

فقه و اصول



مبانی معناشناختی حقوق اسلامی / سجاد افشار

واکاوی فقهی حجیت رأی ولی فقیه بر ثبوت هلال ماه قمری / دکتر علی اکبر ابزدی فرد - دکتر محمد محسنی دهکلانی - حسین کاویار

تأثیر شرط بر وضعیت عقد / دکتر علیرضا باریکلو

بررسی رابطه عقد فصولی و انتقال مال غیر / دکتر عباس زراعت

بازکاوی ملاک تقسیم فقها به اخباریان و اصولیان / دکتر موسی زرقي - دکتر محمد محسنی دهکلانی

بررسی اسناد قرآنی و روایی قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات / مجید رضا شیخی - دکتر محسن جهانگیری - دکتر عباسعلی سلطانی

درآمدی بر تعلیق قاعده عدالت / دکتر سید محمود صادق زاده لمپالمبایی

حق المازه در نگاهی نو / دکتر علی اکبر کلاتری

رجم در ترازو «درنگی در نظریه نفی مشروعیت رجم ثبوتاً و اثباتاً» / سیدعلی جبار گلیاغی - دکتر حسین ناسری

درنگی در چیستی اصل محرز / دکتر مهدی موخدی محب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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 منظور اصلاح به نویسنده برگشت داده می‌شود و در صورتی که مقاله فاقد معیار پژوهشی باشد، مردود می‌شود).
- ۴- در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
- ۵- نتایج داورها در جلسات هیأت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶- نظر نهایی هیأت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.
- ۷- پس از چاپ، ده نسخه از مقاله و یک نسخه از مجله به نویسندگان اهدا خواهد شد. چنانچه نویسندگان به نسخه‌های بیشتری نیاز داشته باشند، می‌توانند به شیوه‌ای که در «برگ درخواست اشتراک» توضیح داده شده است نسبت به خرید مجله اقدام کنند.

راهنمای تدوین مقالات

- 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 مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۰۰۰ کلمه در نرم افزار word) 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 شهر 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- پرانتز (،) 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 پرانتز 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 ـِ و ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیه موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ عَرَضه / عَرَضه؛ حَرَف / حَرَف.
- 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.

مشاوران علمی این شماره

۱. روح ا... آخوندی (استادیار دانشگاه پیام نور واحد مشهد)
۲. سیدمحمدعلی ایازی (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات)
۳. حجة الاسلام مجتبی الهی خراسانی (حوزه علمیه مشهد)
۴. دکتر عبدالرضا جوان جعفری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. دکتر محمدحسن حایری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۶. دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
۷. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۸. دکتر حسین صابری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر سیدکاظم طباطبایی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر علیرضا عابدی سرآسیا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۳. دکتر جلیل فنواتی (دانشیار پردیس قم دانشگاه تهران)
۱۴. دکتر محمد محسنی دهکلانی (استادیار دانشگاه مازندران)
۱۵. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۶. دکتر محسن ملک افضلی (استادیار دانشگاه قم)
۱۷. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۸. حسن نقی زاده (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	مبانی معناشناختی حقوق اسلامی سجاد افشار
۳۱	واکاوی فقهی حجیت رأی ولی فقیه بر ثبوت هلال ماه قمری دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر محمد محسنی دهکلانی - حسین کاویار
۴۹	تأثیر شرط بر وضعیت عقد دکتر علیرضا باریکلو
۷۳	بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر دکتر عباس زراعت
۹۷	بازکاوی ملاک تقسیم فقها به اخباریان و اصولیان دکتر موسی زرقی - دکتر محمد محسنی دهکلانی
۱۲۳	بررسی اسناد قرآنی و روایی قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات مجید رضا شیخی - دکتر محسن جهانگیری - دکتر عباسعلی سلطانی
۱۴۳	درآمدی بر تطبیق قاعده عدالت دکتر سید محمود صادق زاده طباطبایی
۱۵۹	حق المازّه در نگاهی نو دکتر علی اکبر کلاتتری
۱۸۳	رجم در ترازو «درنگی در نظریه نفی مشروعیت رجم ثبوتاً و اثباتاً» سیدعلی جبار گلباغی - دکتر حسین ناصری
۲۰۱	درنگی در چیستی اصل محرّز دکتر مهدی موحدی محب
۲۲۵	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۳۰-۹

مبانی معناشناختی حقوق اسلامی*

سجاد افشار

دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران

Email: sd_afshar@yahoo.com

چکیده

توجه به تحلیل زبانی مفاهیم و گزاره‌های حقوقی، یکی از مهم‌ترین بخش‌های مورد مطالعه در فلسفه حقوق است. طبیعت علم حقوق، آمیختگی آن با الفاظ را ایجاب می‌کند؛ قانون، قرارداد، رأی و تألیف حقوقی، همه باید جامه لفظ به تن کنند تا فهمیده و اجرا شوند. مرحله اول برای فهم یک متن یا سخن - و از جمله یک گزاره حقوقی - فهم معنای آن است. از این رو این پژوهش، در جست و جوی یافتن محملی معنایی برای گزاره‌های حقوقی می‌باشد. در فلسفه تحلیلی و دانش معناشناسی، مطالب بسیاری در این باب وجود دارد که حقوق‌دانان را در شناخت بهتر از دانش حقوق یاری کرده است. با این حال، منطق حقوقی و مبانی حقوق ایران از علم اصول فقه اخذ شده است. اصولیان مباحث فراوانی در معنای الفاظ حقوقی و رابطه لفظ و معنا داشته‌اند. درباره پیوند لفظ و معنا، قول به ذاتی بودن و وضعی بودن این ارتباط مطرح شده است. به همین ترتیب، اکثر اصولیان، متعلق معنای الفاظ غیر اعتباری را ماهیت یا مدرک عقلانی می‌دانند. پذیرش هریک از این رویکردها تأثیر مستقیمی بر رویکرد حقوق‌دان به حقوق به‌ویژه در امر تفسیر دارد.

کلیدواژه‌ها: فلسفه حقوق اسلامی - معناشناسی، اصول فقه، ذاتی بودن، وضع، ماهیت گزاره‌های انشایی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۱۲/۲۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۴/۰۹.

مقدمه

یکی از بنیادی‌ترین مباحث در فلسفه حقوق، «منطق حقوقی»^۱ است که طریقه استدلال و تقدم و تأخر ادله را در یک نظام حقوقی نشان می‌دهد. به عنوان مثال، در مغرب زمین دست کم در نیم قرن گذشته با استفاده از منطق، تحلیل اقتصادی، تحلیل زبانی و معناشناختی، هرمنوتیک فلسفی و غیر فلسفی و یا فلسفه‌های پست‌مدرن، نظام‌های مختلفی در منطق حقوقی ارائه شده است (Stelmach & Brozek, 1). اهمیت برخی از این رویکردها بدان پایه رسیده که خود زمینه‌ساز تولد شاخه جدیدی از علوم بین رشته‌ای شده‌اند، نظیر «تحلیل اقتصادی حقوق».

یکی از مهم‌ترین این رویکردها تحلیل زبانی و معنایی مفاهیم و گزاره‌های حقوقی است. حقوق عالم الفاظ است و قانون و قرارداد و رأی دادگاه، همه باید جامه لفظ به بر کنند تا نخست فهم شده و سپس اجرا گردند. روشن است که فهم یک قاعده حقوقی، در درجه اول به فهم معنای آن قاعده بستگی دارد. از این رو در غرب و به ویژه کشورهای تابع فرهنگ آنگلو ساکسون، حقوق‌دانان در فهم رابطه الفاظ و معانی قواعد از دانش «سمانتیک»^۲ یا معناشناسی^۳ استمداد جسته و بر مبنای آن یک نظام منطق حقوقی ارائه نموده‌اند. دانش سمانتیک به طور کلی کارویژه خود را شناخت چستی معنای الفاظ و شناخت رابطه میان لفظ و معنا می‌داند (Speaks, 4) و از نتایج مستقیم سنت فلسفه تحلیلی یا فلسفه زبانی است.

منطق و فن استدلال مسلط در نظام حقوقی ما از طریقه استدلال در علم اصول فقه گرفته شده است. عالمان اصولی بر فهم عرفی از متن تأکید کرده و بر این اساس، اصل «ظهور» را مورد توجه قرار می‌دهند. با این حال، بحث از اصل ظهور، کلام آخر در فهم متن است و پیش از آن محقق اصولی موضع خود را در برابر مباحثی چون کیفیت دلالت لفظ بر معنا، واضع، چستی وضع و ماهیت استعمال روشن می‌نماید. توجه به چنین مباحثی با اندیشه‌های اصحاب فلسفه تحلیلی نسبتی بسیار نزدیک داشته و به ویژه پاسخ‌گوی دو سؤال اصلی علم سمانتیک - یعنی رابطه لفظ و معنا و چستی معنا- می‌باشند. البته برخلاف معناشناسی، در علم اصول مباحث معنایی و زبانی اصالت نداشته و تنها به عنوان مقدمه‌ای برای ورود به دیگر مباحث علم اصول، مورد توجه قرار می‌گیرند.

1. Legal reasoning

2. semantics

در میان علمای شیعه، شهید سید محمد باقر صدر نخستین کسی است که در کتب اصولی خود به قرابت میان مبحث الفاظ در علم اصول و رویکردهای فلسفه تحلیلی توجه نموده و در ایجاد مقارنه میان مباحث این دو دانش کوشیده است (صدر، المعالم الجدیده، ۹۶-۹۸). رویکرد تطبیقی میان اصول و فلسفه اسلامی با فلسفه تحلیلی، پس از شهید صدر نیز با قوت بیشتر ادامه یافته، اما کمتر به گزاره‌های هنجاری و حقوقی پرداخته‌اند؛ امری که موضوع اصلی این مقاله را تشکیل می‌دهند. توجه به این نکته لازم است که هدف غایی استنباط اصولی و فقیه، برساختن یک نظام حقوقی-عبادی براساس مبانی شریعت اسلامی بوده و از این رو تحلیل لفظی و غیر لفظی خطابات شارع، محور اصلی کار اوست. بنابر این - و صرف نظر از مناقشه در تعیین نقش علم فقه در حقوق امروز ایران- رویکرد علم اصول به مباحث معنایی تا حد بسیار زیادی با رویکرد حقوقی، قرابت و تناسب دارد؛ در حالی که مطالعات معناشناسی، گستره‌ای عام داشته و تحلیل مباحث حقوقی با رویکرد سمانتیکی، امری نسبتاً جدید است. در این پژوهش، پاسخ‌های اصولیون به دو پرسش معناشناسی اصل قرار گرفته و به تناسب بحث به دیدگاه‌های معناشناسان و اندیشمندان برخاسته از سنت تحلیلی نگاهی تطبیقی خواهد شد.

بخش اول: رابطه لفظ و معنا

اصول نقشه راه فقه است و از این رو عالم اصولی در پی ارائه یک منطق صحیح و کارآمد برای استنباط فقهی است. مهم‌ترین منابع فقه - یعنی قرآن و سنت - نیز منابع لفظی هستند که تحلیل ماهیت و مدلول و معنای آن‌ها از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار بوده و پایه فهم متن را ایجاد می‌کند. عمده قواعدی که علم اصول به دست می‌دهد، مربوط به قواعد فهم عرفی متن بوده و از این رو در مورد متون بشری نیز کاربرد دارد. برای نیل به تفسیر صحیح و دریافت مقصود شارع و مقنن و به طور کلی گوینده، توجه به نقش و تاثیر خود متن در فهم آن مورد نیاز است که این مباحث دارای محکم‌ترین و نزدیک‌ترین ارتباط با حوزه معناشناسی و سمانتیک هستند.

دو دیدگاه کلی در باب رابطه لفظ و معنا در میان اصولیان ارائه شده که از این قرارند:

مبحث اول: نظریه ذاتی بودن لفظ برای معنا

این نظریه به سلیمان بن عباد - عالم شیعی متقدم - نسبت داده شده و اگرچه در میان معاصران نیز قائلانی دارد، اما کتب اصولیان مشهور، از انتقاد و چالش نسبت به آن پُر است.

اهم مدعیات این نظریه - که از لابه‌لای کتب منتقدان آن اصطیاد شده- از این قرار می‌باشد:

الف) نسبت میان لفظ و معنا، نسبت ذاتی است و نه حاصل از جعل و اعتبار. به عنوان مثال، خصلتی که از طرفی در شیء «الف» و از طرف دیگر در ترکیب حروف «م» و «ی» و «ز» موجود است، باعث می‌شود که نام شیء الف را «میز» بگذاریم. دلیل به کارگیری واژه‌ای خاص برای هر معنا، به خود زبان و خصوصیات آن برمی‌گردد و نه به میل و اراده تکلم‌کنندگان به آن زبان (نایینی، ۳۰/۱). باید توجه داشت که مدعیات نظریه ذاتی صبغه کلامی دارد. به عبارت دیگر، اعتقاد به ارتباط کامل اجزای عالم و نبود خلل و بی‌تناسبی در نظام آفرینش الهی، باعث چنین اعتقادی در حوزه ارتباط میان لفظ و معنا شده است. در تأیید این نگرش، می‌توان به آیه ۳۲ سوره روم اشاره کرد. مدعیات دیدگاه ذاتی را می‌توان با یکی از جدیدترین نظریه‌ها در عرصه معناشناسی مقایسه کرد؛ یعنی نظریه «سمانتیک درون‌گرا» که به‌طور ویژه از افکار فیلسوف معاصر آمریکایی، نوام چامسکی و دغدغه‌های وی در حوزه ساختار ذهن و جملات تأثیر پذیرفته است (Chomsky, 135).

طرفداران سمانتیک درون‌گرا معنا را ذاتی^۲ لفظ می‌دانند (Mcgilvary, 225) و از این رو معتقدند سخن از «رابطه» سمانتیک خارجی میان این دو رهزن و زائد خواهد بود. به محض استفاده از یک لفظ، معنای آن نیز به ذهن می‌آید؛ بدون این که به انتظار یک رابطه خارجی میان آن دو باشیم. این باور، ناشی از اعتقاد چامسکی و پیروانش به فطری بودن زبان است؛ امری که در چند دهه اخیر، موضوع کشمکش‌های جدی در میان فلاسفه و زبان‌شناسان مغرب‌زمین بوده است. در واقع، پذیرش این نظریه، راه را بر پذیرش کلی مفهومی به نام «فطرت» می‌گشاید و وجه عمده‌ای از مخالفت منتقدان دیدگاه چامسکی نیز به همین امر برمی‌گردد.^۳

ب) معنا جزء ذاتیات لفظ است و هیچ واسطه و رابطی میان این دو وجود ندارد (موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ۵۷/۲). به محض شنیدن یا خواندن لفظ، ذهن به سمت معنا رهنمون

1. Internalist semantics

2. Intrinsic

۳. در مواردی که در این مقاله، از شباهت‌های نظریه‌ای میان محققان شیعه و نظریه‌پردازان تحلیلی سخن گفته می‌شود، از اختلاف‌های کلامی و مبنایی و همین‌طور تفاوت سطح نظریات صرف نظر شده است. به عنوان مثال، چامسکی از روش تجربی و آزمایش کودکان نوسخن برای اثبات ذاتی بودن زبان استفاده کرده و نهایت هدف وی، اثبات برخی توانایی‌ها و گرایش‌های فطری در وجود انسان است؛ امری که اختلاف سطح آن با ادله و مدعیات علمای شیعه -نظیر استناد به علوم باطنی یا هماهنگی تکوینی همه مخلوقات- به روشنی آفتاب در میان آسمان است.

می‌گردد، بدون آن‌که نیازی به هرگونه رابطه بیرونی وجود داشته باشد. از این منظر نیز این نظریه رأیی مشابه چامسکی و پیروانش دارد.

ج) دلالت لفظ بر معنا از سنخ دلالت وضعی نیست و حسب رابطه علی یا اقتضایی لفظ و معنا، عقلی می‌باشد.

د) الفاظ بماهم الفاظ در زندگی اجتماعی نیز نقشی حیاتی و انحصاری دارند. به همین سبب است که عقد نکاح بنابر نظر نزدیک به اجماعی فقهای اسلامی، صرفاً با لفظ^۴ و بنا بر قول مشهور با الفاظ مخصوص منعقد می‌شود. این قاعده در مورد دیگر عقود نیز جاریست و اثر حقوقی (الزام) تنها در قالب و الفاظ مشخص ایجاد می‌شود. از این امر دو قاعده مهم در فقه اسلامی و حقوق ایران اصطیاد شده که قاعده «توقیفی بودن عقود» و قاعده «صیغ العقود» نام دارند. امر توقیفی آن است که از سوی خداوند وضع شده و در مقابل امر اجتهادی قرار می‌گیرد. بنابراین، توقیفی بودن عقود به این مفهوم است که صرفاً عقود و معاملاتی معتبر یا الزام‌آور هستند که توسط شارع تعیین و تأیید شده‌اند، یعنی عقود شرعیه مانند بیع، اجاره، صلح، جعاله، شرکت و... (جعفری لنگرودی، ۱۶۵). «صیغ العقود» در تکمیل نگاه شکل‌گرا معتقد است که عقود و معاملات نه تنها باید در قالب‌ها و نهادهای ویژه منعقد شوند، بلکه انعقاد آن‌ها نیز نیازمند استفاده از صیغه یا الفاظ مخصوص است. اگر الفاظ فاقد معنای تکوینی باشند، این تأکید بر استفاده از لفظ - که به نوعی مستظهر به روایات نیز هست - موردی نخواهد داشت.^۵

ه) اگر دلالت لفظ بر معنا صرفاً بر اساس جعل و قرارداد باشد، ترجیح بلا مرجح لازم می‌آید؛ چه این‌که هیچ دلیل و مرجحی وجود ندارد که بر شیء الف نام «میز» بنهیم و بر شیء ب نام «صندلی». به همین ترتیب، هیچ دلیلی وجود ندارد که از صیغه «زوجت»، رابطه نکاح ایجاد شود و از صیغه «بعثت»، مالکیت بر عین.

