

# فقه و اصول



نظریه فهم اجتماعی؛ نصوص؛ مبانی، کارکرد/ الهام اسکندری - دکتر علی تولائی

باز پژوهشی در حقیقت ظن مطلق / علی بابایی آریا - عبدالکریم عبد اللهی نژاد

بررسی فقهی و حقوقی قصاص از طریق اهدای عضو / دکتر عبدالرضا جوان جعفری - سید محمد جواد ساداتی

امکان قصاص پدر توسط فرزند در آراء فقهی و قوانین جزایی / علی مراد حیدری

نگرشی بر تأثیر شروط باطل در عقد / دکتر حسین صابری - مریم صفایی

معناشناسی تنقیح مناط، مقارنه با مفاهیم مشابه و روش شناسی آن / دکتر هادی عظیمی گرکانی

ذمه و عهده در فقه شیعه / دکتر اسماعیل نعمت اللهی



مطالعات اسلامی

فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۹۰ - پاییز ۱۳۹۱ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: سید علی جبار گلباغی ماسوله

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 ناصریمقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس نامه رئیس مرکز برنامه ریزی و سیاست گذاری پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در بهمن ماه ۱۳۹۰، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

یادآوری

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

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

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

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

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

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

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

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/muslim>

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

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه فقه و اصول انتشار یابد، شایسته است به نکات زیر توجه کنند:

۱- هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و هم زمان 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 موارد کاملاً استثنایی 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 سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی (قابل دسترس در سایت فرهنگستان) 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.
- 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؛ مثال: (شهید ثانی، ۱۱/۲-۱۲؛ مفید، ۸۷)
- ۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer, 85)
- ۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.
- ۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.
- ۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) 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- تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر مربوط به هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای ذکر شوند. در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری از علامت اختصاری ق. و برای میلادی از نشانه م. استفاده شود.
- ۱۲- برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در داخل پرانتز نوشته شود؛ مثال: (کوثر: ۲).

- ۱۴- پرائنز (،) و آکولاد [ ] نسبت به بعد آن با فاصله و نسبت به قبل و نیز محتوای داخل آن بدون فاصله تایپ شود. در مورد گیومه «» نیز همین قاعده رعایت می‌شود مگر آن که نسبت به ماقبل نیز با فاصله نوشته می‌شود.
- ۱۵- علائمی نظیر ویرگول (،)، نقطه (.)، نقطه ویرگول (؛)، و دو نقطه (:). نسبت به ماقبل خود بدون فاصله تایپ شوند؛ حتی اگر ماقبل آن‌ها نشانه‌هایی نظیر پرائنز و گیومه باشد.
- ۱۶- پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.
- ۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـَ و ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مآخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ غرضه / غرضه؛ حرف / حرف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیأت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده 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 جواد ایروانی (عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۳. دکتر علی اکبر ایزدی فرد (استاد دانشگاه مازندران)
۴. دکتر علیرضا باریکلو (دانشیار پردیس قم دانشگاه تهران)
۵. دکتر علی تولایی (استادیار دانشگاه یزد)
۶. دکتر محمدحسن حایری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۸. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۹. دکتر عباسعلی سلطانی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر حسین صابری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر محمدتقی فخلعی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۳. دکتر جلیل قنواتی (استادیار پردیس قم دانشگاه تهران)
۱۴. دکتر سعید محسنی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۵. دکتر محمد محسنی دهکلانی (استادیار دانشگاه مازندران)
۱۶. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۷. آیه الله موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۸. دکتر حسین ناصری مقدم (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 درصدد 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

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۹	نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص؛ مبانی، کارکرد الهام اسکندری/دکتر علی تولائی
۳۶	باز پژوهشی در حجیت ظن مطلق علی بابایی آریا / عبدالکریم عبد اللهی نژاد
۶۵	بررسی فقهی و حقوقی قصاص از طریق اهدای عضو دکتر عبدالرضا جوان جعفری / سید محمد جواد ساداتی
۸۵	امکان قصاص پدر توسط فرزند در آراء فقهی و قوانین جزایی علی مراد حیدری
۱۰۱	نگرشی بر تأثیر شروط باطل در عقد دکتر حسین صابری / مریم صفایی
۱۲۷	معنا شناسی تنقیح مناط مقارنه با مفاهیم مشابه و روش شناسی آن دکتر هادی عظیمی گرکانی
۱۵۵	ذمه و عهده در فقه شیعه دکتر اسماعیل نعمت اللهی
۱۸۵	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۰،

پاییز ۱۳۹۱، ص ۳۵-۹

نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص؛ مبانی، کارکرد\*

الهام اسکندری<sup>۱</sup>

کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی

Email: eskandari.elham@yahoo.com

دکتر علی تولائی

استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه یزد

: Emailtavallaei@yazduni.ac.ir

### چکیده

نظریه‌ی محمد جواد مغنیه با عنوان: «فهم اجتماعی نصوص»، تکامل مکانیسم تنقیح مناط در فرایند اجتهاد است که بر پایه‌ی مبانی و ضوابطی چون: مقاصد شریعت، عرف و ظهور سیاقی، شکل گرفته است. توجه به مقاصد شریعت، با عنایت به عنصر زمان و مکان، نوعی مناسبت قطعی میان موضوع و حکم، ایجاد می‌کند و ظهوری برای متن کلام شارع، رقم می‌زند که بر اساس اصل عقلایی حجیت ظهور، اعتبار خواهد داشت. فهم عرفی جدید، از موضوع مذکور در متن روایت، الغای خصوصیت می‌کند و این فرصت را برای فقیه فراهم می‌آورد که به تفسیر و توسعه‌ی موضوع پردازد و به کشف احکام اولیه درباره‌ی آن نائل آید.

نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، در آن دسته از احکام شرعی، کاربرد دارد که هم بر اساس مصالح اجتماعی انسان و نه صرف طبیعت انسانی او وضع شده باشند و همچنین، قرینه‌ای دال بر عدم تفسیر نص وجود نداشته باشد؛ بنابراین، احکام عبادی، از محدوده‌ی اعمال این قاعده، خارج می‌شوند و نظریه، با حفظ شرایط، در مسائل معاملی و اجتماعی قابل اجرا است.

یکی از مهمترین نتایج حاصل از این نظریه، این است که نصوص و روایات موجود، این قابلیت را دارند که می‌توان برای بسیاری از موضوعات جدید، همچنان حکم اولی صادر نمود، بدون اینکه به ورطه‌ی قیاس کشیده شد، یا بیش از اندازه، به عناوین ثانوی تمسک جست؛ نتیجه‌ای که به گفته‌ی شهید صدر: گره بزرگی را در فقه می‌گشاید.

واژه‌های کلیدی: فهم اجتماعی نصوص، تنقیح مناط، مقاصد شریعت، عرف، ظهور سیاقی، مناسبت حکم و موضوع.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۲/۳۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۷/۱۹.

<sup>۱</sup>. نویسنده مسئول.

## مقدمه

فقه‌های امامیه، با توجه به نصوص و ادله‌ی موجود، همواره در تلاش بوده‌اند تا احکام فردی و اجتماعی مورد نظر شارع را کشف کنند. بسیاری از احکام شرعی که به دست ما رسیده است، در قالب پاسخ‌هایی است که به پرسش راویان داده می‌شد و سؤالات راویان نیز در بیشتر موارد، مربوط به حالت‌ها و موضوعات خاصی بود، نه پرسش از قوانین کلی؛ بنابراین، استخراج احکام کلی بر اساس روایت‌هایی که در مورد مصادیق خاص بیان شده‌اند و دست یافتن به حکم شرعی برای موضوعات جدیدی که در متن روایات به آنان اشاره نگردیده است و نامی از آن‌ها برده نشده است، مورد اهتمام شدید فقهاء بوده است، به گونه‌ای که راه‌کارهایی را برای دست‌یابی بدان‌ها به وجود آورده‌اند.

یکی از این راه‌کارها که در فقه امامیه، پدید آمد، مکانیسم تنقیح مناط بود که با به‌کارگیری این روش در فرایند اجتهاد، فقیه می‌توانست اوصاف زائد در روایت را کنار گذارد و به علتی دست یابد که به حکم شرعی، منجر شده بود. بدین ترتیب، وی می‌توانست آن حکم را به تمامی مواردی تعمیم دهد که دارای آن علت بودند و حکم شرعی مصادیق دیگری را بیابد که در متن حدیث نیامده بودند.

محمد جواد مغنیه، قائل بود: نظام عبادی اسلام، نظامی غیبی است و با برداشت‌های اجتماعی، ارتباطی ندارد، اما نصوص مربوط به زندگی اجتماعی - همانند معاملات - نیازمند اعمال برداشت‌های اجتماعی و جمع میان نص و مصلحت روشن و قطعی حکم است. مغنیه، بر اساس این تلقی که برداشت‌های عمومی و دریافت‌های مشترکی که عرف از متن نصوص دارد، می‌تواند ظهوری جدید برای دلیل فراهم کند، نظریه‌ی ای فقهی بنیان نهاد که امروزه از آن با نام نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، یاد می‌شود. او در کتاب فقهی خود: فقه الإمام جعفر الصادق (ع)، بر اساس همین نظریه، به موضوعات فقهی می‌پردازد و طرحی نو برای ساختار مسائل فقهی، ارائه می‌کند.

اگر آن‌چنان که مغنیه قائل است، برداشت‌های عمومی و دریافت‌های مشترکی که عرف از متن نصوص دارد، ظهور جدیدی، برای کلام رقم زند، باید شاهد تحولی بزرگ در فرایند اجتهاد بود. این تحقیق، در صدد بررسی این فرضیه است تا در صورت اثبات آن، ضوابط، محدوده‌ی اعمال، آثار و کارکرد آن در فقه، مشخص شود.

### مبانی نظریه

برای درک و پذیرش یا عدم پذیرش نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، ابتداء، باید ارکان تشکیل دهنده‌ی آن مشخص گردد. این نظریه، بر اساس چهار مبنای اصلی، شکل می‌گیرد:

#### ۱. اصل عقلایی حجیت ظهور

روش عملی عقلاء، این است که گوینده، برای فهماندن مقصود خویش به مخاطبان، به ظواهر کلامش اکتفاء می‌کند و نیازی نمی‌بیند حتماً سخنش را به گونه‌ای بیان کند که صریح در مقصودش باشد؛ در مقابل، طبیعی است که شنونده نیز بر اساس آن چیزی عمل نماید که از ظاهر کلام گوینده، فهمیده است. از سویی دیگر، می‌دانیم شارع نیز هنگام به کار بردن الفاظ برای فهماندن مقاصد خود، به همان روش اهل محاوره عمل می‌نماید؛ چرا که شارع، خود، در زمره‌ی عقلاء و بلکه رئیس آنان است؛ بنابراین، همسویی شارع با این روش عقلاء و عدم منع و ردع وی از این روش، نشان دهنده‌ی این است که شارع، این روش را پذیرفته است و عمل به ظواهر را حجت می‌داند (مظفر، ۳/ ۱۵۳-۱۵۲، مغنیه، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، ۲۸-۲۶).

شرط اساسی در یک گفت و گو، این است که هر دو طرف - یعنی: گوینده و مخاطب- هر دو با زبان و الفاظ به کار گرفته شده، آشنایی داشته باشند؛ زیرا بدون این آشنایی، نمی‌توانند مقصود یکدیگر را درک کنند. گاهی این مسأله پیش می‌آید که مخاطب، زبان گوینده را می‌داند و معانی مختلف واژه‌های استعمال شده را نیز می‌شناسد، اما نمی‌داند که مقصود گوینده، از لفظ یا الفاظی که به کار می‌برد، کدام یک از معانی است. در این موارد، شک در معانی الفاظ نیست، بلکه شک در مراد و مقصود متکلم است.

اصولیان، در این گونه موارد، برای درک مراد گوینده، راه کارهایی را به نام اصول لفظی، معرفی می‌کنند که با مراجعه به آنها می‌توان مقصود گوینده را به دست آورد. اصول لفظی، یکی از مهمترین ابزارها در درک و شناخت حکم شرعی هستند؛ زیرا، آن گاه که شارع، در مقام گوینده‌ی احکام شرعی است، این اصول، به بنده‌ای یاری می‌رساند که در مقام مخاطب قرار دارد، تا گفتار و کلام شارع را بشناسد.

مغنیه نیز بیان می‌دارد: این، اصول لفظی هستند که آن چیزی را اثبات می‌کنند که ظاهر کلام، بر آن، دلالت می‌کند و غیر آن را نفی می‌کند. وی اصالة الظهور را چارچوبی کلی می‌داند که تمامی اصول لفظی بدان باز می‌گردد و اساس استنباط است، به گونه‌ای که هیچ فقیهی، نه

می‌تواند نسبت به آن جاهل باشد و نه می‌تواند در عملیات استنباط، آن را در نظر نگیرد و از یاد ببرد (مغنیه، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، ۲۸).

## ۲. ظهور سیاقی

هنگامی که کلامی گفته می‌شود، سه مرحله به وجود می‌آید:

نخست، مرحله‌ی دلالت تصویری است؛ یعنی: مفردات و الفاظی که گوینده به کار می‌برد، مطابق آن معنایی است که در ذهن دارد. در این مرحله، لفظ، شامل آن معنایی است که برای آن، وضع شده است.

مرحله‌ی دوم، دلالت تصدیقی اولی است. این مرحله، کاشف از اراده‌ی استعمالی متکلم است؛ یعنی: اراده‌ی خطور معنا به ذهن شنونده.

سرانجام، نوبت به مرحله‌ی دلالت تصدیقی ثانوی می‌رسد. در این مرحله، اراده‌ی جدی متکلم کشف می‌شود؛ یعنی: اراده‌ی جدی مورد نظر گوینده برای خطور معنا به ذهن شنونده (صدر، دروس فی علم الاصول، ۱/ ۱۸۵-۱۸۴). این نکته، حائز اهمیت است که مرحله‌ی آخر، همیشه در بیان جملات پدید می‌آید؛ چرا که گوینده، اراده‌ی جدی خود را در قالب جمله، برای شنونده، بیان می‌کند.

با توجه به این مقدمه، آن معنای ظاهری‌ای دارای ظهور لفظی خوانده می‌شود که در کلام - چه در مفردات و چه در جملات - زودتر از بقیه معانی، به ذهن، خطور می‌کند. این ظهور لفظی، با توجه به نحوه‌ی دلالت لفظ بر معنا، به سه بخش دلالت مطابقی، تضمینی و التزامی تقسیم می‌شود؛ هرچند برخی از اصولیان، دلالت تضمینی را در لفظ و جمله جایز نمی‌دانند (نابینی، ۴۷۶/۱).

اصولیان، به آن چیزی که به دلالت مطابقی و همچنین به دلالت تضمینی - البته، بنا بر نظر برخی از اصولیان (بروجردی، ۲۹۰) - از کلام فهمیده می‌شود، منطوق می‌نامند؛ و آنچه به دلالت التزامی، از کلام درک می‌شود، مفهوم می‌نامند و لذا ظهور لفظی، در مباحث عام و خاص، مطلق و مقید و مفاهیم، مورد بحث قرار می‌گیرد.

کلامی که متکلم می‌گوید و معنای آن را در نفس خود اراده می‌کند و همان معنی، مقصود جدی وی از بیان آن الفاظ و جملات می‌باشد، ظهوری را به دنبال دارد که به آن سیاق یا دلالت سیاق می‌گویند. منظور از سیاق کلام، هر آن چیزی است که الفاظ کلام، کاشف از آن است؛ چه با قرینه‌ی متصله یا منفصله؛ و چه با ظرف زمانی یا مکانی‌ای که کلام در آن واقع

می‌شود.

بدین ترتیب، آنچه مقصود متکلم می‌باشد، یا همان مدلول تصویری است و یا از تطابقی به دست می‌آید که بین مدلول تصویری و تصدیقی ایجاد می‌شود، و این تطابق نیز از ظاهر سیاق کلام فهمیده می‌شود؛ به عبارتی دیگر، اگر گوینده، آنچه می‌گوید، همان را هم بخواهد، و قول و اراده‌ی او، یکی باشد، سیاق کلام، بر این دلالت می‌کند که منظور متکلم، همان ظهور لفظی است؛ بدین ترتیب، با توجه به سیاق، می‌توان دریافت که مراد متکلم، گاهی غیر از ظهور لفظی است.

برای مثال، وقتی گفته می‌شود: *إذهب إلى البحر في كل يوم واستمع إلى حديثه*، با توجه به کلمه‌ی حدیث، فهمیده می‌شود، مراد از کلمه‌ی بحر، معنای لغوی آن نیست، بلکه مقصود گوینده، شخص عالم است (صدر، *المعالم الجديده*، ۱۴۳؛ بنابراین، منشأ دلالت تصدیقی، ظهور سیاقی کلام است، نه وضع (همو، *دروس فی علم الاصول*، ۱۸۶/۱).

همچنین وقتی گفته می‌شود: *أحسن إلى الفقير، کلمه‌ی احسان و فقیر*، از نظر معنای لفظی، روشن هستند؛ همچنین، ظهور لفظی کلمه‌ی *أحسن* - که صیغه‌ی امر است - تنها نسبت *إرسالیه* بین فاعل و مبدأ (فقیر) است؛ لذا ظهور کلمه‌ی *أحسن*، در طلب، از هیأت و ماده‌ی فعل امر به دست نمی‌آید، بلکه مفهوم حقیقت خارجی - یعنی: طلب - از ظهور سیاقی کلام فهمیده می‌شود (عراقی، ۲۲۱/۱).

بر خلاف نظر برخی از اصولیان معاصر (مظفر، ۱۲۰/۱)، ظهور سیاقی، قسیم منطوق و مفهوم کلام نیست، بلکه ظهوری است که از مجموع کلام فهمیده می‌شود، و به معنای اعم، هم شامل ظهور لفظی کلام است، و هم در بر دارنده‌ی آن معنایی است که به دلالت التزامی بالمعنی اعم، از جمله، فهمیده می‌شود؛ بدین ترتیب، هرچند سه دلالت اقتضا، تنبیه و اشاره، از دلالت‌های لفظی نیستند و از دلالت‌های سیاقی کلام می‌باشند، اما زیر مجموعه‌ای از قسیم منطوق و مفهوم نیز به شمار نمی‌آیند.

### اقسام ظهور سیاقی

ظهور سیاقی، به دو قسم ظهور سیاقی حالی و ظهور سیاقی عرفی تقسیم می‌شود.

#### الف) ظهور سیاقی حالی

ظهور سیاقی حالی، به این معنا است که متکلم، آنچه می‌گوید همان را می‌خواهد (صدر، *دروس فی علم الاصول*، ۲۰۷ / ۱). در توضیح این ظهور سیاقی، می‌توان گفت: هرگاه متکلم،

سخن می‌گوید، لفظی که در موضوع حکم آورده می‌شود، برای نفس ماهیت (طبیعت بماهی هی) وضع شده است و در این ظهور دارد که این ماهیت، به تنهایی و بدون دخالت قیدی، تمام موضوع حکم را تشکیل می‌دهد؛ بنابراین، حکم در تمامی مواردی ثابت خواهد بود که ماهیت مورد نظر، در آن، یافت شود (حکیم، منتقى الاصول، ۴۳۳/۳). به خاطر همین، ظهور حالی سیاقی را اطلاق لفظی نامیده‌اند (صدر، دروس فی علم الاصول، ۲۱۳/۱).

#### ب) ظهور سیاقی عرفی

این ظهور، بر این مبنا است که متکلم، در مقام بیان تمام مراد خود است و قیدی هم بیان نمی‌کند؛ بنابراین، آنچه در کلام نمی‌آورد، مقصود جدی او نمی‌باشد و همان معنای مطلق که مدلول تصویری است، مقصود مدلول تصدیقی متکلم هم می‌باشد (همان، ۲۰۸/۱).

ظهور لفظی، گاه با ظهور سیاقی، یکسان می‌شود و گاه متفاوت؛ در مواردی که این دو ظهور، با وجود وحدت متعلق، با یکدیگر متفاوت هستند، این، ظهور لفظی است که بر ظهور سیاقی، مقدم می‌شود؛ زیرا ظهور لفظی، از ظهور سیاقی، قوی‌تر است.

برای نمونه، در عبارت: صم یوماً، صم یوماً، جمله‌ی دوم، بر پایه‌ی ظهور سیاقی، بر تأسیس، دلالت دارد؛ یعنی شخص، باید دو روز، روزه بگیرد، اما از آنجا که ظهور لفظی مقدم می‌شود، بر اساس ظهور لفظی، جمله‌ی دوم، فقط برای تأکید است، نه تأسیس، و وظیفه مخاطب، این است که فقط، یک روز، روزه بگیرد (نابینی، ۴۹۲/۱).

بدین ترتیب، یکی از قرائنی که ما را برای دست‌یابی به مقصود شارع در مقام گوینده‌ی حکم شرعی، یاری می‌رساند، توجه‌ی ویژه، به ظهور لفظی و به خصوص ظهور سیاقی کلام وی است؛ زیرا بدون این توجه‌ی خاص، دسترسی به مقصود واقعی شارع، امکان‌پذیر نخواهد بود.

#### ۳. فهم عرفی و اجتماعی

عرف از مهمترین ابزارهایی است که در فهم کلام شارع تأثیر گذار است؛ زیرا نقشی که عرف در تشخیص مفهوم و معنای الفاظ ایفاء می‌کند، به ظهور لفظی کلام، منجر می‌گردد و هرگاه عرف، به کشف و تطابق بین مفهوم لفظ و مصادیق آن می‌پردازد، ظهور سیاقی را رقم می‌زند.

در کتب فقهی و اصولی امامیه، استناد به عرف، به وفور به چشم می‌خورد، اما هیچ یک از آنان، عرف را منبعی مستقل برای به دست آوردن حکم شرعی، معرفی نمی‌کند (نجفی، ۱۱/۱).



۶۵-۶۴، ۵۰۰/۴۰، حکیم، الاصول العامه للفقهاء المقارن، ۴۲۳)، البته اگر عرف عام، همان سیره-ی عقلائیه دانسته شود، از این جهت، می‌توان آن را کاشف از حکم شرعی دانست، ولی با در نظر گرفتن میزان کاربرد این اصطلاح توسط علماء، می‌توان گفت: کارکرد عرف، تنها در محدوده‌ی اعمال سیره‌ی عقلائیه نیست؛ به بیان دیگر، باید گفت: حوزه‌ی نفوذ عرف، طبق آنچه فقهاء، در کتاب‌های خود به آن استناد کرده‌اند، وسیع‌تر از گستره‌ی اعمال سیره‌ی عقلائیه است؛ یعنی: علاوه بر احکامی که می‌توان طبق سیره‌ی عقلائیه، اثبات نمود، برای تشخیص موضوع و مفاهیم حکم شرعی نیز از عرف استفاده نموده‌اند و به همین دلیل است که این واژه، در آثار ایشان، بسیار به کار گرفته شده است؛ برای نمونه، وحید بهبهانی، مرجع تشخیص موضوعات را در غیر عبادات، عرف و لغت می‌داند و قائل است: در این موارد، خروج از مدلول لغوی و عرفی جایز نیست (وحید بهبهانی، ص ۱۴۵). صاحب جواهر نیز عرف را در هر موضوعی حجت می‌داند که حقیقت شرعیه ندارد (نجفی، ۳۰۵/۱۴).

پرسشی که به ذهن می‌رسد، این است که کارکرد عرف، در دست یابی به حکم شرعی، چگونه است؟ تا زمانی که نحوه‌ی کارکرد عرف، برای ما مشخص نگردد، نمی‌توان فهمید فقهاء، در چه محدوده‌ای، از عرف، استفاده می‌نمایند.

برای پاسخ به این پرسش، باید با معنا و کاربرد اصطلاح ظهور عرفی آشنا شد. در تعریف ظهور عرفی، گفته شده است: ظهور عرفی، یعنی: آنچه عرف عام از کلام صادر شده‌ی از معصوم (ع) می‌فهمد (صدر، دروس فی علم الاصول، ۱/۳۸). بنا بر این ظهور عرفی را ابزاری برای تطبیق بین ظهور لفظی و ظهور سیاقی دانسته‌اند.

برای مثال، آنچه از لفظ دین، برحسب ظهور عرفی، به ذهن مخاطب، سبقت می‌گیرد، دین مالی است، نه مطلق واجبات الهی و حقوق خداوندی؛ هرچند در برخی روایات، لفظ دین، بر حج اطلاق شده است که از واجبات الهی است (خویی، الصوم، ۱/۳۶۰).

بنا بر این، هرگاه ظهور عرفی، حجت دانسته شود (صدر، المعالم الجدیده، ۳۱)، می‌توان با استناد به ظهور عرفی سیاق کلام، حکم شرعی را از خطابات، استخراج کرد؛ مثلاً، در باب معاملات، دلیلی ثابت نکرده است که مطلق تصرف، موجب مسقط خیار نیست، اما هر زمان، ظهور عرفی بر این، دلالت داشته باشد که تصرف، موجب اسقاط خیار می‌شود، بدان، حکم داده خواهد شد؛ و گر نه تصرف، مسقط خیار نخواهد بود (خویی، مصباح الفقاهه، ۶/۳۳۸).

همچنین گفته می‌شود: میزان، در اقرار، ظهور عرفی کلام است (حسینی روحانی، فقه

الصادق، ۲۰/۲۱۴).

نمونه‌ی سوم، مسأله‌ای در باب وکالت است؛ بر اساس نظر فقهاء، وکیل نمی‌تواند دیگری را در کاری که وکیل شده است، از طرف خود یا موکلش وکیل کند، مگر اینکه از جانب موکل، مأذون باشد. اما در جایی که موکل، به وکیل، به طور مطلق اذن دهد، در تعیین اینکه آیا اذن موکل برای وکیل کردن دیگری، از طرف خود موکل است؛ یا از طرف وکیل، ملاک، ظهور عرفی است؛ هرچند به قرینه‌ی مقام باشد (گلیایگانی، هدیه العباد، ۲/۱۱۸).

بنابراین، ظهور عرفی، خواه از الفاظ کلام به دست آید و خواه از مجموعه‌ی جمله، بر ظهور سیاقی کلام، دلالت دارد.

اگر برای کلام، دو ظهور عرفی باشد، یکی، ظهور عرفی‌ای که از وضع لغوی و لفظ به دست می‌آید، و دیگری، ظهور عرفی‌ای که به هنگام همراه شدن کلام با قرائن خارجی، به دست می‌آید که اصطلاحاً به آن، ظهور خارجی می‌گویند، این ظهور خارجی (ظهور عرفی دوم) است که بر ظهور عرفی لفظی، مقدم می‌شود.

برای نمونه، در صحیح‌هی ابن حجاج آمده است: مردی به شخصی که، مستحق صدقه است، مقداری پول می‌دهد و از او می‌خواهد پول را در موارد مصرف زکات، خرج کند. ابن-حجاج از امام کاظم (ع) می‌پرسد: آیا برای این شخص، جایز است که از این پول، برای خود نیز بردارد؟ امام (ع) در جواب می‌فرماید: اگر این پول را برای خودش بردارد، اشکالی ندارد، چنان که به دیگران می‌دهد؛ ولی اگر صاحب پول به او امر کند که پول را در مواردی مصرف کند که او نام می‌برد، شخص مستحق، نمی‌تواند از آن پول، برای خودش بردارد؛ مگر با اذن صاحب آن (حر عاملی، ۲۸۸/۹، ح ۳).

با توجه به قرائن خارجی همراه با کلام، فهمیده می‌شود وقتی صاحب پول، از مستحق می‌خواهد که پول را در جایگاه و موارد مخصوص خودش، صرف کند، لفظ، بر این اذن، دلالت می‌کند که این شخص می‌تواند هم پول را به دیگری بدهد و هم خودش از آن بردارد، هرچند ظهور عرفی لفظی، بدون قرائن خارجی، بر عکس آن، دلالت دارد. در این موارد، ظهور خارجی، بر ظهور عرفی لفظی، مقدم می‌شود (انصاری، المکاسب، ۴/۳۶۱).

بنابراین، باید گفت: کاربرد اساسی عرف، تشخیص یکی از دو ظهور لفظی و ظهور سیاقی است و بر این اساس است که عالمان اصولی امامیه، در مباحث الفاظ و ظواهر، که از مهمترین مباحث اصولی و اصلی‌ترین منابع، در کشف حکم شرعی هستند، از عرف، استفاده می‌کنند

(انصاری، فرائد الاصول، ۱/۱۶۹، صدر، دروس فی علم الاصول، ۱/۳۸، المعالم الجدیدة، ۱۷، خوئی، محاضرات، ۱/۲۳، ۲/۲۷، ۲۴۳، ۵/۱۳۶؛ گلپایگانی، افاضة العوائد، ۱/۲۷۷؛ حسینی روحانی، زبدة الاصول، ۱/۱۲۰؛ فضلی، ۳۲۶).

عرف، یکی از مهمترین مبانی‌ای است که مغنیه بر اساس آن، نظریه‌ی خود را بنا نهاده است. وی، اگرچه مانند دیگر فقهای امامیه، قائل است: عرف، ذاتاً منبعی برای تشریح حکم شرعی، نیست و اگر حکم شرعی بر اساس سیره‌ی عقلاء، شکل گیرد، چون مطابق با امضاء شارع می‌باشد، عمل بر اساس آن حکم، در واقع عمل به سنت است (مغنیه، فقه الإمام جعفر الصادق (ع)، ۶/۱۲۳)، اما به صراحت بیان می‌نماید در موضوعات عرفی، عمل به عرف، نیازی به تقریر شارع ندارد؛ چرا که دست یابی به امضاء شارع، در این زمینه، تحصیل حاصل خواهد بود.

البته، وی اضافه می‌کند، در مواردی که تشخیص موضوع و مقصود گوینده‌ی کلام، بر عهده‌ی عرف، واگذار می‌باشد، هرگاه شارع، لازم ببیند، در عرف تصرف می‌کند و شرطی بر آن می‌افزاید، یا کمی آن را محدود می‌کند (مغنیه، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، ۲۲۲). به همین ترتیب، او در کتاب اصولی خود، برای عرف، نقشی مؤثر، قائل می‌شود.

به نظر او، در مبحث عبادات که توقیفی است اگر امکان حمل کلمه، بر معنای شرعی وجود نداشته باشد، باید کلمه را به معنایی بر گرداند که عرف عام، از آن می‌فهمد و اگر این مورد، ممکن نباشد، آن گاه به معنای لغوی، نوبت خواهد رسید (همان، ۳۰).

اما در معاملات که تماماً امضایی است - مگر مواردی که با نص صریح، از آن خارج شده باشد - تعیین موضوع حکم شرعی، بر عهده‌ی عرف است. مغنیه، در تفسیر آیه‌ی شریفه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) می‌گوید: به هر آنچه عمل کنید که مردم، آن را عقد می‌دانند (همان، ۴۰-۴۱).

همچنین در مبحث تخصیص عام با مفهوم مخالف، او اعتقاد دارد: زمانی که نسبت بین آن‌ها عموم و خصوص مطلق باشد، درجه‌ی ظهور عام منطوقی، مهم نیست، بلکه همین که عرف، دریابد مفهوم یک دلیل، قرینه‌ای برای دریافت مراد از منطوق دلیل دیگر است، قرینه، مقدم می‌شود و عام، با مفهوم مخالف، تخصیص می‌خورد؛ مثلاً، وقتی به طور عام گفته می‌شود: فی الغنم زکاة، و در جمله‌ای دیگر گفته می‌شود: فی سائمة الغنم زکاة - بنا بر حجیت مفهوم وصف - مفهوم، مقدم می‌شود و عام با آن تخصیص می‌خورد (همان، ۱۸۷).

آنچه در خصوص عرف، مغنیه را از دیگر فقهاء، متمایز می‌سازد، نظر وی درباره‌ی فهم اجتماعی عرف است. در دیدگاه وی، در پاره‌ای مسائل، با قرار دادن عرف، در کنار عنصر دیگری - همچون توجه به تغییرات زمانی و مکانی - نوعی فهم اجتماعی، از ظاهر کلام شارع پدید می‌آید که عامل به وجود آمدن حکم شرعی بر اساس مقتضیات هر عصر می‌گردد.

#### ۴. مناسبت‌های میان حکم و موضوع

مقصود از مناسبت‌های میان حکم و موضوع، این است که هنگام شنیدن حکمی شرعی، مناسبت‌ها و ملاک‌هایی برای شکل گرفتن چنین حکمی، به ذهن افراد، متبادر می‌شود، به گونه‌ای که به صورت امر ارتكازی عرفی در می‌آید. این مناسبت‌ها، موجب تخصیص حکم یا تعمیم آن می‌شود (صدر، دروس فی علم الاصول، ۱/۲۲۸)، اگر چه بیشتر در موارد تعمیم، کاربرد دارند. این مناسبت‌ها، یک نوع، قرینه‌ی لیبی متصل به دلیل لفظی محسوب می‌شوند (همو، بحوث فی شرح العروة الوثقی، ۱/۵۳) و ظهوری برای دلیل لفظی تشکیل می‌دهند که بر اساس اصل عقلایی حجیت ظواهر، تخصیص حکم یا تعمیم آن، برای مخاطب نیز حجت خواهد بود.

زمانی که گفته می‌شود: إغسل ثوبک إذا أصابه البول، واژه‌ی غسل، از نظر لغوی، به استعمال هر نوع مایعی اطلاق می‌شود، اما زمانی که عرف با این عبارت مواجه می‌شود، آنچه از آن می‌فهمد، شستشو با آب است؛ بنابراین، حکم مذکور، تنها به یک حالت خاص (شستشو با آب)، و نه با هر مایعی، محدود می‌شود؛ در مقابل، وقتی در بیان حکم آب مشک آلوده به قطره‌ای خون، گفته می‌شود: لا تتوضأ منها ولا تشرب، عرف، این حکم را برای آبی نیز جاری می‌داند که مثلاً، در تنگ آب می‌باشد و با نجاستی برخورد داشته است؛ یعنی: در این مثال، هرچند عنوانی خاص، موضوع حکم واقع شده است، اما عرف، آن را تنها، مثالی برای یک حکم کلی و عنوانی عام به شمار می‌آورد (همو، دروس فی علم الاصول، ۱/۲۲۸).

از این رو، عرف، مهمترین عامل ایجاد مناسبت‌های میان حکم و موضوع است، اما اینکه عرف، بر چه اساسی، بین حکم و موضوع، یک رابطه‌ی کلی یا جزئی ایجاد می‌کند، می‌توان به دو عامل مهم زیر اشاره کرد:

#### الف) تأثیر زمان و مکان بر استنباط حکم شرعی

موقعیت جامعه انسانی، بر اثر دگرگونی شیوه‌های زندگی و اوضاع اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و نظامی، در ظرف زمانی و مکانی، در حال تغییر است. شریعت اسلام که

داعیه‌ی جاودانگی دارد، باید پاسخگوی وضعیت‌های جدید نیز باشد و اینجاست که بحث تأثیر زمان و مکان بر استنباط حکم شرعی مطرح می‌شود. در این مبحث گسترده، آنچه به موضوع تحقیق مرتبط است، این است که چگونه زمان و مکان می‌تواند محدوده‌ی یک حکم شرعی را توسعه دهد، یا تضییق کند، یا حتی حکمی را دگرگون سازد که در نص آمده است؛ به گونه‌ای که به نتیجه‌ای مخالف با حکم اول دست یافت؟

این نکته را باید در نظر داشت که تشریح احکام جدید، امکان پذیر نیست؛ زیرا اولاً، تشریح، تنها به خداوند باری تعالی اختصاص دارد؛ و ثانیاً، اسلام، که دینی ماندگار و همیشگی است، احکام مورد نظر اجتماع بشری را در بعد فردی و اجتماعی، به طور تمام و کمال، بیان کرده است.

بنا بر این، مقصود، این نیست که بر اثر تحول و تطور تاریخی جامعه، احکام شرعی، هماهنگ با این تحولات، تغییر یابند، بلکه منظور از تأثیر زمان و مکان، این است که در حیطه‌ی موضوعاتی که عرف با اجازه‌ی شارع، می‌تواند بر حکم شرعی صادر شده، اعمال نظر داشته باشد، زمان و مکان، می‌تواند باعث تغییر در احکام شرعی شوند؛ به بیانی دیگر، با توجه به عنصر زمان و مکان، عرف، مناسبتی را بین حکم و موضوع درک می‌کند که بر اساس آن، می‌تواند دایره‌ی حکم شرعی را توسعه دهد، یا محدود کند، یا حتی حکم را تغییر دهد.

توجه به این نکته، ضروری است که آنچه مقصود است و با این تحقیق، ارتباط دارد، شامل احکام حکومتی‌ای نخواهد بود که از ولایت معصوم (ع) یا حاکم اسلامی ناشی است و برای حفظ و اداره‌ی جامعه وضع می‌شود. همچنین مواردی که تشریح اولی، مشتمل بر تغییر حکم، در شرایط دیگر می‌باشد، از محل بحث، خارج است؛ لذا مسائلی همچون مختلف بودن حکم شرعی در سرزمین اسلامی با سرزمین کفر، و تغییر احکام در پی تحقق عناوین ثانوی، جایگاهی در نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص ندارند.

زمان و مکان، از سه جهت، بر دگرگونی احکام تأثیرگذارند و باعث ایجاد برداشتی عرفی و به وجود آمدن مناسبت بین حکم و موضوع می‌گردند: تغییر دادن موضوعات احکام، تبدیل ملاک‌های حکم به ملاک‌های دیگر و توسعه‌ی ملاک، نسبت به ملاک موجود در زمان تشریح حکم.

مغنیه، به عنصر زمان و مکان، توجه‌ی ویژه‌ای دارد. وی قائل است: همه‌ی چیزهایی که پیرامون ما و در درون ما وجود دارد، در حرکت و در حال تحول و دگرگونی هستند. اگر در

گذشته، به دلیل هماهنگی و تطابق نسبی شرایط زندگی با شرع و احکام و نصوص آن، مجتهدان، به آسانی می‌توانستند حکم مسأله‌ای را از منابع و ادله‌ی چهارگانه‌ی فقهی، استنباط کنند، مجتهدان امروزی، علاوه بر دارا بودن شرائط اجتهاد، باید از درک و بینش دینی بالایی، برخوردار و به حوادث و حقایق زندگی‌ای آگاه باشند که در اطرافشان در جریان است (مغنیه، رویکردی دوباره به اسلام، ۱۳۱).

با توجه به همین دیدگاه است که مغنیه، مجسمه‌سازی را حرام نمی‌داند؛ چرا که در گذشته، وسیله‌ای برای معرفی خداوند یا قرب به پروردگار بود و یا برای تشبیه به خدا استفاده می‌شد، در حال حاضر، ملاک حرمت آن، وجود ندارد (همان، ۱۲۶-۱۲۷). او از فقیهان معاصر می‌خواهد با نگاهی درست به شریعت اسلامی و نصوص دینی، مسائل جدیدی را حل نمایند که برای بشر پیش آمده است (همان، ۱۲۶-۱۲۸).

#### ب) کشف مقاصد شریعت

صرف نظر از تعاریف و تقسیم‌های متعددی که برای مقاصد شریعت بیان شده است (زحیلی، ۱۰۱۷/۲-۱۰۲۹، شاطبی، سراسر جلد دوم)، باید گفت: مقاصد شریعت، اهداف کلانی است که بر اساس آیات، روایات و عقل، برای کلیت دین و تشریح مقررات، به دست می‌آید. پنج اصل: حفظ دین، جان، مال، عقل و نسل، مواردی هستند که مقاصد شریعت دانسته می‌شوند و در خلال چند قرن، بین فقهاء، اعم از سنی و شیعه، شهرت دارد.

باید اذعان کرد که مقاصد شریعت، اصلی‌ترین پایه و رکن، در مسأله‌ی مصالح مرسله‌ی اهل سنت، محسوب می‌شود؛ به گونه‌ای که حتی فقهای که افتاء مستند به استصلاح را قبول ندارند، تشریح را بر پایه‌ی مصلحتی جایز می‌دانند که مطابق با مقاصد شریعت و قطعی است (غزالی، ۱۷۳-۱۷۴).

در فقه اهل سنت، مقاصد شریعت، منبعی مستقل برای دست‌یابی به حکم شرعی لحاظ می‌شود، هرچند استفاده از این مقاصد، در دلیلی است (مصالح مرسله) که حجیت آن قابل اثبات نیست و ما را به سوی قیاس و مصلحت ظنی غیر معتبر، پیش می‌برد.

در فقه امامیه، این، مسلم است که مقاصد شریعت، هیچ‌گاه از منابع استنباط محسوب نشده است. از سویی دیگر، شاهد این هستیم که فقیهان امامیه، در عملیات اجتهاد خویش، در بسیاری موارد، با استناد به عناوین ثانوی و احکام حکومتی، به تغییر، یا تعمیم و یا تحدید حکم شرعی یک موضوع، دست می‌زنند. فقهای امامیه، از آن جهت در فتاوی خود، به این

عناوین استناد می‌کنند که اعتقاد دارند حجیت آن‌ها بر اساس ادله‌ی معتبر، قطعی است. بنابراین، با اندکی تأمل، معلوم می‌شود که عناوین ثانوی و احکام حکومتی، بر پایه‌ی مقاصد شریعت، شکل گرفته‌اند و هرچند، امامیه، مقاصد شریعت را از منابع استنباط احکام نمی‌دانند، اما به طور غیر مستقیم و محدود، در تبیین حکم شرعی، از آن، استفاده می‌نمایند. آنچه در بحث کنونی، اهمیت دارد، این است که نقش مقاصد شریعت در استنباط حکم، بدون اینکه به ورطه‌ی قیاس و مصلحت ظنی کشیده شود، تنها، به عناوین ثانوی محدود نمی‌شود؛ چرا که هرگاه فقیه با توجه به این مقاصد، به سراغ متن نصوص برود، می‌تواند بر اساس آن‌ها، مناسبت میان حکم و موضوع را کشف نماید و به تبع کشف این مناسبت، آن حکم را تعمیم دهد، یا به مواردی خاص تحدید کند. بر همین اساس است که مقاصد شریعت، از مبانی نظری فهم اجتماعی نصوص، محسوب می‌شود. برای روشن شدن مقصود، باید گفت: مقاصد شریعت، از جهت ماهوی، بر نظریه‌ی فهم اجتماعی، نصوص تأثیر گذارند.

اینکه با استناد به عناوین ثانوی، به تعمیم یا تحدید یک حکم شرعی پرداخته می‌شود، با این مسأله، متفاوت و مغایر است که با استناد به مناسبت میان حکم و موضوع که بر پایه‌ی مقاصد شریعت است، به تعمیم یا تحدید یک حکم شرعی روی آورده می‌شود. برای مثال، در مسأله‌ی حرمت احتکار، هرچند روایت‌هایی که در این زمینه وارد شده‌اند، احتکار را به شش چیز اختصاص می‌دهند؛ گندم، جو، خرما، روغن مایع، روغن جامد و کشمش (حر عاملی، ۱۷/۲۶۶، ح ۱۰)، اما برخی از فقهاء، بر پایه‌ی اضطرار، سایر خوراکی‌ها و هر نوع نوشیدنی، پوشاک و امثال آن را که مورد نیاز مردم است و ذخیره کردن آن موجب حرج و سختی مردم می‌شود، مانند موارد فوق می‌دانند (نجفی، ۲۲/۸۳۴). بنا بر این، حکم حرمت احتکار در همه‌ی این موارد، حکمی ثانوی خواهد بود.

اما اگر با بررسی احادیثی که در زمینه‌ی احتکار وارد شده است، چنین نتیجه بگیریم که موارد شش‌گانه‌ی مذکور در روایت‌ها، از مواردی هستند که در زمان خود، جایگاه خاصی داشتند و نقشی مهم در تثبیت موقعیت اجتماعی و تمدنی هر کشور ایفاء می‌کردند؛ لذا به دلیل اینکه یکی از مقاصد شریعت، حفظ نظام اسلامی و نفوس انسانی است، حکم به تحریم احتکار چنین کالاهایی داده شده است، می‌توان گفت: مقاصد شریعت، مناسبت میان حکم (تحریم) و موضوع (موارد شش‌گانه) را روشن می‌سازد و بر اساس همین مناسبت، می‌توان

حکم تحریم احتکار را به تمامی مواردی تعمیم داد که موجب به خطر افتادن کیان اسلامی یا نفوس جامعه‌ی اسلامی می‌شود؛ در نتیجه، حکم تحریم احتکار برای مواردی چون اقلام خوراکی و پوشاکی، مواد مورد نیاز در صنایع، سلاح و حتی فناوری‌های علمی، حکمی ثانوی نیست، بلکه حکم اولی تلقی می‌شود که از تفسیر متن نص، به دست می‌آید (مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ۱۴۱/۳-۱۴۵). در یک جمع بندی می‌توان گفت: بر اساس نظریه-ی مغنیه، مقاصد شریعت، در کنار عنصر زمان و مکان، مناسبت‌های میان حکم و موضوع نصوص شرعی را کشف می‌کند. کشف این مناسبت‌ها، سبب ایجاد عرفی می‌شود که بر پایه‌ی آن، ظهوری جدید برای متن نص مورد نظر، به وجود می‌آید. این ظهور عرفی جدید، زمانی که در کنار دلالت‌های لفظی و سیاقی کلام قرار می‌گیرد، این نکته را برای فقیه روشن می‌سازد که با توجه به نصی که در اختیار دارد، آیا می‌تواند از نص، الغای خصوصیت کند و به تعمیم حکم، به موارد غیر منصوصی پردازد که در عصر خویش با آن‌ها رو به رو است، یا اینکه باید تنها به آنچه اکتفاء نماید که در نص ذکر شده است؟

### کارکرد نظریه

گستره‌ی اعمال و مصادیق یک نظریه، شیوه‌ی کارکرد آن را مشخص می‌سازد. مهمترین کارکرد نظریه‌ی مغنیه، تمایز بین اجتهاد در تفسیر نص و اجتهاد در مقابل نص و تعیین عملی محدود‌های اعمال این دو نوع اجتهاد است. وی، با ارائه‌ی ملاک‌های عینی، نظریه‌ی خود را فارغ از جاذبه‌های نظری، به سطح کارایی و کارآمدی می‌رساند.

### سنگ بنای نظریه

برای اینکه مشخص شود نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، در چه محدوده‌ای از نصوص شرعی عمل می‌کند، ابتداء، باید اقسام نصوص دینی را شناخت. احکامی که بر اساس دلیل شرعی به دست می‌آیند، از جنبه‌های مختلفی، دسته بندی می‌شوند. آنچه در تبیین گستره‌ی نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، دخالت دارد، ملاحظه‌ی سه نوع طبقه بندی از سوی مغنیه است که سنگ بنای نظریه‌ی وی را تشکیل می‌دهد:

#### ۱. احکام تأسیسی و امضایی

هرگاه حکم شرعی که بر اساس دلیلی شرعی می‌باشد، پدیده‌ای نوظهور باشد و قبل از



جعل شارع، در میان مردم رایج نباشد و شارع آن را ابتداءً جعل کرده باشد، حکم یاد شده را حکم تأسیسی گویند؛ در مقابل، اگر عملی که حکم شرعی برای آن بیان شده است، پیش از اینکه شارع، حجیت را برای آن، جعل کند، در بین مردم، شناخته شده باشد و شارع نیز آن را تأیید نماید، هر چند این تأیید، با سکوت و عدم نهی از آن باشد، حکم شرعی مربوط به آن عمل را حکم امضایی می‌نامند (مشکینی، ۷۰).

بر اساس این تعریف، هرگاه عملی در میان مردم رایج باشد، ولی شارع، آن را تغییر دهد، در بخش احکام امضایی، قرار نخواهد گرفت؛ مثلاً، نماز، یک حکم تأسیسی، و بیع، یک حکم امضایی است، اما حرمت ربا، با وجود رواج ربا در میان مردم، از احکام تأسیسی به شمار می‌رود؛ نه امضایی.

در برخی کتاب‌های اصولی و فقهی، دو اصطلاح توقیفی و غیر توقیفی، مشاهده می‌شود که همین معنای تأسیسی و امضایی را دارند؛ به احکامی که بر اساس یک نص شرعی، شکل گرفته باشند، امور توقیفی، گفته می‌شود و به احکامی که شارع حقیقت آن‌ها را شکل نداده باشد، بلکه قبل از آمدن شریعت نیز رایج بودند و با عدم منع شارع، حجیت پیدا کرده‌اند، امور غیر توقیفی، گفته می‌شود (نایینی، ۱۹۴/۳، خمینی، ۲۰۲/۲، مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ۱۶۳).

از آنجا که همگی احکام فقهی، یا تکلیفی هستند یا وضعی، با توجه به تعریفی که در مورد تأسیسی یا امضایی بودن احکام گفته شد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که تمامی احکام تکلیفی، همچون عبادات، تأسیسی و غالب احکام وضعی، امضایی هستند، هرچند بخشی از این احکام وضعی، بر اساس تأسیسی بودن موضوع خود، تأسیسی خواهند بود؛ مثلاً، سیادت که موضوع برای تملک خمس محسوب می‌شود، امری تأسیسی است، اما، در بحث ملکیت عقد، موضوعی امضایی به شمار می‌آید (نایینی، ۳۸۸/۴).

## ۲. احکام مستنبط از نص صریح و متن ظاهر

متن مبینی که به استناد آن، حکم شرعی، شکل می‌گیرد، از دو حالت، خارج نیست؛ نص صریحی که دلالت آن بر معنایش، به گونه‌ای است که در آن، احتمال هیچ گونه تأویلی نمی‌رود و بر چیزی دلالت ندارد، غیر از آنچه که در خود متن آمده است؛ و دیگری، متن ظاهری که دلالت آن، ظاهری می‌باشد، به نحوی که احتمال تغییر در مورد آن‌ها می‌رود و به سبب قرائن لفظی و لئی، دلالت متن بر معنایی دیگر هم قابل قبول می‌باشد (مشکینی، ۲۳۲-۲۳۳).

برای نمونه، وقتی گفته می‌شود: «یجب اکرامُ زید» نمی‌توان وجوب را بر اباحه، یا اکرام را بر اهانت، یا زید را بر دشمن وی حمل کرد، اما زمانی که گفته می‌شود: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره: ۲۷۵)، اطلاقی که از لفظ البیع، فهمیده می‌شود، می‌تواند به سبب قرائنی، محدود یا مقید شود؛ پس، معنای مطلق که از ظاهر این کلام پیداست، قابل تأویل و تقيید نیز خواهد بود.

### ۳. احکام مربوط به طبیعت انسانی، حیثیت اجتماعی انسان و احکام آلی

از دیدگاه مغنیه، برخی از احکام شرعی، برای طبیعت انسان بما هو انسان، وضع شده‌اند و با تغییر زمان و مکان در طول اعصار، هیچ‌گاه تغییر نمی‌کند و ثابت است؛ مثلاً، احکامی چون: رفع قلم از مجنون، وفای به شروط، تحریم قتل و سرقت، احکامی همیشگی و تغییر ناپذیرند، مگر اینکه انسان، از طبیعت انسانی خود خارج شود و به موجودی دیگر تبدیل شود (مغنیه، اصول الاثبات، ۲۳۳-۲۳۴).

قسمی دیگر از احکام شرعی، احکامی است که از حیث اجتماعی بودن انسان و بر اساس مصالح زندگی اجتماعی او وضع شده است؛ از این رو، هرگاه مصالح اجتماعی انسان تغییر کند، این احکام نیز بر اساس مصالح جدید شکل خواهد گرفت؛ برای نمونه، اندازه‌ی خیابان را می‌توان مثال زد که در متن منقول از پیامبر اکرم (ص)، اندازه‌ی آن، هفت ذرع، تعیین شده است (حر عاملی، ۴۵۵/۱۸، ح ۱)، اما در حال حاضر، پاسخگوی نیاز جامعه‌ی امروزی نیست و نمی‌توان به مفاد آن عمل کرد (مغنیه، اصول الاثبات، ۲۳۵).

نوع سوم از احکام، احکامی است که نه برای طبیعت انسان وضع شده است و نه برای مصالح اجتماعی او، بلکه احکامی هستند که وسیله‌ای برای رسیدن به مقصودی دیگر می‌باشد. وجوب عمل به قول فرد عادل و وجوب فحوص چهار ساله، از زمانی که زوج‌های شخص مفقود، برای طلاق، به قاضی رجوع می‌کند، نمونه‌هایی از احکام قسم سوم هستند.

عقلاء، اولی را راهی برای شناخت واقعیت و حق می‌دانند و در مورد دوم، مدت تعیین شده، به منظور یأس از پیدایی شخص مفقود است (همان، ۲۳۶).

### ب- گستره‌ی نظریه

#### ۱. احکام شرعی مبتنی بر نصوص قطعی

هرگاه حکم شرعی، بر یک نص قطعی، مبتنی باشد، موضوع آن، خواه در مورد طبیعت انسانی باشد، یا مصالح اجتماعی او، باید به نص خاص، بسنده کرد و هر گونه اقدام برای

گسترش دایره‌ی موضوع حکم، گونه‌ای از اجتهاد در مقابل نص می‌باشد که ممنوع است. احکام مربوط به عبادات و اغلب احکام احوال شخصیه، جرم و مجازات و آیین دادرسی، در این قسمت جای می‌گیرند و غالباً احکام تأسیسی هستند. مثلاً، در بحث طلاق، هرگاه از صیغه‌هایی غیر از «أنتِ طالق» استفاده شود، طلاق ایجاد نخواهد شد، هرچند سایر شرایط، فراهم باشد و زوج قصد انشاء، داشته باشد؛ این صیغه‌ها - مانند: طَلَّقْتُكَ - اگرچه همان معنای جمله‌ی أنتِ طالق را دارد، اما بر اساس نص صریح: «وَكُلُّ مَا سِوَى ذَلِكَ فَهِيَ مَلْغَى» (حر عاملی، ۴۱/۲۲، ح ۱)، نمی‌توان تأثیر جمله‌ی أنتِ طالق را به جمله‌های مشابه، تعمیم داد.

### ۲. احکام شرعی مبتنی بر متون ظاهری با موضوع طبیعت انسانی

هرگاه حکم شرعی بر اساس یک نص قطعی، شکل نگرفته باشد، بلکه دلیل حکم، از متون مبین ظاهری باشد، در صورتی که موضوع حکم، طبیعت انسانی باشد، باید به مفاد روایت، بسنده کرد و هر گونه اقدام برای گسترش یا تضییق دایره‌ی موضوع حکم، گونه‌ای اجتهاد در مقابل نص خواهد بود. در این حالت، تفاوتی میان احکام تأسیسی و امضایی نیست. برای مثال، در احکام سرقت که بر مبنای حکم تحریم آن بنا شده است، نمی‌توان به دلیل تحولات زمانی و عصر کنونی، تغییری ایجاد نمود؛ زیرا هرگونه تغییری که مخالف ظاهر متن روایی باشد، اجتهاد در برابر نص خواهد بود.

### ۳. احکام شرعی مبتنی بر متون ظاهری با موضوع مصالح اجتماعی انسان

هرگاه دلیل حکم، متن مبین ظاهری و موضوع حکم، مصالح اجتماعی انسان باشد، فقیه، می‌تواند با اجتهاد خود و تشخیص موضوع واجد مصلحت یاد شده، به تفسیر نص پردازد و بر اساس این تفسیر، دامنه‌ی اعمال حکم شرعی را تغییر دهد. این گونه استنباط، اجتهاد در مقابل نص نیست. در این حالت نیز تفاوتی میان احکام تأسیسی و امضایی نمی‌باشد. معاملات و عقود، از مهمترین مصادیقی هستند که نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، در مورد آنها جاری می‌شود؛ زیرا آنها، غالباً، احکامی امضایی هستند که بر اساس مصالح زندگی اجتماعی انسانی، شکل گرفته‌اند. بنا بر این، عرف می‌تواند مناسبت‌های میان حکم و موضوع را کشف و بر اساس آن، ظهوری جدید برای متن روایت بسازد که خود، دلیل حکم می‌باشد؛ ظهوری که دایره‌ی حکم را وسعت می‌بخشد و آن را بر مصادیق جدیدی تعمیم می‌دهد.

مغنیه، در کتاب فقه الامام جعفر الصادق (ع)، عملاً، کاربرد نظریه‌ی خود را در فروع فقهی نشان می‌دهد. برخی از مثال‌های مربوط به این قسمت، به شرح زیر است:

الف) حلّیت خرید و فروش اعیان نجس و متنجس

مغنیه، قائل است: آنچه موجب تحریم خرید و فروش اعیان نجس - مانند: سگ، خوک، شراب و خون - می‌شود، به این دلیل است که عوض، در برابر یک منفعت حرام، پرداخت می‌شود و استفاده‌ی از چنین عوضی، اکل مال به باطل است؛ بنا بر این، آنچه عرف، از نصوص مربوط به حرمت معاوضه‌ی نجاست‌ها یا اشیای متنجس، درک می‌کند، این است که تحریم، به دلیل عدم وجود منفعت محلّله برای چنین معاملاتی است؛ از این رو، هرگاه بر این موارد، منافع حلالی مترتب باشد، معامله‌ی آن نیز جایز خواهد بود (مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ۱۲۱/۳). بر اساس همین مناسبت که خرید و فروش سگ شکاری، سگ گله و سگ نگهبان، حلال خواهد بود.

بنا بر این، می‌توان گفت: هرگاه به منفعت حلال و مفید برای نجاست‌ها، یقین حاصل شود، حکم حرمت بیع و هبه، به حلّیت تبدیل خواهد شد و در عصر حاضر، حلّیت خرید و فروش خون یا اهدای عضو، در زمره‌ی این حکم قرار می‌گیرد.

ب) مصادیق زکات فطره

در مسأله‌ی جنس زکات فطره، بر خلاف فقهای دیگر که قائلند: بهتر است زکات فطره، از گندم، جو، خرما و روغن پرداخت شود، مغنیه می‌گوید: بعید نیست آنچه در روایت‌ها آمده است، به قوت غالب در آن دوران، ناظر باشد و در زمان ما، بهتر است پرداخت فطره، از موادی باشد که غالباً مورد استفاده‌ی مردم قرار می‌گیرد؛ هرچند مفاد روایت نباشد.

در تحلیل این نظر، باید گفت: وجوب پرداخت زکات، برای مصالح اجتماعی انسان، وضع شده است و شارع مقدس، از آن، به صورت یکی از اهرم‌های مؤثر بر تعادل سطح طبقاتی، استفاده می‌کند؛ بنابراین، هرچند زکات، از احکام تأسیسی است، اما به دلیل تأثیر اجتماعی، بر پایه‌ی نظریه فهم اجتماعی نصوص، تفسیر می‌شود (همان، ۱۰۴/۲).

ج) احتکار

حرمت احتکار، مسأله‌ای تأسیسی است که بر اساس مصالح زندگی اجتماعی انسان، تشریح شده است. مغنیه، به طور مبسوط، به این مسأله می‌پردازد و بر خلاف صاحب جواهر که بر اساس حکم ثانوی اضطرار، موارد احتکار را از مصادیق منصوص، تسری می‌دهد، مغنیه،

حرمت احتکار را شامل تمامی اجناس مورد نیاز مردم می‌داند، خواه به حد اضطرار برسد، یا نرسد.

بر اساس نظریه‌ی وی، عرف، از رابطه‌ی میان حکم حرمت احتکار و موارد مذکور در حدیث، این نکته را برداشت می‌کند که مصادیق منصوص در روایات، در زمان صدور روایات، مورد نیاز مردم بود و فقدان آن‌ها در بازار، باعث اختلال در نظم و امنیت جامعه می‌شد؛ از این رو، حکم یاد شده، در حال حاضر، در مورد هر کالایی صادق می‌باشد که موجب به خطر افتادن امنیت کشور، ایجاد رعب و ترس در جامعه و حتی آنچه موجب تسلط بیگانه بر کشور اسلامی می‌شود. وی قائل است: اسلحه، آهن، فولاد، نفت و طلا از مصادیق جدید احتکارند (همان، ۱۴۲/۳-۱۴۵).

#### د) خیار تأخیر

فقهاء، در بحث بیع و خیارات، با استناد به نصوص شرعی، برای خرید و فروش مواد فاسد نشدنی، سه روز، حق خیار فائلند، اما در معامله‌ی مواد فاسد شدنی، مدت خیار تأخیر، بر اساس زمانی است که این مواد، در معرض فساد قرار می‌گیرند و فروشنده، متضرر می‌شود. آنچه در روایت آمده است که مدت خیار تأخیر را در مواد فاسد شدنی، تا شب معامله، معین می‌کند، به موادی چون: میوه‌ها، سبزی‌ها، شیر و چیزهایی ناظر است که در زمان امامان معصوم (ع)، معمولاً در همان فاصله‌ی زمانی معین یک روزه، فسادپذیر بودند. به همین دلیل، مغنیه می‌گوید: این مواد و زمان خیار آن‌ها، تنها، مصادیقی برای این حکم کلی هستند که مدت خیار تأخیر، برای هر آن چیزی که زمان، باعث از بین رفتن ارزش مالی آن می‌شود، به مدتی بستگی دارد که پس از آن مدت، ارزش جنس، از بین می‌رود.

