



فقه و اصول



اصلاحیه قانون ارث، زوجه در ایینه فقه / دکتر عبدالحسین رشایی راد

سقوط قصاص با عفو برخی از اولیاء / دکتر محمد حسن شملانی

درنگی در لزوم تقلید اعلیٰ / دکتر محمد رضا علی سولای

مناسبت حکم و موضوع: کارگرها و سازوکارهای تشخیص در بیان فقیهان

دکتر ابوالفضل علیشاهی، قلمه درویش، دکتر اردوان ارزنگ

بررسی مبانی مشروعیت شرط فاسخ در فقه شیعه / سید علی جبار کلباشی ماسوله

قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق ادبی و هنری در ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و مصر

سید محمد مهدی قنولی درآقشان - دکتر سعید محسنی

پژوهشی در سیر تاریخی تنقیح مناط در فقه امامیه / فائزه ملکی - دکتر محمد حسن جباری - دکتر محمد تقی فخرلی



مطالعات اسلامی

فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۹۱ - زمستان ۱۳۹۱ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: دکتر علیرضا عابدی سرآسیا

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

استاد 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؛ حَرَف / حِرَف.
- 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 محمد محسنی دهکلانی (استادیار دانشگاه مازندران)
۱۵. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۶. دکتر محسن ملک افضلی اردکانی (استادیار دانشگاه قم)
۱۷. آية الله موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۸. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۹	اصلاحیه قانون ارث زوجه در آیینہ فقه دکتر عبدالحسین رضائی راد
۲۹	سقوط قصاص با عفو برخی از اولیاء دکتر محمد حسین شعبانی
۵۱	درنگی در لزوم تقلید اعلّم دکتر محمدرضا علمی سولا
۶۷	مناسبت حکم و موضوع: کارکردها و سازوکارهای تشخیص در بیان فقیهان دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی / دکتر اردوان ارژنگ
۸۷	بررسی مبانی مشروعیت شرط فاسخ در فقه شیعه سید علی جبار گلباغی ماسوله
۱۰۹	قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق ادبی و هنری در ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و مصر سید محمد مهدی قیولی درافشان / دکتر سعید محسنی
۱۴۳	پژوهشی در سیر تاریخی تنقیح مناط در فقه امامیه فائزه ملکی / دکتر محمد حسن حائری / دکتر محمد تقی فخلعی
۱۸۵	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۱، زمستان ۱۳۹۱، ص ۲۸-۹

اصلاحیه قانون ارث زوجه در آئینه فقه*

دکتر عبدالحسین رضائی راد
استادیار دانشگاه شهید چمران اهواز
Email: ahrr39@scu.ac.ir

چکیده

در این مقاله بخشی از اصلاحیه قانون مدنی ایران که در بهمن ماه ۱۳۸۷ شمسی به تصویب رسیده است، یعنی اصلاحیه ماده ۹۴۶ که مطابق آن تغییر مهمی در نحوه ارث بری زوجه از همسر خود صورت گرفته است و قانون مدنی از نظر مشهور فقهای شیعه فاصله گرفته و به نظر فقهای اهل سنت و نظرهای نادر و متروک بعضی از فقهای متقدم شیعه نزدیک شده است، از دیدگاه فقهی مورد تحلیل قرار می‌گیرد و با هدف ارتقای میزان مشروعیت قوانین موضوعه در ضمن حفظ پویایی و واقع‌گرایی قوانین موجود، میزان تطبیق اصلاحیه مذکور با موازین فقهی و دلایلی که می‌تواند تضعیف‌کننده یا مؤید آن باشد مورد بررسی قرار می‌گیرد تا با این گونه مباحث، زمینه ضابطه‌مندتر شدن تغییر قوانین و نزدیکی هر چه بیشتر قوانین با موازین اسلامی در آینده و تحقق مهم‌ترین آرمان انقلاب اسلامی یعنی اسلامی شدن حکومت و جامعه و مهم‌ترین اصل قانون اساسی یعنی اصل چهارم فراهم آید.

کلیدواژه‌ها: زن، ارث، زوجه، اموال منقول، عرصه، اعیان، اصلاحی، ماده ۹۴۶، قانون مدنی ایران.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۴/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۱۲/۰۷.

بیان مسئله

در سال ۱۳۸۳ شمسی لایحه‌ای در مجلس شورای اسلامی ایران مورد بررسی قرار گرفت که بر اساس آن می‌بایست مواد ۹۴۶ تا ۹۴۸ قانون مدنی، که در خصوص میراث زوجین از همدیگر است، مورد اصلاح قرار می‌گرفت. اما این مصوبه توسط شورای نگهبان به دلیل مخالفت با شرع مورد تایید قرار نگرفت (اخوان بی طرف، ۱۳۸۷ سایت تابناک) و از آن پس با اصلاحات مختلف مورد بررسی مجدد قرار گرفت تا عاقبت در بهمن ماه ۱۳۸۷ این اصلاحیه مورد تصویب قرار گرفت و پس از سکوت ده روزه شورای نگهبان و از آن جا که مطابق قانون (اصل ۹۴ قانون اساسی) در صورت گذشت ده روز و عدم اعلام نظر، مصوبه، حکم قانون را پیدا می‌کند این اصلاحیه در شمار قوانین در آمد و جایگزین قانون قبلی شد و به نهادهای اجرایی ابلاغ شد.

یکی از تغییرات مهمی که بر اساس این اصلاحیه، در قانون مدنی ایران پس از حدود هفتاد سال از تصویب آن ایجاد شد این بود که مطابق ماده ۹۴۶ قانون مدنی سابق ارث زوج از همه اموال زوجه بود اما ارث زوجه از اموال زوج به اموال منقول اختصاص داشت و زوجه از عرصه اموال غیر منقول هیچ سهمی نداشت و فقط در اعیان آن‌ها (ابنیه و اشجار) سهم بوده آن هم در قیمتش نه در عینش و لذا در صورت فوت همسرش باید ابنیه و اشجار قیمت گذاری می‌شدند و از قیمت آن‌ها سهم زوجه پرداخت می‌شد و این مطلب مطابق نظر مشهور فقهای شیعه و اکثریت قریب به اتفاق فقهای معاصر بود؛ اما مطابق قانون جدید مقرر شد که سهم زوجه از تمام اموال زوج باشد همان طور که سهم زوج از تمام اموال زوجه است. با این تفاوت که سهم ارث زن از اموال زوجه در اموال غیر منقول اعم از عرصه و اعیان، اختصاص به قیمت اموال دارد و از عین آن‌ها ارث نمی‌برد اما سهم مرد از ارث زوجه در اموال غیر منقول هم به عین تعلق می‌گیرد هم به قیمت (روزنامه رسمی شماره ۱۸۶۵۱ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۱). با توجه به همین مطلب است که ماده ۹۴۷ که درباره نحوه قیمت گذاری بود سالبه به انتفاء موضوع می‌شد و حذف گردید؛ زیرا وقتی سهم زوجه از همه اموال آن هم از عین باشد دیگر نحوه قیمت گذاری معنایی ندارد، لذا در ماده ۹۴۸ آمده است که در صورت امتناع ورثه از پرداخت قیمت اموال غیر منقول زن می‌تواند حق خود را از عین اموال استیفاء کند. این تغییر، قانون مدنی را در مبحث ارث زوجه به نظر اهل سنت و نظرهای نادر و متروک بعضی فقهای متقدم شیعه نزدیک می‌سازد.

پرسش اصلی این تحقیق، آن است که کدام دلیل فقهی و مدرک معتبر، اقتضای چنین تغییری را داشته است و این اصلاحیه چه جایگاهی در نظام فقهی و چه میزانی از اعتبار شرعی را داراست؟

مقدمه

تأمین عدالت اجتماعی و رفع تبعیض‌ها، هم هدف انبیاء (حدید: ۲۵) و هم هدف نظام جمهوری اسلامی است (قانون اساسی ایران، اصل دوم و سوم، بند ۹) و یکی از مهم‌ترین مصادیق آن ایجاد مساوات و برابری میان زن و مرد در برابر قانون و رفع تبعیضات از میان این دو جنس بشری می‌باشد (قانون اساسی ایران، اصل بیستم)؛ اما تأمین عدالت هم چنان که از آیات مختلفی از قرآن کریم استنباط می‌شود (برای نمونه ر. ک: حدید: ۲۵؛ و الرحمن: ۷ و ۹) به میزان و ملاک نیازمند است تا بر اساس آن میزان، عدالت تعریف شود؛ مرزها و مصادیق آن به طور دقیق روشن شود و از افراط و تفریط‌ها و جایگزین شدن بی‌عدالتی‌ها به نام عدالت در جامعه پیشگیری شود و بی‌شک کتاب خدا و احکام شرع اطهر و فقه اسلامی، که ارث ائمه طاهرين و سرمایه علماء و صالحین می‌باشند، بهترین ملاک برای تشخیص عدالت و عدالت محوری قوانین موضوعه هستند.

موضوع این تحقیق، بررسی اصلاحیه قانون ارث ایران و تطبیق آن با ملاک‌های عدالت و انصاف در آئینه فقه اسلامی است.

پیشینه تحقیق

مسئله میراث زوجه، از قدیم الایام، در محافل فقهی مورد بحث بوده و میان فقهاء شیعه و سنی از سوئی و میان علمای شیعه از سوی دیگر اختلاف نظرهایی وجود داشته است و علاوه بر آثار و رساله‌های مستقل در این خصوص، مبحث ارث در مجموعه‌های فقهی، یکی از دشوارترین و پر دامنه‌ترین ابواب را به خود اختصاص داده است. اما با وجود این، در هر زمان، هر مجتهد، به دلیل حرمت تقلید بر مجتهد، حق خود می‌دانسته که ادله احکام را باز خوانی کرده و رأی مستقل و اجتهادی خود را در همه ابواب برای خود و مقلدانش بیان دارد و همین امر همیشه پرونده این گونه مباحث را باز گذاشته و جایی برای کار بیشتر ایجاد کرده و شاید پویایی فقه شیعه و حیات جادوانه‌اش نیز ریشه در این امر داشته باشد.

به وجود آمدن حکومت اسلامی و روی کار آمدن فقها در کشور ایران و ضرورت تنظیم قوانینی که هم، مرتفع کننده نیاز اجتماع و تأمین کننده عدالت و هم، مطابق موازین شرعی و فقه اسلامی باشند ضرورت بازنگری احکام و ادله را دو چندان می‌کند؛ به این سبب، و به خصوص به بهانه اصلاحیه‌ای که اخیراً در قانون ارث ایران صورت گرفته است می‌توان به مطالعه مجدد ادله پرداخت و در جستجوی نگرشی نوین و راهکارهایی تازه تر بود.

بیان نظرها

در خصوص ارث زن از اموال منقول زوج هیچ بحثی وجود ندارد و همگی علمای شیعه و سنی این مطلب را تایید کرده‌اند (نجفی، ۲۰۷/۳۹) و آیه شریفه نیز صراحتاً این مطلب را بیان کرده است. (نساء: ۱۲) اما در ارث زوجه از اموال غیر منقول شوهرش پنج نظر وجود دارد (ر. ک: شهید ثانی مسالک الافهام، ۳۶۸/۲؛ آل بحر العلوم، ۸۱/۳-۸۷؛ نراقی، ۷۵۱/۲)

نظر اول نظر مشهور فقهاست و تعداد کثیری از فقهای شیعه و اکثریت فقهای معاصر نیز بر آن صحه گذاشته‌اند و آن این که زن از زمین شوهر ارث نمی‌برد؛ اعم از آن که زمین زراعتی باشد یا زمین مسکونی یا ملک تجاری و این محرومیت هم شامل اصل مال است و هم شامل قیمت آن و زن نه از اصل زمین شوهر ارث می‌برد نه از قیمتش؛ اما از اعیان مانند بنا و درختان ارث می‌برد ولی از قیمت آن‌ها و زن پس از قیمت گذاری آن بناها می‌تواند سهم خودش را از قیمت آن اموال ببرد. ماده ۹۴۶ سابق و قانون مدنی نیز مطابق این نظر تنظیم شده بود.

نظر دوم این است که اگر زن فرزندی داشته باشد از عین اموال غیر منقول هم ارث می‌برد اما در صورت نداشتن فرزند در اموال غیر منقول سهمی ندارد و فقط از قیمت آن‌ها ارث می‌برد. از جمله طرفداران این نظر محقق حلی (شرایع الاسلام، ۴/۳۴) و ابن جنید اسکافی (نجفی، جواهر الکلام ج ۳۹ و نیز ر. ک طوسی، الخلاف ج ۸ ص ۱۸۹ مسئله ص ۲۰۷ هردو به نقل از ابن جنید) را می‌توان نام برد.

نظر سوم نظری است که به سید مرتضی نسبت داده شده (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۳۴/۴) به نقل از سید مرتضی علم الهدی، الانتصار ص ۱۷۵) و آن این است که زن از عین زمین مسکونی سهمی ندارد اما در قیمت آن سهم است و در عین اموال غیر منقول نیز سهم خود را مالک می‌شود؛ یعنی در صورت بچه دار بودن از متوفی یک هشتم، و در صورت بچه دار نبودن یک چهارم. فتوای مقام معظم رهبری هم با این نظر تطابق دارد. (خامنه‌ای،

۱۳۸۷/۱۲/۲۰) و قانون تصویب شده جدید نیز بر این نظر مبتنی شده است. نظر چهارم آن است که زن از همه اموال شوهرش ارث می برد اعم از منقول و غیر منقول و اعم از قیمت و عین هم چنان که شوهر از همه اموال زن ارث می برد. (علامه حلی، مختلف الشیعه ج ۲، ص ۱۸۴ و الحسینی العاملی، ج ۸، ص ۱۹۰. هر دو به نقل از ابن جنید) در قرن دوم هجری ابن جنید این نظر را پذیرفته (علامه حلی، مختلف الشیعه ج ۲، ص ۱۸۴ و الحسینی العاملی، ج ۸، ص ۱۹۰. هر دو به نقل از ابن جنید) و از متأخران صاحب بدایع الاحکام (لاهوئی، بدائع الاحکام ص ۲۴۲) و از معاصران رحیم ارباب (مهرپور، میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران ص ۱۳۲)، یوسف شعار (زاخری، ارث زن از دارائی شوهر ص ۲۶-۲۸) و آیت الله صانعی^۱ را می توان از طرفداران این نظر دانست. (صانعی ۱۳۸۶/۹/۲۴) نظر پنجم نظر آیت الله بروجردی و جمعی دیگر از فقهاست که زن را از اراضی مزروعی و باغ شوهر محروم نمی دانند ولی از زمین مسکونی محروم می شمارند. (ر. ک: شریعت اصفهانی، صیانه الابانه، مقاله ارث الزوجه ص ۷۵) شیخ مفید (ر. ک شهید ثانی، المسالک، ج ۲، ص ۳۶۸ و رساله میراث زوجه ص ۲۵۵ و نجفی، ج ۳۹ ص ۲۱۴)، ابن ادریس (همان)، محقق در کتاب نافع (محقق حلی، مختصر النافع ص ۲۶۴ به نقل از بعضی از فقها) و فاضل آبی (آبی- فاضل. کشف الرموز ج ۲، ص ۴۶۱) در کشف الرموز نیز این نظر را بیان کرده اند و آیت الله منتظری هم به نحوی بر این نظر صحه گذاشته و می فرمایند: «احتیاط مستحب آن است که در زمین غیر خانه با ورثه صلح کنند.» (منتظری معاصر، رساله توضیح المسائل ص ۵۵۱ مسئله ۲۹۸۹)

با مقایسه این نظرها می توان فهمید که «در این مطلب که اجمالاً زن از مقداری از ترکه همسر خود محروم است اتفاق نظر وجود دارد» (الحسینی العاملی. ج ۸ ص ۱۸۹ و طوسی الخلاف مسئله ۱۳۱ از کتاب الفرائض) و شیخ طوسی در خلاف و ابن ادریس در «السرائر» (ج ۳ ص ۲۵۸) صیمری در غایة المرام (نجفی ج ۳۹ ص ۲۰۷ به نقل غایة المرام) و ابن براج در المهذب (ابن البراج، ج ۲ ص ۱۴۱) همگی بر این مطلب ادعای اجماع کرده اند. گر چه هر کدام از فقها در این که مقدار محرومیت زوجه چقدر است و در چه اموالی و با چه شرایطی است نظره های متفاوتی ارائه داده اند اما در محرومیت فی الجمله زوجه از ارث

^۱ - آیت الله صانعی پیش از این نظری مثل نظر اول که نظر مشهور فقهاست داشتند ولی بعد از این نظر عدول کرده و نظر ابن جنید را پذیرفته اند.

شوهر همگی اتفاق نظر دارند و از متقدمان شیعه به جز ابن جنید کسی با این نظر به مخالفت بر نخاسته است. البته نظر اهل سنت هم با نظر ابن جنید تطابق دارد.

حتی نظر ابن جنید هم در رد این اجماع صراحت ندارد؛ زیر ایشان می‌فرمایند: «هرگاه زوج فرزندی داشته باشد برای زوج ربیع و برای زوجه ثمن از جمیع ترکه خواهد بود؛ چه عقار باشد چه اثاث و مانند آن» و از آن جا که مشخص نمی‌فرمایند که مقصود فرزندی است که از همان زوجه است یا از غیر او را نیز شامل می‌شود، لازمه سخن او این است که زوجه از جمیع ترکه ارث ببرد حتی اگر از زوج متوفا فرزندی نداشته باشد. (نجفی، جواهر الکلام ج ۳۹ ص ۲۰۷) و اگر مقصود او فرزند داشتن زن از زوج متوفا باشد مطابق نظر محقق حلی و شیخ طوسی است و منافاتی با محرومیت زن در صوت نداشتن فرزند از همسر متوفا نداشته و خلاف اجماع نیست.

با این همه این نظر در بعضی از آثار به عنوان نظری متروک شناخته شده است (آبی، ج ۲، ص ۴۶۱) و هم علمای قبل از او و هم بعد از او بر خلاف آن ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، ج ۳۹ ص ۲۰۷) هر چند صاحب دعائم الاسلام بر نظر ابن جنید ادعای اجماع کرده است. (همان به نقل از قاضی نعمان) در این میان، تعداد زیادی از فقهای متقدم این مسئله را مسکوت گذاشته و در این خصوص نظری نداده‌اند که از آن جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

سلازین عبدالعزیز در المراسم (ص ۲۲۳)، طوسی در تبیان (ج ۳ ص ۱۲۳)، مقدس اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان (نجفی، ج ۳۹ ص ۲۰۷ به نقل از مقدس اردبیلی) پیش نویس ماده واحده اصلاحیه، مطابق نظر ابن جنید تنظیم شده بود و زن را در همه ماترک همسر خود سهم دانسته و تفاوتی میان اموال غیر منقول و اموال منقول قائل نشده بود. (مینویی زهرا، سایت آفتاب ۲۰۳/۶/۲۲) اما در طی اصلاحات مکرر در مرحله نهائی نظر سوم که مطابق با نظر سید مرتضی است مورد تصویب قرار گرفت.

بررسی دلایل

اصلاحیه قانون ارث از میان همه نظرها نظر سید مرتضی را انتخاب کرده که علامه حلی هم آن را حسن دانسته (المختلف، ج ۲ صفحه ۱۸۴) و به جز این دو بزرگوار و مقام معظم رهبری هیچ فقیهی آن را تأیید نکرده است. نظریه‌ای که حتی از نظر ابن جنید که ادعای اجماع بر خلاف آن، هم پیش از آن هم بعد از آن شده است و به عنوان نظری متروک شناخته شده

است (آبی جلد ۱ صفحه ۴۶۳) طرفداران کم تری دارد و لذا جای این پرسش وجود دارد که قانون گذار با چه مدرک و ملاکی این نظر شاذ و نادر را برگزیده است که صاحب جواهر حتی نظر متروک ابن جنید را هم از آن بهتر می داند و بر آن ترجیح می دهد و آن را بسیار غریب و بعید از فقه و فقهاء و روایات می داند (نجفی، ج ۲۹ صفحه ۲۱۰) و قانون قبلی که مطابق نظر اکثر فقهاء و بلکه اجماع آنان است تغییر داده است؟

قرآن کریم در خصوص مسئله مورد بحث که محرومیت زوجه از زمین شوهر متوفای خویش است اجمال دارد؛ زیرا به طور کلی سهم الارث زن را بیان می دارد که همان یک هشتم یا یک چهارم است و به محل نزاع اشاره ای ندارد و لذا نیازمند بیان و قابل تخصیص است و در صورتی که در روایات قید و شرطی یا محدودیتی برای آن معین نشده باشد، آیه شریفه نمی تواند بدون ملاحظه و اعتبار آن قیود و شروط مورد استناد و ملاک فتوا واقع شود. بنابراین، عمده دلیل مخالفان این مسئله و موافقانش، احادیث صحیحهای است که در این باب وجود دارد (رک: حر عاملی، ج ۱۷، ابواب میراث زوجه باب ۶) و به حدود ۱۹ حدیث می رسد.

ریشه اختلاف میان فقهاء در این خصوص و علت وجود نظرهای پنجگانه در نحوه تفسیر این احادیث و جمع میان آنان از سوئی و جمع میان آن احادیث و آیه شریفه از سوی دیگر است و لذا برای کشف حقیقت و رسیدن به نظر صحیح تر چاره ای جز بازخوانی این احادیث، برای ما نمی ماند.

بررسی روایات

در روایات این باب حر عاملی، هفده روایت به صراحت، دلالت بر محرومیت زوجه از زمین های همسر دارند. در بعضی از آنها کلمه «ارض» به کار رفته است (همان. حدیث ۳ و ۴ و ۵ و ۶ و ۸ و ۱۱ و ۱۵) و بعضی دیگر با الفاظی مشابه به همین معنا دلالت دارند و در آنها کلماتی مانند «عقار» (همان. حدیث ۷ و ۱۴ و ۱۶ و ۱۷) یا «دور» (همان حدیث ۱ و ۱۰ و ۱۲ و ۱۴) یا «رباع» (همان حدیث ۲ و ۱۱) و مانند آن (همان حدیث ۱۳ و ۵) به کار رفته است و همگی یا به معنی زمین یا به معنی نوعی از انواع آن هستند.

در بعضی از این روایات، مسئله محرومیت زوجه از ارث همسر، با تأکید بسیار مطرح شده و از جمله بیان شده که «هذا لاشک فیه» (همان، حدیث ۷) یا در روایتی در پاسخ به سؤال

کننده‌ای که به این حکم اعتراض کرده و گفته مردم زیر بار این حکم نمی‌روند گفته شده است اگر ما حاکم باشیم با شمشیر آن‌ها را وادار به پذیرش آن می‌کنیم (همان. حدیث ۸ و ۱۱) و در روایتی دیگر امام معصوم تصریح می‌فرمایند این مسئله، حکمی است که پیامبر (ص) املاء کرده و امام علی (ع) با خط خود کتابت فرموده و دست به دست از معصومان (ع) به دست ما رسیده است (همان. حدیث ۱۷) و مسئله به گونه‌ای است که جای هیچ تردیدی باقی نمی‌گذارد.

در تعدادی از روایات، علاوه بر محرومیت زوجه از بخشی از ترکه، مسئله دیگری نیز مطرح شده است و آن برخورداری زوجه از قیمت بخش هائی دیگر از ترکه است که به معنی محرومیت او از عین آن هاست (همان باب ۶ از ابواب میراث ازواج حدیث ۱ و ۱۵ و ۱۶) مثلاً در یک روایت به برخورداری زن از قیمت طوب (خشت و آجر) و بنا (ساختمان) و خَشَب (جمع خشب به معنی چوب و تیر) و قَصَب (به معنی نی) اشاره شده است و در بعضی، قیمت نقض (ساختمان ویران شده) و ابواب (درها) و جُدُوع (جمع جذع به معنی تنه درخت خرما) مطرح شده است.

نا گفته نماند، ارث بردن زن از اموال منقول شوهر از قبیل متاع البیت (کالای خانه) و... در بعضی روایات به صراحت بیان شده است و به همین سبب مورد اتفاق فقهاست و بحثی بر روی آن نشده است. با وجود روایات واضح و روشنی که در تأیید محرومیت زوجه از زمین‌های همسر وجود دارد اما اشکالاتی در این روایات موجود است که استنباط صریح و قاطع از آن‌ها را دشوار می‌سازد.

اشکال اول

در مقابل روایاتی که دلالت بر محرومیت زوجه از اموال غیر منقول شوهر را دارد دو روایت نیز وجود دارد که هم دلالت بر ارث بری زوجه از تمامی اموال شوهر را دارند و این دو روایت است که مسئله را قدری دشوار کرده است. یکی از این روایات، روایت ابن ابی یغفور از امام صادق (ع) است که امام در پاسخ سؤال ایشان می‌فرماید «یرثها و ترثه من کل شیئی ترک و ترکت». یعنی زن از هر چه مرد به جا گذاشته ارث می‌برد و مرد هم از هر چه زن به جا گذاشته ارث می‌برد (همان باب ۷ از ابواب میراث ازدواج حدیث ۱ و ۲) و روایت دیگر روایت عبید بن زراره و فضل ابی العباس است که از امام صادق سؤال می‌کنند درباره زنی که

شوهرش پس از عقد و تعیین مهر از دنیا می‌رود و امام می‌فرماید: «... لها نصف الصداق و ترثه من كل شئى و ان ماتت فهو كذلك»: در صورت مرگ زوج، نصف مهر از آن زوجه است و از هر چه که مرد به جا گذاشته ارث می‌برد و اگر زن بمیرد مرد نیز همین طور است. (همان ج ۱۵، ابواب مهوور ص ۷۳)

برای حل این اشکال هر فقیه‌ی به راهی رفته و به شکلی درصدد تطبیق این دو دسته احادیث و رفع تضاد آن‌ها بر آمده و اختلافات میان فقها از همین جا ناشی شده است. بعضی این دو حدیث را در مقابل هفده حدیث قبلی حمل به تقیه کرده‌اند (طوسی، الاستبصار، ج ۴ ص ۱۵۵) و این دیدگاه مشهور فقهاست و مبتنی بر مشرب و سنت مشهور میان فقهاست که احادیث نادر را به خصوص اگر موافق مشرب اهل سنت باشد به دلیل حاکمیت سیاسی دیدگاه سنی در زمان معصومان حمل بر تقیه کرده (شیخ بهایی عاملی، الحبل المتین، ص ۱۰۳) و احادیث مخالف اهل سنت را نظر واقعی معصومان قلمداد می‌کنند.

برخی دیگر هفده حدیث دسته اول را به دلیل مخالفت با ظاهر و اطلاق قرآن، نادیده گرفته‌اند و این دیدگاه ابن جنید و هم فخران اوست که به عدم محرومیت زوجه از اموال غیر منقول اعتقاد دارند و مبتنی بر مشربی است که خبر واحد را در حدی حجت نمی‌دانند که بتوان با آن قرآن را تخصیص زد؛ زیرا هم چنان که بر اهل فن پوشیده نیست مشرب اکثر فقهاء قبل از شیخ طوسی که حجیت خبر واحد را به اثبات رساند و در جامعه فقهی تثبیت کرد (عدةالاصول ج ۱ ص ۲۸۸) این بود که به حجیت خبر واحد اعتقاد نداشتند و در صورت تعارض خبر واحد با ظواهر قرآن، اخبار را کنار می‌گذاشتند و علت مهجوریت و متروک شدن این نظر هم همین است؛ زیرا حجیت خبر واحد در مشرب فقهای پس از شیخ طوسی نظری جا افتاده است و غالباً از نگاه فقهای عظام، اطلاق قرآن با خبر واحد مورد تخصیص و تقيید قرار می‌گیرد. (ر.ک. میرزای قمی، قوانین الاصول، ص ۳۰۸)

گروه سومى هم در میان فقهاء می‌توان یافت که کوشیده‌اند بدون طرح و طرد هیچ کدام از این احادیث به نوعی میان آن‌ها جمع و آشتی برقرار سازند و یک دسته را به نفع دسته‌ای دیگر تفسیر و تحلیل کنند؛ برخی احادیث حرمان را حمل به زنی کرده‌اند که فرزند ندارد. (ابن البراج، المهذب، ج ۲ ص ۱۴۱) و روایات عدم حرمان را به زنی حمل کرده‌اند که فرزند دارد^۱

^۱ - بعضی حدیث ابن اذنیه (حر عاملی ج ۱۷ ص ۵۲۴ حدیث ۲) را که می‌فرماید: .. النساء اذ كان لهن ولد اطين من الرباع مويده اين جمع دانسته اند اما چون این حدیث مقطوع است حجتی ندارد و نمی‌تواند مویده به حساب آید در این حدیث ابن اذنیه بیان نمی‌کند که از چه امامی نقل می‌کند و این علامت مقطوع بودن حدیث است.

و برخی نیز احادیث حرمان را به زمین های وقفی یا فتح شده در جنگ‌ها اختصاص داده و احادیث عدم حرمان را به سایر املاک (قاضی نعمان، دعائم الاسلام، ج ۲ ص ۳۹۷) نظری که در قانون جدید ملاک عمل قرار گرفته، از این دسته است.

سید مرتضی که شاید نخستین کسی باشد که این نظر را مطرح کرده است و ظاهراً به جز علامه حلی از متقدمان (المختلف، باب ارث زوجه، ج ۲ صفحه ۱۸۴) و مقام معظم رهبری از معاصران کسی نظر او را تأیید نکرده است می‌فرمایند: «از متفردات امامیه است که زن از منزل مسکونی متوفی ارث نمی‌برد بلکه از قیمت ساختمان و ادوات آن حقیش داده می‌شود بدون آن که قیمت عرصه به او داده شود». (الانتصار، صفحه ۱۷۵، از مجموعه الجوامع الفقهیه). ایشان سپس می‌افزایند: «آن چه به نظر من قوی به نظر می‌رسد این است که این مسئله هم مانند مسئله سابق در مورد اختصاص پسر بزرگ‌تر به گرفتن قرآن و شمشیر متوفاست (حبوه). [و همان‌طور که در آن جا گفتم، حبوه مخصوص پسر بزرگ است ولی سایر ورثه سهم خود را از قیمت می‌برند] در این جا هم هر چند خانه به زوجه داده نمی‌شود ولی قیمتش برای او حساب می‌شود. دلیل قوت این نظر ما همان است که در مسئله حبوه گفتیم و ممکن است علت منع زوجه از بردن عین خانه این باشد که ای بسا بعد از متوفی، زوجه او ازدواج کند و کسی را در این خانه ساکن کند که رقیب متوفی بوده و یا به او حسد می‌برده و این امر بر طایفه و عشیره متوفی گران می‌آید؛ پس به زیباترین وجهی (منع از بردن عین و در عین حال دادن سهم الارث از قیمت) از این امر جلوگیری شده است.

سید در مسئله حبوه، دلیل خود را مبنی بر این که پسر بزرگ فقط این امتیاز را دارد که شمشیر و انگشتری و قرآن متوفی به او تسلیم می‌شود ولی قیمتش بر او حساب می‌گردد و در واقع از لحاظ قیمت چیزی بیشتر از سایر ورثه نمی‌برد، چنین بیان می‌کند که خداوند فرموده است: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ» (نساء: ۱۱) و ظاهر این آیه بر مشارکت زن با مرد در همه چیزهایی که میت از خود به جای گذاشته اعم از شمشیر و مصحف و غیره دلالت دارد و همچنین ظاهر آیات مربوط به میراث والدین و زوجین اقتضاء دارد که آن‌ها سهام مفروض خود را از جمیع ترکه میت ببرند و اگر برخی از ترکه را منحصر و مختص به پسر بزرگ‌تر بدانیم و قیمت را بر او حساب نکنیم، این ظواهر قرآنی را کنار گذاشته‌ایم و اصحاب ما هم بر این اجماع نکرده‌اند که پسر بزرگ‌تر به این چیزها ممتاز شده باشد بدون احتساب قیمت؛ بلکه آن‌ها بر اخباری اعتماد کرده‌اند که فقط دلالت بر این دارند که

اشیاء مزبور مختص به پسر بزرگ‌تر است بدون این که به احتساب قیمت یا عدم احتساب آن تصریحی شده باشد و حال اگر این اشیاء را مختص پسر بزرگ‌تر بدانیم ولی قیمت آن‌ها را با او حساب کنیم و از سهم الارثش کم بگذاریم و به دیگر ورثه بدهیم، هم ظواهر قرآنی محفوظ مانده و هم آن چه اَمّت بر آن اجماع دارند (اختصاص پسر بزرگ‌تر به حبوه) عمل شده است و علت این که پسر بزرگ را به این گونه اشیاء اختصاص داده و در عین حال قیمت را با او حساب می‌نماییم، این است که او جانشین پدر است و سزاوارتر است که این اشیاء مختصه به پدر را تحت تصرف داشته باشد. (سید مرتضی، ص ۱۷۵)

نظر سید با وجود آن که دل‌نشین و منطقی به نظر می‌رسد و به قول علامه حلی موجب جمع میان عموم قرآن و خصوص اخبار است (حلی علامه، المختلف، ج ۲ ص ۱۸۴) و شاید همین ویژگی قانونگذار را به تأیید آن کشانده باشد اما انتقادات زیر را نیز می‌توان به آن وارد کرد؛ انتقاداتی که می‌تواند علی‌رغم این ویژگی مثبت انسان را از گرایش به آن و قبولش منصرف سازد:

۱. در این نظر اخبار صریحی که تعداد آن‌ها به ۱۹ روایت می‌رسد و حتی می‌توان گفت به نوعی تواتر اجمالی به محرومیت زوجه از عین و قیمت زمین دارند نادیده گرفته شده است و این نقطه ضعف بزرگی است که نمی‌توان از کنار آن به راحتی عبور کرد و بیش‌تر با مشرب اهل سنت سازگار است نه با مشرب شیعه که حدیث مشهور نبوی را آویزه گوش دارد که «أنتی تارک فیکم الثقلین کتاب اللّٰه و عترتی...» و شاید به همین دلیل باشد که صاحب جواهر نظر این جنید را با همه ضعفش بر آن ترجیح می‌دهد. (نجفی، ج ۳۹ ص ۲۱۴ و ۲۱۵ و نیز رک: شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲ ص ۳۶۹)

البته نظر سید مرتضی با مشرب او که خبر واحد را حجت ندانسته و آن را قادر به تخصیص عموم قرآن نمی‌داند و در مشرب فقهی خود غالباً بر اجماع اصحاب و عمومات قرآن تکیه می‌کند سازگار است، هر چند که این گونه اخبار از حد خبر واحد فراتر رفته و در حد مستفیض و حتی متواتر هستند و از نظر قوت دلالت و صراحت هیچ گونه احتمال معنای دیگر را نمی‌پذیرند.

۲. گرچه سید توانسته است به شکل زیبایی میان عموم قرآن و خصوص روایات جمع کند اما این گونه جمع‌ها، ذوقی و تبرّعی است و با توجه به موازین علم اصول جایگاهی در فقه ندارد و پذیرفتنی نیست و جمع تبرّعی مادام که شاهدی در اخبار و ادله دیگر نداشته باشد

نمی‌تواند قابل قبول باشد (مظفر، اصول الفقه، ج ۴ ص ۲۱۸). به خصوص اگر روایات مستفیضه بر خلاف آن باشد؛ مانند آن چه در مورد بحث است.

۳. مهجور بودن این نظر در میان فقها آن هم در شرایطی که حتی نظر ابن جنید که از سوی بعضی نظری خلاف اجماع دانسته شده از نظر بعضی دیگر موافق اجماع دانسته شده است. نظر سید مرتضی حتی به اندازه نظر ابن جنید هم طرفدار پیدا نکرده و نه تنها ادعای اجماعی به نفع آن وجود ندارد بلکه حتی نمی‌توان در تاریخ فقه شیعه بیش از ۲ یا ۳ نفر موافق برای آن پیدا کرد. گرچه -بنابه نظر برخی- اجماع منقول و ادعایی حجیتی ندارد ولی از آن جا که شهرت فتوایی در شرایطی می‌تواند عامل ترجیح روایتی بر روایت دیگر یا نظری بر نظر دیگر باشد و بر اساس روایات معتبر یکی از ملاک های ترجیح محسوب است. (ر. ک: حر عاملی، ج ۱۸ ص ۷۵ باب ۱۹ از ابواب صفات قاضی) چگونه می‌توان نظری را بر سایر نظرها ترجیح داد که حتی ادعای شهرتی و اجماعی هم به نفع آن وجود ندارد و بلکه به نوعی می‌توان گفت اجماع مرکب بر خلاف آن وجود دارد؛ زیرا هم موافقان نظر ابن جنید و هم مخالفان آن (نظر مشهور) که هر کدام بر نظریه خود ادعای اجماع کرده‌اند هر دو گروه با این نظر مخالفند و لذا هر دو گروهی که اجماعشان ادعا شده با این نظر مخالفند و این نظر با محل اجماع هر دو گروه مخالف است و با اضافه کردن این که سایر نظرها هم، این نظر را تأیید نمی‌کند و مخالف آن است می‌توان گفت اجماع مرکب بر خلاف آن است.

۴. یکی دیگر از امارات ضعف نظر سید مرتضی آن است که خود ایشان در ضمن سخن خود در بیان این نظر اظهار می‌دارد که محرومیت زن از زمین شوهر، از متفردات امامیه است ولی در عین حال می‌کوشد تا با ارائه تحلیلی خاص، این مطلب را مورد انتقاد قرار داده و مطلبی مخالف آن چه خودش نظر همه امامیه می‌داند مطرح سازد.

بعضی از معاصران در جمع میان این دو دسته روایت، راهی را پیش گرفته‌اند که به منزله پذیرش نظر متروک و خلاف اجماع ابن جنید است و گفته‌اند دو حدیث اخیر نص در عموم‌اند؛ یعنی در این نکته صراحت دارند که زن از همه اموال شوهر ارث می‌برد. اما روایات دیگر نص در خصوص نیستند و لذا به دلیل ترجیح نص بر ظاهر، روایات حرمان کنار گذاشته شده و فتوا به عدم حرمان داده می‌شود. (صانعی، ص ۲) حتی اگر هم احادیث حرمان را نص در محرومیت زوجه بگیریم به دلیل تعارض دو نص هر دو ساقط شده و مطابق اطلاق قرآن و با استناد به اصل اطلاق، ارث برای زن را مطلق دانسته و فتوا به عدم حرمان می‌دهیم.

اما آن چه پذیرش این نظر را قدری دشوار می‌سازد صراحت و تأکید ویژه‌ای است که در روایات حرمان وجود دارد که قابل مقایسه با روایات عدم حرمان نیست و اگر روایات عدم حرمان را هم نص فرض کنیم - که بعید است بتوان به آن نص گفت - روایات حرمان هم نص است؛ با این تفاوت که تعدد و تأکید بیشتری بیان شده است و مطابق موازین علم اصول در صورت تعارض ظاهر با اظهر و صریح با اصرح ترجیح با دلیلی است که اظهر و اصرح و مؤکدتر باشد (حکیم محمد سعید، المحکم فی اصول الفقه، ج ۶ ص ۷۸) و هر اهل ذوقی با ملاحظه روایات می‌تواند قضاوت کند که تأکید و صراحت روایات حرمان به مراتب از صراحت و تأکید روایات عدم حرمان بیشتر است.

اشکال دوم

مشکل دیگری که در روایات این باب وجود دارد، تعدد و تنوع واژه‌هایی است که در این احادیث به کار رفته است. اگر «عقار» و «دور» و «رباع» و «ضیاع» و مانند آن که برای تعیین متعلق محرومیت زوجه به کار رفته همگی به معنی «ارض» باشد نظر مشهور تأیید می‌شود اما اگر نتوانیم آن‌ها را به معنای واحدی از این دست ارجاع دهیم علاوه بر تعارضی که میان این دسته از روایات با دسته دیگر وجود داشت و در اشکال اول مطرح شد میان احادیث همین دسته یعنی احادیث حرمان با خودشان هم تعارض و تضاد ایجاد خواهد شد و اگر تعارض میان این دسته ایجاد شود همدیگر را ساقط می‌کنند و لذا احادیث عدم حرمان بلا معارض مانده و نظریه عدم حرمان به اثبات می‌رسد.

برای رفع این اشکال بررسی واژگانی و نگارشی به معنای واژه‌های به کار رفته ضرورت پیدا می‌کند.

در کلیه احادیث مربوط به این موضوع که در کتاب وسائل الشیعه حرعاملی ج ۱۷ ابواب میراث ازواج دسترسی است به طور صریح محدودیت زوجه از ارث در بخشی از اموال شوهر مطرح شده اما در بعضی کلمه ارض به کار رفته در بعضی کلمات دیگر که به شکل زیر قابل دسته بندی است:

«عقار» در احادیث ۷ و ۱۴ و ۱۶ و ۱

«ارض» در احادیث ۳ و ۴ و ۵ و ۶ و ۸ و ۱۱ و ۱۵

«دور» در احادیث ۱ و ۱۰ و ۱۲ و ۱۳

«دار» در حدیث ۵

«رباع» در حدیث ۲ و ۱۱

«ضیاع» در حدیث ۱۳

معنای «ارض» مشخص است و اعم است از انواعی چون زمین کشاورزی، زمین مسکونی، ملک تجاری و غیره.

«عقار» (با فتح عین) جمع عَقَر به معنی اصل و موضع است و گفته شده که به معنی زمین مسکونی است؛ زیرا «عقار البیت» به معنی زمین آن است و بعضی هم آن را به معنی کالاهای اصلی تفسیر کرده‌اند. (ابن منظور، ج ۴ ص ۵۹۶) «عقار» هم به معنای منزل و ارض به کار رفته است و هم به معنای «ضیاع» که جمع ضَبِعه (با فتح ضاد) است و به معنی نخل است و معنی ارض هم برای آن ذکر شده و به زمین‌های علف زار و سرسبز هم «عقر الارض» می‌گویند. (ابن منظور، ج ۴ ص ۵۹۶ و نیز مراجعه شود به لوئیس معلوف، و طریحی ذیل واژه عقر)

«رباع» (با کسر راء) نیز جمع رَبَع است و به معنی محل و منزل و خانه است (زبیدی، ج ۵ ص ۳۳۸ و ابن منظور، ج ۸ ص ۱۰۲)

«دور» جمع دار است و مقصود از آن منزل مسکونی است؛ گر چه به معنی اراضی گسترده در میان کوه‌ها نیز به کار رفته و به معنی گودالی که بین کوه‌ها ایجاد می‌شود نیز استعمال شده است. (لوئیس معلوف ذیل واژه دور)

«ضیاع»، «ضیعات» و «ضیع» هر سه جمع ضَبِعه هستند که به معنی آب و زمین زراعتی می‌باشند و «ضیاع» با کسر عین جمع ضیعه است که به معنی زمین کشاورزی است و با فتح عین به معنی زن و فرزند نفقه خور است. (معنای لغوی ضیاع ابن منظور، ج ۴ ص ۵۹۶)

با دقت در معنای ذکر شده برای این الفاظ، می‌توان فهمید که همه آن‌ها با وجود داشتن معنای مختلف به معنای اَرْض هم به کار می‌روند ولی از آن جا که ارض معنایی اعم از زمین زراعتی و مسکونی دارد کشف مراد جدی گوینده از میان این مجموعه از احادیث دشوار است و به سادگی نمی‌توان فهمید که مقصود، ارض به معنای اعم است یا به معنای اخص و آن چه زوجه از آن محروم شده معنای عام ارض است که شامل همه انواع می‌شود یا نوع خاصی از آن مثلاً زمین مسکونی یا زراعی یا تجاری؟

بر اساس موازین اصول فقه، در این گونه موارد عام بر خاص حمل می‌شود و خاص به دلیل اظهر و اصرح بودن مراد جدی گوینده قلمداد می‌شود (صاحب معالم، ج ۳ ص ۳۳۳) اما

مشکل این جاست که خاص نیز در هر روایتی یک چیز بیان شده و اگر بنا باشد عام بر خاص حمل شود به کدام خاص باید حمل گردد؟ زیرا هم رباع و عقار در روایات به کار رفته که به معنی زمین مسکونی هستند؛ هم ضیاع به کار رفته که به معنی زمین کشاورزی است؛ و هم «دور» که به معنای زمین های موات میان کوه‌هاست.

در بعضی روایات این واژه‌ها به صورت ترکیبی آمده‌اند؛ مثلاً «عقار» به «دور» اضافه شده و به صورت «عقار الدور» آمده (حر عاملی، ج ۱۷ حدیث ۷) و در بعضی دیگر «رباع الارض» (همان حدیث ۱۱) و در بعضی «عقار الرجل» (همان حدیث ۱۷) و بیان معنی دقیق این‌ها هم قابل بررسی است.

اگر دور به معنی مسکونی باشد عقار الدور به معنی زمین مسکونی سرسبز و علف زار خواهد بود که معنای روشنی ندارد اما اگر معنای دیگر دور را که اراضی گسترده میان کوه‌ها را برای آن در نظر بگیریم معنای عقار الدور زمین های سرسبز میان کوه‌ها معنا می‌شود و لذا معنای روشنی پیدا می‌کند. می‌توان گفت مقصود زمین‌های آباد شده توسط شوهر که در کوهستان‌ها و دره‌هاست؛ زیرا زمین های آباد نشده کوهستان‌ها انفال است و متعلق به حاکم است.

رباع نیز به معنای اراضی مسکونی است و لذا رباع الارض به معنای زمین از انواع مسکونی آن می‌باشد؛ زیرا مضاف و مضاف الیه غالباً برای تحدید و بیان نوعی از انواع مضاف الیه است. اگر عقار به معنای زمین سرسبز و علفزار باشد، «عقار الرجل» به معنای زمین‌های سرسبز و علف زاری است که از آن یک مرد باشد و لذا مقصود از روایاتی که این لفظ را به کار برده‌اند آن خواهد بود که زوجه سهم الارثی در عقار الرجل ندارد و از زمین های سرسبز و علف زار شوهرش ارث نمی‌برد.

می‌بینیم که در مواردی که این واژه‌ها به صورت ترکیبی به کار رفته نیز نمی‌توان مورد محرومیت زوجه را به طور خاص معین کرد؛ زیرا بعضی از آن‌ها به زمین مسکونی دلالت داشتند؛ بعضی به زمین زراعتی و بعضی به زمین‌های بیابانی و کوهستانی؛ و اینجاست که ممکن است ادعای تعارض میان آن‌ها تقویت یابد اما آن چه پذیرش ادعای تعارض را دشوار می‌کند احادیثی است که این واژه‌ها را به صورت عطف به کار برده و مثلاً گفته شده است زن از «دور» و «عقار» (همان حدیث ۱۰) یا از «ترب الدار و الارض» (همان حدیث ۱۵) یا از «قری و الدور و السلاح» (همان حدیث ۱۲) یا از «دور و ضیاع» شوهر محروم است (همان

حدیث (۱۳).

عطف در ادبیات عرب به معنای اتحاد معطوف و معطوف^۳ علیه در حکم است (شرح ابن عقیل ج ۲ ص ۲۲۵) و لذا معنای احادیثی که این واژه‌ها را به صورت عطف به کار برده آن خواهد بود که همه آن‌ها در حکم واحدی هستند و محرومیت، شامل همه آن‌ها می‌شود و با این توضیح، نظریه تعارض تضعیف شده و احتمال آن که همه این موارد از موارد محرومیت باشد تقویت می‌گردد. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که متعلق محرومیت زوجه همه انواع اراضی است و در هر روایتی مصداقی از مصادیق زمین مطرح شده و این مطلب مانند آن است که کسی یک بار بگوید: «لا تضرب احداً» یک بار دیگر بگوید: «لا تضرب زیداً». این دو جمله با هم تضاد یا تعارض ندارند؛ زیرا دومی مصداقی از مصادیق اولی است و ذکر خاصی بعد از عام همیشه برای تخصیص نیست. به خصوص اگر قرینه‌ای مانند عطف، بر عدم تخصیص وجود داشته باشد هم چنان که در سطور پیشین بیان شد.

در این میان، تعدادی از فقها، که احتمالاً جمع این روایات را امکان پذیر ندانسته و راهی برای آن پیدا نکرده‌اند، فرموده‌اند که چون تخصیص خلاف اصل است باید به اقل مورد اکتفا کرد و لذا تخصیص را به زمین مسکونی که قدر متقین آن است اختصاص داده‌اند (شیخ مفید، المقنعه ص ۱۰۴) و حرمان زوجه را تنها در خصوص زمین مسکونی پذیرفته‌اند؛ اما نباید از نظر دور داشت که قدر متقین معلوم نیست که زمین مسکونی باشد؛ زیرا هم زمین مسکونی در روایات ذکر شده و هم زمین کشاورزی و هم زمین‌های کوهستانی و این انواع زمین از باب اقل و اکثر نیستند که ما به اقل اکتفاء کرده و نسبت به مابقی اصالة العموم را جاری کنیم.

نتیجه گیری

با توجه به مطالب گفته شده، محرومیت زوجه از عین و قیمت زمین قطعی است و وضوح و صراحت دلالت این گونه روایات به حدی است که نمی‌توان آن‌را حمل بر محرومیت از عین زمین و عدم محرومیت از قیمت کرد؛ زیرا - به اصطلاح فقهاء - وقتی در کنار بیان محرومیت از زمین در همان روایات، عدم محرومیت از قیمت ابنیه و اشجار (اعیان ملك) بیان می‌شود معلوم است که گوینده نسبت به قیمت یا عین زمین در مقام بیان بوده و قصد بیان کلی و اجمالی را نداشته است و وقتی گوینده در مقام بیان باشد اما قید و شرطی را مطرح نساخته و تقییدی نزنند، مجرای اصالة الاطلاق است و می‌توان محرومیت زوجه از زمین را به اطلاق آن

حمل کرد و احتمال تقیید آن به قیمت را نادیده گرفت و در نتیجه نظر مشهور که محرومیت زوجه را از زمین به عین و قیمت تعمیم می‌دهد با موازین فقهی سازگارتر است و لذا قانون قبلی، موجه‌تر و مستدل‌تر به نظر می‌رسد.

پیشنهاد

بر اساس مباحث و مطالب ذکر شده به نظر می‌رسد با عنایت به روایات مستفیضة شیعه در این موضوع، آن چه در قانون مدنی قبلی ایران در خصوص محرومیت زوجه از بعضی اموال همسر آمده بود با موازین فقهی و نظریات معتبر سازگارتر است و قانون جدید بیشتر با مشرب فقهای متقدمی چون سید مرتضی سازگاری دارد که خبر واحد را حجت نمی‌دانستند یا با موازین فقهی شیخ طوسی و علمای پس از او از جمله فقهای معاصر که حجیت خبر واحد را پذیرفته و از مسلمات می‌دانند به خصوص با عنایت به این که روایات موجود، از حد خبر واحد فراتر رفته و در حد مستفیض و بلکه متواتر است.

بر این اساس پیشنهاد می‌شود که این اصلاحیه لغو گردیده و مطابق نظریات اثبات شده و مورد قبول جامعه فقهی تنظیم شود یا به حالت قبلی که مطابق نظر اکثریت قریب به اتفاق فقها بود برگردد؛ زیرا در غیر این صورت ممکن است این شبهه را در ذهن تحلیل‌گران قوت ببخشد که مسئولان امر و قانون‌گذاران ایران تحت فشارهای سیاسی و برای حفظ مصالح موقت، دست به تغییر قوانین زده (حسین زاده محبوبه روزنامه اعتماد ۱۳۸۶/۹/۲۶) و از موازین مسلم و اثبات شده و پذیرفته شده خود شأن عدول کرده‌اند. به خصوص که تأیید این اصلاحیه نه به طور صریح بلکه به صورت ضمنی و با سکوت معنی دار شورای نگهبان، در حکم تأیید شده قرار گرفته است و اگر چنین پدیده‌ای رخ داده باشد، این همان «استحسان» و تغییر حکم خدا به تشخیص بشر است که بطلان و غیر مشروع بودن آن در میان شیعیان (مشکینی، ص ۱۳، مظفر ج ۲ ص ۱۸۰) و بعضی فرقه‌های اهل سنت، متفق علیه و نوعی بدعت‌گذاری و تشریح است. (غزالی ص ۱۷۱) مضاف بر آن که عدول از موازین شرعی در قانون‌گذاری، مخالفت صریح با اصل ۴ قانون اساسی ایران است که مهم‌ترین اصل قانون اساسی و حاکم بر همه اصول آن است.

این که «این گونه تسامحات در قانون‌گذاری نشانه ضعف قانون‌گذاران ایران در تنظیم قوانین، مطابق شرع اطهر و اجرائی کردن اسلام، متناسب زمان و مکان حاضر و خبری تأسف

انگیز و نگران کننده برای انقلاب و نظام است یا آن که نوید بخش تحولی مثبت در علم فقه و تولد فقهی نوین متناسب با زمان و مکان حاضر و کشف نواقصی در مبانی فقه کهن و آغاز کنار گذاشتن آن در عمل و خبری مسرت بخش برای احیاگران اندیشه دینی است و تلاش‌های امثال مؤلف در امثال این گونه تحلیل‌ها، با فشاری بی نتیجه‌ای است در مقابل تحولات اجتناب ناپذیر در فقه و فهم دینی و در نحوه حکومت و سیستم‌های حکومتی که در گذشته تاریخ هم بی سابقه نبوده است؟» پرسشی است که باید برای پاسخ آن، در انتظار آینده باشیم.

منابع

- قرآن کریم.
- آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب، (م. ۶۹۰ ق) معروف به فاضل آبی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*. قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن البراج، عبدالعزیز، (م ۴۸۱ ق)، *المهذب*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۶ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، نشر ادب الحوزة، ۱۴۰۵ ق.
- ابن عقیل، بهاء الدین عبدالله ابن عقیل (م ۷۶۹ ق)، *شرح ابن عقیل*، الطبعة الثانية، بی تا، بی جا.
- اخوان بی طرف، نیره، (نماینده مردم اصفهان در مجلس شورای اسلامی و عضو فراکسیون زنان مجلس)، سایت تابناک به نشانی <http://www.tabnak.ir> تاریخ ۱۳۸۷/۹/۲۱ کد خبر ۲۸۷۷۴.
- آل بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقیه*، تهران، مکتب الصادق (ع)، ۱۴۰۳ ق.
- بروجردی، حسین، (م ۱۳۸۳ ق)، *حاشیة علی کفایة الاصول الطبعة الاولى*، قم، مؤسسه انصاری، ۱۴۱۲ ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ق.
- حسن بن زین الدین ابن الشهید ثانی، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، بی تا حسین زاده، محبوبه، روزنامه اعتماد، ۱۳۸۶/۹/۲۶.
- حسینی عاملی، محمد جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة*، مؤسسه النشر الاسلامی قم ۱۴۱۹ ق.

- حکیم، محمد سعید، *المحکم فی اصول الفقہ، الطبعة الاولى*، مؤسسه المنار، ۱۴۱۴ ق.
- خامنه‌ای، سید علی، رهبر معظم انقلاب اسلامی، سایت [Bestr2me](http://Bestr2me.com) ۱۳۸۷/۱۲/۲۰
- زاخری، زین العابدین، *ارث زن از داراتی شوهر*، تبریز، چاپ نشر نیما، ۱۳۵۲.
- زیبیدی، محمد مرتضی، (م ۱۲۰۵ ق)، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، مکتبه الحیاة، ۱۴۱۴ ق.
- سلار بن عبد العزیز، ابی یعلی حمزه، (م ۴۴۸ ق)، *المراسم العلویة فی الاحکام النبویة*، تحقیق السید محسن الحسینی الامینی، بی تا، بی جا.
- سیدمرتضی عَلم الهدی، سید مرتضی علی بن حسین (م ۴۳۶ ق) *الانتصار فی انفرادات الامامیة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ ق.
- _____، *جوابات المسائل نسخه التباينات*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه ۱۴۲۷ ق ۲۰۰۴ م ۱۳۸۳ ش.
- _____، *الذریعة الی اصول الشریعة*، تصحیح دکتر ابوالقاسم گرجی، چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۴۶ ش
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، (م ۹۶۶ ق)، *مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ سنگی، بی جا، بی نا، بی تا.
- _____، *رسالة فی میراث الزوجة*، از مجموعه رسالات دهگانه شهید ثانی، (بی جا) چاپ ۱۳۱۳ ق
- شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد (۱۲۶۶-۱۳۳۹ ق)، *صیانه الابانه*، نسخه خطی موزه و کتابخانه مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی (بی تا) شناسه oai.ical.ir/44423
- شیخ بهائی، محمد بن حسین، (م ۱۰۳۱ ق)، *الحبل المتین فی احکام الدین*، قم، منشورات مکتبه بصیرتی، چاپ سنگی، ۱۳۹۸ ق.
- صانعی، یوسف، (معاصر) پایگاه اطلاع رسانی دفتر آیت الله صانعی، ۸۶/۹/۲۴ به نشانی:
<http://www.saanei.org/page.php>
- طوسی، محمد بن حسن، (م ۴۷۰ ق)، *الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار*، الطبعة الرابعة، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳.
- _____، *التبیان فی تفسیر القرآن*، النجف الاشرف، المطبعة الاعلام الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *الخلاف*، الطبعة الاولى، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *العدة فی اصول الفقہ*، الطبعة الاولى، مؤسسه آل البيت والنشر، قم، ۱۴۱۷ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، (م ۷۲۶ ق)، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۲ ق.
- غزالی، محمد بن محمد، (م ۵۰۵ ق) *المستصفی فی علم الاصول*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق.