و) وضع تعیینی و تعینی هر دو مردود هستند. چرا که اساساً وضعی وجود ندارد که بخواهد ناشی از کثرت استعمال یا واضع مشخص باشد.

در مقابل، انتقادات بنیادینی نیز بر نظریه ذاتی بودن وارد شده است:

الف) اگر قائل به ذاتی بودن باشیم، باید تمام افراد تمام زبان‌ها را بدانند که در عالم خارج

۴. ماده ی ۱۰۶۲ قانون مدنی: « نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید.»

۵. «...فلان لكل عقد، لفظا متلقى هو سبب شرعی توقیفی. فلا یصح استعماله فی لفظ آخر و افادته فاندته.» (عاملی، ۳۰۲/۷)

چنین نیست (مظفر، ۹/۱). ضمن این که بر این مبنا، تعدد زبان‌ها و حتی بحث مترادف نیز توجیه‌ناپذیر است؛ با توجه به این که هر هویت، صرفاً می‌تواند ذاتی یک لفظ باشد. البته شاید بتوان گفت که اختلاف زبان‌ها حاصل اختلاف آب‌وهوا و جغرافیاست و هرکس ذاتاً به زبان مادری خود عالم است.

ب) درباره ترجیح بلا مرجح شدن انتخاب وضعی الفاظ چنین پاسخ داده شده که آنچه محال است، ترجیح بلا مرجح است و نه ترجیح بلا مرجح و صرف وجود علت برای قدر مشترک کافی است. به عنوان مثال تفاوتی ندارد که بیماری که برای بهبودی باید پیاده‌روی کند، رو به سوی شمال راه رود یا به سوی جنوب. این اگرچه ترجیح بلا مرجح می‌باشد، اما ممکن است. حال اگر فردی بدون هیچ دلیلی راه رود، این ترجیح بلا مرجح و محال می‌باشد. به همین ترتیب همین که اصل نیاز جامعه به زبان و استفاده از لغات اثبات شد، بحث ترجیح بلا مرجح نیز مرتفع شده و تفاوتی نمی‌کند که کدام لفظ برای کدام معنا به کار برده شود (خوئی، ۲۸/۱).

در مورد اشکال محقق خوئی، پاسخ آن است که بازگشت ترجیح بلا مرجح نیز به ترجیح بلا مرجح است. وقتی اصل فعل علت می‌خواهد، خصوصیت نیز نیازمند به علت است. هنگامی که از نظر فلسفی اثبات شده است که «کل ممکن یحتاج الی العله»، این امر استثناپذیر نیست و فرقی ندارد که ممکن مورد بحث، طبیعت باشد یا خصوصیت (سبحانی، ۵۳).

ج) نظر مشهور فقهای معاصر، لزوم وجود صیغه و لفظ در انشاء عقد و ایجاد رابطه حقوقی را رد می‌کند. این امر از مواد ۱۰، ۲۱۹، ۱۹۰ و ۳۳۹ قانون مدنی - به صراحت یا اشاره- قابل استنباط است. عقد به تراضی واقع می‌شود و لفظ تنها کاشف از این اراده و تراضی بوده و به هیچ عنوان جزء ارکان یا شرایط وقوع عقد نمی‌باشد. لزوم استفاده از لفظ برای عقد (صیغ العقود)، صرفاً ناشی از ضرورت‌های اجتماعی عصر بوده که در زمان کنونی به تاریخ پیوسته است (جعفری لنگرودی، ۳۹۳/۱). در واقع، اکنون بسیاری از معاملات به شکل معاطاتی و تقریباً همه آن‌ها بدون صیغه منعقد می‌شوند. به علاوه، فقهای معاصر منحصر بودن عقود معتبر به عقود عصر شارع را رد کرده‌اند. سید یزدی صاحب عروه معاملات عقلائی خارج از عقود معین را پذیرفته و انحصار این معاملات را در عقود خاص رد می‌کند (یزدی، ۲۹۶/۵).

از منظر قائلان به نظریه ذاتی، می‌توان با این بیان به انتقاد فوق پاسخ داد:

اولاً دلیل قطعی بر کنارگذاشتن صیغ العقود در قانون مدنی وجود ندارد. ماده ۱۹۲ قانون

مدنی، عقد را تنها در مواردی بی نیاز از لفظ دانسته که برای طرفین یا یکی از آن‌ها امکان تلفظ وجود نداشته باشد. همین‌طور ماده ۳۳۹، دادوستد (معاطات) را در پس بیع با ایجاب و قبول به رسمیت شناخته است. پس روشن است که اصل بر انعقاد عقد با لفظ است و وقوع معاطات فرع بر آن. در واقع، الزام آور بودن بیع بدون صیغه بیش از آن که مستظهر به عبارات قانون مدنی باشد، ناشی از توافق حقوق دانان عصر است. صاحب جواهر می‌گوید که بیع و دیگر عقود، دو قسم هستند؛ بیع با صیغه که لازم و الزام آور است و بیع بدون صیغه که چنین نیست (نجفی، ۲۲/۲۱۳).

ثانیاً حتی اگر معاطات را عقد و اعتبار معاملات بدون صیغه را در حد عقود شرعی بدانیم نیز استدلال مخالفان ناتمام است. نهایت آنچه از این استدلال برداشت می‌شود آن است که عقود بدون صیغه همان اثر حقوقی را دارند که ایجاب و قبول لفظی واجد آن هستند. یعنی آن رابطه ذاتی و تکوینی که بین صیغه و انشاء عقد هست، میان معاطات (در مفهوم اعم) و انشاء هم وجود دارد.

ثالثاً تأثیر به کارگیری لفظ در ایجاد اثر حقوقی و حتی تکوینی را در عقد «نکاح» به وضوح می‌توان دید. به دلیل ماهیت تبعدی این عقد است که به عنوان مثال حتی حضرت امام به عنوان یکی از شاخص‌ترین قائلان نظریه قراردادی بودن رابطه لفظ و معنا، در حالی که برخلاف مشهور فقهای متقدم، وجوب صیغه، لفظ، عربیت و ماضویت را در عقود و معاملات شرط نمی‌دانند، اما در عقد نکاح قائل به لزوم تلفظ و استفاده از زبان عربی - جز در صورت عجز - شده‌اند (امام خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۲۴۶) و (امام خمینی، کتاب البیع، ۱/۵۴ و ۲۰۵ و ۲۱۹ و ۲۲۲). این نگاه توقیفی و تبعدی به عقد نکاح و عوارض آن موجب تفاوت روش استنباط در این عقد و احکام ویژه‌ای شده^۶ که به روشنی نسبت ذاتی و تکوینی صیغه و اثر حقوقی (لفظ و معنا) را نشان می‌دهد.

مبحث دوم: نظریه وضعی بودن لفظ برای معنا

اهل منطق، دلالت لفظ بر معنا را از سنخ دلالت‌های وضعی می‌دانند. وضعی بودن این رابطه در بین علمای اصول نیز نظر مشهور است. از دید آنان، هر واژه‌ای به طور پسینی برای معنایی وضع شده است. «وضع» در لغت به دو معنی شتاب کردن و کنار گذاشتن آمده (طریحی، ۲/۵۱۵) اما کاربرد عام آن «امری را علامت امری دیگر قرار دادن» می‌باشد. در

۶. «...لان حل الفروج امر توقیفی، فیتوقف فیہ علی النص.» (کرکی، ۱۳/۱۸۵)

تعریف خاص وضع (ارتباط لفظ و معنا)، مابین علما اختلاف است؛ به عنوان مثال آخوند خراسانی آن را «نوعی اختصاص لفظ به معنا و ارتباط خاص میان این دو» (خراسانی، ۹) تعریف کرده است. از میان قائلان به نظریه وضع، یک دیدگاه ریشه واضع را خداوند متعال دانسته ولی نظر مشهور آن را بشری می‌داند.

گفتار اول: الهی بودن وضع

محقق نایینی از یک سو معتقد است که نمی‌توان میان لفظ و معنا، به نسبت ذاتی قائل شد و از سوی دیگر در برابر شبهه ترجیح بلا مرجح بودن انتخاب یک لفظ برای یک معنا قرار گرفته است. از این رو ضمن پذیرش دلالت وضعی، واضعیت زبان را تنها شأن خداوند می‌داند. از دیدگاه ایشان، این وضع نه از سنخ تشریعیات (مثل وضع احکام) است و نه از سنخ تکوینیات (مثل وضع کائنات)؛ بلکه حکمت بالغه الهی اقتضا نموده است که این وضع به گونه‌ای به افراد بشر اطلاع داده شود، خواه از طریق ارسال نبی یا الهام و مانند آن.

به نظر می‌رسد که نهایتاً بتوان نظریه وضع الهی را با نظریه ذاتی منطبق دانست. در واقع، دیدگاه ذاتی بودن نیز برای الفاظ و معانی، شعور مستقل قائل نیست تا به یک رابطه مستقل میان آن‌ها باور داشته باشد؛ بلکه این دلالت ذاتی را براساس حکمت بالغه دانسته که نهایت تناسب میان مخلوقات و روابط آن‌ها را ایجاد می‌کند. پس نتایج مترتب بر دیدگاه ذاتی بودن، بر این دیدگاه هم قابل حمل است. اگر واضع همه الفاظ خداوند باشد، تفاوتی میان «حقیقت شرعی» و «حقیقت عرفی» وجود نخواهد داشت و الفاظ از تأسیسات و نهادهای حقوقی حکایت می‌کنند که همه مستقیماً - و نه به واسطه قرارداد بشری- مخلوق الهی هستند.

شهید صدر نیز پس از ارزیابی و نقد نظریات قائلان به بشری و الهی بودن منشأ وضع، اگرچه نهایتاً نظر اول را برمی‌گزیند، اما معتقد است که برهانی بر رد دیدگاه الهی وجود ندارد و حتی ریشه وضع انسان نیز الهام الهی است که نشانه‌های آن در تعلیم بیان به آدم و سخن گفتن آدم و حوا پیش از هبوط وجود دارد (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۸۷/۱).

از دیدگاه میرزا مهدی اصفهانی، الفاظ، حکایت‌گر علوم الهی و بشری هستند. لفظ و اسم ارزشی بیش از علامت برای معنا ندارد (میرزای اصفهانی، ابواب الهدی، ۲۶۹). علامت هم چیزی است که برای رهنمون شدن ذهن مخاطب به امر دیگری، وضع و قرارداد می‌شود. بنابراین، رابطه بین این دو ذاتی نمی‌باشد. از دیدگاه ایشان، زبان عربی زبانی الهی بوده و وسیله بیان حقایق است و زبان‌های دیگر، همه اشتقاق و انحراف از زبان عربی هستند (میرزای

اصفهانی، رسائل شناخت قرآن، ۶۸). بنابراین، میرزا را می‌توان پیرو استاد خود - محقق نایینی - در الهی دانستن منشأ وضع زبان دانست. از نظر ایشان، الفاظ به نفس حقایق اشاره می‌کنند و نه به صور ذهنی یا طبیعت حقایق (میرزای اصفهانی، ابواب الهدی، ۹۷). به همین ترتیب، صدق قضیه نیز مانند لفظ، بستگی به ارجاع و اشاره به واقعیت خارجی دارد؛ کما این که قضیه کاذبه به امری اشاره می‌کند که در عالم خارج، واقعیتی ندارد (همان، ۹۹). از این رو، دیدگاه میرزای اصفهانی را می‌توان مشابه نظریات ارجاعی^۷ در میان معناشناسان دانست.

نظریه ارجاعی، نظریه کلاسیک معناشناسی شکلی است. از این منظر، الفاظ به مثابه اسم اشاره یا برچسب برای معانی عمل می‌کنند و یک واژه در صورتی معنادار است که به یک شیء مشخص در عالم خارج اشاره نماید (Evans, 209). اسمای خاص اشیای خاص را معین کرده و به آن‌ها اشاره می‌کنند. به وسیله اسمای خاص است که می‌توان اشیا را از هم تمییز داده و راجع به آن‌ها سخن گفت. نظریه ارجاعی، رابطه میان اسمای خاص و اشیاء را به عنوان معیار اخذ کرده و طبق آن، سایر واژه‌ها را تبیین می‌کند. به عنوان مثال اسمای جنس مانند «اتومبیل» در تئوری ارجاعی به افراد اتومبیل و یا همه اتومبیل‌ها اشاره می‌کنند. در عالم معناشناسی، انتقادات بسیاری بر دیدگاه ارجاعی وارد آمده است؛ از جمله این که طبق این دیدگاه مترادفات، اسمای خیالی و غیر شخصی و جملات متشکل از این دست اسمای فاقد معنا هستند. اما مهم‌ترین چالش مطرح شده، آن است که این نظریه از ارائه توجیه صحیحی برای مفاهیم کلی و اسمای جنس عاجز است. معلوم است که همواره موضوع سخن و نوشته، اسمای خاص یا قابل اشاره نیست. اسمای جنس، جزء مفاهیمی هستند که در عالم خارج مابه ازائی ندارند. باید توجه داشت که نقش سمانتیکی اسمای خاص با واژه‌های عام کاملاً متفاوت است. حتی اگر قبول کنیم که یک اسم جنس مثل «سفید» با هویتی رابطه سمانتیک دارد، این رابطه از نوع ارجاع و اشاره نخواهد بود. سفید، نام مجموعه اشیاء سفید یا صفت سفیدی نیست، آن گونه که «زید» نام زید است. اگر سفید، نام صفت سفیدی باشد، باید بگوییم واژه «سفید» با واژه «صفت سفیدی» مترادف است، چون هر دو از معنای واحدی حکایت می‌کنند (مروارید، ۸۷-۸۹).

با توجه به مجموع انتقادات ذکر شده، نظریه ارجاعی را نمی‌توان به عنوان مبنایی مناسب در سنجش مفاهیم و گزاره‌های حقوقی در نظر گرفت، به خصوص که:

اولاً مفاهیم حقوقی، مفاهیم کلی و به عبارت بهتر جزو معقولات ثانوی هستند. ثانیاً این دیدگاه از تبیین دقیق گزاره‌ها - ولو گزاره‌های خبری - عاجز است. ثالثاً مفاهیم حقوقی، قابل ارجاع و اشاره در خارج نیستند. توضیح آن‌که از این لحاظ، می‌توان دو دسته از مفاهیم مورد بحث در حقوق را شناسایی کرد. دسته اول صرفاً ذهنی و مطلقاً غیرقابل اشاره‌اند. به عنوان مثال، آنچه را که در عالم حقوق «بیع» می‌نامیم، در مفهوم بسیط خارجی خود چیزی جز دادن پول به فروشنده و بردن کالا نیست و در این میان امری به نام بیع را نمی‌توان دید یا احساس کرد یا نشان داد. به همین‌گونه است مفاهیمی از قبیل قصاص، حساب بانکی، معامله به قصد فرار از دین و تفکیک قوا که هیچ‌یک در قالب نظریه ارجاعی قابل تبیین نیستند. گروه دوم از مفاهیم حقوقی - مانند چک - دارای مابه‌ازاء خارجی می‌باشند و از این رو، قابل ارجاع به نظر می‌رسند. باید توجه داشت که آنچه در عالم حقوق مورد بررسی قرار می‌گیرد، ارکان و آثار حقوقی این پدیده‌هاست و نه شکل فیزیکی یا حالت ظاهری آن‌ها. به عنوان مثال صادر کننده چک، باید اهلیت داشته باشد و یا صدور چک بلامحل، از موجبات تعقیب کیفری است. همان‌گونه که مشاهده می‌شود، این آثار و ارکان نیز خود از مفاهیم دسته اول بوده و قابل ارجاع نمی‌باشند.

این اشکالات در نظریه ارجاعی باعث شده تا در معناشناسی شکلی^۸ امروزی، نظریه فوق را به تبیین اسامی علم اختصاص دهند و هرکجا که ارجاع، توانایی تبیین معنایی مفهوم یا جمله‌ای را نداشت، از تئوری‌های جدیدتری نظیر سمانتیک جهان‌های ممکن و یا نظریه گزاره‌ای^۹ استفاده کنند.

