

فقه و اصول



- پژوهشی پیرامون مبانی حق کرامت انسان در منابع احکام / حسین حقیقت پور
تأملی در کاربرد قاعده‌ی فقهی اعراض / دکتر عبدالحسین رضائی‌راد
بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره‌ی ملکیت، حق و حکم / دکتر جلیل قنوانی - حسن جاویر - مهشید جعفری هرنندی
تحلیل حکم فقهی رخصت و عزیمت / دکتر اسدالله لطفی
بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد انتشار / دکتر سیدمحمدحسنی - دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان
جدال اخباریان با اصولیان در حجیت ظواهر / دکتر محمدحسن محمدی مظفر - دکتر محمد کاظم شاکر
گستره حجیت خبر واحد در مکتب محقق اردبیلی / حامد نعمی - محمود جمال‌الدین زنجانی



مطالعات اسلامی

فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۹۲ - بهار ۱۳۹۲ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سر دبیر: دکتر محمدتقی فخلمی

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

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلمی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سید مصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

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

پادآوری

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 احیانا مختصر کردن مطالب آزاد است.

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

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

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

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://jfm.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؛ حَرف / 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 علی تولایی (استادیار دانشگاه یزد)
۵. دکتر محمدحسن حایری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۶. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۷. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۸. دکتر عباسعلی سلطانی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر حسین صابری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر محمدتقی فخلعی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر جلیل فنواتی (استادیار پردیس قم دانشگاه تهران)
۱۳. دکتر محمد محسنی دهکلانی (استادیار دانشگاه مازندران)
۱۴. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۵. دکتر محسن ملک افضلی اردکانی (استادیار دانشگاه قم)
۱۶. آية الله موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۷. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۹	پژوهشی پیرامون مبانی حق کرامت انسان در منابع احکام حسین حقیقت پور
۳۱	تأملی در کاربرد قاعده‌ی فقهی إعراض دکتر عبدالحسین رضائی‌راد
۵۳	بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره‌ی ملکیت، حق و حکم دکتر جلیل قنواتی / حسین جاور / مهشید جعفری هرنندی
۷۷	تحلیل حکم فقهی رخصت و عزیمت دکتر اسدالله لطفی
۱۰۱	بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد انتشار دکتر سعید محسنی / دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان
۱۲۵	جدال اخباریان با اصولیان در حجیت ظواهر دکتر محمد حسن محمدی مظفر / دکتر محمد کاظم شاکر
۱۴۷	گستره حجیت خبر واحد در مکتب محقق اردبیلی حامد نعیمی / محمود جمال‌الدین زنجانی
۱۷۱	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۲،
بهار ۱۳۹۲، ص ۳۰-۹

پژوهشی پیرامون مبانی حق کرامت انسان در منابع احکام*

حسین حقیقت پور

دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

Email: husainhaghighat@yahoo.com

چکیده

کرامت انسان حداقل در سه حوزه قابل بررسی است: کرامت انسانی، کرامت الهی و کرامت عرفی - اجتماعی. در این مقاله به سبب محدودیت مجال، تنها به بخشی از آنچه می‌توان درباره‌ی کرامت ارائه نمود پرداخته‌ایم و آن اثبات استدلالی کرامت انسانی است. بطور کلی برای تصدیق گزاره‌ها و فرضیه‌هایی که در بستر دانش فقه و حقوق اسلامی طرح می‌شوند دو روش عمده‌ی مرتب وجود دارد. روش نخست استفاده از ادله اجتهادی و روش دوم تعیین اصل عملی است. از دیدگاه نگارنده همین دو روش برای اثبات حق کرامت انسانی قابل طرح است. یکی پیگیری ادله‌ی اجتهادی کرامت انسانی و دیگری بسنده نمودن به عدم دلیل معتبر در موارد مشکوک برای هتک حرمت انسان و در نتیجه نفی حق اهانت به انسان در پرتو ادله فقاهتی است. روش اول حداکثری و روش دوم حداقلی است. در اثر حاضر با استفاده از دو روش مذکور، برای اثبات حق کرامت انسانی تلاش نموده‌ایم. در این بستر نیز مجال ما بسیار محدود است و به همین دلیل تنها به برخی از ادله می‌پردازیم و خواننده محترم را به بحث مفصل در مجال‌های گسترده‌تر وعده می‌دهیم.

کلیدواژه‌ها: کرامت انسانی، حرمت انسان، حقوق بشر، هتک حرمت، اهانت

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۵/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۱۲/۰۸.

مقدمه

در جهان کنونی مهم‌ترین مسأله حقوقی، حقوق مشترک بشر است و در میان مبانی حقوق بشر، کرامت انسان و حیثیت ذاتی او مهمترین مبنا قرار داده می‌شود. تا آنجا که در مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده: از آنجا که شناسایی حیثیت ذاتی کلیه اعضای خانواده بشری و حقوق یکسان و انتقال‌ناپذیر آنان اساس آزادی و عدالت و صلح را در جهان تشکیل می‌دهد ... (مهر پور، ۳۶۰) در بسیاری از میثاق‌های بین‌المللی نیز سخن از کرامت انسانی به میان آمده که در مباحث آینده به طور مبسوط بدانها خواهیم پرداخت. اساساً این مسأله در جهان غرب ابتدا در بین مسائل فلسفی رخ نمود^۱ و سپس پا به عرصه حقوق بشر گذاشت و بالاخره در دسامبر سال ۱۹۴۸ همزمان با جنگ جهانی دوم و با تدوین اعلامیه جهانی حقوق بشر، با صراحت بیشتر به عنوان مهم‌ترین مبنای حقوق بشر معرفی گردید.

این اعلامیه يك نقطه قوت در نظام غرب است و با تفاوت عمده در نگاه متفکرانی چون نیچه و هابز و ماکیاوول که اصل انسان را بر گرگ بودن استوار می‌دانند و با نظرات کسانی همچون افلاطون و ارسطو که انسان‌ها را به دو گروه با کرامت و بی کرامت در سرشت و ذات اولیه تقسیم می‌کنند تفاوت عمده‌ای دارد؛ و گامی بلند در جهت ارتقای بشریت است. از طرفی شاید بزرگترین نقطه ضعف این منشور، عدم توجه به منشأ کرامت و نیز کرامت الهی بود.^۲ به هرحال این اعلامیه با نقاط قوت و ضعفی که داشت سرآغاز بحث‌های مفصل با محوریت کرامت انسانی و به عبارتی حق کرامت انسان‌ها شد.^۳

پس از آن تدوین قوانین اساسی و عادی بسیاری از کشورهای غرب و شرق بر طبق این اصل فراگیر و آوردن این لفظ در میان متون قوانین، تبدیل به یک امتیاز بزرگ و البته یک نیاز شد. چه اینکه پس از پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی ایران نیز در تدوین و تنظیم قانون اساسی، بدین مهم توجه شد و در اصل دوم، کرامت انسانی در کنار اموری چون توحید، معاد، نبوت، امامت و عدالت به عنوان یکی از شش مبنای کلی نظام مقدس جمهوری اسلامی معرفی

۱. معمول‌ترین شیوه ابراز محتوای منحصر به فرد کرامت، برابر دانستن آن با ضرورت مطلق مد نظر کانت است: هر فرد را یک غایت بدانید، نه صرفاً وسیله‌ای برای رسیدن به غایات.

(Human Dignity, Christopher Mccrudeen, University of Oxford Faculty of law Legal Studies Research Paper Series, April 2006)

۲. به تعبیر مرحوم علامه جعفری: کرامت ارزشی و اکتسابی (تحقیق در دو نظام حقوقی جهانی بشر، ص ۱۶۱)
 ۳. در سال ۱۹۹۰ و در واکنش به کاستی‌های این منشور، گروهی از دانشمندان مسلمان در شهر قاهره مصر گرد هم آمده و به تدوین منشور حقوق بشری مشابه با آنچه غربیان به ارمغان آورده بودند پرداختند. وجه تمایز مهم این منشور با اعلامیه ۱۹۴۸ در اسلامی بودن و تطابق آن با فرهنگ وحی بود.

گردید. این مسأله با یادآوری نظارت فقیهان جامع شرایط فتوی بر فرایند تدوین این قانون، اهمیت بحث مبسوط و تحلیلی از موضوع مذکور را روشن تر خواهد نمود. اگرچه به زعم برخی سخن از کرامت انسان تنها در علم اخلاق قابل طرح و بررسی است اما به نظر می‌رسد مقوله کرامت در استنباط احکام الهی دخالت داشته و به گفته برخی از دانشمندان معاصر یکی از منابع حقوق بشر در اسلام (جوادی آملی، فلسفه حقوق بشر، ۱۶۲) و یا یکی از حقوق مشترک انسان‌ها از نگاه دین می‌باشد. (جعفری، ۲۸۰)

۱. مبادی تصویری بحث

۱-۱. مفهوم لغوی کرامت

در کتاب «لسان العرب» چندین صفحه ذیل ماده «کرم» بحث شده که برخی عبارات آن از این قرار است:

کریم، کسی یا چیزی است که دارنده انواع مظاهر خیر و شرف و فضایل باشد و کریم اسمی جامع است برای هر چه که ستایش شود. (ابن منظور، ۵۱۰/۱۲)

راغب اصفهانی گوید:

کرم اگر وصف خدا واقع شود مراد، احسان و نعمت آشکار خداست و اگر وصف انسان باشد نام اخلاق و افعال پسندیده‌ای است که از وی ظاهر گردد. به کسی کریم نگویند مگر بعد از آنکه آن افعال از وی ظاهر گردد و هر چیز که در نوع خود شریف باشد با کرم توصیف می‌شود. (راغب، ۷۰۷)

اما در کتاب «التحقیق» ذیل ماده کرم چنین آمده است:

شیء، کریم گشت یعنی ارزشمند و عزیز شد... اصل مشترک در این ماده آن معنایی است که در برابر هوان به معنای پستی قرار می‌گیرد، چنانکه عزت چیزی است که در برابر ذلت قراردادده می‌شود و نیز مانند کبر به معنای بزرگی که در مقابل صغر می‌باشد. ذلت، به معنای آن پستی‌ای است که با پست انگاشتن یک شخص در مرتبه بالاتر پدید می‌آید [و حاصل این کار اوست] برخلاف «هوان» [که آن پستی است که در ذات شخص باشد و حاصل فعل دیگری نیست].

پس در معنای کلمه عزت، نوعی از مفهوم استعلا و برتری [نسبت به دیگری] نهفته بر خلاف کلمه اکرام. بنابراین کرامت به معنای عزت و برتری‌ای است که در خود شیء وجود دارد و در معنای آن استعلا و برتری نسبت به دیگری - که در مرتبه پایین تر قرار دارد -

ملاحظه نمی‌شود.

و اما مفاهیمی همچون جود به معنای بخشیدن و اعطاء و سخاوت و صفح به معنای گذشت و بخشش و نیز عظمت و نزاهت و یا اینکه شیء به گونه‌ای باشد که مورد رضایت و ستایش باشد و یا اینکه نیکو بوده و پست نباشد، این معانی همگی از آثار کرامت هستند نه معنای مطابقی آن. (مصطفوی، حسن، ۴۶/۱۰)

به نظر می‌رسد این تعریف، کامل و بی‌نقص باشد؛ و توجه به سخن دیگر لغویان ما را بدین مطلب رهنمون خواهد کرد که معنای مشترک و جاری در تمام معانی مذکور، همان ارزش درونی و متعلق به خود شیء موصوف می‌باشد.

بنابراین با توجه به تعاریف یاد شده، نزدیکترین لفظی را که در زبان فارسی برای ترجمه این کلمه می‌توان یافت لفظ «ارزش درونی» یا «ارجمندی و بزرگواری» خواهد بود؛ و اما چون لفظ «کرام» و «کریم» وصف بسیاری از اشیاء قرار می‌گیرد می‌توان گفت: کرامت کل شیء بحسب معنای کرامت در هر چیزی معیار مخصوص به خود را دارد. مثلاً در لسان العرب می‌خوانیم: عرش کریم یعنی عرش عظیم، قول کریم یعنی سخن نرم و لطیف، و یا رزق کریم یعنی روزی زیاد. (ابن منظور، ۱۲ / ۵۱۴) پس در هر موردی که این کلمه بکار رود باید گفت آن موصوف در میان نوع و یا صنف خود فرد با ارزش و به دور از نقص می‌باشد. چه اینکه فرآه گفته: عرب هر چیزی را که فعل یا وصف مذمومی را از او نفی کند با کلمه کریم توصیف می‌نماید. (ابن منظور، ۱۲ / ۵۱۴) یا در مفردات آمده: هر چیز که در نوع خود شریف باشد با کرم توصیف می‌شود. (راغب اصفهانی، ۷۰۷)

پس اگرچه به قول صاحب التحقیق و یا علامه طباطبائی^۱ در ماده کرم معنای مقایسه و یا برتری بر غیر وجود ندارد اما باید گفت این مقایسه و یا برتری تنها نسبت به غیر جنس یا نوع موصوف منتفی است؛ و گرنه در اغلب موارد نوعی قیاس در معنای آن نهفته است. بدین ترتیب که در هر مورد که «کرم» بکار رود منظور، مرتبه‌ی اعلا و برتر آن خواهد بود. مثلاً اگر درباره رزق بکار رود باید گفت رزق مراتبی دارد ممکن است کم باشد یا زیاد و یا دچار نقص و آفت باشد یا کامل و بی‌نقص و ... در میان این مراتب رزق کریم یعنی رزق بدون نقص و وافر. یا اگر درباره گیاهان، صفت کریم بکار رود منظور آن گیاهی است که پربار، سرسبز و به دور از آفات باشد. یعنی در میان مراتب آن گیاه، کریم آن، منظور خواهد بود. یا مثالی را که

۱. رک: طباطبائی، ۱۳ / ۱۵۶

لسان العرب آورده: قال ابن الاعرابي: كرمُ الفرس ان يرقَّ جلدُهُ و يلينَ شعرُهُ و تطيبَ رائحته. يعني در میان دیگر اسبها اسب کریم آن است که پوست و مویی ملایم و بویی خوش داشته باشد. (ابن منظور، ۵۱۷/۱۲) پس هر اسبی کریم نیست هر رزقی کریم نیست و هر گیاهی نیز کریم نخواهد بود.

از طرفی می‌توان گفت کرامت وصفی است که می‌توان برای جنس، نوع و صنف خاص بکار برد. در اینصورت به هر روی نوعی قیاس را در معنای آن ترکیب شاهد خواهیم بود. مثلاً انسان یک نوع کریم در میان هم جنسان خویش یعنی دیگر حیوانات است. قرآن صنفی کریم در میان کتب آسمانی است و ...

بنابراین شاید در اغلب موارد بتوان نوعی مقایسه با غیر را در موصوف مشتقات «کرم» ادعا نمود.

اگر بخواهیم معیاری ثابت در این مورد به دست دهیم - که البته آسان هم نیست - شاید بتوان گفت هر گاه در مورد استعمال لفظ کریم نوعی اضافه به ذهن خطور کند پس معنای برتری در آن نهفته است و اگر آن اضافه به ذهن متبادر نشود منظور مطلق ارزش ذاتی آن شیء می‌باشد. برای مورد دوم می‌توان عرش کریم و یا رب کریم را مثال زد.

معادل انگلیسی واژه کرامت (dignity) به معنای شرف، افتخار، استحقاق احترام، عنوان، رتبه و مقام، امتیاز، شرافت برجسته^۱ و ارزش و حرمت ذاتی^۲ است.

در دایرة المعارف انگلیسی آکسفورد در مورد معنای واژه کرامت (dignity)^۳ چنین آمده است: «واژه کرامت (dignity) از عبارت لاتینی "dignitas" گرفته شده و آن نیز از «dignus»، مترادف با کلمه «worthy» به معنای ارزش، شرافت، حیثیت، افتخار و استحقاق

1 - Henry Campbell, Black's law Dictionary, 6.U.S.A. West Publisher, 1991, p.456.

2 - Webster's Third New International Dictionary, Massa Chusetts. U.S.A; Merriam-Webster, Inc, 1986, p.632.

3 - Dignity is a term used in moral, ethical, and political discussions to signify that a being has an innate right to respect and ethical treatment. It is an extension of the Enlightenment-era concepts of inherent, inalienable rights. Dignity is generally proscriptive and cautionary: for example in politics it is usually used to critique the treatment of oppressed and vulnerable groups and peoples, but it has also been extended to apply to cultures and sub-cultures, religious beliefs and ideals, animals used for food or research, and plants. (www.wikipedia.com)

احترام است.^۱ در فرهنگ فشرده انگلیسی آکسفورد نیز این واژه در معنای بزرگواری، عزت، شرافت و ارزش واقعی و رتبه و درجه استعمال گردیده است.^۲

۲. اثبات حرمت (کرامت انسانی) برای افراد انسان

مهمترین بخش این مقاله، همین مرحله یعنی اثبات کرامت انسانی و حرمت برای تمام افراد انسان است. بنابراین لازم است به تفصیل بیشتری در این باره سخن بگوییم.

۲-۱. روش‌های متصور در اثبات حرمت برای انسان

اثبات این مرحله از کرامت به سه شکل متصور است و مدعای ما آن است که یک شکل آن ممکن و یک صورت آن حتمی است. این سه نحوه عبارتند از:

- ۱- اثبات مفهوم کرامت الهی برای تمام افراد انسان و سپس استفاده از قیاس اولویت برای اثبات مفهوم کرامت انسانی.^۳ (دلیل اجتهادی)
- ۲- اثبات مفهوم کرامت انسانی یعنی همان حرمت که پایین‌ترین حد کرامت است. (دلیل اجتهادی)

۳- استفاده از عدم وجود دلیل معتبر در میان ادله برای مشروعیت توهین و تحقیر انسان-ها (دلیل فقهاتی)

به نظر می‌رسد شکل اول به هیچ وجه قابل استفاده نباشد. لکن استدلال به روش دوم ممکن بوده و شکل سوم - با بیانی که خواهد آمد - به یقین مقبول است. بدین جهت ابتدا سعی در استفاده از روش دوم داریم و سپس در صورت کامل نبودن استدلال در نظر مستشکل، روش سوم را به عنوان حداقل و آخرین راه پیشنهاد خواهیم کرد.

۱-۱-۲. استدلال به روش دوم

۱-۱-۲. آیات

- «لقد کرّمنا بنی آدم و حملناهم فی البرّ و البحر و رزقناهم من الطّیّبات و فضّلناهم علی کثیر ممن خلقنا تفضیلاً»^۱.

1-The Oxford Encyclopedic, English Dictionary, Newyork, Oxford, University press, 1996, p.398.

2-Shorter Oxford English Dictionary; Fifth edition, Volume 1. Oxford University Press, 2002, p.679.

۳. توضیح اینکه به نظر ما حق کرامت حداقل سه مرتبه دارد: کرامت الهی، کرامت انسانی و کرامت عرفی - اجتماعی. موضوع کرامت الهی را انسان الهی عادل تشکیل می‌دهد و محمول آن، داشتن حق است که صاحب آن را در والاترین مراتب و شؤون انسانی قرار می‌دهد. موضوع کرامت انسانی، مطلق انسان و به عبارت دیگر فرزند آدم و به عبارت سوم بشر و موضوع کرامت عرفی اجتماعی، انسان صاحب مقام و منزلت اجتماعی است.

این آیه مهمترین سند کرامت انسانی است.

علم الهدی، سیدمرتضی در کتاب امالی و در مسأله‌ی تفضیل انبیا بر ملائکه، آیه را شامل تمام بشر دانسته است.^۲

علامه حلی نیز در جهت اثبات لزوم امام، به این آیه تمسک نموده می‌گوید: این آیه بدان معناست که خداوند اسباب کرامت را به بشر اعطا نموده است. او می‌فرماید: «إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ» و تقوی تنها با رجوع از شک به یقین حاصل می‌گردد و این مهم با تبعیت کردن از غیر معصوم بدست نمی‌آید. بنابراین لازم است که خداوند امام معصومی را نصب نماید تا در احکام و افعال و اقوال بدو رجوع شود و قول و فعلش مفید یقین باشد. چه اینکه تقوی فقط با یقین حاصل می‌گردد. حال چگونه ممکن است که خدا اسباب کرامت در دنیا را به بشر اعطا نماید لکن اسباب کرامت در آخرت را نه؟! نیز چگونه ممکن است که اسباب کرامت آخرت را به بشریت اعطا نموده اما بزرگترین سبب کرامت او یعنی امامت را بدو ندهد؟!^۳ نکته جالب توجه در بیان ایشان، آن است که امامت مخصوص قشر خاصی نیست و به تمام بشر تعلق دارد. بنابراین او معتقد است آیه مزبور شامل تمام بشریت می‌باشد.

آیت‌الله جوادی آملی در مورد این آیه می‌نویسد: انسان می‌تواند از آن جهت که انسان است، کریم باشد ... انسان، روحی دارد که حقیقت او را تشکیل می‌دهد و این روح طبعاً کریم است.^۴

علامه طباطبایی معتقد است که این آیه اختصاص به گروه و قشر خاصی نداشته و تمام افراد بنی آدم رادر بر می‌گیرد. ایشان در کتاب قیّم «المیزان» ذیل این آیه می‌نویسد: «این آیه در سیاق منت نهادن است البته متنی آمیخته به عتاب، گویی خدای تعالی پس از آنکه فراوانی نعمت و تواتر فضل و کرم خود را نسبت به انسان ذکر نمود و او را برای بدست آوردن نعمت‌ها و رزق‌ها و برای این که زندگیش در خشکی به خوبی اداره شود سوار بر کشتی کرد؛ و او پروردگار خود را فراموش نموده و از وی روی گردان شد، و از او چیزی نخواست و بعد از نجات از دریا بازهم روش نخست خود را سر گرفت با این که همواره در میان نعمت‌های او غوطه ور بوده است. اینک در این آیه خلاصه‌ای از کرامت‌ها و فضل خود را می‌شمارد،

۱. اسراء: ۷۰.

۲. رسائل الشریف المرتضی، ۲/ ۲۳۵.

۳. الالفین، ۳۴۶.

۴. کرامت در قرآن، ص ۴۶.

باشد که انسان بفهمد پروردگارش نسبت به وی عنایت بیشتری دارد، و مع الأسف انسان این عنایت را نیز مانند همه نعمت‌های الهی کفران می‌کند.

از همین جا معلوم می‌شود که مراد از آیه، بیان حال جنس بشر است، صرف نظر از کرامت‌های خاص و فضائل روحی و معنوی که به عده‌ای اختصاص داده، بنابراین آیه مشرکین و کفار و فاسقین را زیر نظر دارد، چه اگر نمی‌داشت و مقصود از آن انسان‌های خوب و مطیع بود معنای امتنان و عتاب درست در نمی‌آمد». (طباطبائی، ۱۳/۱۵۶)

۲-۱-۱-۲. اخبار

اخبار وارده در این باب نشان از سیره‌ی معصومان در مورد اهل ذمه و اهل کتاب است. بعضی از این اخبار دلالت بر نهي از بي حرمتي و اهانت به ایشان بوده و برخي ديگر نشان از مطلوب بودن احسان به آنان دارد.

. داستان معروف کشیده شدن خلخال از پای يك زن معاهد که امیرالمؤمنین (ع) با شنیدن آن فرمود: «به من خبر رسیده که مردی از لشکر شام به خانه‌ی زنی مسلمان و زنی غیرمسلمان که در پناه حکومت اسلامی بوده وارد شده و خلخال و دستبند و گردن بند و گوشواره‌های آنها را به غارت برده، در حالی که هیچ وسیله‌ای برای دفاع، جز گریه و التماس کردن نداشته‌اند. لشکریان شام با غنیمت فراوان رفتند بدون اینکه حتی یکی از آنان زخمی بردارند و یا قطره‌ی خونی از او ریخته شود، اگر برای این حادثه‌ی تلخ، مسلمانی از روی تأسف بمیرد، ملامت نخواهد شد و از نظر من سزاوار است». (نهج البلاغه، خطبه‌ی ۲۷)

این سخن امیر بیان نشان می‌دهد پایمال کردن حق يك انسان اگرچه مسلمان هم نباشد تا چه حد نزد خدا عظیم است. نمی‌توان چنین برداشت کرد که حکم حضرت محصور در همان مورد خاص است که فرضاً ظلم، در حد کشیدن خلخال از پای يك زن معاهد باشد بلکه باید گفت منظور هر نوع ظلم است که یکی از انواع آن بی‌حرمتی است. پس اگر بی‌حرمتی و اهانت ناروا به يك انسان جایز نیست بنا بر برهان اُنّی، او حرمت و کرامت انسانی دارد. وانگهی به نظر می‌رسد در مواردی حتی تعرض به آبرو و حرمت افراد به مراتب از تعرض به جان و مال ایشان سنگین‌تر است.

. حضرت علی بن ابیطالب (ع) در آن نامه تاریخی به کارگزار خود جناب مالک اشتر

می‌فرماید:

«مهربانی با مردم را پوشش دل خویش قرار داده و با همه دوست و مهربان باش. مبادا

هرگز چونان حیوان شکاری باشی که خوردن آنان را غنیمت دانی زیرا مردم دو دسته‌اند: دسته-ای برادر دینی تو و دسته‌ای همانند تو در آفرینش می‌باشند» (نهج البلاغه، نامه ۵۳). جالب است که حضرت به فرماندار خویش دستور می‌دهند که باید قلب را مالمال از محبت، رحمت و لطف به خلق خدا نماید اعم از اینکه مسلمان باشند یا غیر مسلمان. حال با وجود این الزام، چگونه می‌توان هتک حرمت انسان‌ها را جایز شمرد؟ این یعنی همنوع، جدای از دین و مذهبش باید مورد لطف و رحمت و محبت قرار گیرد و اگر همنوع از آن جهت که یک انسان است از حرمت و کرامت انسانی بی‌بهره بود باز هم رحمت و محبت به او لازم شمرده می‌شد؟!

. جابر بن عبدالله نقل می‌کند: جنازه یک یهودی را از کنار ما عبور می‌دادند، ما نشستیم اما پیامبر (ص) به احترام جنازه قیام کردند. به پیامبر (ص) عرض کردیم آن جنازه از آن یک یهودی بود. حضرت فرمودند: هنگامی که جنازه‌ای را مشاهده کردید قیام نمایید (بخاری، ۲/ ۸۷).

. ... سهل بن حنیف و قیس بن سعد در قادسیه نشسته بودند که گروهی همراه با یک جنازه از کنار ایشان گذر کردند و ایشان (به نشان احترام) از جا برخاستند. به ایشان گفتند: [مگر نمی‌دانید] اینان اهل ذمه بودند! در پاسخ گفتند: روزی از کنار پیامبر جنازه‌ای را عبور می‌دادند که ایشان از جا برخاستند. گفته شد این جنازه متعلق به یک یهودی است! فرمودند: آیا یک نفس (انسان) نیست؟ (بخاری، ۲/ ۸۷)

چنانکه روشن است روایت نشان از حرمت انسان به جهت انسان بودنش دارد. به هر حال برخاستن رسول خدا نشان از حرمت نهادن به میت و از طرفی استفهام انکاری ایشان نشان از وجود حرمت برای انسان (نفس) دارد.

. به سند متصل از اسماعیل بن فضل نقل است که: از امام صادق (ع) درباره حکم افترا بر اهل ذمه و اهل کتاب پرسیدم که آیا بر مسلمان بخاطر آن، حد شلاق جاری می‌شود؟ فرمود: خیر بلکه تعزیر می‌شود.

و در حدیث قبل از آن چنین می‌گوید: عبدالرحمن ابن ابی عبدالله گوید: از ابی عبدالله (ع) درباره‌ی مردی پرسیدم که دیگری را سبّ نموده بدون آنکه به حد قذف برسد. آیا او شلاق می‌خورد؟ فرمود: تعزیر می‌شود. (کلینی، ۷/ ۲۴۰)

دلالت این حدیث نیز برگفته‌ی ما مبني بر حرمت داشتن تمام انسانها روشن است تا

بدانجا که اسلام بخاطر زیر پا گذاشتن چنین حقی تعزیر را واجب نموده است. امام صادق (ع) از قذف غیر مسلمانان نهی کردند مگر در صورتی که در مورد موضوع قذف (مانند زنا) دقیقاً اطلاع داشته باشی که او چنین کاری انجام داده است. (کلینی، ۲۴۰ / ۷).

... نزد ابی عبدالله بودم که شخصی از من پرسید وضعیت بدهکارت (یا طلبکارت) چه شد؟ گفتم همان فرزند زنی بدکاره را می‌گویی؟ در این هنگام حضرت نگاه تنیدی به من کردند. گفتم فدایت شوم او مجوسی است و مادرش همان خواهرش است. [کنایه از اینکه در دین زرتشتی نکاح با خواهر و مادر حلال است که این کار در دین ما حرام بوده فرزند متولد از چنین نکاحی ولد زنا می‌باشد.] فرمود: مگر این نوع ازدواج، در دین آنان یک نکاح صحیح نیست؟ (کلینی، ۲۴۱ / ۷)

می‌بینیم که حضرت به شدت اصحاب خود را از سخن ناروا درباره‌ی کفار نهی کرده‌اند. در حالی که اگر از منظر اسلام کافر هیچ حرمتی نداشت نهی از این گفتار لزومی نمی‌یافت. این در حالی است که درباره مسلمانانی که اظهار به فسق می‌کند وجود حرمت در همان مورد خاص نفی شده است. مثلاً در حدیثی آمده: «سه نفر هستند که حرمتی ندارند: فرد پیرو هوای نفس و بدعت‌گذار، رهبر ظالم و فرد فاسقی که فسق خود را علناً انجام دهد و از اظهارش ابایی ندارد». (حرعاملی، ۲۸۹ / ۱۲) یا مثلاً اگر شخصی درباره‌ی زن یا مردی که مشهور به زنا هستند کلمه‌ی «زناکار» را به کار ببرد حد قذف بر او جاری نخواهد شد.^۱ توجه به این نکته با استفاده از قیاس اولویت ما را بر آن می‌دارد که اگر برای شخص غیر مسلمان حرمتی وجود نمی‌داشت تعزیر قاذف نسبت به او نیز واجب نبود. چه اینکه در بیان شرایط حد قذف فقیهان معتقدند اگر فردی تظاهر به فسق نماید و دیگری همان فسق را به او نسبت دهد نه تنها حد قذف بر او جاری نمی‌گردد بلکه حتی تعزیر نیز نخواهد شد و قول به این حکم اعم از آن است که مقدوف مسلمان باشد یا غیر مسلمان. در این باره گفته شده: «... آیا قذف کننده‌ی متظاهر به لواط یا زنا باید تعزیر شود یا خیر؟ در این مسأله دو دیدگاه وجود دارد که دیدگاه دوم، اظهار است چنانکه شهید اول، شهید ثانی، صاحب ریاض و صاحب جواهر همین دیدگاه را برگزیده‌اند. زیرا اولاً قذف چنین فردی حرام نیست و ثانیاً دلیلی بر تعزیر او وجود ندارد. (روحانی، ۴۶۳ / ۲۵). بنابراین لازمه‌ی عدم حرمت کافر، عدم تعزیر قذف کننده‌ی اوست. در حالی که

۱. ر.ک: فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، الحدود، ۳۷۷

قذف کننده‌ی کافر تعزیر می‌شود. و الا لازم باطل، فالملزوم مثله.

نکته‌ای که در اینجا باید بدان توجه نمود اینکه چرا مجازات قذف کننده‌ی مسلمان، حدّ است اما مجازات قذف کننده‌ی شخص کافر تعزیر می‌باشد؟^۱ این تفاوت در حقوق نشان دهنده چیست؟ در پاسخ به این سؤال باید بگوییم اسلام به تناسب شدت حرمت و کرامت افراد، برای تحقیر و توهین و افتراء بر ایشان مجازات تعیین نموده است. به هر حال باید بدانیم که به یقین از منظر اسلام یک مسلمان از یک کافر کرامت و حرمت بیشتری را داراست. بنابراین افتراء بر یک مسلمان مجازات سنگین‌تری را در پی خواهد داشت. این مطلبی است که درستی تقسیم کرامت به کرامت انسانی و کرامت الهی را بیش از پیش روشن کرده و تساوی حقوق مؤمن و کافر را نفی خواهد نمود. البته باید در نظر داشت که گرچه تفاوت در حقوق در موارد مشابه، لزوماً به معنای تفاوت در کرامت و حرمت افراد نیست لکن هدف ما آن است که بگوییم در مسئله‌ی جاری حتی اگر این تفاوت از نظر مستنبط مستلزم آن تالی یعنی تغایر در کرامت و حرمت باشد نیز توجیه پذیر بوده و از این جهت مردود نخواهد بود.

۳-۱-۱-۲. حکم عقل

علاوه بر آیات و روایات پیش گفته می‌توان حکم عقل را نیز مطرح کرده و آن را به دو نحوه تقریر نمود:

الف) تقریر نخست:

اصولیان در باب برائت اشکالی بر صغرای قاعده «قیح عقاب بدون بیان» وارد نموده و هریک در مقام پاسخ بدان بر آمده‌اند. این اشکال عبارتست از قاعده‌ی «وجوب دفع ضرر محتمل». بحث‌های دامنه داری در این موضوع بوجود آمده لکن از آنجا که تمامی آن مباحث برای ما ضروری نیستند فقط به بخشی از آن بسنده کرده خواننده محترم را به کتب مطول ارجاع می‌دهیم.

اینکه کدام قاعده بر دیگری حاکم یا وارد و در نتیجه مقدم است بین اصولیان اختلاف نظر وجود دارد اما یک چیز در میان تمامی ایشان مسلم فرض می‌شود و آن اینکه اگر ضرر محتمل، ضرر دنیوی در زمینه آبرو، جان و مال باشد، میان قاعده‌ی وجوب دفع ضرر محتمل، و حکم شارع مقدس ملازمه‌ی عقلی وجود دارد. در این باره مرحوم محقق خوئی از زبان مرحوم نائینی می‌نویسد: «اگر مقصود از ضرر محتمل در قاعده، ضرر دنیوی باشد در اینصورت اگر

۱. ر.ک: ابن حمزه، ۴۲۲ و مومن قمی، ۴۳۹ به بعد.

عقل بطور مستقل به وجوب دفع آن حکم کند بر اساس قاعده ملازمه میان حکم قطعی عقل با حکم شرع، شارع نیز طبق همین حکم عقل حکم خواهد کرد چه اینکه حکم عقل به وجوب دفع ضرر محتمل در مرتبه علل احکام شرعی قرار دارد نه در مرحله معلولات، و هر چه اینگونه باشد حکم شرعی را به دنبال خواهد داشت چنانکه ما این مطلب را در برخی مباحث قطع توضیح دادیم. لکن اشکال اینجاست که عقل در غیر مورد اعراض و جانها و اموال بطور فی الجمله چنین استقلالی ندارد و چنین حکم قطعی مستقلی صادر نمی‌کند» (نائینی، ۲/ ۱۸۸) مفهوم سخن ایشان این است که در باب آبرو و جان و مال بطور فی الجمله، عقل به صورت مستقل از شرع حکم به وجوب دفع ضرر می‌کند و این حکم عقل که تقریباً یک استثنا به شمار می‌رود به دلیل اهمیت و حساسیت فوق‌العاده‌ی جان، مال و آبروی افراد است. بنابراین از طرفی عقل بطور مستقل از هر گونه بیان شرعی حکم می‌کند که دفع ضرر محتمل در باب آبروی دیگران واجب است. از طرف دیگر عقل حکم می‌کند که بین حکم مستقل و قطعی عقل با حکم شارع مقدس ملازمه وجود دارد. در نتیجه شارع مقدس نیز همین حکم را دارد. پس ریختن آبروی دیگری و هتک حرمت و کرامت وی، حرام خواهد بود. توجه به این نکته نیز ضروری است که عقل در این حکم خود، بین انسان مسلمان و انسان غیر مسلمان تفاوتی نمی‌گذارد.

این نحوه تقریر از حکم عقل، چنین حکمی را به عنوان شاخه یا مصداقی از «قطع» می‌انگارد؛ و خواننده محترم حتماً می‌داند که حجیت ذاتی قطع در مباحث علم اصول به اثبات رسیده است.

ب) تقریر دوم:

عقلای عالم به اتفاق، حکم می‌کنند به اینکه اهانت و بی‌حرمتی بدون دلیل موجه، نسبت به هر انسانی قبیح است. اگرچه ممکن است در عنوان دلیل موجه و نیز مصداق اهانت و بی‌حرمتی در بین ایشان اختلاف زیادی باشد. اما وجوه مشترك نیز قابل توجه است. مثلاً تمام عقلاء عالم اهانت به يك انسان را به دلیل رنگ پوست و یا نژادش قبیح می‌شمارند، اگرچه در عمل، همه آنان به چنین حکمی ملتزم نیستند. حال در تمام مواردی که قطع به وجوه مشترك داریم می‌توانیم بر طبق مبانی اصولی و کلامی چنین حکمی را به شارع نیز نسبت دهیم. زیرا در مبانی اصولی به اثبات رسیده که بین حکم عقلاء از جهت عاقل بودنشان و نیز حکم شارع

مقدس ملازمه بلکه عینیت در کار است (مظفر، ۲۳۴).^۱

بنابراین به نظر می‌رسد درباره‌ی حفظ حرمت و یا اهانت نسبت به افراد بشر طرح حسن و قبح اقتضایی موجه باشد. یعنی اقتضای اولیه‌ی اهانت، نسبت به هر فردی که باشد، قبح است و قاعده‌ی اولیه در حفظ حرمت افراد نیز حُسن آن است؛ و از آنجا که در علم اصول گفته شده حسن و قبح ذاتی تنها مخصوص عناوین عدل و ظلم است؛ پس باید گفت تا وقتی که حفظ حرمت افراد بشر مصداقی از عدل باشد حسن است و چنانچه روزی این عنوان در مرحله‌ی ثانوی زیرمجموعه‌ی ظلم قرار گیرد قبیح خواهد بود و از طرف دیگر تا وقتی اهانت یک مصداق برای ظلم است قبیح بوده و در صورت تبدل آن، مطلوب و حسن می‌باشد. مثلاً عقلاً حکم می‌کنند که اگر کسی به هر عنوان آسایش و رفاه شهروندان را مورد تعرض قرار دهد و در جامعه ایجاد رعب و وحشت کند حفظ حرمت او ظلمی است ناروا و اساساً چنین فردی از حرمت و کرامت بی‌بهره است. یا بطور مثال در روایات ما آمده اگر در مجالس شلوغ کسی جلوی درب خروجی بنشیند و راه را برای رفت و آمد مردم ببندد لگدمال شدن او بوسیله‌ی مردم اشکالی ندارد و او در این مورد حرمتی نخواهد داشت. چه اینکه او به اختیار، خود را در معرض چنین بی‌حرمتی قرار داده است.^۲

در جهت تأیید این سخن می‌توان آیه‌ی ۸ و ۹ سوره مبارکه ممتحنه را مورد استناد قرار

داد. خداوند می‌فرماید:

«لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسَطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسَطِينَ * إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ أُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَ ظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوهُمْ وَ مَنْ تَوَلَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»

یعنی: خدا شما را از نیکی کردن و رعایت عدالت نسبت به کسانی که در راه دین با شما پیکار نکردند و از خانه و دیارتان بیرون نراندند نهی نمی‌کند چرا که خداوند عدالت‌پیشگان را دوست دارد. * تنها شما را از دوستی و رابطه با کسانی نهی می‌کند که در امر دین با شما پیکار کردند و شما را از خانه‌هایتان بیرون راندند یا به بیرون‌راندن شما کمک کردند و هر کس

۱. البته بر محققان مخفی نیست که اینگونه تفسیر از حکم عقل، بر طبق مبانی مرحوم مظفر و استاد بزرگوارشان مرحوم محقق اصفهانی است، وگرنه تفسیر دیگری نیز از حکم عقل به عنوان منشأ استنباط احکام وجود دارد. در این زمینه رک: فقه و عقل، علیدوست، ص ۸۵ به بعد.

۲. «لَا بَأْسَ أَنْ يَنْخَطِيَ الرَّجُلُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ إِلَىٰ مَجْلِسِهِ حَيْثُ كَانَ، فَإِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ فَلَا يَنْخَطِئُ أَحَدٌ رِقَابَ النَّاسِ وَ لِيَجْلِسَنَّ حَيْثُ تَبَيَّرَ، إِلَّا مَنْ جَلَسَ عَلَىٰ الْأَبْوَابِ وَ مَنَعَ النَّاسَ أَنْ يَمْضُوا إِلَىٰ السَّعَةِ فَلَا حَرَمَةَ لَهُ أَنْ يَنْخَطِئَهُ». (مجلسی، ۱۷/۸۶)

با آنان رابطه دوستی داشته باشد ظالم و ستمگر است!

چنانچه پیداست از آیه می‌توان چنین برداشت کرد که اصل اولی درباره‌ی همه‌ی بشر قسط و عدل است. تنها کسانی از این قاعده خارج شده‌اند که ضد بشر، ضد دین و ضد خدا هستند. خداوند تنها از دوستی و نرمش با دشمنان دینش نهی فرموده و به دلالت «انما» که دال بر حصر متعلق خود به حکم است نمی‌توان چنین حکمی را درباره دیگران جاری دانست. بنابراین مدعی کسی است که خارج از نصوص و ظواهر، رفتار اهانت آمیز نسبت به دیگران را مجاز شمرد، مدعی کسی است که از اصل احترام همگانی خارج گردد، مدعی مستنبطی است که حکمی وهنی را بدون دلیل محکم استنباط نماید؛ و با توجه به آنچه گفته شد در مقام شک در چنین مواضعی، جانب احتیاط آن است که به قطع و یا نزدیک به قطع عمل شود. چه اینکه درباره‌ی جان و آبروی افراد شارع مقدس سخت‌گیری و دقت زیاد را معتبر می‌داند.

بنابراین حکم عقل آن است که اهانت و وهن هر بشری قبیح است چه اینکه ظلم است و هرچه نزد عقل قبیح است نزد آفریننده‌ی عقل نیز قبیح است. پس وهن هر بشری بدون دلیل موجه نزد شارع قبیح است؛ و از طرف دیگر حفظ حرمت افراد به حکم عقل حسن است چه اینکه عدل است و آنچه نزد عقل حسن است شارع نیز به حُسن آن حکم می‌کند و در نتیجه شارع مقدس به حُسن حفظ حرمت افراد بشر حکم می‌فرماید. حال می‌توانیم روایاتی را که در بخش نخست با عنوان اثبات کرامت انسانی مطرح نمودیم - اگرچه در برداشت ما به طور گروهی کرامت انسانی را اثبات می‌کنند - به عنوان مؤید مطالب مذکور بیاوریم.

۴-۱-۲. شمول ضرر در قاعده‌ی «لاضرر» نسبت به هتک کرامت

شهید صدر (ره) معتقدند مفهوم ضرر در قاعده‌ی «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» شامل نقص به کرامت افراد نیز می‌شود. ایشان بعد از آن که ضرر را به معنای نقص معرفی می‌کند و می‌گوید: «ضرر یک جنبه موضوعی دارد که همان نقص است. بنابراین باید حد و مرز نقص را مشخص کنیم» اضافه می‌کند که نقص در کرامت نیز مشمول عنوان ضرر می‌گردد: «فقیهان فرموده‌اند ضرر یا در جان است یا در مال و یا در آبرو. ما بهتر است از سومی با تعبیر گسترده - تری یاد کنیم و آن عبارتست از کرامت و اعتبار» ایشان در توجیه این سخن خود می‌فرماید: جهات و حیثیات مربوط به انسان یا حقیقی بوده و بازگشت آن به وجود و جان فرد است، یا این که اعتباری است همانند مقام و آبرو و کرامت و یا آن که حیثیت مالی است. حال هر نقصی که بر یکی از این سه مورد وارد شود بدون اشکال ضرر خواهد بود. همچنانکه هر نوع

زیادی و افزایش در این امور سه گانه منفعت محسوب می‌شود.

ایشان پس از توضیح مدعای خود اشکالی را مطرح نموده و دفع وهم می‌نمایند. اشکال آن است که در بسیاری از موارد و مصادیق که ظاهراً باید مشمول عنوان ضرر بوده و نقص در کرامت محسوب شوند عرفاً چنین تطبیقی وجود ندارد مثلاً وقتی شخصی دیگری را سب می‌کند و یا به محارم او نظر حرام می‌افکند عرفاً نمی‌گویند که به او ضرر زده است. همانطور که به مجرد مدح و ستایش فرد نمی‌گویند که به او نفع رسانده است پس عنوان ضرر نسبت به مورد سوم [یعنی نقص در کرامت] صادق نیست.

این استاد برجسته در جواب می‌فرماید: باید بین دو عنوان متفاوت فرق گذاشته و آنها را با یکدیگر خلط نکنیم. یکی هتک کرامت و تنقیص شأن فرد در جامعه و دیگری ترتیب اثر ندادن به کرامت اوست. این دو عنوان با یکدیگر تفاوت دارند. اولی بدون شک ضرر محسوب می‌گردد بلکه در برخی موارد به مراتب از ضرر مالی بزرگتر است اما دومی مشمول آن ملاک کلی یعنی «نقص» نیست بنابراین با ملاک کلی که گفتیم - و آن صدق مفهوم «نقص» در یکی از موارد سه‌گانه‌ی مال، نفس و کرامت است - مورد دوم از دایره‌ی مفهوم نقص خارج و در نتیجه ضرر به شمار نمی‌آید بلکه صرفاً ترتیب اثر ندادن به کرامت افراد است نه ایجاد نقص در کرامت آنان. (صدر، ۱۳۸)

صاحب عناوین نیز قبل از ایشان به این مهم اشاره کرده است. او در این جهت که آیا کلمه «ضرر» در قاعده مذکور شامل آبرو می‌شود یا خیر، معتقد است: در مورد آبرو باید گفت: ضابطه‌ی آن این است که چیزی است که داخل در احترام مکلف باشد، به طوری که هتک آن موجب ذلت و خواری او در بین مردم شود، پس کسی که بر زوجه دیگری تجاوز نماید یا سعی در اطلاع بر عیب او کند یا بر محارم او تعدی نماید یا تهمت و طعنه بر او زند یا مثلاً چیزی را آشکار نماید که او راضی بر آشکار شدنش نیست تمام این موارد هتک آبروی او محسوب شده در حقیقت اضرار به او به حساب می‌آید و بر امثال این موارد ضرر صدق می‌کند.

ادعای انصراف کلمه «ضرر» در روایت به مال و بدن و عدم شمول آن نسبت به آبرو نیز صحیح نیست بلکه حق آن است که هتک عرض نیز ضرر و اضرار محسوب می‌شود. که توضیح آن در ادامه می‌آید و روایت سمره بر آن دلالت دارد. نیز فعلی که باعث کوچک شدن و خواری دیگری شود اگرچه به سبب ترک برخی تعارفات عادی باشد که شایسته نیست نسبت

به مخاطب ترک شود مانند آن است که گفتیم. چه اینکه این مورد نیز داخل در عنوان اضرار به آبرو و اسقاط احترام می‌باشد ... (مراغی، ۱/ ۳۰۹).^۱

چنانچه می‌بینیم مفاد دیدگاه صاحب عناوین حتی مرتبه‌ای بالاتر از عقیده شهید صدر است. زیرا شهید صدر ترک احترام را مصداقی از «اضرار» نمی‌داند لکن مرحوم میرفتاح این مورد را نیز مشمول ضرر و اضرار می‌داند.

صاحب مدارک نیز در مبحثی با محوریت لزوم بازگرداندن مال مغضوب به صاحبش معتقد است «اگر این بازگردانی موجب یک ضرر مالی باشد باز هم واجب خواهد بود مگر اینکه باعث یک ضرر غیر مالی شود که در اینصورت واجب نیست. زیرا حفظ جان و آبرو بر حقوق دیگر مقدم می‌شود گرچه این حقوق، از جمله حق الناس باشد!» (خوانساری، ۵/ ۲۰۹)

بسیاری از فقیهان دیگر نیز مفهوم ضرر را شامل ضرر معنوی یا ضرر در آبرو دانسته‌اند از جمله مرحوم کاشف الغطاء (کاشف الغطاء، ۷۶)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۶۶/۲۲)، صاحب اوثق الوسائل (تبریزی، ۴۷۷)، مرحوم میرزای آشتیانی در کتاب رسائل و بحر الفوائد (آشتیانی، ۲/ ۲۳۰)، مرحوم آغا ضیاء (عراقی، ۱۵۱) و ...^۲

با پذیرش سخن این بزرگان مبنی بر شمول ضرر نسبت به هتک کرامت افراد و البته با پذیرش مقدمات دیگر از قبیل شمول «قاعده‌ی لاضرر» نسبت به کافران، این قاعده در باب کرامت انسانی کاربرد خواهد داشت به طوری که یکی از ادله‌ی نفی یا نهی از هتک کرامت افراد بشر همین قاعده خواهد بود. در جهت حل این مشکل می‌توان به اطلاق قاعده‌ی مزبور که یک دلیل لفظی است تمسک کرد. فقیه، اصولی و فیلسوف بزرگ معاصر مرحوم محقق اصفهانی در این باره و در حاشیه‌اش بر کتاب مکاسب مرحوم شیخ اعظم بیان دقیق و در خور توجهی دارد. شیخ انصاری در مسأله ملکیت کافر بر عبد مسلمان بیانی دارند مبنی بر اینکه اگر کافری عبد مسلمانی را بخرد، در این بیع کافر هیچ‌یک خیار خیاراً خصوصاً خیار انقضاء از قاعده لاضرر نخواهد داشت زیرا کفر او باعث عدم شمول قاعده لاضرر نسبت به او می‌شود. محقق

۱. أما العرض: فضابطه ما هو داخل في احترام المكلف، ليكون هنكه موجبا لذاته و انكساره بين الناس، فمن تعدى على زوجته أو تطلع على عورته أو دخل على عياله أو ما يتعلق به من المحارم و النساء أو اغتابه أو اتهمه أو طعن عليه في وجهه أو أظهر شيئاً مما لا يرضى بظهوره، فهو هتك للعرض، إضرار في الحقيقة، و مثل ذلك يعد ضرراً. و دعوى: انصراف (الضرر) إلى المال و البدن أو عدم شموله لمثل ذلك، ممنوع، بل الحق أن ذلك كله ضرر و إضرار، و يجيء توضيحه، و يدل عليه رواية سمرة كما مرت. و مثل ذلك فعل شيء يوجب الاستخفاف و المهانة و لو بترك بعض التعاريف العادية التي ليس من شأنها أن يترك بالنسبة إليه، فإن ذلك كله داخل في الإضرار بالعرض و إسقاط الاحترام.

۲. مرحوم آغا ضیاء در این کتاب حتی حقی به نام حق عرض را معرفی کرده و آن را زیر مجموعه حق سلطنت می‌داند. او معتقد است این حق از بزرگترین حقوق انسان به شمار می‌رود.

اصفهان‌ی در بررسی این اجتهاد می‌فرمایند: ... ممکن است کسی در مسأله ملکیت کافر بر مسلمان بگوید: ادله نفی سبیل بر قاعده لاضرر اقوانیت و حکومت دارند، پس در اینگونه موارد قاعده نفی سبیل جاری خواهد بود. پاسخ این اشکال آن است که نفی ملکیت کافر بر مسلمان بخاطر رعایت احترام شخص مسلمان است لیکن نفی ضرر از همه‌ی افراد در دین اسلام، مقتضای شرافت شریعت اسلام است و شکی نیست که رعایت احترام مسلمان در بستر نفی ملکیت کافر بر او، به هیچ وجه یارای مقاومت در برابر مقتضای شرف شریعت اسلام در اینکه حکم ضرری در آن نباشد را ندارد [بلکه باید مقتضای شرف شریعت اسلام را بر مقتضای احترام شخص مسلمان ترجیح دهیم]. محقق کمپانی در ادامه چنین اذعان می‌دارد: «گرچه مفاد برخی از ادله نفی ضرر، مخصوص به مومن است لکن برخی از ادله دیگر این قاعده مقید به قید «علی مومن» نشده بلکه مطلق است؛ و روایتی هم که می‌فرماید: «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» مقصودش فقط نفی ضرر در شریعت اسلام است نه نفی ضرر از کسی که منتسب به شریعت اسلام باشد [یعنی این قید به این معنایی است که ما گفتیم نه اینکه در مقام تقیید دلیل به قید مسلمان بودن باشد]. پس این شرافت شریعت اسلام است که مقتضای نفی حکم ضرری بر مسلمان و کافر می‌باشد. بنابراین گمان نمی‌کنم کسی در ثبوت خیار برای کافر در بقیه‌ی اموالش - غیر از برده‌ی مسلمان [که در اینجا مورد بحث است] -، با استناد به قاعده نفی ضرر اشکال کند. مانند خیار غبن که دلیل مشروعیتش منحصر به همین قاعده لاضرر می‌باشد... (اصفهان‌ی، ۴۷۷/۲) محقق خوئی نیز قاعده مزبور را شامل کافر هم دانسته است. (خوئی، ۵/۱۰۹)

مرحوم امامی خوانساری نیز می‌نویسد: «شکی نیست که نفی ضرر، یک حکم شرعی مانند دیگر احکام است و بنابراین در آن فرقی بین مسلمان و کافر نیست ... و اینکه برخی خیال کرده‌اند چون نفی ضرر، یک منت از سوی خداست و کافر مستحق منت و عنایت خاص خدا نیست، بنابراین قاعده شامل او نخواهد شد، یک توهم باطل است زیرا منت، حکمت حکم است نه علت آن [تا اینکه اگر در جایی منتفی شد، حکم هم منتفی شود]». (خوانساری، ۲۲۹)

مضافاً اینکه اصل وجود قید «علی مومن» یا قید «فی الاسلام» در ذیل این روایت مورد پذیرش برخی محققان از فقها نیست. (ر. ک: خمینی، ۲۵/۱ و روحانی قمی، ۳۸۷/۵)

تعیین مبانی فقیه در مقدمه دیگر این بحث یعنی مشخص شدن برداشت او نسبت به این که آیا مفاد «قاعده لاضرر» نفی حکم ضرری است - چنانچه شیخ اعظم اعتقاد دارند (انصاری،

۵۳۴ / ۲) - یا آنکه منظور نهی از اضرار به دیگران است - چنانچه جناب شیخ الشریعه اصفهانی فرموده‌اند (شیخ الشریعه اصفهانی، ۲۴) - و یا مبانی دیگری که در این مسأله موجود است نیز تأثیر بسزایی را در تحقیق مفاد قاعده نسبت به حقوق بشر بر عهده دارد. زیرا ممکن است به نفی وجود حکم ضرری نسبت به تمام افراد بشر انجامیده و یا تنها در جهت تعیین وظیفه‌ی اشخاص نسبت به رفتار خود با دیگران به کار آید.

مقدمت دیگری نیز وجود دارد که تعیین مبنای فقیه در آنها برای تحقیق مفاد قاعده، ضروری می‌نماید اما مهمترین مقدمه همان شمول یا عدم شمول ضرر و اضرار نسبت به کرامت است. البته ممکن است کسی پس از پذیرش این شمول، قائل به اختصاص قاعده به «مؤمن» باشد که در این صورت این قاعده تنها در باب کرامت الهی و تعیین حدود و ثغور آن کاربرد خواهد داشت. اما هدف اصلی ما از طرح این مبحث آن است که بگوییم «قاعده لاضرر» شأنیت دلالت در باب کرامت انسانی را دارد.

۲-۱-۲. استدلال به روش سوم (اصل عملی)

اگر پس از بررسی ادله‌ی پیش‌گفته مخاطب قانع نشود، لاجرم باید به اصول عملی مراجعه نمود. اصل عملی جاری در این مسأله کدام است؟ برای پاسخ به این سؤال باید ابتدا به دقت شیء مشکوک را مشخص نماییم. شک ما در چه چیزی است؟ به نظر می‌رسد مسأله را باید بدین شکل طرح کنیم: آیا هتک بی‌دلیل انسان، جایز است یا خیر؟ پاسخ اجمالی این است که اصل، عدم جواز است مگر اینکه دلیلی بر آن اقامه شود.

پاسخ تفصیلی به این پرسش وابسته به تبیین و تعریف دقیق مسأله است تا بدانیم مجرای کدامیک از اصول عملی قرار می‌گیرد.

اصولیان معتقدند شک، یا حالت سابقه یقینی معتبر دارد یا نه. اگر حالت سابقه‌ی یقینی معتبر داشته باشد، مسأله مجرای اصل استصحاب است. اگر حالت سابقه یقینی معتبر نداشته باشد، یا احتیاط در آن ممکن است یا نه. اگر احتیاط ممکن نباشد، مسأله مجرای اصل تخییر است. اگر احتیاط ممکن باشد، یا دلیل اقامه شده مبنی بر اینکه مخالفت با حکم واقعی مجهول مستلزم عقاب است و یا نه. اگر دلیل داشته باشیم مجرای اصل احتیاط و اگر نداشته باشیم مجرای برائت خواهد بود. (انصاری، ۱ / ۳۱۰) حال در مسأله مورد بحث دو مجرا می‌توان تصویر کرد:

الف) شک ما حالت سابقه یقینی معتبر دارد پس مجرای استصحاب است.

بیان مطلب اینکه قبل از تأسیس ادیان یا حداقل قبل از تأسیس دین اسلام توسط پیامبر (ص) اصول انسانی بر روابط اجتماعی بشر حاکم بوده است. مسلماً اصل انسانی و قاعده فطری در مورد آبرو و کرامت انسان‌ها عبارتست از ثبوت کرامت و وجوب حفظ آن و در نتیجه عدم جواز هتک آن. پس از تأسیس دین، برخی از گروه‌ها مانند کافران حربی یقیناً از این اصل کلی خارج شده‌اند اما در مورد برخی همچون کافران ذمی، معاهد و ... شک داریم که آیا از این اصل کلی خارج شدند یا خیر؟ اصل استصحاب می‌گوید همان حالت یقینی سابق باید ادامه پیدا کند.

(ب) فرض کنید حالت سابقه یقینی در اینباره در کار نیست و یا اگر هم هست لحاظ نشده و معتبر نیست. در این مورد باز هم اصل احتیاط حاکم خواهد بود.

بیان مطلب اینکه در این مسأله احتیاط ممکن است پس با توجه بدانچه در مورد مجاری اصول گفتیم، یا جای برائت است و یا احتیاط. لکن به نظر می‌رسد این مسأله جای برائت نیست بلکه جای احتیاط است. چرا؟ زیرا گفتیم که اگر دلیل داشته باشیم مبنی بر اینکه مخالفت واقع مجهول مستلزم عقاب است، مورد جای احتیاط خواهد بود؛ و در این مسأله به نظر می‌رسد چنین دلیلی موجود است. چه اینکه اصولیانی مانند شیخ انصاری ادعای اجماع دارند بر اینکه اصل جاری در باب نفوس، اعراض و اموال عبارتست از احتیاط. (سبحانی، ۲/ ۱۱۴) زیرا اینگونه موارد دارای اهمیت فوق العاده‌ای بوده و شارع مقدس حتی در صورت وجود احتمال ضعیف هم احتیاط را واجب دانسته است. پس دلیلی که در این مورد مبنی بر استلزام عقاب برای مخالفت واقع مجهول وجود دارد، عبارتست از احتمال ضرر. به عبارتی همان قاعده‌ی «وجوب دفع ضرر محتمل».

دیدگاه نهایی در مورد کرامت انسانی

به اعتقاد ما اولاً کرامت بشر و یا بنی آدم از سنخ اقتضائی است، یعنی چنانکه در بیان علامه طباطبایی آمد آیه ۷۰ سوره اسرا مربوط به همه‌ی اقشار و اصناف بشر است. کافر و فاسق را نیز در بر می‌گیرد و این یعنی فعلیت تکریم بنی آدم در تمام افراد آن. چنانچه صاحب «المیزان» معتقدند در غیر صورت فعلیت، آن هم به نحو اطلاق شمولی در بنی آدم، معنای امتنان و به دنبال آن عتاب درست در نمی‌آید.

ثانیاً عناوین مزیل و رافع کرامت انسان، بر دو نوع است: یکی عناوینی که بطور جزئی کرامت انسان را زائل کرده و او را از برخی حقوق ناشی از کرامت انسانی ممنوع می‌کنند، مانند

فسق که انسان را در همان موضوع فسق، از کرامت بی بهره خواهد کرد. چه اینکه طبق مبانی فقهی مسلم، غیبت فاسق در همان مورد فسقش جایز خواهد بود؛ و نیز مانند کفر به قید پذیرش ذمه دولت اسلامی، استیمان و یا حداقل معاهده با دولت اسلامی. اینگونه از عناوین، انسان را بطور جزئی از حق کرامت بی بهره خواهد کرد. اما نوع دوم عبارتست از تحقق عنوان کافر حربی. چنین عنوانی رافع کلی حق کرامت انسان می باشد.