- محقق حلی، جعفر بن حسن، (م ۶۷۶ ق)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بیروت، دار الاضواء، الطبعة الثانية، ۱۴۰۳ ق / ۱۹۸۳ م.
- _____، *المختصر النافع فی فقه الامامية*، قم، الدراسات الاسلامیه فی مؤسسه البعثه، الطبعة الثالثة، ۱۴۱۰ ق.
- مغربی، نعمان بن محمد، (م ۳۶۳ ق) *دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الاحکام من اهل بیت رسول الله*، تحقیق آصف بن اصغر فیض، قاهره، دار المعارف، ۱۳۸۳ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسین، (م ۱۲۳۱ ق)، *قوانین الاصول*، بی جا، بی نا، بی تا، چاپ سنگی.
- لاهوئی، مهدی بن مصطفی الحسینی التفرشی، *بدائع الاحکام فی فقه الاسلام*، تهران، کتابخانه شرافت، چاپ سنگی موجود در کتابخانه وموزه مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی.
- لويس معلوف، *المنجد فی اللغة و الاعلام*، بیروت، دار المشرق المطبعة الكاثولیکیه، چاپ بیستم، ۱۹۸۶ م.
- مدرسی طباطبائی، حسین، *مقدمه ای بر فقه شیعه*، ترجمه محمد آصف فکرت، مشهد، بنیاد پژوهشهای آستان قدس رضوی، ۱۳۶۸.
- مشکینی، میرزا علی، *اصطلاحات الاصول و معظم ابحانها*، قم، نشر الهادی، الطبعة الخامسة، ۱۴۱۳ ق.
- مظفر، محمد رضا، (م ۱۴۸۸ ق)، *اصول الفقه*، الطبعة الرابعة، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۷۰.
- منتظری، حسین علی، *توضیح المسائل*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۲.
- مهر پور، حسین، *میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران*، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۶ ش.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، (م ۱۲۴۵ ق)، *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۱، زمستان ۱۳۹۱، ص ۴۹ - ۲۹

سقوط قصاص با عفو برخی از اولیاء*

دکتر محمد حسین شعبانی

استادیار دانشگاه پیام نور

Email: mh.sh74@yahoo.com

چکیده

در فقه و حقوق اسلامی ما چنین تقریر شده است که هرگاه شخصی کشته شود و چند ولی داشته باشد، اگر برخی از اولیای دم عفو کنند افراد باقی مانده حق قصاص دارند به شرطی که سهم دیه افراد خواهان دیه را پرداخت نمایند.

در قانون مجازات اسلامی ماده ۲۶۴ آمده است:

«در صورتی که ولی دم متعدد باشد موافقت همه آنها در قصاص لازم است؛ چنانکه همگی خواهان قصاص قاتل باشند قاتل قصاص می‌شود، و اگر بعضی از آنها خواهان قصاص و دیگران خواهان دیه باشند، خواهان قصاص می‌توانند قاتل را قصاص کنند، لکن باید سهم دیه سایر اولیای دم را که خواهان دیه هستند بپردازند؛ اگر برخی از اولیای دم به‌طور رایگان عفو کنند، دیگران می‌توانند بعد از پرداخت سهم عفو کنندگان به قاتل، او را قصاص نمایند.»

ولی با عنایت به روایات متعددی که می‌گوید با عفو برخی از اولیای دم حق قصاص ساقط می‌شود، و نظر به این که بعضی از فقها و مفسران تقریر نموده‌اند که در صورت عفو برخی از اولیاء حق قصاص افراد باقی مانده تبدیل به دیه می‌شود، و از آن جا که به نظر می‌رسد دلایل سقوط قصاص از اتقان بیشتری برخوردار است لازم است ادله طرفین درباره این مسئله مورد بررسی مجدد قرار گیرد.

کلید واژه‌ها: سقوط قصاص، عفو، دیه، اولیای دم، قتل.

*. تاریخ وصول: ۱۳۸۶/۱۲/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۱۱/۲۳.

مقدمه

قوانین اسلام بر اساس رحمت و عدل الهی وضع شده است و احکام جزایی اسلام هم که بخشی از آن به شمار می‌رود، مظهري از لطف و رحمت و عدل خداوند است. از این رو عفو در قوانین اسلام از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و مورد تأکید شرع مقدس اسلام قرار گرفته است. خداوند متعال به دلیل کرامت و حفظ زندگی انسان و پیشگیری از تکرار قتل و خون‌ریزی و عدم نقض هدف و تدبیر آفرینش حکم قصاص را مقرر فرموده است.

کیفر قصاص اگرچه منجر به اعدام و نابودی فردی از افراد جامعه است ولی با توجه به نقش مهمی که در جلوگیری از قتل و خونریزی دارد و حیات جامعه را تضمین می‌کند از منظر تقدیم منافع جامعه بر فرد، موجب استمرار و بقای زندگی و ضامن حفظ و بقای نظم و امنیت و عدالت اجتماعی است؛ زیرا شخص جنایت‌کار وقتی بداند که هرگاه مرتکب جنایت شود به مانند همان جنایت‌کیر خواهد دید برای حفظ بقای خود و حب ذات به سوی جنایت نخواهد رفت و خود را دچار عواقب وخیم آن نخواهد کرد. با این روش حیات همه از خطر نابودی و مرگ مصون می‌ماند و از این رو قرآن کریم قصاص را حیات و زندگی می‌داند «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ» (بقره: ۱۷۹).

به دنبال وضع قانون قصاص، عفو از جانی را نیز تشویق نموده و آن را به عنوان صدقه و کفاره گناهان قرار داده است. (مائده: ۴۵) از این تعبیر چنین برداشت می‌شود که عفو از جنایت برتر از قصاص است و وعده آمزش از گناهان به کسانی که از حق قصاص صرف نظر کنند حاکی از عنایت ویژه خداوند بر عفوکنندگان است.

در این زمینه سخنی از مالک ابن انس نقل شده است که: «هرگز دعوی قصاصی نزد پیامبر اکرم (ص) طرح نگردید، مگر این که ولی دم را به عفو امر کردند.» (نسائی، ۳۸/۸)

شرع مقدس اسلام از یک طرف کیفر قصاص را وضع نموده و از طرف دیگر در موضوع خون امر به عفو و احتیاط کرده و در صورت وجود شبهه از ریختن خون جلوگیری کرده است. از این طریق، هم از شرارت افراد شرور جلوگیری نموده و هم روحیه برادری و صمیمیت را در جامعه حاکم می‌گرداند.

طرح مسئله

در بحث قصاص نفس این سؤال مطرح می‌شود که اگر کسی به عمد کشته شود و مقتول

چند ولی داشته باشد و برخی از اولیاء بدون اخذ دیه عفو کنند یا خواهان دریافت دیه باشند آیا حق قصاص افراد باقی مانده ساقط شده و تبدیل به دیه می‌گردد؟ آیا با عفو برخی اولیاء یا با تقاضای دیه از سوی آنان افراد خواهان قصاص می‌توانند با پرداخت سهم دیه به افراد متقاضی دیه و پرداخت سهم دیه عفو کنندگان به ورثه جانی، قاتل را قصاص کنند؟ در این جستار این مسئله مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

پیشینه تحقیق

فقها در مبحث قصاص به بررسی این مسئله پرداخته‌اند که اگر کسی به قتل عمد کشته شود و مقتول چند ولی داشته باشد و برخی خواهان قصاص و عده‌ای خواستار دیه یا عفو بلا عوض باشند حق قصاص چه حکمی پیدا می‌کند؟ نظر مشهور فقها بر این است که افراد خواهان قصاص می‌توانند با پرداخت سهم کسانی که خواستار دیه هستند و همچنین پرداخت سهم عفو کنندگان به ورثه قاتل جانی را قصاص کنند (مفید، ۳۸/۲۴؛ ابن زهره، ۲۴۵/۲۴؛ طوسی، النهایه ۱۰۸/۲۴؛ راوندی، ۲۱۶/۲۴؛ به نقل از الینابیع الفقهیه). در مقابل برخی از فقها در این مسئله از احتمال سقوط قصاص خبر داده‌اند. (ابن فهد حلی، ۲۲۴/۵)

با توجه به اینکه در منابع معتبر حدیث چندین روایت در خصوص سقوط قصاص در این زمینه ثبت شده است، فقها بر این روایات عنایت و اهتمام داشته و از آن‌ها اعراض نکرده‌اند که در این مقاله به بررسی آن پرداخته خواهد شد.

همچنین برخی از فقها و مفسران در ذیل آیه شریفه «فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ» (بقره: ۱۷۸) فرمودند: شیء به معنای شیء من العفو، (چیزی از عفو) است، یعنی اگر برخی از ورثه، قاتل را از قصاص عفو کنند حق قصاص ساقط می‌شود و تبدیل به دیه می‌گردد (طبرسی، ۴۹۰/۱؛ سیوری حلی، ۳۵۶/۲).

مؤلف مقاله «قصاص حق انحلالی یا مجموعی» در ضمن بحث این که آیا استیفای حق قصاص از سوی بعضی از اولیاء بدون حضور یا اذن دیگر اولیاء جایز است یا خیر، به این مسئله نیز پرداخته است. (هاشمی شاهرودی، ۳۷)

با توجه به مورد ابتلا بودن موضوع در جامعه و مشکلاتی که عدم توان پرداخت دیه از طرف افراد خواهان قصاص برای متولیان امر در جامعه ایجاد می‌کند پرداختن به این مسئله

ضروری به نظر می‌رسد.

نظر مشهور فقها در عفو برخی از اولیاء

نظر مشهور فقها این است که اگر کسی به عمد کشته شود و چند ولی دم داشته باشد، اگر برخی از آنان عفو کنند و برخی خواهان قصاص قاتل باشند کسانی که خواستار قصاص هستند می‌توانند قاتل را بکشند به شرطی که سهم دیه عفو کنندگان را به ورثه قاتل بپردازند. شیخ مفید در مقنعه می‌نویسد: «وقتی کسی به عمد کشته شود و مقتول دو ولی داشته باشد اگر یکی از آن دو دیه را برگزیند و دیگری خواستار قصاص باشد، کسی که خواهان قصاص است می‌تواند قاتل را بکشد و از مال خودش نصف دیه را به ولی دیگر پرداخت کند. اما اگر یکی از آن دو ولی عفو را برگزیند و دیگری خواهان قصاص باشد باید به ورثه فرد قصاص شده نصف دیه را از مال خود پرداخت کند. اگر قصاص کننده نتواند از مال خود سهم دیه عفو کننده را بپردازد حق قصاص ندارد.» (مفید، ۷۳۸)

در این که اگر کسی به عمد کشته شود و دارای چند ولی باشد که برخی خواهان قصاص و برخی خواستار دیه باشند و خواهان قصاص می‌تواند قاتل را بکشد و سهم خواهان دیه را بپردازد، برخی از فقها ادعای اجماع نموده‌اند؛ مانند صاحب غنیه و شیخ طوسی در خلاف. (۱۵۳/۵)

صاحب غنیه می‌نویسد: «اگر یک نفر به عمد کشته شود و اولیای او جماعتی باشند، برخی قصاص را اختیار کنند و بعضی گرفتن دیه و یا عفو را برگزینند، کشتن قاتل جایز است به شرطی که قصاص کننده سهم دیه افراد خواهان دیه را بپردازد و به ورثه قاتل هم سهم افرادی که عفو کرده‌اند را پرداخت نماید.»

دلیل ما اجماع فقهای امامیه و قول خداوند متعال است که فرمود:

«وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا» (اسراء: ۳۳) هر کس مظلومانه کشته شود ما برای

اولیای او سلطه قرار داده ایم.»

کسی که قصاص را با عفو برخی از اولیاء یا با درخواست دیه ساقط می‌داند بر خلاف

ظاهر قرآن حکم نموده است.» (مروارید، ۲۴/۲۴۵)

البته ادعای اجماع صاحب غنیه، اجماع اصطلاحی نیست چون بیشتر کتب قدما متعرض

این مسئله نشده‌اند و به جز دو کتاب غنیه و خلاف ذکری از اجماع نشده است.

با وجود روایات متعدد و استشهاد به ظاهر قرآن، این گونه اجماع‌ها مدرکی است. پس این مسئله اجتهادی بوده و هیچ اجماع تعبدی در مورد آن وجود ندارد. گرایش بیشتر متأخران به رأی مخالف آن شاهدی بر اجماعی نبودن آن است. استدلال به آیه شریفه هم ناتمام است. آیه از این جهت در مقام بیان نیست و نمی‌توان به اطلاق آن تمسک نمود. آیه برای ولی جعل سلطنت نموده است؛ عنوان ولی هم بر مجموع صدق می‌کند.

سقوط حق قصاص

در مقابل ادعای اجماع برخی از فقها که معتقدند با عفو برخی از ورثه حق قصاص ساقط نمی‌شود، برخی به سقوط قصاص با عفو برخی از ورثه ابراز تمایل نموده‌اند. شیخ صدوق در من لایحضره الفقیه می‌گوید: «روایت شده است هرگاه یکی از اولیای دم، عفو کند قصاص برداشته می‌شود. (صدوق، ۱۳۹/۴)»

این عبارت حاکی از آن است فقها به روایتی که صراحت دارد با عفو برخی از ورثه حق قصاص ساقط می‌شود عنایت داشته و از آن اعراض نکرده‌اند.

محقق حلی در شرایع می‌نویسد: «هرگاه اولیاء بیش از یک نفر باشند، همه حق قصاص دارند؛ اگر برخی از اولیاء خواستار دیه شدند و قاتل هم پذیرفت، پس از پرداخت دیه، بنا به روایتی، قصاص ساقط می‌شود. اما رأی مشهور آن است که قصاص ساقط نمی‌شود، و دیگر اولیاء پس از آن که سهم دیه‌ای را که قاتل پرداخته بود به آن برگردانند، حق قصاص خواهند داشت. اگر برخی از اولیاء قاتل را عفو کنند حق قصاص ساقط نمی‌شود و دیگر اولیاء می‌توانند پس از پرداخت سهم دیه عفو کننده به قاتل او را قصاص کنند.» (۱۰۳/۴)

این که محقق می‌گوید بنابر روایتی قصاص ساقط می‌شود اما رأی مشهور آن است که ساقط نمی‌شود بیانگر این است که نظریه سقوط قصاص نیز پیروانی دارد.

این تقریر محقق که در صورت تقاضای دیه از سوی برخی از اولیاء و پرداخت آن توسط قاتل بنابر روایتی قصاص ساقط می‌شود، اما با عفو برخی از اولیاء قصاص ساقط نمی‌شود، مورد خدشه است چون روایات سقوط قصاص در صورت عفو برخی از ورثه صراحت دارد. از نظر فقهی و از نگاه عرف، فرقی بین عفو بلا عوض و عفو با اخذ دیه وجود ندارد. از این رو فرق گذاشتن بین عفو با اخذ دیه و عفو بدون اخذ دیه مشکل است، خصوصاً با عنایت به این که تمام روایات سقوط قصاص بیانگر این است که در صورت عفو برخی از ورثه حق

قصاص ساقط می‌شود.

صاحب جواهر پس از نقل عبارت شرایع می‌گوید: «تمام روایات سقوط قصاص بیانگر این است که در صورت عفو برخی از ورثه قصاص ساقط می‌شود. شاید استدلال مصنف که با پرداخت دیه به برخی از ورثه قصاص ساقط می‌شود بنا بر این فرضیه است که فرقی بین عفو با دریافت دیه و عفو بدون دریافت دیه نگذاشته است؛ لکن فرض عدم فرق با حکم قطعی مصنف که بعد از آن گفته است با عفو برخی از ورثه، قصاص ساقط نمی‌شود منافات دارد.» (نجفی، ۳۰۶/۴۲)

محقق در کتاب مختصر النافع گفته است اگر برخی از اولیاء دیه را انتخاب کنند و قاتل دیه را به آن‌ها پرداخت کند اشبه این است که قصاص ساقط نمی‌شود و در برخی از نسخه‌ها آمده است که اشهر این است که قصاص ساقط نمی‌شود. (سیوری حلی، ۴۴۶/۴)

این تعبیر حکایت از این می‌کند که قول به سقوط قصاص با عفو برخی از ورثه نیز مشهور است یا لااقل قایل دارد.

همچنین شهید اول در لمعه می‌گوید: «اگر برخی از اولیاء بر دیه مصالحه کنند بنابر اشهر اقوال حق قصاص برای بقیه افراد ساقط نمی‌شود. (شهید اول، ۲۸۰/۲)

اما منشأ قول دیگر، یعنی سقوط قصاص، آن است که فقها به روایات متعددی که در بین آن‌ها روایات صحیح نیز وجود دارد که می‌گویند با عفو برخی از ورثه حق قصاص ساقط می‌شود توجه داشته‌اند. از طرف دیگر عفو در قصاص مورد تأکید شارع مقدس نیز واقع شده است.

ابن فهد حلی در مهذب البارع می‌نویسد: «اگر فردی کشته شود و برخی از اولیاء عفو کنند محتمل است که قصاص ساقط شود چون با عفو برخی از ورثه نفس قاتل فی الجمله محترم شمرده شده است و اولیای باقی مانده مستحق تمام نفس مقتول نیستند، پس تسلط بر قصاص ندارند، چون از قدر واجب تعدی می‌شود و این جایز نیست. بنابر این قصاص به دیه تبدیل می‌شود، زیرا گرفتن دیه در این صورت جمع بین دو حق است.» (ابن فهد حلی، ۲۲۴/۵)

چون با عفو برخی از ورثه نفس قاتل به نوعی محترم شمرده شده و قاتل مالک بخشی از جان خود شده است و جزئی از نفسش محفوظ مانده است؛ از این رو اولیاء تسلط بر تمام نفس قاتل را ندارند، پس قصاص تبدیل به دیه می‌شود و جمع بین حق قاتل و اولیای دم می‌شود.

یکی دیگر از فقهای که معتقد است با عفو برخی از ورثه حق قصاص ساقط می‌شود آیت الله خوانساری است. ایشان در جامع المدارک می‌نویسند: «بین آن دسته از روایاتی که می‌گوید با عفو برخی از اولیاء حق قصاص ساقط نمی‌شود، تعارض وجود دارد و جمع بین این دو دسته روایات ممکن نیست و صرف عمل مشهور به روایتی که می‌گوید با عفو برخی از ورثه قصاص ساقط نمی‌شود، موجب رفع ید از آن دسته از روایاتی که بر سقوط قصاص دلالت دارد نمی‌شود. علاوه بر این عدم قصاص مطابق قاعده است؛ زیرا قصاص حق واحدی است. عفو برخی از اولیاء نیز چنان‌که در اخبار آمده است موجب برداشتن حد می‌شود.» (خوانساری، ۲۶۶/۷)

چنان‌که از بیانات مرحوم خوانساری پیداست در چنین مواردی اصل عدم قصاص جاری می‌شود، و مقتضای اصل لفظی و عملی، عدم وجوب قصاص و حرمت قتل نفس محترم است؛ زیرا قصاص یک حق است و اگر مجموع ورثه خواهان قصاص باشند حکم اجرا می‌شود. اما اگر برخی خواهان قصاص و برخی عفو کرده باشند، شبهه ایجاد می‌شود که آیا در این صورت قصاص جایز است؟ با عنایت به این که حدود با شبهه برداشته می‌شود، و اصل احتیاط در خون هم از اجرای کیفر قصاص جلوگیری می‌کند، در این جا باید به سقوط قصاص حکم کرد.

برخی از فقها و مفسران با استناد به آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ أَعْتَدَى بِعَدَاةٍ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (بقره: ۱۷۸) (ای افرادی که ایمان آورده‌اید حکم قصاص در مورد کشتگان بر شما نوشته شده است؛ آزاد در برابر آزاد، برده در برابر برده، و زن در مقابل زن؛ پس اگر کسی که از ناحیه برادر (دینی) خود مورد عفو قرارگیرد باید از راه پسندیده پیروی کند و قاتل نیز به نیکی دیه را به ورثه مقتول بپردازد. این تخفیف و رحمتی است از ناحیه پروردگار شما و کسی که بعد از آن تجاوز کند عذاب دردناکی خواهد داشت).

اغلب مفسران در شأن نزول این آیه شریفه نوشته‌اند که قصاص در جاهلیت قانون مشخصی نداشت و تابع زور و قدرت قبیله بود. بر این اساس، قبیله برتر قسم یاد کرده بود که اگر افراد قبیله دیگر یکی از بردگان ما را بکشند ما در مقابل، یک فرد آزاد از آنان را خواهیم

کشت و اگر زنی از ما را بکشند ما مردی از آن‌ها را می‌کشیم و چنانچه مردی از ما را بکشند ما دو مرد از آنان را خواهیم کشت (طباطبایی، ۶۵۹/۱؛ کاشانی، منهج الصادقین، ۴۰۱/۱).

آیه شریفه نازل شد و بیان داشت که در قصاص باید مساوات رعایت شود. در حقیقت قصاص برای پیشگیری از تکرار قتل و خون‌ریزی بیشتر است. قانون قصاص در حفظ حیات فرد و جامعه نقش مؤثری ایفا می‌کند. همچنین پرداخت دیه را مقرر نمود تا انگیزه‌ای برای رفع قصاص شود و بر عفو و گذشت از قصاص نیز تاکید نموده است.

صاحب کنزالعرفان می‌نویسد: «فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ» ای شیء من العفو... و فائده الإشعار بأن بعض العفو كالعفو التام في اسقاط القصاص. (سیوری حلی، ۳۵۶/۲) عفو برخی از ورثه مانند عفو تمام ورثه است که قصاص را ساقط می‌کند.

در عبارت «فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ» کلمه شیء به معنای شیء من العفو است و نکره بودن آن دلالت دارد که اگر بخشی از عفو برای قصاص حاصل شود (یعنی برخی از اولیای دم عفو کنند) قصاص ساقط می‌شود.

نظر به این که کلمه شیء به معنای چیزی از عفو یا بخشی از عفو است، از این رو عفو بعضی مانند عفو تمام ورثه است که قصاص را ساقط می‌کند.

چون قصاص یک حق است و قابل تجزیه نیست وقتی برخی از اولیاء عفو کردند مثل این است که تمام ورثه از حق قصاص در گذشته‌اند و در این صورت حق قصاص تبدیل به دیه می‌شود.

چنانکه ملاحظه می‌گردد سیاق آیه تشویق به عفو و گذشت از قصاص است؛ برعکس نظر کسانی که معتقدند در این صورت ارجحیت و غلبه با قصاص است. آیه شریفه تأکید بر چشم پوشی و عفو از قصاص دارد. این که آیه از ولی دم تعبیر به برادر نموده است برای تحریک احساس چشم پوشی و گذشت و تشویق به عفو است. (رک: طبرسی، ۴۹۰/۱؛ کاشانی ۴۰۳/۱؛ داورپناه، ۴۳۳/۳؛ قرشی، ۷۷/۳؛ جصاص، ۱۹۳/۱)

بررسی روایات

چون مستند حکم این مسئله روایات است در اینجا به نقد و بررسی روایات پرداخته می‌شود. ابتدا روایاتی که بیانگر این است که با عفو برخی از ورثه حق قصاص از افراد باقی مانده ساقط نمی‌شود، نقل می‌گردد.

۱- محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، و عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد جميعاً عن ابن محبوب عن ابی ولاد الحناط قال: سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل قتل وله أم و أب و ابن، فقال الابن: أنا أريد أن أقتل قاتل أبي، و قال الأب: أنا أريد أن اعفو، قالت الام: أنا أريد أن أخذ الدية. قال: فقال: فليعط الابن أم المقتول السدس من الدية، و يعطى ورثة القاتل السدس من الدية حق الأب الذي عفا، و ليقتله. (حرعاملی، ۳۸/۱۹)

ابو ولاد می گوید: از امام صادق (ع) راجع به مردی که کشته شده بود سؤال کردم که وراثت مقتول پدر مادر و یک پسر هستند. پسر قصاص قاتل پدر را خواستار است، پدر گفت عفو می‌کنم، مادر گفت دیه می‌گیرم. حضرت فرمود پسر برای قصاص، به مادر مقتول یک ششم دیه را پرداخت می‌کند، و به ورثه قاتل یک ششم حق پدر را که عفو کرده می‌پردازد.

این حدیث صحیح است. (مجلسی، مراه العقول، ۱۷۸/۲۴؛ خوبی، ۱۳۰/۲)

۲- و عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد، عن علی بن الحدید، و ابن أبی عمیر عن جمیل بن دراج عن بعض أصحابه رفعه إلى أمير المؤمنين (ع) فی رجل قُتل وله وليان فعفا أحدهما و أبی الاخر أن يعفو، قال: إن أراد الذي لم يعف أن يقتل قتل و رد نصف الدية علی اولیاء المقتول المقاد منه. (حرعاملی، ۸۴/۱۹)

جمیل بن دراج از برخی از اصحاب خود به صورت مرفوع از امیرالمؤمنین علی (ع) روایت کرده است در مورد مردی که کشته شده بود و دو ولی داشت، یکی از آن دو عفو کرده و دیگری از عفو امتناع کرد، حضرت فرمود: کسی که عفو نکرده اگر بخواهد می‌تواند قاتل را بکشد و نصف دیه را به اولیای او پرداخت کند.

این حدیث مرفوع است (مجلسی، مراه العقول، ۱۷۸/۲۴). این حدیث ضعیف است (روحانی، ۱۲۴/۲۶).

در اینجا آن دسته از روایاتی که صراحت دارد با عفو برخی از اولیای دم حق قصاص از افراد باقی مانده ساقط می‌شود نقل می‌گردد.

۱- محمد بن یعقوب، عن محمد بن یحیی، عن احمد ابن محمد عن ابن محبوب عن عبدالرحمن فی حدیث قال: قلت لأبی عبدالله (ع): رجلان قتلا رجل عمداً و له وليان فعفا احد الولیین. قال: فقال: إذا عفا بعض الأولیاء درئ عنهما القتل و طرح عنهما من الدية بقدر حصة من عفا، و أدى الباقي من أموالهما إلى الذین لم یعفوا. (حرعاملی، ۸۵/۱۹)

عبد الرحمن می‌گوید به امام صادق (ع) عرض کردم دو مرد یک نفر را به عمد کشتند.

مقتول دو ولی داشت یکی از آن دو عفو کرد، حضرت فرمود: وقتی برخی از اولیاء عفو کنند قصاص از آن دو برداشته می‌شود و به اندازه سهم کسی که عفو کرده دیه از آن دو نفر کم می‌شود؛ دیه باقی مانده را از اموالشان به کسانی که عفو نکرده‌اند پرداخته می‌کنند.

این روایت صحیح است (مجلسی، *مراه العقول*، ۱۸۰/۲۴؛ خویی، ۱۳۰/۲)

۲- محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، و عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد جمیعاً، عن ابن محبوب، عن ابی ولاد قال: سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل قتل و له صغار و كبار أرايت إن عفا الاولاد الكبار؟ قال: فقال: لا يقتل و يجوز عفو الاولاد الكبار فی حصصهم فاذا كبر الصغار كان لهم أن يطلبوا حصصهم من الدية. (حرعاملی، ۸۴/۱۹)

ابو ولاد می‌گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم، مردی به قتل رسید و دارای فرزند صغیر و کبیر است اگر فرزندان بزرگ عفو کرده باشند، رأی شما چیست؟ حضرت فرمود: قاتل کشته نمی‌شود و عفو فرزندان بزرگ نسبت به سهم خودشان جایز است. هرگاه فرزندان کوچک بزرگ شدند حق خواهند داشت سهم خود را از دیه طلب کنند.

این حدیث صحیح است. (مجلسی، *مراه العقول*، ۱۷۸/۲۴؛ همو، ملاذ الاخبار ۳۶۰/۱۶)

این که امام (ع) فرمود قاتل کشته نمی‌شود و فرزندان کوچک وقتی بزرگ شدند می‌توانند سهم خود را از دیه طلب کنند بیانگر این است که عفو فرزندان بزرگ نافذ بوده و قصاص را ساقط می‌کند.

۳- و عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن ابن فضال عن یونس بن یعقوب، عن أبی مریم، عن أبی جعفر (ع) قال: قضی أميرالمؤمنین (ع) فی من عفا من ذی سهم فان عفوه جائز، و قضی فی أربعة اخوة عفا أحدهم قال: يعطى بقیتهم الدية، و يرفع عنهم بحصة الذی عفا. (حرعاملی، ۸۵/۱۹)

ابومریم از امام صادق (ع) روایت کرده است که حضرت فرمود: امیرالمؤمنین در مورد کسی از صاحبان خون که جانی را عفو کرده بود حکم کرد که عفو او جایز است همچنین در رابطه با چهار برادر که یکی از آنها عفو کرده بود فرمود: به بقیه آنها دیه پرداخت می‌شود و سهم کسی که عفو کرده بود از دیه ساقط می‌شود.

این روایت صحیح است. (مجلسی، *مراه العقول*، ۱۸۱/۲۴؛ خویی، ۱۲۱/۲)

۴- محمد بن الحسن باسناده عن الصفار، عن الحسن بن موسی، عن غیاث بن کلوب، عن أسحاق بن عمار عن جعفر عن أبیه أن علیاً (ع) كان یقول: من عفا عن الدّم من ذی سهم له فیہ

فَعْفُوهُ جَائِزٌ وَ سَقَطَ الدَّمُ وَ تَصِيرُ دِيَةٌ، وَ يَرْفَعُ عَنْهُ حَصَّةُ الذِّي عَفَا... (حر عاملی، ۸۶/۱۹)

اسحاق ابن عمار می‌گوید: امام صادق (ع) از پدرش نقل کرد که علی (ع) فرمود: هر کس از صاحبان خون قاتل را عفو کند، عفو او جایز است و قصاص ساقط و تبدیل به دیه می‌شود و سهم دیه کسی که عفو کرده از قاتل برداشته می‌شود.

این روایت معتبر است. (خویی، ۱۳۰/۲؛ روحانی، ۱۲۵/۲۶)

۵- محمد بن علی بن الحسین قال: قد روی أنه إذا عفا واحد من الأولیاء ارتفع القود.

(حر عاملی، ۸۶/۱۹)

روایت شده است که هرگاه یکی از اولیای دم عفو کند قصاص برداشته می‌شود.

این حدیث را نیز شیخ صدوق در «من لایحضره الفقیه» به صورت مرسل آورده است.

(صدوق، ۱۳۹/۴)

علاوه بر موارد مذکور در وسایل الشیعه روایات دیگری نیز در این باب ذکر شده که بیانگر این است که با عفو برخی از اولیاء حق قصاص افراد باقی مانده ساقط می‌شود، مانند روایت شماره ۲ که از زراره نقل شده و از ذکر آن خود داری می‌شود. (حر عاملی، ۸۴/۱۹)

البته به نظر می‌رسد با عنایت به چندین روایت صحیح و معتبر در خصوص سقوط قصاص با عفو برخی از اولیاء و موافق بودن این روایات با قرآن که برخی از فقها و مفسران در ذیل آیه شریفه «فمن عفی له من اخیه شیء» (بقره: ۱۷۸) بیان داشته که آیه دلالت دارد به اینکه با عفو برخی از اولیاء قصاص ساقط می‌شود.

همچنین به سبب موافق بودن روایات سقوط قصاص با احتیاط در خون، روایات سقوط قصاص ترجیح دارد اما برخی از فقها برای رفع تعارض بین این دو دسته از روایات به جمع دلالتی پرداخته‌اند.

جمع دلالتی

در صورت تعارض بین دو دلیل مادامی که بین دلالت دو دلیل امکان جمع عرفی یا دلالتی باشد لازم است آن جمع صورت گیرد.

۱- یک وجه جمع دلالتی این است که روایات دال بر سقوط قصاص با عفو برخی از اولیاء حمل شوند به موردی که شخص خواهان قصاص، سهم دیه عفو کنندگان را به اولیای قصاص شونده نپردازد.

شیخ طوسی در استبصار می‌گوید: «مقصود روایاتی که دلالت می‌کنند وقتی برخی از اولیاء عفو کردند قتل برداشته می‌شود و قصاص تبدیل به دیه می‌گردد، این است که کسی که خواهان قصاص است در صورتی که سهم دیه افراد عفو کننده را به اولیای فرد قصاص شونده نپردازد، حق قصاص ندارد.» (طوسی، ۲۶۳/۴)

البته برای این جمع شاهد و مدرکی وجود ندارد. علاوه بر این، خلاف ظاهر این روایات است که می‌گوید در این صورت حق قصاص ساقط می‌شود و به هیچ وجه ناظر به عمل باقی اولیاء در مقام استیفا نیست.

۲- دومین وجه جمع این که اخبار دال بر سقوط قصاص با عفو برخی از اولیاء حمل می‌شوند بر این که قصاص به مقدار سهم عفو کنندگان برداشته می‌شود. (نجفی، ۳۷/۴۲) اشکال این وجه این است که در روایات آمده است در این صورت قصاص ساقط می‌شود و تبدیل به دیه می‌گردد؛ دیگر این که قصاص قابل تجزیه نیست و آنچه قابل تجزیه است دیه است.

۳- وجه دیگر جمع دلالتی آن است که اخبار دال بر سقوط قصاص با عفو برخی از اولیاء را به صحیحۀ ابی ولاد تخصیص بزنیم. در صحیحۀ ابی ولاد آمده است: پدر عفو کرده، مادر خواهان دیه و پسر خواهان قصاص بود. در حالی که روایاتی که دلالت بر سقوط قصاص دارند مطلقاً اند؛ چه آن که عفو کننده و خواهان قصاص از لحاظ نسبت با مقتول در یک مرتبه باشند یا در دو مرتبه باشند؛ چنان که یکی از فرزندان یا ولی نزدیکتر عفو کرده باشد و ولی دور تر خواهان قصاص باشد، در این صورت حق قصاص ساقط می‌شود. (شاهرودی، ۳۷)

البته این جمع نسبت به جمع‌های دیگری که ذکر شد، مانند این که سقوط قصاص را حمل بر استحباب نموده اند، یا افراد باقی مانده نسبت به سهم خود با اخذ دیه رضایت داده باشند، بهتر است.

اصل اولی در متعارضین

از نظر عقلی قاعده اولی در دو دلیل متعارض تساقط است اما روایات زیادی بر این دلالت می‌کنند که این قاعده تساقط نیست. برداشت علمای امامیه از این روایات متفاوت است. سه نظر در این خصوص ارائه شده است:

۱- مشهور فقها قائل به تخییر هستند. یعنی مجتهد در عمل به هر کدام از دو دلیل متعارض مختار است؛ زیرا هر دو دلیل قطع نظر از تعارض حجیت دارند و جامع شرایط هستند.

۲- برخی قول به توقف را برگزیده‌اند؛ یعنی در مقام فتوا توقف کرده‌اند و در مقام عمل احتیاط را انتخاب نمودند.

۳- برخی بر این باورند که اگر یکی از دو دلیل متعارض موافق با احتیاط باشد بر مجتهد لازم است که بدان عمل نمایند (مظفر، ۱۸۸/۲).

هرچند قاعده اولیه در متعارضین تساقط است ولی براساس احادیث وارده مجتهد در مقام عمل به روایتی عمل می‌کند که با احتیاط سازگارتر باشد. روایات دال بر سقوط قصاص با عفو برخی از ورثه به سبب تعدد روایات صحیح و معتبر از روایات دال بر وجوب قصاص ترجیح دارند، در صورت ناتمام بودن این نظر و قائل شدن بر اینکه این دو دسته روایات متعارض هستند، روشن است که روایاتی که بیانگر سقوط قصاص است با اصل احتیاط در خون موافق تر است؛ چون قصاص یک حق مشترک میان تمام ورثه است و با عفو برخی از اولیاء این شبهه به وجود می‌آید که دیگران حق قصاص نداشته باشند و احتیاط اقتضا می‌کند که از قصاص امتناع و دیه گرفته شود. چون با عفو برخی از اولیاء بخشی از جان قاتل محترم شمرده شده است و شبهه سقوط حد ایجاد می‌شود و با وجود شبهه قصاص برداشته می‌شود.

همچنین اگر به فرض تعارض و سقوط این دو دسته روایات به اصل عملی تمسک بجوییم مقتضای اصل عملی نیز سقوط قصاص و مرجع عموم حرمت قتل نفس محترم است.

لازم به ذکر است در این صورت جای استصحاب حق قصاص برای هریک از اولیاء نخواهد بود؛ زیرا حق قصاص برای هریک از ورثه با عفو برخی از اولیاء ثابت نشده است چون قصاص حق مشترک میان تمام ورثه و یک حق مجموعی است و با عفو برخی از اولیاء جای استصحاب حق قصاص برای هریک از ورثه نیست.

به نظر می‌رسد آنچه فقهای ما را بر آن داشته که علی رغم روایات صحیح مبنی بر سقوط قصاص با عفو برخی از اولیاء، قول به عدم سقوط قصاص را برگزینند این باور است که بنای قصاص بر تغلیب است؛ یعنی جانب قصاص را باید غلبه داد. (شهید ثانی، ۹۵/۹؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۵۲۱/۲؛ نجفی، ۲۸۹/۴۲)

ولی باید گفت اگر منظور از غلبه دادن جانب قصاص، مقتضای اصل هنگام شک باشد بدیهی است که در قصاص و حدود هنگام شک و شبهه جای احتیاط است و برای حفظ خون

طرف سقوط قصاص غلبه دارد.

علاوه بر آن قرآن کریم هنگام ذکر حکم قصاص، عفو و گذشت را تشویق کرده (بقره: ۱۷۸) و آن را کفاره گناهان قرار داده است. (مائده: ۴۵)

مالک حق قصاص کیست؟

در این که صاحب حق قصاص چه کسی است بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند حق قصاص در ابتدا برای خود مقتول قرار داده شده و سپس مانند سایر اموال او به ارث می‌رسد. وقتی قصاص برای خود مقتول قرار داده شده باشد، پس از او براساس ضوابط ارث به ورثه او منتقل می‌گردد و هر کس به نسبت سهم الارث خود در آن شریک می‌شود مگر این که با دلایل محکم و قوی برخی از ورثه استثنا شده باشند. (خوانساری، ۲۶۲/۷؛ خوبی ۱۳۱/۲؛ طوسی، میسوط، ۵۴/۷)

از آنجا که حق قصاص در اثر ایراد جنایت به وجود می‌آید و چون جنایت بر خود مجنی^{*} علیه وارد شده است، طبعاً حق قصاص نیز برای خود او به وجود می‌آید؛ لیکن چون مقتول به سبب موت نمی‌تواند این حق را استیفا کند، ورثه از طریق ارث در استیفای حق جانشین او می‌شوند و این حق بین آنها مشترک خواهد بود. چنانکه مجنی^{*} علیه در اعضای خود حق قصاص یا عفو یا دیه را دارد در نفس نیز چنین است و نمی‌توان گفت انسان نسبت به از دست دادن اعضای خود حقی دارد ولی نسبت به از دست دادن جان خود حقی ندارد. یکی از دلایلی که می‌گویند حق قصاص برای میت است نه ورثه این است که دیه از اموال میت محسوب می‌شود و دیون میت را می‌توان از دیه پرداخت نمود (حرعاملی، ۹۲/۱۹) و وصیت او نسبت به دیه صحیح است.

روایت شده است که مردی به ثلث مالش وصیت کرد سپس به قتل خطایی کشته شد؛ امام فرمود: ثلث دیه‌اش داخل در وصیتش است. (حرعاملی، ۱۷۱/۱۹)

برخی از فقها معتقدند حق قصاص از ابتدا برای اولیای دم به وجود می‌آید و ربطی به مسئله ارث ندارد؛ زیرا حق قصاص برای تشفی خاطر است و تشفی برای مقتول بی‌معناست؛ چون حق قصاص از ابتدا برای اولیاء جعل شده است و هریک به طور مستقل حق قصاص دارند.

دلیل اینکه هریک از ورثه به طور کامل و مستقل حق قصاص دارند این است که قصاص

قابل تجزیه نیست و شرکت در چیزی که قابل تجزیه نباشد محال است؛ چون شرکت در صورتی معقول است که قسمتی از شیء مشترک بتواند برای برخی از شرکا و قسمت دیگر آن برای عده‌ای دیگر قرار داده شود؛ مانند شرکت در زمین یا خانه. این درحالی است که حق قصاص چنین نیست بلکه مانند حق ولایت در نکاح بوده و غیر قابل تجزیه می‌باشد.

همچنین حق قصاص مترتب بر قتل عمد است و قبل از آن به وجود نمی‌آید و در نتیجه نمی‌تواند از ابتدا برای مقتول جعل شود و از ظاهر آیه شریفه «مَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا» (اسراء: ۳۳) نیز استفاده می‌شود که هریک از ورثه به طور مستقل حق قصاص دارند. (خوبی، ۱۳۱/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیه ۱۰، ۹۶/؛ کاشانی، بدایع الصنایع، ۲۴۲/۷)

در نقد این نظریه باید گفت قابل تجزیه نبودن قصاص دلیل بر این نمی‌شود که هریک از ورثه به طور مستقل حق قصاص داشته باشد؛ بلکه چون همه ورثه یک حق قصاص طلب دارند، یا همه تقاضای قصاص می‌کنند و قاتل کشته می‌شود، و یا برخی خواهان قصاص و برخی عفو می‌کنند که در این صورت حق قصاص تبدیل به دیه می‌شود و حق همه ادا می‌گردد.

در قتل عمد هم قصاص برای مقتول وضع شده است همچنان که در قصاص اعضا این حق برای مجنی علیه است. نمی‌توان گفت انسان نسبت به از دست دادن اعضای خود حق دارد اما نسبت به از دست دادن جان خود حقی ندارد. اما چون مقتول نمی‌تواند حقش را استیفا کند استیفای آن به ورثه واگذار شده است چنان که آیه شریفه می‌گوید: «وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا» یعنی ورثه استیفای حقی را که برای مجنی علیه قرار داده شده برعهده دارند؛ در واقع آیه بیان می‌دارد که وراثت حق قصاص دارند. اما این که هریک به تنهایی چنین حقی را داشته باشند از آیه چنین مطلبی استنباط نمی‌شود و آیه در مقام بیان چنین حکمی نیست. آیه در مقام جعل اصل سلطنت است اما در خصوص کیفیت ارث بردن آن حق ساکت است.

نسبت این که حق قصاص قایم به مجموع ورثه باشد یا قایم به فرد فرد ورثه به طور جداگانه، نسبت اقل به اکثر است و در این میان آنچه زاید بر مقدار متیقن است مشمول ادله حرمت می‌باشد و قصاص با عفو برخی از اولیاء مشمول ادله حرمت قتل نفس است.

همچنین حکمت وضع قصاص که حفظ حیات انسان و احترام به خون اوست در صورتی که حق قصاص قایم به مجموع ورثه باشد سازگارتر است تا این که هریک از ورثه به طور مستقل حق قصاص داشته باشند.

چگونگی برخورداری حق قصاص

در کیفیت استحقاق حق قصاص توسط ورثه بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. در چگونگی بهره‌مندی ورثه از حق قصاص چند فرض متصور است که عبارتند از:

۱- هریک از ورثه به طور مستقل و جداگانه حق قصاص داشته باشند به این معنا که حق قصاص برای طبیعت ولی قرار داده شده است و در نتیجه با انحلال ولی به افراد متعدد حکم نیز متعدد می‌شود؛ بنابراین برای هریک از اولیاء یک حکم مستقل به وجود می‌آید مانند سایر مواردی که با انحلال موضوع حکم نیز منحل شده و به احکام متعدد تبدیل می‌گردد. (خویی، ۱۲۹/۲؛ خوانساری، ۲۶۶/۷)

از آنجایی که قصاص یک حق و متعلق به همه ورثه است و قابل تبعیض هم نیست پذیرفتن این نظریه مشکل است.

۲- حق قصاص به مجموع ورثه، به عنوان این که طبیعت ورثه قائم به آن است به ارث می‌رسد؛ یعنی به ماهیت ورثه به ارث می‌رسد. در این صورت وقتی یک نفر از ورثه، که مصداق طبیعت ورثه است، اقدام کرد حق بقیه ساقط می‌شود.

اول اینکه برای این قول دلیل نداریم؛ دوم اینکه مخالف ادله ارث است که می‌گوید مجموع ورثه حق دارند و معقول نیست که با اعمال حق یک نفر حق بقیه ساقط شود؛ چون لازمه آن سقوط حق قصاص با صدور عفو یا اخذ دیه از جانب یکی از اولیاء است.

۳- حق قصاص به مجموع ورثه من حیث المجموع می‌رسد؛ یعنی تمام ورثه یک حق قصاص به صورت مشترک دارند. شیخ انصاری در مکاسب در چگونگی به ارث بردن خیار می‌گوید: «مقتضای ادله ارث در حقوق غیرقابل تجزیه و قابل تجزیه یکی است و آن این است که مجموع ماترک برای مجموع ورثه باشد. از آنجایی که تقسیم در اموال ممکن است، هریک از افراد به مقدار سهم خود به طور مشاع در کل شریک هستند؛ بر خلاف حقوق که همه افراد در تمام حق شریک‌اند ولی هیچ یک در استیفای حق مستقل نیستند.» (انصاری، ۲۹۱)

اصل اولی در حق قصاص این است که همه ورثه در آن شریک باشند و هیچ یک از ورثه در استیفای آن مستقل نباشند؛ مگر اینکه دلیل متقنی برای استیفای آن به طور مستقل وجود داشته باشد. از آن جا که چنین دلیلی وجود ندارد اصل اولی حاکم خواهد بود.

برخی از فقها مطلب را بدین صورت تقریر فرمودند که اگر حق قصاص از ابتدا برای اولیاء وضع شده باشد با انحلال ولی به افراد متعدد حکم نیز متعدد می‌شود و هر یک از اولیاء به

طور مستقل حق قصاص دارند. اما اگر حق قصاص به سبب ارث از میت به ورثه انتقال یافته باشد، چون یک حق است، برای مجموع ورثه به صورت مشترک خواهد بود. (خویی، ۱۳۱/۲) به نظر می‌رسد چون یک حق قصاص بیشتر نیست و آن هم بین مجموع ورثه مشترک می‌باشد بهتر آن است که بگوییم حق قصاص حق مجموعی است. از آنجایی که این حق قابل تجزیه هم نیست هیچ یک به طور مستقل حق استیفای آن را ندارند.

سقوط قصاص در نظر فقهای اهل سنت

فقهای اهل سنت بر این عقیده‌اند که اگر حق قصاص برای عده‌ای ثابت شود، و برخی از افراد عفو کنند حق بقیه از قصاص ساقط می‌شود؛ چون حق قصاص مشترک بین آنان است و قابل تبعیض نیست. با عفو برخی از اولیاء قاتل بخشی از حیاتش را حفظ کرده است و بعد از عفو برخی از اولیای دم کسی بر نفس قاتل تسلط پیدا نمی‌کند.

وقتی بعضی از ورثه حق قصاص خود را اسقاط کردند این اسقاط به بقیه افراد صاحب حق قصاص نیز سرایت می‌کند و حق قصاص آن‌ها را هم ساقط می‌کند. مانند عتق، که وقتی برده‌ای بین دو نفر مشترک باشد و یک نفر سهم خودش را آزاد کند برده آزاد می‌شود و بهای سهم شریک دیگر باید پرداخت شود. (رک: نووی، ۴۷۶/۱۸؛ ابن قدامه، ۳۸۸/۹؛ سرخسی، ۱۲۹/۲۶؛ سمرقندی، ۱۰۰/۳)

مؤلف کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه می‌گوید: «اگر کسی به عمد کشته شود و ورثه در تقاضای قصاص و دیه با هم اختلاف نظر داشته باشند، دیه برای آنان واجب می‌شود؛ اگر چه جانی راضی نباشد. اما اگر ورثه در طلب قصاص یا عفو با هم نزاع داشته باشند، برخی از ورثه جانی را عفو نمایند و بعضی در خواست قصاص کنند، قصاص ساقط می‌شود و دیه در مال قاتل واجب می‌شود و بر ورثه تقسیم می‌گردد؛ هر چند همه ورثه راضی نباشند چون قصاص قابل تجزیه نیست، و به سبب حفظ خون و احترام انسان جانب سقوط قصاص غلبه دارد؛ زیرا حدود با شبهه برداشته می‌شود و عفو برخی باعث شبهه در اجرای حد قصاص بر قاتل می‌شود.» (جزیری، ۲۶۶/۵)

جمع بندی دلایل سقوط قصاص

۱. روایات صحیح و معتبر متعددی که بر سقوط قصاص با عفو برخی دلالت دارند.

۲. برخی از فقها و مفسران با استناد به آیه شریفه «فمن عفی له من اخیه شیء» بیان داشته‌اند که عفو برخی از ورثه منجر به سقوط حق قصاص افراد باقی مانده خواهد شد. (سیوری حلی، ۳۵۶/۲؛ طبرسی، ۴۹۰/۱)
۳. قصاص یک حق است که همه ورثه در آن سهیم‌اند و قابل تجزیه هم نیست، اعمال آن باید با اتفاق نظر همه باشد. بنابر این با عفو برخی از اولیاء تبدیل به دیه می‌شود تا حقوق هم رعایت گردد.
۴. اگر ورثه حق قصاص مستقل داشته باشند، نباید در اعمال این حق، او را به پرداخت دیه به کسانی ملزم کرد که متقاضی دیه هستند. از نظر همه فقها، پرداخت دیه به سایر ورثه که راضی به قصاص نبوده‌اند الزامی است.
۵. با عفو برخی از ورثه، قاتل مالک بخشی از جان خود شده است، و افراد باقی مانده بر تمام نفس او تسلط ندارند و در صورت اعمال قصاص از مقدار واجب تعدی می‌کنند و این جایز نیست. (ابن فهد حلی، ۲۲۴/۵)
۶. قصاص یک حق است؛ وقتی برخی عفو کرده‌اند بخشی از نفس قاتل حفظ شده است که موجب شبهه می‌شود که در این صورت قصاص جایز است یا نه، و هنگام شبهه در خون حکم به احتیاط و عدم قصاص می‌شود.
۷. بین دو مسئله سقوط قصاص با عفو برخی از اولیاء و عدم جواز استیفای حق قصاص از سوی بعضی از اولیاء بدون حضور یا اذن سایر اولیاء تلازم وجود دارد. آیا استیفای حق قصاص از سوی بعضی از اولیاء بدون حضور یا اذن دیگر اولیاء جایز است یا جایز نیست؟ رأی مشهور فقهای ما در این است که برخی از اولیاء به تنهایی حق استیفای قصاص را ندارند. (خمینی، ۴۸۰/۲؛ نجفی، ۲۸۹/۴۲؛ خویی، ۱۲۹/۲؛ روحانی، ۱۲۴/۲۶) در این مسئله اگر بعضی از اولیای دم خواستار عفو یا دیه باشند آیا جایز است بعضی دیگر از آنان مستقلاً خواستار قصاص شوند یا جایز نیست؟ قول صواب این است که در این صورت قابل به سقوط حق قصاص شویم چون بین این دو مسئله تلازم وجود دارد و قصاص هم حق مشترک بین تمام ورثه می‌باشد و با عفو برخی یا تقاضای دیه از سوی بعضی برای دیگران حق قصاص نخواهد بود.
۸. وقتی که برخی از ورثه حقشان را از قصاص اسقاط کردند به بقیه نیز سرایت می‌کند. مانند عتق وقتی برده ای بین دو نفر مشترک باشد و یک نفر آن را آزاد کند برده آزاد می‌شود و

بهای سهم شریک دگر باید پرداخت شود. (شهید اول، ۱۳۱/۲؛ ابن قدامه، ۳۸۸/۹)

۹. عدم سقوط قصاص مشکلاتی را پدید می‌آورد. ناتوانی افرادی که خواهان قصاص هستند از پرداخت سهم دیه افرادی که متقاضی دیه هستند یا عدم قدرت پرداخت سهم دیه افرادی که عفو کرده‌اند به ورثه قاتل سبب می‌شود که قاتل مدت‌ها در زندان بلا تکلیف بماند. مثلاً شوهر یا زن دیگری را به قتل می‌رساند که اولیای دم مقتول که پدر و مادر و فرزند هستند. فرزندان خواهان عفو قاتل هستند و پدر و مادر مقتول خواهان قصاص می‌شوند که قادر به پرداخت سهم دیه به فرزندان نیستند. در این صورت قاتل باید در زندان بماند که این موجب فروپاشی خانواده مذکور می‌شود.

نتیجه گیری

هرچند نظر مشهور فقها این است که با عفو برخی از اولیاء افراد باقی مانده با پرداخت سهم دیه عفو کنندگان حق قصاص دارند، ولی برخی از فقها و مفسران در ذیل آیه شریفه: «فمن عفی له من اخیه شیء» فرمودند با عفو برخی از اولیاء حق قصاص از افراد باقی مانده ساقط می‌شود.

همچنین روایات دال بر سقوط قصاص با عفو برخی از اولیاء به سبب کثرت روایات صحیح و معتبر بر روایات دال بر عدم سقوط قصاص ترجیح دارند؛ و در صورت ناتمام بودن این نظر و اعتقاد بر اینکه دو دسته روایات متعارض هستند، روشن است روایات بیانگر سقوط قصاص با اصل احتیاط در خون موافق‌تر است؛ چون قصاص یک حق مشترک میان تمام ورثه است و با عفو برخی از اولیاء این شبهه به وجود می‌آید که دیگر ورثه حق قصاص نداشته باشند؛ زیرا با عفو برخی از اولیاء بخشی از جان قاتل محترم شمرده شده است و شبهه سقوط قصاص ایجاد می‌شود و با وجود شبهه و اصل احتیاط در خون، قصاص تبدیل به دیه می‌شود و جمع بین حقیق تحقیق پیدا می‌کند.

به نظر می‌رسد در چنین مواردی اگر قصاص به دیه تبدیل شود با روح شریعت سازگارتر است و پیشنهاد می‌گردد که در ماده ۲۶۴ قانون مجازات اسلامی تجدید نظر صورت پذیرد.

منابع

قرآن کریم.

- ابن براج، عبدالعزیز، *المهذب البارع*، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسی، بی تا.
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷ ق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، *المهذب البارع*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- ابن قدامه، عبدالرحمن، *الشرح الكبير*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، مطبوعات دینی، ۱۳۶۶.
- جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ ق.
- جصاص، ابی بکر ابن علی رازی، *احکام القرآن*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
- محقق حلّی، محمد بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۳ ق.
- خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، *تحریر الوسیله*، تهران، منشورات مکتبه الاعتماد، ۱۴۰۳.
- خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۵۵.
- خویی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، دارالهادی، ۱۴۰۷ ق.
- داور پناه، ابوالفضل، *انوارالعرفان فی تفسیر القرآن*، تهران، انتشارات صدر، ۱۳۷۳.
- روحانی، محمد صادق حسینی، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، مؤسسه دارالکتب، ۱۴۱۲ ق.
- سرخسی، شمس الدین، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۶ ق.
- سمرقندی، علاء الدین سمرقندی، *تحفة الفقهاء*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴ ق.
- سیوری حلّی، فاضل مقداد، *کنزالعرفان فی فقه القرآن*، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۷۳.
- ، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، مکتبه آیه الله مرعشی، ۱۳۴۰ ق.
- شهید اول محمد بن جمال الدین مکی، *اللمعة الدمشقیة*، ترجمه علی شیروانی، قم، دارالفکر، ۱۳۷۸.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الرؤضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۹۸ ق.
- _____، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- صدوق، محمد بن علی، *من لایحضره الفقیه*، تحقیق غفاری، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ ق.

- طباطبایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، قم، موسسه ال بیت، ۱۴۰۴ ق.
- طباطبایی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، تهران، بنیاد علمی و فرهنگی علامه طباطبایی، ۱۳۶۶.
- طبرسی، ابوعلی فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ق.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳.
- _____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المكتبة المرصویه، ۱۳۷۸ ق.
- _____، *الخلاف*، تحقیق سید علی خراسانی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، بی تا
- قانون مجازات اسلامی، تهیه و تنظیم: منصور جهانگیر، تهران، نشر دیدار، ۱۳۸۴.
- قرشی، علی اکبر، *احسن الحديث*، تهران، بنیاد بعثت، ۱۳۶۱.
- کاشانی، ملا فتح الله، *منهج الصادقین*، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۴۷.
- کاشانی، ابو بکر ابن مسعود، *بدایع الصنائع*، پاکستان، المكتبة الحبيبيه، ۱۴۰۹ ق.
- مجلسی، محمد باقر، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۹.
- _____، *ملاذ الاخبار فی فهم تهذیب الاخبار*، قم، مكتبة آیت الله مرعشی، ۱۳۴۷ ق.
- مروارید، علی اصغر، *سلسله الینابیع الفقہیہ*، دارالترتھ الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
- مظفر، محمد رضا، *اصول الفقہ*، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
- مفید، محمد بن نعمان، *المقنعه*، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۷ ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- نسائی، عبدالرحمن احمد بن شعیب، *السنن الکبری*، شرح جلال الدین سیوطی، بیروت، دارالفکر، ۱۳۹۸ ق.
- نووی، محیی الدین، *المجموع فی شرح المهذب*، بیروت، دارالفکر، بی تا
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، «*قصاص حق انحلالی یا مجموعی*»، چاپ شده در: *فقه اهل بیت (ع)*، سال پنجم، شماره هفدهم، تابستان ۱۳۷۸.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۱،
زمستان ۱۳۹۱، ص ۶۶-۵۱

درنگی در لزوم تقلید اَعلَم*

دکتر محمدرضا علمی سولا
استادیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: elmisola@um.ac.ir

چکیده

مقاله حاضر به بررسی موضوع «لزوم تقلید اعلَم» می‌پردازد. به همین منظور، ضمن مقایسه ادله موافقان و مخالفان لزوم تقلید اعلَم و تبیین نقاط ضعف دیدگاه نخست، چنین نتیجه می‌گیرد که دیدگاه جواز تقلید از مطلق مجتهد، اعم از اعلَم و غیر اعلَم، خالی از اشکال بوده، بلکه از استحکام و قوت بیشتری برخوردار است و این نظریه با دیدگاه مشهور در این زمینه، در تضاد است.