همان‌گونه که ذکر شد از میان اصولیان دیدگاه میرزا مهدی اصفهانی بیشترین مشابهت را با نظریه ارجاعی دارد، به نحوی که در آثار وی الفاظ نه تنها در مورد اسامی علم و خاص، بلکه نسبت به تمام حقایق - ولو حقایق نوری - نقش ارجاعی دارند (میرزای اصفهانی، ابواب الهدی، ۹۷).

گفتار دوم: بشری بودن وضع

گذشت که مشهور اصولیان اولاً رابطه لفظ و معنا را علقه وضعیه و ثانیاً واضع را انسان می‌دانند. با این حال در مورد کیفیت همین امر هم اختلاف وجود دارد و حداقل سه نظر کلی

8. Formal Semantics

9. Propositional Theory

قابل شناسایی است:

الف: نظریه تعهد

برخی محققان رابطه لفظ و معنا را رابطه «تعهد» دانسته‌اند. توضیح این نظر که در آرای شیخ عبدالکریم حائری یزدی و شیخ محمدرضا نجفی جلوه‌گر شده، آن است که واضع در برابر مخاطب ملتزم و متعهد می‌شود که هرگاه افاده معنای خاصی مدنظر او بود، از لفظ مشخصی استفاده کند، به گونه‌ای که ذهن مخاطب به محض شنیدن آن لفظ به سوی معنای موردنظر رهنمون گردد. در واقع، تنها هنگامی لفظ بر معنا دلالت می‌کند که اولاً این التزام و تعهد حاصل شود و ثانیاً مخاطب به آن علم پیدا کند (حائری یزدی، ۴/۱). نتیجه آن که طبق این دیدگاه، رابطه لفظ و معنا ناشی از تعیین واضع یا واضعان مشخصی است. به عنوان مثال در منابع تاریخی وضع زبان عربی و تکلم به این زبان به «یعراب بن قحطان» پادشاه یمن و جد اعراب عاریبه (اصیل) نسبت داده شده است (بلاذری، ۶/۱).

در پاسخ به این دیدگاه گفته شده که اولاً با توجه به کثرت لغات و گستردگی زبان‌ها چنین امری ممکن نیست. ثانیاً حتی اگر چنین احتمال بعیدی را نیز بپذیریم، الفاظ و معانی به چه نحو به متکلمان آن زبان رسیده است؟ اگر این امر را دفعی و یکباره بدانیم که عقلاً محال است و اگر آن را تدریجی بدانیم تکلیف خلق اول و افراد دیگر تا قبل از رسیدن لغات به آن‌ها نامعلوم است (نایینی، ۳۰/۱). ثالثاً طبق تعریف، مبنای دلالت، تعهد و التزام واضع است و نه خود وضع. بنابراین تعهد با وضع متفاوت بوده و از حیث زمانی در مرحله بعد از آن قرار می‌گیرد. رابعاً به نظر می‌رسد که در این نظریه، بین واضع و متکلم خلط صورت گرفته باشد؛ تعهد به قرار دادن یک لفظ معین برای معنای خاص، اگر پذیرفتنی باشد شأن واضع است و نه متکلم.

ب: نظریه تنزیلی بودن

در میان تقریرهای گوناگون طرفداران وضع، این دیدگاه کم‌تر مورد بحث و توجه واقع شده است. محقق ایروانی که از حامیان این نظریه است، نفس اشاره و دلالت لفظ بر معنا را ذاتی دانسته، اما دلالت لفظ بر یک معنای خاص از میان معانی را وضعی می‌داند. نتیجه آن که به یک شق خاص از نظریه وضعی قائل شده است، یعنی لفظ پس از وضع برای یک معنای مشخص، وجود تنزیلی آن معنا شده و به مانند اسم اشاره برای آن عمل می‌کند (ایروانی، ۷/۱). وجود تنزیلی یعنی لفظ جای معنا را می‌گیرد. به عنوان مثال گفته می‌شود که اگر آب نبود،

تیمم جای آب وضو را می‌گیرد و اصولاً همان آثار وضو را دارد. به همین ترتیب وقتی در ماده ۱۳۹ قانون مدنی آمده که «حریم در حکم ملک صاحب حریم است»، یعنی با حریم همان معامله‌ای می‌شود که با خود ملک صورت می‌گیرد. لفظ هم به همین گونه وجود تنزیلی معنا می‌شود. به عبارت دیگر، حقیقت وضع تنزیل معنا است. لفظ سایه معناست و با شنیدن لفظ، ذهن به سمت معنا رهنمون می‌گردد. از همین جاست که خوبی و بدی و زشتی و زیبایی لفظ به معنا هم سرایت می‌کند. کار واضع جز این نیست که بگوید که این لفظ نازل در منزله فلان معنا است.

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت که اولاً تنزیل، کار آشنایان به سخن و بلاغت است، در حالی که وضع به مرور زمان و توسط توده‌ها صورت می‌گیرد. ثانیاً تنزیل مرتبه‌ای پس از وضع می‌باشد. در واقع ابتدا وضع لفظ در یک معنا صورت می‌گیرد و در مرحله بعدی در موقع استعمال تنزیل می‌یابد. به عنوان مثال اول واژه «شیر» وضع شده و بعد هنگام استعمال در معنای حیوان مفترس تنزیل گشته است.

ج: نظریه جعل و اعتبار

اغلب اصولیان امامیه اولاً دلالت لفظ بر معنا را وضعی می‌دانند و ثانیاً این رابطه وضعیه را نه مستقیماً ناشی از خواست و اراده الهی یا خصوصیت خود زبان که حاصل وضع متکلمان به آن زبان می‌دانند.

از دیدگاه محقق اصفهانی، وضع-که ماهیت ارتباط لفظ و معناست- از سنخ اعتبار بوده و فاقد هرگونه جنبه واقعی می‌باشد. از نظر ایشان در طی فرآیند وضع بین معنا و وجود خارجی اشیاء- بدون این که تحول واقعی یا خارجی ایجاد شود- به طور اعتباری نسبت و رابطه ایجاد می‌شود (محقق اصفهانی، ۲۲/۱). به بیان دیگر، واضع با برقراری نسبت بین لفظ و معنا همان کاری را می‌کند که شارع با ملکیت با مفاهیمی چون ملکیت و زوجیت؛ یعنی کار هردو اعتبار کردن است (فاضل لنکرانی، ۲۲۴).

علامه طباطبایی نیز معتقدند که فهم یک معنای خاص از لفظ خاص در هر زبان و همین طور دوام این فهم، کاشف از یک ارتباط مابین لفظ و معنا در درجه اول و ثابت بودن این ارتباط در درجه دوم است. حال از آنجا که معانی در زبان‌های مختلف فرق کرده و هر قومی با شنیدن الفاظی خاص به معنای خاصی رهنمون می‌شوند، این رابطه اعتباری است و نه حقیقی (طباطبایی، حاشیه‌الکفایه، ۱۶). پس رسیدن به معنای الفاظ نیازمند دو عنصر است؛ اول

وضع و اعتبار و دوم آگاهی مخاطب از این وضع (طباطبایی، حاشیه الكفایه، ۱۹). توضیح آن که از نگاه علامه، مفاهیم به سه دسته «حقیقی»، «اعتباری» و «وهمی» تقسیم می‌شوند. مفاهیم وهمی و مفاهیم اعتباری مابه ازای خارجی ندارند، با این تفاوت که ذهن به دلیل نیاز آدمی، مفاهیم اعتباری را درون خود ساخته و به عبارت دیگر اعتبار می‌کند؛ یعنی فرض می‌کند که وجود دارند. در واقع، مفاهیم اعتباری از همان سنخ وهمیات هستند، با این تفاوت که دارای اثر و کاربرد در زندگی آدمیانند (طباطبایی، بدایة الحکمه، ۱۰-۱۱).

عمده مفاهیم اعتباری، موجودات و روابط واقعی را بازنمایی می‌کنند. به عنوان مثال، ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی، ریاست خانواده در روابط میان زوجین را از خصایص شوهر می‌داند. مفهوم «ریاست» و «رییس»، مفهوم اعتباری هستند. یعنی پس از ازدواج و تحقق ریاست، در وجود زوج یا زوجه تغییر واقعی و تکوینی ایجاد نمی‌شود، بلکه ذهن از دیدن پدیده واقعی «سر» یا «رأس» که در عالم خارج، فوق همه اعضای بدن قرار داشته و اعضا را راهبری می‌کند، مفهومی به نام ریاست را اعتبار و خلق کرده و بر آن مجموعه‌ای از خصوصیات و آثار و احکام را بار می‌نماید. ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی که اصولاً زن را به زندگی در منزل مورد نظر شوهر موظف می‌داند، از آثار همین مفهوم ریاست است. به همین دلیل است که مفاهیم حقوقی را باید از سنخ مفاهیم اعتباری دانست.

اگر اعتباری بودن ماهیت وضع پذیرفته شود، در مفاهیم حقوقی با دو اعتبار سروکار داریم که اولی رابطه لفظ و معناست و دومی خود معنا. حال از آنجا که اعتبار به معبر نیاز دارد و علامه نیز وضع را - جز در اسمای شخصی - تعینی می‌دانند (طباطبایی، حاشیه الكفایه، ۱۹)، منشأ وضع و اعتبار، عرف عمومی جامعه خواهد بود. پس عرف عمومی می‌تواند با کثرت استعمال، رابطه میان لفظ «الف» و معنای «ب» را برداشته و آن را با معنای «ج» برقرار سازد. به علاوه، اگر عقود و معاملات را توقیفی - و در نتیجه جزء اسمای شخصی - ندانیم، این نظریه به طور کامل و از تمام ابعاد، در مقابل نظریه ذاتی بودن قرار می‌گیرد. به همین ترتیب، هر لفظی می‌تواند هر اثر حقوقی‌ای ایجاد کند یا حتی لزومی به وجود لفظ و صیغه در عقود نمی‌باشد. مبنای معنایی فقهای معاصر در مدخلیت ندادن به لفظ و لفظ خاص در معاملات همین امر است.

علامه طباطبایی در المیزان نیز به لوازم این سخن پایبند بوده‌اند؛ آنجا که در تفسیر آیه شریفه «أوفوا بالعقود»، تأکید کرده‌اند که ظاهر قول کتاب، بر وفای به عقود است و منظور از

عقود، همه چیزهاییست که عرفاً عنوان عقد بر آنها صدق کرده و قابل وفا هستند، مانند عقد بیع... قرآن به وفای به عقد و عهد در تمام معانی تأکید کرده و این امر شامل عقدی که فرد با فرد منعقد می‌کند یا عقود و عهود اجتماعی می‌شود، مثل عقود دولتی یا ملت‌با ملت‌با (طباطبایی، میزان، ۱۵۸/۵-۱۶۱).

بخش دوم: چیستی معنا

این بخش به دنبال پاسخ به دومین پرسش معناشناسی -یعنی ماهیت معنا- است. برخی مکاتب تفسیری متأثر از هرمنوتیک فلسفی وجود و یا دست کم اهمیت معناداری الفاظ را انکار کرده و تمام بار فهم را بر دوش مفسر یا چگونگی فرآیند فهم می‌دانند. دیدگاه اصولی این نظر را نفی کرده و به وجود امر مستقلاً به نام معنا، قائل است؛ با این تفصیل که معنا، امر یا چیزی خارجی یا ذهنی است که لفظ بدان بازگشت می‌نماید (نجفی اصفهانی، ۱۸/۱).

مبحث اول: معنای مفاهیم حقوقی

پس از بحث از چگونگی دلالت لفظ بر معنا و حقیقت وضع، یکی از موضوعات مورد توجه عالم اصولی، ماهیت و چیستی موضوع‌له است. مثلاً در جمله‌ای مانند «بعد از ظهور ثمره زرع، عامل مالک حصه خود از آن می‌شود» (ماده ۵۳۱ قانون مدنی) الفاظ به چه موضوع‌له‌هایی بازگشت می‌کنند؟ در اینجا باید میان واژه‌های حقوقی مثل عامل و مالک و غیر آن قائل به تفاوت شد.

محقق نایینی معتقد است که معنا و مفهوم هر لفظ، یک «مدرک عقلانی» است؛ یعنی امری که عقل آن را از حقایق درک می‌کند، بدون این که تفاوتی بین حقایق خارجی و قابل اشاره یا غیر آن‌ها در این حکم باشد. این مدرک عقلانی را می‌توان با نظر گروهی دیگر از اصولیان که «طبیعت» یا «ماهیت» فلسفی را معنا و موضوع‌له الفاظ می‌دانند، یکی دانست. توضیح آن‌که انسان با حواس خود شیء را احساس می‌کند. در مرحله بعدی، ذهن از این موجود محسوس یک صورت ذهنی مجرد ایجاد می‌کند. این صورت به قوه واهمه رفته و پس از آن در مرتبه عقلانی ادراک می‌شود. این مدرک عقلانی، بسیط و مجرد بوده و متعلق علم و شناخت است (نایینی، ۳۵/۱). مفاهیم بدواً خارجی مثل انسان، حیوان، سفیدی، ثمره زرع، چک (در مفهوم صوری و ظاهری آن) و... پس از چندبار احساس در ذهن انتزاع می‌شوند و به شکل کلی ادراک می‌شوند و این مدرک کلی عقلانی یا مفهوم ماهوی یا معقول اولی به عنوان موضوع‌له

این الفاظ قرار می‌گیرد. به دیگر سخن، این ماهیت یا معقول اولی همان گونه که متعلق علم و شناخت ذهن است (یثربی، ۱۵۷)، متعلق معنایی الفاظ انسان نیز می‌باشد. اما مفاهیم حقوقی اصطلاحاً از سنخ معقولات ثانوی هستند؛ یعنی اگرچه از مفاهیم اولی و ماهوی انتزاع می‌شوند، اما خود مابه‌ازاء خارجی نداشته و از این رو برخلاف امور خارجی، مفهوم ماهوی نیستند (مصباح یزدی، ۳۵). در واقع شناخت معنای این مفاهیم، تنها در گرو آشنایی با اعتبار معتبر است؛ اعتباراتی که البته از مصالح واقعی ناشی شده‌اند. پس در ماده ۵۳۱، معنای آنچه جنبه واقعی و خارجی دارد (مفهوم ثمره)، را از طریق استقرار ماهیت آن در ذهن درمی‌یابیم و معنای امور اعتباری (مالک) را از طریق آشنایی با سیره و روش قانون‌گذار. در واقع، مفاهیم حقوقی از مفاهیم ماهوی انتزاع شده و به مقتضای نیاز انسان در امور فردی و اجتماعی، جعل و قرارداد می‌شوند (همان، ۳۸). با این حال به نظر می‌رسد که معنایی که الفاظ به آن بازمی‌گردند، در هر دو حال - معقول اولی و ثانی - همان معقولات و مدرکات ذهنی هستند.

دیدگاه گزاره‌ای در عالم معناشناسی نیز به راهی مشابه رفته است. آنان برخلاف تئوری ارجاعی که معناداری لفظ را وابسته به اشاره آن به یک مصداق خارجی و عینی می‌دانست، یک مفهوم ذهنی را به عنوان متعلق معانی الفاظ ایجاد و اعتبار کرده که حسب تعابیر مختلف، «محتوا^{۱۰}» یا «سنس^{۱۱}» خوانده می‌شود. در واقع، الفاظ به این موجودات ذهنی بازگشت می‌کنند و نه یک حقیقت عینی؛ خواه این وجود ذهنی اساساً حقیقت عینی داشته باشد یا نه. از این رو دیدگاه گزاره‌ای به دشواری‌های نظریه ارجاعی دچار نمی‌شود.

مبحث دوم: معنای جملات حقوقی

دیدگاه نظریه گزاره‌ای درباب مفاهیم، به جملات نیز قابل تسری است. آنچه درباب مفاهیم، محتوا یا سنس خوانده می‌شود را در جملات «گزاره^{۱۲}» می‌نامند. گزاره معنای الفاظ جملات است. از گزاره تعاریف زیادی صورت گرفته که قدر مشترک آن‌ها، معنای جملات خبری است (Strassler, 185). مثلاً گزاره بیان‌شده در جمله «هوا بارانی است»، بارانی بودن هواست. اما با این تعریف، آیا می‌توان گزاره را معنای یک جمله حقوقی - مثلاً یک ماده قانونی - دانست؟ روشن است که ماهیت جملات حقوقی، دادن خبر و گزارش - مثل بارانی

10. content

11. sense

12. proposition

بودن هوا- نیست. پس یا باید این نظریه را از تبیین جملات حقوقی - برخلاف مفاهیم حقوقی- ناتوان دانست و یا مفهوم گسترده‌تری از گزاره در نظر گرفت که شامل گزاره‌های هنجاری و حقوقی هم بشود. مثلاً برخی آن را «مدلول مشترک جملاتی با حالت‌های مختلف» می‌دانند. براین اساس، گزاره تنها محملی برای تبیین معنای جملات خبری نیست. طبق این نظر، سه جمله «علی، خانه خرید.» و «آیا علی خانه خرید؟» و «علی! خانه بخر.» مبین یک گزاره واحد (خانه خریدن علی) هستند که در ذهن گوینده قرار دارد و الفاظ به آن‌ها برمی‌گردند (هاک، ۱۲۹).