نتیجه گیری

با نظر به آنچه گذشت، بطور کاملاً خلاصه می توان گفت:

۱. یکی از مهم ترین پیش فرض هایی که در تبیین حقوق بشر از دیدگاه اسلام باید بدان توجه نمود، تفاوت تعریف انسان در دانش فقه با تعریف انسان در حکمت متعالیه است. توجه به این نکته ضروری است که تعریف انسان در فقه همان تعریف علم منطوق از بشر است.
۲. اثبات کرامت انسان در حقوق اسلامی بدین معنا نیست که اسلام همه انسان ها را در بهره مندی از کرامت یکسان می داند بلکه به عکس، هیچ گاه کافر و مومن و عادل و فاسق در دیدگاه اسلام برابر نخواهند بود. این مطلب حتی در برخورداری از حقوق اجتماعی نیز موثر بوده و قابلیت استناد دارد.
۳. انسان از همان جهت که انسان است، از حق کرامت بهره مند می باشد. آیات، روایات، قاعده لاضرر، دلیل عقل و اصل عملی پشتوانه های این مدعا هستند. لکن کرامت وی به هیچ وجه ذاتی و یا از لوازم ذات - به معنای غیر قابل انفکاک - نیست بلکه ممکن است بطور جزئی و یا کلی زایل گردد. برخی از عناوین بطور کلی و برخی بطور جزئی این حق را از انسان سلب می کنند.
۴. آنچه گفته شد بخشی از سخنان لازمی است که در باب کرامت انسان باید بدان پرداخته شود. نگارنده با در نظر داشتن محدودیت مجال، تنها به همین بخش اکتفا نموده است.

منابع

- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسیله الی نیل الفضیله*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۸
 ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت: دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
 اصفهانی، محمدحسین، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم: انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
 اصفهانی (شیخ الشریعة)، *فتح الله، قاعدة لاضرر و لاضرر*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.

- انصاری، مرتضی، *فرائد الاصول*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- بخاری جعفری، محمد بن اسماعیل، *صحیح البخاری*، بیروت: دار ابن کثیر، ۱۴۰۷ ق.
- تبریزی، موسی، *اوثق الوسائل فی شرح الرسائل*، قم: کتابفروشی کتبی نجفی، ۱۳۶۹ ق.
- جبعی عاملی، شهید ثانی، زین الدین ابن علی بن احمد، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- جعفری تبریزی، محمد تقی، *مقدمه ای بر اعلامیه جهانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام*، بی جا: ششمین کنفرانس اندیشه اسلامی، ۱۳۶۶.
- جوادی آملی، عبدالله، *کرامت در قرآن*، قم: مرکز فرهنگی رجاء، ۱۳۶۴.
- جوادی آملی، عبدالله، *فلسفه ی حقوق بشر*، قم: مرکز نشر اسراء، ۱۳۷۵.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم: موسسه آل البيت، ۱۴۰۹ ق.
- حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *اللائعین*، قم: نشر هجرت، بی تا.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *موسوعه الامام الخویی*، بی جا: موسسه احياء آثار الامام الخویی، ۱۴۱۷ ق.
- راغب اصفهانی، حسن بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، بیروت: دارالعلم، ۱۴۱۲ ق.
- روحانی قمی، سید محمد، *منتقى الاصول*، قم: چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ ق.
- سبحانی، جعفر، *الوسیط فی اصول الفقه*، قم: موسسه امام صادق (ع)، ۱۳۸۷.
- صدر، محمد باقر، *مباحث الاصول*، قم: نشر مقرر، ۱۴۰۸ ق.
- طباطبائی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- عراقی، ضیاء الدین، *قاعده لاضرر و لاضرار*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- علم الهدی، سید مرتضی علی بن حسین، *رسائل الشریف المرتضی*، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.
- علم الهدی، سید مرتضی علی بن حسین، *امالی المرتضی*، قاهره: دار الفکر العربی، ۱۹۹۸ م.
- علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عقل*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- عمید زنجانی، عباسعلی، *درآمدی بر فقه سیاسی*، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۳.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- مراغی، میرعبدالفتاح، *العناوین الفقهیة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران: مرکز کتاب لترجمه و النشر، ۱۴۰۲ ق.
مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم: مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۷.
مومن قمی، محمد، *مبانی تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲.
مهرپور، حسین، *حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران*، تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۴.

Shorter Oxford English Dictionary; Fifth edition, Volume 1. Oxford University Press, 2002.

The Oxford Encyclopedic, English Dictionary, Newyork, Oxford, University press, 1996.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۲،
بهار ۱۳۹۲، ص ۵۱-۳۱

نأملی در کاربرد قاعده‌ی فقهی اعراض*

دکتر عبدالحسین رضائی‌راد

استادیار دانشگاه شهید چمران اهواز

Email: ahrr39@scu.ac.ir

چکیده

در این مقاله، با هدف ارتقای قوانین موضوعه‌ی ایران و افزایش جنبه‌های کاربردی آن‌ها و در جهت تأمین هر چه بیشتر امنیت مالی جامعه، قاعده‌ی فقهی اعراض، مورد تأمل قرار می‌گیرد؛ قاعده‌ای که در منابع فقهی، به طور واضح و مبسوط، مورد بحث قرار نگرفته‌است، اما در حقوق مدنی ایران، مبنای بعضی از قوانین می‌باشد. همین امر، ابهامات و بعضاً، تصمیمات عجولانه‌ای را در خصوص تصرف اموال مردم، به تصور معروض‌عنه بودن آن اموال، باعث گردیده‌است.

میزان قابلیت تعمیم قاعده‌ی اعراض، چگونگی اثبات اعراض، تفاوت مال معروض‌عنه با مال مفقود و متروک، عدم تأثیر اعراض در صورت رجوع مالک یا وجود احتمال رجوع، نتیجه‌ی اعراض در حقوق جمعی و مشترک و همچنین عدم سلب مالکیت در اثر اعراض در اموال غیر منقول، عمده مسائلی هستند که این مقاله، در صدد تبیین و اثبات آن‌ها است.

کلیدواژه‌ها: اعراض، مالکیت، إسقاط مالکیت، قاعده‌ی فقهی اعراض.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۶/۰۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۱۲/۱۵.

مقدمه

قاعده‌ی إعراض، قاعده‌ای است که بر اساس آن، هرگاه، مالکی از مال خود، یا ذی‌حقی از حق خود، روی‌گردان گردد، بدون اینکه قصد بهره‌برداری، یا قصد إباحه و یا تملیک آن را داشته‌باشد، رابطه‌ی ملکیت او با آن مال، یا حق، قطع شده و به صورت مباح در می‌آید. میان فقهاء، سه نظر درباره‌ی تأثیر إعراض، بر سلب مالکیت مالک مطرح است؛ بعضی، إعراض را به طور مطلق موجب سلب مالکیت می‌دانند؛ گروهی دیگر، تأثیر آن را بر سلب مالکیت، منکر می‌باشند و گروه سوم هم إعراض را صرفاً در اموال کوچک و کم ارزش، موجب سلب مالکیت مالک می‌شمرند و این تأثیر را برای إعراض در اموال گران قیمت و به خصوص در املاک و اموال غیر منقول، منکر می‌باشند. (میرزای قمی، ۲/۲۴؛ طباطبائی، ۲/۴۱۳)

بر فرض پذیرش مبنای نظری دیدگاهی که إعراض را موجب إزاله‌ی ملکیت مالک، از مال معرض‌عنه، می‌داند، این پرسش‌ها مطرح می‌گردد که قاعده‌ی مذکور، در چه محدوده و با چه شروط و ضوابطی، تأثیر خود را بر جای می‌گذارد؟ ادله‌ی این قاعده، تا چه میزان در توسعه‌ی دایره‌ی قاعده‌ی إعراض، کارآمد می‌باشد؟ مرزهای ممنوعه‌ی اجرای این قاعده، کدام است؟ چه تأملاتی در کاربرد این قاعده، لازم‌الرعايه و در اجرای کاربرد درست این قاعده، تأثیرگذار می‌باشد؟

إعراض، قاعده‌ای فقهی

نخستین مسأله‌ی قابل بررسی درباره‌ی إعراض، این است که آیا إعراض، یک حکم جزئی است که برای مورد خاص خود، قابل طرح می‌باشد؟ یا یک قاعده‌ی کلی فقهی است که می‌تواند دارای افراد و مصادیق متعددی باشد و در موارد متعددی به کار رود؟ اگر إعراض یک حکم جزئی باشد، تعمیم آن به سایر موارد و تسری احکام إعراض، به غیر مورد خاص آن، قیاسی است که با مبانی فقهی شیعه در تضاد می‌باشد؛ چنان‌که برخی از محققین، کلیت دادن به إعراض و تسری آن را از بحث لقطه به سایر مباحث فقهی، نوعی قیاس بر می‌شمرند و پیروان تسری مذکور را مورد انتقاد قرار می‌دهد (خوئی، کتاب- الإجارة، ۴۵)؛ از این رو، إعراض، تنها، هنگامی، به شکل قاعده‌ی عام فقهی، قابل طرح است که قابلیت تعمیم و تسری آن، با موازین اثبات شده‌ی فقهی، تأیید شود.

از دیر زمان، بحث إعراض، در آثار فقهی، مطرح بوده‌است؛ هرچند که نوعاً، این بحث، در

حد یک حکم جزئی، به طور پراکنده و در برخی از ابواب فقهی می‌باشد. (ابن‌دریس، ۱۹۵/۲؛ علامه‌ی حلی، تذکره‌الفقهاء، ۲۵۶/۲؛ فخرالمحققین، ۴/ ۳۴۶؛ حرعاملی، ۴۵۵/۲۵؛ انصاری، ۳۵؛ بهوتی، ۱۹۷/۴)

در میان نوشته‌های فقهی فقیهان، از گذشته تا به امروز، جز چند مورد معدود از نوشته‌های فقهی فقهای معاصر^۱، هیچ منبعی نیست که حکمی کلی برای اعراض، بیان کند که به هم‌هی انواع اعراض، قابل تسری و در هم‌هی ابواب فقهی، صادق باشد؛ جای شگفتی است که با چنین وضعیتی، بعضی از بزرگان، برای این قاعده، وجود اجماع را نقل می‌کنند. (میرزای قمی، ۲۴/۲) حقوق ایران نیز به بحث اعراض، به طور عام و کلی نپرداخته‌است، بلکه فقط، آن را سبب خروج اموال غرق شده‌ی در دریا، از مالکیت مالکان آن‌ها (ماده ۱۷۸ ق.م) و مواردی مانند آن، پذیرفته‌است.

علی‌رغم تصور و تصریح بعضی از بزرگان که این ماده، به غواصی، اختصاص ندارد، تعمیم این قاعده، به موارد دیگر، به آسانی امکان پذیر نیست.

ماده‌ی ۱۴۹ اصلاح شده‌ی قانون ثبت نیز می‌تواند یک نمونه‌ی دیگر از موارد پذیرش قاعده‌ی اعراض در حقوق ایران باشد؛ زیرا مطابق ماده‌ی مذکور، در موردی که ملک فروخته شده، مساحت اضافه دارد و خریدار بهای اضافی را در صندوق ثبت، به ودیعه می‌کند، فروشنده، نمی‌تواند پس از گذشت ده سال، آن پول را بگیرد، ولی قانون، به خریدار، این اجازه را می‌دهد که وجه ایداع شده را بردارد.

با این وجود، پذیرش این قاعده، در دو یا چند مورد، به آسانی نمی‌تواند مجوز سرایت آن به موارد دیگر باشد.

در قوانین بعضی از کشورهای دارای نظام حقوقی کامن‌لا (Encyclopedia International Q.v habandonment) و نیز در حقوق فرانسه ("Marite Student Encglopedia Q.v l "abandonment")، اعراض، به صورت یک قاعده، شناخته می‌شود و حکمی کلی برای آن بیان می‌گردد.

اگرچه، اعراض، در برخی مواد قانونی، عامل‌ی‌ازالهی مالکیت دانسته می‌شود و در بعضی دیگر از مواد قانونی، این اثر، برای اعراض به رسمیت شناخته نمی‌شود، یا شروط متفاوتی برای آن ذکر می‌گردد، اما طرح آن به صورت یک عنوان مستقل حقوقی و حکمی کلی و قاعده‌ای

۱. رک: محقق داماد، قواعد فقه مدنی، مصطفوی، مئة قاعدة فقهية.

فقهی، چیزی است که در حقوق ایران و حتی در آثار فقهی، سابقه ندارد.

تفاوت إعراض و إبراء

یکی از مواردی که در تحریر محل نزاع، شایسته‌ی بیان می‌باشد، شناخت تفاوت بین إعراض و إبراء است؛ چه اینکه عدم تفکیک این دو از یکدیگر، می‌تواند خلط مبحث و رسیدن به نتایج نادرست را موجب گردد؛ زیرا إبراء نیز مانند إعراض، سبب سقوط حق می‌شود و تنها با اراده‌ی صاحب آن واقع می‌گردد و به قبول طرف مقابل، نیاز ندارد؛ بنابر این، هم إعراض و هم إبراء، از ایقاعات هستند و در این هر دو عمل حقوقی، صاحب حق، از امتیاز خود، صرف نظر می‌کند، بدون اینکه آن را به دیگری واگذار کند.

اما تفاوت بین إعراض و إبراء، در این است که إبراء، ویژه‌ی إسقاط حق دینی، ولی إعراض، سبب سقوط حق عینی می‌باشد و دیگر اینکه إعراض، بیشتر در مورد رها کردن و گذشتن از حق مالکیت به کار می‌رود، ولی در سایر حقوق، مانند: حق انتفاع، ارتفاق، رهن و تحجیر نیز شایع است؛ با این اوصاف، إعراض از حق، می‌تواند با مصادیق إبراء، تداخل‌های فراوان پیدا کند و خلط مبحث را برانگیزد.

برای مثال، اگر کسی، نزد دیگری، مالی داشته باشد و متصرف، به حکم قانون یا قرارداد، به تسلیم آن، به مالک، متعهد باشد، إبراء مالک، مسئولیت متصرف را از بین می‌برد و در قلمرو حق دینی، مؤثر می‌شود، ولی در اصل حق عینی، دخالت نمی‌کند و حتی حق مطالبه‌ی مالک را در آینده نیز از بین نمی‌برد؛ چرا که إبراء فردی که متعهد به تسلیم است، به معنی إعراض از حق مالکیت نیست و مالکیت، امتیاز استیلاء بر ملک را نیز به دنبال دارد. (محقق کرکی، جامع-المقاصد، ۱۳۸/۹؛ شهیدثانی، مسالک‌الافهام، ۳۶۹/۱)

إحراز و اثبات إعراض

إحراز إعراض، اصلی‌ترین مسأله، در بحث إعراض است؛ چه اگر وقوع إعراض، محرز و قطعی نباشد، إعراض، اثر خودیعی: قطع رابطه‌ی مالکیت را بر جای نمی‌گذارد. صرف عدم انتفاع، حتی اگر مدت مدیدی هم طول بکشد، در تحقق إعراض، کافی نیست و باعث سلب مالکیت نمی‌شود (خمینی، سیدروح‌الله، ۲/۱۴۲، ۲۲۳؛ گلپایگانی، ۲/۲۸۸، ۲۱۴؛ بحرالعلوم، ۱۹۵/۲).

افزون بر ترک انتفاع، قصد قطع رابطه‌ی مالکیت نیز ضروری و تعیین کننده است. تقریباً، همه‌ی مؤلفان نظام های حقوقی، بر این مطلب، صحنه گذاشته‌اند (Encyclopedia "International Q.V "abandonment")؛ چنان‌که بسیاری از فقهاء، ترک ارادی ناشی از یأس نسبت به یافتن مال را هم، اعتراض به حساب نیاورده‌اند. (روحانی، المسائل-المستحدثة، ۱۹۲)

با توجه به توضیح مذکور، اکنون، پرسش، این است: نیت که امری قلبی و درونی است، چگونه قابل تشخیص و اثبات است؟ به خصوص که غالباً، در شرایطی برای ملک معرض‌عنه، تصمیم‌گیری می‌شود که مالک، در دسترس نیست و حضور ندارد؛ زیرا در صورت حضور مالک، او، خود، درباره‌ی مالش تصمیم می‌گیرد و سخن او ملاک عمل قرار می‌باشد و از این رو، طرح پرسش فوق، از اساس منتفی است. این در زمان عدم دسترسی به مالک است که تشخیص نیت او مبنی بر قصد اسقاط رابطه‌ی مالکیت، کاری بسیار دشوار و بلکه محال می‌نماید؛ شاید به خاطر حل چنین مشکلی است که در حقوق ایران، إحراز اعتراض در دادگاه، شرط تحقق آثار آن، از جمله، سلب مالکیت، می‌باشد. (آیین نامه‌ی اجرایی مصوب مجمع تشخیص در خصوص مشکل اراضی بایر مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱؛ مواد ۱ و ۲ قانون نحوه‌ی اجرای اصل ۴۹ مصوب ۱۳۶۳/۵/۱۷)

اینکه دادگاه، چگونه و با چه روشی باید این امری قلبی و درونی را احراز کند، پرسشی است که پاسخی به آن داده نشده است.

مطابق ماده‌ی ۲۲ قانون ثبت، کسی که مال غیر منقولی به نام او سند خورده است، مالک آن مال شناخته می‌شود. از این ماده‌ی قانونی، چنین می‌توان برداشت کرد که مال مذکور، حتی با اعتراض هم از مالکیت فرد مشارالیه، خارج نمی‌شود و اعتراض، نسبت به چنین اموالی، مسقط مالکیت نیست؛ البته، این ماده، صرفاً برای مال غیر منقول تعیین تکلیف می‌کند؛ آن هم به شرطی که مال، دارای سند رسمی باشد و در خصوص اموال منقول یا اموال غیر منقولی که سند رسمی ندارند، راهکاری ارائه نمی‌دهد.

مسلم، این است که مثل هر دعوی حقوقی دیگر، در دادگاه، ارائه‌ی دلیل برای اثبات اعتراض، به عهده‌ی مدعی آن است (جعفری‌لنگرودی، ۳۸۳-۳۸۵)؛ چه دولت، مدعی باشد و چه شخص حقیقی یا حقوقی؛ حال اگر مدعی هم نتواند این امر قلبی و درونی را ثابت کند و مالک هم در دادگاه حضور نیابد، تکلیف چیست؟ این، همان مشکلی است که اکثر موارد، به

آن مبتلی می‌باشند.

با عنایت به بعضی از فتاوی موجود و نظریه‌ی مشورتی اداره حقوقی، این مال، مال معرض‌عنه محسوب نمی‌شود و از ملکیت مالک آن خارج نمی‌گردد، بلکه در شمار اموال مجهول‌المالک در می‌آید و احکام آن‌ها را پیدا می‌کند (نظریه‌ی شماره ۷/۳۳۵۵ مورخ ۱۳۶۱/۹/۶)؛ زیرا بدون اثبات نیت مالک مبنی بر اسقاط رابطه‌ی مالکیت، به هیچ عنوان، إعراض محقق نمی‌شود و در این مطلب، تفاوتی بین اعتقاد و تأثیر إعراض در اسقاط رابطه‌ی مالکیت وجود ندارد.

در نظریه‌ی مشورتی اداره حقوقی آمده است: در اموالی که إعراض از آن‌ها مسلم نیست، یا عدم إعراض مسلم است، مجهول‌المالک می‌باشند و لذا مطابق مفهوم مخالف نظریه‌ی مذکور، اموالی که إعراض از آن‌ها مسلم است، از اموال مجهول‌المالک نیستند.

اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اموال رها شده را در شمار اموال عمومی و در اختیار دولت می‌داند. این اصل، تأیید می‌کند که اموال معرض‌عنه (رها شده)، پس از إعراض، در شمار اموال مجهول‌المالک هستند؛ زیرا انتقال به بیت المال از احکام اموال مجهول‌المالک است.

خلاصه اینکه چون در اکثر موارد إبتلاء، مالک حضور ندارد و بدون حضور مالک، أحرار إعراض در دادگاه، در حد محال است، از این رو، عملاً، قاعده‌ی إعراض، حتی در نظر موافقان آن، کاربردی ندارد و حکم مال غیر معرض‌عنه را پیدا می‌کند.

عدم احتمال رجوع مالک

یکی دیگر از نکاتی که برای إعراض مال، باید مورد توجه قرار گیرد، این است که إعراض، در صورت عدم احتمال رجوع مالک، صحیح و موثر می‌باشد؛ زیرا در صورت رجوع مالک، تملک غیر، بی اثر می‌شود و ملک، به مالک اول بر می‌گردد.

دلیل این امر هم واضح است؛ زیرا إعراض، مثل سایر اعمال حقوقی، زمانی معنای حقیقی خود را می‌یابد که با احتمال رجوع همراه نباشد و با قاطعیت و بدون شک و تردید انجام شود. بعید نیست بتوان گفت: رجوع مالک، حتی بعد از تملک هم کاشف از این است که از ابتداء، إعراضی وجود نداشت؛ لذا مال از ملک مالک، خارج نشده است؛ از این رو، تملک شخص دیگر در آن، تملک غیر مجاز و کأن لم یکن می‌باشد؛ هر چند در این خصوص، میان

فقهاء، اتفاق نظر وجود ندارد؛ بعضی، رجوع مالک را پس از اعراض و مباح شدن آن مال بی-اثر می‌دانند و تملک ایجاد شده را در آن معتبر می‌شناسند (شهیداول، الدروس، ۶۶/۲) و بعضی هم بعد از رجوع مالک، مال را قابل برگشت به مالک می‌دانند و کلیه‌ی تصرفات متصرفان را بعد از اعراض، قابل ابطال می‌شمارند. (بحرالعلوم، ۷۹-۸۰؛ خوئی، کتاب‌الإجارة، ۴۵۹؛ محقق-کرکی، رسائل، ۲۸۵/۲؛ طباطبایی، ۴۱۳/۲؛ شهیداوله الدروس، ۹۱/۳)

اعراض از حق

تا کنون، بحث، از اعراض مال بود؛ اما جای این پرسش وجود دارد که بر اساس نظر کسانی که اعراض را موجب زوال مالکیت مالک می‌دانند، آیا اعراض از حق نیز موجب زوال حق از دارنده‌ی آن می‌شود؟ آیا در صورتی که دارنده‌ی حق از حق خود، اعراض کرد، حق او ساقط و قابل انتقال به غیر می‌گردد یا خیر؟

مثلاً: اگر کسی زمینی از اموال دولتی به او واگذار شود، تا در آن کشاورزی کند، با این واگذاری، برای آن فرد، نوعی اولویت ایجاد می‌شود که بر اساس آن، تا زمانی که او قصد کار در این زمین را دارد، کس دیگری حق کار در آن زمین را ندارد؛ حال اگر این فرد، از این حق استفاده نکند و از آن اعراض نماید، آیا این حق، از او سلب می‌شود و دولت می‌تواند آن را به دیگری واگذار کند؟

در بعضی از قوانین موضوعه‌ی ایران، به صراحت ذکر می‌شود که چنین حقوقی، با اعراض، از دارنده‌ی آن ساقط می‌شوند و او در صورت اعراض، از آن حق، محروم می‌شود و حتی نمی‌تواند آن را به دیگری واگذار کند و تنها دولت می‌تواند این حق را از او سلب نماید و به دیگری واگذار کند. (بند ۴ ماده ۲۰ آئین‌نامه‌ی اجرایی اصلاح لایحه‌ی قانونی واگذاری و احیاء اراضی در ایران، مصوب ۱۳۵۹/۲/۲۱)

در خصوص رهنی که در نزد مرتهن وجود دارد، همین مسأله صادق است؛ زیرا وقتی کسی در ازای بدهی خود، مالی را نزد طلبکار، به رهن می‌گذارد، این حق، برای طلبکار (مرتهن) ایجاد می‌شود که تا زمان وصول طلب خود، آن مال را نزد خود نگهدارد؛ حال اگر طلبکار از گرفتن این حق، اعراض کند و مال مرهونه را تحویل گیرد، یا به راهن (بدهکار) برگرداند، بنابر قاعده‌ی اعراض، این حق، از او ساقط می‌گردد و مال از رهن، خارج می‌شود (قانون اصلاح قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸، تبصره‌ی ۶ ماده‌ی ۳۴)

قانون اشتباهات ثبتي و اسناد معارض، مصوب ۱۳۳۳) و بدهکار، می‌تواند با این مال مرهونه، مثل مال غیر مرهونه، رفتار کند؛ فی‌المثل، آن را بفروشد یا اجاره دهد. در بسیاری از آثار فقهی نیز این مطلب یعنی: سقوط حقوق در اثر إعراض مورد تأیید قرار دارد و به نظر می‌رسد که اکثر فقهاء، میان إعراض از مال و إعراض از حق، فرقی قائل نیستند و همچنان که إعراض را موجب زوال ملکیت می‌دانند (خمینی، سیدمصطفی، ۲/۳۲۵؛ علامه‌ی - حلی، تذکره الفقهاء، ۲/۴۰۵)، موجب زوال حق نیز به حساب می‌آوردند و می‌گویند: دلیل خاصی وجود ندارد که فرق میان إعراض از مال و إعراض از حق را ثابت کند (همان) و می‌نویسند: لکل ذي حق الإعراض عنه (خمینی، سیدمصطفی، ۲/۳۲۵).

با این همه، تعدادی از فقهاء، مانند: شهیدثانی، صاحب مسالک الافهام می‌فرمایند: إعراض نمی‌تواند باعث سقوط حقی از حقوق شود. (شهیدثانی، مسالک الافهام، ۱۳/۴۹۹)

آنچه پس از نقل و بررسی این اقوال می‌توان بیان کرد، این است که زبان فقه، زبانی عرفی است؛ چنان که مخاطب قرآن و معصومین (علیهم‌السلام) نیز مردم عادی هستند؛ از این رو، باید فهم ادله و متون دینی نیز با معیارهای همین زبان صورت پذیرد و لذا تفکیک میان حق و مال که دو اصطلاح تخصصی هستند، در زبان عرفی به کار رفته‌ی در احادیث و روایات، جایی ندارد و لذا اگر إعراض، موجب اسقاط مالکیت مال دانسته شود، چاره‌ای جز این، وجود ندارد که مسقط حق، شمار گردد؛ زیرا در زبان عرفی، حق و مال تفاوت ندارند و حق هم نوعی مال است و در عرف، به هر چیزی، مال گفته می‌شود که در تسلط انسان است و می‌تواند در آن تصرف کند و نباید دقت‌های خاص عقلی و علمی را در فهم روایات ملاک عمل قرار داد.

إعراض در حقوق جمعی

مقصود از حقوق جمعی، حقوقی است که در مشترکات وجود دارد و همه‌ی افراد جامعه در آن‌ها مساوی هستند؛ مثل: کتابخانه‌ها، مساجد، معابر و مانند آن‌ها. إعراض از این گونه حقوق نیز می‌تواند باعث سلب حق شود (علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۲/۴۰۵)؛ مثلاً: اگر کسی با رزرو کردن یک صندلی در کتابخانه، در استفاده از آن مکان، نسبت به دیگران، حق اولییتی پیدا کند، با ترک و عدم استفاده‌ی از آن، حق او سلب می‌شود و به دیگران قابل انتقال می‌گردد.

اعراض در حقوق مشترک

مقصود از حقوق مشترک، حقوقی است که چند نفر در آن شریکند و مثل مال مشترک که همه‌ی شرکاء، در آن مال، حق دارند، در حق مشترک نیز همه‌ی شرکاء، با هم دارای حق واحدی هستند؛ مثلاً: حق خیراری که یک فرد دارد، در صورت وفات او، این حق، به ورثه‌ی او منتقل می‌شود و همه‌ی ورثه، با هم، دارای حق واحدی می‌گردند که یا باید همه‌ی آن‌ها، این حق را اعمال کنند و یا نباید هیچ کدام، این حق را اعمال کنند؛ حال اگر یکی از ورثه، از حق خیار خود اعراض کند، ولی بقیه‌ی آنان حق خود را استیفاء نمایند، تکلیف چیست؟ از آنجا که حق، امری بسیط و غیر قابل تجزیه است، هیچ‌یک از شرکاء، نمی‌توانند بدون توافق دیگران، این حق را اعمال کنند و در صورتی که یکی از شرکاء، از حق خود اعراض نماید و از حق خیار خود استفاده نکند، بعضی از فقهاء، به عدم تأثیر فسخ برای سایر شرکاء، حکم می‌دهند. (فخرالمحققین، ۱/۴۸۷؛ علامه‌ی حلی، قواعد الاحکام، ۱/۴۳؛ شهیدثانی، مسالک-الافهام، ۱/۱۵۴؛ شهیداول الدروس، ۳/۲۸۵)

بعضی دیگر، این اعراض را غیر مؤثر می‌دانند و می‌گویند: اعراض در حقوق مشترک جایز نیست؛ بدین دلیل که این اعراض، ضرر به دیگران را باعث می‌شود و به دلیل حاکمیت قاعده-ی لاضرر بر سایر قواعد، در اینجا نیز قاعده‌ی اعراض، محکوم قاعده‌ی لاضرر می‌شود و حق اعراض شریک، ساقط می‌گردد. (خمینی، سیدمصطفی، ۲/۳۲۶-۳۲۷) برخی از فقهاء نیز با استناد به اینکه هر ذی‌حقی، حق اعراض از حق خود را دارد، می‌گویند: نمی‌توان شریک را به استفاده‌ی از حق خود، وادار کرد، اما از آنجا که اعراض این شریک، ضرر دیگر شرکاء را موجب می‌شود، راه چاره را در مصالحه می‌دانند. (همان)

اعراض از اموال غیر منقول

در آثار فقهی، غالباً، در مواردی خاص و مشخص، بحث اعراض مطرح می‌شود؛ مثال‌های ساده‌ای مورد استفاده قرار می‌گیرد و موارد کاربرد اعراض، غالباً، در چند مثال ساده، از قبیل: نثار نوعروسان (بحرالعلوم، ۲/۱۹۰؛ انصاری، ۳۵؛ بهوتی، ۴/۱۹۷)، اموال غرق شده در دریا و اموال بر جای مانده از مسافران (آشتیانی، ۳۵۶) و مانند آن، خلاصه می‌شود؛ در حالی که کاربرد قاعده‌ی اعراض، به این موارد، محدود نمی‌گردد و در مواردی هم ممکن است تشخیص مورد کاربرد آن بسیار دشوار باشد.

یکی از مصادیق پیچیده و قابل بحث اعراض، اعراض از اموال غیر منقول-مانند: زمین و خانه-است و موارد بسیاری پیش می‌آید که مالکان زمین‌های زراعتی، یا املاک مسکونی و یا تجاری، به دلایل مختلف، به بهره‌برداری از مال خود، علاقه‌ای نشان نمی‌دهند و آن‌ها را بلا-تکلیف رها می‌کنند؛ حال پرسش این است که آیا زمین‌هایی که زمانی آباد هستند، ولی به دلیل اعراض مالکان، مخروبه می‌گردند، حکم زمین‌های موات را دارند و برای دیگران قابل احیاء و تملک هستند یا خیر؟

اگر قاعده‌ی اعراض و مزیت آن، نسبت به ملکیت، قدری توسعه داده‌شود که اموال غیر منقول را هم شامل شود، در اینجا باید به جواز تملک و احیای این گونه اراضی حکم داد و در صورتی که اعراض، مزیل ملکیت دانسته نشود، در اینجا نیز نباید اعراض را مزیل ملکیت دانست.

زمین‌هایی که قبلاً آباد بودند، ولی در اثر بی‌توجهی مالکان، به زمین‌های موات تبدیل می‌گردند و بایر نامیده می‌شوند، در کتب فقهی، در بخش احیای موات، تحت عنوان زمین‌های متروک و به تبع زمین‌های موات، مورد بحث قرار می‌گیرند.

نظام‌های حقوقی کشورهای غربی، غالباً، اعراض را در اموال غیر منقول بی‌اثر می‌دانند و موجب سلب رابطه‌ی ملکیت نمی‌شمارند (Encyclopaedia International). قانون مصر (الوسیط فی شرح القانون المدنی، ۱۵/۹) و اتیوپی (Encyclopaedia International) نیز همین مطلب را می‌پذیرند؛ اما در حقوق انگلستان (Encyclopaedia Britannica) تمایزی میان این دو نوع مال، قایل نیستند، بلکه اموال به محسوس و غیر محسوس تقسیم می‌کنند؛ البته در هر دو نوع، اعراض در صورت داشتن شرایط، موجب سلب رابطه‌ی ملکیت شمرده می‌شود. در قوانین باستانی، همچون: حمورابی، یونان باستان و الواح دوازده‌گانه‌ی رُم نیز در تأثیر اعراض در قطع رابطه‌ی ملکیت میان اموال منقول و غیر منقول، فرقی مشاهده نمی‌شود (Marite Student Encyclopedia).

مشهور فقهاء، میان این گونه زمین‌ها (زمین‌های بایر) با زمین‌های موات، فرق می‌گذارند و می‌گویند: این گونه زمین‌ها، اگرچه برای افراد دیگر، قابل احیاء است، اما قابل تملک نیستند و حق مالک و محیی اول، بر آن‌ها محفوظ است و محیی دوم، فقط اولویت استفاده را دارا می‌باشد؛ آن هم به شرطی که حق مالک را پرداخت کند. (طوسی، ۲۶۹/۳؛ علامه‌ی حلی، تحریر الأحكام، ۱۲۹/۲؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۲۱۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۵۹۶/۱۲؛

نجفی، ۲۸/ ۲۱)

اما علامه‌ی حلی (تذکره‌الفقهاء، ۴۰۱/۲)، شهیدثانی (مسالک الافهام، ۴۰۰/۱۲، الروضة-البهیه، ۱۳۸/۷) و شهیدصدر در اقتصادنا می‌گویند: اموال متروکه، پس از إعراض، از اُنفال محسوب می‌شوند و به حالت إباحه‌ی اولیه باز می‌گردند و با اذن امام (علیه‌السلام) برای دیگران، قابل إحیاء و تملک می‌شوند؛ چه قصد إعراض مالک، محرز باشد و چه نباشد؛ یعنی: از نظر این بزرگواران، تفاوتی ندارد که اموال متروکه، صاحب داشته‌باشند، یا نداشته‌باشند؛ إعراض صاحب آن‌ها، محرز باشد، یا نباشد، در هر صورت، ملک امام (علیه‌السلام) محسوب می‌شوند و برای محیی آن‌ها، قابل إحیاء و تملک هستند. (مظاهری، ۲)

مشابه این حکم، درباره‌ی چاه‌هایی نیز مطرح است که فردی آن‌ها را حفر می‌کند و سپس، به حال خود، رها می‌سازد؛ در این خصوص نیز گفته‌اند: این چاه‌ها، پس از ترک مالک، برای دیگران مباح و قابل بهره‌برداری می‌گردد و اگر مالک نخستین، دوباره برگردد، با دیگران، مساوی است. (شهیداول الدروس، ۳/۶۶)

أدله‌ی دیدگاه سلب مالکیت

علامه‌ی حلی و به تبع او شهیدصدر، اصل علیت را برای اثبات این نظر خود، مورد استناد قرار می‌دهند و می‌گویند: إذا زالت العلة، زال المعلول (علامه‌ی حلی، تذکره‌الفقهاء، ۴۰۱/۲؛ شهیدثانی، مسالک الافهام، ۴۰۰/۱۲)؛ یعنی: وقتی علت (إحیاء) زایل و تعطیل شود، معلول آن (ملکیت) هم زایل می‌گردد و لذا مال به حالت قبل بر می‌گردد که ملکیتی روی آن نبود؛ یعنی: مباح می‌شود.

سپس، مثالی برای این مطلب می‌زنند و می‌گویند: اگر فردی آبی از رود دجله بر دارد، مالک آن آب می‌شود، اما به مجرد اینکه آن را به منشأش برگرداند، مالکیت او نسبت به این آب هم از بین می‌رود و چون مالکیت دجله از آن خدا و امام (علیه‌السلام) است، لذا، حال که آب به منشأش بازگشت، مال امام (علیه‌السلام) می‌شود. (علامه‌ی حلی، تذکره‌الفقهاء، ۴۰۱/۲)

اما این استدلال، ناتمام به نظر می‌رسد؛ زیرا تعبیر از إحیاء، به علت، تعبیر دقیقی نیست؛ این امور، علت به معنای دقیق فلسفی نیستند، بلکه شبه علت هستند؛ زیرا اصل علیت در خصوص وجود عینی و حقیقی است و در امور اعتباری-مثل ملکیت-صادق نیست؛ از این رو، نمی‌توان در اینجا هم مثل بحث وجود حقیقی، علت موجد یا محدثه و علت مبقیه را لزوماً،

یکی دانست. این، از مصادیق خلط فلسفه و حقوق است؛ در نتیجه، دلیلی وجود ندارد که هر وقت، إحياء، علت ملکیت باشد، بقای ملکیت هم به إدامه‌ی إحياء، وابسته باشد.

صاحب معالم، برای تشریح این مطلب، ساختمانی را مثال می‌زند که بنا، علت محدثه و موجوده‌ی آن است، اما علت دوام و بقای آن نیست، بلکه قوام و استحکام ساختمان، علت دوام و بقای آن است و ساختمان برای بقای خود، به بنا نیازی ندارد. (مظاهری، ۲)

افزون بر این، قیاسی که در قالب مثال انجام شد، قیاسی نادرست مع الفارق است؛ برای اینکه وقتی کسی آب را در دجله می‌ریزد، در حقیقت، از آن إعراض می‌کند، در حالی که در بحث مورد سخن، إعراض، معلوم نیست و فقط ترک محقق می‌باشد و علامه‌ی حلی باید کسی را مثال می‌زدند که آب را از دجله برمی‌دارد، اما نه آن را در دجله می‌ریزد و نه از آن استفاده می‌کند، بلکه آن را در ظرفی می‌ریزد و به حال خود، رها می‌کند، آیا این فرد، در چنین حالتی، هنوز مالک است یا نه؟ آیا می‌توان گفت مالکیت او سلب شده است؟ (همان)

بنابر این، ملکیت، باقی می‌ماند. صاحب جواهر، برای این امر، اجماع را ادعا می‌کند (نجفی، ۲۸/۲۱)؛ چنان‌که مراجعه به سایر کتب علامه‌ی حلی (إرشاد الأذهان، ۳۴۰/۱، تحریر- الأحکام، ۱۴۳/۱) نشان می‌دهد که در آن‌ها نیز به بقای ملکیت بعد از ترک، قائل می‌باشند پس، می‌توان ادعای اجماع را هم به متقدمین و هم به متأخرین تعمیم داد.

لازم به توضیح است که سخن علامه‌ی حلی در این منابع، به همه موارد إعراض، تعمیم ندارد، بلکه در إرشاد الأذهان، بحث، درباره‌ی مفتوح العنوه و در تحریر الأحکام، سخن، درباره‌ی انفال است (همان)؛ اما همچنان‌که پیش از این نیز بیان شد، تقریباً، در همه‌ی آثار فقهی کهن، بحث إعراض، به طور موردی مطرح می‌شود و إعراض، به شکل قاعده‌ای عام و قابل تسری به همه‌ی ابواب، مطرح نمی‌گردد و لذا با قاطعیت نمی‌توان از سخن آنان، قاعده‌ای کلی درباره‌ی إعراض استخراج کرد و حتی بسیاری از آنان، منکر قاعده بودن إعراض می‌باشند و آن را در شمار قواعد فقهی نمی‌آورند؛ چنان‌که در بخش‌های پیشین همین مقاله، مورد اشاره قرار گرفت. روایت ذیل، یکی دیگر از دلایلی است که برای این مطلب به آن تمسک شده است:

محمد بن یعقوب عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن الريان بن الصلت، أو رجل عن الريان عن يونس عن العبد الصالح (عليه السلام) قال: إن الأرض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده، فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متوالية لغير ما علة أخذت من يده، و دفعت إلى غيره، و من ترك مطالبة حق له عشر سنين، فلا حق له. (حرعاملی، ۴۳۳/۲۵ ب ۱۷ ح ۱)

کلینی به سند خود از امام معصوم (علیه‌السلام) روایت می‌کند: اگر کسی زمینی را بدون علت به مدت سه سال متوالی معطل کند، از او گرفته می‌شود و به دیگری واگذار می‌گردد و اگر کسی ده سال حق خود را مطالبه نکند، دیگر حق مطالبه‌ی آن را ندارد و صاحب حق شناخته نمی‌شود.

روایات دیگری نیز به این مضمون، وجود دارد که اگر کسی زمینی را آباد کند، ولی پس از مدتی آن را رها نماید تا خراب شود و کس دیگری آن را مجدداً آباد کند، فرد دوم بر فرد اول اولویت دارد؛ مانند: صحیح‌هی معاویه بن وهب از امام صادق (علیه‌السلام) (همان، ۴۱۴/۲۵ ب ۳ ح ۱) و صحیح‌هی کابلی از امام باقر (علیه‌السلام) (همان، ح ۲) که شهید صدر در اقتصادنا برای اثبات نظر خود به آن استناد می‌کند.

نقد و بررسی روایات

روایت کلینی، اولاً، از نظر سند، مجهول است؛ زیرا راوی می‌گوید: نمی‌داند سهل بن زیاد از ری‌ان نقل می‌کند، یا از فرد دیگری؛ از این رو، روایت، مجهول می‌باشد و برای مسائل فقهی، قابل استناد نیست.

ثانیاً، از نظر دلالت به مقصود نیز نا تمام است؛ زیرا عبارت: زمین معطل مانده، در این، صراحت ندارد که زمین معطل مانده، إحياء شده‌بود، یا تنها تحجیر شده‌بود؛ زیرا در صورت إحياء و ایجاد تملک، تصرف دیگران، بدون إذن مالک، چیزی جز غضب نیست؛ از این رو، گرفتن زمین معطل مانده، از دست مالک آن، با عموم ادله‌ی غضب در تضاد است؛ از این رو، روایت کلینی به جهت اجمال نمی‌تواند با ادله‌ی صریح حرمت غضب، معارضه کند و ادله‌ی غضب، بر این دلیل حاکم می‌باشند.

ثالثاً، این روایت و سایر روایات مورد استناد این گروه از فقهاء، با بعضی از روایات دیگر، در تضاد است؛ از جمله، این روایت امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) که می‌فرماید: الحقّ جدید و إن طالت علیه الأيام؛ و الباطل مخدول و إن نصره أقوام (همان، ۴۳۴/۲۵ ب ۱۷ ح ۳)؛ یعنی: حق همیشه تازه است؛ اگرچه سال‌ها بگذرد و طول بکشد و باطل همیشه باطل است؛ حتی اگر زیاد پشتیبان داشته‌باشد.

روایت دیگر، روایت حلبی است. او در این روایت، از امام صادق (علیه‌السلام) درباره‌ی وضعیت مردی می‌پرسد که وارد زمین مخروبه‌ای می‌شود و آن را آباد می‌کند، چه چیزی بر

عاهده‌ی این مرد است؟ امام (علیه‌السلام) پاسخ می‌دهند: صدقه. سپس، حلبی می‌پرسد: اگر آباد کننده، صاحب آن زمین مخروبه را می‌شناسد، چطور؟ امام (علیه‌السلام) می‌فرمایند: باید حق او را بدهد. (همان، ۴۱۵/۲۵ ب ۳ ح ۳)

این روایت، صراحت دارد که حق مالک، بر روی زمین مخروبه‌ی دارای مالک، محفوظ است؛ در حالی که روایت مورد استناد شهیدصدر، بر قطع ارتباط مالکانه‌ی مالک، بر زمین معروض‌عنه، دلالت دارد و علی‌رغم تلاش ایشان (صدر، ۴۲۶)، امکان ایجاد جمع عرفی قابل قبول و مطابق موازین فقهی، میان این دو دسته از روایات، به آسانی وجود ندارد؛ جمع میان این دو دسته از روایات، جمعی تبرعی است که فاقد حجیت می‌باشد. (روحانی، منتقی - الأصول، ۲۸۵/۷؛ نایینی، ۵۱/۳)

مضاف بر اینکه همان روایات مورد استناد شهید صدر هم بر قطع رابطه‌ی مالکیت، صراحتی ندارند، بلکه بیشتر بر اُحقیقیت و اولویت محیی دوم و رفع مانع از او دلالت دارند؛ از این رو، به مواردی حمل می‌شوند که تملک محیی اول، به دلیل عدم تکمیل مراحل احیاء، هنوز محرز و منعقد نمی‌باشد و او همچنان در مرحله‌ی تحجیر و انجام مقدمات قرار دارد و به مانحن فیه، دلالتی ندارند؛ یعنی: مواردی که مالکیت محیی اول بر زمین محقق می‌باشد و زمین به سبب احیاء، به ملکیت او درآمده است.

اگر برای این روایات، دلالتی هم قابل تصور باشد، با روایاتی در تعارض هستند که بر مالکیت محیی اول بر زمین احیاء شده، صراحت دارند (حرعاملی، ۴۱۴/۲۵-۴۱۶ ب ۳ ح ۳، ۲، ۱). مؤید مطلب مذکور، این است که صاحب جواهر، روایت مورد استناد شهیدصدر را در باب تحجیر می‌آورد و با استناد به آن می‌گوید: کسی که زمینی را تحجیر کند و سه سال آن را رها نماید، دیگر، حقی بر آن زمین ندارد. (نجفی، ۵۹/۳۸)

افزون بر این، روایات مذکور، به خصوص صحیح‌ه‌ی کابلی (حرعاملی، ۴۱۴/۲۵ ب ۳ ح ۲) به زمان حضور معصومین (علیهم‌السلام) اختصاص دارند و تعمیم آن‌ها به زمان غیبت، به آسانی امکان پذیر نیست؛ زیرا در این روایات، آمده است: من واهل بیتم، همان متقینی هستیم که زمین به آن‌ها به ارث رسیده است؛ همه‌ی زمین، مال ماست و هر کسی از مسلمانان آن را آباد کند، مالک درآمده‌ی آن است و باید مالیات آن را به امام پردازد.

این جملات، به روشنی، بر این، دلالت دارند که در عصر حضور، هیچ‌کس، مالک هیچ زمینی نیست و محیی هم صرفاً، مالک درآمده‌ی زمین احیاء کرده‌ی خویش است؛ از این رو،

استناد به این گونه احادیث، برای اثبات سلب مالکیت محیی إعراض کننده، نادرست است؛ زیرا مفروض این گونه احادیث، کسی است که در عصر حضور، با اجازه‌ی امام معصوم (علیه- السلام) روی زمینی کار می‌کند و مالک منافع آن می‌گردد؛ نه کسی که با إحياء زمین، مالک آن می‌شود.

اگر این روایات، بر سلب مالکیت محیی إعراض کننده هم دلالت داشته باشند، با روایات صریحی در تعارض قرار دارند که إحياء را سبب تملک می‌شمارند (همان، ۲۵/۴۱-۴۱۶ ب ۳ ح ۱، ۲، ۳) و تنها راه جمع بین این دو دسته روایات، حمل روایات سلب مالکیت محیی إعراض کننده، بر زمان حضور می‌باشد؛ زیرا دسته‌ی دیگر روایات، به زمان حضور، صراحتی ندارند (همان، ۲۵/۴۳۳-۴۳۴ ب ۱۷ ح ۱، ۲).

صحیح‌هی معاویة بن وهب نیز از باب اطلاق و تقیید، مقید می‌گردد و در نتیجه، مطابق نظر مشهور فقهاء، هر کسی در عصر غیبت، زمینی إحياء نماید، مالک آن می‌شود (خوئی، مصباح- الفقاهه، ۲/۳۸۵-۳۸۷)، ولی اگر کسی زمینی تحجیر کند و سه سال آن را به حال خود رها سازد، او، دیگر، حقی ندارد. (نجفی، ۵۹/۳۸)

رباعاً، این روایات، مخالف مشهور هستند و روایاتی که مخالف مشهور می‌باشند، حتی اگر سند آن‌ها ضعیف هم نباشد، از آن إعراض می‌شود (نوری، ۳۰۳/۱۷؛ عراقی، ۴/۲۰۶؛ ناینی، ۴/۷۸۶) و روایت اول، افزون بر اینکه مخالف فتوای مشهور فقهاست، دارای سندی مجهول هم می‌باشد.

دلیل دیدگاه مشهور

مشهور فقهاء که زمین‌های متروکه را در ملک محیی اول آن باقی می‌دانند، به روایت سلیمان بن خالد تمسک می‌کنند:

محمد بن حسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن النضر عن هشام بن سالم عن سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها و يجري أنهارها و يعمرها و يزرعها، ماذا عليه؟ قال: الصدقة. قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤد إليه حقه. (حرعاملی، ۲۵/۴۱۵ ب ۳ ح ۳)

شیخ طوسی، به سند مشیخه‌ی خود، از سلیمان بن خالد، روایت می‌کند که او از امام صادق (علیه السلام) درباره‌ی مردی می‌پرسد که به زمین مخروبه‌ای وارد می‌شود، آب از آن، استخراج

می‌کند، آبادش می‌سازد و در آن به زراعت می‌پردازد، چه چیزی بر عهده‌ی این مرد هست؟ امام (علیه‌السلام) فرمودند: صدقه. سلیمان بن خالد از امام صادق (علیه‌السلام) می‌پرسد: اگر صاحبش را بشناسد؟ امام (علیه‌السلام) فرمودند: باید حق را به صاحب آن پرداخت کند. اطلاق قسمت اول این روایت، کلام علامه‌ی حلی و شهید صدر را تأیید می‌کند؛ زیرا قسمت اول این روایت، بیان می‌دارد که زمین‌های مخروبه، اعم از اینکه صاحبی داشته، یا نداشته باشد، صاحب آن زمین، إعراض کرده، یا نکرده باشد، توسط دیگران، قابل تملک و إحياء است و محیی، فقط باید صدقه بدهد؛ اما قسمت دوم روایت، به گونه‌ای دیگر، مسأله را جهت می‌دهد و همین قسمت دوم است که مورد تمسک مشهور فقهاء، قرار می‌گیرد؛ زیرا قسمت دوم روایت، بر این امر، صراحت دارد که صاحب ملک یعنی محیی اول در این زمین حقی دارد که باید اداء شود.

نقد و بررسی دلیل مشهور

اولاً، صدر و ذیل این روایت، با هم معارض است؛ زیرا بخش اول روایت، تصرف و إحياء را در ملک متروکه، اجازه می‌دهد، ولی بخش دوم روایت، برای مالک و محیی اول، حقی در نظر می‌گیرد که روشن نیست چه چیزی است؟ اگر إذن گرفتن از مالک، حق او نباشد، چه حق دیگری برای او باقی می‌ماند؟ اگر بنا باشد که حقی برای محیی اول، در نظر گرفته شود، آن حق، چیزی جز إذن گرفتن از مالک و محیی اول نیست و اگر شرط تصرف و إحياء، إذن گرفتن از او باشد، در صورت عدم دسترسی، یا عدم رضایت مالک و محیی اول، تصرف مجاز نمی‌باشد و این مطلب، با آن چیزی در تضاد است که در متن روایت مذکور می‌باشد. این روایت، با روایات دیگری در تضاد است که در جواب سؤالی مشابه، همین حق را هم برای محیی اول در نظر نمی‌گیرد؛ از جمله، روایت معاویه بن وهب که تصریح می‌دارد: فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله و لمن عمَّرها (همان، ۴۱۴/۲۵ ب ۳ ح ۱)؛ یعنی: اگر فردی که مالک زمینی می‌باشد، از آن روی گرداند و آن را متروکه رها سازد، تا خراب شود و پس از اینکه دیگری، آن زمین مخروبه را آباد ساخت، بیاید و زمین را مطالبه کند، در این صورت، زمین از آن خدا و کسی است که آن را آباد کرده- است.

همچنین، از این قبیل است، روایت حلی که می‌گوید: اگر محیی دوم، صاحب زمین را

می‌شناسد، باید حقّ او را أداء کند. (همان، ۴۱۵/۲۵ ب ۳ ح ۳)

فقهاء، برای رفع این تعارض، توجیهاات مختلفی ارائه می‌دهند: بعضی، روایت اول را به استحباب حمل می‌کنند و می‌گویند: جمله‌ی فلیؤدّ إلیه حقّه، جنبه‌ی استحبابی دارد (مظاهری، ۲) و واجب نیست؛ بعضی دیگر، روایت اول را به مورد عدم إعراض و روایت دوم را به مورد إعراض، حمل می‌نمایند و می‌گویند: اگر مالک و محیی اول، از ملک خود، إعراض کند، دیگر، نسبت به ملک خود، حقّی ندارد؛ اما اگر از ملک خود، إعراض ننماید، دارای حقّ می‌باشد (نجفی، ۲۸/۳۸)؛ گروهی دیگر، روایت اول را به موردی حمل می‌کنند که محیی، زمین را به طریقی غیر از إحیاء، مالک شود و روایت دوم را نیز به موردی حمل می‌کنند که محیی، زمین را از طریق إحیاء، مالک شود. (حرعاملی، ۴۱۵/۲۵ ب ۳، ذیل حدیث ۱)

با توجه به اینکه در روایات، برای هیچ‌کدام از توجیهاات مذکور، تصریحی وجود ندارد و این توجیهاات، تنها، برداشت‌هایی شخصی هستند که نمی‌توانند نظر نهایی باشند، از این رو، تعارض، همچنان به قوت خود باقی است و اگر از روش ترجیح روات، برای رفع تعارض، مدد گرفته نشود، تساقط، راه حل تعارض است و وقتی به تساقط حکم گردد، رجوع به اصول عملیه، تنها راهکار موجود می‌باشد و در اینجا، مقتضای اصل عملی، اصل استصحاب است که مؤید نظر مشهور و مؤید بقای ملکیت مالک اول می‌باشد.

تعارض قاعده‌ی إعراض با قاعده‌ی لاضرر

یکی از مهم‌ترین مباحث قاعده‌ی إعراض که با وجود کاربردی بودن و إبتلای بسیار آن، کمتر مورد توجه‌ی نویسندگان قرار دارد، تعارض قاعده‌ی إعراض با قاعده‌ی لاضرر است؛ چه اینکه در برخی موارد إعراض یک فرد، از مال، یا حقّ، خود، باعث ضرر به اموال، یا حقوق دیگران می‌شود.

مثلاً: فردی، با رها کردن ملک خود و عدم تکمیل، یا تعمیر آن، زشت شدن فضای شهر، یا تجمع جانوران موزی، یا تمرکز آراذل و آوباش را در آن مکان، باعث می‌شود؛ یا اینکه فردی، با رها کردن فرزند خود در خیابان و إعراض از حق سرپرستی او، آسیب دیدن فرزند، یا آسیب رساندن فرزند به جامعه را باعث می‌شود؛ یا اینکه فردی، با رها کردن حیوان بیمار، یا موزی و مضرّ خود، شیوع بیماری در جامعه، یا إختلال در نظم شهری، یا آسیب رسیدن به اموال مردم را باعث می‌گردد.

در این گونه موارد، اعتقاد به مزیل نبودن إعراض و احترام به مالکیت خصوصی، از جهتی دیگر، باعث بی‌احترامی به مالکیت خصوصی می‌شود و احترام به مالکیت یک فرد، مالکیت و حقوق دیگران را به مخاطره می‌اندازد.

اگرچه مطابق رأی نگارنده‌ی مقاله‌ی حاضر، إعراض، جز در اموال حقیر، نمی‌تواند مزیل ملک باشد و نمی‌توان به دیگران، تصرف و تملک اموال متروکه و معرض عنه را اجازه داد، اما نباید از نظر دور داشت که گاهی، احترام بیش از حد به مالکیت خصوصی، خود، به نوعی بی‌احترامی به مالکیت خصوصی است و باید، برای این مطلب، به نحوی مناسب، چاره‌جویی کرد.

به نظر می‌رسد، این گونه موارد، از قبیل مصادیق تعارض قاعده‌ی إعراض با قاعده‌ی لا-ضرر است و از آنجا که قاعده‌ی لاضرر، بر سایر قواعد، حکومت دارد (بجنوردی، ۳۳۱/۱)، می‌توان در این گونه موارد، به استناد قاعده‌ی لاضرر، حق إعراض را از مالک سلب کرد و او را به رسیدگی وادار نمود و در صورت عدم دسترسی به مالک، می‌توان در حد رفع ضرر، در آن ملک، تصرف کرد و یا به دیگران، إذن تصرف داد.

البته، در این خصوص، از باب قاعده‌ی جمع و لزوم جمع میان دو حق، باید به نکات زیر توجه کرد:

۱. در صورت دادن إذن تصرف، تصرفات باید در حد رفع ضرر باشد؛ نه تصرف مالکانه و بیش از حد رفع ضرر.

۲. در صورتی، دادن إذن تصرف به دیگران، مجاز است که إجبار نمودن مالک برای تصرف در ملک خود، امکان نداشته‌باشد.

۳. اگر پس از تصرف دیگران، مالک، از إعراض خود، رجوع نماید، مالکیت مال به او بر می‌گردد؛ ولی حق متصرفین نیز باید اداء شود.

۴. کسانی که قاعده‌ی لا ضرر را در امور عدمی، جاری نمی‌دانند، دیدگاه و راه حل مذکور را قابل قبول نمی‌شمارند؛ زیرا در موارد محل سخن، عدم استفاده‌ی از حق، ضرر را در پی دارد و لذا با تکیه بر این دیدگاه، قاعده‌ی لاضرر نمی‌تواند این گونه امور را نفی کند (بجنوردی، ۳۳۵/۱) و این مشکل، خود دلیلی بر ضعف دیدگاه کسانی است که لاضرر را تنها به امور وجودی، اختصاص می‌دهند.

نتیجه‌گیری

در خصوص إعراض، سه نظر وجود دارد؛ اکثر فقهاء، إعراض را مطلقاً موجب سلب مالکیت می‌دانند؛ بعضی، آن را مطلقاً سالب مالکیت نمی‌دانند و بعضی دیگر، فقط در اموال حقیر و کم ارزش، چنین اثری را برای إعراض می‌پذیرند.

در صورت پذیرش نظر اول، إعراض، به شرطی سالب رابطه‌ی مالکیت است که إعراض، صرفاً به قصد ترک انتفاع نباشد، بلکه ترک انتفاع، با نیت قطع ارتباط مالکیت، صورت پذیرد؛ آن هم با اختیار و بدون اجبار، یا ترس، یا عجز و یا نسیان؛ چه اینکه با چنین شرایطی، إعراض، بعیدالوقوع است و لذا بر اساس نظر اول، قاعده‌ی إعراض، در عمل، مصداق‌های روشنی پیدا نمی‌کند و کارآمدی بسیار ضعیفی می‌یابد.

با توجه به اینکه نیت مالک، در تحقق إعراض و ظهور آثار آن، امری تعیین کننده است و احراز نیت که امری باطنی و قلبی است، در زمان عدم حضور مالک، کاری دشوار می‌باشد و اکثر موارد ابتلاء نیز بدون حضور مالک است، لذا قاعده‌ی إعراض، در اکثر موارد ابتلاء، کاربردی پیدا نمی‌کند.

ادله‌ی نقلی، عمده‌ترین دلیل اثبات إعراض است که آن‌ها هم در خصوص اموال مفقوده می‌باشد، از این رو، ارتباط دادن آن‌ها با اموال متروکه و معرض‌عنه و مسأله‌ی إعراض، بدون تکلف و تأویل امکان‌پذیر نیست و با این وصف، بنیادهای نظری این قاعده نیز مانند کارآمدی آن، متزلزل است و نمی‌توان از ادله‌ی نقلی، برای کشف راه‌کارهایی برای اموال معرض‌عنه‌ی کمک گرفت که مالک آن‌ها در دسترس نیست و إعراض مالک آن‌ها هم محرز نمی‌باشد.

پیشنهاد

بر اساس یافته‌های این تحقیق، پیشنهاد می‌شود: حل مشکل اموال معرض‌عنه، یا بلا تکلیف، در قوانین مدنی و مقررات محدود کننده‌ی اموال و تصویب نهادهای مدنی مردمی، جستجو گردد و برای دستیابی به راه‌کارهای عملی، از ادله‌ی نقلی موجود در این باب که بعضاً مبهم، یا باهم متعارضند و نیز دلایل عقلی و انتزاعی، پرهیز شود.