کلید واژه‌ها: اجتهاد، تقلید، مجتهد اعلَم، لزوم تقلید اعلَم.

*. تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۱۲/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۱۰/۰۴.

مقدمه

مسئله اجتهاد و تقلید از مسائل بسیار مهم و مورد ابتلای تمام مسلمانان از آغاز اسلام تاکنون می‌باشد؛ همان گونه که این موضوع، از فروعات بسیاری نیز برخوردار است؛ از قبیل: ضرورت اجتهاد و تقلید، مفهوم اجتهاد و تقلید، شرایط اجتهاد، اجتهاد مطلق و متجزی، تقلید از میّت، بقا بر تقلید میّت، تبدل رأی مجتهد و موارد دیگر.

لزوم تقلید اعلم، از قضایای مشهور (سید مرتضی، ۳۲۵/۲؛ ابن‌الشهید ثانی، ۲۴۶؛ انصاری، ۵۲۶/۲) در میان فقیهان امامی به شمار می‌رود. اما نظر به عدم حجیت شهرت فتوایی در نزد محققان، نمی‌توان بر وجود این شهرت، اعتماد کرد؛ و از دیگر سو، باز خوانی و بررسی مجدد ادله قائلان قول مشهور و در نظر داشت اقتضائات زمانی و نیز مباحث تازه‌ای که در مجامع علمی و حوزوی مطرح است، ضروری به نظر می‌رسد.

هدف نگارنده از این تحقیق، استظهار و ابراز این نکته بوده است که نظریه جواز تقلید از مطلق مجتهد، اعم از اعلم و غیر اعلم، از پشتوانه‌ای قوی و ادله‌ای محکم برخوردار است. پیش از ورود در مباحث ماهوی، تبیین واژه‌های اجتهاد و تقلید، ضروری است.

اجتهاد**اجتهاد در لغت**

اجتهاد در لغت به معنای بذل جُهد (به ضم) و استفراغ وُسع (به معنای به کارگیری نهایت تلاش و توان) آمده است. (جوهری، ۸۵؛ فیروزآبادی، ۲۹۶/۱)

تفسیر اجتهاد به محل جهد تفسیر به لازم معنا است. (ابن‌الشهید ثانی، ۲۳۸)

جهد (به ضم) به معنای مشقت است و گاه جهد (با فتح یا ضم) به معنای اجتهاد آمده است. (فیروزآبادی، ۲۹۶/۱)

معنای اصطلاحی اجتهاد

أ- اصطلاح قدمای اصولی: ابن‌حاجب و علامه حلی اجتهاد را چنین تعریف کرده‌اند: به کارگیری تمام تلاش و توان فقیه در تحصیل ظن به حکم شرعی. چند نکته در باره این تعریف، یادآوری می‌شود:

۱. معنای اصطلاحی اجتهاد، از واژه جُهد (نهایت تلاش) نقل شده است و این نوع نقل، از قبیل نقل اعم به اخص است که در منقولات، غالب است؛ به خلاف اشتقاق آن از جُهد (به

فتح) که از قبیل نقل لازم به ملزوم است؛ زیرا لازمه این که فقیه وسعش را بذل کند، مشقت است و اصل چنین اقتضا می‌کند که شیء بر اعم اغلب، حمل شود.

۲. مراد از استفراغ وسع، نهایت عقلی نیست بلکه بذل طاقت به مقدار لازم است.

۳. مراد از ظن، ظن معتبر است؛ زیرا ظن غیر معتبر به منزله معدوم است.

۴. تقیید به ظن، برای بیرون کردن ضروریات و یقینیات، و تقیید به حکم شرعی برای

بیرون کردن احکام غیر شرعی مانند احکام عقلی است. (آل کاشف الغطاء، ۶۶-۶۷)

ب- اصطلاح متأخران: تعریفی از شیخ بهایی که مورد استقبال اکثر متأخران قرار گرفته

است، نقل می‌گردد:

ملکه ای است که به وسیله آن، بر استنباط حکم شرعی فرعی از اصل به طور فعلی یا قوه

نزدیک به استنباط، اقتدار (قدرت تام) حاصل می‌شود. (الملکه الّتی یقتدر بها علی استنباط

الحکم الشرعی الفرعی عن الاصل فعلا او قوه قریبه. (آل کاشف الغطاء، ۷۳)

تقلید

تقلید در لغت از قلاده اشتقاق یافته است و معنای آن، قرار دادن قلاده در گردن غیر

می‌باشد. (جعل القلاده فی الجید، و الجید: العنق، وقیل مقلده. ابن منظور، ماده «جید»)

اما در اصطلاح، تعاریف متعددی برای آن ذکر شده که چند مورد مناسب‌تر را بیان می‌کنیم:

۱- اخذ فتوای غیر و یادگیری آن برای عمل در فرعیات، یا برای التزام به آن در اعتقادیات

تعبداً، بدون مطالبه دلیل رأی مجتهد. (آخوند خراسانی، ۴۳۴/۲)

۲- التزام به عمل به فتوای غیر، اگرچه آن را یاد نگیرد و به طریق اولی اگرچه به آن عمل

نکند. (یزدی، ۷/۱، مسئله ۸؛ اصفهانی، ۴۱۱)

۳- استناد به فتوای غیر در مقام عمل و به عبارت دیگر تطبیق عمل بر فتوای غیر.

(اصفهانی، ۴۱۱، به نقل از: از علامه حلی در نهاییه)

به نظر می‌رسد تعریف سوم مناسب‌تر باشد؛ زیرا با معنای لغوی تقلید تناسب بیشتری دارد

چرا که مقلد، کسی است که قلاده را در گردن غیر (مجتهد) قرار می‌دهد، یعنی عمل خودش

را بر عهده متقلد (مجتهد) می‌گذارد، بدین معنا که مسئولیت عمل خودش را بر عهده وی قرار

می‌دهد. (الوسیط، ۲۳۴/۲)

مفهوم اعلمیت

در باب ماهیت اعلمیت، چند دیدگاه وجود دارد:

۱. معنای اعلم بودن، آن است که مجتهد ملکه‌ای قوی‌تر داشته باشد. (حکیم، ۶۵۹)
 ۲. معنای اعلم بودن، آن است که معلومات بیش‌تری داشته باشد. (طباطبایی یزدی، مسئله (۱۷)
 ۳. معنای اعلم بودن، آن است که از نظر ذوق و سلیقه و فقاہت نیکوتر باشد. (خویی، ۴۵۴/۲)
- محمدتقی حکیم اعلمیت را به معنای اول دانسته است. ایشان بر این باور است که در شرایط مجتهد، تنها ملکه اجتهاد، لازم است نه مطابقت بیشتر فتاوی‌اش با واقع؛ چرا که احراز واقع غالباً میسر نیست. (۶۵۹) همچنان که محقق عراقی نیز ملاک اعلمیت را کثرت استنباط و احاطه به فروع فقهی ندانسته است؛ زیرا این امور را با ضعف ملکه اجتهاد نیز قابل جمع می‌داند. (عراقی ۲۵۴/۴)
- برخی از فقیهان معاصر نیز خبره‌تر از دیگران و آگاه‌تر به دقایق فقه و مبانی استنباط بودن را شرط دانسته‌اند. (سبحانی، ۲۴۳/۲)

نگاه اجمالی بر ادله موافقان لزوم تقلید از مجتهد اعلم

- ۱- نقل اجماع برای تأیید تقلید از افضل (علم الهدی، ۳۲۵/۲؛ صاحب معالم، ۲۴۶)
- ۲- سیره عقلا
- ۳- اعتبار فتوای مجتهد از باب طریقت به احکام واقعی است
- ۴- روایات
- ۵- اصالت یقین به اقتضای حکم عقل در دوران بین یقین و تخیر در باب حجیت (در صورت عدم وجود اماره معتبر).

نگاه اجمالی به ادله مخالفان لزوم تقلید از مجتهد اعلم

- ۱- اطلاق ادله (آیات و روایات) در مورد در جواز مراجعه به فقیه.
- ۲- اگر اعلم بودن لازم می‌بود باید به خاطر تفاضل علما که امری عادی است در خود دلیل ذکر می‌شد که شرط رجوع به عالم، اعلم بودن او است در حالی که در دلیل این اهمال وجود

دارد.

۳- امر امام (ع) به برخی اصحاب مبنی بر افتاء بین مردم، با وجود اختلاف آن‌ها در مرتبه و عقیده، نشان می‌دهد که امر ایشان به خاطر اعلم بودن آن‌ها نبوده است.

۴- اعتبار فتوای مفتی در زمان حضور امام (ع)، که افراد تمکن از اخذ حکم از خود معصوم (ع) دارند، به طریق اولی دلالت می‌کند که فتوای مجتهد غیر اعلم حتی در صورت دسترسی به اعلم حجت است.

۵- وجود سیره متشرعه بر اخذ فتوا از اصحاب امام (ع) و نیز از مجتهد جامع شرایط بدون فحص از اعلم بودن وی.

۶- تعسر بلکه تعذر تشخیص اعلم بر عوام. علت آن است که عوام [به جهت تخصصی بودن مطلب و نیاز آن به خبرویت] خودشان مستقیماً نمی‌توانند اعلم را تشخیص دهند. این امر با رجوع به اهل خبره نیز ممکن نیست چون خبرگان نیز در موارد بسیاری در تشخیص مصداق اختلاف دارند؛ تازه اگر در معنای اعلمیت توافق داشته باشند. در حالی که در تشخیص معنای اعلمیت نیز اختلاف دارند که آیا:

الف- آنکه دارای ملکه قوی‌تر است ب- آنکه دارای علم و آگاهی بیشتر است ج- آنکه دارای ذوق و سلیقه و فقاقت نیکوتر و بالاتر است. (خالصی، ۹۳/۲-۹۲)

در پاسخ دلیل اول یعنی اطلاق آیات و روایات گفته شده است: آیه نفر (توبه: ۱۲۲) به طور مثال به فرض قبول دلالت، در اصل لزوم تقلید بر عامی دلالت دارد ولی در مقام بیان از جهت اختلاف مندرین در علم و فضیلت با اختلافشان در فتوا نیست.

بررسی تفصیلی ادله طرفین

در آغاز باید یادآور شد که ادله اجتهادی ذکر شده در این مسئله در سه صورت تحقق می‌یابد:

اول: فتوای اعلم مخالف با غیر اعلم بوده و مخالفت میان این دو فتوا معلوم باشد.

دوم: علم به موافقت میان این دو موجود باشد.

سوم: موافقت و مخالفت میان این دو معلوم نباشد.

صورت دوم و سوم چون ثمره عملی چندانی ندارد لذا تمرکز بحث ما نسبت به صورت

اول بحث است.

نکته دیگر که لازم به یادآوری است این که، مفروض کلام ما در جایی است که اعلم از غیر اعلم متمایز بوده و امکان مراجعه به او برای گرفتن فتوا و تطبیق عمل خود بر طبق فتوای او وجود داشته باشد؛ در غیر این صورت جایی برای بحثی که قصد شروعش را داریم باقی نمی ماند.

ادله موافقان لزوم تقلید از اعلم

۱- دلیل نخست در اجماعی که از جانب محقق ثانی (در حاشیه شرایع) و سید مرتضی علم الهدی (سید مرتضی، ۳۲۵/۲) و صاحب معالم (ابن الشهید ثانی، ۲۴۶) نقل شده است. پاسخ از این اجماع روشن است؛ زیرا اولاً اجماع منقول حجت نیست ثانیاً این مسئله اختلافی می باشد به خصوص این که شهید ثانی در مسالک این قول (موافقان) را منتسب به اشهر نموده است (۳۴۳/۱۳) که به معنی مشهور بودن قول مخالف است، ثالثاً این احتمال که این اجماع، مدرکی بوده و مستند اجماع کنندگان یکی از آن ادله باشد قوی می باشد.

۲- سیره عقلا مستمراً بر رجوع به عالمی است که نسبت به عالمی دیگر در همان فن و تخصص، برتری در علم و فضل دارد. (بجنوردی، ۸۱۶/۲ و ۸۱۵؛ طباطبایی حکیم، ۲۸/۱؛ خوئی، ۱۴۲)

سیره عقلا، دلیل عمده موافقان می باشد و در صورتی که ردعی از جانب شارع نسبت به این سیره نرسیده باشد قطعاً حجت خواهد بود. البته روشن است که این کلام در صورتی تمام است که هیچیک از ادله مخالفان، مورد قبول واقع نشود در غیر این صورت، ردع محقق خواهد بود و سیره مزبور حجت نخواهد بود.

پاسخ از دلیل سیره عقلا

به نظر نگارنده، آنچه گفته شد در جایی است که اعلم بودن در ملاک و مناط حکم دخیل باشد؛ ولی در محل بحث ما این گونه نیست زیرا بنا بر اطلاق آیات و روایات، که بعداً خواهد آمد، بلکه بنا بر سیره عقلا و دلیل عقل، صرف مجتهد بودن کافی است و اعلم بودن اگر به نظر عقل و عقلا معتبر باشد بیرون از ملاک و امری مستحسن و نیکو و نه لازم تلقی می شود؛ برای نمونه اگر فرض شود دو پزشک قلب که هر دو فوق تخصص در این رشته دارند ولی پزشک ب از دانش بیشتری برخوردار باشد اما از حیث استاندارد فوق تخصص پزشک قلب بودن، هر دو ملاک مرجع پزشکی را دارا هستند.

آیا عقلاً از حیث لزوم مراجعه به اعلم و عدم تجویز رجوع به غیر اعلم تفاوتی قایل هستند؟ با مراجعه به عرف می‌توان دریافت که پاسخ آنان منفی است. ممکن است گفته شود: گاه به خاطر تجربه بیماران در مراجعه به پزشک ب و آگاهی از تشخیص صحیح او نسبت به درجه بیماری افراد، این امر سبب تشویق و ترویج مراجعه افراد بیشتری به او گردد.

پاسخ آن است که: اولاً این امر نسبت به پزشک الف نیز می‌تواند صادق باشد یعنی غیر اعلم در تشخیص حاذق‌تر باشد و ثانیاً آنچه مورد بحث و مثال ما واقع شده، مربوط به علوم تجربی است اما در محل بحث ما یعنی تقلید از مجتهد اعلم یا غیر اعلم چنین امری هیچ‌گاه صدق نمی‌کند؛ زیرا امکان ندارد کسی خطای مجتهدی را و عدم خطای مجتهد دیگر را به تجربه دریافته باشد.

۳- اعتبار فتوای مجتهد از باب طریقت به احکام واقعی است و روشن است که فتوای اعلم از غیر اعلم به واقع نزدیک‌تر است. (ابن الشهید ثانی، ۲۴۶؛ بجنوردی، ۸۱۶/۲؛ فاضل لنکرانی، ۳۲۵/۲)

برخی به این دلیل اشکال صغروی و کبروی وارد کرده‌اند؛ اولی این که: ممکن است فتوای غیر اعلم از اعلم به واقع نزدیک‌تر باشد یا به خاطر موافقت آن با فتوای مشهور یا موافقت با فتوای میّتی که اعلم از این حیّ اعلم است و یا به خاطر کثرت فحص و تتبع در این مسئله خاص مثلاً، بنابراین ظن حاصل از این فتوی بیشتر از ظن حاصل از فتوای اعلم خواهد بود. (آخوند خراسانی، ۴۴۰/۲؛ آقا ضیاء عراقی، القسم الثانی، ۲۵۱؛ بجنوردی، ۸۱۶/۲) از ایراد یاد شده بدین گونه جواب داده شده است که گرچه موارد یادشده در جای خود مطالب درستی هستند اما به این مطلب که فتوای اعلم غالباً اقرب به واقع است- یعنی در مواردی که غیر موارد مذکور در فوق باشد- ضرری وارد نمی‌کند؛ بنابراین منع صغری به‌طور سلب کلی صحیح نیست. (بجنوردی، ۸۱۶/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۴)

دومی (ایراد کبروی) این که: مناط حجیت در فتوی، نزدیک‌تر بودن به واقع نمی‌باشد؛ بلکه مناط، تعبد به حجیت ظن است به خاطر این که در جعل مولی (جعل حجیت برای فتوای فقیه و مجتهد) مصلحت وجود دارد. (بجنوردی، ۸۱۶/۲)

از این اشکال چنین پاسخ داده شده است که: معنای طریقت آن است که هیچ مصلحتی در بین نیست مگر رساندن به واقع، نه این که به معنی تعبد محض باشد. (بجنوردی، ۸۱۶/۲) اما باید درباره دلیل مزبور که از صغری و کبری تشکیل شده است گفت: انصاف آن است

که دلیل یاد شده به هیچ وجه نمی‌تواند برای استدلال در مسئله ما مفید باشد (فاضل لنکرانی، ۱۴۶) زیرا اگر اعلمیت در استنباط و تحقق اجتهاد موثر باشد لازمه آن عدم جواز تقلید از غیر اعلم می‌باشد ولو با فقدان وی و وجوب رجوع به او، و اگر در اصل آن موثر نباشد بلکه در حسن استنباط موثر باشد لازمه آن این است که دلیلی بر مرجح بودن حسن استنباط در مقام تقلید و رجوع عامی به وی، ارائه گردد و چنین دلیلی ارائه نشده است. (فاضل لنکرانی، ۱۴۶) ۴-روایات:

الف- مقبوله عمر بن حنظله: «الحکم ما حکم به اعدلها و افقهها و اصدقهما فی الحدیث و اورعهما و لایلتفت الی ما حکم به الآخر». (صدوق، ۵/۳، ح ۱۸؛ طوسی، ۳۰۱/۶، ح ۸۴؛ حر عاملی، ۱۰۶/۲۷، کتاب القضاء، صفات القاضی، ب ۹ ح ۱)

ب- روایت داود بن حصین از امام صادق (ع) در مورد اختلاف دو حکم: «ینظر الی افقهما و اعلمهما باحدین». (صدوق، ۵/۳ ح ۱۷؛ طوسی، ۳۰۱/۶ ح ۸۴۳؛ حر عاملی، همان، ح ۲۰) ج- کلام امیرالمؤمنین به مالک اشتر در نهج البلاغه: «اختر للحکم بین الناس افضل رعیتک» (حر عاملی، همان، ح ۱۸). ادعا شده است که دلالت این اخبار بر تقدیم اعلم بر غیر اعلم ظاهر است. (بجنوردی، ۸۱۷/۲)

اما اشکالی که بر این اخبار وارد است آن است که این اخبار در مقام حکومت و دفع خصومت وارد شده است، و در این موارد تخییر معنا ندارد بلکه باید یکی به‌طور معین اخذ شود؛ زیرا در غیر این صورت ممکن است هر یک غیر آنچه دیگری برگزیده انتخاب نمایند و در نتیجه خصومت به حال خود باقی بماند و روشن است که هرگاه تعیین لازم باشد، آنکه افضل است مقدم است؛ بنابراین میان تقدیم افضل در مقام خصومت و مقام فتوی ملازمه‌ای وجود ندارد. (بجنوردی، ۸۱۷/۲- طباطبایی حکیم، ۲۹/۱-۲۸) برخی نیز به‌طور کلی به این مطلب تصریح کرده‌اند که تمام ادله‌ای که برای اثبات تعیین تقلید از اعلم آورده شده همگی مخدوشند؛ به‌جز سیره عقلایی که بر رجوع به اعلم جریان دارد. (فاضل لنکرانی، ۱۵۳)

بررسی تفصیلی ادله مخالفان لزوم تقلید از اعلم

۱- آیات و روایاتی که در جواز رجوع به فقیه و حجت بودن فتوای مجتهد، وارد گشته است اطلاق دارند؛ برای نمونه، آیه نفر، انذار فقیه را به‌طور مطلق حجت دانسته و در آیه سؤال از اهل ذکر نیز قیدی که دال بر لزوم اعلمیت باشد وجود ندارد و یا در حدیث احتجاج، صرفاً

اوصافی در مورد فقیه لازم دانسته شده است. اطلاق این ادله دال بر جواز رجوع به هر یک از اعلم و غیر اعلم می‌باشد (البته در صورتی که اوصاف یاد شده، در وی موجود باشد). همچنین در این مسئله میان صورت عدم علم به مخالفت و صورت علم به مخالفت تفاوتی وجود ندارد. (اصفهانی، ۴۲۳، نجفی، ۴۰/۴۳-۴۴)

اشکال: نسبت به آیات یاد شده اطلاقی وجود ندارد؛ زیرا مقدمات حکمت نسبت به این موارد تحقق ندارد به خصوص در مقام بیان بودن متکلم و بیان همه خصوصیات که در ترتب حکم نقش دارند؛ زیرا آیه نفر تنها درصدد بیان این نکته است که نفر (کوچ کردن) بر هر طایفه‌ای از هر گروهی واجب است، تا در دین تفقه نمایند و پس از بازگشت، به انذار قوم خویش بپردازند. لازمه این امر اگرچه تحقق حجیت برای کلام و انذار آنان است، اما این آیه حجیت مطلقه که شامل وجود اعلم و عدم آن باشد را نمی‌رساند. درباره آیه سؤال نیز این چنین است یعنی غایت و هدف در آن مشخص نمودن وظیفه جاهل است به این که باید به عالم رجوع نماید، اما این که قول عالم به طور مطلق، یعنی در تمام موارد و فروض، حجیت می‌باشد چنین دلالتی برای این آیه وجود ندارد.

این قضیه مانند این است که گفته شود: «مریض باید به پزشک مراجعه کند». غرض از این بیان آن است که: اگر بیمار قصد شفا یافتن از بیماری خود دارد راه آن مراجعه به پزشک و عمل کردن به نسخه وی است، اما این بیان هیچ دلالتی ندارد بر این که باید به سفارش او عمل کرد اگرچه با وجود پزشکی عالم تر از وی باشد و نیز بین دیدگاه‌های آن دو پزشک اختلاف وجود داشته باشد. روایت احتجاج نیز به همین منوال است؛ زیرا نظر در آن به نفی جواز تقلید از فقیهی است که به اوصاف مذکور در آن روایت، متصف نباشد مانند علمای یهود که مرتکب معصیت‌ها و محرمات الهی می‌شدند، اما این که هر فقهی که واجد آن اوصاف باشد تقلیدش جایز است خواه فقیه تر از وی موجود باشد یا خیر و بین فتاوی این دو تعارض باشد یا نباشد، این روایت، دلالتی بر این مطلب ندارد؛ در نتیجه تمسک به اطلاق از این جهت، مخدوش می‌باشد.

۲- روایات بسیاری که بیانگر آن است که ائمه (ع) گروهی از شیعیان را به جمعی از اصحاب خود، ارجاع داده اند، از قبیل: زراره، یونس بن عبدالرحمن، محمد بن مسلم، ابو بصیر، زکریا بن آدم و... (حر عاملی، ۲۷/۱۳۶-۱۵۱، کتاب القضا، ابواب صفات القاضی، ب ۱۱) استدلال به این دسته از روایات از دو جهت می‌باشد:

جهت اول: ارجاع دادن شیعیان به اصحاب ائمه (ع) با وجود این که خود ائمه (ع) در میان مردم هستند بهترین دلیل بر عدم تعین تقلید از اعلم می‌باشد؛ زیرا در غیر این صورت، ارجاع مردم به اصحابشان با این که خود (ائمه) در میان آنان هستند جایز نمی‌بود.

جهت دوم: ارجاع شیعیان به افراد متعدد (-اولاً با وجود اختلاف میان آنان از حیث فضیلت (علم) و ثانیاً اختلاف آنان در نظر و عقیده، چنان که غالباً این گونه بوده است- بر عدم تعین تقلید اعلم دلالت می‌کند، در غیر این صورت (یعنی اگر تقلید از اعلم لازم می‌بود) لازم بود که ائمه مردم را به خصوص اصحابی که اعلمند ارجاع دهند. (نجفی، ۴۵/۴۰-۴۶)

از این دلیل پاسخ داده شده است که: ظاهر آن است که اختلاف میان اصحاب ائمه، در رأی و اعتقاد ثابت نشده است، همچنین میان آنان و امام (ع)، زیرا ما اگرچه قایل به ثبوت اجتهاد و استنباط در زمان ائمه (ع) هستیم؛ اما به علت این که در آن زمان غالباً مدارک معلوم بوده است، زیرا واسطه ای میان آنان و ائمه (ع) نبوده است؛ پس اگر هم اختلافی باشد به ندرت بوده است و به همین خاطر (عدم وجود اختلاف میان اصحاب) است که امام مردم را به اصحابشان ارجاع می‌دادند.

مضافاً این که: مفروض کلام ما تنها عبارت است از صورت وجود اعلم و امکان وصول به او و اخذ فتوی از وی؛ و این امر غالباً در آن زمان تحقق نمی‌یافت، زیرا وصول به امام (ع)، به دلیل دوری امکان و کثرت فاصله‌ها و کمی وسایل حمل و نقل، یا به خاطر جهات سیاسی که به خصوص در برخی زمان‌ها موجب تقیه و محدودیت می‌شد، غالباً کاری بسیار دشوار بوده است؛ چنان که تاریخ و غیر آن گواه بر این مطلب می‌باشد.

خلاصه این که این دسته از روایات هیچ دلالتی بر عدم تعین تقلید اعلم- که محل کلام است- ندارد.

اشکال بر پاسخ یاد شده

به فرض این که بپذیریم اصحاب نسبت به یکدیگر و نیز نسبت به امام (ع) اختلافی در اعتقاد نداشته اند اما این که میان اصحاب از حیث علم و فضل تفاوت بوده است قابل انکار نیست و این امر با نگاهی نه چندان عمیق و دقیق به آنان و بیوگرافی آنان و رابطه‌ای که امام با آنان داشته اند، قابل استظهار است.

آیا به طور نمونه میان زراره و ابوبصیر فرقی نبوده است؟ و یا وی و محمد بن مسلم و یا وی با ابان بن تغلب و موارد دیگر؟

ثانیاً این که ما تمام موارد ارجاع های ائمه را به اصحاب، به مواردی که دسترسی به امام (ع) نبوده و یا متعسر بوده، حمل می کنیم و یا جهات موجب تقیه و محدودیت، از نظر تاریخی صحیح نمی باشد، مثلاً آنجا که امام باقر (ع) به ابان می فرماید: اجلس فی مسجد المدینه و أفت الناس، فأنی احب ان أری فی شیعتی مثلک، آیا این مورد را هم می توان بر عدم و یا عسر وصول به امام (ع) حمل کرد؟ و یا چه ربطی به تقیه دارد؟

۳- دلیل دیگر قایلان به عدم لزوم تقلید اعلم، عبارت است از: وجود سیره متشرعه بر رجوع به مجتهد واجد شرایط بدون این که از اعلم بودن وی فحوص و جستجو گردد و واضح است که اگر تقلید از اعلم متعین بود، سیره مزبور با کیفیت مذکور جریان نمی یافت. (اصفهانی، ۴۲۴؛ نجفی، ۴۳/۴-۴۴؛ بجنوردی، ۸۱۴/۲؛ خالصی، ۹۳/۲)

از این دلیل پاسخ داده شده است که: اولاً: این صورت بر خلاف مفروض کلام ما (یعنی صورت وجود اعلم و غیر اعلم و علم به اختلاف میان آن دو در فتوا) است. ثانیاً: جریان سیره متشرعه به آن نحو که گفته شده به طور جدی مورد منع و عدم قبول است.

ایراد بر پاسخ اول مذکور: اولاً به چه دلیل ادعا می کنید که سیره متشرعه یاد شده شامل محل بحث ما (یعنی وجود اعلم و غیر اعلم و علم به اختلاف به میان آن دو در فتوا) نیست؟ آیا صرف ادعا بدون ارائه دلیل کفایت می کند؟

ثانیاً: آیا حمل موردی که ادعای وجود سیره متشرعه نسبت به آن شده است بر آن صورتی که شما مشخص کردید حمل بر مورد نادر نیست؟ زیرا حالت طبیعی آن است که علما در فتوا با یکدیگر اختلاف داشته باشند و نیز وجود تفاوت میان آنان در علم و فضل هم از واضحات است؛ بنابراین چگونه می توان با قطعیت به تفاوت صورت جریان سیره متشرعه با صورت مفروض کلام ما، حکم کرد؟

اما اشکال به پاسخ دوم (یعنی عدم قبول جدی وجود چنین سیره متشرعه ای) نیز همانند اشکال قبلی در آن است که آیا صرف ادعای عدم وجود سیره متشرعه در مطلب مذکور، بدون این که پاسخی مناسب ارائه شود در پاسخگویی کفایت می کند؟ به دیگر عبارت، منظور آن است که صرف ادعا نمی تواند دلیل باشد؛ حداکثر آن ادعا با این ادعا، تساقط می کند.

۴- دلیل دیگر قائلان به عدم لزوم تقلید اعلم آن است که وجوب تقلید از اعلم موجب عسر و حرج بر مکلفان می گردد؛ زیرا اولاً نمی توان مفهوم و معنای اعلم را تشخیص داد، و ثانیاً:

راهی برای تشخیص مصداق آن وجود ندارد، و ثالثاً: نوعاً امکان اطلاع از نظرات و فتاوی‌ای اعلم وجود ندارد. (اصفهانی، ۴۲۴)

پاسخ موافقان تقلید از اعلم: اولاً این کلام بر خلاف مفروض ما در محل بحث می‌باشد (زیرا محل بحث عدم تحقق عسر و حرج بر مکلفان از جهت تقلید اعلم می‌باشد). ثانیاً: مفهوم اعلم در فقه مغایرتی با مفهوم اعلم در دیگر علوم و فنون ندارد، زیرا مقصود از آن کسی است که نسبت به قواعدی که آن علم را تشکیل می‌دهد داناتر و از نظر استنباط بهتر و از نظر سلیقه در تطبیق کبریات و صغریات و تشخیص مورد آن کبریات، از دیگران نیکوتر باشد.

البته میان علم فقه با علوم دیگر تفاوتی وجود دارد و آن این که قواعدش نیازمند استنباط و اعمال دقت نظر است؛ زیرا مانند اکثر علوم قواعد آن مبتنی بر امور محسوس نمی‌باشد، ولی این امر، سبب خفاء در مفهوم اعلم نمی‌گردد؛ همچنین تشخیص مصداق اعلم از تشخیص اصل اجتهاد و این که آن شخص به درجه اجتهاد رسیده است سخت تر و مشکل تر نیست، بلکه این دو (تشخیص مصداق اعلم و اصل اجتهاد شخص) با علم وجدانی و شیعان و بینه ثابت می‌گردد؛ همچنین آگاهی از رأی اعلم خصوصاً در زمان ما که جمع فتوا در یک رساله و طبع و انتشار آن متداول است، ممکن می‌باشد. (فاضل لنکرانی، ۱۵۷-۱۵۸)

نقد پاسخ موافقان لزوم تقلید از اعلم:

در پاسخ اول که این اشکال را خلاف فرض، تصور کرده اند باید گفت، اگر قرار باشد که مفروض ما چیزی باشد که یا به ندرت صورت می‌پذیرد و یا اصلاً تحقق نمی‌یابد این دلیل بر غلط و غیر صحیح بودن مطلبی که خلاف آن مفروض است نمی‌باشد؛ و به عبارت واضح تر ادعای مخالفان آن است که شرط اعلم بودن در خارج و واقع موجب عسر و حرج بر مکلفان مقلد است، حال اگر تصور و فرض موافقان عدم عسر و حرج باشد، صرف این تصور و فرض نمی‌تواند دلیلی بر مردود بودن ادعای مخالفان باشد.

در پاسخ دوم ابتدا موافقان، ادعای تساوی مفهوم اعلم در فقه با سایر علوم را مطرح کرده اند اما بعد از آن اعتراف به تفاوت میان این دو کرده اند آن جا که قواعد فقه را نیازمند استنباط و اعمال دقت نظر دانسته اند به این دلیل که علم فقه مانند علوم دیگر مبتنی بر مبانی حسی نیست، اما این تفاوت را موجب خفای مفهوم اعلم در فقه ندانسته اند.

این که تشخیص اصل وجود اجتهاد در یک شخص دارای دشواری خاصی است قابل انکار نیست اما نمی توان درجه و شدت آن را با تشخیص مجتهد اعلم یکی دانست؛ زیرا انصاف آن است که تشخیص اعلم بودن یک مجتهد نسبت به دیگری یا دیگران برای خود عوام که بسا متعذر است و با مراجعه به اهل خبره نیز چندان میسر نیست؛ زیرا در موارد بسیاری در تشخیص مصداق اختلاف وجود دارد. برای تصور بهتر این مطلب ذهن خواننده محترم را توجه می دهیم به این که در بسیاری از موارد یک فقیه نسبت به یک باب فقهی تسلط بیشتری نسبت به باب دیگر دارد و باز فقیه دیگر ممکن است برعکس فقیه اولی باشد. حال چگونه می توان به اعلم بودن یکی نسبت به دیگری داوروری کرد. تازه این در جایی است که اهل خبره در معنای اعلم بودن توافق داشته باشند، در حالی که نسبت به معنای آن نیز اختلاف نظر وجود دارد، بدین معنا که آیا آن که دارای ملکه قوی تر است؟ یا آن که دارای علم بیشتر است؟ یا آن که دارای ذوق و سلیقه و فقاقت نیکوتر و بالاتر است؟

این که گفته شده است تشخیص مصداق اعلم و اصل مجتهد بودن از طریق علم وجدانی و شیاع و بیّنه ثابت می گردد باید گفت اصلاً مقایسه اعلم بودن با اصل اجتهاد در شخص، ناصحیح است چون واضح است که اهل فن با آگاهی از وجود ملاک ها و معیار هایی که حاکی از وجود اجتهاد در شخص است می توانند به مجتهد بودن وی پی ببرند مانند وجود ملکه «رد الفرع الی الاصل» اما در مقیسه (تشخیص اعلم بودن)، آن ملاک ها و معیار ها که در مقیسه علیه (تشخیص اصل اجتهاد) وجود دارد، موجود نیست و اصل مشکل همین جا است. مضافاً این که خود همین، استدلال به قیاس است که صحیح نیست.

بنابراین آن سه طریقی که برای تشخیص اعلم گفته شده است به آن گونه که گفتیم آن سه طریقی می توانند راهی برای تشخیص اصل اجتهاد مجتهد باشند. در نهایت موافقان تقلید از اعلم، معتقدند در صورتی که هیچ دلیلی بر صحت ادعای آنان دلالت نکند، مقتضای حکم عقل در دوران بین تعیین و تخییر در باب حجیت، تعین تقلید از اعلم می باشد. (بجنوردی، ۱۵/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۵۸) در پاسخ از این دلیل باید گفت: اولاً هنگامی نوبت به این اصل می رسد که ادله مخالفان تقلید از اعلم را کارآمد ندانیم در حالی که با وجود ادله ای که سابقاً بیان شد و اثبات دیدگاه مخالفان را به دنبال دارد، دیگر نوبت به این اصل نمی رسد.

ثانیاً: تعیین، عبارت است از یک تکلیف زاید و در نتیجه مورد از قبیل شک در اصل تکلیف می باشد و باید در مانند آن به اصل براءت مراجعه کرد؛ زیرا این مسئله از مسایل

اختلافی است. (سبزواری، ۱۱۸/۲)

ثالثاً: با توجه به ادله تقلید که بر حجیت قول مفتی دلالت دارند، نظر برگزیده آن است که مورد از قبیل دوران امر بین متزاحمین است، زیرا طبق ادله، هر دو فتوا دارای ملاک هستند و چون تحصیل هر دو میسر نیست، احتمال اهمیت در یک طرف هم، تنها موجب احتمال فعلیت طلب در محتمل الاهی می شود (و نه بیشتر) و صرف احتمال موجب استحقاق عقوبت نخواهد شد، زیرا در این صورت، عقاب بدون بیان خواهد بود. در نتیجه، احتمال اهمیت از نظر عقل، موجب تعیین آن طرف نخواهد شد؛ به عبارت دیگر احتمال اهمیت، آن دو را از حالت تساوی (در حجیت) خارج نمی کند، لذا قول به تخییر از باب تراحم، قول قوی و قابل دفاع است. (غروی اصفهانی، ۴۹/۳) در تفسیر سخن اصفهانی باید گفت: مراد آن است که احتمال به خودی خود اثباتگر استحقاق عقوبت نیست زیرا مصداقی از قاعده عقاب بلا بیان خواهد بود. در نتیجه، احتمال اهمیت از نظر عقل، موجب تعیین محتمل نخواهد شد.

نتیجه

ادله مخالفان جواز تقلید از غیر اعلم در نفی وجود اطلاق در آیات و روایات و وجود سیره عقلایی بر عدم رجوع به غیر اعلم و نیز تعیین تعیین در صورت دوران بین تعیین و تخییر، و در نهایت عدم حجیت فتوای غیراعلم در صورت شک در جواز یا عدم جواز تقلید، استقرار یافته است.

از طرف دیگر اموری از قبیل وجود اطلاق در آیات و روایات، وجود سیره مستمره بین مسلمین و وجود سیره عقلایی بر جواز رجوع به غیر اعلم، اوامر ائمه علیهم السلام به مراجعه به اصحابشان، و وجود تعذر و یا تعسر در تشخیص اعلم شاکله ادله موافقان را تشکیل می دهد. اما در مقام مقایسه ادله طرفین باید گفت در جای جای این مقال، نقاط ضعف ادله مخالفان و نیز نقاط قوت دلایل موافقان مشهود شد؛ بنابراین به نظر می رسد دیدگاه جواز تقلید از غیراعلم، دارای پشتوانه ای منطقی و استدلالی برهانی بوده و در صورت عدم تأثیرپذیری از وجود شهرت و امور مشابهی که ممکن است شخص محقق را تحت تأثیر قرار دهد، تازه اگر بپذیریم چنین شهرتی وجود دارد و موهوم نیست، پذیرش این نظر خالی از اشکال بوده و به سهولت میسر است.

منابع

قرآن کریم.

- آل کاشف الغطاء، شیخ علی، *النور الساطع فی الفقه النافع*، النجف الاشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۱ ق.
- ابن الشهید ثانی، حسن بن زین الدین، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، قم، موسسه نشر اسلامی، بی تا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار صادر، بی تا.
- اصفهانى، محمد حسین، *الفصول الغروية*، قم، دار احیاء العلوم الاسلامیة، ۱۴۰۴ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *مطرح الانظار*، تقریرات ابوالقاسم کلانترطهرانی، قم، مطبعة شریعت، ۱۴۲۵ ق.
- بجنوردی، میرزا حسن، *منتهی الاصول*، بی جا، مؤسسه مطبعة العروج، بهار ۱۳۷۹.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *المختار من صحاح اللغة*، محمد محی الدین عبدالحمید و محمد عبداللطیف السبکی، تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۶۳.
- حرّعاملی، محمد، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقه المقارن*، قم، مؤسسه آل البیت، ۱۹۷۹ م.
- خراسانی، محمد کاظم، *کفایة الاصول*، تهران، انتشارات علمیه اسلامیة، بی تا.
- خویی، ابوالقاسم، *التفیح الرائع فی شرح العروة الوثقی*، به تقریر: تبریزی غروی، میرزا علی، قم، موسسه انصاریان، بی تا.
- سبحانی، جعفر، *الوسیط فی اصول الفقه*، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، ۱۳۸۰.
- سبزواری، عبدالاعلی، *تهذیب الاصول*، بیروت، الدار الاسلامیة، ۱۴۰۶ ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، *الذریعة الی اصول الشریعة*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.
- شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، موسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ ق.
- صدوق، محمد بن علی بابویه، *من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- طباطبایی حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دارالکتب العلمیة، ۱۳۹۱ ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، مکتبة العلمیة الاسلامیة، ۱۳۶۳.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ۱۴۰۷ ق.
- عراقی، ضیاء الدین، *نهایة الافکار*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- غروی اصفهانى، محمد حسین، *بحوث فی الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.

فاضل لنكرانى، محمد، تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة، قم، مركز فقه الائمة الاطهار (ع)، ١٤٢٦ ق.

فيروزآبادى، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مصر، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابى الحلبي و اولاده، ١٣٧١ ق.

كاظمى خالصى خراسانى، محمد مهدي، العناوين، بغداد، مطبعة دارالسلام، ١٣٤٢ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۱،
زمستان ۱۳۹۱، ص ۸۶-۶۷

مناسبت حکم و موضوع: کارکردها و سازوکارهای تشخیص در بیان فقیهان*

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی^۱

استادیار دانشگاه یاسوج

Email: Alishahi@yu.ac.ir

دکتر اردوان ارژنگ

استادیار دانشگاه یاسوج

چکیده

یکی از بایسته‌ها برای فهم درست نصوص قانونی، این است که قانون‌گذار و فقیه، همراه با دیگر خردمندان از افراد نوع خویش در عرصه‌های گوناگون زندگی، از خرد جمعی بهره‌مند شده باشد و افزون بر اینکه دیدگاه‌های شخصی خویش را دارد، از آگاهی و زمینه ذهنی عمومی نیز برخوردار باشد که این آگاهی جمعی می‌تواند در فهم درست از متون دینی و مخصوصاً فقهی و قانونی نقش بسزایی داشته باشد. دغدغه دانش پژوهان دینی از دیرباز بر این بوده است که از نقش این باورها، ارتکازها و برداشت‌های عمومی و عرفی غافل نمانند.

اصل «مناسبت حکم و موضوع» که ریشه در همین برداشت‌ها و خردورزی‌های عمومی دارد با نگاهی عرف‌گرایانه و در عین حال مورد تأیید شرع، به سازواری و سازگاری‌های میان حکم و موضوع در هر نص دینی نظر دارد و با فهم درست آن پی برده می‌شود که حکم اطلاق دارد و یا تقیید می‌خورد؛ در موضوع خود عمومیت دارد و یا اینکه تخصیص خورده است؛ و در برخی موارد با دستیابی به علت، حکم را به دیگر موارد سرایت می‌دهد.

در این نوشتار کوشیده شده است با تعریف درستی از مناسبت میان حکم و موضوع و اثبات حجیت آن با سیر در آرای فقیهان و اصولیان، به ساز و کارهای تشخیص آن اشاره شود و با استنادها و اقوال فقهاء در موضوعات گوناگون، کارکردهای آن در نصوص شناسایی گردد و در پایان برخی تطبیقات آن نشان داده شود.

کلیدواژه‌ها: مناسبت، حکم، موضوع، ظهور، ارتکاز

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۷/۰۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۱۱/۳۰.
^۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

از نخستین قدم‌ها در شناخت حکم، شناخت موضوع آن می‌باشد. گاه در به‌دست آوردن حکم شرعی شک وجود دارد و این شک به سبب شک در موضوع و محل آن است. قضایای شرعی به عرف خطاب شده‌اند پس باید برای شناخت موضوع آن‌ها عرف را ملاک قرار داد؛ زیرا خطاب به عرف است و شارع برای بیان مقاصد خود طریقی غیر از طریق رایج در محاورات عرفی ندارد.

از مباحثی که فقیهان از دیرباز به آن پرداخته و به عنوان دلیل بر حکم و یا مؤید یاد کرده‌اند، مناسبت و سازواری میان حکم و موضوع می‌باشد. مناسبت در میان ادله، به گونه ویژه‌ای در جایگاه توجه فقیهان در کتاب‌هایشان قرار گرفته است و استنباط درست و سنجیده از روایات، بیشتر به نقش اساسی مناسبت میان حکم و موضوع^۱ پای می‌فشارد. مناسبت از چیزهایی است که قانونمند نمی‌باشد و شناخت آن نیاز به ذوق سالم و فرهیخته دارد. (مظفر، ۲۵۳/۱)

فقیهان در کتاب‌های خود از بحث تناسب و مناسبت به گونه‌های مختلف یاد کرده‌اند؛ گاه میان موضوعاتی سازواری و مناسبت برقرار کرده‌اند؛ برای نمونه کنایه زدن و القاب زشت دادن به دیگران سازوار با کذف معرفی شده است هرچند حکم کذف را نداشته و برای آن، تعزیر در نظر گرفته شده است. (حلبی، ۴۲۰) و گاه در میان موضوعاتی از جهت پاداش و ثواب سازواری برقرار شده است؛ مانند نفقه دادن به ارحام فقیر، ولیمه برای حج و ازدواج و مانند آن که از مناسبات صدقه شمرده شده است. (حلی، ۵۲) گاه روایتی مناسب با مذهب شمرده شده است و این سازواری با مذهب به عنوان جابر ضعف سند معرفی شده است؛ مانند روایتی که در طریق سند آن‌ها ابوبصیر و عمار قرار گرفته است و دلالت بر پاکی نیم خوره درندگان

^۱ - در هر حکمی از احکام وجود سه عنصر حکم، متعلق و موضوع ضروری می‌باشد. حکم عبارت است از اعتبار و جعل شرعی که به گونه مستقیم یا غیر مستقیم به کردار بندگان وابسته گشته است. موضوع حکم عبارت است از مجموعه چیزهایی است که فعلیت حکم جعل شده، وابسته به آن می‌باشد. متعلق حکم، فعلی است که مکلف آن را به سبب حکم انجام می‌دهد. از این نگاه، متعلق چیزی است که به سبب حکم پدید می‌آید و حکم به سبب وجود موضوع، وجود پیدا می‌کند. برای نمونه، وجوب برای روزه حکمی است که فعلیت یافتن آن وابسته به مکلفی سالم و حاضر است که اگر چنین کسی یافت نشود، وجوب روزه فعلیت نمی‌یابد و متعلق حکم همان روزه می‌باشد (حکیم، محمد تقی، ۵۱؛ صدر، المعالم الجدیدة للاصول، ۱۵۳-۱۵۶). البته شاید بتوان گفت گاه موضوع نیاز نیست بلکه تنها به وجود حکم و متعلق بسنده می‌شود، مانند همان وجوب روزه و نماز که دیگر موضوعی جداگانه برای آن‌ها در نظر گرفته نمی‌شود و می‌توان به گونه تسامحی همان متعلق را موضوع نامید (مکارم شیرازی، ۲۴۸).

می‌کند. (علامه حلی، منتهی المطلب، ۱/۱۵۷) گاه نیز علت حکم یافته می‌شود و از آن مناسبت و یا عدم مناسبت چیزی دریافت شده است؛ مانند اینکه تعظیم و بزرگداشت قبله، سازگاری دارد با اینکه قبله شخص دیواری نباشد که از چاه مستراح آب به خود جذب کرده است. (همو، تذکره الفقهاء، ۲/۴۱۲) فقیهی مانند علامه حلی از این اصطلاح در کتاب‌های گوناگون خود بهره برده است و این نشان از اهمیت این دلیل در میان ادله‌ای دارد که فقیهان، به آن استناد کرده‌اند. او یکی از راه‌های کشف علت را مناسبت میان حکم و موضوع می‌داند. (مختلف الشیعه، ۳/۲۲۳) ایشان به بررسی روایاتی که در باب نجاست کافر، بازگو شده است، می‌پردازد و می‌نویسد:

«دلیل بر نجاست آن‌ها، نجس بودن نیم‌خوره آن‌ها می‌باشد و هیچ دلیلی برای نجاست این نیم‌خوره نیست، مگر اینکه خود آن‌ها نجس باشند. هم‌چنین آن‌ها از نجاست‌ها دوری نمی‌کنند و جدا نمی‌شوند، پس گویا برای انسان، کفرشان گمان به نجاست آن‌ها را به همراه می‌آورد و برای همین است که برخورد با آن‌ها و لمسشان، حرام شده است. افزون بر این، نجاست آن‌ها مایه پستی و کوچکی آن‌ها شمرده می‌شود، پس، حکم به نجاست آن‌ها دارای مناسبت می‌باشد. (همان)

هدف وی از کاربرد مناسبت، کشف علت است؛ بنابراین، می‌خواهد اثبات کند، اینکه شارع از هم غذا شدن و یا پیوند و برخورد با این‌ها نهی کرده، به جهت نجاستشان بوده است و این علت می‌تواند کاشف حکمی باشد که نجاست ذاتی کافران را می‌رساند.

دیگر فقیهان نیز، به مناسبت میان حکم و موضوع توجه کرده و پس از احراز این مناسبت به جعل احکام پرداخته‌اند. برای نمونه، حکیم به بازگو کردن مسئله‌ای در بحث نماز جماعت از «عروه» می‌پردازد: اگر حایل میان نمازگزاران به گونه‌ای باشد که بتوان هنگام رکوع و یا سجود و یا قیام، به سبب وجود سوراخ در حایل، دیگر نمازگزاران را دید، اقوا این است که پیوستگی تحقق پیدا نمی‌کند و نماز درست نیست، هرچند همه این حایل دارای سوراخ باشد؛ زیرا باز هم به آن، حایل گفته می‌شود. (حکیم، محسن، ۷/۲۳۶) وی باور دارد لفظ حایل در روایات، یافت نمی‌شود و آن چیزی که در روایات است جدار و یا پوشش می‌باشد و همان‌گونه که احتمال دارد مقصود از این دو، مطلق پوشش باشد که جلوی دید را می‌گیرد، ممکن است مقصود مطلق حایل باشد، هرچند جلوی دید را نگیرد. (همان) او می‌نگارد:

دومین معنا، ظهور بیشتری دارد؛ زیرا افزون بر اینکه بر چنین چیزی دیوار گفته می‌شود،

قرینه مناسبت میان حکم و موضوع نیز موجود است؛ زیرا از ظاهر روایت برداشت می‌شود مانع صحت، جدایی برخی از نمازگزاران از دیگران است به گونه‌ای که دیگر پیوسته به شمار نمی‌آیند و این فرقی نمی‌کند که بشود از پشت آن دید یا اینکه چنین امکانی وجود نداشته باشد و این آن چیزی است که در صدق حایل مدار قرار می‌گیرد. (همان)

مناسبت در لغت و اصطلاح

«نسب» در لغت به معنای اتصال و پیوند چیزی به چیز دیگری می‌باشد (ابن فارس، ۴۲۳/۵) و مناسبت به معنای همانندی، همراهی و سازگاری است. (ابن منظور، ۷۵۶/۱)

هرچند افرادی مانند علامه از اصطلاح مناسبت بهره برده‌اند ولی به نظر می‌رسد اهل سنت در کاربرد این اصطلاح بر ایشان پیشی گرفته‌اند. (رک: غزالی، ۳۱۱-۳۱۵)

از منظر اهل سنت، مناسبت مسلکی از مسالك علت به شمار می‌آید و در اصطلاح، عبارت از وصف روشن و قانون‌مندی می‌باشد که حکم بر روی آن آمده و در تشریح حکم، دخالت داشته و مصلحتی را کشف کرده که مقصود شارع بوده است. (شعبان، ۱۵۲) به عبارت دیگر راهی است که باعث می‌شود وصف معینی علت حکم قرار گیرد. (همان/۱۴۹) اصولیان اهل سنت در این باره به تقسیم بندی‌های گوناگونی دست زده‌اند، مانند اینکه مناسب را به اقناعی، حقیقی، غریب، مرسل، معتبر، ملغی، ملائم و موهوم دسته‌بندی کرده‌اند که می‌توان برای شناخت آن‌ها به کتاب‌های مفصل مراجعه کرد؛ (سانو، ۴۴۶-۴۴۹) از این نگاه اگر آن مناسبت در موارد دیگر نیز یافت شود می‌توان آن حکم را تعمیم داد و حکم را بار کرد.

برخی از فقیهان شیعه بر پایه همین تعریف معتقدند که اگر حکم بر صفتی وابسته و تعلیق گردد دلالت می‌کند این صفت در حکم دخالت دارد. می‌توان از این حالت تعبیر به مناسبت میان حکم و موضوع کرد. برای نمونه حکم شارع به حرمت داد و ستد کنیز آوازه خوان به دلیل توانایی او بر آوازه خوانی نیست بلکه به جهت بهره‌برداری حرامی است که از او می‌شود که برای آوازه خوانی او بخشی از ثمن و بلکه همه بها را قرار می‌دهند. (منتظری، ۲۷۳/۲)

ولی از سوی دیگر، شهید صدر که کاربرد مناسبت میان حکم و موضوع را از ادله لفظی می‌داند در توضیح آن باور دارد گاه حکم در دلیلی با لفظی پیوند برقرار می‌کند که معنایی عام دارد ولی عرف در می‌یابد که حکم تنها به بخشی از آن مدلول وابسته است؛ مثلاً اگر گفته شود «پیراهنت را هنگامی که با ادرار برخورد کرد، بشوی» شستن «غسل» در لغت بر کاربرد هر

مایعی گفته می‌شود، ولی عرف از این دلیل در می‌یابد که این آب است که تنها پاک کننده است. گاه از حکم در دلیل بر می‌آید که مرتبط با حالت ویژه‌ای است ولی عرف در می‌یابد که این تنها از باب نمونه است؛ مانند اینکه در دلیلی بیاید «از مشکی که آب آن آلوده به نجاست شده است وضو نگیر و آب ننوش» دریافت می‌شود که آب کوزه نیز چنین است و حکم اختصاص به آب مشک ندارد. (صدر، دروس فی علم الاصول، ۲۲۸/۱) او این تعمیم‌ها و تخصیص‌ها را بر پایه مناسبت‌های حکم و موضوع می‌داند؛ زیرا حکم شرعی دارای مناسبت‌ها و مناط‌هایی است که به صورت ارتکازی^۱ در ذهن عرف موجود است و به سبب آن تعمیم و یا تخصیص در ذهن پیشی می‌گیرد که حجت است چون برای دلیل ظهور پدید می‌آورد و ظهور بر پایه حجت ظهور، حجت است. (همان)

به نظر می‌رسد، میان آنچه فقیهان شیعه در بحث مناسبت بیان کرده‌اند با آنچه اهل سنت مطرح کرده‌اند مشابهت‌هایی وجود داشته باشد؛ زیرا، فقیهان شیعه با مطرح کردن مناسبت میان حکم و موضوع در برخی از جاها خواسته‌اند علت به دست آمده را به دیگر موارد سرایت دهند؛ مانند آنچه خوانساری باور دارد که علت حرمت خمر، مست کنندگی آن است و از مناسبت میان حکم و موضوع، سرایت این حرمت را به هر مُسکری، کشف می‌کند (خوانساری، ۵۹۵/۲). از این سخن بر می‌آید اگر در نصوص، وصفی باشد این وصف، مناسبتی داشته که شارع، حرمت را وابسته به آن کرده است، می‌توان گفت: در هر جا این وصف، توانایی سرایت و مداخلیت در حکم را خواهد داشت و هر کجا اسکار محقق شود، حرمت نیز خواهد آمد.

ولی تنها کاربرد مناسبت از منظر شیعه چنانچه از سخن صدر بر می‌آید در تعلیل‌یابی نیست بلکه، گاه برای انصراف، گسترده دایره در برگیری حکم و یا تنگ کردن گستره و مانند آن به کار می‌رود. مناسبت حکم و موضوع تنها برای کشف علت نیست، زیرا می‌توان به دیدگاهی اشاره کرد که این دو را جدای از یکدیگر به کار برده است؛ یعنی مناسبت میان علت و شیء تعلیل شده را در حد مناسبت حکم و موضوع دانسته است. (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۵۳/۲)

^۱ - «رکز» به معنای فرو کردن چیزی به گونه عمودی است، مانند فرو کردن نیزه در زمین که بتوان بر آن تکیه کرد (فراهیدی، ۲۰/۵) و در اصطلاح امر ارتکازی، اجمالاً اندیشه‌ای است که در اذهان مردم پابرجا شده و به گونه‌ای رسوخ یافته است که دست کشیدن از آن سخت و دشوار است؛ (سیستانی، قاعده لاضرر و لاضرار/۲۴۹) این ارتکاز به اقسامی مانند ارتکاز عاقلان، عقل، مسلمانان و متشرعه دسته‌بندی می‌شود. (حکیم، محمد تقی، ۲۰۰)

نتیجه اینکه، مناسبت حکم با موضوع عبارت است از حالات و خصوصیات موضوع که حکم را آورده و گاه باعث گستردگی اثبات حکم به دیگر موارد و گاه تنگی و محدودیت حکم را خواهان است، به گونه‌ای که یارای سرایت به دیگر موضوعات را نخواهد داشت.