اما درباب موضع علمای مسلمان درمورد معنای جملات حقوقی باید گفت که جملات تامه به دو گونه اخباری و انشایی تقسیم می‌شوند. جملات به کاررفته در متون حقوقی، انشایی می‌باشند. برخی جملات انشایی مختص به انشا هستند، مانند صیغه‌های امر و نهی. گروه دیگر بین مقصود اخبار و انشا مشترکند، مثل صیغه «بعث» و «طالق».

علی‌رغم آن که قانون‌گذاران و قضات کمتر شهروندان یا مکلفان را مخاطب مستقیم احکام خود قرار می‌دهند^{۱۳}، اما درباب ماهیت صیغه‌های مختص انشا و به ویژه هیأت امر، باید دانست که این هیأت، افاده طلب می‌کند و طبع طلب، مقتضی ایجاد ماده است. اگر مأمور، ماده را ایجاد نکرد، متمرّد محسوب می‌شود، مگر آن‌که ثابت شود که قانون‌گذار اذن ترک داده است. نتیجه آن‌که وجوب، بسیط است و استحباب، امری مرکب. زیرا وجوب صرف طلب فعل است و استحباب، طلب فعل است به همراه اذن در ترک آن. اگر در اراده قانون‌گذار استحبابی یافت نشد، اصالة الاطلاق را جاری کرده و حکم او را بر وجوب حمل می‌کنیم. بنای عقلا هم ظهور امر در وجوب را تأیید می‌کند، یعنی این‌که قانون‌گذار ابتدا بگوید که «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ» و بعد بگوید کلام مرا اطاعت کنید و بعد بگوید که این کلام اخیر مرا اطاعت کنید و... مستلزم تسلسل خواهد بود (موسوی بجنوردی، ۳۳-۳۵).

اما روشن است که اکثر قوانین در قالب جملات انشایی نوع دوم وضع می‌شوند. در این موارد، صیغه و ظاهر عبارت به کار گرفته با جملات انشایی یکی است و قانون‌گذار یا قاضی جمله‌ای به ظاهر خبری بیان می‌کند، اما قصد انشا دارد. مثلاً فردی که برای اولین بار با جمله «وصیت برای حمل، صحیح است» برخورد می‌کند، ممکن است که این جمله را صرفاً یک

۱۳. این جملات در احکام شارع بسیار به کار رفته‌اند، نظیر «اغسلوا»، «اجلدوا»، «اقتلوا» و...

گزارش تلقی نماید. چنین امتزاجی در صیغ العقود، روشن تر است. وقتی که گفته می شود «فروختم» یا «بعت»، معلوم نیست که از یک معامله واقع شده خبر می دهیم یا خود در مقام انشای معامله ای جدید هستیم.

درماهیت جملات انشایی نوع دوم، سه دیدگاه وجود دارد به قرار ذیل:

دیدگاه اول: نظریه آخوند خراسانی

محقق خراسانی معتقد است که انشا، گفتاری است که به وسیله آن ایجاد معنا در نفس الامر قصد می شود، نه حکایت از ثبوت و تحقق معنا در ذهن یا خارج. به همین دلیل، انشا متصف به صدق و کذب نمی شود. البته موضوع له صیغه های اخبار و انشا یکی است و متکلم، حسب داعی و انگیزه خود در مرحله استعمال آنها را در حالت اخبار یا انشا به کار می برد. گاهی می گوید که «خانه را فروختم» و مقصود او اخبار از معامله ای در گذشته است و گاه همین جمله را به کار می برد، در حالی که داعی و جهت جمله او ایجاد یک عقد بیع است. به هر حال طبق این نظریه، تقسیم افعال به انشایی و اخباری صرفاً مربوط به قصد گوینده است و نه مباحث معنایی و دلالت تصویری (خراسانی، ۷۱-۷۲).

به این نظریه با این بیان انتقاد شده که شأن واضح آن است که برای نیازهای متکلم، وضع لفظ کند. برای دو نیاز متفاوت، باید دو واژه وضع کرد و نه قدر جامع. وقتی فرد در پی گزارش از فروختن مال خود است، یک نیاز دارد و وقتی انشای بیع می کند، نیازی دیگر دارد. از این رو، باید دو واژه برای این دو معنا وضع شود (سبحانی، ۱۰۴).

دیدگاه دوم: نظریه محقق ابروانی

این دیدگاه، متعلق به محقق ابروانی است که بعدها توسط محقق خوئی و شاگردان ایشان پروراند شده است. از این منظر، همه جملات، اخباری هستند و جمله انشایی وجود ندارد. توضیح این که معمولاً جمله اخباری، از یک امر خارجی گزارش می کند. اما هنگامی که «زوجت» یا «بعت» به کار می رود، از یک اعتبار ذهنی خبر داده می شود. به عبارت دیگر، متکلم در ذهن خود اعتبار می کند که فلان زن، همسر او باشد یا فلان مال، مال او باشد و به این ترتیب، عقد نکاح و بیع ایجاد می شوند. نقش صیغه، یک نقش ایجاد نیست و تنها از این فعل و انفعال ذهنی گزارش می دهد. با این استدلال کار همه جملات، اخبار و گزارش است؛ منتها برخی از خارج حکایت می کنند (جملات اخباری) و برخی از ذهن گزارش می دهند (جملات انشایی). وقتی که متکلم، امری را در ذهن خود اعتبار کرد، دیگر نیازی به انشای

مجدد وجود ندارد (ایروانی، ۹۲/۱). به نظر می‌رسد که این دیدگاه با نظریه توصیفی بودن گزاره‌های حقوقی، سازگار است.

در نقد این نظریه، گفته شده که اولاً این دیدگاه، موجب تسری بحث صدق و کذب به گزاره‌های انشایی و حقوقی می‌شود. ثانیاً برای ایجاد اثر حقوقی، صرف اعتبار ذهنی کافی نیست و لزوماً باید اعتبار انشایی شکل بگیرد (سبحانی، ۱۰۸-۱۱۰).

دیدگاه سوم: نظریه مشهور

عقود و ایقاعاتی چون بیع، نکاح و طلاق از امور اعتباری هستند. همان‌طور که در بخش اول آمد، اعتباریات اموری هستند که ذهن حسب نیاز خود، آن‌ها را از عالم واقع و تکوین اخذ می‌کند. به عنوان مثال انسان در دنیای خارج، بسیاری از چیزها را جفت و زوج می‌بیند. از طرف دیگر، کشش و جاذبه‌ای در جنس مرد نسبت به جنس زن و برعکس، مشاهده می‌کند. این امر تکوینی و این نیاز واقعی در کنار هم، موجب اعتبار مفهومی به نام «زوجیت» می‌شوند. به این ترتیب مرد، زوج و زن، زوجه می‌شود. اما این رابطه زوجیت اعتباری، مثل رابطه زوجیت تکوینی دو چشم یا دو گوش در عالم خارج، متحقق و معلوم نیست؛ از این رو نیاز به اعلام دارد. به همین دلیل گفته می‌شود که «زوجت هذله لهدا».

در عالم معاملات و عقود نیز انسان از اختصاص تکوینی اعضا و جوارح بدن به خود، مفهومی به نام «مالکیت» بر اشیای بیرونی را اعتبار می‌کند. در مرحله بعد می‌فهمد که مالک همه آنچه بدان نیاز دارد نیست و از این رو مفاهیم جدیدی چون «بیع و معاوضه و...» را اعتبار می‌کند و این امر را با صیغه‌هایی نظیر «فروختم» و «بعت» بیان می‌کند.

پس اعتبار، یعنی ساختن دو گونه تکوین در ذهن؛ گاهی غرض بر این تعلق می‌گیرد که از معنای اعتباری محقق‌شده خبر دهیم و گاه در پی آن هستیم که یک مفهوم اعتباری جدید ایجاد کنیم. پس لفظ «زوجتک» را در هر دو معنا می‌توان به کار برد؛ هم ایجاد و هم اختطاری. در جملات انشایی، یک مفهوم اعتباری جدید خلق می‌شود که مربوط به دلالت تصویری است. اما ریشه اعتبار کجاست؟ به عبارت دیگر معتبر این اعتبارات کیست؟ در بخش اول نشان داده شد که از منظر علامه طباطبایی، این معتبر می‌تواند عرف عمومی باشد. اما با این حال استناد مستقیم فقها به کاربرد عرفی یک لفظ در حل مسائل حکمی چندان زیاد نیست. به عنوان یکی از مهم‌ترین نمونه‌های این استناد، می‌توان نظر امام در باب بیع حقوق را نام برد. می‌دانیم که ماده ۳۳۸ قانون مدنی، بیع را «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف کرده است. از سوی دیگر

تملیک منفعت نیز در چارچوب عقد اجاره صورت می‌گیرد. در این میان تکلیف انتقال حق در برابر عوض معلوم تعیین نشده است. سنت فقهی و حقوقی کشور چه به شکل تئوری و چه در عمل، انتقال حقوق را تنها در چارچوب عقد صلح می‌پذیرد. امام با این نظر مشهور مخالفت نموده و به استناد کاربرد عبارت «بیع حقوق» در زبان متعارف مردم، حکم به صحت بیع حقوق کرده‌اند (امام خمینی، کتاب البیع، ۱/۲۵۴). در مغرب زمین، اچ.ال.ای. هارت - مشهورترین فیلسوف حقوق قرن بیستم - تحت تأثیر آرای زبانی ویتگنشتاین و استراوسون، ضمن انتقاد از ارائه تعاریف انتزاعی از قانون و اصطلاحات حقوقی، معتقد است که تنها راه شناخت مفاهیم حقوقی، آشنایی با کاربرد آن‌ها در زبان روزمره مردم می‌باشد (Hart, 19). در کتاب مفهوم قانون وی می‌توان نمونه‌هایی از تلاش وی برای شناخت مفاهیمی چون قانون، تکلیف و حقوق بین‌الملل از طریق کشف معنای واژه‌ها در زبان روزمره مردم را مشاهده نمود.^{۱۴}

نتیجه‌گیری

ذکر این نکته لازم است که هدف این پژوهش، در درجه اول معرفی نظریات رایج اصولیان در موضوع معنا به عنوان یکی از کلیدی‌ترین مباحث تحلیل زبانی و مقدمه مهم تفسیر بوده است. می‌توان نظریات راجع به رابطه لفظ و معنا را به دو دسته ذاتی و وضعی تقسیم نمود. نظریه ذاتی بودن، با اتکا بر مبانی کلامی و اعتقادی خود معتقد است که لفظ به خودی خود دارای تأثیر در عالم خارج بوده و صرفاً چارچوبی قراردادی برای بیان مفاهیم اعتباری نیست. در مقابل، نظریه وضعی رابطه لفظ و معنا را از سنخ وضع و جعل و قرارداد می‌داند. نتیجه نظریه ذاتی بودن در عالم حقوق، ایجاد استحکام و انتظام است. در مقابل، نظریه وضعی بودن به اصل آزادی قراردادها و نتایج آن می‌انجامد. البته این نظریات و نتایج، صرفاً براساس طریق تحلیل زبانی به دست آمده است؛ چه بسا فقهی قائل به ارتباط ذاتی لفظ و معنا باشد، اما با مراجعه به ادله کتاب و سنت به آزادی عقود و قراردادها حکم نماید یا حقوق‌دانی آنچه در تحلیل اقتصادی یک ماده می‌پسندد، بر نتایج حاصله از تفسیر زبانی آن مقدم بدارد.

در باب ماهیت معنای ورای الفاظ هم مشهور ماهیت و یا مدرک عقلانی را چیزی می‌دانند که لفظ برای آن وضع شده است و گروهی دیگر خود حقیقت خارجی را. هریک از این

۱۴. بررسی تطبیقی نظریات اصولیان در ماهیت جملات انشایی با نظریه افعال گفتار آستین و سرله به‌ویژه در اموری چون ضمانت اجرای عدم رعایت حکم یا شرایط تشکیل خود حکم می‌تواند دست مایه پژوهش‌های مستقل و جامعی قرار گیرد.

نظریات که پذیرفته شوند، یک نکته مشترک است که پذیرش امری مشخص به عنوان معنای الفاظ می‌باشد. قانون‌گذار نیز نسبت به استفاده از معنای این الفاظ مأخوذ است و تفسیر حقوقی نیز صرفاً بر مبنای همین معانی صورت می‌گیرد، نه براساس میل مفسر یا شناخت مقصود مستتر در نهاد قانون‌گذار. در واقع، باید بین مقام وضع و مقام استعمال تفکیک قائل شد؛ لفظ در معنا و موضوع له خاص خود وضع می‌شود و این ظهور حال و کلام متکلم است که مقصود او را به مخاطب می‌نماید. پس الفاظ، معانی ثابتی دارند که با زبان عرفی بیان شده و با فهم عرفی فهم می‌شود. شارع و قانون‌گذار هم پیرو همین منطق عرفی بوده و الفاظ را مطابق معانی از پیش تعیین شده استعمال می‌کنند. بنابراین، معنای یک ماده امری ثابت است و نمی‌توان آن را تابع اراده مقنن دانست. بر این مبنا تفسیر حقوقی را باید متن محور دانست. نظر غالب معناشناسان - به جز دیویدسون و پیروانش - نیز چنین است. اینان نیز به وجود هویت ثابتی به اسم معنا در ورای الفاظ قائلند، اعم از آن که آن همیت را مرجع، محتوا یا سنس بنامند. از این رو تفسیر متن به طور عام و تفسیر متن حقوقی به طور خاص باید براساس معانی الفاظ موجود در متن صورت گیرد.

منابع

- اصفهانی، محمد حسین، *نهایة الدراریة*، قم، انتشارات سید الشهداء، ۱۳۷۴.
- اصفهانی، محمدتقی، *هدایة المسترشدين*، قم، موسسه آل البيت، بی تا.
- اصفهانی، میرزا مهدی، *ابواب الهدی*، تحقیق حسین مفید، تهران، منیر، چاپ اول ۱۳۸۷.
- _____، *رسائل شناخت قرآن*، تحقیق حسین مفید، منیر، تهران، چاپ اول ۱۳۸۸.
- ایروانی، علی، *نهایة النهایة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول ۱۳۷۰.
- بلاذری، احمد بن یحیی، *انساب الاشراف*، تحقیق سهیل زکار، بیروت، دارالفکر، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *الفارق*، تهران، گنج دانش، چاپ اول ۱۳۸۶.
- _____، *صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق*، تهران، گنج دانش، چاپ اول ۱۳۸۲.
- حائری یزدی، عبدالکریم، *درر القوائد*، قم، چاپخانه مهر، بی تا.
- خراسانی، محمد کاظم، *کفایة الاصول*، قم، موسسه آل البيت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، انتشارات قدس محمدی، بی تا.

- _____، **کتاب البیع**، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الخامسة، ۱۴۱۵ق.
- خیمینی، مصطفی، **تحریرات فی الاصول**، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ق.
- خوئی، ابوالقاسم، **دراسات فی علم الاصول**، قم، موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- رشتی، میرزا حبیب، **بدایع الافکار**، قم، موسسه آل البيت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ق.
- سبحانی، جعفر، **تقریرات فارسی دوره ششم خارج اصول**، مبحث الفاظ. <http://1zokr.com>
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام**، تهران، دارالکتب الاسلامیة، چاپ اول، ۱۳۶۷.
- صدر، محمد باقر، **المعالم الجديدة**، نجف، النجاح، الطبعة الثالثة، ۱۳۹۵ق.
- _____، **بحوث فی علم الاصول**، تحقیق سید محمود هاشمی، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- طباطبایی، محمد حسین، **المیزان**، قم، موسسه النشر اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۰۲ق.
- _____، **بدایة الحکمة**، تهران، بنیاد علمی فکری علامه طباطبایی، بی تا.
- _____، **حاشیة الکفایة**، تهران، بنیاد علمی فکری علامه طباطبایی، بی تا.
- طریحی، فخرالدین، **مجمع البحرين**، چاپ دوم، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۷.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، **مفتاح الکرامه**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الطبعة القديمة، بی تا.
- فاضل لنکرانی، محمد، **مباحث اصولی**، تنظیم محمدرضا پروازی، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۳۷۳.
- محقق کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد**، قم، موسسه آل البيت، چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- مروارید، محمود، «نظریات شیئی انگارانه در فلسفه تحلیلی و علم اصول»، **مجله نقد و نظر**، سال دهم، شماره ۳۹ و ۴۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، صص ۸۳-۱۳۱.
- مصباح یزدی، محمدتقی، **فلسفه اخلاق**، تحقیق احمد حسین شریفی، تهران، شرکت چاپ و نشر بین الملل، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
- مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، قم، انتشارات اسماعیلیان، چاپ پنجم، بی تا.
- موسوی بجنوردی، محمد، **علم اصول**، تهران، عروج، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- نابینی، محمد حسین، **فوائد الاصول**، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة السابعة، ۱۴۲۱ق.
- نجفی اصفهانی، محمدرضا، **وقایة الاذهان**، قم، موسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- هاک، سوزان، **فلسفه منطق**، ترجمه سید محمدعلی حجتی، قم، طه، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- یثربی، یحیی، **تاریخ تحلیلی - انتقادی فلسفه اسلامی**، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸.