بنا بر این، مصادیق این حکم، نه تنها به موادی محدود نمی‌شود که در روایت آمده است، بلکه گذشت مدت مذکور در حدیث نیز، شرط نخواهد بود؛ از این رو، اگر جنسی که معامله می‌شود، در کمتر از یک ساعت، ارزش مالی خود را از دست بدهد، خیار تأخیر آن نیز همین مقدار است.

مغنیه، قائل است: آنچه فقهاء، در این زمینه گفته‌اند، متناسب با ظرفیت و عادت‌های زمان خودشان بود و ما نیز باید با توجه به نیاز دوران خود، در این موضوع، فتوا بدهیم (همان، ۳/۲۰۲-۲۰۳).

شاید بتوان گفت: در این زمان که عصر سرعت در تبادل اطلاعات است، فروش اخبار یا

کشفیات علمی، از مصادیق جدید این حکم به شمار آیند؛ برای نمونه، کسانی که امروزه، در شغل روزنامه‌نگار یا عکاس مستقل، فعالیت می‌کنند، برای فروش اخبار و اطلاعات برخی حوادث که ارزش مالی آن‌ها به زمان، بستگی دارد، نمی‌توانند مدت زیادی را برای بستن قرارداد، صبر کنند.

همین طور، کسانی که تحقیقات علمی آن‌ها، به تحویلی در زمینه‌ی تولید یک محصول، منجر می‌شود، نمی‌توانند برای بستن قرارداد با سازمان یا شرکتی که توان تولید این محصول را دارد، مدت زیادی را منتظر بمانند.

ه) ربا بین مادر و فرزند

یکی از مواردی که از حکم تحریم ربا، استثناء شده است، ربا بین پدر و فرزند است. از آنجا که این حکم، برخلاف اصل کلی حرمت مستفاد از عموم کتاب است، فقهاء، بر پایه‌ی قاعده‌ی اقتضای یاد شده را تنها در مورد پدر و فرزند پذیرفته‌اند و آن را شامل مادر و پدر رضاعی نمی‌دانند.

مغنیه، با صراحت می‌گوید: یقیناً، آنچه موجب تحلیل ربا بین پدر و فرزند می‌باشد، رابطه‌ی وجودی و پدری است که بین این دو، وجود دارد و رابطه‌ی مذکور، بین مادر و فرزند قوی‌تر است؛ بنابراین، عدم حرمت ربا بین مادر و فرزند هم وجود خواهد داشت. وی، اذعان می‌دارد: این حکم شامل پدر رضاعی نمی‌شود؛ چون رابطه‌ای که علت این حکم است، بین پدر رضاعی و فرزند، وجود ندارد (همان، ۲۷۹/۳).

به هر تقدیر، این نظر، تنها بر اساس نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، صحیح خواهد بود. اگر پذیرفته شود مناسبت میان حکم مورد نظر و موضوع، رابطه‌ی پدری است، در نقدی بر آن می‌توان گفت: آنچه دلیل برای مناسبت میان حکم (حلیت) و موضوع (ربا میان پدر و فرزند) عنوان می‌شود - یعنی: رابطه‌ی وجودی میان پدر و فرزند - قطعی نیست؛ زیرا روایتی که به استناد آن، به عدم حرمت ربا بین پدر و فرزند، حکم می‌شود، هیچ دلالتی بر این دلیل ندارد. در روایت منقول از امام صادق (ع) آمده است که ربا، بین مرد و فرزندش و بین او و بنده‌اش و بین او و همسرش وجود ندارد. ربا در آنچه بین تو و کسی به وجود می‌آید که تو مالکش نیستی (حر عاملی، ۱۳۵/۱۸، ح ۳).

در صورتی که پذیرفته شود رابطه‌ی وجودی بین پدر و فرزند، دلیل قطعی صدور این حکم است، این دلیل، باید در تمامی مصادیق مذکور در حدیث، مشترک باشد، حال اینکه در

مورد مولی و عبد و زن و شوهر صادق نیست. بنابراین، اگر این دلیل، قطعی و یقینی نباشد، حکم عدم حرمت ربا، دیگر، شامل مادر و فرزند نمی‌شود.  
(و سبق و رمایه

مبحث سبق و رمایه در کتاب فقه الامام جعفر الصادق (ع)، مبحثی است که مغنیه، در آن، نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص را به تفصیل مورد بررسی قرار می‌دهد. وی، قائل است: با توجه به اینکه دین اسلام و حفظ نظام اسلامی از مقاصد شریعت است، عرف، رابطه‌ی بین مشروعیت سبق و رمایه و مصادیقی که در روایت آمده است، تقویت بنیه‌ی دفاعی امت اسلامی می‌بیند؛ از این رو، مشروعیت، در تمامی مصادیقی تعمیم می‌یابد که موجب ایجاد آمادگی دفاعی می‌شود؛ مسابقه‌هایی چون تیر اندازی با اسلحه و اتومبیل رانی می‌توانند مصادیق جدید مسأله‌ی سبق و رمایه باشند (مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ۲۳۶/۴).

بر اساس نص آیه‌ی ۶۰ سوره‌ی انفال که دفاع از کیان اسلامی را یک امر ثابت و همیشگی اعلام می‌کند، امروزه، مقابله‌ی میان حق و باطل، نه به صورت آشکار، بلکه به گونه‌ای پنهان و پیچیده، و در قالب جنگ نرم در حال انجام است. اکنون، دیگر آمادگی دفاعی جامعه اسلامی، تنها به صورت سخت افزاری و فیزیکی کافی نخواهد بود، بلکه تمامی ابزارهایی که در این جنگ عقیدتی تأثیر گذارند، در دایره‌ی مواردی قرار می‌گیرند که حفظ نظام و شریعت اسلام بدان بستگی دارد.

در حال حاضر، نقش سایت‌های اینترنتی، نرم افزارها و بازی‌های رایانه‌ای و ساخت ربات‌هایی با مهارت‌های گوناگون، در زمینه سازی برای تسلط فرهنگی و استعماری، امری غیر قابل انکار است؛ بنا بر این، می‌توان گفت: مسابقات برنامه نویسی رایانه‌ای، وبلاگ نویسی و ربوکاپ، می‌تواند از مصادیق امروزی این حکم به شمار آید.

#### ۴. احکام شرعی آلی

هرگاه، حکم شرعی، وسیله‌ای برای رسیدن به مقصود دیگری باشد، قابل تفسیر است (همو، اصول الإثبات، ۲۳۶). این احکام، خواه تأسیسی باشند یا امضایی، چه از حیث طبیعت انسانی، وضع شده باشند یا به خاطر مصالح اجتماعی، به دلیل اینکه مقدمه‌ای برای رسیدن به مقصود شارع می‌باشند، بر اساس نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، قابل تغییر و تحول هستند. مسائل زیر، نمونه‌هایی از احکام شرعی آلی می‌باشند که تأثیر نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، بر تفسیر آن‌ها مشهود است.

## الف) طهارت اهل کتاب

مغنیه می‌گوید: فقهاء، در مسأله‌ی طهارت یا عدم طهارت اهل کتاب، دو دسته می‌باشند؛ گروهی به نجس بودن آن‌ها حکم می‌کنند و گروهی به طهارت. وی، با ذکر دلایل قائلان به نجاست، ادله‌ی آن‌ها را مورد نقد قرار می‌دهد و بیان می‌کند: دلیل قابل استنادی اعم از نص، اجماع و عقل، در دست نیست؛ در مقابل، آنچه از ظاهر روایت‌ها استنباط می‌شود، این است که اهل کتاب، همانند مسلمانان، پاک هستند و نجاست آن‌ها عرضی است؛ نه ذاتی. با دقت در مفاد روایات، معلوم می‌شود آنچه اجتناب از اهل کتاب را باعث می‌شود، استفاده از چیزهای نجس - مانند: شراب، سگ و خوک - است که امکان نجس شدن آن‌ها را بیشتر می‌کند؛ بنا بر این، حکم به اجتناب از آن‌ها، وسیله‌ای برای جلوگیری از استفاده و برخورد نادانسته‌ی مسلمانان با نجاست‌ها و رعایت اصول بهداشتی است.

مغنیه، قائل است حکم به نجاست اهل کتاب، در عصر کنونی که ارتباطات اجتماعی میان ملت‌ها، کره زمین را به صورت یک خانه‌ی واحد در آورده است، تنها بر مشکلات شیعیان می‌افزاید و آن‌ها را محدود می‌نماید، حال اینکه حکم به طهارت اهل کتاب، نه تنها، با مقاصد شریعت اسلامی، سازگار است، بلکه با اصول شرعی، عقلی، عرفی و طبیعی نیز قابل اثبات می‌باشد (همو، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ۳۱/۱-۳۴).

## ب) ابزار ذبح

فقه‌های امامیه با تمسک به روایت‌هایی (حر عاملی، ۷/۲۴-۸، ح ۴-۱)، به ذبح با چاقویی از جنس آهن، فتوا داده‌اند و قائلند: در حالت اختیار، ذبح، با وسیله‌ی دیگری حتی با چاقویی از جنس مس یا طلا یا نقره، موجب حلیت گوشت ذبیحه نمی‌شود. صاحب جواهر، در مورد این حکم، ادعای اجماع می‌کند (صاحب جواهر، ۹۹/۳۶-۱۰۰).

به نظر مغنیه، حتی در حالت معمولی نیز هرگاه فرد، حیوان را با چاقویی از غیر جنس آهن ذبح کند، گوشت ذبیحه، حلال خواهد بود؛ زیرا آهن، مصداق غالبی در زمان امام معصوم (ع) بود و برای نفی ذبح با سنگ، چوب و امثال آن، ذکر شده است؛ بنابراین، هر آنچه مانند آهن، از معدن به دست می‌آید، از قبیل فولاد، طلا و نقره، می‌تواند برای ابزار ذبح، به کار رود (همان، ۳۵۳/۴).

می‌توان گفت: این تفسیر نص، بر این مبنا استوار است که یکی از شرایط صحت ذبح،



بریدن چهار رگ اصلی به صورت دفعی و یک باره است و این عمل، با ابزاری چون سنگ یا چوب، به سختی، انجام می‌گیرد، اما اگر عمل ذبح، با وسیله‌ای انجام شود که از سختی و تیزی لازم برخوردار باشد، مسلماً یقین به قطع چهار رگ، به یک باره، حاصل خواهد شد؛ از این رو، گفته شده است: جنس ابزار ذبح، از آهن باشد، تا این یقین، به سهولت به وجود آید؛ آهنی بودن ابزار ذبح، وسیله‌ای است برای رسیدن به این یقین.

بنابراین، زمانی که می‌توان از دیگر اجناس دیگر معدنی، وسیله‌ای ساخت که بسیار سخت و محکم و در عین حال تیز و برنده باشد، ذبح با آن، اشکال شرعی نخواهد داشت.

(ج) مدت و راه‌های وصول به یقین

در برخی احکام فقهی، مدت، یکی از شرایط تحصیل حکم، ذکر می‌شود. سؤال اینجاست در مواردی که مدت به خاطر رعایت مصالح زندگی، شرط مدت شده است، آیا مدت، می‌تواند تغییر کند؟ مثلاً، در باب بیماری‌های باعث فسخ نکاح، گفته می‌شود: هرگاه مرد، عنین باشد، زن، پس از مراجعه به حاکم و گذشت یک سال و عدم بهبودی مرد، می‌تواند عقد نکاح را فسخ نماید.

مغنیه قائل است: تعیین زمان در این مسأله، برای حصول اطمینان از وجود چنین عیبی است؛ بنابراین، اگر قبل از گذشت یک سال، با امارات قطعی، برای قاضی، ثابت شود که شوهر، چنین بیماری‌ای دارد، او، می‌تواند به فسخ عقد نکاح حکم بدهد (مغنیه، اصول الاثبات، ۲۳۶).

در توضیح این نظریه، باید گفت: مراد از امارات قطعی، علائم، نشانه‌ها و دلایلی است که به اطمینان و علم عادی می‌انجامد.

### ظرافت نظریه

آنچه در به‌کارگیری نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص بسیار اهمیت دارد، این است که مناسبت کشف شده‌ی میان حکم و موضوع، قطعی و یقینی باشد؛ در غیر این صورت، نباید این نظریه را بر نص مورد نظر اعمال کرد. این مرحله، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا در صورت قطعی نبودن مناسبت، این نظریه، به ورطه‌ی قیاس کشیده می‌شود.

مثلاً، در مبحث قصاص، یکی از شرایط قصاص در قتل عمد، این است که قاتل، پدر مقتول نباشد. این حکم، به روایتی از امام باقر یا امام صادق (ع) مستند است که فرموده‌اند: پدر

به واسطه‌ی قتل فرزندش قصاص نمی‌شود ولی فرزند به هنگام ارتکاب عمدی قتل پدرش، کشته می‌شود (حر عاملی، ۷۷/۲۹، ح ۱). در این مسأله، هر مناسبتی که میان حکم و موضوع، در نظر گرفته شود، قطعی نخواهد بود.

اگر گفته شود: این حکم، به دلیل رابطه‌ی وجودی بین پدر و فرزند است که با در نظر گرفتن احتیاط در مسأله‌ی دماء، می‌توان آن را به مادر نیز تسری داد، در پاسخ گفته می‌شود: اولاً، رسیدن به یقین، در مورد چنین دلیلی، ممکن نیست؛ ثانیاً، احتیاط در این مسأله، یک طرفه نیست و حفظ نفس فرزند، اقتضاء می‌کند تنها آن چیزی که مورد تصریح نص است، از حکم قصاص استثناء گردد و مادر، همچنان تحت اصل کلی قصاص باقی بماند. به همین دلیل است که مغنیه، استثنای یاد شده را بر پایه نص و اجماع می‌پذیرد و آن را به مادر تسری نمی‌دهد (همو، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ۳۲۷/۶).

#### نتیجه گیری

بخشی از فرایند اجتهاد، به چنگ آوردن حکم شرعی برای موضوعاتی است که در نصوص شرعی از آن‌ها نامی برده نشده است. از جمله ابزارهایی که در روند دست یابی به احکام چنین موضوعاتی، به فقیه، یاری می‌رساند، مکانیسم تنقیح مناط است. در تاریخ فقه امامیه، فقهاء، بر اساس این مکانیسم، احکام بسیاری را که ادله‌ی قطعی، آن‌ها را اثبات کرده بودند، به مواردی تسری می‌دادند که از شمول آن دلیل معتبر، خارج بودند. با پیشرفت جوامع انسانی و رشد روز افزون نیازهای آن، از سویی، و توجه به شناخت دقیق‌تر نصوص، از سوی دیگر، این مسأله به وجود می‌آید که آیا می‌توان با تفسیر نص، حوزه‌ی استنباط حکم را گسترش داد؟

در پاسخ به این پرسش است که نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، شکل می‌گیرد. مغنیه، بر خلاف دیگر فقهای امامیه، مقاصد شریعت را تنها در عناوین ثانوی به کار نمی‌گیرد. او، قائل است: توجه به مقاصد شریعت، در کنار در نظر داشتن عنصر زمان و مکان، نوعی مناسبت قطعی، میان موضوع و حکم موجود در نص، ایجاد می‌کند. وقتی این مناسبت، در اختیار عرف قرار می‌گیرد، عرف می‌تواند با استناد بدان، مفهوم و مصادیق موضوع را درک کند و به کشف مقصود شارع، از جعل حکم، نائل شود.

باید توجه داشت، مغنیه، این عملیات عرف را جدای از عرفی می‌داند که در قالب سیره و بنای عقلاء، به دلیل امضاء معصوم (ع)، می‌تواند کاشف از یک حکم شرعی باشد. به همین دلیل است که وی در ابتدای کتاب اصولی خویش، به صراحت، تبادل اهل عرف و بنای عقلاء

را، دو ابزار جدای از یکدیگر، در اثبات قواعد اصولی می‌شمرد (همو، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، ۱۸).

این کشف عرف، ظهوری را برای متن کلام شارع، رقم می‌زند که می‌توان آن را ظهور عرفی نام نهاد. این ظهور عرفی، ظهوری جدید است که در کنار ظهور لفظی و سیاقی کلام، قرار می‌گیرد. عرف، می‌تواند در تشکیل ظهور لفظی و سیاقی اثر گذار باشد، اما در نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، عرف با توجه به مناسبت‌های حکم و موضوع، یک ظهور جدیدی برای کلام به وجود می‌آورد که این ظهور جدید، مانند دیگر ظواهر، بر طبق اصل حجیت ظواهر، معتبر و قابل استناد است. فهم عرفی جدید، از موضوع مذکور در متن روایت، الغای خصوصیت می‌کند و آن را از باب طریقت و بیان مثال می‌داند، نه موضوعیت؛ در نتیجه، این فرصت برای فقیه، فراهم می‌شود که به تفسیر و توسعه‌ی موضوع بپردازد.

این تحول در موضوع، بر رعایت دو نکته‌ی اساسی، مبتنی است: نخست اینکه حکم مورد نظر بر اساس مصالح اجتماعی انسان، وضع شده باشد؛ نه برای طبیعت انسانی.

دوم اینکه قرینه‌ای دال بر عدم تفسیر نص، وجود نداشته باشد. با وجود این شرایط، فهم اجتماعی نصوص، نه تنها در همه‌ی ابواب فقهی، قابل اجرا نمی‌باشد، بلکه در ابوابی هم که جاری می‌شود، می‌تواند با استثنائاتی همراه باشد؛ برای نمونه، این نظریه، بیشتر در مباحث عقود و ایقاعات به کار می‌رود، اما برخی از مسائل مربوط به احوال شخصیه که از مباحث عقود یا ایقاعات به شمار می‌آیند، تحت این نظریه، قرار نمی‌گیرند.

بنا بر این، تنها، در مواردی می‌توان به اجتهاد در تفسیر نصوص پرداخت که آن احکام، - تأسیسی یا امضایی - بر اساس مصلحت‌های زندگی اجتماعی تشریح شده باشند.

به هر تقدیر، مغنیه، با عنایت به این نکته که این مباحث، در ابعاد اجتماعی و فرهنگی جامعه‌ی اسلامی، تأثیرگذارند، تنقیح مناط را بر اساس نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، به صورت یک مکانیسم نظام‌مند در آورده است و استفاده از آن را در تمام مباحثی توسعه می‌بخشد که در جامعه مؤثر است.

به عبارتی دیگر، این نظریه، تکامل مکانیسم تنقیح مناط، در فرایند اجتهاد است؛ چرا که نظریه‌ی یاد شده، در سطوحی که سابقاً تنقیح مناط در آنها نمی‌توانست صورت گیرد، بر اساس ضوابطی مشخص، به منقل ساختن موضوع وارد شده‌ی در نصوص می‌پردازد و حکم را به مواردی جدید تعمیم می‌دهد.

بدین ترتیب، مغنیه، قائل می‌باشد که با استناد به فهم اجتماعی، می‌توان برای موضوعات هر عصر، احکامی از نوع احکام اولیه به دست آورد، بدون اینکه بیش از اندازه، به عناوین ثانوی تمسک جست. متن روایات و نصوص موجود، این قابلیت را دارند که بتوان از آنها برای بسیاری از موضوعات جدید، همچنان حکم اولی صادر نمود، بدون اینکه به ورطه قیاس کشیده شد و این، همان هدف اصلی از طرح این نظریه است.

در پایان، می‌توان گفت: نظریه‌ی فهم اجتماعی نصوص، بابتی جدید در فرایند اجتهاد، پیش روی فقهای عصر حاضر، باز نمود تا با به، کارگیری آن، فقه امامیه، همچنان پاسخگوی نیازهای هر عصری باشد.

#### منابع

##### قرآن کریم

- انصاری، مرتضی، *فرائد الاصول*، اول، الهادی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- همو، *المکاسب*، اول مجمع الفکر الإسلامی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- بروجردی، سید حسین، *نهایة الاصول*، حسینعلی منتظری، اول، نشر تفکر، قم، ۱۴۱۵ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، دوم، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۴ ق.
- حسینی، روحانی، سید محمد صادق، *زبدة الاصول*، اول، مدرسه الإمام الصادق (ع)، قم، ۱۴۱۲ ق.
- همو، *فقه الصادق (ع)*، مؤسسه دار الکتب، قم، ۱۴۱۲ ق.
- حکیم، عبدالصاحب، *منتقى الاصول*، دوم، الهادی، قم، ۱۴۱۶ ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقہ المقارن*، دوم، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۳۹۰ ق.
- خمينی، امام روح الله، *تهذيب الاصول*، جعفر صبحانی، دار الفکر، قم، ۱۴۱۰ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *الصوم*، اول، لطفی، بی جا، ۱۳۶۴.
- همو، *محاضرات فی اصول الفقه*، محمد اسحاق فیاض، دار الهادی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- همو، *مصباح الفقاهة*، محمد علی توحیدی، سوم، وجدانی، قم، ۱۳۷۱.
- زحیلی، وهبه، *اصول الفقه الإسلامی*، اول، دارالفکر، دمشق، ۱۴۰۶ ق.
- شاطبی، ابو اسحاق، *الموافقات فی اصول الشریعة*، المكتبة العصرية، بیروت، ۱۴۲۳ ق.
- صدر، سید محمد باقر، *بحوث فی شرح العروة الوثقی*، اول، الآداب، نجف، ۱۳۹۱ ق. همو،

- دروس فی علم الاصول، چاپ دوم، دار الکتب اللبنانی، بیروت، ۱۴۰۶ ق.
- همو، المعالم الجدیة للاصول، دوم، مکتبۃ النجاح، نجف، ۱۳۹۵ ق.
- عراقی، ضیاء الدین، مقالات الاصول، اول، مجمع الفکر الإسلامی، قم، ۱۴۲۰ ق.
- غزالی، محمد، المستصفی، دار الکتب العلمیة، بیروت، بی تا
- فضلی، عبد الهادی، دروس فی اصول فقه الامامیة، اول، موسسه أم القرى، بی جا، ۱۴۲۰ ق.
- گلیایگانی، سید محمد رضا، إفاضة العوائد تعلیق علی درر الفوائد، اول، دار القرآن الکریم، قم، ۱۴۱۱ ق.
- همو، هداية العباد، اول، دار القرآن الکریم، قم، ۱۴۱۳ ق.
- مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول و معظم أبحاثها، پنجم، الهادی، قم، ۱۴۱۳ ق.
- مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، سوم، نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۵ ق.
- مغنیه، محمد جواد، اصول الإثبات فی الفقه الجعفری، اول، دار العلم للملایین، بیروت، ۱۹۶۴ م.
- همو، رویکردی دوباره به اسلام، علی رضا اسماعیل آبادی، اول، شرکت به نشر، مشهد، ۱۳۸۱.
- همو، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، سوم، دار لجواد دار لتیاریت لجدید، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
- همو، فقه الإمام جعفر الصادق (ع) عرض و استدلال، دار لجواد دار لتیاریت لجدید، بیروت، ۱۴۰۴ ق.
- نابینی، محمد حسین، فوائد الاصول، محمد علی کاظمی خراسانی، اول، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۰۹ ق.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، سوم، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۳۶۷.
- وحید بهبهانی، محمد باقر، الفوائد الحائریة، مجمع الفکر الإسلامی، قم، ۱۴۱۵ ق.



مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۰،  
پاییز ۱۳۹۱، ص ۶۳-۳۷

## باز پژوهشی در حجیت ظن مطلق\*

علی بابایی آریا<sup>۱</sup>

دانشجوی دکتری دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ar\_babaei.arya@yahoo.com

عبدالکریم عبد اللهی نژاد

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: abdolahinejhad@um.ac.ir

### چکیده

مسأله‌ی حجیت و عدم حجیت ظن مطلق، اگرچه بارها مورد بررسی و پژوهش بزرگان قرار گرفته است، ولی هنوز به بررسی و پژوهش بیشتر نیازمند است؛ زیرا بررسی‌ها و پژوهش‌های انجام شده، نوعاً بر پیش‌فرض‌هایی مبتنی است که از بررسی و پژوهش بی‌نیاز و مسلم انگاشته شده‌اند، در حالی که فی‌الواقع، اموری مسلم نیستند و به بررسی و پژوهش نیاز دارند.

اصل عدم حجیت ظن و انحصار حجیت ذاتی به قطع، یکی از این پیش‌فرض‌ها است که نگارنده به خود جرأت بازنگری در آن را داده است. وی پس از باز تعریف مفاهیمی بنیادین چون «حجیت» و «علم» و حلّ محذورات قول به اعتبار ظن مطلق، این امکان را یافته است که به حجیت ذاتی ظن، باور یابد و ضمن بررسی ادله‌ی منکرین، از این حقیقت پرده بردارد که آیات، روایات و اقتضائات عقلی، بر خلاف آنچه پنداشته می‌شود، نافی حجیت ظن عقلایی نیست و ظن عقلایی، بالطبع حجّت است.

به این ترتیب، نگارنده، از میان عدم حجیت ظن مطلق و حجیت آن به دلیل انسداد، راه سومی را می‌گشاید و اذعان می‌دارد که در صورت ناتمامی این راه، باید به عدم حجیت ظن مطلق گردن نهاد؛ چرا که دلیل انسداد ناتمام است. با این همه، باید گفت: هدف غایی نگارنده از نگارش این مقاله، نه لزوماً اثبات حجیت ظن مطلق، بلکه گشودن باب پژوهش‌های عمیق‌تر در این باره است.

**واژه‌های کلیدی:** حجیت، ظن، ظن مطلق، حجت ظن مطلق، حجیت ذاتی.

### مقدمه

پژوهش درباره‌ی حجیت ظن مطلق، مقتضی تقدیم چند امر است:

\*. تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۱۱/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۷/۱۹.

<sup>۱</sup>. نویسنده مسئول.

## یکم؛ مراد از حجّیت

حجّیت، اسم مصدر برای حجّت است و حجّت در لغت، از ماده‌ی حجج (جوهری، ۱/ ۳۰۳) و به معنای چیزی است که موجب ظفر در خصومت باشد (فراهیدی، ۱۰/ ۳). ابن اثیر در النهایه حجّت را معادل دلیل دانسته است (ابن اثیر، ۱/ ۳۲۹) ظاهر آن است که اصولیان نیز آن را در همین معنا به کار برده‌اند، ولی ابو هلال در الفروق اللغویه، تفاوت‌هایی را میان آن دو ذکر کرده است (ابوهلال، ۲۳۳) و از برخی کلمات اصولیان نیز برمی‌آید که میان آن دو فرق نهاده‌اند؛ چرا که دلیل را مفید علم و حجّت را مفید ظنّ خاص دانسته‌اند (ابن غازی، ۱۲۱، ۱۲۲)؛ چنان‌که مرحوم مظفر گفته است: حجّت هر چیزی است که متعلّق خود را اثبات کند و به حدّ قطع نرسد؛ و نیز گفته است: حجت هر چیزی است که از چیز دیگر، کاشف و حاکی باشد به نحوی که آن را اثبات کند (مظفر، اصول الفقه، ۱۴/۳).

چنان‌که پیدا است، از این کلام و کلمات مانند آن بر می‌آید که اصولیان، معنای حجّیت را کاشفیت از واقع، به شرط مثبت بودن دانسته‌اند و اگر حجّیت چیزی را نپذیرفته‌اند، به این جهت بوده است که یا آن را مانند شک، کاشف از واقع ندانسته‌اند و یا مانند ظنّ مطلق، کاشف از واقع، لکن غیر مثبت دانسته‌اند.

با این حال، حق آن است که معنای حجّیت، کاشفیت از واقع است و قید «مثبت بودن» برای آن، معنای محصلی ندارد؛ چرا که کشف واقع، عین اثبات آن است و سلب مثبتیت از کاشف ممکن نیست. به عبارت دیگر، بنا بر مذهب حق، کشف واقع، طریقیّت دارد؛ نه موضوعیت، و به هر نحو که حاصل شود، حجّت است و نمی‌تواند حجّت نباشد؛ چرا که واقع از آن حیث که واقع است، نه از آن حیث که مؤدای طریق خاصی است، ملزم است و ملزمیت از آن، قابل انفکاک نیست. از این رو، معقول نیست که چیزی کاشف از واقع باشد ولی حجّت نباشد.

از این جا دانسته می‌شود که حجّیت از مقولات عقلی غیر قابل تخصیص است و از اعتبارات شرعی نیست و می‌توان گفت: حجّیت از مسائل اصولی و مقدّمی است که از طریق عقل دانسته می‌شود و اثبات آن از طریق شرع، مستلزم دور یا تسلسل است.

از این رو، وجه سخن آخوند خراسانی در نهایه النهایه روشن می‌شود که گفته است: و بالجملة، لا بدّ أن تكون الحجیة صادرة من باب العقل و لا محیص عن أن یکون مناخ رحال التكلیف ببابه، فصحّ أن یقال: لیست الحججة إلا القطع أو الظنّ علی الحكومة (آخوند خراسانی،



۴۹/۲). بر این مبنا، می‌توان گفت: تخصیص حجیت نیز مانند نفی آن، نمی‌تواند با شرع صورت پذیرد؛ چرا که حجیت به معنای کاشفیت از واقع، مقوله‌ای حقیقی است و تخصیص آن با مقولات اعتباری ممکن نیست. حاصل آنکه هر چیزی که به نفس خود، کاشف از واقع باشد، حجیت است و هر چیزی که به نفس خود، کاشف از واقع نباشد، حجیت نیست و جعل یا رفع حجیت محال است.

آری، ظاهر، آن است که مراد اصولیان از مثبتیت، معذرت در صورت مخالفت با واقع است، اما حق آن است که در این صورت نیز، قید مذکور، زائد است؛ چرا که اگر مراد از معذرت، معذرت عقلی است، چنین معذرتی لازم کاشفیت است؛ چرا که عقل، عمل بر طبق کاشف را مادامی که مخالفت آن با واقع کشف نشده است، عمل بر طبق واقع می‌داند و عمل بر طبق واقع ذاتاً خوب است و تحت هیچ عنوانی نمی‌تواند بد باشد. از این رو، عقلاً کسی که بر طبق کاشف عمل کرده است، مطلقاً شایسته‌ی سرزنش نمی‌دانند، بلکه کسی را سرزنش می‌کنند که واقع را به نحوی از انحاء کشف، و بر خلاف آن عمل کرده است.

اما اگر مراد از معذرت، معذرت شرعی است، چنین معذرتی برای کاشف، بنا بر قاعده‌ی ملازمه وجود دارد، بلکه چه بسا نمی‌تواند وجود نداشته باشد؛ چرا که سلب معذرت از کاشف، عقلاً قبیح است، بلکه مانند سلب حجیت از قطع، ممکن نیست.

### دوم؛ مراد از ظن

جوهری، ظن را بی‌نیاز از تعریف، و در بسیاری از موارد، معادل علم، دانسته است (جوهری، ۲۱۶۰/۶)، ولی کسانی که آن را تعریف کرده‌اند، آن را نام چیزی دانسته‌اند که از اماره حاصل می‌شود و هرگاه قوت یابد به علم می‌رساند و هرگاه بسیار ضعیف شود از حدّ وهم فراتر نمی‌رود (راغب اصفهانی، ۳۱۷)؛ به عبارت دیگر، ظن رجحان یکی از دو طرف احتمال است؛ بر خلاف شک که عدم رجحان یکی از آن دو است (ابوهلال، ۳۰۳) و این همان معنای اصطلاحی ظن در علوم عقلی است (ملا صدرا ۵۱۸/۴). از این رو، ظن را در کنار یقین، یکی از دو قسم تصدیق دانسته‌اند (مظفر، المنطق، ۱۶) بر خلاف شک که از اقسام تصدیق نیست. این حاصل کلمات کسانی است که ظن را تعریف کرده‌اند؛ اما حق آن است که تعریف ظن جز با تعریف علم ممکن نیست.

علم را در لغت، مصدر (ابن سکیت، ۲۶۸) و نقیض جهل (فراهیدی، ۱۵۲/۲) و به معنای شناخت دانسته‌اند (جوهری، ۱۹۹/۵). بنابراین، علم هر گونه شناختی است که برای انسان در

برابر جهل حاصل می‌شود؛ خواه کم باشد و خواه زیاد؛ خواه خلاف آن محتمل باشد و خواه محتمل نباشد. از این رو، گاهی به ظن نیز علم گفته می‌شود (جوهری، ۶/ ۲۱۶۰). با این وصف، می‌توان گفت که علم، از قبیل اسماء اجناس است که به نحو عام برای موضوع‌له عام وضع شده است و در همه‌ی مراتب خود شایع است.

از این رو، عرف نیز علم را اعمّ از قطع و ظن می‌داند؛ چنان‌که گفته‌اند: العرب تذهب بالظنّ مذهب الیقین (صدوق، من لا یحضره الفقیه، ۱/ ۵۲) و شرع نیز - چنان‌که خواهد آمد - تابع عرف است و در بسیاری از موارد، ظن را علم نامیده است و اصل آن است که این تسمیه حقیقی است. همچنان‌که در معقول و منطوق نیز علم را حضور صورت شیء نزد عقل دانسته‌اند (مظفر، المنطق، ۱۳) که منحصر به قطع نیست، بلکه در وهم نیز وجود دارد؛ چرا که در وهم نیز صورت شیء نزد عقل به نحو ضعیفی حاضر می‌شود، جز آنکه عقل عدم آن را راجح می‌داند. از این رو، علم را به چهار مرتبه‌ی حسّی، خیالی، وهمی و عقلی تقسیم کرده‌اند (همان، ۱۱).

بنابراین، حق آن است که علم، مقسم قطع، ظن، شک و وهم است و قسیم آن‌ها نیست؛ به عبارت دیگر، قطع، ظن، شک و وهم، مراتب علمند؛ همچنان‌که هر یک به نوبه‌ی خود مراتبی دارند؛ مگر شک که مشکک نیست. می‌توان گفت: علم مانند نور است که حقیقتی واحد و دارای درجاتی گوناگون است و گاهی شدّت و گاهی ضعف می‌پذیرد. پس هرگاه ضعیف باشد وهم؛ و هرگاه متوسط در قوّت و ضعف باشد، شک؛ و هرگاه قوی باشد، ظن؛ و هرگاه در نهایت قوّت باشد، قطع است و در هر مرتبه نورانیت دارد و به قدر نورانیت خود، کاشف از واقع است. چه بسا این مراد از نبوی مشهور است که می‌فرماید: «العلم نور یقذفه الله فی قلب من یشاء» و روایتی که در مصادر عامّه است: «إنّما العلم، نور یجعل الله فی القلب» (ابن اُبی حاتم، ۳۱۸۱/۱۰).

به هر حال، مبنای ما آن است که علم، به اقتضای لغت، عرف، شرع و عقل، مطلق انکشاف است و چنان‌که گفتیم حجّیت نیز عین کاشفیت یا لازم عقلی آن است و بر این مبنای می‌توان گفت: علم ذاتاً حجّت است و این صریح و یا ظاهر عبارت برخی از اصولیان (حائری، ۴۲۹، غروی اصفهانی، ۸۱۰)؛ جز آنکه به نظر می‌رسد مراد آن‌ها از علم، خصوص قطع است نه مطلق علم؛ و ظاهر آن است که علم را در معنای قطع به کار برده‌اند (مظفر، أصول الفقه، ۳/ ۲۲). همچنان‌که برخی از آن‌ها به این معنا تصریح کرده‌اند (صدر، ۱۰۶).

برخی نیز غالباً از تعبیر به علم پرهیز کرده‌اند و از حجیت قطع سخن گفته‌اند (أنصاری، فرائد الأصول، ۱/ ۲۹). در این صورت، باید تعبیر آن‌ها را از علم، تعبیری مجازی، یا اصطلاحی مختصّ به آن‌ها دانست که در مقابل معنای لغوی، عرفی، شرعی و عقلی منعقد شده است و یا باید علم را بالمعنی الأعم و بالمعنی الأخص تقسیم کرد و مراد آن‌ها را از آن، دومی انگاشت و در هر حال، مسلّم آن است که مراد آن‌ها از علم، خصوص قطع است؛ نه مطلق علم. آری، از ظاهر کلمات برخی از ایشان بر می‌آید که مرادشان از علم، مطلق انکشاف است و حجیت آن را فطری ضروری می‌دانند (حائری، ۳۴۶) از این رو، تصریح کرده‌اند که ظن، بنا بر حجیتش به ذات خود، مانند علم است (همان، ۴۲۹)، ولی بعید به نظر می‌رسد که اینان به ظاهر کلام خود یا لازم آن ملتزم بوده باشند.

#### سوم؛ مراد از مطلق

ظنّ مطلق در برابر ظنّ مقید یا خاص، به معنای طبیعت ظن است؛ قطع نظر از اینکه با سبب خاصی حاصل شده باشد، یا با مطلق سبب. مراد اصولیان از سبب خاص، دلیلی ظنی است که دلیلی قطعی بر حجیت آن نزد شارع رسیده است.

#### تحریر محلّ نزاع

ظاهر آن است که میان اصولیان خلافی نیست در اینکه اصل اولی در ظن، مطلقاً عدم حجیت است و خروج هر ظنی از تحت این اصل، نیازمند دلیل قطعی است؛ چنان‌که محقّق بهبهانی در حاشیه‌ی خود بر مجمع الفائدة و البرهان به این اجماع اشاره کرده است (وحید بهبهانی، ۴۵۹) و فاضل نراقی به آن تصریح نموده و گفته است: «لا خلاف بین علماء الفرقه المحقّقه فی أنّ الأصل الابتدائی عدم حجیة الظنّ مطلقاً و لا يجوز التمسک بظنّ ما لم یکن برهان قطعی و دلیل علمی علی حجیته» (نراقی، ۳۵۶).

هر چند از ظاهر این کلام بر می‌آید که مراد از اصل عدم، دلیل عقل است؛ ولی پوشیده نیست که دلالت عقل بر اصالت عدم، از باب استصحاب است و در موردی جریان می‌یابد که مسبوق به عدم باشد؛ بر خلاف دلالت عقل بر عدم، که لزوماً از باب استصحاب نیست و می‌تواند حکمی مستقل باشد. در حالی که حجیت ظن، اگر مقتضای طبیعت آن و از قبیل حجیت قطع باشد، مسبوق به عدم نیست و اصل، ثبوت آن است؛ مگر بنا بر قول به استصحاب عدم ازلی که قولی بر خلاف تحقیق است.

آری، در صورتی که حجیت ظن، عقلی نباشد و به اعتبار شرع پیدا شده باشد، اصل، عدم آن است؛ بل انصاف آن است که مراد اصولیانس از اصل عدم حجیت ظن، می‌تواند قاعده‌ی ارتکازی مستفاد از ادله‌ی شرعی باشد و نه استصحاب عقلی عدمی؛ جز آنکه برخی از آنان، اصل عدم حجیت ظن را ذاتی شمرده‌اند. از ظاهر کلام صاحب هدایه بر می‌آید که حجیت ذاتی ظن نیز، قائلانی داشته است (إصفهانی، ۳/ ۳۲۵) و روشن است که ذاتی و غیرذاتی از مقولات عقلی است و نه شرعی و با این وصف، نمی‌تواند مستفاد از ادله‌ی شرعی باشد.

از این‌جا دانسته می‌شود که اصل عدم حجیت ظن، می‌تواند در محلّ نزاع داخل باشد، بلکه از برخی عبارات فاضل نراقی بر می‌آید که نزاع در آن واقع شده است؛ چرا که وی از برخی علمای معاصر خود نقل کرده است که گفته‌اند: اصل در زمان غیبت، حجیت مطلق ظن است (نراقی، ۳۵۵). هر چند از تخصیص اصل به زمان غیبت بر می‌آید که مراد آن‌ها از آن، اصل ثانوی بوده است؛ چرا که اگر عدم حجیت ظن پیش از غیبت را بپذیریم، تردیدی نیست که اصل اولی در زمان غیبت، عدم حجیت است.

به هر حال، آنچه جا برای نزاع در مسأله باقی می‌گذارد، این است که ظن، از آن حیث که ترجیح ثبوت چیزی در واقع است، بهره‌ای از کاشفیت ذاتی دارد و به قدر کاشفیت خود، محرک به سوی واقع است و به همین جهت، شایسته نیست عدم حجیت آن، بی‌نیاز از دلیل دانسته شود.

شاید به همین دلیل است که بسیاری از اصولیان، هنگام سخن گفتن درباره‌ی عدم حجیت ظن، ادله‌ای از کتاب و سنت ذکر کرده‌اند و ظاهر کلامشان آن است که به این ادله استناد داشته‌اند، تا حدی که دور نیست، اجماع آن‌ها بر اصل مذکور، مستند به این ادله باشد؛ در حالی که روشن است اگر اصل، عدم حجیت ظن باشد، استدلال برای آن وجهی ندارد؛ مگر آنکه مراد آن‌ها از اصل، قاعده‌ی مستفاد از ادله‌ی شرعی باشد که در این صورت، استنادشان به کتاب و سنت وجیه، ولی بی‌فائده خواهد بود؛ چرا که اصل با این معنا، دلیلی مستقل در عرض کتاب و سنت نیست، بلکه حکمی اجتهادی و استنباطی است که مانند هر حکم اجتهادی و استنباطی دیگر، قابل نقد و بررسی است.

همچنین، میان اصولیان خلافی نیست در اینکه باب علم قطعی برای کسانی که در زمان ائمه (ع) می‌زیستند، مفتوح بود و از این رو، ظن برای آنان حجیت نداشت. گواه این مطلب، آن است که هر کس قائل به حجیت ظن شده است، به انسداد باب علم برای اهل غیبت استناد

کرده است و انفتاح باب علم را برای اهل حضور، مسلّم دانسته است؛ در حالی که اگر اصل، حجّیت ظنّ باشد، اختصاصی به زمان غیبت ندارد و شامل عصر حضور هم می‌شود؛ مگر آنکه منظور، عدم حجّیت ظنّ در صورت امکان تحصیل قطع باشد که مورد تردید، بلکه منع است؛ چرا که ظنّ اگر حجّت باشد، تا زمان حصول قطع حجّت است و با حصول قطع، ظنّی باقی نمی‌ماند تا حجّت باشد، نه اینکه باقی می‌ماند و حجّت نیست.

وانگهی، اگر مراد آن‌ها از علم، یقین به حکم و عدم احتمال خلاف باشد، باب آن برای اهل حضور هم مطلقاً مفتوح نبوده است؛ چرا که معلوم است دلالت کلام معصوم (ع) بر حکم، از باب ظهور و ظنّی است و هرگاه از باب نص باشد نیز، احتمال صدور آن از باب تقیه وجود دارد؛ به عبارت دیگر، قطعی نبودن احکام، صرفاً از جهت قطعی نبودن صدور اخبار نیست تا اختصاص به اهل غیبت داشته باشد، بلکه از جهات دیگری چون دلالت و جهت صدور اخبار نیز هست و این جهات، میان اهل غیبت و حضور مشترک است.

آری، در صورتی که خبری از نوع نص و محفوف به قرائن قطعی دالّ بر عدم تقیه باشد، باب قطع در خصوص آن برای مشافه مفتوح، و برای غیر مشافه مسدود است؛ ولی پوشیده نیست که چنین موردی اگر باشد، بسیار اندک است.

افزون بر آنکه غیر مشافه، اعمّ از اهل غیبت و حضور است و شامل کسانی از اهل حضور نیز می‌شود که مخاطب نصّ محفوف به قرائن قطعی نبوده‌اند؛ چرا که صدور خبر برای آن‌ها مانند صدور آن برای اهل غیبت، قطعی نبوده است.

افزون بر آنکه امکان عملی دسترسی بسیاری از آن‌ها به معصوم (ع) معلوم نیست، بلکه معلوم خلاف آن است؛ چرا که به طور حتم بسیاری از آن‌ها به دلیل بُعد مسافت و خوف از ظلمه و مانند آن، استطاعت دسترسی به معصوم (ع) را نداشته‌اند و احیاناً هیچ‌گاه نیز به حضور وی نرسیده‌اند؛ بلکه از ظاهر آیه‌ی نفر بر می‌آید که رسیدن به محضر معصوم (ع)، بر همه‌ی آن‌ها واجب نبوده است و با این وصف، وجهی ندارد که وظیفه‌ی آن‌ها با وظیفه‌ی اهل غیبت، متفاوت باشد.

از این‌جا دانسته می‌شود که اصل دلیل انسداد، محلّی از اعتبار ندارد؛ چرا که بنا بر آنچه گفتیم، باب قطع در عصر حضور مفتوح نبود تا در عصر غیبت منسد شده باشد و معلوم است که انسداد و انفتاح این باب، از باب عدم و ملکه است.

آری، در صورتی که باب علم قطعی را در عصر نبوی با توجه به انتفای خوف و تقیه و اجتماع مسلمانان در مدینه و محضر پیامبر (ص) مفتوح بدانیم، می‌توانیم بگوییم که باب آن، پس از آن حضرت منسد شد می‌توان گفت: باب علم قطعی، در سقیفه منسد شد، هنگامی که باب خانه‌ی علی را بستند. این از فوائد کلام رسول خدا (ع) است که فرمود: «أنا مدینه العلم و علی بابها فمن أراد المدینه فلیأت الباب» (حاکم نیشابوری، ۱۲۶/۳)؛ چه آنکه از آن زمان، خوف و تقیه و انتشار در بلاد آغاز شد و میان مردم و اهل بیت (ع) جدایی افتاد. به هر حال، مسلم آن است که حکم ظن برای اهل غیبت و حضور یکسان است؛ به این معنا که اگر ظن حجّت باشد برای هر دو حجّت است و اگر حجّت نباشد برای هیچ یک حجّت نیست و تفصیل میان آن دو - که عموماً مرتکب شده‌اند - وجهی ندارد.

#### امکان حجّیت ظنّ مطلق

از ابن قبه نقل شده است که تعبّد به ظن مطلقاً غیر ممکن است (ابن زین الدین، ۱۸۹) ولی سایر اصولیان عموماً امکان آن را پذیرفته‌اند و محلّ نزاع را وقوع آن دانسته‌اند. ظاهر آن است که در امکان تعبّد به ظن، چه به معنای امکان عقلایی (انصاری، فرائد الأصول، ۱/۱۰۶) و چه به معنای امکان احتمالی (خمينی، ۱۳۰/۲)، تردیدی نیست؛ چرا که عبادت مولی تابع امر او است و امر او از امور اعتباری است که می‌تواند بر قطع معلق باشد و می‌تواند بر ظن معلق باشد؛ بلکه در اموری که تحصیل قطع متعذّر است و نمی‌تواند بر قطع معلق باشد، گریزی از تعلیق بر ظن نیست. لذا، از برخی نقل شده است که ایجاب تعبّد به ظن، بر خداوند واجب و ترک آن بر او قبیح است (انصاری، فرائد الأصول، ۱/۱۲۳).

تردید در وقوع تعبّد ظن نیز - که از سید مرتضی، ابن زهره، ابن براج و ابن ادریس نقل شده است (ابن زین الدین، ۱۸۹) - روا نیست؛ مگر بنا بر مبنای اخباریانی که مطلق اخبار را مفید قطع می‌دانند (استرآبادی، ۱۴۵؛ بحرانی، ۱/۱۴)؛ چرا که بنا بر این مبنای، عملاً نیازی به حجّیت ظن نیست و حجّیت اخبار به دلیل حجّیت قطع است، ولی ظاهر آن است که منکران وقوع تعبّد به ظن، این مبنا را نپذیرفته‌اند؛ سید مرتضی در الذریعه فصلی را به این موضوع اختصاص داده است که خبر واحد مفید قطع نیست (سید مرتضی، ۵۱۷/۲).

با این حال، حق آن است که اگر حجّیت ظن مقتضای ذات آن و از قبیل حجّیت قطع باشد، تعبّد به آن ممکن نیست؛ چرا که در این صورت، حجّیت آن با جعل شارع نیست تا تعبّد

به آن ممکن باشد. از اینجا، خطای سخن برخی همچون ابن سربج روشن می‌شود که تعبّد به ظن را عقلاً واجب دانسته‌اند (طوسی، عدّه الأصول، ۲۸۹/۱) چرا که اگر حجیت ظن، عقلی باشد، عمل بر طبق آن تعبّد نیست و امر شرعی به آن - که مستمسک مشهور برای حجیت ظن خاص است - ارشادی است.

به هر حال، تردیدی نیست که اگر حجیت، به معنای کاشفیت قطعی از واقع باشد، حجیت ظن ممکن نیست؛ چرا که چنین کاشفیتی، با ماهیت ظن، در تضاد است؛ اما اگر حجیت، به معنای کاشفیت قطعی از تکلیف ولو در ظاهر باشد، به نحوی که عمل بر طبق آن در صورت مخالفت با واقع، عذرآور باشد، حجیت ظن ممکن است؛ روشن است که تکلیف ظاهری نیز در عنوان خود، واقعیت دارد.

حق آن است که حجیت، مطلق کاشفیت از واقع است و از این رو، علم، مطلقاً حجّت است؛ زیرا کاشفیت که ذاتی علم و مقتضای طبیعت آن است، در همه‌ی مراتب آن وجود دارد و روشن است که محرکیت از کاشفیت منفک نیست؛ به عبارت دیگر، آنچه ذاتاً حجّت است، علم بالمعنی الأعم است که در ظن و حتی وهم نیز وجود دارد؛ چرا که گفتیم: ظن، شک و وهم، اقسام علمند نه قسیم‌های آن. قسیم آن‌ها قطع است که خود از اقسام علم است و از آنجا که علم ذاتاً حجّت است، هر یک از اقسام آن به قدر کمال خود، حجیت دارند و محرک به سوی معلومند. با این تفاوت که در وهم، ظن به خلاف وجود دارد و چون کاشفیت ظن، از وهم بیشتر است، تحریک بیشتری به سوی خلاف موهوم حاصل می‌شود و تحریک وهم را بی‌اثر می‌سازد؛ لذا عدم محرکیت وهم، به سبب محرکیت ظن است که برای تحرک نفس کافی است؛ تا جایی که روایت شده است: «[الإنسان] تغلبه نفسه علی ما یظنّ و لا یغلبها علی ما یتیقن» (ابن شعبه، ۱۵۷).

اما در شک، از آنجا که ظنی وجود ندارد، حرکتی نیست و در ظن، چون ظنی به خلاف آن نیست تا آن را از محرکیت بیندازد، مانعی برای حرکت وجود ندارد و روشن است که وهم نمی‌تواند مانع محرکیت ظن باشد؛ چرا که وهم، ضعیف‌تر از ظن است و ممکن نیست بتواند راه آن را سد کند.

از این رو، خطای کسانی روشن می‌شود که وهم را مانع از حجیت ظن پنداشته‌اند؛ چرا که وهم، همان طور که نمی‌تواند محرکیت داشته باشد، نمی‌تواند مانعیت داشته باشد و منع حجیت ظن با تمسک به وهم، معقول نیست، بلکه افتادن در چاه از بیم چاله است. از اینجا

است که عقلاً عموماً بر طبق ظن عمل می‌کنند و به وهم خود، ترتیب اثر نمی‌دهند، بلکه عامل بر طبق ظن را در صورت کشف خلاف نکوهش نمی‌کنند و عامل بر طبق وهم را از آن جهت نکوهش می‌کنند که به ظن خود ترتیب اثر نداده است و این از مؤیدات حجیت عقلی ظن است.

اگر گفته شود: عقلاء در امور بسیار مهم به ظن بسنده نمی‌کنند، می‌گوییم: چنین مدّعیایی ثابت نیست؛ چرا که اگر مراد از امور بسیار مهم، امور مربوط به دماء و فروج است، شکی نیست که آن‌ها در این گونه امور بر پایه‌ی شهادت و امارات قضاوت می‌کنند و به احتمال عقلی خلاف، وقعی نمی‌نهند و این به اهل اسلام، اختصاص ندارد؛ و اگر مراد، امور مربوط به عقائد است، شکی نیست که بسیاری از عقائد آن‌ها بر پایه‌ی ظن است.

وانگهی، اگر واقعاً اموری باشد که در آن‌ها به ظن بسنده نمی‌کنند، به خاطر امکان تحصیل قطع در آن امور است نه عدم حجیت ظن در آن‌ها.

با این وصف، می‌توان گفت که حجیت ظن، همان طور که توسط شارع جعل نشده است، توسط شارع، قابل رفع نیست؛ به این معنا که امکان ندارد شارع از عمل بر طبق آن، منع، و به عمل بر طبق وهم امر نماید.

آری، شارع، می‌تواند از حصول ظن، از برخی اسباب، جلوگیری کند، مانند نهی تکلیفی از قیاس که هرگاه ترک شود، ظنی به وجود نمی‌آید؛ نه اینکه به وجود می‌آید و حجّت نیست. لذا، اگر کسی مرتکب قیاس شود و ظن به حکم پیدا کند و بر طبق آن عمل نماید و بر خلاف واقع باشد، از آن جهت، مستحقّ عقاب است که مرتکب قیاس حرام شده است، نه از آن جهت که به ظن خود عمل کرده است. از این رو، در صورتی که قیاس او به واقع اصابت کند نیز مستحقّ عقاب خواهد بود؛ چرا که در هر حال، مرتکب حرام شده است.

با این وصف، نباید گفته شود: ملاک تحریم قیاس چیزی جز عدم حجیت ظن نبوده است؛ چرا که می‌گوییم: این ملاک عیناً در امارات نیز موجود است و کسی مدّعی نیست که آن‌ها موجب چیزی بیشتر از ظن می‌باشند.

بنابراین، ممکن است ملاک تحریم قیاس، سدّ ذریعه‌ی استغناء از رجوع به معصوم (ع) در صورت تمکّن از آن بوده باشد که عامّه به آن دچار آمده‌اند؛ والله تعالی یعلم.



### محدورات حجیت ظن مطلق و لوازم آن

از آنچه گفتیم، آشکار می‌شود که قول به حجیت ظن مطلق، عقلاً ممکن است، به نحوی که اگر محذوری برای آن نباشد، التزام عملی به آن دشوار نیست؛ ولی ظاهر آن است که برای این قول محدوراتی وجود دارد:

اول اینکه قول به عدم حجیت ظن، از چنان شهرتی برخوردار است که قول به خلاف آن، کار دشواری است، بلکه شاید قول به خلاف آن، مورد اجماع باشد که در این صورت، کار دشوارتر خواهد بود؛

دوم اینکه عمل بر طبق ظن مطلق، خلاف احتیاط است و از آنجا که ضابطه‌ای ندارد، باب هرج و مرج را در دین می‌گشاید؛

سوم اینکه قول به حجیت ظن مطلق، اگر چه در مقام نظر و من حیث الدلیل ممکن باشد، قابل التزام عملی نیست؛ چرا که التزام به آن در عمل، بر همه‌ی فقه تأثیر می‌نهد، بلکه مستلزم فقه جدیدی است؛ همچنان‌که ساختار اصول فقه را دگرگون می‌کند و اصول جدیدی بر می‌سازد.

با این حال، حق آن است که قول به حجیت ظن مطلق در عمل نیز ممکن است؛ چرا که ظن، یکی از دو دست انسان در زندگی دنیا است و قطع آن، عسر و حرج بسیاری برای او پیش می‌آورد. به ویژه که دست دیگر او قطع، چنان قطع است که به بسیاری از جاها نمی‌رسد و پاسخگوی همه‌ی نیازهای او نیست.

وانگهی، ظاهر آن است که اجماع بر عدم حجیت ظن مطلق، ثابت نیست و مخالف در مسأله وجود دارد؛ بلکه از کسانی چون سید مرتضی و علامه، اجماع بر حجیت ظن مطلق در مورد انسداد نقل شده است (أنصاری، مطارح الأنظار، ۲۵۴).

گذشته از آنکه، اجماع، به فرض اعتبارش در فروع فقه، در اصول فقه، معتبر نیست و استناد به آن در این قبیل مسائل وجهی ندارد؛ به ویژه هرگاه، مدرکی، و مستند به آیات و روایات باشد؛ چنان‌که در اینجا همین گونه است.

اما اینکه قول به حجیت ظن مطلق بر خلاف احتیاط باشد، درست نیست؛ بلکه چه بسا قول به خلاف آن بر خلاف احتیاط باشد؛ چرا که عمل نکردن بر طبق ظن، عمل کردن بر طبق وهم است و عمل کردن بر طبق وهم، مخالفت بیشتری با احتیاط دارد. توضیح آنکه عقل عمل کردن بر طبق وهم را لازم یا عین عمل نکردن بر طبق ظن می‌داند و عرف نیز میان آن دو فرقی

نمی‌گذارد و با این وصف، کسی که به ظن خود ترتیب اثر نمی‌دهد، عقلاً و عرفاً بر خلاف احتیاط عمل می‌کند.

آری، در موردی که امکان تحصیل قطع وجود دارد، عرف، عمل کردن بر طبق ظن را خلاف احتیاط می‌داند؛ چرا که در این مورد، عمل کردن بر طبق ظن را عمل نکردن بر طبق قطع می‌پندارد؛ نه عمل نکردن بر طبق وهم. هر چند نزد عقل، امکان تحصیل قطع برای عمل نکردن بر طبق ظن کافی نیست و عمل بر طبق ظن تا زمان حصول قطع، واجب است. وانگهی، شک، موضوع اصول عملی است و اصل عملی احتیاط، در مورد ظن جاری نمی‌شود؛ چرا که ظن مطلقاً حاکم بر آن است.

اما اینکه التزام به حجیت ظن مطلق، ضابطه ندارد و باب هرج و مرج را می‌گشاید، درست نیست؛ چرا که ظن مطلق، درآمد عقل است و عقل، خود بهترین ضابطه است؛ زیرا، عقل، نخستین آفریده‌ی خدا (صدوق، الخصال، ۵۸۹) و حجت باطن (کلینی، ۱۶/۱) و رسول حق (لیثی، ۲۷) و استوارترین مبنا (همان، ۳۵) و مرکب علم (همان، ۳۰) و دین انسان (صدوق، الأمالی، ۳۱۲) و ملاک ثواب و عقاب (کلینی، ۱۰/۱) و دوست مؤمن است (برقی، ۱۹۴/۱) که هرگاه، از او خیر خواهد، هیچ به او خیانت نمی‌کند (سید رضی، حکمت ۲۸۱). از این رو، فرموده‌اند: «استرشدوا العقل ترشدوا و لا تعصوه فتندموا» (مجلسی، ۹۶/۱).

روشن است که چنین عقلی، برای تحصیل ظن ضوابطی دارد و این ضوابط برای جلوگیری از هرج و مرج کافی است؛ و روشن است که مراد از ظن صرفاً ظن عقلایی است؛ نه آنچه به تعبیر قرآن، ظن جاهلی است (آل عمران: ۱۵۴).

وانگهی، ظن مطلق از حیث ماهیت، با ظن خاص فرقی ندارد و اگر عمل بر طبق ظن مطلق، مستلزم هرج و مرج باشد، عمل بر طبق ظن خاص نیز مستلزم هرج و مرج خواهد بود. آری، انصاف آن است که التزام به ظن، مستلزم اختلاف اقوال و اعمال است، ولی این اختلاف، به ظن مطلق، اختصاص ندارد و در ظن خاص نیز مشهود است؛ چرا که اختلاف مجتهدان و مذاهب فقهی، بیش از هر چیز، بر تمسک آنان به ادله‌ی ظنی مبتنی است و این اختلاف، میان مجتهدان و مذاهب شیعه که عمل بر طبق ظن مطلق را جایز نمی‌دانند، کمتر از مجتهدان و مذاهب عامه نیست که عمل بر طبق ظن مطلق را جایز می‌دانند؛ از این رو، اگر مراد از هرج و مرج، همین اختلاف است، روشن است که از آن گریزی نیست؛ چرا که آن از پیامدهای درگذشت رسول خدا (ص) است و جز با رجعت آن حضرت قابل رفع نیست؛ و الله

أعلم.

اما اینکه قول به حجیت ظن مطلق مستلزم فقه جدیدی باشد، مسلم نیست؛ چرا که فقه موجود، بر پایه‌ی ظن خاص استوار می‌باشد و روشن است که ظن خاص، با ظن مطلق، مخالف نیست، بلکه از اقسام آن است؛ چرا که بنا بر قول به حجیت ظن مطلق، ظن خاص، خصوصیتش را از دست می‌دهد.

آری، در مواردی که ظن خاصی وجود ندارد و به مقتضای اصول عملی فتوا داده می‌شود، هرگاه اصول عملی، بر خلاف ظن مطلق باشند، به مقتضای ظن مطلق، رجوع می‌شود؛ چرا که در این موارد، ظن مطلق بر اصول عملی حاکم است. بنابراین، هرگاه، مثلاً، ظن به حرمت تدخین، با اصل اباحه‌ی آن معارض باشد، جانب ظن گرفته می‌شود.

