه‌ی نهم، دخول در دبر زن را مصداق لواط نمی‌داند، بلکه برای تحقق آن اتحاد جنسیت میان فاعلین را لازم می‌داند، اما ظاهراً شعبه‌ی دوم در تطبیق این عمل با جرم لواط، حکم دادگاه مرکز را ابرام نموده است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مقام اتخاذ رویه، در مورد اختلاف نخست، رأی شعبه‌ی دوم را تأیید نموده است، اما در مورد اختلاف اخیر تصریح می‌کند که استناد به شق ۷ ماده‌ی ۲۰۷ (موضوع لواط) مختص به جنس ذکور است؛ لذا، رأی

اصراری دیوان عالی کشور در عدم تطبیق آمیزش در دبر زن با عنوان لواط با مبنای نگارنده در این مقاله هم نظر است.

نتیجه‌ی بحث

در پایان این مقاله، آنچه به نظر نگارندگان می‌رسد این است که بحث در دو مقام قابل ارائه است:

اول؛ بررسی ماهیت زنا و چگونگی تحقق آن (نقد ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی پیشنهادی).

دوم؛ تحقق و عدم تحقق لواط با دخول در دبر انثا.

در مقام نخست به نظر می‌رسد مختار در مسأله، منوط به تبیین این نکته است که آیا ما زنا را از موضوعات شرعی و از تأسیسات شارع می‌دانیم؛ بدین معنا که قیود و شروط مؤثر در ماهیت زنا را شارع تشریح نموده است؟ در صورت تأسیسی بودن آن و در فرض استظهار از ادله‌ی شرعی، به نظر می‌رسد که قول شاذ، خالی از قوت نیست و ادله‌ی ثبوت زنا، از اثبات این ماهیت در فرض ایلاج در دبر منصرف‌اند و اگر زنا را از موضوعات عرفی بدانیم که تبیین مفهوم و تشخیص مصداق آن به عرف واگذار شده است، شاید بتوان ادعا نمود که متبادر عرفی از لفظ زنا و نیز عدم صحت سلب زنا از وطی در دبر مؤید قول مقابل است که مطلق دخول در فرج برای تحقق زنا کافی است و قول به تعمیم، قرابت بیشتری به واقع دارد. اگر چه در همین فرض، ادعای انصراف زنا به صرف ایلاج در قبل بدون وجه نخواهد بود.

اما در مقام دوم نیز به نظر می‌رسد عنوان لواط منحصر به ایلاج در دبر مذکر است و ادله‌ی آن از دخول در دبر انثا منصرف است. به عبارت دیگر، اتحاد جنسیت میان فاعل و قابل در تحقق عنوان لواط، شرط و ظرف تحقق لواط است و رأی اصراری دیوان عالی کشور نیز در این مسأله، با مختار نگارنده هم نظر است. لذا، با فرض

پذیرش انصراف در لفظ زنا و یا استظهار از ادله‌ی شرعی و نیز در فرض عدم اشتغال ادله‌ی لواط از دخول در دبر اثنا، این فعل دارای عنوان ثالثی خواهد بود که عناوین زنا و لواط شامل آن نمی‌شوند و در نتیجه، مجازات آن هم، حد زنا و یا لواط نخواهد بود و تعیین مجازات و مقدار آن، اعم از حد خاص و یا تعزیر، منوط به فحص از ادله خواهد بود.

منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور؛ *السرائر*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی؛ *الوسیلة الی نیل الفضیلة*، مکتبه آیه الله المرعشی، ۱۴۰۸ق.
- ابن عابدین، محمد امین؛ *رد المحتار*، بیروت، دارالفکر للطباعة والنشر، ۱۴۱۵ق.
- ابن فهد، احمد بن محمد؛ *المهذب البارع*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ق.
- ابن قدامه، عبد الله؛ *المعنی*، بیروت، دار الكتاب العربی.
- ابن قدامه، عبد الرحمن؛ *الشرح الکبیر*، بیروت، دار الكتاب العربی.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ *وسائل الشیعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- خوانساری، احمد؛ *جامع المدارک*، طهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵.
- دسوقی، محمد؛ *حاشیة الدسوقی*، بی‌جا، دار احیاء الكتب العربیة، بی‌تا.
- زحیلی، وهبه؛ *الفقه الاسلامی و ادلته*، بیروت، دار الفکر، ۱۹۹۷م.

شربینی، محمد بن أحمد؛ *معنی المحتاج*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۳۷۷ق.

مفید، محمد بن محمد؛ *المقنعة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.

طباطبایی، سید علی؛ *ریاض المسائل*، قم، مؤسسة آل بیت، ۱۴۰۴ق.

طوسی، محمد بن حسن؛ *النهاية*، قم، انتشارات قدس محمدی.

عسکری، ابو هلال؛ *الفروق اللغوية*، قم، جامعهی مدرسین، ۱۴۱۲ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف؛ *إرشاد الأذهان*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰

_____، *تیسرة المتعلمین*، تهران، احمدی، ۱۳۶۸.

_____، *تحریر الاحکام*، قم، مؤسسة الامام الصادق (ع)، ۱۴۲۰ق.

_____، *قواعد الاحکام*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.

_____، *مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی،

۱۴۱۲ق.

فاضل آبی، حسن بن أبی طالب؛ *كشف الرموز*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی تا.

فاضل لنکرانی، محمد؛ *تفصیل الشريعة*، قم، مرکز فقهی ائمه‌ی اطهار، ۱۳۸۴.

فاضل هندی، محمد بن الحسن؛ *كشف اللثام*، قم، مكتبة سيد المرعشی، ۱۴۰۵ق.

کاشانی، أبو بكر؛ *بدائع الصنائع*، المكتبة الحبيبية، پاکستان، ۱۴۰۹ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن؛ *شرايع الاسلام*، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ق.

_____، *المختصر النافع*، طهران، الدراسات الاسلامية فی مؤسسة البعثة،

۱۴۰۲ق.

مکارم شیرازی، ناصر؛ *انوار الفقاهة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، مدرسه‌ی امام علی

بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۷.

۲۸- مکرم، علی؛ نرم افزار بانک اطلاعات آراء دادگاهها و نظریات مشورتی، نسخه‌ی ۵/۴ اول زمستان ۱۳۷۸.

نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.

نوی، محیی‌الدین؛ المجموع، بیروت، دار الفکر.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶/۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۱۹۳-۱۵۷

چیستی و کارکردهای «مذاق شریعت»*

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی^۱

دانش آموخته دکترای فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد - عضو هیأت علمی دانشگاه یاسوج

Email: alishahi@mail.yu.ac.ir

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@gmail.com

چکیده

واژه‌ی «مذاق» در ترکیب اضافی «مذاق شریعت» یا «مذاق شارع» و مانند آن، قریب به دو سده است که در لسان فقیهان و اصولیان امامی به کار می‌روند، ولی هیچ‌گاه تعریف گویایی از آن، ارایه نشده است و همین نکته باعث شده تا این واژه که کاربرد وسیع و مهمی در عرصه‌ی استنباط دارد، مفهوماً و مصداقاً دچار ابهام و ایهام گردد. دغدغه‌ی فقیهان، در گستره‌ی قرن‌های گذشته تا کنون، بر این بوده است که از راه‌های شرعی معتبر به استنباط احکام پردازند و گاه از ادله‌ی خاص و در جاهایی از ادله‌ی عام بهره‌گیرند. آن‌ها به این دو گونه دلیل، بسنده نکرده و از ویژگی‌ها، شیوه‌ها و رفتارهای شارع در قانون‌گذاری، اصولی فراتر از قوانین، به دست آورده که هرچند در دو دسته‌ی پیشین، دلیلی را بر حکمی، نیافته، ولی به گونه‌ی یقینی، به اثبات و یا نفی آن، باور پیدا کرده‌اند. آن اصول را نه از تک گزاره‌ها، بلکه از مجموعه‌ی احکام یافته‌اند و نام مذاق شریعت را بر آن نهاده‌اند. در این نوشتار تلاش شده است تا پیوستگی اصطلاح مذاق شریعت با مفاهیم پُر دیرینه‌تری که در لسان شریعت و کتاب‌های فقیهان پیشین وجود دارد به اثبات برسد. همچنین ضمن نقل و نقد دیدگاه‌هایی که در مذاق شریعت وجود دارد (مانند: ارتکاز شریعت، مصالح عام و سیاقات کلام)، تعریفی تازه از آن ارائه شده و در انجام سخن، به کارکردهای مذاق شریعت در فرآیند استنباط پرداخته شده است.

کلید واژه‌ها: مذاق، شرع، فقه، مصلحت، احتیاط، عادت، ذاب، ارتکاز، سیاق.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۴/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۰۸/۰۳.

^۱ . نویسنده مسئول.

درآمد

یکی از مباحث مطرح شده از سده‌های نخستین، فهم نصوص و ادله در فرآیند استنباط است که فقیهان به آن اهتمام فراوان داشته‌اند. ولی همواره میان فقیهان این اختلاف وجود داشته است که آیا در استنباط احکام باید تنها به نصوص شرعی، آن هم به گونه‌ی تک گزاره‌ای نگریست یا این که افزون بر آن، گاهی باید مجموعه‌نگری نیز کرد و در پرتو ادله، دیدی وسیع یافت و آن‌گاه به استنباط احکام پرداخت؟ به دیگر سخن آیا تنها باید به ظاهر ادله بسنده کرد یا این که این ظاهر را با توجه به روش و نگرش شارح، به مسایل گوناگون تبیین کرد و سازگاری و یا ناسازگاری آن را با شرع سنجید؟

فقیهان در این جا به دو دسته تقسیم می‌شوند:

أ: فقیهانی که تک‌گزاره‌های شرعی را ملاک کار خود قرار داده‌اند و کاری به سازگاری آن با ملاک‌های کلی به دست آمده از شیوه‌ی شارح، در جعل احکام شرع ندارند، مانند دیدگاهی که صاحب جواهر، بازگو می‌کند: اگر کسی در جایی غصبی زندانی شود، باید نماز را به همان حالت نخستینی که زندانی شده، بخواند و اگر جز این عمل کند، نمازش باطل است؛ زیرا حرکت، تصرف در مال دیگران و حرام می‌باشد (نجفی، ۳۰۰/۸) و یا فتوایی که حاصل آن این است که اگر غابن [= فریب دهنده] کالایی را خریداری کرده است، و برای زمان طولانی به دیگری اجاره دهد، شخص فریب خورده، در صورت برگزیدن فسخ، باید صبر کند تا مدت اجاره پایان پذیرد (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۵۵/۶).^۱

ب: فقیهانی که ملاک و مبنا را تنها بر ظاهر نصوص قرار نداده‌اند، بلکه به ساز و کارهای دیگری نیز، پرداخته که از کلیت نصوص و ادله به دست آورده‌اند. آن‌ها به شیوه و روش شارح در قانونگذاری نیز توجه کرده و از آن رهگذر به استنباط احکام

۱. به این دیدگاه‌ها نقدهایی وارد شده است. برای نمونه بنگرید به: (نجفی، ۳۰۰/۸؛ اصفهانی، ۲۹۷/۴)

دست یازیده‌اند و حتّی آن را دلیلی برتر، نسبت به دیگر ادلّه دانسته‌اند. می‌توان، صاحب‌جوهر را در زمره‌ی این فقیهان نام برد که برای این دلیل برتر، نام «مذاق شریعت» را برگزیده است.

از آن‌جا که مباحث وابسته به این اصطلاح، فراوان است. در این مقاله تنها به بخشی از آن‌ها پرداخته خواهد شد که یافتن پیشینه برای این مفهوم در قالب اصطلاحات مشابه و کارکردهای مذاق شریعت در فرآیند استنباط، در زمره‌ی این مباحث است.

مذاق شرع از نگاه لغت

مذاق، مصدر میمی و یا اسمی است که از فعل «ذاق ینذوق» گرفته شده و دارای معنایی مانند: مزه، طعم و چشیدن (فراهیدی، ۲۰۱/۵)، آگاهی یافتن از چیزی (جوهری، ۱۴۷۹/۴ و ۱۴۸۰) است. مفهومی که همواره در این واژه خودنمایی می‌کند، «آگاهی» است که دستمایه‌ی این چشیدن می‌باشد. می‌توان گفت: «ذوق» همان نیرویی است که شخص را توانا می‌کند تا ریزه‌کاری‌ها و زیبایی‌های پنهان در سخن را، دریابد (طریحی، ۱۱۱/۲).

در تفاوت کاربرد این واژه با «أکل» [= خوردن] می‌توان گفت: ذوق در جایی به‌کار می‌رود که آزموده اندک باشد (تنها آن را بچشند) و در جایی که آزموده زیاد باشد، لفظ «اکل» می‌آید (زبیدی، ۱۵۷/۱۳). به دیگر سخن، می‌توان مذاق را آگاهی پیدا کردن از مزه و چون و چند چیزی دانست که با مهارت، به دست می‌آید.