يزدى، محمد كاظم، *العروة الوثقى*، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٧ق.

Chomsky, Noam, *New Horizons in the Study of Language and Mind*, Cambridge University Press, 2000.

Evans, Vyvyan & Green, Melanie, *Cognitive Linguistics*, First Edition, Edinburgh University Press, , Edinburgh ,2006.

Hart, H.L.A , *The Concept of Law*, First Edition, Clarendon Press, Oxford, 1961.

McGilvary, J, *Meanings Are Syntactically Individuated and Found in the Head*, in Mind and Language, 1998.

Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz, *Methods of legal reasoning*, Springer, Dordercht, 2006.

Strassler, Jurg, *Propositions*, in Key Leads in Linguistic and the Philosophy of language, First Edition, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2009.

Speaks, Jeff, *Theories of Meaning*, in The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2011 Edition), Edward N.Zalta (ed), URL=<http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/meaning/>

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۴۷-۳۱

واکوی فقهی حجیت رأی ولی فقیه بر ثبوت هلال ماه قمری*

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد دانشگاه مازندران

Email: ali85akbar@yahoo.com

دکتر محمد محسنی دهکلانی

استادیار دانشگاه مازندران

Email: mmdehkalany@yahoo.com

حسین کاویار

دانشگاه آزاد اسلامی، واحد میمه، باشگاه پژوهشگران جوان و نخبگان، میمه، ایران

Email: h.kaviar@umz.ac.ir

چکیده

ماه یک تقویم طبیعی برای افراد بشر محسوب می‌شود. بحث ثبوت هلال ماه از مباحثی است که همه انسان‌ها به نوعی به آن نیاز دارند. شرع اسلام نیز برخی اعمال و عبادات مهم را معلق به ثبوت هلال کرده است. همین نقش کارساز و بنیادین ماه در امور دنیا و آخرت سبب گردیده، مسأله ثبوت هلال در حوزه تفکر اسلامی جایگاه ویژه‌ای بیابد.

سؤالی که پژوهش حاضر بدان می‌پردازد این است که آیا حکم حاکم شرع بر ثبوت هلال ماه حجیت دارد یا خیر؟ در واقع، آیا مردم باید در امر رؤیت هلال به مراجع تقلید خود مراجعه کنند یا امر رؤیت هلال از وظایف حکومت است؟

پیرامون این سؤال عقاید مختلفی از سوی فقهاء ابراز شده است: طیف مشهور فقهاء حکم حاکم را، چه مستند او در حکم، بیّنه باشد و چه علم خود، حجّت دانسته‌اند. طیفی دیگر، قائل به عدم حجیت حکم حاکم هستند و معتقدند حکم حاکم، چه مستند به بیّنه و چه به تواتر و شیعاع و چه به رؤیت و علم خود حاکم باشد، حجیت ندارد. طیفی دیگر، معتقدند اگر مستند حاکم در حکم، بیّنه باشد، حکم او حجّت است و اگر مستند به علم و رؤیت خود حاکم باشد، حجّت نیست.

مقاله حاضر در راستای پاسخ به سؤال مطروحه، سعی دارد تا اقوال مطروح و مستندات هر یک را نقد، تحلیل و ارزیابی کند و چنین نتیجه بگیرد که حکم ولی فقیه به ثبوت هلال بر همگان لازم و بلکه واجب است و همه مردم حتی مراجع باید از آن پیروی کنند؛ زیرا ادله حجیت حکم شرع آنان را نیز در برمی‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: حجیت، عدم حجیت، رؤیت هلال ماه، حکومت، مرجعیت، ولی فقیه.

مقدمه

در عصر صنعتی شدن دنیا و عصری که به عصر جهانی شدن لقب گرفته مشکل اختلاف در برداشت‌های اجتهادی در مسائل سیاسی و اجتماعی می‌تواند در قالب یک مشکل بزرگ، نمایان و موجب ضعف مسلمین در برابر بیگانگان گردد. در این شرایط، هیچ راه و گریزی نیست جز روی آوردن به تدابیر ولی فقیه و التزام عملی به دستورات او. نباید پیشرفت علوم و به ویژه علم ماه و ستارگان را توجیهی برای طرد دخالت فقه در این مسئله دانست. بحث ثبوت هلال ماه در عصر پیشرفت علم نجوم، از مباحثی است که همه انسان‌ها به نوعی وابسته به آن هستند.

شریعت اسلام نیز برخی از اعمال فقهی - حقوقی و عبادی را معلق به ثبوت هلال نموده است: ابتدا و آخر ماه‌های قمری به ویژه ماه مبارک رمضان، عید فطر، وقوف به عرفات در روز نهم ذی‌الحجه، وقوف در مشعر در شب دهم ذی‌الحجه، بیتوته در سرزمین منا در شب‌های یازدهم و دوازدهم ذی‌الحجه، اعمال روز عید قربان، بلوغ، سن ازدواج، ایام عده طلاق و وفات همه و همه اموری هستند که وابسته به گردش کره ماه هستند. ملاحظه می‌شود که این گوی درخشان در سپهر نقش اساسی در امورات معاش و معاد آدمیان بازی می‌کند. نبود این گوی درخشان علاوه بر اینکه حیات و تغییر فصول را از ما می‌گرفت بسیاری از امور اخروی انسان‌ها را نیز تعطیل می‌کرد.

مساله ثبوت هلال از جمله مباحثی است که بُعد اجتماعی‌اش بایستی بر بعد فردی‌اش غالب گردد؛ زیرا یکی از اهداف آن، اتحاد مسلمانان در رمضان المبارک است. ماهی که همه یک زمان می‌خورند، یک زمان از خوردن دست می‌کشند و دوباره یک زمان همگی افطار می‌کنند تا به عید فطر برسند. این یکی از بزرگترین جلوه‌های اتحاد مسلمانان در کل کره زمین است. همین جلوه اتحاد را با شروع ذی‌الحجه و ایام ماه حج به وضوح ملاحظه می‌کنیم.

رویت هلال را هم در زندگی روزانه از آن استفاده می‌کنند و هم در عبادت‌هایی که وقت معینی در سال دارد. در حقیقت ماه، یک تقویم طبیعی برای افراد بشر محسوب می‌شود که مردم اعم از باسواد و بی‌سواد و در هر نقطه‌ای از جهان که باشند می‌توانند از این تقویم طبیعی استفاده کنند، نه تنها آغاز، وسط و آخر ماه را می‌توان با آن شناخت، بلکه با دقت، شب‌های ماه را نیز می‌توان تشخیص داد و بدیهی است نظام زندگی اجتماعی بشر بدون تقویم یعنی یک وسیله دقیق و عمومی برای تعیین تاریخ، امکان‌پذیر نیست، به همین دلیل، خداوند بزرگ برای

نظام زندگی، این تقویم جهانی را در اختیار همگان قرار داده است (مکارم شیرازی، ۱۹/۲).

طرح مسأله

سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان بدون دخالت حکومت به اهداف فوق رسید؟ یا ولی فقیه باید برای حصول این هدف، کمر همت بندد و به این مهم سامان دهد و فقهای عظام نیز با توجه به این ابعاد اجتماعی در نیل به این هدف، حاکم و حکومت اسلامی را یاری دهند؟

بحث ثبوت هلال از جنبه‌های مختلف قابل بحث و بررسی است. آنچه این پژوهش در پی تحلیل آن است بررسی حجیت یا عدم حجیت حکم حاکم شرع بر ثبوت هلال از منظر فقه اسلام است. سؤال این پژوهش عبارت است از این که، آیا حکم حاکم شرع بر ثبوت هلال ماه حجیت دارد یا خیر؟ در راستای پاسخ به این سؤال، اقوال فقهی مطروح در مسأله نقل، نقد و تحلیل می‌شود.

اقوال

در این که حکم ولی فقیه در اثبات هلال حجیت دارد یا خیر، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. از همه آن نظرها، سه نظر زیر، محور بحث ما را تشکیل می‌دهد:

آ) عدم حجیت مطلق حکم ولی فقیه بر ثبوت هلال؛

ب) حجیت مطلق حکم ولی فقیه بر ثبوت هلال؛

ج) قول به تفصیل.

الف) عدم حجیت مطلق حکم ولی فقیه بر ثبوت هلال

در این قسمت، ابتدا به نقل قول تعدادی از فقهای قائل به دیدگاه عدم حجیت مطلق حکم ولی فقیه بر ثبوت هلال پرداخته، در ادامه ادله آنان ذکر و نقد می‌شود.

بحرانی (۲۵۸/۱۳)، ملا احمد نراقی (۱۳۲/۲)، خوئی (۹۱/۲) از طرفداران این دیدگاه

هستند.

بحرانی در *حدائق الناضره* می‌گوید: «از کلام برخی از فقهای فاضل، عدم حجیت حکم حاکم، مستفاد می‌شود. مکلف، ناگزیر باید برای تعیین تکلیف خود، از دو شاهد بشنود. ایشان

گفته‌اند: بر مکلف وجوبی نیست به آنچه در نزد حاکم، ثابت شده عمل کند. بلکه اگر هلال ماه نزد مکلف ثابت شد، بر وی واجب است به مقتضای آن عمل کند. در غیر این صورت، یعنی اگر هلال نزد حاکم به اثبات رسید، تکلیفی به عمل کردن طبق رأی حاکم ندارد». البته بحرانی، این گفته را خالی از خدشه نمی‌داند.

طرفداران این دیدگاه به تبعیت از صاحب مستند الشیعه (نراقی، ۱۳۲/۲) به دلایل زیر استناد می‌کنند:

ادله

۱. اصالت عدم نفوذ حکم اشخاص برای همدیگر

اولین دلیل معتقدان به عدم حجیت حکم حاکم، اصل عدم نفوذ حکم اشخاص برای یکدیگر است، مگر آن‌که بر جواز آن دلیل معتبر اقامه شود. چنین دلیلی در مورد ثبوت رؤیت هلال به حکم حاکم موجود نیست. بحرانی (۲۶۲/۱۳)، ملا احمد نراقی (۱۳۲/۲) و خوئی (۹۱/۲) برای اثبات ادعای خود به این دلیل استناد کرده‌اند.

۲. سنت ائمه

برخی روایات از ائمه معصوم (علیهم السلام) صادر شده که گرفتن روزه و همچنین اثبات عید فطر را به رویت دو گواه عادل و گذشت ۳۰ روز از ماه شعبان یا رمضان منحصر یافته‌اند. مدلول ظاهری این روایات، حصر طرق اثبات هلال ماه است.

- در روایت اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) آمده: «فی کتاب علی (ع) صُم لِرُؤیْتِهِ وَ أَفْطَرَ لِرُؤیْتِهِ، وَ إِیَّاکَ وَ الشُّکَّ وَ الظَّنَّ فَإِنَّ خَفِیَ عَلَیْکُمْ فَأَتَمُّوا الشَّهْرَ الْأَوَّلَ ثَلَاثِیْنَ» (شیخ طوسی، ۶۴/۲؛ حرّعاملی، ۲۵۵/۱۰).

- امام باقر (ع) می‌فرماید: «إِذَا رَأَيْتُمُ الْهَلَالَ فَصُومُوا، وَ إِذَا رَأَيْتُمُوهُ فَأَفْطَرُوا وَ لَیْسَ بِالرَّأْيِ وَ لَا بِالظَّنِّ وَ لَکِنَ بِالرُّؤیَةِ» (حرّعاملی، ۲۵۲/۱۰).

۳. موضوعی بودن مسأله رؤیت هلال و خروج آن از صلاحیت فقیه

اجتهاد یک فعالیت علمی ترکیبی است که از دو بخش «موضوع‌شناسی» و «حکم‌شناسی» تشکیل شده و هر کدام از این دو قسمت نیز احکامی مخصوص به خود دارد و به روشی خاص و علمی ویژه نیازمند است. آگاهی‌های بیرونی فقیه درباره موضوع حکم است که فهم تازه‌ای از نصوص و منابع فقهی نصیب او خواهد کرد. این آگاهی‌ها به تناسب باید از علوم «غیر دینی» و «غیر حوزوی» و غالباً «علوم تجربی» اخذ شود و از علوم متداول در حوزه‌های

علمیه به دست نمی آید (فنائی، ۸۸-۸۷). فقیه در حدس و داوری خود - با این که خود از صاحبان عرف است - به جهت فراوانی احتمال و ممارست بسیار با ادله عقلی و نقلی متهم است، بنابراین در این باره باید به عرف مردم کوچه و بازار رجوع کرد؛ زیرا تنها این گروه‌اند که در تعیین معنا و مفهوم و تبادل آن از حاق لفظ داوری صحیح دارند (میرزای قمی، ۱۴/۱). رؤیت هلال از موضوعات خارجی است و بیش از آن که به علم فقه ارتباط داشته باشد به علم تجربی نجوم مرتبط است. لذا فقیه تخصص و تبحر اثبات هلال ماه را ندارد. از این قضیه نتیجه می شود که حکم حاکم در رؤیت هلال حجیت و روایی معتبر ندارد. این دسته از فقهاء، با استناد به این دلیل اذعان دارند بر این که اجتهاد تنها «حکم‌شناسی» است و نه «موضوع‌شناسی». محقق بحرانی با تمسک به این دلیل از قول یکی از معاصران خود می گوید: «اگر در نزد حاکم، ثابت شد که آبی غصبی است، دلیلی نداریم که پرهیز و عدم استفاده از آن بر مکلفان واجب باشد. چنین است اگر فقیه، در وقت معینی حکم کرد که وقت، داخل شده و مکلف می تواند فریضه خود را انجام دهد. در این جا هم دلیلی نداریم که مکلف بتواند به حکم فقیه استناد جوید و نماز بگذارد. هر چند خودش در این باره تحقیق نکند و یا اگر تحقیق کرد، به این نتیجه برسد که وقت داخل نشده است» (بحرانی، ۲۵۹/۱۳).

نقد و بررسی

در این قسمت هر یک از ادله فوق را که بر عدم حجیت حکم ولی فقیه بر ثبوت هلال وارد شده را به ترتیب بررسی می کنیم:

در نقد اصل عدم نفوذ حکم اشخاص بر دیگران باید گفت هر اصلی تا آن زمانی قابل استناد است که دلیل دیگری برخلافش اقامه نشده باشد. این در حالی است که نزد ما دلایل محکم و متقنی وجود دارد که جایی برای تمسک به اصل عملی باقی نمی گذارد. این دلایل همگی بر اثبات هلال به حکم حاکم شرع دلالت می کنند و در مباحث آتی به آن‌ها خواهیم پرداخت.

در نقد دلیل دوم باید گفت که روایات مذکور، دلالتی بر حصر ندارند؛ زیرا اگر روایتی که راه ثبوت هلال را منحصر در رؤیت کرده پذیریم، معنایش این است که گواه، گذشت سی روز، تواتر و شیاع حجّت نباشند. حصری هم اگر باشد، از نوع حصر اضافی است. مثل این که بگوییم: محمد رسول الله. این جمله دلالت ندارد بر اینکه رسولی غیر از حضرت محمد (ص) وجود ندارد. فی الجمله باید گفت اثبات شیء نفی ما عدا نمی کند.

در پاسخ به عدم ارتباط رؤیت هلال به فقیه به خاطر موضوع بودن رؤیت، باید گفت «آنچه را فقیه به عنوان نظر شارع استنباط و نقل می‌نماید و به وی نسبت می‌دهد مورد لزوم افتا و تقلید است، اعم از این که حکم تکلیفی، یا وضعی، یا موضوعی، یا محمول یا متعلق حکم بوده باشد و اعم از این که مفهوم موضوع، محمول و متعلق ساده و بسیط یا پیچیده و استنباطی باشد. به عنوان مثال هرگاه استنباط فقیه این باشد که «خمر نجس است» و مراد شارع از خمر، عصیر عنبی و منظور از نجس، واجب الاجتناب است، بر او است که در هر سه مورد نظر خود را اعلام و بر مقلد است که از نظر وی متابعت نماید. بر این بنیان، حواله دادن مقلد در فهم معنای خمر و نجس به عرف یا لغت توسط متکفل استنباط صحیح نیست، مگر این که نظر وی با عرف و لغت در این باره همگون باشد. و چنانچه - در مثال فوق - فهم مقلد از خمر معنای عرفی آن باشد از تقلید بی‌نیاز نیست؛ زیرا چه بسا فقیه بر معنای خاصی که برای خمر می‌کند، دلیلی از قبیل مجازگویی یا اختلاف اصطلاح شارع یا عرف زمان تشریح در مورد خمر با عرف مقلد داشته باشد. بلی اگر مقلد، مقلدی است مطلع بر این که فقیه بر این تعیین دلیلی ندارد و در سایه اجتهاد خویش معتقد است که باید در چنین موردی به عرف رجوع کرد، در این باره باید به نظر خویش مراجعه نماید؛ چرا که وی با این فرض در این مسأله صاحب نظر است. چنان که هرگاه نظر فقیه در مثل خمر مأخوذ در دلیل بر این باشد که مراد شارع معنای عرفی آن است، بر مقلد است که به عرف مراجعه کند و چنانچه در تشخیص معنی عرفی با مجتهد خویش اختلاف نظر یافت، به نظر خود عمل کند» (نراقی، ۵۴۶-۵۴۵). صاحب جواهر می‌گوید: «عدم نفوذ حکم حاکم در رؤیت هلال سخنی است بی‌پایه و با اطلاق ادله منافات دارد و تردید در اموری است که تحصیل اجماع بر آن امکان دارد، به‌ویژه در امثال این موضوعات عامه، که رجوع در آنها، به حکام، روشن است. کسی که به شرع و سیاست شرع و کلمات اصحاب در مقامات گوناگون آگاهی دارد، این مطلب بر او مخفی نیست. پس تردید برخی از عالمان در این مسأله، بدون این که تمایزی بین حکم حاکم مستند به علم یا بینة و یا غیر آن دو بگذارند، وجهی ندارد؛ زیرا ما ثبوت رؤیت هلال را به حکم حاکم ثابت کردیم» (۳۶۰/۱۶؛ برای ملاحظه بحث تفصیلی بنگرید: علیدوست، ۶۹-۴۳).