حق آن است که اصول عملی در موردی که ظنی موجود است جریان نمی‌یابند تا با آن معارض باشند؛ لذا جریان اصول عملی، به مواردی محدود می‌شود که مطلقاً ظنی وجود ندارد و این با ظاهر کلمات اصولیان سازگار به نظر می‌رسد؛ چرا که آن‌ها شک در تکلیف یا مکلف به را موضوع اصول عملی قرار داده‌اند. ظاهر آن است که مرادشان از شک، غیر ظن است؛ اما واقع آن است که مرادشان، اعم از شک و ظنی است که غیر معتبر شمرده‌اند؛ چنان‌که برخی از آن‌ها به این مطلب تصریح کرده‌اند (أنصاری، فرائد الأصول، ۱۱/۲).

### شک، موضوع اصول عملی

رجوع به ادله‌ی اصول عملی نشان می‌دهد که شک، موضوع اصول عملی است. اصول عملی هنگامی جریان می‌یابند که مکلف نسبت به تکلیف یا مکلف به، حقیقتاً شک داشته باشد، به این معنا که هیچ یک از دو طرف ممکن را بر دیگری ترجیح ندهد و مطلقاً متحیر باشد. از آنجا که در این حالت، از یک سو بقای بر تحیر مخل است و جایز نیست، و از سوی دیگر، ترجیح بلا مرجح امکان ندارد، عقل و شرع مرجحاتی را با نام اصول عملی پیش می‌نهند تا مکلف با تمسک به آن‌ها از حالت شک خارج شود و به یک طرف ظن پیدا کند و وقتی ظن پیدا شد، عمل به دنبال آن می‌آید؛ چرا که گفتیم ظن، کاشفیت و محرکیت ذاتی دارد و پس از حصول آن، نیازی به محرک دیگر نیست.

از اینجا روشن می‌شود که اعتبار اصول عملی، به این سبب است که نوعاً موجب ظن می‌شوند نه اینکه تعبّدی باشند؛ چرا که تعبّدی بودن بر خلاف اصل است و نیاز به دلیل دارد و

روشن است که تمسک به این قبیل اصول، عقلایی است و اختصاصی به شرع ندارد، بلکه شرع آن را امضا کرده است نه تأسیس؛ لذا، همه‌ی عقلا با هر عقیده و در هر زمان و مکانی، اصل را بر براءت می‌دانند تا آن‌گاه که دلیلی بر خلاف آن حاصل شود و چیزی را باقی می‌دانند که در گذشته به وجود آن یقین داشته‌اند تا آن‌گاه که از عدم آن آگاهی یابند، و در برخی موارد احتیاط، و در برخی دیگر تخییر جاری می‌کنند. همه‌ی این کارها را به هنگام شک و برای خروج از بلا تکلیفی انجام می‌دهند؛ لذا در صورت ظن، اصلاً توقّف نمی‌کنند تا نیاز به محرک داشته باشند و تکلیف‌شان معلوم است.

رجوع به روایات به ویژه روایات مربوط به اصول عملی نیز، به خوبی نشان می‌دهد که شک در لسان شارع به همان معنای لغوی و عرفی به کار رفته است و شامل ظن نمی‌شود. برای نمونه، در صحیح‌هی علی بن جعفر آمده است: «سألته عن رجل یتکئ فی المسجد فلا یدری نام أم لا، هل علیه وضوء؟ قال: إذا شک فلیس علیه وضوء» (علی بن جعفر، ۲۰۵).

چنانکه پیدا است، واژه‌ی شک، در کلام امام (ع)، به حالت مذکور در سؤال ناظر است و حالت مذکور، آن است که فرد متطهر، لا یدری نام أم لا؛ نمی‌داند خوابیده است یا نه. ظاهر آن است که او هیچ یک از این دو احتمال را بر دیگری ترجیح نمی‌دهد؛ نه اینکه ظن به وقوع یکی از آن دو دارد. با این وصف، پوشیده نیست که شک مذکور، مجرای استصحاب طهارت است و امام (ع) نیز، بر پایه‌ی همان پاسخ داده است.

همین طور است صحیح‌هی دیگر او که می‌گوید: «سألته عن رجل یصلی الفجر فی یوم غیم أو فی بیت و أذن المؤذن و قعد فأطال الجلوس حتی شک فلم یدر هل طلع الفجر أم لا، فظن أن المؤذن لا یؤذن حتی یطلع الفجر، قال: أجزاء أذانه» (همان، ۲۳۱). در اینجا نیز واژه‌ی شک، به «لم یدر هل طلع الفجر أم لا» تفسیر شده است که تحیر میان حدوث و عدم، و عدم ترجیح یکی از آن دو بر دیگری است.

به علاوه، پاسخ امام (ع) مقتضی حجّیت ظن مطلق و حکومت آن بر اصل عملی است؛ چرا که اجزاء اذان مؤذن، به سبب ظن به تقارن آن با طلوع فجر است و این جز با حجّیت مطلق ظن سازگار نیست.

ادّعی این‌که ظن مذکور، خاص است به این دلیل مردود است که حجّیت خبر احد نزد قائلان به آن، به وثاقت مخبر مقید است، در حالی که کلام امام (ع) مطلق است و به وثاقت مؤذن مقید نیست.

وانگهی، پوشیده نیست که در مورد مذکور، یقین سابق وجود دارد و شک در بقای آن، مجرای استصحاب است، در حالی که کلام امام (ع) صریح در عدم جریان آن به سبب وجود ظن است و این چیزی جز حکومت ظن مطلق بر اصل عملی نیست.

همچنان که در مناظره‌ی ابی عبد الله (ع) با زندیق، واژه‌ی شک، در همین معنا این به کار رفته است، آنجا که خطاب به او می‌فرماید: «فأنت من ذلک فی شکّ فلعلّه هو و لعلّه لیس هو» (کلینی، ۷۳/۱)؛ و در صحیح‌ه‌ی عبدالله بن سنان، آن حضرت می‌فرماید: «من شکّ فی الله و فی رسوله فهو کافر» (برقی، ۸۹/۱) واژه‌ی شک، در همین معنا به کار رفته است؛ چرا که ظاهر از آن، کسی است که در خدا شک دارد؛ به این معنا که نمی‌داند خدا هست یا نیست و در رسول خدا (ص) شک دارد؛ به این معنا که نمی‌داند رسول خدا (ص) هست یا نیست.

روشن است که چنین کسی اگر به یک طرف ظن پیدا کند، از شک خارج، و به تصدیق یا تکذیب داخل می‌شود؛ هر چند کمال ایمان در یقین، و کمال کفر در جحود است.

اما آنچه از وصیت مفضل نقل شده است که ابو عبدالله (ع) فرمود: «مَنْ شکّ أَوْ ظنَّ فَأَقَامَ علی أحدهما أحبّ الله عمله، إنَّ حِجَّةَ الله هی الحِجَّةُ الواضحة» (کلینی، ۴۰۰/۲)، جدای از آنکه مرسل و فاقد إسناد است، با آنچه گفتیم منافاتی ندارد؛ چرا که اولاً، با حرف «أو» ظن را از شک جدا کرده است و این خود حاکی از مغایرت آن دو در ماهیت است.

ثانیاً، ظاهر از آن، شک و ظن در اصول عقاید است که «حجّت واضحه» - یعنی: قطع - در آن‌ها وجود دارد؛ نه احکام عملی که «حجّت واضحه» در غالب آن‌ها وجود ندارد.

نباید گفته شود که از «أحبّ الله عمله» بر می‌آید که منظور، احکام عملی، و نه اصول عقاید است؛ چرا که معلوم است کاستی در اصول عقائد، موجب حبط اعمال می‌شود و این، صریح قول خداوند است که می‌فرماید: «لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ» (زمر: ۶۵).

ثالثاً، ممکن است مراد از ظن، ظن به عدم وجود خداوند باشد که وهم به وجود او و خروج از تصدیق است، نه ظن به وجود او که تصدیق به شمار می‌رود و از مراتب ایمان است. از مجموع آنچه گفتیم دانسته می‌شود که شک، موضوع اصول عملی، و ظن، غایت، آن است و داخل کردن غایت در موضوع، وجهی ندارد و بر خلاف مقتضای عقل و نقل است.

### بررسی ادله‌ی عدم حجیت ظن مطلق

ادله‌ی عدم حجیت ظن مطلق، در چهار محور قابل بررسی است:

**یکم؛ اصل**

گفتیم که اگر اصل، عدم حجیت ظن باشد، برای اثبات آن به ذکر دلیل نیازی نیست، در حالی که بسیاری از قائلان به عدم حجیت ظن، برای اثبات آن ادله‌ای ذکر کرده‌اند و شایسته نیست که این کار آن‌ها بی‌هوده و نابه‌جا دانسته شود. ظاهر آن است که آن‌ها به این ادله استناد داشته‌اند و به استناد این ادله قائل به عدم حجیت ظن شده‌اند. چه بسا اصل عدم حجیت ظن را نیز با نظر به این ادله عنوان کرده‌اند؛ چنان‌که صاحب معالم، عموم آیات ناهی از اتباع ظن را حجّت نافی بر شمرده است (ابن زین الدین، ۱۹۴) و مرحوم مظفر در اصول الفقه نیز اصل عدم حجیت ظن را مقتضای آیات دانسته است (مظفر، صول الفقه، ۱۸/۳) در حالی که این بر خلاف قاعده در اصول است؛ چرا که اصل عدم، از اصول عقلی است و نمی‌تواند به اقتضای نقل، تأسیس شود، بلکه تأسیس چنین اصلی با استناد به آیات، معنا ندارد.

بنابراین، حق آن است که ظاهر این آیات، برای اصولیان، ارتکازی ایجاد کرده است که آن‌ها را از تأمل در مسأله بازداشته است. اصل عدم حجیت ظن، چیزی جز ارتکاز آن‌ها نیست و می‌توان گفت: منظور اصولیان از اصل بودن عدم حجیت ظن مطلق، مسلم بودن آن بر اساس آیات قرآن، به معنای متسالم بودن آن، و عدم وجود خلاف است؛ در حالی که اصل با این معنا به کار ما نمی‌آید و مهم، اصل عقلی اولی است. ضمن آنکه اصل با این معنا نیز ثابت نیست؛ چرا که خلاف در مسأله، خلاف وجود دارد و آیات قرآن برای نفی حجیت ظن کافی نیست.

**دوم؛ آیات**

حق آن است که آیات قرآن در صورتی برای نفی حجیت ظن به کار می‌آیند که از قبیل نص و به گونه‌ی ارشادی باشند، در حالی که از قبیل ظاهرند و حجیت ظن نیز عقلی است و از این رو، انتفاء آن با آیات ظنیّ الدلاله مشکل است.

توضیح آنکه، احکام عقلی از دسترس اعتبار خارجند و از این رو، قابل انتفاء با احکام نقلی نیستند.

وانگهی، آیاتی که برای نفی حجیت ظن مورد استناد قرار گرفته‌اند، خود از حیث دلالت ظنیّ است و معلوم است که نفی حجیت ظن با ظن ممکن نیست؛ از این رو، برخی از معاصرین، اقرار کرده‌اند که آیات مذکور، نمی‌توانند دلیل بر عدم حجیت ظن باشند (مکارم شیرازی، ۴۰۴/۶).

اگر گفته شود: ظن حاصل از ظاهر آیات، ظن خاص است و به وسیله‌ی آن، ظن مطلق

نفی می‌شود، می‌گوییم: این عین مدعا و اول کلام است.

گذشته از آنکه گفتیم حجیت از مقولات عقلی غیر قابل تخصیص است و ظن، یا مطلقاً حجّت است، یا مطلقاً حجّت نیست؛ چنان‌که لحن آیات مذکور، خصوصاً آیاتی چون «إِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً» (یونس: ۳۶، نجم: ۲۸) به گونه‌ای است که آبی از تخصیص است، تا جایی که انصافاً در صورت تمامیت دلالت آن‌ها و امکان تعبد، ظن، مطلقاً حجّت نیست.

از اینجا دانسته می‌شود که در صورت مذکور، این سخن اخباریان صحیح است که قائل به عدم حجیت ظن هستند؛ و تبعاً این سخن اصولیان صحیح نیست که قائل به حجیت ظن خاص هستند، صحیح نیست و در غیر این صورت نیز، سخن اصولیان صحیح نخواهد بود؛ چرا که وقتی دلالت آیات بر عدم حجیت ظن، ثابت نباشد، عمومی برای آن‌ها ثابت نمی‌شود تا تخصیص آن معنا داشته باشد.

وانگهی، در صورت ثبوت عموم و امکان تخصیص، بعید نیست تخصیص آن به نحوی که مرتکب شده‌اند، تخصیص کثیر باشد که قبیح است.

به هر حال، انصاف آن است که ظن، در بسیاری از آیات که آن را نکوهش کرده‌اند، در معنای شک، به کار رفته است، نه ظن مصطلح؛ به اعتبار آنکه مادامی که فرد در شک است، فردی معتقد نیست و آنچه شایسته‌ی نکوهش است، بی‌اعتقادی است، در حالی که ظن مصطلح، اعتقاد است و اگر این گونه نبود، بیشتر مردم هلاک می‌شدند؛ چرا که چیزی کمتر از یقین میان آن‌ها قسمت نشده است؛ چنان‌که می‌فرماید: «الیقین فوق التقوی بدرجۀ و ما قسم فی الناس شیء أقل من الیقین»؛ و می‌فرماید: «إِنَّ الْإِيمَانَ أَفْضَلُ مِنَ الْإِسْلَامِ وَإِنَّ الْيَقِينَ أَفْضَلُ مِنَ الْإِيمَانِ وَ مَا مِنْ شَيْءٍ أَعَزَّ مِنَ الْيَقِينِ» (کلینی، ۲ / ۵۱).

روشن است که این حدیث، ایمان را بر چیزی کمتر از یقین اطلاق کرده است، و کمتر از یقین، ظن مصطلح است که در مرتبه‌ی بالای خود، اطمینان نامیده می‌شود.

از اینجا دانسته می‌شود که ظن مذموم در قرآن، نه ظن مصطلح، بلکه شک است؛ چنان‌که شیخ طوسی در تفسیر خود، به این مطلب تصریح کرده و گفته است: قد جاء فی القرآن الظن بمعنی الشک، کقوله: «إِنَّ هُمْ إِلَّا يَظُنُّونَ» (جائیه: ۲۴) و قوله: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً» (یونس: ۳۶، نجم: ۲۸) (طوسی، التبیان، ۲۰۶/۱) و ابو هلال نیز آن را از برخی نقل کرده و گفته است: قيل: جاء الظن في القرآن بمعنی الشک (ابوهلال، ۳۴۳).

مؤید این قول، قول خداوند است که می‌فرماید: «إِنَّ الَّذِينَ اِخْتَلَفُوا فِيهِ لَفِي شَكٍّ مِنْهُ مَا لَهُمْ

بِه مِنْ عِلْمٍ إِلَّا اتَّبَعَ الظَّنَّ وَمَا قَتَلُوهُ يَقِينًا» (نساء: ۱۵۷). در این آیه که مراتب علم، از شک، ظن و یقین مذکور است، ظن در معنای شک به کار رفته است؛ چرا که نخست شک را برای کافران ثابت شمرده است و سپس هر چیزی جز پیروی ظن را از آنان نفی کرده است و این با توجه به استحالی کذب و تناقض، مستلزم آن است که ظن را در معنای شک به کار برده باشد. وانگهی، در فقره‌ی «مَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا اتَّبَعَ الظَّنَّ» (نساء: ۱۵۷) مستثنا، ظن و مستثنا منه، علم است و این به معنای آن است که ظن از افراد علم است.

افزون بر این، بسیاری از آیات در نکوهش کافران به جای ظن، از شک یاد کرده‌اند؛ چنانکه می‌فرماید: «وَإِنَّهُمْ لَفِي شَكٍّ مِّنْهُ مُرِيبٌ» (هود: ۱۱۰) و می‌فرماید: «بَلِ ادَّارَكَ عِلْمُهُمْ فِي الْآخِرَةِ بَلْ هُمْ فِي شَكٍّ مِّنْهَا بَلْ هُمْ مِّنْهَا عَمُونَ» (النمل: ۶۶) و می‌فرماید: «أَأَنْزَلَ عَلَيْهِ الذِّكْرَ مِنْ بَيْنَابِلِّ هُمْ فِي شَكٍّ مِّنْ ذِكْرِي بَلِّ لَمَّا يَذُوقُوا عَذَابٌ» (ص: ۸) و می‌فرماید: «بَلِّ هُمْ فِي شَكٍّ يَلْعَبُونَ» (دخان: ۹) و می‌فرماید: «وَإِنَّ الَّذِينَ أُورِثُوا الْكِتَابَ مِنْ بَعْدِهِمْ لَفِي شَكٍّ مِّنْهُ مُرِيبٌ» (شوری: ۱۴).

این آیات، جدای از آنکه با مفهوم لقب و با سیاق خود، به حجیت ظن و دخول آن در مفهوم علم و ایمان إشعار دارند، می‌توانند قرینه‌ی بر آن باشند که ظن در آیاتی که آن را نکوهیده‌اند، نه به معنای ظن مصطلح که حجیت عقلی دارد، بلکه به معنای شک به کار رفته است.

چه بسا آیه‌ی شریفه‌ی «إِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنَى مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا» (یونس: ۳۶، نجم: ۲۸) نیز مؤید همین معنا است؛ چرا که اگر مراد از حق، اعتقاد به حق باشد، آنچه هیچ بهره‌ای از آن ندارد، شک است نه ظن مصطلح، بلکه ظن، به هر میزان که قوت داشته باشد، از حق بهره‌مند است؛ و اگر مراد از حق، واقع باشد، قطع نیز بی‌نیاز کننده‌ی از حق نیست؛ چرا که مخالفت آن با واقع ممکن است؛ هر چند در نظر قاطع، ممکن نباشد.

از اینجا دانسته می‌شود که دلالت هیچ یک از آیات بر نفی حجیت ظن روشن نیست؛ به ویژه با توجه به آیه‌ای که می‌فرماید: «وَمَا ظَنُّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّ اللَّهَ لَذُو فَضْلٍ عَلَى النَّاسِ وَلَكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَشْكُرُونَ» (یونس: ۶۰) هرگاه «ما» را مای نفی و نه استفهام، و «ظن» را فعل و نه اسم بخوانیم، آیه، حدوث ظن مصطلح را از کسانی نفی می‌کند که بر خدا دروغ می‌بندند. این مطابق با قرائت عیسی بن عمر ثقفی، از قرآء بصره و نحویان مشهور است (زمخشری، ۲۴۲/۲؛ فخر رازی، ۱۲۰/۱۷) که برخی روایاتش از گرایش او به



تشیع حکایت دارد (ترمذی، ۳۰۰/۵)؛ و الله تعالی أعلم.

آنچه بر وضوح مطلب می‌افزاید، این است که قرآن آنجا که ظن را در معنای شک به کار نبرده است، در مقام ستایش و تأیید آن و نه نکوهش و رد آن بوده است و آن جایی است که در وصف خاشعان می‌فرماید: «الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلَاقُوا رَبِّهِمْ وَأَنَّهُمْ إِلَيْهِ رَاجِعُونَ» (بقره: ۶۶) و در وصف یاران مستقیم طالوت می‌فرماید: «قَالَ الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلَاقُوا اللَّهِ كَمْ مَن فِتْنَةٍ قَلِيلَةٌ عَلَبْتَ فِتْنَةً كَثِيرَةً بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ» (بقره: ۲۴۹).

روشن است که اگر ظن در آیهی «إِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنَىٰ مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا» (یونس: ۳۶، نجم: ۲۸) به معنای مصطلح و شامل ظن مذکور در این دو آیه باشد، ستایش خاشعان و یاران مستقیم طالوت وجهی ندارد.

ادعای اینکه ظن مذکور در این دو آیه، ظن خاص و نه مطلق ظن است، به این جهت مردود است که مسأله‌ی ملاقات خداوند و بازگشت به سوی او (معاد) از مسائل فرعی نیست تا جای ظن خاص و حجیت امثال خبر واحد باشد، بلکه از مسائل اصلی اعتقادی است که به حجّت عقلی نیاز دارد؛ از این رو، ظاهر آن است که منظور از آن ظن، ظن به معاد، به نحو ظن مطلق مصطلح است که به حکم دفع ضرر مظنون، حجّت عقلی برای ایمان به معاد است؛ والله أعلم.

آری، برخی مفسران، ظن را در این آیات، به معنای یقین دانسته‌اند (طوسی، التبیان، ۲۰۵/۱)، اما روشن است که اصل در الفاظ، حقیقت است و مجاز به قرینه نیاز دارد؛ لذا ظاهر آن است که این تأویل جز از عدم حجیت ظن در نزد آنها نشأت نگرفته است.

وانگهی، به فرض که ظن، در این آیات، به معنای یقین باشد، نفس این استعمال مجازی، دلیل بر آن است که ظن مصطلح، در حکم یقین است؛ چرا که استعمال غیر حجّت در معنای حجّت صحیح نیست، و تشبیه حکیم، بر مبنای تشابه است؛ به عبارت دیگر، نفس استعمال ظن، در معنای یقین، مشعر به مشابهت آن دو در حکم است؛ چنان‌که می‌بینیم استعمال شک، در معنای یقین، جایز نیست، در حالی که استعمال ظن، جایز است.

#### سوم؛ روایات.

ممکن است برای نفی حجیت ظن، به برخی از روایات استناد شود؛ مانند روایت قرب الأُسناد از رسول خدا (ص) که فرمود: «إياكم و الظن، و الظن، فَإِنَّ الظنَّ أَكْذَبُ الكَذِبِ و كُونُوا إِخْوَانًا فِي اللَّهِ كَمَا أَمَرَكُمُ اللَّهُ» (حمیری، ۲۹) و روایت تحف العقول از آن حضرت که فرمود: «إذا

تطیرت فامض و إذا ظننت فلا تقض و إذا حسدت فلا تبغ» (ابن شعبه، ۵۰) و روایات نهی از سوء ظن، خصوصاً نسبت به خداوند، ولی انصاف آن است که این روایات مناسب باب اخلاق و در مقام بیان حکم تکلیفی ظن می‌باشند و به ما نحن فیہ، ربطی ندارند.

ضمن آنکه ظاهراً مراد از سوء ظن، ترجیح احتمال سوء، بدون وجود مرجح عقلایی است که امری قبیح است؛ بلکه، شاید، مراد از آن، ترجیح احتمال مرجوح باشد که در غایت قبیح است؛ چرا که احتمال راجح، بنا بر اصل عدم و برائت، عدم تحقق سوء، خصوصاً توسط مؤمن است و تبعاً ترجیح خلاف این اصل بدون ناقل، ترجیح مرجوح خواهد بود.

آنچه مؤید این مطلب است، احادیثی است که ظن سوء را به هنگام وجود مرجح عقلایی، ممدوح می‌شمارند؛ مانند روایت نهج البلاغه از امیر المؤمنین (ع) که فرمود: «إذا استولى الصلاح على الزمان و أهله، ثم أساء رجل، الظن برجل لم يظهر منه خزيه، فقد ظلم؛ و إذا استولى الفساد على الزمان و أهله، فأحسن رجل الظن برجل، فقد غرر» (سید رضی، ۲۷/۴) و روایت کافی از امام کاظم (ع) که فرمود: «إذا كان الجور أغلب من الحق، لم يحل لأحد أن يظن بأحد خيراً حتى يعرف ذلك منه» (کلینی، ۲۹۸/۵) و روایت مستدرک از امام هادی (ع) که فرمود: «إذا كان زمان العدل فيه أغلب من الجور، فحرام أن يظن بأحد سوءاً، حتى يعلم ذلك منه؛ و إذا كان زمان الجور أغلب فيه من العدل، فليس لأحد أن يظن بأحد خيراً ما لم يعلم ذلك منه» (نوری، ۱۴۵/۹).

گذشته از آنکه مستفاد از این روایات، به ویژه تعابیری چون «لم يحل» و «حرام أن يظن»، حرمت تکلیفی ظن است، نه عدم حجیت آن؛ به این معنا که نفس ظن (مقدمت اختیاری حصول آن) متعلق نهی است و طبعاً، هرگاه ترک شود، وجود ظن منتفی می‌گردد و حجیت آن نیز به انتفاء موضوع منتفی می‌شود.

همچنانکه هرگاه گفته شود: علم یافتن به سرّ مسلمان، حرام است، به این معنا است که تحصیل علم به آن جایز نیست؛ نه اینکه هرگاه علم به آن حاصل شد، حجّت نیست. در تحف العقول، روایاتی است که سوء ظن را مطلقاً ممدوح می‌شمارند، هر چند به اقتضای قاعده، این روایات بر مواردی حمل می‌شوند که مرجح عقلایی برای سوء ظن، وجود دارد؛ مانند: «احترسوا من الناس بسوء الظن» (ابن شعبه، ۵۴) و «من الحزم سوء الظن» (همان، ۷۹). همچنین مستفاد از برخی احادیث، آن است که هرگاه مرجح عقلایی برای سوء ظن، موجود باشد، در صورت مخالفت آن با واقع، معذّر است و شایسته‌ی نکوهش نیست؛ مانند

احادیثی که می‌گویند: «من عرض نفسه للتهمة فلا يلومنّ من أساء به الظنّ» (کلینی، ۱۵۲/۸). وانگهی، آنچه بر وضوح مطلب می‌افزاید، روایات فراوانی است که ظاهر یا صریح در حجیت ظن است و آن بر چند دسته است:

دسته‌ای که بر حجیت ظنّ انسان دلالت دارد؛ مانند: «ظنّ الرجل قطعاً من عقله» (کراجکی، ۸۸) و «ظنّ الرجل علی قدر عقله» (لیثی، ۳۲۳) و «ظنّ الانسان میزان عقله و فعله أصدق شاهد علی أصله» (همان، ۳۲۳) و «الظنّ الصواب أحد الصوابين» (همان، ۲۶) و «ربما أدرك الظنّ الصواب» (همان، ۲۶۷).

در منابع عامّه نیز حدیثی قدسی است که ممکن است مشعر به اعتبار ظن باشد و آن این است که رسول خدا (ص) فرمود: خداوند می‌فرماید: «أنا عند ظنّ عبدی بی» (بخاری، ۸/۱۹۹).

دسته‌ی دیگر، بر حجیت ظنّ عقلاً دلالت دارد؛ مانند: «ظنّ ذوی النهی و الأبواب أقرب شیء من الصواب» (لیثی، ۳۲۴) و «الظنّ الصواب من شیم اولی الأبواب» (نجفی، ۳۶۱/۶) و «ظنّ العاقل أصحّ من یقین الجاهل» (لیثی، ۳۲۳) و «ظنّ العاقل كهانه» (همان، ۳۲۴). «العقل الإصابه بالظنّ و معرفه ما لم یکن بما کان» (ابن ابی الحدید، ۳۳۱/۲۰).

دسته‌ی سوم، بر حجیت ظنّ مؤمن دلالت دارد؛ مانند: «ظنّ المؤمن كهانه» (لیثی، ۳۲۳) و «أتقوا ظنون المؤمنین، فإنّ الله تعالی جعل الحقّ علی ألسنتهم» (سید رضی، ۷۳/۴) و نیز از ابو جعفر (ع) روایت شده است که فرمود: «قال رسول الله (ص): أتقوا فراسه المؤمن، فإنّه ینظر بنور الله، ثمّ تلا: إنّ فی ذلک لآیهً للمؤمنین» (حجر: ۷۵) (صفار، ۳۷۷).

شیخ مفید در المسائل العکبریّه در شرح حدیث اخیر می‌گوید: هو الخبر عن صحه ظنّ المؤمن فی أكثر الأشياء ... و قد قیل إنّ الانسان لا ینتفع بعلمه ما لم ینتفع بظنه، أراد بذلك أنه متى لم یکن ذکیاً فطناً متیقظاً صافی الطبیعه لم یکد یعلم کثیراً من الأشياء و إنما یکثر علم الانسان بخلوص طبیعته من الشوائب و شدّه ذهنه و اجتهاده و طلبه و متى کان كذلك صدقت ظنونه (مفید، ۹۳-۹۵).

حدیث رضوی «أحسن الظنّ بالله، فإنّ الله عز وجل یقول: أنا عند ظنّ عبدی المؤمن بی، إنّ خیراً فخیراً و إنّ شراً فشرّاً» (کلینی، ۷۲/۲)، با توجه به ظاهر آن مطابقت ظنّ مؤمن با واقع است؛ نه تبعیت واقع از ظنّ مؤمن.

روشن است که دلالت این احادیث بر حجیت ظنّ انسان، از آن حیث که عاقل یا مؤمن

است، از دلالت احادیث مذکور بر عدم حجیت آن، بسیار روشن تر است؛ بلکه احادیث مذکور، در مقام بیان حکم تکلیفی ظن غیر عقلایی است و از این حیث، معارض این احادیث نیستند؛ ضمن آنکه ضعف سند برخی از این احادیث، با شهرت آنها و موافقتشان با حکم عقل و مدلول آیات، جبران می‌شود و از این رو، می‌توان اعتبار عقلی ظن عقلا را مؤید به دلیل نقلی دانست.

#### چهارم؛ عقل

ظاهر آن است که برخی از اصحاب، عدم حجیت ظن را عقلی دانسته‌اند. از برخی همچون میرزا محمد اخباری در مصادر الأنوار حکایت شده است که محل نزاع در مسأله، عقلی بودن یا نقلی بودن عدم حجیت ظن است (ابن شاذان، ۳۵).

ظاهر از این سخن، آن است که برخی، حجیت عقلی ظن را پذیرفته‌اند و حجیت شرعی آن را انکار کرده‌اند؛ حال آنکه این با اجماع آنها بر اصالت عدم حجیت ظن سازگار نیست؛ چرا که گفتیم، اصل اولی در مسأله، عقلی است و نمی‌تواند شرعی باشد و اگر حجیت عقلی ظن را بپذیریم، رفع آن توسط شرع ممکن نیست؛ از این رو، برخی چون شیخ محمد تقی در هدایه المسترشدين (اصفهانی ۳۲۱/۳) و شیخ انصاری در حاشیه‌ی خود بر قوانین (انصاری، ۱۱۲)، عدم حجیت ظن را مقتضای عقل و نقل شمرده‌اند.

به هر حال، از تتبع در کلمات اصولیان بر می‌آید که وجود احتمال خلاف در ظن را به معنای عدم حجیت آن دانسته‌اند؛ چنانکه محقق عراقی به این مطلب تصریح کرده و گفته است: و أما فی الظن فلا شبهة فی أن احتمال خلافه مانع عن طریقته الذاتیه، لقصوره حیث من عن الإراءة الذاتیه التامه وجداناً ... و بهذه الجهة نقول بأن الظن بنفسه لا یغنی من الحق شیئاً، بل یحتاج فی التحریک علی وفقه إلى جعل من قبل المولی کی به تصل النبوة إلى المرتبة الأولى من حکم العقل (عراقی، ۱۳/۲).

حجیت، چیزی جز کاشفیت از واقع نیست و کاشفیت از واقع، مراتبی دارد که بعث به سوی واقع، در همه‌ی آنها موجود است و تردیدی نیست که بعث، مقتضی انبعاث است، مگر آنکه مانعی مساوی یا اقوی برای آن وجود داشته باشد و روشن است که مانع اضعف، برای امتناع کافی نیست.

گذشته از آنکه مراد از عقل، عقل فلسفی نیست تا به این قبیل دقت نظرها حاجتی باشد، بلکه مراد از آن، عقلانیتی است که در عرف عقلا مشهود است. عقلا در بسیاری از موارد، ظن

را مانند یقین می‌دانند و به احتمال خلاف، وقعی نمی‌نهند؛ مانند: امتناع آن‌ها از طی طریق به هنگام ظن به خطر، و امتناعشان از اکل طعام مظنون السمیه، و اقدام آن‌ها به تجارت در صورت ظن به سود، و التزامشان به اوامر طیب و موارد دیگر.

با این وصف، نباید گفته شود: اگر حجیت ظن، به دلیل قطعی نیاز داشته باشد، ذاتی نیست؛ و اگر به دلیل ظنی نیازمند باشد، دور است؛ چرا که حجیت ذاتی، اصلاً به دلیل نیاز ندارد و عین ماهیت کاشف است و گرنه، اشکال، به نحو معکوس بر حجیت قطع نیز وارد است؛ از این رو، انصاف آن است که عقل، مقتضی حجیت مطلق ظن است. شاید به همین دلیل، عمده‌ی استناد اساطین، به دلیل نقل بوده است؛ نه دلیل عقل.

از ظاهر کلام بسیاری از اصولیان بر می‌آید که دلالت عقل بر حجیت ظن مطلق را پذیرفته‌اند؛ چرا که برای اثبات حجیت ظن خاص به وجوهی استناد کرده‌اند که میان ظن خاص و ظن مطلق مشترک است؛ مانند: لزوم دفع ضرر مظنون، که علامه برای اثبات حجیت خبر واحد، به آن استدلال کرده (علامه حلی، ۲۰۵) و قبح ترجیح مرجوح، که صاحب معالم برای حجیت خبر واحد، به آن متمسک شده است (ابن زین الدین، ۱۹۳) در حالی که روشن است وجوب دفع ضرر مظنون و قبح ترجیح مرجوح، به خبر واحد اختصاص ندارد و در مطلق ظن موجود است. لذا، اگر دلالت آن دو تام باشد، حجیت مطلق ظن ثابت می‌شود؛ و اگر دلالت آن دو تام نباشد، حجیت خبر واحد نیز ثابت نمی‌شود.

آری، حق آن است که دلالت آن دو، تام است؛ هر چند مورد نقض و مناقشه‌ی برخی از بزرگان قرار گرفته است؛ زیرا در نزد عقل، تردیدی نیست که مخالفت با ظن، مستلزم ظن به ضرر است و دفع ضرر مظنون - دنیوی باشد یا اخروی - ضرورت دارد.

ادعای اختصاص ضرورت مذکور، به ضرر دنیوی، در غایت سقوط است؛ همچنان‌که ادعای تدارک ضرر اخروی با ترخیص شارع به عدم دفع ضرر مظنون، مردود است به دلیل منع ترخیص شارع، بلکه قبح آن و عدم امکان اجتماع آن با ظن به ضرر اخروی.

بدین سان، ادعای حکومت قبح عقاب بلا بیان، بر وجوب دفع ضرر مظنون نیز، خلاف تحقیق است؛ چرا که ظن مطلق، بنا بر قول به حجیت آن، بیان محسوب می‌شود و فرقی با ظن خاص ندارد.

اما عدم حجیت خبر فاسق و امثال آن، از ناحیه‌ی صغرای قضیه است نه کبرای آن؛ چرا که وجداناً خبر فاسق ظن آور نیست به ویژه در مواردی که فسق او از ناحیه‌ی کذب او است؛ نه

اینکه ظن آور است و ظن حاصل از آن حجّت نیست.

از این جا دانسته می شود که عدم حجّیت همه یا برخی از چیزهایی که غیر حجّت دانسته شده اند، می تواند به جهت ظن آور نبودن آنها باشد؛ نه عدم حجّیت ظن؛ و الله أعلم. همچنین، تردیدی در این نیست که اخذ به جانب مرجوح، بر خلاف مقتضای عقل است، و ادّعی آنکه ترک جانب راجح، اخذ به جانب مرجوح محسوب نمی شود، گونه ای تحکّم است؛ چرا که اخذ به جانب مرجوح، عقلاً و عرفاً چیزی جز ترک جانب راجح نیست و نمی توان با هیچ تقریری میان آن دو فرق نهاد؛ با این وصف، ادّعی آنکه ترجیح، واجب نیست و می توان توقّف نمود، واضح البطلان است؛ چرا که دَوْران میان راجح و مرجوح، دَوْران میان فعل و ترک است که از قبیل وجود و عدم و از باب نقیضین است و ارتفاع نقیضین ممکن نیست. از اینجا دانسته می شود که جواب شیخ انصاری به ادّعی مذکور، نابه جا است؛ چرا که وی توقّف در ترجیح هر یک از راجح و مرجوح را نیز قبیح دانسته است (انصاری، ۱/۳۸۱)، در حالی که قبیح نیست؛ بلکه محال است.

این، توهم مردودی است که برخی پنداشته اند ظنّ به حکم، با ظنّ به عدم مشروعیت عمل به ظن، تعارض دارد، بلکه ظنّ به ضرری که بر ترک جانب مظنون، مترتب با نهی از عمل به ظن در آیات قرآن، زائل می شود (محقق حلّی، ۲۲۱)، چه اینکه ظنّ به عدم مشروعیت عمل به ظن، مستلزم دور است، بلکه معنا ندارد؛ چرا که اگر ظن حجّت نباشد، ظنّ به عدم مشروعیت عمل به ظن نیز حجّت نیست؛ و اگر ظن حجّت باشد، ظنّ به عدم مشروعیت عمل به ظن معنا ندارد.

وانگهی، اگر آنچه با آیات مذکور زائل می شود، ظنّ به ضرر باشد، از محلّ نزاع بیرون است؛ زیرا روشن است که هرگاه ظنّی وجود نداشته باشد، حجّیتی هم نیست، لکن منکران حجّیت ظن، آنچه را که با آیات مذکور زائل می شو، حجّیت ظن دانسته اند، نه وجود ظن؛ و این مورد نزاع و منع است.

### نتیجه گیری

از آنچه گفتیم، دانسته می شود که دلیل انسداد تنها طریق تصحیح عمل بر طبق ظن و اثبات حجّیت آن نیست و دفاع از حجّیت ذاتی ظن عقلایی ممکن است، بلکه انصاف آن است که اگر ظن ذاتاً حجّت نباشد، دلیل انسداد نمی تواند برای آن حجّیت بسازد؛ چرا که انسداد باب

علم قطعی - در صورت پذیرش آن - با تسبیب مکلفین و اقدام آن‌ها صورت پذیرفته است و از این رو، محال نیست که قطع برای آن‌ها غیر ممکن، و ظن برایشان غیر حجّت باشد. با این وصف، تنها طریق تصحیح عمل بر طبق ظن، و اثبات حجّیت آن، طریقی است که ما در پیش گرفتیم؛ و اگر این طریق ناتمام باشد، باید به عدم حجّیت ظنّ گردن نهاد و مشغول کردن خود به دلیل انسداد شایسته نیست، و الله أعلم بالصواب.

### منابع

#### قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمد کاظم، *نهایة النهایة*، مخطوط، ۱۳۴۵ ق.
- ابن ابی حاتم، محمد بن ادريس *تفسیر ابن ابی حاتم*، المكتبة العصرية، بیروت.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهایة فی غریب الحدیث*، مؤسسه إسماعیلیان، قم، ۱۳۶۴.
- ابن زین الدین، حسن، *معالم الدین*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم.
- ابن سکیت اهوازی، یعقوب، *ترتیب إصلاح المنطق*، مجمع البحوث الإسلامیة، مشهد، ۱۴۱۲ ق.
- ابن شاذان، فضل، *الإيضاح*، (مقدمه کتاب) دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۶۳.
- ابن شعبه، حسن بن علی، *تحف العقول*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم.
- ابن غازی، خلیل، *شرح عده الأصول (الحاشیة الخلیلیة)*، مؤسسه آل البيت (ع)، قم.
- ابو هلال، حسن بن عبد الله، *الفروق اللغویة*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۲ ق.
- إصفهانی، محمد تقی، *هدایة المسترشدين*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم.
- خمینی، امام روح الله، *تهذیب الأصول*، جعفر سبحانی، دار الفکر، قم، ۱۳۶۷ ش.
- أنصاری، مرتضی، *حاشیة علی القوانين*، قم، المؤتمر العالمی للشیخ الأنصاری، ۱۴۱۵ ق.
- همو، *فرائد الأصول*، مجمع الفکر الإسلامی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- همو، *مطرح الأنظار*، ابوالقاسم کلانتری، مؤسسه آل البيت (ع)، قم.
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحیح البخاری*، دار الفکر، بیروت، ۱۴۰۱ ق.
- برقی، أحمد بن محمد، *المحاسن*، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۳۷۰ ق.
- ترمذی، محمد بن عیسی، *سنن الترمذی*، دار الفکر، بیروت، ۱۴۰۳ ق.
- جوهری، إسماعیل بن أحمد، *الصحاح*، دار العلم للملایین، بیروت، ۱۴۰۷ ق.

- حائری، محمد حسین، *الفصول الغروية*، دار إحياء العلوم الإسلامية، قم، ١٤٠٤ ق.
- حاكم نيشابوري، محمد بن عبد الله، *المستدرک على الصحيحين*، دار المعرفة، بيروت.
- حميرى قمى، عبد الله بن جعفر، *قرب الأسناد*، مؤسسة آل البيت (ع)، قم، ١٤١٣ ق.
- راغب اصفهاني، حسين بن محمد، *مفردات غريب القرآن*، دفتر نشر كتاب، تهران، ١٤٠٤ ق.
- زمخشري، محمود بن عمر، *الكشاف*، شركة البابي، قاهره، ١٣٨٥ ق.
- سيد رضى، محمد بن حسين، *نهج البلاغه*، محمد عبده، دار الذخائر، قم، ١٤١٢ ق.
- سيد مرتضى، على بن الحسين، *الدرية*، ابوالقاسم گر جي، دانشگاه تهران، تهران، ١٣٤٦.
- صدر، سيد محمد باقر، *المعالم الجديدة*، مكتبة النجاح، نجف، ١٣٩٥ ق.
- صدوق، محمد بن على، *الأمالي*، مؤسسة البعثة، قم، ١٤١٧ ق.
- همو، *الخصال*، على اكبر غفارى، جماعة المدرسين، قم، ١٤٠٣ ق.
- همو، *من لا يحضره الفقيه*، تحقيق على اكبر غفارى، مؤسسة النشر الاسلامى، قم.
- صفار، محمد بن الحسن، *بصائر الدرجات*، منشورات الأعلمی، بيروت، ١٤٠٤ ق.
- طوسى، محمد بن الحسن، *التبيان فى تفسير القرآن*، مكتب الإعلام الإسلامى، قم، ١٤٠٩ ق.
- همو، *عدة الأصول*، تحقيق أنصاري، نشر ستاره، قم، ١٤١٧ ق.
- عراقى، ضياء الدين، *مقالات الأصول*، مجمع الفكر الإسلامى، قم، ١٤١٤ ق.
- علامه حلى، حسن بن يوسف، *مبادئ الوصول*، مكتب الإعلام الإسلامى، قم، ١٤٠٤ ق.
- على بن جعفر (ع)، *مسائل على بن جعفر*، المؤتمر العالمى للإمام الرضا (ع)، مشهد ١٤٠٩ ق.
- غروى اصفهاني، محمد حسين، *وسيلة الوصول* تقرير بحث الأصفهاني، مؤسسة النشر الإسلامى، قم، ١٤١٩ ق.
- فخر رازى، محمد بن عمر، *تفسير الرازى*، الثالثة، بى نا، بى جا، بى تا.
- فراهيدى، خليل بن احمد، *كتاب العين*، دار الهجرة، قم، ١٤٠٩ ق.
- كراجكى، محمد بن على، *كنز الفوائد*، مكتبة المصطفوى، قم، ١٣٦٩.
- كلينى، محمد بن يعقوب، *الكافى*، على اكبر غفارى، دار الكتب الإسلامية، تهران، ١٣٦٣.
- ليثى، على بن محمد، *عيون الحكم و المواعظ*، دار الحديث، قم، ١٣٧٦.
- مجلسى، محمد باقر، *بحار الأنوار*، دار إحياء التراث العربى، بيروت، ١٤٠٣ ق.
- محقق حلى، جعفر بن الحسن، *معارج الأصول*، مؤسسة آل البيت (ع)، قم، ١٤٠٣ ق.
- مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، مؤسسة النشر الإسلامى، قم.



- همو، *المنطق*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم.
- مفید، محمد بن محمد، *المسائل العکبریّه*، الهی خراسانی، دار المفید، بیروت، ۱۴۱۴ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل*، بی نا، بی جا، بی تا.
- ملا صدرا، محمد بن ابراهیم، *الحکمة المتعالیّه*، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۹۸۱ م.
- نجفی، هادی، *موسوعة أحاديث أهل البيت (ع)*، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۲۳ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الأيام*، مکتب الإعلام الإسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- نوری، حسین، *مستدرک الوسائل*، مؤسسه آل البيت (ع)، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
- وحید بهبهانی، محمد باقر، *حاشیة مجمع الفائدة و البرهان*، مؤسسه العلامة المجدد، ۱۴۱۷ ق.



مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۰،  
پاییز ۱۳۹۱، ص ۸۴-۶۵

### بررسی فقهی و حقوقی قصاص از طریق اهدای عضو\*

دکتر عبدالرضا جوان جعفری<sup>۱</sup>

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: arjaafari@yahoo.com

سید محمد جواد ساداتی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: sms138930@yahoo.com

#### چکیده

قابلیت اجرای کیفر قصاص نفس از طریق اهدای عضو مقوله ای بدیع و در عین حال تأثیرگذار در پاسداری از موهبت سلامت و حیات انسانی می باشد.

مشروعیت بهره گیری از این شیوه نیازمند کاوش در آرا و اندیشه های فقهی است. مشهور فقهای امامیه بر این باورند که شیوهی اجرای کیفر در قصاص نفس موضوعیت نداشته و مجازات باید به گونه ای اجرا گردد که کمترین میزان رنج را بر جانی تحمیل نماید. در مقابل؛ برخی دیگر از فقها بر این اعتقادند که برابری و مماثلت در کیفیات و شیوهی اجرای کیفر با جنایت ارتكابی شرط است. به اعتقاد این دسته از فقها، تمامیت جسمانی قاتل، پس از ارتكاب جنایت در اختیار اولیای دم قرار گرفته و ایشان در اجرای قصاص نفس با توجه به خصوصیات جنایت ارتكابی از اختیار تام برخوردار می باشند.

با پذیرش دیدگاه مشهور، لزوم مماثلت در کیفیت مجازات و جنایت ارتكابی متفی گردیده و می توان قصاص نفس را با بهره گیری از شیوه هایی که کمترین میزان رنج را به بزهکار تحمیل می نمایند اجرا نمود. از همین جهت است که مشهور فقهای امامیه از سویی بر اجرای قصاص نفس از طریق شمشیر برنده تاکید نموده و از دیگر سو نیز شیوه های نوینی را که با معیار ارائه گردیده مطابق می باشد؛ مورد پذیرش قرار داده اند. بنابراین به نظر می رسد بتوان در اجرای کیفر قصاص نفس از شیوهی اهدای عضو نیز بهره برد.

**کلید واژه ها:** جنایت، قصاص نفس، اهدای عضو، اولیای دم، مماثلت.

---

\*. تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۱۱/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۶/۲۹.

<sup>۱</sup>. نویسنده مسئول.

## ۱- مقدمه

بیش از نیم قرن از آن هنگام که نخستین عمل پیوند عضو در ایران انجام شد می‌گذرد و در دوران کنونی پیشرفت‌های نوین علوم پزشکی در زمینه‌ی پیوند اعضا به انسان‌های بسیاری حیات بخشیده است. ورود و توسعه‌ی علوم مرتبط با پیوند اعضا به کشور ما همواره مباحث نوین بسیاری را به همراه داشته که قابلیت یا عدم قابلیت اجرای قصاص نفس از طریق اهدای عضو از آن جمله‌اند. به رغم اهمیت موضوع، در منابع فقهی و حقوقی معتبر موجود بحث مستقلی در این باب مشاهده نمی‌شود. از این رو در تحقیق پیشرو، تکیه بر استدلال‌ها و استنباط‌های فقهی و حقوقی از اولویتی ویژه برخوردار است. در این پژوهش در پی آنیم که در یابیم؛ آیا اصولاً امکان اجرای قصاص نفس از طریق اهدای عضو وجود دارد؟ و در صورت امکان، آیا در اجرای قصاص نفس به شیوه‌ی مذکور، رضایت اولیای دم شرط است؟

در راستای نیل بدین مقصود، نخست، معنای لغوی واژه‌ی قصاص و موجب آنرا مورد بررسی قرار داده و به بررسی این مهم خواهیم پرداخت که آیا اصولاً شیوه‌ی اجرا در کیفر قصاص نفس موضوعیت دارد؟ آنگاه، مفهوم شرط مماثلت را به تفصیل مورد تحقیق قرار داده و به بررسی دیدگاه‌های فقهای امامیه در این خصوص خواهیم پرداخت. در بخش دوم با تکیه بر نتایج حاصله از مسائل پیشین تلاش خواهیم نمود تا بدین سؤال پاسخ دهیم که آیا اصولاً اجرای کیفر قصاص نفس از طریق اهدای عضو امکان پذیر است؟

## ۲- معنای لغوی، مفهومی و موجب قصاص

کیفر قصاص که در قاموس لغت از ریشه‌ی (قص) به معنای متابعت نمودن و نیز دنبال کردن آثار یک عمل مطرح گردیده؛ کیفر نخستین و اصلی در برابر جنایت قتل عمدی است (خوبی، ۳/۲).

عرب در لسان خویش، اموری که متعاقب بر یکدیگرند را به قصه تعبیر نموده و از آن روی که قصاص نفس در واقع ازهاق نفسی است که پس از قتلی دیگر صورت می‌یابد، این واژه در این خصوص به کار رفته است (مکارم، ۶۰۴/۱).

طریحی در مجمع البحرین در ارتباط با لغت قصاص اینگونه بیان نموده است: «القصاص بالكسر اسم الاستیفا و المجازات قبل الجنایه من قتل او قطع او ضرب او جرح و اصله اقتفا الاثر،

فكان المقتص يتبع اثر الجانی، فيفعل مثل فعله» (طریحی/۵۱۱/۲). یعنی: «... قصاص کیفری است که در قبال جنایاتی چون قتل، قطع عضو، ضرب و جرح اجرا گردیده و پیروی از اثر جنایت در آن شرط است. پس قصاص کننده از اثر جنایت جانی تبعیت نموده و مانند او رفتار می‌کند.»

در اندیشه‌ی حقوقدانان نیز قصاص اینگونه تعریف شده است: «قصاص کیفری است که به حکم قانون و به وسیله‌ی مجنی علیه یا اولیای قانونی او علیه مجرم به کار می‌رود و باید در حدودی که قانون معین می‌کند نظیر جرمی باشد که از طرف مجرم صورت گرفته است؛ پس باید جرم و مجازات شبیه هم باشند.» (لنگرودی/۵۴۵).

فقها موجب قصاص نفس را ارتکاب جنایت قتل عمدی دانسته و در بیان مفهوم قتل عمد فرموده‌اند: «هو اذهاق النفس المعصومه المكافئه عمدا و عدوانا». یعنی: «قتل عمد عبارتند از خارج نمودن نفس محقون الدم و برابر، از روی عمد و عدوان». بنابراین موجب قصاص ارتکاب جنایت عمدی است و نیز در قصاص مماثله و برابری شرط است. به تعبیر فقها، قصاص امری است که در راستای استیفای همانند جنایتی که تحقق یافته مقرر گردیده است (المباحث الفقهیه، ۴/۲۹).

سپس در مقام تشریح این مهم خواهیم بود که مماثله‌ی مذکور به چه معناست؟ آیا این مماثله تا بدانجا مورد تاکید است که حتی میزان رنج وارده به جانی نیز برابر با رنج وارده بر مجنی علیه باشد؟ به عبارت دیگر آیا مقصود از اجرای کیفر قصاص نفس، صرفاً خروج نفس جانی در اثر اجرای قصاص بوده و یا شیوه‌ی اجرای قصاص نیز به تبعیت از شرط مماثله موضوعیت دارد؟

### ۳- بررسی قلمروی شرط مماثلت و اهمیت آن در نتیجه‌ی پژوهش

در این خصوص که قلمروی شرط مماثلت چه گستره‌ای را شامل می‌گردد؛ بین فقها محل اختلاف بسیار است. در حقیقت پرسش این است که آیا مقصود از شرط مماثله در قصاص، صرفاً پیروی از اثر جنایت (خروج نفس جانی) بوده یا مماثله در نوع، کیفیت و خصوصیات جنایت نیز منظور است. به عبارت دیگر آیا مماثله در قصاص نفس به صرف کشتن جانی حاصل می‌گردد و یا برابری در شیوه‌ی اجرای قصاص و میزان رنج و صدمات وارده نیز شرط است؟ بر اساس آنچه پیشتر در بررسی معنای لغوی واژه قصاص گذشت؛ در جوهر این مجازات، پیروی از اثر جنایت و یا به تعبیری شرط مماثلت نهفته و قصاص بر محوریت شرط بنیادین مماثلت استوار گردیده است. بنابراین لازم است، قلمروی این شرط به تفصیل مورد بررسی قرار گیرد، چرا که پذیرش هر یک از دیدگاه‌های فوق واجد اثراتی خاص و متفاوت است. در آن صورت که قلمروی شرط مماثلت

شامل شیوه‌ی اجرای کیفر نیز باشد؛ بهره بردن از شیوه‌هایی غیر از آنچه جانی به وسیله‌ی آن مرتکب جنایت شده است مجاز نخواهد بود.

همانگونه که مشاهده خواهیم نمود برخی از فقها با رجوع و استناد به معنای لغوی واژه‌ی قصاص و نیز تمسک به پاره‌ای روایات، برابری تام در آثار و کیفیات را از ارکان مماثله دانسته‌اند. در مقابل برخی دیگر با استناد به آیاتی از قرآن کریم و دیگر روایات و همچنین با بهره‌جستن از معنای لغوی واژه‌ی قصاص، مماثلت را در میزان رنج و نوع کیفر شرط ندانسته‌اند. به بیان دیگر قلمروی شرط مماثلت از نگاه این دسته از فقیهان محدود به پیروی از اثر جنایت یعنی از هاق نفس جانی گردیده است. در این زمینه نخست به تشریح آرای فقهایی خواهیم پرداخت که معتقد به قول مماثله در کیفیات می‌باشند و آنگاه دیدگاه مخالف با قول نخست را بررسی خواهیم نمود.

قائلان به قول مماثله در کیفیات اجرای قصاص، با بهره بردن از معنای لغوی واژه‌ی قصاص، نه تنها دنبال نمودن اثر جنایت (افتفاء الاثر) را از ارکان مماثله دانسته؛ بلکه برابری تا حد امکان در کیفیات قصاص را نیز شرط نموده‌اند. چرا که به قول ایشان «آنچه اجمالاً از ادله‌ی تشریح قصاص به دست می‌آید ... همگونی و برابری (مماثله و مساوات) در کمیت و کیفیت میان جنایت و کیفر آن است.» (هاشمی شاهرودی/۳۴۷). قائلان به این قول در راستای اثبات دیدگاه‌های خویش؛ پس از تمسک به معنای لغوی واژه‌ی قصاص؛ به آیات و روایاتی چند استناد جسته‌اند. نخستین دلیل؛ آیه‌ی شریفه‌ی: «فان عوقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به و لان صبرتم لهو خیر للصابرین» (نحل/۱۲۶) است. یعنی: «اگر می‌خواهید کیفر دهید، همانگونه که کیفر دیدید کیفر دهید و اگر صبر ورزید آن برای صابران بهتر است.»

قائلان به قول مذکور معتقدند «آیه‌ی شریفه دلالت بر آن دارد که اندازه‌ی مماثله نیز از حقوق مجنی علیه است و بدون شک احساس درد و عذاب در مقابل عدم احساس درد و عذاب به واسطه‌ی بی‌حسی، داخل در مقدار مماثله است.» (همان/۳۵۰). ایشان در مقام اثبات دیدگاه خویش به آیه‌ی ۱۹۴ سوره‌ی بقره نیز تمسک جسته‌اند. بر اساس آیه‌ی شریفه: «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»، یعنی: «ماه‌های حرام را در مقابل ماه‌های حرام قرار دهید؛ که اگر حرمت آن نگاه نداشته و با شما قتال کنند شما نیز قصاص کنید؛ پس هر کس به شما تجاوز کرد بمانند او بر او تجاوز کنید.» به اعتقاد

ایشان، این آیه در جواز مماثلت ظهور داشته و اطلاق واژه‌ی «بمثل» در قلمروی خویش، مماثله در کیفیات جنایت، ابزار و میزان رنج آوری را نیز شامل می‌گردد (علامه حلی / ۴۴۴).  
 دلیل دیگر آیه‌ی شریفه‌ی: «فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مُنْصُورًا» می‌باشد (اسراء/۳۳). این آیه بدین معناست که: «برای ولی آن کسی که مظلومانه کشته شده است، سلطه‌ی حق قصاص قرار دادیم...» (فاضل مقداد/ کنزالعرفان/ ۸۸۰).

به اعتقاد ایشان آیه‌ی شریفه دلالت بر میزانی از سلطه برای اولیای دم در قصاص جانی داشته و عدول از آن نیز امکان پذیر نمی‌باشد. میزان را نیز در مماثله تعریف نموده‌اند. بنابراین یکسانی در کیفیت و کمیت تا بدان جا که از حدود مماثله فراتر نرود جایز است. لیکن به نظر می‌رسد تعلیل مذکور از جهاتی چند مخدوش است.

نخست آنکه: در آیه‌ی دوم نمی‌توان به هیچ صورت از واژه‌ی مثل اطلاق گرفته و سپس از اطلاق مذکور جواز مماثلت در تمامی جهات را برداشت نمود. چرا که تمسک به اطلاق مستلزم آن است که شارع مقدس در آیه‌ی شریفه در مقام بیان شرایط خاصه و احکام قصاص باشد. حال آنکه نظری بر شأن نزول این آیه حکایت از امری دیگر دارد. چرا که کلام مذکور در سیاق آیات جهاد واقع گردیده و اختصاص در مبحث قصاص ندارد (طباطبایی، المیزان، ۶۰/۲). به همین جهت گسترش «اعتداء» به قصاص نفس ممکن نخواهد بود (محمدی همدانی/ ۸۹).

از سوی دیگر اگر بپذیریم که آیه در مقام تشریح قصاص است، با استناد به آن صرفاً می‌توان اصل مشروعیت قصاص را برداشت نمود و آیه‌ی شریفه در مقام بیان شرط مماثلت نیست. استدلال پیش گفته در خصوص آیه‌ی نخست نیز جاری است. چرا که ایشان از واژه‌ی مثل در آیه‌ی نخست نیز به همین شیوه اطلاق گرفته‌اند.

این دسته از فقها از روایاتی چند نیز در این زمینه بهره جسته‌اند. در پاره‌ای از روایات از جمله روایت اسحاق بن عمار از امام صادق علیه‌السلام تفسیری مشابه از آیه‌ی اخیر ارائه گردیده است: ... «ما هذه الاسراف الذی نهی الله عنه؟ قال: نهی الله ان يقتل غیر قاتله او یمثل القاتل.» یعنی: «اسرافی که خداوند از آن نهی نموده چیست؟ فرمود: خداوند از آنکه فردی غیر از قاتل مجازات گردیده و یا قاتل مثله گردد؛ نهی فرموده است.» بر اساس این تفسیر، مثله نمودن قاتل که به منزله‌ی اسراف در جنایت می‌باشد ممنوع گردیده است. از همین روی تحمیل میزانی از رنج که برابر با جنایت ارتكابی باشد مصداقی از اصل مماثله بوده و برابری در کیفیت رنج‌ها تنها زمانی

ممنوع است که موجب مثله شدن جانی گردد. از این کلام به سهولت می‌توان دریافت که مماثلت در کیفیات تا بدانجا که موجب مثله شدن جانی نگردد الزامی است (هاشمی شاهرودی/۳۴۷).  
در تفسیر منسوب به امام حسن عسکری علیه‌السلام از آیه‌ی شریفه‌ی «یا ایها الذین آمنوا کتب علیکم القصاص فی القتلی» این چنین آمده است:  
«مقصود، مساوات در قصاص است؛ و اینکه قاتل به همان شیوه‌ی ای که مقتول را کشته به قتل برسد.» (همان).

به نظر می‌رسد اطلاق روایت فوق نیز با روایت منقول از حضرت صادق علیه‌السلام مبنی بر عدم جواز مثله نمودن قاتل منافات دارد. چرا که با استناد به مساوات مورد تاکید در این روایت جواز مثله کردن صادر گردیده است. لیکن در روایت امام صادق علیه‌السلام که مورد استناد این دسته از فقها نیز قرار گرفته؛ حتی اگر جانی مجنی علیه را مثله نموده باشد؛ مثله کردن جانی ممنوع است. بنابراین به نظر می‌رسد از برخی جهات روایات مورد استفاده از سوی موافقان در تعارض با یکدیگر قرار دارند، لذا مورد عمل قرار نگرفته‌اند.<sup>۱</sup>

استدلال دیگر موافقان مماثله در شیوه و کیفیات، بدین نحو مطرح گردیده است: «و لان المقصود من القصاص التشفی، و انما یکمل اذا قتل القاتل بمثل ما قتل به.» (فاضل مقداد، تنقیح الرائع، ص ۴۴۵). یعنی: «مقصود از قصاص حصول تشفی خاطر است و این تشفی خاطر زمانی محقق می‌گردد که قاتل همانند جنایتش کشته شود.»