دلیل و یا قرینه بودن اصل مناسبت

با نگاهی به سخنان فقیهان بر می‌آید که دیدگاه فقیهان دربارهٔ دلیل مناسبت متفاوت است و همه موضع یگانه‌ای را اتخاذ نکرده‌اند. امام خمینی در پاسخ به شیخ انصاری در توضیح عبارت «حتی یفتراً» در خیار مجلس که باور دارد از مناسبت میان حکم و موضوع می‌توان پی برد که این افتراق و جدایی باید از روی رضایت باشد، می‌نگارد: این مناسبت میان حکم و موضوع از دیدگاه برخی فقیهان، امری ظنی و تخمینی به شمار می‌آید که نمی‌تواند در نزد عرف منشأ انصراف به‌شمار آید. (خمینی، البیع/۴/۲۳۹) در دیدگاهی دیگر، مناسبت میان حکم و موضوع زمانی حجت است که به‌جز مناسبت دلیل دیگری مانند اولویت وجود داشته باشد که سبب گردد مناسبت در موردش ظهور پیدا کند. (نایینی، کتاب الصلاه، ۳۲۵/۲ و ۳۲۶) بر پایهٔ دیدگاه دیگری، مناسبت میان حکم و موضوع هرچند دلیل مستقل به‌شمار نمی‌آید ولی می‌تواند موجب انصراف ادله گردد. (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۴۰۵) یکی از ادله‌ای که برای قاعدهٔ نفی سبیل آورده شده است اعتبار و یا مناسبت میان حکم و موضوع می‌باشد؛ زیرا عزت و شرف اسلام خواهان این است که احکامش به گونه‌ای نباشد که موجب خواری مسلمانان را فراهم سازد و این از باب ظن نیست بلکه از باب تنقیح مناط قطعی و استظهار از ادلهٔ لفظی می‌باشد. (همو، القواعد الفقہیہ، ۲۴۱) ولی از سوی دیگر، بیشتر فقیهان باور دارند که مناسبت میان حکم و موضوع از جنس ارتکازات عقلایی می‌باشد که این ارتکاز می‌تواند جلوی ظهور کلام را بگیرد و ظهوری دیگر پدید آورد. (حکیم، محسن، ۲۰۵/۱۰)

در اینکه این مناسبت و سازواری میان حکم و موضوع چه نقشی را ایفا می‌کند نیز میان فقیهان اختلاف است؛ زیرا برخی مناسبت حکم و موضوع را مانند قرینهٔ داخلیه‌ای می‌دانند که در بسیاری از جاها بر این قرینه تکیه و اعتماد می‌شود. (خوبی، ۱۶۷/۱؛ همو، موسوعه الامام الخوئی، ۳۴۰/۷؛ نجفی، ۱۳۲) این قرینه، از قراین عامه‌ای است که محفوف در کلام می‌باشد؛ (روحانی، ۳۰/۱۳) به دیگر سخن، مناسبت از جنس قرائن متصله دانسته شده است. (مدنی کاشانی، ۲۰۵/۱)

دیدگاهی هم در این باره قائل به تفصیل شده است؛ زیرا گاه مناسبت میان حکم و موضوع به پایه‌ای از وضوح و روشنی می‌رسد که در این صورت مانند قرینه‌ای است که محفوف در کلام است و جلوی ظهوری را که ناسازگار با آن مناسبت است می‌گیرد؛ مانند این روایت «اذا كان الماء قدر كرم ينجسه شيء» (کلینی، ۲/۳) مناسبت موجود در دگرگونی آب در نجاست خواهان است که این دگرگونی باید به وسیله ملاقات و برخورد با نجاست صورت گیرد. ولی گاه این مناسبت از روشنی برخوردار نیست؛ مانند «العنب حلال» «اذا غلا يحرم» که عرف در نگاه نخست خود انگور را موضوع حکم می‌داند ولی پس از تأمل و موشکافی به این نتیجه می‌رسد که تری یا خشکی انگور از حالت‌های موضوع است و نه از قیود محقق‌کننده موضوع که حکم وابسته به آن می‌باشد. در این جا این مناسبت مانند قرینه منفصله می‌باشد. (مروج، ۷۴۲/۷ و ۷۴۳)

بنابراین از بیانات فقیهان به نظر می‌رسد که مناسبت میان حکم و موضوع هرچند خود دلیل مستقلاً نیست ولی در ادله سبب پدید آمدن ظهور می‌گردد؛ یعنی می‌توان آن را از قرائن لبی متصل به کلام دانست که منشأ ظهور در دلیل لفظی^۱ می‌گردد و حجیت ظهور نیز در جای خود به اثبات رسیده است. (صدر، بحوث فی شرح العروه الوثقی ۵۵/۱)

شرایط حجیت مناسبت

برای اینکه سازواری میان حکم و موضوع قابل استناد باشد نیاز است که برای حجیت شرایطی را دارا باشد؛ برخی از این شرایط ضروری در سخن فقیهان نمودار شده است که عبارتند از:

یک- نبود نص صریح بر خلاف مناسبت

گاه پیش می‌آید که هر چند در موردی مناسبت و سازواری میان حکم و موضوع وجود دارد ولی از سوی دیگر نص و دلیلی هست که این مناسبت را نادیده انگاشته، بلکه آن را نفی کرده و برای آن اعتباری قائل نشده است. برای نمونه برای جنایت بر روی بیضه چپ، بیشتر فقیهان بر این باورند که نصف دیه است ولی در برابر روایتی وجود دارد که آن را به دو سوم دیه افزایش داده است و علت آن را به وجود آمدن فرزند از بیضه سمت چپ دانسته است: «عن

^۱ - استناد به مناسبت میان حکم و موضوع تنها در ادله لفظی ممکن است و در ادله لبی مانند اجماع کارایی ندارد؛ زیرا بنابر دیدگاه بیشتر فقیهان، اصالت ظهور تنها در ادله لفظی کاربرد دارد. (صدر، المعالم الجدیدة للاصول، ۱۷۴/۱)

ابی عبدالله علیه السلام قال: الولد يكون من البيضة اليسرى فإذا قطعت ففيها ثلثا الدية و في اليمنى ثلث الدية». (حر عاملی، ۳۱۱/۲۹ و ۳۱۲) صاحب ریاض در پاسخ به این روایت اظهار می‌دارد: این تعلیل تنها از باب مناسبت است که می‌تواند حجت باشد ولی این مناسبت نمی‌تواند در برابر دیگر ادله که در این مورد وارد شده است حجت باشد. (طباطبایی کربلابی، ۵۵۰/۲) سیستانی باور دارد گاه دلیلی در برابر مناسبت از سوی شرع صادر شده است که هرچند مناسبت میان حکم و موضوع خیلی شدید است ولی با این حال شارع به صورت کنایی این مناسبت را معتبر ندانسته است؛ مثلاً در جامعه‌ای این باور جا افتاده است که نمی‌شود عالمی باشد که اکرام آن واجب نباشد زیرا احترام فراوانی برای عالمان قایلند؛ در این صورت شارع می‌گوید: «الفاسق لیس بعالم» تا با این شعور آن‌ها رودرو نشود. دلیل «لا طلاق آلاً بشهاد» نیز از همین قسم است. (سیستانی، قاعده لاضرر و لاضرار، ۲۵۰)

دو- ناسازگار نبودن با اصول قطعی

از دیگر شرایطی که می‌توان برای حجیت سازواری حکم و موضوع معتبر دانست، مخالف نبودن حکم براینده مناسبت با اصولی است که به اثبات رسیده است. مثلاً حکیم باور دارد در جایی که دلیل روایی وجود داشته باشد، روی گرداندن از نصوص و برگشت به حکم مخالف با اصل به مجرد وجود مناسبت، درست نیست. (حکیم، محسن، ۲۳۶/۷)

سه- به حد ظهور رسیدن

از آنجا که بازگشت حجیت مناسبت حکم و موضوع به اصالت ظهور است در نتیجه این مناسبت باید در دلیل ظهور کامل پدید آورد تا حجت باشد. بنابراین اگر تنها در حد اشعار باقی بماند نمی‌تواند حجت باشد؛ زیرا بسیاری از فقیهان بر این باورند که اشعار نه تنها در مناسبت میان حکم و موضوع بلکه در همه جا تا زمانی که به مرتبه ظهور نرسد، حجت نمی‌باشد. (میلانی، ۱۱۳/۵؛ خویی، محاضرات فی اصول الفقه، ۱۳۰/۵ و ۱۳۱)

ساز و کارهای تشخیص مناسبت

آنچه به عنوان ساز و کارهای تشخیص مناسبت حکم و موضوع و کارکردها که پس از این بحث می‌آید، طرح می‌گردد صرفاً آرای پراکنده و شواهد فقهی است که در متون و عبارات‌های فقهی موجود است؛ به نظر می‌رسد عرف و ارتکاز می‌تواند این مناسبت را دریابد؛ هرچند که عرف، این مناسبت را از قرینه‌های گوناگونی به دست می‌آورد. برخی از این قراین

عبارتند از:

یک- فراوانی کاربرد در جهت خاص (اغلیبیت)

گاه از کثرت فایده و سود يك چیز در راهی خاص، مناسبت کشف می‌گردد؛ مانند اینکه از آیه «حرمت علیکم المیتة»^۱ (مائده: ۳) فهمیده می‌شود مقصود خوردن است که حرام شده است؛ زیرا خوردن، فایده غالبی گوشت می‌باشد. (صنقور، ۵۲۹/۲-۵۳۲)

در نمونه‌ای دیگر، گاه لفظی در معنایی فراوان به کار می‌رود که خود این اغلیبیت کاربرد می‌تواند معنایی را با کمک‌گیری از مناسبت میان حکم و موضوع برتابد، مانند اینکه مسح باید با «ید» باشد و هرچند از مرفق تا نوک انگشتان را دربر می‌گیرد ولی از راه مناسبت میان حکم و موضوع تنها از مچ تا سر انگشتان را شامل می‌شود؛ زیرا مسح، بیشتر با کف دست و انگشتان است بنابراین مقصود از ید از زند تا نوک انگشتان می‌باشد. (خویی، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، ۱۵۹/۴)

دو- تعیین ثبوت حکم برای موضوع از جهت خاص

گاه از ملاسبات و ظروف خارجی این نتیجه به دست می‌آید که حکم برای موضوع تنها از یک جهت می‌تواند به اثبات برسد و جهت‌های دیگر نمی‌تواند در ثبوت حکم برای موضوع دخالت داشته باشد؛ مانند روایتی که این چنین نقل شده است: «کلثم بنت مسلم قالت: ذکر الطین عند ابی الحسن علیه السلام فقال أترین انه لیس من مصائد الشیطان الا انه لمن مصائد الکبار و ابوابه العظام». ^۲ (حر عاملی، ۲۲۳/۲۴) این روایت که به عنوان دلیل بر حرمت خوردن خاک به آن استدلال شده است، هرچند جهتی که در موضوع روایت حرمت به آن تعلق گرفته است روشن نمی‌باشد، ولی عرف این جهت را خوردن و اکل معرفی می‌کند؛ زیرا مانند وطی و آمیزش نمی‌تواند مقصود این روایت باشد. (صنقور، ۵۲۹/۲)

کارکردهای مناسبت

فقیهان به صورت گذرا به برخی از کارکردهای مناسبت به صورت ضمنی اشاره کرده‌اند که می‌توان موارد زیر را به دست آورد:

^۱ - گوشت مردار، بر شما حرام شده است.

^۲ - در نزد امام کاظم علیه السلام سخن از خاک به میان آمد که ایشان فرمود: آیا گمان می‌کنید از دام‌های شیطان به‌شمار نمی‌آید همانا خاک از دام‌های سترگ و درهای بزرگ شیطان محسوب می‌شود.

یک- معنائشناسی واژگان

علامه حلی در بحث استحباب اذان و اقامه در روایت «فَأَمَّا الْإِذَانُ سُنَّةٌ» (حر عاملی، ۳۳۴/۵) باور دارد هر چند واژه سنت در معنای استحباب و سنت پیامبر (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ) به کار می‌رود ولی در این روایت معنای نخست درست است؛ زیرا با حکم مناسبت دارد. (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۱۲۲/۲)

دو- دخیل دانستن وصفی در موضوع حکم (توسعه موضوع)

گاه عرف از باب مناسبت میان حکم و موضوع صفتی را در موضوع حکمی شریک می‌داند؛ یعنی آن را جزو موضوع به‌شمار می‌آورد که با بودن آن، صفت حکم هست و با نبودنش، حکم نیز از میان می‌رود. برخی معتقدند نماز نافله را می‌توان بر روی چهارپا خواند و این مجوز، برای نماز واجب وجود ندارد و نافله بودن در موضوع احکامی مانند جواز رعایت نکردن قبله در روی چهارپا، عدم بطلان شک در نمازهای دو رکعتی و جواز بنا گذاردن بر اقل و اکثر دخالت دارد؛ زیرا مناسبت حکم با موضوع این اقتضا را دارد. این احکام که بر پایه تسامح و آسان‌گیری قرار داده شده‌اند به سبب نافله و مستحب بودن نماز می‌باشند. (نایینی، کتاب الصلاه، ۱۷۴/۱)

سه- مؤیدی برای اطلاق نص

حکیم در پاسخ به کسانی که در معذور بودن جاهل به حکم چهر و اخفات فرق می‌گذارند میان کسی که جاهل به وجوب این دو باشد و یا حکم را می‌داند ولی محل اجرای این دو را نمی‌داند، می‌نگارد: این تفصیل خلاف اطلاق نصی است که این اطلاق با مناسبت حکم و موضوع تأیید می‌شود. (حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ۲۰۹/۶)

چهار- الغای خصوصیت از مورد و مثال

مصطفی خمینی باور دارد تغییری که موجب نجاست آب می‌شود، تنها در موارد یاد شده در برخی روایات (رنگ، بو و مزه) نمی‌باشد بلکه از مناسبت حکم و موضوع بر می‌آید که موارد یاد شده در برخی روایات، از باب مثال برای شناسایی می‌باشند و تغییرهای دیگر را هم در بر می‌گیرد. (خمینی، تحریرات فی الفقه، ۱۲۷/۱) در نمونه‌ای دیگر، در روایات آمده است که نباید به شک کثیر الشک اعتنا کرد و این روایات هرچند در باب نماز وارد شده است ولی با کمک گرفتن از مناسبت میان حکم و موضوع می‌توان الغای خصوصیت کرد و حکم کثیر الشک را در دیگر ابواب نیز جاری دانست. (صدر، بحوث فی شرح العروه الوثقی، ۹۴/۴ و ۹۵)

پنج- کشف و راه یابی به نوع حکم

اکثر فقیهان کشیدن تصویر موجودات دارای روح را حرام می‌دانند؛ ولی برخی باور دارند از مناسبت حکم و موضوع در روایات چیزی به‌جز کراهت برداشت نمی‌شود و می‌توان روایاتی را به عنوان مؤید آورد که به توهین و خوار کردن، به پشت سر و زیر پا افکندن و لگد مال کردن و در جهت قبله قرار ندادن این تصاویر سفارش کرده است. (خمینی، مستند تحریر الوسیله، ۳۷۴/۱ و ۳۷۵)

شش- بیرون بردن صفتی از گستره موضوع (تضییق موضوع)

همان‌گونه که مناسبت میان حکم و موضوع می‌تواند موضوع را گسترش دهد و صفتی را جزو موضوع به‌شمار آورد، هم‌چنین می‌تواند گستره موضوع را تنگ و مضیق نماید؛ مثلاً حایری و جوب پرداخت خمس را وابسته به اشیاء و جواهر آلاتی می‌داند که در دریا به‌وجود آمده است و مطرح شدن «غوص» در روایات به این دلیل است که راهی برای دستیابی به این‌ها بوده است که این را می‌توان از مناسبت میان حکم و موضوع به‌دست آورد. (حایری، ۱۴۰)

هفت- منشأ انصراف

یکی دیگر از کارکردهای مناسبت میان حکم و موضوع این است که می‌تواند موجب انصراف در روایات گردد؛ مثلاً امام خمینی در توجیه روایت «المتبایعان بالخیار ... حتی یفترقا» (حر عاملی، ۱۰/۱۸) یکی از فروض مطرح شده را این می‌داند که مناسبت میان حکم و موضوع این انصراف را در جمله پایانی روایت به‌وجود می‌آورد که حق خیار برای ارفاق نسبت به خریدار و فروشنده جعل شده است؛ بنابراین غایت خیار تنها جدا شدن این‌ها از یکدیگر نیست بلکه جداشدنی ملاک سقوط خیار مجلس می‌شود که همراه با رضایت باشد (خمینی، البیع، ۲۳۷/۴) هر چند ایشان در پایان، مناسبت میان حکم و موضوع را در این جا یک امر ظنی تخمینی می‌داند که نمی‌تواند در نزد عرف منشأ انصراف به‌شمار آید. (همان، ۲۳۹/۴)

در نمونه‌ای دیگر، مناسبت میان حکم و موضوع برای انصراف لفظ به گونه خاصی به کار رفته است و این مناسبت، محدود و مقید کننده لفظ است. امام خمینی بسان دیگر فقیهان، یکی از اسباب وجوب تیمم را بیماری می‌داند و به آیه «و اگر بیمار یا مسافر باشید... با خاک پاکی تیمم کنید»، (نساء/۴۳) تمسک می‌کند ولی باور دارد، منظور هرگونه مریضی نیست، مانند اینکه کسی سرماخوردگی گرفته، بتواند به این آیه تمسک کند و به جای وضو تیمم بگیرد، بلکه مقصود بیماری است که کاربرد آب با بیماری او سازگار نبوده و برای او ضرر داشته باشد و

این مناسبت میان حکم و موضوع به اینکه مرض پس از ذکر وجوب وضو آمده است، موجب چنین انصرافی می‌شود. (خمینی، کتاب الطهاره/۲/۳۴)

هشت- کاشف علت

به باور خوئی، کسی که بر او حد اجرا شده نمی‌تواند امام جماعت باشد هرچند توبه کند؛ زیرا در روایات فرد حد خورده از جهت حد خوردن موضوع منع قرار گرفته است و نه از جهت فاسق بودن تا اگر توبه کند و عدالتش برگردد مجوزی برای اقتدای به او وجود داشته باشد و این مورد با مانند «لا تصلّ خلف شارب الخمر» (مجلسی، ۴۰/۱) قیاس نمی‌شود؛ زیرا ظاهراً مقصود کسی است که فعلاً به این کار اقدام کرده است و مقتضای مناسبت میان حکم و موضوع این است که علت نهی از اقتدای به او فسقش است و این ظهور ندارد اگر کسی یک بار شراب نوشید و توبه کرد نیز این حکم شاملش شود. (خوئی، ۵ ق ۴۳۱/۲)

گاه پس از اینکه از راه مناسبت میان حکم و موضوع علت کشف گردید این علت به دیگر موضوعات نیز سرایت داده می‌شود. مثلاً هرچند آیه «و لا تصلّ علی احد منهم مات ابداً» (توبه/۸۴) در باب نماز وارد شده است ولی از راه مناسبت حکم و موضوع علت حرمت نماز خواندن بر مرده‌های کافران، کشف می‌گردد که همان کفرشان است؛ بنابراین احکام مردگان مسلمان بر کفار بار نمی‌شود که غسل آن‌ها از این احکام است، بنابراین تغسیل آن‌ها نیز دارای حرمت خواهد بود. (خوئی، التنقیح فی شرح العروه الوثقی/۸/۸۰)

در نمونه‌ای دیگر حائری بر اساس ارتکاز عرفی از راه مناسبت میان حکم و موضوع به دست می‌آورد که شخص مسافر اگر مدتی را در شهری سپری کند دیگر به او مسافر گفته نمی‌شود و این مناسبت اقتضای این را دارد که مناط در اتمام نماز برای کسی که بدون نیت اقامت در جایی مانده است، سی روز می‌باشد. (حائری یزدی، ۶۴۲)

نه- تشخیص مقدر و محذوف

گاه حکم نمی‌تواند به چیزی که بر سر آن آمده است تعلق بگیرد که ذات است مانند روایت «نهی عن آتیه الذهب والفضّه» (حر عاملی، ۵۰۶/۳) چراکه نهی از خود ظروف طلا و نقره معنا ندارد بلکه باید چیزی مقدر گرفته شود که مناسبت با این موضوعات داشته باشد و از آنجایی که خوردن و آشامیدن با ظروف مناسبت دارد در نتیجه تنها این فرض را در بر می‌گیرد. در دیگر موارد نیز همین گونه است و مناسبت این توانایی را به فقیه می‌دهد که بتواند در هر مورد تقدیر کلام را دریابد. در تحریم مادران ازدواج با ایشان، در تحریم خون و مردار و

ماهی‌های بی پولک اکل و خوردنشان، در تحریم لباس طلا کوب و ابریشم پوشیدنشان در تقدیر گرفته می‌شود. (خوبی، ۳/۳۱۷ و ۳۱۸)

ده- مقصود بودن همه اجزای موضوع

گاه فقیهان از مناسبت دریافت کرده‌اند که موضوع دارای اجزا بوده و حکم، همه آن‌ها را فرا می‌گیرد؛ مثلاً گلپایگانی باور دارد مضمون روایات در باب جنب که آمده است: «لا تقرأ سورة السجده» (حر عاملی، ۲/۲۱۵ و ۲۱۶)^۱ دلالت می‌کند بر اینکه حرمت خواندن قرآن توسط شخص جنب، بر تک‌تک آیات سوره سجده دار، تعلق گرفته است. (ص، ۱۱۰)

یازده- دستیابی به مذاق شریعت^۲

برخی از شاگردان امام خمینی، اشاره کرده‌اند که می‌توان از مناسبت میام حکم و موضوع به مذاق شریعت دست یافت و آن را کشف کرد. وی از زبان امام خمینی به بازگو کردن این مطلب می‌پردازد که هیچ شکی در حرمت کشیدن تصویر بت به منظور عبادت نیست و در ثبوت این حرمت میان نقاشی و یا مجسمه و بین موجود زنده و غیر آن فرقی نیست. هم‌چنین تفاوتی نیست میان اینکه این کار به گونه مستقیم انجام گیرد و یا با همکاری کسی و به گونه تسبیب انجام شده باشد، پس نگهداری بت، روا نیست. این حکم به آن جهت است که از مذاق شارع مقدس به دست می‌آوریم که او به نگهداری آثار کفر و شرک، به جهت بزرگداشت و یا فخر به آن‌ها، راضی نیست. (منتظری، ۲/۶۰۴) او در ادامه به روایاتی اشاره می‌کند که در این باب وارد شده است و در برگیرنده تهدیدها و سخت‌گیری‌های فراوانی می‌باشد که بر اساس مناسبت میان حکم و موضوع، بر این قسم از تصویر سازی حمل می‌شود. (همان)

دوازده- تحدید متن حدیث

از کارکردهای دیگر مناسبت، محدود کردن متن حدیث است. برای نمونه فقیهان درباره حدیث «لا ضرر» (حر عاملی، ۱۸/۳۲) با هم اختلاف کرده‌اند که آیا قید «علی مؤمن» دارد یا نه؟ شهید صدر دیدگاه نایینی را بیان می‌کند که در حدیث «لا ضرر» لفظ علی مؤمن وجود ندارد و

^۱ - اصل روایت به این گونه است: عن محمد بن مسلم قال: قال أبو جعفر عليه السلام: الجنب والحائض يفتحان المصحف من وراء الثوب ويقرآن من القرآن ما شاءا إلا السجده.

^۲ - مذاق شریعت در اصطلاح به آگاهی از سبک، سیاق و آهنگ شارع در جعل احکام گفته می‌شود که از راه‌های گوناگونی به دست می‌آید و فقیه با این آگاهی، توانایی فهم و درک حکم شرعی را پیدا می‌کند؛ زیرا این حکم را با روش شارع در آن باب و یا باب‌های گوناگون سازگار می‌بیند. گویا فقیه از درون خود روش و شیوهی شارع را در می‌یابد و می‌چشد. (علیشاهی، ۴۰)

اضافه شده است؛^۱ زیرا مناسبت حکم و موضوع در این قاعده‌ای که امتنانی و احسان بر بندگان به‌شمار می‌آید، دلالت می‌کند که احتمال وقوع اشتباه در این روایت با اضافه شدن کلمه «علی مؤمن» وجود دارد. (صدر، بحوث فی علم الاصول/۴۴۳) وی در تفسیر این دیدگاه باور دارد این مناسبت به اندازه‌ای نیست که مانند قرینه متصله ظهور لفظ را برگرداند بلکه اگر امر تشریح به ذهن راوی واگذار شود تمایل پیدا می‌کند که این قاعده را به «علی مؤمن» تخصیص بزند و این میل موجب غفلت او شده از اینکه شارع بر خلاف میل او عمل کرده است. (همو، قاعده لاضرر، ۱۱۳)

کاربرد سازواری حکم و موضوع در اصول

مناسبت میان حکم و موضوع از قوانینی است که نه تنها در فقه کاربرد فراوان دارد که اصولیان در مباحث گوناگون اصولی نیز از آن بهره گرفته‌اند؛ برخی از این مباحث عبارتند از:

یک- حجیت خبر فاسق ثقه

از نگاه برخی منطوق آیه نبأ این صلاحیت را ندارد که خبر ثقه فاسق را دربر گیرد؛ زیرا از راه مناسبت میان حکم و موضوع می‌توان به این نتیجه دست یافت که مراد از فاسق که موضوع است و نباید تصدیق شود و به سخنش ترتیب اثر داده شود تنها فاسق از ناحیه خبر است و شامل دیگر فاسق نمی‌شود. (همو، بحوث فی شرح العروه الوثقی، ۱۰۲/۲)

دو- دلالت کننده مفهوم وصف

وصف به باور مشهور فقیهان مفهوم ندارد ولی در برخی از موارد به دلیل قراینی مانند مناسبت حکم و موضوع، دارای مفهوم است. از روایت «مطل الغنی ظلم» (حر عاملی، ۳۳۳/۱۸) دریافت می‌شود حکم وابسته به توانمندی است و سبب در ظالم بودن شخص بدهکار، توانمند بودنش است؛ بنابراین تأخیر در پرداخت او ظلم به‌شمار می‌آید. بر خلاف بدهکار فقیر که به سبب ناتوانیش، سستی و کندی وی در پرداخت، ظلم و ستم به‌شمار نمی‌آید. (مظفر، ۱۷۳/۱)

سه- شناخت اولویت در متعارضان

برای تقدیم یکی از دو شیء متزاحم، اهمیت آن باید شناخته شود و در این صورت اهم بر

^۱ - این گونه حدیث که به آن مدرج گفته می‌شود حدیثی است که راوی سخن خود را در ضمن روایت معصوم آورده است. (مامقانی، ۳۹ و ۴۰)

مهم مقدم می‌شود که باید اولویت یکی در نزد شارع بر دیگری مشخص گردد. از راه کارهای شناخت این اولویت، سازواری و مناسبت میان حکم و موضوع می‌باشد. (همان، ۲۱۹/۳)

چهار- شناخت اقسام مشتق

در اصول بحث است که آیا مشتق حقیقت در متلبس به مبدأ است و یا اعم از متلبس و مانقضی عنه می‌باشد؟ یک دیدگاه اینست که حقیقت در اعم است؛ زیرا در مانند آیه «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (مائده/۳۸) تلبس به مبدأ دزدی و سرقت، بقا و دوام ندارد که تا زمان اجرای حد باقی بماند. در پاسخ گفته شده است مناسبت حکم و موضوع دلالت می‌کند بر اینکه در مانند این جا برای ترتب حکم، حدوث دزدی کافی است؛ زیرا تقارن اجرای حد و دزدی محال است. (سیستانی، الرافد فی علم الاصول ۲۶۰)

برخی تطبیقات فقهی مناسبت

یک- احرام در ضمن اعمال

در روایتی عاصم بن حمید می‌گوید: «قلت لابی عبد الله علیه السلام یدخل الحرم احد الا محرما؟ قال لا، الا مریض او مبطون» (حر عاملی، ۴۰۲/۱۲ و ۴۰۳) به امام صادق علیه السلام گفتم: آیا کسی بدون احرام می‌تواند داخل در حرم شود؟ امام فرمود: نه مگر کسی که بیمار و یا شکم درد است. این روایت از این جهت ابهام دارد که آیا تنها احرام بستن و ترک محرمات کفایت می‌کند یا اینکه باید اعمال دیگر را نیز انجام دهد؛ یعنی مُحرم برای حج و یا عمره شود. از سازواری میان حکم و موضوع به دست می‌آید که باید احرام در ضمن اعمال انجام شود؛ زیرا اگر تنها پوشیدن لباس احرام و نیت و ترک محرمات کافی بود، نباید شکم درد و مریض استثنا می‌شد زیرا شکم درد بودن با ترک محرمات مانند ترک آمیزش جنسی با شکم درد بودن مخالفت ندارد ولی اگر مقصود انجام اعمال باشد مانند ورود به مسجد و طواف، با آن حالت مخالفت دارد چون در طواف طهارت شرط است. (محقق داماد، ۶۱۱/۲)

دو- اختصاص خیار حیوان به حیوان زنده

از ظاهر فتواها و نصوص در مورد خیار حیوان فهمیده می‌شود هر حیوان زنده‌ای را دربر می‌گیرد ولی با مناسبت میان حکم و موضوع این خیار به حیوانی اختصاص پیدا می‌کند که مقصود از آن حیاتش است و نه گوشت آن. بنابراین صیدی که در حال جان دادن است و ماهی و ملخ که بر گوشت آن‌ها معامله می‌شود از عموم این خیار بیرون می‌روند. (همان، ۵۷/۳)

سه- دلیل برای نفی سبیل

از ادله‌ای که برای حجیت قاعده نفی سبیل آورده شده است مناسبت و سازواری میان حکم و موضوع می‌باشد؛ زیرا شرافت و عزت اسلام اقتضا می‌کند خداوند در احکام و دستوراتش چیزی که خواری و پستی مسلمانان را در پی داشته باشد، جعل نکند. (فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه، ۲۴۱)

چهار- اهمیت قضای اعمال پدر

این اختلاف میان فقیهان وجود دارد که اگر چند فرزند هم سن و سال بودند در اینجا چون فرزند بزرگ وجود ندارد آیا قضای اعمال بر آن‌ها واجب است یا نه؟ برخی باور دارند با نبود فرزند بزرگ، اصل حکم ساقط نمی‌شود به دلیل اینکه مناسبت حکم و موضوع اقتضا می‌کند که مناط و ملاک حکم، [حصول] برائت ذمه مرده است و اینکه در روایت به فرزند بزرگ قید زده شده است تقیید حقیقی نیست تا حکم وجوداً و عدماً وابسته به آن باشد. (سبزواری، ۳۶۸/۷)

دستاوردها

برخی از نتایجی که این تحقیق به آن دست یافته است عبارتند از:

یک- مناسبت که در لغت به معنای سازگاری و هماهنگی میان حکم و موضوع است در اصطلاح به معنای حالت‌ها و ویژگی‌های موضوع است که حکم را آورده است که به آن تصریح نشده و به ارتکازات راسخ در فهم عرف واگذار شده است.

دو- مناسبت در بیان فقیهان از ادله و قرینه‌های لبی و مقامی می‌باشد که عام است و کارکرد آن مانند قرائن متصل می‌باشد.

سه- حجیت مناسبت و سازواری میان حکم و موضوع از باب ظهوری است که در ادله به وجود می‌آورد و ظهور نیز خود حجت است.

چهار- مناسبت به کار رفته در اهل سنت که از مسلک‌های یافتن علت است بخشی از مناسبتی است که شیعه به آن باور دارد و کاربرد مناسبت در شیعه تنها در کشف علت نمی‌باشد.

پنج- از نقل سخن فقیهان روشن گردید که نبود نص صریح بر خلاف، ناسازگار نبودن با اصول قطعی و به حد ظهور رسیدن و نماندن در حد اشعار از شرایط حجیت مناسبت میان

حکم و موضوع است.

شش- از سازوکارهای تشخیص مناسبت می‌توان به مواردی مانند فراوانی کاربرد در جهت خاص و تعیین ثبوت حکم برای موضوع نام برد.

هفت- برخی از کارکردهای مناسبت در لسان فقیهان عبارتند از:

معناشناسی، توسعه موضوع، تنگ کردن موضوع، اطلاق‌گیری و الغای خصوصیت، تشخیص نوع حکم، انصراف، راه‌یابی به علت، تشخیص متعلق مقدر، دستیابی به مذاق شریعت و تشخیص حدیث مدرّج.

هشت- اصولیان نیز در دانش اصول از مناسبت حکم و موضوع در مباحثی مانند خبر واحد، مفهوم وصف، شناخت اهم و مهم در تعارض و مشتق بهره برده‌اند.

منابع

قرآن کریم.

ابن فارس، أبو الحسین أحمد زکریا، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبد السلام محمد هارون، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر الادب الحوزة، ۱۴۰۵ ق.

حایری، مرتضی، الخمس، تحقیق محمد حسین امرالهی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.

حایری یزدی، عبد الکریم، کتاب الصلاة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.

حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، تحقیق مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ق.

حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۴ ق.

حکیم، محمد تقی بن محمد سعید، الاصول العامة للفقہ المقارن: مدخل الی دراسة الفقہ المقارن، بی جا، مؤسسه آل البيت للطباعة والنشر، ۱۹۷۹ م.

حلبی، ابو الصلاح، الکافی فی الفقہ، تحقیق رضا استادی، اصفهان، مکتبه الامام امیر المومنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.

حلی، یحیی بن سعید، نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه والنظائر، نجف، تحقیق احمد حسینی و نور الدین واعظی، چاپخانه الآداب، ۱۳۸۶ ق.

خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، ۱۴۲۱ ق.

- ، کتاب الطهارة، نجف، مطبعة الآداب، ١٣٨٩ ق.
- خمینی، مصطفی، تحریرات فی الفقه: کتاب الطهارة، بی جا، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی، ١٤١٨ ق.
- ، مستند تحریر الوسيله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی، ١٤١٨ ق.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، تعلیق علی اکبر غفاری، تهران، مکتبه الصدوق، ١٣٥٥.
- خویی، ابوالقاسم، التنقیح فی شرح العروة الوثقی: کتاب الطهارة، تقریر علی غروی تبریزی، قم، دار الهادی، ١٤١٠ ق.
- ، محاضرات فی اصول الفقه، قم، انتشارات انصاریان، ١٤١٧ ق.
- ، المستند فی شرح العروة الوثقی: الصلاة، تقریر مرتضی بروجردی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ١٤٢١ ق.
- ، المستند فی شرح العروة الوثقی: کتاب الصوم، تقریر مرتضی بروجردی، قم، مطبعة العلمية، ١٣٦١ ق.
- ، موسوعة الامام الخوئی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ١٤٢١ ق.
- روحانی، محمد صادق، فقه الصادق، قم، مؤسسه دار الكتاب، ١٤١٢ ق.
- سانو، قطب مصطفی، معجم مصطلحات اصول الفقه، دمشق، دار الفكر، ٢٠٠٢ م.
- سبزواری، عبد الاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، تحقیق مؤسسه المنار، قم، مکتبه آیه الله سید السبزواری، ١٤١٣ ق.
- سیستانی، علی، قاعدة لاضرر ولاضرار، قم، مکتبه آیت الله السید السیستانی، ١٤١٤ ق.
- ، الرافد فی علم الاصول، تقریر منیر عدنان قطیفی، قم، مکتب آیت الله سیستانی، ١٤١٤ ق.
- شعبان، زکی الدین، اصول الفقه الاسلامی، بنغازی، جامعه قاریونس، ١٩٩٥ م.
- صدر، محمد باقر، بحوث فی شرح العروة الوثقی، نجف، مطبعة الآداب، ١٣٩١ ق.
- ، بحوث فی علم الاصول، قم، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، ١٤١٧ ق.
- ، دروس فی علم الاصول، بیروت، دار الكتاب اللبنانی، ١٤٠٦ ق.
- ، قاعدة لاضرر، تقریر کمال حیدری، بی نا، بی جا، بی تا
- ، المعالم الجدیدة للاصول، تهران، مکتبه النجاش، ١٣٩٥ ق.
- طباطبای کربلابی، علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- علّامه حلّی، حسن بن یوسف، تاذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ١٤١٤ ق.

- ، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، تحقیق از قسم الفقه فی مجمع البحوث الاسلامیه، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
- ، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل، *مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرایند استنباط احکام فقهی*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۹۰.
- غزالی، محمد بن محمد، *المستصفی فی علم الاصول*، تصحیح محمد عبد السلام عبد الشافی، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: کتاب الصلاة*، قم، نشر مولف، ۱۴۰۸ ق.
- ، *القواعد الفقهیه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۳.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، قم، مؤسسه دار الهجرة، ۱۴۱۰ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تصحیح علی اکبر غفاری، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳.
- گلپایگانی، محمد رضا، *کتاب الطهارة*، تقریر محمد هادی مقدس، قم، دار القرآن الکریم، بی تا.
- مامقانی، عبد الله بن محمد حسن، *تلخیص مقیاص الهدایه*، تلخیص از علی اکبر غفاری، تهران، جامعه الامام الصادق، ۱۳۶۹.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار*، تحقیق علی اکبر غفاری، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ ق.
- محقق داماد، محمد، *کتاب الحج*، تقریر عبد الله جوادی آملی، قم، مطبعة مهر، ۱۴۰۱ ق.
- محمد صنفور، علی حیدر، *المعجم الاصولی*، قم، الطیار، ۱۳۸۵.
- مدنی کاشانی، رضا، *براهین الحج للفقهاء والحجج*، کاشان، مدرسه علمیه آیت الله کاشانی، ۱۴۱۱ ق.
- مروج، محمد جعفر، *منتهی الدرایة فی توضیح الکفایه*، بی جا، دار الکتب جزایری، ۱۴۱۵ ق.
- مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، *بحوث فقهیه هامه*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۲ ق.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی مکاسب المحرمه*، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ ق.
- میلانی، محمد هادی، *محاضرات فی فقه الامامیه*، مشهد، موسسه چاپ و نشر دانشگاه فردوسی، ۱۳۹۵ ق.
- نابینی، محمد حسین، *کتاب الصلاة*، تقریر محمد علی کاظمی، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- ، *منیة الطالب فی حاشیة مکاسب*، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، مکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.

نجفی، محمد رضا، وقایة الاذهان، قم، مؤسسة آل البيت، ١٤١٣ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۱،
زمستان ۱۳۹۱، ص ۸۷-۱۰۷

بررسی مبانی مشروعیت شرط فاسخ در فقه شیعه*

سید علی جبار گلباغی ماسوله
عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان
Email: pm.sadra87@gmail.com

چکیده

اندک درنگ در مندرجات قراردادهای منعقد شده بین اشخاص حقیقی و حقوقی، نمایان می‌سازد که امروزه، اندک اندک، شرط فاسخ، یکی از شروط قراردادهای را به خود مختص می‌سازد. مشروعیت این نهاد تعلیق انحلال قهری قرارداد در فقه شیعه، مسئله‌ای است که موضوع پژوهش بنیادی‌ای را سامان می‌دهد که مقاله حاضر به روش توصیفی با اتکا به مطالعات کتابخانه‌ای در محدوده میراث مکتوب فقه شیعه به گزارش آن اهتمام دارد.

رصد دو دیدگاه موجود و تحلیل و بررسی دلایل هر یک از موافقان و مخالفان مشروعیت شرط فاسخ، با توجه به ادله عام و خاص موجود، پذیرش مشروعیت شرط فاسخ را گریز ناپذیر می‌سازد؛ چنان که عدم کفایت سخنان مخالفان مشروعیت شرط فاسخ، خود مؤیدی بر این حقیقت است.

کلید واژه‌ها: انحلال قرارداد، تعلیق انحلال قرارداد، شرط انفساخ، شرط فاسخ، مشروعیت شرط فاسخ.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۱/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۳/۲۴.

مقدمه

در سطح حقوق داخلی، نگاه به قانون مدنی برخی از کشورهای بی‌گانه، از وجود نهادی برای انحلال قرارداد خیر می‌دهد که مفاد آن، تعلیق انحلال قهری قرارداد در آینده می‌باشد. در سطح بین‌المللی، بررسی مفاد برخی از پیمان‌نامه‌ها به رسمیت شناخته شدن همین نهاد انحلال قرارداد را نشان می‌دهد.

امروزه، روش انحلال قهری قرارداد، بین اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی با طرف ایرانی یا خارجی، امری مرسوم است. به این نهاد انحلال قهری قرارداد، شرط فاسخ یا شرط انفساخ گویند.

اکنون این پرسش فراروی قرار دارد که آیا در فقه شیعه، نهاد انحلال قهری قرارداد، دارای اعتبار و مشروعیت می‌باشد؟ آیا طرفین قرارداد می‌توانند انحلال و انفساخ عقد و از بین رفتن تعهدات و الزامات ناشی از قرارداد را به بروز یا عدم وقوع امری در آینده معلق و وابسته کنند؛ یعنی به هنگام انعقاد قرارداد، شرط نهند که قرارداد، در آینده، بدون دست یازیدن به هیچ سبب و عمل حقوقی، تنها در اثر رویدادی ویژه، خود به خود منحل و منفسخ گردد؟ پاسخ به این پرسش، موضوع پژوهش بنیادی‌ای است که به روش توصیفی، با اتکاء به مطالعات کتابخانه‌ای، انجام پذیرفته و مقاله حاضر، به بیان و گزارش آن اهتمام دارد.

تبیین محل بحث و طرح مسئله

امروزه، شرط فاسخ، یکی از نهادهای انحلال قرارداد، دانسته می‌شود. شرط فاسخ، عبارت است از این که دو طرف قرارداد، به هنگام انعقاد آن، شرط می‌نهند که قرارداد مذکور، به صرف تحقق امری معین در آینده، بدون نیاز به انشای فسخ، خود به خود، منفسخ گردد؛ مثلاً: در عقد اجاره‌ای شرط می‌نهند که اگر محل مأموریت مستأجر تغییر یابد، عقد اجاره، قهراً منفسخ است. (شهیدی ۶۵؛ کاتوزیان ۴۰۱/۵)

بنابراین، اثر شرط فاسخ، تعلیق انحلال قهری قرارداد است؛ یعنی: در قرارداد مشروط به شرط فاسخ، الزامات و تعهدات اصلی ناشی از قرارداد، به طور منجز و بلافاصله پس از انشای عقد ایجاد می‌شود و این تنها انحلال و انفساخ این تعهدات و الزامات ناشی از قرارداد است که به تحقق شرط خارجی، در آینده، معلق و وابسته می‌باشد. برای انحلال قرارداد، صرف تحقق شرط مندرج در قرارداد، کافی است و دیگر به انشای مستقل فسخ قرارداد، نیازی نیست؛ به

دیگر سخن، انشای انحلال و انفساخ قرارداد، به صورت تعلیق در انشاء، ضمن انشای خود عقد، به عمل می‌آید. زمان تشکیل و تحقق عقد با زمان تحقق انفساخ، یکی نیست؛ هر چند که زمان انشای آن دو به لحاظ وحدت خود انشاء یکی می‌باشد. بنابراین، ماهیت عقد بلافاصله پس از انشای آن محقق می‌گردد ولی انفساخ قرارداد، پس از حصول معلق‌علیه تحقق می‌یابد. اکنون در پی تبیین ماهیت شرط فاسخ به تراضی انفساخ و انحلال قهری قرارداد در آینده و با نظر داشت این نکته که مسببات بر اسباب شرعی خویش متوقف می‌باشند، این پرسش رخ می‌نمایاند که آیا می‌توان انحلال قرارداد را با توسل به شرط فاسخ فراهم آورد؟ آیا فقه شیعه وجود چنین نهاد انحلالی را تجویز می‌نماید و به صحت، اعتبار و مشروعیت آن حکم می‌دهد و مشروط ساختن قرارداد را به شرط فاسخ، مخالفت شرع و باطل نمی‌شمرد؟ مبانی مشروعیت شرط فاسخ در فقه شیعه چیست؟

دیدگاه‌ها

بررسی نوشته‌های فقهی دانشیان فقه شیعه، وجود دو دیدگاه را درباره صحت و مشروعیت شرط فاسخ، فرا روی قرار می‌دهد:

- ۱ - صحت و مشروعیت شرط فاسخ
- ۲ - عدم صحت و مشروعیت شرط فاسخ

دلایل پیروان مشروعیت شرط فاسخ

بر مبنای اجتهاد اصولی، اصل اولی در احکام، تکالیف و امور شرعی، جواز، اباحه، صحت و حلیت است؛ نه حظر و منع و فساد و حرمت. بر این پایه، تنها هنگامی می‌توان به حرمت، فساد و منع از چیزی، کاری و امری حکم داد که دلیلی از ادله شرعی بر این فساد، حرمت و منع و حظر وجود داشته باشد.

اکنون، با توجه به مطلب فوق، باید پذیرفت که اصل اولی مذکور، به صحت و مشروعیت شرط فاسخ، حکم می‌کند؛ (ابن زهره ۲۱۵/۱؛ حسینی عاملی ۵۶۵/۴؛ طباطبائی ۳۲۲) زیرا هیچ آیه‌ای از آیات شریف قرآن کریم به منع از شرط فاسخ اشعار ندارد. هیچ منعی از شرط فاسخ در سنت مرویه از حضرات معصومین (ع) مشاهده نمی‌گردد (مامقانی، ۶۰) چنان که مخالفان صحت و اعتبار شرط فاسخ نیز در این خصوص از هیچ روایتی سخن نرانده‌اند و به هیچ آیه‌ای

مستمسک نگردیده‌اند. بنابراین، باید پذیرفت که هیچ رادع و مانع عقلی و شرعی برای صحت و مشروعیت شرط فاسخ وجود ندارد (ابن براج ۵۴؛ مقدس اردبیلی ۴۰۱/۸) با این همه، پیروان مشروعیت شرط فاسخ، دلایل زیر را بیان داشته‌اند.

۱) اجماع

به گواهی ادبیات فقه شیعه، از دیرباز، برای اثبات آراء و دیدگاه‌ها، استناد به اجماع و اتفاق، امری متداول بوده است. جای شگفتی نیست اگر برخی از دانشیان فقه شیعه که شرط فاسخ را ذیل مبحث شروط عقد و یا شرط خیار جای می‌دادند، اجماع را یکی از دلایل صحت و مشروعیت شرط فاسخ می‌خواندند؛ چه آن را یکی از گونه‌های شرط خیار بر می‌شمردند و چه آن را نهادی مستقل می‌دانستند. (ابن براج ۵۴؛ ابن زهره ۲۱۵/۱؛ شهید ثانی ۲۰۲/۳؛ حسینی عاملی ۵۶۵/۴؛ سبزواری ۱۲۴/۱۷؛ طباطبائی ۳۳۲)

البته نمی‌توان برای این اجماع، اعتباری قائل شد؛ چه این که از يك سو، با وجود مخالف، تحصیل اجماع، امکان‌پذیر نیست و از دیگر سو، شرط ارائه و پذیرش اجماع، عدم مدرکی بودن است و با توجه به دیگر دلایل مشروعیت شرط فاسخ، دیگر نمی‌توان چشم را بر روی مدرکی بودن این اجماع، فرو بست؛ سه دیگر این که تنها، اجماع کاشف از نظر معصوم (ع) دارای اعتبار می‌باشد؛ یعنی: باید به یقین بتوان گفت امام (ع) در میان مجمعین است و در منقول و غیردخولی بودن اجماع مذکور تردیدی نیست؛ حقیقتی که ارائه دهندگان اجماع محل بحث نیز از پذیرش آن استنکاف ندارند.

۲) عموم آیات وفای به عهد

عده‌ای از دانشیان فقه شیعه، برای صحت و مشروعیت شرط فاسخ، به عموم آیات وفای به عهد (آل عمران: ۷۶، مائده: ۱، رعد: ۲۰، نحل: ۹۱، اسراء: ۳۴) دست یازیده‌اند؛ (ابن زهره ۲۱۵/۱؛ حسینی عاملی ۵۶۵/۴؛ طباطبائی ۳۳۲) زیرا شرط فاسخ، از گونه‌های شروط و شرط هم خود نوعی عهد است (انصاری ۱۲/۶) و این آیات نیز به وجوب و لزوم وفای به عهد حکم می‌کنند.

۳) عمومات وفای به شرط

روایات فراوانی وجود دارند که به عموم و اطلاق خویش، وجوب و لزوم وفای به شرط را مگر در موارد مخالفت با کتاب و سنت، بیان می‌دارند (جرعاملی ۳۵۴/۱۲ - ۳۵۳ ب ۶ ح ۱، ۲، ۵؛ ۳۰/۱۵ ب ۲۰ ح ۴؛ ۴۰ ب ۲۹ ح ۱؛ ۴۶ ب ۳۸ ح ۲؛ ۵۰ ب ۴۰ ح ۴؛ ۵۵۹/۱۴ ب ۵۲ ح ۲؛

۴۳/۱۳ ب ۱۵ ح ۱؛ ۴۷/۱۶ ب ۳۷ ح ۲؛ نوری ۳۰۰/۱۳ ب ۵ ح ۱، ۳، ۷) برخی از فقیهان برای مشروعیت شرط فاسخ، به این عمومات و اطلاعات، استناد جسته‌اند. (ابن براج ۵۴؛ ابن زهره ۲۱۵/۱؛ مقدس اردبیلی ۴۰۱/۸؛ نراقی ۳۸۶/۱۴؛ حسینی عاملی ۵۶۵/۴؛ نجفی ۳۷/۲۳؛ مامقانی ۶۰؛ اراکی ۱۲۲؛ سبزواری ۱۱۲/۱۷؛ طباطبائی حائری ۱۸۹/۸؛ طباطبائی ۳۳۲)

به این روایات مستفیض و بلکه متواتر (انصاری ۱۱۱/۵؛ خویی، مصباح الفقاهه ۲۰۱/۶؛ سبزواری ۱۱۲/۱۷) که در صحت برخی از آنها تردیدی نیست (حرعاملی ۳۵۳/۱۲ ب ۶ ح ۱، ۲، ۵) بدین گونه می‌توان استدلال آورد که این روایات بر مشروعیت هر شرط غیرابتدائی‌ای دلالت دارند که با کتاب و سنت مخالف نباشد (خویی، مصباح الفقاهه ۲۰۱/۶) و شرط فاسخ نیز یکی از گونه‌های شروطی است که قرارداد به آن مشروط می‌گردد، و از کتاب و سنت، مخالفتی برای آن دیده نمی‌شود؛ بنابراین، شرط فاسخ، شرطی صحیح و دارای مشروعیت می‌باشد.

۴) روایات

افزون بر روایات وفای به شرط، دسته‌ای دیگر از روایات مستفیضه وجود دارند (طباطبائی حائری ۱۸۹/۸؛ طباطبائی ۳۳۲؛ خوانساری ۱۵۴/۳؛ سبزواری ۱۲۴/۱۷) که با ظهور خود، مشروعیت شرط فاسخ را به اثبات می‌رسانند. عمده‌ترین این روایات عبارتند از:

۱ - صحیحہ سعید بن یسار

محمد بن یعقوب عن ابي علي الاشعري عن محمد بن عبد الجبار عن علي بن نعمان عن سعید بن یسار، قال: قلت لابي عبدالله (ع): انا نخالط اناساً من اهل السواد و غیرهم فنبیعهم و نربح علیهم العشرة اثنی عشرة و العشرة ثلاثة عشر و نؤخر ذلك فیما بیننا و بین السنة و نحوها و یکتب لنا الرجل علی داره او علی ارضه بذلك المال الذي فيه الفضل، الذي اخذ منّا شراءً، قد باع و قبض الثمن منه فعندنا ان جاء بالمال الی وقت بیننا و بینه ان نردّ علیه الشراء، فان جاء الوقت و لم یأتنا بالدارهم فهو لنا. فما ترى فی الشری؟ فقال (ع): أرى أنه لك ان لم یفعل، و ان جاء بالمال للوقت فردّ علیه. (حرعاملی ۳۵۴/۱۲ ب ۷ ح ۱)

این روایت را مرحوم کلینی (۱۷۲/۵، ح ۱۴) به سند روایی مذکور و مرحوم شیخ صدوق (من لایحضره الفقیه ۲۰۴/۳ ح ۳۷۷۰) و شیخ طوسی (تهذیب ۲۳/۷ - ۲۲ ب ۲ ح ۱۲) به طریق روایی خویش از سعید بن یسار روایت کرده‌اند و بررسی سند، صحیح بودن آن را نشان می‌دهد؛ حقیقتی که بسیاری از دانشیان فقه شیعه به آن اذعان دارند. (بحرانی ۳۴، ۳۶؛

انصاری ۱۳۰/۵؛ اراکی ۱۲۷؛ طباطبائی ۳۳۲؛ نجفی ۳۷/۲۳؛ سبزواری ۱۲۵/۱۷)

در صحیحۀ مذکور، طرفین قرارداد، رد ثمن را شرط فاسخ بیع ساخته‌اند و سعید بن یسار نیز از صحت و مشروعیت همین شرط و قرارداد مشروط به آن، از امام (ع) می‌پرسد و حضرت امام صادق (ع) در پاسخ به او، نه تنها به بطلان و فساد شرط فاسخ و عقد مشروط به آن رأی ندادند بلکه به صحت و نفوذ آن دو هم حکم فرمودند. اگر شرط فاسخ، فاقد مشروعیت می‌بود، حضرت دست کم به بطلان شرط فاسخ رأی می‌دادند.

۲ - روایت ابی جارود

محمد بن الحسن باسناده عن فضالة عن ابان بن عثمان عن ابی جارود عن ابی جعفر (ع) قال: إن بعث رجلاً علی شرط فإن أتاك بمالك و أأا فالبيع لك. (حرعاملی ۳۵۵/۱۲ - ۳۵۴ ب ۷ ح ۲)

مرحوم شیخ طوسی (تهذیب ۲۳/۷ ب ۲ ح ۱۴) به طریق روایی خود به ابی جارود، از حضرت امام باقر (ع) روایت می‌کند که ایشان فرمودند: اگر با فردی معامله‌ی بیعی را به شرط [انحلال بیع در صورت رد مال مأخوذ] منعقد ساختی، اگر او مال تو را پس آورد [معامله منحل می‌گردد] و آلا بیع از آن توست.

در این روایت، حضرت امام باقر (ع) به انحلال قرارداد در پی تحقق شرط فاسخ (رد مال) و لزوم قرارداد در صورت عدم تحقق شرط فاسخ حکم فرمودند. اگر شرط فاسخ، فاقد مشروعیت می‌بود، امام معصوم (ع) به نفوذ شرط، حکم نمی‌نمودند.

سند روایت ابی جارود محل سخن است. در توثیق راویان در سند به جز ابی جارود، بحثی وجود ندارد. زیاد بن المنذر، ابوجارود الهمدانی الخارفي الاعمی، به جهت اتهام به زیدی مذهب بودن، مورد طعن و تضعیف برخی از دانشیان شیعه قرار دارد و لذا برخی از فقهاء، روایت مذکور را دارای ضعف سندی می‌دانند. (روحانی، فقه الصادق ۹۶/۱۴)

نجاشی (۱۷۰) ابوجارود را زیدی می‌شمرد. کشی (۲۳۰ - ۲۲۹) روایاتی چند در ضعف و عدم توثیق او نقل می‌کند و به استناد روایتی مرسل، فرقه زیدیۀ سرحوبیه را به او منسوب می‌دارد. شیخ طوسی (رجال، ۱۳۵) همین مذهب زیدیۀ جارودیه را به او نسبت می‌دهد. ابن غضائری (۶۱) نیز درباره او می‌نویسد: اصحاب امامیه از نقل آن دسته از روایات او اکراه دارند که محمد بن سنان از او به روایت می‌نشینند.

به نظر می‌رسد طعن و تضعیف ابی جارود، غیر قابل دفاع و غیر قابل پذیرش است؛ زیرا

روایاتی را که مرحوم کشی در کتاب خود برای تکذیب و عدم توثیق ابی جارود بیان می‌دارد، روایاتی ضعیف‌السند می‌باشند. (خویی، معجم ۳۲۴/۷) انتساب فرقه زیدیه سرحوبیه به ابی جارود که به روایتی مرسل از امام باقر (ع) مستند می‌باشد (کشی، ۲۲۹ ح ۴۱۳) افزون بر ضعف سند، دارای ضعف دلالتی است چون قیام زید، هفت سال پس از شهادت امام باقر (ع) می‌باشد (نجاشی، ۱۷۰) لذا تغییر مذهب ابی جارود باید پس از شهادت امام (ع) و قیام زید صورت پذیرد و این یعنی ابوجارود، در زمان امامت امام باقر (ع) اعتقاد سلیمی داشت و زیدی مذهب نبود. پس چگونه می‌توان پذیرفت که امام باقر (ع) به او لقب سرحوب داده باشد؟! (خویی، معجم ۳۲۳/۷)

بنابراین، بر زیدی مذهب بودن، تضعیف و عدم توثیق ابی جارود دلیلی وجود ندارد، بلکه، قرائن مجموعاً بر وثاقت ابی جارود گواهی می‌دهند. گذشته از دارا بودن اصل و روایت اجلای روات از او، نام ابی جارود در اسانید کامل الزیارات آمده است (همان، ۳۲۴)؛ چنان که شیخ مفید نیز، ابی جارود را از بزرگان جلیل‌القدر شیعه و مأخذ فتوا و احکام و مرجع حلال و حرام می‌داند که هیچ طعنی و ذمی بر آن‌ها وارد نیست. (مفید، ۲۵) ابن غضائری نیز اذعان می‌دارد روایاتی را که محمدبن بکر الارجنی از ابی جارود روایت می‌کند، مورد اعتماد اصحاب امامیه می‌باشد. (ابن غضائری، ۶۱) بنابراین، طعن پیشین ابن غضائری متوجه محمدبن سنان است و نه خود ابی جارود.

افزون بر این، مرحوم صدوق، احادیثی از ابی جارود روایت می‌کند که در آن‌ها از امامت ائمه دوازده‌گانه و اسامی هر يك از آن‌ها سخن رفته است (صدوق، عیون ۸۸/۱ ب ۶ ح ۶ و ۷).

لذاست که برخی از دانشیان فقه و رجال شیعه به وثاقت ابی جارود گواهی می‌دهند (خویی، معجم ۳۲۴/۷).

۳- روایت اسحاق بن عمّار

محمدبن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن اسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع ابا عبد الله و سأله رجل و انا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج الي بيع داره فجاها الي اخيه، فقال: أبيعك داري هذه و تكون لك احب الي علي ان تشتري لي أن أنا جئتك بثمانها الي سنة ان ترد علي، فقال (ع) لا بأس بهذا. ان جاء بثمانها ألي سنة ردها عليه، قلت: فأنها كانت فيها غلة كثيرة، فأخذ الغلة لمن تكون الغلة؟ فقال (ع) : الغلة للمشتري؛ الاتري أنه لو احترقت

لکانت من ماله (جرعاملی ۳۵۵/۱۲ ب ۸ ح ۱).