از جمله قوانینی که می‌توان برای حل مشکل اموال معرض‌عنه، یا بلا تکلیف، تصویب کرد، سلب مالکیت مطلق و تصویب مالکیت محدود است؛ بدین گونه که در موارد محل سخن، مالکیت مالکان، به بهره‌برداری مقید گردد و در صورت عدم بهره‌برداری، تا مدت معینی، حق

سلب مالکیت، یا تصرف مورد نیاز، به دولت داده شود.

برای پیشگیری از تضعیف امنیت مالی اشخاص و سوء استفاده احتمالی دولت از محدود کردن مالکیت اموال معرض‌عنه، تصمیم‌گیری در خصوص این گونه اموال به نهادهائی واگذار گردد که کاملاً دولتی یا کاملاً مردمی نباشند و بستگان نزدیک مالک معرض نیز در صورت عدم دسترسی به مالک، حق تصمیم‌گیری داشته باشند.

منابع

- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر، *القضاء*، بیروت: دارالنفائس، ۱۳۲۷ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *انکاح*، قم: اول مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- بجنوردی، محمدحسن، *القواعد الفقهیة*، مهدی مهریزی، اول قم: الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- بحرالعلوم، سیدمحمد، *بلغة الفقیه*، سیدمحمد تقی آل‌بهر العلوم، تهران: مکتبة الصادق، ۱۴۰۳ ق.
- بهوتی، منصور، *کشاف القناع عن متن الإقناع*، بیروت: هلال مصیلى مصطفى هلال، ۱۴۰۲ ق.
- جعفری لنگرودی، آراء شورای عالی ثبت، تهران: ۱۳۴۵.
- حرعاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت: مؤسسة آل‌البت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
- خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیلة*، نجف: مطبعة الآداب، ۱۳۹۰ ق.
- خمینی، سیدمصطفی، *مستند تحریر الوسیلة*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶.
- خوئی، سیدابوالقاسم، *کتاب الإجارة (مستند العروة الوثقی)*، مرتضی بروجردی، اول قم: المطبعة العلمية، ۱۳۶۵.
- روحانی، سیدمحمدصادق، *المسائل المستحدثة*، چهارم، قم: دارالکتب، ۱۴۱۴ ق.
- شهید اول، محمدبن مکی، *الدروس الشریعة فی فقه الإمامیة*، اول قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، دوم، ۱۴۱۰ ق.
- همو، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ ق.
- صدر، سیدمحمدباقر، *اقتصادنا*.
- علامه‌ی حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحكام*، مؤسسة آل‌البت (علیهم السلام) للطباعة والنشر، طوس، مشهد.
- همو، *تذکره الفقهاء*، المکتبة الرضویة لإحياء الآثار الجعفریة. عراقی، ضیاء‌الدین، *نهایة الأفتکار*، محمدتقی - بروجردی نجفی، قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
- فخرالمحققین، محمدبن الحسن، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، سیدحسن موسوی کرمانی، علی -

پناه‌اشتهاردی، قم: اول ۱۳۸۷ ق.

گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *هدایة‌العباد*، اول، قم: دارالقران‌الکریم، ۱۴۱۲ ق.

محقق‌داماد، سیدمصطفی، *قواعدفقہ (بخش مدنی)*، چهارم، تهران: سمت، ۱۳۸۰.

محقق‌کرکی، علی، *جامع‌المقاصد*، قم: ۱۴۰۸ ق.

مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *قاعده‌فقهیة، سوم*، قم: مؤسسه‌النشرالإسلامی، ۱۴۱۷ ق.

مظاهری، حسین، سایت اینترنتی:

<http://www.almazaheri.org/farsi/print/print.aspx> .2009/01/21

میرزای قمی، ابوالقاسم‌بن‌حسن، *جامع‌الشتات*، مرتضی‌رضوی، اول، تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۷.

نایینی، محمدحسین، *فوائد‌الأصول* محمدعلی‌کاظمی‌خراسانی، قم: مؤسسه‌النشرالإسلامی.

نوری، حسین، *مستدرک‌الوسائل‌ومستنبط‌المسائل*، اول، بیروت: مؤسسه‌آل‌البیت (علیهم‌السلام) لإحياء-

التراث، ۱۴۰۸ ق.

نجفی، محمدحسن، *جواهر‌الکلام*، آخوندی، هفتم، تهران: دارالکتب‌الإسلامیة.

Encyclopedia Britannica London: Encyclopedia Britannica In 1989.

Encyclopedia International. New York, Grolier 1971.

Merite Student Encyclopedia US Gllier 1970.

P. L. Baeck. The German Civil Coole of Austvia Tranciated into English by

P. L Baeck Tublishel Oceana Tublicu Inc. New York 1972.

The Encyclopedia Amencan; New York American corporation 1963.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۲،
بهار ۱۳۹۲، ص ۷۶-۵۳

بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره‌ی ملکیت، حق و حکم*

دکتر جلیل فنواتی

دانشیار دانشگاه تهران (پردیس قم)

Email: ghanavati@ut-cq.ac.ir

حسین جاویر

استادیار دانشگاه حضرت معصومه (سلام‌الله‌علیها) و عضو شورای علمی گروه فقه و حقوق
پژوهشکده‌ی باقرالعلوم (علیه‌السلام)

Email: h.javar@yahoo.com

مهشید جعفری هرندی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه مفید

Email: jafari.harandi@yahoo.com

چکیده

ملکیتی که مدار معاملات و معاوضات است، تابعی از اعتبار عقلاء و شارع می‌باشد که به وجود اعتباری ایجاد می‌شود و می‌توان به نوعی، آن را اضافه‌ی اعتباری خواند که وجود موضوع اعتباری و بلکه صرف وجود محلی برای آن، به لحاظ توقع آن محل، در اعتبار آن کافی است؛ بنابر این، ملکیت، نه در زمره‌ی أعراض مقولی است که وجود موضوع آن‌ها در خارج لازم می‌باشد؛ و نه مانند اعتبارات ذهنی، از سنخ مفاهیمی است که عروض و انصاف آن‌ها ذهنی است. حق، توانایی خاصی است که گاهی به عین، گاهی به عقد و گاهی به شخص تعلق می‌گیرد؛ مانند: حق تحجیر، حق خیار و حق قصاص. متعلق حق، در تمام موارد، عملی است که به عین، یا شخص و یا عقد تعلق دارد، در حالی که ملک، احاطه و سلطنتی است که حقیقتاً به خود عین، یا منفعت و یا عمل، تعلق می‌گیرد؛ بنابر این، از آنجا که ملک، ملزوم سلطنت مطلق است و حق اعتباری ویژه در برخی تصرفات خاص به شمار می‌رود، حق، نمی‌تواند عین ملک تلقی گردد و افزون بر این، از آنجا که ملک، ماهیتاً امری بسیط و غیر مقول به تشکیک است، حق نمی‌تواند مرتبه‌ای از ملک به شمار رود. مضافاً اینکه در برخی از حقوق، از جمله: حق تحجیر و حق اختصاص، اساساً، ملکیت فرض ندارد. حق، با اوضافی که دارد، جز در مواردی که دلیلی خاص، مانع تمام یا برخی از تصرفات می‌شود، علی‌الاصول قابل نقل، اسقاط و انتقال به ارث است و هر آن چیزی که در ماهیت، به وصف حق، متصف می‌باشد، قابل اسقاط است و إلاً حکم به شمار می‌رود که در این صورت، جز با امتثال حکم، یا انتفای موضوع، ساقط نمی‌شود. از آنجا که ادله‌ی معاملات، در مقام انفاذ اسباب شرعی است، در موارد شک، اگر یقین به قابلیت نقل و شک در مانعیت، یا شرطیت سبب خاص باشد، عموم دلیل شرط، یا صلح، جاری می‌شود؛ و اگر شک، در اصل قابلیت نقل باشد، اصل، عدم قبول نقل است.

کلید واژه‌ها: ملکیت، مقولات عرضی، مقولات ذهنی، اعتبار، حق، حکم، اسقاط.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۳/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۱/۱۲/۰۸.

مقدمه

در حقوق کنونی، چالش‌هایی که در برخی از زمینه‌های جدید و نو ظهور جلوه‌گر می‌باشد، بعضاً، در مباحث بنیادین مالکیت، ریشه دارد و پاسخ‌مبنایی به این معضلات، به اتخاذ موضعی صحیح در نظریه‌پردازی مالکیت بستگی دارد؛ برای مثال بحث اقتصاد اطلاعات، نقش اراده در تعیین دامنه‌ی حریم خصوصی، امکان موضوع معامله قرار گرفتن برخی از حیثیات معنوی، امکان اسقاط و صرف نظر کردن از حق خلوت در قبال عوض، یا بدون عوض، قابل به ارث گذاردن حق حریم خصوصی، امکان نقل، انتقال و اسقاط حقوق مرتبط با شخصیت، جلوه‌های متنوع مالکیت تناوبی، همگی با مباحث بنیادی مالکیت و حق، ارتباط وثیق می‌یابند.

با توجه به مراتب فوق و نظر به اهمیت مباحث بنیادی در حقوق مالکیت و فلسفه‌ی حقوق، و با عنایت به وجود دیدگاه‌های حقوقی قوی درباره‌ی ملکیت، در این نوشتار، نظریه‌ی یکی از فقیهان برجسته‌ی امامیه، درباره‌ی ملکیت، حق و حکم، مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد.

از آنجا که برخی، حق را مرتبه‌ای ضعیف از ملکیت قلمداد می‌کنند و از سوی دیگر، ملکیت نیز گاه از مقولات عَرَضی شمرده می‌شود، محقق‌اصفهانی، نخست، نسبت ملکیت را با مفاهیم مشابه، بیان می‌کند، آن‌گاه جایگاه حق را در نسبت با ملکیت و برخی ویژگی‌های آن و نسبت حق و حکم را مورد بررسی قرار می‌دهد.

نسبت ملکیت با مفاهیم مشابه**رابطه‌ی ملکیت با مقولات عَرَضی**

رابطه‌ی ملکیت و مقولات عَرَضی، به نحو عام و خاص، قابل بررسی است؛ از این رو، مقولی نبودن ملکیت به نحو عام و رابطه‌ی آن با مقولات جَدَه، اضافه و کیف نفسانی، به ترتیب، بررسی می‌گردد.

مقولی نبودن ملکیت، به طور کلی

محقق‌اصفهانی، به سه دلیل، ملکیت را از مقولات عَرَضی نمی‌داند.

دلیل اول؛ اساساً، مقوله، از دو حالت خارج نیست: یا مانند سفیدی و سیاهی، بر چیزی حمل می‌شود که در خارج بر آن صدق می‌کند؛ در این صورت، لازمه‌ی آن، داشتن صورت و مطابقی در اعیان خارجی است؛ و یا از مقوله‌ی اضافه است که فعلیت آن در مقایسه و اضافه با

غیر، لحاظ می‌شود؛ به همین دلیل، نمی‌تواند از وجود مستقلی بر خوردار باشد و در واقع، از حیثیات و شئون چیزی است که مطابق خارجی دارد و وجود مقوله، از آن مطابق خارجی، نشأت می‌گیرد. (اصفهانی، ۱۴۱۸ ق، ۲۵)

ملکیت در قالب هر يك از دو صورت، قابل توجیه نیست؛ زیرا از يك سو، برای مثال پس از تحقق عقد، چیزی به وجود نمی‌آید که دارای مطابق خارجی باشد (نقض صورت اول) و از سوی دیگر، ذات مالک و مملوک، به يك حیثیت وجودی، مَتَّصِف نمی‌شوند و بر حال، قبل از عقد باقی می‌مانند (نقض صورت دوم) (همان).

دلیل دوم؛ مقولات، با توجه به اینکه از أمور واقعی به شمار می‌روند، اختلاف دیدگاه‌ها و اعتبارات، تأثیری در آن‌ها ندارد؛ از این رو، به اختلاف دیدگاه‌ها و یا تفاوت در اعتبارات، متفاوت نمی‌شوند؛ بنابر این، به طور مثال، سقف نسبت به مادون خود، همواره فوق است و نسبت به آسمان، همواره تحت است، در حالی که معاطات، در دیدگاه عرف، مفید ملکیت است، ولی مطابق برخی أقوال، در دیدگاه شرع، مفید ملکیت نیست، در حالی که اگر معاطات، حیثیت خارجی می‌داشت و از أمور واقعی می‌بود، دچار این اختلاف نمی‌گردید؛ همین اختلاف در اوصاف، نشان دهنده‌ی مغایرت آن با سنخ مقوله است (همان، ۲۶).

دلیل سوم؛ از آنجا که وجود عَرَضی، وجود نعتی و وصفی برای غیر است، به موضوع خارجی، نیازمند می‌باشد و در حقیقت، وجود عَرَضی، به وجود موضوع آن، منوط است، در حالی که به إجماع فقیهان، تملیک کَلِّی ما فی الذَّمه، صحیح است.

دیدگاه فقیهان اسلامی درباره‌ی بیع کالای کَلِّی ما فی الذَّمه، این است که انتقال ملکیت، همانند عین معین، در زمان انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد؛ چرا که مالکیت اعتباری، تابع اعتبار عقلاء و شارع است؛ البته، کَلِّی ما فی الذَّمه، به طور کلی، معدوم نیست، بلکه در عالم اعتبار، وجود دارد و آن ملکیت اعتباری که مدار معاملات و معاوضات است، از أعراض مقولای ای نمی‌باشد که وجود موضوع آن‌ها در خارج، لازم است؛ از این رو، لازم نیست معروض ملکیت، در خارج موجود باشد، بلکه صرف وجود محلی برای آن، به لحاظ توقع حصول آن محل، برای اعتبار این ملکیت، کافی است (قنواتی، بررسی تطبیقی زمان انتقال مالکیت، ۵۹).

مشهور فقیهان، مالکیت طبیعی فقیر را بر زکات پذیرفته‌اند؛ حال اینکه یا در موضوع آن، وجود خارجی فقیر، شرط نیست، یا اینکه اساساً، برای این کلی، وجود حقیقی متصور نیست؛ بنابر این به وضوح، معلوم می‌شود ظرف وجود این دو، تقدیری و موجودیت آن‌ها هم به

وجود اعتباری است و موضوع محقق خارجی که لازمه‌ی مقولات عَرَضی است، در این میان، مفقود است؛ اللازم باطل فالملزوم مثله (اصفهان، پیشین، ۲۶-۲۷).

رابطه‌ی ملکیت با مقولات سه گانه‌ی جَدَه، إضافة و کیف نفسانی

محقق اصفهانی، پس از بررسی کلی رابطه‌ی ملکیت با مقوله، در مرحله‌ی بعد، در صدد است تا به طور خاص، رابطه‌ی ملکیت را با هر يك از مقولات سه گانه، نیز بررسی کند و عدم اندراج ملکیت را به ترتیب در مقوله‌های جده، إضافة و کیف نفسانی، اثبات نماید.

رابطه‌ی ملکیت با مقوله‌ی جَدَه

جَدَه، هیأتی است که برای جسم، از راه احاطه شدن کل جسم، یا بخشی از آن، حاصل می‌گردد؛ کون الجسم فی محیط کله أو بعضه (سهروردی، ۱۳۷۳ ش، ۲۹۷)؛ نظیر پوشیدگی سر به وسیله‌ی کلاه، یا پوشیدگی بدن به وسیله‌ی لباس. واضح است که چنین هیأتی برای ملک، به سبب احاطه‌ی مالک و یا برای مالک، به سبب احاطه‌ی ملک شرعی قابل پذیرش نیست؛ بنابراین این، ملکیت، از مصادیق مقوله‌ی جَدَه، شمار نمی‌شود (اصفهان، ۲۹).

رابطه‌ی مالکیت با مقوله‌ی اضافه

باید توجه داشت، صرف رابطه‌ی تضایف بین دو مفهوم، لیل بر این نیست که مبدأ این دو، مقوله‌ی اضافه می‌باشد؛ برای مثال، علم بودن و معلوم بودن، دو امر متضایف‌اند، در حالی که بنابر نظر مشهور، مبدأ این دو یعنی: علم، کیف نفسانی است؛ نه اضافه. آری؛ اگرچه فلاسفه، درباره‌ی مفهوم علم، اتفاق نظر ندارند و مشهور فلاسفه، علم را جزء مقوله‌ی کیف محسوب می‌دارد و صدرالمتألهین شیرازی، آن را از سنخ وجود می‌داند، نه ماهیت (شیرازی، ۲۹۷/۳)؛ به هر حال، علم، جزء مقوله‌ی اضافه به شمار نیامده است. از این رو، صرف متضایف بودن رابطه‌ی مالکیت و مملوکی، اقتضاء نمی‌کند که مبدأ این دو یعنی: ملک نیز از مصادیق مقوله اضافه باشد (اصفهان، ۲۹).

رابطه‌ی ملکیت با مقوله‌ی کیف

ممکن است ملکیت، از این جهت که در نفس آدمی، قدرت و توانایی بر انجام عمل حقوقی و تبدیل و تعویض شیء ایجاد می‌کند، از مصادیق مقوله‌ی کیف تلقی شود، ولی این دیدگاه نادرست است؛ زیرا قدرت، همواره به افعال تعلق می‌گیرد و نه اعیان، در حالی که ملکیت، ابتدائاً به خود اعیان، تعلق می‌گیرد؛ بنابراین واضح است که ملکیت از سنخ قدرت و

تسلط و به تعبیر دیگر، کیف، به شمار نمی‌آید (اصفهانی، پیشین، ۲۹-۳۰).

انتزاعی نبودن ملکیت

ممکن است کسی گمان کند، ملکیت شرعی و عرفی در زمره‌ی امور انتزاعی و اختراعات عقل می‌باشد و ماهیت مستقلی ندارند. محقق اصفهانی، احتمالاتی که در این باره مطرح می‌باشد، بررسی و آن‌ها را رد می‌کند.

عقد، منشأ انتزاع

این احتمال، با توجه به اینکه عقد، به خودی خود، منشأ انتزاع باشد، یا به لحاظ حیثیت وابسته‌ی به آن، منشأ انتزاع شود، دو فرض پیدا می‌کند:
فرض اول، این است که عقد، به خودی خود، منشأ انتزاع باشد؛ به این معنا که عقد و معاطات، دارای وجود خارجی پنداشته‌شود و ملکیت از این وجود خارجی، نشأت گیرد و انتزاع شود.

این توهم، بر فرض صحت، هر چند از جهت منشأ انتزاع و وجود موضوع، مشکل را بر طرف می‌کند، اما در عین حال، مشکل دوم از مشکلات سه‌گانه که در بحث مقولی نبودن مالکیت مطرح گردید، به قوت خود باقی است؛ زیرا اگر عقد یا معاطات، منشأ انتزاع مقوله‌ای باشند، نباید در اثر اختلاف دیدگاه و اعتبارات، دچار اختلاف و تفاوت شوند، در حالی که گفته شد: عقد و معاطات این‌گونه نیست (همان، ۲۷).

فرض دوم، عقد به لحاظ حیثیت وابسته‌ی به آن، از قبیل: سبب و مسببیت و نه به خودی خود، منشأ انتزاع ملکیت باشد.

این فرض نیز با ایراد جدی مواجه است؛ از جمله اینکه لازم فرض مذکور، این است که نباید عقد، قبل از تشریح منشأ انتزاع باشد و در نتیجه، نباید قبل از تشریح، مفهومی به نام ملکیت وجود داشته‌باشد، در حالی که مفهوم ملکیت، قبل از تشریح هم وجود داشت؛ الا لازم باطل فالملزوم منله (همان).

انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی

برخی از دانشمندان احکام وضعی نظیر: ملکیت را در قبال احکام تکلیفی، احکام مستقلی

نمی‌شمارند و آن را از احکام تکلیفی، نظیر: جواز تصرف ناشی از نقل و غیر آن، منتزِع می‌دانند؛ به این معنا که جواز آنحاء تصرفات متصرف، در شیء، نشان می‌دهد که زمام امر و سلطنت آن چیز، به دست اوست و از طرفی، ملکیت هم در معنا، همان سلطنت است؛ بنابراین، ملکیت که امری وضعی است، از جوازی منتزِع می‌شود که امری تکلیفی است (جزائری، ۱۴۱۶ هـ ق، ج ۱، ۵۴۴).

محقق اصفهانی، پس از بیان دیدگاه فوق، انتقاد می‌کند که در مواردی، ملکیت وجود دارد، اما به هیچ وجه، جواز تصرفی برای مالک، وجود ندارد؛ برای مثال: افراد محجور، به دلیل صغر سن، جنون، سفه یا فلس، از تصرف، محجور و ممنوع به شمار می‌روند و متقضای چنین حالتی، ثبوت اقتضائی ملکیت است، نه ثبوت فعلی؛ زیرا جواز تصرف که علی الفرض، منشأ انتزاع ملکیت است، ثبوت اقتضائی دارد و بالملازمه، باید ملکیت نیز که از آن منتزِع می‌شود، ثبوت اقتضائی داشته باشد، در حالی که بدون شك، ملکیت در فرض مذکور، فعلی است، نه اقتضائی؛ بنابر این، محال است امر انتزاعی مثلاً: ملکیت موجود باشد، اما منشأ انتزاع آن— یعنی: جواز تصرف موجود نباشد؛ اللازم باطل فالملزوم مثله.

از این رو، جواز تصرف ولی نیز مصحح انتزاع ملکیت برای مولی علیه نمی‌باشد؛ زیرا معقول نیست که حیثیت مصحح انتزاع یک چیز باشد، لکن انتزاع از چیز دیگری صورت گیرد (اصفهانی، پیشین، ۲۷-۲۸).

ماهیت ملکیت

محقق اصفهانی، پس از تبیین این مطلب که ملکیت، امری اعتباری و وابسته به اعتبار معتبر است و از مقولات حقیقی خارجی فلسفی شمرده نمی‌شود، به پاسخ این پرسش می‌پردازد که آیا اعتبار ملکیت، از قبیل اعتبار جدّه، یا اعتبار اضافه و یا اعتبار جدّه‌ی ذات اضافه است؟ به اعتقاد وی، دیدگاه صحیح، این است که ملکیت، از قبیل اضافه‌ی اعتباری است و از این رو، اعتبار احاطه‌ی مالک بر مال نیز نمی‌تواند مبین مفهوم جدّه‌ی اعتباری در مورد ملکیت باشد (همان، ۳۱-۳۲)؛ بنابر این، إحتواء و پوشانندگی و احاطه‌ی مالک نسبت به مملوک و پوشیدگی مملوک و به دیگر سخن، احاطه‌ی مالک بر مملوک و محاط بودن مملوک، از نوع اضافه‌ی اعتباری است.

محقق اصفهانی، در پاسخ به این پرسش که آیا ملکیت، مفهوماً، سلطنت است (طباطبائی

یزدی، ۱۴۱۰ ق، ۵۸)، یا احاطه، یا وجدان و دارا بودن و یا احتواء، معتقد است: ملکیت به معنای سلطنت نیست؛ زیرا سلطنت، با حرف استعلای عَلی متعددی می‌شود، در حالی که ملکیت، متعدی بنفسه است.

ملکیت، به معنای احاطه هم نیست؛ زیرا احاطه، گاهی با حرف باء و گاهی با حرف استعلاء، متعدی می‌شود.

به نظر محقق اصفهانی، ملکیت، تقریباً مساوق احتواء و وجدان و دارا بودن و یا واجدیت در مقام اعتبار است (اصفهانی، پیشین، ۳۱).

مراتب ملك از جهت متعلق

با توجه به اینکه ممکن است متعلق ملکیت، عین، منفعت و یا انتفاع باشد، محقق اصفهانی، وضعیت ملکیت را از جهت متعلق آن، به ترتیب بررسی می‌کند.

ملکیت عین، با هیچ ایرادی مواجه نیست و بحث خاصی در این رابطه، مطرح نمی‌باشد. در خصوص مالکیت منافع، از دو جهت، ایراد می‌شود؛ مهم‌ترین ایراد، این است که تعلق ملکیت به منافی که در آینده به وجود می‌آید، تعلق ملکیت به امر معدوم است، در حالی که عَرَض، نیازمند موضوع موجود است (همان).

محقق اصفهانی، در پاسخ به این ایراد، می‌گوید: درست است که در اضافه‌ی مقولی، وجود دو طرف اضافه، به صورت فعلی، ضرورت دارد؛ چنان‌که يك نسبت غیر قابل تغییر نیز وجود دارد. همانند: رابطه‌ی پدر و فرزند. اما ملکیت، از أعراض خارجی نیست، تا به موضوع موجود خارجی، نیازمند باشد، بلکه ملکیت، یک اعتبار است و برای تحقق آن، صرف وجود موضوع اعتباری، کافی است؛ زیرا با وجود منشأ مورد اجاره، منافع هم موجود فرض می‌شود؛ همچنان- که موضوع مالکیت کلی ما فی الذمه نیز با همین وجود تقدیری کلی در ذمه، تصحیح می‌شود، بلکه فرض ثبوت کلی در أفق اعتبار، کافی است، تا مالکیت کلی ما فی الذمه، بر آن تکیه کند؛ از این رو، لازم نیست معروض ملکیت در خارج موجود باشد، بلکه صرف وجود محلی برای آن، به لحاظ توقُّع حصول آن محل، در اعتبار این ملکیت کافی است (همان، ۳۲).

بررسی دیدگاه محقق رشتی

محقق رشتی، تلاش می‌نماید در پاسخ به اشکال معدوم بودن منفعت و عدم تعلق ملکیت،

به امر معدوم و نیز در پاسخ به این ایراد که منفعت، عَرَضی از أعراض مستاجر است و در نتیجه، مستاجر، به دلیل مالک نبودن، نمی تواند آن را به ملکیت غیر درآورد، ضابطه‌ی جدیدی برای تفاوت بین ملکیت عین و منفعت و انتفاع، ارائه دهد.

از دیدگاه محقق رشتی، در تمام سه حالت مالکیت عین، منفعت و انتفاع، عین به ملکیت در می آید؛ نهایت اینکه اگر سلطه‌ی بر عین، تمام جهات عین را در بر گیرد، از آن، به ملکیت عین، یا ملکیت رقبه‌ی کالا تعبیر می شود و اگر این سلطه، به جهت خاصی از جهات عین، اختصاص یابد و در عین حال از همان جهت هم مستقل باشد، از آن، به ملکیت منفعت تعبیر می شود و در نتیجه، عین از جهت منفعت، ملک مستاجر محسوب می شود؛ اگر چه مالکیت خود عین، همچنان به طور کامل، از آن موجد است، ولی اگر سلطه، بدون وصف استقلال به جهت خاصی اختصاص یابد، از آن، به ملکیت انتفاع تعبیر می شود؛ البته، این، بدان معنی نیست که انتفاع، به طور حقیقی، تحت مالکیت در می آید. (گیلانی (محقق رشتی)، بی تا، صص ۴-۵)

بنابر این، بر اساس دیدگاه محقق رشتی، جواز و عدم جواز نقل و انتقال تابع استقلال و عدم استقلال است؛ هر جا که استقلال در منفعت، و به تعبیر دیگر، ملکیت منفعت باشد، نقل، جایز است و هر جا که استقلال در منفعت، وجود ندارد و به تعبیر دیگر، ملکیت انتفاع می- باشد، نقل، جایز نمی باشد.

محقق اصفهانی، بر استدلال محقق رشتی، از هر دو جهت انتقاد می کند و به طرح دو اشکال می پردازد:

۱) اگر جهت مخصوصی، مملوک در قرارداد اجاره باشد، نسبت آن با عین، نظیر نسبت وصف است به حال متعلق وصف که در این حالت، انتقادات وارده، بی پاسخ می ماند و اگر مملوک، خود عین با حیثیت خاص باشد، از آنجا که جهات و حیثیات عین، موجب تعدد عین نمی شود، عین واحد نمی تواند با لحاظ برخی از جهات، در ملکیت یک شخص و با توجه به جهات دیگر، مملوک فردی دیگر باشد؛ چرا که در این صورت، اجتماع دو مالکیت در عین واحد لازم می آید که در هر حال قبیح است؛ چه ملکیت از مقولات عَرَضی دانسته شود و چه از مقولات اعتباری به شمار آید.

اگر ملکیت، از مقولات عَرَضی دانسته شود، لازم می آید دو عَرَض متمائل، به موضوع واحد، قائم باشد، که صحیح نیست؛ از سوی دیگر، اگر مالکیت، امر اعتباری شمرده شود، در نزد عقلاء، اعتبار دو ملکیت بر شیء واحد، جز به لحاظ توجه هر کدام به موضوع جداگانه، لغو

است (اصفهانی، پیشین، ۳۶-۳۷).

۲) اگر منظور، این باشد که عین، بر ملك مالك اصلی، باقی است و در عین حال همان عین، به لحاظ همان جهت مخصوص، در ملك شخص دیگری می‌باشد، این سخن، اگر چه تفاوت عاریه و اجاره را توجیه می‌کند، اما در عین حال اشکال اجتماع دو مالك بر عین واحد، همچنان باقی است. در حقیقت، ملکیت، ماهیتاً، امر بسیطی است که دچار تبعیض نمی‌شود، تا گمان شود، مالك، در مثل ملکیت منفعت و انتفاع، جزئی از آن را به منتقل‌إلیه اعطاء می‌کند. بنابراین، نظریه‌ی محقق رشتی، دارای مبنای قابل توجیهی نمی‌باشد (همان، ۳۷). محقق اصفهانی، با توجه به دیدگاه برخی از محققان که حق را مرتبه‌ای از ملکیت می‌دانند، در این مرحله، به تبیین مفهوم حق و نسبت آن با ملکیت و حکم می‌پردازد و دیدگاه خود را در هر کدام از زمینه‌های یاد شده، مطرح می‌کند.

مفهوم، ماهیت و قابلیت إسقاط، نقل و انتقال حق

مفهوم حق

حق در لغت، در معانی متعددی از جمله: خلاف باطل، واجب، ثابت، یقین، مال، ملك، صدق و عدل، به کار رفته است (مشکینی، ۲۱۳)؛ به همین دلیل، اغلب، گمان می‌شود حق، در لغت، معانی متعدد و مختلفی دارد و مانند لفظ عین که در کتب لغت، برای آن، حدود هفتاد معنی، مذکور است، مشترك لفظی می‌باشد (تفضلی، ۱۲۰).

از دیدگاه محقق اصفهانی، همه‌ی معانی مذکور برای حق، به يك معنای واحد بر می‌گردد و بقیه‌ی معانی که برای آن بیان می‌شود، از باب اشتباه مفهوم به مصداق است و آن يك معنی، به اعتبار وجه مصدری حق، ثبوت، و به اعتبار وجه وصفی حق، ثابت است (اصفهانی، پیشین، ۳۸).

ماهیت حق و مرتبه‌ی آن نسبت به ملك

سؤال اساسی، این است که آیا حق در مقابل حکم، از جهت مفهوم و مصداق، همان سلطنت و ملك است و یا در موارد گوناگون، از اعتبارات مختلفی برخوردار است؟ مشهور، حق را عبارت از سلطنت می‌دانند و شیخ انصاری هم همین نظر را دارد (أنصاری، مکاسب، ۱۴۱۵ ق ۱۶/۳-۲۰) با این تفاوت که ایشان قید فعلیت را هم اضافه می‌کند و حق را سلطنت فعلی می‌داند؛ از این رو، پاسخ معروف پرسش مذکور، این است که حق، در واقع،

همان سلطه‌ی اعتباری است و نه سلطه‌ی تکلیفی که به صرف جواز فسخ و امضاء، یا جواز تملك در شفعه و مانند آن، بر گردد.

به این پاسخ، از این جهت انتقاد می‌شود که سلطنت، از احکام حق است، نه خود حق؛ در تعریف هر ماهیتی، علی‌الأصول، نباید آثار و احکام آن را رکن آن ماهیت، ارائه نمود و نیز شخص محجور با اینکه شرعاً، حق دارد، ولی سلطنتی در تصرفات ندارد؛ بنابر این، نمی‌توان حق را به معنای سلطنت دانست (اصفهانی، پیشین، ۴۱).

برخی نیز حق را عین ملك می‌شمرند. اینان می‌گویند: حق، ماهیتاً، همان ملك است و به همین دلیل، از حق اختیار، به ملکیت فسخ و ازاله، تعبیر می‌کنند و حق را مفهوماً و مصداقاً، ملك می‌دانند (نایینی، ۱۴۱۸، ۱۰۵/۱-۱۰۶)، ولی مشکلی که وجود دارد، این است که حق، گاهی به چیزی اضافه می‌شود که در شرع، ملکیت آن، اعتبار نشده است؛ مثل: حق اختصاص به خمر، یا حق اولویت نسبت به زمین سنگ چینی شده که حق تحجیر نام دارد و بنا بر نظر مشهور فقهاء، فقط با احياء زمین، قابلیت تملك پیدا می‌کند. در این موارد، علی‌الأصول، حق نمی‌تواند به معنای ملك باشد. همین موضوع، عده‌ای را بر این می‌دارد تا بگویند: حق، مرتبه‌ی ضعیفی از ملك و اولکین مرتبه‌ی آن است و ملك نبودن خمر، یا زمین سنگ چینی شده، به این معنی است که نظیر سایر املاک نیست، اما قطعاً، به معنای مرتبه‌ی ضعیفی از ملك هست (همان).

از نظر محقق اصفهانی، دیدگاه مذکور، از این جهت قابل انتقاد است که حقیقت ملك، چه از مقوله‌ی اضافه باشد و چه از مقوله‌ی جدّه، از حیث شدت و ضعف، دارای مراتب مختلف نیست؛ زیرا اگر ملکیت از مقولات اضافی دانسته شود، مقوله‌ی اضافه، وجود استقلالی ندارد، بلکه تابع آن مقوله‌ای است که اضافه، بر آن عارض می‌شود؛ از این رو، اگر عارض بر مقوله‌ای باشد که شدت و ضعف را بر می‌تابد: مانند مقوله‌ی کیف-مقوله‌ی اضافه هم به تبع آن، به شدت و ضعف، متصف می‌شود، ولی اگر مانند: جوهر، از مقوله‌ای باشد که شدت و ضعف را برنتابد، هیچ‌گاه به شدت و ضعف، متصف نمی‌گردد (اصفهانی، پیشین، ۴۳؛ روحانی، ۱۷/۳).

از سوی دیگر، اگر ملکیت، از مقوله‌ی جدّه شمرده شود، مقوله‌ی جدّه نیز، همان‌طور که بیان شد، به خودی خود، به شدت و ضعف، متصف نمی‌شود، بلکه تنها، به زیاده و نقصان، متصف می‌گردد؛ بنابر این، اگر تفاوتی هم باشد، در شدت و ضعف نیست، در حالی که بر اساس دیدگاه یاد شده، برای فرق گذاری بین حق و ملك، ضرورتاً، باید تفاوت به شدت و

ضعف وجود داشته باشد.

از این بحث، روشن می‌شود، به هیچ وجه، نمی‌توان حق را به معنای ملك، قرار داد و ادعای اختلاف مراتب آن نیز با استدلال یاد شده، دعوی نادرست می‌باشد (اصفهانی، ۴۳). می‌توان گفت: حق، مصداقاً و در هر مورد، اعتبار مخصوصی است که آثار خاص خود را داراست؛ مثلاً: حق ولایت، فقط، اعتبار ولایت حاکم و پدر و جد پدری است که از احکام این اعتبار، جواز تکلیفی و وضعی تصرف ولی در مال مولی‌علیه است و به اعتبار دیگری، نیازمند نیست؛ به همین دلیل، اضافه‌ی حق، به ولایت، یعنی: حق ولایت، اضافه‌ی بیانیه است. همچنین است حق تولیت، حق نظارت و حق رهنات که اعتبار وثیقه بودن عین است و اثر آن، جواز استیفاء دین، به هنگام امتناع از وفای به عهد می‌باشد و حق تحجیر که به موجب آن، شخص تحجیر کننده، بدون نیاز به اعتبار دیگری، بر زمین اولویت پیدا می‌کند و حق اختصاص به خمر که بدون اعتبار ملکیت، یا سلطنت، اعتبار اختصاص خمر به يك شخص در مقابل شخص دیگر می‌باشد و روشن است که اثر اولویت و اختصاص مذکور، این است که دیگری، به مزاحمت در مورد آن، مجاز نیست (همان، ۴۴).

البته، در چند مورد، بدون اشکال، اعتبار سلطنت، درست است:

- (۱) مورد اول، جایی است که دلیلی بر این امر، موجود باشد؛ مانند: حق قصاص، به دلیل آیه-ی شریفه‌ی: *فقد جعلنا لولیه سلطاناً* (اسراء: ۳۳).
- (۲) مورد دوم، جایی است که معنای اعتباری مناسبی در میان نباشد؛ مانند: حق شفعه؛ زیرا دارنده‌ی حق شفعه، به جهت تملك قهری مال شریک، تنها، بر منضم کردن حصه‌ی شریک به حصه‌ی خود، سلطنت دارد و با این وصف، اعتبار نفس شفعه، معنا ندارد؛ زیرا معنای آن، اعتبار ملکیت حصه‌ی شریک است، در حالی که به مجرد اینکه شخص، صاحب حق شفعه شود، حصه‌ی شریک خود را مالک نمی‌گردد، بلکه مالکیت، نیازمند أخذ به شفعه است.
- (۳) مورد سوم، جایی است که اعتبار سلطنت، درباره‌ی حق خیار نیز درست است. حق خیار، در حقیقت، قدرت و سلطنت بر اختیار و یا به عبارتی سلطه‌ی بر ترجیح فسخ، یا امضاء قرارداد است (اصفهانی، ۴۴).

قابلیت اسقاط و انتقال حقوق

معمول است که در تفاوت حق و حکم گفته می‌شود: حق، قابل نقل و انتقال و اسقاط است

ولی حکم، از این ویژگی، برخوردار نیست. این وضعیت، ذیلاً مورد بررسی و تحلیل قرار می-گیرد.

ماهیت اسقاط و نقل

ماهیت اسقاط

به طور کلی، می توان برای اسقاط، دو تعریف را بیان کرد:

۱) اسقاط به معنای اخراج شخص، یا طرف، از طرفیت اضافه و نسبت؛

۲) اسقاط به معنای رفع اضافه و نسبت (همان، ۴۵).

به نظر می رسد، اسقاط، در حقیقت، همان رفع اضافه و نسبت می باشد که لازمه ی آن، خروج از طرفیت اضافه و نسبت است؛ نه اینکه اسقاط، ماهیتاً، اخراج شخص از طرفیت اضافه باشد؛ بنابر این، در مثل حق شفعه، اگر اسقاط حق شفعه، رأساً و اساساً، مد نظر قرار گیرد، سقوط این حق، طبیعتاً، با ثبوت آن برای سایر ورثه، منافات پیدا می کند، ولی اگر هدف، اسقاط حق از خود صاحب حق باشد، چنین سقوطی، با ثبوت حق برای سایر ورثه، منافاتی ندارد (همان).

به طور کلی، اسقاط، همانند نقل، به خود حق، نسبت داده می شود؛ زیرا، حق، در مقابل عین و منفعت و عمل، خود نسبت است و اسقاط به متعلق (مال)، نسبت داده نمی شود. شیخ انصاری، به همین دلیل و با این استدلال که از يك طرف حق، مال محسوب نمی شود و از طرف دیگر، عوض قرارداد، لزوماً باید مال باشد، عوض قرار گرفتن حق- مانند: حق تحجیر- را زیر سؤال می برد (انصاری (شیخ)، مکاسب، ۱۴۱۵، ج ۳، ۷).

ماهیت نقل

نقل اعتباری، این است که چیزی از طرف نسبت بودن در ملك کسی، خارج شود و طرف نسبت ملکیت دیگری قرار گیرد؛ به تعبیر دیگر، از طرف يك نسبت، خارج می شود و طرف نسبت دیگر، قرار می گیرد؛ بر همین اساس، نقل حق، مورد اشکال است؛ زیرا اگر از نقل حق، نقل متعلق حق، به دیگری، منظور باشد، در این صورت، نقل حق، صحیح است؛ زیرا برای مثال، صاحب حق تحجیر، زمین تحجیر شده را پس از خارج ساختن از نسبت حقی که با او دارد، به نسبت حقی دیگری وارد می کند.

اما اگر از نقل حق، نقل خود نسبت، منظور باشد، نقل حق، معقول نمی باشد؛ زیرا تشخیص

نسبت، با واسطه‌ی اطراف نسبت، تحقق پیدا می‌کند.

بنابر این، در عین حال که خود عین، قابل نقل است، نقل نسبت اضافی موجود، فی نفسه، امکان ندارد؛ از این رو، نقل در نسبت، مجازاً و با لحاظ وحدت آن با عین، تحقق پیدا می‌یابد و نه به نحو حقیقی و مستقل (همان، ۴۷).

معیار قابلیت نقل و اسقاط حق

بعد از تبیین ماهیت اسقاط و نقل، بررسی این نکته شایسته است که بر چه اساس و معیاری می‌توان حق را قابل نقل، اسقاط و انتقال دانست؟ در این خصوص، ضوابط مختلفی بیان شده است که به اختصار بیان می‌گردد.

الف) معیار موجب حق

برخی بر این باورند که اگر موجب حق، علت تامه‌ی آن باشد، نقل و انتقال و اسقاط آن محال است؛ زیرا تخلف معلول از علت تامه‌ی خود، محال است؛ اما اگر موجب حق، مقتضی باشد، در صورت وجود مانع، مانند تقوم موضوع، به عنوانی خاص و یا تقييد مورد حق و متعلق آن، به قیدی که باعث تضییق دایره‌ی آن می‌شود، در این حالت، حق، قابل نقل و انتقال نیست؛ اما در صورت فقدان مانع، حق، قابل نقل و انتقال و اسقاط می‌باشد (همان، ۴۷-۴۸).

این معیار، از آن جهت قابل انتقاد است که اگر چه به حسب مقام ثبوت و واقع، امر به همین گونه است؛ اما اثباتاً، معیار و ضابطه‌ی تمیز دهنده‌ای وجود ندارد، تا به واسطه‌ی آن بتوان تشخیص داد در ولایت حاکم، پدر و جد پدری، علت تامه، موجب حق است و در حق خیار، مقتضی، موجب آن می‌باشد.

همچنان‌که ترتب هر حقی بر يك عنوان خاص، در این، ظهور دارد که آن عنوان، موضوع تام برای حکم می‌باشد و علی‌الأصول، تخلف حکم از موضوع تام خود، محال است؛ زیرا موضوع، علت تامه برای حکم است؛ بنابر این، چه فرقی بین عنوان شریک در حق شفعه و عنوان بیع در حق خیار، یا غیر آن از حقوق قابل نقل وجود دارد که در اولی، قابلیت نقل، موجود می‌باشد، ولی در دومی، این قابلیت وجود دارد.

بنابر این، معیار اثباتی قابل اتکایی ارائه نشده است (همان، ۴۷).

ب) دیدگاه محقق اصفهانی

قابلیت حقوق برای اسقاط، نقل و انتقال به ارث، تابع چند عامل است: ۱. لسان دلیل؛

۲. مناسبت حکم و موضوع؛ ۳. مصالح و حکمت‌هایی که مقتضی آن حکم است؛ مانند: مصلحت إرفاق در حق خیار (همان).

برای مثال، حق ولایت حاکم شرع، به خاطر ویژگی‌های حاکم شرع بودن و دارابودن این منصب است و در حق وصایت برای شخص وصی، با لحاظ دارا بودن این منصب و ویژگی و خصوصیتی می‌باشد که باعث می‌شود موصی، وی را و نه دیگری را وصی قرار دهد و از آنجا که تخصیص، بدون وجود مخصص، محال است؛ از این رو، نقل این حق، به غیر مورد مشخص شده، معقول نیست؛ چرا که یا خصوصیت در غیر آن مورد وجود ندارد و علی‌الغرض، خصوصیت، عنصر ضروری در ثبوت این ولایت می‌باشد و یا به دلیل وجود همین خصوصیات، در شخصی دیگر، نظیر حاکم دیگر، این اعتبار برای او وجود دارد و از این رو، بی‌نیاز از نقل است و از آنجایی که اعتبار ولایت، به منظور رعایت حال مولی علیه و موصی و نه ولی و وصی، مقرر می‌گردد، اسقاط آن مناسب نمی‌باشد؛ به عبارت دیگر، حاکم در اینجا، من له الحق نیست، تا بتواند از این حق، إعراض، یا آن را اسقاط، یا منتقل کند (همان).

اقسام حقوق از جهت قابلیت نقل و انتقال و اسقاط

حقوق، از جهت قابلیت نقل و انتقال و اسقاط، با توجه به مفاد دلیل، وجود مصالح و مناسبات بین حکم و موضوع، پنج قسم می‌باشند:

۱) حق قابل اسقاط و انتقال و غیر قابل نقل

به طور کلی، در خصوص حقوق، دو نوع عنوان وجود دارد؛ نوع اول، عنوان مقوم است؛ به نحوی که حق، وجوداً و عدماً، دائر مدار آن عنوان است و نوع دوم، عنوان معرف است. تشخیص اینکه عنوان مأخوذه، در زمره‌ی کدام‌یک از عناوین مذکور است، معمولاً با توجه به قرائن مقامی ممکن می‌شود. با این توضیح، روشن می‌شود، شریک، همان کسی می‌باشد که ممکن است در حق شفعه، متضرر شود، نه شخص دیگر؛ از این رو، معنا ندارد که این حق، به دیگری منتقل شود؛ در نتیجه، همان‌طور که تسلیط شخص، بر آن چیزی که از قبل، مالک می‌باشد، به دلیل قبح تحصیل حاصل، ناروا است، نقل حق، به مشتری نیز باطل می‌باشد. همین گونه است در حق الرهانه که نقل حق، بدون نقل دین به دیگری، غیر معقول است (همان).

۲) حق قابل اسقاط و نقل و انتقال

حق قابل اسقاط و نقل و انتقال، مانند: حق خیار، یا حق تحجیر که اولویت وارث نسبت به

زمین تحجیر شده، کاملاً معقول است (همان، ۴۹-۵۰).

۳) حق قابل اسقاط و نقل بلاعوض و غیر قابل انتقال به ارث

حق قابل اسقاط و نقل بلاعوض و غیر قابل انتقال به ارث، مانند: حق قسم بین همسران یک مرد که نقل آن از یک زن به زن دیگر، صحیح است (مشکینی، ۴۲۵)؛ زیرا این حق، به وصف زوجه بودن، متصف است و از این حق، استفاده می‌شود که قابل نقل است، اما انتقال آن به ارث، استنباط نمی‌شود؛ زیرا این حق، حق زن است و مادام که او زنده می‌باشد، این حق، برای او قابل تصور است و این امکان وجود ندارد که وارث او، در جایگاه خاص او قرار گیرد؛ از این رو، حق مزبور، قابلیت انتقال به ارث را ندارد (اصفهانی، ۵۰).

۴) حق غیر قابل نقل و انتقال و اسقاط

حق غیر قابل نقل و انتقال و اسقاط، مانند: حق اُبوت، حق ولایت حاکم، حق وصایت و مانند آن.

البته، ناگفته نماند: از دیدگاه محقق اصفهانی، موردی وجود ندارد که حق باشد و در عین حال امکان اسقاط آن، محل تردید باشد و در مثل حق ولایت و نظایر آن، صرف به کار رفتن تعبیر حق، برای آن‌ها، در روایات و نیز کلمات فقهاء، باعث نمی‌شود که آن‌ها در زمره‌ی حقوق قرار گیرند؛ بنابر این، تعبیر حق در این موارد، خالی از مسامحه نیست (همان).

۵) حق قابل اسقاط و غیر قابل نقل اختیاری و انتقال به ارث

حق قابل اسقاط و غیر قابل نقل اختیاری و انتقال به ارث، مانند: حق شتم و آزار و حق غیبت (همان).

البته، اگرچه این قسم، در کلام محقق اصفهانی مشاهده نمی‌شود؛ اما مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی، در حاشیه‌ی خود بر کتاب مکاسب، آن را دومین قسم از اقسام حقوق می‌شمرد و برای آن، حق غیبت و حق شتم و آزار را مثال می‌آورد. برخی از دانشمندان معاصر، این دو مثال را قابل ایراد می‌دانند و این دو را در زمره‌ی احکام غیر قابل سقوط به شمار می‌آوردند (گرجی، حق و حکم و فرق میان آن‌ها، ۱۳۶۴، صص ۳۷-۳۸).

تفاوت بین حق و حکم

در این باره، دیدگاه فقیهان، مختلف و گاه معارض است که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود:

۱) نفی مغایرت بین حق و حکم

محقق خوئی، از مشهورترین فقیهان طرفدار این دیدگاه است. او، این دیدگاه را به طور مجمل، در حاشیه‌ی خود بر مکاسب مطرح می‌کند (خوئی، ج ۲، ۳۶۶). به اعتقاد وی، حق، مغایر حکم نیست، بلکه، حق، ماهیتاً، حکم شرعی است که اختیار آن به دست من له الحق است و او می‌تواند آن را اسقاط کند. وی در ادامه، هر گونه فرقی بین جواز حکمی و جواز حقّی، و لزوم حقّی و لزوم حکمی، منکر می‌شود و آثاری چون: قابلیت اسقاط و نقل و امثال آن را تابع ادله‌ی احکام می‌داند (حسینی شاهرودی، ۲۰-۲۳).

۲) رابطه‌ی احکام و حقوق با منشأ خود

بر اساس این دیدگاه، احکام، تابع مصالح و مفاسد می‌باشند و از آن‌ها ناشی می‌شوند؛ به عبارت دیگر، احکام، وضعاً و رفعاً، تابعی از مصالح و مفاسد هستند، (نجفی) کاشف الغطاء، بی تا، ۷۲) در حالی که امور اعتباری‌مانند: حق وضعاً و رفعاً، تابع اسباب خاص خود هستند. (اصفهانی، پیشین، ۴۵)

محقق اصفهانی، پس از طرح این دیدگاه، در صدد انتقاد بر می‌آید و می‌گوید: امور اعتباری نیز به حسب موارد خاص، تابع مصالح خود هستند؛ مثلاً: در اعتبار ملکیت، برای متعاقدين، مصلحتی وجود دارد که باعث می‌شود شارع، ملکیت را برای آن‌ها اعتبار کند و یا در حق شفعه که به دلیل وجود مصلحتی خاص برای تملک حصه‌ی شریک، سلطنت شریک، اعتبار می‌شود؛ بنابر این، احکام، در این باره خصوصیتی ندارند، بلکه از این حیث با حقوق، مشترک می‌باشند.

۳) قابلیت اسقاط در حقوق و عدم قابلیت اسقاط در احکام

حق، این است که به خودی خود، قابل اسقاط است؛ لکن ذی حق آن یسقط حقّه، در حالی که امر حکم، به دست حاکم است و از این رو، قابل اسقاط نیست. (حکیم، بی تا، ج ۸، ۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۵۷؛ نائینی، بی تا، ج ۱، ۱۰۷)

محقق اصفهانی، در ردّ این نظر می‌گوید: با توجه به اینکه حق و ملکیت نیز آموری هستند که از ناحیه‌ی شرع، یا عرف، اعتبار می‌شوند، امر آن دو نیز، وضعاً و رفعاً، به دست معتبر آن‌ها است.

۴) إسناد اسقاط به وجود حق مالکیت برای من له الحق

گروهی اعتقاد دارند: وجه تفاوت حق و حکم، در این است که در حق، من له الحق، ملک

چیزی است که زمام امر آن به دست اوست؛ بنابراین، اِحقّ دارد که آن را اسقاط کند. محقق اصفهانی، این دیدگاه را ردّ می‌کند؛ زیرا از دیدگاه ایشان، در حقیقت، مقتضای مالکیت انسان بر عین، یا عمل و نیز سلطه‌ی او بر عین یا عمل، این است که امر عین، یا عمل، به دست انسان است؛ نه امر ملکیت و سلطنت؛ از این رو، مالک، عین را در ملکیت دارد؛ نه مالکیت را. ملکیت، بدون واسطه‌ی اضافه دیگری، بذاتها، به شخص منتسب است و به همین کیفیت، حقّ نیز بدون واسطه‌ی اضافه‌ی ملکیت، بذاتها، به شخص، منتسب می‌شود؛ بنابراین، ادعای مالکیت انسان بر حقّ، ادعای نادرستی است (اصفهانی، ۴۵).

(۵) دیدگاه محقق اصفهانی

سنخ احکام تکلیفی، از سنخ اعتبارات وضعی، متفاوت است. احکام تکلیفی به دو دلیل قابل رفع نیست:

نخست اینکه بعث و زجر، امر و نهی، اعم از اینکه از مصلحت و مفسده‌ی ملزمه، یا غیر ملزمه، ناشی باشند، مقدمه‌ی فعل، یا ترك فعل به شمار می‌روند و تازمانی که مقتضای آن دو، مقفّ نشود، سقوط در مورد آن‌ها معنا ندارد، مگر به انتفای موضوع؛ از این رو، سنخ احکامی که فعل، یا ترك فعل، از آن‌ها انتظار می‌رود، جز با فعل، یا ترك فعل، ساقط نمی‌شود، در حالی که با نگاهی به ماهیت ملکیت و حقّ، معلوم می‌شود که این ملاک، در اعتبار آن دو، وجود ندارد و بنابر این، ماهیتاً، قابل رفع هستند؛ نهایت اینکه همانند وضع اعتبار، در رفع و اسقاط ملکیت و حق، برای رفع اعتبار سابق، به جعل سببی از ناحیه‌ی شارع نیاز می‌باشد و به همین دلیل، به نظر محقق اصفهانی، إعراض از ملک، نه موجب سقوط ملکیت می‌شود و نه باعث خروج مملوک از ملکیت؛ زیرا سقوط نیز همانند، ثبوت، به سبب جعلی نیاز دارد.

حکم شكّ در قابلیت اسقاط و نقل و انتقال

اگر چه برخی از دانشمندان معاصر، تلاش می‌نمایند، شكّ در قابلیت اسقاط، نقل و انتقال را به شكّ در حقّ و حکم بودن برگردانند (گرجی، ۳۸)، اما حقّ، این است که اگر چه شكّ در قابلیت اسقاط، همین گونه است، ولی نظر به اینکه، ممکن است شكّ در قابلیت نقل، یا انتقال، از احتمال خصوصیت در مقام و در ناحیه‌ی سبب نظیر نقل در حقّ شفعه‌ناشی شود، لزوماً شكّ در همه‌ی این موارد، به شكّ در حقّ، یا حکم بودن بر نمی‌گردد، بلکه، شكّ در حقّ، یا حکم بودن مجعول شرعی، تنها یکی از عوامل شكّ در قابلیت اسقاط و فعل انتقال به شمار

می‌رود.

محقق اصفهانی، پس از بیان احتمالات موجود، به طرح نظر خویش می‌پردازد.

۱. منشأ شك، احتمال حکم بودن مورد شك باشد

در این صورت، باید به اصول عملیه مراجعه کرد، نه به عموم؛ زیرا حق، موضوع عموم است، در حالی که حق بودن محل بحث، مورد شك و تردید است و تمسک به عموم در چنین مواردی، تسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه است که فاقد اعتبار می‌باشد (اصفهانی، ۵۰).

اصل عملی، به حسب مورد، می‌تواند استصحاب بقاء حکم، اصل عدم سقوط، اصل عدم انتقال و یا اصل عدم نقل باشد؛ البته، تسک به این اصول در صورتی است که دلیل مشکوک، عموم، یا اطلاقی نداشته باشد؛ چه در غیر این صورت، برای عدم قبول اسقاط، نقل و یا انتقال، همان دلیل، کافی است (گرجی، ۳۸)؛ چه اینکه الأصل دلیل حیث لا دلیل.

در حقوق امروز، از جمله‌ی این حقوق، به حقوق مربوط به شخصیت، می‌توان اشاره کرد (صفایی، قاسم‌زاده، ۲۰).

۲. منشأ شك، احتمال مطلقاً غیر قابل اسقاط و نقل بودن حق باشد؛ مثل: حق ولایت.

در این گونه موارد، در عین حال که یقین، به حق بودن مورد وجود دارد و در عین حال که قابلیت عرفی نقل و انتقال آن محرز می‌باشد، چون این احتمال می‌رود که حق مورد تردید، در زمره‌ی حقوقی باشد که مطلقاً قابل اسقاط و نقل و انتقال نیستند، شك، پدیدار می‌شود.

نظریه‌ی معروف این است که برای نفوذ صلح بر سقوط و نقل این موارد، به اطلاق دلیل صلح تمسک شود و یا در مورد انتقال قهری چنین مواردی، به عموم ادله‌ی ارث تمسک گردد.

صدق احتمال اندراج همزمان این موارد تحت حق قابل اسقاط و نقل و نیز حق غیر قابل اسقاط و نقل و انتقال، باعث نمی‌شود که در موارد مذکور، تمسک به اطلاق دلیل صلح، یا عموم ادله ارث، از مصادیق تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه باشد.

به نظر برخی، در جواز امضائی، همان دلیل امضاء، برای قابلیت انتقال کفایت می‌کند؛ به عبارت دیگر، دلیل خاص، یا عامی لازم نیست که مطابقتاً، یا تضمناً و یا التزاماً، بر قابلیت حق برای انتقال، دلالت کند (گرجی، مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی، ۱۲۵، ۱۳۷۲).

در این خصوص، محقق اصفهانی، معتقد است که ادله‌ی معاملات، در مقام انفاذ اسباب شرعی هستند؛ پس، گاهی، در حالی که به قابل تملک و نقل بودن عین، یقین وجود دارد، ان

شكّ نیز موجود است که آیا در آن، سبب خاصی شرط می‌باشد، یا خیر؟ در این گونه موارد، با تمسک به عموم دلیل شرط، یا عموم دلیل صلح، به صحّت ملکیت آن، حکم می‌شود؛ زیرا برای اسباب، خصوصیتی وجود ندارد (همان، ۳۸).

اما گاهی بدون اینکه در اعتبار سبب خاصی شکّی باشد، در أصل قابلیت نقل، شكّ وجود دارد که در این موارد، أصل، عدم قبول نقل است؛ زیرا ظاهر ادله، اختصاص آن به ذی‌حقّ است؛ پس، اثبات آن برای غیر، به دلیل معتبری نیازمند است (همان).

البته، در صورتی که عبارت مشهور: لکلّ ذی حقّ اسقاط حقه، مفاد آیه، یا روایت و یا اجماع معتبری باشد، با تمسک به عموم، یا اطلاق آن، وضعیت مورد مشکوک مشخص می‌گردد؛ اما این عبارت، مفاد آیه، یا روایت و یا اجماع معتبری نیست و نمی‌توان به اطلاق، یا عموم آن، تسک نمود؛ با این وجود، شید اوله بر این باور است که هر حقّی قابل اسقاط است و ضابطه، این است که هر آنچه قابل اسقاط می‌باشد، حّ است و آنچه قابل اسقاط نیست — مانند: حرمت ربا، یا غرر-حکم است؛ بنابر این، آنچه قابل اسقاط، حباشد، حق نیست.

روشن است که لازمه‌ی چنین دیدگاهی، این است که تقسیم حقّ به حقّ قابل اسقاط و غیر قابل اسقاط، تقسیمی نادرست می‌باشد و هر حقّی، قابل اسقاط می‌باشد و جهت اثبات سقوط، مجالی برای تمسک به عموم، باقی نمی‌ماند؛ زیرا شکّ در آن، به شکّ در حقّ، یا حکم بر می‌گردد و در چنین وضعیتی، مجالی برای تمسک به عموم، باقی نمی‌ماند. انصاف نیز این است در هر موردی که قطع به حق بودن چیزی پیدا شود، تردیدی در قابلیت اسقاط آن وجود ندارد (اصفهانی، ۵۱).

در انتقاد از مطالب مذکور، می‌توان گفت: اگرچه این معیارها، تا حدودی مرزهای ثبوتی و مفهومی حقّ و حکم را روشن می‌سازد، اما در عمل و برای تشخیص مصادیق و جلوه‌های حقّ و حکم در حریم خصوصی، لازم است معیارهای اثباتی دقیقی ارائه گردد؛ زیرا در حقیقت، معیار بازشناسی حقّ از حکم، یک معیار پسینی و مؤخر از جنبه‌ی مفهومی آن است.