در استدلال اخیر مقصود از تشریح قصاص را تشفی خاطر اولیای دم دانسته و سپس با تکیه بر همین فلسفه، کمال تشفی را آنگاه محقق می‌دانند که مماثلت در کیفیات و حتی ابزار نیز رعایت گردد. ولی به نظر نمی‌رسد مقصود از تشریح قصاص صرفاً حصول تشفی خاطر اولیای دم باشد. در همین خصوص می‌بایست اشاره نمود که آیه‌ی شریفه‌ی «و لکم فی القصاص حیاة یا اولی الاباب، لعلکم تتقون» در مقام تشریح فلسفه‌ی قصاص وارد گردیده است. به فرمایش کلام پیش

<sup>۱</sup> همچنین روایتی دیگر از امام صادق علیه‌السلام به نقل از سکونی با مضمون مماثله در کیفیت قصاص مورد تعلیل موافقان قرار گرفته است. برای مطالعه‌ی بیشتر دیدگاه‌های موافقان رجوع نمایید به: بایسته‌های فقه جزا، مقاله‌ی حکم بی‌حس کردن اعضا هنگام کیفرهای جسمانی، صفحه‌ی ۳۴۷. این جنید نیز با استناد به آیه‌ی شریفه‌ی «فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» و نیز روایت پیامبر اکرم (ص) که فرمودند: «هر کس بسوزاند او را می‌سوزانیم و هر کس غرق کند او را غرق می‌کنیم.» قائل به قول مماثله در کیفیات جنایت با کیفر مورد حکم (قصاص) می‌باشند (محمدی/۱۵۴).



گفته، قصاص کیفری است که در راستای تأمین حیات خصوصی و اجتماعی مقرر شده است (قبله ای خویی/۲۰۷). در این زمینه می‌توان به همین مختصر اکتفا نمود که کیفر قصاص در واقع نمودی از یک سیاست کیفری مترقی است که بر بنیان حاکمیت بزه دیده استوار گردیده و از این رهگذر حیات اجتماعی را نیز تضمین نموده است. بنابراین حصول تشفی خاطر اولیای دم را تنها می‌توان از جمله‌ی آثاری دانست که پس از تحقق این فلسفه حاصل می‌گردد. فاضل مقداد در کنز‌العرفان در همین خصوص فرموده‌اند: «قصاص منع و بازداشتن از قتل است و در منع از قتل از میان بردن قتل است و... و عدم قتل و به قتل نرساندن در واقع بخشیدن حیات بر مردم است و نتیجه اینکه قصاص مایه‌ی حیات و زندگی اجتماعی است.» (فاضل مقداد/ کنز‌العرفان/۸۹۷/ مترجم: بخشایشی).

احمد بن جنید اسکافی از این نیز فراتر رفته و بر اساس قاعده‌ی همانندی قصاص با جنایت و نیز با استناد به آیه‌ی ۱۹۴ سوره‌ی بقره اعتقاد بر این دارد که اگر جانی، مجنی علیه را مثله نمود، در قصاص او، مثله نمودنش نیز جایز است (علامه حلی/۸۴۰).

در مقابل دیدگاه‌های فوق، مشهور فقهای امامیه مماثله را صرفاً در خروج نفس جانی محقق دانسته و بر این نکته تأکید نموده‌اند که قصاص باید به شیوه‌ی اجرا شود که جانی کمترین میزان رنج و آزار را در جریان اجرای کیفر متحمل گردد. از همین روی، ایشان بر این عقیده‌اند که قصاص با شمشیر برنده و ضربه به گردن جانی اجرا می‌شود تا بدین نحو کمترین میزان رنج و آزار به مجرم تحمیل گردد.

در اینجا ممکن است شبهه‌ی مطرح شود که آیا از هاق نفس جانی به سهل‌ترین و کم رنج‌ترین شیوه با موازین عدالت و انصاف و نیز مقتضیات اصل مماثله انطباق دارد؟ پاسخ بدین پرسش به یقین مبتنی بر منطق و بنیانی است که قصاص و اصل مماثله را بر آن استوار نمود می‌نماییم. آنگاه که مماثله به معنای برابری کامل در کیفیات و کمیات جنایت با کیفر مورد حکم تلقی شود، قصاص به سهل‌ترین و کم رنج‌ترین شیوه‌ها با موازین عدالت و نیز مقتضای اصل مماثله منطبق نخواهد بود. لیکن بر اساس دیدگاه‌های مشهور فقهای امامیه مفهوم اصل مماثله، برابری در اثر جنایت است. بیشتر نیز بر این مهم تأکید نمودیم که در قاموس واژه‌ی قصاص، سخن از «اقتفاء الاثر» رفته است که به معنای متابعت کیفر از اثر جنایت بوده، و برابری در کیفیات و شیوه‌ی جنایت با کیفر مد نظر نمی‌باشد.

علاوه بر این، مشهور فقهای امامیه معتقد به قصاص با تمسک به آسان‌ترین و کم رنج‌ترین شیوه می‌باشند. شهید اول در لمعه از همین قول پیروی نموده و مثله نمودن قاتل را جایز ندانسته‌اند. مضافاً بر اینکه ایشان قصاص را صرفاً با شمشیر (آسان‌ترین شیوه) مجاز می‌دانند. (لمعه دمشقیه/۲۷۶).

شیخ طوسی نیز در المبسوط در خصوص شیوهی اجرای کیفر قصاص اینگونه فرموده‌اند: «تنها می‌توان گردن قاتل را با شمشیری غیر مسموم قطع نمود...»<sup>۱</sup> (طوسی/المبسوط/۵۶).

محقق حلی در شرایع الاسلام، از همین قول متابعت کرده و مثله نمودن قاتل را ممنوع دانسته است.<sup>۲</sup> (شرایع الاسلام/۵۳۶). همچنین از نگاه ایشان قصاص نفس را تنها می‌توان با زدن یک ضربه توسط شمشیر به گردن جانی اجرا نمود و نحوه‌ی وقوع جنایت از اهمیت برخوردار نیست. ایشان در المختصر النافع نیز همین قول را برگزیده‌اند (مختصر النافع/۴۵۳).

به تعبیر صاحب جواهر الکلام: «و لا یقتص الا بالسیف، ولا یجوز التمثیل به،...» یعنی: «قصاص تنها با شمشیر صورت می‌گیرد و مثله نمودن قاتل نیز جایز نیست.» ایشان در این باره به اقوال مختلف ادعای اجماع نموده‌اند. صاحب جواهر در استناد دیدگاه خویش به روایتی از امام موسی کاظم علیه‌السلام استناد نموده‌اند که می‌فرمایند: «در خصوص مردی که مرد دیگری را با عصا مورد ضرب قرار داده و این عمل را آنقدر تکرار نموده که موجب قتل مجنی علیه گردیده فرمود: قاتل به اولیای دم مقتول واگذار می‌گردد؛ و لیکن آنچنان رها نمی‌گردد که موجب لذت اولیای مقتول شود. اما قصاص با شمشیر مجاز است.»<sup>۳</sup> (نجفی، ۲۴/۲۹۴ تا ۲۹۸). شیخ طوسی نیز در تهذیب الاحکام نظیر همین روایت را مطرح نموده است (طوسی/التهذیب الاحکام/۱۵۷).

آنچه از روایت حضرت بر می‌آید این است که اختیار اولیای دم صرفاً در درخواست اجرا یا عدم اجرای قصاص بوده؛ و ایشان در برگزیدن شیوهی اجرا دارای اختیار نمی‌باشند. شیخ حر عاملی در وسائل الشیعه جواز قتل با شمشیر را ممکن دانسته و مثله کردن را حتی اگر قاتل چنین نموده باشد نپذیرفته‌اند (حر عاملی، ۹/۹۵). شیخ مفید در المقنعه (مفید/۷۳۶-۷۳۷)، فاضل مقداد

<sup>۱</sup> «و لیس له ان یضرب رقبته الا بالسیف غیر مسموم...»

<sup>۲</sup> «و لا یقتص الا بالسیف. و لا یجوز التمثیل به، بل یقتصر علی ضرب عنقه، و لو کانت الجنایه بالتغریق او بالتحریق او...»

<sup>۳</sup> «فی رجل ضرب رجل بعضاً، فلم یرفع العصا حتی مات، قال: یدفع الی اولیاء المقتول. لکن لا یتربک بتلذذ به. و لکن یجاز علیه بالسیف.»

در التفتیح الرائع (فاضل مقداد/ التفتیح الرائع/ ۴۰۱) و ابن ادریس در سرائر (ابن ادریس/ ۳۲۵) نیز بر همین اندیشه‌اند.

آیه‌الله شیرازی نیز با تأکید بر بهره‌گیری از وسایل متعارف شرط مماثلت در اضرار و کیفیات جنایت را منتفی دانسته و بر این مسأله ادعای اجماع نموده‌اند (شیرازی/ ۲۹۶).

همچنین ایشان روایتی از پیامبر اکرم (ص) را به عنوان دلیلی دیگر؛ از سوی مخالفان مثله کردن مطرح نموده‌اند:

«ایاکم و المثله و لو بالکلب العقور.» بر اساس این روایت پیامبر (ص) حتی مثله کردن سگ درنده را نیز نهی نموده‌اند.

آیت الله خوئی در مبانی تکمله المنهاج (خوئی، ۱۶۲/۲، مسأله‌ی ۱۳۸)، امام خمینی در تحریر الوسيله<sup>۱</sup> (خمینی، ۴۸۲/۲، مسأله‌ی ۱۱) و آیه‌الله سید علی طباطبایی در ریاض المسائل (طباطبایی، ریاض المسائل / ۳۳۷ و ۳۳۸) نیز معتقد به اجرای قصاص به وسیله‌ی شمشیر بوده و مثله کردن را ممنوع دانسته‌اند.

بنابراین روشن است که مشهور فقهای امامیه شرط مماثلت در کیفیات کیفر و جنایت ارتكابی را مردود دانسته و قلمروی این شرط را به پیروی از اثر جنایت، یعنی ازهاق نفس جانی محدود نموده‌اند. به عبارت دیگر مراد از «قص اثره» و یا «اقتفاء الاثر» خروج نفس جانی به تبعیت از نتیجه‌ی جنایت وی است؛ لذا مماثلت را نمی‌توان به معنای برابری در کیفیات کیفر مورد حکم با جنایت ارتكابی دانست.

از سوی دیگر در کنار عدم موضوعیت شیوه‌ی اجرای قصاص، فقهای امامیه بر این مهم تأکید نموده‌اند که لازم است سلب حیات به نیکوترین شیوه که کمترین میزان رنج‌آوری را برای مجرم به همراه داشته باشد؛ صورت گیرد. چرا که با توجه به تعبیر ارائه‌گردیده از قلمروی شرط مماثلت، استحقاق جانی صرفاً ازهاق نفس اوست. تأکید فقها بر اجرای قصاص با شمشیر و قطع‌کردن نیز به همین جهت است. اهمیت این نکته از این روست که دریاپیم در صورتی که همگام با پیشرفت‌های نوین علمی، دستیابی به طرقي میسر گردد که میزان کمتری از رنج را در جریان اجرای کیفر برای مجرم به همراه داشته باشد؛ بهره‌بردن از چنین شیوه‌هایی نیز مجاز خواهد بود. شاید از همین روست که برخی از فقهای معاصر نیز بر این مهم تأکید نموده و اجرای قصاص را با

۱. «... ولا یقتص الا بالسيف و نحو... و لو كانت جنایه بغیر ذلك كالغرق و الحرق و الرضخ بالحجاره و لا یجوز التمثیل به...»

استفاده از شیوه‌هایی چون الکتریسیته، شلیک گلوله و ... میسور دانسته‌اند (خمینی، ۸۲/۲، مساله ی (۱۱).

در فقه اهل سنت نیز در این باره دیدگاه‌های متفاوتی ارائه گردیده است. در فقه حنفی، قصاص جز به شمشیر روا نیست (ملک العلماء/۲۴۵). با این وجود در مذهب مالکی برابری در شیوه‌ی اجرای قصاص شرط گردیده است (ابن قدامه/۳۹۰). شافعی نیز معتقد به اجرای قصاص از همان طریقی می‌باشد که جنایت صورت یافته است. وی در ادامه می‌افزاید: آنگاه که اجرای شیوه‌ی نخست موجب از هاق نفس جانی نگردد، دیگر نمی‌توان از شیوه‌ی پیشین بهره برده و صرفاً باید گردن او را قطع نمود (شافعی/۶۲).

برخی حقوقدانان نیز به تبعیت از مشهور فقهای امامیه قصاص را با ابزاری چون الکتریسیته و یا شلیک گلوله مجاز دانسته که کمترین میزان رنج آوری را به همراه خواهد داشت (گرچی/۱۹۱).

#### ۴- دستاوردهای حاصله از مباحث پیشین

از مجموعه‌ی مقدمات و مباحث گذشته می‌توان استنباط نمود که از نگاه فقهای امامیه در قصاص قاتل نیازی به مماثلت در کیفیات کیفر مورد حکم با جنایت ارتكابی وجود ندارد و مقصود از شرط مماثلت، برابری در اثر جنایت با کیفر مورد حکم یعنی از هاق نفس جانی می‌باشد. از یک سو مشهور فقهای امامیه در اجرای کیفر بر استفاده از شمشیر که دلالت بر قصاص جانی با کم رنج‌ترین شیوه‌ها را دارد تاکید نموده‌اند. از دیگر سو پذیرفتن شیوه‌های نوینی از اجرای قصاص مانند شلیک گلوله و ... که نسبت به قصاص از طریق شمشیر رنج آوری کمتری را به همراه دارند، از سوی برخی فقهای معاصر، ما را به این اندیشه رهنمون می‌سازد که شیوه‌ی اجرای قصاص موضوعیت نداشته و آنچه از بیان این شیوه‌ها مقصود فقهای امامیه بوده است؛ وارد آوردن کمترین رنج به جانی در جریان اجرای قصاص می‌باشد. در نتیجه می‌توان دریافت که در صورت وجود شیوه‌هایی نوین که حتی نسبت به شیوه‌های پیشین رنج آوری کمتری را به همراه دارند؛ بهره بردن از این شیوه‌ها مجاز خواهد بود.

پس از بیان این نتایج می‌بایست به بررسی ارتباط آن‌ها با موضوع پژوهش پرداخت. تاکید بر بررسی قلمروی شرط مماثلت از آن روست که در صورت پذیرش دیدگاه معتقد به قول مماثلت در شیوه و کیفیت جنایت با کیفر مورد حکم، جانی را تنها می‌توان به شیوه‌ی قصاص نمود که

خود از آن طریق مرتکب جنایت گردیده است. بنابراین در این حالت بهره بردن از دیگر شیوه‌ها و از جمله قصاص از طریق اهدای عضو ناممکن خواهد بود. لیکن نظر به آنچه پیشتر گذشت شیوه‌ی اجرا در قصاص نفس دارای موضوعیت نبوده و مشهور فقهای امامیه نیز دیدگاه پیشین را نپذیرفته‌اند. بنابراین ناگزیر از مماثلت در شیوه‌ی اجرای کیفر با جنایت ارتكابی نخواهیم بود. لیکن مفهوم این استدلال لجام گسیختگی در شیوه‌ی اجرا نیست. چرا که فقهای امامیه ضابطه‌ی شیوه‌ی اجرا را نیز معین نموده‌اند. بنابراین در آن صورت که شیوه‌ی اهدای عضو با ضابطه‌ی ارائه گردیده منطبق باشد بهره بردن از این روش در جریان اجرای کیفر قصاص نفس مجاز خواهد بود. با توجه به آنکه ضابطه‌ی اجرا در اندیشه‌ی مشهور فقیهان امامیه بهره بردن از کم رنج ترین شیوه‌ها در اجرای کیفر قصاص نفس می‌باشد، به نظر می‌توان قصاص را از طریق اهدای عضو انجام داد. چرا که در این شیوه نخست جانی را در اتاق عمل بیهوش نموده و آنگاه با خارج نمودن اعضای اصلی بدن وی به حیات او خاتمه خواهند داد. نتیجه‌ی حاصله در بهره بردن از این شیوه (ازهاق نفس) نه تنها در قلمروی اصل مماثلت قرار خواهد گرفت؛ بلکه پر واضح است که در این روش به دلیل استفاده از بیهوشی کمترین میزان رنج به جانی وارد خواهد آمد.

در استفتائاتی که از برخی فقهای معاصر صورت گرفته، اصل مسأله‌ی قصاص از طریق اهدای عضو مورد پذیرش قرار گرفته است. در عین حال استفتائات مذکور حاوی مسأله‌ی مهم هستند که پاسخی برای سؤالات دیگر ما در این زمینه خواهد بود.

در پرسشی مشترک که از فقهای مذکور به عمل آمده پاسخ زیر مطرح گردیده است:

«چنانچه محکوم به قصاص نفس به اهدای اعضا و جوارح قابل پیوند خود راضی باشد، آیا می‌توان حکم قصاص را از طریق برداشتن اعضا و جوارح داخلی او از جمله قلب اجرا نمود؟» (با دو فرض رضایت و عدم رضایت اولیای دم)

پاسخ: «اهدای عضو در صورتی که منجر به مرگ اهدا کننده نشود اخلاقی در اجرای حکم قصاص بوجود نمی‌آورد و پس از اهدا، اولیای دم می‌توانند حق قصاص خود را استیفا نمایند. اما اهدای عضوی که منجر به مرگ مجنی علیه گردد، جز با رضایت اولیای دم جایز نیست.» (به نقل از: پایگاه اینترنتی مرکز تحقیقات حقوقی قوه‌ی قضاییه).<sup>۱</sup>

۱. استفتای مذکور از کمیسیون استفتائات مرکز تحقیقات حقوقی قوه‌ی قضاییه صورت گرفته است که متشکل از فقهای مورد اعتماد این قوه می‌باشد.

در جواب به این پرسش که «در مورد محکومین به قصاص، آیا قاضی یا حاکم شرع می‌تواند در صورت رضایت اولیای دم کیفر محکوم را موقوف به اهدای عضو برای نجات مسلمانان از بیماری یا مرگ نماید؟ در مورد محکومین به قصاص عضو چطور؟» پاسخ‌های زیر ارائه شده است:

آیت الله مظاهری: «با اذن حاکم شرع جایز است.»

آیت الله مکارم شیرازی: «در صورت رضایت محکوم و نداشتن ضرر مهم برای او. ولی نباید انعکاس بد خارجی داشته باشد.»

آیت الله صانعی: «در باب قصاص از طریق اهدای عضو موقوف به رضایت ولی دم و جانی است.» (به نقل از: پایگاه اینترنتی مرکز تحقیقات حقوقی قوه قضائیه).

در باب دیدگاه‌های فوق توجه به این نکته الزامی است که استفتای مذکور در باره‌ی قصاص نفس و اجرای آن به شیوه‌ی اهدای عضو صورت گرفته است. پرسشی که در ذیل استفتا مطرح گردیده است، مبنی بر اینکه: «در مورد محکومین به قصاص عضو چطور؟» صراحتاً دلالت بر همین مهم دارد.

آنچه از پاسخ‌های فوق به نظر می‌آید این است که فقهای مذکور، اصل مسأله‌ی قصاص از طریق اهدای عضو را پذیرفته؛ و البته اجرای آن را موقوف به رضایت اولیای دم نموده‌اند. چنان که پیشتر گذشت؛ قصاص نمودی از یک سیاست کیفری متعالی است که در قلمروی آن نقش بزه دیده از اهمیتی بسزا برخوردار می‌باشد. با پذیرش شیوه‌هایی از اجرای کیفر همچون قصاص از طریق اهدای عضو با این پرسش مواجه خواهیم شد که اولیای دم در این مقوله از چه جایگاهی برخوردارند؟ آیا در اجرای کیفر قصاص نفس با بهره بردن از این شیوه اخذ رضایت از اولیای دم الزامی است؟ در استفتائات مذکور نیز در این خصوص اظهار نظر شده است. از همین جهت شایسته است تا این مقوله را نیز در تکمیل مباحث گذشته مورد بررسی قرار دهیم. از بررسی مباحث مطروحه در خصوص قلمروی شرط مماثلت و نیز شیوه‌ی اجرا در کیفر قصاص نفس می‌توان دریافت که آنچه از آن به عنوان اختیار اولیای دم در قصاص جانی یاد می‌گردد؛ همانا اختیار ایشان در درخواست اجرا یا عدم اجرای قصاص است، و اولیای دم اختیاری در برگزیدن شیوه‌ی اجرای قصاص نخواهند داشت. به عبارت دیگر شیوه‌ی اجرای قصاص در کتاب، سنت و دیدگاه‌های فقها مطرح شده و ناگزیر باید بر اساس آن عمل نمود. بنابراین اختیار اولیای دم صرفاً

در محدوده‌ی درخواست اجرا یا عدم اجرای قصاص تعریف گردیده است و برگزیدن شیوه‌ی اجرا با لحاظ نمودن ضوابط مطروحه با حاکم شرع خواهد بود.

علاوه بر آنکه تدقیق در معنای لغوی واژه‌ی قصاص، دیدگاه فوق را تایید می‌نماید؛ روایات نیز بر این نکته تاکید کرده‌اند که نمی‌توان در اثر وقوع جنایت قتل، تمامیت جسمانی قاتل را در اختیار اولیای دم دانست، تا ایشان به هر صورت که مایلند در استیفای قصاص عمل نمایند. روایت مطروحه از امام صادق (ع) مبنی بر اینکه اگر چه اولیای دم اختیار در قصاص داشته و قاتل به آن‌ها واگذار می‌گردد؛ لیکن این اختیار به آن اندازه نیست که قاتل به مثابه‌ی بازیچه‌ی ای در دستان اولیای دم قرار گرفته تا به هر شیوه با وی برخورد نمایند، به صراحت دلالت بر همین دیدگاه دارد. «... و لکن لا یترک یعبث به»، به معنی «در اختیار اولیای دم رها نمی‌گردد تا به عبث و به مثابه‌ی ابزاری با او رفتار نمایند.» در همین باب می‌توان به روایتی از پیامبر اکرم (ص) نیز اشاره نمود که به نیکو قصاص کردن و نیکو کشتن سفارش فرموده‌اند.<sup>۱</sup>

در کنار مباحث پیشین می‌بایست به این مهم نیز اشاره نمود که بر اساس مقررات فقهی و حقوقی این اختیار به اولیای دم اعطا گردیده است که پس از صدور حکم به قصاص نفس، خود کیفر قصاص را اجرا نمایند اما این اختیار اولیای دم را باید از مقوله‌ی اختیار و یا عدم اختیار ایشان در برگزیدن شیوه‌ی اجرا تفکیک نمود.

علاوه بر آنچه مطرح گردید ممکن است با پرسشی دیگر مواجه گردیم که آیا در اجرای قصاص نفس به این شیوه اخذ رضایت از جانی الزامی است؟ در این حالت اگر چه بنا بر دلایل پیش گفته نیازی به رضایت اولیای دم نیست، لیکن نظر به اینکه مقصود از اعمال این شیوه در اجرای قصاص، خارج نمودن اعضای بدن جانی می‌باشد؛ لازم است تا رضایت وی در اجرای این شیوه اخذ گردد.

ظرافتی در این کلام نهفته است. در آن صورت که هدف، قصاص از طریق کشتن صرف، پس از بیهوش کردن باشد (بدون اینکه مقصود برداشتن اعضا باشد) به اعتقاد ما جانی هیچ اختیاری در مخالفت با این شیوه ندارد. چرا که بر اساس آنچه تفصیل آن به کرات گذشت؛ قصاص به کم رنج‌ترین و آسان‌ترین شیوه‌ها صورت می‌یابد و در این شیوه‌ی اجرا، نه اولیای دم و نه جانی هیچ اختیاری نخواهند داشت. لیکن فرض مطروحه در خصوص حالتی است که علاوه بر کشتن (قصاص)، تمامیت جسمانی قاتل نیز (اعضا و جوارح وی) مد نظر بوده و این مساله امری فراتر از

<sup>۱</sup> برای بررسی تفصیلی روایات رجوع نمایید به بخش ۳ از همین پژوهش.

حفظ اثر جنایت و قلمروی اصل مماثلت می‌باشد. به همین دلیل نسبت به زیاده از مماثلت، اخذ رضایت از جانی الزامی است.<sup>۱</sup>

پس از گذار از مباحث مذکور، در یک نگاه کلی می‌توان گفت که به علت موضوعیت نداشتن شیوه‌ی اجرای قصاص و نیز تاکید مبانی فقهی ما بر اجرای آسان‌ترین و کم رنج‌ترین شیوه‌ها، قصاص از طریق اهدای عضو مجاز می‌باشد. همچنین در این باره نیز بحث گردید که در اجرای کیفر قصاص از طریق اهدای عضو، نیاز به اخذ رضایت از اولیای دم نیست. ولی اخذ رضایت از جانی در بهره بردن از این شیوه لازم است.

در این خصوص پاسخ به پرسشی دیگر ضروری به نظر می‌رسد که آیا مابه ازای عضو برداشته شده باید به بازماندگان جانی پرداخت گردد؟ آیا بین فرضی که گیرنده‌ی عضو از اولیای دم بوده و فرضی که گیرنده غیر از اولیای دم باشد تفاوتی وجود دارد؟

سؤالات فوق نیز در گستره‌ی مسائل مستحدثه ایست که به تبع موضوع اصلی مطرح می‌گردد و تاکنون نیز در این باره دیدگاهی ارائه نشده است. به نظر می‌آید برای پاسخ به پرسش‌های مذکور نیز می‌توان از استدلال‌های پیشین بهره برد. نظر به اینکه مقصود از اصل مماثلت در قصاص، خروج نفس جانی به تبعیت از اثر جنایت اوست، آنچه جانی مستحق آن است صرفاً خروج نفس وی بوده و برداشتن اعضای بدن او اثری زیاده بر مقتضیات اصل مماثلت است. بنابراین شاید بتوان گفت که نسبت به این زیادت اخذ رضایت از جانی الزامی است؛ لذا جانی نسبت به این زیاده محق بوده و این اختیار را داراست که مابه ازای عضو برداشته شده را طلب نماید. در این حالت مابه ازای سوی گیرنده‌ی عضو به بازماندگان جانی پرداخت می‌گردد. در صورت قبول چنین فرضی، اصولاً تفاوتی نمی‌کند که گیرنده‌ی عضو از اولیای دم بوده و یا غیر از ایشان باشد. چرا که در هر حال اولیای دم نیز اختیاری نسبت به تمامیت جسمانی قاتل نداشته و باید مابه ازای عضو برداشته شده که اثری مازاد بر استحقاق ایشان است را پرداخت نمایند.

در پایان باید به این نکته نیز اشاره نمود که امروزه مساله‌ی اهدای عضو از لحاظ فقهی و حقوقی مورد تایید بوده و سالیانه افراد بسیاری اعضای خود را به نیازمندان اهدا می‌نمایند. بنابراین نباید این مساله‌ی اهدا و البته قصاص از طریق اهدا را که با رضایت جانی صورت می‌گیرد با مثله کردن وی یکسان دانست.

۱. برای مشاهده‌ی نظرات دیگر در این خصوص رجوع شود به: صانعی/۱۳۹ و تبریزیان/۳۳۵.



### ۵- حقوق موضوعه و مساله ی قصاص از طریق اهدای عضو

پیش از آنکه به بررسی دیدگاه قانون‌گذار اسلامی در خصوص قصاص از طریق اهدای عضو بپردازیم، می‌بایست بر این مهم تاکید ورزید که در حقوق موضوعه نمی‌توان حکم صریحی در این خصوص یافت. از طرفی عدم تصریح را نمی‌توان دلیلی بر عدم امکان دانست. چرا که از سویی کلیت، شأن قاعده‌ی حقوقی است (کاتوزیان، ۵۳۰) و نمی‌توان انتظار داشت که قانونگذار در وضع قواعد از این خصیصه عدول نموده و حتی در قلمروی مقررات شکلی همچون شیوه‌های اجرای کیفر نیز به تصریح جزئیات بپردازد. به اعتقاد ما قاعده‌ی حقوقی بدون تردید مبین یک ظرفیت بالقوه خواهد بود و این ظرافت اندیشه‌ی یک حقوقدان است که این ظرفیت بالقوه را به فعلیت مبدل خواهد کرد. از دیگر سو نیز باید توجه نمود که بهره‌گیری از این شیوه در اجرای کیفر قصاص نفس در شمار مسائل نوینی است که به تازگی در محافل فقهی و حقوقی مورد توجه قرار گرفته و عملاً در گذشته امکان پیش بینی چنین تحولاتی میسر نبوده است. قانون‌گذاران نیز به حکم انسان بودن خویش همواره در حصار محدودیت‌ها و ناتوانی‌های بشری محصورند. بنابراین انتظار پیش بینی کامل آینده از یک قانونگذار انتظاری نا به جا خواهد بود. در سطور آتی در پی طرح این موضوع هستیم که نه تنها در قانون موضوعه معنی در راستای قصاص از طریق اهدای عضو مشاهده نمی‌شود، بلکه از کلیات موجود در قانون جواز اعمال این شیوه نیز استنباط می‌گردد. قانونگذار اسلامی در این زمینه به ذکر دو مقررته اکتفا نموده است.

بر اساس ماده‌ی ۲۶۳ قانون مجازات اسلامی: «قصاص با آلت کند و غیر برنده که موجب آزار مجرم باشد ممنوع است و مثله او نیز جرم است».

منطوق این ماده صراحتاً مماثلت در رنج آوری را منع کرده و قصاص را به شیوه‌ای تجویز نموده است که موجبات آزار جانی را فراهم ننماید. در حقیقت قانونگذار اسلامی در این خصوص از مشهور فقهای امامیه متابعت نموده است.

ماده‌ی ۱۴ آیین‌نامه‌ی نحوه‌ی اجرای احکام قصاص، قتل، رجم، صلب، اعدام و شلاق مصوب ۱۳۸۲/۹/۴ در تشریح ماده‌ی ۲۶۳ اینگونه بیان می‌دارد:

«اجرای قصاص نفس، قتل و اعدام ممکن است به صورت حلق آویز به چوبه‌ی دار و یا شلیک اسلحه‌ی آتشین و یا اتصال الکتریسیته و یا به نحو دیگر به تشخیص قاضی صادر کننده‌ی رای انجام گیرد.

تبصره: در صورتی که در حکم صادره نسبت به نحوه و کیفیت اعدام، قصاص نفس و قتل ترتیب خاصی مقرر نشده باشد محکوم به دار کشیده می‌شود».

همان‌گونه که از منطوق ماده بر می‌آید مماثلت در رنج آوری از سوی قانون‌گذار اسلامی نیز مورد پذیرش قرار نگرفته است. چرا که شیوه‌های اجرای قصاص که به صورت تمثیلی در این ماده آمده است، روش‌هایی هستند که کمترین میزان رنج آوری را برای مجرم به همراه دارند. مضافاً بر اینکه تمثیلی بودن موارد ذکر شده ما را به این اندیشه رهنمون می‌سازد که قانون‌گذار در این مقرر در پی به رسمیت شناختن دیگر شیوه‌هایی بوده که در آینده به دنبال پیشرفت‌های نوین علمی ممکن خواهد بود. شیوه‌هایی که کمترین میزان رنج آوری را برای مجرم به همراه خواهد داشت. از این مقرر می‌توان به طور ضمنی جواز بهره بردن از شیوه‌هایی چون قصاص از طریق اهدای عضو را استنباط نمود.

البته هیچ‌گاه نباید تصور نمود که بهره بردن از این شیوه‌ها در جریان اجرای کیفر قصاص نفس، در تعارض با فلسفه و منطوق قصاص می‌باشد. قصاص در حقیقت، نمودی از یک سیاست جنایی مترقی است که نظام عدالت کیفری با قدم گذاردن در مسیر اجرای آن در واقع در راستای تضمین حیات خصوصی و اجتماعی گام نهاده است. آنگاه که در جریان اجرای کیفر قصاص نفس، حیات از جانی سلب گردد، عدالت در این باره تماماً به اجرا گذارده شده و منطوق قصاص نیز محقق گردیده است.

#### ۶- مزایای بهره‌گیری از این شیوه در اجرای قصاص نفس

برای اجرای قصاص با بهره‌گرفتن از این شیوه می‌توان مزیت‌های بسیاری را برشمرد. چرا که علاوه بر رنج آوری کمتر در مقایسه با دیگر شیوه‌های اجرای قصاص نفس، نوعی آرامش معنوی و تشفی خاطر را نیز برای محکومین به قصاص به همراه خواهد داشت. محکوم به قصاصی که در نتیجه‌ی ارتکاب جنایت قتل عمدی از حق حیات محروم گردیده و مکافات اخروی را نیز در پیش روی خویش می‌بیند، با رضایت به اجرای قصاص با توسل به این شیوه، نه تنها به میزان نازل‌تری از دیگر شیوه‌های اجرای قصاص، متحمل رنج و عذاب می‌گردد، بلکه آرامشی معنوی را نیز در این حالت برای خود به ارمغان آورده و در عین حال از پاداش اخروی عمل خویش نیز بهره‌مند خواهد گردید.

علاوه بر این نباید از تأثیرات اقتصادی اجرای کیفر از این طریق نیز غافل گردید. در بسیاری موارد و به خصوص در آن هنگام که جانی نقشی ویژه را در حیات اقتصادی خانواده ایفا می‌نماید؛ اجرای کیفر قصاص نفس؛ موجبات اختلال در این حیات اقتصادی را فراهم خواهد آورد. لکن با بهره‌گیری از شیوه‌ی اهدای عضو و نیز پرداخت مابه‌ازای اعضای اهدایی به خانواده‌ی جانی در حقیقت در مسیر مرتفع نمودن بخشی از این مشکلات اقتصادی گام برداشته‌ایم. همچنین استفاده از شیوه‌ی مذکور اجتماع را نیز از مزایای قابل توجهی برخوردار خواهد نمود. چرا که در حال حاضر تعداد اعضای دریافتی از داوطلبان اهدای عضو، پاسخگوی درخواست‌های نیازمندان و متقاضیان دریافت عضو نمی‌باشد.

از آن زمان که نخستین پیوند عضو در ایران - که پیوند قرنیه بود - صورت گرفت، سال‌ها می‌گذرد (سال ۱۳۱۴) و در حال حاضر با پیوند کلیه، قلب، مغز استخوان، کبد و ... افق‌های نوینی در مقابل کسانی که امیدی به حیات نداشته‌اند گشوده شده است (عباسی/۲۱۲). با این وجود سالیانه در حدود ۲۵ درصد از بیماران در انتظار پیوند، به دلیل یافت نشدن عضو، جان خویش را از دست می‌دهند (همان). بنابراین می‌توان دریافت که توسل به این شیوه در اجرای قصاص نفس، نه تنها واجد مزایایی قابل توجه برای محکومان به قصاص نفس بوده، بلکه با تمسک به این شیوه می‌توان گامی مهم در راستای نجات جان بیمارانی که راه دیگری برای درمان آن‌ها وجود ندارد نیز برداشت.

#### ۷- نتیجه

پس از نگرشی بر آرای مشهور فقهای امامیه می‌توان دریافت که در نگاه ایشان قلمروی شرط مماثلت به عنوان شرط بنیادین اجرای قصاص تنها محدود به پیروی از اثر جنایت بوده و در اجرای قصاص مماثلت در کیفیت جنایت ارتكابی و شیوه‌ی اجرای کیفر شرط نمی‌باشد. از سوی دیگر نیز مشهور فقهای امامیه بر این اندیشه‌اند که شیوه‌ی اجرای قصاص دارای موضوعیت نمی‌باشد. در عین حال از نگاه ایشان این عدم موضوعیت هیچ‌گاه به معنای انجام گسیختگی در شیوه‌ی اجرای کیفر قصاص نخواهد بود؛ چرا که از دیدگاه مشهور امامیه؛ ضابطه‌ی اجرای کیفر قصاص؛ بهره‌بردن از کم‌رنج‌ترین و آسان‌ترین شیوه‌هاست.

با توجه به آنچه گذشت؛ می‌توان دریافت که امکان اجرای قصاص نفس با بهره‌گیری از شیوه‌ی اهدای عضو ممکن خواهد بود. چرا که از سویی نتیجه‌ی حاصل در بهره‌گیری از این

روش (ازهاق نفس) داخل در قلمروی شرط مماثلت بوده و از سوی دیگر نیز به علت بیهوش نمودن جانی در اجرای قصاص به این شیوه؛ کمترین میزان رنج بر او تحمیل می‌گردد. همچنین باید بر این مهم نیز تاکید ورزید که در اجرای کیفر قصاص از طریق اهدای عضو، نیاز به اخذ رضایت از اولیای دم نمی‌باشد، چرا که آنچه با عنوان اختیار اولیای دم در مقوله‌ی قصاص مقصود است؛ در حقیقت اختیار ایشان در درخواست اجرا یا عدم اجرای قصاص است و نمی‌توان اولیای دم را مستولی بر تمامیت جسمانی قاتل دانست. با این وجود اخذ رضایت از جانی در این شیوه شرط است. چرا که علاوه بر خروج نفس وی که نتیجه‌ی مماثلت در قصاص است، اعضای بدن او نیز برداشته شده که اثری زاید بر قصاص و اصل مماثلت می‌باشد. به همین علت لازم است تا نسبت به این زیادت، رضایت جانی اخذ گردد.

#### منابع

- ابن ادریس، *السرائر*، المجلد الثالث، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۱ ق.
- ابن قدامه، *المعنی*، الجزء التاسع، دارالكتاب العربی، بیروت ۱۳۹۲ ق.
- الشافعی، *الام*، الجزء السادس، الطبعة الاولى، مکتبه الکلیات الازهریه، قاهره، ۱۳۸۱ ق.
- تبریزیان، عباس، *مسائل مستحذیه‌ی پزشکی*، مترجم: سید هادی حسینی، تدوین: دفتر تبلیغات اسلامی شعبه‌ی خراسان رضوی، مشهد.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ شانزدهم، کتابخانه‌ی گنج دانش، تهران، ۱۳۸۵.
- حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن، *وسائل الشیعه*، المجلد التاسع، دار احیاء التراث العربی، چاپخانه‌ی اسلامی، تهران، ۱۴۱۲ ق.
- حلی، علامه، *مختلف الشیعه*، المجلد التاسع، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- حلی، محقق، *شرایع الاسلام*، جلد دوم، چاپ نخست، انتشارات رشید، قم، ۱۳۸۶.
- ، *المختصر النافع*، چاپ دوم مرکز الطباعه و النشر فی موسسه البعثه، قم، ۱۴۱۶ ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، جلد دوم، چاپ سوم، الجزء الثاني و الاربعون، موسسه‌ی احیاء آثار الامام الخوئی، قم، ۱۴۲۸ ق.

- خمینی (امام)، سید روح الله الموسوی، *تحریر الوسيله*، جلد دوم، چاپ دهم، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۵ ق.
- خسرو شاهی، قدرت الله، *فلسفه‌ی قصاص از دیدگاه اسلام*، چاپ نخست، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه ی علمیه ی قم، قم، ۱۳۸۰.
- (مترجم) ذهنی تهرانی، سید محمد جواد، *المباحث الفقہیہ فی شرح الروضه البہیہ*، کتاب القصاص، جلد ۲۹، چاپ دوم، ناشر (مولف)، قم، ۱۳۷۰.
- شیخ مفید، *المقنعه*، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- الشیرازی، حاج سید محمد الحسینی، *الفقه*، کتاب القصاص، انتشارات دار القرآن الحکیم، قم، بی تا. شهید اول، *لمعه‌ی دمشقیہ*، ترجمه و تبیین: دکتر علی شیروانی، جلد دوم، چاپ بیست و نهم، انتشارات دار الفکر، قم، تابستان ۱۳۸۵.
- صانعی، یوسف، *استفتائات پزشکی*، چاپ یازدهم، انتشارات میثم تمار، قم، تابستان ۱۳۸۷.
- طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل فی بیان احکام بالدلائل*، الجزء العاشر، کتاب القصاص، الطبع الاولی، دار الہادی للطباعه و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
- طباطبایی، سید محمد حسین، *تفسیر المیزان*، جلد دوم، اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۱.
- طریحی، فخرالدین محمد، *مجمع البحرین*، جلد دوم، موسسه ی تحقیقات و نشر معارف اهل بیت، قم، ۱۳۸۷.
- طوسی، شیخ ابی جعفر محمد بن الحسن، *المبسوط*، المجلد السابع، ۱۴۱۲ هجری قمری، دارالکتاب الاسلامی، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
- ، *تہذیب الاحکام*، الجزء العاشر، چاپ سوم، دارالکتاب الاسلامیہ، تهران، ۱۳۹۰ ق.
- عباسی، محمود (ترجمه و تالیف)، *مجموعه مقالات حقوق پزشکی*، جلد نخست، ناشر: انتشارات حقوقی، تهران، ۱۳۷۹.
- فاضل مقداد، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، مترجم: عبدالرحیم عقیقی بخشایشی، جلد نخست، چاپ سوم، دفتر نشر نوید اسلام، قم، بهار ۱۳۸۷.
- ، *التنقیح الرائع*، المجلد الرابع، مکتبه آیه الله المرعشی، قم، ۱۴۰۴ ق.
- قبله ای خوبی، خلیل، *آیات الاحکام*، چاپ دوم، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۵.

- کاتوزیان، امیر ناصر، *فلسفه‌ی حقوق*، جلد نخست، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۸.
- گرچی، ابوالقاسم، *حدود- تعزیرات و قصاص*، چاپ نخست، موسسه‌ی چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، تهران، پاییز ۱۳۸۱.
- محمدی همدانی، محمد علی، معاونت آموزش قوه‌ی قضاییه، *سلسله پژوهش‌های فقهی و حقوقی*، شماره ۵ هفت «بایسته‌های فقهی اجرای قصاص»، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۸.
- محمدی، ابوالحسن (مترجم)، *حقوق کیفری اسلام*، چاپ دوم، موسسه‌ی چاپ و انتشارات دانشگاه مشهد، مشهد، ۱۳۶۲.
- مکارم شیرازی، *تفسیر نمونه*، جلد نخست، چاپ چهل و هشتم، انتشارات دارالکتاب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۳.
- ملک العلماء، *بدایع الصنائع*، المجلد السابع، الطبع الثانی، دارالکتاب العربی، بیروت، ۱۳۹۴ ق.
- میر حسینی، سید حسن، *سقوط قصاص*، چاپ نخست، نشر میزان، تهران، تابستان ۱۳۸۴.
- نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، الجزء الثانی و الاربعون، چاپ چهارم، ناشر: دارالکتاب الاسلامیه، تهران، سال ۱۳۷۴.
- هاشمی شاهرودی، *بایسته‌های فقه جزا*، چاپ اول، نشر میزان، تهران، تابستان ۱۳۷۸.
- پایگاه اینترنتی مرکز تحقیقات حقوقی قوه قضاییه. [www.Law-training.Ir](http://www.Law-training.Ir)
- آیین نامه نحوه اجرای احکام قصاص، قتل، رجم، صلب، اعدام و شلاق. مصوب ۱۳۸۲/۹/۴.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۰،  
پاییز ۱۳۹۱، ص ۸۵-۹۹

### امکان قصاص پدر توسط فرزند در آراء فقهی و قوانین جزایی\*

علی مراد حیدری

استادیار دانشگاه حضرت معصومه (س)

Email: heydarilaw@gmail.com

#### چکیده

عدم امکان قصاص پدر به خاطر کشتن فرزند، مورد اتفاق و اجماع فقهای امامیه است؛ اما در فرضی که پدر، مستقیماً مرتکب جنایت بر فرزند نشود و فرزند، حق قصاص را علیه پدر، از مجنی علیه به ارث ببرد، بین فقهاء، اختلاف نظر وجود دارد که آیا فرزند می‌تواند پدرش را قصاص کند یا نه؟

گروهی از فقهاء، در این مورد، قائل به عدم امکان قصاص پدر هستند. قیاس اولویت، روایت لا یقاد والد بولده، روایت باب قذف، عمومات ادله‌ی امر به احسان و مصاحبت به معروف با والدین، ادله‌ی مورد استناد این گروه از فقهاء است.

جمعی از فقهاء نیز به امکان قصاص پدر در این مسأله حکم داده‌اند. این عده از فقهاء، ضمن رد استناد به قیاس اولویت، یا استناد به روایت باب قذف، به اکتفاء به قدر متیقن در خروج از اطلاق ادله‌ی قصاص، تمسک جسته‌اند و مسأله‌ی مورد بحث را مشمول عمومات ادله‌ی قصاص دانسته‌اند.

در این مقاله، ضمن نقد و بررسی ادله‌ی هر دو گروه، قول دوم ترجیح داده می‌شود. قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ و نیز پیش نویس قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۸۸، صرفاً به این نکته اشاره دارند که اگر قاتل، پدر یا جد پدری مقتول باشد، قصاص نمی‌شود و فرض مورد بحث این مقاله، به اجمال برگزار شده است؛ از این جهت، تحلیل فقهی این مسأله در روشن شدن حکم این موضوع، حائز اهمیت خواهد بود.

واژه‌های کلیدی: قتل عمد، قصاص، قصاص پدر، نفی ابوت.

---

\*. تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۳/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۷/۲۶. این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی «حقوق کیفری» است که با حمایت مالی دانشگاه حضرت معصومه (س) انجام شده است.

## مقدمه

مطابق ماده‌ی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، پدر یا جد پدری که فرزند خود را بکشد، قصاص نمی‌شود و به پرداخت دیه قتل به ورثه مقتول و تعزیر محکوم خواهد شد. صرف نظر از مباحثی که در مورد امکان یا عدم امکان قصاص جد پدری وجود دارد، آنچه در این ماده دارای ابهام است، حکم این مسأله است که اگر پدری مرتکب جنایت بر فرزند نشود، بلکه فرزند به جهتی، حق قصاص را علیه پدرش به دست آورد، آیا می‌تواند پدر را قصاص کند یا خیر؟ برای مثال: چنانچه مردی همسرش را عمداً به قتل برساند و وارث مقتوله، منحصرأ فرزند یا فرزندان همان مرد باشند، آیا آن‌ها می‌توانند پدر را به خاطر قتل مادرشان قصاص کنند یا خیر؟

با توجه به ماده‌ی ۲۲۰ ق.م.ا که حکم عدم قصاص را به جد پدری هم تسری داده است، این بحث، در این فرض نیز قابل طرح است که شخصی همسر پدرش را به قتل رساند و وارث مقتوله، نوه‌ی خود قاتل باشد.

همان گونه که اشاره شد، حکم این مسأله در ماده‌ی ۲۲۰ ق.م.ا روشن نیست. در چنین مواردی، در راستای اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ماده‌ی ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی سال ۱۳۸۱ و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، مصوب سال ۱۳۷۸، قضات دادگاه‌ها باید با مراجعه به منابع معتبر فقهی و فتاوی‌های مشهور، حکم قضیه را صادر نمایند.

در این نوشته، سعی شده است تا با طرح دیدگاه‌های مختلف و نقد و بررسی دلایل آن‌ها، زمینه برای یافتن حکم صحیح، از منابع معتبر فقهی و فتاوی‌های مشهور فراهم آید. قبل از ورود به بحث اصلی مقاله، بررسی اجمالی حکم جنایت پدر بر فرزند در فهم مباحث بعدی کمک خواهد نمود.

### بررسی حکم جنایت پدر بر فرزند

فقه‌های امامیه انتفاء ابوت را یکی از شرایط قصاص می‌دانند؛ عبارت محقق حلی در شرایع بدین صورت است: «الشرط الثالث: أن لا یكون القاتل أباً، فلو قتل ولده لم یقتل به» (حلی، ۹۸۸/۴). این حکم مورد اتفاق فقه‌های امامیه است و ظاهراً فقیه برجسته‌ای با آن مخالفت نکرده است.



شهید ثانی، پس از ذکر حکم عدم قصاص پدر به خاطر جنایت بر فرزند، تصریح می‌کند: «إجماعاً منا ومن أكثر العامة» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵۶/۱۵).  
فاضل هندی (۱۱/۷) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۶۹/۴۲) هم در این مورد، ادعای اجماع نموده‌اند.

بنابراین، تحقق اجماع بر عدم قصاص پدر به خاطر قتل فرزند، قطعی، و مدرک آن، روایات زیادی است که ذیلاً به برخی از آن‌ها اشاره می‌گردد:

- ۱- روایت پیامبر اکرم (ص): «لا یقاد الوالد بولده» (دارمی، ۱۹۰/۲)؛
- ۲- روایت حُمران از یکی از دو امام باقر یا صادق (ع): «لَا یُقَادُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ وَ یُقْتَلُ الْوَلَدُ إِذَا قَتَلَ وَالِدَهُ عَمْدًا» (حر عاملی، ۵۶/۱۹)؛
- ۳- روایت حَلَبِی از امام صادق (ع): «قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ یَقْتُلُ ابْنَهُ أَمْ یُقْتَلُ بِهِ؟ قَالَ: لَا» (همان، ۵۷/۱۹)؛

- ۴- روایت فَضَّیْلِ بْنِ یَسَارٍ از امام صادق (ع): «لَا یُقْتَلُ الرَّجُلُ بِوَلَدِهِ إِذَا قَتَلَهُ وَ یُقْتَلُ الْوَلَدُ بِوَالِدِهِ إِذَا قَتَلَ وَالِدَهُ» (همان، ۵۷/۱۹)؛
- ۵- روایت إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ از امام صادق (ع): «أَنَّ عَلِيًّا (ع) كَانَ یَقُولُ: لَا یُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ إِذَا قَتَلَهُ وَ یُقْتَلُ الْوَلَدُ بِالْوَالِدِ إِذَا قَتَلَهُ وَ لَا یُحَدُّ الْوَالِدُ لِلْوَلَدِ إِذَا قَذَفَهُ وَ یُحَدُّ الْوَلَدُ لِلْوَالِدِ إِذَا قَذَفَهُ» (همان، ۵۸/۱۹)؛

روایات دیگری نیز با این مضمون وجود دارد، تا جایی که صاحب جواهر، قطع را برای این حکم مذکور در این روایات، ادعا کرده است؛ هر چند که به حد تواتر اصطلاحی نرسیده باشد (نجفی، ۱۶۹/۴۲).

صاحب تفصیل الشریعه، این روایات را مستفیض، بلکه متواتر معنوی دانسته است (فاضل لنکرانی، ۱۵۰).

افزون بر این، در بعضی از آثار فقهی، تلاش شده است از بُعد عقلی و فلسفی و یا به عبارت دیگر، از بُعد حکمت احکام نیز عدم قصاص پدر، در صورت کشتن فرزند، مورد تعلیل قرار گیرد؛ از جمله اینکه گفته شده است پدر، سبب وجود فرزند است و شایسته نیست که فرزند، عدم پدرش را سبب گردد؛ یا اینکه حرمت و شرف پدری، اقتضاء می‌کند که به خاطر قتل فرزندش مورد قصاص قرار نگیرد.

صاحب مسالک، پس از استناد به اجماع و روایت، در تعلیل این حکم می‌نویسد: «و لَانَّ

الوالد سبب وجود الولد ، فلا یحسن أن یصیر الولد سبباً معدوماً له ، و لا یلیق ذلك بحرمه الابوة ، و لرعاية حرمة لم یحد لقتله» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵۶/۱۵)

صاحب مجمع الفائدة و البرهان هم در تعلیل عدم قصاص جد پدری به خاطر نوه‌اش می‌نویسد: «لأنه سبب لوجود سببه» (مقدس اردبیلی، ۱۶/۱۴). شبیه این تعلیل، در دیگر کتب نیز وجود دارد (خوانساری، ۲۵/۷).

در روایتی از کتاب علل الشرایع نیز آمده است: «العلَّة فی أن لا یقتلَ والدٌ بولده، أنَّ الوالدَ ممْلوکٌ لِلأبِ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ (ص): أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» (نوری، ۲۳۹/۱۸) البته، بر خلاف برداشت این بزرگواران، در این روایت نه به علیت پدر در وجود فرزند، بلکه به مالکیت او بر فرزند، اشاره شده است (حیدری، ۶۳).

بدین ترتیب، عدم قصاص پدر به خاطر قتل فرزند، از مسائل مورد اتفاق است و همان گونه که پیش از این نیز اشاره شد، تحقق اجماع بر عدم قصاص پدر به خاطر قتل فرزند، قطعی است و نمی‌توان به عموم ادله قصاص همانند: «أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» (مأئده: ۴۵) استناد نمود؛ چه اینکه عموماً ادله قصاص با روایات و اجماع فقهاء، قابل تخصیص است و امکان تخصیص عموماً کتاب به سنت، امری مسلم است.<sup>۱</sup>

پس از بررسی مسأله‌ی حق قصاص فرزند علیه پدر، چند نکته را باید مورد توجه قرار داد: نکته‌ی اول این است که هر چند پدر در قتل فرزندش قصاص نمی‌شود، لکن باید دیه را به ورثه‌ی مقتول بپردازد و خود هم از آن سهمی نمی‌برد. ظاهراً لزوم پرداخت دیه، مورد اجماع فقهاء است (محقق حلی، ۹۸۸/۴، علامه‌ی حلی، إرشاد الأذهان، ۲/۲۰۴، ابن فهد، ۱۸۹/۵، شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴/۴۲۵، مقدس اردبیلی، ۱۶/۱۴، نجفی، ۴۱/۱۶۹، خویی، ۲/۸۶) چنان‌که بسیاری از فقهاء، به لزوم پرداخت دیه، حکم داده‌اند.

مستند مشهور فقهاء، علاوه بر قاعده‌ی «لا یبطل دم امرئ مسلم»، روایات وارده است؛ از جمله صحیح‌هی ظریف که می‌گوید: «قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع): أَنَّهُ لَا قَوْلَ لِرَجُلٍ أَصَابَهُ وَالِدُهُ فِي

۱. البته در صورتی که پدری به قتل فرزندانش عادت نماید به عقیده‌ی بعضی از فقهاء، از باب إفساد فی الارض اعدام می‌گردد. مرحوم بهجت در این مورد قتل پدر را از باب قصاص دانسته است؛ پدری که معتاد است به قتل فرزندان خود، مثل مسلمانی است که عادت به قتل کافر ذمی دارد که قصاص می‌شود و الحاق این مورد به آن مورد، بی‌وجه نیست. آقای موسوی اردبیلی نیز معتقد است: اگر در مورد خاصی حاکم شرع تشخیص دهد که از موارد إفساد فی الارض است، می‌تواند حکم مخصوص به آن را صادر نماید. (دفتر آموزش روحانیون، کد ۶۶۷۵)

أَمْرٍ يَعْيبُ عَلَيْهِ فِيهِ فَأَصَابَهُ عَيْبٌ مِنْ قَطْعٍ وَغَيْرِهِ وَ يَكُونُ لَهُ الدِّيَةُ وَ لَا يُقَادُ» (حر عاملی، ۵۸/۱۹).

در روایت دیگری، جابر از امام باقر (ع) در مورد مردی که فرزندش را می‌کشد سؤال کرد، امام فرمود: «لَا يُقْتَلُ بِهِ وَ لَكِنْ يُضْرَبُ ضَرْباً شَدِيداً وَ يُنْفَى عَنِ مَسْقَطِ رَأْسِهِ» (همان، ۵۸/۱۹)

با این وجود، شیخ طوسی در مبسوط می‌فرماید: «فإذا ثبت أنه لا يقاد به فعليه التعزير و الكفارة» (شیخ طوسی، ۹/۷). ظاهر فتوای شیخ طوسی، ثبوت تعزیر و كفاره است و دیه را ذکر نکرده است.

صاحب جامع المدارک هم با نظر مشهور مخالف است. به نظر ایشان، صحیح‌هی ظریف، به غیر قتل نفس، ناظر است؛ به علاوه، اصل در قتل عمد، قصاص است، نه دیه؛ و ثبوت دیه، محتاج به توافق بین ولی دم و قاتل است؛ و عدم مهدوریت دم مسلمان هم ثبوت دیه بر چنین قاتلی را اثبات نمی‌کند (خوانساری، ۲۳۳/۷).

با این حال، حتی اگر از روایت جابر هم ثبوت دیه اثبات نشود، از صحیح‌هی ظریف می‌توان چنین امری را اثبات نمود؛ بدین صورت که اگر چه موضوع این صحیح‌هی، جراحاتی نظیر قطع و امثال آن است، لکن با تنقیح مناط می‌توان گفت ملاکی که موجب شده است امام (ع) در مورد جراحت، به دیه، حکم بدهند، هدر نرفتن خون مسلمان است که در قتل نیز همین ملاک موجود است.

بنابراین، چنانچه پدری فرزندش را به قتل برساند، دیه او را باید بپردازد و تعزیر هم می‌شود. مبنای تعزیر هم انجام فعل حرام است که همان از بین بردن نفس معصومه است. البته اینکه در خبر جابر ذکر شده است پدری که فرزند فرزندش را به قتل برساند، به شدت تازیانه زده می‌شود و تبعید می‌گردد، این حکم تبعید، مورد تبعیت فقهاء، قرار نگرفته است. شاید بتوان آن را بر این، حمل کرد که ضرب و تبعید مذکور، از جمله‌ی مصادیق تعزیری است که حاکم می‌تواند آن را تعیین کند.

نکته‌ی دوم این است که پدر به خاطر فرزند، قصاص نمی‌شود. در این حکم، تفاوت از حیث حریت و دین، مؤثر نیست؛ بنابر این، حتی اگر پدری غیر مسلمان، فرزند مسلمان خود را عمداً به قتل برساند، یا جراحی بر او وارد نماید، پدر مذکور، قصاص نمی‌شود؛ چون رابطه‌ی أبوت و بنوت یا ولادتی که موضوع ادله‌ی عدم قصاص است، در اینجا هم وجود

دارد.

بنابراین، اطلاق ادله‌ی عدم قصاص پدر، فرض مورد بحث را نیز شامل می‌شود و دلیلی وجود ندارد که بخواهد این فرض را از شمول ادله، خارج کند.<sup>۱</sup> این مسأله هنگامی روشن تر می‌شود که توجه داشته باشیم که ادله‌ی وجوب مصاحبت به معروف، والدین کافر را نیز شامل می‌گردد.

نکته‌ی سوم این است که چون در نصوص مذکور، عدم قصاص پدر مورد تصریح قرار گرفته است، لذا ادله‌ی مورد بحث، تنها، به مورد مباشرت، ناظر است؛ بدین معنا که عدم قصاص پدر، در صورت جنایت بر فرزند، و همچنین عدم اجرای حد قطع، در صورت سرقت از اموال فرزند، به موردی منحصر است که پدر، خود به قتل فرزند، یا سرقت از اموال وی اقدام نماید و چنانچه پدری در قتل یا سرقت از اموال فرزندش، به مباشر، کمک (معاونت) کند، به مجازات محکوم خواهد شد. عدم اجرای قصاص، یا عدم اجرای حد قطع، به معنای آن نیست که عمل مجرمانه‌ی پدر، مباح است و در صورت معاونت در انجام این جرایم نیز به مجازات محکوم نمی‌شود.

#### بررسی حکم قصاص پدر توسط فرزند

همان گونه که در مقدمه، اشاره شد، مسأله‌ای که تا حدی دارای ابهام می‌باشد و نگارنده، در نوشته‌ی حاضر، در صدد بررسی آن است، پاسخ به این سؤال است که آیا عدم قصاص پدر، از سوی فرزند، تنها به موردی مربوط است که پدر، مستقیماً، بر فرزند، جنایت مرتکب می‌شود یا شامل موردی نیز می‌گردد که فرزند، حق قصاص را بر پدر پیدا کرده است؟ این مورد اخیر، در جایی است که پدر بر جسم فرزند، جنایتی وارد نکرده است، بلکه بر نفس فردی، مرتکب جنایت شده است که فرزند، ولی دم او می‌باشد.

مثلاً: مردی زنش را به قتل می‌رساند و فرزند این شخص قاتل، ولی دم آن زن مقتوله است، آیا در چنین موردی، این فرزند، حق دارد پدر را قصاص کند یا خیر؟ البته فرض سؤال، در جایی است که ولی دم، به فرزند، منحصر است و گر نه چنانچه اولیای دم دیگری باشند، آن‌ها حق قصاص دارند.