روایت اسحاق بن عمار را، که افزون بر شیخ طوسی (تهذیب ۲۳/۷ ب ۲ ح ۱۳) کلینی (۱۷۱/۵ ح ۱۰) و صدوق (من لایحضره الفقیه ۲۰۵/۳ ح ۳۷۷۱) نیز روایت کرده‌اند، در مشروعیت شرط فاسخ ظهور دارد چه اگر شرط فاسخ و قرارداد مشروط به آن، فاسد و فاقد اعتبار می‌بود، امام صادق (ع) از عدم نفوذ شرط فاسخ، و عدم رد خانه به فروشنده در پی رد ثمن، سخن می‌رانند و حال این که حضرت، تصریح داشتند که اگر فروشنده در مدت معین، ثمن را برای خریدار پس آورد، خانه نیز به مالک پیشین آن برمی‌گردد.

آیا می‌توان تردید روا داشت که پاسخ بیان شده امام صادق (ع) بر چیزی غیر از نفوذ و اعتبار شرط فاسخ و صحت قرارداد مشروط به آن گواهی می‌دهد؟

روایت اسحاق بن عمار اگر چه از جهت دلالتی دارای صحت می‌باشد ولی از جهت سند، به دلیل ارساله دارای ضعف سندی است که البته در نزد برخی، بر پایه نظریه انجبار، این ضعف سندی، جبران می‌شود و لذا بسیاری از دانشیان فقه از این روایت به موثقه اسحاق بن عمار نام آورده‌اند. (بحرانی ۳۵/۱۹، ۳۶؛ نراقی ۳۸۴/۱۴؛ طباطبائی حائری ۱۸۹/۸؛ طباطبائی ۳۳۲؛ حسینی عاملی ۵۶۵/۴؛ نجفی ۳۷/۲۳؛ خوانساری ۱۵۴/۳؛ سبزواری ۱۲۴/۱۷؛ اراکی ۱۲۶) ۴ - روایت معاویه بن میسره

محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه عن احمد بن ابی بشر (بشیر) عن معاویه بن میسره قال: سمعت ابا جارد يسأل ابا عبد الله (ع) عن رجل باع داراً له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر فشرط أنك إن اتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك. فأتاه بماله. قال له شرطه. قال أبو جارد: فإن ذلك الرجل قد اصاب في ذلك في ثلاث سنين. قال: هو ماله؛ و قال أبو عبد الله (ع): رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت، تكون الدار دار المشتري. (جرعاملی ۳۵۶/۱۲ - ۳۵۵ ب ۸ ح ۳)

در روایت معاویه بن میسره اگر شرط فاسخ فاقد مشروعیت می‌بود، می‌بایست امام صادق (ع) در پاسخ به پرسش ابی جارد، به عدم لزوم و نفوذ شرط فاسخ حکم می‌نمودند، حال این که حضرت، به صراحت به نفوذ و لزوم شرط فاسخ حکم دادند و این خود گواهی است آشکار بر صحت و مشروعیت شرط فاسخ و قرارداد مشروط به آن.

اگر چه در ظهور روایت معاویه بن میسره در صحت و مشروعیت شرط فاسخ تردیدی وجود ندارد، همچنان که برخی نیز به آن تصریح دارند (انصاری ۱۳۰/۵؛ طباطبائی یزدی

۴۷۵/۲؛ روحانی، فقه الصادق (۹۶/۱۴) ولی سند آن به جهت وجود معاویة بن میسرۃ مورد سخن است؛ چه این که برای او هیچ مدح و توثیق و قدح و جرحی بیان نگردیده است. (خویی، معجم ۲۱۹/۱۸ - ۲۱۸) بنابراین نمی‌توان به توثیق او حکم کرد مگر در صورت پذیرش این سخن که به جهت روایت ثقة از راوی فاقد مدح و جرح و نیز نظریه انجبار، اصل اعتبار راوی و روایت است.

۵ - مرسله دعائم الاسلام

عن ابی عبدالله (ع) انه سئل عن رجل باع داره علی شرط انه إن جاء بثمانها الی سنة ان تردّ علیه، قال (ع) : لا بأس بهذا و هو علی شرطه. (نوری ۳۰۱/۱۳ ب ۶ ح ۱)

در کتاب دعائم الاسلام از امام صادق (ع) روایت است که مردی خانه‌اش را بدین شرط فروخت که اگر تا یک سال ثمن خانه را برای خریدار پس آورد، خانه به او برگردانده شود. حضرت فرمودند: در این معامله و شرط آن، ایرادی وجود ندارد و شرط برای او نافذ است. بنابراین، روایت به وضوح بر مشروعیت شرط فاسخ و قرارداد مشروط به آن ظهور دارد جز این که به جهت ارسال ضعیف السند است.

اگر چه به اعتراف بسیاری فقیهان، روایات مذکور، به ظهور خویش بر مشروعیت شرط فاسخ دلالت دارند (روحانی، فقه الصادق ۹۶/۱۴؛ نراقی ۳۸۶/۱۴؛ طباطبائی یزدی ۴۷۵/۲؛ خمینی ۳۳۷/۴ - ۳۳۶؛ بحرانی ۳۵/۱۹؛ طباطبائی ۳۳۳؛ مقدس اردبیلی ۴۰۱/۸؛ حسینی عاملی ۵۶۵/۴؛ نجفی ۳۷/۲۳؛ سبحانی ۱۵۷) لیک برخی، استناد به روایات را برای مشروعیت شرط فاسخ پذیرا نیستند و نوعاً از این پندار سخن می‌رانند که روایات مذکور، تنها شرط خیار را بیان می‌دارند که خود به امری زاید - یعنی: رد ثمن - مشروط می‌باشد (مقدس اردبیلی ۴۰۱/۸؛ حسینی عاملی ۵۶۵/۴) صرف رد ثمن، برای انحلال قرارداد مشروط به آن ناکافی است و انشای ایقاع فسخ را لازم دارد به گونه‌ای که اگر پس از رد ثمن، ایقاع فسخ، انشاء نگردد، قرارداد انحلال نمی‌یابد. (مقدس اردبیلی، همان؛ حسینی عاملی، همان؛ بحرانی ۳۵/۱۹؛ نراقی ۳۸۱/۱۴، ۳۸۵ - ۳۸۴؛ نجفی ۳۸/۲۳)

اینان به این تفسیر دست می‌یازند که در هنگام رد ثمن، برای بایع خیار نیست و تنها پس از رد ثمن، خیار ایجاد می‌شود. بنابراین، اگر بایع به قصد فسخ قرارداد، ثمن را رد کند، این رد ثمن، فسخ قرارداد را باعث نمی‌گردد؛ چه در این هنگام، اصلاً خیار وجود ندارد تا فسخ قرارداد را سبب شود؛ خیار پس از رد ثمن پدید می‌آید؛ زیرا وجوب رد مبیع به بایع، بر

بازگشت مبیع به بایع موقوف است و مبیع به بایع بر نمی‌گردد مگر به فسخی که به رد ثمن به مشتری متوقف می‌باشد. بنابراین، رد ثمن به تنهایی قاطع قرارداد منعقد نیست. (نراقی ۳۸۵/۱۴؛ حسینی عاملی ۵۶۵/۴؛ طباطبائی ۳۳۳)

این گروه از فقهاء، پذیرش این نکته را که رد ثمن به تنهایی برای انحلال قرارداد کفایت می‌کند، چیزی جز مخالفت با اصحاب نمی‌دانند (حسینی عاملی ۵۶۵/۴؛ طباطبائی ۳۳۳؛ طباطبائی حائری ۱۸۹/۸) و پس از تأویل روایات به تفسیر مذکور، ادعا می‌نمایند روایات، در این ظهور دارند که رد ثمن، در واقع، فسخ فعلی یا مقدمه برای انشاء فسخ یا اقاله و یا تملیک می‌باشد (نائینی ۸۲/۳) و یا این که فسخ قرارداد، پیش از رد ثمن است و رد ثمن نشانه فسخ قرارداد می‌باشد؛ بدین قرینه که عادتاً بین مردم چنین است که همزمان و یا پس از فسخ قرارداد، به رد ثمن مبادرت می‌ورزند و لذا عادتاً در این موارد، این گونه گفته می‌شود که پولت را بگیر، من قرارداد را فسخ کردم. (حسینی عاملی ۵۶۵/۴؛ طباطبائی ۳۳۳)

پیروان ظهور مذکور، برای این ادعا که شرط رد ثمن، از گونه شرط خیار است، دلیلی ارایه نمی‌دهند تا مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد. اگر این پندار پذیرفته شود که شرط رد ثمن، شرط خیار مشروط می‌باشد، بی‌شک با این اشکال روبه‌رو است که مشروط ساختن شرط خیار به شرطی دیگر، یعنی تعلیق شرط، که خود امری است ممنوع (نجفی ۴۱/۲۳) و حال این که همگان به صحت و اعتبار شرط رد ثمن اذعان دارند.

همچنین روشن نیست چرا اینان، رد ثمن را برای انحلال قرارداد ناکافی می‌دانند و انحلال قرارداد را به انشای فسخ نیازمند می‌دانند که در نتیجه، رد ثمن مذکور در روایات را به اموری بعید همچون ایجاد خیار در پی رد ثمن، یا پیش از رد ثمن و مانند آن تفسیر نمایند. حال این که روایات، از ذکر فسخ خالی می‌باشند و بیش از این سخن نمی‌گویند که فروشنده ثمن را پس آورد و خریدار نیز مبیع را برگرداند؛ لذا ظهور اطلاق روایات، از کفایت صرف رد ثمن برای انحلال قرارداد مشروط به آن سخن می‌راند. (بحرانی ۳۵/۱۹؛ طباطبائی حائری ۱۸۹/۸؛ نجفی ۳۷/۲۳؛ سبحانی ۱۵۷)

بنابراین، به مجرد رد ثمن در وقت معین شده، بر مشتری واجب است بایع را بر مبیع مسلط گرداند؛ چه این که در موثقه اسحاق بن عمار آمده است: «ان جاء بثمانها الی سنة ردها علیه» و در روایت معاویه بن میسره ذکر شده است: «فاتاه بماله. قال (ع): له شرطه» و در صحیح سدید بن یسار می‌گوید: «ان جاء بالمال في الوقت فردّ عليه». بی تردید، این عبارات

در چیزی جز انحلال قرارداد به مجرد رد ثمن در مدت معین شده، ظهور ندارد (بحرانی ۳۶/۱۹) این حقیقتی است که بسیاری از دانشیان فقه به آن اذعان دارند؛ و به صراحت اقرار می‌نمایند که روایات مذکور، در کفایت صرف اعطاء و رد ثمن برای انحلال قرارداد، ظهور دارند. (مقدس اردبیلی ۴۰۱/۸؛ نراقی ۳۸۶/۱۴؛ طباطبائی حائری ۱۸۹/۸؛ حسینی عاملی ۶۵۶/۴؛ طباطبائی ۳۳۳؛ نجفی ۳۷/۲۳، ۳۸؛ سبحانی ۱۵۷)

این ظهور در حالی است که به اعتراف برخی از پیروان پندار مورد نقد، بررسی کتب فقهی فقهای اقدم نشان می‌دهد که باور این دسته از فقیهان، کفایت رد ثمن برای انحلال قرارداد مشروط به آن می‌باشد و روایات مذکور نیز در انفساخ قرارداد به محض رد ثمن و عدم نیازمندی انحلال قرارداد، به انشای فسخ، ظهور دارند. (حسینی عاملی ۵۶۵/۴؛ طباطبائی ۳۳۳) از این سخن، وضعیت ادعای مخالفت با اصحاب امامیه، خود به خود آشکار می‌گردد.

لذا بدین جهات است که برخی از فقیهان به صراحت بیان می‌دارند که روایات مذکور، متکفل بحث از شرط خیار نیستند و استدلال به این روایات برای شرط خیار، تعدی از محل نص می‌باشد و از غموض و خفاء خالی نیست. (نراقی ۳۸۶/۱۴؛ نجفی ۴۱/۲۳؛ بحرانی ۳۷/۱۹)

این که وجوب رد مبیع به بایع، به برگشت مبیع به بایع موقوف می‌باشد، هر چند پذیرفتنی می‌نماید، لیک این برگشت مبیع به بایع، با تحقق معلق علیه شرط فاسخ تحقق می‌پذیرد و به فسخی جداگانه نیازمند نمی‌باشد؛ یعنی: شرط فاسخ به محض رد ثمن هم قرارداد را منحل می‌سازد و هم عوضان را به وضع پیشین خود برمی‌گرداند؛ چه این که ماهیت و اثر شرط فاسخ چیزی جز این نیست.

قرینه ادعایی پیروان عدم کفایت رد ثمن برای انحلال قرارداد مشروط به رد ثمن، به چند ایراد مبتلا است؛ نخست این که اگر چه در برخی از موارد فسخ یا تفاسخ، عباراتی به کار می‌رود که با عبارات مورد استناد پیروان عدم کفایت رد ثمن برای انحلال قرارداد مشابه است، لیک چنین چیزی به نام عرف عام یا خاص شناخته شده نیست تا قرینه خارجی برای جلوگیری از ظهور روایات مذکور و باعث انصراف دلالتی روایات باشد. کسانی که عبارات مذکور را گاه برای فسخ یا تفاسخ به کار می‌برند، برای فسخ قبل و بعد از رد ثمن هم به کار می‌برند.

دیگر این که قرینه ادعایی مذکور، دارای معارضی است که هم مطابق با مفاد عمومات

وفای به شرط می‌باشد و هم از غلبه عرفی بهره‌مند است. در بین مردم، هرگاه انحلال قرارداد، به رد ثمن، معلق گردد، رایج این است که طرفین معامله، صرف رد ثمن را انحلال قرارداد می‌دانند و با رد ثمن از سوی احد از متعاقدین، برای طرف دیگر، درباره انحلال قرارداد، تردیدی برجای نمی‌ماند. این حقیقتی است که غالب توده‌های مردم نیز آن را به سادگی ادراک می‌کنند. (طباطبائی حائری ۱۸۹/۸)

سه دیگر این که اگر رد ثمن برای انحلال قرارداد مشروط به آن، کافی نباشد و رد ثمن در پی فسخ قرارداد تحقق می‌پذیرد، سخن اخیر، با ایراد مجهول بودن ابتدای خیار فسخ، روبه رو است. (نجفی ۳۸/۲۳)

چنان چه این ظهور هماهنگ با مفاد عمومات وفای به شرط و بهره‌مند از غلبه عرفی، پذیرفته نگردد و به صرف وجود تعارض در ظهور روایات، هیچ یک از استظهارات بیان شده، دارای وجه قابل قبولی دانسته نشود و در نتیجه، این روایات و همچنین عبارات منقول از فقهای اقدم، در مطالب ابرازی هیچ یک از موافقان و مخالفان شرط فاسخ ظهور نداشته باشد، باز از حکم به مشروعیت شرط فاسخ گریزی وجود ندارد؛ زیرا عمومات وجوب وفای به شرط برای، مشروعیت و التزام به شرط فاسخ کافی است (مامقانی، ۶۰) هر چند که با وجود روایات مستفیض مذکور (طباطبائی حائری ۱۸۹/۸؛ طباطبائی ۳۳۲؛ خوانساری ۱۵۴/۳؛ سبزواری ۱۲۴/۱۷) دیگر به تمسک عمومات وفای به شرط نیازی نیست. (خوانساری ۱۵۵/۳)

این که در نوع روایات مورد استناد، پرسش، درباره عقد بیع مشروط به شرط فاسخ می‌باشد، ارایه این تفسیر را باعث نمی‌گردد که حکم مشروعیت شرط فاسخ، به بیع محصور است؛ بیع مذکور در روایات، جنبه طریقت دارد و نه موضوعیت؛ و از آن جهت مورد پرسش است که ظاهراً در عصر حضور معصومان (ع) مشروط ساختن بیع به شرط فاسخ، امری رایج بود.

بدین جهت، عبارات ذیل روایات مذکور که متکفل و حکم مسئله می‌باشند، به سیاق خویش بیان‌گر این حقیقت هستند که قاعده کلی و اولی، صحت شرط فاسخ و همه قراردادهای مشروط به آن است مگر آن دسته از قراردادهایی که به دلیل خارجی، از شمول این قاعده کلی بیرون می‌باشند؛ زیرا افزون بر این که مقتضی در همه قراردادهای مشروط به شرط فاسخ یکسان است و جز در مواردی چند، مانعی نیز وجود ندارد، سیاق سخن معصوم (ع) در پاسخ ذیل روایات نیز نشان می‌دهد که حکم مذکور، به عقد بیع اختصاص ندارد؛ چه این که

در نوع روایات مورد استناد، امام (ع) از تعمد بر کاربرد واژه بیع خودداری نمودند و چیزی نیز در سخن خویش به کار نبردند که قرینه برای انحصار باشد بلکه سیاق پاسخ خود را به سمت صحت شرط فاسخ و قرارداد مشروط به آن هدایت و متمرکز ساختند و در مقام بیان این حقیقت برآمدند که شرط فاسخ مذکور در قرارداد، صحیح و نافذ است (لابأس بهذا)، (له شرطه) (لابأس بهذا و هو علی شرطه) و در صورت تحقق معلق علیه، قرارداد مشروط به آن منحل می‌گردد و در صورت عدم تحقق معلق علیه شرط فاسخ، قرارداد منعقدہ دارای نفوذ است (أری أنّه لك ان لم يفعل و ان جاء بالمال للوقت فردّ علیه)، (ان جاء بثمانها الی سنة ردّها علیه) بنابراین، اگر حکم به باب بیع مختص می‌بود، امام (ع) به این امر تصریح می‌داشتند و یا قرینه مشعر به انحصار را به کار می‌بردند و با سخن خویش همراه می‌ساختند.

دلایل پیروان عدم مشروعیت شرط فاسخ

آن چه مخالفان شرط فاسخ در دفاع سخن خویش به آن دست می‌یازند، طرح اشکال و بیان مطالبی چند است که در ذیل، عمده‌ترین آن‌ها بیان می‌گردد.

۱) انفساخ قرارداد، بدون سبب

بسی روشن است که مسببات بر اسباب شرعی و قانونی خویش متوقف می‌باشند. اگر از شرط فاسخ، انحلال قهری قرارداد، منظور است، انفساخ مذکور، بدون سبب شرعی و قانونی خواهد بود؛ زیرا انحلال قرارداد و برگشت عوضان، به وضعیت پیشین، بدون انشای قولی یا فعلی، در شرع مقدس، پیش بینی و ثابت نگردیده است؛ بنابراین، شرط فاسخ، محکوم به بطلان است. (انصاری ۱۳۱/۵؛ نائینی ۸۱/۳؛ عراقی ۱۴۷/۵؛ خوانساری ۱۵۵/۳؛ اراکی ۱۲۵؛ روحانی، فقه الصادق ۹۸/۱۴ - ۹۷؛ منهاج الفقاهة ۳۵۹/۵؛ سبزواری ۱۲۶/۱۷؛ شهیدی ۵۹)

نقد و بررسی

این سخن که مسببات بر اسباب شرعی و قانونی خویش متوقف می‌باشند و لذا هر عمل فقهی - همچون انفساخ قرارداد - به سبب شرعی و قانونی نیازمند است و بدون تحقق سبب، مسبب تحقق نمی‌پذیرد، سخنی غیرقابل انکار می‌باشد؛ اما در محل بحث، انفساخ قرارداد، بدون وجود سبب نیست و سبب انفساخ، خود شرط فاسخ می‌باشد؛ چه این که شروط، خود از اسباب و مؤثرات هستند و با وجود این سبب، دیگر، انفساخ قرارداد مشروط به شرط فاسخ، به سبب خاصی نیازمند نمی‌باشد؛ زیرا انحلال قراردادهای مشروط به شرط فاسخ - برخلاف

انحلال نکاح - از گونه مواردی نیستند که به سبب خاصی نیازمند باشند. این حقیقتی است که از مقتضای عموم ادله شروط برون می‌تراود. (نجفی ۳۸/۲۳؛ آخوند خراسانی ۱۷۷؛ طباطبائی یزدی ۴۷۶/۲؛ مامقانی ۶۰؛ خمینی ۳۳۵/۴؛ سبزواری ۱۲۶/۱۷؛ اراکی ۱۲۶؛ روحانی، فقه الصادق ۹۸/۱۴؛ منهاج الفقاهه ۳۵۹/۵؛ سبحانی ۱۵۴)

بنابراین، در حقیقت سبب انفساخ عقد، همان اراده طرفین قرارداد به هنگام انشای ایجاب و قبول عقد می‌باشد و لذا برای تحقق انفساخ قرارداد مشروط به شرط فاسخ، به انشای مستقل فسخ پس از انشای عقد، نیازی وجود ندارد. (شهیدی، ۵۹)

توضیح این که نوع اعمال فقهی حقوقی، دارای ماهیتی اعتباری می‌باشند و بی‌تردید، سبب امور دارای ماهیت اعتباری، خود نیز اعتباری و اختیاری است؛ یعنی: امر اعتباری به وسیله هر سببی تحقق می‌پذیرد که آن سبب را اراده کنند. این قاعده، تنها در موردی تخصیص و استثناء می‌پذیرد که بنا به دلایل خارجی ثابت شده باشد که سبب، اختیاری نبوده و تحقق عمل فقهی حقوقی، به سبب خاصی منحصر می‌باشد. (خویی، مصباح الفقاهه ۳۶۰/۷)

بسی هویداست: انحلال قرارداد، عملی دارای ماهیت اعتباری است که بی‌شک، سبب آن نیز اعتباری و اختیاری می‌باشد؛ یعنی: انحلال قرارداد، به وسیله هر سببی تحقق می‌پذیرد که طرفین قرارداد آن را اراده کنند و چون ثابت نگردیده است که انفساخ قراردادها - مگر در مواردی چند - به سبب خاصی منحصر می‌باشد، لذا متعاقدان، به هنگام انشای قرارداد می‌توانند تحقق شرط را سبب انحلال قرارداد قرار دهند؛ یعنی: اراده کنند قرارداد منعقد، در آینده بر اثر تحقق شرط مذکور در قرارداد، انفساخ پذیرد.

بنابراین، انفساخ قهری قرارداد مشروط به شرط فاسخ، مصداق انفساخ بدون سبب نیست تا امری غیرمشروع و باطل به شمار آید.

۲) شرط نتیجه بودن شرط فاسخ

شرط فاسخ از انواع شروط نتیجه است و شرط نتیجه نیز فاقد نفوذ می‌باشد؛ زیرا شرط نتیجه، صلاحیت سببیت را دارا نیست.

نقد و بررسی

بررسی ادله شروط، این حقیقت را نمایان می‌سازد که در صحت و مشروعیت شرط نتیجه تردیدی راه ندارد. این سخن که شرط نتیجه به جهت فقدان صلاحیت سبب بودن، فاقد نفوذ و خلاف شرع می‌باشد، پنداری است نادرست (عراقی ۱۴۷/۵؛ خمینی ۳۳۵/۴ - ۳۳۴؛ روحانی،

منهاج الفقاهه ۳۵۹/۵؛ فقه الصادق ۹۸/۱۴) زیرا تحقق اعمال فقهی حقوقی، یا به سبب خاصی منحصر است - مانند نکاح و طلاق - و یا به سبب خاصی انحصار ندارد که در مورد اخیر، تحقق عمل، به وسیله هر سبب و طریقی یا مسلم است و یا مشکوک.

در مواردی که وجود سبب خاص برای تحقق عمل، محل تردید است، اصل، عدم لزوم سبب خاص و در نتیجه، تحقق و صحت عمل به وسیله هر سببی خواهد بود.

بنابراین، شرط نتیجه، تنها در صورتی می‌تواند فاقد نفوذ و غیر مشروع به شمار آید که تحقق عمل فقهی حقوقی، به سبب خاصی منحصر باشد و حال این که موضوع صحت و نفوذ شرط نتیجه فقط اعمالی است که تحقق آن‌ها به سبب خاصی انحصار ندارد؛ در نتیجه، مواردی که عمل، به وسیله هر سببی تحقق می‌پذیرد، بی‌شک تحقق آن عمل، با شرط نتیجه نیز صحیح و مشروع می‌باشد؛ زیرا شرط خود یکی از اسباب و موثرات شمرده می‌شود.

در مواردی که تحقق عمل به وسیله سببی خاص، مشکوک است، اصل، نفوذ و صحت عمل مذکور، به وسیله شرط نتیجه می‌باشد؛ چه این که دلیل خارجی خاصی جهت مخالفت تحقق عمل فقهی حقوقی مذکور، به وسیله شرط نتیجه وجود ندارد، لذا نمی‌توان از پذیرش اصل عدم مخالفت شرط نتیجه با شرع مقدس استتکاف ورزید. این حقیقتی است که استصحاب عدم مخالفت شرط نتیجه با شرع مقدس، فراروی قرار می‌دهد.

عمومات ادله شروط، بر نفوذ هر شرط غیر مخالف با کتاب و سنت دلالت دارند. این اصل و قاعده کلی مستنبط از ادله شروط، بیان می‌دارد: اگر درباره خلاف شرع بودن شرطی شک پدید آید، آن شرط مشکوک، در مستثنی منه قاعده مذکور قرار می‌گیرد؛ یعنی شمول ادله شروط، آن شرط مشکوک را پوشش می‌دهد. شرط نتیجه نیز از این قاعده مستثنی نیست؛ لذا اگر عمل فقهی حقوقی‌ای که درباره تحقق آن به وسیله سببی خاص، تردید وجود دارد، به وسیله شرط نتیجه انجام شود، باید به تحقق آن عمل و نیز نفوذ و مشروعیت آن شرط نتیجه حکم داد؛ چه این که شرط نتیجه از جمله شروط است و در صورت تردید درباره آن، مانند هر شرط مشکوک، در مستثنی منه و تحت شمول قاعده شروط قرار می‌گیرد.

بنابراین، مقتضای عموم ادله شروط، نفوذ و صحت هر شرط نتیجه - از آن جمله شرط فاسخ - می‌باشد مگر در مواردی که به دلیل خارجی خاص، ثابت گردد که تحقق آن مورد، به سببی خاص نیازمند است. (انصاری ۶۱/۶ - ۵؛ اراکی ۴۹۷ - ۴۹۵؛ نائینی ۲۴۱/۳ - ۲۴۰؛ طباطبائی یزدی ۴۷۶/۲؛ روحانی، منهاج الفقاهه ۲۹۲/۶)

۳) سببیت وجود عقد برای عدم خود، در صورت اشتراط به شرط فاسخ

مشروط ساختن قرارداد به شرط فاسخ، باعث می‌شود که عقد از همان زمان اشتراط، انفساخ یابد؛ زیرا به جهت همزمانی انشای عقد با انشای مشروط شدن قرارداد به شرط فاسخ، قرارداد مذکور، به محض تحقق، عدم خود را باعث می‌گردد و انحلال می‌یابد و لذا دیگر قراردادی باقی نمی‌ماند تا انفساخ آن در پی تحقق معلق علیه شرط فاسخ پدید آید و این، چیزی جز محذور سببیت وجود عقد برای عدم خود در صورت اشتراط به شرط فاسخ نمی‌باشد. (نائینی ۸۱/۳؛ روحانی، منهاج الفقاهه ۳۵۹/۵؛ فقه الصادق ۹۸/۱۴؛ شهیدی ۵۹)

نقد و بررسی

افزون بر روایات خاص که صحت این گونه اشتراط قرارداد را گواهی می‌دهند، باید گفت: از تحلیل ماهیت شرط فاسخ به دست می‌آید، اشتراط قرارداد به شرط فاسخ، همزمان با انشای خود قرارداد، انحلال قرارداد را از هنگام انعقاد آن در پی ندارد و با محذور سببیت وجود عقد برای عدم خود، روبه‌رو نیست؛ چه این که شرط فاسخ، عقد را تنها از هنگام تحقق معلق علیه، منفسخ می‌سازد؛ یعنی قرارداد، تا هنگام تحقق معلق علیه شرط فاسخ، متحقق و ثابت می‌باشد و تنها پس از تحقق معلق علیه، انفساخ می‌پذیرد. ظرف وجود انفساخ از ظرف وجود قرارداد متأخر می‌باشد و لذا به هیچ رو وجود قرارداد عدم خود را اقتضاء ندارد. (روحانی، همان؛ خمینی ۳۳۵/۴؛ خوانساری ۱۵۵/۳؛ شهیدی ۶، ۵۹)

۴) عدم مالکیت شرط‌گذاران بر شرط فاسخ

انشای اشتراط قرارداد به شرط فاسخ همزمان با انشای قرارداد، این مشکل را فرا روی قرار می‌دهد که دیگر نمی‌توان شرط‌گذاران را مالک شرط انفساخ دانست تا بتوانند قرارداد را به چنین شرطی مشروط سازند و حال این که شارط باید مالک شرط باشد؛ چه این که انشای اشتراط قرارداد بر وجود خود قرارداد، و وجود قرارداد نیز بر انشای قرارداد مترتب است لذا انشای اشتراط قرارداد، از انشای خود قرارداد، متأخر خواهد بود. بنابراین، هنگامی مالکیت بر شرط وجود دارد که انشای شرط از انشای قرارداد متأخر باشد و نه همزمان با انشای خود قرارداد. (نائینی ۸۲/۳؛ خوانساری ۱۵۵/۳)

نقد و بررسی

گذشته از روایات خاصی که بر صحت انشای اشتراط قرارداد، همزمان با انشای خود قرارداد، گواهی می‌دهند، باید گفت در ترتب انشای اشتراط قرارداد به شرط فاسخ، بر انشای

خود قرارداد، تقدم و تأخر رتبی برای این مهم کافی است و به تقدم و تأخر زمانی نیازی نیست؛ چنان که دلیلی نیز برای این تقدم و تأخر زمانی یافت نمی‌شود. غفلت از کفایت تقدم و تأخر رتبی، آن چیزی است که توهم عدم مالکیت شرط‌گذاران را بر شرط فاسخ در صورت انشای اشتراط شرط همزمان با انشای خود قرارداد باعث گردیده است.

افزون بر این، نباید از نظر دور داشت که شرط فاسخ و شرط خیار، هر دو از شروط نتیجه به شمار می‌آیند و از جهت انشاء، با یک دیگر تفاوتی ندارند؛ لذا همان گونه که انشای شرط خیار همزمان با انشای خود قرارداد صحیح می‌باشد، انشای اشتراط قرارداد به شرط فاسخ را همزمان با انشای خود قرارداد نیز نمی‌توان نادرست دانست (خوانساری ۱۵۶/۳) و ایضاً همان گونه که در شرط خیار، ذوالخیار به اسقاط خیار می‌تواند دست یازد، طرفین قرارداد مشروط به شرط فاسخ نیز پیش از تحقق معلق علیه شرط فاسخ، به اسقاط شرط فاسخ، می‌توانند تراضی نمایند.

بنابراین، شرط‌گذاران، در صورت انشای اشتراط قرارداد به شرط فاسخ، همزمان با انشای خود قرارداد، بر شرط فاسخ مالکیت دارند.

(۵) تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه

پیروان مشروعیت شرط فاسخ، به دفعات به عموم ادله شروط تمسک جسته‌اند حال این که عموم ادله شروط، مخصص به مواردی است که مخالف کتاب و سنت نباشد و با احتمال نیازمندی انفساخ به سببی خاص، شرط فاسخ، می‌تواند مصداقی از مصادیق شرط مخالف سنت به شمار آید؛ لذا تمسک به عموم ادله شروط برای اثبات مشروعیت شرط فاسخ و عدم مخالفت با کتاب و سنت، مصداق تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه است. (آخوند خراسانی ۱۷۷؛ مامقانی ۶۰؛ نائینی ۲۴۱/۳ - ۲۴۰؛ روحانی، منهاج الفقاهه ۲۹۱/۶)

نقد و بررسی

اشکال بیان شده از دو جهت دارای ایراد است؛ نخست این که عدم مخالفت شرط فاسخ با کتاب و سنت، بر تمسک به عموم ادله شروط متوقف نیست، بلکه این عدم مخالفت، به عدم ورود سنت برخلاف شرط فاسخ و عدم منع از شرط فاسخ در کتاب و سنت مستند است. (مامقانی ۶۰)

آری، تنها هنگامی می‌توان تمسک به عموم ادله شروط را برای مشروعیت شرط فاسخ تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه به شمار آورد که استصحاب عدم مخالفت شرط

فاسخ با کتاب و سنت موجود نباشد و استصحاب عدم، برای احراز عدم مخالفت شرط فاسخ با کتاب و سنت کافی است. بنابراین، شرط فاسخ، تحت عموم ادله شروط قرار می‌گیرد و تمسک به عموم ادله شروط برای صحت و مشروعیت شرط فاسخ، تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه به شمار نمی‌آید. (آخوند خراسانی ۱۷۷؛ نائینی ۲۴۱/۳)

دو دیگر این که در تمامی مواردی که شك مخالفت شرط فاسخ با کتاب و سنت می‌رود، منشا و مرجع شك این است که آیا حکم به لزوم انفساخ قرارداد به وسیله سببی خاص و عدم انفساخ قهری قرارداد، در شریعت، قانون‌گذاری شده است تا اشتراط قرارداد به شرط فاسخ، مخالفت با کتاب و سنت به شمار آید یا خیر؟ لذا اشتباه در حکم است و شبهه، حکمی می‌باشد نه مصداقیه؛ چنان که در صورت وجود حکم به لزوم سبب برای انفساخ قرارداد، این شك پدید آید که آیا از حکم به وجود سبب برای انحلال و انفساخ قرارداد، سببی خاص مراد و منظور می‌باشد و یا این که انفساخ قرارداد نوعاً به سببی خاص نیازمند نیست و این نیازمندی به سببی خاص، تنها به مواردی چند محصور است - و لذا شرط نیز خود سبب انفساخ به شمار می‌آید - که در این صورت اشتباه در مفهوم، و شبهه، مفهومی، و مردد بین اقل و اکثر خواهد بود که در چنین مواردی، قدر متیقن اخذ می‌شود و در نتیجه، در موارد مشکوک، به عموم ادله شروط می‌توان تمسک جست. (نائینی ۳۴۲/۳؛ روحانی، منهاج الفقاهه ۲۹۱/۶)

بنابراین، تمسک به عموم ادله شروط برای صحت و مشروعیت شرط فاسخ، تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه نمی‌باشد و فاقد هر گونه مانع و محذوری است.

نتیجه‌گیری

تحلیل و بررسی دلایل هر یک از دو دیدگاه موجود در نزد دانشیان فقه شیعه نشان می‌دهد که مخالفان صحت و مشروعیت شرط فاسخ جز بیان مطالبی چند در قالب اشکال، دلیلی برای اثبات ادعای خویش ندارند. آن سوی این ادعا، دیدگاه صحت و مشروعیت شرط فاسخ خودنمایی می‌کند. این دیدگاه بدین جهت که دلایل و مؤیدات قابل توجهی را با خود همراه دارد و با اصول و قواعد عمومی فقهی نیز در همسانی و همپوشی می‌باشد، بر ادعای مخالفان صحت و مشروعیت شرط فاسخ برتری دارد. این همان باور برگزیده‌ای است که خامه نگارنده سطور این نوشتار، برای تبیین و اثبات آن، سعی خویش را بذل داشته است.

منابع

- آخوندخراسانی، محمدکاظم، حاشیة المكاسب، سیدمهدی شمس‌الدین، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز، جواهرالفقه، ابراهیم بهادری، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- ابن زهرة حلبی، سیدحمزة بن علی، غنیة النزوع إلى علمی الاصول و الفروع، تحقیق: ابراهیم بهادری، چاپ اول، موسسه الامام الصادق (ع)، قم، ۱۴۱۷ ق.
- ابن غضائری، احمد بن الحسین، الرجال، تحقیق: سیدمحمد رضا حسینی جلالی، قم، دارالحديث، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- اراکي، محمدعلی، الخيارات، قم، فی طریق الحق، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، المكاسب، قم، مجمع الفكر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۳.
- حراعلی، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، تحقیق: عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۳۸۲ ق.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، قم، المطبعة العلمیه، چاپ اول، بی تا.
- _____، منهاج الفقاهة، قم، بی تا، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ اول، بی تا.
- خمينی، سید روح الله، البيع، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- خوانساری، سیداحمد، جامع المدارك فی شرح المختصر النافع، علی اکبر غفاری، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- خویی سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة فی المعاملات، محمدعلی توحیدی، قم، موسسه انصاریان، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- _____، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة، قم، مرکز نشر آثار الشيعة، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- سبحانی، جعفر، المختار فی احکام الخیار، قم، موسسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام، قم، موسسه المعارف الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول ۱۳۸۱.
- صدوق، ابوجعفر محمدبن علی، من لا یحضره الفقیه، تحقیق: سیدحسن موسوی خراسان، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.
- _____، عیون اخبار الرضا (ع)، تحقیق: علی اکبر غفاری، حمیدرضا مستفید، مهران، نشر صدوق، چاپ اول ۱۳۷۳.
- طباطبائی سیدمحمد، المناهل، قم، موسسه آل البيت (ع)، چاپ اول بی تا.
- طباطبائی حائری، سیدعلی، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع باللائل، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
- طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه کتاب المکاسب، تحقیق: عباس آل سباع القطیفی، قم، دارالمصطفی (ص) لاحیاء التراث، چاپ اول ۱۴۲۳ ق.
- طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، اختیار معرفة الرجال، تحقیق: سیدحسن مصطفوی، مشهد، دانشگاه مشهد، چاپ اول ۱۳۴۸.
- _____، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه، تحقیق: سیدحسن موسوی خراسان، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول ۱۳۶۵.
- _____، رجال الطوسی، تحقیق: جواد قیومی اصفهانی، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- عراقی، ضیاء الدین، شرح تبصرة المتعلمین، تحقیق: محمدحسن، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول ۱۳۷۶.
- کلینی رازی، ابوجعفر محمدبن یعقوب، الکافی، تحقیق: علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول ۱۳۷۵.
- مامقانی، عبدالله، نهاییه المقال فی تکملة غایة الآمال، چاپ اول مطبعة المرتضویة، نجف، ۱۳۴۵ ق.
- مفید، محمد بن محمد، جواہرات اهل الموصل فی العاد و الرویة، تحقیق: مهدی نجف، تهران، المؤتمر العالمي لالفیة الشیخ المفید، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، تحقیق: مجتبی عراقی، علی پناه اشتهااردی، حسین یزدی، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۱ ق.
- موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، نجف، دفتر مولف، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.
- نائینی، محمدحسین، منیة الطالب فی شرح المکاسب، موسی نجفی خوانساری، قم، موسسه

- النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- نجاشی، ابوالعباس احمد بن علی، *اسماء مصنفی الشيعة المشتهر برجال النجاشی*، تحقیق: سید موسی شبیری زنجانی، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تحقیق: آخوندی، تهران، دارالکتب الاسلامیة، چاپ اول، ۱۳۶۸ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشيعة فی احکام الشریعة*، قم، موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- نوری، حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، قم، موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۱، زمستان ۱۳۹۱، ص ۱۴۲-۱۰۹

قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق ادبی و هنری در ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و مصر*

سید محمد مهدی قبولی درافشان

استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghaboli@um.ac.ir

دکتر سعید محسنی

استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

Email: s-mohseni@um.ac.ir

چکیده

اهمیت قراردادهای بهره‌برداری از حقوق ادبی و هنری، در برخی از نظام‌های حقوقی همچون فرانسه، به وضع مقررات عمومی و مشترک در خصوص تشکیل قراردادهای مزبور منتهی گردیده است. لیکن تاکنون در نظام حقوقی ایران بخش مستقلی برای تبیین قواعد مشترک حاکم بر این دسته از قراردادها اندیشیده نشده است. برخلاف پیش‌بینی برخی تشریفات از قبیل کتبی بودن قرارداد در حقوق فرانسه و مصر، در نظام حقوقی ایران تشکیل قرارداد بهره‌برداری هیچ‌گونه تشریفات ندارد. در نظام‌های حقوقی مزبور، انعقاد قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مادی پدیدآورنده، توسط نمایندگان قراردادی یا قانونی وی امکان‌پذیر است؛ لیکن اعمال جنبه‌های معنوی آمیخته به آن در صلاحیت شخص پدیدآورنده می‌باشد. همچنین اصولاً انتقال کلی آثار آینده باطل دانسته شده است. به علاوه باید قلمرو موضوعی و انواع حقوق انتقالی، کمیت آن و کیفیت و شیوه بهره‌برداری از اثر تعیین گردد. در خصوص قراردادهای معاوضی بهره‌برداری از حقوق ادبی و هنری، در حقوق فرانسه، اصل لزوم مشارکت پدیدآورندگان در عواید بهره‌برداری از اثر خود پیش‌بینی شده است در حالی که در نظام حقوقی مصر امکان مشارکت نسبی، تعیین مبلغی مقطوع و یا ترکیبی از آن وجود دارد. در حقوق ایران مقررات ویژه‌ای در این خصوص پیش‌بینی نشده و موضوع مشمول قواعد عمومی است.

کلید واژه‌ها: مالکیت فکری، آثار ادبی و هنری، قرارداد بهره‌برداری، حقوق مادی، پدیدآورنده.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۶/۰۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۹/۲۹. این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی شماره ۱۰۰/۵۳۳ پ است که با حمایت مالی دانشگاه فردوسی مشهد انجام شده و بدین وسیله از معاونت محترم پژوهشی دانشگاه فردوسی مشهد و ریاست محترم پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی دانشگاه فردوسی مشهد، تشکر می‌شود.
۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

مالکیت‌های فکری که امروزه از مهم‌ترین انواع حقوق به‌شمار می‌آید، دارای انواع متعددی است که به دو دسته اصلی مالکیت‌های ادبی و هنری^۱ و مالکیت‌های صنعتی^۲، تقسیم می‌شود. هر یک از این دو دسته نیز دارای اقسامی است. از میان این دو دسته، مالکیت‌های ادبی و هنری به ویژه با توجه به تکیه‌ای که بر فرهنگ و اندیشه دارد، از جایگاه ویژه‌ای در عرصه ملی و بین‌المللی برخوردار است.

امروزه قانونگذاران برای حمایت از پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری، حقوق مادی و معنوی ویژه‌ای در نظر گرفته‌اند که نظام حقوقی ایران نیز از این قاعده مستثنی نیست. با توجه به شناسایی حق انحصاری هرگونه بهره‌برداری از اثر برای پدیدآورنده، مسئله واگذاری تمام یا قسمتی از حقوق مادی متعلق به پدیدآورنده و قراردادهای مرتبط با آن امروزه از اهمیت ویژه‌ای برخوردار بوده، قواعد مربوط به انتقال حقوق مزبور دارای ظرافت‌هایی است. برخی از قواعد مزبور دارای گستره عام بوده، اصولاً بر کلیه قراردادهای انتقال حقوق بهره‌برداری از آثار ادبی و هنری حاکم است. در مقابل برخی محدود بوده، ناظر بر قراردادهای خاصی است. در برخی از نظام‌های حقوقی، قانونگذار به هردو جنبه مزبور توجه داشته، از سویی به وضع مقررات عمومی و مشترک درباره قراردادهای انتقال حقوق بهره‌برداری از آثار ادبی و هنری پرداخته و از سوی دیگر از قواعد اختصاصی قراردادهایی چون قرارداد انتشار^۳، قرارداد عرضه^۴ و قرارداد تهیه اثر شنیداری-دیداری^۵ و غیره سخن گفته است. به عنوان نمونه در قانون مالکیت فکری فرانسه مصوب ۱۹۹۲ م. با اصلاحات بعدی، مواد L131-1 تا L131-9 به قواعد مشترک اختصاص یافته و در مواد L132-1 تا L132-45 از احکام اختصاصی برخی از قراردادهای ویژه سخن گفته است.

با این همه در نظام حقوقی ایران به رغم شناسایی حقوق ادبی و هنری و پذیرش انتقال ارادی حقوق مادی پدیدآورنده^۶، بخش مستقلی برای تبیین قواعد مشترک و ویژه در خصوص

^۱- la propriété littéraire et artistique.

^۲- la propriété industrielle.

^۳- Le contrat d'édition.

^۴- Le contrat de représentation.

^۵- Le contrat de production audiovisuelle.

^۶- انتقال ارادی حقوق مزبور بر اساس ماده پنج قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸، ماده یک قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲ و ماده نه قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه ای مصوب ۱۳۷۹، مورد پذیرش قانونگذار ایران قرار گرفته است.

قراردادهای پیش گفته به چشم نمی‌خورد.

این جستار درصدد است با رویکردی فقهی-حقوقی، با استفاده از دستاوردهای ارزشمندی که فقیهان امامی و حقوقدانان در عرصه قواعد عمومی حاکم بر قراردادها ارائه نموده‌اند، به بررسی قواعد مشترک حاکم بر قراردادهای بهره‌برداري از حقوق ادبی و هنری بپردازد. بدیهی است بررسی موضوع در نظام‌های حقوقی‌ای که مقرراتی در این زمینه وضع نموده‌اند، ضمن فراهم آوردن زمینه مناسب‌تر برای تبیین موضوع، موجب شناسایی بهتر نقاط قوت و خلأهای نظام حقوقی ایران می‌گردد.

در این راستا، از دستاوردهای نظام حقوقی فرانسه به عنوان یک نظام حقوقی پیشگام در این خصوص بهره خواهیم گرفت. همچنان که به مناسبت، از دستاوردهای تقنینی و دکترینی نظام حقوقی مصر که در بین نظام‌های حقوقی کشورهای عربی، در عرصه حقوق ادبی و هنری پیشگام بوده، نیز استفاده خواهیم نمود.

هر چند انتقال ارادی حقوق ادبی و هنری ممکن است در قالب‌های حقوقی مختلف انجام شود لیکن همچون سایر موارد انتقال ارادی، مشمول قواعد عمومی قراردادهاست^۱. مهم‌ترین قواعد عمومی قراردادها مربوط به قصد و رضای طرفین، اهلیت ایشان، شرایط مربوط به موضوع قرارداد و نیز مشروعیت جهت قرارداد است. به همین جهت ماده ۱۹۰ قانون مدنی در مقام بیان شرایط اساسی صحت قراردادها مقرر نموده است: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آن‌ها. ۲- اهلیت موضوع. ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد. ۴- مشروعیت جهت معامله.»

بنابراین برای انعقاد قرارداد انتقال حقوق مادی پدیدآورنده آثار ادبی و هنری نیز شرایط مزبور بایسته است. البته باید توجه داشت که قراردادهای مورد نظر با توجه به ماهیت خاص حقوق ادبی و هنری، چهره‌ای ویژه داشته که تطبیق شرایط اساسی مذکور در ماده ۱۹۰ بر آن مستلزم بررسی بیشتر است. اهمیت این مسئله هنگامی آشکارتر می‌گردد که به این نکته مهم توجه شود که قراردادهای مورد نظر از سویی با حقوق مادی و حقوق معنوی پدیدآورنده در ارتباط است و باید تأثیر قرارداد مزبور را بر حقوق مذکور جستجو نمود و از سوی دیگر با منافع بهره‌برداران و سرمایه‌گذاران (که مایل به انتفاع و بازگشت سرمایه خود هستند) و نیز منافع جامعه (که در تشویق پدیدآورندگان و نیز بهرمندی از محصولات فرهنگی مناسب نهفته

^۱ - قواعد عمومی قراردادها عموماً در مواد ۱۸۳ تا ۳۰۰ قانون مدنی بیان گردیده است.

است)، ارتباطی وثیق دارد.

در میان شرایط صحت قرارداد، شرط اهلیت و مشروعیت جهت قرارداد انتقال حقوق مادی پدیدآورنده، چهره‌ای ویژه و خاص نداشته، بررسی آن در این مقام ضروری به نظر نمی‌رسد. لیکن مسائل مربوط به اراده (مبحث نخست) و موضوع (مبحث دوم) در قراردادهای بهره‌برداری از آثار ادبی و هنری، دارای ویژگی‌های خاصی است که شایسته بازخوانی و مستلزم بررسی مستقل است.

مبحث نخست: بررسی شرط اراده در قراردادهای بهره‌برداری از آثار ادبی و هنری

درخصوص شرط اساسی «اراده» باید گفت، قرارداد ماهیتی ارادی داشته، از توافق اراده‌ها تشکیل می‌شود. به همین جهت برای انعقاد و صحت هر قراردادی، وجود اراده و توافق اراده‌ها لازم است. اراده در حقوق ایران متشکل از قصد و رضاست. فقدان قصد، موجب عدم تشکیل قرارداد و نبود رضا باعث عدم نفوذ آن خواهد بود. (در این خصوص ر. ک: کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۲۱۹/۱؛ صفایی، ۶۲/۲-۶۳؛ شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۱۳۷-۱۳۸؛ همو، حقوق مدنی (۳)، ۲۴؛ محقق داماد و دیگران، ۲۲۹/۱ به بعد.) باید توجه داشت برای تشکیل قرارداد، علاوه بر قصد و اراده باطنی، ابراز و اظهار اراده نیز لازم است. البته ابراز اراده جز در موارد استثنائی، تابع شیوه و شکل خاصی نیست. به دیگر سخن در حقوق ایران، اصل بر رضائی بودن قراردادهاست. به علاوه اصولاً انعقاد قرارداد از طریق نماینده نیز امکان پذیر است، هرچند ممکن است قانونگذار در مواردی این امر را تجویز ننماید. در خصوص قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مادی پدیدآورنده، برخی از نظام‌ها در مورد ابراز اراده، تشریفات خاصی را مقرر نموده‌اند که نیازمند بررسی است (بند نخست). همچنین با توجه به برخورداری پدیدآورنده حقوق معنوی و تاثیر آن در اجرای حقوق مادی، امکان دخالت نماینده قانونی یا قراردادی در انعقاد قرارداد محل تأمل و مستلزم بررسی است. (بند دوم)

بند نخست: ابراز اراده

در برخی نظام‌های حقوقی، اعلام اراده در مورد این قراردادها شیوه خاص داشته، کتبی بودن آن لازم دانسته شده است. در ماده ۲-۱۳۱ L قانون مالکیت فکری فرانسه، از لزوم به‌کارگیری نوشته در مورد قراردادهای عرضه، انتشار و تولید آثار شنیداری-دیداری سخن گفته

شده است. همین حکم در مورد اجازه‌های مجانی اجرا نیز جاری است.^۱ همچنین به موجب ماده 3-131 آن قانون، واگذاری حقوق اقتباسی درخصوص آثار شنیداری-دیداری باید در قالب قرارداد مکتوب انجام شود.^۲ ماده 7-132 قانون مزبور نیز در مورد قرارداد انتشار، رضایت مکتوب پدیدآورنده را لازم دانسته است. باید توجه داشت رویه قضایی فرانسه و دکترینی که امروزه حاکم است، شرط کتبی بودن قرارداد را به عنوان شرطی اثباتی به شمار می‌آورد و لزوم آن را مخصوص قراردادهای خاص مذکور در مواد یاد شده می‌داند. (همچنین ر.ک: کلمبه، ص ۱۶۸) (cf. Pollaud-Dulian, p. 581, n° 948; Lucas, p. 396, n° 487) برداشت با توجه به تعبیر "doivent être constatés par écrit" در متن ماده 2-131 و نیز تأکید ماده مزبور به لزوم رعایت مواد ۱۳۴۱ تا ۱۳۴۸ قانون مدنی فرانسه در باب دلیل اثباتی شهادت، قابل استنباط است.

این شرط برای حمایت از پدیدآورنده که طرف ضعیف قراردادهای بهره‌برداري به شمار می‌آید، مقرر شده است. به همین جهت طرف مقابل نمی‌تواند در مقابل پدیدآورنده به دلیلی غیر از نوشته، استناد نماید. اما پدیدآورنده در شیوه اثبات آزاد بوده، می‌تواند به هر دلیلی برای اثبات وجود قرارداد استناد نماید. (Pollaud-Dulian, 581, n° 948)

البته باید توجه داشت که در حقوق فرانسه به موجب بند دوم ماده 3-131 قانون مالکیت فکری فرانسه، چنانچه شرایط خاص اقتضاء نماید، قرارداد ممکن است به وسیله تلگرام منعقد گردد، به شرطی که قلمرو بهره‌برداري از حقوق انتقال یافته به صورت کامل آن گونه که در بند یک این ماده مقرر شده، معین گردد. دکترین فرانسه (Pollaud-Dulian, 581, n° 948; Lucas,) (397, n° 489) با تفسیر موسع، جواز استفاده از تلگرام در ماده مزبور را به شیوه‌های جدیدتر همچون فاکس و نوشته‌های الکترونیکی نیز توسعه داده‌اند.

همچنین تذکر این نکته نیز ضروری است که در حقوق فرانسه در برخی موارد، کتبی بودن قرارداد شرط صحت آن است. در مورد قرارداد توثیق حق بهره‌برداري نرم‌افزار، به موجب

^۱ - به موجب بند دوم ماده 2-131 قانون مالکیت فکری فرانسه، سایر قراردادهای مشمول احکام مقرر در مواد ۱۳۴۱ تا ۱۳۴۸ قانون مدنی فرانسه (درخصوص اثبات از طریق شهادت) می‌باشد.

^۲ - همان گونه که برخی از نویسندگان فرانسوی (Pollaud-Dulian, 581, n° 947) گفته‌اند، واگذاری حقوق اقتباسی درخصوص آثار شنیداری-دیداری مشمول حکم مذکور در فوق (لزوم کتبی بودن قرارداد) می‌باشد و سایر قراردادهای واگذاری حقوق اقتباسی مشمول قواعد عمومی حاکم بر سایر قراردادهای بوده، نیاز به کتبی بودن قرارداد نیست. هرچند ایشان توسعه شرط کتبی بودن توسط قانونگذار، به تمام قراردادهای مرتبط با حق پدیدآورنده را شایسته و مرجح می‌دانند.

ماده 34-132 L قانون مالکیت فکری فرانسه، کتبی بودن قرارداد با ضمانت اجرای بطلان روبروست (Pollaud-Dulian, 581, n° 948).

علاوه بر لزوم کتبی بودن برخی قراردادهای مربوط به حقوق پدیدآورنده، ثبت قرارداد نیز در بعضی موارد به صورت خاص، شرط گردیده است. از سویی، به موجب ماده 1-123 L قانون سینما و تصویر متحرک مصوب ۲۴ ژوئیه ۲۰۰۹^۱، قراردادهای مربوط به آثار شنیداری-دیداری باید در دفتر ثبت عمومی آثار سینمایی و آثار شنیداری و دیداری^۲ ثبت گردند. به موجب قسمت اخیر همین ماده، ضمانت اجرای حکم مزبور، عدم قابلیت استناد قرارداد در برابر اشخاص ثالث است. از سوی دیگر، به موجب بند سوم ماده 34-132 L قانون مالکیت فکری فرانسه، قرارداد توثیق نرم افزار باید در دفتر ثبت مخصوصی در مؤسسه ملی مالکیت صنعتی^۳، به ثبت برسد.^۴ ضمانت اجرای این حکم نیز به صراحت عدم قابلیت استناد تعیین شده است.

ماده ۱۴۹ قانون مالکیت فکری مصر^۵ نیز کتبی بودن قرارداد انتقال حقوق مادی اثر را شرط انعقاد آن دانسته است. همین حکم در ماده ۳۷ قانون سابق حق مؤلف مصر نیز مطرح شده بود. لیکن صریحاً مشخص نموده بود که شرط مزبور لازمه انعقاد قرارداد است. با این حال برخی از حقوقدانان بزرگ آن کشور (سنهوری، ۸/ ۳۸۳-۳۸۴) در مقام تفسیر ماده مذکور، به صراحت از آن شرط، به عنوان رکن انعقاد قرارداد یاد کرده و تصریح نموده که چنانچه انتقال مزبور در قالب هبه انجام شود، رسمی بودن سند نیز شرط است. البته به اعتقاد ایشان لزوم

^۱ - Code du cinéma et de l'image animée créé par Ordonnance n°2009-901 du 24 juillet 2009.

ماده 1-123 L این قانون جایگزین ماده ۳۳ قانون صنعت سینمایی (Code de l'industrie cinématographique) می باشد.

^۲ - un registre public du cinéma et de l'audiovisuel.

این دفتر در ماده 1-121 L قانون سینما و تصویر متحرک پیش بینی گردیده است. به موجب این ماده: Article L121-1 Créé par Ordonnance n°2009-901 du 24 juillet 2009

"Il est tenu au Centre national du cinéma et de l'image animée un registre public du cinéma et de l'audiovisuel et un registre des options, ensemble dénommés: registres du cinéma et de l'audiovisuel.

Les registres du cinéma et de l'audiovisuel sont destinés à assurer la publicité des actes, conventions et jugements intervenus à l'occasion de la production, de la distribution, de la représentation et de l'exploitation en France des œuvres cinématographiques et audiovisuelles."

^۳ - L'Institut national de la propriété industrielle (INPI).

^۴ - برخی از حقوقدانان فرانسوی (Pollaud-Dulian, 581, n° 948) حکم قانونگذار مبنی بر ثبت قرارداد توثیق نرم افزار در مؤسسه ملی مالکیت صنعتی را بیانگر قرابت نرم افزارها با حقوق مالکیت صنعتی دانسته اند.

^۵ - «ماده ۱۴۹ - للمؤلف أن ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون و يشترط لإنعقاد التصرف أن يكون مكتوباً...»