در تکمیل این دیدگاه‌ها و ارائه‌ی معیارهای اثباتی در تشخیص موارد مردد، موارد و مراحل زیر پیشنهاد می‌گردد:

اول اینکه اگر در لسان دلیل، تعبیراتی موجود است که در حقّ، یا حکم بودن مجعول شرعی، ظهور دارد، مطابق آن، عمل می‌شود (حسین‌آبادی جرقوئینی، ۶۵-۶۶)؛ البته، اگر مورد، عرفاً، حّ تلقی شود، مفاد دلیل هم قاعدتاً، بر همان معنای عرفی محمول می‌باشد و در همان

معنا ظهور دارد؛ بنابر این، اگر با ملاحظه‌ی لسان دلیل، معلوم گردد که مجعول شرعی، توانایی و سلطنت را برای شخص در چیزی، یا در مقابل کسی، اعتبار می‌کند، این مجعول شرعی، حق نامیده می‌شود، اما اگر مجعول شرعی، موجب امتیاز، توانایی و سلطنت نباشد و صرفاً موجب رخصت و عدم منع شارع در انجام دادن فعل، یا ترتیب اثر دادن به فعل، یا ترک فعل انسان باشد، آن مجعول شرعی، حکم است (قنواتی و دیگران، ۴۶؛ طباطبایی یزدی، ۵۵). برخی، از این دیدگاه، به نظریه‌ی سلطه، یاد می‌کنند (حکمت نیا، ۱۵۷).

دوم اینکه آثار مجعول شرعی، به لحاظ قابلیت نقل و اسقاط، مورد توجه قرار گیرد. اگرچه درباره‌ی امکان نقل، انتقال و اسقاط در همه‌ی مصادیق حق، اتفاقی نیست، اما علی‌القاعده، دست کم، هر حقی، می‌تواند به یکی از سه مورد: اسقاط، نل و انتقال متصف گردد و اگر در جایی، حق به این امور، متصف نگردد، معلوم می‌شود که مجعول شرعی، حکم است، نه حق. حال بر اساس این دیدگاه، اگر یکی از آثار یاد شده، بر موردی بار گردد، کشف می‌شود که مورد، از مصادیق حق است؛ هر چند برخی عکس این قضیه را نپذیرند (همان، ۱۶۴؛ قنواتی و دیگران، ۶۵؛ طباطبایی یزدی، ۲/۲).

حق، این است که عکس قضیه هم صادق است؛ یعنی: اگر معلوم شود، حقی، غیر قابل اسقاط، نقل و انتقال است، معلوم می‌شود که حکم است؛ نه حق. سوم اینکه اگر در جریان برخی از آثار حق، از جمله امکان شرعی اسقاط، یا نقل، تردید به وجود آید، شاید بتوان با تمسک به عمومات، بر این تردید، غلبه کرد؛ زیرا شأن این عمومات، رفع این قبیل تردیدهاست و شک در عدم امکان شرعی نقل و اسقاط، در حقیقت، به این بر می‌گردد که آیا شارع، شرط یا قیدی در ناحیه‌ی یکی از عوضین أخذ کرده است، یا خیر؟ و شکی نیست که عموماتی از قبیل: أوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و الصلح جائز، رافع این قبیل تردیدهاست.

ناگفته نماند، برخی از محققان، جریان عمومات را در موارد مذکور جایز نمی‌دانند (امام خمینی، مناهج الأصول ۲/۱۵۲، ۲۴۵، همو تهذیب الأصول ۱/۲۷۴). از دیدگاه این محققان، اگر در صحت معامله‌ای تردید شود، به این نحو که احتمال داده شود به دلیل أخذ شرط، یا قیدی که در ناحیه‌ی عوضین، قابلیت انتقال وجود ندارد و معامله باطل است، رفع این شرط، یا قید، با تمسک به عمومات جایز نمی‌باشد؛ زیرا از مصادیق تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه می‌باشد (همان).

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: عموم برخی از ادله، از جمله: قاعده‌ی تسلیط و تسلط مردم بر اموال خود، منطوقاً و به دلالت لفظی، شامل حقوق مالی می‌شود و حقوق غیرمالی را هم به دلالت فحوی، شامل می‌گردد و این دلیل، هر نوع تردیدی را در اعتبار هر گونه قید و شرطی در ناحیه‌ی عوضین بر می‌دارد؛ به خصوص اگر دانسته‌شود اعتبار هر نوع قیدی که به عدم قابلیت نقل منجر گردد، نوعی ایجاد محدودیت در اقتدار متعاملین است که با عموم یاد شده، منافات دارد. این عموم، خود، بیان‌گر عدم اشتراط قید، یا شرطی از ناحیه‌ی شارع مقدس می‌باشد و همچنین کشف می‌کند که معامله، مالف حکم شارع مقدس نیست و به همین دلیل، موضوع عمومات صلح، عقد و شرط قرار می‌گیرد (امام خمینی، البیع، ۵۲).

چهارم، استفاده از ضابطه‌ی استقراء و تنقیح مناط، از موارد استقرایی است. از نظر وی، باید مواردی شمارش شود که دلیلی بر قابلیت اسقاط آن‌ها وجود دارد و آن گاه، ملاک و نکته‌ای انتزاع کرد که اشتراک این موارد را در قابلیت اسقاط موجب می‌گردد و سپس به صورت یک قاعده‌ی کلی، هر مجعولی که مشتمل بر این نکته باشد، حتی اگر دلیل خاصی هم در آن مورد نباشد، با توجه به همین ملاک، حق شمرده‌شود؛ البته، حجیت ملاک مذکور به افاده‌ی قطع و فقدان استثناء این استقراء می‌باشد (حائری، ۱۳۴).

در پایان، اگر هیچ راهی برای تشخیص موجود نباشد، باید به اصل عملی مراجعه شود (خمینی، البیع، ۵۰، حسین‌آبادی جرقوئینی، ۷۲). مناسب‌ترین اصلی که در اینجا به نظر می‌رسد، اصل استصحاب است. مقتضای استصحاب به حسب مورد، این است که حق، در اثر اسقاط، ساقط نمی‌شود و به وسیله‌ی مصالحه و نقل، منتقل نمی‌گردد و در اثر وفات، به ارث نمی‌رسد؛ بنابر این، همه‌ی آثار مترتب بر حق، با جریان اصل استصحاب منتفی می‌گردد. شاید بتوان گفت: این اصل، در ماهیت، همان چیزی است که در لسان فقهاء، به اصل فساد، تعبیر می‌گردد. البته، این سخن، در صورتی تمام است که در شبهات حکمیه هم استصحاب جاری شود (مروج جزائری، ۱۵۵).

نتیجه‌گیری

ملکیت، در حقیقت، همان واجدیت و دارا بودن در مقام اعتبار است و ماهیتاً، نوعی اضافه اعتباری است که با اعتبار معتبر، در عالم اعتبار ایجاد می‌شود و به همین لحاظ، موضوع اعتباری نیز برای آن کفایت می‌کند؛ به همین لحاظ، ملکیتی که مدار معاملات و معاوضات قرار

می‌گیرد، نه در زمره‌ی مقولات حقیقی خارجی فلسفی است و نه در زمره‌ی مفاهیم انتزاعی، یا ذهنی.

از دیدگاه محقق اصفهانی، حق، مرتبه‌ای از ملکیت به شمار نمی‌رود، بلکه، مصداقاً و در هر مورد، اعتبار ویژه‌ای است که آثار خاص خود را به همراه دارد. از جمله‌ی ثمرات این دیدگاه، امکان توجیه حق تحجیر و حق اختصاص در مثل خمر و مواردی از این قبیل است که حق، وجود دارد، اما ملکیت، تصور ندارد.

حق، ماهیتاً، با ملکیت، مغایر است و به لحاظ مصداقی، در هر مورد، اعتبار ویژه‌ای است که آثار خاص خود را نیز به دنبال دارد و بر خلاف برخی دیدگاه‌ها، از مراتب ملک، به شمار نمی‌رود.

از دیدگاه محقق اصفهانی، قابلیت حقوق، برای اسقاط و نقل و انتقال از عوامل گوناگونی از جمله مناسبت حکم و موضوع، لسان دلیل و مصالح و حکمت‌هایی تبعیت می‌کند که مقتضی حکم است.

مطابق دیدگاه محقق اصفهانی، احکام تکلیفی، صرفاً، با تحقق مقتضی، یا انتفای موضوع، ساقط می‌شوند، در حالی که احکام وضعی، نظیر: ملکیت و حق، ماهیتاً، به وسیله‌ی سبب جعلی از ناحیه‌ی شارع، قابل رفع و اسقاط هستند؛ بنابر این، نظریه‌ی ایشان، از جهات متعدد، با دیدگاه دیگر دانشمندان، متفاوت است؛ اول اینکه از دیدگاه وی، إعراض از ملک، نه موجب سقوط ملکیت می‌شود و نه باعث خروج مملوک از ملکیت؛ زیرا سقوط نیز همانند ثبوت، به سبب جعلی نیاز دارد.

دوم اینکه مطابق دیدگاه محقق اصفهانی، اصل در حق و ملک، قابلیت نقل و انتقال و اسقاط است. گاه به دلیل خاصی، از جمله: شرایط حق، ذی‌حق و امثال آن بر می‌گردد، در حالی که در سایر دیدگاه‌هایی که مورد بررسی قرار گرفت، بازگشت تردید در این قابلیت‌ها، ب‌حق، یا حکم بودن است و با فرض عدم امکان نقل و اسقاط، حکم بودن آن فرض می‌شود. سوم اینکه مطابق دیدگاه مشهور، در صورتی که منشأ شک در قابلیت اسقاط و نقل و انتقال، احتمال حکم بودن مورد شک باشد، اصول عملیه‌ی متناسب با مقام، اصل استصحاب، اصل عدم سقوط، اصل عدم انتقال و یا اصل عدم نقل است و تمسک به عموم در چنین مواردی، از قبیل تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه‌ی خود عام می‌باشد که فاقد اعتبار است، در حالی که محقق اصفهانی، جایی که اصل قابلیت حق، برای تملک و نقل محرز باشد، ۱۱

شکّ در شرطیت سبب خاصی در نقل تملک باشد، عموماًت را جاری و در غیر آن، اصل عدم قبول نقل را جاری می‌داند؛ گرچه، نهایتاً، با تکیه بر دیدگاه شهید اول، به دیدگاهی متمایل می‌شود که هر حقّی را قابل اسقاط می‌داند و هر آن چیزی که غیر قابل اسقاط باشد، حکم تلقی می‌کند و در مقام شکّ، عموماًت شرط و صلح را در مقام جاری نمی‌داند.

اگر چه محقق اصفهانی، در تبیین مرزهای مفهومی ملکیت، حقّ و حکم، تا حدودی موفق می‌باشد، اما به نظر می‌رسد، بیان مرزهای اثباتی و ارائه‌ی معیارهای اثباتی را به اجمال واگذار می‌کند.

منابع

- اصفهانی، محمدحسین، *حاشیة المکاسب*، دارالمصطفی لإحياء التراث، قم: ۱۴۱۸ ق.
- اصفهانی، محمد حسین کمپانی، *رسالة في تحقيق الحق والحكم*، در يك جلد، قم: أنوار الهدی، اوله ۱۴۱۸ ق
- امام خمینی، سید روح الله، *مناهج الأصول*، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، ۱۳۷۸.
- امام خمینی، سید روح الله موسوی، *القواعد الفقهية والاجتهاد والتقليد (تهذيب الأصول)*، ج ۱ (۲ جلدی)، قم: دار الفکر - کتابفروشی اسماعیلیان، ۱۳۸۲ ق
- امام خمینی، سید روح الله، *کتاب‌البيع*، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، بی تا.
- أنصاری، مرتضی بن محمد، *فرائد الأصول*، قم: انتشارات مصطفوی، ۱۳۷۴.
- انصاری، مرتضی بن محمد، *کتاب المکاسب* ج ۳، (دوره ۶ جلدی)، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق
- تفضلی، تقی، «تحقیق و بررسی درباره‌ی معنی و مفهوم کلمه‌ی حق»، *مقالات و بررسی‌ها*، شماره‌ی ۲۲-۱۳۵۴، صص ۱۱۶-۱۳۹
- جزائری، سید محمد جعفر مروج، *هدی الطالب في شرح المکاسب*، ج ۱ (دوره ۷ جلدی)، قم: مؤسسه‌ی دار الکتاب، ۱۴۱۶ ه ق
- حائری، سیدکاظم، *فقه‌العقود*، ج ۲، قم: مجمع‌الفکرالإسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- حسین آبادی جرقوئینی، محمدرضا، *رسالة في المعاملة و الاختلاف بين المتعاقدين*، آل میثم تمار، قم: ۱۴۲۳ ق.

- حسینی شاهرودی، سید علی، *محاضرات فی الفقه الجعفری، مکاسب المحرمه، تقریرات ابیات ابی القاسم الخویی، ج ۲، الطبعة الاولى، قم: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۹ ق.*
- حکمت نیا، محمود، *فلسفه‌ی نظام حقوق زن، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی، ۱۳۹۰.*
- حکیم، محسن، *نهج الفقاهه، ج ۱، قم: دارالفقه، ۱۳۷۸.*
- خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه، ج ۲، به کوشش محمدعلی توحیدی، قم: مؤسسه‌ی انصاریان، بی تا.*
- خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه، محمد علی توحیدی، ج ۲، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۷ ق.*
- روحانی، محمد صادق، *منهاج الفقاهه، التعليق علی مکاسب الشیخ الاعظم، ج ۳، چاپ چهارم، قم: العلمیه، ۱۴۱۸ ق.*
- سهرودی، شهاب الدین یحیی، *المشارع والمطارحات، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۷۳.*
- شیرازی، صدرالدین محمد بن ابراهیم، *الحکمة المتعالیة فی الأسفار العقلیة الأربعة، بیروت: دار احیاء التراث، ۱۴۱۹ ق.*
- صفایی، سیدحسین، *قاسم‌زاده، اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۷.*
- طباطبایی یزدی، حاشیه کتاب مکاسب، قم: دارالعلم، ۱۳۷۶.
- قنواتی، جلیل، «بررسی تطبیقی زمان انتقال مالکیت»، *مجله‌ی اندیشه‌های حقوقی، شماره‌ی ۵، سال ۲۹، ۱۳۸۲-۶۱.*
- قنواتی، جلیل، و حدتی شبیری، سیدحسین، عبدی پور، ابراهیم، *حقوق قراردادهای در فقه امامیه، سید مصطفی محقق داماد، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۹.*
- گرگی، ابوالقاسم، «مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی»، *مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی تهران: مهر ۱۳۷۲، ص ۱۲۱-۱۲۸.*
- گرگی، ابوالقاسم، «حق و حکم و فرق میان آنها»، *فصلنامه‌ی مطالعات حقوقی و قضایی، بهار ۱۳۶۴، شماره ۱، صص ۲۹-۳۱.*
- گیلانی، نجفی، میرزا حبیب الله رشتی، *التعلیقة علی مکاسب الشیخ الأنصاری (للمیرزا حبیب الله)، قم: مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۱۶ ق.*
- مروج جزائری، سیدمحمدجعفر، *نظرة فی الحقوق، أحكامها وأقسامها، قم: بی تا.*
- مشکینی، علی، *مصطلحات الفقه، قم: مؤسسه‌ی النشر الإسلامی، ۱۴۱۳ ق.*
- نائینی، محمد حسن، *منیه الطالب، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.*
- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، *حاشیة مکاسب، ج ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.*

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۲،
بهار ۱۳۹۲، ص ۷۷-۹۹

تحلیل حکم فقهی رخصت و عزیمت*

دکتر اسدالله لطفی

دانشیار گروه فقه و حقوق دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)

Email: lotfi.asadolla@yahoo.com

چکیده

چنانچه در شرایطی خاص، به دلیل تسهیل بر مکلف، حکمی مباح شود که قبلاً مباح نبوده است، به آن حکم، رخصت گویند؛ همچون جواز خوردن گوشت مردار برای شخص مضطر؛ لیکن به حکم کلی شرعی ای که برای عموم مکلفین، در شرایط متعارف، وضع شده است، عزیمت گویند؛ همچون حرام بودن نماز خواندن زن حائض، حرمت تصرف در مال غیر و وجوب نماز و روزه بر عموم مکلفین.

در خصوص برخی از احکام اولی که به استناد ادله لاجرح، لاضرر و اضطرار، از مکلفین بر- داشته می شود و حکم ثانوی تشریح می گردد، این سؤال مطرح می شود: آیا این احکام ثانوی، در حق مکلفین، رخصت است یا عزیمت؟ همچنین در مواردی که رخصت می باشد، رابطه‌ی رخصت با اباحه شرعی قابل بحث است.

در این مقاله، ضمن تبیین رخصت و عزیمت، ماهیت فقهی آن دو و رابطه‌ی رخصت با اباحه، مواردی از کاربرد این دو اصطلاح با تشریح و تبیین آراء فقهاء در باره‌ی برخی از احکام و قواعد فقهی، تحلیل و بررسی می گردد.

کلیدواژه‌ها: رخصت، عزیمت، اباحه، لاجرح، لاضرر، اضطرار.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۲/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۱/۰۲/۲۵.

مفهوم لغوی و اصطلاحی رخصت و عزیمت

رخصت در لغت، به معنای سهولت و آسانی است و عزیمت، به معنای تصمیم جدی بر کاری، قصد مؤکد و جزم است (فیومی، ۲۲۳/۲؛ ابن فارس، ۳۰۸/۴؛ جوهری، ۱۰۴۱/۳). در قرآن کریم هم واژه‌ی عزیمت به معنای قصد مؤکد آمده است: فَتَسِيَّوْكُمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا (طه: ۱۱۵)، فَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ (آل عمران: ۱۸۶). بعضی از پیامبران مرسل، از این جهت که در رسالت الهی خود، وظیفه‌ی ابلاغ و اظهار حق را به طور صریح و مؤکد داشتند، اولوالعزم نامیده شده‌اند؛ فَاصْبِرْ كَمَا صَبَرَ أُولُو الْعَزْمِ مِنَ الرُّسُلِ (أحقاف: ۳۵) (طریحی، ۱۱۳/۶؛ ابن منظور، ۳۹۹/۱۲).

در اصطلاح، رخصت، مخیر بودن بین انجام و ترک فعل است و بلکه رخصت، مجرد تسهیل و رفع سختی است؛ مثلاً: به زن و مرد سال‌خورده‌ای که با تحمل رنج و سختی، توان روزه گرفتن را دارند، اجازه‌ی افطار نمودن داده شده است. در این مثال رخصت و اباحه با هم جمع شده‌اند، اما در افطار روزه‌ی غیر ماه رمضان، اباحه و رخصت از هم جدا می‌باشند؛ زیرا اصلاً افطار، در غیر ماه رمضان، مباح است و از این رو، گفته نمی‌شود: شارع، افطار را در ماه شوال-مثلاً- رخصت داده است، بلکه این، مجرد اباحه است و عزیمت هم عبارت است از ملتزم شدن به آنچه که خداوند متعال واجب یا حرام نموده است؛ مثلاً، شارع، قصر نماز را در سفر، واجب کرده است؛ پس، اتمام عمدی آن صحیح نیست؛ همچنین شارع، نماز خواندن را بر زن حائض حرام کرده است که در این صورت، نماز او صحیح نیست (مغنیه، ۶۵/۱).

رخصت، در مقابل عزیمت می‌باشد و در تفسیر آن، اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی گفته‌اند: عزیمت، از امور ملزمه یعنی: واجب و حرام اصلی می‌باشد که از احکام خمس به حساب می‌آید؛ ولی رخصت، وسعت در تکلیف است و رهایی مکلف از آن جایز است.

برخی گفته‌اند: رخصت، به معنای اباحه و از احکام شرعی است که به جهت عذر و مشقت، مقرر گردیده است؛ اما عزیمت، از احکام عمومی است که به طور طبیعی و اصلی، قانون‌گذاری شده است و به شرایط خاص و مکلف خاص، اختصاص ندارد؛ مانند: وجوب نماز و روزه و سایر احکام اولیه.

برخی از اندیشمندان اهل سنت گفته‌اند: رخصت، حکم ثابتی است که به خاطر وجود عذری، بر خلاف دلیل آمده است. در این تعریف، قید: بر خلاف دلیل، از این جهت آمده است که فرق بین اباحه و ترخیص را بیان نماید؛ زیرا مباح بودن خوردنی‌ها و آشامیدنی‌ها، رخصت نامیده نمی‌شود؛ چون دلیلی بر منع از آن‌ها نیامده است که بر خلاف آن عمل شود. از عذر، در

این تعریف، مشقت و نیاز منظور است؛ مثل: گفتن کفر در وقت اکراه و خوردن گوشت مردار به هنگام ضرورت. عذر در مثال اول، اکراه و در مثال دوم، حفظ جان می‌باشد؛ در حالی که سبب حکم اصلی، در مثال اول، وجود أدله‌ی وجوب ایمان و حرمت کفر و در مثال دوم، ضرر و زیان گوشت مردار، باقی می‌باشد که اگر با وجود عذر، سبب حکم اصلی، باقی نماند، دیگر، رخصتی نخواهد بود (رازی، ۱۲۰/۱؛ سرخسی، ۱۱۷/۱؛ غزالی، ۷۸/۱؛ ابن‌قدامه ۱۷۲/۱؛ انصاری، ۱۱۶/۱؛ آمدی، ۱۳۱/۱؛ ملاخسرو، ۳۹۴/۲؛ زحیلی، ۱۱۰/۱-۱۱۱).

در منابع حدیثی اهل سنت، کاربرد دو اصطلاح رخصت و عزیمت برای احکام، در حدیثی از پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله) نقل شده است که حضرت فرمودند: «إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ أَنْ تُؤْتِيَ رِخْصَةً كَمَا يُحِبُّ أَنْ تُؤْتِيَ عَزَائِمَةً» (ابن‌اثیر، ۹۳/۳؛ زبیدی، ۲۸۸/۹؛ یعنی: همانا خداوند دوست می‌دارد احکام ترخیصی او انجام شود؛ همچنان که دوست می‌دارد احکام عزائمی او انجام گردد).

اقسام رخصت

از دیدگاه دانشمندان اصولی و مذاهب فقهی، رخصت دارای تقسیماتی است که در اینجا دو مورد از مهمترین تقسیمات آن، ذکر می‌شود:

الف) تقسیم رخصت به واجب و غیر واجب

فعلی که انجام آن بر مکلف جایز می‌باشد، یا عزیمت است، یا رخصت؛ زیرا آنچه انجام دادن آن، جایز می‌باشد، یا دلیل مقتضی برای منع آن وجود دارد و یا دلیل مقتضی برای منع آن وجود ندارد؛ صورت اول، رخصت و صورت دوم، عزیمت می‌باشد.

از این رو، خداوند چیزی را که در اصل، مباح کرده است، مانند: خوردنی‌ها و آشامیدنی‌ها، رخصت نامیده نمی‌شود ولیکن جواز خوردن میته، ساقط شدن وجوب روزه از مسافر، رخصت نامیده می‌شود.

رخصت هم گاهی واجب است؛ مانند: خوردن میته و افطار روزه به هنگامی که ترس از هلاکت وجود دارد؛ زیرا در قرآن کریم است: «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره: ۱۹۵) و گاهی واجب نیست؛ همچون افطار روزه در سفر و گفتن کفر در هنگام اکراه (رازی، ۱۲۰/۱).

البته به نظر پیروان مذهب ابوحنفیه، أخذ به عزیمت، به هنگام تحقق اکراه، اولویت دارد و اگر آدمی در این حال، بر اثر أخذ به عزیمت، کشته شود، مأجور خواهد بود. اینان در استدلال

به واقعه‌ی مسیلمه‌ی کذاب، استناد کرده‌اند که او با دو تن از اصحاب رسول‌الله (صلی‌الله‌علیه‌وآله) برخورد کرد و از یکی از آن دو سؤال کرد: ما تقول فی محمد؟ صحابی جواب داد: إِنْهُ رَسُولُ اللَّهِ؛ سپس مسیلمه پرسید: فما تقول فی؟ صحابی در جواب گفت: وَأَنْتَ إِیضاً. مسیلمه او را رها کرد و از دومی سؤال کرد: ما تقول فی محمد؟ او جواب داد: رسول‌الله. مسیلمه پرسید: ما تقول فی؟ او جواب داد: أَنَا أَصَمٌّ لَا أَسْمَعُ و این سؤال و جواب، سه بار تکرار شد که در نتیجه، مسیلمه دومی را به قتل رساند. وقتی این خبر به پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) رسید، فرمودند: أَمَّا الْأَوَّلُ فَأَخَذَ بِرِخْصَةِ اللَّهِ تَعَالَى و أما الثاني فصَدَعَ بِالْحَقِّ هَنِيئاً لَهُ (نوری، ۲۷۵/۱۲؛ ابن‌ابی-جمهور، ۱۰۵/۲؛ زحیلی، ۱۱۲/۱؛ جصاص، ۲۹۰/۲)؛ یعنی: اولی، رخصت را انجام داد، اما دومی، سخن حق را آشکار گفت و اخذ به عزیمت کرد؛ پس، گوارایش باد.

ب) تقسیم رخصت به واجب، مستحب، مکروه و مباح

رخصت واجب، مانند: خوردن گوشت مردار به هنگام اضطرار؛ زیرا خوردن گوشت مردار به خاطر حفظ جان واجب است.

رخصت مستحب، مانند: غسل جمعه در روز پنج‌شنبه، برای کسی که خوف این دارد که در روز جمعه، آب در اختیار نداشته‌باشد و مانند: انجام دادن عمل مستحبی از روی تقيه، برای کسی که ترک آن عمل مستحب برای او ضرری در پی ندارد.

رخصت مکروه، مانند: روزه خوردن مسافر در حالی که روزه برای او ضرر ندارد و مانند ترک مستحب از روی تقيه.

رخصت مباح، مانند: بیع سلم و عرایا. عریه، درخت خرمایی است که محصول آن با شروط خاصی خرید و فروش می‌شود. در بیع عریه، خرمایی که بر درخت است، پس از اینکه کارشناس، مقدار آن را در صورت خشک شدن، تخمین می‌زند، در برابر خرمایی از همان درخت یا درخت دیگر، معامله می‌شود. این بیع، دارای شروطی است که به خاطر نیاز به آن تجویز شده‌است (شهیدثانی، تمهیدالقواعد، ۴۶). در پاره‌ای از روایات نیز به رخصت در بیع عریه تصریح گردیده‌است؛ مثلاً در روایت آمده‌است: وَرِخْصَ فِي الْعَرَايَا (کلینی، ۲۷۵/۵ ح ۹؛ طوسی، ۱۴۳/۷ ح ۶۳۴؛ حرّعاملی، ۲۵/۱۳ ب ۲۴۱/۱۴، ۱۸).

شافعیان هم رخصت را به چهار قسم: واجب، مندوب، مباح و خلاف اولی، تقسیم نموده‌اند. خلاف اولی، همان مکروه در تقسیم قبلی است و از این جهت تعبیر به خلاف اولی شده‌است که در قرآن کریم در خصوص روزه‌ی مسافر آمده‌است: وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ (بقره: ۱۸۴)

پس، روزه گرفتن بهتر است، حال که ترک روزه در سفر، جایز می‌باشد، این رخصت، بر خلاف روزه گرفتن است که اولی می‌باشد (غزالی، ۶۳/۱؛ اسنوی، ۹۰/۱؛ سیوطی، ۷۵؛ زحیلی، ۱۱۱/۱-۱۱۲).

از نظر پیروان مذهب ابوحنفیه، رخصت به چهار قسم، تقسیم می‌شود:

۱. مباح بودن فعل حرام در موقع ضرورت و حاجت؛ مانند: تلفظ کفر، به هنگام اکراه به قتل و یا اکراه به قطع بعضی از اعضاء، در صورتی که شخص کاملاً به ایمان خود، اطمینان قلبی دارد؛ زیرا خداوند متعال می‌فرماید: مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ نَحْل: ۱۰۶) و مانند: اکراه بر افطار در ماه رمضان، اکراه بر جنایت در حال احرام، اکراه بر اتلاف مال غیر، اكل مال میتة در حال اضطرار و مباح بودن شرب خمر به هنگام تشنگی شدید؛ حکم این موارد جواز است، مگر زمانی که شخص از هلاکت نفس خود بترسد و یا بترسد که عضوی از اعضایش را قطع کنند که در این صورت، عمل، رخصت و جوبی خواهد داشت؛ پس، اگر به رخصت عمل نکند تا بمیرد، یا اعضای بدنش قطع شود، گناهکار است؛ زیرا خود را در هلاکتی انداخته است که قرآن کریم از آن، نهی نموده است؛ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ (بقره: ۱۹۵).

۲. مباح بودن ترك واجب، هر زمان که در انجام آن، مشقت زیاد باشد؛ مانند: مباح بودن افطار در ماه رمضان، در صورت سفر و بیماری، به دلیل آیهی قرآن که مقرر می‌دارد: فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ (بقره: ۱۸۴)؛ مطابق آیهی مزبور، روزه، بر مسافر و مریض، واجب نیست و همچنین نماز چهار رکعتی در سفر، به دلیل آیهی شریفه که بیان می‌دارد: وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ (نساء: ۱۰۱).

۳. مباح بودن عقود و تصرفاتی که مردم در زندگی، به آن نیاز دارند، با اینکه این عقود و تصرفات، با قواعد مقرر، مخالفت دارد؛ مثل: عقد سلم، قرارداد سفارش ساخت کالا و مانند آن؛ زیرا همان‌طور که شافعیان اعتقاد دارند، بیع سلم از قبیل بیع معدوم است و بیع معدوم، باطل می‌باشد، اما شارع، آن را به علت احتیاج مردم، اجازه داده است.

۴. رفع احکام شاق شرایع پیشین، به جهت تخفیف بر امت اسلامی؛ مانند: اشتراط قتل نفس به خاطر توبه از عصیان که در قرآن می‌فرماید: وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنْ اقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ (نساء: ۶۶) و مانند برداشته شدن مواردی چون: تطهیر لباس با بریدن محل نجاست، واجب بودن پرداخت يك چهارم مال در زکات، باطل بودن نماز در غیر محلی که مخصوص عبادت است و مواردی

از این قبیل که قرآن کریم به آن‌ها اشاره دارد؛ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا (بقره: ۲۸۶) وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ (أعراف: ۱۵۷) (عبدالرحیم صالح، ۶۴؛ خضری، ۸۵؛ محلاوی، ۲۵۲؛ ابن نجیم، ۶۸/۲).

البته، رخصت نامیدن قسم چهارم، تسمیه‌ای مجازی است؛ زیرا شباهتی بین این قسم و رخصت وجود ندارد (انصاری، ۱۱۷/۱-۱۱۹؛ سرخسی، ۱۱۸/۱-۱۲۲)؛ زیرا در این قسم، اصل و دلیل، شرعاً باقی نمانده است؛ پس، در نتیجه، عزیمتی نیست تا اینکه گفته شود: رخصت در مقابل آن وجود دارد.

چون این نوع تکالیف، در امت‌های پیشین بود و در شریعت اسلامی به خاطر تخفیف و تسهیل بر امت اسلامی برداشته شده است، نزد حنفیان، رخصت به حساب می‌آید؛ اما غیر حنفیان، به رخصت بودن این قسم، قائل نیستند (سبکی، ۵۱/۱).

همچنین، مواردی از قبیل: قرض، قراض، مساقات و... شبه رخصت هستند، نه خود رخصت؛ زیرا این موارد، در صورت زایل شدن عذر نیز مشروعیت دارند؛ یعنی: قرض گرفتن برای انسان، جائز است؛ اگرچه به آن احتیاج نداشته باشد. با این توضیح، معلوم می‌شود که نزد حنفیان، رخصت، در حقیقت، دارای دو قسم است: مباح و واجب (زحیلی، ۱۱۴/۱).

انواع ترخیص

از این جهت که منشأ رخصت و دلیل حکم ترخیصی، متفاوت می‌باشند، رخصت، علاوه بر اقسام، دارای انواع نیز می‌باشد که به اختصار به آن‌ها اشاره می‌گردد:

۱. ترخیص عقلی

ترخیص عقلی، وقتی است که متعلق تکلیف، بین دو یا چند امر، مردد می‌باشد و وظیفه‌ی مکلف، نه موافقت قطعی است و نه، مخالفت قطعی، مورد رضایت مولا می‌باشد؛ از این رو، مقتضای جمع بین دو حالت مذکور، این است که مکلف، نسبت به یکی از دو طرف شبهه، آزاد باشد، مشروط به اینکه طرف دیگر را رعایت کند.

بنابراین، در تکلیف معلوم به اجمال، منظور از ترخیص تخییری، آزاد گذاشتن مکلف، نسبت به هر یک از اطراف شبهه، به صورت تخییری است؛ مشروط به اینکه به مخالفت قطعی تکلیف، منجر نگردد؛ برای مثال: قطره‌ی خونی در یکی از دو ظرف آب، می‌افتد و مکلف، به طور معین نمی‌داند خون در کدام ظرف افتاده است، در این صورت، مقتضای ترخیص تخییری،

این است که وی می‌تواند به اختیار خود از آب هر یک از دو ظرف، استفاده نماید؛ مشروط به اینکه از آب ظرف دیگر اجتناب ورزد.

۲. ترخیص شرعی

ترخیص شرعی، ترخیصی است که مجعول شارع می‌باشد؛ مثل: جعل حکم اباحه، برای نوشیدن آب؛ به این ترخیص حاصل از چنین حکمی، ترخیص شرعی می‌گویند. در مقابل ترخیص شرعی، ترخیص عقلی قرار دارد؛ ترخیص عقلی، مانند: ترخیص ناشی از اجرای قاعده‌ی قبح عقاب بلا بیان (صدر، ۱۸۰/۵).

۳. ترخیص واقعی

ترخیص واقعی، به این معنی است که شارع مقدس، مکلف را در انجام فعل و یا ترک آن، آزاد می‌گذارد و این عمل شارع به خاطر وجود مصلحت واقعی در آزادی مکلف می‌باشد؛ به بیان دیگر، ترخیص ناشی از احکام واقعی را ترخیص واقعی گویند.

بنابراین، ترخیص واقعی، دارای مصلحت واقعی می‌باشد و به همین سبب، شارع، حکم ترخیصی را طبق مصلحت واقعی، جعل می‌کند (نایینی، فوائد الاصول، ۳۶/۴).

۴. ترخیص ظاهری

ترخیص ظاهری، در مقابل ترخیص واقعی قرار دارد و منظور این است که شارع، در مواقعی که مکلف، به حکم واقعی، دسترسی ندارد، ترخیص را جعل می‌کند؛ به بیان دیگر، ترخیص ظاهری، از احکام ترخیصی ظاهری، ناشی می‌شود؛ مثل: ترخیص ناشی از اجرای اصل برائت در اطراف شبهه‌ی محصوره (صدر، ۲۰۴، ۲۰۵/۴؛ خوبی، ۴۹/۲).

رابطه‌ی رخصت و اباحه

اساساً، از این جهت، عمل به احکام، مشروعیت پیدا می‌کند که مصالح بندگان را در زندگی دنیا و آخرت، تأمین می‌کند و رضای خدا را به دست می‌آورد و انسان را از پاداش الهی در آخرت بهره‌مند می‌گرداند (شاطبی، ۲۶۶/۱؛ ابن‌ملک، ۵۷۹-۵۸۰؛ ابن‌نجیم، ۶۲/۲؛ زرکشی، ۳۲۵/۱)؛ اما گاهی به دلیل شرایط استثنائی که برای افراد حاصل می‌شود، عمل به احکام اولیه‌ی واقعی، ممکن نیست، لذا خداوند تعالی، در جهت تسهیل و امتنان بر بشر رخصت می‌دهد و راه ساده‌تر و حکم متناسب با آن شرایط را از مکلف می‌خواهد، حال سؤال این است: آیا این رخصت و سهولت، همان اباحه است، یا خیر؟

دیدگاه اصولیان، در پاسخ به این سؤال متفاوت است؛ شاطبی، زرکشی و پیروان ایشان معتقدند: رخصت، همان إباحه است. اینان به دلایل زیر، استناد کرده‌اند:

۱. نصوص دالّ بر رخصت و رفع حرج، بر چیزی جز ترک عزیمت، دلالت ندارند؛ مانند آیه‌ی شریفه‌ی: *فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ* (مائده: ۳)؛ و هر کس دچار گرسنگی شود بی‌آنکه به گناه متمایل باشد، اگر از آن چیزی بخورد که منع شده است، بی‌تردید، خداوند، آمرزنده مهربان است؛ و یا آیه‌ی شریفه‌ی: *وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ* (نساء: ۱۰۱).

۲. اساس مشروعیت در رخصت، تخفیف و سهولتی است که جهت رفع حرج از جانب شارع برای مکلف جعل گردیده است؛ به طوری که مکلف، در توسعه و رخصت قرار بگیرد و این حالت، خود، نوعی إباحه است.

۳. روشن است که اگر رخصت، به وجوب یا ندب و یا به نهی و تحریم یا کراهت، تعبیر گردد، دیگر، رخصت نیست، بلکه عزیمت است و اگر رخصت هم نامیده شود، جمع بین متناقضین می‌باشد؛ در نتیجه، وقتی وجوب، ندب، کراهت و حرمت نباشد، قطعاً إباحه است (شاطبی، ۲۷۳/۱-۲۷۴).

البته، این اشکال بر دیدگاه اخیر، وارد است که رخصت، در بعضی موارد، إباحه نیست، بلکه مأموریه‌ای می‌باشد که مکلف، به طور الزامی، موظف به انجام آن است؛ مثلاً: اگر شخص مضطر، خوف نابودی نفس خود را داشته باشد، خوردن گوشت حرام، بر وی واجب می‌شود. در پاسخ به این اشکال گفته می‌شود: مضطر، دو حالت دارد؛ گاهی برای ادامه زندگی است و گاهی هم برای جلوگیری از تلف نفس است. در حالت اول، مضطر، مختار است که از حرام استفاده و یا خودداری کند، اما در زمانی که جان وی در خطر نابودی قرار می‌گیرد، دیگر، در شرایطی نیست که رخصت داشته باشد و حکم، از رخصت خارج می‌شود (عبدالرحیم- صالح، ۶۳؛ خضری، ۸۵) خلاصه اینکه اگر از منظر زنده نگهداشتن نفس مضطر، به خوردن حرام نگهداشتن نفس نگریسته شود، عزیمت است و اگر از این منظر نگریسته شود که شریعت، بعد از منع، اجازه داده است، رخصت می‌باشد (شاطبی، ۲۷۶/۱-۲۷۸).

دیدگاه دوم، قول حنفیان است. ایشان رخصت را از جهتی داخل در إباحه می‌دانند و از جهتی داخل در إباحه نمی‌دانند؛ از منظر اجازه‌ی بعد از تحریم یا وجوب که فعل یا ترک آن، مطلوب است، رخصت، باإباحه، یکی است؛ اما از منظر حکم اصلی اولی که تحریم یا وجوب

می‌باشد، به حالت خود باقی است و اباحه با آن، اشتراکی ندارد و از همین جهت، ایشان رخصت را چنین تعریف می‌نمایند: در ارتکاب و انجام آن همچون مباح مؤاخذه‌ای نیست و در صورتی که حکم اصلی آن، حرمت باشد، عمل به رخصت، کراهت دارد (ابن‌نجیم، ۶۸/۲) و سبب این هم به این برمی‌گردد که ایشان رخصت را به دو نوع، تقسیم می‌نمایند: اول، رخصت ترفییه که به معنای مرفه ساختن و در ناز و نعمت قرار دادن است و منظور از این رخصت، این است که حکم اصلی چه وجوب و چه حرمت با وجود رخصت، باقی است و ادله‌ی عزیمت، همچنان قابلیت عمل را دارد؛ مثل: تلفظ به کفر توسط شخصی که اطمینان به ایمان قلبی خود دارد. در این فرض، همراه با اباحه و اطمینان قلبی به ایمان، حرمت جاری سازی کلمه کفر، به حالت خود باقی است، اگرچه از روی اضطرار و در جهت سهولت و تخفیف برای مکلف، مباح گشته‌است؛ اما در همین خصوص، عمل به عزیمت، نسبت به رخصت، اولی و بهتر است و اگر کسی به اصل عدم اقرار به کلمه کفر تمسک نماید و به خاطر عمل به عزیمت، کشته شود، شهید است (محلای، ۲۵۲).

دوم، رخصت اسقاط است. این نوع رخصت، در مقابل عزیمت قرار دارد، به طوری که با بودن رخصت، دیگر، عمل به عزیمت، جایز نیست و عزیمت، اسقاط می‌گردد؛ مانند: قصر نمازهای چهار رکعتی در سفر، این حالت، در واقع، رخصت نیست؛ زیرا در رخصت حقیقی، تساوی طرفین وجود دارد، لذا مجازاً رخصت خوانده می‌شود (عبدالرحیم صالح، ۶۵).

از کتب اصولی شافعیان استفاده می‌شود که در نظر ایشان رخصت با اباحه تفاوت دارد. فخر رازی می‌نویسد: آنچه خداوند از خوردنی و نوشیدنی مباح ساخته‌است، رخصت نیست، بلکه سقوط روزه رمضان برای مسافر رخصت است (رازی، ۱۲۰/۱). در نزد ایشان، رخصت، تابع دلیل است و از همین جهت آن را به سه دسته تقسیم نموده‌اند.

۱. **رخصت واجب**؛ کسی که در حال اضطرار قرار می‌گیرد، به خاطر حفظ جاننش واجب است به اندازه‌ی رفع حاجت، از موارد حرام، استفاده نماید، در حالی که خداوند از خوردن آن بازداشته‌است: **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ** (مائده: ۳) در حال اضطرار، اکل میته برای رفع گرسنگی به جواز و به جهت حفظ جان به وجوب تبدیل می‌شود: **وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ** (بقره: ۱۹۵).
۲. **رخصت مندوب**؛ مانند: قصر نماز برای مسافر؛ چه اینکه در اصل، قصر جائز نبود و آن-گاه با این سخن خداوند که فرمود: **وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ** (نساء: ۱۰۱) به رخصت تبدیل گردید.

۳. رخصت مباح؛ مانند: بیع عرایا که برای نیاز انسان جائز شده است و در حدیثی صحیح، بر جواز آن تصریح گردیده است (عسقلانی، ۴/۴۵۷؛ ابن اثیر، ۴/۲۳۴؛ بخاری، ۴/۴۵۲ ح ۲۱۹۰؛ مسلم، ۴/۱۴۲ ح ۱۵۳۹) این حاجب مالکی نیز تقسیمات رخصت را به همین سه دسته تقسیم می‌نماید که با دیدگاه شافعی همخوانی دارد (حنفی، ۱/۴۲۳-۴۲۴).

ماهیت فقهی رخصت و عزیمت

در اینکه رخصت و عزیمت از احکام تکلیفی هستند و یا از احکام وضعی، تا حدودی اختلاف نظر وجود دارد؛ صاحب کتاب الاصول العامة للفقهاء المقارن می‌نویسد: اگر عزیمت این-گونه تعریف شود: ما شرعه الله أصالة من الاحکام العامة التي لاتختص بحال دون حال ولا-بمكلف دون مكلف، و نیز در تعریف رخصت گفته‌شود: ما شرعه الله من الاحکام تخفيفاً علی المكلف في حالات خاصة تقتضي هذا التخفيف، در این صورت، رخصت و عزیمت، به وضوح از احکام تکلیفی می‌باشند؛ زیرا در این صورت، عزیمت، یعنی: حکمی که برای چیزی با عنوان اولی، جعل شود و رخصت، یعنی: اباحه برای چیزی با عنوان ثانوی جعل شود که در این صورت، رخصت و عزیمت از احکام تکلیفی می‌باشند (حکیم، سید محمد تقی، ۶۸-۷۲؛ آمدی، ۱/۱۱۳).

محقق خوبی نیز به تکلیفی بودن رخصت و عزیمت قائل است و می‌نویسد: عزیمت، عبارت از سقوط امر در تمام مراتب آن است و رخصت عبارت از سقوط امر در بعض مراتب آن می‌باشد؛ بنابر این، اگر مولی به چیزی امر کند و آن‌گاه آن امر را به طور کلی ساقط کند-مانند: ساقط کردن دو رکعت آخر از نمازهای چهار رکعتی مسافر در این صورت، انجام دادن آن دو رکعت و استناد آن به مولی، تشریح محرم است و این همان عزیمت است؛ ولی اگر مولی به چیزی امر وجوبی نماید و آن‌گاه وجوب آن را ساقط کند ولی رجحان آن فعل را باقی گذارد، این حالت، رخصت است و همچنین اگر امری مستحب مؤکد باشد و شارع صرفاً تأکید آن را ساقط نماید، این هم رخصت است؛ مثل: سقوط تأکید استحباب از اذان و إقامة در برخی موارد.

با توجه به تعریف رخصت و عزیمت، آن دو به حکم تکلیفی بازگشت دارند؛ در نتیجه، سقوط تکلیف رأساً، عزیمت، و سقوط تکلیف در بعض مراتب آن، رخصت است و شمردن آن دو از احکام وضعی، وجهی ندارد (خوبی، ۳/۸۷).

محقق نایینی و آقاضیاء عراقی هم با توجه به تعریف رخصت و عزیمت، آن دو را از احکام تکلیفی می‌دانند (نایینی، فوائد الاصول، ۳۸۷/۲؛ منیة الطالب، ۲/۲۱۶؛ عراقی، ۴/۹۹). سیف الدین آمدی از دانشیان اصول اهل سنت نیز رخصت و عزیمت را از احکام تکلیفی می‌داند و در دلیل آن می‌آورد: مراد از رخصت و عزیمت، این است که اگر سقوط واجب یا مستحب، با باقی ماندن مشروعیت واجب یا مستحب همراه باشد، رخصت است؛ اما اگر با ارتفاع حکم واجب یا مستحب همراه باشد، عزیمت است؛ در نتیجه، بازگشت رخصت، به ثبوت حکم اقتضائی در بعضی مراتب آن است بدون اینکه الزام آور باشد و بازگشت عزیمت، به عدم ثبوت حکم اقتضائی است و شمردن این دو از احکام وضعی، وجهی ندارد (آمدی، ۱/۱۲۷، ۹۶).

صاحب کتاب اصول الفقه الاسلامی، از دانشمندان اهل سنت می‌نویسد: در این خصوص، دو مسلک میان اصولیان وجود دارد؛ گروهی می‌گویند: رخصت و عزیمت، از احکام تکلیفی هستند؛ زیرا رخصت و عزیمت، به اقتضاء و تخیر، رجوع دارند؛ عزیمت، اقتضاء است و رخصت، تخیر.

گروهی دیگر می‌گویند: رخصت و عزیمت، از احکام وضعی می‌باشند؛ زیرا رخصت، عبارت است از اینکه شارع صفتی از صفات را سبب تخفیف قرار دهد و عزیمت هم این است که شرایط متعارف و عادی، سبب وضع احکام اصلی کلی گردد؛ در این صورت، عزیمت و رخصت، از اقسام فعل خواهند بود. نظر ابن حاجب و شاطبی هم همین این است. حقیقت، این است که روش و نظر هر دو گروه، صحیح است؛ زیرا حکم، به فعل مکلف تعلق می‌گیرد و تقسیم کردن یکی از دو حکم و فعل، همان تقسیم دیگری است؛ به عبارت دیگر، اگر مبنای تقسیم، حکمی باشد که به فعل تعلق دارد، در این صورت، از احکام تکلیفی به حساب می‌آید؛ اما اگر مبنای تقسیم، فعلی باشد که به حکم تعلق دارد، در این صورت، از احکام وضعی است؛ پس، منافاتی بین دو تقسیم وجود ندارد؛ در نتیجه، اگر از منظر فعل، به رخصت و عزیمت نگریسته شود، رخصت و عزیمت، حکم وضعی هستند؛ ولی چنانچه از منظر حکم، به رخصت و عزیمت، نگاه شود، آن دو، حکم تکلیفی می‌باشند (زحیلی، ۱/۱۰۸). افزون بر این، رخصت و عزیمت، از آن دسته احکام هستند که تبعاً مجعول و متنزع می‌باشند و مستقلاً قابل جعل و انتزاع نیستند؛ زیرا این شارع نیست که رخصت و عزیمت را جعل می‌کند، بلکه اگر دیده شود، شارع، در کاری سخت گیری نکرده است، از آن، رخصت

دریافت می‌گردد و اگر سخت‌گیری نموده‌است، از آن، عزیمت فهمیده می‌شود؛ مثلاً: شارع گفته‌است: اگر وارد مسجد شدید و دیدید که جماعت اقامه شده‌است و هیأت جماعت باقی است، دیگر لازم نیست اذان و اقامه بگوئید. در اینجا فهمیده می‌شود که سقوط اذان از باب رخصت است و اگر کسی آن را بگوید، اشکال ندارد.

در مورد عزیمت هم مثلاً، شارع می‌فرماید: مسافر حتماً باید دو رکعت نماز بخواند که از آن دریافت می‌شود این حکم، لازم الاجراء است و حتی رسول‌الله (صلی‌الله‌علیه‌وآله) در مورد کسانی که در سفر، نماز را کامل خواندند، عنوان عصاة را به کار بردند. از این رفتار و سیره فهمیده می‌شود که حکم به قصر نماز و یا سقوط صوم، عزیمت است نه رخصت؛ چه اینکه رسول‌الله (صلی‌الله‌علیه‌وآله) نفرمودند این حکم، رخصت است و یا عزیمت.

از توضیحات فوق، به خوبی به دست می‌آید که دو عنوان عزیمت و رخصت، حکم مجعول شارع نیستند، بلکه بالعکس، حکم شارع مقدس در مورد آن‌ها سقوط مجعول تکلیفی خود است؛ نهایت اینکه عزیمت، حکم شارع مقدس به سقوط تکلیف به نحو کلی است، به طوری که انجام آن، به استناد امر مولی، تشریح محرم می‌باشد؛ مانند: سقوط صوم و دو رکعت آخر نمازهای چهار رکعتی در سفر؛ اما رخصت، سقوط امر نه به طور کلی، بلکه در بعضی از مراتب آن است؛ مثلاً: وجوب واجب از بین برود، ولی جواز یا استحباب آن باقی بماند و یا تأکد استحباب از بین برود، ولی اصل استحباب باقی بماند؛ مثلاً: وجوب انفاق به زن یا فرزند به علت نشوز یا غنای فرزند، از بین برود، ولی جواز یا استحباب آن باقی بماند.

رخصت و عزیمت در احکام و قواعد فقهی

در این قسمت، درباره‌ی رخصت یا عزیمت بودن مفاد برخی از قواعد فقهی و احکامی که به این قواعد و احکام، مربوط می‌باشد، مطالبی به اختصار بیان می‌شود.

الف) رخصت یا عزیمت بودن مفاد قاعده‌ی لاحرج

در اینکه مفاد قاعده‌ی لاحرج، رخصت است یا عزیمت، محل بحث است. مقصود از رخصت، این است که شارع مقدس به وسیله‌ی لاحرج، الزام را برداشته‌است؛ اما اصل مشروعیت و مطلوبیت عمل، به قوت خود باقی است.

اگر گفته‌شود: شارع در باب وضوء، غسل، روزه و... موارد حرجی آن‌ها را به وسیله‌ی لاحرج برداشته‌است؛ یعنی: تکلیف و الزام را از آن‌ها برداشته‌است، اما اصل ملاک و مطلوبیت،

به قوت خود باقی است، در صورتی که لاجرح، عنوان رخصت داشته باشد، نتیجه، این می شود که اگر اعمال عبادی مذکور، به صورت حرجی هم انجام شوند، اعمالی صحیح هستند؛ اما اگر لاجرح، عنوان عزیمت داشته باشد، حالت مانعیت دارد؛ یعنی: مطابق قاعده‌ی لاجرح، جایی که حرج وجود داشته باشد، لاجرح هم از اصل تکلیف و هم از مطلوبیت و ملاک، مانع است؛ در این صورت، اگر کسی صوم حرجی، یا غسل حرجی و یا وضوء حرجی انجام دهد، عمل او باطل است؛ پس، نتیجه‌ی رخصت، صحت اعمال عبادی حرجی است و نتیجه‌ی عزیمت، بطلان آن‌ها است.

به نظر می‌رسد در غیر عبادات، قاعده‌ی لاجرح، از نوع رخصت می‌باشد؛ زیرا مفاد این قاعده، در واقع، نوعی ترخیص برای شخص واجد این عنوان است تا در صورت تمایل بتواند به استناد این رخصت شرعی و قانونی از حق خود استفاده کند و ضیق و حرجی که با آن مواجه است، از دوش خود بردارد و در غیر این صورت، با انصراف از اعمال این حق، ضیق و حرج را تحمل کند؛ به عبارت دیگر، این قاعده، لزوم تحمل حرج را از شخص، مرتفع می‌کند، اما به این معنی نیست که او با قصد تحمل حرج نتواند از اعمال آن خودداری کند.

بدین ترتیب، بدیهی است در مواردی که اقدامات و تصرفات مالکانه‌ی شخصی در ملک خود، موجب ایجاد حرج مالکان مجاور می‌شود، تا هنگامی که مالک آسیب دیده از این اقدام، به اعتراض و طرح موضوع در دادگاه مبادرت نکرده است، نمی‌توان فقط به استناد حرجی بودن تصرف مالکانه‌ی شخص مذکور، به الغای آثار تصرف او و رفع امور حرجی حکم کرد (محقق داماد، ۷۹).

اما در خصوص عبادات، اختلاف نظر وجود دارد؛ صاحب جواهر ذیل مسأله‌ی سقوط روزه از شخص سال‌خورده و فرد مبتلا به عطش آورده است: پوشیده نماند که حکم در این مورد و نظایر آن از باب عزیمت است نه رخصت؛ چون مدرک مسأله، قاعده‌ی رفع عسر و حرج است و مستند این قاعده، روایاتی است که عمل به آن‌ها به رفع تکلیف می‌انجامد. افزون بر این، هیچ‌یک از اصحاب امامیه با این قول مخالفت ننموده‌اند؛ جز اینکه از ظهور کلام محدث بحرانی چنین بر می‌آید که آنچه به قاعده‌ی نفی عسر و حرج، رفع می‌شود، تعیین تکلیف حرجی است نه اصل آن؛ به این دلیل که خداوند درباره‌ی روزه گرفتن کسانی که در مشقت و دشواری هستند، دستور می‌دهد که يك مسکین را اطعام کنند و بعد از بیان این حکم، می‌فرماید: وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (بقره: ۱۸۴)؛ پس، معلوم می‌شود که می‌تواند

روزه بگیرند (نجفی، ۱۵۰/۱۷).

چنان‌که از ظاهر گفتار صاحب جواهر برمی‌آید، عموماً نفی حرج، حکم تکلیفی را نفی می‌کند و قول محدث بحرانی در مورد صحت روزهی حرجی، به دلیل قول خداوند تعالی که فرموده است: وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (بقره: ۱۸۴)، از عموم قاعده، خارج است؛ اما در غیر مورد روزه، عموم به حال خود باقی است و نیز ممکن است حرف واو در عبارت: وَأَنْ تَصُومُوا، استینافیه باشد و با روزهی کسانی که در مشقت هستند، ارتباطی نداشته باشد؛ در این صورت، آیه صرفاً اهمیت روزه را تأکید می‌کند و می‌فهماند که نباید به اندک عذری روزه را ترك نمود.

در عروة الوثقی هم درباره‌ی مسوغات تیمم این چنین آمده است: هرگاه شخصی ضرر را تحمل کند و وضوء و غسل انجام دهد، اگر ضرر و زیان، بدین جهت است که در مقدمات و نحوه‌ی تهیه‌ی آب، متحمل ضرر شده است، انجام وضوء و غسل باطل است؛ ولی اگر مقدمات و نحوه‌ی تهیه‌ی آب، زیان‌آور نباشد، اما موجب عسر و حرج باشد، مانند: تحمل سرما و گرمای شدید، در این صورت، احتمال صحت وجود دارد؛ چون از نفی حرج، رخصت فهمیده می‌شود نه عزیمت؛ ولی احوط آن است که آب استعمال نکند و تیمم نماید و در صورت استعمال آب، به آن بسنده نکند و تیمم هم بنماید (طباطبایی یزدی، ۳۵۱/۱).

محقق همدانی هم به تفصیل قائل می‌باشد؛ بدین گونه که عبادت ضرری را باطل، ولی عبادت حرجی را صحیح می‌داند و می‌نویسد: جواز تیمم در مواردی که به نفی حرج، مستند می‌باشد، رخصت است؛ بنابر این، اگر کسی تحمل مشقت را بر خود هموار کرد و وضوء گرفت، به دلیل امتنانی بودن قاعده، عمل او صحیح است؛ ولی عبادت ضرری به علت حرمت اضرار به نفس، باطل می‌باشد؛ زیرا اصولاً نهی در عبادات، مقتضی فساد است؛ نه اینکه قاعده‌ی لاضرر از مقوله‌ی عزیمت به شمار آید (همدانی، ۴۶۳؛ محقق داماد، ۸۰).

طبق تفصیل مذکور، احکام حرجی در صورت انجام، صحیح هست؛ ولی احکام ضرری به دلیل اضرار به نفس، باطل است و این بطلان به خاطر اضرار بر نفس است؛ نه مسأله‌ی عزیمت.

در نقد رأی کسانی که رفع حرج را در عبادات از باب رخصت به حساب آورده‌اند، چنین به نظر می‌رسد که این قاعده، بر عموماً احکام اولیه، حاکم است و واضح است که آن عموماً، بر اثبات دو امر: لزوم و محبوبیت، دلالت ندارد، تا یکی از آن‌ها که لزوم است به

وسیله‌ی این قاعده، رفع شود و محبوبیت، به حال خود باقی بماند، بلکه چه در صورت نفی و چه در صورت اثبات، بیش از يك حکم، وجود ندارد؛ یعنی: حکم اولی به وسیله‌ی قاعده، بر- طرف می‌شود و حکم ثانوی، جایگزین آن می‌گردد، یا اینکه حکم اولی، به حال خود باقی است و شق ثالثی وجود ندارد.

اینکه گفته می‌شود: چون قاعده‌ی لاجرح، در مقام امتنان است، لزوم را رفع می‌نماید، اما ملاک و محبوبیت حکم از بین نمی‌رود، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا به طور کلی، حکم حرجی، به جهت امتنان بر این امت، رفع شده است و اینکه از روی حدس گفته شود: قاعده‌ی رفع حرج، الزام را بر طرف می‌نماید، اما ملاک و محبوبیت باقی است، صرف ادعاست. از کجا معلوم که بر این گونه اعمال، مفسده‌ای مترتب نباشد؟ اصولاً، پس از اینکه خداوند متعال از روی لطف و مهربانی، بر این امت، منت نهاد و ایشان را از سختی و تنگنا رها کند، خود را به سختی و حرج انداختن و تحمل نمودن صعوبت و دشواری، اگر بر خلاف دستور شارع باشد، این مستلزم رد و بی‌اعتنایی به چیزی است که خداوند بر ما تصدق نموده و هدیه داده است و این خود، مفسده‌ای دیگر و به مثابه‌ی این است که کسی در موارد قصر، نماز را تمام بخواند و در سفر ماه رمضان، روزه بگیرد (مکارم شیرازی، ۲۰۶/۱).

بنابر این، محتمل است در تحمل حرج و دشواری و عمل نمودن بر خلاف دستور شارع، مفسده‌ای باشد که محبوبیت و ملاک عمل را از بین ببرد و به مجرد احتمال، کافی است که گفته شود: این قاعده، بر رخصت، دلالت ندارد.

افزون بر این، در موردی که احتمال دارد قاعده، به عزیمت، نظر داشته باشد، لازم است مطابق قاعده، عمل شود؛ چون بدون شك، تنها در این صورت است که وظیفه انجام می‌گردد و ذمه بری می‌شود (نجفی، ۱۷/۱۵۰). روایاتی در باب نماز مسافر نیز گویای این نکته است؛ مثلاً: در روایتی از پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) آمده است: إن الله أهدى إليّ و إلى أمّتي هدية لم يهدّها إلى أحد من الأمم كرامة من الله لنا. قالوا: و ما ذاك يا رسول الله؟ قال: الإفطار في السفر و التقصير في الصلاة؛ فمن لم يفعل ذلك فقد ردّ على الله عزّوجلّ هديّته (حرم‌عاملی، ۵/، ب ۲۲ از ابواب صلاة مسافر، ح ۱۱)؛ خداوند برای احترام و تکریم ما، به من و امتم، چیزی را هدیه نموده است که آن را به هیچ‌یک از امت‌ها هدیه نکرده است. از حضرت پرسیدند: آن هدیه چیست؟ فرمود: روزه نگرفتن و کوتاه خواندن نماز در سفر؛ پس هر کس در سفر، چنین نکند، هدیه‌ی خدای عزّوجلّ را رد نموده است.