<sup>۱</sup> . شهید ثانی در مسالک می‌فرماید: «ولا فرق فی الأب بین الحر والعبد ، ولا بین المسلم والكافر ، لوجود مقتضی للمنع وهو الأبوة ، وأصله عدم اشتراط أمر آخر» (شهید ثانی ، مسالک الافهام، ۱۵/۱۵۶).

به هر حال، در این مسأله در بین فقهاء دو دیدگاه وجود دارد :

### دیدگاه یکم: عدم امکان قصاص پدر

شیخ طوسی (۱۰/۷)، شهید ثانی (مسالک الافهام ۱۵/۱۵۹)، علامه‌ی حلی (قواعد الاحکام، ۳/۶۰۸)، فاضل هندی (۹۷/۱۱) و خویی (۸۷/۲) از جمله‌ی قائلین به این نظر هستند. قائلین به عدم امکان قصاص پدر، برای اثبات نظر خود به دلایل زیر استناد می‌کنند:

#### ۱. قیاس اولویت

توضیح اینکه اگر پدر، فرزند خود را بکشد، به جهت کشتن فرزند، حق قصاص ایجاد نمی‌شود، حال، هنگامی که پدر، کس دیگری را بکشد که فرزند، ولی دم او می‌باشد، به طریق اولی حق قصاص علیه پدر ثابت نمی‌شود.

فاضل هندی از فقهای استدلالی را مطرح نموده است؛ «لأنه لا یقتل بقتله فأولی أن لا یشتحق علیه القتل اقتصاصاً لمورثه» (فاضل هندی، ۹۷/۱۱).

وجه اولویت از این جهت است که در حالت اول، خود فرزند، کشته شده است و قصاص، حق اصالی است، در حالی که در حالت دوم، شخص دیگری کشته شده است و حق قصاص، تبعی و ارثی است.

#### ۲. روایت لایقاد والد بولده

استناد به این روایت و روایات مشابه، بر این فرض مبتنی است که حرف «ب» در بولده، به معنای سببیت باشد و از آنجا که استیفای قصاص به مطالبه صاحب حق منوط است، هنگامی که، فرزند خود قاتل، صاحب حق قصاص و مطالبه کننده‌ی آن می‌باشد، این فرزند، سبب قصاص پدر است؛ از این رو، عموم و اطلاق نص، آن را در بر می‌گیرد؛ صاحب مسالک در این زمینه می‌فرماید: «استیفاء القصاص موقوف علی مطالبه المستحق، و إذا کان هو الولد و طالب به کان هو السبب فی القود، فیتناوله عموم النص أو إطلاقه» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۶۰/۱۵).

#### ۳. روایت محمد بن مسلم

در باب قذف، روایت صحیحی ای از محمد بن مسلم وجود دارد که در بخشی از آن، امام باقر (ع) فرمودند: «و إن کان قال لابنه : یا بن الزانیة و أمه میته، و لم یکن لها من یأخذ بحقها منه إلا ولدها منه، فإنه لا یقام علیه الحد، لأن حق الحد قد صار لولده منها» (حر عاملی، ۴۴۷/۱۸).

مطابق ذیل صحیح، در هر موردی که حقی علیه پدر، به فرزند منتقل گردد، فرزند حق مجازات پدر را ندارد.

بعضی دیگر، معتقدند هر چند روایاتی که بر عدم قصاص پدر دلالت می‌کند، ما نحن فیہ را در بر نمی‌گیرد، لکن مقتضای عموم تعلیلی که ذیل صحیحی مذکور، آمده است، شمول حکم، نسبت به مورد بحث است (خویی، ۸۷/۲).

بنابراین، ظاهر صحیح این است که حق اجرای کیفر قصاص پدر برای فرزند، همان گونه که بالإصاله ساقط است، بالتبع نیز ساقط می‌گردد.

۴. عموماً ادله‌ی امر به احسان و مصاحبت به معروف با والدین

در آیات قرآن حکیم و روایات، بر لزوم احسان به پدر و مادر و رفتار شایسته با آنان بسیار تأکید شده است، حال در صورتی که فرزند، قصاص پدر را مطالبه کند، با این آیات و روایات، منافات خواهد داشت (نجفی، ۱۷۵/۴۲).

#### دیدگاه دوم: ثبوت قصاص بر پدر

محقق حلی (۲۰۰/۴)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۷۵/۴۲)، محقق اردبیلی (۲۱/۱۴)، مرحوم سبزواری (۲۳۲/۲۸) و امام خمینی (۵۲۲/۲) از جمله‌ی قائلین به این نظر هستند. قائلین به امکان قصاص پدر، برای اثبات نظر خود به دلایل زیر استناد می‌کنند:

##### ۱. منع اولویت

نمی‌توان گفت چون پدر به خاطر جنایت بر فرزند، اصالتاً قصاص نمی‌شود، تبعاً هم به طریق اولی نباید قصاص شود؛ زیرا آن چیزی که عدم قصاص را اقتضاء می‌کند، رابطه‌ی ابوت و ولادت است که در فرض مورد بحث، چنین رابطه‌ای وجود ندارد. رابطه‌ی زوجیت هم عدم قصاص را اقتضاء نمی‌کند. اساساً قصاص پدر نه به خاطر جنایت بر فرزند، بلکه به خاطر ارتکاب قتل همسر است و فرزند به نیابت از مادر خود، به قصاص اقدام می‌کند و اِلّا اگر فرض کنیم که خود مادر، توانایی مطالبه خون خود را داشت، اصلاً به فرزند نوبت نمی‌رسید؛ پس، حتی ادعای تساوی حالت مذکور، با این مورد هم درست نیست که پدر، فرزند خود را به قتل می‌رساند؛ تا چه رسد به ادعای اولویت (فاضل لنکرانی، ۱۶۰).

این استدلال، سخنی صحیح است؛ چه اینکه در فرض مورد بحث، اگر مقتول، علاوه بر فرزند قاتل، ولی دم دیگری - مثلاً: برادری - داشته باشد، او می‌تواند به تنهایی قصاص قاتل را بخواهد، بدون اینکه فرزند از شمول عنوان ولی دم خارج شود؛ پس، معلوم می‌شود، صرف

اینکه فرزند، صاحب حق قصاص می‌شود، مانع اجراء قصاص نیست، بلکه مانع قصاص، ابوت قاتل است؛ در حالی که اگر مانع قصاص زوجیت بود، دیگر، هیچ یک از اولیای دم، حق قصاص پدر را نداشتند.

به بیان دیگر، در فرضی که پدر، فرزند خود را می‌کشد، اساساً حق قصاص، محقق نمی‌شود، لکن در فرضی که پدر، همسر (مادر فرزند) خود را می‌کشد، تردیدی نیست که حق قصاص، محقق است و فقط بحث در اجرای این حق است که ابوت، مانع اجرای این حق است. حال، با ثبوت حق قصاص، مانع اجرای آن باید احراز گردد و با عنایت به مورد روایات که به جرم فرزند کشی پدر، ناظر است و شمول آن بر مانحن فیه، مورد تردید است، لذا، احراز مانع، مسلم نیست و در این صورت، مقتضی که همان ثبوت قصاص است، اثر خود را محقق می‌نماید.

با این بیان، معلوم می‌شود که مقام زوجیت، با مقام ابوت هم، برابر نیست. بنابر این، چگونه می‌توان ادعای اولویت نمود؟

## ۲. اکتفاء به قدر متیقن در خروج از اطلاق ادله‌ی قصاص

اطلاق و عموم ادله‌ی قصاص، ثبوت قصاص بر قاتل را اقتضاء می‌کند، مگر آنکه دلیلی، این عموم را تخصیص زند و دامنه‌ی آن را محدود کند. امکان تخصیص عمومات ادله‌ی قصاص، از دو جهت باید بررسی شود:

### الف) استناد به روایت «لایقاد والد بولده»

این روایت، در واقع از مصادیق تمسک به عام در شبهات مفهومی‌ی دائر میان اقل و اکثر است؛ زیرا عموم ادله‌ی قصاص، به وسیله‌ی روایت لایقاد والد بولده، تخصیص خورده است. قدر مسلم و اقل روایت لایقاد، قصاص در صورت قتل فرزند است و بیش از آن، مورد شبهه است که در این مورد، به عموم ادله‌ی نظیر: «أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» (مائده: ۴۵) عمل نمی‌کنیم. لذ، طرفداران عدم قصاص پدر، به این روایت و روایاتی با همین مضمون استناد می‌کنند؛ لکن، واقعیت این است که این روایت در موردی ظهور دارد که پدر، مستقیماً فرزند را بکشد؛ نه جایی که فرزند، به طور غیر مستقیم، صاحب حق قصاص می‌شود.

آنچه صاحب مسالک گفته است که باء، در «لایقتل والد بولده»، باء سببیت است و استیفای قصاص، بر مطالبه‌ی صاحب حق، موقوف است و هنگامی که فرزند، صاحب حق می‌باشد و قصاص را مطالبه می‌کند، او سبب قصاص است و عموم یا اطلاق نص، او را در بر

می‌گیرد. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۶۰/۱۵)، قابل پذیرش نیست؛ چون آنچه عرفاً از این روایت و روایات مشابه، فهمیده می‌شود، عدم قصاص پدر به خاطر قتل فرزند است و نه مطلق سببیت به معنای مطالبه‌ی قصاص پدر.

مضافاً اینکه اگر معنای دوم، یعنی: ولی دم قرار گرفتن فرزند، منظور امام (ع) بود، باید می‌فرمود: «لایقود ولدٌ والده»؛ یعنی: هیچ فرزندی نمی‌تواند پدرش را قصاص کند! از این رو، صاحب جواهر نیز استدلال صاحب مسالک را واضح الضعف دانسته است؛ «و ما فی المسالک من أنّ استیفاء القصاص موقوف علی مطالبه المستحق، وإذا کان هو الولد وطالب به کان هو السبب فی القود، فیتناوله عموم النص أو إطلاقه، واضح الضعف، ضرورة ظهور قوله (ع): لا یقاد والد بولد، فی کون المراد عدم قتله بقتله» (نجفی، ۱۷۶/۴۲). نظر صاحب جواهر با روایات دیگر نیز تقویت می‌شود؛ از جمله روایت فضیل بن یسار از امام صادق (ع) با عبارت: «لا یقاد الرجل بولده إذا قتله» که در این صراحت دارد که عدم قصاص پدر، مربوط به موردی است که پدر، فرزند خود را کشته باشد و لا غیر.

(ب) اطلاق ادله وجوب مصاحبت به معروف

دلیل دیگری که ممکن است برای تقیید اطلاقات ادله‌ی قصاص به آن استناد گردد، اطلاق ادله‌ای است که به احسان به والدین و خوش رفتاری با آنان، امر می‌کند.

صاحب کشف اللثام، علاوه بر ادعای اولویت، دلیل دیگر را برای عدم قصاص، این گونه بیان می‌کند: و لقوله تعالی: «وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا» (لقمان: ۱۵) (فاضل هندی، ۹۸/۱۱).

صاحب جواهر هم پس از رد استدلال صاحب مسالک در مورد منع سببیت فرزند در قصاص پدر، احتمالی را مطرح می‌کند و می‌گوید: مگر اینکه گفته شود مقتضای امر به مصاحبت به معروف - حتی اگر والدین کافر باشند - و اموری از این قبیل، که آیه و روایت متضمن آن است، سقوط قصاص را ایجاب نماید که در این صورت، ادعای غیر از این - یعنی خارج کردن قاتل از عموم این ادله -، نیاز مند دلیل است (نجفی، ۱۷۶/۴۲).

لکن، این استدلال هم تمام نیست؛ چون در اینجا ادله‌ی امر به مصاحبت به معروف و ادله قصاص، ظاهراً با یکدیگر تعارض بدوی دارند؛ ولی پس از وقوع قتل، ادله‌ی قصاص، موضوعیت می‌یابد و موضوع، وارد ساحت قصاص می‌شود و برای خروج از حاکمیت ادله‌ی قصاص، به دلیل قوی‌تری نیاز داریم که ظاهراً به دلیل قوت ظهور در ناحیه‌ی ادله‌ی قصاص، ادله‌ی مصاحبت به معروف، فاقد چنین صلاحیتی است.



مضافاً که اخذ به اطلاق ادله‌ی مصاحبت به معروف، مقتضی عدم قصاص مادر، به خاطر قتل فرزند نیز هست؛ در حالی که فقهاء به عدم قصاص مادر در قبال قتل فرزند، حکم نداده‌اند. از اینجا معلوم می‌شود که ادله‌ی مصاحبت، در خصوص عدم قصاص پدر نیز فاقد اطلاق است؛ فلذا، اطلاقات ادله‌ی قصاص، از قبیل: «أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» (مائده: ۴۵) «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ» (بقره: ۱۷۸) و... همچنان به اعتبار خود باقی است و با وجود تردید در یک مورد مشکوک، چیزی مانع تمسک به اطلاق ادله‌ی قصاص نخواهد بود.

۳. منع استناد به ادله‌ی باب قذف.

استناد به صحیح‌هی محمد بن مسلم در باب قذف هم ادعای مخالفان را اثبات نمی‌کند؛ چون ذیل صحیح‌ه که به آن استناد می‌شود، با موضوع مورد بحث، ارتباطی ندارد؛ «لأنَّ حق الحد قد صار لولده منها»؛ چرا که این صحیح‌ه و تعلیلی که در آن ذکر شده است به باب حدود، مربوط است و نمی‌توان این تعلیل را به باب قصاص تعمیم داد. اینکه گفته می‌شود: صرف انتقال حق قصاص، به فرزند، مانع ثبوت قصاص، نسبت به پدر است (لنکرانی، ۱۶۱)، اگر چه حرف درستی است، لکن، مورد آن، به حد قذف و نهایتاً حدودی دیگر، نظیر: حد سرقت، منحصر است و در غیر حدود نمی‌توان چنین استدلالی مطرح نمود؛ چرا که اضافه کردن حد، به حق، در این صحیح‌ه، قید توضیحی نیست که اثری بر آن مترتب نباشد، بلکه قید احترازی است که با آن از موارد دیگر، مثل: حق قصاص، احتراز شده است؛ بنابر این، صحیح‌هی مذکور، از بحث، خروج موضوعی دارد و استناد به آن قابل پذیرش نیست.

از آنچه گفته شد، نکات زیر به دست می‌آید:

۱. وجود رابطه ابوت و بنوت بین قاتل و مقتول، مانع قصاص قاتل است؛ اما هنگامی که قاتل، فرد دیگری - مثل: زوجه اش - را بکشد و فرزند، ولی دم باشد، دیگر، رابطه‌ی ابوت و بنوت وجود ندارد و رابطه زوجیت بین قاتل و مقتول هم، چنین مانعیتی را اقتضاء نمی‌کند.

۲. ادله‌ی عدم قصاص پدر، نظیر: «لایقاد والد بولده» مخصوص موردی است که پدر، مستقیماً فرزندش را بکشد و نمی‌توان آن را به موردی تعمیم داد که پدر، فرد دیگری را کشته است و فرزند، ولی دم آن مقتول است.

۳. عمومات ادله‌ی مصاحبت به معروف، با ادله‌ی قصاص، تخصیص می‌خورند و محدود می‌شوند، لکن، دلیلی وجود ندارد که عمومات ادله‌ی مصاحبت به معروف، عمومات ادله‌ی قصاص را تخصیص زند یا مقید نماید.

۴. در حد قذف، به خاطر ورود دلیل خاص، اگر فرزند، حق اجرای حد را بر پدر خود، به طور انحصاری از مادر، ارث ببرد، حد اجرا نمی‌شود؛ اما مورد روایت، حق حد است و در باب قصاص چنین دلیلی نداریم و تعمیم روایت مذکور، به باب قصاص هم توجیهی ندارد. بنا بر آنچه گفته شد، در صورتی که قاتل، کسی را غیر از فرزند، نظیر: مادر، برادر، خواهر یا ... بکشد و فرزندش ولی دم انحصاری مقتول قرار گیرد، فرزند، می‌تواند قصاص پدر را مطالبه و اجرا نماید؛ و اگر فرزند، ولی دم انحصاری نباشد و دیگران خواهان قصاص شوند و فرزند خواهان دیه باشد، باید سهم فرزند را از دیه، به فرزند، پرداخت نمود. آنچه گفته شد، مورد تأیید بعضی از فقهای معاصر نیز قرار گرفته است؛ متن استفتاء و فتاوی زیر به خوبی بیانگر این امر است.

سؤال: در صورتی که مردی همسر خود را عمداً به قتل برساند، آیا فرزندان قاتل، در مقام تنها اولیای دم، می‌توانند قصاص پدر را مطالبه کنند؟ (دفتر آموزش روحانیون قوه قضاییه، کدسؤال: ۱۷۴)

- محمد تقی بهجت: مانع ندارد؛

- سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: به نظر این جانب، در مفروض سؤال، فرزندان قاتل، حق قصاص دارند و نص عدم قصاص، شامل مورد نیست؛

- حسین نوری همدانی: بلی، می‌توانند قصاص پدر را مطالبه نمایند.

سؤال: در صورتی که مردی همسرش را عمداً به قتل برساند و از آن زن یک دختر داشته باشد، آیا برای دختر، حق قصاص پدرش ثابت است یا خیر؟

- سیدعلی خامنه‌ای: دختر، حق قصاص قتل مادرش را علیه پدرش دارد (کد

سؤال: ۸۰۶۲).

اگر چه بعضی از فقهاء، عدم ثبوت قصاص برای فرزند، قائل شده‌اند، و حتی شهید ثانی در مسالک، ادعای شهرت نموده است و فرموده است وقتی قصاص اصالتاً ثابت نمی‌شود، ارثاً هم ثابت نمی‌شود؛ لیکن اقوی ثبوت قصاص برای فرزند، و اکتفاء به مورد نص است. مورد نص هم، در عدم قصاص پدر به جهت قتل فرزند، ظهور دارد (لا یقاد والد بولده) نه غیر آن؛ و رجوع به اطلاق کتاب، مثل: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا» (إسراء: ۳۳) قول به ثبوت قصاص برای فرزند است (صانعی، ۱/۱۵۱).

در پایان این بحث ذکر چند نکته ضروری است:

نکته اول، اینکه امکان قصاص پدر، به قتل منحصر نیست، بلکه فرزند، در جراحات و قطع عضو هم می‌تواند پدر خود را قصاص کند<sup>۱</sup> و دلیل این امر نیز همان ادله‌ای است که در مورد قتل، بر امکان قصاص پدر دلالت دارند؛ بنابر این، اگر مردی مرتکب قطع عمدی عضو همسر خود گردد و همسر وی قبل از اجرای قصاص وفات نماید، حق قصاص عضو، به فرزند وی به ارث می‌رسد و در صورت منحصر بودن ولی دم به فرزند، او می‌تواند قصاص عضو را بر پدر، مطالبه و اجراء نماید.

نکته دوم اینکه در صورت قتل فرزند، رابطه‌ی ابوت، مانع قصاص پدر است و در این حکم، تفاوتی نمی‌کند که فرزند پسر باشد یا دختر؛ و اینکه در لسان روایات، واژه‌ی ولد و ابن، ذکر شده است به معنای انحصار حکم به پسر نیست؛ چرا که منظور، بیان مانع بودن ابوت برای قصاص است و نه انحصار حکم به پسر.

اینکه در اکثر عبارات فقهی از واژه‌های والد یا ابن استفاده شده است نیز به خاطر بداهت و قطعیت آن است، یا اینکه فقهاء، اولویت آن را مفروغ عنه دانسته‌اند؛ چنان که شهید ثانی می‌نویسد: «و البنت کالابن إجماعاً، أو بطریق اولی» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵۶/۱۵). شاید وجه اولویت، از این جهت باشد که وقتی پدر به خاطر قتل پسر، با وجود برابری پسر با پدر، در دیه، قصاص نمی‌شود، به خاطر قتل دختر که دیه اش نصف دیه پدر است، به طریق اولی قصاص نمی‌شود؛ لکن، در صورتی که فرزند، حق قصاص را علیه پدر، پیدا کند، در امکان مطالبه‌ی اجرای قصاص نفس یا عضو، بر پدر، بین دختر و پسر، تفاوتی نیست و اگر دختر هم حق قصاص را علیه پدر به ارث ببرد، می‌تواند قصاص را مطالبه و اجراء نماید.

### نتیجه گیری

با توجه به آنچه گفته شد، به نظر نگارنده، حکم عدم امکان قصاص پدر، به موردی منحصر است که پدر، مستقیماً، جنایت را بر فرزند مرتکب می‌شود و ادله‌ی موجود، به همین فرض، ناظر است؛ و در مورد فرضی که فرزند مجنی علیه نیست، بلکه حق قصاص را علیه پدر، از مجنی علیه به ارث می‌برد، دلیلی برای عدم امکان قصاص پدر وجود ندارد و با عنایت

۱. در مورد عدم امکان اجرای قصاص عضو بر پدر، در صحیح‌هی ظریف از امیر مؤمنان (ع) آمده است: «قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) أَنَّهُ لَا قَوْدَ لِرَجُلٍ أَصَابَهُ وَالِدُهُ فِي أَمْرِ يَعْيبُ عَلَيْهِ فِيهِ فَأَصَابَهُ عَيْبٌ مِنْ قَطْعٍ وَغَيْرِهِ وَ يَكُونُ لَهُ الدِّيَةُ وَ لَا يَقَادُ» (حر عاملی، ۵۸/۱۹).

به اینکه عدم امکان قصاص پدر به خاطر جنایت بر فرزند، خلاف اصل، و استثناء بر عمومات ادله‌ی قصاص، همچون: «أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» (مائده: ۴۵) به شمار می‌آید، باید به قدر متیقن آن اکتفاء نمود و موارد مورد تردید را مشمول عمومات ادله قرار داد.

خوشبختانه، در راستای همین دیدگاه، در ماده‌ی ۱۷-۳۱۳ پیش نویس قانون مجازات اسلامی بیان شده است: «منظور از شرط چهارم از شروط قصاص، پدر و جد پدری نبودن جانی، نسبت به مجنی علیه است نه نسبت به ولی دم یا وارث مجنی علیه؛ مثلاً: چنانچه پدری، مادر فرزند خودش را عمداً بکشد، یا دستش را قطع کند و مادر فوت کند، فرزند، حق قصاص پدر را دارد».

هر چند در ماده‌ی ۳۰۳ لایحه‌ی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۸۸ در فصل مربوط به شرایط عمومی قصاص مقرر شده است: «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی علیه نبوده»، لکن متأسفانه حکم ماده‌ی ۱۷-۳۱۳ پیش نویس، در بررسی نهایی حذف شد و مقنن با حذف صراحت ماده مذکور، ابهام قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و امکان برداشت‌های مختلف را همچنان باقی گذاشته است.

### منابع

قرآن مجید

ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح مختصر النافع*، الاولی، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۰۷ ق.

حر عاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه*، السادسة، المكتبة الإسلامية، تهران، ۱۳۶۷. حیدری، علی مراد، *تحلیل فقهی حقوقی تأثیر خویشاوندی در قوانین کیفری ایران*، رساله‌ی دکتری رشته حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران، پردیس قم، تابستان ۱۳۸۷.

خمينی، امام روح الله، *تحریر الوسيلة*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، بی تا. خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، الثانية، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۵ ق.

خویی، سید ابو القاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، مؤسسه إحياء آثار الخویی، قم، ۱۴۲۲ ق. دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی معاونت آموزش قوه قضاییه، *گنجینه‌ی آرای فقهی، قضایی*، بی تا.

- دارمی، عبدا... بن بهرام، *سنن الدارمی*، مطبعة الإعتدال، دمشق، بی تا.
- سبزواری، سید عبد الاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، الرابعة، دفتر سبزواری، قم، ۱۴۱۳ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح للمعه الدمشقیة*، الثانية، مجمع الفکر الإسلامی، قم، ۱۴۲۷ ق.
- همو، *مسالك الافهام إلى تنقیح شرایع الإسلام*، الاولى، مؤسسه المعارف الإسلامیة، قم، ۱۴۱۳ ق.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی الفقه الإمامیة*، الثانية، الکتبه المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، قم، ۱۳۸۷ ق.
- صانعی، یوسف، *استفتائات قضایی*، میزان، تهران، ۱۳۸۴.
- علامه‌ی حلی، حسن بن یوسف، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان*، الاولى، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- همو، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، الاولى، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله* (القصاص)، الثانية، مرکز فقه الأئمه الأطهار (ع)، قم، ۱۴۲۲ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *كشف اللثام عن قواعد الأحكام*، الاولى، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۲۴ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، الخامسة، انتشارات استقلال، تهران، ۱۴۲۱ ق.
- مقدس اردبیلی، أحمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، الثانية، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۲۱ ق.
- نوری، حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، الثانية، مؤسسه آل البيت (ع) لإحیاء التراث، قم، ۱۴۰۸ ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*، الرابعة، دارالکتب الإسلامیة، تهران، ۱۳۷۴.
- مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، معاونت توسعه قضائی، *پیش نویس قانون مجازات اسلامی*، قم، ۱۳۸۶.



مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۰،  
پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۲۵-۱۰۱

### نگرشی بر تأثیر شروط باطل در عقد\*

دکتر حسین صابری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: hsaberi66@yahoo.com

مریم صفایی<sup>۱</sup>

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: safae.maryam@yahoo.com

### چکیده

هرچند شرط فاسد، فاقد ضمانت اجرائی است، اما در این خصوص که آیا فساد آن به عقد نیز سرایت می‌کند یا نه، سه نظریه وجود دارد: نظریه‌ی افساد، نظریه‌ی عدم سرایت فساد و نظریه‌ی تفصیل.

طرفداران نظریه‌ی اخیر با ادعای خروج تخصصی شرطی که موجب اختلال در ارکان عقد می‌شود - مانند: شرط منافی ذات و شرط مجهول - مبطل بودن آن را مفروغ‌عنه تلقی می‌کنند و به طور مطلق، به عدم افساد سایر شروط قائل می‌باشند.

در مقاله‌ی پیش‌رو، از این سخن به میان می‌آید که شرط منافی، موجب اختلال در ارکان عقد نمی‌شود و شرط مجهول نیز که معامله را غرری و منهی‌عنه می‌کند، چنانچه علت نهی، صرفاً، ورود ضرر بر یکی از طرف‌ها باشد، می‌توان با اعطای حق فسخ به متضرر، به عدم افساد آن، قائل شد.

واژه‌های کلیدی: شرط فاسد، شرط باطل، شرط منافی عقد، شرط مجهول، بطلان عقد.

---

\*. تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۹/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۸/۱۷.

<sup>۱</sup>. نویسنده مسئول.

## مقدمه

شرایط حاکم بر روابط اجتماعی افراد، مستلزم انعقاد قرارداد و پابندی به آن می‌باشد؛ همان گونه که نص قرآن کریم به این پابندی به عقود ناطق است (مائده: ۱). اصل آزادی قراردادها، اقتضای درج هر شرطی را دارد که مطلوب طرفین است، اما قواعد عمومی حاکم بر این اصل، مانع ابقای آن بر کلیت خود می‌باشد و شرایط خاصی را برای آن ایجاد می‌کند. آن شرایط به گونه‌ای است که افراد را برای درج هر شرطی آزاد نمی‌گذارد که مطلوب آنان است. بنابراین، درج برخی شروط در ضمن عقد، اثری ندارد. برخی متقدمان از جمله محقق حلی، علامه‌ی حلی، شهید اول و شهید ثانی، شروط فاسد را به چهار شرط منحصر می‌دانند؛ اما متأخران، از جمله شیخ انصاری، با طرح نه شرط، تحت عنوان: شروط صحت شرط، شروط فاقد شرایط نه‌گانه را فاسد تلقی می‌کنند.

پژوهش حاضر، در پی پاسخ به این پرسش است که آیا این شروط، صرفاً فاقد ضمانت اجرائی است، یا علاوه بر اینکه تحت قاعده‌ی المؤمنون عند شروطهم، قرار نمی‌گیرند، معامله‌ی مقید به آن شرط را نیز از شمول ادله‌ی وفای به عقد خارج می‌کنند و به طور کلی اجزای به هم پیوسته‌ی یک معامله را می‌گسلند؟

مسأله‌ی مذکور، معرکه‌ی آرای فقهاء است. مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از:

۱- شروط فاسد، مطلقاً عقد را فاسد نمی‌کند؛

۲- شروط فاسد مطلقاً مبطل عقد است؛

۳- برخی فقیهان شروطی را که موجب اخلال در ارکان عقد یا شرایط عوضین می‌شود، همانند: شرط منافی مقتضای عقد و شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین می‌شود، خارج از بحث می‌دانند و مفسد بودن آن را قطعی تلقی می‌کنند، ولی نسبت به غیر از این شروط، قائل به عدم افساد هستند.

همچنین، دیدگاه‌های دیگری نیز در این مورد وجود دارد که در طول مباحث، مورد اشاره قرار می‌گیرد. از این میان، قول سوم، موضوع تحلیل مقاله‌ی حاضر است و با اثبات اینکه شرط منافی، همیشه موجب اخلال در عقد نمی‌شود و شرط مجهول، دائماً موجب جهالت در عوضین نمی‌گردد، قول به عدم افساد تقویت می‌شود.



## تعریف شرط

شرط، در لغت به معنای الزام به چیزی و التزام به آن در بیع و مانند آن است (ابن منظور، ۳۲۹/۷، فیروزآبادی، ۳۶۸/۲). این واژه در برخی فرهنگ‌ها، به معنای مطلق التزام نیز آمده است؛ «الشرط، الزام الشیء و التزامه» (معلوف، ۳۸۲).

برخی، بر اساس گفتار پیامبر (ص) در جریان روایت بریره که فرمود: «إِنَّ شَرْطَ اللَّهِ قَبْلَ شَرْطِكُمْ» (حرعاملی، ۴۷/۱۵) بر الزام ابتدائی نیز، شرط اطلاق کرده‌اند (انصاری، ۳۸۹/۲).  
مراغی نیز معنای ارتباط و تعلیق را از واژه‌ی شرط، متبادر می‌داند (مراغی، ۲۷۲/۲). بر طبق این نظر، شرط به معنای الزامی است که به واسطه‌ی ارتباط آن با لازم دیگری، به وجود می‌آید و تا وقتی که هیچ ارتباطی وجود نداشته باشد، نمی‌توان آن را شرط نامید و حتی می‌توان واژه‌ی شرط را از آن سلب کرد (همان/۲۷۳).

با توجه به معانی مختلف شرط، مراد از آن در مقاله‌ی حاضر، تعهدی است که در ضمن عقد دیگری قرار می‌گیرد؛ به دیگر سخن، مراد از شرط، تعهدی است که در اثر ارتباط و پیوند میان عقد و تعهد، و وابستگی آن دو به یکدیگر، صورت تبعی به خود می‌گیرد.

## ادله‌ی صحت شروط

با توجه به نفس ادله‌ی صحت عقد (علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۳۷/۱۱، نجفی، ۱۹۹/۲۳، خوئی، مصباح الفقاهه، ۳۱۸/۵)، روایت‌های «المسلمون عند شروطهم إلیا شرطاً فیہ المعصیة» (نوری، ۳۰۰/۱۳) و «مَنْ شَرَطَ لِمَرْأَةٍ فَلَیْفَ لَهَا بِهَ فَأَنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شَرْوِطِهِمْ إلیا شرطاً حَرَمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً» (حرعاملی، ۳۵۴/۱۲)، اجماع (طباطبایی، ۲۴۷/۸) و بنای عقلاء (مراغی، ۲۷۵/۲)، اصل، بر صحت شروط است، اما این سخن بدان معنا نیست که طرفین عقد، به درج هر شرط مطلوبی، در عقد، مجاز باشند، بلکه آنان به قید شرطی مجاز هستند که دارای ضمانت اجرائی است. در این صورت است که قانون به هنگام تخلف از شرط، از مشروط له حمایت می‌کند و مشروط علیه را به وفای به شرط ملزم می‌نماید و یا در نهایت، اختیار فسخ را، حق مشروط له می‌داند.

## شرایط صحت شرط

عده‌ای از متقدمان و متأخران، شرایط صحت شرط را به چهار شرط: عدم مخالفت با کتاب

و سنت، عدم استلزام جهل به عوضین، مقدور بودن و عدم مخالفت با مقتضای عقد، منحصر می‌دانند. (محقق حلی، ۲۸۸/۲، علامه‌ی حلی، قواعد الاحکام، ۹۰/۲، شهید ثانی، الروضة البهیة، ۵۰۵/۳، نجفی، ۱۹۹/۲۳).

برخی دیگر، با ذکر شرط عدم مخالفت کتاب و سنت، نیازی به بیان شرط دوم به صورت شرط مستقل نمی‌بینند (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۶۸/۳، طباطبایی، ۲۴۷/۸، نجفی، ۱۹۹/۲۳، خمینی، ۲۹۷/۵).

محقق نراقی نیز که قاعده‌ی شروط را به تفصیل مورد بررسی قرار می‌دهد، با عدم ذکر مقدور بودن، و افزودن شرط دیگر - یعنی: عدم استلزام حلیت حرام و حرمت حلال - با گروه اول موافق است (نراقی، ۱۴۳).

بی‌شک، عدم ذکر شرط مقدور بودن، به این معنا نیست که شرط غیر مقدور صحیح است؛ چون این امر مستلزم تکلیف مالایطاق است، بلکه شاید عدم ذکر آن بدان جهت باشد که این شرط می‌تواند مندرج در شروط دیگر - مانند: شرط عدم مخالفت کتاب و سنت - قرار گیرد؛ چون برخی، دلیل بطلان شرط غیرمقدور را غرری بودن معامله ذکر می‌کنند (بجنوردی، ۲۵۸/۳) و معامله‌ی غرری نیز در کتاب و سنت مورد نهی است.

مراغی نیز با وجود اینکه یکی از عناوین کتاب خود را تحت عنوان: شروط چهارگانه‌ی باطل، قرار می‌دهد و آن چهار شرط را به موارد مذکور در کتاب عوائدالایام منحصر می‌داند، اما در بحث تنبیهات، به مقدور بودن شرط اشاره می‌کند (مراغی، ۳۰۴/۲).

عده‌ای نیز، چهار شرط دیگر، به شروط یاد شده، می‌افزایند که عبارت است از: جایز بودن، دارا بودن منفعت عقلانی، عدم استلزام محال، التزام به ذکر آن در متن عقد (انصاری، ۵/۳، بجنوردی، ۲۴۷/۳).

بنابراین، به طور کلی، شرایط صحت را می‌توان در نه مورد خلاصه کرد: ۱- عدم مخالف کتاب و سنت؛ ۲- عدم استلزام جهل به عوضین؛ ۳- مقدور بودن؛ ۴- خلاف مقتضیات عقد نبودن؛ ۵- عدم حلیت حرام و حرمت حلال؛ ۶- جایز بودن؛ ۷- منفعت عقلانی داشتن؛ ۸- عدم استلزام محال؛ ۹- التزام به ذکر آن در متن عقد.

۱. مانند اینکه شرط کننده بگوید: فلان کالا را به تو فروختم به شرط اینکه آن را به من بفروشی؛ دلیل بطلان چنین شرطی، دور است.

شیخ انصاری، بعد از بیان شروط نه گانه، بیان می‌دارد: برخی فقیهان، با توجه به این نکته که شرط، جزئی، از دو عوض است، تنجیز را شرط صحت شروط، توهم کرده‌اند<sup>۱</sup> و پنداشته‌اند که تعلیق در شرط، به عقد سرایت می‌کند، در حالی که تعلیق، به اصل معامله، ربطی ندارد (انصاری، ۲۶/۳).

برخی دیگر نیز ذکر شرط عدم اکراه را نسبت به شرط تنجیز، اولی می‌دانند (طباطبائی یزدی، ۱۱۹/۲).

هر چند، ظاهراً، شرایط صحت شرط، به نه مورد می‌رسد، اما به نظر می‌رسد، ذکر برخی شروط، از ذکر شرایط دیگر، کفایت می‌کند؛ برای مثال: با ذکر شرط اول، به ذکر شرط دوم و سوم به صورت شروط مستقل، نیازی نمی‌باشد؛ توجه به استدلال گذشته، درستی این گفته را روشن می‌سازد. همچنین با بیان شرط اول، به شرط چهارم، نیازی وجود ندارد (مراغی، ۲۹۰/۲). شرط پنجم و ششم نیز می‌تواند در شرط اول مندرج شود؛ چون شرطی که موجب تحلیل حرام و تحریم حلال شود و نیز شرط غیر جایز، در کتاب و سنت مورد نهی است. برخی، ذکر مستقل شرط هشتم را نیز ضروری نمی‌دانند و آن را به شرط غیرمقدور، غیر مشروع و غیرعقلانی، ارجاع می‌دهند (خمینی، ۳۰۰/۵). شاید اندراج برخی شروط در برخی دیگر، باعث شد تا متقدمان، شروط صحت را به چهار مورد، محدود کنند.

### اقسام شرط فاسد

با توجه به شرایط صحت و اندراج برخی شروط در برخی دیگر، و نظر به نگاه ویژه‌ی برخی فقیهان در خصوص مواردی از شروط، می‌توان شروط فاسد را در این اقسام خلاصه کرد: شرط خلاف کتاب و سنت، شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین گردد، شرط خلاف مقتضای عقد، شرط غیرمقدور و شرطی که منفعت عقلانی نداشته باشد.

### تأثیر شرط فاسد

در مورد اینکه آیا شرط فاسد، مفسد است یا خیر، چند نظریه وجود دارد که به شرح ذیل بیان می‌شود:

<sup>۱</sup> . میرزای نایینی می‌گوید: ظاهراً مراد از متوهم، محقق ثانی است. (نایینی، ۲۳۵/۳).

### نظریه‌ی عدم افساد به طور مطلق

برخی، بر این نظرند که قید شرط فاسد، موجب بطلان عقد نمی‌گردد؛ ابن جنید، شیخ طوسی ابن براج وعده‌ای دیگر، از پیروان این نظریه هستند (طوسی، مبسوط، ۱۴۹/۲، خلاف، ۱۵۷/۳، علامه‌ی حلی، مختلف الشیعه، ۲۹۸/۵، حلی، ۲۷۲، فاضل آبی، ۴۷۵/۱، طباطبائی، ۲۵۴/۸).

گروهی از اهل سنت نیز از جمله: ابن ابی لیلا، نخعی، حسن بصری، شعبی و ابو ثور، این عقیده را دارند (نووی، ۳۷۶/۹).

### ادله‌ی عدم مفسد بودن شرط

پیروان این نظریه، برای ادعای خود ادله‌ای ارائه می‌کنند که به شرح ذیل است:

۱. عدم وجود دلیل بر بطلان (طوسی، مبسوط، ۱۴۹/۲)
- این گروه معتقدند دلیلی بر بطلان عقدی که متضمن شرط فاسد است وجود ندارد، بنابراین، بیع مشروط به شرط فاسد، بیع است و ظاهر آیه‌ی «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره: ۲۷۵) آن را شامل می‌شود. (طوسی، خلاف، ۱۵۷/۵).
۲. اجماع منقول (ابن زهره، ۲۱۵)
۳. دلالت اصل (همان) یعنی اصل، صحت عقدی است که شرط فاسد در آن مندرج است؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد.
۴. تراضی به هر کدام از عقد و شرط، مستقلاً تعلق می‌گیرد و با انتفای یکی، دیگری باقی می‌ماند؛ بنابراین، با از بین رفتن شرط، تراضی نسبت به عقد باقی است، پس، می‌توان ضمن حکم بر فساد شرط، به صحت عقد ملتزم شد.
- شهید ثانی، این استدلال را به شیخ طوسی نسبت می‌دهد (شهید ثانی، مسالک، ۲۷۳/۳). محقق ثانی نیز در وجه صحت عقد، همین استدلال را بیان می‌کند؛ اما آن را ضعیف می‌شمارد (محقق کرکی، ۴۱۵/۴). صاحب جواهر نیز بعد از بیان این استدلال، مقرر می‌دارد: حتی اگر شرط و عقد به هیأت اجتماعی مطلوب باشد، باز هم با فساد شرط، عقد باطل نمی‌گردد، بلکه برای جلوگیری از ضرر، عقد خیار می‌شود (نجفی، ۲۱۳/۲۳).
۵. استدلال به روایات:

الف) در مرسله‌ی ابن ابی ذراج آمده است: از حضرت علی (ع) سؤال شد: کسی، کنیزی

می‌خرد و بر او شرط می‌شود آن کنیز، هبه و فروخته نشود و به میراث نرسد، آیا این شرط صحیح است؟ امام فرمودند: باید به شرط عمل شود؛ مگر در مورد میراث (حرعاملی، ۴۹/۱۵). وجه استدلال به روایت مزبور این است که امام علی (ع) حکم بر صحت عقد و بطلان شرط میراث نمودند (بجنوردی، ۱۹۶/۴).

ب) استدلال به روایت معروف به خبر بریره. از امام صادق (ع) نقل شده است: بریره، کنیزی دارای شوهر بود که عایشه وی را خرید و آزاد کرد. پیامبر (ص) فرمودند: اگر بریره بخواهد، می‌تواند نزد شوهرش بماند؛ و اگر بخواهد می‌تواند، جدا شود. از طرفی، اربابان قبلی بریره که او را به عایشه فروختند و لاء او را بر خریدار شرط کردند. پیامبر (ص) فرمودند: و لاء برای کسی است که کنیز را آزاد می‌کند (حرعاملی، ۱۴ / ۵۶۰).

وجه استدلال به روایت مذکور، این است که با وجود شرط فاسد، پیامبر (ص) با اعطای اختیار به کنیز، در خصوص بقاء به زوجیت یا مفارقت از شوهرش، بر صحت بیع مذکور، صحه گذاشتند و با گفتن: «الولاء لمن اعتق»، به بطلان شرط اشاره فرمودند.<sup>۱</sup>

ج) استدلال به روایات باب نکاح که در آنها، امام (ع) ضمن حکم به بطلان شرط، به صحت عقد نکاح، حکم می‌کنند (آل کاشف الغطاء، ۲۳۶).

از جمله‌ی این روایات، روایتی از امام باقر (ع) است در خصوص ازدواجی که در آن، صدق برای مرد و حق جماع و طلاق برای زن شرط شد. امام (ع) فرمودند: با سنت مخالفت کردند و ولایت بر حق را، به کسی دادند که اهلیت آن را ندارد. آن‌گاه امام (ع) با مسئول دانستن مرد نسبت به پرداخت صدق، و اعطای حق جماع و طلاق به وی، به صحت نکاح حکم کردند (حرعاملی، ۴۱/۱۵).

۶. اگر صحت عقد، بر صحت شرط، متوقف باشد، دور لازم می‌آید (بجنوردی، ۲۰۰/۴)؛ مثل بیع به شرط فروش مبیع به خود بایع، که به دور علامه، مشهور است (علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۴۹۰/۱).

شرط دارای دو معنا است. اما وجه دور در صورت معنا نمودن شرط، به چیزی که به آن ملتزم شده‌اند، بسیار واضح است؛ چون وجود مشروط بر وجود شرط، متوقف است، در نتیجه، بیع اول بر بیع دوم و بیع دوم بر بیع اول متوقف می‌باشد، به دو دلیل:

۱. شیخ طوسی و ابن زهره به همین روایت برای حکم به بطلان شرط و صحت عقد، استدلال می‌آورند (طوسی، خلاف ۱۵/۳، ابن زهره، ۲۱۶).

۱. بیعی صورت نمی‌گیرد، مگر اینکه فروشنده، مالک باشد و در بیع به شرط فروش به بایع، قبل از تحقق بیع اول، مالکیتی برای شخص وجود ندارد تا به شرط عمل کند.

۲. فروش مبیع به مالک آن، معقول نیست؛ چون تحصیل حاصل است.

اما وجه دور بنابراین معنا که مراد از شرط، نفس التزام است، دور این گونه قابل تصور است که بیع اول، بر التزام به بیع دوم متوقف است و بیع دوم نیز واقع نمی‌شود، مگر بعد از تحقق بیع اول (بجنوردی، ۲۸۲/۳).

### نقد ادله‌ی دیدگاه عدم افساد

به این ادله چنین پاسخ می‌دهند:

اولاً، اصل صحت عقد، با اصل عدم انتقال ملک از فروشنده به بایع در صورت فساد شرط، معارض است.

ثانیاً، هنگامی، عقد موافق با ظاهر آیات: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره: ۲۷۵) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) عقدی صحیح است که شرط فاسد در آن درج نشده باشد؛ چون ظاهر این آیات، شامل عقدی می‌شود که در آن، قصد باشد، حال این که در معامله‌ی مقید به شرط فاسد، قصدی وجود ندارد؛ چون رضایت به معامله، به شرط، ضمیمه می‌باشد، در حالی که شرط فاسد، فاقد اثر است و مشروط له نیز به معامله‌ی بدون شرط، رضایتی ندارد؛ بنابراین، به معامله‌ی بدون شرط، قصدی تعلق نگرفته است.

ثالثاً، اجماع ادعاه شده‌ی برای صحت عقد، پذیرفتنی نیست؛ چون در مقابل فتوای مشهور قرار دارد (آل کاشف الغطاء، ۲۳۷).

رابعاً، در مورد مرسله‌ی ابنِ ذرّاج نیز، چون مشهور، به فساد شرط عدم هبه و عدم بیع، قائل هستند، به روایت یاد شده، عمل نکرده‌اند (بجنوردی، ۱۹۶/۴)؛ چنان‌که فاضل آبی نیز در مورد روایت مزبور می‌گوید: من عامل به این روایت را ندیده‌ام (فاضل آبی، ۴۷۵).

خامساً، در مورد دور، بنا بر معنای نخست شرط، بیع اول، بر وجود بیع دوم، متوقف نیست، بلکه بر التزام به بیع دوم متوقف است؛ به همین دلیل است که اگر خریدار ملتزم شود، اما به شرط، عمل نکند، بیع باطل نیست، بلکه به جهت تخلف از شرط، معامله‌ی انجام شده، خیار می‌شود.

بر اساس معنای دوم نیز، ایجاد مورد التزام در ظرف زمان خاص، محال است؛ اما احتمال تحقق در زمان دیگر، وجود دارد. اغلب التزامات، عقلاً این گونه است؛ یعنی: در زمان التزام، وفای به آن ممکن نیست، اما بعد از آن، امکان عمل وجود دارد (بجنوردی ۲۸۳/۳).

### نظریه‌ی فساد عقد به طور مطلق

گروهی بر این نظرند که شرط فاسد نه تنها اثری ندارد، بلکه موجب بطلان عقد نیز می‌شود (علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۴۹۰/۱، قواعد الاحکام، ۹۰/۲، مختلف الشیعه، ۳۵۹/۵، فخرالمحققین، ۵۱۲/۱، شهید اول، اللعنه الدمشقیه، ۱۱۰، محقق کرکی، ۴۱۵/۴، شهید ثانی، الروضة البهیة، ۵۰۵/۳، مقدس اردبیلی، ۱۴۸/۸، محقق سبزواری، ۴۹۰/۱، نراقی، ۱۵۷، مراغی، ۳۶۲/۲).  
عده‌ای از اهل سنت نیز از جمله: ابوحنیفه و شافعی به این قول، قائل می‌باشند (نووی، ۳۶/۹).

### ادله‌ی قائلان به مفسد بودن شرط

- کسانی که شرط فاسد را موجب فساد عقد می‌دانند، ادله‌ی زیر را ذکر می‌کنند:
۱. رضایت، به عقد مقید به شرط، تعلق می‌گیرد؛ بنابراین، متعلق تراضی، مجموع عقد و شرط من حیث المجموع است؛ پس، اگر قید منتفی گردد، متعلق تراضی نیز از بین می‌رود و در نتیجه مشمول: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹) قرار می‌گیرد و بیع باطل می‌شود (علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۴۹۰/۱، محقق کرکی، ۴۱۵/۴، شهید ثانی، مسالک، ۲۷۳/۳).
  ۲. هرگاه در عقد، شرطی قید گردد شرط مزبور دارای سهمی از ثمن است و به اعتبار این شرط، ثمن کم و زیاد می‌شود، بنابراین، هرگاه، شرط، باطل گردد، به ازای آن، از ثمن کم می‌شود و چون مقدار آن نامعلوم است، موجب جهالت می‌شود که در صورت جهل به ثمن، بیع باطل می‌گردد؛ چون معامله‌ی مزبور، غری خواهد بود (علامه‌ی حلی، مختلف الشیعه، ۲۹۸/۵، شهید ثانی، الروضة البهیة، ۵۰۵/۳؛ بجنوردی، ۲۰۲/۴).
  ۳. استدلال به روایاتی که در این خصوص وارد شده است که به جهت رعایت اختصار، از ذکر آن‌ها خودداری می‌شود.

### نقد ادله‌ی دیدگاه افساد

فقهیان به دو نحو به دلیل اول جواب می‌دهند: نقضی و حلی.

در پاسخ نقضی، به شروط فاسد ضمن عقد نکاح، (انصاری، ۴۲/۳؛ نایینی، ۲۷۶/۳)، جزء فاسد (نایینی، ۲۷۷/۳) و تعذر وفای به شرط (همان، ۲۷۷) اشاره می‌شود که هیچ کدام، مبطل عقد نیستند، در حالی که خود، باطل شمرده می‌شوند.

اما در پاسخ حلی، اولاً، مراد از تراضی معتبر در معاملات، رضایت قلبی که از آن به طیب نفس، تعبیر می‌شود نیست؛ چون اگر این معنا، مراد باشد، باید به بطلان اغلب معاملاتی حکم کرد که به خاطر فقر و نیاز واقع می‌شوند؛ چون در این گونه معاملات، رضایت به معنای مذکور، وجود ندارد.

بلکه مراد از رضای معاملی در مقام عقد و انشاء، اختیار و عدم اکراه و اجبار است که این معنا در معامله با قید شرط فاسد نیز حاصل است (نایینی، ۲۷۷/۳، بجنوردی، ۲۰۵/۴).

ثانیاً، قیودی که در قرارداد، مأخوذ است و عقد بر آن واقع می‌شود، گاهی از صور نوعیه هستند و گاهی از عوارض خارجی.

چیزی که مبادله بر آن واقع می‌گردد و در برابر آن عوض قرار می‌گیرد، جزء صور نوعیه یا صورت جوهریه‌ای است که مالیت شیء به آن است.

اما عوارض خارجی، هر چند موجب رغبت بیشتری برای طرف معامله می‌گردند، اما مالیت ندارند تا عوضی در برابر آن‌ها قرار گیرد.

بنابراین، مبادله‌ی بین دو شیء، به لحاظ صورت نوعیه است و رضای معتبر در معاملات نیز منوط به صورت نوعیه است؛ پس، اگر صورت نوعیه تغییر کند، قطعاً، معامله، باطل است، اما با انتفای عوارض خارجی، به عقد خللی وارد نمی‌شود تا موجب بطلان معامله گردد (نایینی، ۲۷۸/۳).

به دلیل دوم نیز این گونه جواب می‌دهند که هر چند شرط، موجب افزایش مالیت مثنی می‌شود که ثمن در برابر آن قرار می‌گیرد، اما ثمن به ازای شرط قرار نمی‌گیرد ظاهراً به همین دلیل است که مشهور معتقدند در شرط صحیح، چنانچه مشروط‌علیه به شرط وفا نکنند، مشروط‌له، حق مطالبه‌ی ارزش را ندارد، در حالی که اگر شرط، مقابل ثمن قرار می‌گرفت، مطالبه‌ی ارزش از سوی مشروط‌له، منعی نداشت (نجفی، ۲۱۹/۲۳).

به فرض پذیرش وقوع ثمن در مقابل شرط، فساد شرط، موجب جهالت نمی‌شود؛ همان



طور که در بیع مایملک و مالایملک با بطلان بیع مالایملک، ثمن مجهول نمی‌گردد؛ چون به هنگام عقد، هر یک از عوضین معلومند و امکان رفع جهالت با تقویم جزء صحیح معامله وجود دارد، اما در نهایت، خیار تبعض صفقه برای خریدار، ایجاد می‌شود (همان/۲۷۵).

بنابراین، با توجه به ادله‌ی ذکر شده، می‌توان به فساد شرط و صحت عقد حکم کرد؛ چون هدف اصلی طرفین، تحقق شرط نیست، بلکه غرض اصلی آنان، وقوع عقد است که آن نیز با تمام شرایط ایجاد شده است شرطی که جنبه‌ی فرعی دارد، نباید به هدف اصلی آنان لطمه‌ای وارد کند.

البته ناگفته پیداست که چنانچه تحقق شرط، قصد اصلی آنان بوده، به گونه‌ای که اگر تحقق شرط، مقصود اساسی آنان نبود، اقدام به انعقاد عقد نمی‌کردند، با بطلان شرط، نظر به تبعیت عقد از قصد و این که ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع، نمی‌توان به صحت عقد، حکم کرد. اما اگر شرط، جنبه‌ی تبعی داشته باشد، با فساد شرط، به صحت عقد، خللی وارد نمی‌آید، لیکن، آنچه باعث می‌شود قائلان به افساد، صحت عقد را نپذیرند، این است که اگر چه شرط، جنبه‌ی تبعی دارد و مقصود بالاصاله نمی‌باشد، اما در هنگام عقد، مطلوب می‌باشد و با قید آن در ضمن عقد، هدفی دنبال می‌شود و بی‌شک در صورت فساد عقد و عدم لزوم وفای به آن، هدف منظور، محقق نمی‌گردد.

بنابراین، قول به صحت عقد و الزام به پایبندی آن، در جایی که همه‌ی اهداف مورد نظر، تامین نشود، و چه بسا ممکن است موجب ضرر مشروط له گردد، جای تأمل دارد؛ لیکن با پذیرش ثبوت خیار در این گونه عقود، می‌توان اشکال مزبور را مرتفع ساخت.

بجنوردی، بعد از رد ادله‌ی قائلان به افساد، الزام به معامله‌ی فاقد وصف یا شرط را نفی می‌کند و آن را از شمول عموماًت ادله‌ی لزوم وفای به عقود، خارج می‌نماید (بجنوردی، ۲۰۶/۴)؛ چون ثبوت خیار به موارد تخلف از شرط صحیح، اختصاص ندارد. خیار تخلف، در صورت عدم تحقق شرط، ثابت می‌شود؛ خواه عدم تحقق آن، ناشی از فساد شرط باشد، یا علت آن، عدم پایبندی مشروط‌علیه باشد.

البته، ثبوت این خیار در جایی است که با عدم تحقق شرط، مشروط‌له، متضرر شود و به مطلوب کامل خود نرسد؛ اما در جایی که چنین نیست، خیاری، محقق نمی‌گردد.

همچنین جهل مشروط‌له به فساد شرط، در ثبوت خیار، مؤثر است؛ چون با علم به فساد شرط، معامله‌ی مزبور، مشمول قاعده‌ی لاضرر نمی‌گردد، بلکه با علم به فساد شرط، فعل او

تحت قاعده‌ی اقدام قرار می‌گیرد و راهی برای دفع ضرری که خود ایجاد نموده است ندارد. بنابراین، آنچه می‌توان در مورد عقد متضمن شرط فاسد، گفت، این است که عموماً ادله‌ی صحت عقود، چنین عقده‌ی را شامل می‌شود و در نتیجه، به صحت آن، حکم می‌گردد، اما ادله‌ی لزوم وفای به عقد، آن را در بر نمی‌گیرد؛ لذا، عقد مزبور، خیار خوارده بود.

### نظریه‌ی تفصیل

سه دیدگاه برای نظریه‌ی تفصیل وجود دارد:

#### ۱. دیدگاه ابن زهره

ابن زهره، بر این باور است که، تنها، شرط غیرمقدور، مفسد عقد است، اما شروط فاسد دیگر، موجب بطلان عقد نمی‌شود و برای عدم فساد عقد، به اجماع، ظاهر قرآن، دلالت اصل و خبر بریره، استدلال می‌نماید (ابن زهره، ۲۱۵-۲۱۶).

وجه مفسد بودن شرط غیر مقدور، این است که این شرط، قابل وفاء نیست؛ بنابراین، با چنین شرطی، تسلیم مورد معامله‌ی همراه شرط، مقدور نیست، حال اینکه، قدرت بر تسلیم، از شرایط صحت عقد است؛ پس، انتفای این شرط، موجب بطلان معامله می‌شود.

لازم به ذکر است که مثال فقیهان برای شرط غیر مقدور، فروش زرع به شرط تبدیل شدن آن به خوشه است؛ حال، اگر مراد، این باشد که مشروط‌علیه، ملزم به تبدیل کردن زرع به خوشه است، چون این عمل، فعل خداوند قادر است، پس، شرط آن، لغو است و تعلق اراده‌ی جدی به آن، معقول نیست؛ بنابراین، شرط مذکور، کان لم یکن است و چنین عقده‌ی در واقع، بدون شرط، تلقی می‌شود و دلیلی بر فساد عقد، وجود ندارد.

اما اگر مراد، این باشد که زرع به خوشه تبدیل شود، در این صورت، چند حالت قابل تصور است:

حالت اول، عدم علم به امکان تسلیم مبیع

هر چند در این حالت، علم به عدم امکان تسلیم مبیع، ضمن تحقق شرط، وجود ندارد؛ چون، چه بسا، شرط حاصل شود و تسلیم ممکن باشد، اما به علت عدم وثوق به امکان تسلیم، معامله، غرری شده و در نتیجه، به بطلان بیع، حکم می‌گردد.

استدلال مزبور، قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ به جهت این که اصل مبیع که مقصود از بیع می‌باشد، بدون تحقق شرط، قابل تسلیم است و شرط، جزء مبیع نیست تا موجب تعذر تسلیم

شود و عدم رضایت مشروطه را نسبت به مبیع، بدون تحقق شرط نیز می‌توان با اثبات حق اختیار، جبران نمود.

شیخ انصاری نیز می‌گوید: حق آن است که شرط غیرمقدور از حیث اینکه غیرمقدور است، موجب تعذر تسلیم در احد العوضین نمی‌شود (انصاری، ۴۱/۳).

حالت دوم، علم به امکان تسلیم در آینده

در این حالت، هر چند در هنگام عقد و قید شرط، امکان تسلیم وجود ندارد، اما، چون علم به امکان تسلیم مبیع با تحقق شرط در آینده وجود دارد، در این صورت، شرط، صحیح است؛ چون شرط مزبور، از مصادیق شرط مقدور تلقی می‌شود.

حالت سوم، علم به عدم امکان تسلیم در آینده

این حالت، ظاهراً از مواردی است که تعلق اراده‌ی جدی به آن، عقلایی نیست؛ بنابراین، نفس شرط، لغو است؛ اما چون مقصود طرفین نمی‌باشد، به عقد، ضرری نمی‌رساند.

۲. دیدگاه منسوب به ابن متوج بحرانی

ایشان، شروط فاسد را، به جز شرط فاقد نفع عقلایی، مفسد می‌دانند. بنابراین، بر طبق این نظریه، شرط فاقد نفع عقلایی، باطل است، اما موجب بطلان عقد نمی‌شود (انصاری، ۴۱/۳).

۳. دیدگاه برخی از متأخران و معاصران

این گروه، بر این باورند که شروط باطل، مطلقاً موجب فساد عقد نمی‌شوند. با تأمل در بیانات ایشان، می‌توان عقیده‌ی اینان را بر پذیرش تفصیل استنباط کرد؛ تفصیل بین شروطی که در ارکان عقد، اختلال ایجاد می‌کند و شروطی که ربطی به اصل عقد ندارد و خارج از آن می‌باشد. شروط دسته‌ی اول را خارج از محل نزاع فرض می‌کنند و قطعاً، مبطل عقد می‌دانند، اما نسبت به دسته‌ی دوم، قائل به عدم افساد هستند (نجفی، ۲۱۶/۲۳، انصاری، ۴۰/۳، طباطبائی یزدی ۱۳۵/۲، نایینی، ۲۷۱/۳، اصفهانی، ۲۱۷/۵، حکیم، ۷۸/۲، خوئی، منهاج الصالحین، ۴۲/۲، مصباح الفقاهه، ۳۸۴/۵-۳۸۱، خمینی، ۳۵۹/۵، روحانی، ۴۸/۱۸).

بر طبق نظر این گروه، شروط دسته‌ی اول، در ارکان عقد یا شرایط عوضین، اختلال ایجاد می‌کند؛ بنابراین، بطلان عقد، به این اختلال، مستند است، نه شرط فاسد؛ به عبارت دیگر، این گروه، محل نزاع را در جایی می‌دانند که فساد شرط، از قبیل واسطه‌ی در عروض باشد؛ به این معنا که فساد، اولاً و بالذات بر شرط عارض شود و ثانیاً و بالعرض، موجب فساد عقد گردد، اما در جایی که شرط، واسطه‌ی در ثبوت می‌باشد و فساد، اولاً و بالذات، به خاطر اختلال در

بعضی از ارکان عقد، بر معامله عارض می‌شود، و شرط، سبب عروض آن اختلال، در نفس عقد است، ربطی به بحث ندارد (بجنوردی، ۲۲۲/۴-۲۲۱).