واژه‌ی «شرع»^۱ به وارد شدن بر آب به گونه‌ای که با گذاردن دهان بر جایی آشامیده شود، گفته می‌شود. «شریعت»، کناره‌ی آبی است که برای نوشیدن چارپایان فراهم شده است و در معانی دیگری همچون: بالا بردن و شتاب در چیزی، آن چه را خداوند برای

۱. این واژه با ساختارهای خود، ۵ بار در قرآن به‌کار رفته است که عبارتند از: شَرَعَ (شوری/۱۳)، شَرَعُوا (شوری/۲۱)، شَرَعًا (اعراف/۱۶۳)، شَرِعَةً (مائدة/۴۸)، شَرِيعَةً (جاثیه/۱۸).

بندگانش مقرر داشته است. مانند نماز و روزه (فراهیدی، ۲۵۲/۱ و ۲۵۳)، آشکار شدن، فرو رفتن در چیزی، گشودن و بی‌نیازی (ابن اثیر، ۴۶۰/۲ و ۴۶۱) و نزدیک شدن همراه با اشراف، به‌کار می‌رود (ابن منظور، ۱۷۷/۸). در معنایی گسترده‌تر، که با معنای اصطلاحی شرع سازگار است، این واژه برای پایه‌گذاری راه و روش می‌آید (ابن اثیر، همان).

بنابراین اگر بخواهیم مذاق شریعت را صرفاً تحلیل لغوی کنیم باید بگوییم که مذاق شریعت به آگاهی از راه و روش‌های شارع گفته می‌شود. آن هم یک نوع آگاهی که بر حسن، استوار است. البته روشن است که این حسن از جنس حواس ظاهری و پنج‌گانه نیست هر چند منشأ آن بالمآل به حسن ظاهری بر می‌گردد مانند همه‌ی معقولات بشری که بر یک یا چند حسن ظاهری تکیه می‌کنند. از همین رو گفته‌اند «مَنْ فَقَدَ حَسًّا فَقَدَ عِلْمًا». فقیه در مذاق شرع، از درون خود، روش، دیدن و دأب شارع را در می‌یابد و می‌چشد گر چه شاید نتواند حسن درونی خود را به دیگران انتقال دهد؛ همانند دریافت‌های غیر حسّی دیگر نظیر عشق و تنفر که در عین آن که با تمام وجود فرد، به ادراک و حسن در می‌آیند، اما قابل توصیف و انتقال نیستند. بنابراین اصولاً اطلاق آگاهی حسّی بر این نوع دریافت‌ها - اگر مفهوم حسّی را حقیقت در امور ظاهری بدانیم -، از باب مجاز و مسامحه خواهد بود.

مذاق شریعت در اصطلاح

نخستین بار صاحب جوهر، شناخت مذاق شرع را معرفتی خدادادی معرفی می‌کند که به برخی از بندگان خود روزی کرده است (نجفی، ۱۹۵/۳۰) و این شناخت از مذاق شرع نیز می‌تواند با ممارست و پی‌جویی در ادله به دست آید؛ زیرا با پی‌جویی پیوسته در آثار شرعی می‌توان از روش شارع در جعل احکام پرده برداشت و نسبت به مذاق شرع آگاهی یافت. ایشان در موارد گوناگونی از این اصطلاح بهره برده است که یادآوری برخی از آنها می‌تواند در بهتر شناختن مذاق شریعت، چاره ساز باشد.

۱. در بحث استحباب گذاشتن مانعی بین نمازگزار و عابر، روایتی را از علی (ع) بازگو می‌کند که از آن حضرت درباره‌ی گذر کردن از برابر نمازگزار سؤال شد و ایشان فرمود: «چیزی [رهگذر] نماز را بر هم نمی‌زند و کسی را که از برابر تو در نماز می‌گذرد، رها نکن هرچند که با او مقاتله کنی!» (ابن حیون، ۱/۱۹۱). وی این روایت و نمونه‌هایی مانند آن را، دست‌آویزی برای اهل سنت و برخی از بی‌سوادان می‌داند که هر گونه برخورد شخص نمازگزار با رهگذر از برابرشان را روا می‌دارند و می‌نویسد: «بر شخص آگاه از چون و چند زبان شرع و آسان‌گیری‌اش و آشنای به احکام و وضع آن‌ها به گونه‌ای که در نزد همه‌ی خردمندان، نیکو جلوه کند، پوشیده نیست که وضع این چنین احکامی، ناسازگار با مذاق شریعت است» (۴۰۵/۸).

این سخن می‌تواند در برگیرنده‌ی نکته‌هایی رهنمون‌کننده به شناخت مذاق شرع شمرده شود که عبارت‌اند از:

نخست: این‌که ایشان بر آسان‌گیری شریعت پافشاری می‌کند و سخت نبودن احکام را یادآور می‌شود.

دوم: شارع به گونه‌ای به وضع احکام می‌پردازد که تحریک عواطف دیگر عاقلان را در بر نداشته باشد. به دیگر سخن، لایه‌ی بیرونی شریعت، نباید زنده باشد که انگیزه‌های گریز را در دیگران به وجود آورد.

۲. همو بر این باور است که انسان می‌تواند مالش را از دست دیگری به زور بگیرد هرچند این گرفتن، فتنه‌ای به بار بیاورد و البته گاهی به جایی می‌انجامد که باید از گرفتن حق خود پرهیز کند؛ زیرا گرفتن حق در جاهایی، باعث از بین رفتن جان‌ها و مال‌ها و بروز ناهنجاری‌های دیگری می‌شود که با قطع و یقین می‌توان ناروایی کاری را که دارای این چنین پیامدهایی باشد را از مذاق شرع به دست آورد. هر چند که آن کار به خودی خود، مباح، مستحب و یا واجب باشد (همان، ۳۸۷/۴۰).

۳. او در ادامه‌ی سخن روایتی را یاد آور می‌شود؛ علی بن مهزیار می‌گوید:

به امام جواد (ع) نامه نوشتم: شخص واقف گفته است که میان موقوف علیهم، کشمکشی تند رخ داده است و او از این که دعوا بالا نگیرد در امان نیست. اگر شما اجازه بدهید این وقف را بفروشد و سهم هر یک را به خودش دهد. حضرت در پاسخ نوشتند: «او را از نظر من آگاه کن که اگر چنین اختلافی بین صاحبان وقف رخ داده باشد، فروش آن شایسته تر است؛ زیرا چه بسا این اختلاف باعث از میان رفتن اموال و جان‌ها شود (ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۲۴۱/۴).

ایشان از این بخش پایانی روایت «فإنه ربّما جاء فی الاختلاف تلف الأموال و النفوس»، به مذاق شارع دست می‌یابد که فراگیر است و تنها به وقف وابسته نیست.

۴. نجفی دیدگاهی را بیان می‌کند که به ولیّ دیوانه، حق طلاق دادن همسر آن دیوانه را نمی‌دهد، هر چند که این طلاق به مصلحت دیوانه باشد. او می‌نویسد: این دیدگاه را مذاق شرع بر نمی‌تابد؛ زیرا با مصلحتی که شارع برای زوج و زوجه در نظر گرفته است، سازگار نیست (۶/۳۲).

در کاربرد اصطلاحی مذاق شرع در سخن فقیهان، رسوخ و تأثیرگذاری معنای لغوی را بر معنای اصطلاحی این عنوان، به روشنی می‌توان دید.

در یک تعریف کوتاه، می‌توان مذاق شریعت را چنین بیان کرد:

آگاهی از سبک، سیاق و آهنگ شارع در جعل احکام که از راه‌های متنوعی به دست می‌آید و فقیه با این آگاهی، توانایی فهم و درک حکم شرعی را پیدا می‌کند؛ زیرا این حکم را با روش شارع در آن باب و یا باب‌های گوناگون سازگار می‌بیند.

در نمونه‌هایی که آورده شد، می‌توان به روشنی دید که فقیهان در استنباط احکام، برای روش، سبک و عادت‌های شارع در جعل احکام، ارزش فراوانی قائل بوده و فتاوی خود را با این روش‌ها، سنجیده‌اند. تا آنجا که اگر ادله‌ی مرسوم، حکمی خاص را بر تأییده‌اند، ولی فقیهان، حکم استنباط شده را با مذاق شریعت ناسازگار دانسته‌اند، از آن ادله روی برگردانده و به حکمی متناسب با روش شارع روی آورده‌اند و این باور

نه مخصوص به زمان خاص، بلکه از همان روزهای آغازین فقه و فقهات شایع بوده است. نگارندگان در یک جمع بندی دریافته‌اند که چند مذاق، از جمله یقینی‌ترین باورهایی بوده که شارع در جعل احکام در نظر گرفته است. این مذاق‌ها عبارت‌اند از:

یک: رعایت مصلحت.

دو: عقلایی بودن.

سه: عادلانه بودن حکم و فتوی.

چهار: رعایت تسهیل و آسان‌گیری در احکام.

پنج: بر نینگیختن احساسات و عواطف و جلوگیری از نزاع و اختلافات.

حجیت مذاق شریعت

پس از روشن شدن اجمالی مفهوم مذاق شریعت، نوبت به بحث کبروی- یعنی حجیت- آن می‌رسد چرا که هر دلیلی باید اعتبار دلیلیت‌ش، ارزش سنجی شود و در مباحث آتی گفته می‌شود که می‌توان در باب متواطی بودن یا مشکک بودن مذاق دو دیدگاه را مطرح کرد. اگر قائل شویم که مذاق، دایر مدار بودن و نبودن است و شدت و ضعف در آن راه ندارد (متواطی)، بدیهی است که این «چشیدن» یا هست یا نیست. اگر هست، قطعاً و یقیناً هست؛ پس ادله‌ی وجوب متابعت قطع، آن را در بر می‌گیرد و دیگر برای اثبات حجیت آن، نیاز به دلیل دیگری نیست، زیرا حجیت آن ذاتی بوده و نیاز به جعل از طرف شارع ندارد (انصاری، *فرائد الاصول*، ۲۹/۱).

صاحب‌جوهر، در استندهای خود از تعبیر گوناگونی استفاده کرده است. گاه مذاق شرع را یقینی معرفی می‌کند (۳۸۴/۴۰). زمانی آن را از قطعیات و ضروریات شرع می‌شمرد (۱۲۶/۲۶) و در به دست آوردن فتوایی، آن را برابند مذاق شرعی می‌داند که نزدیک به یقین است (۱۵۹/۱). برخی از دیگر فقیهان نیز در استندهای خود، همین یقینی بودن را لحاظ کرده‌اند (خمینی، *المکاسب المحرمه*، ۹۱/۱؛ خویی، *المستند: کتاب الاجارة*، ۳۷۱).

بنابراین اگر فقیهی، با قطع و یقین به مذاق شارع دست یابد از حجیت برخوردار است. به گونه‌ای که توانایی این را دارد که بر اماراتی مانند خبر ثقه نیز مقدم شود و ادله را تحت الشعاع قرار دهد؛ چنان‌که فقیهان، علم به دست آمده از مذاق شریعت را بر ادله‌ی دیگر، برتری داده‌اند (خویی، موسوعه الامام الخویی، ۸۲/۱۲).

اما اگر بر این باور باشیم که مذاق چون از جنس مدرکات و از مقوله‌ی علم است و لاجرم همانند دیگر مدرکات و علوم انسان، قابلیت اتصاف به شدت و ضعف را دارد (مشکک) و ذو درجات و مراتب است و از نقطه‌ی اعلا‌ی آن (علم الیقین، عین الیقین و حق الیقین) تا درجات بعدی (علم، اطمینان، ظن رجحانی و . . .) قابل تصور است، لاجرم مذاق ظنی نیز خواهیم داشت. همان گونه که در عرف گفته می‌شود: کاملاً خوب می‌چشم. یا توانایی چشیدن و درک کامل فلان چیز را ندارم. حال در صورتی که مذاق قطعی و یقینی حاصل آید، ادله‌ی حجیت ذاتی قطع آن را در بر خواهد گرفت و اما اگر مذاقی، به حدّ دریافت قطعی نرسد، باید برای اثبات حجیت آن، استدلال کرد.