کتبی بودن ناظر به فرضی است که پدیدآورنده حقوق مالی خود را به دیگری منتقل می‌نماید. اما در فرضی که صرفاً حق بهره‌برداری از اثر را برای ناشر ایجاد می‌نماید، قرارداد مزبور رضایی بوده، با ایجاب و قبول منعقد می‌گردد و تابع شکل خاصی نیست. (سنه‌وری، ۳۲۹/۷)^۱

همان‌گونه که بیان گردید در فقه و حقوق ایران در مورد قراردادهای بهره‌برداری، احکام و مقررات ویژه‌ای وجود ندارد. به همین جهت برای پاسخ دادن به مسئله نحوه ابراز اراده در این دسته قراردادها، باید به قواعد عمومی معاملات و قراردادها مراجعه نمود. درخصوص نحوه ابراز اراده، فقه تحولاتی به خود دیده، به گونه‌ای که در گذشته فقیهان (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۶/۲؛ همو، نهاية الاحکام، ۴۴۸/۲؛ محقق کرکی، ۵۷/۴؛ ابن طی الفقعی، ۱۰۷؛ طباطبائی، ۱۱۲/۸-۱۱۳؛ حسینی عاملی، ۴۸۳/۱۲ به بعد) از لزوم ابراز اراده در قالب الفاظ سخن می‌گفتند و حتی تحت تأثیر همین واقعیت، کتبی با عنوان «صیغ العقود»^۲ به رشته تحریر درآمده است. لیکن به تبع تحولات عرفی در عرصه قراردادها و با توجه به اتصالات و عموماً حاکم بر قراردادها از قبیل شریفه «أوفوا بالعقود» و امثال آن که هرگونه قیدی درخصوص تشریفات ابراز اراده در قراردادها را نفی می‌کند، در نظریات فقیهان شاهد پذیرش بیع معاطاتی و سایر معاملات معاطاتی (انصاری، المکاسب، ۴۲/۳؛ خوئی، مصباح الفقاهة، ۱۶۸/۲، ۱۷۳ و ۱۸۳؛ خمینی، ۲۶۶/۱-۲۶۷؛ روحانی، فقه الصادق(ع)، ۲۲۷/۱۵-۲۳۰ و ۳۰۴؛ همو، منهاج الفقاهة، ۶۱/۳-۶۲؛ قدیری، ۲۷، ۳۸ و ۴۹) و نیز نفی هرگونه تشریفات برای ابراز اراده و انعقاد قرارداد جز در مواردی که دلیل خاصی بر خلاف آن دلالت داشته باشد (روحانی، فقه الصادق(ع)، ۱۸/۱۹-۱۹ و ۲۷۴؛ قدیری، ۲۷ و ۴۹؛ حسینی حائری، ۸۱/۲؛ همچنین رک. خوئی، محاضرات، ۲۱۵/۱-۲۱۶؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۳۶۱/۱۰-۳۶۲)^۳، هستیم.^۴

^۱ - برای ملاحظه تفاوت عقد نقل و عقد نشر در حقوق مصر، رک: (سنه‌وری، ۳۲۷/۷، پاورقی ۱).

^۲ - مانند کتاب صیغ العقود و الإیقات نوشته شیخ مرتضی انصاری (انصاری، صیغ العقود) و کتاب صیغ العقود و الإیقات نوشته ملا علی قاری قزوینی (قاری قزوینی، قاری قزوینی، کتاب جواهر الکلمات فی صیغ العقود و الإیقات نوشته شیخ مفلح بن حسن ضیمری(رک. سید بن طاووس، ۹۶) و کتاب شرح رسالة صیغ العقود و الإیقات نوشته نور الدین علی بن عبد العالی میسی عاملی(رک. میرزای نوری، ۲۷۲/۲)

^۳ - لازم به ذکر است که برخی (سید مصطفی محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۷۰) ادعا نموده‌اند که رویکرد فقیهان در نفی تشریفات و اکتفا به هرگونه وسیله متعارف اعلام اراده، از زمان محقق اردبیلی آغاز شده است.

^۴ - برای مطالعه بیشتر درخصوص تحول آراء فقیهان امامی درباره روش‌های ابراز اراده، رک: (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، صص ۲۶۴ به بعد؛ فخلعی، ۴۷-۷۳).

در حقوق ایران نیز به پیروی از آخرین تحولات در فقه امامیه و همگام با سایر نظام‌های حقوقی، اصل رضایی بودن قراردادها مورد پذیرش قرار گرفته است. این اصل که از نتایج اصل حاکمیت اراده به شمار آمده (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۴۶/۱-۱۴۷؛ صفایی، ۴۸/۲) (Cf. Flour, Aubert, et Savaux, 67 s.; Marty et Raynaud, 1/27 s.; Weill et Terré, 51 s.) از ماده ۱۹۱ قانون مدنی قابل استنباط است. به موجب این ماده، «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد در این ماده برای ابراز اراده شکل خاصی مقرر نشده، بلکه هر آن چیزی که دلالت بر قصد انشاء نماید، برای ابراز آن کافی دانسته شده است.

بنابراین در خصوص قراردادهای بهره‌برداری از حقوق ادبی و هنری، اصولاً قاعده عمومی برقرار بوده، کتبی بودن قرارداد شرط نیست. بدیهی است با توجه به نقش اثباتی اسناد در میان ادله اثبات دعوی، تنظیم قراردادهای مورد بحث به صورت کتبی، می‌تواند در پایان دادن به دعاوی و حل و فصل آن ابزار مهمی به شمار آید. به علاوه انعکاس اراده طرفین در قالب نوشته، امکان کشف اراده مشترک در مقام تفسیر قرارداد را تسهیل می‌نماید. همچنین قرارداد کتبی قابلیت کنترل بیشتری داشته، امکان بررسی رعایت قواعد حمایتی که برای حمایت از پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری در نظر گرفته شده است، را به نحو مناسب‌تری فراهم می‌نماید.

بند دوم: نمایندگی در انعقاد قرارداد

مسئله دیگری که در مورد اعلام اراده مطرح شده این است که آیا قراردادهای مزبور می‌تواند از طریق نماینده پدیدآورنده منعقد گردد؟ پیچیدگی مسئله از این جهت است که هرچند قراردادهای مزبور برای انتقال و بهره‌برداری از حقوق مادی صورت می‌پذیرد، لیکن مستلزم تصمیم‌گیری در مورد نشر و عرضه اثر است که از حقوق معنوی پدیدآورنده به شمار می‌آید. حقوق معنوی آن دسته از حقوق و امتیازات غیرمالی است که مربوط به شخصیت پدیدآورنده و برای حمایت از آن مقرر شده است. (صفایی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ۸۴) هرچند ارتباط حقوق معنوی با شخصیت پدیدآورنده مورد تصریح مقررات ایران قرار نگرفته، لیکن با توجه به این که اثر ادبی و هنری تبلور شخصیت پدیدآورنده است و اشتراط اصالت اثر مؤید این معنی است، در پذیرش ارتباط مزبور در حقوق ایران تردید روا نیست. ارتباط حقوق معنوی با شخصیت پدیدآورنده در مواد L121-1 و L212-2 قانون مالکیت فکری فرانسه مورد تصریح قرار گرفته است. به گونه‌ای که ماده L121-1 پس از ذکر حق

حرمت نام و سمت پدیدآورنده و حرمت اثر وی، تصریح می‌نماید که این حق مربوط به شخصیت پدیدآورنده است.^۱ ماده 2-212L نیز پس از ذکر حقوق مذکور در مورد هنرمند مجری اثر^۲، آن را وابسته به شخصیت وی دانسته است.

بدیهی است حقوق معنوی مربوط به اثر از جمله حق تصمیم‌گیری درباره انتشار و عرضه اثر متعلق به پدیدآورنده است. به همین جهت ماده 2-121L قانون مالکیت فکری فرانسه تصریح نموده که فقط پدیدآورنده حق انتشار اثرش را دارد. بنابراین تصمیم‌گیری در مورد انتشار، عرضه و شرایط آن در صلاحیت شخص پدیدآورنده است. با توجه به همین واقعیت در ماده 7-132L، در مقام بیان احکام مربوط به قرارداد انتشار، لزوم رضایت شخصی پدیدآورنده^۳ مورد تأکید قرار گرفته و حتی در مورد مجبوران نیز رضایت شخصی ایشان لازم دانسته شده است؛ زیرا همان‌گونه که برخی از نویسندگان فرانسوی (Colombet, 237, n° 281) اظهار نموده‌اند، دلیل وجودی این قاعده، جلوگیری از نقض حقوق معنوی پدیدآورنده می‌باشد. البته باید توجه داشت هرچند ماده 7-132L در ضمن مقررات مربوط به قرارداد انتشار مطرح گردیده، لیکن با توجه به منطق حاکم بر آن، دکتترین فرانسه آن را به تمام قراردادهای بهره‌برداری توسعه داده است. به عبارت دیگر، هیچ تفاوتی از این جهت میان قرارداد انتشار و سایر قراردادهای بهره‌برداری وجود ندارد؛ زیرا حکم مزبور ارتباط تنگاتنگ با حق معنوی پدیدآورنده دارد که در همه قراردادهای مزبور یکسان است. (Pollaud-Dulian, 580, n° 946;) (Colombet, 237, n° 281; Desbois, 559, n° 494)

البته لزوم وجود رضایت شخصی پدیدآورنده در دو مورد با استثنا مواجه است: یکی در مورد پدیدآورنده مجبوری است که به دلیل ناتوانی جسمی از قبیل وضعیت کُما، حیات نباتی و جنون اطلاق، قادر به اعلام رضایت نباشد. (Pollaud-Dulian, 580, n° 946) (کلمبه، ۱۶۱) مورد دوم فرضی است که پدیدآورنده اثر وفات یافته است. در این صورت قائم مقامان وی نسبت به انعقاد قرارداد تصمیم‌گیری می‌نمایند. در واقع همان‌گونه که ماده 2-121L قانون مالکیت فکری فرانسه مقرر نموده، اجرای حق تصمیم‌گیری در مورد انتشار اثر پس از وفات

^۱ - Ce droit est attaché à sa personne.

^۲ - L'artiste-interprète.

^۳ - Consentement personnel.

پدیدآورنده، در صلاحیت قائم مقامان وی^۱ می‌باشد. در این فرض، چنانچه قائم مقام خود محجور باشد، رضایت شخصی وی لازم نیست. زیرا منطق حاکم بر لزوم رضایت شخصی پدیدآورنده در اینجا وجود ندارد. (Pollaud-Dulian, 580, n° 946)

با توجه به نکات فوق، هرچند در حقوق فرانسه، اجرای حقوق مادی از طریق نمایندگی امکان‌پذیر است، لیکن اعمال جنبه‌های معنوی آمیخته به آن اصولاً در حیطه صلاحیت پدیدآورنده می‌باشد. ضمانت اجرای قاعده فوق (لزوم رضایت شخصی پدیدآورنده) بطلان نسبی^۲ اعمال حقوقی‌ای است که بدون رضایت شخصی پدیدآورنده در خصوص انتشار یا عرضه اثر وی منعقد گردیده است. (Colombet, 238, n° 281)

هرچند در متون قانونی ایران به حق تصمیم‌گیری در مورد انتشار به عنوان یکی از حقوق معنوی پدیدآورنده، تصریح نشده، لیکن همان‌گونه که برخی از اساتید (صفایی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ۸۴) بیان داشته‌اند، پدیدآورنده تنها کسی است که می‌تواند درباره انتشار یا عدم انتشار اثر خود تصمیم بگیرد و نمی‌توان او را مجبور به انتشار اثرش نمود؛ زیرا انتشار اثر بدون رضایت پدیدآورنده، تجاوز به شخصیت او محسوب می‌شود. به همین جهت تبصره ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، مقرر می‌دارد: «تصنیفات و تألیفات و ترجمه‌هایی که هنوز به چاپ نرسیده، بدون رضایت مصنف و مؤلف و مترجم و در صورت فوت آن‌ها بدون رضایت ورثه یا قائم‌مقام آنان توقیف نمی‌شود.» هرچند موضوع این ماده تصنیفات، تألیفات و ترجمه‌های چاپ نشده است، لیکن همان‌گونه که برخی از نویسندگان (زرکلام، ۱۱۳؛ همچنین رک. محمدی، ۷۰) اظهار کرده‌اند، می‌توان از ملاک حکم قانون، در مورد سایر آثار ادبی و هنری نیز استفاده نمود. توضیح این‌که ملاک حکم قانون، عدم جواز نشر و عرضه آثار مزبور بدون اذن پدیدآورنده است. در واقع هدف از توقیف در مرحله اجرای حکم این است که با استیفای حقوق مالی مربوط امکان اجرای حکم فراهم گردد. بدیهی است وصول به نتایج مالی پس از توقیف تصنیفات، تألیفات و ترجمه‌هایی که هنوز به چاپ نرسیده، مستلزم انتشار

^۱ - ماده L121-2 اجرای حق تصمیم‌گیری در مورد انتشار اثر پس از وفات پدیدآورنده را در صلاحیت اشخاص ذیل دانسته است: کسانی که به موجب وصیت تعیین شده‌اند و در صورت فقدان یا فوت چنین اشخاصی، به ترتیب، اولاد پدیدآورنده، همسر وی، ورثه دیگر غیر از اولاد و اشخاصی که تمام ماترک به ایشان وصیت یا هبه شده است. در مورد همسر پدیدآورنده شرط این است که قبلاً در مورد ایشان حکم قطعی افتراق جسمانی صادر نشده و همسر مزبور ازدواج جدید نکرده باشد.

^۲ - درخصوص مفهوم و قلمرو بطلان نسبی، رک: (محسنی و قبولی درافشان، ۲۴۷ به بعد؛ قبولی درافشان و محسنی، ۴۰۱ به بعد)

آن‌هاست. از آن جایی که قانونگذار موارد مزبور را قابل توقیف ندانسته، معلوم می‌شود که در مقام شناسایی و حمایت از حق معنوی پدیدآورنده اثر مبنی بر تصمیم‌گیری درخصوص انتشار و عرضه بوده است.

البته درخصوص ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی و تبصره آن این اشکال ممکن است مطرح گردد که ماده ۵۲۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امر مدنی مصوب ۱۳۷۹، که در مقام احصاء مستثنیات دین وضع گردیده، دربردارنده حکم مندرج در تبصره ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی نیست. در نتیجه ممکن است شبهه نسخ تبصره مزبور مطرح گردد. در پاسخ باید گفت، تبصره ماده ۶۵ تصنیفات و تألیفات و ترجمه‌هایی که هنوز به چاپ نرسیده را به این عنوان که مستثنی از دین باشد، غیر قابل توقیف معرفی ننموده است؛ بلکه به دلیل ضرورت اخذ رضایت پدیدآورنده (حق معنوی وی راجع به تصمیم‌گیری درباره انتشار اثر)، توقیف ارقام مزبور را ممنوع اعلام کرده است. به همین جهت بر لزوم رضایت مصنف و مؤلف و مترجم برای توقیف تأکید نموده است. به علاوه پس از فوت ایشان نیز رضایت ورثه یا قائم‌مقام آنان را شرط لازم برای توقیف به شمار آورده است. حال آن که اگر قانونگذار در مقام بیان تصنیفات و تألیفات و ترجمه‌هایی که هنوز به چاپ نرسیده به عنوان مستثنی از دین می‌بود، رضایت ورثه یا قائم‌مقامان پس از فوت پدیدآورنده ضرورت نداشت؛ زیرا بدیهی است که پس از فوت سخن از مستثنیات دین بی‌معنی است؛ زیرا تأسیس حکم مربوط به مستثنیات دین جهت ارفاق به حال مدیون و برخورداری وی از حداقل‌های لازم برای زندگی با رعایت شؤونات وی می‌باشد. طبیعی است علت مزبور با فوت مدیون منتفی می‌گردد.^۱ به همین جهت، به موجب ماده ۸۶۸ قانون مدنی قبل از پرداخت دیون متوفی مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی استقرار نمی‌یابد. به موجب ماده ۸۶۹ این قانون نیز دیون و واجبات مالی متوفی باید قبل از تقسیم ترکه اداء گردد. حکم مواد اخیر که ریشه در آیه شریفه «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يَوْصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ»^۲ دارد، مقتبس از نظرات فقیهان امامی (به عنوان نمونه، ر. ک: علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۳/۲-۴؛ شهید ثانی، ۶۱/۱۳-۶۲؛ مقدس اردبیلی، زبدة البيان، ۶۴۹-۶۵۰؛ محقق سبزواری، ۸۰۷/۲-۸۰۸؛ محقق نراقی، مستند الشیعة، ۱۱۲/۱۹-۱۱۳؛

^۱ - ماده ۵۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امر مدنی نیز در همین راستا مقرر می‌نماید: «مستثنیات دین تا زمان حیات محکوم علیه جاری است.»

^۲ - آیه ۱۲ سوره مبارکه نساء؛ همچنین در موارد مختلف در آیات مربوط به ارث در قرآن کریم، پرداخت دیون متوفی و اخراج وصیت وی از ترکه مقدم بر سهم ورثه به شمار آمده است.

انصاری، الوصایا، ۱۹۷-۱۹۸؛ قمی، ۲/۳) است.

با توجه به مطالب فوق، به نظر می‌رسد حکم تبصره ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی مغایر ماده ۵۲۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امر مدنی نیست و به اعتبار خود باقی است. (برای ملاحظه نظر موافق با استدلال متفاوت، ر. ک: محمدی، ۷۱-۷۳) ماده ۱۳۳ آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ حاوی حکمی مشابه تبصره مزبور است. به موجب این ماده، «کتاب و رسالات و مقالات خطی صاحب اثر قابل بازداشت و مزایده نیست مگر با رضایت وی.»^۱ حکم این ماده مؤید خروج موضوعی آثار مورد بحث از مستثنیات دین است. به ویژه این که در آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء از مستثنیات دین در ماده ۶۱ سخن گفته شده در حالی که بحث از لزوم رضایت پدیدآورنده برای توقیف آثار چاپ نشده وی در جای دیگر (ماده ۱۳۳) پیش بینی شده است.

با توجه به پذیرش حق تصمیم‌گیری به عنوان یکی از حقوق معنوی پدیدآورنده و با پذیرش ارتباط وثیق حقوق معنوی با شخصیت پدیدآورنده، لاجرم باید پذیرفت که حق تصمیم‌گیری راجع به انتشار یا عرضه اثر ادبی و هنری، قابل توکیل به غیر نیست؛ زیرا اموری که مرتبط با شخصیت و قائم به شخص هستند، مباشرت شخص در آن شرط بوده، در نتیجه قابل توکیل نیست. در واقع با تصمیم به انتشار یا عرضه اثر، ابعادی از شخصیت پدیدآورنده (شخصیت علمی، هنری، مذهبی و...) در عالم خارج ظهور و بروز پیدا می‌کند که تبعات مثبت یا منفی مهمی را در پی خواهد داشت. این واقعیت ایجاب می‌کند که پدیدآورنده خود شخصاً مبادرت به تصمیم‌گیری در این خصوص نماید. طبیعی است در مواردی که مباشرت شخص در اعمال حقی لحاظ شده باشد، توکیل آن به غیر امکان‌پذیر نیست؛ زیرا همان‌گونه که برخی از فقیهان امامی (محقق حلی، ۲/۴۲۸-۴۳۰؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۳۵۴-۳۵۵؛ همو، تذکره الفقهاء، ۱۱۷/۲؛ محقق کرکی، ۲۱۵/۷-۲۱۶؛ شهید ثانی، ۲۵۵/۵؛ نجفی، جواهر الکلام، ۳۷۸/۲۷-۳۷۹ و ۳۸۲؛ روحانی، فقه الصادق(ع)، ۲۰/۲۵۰-۲۵۲) بیان نموده‌اند، اصولاً ضابطه توکیل‌پذیری و عدم آن مدخلیت یا عدم مدخلیت لزوم مباشرت شخص در اعمال حق و تکلیف است.

^۱ - حکم مذکور در این ماده قبلاً در ماده ۱۶۵ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۶ تیر ۱۳۵۵ وزارت دادگستری پیش بینی شده بود.

بدیهی است پدیدآورنده می‌تواند پس از تصمیم به انتشار یا عرضه اثر، به دیگری برای بهره‌برداری از حق مادی انتشار یا عرضه اثر وکالت بدهد، لیکن این امر به معنی توکیل در اصل تصمیم‌گیری راجع به انتشار یا عرضه اثر نیست.

درخصوص محجوران نیز باید میان دو دسته تفکیک نمود. گروهی از محجوران به دلیل فقدان اراده، فاقد اهلیت استیفاء در اجرای امور مالی و غیر مالی خویش هستند. تصمیم‌گیری درباره انتشار یا عرضه آثار ادبی و هنری نیز از این قاعده مستثنی نیست. به عنوان نمونه چنانچه شخصی پس از پدید آوردن اثری ادبی یا هنری و قبل از تصمیم‌گیری درباره انتشار یا عرضه آن، دچار جنون گردد، نمی‌تواند حق تصمیم‌گیری خویش را اجرا نماید.

در مقابل گروهی دیگر از محجوران دارای قدرت انشاء (قصد) هستند. لیکن برخی از ایشان (سفها) به دلیل عدم رشد، امکان دخالت مستقل در امور مالی خویش را ندارند. قانونگذار برای حفظ مصالح ایشان اشخاصی را تحت عنوان «ولی» یا «قیم» به نمایندگی ایشان گمارده است که اقدامات مالی این دسته از محجوران، با اذن یا تنفیذ نمایندگان مزبور معتبر خواهد بود. البته این دسته از محجوران برای تصرفات انشائی غیر مالی، نیازی به اذن یا تنفیذ دیگری ندارند. برخی دیگر از محجوران برخوردار از قدرت انشاء، به دلیل عدم بلوغ (صغیر ممیز) نه در امور مالی و نه در امور غیر مالی بدون اذن یا اجازه ولی یا قیم، حق تصرفات انشائی استقلالی ندارند. البته این مسئله و به طور کلی حدود حجر صغیر ممیز در فقه امامیه و حقوق ایران محل اختلاف است؛ به گونه‌ای که از نقطه نظر فقهی ادعا شده که نظر مشهور بطلان معاملات صغیر ولو با اذن یا اجازه ولی یا قیم می‌باشد. لیکن ادله ارائه شده توسط مشهور در این باب، مورد انتقاد برخی از بزرگان از فقها (انصاری، المکاسب، ۲۷۷/۳ به بعد) قرار گرفته و برخی از ایشان (طباطبائی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۱۳/۱-۱۱۴؛ حکیم، ۱۸۰-۱۸۴؛ خوئی، مصباح الفقاهة، ۵۲۳/۲ به بعد؛ همچنین رک. محقق داماد و دیگران، ۱۸۹/۲ به بعد) ضمن نقد و رد ادله استنادی و عدم پذیرش دلالت روایات استنادی، نظر به نفوذ معاملات صغیر ممیز در صورت اذن یا اجازه ولی یا قیم داده‌اند. حتی برخی (محقق داماد و دیگران، ۱۸۹/۲ به بعد) ادعا نموده‌اند که هم اکنون بیشتر فقیهان نظر بر عدم نفوذ معامله صغیر ممیز داشته، آن را با تنفیذ ولی، برخوردار از آثار معامله صحیح می‌دانند.

در هر حال از نقطه نظر حقوقی همان‌گونه که برخی از اساتید (صفایی، ۸۳/۱) بیان داشته‌اند، امروزه نظر مشهور در میان حقوقدانان عدم نفوذ اعمال حقوقی صغیر ممیز بدون اذن

ولی یا قیم و امکان تنفیذ یا رد آن توسط ولی یا قیم است. (برای ملاحظه ادله حقوقی ارائه شده در تأیید این نظر، ر. ک: صفایی، ۸۳/۱-۸۵)

با توجه به توضیحات فوق باید دید تصمیم‌گیری درباره انتشار یا عرضه اثر متعلق به صغار ممیز و اشخاص سفیه در صلاحیت کیست. برای پاسخ به این سؤال باید میان دو مسئله تفکیک نمود. از سویی با اصل تصمیم برای انتشار و عرضه اثر مواجه هستیم و از سوی دیگر با اجرای تصمیم مزبور که در بسیاری از موارد مستلزم اقدامات مالی همچون انعقاد قرارداد نشر و امثال آن می‌باشد، روبرو هستیم. درخصوص اصل تصمیم‌گیری در مورد انتشار یا عرضه اثر یا عدم آن، باید گفت موضوع در حیطه اختیارات ولی یا قیم قرار ندارد؛ زیرا امر مزبور از مقوله اعمال حقوقی نیست. به علاوه حق مزبور ناظر به جنبه معنوی حقوق ادبی و هنری بوده و با توجه به این که پدیدآورنده خود امکان اجرای حق مزبور را دارد، واگذاری اجرای این حق به دیگری محمل قانونی نیز ندارد، ضمن این که با طبیعت حق مزبور نیز منافات دارد. ذکر این نکته نیز شایسته است که صغیر ممیزی که توانسته است اقدام به خلق اثری ادبی یا هنری دارای اصالت نماید، احترام به فکر و اندیشه و هنر وی ایجاب می‌نماید که صلاحیت و شایستگی اش برای تصمیم‌گیری در مورد انتشار یا عرضه اثرش به رسمیت شناخته شود. برخی (محمدی، ۶۸) نیز از راه خلاف قاعده دانستن نمایندگی و بسنده نمودن به موارد منصوص، تصمیم‌گیری در امر انتشار اثر را صرفاً در اختیار پدیدآورنده دانسته‌اند.

البته درخصوص تصرفاتی که در جنبه‌های مالی حقوق ادبی و هنری صورت می‌گیرد، طبیعی است که دخالت ولی یا قیم برای نفوذ تصرفات مزبور ضروری است. ضمن این که ولی یا قیم نیز در صورت مصلحت و پس از تصمیم پدیدآورنده نسبت به اصل انتشار یا عرضه، اختیار اقدام مستقل درخصوص تصرفات مزبور را دارند.

در پایان این قسمت لازم به ذکر است که همچنین در حقوق ایران در فرض وفات پدیدآورنده، حسب استنباط از این ماده ماده ۲۶ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، اجرای حقوق معنوی در مدت حمایت از حقوق مادی، با ورثه خواهد بود. طبیعی است در چنین فرضی نیز سخن گفتن از لزوم رضایت شخصی پدیدآورنده بی‌معنی است مگر این که پدیدآورنده در زمان حیاتش در این خصوص تصمیم خاصی اتخاذ کرده باشد.

مبحث دوم: شرایط مربوط به موضوع قرارداد

در این مبحث در مقام بیان شرایط مربوط به موضوع قراردادهای بهره‌برداری از حقوق

ادبی و هنری هستیم. همان‌گونه که بیان گردید در برخی از نظام‌های حقوقی قواعد مشترک حاکم بر قراردادهای مزبور از جمله قواعد مربوط به موضوع این دسته قراردادها توسط قانونگذار سازماندهی و تدوین گردیده است. لیکن در حقوق ایران مقررات مستقلی در این خصوص وجود ندارد. بنابراین باید بر اساس قواعد عمومی حاکم بر قراردادها و با توجه به طبیعت و منطبق ویژه حاکم بر حقوق ادبی و هنری، به تبیین شرایط مربوط به موضوع این دسته از قراردادها پرداخت.

بدیهی است شرایط موضوع قرارداد بسته به ماهیت قرارداد و موضوع آن تفاوت‌هایی دارند. در خصوص موضوع قراردادهای بهره‌برداري از حقوق ادبی و هنری نیز شرایط متعددی لازم است. پر واضح است که مورد معامله اصولاً باید موجود و دارای مالیت بوده، متضمن منفعت عقلانی و مشروع باشد.^۱ همچنین باید معلوم و معین بوده، قدرت بر تسلیم آن نیز وجود داشته باشد.^۲ بررسی همه این شرایط در مورد موضوع قراردادهای بهره‌برداري از حقوق ادبی و هنری ضروری به نظر نمی‌رسد. به همین جهت به بررسی آن دسته از شرایطی خواهیم پرداخت که برخوردار از ظرافت‌های ویژه‌ای است. در این راستا، شرط موجود بودن موضوع قرارداد و امکان یا عدم امکان واگذاری حقوق مربوط به آثار آینده (بند نخست) و لزوم معلوم و معین بودن حقوق انتقالی (بند دوم) دارای اهمیت است. ضمن این که در برخی از نظام‌های حقوقی برای عوض در قراردادهای بهره‌برداري احکام ویژه‌ای مقرر شده است. بنابراین با توجه به معاوضی بودن اغلب قراردادهای مزبور، بررسی احکام خاص مربوط به عوض ضروری است. (بند سوم)

بند نخست: موجود بودن موضوع قرارداد و واگذاری حقوق مربوط به آثار آینده

درخصوص شرط موجود بودن موضوع قرارداد، بدیهی است چنانچه اثری خلق گردیده و سپس راجع به واگذاری حقوق راجع به آن، قرارداد منعقد گردد، از این جهت قرارداد مزبور با مشکلی مواجه نیست. همچنین اگر مدت حمایت از اثری منقضی گردیده باشد، حق بهره‌برداري انحصاری از آن منتفی شده، بحث از انتقال حق مزبور مطرح نخواهد بود. لیکن

^۱ ماده ۲۱۵ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلانی مشروع باشد.»

^۲ ماده ۳۴۸ قانون مدنی در خصوص مبیع مقرر می‌دارد: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلانی ندارد یا چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است مگر این که مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.» حکم این ماده به عنوان یک قاعده عمومی قابل تسری به سایر قراردادهاست.

آنچه اهمیت دارد بررسی امکان یا عدم امکان واگذاری حقوق آثاری است که هنوز خلق نگردیده است؛ زیرا تا زمانی که اثری خلق نگردد، حقوق احتمالی پدیدآورنده فعلیت نیافته، انتقال آن محل تأمل است.

از نقطه نظر حقوق فرانسه، درخصوص واگذاری حقوق مربوط به آثاری که هنوز خلق نشده‌اند، به موجب مقررات عمومی موضوع ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، اشیاء آینده به شرطی که مطابق ماده ۱۱۲۹ آن قانون قابل تعیین باشد، می‌تواند موضوع قرارداد واقع شود. لیکن درخصوص آثار ادبی و هنری که هنوز آفریده نشده‌اند، ماده ۳۳ قانون ۱۱ مارس ۱۹۵۷ و به تبع آن ماده L131-1 قانون مالکیت فکری این کشور مقرر می‌دارد، انتقال کلی آثار آتی به باطل است.^۱ حقوقدانان فرانسوی (Pollaud-Dulian, 590-591, n° 968) علت ممنوعیت مزبور را در این می‌دانند که انتقال کلی آثار آینده برای پدیدآورنده و به ویژه پدیدآورندگان جوان خطرناک است؛ زیرا بنابر فرض، تا قبل از آفرینش اثر، امکان ارزیابی ارزش اثر، ویژگی‌های آن، سنجش اهمیت و آشکال بهره‌برداری از اثر وجود ندارد و پدیدآورنده با این خطر روبروست که حقوق خود را با شرایطی نازل منتقل نماید. به اعتقاد ایشان قاعده مقرر در ماده L131-1 قاعده ای امری بوده که هیچ قرارداد فردی یا جمعی نمی‌تواند آن را منتفی نماید. بنابراین قرارداد انتقال کلی آثار آتی به دلیل مغایرت با نظم عمومی، باطل بوده و بطلان آن از نوع بطلان نسبی است. از این رو فقط پدیدآورنده حق دارد به بطلان مزبور استناد نماید.

البته باید توجه داشت که ماده L131-1 به دلیل اختصار در تعبیر، دارای ظرافت‌هایی است. آنچه در این ماده اهمیت دارد، گستره حقوق انتقالی نیست بلکه مهم این است که آثار آتی هنوز به وجود نیامده، قرار است در آینده خلق گردد و همین امر موجب می‌شود که نتوان قلمرو حقیقی انتقال را تشخیص داد. بنابراین خواه پدیدآورنده یک حق یا حقوق متعدد از آثار آینده را مورد انتقال قرار دهد، در هر حال قرارداد باطل خواهد بود. (Pollaud-Dulian, 590-591, n° 968)

اشاره به این نکته نیز خالی از فایده نیست که به رغم ممنوعیت انتقال کلی آثار آینده، به موجب ماده L132-18 قانون مالکیت فکری فرانسه قرارداد عمومی عرضه^۲ می‌تواند ناظر به

^۱ - Article L131-1: "La cession globale des oeuvres futures est nulle."

^۲ - ماده L132-18 قرارداد عرضه را قراردادی معرفی می‌نماید که به موجب آن پدیدآورنده یک اثر فکری و صاحبان حق، با شرایط معین، اجازه عرضه اثر مزبور را به یک شخص حقیقی یا حقوقی اعطا می‌نمایند. سپس در ادامه از قرارداد عمومی عرضه سخن می‌گوید که به موجب آن یک سازمان حرفه‌ای پدیدآورندگان به پیمانکار

آثار آینده نیز باشد. همچنین بر اساس ماده 4-132 قانون مزبور، شرطی که به موجب آن، پدیدآورنده نسبت به نشر آثار آینده خود، تعهد به پذیرش حق تقدم برای ناشر می‌نماید، با رعایت قید و شرط‌هایی^۱، معتبر دانسته شده است.

ماده ۱۵۳ قانون مالکیت فکری مصر^۲ نیز حکمی مشابه را پیش‌بینی نموده است. البته به موجب این ماده، بطلان قرارداد مربوط به آثار آینده از نوع بطلان مطلق است. برخی از اساتید حقوق مصر (سنهوری، ۳۹۰/۸)، علت حکم مزبور را در این می‌دانند که اولاً بطلان ریشه در معین نبودن موضوع دارد. ثانیاً مجموع تولید فکری در آینده، امری وابسته به شخصیت فرد است. بنابراین به حقوق مربوط به شخصیت که قابل واگذاری نیست، نزدیک‌تر است. به‌علاوه بازگشت چنین قراردادهایی به این است که پدیدآورنده به وسیله این قرارداد، خودش را نسبت به مجموع کار فکری‌اش به صورت مادام‌العمر، در بند قرار می‌دهد.

همین دلایل در حقوق ایران نیز قابل دفاع بوده، باید انتقال کلی حقوق مالی آثار ادبی و هنری آینده را ممنوع دانست. به ویژه این که چنین قراردادهایی به گونه‌ای سلب حریت و آزادی پدیدآورنده را در بر دارد و همان‌گونه که ماده ۹۶۰ قانون مدنی مقرر داشته، هیچ‌کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند. همین وضعیت درباره قرارداد کار باعث شده که برخی از اساتید حقوق (عراقی، ۲۰۳؛ کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۵۷۰، ذیل ماده ۹۶۰) به استناد تضاد آن با آزادی شخص، نظر به عدم جواز آن دهند. علاوه بر این، در نظام حقوقی ایران، موجود بودن موضوع قرارداد و نیز معلوم و معین بودن آن، اصولاً جزء شرایط اساسی صحت قرارداد محسوب است. مواد ۲۱۶، ۳۴۲، ۳۵۱، ۳۶۱، ۴۶۸، ۵۰۷، ۵۱۴ و... قانون مدنی دلالت بر این مطلب دارند. حال آن که در قراردادهای مزبور، آثار مورد نظر هنوز پدید نیامده، معلوم و معین نیز نمی‌باشد. در واقع هنگامی که موضوع قرارداد معلوم و معین نیست، قرارداد غرری بوده، مشمول ادله بطلان معامله غرری از جمله حدیث نبوی که نهی از غرر فرموده (حر عاملی، ۴۴۸/۱۷؛ أحسانی، ۲۴۸/۲؛ نمازی شاهرودی، ۲۹/۱؛ همو، ۵۶۰/۷-۵۶۱) می‌گردد. بر همین اساس، در کتب مختلف فقهی به ویژه در مورد قرارداد بیع که به طور معمول فقیهان امامی قواعد عمومی قراردادها را در ضمن آن مورد بررسی قرار می‌دهند، معلوم

عرضه نمایش، اختیار عرضه آثار فعلی یا آینده را مطابق شرایط مقرر توسط پدیدآورنده یا دارندگان حق، برای مدت قرارداد، اعطا می‌نماید.

^۱ - به موجب ماده 4-132، حق تقدم مزبور حداکثر نسبت به پنج اثر و حداکثر برای پنج سال قابل اعمال است.

^۲ - «ماده ۱۵۳- یق باطلاً بطلاناً مطلقاً کل تصرف للمؤلف فی مجموع إنتاجه الفکری المستقبلی.»

و معین نبودن موضوع قرارداد به دلیل این که به غرر می‌انجامد، موجب بطلان قرارداد اعلام شده است. (درخصوص بطلان معاملات غرری و ادله آن، ر. ک: علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۰/۵۳-۵۴؛ همو، مختلف الشیعة، ۱۳۷/۵؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۸/۱۷۴-۱۷۵؛ وحید بهبهانی، ۱۲۳؛ محقق نراقی، عوائد الأيام، ۸۹-۹۶؛ نجفی، جواهر الکلام، ۲۲/۴۱۷؛ نائینی، کتاب المکاسب و البیع، ۲/۴۹۶؛ همو، منیة الطالب، ۲/۲۱۹ و ۳۵۹-۳۶۰؛ وحدتی شبیری، ۶۰-۶۴ و ۶۷-۷۰)

لیکن آنچه لازم است بدان توجه شود این است که قرارداد سفارش اثر، عاری از اشکالاتی است که بیان شد. به موجب این قرارداد، پدیدآورنده تعهد به ایجاد اثری در آینده می‌نماید و طبق ماده ۱۳ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، حقوق مادی چنین آثاری، تا سی سال از تاریخ پدید آمدن اثر، متعلق به سفارش‌دهنده خواهد بود؛ مگر آن که برای مدت کمتر یا ترتیب محدودتری توافق شده باشد. در خصوص صحت قرارداد سفارش اثر، صرف نظر از پذیرش صریح آن در ماده ۱۳ مذکور باید توجه نمود که، اولاً از آنجایی که سفارش اثر محدود به مصداق یا مصادیق مشخصی است، مشمول عنوان انتقال کلی حقوق نیست و در نتیجه سلب آزادی شخص را به دنبال نداشته، مورد پذیرش عرف جامعه و خردمندان است. ثانیاً در قرارداد مزبور اوصاف اثر مورد سفارش و شرایط آن باید دقیقاً مشخص باشد. بنابراین از حیث معلوم و معین بودن موضوع قرارداد نیز ایرادی به آن وارد نخواهد شد. ثالثاً موضوع قرارداد مزبور مستقیماً انتقال حقوق مربوط به آینده نیست؛ بلکه قرارداد مزبور ناظر به خدمات شخص پدیدآورنده جهت انجام کار معینی است که طبیعتاً پس از انجام کار مزبور و خلق اثر، حقوق مادی اثر ایجاد شده به سفارش‌دهنده تعلق می‌گیرد.

نکته دیگری که تبیین آن ضروری است، این که قرارداد نشر درخصوص اثری که در آینده تهیه خواهد شد چه حکمی دارد؟ برخی از اساتید حقوق ایران (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۲/۱۷۵-۱۷۶) درخصوص واگذاری حق نشر کتابی که در آینده نوشته خواهد شد، معتقدند به رغم سکوت قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان در این خصوص، عرف واگذاری حق نشر در این زمینه استقرار یافته است. ایشان در توجیه عرف مزبور، ضمن این که حق نشر کتابی که در آینده تألیف می‌شود را در حکم کلی دانسته‌اند، اظهار می‌دارند که قرارداد مزبور مخلوط از دو پیمان است. یکی انجام کار تألیف که به اجاره می‌ماند و دیگری انتقال حق نشر آن. این نظر از دو جهت محل تأمل است: از سویی، در حکم کلی

شمردن حق نشر کتابی که در آینده تألیف می‌شود، قابل پذیرش نیست؛ زیرا کتابی که در آینده تهیه خواهد شد، مصداق منحصر به فردی است که موضوع قرارداد بر آن منطبق است و حق نشر ناظر بر آن است. بنابراین حق نشر حق معینی است و قابل انطباق بر مصداق متعدد نیست. این در حالی است که مفهوم کلی، قابل صدق بر مصداق‌های متعدد است.

از سوی دیگر، تجزیه قرارداد به دو جزء قابل پذیرش است، لیکن قرارداد مزبور را می‌توان قرارداد انجام کاری دانست که قابل تطبیق با عقد اجاره است، با این توضیح که در ضمن قرارداد مزبور شرط نتیجه شده است؛ شرطی که به موجب آن، مالکیت اثری که در پی قرارداد آفرینش اثر ادبی و هنری خلق می‌گردد، به طرف قرارداد منتقل گردد. به نظر می‌رسد این راه کار می‌تواند مشکل قرارداد انتقال حق نشر اثر آینده را حل کند؛ زیرا چنانچه انتقال حق نشر اثر آینده را موضوع قرارداد به شمار آوریم، با اشکال فقدان موضوع مواجه خواهیم بود.

بند دوم: معلوم و معین بودن حقوق انتقالی

یکی از شرایط مهم و اساسی که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی به آن اشاره گردیده، شرط معین بودن موضوع قرارداد است. بر اساس ماده ۲۱۶ قانون مدنی نیز که در راستای همین شرط مقرر گردیده، «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.» بنابراین اصولاً برای انعقاد هر قراردادی، معلوم و معین بودن موضوع آن ضروری است. در مورد قراردادهای انتقال حقوق مادی پدیدآورنده نیز موضوع قرارداد باید تفصیلاً معلوم بوده و مردد نباشد. شرط مزبور از این جهت دارای اهمیت ویژه است که از سویی موضوع حقوق ادبی و هنری شیء مادی ملموس و خارجی نیست و پایگاه مادی خارجی ندارد و از سوی دیگر حق بهره‌برداری مادی پدیدآورنده، از عناصر متعدد و گوناگونی برخوردار است. بنابراین کیفیات مؤثر در رفع ابهام از آن پیچیده‌تر و نیازمند دقت بیشتری می‌باشد.

الف- قلمرو موضوعی

درخصوص قلمرو موضوعی قرارداد، این سؤال مطرح است که آیا پدیدآورنده می‌تواند تمام حقوق مادی خویش را به غیر منتقل نماید یا فقط برخی از آن حقوق می‌تواند مورد انتقال قرار گیرد؟ ضمن این که چنانچه پس از انعقاد قرارداد، در مورد دامنه حقوق انتقالی اختلاف رخ دهد، آیا می‌توان از اصلی راهنما برای حل اختلاف سخن گفت؟

درخصوص قلمرو موضوعی قرارداد، باید گفت، از نقطه نظر حقوق ایران، انتقال حقوق مادی پدیدآورنده می‌تواند ناظر به همه حقوق مادی یا برخی از آن باشد. به تعبیر دیگر منعی

در انتقال کلیه حقوق مادی پدیدآورنده به نظر نمی رسد. (برای ملاحظه نظر موافق ر. ک: محمدی، ۱۲۰ و ۱۲۳) ماده پنج قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان در این خصوص مقرر می دارد: «پدیدآورنده اثرهای مورد حمایت این قانون می تواند استفاده از حقوق مادی خود را در کلیه موارد از جمله موارد زیر به غیر واگذار کند.»

در حقوق مصر (سنهوری، ۳۲۶/۷ و ۳۲۷) نیز باید همین نظر را پذیرفت. ماده ۱۴۹ قانون مالکیت فکری مصر^۱ تصریح می کند که پدیدآورنده می تواند تمام یا برخی از حقوق مالی قانونی خود را به غیر واگذار نماید. لیکن به موجب این ماده، هر یک از حقوق مورد انتقال باید به صورت جداگانه و با بیان جزئیات مربوط در قرارداد مورد تصریح قرار گیرد.

ماده L131-4 قانون مالکیت فکری فرانسه^۲ نیز انتقال کلی حقوق را مورد تصریح قرار داده است. لیکن باید یادآور شد که در حقوق فرانسه، از سویی حق تعقیب^۳ به عنوان یکی از حقوق مادی پدیدآورنده که در مورد برخی از آثار هنری شناخته شده، به موجب ماده 8-L122 غیر قابل انتقال^۴ دانسته شده است. از سوی دیگر در فرضی که پدیدآورنده تمام حقوق خود را منتقل می نماید، بر اساس بند نخست ماده 3-L131 آن قانون^۵ انتقال حقوق مزبور مشروط به این است که هر یک از حقوق انتقالی به صورت جداگانه مورد تصریح قرار گیرد. البته انتقال حقوق در قالب اقتباس به صورت اثر شنیداری دیداری مشمول حکم فوق نبوده، به موجب بند سوم ماده 3-L131^۶، مستلزم تنظیم سند جداگانه است.

^۱ «ماده ۱۴۹ - للمؤلف أن ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون. و يشترط لإنعقاد التصرف أن يكون مكتوباً و أن يحدد فيه صراحة و بالتفصيل كل حق على حده يكون محلاً للتصرف مع بيان مداه و الغرض منه و مدة الإستغلال و مكانه...»

^۲ - Article L131-4: "La cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre peut être totale ou partielle..."

^۳ - Le droit de suite.

منظور از حق تعقیب که در کنوانسیون برن، مقررات جامعه اروپا و برخی قوانین ملی از جمله قانون مالکیت فکری فرانسه، برای پدیدآورندگان برخی از آثار به رسمیت شناخته شده، عبارت از حقی است غیر قابل انتقال که پدیدآورنده اثر بر منافع حاصل از فروش های بعدی اثر پیدا می کند. (درخصوص حق تعقیب، ر. ک: کلمبه، ۱۴۵ به بعد؛ مغیغب، ۲۱۳-۲۱۴) و (Pollaud-Dulian, 551, n° 890; Lucas, 294 s., n° 349 s.; Desbois, 335 s., n° 289 s.) (s.)

^۴ - inaliénable.

^۵ - Article L131-3: "La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession..."

^۶ - Article L131-3: "...Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'oeuvre imprimée..."

در انتقال جزئی حقوق مادی، اهمیت تبیین موضوع قرارداد دو چندان می‌شود. بدیهی است انتقال یکی از حقوق، مجوزی برای تصرف در سایر حقوق نیست. (سنه‌وری، ۳۸۳/۸-۳۸۴) به‌عنوان نمونه انتقال حق عرضه، متضمن انتقال حق تکثیر نیست و انتقال حق اخیر نیز دربردارنده انتقال حق عرضه نمی‌باشد. در حقوق ایران با توجه به استقلال دو حق مزبور، اصول و قواعد عمومی، پذیرش این حکم را ایجاب می‌نماید. بنابراین ضروری است که حق مورد انتقال صریحاً در قرارداد ذکر گردد.

چنانچه در انتقال حقی از حقوق مادی پدیدآورنده تردید شود، اصل بر عدم انتقال و بقای حق مزبور برای پدیدآورنده است. (صفایی، ۲۳۱/۱؛ سنه‌وری، ۳۳۰/۷-۳۳۱) حکم اخیر در بند دوم ماده ۱۴۹ قانون مالکیت فکری مصر نیز تصریح شده و برخی از حقوقدانان مصری (سنه‌وری، ۳۳۰/۷-۳۳۱) نیز بر آن تأکید نموده‌اند. از بند انتهایی ماده 7-L122 قانون فرانسه نیز که در فرض انتقال کلی حق عرضه یا تکثیر، شیوه‌های بهره‌برداري را محدود به موارد مصرح در قرارداد نموده، حکم مذکور قابل استنباط است.

ب- تعیین کمیّت حقوق انتقالی

برای معلوم و معین شدن موضوع قرارداد، صرف تعیین نوع حق انتقالی کافی نیست. بلکه در مواردی که استفاده از حق در کمیتهای مختلف امکان پذیر است، تعیین کمی بهره‌برداري از حق یا حقوق انتقالی نیز ضروری است. به‌عنوان نمونه میزان بهره‌برداري از حق انتشار یا عرضه اثر می‌تواند از کمیتهای مختلفی برخوردار باشد. بنابراین لزوم معلوم و معین نمودن موضوع قرارداد و برطرف شدن جهل و غرر مستلزم تعیین میزان بهره‌برداري است. در این راستا ممکن است پدیدآورنده فقط برای یک نوبت یا برای دفعات متعدد، اجازه انتشار یا عرضه اثر را داده باشد. (صفایی، ۲۳۱/۱؛ همو، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ۷۴؛ سنه‌وری، ۳۸۷/۸) همچنین ممکن است در یک قرارداد انتشار تعداد نسخ و شمارگان اهمیت داشته باشد. بنابراین ضروری است که این مسایل به‌روشنی در قرارداد پیش‌بینی شود. بند نخست ماده 10-L132 قانون مالکیت فکری فرانسه در این خصوص مقرر داشته که قرارداد انتشار باید تعداد حداقلی نسخه‌های چاپ اول را مشخص نماید. همچنین ممکن است موضوع قرارداد با تعیین مدت بهره‌برداري مشخص گردد. البته باید توجه نمود که به موجب بند اول ماده 131-L3 قانون مالکیت فکری فرانسه، یکی از موارد لازم برای مشخص نمودن قلمرو بهره‌برداري به عنوان قاعده ای عمومی در قراردادهای بهره‌برداري، تعیین مدت بهره‌برداري است به نحوی

که عدم ذکر آن موجب بطلان قرارداد خواهد بود. (Pollaud-Dulian, 583-584, n° 953) با این همه این قاعده دارای استثنائاتی است که در آن موارد، تعیین موضوع قرارداد به شیوه‌ای غیر از ذکر مدت مجاز دانسته شده است. از جمله این استثنائات می‌توان به حکم مندرج در ماده 19-132 اشاره نمود که در کنار تعیین دوره زمانی برای قرارداد عرضه، امکان تعیین موضوع قرارداد از راه ذکر تعداد عرضه را نیز مجاز دانسته است. (Lucas, 487, n° 615) علاوه بر زمان، مکان بهره‌برداری نیز اهمیت دارد؛ زیرا هر یک از این دو در تعیین موضوع قرارداد تأثیرگذار بوده، میزان بهره‌برداری از آثار، ارتباط مستقیم با مدت زمان بهره‌برداری و نیز وسعت مکانی آن دارد. به همین جهت بند اول ماده 3-131 قانون مالکیت فکری فرانسه و ماده ۱۴۹ قانون مصر، بر این شرط تصریح نموده‌اند. همان‌گونه که گفتیم ضمانت اجرای قاعده مزبور در حقوق فرانسه بطلان قرارداد است. البته سؤالی که پاسخ به آن ضرورت دارد این است که بطلان در این خصوص مطلق یا نسبی است. ممکن است از عبارات متن ماده 3-131 که انتقال حقوق را وابسته به شروط مزبور نموده، بطلان مطلق استنباط گردد؛ زیرا با فقدان یکی از عناصر اساسی قرارداد مواجه هستیم. لیکن از آنجایی که هدف مقرر مزبور حمایت از انتقال دهنده حقوق است، منطقی‌تر این است که نوع بطلان نسبی باشد. دیدگاه رویه قضایی فرانسه نیز همین است. (Lucas, 402, n° 494)

قانونگذار ایران به جزئیات مزبور اشاره‌ای نکرده و قواعد خاصی در این زمینه مقرر ننموده است. بنابراین باید به انطباق موضوع با قواعد عمومی پرداخت. بر اساس قواعد عمومی حقوق ایران، آنچه اهمیت دارد، معلوم و معین بودن موضوع قرارداد است. البته بدیهی است بسته به نوع قرارداد، شیوه‌های تعیین موضوع، تفاوت‌هایی خواهد داشت. لیکن آنچه مهم است این است که موضوع قرارداد مبهم نباشد تا از غرری بودن قرارداد و اختلافات احتمالی آینده جلوگیری شود. معلوم و معین بودن موضوع، ممکن است به تعیین وسعت مکانی و زمانی حق بهره‌برداری بستگی داشته باشد. البته چنانچه متعاقدين در خصوص مکان و زمان بهره‌برداری سکوت نموده باشند، حسب ظاهر، اراده ایشان به مکان خاصی مقید نگردیده و از نظر مدت زمان بهره‌برداری، با توجه به مواد ۱۳ و ۱۴ قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، باید مدت قرارداد را حداکثر ۳۰ سال دانست. این مدت در فرضی که اثر در پی سفارش ایجاد شده باشد، از تاریخ خلق اثر بوده (ماده ۱۳)، درحالی‌که در فرض انتقال اثر پس از پیدایش آن، مدت از تاریخ انتقال شروع می‌شود (ماده ۱۴). چنانچه مالک اثر (دارنده حق بهره‌برداری)،

شخص حقوقی باشد، مدت بهره‌برداری حداکثر ۳۰ سال از تاریخ انتشار یا عرضه اثر خواهد بود (ماده ۱۶). همان‌گونه که برخی از اساتید حقوق (صفایی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ۸۳) عنوان داشته‌اند، علت این که مبدأ حمایت از آثار متعلق به اشخاص حقوقی، تاریخ انتشار یا عرضه آن مقرر شده، این است که عمر شخص حقوقی معمولاً محدود نیست و ممکن است قرن‌ها باقی بماند.

ج- تعیین کیفیت و شیوه بهره‌برداری از اثر

یکی دیگر از مسائلی که برای تبیین موضوع قرارداد ضروری می‌نماید، ذکر شیوه بهره‌برداری از اثر است. مقصود از شیوه بهره‌برداری، نحوه استفاده از حقوق مادی اثر می‌باشد. مثلاً انتشار یک کتاب ممکن است از طریق چاپ کاغذی یا به صورت دیجیتالی انجام شود. همچنین عرضه یک اثر سینمایی ممکن است از طریق اکران در سینما یا از طریق پخش در میادین عمومی شهر یا از طریق تلویزیون صورت پذیرد. بدیهی است شیوه بهره‌برداری همچون مدت و مکان بهره‌برداری، نقش به‌سزایی در تعیین ارزش حق مورد واگذاری دارد. پیدایش شیوه‌های جدید بهره‌برداری بر اهمیت این بحث افزوده است.

ماده L131-3 قانون فرانسه و ماده ۱۴۹ قانون مالکیت فکری مصر ضمن شرط نمودن ذکر هدف^۱ از قرارداد، به لزوم بیان شیوه بهره‌برداری اشاره نموده‌اند. ماده پنج قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان برخی از شیوه‌های بهره‌برداری را بیان نموده، اما به لزوم تبیین شیوه بهره‌برداری تصریح ننموده است. البته ضرورت آن برای معلوم نمودن موضوع، از قواعد عمومی فهمیده می‌شود. سؤالی که مطرح می‌شود این است که ضمانت‌اجرای عدم تصریح به شیوه بهره‌برداری چیست؟ در پاسخ باید گفت ماهیت قرارداد در این خصوص تعیین‌کننده است. به علاوه باید توجه داشت، با توجه به نقشی که ماده ۲۲۵ قانون مدنی برای عرف قائل است، چنانچه طرفین به‌طور صریح اراده خود را در این خصوص ابراز نکرده باشند، بهره‌برداری متعارف از اثر به‌عنوان اراده ضمنی ایشان تلقی می‌گردد.

همچنین یادآوری این نکته بی‌فایده نخواهد بود که چنانچه پس از انعقاد قرارداد، شیوه‌های جدید بهره‌برداری ابداع گردد، شیوه‌های مزبور مشمول قرارداد نخواهد بود؛ زیرا هیچ‌گاه نه به‌صورت صریح و نه به‌طور ضمنی، موضوع توافق طرفین قرار نگرفته و اصل عدم نیز مقتضی این امر است. بنابراین تصور برخی از نویسندگان (صادقی و خلج، ۱۲۶) مبنی بر این که

^۱ - الغرض - destination.

می‌توان با توسل به قاعده تسلیط، اصل لزوم به قراردادها و احترام به حقوق مالکیت، شیوه‌های جدید بهره‌برداری را نیز مشمول قرارداد پیشین دانست، محل تأمل است. برخی از نویسندگان فرانسوی (Pollaud-Dulian, 589, n° 966) نیز با استناد به اصل تفسیر مضیق قراردادها، نتیجه فوق را استنباط نموده‌اند.

البته سؤالی که ممکن است مطرح گردد این است که با اشتراط در قرارداد به صورت صریح یا ضمنی، آیا می‌توان بهره‌برداری‌های غیر قابل پیش‌بینی را مشمول قرارداد گرداند؟ ماده L131-6 قانون مالکیت فکری فرانسه با ملاحظاتی چنین شرطی را مورد پذیرش قرار داده است. به موجب این ماده، «شرط ناظر به اعطای حق بهره‌برداری از اثر در قالب شکل غیرقابل پیش‌بینی یا شکل پیش‌بینی نشده در تاریخ قرارداد، باید صریح و متضمن مشارکت در منافع حاصل از بهره‌برداری مزبور باشد.» بنابراین از سویی، اگر شرط مزبور صریح و بدون ابهام نباشد به نحوی که حداقل، التفات پدیدآورنده را به خود جلب نماید، محکوم به بطلان است. از سوی دیگر، صرف صریح بودن شرط، کفایت نمی‌کند، بلکه شرط مزبور باید متضمن بهره‌مندی پدیدآورنده از عوائد حاصل از شیوه نوین بهره‌برداری به صورت درصدی باشد. بنابراین تعیین مبلغ مقطوع کافی نیست. هدف از پیش‌بینی این شرط در ماده مذکور حمایت از پدیدآورندگان است که معمولاً در انعقاد قرارداد قدرت چانه‌زنی ندارند. ضمانت اجرای این حکم عدم تأثیر شرط است. (Pollaud-Dulian, 590, n° 967)

اگر شرط انتقال شیوه‌های بهره‌برداری غیرقابل پیش‌بینی با قیود پذیرفته شده در حقوق فرانسه، موجب غرری شدن قرارداد تلقی نگردد، برای پذیرش آن در حقوق ایران اشکالی وجود نخواهد داشت. در غیر این صورت، شرط مجهولی که موجب جهل به موضوع قرارداد گردد، در حقوق ایران (حائری شاه‌باغ، ۲۱۴/۱؛ امامی، ۲۸۱/۱؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۸۸/۳-۱۹۱)^۱ و فقه امامیه (نجفی، جواهر الکلام، ۲۰۲/۲۳؛ موسوی بجنوردی، ۲۷۹/۳؛ حسینی مراغی، ۲۸۸/۲-۲۸۹؛ نائینی، منیة الطالب، ۲۲۷/۳؛ نیز رک. اصفهانی، ۱۶۶/۵؛ محقق داماد، ۳۵۳)، به علت غرری گردیدن قرارداد، شرطی باطل و مبطل قرارداد است.