در حدیث دیگری از قول آن حضرت آمده است: **إِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ تَصَدَّقَ عَلَى مَرَضِي أُمَّتِي وَ مَسَافِرِيهَا بِالتَّقْصِيرِ وَ الْإِفْطَارِ، أَيْسَرُ أَحَدِكُمْ إِذَا تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ أَنْ تَرَدَّ عَلَيْهِ؟** (همان، ۵/، ب، ۲۲ ح ۷) خداوند عزوجل با تجویز کوتاه خواندن نماز و روزه نگرفتن در سفر، به بیماران و مسافران امت من، تصدق نموده است؛ آیا هیچ‌یک از شما از رد شدن صدقه‌ای خوشحال می‌شود که به دیگری داده است؟

شاید با توجه به مطالب مذکور است که امام خمینی (رحمة الله علیه) دیدگاه نقل شده‌ی از صاحب‌عروه را نمی‌پذیرد و در تعلیقه‌ای بر همین عبارت، مرقوم می‌دارد: محل اشکال...، بل گونه عزیمة و البطلان لا یخلو من وجه قوی (طباطبائی یزدی، ۱/۳۵۱، حاشیه‌ی امام خمینی). با عنایت به آنچه گفته شد، تردیدی در عزیمت بودن نفی حرج، باقی نمی‌ماند؛ دست‌کم، مقتضای احتیاط، این است که مکلف، در مقام امتثال به عمل حرجی، مانند: وضوء، اکتفاء نکند و تیمم نیز بگیرد.

ب) رخصت یا عزیمت بودن احکام اضطراری

از جمله‌ی قواعدی که در استنباط و اجتهاد احکام فقهی، نقش به‌سزایی دارد، قاعده‌ی: **كُلُّ حَرَامٍ مُضْطَرًّا إِلَيْهِ فَهُوَ حَلَالٌ** می‌باشد. این قاعده که با نام قاعده‌ی اضطرار شهرت یافته است، از قواعد کاربردی و اساسی فقه، به شمار می‌آید و تاثیر و کارایی آن در احکام فقهی، بسیار است. یکی از مباحث قابل بررسی درباره‌ی قاعده‌ی اضطرار، این می‌باشد که آیا مدلول قاعده‌ی مذکور، عزیمت است و یا رخصت؟ به عبارت دیگر، آیا در موارد اضطرار، عمل بر اساس این قاعده، لازم و واجب و ترك آن حرام است و یا اینکه شارع، توسعه‌ای برای شخص مضطر در نظر گرفته است و وی می‌تواند طبق قاعده عمل نکند.

این مطلب، اثر فقهی نیز دارد؛ چون اگر مدلول قاعده‌ی اضطرار، عزیمت باشد، عباداتی که باید در حال اضطرار ترک شوند، در صورت انجام، اعمالی باطل می‌باشند.

از برخی ادله‌ی روایی قاعده، بر می‌آید که مدلول قاعده‌ی اضطرار، عزیمت است، نه رخصت؛ مثل: این روایت از امام صادق (علیه السلام) که فرمودند: **مَنْ اضْطَرَّ إِلَى الْمَيْتَةِ وَ الدَّمِ وَ لَحْمِ الْخَنزِيرِ، فَلَمْ يَأْكُلْ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ حَتَّى يَمُوتَ، فَهُوَ كَافِرٌ** (حرعاملی، ۱۶/، ب، ۵۶ از ابواب اطعمه و اشربه، ۳/۴۷۹)؛ امام صادق (علیه السلام) فرموده‌اند: هر کس به خوردن مردار، خون و گوشت خوک، مضطر گردد و از آن‌ها نخورد تا بمیرد، او کافر است. مطابق این حدیث، امام (علیه السلام) فرموده‌اند: اگر فرد مضطر، طبق قاعده، عمل نکند و به زحمت بیفتد، کافر است.

افزون بر ادله‌ی روایی، این مطلب از فتاوی برخی از فقهاء نیز استفاده می‌شود (نجفی، ۴۴۳/۳۶؛ شهیدثانی، مسالک‌الافهام، ۱۱۶/۱۲)؛ مثلاً: سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، در احکام تیمم می‌نویسد: اگر شخصی با تحمل ضرر، وضوء و غسل کند، چنان‌چه ضرر در مقدمات تهیه آب باشد، وضوء، صحیح است؛ ولی اگر ضرر به علت استفاده از آب باشد، وضوء، باطل است (طباطبایی یزدی، ۴۷۳/۱، مسأله: ۱۸). بیشتر حاشیه نویسان بر عروۃ‌الوثقی در این مسأله با صاحب عروه، موافق هستند؛ از جمله: امام خمینی (رحمة‌الله‌علیه) که همین مطلب را در مبحث شرایط وضوء آورده است (همان، ۲۳۲/۱، حاشیه‌ی امام خمینی (رحمة‌الله‌علیه) بر عروۃ‌الوثقی).

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد دیدگاه مذکور، نمی‌تواند به صورت مطلق، با واقع، موافق باشد؛ زیرا اولاً، قاعده‌ی اضطرار، به لحاظ ادله‌ی آن، امتنانی است؛ از این رو، در جایی جاری نمی‌گردد که از اجرای آن، خلاف امتنان پیش آید؛ یعنی: این قاعده، در مواردی جاری می‌گردد که برداشتن حرمت و یا وجوب، برای امتنان می‌باشد؛ زیرا از ادله‌ای که بر اعتبار قاعده‌ی اضطرار اقامه شده است مانند آیه‌ی: وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (حج: ۷۸) و دیگر آیات و روایات - بر می‌آید که این قاعده، در مقام امتنان و آسان‌گیری وارد شده است؛ بنابر این، اگر از جریان قاعده، خلاف امتنان لازم آید، این قاعده، جاری نمی‌شود؛ مانند اینکه اضطرار به حفظ جان، مستلزم کشتن دیگری باشد.

ثمره‌ی فقهی حالت امتنان، در مواردی ظاهر می‌شود که مثلاً اگر شخصی برای حفظ جان خود، به این مضطر گردد که طعام دیگری را بدون اجازه او بخورد، حرمت این عمل، از او برداشته می‌شود، ولی ضمان نسبت به آن طعام، از عهده‌ی شخص مضطر برداشته نمی‌شود؛ زیرا ضامن نبودن او، خلاف امتنان بر صاحب مال است؛ و با توجه به همین مطلب، فقهاء، به صحت معامله‌ی با شخص مضطر فتوا می‌دهند؛ زیرا بطلان معامله‌ی با او، خلاف امتنان بر مضطر است.

در نتیجه، اگر مدلول قاعده‌ی اضطرار، عزیمت باشد، مستلزم محدودیت و مشقت مکلف و خلاف امتنان است؛ زیرا عبادتی که آن به جهت اضطرار، ترک می‌گردد، بطلان انجام آن، خلاف امتنان است.

ثانیاً، لازمه‌ی عزیمت بودن قاعده‌ی اضطرار، مشرع بودن آن است؛ یعنی: قاعده‌ی اضطرار که برای رفع حکم است، جاعل و واضع حکم می‌گردد.

حق این است که گفته شود: بی‌شک، قاعده‌ی اضطرار، در غیر عبادات، رخصت است؛ از این رو، تمامی فقهاء، داد و ستد از روی اضطرار را صحیح می‌دانند؛ اما در عبادات، چنانچه حکم اضطرار، موجب زیان رساندن به نفس باشد و زیان رساندن به نفس نیز حرام باشد و نهی در عبادت هم موجب فساد دانسته شود، مدلول قاعده‌ی اضطرار، عزیمت است و اگر در یکی از این سه مبنا، تشکیک و یا تردید شود، مفاد قاعده، ترخیص می‌باشد.

ج) رخصت و عزیمت بودن مفاد قاعده‌ی لا ضرر

در خصوص عزیمت یا رخصت بودن مفاد قاعده لا ضرر نیز تا حدودی اختلاف نظر وجود دارد. عزیمت بودن لا ضرر، به این معنی است که حکم ضرری، الزاماً بایستی ترک شود؛ ولی رخصت بودن لا ضرر، به این معنی است که اختیار در دست مکلف است؛ اگر نخواهد، ترک می‌کند و اگر هم خواست، انجام می‌دهد.

برخی در این خصوص، به رخصت قائل می‌باشند و در استدلال برای آن می‌گویند: اولاً، لا ضرر، وجوب را به خاطر ضرری بودن بر می‌دارد، اما اصل جواز و مشروعیت را بر نمی‌دارد؛ زیرا رفع این وجوب، از باب امتنان است و امتنان بیش از این اقتضاء نمی‌کند.

ثانیاً، ادله‌ی وجوب این گونه تکالیف، به دلالت التزامی بر این، دلالت دارد که ملاکات این احکام، حتی در موارد ضرر هم وجود دارد و ادله‌ی نفی ضرر، تنها با دلالت مطابقی این احکام بر وجوب، در تعارض قرار می‌گیرد و با دلالت التزامی آن بر وجود ملاکات - که دلیل بر مشروعیت آن است - تعارضی ندارد (حکیم، سید محسن، ۱/۲۶۵).

جمعی دیگر از فقهاء، مفاد لا ضرر را عزیمت می‌دانند و می‌نویسند: قاعده‌ی لا ضرر حالت الزامی دارد؛ زیرا لسان لا ضرر، لسان نفی حکم است؛ یعنی: شرع مقدس در این موارد، حکمی را تشریح نکرده است، بلکه از نفی حکم ضرری شرعی خبر می‌دهد و می‌گوید حکم شرعی ضرری، در صحیفه‌ی تشریح نیست؛ قهراً با این وجود، عبادت ضرری، عبادتی بدون امر می‌شود و عبادت بدون امر هم باطل است (سبحانی، ۱۷).

میرزای نایینی هم در این خصوص دلیلی عقلی ارائه می‌دهد و می‌گوید: اگر استعمال آب برای بدن انسان، مضر باشد، باید تیمم کند و حق وضوء گرفتن ندارد؛ چون اگر وضوء گرفتن برای او جایز باشد، لازم می‌آید چیزی که در طول یک شیئی است، در عرض همان شیئی واقع

شود.

قرآن کریم هم می‌فرماید: فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا (نساء: ۴۳). مراد از: فلم تجدوا ماءً، این است که یا تکویناً آب نباشد، یا شخص، در بیابان خشک و بدون آب قرار داشته باشد و یا اینکه شرعاً آبی پیدا نکند که استعمال آن جایز باشد؛ آدمی در دو مورد اخیر، باید تیمم کند و این تیمم هم در طول وضوء است، نه در عرض آن؛ یعنی: در درجه‌ی اول، وضوء گرفتن واجب است؛ اما اگر آب، تکویناً پیدا نشد و یا تشریحاً استعمال آن جایز نبود، نوبت به تیمم می‌رسد؛ یعنی: تیمم در طول وضوء است؛ ولی اگر گفته‌شود: با وجود تکوینی و یا تشریحی آب، انسان می‌تواند تیمم نماید، لازم می‌آید، تیممی که در طول وضوء است، در عرض آن واقع شود.

در نتیجه، اگر گفته‌شود: استعمال آب، عزیمت است، مرتبه‌ی وضوء و تیمم، محفوظ می‌ماند؛ یعنی: هر کدام در همان جای خود قرار می‌گیرند؛ وضوء در جایی که استعمال آب تکویناً و تشریحاً ممکن می‌باشد و تیمم در جایی که استعمال آب تکویناً و یا تشریحاً امکان ندارد؛ اما اگر گفته‌شود: استعمال آب، عزیمت نیست، بلکه رخصت است، شخصی که استعمال آب برای او مضر است، هم می‌تواند وضوء بگیرد و هم می‌تواند تیمم کند؛ یعنی: هر دوی وضوء و تیمم برای او جایز است؛ در این صورت، دو چیزی که در طول هم هستند، در عرض هم قرار می‌گیرند؛ پس، چاره‌ای جز این وجود ندارد که گفته‌شود: قاعده‌ی لاضرر، هر کجا جاری می‌شود، حالت عزیمت و قاطعیت وجود دارد؛ به این معنی که اگر استعمال آب برای انسان مضر می‌باشد، وضوء گرفتن حرام می‌شود و وظیفه‌ی او در تیمم متعین می‌گردد (نایینی، رساله لاضرر، ۲۱۷).

در پاسخ دلیل مرحوم نایینی می‌توان گفت: اینکه اگر چیزی در طول يك شیئی واقع شد، در عرض آن شیئی قرار نمی‌گیرد، در امور تکوینی است؛ یعنی: در مسائل تکوینی اگر چیزی در طول يك شیئی باشد، در عرض آن قرار نمی‌گیرد؛ مانند: علت و معلول؛ علت و معلول در طول هم هستند و محال است که معلول از رتبه‌ی خود تجافی کند و در رتبه‌ی علت قرار بگیرد؛ اما اگر رتبه‌ی طولی و عرضی، جنبه‌ی تکوینی ندارند، بلکه دارای جنبه‌ی تشریحی و اعتباری می‌باشند، به اعتبار معتبر بستگی دارند و عبارت منظور را به دو نحو می‌توان بیان کرد که وضوء و تیمم در یکی نمی‌توانند در عرض هم واقع شوند؛ اما در دیگری می‌توانند در عرض هم قرار گیرند.

مثلاً، اگر گفته شود: إذا امتنع استعمال الماء تکویناً و حرم تشریحاً فلیتیمم، در این صورت، وضوء و تیمم نمی‌توانند در عرض هم باشند؛ زیرا گفته است: إذا امتنع استعمال الماء تکویناً مثل: بیابان خشک و بی‌آب و حرم تشریحاً فلیتیمم؛ یعنی: اگر استعمال آب حرام باشد مثل اینکه آب بر بدن انسان مضر باشد آن وقت باید تیمم کند؛ پس، در این فرض، هرگز وضوء و تیمم باهم دیگر جمع نمی‌شوند؛ یعنی: آنجا که وضوء است، تیمم نیست و همچنین در آنجا که تیمم است، وضوء نیست؛ چون گفته است: حرم استعمال الماء.

اما اگر عبارت منظور، به این نحو گفته شود: إذا امتنع استعمال الماء تکویناً و جاز استعماله تشریحاً بنابراینکه ضرر رساندن بر بدن، حرام نباشد فلیتیمم؛ در این فرض، هیچ مانعی وجود ندارد که هر دوی وضوء و تیمم با هم جمع شوند؛ یعنی: هم وضوء جایز باشد و هم تیمم؛ بنابراین، به اعتبار معتبر بستگی دارد و اینکه او صیغه را چگونه جاری می‌کند.

اشکال دیگر بیان مرحوم نایینی، این است که در فقه، مواردی وجود دارد که همزمان هم وضوء جایز است و هم تیمم؛ مثلاً: کسی بعد از خواندن نماز عشاء، برای خوابیدن آماده می‌شود، در همان وقت، یادش می‌آید که وضوء ندارد چون مستحب است که انسان موقع خوابیدن، وضوء بگیرد در اینجا او هم می‌تواند، وضوء بگیرد و هم می‌تواند در همان کنار بسترش به جای وضوء، تیمم کند. در اینجا وضوء و تیمم در عرض هم هستند. مورد دیگر اینکه کسی در سرمای زمستان می‌خواهد نماز میت بخواند و وضوء گرفتن برای او قدری مشکل است، در اینجا او برای خواندن نماز میت هم می‌تواند وضوء بگیرد و هم می‌تواند تیمم کند.

ترخیصی بودن برخی از احکام تکلیفی برای زنان

به لحاظ ساختار خلقت زن و ظرافت وجود او و در جهت رعایت حال زنان، وجوب بعضی از تکالیف دشوار، از عهده‌ی آنان برداشته شده است و البته این در حد رخصت است، نه عزیمت؛ یعنی: وجوب برخی تکالیف از زنان برداشته شده است، بدون اینکه انجام آن‌ها حرام شده باشد؛ مثل: برداشته شدن وجوب نماز جمعه از زنان.

اگر گفته می‌شود: نماز جمعه بر زنان، واجب نیست؛ بدین معنی نیست که در صورت حضور در نماز جمعه، نماز آنان مقبول نیست، یا صحیح نمی‌باشد و یا فضیلت ندارد، بلکه بدین معنی است که تکلف و الزام شرکت در نماز جمعه، برای زنان تشریح نشده است. با توجه

به توضیح فوق، این شبهه حل می‌شود که زن از بعضی مزایای مذهبی، مانند: شرکت در نماز جمعه، نماز جماعت، تشییع جنازه و... محروم شده‌است.

در ضمن وصیت‌های پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) به علی (علیه‌السلام) آمده‌است که آن حضرت فرمودند: یا علی، لیس علی النساء جمعة و لا جماعة و لا أذان و لا إقامة (حر- عاملی، ۵۱/۳، ب ۳۰ ح)؛ ای علی، نماز جمعه، نماز جماعت، اذان و إقامة، برای زنان، واجب نیست.

این محرومیت‌ها در حد رخصت است، نه عزیمت؛ یعنی: الزام شرکت در جمعه و جماعات، از زنان، برداشته شده‌است، نه اینکه زنان حق شرکت در جمعه و جماعات را ندارند؛ زیرا یکی از احکام نماز جمعه این است که در صورت تعیینی بودن و خوب نماز جمعه، بر مکلفین واجب است که تا شعاع دو فرسخی، در نماز جمعه حاضر شوند و نیز تا شعاع یک فرسخی، تشکیل نماز جمعه‌ی دیگری مجاز نیست و به عبارتی دیگر، نباید فاصله‌ی دو نماز، کمتر از یک فرسخ باشد؛ بنابراین، اگر نماز جمعه تا این حد مهم است که در صورت و خوب تعیینی، باید مسلمانان تا شعاع دو فرسخی، در نماز جمعه شرکت کنند، این کار برای زنان، دشوار می‌باشد و بدین جهت، الزام و عزیمت از زنان سلب شده‌است؛ نه بدین معنا که زنان حق شرکت ندارند و یا اگر این رنج را تحمل کردند و در نماز جمعه حضور یافتند، نمازشان مقبول نباشد، یا از نماز ظهر، کفایت نکند و یا فاقد فضیلت نماز جمعه باشد.

منابع

قرآن کریم.

آمدی، علی بن محمد، *الإحكام في أصول الأحكام*، عبدالرزاق عقیفی، دوم، بیروت: المکتب الإسلامی، ۱۴۰۲ ق.

ابن ابی جمهور احسانی، محمد بن علی، *عوالي اللئالی العزیزة فی الأحادیث الدینیة*، قم: کتاب‌خانه‌ی آیت‌الله-مرعشی، ۱۴۰۳ ق.

ابن اثیر، مبارک بن محمد جزری، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، محمود محمد طنحی، طاهر احمد زاوی، چهارم، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۴.

ابن فارس، احمد، *معجم مقاییس اللغة*، قم: مکتب‌الإعلام الإسلامی، ۱۴۱۱ ق.

ابن قدامه مقدسی، أبو محمد بن احمد، *روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه*، المطبعة السلفية، ۱۳۴۲ ق.

ابن ملک، شرح المنار فی الأصول، مطبعة عثمانیة، ۱۳۱۴ ق.

- ابن منظور، محمد بن مكرم، *لسان العرب*، قم: نشر أدب الحوزة، ١٤٠٥ ق.
- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، *فتح الغفار بشرح المنار* (مشكاة الأنوار في أصول المنار)، اوله قاهره: مطبعة- مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٥ ق.
- اسنوي، جمال الدين، *شرح الاسنوي على المنهاج*، قاهره: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٤٠٨ ق.
- أنصاري، محمد بن نظام الدين، *فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت*، اوله قاهره: المطبعة الأميرية، ١٣٢٢ ق.
- بخاري، محمد بن اسماعيل، *صحيح البخاري*، بيروت: دار الفكر، ١٤٠١ ق.
- جصاص رازي، احمد بن علي، *الفصول في الأصول*، اوله دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٥ ق.
- جوهرى، اسماعيل بن حماد، *الصحاح*، (تاج اللغة وصحاح العربية)، احمد عبدالغفور، دوم، بيروت: دار العلم- للملايين، بيروت: ١٣٩٩ ق.
- حرّ عاملي، محمد بن الحسن، *وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة*، عبدالرحيم رباني شيرازي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٧ ق.
- حكيم، سيد محسن، *مستمسك العروة الوثقى*، اوله قم: دار الثقافة، ١٤١٢ ق.
- حكيم، سيد محمد تقى، *الأصول العامة للفقهاء المقارن*، اوله قم: ذوي القربى، ١٤٢٨ ق.
- حنفي، محمد بن محمود، *الردود والنقود*، (شرح مختصر ابن حاجب)، ترحيب بن ربيعان دوسى، اوله رياض: مكتبة الرشد الناشر، ١٤٢٦ ق.
- خضرى، محمد، *أصول الفقه*، تونس: دار المعارف، ١٤١٣ ق.
- خويى، سيد ابو القاسم، *مصباح الأصول*، سيد محمد سرور حسيني بهسودى، قم: انتشارات داورى، ١٣٧٨.
- رازي، محمد بن عمر، *المحصول*، طه جابر فياض علوانى، دوم، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٢ ق.
- زييدى، محمد مرقى، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بيروت: دار مكتبة الحياة، ١٤٠٦ ق.
- زحيلي، وهبة، *أصول الفقه الإسلامى*، دمشق، دار الفكر، ١٩٣٢ م.
- زر كشى، محمد بن بهادر، *البحر المحيط*، وزارت اوقاف كويت، ١٤١٢ ق.
- سبحانى، جعفر، *قاعدتان فقهيتان*، قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع)، ١٤١٥ ق.
- سبكي، عبدالوهاب بن علي، *الإبهاج في شرح المنهاج*، شعبان محمد اسماعيل، قاهره: مطبعة أسامة، ١٤١٣ ق.
- سرخسى، محمد بن احمد، *أصول السرخسى*، اوله بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٤ ق.
- سيوطى، عبدالرحمان بن محمد، *الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية*، اوله بيروت: دار الكتب- العلمية، ١٣٩٩ ق.
- شاطبى، ابراهيم بن موسى، *الموافقات في أصول الشريعة*، بيروت: دار المعرفة، ١٤٠٥ ق.
- شهيد ثانى، زين الدين بن علي عاملى، *تمهيد القواعد*، اوله قم: مكتب الإعلام الإسلامى، ١٤١٦ ق.
- همو، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، اوله قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ١٤١٣ ق.

- صدر، سيد محمد باقر، بحوث في علم الأصول، قم: مجمع علمي شهيد صدر، ۱۳۷۱.
- طباطبايي يزدي، سيد محمد كاظم، العروة الوثقى، بيروت: مكتب وكلاء الامام الخميني، ۱۴۱۰ ق.
- طريحي، فخر الدين، مجمع البحرين، تهران: مكتبة المرتضوية، ۱۳۶۵.
- طوسي، محمد بن حسن، تهذيب الأحكام، بيروت: ۱۴۰۳ ق.
- عبدالرحيم صالح، يعقوب، الإباحة عند الأصوليين، اول، رياض، مكتبة الرشد الناشر، ۱۴۲۶ ق.
- عراقي، ضياء الدين، نهاية الأفكار، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۵ ق.
- غزالي، محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، اول، قاهره، المطبعة الاميرية، ۱۳۲۲ ق.
- عسقلاني، أحمد بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت: دار الفكر، ۱۳۸۵ ق.
- فيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، عبدالعظيم شناوي، قاهره، دار المعارف، ۱۴۰۹ ق.
- قشيري نيشابوري، مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، دوم، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ ق.
- كليني، محمد بن يعقوب، الفروع من الكافي، تهران: دار الكتب الإسلامية، ۱۳۶۲.
- محقق داماد، سيد مصطفي، قواعد فقه (بخش مدني)، اول، تهران: سمت، ۱۳۷۴.
- محلوي، محمد بن عبدالرحمن، تسهيل الوصول، قاهره: مطبعة مصطفي البابي، ۱۴۰۷ ق.
- مغنيه، محمد جواد، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، دوم، بيروت: دار العلم للملايين، ۱۹۸۰ م.
- مكارم شيرازي، ناصر، القواعد الفقهية، دوم، قم: انتشارات مدرسه امير المؤمنين، ۱۳۷۸.
- ملاخسرو، مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول، مطبعة الحاج محرم أفندي البوسنوي، ۱۳۰۲ ق.
- نايني، محمد حسين، فوائد الأصول، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۰۸ ق.
- همو، منية الطالب في حاشية المكاسب، موسى خوانساري نجفي، اول، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۸ ق.
- نجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، دوم، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۱ ق.
- نوري طبرسي، حسين، مستدرک الوسائل، اول، قم: اسماعيليان، ۱۳۶۳.
- همداني، رضا، مصباح الفقيه، اول، نجف اشرف: چاپخانه حيدري، ۱۳۷۵ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۲،
بهار ۱۳۹۲، ص ۱۲۴ - ۱۰۱

بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد انتشار*

دکتر سعید محسنی

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: s-mohseni@um.ac.ir

دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghaboli@um.ac.ir

چکیده

امروزه، مسأله‌ی واگذاری تمام یا قسمتی از حقوق مادی متعلق به پدیدآورنده و قراردادهای مرتبط با آن از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ به گونه‌ای که در برخی نظام‌های حقوقی، همچون: فرانسه، قراردادهای معین متعددی، مانند: قرارداد انتشار، پیش‌بینی و مقررات ویژه‌ای برای آن وضع گردیده است. این در حالی است که در نظام حقوقی ایران به رغم شناسایی حقوق آثار ادبی و هنری و پذیرش انتقال ارادی حقوق مادی پدیدآورنده، قواعد ویژه‌ای در خصوص قراردادهای مذکور، به چشم نمی‌خورد. در نتیجه، ماهیت حقوقی قراردادهای مرتبط با واگذاری حقوق مادی آثار ادبی و هنری با ابهامات جدی مواجه است. با مطالعه‌ی تطبیقی در خصوص ماهیت حقوقی قرارداد انتشار، به نظر می‌رسد در حقوق ایران، قرارداد انتشار می‌تواند در قالب هر یک از قراردادهای اجاره، صلح، معاوضه و نیز قراردادهای حق انتفاع منعقد گردد. افزون بر این، ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی نیز این امکان را فراهم نموده است که قرارداد انتشار، به صورت قراردادی غیرمعین منعقد گردد.

کلیدواژه‌ها: حقوق مادی، حقوق آثار ادبی و هنری، حقوق پدیدآورنده، مالکیت‌های فکری،

قرارداد انتشار.

مقدمه

مالکیت‌های فکری که امروزه در زمره‌ی مهم‌ترین انواع حقوق به شمار می‌آید، دارای انواع متعددی است که به دو دسته‌ی 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 عرصه‌ی ملی و بین‌المللی برخوردار است.

امروزه، قانونگذاران، برای حمایت از پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری، حقوق مادی و معنوی ویژه‌ای در نظر می‌گیرند. نظام حقوقی ایران نیز از این قاعده، مستثنی نیست.

با توجه به شناسایی انحصار حق هر گونه بهره‌برداری از اثر، برای پدیدآورنده، امروزه، مسأله‌ی واگذاری تمام یا قسمتی از حقوق مادی متعلق به پدیدآورنده و قراردادهای مرتبط با آن، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار می‌باشد؛ چنان‌که قواعد مربوط به انتقال حقوق مزبور نیز دارای ظرافت‌هایی است؛ به همین جهت، در برخی از نظام‌های حقوقی، قانونگذار، قالب‌های مشخصی را برای قراردادهای مزبور، پیش‌بینی می‌نماید و قواعد مربوط به آن را نهادینه می‌سازد. از مهم‌ترین این قراردادها می‌توان به قرارداد انتشار^۳، قرارداد عرضه^۴ و قرارداد تهیه‌ی اثر شنیداری-دیداری^۵ اشاره نمود که در قانون مالکیت فکری فرانسه، مصوب ۱۹۹۲ (همراه با اصلاحات)، در کنار برخی دیگر از قراردادها، دارای قالب و قواعد معینی است. در همه‌ی این قراردادها، به گونه‌ای از واگذاری حقوق مادی پدیدآورنده، سخن به میان می‌آید.

با این همه، در نظام حقوقی ایران، به رغم شناسایی حقوق ادبی و هنری و پذیرش انتقال ارادی حقوق مادی پدیدآورنده^۶، قواعد ویژه‌ای در خصوص قراردادهای پیش‌گفته به چشم نمی‌خورد. در نتیجه، ماهیت حقوقی قراردادهای مرتبط با واگذاری حقوق مادی آثار ادبی و هنری و به تبع آن، احکام و قواعد مربوط به این دسته قراردادها، با ابهامات جدی مواجه است.

^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 ماده‌ی پنج قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، مصوب ۱۳۴۸، ماده‌ی یک قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی، مصوب ۱۳۵۲ و ماده‌ی نه قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹، مورد پذیرش قانونگذار ایران قرار گرفته‌است.

این جستار، در صدد است پس از تبیین مفهوم و ویژگی‌های قرارداد انتشار در نظام حقوقی فرانسه، با رویکردی فقهی حقوقی، به بررسی ماهیت حقوقی قراردادهای انتشاری یکی از مهم‌ترین قراردادهای مربوط به حقوق ادبی و هنری در نظام حقوقی ایران پردازد و قراردادهای مزبور را با اعمال حقوقی مرتبط در فقه و نظام حقوقی ایران مقایسه نماید.

تبیین مفهوم و ویژگی‌های قرارداد انتشار در حقوق فرانسه

پدیدآورنده‌ی اثر-اعم از ادبی یا هنری-گاهی خود، شخصاً، نشر اثر را متولی می‌گردد و به هزینه‌ی خویش، به چاپ و توزیع آن، اقدام می‌نماید و گاهی برای بهره‌برداری از اثر، به انعقاد قرارداد با دیگران اقدام می‌نماید. یکی از قراردادهایی که به طور معموله برای بهره‌برداری از اثر منعقد می‌شود، قرارداد انتشار است که برای چاپ و توزیع اثر، میان پدیدآورنده و شخصی به نام ناشر، انعقاد می‌یابد.

نظام حقوقی فرانسه، برای قرارداد انتشار، قراردادی معین در نظر می‌گیرد و مواد 1-132L تا 17-132L قانون مالکیت فکری این کشور به تعریف قرارداد مزبور و بیان احکام ویژه‌ی آن می‌پردازد. به موجب ماده‌ی 1-132L قانون مالکیت فکری فرانسه،^۱ قرارداد انتشار، قراردادی است که به موجب آن، پدیدآورنده‌ی یک اثر فکری، یا قائم مقامان وی، تحت شرایطی مشخص، حق ساختن شماری از نمونه‌های اثر را به طور مستقیم، یا به واسطه، به شخصی موسوم به ناشر، واگذار می‌نماید و او نشر و توزیع اثر را تضمین می‌کند.

در این راستا، قانونگذار فرانسه، در ماده‌ی 3-131L، تعیین جداگانه‌ی هر یک از حقوق انتقالی، تعیین قلمرو زمانی (مدت زمان) بهره‌برداری، وسعت مکانی، هدف و نیز شیوه‌ی بهره‌برداری از این حقوق را به صورت قاعده‌ی عمومی در همه‌ی قراردادهای واگذاری حقوق ادبی و هنری، لازم می‌داند.

با توجه به ماده‌ی مذکور و سایر مقررات موجود در قانون مالکیت فکری فرانسه، شناخت بهتر ماهیت قرارداد انتشار در حقوق این کشور، به شناخت ویژگی‌های قابل استنباط برای قرارداد انتشار، وابسته است.

^۱ - Article L132-1 "Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une oeuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'oeuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion."

ویژگی اصلی قرارداد انتشار که حقوقدانان فرانسوی (-Lucas, 447-448, n° 554) از تعریف مذکور در ماده‌ی 1-132L استنباط می‌نمایند، این است که قرارداد انتشار، متضمن انتقال حق تکثیر اثر است؛ بنابراین، با قراردادهایی متفاوت است که صرفاً متضمن اجازه‌ی بهره‌برداری بدون انتقال حق هستند.

البته، باید توجه داشت که با توجه به همین ماده، این گونه استنباط می‌شود (-Pollaud Lucas, 447-448, n° 554; Colombet, 263, n° 318; Dulian, 611, n° 1011؛ کلمبه، ۱۷۰) که موضوع قرارداد انتشار، ویژه‌ی چاپ کاغذی و مختص آثار نوشتاری نیست و در مورد آثار دیداری شنیداری و نیز آثار هنری، فارغ از طبیعت آن نیز صادق است. با این وصف، قلمرو قرارداد انتشار، بسیار وسیع می‌باشد و هر اثر ادبی و هنری که حق ساختن شماری از نمونه‌های آن، به دیگری واگذار می‌گردد، می‌تواند موضوع قرارداد انتشار واقع شود. بدیهی است، چنان‌چه تعریف فوق، بر قراردادی منطبق باشد، انتخاب نامی غیر از قرارداد انتشار، از سوی طرفین قرارداد، تأثیری در ماهیت امر، نخواهد داشت (Pollaud-Dulian, 611, n° 1011).

ویژگی دیگری که از تعریف مذکور در ماده‌ی 1-132L، برای قرارداد انتشار استفاده می‌شود (Lucas, 447-448, n° 554-556)، این است که قرارداد انتشار، حاوی تعهد به نشر اثر از سوی ناشر (منتقل‌إلیه) است؛ البته، در خصوص دامنه‌ی شمول مقرره‌ی مزبور، اختلافاتی به دکتترین حقوقی فرانسه منسوب می‌باشد (محمدی، قراردادهای حقوق مؤلف، ۳۰۶-۳۰۷)، ولی در اصل تعهد مذکور، جای تردید وجود ندارد؛ افزون بر این، به موجب ماده‌ی 12-132L قانون مزبور، ناشر، موظف است بهره‌برداری دائم و مستمر از اثر و توزیع تجاری آن را مطابق با رویه‌های حرفه‌ای تضمین نماید (Lucas, 463-471, n° 324-328; Colombet, 266-270, n° 581-591).

البته، آن‌گونه که برخی از نویسندگان فرانسوی معتقدند، اگر کلیه‌ی قراردادهای مربوط به حقوق پدیدآورنده، متضمن تعهد طرف دیگر قرارداد، بر بهره‌برداری از اثر باشد، این ویژگی، وجه ممیز قرارداد انتشار نمی‌باشد (Lucas, 450, n° 560)؛ در هر حال، ویژگی مزبور، در قرارداد انتشار، وجود دارد؛ بنابراین، باید به آن نیز در تبیین ماهیت حقوقی قرارداد انتشار، در نظام حقوقی ایران توجه داشت.

موضوع قرارداد انتشار، آثار ادبی و هنری است. نظام‌های حقوقی مختلف، افزون بر امتیازات مادی، حقوق معنوی نیز برای پدیدآورندگان آثار مزبور، پیش‌بینی می‌نمایند. این دسته

از حقوق، به شخصیت پدیدآورنده، مربوط می‌باشند، ماهیت مالی ندارند و قابل انتقال نیستند. ماده‌ی 1-121 قانون مالکیت فکری فرانسه^۱ نیز حق احترام به نام و سمت و اثر پدیدآورنده را از حقوق معنوی و غیر قابل انتقال می‌داند.

برخی از حقوقدانان فرانسه (Pollaud-Dulian, 387, n° 578)، عدم قابلیت انتقال حقوق معنوی را با نظم عمومی، مرتبط می‌دانند و معتقدند که رویه‌ی قضایی، این قاعده را قبل از قانونگذار پذیرفته‌بود؛ به همین جهت، ماده‌ی 11-132 قانون مالکیت فکری فرانسه، در راستای قاعده‌ی لزوم رعایت حقوق معنوی پدیدآورنده، در بندهای دو و سه‌ی خود، مقرر می‌نماید: ناشر، حق ندارد بدون اجازه‌ی پدیدآورنده، هیچ تغییری در اثر، ایجاد نماید.

همچنین، وی مکلف است جز در صورت شرط مخالف، در تمام نسخه‌های منتشره، نام، نام مستعار، یا علامت ویژه‌ی پدیدآورنده را منعکس نماید (Pollaud-Dulian, 622-604-604, n° 601-604; Lucas, 478-480, n° 601-604؛ البته، بر اساس مفهوم مخالف ماده‌ی مزبور، ناشر می‌تواند با موافقت کتبی پدیدآورنده، بدون ذکر نام او، به تغییر، یا تکثیر اثر، اقدام نماید.

در حقوق فرانسه، قرارداد انتشار، قراردادی معاوضی می‌باشد. در قراردادهای مربوط به حقوق ادبی و هنری، برای تعیین عوض، مقررات خاص و ویژه‌ای پیش‌بینی شده‌است. ماده‌ی 4-131 قانون مالکیت فکری کشور فرانسه، اصل لزوم مشارکت پدیدآورندگان را در عواید حاصل از بهره‌برداری اثر او، مقرر می‌نماید. بر اساس این ماده، اصولاً، انتقال حقوق مادی اثر، باید متضمن شرط مشارکت نسبی پدیدآورنده، در عواید حاصل از فروش، یا بهره‌برداری باشد. قانونگذار فرانسه، با اتخاذ این راه حل، در صدد مرتفع نمودن این خطر می‌باشد که پدیدآورنده، در برابر مبلغی ناچیز و مقطوع، حقوق بهره‌برداری از اثر خود را به دیگری منتقل نماید و در موفقیت‌های مالی ناشی از اثر خویش، سهم نباشد (Pollaud-Dulian, 595, n° 978).

در مورد شکل قرارداد انتشار نیز باید گفت: ماده‌ی 2-131 قانون مالکیت فکری فرانسه، از لزوم به‌کارگیری نوشته، در قراردادهای عرضه، انتشار و تولید آثار دیداری شنیداری سخن می‌گوید. همین حکم، در اجازه‌های مجانی نیز جاری است. به موجب بند دوم ماده‌ی

^۱ - Article L121-1 "L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, *inaliénable* et imprescriptible...."

L131-2، سایر قراردادهای، مشمول احکام مقرر در مواد ۱۳۴۱ تا ۱۳۴۸ قانون مدنی فرانسه (در خصوص اثبات از طریق شهادت) می‌باشد.

همچنین به موجب ماده‌ی L131-3 همان قانون، در خصوص آثار دیداری شنیداری، باید واگذاری حقوق اقتباسی، در قالب قرارداد مکتوب انجام شود.

همان‌گونه که برخی از نویسندگان فرانسوی (Frédéric Pollaud-Dulian, 581, n° 947) می‌گویند، در خصوص آثار دیداری شنیداری، واگذاری حقوق اقتباسی، مشمول حکم مذکور فوق (لزوم کتبی بودن قرارداد) است و سایر قراردادهای واگذاری حقوق اقتباسی، مشمول قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای می‌باشد و به کتبی بودن قرارداد، نیازی نیست؛ هرچند ایشان، شایسته و مرجح می‌دانند که قانونگذار، شرط کتبی بودن را به تمام قراردادهای مرتبط با حق پدیدآورنده، توسعه دهد.

ماده‌ی L132-7 قانون مزبور نیز در مورد قرارداد انتشار، رضایت مکتوب پدیدآورنده را لازم می‌داند. باید توجه داشت که رویه‌ی قضایی فرانسه و دکترینی که امروزه حاکم است، شرط کتبی بودن قرارداد را شرطی اثباتی به شمار می‌آورد و لزوم آن را مخصوص قراردادهای خاص مذکور در مواد یاد شده می‌داند (Pollaud-Dulian, 581, n° 948; Lucas, 396, n° 487: کلمبه، ۱۶۸).

این برداشت با توجه به تعبیر "doivent être constatés par écrit" در متن ماده‌ی L131-2 و نیز تأکید ماده‌ی 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، مقرر شده است که طرف ضعیف قراردادهای بهره‌برداری به‌شمار می‌آید؛ به‌همین جهت، طرف مقابل نمی‌تواند در مقابل پدیدآورنده، به دلیلی غیر از نوشته، استناد نماید؛ اما پدیدآورنده، در شیوه‌ی اثبات، آزاد می‌باشد و می‌تواند برای اثبات وجود قرارداد، به هر دلیلی، استناد نماید (Pollaud-Dulian, 581, n° 948).

افزون بر لزوم کتبی بودن برخی قراردادهای مربوط به حقوق پدیدآورنده، در برخی موارد، ثبت قرارداد نیز به صورت خاص، شرط گردیده است؛ برای نمونه، به موجب ماده‌ی L123-1 قانون سینما و تصویر متحرک، مصوب ۲۴ ژوئیه ۲۰۰۹^۱، قراردادهای مربوط به آثار دیداری

^۱ - Code du cinéma et de l'image animée créé par Ordonnance n°2009-901 du 24 juillet 2009. ماده‌ی L123-1 این قانون، جایگزین ماده‌ی ۳۳ قانون صنعت سینمایی (Code de l'industrie cinématographique) می‌باشد.

شنیداری باید در دفتر ثبت عمومی آثار سینمایی و آثار دیداری و شنیداری، ثبت گردند. به موجب قسمت اخیر همین ماده، ضمانت اجرای حکم مزبور، عدم قابلیت استناد قرارداد، در برابر اشخاص ثالث است.

با نظر داشت نکات فوق، می‌توان گفت: در حقوق فرانسه، قرارداد انتشار، قراردادی معاوضی و اصولاً رضائی است که به موجب آن، پدیدآورنده، تمام یا قسمتی از حق تکثیر اثر خویش را به دیگری منتقل می‌نماید. اصولاً، در این قرارداد، عوض، بر اساس اصل مشارکت نسبی، مقرر می‌شود. افزون بر این، تعهد به نشر اثر و رعایت حقوق معنوی پدیدآورنده نیز بر عهده‌ی ناشر قرار دارد.

اکنون، با توجه به ویژگی‌های مزبور، این پرسش، قابل طرح می‌باشد که در نظام حقوقی ایران، قرارداد انتشار، از چه ماهیتی برخوردار است؟ آیا قرارداد انتشار، به نحو مطلق، بر قراردادهای معین پیش‌بینی شده‌ی در قوانین موضوعه‌ی ایران، قابل انطباق می‌باشد، یا می‌توان با قید و شرطهایی آن را در زمره‌ی قراردادهای معین قرار داد و یا باید به ناچار بر اساس ماده- ۱۰ قانون مدنی، آن را قراردادی نامعین به شمار آورد. طبیعی است، چنانچه بتوان قرارداد انتشار را در قالب یکی از عقود معین، درآورد، احکام ویژه‌ی عقود مزبور، بر قرارداد انتشار، حاکم می‌باشد؛ به همین جهت، در ادامه به تحلیل ماهیت حقوقی قرارداد انتشار، از دیدگاه حقوق ایران و فقه امامیه پرداخت می‌شود.

ماهیت حقوقی قرارداد انتشار در حقوق ایران و فقه امامیه

قرارداد انتشار، با برخی عقود معین، همچون: بیع، اجاره، صلح، معاوضه و قراردادهای موجد حق انتفاع، قابل مقایسه است؛ به همین جهت، ضمن تطبیق آن، با هر یک از عقود مزبور، امکان شمول عقود مذکور، بر قرارداد انتشار، تحلیل می‌شود:

قرارداد انتشار و عقد بیع

از آنجایی که به موجب قرارداد انتشار، پدیدآورنده، قسمتی از حقوق مالی خود را در مقابل عوض، به ناشر واگذار می‌نماید، احتمال تلقی قرارداد مزبور به بیع، وجود دارد. تعبیر: واگذاری حق پدیدآورنده، در ماده‌ی ۱۴ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، مصوب

۱۳۴۸، احتمال مزبور را تقویت می‌کند، البته، سخن گفتن از قراردادهای تملیکی، همچون: عقد بیع، مستلزم این است که حق پدیدآورنده، نسبت به اثر خویش، نوعی مالکیت به شمار آید. توضیح اینکه، درباره‌ی ماهیت حق پدیدآورنده، نسبت به اثر ادبی و هنری، محل اختلاف است، لیکن به نظر می‌رسد با توجه به مفهوم وسیعی که در فقه و حقوق اسلامی برای مالکیت در نظر گرفته می‌شود، تلقی چنین حقی به مالکیت، ترجیح دارد؛ چه اینکه در حقوق اسلامی، مالکیت، دارای مفهومی وسیع و دربردارنده‌ی انواع و شقوق مختلفی می‌باشد؛ به گونه‌ای که نه تنها از مالکیت عین اعم از کلی و جزئی و منافع سخن می‌رود، بلکه حتی تعبیر: مالکیت بضع نیز برای بیان اثر قرارداد نکاح، به کار می‌رود (محقق کرکی، جامع المقاصد، ۴۵/۱۳، ۴۴۱، ۴۴۱؛ شهید ثانی، الروضة البهية، ۱۸/۹-۱۹؛ فاضل آبی، ۹۶/۲؛ نجفی، ۱۲/۳۱؛ بحر العلوم، ۷۱/۲؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۸/۲۲؛ جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۵۹۹، مبسوط در ترمینولوژی، ۵/۴، ۳۵۰۲/۳۱۵۲)؛ هر چند که برخی از نویسندگان معاصر حقوق ایران (جعفری تبار، ۸۰، ۴۵) با برداشت مضیق از مفهوم مالکیت، نگاه به روابط حقوقی را از دریچه مالکیت، موجب فروکاستن مفهوم حق به مالکیت می‌پندارد.

همچنین تعبیر: ملك أن يملك، برای مواردی مورد استفاده قرار می‌گیرد که شخص، امکان مالك گرداندن خود را داراست (شیخ طوسی، ۴/۳، ۲۷۹/۱۳۸، ۴؛ علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۲/۲، ۲۴۶؛ فخر المحققین، ۱۷/۲-۱۸؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۶/۳، ۳۸۱، ۴۰۹، ۳۸۱؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۳۲/۶؛ نجفی، ۲۳/۲۸، ۳۶۴/۲۰۴؛ آخوند خراسانی، ۷۷؛ طباطبائی یزدی، العروة الوثقی، ۶/۵، ۱۹۵، ۳۱۵-۳۱۶؛ صفایی، حقوق مدنی و تطبیقی، ۷۰؛ جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، ۳۵۰/۵).

جالب توجه است که در نظام حقوقی فرانسه (Code de la propriété intellectuelle) و مصر (قانون حماية حقوق الملكية الفكرية)، در نامگذاری قوانین حمایتی این دسته از حقوق، صریحاً تعبیر مالکیت برای این دسته از حقوق مشاهده می‌شود؛ افزون بر این، در سطح جهانی، سازمان حامی این دسته از حقوق، به سازمان جهانی مالکیت فکری^۱، موسوم است.

در هر حال، پذیرش احتمال انطباق قرارداد انتشار با عقد بیع، با اشکالاتی مواجه می‌باشد که ابتداءً، اشکالات مزبور در قالب ادله‌ی مخالف، مطرح و سپس به نقد و بررسی آن پرداخته-

^۱ - World Intellectual Property Organization.

می‌شود.

ادله‌ی عدم امکان بیع انگاشتن قرارداد انتشار

۱. با توجه به تعریفی که ماده‌ی ۳۳۸ قانون مدنی از بیع ارائه می‌نماید، بیع، عبارت از تملیک عین به عوض معلوم است؛ از این رو، مبیع باید عین باشد، حال اینکه حقوق ادبی و هنری، عین، به شمار نمی‌آیند.

۲. در عقد بیع، منتقل‌إلیه، از حق مالکیت، برخوردار است و بر اساس قاعده‌ی تسلیط و ماده‌ی ۳۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه‌گونه تصرف و انتفاع را دارد؛ مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد، از ویژگی‌های حق مزبور، فراهم آوردن امکان هرگونه تصرف برای دارنده‌ی آن، از جمله، جلوگیری از تصرف دیگران در مایملک خود است، حال اینکه قانونگذار، به منتقل‌إلیه و حتی خود پدیدآورنده، اجازه نمی‌دهد که از تکثیر خصوصی و بهره‌برداری با اهداف آموزشی، ممانعت نمایند.

افزون بر این، وجود حقوق معنوی پدیدآورنده، مانع از استفاده‌ی کامل منتقل‌إلیه می‌شود (محمدی، قراردادهای حقوق مؤلف، ۱۷۹-۱۸۰، ماهیت و اثر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف، ۱۵۲-۱۵۳)؛ برای نمونه، به موجب ماده‌ی ۱۸ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، انتقال‌گیرنده و ناشر و کسانی که طبق این قانون، به منظور انتفاع، اجازه‌ی استفاده، یا استناد، یا اقتباس از اثری را دارند، باید نام پدیدآورنده را با عنوان و نشانه‌ی ویژه‌ی معرف اثر، همراه اثر، یا روی نسخه‌ی اصلی، یا نسخه‌های چاپی، یا تکثیر شده، به روش معمول و متداول، اعلام و درج نمایند؛ مگر اینکه پدیدآورنده، به ترتیب دیگری موافقت کرده باشد.

همچنین، پدیدآورنده، در راستای اعمال و اجرای حقوق معنوی خود، حق دارد در اثر تحویلی به ناشر، اصلاحات، یا تغییراتی انجام دهد، یا استرداد اثر^۱ را مطالبه نماید و یا از انتشار اثر تحویلی به ناشر، ممانعت به عمل آورد؛ حال اینکه در عقد بیع، فروشنده، جز در موارد خاص قانونی، حق برهم‌زدن قرارداد و استرداد مبیع را ندارد و پس از فروش، حق تغییرات را در مبیع، از دست می‌دهد.

^۱ - droit de repentir ou de retrait.

۳. یکی از تعهداتی که در قراردادهای واگذاری حقوق ادبی و هنری، از جمله قرارداد انتشار وجود دارد، تعهد انتقال گیرنده، به بهره‌بردار از اثر ادبی و هنری می‌باشد. طبیعی است، بر اساس این تعهد، انتقال گیرنده حق ندارد اثر را بدون استفاده نگه‌دارد و بهره‌برداری را معطل نماید (همو، ماهیت و اثر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف، ۱۵۲-۱۵۳)، این در حالی است که در قرارداد بیع، انتقال گیرنده، در برابر فروشنده، تعهدی نسبت به بهره‌بردار از مبیع ندارد.

۴. اشکال دیگر، این است که بیع، مدت‌دار نیست و به موجب آن، حق مالکیت، به صورت دائمی به مشتری منتقل می‌گردد؛ در حالی که به موجب ماده‌ی ۱۴ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، انتقال حقوق مادی آثار ادبی و هنری، صرفاً، برای مدت ۳۰ سال و کمتر، به رسمیت شناخته شده‌است و پس از پایان مدت مزبور، حق مورد نظر، دوباره به پدیدآورنده‌ی آن، بازگشت می‌یابد (همان، ۱۵۲، همو، قراردادهای حقوق مؤلف، ۱۷۹-۱۸۰).

نقد و بررسی ادله‌ی عدم امکان بیع انگاشتن قرارداد انتشار

اگرچه برخی از اشکالات مطروح، قابل پذیرش می‌باشد، ولی برخی دیگر، وارد به نظر نمی‌رسد. به همین جهت، اشکالات فوق، به ترتیب، مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. در خصوص این اشکال که در قرارداد بیع، مبیع، به اعیان، اختصاص دارد، باید موضوع، از دو منظر فقهی و حقوقی مورد توجه و بررسی دقیق قرار گیرد؛ در نگاه فقهی، باید توجه داشت که عقد بیع، حقیقت شرعی ندارد (قبولی درافشان، ۴۴)؛ بنابراین، هر آنچه عرفاً مشمول عنوان بیع قرار گیرد، احکام بیع در مورد آن، جاری است؛ همان‌گونه که اشکال مزبور، از منظر فقیهانی منتفی می‌باشد که با تلقی عرفی از بیع، در تعریف آن، از تعبیر: مبادله مال بمال و مشابه آن، استفاده می‌نمایند (همان، ۲۵؛ نایینی، کتاب مکاسب و البیع، ۱۰۶/۱؛ خمینی، ۱۴۰/۱، ۷۹، ۳۰؛ خویی، منهاج‌الصالحین، ۱۳/۲)؛ زیرا در جنبه‌های مالی حقوق پدیدآورنده‌ی اثر ادبی و هنری، تردید روا نیست؛ چنان‌که برخی از نویسندگان فقهی (رحیمی و سلطانی، ۱۶۴؛ رحیمی، ۲۰۷) نیز با روی آوردن به همین تعریف مبادله مال بمال و گسترش مفهومی قرارداد بیع در عرف زمان حاضر، تعریف بیع را بر قرارداد واگذاری حقوق مالکیت فکری منطبق می‌دانند.

البته، برخی از فقیهان امامی (انصاری، مکاسب، ۱۱/۳؛ طباطبایی یزدی، حاشیه-

المکاسب، ۱/۶۰، ۵۳؛ نایینی، منیة الطالب، ۱/۹۶، ۹۳؛ اصفهانی، الإجارة، ۳، حاشیة- المکاسب، ۱/۱۷۸، ۷۲، ۶۲؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۲/۲۸۸، منهاج الصالحین، ۱/۴۱۶)، در تعریف بیع، از تعبیری همچون: تملیک عین بعوض، یاد می‌نمایند. این رویکرد، در ماده‌ی ۳۳۸ قانون مدنی ایران نیز وجود دارد.

با پذیرش تعریف مزبور، اشکال فوق، هنگامی موضوعیت می‌یابد که بسان برخی از فقیهان، از عین، تفسیری محدود، ارائه گردد و از آن، چیزی مراد باشد که تعین خارجی دارد، یا امکان تعین یافتن را در عالم خارج داراست (روحانی، فقه الصادق، ۱۵/۱۹۵) و یا به تعبیر دیگر، عین، آن چیزی دانسته شود که اگر در خارج وجود یابد، از وجود مادی دارای عرض و طول و ارتفاع برخوردار باشد (خویی، مصباح الفقاهه، ۲/۱۹۹)؛ در این صورت، اشکال از این جهت وارد است که حقوق ادبی و هنری، جزء اشیاء مادی به‌شمار نمی‌آید.

لیکن، اگر همچون برخی از فقیهان (حسینی عاملی، ۱۲/۴۷۹؛ اصفهانی، حاشیة- المکاسب، ۱/۱۲) اصطلاح عین، نقطه‌ی مقابل منفعت قرار داده شود، مفهوم عین، گسترش می‌یابد و به اعیان خارجی، منحصر نمی‌گردد. این برداشت، با مفهوم وسیعی هماهنگ است که عرف برای بیع قائل می‌باشد و از این رو، آن را نسبت به اعیان غیر مادی همچون: حق سرقفلی و همانندهای آن نیز شامل می‌داند. در همین راستا، برخی از استادان حقوق ایران (شهیدی، ۱۵) به توسعه‌ی مفهوم عین، روی آورده‌اند و معتقدند: باید این دسته از اموال را در ردیف اموال عینی دانست؛ زیرا دارای وجود استقلالی می‌باشند، از مالی دیگر تولید نمی‌شوند و وجود آنها به مال عینی دیگر، یا ذمه‌ی شخص دیگر، وابسته نیست. با این همه، شایسته است قانونگذار، با توجه به تحولات عرفی، برای اصطلاح بیع، به صراحت، مفهومی گسترده‌تر قائل گردد و آن را شامل اشیاء غیر مادی نیز به‌شمار آورد.

در هر حال بر فرض اینکه موضوع حقوق پدیدآورنده‌ی آثار ادبی و هنری، عین، شمرده نشود، چنانچه حقوق مزبور، ثمن قرارداد، قرار گیرد، اشکال فوق، وارد نمی‌باشد. برخی از فقیهانی که به محدودیت مفهوم عین، به اعیان خارجی، قائل هستند (روحانی، المسائل- المستحدثة، ۲۲۸)، پذیرش این نظر را مورد تصریح قرار می‌دهند؛ البته، طبیعی است که در این فرض، احکام اختصاصی مبیع، نسبت به حقوق مزبور، جاری نمی‌باشد.

حقوق مصر نیز با تحول مفهوم بیع، مواجه می‌باشد؛ ماده‌ی ۴۱۸ قانون مدنی جدید مصر، مصوب ۱۹۴۸، مقرر می‌دارد: البیع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً

آخر في مقابل ثمن نقدي؛ بيع، قراردادی به شمار می آید که فروشنده، به موجب آن، متعهد می شود مالکیت شیء، یا حق مالی دیگری را در مقابل وجه نقد، به دیگری واگذار نماید. در این تعریف، قلمرو قرارداد بیع، توسعه یافته است و واگذاری حقوق ادبی و هنری را نیز به رغم موقت بودن آن، در بر می گیرد؛ در حالی که قانون مدنی قدیم مصر، چنین وسعتی نداشت (سنهوی، ۷/۴، ۲۱، ۳۲۶-۳۲۷).

۲. محدودیت هایی که قانونگذار در خصوص حقوق ادبی و هنری، بر حق واگذار شده ی به منتقل علیه وارد می نماید، مانع از این نیست که حق مزبور، از مصادیق حق مالکیت به شمار آید؛ زیرا هر چند که مطلق بودن، از اوصاف حق مالکیت به شمار می آید، لیکن ماده ی ۳۰ قانون مدنی که در مقام بیان ویژگی مطلق بودن حق مالکیت می باشد آن را به استثنائات قانونی، مقید می نماید؛ در همین راستا، در قوانین مختلف، استثنائات فراوانی بر اختیارات مطلق مالک، وارد شده است؛ به همین جهت، برخی از استادان حقوق (بروجردی عبده، ۲۲-۲۳؛ کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۰۱-۱۰۳)، معتقدند: در تبیین ماهیت حق مالکیت، لازمه ی واقع بینی، استفاده ی قید قانون به جای اطلاق و استفاده ی قید مشروع به جای مطلق می باشد؛ بنابر این، باید مالکیت را حقی دانست که به مالک، اختیار انتفاع و تصرف را در حدود قوانین می دهد؛ به ویژه اینکه در برخی از متون فقهی و اصولی (أنصاری، فرائد الأصول، ۲/۴۶۲؛ نایینی، منية الطالب، ۳/۴۰۵؛ موسوی بجنوردی، ۱/۲۴۲؛ حسینی سیستانی، ۲۶۳) در کنار قاعده ی تسلیط، از قاعده ی لاضرر نیز برای بیان حدود و ثغور مالکیت و سلطه ی مالک و دارنده ی حقوق مالی، یاد می کنند و قاعده ی لاضرر را بر قاعده ی تسلیط، حاکم می دانند.

۳. بر فرض پذیرش این سخن که یکی از عناصر تعریف قرارداد انتشار، تعهد منتقل علیه، به انتشار اثر ادبی و هنری می باشد؛ چنان که در ماده ی L132-1 قانون مالکیت فکری فرانسه مذکور است، از این حیث، در حقوق ایران، برای اطلاق عقد بیع بر قرارداد انتشار، مانعی وجود ندارد؛ زیرا ممکن است تعهد مزبور، به موجب شرط صریح یا ضمنی، در قلمرو تراضی، وارد گردد؛ به همین ترتیب، قانونگذار نیز می تواند تکالیف و تعهداتی برای هر یک از متبایعین در نظر گیرد؛ بنابر این، چنانچه قانونگذار به منظور تأمین حقوق معنوی پدیدآورنده، منتقل علیه اثر ادبی و هنری را ملزم به انتشار نماید، برای بیع تلقی نمودن قرارداد مزبور، مانعی ایجاد نمی شود.

البته، باید توجه داشت، چنانچه باور، بر این باشد که در حقوق ایران، بر عهده ی منتقل علیه،

تعهدی برای انتشار، وجود ندارد، هرچند که در قانون فرانسه، تعریف قرارداد انتشار مذکور، منتفی است، ولی از این جهت، صدق عنوان قرارداد بیع، با اشکالی مواجه نمی‌باشد.

۴. رفع اشکال چهارم، مستلزم پذیرش دو مطلب است؛ از سویی باید ملکیت موقت را مورد پذیرش قرار داد و از سوی دیگر، باید پذیرفت که در اثر عقد بیع، ایجاد ملکیت موقت، ممکن است.

اگرچه مطلب نخست، با مخالفت برخی از فقیهان مواجه می‌باشد (فخرالمحققین، ۲/۳۸۴؛ نایینی، منیة الطالب، ۱/۳۳۱؛ خمینی، ۳/۲۰۹)، لیکن برخی دیگر، به درستی، آن را در فرض اعتبار شارع یا عقلاء، مورد پذیرش قرار می‌دهند (موسوی بجنوردی، ۴/۲۵۱-۲۵۲)؛ به همین ترتیب، کنوانسیون برن و اسناد بین‌المللی مرتبط و نیز قانونگذاری‌های ملی، مانند: فرانسه، مصر و ایران، در خصوص مالکیت‌های فکری، به موقت بودن این دسته از حقوق، تصریح می‌نمایند.