طبیعتاً اولین سؤال این است با توجه به پذیرش اصل اولی «ممنوعیت عمل به ظنّ مگر مواردی که قطعاً خارج شده اند»، آیا دلیلی بر حجیت و اعتبار این ظنّ وجود دارد؟ افرادی چون محقق قمی که قائل به حجیت مطلق ظنّ از باب انسداد هستند، در حجّت دانستن ظنّ ناشی از مذاق، تردید روا نمی‌دارند؛ زیرا آنان اصل را بر اعتبار ظنون می‌دانند مگر ظنونی که با دلیل قطعی همانند قیاس، استثنا شده‌اند (انصاری، ۳۸۳/۱). کلام در این است که آیا می‌توان این ظنّ را از باب ظنون خاصّ در فرض انفتاح باب علمی معتبر دانست؟ بنظر می‌رسد می‌توان ادله‌ی آتی را که بر حجیت مذاق، اقامه می‌شود، شامل مذاق ظنی نیز دانست و دلیلی بر اختصاص آنها به قطعیات وجود ندارد.

۱- مذاق شریعت و ارتکاز متشرعه

آیا مذاق شریعت همان ارتکاز متشرعه است؟

یکی از ادله‌ای که محقق خوبی، برای شرط بودن عدالت در مرجعیت تقلید، آورده و به آن استناد کرده است، مذاق شرع است. او بر این باور است که شارع به زعامت کسی که دارای شرایطی مانند عدالت نیست، رضایت ندارد و چگونه شارع به زعامت فردی رضایت داشته باشد که نزد عاقلان ارزشی ندارد. از طرف دیگر، مقام مرجعیت کم‌تر از امامت جماعت نیست که در آن به عدالت نیاز است. بنابراین، آنچه از مذاق شرع به دست می‌آید این است که شارع به مرجعیت شخص فاسق رضایت ندارد (خویی، *التنقیح: الاجتهاد والتقلید*، ۲۲۳). همو باز می‌گوید: این ارتکاز متشرعه که با آن استدلال شد، نزدیک به همان دلیلی است که شیخ انصاری آورده و از آن به عنوان اجماع یاد کرده است (همان، ۲۲۴). می‌توان گفت: برداشت ایشان از مذاق شارع، همان ارتکاز متشرعه است.

در تعریف ارتکاز متشرعه گفته‌اند: «فهم و شعوری بس عمیق که در میان متدینان به مذهب وجود دارد و سرچشمه‌ی کردار و یا ترک چیزی شده است و سرچشمه‌ی این شعور روشن نیست» (حکیم، ۲۰۰)، مانند خوب بودن خوابیدن رو به قبله و ناپسندی تراشیدن ریش (انصاری، ۳۸۹/۲).

این دیدگاه را می‌توان نقد کرد؛ زیرا میان مذاق شریعت با ارتکاز متشرعه در مبانی حجّیتی، تمایز اساسی وجود دارد. می‌توان نکته‌هایی را در این باره، یادآوری کرد: یک: ارتکاز اعم از این که از عقلا باشد یا از متشرعه، باید دارای شرایطی باشد تا حجّیت آن احراز شود. این شرایط عبارت‌اند از:

أ: ارتکاز باید پیوسته به زمان معصوم (ع) باشد (خمینی، *الاجتهاد والتقلید*، ۶۴ در بحث ارتکاز عقلا).

ب: بتوان تأیید شارع را برای این ارتکاز به دست آورد (همان).

دو: ارتکاز متشرعه بر پایه‌ی برخی از مبانی، شاخه‌ای از سیره متشرعه به شمار می‌رود؛ هرچند تفاوت‌هایی با سیره دارد. در ارتکاز، افزون بر انجام یا ترک، نوع حکم از وجوب و یا حرمت، مشخص شده است (حکیم، ۲۰۰).

سه: در ارتکاز، آنچه مورد استناد قرار می‌گیرد، شعور متدینان است.

مذاق شریعت، در هر سه ویژگی با ارتکاز متشرعه، سازگاری ندارد؛ زیرا در مذاق شریعت، پیوسته بودن به زمان معصوم شرط نیست و در جاهای فراوانی که به مذاق استناد شده است که پیوستگی مسأله با آن زمان به چشم نمی‌خورد و موضوع از مسایل روز و نوین بشمار می‌رود و در گذشته، مطرح نبوده است. دیگر این‌که، مذاق شریعت، «سیره» نیز نمی‌باشد؛ زیرا سیره، روش و کردار متدینان، ولی مذاق شریعت، شیوه، روش و چگونگی عملکرد شارع، در قانونگذاری است.

یادآوری می‌شود که شعور فقیه در کشف مذاق شریعت، نقش‌آفرینی می‌کند و می‌تواند با ساز و کارهایی دقیق، در راهیابی به مذاق شریعت کامیاب باشد. بنابراین، فقیه به عنوان برگزیده‌ی متدینان، کوشش خود را به کار می‌گیرد، تا به شیوه‌ی شارع دست یابد و آن را به عنوان دلیل قرار دهد و این فرق دارد با جایی که از شعور متدینان به عنوان دلیل، بهره‌گیری می‌شود.

۲- مذاق و مصالح

آیا مذاق شریعت مصالح عام‌اند یا اینکه شناخت مصالح، می‌تواند راهی برای مذاق شریعت بشمار آید؟

یکی دیگر از دیدگاه‌هایی که در مذاق شریعت می‌توان یافت، دیدگاهی است که مذاق شریعت را با مصالح عام، همسان می‌داند.

برخی بر این باورند که، فقیه برای بدست آوردن فتوایی واقع‌بینانه و سازگار با مقتضیات زمانی - مکانی جوامع بشری، باید به مذاق شرع و انگیزه‌های شارع از جعل احکام که همان مصالح عمومی است، توجه ویژه داشته باشد (حسینی قائم مقامی،

(۲۶۷). همو، در جاهایی از کتاب خود، درباره‌ی مصالح عمومی بحث کرده است و به قواعد ثانوی، مانند «عسر و حرج» و قاعده‌ی «لاضرر» اشاره می‌کند و آن‌ها را از مصالح عمومی بر می‌شمرد (۲۳۶).

از منظر فقیهان شیعه، می‌توان مصالح عام را هر چیزی دانست که برای عموم دارای نفع باشد و همه از آن بهره‌مند گردند. فقیهان پیشین، نمونه‌هایی را برای مصالح عامّ یاد آوری کرده‌اند، مانند کندن چاه (علم الهدی، الانتصار، ۱۶)، پذیرفتن امانت (علّامه حلّی، تذکرة الفقهاء، ۱۹۷/۲)، خدمت به کعبه، مسجد، مشهد امام و پل سازی (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۷۹/۳) و

استنادات به مذاق شریعت از طرف فقیهان، می‌تواند بر نادرستی این دیدگاه گواهی دهد و تفاوت میان مذاق شریعت و مصلحت را روشن گرداند. نجفی در نقد دیدگاهی که ولیّ دیوانه را دارای این حقّ نمی‌داند که بتواند همسر او را طلاق دهد، هر چند این طلاق به مصلحت دیوانه باشد، می‌نویسد:

«این دیدگاه از مذاق شرع به دور است، زیرا با مصلحت زوج و زوجه سازگار نمی‌باشد (۶/۳۲). در این عبارت، رعایت مصلحت از مذاق‌های شارع شمرده شده است. از این رو فتوایی که از روی مصلحت نباشد، با مذاق، سبک و شیوه‌ی شارع سازگار نیست.

امام خمینی، در بحث جواز فروش قرآن به کُفّار، به دیدگاهی که این نظر را بر نمی‌تابد، خُرده می‌گیرد و می‌نویسد:

«دیدگاه دور کردن قرآن و دیگر مقدسات از دسترس کُفّار، ناسازگار با مذاق شریعت است؛ زیرا مذاق شریعت بر تبلیغ اسلام و گسترش احکام آن و لزوم هدایت مردم، به هر وسیله‌ی ممکن است و این‌که چه بسا با این فروش، قرآن مورد تماس (با کفار) قرار خواهد گرفت، نمی‌تواند با آن مصلحتِ اهمّیت اسلام و تبلیغ شریعت، درگیر شود (خمینی، البیع، ۷۲۵/۲).

این سخن، اهمّیت تبلیغ اسلام و دین را می‌رساند که خود، مصلحتی ضروری به شمار آمده و شارع شیوه‌ی خود را، بر پایه‌ی این مصلحت سامان داده است.

سخن این بزرگان، چند مطلب را تبیین می‌کند:

یک: شارع در وضع قوانین، بی‌تردید مصلحت را در نظر گرفته و در جعل و وضع احکام ثانوی نیز این مصلحت سنجی را رعایت کرده است. بنابراین، نمی‌توان گفت: احکام ثانوی مصالح‌اند، بلکه این احکام برآیند مصالح به شمار می‌آیند.

دو: احکام ثانوی، دارای ادله‌ی فقهی روشن هستند و بیشتر از نصوص خاص گرفته شده‌اند، ولی در مذاق شریعت، این سبک و شیوه‌ی شارع است که کارساز است.

سه: مصلحت حداقل در یک دیدگاه، تغییر پذیر است و با دگرگونی زمان و مکان، دگرگون می‌شود ولی مذاق شرع، قابل تغییر نیست و ثابت است (بنگرید به: حنفی، ۵۶۶). البته در نقد این دیدگاه باید گفت پاره‌ای مصالح عقلی و شرعی وجود دارند که لایتغیر و جاویداند مانند مصلحت تبلیغ دین.

چهار: مصالح، پشتوانه‌هایی هستند که مذاق شریعت بر اساس آن‌ها شکل می‌گیرد و از نقشی حمایتی برای مذاق شرع، برخوردارند (عنبکی، ۷۳) و با مذاق شریعت متفاوتند، البته می‌توان از رعایت مصالح، به عنوان یکی از اساسی‌ترین و معتبرترین مذاق‌های شرع یاد کرد.

۳- مذاق و استحسان

از منابع فقه در نزد برخی از مذاهب اسلامی مانند مالکی، حنفی و حنبلی، استحسان است.

استحسان در لغت از حُسن به معنای نیک دانستن و پسندیدن اشتقاق یافته است و در مصطلح اصولی عبارت است از: «دلیل ینقدح فی نفس المجتهد لا یقتدر علی اظهاره لعدم مساعدة العبارة عنه» (غزالی، ۲۸۱) برخی دیگر در تعریف آن گفته‌اند: «هو العدول بحکم المسألة عن نظائرها لدلیل خاص من کتاب او سنة» (شاطبی، ۲۰۵/۴).

البته تعریف نخست می‌تواند مورد انتقاد قرار گیرد؛ اما می‌توان خلاصه‌ی اقوال را درباره‌ی استحسان در مذاهب حنفی و مالکی چنین گرد آورد: استحسان عبارت است از این که در موضوعی که حکم کلی، قیاس و یا دلیل دیگری دارد، به جهت مصلحت به سراغ دلیلی جزئی که خاص آن مسأله است برویم و با آن حکم کلی مخالفت کنیم. به عنوان نمونه اگر شخصی حیوان متعلق به دیگری را در حال تلف ببیند می‌تواند آن را ذبح کند و گوشت آن، حلال است و ضمانی در کار نیست. این‌جا اگر چه ادله‌ی اتلاف مال غیر، علی‌القاعده باید حکم به ثبوت ضمان کنند، ولی به لحاظ اعتبار استحسان، از آن‌ها چشم‌پوشی می‌شود. عاملان به استحسان برای حجیت آن، ادله‌ای اقامه کرده‌اند همانند آیه «و اتبعوا احسن ما انزل الیکم/زمر، ۵۵» و آیه‌ی «الذین یتبعون القول فیتبعون احسنه/همان» و یا حدیث منسوب به پیامبر (ص): «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن/غزالی، ۲۷۴».

اما در مقام مقایسه میان مذاق شرع با استحسان باید اذعان کرد تعریف نخستی که برای استحسان آورده شد، بسیار شبیه چیزی است که ما از مذاق، اراده می‌کنیم. زیرا در این تعریف گفته شده است که گاهی دلیلی در جان مجتهد، تجلی می‌کند ولی قادر نیست برای آن از گزاره‌های موجود و متون شرعی، شاهدی بیاورد. در مذاق نیز گفته شد که گاهی مجتهد به سبب انس و ممارست فراوان با احکام و ادله، این توانایی را می‌یابد که مذاق شرع را احساس کند گرچه نتواند از طریق برهانی بر آن، اقامه‌ی دلیل کند.

تنها ایرادی که بر این تعریف استحسان و تفاوت آن با مذاق می‌توان وارد کرد آن است که قائلان استحسان بر این نکته تأکید نکرده‌اند که این نیکو دیدن و خوب پنداشتن، آیا به ادله‌ی دیگر مستند است و در اثر کثرت ممارست، ایجاد شده است یا خیر ممکن است تنها از نفس و سویدای جان مجتهد نشأت گرفته باشد بدون آن که ریشه‌ای در متون و ادله‌ی دینی داشته باشد. مگر آنان در پاسخ بگویند آوردن واژه‌ی

مجتهد از باب «تعليق الحكم علي الوصف مشعر بالعلية» نمایان‌گر این است که این نیکوگروی مجتهد از آن جهت است که مجتهد است یعنی به لحاظ اُنس و الفتی است که در طول سالیان دراز با تعالیم دینی پیدا کرده است و گرنه چنین حالاتی یا اصلاً برای غیر مجتهدان حاصل نمی‌آید و اگر هم بیاید، قابل اعتنا و اعتبار نیست.