بند سوم: احکام خاص مربوط به عوض

واگذاری حقوق مادی مربوط به آثار ادبی و هنری ممکن است در قالب قراردادی معاوضی

^۱ - بند دو ماده ۲۳۳ قانون مدنی به صراحت شرط مجهولی که باعث جهل به عوضین شود را در زمره شروط باطل و مبطل ذکر نموده است.

یا مجانی صورت پذیرد. البته در فرض سکوت طرفین، مجانی بودن واگذاری حقوق، مستلزم اثبات است؛ زیرا همان‌گونه که از ماده ۲۶۵ قانون مدنی، استنباط می‌گردد و فقیهان امامی (علامه حلی، مختلف الشیعة، ۱۷۱/۶؛ ابن‌العلامة، ۳۰۷/۴-۳۰۸؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۱۶۰/۱۰؛ فاضل هندی، ۴۷۸/۷؛ محقق بحرانی، ۵۷۵/۲۱؛ طباطبائی، ۲۲۴/۹؛ طباطبائی یزدی، العروة الوثقی، ۱۱۲/۵-۱۱۳) نیز در موارد مختلف به آن استناد نموده‌اند، ظاهر بر عدم تبرع است و هرکس از مال یا کار دیگری منتفع گردد، باید عوض آن را پرداخت نماید. در فرض عدم توافق در خصوص عوض، به موجب مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی در باب استیفاء از مال یا کار دیگری، پدیدآورنده مستحق اجرت المثل بهره‌برداري از اثر خواهد بود. طبیعی است در فرض معوض بودن قرارداد، قواعد عمومی راجع به شرایط موضوع قرارداد در مورد عوض نیز اصولاً جاری است؛ زیرا عوض یکی از دو موضوع اصلی قرارداد را تشکیل می‌دهد.

با این همه در برخی نظام‌های حقوقی همچون حقوق فرانسه، برای تعیین میزان عوض، مقررات خاص و ویژه‌ای وضع شده است. ماده 4-131 L قانون مالکیت فکری فرانسه، اصل لزوم مشارکت پدیدآورندگان در عواید بهره‌برداري از اثر خود را پیش‌بینی نموده است. بر اساس این ماده، انتقال حقوق مادی اثر باید متضمن شرط مشارکت نسبی پدیدآورنده در عواید حاصل از فروش یا بهره‌برداري باشد. قانونگذار فرانسه با اتخاذ این راه حل درصدد مرتفع نمودن این خطر بوده که پدیدآورنده، حقوق بهره‌برداري خود راجع به اثر را با مبلغی ناچیز و مقطوع به دیگری منتقل نماید و در موفقیت‌های مالی ناشی از اثرش سهم نباشد. (Pollaud-Dulian, 595, n° 978)^۱ همچنین در توجیه این روش و منصفانه بودن آن گفته شده (Lucas, 424, n° 518) (کلمبه، ۱۶۴) که پدیدآورنده در موفقیت یا عدم موفقیت اثرش سهم می‌گردد. با این حال باید توجه داشت که برای اصل مزبور نقاط ضعفی نیز بیان شده است. از سویی، از آن جا که برای مشارکت مزبور حداقلی مقرر نشده، در نتیجه می‌توان درصد کمی از مشارکت را برای پدیدآورنده پیش‌بینی نمود که جز در مورد سوءاستفاده آشکار^۲، توافق مزبور تأمین‌کننده

^۱ - قانونگذار فرانسه در مقام حمایت از پدیدآورنده تدابیر دیگری نیز اندیشیده است. از این میان، پیش‌بینی حق تعقیب برای پدیدآورندگان آثار هنری قابل ذکر است که با تدبیر اندیشیده شده درخصوص نحوه تعیین میزان عوض در قراردادهای بهره‌برداري از اثر قابل مقایسه است.

^۲ - برخی از حقوقدانان فرانسوی (Desbois, 610, n° 561) به صراحت، موردی را که درصد بسیار ناچیزی از مشارکت برای پدیدآورنده تعیین می‌گردد، تقلب نسبت به قانون دانسته، آن را مصداق مشارکت ندانسته بلکه به

شرایط قانونی است و دادگاه نمی‌تواند متعرض آن گردد. از سوی دیگر، در موارد فراوانی تعیین مبلغ مقطوع به جای مشارکت، توسط قانونگذار فرانسه تجویز گردیده^۱ که فراوانی استثناها موجب انتفاء اصل می‌گردد. به علاوه، در صورتی که مبلغ عوض (حق تألیف) مقطوع باشد، پدیدآورنده می‌تواند در صورت وجود شرایط، درخواست تجدیدنظر در قیمت بنماید. توضیح این‌که به موجب ماده 5-132 قانون مالکیت فکری فرانسه چنانچه به واسطه غبن یا عدم پیش‌بینی صحیح عواید حاصل از اثر، خساراتی بیش از هفت دوازدهم مبلغ مورد توافق، به پدیدآورنده وارد آید، وی می‌تواند اصلاح مبلغ را درخواست نماید. حکم این ماده ناظر به فرضی است که مبلغ قرارداد به صورت مقطوع تعیین شده باشد. حال آن‌که در فرضی که مبلغ به صورت مشارکتی تعیین شده، استفاده از حق مزبور منتفی است. (کلمبه، ۱۶۴-۱۶۶)

در حقوق مصر، به موجب ماده ۱۵۰ قانون مالکیت فکری، پدیدآورنده می‌تواند در ازای انتقال تمام یا برخی از حقوق بهره‌برداری اثر، تقاضای عوضی عادلانه بر اساس مشارکت نسبی^۲ یا مبلغی مقطوع و یا ترکیبی از آن دو بنماید. البته ماده ۱۵۱ قانون مذکور مقرر می‌دارد که چنانچه موافقت مزبور موجب اجحاف به حقوق پدیدآورنده باشد یا در آینده در اثر اوضاع و احوالی که پس از قرارداد پیش می‌آید، چنین وضعیتی رخ دهد، وی می‌تواند از دادگاه تقاضای تعدیل قرارداد را بنماید. به اعتقاد برخی اساتید حقوق مصر (سنهوری، ۳۸۸/۸-۳۸۹)، چنین حکمی خلاف اصل بوده، باید به موارد منصوص قانونی بسنده نمود. چون اصل این است که عوض قرارداد جز با قرارداد جدید قابل تعدیل نیست.

در حقوق ایران در خصوص چگونگی تعیین میزان عوض، مقررات ویژه‌ای نداریم و موضوع مشمول قواعد عمومی است. بدیهی است چنانچه طرفین، مشارکت نسبی در عواید حاصل از بهره‌برداری از اثر توسط منتقل‌آلیه را شرط نموده باشند، پدیدآورنده از چنین حقی برخوردار خواهد بود. منشأ حق مزبور قراردادی است. در غیر این صورت نمی‌توان از چنین حقی برای پدیدآورنده سخن گفت. در خصوص تعدیل قرارداد نیز باید گفت، جز با توافق

مثابه مبلغ مقطوع تلقی کرده‌اند. برای ملاحظه راه حل‌های دیگر در خصوص ناچیز بودن درصد مشارکت، رک. (Pollaud-Dulian, 598, n° 986) (کلمبه، ۱۶۴-۱۶۶).

^۱ - استثنای مزبور در مواد مختلف قانون مالکیت فکری فرانسه پیش‌بینی شده است. ماده 4-131 متضمن شش مورد استثنا است. ماده 6-132 نیز در نه بند، استثنای متعددی را مطرح نموده است. برای ملاحظه تفصیلی استنناها، رک: (Desbois, 615 s., n° 566 s.; Pollaud-Dulian, 599-600, n° 987-991; Lucas, 430 s., n° 530 s.).

^۲ - مشارکت نسبی ممکن بر اساس نسبتی از قیمت شمارگان اثر انتشار یافته و یا به نسبت قیمت نسخه‌هایی که فروخته می‌شود، صورت پذیرد. (رک: سنهوری، ۳۳۳/۷)

طرفین یا تصریح نصوص قانونی، امکان تعدیل قرارداد وجود ندارد^۱. در عین حال بر اساس قواعد عمومی و به موجب ماده ۴۱۶ قانون مدنی، در صورتی که هر یک از طرفین با توجه به اوضاع و احوال زمان قرارداد، دچار غبن فاحش گردیده باشند، اختیار فسخ قرارداد را خواهند داشت. بدیهی است این حق به هر یک از طرفین که مغبون شده باشد، تعلق داشته، ناظر به غبن در زمان قرارداد است و همان‌گونه که بسیاری از حقوقدانان (حائری شاه‌باغ، ۱/۲۰۲-۴۰۳؛ بروجردی عبده، ۱۹۶؛ امامی، ۱/۴۹۸؛ شهیدی، حقوق مدنی (۶)، ۵۹) و فقیهان امامی (نائینی، منیة الطالب، ۳/۱۲۲؛ خوئی، مصباح الفقاهة، ۴/۳۵۵؛ روحانی، منهج الفقاهة، ۵/۴۱۷) اظهار کرده و حتی برخی (محقق سبزواری، ۱/۴۶۶؛ محقق بحرانی، ۱/۴۱۹؛ انصاری، المکاسب، ۵/۱۶۸) بر آن ادعای اجماع نموده‌اند، غبن حادث خیار فسخ را به دنبال نخواهد داشت. البته برخی از حقوقدانان (صفایی، ۲/۱۶۴) در مواردی که تغییر شرایط اوضاع و احوال موجب عسر و حرج می‌گردد، از حق فسخ برای کسی که دچار عسر و حرج شده، سخن گفته‌اند. برخی دیگر (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳/۱۰۲ و ۱۰۶-۱۰۷) علاوه بر قاعده عسر و حرج به قاعده لاضرر نیز به عنوان مبنای خیار غبن استناد نموده، معتقدند می‌توان از قاعده اخیر نیز برای پذیرش حق فسخ معامله در فرض غبن حادث می‌توان استفاده نمود.

البته در خصوص استناد به قاعده عسر و حرج، باید گفت همان‌گونه که برخی از استنادکنندگان به عسر و حرج (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳/۱۰۳ و ۱۰۶) نیز اظهار کرده‌اند، عسر و حرج در قراردادهای آبی، قابل تصور نیست. در مورد قراردادهای مستمر نیز اثبات تحقق آن به راحتی امکان پذیر نیست. به ویژه این که فسخ قرارداد به استناد عسر و حرج، ممکن است به زیان و عسر و حرج طرف مقابل نیز بینجامد که در این صورت به دلیل تعارض دو عسر و حرج، نمی‌توان به آن استناد نمود.

در هر حال پیش‌بینی مقررات ویژه‌ای در این خصوص که حقوق پدیدآورندگان را بیشتر تأمین نماید، شایسته است.

نتیجه

در برخی از نظام‌های حقوقی مانند فرانسه، کتبی بودن قراردادهای بهره‌برداری از آثار ادبی

^۱ - برای مطالعه تفصیلی در این خصوص، ر.ک: (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳/۷۲ به بعد؛ بیگدلی؛ فخار طوسی، ۹۶-۱۳۶)

و هنری برای حمایت از پدیدآورنده اصولاً به‌عنوان شرطی اثباتی و در برخی موارد خاص به‌عنوان شرط صحت لازم دانسته شده است. به علاوه ثبت قرارداد در مواردی ویژه پیش بینی گردیده است. این در حالی است که در فقه و حقوق ایران بر اساس اصل رضایی بودن قراردادها، کتبی بودن قرارداد بهره‌برداری و ثبت آن شرط نیست. همچنین در حقوق فرانسه، انعقاد قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مادی پدیدآورنده، توسط نمایندگان قراردادی یا قانونی وی امکان‌پذیر است، لیکن اعمال جنبه‌های معنوی آمیخته به آن در صلاحیت شخص پدیدآورنده می‌باشد. ضمانت اجرای این قاعده بطلان نسبی قرارداد است. رضایت شخصی پدیدآورنده حتی در فرض محجوریت وی نیز لازم دانسته شده است، مگر این که وی به دلیل ناتوانی جسمی، قادر به اعلام رضایت نباشد. در حقوق ایران نیز حق تصمیم‌گیری راجع به انتشار یا عرضه اثر ادبی و هنری یکی از حقوق معنوی پدیدآورنده بوده، قابل توکیل به غیر نیست. همچنین در خصوص محجوران فاقد اراده که از این حیث ناتوان از اجرای حقوق خویش هستند، ولی یا قیم اختیار تصمیم‌گیری درباره انتشار یا عرضه آثار ادبی و هنری متعلق به محجور را دارا می‌باشد. لیکن تصمیم‌گیری در مورد انتشار یا عرضه آثار متعلق به صغار ممیز و اشخاص سفیه در حیطه اختیارات ولی یا قیم قرار ندارد.

در خصوص برخی از شرایط مربوط به موضوع قراردادهای بهره‌برداری ظرافت‌هایی وجود دارد. از سویی به دلیل لزوم وجود موضوع قرارداد و برای حمایت از پدیدآورنده، در حقوق فرانسه اصولاً انتقال کلی آثار آینده باطل دانسته شده است. همین حکم در حقوق ایران نیز قابل پذیرش است؛ زیرا انتقال کلی آثار آینده علاوه بر سلب حریت و آزادی پدیدآورنده، منافی با قاعده لزوم معلوم و معین بودن موضوع قرارداد است. از سوی دیگر در حقوق ایران و فرانسه، قلمرو موضوعی و انواع حقوق انتقالی، کمیت آن و کیفیت و شیوه بهره‌برداری از اثر باید تعیین گردد. در فرض تردید در انتقال حقی از حقوق مادی پدیدآورنده، اصل بر عدم انتقال حق و بقای آن برای پدیدآورنده است. در خصوص عوض قرارداد در حقوق فرانسه، به رغم وجود برخی استثنائات، اصل لزوم مشارکت پدیدآورندگان در عواید بهره‌برداری از اثر خود پیش‌بینی شده است. این در حالی است که در نظام حقوقی مصر امکان مشارکت نسبی، تعیین مبلغی مقطوع و یا ترکیبی از آن دو پیش بینی گردیده است. لیکن در حقوق ایران مقررات ویژه‌ای در این خصوص وجود نداشته، موضوع مشمول قواعد عمومی است. با این همه پیش‌بینی مقررات ویژه‌ای در این خصوص می‌تواند به نحو مناسب‌تری حقوق پدیدآورندگان را تأمین نماید.

منابع

- قرآن کریم، کلام الله المجید.
- ابن ابی جمهور الأحسائی، *عوالی الثالی*، قم، سید الشهداء، چ ۱، ۱۴۰۳ ق.
- ابن العلامة، *ایضاح الفوائد*، قم، موسسه اسماعیلیان، چ ۱، ۱۳۸۹ ق.
- ابن طی الفقعی، *الدر المنضود*، قم، امیر، چ ۱، ۱۴۱۸ ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *حاشیة المكاسب*، بی‌جا، ذوی القربی، چ ۱، ۱۴۱۹ ق.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، چ ۱، تهران، کتابفروشی اسلامی، چ ۱۵، ۱۳۷۴.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *الوصایا و الموارث*، قم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاری، چ ۱، ۱۴۱۵ ق.
- ، *صیغ العقود و الايقاعات*، قم، مجمع انديشه اسلامي، چ ۱، ۱۴۲۱ ق.
- ، *کتاب المكاسب*، قم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاری، چ ۲، ۱۴۲۰ ق.
- بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات مجد، چ ۱، ۱۳۸۰.
- بیگلدی، سعید، *تعديل قرارداد*، تهران، میزان، چ ۱، ۱۳۸۶.
- حائری شاه باغ، سید علی، *شرح قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چ ۲، ۱۳۸۲.
- حر عاملی، *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چ ۲، ۱۴۱۴ ق.
- حسینی حائری، سید کاظم، *فقه العقود*، قم، مجمع الفكر الإسلامی، ۱۴۲۸ ق.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد، *مفتاح الكرامة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ۱۴۲۴ ق.
- حسینی مراغی، میرفتاح، *العناوين الفقهية*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چ ۱، ۱۴۱۸ ق.
- حکیم، سید محسن، *نهج الفقاهه*، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی‌تا.
- خمينی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، *کتاب البيع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی، چ ۱، ۱۴۲۱ ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، *محاضرات فی أصول الفقه*، (تقریرات توسط اسحاق فیاض)، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چ ۱، ۱۴۱۹.
- ، *مصباح الفقاهة*، قم، مكتبة الداوری، چ ۱، ۱۳۷۷.
- روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق (ع)*، ج ۱۵، قم، مؤسسه دار الكتاب، چ ۳، ۱۴۱۲ ق.

- ، فقه الصادق (ع)، ج ۱۹ و ۲۰، قم، مؤسسه دارالکتاب، چ ۳، ۱۴۱۴ ق.
- ، منهاج الفقاهة، قم، علمیه، چ ۴، ۱۴۱۸ ق.
- زرکلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی و هنری، تهران، انتشارات سمت، چ ۱، ۱۳۸۷.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، چ ۳، ۱۹۹۸ م.
- سید بن طاووس، فتح الأبواب، بیروت، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چ ۱، ۱۴۰۹ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام، ج ۱۳، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چ ۱، ۱۴۱۸ ق.
- ، مسالك الأفهام، ج ۵، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چ ۱، ۱۴۱۴ ق.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، نشر حقوقدان، چ ۱، ۱۳۷۷.
- ، حقوق مدنی (۳)، تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چ ۷، ۱۳۸۴.
- ، حقوق مدنی (۶)، تهران، انتشارات مجد، چ ۳، ۱۳۸۴.
- صادقی، محمود و خلیج، یوسف، «حمایت از مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط در محیط مجازی»، مجله فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۵، زمستان ۱۳۸۶، صص ۱۱۵-۱۴۴.
- صفایی، سید حسین، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران، نشر میزان، چ ۲، ۱۳۸۶.
- ، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، اشخاص و اموال تهران، بنیاد حقوقی میزان، چ ۷، ۱۳۸۷.
- ، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، چ ۴، ۱۳۸۵.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب (چاپ سنگی)، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
- ، العروة الوثقی، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چ ۱، ۱۴۲۰ ق.
- طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۸، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۹ ق.
- عراقی، سید عزت الله، حقوق کار (۱)، تهران، سمت، چ ۴، ۱۳۸۴.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة، ج ۵، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۵ ق.
- ، تذکره الفقهاء (ط. ج)، ج ۱۰، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چ ۱،

۱۴۲۰ ق.

—، *تذکره الفقهاء* (ط. ق)، ج ۲، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، طبعة حجرية، بی تا.

—، *قواعد الأحكام*، ج ۲، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ج ۱، ۱۴۱۸ ق.

—، *نهایة الأحكام*، ج ۲، قم، مؤسسة إسماعیلیان، ج ۲، ۱۴۱۰ ق.

فاضل هندی، *كشف اللثام* (ط. ج)، مؤسسة النشر الإسلامي، ج ۱، ۱۴۲۰ ق.

فخار طوسی، جواد، «پژوهشی در تعدیل قرارداد»، *مجله فقه اهل بیت فارسی*، سال هفتم، شماره ۲۷، صص ۹۶-۱۳۶.

فخلعی، محمد تقی، «تحول آرای فقیهان امامی در باب روشها و ابراز انشای عقد همراه با تحلیل دیدگاه امام خمینی (س)»، *فصلنامه متین*، شماره ۴۴، ۱۳۸۸، صص ۴۷-۷۳.

قارپوزآبادی قزوینی، ملا علی، *صیغ العقود و الإیقات*، قم، انتشارات شکوری، ج ۱، ۱۴۱۴ ق. قبولی درافشان، سید محمد مهدی، و محسنی، سعید، «قلمرو بطلان نسبی»، *پژوهش حقوق*، شماره ۱۳، ش ۳۴، پاییز ۱۳۹۰، صص ۴۰۱-۴۲۶.

قدیری، محمد حسن، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۱، ۱۴۱۸ ق. قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات* (فارسی)، تهران، انتشارات کیهان، ج ۱، ۱۳۷۱.

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ج ۷، ۱۳۸۵.

—، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲ و ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ج ۴، ۱۳۷۶.

—، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، نشر میزان، ج ۱۴، ۱۳۸۵.

کلمبه، کلود، *اصول بنیادین حقوق مؤلف و حقوق مجاور در جهان*، ترجمه علی رضا محمدزاده وادقانی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.

محسنی، سعید و قبولی درافشان، سید محمد مهدی، «مفهوم و آثار بطلان نسبی»، *مجله دانش و توسعه*، سال هفدهم، شماره ۳۳، زمستان ۱۳۸۹، صص ۲۴۵-۲۷۰.

محقق بحرانی، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، ج ۱۹، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۱، بی تا.

—، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، ج ۲۱، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳.

- محقق حلی، *شرائع الإسلام*، تهران، انتشارات استقلال، چ ۲، ۱۴۰۹ ق.
- محقق داماد، سید مصطفی و دیگران، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، ج ۱، تهران، سمت، ۱۳۷۹.
- ، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، ج ۲، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
- محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱، ۱۳۸۸.
- محقق سبزواری، *کفایة الأحكام*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ۱۴۲۳ ق.
- محقق کرکی، *جامع المقاصد*، ج ۴، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چ ۱، ۱۴۰۸ ق.
- ، *جامع المقاصد*، ج ۷، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چ ۱، ۱۴۱۰ ق.
- محقق نراقی، ملا احمد، *عوائد الأيام*، بی جا، مرکز الأبحاث والدراسات الإسلامية، چ ۱، ۱۴۱۷ ق.
- ، *مستند الشیعة*، ج ۱۹، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چ ۱، ۱۴۱۹ ق.
- محمدی، پژمان، *قراردادهای حقوق مؤلف*، تهران، مؤسسه انتشارات دادگستر، چ ۱، ۱۳۸۶.
- مغیب، نعیم، *الملکيه الأدبیه و الفنیة و الحقوق المجاورة*، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، چ ۲، ۲۰۰۸ م.
- مقدّس اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان*، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، بی تا.
- ، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، ج ۸، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۱ ق.
- ، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، ج ۱۰، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۲ ق.
- موسوی بجنوردی، سید حسن، *القواعد الفقهية*، قم، نشر الهادی، چ ۱، ۱۴۱۹ ق.
- نائینی، محمد حسین، *منیة الطالب فی شرح المكاسب* (تقریرات توسط شیخ موسی خوانساری)، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۸ ق.
- ، *کتاب المكاسب و البیع* (تقریرات توسط شیخ محمد تقی آملی)، قم، مؤسسه نشر

اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۲۲ و ۲۳، تهران، دار الکتب الإسلامية، چ ۷، ۱۳۶۸.

—، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۲۷، تهران، دار الکتب الإسلامية، چ ۶، ۱۳۹۴ ق.

نمازی شاهرودی، علی، *مستدرک سفینه البحار*، ج ۱، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.

—، *مستدرک سفینه البحار*، ج ۷، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

نوری، میرزا حسین، *خاتمه المستدرک*، قم، مؤسسه آل‌البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چ ۱، ۱۴۱۵ ق.

وحدتی شبیری، حسن، *مجهول بودن مورد معامله*، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چ ۱، ۱۳۷۹.

وحید بهبهانی، محمد باقر، *حاشیه مجمع الفائدة و البرهان*، بی‌جا، مؤسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، چ ۱، ۱۴۱۷ ق.

آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۶ تیر ۱۳۵۵.

آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷.

قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹.

قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲.

قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹.

قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸.

قانون حمایت حقوق الملكية الفكرية مصوب ۲۰۰۲.

قانون مدنی ایران.

Code civil.

Code de la propriété intellectuelle.

Code de l'industrie cinématographique.

Code du cinéma et de l'image animée créé par Ordonnance n°2009-901 du 24.

Colombet, Claude, *propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 1976.

Desbois, Henri, *Le droit d'auteur*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1966.

Flour, J., Aubert, J. L. et Savaux, É., *Les obligations, L'acte juridique*, Paris, Armand Colin et Delta, 2^e éd., 2002.

Lucas, A. et H.-J., *traité littéraire et artistique*, Litec, 2^e éd., 2001.

Marty, Gabriel et Raynaud, Pierre, *Droit civil, les obligations*, T.1, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988.

Pollaud-Dulian, Frédéric, *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005.

Weill, Alex et Terré, François, *Droit Civil, les obligations*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1980.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۱،
زمستان ۱۳۹۱، ص ۱۶۹ - ۱۴۳

پژوهشی در سیر تاریخی تنقیح مناط در فقه امامیه*

فائزه ملکی

کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: sib206206@yahoo.com

دکتر محمد حسن حائری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

دکتر محمد تقی فخلعی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlaei@um.ac.ir

چکیده

تنقیح مناط، عبارت است از خالص کردن و منتقح کردن علت و مناط حکم از اوصاف و خصوصیات زائد همراه حکم و تعمیم آن به هر مورد برخوردار از ویژگی مشترک. تنقیح مناط، نخستین بار در سده پنجم توسط اهل سنت مطرح شد و بعدها در سده هفتم به طور صریح و رسمی، در بین شیعه مطرح گشت. (اگر چه پیش از آن نیز رویکردهایی غیر صریح به آن صورت گرفته بود). این روش بعد از آن نیز کم و بیش مورد توجه فقها بوده و به آن استناد جسته و در موردش سخن رانده‌اند. در این مقاله چگونگی رویکرد فقیهان از آغاز تا به امروز در آراء و نظریات و در عمل و استنادات، در ادوار مختلف، مورد تحلیل و تبیین قرار گرفته و در نتیجه آن مشخص می‌شود که جز یکی از فقها، به دلیلی قابل توجیه، هیچ کس به کلی با حجیت تنقیح مناط مخالف نیست و تقریباً همه حجیت تنقیح مناط قطعی را می‌پذیرند و تنها تنی چند از بزرگان، حجیت آن را در احکام غیر تعبدی محدود کرده‌اند؛ اگر چه که از طرف دیگر، عموم فقهای امامیه با حجیت تنقیح مناط ظنی مخالفند و تنها بعضی از اعلام امامیه، تنقیح مناط ظنی مستند به لفظ و بعض دیگر تنقیح مناط اطمینانی را معتبر دانسته‌اند.

کلید واژه‌ها: تنقیح مناط، مناط، تنقیح، الغای فارق، الغای خصوصیت.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۱۰/۱۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۱۲/۰۸.

طرح مسئله

تنقیح مناط، که از روش‌های تعلیل و تعمیم حکم است عبارت است از خالص کردن و منقح کردن علت و مناط حکم از اوصاف و خصوصیات زائد همراه حکم که تاثیری در حکم ندارند و سپس تعمیم حکم به هر مورد دیگری که واجد این مناط و علت باشد. به عنوان مثال حکمی داریم مبنی بر این که کسی که شغلش در سفر است، نمازش شکسته نیست. ادله این حکم در مورد مکاری (کرایه دهنده حیوان) است اما حکم وارده در مورد او با یافتن مناط و علت آن حکم که کثرت سفر و وابستگی شغل به سفر است با حذف خصوصیت مکاری بودن، به هرکسی که شغلش در سفر باشد تعمیم می‌یابد. (بروجردی، ۱۸۷) و نیز به اتفاق اصحاب، ازاله آب استنجا از لباس و بدن برای آن چه مشروط به طهارت است مثل نماز، واجب نیست؛ در حالی که اخبار تنها بر عدم نجاست لباس دلالت دارند اما از آن جا که بنا به ظاهر، خصوص لباس دخالتی در حکم ندارد، حکم از باب تنقیح مناط قطعی به غیر لباس هم سرایت می‌کند. (بحرانی، حدائق، ۱/۶۶۹ و ۴۶۸) هر چند فقهاء و اصولیان شیعه و سنی، تنقیح مناط را به عنوان یکی از روش‌های کشف ملاک و تعمیم حکم مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند اما از آن جا که این بحث‌ها پراکنده و محدود است، همگان بر این باورند که تنقیح مناط نیز مانند اکثر روش‌های معتبر کشف و تعمیم حکم که به ویژه می‌تواند در کشف احکام مسائل مستحدثه نقشی موثر داشته باشد نیازمند یک تحقیق منظم و همه جانبه است. از سوی دیگر از آنجا که این واژه، اندکی پس از اولین قرون اسلامی تا به حال در لسان فقها وجود داشته و به نوعی معرکه آرای آنان بوده است، برای فهم کامل آن، می‌بایست به پیشینه آن بین فقها و سیر تحول این نهاد اصولی در تاریخ علم اصول توجه جدی یافت؛ چرا که توجه به پیشینه علمی و تاریخی یک مسئله، آن هم مسئله مهمی از این دست، پژوهشگران آن حوزه را در دریافت عمق مسئله و تجزیه و تحلیل همه زوایای آن به طور تاثیر گذاری یاری می‌کند؛ لذا بر آن شدیم که جهت درک هر چه کامل‌تر این روش، رویکرد عملی و نظری فقهای شیعه (وعامه را تنها در حد تشخیص نقطه آغاز این روش) از میان آراء و نظرات و همین‌طور استنادات و دلایل فتاوی فقها از ابتدای شرع مقدس اسلام تا به امروز بیرون کشیده و به تحلیل بپردازیم.

لازم به ذکر است که طبق تتبعات نگارندگان در هیچ منبع دیگری به این شکل به تاریخچه تنقیح مناط پرداخته نشده است؛ اگرچه که گاه به تنها بعضی از نظرات و یا استنادات فقها به طور پراکنده اشاراتی شده است و گاه با در نظر گرفتن تنها یک عبارت یا یک رد عملی استناد

به تنقیح مناط از سوی یک فقیه، نظر وی راجع به تنقیح مناط، به طور کلی و قطعی مورد ادعا واقع شده است، در حالی که می‌بایست آراء و استنادات در این مورد، به طور کامل مورد فحص و بررسی قرار گیرد امید است که این مقاله بتواند ارائه دهنده رویکرد حقیقی و همه جانبه فقهای شیعه به تنقیح مناط باشد.

نقطه شروع تاریخی

ظاهراً به کارگیری این اصطلاح ابتدا از سوی اهل سنت بود. از نخستین کسانی که به بحث درباره تنقیح مناط پرداخته‌اند، ابوعلی حسن بن شهاب عبکری (م ۴۲۸ ق) از علمای اهل سنت است (پاکتچی صفحه ۱)، البته طبق گفته غزالی، پیش از آن نیز، ابوحنیفه با این که منکر قیاس در کفارات بود، تنقیح مناط را پذیرفته و آن را «استدلال» می‌نامید (غزالی، ۲۸۲) قاشانی و نهروانی نیز احکام معلق به اسباب را معتبر می‌دانستند که از نظر غزالی مقصود آنان از احکام معلق به اسباب، همان تنقیح مناط است (همان، ۳۰۲) اما کسی که به تفصیل درباره تنقیح مناط سخن می‌گوید، غزالی (م ۵۰۵ ق) است که دیدگاه‌های جدیدی را در مورد تنقیح مناط ابراز می‌دارد. (غزالی، ۲۸۲ و ۳۰۲ و ۳۰۴) به هر حال محور اصلی بحث در این مقاله رویکرد فقهای امامیه نسبت به تنقیح مناط است که جهت تبیین بهتر این پیشینه را با محوریت نقاط عطف این رویکرد و البته با التفات به مسائل تاریخی به ۸ دوره متمایز تقسیم نموده‌ایم.

۱. دوره حضور و نخستین عصر غیبت

در میان شیعه، با وجود آموزه‌های اهل بیت در مورد تفکر استدلالی و تعلیل و تفریع احکام، در قرون اولیه، محدثان به دلیل مشابهت ظاهری یا تشابه اسمی، کشف‌های قطعی علل احکام را در حکم قیاس می‌شمردند. (طباطبایی مدرسی، ۳۵ و ۳۶)

در دوران غیبت، نیز که غلبه با گرایش اهل حدیث بود تنها ردپایی که از تنقیح مناط قابل مشاهده است این است که بعضی قیاس معتبر در نزد ابن جنید (دانشمند میانه قرن چهارم، که پیرو مکتب اهل حدیث نبود) به «قیاس اولویت» یا «قیاس منصوص العله» و یا «تنقیح مناط قطعی» حمل کرده‌اند (سید بحر العلوم، ۲۱۴/۳) چراکه همه اینها شبیه به قیاسند و در قرون

۱ - تنها منبع مدعی این مسئله و در دسترس نگارندگان، همین مقاله بود و تتبع بیشتر در این زمینه برای دسترسی به منابع اصلی‌تر بدون نتیجه باقی ماند.

اولیه قیاس شمرده می‌شدند (طباطبایی مدرس، ۴۲) که البته مجال بررسی صحت و سقم این توجیه در جای دیگری است.

۲. بعد از عصر محدثان تا محقق حلی

بعد از انهدام مکتب اهل حدیث که توجه افراطی به نص و حدیث داشت و پس از کم شدن از بیم افراطی از افتادن به دامن قیاس، کم کم زمینه توجه به شیوه‌های تعلیل و از جمله تنقیح مناط پدید آمد و بعد از ابن جنید، شیخ طوسی (طبق نقل علامه حلی) در یک فرع فقهی، مناط را بیان و طبق آن حکم می‌کند. (۲۷۰/۳) اگر چه باز هم، نام صریحی از تنقیح مناط برده نمی‌شود که دلیل این مسئله می‌تواند ناشناخته بودن این اصطلاح در بین شیعه بیم از به کار گرفتن اصطلاحی با اصالتی از اهل قیاس، باشد و البته این احتمال نیز وجود دارد که بیش از این تنقیح مناط مورد توجه قرار گرفته باشد اما بر طبق تتبع نگارنده، اسناد موجود نشان دهنده همین مقدار توجه است. در هر صورت، از نظر غزالی در قرن ۵، همه منکران قیاس (که شیعه بخش اعظم آنان است) به اعتبار تنقیح مناط اقرار دارند. (همان، ۲۸۲)

۳. از محقق حلی تا فاضل تونی

ظاهراً نخستین کسی که به طور صریح تنقیح مناط را مطرح می‌کند، محقق حلی (م ۶۷۶ ق) است که در اثر اصولی‌اش «معارج الاصول» (۱۸۳) از آن نام برده و به تفصیل درباره‌اش صحبت کرده است. بر همین اساس آغاز پیدایش تنقیح مناط در بین شیعه را قرن ۷ قرار می‌دهیم. محقق حلی در مورد تنقیح مناط در جمع بین اصل و فرع قیاس، سخن می‌گوید. از نظر وی، جمع بین اصل و فرع یا از طریق احراز نبود فارق بین اصل و فرع است یا از طریق علت مشترک موجود در آن دو. (محقق حلی، ۱۸۳) حال چنان چه جمع بین اصل و فرع از طریق احراز عدم وجود تفاوت بین اصل و فرع باشد و از هر جهت، علم به مساوات بین آن دو حاصل شود، تعمیم حکم به مورد مساوی جایز خواهد بود و «تنقیح مناط» نامیده می‌شود. (همان) ولی اگر از بعضی جهات، تفاوت وجود داشته باشد، به دلیل احتمال اختصاص حکم به آن مزیت، تعمیم حکم جز با نص خاص جایز نیست. (همان)

علامه حلی (م ۷۲۶ ق)، شهید اول (م ۷۸۶ ق) و پس از او شهید ثانی (۹۶۶ ق)، پس از محقق صریحاً از تنقیح مناط نام نبرده‌اند اما نظر بعضی در مورد قیاس‌هایی که گاه در کتب آن‌ها دیده می‌شود این است که، همان تنقیح مناط بوده است. (حائری اصفهانی، ۳۸۳) همچنین شهید ثانی (مسالک الأفهام، ۶۵/۱ و ۲۱۴/۹ - ۲۱۶) و پس از او ابن فهد حلی (۸۴۱ ق)

(۴۸۳/۱) و محقق دوم علی بن حسین عبدالعالی کرکی (۹۴۰ ق) (جامع المقاصد، ۱/۱۱۴) گاه، مناط حکم را تعیین و طبق آن حکم کرده‌اند. ضمن این که محقق دوم، بیان می‌دارد که متقدمان او به هیچ نوعی از قیاس عمل نمی‌کردند اما متأخران وی به قیاسی که علت حکم اصل از طریق نص یا ایما منصوص باشد عمل می‌کنند.^۱ (رسائل کرکی [رساله طریق الاستنباط الأحکام] ۴۹/۴) که احتمالاً مقصود وی از این نوع قیاس، تنقیح مناط است. پس از او نیز امین استرآبادی که اخباری بود و روش‌های متداول تعلیل چون منصوص العله و اولویت را بی اعتبار می‌دانست، با شگفتی بسیار در بعضی از آرای فقهی خود به تنقیح مناط قطعی استناد جسته است. (بحرانی، حدائق، ۲/۹۲ و ۱۰۶) بنابراین استرآبادی را می‌توان نخستین فقهی دانست که صریحاً به تنقیح مناط استناد جسته است.

۴. از فاضل تونی تا وحید بهبهانی

بعد از محقق حلی، فاضل تونی (م ۱۰۷۱ ق) در «الوافیه» به طور صریح و مبسوط از تنقیح مناط نام می‌برد. (۲۲۹ و ۲۳۷) وی که از جمله موارد تلازم بین دو حکم را منطوق غیر صریح می‌داند. آن را (به معنای ملازم وضع لغوی لفظ نه معنای وضعی آن، تعریف می‌کند و) دارای اقسامی می‌داند: ۱- دلالت اقتضاء ۲- دلالت اشاره ۳- دلالت تنبیه و ایما (همان، ۲۲۹) و دلالت تنبیه و ایما عبارت است از آن چه به صورتی با حکم همراه شده و این همراهی دال بر علیت آن برای حکم است به طوری که لازم می‌آید که در غیر این مورد نیز هر جا این وصف با آن حکم همراه شد، حکم جریان پیدا کند. (تونی، الوافی، ۲۲۹) فاضل، دلالت تنبیه و ایما را در صورتی حجت می‌داند که نسبت به علیت و عدم مدخلیت خصوص واقعه، علم داشته باشیم و از نظر وی، مدار استدلال در کتب فقهی بر دلالت تنبیه و ایما است و مراد محقق در معتبر هم از حکم به حجیت تنقیح مناط قطعی همین است (همان، ۲۲۹ و ۲۳۸ همچنین وی، یکی از طرق علم به علت را نص بر علت معرفی کرده و آن را به دو قسم صریح و تنبیه و ایما تقسیم می‌کند. (همان، ۲۳۸)

محقق بحرانی (م ۱۱۸۶ ق) فقهی اخباری است که در عین حال، میانه روی را اتخاذ کرده

۱ - «تعدیة الحکم من المنطوق إلی المسکوت الذی هو القیاس، و قد وقع فیہ الخلاف: فمتقدموا أصحابنا لا یعملون بشیء منه و المتأخرون عملوا بما نص علی علیه حکم الأصل: إما بنص، أو إیما، علی ما تقرر فی الأصول».

۲ - این استنادات همراه با انتقاداتی که بحرانی به آن‌ها دارد تنها در حدائق بحرانی یافت شد و در کتب استر آبادی اثری از آن‌ها دیده نمی‌شود.

و پس از فاضل به تنقیح مناط پرداخته است. بحرانی عیناً مضمون عبارات و آرای فاضل درباره تنقیح مناط را می‌آورد، بدون آن که به هر علت نامی از وی ببرد. (بحرانی، حدائق، ۵۵/۱ و ۵۶/۱) می‌توان گفت رای بحرانی در مورد تنقیح مناط عیناً همان رای فاضل تونی است. (همان، ۵۶) از نظر وی صرف عدم ظهور خصوصیت دلالت بر عدم خصوصیت ندارد (همان، ۹۵/۱۳ و ۲۸۱/۱۴) اگر چه در بعضی از موارد، عدم علم به خصوصیت واقعه را کافی دانسته است. (همان، ۱۹۳/۴) وی، تنقیح مناط را مدار استدلال در اکثر احکام شرعی می‌داند، چون اگر احکام به خصوص همان وقایع خاص و مشخصات خارجی همراه حکم مختص شوند، هیچ حکم کلی‌ای ثابت نمی‌شود یا احکام کلی کمی باقی می‌ماند. (همان، ۴۴۲/۵ و همچنین ر. ک: ۳۳۱/۱ و ۲۷۹/۱۴ و ۱۹۳/۴) و البته عدم لحاظ خصوصیات احکام تا حدی است که علم و یا احتمال نسبت به مدخلیت خصوص واقعه وجود نداشته باشد (همان، ۵۶/۱) و یا آن مورد خاص با بقیه افراد نوعی که احتمال تعدی حکم به آن‌ها را می‌دهیم، در احکام تغایر نداشته باشد. به عنوان مثال آن چه در مورد خون بینی وارد شده است به دیگر افراد خون سرایت خواهد کرد، اما به دیگر افراد نجاسات چون بول و غائط به دلیل تغایری که بین آن‌ها به لحاظ احکام هست، سرایت نمی‌کند. (همان، ۳۳۱) شایان ذکر است بحرانی که تنقیح مناط را - که در عصر او هنوز از سوی بسیاری مطرود بوده است - معتبر می‌داند در مورد دلیل اولویت و منصوص العله که بسیاری قائل به حجیت آن دو می‌باشند، قائل به عدم حجیت می‌شود مگر در جایی که یا دلالت عرفی باشد و یا به تنقیح مناط قطعی بازگشت داشته باشد (همان، ۱۸۹ و ۶۵) وی، در عمل هم در اغلب موارد با جزم و قطع به تنقیح مناط استناد جسته (همان، ۳۳۱/۱، ۳۹۲، ۴۹۱، ۴۶۹ و ۱۹۳/۴ و ۲۹۷/۵ و ۴۵/۱۳ و ۱۵۸، الأنوار، ۲۰۴) و گاه با وجود تمایل به اجرای آن، احتیاط را بهتر دانسته (حدائق، ۹۲/۱ و ۴۵۲/۱۴) و گاه مردودش دانسته است (همان، ۳۷۴/۱ و ۹۵/۱۳)؛ تا آن هنگام، فقیهی به این وسعت از تنقیح مناط در آرای فقهی خود استفاده نکرده بود.

۵. وحید بهبهانی و شاگردان مکتب فقهی وی

در نیمه دوم قرن ۱۲، وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل (م ۱۲۰۵ ق)، بساط مکتب اخباری را در هم پیچید. (طباطبائی مدرسی، ۶۰) وی به طور قابل ملاحظه‌ای در آثارش از تعدی از نص و روش‌های آن و از جمله تنقیح مناط سخن می‌گوید. (بهبهانی، الفوائد الحائریه، ۲۸۹ - ۲۹۶ و ۱۴۵ - ۱۴۸) از نظر وی این وظیفه مجتهد است که موضع تعدی را از

غیر آن تمیز دهد. (همان، ۲۹۳) به تصریح وی تعدی توسط تنقیح مناط بین فقهای زیادی معتبر است. (همان) از نظر وی تنقیح مناط مثل قیاس است ولی علت در آن منقح و یقینی است. (همان، ۲۹۴ و ۱۴۷؛ همو، حاشیه علی مدارک الأحکام، ۵۴۹/۳) به طوری که به عدم مدخلیت خصوصیت موضع و عدم مانعیت مورد دیگر یقین داریم (بهبهانی، الفوائد الحائریه، ۲۹۴) و این یقین به دلیل امتناع تخلف معلول از علت تامه اش باعث یقین به تعدی می شود (همان، ۱۴۷) که گاه به اجماع و گاه به حکم قطعی عقل، حاصل می شود که هر دو، برای تنقیح مناط، منقح شرعی اند (همان، و ۲۹۴ و ۲۹۵) اما عمده و اصل همان اجماع است و عقل کمتر منقح است. (همان، ۲۹۵ و ۱۴۷) و اگر فقهای ما در کتاب های استدلالی خود نام تنقیح مناط را غالباً ذکر نکرده اند به همین دلیل است که تنقیح مناط معتبر تنقیح مناط قطعی است که منقح آن، در اجماع و عقل منحصر است. (همان، ۱۴۷) و دلیل این که تنها، تنقیح مناط قطعی معتبر است، این است که تنقیح مناط اگر ظنی باشد و نص نداشته باشیم، قیاس است و اگر نص داشته باشیم، منصوص العله است (همان، ۱۴۸) شایان ذکر است که بهبهانی شرط حجیت منصوص العله را فهم عرفی یا منقحیت مناط دانسته. (همان، ۴۵۱ و ۴۵۲) وی، تنقیح مناط را گاهی به جزم (مصاییح الظلام، ۴۹۱/۴ و ۳۸۱/۵، حاشیه علی مدارک الأحکام، ۳۵/۱، مجمع الفائده و البرهان، ص ۴۰۰ و ۴۸۵) و گاه با احتمال، دلیل قرار داده است. (بهبهانی، مصاییح الظلام، ۱۰۵/۲ و ۱۸۷/۷)

محمد مهدی نراقی (م ۱۲۰۹ ق) اشاراتی مفید و مختصر به روش های تعدی از نص دارد. (الجامع الجوامع، ۹۴ - ۱۰۱) از نظر وی، قیاس قطعی که در آن به علیت و سقوط محل (عدم مدخلیت خصوص واقعه) یا به مساوات (فرع و اصل) قطع حاصل شود و یا قیاسی که جامعش اتحاد طریق باشد حجت است (همان، ۹۹ و ۹۷) و دلیل حجیت قیاس قطعی این است که به دلیل قطع به تعلیل، ثبوت علت در فرع، ظاهر است و این ظهور در قیاس جلی با قطع به نبود فارق اگر چه که نصی بر علت نباشد، روشن تر خواهد بود، مانند الحاق امه به عبد. (همان، ۹۷) نراقی، فصلی بسیار کوتاه را به تنقیح مناط اختصاص داده و تنقیح مناط را تبیین الغای فارق توسط علت یا غیر آن می داند که به معنای اصل کلمه قیاس (نه قیاس اصطلاحی) می باشد که اگر نسبت به آن قطع حاصل شود قطعی و اگر تنها ظن آور باشد، ظنی (و فاقد حجیت) خواهد بود (همان، ۹۹) وی در آرای فقهی خود گاه به تنقیح مناط استناد جسته (معتمد الشیعه، ۶۰ و ۱۴۰) و گاه آن را مردود دانسته است. (همان، ۵۷ و ۱۰۲)

وحید بهبهانی شاگردان مبرز و نخبه‌ای داشت که روش او را به درستی حفظ کردند (طباطبایی مدرسی، ۶۱). از جمله مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از:

جواد بن محمد حسینی عاملی (م ۱۲۲۶ ق) که در آرای فقهی او، استناد به تنقیح مناط هر چند در حد نقل اقوال دیگران بدون ابراز نظر شخصی وی به چشم می‌خورد. (شرح، ۱۱۵ و ۱۸۹ و ۵۶۰)

جعفر بن خضر جناحی نجفی، کاشف الغطاء (م ۱۲۲۸ ق) که دیدگاه‌هایی جدید نسبت به تنقیح مناط، اولویت و دیگر روش‌های تعدی از نص، ابراز می‌دارد. (۱۸۸/۱) وی، می‌گوید بدیهی است که اطاعت بنده نسبت به مولا، یا دائر مدار علم به مراد مولاست [که یا از تصریح و یا از بررسی اقوال مولا به دست می‌آید] و یا ظنی که مولا آن را پذیرفته است. (۱۸۸) پس اگر حکم به چیزی تعلق گیرد و اولویت غیر مورد حکم نسبت به آن، با علم از داخل (نص) یا خارج (نص) مشخص شود یا با ظن از داخل (نص) مشخص شود و در نتیجه از مفاهیم لفظی باشد و یا مساوات غیر مورد حکم با آن (از داخل یا خارج) با علم معلوم شود و یا از داخل (نص) با ظن مشخص شود، نیز مثبت حکم است و تأمل در اعتبار اولویت با هر دو قسمش و تنقیح مناط و منصوص العله درست نیست. (همان) عبارت اخیر در مورد تنقیح مناط، بیانگر حجیت تنقیح مناط قطعی و همچنین ظنی مستند به لفظ آن است عبارات پیش از گونه‌ای که از مجموع ادله برای او فهمی پدید می‌آید، شایسته نیست؛ زیرا این فهم از آن نیست. به خصوص که وی در ادامه بیان می‌کند که تأمل در اعتبار آن چه که در ذهن مجتهد پس از بررسی ادله توسط ذوق سلیم و ادراک مستقیم حاصل می‌شود به گونه‌ای که از مجموع ادله برای او فهمی پدید می‌آید، شایسته نیست؛ زیرا از قبیل منصوص است چرا که عقل، ذوق شنوایی، بویایی و بیانی دارد که با حواس درک نمی‌شود و اعتبار منظوقات، مفاهیم، کنایات، تلویحات، رموز، اشارات، تنبیهات و مانند آن در صورت ضعیف نبودن ظن، از یک مقوله است؛ زیرا مدار حجیت، تنها بر مفاهیم معتبر عرفی استوار است. (همان) از نظر وی، مفهوم اولویت از جمله مفاهیم است که منطوق قرار دادنش بعید است و محل آن عبارت است از هر جایی که حکمی بر مسئله‌ای معلق شود و اولویت غیر آن مسئله به صورت ظهور تام از لفظ فهمیده شود و اما اگر این ظهور از میان لفظ نباشد با حصول قطع بلکه مطلق ظن قوی باز هم بنا به اقوی، نسبت به اولویت حکم می‌شود ولی دیگر مفهوم نخواهد بود بلکه از قبیل مستفاد از تنقیح مناط خواهد بود. (۱۸۵/۱) وی در عمل نیز تنقیح مناط را به کار می‌گیرد. (۴۶۰/۲)

میرزای قمی (م ۱۲۳۱ ق) نیز چون فاضل و بحرانی، تنقیح مناط را در دلالت تنبیه و ایماء و دلالت تنبیه و ایماء را در منطوق غیر صریح جای داده است. (قوانین الأصول ۱۶۸) وی در فقه نیز به تنقیح مناط استناد کرده است. (جامع الشتات، ۴۲/۱)

اسدا... بن اسماعیل شوشتری کاظمی (م ۱۲۳۴ ق)، تنقیح مناطی را که در آن فرع و اصل در حکم با هم مساوی باشند، معتبر دانسته و مجرد شک در عدم تساوی را در عدم اعتبار تنقیح مناط کافی می‌داند. (۹۱) مگر در مورد مستحبات که، با توجه به قاعده تسامح در ادله سنن، حکم قابل تعدی خواهد بود. (۲۴۱)

سید علی طباطبایی (م ۱۲۳۱ ق)، تنقیح مناط قطعی را معتبر (۹۷/۶ و ۲۹/۴) و منقح را تنها اجماع و عقل در حد یقین می‌داند (۱۳۱/۹) و در عمل نیز، موارد تنقیح مناط غیرقطعی یا بدون منقح را رد می‌کند. (۵۷/۵ و ۳۹۷/۹) وی گاه تنقیح مناط را به قطع (۲۹/۴ و ۹۷/۶) مورد استناد قرار داده و گاه با تردید. (۲۳۱/۴ و ۴۱۸/۱۲ و ۷۸/۱۴ و ۱۸۷/۱۴)

محمد مجاهد طباطبایی (م ۶۹۸ ق) تنقیح مناط، با علت معلوم (۲۸۱ و ۴۹۱) و قطعی (۶۱) را معتبر می‌داند، و منقح مناط را چون استادش وحید، همان عقل و اجماع می‌داند. (۲۸۶) و در عرصه عمل، جز یک مورد (۶۱)، سایر موارد را مردود شمرده است. (۲۱۲ و ۲۸۱ و ۲۸۶ و ۴۹۱ و ۵۵۶ و ۶۹۸۸)

احمد نراقی (م ۱۲۴۵ ق) تنقیح مناط قطعی را معتبر دانسته و نخستین کسی است که قائل شد منقح، غیر از عقل و اجماع، استقراء یا همان عدم معهودیت فرق بین اصل و فرع هم می‌تواند باشد و در اکثر موارد همین استقراء، منقح واقع می‌شود (مستند، ۱۹۵/۱۶). وی در میدان عمل نیز، مکرر از تنقیح مناط استفاده کرده است، چه در مقام رد آن (مستند، ۱۶/۲ و ۱۹۵/۱۶) و یا مستند قرار دادنش (همان، ۴۰۰/۱ و ۱۰/۲، ۲۲/۵، ۲۴۶/۶، ۱۹۳/۸، ۵۰/۱۱، ۱۹۳/۱۶ و عوائد، ۲۸) و یا بیان احتمالی بودن استناد به آن. (مستند، ۳۰۹/۱۰)

محمد حسین حائری اصفهانی (م ۱۲۵۰ ق) نیز به تعدی از نص و روش‌های آن می‌پردازد. از نظر وی برای شناخت، نسبت به علت، راه‌هایی وجود دارد که از جمله آن‌ها قرائن حالیه و شواهد استنباطی یقینی است که تنقیح مناط نامیده می‌شود و معتبر است (حائری اصفهانی، ۳۸۵) چرا که هرگاه علت، تامه و معلوم باشد- هرچند که این علم از طریق ظنی که در نهایت به علم بر می‌گردد حاصل شده باشد- و وجودش در فرع، نیز معلوم باشد، حکم در فرع نیز ثابت می‌شود؛ زیرا تخلف معلول از علت تامه، ممتنع است و ابتنای شریعت

بر جمع بین مختلفات و تفریق بین متفقات ۱، مانع حصول علم در تنقیح مناط نیست. (همان، ۲۸۴)

از نظر صاحب جواهر نیز اطراد حکمت (منظور، همان علت است) در صورتی جائز است که مبتنی بر تنقیح مناط یا علت منصوص باشد. (۲۷/۲۳) علت در تنقیح مناط باید قطعی باشد، به نحوی که معنای محصلی برایش متصور باشد. (۳۱۰/۳۹) اما، با این که کتاب او «جواهرالکلام» کتابی جامع و غنی است ولی موارد کمی از استناد به تنقیح مناط در آن به چشم می‌خورد (۱۲۸/۸) و البته مواردی هم وجود دارد که ادعای استناد به آن را مطرح و نهایتاً آن را رد نموده است. (۱۷۸/۸، ۱۳۷/۹، ۵۹/۱۲، ۵۹/۳۱) و این امر دلیل بر آن است که این فقیه بزرگ در میدان عمل موضع محافظه کارانه‌ای در برابر تنقیح مناط اتخاذ کرده است.

مراغی صاحب «العناوین الفقهیه»، تنقیح مناط قطعی را معتبر می‌داند (۲۴/۱) و معتقد است علت مستنبط از کلام شارع اگر چه که به آن تصریح نشده باشد حجت است. (۴۷۵/۲) از نظر وی، حکم، گاه از نفس قواعد کلی چون قاعده «لاضرر» اثبات می‌شود و نیازمند ضمیمه نیست و گاه نیازمند انضمام امر خارجی است و خود حکم، درباره برخی افراد ثابت است و سایر افراد با الغای فارق و تنقیح مناط و یا اتحاد طریق ملحق می‌گردند. (۳۲۴/۱)

علی کاشف الغطاء (م ۱۲۵۳ ق) نیز تنقیح مناط قطعی را قبول دارد و معتقد است که تنقیح مناط باید منقح داشته باشد (۱۶۴ و ۱۹۳) که آن منقح یا اجماع است و یا نص (۱۹۳) و اما اتحاد طریق هم می‌تواند منقح قرار بگیرد. (۱۵۴) وی در عمل نیز از تنقیح مناط استفاده کرده است اما در اکثر موارد آن را رد (۲۹ و ۴۵ و ۶۳ و ۱۶۴ و ۱۵۴ و ۱۹۳) و در بعضی موارد قبول کرده است. (۱۵۴ و ۱۸۳)

۶. مکتب اصولی شیخ انصاری

شیخ انصاری (م ۱۲۸۱ ق) فقیه و اصولی بزرگ شیعه هم تنقیح مناط را از جمله اسباب تعدی می‌داند (الاجتهاد و التقليد، ۷۲) و معتقد است که در تنقیح مناط باید حتماً مناط معلوم باشد. (مطراح، ۲۶۵) اما به نظر وی تعدی از بعضی از خصوصیات، مستلزم تعدی از خصوصیات دیگر نیست بلکه مدار استنباط از نصوص خاص، در هر مسئله‌ای بر الغای برخی

۱ - این مسئله به این معنی است که گاهی در احکام مشاهده می‌نماییم که دو مسئله شبیه به هم یک حکم دارند و یا بالعکس دو مسئله که مشابه و متجانس نیستند، حکم مشابه دارند و همین مسئله باعث شده که برخی مخالف حصول علم در تنقیح مناط و امثال آن باشند.