بنابراین، چون برخی شروط، تخصصاً از بحث خارجند، این گروه، تفصیل این زهره را- که صرفاً شرط غیرمقدور را مفسد می‌داند- از محل کلام، خارج فرض می‌کنند (روحانی، ۴۸/۱۸).

گفتنی است که این گروه، بر این اعتقادند: کسانی که به طور مطلق، به مفسد بودن و یا مفسد نبودن شرط، قائل هستند، در بیان محل نزاع، با آن‌ها اختلافی ندارند؛ به عبارت دیگر، دسته‌ی سوم از صاحبان نظریه‌ی تفصیل، بر این باورند که قائلان به افساد و کسانی که به مفسد نبودن، معتقدند، شروط دسته‌ی اول را -که قائلان به تفصیل از محل کلام خارج می‌کنند و قطعاً، مفسد عقد می‌دانند- از محل بحث خارج می‌دانند و مفسد بودن آن را مسلم می‌گیرند (بجنوردی، ۲۲۲/۳). به همین دلیل، این (گروه دسته‌ی سوم از صاحبان نظریه‌ی تفصیل)، بعد از تبیین محل نزاع، دو قول مفسد بودن و مفسد نبودن را نقل می‌کنند و نظریه‌ی عدم افساد را مطابق با قول خود می‌دانند، در حالی که ظاهراً گفتار قائلان به افساد و عدم افساد چیز دیگری است.

تأمل در کلام محقق ثانی، مطلب مذکور را تأیید می‌کند. ایشان، بعد از بیان حکم مفسد بودن شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهول، صحت عقد متضمن این دو شرط را احتمال می‌دهد و دلیل این احتمال ضعیف را همان دلیلی ذکر می‌کند که قائلان عدم افساد، بیان می‌نمایند؛ و آن اینکه قصد و تراضی، به عقد و شرط، به طور مستقل تعلق می‌گیرد و با انتفای یکی (شرط)، دیگری (عقد) باطل نمی‌شود. (محقق کرکی، ۴۱۵/۴).

بنابراین، با عنایت به مطلب یاد شده، محل نزاع هر دو گروه، همان مواردی است که قائلان نظریه‌ی تفصیل، آن را از محل بحث، خارج می‌دانند.

همچنین، کلام شهید ثانی، موید دیگری بر این ادعاست. در مسالک آمده است: در صورت ورود ضرر، چنانچه تحمل خسارت بر خریدار شرط شود، شرط مزبور، باطل است؛ چون این شرط، با مقتضای عقد و ثبوت ملک منافات دارد؛ اما در مورد اینکه بیع مزبور، باطل می‌شود یا خیر؟ دو قول است که صحیح‌ترین آن، قول به بطلان عقد است؛ چون متعلق تراضی، عقد و شرط من حیث المجموع است که با بطلان جزئی از آن مجموع، متعلق تراضی نیز از بین می‌رود، و باقی مانده نیز تجارت لا عن تراضی خواهد بود.

اما وجه صحت بیع، این است که رضایت به هر کدام، به طور مستقل تعلق می‌گیرد. اگر یکی منتفی شود، دیگری، باقی می‌ماند. قول اخیر، نظر شیخ طوسی است و این دو قول، در هر بیعی که متضمن شرط فاسد است جاری می‌شود (شهید ثانی، مسالک، ۲۷۳/۳).

بنابراین، در نتیجه‌گیری کلی، می‌توان گفت: قائلان به افساد، همه‌ی شروط فاسد را - اعم از شروطی که معاصران، آن را از محل نزاع خارج می‌کنند و مواردی که تحت مبحث قرار می‌دهند - داخل در محل بحث می‌دانند، و به مفسد بودن آن، حکم می‌کنند و نیز همه‌ی موارد مذکور، تحت نظریه‌ی قائلان به عدم افساد قرار می‌گیرد.

البته با تکیه به ادله‌ی برخی از قائلان به عدم افساد، مبنی بر عدم وجود دلیل بر بطلان، اجماع منقول، شمول ظاهر آیات قرآن و دلالت اصل که همه‌ی این موارد، از تحقق عقد مقید به شرط فاسد، حکایت دارد، می‌تواند، مویدی بر درستی این گفتار معاصران تلقی گردد که قائلان به عدم افساد، شروط مخل ارکان عقد را خارج از محل نزاع و مبطل عقد می‌دانند؛ چون ادله‌ی پیروان نظریه‌ی عدم افساد، شامل صحت عقدی می‌شود که آن عقد، تمام شرایط صحت را دارا می‌باشد و ارکان آن، تمام است؛ تنها ایراد آن، درج شرط فاسد در آن عقد است که ممکن است از تأثیرگذاری آن جلوگیری کند که آن ایراد نیز با ادله‌ی مذکور دفع می‌شود؛ اما عقدی که یکی از ارکان آن به علت نقض قصد یا جهالت نسبت به احد العوضین، مختل می‌باشد، ادله‌ی مذکور، شامل آن نمی‌شود تا بر صحت آن حکم شود. این گروه با ذکر این ادله، در صدد اثبات صحت چنین عقدی نیستند. بنابراین، با توجه به این مطلب می‌توان گفت: نظریه‌ی معاصران، با قائلان عدم افساد و نظریه‌ی افساد، در شروط مخل ارکان عقد، موافق است که البته هر دو گروه، آن را مبطل عقد می‌دانند؛ اما ذکر برخی مصادیق شروط فاسد مخل ارکان عقد، مانند: شرط خلاف مقتضای عقد، توسط قائلان به افساد و نیز بیان حکم مبطل بودن و احتمال عدم مبطل بودن آن (محقق کرکی، ۴/۱۵۵ و شهید ثانی، مسالک، ۲۷۳/۳) و همچنین ادعای اجماع ابن زهره (۲۱۶) بر بطلان شرط مذکور و صحت عقد متضمن چنین شرطی، اندکی، پذیرفتن این مطلب را با مشکل مواجه می‌کند؛ والله العالم.

ادله‌ی دیدگاه متأخران و معاصران

مهمترین دلیل پیروان این دیدگاه، همان ادله‌ی صاحبان نظریه‌ی عدم افساد است. همچنین این گروه با رد ادله‌ی پیروان نظریه‌ی قائلان افساد، عدم مفسد بودن را ثابت می‌کنند؛ اما خروج

تخصصی برخی شروط فاسد از تحت کلیت مطلب، به دلیل اختلال در ارکان عقد و یا شرایط عوضین است و علت عمده‌ی این اختلال، از شرط خلاف مقتضای عقد و نیز شروط مجهولی نشأت می‌گیرد که موجب جهل به عوضین می‌شود که به بررسی آن دو پرداخته می‌شود:

### ۱. شرط خلاف مقتضای عقد

فقیهان، مقتضای عقد را به دو قسم تقسیم کرده‌اند:

الف) مقتضای اطلاق؛

ب) مقتضای ذات.

اما مقتضای اطلاق، امری است که شارع آن را از جهت اینکه عقد است، بر آن مترتب می‌کند و آن را اقتضاء کننده‌ی عقد قرار می‌دهد؛ هر چند بدون جعل شارع نیز امکان تحقق آن وجود دارد (نراقی / ۱۵۲).

اما در مورد تعریف مقتضای ذات، اختلاف فراوان است؛ برخی، آثار ی را که شارع بر عقد مترتب می‌سازد، مقتضای ذات می‌دانند و نفی آن آثار را، منافی مقتضای عقد می‌دانند؛ همانند: بیع به شرط عدم فروش (محقق کرکی، ۴/ ۴۱۴).

مراغی می‌گوید: مقتضای ذات، چیزی است که ماهیت و صحت عقد، به واسطه‌ی آن محقق می‌شود و با انتفاء آن، ماهیت عقد، منتفی می‌گردد؛ خواه از ارکان داخلی عقد باشد و یا از لوازم و آثار خارجی (مراغی، ۲/ ۲۴۸).

بنابراین، طبق این تعریف، نفی آثار مترتب بر بیع، همانند نفی مضمون عقد، منافی مقتضای عقد است.

بجنوردی نیز نفی جمیع آثار مترتب بر عقد را به نفی مضمون عقد ملحق می‌داند و آن را با مقتضای ذات عقد، منافی می‌شمارد، لیکن اگر چه در مقام اثبات، نفی اثر بارز<sup>۱</sup> را، منافی با مقتضای عقد می‌داند، اما در مقام ثبوت، امکان عدم تنافی را نفی نمی‌کند (بجنوردی، ۳/ ۲۶۸).

میرزای نائینی نیز، مقتضای ذات را چیزی می‌داند که عقد به مدلول مطابقی، بر آن دلالت دارد؛ پس، شرط خلاف این مدلول را منافی مقتضای ذات، تلقی می‌کند، اما نفی برخی آثار را مانند عدم بیع، و حتی نفی اثر ظاهر را نیز با مقتضای عقد در تضاد نمی‌بیند (نائینی، ۳/ ۲۱۱).

۱. شرط عدم بیع بر تاجری که حرفه‌ی وی خرید و فروش است و صرفاً کالا را به جهت فروش آن خریداری می‌کند، نفی اثر بارز بیع است.

او در مورد نفی جمیع آثار می‌گوید: چون آنچه انشاء می‌شود وسیله‌ی رسیدن به آن آثار است، پس، شرط عدم ترتب آن، به منزله‌ی عدم انشاء عقد است که موجب تناقض می‌گردد (همان).

هر چند در مورد معنای مقتضای ذات اختلاف است، اما تمییز مقتضای ذات، از مقتضای اطلاق، بسیار حائز اهمیت است؛ چون اختلاف در این امر، در بعضی از موارد، موجب صدور احکام متعارض، در مورد برخی از عقود می‌شود؛ برای مثال، برخی بر این باورند که عدم ضمانت مستأجر، جزء مقتضای ذات عقد است، لذا، شرط ضمانت را منافی با این اقتضاء می‌دانند و به بطلان شرط و عقد حکم می‌دهند (علامه‌ی حلی، قواعد الاحکام، ۳۰۴/۲، محقق کرکی، ۲۵۸/۷)؛ اما برخی دیگر که آن را از مقتضیات اطلاق فرض می‌کنند نه تنها شرط خلاف آن را مبطل نمی‌دانند، بلکه عمل به شرط را نیز لازم می‌دانند (مقدس اردبیلی، ۶۹/۱۰، خوئی، کتاب الإجاره، ۲۲۵).

بنابراین، در بطلان شرط منافی ذات عقد، خلافاً نیست؛ اختلاف در تعیین مصادیق این شرط است، البته، هر چند در مورد نفی برخی آثار اختلاف است، اما بی‌شک نفی چیزی که عقد به خاطر آن محقق می‌شود و هدف اساسی طرفین را تأمین می‌کند، منافی مقتضای ذات است که بارزترین مصداق آن، نفی ملکیت در عقد بیع است.

#### مبنای مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد

می‌توان گفت: ایجاد اختلال در ارکان عقد، دلیل عمده‌ی قائلان به مبطل بودن این شرط است (بجنوردی، ۱۹۲/۴). بر طبق این نظر، شرط خلاف مقتضای ذات، موجب تناقض می‌شود و عدم تحقق عقد را در پی دارد (طباطبائی یزدی، ۱۵۳/۲)؛ به این معنا که عقد به انجام مقتضای خود امر می‌کند و شرط به عدم انجام آن؛ از این رو، این امر، سبب ایجاد تردید در تصمیم برای انجام معامله می‌شود و در نتیجه، قصد انعقاد عقد، سلب می‌شود، حال اینکه قصد، از ارکان عقد می‌باشد و شکی در بطلان معامله‌ی فاقد قصد وجود ندارد؛ بنابراین، آنچه از تاثیرگذاری چنین عقده‌ی مانع می‌شود، عدم وجود قصد، برای انجام معامله است، حال باید دید که آیا ماهیت چنین عملی، فاقد قصد است تا آن را از حال عقد بودن، خارج کند یا خیر؟

به طور کلی، کسی که شرط خلاف مقتضای ذات را در ضمن عقده‌ی درج می‌کند، دو حالت دارد: یا قصد انجام معامله را ندارد، یا دارد؛ اگر قصد انجام معامله را ندارد، بی‌شک،

چنین معامله‌ای به جهت فقدان قصد، باطل است و بطلان معامله‌ی مذکور نیز ربطی به وجود شرط یا فساد آن ندارد.

اما اگر قصد معامله را دارد، دو صورت متصور است: صورت اول، قصد، به طور همزمان، به عقد و شرط منافی عقد، تعلق می‌گیرد و بی‌هیچ فاصله‌ای هر دو مورد قصد، واقع می‌شوند؛ این حالت، لامحاله، باطل است و عقدی محقق نمی‌شود.

صورت دوم، بین قصد عقد و قصد شرط، ترتیب زمانی وجود دارد؛ یعنی: بعد از قصد بیع، شرط منافی عقد را قصد می‌کند؛ این صورت نیز دو حالت دارد: حالت اول، اینکه با بقاء بر قصد عقد، شرط منافی عقد را قصد می‌کند؛ در این حالت، تحقق شرط، معقول نیست؛ چون محال است، چیزی محقق شود که منافی آن، قبلاً ایجاد شده است، اما هیچ مانع عقلی و نقلی برای تحقق عقد وجود ندارد (اصفهانی، ۱۵۴/۵).

حالت دوم، اینکه با رفع ید از قصد قبلی، شرط منافی را قصد می‌کند؛ این حالت نیز غیر معقول به نظر می‌رسد؛ چون عقد با تمام شرایط، از جمله قصد، محقق می‌باشد و شرط منافی، نمی‌تواند اختلال را در ارکان آن، موجب گردد مگر اینکه شرط منافی، به گونه‌ای باشد که قرینه‌ی برای انصراف ایجاب‌کننده از ایجاب تلقی شود که در این صورت، عقدی محقق نمی‌شود، لیکن نه به خاطر شرط منافی، بلکه به جهت انصراف موجب، از انعقاد عقد؛ چون عدول از ایجاب قبل از انجام عقد، به دست موجب است، اما شرط منافی، به منزله‌ی ابزار است که انصراف را احراز می‌کند و نقش ثبوتی ندارد.

از طرفی، این شرط، در صورتی احراز‌کننده است که اولاً، تعلق قصد جدی به شرط ثابت شود؛ و ثانیاً، شرط به گونه‌ای باشد که هدف اساسی عقد، و یا به عبارت بهتر، ماهیت عقد را نفی کند - همانند: نفی مالکیت مشتری در بیع - و الا نفی برخی آثار، حتی اثر بارز - که لازمه‌ی عرفی مالکیت است - نمی‌تواند این امر را احراز کند.

اما شرط نفی همه آثار، اگر حکماً، به نفی مضمون عقد ملحق شود، می‌تواند احراز‌کننده‌ی انصراف جدی از ایجاب باشد.

بنابراین، در نتیجه‌گیری کلی، می‌توان گفت: اگر شرط منافی، احراز‌کننده‌ی انصراف از قصد انجام معامله دانسته شود، در صورت وجود شرایط محرزیت، عقدی محقق نمی‌شود؛ اما اگر شرط منافی، مخل ارکان عقد، تلقی گردد، به جهت لغو بودن شرطی که بر فساد آن، حکم می‌شود، نباید هیچ‌گونه تأثیری در عقد، حتی در ارکان آن، ایجاد کند.



میرزای نائینی، بعد از تحریر محل نزاع و بیان اینکه شروط مخل به ارکان عقد، مبطل عقد است، مقرر می‌دارد: منظور از صحت شرط، اعتبار بخشیدن شارع، بعد از انشاء آن، از جانب منشأ است؛ و فساد شرط، به این معنی است که چیزی محقق نمی‌گردد و معتبر شناخته نمی‌شود و صرفاً مجرد لفظ و لقلقه‌ی لسان است.

حال که معنای فساد شرط، این است که حتی اگر شرط، انشاء گردد، اعتبار پیدا نمی‌کند، بنابراین، چگونه ممکن است در فساد عقد، موثر باشد؟ چون، بدیهی است که مجرد لفظ و انشاء، این صلاحیت را ندارد؛ چون، گاهی این انشاء، منافی مقتضای عقد و مخالف کتاب و سنت است، مگر اینکه گفته شود: مجرد انشاء شرط، انشاء سابق را (عقد) نقض می‌کند لیکن با این سخن اشکال مرتفع نمی‌شود (نائینی، ۲۷۳/۳).

بنابراین، بر طبق این سخن، هر شرط فاسدی لغو است و اثری ندارد تا مفسد باشد، یا موجب اختلال در ارکان عقد یا شرایط عوضین شود.

## ۲. شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین می‌شود.

شرط مجهول، باطل است؛ خواه جهالت آن به نفس معامله سرایت کند، یا خیر (بجنوردی، ۲۷۹/۳)؛ اما سؤال این است که آیا این شرط، موجب بطلان عقد می‌شود، یا خیر؟ از گفتار فقیهان آشکار است که شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین می‌شود، سبب بطلان عقد می‌گردد (نجفی، ۲۱۶/۲۳، انصاری، ۴۰/۳، خراسانی، ۲۴۹، بجنوردی، ۲۸۰/۳). زیرا چنین معامله‌ای اگر چه برخی از شرایط عمومی صحت عقد را - همانند: اهلیت، قصد، رضا و اختیار - داراست؛ اما علم به عوضین، که یکی از شرایط اساسی معامله است را ندارد و جهل به عوضین، معامله را غرری می‌کند و معامله‌ی غرری نیز باطل است. اما آنچه باعث اختلاف می‌گردد، این است که آیا شرط مجهول، موجب جهل به عوضین می‌شود، یا خیر؟

برخی بر این عقیده‌اند که جهالت شرط، موجب جهالت بیع می‌شود (علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۴۷۲/۱، مراغی، ۲۸۸/۲، انصاری، ۲۳/۳). این گروه، براساس: «للشرط قسط من الثمن»، معتقدند وجود شرط، موجب بذل ثمن در برابر آن می‌شود، به طوری که اگر چنین شرطی نباشد، این مقدار از ثمن در برابر آن، پرداخت نمی‌شود؛ بنابراین، نمی‌توان غیر مقصود بودن آن را در عقد، ادعاء نمود.

پس، از نظر این گروه، قول موجه، بطلان عقد است؛ چون، شرط، به ضمیمه‌ی یکی از عوضین، مد نظر قرار می‌گیرد. از این جهت، مجهول بودن آن، لامحاله، موجب جهل به عوضین می‌شود؛ مضافاً اینکه اطلاق نبوی مشهور که از بیع غرری نهی می‌فرماید، بطلان عقد متضمن شرط مجهول را اقتضاء دارد (نایینی، ۲۲۷/۳).

اما برخی دیگر از فقیهان، هر شرطی را موجب جهل به عوضین نمی‌دانند و در نتیجه، هر شرط مجهولی را مبطل عقد نمی‌دانند؛ چون شرط، تابع است و مقصود بالاصاله نمی‌باشد (شهید اول، دروس، ۲۱۶/۳).

بر اساس این نظر، شرط مجهول، به اصل بیع سرایت نمی‌کند تا موجب غرری شدن معامله گردد؛ چون غرری شدن معامله، فرع بر آن است که شرط، جزئی از احد العوضین باشد تا از این جهت، جهل به آن، به عوضین سرایت کند و فرض این است که در عالم انشاء، شرط، مقابل عوض قرار نمی‌گیرد تا در صورت جهل، به غرری بودن معامله حکم شود؛ حتی اگر سرایت جهل، به اصل معامله، پذیرفته شود، این امر، کلیت ندارد و تنها، در برخی از موارد، صادق است (طباطبائی یزدی، ۱۳۵/۲).

بر طبق این نظر، شرط مجهول، همیشه موجب جهل به عوضین نمی‌شود؛ برای مثال، اگر فروشنده‌ای، ضمن عقد بیع، بر خریداری، انجام عمل غیر معینی را شرط کند، با وجود اینکه عمل مزبور، مجهول است، اما این جهالت، به عوضین سرایت نمی‌کند تا به بطلان بیع، حکم شود.

اما اگر شرط، به گونه‌ای باشد که جهالت در آن، احد العوضین را مجهول نماید، بیع متضمن چنین شرطی، باطل است؛ برای مثال، اگر خریداری بر فروشنده‌ای، بدون ذکر مدت، مؤجل بودن ثمن را شرط بنماید، در این صورت، شرط مجهول، به ثمن نیز سرایت می‌کند و موجب بطلان بیع می‌گردد، به این استدلال که در شرط مزبور، مدت پرداخت ثمن معلوم نیست و براساس سخن مشهور «للاجل قسط من الثمن»، برای مدت، سهمی از ثمن است، جهل به مدت، موجب جهل به ثمن می‌شود و در این صورت، معامله به جهت مجهول بودن یکی از عوضین، غرری می‌شود و مشمول نهی پیامبر از معامله‌ی غرری می‌گردد.

البته، اگر فلسفه‌ی منع پیامبر از معامله‌ی غرری، ضرر وارده بر متضرر باشد، و بتوان در مثال مزبور، از ضرری که در نتیجه‌ی جهالت، بر متضرر وارد می‌شود، به گونه‌ای جلوگیری کرد ممکن است بتوان ضمن حکم بر فساد شرط، به صحت عقد، حکم نمود، بنابراین با اثبات

دو نکته می‌توان بر صحت چنین عقدی حکم کرد:

نکته اول، اینکه علت منع از معامله‌ی غرری، ضرر باشد؛ حال، آیا این نکته، ثابت است، یا خیر؟

در پاسخ به این سؤال، باید گفت: در کلام فقیهان، درباره‌ی فلسفه نهی پیامبر (ص) از معامله‌ی غرری، تصریحی به ضرر وجود ندارد، اما آنان در بیان مواردی که مشمول معامله‌ی غرری می‌شود، به مصادیقی اشاره می‌کنند که در آن، ضرر غیر قابل جبرانی وجود دارد؛ مثل: بیع پرنندگان در حال پرواز که عادتاً به خانه باز نمی‌گردند (نجفی ۳۷۸/۲۲). در معامله‌ی مزبور، هرچند خریدار، قبل از عقد، مورد معامله را مشاهده می‌کند و هیچ‌گونه ابهامی در مورد آن ندارد، اما به جهت ضرری که خریدار از عدم دستیابی به کالای خریداری شده، متحمل می‌شود، به بطلان بیع، حکم می‌کنند، در حالی که آنان قائل به جواز بیع پرنندگانی هستند که عادتاً به خانه باز می‌گردند (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۴۹/۳).

بنابراین، به نظر می‌رسد آنچه این‌گونه معاملات را، از غرری بودن خارج می‌کند، عدم ورود ضرر بر مشتری است و به مسأله‌ی ظهور اختلاف ناشی از معامله‌ی غرری، ربطی ندارد که برخی آن را ادعا کرده‌اند؛ البته، گاهی معامله‌ی غرری، منشأ اختلاف است، اما نفس اختلاف نیز خود از ضرر وارده، ناشی می‌شود؛ چون هر شخصی برای دفع ضرر از خود، با گفته‌ی طرف مقابل موافق نیست؛ ضمن اینکه عوامل متعددی در معاملات، منشأ اختلاف می‌شود، در حالی که احدی به لزوم رعایت آن در عقد اشاره نکرده است؛ برای نمونه، حضور شاهد در معاملات، از اختلافات زیادی جلوگیری می‌کند، اما با این وجود، احدی از فقیهان، حضور شاهد را شرط نمی‌دانند و برای رفع اختلاف ناشی از عدم حضور شاهد، به اصول موجود در مسأله‌ی مورد اختلاف، مراجعه می‌کنند.

بنابراین، احتمال بروز اختلاف، نمی‌تواند منشأ نهی از معاملات غرری شود.

همچنین، روایتی از حضرت علی (ع) وارد شده است که در آن به صراحت، علت منع معامله‌ی غرری را وجود ضرر می‌داند؛ «ان الغر عمل لا یؤمن معه من الضرر». البته، اگر چه این روایت در هیچ کدام از کتب روایی یافت نشده است، اما برخی آن را نقل کرده‌اند (نجفی، ۳۸۷/۲۲، انصاری، ۱۷۶/۴).

نکته دوم، اینکه در این گونه موارد، دفع ضرر، ممکن باشد؛ حال آیا در معاملات مقید به شرط مجهول، راهی برای دفع ضرر وجود دارد یا خیر؟

به نظر می‌رسد، گاهی، دفع ضرر در معامله‌ی مقید به شرط مجهول، قابل تصور است با این تقریر که طرفین معامله، یا به فساد شرط، عالم هستند، و یا جاهل.

اگر طرفین معامله، به فساد شرط، عالم باشند، شرط، اثری ندارد؛ چون قصد جدی به آن تعلق نمی‌گیرد؛ بنابراین، لغو و بی اثر خواهد بود؛ پس، شرطی نیست تا مجهول باشد و ضرری در پی داشته باشد.

اگر طرفین معامله، به فساد شرط، جاهل باشند، با اعطای حق خیار به متضرر، می‌توان ضمن فساد شرط، به صحت عقد، حکم نمود؛ بنابراین، متضرر می‌تواند با استفاده از خیار غبنی که از عدم علم به قیمت واقعی، ناشی است، معامله را فسخ و ضرر را از خود دفع کند.

و در صورت عدم فسخ و عدم بروز اختلاف، به معامله مزبور، با قیمت ثمن‌المثل، ملتزم می‌گردند؛ چون فلسفه‌ی معاملات، دستیابی هر یک از طرفین، به خواسته‌ی مد نظر خویشتن است که در صورت عدم وجود مانع شرعی، به هر طریق می‌توانند به خواسته‌ی خود برسند.

طرف معامله، گاهی مصلحت را در این می‌بیند که معامله را برای دفع ضرر، فسخ کند؛ و گاهی التزام به معامله را با ثمن‌المثل - ثمنی که عرف بلد به آن ملتزم است - مفیدتر می‌بیند.

بنابراین، اگر بتوان به گونه‌ای عمل کرد که معاملات، کمتر در معرض بطلان قرار گیرند، با قواعد عمومی معاملات در اسلام سازگارتر است؛ چون این قواعد، بر پایبندی به معاملات، تاکید دارد.

اما اگر فلسفه‌ی منع از معاملات غرری، صرفاً وجود ضرر نباشد، بی‌شک، معامله‌ی مقید به شرط مجهول، باطل است؛ شرط مجهولی که جهل به عوضین را باعث می‌شود.

### نتیجه‌گیری

آنچه از این نوشتار، حاصل گردید، این است که شرط فاسد، تاثیری در عقد ندارد و موجب بطلان آن نمی‌گردد و ادله‌ی صحت عقد، آن را شامل می‌شود؛ چون قصد و رضا، مستقلاً به عقد تعلق می‌گیرد و شرط، تابع است و با فساد تابع، متبوع، باطل نمی‌شود و عدم حصول شرط که مورد تراضی می‌باشد، با عدم رضایت به عقد، ملازمه‌ای ندارد تا موجب ایجاد اختلال در عقد شود.

وانگهی، عدم رضایت به عقدی که شرط آن حاصل نمی‌گردد، می‌تواند با ثبوت خیار جبران شود؛ از این رو معامله، باطل نمی‌گردد.

شروطی همچون: شرط خلاف مقتضای عقد نیز چنانچه همزمان با عقد، متعلق قصد، واقع شود، چون این امر، عقلاً ممتنع است، از محل بحث، خارج می‌شود، اما اگر به ترتیب زمانی ایجاد شود؛ یعنی: بعد از انعقاد عقد، و با ابقای بر قصد عقد، شرطی منافی عقد، ایجاد شود، چون نافی آن شرط، قبلاً واقع شده است، شرط، کان لم یکن تلقی می‌گردد و عقد بر صحت خود باقی می‌ماند.

اما اگر شرط منافی، با رفع ید از قصد قبلی، ایجاد شود، در صورتی که این شرط، احراز کننده‌ی انصراف موجب از ایجاب باشد، جنبه‌ی اثباتی دارد؛ اما اگر شرط، از جنبه‌ی ثبوتی مورد ملاحظه قرار گیرد، چون لغو و بی‌اثر می‌باشد، کان لم یکن فرض می‌شود و عاملی برای ایجاد اختلال در ارکان عقد محسوب نمی‌گردد.

شرط مجهول نیز اگر موجب جهل به عوضین نشود و عقد را به معامله‌ی غرری، تبدیل نکند، موجب بطلان عقد نمی‌شود.

همچنین، اگر فلسفه‌ی منع از معامله‌ی غرری، وجود ضرر باشد، با اثبات خیار، هیچ گونه شرط مجهولی، موجب بطلان عقد نمی‌گردد.

### منابع

#### قرآن کریم.

آخوند خراسانی، محمدکاظم، *حاشیة المکاسب*، سید مهدی شمس‌الدین، وزارت ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ ق.

آل کاشف الغطاء، علی، *شرح خیارات لعمه*، موسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۲۲ ق.  
 ابن زهره، سید حمزه بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، ابراهیم بهادری، قم، موسسه الامام الصادق، قم، ۱۴۱۷ ق.

ابن منظور، محمدبن مکرم، *لسان العرب*، نشر ادب الحوزة، قم، ۱۴۰۵ ق.  
 اصفهانی، محمدحسین، *حاشیة المکاسب*، عباس محمد آل سیاح القطیفی، بی‌جا، ۱۴۱۸ ق.  
 انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۶.

بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیة*، محمد مهدی مهریزی، محمد حسین درایتی، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ق.

- حرعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الى تحصيل مسائل الشریعة*، محمد رازی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، بی تا.
- حکیم، سید محسن، *مستمک العروة الوثقی*، مکتبه المرعشی النجفی، قم، ١٤٠٤ ق.
- حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرایع*، مؤسسه سید الشهداء، قم، ١٤٠٥ ق.
- خمینی، امام روح الله، *کتاب البیع*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ١٤٢١ ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، مکتبه داوری، قم، بی تا.
- همو، *کتاب الإجاره*، لطفی، قم، ١٣٦٥.
- همو، *منهاج الصالحین*، بی نا، قم، ١٤١٠ ق.
- روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق*، دار الکتاب، قم، بی تا.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، بی تا.
- همو، *اللمعة الدمشقیة*، دارالفکر، قم، ١٤١١ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، سید محمد کلانتر، جامعه النجف، نجف، ١٣٨٧ ق.
- همو، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، مؤسسه المعارف الإسلامیة، قم، ١٤١٤ ق.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه بر مکاسب*، اسماعیلیان، قم، ١٤١٧ ق.
- طباطبائی، سید علی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ١٤١٩ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیة*، سید محمد تقی کشفی، المکتبه المرتضویة لإحیاء آثار الجعفریة، تهران، ١٣٨٧.
- همو، *الخلاف*، سید جواد شهرستانی، مهدی طه نجف، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ١٤١٤ ق.
- علامه یحیی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ١٤١٨ ق.
- همو، *تذکره الفقهاء*، مکتبه المرتضویة لإحیاء آثار الجعفریة، بی جا، بی تا.
- همو، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ١٤١٣ ق.
- فاضل آبی، زین الدین ابی علی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، علی پناه اشتهاودی، حسین یزدی، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ١٤١٠ ق.

- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، سید حسین موسوی کرمانی، شیخ علی پناه اشتهااردی، عبدالرحیم بروجردی، قم، ۱۳۸۷ ق.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، بی نا، بی جا، بی تا.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، سید صادق شیرازی، انتشارات استقلال، بی جا، بی تا.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مومن، *کفایة الاحکام*، مرتضی واعظی اراکی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، قم، ۱۴۰۸ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، مجتبی عراقی، علی پناه اشتهااردی، حسین یزدی مؤسسه النشر الإسلامی، قم، بی تا.
- معلوف، لويس، *المنجد*، نشر پرتو، تهران، ۱۳۷۱ ق.
- نایینی، محمدحسین، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، دارالکتب الإسلامیة، قم، ۱۳۶۵.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام*، مکتب الاعلام الإسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- نوری، حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع، شرح المهدب*، دارالفکر، بیروت، بی تا.





مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۰،  
پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۵۳-۱۲۷

### معنا شناسی تنقیح مناط مقارنه با مفاهیم مشابه و روش شناسی آن\*

دکتر هادی عظیمی گرکانی

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی

Email: garekani1339@yahoo.com

#### چکیده

تنقیح مناط یکی از قوانین و قواعد اصول فقه است که برای فرایند استنباط و به منظور دستیابی به مناط به کار می‌رود و به طور کلی، گونه‌ای از تعمیم احکامی است که برای وقایع و موارد خاص صادر شده است و با این روش، خصوصیات از آن واقعه یا فرد خاص شناسایی می‌شود که در حکم تأثیر گذار نیست؛ آن گاه، این خصوصیات، کنار زده می‌شود و حکم به همه‌ی موارد مشابه، تسری پیدا می‌کند و چنانچه به صورت قطعی باشد، حجت و معتبر است.

تنقیح مناط، از مباحث الفاظ است و استناد به آن، همسان با استناد به عام یا مطلق است. دستیابی به مناط، از طریق شَمّ فقهات و گستره‌ی فکری فقیه، تناسب حکم و موضوع و نیز فهم دقیق عرفی، امکان پذیر است. جریان تنقیح مناط در فروع فقهی‌ای بیشتر به چشم می‌خورد که جنبه‌ی اجتماعی دارند و تنظیم کننده‌ی روابط صحیح و عادلانه‌ی میان افراد جامعه می‌باشند و در نصوص، از سابقه‌ی کمتری برخوردار می‌باشند.

چنانچه در شریعت، به وصف موثر تصریح شده باشد و به الغای اوصاف و ملازمات، نیازی نباشد، به آن، تحقیق مناط گویند که از اعتبار شرعی برخوردار است، ولی اگر استنباط، بر روش قطعی مبتنی نباشد و دستیابی به مناط، بدون توجه به نص صورت گیرد، از آن به تخریح مناط تعبیر می‌شود که از دیدگاه امامیه، معتبر نیست.

واژه‌های کلیدی: مناط، علت، قیاس، تعمیم احکام، تنقیح مناط.

---

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۲/۱۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۴/۱۷.

## پیشینه‌ی تحقیق

تاریخ فقه، همواره شاهد گفتمان‌هایی بوده است که پاره‌ای از آن‌ها محور مذهب نیز نبوده است و همین امر باعث شده است که فقیهان، با مواضع فقهی متفاوت و در برخی موارد متضاد، در پذیرش برخی مبانی نظری راهی همسان بیمایند.

در هر پدیده‌ای همچون فقه، انطباق مفاهیم کلی بر مصادیق، تخصص ویژه‌ای می‌طلبد که گاه، در اثر گذشت زمان، از یک سو، و پیشرفت علم و صنعت، از سوی دیگر، مصادیق جدیدتری ارائه می‌شود که فاقد سابقه‌ی تاریخی هستند و در نتیجه، فقیه با واقعه‌ای جدید، رویارو می‌شود که در نصوص، کمتر اثری از آن دیده می‌شود که از این مصادیق و وقایع، به مستحدثات، تعبیر می‌شود.

فقیهان امامیه که همواره به مقاصد شریعت اهتمام داشتند و احکام را تابع اغراض می‌دانستند، بهره برداری از قیاس را که نوعی کشف علت به صورت ظنی است، بی اعتبار، قلمداد می‌نمایند؛ زیرا معتقد می‌باشند که اصل، حرمت تعبد به ظن است، مگر اینکه دلیلی متقن بر اعتبار آن ارائه شود؛ و از طرفی دیگر، به دلیل فقدان اعتبار مصالح مرسله، گرایش نسبت به آن را به شدت ناروا می‌دانند و در این میان، تنها روشی که ضریب خطای آن صفر است و از حمایت منابع فقهی برخوردار می‌باشد و با اصول و قواعد امامیه ناسازگاری ندارد، تنقیح مناط است.

این واژه، بیان‌کننده‌ی نوعی ارتباط میان شرع و واقعیات خارجی است که فقیه، باید با اندیشه‌ی تحلیلی‌گر خود، گونه‌ای از ارتباط را کشف کند. واقعیات خارجی، در برگیرنده‌ی مجموعه‌ای از اوصاف هستند که این واقعیت، به اعتبار هر یک از آن‌ها، از سایر واقعیات متمایز می‌شود و نیز ممکن است به اعتبار برخی از آن‌ها، با سایر واقعیات، تحت یک عنوان مشترک، جمع شوند.

کاربرد این واژه، در سده‌های نخستین، بسیار کم بود و در فرهنگ فقهی، یک اصطلاح، قلمداد نمی‌شد؛ شکل‌گیری این اصطلاح، به سده‌ی پنجم قمری می‌رسد.

این اصطلاح، نخست در آثار اهل سنت، مورد استناد قرار گرفت. در این مورد می‌توان به آثاری چون: المستصفی، تألیف غزالی، دانشمند شافعی مذهب قرن پنجم، و رساله‌ی فی اصول الفقه، تألیف ابوعلی حسن شهاب عکبری حنبلی اشاره نمود.

علمای حنفی، به جای تنقیح مناط، کلمه استدلال را به کار برده‌اند، ولی سایر مذاهب،

ضمن به کار بردن این واژه، آن را گونه‌ای از قیاس دانسته‌اند (سرخسی، ۱/۲۴۱).  
به نظر می‌رسد که این واژه، جایگزین واژه‌ی علت، در قیاس شده است. فقیهان، به منظور  
تضعیف اعتبار قیاس، و همگرایی با مواضع کسانی آن را به کار گرفتند که حجیت مطلق قیاس  
را انکار می‌کردند.

در سده‌های نخستین، استفاده از رأی و قیاس در فرایند استنباط، انتقادهایی را حتی از  
جانب پذیرندگان قیاس، به دنبال داشت و این امر، موجب شد که قیاس، ضابطه‌مند شود و در  
سایه‌ی شرایطی ویژه، عملیاتی شود.

حرکت در جهت قاعده دادن به قیاس، امری است که در سده‌های پسین به ویژه طی  
سده‌های تدوین دانش اصول، از سوی عالمان مذاهب گوناگون پی‌گیری شد و همین امر، زمینه  
ساز مباحث گسترده‌ای در حوزه قیاس، شامل اقسام قیاس، ارزیابی حجیت هر یک از اقسام،  
مبانی علت در احکام و شیوه‌های دست‌یابی به علت شد.

تحریر مباحث مربوط به قیاس و اقسام آن، از سویی موجب شد تا برخی از گونه‌های  
قیاس، بی پایه تلقی شود؛ حتی نزد مذاهبی که حجیت قیاس را می‌پذیرفتند، و از طرفی دیگر،  
باعث شد تا برخی از گونه‌های قیاس که قطعی تلقی می‌شدند، نزد مذاهبی دارای حجیت  
باشند که قیاس را حجت نمی‌شمردند. شاخص گونه‌ی اخیر، قیاس منصوص العله بود که حتی  
امامیه، حجیت آن را پذیرا بودند.

تنقیح مناط، از جمله روش‌هایی است که گاه، گونه‌ای از قیاس، و گاه روشی غیر از  
قیاس، شناخته شد. با تحقیقات اصولی سده‌ی پنجم قمری، اهمیت تنقیح مناط، مورد توجه  
قرار گرفت و به زودی، نه تنها در محافل اهل سنت، بلکه از نظر امامیه نیز جایگاه مهمی  
یافت.

در حالی که در سده‌ی پنجم قمری، برخی از فقیهان مخالف قیاس - همچون ابن حزم  
اندلسی - در مقام رد قیاس، زیر سایه‌ی اصطلاح فلسفی علت، اصطلاح علت را در اصول،  
تعبیر می‌کردند و با تکیه بر اینکه چنین علتی، منتفی است، قول به علت را در دین، بدعت  
می‌شمردند، زمینه برای مطرح شدن یک جایگزین در حیطه‌ی فقه فراهم می‌شد (پاکتچی،  
۲۲۸/۱۶) بدین ترتیب، مخالفین قیاس هم بر آن شدند به جای استفاده از واژه‌ی علت، از  
واژه‌ی مناسب‌تری، همچون مناط، استفاده کنند، تا موهم قیاس نباشد.

تحول قاعده‌مند شدن قیاس، موجب شد که حوزه‌ی وسیعی در زمینه‌ی قیاس و انواع آن

ایجاد گردد و ارزیابی حجیت هر یک از اقسام آن، مورد توجه قرار گیرد؛ به طوری که پذیرندگان قیاس، اعتبار برخی از انواع آن را مورد تردید قرار دادند و تعدادی از اقسام آن - همچون قیاس اولویت و قیاس تنقیح مناط - مورد تأیید ناپذیرندگان اعتبار قیاس، قرار گرفت. در دوره‌های پسین، محققان اصولی مذاهب گوناگون، مبحث تنقیح مناط را بررسی کردند، اما این موضوع، به طور خاص، مورد توجهی دو گروه از فقیهان قرار گرفت؛ عالمان سلف گرا - همچون ابن تیمیه و شوکانی - که به دنبال افزودن سهم نصوص در استدلالات فقهی بودند؛ و دیگر گروه - با شاخص شاطبی - که فقه خود را بر مبنای مقاصد شریعت بنا نهادند. (همان، ۲۲۹)

برای برخی از مکاتب مخالف رأی و قیاس، همچون امامیه، به خصوص مکتب حله که به بازنگری مباحث اصولی خود پرداخته بود، استفاده از مناط به جای علت، زمینه را برای ساماندهی برخی شیوه‌های استنباطی فراهم آورد، در حالی که استفاده از اصطلاح علت می‌توانست موهم قیاس باشد. تحول مهم، در سده‌ی هفتم قمری، در مکتب امامی حله، نقطه‌ی عطفی در برخورد امامیه با این اصطلاح به شمار می‌آید.

از دیدگاه امامیه، چون اجتهاد، برای قانونگذاری مکلفین ضروری است، لذا با تغییر نیازهای مردم و پیچیده شدن آن‌ها، نیاز به شناخت تحقیق مناط، بیشتر احساس می‌شود و اجتهاد در تحقیق مناط و تنقیح مناط، تنها حلقه‌ی نجاتی است که می‌توان در برخورد با جریان سیل آسای سؤالاتی بدان متوسل شد که مسلمان در هر زمان با آن‌ها روبرو می‌شود. بهترین شاهد بر صحت این ادعاء، رویدادهای بغرنج و معاملات مالی پیچیده‌ای است که تمدن امروزی را به تلاطم انداخته است؛ بدین جهت، این عوامل، مجتهد را به تبیین حکم، در پرتو قوانین الهی و الهی می‌دارد و تعیین حکم درباره‌ی این گونه قضایا و مسایل روز، تنها در پرتو اجتهاد صحیح، امکان پذیر است.

هر چند ممکن است اجتهاد در این گونه موارد با توجه به اختلافات علمی و میزان مهارت و خیرگی در ذوق و استعداد، متفاوت باشد، اما در پاره‌ای موارد، مکلف، درباره‌ی آگاهی از حکم برخی نوازل و مسایل جدید، پرسش می‌کند و علت اصلی افعالی را جویا می‌شود که انجام می‌دهد.

پیش از مکتب حله، هیچ گاه زمینه‌ی آن فراهم نشد که تنقیح مناط به طور نظری، در خلال دانش اصول فقه، مورد بررسی قرار گیرد، اما این روش، با همین اصطلاح، از این مکتب به

بعد، مورد توجهی فقیهان امامیه قرار گرفت. علامه‌ی حلی، نخستین فقیه مکتب حله بود که با استفاده‌ی صریح از اصطلاح تنقیح مناط، درباره‌ی آن سخن گفت او در آثار گوناگون خود، بارها به تنقیح مناط استناد کرد (علامه‌ی حلی، ۵۸۳/۳).

علامه‌ی حلی و دیگر فقیهان امامیه، در این باره تردیدی نداشتند که فقیهان پیشین امامیه، تنقیح مناط را نیز تأیید می‌کردند و بارها مورد استناد قرار می‌دادند؛ هرچند عنوان تنقیح مناط، در آثار آنان دیده نمی‌شود؛ از جمله، وی به نمونه‌هایی از تنقیح مناط در آثار شیخ طوسی، اشاره می‌کند (همان، ۲۷۰/۳).

واژه‌ی تنقیح مناط، بعد از سده‌ی پنجم هجری، با زایش مکتب حله و گرایش فقهای امامیه به عقل‌گرایی، با هدف تضعیف مبانی اخباری‌گری، وارد اصول امامیه شد. گرایش به توسعه‌ی ادله‌ی لبی، تفریق میان قیاس ظنی و قیاس قطعی، نفی حجیت رأی و قیاس، تنقیح و تهذیب اخبار، ظهور عقل‌گرایانی همچون: شیخ طوسی و ابن ادریس حلی، و ظهور و گسترش مکتب حله، از انگیزه‌های اصلی ورود تنقیح مناط به حوزه‌ی اصول فقه امامیه است.

محقق حلی، با ارائه‌ی تعریف نویی از اجتهاد که شامل قیاس نمی‌شود، با قابل قبول خواندن روش تنقیح مناط، آن را تأیید می‌کند و شیعه را اهل اجتهاد می‌شمرد (پاکتچی، ۴۵۳/۸).

اولین بار، محقق حلی در کتاب معارج الاصول، اصطلاح تنقیح مناط را طرح کرد و فاضل تونی و وحید بهبهانی آن را نوعی قیاس دانستند (انصاری، فوائد الاصول، ۲۵۵/۱).

به نظر می‌رسد بیشتر فقهای امامیه، در اعتبار تنقیح مناط، تردیدی نمی‌بینند؛ برای مثال، کاشف الغطاء معتقد است در حجیت تنقیح مناط نباید تأمل کرد (کاشف الغطاء، ۳۲)، فاضل تونی بر این باور است که تنقیح مناط، مدار بسیاری از احکام و بسیاری از استدلال‌ها در کتب فقهی است (فاضل تونی، ۲۲۸)؛ شیخ انصاری در این باره می‌گوید: مدار استنباط از نصوص خاصه، در همه‌ی ابواب فقهی، بلکه در همه‌ی مسائل فقهی، الغای بعضی از خصوصیات و اکتفاء نمودن به بعضی از آن‌ها است (انصاری، فوائد الاصول، ۶۲۵/۱) و مرحوم نراقی، موارد آن را در غایت کثرت دانسته است. (نراقی، ۲۶۲).

البته به منظور دست‌یابی به مناط، می‌توان با الغای خصوصیات و اوصاف یک واقعه، به این مهم رسید؛ به همین دلیل، گروهی از فقهای امامیه، به جای واژه‌ی تنقیح مناط، از واژگانی همچون: نفی خصوصیت و یا عدم ظهور خصوصیت استفاده نموده‌اند؛ در این مورد می‌توان به

جواهر الکلام (نجفی، ۲۵/۹ و ۳۶۸/۱۳)، نهاییه الافکار آقا ضیاء عراقی (۶۸۵/۱) و کتاب الاجتهاد خوئی (۱۴۹) اشاره کرد.

### تعریف تنقیح مناط

در لغت، تنقیح، به معنای پیراستن و حذف زواید است (جعفری لنگرودی، ۷۸) و نیز به معنای بیرون آوردن مغز استخوان چیزی است (ابن منظور، ۲۵۳/۱۴، فیروزآبادی، ۵۰۲/۱)؛ و مناط، به معنای مکان تعلیق و آویختن است. (جوهری، ۶۲۰/۲).

در اصطلاح، مناط، وصفی است که حکم، از نظر وجود و عدم، به آن وابسته است (شبلی، ۲۲۱) و چون معمولاً، حکم به علت، منوط است، علت را مناط نامند (شوکانی، ۲۲۱/۷)؛ بنابراین، تنقیح مناط، همان تعیین علت است (محقق حلی، ۱۲۵/۲).

علت، در شریعت، آن چیزی است که حکم به آن وابسته است. به نظر می‌رسد که مناط، با علت مترادف نیست، بلکه در برگیرنده‌ی غیر آن نیز می‌شود؛ بنابراین، مناط، هر چیزی است که حکم به آن اضافه می‌شود؛ خواه به صورت علت و معلول، یا شرط و مشروط، و یا سبب و مسبب باشد.

غزالی نیز این احتمال را تایید می‌کند. او بیان می‌دارد: مناط اعم از سبب و مسبب است. (غزالی، ۲۳۰/۲)

تنقیح مناط، به معنای تراشیدن اوصافی است که در وجود حکم، دخالتی ندارند و فقیه، در فرایند استنباط، با یافتن وصف موثر، حکم را به موضوع غیر منصوص نیز تسری می‌دهد. تنقیح مناط، یکی از گونه‌های اجتهاد است که از مسالک العله شمرده می‌شود. تنقیح مناط، عبارت است از اینکه در شریعت، موضوع و متعلق حکم، همراه با اوصافی آمده باشد که همه‌ی آن اوصاف، در حکم، دخالتی نداشته باشند و فقیه با شناسایی وصف موثر، حکم منصوص را به غیر منصوص، تعمیم می‌دهد تا ضمن توسعه حکم، غیر منصوص را نیز از نظر حکم، شفاف سازی نماید و به این ترتیب، فرع به اصل ملحق شود و به همین علت، تنقیح مناط، الغاء فارق است و در آن، به جامع، توجهی نمی‌شود.

شهید ثانی نیز چنین تعریفی را تایید می‌کند. او می‌گوید: تنقیح مناط، عبارت است از راه یابی به متعلق حقیقی حکم و تبیین و استخراج آن از درون نصوص و تعبیرات ظاهری به کمک قرائن (شهید ثانی، ۲۲۴/۱).

برای مثال، نماز خواندن در مقابل مصحف یا درب گشوده، مکروه است و با تکیه بر تنقیح مناط، می‌توان حکم کراهت را تعمیم داد تا در برگیرنده‌ی هر مشغول کننده‌ای به هنگام نماز باشد؛ در نتیجه، تنقیح مناط، خروج از متعلق ظاهری به متعلق حقیقی حکم با استناد به قراین است.

### تنقیح مناط، تحقیق مناط و تخریج مناط

در پاره‌ای موارد، در شریعت، به وصف موثر، تصریح شده است و فرآیند استنباط، در گرو الغای اوصاف و ملازمات نیست که از آن به قیاس منصوص العله و یا تحقیق مناط تعبیر می‌شود- مانند إسکار در تحریم خمر- برای مثال، می‌توان به صحیح‌ه‌ی بکیر بن أعین، استناد نمود که ملاک قاعده‌ی فراغ از آن احراز می‌شود «قلت له: الرجل يشك بعد ما يتوضأ. قال (ع) : هو حين يتوضأ أذكر منه حين يشك» (حر عاملی، ۴۲/۲).

امام (ع) در این حدیث، اذکریت و هوشیارتر بودن هنگام وضوء را ملاک قاعده‌ی فراغ و عدم اعتناء به شک پس از وضوء، قرار می‌دهد و چون وضوء، خصوصیت ویژه‌ای ندارد، با الغای آن، این حکم، به همهی عبادات تسری می‌کند.

در این مثال، راه یابی به علت، از راه تحقیق مناط، انجام یافته است و منظور، این است وصفی که در حکم، تاثیر گذار است، به وضوح، معلوم باشد و در واقع، تطبیق احکام با مصادیق فردی و جمعی آن‌ها است که عرفاً، به طور طبیعی، رخ می‌دهد که هیچ فقیهی در پذیرش آن، تردید ندارد.

در پاره‌ای موارد، ملاک، به صورت صریح و منحصر به فرد، بیان نمی‌شود، بلکه با اوصاف و ملازمات دیگری همراه است که فقیه، باید مناط حکم را از میان سایر اوصاف، متمایز کند که این، تنقیح مناط است.

غزالی، در تعریف تنقیح مناط، این گونه بیان می‌دارد که شارع، حکم را به سببی منوط کند که به وضوح دیده نشود و تنها، عرفاً، قابل استنباط باشد (غزالی، ۲۸۲)؛ فخرالدین رازی، تنقیح مناط را الحاق مسکوت عنه، به منصوص، از طریق الغاء فارق، و نه استخراج جامع می‌داند (رازی، ۳۱۶/۲)؛ ابن تیمیه، تنقیح مناط را در جایی می‌داند که شارع، حکم را در پی اوصافی آورد که می‌توان دریافت کدام وصف، صلاحیت تعلیل را دارد و کدام، فاقد این صلاحیت است، پس، مجتهد، وصف صالح را برای تعلیل، تنقیح و اوصاف دیگر را الغاء می‌کند (ابن

تیمیه، ۳۴۶).

تنقیح مناط، گونه‌ای از استنباط است که در آن، به روشی قطعی، دستیابی به مناط، محقق می‌شود و در واقع، از طریق نص، به نوعی بر مناط، تأکید شده است؛ نه اینکه بدون توجه به نص، فرآیند استنباط، شکل می‌گیرد و دست یابی به مناط به صورت ظنی محقق می‌شود که این، تخریح مناط است و هیچ دلیلی برای اعتبار آن وجود ندارد؛ بنابراین، می‌توان ادعا کرد که تنقیح مناط، استنباط مستقلی جدای از نص نیست. گفتار زیر این احتمال را تأیید می‌کند که تنقیح مناط، مسلکی مستقل برای یافتن حکم نیست، زیرا تعلیل حکم، از نص استفاده می‌شود. (خلاف، ۷۸).

در تنقیح مناط، اوصاف فردی و تشخیص جمع‌ای کنار زده می‌شوند که در حکم، اثر گذار نیستند، و حکم، به موارد مسکوتی تعمیم داده می‌شود که واجد وصف موثر هستند. درباره‌ی اختلاف زن و شوهر در مورد اثاث خانه، حدیثی از امام صادق (ع) داریم که حضرت فرمودند: «مَنْ اسْتَوْلَى عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ أَوْلَى» (حرعاملی، ۲۴۵)؛ یعنی: هر یک از آن‌ها بر چیزی از اثاث منزل تقدم دارد که بر آن مسلط می‌باشد. این حکم، در مورد چیزهای دیگر و اشخاص دیگر نیز قابل اجراء است و وصف خاص مورد، تاثیری در حکم مسأله ندارد. (شهید ثانی، ۹۵/۲).

این حکم، عام است و به اجماع فقهاء، به زن و شوهر مذکور در روایت، اختصاص ندارد، زن و مرد مذکور در حدیث، دارای اوصاف شخصی‌ای می‌باشند که در دیگر زنان و مردان یافت نمی‌شود؛ پس، حکم، به برخی اوصاف تعلق دارد، و نه همه‌ی اوصاف آن دو. بنابراین، احکام، برای فرد خاص یا گروه ویژه، بیان نمی‌شود و موارد مذکور در روایات، مصداق بارز حکم و یا مورد سوال هستند و در این صورت، احکام، قابل تسری به موارد مشابه هستند. فرآیند استنباط، جدا سازی اوصاف فردی و گروهی، از وصف موثر است تا به این ترتیب، دستیابی به مناط، امکان پذیر شود.

برخورد اهل سنت با تنقیح مناط، دو گونه است؛ نگرش گروهی از آن‌ها - مانند حنفیه - همچون امامیه است و سایرین از آن به قیاس تعبیر کرده‌اند. حنفیه، تنقیح مناط را قیاس نمی‌دانند بلکه آن را استدلال می‌خوانند؛ چون از طریق نص، به دست می‌آید (ابن امیر الحاج، ۲۲۲/۲)؛ زیرا تنقیح مناط، گونه‌ای از الغای فارق است تا فرع به اصل ملحق شود و هیچ نظری به جامع ندارد، ولی در قیاس، الحاق فرع به اصل، به وسیله‌ی جامع صورت می‌گیرد.



باقی مذاهب اهل سنت، تنقیح مناط را قیاس می‌دانند و معتقدند قیاس هم با ذکر جامع صورت می‌گیرد و هم با الغای فاروق (زرکشی، ۵۰/۵، ۶۵۶).  
در تنقیح مناط، احراز قطع به وصف موثر، لازم است و چنانچه فرآیند تنقیح مناط، محصولی جز ظن، به دنبال نداشته باشد، از اعتبار برخوردار نیست و مانند قیاس است.  
تنقیح مناط، کلمات مترادفی دارد که در برخی از عبارات فقهی مشاهده می‌شود؛ وحدت ملاک، وحدت مناط و اتحاد طریق مسألتین، از این قبیل است (نجفی، ۲۵۴/۴۰).

### جایگاه تنقیح مناط در اصول فقه

از نظر امامیه، استناد به تنقیح مناط، شبیه استناد به عام یا مطلق است و از نمونه های بارز مدلول‌های لفظی است و در این صورت، مناسب ترین جایگاه برای آن، در دانش اصول، مبحث الفاظ است و عمل به آن، مانند عمل به ظاهر است و حجیت و اعتبار آن نیز به همین گونه است و شاید به این دلیل، فقیهان نام استظهار بر آن نهاده اند.  
میرزای نائینی مقرر می‌دارد: فی بعض موارد حکمة التشریح، یمکن أن یستظهر منها الغاء الخصوصیة علی وجه یکون الکلام ظاهرا فی غیر ما یکون ظاهرا فیه فی حد نفسه (نائینی، فوائد الاصول، ۳۱۹/۲)؛ یعنی: در پاره‌ای موارد که حکمت تشریح احکام بیان شده است، می‌توان از آن‌ها الغای خصوصیت را استظهار کرد، به گونه‌ای که سخن، در غیر آن معنایی ظهور پیدا کند که سخن، در آن، فی نفسه دارای ظهور است.  
شهید صدر، روشن تر به این بحث اشاره می‌کند و مقرر می‌دارد: ارتکازی الغاء الخصوصیة فی الذهن العرفی إنما ینفع فی باب الأدلة اللفظیة؛ لأنه یکون من القرائن المکتنفة بالکلام (صدر، ۵۴/۱)؛ یعنی: ارتکاز الغای خصوصیت در ذهن عرفی، نسبت به دلیل های لفظی، سودمند است؛ زیرا این ارتکاز، از جمله قراینی است که در کلام پیچیده شده است.

### تنقیح مناط و الغای خصوصیت

نقش آشکاری که الغای خصوصیت، در یافتن مناط دارد، زمینه‌های برابر انگاری را برای این دو مفهوم، فراهم ساخته است. تعریف تنقیح مناط به الحاق فرع به اصل، بر اساس الغای اوصاف، به منظور محدود شدن به وصف قابل تعلیل، این نگرش را جدی تر می‌کند.  
شوکانی بیان می‌دارد: تنقیح مناط، نوعی قیاس است و می‌تواند قطعی یا ظنی باشد. اساس

تنقیح مناط، الغاء فارق است و در تخریج مناط، ذکر جامع است و تفاوت میان آن دو، نه در معنا، بلکه در وقوع است (شوکانی، ۳۷۵).

نقطه‌ی آغازین تنقیح مناط، نفی خصوصیت است که با گذر از بسترهای تشخیص‌های فردی و جمعی، به دنبال دست‌یابی به نوعی تعمیم است.

توجه به دو نکته در توجیه ناهمسانی این دو واژه، دارای اهمیت است:

نخست اینکه با تقسیم خصوصیات و اوصاف، به مؤثر و غیر مؤثر، روشن می‌شود که الغای هر خصوصیتی، نتیجه بخش نیست و دست‌یابی به مناط، به شَمّ فقاہت و تیزبینی نیاز دارد و شاید بی اعتباری پاره‌ای از تنقیح مناط‌ها به دلیل بی بهره بودن از این ویژگی بوده است؛

دوم اینکه با دقت نظر، روشن می‌شود که اطلاق الغای خصوصیت مؤثر، بر تنقیح مناط، از باب تسامح و مجاز، و ذکر سبب و اراده مسبب است.

در آثار فقیهان اهل سنت، تمسک به عدم خصوصیت، زیاد به چشم می‌خورد و اهمیت آن تا آنجاست که در منابع فقهی، بارها از عدم خصوصیت به صورت یک اصل، سخن آمده است. در میان امامیه، عدم ظهور خصوصیت، مشهور بوده است که تعبیری برآمده از اصل عدم خصوصیت، اما با دقت و تأملی بیشتر است. بعدها، از معتبر بودن تعقل عدم خصوصیت، به جای عدم تعقل خصوصیت، سخن گفته شد. کاربرد تعبیر الغاء خصوصیت، از سده‌ی سیزدهم هجری به بعد، رواج یافته است (پاکتچی، ۲۳۲/۱۶).

### اعتبار تنقیح مناط

بنا بر اتفاق امامیه و اهل سنت، تنقیح مناط، به معنای دست‌یابی به مناط، از راه الغای فارق است تا با استفاده از توسعه‌ی حکم، حکم موارد مسکوت عنه نیز روشن شود.