۴- مذاق و سیاق

میان سیاقات کلام شارع با مذاق شریعت، چه پیوندی وجود دارد؟ فقیهان شیعه از دیرباز در فرآیند استنباط، به سیاق، استدلال کرده‌اند. شاید بتوان گفت نخستین کسی که در کتاب‌های خود به سیاق استدلال کرده است، سید مرتضی علم الهدی، می باشد که در جاهایی به سیاق استدلال کرده است (سیدمرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۱۶۴/۲).

پس از ایشان نیز فقیهان دیگری مانند، شیخ طوسی (الخلاف، ۳۱۵/۴)، ابن زهره (۱۳۴)، ابن ادریس (السرائر، ۶۵/۱)، علامه حلی (متهی‌المطلب، ۱۰۲/۴) و به مرور زمان بیشتر فقیهان به استدلال از رهگذر سیاق آیات و روایات پرداخته‌اند. «سیاق» بنابر آنچه زرکشی باور دارد، به چینش کلمات و ارتباط و پیوستگی آنها با هم گفته می‌شود (۲۸۳/۴)، هرچند صدر بر این باور است که باید افزون بر چینش کلمات، قراین حالیه و مقامات کلامیه را هم در نظر گرفت (صدر، دروس فی علم الاصول، ۹۰/۱).

برخی از فقیهان (حسینی مراغی، ۲۷۷) سیاق را در کنار مذاق شرع به کار برده، گویا خواسته‌اند میان این دو، پیوستگی و ارتباط برقرار کنند.

نجفی نیز به سیاق کلام شارع و درستی فهم آن، بهای بسیاری داده است و زبان شرع را با دیگر زبان‌ها متمایز و دارای رموز می‌داند که برای فهمیدن آن، باید نخست آن را شناخت و فقیه کسی است که به این رموز آشنا باشد (۲۵۹/۱۰). از منظر ایشان، آگاهی

به چگونگی کلام شرع با اهمیت است؛ زیرا گاهی با قواعد و اصولی که در میان فقیهان کاربرد دارد، سازگار نمی‌باشد (۲۸۵/۲۹).

با این وجود که سیاق کلام شرع دارای اهمیت است، ولی نمی‌توان مذاق شریعت را تنها، همین سیاقات دانست، بلکه یکی از راه‌کارهای کشف مذاق شریعت، زبان و سیاق نصوص، حالات و مقامات است (مرعشی، القول الرشید، ۱۱۷/۲ و ۱۱۸).

از دیدگاه نگارندگان، این دو اصطلاح دو تفاوت زیر بنایی دارند:

یک: در مذاق شریعت، فقیهان با توجه به آشنایی از سبک و سیاق کلام شارع، دست به ابتکار می‌زنند و دیدگاه شارع را از قرآینی به دست می‌آورند و از روی ادله‌ای که به دست آنان رسیده است و آن‌ها را بررسی کرده‌اند، دیدگاه شارع را در حدسی نزدیک به یقین بیان می‌کنند و آن‌گاه در مرحله‌ی دوم این دیدگاه را برای بدست آوردن احکام به کار می‌گیرند، ولی در سیاق کلام، دیگر مرحله‌ی دومی پیموده نمی‌شود و بیشتر بر اساس چینش کلمات است که به احکام می‌رسند.

دو: در مذاق شریعت تنها الفاظ نگریسته نمی‌شوند، بلکه گاه ادله‌ی عقلی نیز به کار گرفته می‌شوند هر چند الفاظی در میان نباشند، ولی سیاق با قطع نظر از لفظ، کاربردی ندارد.

سه: سیاقات کلام، از راه‌کارهای کشف مذاق شریعت به شمار می‌آیند.

پیشینه‌ی کاربرد «مذاق شریعت»

نخستین کسی که در شیعه اصطلاح «مذاق شرع» را به کار برده است، محمد جواد حسینی عاملی (۱۲۲۶) می‌باشد.

علّامه‌ی حلّی در بحث «لقیط» [بچه‌ی یافته شده] یادآور می‌شود چنانچه دو نفر هم-زمان با هم برسند، در این‌که کدام‌یک، در برداشتن این کودک بر دیگری، تقدّم دارد، به برتری شهری بر روستایی، روستایی بر بیابان‌گرد، توانا بر تنگدست و کسی که عدالتش

آشکار است بر دیگری که این چنین نیست، اشاره کرده و آن‌گاه در این برتری، تردید می‌کند (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۲۰۰).

عاملی به نبود نصّ در این ترجیح و حتی در اصل وجوب «التقاط» اشاره می‌کند، ولی سخن از قوانین دیگری به میان می‌آورد که اثبات کننده‌ی این احکام‌اند. او مذاق شریعت را، یکی از این قوانین می‌داند (عاملی، ۶/۹۱). او بر پایه‌ی همین قوانین، کسی را شایسته‌تر در برداشتن این بجه می‌داند که، توانا‌تر به پاسداری از نسب، آزادی، رساندن کودک به خانواده‌اش و نگهداری از او باشد و تردیدِ علامه را درست نمی‌داند (همان).

پس از او، شاگردش محمد حسن نجفی، از «مذاق» در بسیاری از جاها بهره برده است تا جایی که این واژه را با پسوند «شرع»، دوازده بار (۱/۱۵۰ و ۳/۳۰۳؛ ۲/۳۲۹؛ ۱۵/۱۹۶؛ ۲۴/۲۲۲؛ ۲۶/۱۲۶؛ ۲۷/۲۱۷؛ ۳۰/۱۹۵ و ۳۱۰؛ ۳۲/۶؛ ۴۰/۳۸۰ و ۳۸۷)، با «شریعت» یک بار (۸/۴۰۵) و با «قواعد شریعت» نیز یک بار (۲۷/۳۲۱) به کار برده است.

پس از ایشان، فقیهان بسیاری از این اصطلاح، به عنوان دلیل و یا مؤید ادّله، بهره برده‌اند و می‌توان فراوانی کاربرد این اصطلاح را در کتاب‌های فقیهان، به آسانی دید. برای نمونه، برخی از فقیهانی که اصطلاح «مذاق شرع و شارع» را بکار برده‌اند عبارت‌اند از: همدانی (۱/۳۹۴؛ ۲/۵۷۱؛ ۵/۱۲۹ و ۱۳۰)، مرعشی نجفی (القول الرشید، ۱/۴۴۱)، محسن حکیم (۴/۱۵۴؛ ۹/۱۲۹ و ۳۲۲؛ ۱۲/۱۳ و ۲۰۹؛ ۱۴/۲۵۹)، بجنوردی (۳۲۱/۷)، امام روح الله خمینی (المکاسب المحرمة، ۱/۹۱، ۲۸۰، ۱۱۳؛ ۲/۲۵۵؛ البیع، ۲/۷۲۵؛ ۴/۴۴۳) خویی (مستند العروة: کتاب الاجارة، ۳۷۸؛ التنقیح: الاجتهاد والتقلید، ۲۱۵، ۲۲۴، ۲۲۶؛ مستند العروة: کتاب الصوم، ۳۱۸/۱؛ مبانی العروة: کتاب النکاح، ۱/۴۳۷؛ مصباح الفقاهة، ۱/۱۹۰، ۲/۱۴۴)، عبد الاعلی سبزواری (۱/۳۹۷، ۵۰۸؛ ۲/۱۷۹؛ ۷/۳۹۴).

مفاهیم همسو با مذاق شریعت

هرچند یادآوری شد که کاربرد این اصطلاح تازه و نوپیدا به قرن سیزدهم باز می‌گردد و تازه و نو پیدا به نظر می‌رسد ولی می‌توان مضامین مشابه آن را در میان آثار گذشتگان نیز رصد کرد.

آیا فقیهان پیشین، از این مفهوم، هر چند با عناوین دیگر، بهره برده‌اند؟

با کاوش آثار سلف می‌توان به این نتیجه رسید که فقیهان با به کاربردن برخی از مفاهیم همسان با مذاق شریعت کوشیده‌اند به روش شارع در جعل احکام، دست یابند و گاه از همین روش، در پی تأسیس دلیل برای برخی از احکام برآیند. کاربرد مفاهیمی همچون: «عادت»، «حکمت»، «طریق»، «ذأب»، «دیندن»، در برخی از جاها، می‌تواند نمایان‌گر همان مفهومی باشد که فقیهان از مذاق شریعت جستجو کنند، چنان‌که از جهت بار معنای لغوی نیز، با مذاق شریعت بسیار نزدیک به نظر می‌رسند.

عادت و مذاق شریعت

عَلَّامَه‌ی حَلِّی، در جایی که دلیلی وارد نشده است، یکی از عادت‌های شرع را ارجاع مردم به عرف می‌داند (عَلَّامَه حَلِّی، تَذْکِرَةُ الْفُقَهَاء، ۲۸۹/۳).

همو در شهادت، عادت دیگری از شارع را یادآور می‌شود و می‌نویسد:

«عادت شارع در شهادت، این است که دو زن را در برابر یک مرد قرار داده است، بنابراین، در جایی که مردان نمی‌توانند آگاهی به دست بیاورند، معادل با آن‌ها از زن‌ها، شهادتشان پذیرفته می‌شود (عَلَّامَه حَلِّی، مَخْتَلَفُ الشَّيْخِ، ۴۷۵/۸).

البته، این عادت و شیوهی شارع را در واگذاری برخی از احکام به عرف، باید در جاهایی پی‌جویی کرد که عرف، روشن و واضح است، ولی اگر مواردی باشد که با بازگشت به عرف، نمی‌توان حدود و یا اندازه‌ی چیزی را به دست آورد، عادت شارع و شیوهی او بر این است که خود به قانون‌مند کردن آن اقدام می‌کند (نجفی، ۴۱/۲۸).

از نگاه عَلَّامَه می‌توان به نتایجی رسید:

یک: فقیهان، با به دست آوردن شیوهی شارع، می‌توانند به فتوایی دست یابند و آن را به شرع نسبت دهند و دلیل این فتوا را همان عادت و شیوهی شارع قرار دهند.

دو: شارع شیوه‌های گوناگونی را در جاهای مختلف برگزیده است که واگذاری برخی از احکام به عرف و یا قانون‌مند کردن برخی دیگر، از این شیوه‌ها است.

سه: این شیوهی استدلال می‌تواند بسیار به مذاق شریعت نزدیک باشد، زیرا در آنجا نیز، فقیه به روش شارع نگرسته و سپس از این شیوه به دلیل فتوای خود دست یافته است.

حکمت و مذاق شریعت

کاربرد «حکمت» با پسوند «شرع» از دیگر مفاهیم وابسته است و می‌تواند با مذاق شریعت پیوند داشته باشد. برای نمونه، ابن فهد حلی در بحث «احرام» پرسشی را مطرح می‌کند: آیا پارچه‌ای که زن برای نترآویدن خون عادت به خود می‌بندد، حرام است یا خیر؟ در پاسخ می‌نگارد:

پوشیدن «غِلاَلَه» [= زیر جامه] برای زن، حتّی بنا بر دیدگاه روا نبودن پوشیدن لباس دوخته برای زن، جایز می‌باشد؛ زیرا دوری جستن از نجاست و پرهیز از آن، با حکمت شارع که بر آسان‌گیری بر اشخاص استوار است، سازگاری دارد (ابن فهد حلی، ۱۷۹/۲). این سخن بسیار نزدیک به همان دیدگاهی است که مذاق شریعت را بر آسان‌گیری در احکام می‌داند.

«دَیْدَن» و «دَآب»

دو اصطلاح «دَیْدَن» و «دَآب» نیز با کاربردی مشابه با مذاق شریعت در سخنان فقیهان به کار رفته است. برای نمونه در بحث «ضمان»، مشهور است که در مثلی، مثل و در قیمی، قیمت پرداخت شود (نجفی، ۸۵/۳۷).

لاری، در مضمونات اصل را بر پرداختن قیمت می‌داند، مگر با دلیل به اثبات برسد که باید مثلی پرداخت و دلیل این سخن را چنین تبیین می‌کند:

«قیمت، قانون‌مندتر از مثل می‌باشد و این قیمت است که برابر با ارزش مالی عین، قرار می‌گیرد و هر وصفی از اوصاف عین را نیز ارزش سنجی می‌کند. این از «ذیدن» شارع است که پایه‌ی احکامش را بر قانون‌مندی هر چه بیشتر قرار داده است» (التعلیقه علی المکاسب، ۵۱۲/۱). این سخن می‌تواند بسیار نزدیک با همان شیوه‌ی شارع در قانون‌مندی باشد که، پیش از این از زبان نجفی بازگو شد (۴۱/۲۸).