در مورد مطلب دوم یعنی: ایجاد مالکیت موقت در اثر عقد بیع باید گفت: اصولاً، انتقال مالکیت در اثر قرارداد بیع، دائمی می‌باشد و ویژگی مزبور، وصف معهود آن تلقی می‌شود؛ به همین دلیل، برخی از صاحب‌نظران (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱/۳۱۱)، با اتکای به این ویژگی، توصیف انتقال حق تألیف را به قرارداد بیع، دشوار می‌دانند؛ البته، تردیدی نیست که شارع یا قانونگذار، می‌تواند مالکیت موقت ناشی از عقد بیع را مقرر نمایند، لیکن طبیعی است که چنانچه این مسأله، مورد ادعای قرار گیرد، اثبات آن بر عهده مدعی است.

قرارداد انتشار و عقد اجاره

با توجه به اشکالات موجود درباره‌ی تطبیق عقد بیع بر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مادی آثار ادبی و هنری، برخی حقوقدانان، از اجاره بودن این دسته از قراردادهای، سخن می‌گویند (همان، ۱/۳۷۱، ۳۱۱). به موجب این نظر، پدیدآورنده، مالکیت منافع مادی اثر را به صورت موقت، به دیگری انتقال می‌دهد. این نظر، با ویژگی موقت بودن حق بهره‌برداری منتقل‌إلیه، هماهنگی دارد. با این همه، نسبت به تلقی مزبور، ایراداتی مطرح می‌باشد که به طرح و نقد آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱. مهم‌ترین ایراد، بر این نظر، فقدان پایگاه عینی در قراردادهای بهره‌برداری از حقوق ادبی و هنری است؛ توضیح اینکه در قرارداد اجاره، از عین مستأجره، سخن به میان می‌آید، در

حالی که حقوق ادبی و هنری، عینیت به معنای وجود مادی ندارد (محمدی، قراردادهای حقوق مؤلف، ۱۸۶، ماهیت و اثر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف، ۱۵۸-۱۵۹).

همان‌گونه که در خصوص بیع تلقی شدن قراردادهای مزبور گفته شد، در صورت قائل شدن به معنی سنتی عین، ایراد مذکور، وارد می‌باشد، لیکن اگر همچون برخی از استادان حقوق (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۳۷۱/۱)، از اختصاص اجاره، به انتفاع منافع عین مادی، دست برداشته شود و میان انتقال حق مالکیت منافع اعیان و انتقال حق مالکیت منافع آثار ادبی و هنری، تفاوتی دانسته نشود، ایراد مزبور، جایی ندارد.

توضیح اینکه می‌توان در اموال غیر مادی نیز میان مالکیت اصل مال و منافع آن تفکیک قائل شد؛ به ویژه اینکه فقیهان، در تعریف عقد اجاره، از تملیک منفعت در مقابل عوض، سخن می‌گویند و اجاره را همانند عاریه، در مورد اموالی جاری می‌دانند که با استفاده از آن، اصل مال از بین نمی‌رود (محقق حلی، المختصر النافع، ۱۵۲، شرایع الاسلام، ۴۱۳/۲؛ علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۲۹۰/۲؛ فاضل آبی، ۳۰/۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۷۰/۷؛ اردبیلی، ۵/۱۰؛ نجفی، ۲۰۴/۲۷). حقوق ادبی و هنری نیز دارای همین ویژگی هستند و با استفاده‌ی از آن‌ها، اصل حق، از بین نمی‌رود. در مواردی نیز که از عین مستأجره، سخن گفته می‌شود، به نظر می‌رسد از این باب می‌باشد که منافع، نیازمند پایگاه است.

البته، به طور معمول اعیان مادی، پایگاه منافع هستند. ماده‌ی ۴۶۶ قانون مدنی را نیز که در تعریف اجاره، از عین مستأجره، یاد می‌نماید، می‌توان بر همین مبنا تفسیر نمود.

۲. اشکال دیگر، این است که در اجاره، تعیین مدت شرط، ضروری می‌باشد؛ در حالی که در قراردادهای پیش‌گفته، ممکن است مدت تعیین نشود (محمدی، قراردادهای حقوق مؤلف، ۱۸۷، ماهیت و اثر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف، ۱۵۹).

در پاسخ باید گفت: در اجاره، از این جهت، شرط تعیین مدت، لازم دانسته می‌شود که به طور معمول از این راه است که میزان منافع، تعیین می‌گردد و غرر منتفی می‌شود. در مورد قراردادهای مورد بحث نیز در فرض سکوت طرفین درباره‌ی تعیین مدت، قانونگذار خود، این امر را متکفل می‌گردد. قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، در ماده‌ی ۱۴، مدت سی سال را مقرر می‌نماید؛ بنابراین، با تعیین مدت از سوی طرفین یا قانونگذار، غرر، مرتفع می‌گردد.

۳. همچنین ایراد شده است: در عقد اجاره، حصول منافع مورد نظر، تدریجی است؛ حال

اینکه به محض خلق اثر، حقوق مادی مؤلف نیز ایجاد می‌شود و به گذشت زمان، نیازی ندارد (همان، همان).

این اشکال نیز درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در حقوق ادبی و هنری نیز منافع، به تدریج حاصل می‌شود و بهره‌برداری از حق انتشار نیز در طول زمان و به تدریج، عملی می‌گردد.

۴. اشکال دیگری که در خصوص تطبیق قرارداد اجاره بر این دسته از قراردادها مطرح می‌باشد، محدودیت‌های مربوط به بهره‌برداری از اثر و تعهدات خاصی است که در این قراردادها وجود دارد. این اصل که انتقال حقوق مالی پدیدآورنده، از سوی طرف قرارداد، به اذن پدیدآورنده، نیازمند است و همچنین اصل لزوم بهره‌برداری از اثر که به موجب آن طرف قرارداد، به بهره‌برداری از اثر و انتشار آن، متعهد است، محدودیت‌های قابل ذکر هستند که به بهره‌برداری از اثر، مربوط می‌باشند (همان، ۱۸۸، همان، ۱۵۹-۱۶۰).

همان‌گونه که در پاسخ به اشکال سوم مذکور در بخش قرارداد انتشار و عقد بیع، بیان شد، این قبیل محدودیت‌ها و الزاماتی که قانونگذار مقرر می‌نماید، بر ماهیت عمل حقوقی تأثیری ندارد. دخالت قانونگذار و اعمال محدودیت‌های قانونی در قوانین روابط موجر و مستأجر، مصوب سال‌های ۱۳۳۹، ۱۳۶۲، ۱۳۵۶ و... نمونه‌ای از این دست می‌باشد.

۵. ایراد دیگر، این است که اجاره، عقدی معوض است؛ در حالی که قرارداد بهره‌برداری از آثار ادبی و هنری می‌تواند به صورت غیرمعوض منعقد شود (همان، همان).

بدیهی است، چنانچه قرارداد بهره‌برداری، به صورت غیرمعوض منعقد شود، ماهیت اجاره را دارا نمی‌باشد و باید برای آن در جستجوی ماهیت دیگری بود؛ لیکن این موضوع، دلیلی برای نفی ماهیت اجاره، از قراردادهای معوض مزبور نمی‌باشد.

۶. اشکال دیگر، درباره‌ی پیدایش شیوه‌های جدید بهره‌برداری از اثری است که موضوع قرارداد می‌باشد؛ توضیح اینکه اصولاً، در صورت پیدایش شیوه‌های جدید بهره‌برداری از اثر، پدیدآورنده، حق استفاده‌ی از شیوه‌های جدید را ندارد و طرف قرارداد، نسبت به آن، حقی ندارد؛ حال اینکه در قرارداد اجاره، منافع، در مالکیت مستأجر به وجود می‌آید و همین امر کافی است تا همه‌ی منافع، به وی تعلق داشته باشد (همان، ۱۸۹، همان، ۱۶۰).

این اشکال نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا در هر اجاره‌ای، تعیین محدوده‌ی مجاز انتفاع، تابعی از اراده‌ی طرفین می‌باشد و بر اساس آن، تعیین میزان منافع مورد انتقال، تحلیل می‌گردد؛ در همین راستا، شیوه‌های جدید بهره‌برداری که در زمان انعقاد قرارداد، وجود نداشت و مورد

تراضی طرفین قرارداد نبود، در قلمرو اجاره، وارد نگردیده است.

با توجه به نکات فوق، به نظر می‌رسد، برای واگذاری حق بهره‌برداری از اثر، استفاده‌ی پدیدآورنده، از نهاد حقوقی اجاره، امکان‌پذیر است. بدیهی است، در این صورت، طرفین قرارداد به رعایت و پذیرش قواعد حاکم بر اجاره، ملزم می‌باشند.

قرارداد انتشار و عقد صلح

قرارداد صلح، یکی دیگر از قالب‌هایی است که برای قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مادی آثار ادبی و هنری مطرح می‌شود. برخی از نویسندگان که در پذیرش عقد بیع، برای واگذاری حقوق پدیدآورنده، تردید می‌نمایند و آن را محل تأمل می‌دانند، استفاده از قالب صلح را با توجه به شرایط آسان‌تر آن، پیشنهاد می‌دهد (موسوی، ۱۶۴؛ صادقی نشاط، ۲۵۷، ۱۵۱).

صلح، گستره‌ی وسیعی دارد که می‌توان از آن، نه تنها برای رفع دعوی، بلکه برای ایجاد آثار سایر قراردادهای و نیز ایجاد آثاری استفاده نمود که در قراردادهای دیگر، معهود نیست؛ البته، قرارداد صلح بدوی که بر دعوی مبتنی نیست و در مقام ایجاد آثار سایر قراردادهای می‌باشد، مورد تصریح اکثر فقهاء می‌باشد. در این میان، محقق اردبیلی و محقق بحرانی، ظاهر کلام اصحاب را دال بر اجماع امامیه در این خصوص می‌دانند (علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۱۷۷/۲؛ محقق کرکی، رسائل، ۱۹۰/۱، جامع المقاصد، ۴۰۷/۹-۴۰۸؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۵۷/۴؛ اردبیلی، ۳۳۱/۹؛ بحرانی، ۸۴/۲۱؛ طباطبایی، ۳۶/۹؛ نجفی، ۲۱۱/۲۶؛ آل‌کاشف الغطاء، ۳۷)؛ البته، برخی از نویسندگان فقهی معاصر (امامی، ۷۸-۱۳۹)، نظری مخالف ارائه می‌نمایند.

به نظر می‌رسد، باید با اکثریت فقهایی همداستان شد که مشروعیت صلح بدوی را مورد پذیرش قرار می‌دهند؛ زیرا اینکه صلح، ابتدائاً، برای دفع نزاع تشریح گردیده است، مانعی از این نیست که با توجه به سایر ادله، به مواردی نیز تسری یابد که دعوی در بین نمی‌باشد؛ توضیح اینکه همان‌گونه که برخی از فقهاء می‌گویند، اطلاق برخی از روایات مربوط صلح همانند: الصلح جائز بین المسلمین إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، و الصلح جائز بین الناس (حر عاملی، ۴۴۳/۱۸) - و نیز اصل صحت و ادله‌ی لزوم وفای به عقد، اقتضاء می‌کند که عقد صلح، بدون وابستگی به سبق دعوی، مشروع باشد و بتواند آثاری مشابه آثار سایر عقودمانند: بیع و اجاره بر جای گذارد (محقق کرکی، جامع المقاصد، ۴۰۷/۹-۴۰۸؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۵۹/۴-۲۶۰؛ اردبیلی، ۳۳۱-۳۳۳؛ طباطبایی، ۳۶/۹؛ نجفی، ۲۱۱/۲۶).

با توجه به پیشینه‌ی فقهی موصوف و با توجه به مواد ۷۵۲ و ۷۵۸ قانون مدنی، صلح بدوی در حقوق ایران مورد پذیرش است. با این توصیف، قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مادی آثار ادبی و هنری، می‌تواند در قالب صلح بدوی منعقد گردد؛ به ویژه اینکه موضوع عقد صلح می‌تواند، حقوق، اعیان و نیز دیون باشد و ضرورتی ندارد که موضوع آن عین باشد (جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۴۸). همچنین عقد صلح ممکن است معوض یا مجانی باشد و از این جهت، هر دو دسته‌ی قراردادهای بهره‌برداری معوض و مجانی را در بر می‌گیرد. همین گستره‌ی وسیع دامنه‌ی عقد صلح، باعث می‌گردد که از صلح به سید العقود و سید الأحکام، یاد شود (همان، ۱۳۵؛ کلباسی، ۲۷۷).

با این حال، نسبت به این قالب حقوقی هم ایراد و ادعاه می‌شود که عقد صلح، مبتنی بر مسامحه و متضمن گذشت از برخی حقوق احتمالی و اسقاط حق ادعاه و... می‌باشد، در حالی- که قراردادهای مورد بررسی، بر مسامحه، مبتنی نیستند و هدف از آنها حمایت از پدیدآورنده، طرف ضعیف قرارداد می‌باشد؛ بنابر این، عقد صلح، قالب مناسب و تأمین‌کننده‌ی نیازهای مزبور نیست؛ هرچند که در شرایط فعلی، می‌توان قرارداد بهره‌برداری را در قالب عقد صلح منعقد نمود (محمدی، قراردادهای حقوق مؤلف، ۱۹۰-۱۹۱، ماهیت و اثر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف، ۱۶۱-۱۶۲).

انتقاد مزبور وارد نیست؛ زیرا از سویی، همیشه، عقد صلح، بر مسامحه مبتنی نیست؛ به همین جهت، در کنار صلح مسامحه، از صلح مغایبه نیز سخن گفته می‌شود (جعفری لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۵۲-۱۵۳؛ شهیدی، ۸۳-۸۴؛ کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱۳۳/۱، ۱۲۷) و از سوی دیگر، پدیدآورنده، آزاد است که از منافع خویش، در قالب عقد صلح، پاسداری نماید. حمایت‌های قانونی نیز فارغ از قالب و شکل قرارداد، بنابر صلاحدید قانونگذار صورت می‌پذیرد. در هر حال، قانونگذار می‌تواند اراده‌ی خویش را در قالب احکام آمره، بر طرفین قرارداد، الزام نماید.

بنابر این، دلیل موجهی برای این ادعاه، وجود ندارد که قرارداد صلح، برای واگذاری حقوق مادی آثار ادبی و هنری، مناسب نمی‌باشد.

قرارداد انتشار و عقد معاوضه

قالب دیگری که برای قراردادهای بهره‌برداری حقوق ادبی و هنری می‌توان مطرح نمود،

قرارداد معاوضه می‌باشد.

در فقه امامیه، معاوضه، دارای معنایی عام است و هر قراردادی را در بر می‌گیرد که متضمن تقابل عوض و معوضی می‌باشد. در این معنی، نکاح نیز نوعی معاوضه به شمار می‌آید (علامه-ی حلی، تحریر الأحکام، ۳۳۲/۲؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۲/۲۸۲)؛ هر چند احکام آن بسان معاوضاتی مانند: بیع و اجاره نیست؛ به همین جهت است که در کتب فقهی، کتاب مستغنی همچون: کتاب البیع، برای بررسی احکام معاوضه، اختصاص نیافته است. در عین حال برخی از فقیهان، در کنار سایر عقود معاوضی، از عقد ویژه‌ای با نام معاوضه، سخن می‌گویند.

در این راستا، میرزای قمی تصریح می‌نماید: چنانچه چیزی با چیز دیگری معاوضه گردد بدون ملاحظه اینکه یکی ثمن و دیگری مثن باشد، قرارداد مذکور، عقد معاوضه است. محقق قمی، عقد معاوضه را با سایر عقود معاوضی، متفاوت می‌داند و معتقد است: چنانچه معاوضه‌ی مزبور، با لفظ صورت پذیرد، معاوضه، عقدی لازم و مشمول عموم آیه‌ی شریفه‌ی: «أوفوا بالعقود» (مانده: ۱) می‌باشد و احکام اختصاصی بیع، از قبیل: خیار مجلس و خیار حیوان، در آن جاری نمی‌گردد و چنانچه معاوضه‌ی مزبور، بدون لفظ انجام شود، از جائز بودن آن سخن می‌گوید (میرزای قمی، ۳۵۷/۲-۳۵۸).

محقق نائینی نیز پس از بیان معنایی عام برای معاوضه، از امکان تحقق عقد معاوضه به معنی خاص در کنار بیع و اجاره و امثال آن، سخن می‌گوید (نائینی، کتاب المکاسب و البیع، ۱/۲۶۵).

در هر حال قانون مدنی، پس از عقد بیع، از قرارداد معاوضه، همانند یکی از قراردادهای معین، یاد می‌کند. طبق تعریفی که ماده‌ی ۴۶۴ قانون مدنی بیان می‌دارد، معاوضه، عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین، مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند، بدون ملاحظه‌ی اینکه یکی از عوضین، مبیع و دیگری، ثمن باشد.

از آنجا که به موجب ماده‌ی ۴۶۵ قانون مدنی، عقد معاوضه، احکام اختصاصی بیع را ندارد و با توجه به اینکه قانونگذار، موضوع آن را مال می‌داند، بنابر این، از این جهت، محدودیتی ندارد و هر مالی اعم از عین، عمل، حق، دین یا منفعت ممکن است موضوع قرارداد معاوضه باشد (شهیدی، ۸۳-۸۴؛ کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱/۳۳۹)؛ در نتیجه، اشکالات مطرح شده نسبت به قالب بیع، در مورد معاوضه، مطرح نمی‌باشد.

قرارداد انتشار و قراردادهای حق انتفاع

قالب دیگری که می‌توان برای انعقاد قراردادهای بهره‌برداری حقوق ادبی و هنری پیشنهاد داد، قراردادهای حق انتفاع است که به موجب آن، پدیدآورنده، حق انتفاع از اثر خویش را به دیگری واگذار می‌کند. به موجب قانون مدنی، قراردادهای موجد حق انتفاع، عبارتند از عمری، رقبی، سکنی، حبس مطلق و وقف. در این میان، آن چیزی که می‌تواند در این قسمت مورد نظر باشد، عمری، رقبی و حبس مطلق است. چه اینکه وقف معوض نمی‌باشد و سکنی نیز از بحث، خروج موضوعی دارد.

اشکالی که ممکن است نسبت به این قالب حقوقی مطرح گردد، این است که در قرارداد حق انتفاع، شرط عین بودن مال موضوع حق انتفاع، قابل استنباط است (صفایی، اشخاص و اموال ۱/۲۴۰). به موجب ماده‌ی ۴۰ قانون مدنی، حق انتفاع، عبارت از حقی است که به موجب آن، شخص می‌تواند از مالی استفاده کند که عین آن، ملک دیگری است، یا مالک خاصی ندارد. در خصوص این اشکال مطالبی یادآوری می‌شود که در بیع و اجاره گفته شد؛ با این حال اشکال مزبور و اعتقاد به عین بودن حق انتفاع و نیاز آن به پایگاه مادی، باعث شده است که برخی از استادان حقوق، حق انتفاع از دین و حقوق معنوی را مانند حق ادبی و هنری، مشمول قراردادهای حق انتفاع مذکور ندانند و توسل به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی را لازم شمارد (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۶۷).

اشکال دیگری که ممکن است به ذهن برسد، این است که به موجب ماده‌ی ۴۷ قانون مدنی، در قراردادهای حبس، اعم از اینکه به صورت عمری و غیر آن، منعقد شود، قبض، شرط صحت می‌باشد؛ در حالی که قبض حقوق ادبی و هنری، ممکن نیست.

در پاسخ به این پندار، باید گفت: قبض، مفهومی عرفی دارد که عبارت از استیلائی عرفی بر مال می‌باشد؛ مهم، این است که عرف، شخص را بر مال مسلط بداند. همان‌گونه که برخی از استادان حقوق نیز می‌گویند: قاعده‌ی ثابتی در چگونگی تسلیم وجود ندارد و باید داوری عرف را پذیرفت (همو، حقوق مدنی، ۱/۱۶۷). با این توضیح، قبض عرفی آثار ادبی و هنری، امری ممکن و قابل تصور است.

برخی از یک سو، معتقدند: قراردادهای مربوط به بهره‌برداری از حقوق ادبی و هنری، مالکیت را از پدیدآورنده‌ی آن، سلب نمی‌کند؛ و از دیگر سو، با استناد به ظاهر مواد: ۲۶، ۱۸، ۱۶، ۱۵، ۱۴، ۵ و ۳۰ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان که از

واگذاری حق استفاده، یا استفاده از اثر، سخن به میان می‌آورد معتقدند: اثر قراردادهای مزبور، ایجاد حق انتفاع، برای طرف قرارداد است و از این رو، قراردادهای مزبور را بر پایه‌ی ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی توجیه می‌نمایند. این، در حالی است که درباره‌ی ایجاد حق انتفاع، وجود پایگاه عینی را شرط نمی‌دانند و لزوم قبض را در عقد حق انتفاع، مانعی برای واگذاری حقوق ادبی و هنری، در قالب عقد حق انتفاع، به شمار نمی‌آورند (محمدی، قراردادهای حقوق مؤلف، ۲۱۵-۲۲۱، ماهیت و اثر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف، ۱۸۲-۱۸۷).

با توجه به توضیحات فوق، معلوم نیست که چرا نویسنده‌ی مزبور، به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی متوسل می‌گردد. چنانچه از سویی، اثر قراردادهای مزبور، حق انتفاع باشد و از سوی دیگر، عینی بودن حق انتفاع، منتفی باشد و لزوم قبض، مانعی ایجاد ننماید، قراردادهای مزبور، برحسب مورد، یکی از قراردادهای عمری، رقبی، یا حبس مطلق می‌باشد که قانونگذار، در مواد ۴۱ به بعد قانون مدنی، به بیان احکام آن می‌پردازد.

به نظر می‌رسد، چنانچه از مفهوم سنتی عین، صرف نظر شود و با پذیرش برداشت عرفی، عین، فقط بر اشیاء مادی، ناظر دانسته نشود، نه تنها می‌توان قراردادهای مزبور را در قالب صلح و معاوضه منعقد ساخت، بلکه مانعی از انعقاد آن‌ها در قالب قراردادهای اجاره و حق انتفاع نیز وجود ندارد (رحیمی و سلطانی، ۱۶۶، ۱۶۴؛ رحیمی، ۲۰۵-۲۰۸). در غیر این صورت، از عقود معین اجاره و حق انتفاع نمی‌توان بهره‌جست و باید به قراردادهای معین صلح و معاوضه بسنده نمود؛ هرچند که تمسک به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی نیز که در بر دارنده‌ی اصل آزادی قراردادها است، در قالب عقود غیر معین با اشکالی مواجه نمی‌باشد.

توضیح اینکه به موجب ماده‌ی مزبور، قراردادهای خصوصی، نسبت به کسانی که آن را منعقد می‌سازند، در صورتی نافذ است که مخالف صریح قانون نباشد. اصل آزادی قراردادها، با توجه به عموماتی چون: أوفوا بالعقد و المؤمنون عند شروطهم، از منظر فقهی نیز مورد پذیرش است (محقق داماد، ۲۶-۲۷).

هرچند با توجه به عمومات مذکور، پذیرش اصل آزادی قراردادها از منظر فقهی مرجح است، لیکن این مسأله، مورد اتفاق نظر فقیهان نیست (همان، ۲۶-۲۷، ۱۶۶، ۱۷۸-۱۷۸؛ صائمی، شروط ابتدائی در فقه و بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی، ۷۷-۱۰۴، الشروط الابتدائية في الفقه و القانون المدني، ۷۷-۱۰۲؛ ذاکر صالحی، ۱۳۹-۱۶۳).

بدیهی است، هنگامی قرارداد انتشار، قراردادی نامعین مطرح می‌شود که قرارداد و احکام و

شرایط مورد نظر طرفین، بر هیچ یک از قراردادهای پیش گفته، قابل انطباق نباشد؛ در این صورت، قواعد عمومی قراردادها و نیز قواعد اختصاصی ای که طرفین قراردادها، در ضمن عقد، تعیین می کنند، بر قرارداد حاکم می باشد.

با این همه، شایسته است قانونگذار ایرانی نیز همانند قانونگذار فرانسوی، برای قراردادهای بهره برداری از آثار ادبی و هنری، با در نظر گرفتن مجموع مصالح پدید آورنده، طرف قرارداد و جامعه، مقررات ویژه و متناسبی وضع نماید.

نتیجه گیری

در حقوق فرانسه، قرارداد انتشار، عقدی معین می باشد و در قانون مالکیت فکری کشور فرانسه، در خصوص قرارداد انتشار، مقررات ویژه ای پیش بینی شده است؛ این، در حالی است که در نظام حقوقی ایران، مقررات ویژه ای در خصوص قرارداد انتشار به چشم نمی خورد؛ در عین حال به نظر می رسد، قرارداد انتشار می تواند در قالب قرارداد اجاره، صلح، معاوضه و نیز قراردادهای حق انتفاع منعقد گردد؛ البته، استفاده از عقد بیع، برای تشکیل قرارداد انتشار، با اشکالاتی رو به روست که از برخی آن ها، گزیری نیست. در کنار این موارد، ماده ی ۱۰ قانون مدنی نیز این امکان را فراهم می سازد که قرارداد انتشار، به صورت قراردادی غیر معین، منعقد گردد. بدیهی است، هنگامی فرض اخیر، مطرح می شود که قرارداد مورد نظر طرفین، بر هیچ یک از قراردادهای پیش گفته، قابل انطباق نباشد که در این صورت، قواعد عمومی قراردادها و نیز قواعد اختصاصی ای که طرفین قرارداد، در ضمن عقد، تعیین می کنند، بر قرارداد، حاکم می باشد.

منابع

قرآن کریم.

آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، اول، تهران: وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

آل کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریرالمجلة، نجف: المكتبة المرتضوية، ۱۳۶۱ ق.

أردبیلی، احمد، مجمع الفائدة و البرهان، اول، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۱۲ ق.

اصفهانى، محمد حسین، الإجارة، دوم، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۰۹ ق.

همو، حاشیه المکاسب، اول، محقق، ۱۴۱۸ ق.

امامی، مسعود «صلح ابتدائی» فقه اهل بیت (علیهم السلام)، سال ۹، شماره ی ۳۴، تابستان

۱۳۸۲، ۷۸-۱۳۹.

- انصاری، مرتضی، *فرائد الأصول*، اول قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- همو، مکاسب، دوم، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۰ ق.
- بحرالعلوم، سیدمحمد، *بلغة الفقیه*، چهارم، تهران: منشورات مکتبه الصادق، ۱۳۶۲.
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة*، اول قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۳۶۳.
- بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، اول تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
- جعفری تبار، حسن «ملک معنی در کنار گفتاری در فلسفه مالکیت فکری» *فصلنامه حقوق*، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، سال ۳۷، شماره‌ی ۲، تابستان ۱۳۸۶، ۸۲-۸۱.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، هفتم، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۴.
- همو، *حقوق مدنی*، رهن و صلح، سوم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- همو، *مبسوط در ترمینولوژی*، دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.
- حراملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه*، دوم، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لإحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
- حسینی سیستانی، سیدعلی، *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، قم: مکتب السید السیستانی، ۱۴۱۴ ق.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد، *مفتاح الکرامه*، اول قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۴ ق.
- خمینی، سید روح‌الله، *کتاب‌البیع*، اول تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، اول قم: مکتبه‌ی الداوری، ۱۳۷۷.
- همو، *منهاج الصالحین*، بیست و هشتم، قم: مدینه‌ی العلم، ۱۴۱۰ ق.
- ذاکر صالحی، غلامرضا «شروط ابتدائی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین» *مجله‌ی مقالات و بررسی‌ها*، دفتر ۷۶ (۳) فقه، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، ۱۳۹-۱۶۳.
- رحیمی، مرتضی و سلطانی، عباسعلی «مبانی فقهی حقوق مالکیت معنوی در فقه شیعه» *مجله‌ی مطالعات اسلامی*، شماره‌ی ۷۳، پاییز ۱۳۸۵، ۱۳۳-۱۷۲.
- رحیمی، مرتضی، *بررسی مبانی فقهی و حقوقی مبانی مالکیت معنوی*، رساله دکتری، دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد با راهنمایی عباسعلی سلطانی، سال ۱۳۸۴.
- روحانی، سید محمد صادق، *المسائل المستحاثه*، چهارم، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۴ ق.
- همو، *فقه الصادق*، سوم، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، سوم، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ۱۹۹۸ م.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، اول قم: مکتبه‌ی الداوری، ۱۴۱۰ ق.
- همو، *مسالك الأفهام*، اول قم: مؤسسه‌ی المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۴ ق.

- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (۶)، سوم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۴.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، دوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، ۱۳۸۸.
- صائمی، علی اصغر «الشروط الابتدائية في الفقه والقانون المدني» مصطفى ربيعي، فقه اهل البيت (عليهم السلام)، سال ۱۴۲۸ ق، شماره ۷۷، ۴۵-۱۰۲.
- همو، شروط ابتدائی در فقه و بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی، مجله هیات و حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره های ۹ و ۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۲، ۷۷-۱۰۴.
- صادقی نشاط، امیر، حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای کامپیوتری، اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹.
- صفایی، سید حسین، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
- همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اشخاص و اموال، هفتم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب (چاپ سنگی)، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
- همو، العروة الوثقی، اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامي، ۱۴۲۰ ق.
- طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- علامه یحیی، تحریر الأحكام، اول، قم: مؤسسه الإمام الصادق (علیه السلام)، ۱۴۲۰ ق.
- همو، تذکره الفقهاء (چاپ سنگی)، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- فاضل آبی، کشف الرموز، اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامي، ۱۴۱۰ ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، سیدحسن موسوی کرمانی، علی پناه اشتهاردی، اول، قم: المطبعة العلمية، ۱۳۸۷ ق.
- قبولی درافشان، سید محمد هادی، مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس، اول، تهران: انتشارات شلاک، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره ی عقود معین، هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.
- همو، دوره ی مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، دهم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
- کلمبه، کلود، اصول بنیادین حقوق مؤلف و حقوق مجاور در جهان، علی رضا محمدزاده و ادقانی، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵.
- کلباسی، ابراهیم، منهاج الهدایة، بی جا، بی نا، بی تا.
- محقق حلّی، شرائع الإسلام، دوم، تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.
- همو، المختصر النافع، سوم، تهران: مؤسسه البعثة، ۱۴۱۰ ق.
- محقق داماد، سیدمصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.

- محقق کرکی، جامع المقاصد، اول، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لإحياء التراث ۱۴۱۱ ق.
- همو، رسائل الکركي، اول، قم: مکتبه المرعشي النجفي، ۱۴۰۹ ق.
- محمدی، پژمان، ماهیت و اثر قراردادهای بهره‌برداري از حقوق مؤلف، فصلنامه‌ی مدرس علوم انسانی، دوره‌ی ۱۲، شماره‌ی ۳، ۱۳۸۷، ۱۴۵-۱۹۱.
- همو، قراردادهای حقوق مؤلف، اول، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات دادگستر، ۱۳۸۶.
- موسوی بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهية، اول، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- موسوی، سیدرضا، حق تألیف در حقوق اسلامی، مجله‌ی مطالعات اسلامی، شماره‌ی ۶۴، تابستان ۱۳۸۳، ۱۲۳-۱۶۶.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، اول، تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
- نایینی، محمد حسین، کتاب المكاسب و البيع، محمد تقی آملی، اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامي، ۱۴۱۳ ق.
- همو، منیه الطالب، موسی خوانساری، اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامي، ۱۴۱۸ ق.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، دوم، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۳۶۶.
- القانون المدني المصري.
- قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲.
- قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹.
- قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸.
- قانون حماية حقوق الملكية الفكرية.
- قانون مدنی ایران

Code de la propriété intellectuelle.

Code de l'industrie cinématographique.

Code du cinéma et de l'image animée.

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

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

pollaud-dulian, Frédéric, Le droit d'auteur, Paris, Economaca, 2005.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۲،
بهار ۱۳۹۲، ص ۱۴۵-۱۲۵

جدال اخباریان با اصولیان در حجیت ظواهر*

دکتر محمدحسن محمدی مظفر

عضو هیئت علمی دانشگاه ادیان و مذاهب قم (نویسنده مسئول)

Email: mhmozaffar@gmail.com

دکتر محمد کاظم شاکر

دانشیار دانشگاه قم

Email: mhmozaffar@gmail.com

چکیده

به نظر اخباریان «استنباط احکام نظری از ظواهر قرآن و سنت پیامبر بدون مراجعه به امامان معصوم، جایز نیست. پس از تفحص در سخنان امامان نیز اگر قرینه‌ای یافت نشد، باید متوقف شد و نمی‌توان به ظواهر مذکور تمسک کرد». دلایل اخباریان بر این مدعا گوناگون است، ولی مهمترین دلایل آنان روایاتی است که مدعی تواترشان‌اند. این مقاله به بررسی دلایلی که اخباریان بر مدعای‌شان آورده یا به آنان منسوب شده، می‌پردازد. از جمله نتایجی که در این بررسی به دست آمده، عبارت است از

۱. حدیث ثقلین قابلیت دلیل شدن برای هر دو گروه اخباری و اصولی را دارد؛
۲. اخباریان در این مدعا به تحریف قرآن استدلال نکرده‌اند، ولی در نوشته‌های متأخر اصولی چنین نسبتی به آنان داده شده که نسبتی ناروا است؛
۳. مدعای اخباریان با واقعیت‌های کنونی زندگی در جامعه اسلامی سازگار نیست و ادعای آنان آرمانی عالی ولی غیر قابل دسترس است.

کلیدواژه‌ها: اخباریان، اصولیان، احکام نظری، ظواهر قرآن، تحریف قرآن.

مقدمه

ظواهر قرآن و سنت پیامبر از مسائلی هستند که اخباریان درباره‌ی آن اندیشه‌ای متمایز از دیگر عالمان اسلامی دارند. به نظر محمدامین استرآبادی بنیانگذار اخباری‌گری، ظواهر قرآن و سنت پیامبر تنها برای امامان معصوم رجوع‌کردنی است و آنان‌اند که می‌توانند از این ظواهر احکام را استنباط کنند، ولی پیروان‌شان نمی‌توانند به طور مستقیم به قرآن و سنت پیامبر رجوع و احکام را از آنها استنباط کنند، بلکه تنها به واسطه و از طریق امامان معصوم باید به قرآن و سنت پیامبر رجوع کنند؛ زیرا بخش زیادی از قرآن و سنت پیامبر به طریق ابهام‌افکنی (تعمیه) بر اذهان رعیت نازل شده و راه یافتن به آن تنها با شنیدن از صادقین (ع) امکان‌پذیر است و مادام که از طریق آنان درباره‌ی ظواهر قرآن و سنت پیامبر، اطلاعی در دستمان نباشد، باید توقف و احتیاط کنیم و نباید به ظواهر آن دو استناد کنیم.

به نظر استرآبادی تمسک به ظواهر الفاظ برای ما فقط در باب احادیث امامان جایز است. او این اصل عقلایی پذیرفته‌شده‌ی اصولیان را می‌پذیرد، که متکلم حکیم در مقام بیان و تفهیم سخنی نمی‌گوید که خلاف ظاهرش را بدون وجود قرینه‌ی صارفه‌ای، اراده‌کنند، ولی آن‌را در خصوص بخش عمده‌ای از کلام خداوند و کلام پیامبر درباره‌ی ما جاری نمی‌داند، زیرا ما مخاطب قرآن نیستیم و قرآن را تنها مخاطبان آن (من خوطب به) می‌شناسند. او برای این مدعای خود به روایات مختلفی استناد می‌کند. به نظر او کلام امامان چنین نیست و طبق آن اصل می‌توان به ظاهر کلام آنان تمسک کرد، زیرا کلام آنان در حد ادراک مردم عادی است و آنها مخاطبان‌شان هستند و در کلام آنان احتمال نسخ و اراده‌ی خلاف ظاهر نمی‌رود. (استرآبادی، ص ۱۷۸-۱۷۹، ۲۷۰-۲۷۱)

شیخ حرّعاملی نیز معتقد است که می‌توانیم میان ظواهر قرآن و حدیث پیامبر با ظواهر احادیث امامان فرق بگذاریم و آنها را از تشابهات و اینها را از محکّمات بدانیم، زیرا در آنها احتمالاتی است که در اینها نیست و ما مأموریم که قرآن را به امامان عرضه کنیم، ولی مأمور نشده‌ایم که احادیث امامان را به کسی عرضه کنیم. (حرّعاملی، فوائده، ۱۸۴)

به نظر محدّث جزائری امامان نقش مترجم را برای ما دارند و ما به طور مستقیم نمی‌توانیم کلام خدا و پیامبر را بفهمیم، بلکه آنها امامان را خطاب می‌کنند و امامان نیز آن را برای ما ترجمه می‌کنند و لذا آنان «تراجمه و حیه» نامیده می‌شوند. (جزائری، انوار، ۳۰۷/۱) محدّث جزائری از یکی از اساتید خود نقل کرده که کل قرآن را به ما متشابه دانسته‌اند، حتی در مثل

«قل هو الله احد» که آیه‌ی محکم و ظاهرالدلاله‌ای است، ولی برای ما متشابه است و ما فقط از طریق تفسیر امامان می‌توانیم به معنایش پی ببریم. (همو، *انوار*، ۳۰۸/۱؛ بحرانی، *درر*، ۳۳۹/۲-۳۴۰؛ همو، *حلائق*، ۲۷/۱)

بنابراین، از نظر اخباریانی نظیر محمدامین استرآبادی، شیخ حرّ عاملی و استاد جزائری تمسک به ظواهر قرآن و احادیث پیامبر برای ما ممکن نیست و تنها ظواهر احادیث امامان برای ما حجت است. ظواهر قرآن و احادیث پیامبر برای ما متشابه‌اند، ولی ظواهر احادیث امامان برای ما نصّ و محکم به‌شمار می‌آیند.

ولی البته این نظر از سوی همه‌ی اخباریان پذیرفته‌شده نیست، مثلاً فیض کاشانی که خود از اخباریان ثابت‌قدم است^۱، رأی استرآبادی را نمی‌پذیرد و در مسئله‌ی تمسک به ظواهر قرآن و احادیث پیامبر برای ما، قائل به جواز شده است. از نظر فیض ما می‌توانیم به محکّمات قرآن تمسک کنیم و احادیث منع از تفسیر قرآن بدون نصّ و اثر یا احادیثی که علم قرآن را منحصر به امامان دانسته‌اند، بر تفسیر متشابهات آن حمل می‌شوند، زیرا اگر ما نتوانیم به محکّمات قرآن استناد کنیم، قرآن را به کلی از انتفاع ساقط کرده‌ایم و بلکه به نظر فیض این احادیث ناظر به همه‌ی متشابهات هم نیستند، بلکه برخی از متشابهات را شامل می‌شوند که آن‌هم منسوب به جمهور مردم است نه به علمای کامل، وگرنه خیلی از فوائد قرآن از دست می‌رود. به نظر فیض همچنانکه در آیات قرآن و احادیث پیامبر عام و خاص و مجمل و مبین و مطلق و مقید و احتمالات دیگر هست، در کلام امامان نیز همین احتمالات وجود دارد، بنابراین اگر به قرآن و احادیث پیامبر نتوان تمسک کرد، به سخنان امامان نیز نمی‌توان تمسک جست؛ هر دوی اینها در این جهت یکسان‌اند، بلکه شاید قضیه برعکس باشد و تمسک به سخنان امامان نامحتمل‌تر و ناممکن‌تر باشد. (فیض کاشانی، *الاصول الاصلیه*، ۳۷، ۴۹، ۷۷، ۱۳۵)

^۱ عنایت ویژه او را به اخبار می‌توان در آثار پرشمارش مشاهده کرد، مثلاً تفسیر صافی او جزو تفسیرهای روایی است و در کتاب‌های اعتقادی‌اش نظیر *علم‌الیقین* نیز با انتقاد از روش‌های متکلمان و پرهیز دادن از الفاظ و اصطلاحات اختراعی آنان، همگان را به پیروی از ظواهر کتاب و سنت ترغیب می‌کند. در باره‌ی مسلک او همچنین بنگرید به مقدمه‌ی کتاب *السوافی*، ۱۸-۹/۱ *المقدمة الأولى فی التنبیه علی طریق معرفة العلوم الدینیة*، و نیز مقدمه *مفاتیح الشرائع*، ۱۰/۱، و از همه مهم‌تر به کتاب *الاصول الاصلیه* که آن را به منظور پیرایش *الفوائد المانیة* استرآبادی نگاشته و خود نیز به پیش‌کسوت بودن استرآبادی در این طریقه اذعان کرده است (نک *الحق المبین* چاپ شده همراه *الاصول الاصلیه*، ۱۲). محدث بحرانی نیز او را اخباری سخت (اخباریا صلباً) خوانده است (*فؤاد البحرین*، ۱۲۱).

محل نزاع کجاست؟

مراد از این که اخباریان ظواهر قرآن را حجت نمی‌دانند چیست؟ آیا مراد همه‌ی ظواهر قرآن است یا برخی از آن؟

آنچه از نوشته‌های اخباریان برمی‌آید، آن است که برخی از آنان به صورت موجه، هرگونه تمسک به ظواهر قرآن را ممنوع می‌دانسته‌اند. سید نعمه‌الله جزائری از استاد خود که از او با تعبیر «بعضاً مشایخنا المَحَقِّقین» یاد کرده، نقل می‌کند: که بر آن بوده که کلّ قرآن به ما متشابه است و برای ما جایز نیست که در محکم آن، بنابر ظاهرش سخن بگوییم. وی می‌گوید: من نزد استاد در مسجد جامع شیراز حاضر بودم که فاضلی از وی در باره‌ی «قل هو الله احد» که آیه‌ی محکم و ظاهرالدلاله‌ای است، پرسش کرد و استاد در پاسخ سؤالاتی را طرح کرد: از قبیل این که معنای احد و واحد و فرق آن دو چیست؟ سپس روایت «مَنْ فَسَّرَ الْقُرْآنَ بِرَأْيِهِ فَقَدْ كَفَرَ» را بر آن تطبیق داد؛ زیرا ظاهر این روایت همه‌ی آیات قرآن را شامل می‌شود. (جزائری، انوار، ۳۰۸/۱)

ولی در نوشته‌های اخباریان دیگر، تعبیرهای دیگری به‌کار رفته است. محمد امین استرآبادی، شیخ حرّ عاملی و شیخ حسین کرکی تعبیر «عدم جواز استنباط احکام نظری از ظواهر قرآن» را به‌کار برده‌اند. (استرآبادی، ۱۰۴، ۲۶۹، ۴۸۲؛ حرّ عاملی، فوائد، ۱۶۳، ۱۸۶؛ کرکی، ۱۵۵) با جست‌وجو در کلمات استرآبادی می‌توان دریافت که مراد وی از «احکام نظری» چیزهایی است که جزو «ضروریات دین» نیست.

استرآبادی در نخستین «فائده» کتابش نظر اصولیان را نقل می‌کند که بنابر آن بر مقلد واجب است که در مسائل شرعی که از ضروریات دین و ضروریات مذهب نیست، به مجتهد رجوع کند و مجتهد مطلق کسی است که می‌تواند هر مسئله‌ی شرعی فرعی نظری را استنباط کند. (استرآبادی، ۳۷) در جای دیگر می‌گوید: برای احکام شرعی نظری، چه فرعی باشند و چه اصلی، مدرکی جز احادیث عترت طاهره نیست. (همو، ۹۲) در جای دیگر در بیان طریقه‌ی اخباریان می‌گوید: طریقت آنان این است که در آنچه از ضروریات دینی نیست، از مسائل کلامی و اصولی و فقهی و امور دینی دیگر، فقط بر اخبار صحیح و صریح که از عترت طاهره روایت شده، اعتماد می‌کنند. (همو، ۱۰۹) در جای دیگر می‌گوید: اخباریان از اصحاب ما در اصول دین و فروع آن، تنها بر اخبار روایت شده از امامان اعتماد کرده‌اند. (همو، ۱۳۶) در جای دیگر، طریق علم به نظریات دین را منحصر در روایت از امامان دانسته است. (همو، ۲۴۱)

استرآبادی فصل دوم کتابش را به بیان انحصار مدرک غیر ضروریات دینی در سخن امامان معصوم قرار داده و بر آن است که ما دلیل قطعی نداریم که در نظریات دین بتوانیم به غیر از سخن آنان تمسک کنیم. (همو، ۲۵۴) در جای دیگری به فرق میان باب احکام الله و باب غیر احکام الله (که شامل موضوعات خارجی و عرفی می‌شود) اشاره کرده است. (همو، ۳۵۰) در جای دیگر در توضیح سخنی از ابن عباس می‌گوید: معنای سخن ابن عباس آن است که برخی از معانی قرآن از ضروریات دینی است که مسلمانان آن را می‌شناسند مثل وجوب نماز و زکات و حج؛ و برخی از آن معانی از ضروریات لغوی است که هر آشنایی به لغت آن را می‌شناسد؛ و برخی از آن معانی از نظریات است که تنها علما از آن آگاهی دارند. به نظر او مراد از این علماء عالمان آل‌محمد (ص) می‌باشد.^۱ (همو، ۳۵۵) در جای دیگری تعبیر «واضحات کتاب‌الله» را به کار برده و آن را به «چیزهایی که از ضروریات دین و مذهب است» معنا می‌کند. به نظر او مراد از تعبیر «العرض علی کتاب الله» که در برخی از روایات آمده، عرضه‌ی روایات بر این امور واضح از کتاب خداست. (همو، ۳۸۴) در جای دیگر در وصف اخباریان می‌گوید: آنان کسانی‌اند که در هر مسئله‌ای که از ضروریات دین نیست، به کلام عترت طاهره ملتزم‌اند. (همو، ۴۰۵) در جای دیگری می‌گوید: عاقبت از آن متقین است که در عقائد و اعمالشان به نصوص امامان معصوم تمسک می‌کنند. (همو، ۴۹۸)

به نظر استرآبادی، مراد از «ضروری دین» و «ضروری مذهب» اصطلاحی اصولی است، نه ضرورتی که از مصطلحات منطقیان است. به نظر او، علم ما به این ضرورت از راه نص حاصل می‌شود. ضرورت دین آن چیزی است که دلیلش نزد علمای اسلام واضح است و در اختلاف نظر نیست و ضروری مذهب آن چیزی است که نزد علمای مذهب دلیلش واضح است و در اختلاف نیست. به نظر او خیلی از مسائل در صدر اسلام جزو ضروریات دین بودند و سپس در نسل‌های بعدی به خاطر بروز شبهات به مسائل نظری تبدیل شدند. (همو، ۲۵۲-۲۵۳) شیخ حرّعاملی نیز مطالبی از قبیل توحید، نبوت، معاد و برخی از مسائل فرعی ضروری نظیر جهاد و ذمّ دنیا و حرام بودن برخی از مسموعات را دارای دلائل عقلی قطعی و نصوص متواتر دانسته و بر آن است که به آیاتی که در این باره نازل شده می‌توان عمل کرد و این آیات محل نزاع اخباری و اصولی نیستند. (حرّعاملی، فوائد، ۱۷۱-۱۷۲، ۱۷۶)

بنابراین، مراد از احکام نظری در عبارات این دسته از اخباریان احکامی است که از

^۱ نظیر این توجیه را شیخ حسین کرکی نیز آورده است، (نک. کرکی، ۱۵۷).

ضروریات دین نباشند، خواه از احکام اعتقادی و اصول دین باشند و خواه از احکام فقهی و فروع دینی. از این رو محل نزاع اخباریان و اصولیان در «استنباط احکام نظری از ظواهر قرآن» است، یعنی احکامی که جزو ضروریات دینی نیستند. البته هر دو گروه در این خصوص، تفحص از روایات امامان را لازم می‌دانند، ولی اخباریان بعد از فحص از دلیل و یأس از یافتن آن در کلمات امامان، قائل به توقف و تمسک‌نجستن به ظواهر قرآن می‌شوند و اصولیان بعد از فحص و یأس، به ظواهر قرآن تمسک می‌کنند.

فیض کاشانی پس از نقل سخنی از استرابادی که در آن وی استنباط احکام نظری از قرآن و سنت پیامبر را شغل امامان معصوم دانسته نه شغل ائمت، بر او ایراد می‌گیرد و می‌گوید: سزاوار نیست که کسی در جواز تفسیر قرآن برای غیرمعصومان تردید کند. فیض در اینجا به برخی از دلائلی اشاره می‌کند که اصولیان نیز به آنها در حجیت ظواهر قرآن استناد کرده‌اند. به نظر فیض، دلائلی را که استرابادی به آنها استناد کرده، باید به متشابهات قرآن اختصاص داد نه به محکّمات آن. فیض از این هم پیش‌تر رفته و می‌گوید: علم به همه متشابهات و همه‌ی ناسخ و منسوخ‌ها و همه‌ی احکام مخصوص معصومان است، ولی علم به برخی از متشابهات ممکن است نزد غیرمعصومان نیز یافت شود. (فیض کاشانی، *الاصول الاصلیه*، ۳۴-۳۸)

بنابراین، از نظر فیض، مجازنبودن برای تفسیر قرآن، تنها ویژه‌ی برخی از متشابهات قرآن و خاص جمهور مردم است و محل نزاع در حجیت‌نداشتن ظواهر قرآن نیز تنها به برخی از متشابهات قرآن اختصاص دارد. نتیجه آن‌که، گرچه فیض خود از اخباریان است، ولی در مسئله حجیت‌نداشتن ظواهر قرآن با آنان موافق نیست، بلکه نظرش موافق نظر اصولیان است، از این‌رو، نمی‌توان در این باب محل نزاعی میان او و اصولیان تصور کرد، بلکه او در اینجا طرف اصولیان را گرفته و با اخباریان در نزاع است.

دلائل اخباریان بر عدم حجیت ظواهر قرآن

اخباریان بر مدعای خود دلائل گوناگونی آورده‌اند و اصولیان نیز دلائل آنها را در کتاب‌های خود نقل و نقد کرده‌اند، تا آنجا که نگارنده مطالعه کرده‌ام، مفصل‌ترین بحث را در این زمینه شیخ حرّعاملی در *الفوائد الطوسیه* آورده‌است. شیخ حرّ در فائده‌ی ۴۸ کتابش ابتدا دلائل اصولیان را نقل کرده و به تفصیل به نقد آنها برخاسته است و سپس در فصلی دیگر به ذکر دلائل اخباریان پرداخته است. (حرّعاملی، *فوائد*، ۱۶۳-۱۹۵) نقد و بررسی همه‌ی این دلائل

مستلزم نگارش رساله‌ای مستقل است و در اینجا مجال پرداختن به همه‌ی آنها نیست، ما در اینجا تنها به اختصار نکاتی را یادآور می‌شویم.

دلایل قرآنی

شیخ حرّ عاملي در فصلي که به ذکر دلایل اخباریان پرداخته است، به ظاهر آیات فراوانی از قرآن بر مدعای اخباریان یعنی «عدم جواز استنباط احکام نظری از ظواهر قرآن» استدلال کرده است. شیخ حرّ می‌گوید: ما می‌توانیم به قرآن استدلال کنیم و این استدلال ما به قرآن مستلزم تناقض نیست؛ زیرا اولاً ما در مقابل اصولیانی استدلال می‌کنیم که به حجیت ظواهر قرآن معترف‌اند، بنابراین استدلال ما در برابر آنان از قبیل دلیل الزامی است، یعنی اصولیان را به چیزی که خودشان قبول دارند، ملزم می‌کنیم. ثانیاً روایات متواتری در موافقت با این ظواهر قرآنی وجود دارد، بنابراین استدلال ما در حقیقت استدلال به قرآن و روایات هر دو، است و در وجوب عمل به مواردی که این دو بر آن توافق دارند، خلافي نیست. سپس ۱۸ آیه را به عنوان شاهد بر مدعای اخباریان می‌آورد که در آن میان چندین آیه همان آیاتی است که از عمل به ظنّ نهی می‌کنند. (همو، فوائد، ۱۸۶-۱۹۱؛ نیز ۳۱۸-۳۲۵)

تا آنجا که نگارنده جست‌وجو کرده‌ام، غیر از شیخ حرّ، اخبار دیگری را نیافتم که به آیات قرآن بر این مدعای اخباریان استدلال کرده باشد. (البته برخی از این آیات در ضمن برخی روایات مورد استناد قرار گرفته‌اند، برای نمونه نک. استرابادی، ۲۴۳-۲۴۴). در کتاب‌های اصولیان نیز ندیدم که استدلال به آیات قرآن بر مدعای اخباریان به عنوان یکی از دلایل اخباریان طرح و نقد شده باشد.^۱ تنها در خصوص آیات ناهی از عمل به ظنّ در فرائد الاصول شیخ انصاری (۶۶/۱) احتمالی ذکر شده مبنی بر این که اگر بنا به گفته‌ی اصولیان، ظاهر قرآن حجت باشد، لازم می‌آید که ظاهر آیات ناهی از عمل به ظنّ نیز حجت باشد و چون ظواهر نیز از جمله ظنون هستند، بنابراین لازم می‌آید که این آیات از تمسک به ظواهر قرآن نیز نهی کنند، که این همان مدعای اخباریان است. ولی شیخ انصاری پاسخ داده که در این صورت لازم می‌آید که نتوانیم به ظاهر این آیات نیز تمسک کنیم؛ زیرا ظاهر همین آیات ناهی از عمل به ظنّ نیز ظنی است و نمی‌توان به آنها بنا بر مدعای اخباریان، تمسک کرد؛ پس استدلال به این

^۱ البته برخی از اصولیان یک آیه را مطرح کرده و از آن پاسخ گفته‌اند، ولی نحوه استدلال آنان به این آیه، شبیه استدلال اخباریان نیست و به نظر می‌رسد که آنان به پندار و تقریر خود از این دلیل پاسخ گفته‌اند. (قس. خوبی، ۲۷۲؛ صدر، ۳۰۳-۳۰۴؛ هاشمی، ۲۷۶/۴-۲۸۴؛ حاج عاملي، ۱۴۷/۳-۱۴۸؛ لنگرانی، ۲۷۳-۲۷۲/۱۰)

آیاتِ ناهی از عمل به ظنّ بر عدم حجّیت ظواهر قرآن استدلال پارادوکسیکال و خودستیز است. به علاوه، اصولیان مدعی اند که ما بر حجّیت ظواهر قرآن دلایلی داریم که با توجه به آنها، اطلاق آیاتِ ناهی از عمل به ظنّ شامل ظواهر قرآن نمی‌شوند. البته شیخ حرّ به آیاتِ دیگری نیز استدلال کرده که همان‌طور که خود گفته، این آیات را به عنوان دلایل الزامی ذکر کرده است.

دلایل روایی

عمده‌ترین و مهم‌ترین دلیل اخباریان بر عدم حجّیت ظواهر قرآن، دلایل روایی است. اخباریان در سخنان خود بارها به کثرت و تواتر روایات بر مدعای خود، استدلال کرده‌اند. (استرآبادی، ۹۹، ۱۳۶، ۲۴۵، ۲۷۰، ۳۰۵، ۴۰۵، ۴۸۲؛ حرّ عاملی، فوائده، ۱۶۳، ۱۶۹، ۱۷۱، ۱۸۸، ۱۹۱، ۱۹۳؛ کرکی، ۱۵۵، ۱۵۶، ۱۶۲؛ بحرانی، حدائق، ۲۷/۱؛ انصاری، ۵۶/۱) شیخ حرّ عاملی در کتاب *القضاء وسائل الشیعه* در باب ۱۳ از ابواب صفات قاضی بیش از هشتاد روایت نقل کرده که به نظر او بر «عدم جواز استنباط احکام نظری از ظواهر قرآن» دلالت دارند. (حرّ عاملی، وسائل، ۱۸/۱۲۹-۱۵۴) وی در *الفوائد الطوسیة* تعداد این روایات را بیش از دویست و بیست روایت دانسته و گفته: که بقیه‌ی آنها را در جای دیگر گردآوری کرده‌ام. به نظر وی این روایات بیش از حد متواتراند و به لحاظ سند و دلالت از نصوصی که بر امامت هر یک از امامان معصوم وارد شده، چیزی کم ندارند و دلالت‌شان در نهایت صراحت و وضوح است. به نظر وی دلالت این تصریحات از نصّ حدیث غدیر روشن‌تر است و تواترشان نیز از خیلی از نصوص بیشتر است. (همو، فوائده، ۱۹۱-۱۹۲) وی در مورد دیگری احادیث متواتر بر دعاوی اخباریان (البته مراد از این دعاوی، مطالبی اعم از ادعای عدم حجّیت ظواهر قرآن است) را بیش از هزار حدیث دانسته است. به نظر او احادیث متواتری که بر وجوب رجوع به امام معصوم در همه‌ی احکام دلالت دارند، مؤید ادعای اخباریان‌اند و همه دلایل امامت نیز موافق و مؤید این احادیث‌اند و معارضی که توان مقاومت در برابر آنها را داشته باشد، ندارند. (همو، فوائده، ۳۲۵ و ۱۹۳)

مضامین مطرح‌شده در این روایات، گوناگون است از قبیل اینکه: معرفت قرآن مختص «من خوطب به» است؛ قرآن در حدّ و اندازه‌ی عقول اهل ذکر (یعنی امامان معصوم) نازل شده است؛ قرآن به قصد تعمیم و ابهام‌افکنی بر اذهان رعیت نازل شده است؛ علم به ناسخ و منسوخ

و ظاهر و مؤول و عام و خاص و محکم و متشابه آن نزد اهل بیت (ع) است؛ تفسیر به رأی جایز نیست؛ عمل به متشابهات جایز نیست. (استرآبادی، ۲۷۰؛ حرّ عاملی، فوائده، ۱۹۲؛ بحرانی، حلائق، ۲۷/۱-۳۰) در برخی از کتاب‌های اصولی نیز این روایات دسته‌بندی شده و پاسخ داده شده‌اند. (خراسانی، ۲۸۲-۲۸۴؛ ایروانی، ۵۳/۲-۵۵؛ قدسی، ۳۳۳/۲-۳۳۹؛ صدر، ۳۰۵/۱-۳۰۸؛ هاشمی، ۲۸۴/۴-۲۸۷؛ خویی، ۲۶۷) در اینجا مجال این که همه‌ی این روایات و دلایل متمسکان به آنها را ذکر کنیم نداریم و جویندگان می‌توانند به منابع اشاره‌شده رجوع کنند. ما در اینجا تنها به ذکر نکاتی می‌پردازیم که با بررسی دلایل طرفین این بحث، به آنها دست یافته‌ایم.