نتیجه کلام تا بدین جا این که، حکم حاکم برای رفع یا دفع نزاع، اساساً بر مبنای تشخیص موضوع است و بیان حکم تکلیفی یا وضعی در واقع‌های خاص، بدون تشخیص موضوع امکان پذیر نیست. در واقع، حاکم هنگام حکم، هم باید موضوع شرع را در قالب قضیه حقیقیه

بداند و هم مصداق موضوع را به دقت احراز کند تا حکم در قالب قضیه خارجیّه تحقق یابد.

ب) حجیت حکم ولی فقیه بر ثبوت هلال

شیخ صدوق می‌گوید: «هر کس در شهری باشد که سلطان و حاکم دارد، روزه و افطار باید همراه او انجام گیرد؛ زیرا در مخالفت او، ورود در نهی خداوند است که می‌فرماید: *وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ*» (۱۲۷/۲).

صدوق در ادامه کلام خود روایتی از عیسی بن ابی منصور نقل می‌کند که در آن روایت، امام صادق (ع) حکم به رجوع به حاکم در یوم‌الشک می‌دهد.

شیخ طوسی در تهذیب الاحکام در بررسی روایات رؤیت هلال به نقش پررنگ رسول مکرم اسلام (ص) در امر رؤیت هلال ماه قمری و رجوع اقشار مردم به آن حضرت اشاره دارد (۱۵۵/۴).

علامه حلی نیز می‌نویسد: «شروع روزه با دیدن هلال رمضان و اتمام آن با دیدن هلال شوال است که یقین‌آور است. همان‌طور که حکم حاکم هم یقین‌آور است» (تذکره الفقهاء، ۲۶۸/۱). از مفهوم کلام علامه حلی در *منتهی‌المطلب* نیز حجیت حکم حاکم شرع استنباط می‌شود: «اگر دو نفر ماه شوال را دیدند و نزد حاکم شهادت دادند، برای مستمعان شهادت آنان، افطار جایز است. اما اگر نزد حاکم شهادت دادند، ولی حاکم شرع آنان را نمی‌شناخت و شهادت آنان را نپذیرفت، تنها برای شنوندگان شهادت، افطار جایز است» (علامه حلی، ۲۳۷/۹). بر اساس مفهوم کلام علامه، اگر حاکم با پذیرش شهادت شهود به ثبوت هلال حکم داد، برای دیگران افطار جایز است.

شهید اول در دروس گوید: «از آنجا که شاهد ممکن است بنا به عقیده خود اعلام نماید که ماه را رؤیت کرده، قول او اکتفاء نمی‌کند و بر حاکم است که سخن او را واریسی کند. این‌که آیا قول حاکم به تنهایی کفایت می‌کند تا رؤیت هلال را اثبات کند، قول اقرب به واقع این است که قول او به تنهایی کافی است» (۷۶/۱-۷۵).

بحرانی قول حاکم را حجت نمی‌داند ولی حجیت قول حاکم را قول شهیر فقهاء می‌داند. وی می‌گوید: «در این‌که مکلف باید رؤیت هلال را از زبان دو نفر شاهد بشنود یا این‌که حکم حاکم شرع برای اثبات رؤیت کافی است؟ از ظاهر گفته اصحاب امامیه بر می‌آید که قسم اول را پذیرفته‌اند. یعنی ثبوت هلال به امر حاکم شرع کفایت می‌کند» (بحرانی، ۲۵۸/۱۳).

صاحب جواهر نیز می‌نویسد: «از ظاهر کلام اصحاب امامیه، ثبوت رویت هلال استنباط می‌شود. البته مشروط بر این‌که استناد آن‌ها علم حاکم شرع باشد» (۳۵۹/۱۶).

صاحب مدارک الاحکام ابتدا پرسشی را مطرح می‌کند که آیا فتوای حاکم شرع به تنهایی برای ثبوت هلال ماه اکتفاء می‌کند؟ وی معتقد است در این مسأله دو قول وجود دارد. قول نخست این‌که حجیت دارد. این نظر برگزیده شهید اول در کتاب دروس است. علت اختیار این قول، عموماتی است که حاکم شرع می‌تواند به علم خود حکم کند. فرض کنید در نزد حاکم اقامه شهادت شود و حاکم بنابر شهادت گواهان، حکم به ثبوت هلال کند، واجب است به حکم حاکم عمل شود. علم حاکم از شهادت بالاتر است به این دلیل که به شهادت دو گواه عادل زمانی می‌توان عمل کرد که وصف عدالت آنان نزد حاکم استوار شده باشد. نتیجه این‌که قول حاکم حجیت تام دارد (عاملی، ۱۷۱/۶-۱۷۰). آقای حکیم نیز عدم حجیت حکم حاکم را مستلزم هرج و مرج و اخلال در نظم عمومی می‌داند (حکیم، ۴۶۱/۸).

ادله

طرفداران دیدگاه دوم به دلایل زیر استناد می‌کنند:

۱. احادیث دال بر عمومیت ولایت ولی فقیه در امور جامعه به نحو مطلق

روایاتی نقل شده است که عموم و اطلاق آن‌ها حکم فقیه را نافذ و مراجعه به وی را در روزگار غیبت، لازم می‌شمرند. در اینجا به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود:

- عمر بن حنظله از امام صادق (ع) در مورد شیعیانی که به خاطر اختلافی که (در بدهی یا ارث) با یکدیگر دارند و دادرسی را به سلطان و قضات (غیر واجد شرایط) می‌برند سؤال می‌کند و این‌که آیا کار آنان جایز است یا خیر؟

امام می‌فرماید: هر کس چه در حق و یا باطل به آنان رجوع کند به طاغوت مراجعه کرده است.

سؤال می‌شود: پس چه کار کنند؟

می‌فرماید: مراجعه کنند به افرادی که حدیث ما را روایت می‌کنند و در حلال و حرام ما دقت و نظر نموده و دانای به احکام ما شده‌اند؛ مردم به حاکمیت آن‌ها رضایت دهند زیرا که من آنان را حاکم بر شما قرار دادم و اگر چنین اشخاصی بر اساس دستورات ما حکم دهند و طرفین آن را نپذیرند گویا حکم خدا را سبک شمرده‌اند و ما را مورد تردید قرار داده‌اند و کسی که در ما تردید کند، گویا در خداوند تردید کرده و این کار در حد شرک به خداست (شیخ

صدوق، ۸/۳).

این روایت به مقبوله، مشهور شده است که در اصطلاح علم حدیث به روایتی اطلاق می‌شود که از نظر راوی یا سند دچار ضعف است ولی چون اصحاب امامیه آن را پذیرفته و به مضمونش عمل می‌کنند لقب «مقبوله» را به آن داده‌اند. مهم‌ترین اشکال سندی حدیث وجود فردی به نام «عمر بن حنظله» در سلسله راویان آن است؛ چرا که در منابع رجالی شیعه، وی مورد اطمینان و وثوق نیست. اگر چه عده‌ای از محققان به استناد پاره‌ای از روایات موجود در کتب حدیثی، وی را موثق دانسته‌اند. اکثر محدثان و فقهاء طبق مضمون این روایت فتوی داده‌اند و مورد قبول آنان است. لذا ضعف مقبوله از جهت عمر بن حنظله، با عمل اصحاب جبران شده است.

از این حدیث شریف به دست می‌آید که:

اول این که رجوع و مرافعه بردن به قضات و حکام جور ممنوع است.

دوم، نصب قاضی و حاکم از طرف امام معصوم (ع) صورت می‌گیرد.

سوم، این نصب، عام است و شخص خاصی را مورد نظر نداشته بلکه هر کسی که واجد شرایط و فهم و درک حدیث و دانای به احکام شریعت باشد حق دادرسی و حکومت دارد.

چهارم، غیر از چنین فردی، دیگران حق حاکمیت ندارند و حکمشان نافذ نیست.

پنجم، بعد از صدور حکم توسط چنین فردی، کسی حق رد آن را ندارد و اگر چنین کند گویی حکم امام معصوم را رد کرده و این در حکم رد حکم خدا و نوعی شرک به آفریدگار است. (رک: کرکی، ۱/۱۴۳).

برخی بر این روایت اشکال کرده‌اند که این حدیث تنها ناظر به بحث قضاوت در دوران غیبت معصوم و از سایر موارد، منصرف است؛ لذا در مسئله اثبات هلال ماه، قابل اعتماد نیست (بحرانی، ۲۵۸/۱۳).

در پاسخ به این اشکال باید گفت فلسفه صدور این حدیث و احادیث مشابه با آن، گشایش در امور شیعیان بوده و هر چند موضوع این حدیث مرافعه و دادخواهی است، ولی اختصاصی به آن ندارد؛ زیرا که مورد منحصص نیست. جمله «فَأَيُّ قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» در روایت کلی است و همه مسائل مبتلابه را شامل می‌شود (خویی، ۸۷/۲).

حاصل سخن این که، از عبارت «فَأَيُّ قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» چنین استنباط می‌شود که امام شخص فقیه را هم در امور قضایی و هم در امور حکومتی، حاکم قرار داده است. به ویژه

این که امام فرمود «حاکماً» و نه «قاضیاً» (خمینی، ۴۷۹/۲-۴۷۶).

- اسحاق بن یعقوب در نامه‌ای که به خدمت امام غایب (ع) تقدیم داشته مشکلاتی را مطرح و از امام (ع) درخواست جواب کرده است. در پاسخ سؤال یکی از مشکلات، و آن این که مردم در زمان غیبت در رویدادها به چه کسی باید مراجعه کنند، فرمود: «رجوع کنید به راویان حدیث ما (علما) زیرا آنان حجّت من بر شما هستند و من حجّت خدا بر آنان می‌باشم». با این عنوان: «أَمَّا مَا سَأَلْتَ عَنْهُ أَرْشَدَكَ اللَّهُ...إِلَى أَنْ قَالَ: وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ حَدِيثِنَا، فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ» (حرّعاملی، ۱۴۰/۲۷).

عبارت «الحوادث الواقعة» در توقیع شریف شامل کلیه حوادث اعم از فقهی، قضایی، امور ضروری (حسبی) می‌باشد؛ زیرا «الحوادث» به اصطلاح جمع محلی به الف و لام و مفید عموم است. بنابراین، در زمان غیبت امام عصر (ع) در کلیه رویدادهای مزبور- در صورتی که دارای نوعی ابهام و یا نیازمند تصمیم‌گیری شرعی باشد- باید به فقیه رجوع شود تا مشکل حادثه را از دیدگاه شرع حل کند، همان‌گونه که هر ملّتی به رؤسای خود مراجعه می‌کند، در اسلام ابتدا باید به امام معصوم (ع) و در نبود او به نایب او «فقیه» مراجعه شود. حوادث مزبور را به این شرح می‌توان بیان کرد:

- ۱- حوادثی که از لحاظ حکم شرعی مجهول و به اصطلاح اصولی، شبهه حکمیّه باشند.
- ۲- حوادثی که از لحاظ تشخیص حقّ و باطل، مورد نزاع و خصومت قرار گیرد؛ یعنی موضوعات اختلافی که نیاز به قضاوت قاضی دارد.
- ۳- حوادث ضروری؛ یعنی «امور حسبیه» که ضرورت عقلی یا شرعی ایجاب می‌کند که درباره آن‌ها تصمیمی گرفته شود؛ مانند رسیدگی به ایتم بی‌سرپرست و اموات بی‌صاحب و امثال آن.

نتیجه آن‌که: طبق مفاد حدیث سه نوع ولایت برای فقیه به ثبوت می‌رسد، ولایت فتوا، قضا و امور حسبیه (موسوی خلیلی، ۴۲۸-۴۲۷).

غیبت طولانی امام (ع) ایجاب می‌کند که افرادی را برای عموم کارهایی که مربوط به مقام امامت است و تنها با مقام ولایت قابل حل است، منصوب کند تا شیعیان در زمان غیبت بدون مرجع سیاسی و رهبری مشخص و بلا تکلیف باقی نمانند. بنابراین، تکیه به عموم «الحوادث» و اطلاق «فَائِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ» بلامانع است.^۱

^۱ امام خمینی درباره این روایت می‌گوید: «منظور از حوادث واقعه که در این روایت آمده، مسائل و احکام شرعیّه نیست.

لذا کسانی که ولایت عامه فقیه را از این روایات و امثال آن استفاده کرده‌اند (نک: خمینی، ۱۱۴-۴۸) حجیت حکم حاکم را نیز در رؤیت هلال پذیرفته‌اند.

۲. احادیث خاص حکم به رؤیت هلال

علاوه بر روایات عام، روایاتی نیز به طور اختصاصی از ائمه در باب رؤیت هلال ماه صادر شده است. در ذیل برخی از مهم‌ترینشان را بررسی می‌کنیم:

- روایت صحیح محمد بن قیس، از امام باقر(ع) که فرمود: امیر مؤمنان(ع) فرمود: «إِذَا رَأَيْتُمُ الْهَلَالَ فَأَفْطُرُوا أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ عَدْلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَإِنْ لَمْ تَرَوْا الْهَلَالَ إِلَّا مِنْ وَسَطِ النَّهَارِ أَوْ آخِرِهِ فَأَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ فَإِنْ غَمَّ عَلَيْكُمْ فَعُدُّوا ثَلَاثِينَ لَيْلَةً ثُمَّ أَفْطُرُوا». اگر هلال را دیدید، یا مسلمانی عادل بر آن گواهی داد، روزه را بگشایید؛ اما اگر ماه را تنها در نیمه روز، یا در پایان روز دیدید، روزه را به شب برسانید و اگر ابرآلوده باشد، سی روز شمرده و آنگاه افطار کنید (شیخ صدوق، ۱۶۸/۲).

از لحاظ دلالت، اشکال شده است که این حدیث منصرف به امام معصوم است (بحرانی، ۲۶۰/۱۳؛ حسینی روحانی، ۲۶۵/۸).

در پاسخ باید گفت:

اولاً، این انصراف قاطع و معتبری نیست. بلکه مراد از امام، حاکم شرع است که ذهن ما به سمت به کامل‌ترین افرادش یعنی امام معصوم می‌رود.

ثانیاً، اطلاق امام بر غیرمعصوم در آیات (رک: انبیاء: ۷۳؛ قصص: ۴۱؛ توبه: ۱۲) و روایات به وفور یافت می‌شود. برای نمونه عیاشی در تفسیرش روایتی نقل می‌کند: «أَيُّمَا مُسْلِمٍ مَاتَ وَ تَرَكَ دِينًا لَمْ يَكُنْ فِي فَسَادٍ وَ عَلَى إِسْرَافٍ فَعَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَقْضِيَهُ...» (عیاشی، ۹۴/۲).

منظور از حوادث واقعه، پیشامدهای اجتماعی و گرفتاری‌هایی بوده که برای مسلمانان پیش می‌آمده است. اگر رسول اکرم (ص) فرموده بود: من می‌روم و امیرالمؤمنین (ع)، حجّت من بر شماست، شما از این چه می‌فهمیدید؟ می‌فهمیدید که حضرت رفت و همه کارها تعطیل شد؟ فقط مسأله‌گویی مانده که آن هم به حضرت امیر (ع) واگذار شده است؟ یا این که «حجه الله»، یعنی همان طور که رسول اکرم (ص) حجّت است و مرجع تمام مردم و خدا او را تعیین کرده تا در همه کارها به او رجوع کنند، فقها هم، مسؤول امور و مرجع عام توده‌های مردم هستند. امروز فقهای اسلام، حجّت بر مردم هستند، همان طور که رسول خدا، حجّت خدا و همه امور به او سپرده شده بود و هر کس تخلف می‌کرد، بر او احتجاج می‌شد. فقها، از طرف امام (ع)، حجّت بر مردم هستند، همه امور و تمام کارهای مسلمانان به آنان واگذار شده است. در امور حکومت و تمشیت امور مسلمانان هر کس تخلف کند، خداوند بر او احتجاج خواهد کرد» (خمینی، ۶۸-۶۹).