بجنوردی، تکلیف کردن به کار سخت و طاقت فرسا را از دأب و ذیدن شارع به دور، و با شریعت آسان اسلام، ناسازگار می‌داند (بجنوردی، ۱۲۶/۳).

پیوستگی میان مذاق شریعت و این اصطلاحات در کلام برخی از محققان به روشنی دیده می‌شود. آن‌جا که در بحث «ولایت فقیه» می‌نگارد:

«ما یقین پیدا می‌کنیم که شارع به ولایت طاغوت رضایت ندارد و این قطع برای فقیه، از راه شناخت مذاق شریعت و ذیدن او پیدا می‌شود که این را فقیه، از خطابات وارد شده، استنباط می‌کند» (سیفی، ۷۰/۳).

درباره‌ی «دأب» نیز همان دیدگاهی وجود دارد که درباره‌ی مذاق شریعت است؛ زیرا دأب با پی‌گیری و فرو رفتن در روایات به دست می‌آید و پیوندی با سیره و فتوای عالمان ندارد (خمینی، مصطفی، ۶۳).

«طریق شرع» و کاربرد آن

این اصطلاح در میان پیشینیان با پسینیان متفاوت به نظر می‌رسد؛ زیرا در میان پیشینیان به همان ادله‌ای گفته می‌شده، که از راه شرع به دست آمده است و در برابر دلیل عقل بوده است (سیدمرتضی، الانتصار، ۲۵؛ طوسی، الخلاف، ۵۰۴/۱ و ۱۶/۶). ولی در سده‌های پسین در برخی از کتاب‌ها «طریق شرع» همسو با مذاق شریعت به کار رفته است.

میرزای قمی به طریق و روش شارع اشاره می‌کند و استحباب تکرار فراوان وضو را بدون وجود فصل و ناقص، بیگانه از روش و طریقه‌ی شرع و اهل آن می‌داند (غنائم الایام، ۹۹/۱).

نجفی نیز در بحث جایز نبودن استنجا با خوراکی‌ها می‌نویسد: «این روا نبودن به جهت این است که نعمت‌های الهی داری احترام است» (۵۱/۲).

ایشان از این، به دست می‌آورد که در هر چیز داری احترامی، همین حکم موجود است و در این باره می‌نویسد:

«برای فقیهی که در به دست آوردن روش شرع کار آزموده و آگاه به زبان شرع شده است، شایسته نیست که برای تک تک گزاره‌ها به دنبال دلیل خاص بگردد، بلکه برای همه‌ی این موارد می‌تواند به ادله‌ای مانند بزرگداشت شعائر الهی و روش شارع (طریق) که روشن است، استدلال کند» (همان، ۵۲).

موسوی خوانساری به «طریق» استدلال می‌کند و در فتوایی می‌نگارد:

اگر مالک شیء امانی بمیرد و بر او حج واجب باشد، چنان‌که امانت‌دار بداند، ورثه برای مُرده حج بجا نمی‌آورند، می‌تواند با آن مال اجیر بگیرد تا برای مرده حج بجا آورده شود (۳۲۴/۲). ایشان این حکم را در همه‌ی حقوق مالی و واجبات ثابت می‌داند و در این باره می‌نویسد: «آنچه از شیوه و روش شارع (طریق) به دست می‌آید این است که نباید واجبات و حقوق پایمال شود و شارع خواهان پاس داشتن آن‌ها است» (همان). می‌توان موارد دیگری را نام برد که فقیهان آن‌ها را از طریق و روش شارع به دست آورده‌اند که عبارت‌اند از:

آگاه کردن مردم از امور حرام و تبلیغ آن‌ها (انصاری، فرائد الاصول، ۵۵/۲)، ابراز مقاصد شارع به وسیله‌ی قراین منفصل و جدا (نائینی، اجود التقریرات، ۴۸۷/۱).

مذاق شریعت در روایات

در روایات، رد پاهایی از مذاق شریعت به چشم می‌خورد، معصومین (ع) مصادیقی

برای آن بیان داشته‌اند که به برخی اشاره می‌شود:

رویکرد شارع به عدالت و احتیاط

و جوب عادلانه بودن قانون و احتیاط در آبرو، اموال و جان‌ها از چیزهایی است که فقیهان شیعه، از مذاق شریعت به دست آورده‌اند.

امام خمینی، غیبت شخصی که فسق خود را به گونه‌ای توجیه می‌کند، روا نمی‌داند و بر این باور است که اصل براءت، برای غیبت چنین شخصی، جاری نمی‌شود؛ زیرا با مذاق شریعت که به آبروی مسلمانان اهتمام دارد، سازگار نیست (خمینی، *المکاسب المحرمة*، ۱/۲۸۰).

همین عدالت و احتیاط را می‌توان در روایات، آشکارا دید. عدالت در روایات به گونه‌ای معرفی شده است که می‌تواند سنجشی برای فتواها باشد و چنانچه، فتوایی با آن سازگار نباشد، مذاق شارع آن را بر نمی‌تابد و از آن به دور است. نمونه‌هایی از این روایات از نظر می‌گذرند:

نمونه ۱- اگر زنی کسی را وکیل کند که او را به ازدواج دیگری درآورد و سپس زن، وکیل را از وکالت برکنار کند، ولی وکیل از این برکناری آگاه نشده و این زن را به ازدواج دیگری در بیاورد، آیا این ازدواج درست است؟

امام صادق (ع)، دیدگاه اهل سنت را جویا می‌شود. راوی در این باره می‌گوید: آن‌ها، عقد فضولی را در وکالت و نکاح باطل، ولی در دیگر معاملات، باطل نمی‌دانند. امام (ع) می‌فرماید: «ما اجور هذا الحكم و افسده، انّ النكاح احري و احري ان يحتاط فيه و هو فرج» (حرّ عاملی، ۱۹/۱۶۳). این نظر چه قدر ستم‌گرانه و فاسد است. ازدواج که بسیار شایسته‌تر به این است که در آن، احتیاط رعایت شود؛ چرا که موضوع نسب است. این روایت حاوی نکاتی چند است:

یک: عدالت از اهداف اساسی و بنیادین اسلام شمرده شده است که فتوا باید با آن سازگار باشد و در صورتی که فتوا دارای این مشخصه نباشد، نمی‌تواند کارگشا و مطابق با شرع باشد.

دو: امام(ع) احتیاط در فروج و اهتمام شارع به آن را گوشزد می‌کند و نتیجه می‌گیرد که باید این ازدواج درست باشد و همان‌سان که در بیع، حکم به صحت آن می‌شود، به طریق اولی در فروج باید حکم به صحت کرد (انصاری، کتاب المکاسب، ۳/۳۵۷). سه: از اهتمام شارع به نکاح، می‌توان کشف کرد که تا می‌شود باید ازدواج را صحیح و روابط مشکوک را مشروع دانست.

بنابراین، عدالت و اهتمام به فروج، از اهداف اساسی اسلام است و شارع برای اجرای آن، راه‌ها و روش‌هایی را در نظر گرفته و می‌توان مذاق شارع را بر آسان‌گیری در باب ازدواج دانست.

پس همیشه به این صورت نیست که بتوانیم بگوییم: هر کجا چیزی در نزد شارع دارای اهمیت است، برای آن سخت‌گیری را پیشه‌ی خود کرده است، بلکه در برخی جاها اهتمام شارع با آسان‌گیری او محقق خواهد شد، که یکی از این جاها، بحث ازدواج است.

از این رهگذر می‌توان پاسخ‌های در خوری برای برخی پرسش‌ها در باب نکاح ارایه داد. برای مثال، آیا نکاح معاطاتی صحیح است یا «صیغه» ضروری است؟ به دیگر سخن، آیا می‌شود از روش شارع در باب نکاح به دست آورد که احتیاط کامل و اهتمام شارع در باب نکاح، خواهان این است که نکاح معاطاتی نیز صحیح باشد و نیازی به صیغه نباشد تا در نتیجه، روابطی که از رهگذر این نکاح، حاصل می‌آید، محکوم به صحت باشند؟

البته ممکن است گفته شود مذاق شارع در باب نکاح، تحفظ بر لفظ است نه بر اجرای معاطاتی صیغه. به هر روی، مذاق یک امر تحمیلی و اجباری نیست و باید خود

به خود برای فقیه، حاصل آید. یا معتبر نبودن حضور شهود در نکاح را برآیند همین مذاق شریعت در نکاح دانست؟ این‌ها از مباحثی است که نیاز دارد فقیهان گرامی به بررسی آن پردازند.

نمونه‌ی ۲- در روایت دیگری نیز امام به حکمی صادر شده از ابوحنیفه اشاره می‌کند و آن را دور از عدالت و ستم‌گرانه می‌داند (کلینی، ۲۹۱/۵).

رویکرد فقیهان گذشته به احتیاط

فقیهان از دیرباز، با همه‌ی اختلافاتی که در مجاری و کیفیت جریان احتیاط داشته‌اند، به مثابه‌ی ابزاری به آن نگریسته‌اند که توانایی این را دارد که برخی از احکام به آن مستند شود و می‌توان این را مذاقی از شرع دانست که آن‌ها از انس با روایات و شرع به دست آورده‌اند.

شهید ثانی پس از بازگو کردن فتوایی از شهید اول، در باب گواهی کودکان در جراحات‌ها و قتل، مبنی بر پذیرش گواهی آنان در صورت نرسیدن زخم‌ها به اندازه‌ی قتل، این باور شهید را هرچند معارض با روایات می‌داند، ولی آن را سازگار با اصلی دیگر می‌پندارد که از آن می‌توان به احتیاط در جان‌ها و نفوس یاد کرد (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵۵/۱۴).

مقدّس اردبیلی، نیز احتیاط در اموال را از شیوه و روش شارع به دست آورده است. برای نمونه، او برای اثبات این‌که در پاک کردن چیزهایی که به واسطه‌ی فشردن آسیب می‌بینند یا از میان می‌روند، مانند میوه‌های شکسته شده و کاغذ، نیازی به فشردن نیست، به لزوم رعایت احتیاط در اموال استناد می‌کند و آن را شیوه‌ی شارع می‌داند. (مقدّس اردبیلی، مجمع الفائده والبرهان، ۳۳۸/۱). ایشان، یکی از ادله‌ی این فتوا را از میان رفتن مال (تضییع)، می‌داند و باور دارد شیوه و روش شارع در قانون‌گذاری، بر این نیست که موجب تلف اموال شود (همان).

«مصلحت تسهیل»: مذاقی بنیادین

یکی از چیزهایی که مذاق شریعت را تشکیل می‌دهد، آسان‌گیری در احکام اسلامی است که از آن به «مصلحت تسهیل» تعبیر شده است (خویی، مصباح‌الاصول، ۹۸/۲). فضل بن شاذان از امام رضا (ع) روایتی را بازگو می‌کند که ایشان به فلسفه‌ی اوقات نماز و گزینش آن‌ها می‌پردازد و می‌فرماید:

«... فلسفه‌ی وجوب نماز در این زمان‌های خاص، این است که شناختن این زمان‌ها، برای همه‌ی مردم زمین، آسان است و این زمان‌های چهارگانه، پس و پیش شدنی نیست... و این که میان نماز عشاء و صبح یا میان نماز صبح و ظهر، نماز دیگری واجب نشده است، بدان جهت بوده است که در آغاز روز، مردم برای تجارت و بازرگانی و بر پا شدن بازارها و رفع نیازها بیرون می‌روند و خداوند نخواست است که آن‌ها را از کار و امور دنیایشان باز بدارد. در نیمه شب نیز مردم در خوابند و همه، توانایی بلند شدن را ندارند. اگر در این زمان‌ها نماز واجب می‌شد، مردم توانایی انجام آن را نداشتند. پس خداوند بر مردم آسان گرفته است و زمان‌های سختی را برای انجام این تکلیف قرار نداده است...» (حرّ عاملی، ۱۶۰/۴ و ۱۶۱).

فقیهان، به مصلحت تسهیل، رویکرد قابل توجهی داشته‌اند تا آن‌جا که، دلیل و مستند برخی از فتواها را همین مذاق کلیّی شارع معرفی کرده‌اند. برای نمونه، مذاق شارع را در «حقّ الله»، بر آسان‌گیری ولی در حقوق آدمی، بر سخت‌گیری دانسته‌اند و این دیدگاه را از اُنس با ادلّه و کنکاش در آیات و روایات، به دست آورده‌اند.