الف) چنانکه دیدیم اخباریان مدعی تواتر این روایات اند. از سوی دیگر، اصولیان نیز بر آن‌اند که این روایات معارض دارند و معارض آنها بیشتر و یا متواتر است و بر جواز تمسک به ظواهر قرآن دلالت دارد.^۱ (انصاری، ۵۹/۱؛ هاشمی، ۲۸۴/۴، ۲۸۷-۲۸۹؛ خویی، ۲۶۵) محدث بحرانی که از اخباریان معتدل است، به تعارض روایات در این زمینه تصریح کرده و بر آن است که اخبار منع از تمسک به ظواهر قرآن نسبت به اخبار جواز هم بیشتر و هم صریح‌تر است. به نظر او روایات منع صراحت در مدعای اخباریان دارند، ولی روایات جواز اگر هم بپذیریم که هم‌شان و هم‌سنگ روایات منع‌اند، صراحتی در معارضه با ادعای اخباریان ندارند. (بحرانی، حلائق، ۲۷/۱، ۳۰؛ همو، درر، ۳۴۰/۲، ۳۴۶)

ب) از جمله روایاتی که طرفین نزاع در این بحث به آن تمسک کرده‌اند، حدیث ثقلین است (استرآبادی، ۲۵۴-۲۵۵؛ حرّ عاملی، فوائده، ۱۹۴؛ بحرانی، حلائق، ۲۹/۱؛ انصاری، ۵۹/۱؛ قدسی، ۳۲۹/۲؛ خویی، ۲۶۴). جالب است که هر دو طرف نیز در اینجا ادعای ظاهر بودن فهم خود را دارند. «اصولی» ادعای کند که ظاهر این حدیث آن است که هر یک از کتاب و عترت حجت مستقل است. (قدسی، ۳۲۹/۲) «اخباری» مدعی است که ظاهر آن است که مراد از تفرقه‌نداشتن این دو، مراجعه به عترت در فهم معانی قرآن است. (بحرانی، حلائق، ۲۹/۱)

چنانکه می‌دانیم حدیث ثقلین یکی از روایات اساسی است که شیعه در احتجاج علیه مذاهب دیگر و اثبات مذهب خود به آن تمسک می‌شود. مضمون این حدیث آن است که

^۱ مثل حدیث ثقلین که به تمسک به قرآن امر کرده؛ و نیز روایات عرضه بر کتاب که موافقت با قرآن را به عنوان یکی از راه‌های ترجیح در موارد تعارض روایات (و بلکه پذیرش روایات به طور عام ولو در غیر مورد تعارض) مطرح کرده‌اند؛ و نیز روایاتی که شروط مخالف با قرآن را در معاملات رد می‌کنند؛ و نیز روایاتی که قولاً یا فعلاً یا تقریراً بر جواز تمسک به قرآن دلالت دارند (شیخ انصاری تعدادی از این روایات را ذکر کرده است. انصاری، ۵۹/۱-۶۱)

قرآن و اهل بیت (ع) تا روز قیامت از یکدیگر جدا نمی‌شوند. در بحث کنونی نیز به نظر می‌رسد که استدلال اخباریان به این حدیث، با استدلال شیعه به این حدیث هماهنگ است، ولی استدلال اصولیان به این حدیث، با استدلال شیعه هماهنگ به نظر نمی‌رسد. شاید اصولیانی که در بحث حجیت ظواهر قرآن در برابر اخباریان به این حدیث متمسک می‌شوند، در برابر مذاهب دیگر نتوانند به همان ملاک استدلال علیه اخباریان، به این حدیث متمسک شوند و ناچار شوند که در احتجاج علیه مذاهب دیگر و استدلال به این حدیث، به شیوه‌ی اخباریان استدلال کنند. (قس. مکارم شیرازی، ۷۵/۹-۷۶؛ سبحانی، محاضرات، ۵۰۱؛ معرفت، ۴۳۱/۱-۴۳۴) بنا بر این، تمسک اصولیان در بحث حجیت ظواهر قرآن به این حدیث، ناتمام و ناکافی به نظر می‌رسد، لذا در برخی از کتاب‌های اصولی در دلالت حدیث ثقلین بر مدعای اصولیان خدشه وارد شده و مفاد این حدیث مبني بر نداشتن جواز استقلال به تفسیر قرآن تأیید و اثبات شده است. (ایروانی، ۵۵/۲؛ هاشمی، ۲۸۶/۴)

حدیث ثقلین برای هر دو طرف اصولی و اخباری استدلال دارد؛ چون هم در آن به تمسک به کتاب خدا و عترت پیامبر ترغیب شده و هم به تفرقه نداشتن آنها از یکدیگر تصریح شده است. بسته به این که ما بر کدام قسمت از این حدیث تأکید کنیم، نتایج متفاوتی می‌توان از آن گرفت؛ لذا نحوه‌ی نقل این حدیث نیز در نوشته‌های اخباری و اصولی متفاوت است، یعنی در نوشته‌های اخباریان عبارت ذیل این حدیث «لَنْ يَفْتَرِقَا حَتَّى يَرِدَا عَلَيَّ الْحَوْضِ» نیز آورده شده و به آن استدلال شده است. (حرج عاملی، فوائده، ۱۹۴؛ بحرانی، حدائق، ۲۹/۱) ولی در نوشته‌های اصولیان تنها به نام این حدیث (انصاری، ۵۹/۱؛ قدسی، ۳۲۹/۲؛ خویی، ۲۶۴) و یا به ذکر قسمت اول این حدیث اکتفا شده است و گویی از قسمت آخر حدیث غفلت شده است. (حاج عاملی، ۱۴۱/۳)

به هر حال اخباری بر قید معیت در این حدیث تأکید دارد؛ در حالی که اصولی می‌گوید هر یک از آن دو ثقل حجت مستقل است و اگر دلالت کتاب مقید به دلالت روایات باشد، چنانکه اخباریان گفته‌اند، لازم می‌آید که دلالت روایات نیز مقید به دلالت کتاب باشد، با اینکه کسی به این لازمه قائل نشده است. (قدسی، ۳۲۹/۲) ولی از این اشکال می‌توان پاسخ داد که این ملازمه درست است و روایات عرضه بر قرآن و ردّ شروط مخالف قرآن و نظیر آنها نیز ناطق به آن‌اند. بنابراین، حدیث ثقلین بر معیت کتاب و عترت دلالت دارد و استنباط استقلال هر یک از آنها از این حدیث بی‌اشکال نیست. البته برخی از محققان با ارائه‌ی دیدگاهی در این

زمینه و فرق گذاشتن میان «حجت مستقل» و «حجت منحصر» تلاش کرده‌اند که نظر اصولیان را تأیید و اشکال اخباریان را پاسخ دهند. (جوادی آملی، ۱۱۰-۶۳/۱، ۱۳۱-۱۵۵)

استدلال به تحریف قرآن؟

از جمله دلایل حجت نداشتن ظواهر قرآن، که در کتاب‌های اصولی مطرح و یا به اخباریان منسوب است، استدلال به تحریف قرآن است. (انصاری، ۶۶/۱؛ خراسانی، ۲۸۴-۲۸۵؛ قدسی، ۳۴۰/۲-۳۴۲؛ حاج عاملی، ۱۵۱/۳؛ جوادی آملی، ۹۸/۱) به عنوان نمونه، «امام خمینی» وقوع تحریف در قرآن را به عنوان نخستین دلیل اخباریان بر حجت نداشتن ظواهر قرآن ذکر می‌کند و سپس یادی از محدث نوری و فصل الخطاب کرده و به نقد آن می‌پردازد. (امام خمینی، ۲۴۳/۱؛ سبحانی، تهذیب، ۹۶/۲) «شهید مصطفی خمینی» نیز همین پندار را درباره‌ی اخباریان داشته و لذا راه ابطال مدعای اخباریان را منحصر در ابطال اصل تحریف دانسته است. (خمینی، ۳۲۳/۶-۳۲۴)

ولی تا آنجا که نگارنده جست‌وجو کرده‌ام، تاکنون در این بحث ندیده‌ام که اخباریان به وقوع تحریف در قرآن استدلال‌کنند. به عنوان نمونه، در سخنان استرآبادی، شیخ حرّعاملی، شیخ حسین کرکی و محدث بحرانی، که همگی شان بحث «عدم جواز استنباط احکام نظری از ظواهر قرآن» را مطرح کرده‌اند، سخنی از تحریف قرآن به میان نیامده است. اگر هم از تحریف قرآن سخن گفته‌اند، در این بحث نبوده و آن را دلیل این بحث قرار نداده‌اند.

به عنوان نمونه محدث بحرانی در الدرر النجفیة بحث تحریف قرآن را مطرح کرده و خود نیز به وقوع تحریف متمایل شده‌است؛ (بحرانی، درر، ۶۵/۴-۶۶) ولی در اینجا بحثی از عدم حجیت ظواهر قرآن نکرده‌است. وی حتی استدلال به عدم حجیت ظواهر قرآن در فرض تحریف قرآن را از دلایل مانعین تحریف دانسته و می‌گوید: عمده دلیل مانعین از تحریف، آن است که بر فرض وقوع حذف و تغییر در قرآن، دیگر نمی‌توان بر چیزی از قرآن اعتماد کرد؛ زیرا در این صورت احتمال دارد که هر آیه‌ای از آن محرف و مغیر و برخلاف آنچه خداوند نازل کرده‌است، باشد. بنابراین برای ما در قرآن هیچ حجتی باقی نمی‌ماند و فایده قرآن منتفی می‌شود. (همو، درر، ۶۷/۴)

^۱ «و ذهب جمع الی وقوع ذلک (یعنی تحریف) . . . و هو الظاهر عندی»؛ ص ۷۲: «و اما الاخبار الدالة علی ما اخترناه من وقوع التغيير و نقصان»؛ نیز نک. ص ۸۳-۸۴.

محدث جزائری نیز همانند محدث بحرانی، شبهه بی‌فایده شدن قرآن را در فرض تحریف، از جانب مانعین تحریف مطرح کرده و از آن پاسخ گفته است. وی می‌گوید: تغییر و تحریف روی داده در قرآن اسلوب آن را از فصاحت و بلاغت خارج نساخته و امامان (ع) که خزان علم خدایند، از تحریفات آن پرده برداشته‌اند به طوری که دیگر تحریف به اخذ احکام از قرآن ضرر نمی‌زند؛ زیرا آنان مخاطبان قرآن‌اند. (جزائری، منبع، ۷۱)

محدث جزائری چنانکه گفتیم، به حجیت نداشتن ظواهر قرآن به ما متمایل شده است. (همو، انوار، ۳۰۷/۱) از سوی دیگر در چند مورد به وقوع تحریف در قرآن نیز قائل شده است (همو، انوار، ۹۷، ۲۷۷/۱؛ ۳۵۷/۲-۳۵۸؛ منبع، ۶۶-۷۰) و قول به تحریف را به معظم اخباریان به ویژه مشایخ معاصرش منسوب می‌کنند (همو، منبع، ۷۱)، ولی از سخنان او در این خصوص بر نمی‌آید که وقوع تحریف را دلیل حجیت نداشتن ظواهر قرآن می‌دانسته است. مخصوصاً اگر توجه کنیم که ظاهر سخن جزائری در منبع *الحیة* با ظاهر سخنان در *الانوار النعمانیة* متفاوت است. وی در کتاب اخیر به عدم حجیت ظواهر قرآن متمایل شده، ولی در منبع *الحیة* پس از نقل سخنی از شیخ طوسی، آن را ترجیح داده و می‌گوید: حاصل این سخن آن است که اخذ احکام از نص یا ظاهر یا فحوائی قرآن جائز است چنانکه مجتهدان چنان کرده‌اند^۱ و سپس حدیثی را از *احتجاج طبرسی* بر این مطلب شاهد می‌آورد. (همو، منبع، ۵۲) بنابراین اگر منبع *الحیة* جزائری را ملاک قرار دهیم باید بگوییم که وی همانند مجتهدان به حجیت نداشتن ظواهر قرآن قائل شده است.

این سخن کاملاً برخلاف ادعای استاد معرفت است که قول به تحریف از سوی جزائری را به هدف منع استفاده از ظواهر قرآن دانسته است. استاد معرفت در انگیزه‌خوانی قول به تحریف از سوی جزائری می‌گوید: هدف وی از این قول عدم امکان استفاده از ظواهر قرآن بوده است. (معرفت، صیانه، ۱۱۱، پاورقی ۲)^۲ برای نگارنده معلوم نشده که استاد معرفت این انگیزه‌خوانی

۱. «و حاصل هذه المقالة ان اخذ الاحكام من نص القرآن أو ظاهره أو فحواه و نحو ذلك جائز كما فعله المجتهدون». جزائری در عبارتی دیگر صریحاً با اخباریان در عدم حجیت ظواهر قرآن مخالفت کرده است: «و اما الكتاب فنفيهم حجيتهم في الاحكام مطلقاً لا وجه له لان فيه المحكم و منه ظاهر الدلالة و قد تقدم جواز اخذ الاحكام منه و سيأتي بيانه و الدليل عليه». (منبع، ۴۴)

۲. «هادفا وراء ذلك الى عدم امکان الاستفادة من ظواهر الكتاب». استاد معرفت در ص ۱۱۴ می‌گوید: در زمان محدث جزائری، فیض کاشانی در کتاب *علم التبيين* و کتاب‌های دیگرش به رد دلایل او قیام کرد. لازمه این حرف آن است که قول جزائری به تحریف، در زمان خودش آنقدر مشهور شده باشد که بسیجی علیه او را شکل داده تا حدی که دانشمند بزرگ آن دوره، فیض کاشانی، نیز به ردیه‌نویسی بر ادعای او، پرداخته است. ولی این سخن با واقع تاریخ سازگار به نظر نمی‌رسد؛ زیرا فیض کاشانی در نسل قبل از جزائری بوده و جزائری از شاگردان و راویان او بوده است. فیض متولد ۱۰۰۷ و متوفای ۱۰۹۰ است

را از کدام سخن جزائری برداشت کرده است.

به عبارت دیگر ما در اینجا دو مسئله داریم: ۱. قول به عدم حجیت ظواهر قرآن ۲. قول به تحریف قرآن. چنانکه دیدیم هر دوی این اقوال را می‌توان نزد اخباریان یافت. ولی مسئله این است که آیا قول به تحریف قرآن منشأ قول به عدم حجیت ظواهر قرآن شده است؟ چنانکه اصولیان به اخباریان روا داشته‌اند یا این که قول به عدم حجیت ظواهر قرآن، انگیزه‌ی قول به تحریف بوده است، چنان که استاد معرفت گفته؟ در پاسخ می‌گوییم تا آنجا که ما در نوشته‌های منتشر شده از اخباریان جست‌وجو کرده‌ایم، دلیلی بر هیچ یک از این دو ادعا نیافته‌ایم، بلکه با تأمل در نوشته‌های اخباریان به دست می‌آید که در اینجا مسئله‌ی اصلی برای آنان عدم حجیت ظواهر قرآن به ما بوده است. از این رو آنان دغدغه‌ای هم برای صیانت قرآن از تحریف نداشته‌اند.

صیانت قرآن از تحریف برای کسی مهم است که بخواهد از ظواهر قرآن احکامی استنباط کند، ولی کسی که چنین وظیفه‌ای برای خود قائل نیست، تحریف و غیر از آن برایش چندان تفاوتی ندارد. به عبارت دیگر اخباری ظواهر قرآن را حتی در فرض صیانت کامل از تحریف، قابل استناد نمی‌داند و چنین نیست که به خاطر وقوع تحریف در آن، به حجیت‌نداشتن ظواهرش قائل شده باشد.^۱ ولی اصولی که در پی استناد به ظواهر قرآن است، دغدغه‌ی صیانت قرآن از تحریف را هم دارد، چون در فرض وقوع تحریف نمی‌تواند به ظواهر قرآن اعتماد کند. در این بحث به نظر می‌رسد که اصولیان دغدغه خود را بر زبان اخباریان گذاشته و از جانب آنان برای قول به عدم حجیت ظواهر قرآن دلیل‌سازی کرده‌اند.

شاهد این مدعا، تصریحات خود اصولیان است: تبریزی در *اوثق الوسائل* گفته است: وقوع تحریف در قرآن را شریف‌العلماء که استاد شیخ انصاری بوده، از جمله دلایل عدم حجیت ظواهر قرآن قرار داده، ولی هیچ‌یک از اخباریان متقدم و متأخر در ضمن دلایل‌شان بر عدم حجیت ظواهر قرآن، به روایات تحریف قرآن استناد نکرده‌اند و لذا شیخ انصاری نیز شبهه‌ی تحریف را در ضمن دلایل اخباریان ذکر نکرده، بلکه آن را در تنبیهات مسئله‌ی حجیت ظواهر

و جزائری متولد ۱۰۵۰ و متوفای ۱۱۱۲، و زمان تألیف *علم‌الیقین* نیز سال ۱۰۴۲ است یعنی سالها پیش از ولادت جزائری (نک. *علم‌الیقین*، ج ۱، ص ۹۶-۹۷، ج ۲، ص ۱۳۲۷).

^۱ تبریزی در *اوثق الوسائل فی شرح الرسائل* (ص ۹۲) بیانی شبیه به این دارد و می‌گوید: شاید سر عدم تمسک اخباریان به روایات تحریف در این مسئله آن است که نزاع آنان در حجیت قرآن قبل از وقوع تحریف در آن یعنی در زمان پیامبر است، و یا اینکه با قطع نظر از وقوع تحریف، در حجیت ظواهر قرآن اشکال کرده‌اند.

ذکر کرده است. (تبریزی، ۹۲) در *کفایة الاصول* نیز احتمال تحریف بدون ذکر قائلی برای آن و پس از ذکر دلایل اخباریان بر عدم حجیت ظواهر قرآن و پاسخ به آنها، به بحث گذاشته شده است. (خراسانی، ۲۸۴-۲۸۵) فیروزآبادی نیز در شرح کفایة به این مطلب تصریح کرده و می گوید: وقوع تحریف در قرآن از قوی ترین دلایلی است که اخباریان می توانسته اند در بحث منع از عمل به ظواهر قرآن به آن استدلال کنند، لکن آنان از این دلیل غفلت کرده و به آن تمسک نکرده اند. (حسینی فیروزآبادی، ۱۳۱/۳) به نظر می رسد که استناد به تحریف در کتاب های متأخر اصولی یعنی نوشته های پس از *کفایة الاصول* در ردیف دلایل اخباریان قرار گرفته و اصولیان متأخر بدون احراز صحت این استناد، آن را به اخباریان منسوب کرده اند.

چنانکه دیدیم حرّ عاملی نیز برای اثبات نظریه ی «عدم جواز استنباط احکام نظری از قرآن» به همه ی شواهد قرآنی و روایی و غیر آنها تمسک کرده و حتی روایات امامت را نیز مؤید ادعای خود قرار داده بود. حال اگر روایات تحریف قرآن، که تعدادشان به ۱۱۲۲ روایت می رسد (معرفت، صیانت، ۲۳۹)، را نیز مؤید و شاهد بر ادعای خود می دانست، از تمسک به آنها فروگذار نمی کرد.

بنابراین استدلال به تحریف قرآن در بحث عدم حجیت ظواهر قرآن از دلایل فرضی و خودساخته ی اصولیان است و نسب آن به اخباریان در این بحث، نسبتی ناروا و نادرست به نظر می رسد.^۱ محدث نوری نیز اخباری به معنای مصطلح نیست^۲ و خودش از شاگردان استاد الفقهاء و المجتهدین شیخ انصاری است و کتاب *فصل الخطاب* او نیز ربطی به آراء اخباریان ندارد و نباید پنداشت که همه ی اخباریان قائل به تحریف قرآن و همه اصولیان قائل به

^۱ برخی از تحقیقات جدید نیز مؤید این نتیجه گیری اند: «البته در حوزه اصول فقه شیعی معمولاً قول به تحریف را در شمار پشتوانه های دیدگاه اخباری در عدم حجیت ظواهر قرآن تلقی کرده اند، ولی با سیری در آثار خود اخباریان می توان دریافت که آنان دیدگاه خویش را بر این باور مبتنی نساخته اند و این طرز تلقی بیشتر در نظریه پردازی های اصولیان ریشه دارد. (اسعدی و همکاران، آسیب شناسی جریانهای تفسیری، ص ۱۸۰)

^۲ نکته جالب توجه آن است که محدث نوری در *مستدرک الوسائل* در باب های ۱۳ و ۱۴ از ابواب صفات قاضی، همانند شیخ حرّ عاملی مسئله استنباط احکام نظری از قرآن و روایات پیامبر را مطرح کرده، ولی عنوانی که بر این بابها گذاشته با عنوان شیخ حرّ تفاوت دارد. شیخ حرّ در هر دو مورد به «عدم جواز استنباط الاحکام النظرية من ظواهر القرآن/ من ظواهر کلام النبی» (وسائل، ۱۸/۱۲۹ و ۱۵۲) تعبیر کرده است. ولی محدث نوری در مورد اول به «باب عدم جواز استنباط الاحکام النظرية من غیر الظواهر من القرآن» و در مورد دوم به «باب حکم استنباط الاحکام النظرية من ظواهر کلام النبی» (مستدرک، ۱۷/۳۲۵ و ۳۳۷) تعبیر کرده است. از این دو عنوان برمی آید که نظرش با نظر شیخ حرّ یکی نبوده است، به ویژه در مورد اول که برخلاف شیخ حرّ، که «ظواهر القرآن» گفته، محدث نوری «غیر الظواهر من القرآن» گفته که از آن برمی آید که وی استنباط احکام نظری را نه از ظواهر قرآن، بلکه از غیرظواهر قرآن جایز نمی دانسته است. به نظر می رسد که مرادش از «غیرظواهر» آیات متشابه و غیرمحکم است.

تحریف نکردن آن شده‌اند، (قس. اعتمادی، شرح الرسائل، ۱۹۹/۱) بلکه «وحدید بهبهانی» احیاگر روش اصولی، ظاهر بسیاری از اخبار را وقوع تحریف دانسته است (بهبهانی، فوائد، ۲۸۶)^۱ و استاد اصولیان آخوند خراسانی در کفایة الاصول (ص ۲۸۵) وقوع تحریف را بعید نشمرده و آن را تأیید کرده است^۲ و اصولی دیگری «ادعای قطع به تحریف نکردن را گزاره گویی» خوانده است. (خمینی، تحریرات، ۳۲۵/۶)^۳ البته مراد ما از نقل این آراء تأیید نظریه‌ی تحریف نیست، بلکه می‌خواهیم از شدت انتقادهایی که در این موضوع به اخباریان می‌شود، و در خصوص استدلال بر عدم حجیت ظواهر قرآن نیز نابعاست، بکاهیم.

دلایل عقلی و نظری

چنانکه گفتیم عمده دلیل اخباریان بر مدعایشان، دلایل روایی است. دلایل قرآنی را نیز تا آنجا که نگارنده جست‌وجو کردم، فقط شیخ حرّعاملی مطرح کرده‌است. غیر از این دو دسته، دلایل دیگری نیز در نوشته‌های اخباریان ذکر شده‌است، از قبیل ترتب مفاسد بر گشودن باب تمسک به ظواهر قرآن؛ احتمال نسخ و تأویل و غیر آنها در آیات قرآن (که در نوشته‌های اصولی به «علم اجمالی» تعبیر شده است)؛ صدق تعریف متشابه بر هر آیه‌ای از آیات الاحکام و لزوم استغنا از امام معصوم. (استرابادی، ۲۷۰-۲۷۱؛ حرّعاملی، ۱۹۲-۱۹۴) در کتاب‌های اصولی همه‌ی دلایل اخباریان طرح و نقد نشده‌است. از سوی دیگر اصولیان نیز بر مدعای خود یعنی حجیت ظواهر قرآن دلایلی اقامه کرده‌اند، (قدسی، ۳۲۸/۲-۳۳۲؛ حاج عاملی، ۱۳۸/۳-۱۴۴؛ لنکرانی، ۲۵۴/۱۰-۲۶۷) و اخباریان نیز به نوبه‌ی خود از دلایل آنان پاسخ گفته‌اند. مفصل‌ترین نقد را در این میان شیخ حرّعاملی نگاشته‌است. شیخ حرّ پیش از آن که دلایل اخباریان را بر مدعایشان ذکر کند، دلایل اصولیان (۱۶ دلیل) را نقل کرده و به طور مبسوط به شرح و نقد آنها برخاسته‌است. بنابراین، نقدهای اخباریان بر دلایل اصولیان را نیز می‌توان در شمار دلایل اخباریان ذکر کرد.^۴ مشاهده‌ی نقض و ابرام‌های طرفین در این مسئله، تصمیم‌گیری و صدور

^۱ «الظاهر من الاخبار الكثيرة هو الوقوع» (یعنی وقوع تحریف در قرآن).

^۲ «و دعوی العلم الاجمالی بوقوع التحریف فیہ . . . و ان کانت غیربعیدة کما یشهد به بعض الاخبار و یساعده الاعتبار».

^۳ «و الذي هو الحق ان دعوي القطع بعدم التحريف من المجازفة».

^۴ بحث روشمند اقتضا دارد که اصولیان تنها به ذکر دلایل خود و نقد دلایل اخباریان اکتفا نکرده، بلکه به نقدهای اخباریان بر دلایل خود نیز پردازند، همچنانکه شیخ حرّ نیز ابتدا دلایل اصولیان را ذکر کرده و به آنها پاسخ گفته و سپس دلایل اخباریان را ذکر کرده است. ولی نگارنده تا آنجا که مطالعه کرده‌ام، ندیدم که اصولیان بر نقدهایی که

رأی نهایی بر له یا علیه یکی از آن دو را دشوار می‌سازد. انصاف آن است که نمی‌توان در همه‌ی استدلال‌های اخباریان خدشه وارد کرد و استدلال‌های اصولیان را خدشه‌ناپذیر دانست. حتی برخی از اصولیان نیز در پاره‌ای از دلایل اصولیان علیه اخباریان خدشه کرده و آنها را فاقد دلالت بر مراد اصولیان دانسته‌اند. (ایروانی، ۵۵/۲-۵۷) به طور مثال، برخی از اصولیان قول امام (ع) در روایت عبدالاعلی («هذا و امثاله يعرف من کتاب اللّٰه») را صریح در حجیت ظواهر قرآن برای غیر امام دانسته‌اند، (هاشمی، ۲۸۹/۴) ولی برخی آن را در همین روایت هم ممنوع دانسته‌اند. (ایروانی، ۵۶/۲) در اینجا برای جمع بندی بحث نکاتی را یادآور می‌شوم.

الف) شیخ حرّ عاملی در دلیل بیست و چهارمی که بر مدعایش آورده، می‌گوید: اکثر ظواهر قرآن و بلکه به نظر تحقیق همه‌ی ظواهر قرآن متعارض‌اند و ما قاعده و دلیلی که در ترجیح میان آنها معتبر باشد نداریم. (حرّ عاملی، فوائد، ۱۹۲)، ولی به نظر می‌رسد که ادعای تعارض بیشتر با همه‌ی ظواهر قرآن با تصریح خود قرآن ناسازگار است؛ زیرا در قرآن آمده که «وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا» (نساء/۸۲) یعنی اختلاف کثیر داشتن در فرضی است که قرآن از جانب غیر خدا باشد، ولی چون از جانب خداست، اختلاف کثیر ندارد.

ب) به نظر می‌رسد بسیاری از مباحثاتی که در اینجا میان اصولیان و اخباریان پدید آمده، ناشی از بی‌توجهی دقیق به محل نزاع بوده است. چنانکه دیدیم برخی از اخباریان افراطی همه‌ی آیات قرآن را به ما منسوب متشابه می‌دانستند. این دیدگاهی است که با عبارات اخباریان کلاسیکی نظیر استرابادی، شیخ حسین کرکی و شیخ حرّ عاملی نیز ناسازگار است. خیلی از دلایل و پاسخ‌هایی که اصولیان داده‌اند، ناظر به ردّ همین دیدگاه افراطی است، ولی معلوم نیست که از عهده‌ی پاسخ به ادعای «نداشتن مجوز استنباط احکام نظری از ظواهر قرآن» برآید.

ج) چنانکه دیدیم محل نزاع اصلی، «استنباط احکام نظری از ظواهر قرآن» است. در اینجا اصولیان نیز با اخباریان هم‌عقیده‌اند که قبل از تفحص و جست‌وجو از قرائن احتمالی نمی‌توان به ظواهر قرآن تمسک کرد. البته در بسیاری موضوعات به‌ویژه در عبادات، قرائن فهم آیات در روایات امامان (ع) ذکر شده و دست‌یافتنی است، که در این موارد اصولی و اخباری هر دو به

شیخ حرّ بر دلایل آنها وارد ساخته، پاسخ گفته باشند. ظاهراً کتاب *الفوائد الطوسیه* شیخ حرّ چندان در مرآی و منظر اصولیان نبوده و دلایلی که در آن مطرح شده، در نوشته‌های اصولی یافت نمی‌شود، بلکه در نوشته‌های اصولی معمولاً همان دلایلی نقل شده که در کتاب‌های اخباریانی نظیر استرابادی و شیخ حسین کرکی و محدث بحرانی یافت می‌شود. به هر حال لازم است که اصولیان در این بحث کتاب *الفوائد الطوسیه* شیخ حرّ را مد نظر قرار دهند و به نقدهایی که او بر دلایل اصولیان وارد ساخته، پاسخ دهند.

آن قرائن تمسک می‌کنند، ولی نکاتی هست که با تفحص در آنها به قرینه‌ای دست نمی‌یابیم و به قول معروف به حدّ یأس از وجود قرینه می‌رسیم. و تنها در اینجاست که راه اصولی از راه اخباری جدا می‌شود. اخباری قائل به توقف و تمسک جوئی به اینگونه ظواهر قرآنی نیست، ولی «اصولی» به این ظواهر استناد می‌کند.

ممکن است سؤال شود که آیا این ظواهر آن قدر درخور توجه هست که پرداختن به این نزاع را موجه کند؟ این پرسش را «شیخ انصاری» مطرح کرده و در پاسخ به آن، بر آن است که هر چند شاید در عبادات، این نزاع چندان ثمری نداشته باشد؛ زیرا روایات زیادی در شرح و تبیین مراد از آنها وارد شده است، ولی در معاملات، ظواهر بسیاری داریم که قرینه‌ی صریح یا خالی از معارضی بر آنها نداریم. شیخ انصاری که خود فقیهی متبحر و محیط بر ابواب فقه بوده، آیات زیادی را به عنوان نمونه ذکر کرده است. به نظر او حتی در عبادات هم مفاد زیادی از اینگونه ظواهر داریم. (انصاری، ۱/۶۵) بنابراین، مصادیق نزاع میان دو دیدگاه اخباری و اصولی به چند مورد شاذ و نادر محدود نمی‌شود، بلکه حجم زیادی از ظواهر قرآنی را دربر می‌گیرد و ثمره‌ی درخور توجهی بر آن مترتب است.

اخباریان در این موارد قائل به وجوب توقف و مأخوذنبودن به این ظواهراند. البته از آنجا که آنان فقط دلیل قطعی را حجت می‌دانند و آن هم از نظر آنان به‌طور عمده در روایات امامان یافت می‌شود، در خصوص سایر ادله‌ای که در فقه مستندگردیده، نظیر اجماع، عقل، استصحاب، اصل برائت و... نیز قائل به وجوب توقف‌اند. استرآبادی بارها به وجوب توقف قائل شده و در پاسخ به چندین پرسشی که مطرح می‌کند، می‌گوید: ما اخباریان «توقف را واجب می‌دانیم». (استرآبادی، ۳۱۵، ۳۱۶، ۳۲۵، ۳۲۷، ۳۳۲، ۳۳۳، ۳۳۴، ۳۳۶، ۳۳۹، ۳۴۳، ۳۴۵، ۳۵۱، ۴۰۳) در اینجا صرف‌نظر از این که پاسخ‌های اصولیان از پس استدلال‌های اخباریان برآید یا نه؟ بر آنیم که از منظری رئالیستی و واقع‌گرایانه به این دیدگاه اخباریان بپردازیم.

بن بست توقف

چنانکه می‌دانیم هم‌اکنون قرن‌ها از تأسیس مکتب اخباری و انقراض آن گذشته است. در این مدت زندگی بشر دچار تحولات شگرفی شده است. جامعه‌ی شیعه نیز مانند همه‌ی جوامع دیگر از تأثیر این تحولات برکنار نبوده است، بلکه چنانکه همگی ما شاهد بوده‌ایم بعد از وقوع انقلاب اسلامی و تشکیل حکومت اسلامی شیعه، مسائل مستحدثه بسیاری پدید آمده و این

سیر کماکان با پیشرفت دانش‌های بشری همچنان رو به افزایش و گسترش است. یکی از مشکلات عمده‌ای که امروزه جامعه‌ی ما با آن مواجه است، مشکلات ناشی از بی‌قانونی است و کلیشه‌ی «خلأ قانون» زیاد شنیده می‌شود.^۱ اینها همه در حالی است که در طی این چند قرن پیوسته مجتهدان و فقها و صاحب‌نظران در حال نظریه‌سازی و اجتهاد و استنباط احکام بوده‌اند. با این وجود هنوز خلأهای قانونی و مسائل مستحدثه‌ی بسیاری وجود دارد و به وجود می‌آید که نیازمند قانونگذاری است.

جزائری درباره‌ی برخی از اخباریان معاصرش می‌گوید: که شنیده‌شده آنان قائل به وجوب توقف در خصوص فقدان نص بوده و اصل در همه چیز را حرمت می‌دانستند و حتی از پوشیدن لباس و خوردن غذاهایی که در زمان امامان (ع) معمول نبوده، منع می‌کرده‌اند؛ زیرا در همه‌ی جزئیات ورود دلیل خاص را شرط می‌دانستند. (جزائری، منبع، ۵۸) آیا نمی‌توان تصور کرد که اگر قرار بود چنین دیدگاه‌هایی بر جامعه‌ی شیعه حاکم شود، هم‌اکنون اگر نامی از شیعه باقی می‌ماند، به جای جامعه‌ای بالنده و پویا، آنان به گونه‌های شاذ و کمیابی تبدیل شده بودند که باید از آنها در موزه‌ها و زیستگاه‌های حفاظت‌شده به منظور جلوگیری از انقراض کامل، سراغ گرفته می‌شد؟^۲

البته ایده‌ی تمسک به دلیل قطعی و اخذ جزئیات همه‌ی احکام از امام معصوم (ع)، آرمانی والاست و شاید در زمان حضور امامان (ع) دست‌یافتنی‌تر باشد؛ ولی در روزگار غیبت و فقدان دسترسی به آن وجود نازنین که هم‌اکنون بیش از هزار و صد سال از آن گذشته و معلوم هم نیست که تا کی ادامه خواهد یافت، چطور؟ ایده‌ی توقف تا دیدار امام (ع) شاید در زمان حضور امام (ع) موجه باشد، ولی در زمان غیبت و نبود دسترسی به امام (ع) موجه نبوده و آرمانی دست‌نیافتنی و ناسازگار با واقعیات زندگی کنونی بشر است.

نتیجه

در این مقاله به بررسی نزاع اخباریان با اصولیان در حجیت ظواهر پرداختیم. ابتدا با اشاره

^۱. برای اطلاع از این مورد می‌توان همین تعبیر (خلأ قانونی) را در اینترنت جستجو کرد و نتایج آن را ملاحظه کرد.
^۲. در یکی از نوشته‌های اخیر، اخباریان «برترین مصداق ارتجاع و بسته‌ذهنی در جهان اسلام» شمرده شده‌اند (سغندیاری، ۲۰۱). باید گفت شاید آنان مصداق بسته‌ذهنی در میان شیعیان باشند، ولی منصفانه نیست که آنان را «برترین مصداق» آن هم در «جهان اسلام» بنامیم؛ در حالی که در جهان اسلام مصداق بسته‌ذهنی چون خوارجم، سلفیان، وهابیان، طالبان و... نیز حضور داشته و دارند.

به تاریخچه‌ی این بحث، به تقریر مدعا از نظر بنیانگذار این مکتب و اخباریان پس از وی پرداخته و دیدیم که اخباریان را در این بحث می‌توان بر سه دسته تقسیم کرد: ۱. اخباری شاذ (نظیر استاد محدث جزائری) که همه‌ی ظواهر قرآن را بر ما فاقد حجیت می‌دانست؛ ۲. اخباری کلاسیک (نظیر استرآبادی، کرکی، حرّ عاملی) که اخذ احکام نظری از قرآن را برای غیر معصومان جایز نمی‌دانست؛ ۳. اخباری، اصولی (نظیر فیض کاشانی) که در این بحث با اصولیان هم‌رأی است و همراه آنان در صف مقابل دو دسته‌ی قبلی قرار می‌گیرد.

چنانکه دیدیم دلایل اخباریان را به‌طور کلی می‌توان بر سه دسته تقسیم کرد: دلایل قرآنی، دلایل روایی و دلایل عقلی و نظری. البته عمده دلایل اخباریان همان دلایل روایی است و در دو دسته‌ی دیگر نیز دلایل آنان معتضد به روایات است. با بررسی دلایل اخباریان و پاسخ‌های اصولیان به دلایل آنان به این نتیجه رسیدیم که نزاع دو طرف در این بحث به نبردی فرسایشی تبدیل شده و نمی‌توان یکی از دو طرف را پیروز مطلق این جبهه نامید. علاوه بر این که برخی از دلایل منتسب به اخباریان (نظیر تحریف قرآن) نیز صرف اتهام است و آنان در این بحث به چنین دلیلی تمسک نجسته‌اند. در پایان مقال سعی کردیم که دیدگاه اخباریان (و به‌ویژه فتوای توقف آنان) را از منظری واقع‌گرایانه بررسی کرده و به این نتیجه رسیدیم که دیدگاه اخباریان هرچند آرمانی والاست، ولی با شرایط کنونی جامعه که نیازمند وضع قوانین بسیاری است و اخذ همه‌ی آنها از امام معصوم مقدور نیست، ناسازگار است و آرمانی دست‌نیافتنی و ناواقع‌گرایانه است.

منابع

- سترآبادی، محمد امین، *العوائد المدنیة*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۴ق.
- اسعدی، محمد و همکاران، *آسیب‌شناسی جریانهای تفسیری*، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹.
- اسفندیاری، محمد، *راه خورشیدی (اندیشه‌نامه و راه‌نامه استاد محمدرضا حکیمی)*، قم: انتشارات دلیل‌ما، ۱۳۸۲.
- اعتمادی، مصطفی، *شرح الرسائل*، مؤسسه الامام الصادق (ع)، قم: ۱۴۱۴ق.
- امام خمینی، سید روح‌الله، *انوار الهدایه فی التعلیقه علی الکفایه*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۳.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، تحقیق عبدالله نورانی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ق.

- ايرواني، ميرزا علي، *نهاية النهاية في شرح الكفاية*، مكتب الاعلام الاسلامي، قم: ١٤١٣ق.
- بحراني، يوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة*، تحقيق محمدتقي ايرواني، بيروت، دارالاضواء، ١٤٠٥ق.
- الدرر النجفية من الملتقطات اليوسفية*، تحقيق شركة دارالمصطفى لاحياء التراث - مكتبة فخرآوي، ١٤٢٨ق.
- لؤلؤة البحرين*، تحقيق سيد محمد صادق بحر العلوم، مؤسسة آل البيت.
- تبريزي، ميرزا موسي، *اوثق الوسائل في شرح الرسائل*، قم: انتشارات كتبي نجفي، ١٣٦٩.
- جزائري، سيد نعمة الله، *الانوار النعمانية*، تبريز: مطبعة شركت چاپ، بي تا.
- _____ *منبع الحياة (با الشهاب الثاقب فيض كاشاني)*، تحقيق رؤوف جمال الدين، بيروت، مؤسسة الاعلمي، بي تا.
- جوادى آملی، عبدالله، *تسنيم*، مركز نشر اسرا، قم: سوم ١٣٨١.
- حاج عاملي، محمد حسين، *ارشاد العقول الي مباحث الاصول (تقرير بحث استاد سبحاني)*، قم: مؤسسة الامام الصادق (ع)، ١٤٢٦ق.
- حسيني فيروزآبادي، سيد مرتضي، *عناية الاصول في شرح كفاية الاصول*، انتشارات فيروزآبادي، ١٤٠٠ق.
- حرّ عاملي، محمد بن الحسن، *الفوائد الطوسية*، قم: المطبعة العلمية، ١٤٠٣ق.
- وسائل الشيعة الي تحصيل مسائل الشريعة*، تحقيق عبد الرحيم رباني شيرازي، بيروت، دار احياء التراث العربي، ١٤٠٣ق.
- خراساني، محمد كاظم، *كفاية الاصول*، قم: مؤسسة آل البيت لاحياء التراث، ١٤١١ق.
- خويي، سيد ابوالقاسم، *البيان في تفسير القرآن*، قم: نشر اميد، ١٤٠١ق.
- سبحاني، جعفر، *تهذيب الاصول (تقرير بحث امام خميني)*، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤٠٥ق.
- _____ *محاضرات في الالهيات*، تلخيص علي رباني گلپايگاني، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤١٤ق.
- صدر، سيد محمد باقر، *دروس في علم الاصول*، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤١٠ق.
- فيض كاشاني، محمد محسن، *الاصول الاصلية*، تصحيح محدث ارموي، تهران: سازمان چاپ دانشگاه، ١٣٤٩.
- _____ *علم اليقين في اصول الدين*، تحقيق محسن بيدارفر، نشر بيدار، ١٣٧٧.
- _____ *كتاب الوافي*، اصفهان، منشورات مكتبه الامام اميرالمومنين، ١٤١٢ق.
- _____ *مفاتيح الشرائع*، تحقيق سيد مهدي رجائي، قم: مجمع الذخائر الاسلاميه، ١٤٠١ق.
- قدسي، احمد، *انوار الاصول (تقرير بحث استاد مكارم شيرازي)*، قم: انتشارات نسل جوان، ١٤١٦ق.

كركي، شيخ حسين، هداية الابرار الي طريق الائمة الاطهار (ع)، تحقيق رؤوف جمال الدين، نجف، ۱۳۹۶ق.

لنكراني، محمد فاضل، سيرتي كامل در اصول فقه (تقريرات درس خارج اصول)، قم: انتشارات فيضيه، ۱۳۷۷.

مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، قم: دار الكتب العلمية، بي تا.

معرفت، محمد هادي، التفسير و المفسرون في ثوبه القشيب، مشهد: الجامعة الرضوية للعلوم الاسلامية، ۱۴۲۵ق.

صيانة القرآن من التحريف، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، ۱۴۱۳ق.

مكارم شيرازي، پیام قرآن (ج ۹)، قم: مطبوعاتي هدف، ۱۳۷۳.

نوري طبرسي، حسين، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بيروت: مؤسسة آل البيت لاحياء التراث، ۱۴۰۹ق.

هاشمي شاهرودي، سيد محمود، بحوث في علم الاصول، قم: مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي، ۱۴۲۶ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۲،
بهار ۱۳۹۲، ص ۱۶۹-۱۴۷

گستره حجیت خبر واحد در مکتب محقق اردبیلی*

حامد نعیمی

دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

Email: d.naeimi63@gmail.com

محمود جمال‌الدین زنجانی

استادیار دانشگاه امام صادق(ع)

Email: zanjana@isu.ac.ir

چکیده

یکی از پر کاربردترین ادله استنباط احکام شرعی خبر واحد است که قبول یا رد آن و تحدید آن تاثیر به سزایی در نتایج استنباط خواهد گذارد. محقق اردبیلی به عنوان یکی از نوابغ فقه امامیه در قرن دهم هجری، با نگرش خاصی که به این منبع استنباط احکام داشته است، تنها حجیت خبر صحیح اعلایی را قابل قبول و حجیت دیگر اخبار را در علم اصول مردود دانسته است. این دیدگاه، تاثیر به سزایی در فقه او به جای نهاده است، به گونه‌ای که در اثبات حکم تحریم به دلیل عدم صحت اخبار، دست از فتوای تحریم برداشته و در اکثر موارد به دلیل احتیاط علمی و عملی ایشان که برخاسته از زهد و تقوی وی می‌باشد، قائل به حکم کراهت شده است. نیز به دلیل همین رأی، در تخصیص عمومات کتاب و اخبار متواتر توسط خبر واحد نیز بسیار محتاط بوده و تنها خبر خاص و واحد صریح را برای تخصیص عمومات حجت دانسته است. در این تحقیق برآنیم تا دیدگاه محقق اردبیلی درباره خبر واحد و ادله آن را بررسی نموده و نتایج و کاربردهای آن را در مکتب فقهی محقق اردبیلی، مورد تحلیل قرار دهیم.

کلیدواژه‌ها: محقق اردبیلی، اصول، خبر واحد، صحیح اعلایی

مقدمه

در مطالعات دینی، اخبار وارده‌ی از معصومین (علیهم‌السلام) از مهمترین منابع و مستندات محسوب می‌شوند. خبر واحد که در مقابل خبر متواتر قرار دارد، در طول تاریخ تشیع از جمله مباحث مورد بحث فقهاء بوده‌است.

از اوایل سده‌ی سوم هجری حدیث‌گرایان با مرکزیت قم: جریان غالب امامیه را تشکیل می‌دادند که ضمن مخالفت شدید با رویکرد عقل‌گرایی و کلامی، هرگونه نظام‌سازی دینی را به دلیل لزوم پیروی از نصوص شرعی و روایی، نفی می‌کردند؛ از این رو، در سده‌ی دوم و سوم هجری، به تاثیر فضای حاکم اهل حدیث بر محافل علمی امامیه، فقه روایی و نیز بهره‌گیری از متون حدیث در تألیف آثار فقهی رواج یافت و احساس بی‌نیازی نسبت به اصول فقه و علم درایة‌الحدیث، بر جامعه‌ی امامیه، سایه انداخت. از جمله‌ی مسائل مورد قبول حدیث‌گرایان، حجیت خبر واحد بود (بیرشک).

در دهه‌ی پایانی قرن چهارم هجری، در بغداد، حرکتی نوین و استوار، از درون طیف متکلمان امامیه آغاز شد که نتیجه‌ی آن، توجه عمیق به دریافت‌های عقلانی بود. مخالفت متکلمان امامیه با مشروعیت خبر واحد، مهمترین وجه تمایز و مایه‌ی اختلاف ایشان با گروه‌های حدیث‌گرا محسوب می‌شد.

بعد از سیدمرتضی، شیخ طوسی (م ۴۶۰ ق) برای نخستین بار، حجیت را برای خبر واحدی مطرح کرد که بدون قرینه است. موضع شیخ طوسی در تأیید حجیت خبر واحد، وجه تمایز اصول فقه او است که پلی میان اصول متکلمان و باور اصحاب حدیث به شمار می‌آید. پس از شیخ الطائفه نیز مباحث حجیت خبر واحد که عمده‌ی اخبار رسیده از حضرات معصومین (علیهم‌السلام) را تشکیل می‌دهند تا به امروز ادامه دارد.

مقاله‌ی حاضر، با توجه به انواع و شروط خبر واحد، به بررسی خبر واحد از دیدگاه محقق اردبیلی می‌پردازد.

تعریف خبر واحد و اقسام آن

از نظر شیخ مفید، در خبر باید امکان صدق و کذب وجود داشته باشد (مفید، ۳۳)، لکن سید-مرتضی به این تعریف ایراد می‌گیرد و آن را نادرست می‌خواند؛ چرا که این تعریف، اخبار مسلم‌الصدق و یا مقطوع‌الکذب را شامل نمی‌شود؛ لذا ایشان، تعریف مختار خود را از خبر،

چنین بیان می‌کند: ما صحّ فيه الصدق أو الكذب (سیدمرتضی، ۱/۲). براساس این تعریف، از آنجا که میان صدق و کذب، حد وسطی وجود ندارد، لاجرم هر خبری، یا صادق است، یا کاذب؛ خبر صادق، خبری است که مخبر^{عنه}، مطابق با مضمون خبر باشد و خبر کاذب، خبری است که با واقعیت مخبر^{عنه}، منطبق نباشد.

در تعریف خبر واحد نوشته‌اند: خبری که بر حد تواتر نرسد، خبر واحد است؛ چه راوی آن خبر، یک نفر باشد و چه بیش از آن (غفاری، ۲۳؛ شهیدثانی، ۶۹). برای فهم هر چه بهتر دیدگاه محقق اردبیلی درباره‌ی نوع منتخب خبر واحد، لازم است مقدمتاً در بیان اقسام خبر واحد و شرایط راویان خبر واحد، توضیحاتی داده‌شود.

اقسام خبر واحد از نظر احوال راویان

در بین متأخرین یعنی بعد از سیدبن طاووس (م ۶۷۳ ق) -خبر واحد از نظر احوال راویان، دارای چهار قسم: صحیح، حسن، موثق و ضعیف می‌باشد که البته بزرگانی چون: شهیدثانی، قسم دیگری به نام قوی، به آن می‌افزایند (شهیدثانی، ۸۵).

شهید ثانی، خبر صحیح را خبری می‌داند، که سندش به وسیله‌ی نقل راوی عادل امامی از راوی هم‌چون خودش در همه‌ی طبقات، به معصوم برسد؛ الصحیح و هو ما اتصل سنده إلی المعصوم بنقل العدل الامامي عن مثله في جميع الطبقات و إن اعتراه شذوذ (همان، ۷۷).

در تعریف شهیدثانی، ذکر چند نکته ضروری به نظر می‌رسد: اولاً، ایشان، با قید: إلی المعصوم، حدیث امامان اثنی عشری را در تعریف می‌آورد و با قید: عدل، حدیث حسن را از جرگه‌ی خبر صحیح خارج می‌سازد. مقصود از عدل، این است که در کتب رجال، از راوی، به: عادل، ثقه، حجه و عدل تعبیر کنند که بیانگر اطمینان به راوی است.

ثانیاً، شهید با قید: امامی، حدیث موثق را از دایره‌ی خبر صحیح خارج می‌سازد.

ثالثاً، قید: جميع الطبقات، نیز که در تعاریف مشاهده می‌شود، به این اشاره دارد که در روایت صحیح می‌بایست شرایط صحت در تمامی طبقات وجود داشته‌باشد.

رابعاً، عبارت: و إن اعتراه شذوذ، حدیث شاذ را نیز در صورت واجد بودن شرایط صحت، شامل می‌شود (مؤدب، ۶۰-۶۱) و مراد از آن، راوی معتقد به امام عصر خویش است؛ اگرچه امامت دیگر امامان معصوم (علیهم‌السلام) را درک نکرده‌باشد و به دلیل جهالت نسبت به شخصیت و اسم آن امام، به امامان بعد از او معتقد نباشد. با این قید، فطحیه و اسماعیلیه، به

دلیل عدم اعتقاد به امامان عصر خویش، از قید مذکور، خارج هستند (سبحانی، ۵۱).

البته، علماء، این تعریف را به گونه‌ای توسعه می‌دهند که حتی برخی از احادیث مروی از روایان غیرامامی را صحیح می‌دانند؛ مثلاً: در الخلاصه، طریق فقیه به معاویه بن میسره را صحیح می‌داند؛ با اینکه نصی بر وثاقت معاویه بن میسره وجود ندارد. همچنین، اخبار أبان بن عثمان را با وجود فطحی بودن وی، صحیح می‌شمارند (همان، ۵۳).

حدیث صحیح، به اعتبار چگونگی برخورداری آن از شرایط صحت و مراتب آن، به سه قسم: اعلی، اوسط و ادنی تقسیم می‌شود:

صحیح اعلی، خبری است که شرایط صحت در آن، از راه علم و یقین، یا شهادت عدلین و یا اینکه در برخی موارد، از راه یقین و در دیگر موارد، با شهادت عدلین، احراز گردد.

صحیح اوسط، حدیثی است که شرایط صحت در آن، از طریق یک نفر عادل احراز شود که مفید ظن معتمد باشد، یا اینکه برخی و لو یک راوی از این طریق، عدالتش ثابت شود و مابقی از طریق صحیح اعلی، ثابت گردد.

صحیح ادنی، آن حدیثی است که احراز شرایط صحت در آن، از طریق گمان اجتهادی، یا برخی از این طریق و مابقی از طریق صحیح اوسط یا اعلی باشد (غفاری، ۲۷).

برخی، در مراتب حدیث صحیح، بلاد و شهرها را نیز مهم می‌دانند، ولی به نظر می‌رسد معیار مکان، زمان و کتاب راوی، از مراتب صحت حدیث نمی‌باشد، بلکه تنها مؤید حدیث است.

خبر حسن نیز خبری است که سند آن به وسیله‌ی راوی امامی ممدوح، به امام معصوم (علیه‌السلام) برسد، بدون اینکه مذمت مقبولی با آن مدح، معارضه کند و بدون اینکه عدالت در همه‌ی مراتب، یا بعضی از آن، ثابت باشد، ولی بقیه‌ی روایان، باید صفت رجال صحیح را دارا باشند (عاملی، ۲۱۷).

صاحب‌معالم، حدیث موثق را حدیثی می‌داند که در طریق آن، راوی غیرامامی، موجود می‌باشد، اما اصحاب امامیه، بر وثاقت آن راوی غیر امامی، تصریح می‌کنند و باقی طریق حدیث، از جهت دیگری، دارای ضعف نباشد. ایشان، نام دیگر حدیث موثق را حدیث قوی می‌نهند (همان، ۲۴۹).

خبر ضعیف، خبری است که در آن، شروط یکی از اخبار سه‌گانه‌ی پیشین، جمع نیست؛ به این گونه که طریق آن به شخص مجروح به فسق و مثل آن، یا به شخص مجهول و یا دون‌تر

از آن، مثل شخص وضاع^۱ می‌رسد (شهیدثانی، ۸۶).

شرایط راوی خبر واحد

از جمله‌ی مباحث مربوط به تشخیص روایت معتبر، بررسی شرایط و اوصاف راوی، نزد محدثان است، تا معین گردد که راویان حدیث باید از چه وصف و خصوصیات برخوردار باشند. محدثان، برای قبول روایت راویان حدیث، وجود شرایطی را در آنان، ضروری می‌دانند که به دلیل اهمیت برخی از این شروط، در بحث این مقاله، به طور خلاصه، به ذکر کوتاهی از آنان پرداخته می‌شود:

۱. اسلام راوی

در شرط اسلام راوی، دو نظر وجود دارد؛ گروهی، همچون: شهیدثانی، اسلام راوی را مورد قبول و اجماع همه‌ی محدثین و اصولیان می‌دانند (شهیدثانی، ۱۸۱)؛ بنابراین، به دلیل معنای فسق در آیه‌ی نبأ، خبر راوی کافر، به هیچ عنوان مقبول نمی‌باشد؛ چه راوی کافر، مانند: یهود و نصاری از اهل قبله‌ی مسلمانان نباشد و چه مثل: خوارج و غلات، از اهل قبله باشد (سبحانی، ۱۳۲).

۲. بلوغ

شهید ثانی در این باره می‌نویسد: إتفق أئمة الحدیث و الأصول الفقہیة علی اشتراط: (أ) الإسلام... (ب) و بلوغه (الراوی)... (همان، ۱۸۲).

باید دانست که بلوغ راوی به هنگام اداء و نقل روایت شرط می‌باشد؛ بنابراین، خبر غیر بالغ، صبی و مجنون را شامل می‌شود؛ البته، خبر مجنون ادواری در زمان إفاقه و زوال کامل جنونش، به دلیل سیره‌ی عقلاء عالم، مورد قبول است. در مورد این شرط راوی، به نگارش مقاله‌ی مستقلی نیاز است که این نوشته را جای آن نیست.

۳. عقل

به استناد همین شرط، روایت مجنون و سفیه، قابل قبول نیست؛ عدم قبول خبر مجنون، اجماعی است (غفاری، ۷۹). دلیل این نظر نیز عدم وثوق به خبر مجنون می‌باشد که با آیه‌ی نبأ، مخالف است.

^۱ . کسی که جعل حدیث می‌کند.

۴. ایمان

مقصود از ایمان در مورد راویان، اعتقاد به امامت امامان (علیهم السلام) می‌باشد. در این زمینه، دیدگاه علماء، متفاوت است؛ شیخ طوسی ایمان را شرط راوی نمی‌داند، بلکه صرف اسلام را کافی می‌داند. دلیل وی، عمل طایفه‌ی امامیه به خبر عبدالله بن بکیر، سماعة و علی بن ابی حمزه، عثمان بن عیسی، بنوفضال و منقولات طاطریون است (طوسی، ۱۵۰/۱).

اما در برابر نظر شیخ الطائفه، صاحب‌معالم، شرط ایمان راوی را به مشهور علماء، نسبت می‌دهد و دلیل آن را نیز آیه‌ی نبأ بیان می‌کند؛ چرا که بزرگ‌ترین فسق را عدم ایمان به ائمه هدی (علیهم السلام) می‌داند و بدین ترتیب، نظر مشهور را می‌پذیرد (عاملی، ۱۳۶).

علامه‌ی حلی، روشی مابین دو دیدگاه پیشین را در پیش می‌گیرد. وی، با وجود اینکه در کتاب تهذیب‌الاصول، ایمان را شرط راوی می‌داند، ولی در موارد بسیاری از کتاب خلاصة‌الأقوال، روایت افراد فاسد‌المذهب را ترجیح می‌دهد (علامه‌ی حلی، ۱۷). مؤلف مجمع-الفائدة، نقل می‌کند: علامه‌ی حلی، علی بن حسن فضال را در خلاصة‌الأقوال، می‌ستاید و می‌گوید: شیخ طوسی و نجاشی او را توثیق کرده‌اند؛ پس، من نیز به علی بن حسن فضال اعتماد می‌کنم؛ اگرچه مذهب او فاسد است (اردبیلی، مجمع‌الفائدة، ۲/۲۸۱).

۵. عدالت

پنجمین شرط راوی و پر مناقشه‌ترین آن‌ها عدالت است. به دلیل اهمیت آن در این مقاله، ابتداء، مختصراً، تعاریف علماء از عدالت ذکر می‌گردد و سپس، به شرطیت آن پرداخته می‌شود. در معنای عدالت، اختلاف نظر وجود دارد؛ گروهی عدالت را ملکه‌ی نفسانی محکمی می‌دانند که باعث ملازمه‌ی تقوی، ترک ارتکاب معاصی کبیره، اصرار نکردن بر ارتکاب صغائر و عدم ارتکاب به اعمال منافی مروت می‌گردد (غفاری، ۸۰) و گروهی دیگر عدالت را ملکه‌ی نفسانی می‌دانند که از ارتکاب کبائر، اصرار بر صغائر و انجام منافیات مروت، مانع می‌شود (عاملی، ۲۴۰)؛ ولی دیدگاه مشهور درباره‌ی معنای عدالت، این است که مشهور، عدالت را ملکه‌ی نفسانی محکمی می‌داند که ایجاد رابطه‌ی بین تقوی و ترک معاصی کبیره، عدم اصرار بر صغائر و ارتکاب منافیات مروت را باعث می‌شود که ارتکاب آن‌ها کاشف از غفلت و کم توجهی فرد نسبت به مسائل دینی است؛ به گونه‌ای که از او اطمینان به عدم کذب حاصل نمی‌شود (سبحانی، ۱۳۴).

در شرطیت عدالت، دو دیدگاه متفاوت دیده می‌شود؛ گروهی شرط عدالت راوی را به

جمهور اصحاب حدیث و اصول اسناد می‌دهند و آن را نظر مشهور اصحاب می‌دانند. شیخ-حسن عاملی، شرط عدالت را به جمهور محدثان و اصولیان منسوب می‌دارد و دلیل آن را نیز آیهی نبأ بیان می‌کند؛ بدین گونه که این آیهی شریفه، خبر فاسق را رد می‌کند؛ پس، برای قبول خبر، نباید راوی، فاسق باشد؛ یعنی: باید راوی، عادل باشد (عاملی، ۲۳۰).

در مقابل این گروه، شیخ طوسی و به تبع او علامه‌ی مامقانی، عدالت را شرط راوی نمی‌دانند. شیخ طوسی، وثاقت راوی و تحرز او را در نقل حدیث، همان عدالت مطلوب نقل حدیث می‌داند و فسق او را تنها، مانع قبول شهادت می‌داند؛ نه اینکه مانع قبول روایت شود (طوسی، ۱۵۲).

برای عدم شرطیت عدالت راوی، چند دلیل اقامه شده است که به اختصار به آن پرداخته می‌شود:

دلیل اول؛ شیخ طوسی در عدةالأصول، دلیل عدم شرطیت عدالت را عمل طائفه‌ی امامیه به خبر فاسقی می‌داند که ثقه‌ی محتاط در روایات است.

صاحب معارج‌الأصول، به این نظر شیخ، ایراد می‌گیرد و دلیل او را روشن نمی‌داند و می‌گوید: اگر بنا به قول شیخ طوسی، طائفه‌ی امامیه، در مواردی به این روایات عمل کرده‌اند، موارد خاصی است که تعدی از آن‌ها جایز نیست و باید به همان موارد اکتفاء کرد (محقق حلی، معارج‌الأصول، ۱۴۹).

صاحب معالم نیز بر رأی شیخ طوسی، خرده می‌گیرد که چه بسا، عمل طائفه، بر قرائنی دیگر، مبتنی بوده است؛ نه خود روایت فاسق (عاملی، ۲۳۲).

علامه‌ی مامقانی، در دفاع از رأی شیخ، به اشکالات مذکور، پاسخ می‌دهد که انکار کردن عمل طائفه‌ی امامیه به اخبار راویان غیر عادل، خارج از انصاف است؛ چرا که بر هر متتبع کتب فقهی و حدیثی، این سیره‌ی عمل اصحاب به روایت غیر عادل، به حدی واضح است که حتی محقق حلی نیز در دو کتاب معتبر و شرایع خود نیز به برخی از این قبیل روایات عمل کرده است.

اما پاسخ به اشکال صاحب معالم نیز این است که عمل اصحاب و کلمات ایشان، در عمل به نفس خبر غیر عادل، ظهور دارد و نه به واسطه‌ی قرائن خارجی (غفاری، ۸۲).

دلیل دوم؛ طریقه‌ی اطاعت از مولی، بر عهده‌ی عقل و عقلاست و این عقل و بنای عقلاست که طریقه‌ی اطاعت از مولی را معین می‌کند و آنچه از شریعت در این باب آمده است،

از باب ارشاد است و مشاهده می‌شود که عقلاء، به خبر فاسقی عمل می‌کنند که از کذب دوری می‌گزینند و به کلام او اطمینان دارند.