خصوصیات و اکتفاء به بعضی دیگر است (انصاری، کتاب الطهاره، ۴۶۴). از نظر وی، فهم علت، گاه از میان الفاظ است مثل فهم علت از خود اخبار و گاه از خارج است که، اگر ظنی باشد، قیاس باطل و اگر قطعی باشد، تنقیح مناط است که چنانچه منعی نداشته باشد معتبر است. (حاشیه علی القوانین، ۲۱۵) او در میدان عمل نیز به کرات از تنقیح مناط بهره برده و اغلب با قطع به دلالت آن حکم کرده است (کتاب الطهاره، ۱۱۱/۵ و ۳۱۶/۳؛ کتاب الصلاه، ۲۶۷/۱ و ۳۲۳/۲؛ کتاب الخمس، ۱۴۵؛ کتاب الزکات، ۴۵؛ کتاب النکاح، ۱۸۹) و گاه احتمال دلیلتش، را بررسی کرده (کتاب الخمس، ۵۲ و ۲۵۴؛ کتاب النکاح، ۱۸۹؛ کتاب المکاسب، ۵؛ رسائل فقهیه، ۱۶۰) و گاه نیز با قطع، دلالت آن را رد کرده است. (الإجتهد و التقليد، ۷۲؛ حاشیه علی القوانین، ۲۱۵؛ کتاب الطهاره، ۵۰۹/۲ و ۱۱۰/۴) سرانجام با این که، شیخ انصاری در فقه و اصوله مبدع و مبتکر است (طباطبایی مدرسی، ۶۱) ولی رویه او، در تنقیح مناط همان رویه علمای پیشین است.

میرزا حبیب... رشتی گیلانی نجفی (م ۱۳۱۲ ق) احتمال مدخلیت خصوصیت را باعث بی اعتباری تنقیح مناط می‌داند. (فقه الإمامیه، ۵۰) و بیان می‌کند که تنقیح مناط با دلالت لفظی متفاوت است و استفاده عموم از تنقیح مناط، چیزی و استفاده آن از اطلاق لفظی، چیز دیگری است. (همان، ۵۲) وی گاه، تنقیح مناط را مستند فتاوا قرار داده است. (همان، ۵۰ و ۵۲ و ۲۸۸؛ کتاب الإجاره، ۱۴۴ و ۲۹۱)

۷. از میرزای آشتیانی تا فقهای معاصر

میرزا محمد حسن بن جعفر آشتیانی (م ۱۳۱۹ ق) نخستین کسی است که با صراحت، حکم به حجیت تنقیح مناط ظنی مستند به لفظ می‌کند. (آشتیانی، ۱۳۹) از نظر وی مقتضای اصل اولی، عدم جواز تعدی است مگر در شرایطی که مناط یا به نحو قطع و یا به نحو ظن مستند به لفظ، ثابت شود. (همان)

آقا رضا بن محمد هادی همدانی (م ۱۳۲۲ ق) نیز، تنقیح مناط را در احکام تبعیدی (۹۰/۱۱ و ۲۱۰/۱۳ و ۳۸۴/۳ و ۱۴۵/۱۴) معتبر نمی‌داند؛ چرا که در آنها، قطع به تنقیح مناط حاصل نمی‌شود (همان ۳۸۴/۳) مگر در مورد مستحبات، با توجه به قاعده تسامح، که در این صورت نیز، باید از جهت احتیاط انجام شود (همان، ۱۶/۶ — ۱۸) زیرا انجام عبادت در غیر وقتش، به جهت بدعت، حرام است. (همان، ۲۲) از نظر وی تنقیح مناط و اولویت در مقابل دلالت لفظی می‌باشند. (همان، ۱۸/۶) در میدان عمل نیز با وجود این که وی بارها ادعای تنقیح

مناطق را مطرح نموده ولی معمولاً یا به رد آن پرداخته (همان، ۳/۳۸۴ و ۱۱/۹۰ و ۱۳/۲۱۰) و یا احتیاط کرده (همان، ۶/۱۶ - ۲۲ و ۹/۳۸۵ و ۱۴/۴۷ و ۵۲۲) و گاه نیز با قطع حکم کرده است. (همان، ۱۴/۳۱۵)

محمد بن حسن محمد تقی بحر العلوم (م ۱۳۲۶ ق) نیز، قائل به حجیت تنقیح مناطق است.

(۷۱/۲)

۸. فقهای معاصر

آخوند خراسانی (م ۱۳۲۹) فقیه و اصولی مشهور، در تنها موردی که از تنقیح مناطق ذکری به میان آورده، استناد به تنقیح مناطق را غیر موجه دانسته است که البته این به معنای عدم اعتبار تنقیح مناطق در نظر وی نیست؛ بلکه می‌تواند نشان دهنده اعتبار آن در نزد وی هم باشد چون رد وی، موردی است نه کلی و اگر تنقیح مناطق از نظر او به کلی مردود باشد، دلیلی ندارد که برای رد کردن آن به طور موردی دلیل بیاورد بلکه بیان عدم حجیت تنقیح مناطق به کلی کافی بود. (آخوند خراسانی، ۱۰۱)

کاظم طباطبایی یزدی (م ۱۳۳۷ ق) استناد به تنقیح مناطق را گاه ممنوع (رسالة فی حکم الظن، ۱۸) و گاه ممکن (رسالة فی منجزات المریض، ۵) دانسته است.

عبدالکریم حائری (م ۱۳۵۵ ق) معترف به اعتبار تنقیح مناطق قطعی و عدم اعتبار تنقیح مناطق ظنی است (۳۷۹) و در عمل از تنقیح مناطق بهره برده است. (۳۷۸-۳۷۶)

میرزا محمد حسین عبدالرحیم غروی نائینی (م ۱۳۵۵ ق) فقیه نامی قرون متأخر، نیز معتقد به حجیت تنقیح مناطق قطعی است. (المکاسب و البیع، ۲/۲۰ - ۲۱ و ۴۵۳) از نظر وی مورد قیاس منصوص العله جایی است که در حکم مذکور در کلام، موجب و منشاء اختصاص حکم به موضوع نباشد و همچنین حکم معلل عام باشد (المکاسب و البیع، ۲/۲۰ - ۲۱ و ۴۵۳؛ نجفی خوانساری، ۱/۳۷۳) و اگر این گونه نباشد ولی مناطق قطعی داشته باشد، داخل مستنبط العله به مناطق قطعی (تنقیح مناطق قطعی) می‌شود و در غیر این صورت، دیگر احتمال تعدی نیست. (المکاسب و البیع، ۲/۴۵۳؛ رسالة فی حکم اللباس، ۳۳) همچنین وی از تنقیح مناطق در فقه و اصول، به مناسبت استفاده می‌کند. (فوائد الاصول، ۳/۲۳۰، ۴/۵۹۹ و ۶۰۱؛ نجفی خوانساری، منیة الطالب، ۱/۳۱۹ و ۳۷۳)

محمد حسین اصفهانی کمپانی (م ۱۳۶۱ ق) نیز اولویت را در جایی معتبر می‌داند که امکان دعوی تنقیح مناطق باشد تا نوبت به اولویت که درجه بالاتر تعمیم است، برسد. (حاشیة

المکاسب، ۴/۶۷ (وی در اصول و قواعد فقه، از تنقیح مناط بهره جسته است. (اصفهان)؛ اصفهانی، نه‌ایة الدرایه، ۲/۵۴۳)

آغا ضیاء عراقی (م ۱۳۶۱ ق) که اغلب با قطع، به دلیل تنقیح مناط حکم کرده (شرح تبصره، ۳/۶۱ و ۱۰۱ و ۴/۳۷۶ و ۵/۳۱۹؛ کتاب القضاء، ۴۸ و ۶۳ و ۱۷۶) و در بقیه موارد، یا آن را مردود دانسته (تعلیقه استدلالیه، ۵۰؛ کتاب القضاء، ۲۶ و ۳۷ و ۱۰۶ و ۱۲۰) و یا امکانش را بعید شمرده است. (تعلیقه استدلالیه، ۲۱۵، شرح تبصره، ۳/۲۶۵ و ۳۱۰۱۰)

سید محمد بن علی حجت کوهکمری (م ۱۳۷۳ ق) بعد از این که اقسام حجت در فقه را، نام می‌برد و تنقیح مناط را از جمله آن می‌داند، آن را استنباط علت حکم منصوص از عقل می‌داند که گاه علت مستنبط نامیده می‌شود و در آن، علت از غیر نص، کشف می‌شود و گاهی هم فرقی با الغای خصوصیت، نادیده می‌ماند، در حالی که در الغای خصوصیت این عرف است که احتمال خصوصیتی در نص نمی‌دهد و ذکر قید را از باب مثال می‌بیند. (حجت کوهکمری، ۴۶۰ و ۴۶۱)

آقا حسین طباطبایی بروجردی (م ۱۳۸۰ ق) (۲۸۶)، سید محمد محقق داماد (م ۱۳۸۸ ق) (کتاب الحج، ۲/۳۶۲، ۵۷۶، ۵۴۰، ۴۱۱ و ۳/۶۵؛ و کتاب الصلاة، ۳/۳۵۰) و محسن حکیم (م ۱۳۹۰ ق) (مستمک عروه، ۲/۲۸۲، ۳۰۶/۱۰، ۱۲۲/۱۱، ۴۳/۱۲؛ نهج الفقاهه، ۴۴۷) در آرای فقهی خود به تنقیح مناط تمسک جسته‌اند.

آیت ... بروجردی (م ۱۳۸۳ ق) نیز مفهوم موافقت نزد قدما را با اصطلاح «الغای خصوصیت» نزد متأخران یکی دانسته و آن را از این جهت که از مدالیل عرفی است، با تنقیح مناط که امری عقلی است متفاوت دانسته است. (لمحات، ۲۷۲)

سید محمود حسینی شاهرودی (م ۱۳۹۴ ق)، تعدی را در صورت وجود دلیل تبعدی بر جواز تعدی (۱/۷۸ و ۱/۴۹) و یا تنقیح مناط قطعی (همان، ۴/۳۶۶، ۱/۴۹) که احتمال خصوصیت در آن داده نشود (همان، ۱/۴۹) و مانعی از جعلش نباشد، جایز می‌داند؛ در عین حال حصول تنقیح مناط قطعی در شرعیات (احکام تبعدی) را به دلیل عدم احاطه عقول ما به ملاکات احکام (همان، ۴/۳۹ و ۳۲ و ۱۵۴ و ۱۸۹ و ۱۹۳) غیر ممکن می‌داند. (همان، ۴/۳۶۶) پیرو این عقائد در کتاب الحج خویش (از جمله احکام تبعدی) امکان تنقیح مناط قطعی را در همه موارد، ممتنع دانسته است. (۱/۴۹ و ۷۸ و ۲/۱۲۷ و ۲۷۴ و ۲۹۳ و ۳۵۶ و ۴۱۷ و ۲۲ و ۲۵ و ۳۸۳ و ۳/۴۵ و ۱۰۰ و ۴/۱۱۶ و ۴۰۱ و ۳۹ و ۱۳۲ و ۱۵۴ و ۸۹ و ۱۹۳ و ۲۸۵)

۳۱۹ و ۳۶۶ و ۲۱۶)

محمد تقی آملی (م ۱۳۹۱ ق) (۳۷۹/۱ و ۳۸۲ و ۳۸۳) و آقا بزرگ موسوی بجنوردی (م ۱۳۹۵ ق) معتقد به حجیت تنقیح مناط قطعی‌اند. (۹۶/۷) اگر چه که موسوی بجنوردی در مواردی بنا به اقتضای مورد آن را رد کرده است. (همان ۹۱/۲، ۴۰۴/۶، ۹۷/۷)

محمد هادی حسینی میلانی (م ۱۳۹۵ ق) نیز تنقیح مناطی را که احتمال خصوصیت در آن داده نشود و مناط آن، قطعی و تمام باشد، حجت می‌داند. (۱۵۲/۱ و ۱۴۹/۴)

ابوالحسن شعرانی به خروج از نص و گونه‌های آن و از جمله تنقیح مناط پرداخته است. (۱۷۴ و ۱۸۸) وی که خروج از نص را حکم کردن به حکم نص در غیر مورد آن می‌داند، معتقد است که دلالت التزامی لفظ (مفهوم موافق، مفهوم مخالف، مستفاد از معانی الفاظ مفرد به گونه‌ای که شرط عقلی یا شرعی باشد که شرط شرعی همان دلالت اقتضاء است) خروج از نص نیست. (همان، ۱۷۴ و ۱۷۵) به بیان وی، طرق علم به علیت علت نزد اهل سنت، نص بر علت، ایما، اجماع، مناسبت وصف و حکم، شبه، دوران، سبر و تقسیم، طرد و تنقیح مناط (برخلاف نظر بعضی از اهل سنت) است و شیعه غیر از نص، همه را منکر است. (همان، ۱۷۴ و ۱۷۵) به تصریح وی تعریف شیعه از تنقیح مناط، عبارت است از تبیین الغاء فارق بین اصل و فرع از سوی استدلال‌کننده و در نتیجه الزام به اشتراک اصل و فرع در حکم؛ (همان، ۱۸۵)

مثلاً جواز قصاص در قتل با آلت تیز مثل شمشیر وارد شده ولی ما حکم آن را به قتل با آلت سنگین مانند سنگ هم تعمیم داده و می‌گوییم که فرق بین این دو تنها در نوع آلت است و مطمئناً تیزی آلت نمی‌تواند دلیل حکم قصاص باشد پس حتماً علت حکم، دلیل مشترک بین این دو، یعنی قتل عمدی است. اما از نظر وی این مثال، مثال تنقیح مناط نیست بلکه از موارد واضحی است که کسی مخالفتی با آن ندارد اما ابوحنیفه و پیروانش و مجوزان تنقیح مناط، آن را ذکر کرده‌اند تا بیان کنند که همه موارد تنقیح مناط به همین وضوح است. (همان، ۱۸۶)

تعریف اهل تسنن از تنقیح مناط که تعریف برگزیده از نظر «شعرانی» هم می‌باشد، این است که تنقیح مناط، طریق سبر و تقسیم است. (شعرانی/۱۸۶) سومین وجه از وجوه صحیحی که شعرانی برای تعدی از نص ذکر می‌کند، الغای بعضی از قیود است که از طریق اجماع یا غیر آن، یقین داریم که مدخلیتی در حکم ندارند نه این که (ظن داشته باشیم و در نتیجه) از قبیل تنقیح مناط باطلی باشد که در باب قیاس به آن تمسک می‌شود (همان، ۱۸۶ - ۱۸۷) در آخر با توجه به مجموع بیانات وی می‌توان اظهار داشت که تنها مسئله، تفاوت در تعریف شعرانی از

تنقیح مناط با شیعه است؛ چرا که تنقیح مناط در نزد وی بر خلاف شیعه، طریق «سبر و تقسیم»، ظنی و در نتیجه فاقد حجیت است و در غیر این صورت از بیان وی راجع به سومین وجه صحیح تعدی و وضوح مثال مجوزان تنقیح مناط و دیگر قرائن می‌توان دریافت که تنقیح مناط قطعی مورد قبول شیعه، مورد قبول او نیز هست- به شرط این که آن را در دلالت تنبیه و ایماء که از نظر وی باطل است نگنجانیم- منتهی نامش تنقیح مناط نیست.

محمد جواد مغنیه (م ۱۴۰۰ ق) (۷۰/۲)، احمد موسوی خوانساری (م ۱۴۰۵ ق) (۱۸۴/۴)، امام خمینی (ره) (کتاب الطهاره، ۳۲۲/۱ و ۳۳۳/۳؛ الإجتهااد، ۹۸ و ۹۹؛ أنوار الهدایه، ۳۶۱/۱، ۳۹۱/۲؛ تهذیب الأصول، ۴۴/۳) در آثار خود تنقیح مناط را مورد توجه خویش قرار داده‌اند. البته امام خمینی (ره) در بیشتر موارد ادعای استناد به آن را رد نموده‌اند. (کتاب الطهاره، ۳۲۲/۱؛ الإجتهااد، ۹۹؛ أنوار الهدایه، ۳۹۲/۲؛ تهذیب الأصول، ۴۴/۳) همچنین وی معتقد است که الغای خصوصیت روایات، تمسک به ظهور عرفی کلام است (الإجتهااد، ۹۸؛ کتاب البیع، ۴۸ و ۲۲۲؛ تهذیب الأصول، ۱۸۲/۲) و کاملاً با تنقیح مناط و قیاس متفاوت است. (خمینی، کتاب البیع، ۴۸ و ۲۲۲) اما هر دوی آن‌ها، چنانچه احتمال خصوصیت در مورد آن داده شود، مردود است. (الرسائل، ۱۴۱/۲؛ تهذیب الأصول، ۱۸۱/۲ - ۱۸۲)

سید شهاب الدین مرعشی نجفی (م ۱۴۱۱ ق) نیز امکان استناد به تنقیح مناط را مطرح نموده است. (۱۹۸ و ۴۲۰) وی برای نخستین بار از «تنقیح مناط اطمینانی» (نه قطعی) به عنوان دلیل نام می‌برد (همان، ۴۳۷ و ۴۲۰) و در دو مورد بدان استناد می‌کند هرچند در یکی از این دو مورد، آن را به این نحو قابل مناقشه می‌داند که ما به حقیقت ملاکات احکام آگاه نیستیم و تعدی از یک باب به باب دیگر صحیح نیست چون هر بابی ملاک خاص خودش را دارد. (همان، ۴۲۱)

مرحوم ابوالقاسم خویی (م ۱۴۱۳ ق) به دفعات به تنقیح مناط توجه نموده است (کتاب الحج، ۲ / شرح ۱۶۱، کتاب الطهاره، ۵ / شرح ۲۲۰، مصباح الفقاهه، ۷۷/۱ و ۳۷۱، ۸۰/۳، ۵۴۸/۴، ۵۵۳/۵، ۵۷/۷، ۵۲۹ و ۵۵۱؛ أحكام الرضاع، ۱۴۱؛ مبانی تکمله، ۵۸/۴۲؛ فقه الشیعه، ۲۲۸/۵، ۱۱۰/۵) اما به دلیل عدم احراز شرائط صحت تنقیح مناط، اکثر آن‌ها از سوی ایشان مورد قبول قرار نگرفته است. (مصباح ۵۴۷/۱ و ۵۴۸ و ۵۵۱) همین مسئله به علاوه مواردی از نظرات ایشان در مخالفت با تنقیح مناط باعث می‌شود که در اولین نگاه او را مخالف تنقیح مناط بیابیم. بارزترین مورد مخالفت وی با استناد به تنقیح مناط، به این صورت است: «تنقیح

مناط شبیه ترین مسئله به قیاس و بلکه عیناً همان است و این به دلیل عدم شناخت ما نسبت به ملاکات احکام است. (خویی، کتاب الطهاره، ۵ / شرح ۲۲۰) گفته هایی شبیه به این نیز در موارد دیگری (خویی، کتاب الطهاره ۵ / شرح ۲۲۰) از سوی ایشان مطرح شده است ولی در آن موارد نسبت به مخالفت ایشان با اصل تنقیح مناط یقین حاصل نمی شود و حتی به دلیل عبارات قبل و بعد نسبت به عکس آن، یقین یا ظن قوی به عدم مخالفت با تنقیح مناط حاصل می شود. با توجه به تمام مسائل پیش گفته، به نظر می آید از آن جا که تمام تنقیح مناط هایی که در بخش عبادات ادعا شده مورد پذیرش ایشان قرار نگرفته (خویی، کتاب الحج، ۲ / شرح ۱۶۱؛ کتاب الطهاره، ۵ / شرح ۲۲۰) و موارد مخالفت نظری ایشان نیز در بخش عبادیات آمده است و از آن طرف تنقیح مناط هایی که در بخش معاملات ادعا شده حداقل در بعضی از موارد مورد قبول ایشان است (خویی، مصباح الفقاهه، ۵۴۷/۱ و ۵۴۸، ۵۵۱/۷)، می توان ادعا کرد که تنها، تنقیح مناط در احکام تبعیدی از نظر ایشان مردود است؛ زیرا نسبت به ملاکات عبادیات، علم و یقین حاصل نمی شود؛ اما در غیر عبادیات تنقیح مناط قطعی مورد قبول ایشان است اگر چه به نظر می رسد که به طور کلی تنقیح مناط قطعی از نظر ایشان نسبتاً دیرتر حاصل می شود و لذا حصول چنین تنقیح مناطی در عبادیات ناممکن و در ابواب غیر عبادی در بعض موارد، ممکن خواهد بود.

میرزا هاشم آملی (م ۱۴۱۳ ق) نیز قائل به حجیت تنقیح مناط قطعی است (المعالم المأثوره، ۱۸۲/۳ و ۲۳۸) و در عمل نیز به آن استناد می کند (همان، ۲۳۸/۳ و ۲۷۷ و ۱۹۷/۵، ۲۷۳/۶ و ۳۱۴ و ۳۱۵) ولی در مورد تنقیح مناط غیر قطعی هر چند دارای قوت، احتیاط را راه نجات می یابد. (آملی، المعالم المأثوره، ۹۹/۵)

سید محمد رضا موسوی گلپایگانی (م ۱۴۱۴ ق) معتقد به حجیت تنقیح مناط قطعی و عدم حجیت تنقیح مناط غیر قطعی است (کتاب القضاء، ۳۴۰/۱؛ کتاب الحج ۵۱/۱) و دعوی اولویت را متوقف بر تنقیح مناط قطعی می داند (کتاب الشهادات، ۳۱۹/)

محمد علی اراکی (م ۱۴۱۵ ق) گاه به تنقیح مناط استناد نموده (کتاب النکاح، ۱۵۳؛ کتاب الطهاره، ۱۷۵/۲؛ کتاب الصلاة، ۱۲۸/۱ و ۱۲۹ و ۱۳۳) و گاه استناد به آن را مردود دانسته (کتاب النکاح، ۱۵۳ و ۳۲۵ و ۳۳۱؛ کتاب الطهاره، ۶۵/۲؛ کتاب الصلاة، ۱۳۲/۱۱ و ۳۲۹ و رساله فی إرث، ۱۱۶) و گاهی، امکان آن را مطرح نموده است. (کتاب الطهاره، ۶۹۷)

یکی از فقه پژوهان معاصر، تصریح می کند که مجتهدان به تنقیح مناط قطعی یا اطمینانی

اعتماد می‌کنند چون قیاس نیست؛ زیرا قیاس، حکم را از یک جزئی به جزئی دیگر، تعدی می‌دهد بدون این که جامعی در لسان دلیل یا عرف وجود داشته باشد اما تنقیح مناط در جایی است که به دلیل وجود جامع عرفی، یا خصوصیت فهمیده نمی‌شود و یا عدم خصوصیت احراز می‌شود. (اردکانی یزدی، ۳)

از نظر دیگری تمسک به فحوا (اولویت) و عموم تعلیل (منصوص العله) از قبیل قیاس حرام نیست بلکه تمسک به فحوا، به تنقیح مناط قطعی و تمسک به عموم تعلیل منصوص به دلالت منطوقی باز می‌گردد (اشتهاردی، ۳۳۹) و قیاس اولویت متوقف بر تنقیح مناط قطعی است (همان، ۱۷۶/۱۳) و فقهای قدیم از تنقیح مناط به فحوا خطاب تعبیر می‌کرده‌اند. (همان، ۷۳/۲۴) وی تصریح می‌کند صدق موضوع (بر مصادیقش) غیر از شمول دلیل برای موارد دیگر از طریق تنقیح مناط است (همان، ۱۸۰/۳) وی، به طور متعدد، تنقیح مناط را مورد استناد قرار داده است. (همان، ۱۸۰/۳، ۴۲۶/۱۰، ۳۴۵/۲۱، ۲۸۳/۲۳ و ۳۰۳، ۳۵۹/۲۴ و ۳۷۵، ۱۳۶/۲۵)

یکی از مقرران اصولی، به صراحت بیان داشته است که با توجه به قضیه «ابان» در دیه قطع انگشتان زن و با توجه به عدم احاطه ما به ملاکات تشریح، حصول علم به تنقیح مناط ممکن نیست (جزایری شوشتری، ۸/ شرح ۱۳۱) و نهایت چیزی که از آن به دست می‌آید ظن به مناط است. (همان، ۵/ پاورقی ۵۳۳) اما در جایی دیگر بیان می‌کند که اگر تنقیح مناطی با مناط قطعی باشد که موجبی برای عدم دخل خصوصیت مورد، داشته باشد، معتبر است. (همان) همچنین وی دو نوع تنقیح مناط را مطرح می‌نماید: اول: تنقیح مناط از خارج (همان تنقیح مناط مصطلح که مناط از خارج از نص فهمیده می‌شود) دوم: تنقیح مناط لفظی (همان، ۷/ شرح ۱۸۵) ولذا با کنار هم گذاشتن همه دیدگاه‌های وی راجع به تنقیح مناط می‌توان نتیجه گرفت که به هیچ وجه وی مخالف کلی تنقیح مناط نیست لیکن به نظر می‌رسد که راجع به حصول تنقیح مناط معتبر سخت‌گیرتر است (به خصوص با توجه به شرط دوم وی برای حصول آن)

محمد تقی بهجت مرجع تقلید معاصر نیز به تنقیح مناط استناد نموده است. (جامع المسائل، ۹۴/۴؛ مباحث الأصول، ۲۷۲/۱)

محمد فاضل لنکرانی قائل به عدم حجیت تنقیح مناط در احکام تبعیدی به دلیل امتناع حصول قطع در آن‌هاست. (النجاسات، ۶۰؛ غسل الجنابة، ۱۳۹)

محمد صادق روحانی نیز معتقد است که برای تعدی حتماً باید مناط به صورت قطعی احراز شود (زبده الأصول، ۲۸۲/۳ و ۳۵۹/۴) و تنقیح مناط غیر قطعی محکوم به بطلان است؛ چرا که شارع در مواضع گوناگونی بین مختلفات جمع نموده و بین مجتمعات تفرقه انداخته است. از نظر وی، در صورتی که خصوصیتی وجود داشته باشد، عدم مانع وجیه و معتبر است (روحانی، منهاج، ۱/ شرح ۹۷) و باید علم حاصل شود که هیچ کدام از خصوصیات، دخالتی در حکم ندارند (روحانی، فقه الصادق(ع)، ۲۱/ شرح ۱۹۴) وی، در مواردی به جزم، تنقیح مناط را مستند قرار داده (یزدی، عروه، ۲۵۱/۲؛ روحانی، استفتانات، ۸۷ و ۱۱۵؛ فقه الصادق(ع)، ۹/ شرح ۴۴۷ و ۴۴۸؛ ۱۰/ شرح ۳۰۲؛ ۱۱/ شرح ۲۳۰؛ ۱۴/ شرح ۵۰؛ ۲۱/ شرح ۱۹۴) و در مواردی، احتمال استناد به آن را مطرح نموده (یزدی، عروه، ۲۵۱/۲؛ روحانی، فقه الصادق(ع)، ۱۸/ شرح ۳۴۴ و منهاج ۱/ شرح ۸۳ و ۲۴۱/۵) و در مواردی هم استناد به آن را مردود دانسته است. (روحانی، زبده، ۲۸۲/۳، ۳۵۹/۴؛ المسائل المستحدثه، ۳۵؛ منهاج، ۱/ شرح ۳۳۸، فقه الصادق(ع)، ۹/ شرح ۴۴۸؛ ۱۱/ شرح ۵۰)

نتایج بحث

- ۱- اصطلاح تنقیح مناط ابتدا در میان اهل سنت، در قرن پنجم هجری سر برداشته است.
- ۲- ورود رسمی تنقیح مناط در میان شیعه در قرن هفتم هجری و اولین بار توسط محقق حلی است؛ اگر چه که پیش از آن نیز رویکردهایی غیر صریح و غیر رسمی نسبت به آن صورت گرفته بود.
- ۳- از جمله شگفتی ها این که برخی از اخباریان گام‌های قابل توجهی در این مقوله برداشته‌اند؛ امری که در نگاه نخست با مشرب اخباریگری آنان ناسازگار جلوه می‌نماید. امین استرآبادی نخستین کسی است که به صراحت به تنقیح مناط استناد جسته است. پس از او نیز، بحرانی رویکرد روشن و قابل توجهی نسبت به تعمیم حکم و تنقیح مناط یافته و به صورت وسیعی از آن در فتاوی خویش استفاده کرده است به حدی که شاید تا امروز کسی نتوانسته باشد تا به آن مقدار نسبت به به کارگیری این روش توجه نماید.
- ۴- جز شعرانی، عموم فقهای امامیه دست کم مخالف کلی حجیت تنقیح مناط نیستند. مخالفت شعرانی با تنقیح مناط نیز به این دلیل است که وی تنقیح مناط را مانند اهل سنت، طریق سبر و تقسیم و در نتیجه ظنی می‌داند گرچه طبق قرائن و شواهد همو نیز، به هیچ وجه

مخالف تنقیح مناظ قطعی نیست.

۵- سایر کسانی که نظر خود را در این مورد ابراز داشته‌اند دست کم در مورد حجیت تنقیح مناظ قطعی در غیر احکام تبعدی متفقند و اکثر آن‌ها جز اندکی چون همدانی، شاهرودی، خوئی و فاضل لنکرانی (به دلیل عدم امکان حصول قطع در احکام تبعدی) حجیت تنقیح مناظ قطعی را در احکام تبعدی و غیر تبعدی پذیرفته‌اند.

۶- از طرف دیگر، عموم فقهای امامیه با حجیت تنقیح مناظ ظنی مخالفند جز این که بعضی، مواردی از تنقیح مناظ غیر قطعی را می‌پذیرند، از آن جمله اردکانی است که تنقیح مناظ اطمینانی را مقبول می‌داند و شیخ جعفر کاشف الغطاء که ظن قوی و ظن مستند به لفظ را در تنقیح مناظ معتبر می‌داند و میرزای آشتیانی که تنقیح مناظ ظنی مستند به لفظ را حجت می‌داند. ۷- اکثر فقیهان در مورد تنقیح مناظ موضعی همراه با محافظه کاری داشته‌اند که این مسئله در عرصه عمل بیشتر رخ می‌نماید.

۸- سیر در تاریخ تحول مباحث مربوط به این نهاد اصولی، پژوهشگر را به این باور می‌رساند که جوانب گوناگونی از این بحث برای فقها حتی فقهای معاصر شفاف و مبرهن نبوده است. وجود تفاوت‌ها در تعریف تنقیح مناظ، نبود معیار روشن در تفکیک موارد قطعی و ظنی از یکدیگر و خلط عملی تنقیح مناظ با موارد مشابهی چون الغای خصوصیت اثبات کننده این واقعیت است.

۹- از میان گفته‌های فقیهانی که با دقت بیشتر جوانب این نهاد اصولی را واکاویده‌اند، می‌توان نتیجه گرفت که تنقیح مناظ یکی از اقسام دلالت‌های مستند به لفظ است و شاید بتوان آن را در زمینه صغرای ظهور تحلیل کرد. در گفته‌های فقها از منقح بودن عواملی چند، چون اجماع، فهم عرفی، عقل و حتی استقراء و اتحاد طریق نیز یاد شده است.

۱۰- تنوری تنقیح مناظ اطمینانی که از سوی بعضی ارائه شده است در صورت تثبیت، می‌تواند منشأ انقلابی بزرگ در به کارگیری این نهاد اصولی باشد. این مسئله موقوف به آن است که در مباحث حجیت، علم اطمینانی بتواند جایگاه برتری را در کنار علم وجدانی و قطع بیابد و حجیت آن علی القاعده ثابت انگاشته شده و منجز و معدر لحاظ شده باشد، بدون آنکه در انتظار جعل شرعی بنشیند. بی تردید در شرعیات علم اطمینانی در دسترس است لیکن سراغ علم وجدانی رفتن در اغلب موارد کوشش بیهوده و بی فرجام است. غیر از این تنقیح مناظ ظنی مستند به لفظ، بافرض تحلیل حجیت تنقیح مناظ در ضمن صغرای ظهور، می‌تواند معتبر

باشد. این را نیز باید دانست که تحت هیچ شرایطی حتی بر مبنای دلیل انسداد نیز نمی‌توان برای تنقیح مناط ظنی وجهی از حجیت ذکر کرد به ویژه اگر تنقیح مناط ظنی به انواع قیاس مستنبط العله ملحق شود؛ چرا که دلیل انسداد برای ظنونی که بطلان آن‌ها در شرع حتمی است، حجت آور نیست.

۱۱- عده‌ای از فقیهان، حصول تنقیح مناط قطعی را در مورد احکام تعبدی، به دلیل عدم احاطه عقل بشر به ملاکات احکام، غیر ممکن دانسته‌اند؛ در حالی که به نظر می‌رسد اگر چه احکام در بخش عبادیات در مقایسه با ابواب معاملات اجمالاً توقیفی انگاشته می‌شود و شناخت ملاک در آن با چالش‌های بیشتری روبروست اما قطعاً در همه موارد ناممکن نیست؛ بلکه بنا به مورد و با توجه به مناسبات حکم و موضوع متفاوت خواهد بود؛ به ویژه که ما در تنقیح مناط بر خلاف تخریج مناط تنها با کنار زدن حشو و زوائد حکم، ملاک حکم را نمایان می‌کنیم نه این که آن را استخراج کنیم و قطعاً هر کجا که توقیفی بودن حکم برایمان روشن شود، تنقیح مناط به دلیل وجود مانع، اجرا نخواهد شد.

۱۲- رویکرد اصلی این مقاله فقط ارائه سیر تاریخی آراء و دیدگاه‌های فقهای شیعه، -با لحاظ حداکثری آراء و استنادات موجود ایشان- در طول ادوار مختلف بود. حجم انبوه شواهد و آدرس‌های ارائه شده می‌تواند به مثابه منبع سرشاری برای ارائه بحث‌های تحلیلی مستند به موارد، جهت واکاوی هر چه بیشتر جوانب مختلف این نهاد اصولی واقع شود. در هر صورت بحث و بررسی مفصل و تجزیه و تحلیل مباحث مربوط به تنقیح مناط بیش از آن چه ارائه شد در وسع این مقاله نبود و بحث دقیق‌تر در مورد آن به موضع دیگری واگذار شده است.

منابع

قرآن الکریم، کلام الله المجدید.

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، رساله فی الدماء الثلاثه (چاپ شده در ضمن فطرات من یراع بحر العلوم او شذرات من عقدها المنظوم)، بغداد، بی تا. [نسخه نرم افزار فقه اهل بیت (ع)]

آشتیانی، محمد حسن بن جعفر، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۳

—، کتاب القضاء، تهران، نشر رنگین، چاپ اول، ۱۳۶۹

- آل الشیخ، محمد طاهر، *بداية الوصول في شرح كفاية الأصول*، تصحيح محمد عبد الحكيم موسوی البكاء، بی جا، نشر أسوه آل الشیخ الراضی، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
- آل عصفور، حسین بن محمد، *سداد العباد و رشاد العباد*، تصحيح محسن آل عصفور، قم، کتابفروشی محلاتی، چاپ اول ۱۴۲۱ ق.
- ، *عیون الحقائق الناضرة في تميم الحقائق الناضرة (الحدائق الفاخرة)*، بی جا، بی نا، بی تا. [نسخه نرم افزار فقه اهل بیت (ع)]
- آملی، محمد تقی، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر نشر اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- آملی، هاشم، *المعالم الماثوره*، قم، نشر مولف، چاپ اول ۱۴۰۶ ق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، *المهذب البارع في شرح مختصر النافع*، تصحيح مجتبی عراقی، قم، دفتر نشر اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۷ ق.
- اراکي، محمد علی، *الخيارات*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.
- ، *المکاسب المحرمه*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- ، *رسالة في الإرث*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- ، *كتاب البیع*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- ، *كتاب الصلاة*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول بی تا
- ، *كتاب الطهارة*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- ، *كتاب النکاح*، قم، نشر نور نگار، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
- اردکانی یزدی، مرتضی، *رسالة في الإجتهد و التقليد*، قم، نشر مؤلف، چاپ اول ۱۴۰۲ ق.
- اشتهدادی، علی پناه (شارح)، *مدارك العروة [یزدی]*، تهران، دار الأسوه، چاپ اول بی تا
- اصفهانى، ابوالحسن، *وسيلة الوصول الى حقائق الاصول*، تقرير حسن سيادتي سبزواری، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
- اصفهانى، محمد تقی، *هداية المسترشدين في شرح معالم الدين*، بی جا، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا
- اصفهانى، محمد حسین، *حاشية كتاب المكاسب*، تحقیق و تصحيح عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، ناشر: محقق، چاپ اول ۱۴۱۸ ق
- ، *نهاية الدراية في شرح الكفاية*، با تصحيح وتعليق مهدی احدی ورمضان قلی زاده، قم، سید الشهداء، اول ۱۳۷۴

- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *الإجتهد و التقليد*، کتابفروشی مفید، چاپ اول ۱۴۰۴ ق.
- ، *الحاشیه علی استصحاب القوانین*، قم، الموتر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانية لمیلاد الشیخ الانصاری، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- ، *رسائل فقهیه*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول ۱۴۱۴ ق. (چاپ شده در ضمن مجموعه الرسائل).
- ، *فرائد الأصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، انتشارات اسلامی، چاپ اول بی تا
- ، *کتاب الخمس*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- ، *کتاب الزکات*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- ، *کتاب الصلاة*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- ، *کتاب الطهارة*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- ، *کتاب مکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- ، *کتاب النکاح*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- ، *مطرح الأنظار*، تقریر ابوالقاسم کلاتری نوری، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، چاپ اول بی تا.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، مصحح: مهدی مهریزی، محمد حسن درایتی، قم، نشر الهادی، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- بحر العلوم، محمد مهدی بن مرتضی، *الفوائد الرجالیه*، با تحقیق و تعلیق محمد صادق و حسین بحر العلوم، تهران، مکتبه الصادق، اول ۱۲۶۳
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الانوار الحیریه و الاقمار البدریه الاحمدیه*، بی جا، بی نا، بی تا. [نسخه نرم افزار فقه اهل بیت (ع)]
- ، *الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة*، محمد تقی ایروانی، عبد الرزاق مقرمی، قم، دفتر نشر اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۵ ق.
- بحرینی حائری (بحرانی)، یوسف بن احمد، *الدرة النجفیة فی الملتقطات الیوسفیة*، بیروت، دار المصطفی لایاء التراث، اول ۱۴۲۲ ق.
- ، *شرح رسالة الصلواتیه*، بی جا، محمد الخرسی البحرانی، ۱۴۲۲ ق.
- بروجردی، حسین، *البدر الظاهر فی صلاة الجمعة و المسافر*، تقریر حسینعلی منتظری، قم، نشر دفتر آیت ا... منتظری، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.

بروجردی، حسین، *لمحات الاصول*، تقرير روح الله خمینی (امام)، بی جا، چاپ و نشر موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.

بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، *الحاشیة علی مدارک الأحکام*، بی جا، آل البيت لاحیاء التراث المشهد، ۱۴۲۰ ق.

—، *الفوائد الحائریة*، قم، مجمع الفكر الإسلامی، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.

—، *حاشیة مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، چاپ اول ۱۴۱۷ ق.

—، *مصابیح الظلام*، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، چاپ اول ۱۴۱۷ ق.

بهجت، محمد تقی، *مباحث الأصول*، قم، نشر شفیق، چاپ اول بی تا

پاکتچی، احمد، مقاله دائرة المعارف بزرگ اسلامی، قابل دسترس در:

<http://www.cgie.org.ir>

تونی، عبد الله بن محمد، *الوافیه فی اصول الفقه*، تحقیق محمد حسین رضوی کشمیری، مجمع الفكر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۲۰ ق.

جزایری شوشتری، محمد جعفر، *منتهی الدراییة فی توضیح الکفایة*، قم، نشر مؤلف، چاپ سوم، بی تا.

حائری، عبدالکریم، *درر الفوائد*، تعلیق اراکی، تحقیق محمد مؤمن القمی، مؤسسه نشر الإسلامی، چاپ پنجم، بی تا.

حائری اصفهانی، محمد حسین بن عبدالرحیم، *الفصول الغروية فی أصول الفقهية*، قم، دارالاحیاء العلوم الإسلامیه، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.

حجت کوهکمری، محمد، *کتاب البیع*، تقرير ابوطالب تجلیل تبریزی، بی تا، دفتر نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

حسینی شاهرودی، محمود، *کتاب الحج*، تقرير ابراهیم جناتی شاهرودی، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ اول بی تا.

حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مؤسسه دار التفسیر، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.

—، *نهج الفقاهه*، قم، نشر ۲۲ بهمن، چاپ اول بی تا.

خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، *الاجتهاد و التقليد*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام (ره)، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.

- ، الرسائل، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ١٣٦٩.
- ، أنوار الهدایه، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام (ره)، چاپ اول ١٤١٤ ق.
- ، تهذیب الاصول، تقریر جعفر سبحانی، قم، دار الفکر، بی تا.
- ، کتاب البیع، تقریر حسین قدیری، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، بی تا.
- ، کتاب الطهاره، تقریر حسین قدیری، بی جا، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، بی تا.
- خویی، ابوالقاسم، أحكام الرضاع فی فقه الشیعه، بی جا، نشر المنیر، چاپ اول ١٤١٧ ق.
- ، فقه الشیعه، بی جا، مؤسسه آفاق چاپ سوم، ١٤١٨ ق.
- ، کتاب الحج (محاضرات)، بی جا، نشر لطفی، چاپ دوم، ١٣٦٤.
- ، کتاب الطهاره، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم، بی تا.
- ، مبانی تکملة المنهاج، تقریر محمد تقی خویی، مصباح الفقاهه، قم، مکتبه الداوری، چاپ اول، بی تا.
- رشتی، حبیب الله، فقه الامامیه، تقریر کاظم خلخالی، قم، مکتبه داوری، اول ١٤٠٧ ق.
- ، کتاب الاجاره، چاپ سنگی، بی جا، بی نا، بی تا.
- روحانی، محمد صادق، المسائل المستحدثه، قم، دار الکتاب، چهارم، ١٤١٤ ق.
- ، زبدة الاصول، مدرسه امام صادق، اول ١٤١٢ ق.
- ، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتاب، سوم، ١٤١٢ ق.
- ، منهاج الفقاهه، بی جا، چاپ چهارم، ١٤١٨ ق.
- شعرانی، ابوالحسن، المدخل إلى عذب المنهل إلى أصول الفقه، إعداد: رضا استادی، قم، نشر باقری، چاپ اول ١٣٧٣.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامی، چاپ اول ١٤١٣ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، محقق: عباس قوچانی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، بی تا.
- طباطبایی، علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل فی شرح مختصر النافع، بی جا، ط. ق، مؤسسه آل البيت (ع)، بی تا.
- طباطبایی مدرس، حسین، مقدمه ای بر فقه شیعه، ترجمه محمد آصف فکرت، مشهد، مجمع

- البحوث الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق. (اصل کتاب به زبان انگلیسی است)
عراقی، ضیاء الدین، تعلیقة إستدلالية على العروة الوثقى، قم، دفتر نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق.
- شرح تبصرة المتعلمين، تحقیق شیخ محمد حسون، قم، دفتر نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- کتاب القضاء، (چاپ شده به عنوان ج ۶ تبصره)، بی جا، بی نا، بی تا. [نسخه نرم افزار فقه اهل بیت (ع)]
- علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة، مؤسسه نشر اسلامی، دوم، ۱۴۱۸ ق.
- عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، بی جا، بی نا، چاپ قدیم، ۱۳۷۵ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، النجاسات و أحكامها (تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله)، قم، بی نا، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- غسل الجنابه - التیمم - المطهرات (تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله)، تهران، مؤسسه عروج، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء، ط. ق، بی جا، بی نا، بی تا.
- کشف شرح خيارات اللمعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- کاظمی، اسد... بن اسماعیل، مقابس الأنوار و نفائس الأسرار فی أحكام النبی المختار و عترته الأطهار، بی نا، بی جا، ۱۳۲۲.
- گلپایگانی، محمد رضا، کتاب الحج، تقریر احمد صابری همدانی، قم، بی نا، چاپ اول، ۱۴۰۰.
- کتاب الشهادات، تقریر علی حسینی میلانی، قم، نشر مؤلف، چاپ اول، بی تا.
- کتاب القضاء، تقریر علی حسینی، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ اول، بی تا.
- مجاهد طباطبایی، محمد، المناهل، بی جا، چاپ اول، بی نا، بی تا.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، معارج الأصول، تصحیح محمد حسین رضوی، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- محقق داماد، محمد: کتاب الحج، تقریر عبد... جوادی آملی، قم، چاپخانه مهر، چاپ اول، ۱۴۰۱ ق.

- ، کتاب الصلاة، تقریر محمد مؤمن و عبد... جوادی آملی، قم، دفتر نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۶ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
- ، رسائل المحقق الکرکی، تصحیح شیخ محمد حسون، قم، کتابخانه آیت... مرعشی، دفتر نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- مراغی، میر عبدالفتاح، العناوین، قم، نشر جامعه مدرسین، ۱۴۱۷ ق.
- مرعشی نجفی، شهاب الدین، القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد، تقریر عادل علوی، قم، بی جا، بی تا.
- موسوی خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، تصحیح علی اکبر غفاری، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- میلانی، محمد هادی، محاضرات فی الفقه الإمامیه، تصحیح فاضل حسینی میلانی، مشهد، مؤسسه چاپ و نشر دانشگاه فردوسی، چاپ اول، بی تا.
- نائینی، محمد حسین، أجدود التقریرات فی علم الاصول، تقریر ابوالقاسم خویی، قم، مؤسسه مطبوعات دینی، چاپ دوم، ۱۳۶۹ ق.
- ، فوائد الاصول، تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، به تعلیق شیخ آغا ضیاء الدین عراقی، تحقیق شیخ اراکی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- نجفی خوانساری، موسی، منیه الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران، المکتبه المحمدیه، چاپ اول، ۱۳۷۳ ق.
- نراقی، احمد، عوائد الايام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، بی جا، مرکز نشر تابع مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- ، مستند الشیعه فی أحكام الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- نراقی، مهدی، الجامع لجوامع العلوم (مسماة بتجريد الاصول)، بی جا، بی تا، [نسخه نرم افزار مکتبه اهل البيت (ع)]
- ، معتمد الشیعه فی أحكام الشریعه، بی جا، بی تا، [نسخه نرم افزار فقه اهل بیت (ع)]
- مراغی، میر عبدالفتاح، العناوین، قم، نشر جامعه مدرسین، ۱۴۱۷ ق.
- همدانی، رضا بن محمد هادی، مصباح الفقیه فی شرح شرایع الاسلام، قم، مؤسسه الجعفریه

لإحياء التراث، تحقیق محمد باقری، ۱۴۱۶ ق.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعزیز، رسالة فی حکم الظن فی الصلاة و بیان کیفیتة صلاة الإحتیاط، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق. (چاپ شده در ضمن حاشیه مکاسب)

—، رسالة فی منجزات المریض، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۱۶ ق (چاپ شده در ضمن حاشیه مکاسب) [نسخه نرم افزار فقه اهل بیت (ع)].

—، العروة الوثقی (المحشی) [الحواشی علی العروه الوثقی]، تصحیح احمد محسنی سبزواری (همراه با حاشیه جمعی از بزرگان)، قم، دفتر نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۳۱۹ ق.

ABSTRACT

Amendment to the Law of the Inheritance of Wife in the Mirror of Jurisprudence

Dr. 'Abd al-Ḥusayn Riḍā'ī Rād, Assistant Professor
Ahvaz Shahid Chamran University

In this article a part of the amendment to the Iranian Civil Law, i.e. amendment to article 946, ratified in Bahman/February 1378/1999, is analyzed from the legal point of view. This article, according to which a significant change has taken place in the way the wife inherits from her husband and the civil law has distanced from the views of the renowned majority of the Shī'a jurists and has approached the views of the Sunnī jurists and the uncommon and rare views of the earlier Shī'a jurists. Also, with the aim of upgrading the legitimacy of the statutes while preserving the dynamism and realism of the existing laws, the degree of conformity of the above-mentioned amendment with the jurisprudential standards and the reasons that can weaken or confirm it is examined so that with such discourses the ground is paved for the systematization of changing laws and more and more closeness of the laws to

the Islamic standards in the future and realization of the most important ideal of the Islamic Revolution, i.e. the Islamization of the *ḥukūma* (Islamic rule) and society and the most important principle of the Constitution, i.e. the forth principle.

Keywords: inheritance of women, inheritance of wife, movable properties, plot of land, standing property, amendment to the article 964 of Civil Law.

Lapse of Retaliation (*Qisās*) through Pardon by Some of the Legal Guardians

Dr. Muḥammad Ḥusayn Sha'bānī, Assistant Professor
Payam-e Noor University

It is stipulated in our Islamic jurisprudence and law that when a person is killed and he or she has several legal guardians, if some of the guardians pardon, the remaining guardians have the right to retaliate in *qisās* provided that they pay the share of the blood money to those demanding blood money.

It is pronounced in the article 264 of Islamic Penal Code that:

“If there are several legal guardians [heirs] of the murdered person, retaliation is enforced by the agreement of all of them. If all of them demand retaliation of the murderer, he will be retaliated in *qisās*; and if some of them demand retaliation and others demand blood money, those who demand retaliation can retaliate the murderer in *qisās*, but they have to pay for the share of blood money of those others who demanded for blood money. If some of the legal guardians pardon for free, others can retaliate the murderer in *qisās* after

having paid the share of the pardoners.”

However, in regard to numerous traditions stating that the right to retaliate is voided with the pardon granted by some of the legal guardian, and in respect to the fact that some jurists and exegetes have stipulated that in case of pardon by some of the legal guardians the right to *qisās* of the remaining guardians turns into blood money; and since it seems that the reasons for the lapse of *qisās* enjoy more certainty, it is necessary that the two parties' evidences concerning this issue be re-examined.

Keywords: lapse of *qisās*, pardon, blood money, legal guardians, murder.

A Deliberation on the Necessity of Imitating the Most Learned

Dr. Muḥammad Riḍā ‘Ilmī Sūlā

Ferdowsi University of Mashhad

The present article studies the issue of the “necessity of imitating the most learned (*a‘lam*)”. To this end, while comparing the evidences of the proponents and the opponents of the necessity of imitating the most learned and, explicating the weak points of the former viewpoint, it draws the conclusion that the viewpoint of the permissibility of imitating the master jurist (*mujtahid*) in general, whether the most learned or not, is free of problem and likely to enjoy more solidity and strength; a view which is contradictory to the generally accepted view.

Keywords: legal reasoning (*ijtahād*), imitation (*taqlīd*), the most learned master jurist, necessity of imitating the most learned.

Proportion of Ordinance and Subject: Functions and Mechanism of Recognition in the Jurists' Expression

Dr. Abulfaql 'Alīshāhī Qal'ajūqī, Assistant Professor

Yasuj University

Dr. Ardavān Arzhang, Assistant Professor

Yasuj University

One of the requisites for proper understanding of the legal statutes (*nuṣūṣ*) is that the legislator and the jurist, along with other wise people in various scenes of life, should enjoy collective wisdom and, besides having their own personal viewpoints, they should possess general consciousness and mental background; as this collective consciousness can have a significant role in proper understanding of religious, and specially, legal texts. The religious researchers have since long ago been concerned as not to be negligent of the role of these general and conventional beliefs, conjectures, and impressions.

The principle of “proportion of ordinance and subject”, which is rooted in these same general impressions and rationalizations, concerns the suitability and compatibilities between the ordinance and subject in any religious statute with a conventionalist view and at the same time confirmed by religious law (*sharī'a*) that by proper understanding it is found out that the ordinance is absolute or restrained; that it has generality in its subject or is designated; or in some instances the ordinance is permeated to other instances by achieving the cause.

It is attempted in this article that by a proper definition of the proportion between ordinance and subject and proving it by delving into the viewpoints of the jurists and legal theoreticians to point out the mechanisms for its recognition; and with the scattered evidences and sayings of the jurists on various subjects, its function in statutes to be identified and in the end some applications of this law to be indicated.

Keywords: proportion, ordinance, subject, appearance, conjecture.

Examining the Principles of Legitimacy of the Nullifying Condition in Shī'a Jurisprudence

Sayyid 'Alī Jabbār Gulbāghī Māsūla, Faculty Memberr

Islamic Azad University of Lahijan

A little deliberation on the contents of the contracts concluded between the real and legal persons reveals that nowadays the nullifying condition is gradually being included as one of the conditions of contracts. The legitimacy of this position of suspending the forcible dissolution of contract in Shī'a jurisprudence is the subject of a fundamental research, which the present article attempts to report with descriptive method, relying on the library studies within the limits of the written legacy of the Shī'a jurisprudence.

Observing the two existing viewpoints and analyzing and examining the reasons of each of the proponents and opponents of the legitimacy of nullifying condition, with regard to the Sunnī and Shī'ī evidences, makes the acceptance of the legitimacy of nullifying condition inevitable; and, as such, the non-sufficiency of the words of the opponents of the legitimacy of nullifying condition, in itself, confirms this fact.

Keywords: dissolution of the contract, suspension of the forcible dissolution, nullification, nullifying condition, legitimacy of the nullifying condition.

The General Rules Governing the Contracts for the Utilization of Literary and Artistic Rights in Iran through Comparative

Study in French and Egyptian Law

Dr. Sayyid Muḥammad Mahdī Qabūlī Durafshān – Dr. Saʿīd Muḥsinī,

Faculty Members

Law Department, Ferdowsi University of Mashhad

The importance of the exploitation contracts protecting the literary and artistic rights has, in some legal systems like France, resulted in the devising of general and common regulations about the formation of the above-mentioned contracts. However, so far no independent section has been thought of in the Iranian legal system for explicating common regulations governing these categories of contracts. Contrary to some predictions, such formalities as the contracts being in written form in the French and Egyptian laws, the formation of exploitation contracts has no formalities in the Iranian legal system. In the above legal systems, making exploitation contracts for the financial rights of the producer is feasible by his/her conventional or legal representative; but the exertion of the non-material aspects intermingled with it is in the authority of the producer himself/herself. Similarly, the general transfer of the future literary works is in principle regarded as void. Besides, the topical domain and different transferential rights, their quality and the procedure for exploiting it should be determined. As for the exchange contracts for exploiting literal and artistic rights in French law, the necessity of participation of the producers in the incomes of exploitation of one's work is established; whereas, in Egyptian legal system there is no possibility for the relative participation, determining a fixed sum, or a combination of it. In the Iranian legal system, no special regulation is established in this respect and this issue is included in the general regulations.

Keywords: individual proprietorship, proprietorship of literary and artistic works, exploitation contract, material rights, producer.

A Research on the Historical Course of *Tanqīḥ al-Manāṭ* in Imāmī Jurisprudence

Fā'iza Malikī, M.A. in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic law
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muḥammad Ḥusayn Ḥā'irī, Associate Professor
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī, Associate Professor
Ferdowsi University of Mashhad

Tanqīḥ al-manāṭ (refinement of the basis of the ruling) is the refining and elaborating of the reason and basis of a ruling of the redundant features along with decreeing and generalizing it to any case that enjoys a common feature. *Tanqīḥ al-manāṭ* was brought up first by the Sunnīs in the fifth/twelfth century and later on in the seventh/fortieth century was explicitly and formally raised among the Shī'as. (However, implicit approaches to it had already been adopted, as well) This approach had later been more or less of interest to the jurists and they had made reference to it and talked about it, too. In this article, the approach of the jurists has been analyzed and explicated from the beginning up to the present in terms of the opinion and viewpoints in action and evidences in various periods. It is also clarified, in conclusion, that except one of the jurists for some justifiable reason, no body disagrees in general with the authenticity of *tanqīḥ al-manāṭ* and almost all accept the authenticity of the definite *tanqīḥ al-manāṭ* and that only some great scholars

have restricted its authenticity to the non-devotional rulings. On the other hand, however, all the Imāmī jurists disagree with the presumptive (*ẓanni*) *tanqīḥ al-manāṭ* and only a few of the notable Imāmī scholars have regarded as valid the presumptive *tanqīḥ al-manāṭ* supported by *lafẓ* (term, wording) and some others have regarded as valid the confided *tanqīḥ al-manāṭ*.

Keywords: *tanqīḥ al-manāṭ*, the basis of the ruling (*manāṭ*) refinement (*tanqīḥ*), annulment of the differentiating, annulment of specification.

Table of Contents

Amendment to the Law of the Inheritance of Wife in the Mirror of Jurisprudence	9
Dr. ‘Abd al-Ḥusayn Riḍā’ī Rād	
Lapse of Retaliation (<i>Qiṣās</i>) through Pardon by Some of the Legal Guardians	29
Dr. Muḥammad Ḥusayn Sha‘bānī	
A Deliberation on the Necessity of Imitating the Most Learned	51
Dr. Muḥammad Riḍā ‘Ilmī Sūlā	
Proportion of Ordinance and Subject: Functions and Mechanism of Recognition in the Jurists’ Expression	67
Dr. ‘Abulfaḍl ‘Alīshāhī Qal‘ajūqī-Dr. Ardavān Arzhang	
Examining the Principles of Legitimacy of the Nullifying Condition in Shī‘a Jurisprudence	87
Sayyid ‘Alī Jabbār Gulbāghī Māsūla	
The General Rules Governing the Contracts for the Utilization of Literary and Artistic Rights in Iran through Comparative Study in French and Egyptian Law	109
Dr. Sayyid Muḥammad Mahdī Qabūlī Durafshān – Dr. Sa‘īd Muḥsinī,	
A Research on the Historical Course of <i>Tanqīḥ al-Manāt</i> in Imāmī Jurisprudence	143
Fā’iza Malikī -Dr. Muḥammad Ḥusayn Ḥā’irī - Dr. Muḥammad Taqī Fakhla‘ī	



Islamic Studies

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

Issue 91, Winter 2012 -2013

ISSN 2008-9139

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Editor in Chief: Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. Ā. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Mihrpūr

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Translation of Abstracts

A. Rezwani

Printing & Binding: Ferdowsi University
Press

Circulation: 500

Price: Rs 8000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+98511) 8834909

Fax: (+98511) 8834909

In the Name of Allah



ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES
Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 91, Winter 2012-2013

FERDOWSI UNIVERSITY of MASHHAD PRESS