شیخ طوسی در کتاب «جراح» [زخم‌ها] می‌نویسد:

«کسی که دزدی کرده و حکم شده است که دست راست او بریده شود، اگر به او گفته شود: برای بُریدن، دست راست را بیرون بیاور و او دست چپ خود را بیرون بیاورد و دست چپش را بُرند، دیگر بر او چیزی نیست و حکم بریدن دست راست، از او برداشته می‌شود. این فتوا میان فقیهان اتّفاقی است؛ زیرا بریدن دست، از حقوق

خداوند به شمار می‌آید و مبنای شارع در این گونه حقوق، بر آسان‌گیری و تخفیف است» (طوسی، المبسوط، ۱۰۱/۷).

محقق حلی در این مسأله که اگر کسی تیمم کند و در میان نماز آب پیدا شود، به دو دیدگاه می‌پردازد:

نخست: تا زمانی که به رکوع نرسیده است، نمازش برهم می‌خورد. دوم: حکم به صحت می‌شود (محقق حلی، المعتمد، ۴۰۰/۳۹۹). وی برای هر دو دیدگاه، به روایاتی استناد و روایتی را که حکم به ادامه‌ی نماز می‌کند، ترجیح می‌دهد و یکی از علل‌های ترجیح را چنین بر می‌شمرد: این روایت، حکم را ساده‌تر و آسان‌تر می‌گیرد و خداوند خواهان آسانی است (همان).

کارکردهای مذاق شریعت

مذاق شریعت، دارای کارکردهای گوناگونی است که فقیهان شیعه با کاربرد این اصطلاح در پی اثبات آن کارکردها بوده‌اند. برخی از این کارکردها که از اهمیت بیشتری برخوردارند، عبارت‌اند از:

۱- یگانه منبع حکم

فقیهان در برخی از موارد برای یک فتوا، به دلیلی خاص و یا عام دست نیافته‌اند و به مذاق شریعت استناد کرده‌اند. می‌توان نتیجه‌گیری کرد که ایشان بر این باور بوده‌اند که مذاق شریعت، می‌تواند خود دلیلی بر فتوای شرعی قرار گیرد؛ زیرا آنچه به درد فتوا می‌خورد دلیل است. برای نمونه، مواردی به شمار می‌آید:

یک: برخی فقیهان شروطی مانند عقل، علم، عدالت و ایمان را در مرجعیت، ضروری می‌دانند؛ چرا که فقدان این شرایط در مرجع، سبب پایین آمدن مقام مرجعیت و سرپرستی مؤمنان خواهد شد. تنها دلیلی که ایشان برای ضروری بودن این شرایط در مرجعیت، به آن استناد می‌کنند، مذاق شریعت است (خویی، التنقیح: الاجتهاد و التقليد، ۲۲۳).

دو: فقیهان طهارت اعضای وضو را شرط می‌دانند، ولی مستندی برای آن نیافته‌اند و در این باره، اجماعی هم وجود ندارد؛ چون بسیاری از فقیهان، در کتاب‌های خود اصلاً به این مسأله نپرداخته‌اند. تنها دلیلی که می‌توان برای آن یادآور شد، مذاق شریعت است (سبزواری، ۱۷۹/۲).

۲- از میان برنده‌ی تعارض

تعارض، متنافی بودن مدلول دو یا چند دلیل به نحو تضاد یا تناقض است (انصاری، فراند الاصول، ۱۱/۴) که در میان «حجت»ها و در فضای فقدان مرجح دلالی و عدم امکان جمع عرفی، تحقق می‌یابد (مشکینی، ۱۱۱ و ۱۱۲).

در طهارت و نجاست شراب، دو دسته روایات وجود دارد: برخی بر پاکی آن (حرّ عاملی، ۴۶۸/۳ و ۴۶۹) و دسته‌ای دیگر بر نجاست آن (همان، ۴۷۱/۳) دلالت می‌کنند. برخی در چاره جویی صدور دسته‌ی دوم را تقیه‌ای دانسته‌اند (علّامه حلّی، مختلف الشیعه، ۴۷۲/۱)، ولی گروهی تقیه را در این جا درست نمی‌دانند؛ زیرا دیدگاه اهل سنت بر نجاست آن است (موسوی خوانساری، ۲۰۳/۱). برخی دیگر، دسته‌ی دوم را تضعیف می‌کنند (خمینی، کتاب الطهاره، ۱۸۱/۳)، ولی گروهی آن را صحیح می‌دانند (گلپایگانی، ۲۸۵).

سخن درست آن است که تعارض را بپذیریم و مذاق شریعت را به عنوان مرجحی برای نجاست آن بدانیم؛ زیرا از روایات آشکار می‌شود که شارع اهتمام زیادی به پرهیز از شراب داشته است (سبزواری، ۳۹۵/۱). در نتیجه روایتی که شراب را نجس می‌داند، مقدم می‌شود.

۳- راه‌کاری برای شناخت اهمّ، در تراحم

در تراحم میان دو حکم که یک‌دیگر را برناتفته و انجام هر دو در توان مکلف نیست، باید به شناخت اهمّ پرداخت که راه‌هایی برای آن پیشنهاد شده است (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۹۷/۷-۱۰۱). می‌توان یکی از این راه‌ها را، مذاق شریعت

دانست (مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامة، ۵۰۶). چنان‌که، ضیاء الدین عراقی، در تراجم غصب و نماز، غصب را به استناد همین مذاق، مقدم می‌کند (۱-۴۳۴/۲).

۴- تأثیرگذاری بر موضوع حکم

گاه به خاطر روشن نبودن موضوع، حکم با مشکل روبه‌رو می‌شود که از مذاق شریعت در راستای چگونگی تبیین موضوع، بهره برده می‌شود. برای نمونه، نمی‌توان با دو دختر که از راه زنا از یک مادر به دنیا آمده باشند، ازدواج کرد؛ زیرا از مذاق شریعت به دست می‌آید که ازدواج از احکام عرفی بوده و عرف این دو دختر را خواهر می‌داند و با روشن شدن موضوع، حکم حرمت جاری می‌شود (حکیم، ۲۵۹/۱۴).

۵- تقییدی بر اطلاق

فقیهان، توانایی مذاق شریعت را برای تقیید اطلاق پذیرفته و در جاهایی از فقه با استفاده از مذاق، به تقیید اطلاق پرداخته‌اند. برای نمونه، روایاتی وجود دارد که زناکار باید به همان گونه‌ای که دستگیر شده، تازیانه بخورد؛ یعنی اگر برهنه او را دستگیر کرده‌اند، باید بر بدن برهنه‌ی او تازیانه بزنند (حرّ عاملی، ۹۳/۲۸). ابن بابویه، روایت را مطلق و حکم را برای مرد و زن یکسان می‌داند (ابن بابویه، المقنع، ۴۲۸)، ولی مشهور فقیهان، اطلاق در این روایت را نمی‌پذیرند. برخی در این باره نوشته‌اند:

«زن از روی پوشش و لباسی که بر تن دارد، تازیانه می‌خورد؛ زیرا ما از مذاق شریعت، شدت رعایت در پوشش زن را به دست می‌آوریم و همین اهتمام سبب شده است که شرع، نشستن زن را برای تازیانه خوردن معتبر بداند» (مؤمن قمی، مبانی تحریر الوسیله، ۲۷۵/۲).

۶- تخصیص عمومات

از آن‌جا که ادله، گاه اولیه و گاه ثانویه هستند، برای تخصیص آن‌ها به مذاق شریعت،

استدلال شده است.

أ: تخصیص در ادله‌ی اولیه

در باب عاریه و ودیعه، پرسشی مطرح شده است که آیا در این‌ها می‌توان شرطِ ضمان و مسؤولیت کرد یا چنین شرطی با در نظر گرفتن امین بودن عاریه گیرنده و امانت‌دار، روا نمی‌باشد؟

نجفی، این شرط را از گستره‌ی عموم «المؤمنون عند شروطهم» بیرون دانسته و این تخصیص را از مذاق شریعت به دست آورده است (۲۱۷/۲۷)، شروطی دیگر نیز به همین دلیل خارج شده است (خمینی، *المکاسب المحرمه*، ۱/۱۱۳).

ب: تخصیص در ادله‌ی ثانوی

برای تخصیص ادله‌ای مانند «حرج»، به مذاق شریعت استدلال شده است. اراکی در این‌باره می‌نویسد:

«از مذاق شریعت به دست می‌آوریم مواردی هست که با آمدن حرج به تنهایی نمی‌توانیم حکم را برداریم؛ زیرا این محرمات و واجبات بر محور حرج نمی‌چرخند که تا حرجی شد، برداشته شوند، بلکه بر حرمت خود باقی می‌مانند». ایشان، نوشیدن شراب، زنا و لواط را از این دسته دانسته، که هیچ‌کس نمی‌گوید در صورتی که بر انسان سخت و حرجی شد، انجامشان اشکالی ندارد. بنابراین، در این قسم از کارها، باید ادله حرج را تخصیص بزنیم تا این‌ها را در بر نگیرد (اراکی، ۵۹).

۷- ترجیح یکی از احتمالات در دلالت روایات

گاه روایتی با چندین احتمال سازگار است که فقیهان، برای برتری برخی از احتمالات بر بقیه، از مذاق شریعت کمک گرفته‌اند.

در حدیث «لاضرر» (ابن بابویه، *من لا یحضره الفقیه*، ۳/۲۳۳) یکی از احتمالاتی که داده شده، نفی ضرر تدارک نشده است. به دیگر سخن، آنچه نفی شده، ضرر و اضرائی است که جبران نشده باشد؛ زیرا ضرر تدارک شده، در بینش شرع، ضرر به

شمار نمی‌آید (باقر ایروانی، ۱۲۳/۱). او این دیدگاه را از مذاق شریعت به دست آورده؛ زیرا بر این باور است که شریعت بر پایه‌ی لطف، منت و مصلحت برای بندگان، پایه‌گذاری گردیده است.

۸- ظهور سازی برای الفاظ

باور بیشتر فقیهان در احتکار مواد خوراکی، بر کراهت آن است؛ زیرا روایاتی^۱ وارد شده است که از آن، کراهت احتکار به دست می‌آید (حرّ عاملی، ۴۳۴/۱۷). اما برخی لفظ «یکره» را تفسیر به حرمت می‌کنند و می‌نویسند:

«اگر احتکاری را که باعث رها کردن مردم بدون غذا و خوراک می‌شود، جایز و مکروه بدانیم، از مذاق شریعت به دور است» (خمینی، البیع، ۶۰۸/۳).

۹- کاشف علت و راهی برای قیاس اولویت

محقق خوبی درباره‌ی نگاه بدون ریبه به زن نامحرم با بررسی ادله‌ی لفظی، نخست دیدگاه جواز را می‌پذیرد، ولی از گردآوری ادله‌ی دیگری که مذاق شریعت را تشکیل می‌دهند، چنین نتیجه می‌گیرد که «وقتی شارع به چیزهایی که پایین‌تر از نگاه است، سخت گرفته، نمی‌تواند درباره‌ی نگاه، حکم به جواز بدهد» (خویی، موسوعه الامام النحوی، ۸۲/۱۲).

برخی از ادله‌ای را که او برای این مذاق شریعت بر می‌شمارد عبارت‌اند از: نهی شارع از بیرون رفتن زن‌ها برای نماز جمعه و جماعت (حرّ عاملی، ۳۴۰/۷)، نهی از حضور آن‌ها برای تشییع جنازه (همان، ۲۳۹/۳)، نهی از حضور در بازار و آمیختن با مردان (همان، ۲۳۵/۲۰)، نهی از گوش دادن به صدای زنان (همان، ۱۹۷/۲۰)، نهی از

۱. حلبی می‌گوید: از حضرت درباره‌ی کسی پرسیدم که خوراکی‌ها را احتکار می‌کند و به انتظار بالارفتن قیمت آن است. آیا این کار برای او روا می‌باشد؟ حضرت فرمود: اگر آن خوراکی در میان مردم بسیار باشد و مردم از ناحیه‌ی آن در وسعت باشند، اشکالی ندارد، ولی چنان‌چه کم باشد به گونه‌ای که مردم از جانب آن در تنگنا باشند، کراهت دارد که کسی این طعام را احتکار و مردم را در حالی رها کند که طعامی ندارند.

بوسیدن دختران پس از بلوغ آنان (همان، ۲۰/۲۲۹) و... (خویی، موسوعه الامام الخویی ۸۱/۱۲).

نمونه‌هایی از استناد به مذاق شریعت

نمونه‌ی ۱- تضييع حقوقی که شخص، شایسته‌ی آن بوده، حرام است. حکیم، در بحث وجوب انتقال زکات، در صورتی که در شهر، مستحق زکات یافت نشود، می‌نویسد: «یکی از جهت‌های این لزوم انتقال به شهر دیگر، از میان نرفتن حق کسانی است که شایسته‌ی آن‌اند؛ زیرا از مذاق شریعت پی می‌بریم که ضایع کردن حقوق کسی که شایسته‌ی آن است، حرام می‌باشد» (۳۲۲/۹).