دلیل سوم؛ شناخت حال راوی، به اینکه از کذب دوری می‌گزینند، خود، تثبیت اجمالی نسبت به صدق راوی است که عمل به اخبار او را جایز می‌سازد؛ چرا که ظاهر آیهی نبأ، این است که وقتی از جهت خبر فاسق، همان مقدار اطمینان پدید می‌آید که از خبر عادل حاصل می‌شود، بعد از تثبیت اطمینان به مقدار خبر عادل، همین اطمینان حاصله، کافی است که بتوان به خبر راوی فاسق متحرز از کذب، عمل کرد (همان، ۸۳).

علامه‌ی مامقانی، صاحب کتاب مقباس الهدایه، این نظر شیخ را مقبول مشهور علماء و از دیگر نظرات، اقوی می‌شمارد (همان، ۸۱).

ضبط

مراد از ضبط، این است که راوی باید حافظ حدیث باشد؛ یعنی: در نگارش آن، ضابط، و از غلط و تحریف و تصحیف^۱ حدیث، حافظ، و با خلل در معنای حدیث، آشنا باشد^۲ (سبحانی، ۱۳۵). به گفته‌ی صاحب معالم، در شرطیت ضبط، اختلافی بین علماء نیست (عاملی، ۲۳۴).

در قبول روایت، شروط دیگری، چون: مرد بودن راوی، حریت، بصر و بینایی، عدم قرابت فامیلی-مثل: روایت پدر از پسر، قدرت بر کتابت، علم به فقه و عربیت و معروفیت نسبت نیز ذکر شده است که البته، شرطیت آن‌ها نزد محدثین، مسلم نیست (مامقانی، ۸۵).

گستره‌ی حجیت خبر واحد در مکتب محقق اردبیلی

در باب حجیت خبر واحد، اصولیان متقدم-همچون: سیدمرتضی (۵۱۹/۲)، قاضی ابن برآج، ابن-زهره (ضمیری، ۲۲۱) و ابن‌ادریس حلی (۴۷/۱) - آن را حجت نمی‌دانند. ایشان، بر این باورند که خبر واحد مقرون به قرائن مفید علم، حجت است؛ قرائن مفید علم را اجماع و یا شاهدی از عقل بیان می‌کنند (همان، ۱۷/۱).

^۱ . تصحیف، یعنی: اسم راوی به اسمی مشابهی آن تغییر یابد؛ مانند: زیاد بن ابی‌غیاث که در اصل، زیاد بن ابی‌عتاب بوده است.
^۲ . الضبط؛ و المراد منه أن يكون حافظاً للحدیث، إن حدث من حفظه؛ ضابطاً لکتابه، حافظاً له من الغلط و التصحیف و التحریف، إن حدث منه؛ عارفاً بما یختل به المعنی، حیث یجوز له المعنی.

در مقابل ایشان، قائلان به اعتبار اخبار مدون در کتب معتبر شیعه، خود به چهار گروه تقسیم می‌شوند: عده‌ای از اخباریان، به حجیت همه‌ی روایات کتب حدیثی شیعه، قائل هستند و تنها اخبار مخالف مشهور را کنار می‌گذارند (استرآبادی، ۶۱-۶۳)؛ گروهی دیگر - همچون: محقق-حلی - اخباری را حجت می‌دانند که اصحاب بدان عمل کرده باشند (محقق حلی، المعتمر، ۲۸/۱)؛ معارج الاصول (۱۵۲)؛ گروه سوم، ملاک اعتبار اخبار آحاد را عدالت (عاملی، ۲۳۰) و یا وثاقت راوی (انصاری، ۱۷۴/۱) می‌دانند؛ گروه چهارم نیز تنها ملاک حجیت اخبار را ظن به صدور روایت از معصوم (علیه‌السلام) می‌دانند و هیچ شرطی را برای راوی، معتبر نمی‌شناسند (فیض، ۳۳).

در باب حجیت عمل به خبر واحد نیز باید گفت: فقهای که خبر واحد را از اساس حجت نمی‌دانند، طبیعی است که درباره‌ی میزان گستره‌ی حجیت آن نیز سخنی ندارند؛ اما در مقابل، این گونه نیست که قائلین به حجیت خبر واحد، به همه‌ی اخبار، به طور مطلق، عمل کنند، بلکه با توجه به مبانی اصولی، دیدگاه‌ها نیز در این باب، متفاوت است؛ بدین بیان که اگر بنای عقلاء، مبنای حجیت خبر واحد باشد - آن گونه که اکثر علماء، همین مبنا را قبول دارند - باید گفت: به هر خبری - اعم از صحیح، حسن، قوی، موثق و حتی ضعیف مشهور - عمل می‌شود که مورد وثوق می‌باشد و تنها، خبر شاذ متروک، ترک می‌گردد.

ولی اگر تعبد، مبنای قبول خبر واحد باشد، چند گروه وجود دارد: گروهی که به دلیل تثبیت عدالت در آیه‌ی نبأ، تنها به خبر صحیح، عمل می‌کنند و از آنجا که تعدیل، از باب شهادت است و در شهادت، تعدد، معتبر می‌باشد، تنها، خبر صحیح اعلایی را حجت می‌شمارند.

گروهی همچون: شیخ طوسی - با توجه به اینکه برای اثبات عدالت، اسلام را در عدم ظهور فسق، ظاهر می‌دانند، افزون بر خبر صحیح، خبر حسن را نیز حجت می‌دانند.

گروه دیگر، به دلیل ورود امر به عمل اخبار بنی‌فضال، خبر موثق را نیز می‌پذیرند. اکنون باید دید، محقق اردبیلی، دیدگاه کدام یک از فقهاء فوق‌الذکر را در باب حجیت خبر واحد و میزان گستره‌ی آن پذیرفته‌اند.

محقق اردبیلی در کتاب زبدةالبیان خود، ذیل آیات قضاء و شهادت، در بیان دوازدهمین آیه‌ی مورد بحث، آیه‌ی نبأ را ذکر می‌نماید. ایشان، ابتداء، به توضیح مفردات آیه‌ی شریفه می‌پردازد و فسق مذکور در آیه را خروج از طاعت و حق معرفی می‌کند و می‌گوید: چه بسا، مراد از فسق در اینجا، هر چیزی باشد که صاحبش را از دایره‌ی عدالت خارج می‌کند (اردبیلی، زبدة

البیان، ۹۰).

ایشان، بعد از بیان معنا و توضیح ترکیبات آیه، به توضیح منطوق و مفهوم آیه می‌پردازد و می‌نویسد: امکان دارد که به منطوق آیه‌ی نبأ، برای عدم جواز قبول خبر فاسق استدلال شود؛ پس، نمی‌توان گفت: خبر او صادق است و یا به دلیل فسق او، کاذب است؛ بنابراین، خبر واحد، مقبول است و به وسیله‌ی مفهوم آیه، می‌توان قبول خبر غیر فاسق را اثبات کرد و در قبول خبر راوی، جوانمردی و مروت و یا غیر آن‌مثل: عدم عداوت، تعداد روایت، عدم قرابت، صداقت و عدم تهمت شرط نیست؛ مگر مواردی که با دلیل ثابت شوند (همان).

با این بیان و بر اساس ظاهر سخنان محقق اردبیلی، باید گفت: وی، عدم جواز قبول خبر فاسق را منطوق آیه می‌داند؛ البته به این گونه که اگر فاسقی، خبری آورد، نه می‌توان او را در خبرش صادق دانست و نه او را به دلیل فسقش، کاذب خواند، بلکه باید ابتداء، توقف نمود و به دنبال انکشاف حق و تبیین و تحقیق، حول خبر وی رفت. ایشان، در ادامه، به همین دلیل، خبر واحد را قبول می‌کند؛ چرا که خبر واحد نیز در ابتداء، مورد قبول نمی‌باشد، بلکه بعد از تحقیق و تبیین، پذیرفته می‌شود.

همچنین از کلام اردبیلی در باب مفهوم آیه‌ی نبأ، حجیت خبر غیر فاسق نیز ثابت می‌گردد؛ چرا که وی در قبول خبر، تعدد روایت، عدم عداوت، عدم قرابت، صداقت و عدم تهمت را در ابتداء، شرط نمی‌داند؛ مگر اینکه هر کدام از آن‌ها با دلیل ثابت شوند؛ بنابراین، خبر غیر فاسق نیز قابل قبول می‌باشد و به دلیل آیه‌ی نبأ، تنها، خبر فاسق باید تبیین گردد.

ایشان، از آیه‌ی نبأ برای حجیت خبر واحد محفوف به قرائن نیز استفاده می‌کند و در این رابطه می‌نویسد: امکان دارد به این آیه‌ی نبأ، برای قبول خبر محفوف به قرائن، استدلال کرد؛ پس، خبر واحد محفوف به قرائن نیز حجت است (همان).

وی، از جواب شرط موجود در آیه‌ی نبأ، نتیجه می‌گیرد که خبر محفوف به قرائن، مصداق این بخش از آیه می‌باشد و از این رو، خبر محفوف به قرائن نیز حجت است.

وی، در ادامه‌ی بحث از آیه‌ی نبأ، می‌نویسد: طبق همین آیه، برای عدم قبول خبر مجهول‌الحال نیز می‌توان استدلال آورد؛ البته اگر بتوان واسطه‌ای بین فاسق و عادل قائل شد؛ یعنی: اگر بتوان بین راوی عادل و فاسق، واسطه‌ای چون: راوی مجهول‌الحال فرض کرد؛ همان گونه که ظاهر امر نیز همین است؛ پس می‌توان به ظاهر آیه چنین استدلال کرد که فسق، مانع قبول خبر واحد و عدم فسق، شرط قبول خبر واحد است و در مواردی مثل: خبر راوی

مجهول الحال که علم به رفع مانع (یعنی: رفع فسق) و یا تحقق شرط (یعنی: عدم فسق) وجود ندارد، نمی‌توان به آن خبر، عمل کرد؛ این مسأله، امری ظاهر و روشن است (همان).
با این کلام، معلوم می‌گردد که ایشان، اجمالاً خبر واحد غیر فاسق را حجت می‌دانند. طبق گفته‌ی وی که می‌توان به وسیله‌ی مفهوم آیه‌ی نبأ، قبول خبر غیر فاسق را اثبات کرد، به نظر می‌رسد ایشان، مفهوم وصف را قبول دارند و به وسیله‌ی مفهوم مخالف آیه‌ی نبأ، خبر غیر فاسق را حجت می‌دانند.

اما اینکه ایشان کدام نوع از انواع چهارگانه‌ی خبر واحد را حجت می‌دانند، بحثی است که باید برای آن، استدلال آورد. ایشان در کتاب متاجردر قسم بیان تجارت‌های حرامی که قصد، موجب حرمت آن‌ها می‌شود بیان می‌دارد: از جمله تجارت‌های حرامی که قصدش حرام است، اجاره و بیع مسکن، به منظور عملی حرام‌مثل: خمر و قمار و غیره می‌باشد. دلیل عدم حرمت چنین کاری، حسنه‌ی است که این‌آذینه آن را از امام صادق (علیه‌السلام) نقل می‌کند و عدم صحت حسنه‌ی این‌آذینه، امری آشکار است؛ چه اینکه در علم اصول ثابت است که حسنه حجت نمی‌باشد؛ چرا که محققین قائل به حجیت خبر واحد، تنها خبر عدلی را قبول دارند که عدالتش از نظر شرعی ثابت شده باشد (همو، مجمع‌الفائدة، ۴/۶۸).

بر این اساس و با توجه به ظاهر کلام محقق اردبیلی، معلوم می‌گردد که اگر چه ایشان، خبر واحد را حجت می‌دانند، اما تنها خبر واحد صحیح را می‌پذیرد و خبر غیر صحیح را حتی اگر حسنه هم باشد قبول ندارد؛ ضمن اینکه ایشان، ا بین خبر صحیح نیز تنها به حجیت خیر صحیح اعلائی قائل هستند؛ زیرا همان طور که قبلاً بیان شد، خبری، صحیح اعلائی نامیده می‌شود که عدالت راویان آن از طریق شرعی ثابت گردد.

باید دانست که اثبات عدالت از طرق شرعی به دو صورت متصور است: اول اینکه دو نفر عادل به عدالت راوی، حکم کنند؛ دوم اینکه عدالت راوی، با استفاضه، ثابت گردد؛ به این معنی که عدالت او بین اهل نقل و اهل علم، مشهور باشد (شهیدثانی، ۱۹۲).

نکته دیگری که باید بدان اشاره شود، این است که وی در برخی موارد، به سبب مخالفت خبر واحد با آیات و اجماع، از عمل به خبر واحد سر باز می‌زند؛ برای نمونه، هفتمین آیه‌ای که محقق اردبیلی در بحث ارث در زبده‌البیان، بررسی می‌کند، این آیه است: *يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ امْرَأًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِيئُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتْ أَثْتَيْنِ فَلَهُمَا التُّنَانُ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ*

الْأَنْثَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضَلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (نساء: ۱۷۶).

محقق اردبیلی، ذیل این آیه بیان می‌دارد: ظاهر آیه، ارث بردن برادران میت، به شرط عدم فرزند است؛ همان‌گونه که در نزد فقهاء امامیه مقرر می‌باشد؛ پس، روایتی که می‌گوید: برادران با دختران میت، یک گروه هستند و دختر، مانع ارث برادر نمی‌شود، مورد توجه قرار نمی‌گیرد؛ زیرا این روایت خبر واحدی است که مخالف با ظاهر قرآن و اجماع علماء و اهل بیت است؛ پس، قول به عصبه معنا ندارد (اردبیلی، زبدة البیان، ۸۲۳).

با این بیان، ملاحظه می‌شود که محقق اردبیلی با در نظر گرفتن قرائن مخالفت با ظاهر آیات و اجماع امامیه و روایات ائمه (علیهم السلام) خبر واحد مذکور را رد می‌کند.

همچنین در بیان آیه: *إِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا*؛ *يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ نِقُوبٍ* و *اجعله رب رضيا* (مریم: ۵-۶) محقق اردبیلی می‌فرماید: آیه، بر ارث بردن انبیاء، مانند سایر مردم اشاره دارد و امکان ندارد جمله‌ی: نحن معاشر الأنبياء لا نورث، بتواند این آیات را تخصیص بزند؛ چرا که اگر صحت آن هم پذیرفته شود، باز در تخصیص قرآن متواتر با خبر واحد اشکال وجود دارد؛ به خصوص هنگامی که بسیاری از علماء، آن را انکار کرده‌اند و فقط یک نفر راوی آن می‌باشد؛ افزون بر اینکه تهمت نیز همراه آن است. کسانی که تخصیص قرآن را با خبر واحد، جایز می‌شمرند، تخصیص قرآن را تنها به وسیله‌ی خبر صحیح خالص نص، جایز می‌دانند؛ زیرا ایشان می‌گویند: متن کتاب، متواتر است و دلالتش ظنی، بر عکس خبر که متن آن ظنی، ولی دلالتش یقینی است و هر دوی این‌ها در اینجا منتفی است؛ پس، تأمل کن (اردبیلی، زبدة البیان، ۸۲۴-۸۲۵).

در اینجا نیز محقق اردبیلی، ظاهر قرآن را ملاک و معیار اصل قبول و یا رد خبر واحد می‌داند و تنها خبر صحیح بدون تهمت و یا بدون مخالفت علماء و نص صریح را شایسته‌ی تخصیص قرآن متواتر می‌شمارد.

البته، ایشان برای احتیاطی که از خصوصیات مکتب وی در برابر اخبار غیر صحیح است، حکم را از وجوب به استحباب و از حرمت به کراهت، تقلیل می‌دهد، تا در حد امکان به روایت عمل کرده‌باشد.

دیدگاه مشهور علماء، عدم نیاز تزکیه‌ی عدلین است؛ شهید ثانی در این باره می‌نویسد: در کافی دانستن تزکیه‌ی راوی واحد عادل برای قبول روایت، قول مشهوری، وجود دارد (شهید- ثانی، ۱۹۳)، لیکن گروهی در قبول خبر واحد، اثبات عدالت راوی را به وسیله‌ی عدلین شرط

می‌داند. صاحب معارج‌الأصول، عدالت راوی را شرط قبول خبر واحد می‌داند و اثبات آن را در این می‌بیند که راوی، بین اهل نقل، به عدالت مشهور باشد، و اگر حال راوی، مخفی باشد و یا تنها، یک نفر به عدالت او شهادت دهد، ایشان، آن را قبول نمی‌کند و تنها، عدالتی را می‌پذیرد که توسط عدلین ثابت شده باشد (محقق حلی، معارج‌الاصول، ۱۵۰).

پس، محقق حلی نیز همچون محقق اردبیلی، خبر واحد صحیح اعلائی را حجیت می‌داند. صاحب معالم‌الأصول نیز در کتاب خود، بیان می‌دارد که در تزکیه راوی، دو قول وجود دارد: اول، قول علامه‌ی حلی در تهذیب است که به کفایت تزکیه‌ی واحد، قائل است؛ و قول دوم، گفته‌ی محقق حلی است که به دلیل همانندی تزکیه‌ی عدل در خبر واحد با تزکیه‌ی در شهادت، تزکیه‌ی عدلین را برای عدالت راوی خبر واحد شرط می‌داند. آن‌گاه، صاحب معالم-الأصول، قول محقق حلی را به این دلیل که روایت، نوعی شهادت، محسوب می‌شود، به صواب، نزدیک‌تر می‌داند (عاملی، ۲۳۴).

ادله‌ی متفاوتی برای اثبات حجیت خبر صحیح اعلائی برشمرده‌اند که در اینجا به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. روایت راوی، نوعی شهادت است و از شئون شهادت، اعتبار عدد در آن است؛ ضمن اینکه مقتضای شرط عدالت، اعتبار حصول به آن است که بینه نیز می‌تواند جایگزین آن گردد، ولی غیر این دو را باید با دلیل ثابت کرد و گرنه، توقف در آن‌ها لازم می‌آید (همان، ۲۳۵).

۲. صاحب معالم، در جواب قائلین به تزکیه‌ی عدل واحد و استناد ایشان به آیه‌ی نبأ، این-گونه بیان می‌دارد که شرطیت عدالت برای راوی، بر این، مبتنی است که در آیه‌ی مذکور، از فاسق، کسی مراد باشد که در او این صفت در واقع موجود باشد؛ بنابراین، قبول خبر او، به علم به انتفای فسق او متوقف است، و علم به انتفای فسق نیز به عدالت، متوقف است. اینکه شهادت عدلین، شرط عدالت راوی دانسته می‌شود، به این دلیل است که عدلین جایگزین دلیل شرعی هستند و خبر عدل واحد، به علم، منتهی نمی‌گردد؛ بنابراین، خبر عدل واحد، برای این امر کفایت نمی‌کند (همان، ۲۳۶).

علامه‌ی حلی در جواب اول مخالفان، اعلام می‌دارد که شرط عدد در مزکی، برای روایت لازم نیست، ولی در شهادت لازم است؛ زیرا عدالتی که به وسیله‌ی آن، روایت ثابت می‌گردد، لازم نیست که بیش از خود روایت باشد؛ چرا که شرط یک چیز، نمی‌تواند زائد از اصل آن چیز باشد؛ توضیح اینکه خود خبر واحد که اصل و مبنای روایت است، با روایت راوی واحد،

قابل قبول می‌باشد؛ حال، عدالت راوی واحد نیز که شرط و در واقع، فرع خبر منقول از راوی واحد است، با شهادت واحد، برای عدالت راوی واحد، کفایت می‌کند و لازم نیست که دو شاهد، برای عدالت راوی واحد، شهادت دهند؛ چراکه شرط شیعی، زائد از اصل آن نیست. با توجه به نظر و دیدگاه محقق اردبیلی در قبول حجیت خبر صحیح اعلائی، به نظر می‌رسد ایشان، بیشتر به دیدگاه افرادی چون: محقق حلی، تمایل دارند؛ و الله هو العالم. نکته‌ی قابل ذکر در مسأله، این است که اگرچه، ایشان، خبر صحیح اعلائی را قبول دارد، اما گاهی بر خبر موثق نیز عنوان صحیح را اطلاق می‌کند؛ همان‌گونه که گاهی علماء، بر خبر موثق، عنوان صحیح را اطلاق می‌کنند؛ به طور مثال، مرحوم اردبیلی در بخشی از کتاب خود، بر خبر جمیل بن دراج، عنوان صحیح را اطلاق می‌کند (اردبیلی، مجمع الفائدة، ۹/۲۳۳). وحید بهبهانی بر محقق اردبیلی اشکال می‌گیرد و می‌گوید: در طریق او، معاویه بن حکیم، قرار دارد که او فطحی موثق می‌باشد (بهبهانی، ۱۶۴).

بر همین منوال، محقق اردبیلی در زبدةالبیان، ذیل روایتی می‌گوید: این روایت، حسنه است و علامه‌ی حلی در منتهی و مختلف از آن به حسنه تعبیر می‌کند؛ زیرا در سند آن، ابراهیم بن هاشم واقع است، در حالی که شهید از آن به صحیح، تعبیر می‌نماید و این، یا به جهت مشبه شدن امر عدالت و وثاقت ابراهیم بن هاشم بر اوست و یا از روی عمد می‌باشد (اردبیلی، زبدةالبیان، ۱۵۴) ضمن اینکه خود وی در مجمع الفائدة والبرهان، بر این مطلب اعلام می‌دارد که فقهاء، بر تعدیل ابراهیم بن هاشم تصریح نکرده‌اند. عجیب اینکه خود محقق اردبیلی در زبدةالبیان، روایات ابراهیم بن هاشم را صحیح تلقی می‌نماید؛ با اینکه ایشان، تعدیل ابراهیم را رد می‌کند.

افزون بر این، خود او در مواردی، بر اخبار ابراهیم اعتماد می‌کند و برخی از اخباری که او صحیح می‌خواند، اخباری است که ابراهیم بن هاشم در سلسله‌ی سندش واقع است. او در خاتمه می‌گوید: در صورت دوران بین روایتی که این راوی در سند آن است و روایتی که او در سند آن نیست، روایتی راجح می‌باشد که ابراهیم در سند آن است (همو، مجمع الفائدة، ۴/۹۳؛ ۱/۹۱؛ ۵/۸۷).

با توجه به مطالبی که بیان شد، می‌توان به این نتیجه رسید که محقق اردبیلی، بر حجیت خبر واحد اذعان دارد، اما آن را به خبر واحد صحیح اعلائی، محدود می‌کند؛ هر چند، گاهی، بر موثقه و یا حسنه که طبق دیدگاه اصولی او، غیر مقبول می‌باشند صحیح اطلاق می‌کند و آن-

ها را می‌پذیرد. این مسأله، در مورد ابراهیم بن هاشم به طور قوی و خاص مشخص است. بنا بر همین دیدگاه محقق اردبیلی درباره‌ی اخبار آحاد است که او خبر واحد را نیز برای اثبات حکم تحریم، حجت نمی‌داند؛ البته با این قید که خبر واحدی حجیت اثبات تحریم را ندارد که دلالت آن ظاهر باشد، ولی اگر این قید نبود یعنی: اگر دلالت خبر واحد، نص باشد - به وسیله‌ی آن می‌توان، حکم تحریم را اثبات نمود (همان، ۲۱۸/۸).

به نظر می‌رسد دلیل ایشان، برای این مسأله، اصل إباحه - که مورد قبول اصولیان شیعه می‌باشد - نیز استناد به اخباری چون: روایت امام صادق (علیه السلام) است که فرموده‌اند: هر چیزی مطلق و آزاد است، تا جایی که در مورد آن، نهی به خصوص، وارد آید (شیخ - صدوق، ۳۱۷/۱).

این روایت، افاده‌ی رخصت را در افعال غیر معلوم دارد. شیخ انصاری این روایت را دلیل بر جعل إباحه‌ی اشیاء می‌داند، تا جایی که حظر و منعی از امامیه ثابت گردد (انصاری، ۳۲۷/۱). دلیل دیگر برای این مسأله، آیه‌ی: هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا الْأَرْضِ جَمِيعًا (بقره: ۲۹) است که برخی از فقهاء، آن را دلیل بر أصالة الإباحه می‌دانند (نایینی، ۳۷۹/۳)؛ بنابراین، برای اثبات تحریم، باید دلیل قاطعی اقامه گردد و ادله‌ی ظنی - همچون: خبر واحد - به دلیل أصالة الإباحه - که مورد قبول اصولیان شیعه می‌باشد - نمی‌تواند تحریم را اثبات کند؛ مگر همان‌گونه که بیان شد، خبر واحد، صحیح السند و الدلالة باشد.

با این بیان، روشن می‌گردد که محقق اردبیلی، خبر واحدی را قبول دارد که نص، صحیح - السند و خاص است - همان‌طور که در بخش پیشین بدان اشاره شد - پس، برای اثبات حکم تحریم نیز خبر واحدی را می‌پذیرد که نص است و این قوت را دارا می‌باشد که حکم را ثابت کند. او، خبر واحد ضعیف السند و یا ضعیف الدلالة را قبول نمی‌کند؛ چرا که ممکن است از چنین خبری حکم حرمت برداشت نگردد و کراهت استنباط شود؛ همان‌گونه که در بسیاری از مباحث فقهی، این سیره و روش، در بین فقهاء عظام بوده است.

با توجه به دیدگاه محقق اردبیلی در خصوص پذیرش خبر صحیح اعلائی، این سؤال در ذهن نقش می‌بندد که ایشان، فقه خود را بر چه چیزی بنا می‌نهد و چگونه آن را اداره می‌کند؟

با تأمل در کتب وی، می‌توان از منظر او، ره‌های زیر را جایگزین خبر واحد دانست:

۱. تقویت ضعف سند روایات

ایشان پنج راه را برای تقویت ضعف سند ارائه می‌نماید که به آن‌ها اشاره می‌شود:

موافقت عقل

محقق اردبیلی، در چند بخش از کتاب خود، با وجود خدشه در سند روایت، آن را به دلیل موافقت با عقل می‌پذیرد؛ وی در بحث نافذ بودن قضاوت فقیه در دوران غیبت، ذکر می‌کند: دلیله کأنه الاجماع، والأخبار المتقدمة، الدالة على جعله (عليه السلام) العالم بالأحكام قاضياً و حكماً، وأن خلافه لا يجوز، بل الرادّ عليه هو الرادّ على الله، وهو على حدّ الشك بالله وإن لم يكن سندها معتبراً على ما عرفت، إلا أن مضمونها موافق للعقل (اردبیلی، مجمع الفائدة، ۱۲/۱۸). همچنین در بیان اشتراط علم برای قاضی، بیان می‌دارد: لعلّ دليلهم عليه الإجماع، والاعتبار، والآيات، والأخبار؛ مثل: خبر أبي خديجة سالم بن مكرم الجمال؛ و لا يضرّ ضعف السند به و بغيره، لموافقته للعقل (همان، ۷/۱۲).

۲) قبول اصحاب

در پاره‌ای موارد، محقق اردبیلی، به این دلیل، به خبر ضعیف عمل می‌کند که اصحاب حدیث، آن را قبول کرده‌اند؛ مانند این جمله که ایشان می‌گویند: ضعف سند به این روایت ضرری وارد نمی‌کند؛ چرا که مضمون آن، موافق عقل و مورد قبول اصحاب می‌باشد (همان). وی، همچنین در این بحث که در غسل دادن زوج، همسر او اولویت دارد، با وجود ضعف روایت مورد استناد، آن روایت را به دلیل قبول فقهاء، می‌پذیرد (همان، ۱/۱۷۶). محقق اردبیلی، در پاسخ به رأی علامه‌ی حلی - که ذکر می‌کند: هرگاه دو نفر در نماز جماعت، نیت امامت کنند، نماز هر دو صحیح است، ولی اگر آن دو، مأوم بودن را نیت کنند، مبطل نماز خواهد بود - می‌گوید: ظاهر نص و کلام اصحاب و عدم ظهور خلاف، بر عمومیت حکم امامت و مأوم بودن آن دو نفر است و ضعف نص بر فرض وجود آن - با کلام اصحاب منجبر می‌باشد (همان، ۳/۳۱۹)؛ ظاهراً منظور وی از کلام اصحاب، همان قبول اصحاب است.

۳) شهرت عملی روایت

این مطلب، نزد اصولیان شیعه، مورد بحث است که آیا شهرت عملی و روایی، جابر ضعف روایت می‌شود یا خیر؟

برخی، شهرت را به خودی خود، حجت نمی‌شمارند و آن را جابر ضعف روایت نمی‌دانند (همان، ۱/۲۴۷)؛ در مقابل، عده‌ی زیادی، آن را جابر ضعف روایت می‌دانند؛ عده‌ای، همچون: شهید ثانی نیز شهرت روایی و فتوایی‌ای را قبول می‌کند که قبل از زمان شیخ طوسی باشد؛ زیرا متأخرین از شیخ را متأثر از او می‌دانند؛ از این رو، شهرت بعد از شیخ را رد می‌کند

و به تحقق شهرت قبل از زمان شیخ نیز قائل نیست؛ چرا که قبل از شیخ—چه برای گروهی همچون: سیدمرتضی که خبر واحد را قبول نداشتند و به آن عمل نمی‌کردند، نه به خبر واحد ضعیف و نه به خبر واحد صحیح؛ و چه برای گروهی مثل: اهل حدیث که مطلق اخبار واحد را قبول می‌کردند—بحث جبران ضعف خبر، مطرح نبود؛ لذا بنا بر نظر شهید، نه شهرت پیش از شیخ و نه پس از شیخ، نمی‌تواند جابر ضعف روایت باشد (شهیدثانی، ۹۲).

علامه‌ی مامقانی، در پاسخ به شهیدثانی، می‌گوید: اگر ایشان معتقد است که تا زمان شیخ—طوسی، چنین شهرتی حاصل نشده‌است، باید گفت: آنچه مهم می‌باشد، وثوق و اطمینان به حصول شهرت است و اگر چنین اطمینانی، بعد از زمان شیخ طوسی حاصل شود، برای حصول شهرت کافی می‌باشد؛ زیرا عمل شیخ، خود، نوعی توثیق به شمار می‌آید (ربانی، ۸۰).

محقق اردبیلی نیز از کسانی است که ضعف روایت را به وسیله‌ی شهرت، جبران می‌کند (اردبیلی، مجمع‌الفائدة، ۴۰۹/۲؛ ۲۴۷/۱). ایشان، در مبحث استحلاف مدعی، بعد از نقل خبر صفار و بیان این نکته که تصریحی برای صفار صورت نگرفته‌است، می‌گوید: ینبغی الاقتصار علی موضع الشهرة والنص، حتی یمكن أن یقال: ینجبر الضعف بالشهرة (همان، ۱۶۲/۱۲)؛ بنابراین، این، مشخص گردید که وی، شهرت را جابر ضعف خبر می‌داند.

البته باید گفت: ایشان، برای شهرت، حجیت مستقلی قائل نیست. او، در مواردی متعدد، به این مطلب اشاره می‌نماید (همان، ۳۸۶/۷؛ ۲۳۹/۸)؛ با این وصف، همان‌گونه که اشاره شد، وی، شهرت را جابر ضعف روایت می‌داند.

(۴) موافقت با عمومات

از جمله‌ی مواردی که محقق اردبیلی آن را جابر ضعف سند روایت می‌داند، موافقت خبر ضعیف، با عمومات است؛ از این رو، به واسطه‌ی تأیید عمومات، به خبر ضعیف عمل می‌کند (همان، ۲۰۲/۸).

(۵) فتوای اصحاب

فتوای فقهاء، از نظر محقق اردبیلی، از جمله‌ی موارد جابر ضعف سند است؛ اما دقیقاً معلوم نیست که منظور ایشان، از فتوای اصحاب، اجماع ایشان است، یا فتوای ایشان؛ هرچند که به احتمال قوی، شهرت فتوایی، مقصود است (همان، ۳۰۴/۱).

محقق اردبیلی، در این بحث که اگر مولا، بنده‌ی خود را بکشد، به اندازه‌ی قیمت او صدقه می‌پردازد، بعد از نقل نظر علامه‌حلی مبنی بر حجیت فتوای اصحاب، در این مورد بیان می‌کند:

دیدگاه بر حق، این است که خبر ضعیف محفوف به قرائن، مفید علم است و بحث، تنها در وجود این قرائن می‌باشد. از این سخن وی، چنین برداشت می‌شود که وی، اعتراف دارد: حجیت فتوای اصحاب، یکی از قرائن مفید علم برای خبر ضعیف است و لذا بحث را تنها بر روی وجود آن می‌برد؛ گویی که اشکال ایشان، بر حجیت فتوای اصحاب، صغروی است. از دیدگاه محقق اردبیلی، یکی از مرجحات در مقام معارضه، فتوای اصحاب می‌باشد (همان، ۴۰۵/۳).

البته، این مورد نیز همانند شهرت عملی روایت، دارای بیان مستقلى نیست، بلکه با تتبع در کتب فقهی محقق اردبیلی، می‌توان به این نتیجه رسید که فتوای اصحاب، جابر ضعف خبر می‌باشد.

در هر حال باید گفت: اصل در مور خبر ضعیف، عدم اخذ به آن است؛ مگر اینکه خبر ضعیف، با چیزی تأیید شود که پایه آن را محکم کند.

۲. اجماع

محقق اردبیلی، اجماع حاکی از قول معصوم را یکی از منابع معتبر فقهی می‌داند و در استنباط احکام شرعی از آن بهره می‌جوید و در فتوای خود، به آن استناد می‌کند. از کتاب‌های بسیار با ارزش محقق اردبیلی، کتاب مجمع الفائدة و البرهان است. محقق اردبیلی، در این کتاب که شرح إرشاد الأذهان علامه‌ی حلی است، به طور معمول در هر مسأله‌ای، عبارت منتهی یا تذکره، به ویژه اجماعات آنان را نقل می‌کند. هر پژوهشگری، به مجرد اندک بررسی کتاب وی، در می‌یابد که ایشان، در فقه خویش، به وفور از اجماع استفاده می‌کند و به مجرد دست‌یابی به اجماع منقول و یا حتی احتمال وجود اجماع، از مقتضای دیگر دلیل‌ها دست می‌کشد. او، در یادکرد دلیل‌ها نیز، گاهی اجماع را در عرض دیگر دلیل‌ها و مقدم بر آن‌ها یادآور می‌شود (خویی، ۳۲۱/۱۴).

در مجلدات کتاب مجمع الفائدة و البرهان، تنها، واژه‌ی اجماع، بیش از هزار بار مورد استفاده قرار گرفته است. این، به روشنی، جایگاه اجماع را در مکتب و دیدگاه فقهی محقق- اردبیلی نشان می‌دهد.

در این بخش، نمونه‌هایی از استناد به اجماع، در باب طهارت کتاب مذکور، بیان می‌شود: وی، در مبحث وضوء، ذیل سخن علامه، می‌نویسد: دلیل واجب بودن وضوء برای نماز واجب، قرآن، سنت و اجماع است و دلیل واجب بودن وضوء برای طواف واجب، سنت و

اجماع است (اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۶۵/۱).

دلیل الوجوب لقراءة الغرائم كآئه الإجماع و الخبر و إن لم يكن صحيحاً و لا صريحاً؛ دلیل واجب بودن غسل برای خواندن سوره‌هایی که سجده‌ی واجب دارند، گویا اجماع و خبر است؛ اگرچه خبر، نه صحیح است و نه صریح (همان، ۷۱/۱).

محقق اردبیلی در عبارت مذکور، اجماع را بر خبر مقدم می‌دارد و نشان می‌دهد که دلیل تقدم اجماع بر خبر، عدم صحت و صراحت خبر می‌باشد. او، به صرف نقصان خبر، به استفاده-ی از اجماع متمایل می‌گردد؛ گویی: وی، اجماع را نیز عامل تأیید خبر غیر صحیح می‌داند. او، درباره‌ی غسل مس کننده‌ی میت، می‌نویسد: نعم، يمكن إلحاقه به في الصلاة و الطواف، للإجماع و نحوه إن كان؛ آری، می‌توان مس کننده‌ی میت را، به خاطر وجود اجماع و مانند آن، در نماز و طواف، به فرد جنب ملحق کرد؛ اگر اجماعی موجود باشد (همان، ۷۲/۱).

واجب بودن غسل، بر مس کننده‌ی میت، ظاهر نیست، مگر برای کارهایی که وضوء، برای آن‌ها لازم است؛ و كآئه للإجماع و للأصل و عدم الدلیل (همان، ۷۳/۱).

و بالجمله، وجوب الغسل على الحائض و النفساء، للصلاة و الطواف و مس القرآن و دخول المساجد و قراءة العزائم، غير بعيد؛ لنقل الإجماع في المنتهى... و لبعض الأخبار؛ به طور کلی، واجب بودن غسل بر حائض و نفساء برای نماز، طواف و... دور نیست؛ به خاطر اجماعی که در کتاب منتهی، منقول است و به خاطر بعضی اخبار (همان، ۷۲/۱).

علت به کار رفتن اجماع‌های بسیار را در کلام محقق اردبیلی، در دو نکته می‌توان یافت؛ نخستین توجیهی که به نظر می‌رسد، این است که اجماع، در بین شیعه، یعنی: روشی که گروهی ویژه، دارا بودند و بر آن عمل می‌کردند و اگر کسی در فضا و مدرسه‌ی علمی آنان تربیت یابد، دیدگاه‌ها، آراء و رویه‌های عمومی آن مدرسه را اجماع می‌نامد و به راحتی ادعای اجماع می‌کند؛ پس، ادعای اجماع فراوان، با این بیان، قابل توجیه است.

بنابراین، هنگامی که عملی در مکتب و مدرسه‌ای رواج یابد و شناخته‌شود، مکتب و مدرسه‌ای که پیروان آن، پای‌بند نگهداشت قانون‌ها و آیین‌های شرعی و پیروی از رسول‌الله (صلی‌الله‌علیه‌وآله) هستند و افرادی از اولین گروه آنان، زمان رسول‌الله (صلی‌الله‌علیه‌وآله) را درک کنند و نسل‌های بعدی، پیوسته، افرادی از نسل‌های پیشین را درک نمایند، می‌توان آن عمل را اجماعی دانست و در آن مورد ادعای اجماع کرد.

توجیه دیگر اینکه به دلیل دیدگاه خاص مکتب محقق اردبیلی در حجت دانستن تنهای خبر

صحیح اعلائی، بالتبع، راه برای استفاده از دیگر ادله، باز می‌باشد؛ همان‌گونه که در وجوب غسل برای خواندن سوره‌هایی که سجده‌ی واجب دارند، به دلیل عدم صحت و صراحت اخبار، اجماع را بر آنان مقدم کرد؛ در کتب فقهی ایشان، نمونه‌های فراوانی برای این مسأله، به چشم می‌خورد.

۳. عقل

اولین فقیهی که عقل را یکی از ادله‌ی استنباط احکام به شمار آورد، علامه‌ی حلی (م ۷۲۶ ق) می‌باشد (فیض، ۴۵).

از ویژگی‌های مکتب محقق اردبیلی، استفاده‌ی فراوان وی، از دلیل عقلی است. محقق اردبیلی با تأکید بر وجوب اجتناب تقلید صرف از آراء دیگران، به خلاقیت و دقت نظر در استنباط احکام سفارش می‌کند. برداشت عقلی او از منابع، یکی از ویژگی‌های اساسی کار تحقیقی وی، به شمار می‌آید که به طور گسترده، از آن بهره می‌برد. او، در هر دو کتاب فقهی خود - مجمع - الفائدة والبرهان و زبدة البیان - از دلیل عقلی بهره می‌برد و حکم مسائل گوناگونی را با ادله‌ی عقلی همراه می‌کند. وی، عقل را افزون بر جابر ضعف خبر ضعیف، دلیلی مستقل می‌داند. محقق اردبیلی، استدلال به عقل را با الفاظی همچون: دلیل العقل، يستحسنه العقل و دلیل العقل یساعده، بیان می‌دارد؛ برای نمونه، به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

(۱) در کتاب صید و ذباحه، در بخش کیفیت ذبح حیوان، ذیل جمله‌ی علامه‌ی حلی - که اگر شتر فرار کند، صبر کردن تا زمانی واجب می‌باشد که قدرت بر ذبح اختیاری آن وجود دارد - بیان می‌دارد: دلیل آن، عقل است؛ هر چند، چه بسا، حسنه‌ی حلی و روایت اَبی بصیر نیز به آن، اشاره دارند، ولی دلیل اصلی، عقل است (اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ۱۱۲/۱۱).
در اینجا با وجود حسنه‌ی حلی، ابتدائاً، عقل را دلیل حکم ذبح، ذکر می‌کند و نشان می‌دهد که چه مقدار دلیل عقل، در فقه او، اهمیت دارد.

(۲) وی درباره‌ی ملاک و معیار نبودن جهت، برای قبله، بیان می‌دارد: جهت قبله، برای ساکنان دور از حرم، همان سمت حرم و ضلع معتبر برای توجه به قبله می‌باشد که به وسیله‌ی علامات مشخصی از طریق دلیل شرعی و یا دلیل عقلی مشخص می‌گردد (همو، زبدة - البیان، ۵۸۶).

ملاحظه می‌شود که محقق اردبیلی به وسیله‌ی دلیل عقلی، ملاک و معیار قبله را توجه به سوی قبله و حرم می‌داند، به صورتی که توجه به سمت و ضلع قبله، برای نماز منجز می‌باشد.

۳) محقق اردبیلی، ذیل آیه: قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ (یوسف: ۵۵) بیان می‌دارد: در صورتی که آدمی بداند اجراء احکام الهی به جز درخواست او انجام نمی‌پذیرد، مطالبه‌ی تولیت و درخواست قضاوت، واجب است و عقل به این مطلب دلالت دارد و برای فهم آن، به این آیه، احتیاجی نیست (اردبیلی، زبدة البیان، ۵۰۸).

محقق اردبیلی، در این جمله، دلیل عقلی را برای حکم و جوب کافی می‌داند و دلیل شرعی را مؤید و به بیانی فنی، حکمی ارشادی می‌شمارد.

۴) محقق اردبیلی، در میراث بودن اموال فرد مفقود می‌نویسد: در میراث خواندن اموال فرد مفقود، مشهور، گذشت مدتی است که غالباً، زندگی بعد از آن مدت، ممکن نباشد؛ دلیل این مسأله نیز عقل است؛ چرا که تصرف در مال غیر، جز به مجوز شرعی، جایز نیست که در اینجا وجود ندارد (همو، مجمع الفائدة والبرهان، ۵۳۸/۱۱).

در این بخش نیز مشاهده می‌شود ایشان، عقل را دلیل حکم شرعی ارث خواندن اموال فرد مفقود می‌داند و بر اساس آن، حکم می‌دهد.

۵) محقق اردبیلی، در این باره که آیا می‌توان فرد مدین را قبل از اینکه دین او حال گردد، به دلیل محجوریتش حبس نمود، در آغاز، روایت سکونی را از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که حضرت از جد بزرگوارش امیرمؤمنین (علیه السلام) حبس مدینی را روایت می‌کند، آن‌گاه، او، این روایت را به دلیل مخالفت با دلیل عقل، با این جمله رد می‌کند: و أنت تعلم أنه لا يمكن العمل في هذه المسألة بمثل هذه الرواية المخالفة للعقل؛ و بدین بیان، جایگاه دلیل عقل را در فقه خویش، به اثبات می‌رساند (همان، ۱۳۳/۱۲).

۶) همچنین محقق اردبیلی، در باب شهادت، ذیل مسأله‌ی شهادت شاهده‌ی که از شهادت، نفع می‌برد، مانند: شهادت شریک به نفع شریک خود، در جایی که شهادت دادن به نفع شریک، در واقع، شهادت به نفع خود او شمرده می‌شود، چنین شهادتی را با دلیل عقلی رد می‌کند و روایت عبدالرحمن را که در آن، شهادت شریک را برای شریک، جایز می‌شمارد بیه استناد همان دلیل عقلی و عدم صحت روایت، به جایی حمل می‌کند که شاهد، شریک مشهودله نباشد (همان، ۳۸۴/۱۲).

۷) ذیل مسأله‌ی مذکور، در جایی که صاحب دین با ادای شهادت به نفع مدین، به منفعتی می‌رسد، او، شهادت صاحب دین را برای مدین، رد می‌کند و با جمله‌ی: و العقل يدرك ولا يحتاج إلى النص، مدرک بودن دلیل عقلی را کافی می‌داند و اهمیت و جایگاه عقل را در برابر

نص، به خوبی نشان می‌دهد (همان).

۸) محقق اردبیلی، در مسأله‌ی نماز بر میت، اعلام مؤمنین را تنها، به دلیل منفعت عقلانی دعا، در حق میت، مستحب می‌داند و می‌نویسد: دلیل العقل، لأن كثرة الدعاء له نفع واضح (همان، ۴۷۴/۲).

با مثال‌هایی که ذکر شد، اهمیت عقل، در فقه محقق اردبیلی و جایگاه آن، حتی در برابر اخبار و نصوص، کاملاً مشخص می‌گردد.

نتیجه‌گیری

بنا بر مطالب مطروحه در این تحقیق، به نتایج زیر می‌توان دست یافت: محقق اردبیلی، از موافقان حجیت خبر واحد و جزو اصولیان پیرو دیدگاه حجیت خبر واحد می‌باشد، لیکن به این دلیل که او، راوی را شاهد می‌داند و بالتبع، عدالت شاهد، به صورت یقینی و یا حداقل، از طریق دو شاهد عادل، اثبات می‌شود - چرا که عدالت شاهد، تنها، از همین طرق ثابت می‌گردد - نیز به دلیل آیه‌ی نبأ که علم به عدم فسق راوی را لازم می‌شمارد، تنها، به حجیت خبر واحد صحیح اعلائی، قائل می‌باشد و دیگر اخبار آحاداً - اعم از حسن، موثق و ضعیف محض - را حجت نمی‌داند. این دیدگاه، تأثیر به‌سزایی در فقه وی گذارده است. همچنین، ایشان، برای استنباط احکام فقهی، به ادله‌ی عقلی و اجماع، توجه‌ی خاصی دارد و با تقویت ضعف اخبار، از طریق عقل و اجماع، به این اخبار عمل می‌کند.

منابع

قرآن.

ابن‌ادریس حلی، محمد بن‌ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دوم، قم: مؤسسه‌النشر الإسلامی، ۱۴۱۰ ق.

اردبیلی، احمد، مجمع‌الفائدة والبرهان فی شرح‌ارشاد الأذهان، قم: مؤسسه‌النشر الإسلامی، ۱۴۱۳ ق.

همو، زیادة‌البیان فی أحكام القرآن، اول، قم: کنگره‌ی مقدس اردبیلی.

استرآبادی، محمد امین، الفوائد المدنیة والشواهد المکیة، اول، قم: مؤسسه‌النشر الإسلامی، ۱۴۲۴ ق.

انصاری، مرتضی، فرائد‌الأصول، قم: مؤسسه‌النشر الإسلامی، ۱۳۶۷.

بهبهانی، وحید، الفوائد الحائریة، اول، قم: مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.

حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل‌الشیعة، تهران: دارالکتب الاسلامیة.

- خویی، سید ابوالقاسم، معجم الرجال الحديث، بیروت: دار الزهراء.
- ربانی، محمد حسن، دانش درایة الحديث، اول، مشهد: دانشگاه علوم رضوی، ۱۳۸۰.
- سبحانی، جعفر، أصول الحديث، دوم، قم: مؤسسه الإمام الصادق (علیه السلام)، ۱۴۱۹ق.
- سید مرتضی، سید علی بن الحسین، الدرر، تهران: انتشارات دانشگاه تهران: ۱۳۷۶.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الرعاية، دوم، قم: کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۳ق.
- صدوق، محمد بن علی، کمال الدین، دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۵ق.
- ضمیری، محمدرضا، دانشنامه ای اصولیان شیعه، اول، قم: مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۴.
- طوسی، محمد بن حسن، العلة، اول چاپخانه ستاره.
- عاملی، حسن بن زین الدین، منتقى الجمال، اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۳۶۲.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، خلاصة الأقوال، قم: دار الذخائر.
- غفاری، علی اکبر، تلخیص مقباس الهدایة، اول، تهران: دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، ۱۳۶۹.
- فیض، علی رضا، مبادئ فقه واصول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران: ۱۳۷۶.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، معارج الأصول، اول، قم: مؤسسه سید الشهداء (علیه السلام)، ۱۴۰۷ق.
- همو، المعترف فی شرح المختصر، اول، قم: مؤسسه سید الشهداء (علیه السلام).
- مفید، محمد بن نعمان، التذکره بأصول الفقه، اول، قم: کنگره ای جهانی شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
- مؤدب، رضا، درسنامه ای درایة الحديث، اول، قم: مرکز جهانی علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
- نابینی، محمد حسین، فوائد الأصول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۷ق.
- بیرشک، حسین، مکتب شیخ مفید، دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، پایان نامه دکتری، تهران: ۱۳۸۷.

the isolated tradition, whose acceptance, rejection, or limitation is highly effective in the consequences of inference. Muḥaqqiq Ardabīlī, as one of the geniuses of Imāmī jurisprudence in tenth/ sixteenth century, with his special attitude toward this source of inference of precepts, has regarded only the validity of the supremely sound tradition as acceptable and has rejected the other validity of traditions in basics of jurisprudence methodology (*‘ilm al-uṣūl*). This approach has left a great influential impact on his jurisprudence, in such a way that he has given up the legal judgment of sanction in proving the decree of sanction due to the unsoundness of the tradition, and in most cases he has maintained a decree of repugnance due to his scholarly and practical caution arising from his asceticism and piety. Similarly, because of this same opinion, he has been very cautious in designation of generalities of the Book and the frequently narrated (*mutawātir*) traditions by means of the isolated tradition and has regarded only the specific and explicit isolated tradition as authorized (*ḥujja*) for designation of generalities. In this research, we intend to examine the viewpoint of Muḥaqqiq Ardabīlī concerning the isolated tradition and its evidences and analyze its outcome and applications in his jurisprudential school of thought.

Keywords: Muḥaqqiq Ardabīlī, basics of jurisprudence, isolated tradition, supremely sound tradition.

from the external meanings of the Qur'ān and the *sunna* of the Prophet without reference to the Infallible Imams is not permitted. Also, after enquiry into the sayings of the Imams, if no contextual evidence is found, it has to be ceased and no recourse can be made to the above external meanings." The reasons that *akhbārīs* have provided on this claim are varied; however, their most significant reasons are the traditions that they claim to be frequently narrated (*mutawātir*). This article examines the reasons that the *akhbārīs* have presented for their claim or attributed to them. The conclusions achieved from this examination include the following:

1. *Ḥadīth al-thaqalayn* has the capacity to be a reason for both *akhbārīs* and *uṣūlīs*;
2. The *akhbārīs* have not referred to the distortion of the Qur'ān as evidence in this claim; but in the later writings of *uṣūlīs* such allegation has been made against them, which is an inadvisable allegation;
3. The claim of the *akhbārīs* is not compatible with the present realities of life in Islamic communities; and their claim is highly ideal but inaccessible.

Keywords: traditionists, legal theoreticians, theoretical precepts, external meanings of the Qur'ān, distortion of the Qur'ān.

The Extent of the Validity of Isolated Tradition (*Khabar*) in Muḥaqqiq Ardabīlī's School of Thought

Ḥāmid Na'imī, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Law
Ferdowsi University of Mashhad

Maḥmūd Jamāluddīn Zanjānī, Assistant Professor
Imam Sadeq (A.S.) University

One of the most highly applicable evidences for inference of legal precepts is

material rights belonging to the author and the related contracts is of special importance, to the extent that in some legal systems, such as the French, various specific contracts, like the publication contract, special provisions and regulations have been devised for it. Whereas, no special rules concerning the above-mentioned contracts are seen in Iranian legal system despite the recognition of the rights of literary and artistic works and the acceptance of the voluntary conferment of material rights of the author. Consequently, the legal nature of the contracts related to conferment of the material rights of the literary and artistic works is facing serious obscurities. With a comparative study of the legal nature of publication contract, it seems that in Iranian law the publication contract can be signed in the form of any of the lease, amicable settlement (*ṣulḥ*), and commutative contracts, as well as the contracts of exploitation right. In addition, article 10 of the civil law also provides the possibility for the publication contract to be signed in the form of a non-specified contract.

Keywords: material rights, the rights of literary and artistic works, producer's rights, intellectual ownership, publication contracts.

Disputation of Traditionists with Legal Theoreticians over the Validity of External Meanings

Dr. Muḥammad Ḥasan Muḥammadī Muẓaffar, Faculty Member
University of Religions and Denominations – Qum (author in charge)
Qum University

Dr. Muḥammad Kāzim Shākīr, Associate Professor
Qum University

According to the traditionists (*akhbārīs*), “inference of theoretical precepts

(*mukallif*), that legal decree is called allowance (*rukḥṣat*), such as the permission to eat carcass for the one compelled by necessity (*muḍṭar*). However, the general legal decree that is devised for the religiously accountable in general in conventional circumstances is called determination ('*azīmat*), such as the unlawfulness of a menstruating woman to perform prayer, the unlawfulness of expropriating others' properties, and the obligatoriness of prayer and fasting for the religiously accountable in general. As for some of the primary decree that are suspended for the religiously accountable on the basis of the evidences of no constriction, no harm and desperate necessity and secondary ruling is legislated, the question arises as to whether these secondary decrees on the religiously accountable is *rukḥṣat* or '*azīmat*. Also, in cases where it is *rukḥṣat*, the relation of permissibility (*ibāḥa*) to *rukḥṣat* is open to discussion.

In this article, while explaining *rukḥṣat* and *azīmat*, the legal nature of these two and the relation of *rukḥṣat* to *ibāḥa*, and some instances of the application of these two terms are analyzed and examined along with explaining the jurists' opinions concerning some of the legal precepts and rules.

Keywords: allowance, determination, permissibility, no constriction (*lā ḥaraj*), no harm (*lā ḍarar*), desperate necessity (*iḍṭirār*).

A Legal-Judicial Study of the Nature of Publication Contract

Dr. Sa'īd Muḥsinī, Assistant Professor

Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Sayyid Muḥammad Mahdī Qabūlī Durafshān, Assistant Professor

Ferdowsi University of Mashhad

Today, the issue concerning the conferment of the whole or a part of the

that in reality involves the very physical good, or benefit, or action. Therefore, since the property is essential for absolute domination and the right is regarded as a special credit in some specific appropriations, the right cannot be considered as the property itself; and, furthermore, since property is by nature a simple issue and non-gradational, the right cannot be considered as a degree of the property. Besides, in some rights, including the right of delimitation and the right of specification (*ikhṭiṣās*), ownership is essentially out of question. Given its specifications, right is principally conveyable, relinquishable, transferable to inheritance except in cases in which a specific reason prohibits all or a part of appropriations and everything that is in nature characterized by right is apt to relinquish, otherwise it is regarded as a decree, in which case it is not relinquished except by compliance with decree or denial of the subject. Since evidences for transactions stand as enforcement of legal means, if in cases of doubt, there is certainty about transferability and doubt in deterrence or conditionality is the specific cause, the generality of the evidence of condition or amicable settlement (*ṣulḥ*) would be executed; and if doubt is in the transferability itself, the principle is the non-acceptance of transference.

Keywords: ownership, accidental categories, mental categories, validity, right, decree, relinquishment (*isqāt*).

Analysis of the Legal Decree of Allowance and Determination

Asadullāh Luṭfī, Associate Professor

Jurisprudence and Law Department, Imam Khomeini (*ra*) International University

If, in special circumstances, a decree that had already not been permissible becomes permissible due to facilitation for the religiously accountable

immovable properties, are the main issues sought to be explained and proved in this article.

Keywords: avoidance, ownership, relinquishment of ownership, the legal principle of avoidance.

Study of Muḥaqqiq Isfahānī's Viewpoint on Ownership, Right, and Decree

Dr. Jalīl Qanavātī, Associate Professor

Faculty of Law, Qum Pardis, Tehran University

Ḥusayn Jāvar, Assistant Professor of Hazrat Ma'sumeh (A.S.) University and Member of Scholarly Council of the Jurisprudence and Law Department of Baqir al-Ulum (A.S.) University

Mahshīd Ja'farī Harandī, Ph.D. Student of Private Law

Mufid University

The ownership that involves transactions and barter is subject to the validity of the intellects and the lawmaker, which is created by hypothetical (*i'tibārī*) existence and can somehow be called a hypothetical relation for whose validity the existence of local convention is sufficient; therefore, ownership is neither among the categorical accidents, the existence of whose subjects is necessary in the outer world, nor like the mental conventions that resembles the concepts whose accidents and qualification are mental. Right (*ḥaqq*) is a specific capability that sometimes applies to physical goods (*'ayn*), sometimes to the contract, and sometimes to the person; such as the right of delimitation (*tahjīr*), the right of option (*khiyār*), and the right of retaliation (*qiṣās*). The object of right is in all cases an action that involves the physical goods, or person, or contract; whereas, property is a possession or domination

suspicious instances for human degradation and, as a result, negating the right to degrade humankind in the light of jurisprudential evidences. The first method is maximal and the second is minimal. In the present work, I have tried to prove the right for human dignity with the use of the above two methods.

In this context, too, our time is very limited and for this reason we would address only some of the evidences and promise the respected readers a more detailed discussion at a more sufficient length of time in future.

Keywords: human dignity, human respect, human rights, degradation, offense.

A Deliberation on the Application of the Legal Principle of Avoidance (*I'rāḍ*)

Dr. 'Abd al-Ḥusayn Riḍā'ī Rād, Assistant Professor

Ahvaz Shahid Chamran University

In this article, aimed at promoting Iranian statutes and increasing their applicatory aspects and for providing more and more financial security of society, the legal rule of *i'rāḍ* (avoidance, abandonment) is deliberated on, which is a rule that is not clearly and extensively discussed but is the basis of some rules in Iranian civil law. This has caused some obscurities, and sometimes, hasty decisions in regard to expropriating people's properties presuming that those properties have been abandoned. The degree of generalizability of the principle of avoidance, how to establish avoidance, the difference between the abandoned property and abandoned and lost property, ineffectiveness of avoidance in case of proprietor's recourse or the existence of the possibility of recourse (*rujū'*), the outcome of avoidance in collective and joint rights, and non-relinquishment of property as a result of avoidance in

ABSTRACT

A Research concerning the Principles of the Right for Human Dignity in Sources of Rules

Husayn Haqiqatpūr, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Law,
Ferdowsi University of Mashhad

Human dignity is examinable at least in three fields: human dignity, Divine dignity, and socio-conventional dignity. In this article, due to time limits, we have only dealt with a part of what can be presented about dignity (*karāmat*), i.e., argumentative proof of human dignity.

In general, there are two major systematic methods for confirming the propositions and premises mooted in the context of jurisprudence and Islamic law. The first method is using the jurisprudential (*ijtahādī*) evidences and the second is determining the practical principle. From the viewpoint of the author, these two methods are apt to come up with for proving the human dignity right. One is following up the jurisprudential evidences of human dignity and the other is being content with the lack of valid reason in

Table of Contents

A Research concerning the Principles of the Right for Human Dignity in Sources of Rules	9
Ḥusayn Ḥaqīqatpūr	
A Deliberation on the Application of the Legal Principle of Avoidance (I'rād)	31
Dr. 'Abd al-Ḥusayn Riḍā'ī Rād	
Study of Muḥaqqiq Isfahānī's Viewpoint on Ownership, Right, and Decree	53
Dr. Jalīl Qanavātī- Ḥusayn Jāvar- Mahshīd Ja'farī Harandī	
Analysis of the Legal Decree of Allowance and Determination	77
Dr. Asadullāh Luṭfī	
A Legal-Judicial Study of the Nature of Publication Contract	101
Dr. Sa'īd Muḥsinī- Dr. Sayyid Muḥammad Mahdī Qabūlī Durafshān	
Disputation of Traditionists with Legal Theoreticians over the Validity of External Meanings	125
Dr. Muḥammad Ḥasan Muḥammadī Muẓaffar – Dr. Muḥammad Kāzim Shākīr	
The Extent of the Validity of Isolated Tradition (<i>Khabar</i>) in Muḥaqqiq Ardabīlī's School of Thought	147
Hāmid Na'imī- Maḥmūd Jamāluddīn Zanjānī	

In the Name of Allah



Islamic Studies

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

Issue 92, spring 2013

ISSN 2008-9139

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Editor in Chief: Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Izadifard

Prof. Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. 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. Mīhrpūr

Prof. Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsiri

Associate Prof. Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Translation of Abstracts

A. Rezwani

Printing & Binding: Ferdowsi University
Press

Circulation: 500

Price: Rs 8000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+98511) 8834909

Fax: (+98511) 8834909



Ferdowsi University of Mashhad

ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES
Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 92, Spring 2013

FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD PRESS