- ابن عباس می گوید: «مردی نزد رسول مکرم اسلام (ص) شرفیاب شد و به پیامبر عرضه داشت که ماه را رویت کرده است. پیامبر فرمود: آیا گواهی می دهی که خدایی جز خدای یکتا نیست؟ مرد گفت: بلی. آن گاه پیامبر فرمود: آیا گواهی می دهی که محمد رسول و فرستاده خداست؟ مرد گفت: آری. پیامبر فرمود: ای بلال! در میان مردم اعلان کن که فردا را به عنوان روز اول ماه رمضان روزه بگیرند» (بیهقی، ۲۱۱/۴).

- در مرسله عبدالله بن سنان آمده: «علی (ع) در کوفه بیست و هشت روز ماه رمضان را روزه گرفت، سپس هلال شوال دیده شد. امر کرد که فردی اعلان کند: یک روز را قضا کنند که ماه بیست و نه روز است» (حرعاملی، ۲۹۶/۱۰).

از این دو روایت نیز اختصاصاً در بحث رویت هلال برداشت می شود که وظیفه حاکم و ولی مسلمین بوده تا اعلان رویت هلال کنند.

این دو روایت نیز دلالت دارد بر این که پیامبر (ص) و امام علی (ع) تصدی امر هلال را خود عهده دار بوده اند. مرسله ابن سنان اگرچه از لحاظ سند مخدوش است (خوئی، ۱۱۳/۲) لیکن از لحاظ دلالت نشان می دهد که اعلان اول ماه از اختیارات حاکم است.

۳. سیره عملی پیامبر، ائمه و فقهاء از صدر اسلام تا حال حاضر در اعلان هلال

سیره مسلمانان از بهترین ادله برای اثبات هلال به حکم حاکم شرع است. این سیره از صدر اسلام تاکنون مستمر بوده است.

پیامبر اکرم (ص) و نیز امیر المؤمنین (ع) و همه خلفاء در زمان خویش به عنوان حاکم مسلمانان امر هلال را به عهده گرفته و تکلیف مسلمانان را روشن می کرده اند. این سیره پس از ائمه (ع) نیز همچنان استمرار داشته است.

از ابن عباس نقل است که گفت: «عرب بادیه نشینی نزد پیامبر اکرم (ص) آمد و گفت: من هلال را دیدم. پیامبر فرمود: آیا شهادت می دهی که خدائی جز خداوند وجود ندارد؟ گفت: بلی، فرمود: آیا شهادت می دهی که پیامبر رسول خداست؟ گفت: بلی، فرمود (ص): ای بلال، در میان مردم اعلان کن که فردا را روزه بگیرند» (بیهقی، ۲۱۱/۴).

در وسائل از حماد بن عیسی از عبد الله بن سنان، از مردی روایت نموده که گفت: «علی (ع) در کوفه در ماه رمضان بیست و هشت روز روزه گرفت، آنگاه هلال مشاهده شد، پس آن حضرت به منادی فرمان داد تا در میان مردم اعلام کند که یک روز روزه قضا بگیرند زیرا ماه بیست و نه روز است» (حرعاملی، ۲۹۶/۱۰).

از این روایات استفاده می‌شود که پیامبر خدا (ص) و امیر المؤمنین (ع) امر هلال و روزه مسلمانان و عید آنان را به عهده گرفته و پس از ثابت شدن هلال نزد آنان، آن را برای مردم اعلام می‌کرده‌اند. و احتمال این که این اختیار از ویژگیهای پیامبر (ص) و ائمه معصوم (ع) باشد واضح البطلان است به ویژه پس از آن که روشن گردید که امامت و شئون آن در عصر غیبت تعطیل بردار نیست و شارع مقدس این امر خطیر و مهم که در همه زمانها مورد نیاز و ابتلائی جامعه بوده را معطل نگذاشته است و اعمال پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصوم (ع) در غیر موارد اختصاصی آنان، الگوی سایرین و پیروی از آنان واجب است (منتظری، ۳۵/۵).

و سیره مستمره نیز گواه بر همین معنی است که حاکم در همه زمانها در روزه و فطر، مرجع مردم بوده و همیشه امیر الحاجی که از سوی حاکم جامعه منصوب می‌شده دستور وقوف به عرفات و حرکت از آن را صادر می‌کرده و مردم نیز از او متابعت می‌کرده‌اند. ماوردی پنج تکلیف را برای امیر الحاج یادآور شده و می‌نویسد: «یکی از آنها آگاه کردن مردم است به وقت احرام و خروجهشان از مشاعر، تا در این موارد از وی پیروی نموده و به او اقتدا کنند» (ماوردی، ۱۱۰).

ائمه معصوم (ع) و اصحاب آنان در مدت زمان بیش از دو‌یست سال همواره همراه با مردم حج بجای می‌آورده‌اند و هرگز سابقه نداشته و شنیده نشده که در وقوف به عرفات و خروج برای مشعر و منی و عید قربان و دیگر اعمال مخالفتی با سایرین کرده باشند و اگر چنین بود آشکار می‌شد و مورخان و اصحاب آن را نقل می‌کردند^۲ (رک: منتظری، ۳۱/۵).

ج) قول به تفصیل و نقد آن

بنا به رأی مؤلف مدارک الاحکام در صورتی که مستند حکم حاکم رؤیت و علم خودش باشد، حجیت حکمش محل تردید است. ایشان دو احتمال را در مسأله ذکر می‌کند: «هل یکفی قول الحاکم الشرعی وحده فی ثبوت الهلال؟ فیه وجهان. أحدهما: نعم و هو خیرة الدروس، لعموم ما دل علی أن للحاکم أن یحکم بعلمه، و لأنه لو قامت عنده البینة فحکم بذلك و جب

۲. امام صادق (ع) می‌فرماید: «انی دخلت علیه [ابی العباس] و قد شک الناس فی الصوم و هو و الله من شهر رمضان، فسلمت علیه، فقال: یا ابا عبدالله اصمت اليوم؟ فقلت: لا. و المانده بین بدیه. قال: فادن فکل. قال: فدنوت فاکلت. قال و قلت: الصوم معک و الفطر معک. فقال الرجل لابی عبدالله (ع) تفطر يوماً من شهر رمضان؟ فقال: ای والله، افطر يوماً من شهر رمضان احب الی من ان یضرب عنقی» (حرعاملی، ۱۳۲/۱۰). روایت فوق، دلالت دارد که صوم و افطار، مسأله‌ای حکومتی بوده است، به گونه‌ای که حتی در موردی که امام صادق (ع) علم به خلاف دارد، از باب تقیه پیروی می‌کند.

الرجوع الى حكمه كغيره من الاحكام و العلم اقوى من البينة و لان المرجع فى الاكتفاء بشهادة العدلين و ما تتحقق به العداة الى قوله فيكون مقبولاً فى جميع الموارد. و يحتمل العدم، لاطلاق قوله (ع): لا اجيز فى رؤية الهلال إلا شهادة رجلين عدلين» (عاملی، ۱۷۱/۶-۱۷۰).

پاسخ استدلال مذکور روشن است؛ زیرا حصر در روایت اضافی است. امام (ع) نمی خواهد حجیت حکم حاکم را در صورتی که مستند به علم خودش باشد، رد کند، همان گونه که در صدد رد حجیت رؤیت، تواتر، شیاع مفید علم، گذشتن سی روز و خبر عدلین نیست. صاحب جواهر پس از بیان سخن صاحب مدارک چنین می گوید: «به این معنی که در رؤیت هلال، تنها شهادت دو مرد عادل را اجازه می دهیم، نه شهادت دو فرد فاسق یا دو فرد مجهول را آن گونه که عامه برآند. هم چنین شهادت یک نفر عادل را نمی پذیریم، مقصود آن نیست که رؤیت هلال، منحصر در شهادت دو فرد عادل است؛ چرا که به ضرورت فقه، هلال با شیاع و با حکم حاکم، در صورتی که مستند به بیّنه باشد و غیر آن نیز ثابت می شود» (نجفی، ۳۶۰/۱۶-۳۵۹).

مسأله دیگری نیز در خاتمه باید بررسی شود و آن نفوذ حکم ولی فقیه نسبت به سایر مجتهدان است. توضیح این که فتوای مجتهد در حق وی و مقلدان وی حجت است اما نسبت به سایر مجتهدان حجت نیست اما حکم مجتهد در مورد هلال و نظیر آن بر فرض حجیت، منحصر به مقلدان وی نیست بلکه سایر مجتهدان که به اجتهاد و جامعیت وی بر شرایط حکم، و عدم تقصیر وی در مبادی آن، اعتراف دارند را نیز در برمی گیرد؛ زیرا مقتضای از بین رفتن نزاع و حل اختلاف و جوب اخذ به حکم حاکم است اگر چه نظر هر يك از آن دو چه اجتهاداً و چه تقلیداً با آن مخالف باشد. از این رو پس حکم حاکم جامع شرایط حتی نسبت به سایر مجتهدان نافذ است؛ زیرا امام (ع) در توفیق شریف بر حجت بودن آنان حکم فرموده و واضح است که برای کسی جایز نیست با حجت امام (ع) به مخالفت برخیزد. علاوه بر همه این ها اگر امام مسلمانان و یا منصوب از سوی او، برای وحدت کلمه مسلمانان و حفظ نظامشان به چیزی حکم کرد چنانچه در مسأله هلال هم امر این گونه است برای کسی جایز نیست که جماعت آنان را پراکنده کند و با امام و والی مسلمانان و لو در حد محدودی به مخالفت برخیزد، مجتهد باشد یا مقلد. چنانچه در عصر پیامبر اکرم (ص) و امیر المؤمنین (ع) این گونه بود، و الا اختلال نظام و هرج و مرج به وجود می آید (رک: منتظری، ۴۵/۵).

صاحب جواهر در این باره چنین می گوید: «بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين الحاكم

الآخر و غیره، فیجب الصوم أو الفطر علي الجميع» (نجفی، ۳۶۰/۱۶). صاحب عروه نیز می‌گوید: «لا یختص اعتبار حکم الحاکم بمقلدیه بل هو نافذ بالنسبه الي الحاکم الآخر أيضا اذا لم یثبت عنده خلافه» (طباطبایی یزدی، ۲۲۵/۲). شارحان عروه نیز بر این نظر صحه گذارده‌اند (رک: حکیم، ۴۶۹/۸؛ خویی، ۱۱۴/۲).

تفصیلات مسأله و حالات متصور در برخورد با حکم حاکم را می‌توان از خلال کلام آقای صدر استخراج کرد. ایشان چهار حالت را متصور می‌داند و تنها صورتی را که مکلف علم پیدا می‌کند هنوز ماه شوال نرسیده است و حاکم به خطا رفته است، استثناء می‌کند و متابعت را لازم نمی‌داند. اما در حالاتی که مکلف خالی‌الذهن است یا شک در خطای حاکم دارد یا حتی ظن به خطای او دارد و یا حتی اگر علم به عدم کفایت برخی مستندات حاکم دارد ولی علم به خطا در نفس حکم ندارد، در همه این حالات متابعت را لازم می‌داند. عین کلام ایشان چنین است:

فرض نخست) مکلف، نسبت به صواب و خطای مستند حکم حاکم، ذهنیتی ندارد، باید از حکم حاکم پیروی کند.

فرض دوم) مکلف، گمان دارد بر خطای حاکم در مستند حکم، ولی در عدالت و اجتهاد حاکم، شک و شبهه‌ای ندارد، بایستی پیروی کند.

فرض سوم) مکلف می‌پنداشته مستندات حاکم در حکمش ناتمام است، ولی آن مستندات در نزد حاکم تمام بوده و حاکم بر اساس قواعد، به صدور حکم پرداخته است. مثلاً حاکم به شهادت شهودی حکم کرده که در نزد مکلف عادل نیستند، ولی مکلف نمی‌داند که آیا آنان به هنگام شهادت، دروغ گفته‌اند و یا راست. در این صورت، لازم است به حکم حاکم، روزه بدارد، مگر این‌که علم به ادامه شعبان داشته باشد.

فرض چهارم) اگر مکلف بداند که رمضان آغاز نشده و حاکم به خطا حکم داده است. در اینجا اطاعت واجب نیست. مکلف، باید به علم خود عمل کند (صدر، ۶۳۱-۶۳۰).

امام خمینی در تحریر الوسيله نیز می‌گوید: «لاتختص حجیه حکم الحاکم بمقلدیه، بل حجة حتي علي حاکم آخر لو لم یثبت خطاه أو خطا مستنده» (خمینی، ۲۹۷/۱).

با این اوصاف، حکم حاکم در اثبات هلال بر همگان حجیت دارد و پیروی از آن واجب و نقض آن حرام است. آقای خوئی در این باره می‌گوید: «حکم الحاکم الجامع للشرائط لایجوز نقضه حتی لمجتهد الآخر الا اذا علم مخالفته للواقع أو کان صادراً عن تقصیر فی مقدماته»

(خوئی، ۹/۱؛ هم‌چنین رک: روحانی، ۷/۱).

نتیجه‌گیری

یکی از طرق ثبوت هلال ماه قمری، حکم حاکم شرع است. پیرامون این‌که آیا حکم حاکم شرع در باب ثبوت هلال حجیت دارد یا خیر، سه دیدگاه در بین فقهاء بیان شده است: دیدگاه نخست) عدم حجیت مطلق حکم حاکم بر ثبوت هلال؛ دیدگاه دوم) حجیت مطلق حکم حاکم بر ثبوت هلال؛ دیدگاه سوم) قول به تفصیل.

در این پژوهش با ذکر دیدگاه‌های مطروح و نقد مستندات هر یک به این نتیجه رسیدیم که حکم حاکم شرع به ثبوت هلال بر همگان نافذ است و همه مردم حتی مراجع دیگر باید از آن پیروی کنند؛ زیرا ادله حجیت حکم حاکم شرع آنان را نیز در برمی‌گیرد. پیروی از آن واجب و نقض آن حرام است.

منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لایحضره الفقیه*، قم، جامعه المدرسین، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق.
 بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، جامعه المدرسین، بی‌تا.
 بیهقی، احمد بن حسین بن علی، *سنن الکبری*، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
 حرّعاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع) لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
 حسینی روحانی، محمدصادق، *فقه الصادق (ع)*، قم، مؤسسه دارالکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۲ ق.
 _____، *منهاج الصالحین*، کویت، مکتبه الألفین، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
 حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
 حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، مکتبه الرضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، طبع قدیم، بی‌تا.
 _____، *منتهی المطلب*، تحقیق مجمع البحوث الاسلامیة، مشهد، آستان قدس رضوی، ۱۴۲۴ ق.

- خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دارالکتب العلمیة، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
 _____، *کتاب البیع*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ ق.
 _____، *ولایت فقیه (حکومت اسلامی)*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۷۳.

- خویی، ابوالقاسم، *مستند العروه الوثقی (کتاب الصوم)*، قم، نشر لطفی، ۱۴۰۷ ق.
- _____، *منهاج الصالحین*، قم، نشر مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، *مهذب الاحکام*، نجف، مطبعه الآداب، بی تا.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تحقیق سید حسن موسوی، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
- _____، *تهذیب الاحکام*، قم، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
- صدر، محمدباقر، *الفتاوی الواضحة*، تعلیقات توسط سید کاظم حسینی حائری، قم، دارالبشیر، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم، *العروه الوثقی*، بیروت، مؤسسه الأعلمی، طبع قدیم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- عاملی، محمد، *مدارک الاحکام*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- علیدوست، ابوالقاسم، «نظرات کارشناسانه فقیه در موضوعات احکام»، *مجله فقه و حقوق*، شماره ۳، سال اول، زمستان ۱۳۸۳.
- عیاشی، محمد بن مسعود، *تفسیر العیاشی*، المكتبة العلمية الاسلامية، تهران، بی تا.
- فنائی، ابوالقاسم، «جایگاه موضوع شناسی در اجتهاد»، *فصلنامه نقد و نظر*، شماره ۵، زمستان ۱۳۷۴.
- کرکی، علی بن حسین، *رسائل کرکی*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.
- ماوردی، علی بن محمد، *الاحکام السلطانية*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۲ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سی و ششم، ۱۳۸۷.
- منتظری، حسینعلی، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، قم، مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- موسوی خلیخالی، محمد مهدی، *حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، *قوانین الاصول*، تهران، المكتبة الاسلامية، ۱۳۷۸.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۵ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *مستند الشیعة*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۷۱-۴۹

تأثیر شرط بر وضعیت عقد*

دکتر علیرضا باریکلو

استاد پردیس فارابی دانشگاه تهران

Email: bariklou@ut.ac.ir

چکیده

شرط ضمن عقد، نهادی است که در حقوق اسلام شناسایی شده ولی درباره تأثیر آن بر وضعیت عقد در دو مرحله تشکیل و بقای عقد در بین صاحب نظران اختلاف است. در مرحله تشکیل عقد، اختلاف ناشی از حیث ارتباط شرط با موضوع عقد است که در این باره از میان نظریات جزئی از موضوع بودن، وصف یا تابع بودن یا مستقل بودن، نظر اخیر با قواعد حقوقی و قصد طرفین مطابقت دارد. در مرحله بقای عقد نیز اختلاف ناشی از نقش شرط در قصد طرفین مطرح است که بعضی به نحو وحدت مطلوب معتقد شده‌اند که انتفای شرط موجب انفساخ عقد می‌شود، بعضی به تعدد مطلوب یکسان که بطلان شرط موجب انفساخ قسمتی از عقد می‌شود و بعضی معتقد به تعدد اصل و فرع شده که انتفای شرط موجب انفساخ عقد نمی‌شود بلکه موجب خیار برای مشروط له می‌شود و این دیدگاه با قواعد حقوقی و ماهیت شرط منطبق‌تر است.