نمونه‌ی ۲- عدول مؤمنان به کارهایی که انجام آن، رجحان دارد، در صورت نبود دسترسی به حاکم، اقدام کنند (همان، ۱۲/۲۰۹).

نمونه‌ی ۳- روا نبودن گرفتن مزد، در برابر واجباتی که شارع، انجام آن‌ها را به گونه‌ی مجانی خواسته است. خویی، درباره‌ی گرفتن مزد بر واجبات، به دیدگاهی اشاره می‌کند که این را روا ندانسته است، زیرا با واجب بودن کار، سازگاری ندارد و در پاسخ، استدلال می‌کند:

هر کجا از مذاق شریعت بدست آوردیم که شارع، کار را به گونه‌ی مجانی می‌خواهد، نباید مزد گرفته شود، مانند اذان، فتوا دادن و قضاوت؛ زیرا هم‌سنخ با تبلیغ رسالت می‌باشند (خویی، المستند: کتاب الاجارة، ۳۷۸).

نمونه‌ی ۴- تستر و پوشیدگی در زن

زن نمی‌تواند مقام مرجعیت را دارا باشد؛ زیرا آنچه از مذاق کشف می‌کنیم، این است که از زنان خواسته شده، پوشش شرعی خود را حفظ کنند و در ملأ عام، ظاهر نشوند و به امور خانه رسیدگی کنند و روشن است کسی که متصدی مرجعیت می‌شود باید خودش را در جایگاه مراجعه‌ی اشخاص و پاسخ به آن‌ها قرار دهد. شارعی که رضایت ندارد به این که زن خود را امام جماعت مردان قرار دهد، چگونه راضی خواهد

شد که او امور مردان را بر عهده گیرد و به مسائل اجتماع رسیدگی کند و سرپرست مسلمانان گردد؟ این مذاق شریعت، توانایی دارد تا آن سیره‌ی عقلایی را که رجوع هر جاهل به هر عالمی را می‌پسندد، تخصیص بزند (خویی، *التنقیح: الاجتهاد والتقليد*، ۲۲۶).

نمونه‌ی ۵- افکندن کسی که آگاه از حکم و یا موضوعی نیست، در کار حرام، حرام است «حرمة الفاء الغير في الحرام الواقعي». محقق خویی در بحث مکاسب معتقد است، چنانچه کسی بخواهد مانند روغن نجس شده را بفروشد، باید خریدار را از حقیقت آگاه کند؛ زیرا از مذاق شرع به دست می‌آید که افکندن دیگران در کار حرام، حرام است (خویی، *مصباح الفقاهه*، ۱۹۰/۱).

نمونه‌ی ۶- مال غصبی از غاصب به سخت‌ترین احوال گرفته می‌شود: «الغاصب یؤخذ باشقّ الاحوال».

اگر مال‌باخته، به اموال غاصب دسترسی پیدا کرد، از باب «تقاص»، می‌تواند مال خود را بردارد و چنانچه برداشتن مال، بر غاصب ضری وارد آورد، می‌توان گفت: از روایات و مذاق شارع چنین به دست می‌آید که باید مال از غاصب به سخت‌ترین احوال، گرفته شود. بنابراین، برداشتن مال توسط مالک جایز است، هرچند به غاصب خسارتی وارد آید (روحانی، ۲۱۵/۱۵).

نتیجه‌گیری

از مطالب پیش گفته می‌توان به دستاوردهایی رسید:

یک: مذاق شریعت که به معنای کشف شیوه‌ی قانون‌گذاری شرع و سنجش فتاوی با آن است را می‌توان از اصول برتر در قانون‌گذاری دانست.

دو: شایسته است فقیهان، در استنباط، تنها به نصوص، آن هم به شکل گسسته ننگرند، بلکه نصوص را با مذاق شریعت سنجیده و به فتوا دست یابند.

سه: مذاق شریعت، مفهومی بدیع و نوپیدا نیست که نتوان برای آن پیشینه‌ای یافت، بلکه با دیرینه‌ای بس درازناک در اصل شرع و ادوار فقه به میان درآمده است. است؛ مفاهیمی مانند عدالت، احتیاط و مصلحت تسهیل که از مذاق‌های بنیادین شریعت به شمار می‌آیند، از جانب خود شارع عنوان شده‌اند و فقیهان نیز از همان گذشته با مفاهیمی مشابه با آن، مانند طریق، حکمت، دأب و دیدن سر و کار داشته و از آن‌ها در طریق استنباط بهره گرفته‌اند.

چهار: برای این اصطلاح، در فقه کاربردهایی متصور است که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: قرار گرفتن به عنوان منبع و دلیلی بر احکام، راه حلی برای از میان بردن تعارض در ادله، راه‌کاری برای شناختن فرد اهم در تزام احکام، تأثیرگذاری در موضوعات احکام، تقیید کننده‌ی برخی اطلاقات، تخصیص دهنده‌ی بعضی عمومات، ظهور سازی در الفاظ روایات، کشف علت برای بهره‌گیری در قیاسات اولویت و

منابع

قرآن کریم

ابن اثیر، مبارک بن محمد؛ *النهاية في غريب الحديث والاثار*، تحقیق، طاهر احمد زاوی - محمود محمد طناحی، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴.

ابن بابویه، محمد بن علی؛ *من لا يحضره الفقيه*، تصحیح: علی اکبر غفاری، قم: جماعه المدرّسین، ۱۴۰۴ق.

_____؛ *المقنع*، قم: مؤسسه الامام الهادی، ۱۴۱۵ق.

ابن حیون، نعمان بن محمد؛ *دعائم الاسلام*، تحقیق: آصف بن علی اصغر فیضی، قاهره: دار المعارف، ۱۳۸۳ق.

ابن فهد حلی، احمد بن محمد؛ *المهذب البارع في شرح المختصر النافع*، تحقیق: مجتبی عراقی، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ق.

- ابن منظور، محمد بن مکرم؛ *لسان العرب*، قم: نشر الادب الحوزة، ۱۴۰۵ق.
- اراکي، محمد علی؛ *المکاسب المحرمة*، قم: مؤسسه فی طریق الحق، ۱۴۱۳ق.
- اصفهانى، محمد حسين؛ *حاشية كتاب المكاسب*، تحقيق: عباس محمد آل سباع قطيفى، قم: المحقق، ۱۴۱۸ق.
- انصارى، مرتضى؛ *فرائد الاصول*، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم، قم: مجمع الفكر الاسلامى، ۱۴۱۹ق.
- _____؛ *كتاب المكاسب*، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم، قم: مجمع الفكر الاسلامى، ۱۴۲۰ق.
- ايروانى، باقر؛ *دروس تمهيدية فى القواعد الفقهية*، قم، مؤسسة الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۱۷ق.
- بجنوردى، حسن؛ *القواعد الفقهية*، تصحيح: مهدي مهريزى - محمد حسن درايى، قم: نشر الهادى، ۱۴۱۹ق.
- جوهرى، اسماعيل بن حماد؛ *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية*، تحقيق: احمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين، ۱۴۰۷ق.
- حسينى عاملى، محمد جواد؛ *مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلماء*، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۳۹۴ق.
- حسينى قائم مقامى؛ عباس؛ *كاوش هاى فقهى*، تهران: امير كبير، ۱۳۷۸.
- حسينى مراغى؛ عبد الفتاح بن على، *العناوين*، قم: مؤسسة النشر الاسلامى، ۱۴۱۸ق.
- حكيم، محسن؛ *مستمك العروة الوثقى*، قم: مكتبة آيت الله العظمى المرعشى، ۱۴۰۴ق.
- حلى، ابن ادریس؛ *السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى*، قم، جامعة المدرسين، ۱۴۱۰ق.
- حنفى، حسن؛ *من النص الى الواقع محاولة لاعادة بناء علم اصول الفقه*، بيروت: دار المدار الاسلامى، ۲۰۰۵م.

خميني، روح الله؛ *الاجتهاد والتقليد*، تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار الامام خميني، ١٤١٨ق.

_____؛ *البيع*، تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار الامام الخميني، ١٤٢١ق.

_____؛ *كتاب الطهارة*، نجف: مطبعة الآداب، ١٣٨٩ق.

_____؛ *المكاسب المحرمة*، قم: مؤسسة اسماعيليان، ١٤١٠ق.

خميني، مصطفى؛ *تحريرات في الفقه: الخلل في الصلاة*، تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار الامام خميني، ١٤١٨ق.

خويي، ابوالقاسم؛ *التنقيح في شرح العروة الوثقى: الاجتهاد والتقليد*، تقرير: علي الغروي التبريزي، قم: دار الهادي، ١٤١٠ق.

_____؛ *المباني في شرح العروة الوثقى: كتاب النكاح*، تقرير: محمد تقى خويي، مدرسة دار العلم، بي تا.

_____؛ *المستند في شرح العروة الوثقى: كتاب الاجارة*، تقرير: مرتضى بروجردي، قم: مدرسة دار العلم، ١٣٦٥.

_____؛ *المستند في شرح العروة الوثقى: كتاب الصوم*، تقرير: مرتضى بروجردي، قم: مطبعة العلمية، ١٣٦١ق.

_____؛ *مصباح الاصول*، تقرير: محمد سرور واعظ حسيني بهسودي، قم: مكتبة الداوري، ١٤١٧ق.

_____؛ *مصباح الفقاهه*، تقرير: محمد علي توحيدى، قم: مكتبة الداوري، ١٣٧٧.

_____؛ *موسوعة الامام الخويي*، قم: مؤسسة احياء آثار الامام الخويي، ١٤٢١ق.

روحاني، محمد صادق؛ *فقه الصادق*، قم: مؤسسة دار الكتاب، ١٤١٢ق.

زبيدي، محمد بن محمد؛ *تاج العروس من جواهر القاموس*، تحقيق: علي شيري، بيروت: دار الفكر، ١٤١٤ق.

- زرکشی، محمد بن بهادر؛ *البرهان فی علوم القرآن*، تحقیق: یوسف عبد الرحیم مرعشلی - جمال حمدی ذهبی - ابراهیم عبد الله کردی، بیروت: دار المعرفة، ۱۴۱۵ق.
- سبزواری، عبد الاعلی؛ *مهدب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، قم، مکتبه آیه الله السید السبزواری، ۱۴۱۳ق.
- سیدمرتضی، علی بن حسین؛ *الانتصار*، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- _____؛ *رسائل الشریف المرتضی*، تحقیق: مهدی رجائی، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
- سیفی، علی اکبر؛ *دلیل تحریر الوسیله*، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی؛ *الموافقات فی اصول الشریعه*، تحقیق: عبد الله دراز، بیروت، دار المعرفة، [بی تا].
- شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ق.
- _____؛ *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم: موسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ق.
- صدر، محمد باقر؛ *بحوث فی علم الاصول*، تقریر: محمود هاشمی، قم: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیة، ۱۴۱۷ق.
- _____؛ *دروس فی علم الاصول*، بیروت: دار الكتاب اللبنانی، ۱۴۰۶ق.
- طریحی، فخر الدین؛ *مجمع البحرین*، تحقیق: احمد حسینی، مکتبه النشر الثقافه الاسلامیة، ۱۴۰۸ق.
- طوسی، محمد بن حسن؛ *المبسوط فی فقه الامامیة*، تصحیح: محمد تقی کشفی، تهران: مکتبه الرضویة، ۱۳۸۷ق.
- _____؛ *الخلافا*، تحقیق: علی خراسانی، جواد شهرستانی - مهدی طه نجف، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.

عراقي، ضياء الدين؛ *نهاية الافكار*، تقرير: محمد تقى بروجردى، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤٠٥ق.

علّامه حلّي، حسن بن يوسف؛ *تذكرة الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البيت لاحياء التراث، ١٤١٤ق.

_____؛ *قواعد الاحكام فى معرفة الحلال والحرام*، مؤسسه النشر الاسلامي، ١٤١٨ق.

_____؛ *مختلف الشيعة*، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤١٣ق.

_____؛ *منتهى المطلب فى تحقيق المذهب*، تحقيق: قسم الفقه فى مجمع البحوث الاسلاميه، مشهد: مجمع البحوث الاسلاميه، ١٤١٤ق.

عنبكى، مجيد حميد؛ *اثر المصلحة فى التشريعات*، عمان: دار العلمية الدولية و دار الثقافة النشر والتوزيع، ٢٠٠٢م.

غزالي، محمد بن محمد؛ *المستصفى فى علم الاصول*، تصحيح: محمد عبد السلام عبد الشافى، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٧ق.

فراهيدى، خليل بن احمد؛ *العين*، تحقيق: مهدي مخزومى و ابراهيم سامرايى، قم: مؤسسة دار الهجرة، ١٤١٠ق.