روش تنقیح مناط، بر اساس نص شارع است و بدون وجود آن، توسل به تنقیح مناط، به منظور راه‌یابی، بدون فایده است. نگرش اهل سنت به تنقیح مناط، به دو گونه استوار است: نخست، مانند حنفیه که اعتبار آن را زیر سایه‌ی دلالت نص، تفسیر کرده‌اند و اساساً نام آن را استدلال، نهاده‌اند و سایر دانشمندان اهل سنت - که در گروه دوم، قرار می‌گیرند - تنقیح مناط را داخل در حقیقت قیاس دانسته‌اند.

دلیل اهل سنت بر حجیت تنقیح مناط قطعی، مبتنی بودن آن بر نص و قطعی بودن و یقینی

بودن آن است و حجیت آن بر اساس ظهور آن و فهم اهل زبان است؛ اما از نظر اهل دلیل حجیت تنقیح مناط ظنی، سنت، همان ظنی است که حجیت قیاس بر آن استوار گردیده است. در حوزه‌ی امامیه، پاره‌ای از فقیهان - مانند خوئی - اعتبار تنقیح مناط را زیر سوال برده‌اند و آن را همسان با ظن غیر معتبر قرار داده‌اند. آقای خوئی مقرر می‌دارد: نهایت چیزی که از راه تنقیح مناط به دست می‌آید، گمان است و گمان به هیچ وجه حق نیست (خوئی، مصباح الفقاهه، ۱/۲۷۱). او در کتاب حج می‌افزاید: الغاء خصوصیت به قرینه‌ی داخلی یا خارجی نیازمند است و آن موجود نیست، بلکه این کار، قیاس است و ما به آن قائل نیستیم (خوئی، کتاب الحج، ۴۶۱).

به نظر می‌رسد گفتار نخست محقق مذکور، بر تنقیح مناط ظنی، ناظر است که به اتفاق دانشمندان امامیه، در قیاس غیر معتبر، داخل است، اما تنقیح مناط قطعی، گونه‌ای از استنباط است که فقیه، در سایه‌ی نص و مبتنی بر روشی قطعی، به آن می‌رسد، نه یک روش ظنی تا فقیه در اعتبار و یا عدم اعتبار آن، تردیدی به خود راه دهد. تأیید این نظریه، گفتار دوم این محقق است که معتقد است دست‌یابی به مناط، بدون وجود قراین قطعی، قیاس غیر معتبر است. مفهوم این سخن، اعتراف به اعتبار تنقیح مناط قطعی است.

کلام صاحب العروة الوثقی مؤید این احتمال است. وی مقرر می‌دارد: هو مشکل؛ لعدم الدلیل علیه... إلا القیاس علی الیمین بدعوی تنقیح المناط و هو ممنوع (یزدی، ۵۴).

یعنی: پذیرش این سخن، سخت است؛ چون دلیلی ندارد، جز اینکه ادعای تنقیح مناط شود و بر قسَم، قیاس شود که در مذهب ما قابل قبول نیست.

قیاسی که در مقابل تنقیح مناط قطعی، قرار می‌گیرد، قیاس، ظنی است و این قیاس در برگیرنده‌ی قیاس منصوص العله و قیاس اولویت نیست.

صاحب جواهر، در بحث شفعه، به این تقابل، اعتراف می‌کند و مقرر می‌دارد: مع احتمال ان یکون الإلحاق... من باب تنقیح المناط، لا القیاس الخفی (نجفی، ۳۷/۲۸۱).

بنابراین، عدم اعتبار تنقیح مناط، به زعم دسته‌ای از فقیهان، به دلیل ظنی بودن آن است و در واقع، نگرش آن‌ها به تنقیح مناط، برابر انگاری تنقیح مناط ظنی با قیاس است که مرحوم سید محمد کاظم یزدی نیز این احتمال را تقویت کرد؛ در نتیجه، اعتبار تنقیح مناط قطعی مورد اتفاق همه‌ی فقیهان است.

فرا سوی همه‌ی این مطالب، ممکن است علت تامل و درنگ برخی از فقیهان، در

خصوص پذیرش اعتبار تنقیح مناط، این تصور باشد که تنقیح مناط، یکی از روش‌ها در فرآیند استنباط است در حالی که چنین تصویری، واقعیت ندارد و حق این است که اعتبار تنقیح مناط، نیازمند دلیلی مستقل نیست، بلکه اعتبار آن همسان با حجیت ظواهر است و اعتبار آن، به مثابه‌ی تمسک به عام و یا اطلاق است و چنانچه بخواهیم جایگاهی در هرم ادله‌ی دانش اصول برای آن تصویر کنیم، مباحث الفاظ است و شاید به همین علت، دسته‌ای از فقیهان، از آن، به استظهار تعبیر کرده‌اند. میرزای نائینی، در این مورد، مقرر می‌دارد: فی بعض موارد حکم التشریح، ممکن است یستظهر منها الغاء الخصوصية علی وجه یكون الکلام ظاهراً فی غیر ما یکون ظاهراً فی حد نفسه (نائینی، فوائد الاصول، ۳۱۹/۲)؛ یعنی: در پاره‌ای موارد که حکمت تشریح احکام بیان شده است، می‌توان الغای خصوصیت را از آن‌ها استظهار نمود، به گونه‌ای که کلام در معنایی ظهور پیدا کند غیر از آنچه فی نفسه در آن ظهور دارد.

مرحوم مظفر نیز اعتبار تنقیح مناط، قیاس منصوص العله و قیاس اولویت را به دلیل حجیت ظواهر می‌داند و بیان می‌دارد که تنقیح مناط، معتبر است و قیاس منصوص العله و قیاس اولویت حجت می‌باشند، ولی نه از باب قیاس بلکه از باب حجیت ظواهر (مظفر، ۲۰۰/۲).

بنابراین، مقصود امامیه از مطلق لفظ تنقیح مناط، تنقیح مناط قطعی است و دلیل بر حجیت آن، مانند ظواهر است.

تنقیح مناط قطعی، مانند الحاق فرع به اصل، از باب اولویت است؛ مثل الحاق ضرب و شتم به حرمت أف گفتن به پدر و مادر. در اینجا فرع از مرتبه‌ی شدیدتری برخوردار است؛ و گاهی نیز رتبه‌ی اصل و فرع همسان است؛ مانند کلام پیامبر که می‌فرماید: «أیما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجد بعینه» (حاکم نیشابوری، ۵۱/۲)؛ یعنی: اگر مردی وفات یافت یا ورشکسته شد، صاحب کالا نسبت به کالای خودش، بر دیگران، حق تقدم دارد. در این روایت، حکم تقدم، به زن نیز سرایت می‌کند و شامل او نیز می‌شود.

در تنقیح مناط ظنی، چون قطع نسبت به وصف موثر، احراز نمی‌شود و الغای فارق به صورت قطعی انجام نمی‌گیرد، لذا فاقد اعتبار لازم است؛ مانند حدیث اعرابی که خدمت رسول خدا (ص) رسید و عرض کرد: ای رسول خدا، هلاک شدم! حضرت به او فرمود: مگر چه کرده‌ای؟ گفت: در روز ماه رمضان با همسرم نزدیکی کردم. حضرت فرمود: بنده‌ای آزاد کن (حر عاملی، ۹/۷). تشخیص‌های گروهی و اقلیمی - مانند اعرابی بودن - قطعاً در ایجاب

کفاره، اثر گذار نیست و تراشیدن این مقدار از فارق‌ها، قطعی است و تنقیح مناط نسبت به آن، و تعمیم حکم، صحیح است، ولی الحاق سایر مفطرات - مانند خوردن و آشامیدن - به نزدیکی کردن، از الحاقات ظنی است (شبلی، ۲۵۱).

اوصافی که در فرایند تنقیح مناط، کنار زده می‌شود، ممکن است به گونه‌ای باشد که در شریعت، هیچ توجهی به آن‌ها نشده است و در هیچ یک از احکام الهی، اثر گذار نبوده است؛ مانند سیاهی و سفیدی پوست و یا عرب بودن و عجم بودن؛ و نیز ممکن است، تنها در این مورد خاص، این اوصاف ملحوظ نشده باشند؛ مانند مرد بودن و زن بودن در بیشتر احکام؛ و نیز ممکن است اوصاف غیر موثر، به گونه‌ای باشد که حکم به واسطه‌ی باقی اوصاف، در موارد دیگر، ثابت شده باشد.

علاوه بر قطعی بودن مناط، تنقیح مناط، در مورد نصوصی صحیح است که در اختصاص، ظهور نداشته باشند؛ از این رو، امام خمینی، در تبیین حدیث مشهور (المیسور لا یسقط بالمعسور) مقرر می‌دارد: این حدیث، به واجبات اختصاص دارد و با اعتراف به ظهور آن در واجبات، تنقیح مناط و تعمیم آن به مستحبات، بدون وجه است (خمینی، تهذیب الاصول، ۴۴/۳۷).

### روش شناسی دست یابی به علت

راه‌های کشف و شناخت علت را در اصل، مسالک العله می‌گویند. پذیرندگان قیاس، صرف وجود جامع را میان اصل و فرع، برای قیاس، کافی نمی‌دانند و بر این باورند که دلیلی مانند نص، یا اجماع و یا استنباط، باید اعتبار وصف را تضمین کند (شوکانی، ۲۱۰).

نص، در اینجا، معنای عامی است که ظواهر نیز جزو آن شمرده می‌شود و در بر گیرنده‌ی ادله‌ی نقلی - یعنی: همان کتاب و سنت - است که شامل نص صریح و غیر صریح، ایماء، قیاس منصوص العله و تنقیح مناط می‌شود.

نص صریح، مانند کلام خداوند متعال که می‌فرماید: «مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ» (مائده: ۳۲) یعنی: چون فرزند حضرت آدم برادرش را کشت، قصاص را بر بنی اسرائیل لازم شمردیم؛ و یا مانند «كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ» (حشر: ۷)؛ یعنی: برای اینکه این اموال در میان ثروتمندان شما دست به دست نگردد، به تقسیم فیء، حکم کردیم.

نص ظاهر، همان است که احتمال خلاف آن مرجوح است و در تعلیل، ظهور دارد؛ مانند:

«وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ» (ذاریات: ۵۶)؛ یعنی: بندگی، علت آفرینش جن و انس است.

در توضیح این مطلب، باید افزود، نص ظاهر، اقسامی دارد که به وسیله‌ی حروف و اسماء مشخص می‌شود؛ یکی از اقسام آن، لام تعلیل است که در آیه‌ی ۵۶ سوره‌ی ذاریات آمده است (ابن هشام، ۲۷۵/۱)؛ قسم دوم آن مکسوره است که برای معرفی علت می‌آید (همان، ۳۳/۱) و بآء سببیت است که غالباً به جای لام استفاده می‌شود (همو، ۱۳۹/۱) مانند آیه‌ی «ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ شَاقُّوا اللَّهَ وَرَسُوْلَهُ» (حشر: ۴) یعنی: کیفر کافران به این دلیل است که با خدا و رسولش سخت مخالفت ورزیدند.

ایماء، به معنای راهنمایی و اشاره به علت است. آمدی، آن را مدلول التزامی لفظ دانسته است (آمدی، ۵۵۳/۲)؛ مانند: «السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوْا اَيْدِيَهُمَا» (مائده: ۳۸) که سرت، همان علت قطع است؛ و یا: «اِذَا قُمْتُمْ اِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوْا وُجُوْهَكُمْ» (مائده: ۶) که نماز، علت وجوب وضو است.

قیاس منصوص العله، همان است که تعلیل حکم آن در شریعت، آمده است؛ مانند آیه‌ی مربوط به حرمت شراب خواری و قمار بازی (مائده: ۹۰) که این کارها را عمل شیطان می‌داند و آن‌ها را تحریم می‌کند که این حکم، به سایر مسکرات تسری می‌کند و این همان تحقیق مناط است.

در حوزه‌ی حقوق موضوعه، می‌توان به ماده‌ی ۱۹۵ قانون مدنی اشاره کرد که مقرر می‌دارد: اگر کسی در حال مستی، یا بی‌هوشی، یا در خواب، معامله نماید، آن معامله، به واسطه‌ی فقدان قصد، باطل است؛ بنابراین، معامله‌ی مکره نیز باطل است؛ اگر به فقدان قصد بیانجامد، باطل است.

سید مرتضی و گروهی از فقیهان، چنین قیاسی را حجت نمی‌دانند (انصاری، ۶۵۴).

به نظر می‌رسد عدم حجیت قیاس، به جهت فقدان قرینه‌ای می‌باشد که انحصاری بودن علت را به دنبال دارد. محقق حلی نیز چنین احتمالی را تایید می‌کند. او می‌گوید، اگر قرینه‌ای بر این باشد که چیز دیگری غیر از این علت، در حکم، اثری ندارد، چنین قیاسی، حجت است (محقق حلی، ۲۷۱)؛ زیرا در این صورت، از شکل قیاس شرعی و تمثیل منطقی، خارج می‌شود و در قالب برهان، ظاهر می‌شود؛ مانند صحیح‌هی بزنتی که مقرر می‌دارد: «ماء البئر واسع لایفسده شیء... لأن له ماده» (حر عاملی، ۱۲۵/۱). مدلول ظاهری عبارت، این است که آب

دارای ماده‌ی جوشان، نجس نمی‌شود. خصوصیات و اوصاف آب چاه، در حکم، اثر گذار نیست و با الغای آن‌ها یک قاعده‌ی کلی به دست می‌آید که در برگیرنده‌ی آب چشمه نیز می‌شود.

قیاس منصوص العله، با وجود شباهت‌های فراوان، از تنقیح مناط متمایز است؛ زیرا دومی، با گونه‌ای از استنباط قطعی، همراه است. در تنقیح مناط، با توجه به قراین داخلی و خارجی و با بهره‌گیری از تناسب حکم و موضوع، اوصاف غیر موثر، کنار زده می‌شود، ولی در منصوص العله، ضمن اینکه این گونه عملیات، انجام نمی‌شود، علت، به طور مستقل بیان می‌شود.

میرزای نائینی، ضمن تأیید مطلب فوق، مقرر می‌دارد که عبارت: فان المجمع علیه مما لا ریب فیه، در مقبوله‌ی عمر بن حنظله، بر مرجحات منصوصه، ناظر نیست، بلکه هر مزبیتی می‌تواند ملاک ارجحیت قرار گیرد، ولی از جمله‌ی: فان الرشد فی خلافهم، نمی‌توان لزوم عمل را نسبت به هر روایتی، استنتاج کرد که مضمون آن بر خلاف عامه است؛ زیرا ضابطه‌ی قیاس منصوص العله، تعیین علتی است که به طور مستقل و بدون ضمیمه‌ی مورد، استعمال شده باشد؛ از باب مثال، می‌توان به جای گزاره‌ی: الخمر حرام لانه مسکر، گزاره‌ی: کل مسکر حرام، و به جای گزاره‌ی: فان المجمع علیه مما لا ریب فیه، گزاره‌ی: خذ بكل ما لا ریب فیه، را قرار داد، ولی نمی‌توان به جای گزاره‌ی: فان الرشد فی خلافهم، گزاره‌ی: خذ بكل ما خالفه العامه، را قرار داد (نائینی، فوائد الاصول، ۷۷۶/۴-۷۷۸).

یکی دیگر از راه‌های کشف علت، اجماع است؛ یعنی: فقیهان، بر صحت و درستی علت اتفاق نظر داشته باشند؛ مانند اجماع بر اینکه صغر سن، علت ولایت بر مال صغیر است.

سومین راه برای دستیابی به علت، استنباط است که این، همان تخریج مناط است که گونه‌ای از اجتهاد در علت است که به بیان نمونه‌هایی از آن به صورت مختصر می‌پردازیم.

مناسبت، وصف ظاهر منضبطی است که مظنه حکمت می‌باشد. حکم شارع، مستلزم وجود منفعت و یا دفع مفسده از بندگان است؛ مانند اسکار خمر که ممکن است حکمت آن حفظ عقول بندگان باشد؛ و یا مانند وجوب قصاص نفس به جهت مصلحت حفظ نفوس (شوکانی، ۲۳۴).

شبه، نوع خاصی از قیاس است که فرع، میان دو اصل، مردد باشد؛ زیرا هر کدام از این اصول، دارای مناط جداگانه‌ای است، ولی فرع، هر دو مناط را دارد؛ مانند عبدی که به خطا کشته شود و قیمت او از دیه‌ی نفس، بیشتر باشد که اگر انسانیت، مناط باشد، دیه‌ی آن نباید

بیشتر از دیه‌ی نفس (انسان آزاد) باشد؛ و اگر مالیت، مناط باشد، قاتل، ضامن قیمت عبد است. طرد، به معنای اطراد و تبعیت است که گونه‌ای از استقراء است؛ یعنی: چنانچه وصفی در غالب موارد، همراه حکم باشد، حکم، به دلیل وجود وصف، به فرع مسکوت عنه نیز تسری می‌کند.

دوران، همان طرد و عکس است؛ یعنی: وجود حکم به دلیل وجود وصف، و انتفای آن به دلیل انتفای وصف، ظن غالب را به دنبال خود دارد؛ مانند آب جو که پیش از تخمیر، مباح و پس از آن، حرام است؛ پس، عدم تخمیر، علت اباحه، و تخمیر، علت تحریم است. سبر و تقسیم به معنای آزمایش و تجزیه است. سبر، در اصطلاح اصولی، به معنای امتحان نمودن اوصافی است که فقیه آن‌ها را گردآوری می‌کند و بررسی نمودن این اوصاف که آیا برای علیت حکم صلاحیت دارند یا خیر؟ و سپس، الغاء نمودن اوصافی که فاقد صلاحیت هستند.

تقسیم، یعنی: حصر و گردآوری اوصافی که شایسته علت بودن حکم می‌باشند، از بین اوصافی که اصل، مشتمل بر آن‌ها است (زحیلی، ۶۷۱).

سبر و تقسیم، به معنای گردآوری اوصاف قابل تعلیل در اصل و سپس، آزمایش هر یک، و از ارزش انداختن آن، برای تعیین علیت است (سبحانی، ۲۱۰). سبر و تقسیم گاهی به صورت قطعی صورت می‌گیرد؛ مانند اینکه گفته می‌شود: عالم یا حادث است و یا قدیم، و پس از آن، قدمت عالم ابطال می‌شود تا حدوث آن اثبات گردد؛ و گاهی به صورت ظنی است؛ مانند قیاس ذرت به گندم، در ربوی بودن که پس از انحصار علت احتمالی حکم، در طعام بودن، قوت بودن و مکیل بودن، فقط احتمال اخیر می‌پذیرفته می‌شود و به ربوی بودن آن، حکم می‌شود.

روشن است که تنقیح مناط، به لحاظ روش، با سبر و تقسیم، همسانی دارد. روش یافتن علت، در تنقیح مناط، همان روش سبر و تقسیم است؛ یعنی: در تنقیح مناط، مشترکات و فوارق شناسایی می‌شود و سپس، فارق‌ها حذف می‌شوند و قدر مشترک باقی می‌ماند (رازی، ۲/۲۱۷)؛ ولی به لحاظ ماهوی، تنقیح مناط، از سبر و تقسیم متمایز است؛ زیرا سبر و تقسیم، گونه‌ای از تخریج مناط و استنباط است که فقیه به دنبال استحصال علت است، هر چند این علت، بر روشی قطعی، استوار نباشد و در سایه‌ی نص، به وجود نیامده باشد، در حالی که تنقیح مناط، گونه‌ای از استنباط است که بر نص، مبتنی است و فرآیند استنباط، به صورت قطعی،



محقق می‌شود.

در پایان این بحث، اشاره‌ای به قیاس مستنبط العله می‌کنیم که علت حکم، در شریعت نیامده است و عقل آن را درک و استنباط می‌کند؛ مانند سخن پیامبر که فرمود: «لا یقضی القاضی و هو غضبان»؛ پس، قاضی در حال تشویش فکر هم نباید حکم صادر کند (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۲/۲). از نظر امامیه، چنانچه در این گونه از قیاس، علت به صورت قطعی، استنباط شود، حجت، و در غیر این صورت، اعتباری ندارد.

چنانچه در قیاس، به صورت قطع، احراز شود که جهات فرع و اصل، تاثیری در حکم ندارد، قیاس جلی است و معتبر است؛ مانند قیاس اولویت که علت حکم، در فرع، قوی‌تر از اصل است؛ مانند ماده‌ی ۱۲۱۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: برای اشخاص ذیل، نصب قیم می‌شود... برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آن‌ها متصل به زمان صغر آن‌ها نباشد؛ پس، ولایت ولی قهری، پس از زوال، باز نمی‌گردد، حال اگر وصایت وصی به دلیل حجر، منتفی شود و سپس، این علت، از بین برود، به دلیل اولویت، وصایت، باز نمی‌گردد.

### روش شناسی تنقیح مناط

برای دستیابی به مناط و الغای خصوصیت، روش‌های زیر پیش‌بینی می‌شود:

#### ۱. شَمّ فقاہت

به نظر می‌رسد گستره‌ی فکری فقیه و احاطه‌ی او به مبانی فقهی و نیز پیشینه‌ی او در امر استنباط، قدرتی علمی به او ارزانی می‌کند که می‌تواند مناط حکم را به دست آورد. میرزای نائینی، ضمن تایید این مطلب، مقرر می‌دارد: نمی‌توان از بیع، به سایر عقود معاوضی، تعدی نمود؛ زیرا الغای خصوصیت و استظهار اینکه مناط حکم، معاوضه است، به شَمّ فقیه وابسته است (نائینی، منیة الطالب، ۳/۳۵۸).

#### ۲. تناسب حکم و موضوع

ممکن است فقیه در پاره‌ای از موارد، با توجه به تناسب حکم و موضوع، به مناط حکم، پی ببرد.

مرحوم بروجردی، در مورد نماز کسی که شغلش سفر کردن است، مقرر می‌دارد: حرفه‌ی این شخص، خصوصیتی ندارد که نماز او تمام باشد، بلکه از راه مناسبت حکم و موضوع،

می‌توان استظهار نمود که علت تمام بودن نماز، تکرار سفر است، بدون اینکه حیثیت شغلی، دخالتی در حکم داشته باشد (بروجردی، ۱۶۶)؛ بنابراین، همین حکم، درباره‌ی نماز کسی جاری است که شغل او در سفر است.

وی در جای دیگر، این عبارت را به گونه‌ای دیگر، یادآوری می‌کند و با استناد به حدیث «سبعة لا يقصرون الصلوة ... والتاجر الذي يدور في تجارته من سوق إلى سوق» (حر عاملی، ۵۱۶/۵) مقرر می‌دارد: به طور قطع، می‌توان ادعا کرد که حکم، به مورد روایت اختصاص ندارد؛ چه تردد میان دو بازار باشد، یا بازارهای متعدد؛ چه بازارها، خارج از وطن باشند یا خیر؛ چه حمل کالا از دو طرف انجام شود یا خیر؛ از این بالاتر، چه خرید در بازار انجام شود یا غیر آن؛ و حتی تجارت نیز خصوصیتی ندارد و شامل سایر مشاغل می‌شود که با کثرت سفر، همراه هستند؛ و حتی از باب تناسب موضوع و حکم، به قطع می‌توان ادعا کرد که حکم، به اکتساب و حرفه اختصاص ندارد و شامل طلاب و دانشجویانی نیز می‌شود که هر روز یا هر هفته، مسافرت می‌کنند، پس سفر، جنس برای شاغل نیست. با الغای تمام این خصوصیات، می‌توان به ملاک حکم دست یافت که همان تکرار سفر و رفت و آمد است (بروجردی، ۱۷۰-۱۷۱).

### ۳- فهم عرفی

منظور از این عرف، عرف دقیق و بدون مسامحه است؛ هر چند ملاحظه‌ی اعتبارات دقیق عقلی در آن لازم نیست؛ زیرا عرف عادی به هیچ وجه توانایی تحصیل مناط احکام را ندارد. می‌توان برای فهم عرفی، به تبادل، اشاره نمود. ممکن است بتوان از روایت اُبی ولاد، تعدی کرد و مصحح تمام بودن نماز، عزم بر اقامت دانست. ذکر نماز چهار رکعتی در روایت، از باب مثال است و با الغای خصوصیت، این گونه متبادر می‌شود که حکم، به هر عبادتی گسترش می‌یابد که صحت آن وابسته به انقطاع سفر است (همان، ۲۵۱).

روشن است که در این روش، عنصر عرف، اهمیت ویژه‌ای دارد؛ زیرا کنار زدن اوصاف غیر مؤثر و تشخیص آن، در گرو فهم عرفی است. به همین دلیل، میرزای نائینی، عدم استناد به تنقیح مناط را در یکی از مباحث نماز را، فقدان فهم عرفی می‌داند و می‌گوید: نسبت به این حکم، فهم عرفی، بر الغای خصوصیت، مساعد نیست (نائینی، کتاب الصلوة، ۳۱۹). بدیهی است اینکه عرف، خود، روشی برای یافتن مناط، معرفی شود، استمداد از عرف، برای یافتن گستره‌ی مناط حکم و محدود نبودن آن به مورد نص است و مقصود، توانمند بودن عرف در

دست یابی به مناط نیست؛ زیرا بیان مناط، در قلمرو کارکرد شرع است. مرحوم سید احمد خوانساری در این مورد مقرر می‌دارد: فهمیدن مناط، کار عرف نیست (خوانساری، ۱۲۶/۷). روشن است، تنقیح مناط، در مواردی است که الغای خصوصیت، جایز باشد و چنانچه موردی، خصوصیتی داشته باشد که حکم، مختص به آن باشد، تنقیح مناط، نادرست است. عبارت آخوند خراسانی در مورد احادیثی که در ارتباط با مرجحات باب تعارض آمده است، موید این مطلب است که در مقام فتوی استدلال به این احادیث، خالی از اشکال نیست؛ زیرا به احتمال قوی، این احادیث، به فصل خصومت و برطرف کردن نزاع، اختصاص دارد (آخوند خراسانی، ۳۲۹/۲).

بنابراین، توسعه‌ی حکم و الغای خصوصیت، در مورد نصوصی صحیح است که ظهور در اختصاص نداشته باشند که در غیر این صورت، باید به مورد نص، اکتفاء نمود. امام خمینی در یکی از مباحث طهارت می‌نویسد: الغای خصوصیت، تنها در موردی صحیح است که از نظر عرف، احتمال خصوصیت ندهیم (خمینی، کتاب الطهاره، ۱۴۹/۳) و نیز در مبحثی از کتاب اجتهاد و تقلید خود چنین مقرر می‌دارد: و دعوی الغاء الخصوصية عرفاً مجازفه محضه لقوه احتمال أن یکون للاجتهاد و النظر فی اخبارهم مدخلیه (همو، الاجتهاد و التقليد، ۲۸)؛ یعنی: این ادعاء که از نظر عرف می‌توان در این مورد، الغای خصوصیت کرد، گزاره‌ای بیش نیست؛ زیرا احتمال قوی می‌دهیم که برای اجتهاد و اعمال نظر نمودن در روایات ایشان، دخالتی باشد. با توجه به این نکته، می‌توان استظهار نمود که تنقیح مناط، در احکام مخصوص به پیامبر (ص) و ائمه معصومین (ع) روا نیست؛ زیرا از مختصات معصوم است؛ از این رو، علامه‌ی مجلسی، پس از نقل مضمون یک روایت درباره‌ی چگونگی لباس پوشیدن صاحب‌عزا، مقرر می‌دارد: آنچه پیامبر انجام داد، از ویژگی‌های همان واقعه بوده است و خصوصیت، در آن واقعه، ظهور دارد؛ بنابراین، نمی‌توان در این مورد، به پیامبر تأسی نمود (مجلسی، ۲۶۹/۷۸).

### نمونه‌هایی از تنقیح مناط

۱. از مواردی که وجود نجاست در لباس نمازگزار، بخشیده شده است، نجاست لباس زنی است که مربی کودک است و فقط یک لباس دارد و لباسش به واسطه‌ی بول کودک، نجس شده است (حر عاملی، ۱۰۰۴/۲).

شهید ثانی، مرد مربی را نیز به آن حکم، ملحق می‌کند و ادامه می‌دهد که هرچند نصّ، در

مورد زن است، ولی تعمیم آن بهتر است و همچنین کسی که سرپرستی بیش از یک کودک با اوست، نیز به این حکم ملحق می‌شود (شهید ثانی، ۲۰۴/۱).

۲. شیخ طوسی، معتقد است آب در اثر ملاقات با ذرات نجاست - مانند سرسوزنی از خون و غیر آن - نجس نمی‌شود و بخشیده شده است (طوسی، المبسوط، ۵۴۲/۲). در این مورد، راوی از امام هفتم (ع) در مورد مردی می‌پرسد که از بینی اش خون آمد و قطره‌ی کوچکی از آن خون، به ظرف او اصابت کرد، آیا وضوء، از آن ظرف، صحیح است؟ امام (ع) می‌فرماید: اگر چیزی در آب مشخص نبود، وضوء، اشکال ندارد، ولی اگر مشخص بود، با آن آب، وضوء نگیرد (کلینی، ۷۴/۳).

زمانی که به شیخ، ایراد می‌شود که مورد روایت، خون بینی است، چگونه حکم را به سایر موارد تسری می‌دهد، مرحوم بحرانی در مقام پاسخ بیان می‌دارد که اگر احکام، مخصوص خصوصیات وقایع و مشخصات خارجی آنها باشند، به ندرت می‌توان در فقه، حکم کلی پیدا نمود؛ لذا در این مورد نیز حکم، به سایر افراد خون، تعدی می‌کند و این، از باب تنقیح مناط است (بحرانی، ۳۲۹/۱-۳۳۲).

۳. مرحوم بحرانی، با استدلال به این فقره از روایت فوق که «اگر مشخص بود، با آن آب، وضوء نگیرد»، معتقد است از باب تنقیح مناط، آب مضاف در اثر ملاقات با نجس، نجس می‌شود و خصوصیت مورد، در حکم، دخالتی ندارد (همان، ۳۹۲/۱).

۴. احادیث و اخباری که در مورد جواز غسل ارتماسی آمده است، در خصوص غسل جنابت است - مانند حسنه‌ی حلبی (کلینی ۴۴/۳) - و فقهاء، این حکم را از باب تنقیح مناط قطعی، به بقیه‌ی غسلها، تعدی داده اند (بحرانی، ۷۹/۳).

۵. اگر لباس شخصی، به آبی ملاقات نماید که با آن آب، استنجاء نموده‌اند و آب استنجاء به لباس او بریزد، لباس او نجس نمی‌شود و بنابر تنقیح مناط، خصوصیت لباس، در این حکم، دخیل نیست و این حکم، بر غیر لباس نیز تعدی می‌کند (همان، ۴۶۹ و ۴۸۶)؛ زیرا لباس، مناط حکم نیست.

۶. روشن است که مسلمانان، از بیع غرری نهی شده‌اند. وحید بهبهانی معتقد است که هر غرری، ممنوع است و بیع خصوصیتی ندارد تا تأثیر گذار در حکم باشد (۴۸۵، ۵۲۶).

۷. سید میر عبدالفتاح مراغی، معتقد است: تنقیح مناط، مستند قاعده‌ی فقهی: کل شیء لا یعلم إلا من قبل المدعی یقبل قوله فیه است؛ زیرا روایت زراره (حر عاملی، ۵۹۶/۲) فقط در

مورد حیض زنان است و حکم، به مورد روایت، اختصاص ندارد (حسینی مراغی، ۶۲۰/۲) و با الغای اوصاف غیر مؤثر (عادت زنان) به مناط حکم، می‌رسیم.

۸. بدیهی است که زمین، با احیاء، به تملک احیا کننده در می‌آید و از باب تنقیح مناط، آنچه در زمین است، به وسیله‌ی حیات، به تملک در می‌آید (انصاری، کتاب الخمس، ۳۷۵)؛ بنابراین، با الغای خصوصیت، حکم به سایر اجزای زمین نیز تسری داده می‌شود.

۹. در صحیح‌های زراره، از امام باقر (ع) نقل شده است که با سه قطعه سنگ می‌توان استنجا نمود (طوسی، الاستبصار، ۵۵/۱)، ولی شیخ انصاری معتقد است که علامه‌ی، حلی تکرار و استفاده از سه قطعه سنگ را در حکم، غیر مؤثر می‌داند و بر این باور است که زوال غائط، مناط حکم است؛ هر چند این عمل به صورت متصل انجام گیرد. (انصاری، کتاب الطهارة ۴۶۳/۱-۴۶۴)

۱۰. بنا به صحیح‌های عمر بن یزید، اگر کسی مفلس شود در حالی که چندین طلبکار دارد، کسی که عین مالش موجود است، می‌تواند آن را بردارد (طوسی، الاستبصار، ۸/۳) و صاحب جواهر، معتقد است: می‌توان از باب تنقیح مناط، حکم را به موردی تسری داد که مستأجر، مفلس شود و به این، حکم شود که موجر می‌تواند اجاره را فسخ نماید؛ پس، در اینجا از باب تنقیح مناط، منافع به اعیان ملحق شده است. (نجفی، ۲۹۶/۲۵-۳۰۹)

۱۱. بنابر روایات (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۲۴/۴)، اگر کافر ذمی، زمینی را از مسلمانی بخرد، باید خمس آن را پرداخت کند؛ و بنابر تنقیح مناط، ملاک، انتقال مال از مسلمان به کافر ذمی است و تفاوتی میان زمین و سایر اموال نیست (نجفی، ۶۵/۱۶).

۱۲. فقهاء، در این مسأله که اقامت، قطع کننده‌ی سفر است، نصوصی را مورد توجه قرار داده‌اند که سخن از مکاری (کرایه دهنده حیوان) است (حر عاملی، ۵۱۵/۵). مرحوم بروجردی، معتقد است که مستفاد از حدیث، این است که حکم مذکور، از آن جهت برای مکاری ثابت است که وی کثیرالسفر است و سفر کار او می‌باشد و با مسافران عادی متفاوت است؛ پس، می‌توان با الغای خصوصیت، حکم را به هر فردی تسری داد. که دارای این وضعیت می‌باشد (بروجردی، ۱۸۷).

#### موارد تنقیح مناط غیر معتبر

از دیدگاه فائیلین به تنقیح مناط، در موارد زیر، تنقیح مناط فاقد اعتبار است:

۱. آخوند خراسانی در بحث تعادل و ترجیح، با استناد به مقبوله‌ی عمر بن حنظله (کلینی، ۵۴/۱) مقرر می‌دارد: استدلال به این روایت، برای وجوب ترجیح، در مقام افتاء، خالی از اشکال نیست؛ زیرا احتمال قوی می‌دهیم که این امر، به جهت برطرف کردن خصومت، به حکومت، اختصاص داشته باشد؛ چنان که مورد روایت نیز همین است؛ پس، تسری از مورد روایت به سایر موارد - مانند مقام افتاء - نادرست است؛ زیرا برطرف نمودن خصومت، به وسیله‌ی حکومت، در صورت تعارض دو حکم، بدون ترجیح، ممکن نیست؛ پس، دلیلی برای تنقیح مناط وجود ندارد (آخوند خراسانی، ۳۹۲/۲).
۲. محقق مذکور می‌افزاید: ممکن است گفته شود مرجحات، به موارد منصوص (مانند صدقیت و اوثقیت) اختصاص ندارد و مناط، عبارت از هر امری است که ما را به واقع نزدیک کند و تعلیل به اینکه خبر مشهور، شکی در آن نیست، حاکی از این است که علت مرجح بودن شهرت، نزدیکی آن به واقع است. وی می‌افزاید: این‌ها درست نیست؛ زیرا دلیلی وجود ندارد که همه‌ی ملاک، همین جهت است؛ زیرا احتمال می‌دهیم خصوصیت آن چیز، در مرجح یا حجت بودنش، دخالت داشته باشد (همان، ۳۹۸/۲).
۳. امام خمینی مقرر می‌دارد: نمی‌توان به وسیله‌ی تنقیح مناط، حجت بودن قضاوت فقیه را در شبهات حکمی، به حجیت فتوای فقیه، در غیر باب قضاوت، تسری داد؛ زیرا قضاوت، دارای خصوصیتی است که در افتاء وجود ندارد و آن بر طرف شدن مشاجره میان دو نفر با وجود نفر سومی است که کلامش فصل الخطاب باشد (خمینی، کتاب الطهاره، ۱۸۱/۳ - ۱۸۲).
۴. امام خمینی، مقرر می‌دارد: سرایت دادن حکم از لقطه به غیر آن، درست نیست؛ زیرا عرف با این کار مساعد نیست (خمینی، المکاسب المحرمه، ۲۷۲/۲).

### گستره‌ی عمل به تنقیح مناط

کاربرد تنقیح مناط در فروع فقهی، فراوان است، ولی به نظر می‌رسد این امر، در احکام تبعدی، به دلیل توقیفی بودن آن‌ها، به ندرت اتفاق می‌افتد، ولی در معاملات، به خاطر عرفی بودن آن‌ها، نمود بیشتری دارد. در مسایل فقهی که جنبه‌ی اجتماعی دارند و ناظر بر تنظیم روابط صحیح و عادلانه‌ی میان آحاد جامعه، بر مبنای اخلاق حسنه می‌باشند، بهره‌وری از تنقیح مناط، بیشتر است؛ به ویژه در مسایل مستحدثه که سابقه‌ی کمتری در نصوص و روایات دارند و فقیه، به منظور پاسخ، چاره‌ای جز استناد به آن‌ها ندارد؛ برای مثال، می‌توان با استناد به آیه‌ی

«فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» (بقره: ۲۷۹) علت حرمت ربا را حرمت ظلم دانست.

امام خمینی در مورد این آیه مقرر می‌دارد: دریافت زیادی، از نظر شارع، ظلم است و حکمت حرمت ربا مفاسد اقتصادی، اجتماعی و سیاسی فراوانی است که بر آن مترتب است و این مفاسد، در همه‌ی موارد آن، جاری است؛ از این رو، حیلۀ در باب ربا، باطل است و در این امر عقلایی، تکیه بر روایات، برای جواز حیلۀ در ربا، دور از صواب است (خمینی، کتاب البیع، ۴۰۶/۲، ۴۱۵).

تنقیح مناط، در مسایل جدید - مانند خسارت تاخیر تأدیه، جبران کاهش قدرت خرید، محاسبه‌ی مهریه به نرخ روز و مسایل بانکی - قابل اعمال است و فقیه می‌تواند با قدرت اجتهاد و استنباط در امور کلان جامعه، آن را مورد توجه قرار دهد و با این نگرش، تحول نوینی در مسایل اقتصادی محقق می‌شود.

#### نتیجه

در سده‌های نخستین، کاربرد واژه‌ی تنقیح مناط، بسیار کم بود و شکل‌گیری آن، به سده‌ی پنجم قمری می‌رسد. این واژه، نخست در آثار اهل سنت، مورد استناد قرار گرفت که دسته‌ای از آن‌ها، از آن، به استدلال، و سایرین، آن را گونه‌ای از قیاس دانستند. به دنبال استفاده‌ی فراوان و غیر ضابطه‌مند از قیاس، مخالفین قیاس، بر آن شدند به جای استفاده از واژه‌ی علت، از واژه‌ی مناسب‌تری، همچون مناط، استفاده کنند تا موهم قیاس نباشد. از دیدگاه امامیه، با تغییر نیازهای مردم و پیچیده شدن آنها، به ویژه مسایلی که از پیشینه‌ی تاریخی بهره‌مند نبودند، احساس نیاز به دست‌یابی به مناط احکام، ضروری بود.

واژه‌ی تنقیح مناط، نخستین بار در مکتب حلّه و توسط علامه‌ی حلی ارائه شد؛ هرچند با واژگان دیگری همچون الغای فارق یا الغای خصوصیت، بارها مورد بهره‌برداری فقیهان پیش از وی قرار گرفته بود. در دست‌یابی به مناط، تمیز اوصاف و ملازمات مؤثر در حکم، از سایر اوصاف، به شمّ فقاہت، توجه به تناسب موضوع و حکم و همچنین فهم دقیق و خالی از مسامحه‌ی عرفی، نیازمند است.

مبنای احکام شرعی، بر رعایت مصالح است و این مصالح، اموری خفی هستند که به اجمال، برای ما معلوم است. آن زمان که سخن از کشف احکام به میان می‌آید، تعبد، به معنای

ابتنای بر نص، و نه علت عقلی، همواره مورد توجه فقیه امامی است. فقیهان امامیه، با نفی تعبدگرایی محض و نفی تعلیل‌گرایی افراطی، به تعلیل میانه و معتدل بر اساس تفقه در نصوص، جمع میان آن‌ها و اجتهاد در تفسیر نص گراییده‌اند. اتخاذ روش‌هایی چون قیاس منصوص العله، قیاس اولویت و تنقیح مناط، مهمترین شیوه‌های تعلیل‌گرایی در فقه امامیه است. تنقیح مناط قطعی، به معنای تراشیدن و کنار زدن اوصاف غیر موثر، و تعلیل حکم به وصف موثر، مورد تایید امامیه است.

تنقیح مناط، کشف علت به صورت قطعی، در سایه نص است و از نظر امامیه، در اعتبار آن، تردیدی نیست و آنچه از ظواهر عبارات گروهی از فقیهان، مبنی بر بی اعتباری آن، به چشم می‌خورد، به ظنی بودن کشف، اشاره دارد که عدم حجیت آن، مورد وفاق است. فرآیند استنباط به صورت ظنی و بدون توجه به نص، تخریج مناط است و از منظر امامیه، اعتبار آن، مورد تردید است.

علاوه بر قطعی بودن، تنقیح مناط باید در مورد نصوصی صورت گیرد که در اختصاص، ظهور نداشته باشند، نه مانند روایات مربوط به مختصات نبی (ص)؛ پس، تنقیح مناط، گونه‌ای از استنباط است که دست‌یابی به مناط را به دنبال دارد؛ نه اینکه مناط، صراحتاً در روایت ذکر شده باشد که این، همان تحقیق مناط، یا قیاس منصوص العله است. نمونه‌های فراوانی از تنقیح مناط، در مسائل و فروع فقهی وجود دارد؛ هرچند در پاره‌ای موارد، از باب تسامح، از آن به الغای خصوصیت تعبیر می‌شود.

اعتبار تنقیح مناط، همسان با اعتبار ظواهر است و دست‌یابی به مناط، با تمسک به عام یا مطلق، برابری می‌کند و از این رو، مناسب‌ترین جایگاه برای آن، مباحث الفاظ است.

### منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم، *کفایة الأصول*، دارالکتب الإسلامیة، تهران، ۱۳۶۶.
- آمدی، سیف الدین، *الاحکام فی أصول الاحکام*، المکتب الإسلامی، دمشق، ۱۴۰۲ ق.
- همو، کتاب الصلوة، محمد تقی آملی، بی نا، تهران، ۱۳۷۱.
- ابن امیر الحاج، محمد، *التقریر و التحبیر*، بی نا، بیروت، ۱۹۹۶ م.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم، *المسودة فی أصول الفقه*، مکتبه المدنی، قاهره، بی تا.
- ابن منظور، محد بن مکرّم، *لسان العرب*، نشر أدب الحوزة، قم، ۱۴۰۵ ق.



- ابن هشام، عبدالله بن یوسف، *معنی البیاب*، دار العلم، قم، ۱۳۷۶.
- انصاری، مرتضی، *فرائد الاصول*، اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۰.
- همو، *کتاب الخمس*، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۸۶.
- همو، *کتاب الطهارة*، مجمع الفکر الإسلامی، قم، ۱۳۸۹.
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم.
- بروجردی، سید حسین، *البدر الزهر فی صلوٰة الجمعة و المسافر*، حسین علی منتظری، بی جا، بی تا.
- پاکتچی، احمد، *دایرة المعارف بزرگ اسلامی*، مرکز دایرة المعارف بزرگ اسلامی، تهران، ۱۳۶۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دانشنامه حقوقی*، امیر کبیر، تهران، ۱۳۷۶.
- جوهری، اسماعیل، *صاحح اللغة*، دار العلم، بیروت، بی تا.
- حاکم نیشابوری، محمد، *المستدرک علی الصحیحین*، دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۱ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، دار إحياء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- حسینی، مراغی، سید عبدالفتاح، *العناوین الفقهیة*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- خلاف، عبدالوهاب، *علم أصول الفقه*، دار القلم، قاهره، ۱۹۵۶ م.
- خمینی، امام روح الله، *تهذیب الاصول*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۳۸۱.
- همو، *کتاب البیوع*، بی نا، قم، ۱۴۱۰ ق.
- همو، *کتاب الطهارة*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۳۸۱.
- همو، *المکاسب المحرمة*، اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۸.
- خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک*، اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۴.
- خویی، سید ابوالقاسم، *الاجتهاد و التقليد*، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- همو، *کتاب الحج* (تعلیق المنهج لاحکام الحج)، بی جا، بی تا.
- همو، *مصباح الفقاهة*، محمد علی توحیدی تبریزی، انصاریان، قم، ۱۳۷۴.
- رازی، فخر الدین، *المحصول فی علم أصول الفقه*، مؤسسه الرسالة، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
- زحیلی، وهبه، *اصول الفقه الإسلامی*، دارالفکر، دمشق، ۱۴۰۶ ق.
- زرکشی، محمد، *البحر المحيط فی أصول الفقه*، دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۲۱ ق.
- سبحانی، جعفر، *مصادر الفقه الإسلامی و منابعه*، بیروت، دار الأضواء، بیروت، ۱۴۱۹ ق.

- سرخسی، محمد، *اصول سرخسی*، دار الکتب العلمیة، بیروت، ١٤١٤ ق.
- شبلی، محمد مصطفی، *اصول الفقه الإسلامی*، بیروت، دار الهدنة، بیروت، بی تا.
- شوکانی، محمد، *إرشاد الفحول*، مؤسسة الکتب الثقافیة، ١٤١٢ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة*، علمیه اسلامیة، تهران، ١٣٦٠.
- صدر، سید محمد باقر، *شرح العروة الوثقی*، مجمع شهید صدر، قم، ١٤٠٨ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الإستبصار*، دار الکتب الإسلامیة، تهران، بی تا.
- همو، *تهذیب الاحکام*، بیروت، ١٤٠١ ق.
- همو، *المبسوط فی الفقه الامامیة*، چاپ سنگی، ١٢٧١ ق.
- عراقی، ضیاء الدین، *نهاية الأفكار*، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ١٤٠٥ ق.
- علامه یحییٰ حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام*، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ١٤١٣ ق.
- غزالی، محمد، *المستصفی*، دارالکتب العلمیة، بیروت، ١٤١٧ ق.
- فاضل تونی، ملا عبدالله، *الوافیة فی اصول الفقه*، مجمع الفکر الإسلامی، قم، ١٤١٢ ق.
- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ١٩٩١ م.
- کاشف الغطاء، جعفر، *کشف الغطاء*، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ١٣٧٧.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، سید محمد جواد مصطفوی، دفتر نشر فرهنگ اهل بیت، بی تا.
- مجلسی، محمد باقر، *بحار الانوار*، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ١٣٨٧.
- محقق حلی، جعفر، *المعتبر فی شرح المختصر*، مؤسسة سید الشهداء، قم، ١٣٦٤.
- مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، دار التفسیر، قم، ١٣٨٠.
- نایینی، محمد حسین، *فوائد الاصول*، محمد علی کاظمی خراسانی، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ١٤٠٤ ق.
- همو، *منیة الطالب فی شرح مکاسب*، موسی نجفی خوانساری، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ١٤١٨ ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، دارالکتب الإسلامیة، تهران، ١٣٦٧.
- نراقی، احمد، *عوائد الأيام*، مکتبه بصیرتی، قم، ١٤٠٨ ق.
- وحید بهبهانی، محمد باقر، *حاشیة الفائدة و البرهان*، مؤسسة العلامة المجد الوحید البهبهانی، قم، ١٤٠٧ ق.

یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقى*، دارالکتب الإسلامیة، تهران، ۱۳۵۸.



مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۰،  
پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۷۶-۱۵۵

### ذمه و عهده در فقه شیعه\*

دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی  
استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم  
Email: esmail\_nematollahi@Yahoo.com

#### چکیده

مفهوم ذمه و عهده یکی از زیرمجموعه‌های بسیار مهم بحث تعهدات در فقه شیعه را تشکیل می‌دهد. کاربرد این دو واژه در متون فقهی، هم در ابواب عبادی و هم در ابواب معاملی (اعم از معاملات به معنای خاص، و ضمان قهری) بسیار شایع است. برخی از فقهای معاصر کوشیده‌اند تفاوت این دو واژه را به تقابل بین دو واژه عین و دین مرتبط سازند و ذمه و عهده را به ترتیب به عنوان ظرف دین و عین مطرح کنند. این مقاله در صدد بررسی صحت و سقم این نظریه است. به نظر نگارنده، تقابل ذمه و عهده در واقع به تقابل حکم تکلیفی و حکم وضعی باز می‌گردد: عهده ظرفی برای احکام تکلیفی و ذمه ظرفی برای حکم وضعی دین است.

**کلیدواژه‌ها:** ذمه، عهده، عین، دین، حکم وضعی، حکم تکلیفی، فقه شیعه

---

\*. تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۳/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۷/۲۳.

### طرح مسأله

مفهوم ذمه و عهده در فقه شیعه، ارتباط وثیقی با مفهوم عین و دین دارد. برخی از حقوقدانان نیز به وجود این ارتباط اذعان دارند. به گفته ایشان، تفکیک عین و دین در فقه مبتنی بر نظریه ذمه است؛ به این معنا که مبنای این تفکیک، تعلق یا عدم تعلق به ذمه است (سنهوری، مصادر الحق، ۲۰/۱). برخی از فقهای شیعه نیز متناسب با دو اصطلاح عین و دین، بین مفهوم عهده و ذمه نوعی تقابل ایجاد کرده‌اند. با توجه به این نکات، ابتدا مقدمه مختصری در مورد مفهوم عین و دین ذکر می‌شود و سپس مفهوم ذمه و عهده در لغت، مفهوم ذمه و عهده در فقه شیعه، و رابطه عهده و ذمه بررسی می‌شود. در انتها، نتیجه مطالب ارائه می‌گردد.

#### ۱- مفهوم عین و دین

در فقه، جدایی دو مفهوم عین و دین مورد تأکید قرار گرفته و هر یک از آن دو موضوع و مبنای احکام و مسائل متفاوت و متعددی واقع شده است (به عنوان نمونه، نک: عاملی، ۲۷۰/۸، در مورد احکام مهر؛ حلی، قواعد الأحکام، ۱۱۴/۲-۱۱۵: در مورد شروط رهن). در مقایسه مفهوم عین و دین می‌توان گفت: عین یک شیء مادی، و ظرف آن عالم خارج است؛ بنابراین، وجود استقلالی دارد و وجود آن وابسته به مالکش نیست؛ اما دین، مالی اعتباری است که در ظرفی اعتباری یعنی ذمه مدیون قرار دارد. از طرف دیگر، وجود دین به طرفین آن یعنی دائن و مدیون وابسته است، و از این جهت نیز موجودی غیرمستقل است. در برخی آثار فقهی، دین گاه به معنای مالی که در ذمه قرار دارد تعریف شده است (بجنوردی، ۱۸۵/۷)، گاه به اشتغال ذمه (همان)، و گاه به ثبوت حق یا مال در ذمه (همان، ۱۸۶). این سه تعریف، اولی با توجه به خود دین، دومی با توجه به وابستگی دین به مدیون، و سومی با توجه به وابستگی دین به دائن ارائه شده است.

#### ۲- مفهوم ذمه و عهده در لغت

ذمه در لغت از ریشه ذَمَمَ به معنای نکوهش کردن است، و در مشتقات این ریشه نیز معنای نکوهش به گونه‌ای لحاظ شده است. به عنوان نمونه، ذِمَام و نیز ذمه و مذمه به معنای پیمانی است که رعایت نکردن آن موجب نکوش است (راغب، ۱۸۱؛ طریحی، ۶۷/۶؛ ابن منظور، ۲۲۰/۱۲-۲۲۳). ذمه در لغت معانی دیگری نیز دارد، مانند حق، ضمان، عهده، حرمت، امان (ابن

منظور، ۲۲۰/۱۲)، و چیزی که حفظ و حمایت آن لازم است (طریحی، ۶۶/۶). در حدیث امیرمؤمنان (ع): «ذِمَّتِي رَهْبِنُهُ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»، ذمه به ضمان و عهد معنا شده است؛ یعنی ضمان و عهد من در گرو وفای به آن است (ابن منظور، ۲۲۱/۱۲؛ ابن الأثیر، ۱۶۹/۲).  
 عهده از ریشه عهد به معنای پیمان است. عهده در لغت به معانی گوناگونی مانند سوگندنامه، بیع‌نامه، ضعف و سستی در نوشته یا ادای حروف، ضعف در عقل، ضعف و سستی در کار، رجوع و بازگشت به کار رفته است. اما در ترکیب شایع «عهده‌ت علی فلان» به این معنا است که اگر عیب و نقصی در آن باشد، فلانی مکلف به اصلاح آن است (زبیدی، ۱۴۷/۵؛ ابن منظور، ۳۱۱/۳-۳۱۲).

### ۳- مفهوم ذمه در قرآن و روایات

واژه ذمه در قرآن به معنای مصطلح آن در فقه به کار نرفته است. این واژه در قرآن تنها در دو آیه ۸ و ۱۰ سوره توبه و به معنای عهد و پیمان به کار رفته است (نک: نحاس، ۱۸۶/۳؛ طبرسی، ۱۸/۵-۱۹). واژه مذکور در روایات گاه به معنای حفظ و امان،<sup>۳</sup> و گاه به معنای عهد و پیمان<sup>۴</sup> به کار رفته است. البته در روایتی از امام صادق (علیه السلام) استعمال آن در معنایی نزدیک به معنای فقهی آن نیز دیده می‌شود.<sup>۵</sup>

اما این روایت را نمی‌توان قرینه قاطعی بر وجود ذمه به معنای فقهی در روایات دانست. در روایت مذکور، واژه ذمه همراه با واژه برائت به کار رفته و این ترکیب در موارد مشابه به معنای عهد و پیمان است. به عنوان نمونه، در روایتی از امام صادق علیه السلام آمده است: «ان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قبل الجزية من أهل الذمة على أن لا يأكلوا الربا، ولا يأكلوا لحم الخنزير ... فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمة الله و ذمة رسوله (صلى الله عليه وآله وسلم) ...» (حر عاملی، ۹۵/۱۱).

### ۴- مفهوم ذمه در فقه

۱. «كيف وإن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلا ولا ذمة...»

۲. «لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمة»

۳. مانند: من صلى الغداة والعشاء الآخرة في جماعة فهو في ذمة الله عز وجل. حر عاملی، ۳۷۸/۵

۴. مانند: ... و إياك كل محدث لا عهد له ولا أمانة ولا ذمة ولا ميثاق. حر عاملی، ۴۱۲/۸

۵. فی الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال: إذا رضی به الغرماء فقد برئت ذمة الميت. حر عاملی، ۴۷۷/۱۳-۴۷۸

شهید اول در تعریف ذمه می‌گوید: ذمه معنایی است که در مکلف مفروض گرفته می‌شود و قابل التزام و الزام است. (المکی العاملی، *التواعد والفوائد*، ۱۳۵/۲. همچنین، برای تعریفی مشابه، نک: ابن ابی‌الجمهور *الأقطاب الفقهیة*، ۱۲۵). در این تعریف، «الزام» به معنای ایجاد تعهد و تکلیف بر دیگران است که لازمه آن ایجاد حق به نفع خود شخص است و «التزام» به معنای پذیرش تعهد است. در نتیجه، می‌توان ذمه را به نظر شهید اول، قابلیت و توانایی پذیرش حق و تکلیف دانست. شهید اول نکات دیگری را در این مورد متذکر شده‌اند که برخی از آنها به شرح زیر است:

۱- اهلیت تصرف (استیفاء) با ذمه تفاوت دارد چون مقصود از آن قابلیت است که شارع در محل مفروض می‌گیرد و در آن چیزی جز بلوغ یا به نظر برخی، تمیز، شرط نیست (*التواعد والفوائد*، ۱۳۶/۲).

۲- سفیه در صورت اتلاف مال غیر و جنایت ذمه دارد. ولی ذمه الزام و التزام در قالب بیع و ضمان و حواله و مهر ندارد مگر آن که عقدوی به اذن ولی انجام شود (همان، ۱۳۵-۱۳۶).

۳- صغیر ذمه الزام و التزام در قالب بیع و ضمان و حواله و مهر ندارد مگر آن که در زمان انعقاد نکاح مال داشته باشد و قائل به این نظر باشیم که مهر به ذمه‌اش تعلق می‌گیرد. اما اگر بگوئیم که مهر به اموالش تعلق می‌گیرد ذمه ندارد (همان).

۴- صغیر در صورت اتلاف مال غیر ذمه دارد. اما در صورتی که صغیر مالی نداشته باشد، اشکال وجود دارد زیرا وقتی که مالی به دستش آمد از وی گرفته می‌شود پس باید در حال صغر متعلق داشته باشد. ممکن است گفته شود که تعلیق در اینجا مفروض گرفته می‌شود به این معنا که وقتی بالغ شد بر وی (یا بر ولی‌اش قبل از بلوغ وی) واجب است خسارت را جبران کند (همان).

۵- ذمه و اهلیت تصرف ظاهراً از قبیل احکام وضعی هستند. اما می‌توان آن دو را از قبیل احکام تکلیفی تلقی کرد زیرا به معنای اباحه تصرف در قالب الزام و التزام هستند (همان، ۱۳۶).

مفهومی که شهید (ره) به پیروی از برخی از فقهای اهل سنت ارائه می‌کند،<sup>۱</sup> مفهومی بسیار کلی است. از توضیحاتی که ایشان در ذیل این واژه ارائه کرده، معلوم می‌شود که بین ذمه و

۱. القرافی، *الفروق*، ۳/ ۲۲۶ و ۲۳۰-۲۳۱: "العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعی مقدّر فی المكلف قابل للالتزام واللزوم"



مفهوم حقوقی اهلیت تمتع ارتباط نزدیکی وجود دارد به طوری که ذمه ظرف یا منشأ اهلیت تمتع یا حتی مرادف آن است. بنابراین، مفهوم مذکور با مفهوم متداول آن در ابواب معاملی و ضمان قهری یکسان نیست. بررسی موارد استعمال دین و ذمه در ابوابی مانند بیع (از جمله، بحث تصارف یعنی بیع طلا و نقره در ذمه، نک: نجفی، ۵۳/۲۴؛ بیع سلف، نک: همان، ۲۶۷؛ و بیع دین، نک: همان، ۳۴۴)، ضمان (از جمله، بحث تعریف ضمان نک: نجفی، ۱۱۳/۲۶؛ شرایط حق مورد ضمان، نک: همان، ۱۳۵-۱۳۷، و ضمان عهده، همان، ۱۴۶)، حواله (نک: نجفی، ۱۶۰/۲۶)، و غصب (نک: نجفی، ۳۳/۳۷) نشان می‌دهد که فقها در مواردی که تکلیف مالی، پایگاه مادی و خارجی معینی ندارد، ظرفی به نام ذمه را جعل کرده‌اند (منتظری، ۱۰۵/۱: إذ الذمه أمر اعتباری يعتبره العقلاء للأشخاص). محتوای این ظرف نیز امر اعتباری دین است که مالی کلی و نامعین به شمار می‌رود (عاملی، مسالک الأفهام، ۳۱۸/۵: والدین فی الذمه أمر کلی لا وجود له فی الخارج). تعلق دین به ذمه، و نه به خود مدیون یا به عین اموال وی، در کلامی از قطب راوندی به زیبایی بیان شده است: «دین یا در ذمه شخص قرار دارد یا در رقبه وی و یا در عین مال او. اگر در رقبه‌اش باشد، با مرگ وی وجوب آن از بین می‌رود و اگر در عین مال وی باشد، با از بین رفتن مال، وجوب آن از بین می‌رود. بنابراین، صحیح این است که دین در ذمه وی قرار دارد». (راوندی، ۳۸۱/۱-۳۸۲). همچنین، یکی از فقهای معاصر می‌گوید: «معامله گاه بر عین خارجی واقع می‌شود و گاه بر مال کلی. محل قرار معاملی در صورت اول، عین خارجی است و از آن به عینی دیگر یا به ذمه تجاوز نمی‌کند؛ و در صورت دوم نیز ارتباطی به عین خارجی ندارد چون محل آن کلی است نه شخصی. پس ناگزیر محل آن ذمه خواهد بود. چون تنها ذمه است که می‌تواند کلی را در خود جا دهد و ظرف آن باشد». (جوادی آملی، ۲۰۷).