قمى، ابوالقاسم بن محمد حسن؛ *غنائم الايام فى مسائل الحلال والحرام*، تحقيق: عباس تبريزيان، مركز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامي، ١٤١٧ق.

لارى، عبد الحسين؛ *التعليقة على المكاسب*، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه، ١٤١٨ق.
مؤمن قمى، محمد؛ *مبانى تحرير الوسيله*، قم: مؤسسة تنظيم و نشر آثار الامام خمينى، بى تا.

محقق حلّي، محمد بن حسن؛ *المعتبر فى شرح المختصر*، اشراف: ناصر مكارم شيرازى، قم: مؤسسه سيد الشهداء، ١٣٦٤.

- مرعشی نجفی، شهاب‌الدین؛ *القول الرشید فی الاجتهاد والتقلید*، تقریر: عادل علوی، قم: بی‌نا، بی‌تا.
- مشکینی اردبیلی، علی؛ *اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها*، قم: دفتر نشر الهادی، ۱۳۷۱ ش.
- مظفر، محمد رضا؛ *اصول الفقه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد؛ *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازهان*، تحقیق: مجتبی عراقی علی پناه اشتهااردی - حسین یزدی اصفهانی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹ق.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ *بحوث فقهیه هامة*، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۲ق.
- موسوی خوانساری، احمد؛ *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تحقیق: علی اکبر غفاری، تهران: مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ق.
- نائینی، محمد حسین؛ *اجود التقریرات فی علم الاصول*، تقریر: ابوالقاسم خویی، قم: منشورات مصطفوی، ۱۳۶۸.
- نجفی، محمد حسن بن باقر؛ *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق: عباس قوچانی، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- همدانی، رضا؛ *مصباح الفقیه*، تهران: مکتبه الصدر، بی‌تا.

this term and, in conclusion, the functions of *madhāq-i shāri‘at* in the process of reference is dealt with.

Keywords: taste, religious law, jurisprudence, caution, habit, wont (*da‘b*), reliance, context.

The word *madhāq* (taste, perceptive aptitude) in its compound form *madhāq-i shari'at* (religious law taste) or *madhāq-i shāri'* (lawmaker's taste) and the like, have been employed by the *Imāmī* jurists and theologians for about two centuries. However, no clear definition has been presented for it so far; and this has caused the term, which has had extensive and significant use in the field of inference, to fade into obscurity and ambiguity.

The jurists' apprehension over centuries up to now has been about achieving inference of rulings through reliable legal ways, and to utilize specific proofs on some occasions, and general proofs on other. They have not contented themselves with these two types of proofs and obtained principles beyond laws from the lawmakers' characteristics, procedures, and behaviors in legislation that, although they have not found a proof for the ruling from the former two types, they have achieved certainty in its confirmation or negation in a positive way. They have found those principles through a collection of rulings rather than from single propositions.

It is attempted in this writing to prove the association of the term *madhāq-i shāri'at* with more antiquated concepts found in legal language and the books of earlier jurists. In the meantime, while quoting and criticizing the viewpoints existing in *madhāq-i shāri'at* (such as reliance on religious law, general public's interests, and trends of speech), a new definition is presented of

referent to insertion in *farj*; hence, to their opinion, insertion in other than *farj* does not involve adultery. Nevertheless, in view of the latter, insertion in the *dubur*, even though of a female, in itself denotes another offence called *lawāt* (sodomy). With these explanations, it is clarified that the controversy exists as to the insertion in the female's *dubur*, which according to the well-known Imāmī viewpoint is a proof of an adultery offence and, according to a rare verdict, ascertains sodomy. With a reappraisal of both aforementioned views and assessment of the jurists' evidences, we have taken a third view on this issue. We believe that insertion in the female's *dubur* neither ascertains adultery nor actualizes the sodomy offence; rather, it can be an independent offence, whose determination of the limits as well as the degree and type of punishment require a separate search into the proofs.

Keywords: insertion, *qubul*, *dubur*, adultery, sodomy.

Religious Law Taste

Dr. Abulfaḍl 'Alīshāhī Qal'ajūqī, Ph.D. Graduate in Jurisprudence and Fundamentals of Law, Ferdowsi University Of Mashhad – Faculty Member of Yasuj University

Dr. Ḥusayn Nāṣirī Muqaddam, Faculty Member

Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Ferdowsi University of Mashhad

**A Legal Deliberation on Article 63 of Islamic Penal Law
and the Clause 1 to Article 1-221 of the Suggested Bill**

Dr. Muḥammad Muḥsinī Dihkalānī, Faculty Member

Islamic Azad University of Babol

Dr. Muḥammad Ḥasan Hā'irī, Assistant Professor

Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Sayyid Muḥammad Taqī Qabūlī Durafshān, Assistant
Professor

Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

Article 63 of Islamic penal law defines adultery as: “copulation of a man with a woman who is essentially unlawful (*ḥarām*) to him, although in *dubur* (back), in cases other than misapprehended consummation.” Clause 1 of article 1-221 of the new suggested bill, confirming the content of the above article, has also mentioned: “copulation is effected by the insertion of a male’s sex organ into a female’s *ghubul* (front) or *dubur*, as deep as the circumcised head.” As it is implied from the above two articles, fulfillment of adultery is subject to the vaginal or anal intercourse with a woman. It is worth mentioning that the contents of these two articles are confirmed by unanimity of the widely known Imāmīs; since the Imāmī jurists have construed adultery as insertion in *farj* (vagina) and the noted among them have viewed *farj* as being absolute, including both *ghubul* and *dubur*. In contrast, however, there is a view ascribed to a rare group of jurists who believe that insertion in other than *qubul* is not

with one another and preferring one over the others requires proving; whereas, the jurists have not presented sufficient legal proofs to prove and conform their theory to the Islamic Law. Unfortunately, no independent investigation including the proposing, examining, and evaluating all these theories has been carried out on this issue, which has created a scholarly gap in research in this respect. Therefore, it is necessary for the researchers to study and elucidate this issue so as to remove the above-mentioned ambiguity and to achieve a theory consistent with Islamic law in definition of real estate. The necessity of doing research on this issue would become more evident when we know that the definition of real estate according to any theory would be followed by specific legal effects. Thus, the present research seeks to set forth the legal definition of real estate according to the existing theories of the jurists and, through critically reviewing them, to obtain and elucidate the research theory according to the Islamic law in legal definition of real estate. This is regarded as the most important finding of the research.

Keywords: Islamic Law, definition of real estate, sovereignty, legal and conventional ruling.

if the object of agency is conclusion of a transaction contract and the indirect proxy concludes it, that [contract] belongs to the client, who should fulfill the commitments undertaken thereby, provided that the proxy has not overstepped the limits of his authority.

In case the proxy oversteps the limits of his authority, if the object of transaction or its substitute belongs to the client, the contract is not valid, unless the client confirms it explicitly or implicitly. But if the subject of transaction or its substitute is general, the agent or the indirect agent has to fulfill the commitments undertaken in the contract and the client is not committed to fulfill it.

Keywords: right to appoint a proxy, out of authority limits, indirect, transaction, proxy, client.

A Critical Review of the Theories on the Definition of Real Estate in Islamic Law

Saeideh Bāqirī M.A. Student of Jurisprudence

Dr.Ḥaydar Bāqirī Aṣl, Assistant Professor

Department of Law, Tabriz University

*J*urists have presented various theories on the definition of real estate. The numerousness of these theories has led to the ambiguity of the legal concept of real estate; for, all these theories cannot be conformed to the Islamic law due to their contradiction

Financial assistance to the needy is among the approaches for achieving economic justice and fighting against poverty. This research hypothesizes that in addition to the commonly known *zakāt* and *khums*, there is another financial right mentioned in religious doctrines that according to the traditions is called *zakāt-i bāṭinī* (internal legal alms); that is to say, “an inclusive *zakāt* levied on the properties of the well-to-do for the purpose of eliminating poverty as a collective obligation, which is different in quantity and conditions from the commonly known *zakāt*.” Having delved into the terminology, the present paper proceeds to discuss the reasons for the necessity of this type of *zakāt* with the analysis of the related verses and traditions and touches upon some of its rulings.

Keywords: *zakāt*, internal *zakāt*, charity, economic justice, poverty.

Indirect Proxy

Dr. ‘Alī Riḍā Bārīklū, Associate Professor

Tehran University

If the agent, who has the right to appoint a proxy, exercises his right and appoints another person for pursuing the subject of agency, the appointed person is not the agent of the appointer; rather, he is regarded as the indirect agent of the client. Therefore,

In civil law, *khiyārāt* (options or rights of withdrawal) is a topic concerning contracts. Also, in article 456 of civil law, *khiyār* is viewed as related to transactions. In statutory jurisprudence and law, there is little talk about cancelling unilateral obligation (*īqā'*) on the basis of option of cancellation. Logically, the existence of most options is not compatible with the nature of unilateral obligation. The present article examines the possibility or impossibility of including the option of cancellation in unilateral obligation with respect to the statutory law and the viewpoints of the jurists and legalists and by rejecting the reasons for validity of condition of option in unilateral obligation, considers such a condition as invalid, although unilateral obligation should be considered valid.

Keywords: option of condition, unilateral obligation, cancellation, invalid.

Internal Legal Alms (*Zakāt*) from Jurisprudential Point of View

Dr. Jawād Īravānī, Ph.D. Graduate in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University

Dr. 'Abbās'alī Sulṭānī, Faculty Member
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muḥammad Ḥusayn Ḥusaynzade bahreini, Faculty Member
Ferdowsi University of Mashhad

theory is the late Imam Khomeini (*ra*). The present research seeks to consolidate and complete his criticism. In this line, first the term “essential” (*dhātī*) is to be clarified and then the meaning of “authoritativeness” specified, so that by defining the meaning of certitude and differentiating it from knowledge (*ilm*) it may be clarified that his denying the authoritativeness of certitude, meaning accomplishment (*munjaziyyat*), is a praiseworthy act. Furthermore, it is to be clarified that authoritativeness, meaning excusableness (*mu’dhiriyyat*), is not essential in certitude, either; for, it is of a conventional matter, and thereby, the non-essentiality of the authoritativeness of certitude is proved. Meanwhile, the validation of excusableness by the intellectuals is in fact for ignorance, and certitude, as assuming extensional union with it would possess this feature, and it (certitude) has no specificity for excusableness in itself.

Keywords: authority, authoritativeness, essential, certitude, intermediary certitude, excusableness, accomplishment.

Legal-Juridical Study of Conditional Option in Unilateral Obligation

Dr. Fakhruddīn Aṣgharī Āqmashhadī, Associate Professor
Faculty of Law and Political Sciences, Mazanderan University
Bihzād Manṣūrī, M.A. in Private Law

ABSTRACTS

Consolidation and Completion of Imam Khomeini (*ra*)'s Viewpoint about Criticizing the Essential Authoritativeness of Certitude

Dr. Muḥammad Rasūl Āhangarān, Assistant Professor
Tehran University, Qum Pardis

One of the discourses that is considered as indisputable among the scholars of jurisprudential principles (*uṣūl al-fiqh*) and has not been debated sufficiently is the discourse concerning the essential authoritativeness (*ḥujjiyyat*) of certitude (*qaṭʿ*). One of the few scholars who have meticulously and attentively criticized this

Table of Contents

Consolidation and Completion of Imam Khomeini (ra)'s Viewpoint about Criticizing the Essential Authoritativeness of Certitude	9
Dr. Muḥammad Rasūl Āhangarān	
Legal-Juridical Study of Conditional Option in Unilateral Obligation	33
Dr. Fakhruddīn Aṣgharī Āqmasḥḥadī - Bihzād Maṣṣūrī	
Internal Legal Alms (Zakāt) from Jurisprudential Point of View	51
Dr. Jawād Īravānī - Dr. 'Abbās'alī Sulṭānī- Dr. Muḥammad Ḥusayn Ḥusaynzade bahreini	
Indirect Proxy	73
Dr. 'Alī Riḍā Bārīklū	
A Critical Review of the Theories on the Definition of Real Estate in Islamic Law	99
Saeideh Bāqirī - Ḥaydar Bāqirī Aṣl	
A Legal Deliberation on Article 63 of Islamic Penal Law and the Clause 1 to Article 1-221 of the Suggested Bill	135
Dr. Muḥammad Muḥsinī Dihkalānī - Dr. Muḥammad Ḥasan Hā'irī- Dr. Sayyid Muḥammad Taqī Qabūlī Durafshān	
Religious Law Taste	157
Dr. Abulfaḍl 'Alīshāhī Qal'ajūqī - Dr. Ḥusayn Nāṣirī Muqaddam	
Abstracts of the Papers in English Language	203

In the Name of Allah



Islamic Studies

A Quarterly Research Journal of
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 86/1, Spring & Summer 2011-2012

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



Ferdowsi University of Mashhad

ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES

Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 86.1, Spring & Summer 2011