در فقه تمایل بر این است که روابط شخص با شخص حتی الامکان به رابطه شخص با شیء ارجاع شود. به این معنا که بسیاری از موارد که در آنها پای دو شخص در میان است و رابطه آنها از لحاظ حقوقی «حق دینی» و رابطه شخص با شخص تلقی می‌شود مانند دیون و مطالبات، از لحاظ فقهی رابطه شخص با شیء تلقی می‌شود. خلق مفهوم اعتباری ذمه به عنوان ظرفی برای دیون و تعهدات، یکی از راه‌های «عینی‌سازی» روابط حقوقی است: در مواردی که برای آثار مالی عقد پایگاه مادی و عینی وجود نداشته، فقها مفهوم «ذمه» را به عنوان ظرفی

برای دارایی شخص و مظهر ثبوت آثار عقد اختراع کرده‌اند (نک: شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ۱۱۴).

#### ۵- مفهوم عهده در فقه

تبع در عبارات فقهی نشان می‌دهد که فقها هنگام بیان ضمان شخص نسبت به مال معین متعلق به دیگری از واژه «عهده» استفاده کرده‌اند (از جمله نک: نجفی، ۱۴۶/۲۶؛ بحرالعلوم، ۳۴۰/۲، ۳۴۱، ۳۶۳؛ و اصفهانی، حاشیة مکاسب، ۳۱۷/۴ و ۲۸۸/۵-۲۸۹). بنابراین، عهده به معنای ضمان یا مسؤولیت شخص (ضامن) نسبت به مالی است که شخصی (مضمون‌له) در تصرف شخصی دیگر (مضمون‌عنه) دارد. چنین ضمانی ممکن است به صورت قهری یا قراردادی تحقق یابد.

در ادامه، اجمالی از مباحث این دو نوع ضمان تا جایی که به بحث ما مربوط است، مطرح

می‌شود:

#### ۵-۱- ضمان عهده به صورت قهری (ضمان ید)

یکی از مهم‌ترین مواضع بحث از عهده در فقه، بحث از مفهوم و ماهیت ضمان در موارد تصرف مال غیر است، و عمدتاً پیرامون تفسیر روایت «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه»<sup>۱</sup> و چگونگی استفاده ضمان از آن می‌چرخد. در مورد مفاد این روایت نظرات مختلفی وجود دارد و برخی از فقها در خلال بررسی این موضوع، مفهوم و ماهیت عهده را نیز مطرح و بررسی کرده‌اند. در مورد این که روایت مذکور بر چه نوع حکمی دلالت می‌کند دو نظر وجود دارد:

۱- حکم تکلیفی. یکی از احتمالاتی که در مورد ضمان مستفاد از روایت «علی الید» ذکر شده این است که ضمان منتزع از یک حکم تکلیفی است که بر ذوالید (متصرف) جعل شده است. حکم تکلیفی مذکور ممکن است یکی از دو مورد زیر باشد:

الف) وجوب رد مال. ممکن است حکم تکلیفی عبارت باشد از وجوب رد مال به طور مطلق و در تمام حالات، از جمله در حالت تلف مال که در این حالت باید بدل را رد کند. بنابراین، متصرف مال باید خود آن مال یا نوع آن یا مالیت آن را به مالک رد کند (بحرالعلوم، ۳۴۸/۲-۳۴۹). شارح کتاب، سید محمدتقی آل بحرالعلوم، این نظریه را به مؤلف، سید محمد

۱. این حدیث در جوامع حدیثی شیعی معتبر نیامده، اما در کتب فقهی نقل شده است. از جمله، نک: طوسی، الخلاف، ۲۲۸/۳.

بحرالعلوم، منسوب می‌کند: همان، ۳۴۸، پاورقی (۱).

ب) حفظ مال از نقصان و تلف. برخی از طرفداران این نظر استدلال کرده‌اند که اگر «مال» به برخی از اعضا مانند دست نسبت داده شود و گفته شود: «بر دست زید مالی است»، دلالت بر ضمان نمی‌کند بلکه بر تکلیفی که مناسب با دست است دلالت می‌کند. تکلیف مذکور نمی‌تواند «دفع» مال به مالک باشد چون با غایت مذکور در روایت یعنی «حتی تؤدیه» سازگار نیست. بنابراین، باید «حفظ» در تقدیر گرفته شود؛ و معنای روایت در این صورت عبارت از وجوب حفظ مال مردم در صورت تصرف است. با توجه به این نکته که مقصود از «ما» در «ما اخذت» خود عین است، دلالت روایت بر حکم تکلیفی وجوب حفظ و نه حکم وضعی ضمان، واضح‌تر خواهد بود؛ زیرا ضمان در صورت تلف عین تحقق می‌یابد نه در صورت وجود آن. اگر برای تصحیح حکم وضعی ضمان گفته شود که مقصود از «ما» در «ما اخذت» مال کلی یعنی عین و بدل آن است که یک فرد آن یعنی عین مورد تصرف واقع شده، مشکل دیگری پیش می‌آید و آن ثبوت اشتغال ذمه به بدل حتی در صورت وجود عین است و این نکته را هیچ کس نمی‌پذیرد. بنابراین، روایت از چند جهت ظهور در حکم تکلیفی دارد و الاً دست کم باید گفت روایت مجمل است و بر حکم وضعی و ضمان دلالت ندارد (ایروانی، ۹۳/۱).

۲- حکم وضعی. بر اساس نظر مشهور فقها (در مورد این اسناد، نک: اصفهانی، حاشیه مکاسب، ۳۰۲/۱)، این روایت بر یک امر وضعی یعنی ضمان دلالت می‌کند اما نه ضمان منجز بلکه ضمان شأنی و تقدیری یعنی وجوب رد بدل در صورت تلف عین، چون در صورت وجود عین در دست متصرف و امکان ادای عین، ضرر و خسارت فعلی وجود ندارد. در ادامه، استدلال برخی از طرفداران این نظر ذکر می‌شود:

الف) شیخ انصاری در بحث «احکام مقبوض به عقد فاسد»، یکی از ادله ضمان گیرنده مال را حدیث «علی الید» دانسته و می‌گوید: «این اشکال که واژه «علی» ظهور در حکم تکلیفی [وجوب رد عین] دارد و لذا بر ضمان دلالت نمی‌کند، ضعیف است زیرا ظهور واژه «علی» در حکم تکلیفی در صورتی است که این کلمه به یکی از افعال نسبت داده شود نه به مال؛ و در صورتی که به مال، اعم از عین یا دین نسبت داده شود، مانند آن که گفته شود «علیه دین»، صرفاً بیانگر استقرار مال در عهده شخص است» (انصاری، کتاب المكاسب، ۱۸۱/۳).

با تأمل در این عبارت روشن می‌شود که ایشان اولاً عهده را در برابر حکم تکلیفی به

کاربرده است و بنابراین، به نظر ایشان عهده نیز مانند ضمان، حکم وضعی است نه حکم تکلیفی. ثانیاً با توجه به این که وظیفه متصرف در وهله اول، رد عین است و اگر عین را رد نکرد و تلف شد، تکلیف رد عین به رد بدل تبدیل می‌شود، می‌توان گفت که به نظر ایشان عهده مرحله‌ای پیش از ذمه است.

ب) مرحوم اصفهانی در تقریر نظر مشهور می‌گوید: «بهتر است گفته شود که مقصود از ضمان فعلی، عهده است، و به مجرد تصرف، شیء مورد تصرف در عهده متصرف داخل می‌شود. ... بنابراین، عهده از خود تصرف استفاده می‌شود زیرا معنای قرار داشتن آن بر متصرف این است که برای گرفتن آن به متصرف رجوع می‌شود؛ و معنای بر عهده بودن عین همین است. عهده چند اثر تکلیفی و وضعی دارد که عبارتند از حفظ و تحویل عین در صورت امکان، و پرداخت بدل در صورت تلف یا عدم دسترسی به عین» (اصفهانی، حاشیه مکاسب، ۳۰۲/۱).

ج) از بین فقهای بعد از شیخ انصاری (ره)، صاحب بلغه الفقیه، مفهوم عهده را با تفصیل بیشتر و به صورت یک قاعده کلی مطرح می‌کند. ایشان در این زمینه می‌گوید: «ید و دیگر اسباب ضمان موجب می‌شوند که عین در عهده متصرف داخل شود و بازگشت این امر به وجوب رد به طور مطلق است ... تعهد به رد در جمیع حالات از جمله در حالت تلف نیز ثابت است؛ و در صورت تلف عین، رد بدل عرفاً به منزله رد عین است. از این نوع تعهد مطلق به ضمان عهده تعبیر می‌شود و به صرف این که مالی مورد استیلا و تصرف قرارگیرد گفته می‌شود که آن عین، مضمونه است و در عهده متصرف قرار دارد، حتی اگر موجود باشد» (بحرالعلوم، ۳۴۸/۲-۳۶۳).

همچنین با توجه به تعبیر ایشان در جای دیگر (همان، ۳۳۴) می‌توان گفت: عهده به معنای وضعیتی است که برای شخص در اثر تصرف عین متعلق به غیر حاصل می‌شود و بر اساس آن متصرف مکلف است که عین مذکور را به همان حالتی که هنگام تصرف داشته به مالک آن مسترد کند. در صورتی که این تکلیف به درستی انجام نشود و مال خسارت ببیند یا تلف شود، متصرف مسئول نقص و تلف خواهد بود. بدیهی است تکلیف متصرف به استرداد مال، ملازم با حق مطالبه عین توسط متصرف و در نتیجه، مطالبه خسارات ناشی از نقص یا تلف است.

بنابراین، در عهده نیز مانند ذمه، نوعی سلطه و به تعبیر فقهی ملکیت برای ذی‌نفع وجود دارد. با این تفاوت که در مورد عهده، چون ملکیت عینی که در دست متصرف قرار دارد به

مالک عین تعلق دارد، فرض ملکیت جدیدی برای وی بی معنا است و ملکیتی که برای وی وجود دارد همان سلطه و توانایی استرداد عین متعلق به خود اوست؛ در حالی که مالکیت ما فی الذمه مدیون عبارت است از مالکیت و سلطه اعتباری دائن بر اموال مدیون. البته دائن بر هیچ یک از اموال عینی مدیون ملکیت و سلطه ندارد بلکه مالکیت او به طور کلی و نامعین است.

### نظریه مورد اختیار

تفسیری که مشهور فقها از روایت «علی الید» و دلالت آن بر حکم وضعی ارائه کرده‌اند، قابل پذیرش نیست: اولاً دین، امری اعتباری است و تحقق خارجی ندارد، و لذا فقها برای آن ظرفی اعتباری به نام ذمه وضع کرده‌اند. اما اعیان خارجی، هم خودشان دارای وجود حقیقی‌اند و هم ظرفشان یعنی عالم طبیعت و خارج. بنابراین، جعل مفهوم عهده به عنوان یک ظرف اعتباری برای اعیان، نه صحیح است، و نه مورد نیاز. ثانیاً در روایت، واژه «علی» به کار رفته و این واژه برای بیان تکالیف به کار می‌رود و کاربرد این واژه، شاهد و مؤید این امر است.<sup>۱</sup> بنابراین، نمی‌توان مفهوم «علی الید» را حکم وضعی ثبوت عین در عهده دانست. در نتیجه، از دو نظریه راجع به تفسیر «علی الید»، نظریه حکم تکلیفی قابل پذیرش است (نک: روحانی، فقه الصادق، ۴۰۹/۱۹). همچنین نک: رشتی، ۱۲۳: فمع بقاء العین فلا ضمانه فعلاً بل اثر العهده حیث هو التکلیف المحض).

اما دو احتمال نخستی که راجع به حکم تکلیفی ارائه شد، بیشتر به بخش اول روایت یعنی «علی الید ما اخذت» توجه دارد. با توجه به این بخش و بخش دوم روایت یعنی «حتی تؤدیه» یا «حتی ترده»،<sup>۲</sup> می‌توان دو احتمال فوق را با هم جمع کرد و گفت: روایت «علی الید» بر وجوب حفظ و رد مال غیر دلالت می‌کند. بنابراین، اولاً تا زمانی که عین مال وجود دارد، تنها تکلیفی که بر عهده متصرف است، حفظ مال و رد آن است؛ زیرا در صورتی که عین مال دیگری در دست متصرف باشد، وی باید همان را رد کند. ثانیاً در صورتی که این تکلیف انجام

۱. از جمله، نک، آیاتی از قرآن: «ولله علی الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً» (آل عمران، ۹۷)؛ «یا أيها الذین آمنوا کتب علیکم الصیام...» (البقره، ۱۸۳)؛ «وإن یأتوکم أساری فغادوهم وهو محرم علیکم إخراجهم...» (البقره، ۸۵)؛ «إنما حرم علیکم المیتة والدم ولحم الخنزیر وما أهل به لغير الله...» (البقره، ۱۷۳).

۲. روایت با تعبیر «ترده» در برخی کتب فقهی شیعه (از جمله: حلی، السرائر، ۴۳۷/۲) و اهل سنت (از جمله: نووی، ۲۲۷/۱۴) آمده است.

نشود و مال ناقص یا تلف شود، متصرف از باب تسبیب ضامن نقص یا تلف خواهد بود؛ یعنی تکلیف به جبران نقص یا رد بدل، از تبعات نقص و تلف است نه از تبعات تصرف مال غیر؛ هرچند به طور غیرمستقیم از تبعات تصرف نیز هست. بنابراین، در صورت وجود عین، هیچ نوع ضمانی بر عهده متصرف وجود ندارد. قرار گرفتن مال در عهده شخص به عنوان یک حکم وضعی، امری تصنعی است که با تفسیر تحت اللفظی از واژه «علی» ارائه شده است. اما معنا و شیوه استعمال این واژه نمی‌تواند مؤیدی برای عهده به معنای یک امر وضعی باشد. چنان‌که برخی از فقها گفته‌اند، دلالت ترکیب «علی دین»، بر یک امر وضعی یعنی قرار داشتن دین در ذمه از واژه «علی» استفاده نمی‌شود بلکه از مدخول آن یعنی واژه دین استفاده می‌شود (ایروانی، ۹۳/۱). بنابراین، در عهده یا در ذمه بودن بر حسب مدخول «علی» تعیین می‌شود، اگر مدخول آن مال کلی یا دین باشد، دلالت بر حکم وضعی و استقرار در ذمه می‌کند، اما اگر مدخول آن عین معین باشد دلالت بر حکم تکلیفی و بر عهده بودن می‌کند.

#### ۵-۲- ضمان عهده به صورت قراردادی

ضمان قراردادی از نظر فقهای شیعه موجب انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن می‌شود (نک: نجفی، ۱۱۳/۲۶). بنابراین، مال مورد ضمان باید دین باشد تا انتقال آن از ذمه‌ای به ذمه دیگر ممکن باشد. اما در برخی موارد ضرورت اقتضا می‌کند که اموال دیگری غیر از دیون یعنی اعیان نیز مورد ضمان قرار گیرد. نوع اول، «ضمان مال» و نوع دوم «ضمان عین» یا «ضمان عهده» نامیده می‌شود (بحر العلوم، ۳۳۵/۲-۳۳۶). ضمان اعیان مضمونه به این معنا است که شخصی عین مالی را که در ضمان متصرف آن است به نفع مالک آن ضمانت کند. برخی از مصادیق چنین ضمانی عبارتند از: ضمان مال مورد غضب، ضمان مال مقبوض به عقد فاسد، ضمان مال مقبوض بالسوم، و ضمان عاریه‌ای که در آن شرط ضمان شده است.

اما یکی از مصادیق مهم آن که مورد بررسی خاص و مفصل قرار گرفته، ضمان عهده با بیع نسبت به ثمن است. (حلی، تذکره الفقهاء، ۳۲۹/۱۴-۳۳۷؛ قمی، ۶۱/۳-۶۲؛ عاملی، ۲۰۰/۴-۲۰۱). ضمان عهده به چند صورت ممکن است تحقق یابد (نک: بحر العلوم، ۳۴۲/۲ به بعد). اما شرط اصلی آن این است که ثمن عین معین بوده، و به با بیع تسلیم شده باشد. اگر ثمن عین معین بوده اما به با بیع تسلیم نشده باشد، چنین ضمانی از قبیل «ضمان ما لم یجب» خواهد بود. در صورتی که ثمن دین بر ذمه مشتری باشد و به با بیع تسلیم نشده باشد، این نوع ضمان، ضمان ثمن است نه عهده ثمن. (نک: قمی، ۶۳/۳)

در مورد حکم ضمان اعیان مضمونه و اثر آن اختلاف نظر است:

۱- بسیاری از فقها ضمان اعیان مضمونه را صحیح دانسته‌اند (از جمله نک: طوسی، *المبسوط*، ۳۲۶/۲؛ حلی، *السرائر*، ۷۳/۲؛ حلی، *شرائع الإسلام*، ۳۵۷/۲-۳۵۸)، اما در مورد این که مفاد ضمان چیست دو نظر دیده می‌شود:

الف) پیدایش حق مطالبه عین از ضامن برای مضمون‌له. (حلی، *تذکره الفقهاء*، ۳۲۱/۱۴-۳۲۳؛ و ۳۳۶-۳۳۵). بازگشت این نظر به پذیرش نوعی از تضامن نسبت به حق مطالبه عین یا بدل است.

ب) انتقال حکم تکلیفی وجوب رد عین از مضمون‌عنه به ضامن. (اردبیلی، ۲۹۷/۹-۲۹۸). در توضیح این نظر می‌توان افزود: در مورد دیون، خود دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود اما در اعیان، چون عین در عالم خارج قرار دارد نه در ذمه مضمون‌عنه، انتقال خود آن از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن ممکن نیست اما انتقال تکلیف وجوب رد عین از عهده مضمون‌عنه به عهده ضامن امکان‌پذیر است. البته پس از تحقق ضمان، در صورتی که عین در دست مضمون‌عنه باشد وی هم مکلف به رد آن است اما این تکلیف همان تکلیف اول که به ضامن منتقل شده نیست بلکه تکلیف دیگری است که منشأ آن «علی الید» و تسلط بر مال غیر است.

۲- به نظر اندکی از فقها، ضمان اعیان مضمونه قابل پذیرش نیست. صاحب حدائق (ره) در رد نظر علامه حلی و محقق اردبیلی می‌گوید: تفسیر ضمان به مطالبه عین از هر کس که عین در دست اوست مجازی بعید است و اگر دلیلی بر آن وجود نداشته باشد نمی‌توان آن را پذیرفت؛ چون معنای شرعی ضمان انتقال حق به ذمه ضامن است؛ و تفسیر نقل به وجوب رد، از آن هم بعیدتر است.<sup>۱</sup>

#### ۶- رابطه ذمه و عهده

۶-۱- یکسانی ذمه و عهده. از تعبیرات برخی از فقها استفاده می‌شود که ذمه و عهده مفهوم واحدی دارند (نک: قمی، ۶۱/۳-۶۲؛ بجنوردی، ۵۹/۴؛ و ۱۱۹/۶؛ حکیم، *نهج الفقاهه*، ۲۷۶ و ۲۷۷). برخی از حقوقدانان نیز همین نظر را تقویت کرده‌اند. خلاصه‌ای از نظر ایشان

۱. بحرانی، ۳۷/۲۱-۳۸. برخی از فقهای معاصر نیز ضمان اعیان مضمونه را جائز نمی‌دانند. نک: حواشی مرحوم گلپایگانی، امام خمینی، شیرازی، نائینی، اصفهانی در: یزدی، ۴۲۹/۵-۴۳۱

بدین شرح است: معنی لغوی و اصلی عهده، تعهد و التزام است و همین معنا قابل استناد و اعتماد است (جعفری لنگرودی، *ضمان عقدی در حقوق مدنی*، ۲۱۸ و ۲۲۰). به نظر ایشان، «به اعتبار متعهد<sup>۱</sup> به که ممکن است کلی یا جزئی باشد، عهده دو قسم است: عهده کلی و عهده جزئی» (همان، ۱۰۶). به تعبیر دیگر، عهده «شامل ضمان دین و ضمان عین می‌باشد، یعنی تعهد جزئی و کلی را شامل است». (همان، ۲۲۰). در مورد ذمه نیز گفته‌اند: «شک نیست که در لغت، ذمه مترادف تعهد و عهد است و از جهت متعهد<sup>۲</sup> به آن هم فرق نمی‌کند که کلی باشد یا جزئی. فقها نسبت به ذمه دو گروه شده‌اند: اول: کسانی که همین معنی لغوی را بدون دخل و تصرف در فقه به کار برده‌اند... دوم: عده‌ای که بدون مطالعه و مأخذ، تلویحاً ذمه را اختصاص به تعهداتی داده‌اند که مورد تعهد (متعهد<sup>۳</sup>) کلی باشد... اقلیتی از امامیه هم در این اواخر به این نظر گرایش پیدا کرده‌اند. در هر حال نظر گروه اول که نظر قدما هم هست مشهورتر و با لغت عرب وفق می‌دهد و دلیلی بر تغییر اصطلاح از طرف شارع هم وجود ندارد» (۱۰۸-۱۱۱).

بنابراین، ایشان معتقدند که از دیدگاه فقهی، اختلافی در معنای ذمه و عهده نیست چون هر دوی آنها به معنای تعهد هستند بلکه اختلاف در این است که برخی از فقها متعهد<sup>۴</sup> به در عهده را تعهد جزئی و در ذمه، تعهد کلی می‌دانند. اما به نظر ایشان، متعهد<sup>۵</sup> به در هر دوی آنها ممکن است جزئی یا کلی باشد. در نتیجه، ذمه و عهده هم از جهت مفهوم واحدند و هم از جهت متعلق و مورد.

چنان‌که در بند بعد خواهیم دید، به نظر ما، از سخن فقها استنباط می‌شود که اولاً ذمه و عهده در ابواب و اصطلاحاتی که به آنها اشاره شد به معنای تعهد نیستند بلکه به عنوان یک ظرف استعمال می‌شوند. ثانیاً اختلاف عهده و ذمه فقط در کلی یا جزئی بودن مظروف و به تعبیر ایشان، متعهد<sup>۶</sup> به نیست بلکه مظروف عهده و ذمه ماهیتاً متفاوتند: ذمه ظرف دین است که یک حکم وضعی است اما عهده ظرفی برای حکم تکلیفی است.

۶-۲- دوگانگی ذمه و عهده. از عبارات بسیاری از فقها چنین برمی‌آید که ایشان بین واژه عهده و ذمه تفاوت قائل شده، برای اعیان از واژه عهده و برای دیون از واژه ذمه استفاده کرده‌اند. به عنوان نمونه، عبارت زیر از علامه حلی قابل توجه است: «اگر طلبکار به بدهکار بگوید: حق مرا به این کودک بده، و بدهکار به اندازه حق طلبکار به کودک بدهد، از دین بری نمی‌شود و ... دین باقی است چون دین در ذمه، مطلق و رها (مرسل) است و تنها با قبض



صحیح متعین می‌گردد. ... برخلاف جایی که [مالک و دیعه] به مستودع بگوید: مال مرا به این کودک بده یا در دریا بیانداز، و وی چنین کند. چون مستودع دستور مالک و دیعه را در مورد حق معین او امتثال کرده و لذا از عهده بیرون می‌آید» (حلی، *نهایة الاحکام*، ۴/۵۵۵). چنانکه ملاحظه می‌شود، ایشان در مورد دین از واژه ذمه و در مورد عین معین از واژه عهده استفاده کرده است.

اما مورد مهم‌تری که از قدیم الایام در بین فقها مطرح بوده و شاهدی بر جدایی مفهوم عهده و ذمه است، مورد ضمان عهده است. چنان‌که گفته شد، یکی از شرایط ضمان مصطلح، این است که مورد ضمان (مضمون<sup>۲</sup> به) دین باشد، و در صورتی که مورد ضمان دین نباشد، صحت ضمان مورد تردید قرار گرفته است. یکی از مهم‌ترین این موارد، جایی است که مضمون<sup>۲</sup> به، عین باشد مانند ثمن یا مبیع معین در عقد بیع. فقها از قدیم الایام از این مورد به «ضمان عهده» تعبیر کرده‌اند. برای واژه عهده در عبارت «ضمان عهده» معانی متعددی ذکر شده (حلی، *تذکره الفقهاء*، ۱۴/۳۲۹-۳۳۷؛ عاملی، ۴/۲۰۰-۲۰۱)، که یکی از آنها تعهد و التزام است. علامه حلی در بیان وجه تسمیه ضمان عهده می‌گوید: این نوع ضمان را به این دلیل «ضمان عهده» می‌گویند که ضامن، آنچه را که رد آن بر عهده<sup>۳</sup> بایع است به عهده می‌گیرد (حلی، همان، ۳۲۹). چنان‌که ملاحظه می‌شود، ایشان در مورد حکم تکلیفی رد عین، واژه عهده را استعمال کرده است. بنابراین، در موردی که مضمون<sup>۲</sup> به عین معین، و مفاد ضمان، استرداد آن عین است، به ضمان عهده تعبیر شده است.

مفاد ضمان عهده در کلام برخی فقها با صراحت بیشتری مطرح شده است. از جمله، محقق اردبیلی (ره) می‌گوید: «ضمان اعیان به معنای جواز مطالبه عین از هر کسی که عین در دست اوست بُعدی ندارد؛ و بعد از تحقق چنین ضمانی، ضامن منخیر است که عین و در صورت تلف، بدل آن را رد کند. بلکه ناقل بودن چنین ضمانی هم بعید نیست به این معنا که تکلیف وجوب رد از بایع به ضامن منتقل شود و مشتری، عین را از ضامن مطالبه کند و او هم عین را از مضمون<sup>۲</sup> عنه بگیرد و به مشتری بدهد. البته پذیرش چنین نقلی منوط به این است که دلیل ناقل بودن ضمان، عام باشد و اعیان را هم شامل شود. در غیر این صورت، ناقل بودن ضمان اختصاص به اموالی خواهد داشت که در ذمه قرار دارد» (اردبیلی، ۹/۲۹۷).

به نظر می‌رسد مفاد اصلی و اولی ضمان عهده، تعهد ضامن به رد عین است و تعهد به پرداخت بدل در صورت تلف عین، از آثار وجود عین در عهده و مترتب بر آن است. یعنی

ضمان عهده به معنای حکم تکلیفی وجوب رد عین است. اما اگر متعهد، عین را رد نکرد و در دست او تلف شد، مکلف به پرداخت بدل می‌شود. به تعبیر دیگر، در صورت تلف عین، حکم تکلیفی رد عین به حکم وضعی دین منجر می‌شود و لذا ضامن، از باب مدیون بودن، مکلف به پرداخت بدل می‌شود نه از باب ضمان عهده. پس ضمان عهده یا ضمان عین به معنای حکم تنجیزی به تسلیم عین، و حکم تعلیقی یا تقدیری به وجوب پرداخت بدل است (نک: رشتی، ۱۱ و ۱۲۳).

علاوه بر مطالب فوق که به کاربرد این دو واژه در متون فقهی و مفهوم ضمان عهده مربوط می‌شد، برخی از فقهای معاصر، نظریه جدایی ذمه و عهده، و تقابل آن دو را به صراحت مطرح کرده‌اند. در زیر به چند نمونه اشاره می‌شود:

(۱) یکی از صریح‌ترین موارد تفکیک عهده و ذمه، در کلام مرحوم شیخ فضل الله نوری مشاهده می‌شود. به نظر ایشان، همان طور که ذمه امر معتبری نزد عقلا است که می‌توان به وجود یا عدم وجود مالی در آن حکم کرد، عهده نیز اعتباری عقلایی است که می‌توان ثبوت یا عدم ثبوت عین معینی را در آن اعتبار کرد. فرق ذمه و عهده در این است که به ذمه، مطلق مال کلی اسناد داده می‌شود ولی به عهده، مالی که به واسطه تشخصات عینی، مقید گردیده است (نوری، ۲۰-۲۶).

(۲) مرحوم اصفهانی نیز در موارد متعددی تصریح می‌کند که عهده ظرف اعیان خارجی، و ذمه ظرف اموال است (اصفهانی، حاشیه مکاسب، ۳۱۳/۲؛ ۱۱۰/۳؛ ۳۸۸/۵)، و در برخی موارد، قرار داشتن عین در ذمه متصرف را صریحاً نفی می‌کند (همان، ۳۲۵/۲).

(۳) یکی از فقهای معاصر در جواب اشکالی که بر ضمان اعیان مضمونه و غیرمضمونه وارد شده می‌گوید: «همان‌طور که نقل و ضمّ در مورد آن‌چه در ذمه قرار دارد [یعنی دین] امکان‌پذیر است، در مورد آن‌چه در عهده قرار دارد یعنی اعیان نیز ممکن است» (روحانی، فقه الصادق (ع)، ۱۶۲/۲۰). همچنین، ایشان در بسیاری موارد، عهده را به عنوان ظرف عین ذکر می‌کند (المسائل المستحثة، ۶۹-۷۰).

(۴) فقهای دیگری نیز به این تفکیک تصریح کرده‌اند مانند: محمد جواد مغنیه،<sup>۱</sup> آیت الله

۱. فقه الإمام الصادق علیه السلام، ۱۱۳: فرق بین الضمان فی العهده و الضمان فی الذمه، فإن ضمان العهده يتعلق فی الغالب بالأعیان ... أما ضمان الذمه فيتعلق بالأموال التي تستقر فی الذمم.

منتظری،<sup>۱</sup> و سید محمود شاهرودی (کتاب الخمس، ۳۵۰).

۵) شهید صدر (ره)، نظریه جدایی عهده از ذمه را با تفصیل بیشتری مطرح کرده است (حواله، ۷-۴). خلاصه‌ای از نظریه ایشان به شرح ذیل است:

۱- ذمه و عهده از مفاهیمی هستند که فقه اسلامی آنها را وضع کرده و هرکدام یک ظرف اعتباری از اعتبارات عقلایی محسوب می‌شوند که از جهت مطروف با هم تفاوت دارند. اگر مطروف، یک شیء مشخص و عین خارجی باشد ظرف آن «عهده» نامیده می‌شود و اگر مطروف، کلی باشد، ظرف آن «ذمه» نامیده می‌شود.

۲- بین عهده و ذمه یک تفاوت اساسی وجود دارد و آن این است که عقلا در بسیاری موارد در مقام تملیک و تملک بوده‌اند اما عین خارجی در دسترسشان نبوده تا تملیک و تملک را بر آن واقع سازند. در این موارد، ظرفی به نام ذمه اختراع کردند که وجود اموالی در آن فرض شده است. این اموال در حقیقت، مفاهیم خارجی‌اند که معنای حرفی در آنها لحاظ شده است نه معنای اسمی. به این معنا که نسبت مال موجود در ذمه به مال خارجی، نسبت معنای حرفی به معنای اسمی است؛ از این لحاظ که اولی یک رمز و نماد و معنای آلی است ولی دومی معنای استقلالی دارد. بنابراین، ذمه، ظرف اموال نمادین است نه ظرف اموال خارجی.

۳- تقسیم دین به دو شکل ذمه و عهده، تقسیمی خودسرانه و بی‌دلیل نیست بلکه بازگشت آن به طبیعت ظرف دین است. تا زمانی که عین مال مغضوب در دست غاصب است، معنا ندارد در ذمه او باشد زیرا ذمه، ظرف مال نمادین است نه ظرف عین موجود در خارج. این تملک ذمی همان است که در کلمات فقها از آن به اشتغال ذمه تعبیر شده است و از مالی که در ذمه قرار دارد، تعبیر به دین و از مالک، تعبیر به دائن می‌شود.

اما عهده یک ظرف اعتباری دیگر و مطروف آن نیز چیزی دیگر است که با مطروف ذمه تفاوت دارد. عهده، ظرف مسوولیت‌ها و تعهداتی است که بر شخص قرار داده می‌شوند خواه این تعهدات توسط خود شخص جعل شده باشند مانند التزاماتی که شخص در قراردادهای عهده می‌گیرد، یا به شکل قانون عمومی جعل شده باشند مانند نفقه اقارب، و نه زوجه. برای این تعهدات و مسوولیت‌ها ظرف دیگری به نام عهده وجود دارد.

۴- عهده همان گونه که می‌تواند ظرف اعیان خارجی باشد، می‌تواند ظرف اعیان کلی

۱. *دراسات فی مکاسب المحرمه*، ۲۲۳: و اعتبار العهده عندهم [العقلاء] مغایر لاشتغال الذمه، إذ العین مع وجودها لا تنتقل إلى الذمه مع فرض تحقق الضمان بالنسبة إليها.

باشد. اولی، مانند غاصب که عین خارجی موجود، در عهده او است و او مسئول آن عین است. دومی، مانند بدهکار که دین، در مرتبه اول بر ظرف ذمه ثابت می شود و ذمه بدهکار به آن دین مشغول می شود و بعد از آن، مسئولیت پرداخت بر او واجب می شود.

۵- دین دارای دو مرتبه است: یکی مرتبه ذمه یا اشتغال ذمه، که عبارت است از این که شخص، چیزی را که مرتبط به ذمه دیگری است تملک کند، و دیگری، عهده، که عبارت است از مسوولیت پرداخت که بر دوش بدهکار قرار دارد.

۶- بین ذمه و عهده، نسبت عموم و خصوص من وجه است. ماده اجتماع روشن است. برای ماده افتراق عهده از ذمه، چند مثال قابل ذکر است: الف) در صورتی که عین مال در اختیار غاصب باشد و تلف نشده باشد، عهده او مشغول می باشد نه ذمه او. ب) در صورتی که عین مغضوب، دست به دست شود و در دست آخرین نفر تلف گردد، به نظر برخی از فقها (نجفی، ۳۴/۳۷-۳۵)، غاصبی که عین مغضوب نزد او تلف شده، ذمه اش مشغول است و غاصبان پیش از وی عهده شان مشغول است. ج) در صورتی که بایع ثمن را بگیرد، اما مبیع را تحویل ندهد، عهده اش مشغول است نه ذمه اش.

ماده افتراق ذمه از عهده جایی است که بدهکار نتواند بدهی خود را بپردازد. در این صورت ذمه اش مشغول است اما مسئولیت ندارد یعنی بر عهده او چیزی نیست.

در نقد و تعدیل این نظریه نکات زیر قابل ذکر است:

۱- چنان که قبلاً گفتیم، از لحاظ فقهی تفسیر عهده به ظرف اعیان و اموال جزئی با این اشکال مواجه است که اعیان، خود دارای ظرف هستند و آن، جهان طبیعت و خارج است. برخلاف دیون و اموال کلی که هم خودشان و هم محلشان اعتباری است، اموال خارجی، هم خودشان و هم محلشان دارای تحقق عینی و خارجی است. بنابراین، ضرورتی که برای جعل محلی برای اموال کلی وجود دارد در مورد اعیان وجود ندارد.

۲- عهده نمی تواند ظرفی برای اموال کلی باشد و بنابراین رابطه ذمه با عهده تباین است نه عموم و خصوص من وجه. چنانکه در تفسیر مذکور آمده، عهده به تعبیر مسامحی ظرف تکالیف و تعهدات است و تکلیف و تعهد تا زمانی که تعین و تشخیص نیافته باشد، قابل اجرا نیست. بنابراین، عهده فقط ظرف تکالیف و تعهدات جزئی است.

۳- در مورد رتبه عهده و ذمه و تقدم یا تأخر آنها دو وضعیت متفاوت ملاحظه می شود. این دو وضعیت را می توان با توجه به نکته فوق، به تقدم و تأخر حکم وضعی و تکلیفی

بازگرداند:

الف) تقدم عهده بر ذمه. تکالیفی که به عهده تعلق دارد به دو قسم قابل تقسیم‌اند: برخی از تکالیف اگر در زمان خود انجام نشوند از بین می‌روند و به صورت دین در نمی‌آیند لذا جبران آنها واجب نیست. مانند تکلیف غذا دادن به شخص گرسنه‌ای که در سال قحطی و در حال مرگ است یا تکلیف انفاق خویشاوندان (یزدی، ۵۰۱/۴).<sup>۱</sup> بالعکس، برخی از تکالیف اگر انجام نشوند ممکن است به یک حکم وضعی متعلق به ذمه منجر شوند. در این گونه موارد می‌توان گفت که عهده در مرتبه قبل از ذمه قرار دارد؛ یعنی ابتدا یک حکم تکلیفی متعلق به عهده وجود دارد که اگر مکلف آن را انجام ندهد، این تکلیف به صورت دین درآمده و به ذمه او منتقل می‌گردد. به عنوان مثال، متصرف مال غیر ابتدا مکلف به رد عین آن است و اگر این تکلیف را انجام ندهد و مال تلف شود بدل مال در ذمه وی مستقر می‌شود و وی باید بدل آن را بدهد. در دسته اخیر، عهده در مرتبه قبل از ذمه قرار دارد.

ب) تقدم ذمه بر عهده. در برخی موارد، ابتدا یک وضع یا حکم وضعی متعلق به ذمه وجود دارد که از آن یک یا چند تکلیف متعلق به عهده ناشی می‌شود. به عنوان نمونه، کسی که مال دیگری را تلف کند، ابتدا ذمه‌اش مشغول به دین می‌شود و سپس ملکف به ادای آن به مالک می‌شود. نفقه زوجه نیز از این قبیل است.

۴- در مقایسه عهده و ذمه می‌توان گفت: تشابه عهده و ذمه در این است که هر دوی آنها در رابطه مالی بک شخص با شخصی دیگر مطرح می‌شوند. به تعبیر دیگر، برخلاف مالکیت عین معین که رابطه‌ای بین شخص و یک شیء معین است و برای تحقق آن وجود شخص دیگری لازم نیست (انصاری، ۹/۳)؛ مفهوم ذمه و عهده تنها در رابطه بین دو شخص معنا پیدا می‌کند، و در هر دوی آنها، متعهد و مدیون باید مالی را به دیگری تسلیم کنند؛ لذا در مورد یک شخص به تنهایی و صرف از نظر رابطه وی با دیگری، ذمه و عهده صدق نمی‌کند. اما تفاوت عهده و ذمه در این است که اولاً عهده مربوط به اموال عینی، و ذمه مربوط به دیون و اموال غیرعینی است؛ یعنی متعلق عهده، عین معین است اما متعلق ذمه، عین معین نیست بلکه کلی است. ثانیاً اثر حقوقی عهده، یک عمل مادی یعنی حفظ مال و انتقال تصرف است نه عمل حقوقی یعنی انتقال مالکیت؛ چون مالکیت عینی که در عهده متصرف قرار دارد پیش از

۱. البته اگر شخص واجب النفقه به دستور حاکم و به حساب کسی که مکلف به انفاق است مالی قرض کند، پرداخت مال قرض بر عهده مکلف به انفاق است. در مورد این نکته و نیز این که وجوب نفقه اقارب حکم تکلیفی است. نک: یزدی، ۴۲۷/۵-۴۲۸.

تصرف نیز به مالک عین تعلق داشته است. اما اثر حقوقی ذمه، ابتدا یک عمل حقوقی (نک: شهیدی، حقوق مدنی ۳، ۱۶۷) یعنی تعیین و تخصیص بخشی از اموال مدیون و انتقال مالکیت آن به دائن، و سپس تسلیم آن است. به تعبیر دیگر، چنان‌که در بالا گفته شد، هم در مورد عهده و هم در مورد ذمه، متعهد و مدیون باید مالی را به دیگری تسلیم کنند، با این تفاوت که در مورد عهده، مال خود شخص به او تسلیم می‌شود ولی در مورد ذمه، مالی از مدیون به دائن تملیک می‌شود.

۵- به نظر می‌رسد مهم‌ترین تفاوت ذمه و عهده در این است که عهده مربوط به حکم تکلیفی و ذمه مربوط به حکم وضعی است و مطالبی که در این نظریه گفته شد با این مطلب سازگار است. بنابراین، تقابل بین عهده و ذمه را می‌توان به تقابل بین احکام تکلیفی و وضعی بازگرداند؛ تقابلی که می‌توان گفت بر تمامی مباحث راجع به تعهدات در فقه سایه افکننده است (نک: محقق داماد، ۳۰۱، پاورقی ۱).

در این صورت، بسیاری از احکامی که بر احکام وضعی و تکلیفی مترتب می‌شود، بر ذمه و عهده نیز بار می‌شود. به عنوان نمونه:

۱- بعد از مرگ، عهده میت از بین می‌رود اما ذمه او دست کم تا زمانی که مالی دارد، باقی است (جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی، ۳۸۱-۳۸۲). از این رو، ذمه میت ممکن است به خمس یا زکات یا مظالم یا کفاره یا نماز یا روزه یا نذر یا شرط در ضمن عقد و امثال آن مشغول باشد (یزدی، ۵۳۹/۶).

۲- اطفال، صغار و مجانین عهده ندارند اما ذمه دارند (جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی، ۳۳۷؛ المکی العاملی، القواعد والفوائد، ۱۳۵/۲).

۳- ضمان از عهده و حکم تکلیفی اصولاً پذیرفته نیست اما ضمان از حکم وضعی دین مورد قبول است. همچنین، ضمان در فقه شیعه به اعتبار ذمه است نه عهده، در حالی که نزد اهل سنت به اعتبار عهده است نه ذمه.

## ۷- نتیجه‌گیری

۱- الفاظ ذمه و عهده در نصوص شرعی به معنای مصطلح آنها در فقه به کار نرفته است و به تعبیری، حقیقت شرعی نیستند. از این رو، نمی‌توان احکام فقهی خاصی را بر موارد کاربرد آنها در آیات و روایات مترتب کرد.

۲- بررسی کاربردهای دو واژه ذمه و عهده در ابواب معاملات مانند بیع، ضمان، حواله، و ضمان قهری مانند غضب و اتلاف نشان می‌دهد که برای واژه عین، عهده، و برای واژه دین، ذمه استعمال می‌شود، که این امر نشانه جدایی مفهوم عهده از ذمه، و تعلق اولی به عین و دومی به دین است. اما، صرف نظر از نحوه استعمال این دو واژه، تفاوت دو مفهوم ذمه و عهده از لحاظ ماهیت و احکام قابل انکار نیست. به نظر می‌رسد «عهده» یک ظرف اعتباری برای احکام تکلیفی است چه تکالیف مالی، چه غیرمالی. اما در امور مالی، ذمه ظرف نوع خاصی از حکم وضعی یعنی دین است. دین در ذمه قرار می‌گیرد اما عین در عهده قرار نمی‌گیرد بلکه چنانکه گفته شد، عهده فقط مشتمل بر یک حکم تکلیفی مانند حفظ و نگهداری، و رد و تسلیم عین است. از این رو، در مورد عین، همواره باید عملی مانند تسلیم یا نگهداری عین، به صراحت یا در تقدیر وجود داشته باشد. بنابراین، تفاوت ذمه و عهده، تا جایی که به بحث عین و دین مربوط است، در واقع به تفاوت حکم وضعی و تکلیفی باز می‌گردد و بهتر است به جای بررسی تقابل این دو واژه، به بررسی احکام وضعی و تکلیفی در امور مالی و تعهدات پرداخته شود.

### منابع

- ابن الأثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث*، ج ۲، قم، مؤسسه إسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۳۶۴
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، ج ۳ و ۱۲، بیروت، دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- احسائی، محمدبن علی، (ابن ابی جمهور)، *الأقطاب الفقهية*، ۱۲۵، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- اردبیلی، مولی احمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، ج ۹، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- اصفهانی، شیخ محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، ج ۱، ۲، ۴ و ۵، چاپ اول، علمیه، ۱۴۱۸ ق.
- انصاری، شیخ مرتضی، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره شیخ انصاری، ج ۳ و ۶، چاپ دوم، ۱۴۲۰ ق.
- ایروانی، علی بن عبد الحسین، ج ۱، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.

- بجنوردی، سید محمدحسن، *القواعد الفقهية*، ج ۴، ۶ و ۷، قم، نشر هادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- بحرالعلوم، سید محمد، *بلغه الفقيه*، ج ۲، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مکتبه الصادق، ۱۳۶۲
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة*، ج ۲۱، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۳
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فرهنگ عناصر شناسی*، حقوق مدنی حقوق جزا، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ضمان عقدي در حقوق مدنی*، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶
- جوادی آملی، عبدالله، *کتاب الصلاة*، (تقرير بحث آیت الله سیدمحمد محقق داماد)، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- حر عاملی، محمدبن الحسن، *وسائل الشیعة (الإسلامية)*، ج ۵، ۸ و ۱۳، بیروت، دار إحياء التراث العربی، بی تا
- حکیم، سید محسن، *نهج الفقاهة*، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا
- حلی، جعفر بن الحسن (محقق حلی)، *المعتبر*، ج ۱، قم، مدرسه الإمام أميرالمؤمنین (ع)، ۱۳۶۴
- حلی، جعفر بن الحسن (محقق حلی)، *شرائع الإسلام*، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق
- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۲۰ ق.
- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، *قواعد الأحكام*، ج ۲، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، *نهاية الأحكام*، قم، مؤسسه إسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۰
- حلی، محمدبن منصور (ابن إدريس)، *السرائر*، ج ۲، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- رازی، شیخ محمدتقی، *هدایة المسترشدين*، ج ۲، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، بی تا
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات غریب القرآن*، بی جا، دفتر نشر کتاب چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق.



راوندی، سعید بن هبه الله (قطب الدین)، *فقه القرآن*، ج ۱، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.

رشتی، میرزا حبیب الله، *کتاب الغصب*، بی جا، بی تا

روحانی، سید محمدصادق، *المسائل المستحدثه*، قم، مؤسسه دارالکتاب، چاپ چهارم، ۱۴۱۴ ق.

روحانی، سید محمدصادق، *فقه الصادق (ع)*، ج ۱۹ و ۲۰، قم، دارالکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.

زیبیدی، سید محمد مرتضی، *تاج العروس*، ج ۵، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.

سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۸، قاهره، دار احیاء التراث العربی، بی تا

سنهوری، عبدالرزاق احمد، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، ج ۱، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۸۸

شاهرودی، سید محمود هاشمی، *کتاب الخمس*، ج ۱، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۵ ق. چاپ دوم

شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی ۳*، تهران، مجد، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۸

شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۰

صدر، سید محمدباقر، «حواله»، *مجله فقه اهل بیت (ع)*، سال ششم، شماره ۲۱، بهار ۱۳۷۹، ص ۳-۱۶

طباطبائی، سید محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، ج ۶، قم، انتشارات جامعه مدرسین، بی تا.

طبرسی، فضل بن حسن، *تفسیر مجمع البیان*، ج ۵، بیروت، چاپ اول، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ق.

طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، ج ۶، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.

طوسی، محمدبن الحسن، *الخلاف*، ج ۳، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.

طوسی، محمدبن الحسن، *المبسوط*، ج ۳، المكتبة المرتضویة، بی جا، بی تا

عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، *مسالك الأفهام*، ج ۴ و ۵، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، *مسالك الأفهام*، ج ۸، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

القرافی، أحمد بن إدريس، *الفروق*، ج ۳، بیروت، دار المعرفه

قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات*، ج ۳، چاپ اول، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱

کرکی، علی بن الحسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد*، ج ۹، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸

مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، مرکز کتاب للترجمه و النشر، چاپ اول، ۱۴۰۲ ق.

مغنیه، محمد جواد، *فقه الإمام الصادق علیه السلام*، ج ۳، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ ق. چاپ دوم

المکی العاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول)، *القواعد والفوائد*، ج ۲، قم، کتابفروشی مفید، چاپ اول، ۱۴۰۰

منتظری، حسین علی، *دراسات فی مکاسب المحرمه*، ج ۳، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ ق. چاپ اول

موسوی خمینی، روح الله (امام خمینی)، *الخلل فی الصلاة*، قم، مطبعه مهر، بی تا  
موسوی خمینی، روح الله (امام خمینی)، *کتاب البیع*، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، ج ۳۷، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷

نحاس، ابوجعفر، *معانی القرآن*، ج ۳، عربستان، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق. جامعه أم القرى

نوری، شیخ فضل الله، *قاعده ضمان اليد*، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

نووی، محیی الدین، *المجموع*، ج ۱۴، دار الفکر، بی جا، بی تا

یزدی، سیدمحمدکاظم، *العروه الوثقی*، ج ۴، ۵ و ۶، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۲۰ ق.

The application of these two terms is very common in legal texts, both in discourses on devotional acts and the discourses concerning transactions (including transactions in specific sense and delictual liability - *ḍimān*). Some contemporary jurists have tried to relate the difference between these two terms to the contrast between the two terms *ʿayn* (physical goods) and *dayn* (debt) and to introduce *dhimma* and *ʿuhda* as successful receptacles for *ʿayn* and *dayn*. The present article is intended to verify this theory. According to the author, the contrast between *dhimma* and *ʿuhda* actually refers to the contrast between the impositive (*taklīfī*) obligation and positive (*waḍʿī*) obligation: *ʿuhda* is a receptacle for impositive obligations and *dhimma* is a receptacle for positive obligations.

**Keywords:** *dhimma*, *uhda*, *ayn*, *dayn*, positive obligation, impositive obligation, Shīʿa jurisprudence.

the ruling is permeated to all similar instances and in case it is certain, it is authorized and valid.

*Tanqīḥ al-manāṭ* is among the discourses concerning expressions (*alfāz*) and relying on them is the same as relying on the general or the absolute.

Achieving the basis of a ruling is possible through expertise and the intellectual expanse of the jurist, proportion of ordinance and subject, as well as accurate conventional understanding. *Tanqīḥ al-manāṭ* is seen more in those jurisprudential branches that have social aspects, arrange sound and just relationship among the members of society, and have less precedent in statutes.

If in legal law (*sharī'a*), the effective attribute is explicitly stated and there should be no need for annulment of the attributes and the correlations, it is called realization of *manāṭ*, which is legally valid. However, if the inference is not based on an effective method and the *manāṭ* is achieved irrespective of the statute, it is phrased as *takhrīj* (deduction) of *manāṭ*, which is not valid from the Imāmī point of view.

**Keywords:** basis of a ruling (*manāṭ*), cause, analogy, generalization of rulings, refinement of the basis of a rule (*tanqīḥ al-manāṭ*).

### *Dhimma* and *Uḥda* in Shī'a Jurisprudence

Dr. Ismā'īl Nimatullāhī, Assistant Professor

Hawza and University Research Institute, Qum

The concept of *dhimma* and *uḥda* (obligation and undertaking) comprises one of the very important subdivisions of commitments in Shī'a jurisprudence.

The proponents of the latter theory claim the total exclusion of the condition that causes disturbance in the basic components of the contract – such as contradicting condition of essence and unidentified condition – and thus regard its invalidity as indisputable, and in an absolute manner, believe in the non-corruption of other conditions.

The present article deals with the notion that the contradicting condition would not cause disturbance in the basic components of the contract and the unidentified condition, which makes the transaction uncertain and forbidden, in case the reason for forbidding is merely the loss inflicted upon one of the parties, its non-corruption can be maintained by granting cancellation right to the one who undergoes a loss.

**Keywords:** corrupted condition, invalid condition, condition contradicting the contract, unidentified condition, invalidation of the contract.

### **Semantics of Refinement of the Basis of a Ruling, Comparison with Similar Concepts and its Methodology**

**Dr. Hādī ‘Azīmī Gurgānī**, Assistant Professor

Islamic Azad University of Tehran, Central Branch

Refinement of the basis of a ruling (*tanqīḥ al-manāṭ*) is one of the rules of principles of jurisprudence, which is applied to the process of inference and for achieving the basis of a ruling (*manāṭ*). In general, it is a type of generalization of the rulings that have been issued for specific events and instances and in this way those features of the specific event or person that are not effective in the ruling are identified; then, these features are put aside and

the allusion to the priority analogy or to the narration on *qadhf*, have resorted to being content with agreed certitude in withdrawal from the application of *qiṣāṣ* evidences and have regarded the issue in question as included in generalities of *qiṣāṣ* evidences.

In this article, while doing a critical review of the evidences of both groups, the second view is preferred.

Islamic Penal Code, approved in 1370/1991, as well as the draft of Islamic Penal Code of 1388/2009 simply point out that if the murderer is the father or grandfather of the murdered person and the presumption discussed in this article is briefly carried out. Therefore, the jurisprudential analysis of this issue is of significance in clarifying the legal decision of this issue.

**Keywords:** deliberate murder, *qiṣāṣ*, *qiṣāṣ* of the father, negation of paternity.

## A Glance at the Impact of Invalid Conditions on a Contract

**Dr. Ḥusayn Ṣābirī**, Associate Professor

Ferdowsi University of Mashhad

**Maryam Ṣafā'ī**, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law

Ferdowsi University of Mashhad

Although the corrupted condition is not protected by sanctions, there are three beliefs as to whether its corruption (*fasād*) permeates the contract (*'aqd*) or not: theory of *fasād*, theory of non-permeation of *fasād*, theory of detailed specification (*tafṣīl*).

using the new methods that conform to the criteria presented above. Therefore, it seems that the procedure of donation of organ can also be used in administration of blood vengeance.

**Keywords:** crime, blood vengeance, donation of organ, avengers of blood, resemblance.

### Possibility of *Qisās* (Retaliated Punishment) of Father by the Child in Legal Opinions and Penal Laws

‘Alī Murād Ḥaydarī, Assistant Professor

Hazrat Ma’suma University

The impossibility of *qisās* of father for murdering the child is unanimously agreed upon by the Imāmī jurists; however, presuming that the father does not directly commit murder of the child and the child inherits the right for *qisās* against the father from the victim of crime, there is disagreement among the jurists as to whether the child can retaliate the father in *qisās* or not.

In this respect, a group of jurists believe in the impossibility of *qisās* of father. The evidences adduced by these jurists include: priority analogy, the narration *lā yaqādu wālidun bi waladihī* (father is not retaliated for [killing] the child), the narration on *qadhf* (false accusation of unchastity), the general evidences concerning enjoinder of doing good to parents and keeping their company honorably.

A group of jurists have issued a legal decision (*ḥukm*) for the possibility of *qisās* of father on this matter, too. This group of jurists, while rejecting

Dr. ‘Abd al-Riḍā Javān Ja‘farī, Faculty Member

Law Department, Ferdowsi University of Mashhad

Sayyid Muḥammad Javād Sādātī, M.A. Student of Criminal Law and  
Criminology

Ferdowsi University of Mashhad

The applicability of executing the *qiṣās* punishment through donation of organs is a novel topic and at the same time influential in safeguarding the blessings of human health and life.

The legitimacy of this procedure requires delving into legal views and opinions. The renowned majority of Imāmī jurists believe that the procedure of executing punishment in blood-vengeance has no topicality (relevance), and punishment has to be executed in a way that inflicts the least suffering on the criminal. In contrast, some other jurists believe that the equality and resemblance (*mumāthilat*) between the quality and procedure of executing the punishment and the perpetrated crime is an essential condition. According to this group of jurists, upon committing a murder, the whole body of the murderer is made available to the legal guardians (avengers of blood), who have *carte blanche* in executing blood vengeance in proportion to the features of the perpetrated crime.

Accepting the above-mentioned approach, the necessity of resemblance in the quality of punishment and the perpetrated crime is no longer an option and the blood vengeance can be administered using methods that inflict the least pain and suffering on the criminal. It is for this reason that the renowned majority of Imāmī jurists have on one hand emphasized on administration of blood vengeance with a sharp sword and on the other hand have accepted



The issue of validity and non-validity of absolute conjecture, although frequently studied and researched by great scholars, is still in need of further research, since the studies and researches carried out so far are typically based on the presuppositions that have been regarded as indisputable and needless of study and research; whereas, in fact, they are not indisputable and need further research. The principle of non-validity of conjecture and exclusiveness of essential authority to absoluteness is one of these presuppositions that the writer has dared to re-examine. After redefining such concepts as “*hujjiyya*” and “*ilm*” and resolving the impediments to asserting the validity of absolute conjecture, he has found the chance to believe in the inherent validity of conjecture and, while examining the arguments of the repudiators, to uncover the fact that the verses, traditions, and intellectual exigencies, contrary to what is presumed, do not disprove the validity of rational conjecture, and naturally regard it as valid. Thus, the writer opens up a third way through the non-validity of the absolute conjecture and its validity due to impediment (*insidād*) and admits that in case of the incompleteness of this way, the non-validity of absolute conjecture is to be accepted, because the reason for impediment is incomplete. However, it is to be said that the writer’s ultimate goal in writing this article is not necessarily proving the validity of absolute conjecture; rather, it is to open up a way to deeper research on this issue.

**Keywords:** validity, conjecture, absolute conjecture, validity of absolute conjecture, inherent validity.

## Legal and Juridical Study of *Qisās* through Donation of Organs

rational principle of the authority of manifestation. The modern conventional understanding of the subject mentioned in the context of traditions annuls the specification and provides the jurispudent with the chance to interpret and expand the subject and manage to discover the primary ordinances about it. The theory of “social understanding of statutes” applies to that category of legal ordinances that are both devised on the basis of social interests of human beings rather than their human nature and the lack of evidence denoting the non-interpretation of statute. Thus, devotional ordinances lie outside the limits of this rule and the theory is executable in social and transactional issues within its conditions.

One of the most important outcomes of this theory is that the existing statutes and traditions have the capacity to be issued for most of the new subjects, just like the primary ordinance, without falling into the maelstrom of analogy or appealing too much to the secondary topics; an outcome that, according to Shahīd Ṣadr, unravels a great complication in jurisprudence.

**Keywords:** social understanding of statutes, refinement of the basis of a ruling, objectives of

*sharī'a*, convention, contextual manifestation, proportion of ordinance and subject.

### Further Research on the Validity of Absolute Conjecture

‘Alī Bābā’ī Āriyā, Ph.D. Student

Ferdowsi University of Mashhad

Dr. ‘Abd al-Karīm ‘Abdullāhīnizhād, Associate Professor

Ferdowsi University of Mashhad

## ABSTRACT

### Theory of Social Understanding of Statutes; Principles, Application

**Ilhām Iskandarī**, M.A. in Jurisprudence and Principles of Islamic law

**Dr. ‘Alī Tavallā’ī**, Assistant Professor

Faculty of Jurisprudence and Law, Yazd University

The theory of Muḥammad Jawād Mughniya entitled “social understanding of statutes”, is the evolved mechanism for the refinement of the basis of a ruling (*tanqīḥ-i manāṭ*) in legal reasoning (*ijtihād*) process, which has been developed according to such principles and criteria as objectives of *sharī‘a*, convention, and contextual manifestation. Heeding the objectives of *sharī‘a*, in view of the temporal and spatial elements, creates a type of definite proportion between the subject and the ordinance and maintains a manifestation for the context of the lawmaker’s speech, which will be valid on the basis of the

## Table of Contents

<b>Theory of Social Understanding of Statutes; Principles, Application</b>	9
Ilhām Iskandarī -Dr. ‘Alī Tavallā’ī,	
<b>Further Research on the Validity of Absolute Conjecture</b>	36
‘Alī Bābā’ī Āriyā - Dr. ‘Abd al-Karīm ‘Abdullāhīnizhād	
<b>Legal and Juridical Study of <i>Qisās</i> through Donation of Organs</b>	65
Dr. ‘Abd al-Riḍā Javān Ja‘farī -Sayyid Muḥammad Javād Sādātī	
<b>Possibility of <i>Qisās</i> (Retaliated Punishment) of Father by the</b>	85
<b>Child in Legal Opinions and Penal Laws</b>	
‘Alī Murād Ḥaydarī	
<b>A Glance at the Impact of Invalid Conditions on a Contract</b>	101
Dr. Ḥusayn Ṣābirī -Maryam Ṣafā’ī,	
<b>Semantics of Refinement of the Basis of a Ruling, Comparison</b>	127
<b>with Similar Concepts and its Methodology</b>	
Dr. Hādī ‘Azīmī Gurgānī	
<b><i>Dhimma</i> and <i>‘Uḥda</i> in Shī‘a Jurispruden</b>	155
Dr. Ismā‘ī Nimatullāhī	



**In the Name of Allah**



## **Islamic Studies**

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

**Issue 90, Autumn 2012**

**ISSN 2008-9139**

**License Holder**

Ferdowsi University of Mashhad

**Editor in Chief:** Dr. M.T. Fakhla'

### **Editorial Board**

**Dr. A. A. zad fard**

Prof, Dept of Law, Mazandaran Univ

**Dr. . Baqir**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence,  
Tehran Univ

**Dr. M. H. H 'ir**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. H. S bir**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. M.T. Fakhla'**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. S M. Muhaqqiq D m d**

Prof, Dept of Law, Shahid Beheshti Univ

**Dr. H. Mihrp r**

Prof, Dept of Law, Shahid Beheshti Univ

**Dr. H. N sir**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

### **Translation of Abstracts**

A. Rezwani

**Printing & Binding:** Ferdowsi University  
Press

**Circulation:** 500

**Price:** Rs 8000

**Address:**

Faculty of Theology  
University Campus  
Azadi Sq.  
Mashhad – Iran

**Post Code:** 9177948955

**Tel:** (+98511) 8834909

**Fax:** (+98511) 8834909



ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES

# **Islamic Jurisprudence & Its Principles**

The Research Journal  
of the Faculty of Theology and Islamic Studies  
**Issue 90, Autumn 2012**