کلیدواژه‌ها: شرط، وصف، جزء، وحدت مطلوب، تعدد مطلوب، اصل، فرع.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۱/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۷/۰۲.

مقدمه

در حقوق اسلام شرط ضمن عقد نهادی است که فلسفه وجودی آن در سایر نظام‌های حقوقی وجود ندارد. زیرا هر چند در نظام‌های دیگر، بحث شروط و توافقات قراردادی مطرح است ولی آنچه در حقوق اسلام شرط ضمن عقد را از نهاد مشابه حقوق خارجی متمایز می‌کند دیدگاه نظام حقوقی به دلیل لزوم عقد و تعهدات است. در حقوق خارجی مبنای لزوم تعهدات، قصد طرفین است و به همین دلیل قصد الزام و التزام از شرایط اعتبار عقد بیان شده در حالی که در حقوق اسلام مبنای لزوم عقد، حکم شارع است و قصد طرفین در لزوم عقد نقشی ندارد. لذا عقد ماهیتی است که قاعدتاً از طرف شارع لازم اعلام شده و سایر ماهیت‌هایی غیرعقدی مانند شرط، اگر ضمن عقد لازمی درج شود حکم شرعی لزوم، شامل آن می‌شود. در نتیجه، هر چند در کتب فقهی و حقوقی شرط به عنوان یک توافق فرعی در قبال موضوع اصلی معامله از حیث حکم لزوم و عدم لزوم زیاد مورد بحث قرار گرفته ولی از حیث تأثیر آن بر وضعیت عقد در دو مرحله تشکیل و بقای عقد، مستقلاً مورد بررسی واقع نشده و نظریات فقهی-حقوقی مربوط به آن متشتت و پراکنده است.

لذا، موضوع اصلی این مقاله بررسی اثر عقد بر اعتبار و بقای عقد است و به این ابعاد توجه می‌شود که اولاً آیا عدم اعتبار شرط بر اعتبار عقد در مرحله تشکیل اثری دارد، ثانیاً اگر شرطی در مرحله تشکیل عقد، معتبر ولی در مرحله بقا، بی‌اعتبار شد مثلاً ممتنع یا غیرمشموع اعلام شد، آیا انتفای شرط بر بقای عقد مؤثر، و موجب انفساخ عقد می‌شود.

فرضیه مقاله این است که در مرحله تشکیل عقد، اگر شرط اجمالاً معلوم باشد طوری که عرفاً معامله غرری محسوب نشود، قاعدتاً اثری بر اعتبار عقد ندارد. در مرحله بقا نیز قاعدتاً انتفای شرط اثری بر وضعیت عقد نخواهد گذاشت و فقط موجب خیار برای مشروط له می‌شود مگر این‌که شرط مربوط به مقدار مورد معامله باشد که در این فرض موجب انفساخ عقد به نسبت مقدار مفقود می‌شود. بنابراین در این مقاله تأثیر شرط بر وضعیت عقد در دو مرحله تشکیل و بقا، مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. تأثیر شرط بر اعتبار عقد

در نظریات حقوقی-فقهی در باره تأثیر شرط بر وضعیت عقد اختلافات زیادی است که ناشی از توصیف جایگاه و منزله شرط در عقد است. به عنوان مثال در این باره دیدگاهی چون،

بعض، وصف، تابع مورد معامله بودن و مستقل از مورد معامله بودن در نظریات ابراز شده که هر کدام از این دیدگاه‌ها اثری متفاوت بر وضعیت عقد یا اعتبار و عدم اعتبار آن خواهد گذاشت که جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. بعض موضوع

درباره تأثیر شرط بر وضعیت عقد، یک دیدگاه این است که شرط، قسمتی از مورد معامله است و عقد مشروط مانند معامله‌ای است که دارای مورد متعدد است و در نتیجه شیء مشروط و مورد معامله، هر دو با هم موضوع عقد را تشکیل می‌دهند و بطلان شرط موجب عدم اعتبار عقد می‌شود. این دیدگاه از حیث تاریخی به علامه قابل استناد است که شرط را قسمتی از مثن دانسته که به اعتبار آن ثمن افزایش یا کاهش می‌یابد. (علامه حلی، ۲۹۸/۵؛ ۲۴۶/۱۰) بعضی این دیدگاه را این‌گونه توجیه کرده: عوض چیزی است که معوض در مقابل آن قرار می‌گیرد. وقتی یکی از طرفین راضی نباشد که بدون شرط، مورد معامله به تنهایی به عنوان عوض باشد، پس شرط قسمتی از عوض محسوب می‌شود چون فرقی ندارد که شخصی خودرو و زمین خود را با هم بفروشد و یا این‌که خودرو را بفروشد و در ضمن بیع خودرو شرط کند که زمین نیز به مشتری تعلق گیرد یا به او فروخته شود. همان‌گونه که در فرض اول ثمن در قبال مجموع خودرو و زمین قرار گرفته است، در فرض دوم نیز ثمن باید نسبت به بیع (خودرو) و مورد شرط (زمین) توزیع شود. (نراقی، ۱۳۵)

بعضی (محقق داماد، ۳۳۰) این دیدگاه را به بعضی از فقها نسبت داده‌اند اما بعضی آن را بر خلاف ظاهر توجیه کرده‌اند که یعنی شرط در افزایش و کاهش عوض یا معوض نقش دارد نه این‌که در قبال مورد شرط نیز عوض قرار داده شود. (حسینی مراغه‌ای، ۲۸۴/۲؛ نایینی، ۲۲۷/۳) و بعضی دیگر آن را تضعیف کرده‌اند که ثمن بر شرط توزیع نمی‌شود (شهید اول، ۲۱۶/۳؛ امام خمینی، ۲۳۸/۵) چون از حیث عرفی و شرعی در قبال شرط عوض قرار نمی‌گیرد؛ از دیدگاه عرف، مدلول معامله عبارت است از وقوع معاوضه بر عوض و معوض و نهایت چیزی که عرف مساعد آن می‌باشد، این است که شرط قید عوض یا معوض قرار گیرد که دخیل در افزایش و کاهش عوض و معوض باشد. از لحاظ شرعی نیز شرع همان معاوضه عرفی را امضاء کرده است. (انصاری، ۳۶/۳) لذا نظریات فقهی در این باره غیرمنسجم و پراکنده توصیف شده است. (همان، ۲۰) به عنوان مثال هر چند بعضی شرط را قسمتی از مورد معامله محسوب کرده‌اند ولی مجهولیت شرط را اگر موجب مجهول شدن مورد معامله نشود، موجب

بطلان معامله ندانسته و معتقدند اگر کالایی به صد دینار فروخته شود و در ضمن عقد شرط شود که در مدت معین مثلاً ظرف یک سال، اگر حادثه معینی واقع شود، ثمن کالا ۵۰ دینار شود، این شرط باطل است ولی اگر شرط شود در صورت وقوع حادثه خاصی، ۵۰ دینار از ثمن هبه شود یا ذمه مشتری از پرداخت آن بری شود، شرط نافذ است و موجب بطلان عقد نمی‌شود. (نراقی، ۱۵۴) در حالی که اگر شرط قسمتی از مورد معامله باشد، باید معلوم باشد و جهل به آن قابل اغماض نیست زیرا برای رفع غرر و اعتبار معامله لازم است مورد معامله از حیث مقدار و جنس و وصف معلوم باشد و الا معامله غرری و باطل است (همان، ۹۴)

هر چند این دیدگاه در مواردی که موضوع شرط مرتبط با مورد معامله باشد صادق و مطابق با واقع است، مانند شرط مقدار که از شرایط صحت عقد است زیرا به اتفاق صاحب نظران (ر.ک: اراکی، ۲/۲۵۳ به بعد) و نیز ماده ۳۴۲ ق.م. موضوع معامله باید از حیث مقدار معلوم باشد و اگر مقداری از مورد معامله منتقل نشود مطابق ماده ۳۸۴ ق.م. معامله نسبت به آن باطل و به همان نسبت، ثمن از مشتری به بایع منتقل نمی‌شود. لذا در این نظریه به بعضی از مصادیق شرط توجه شده به عنوان مثال، معامله دو کالا است ممکن است به دو صورت منعقد شود؛ نخست این که هر دو با هم به ثمن واحد واگذار شود. مثلاً بایع ایجاب کند: «زمین و خودرو را به صد میلیون فروختم» و مشتری آن را قبول کند. دوم این که یکی از آن دو را مورد معامله و دیگری را مورد شرط قرار دهد مثلاً بایع ایجاب به مشتری کند: «زمین را به صد میلیون فروختم به شرط آن که خودرو را هم خریداری نمایی». مسلماً این دو ایجاب از حیث تحلیل حقوقی متفاوت است زیرا ایجاب اول، متضمن فروش دو کالا به یک ثمن است و در صورت تلف یکی از دو کالا یا عدم قابلیت معاملی یا مجهولیت آن، معامله به استناد نظریه انحلال عقد واحد به عقود متعدد، مطابق ماد ۴۴۱ ق.م. به دو عقد، صحیح نسبت به کالای قابل معامله و باطل نسبت به کالای غیرقابل معامله تجزیه می‌شود و به تبع ثمن نیز به دو قسمت از حیث حق مالکیت تجزیه می‌شود، یعنی آن مقدار از ثمن که در مقابل کالای قابل معامله است، به بایع و آن مقدار از ثمن که در قبال کالای غیرقابل معامله است، به مشتری متعلق است که برای محاسبه آن باید به تحلیل اقتصادی عقد و اقتضای معاوضی آن توجه شود. اما ایجاب دوم اگر متضمن شرط فعل فروش کالای دیگر همراه با مورد معامله باشد، مسلماً در قبال این شرط جزئی از ثمن قرار نمی‌گیرد و چنین معامله‌ای فروش مورد معامله و تعهد به فروش کالای دیگر محسوب می‌شود. در نتیجه، در این معامله بایع کالای مورد معامله را فروخته و در ضمن

آن تعهد کرده که کالای دیگری را به مشتری یا ثالث معین بفروشد که انتقال مال مشروط نیازمند به انشای معامله دیگری است که تمام شروط اعتبار معامله برای معامله مشروط لازم است و باید دید مشروط‌علیه در مقام انعقاد معامله مشروط یا اجرای تعهد شرطی، حق مطالبه عوض دارد؟

برای تحلیل موضوع، باید به نوع معامله مشروط در ضمن عقر توجه شود. اگر شرط انعقاد معامله معوض شود مانند این که کالا را بفروشد یا اجاره دهد، در این فرض انشای بیع یا اجاره توسط مشروط‌علیه باید به عوض باشد چون بیع بلائمن و اجاره بلا مال الاجاره معقول نیست. (کاتوزیان، ۱/۳۷) پس در شرط فعل انعقاد عقد معوض، شرط قسمتی از ثمن یا مثن مورد معامله اصلی نیست و صرف تعهد به انعقاد معامله است که بطلان آن اثری بر وضعیت یا اعتبار عقد نخواهد داشت.

اگر شرط فعل، انعقاد عقد مجانی باشد مانند آن که مشتری ایجاب کند زمین را به صد میلیون خریدم به شرط آن که خودرو هم به او هبه شود، در این فرض نیز قسمتی از ثمن در مقابل مال مورد معامله مجانی قرار نمی‌گیرد و عدم اعتبار شرط اثری بر وضعیت عقد ندارد. این مورد مانند فرضی است که در عرف اظهار می‌شود چند قلم کالا خرید کنید و فلان مبلغ جایزه دریافت نمایید.

فرض سوم این است که مشتری ضمن ایجاب خرید کالایی، شرط کند که با بیع کالای معین دیگری را به او منتقل کند و شرط ظاهر در عقد خاصی از حیث معوض و مجانی نباشد، در این فرض نیز در باره نوع عقد مقصود در شرط وجوهی است. نخست این که مشروط‌علیه باید به عقد مجانی شرط را انجام دهد چون او در ضمن عقد ملتزم به انتقال کالا شده و در مقام اجرا نمی‌تواند قرارداد معوض انشاء کند زیرا انشای عقد، انجام تعهد قراردادی است و اصولاً متعهد در مقام اجرای تعهد حق مطالبه عوض ندارد چون عوض در مقام ثبوت تعهد نه اجرای آن قرار می‌گیرد این استدلال بر مبنای مشهور همخوانی دارد که معتقدند در مقابل شرط، عوض قرار نمی‌گیرد. (ر.ک: شیخ انصاری، ۳/۳۶) بر مبنای کسانی که ثمن را در مقابل انجام شرط نیز محسوب می‌کنند مشروط‌علیه عوض کالای مورد شرط را در معامله اول یا اصلی محاسبه کرده و حق ندارد در مقام اجرای شرط نیز خواهان پرداخت عوض توسط مشروط‌له شود.

وجه دوم این است که آنچه شرط شده، تعهد انتقال مال معین از مشروط‌علیه به مشروط‌له

است که باید انجام شود اما نحوه اجرای مجانی یا معوض آن باید به اقتضای اصول از حیث غلبه، انعقاد عقد معوض باشد. افزون بر این، از حیث روابط مشروطه و مشروط علیه، اصل اولیه استقلال آنان از همدیگر و حرمت مال مشروط علیه بر مشروط له است که خلاف آن ثابت نشده و آنچه ثابت شده لزوم معامله مال مشروط بر مشروط علیه است نه واگذاری مجانی آن، و در نتیجه مشروط علیه می تواند شرط را در قالب عقد معوض منعقد کند. این وجه با قواعد حقوقی مطابق تر است ولی شرط ضمن عقد، با هر کدام از این وجوه تحلیل شود، ثمنی در قبال آن قرار نمی گیرد و در نتیجه فقدان شرایط اعتبار شرط، اثری بر اعتبار عقد اصلی نخواهد داشت.

اگر شرط انتقال شرط نتیجه باشد که به صرف انعقاد عقد اصلی، مال منتقل شود. مانند آن که خریدار ایجاب کند «زمین را به صد میلیون خریدم به شرط آن که خودرو نیز در ملکیت و دارایی من قرار گیرد» و بایع قبول کند. ولی بعد معلوم شود که مثلاً خودرو در زمان شرط تلف شده ولی طرفین از آن خبر نداشتند یا از جمله خودروهایی بوده که قانوناً واگذاری آن ممنوع است. در این موارد مسلماً نتیجه مقصود از شرط محقق نمی شود ولی عدم اعتبار شرط، اثری بر اعتبار عقد ندارد و مشروط له نمی تواند قسمتی از ثمن را به استناد بطلان شرط در قبال مال مشروط استرداد کند، چون با توجه به تفاوت ماهیتی عقد و شرط در حقوق اسلام در صورتی که در قبال شرط عوض مستقلی درج نشود، ثمن و عوض قراردادی در قبال مال مورد معامله است و درج شرط عاملی برای تشویق مشتری به معامله است و نمی توان در قبال شرط، قسمتی از عوض را توزیع کرد.

هم چنین اگر شرط ضمن عقد، انجام یا ترک فعل مادی باشد، احتساب قسمتی از ثمن در قبال آن مطابق با اصول حقوقی نیست زیرا عقد و شرط دو ماهیت متفاوت می باشند و دلیلی وجود ندارد که شرط قسمتی از مثن یا ثمن معامله باشد. علاوه بر این، اگر شرط باطل و علت بطلان آن، حرمت فعل مشروط باشد که چنین فعلی چون منفعت مشروع ندارد محترم نیست و در قبال آن ثمن قرارداد نمی شود و اگر بی فایده و فاقد منفعت عقلائی باشد و یا غیرمقدور باشد، باز هم عوضی در قبال آن نمی تواند قرار گیرد زیرا عوض در قبال منافع حاصل از انجام فعلی قرار می گیرد (صدر، ۲۸۸/۴) در حالی که در شرط فاقد منفعت عقلائی، منفعتی قابل تصور نیست و در شرط غیرمقدور نیز منفعتی قابل حصول نیست. در نتیجه، معقول نیست که در قبال شرط باطل قسمتی از ثمن قرار داده شود تا عدم اعتبار آن بر وضعیت عقد

اثر داشته باشد.

به هر حال از عبارات طرفداران این دیدگاه استنباط می‌شود که چون مشروطه به لحاظ درج شرط در ضمن عقد راضی به پرداخت ثمن شده، قسمتی از ثمن را باید در قبال مورد شرط محسوب نمود. ولی این دیدگاه نوعی تحلیل اقتصادی شرط است که بر مبنای آن در برآورد ثمن و عوض قراردادی هزینه انجام شرط یا منافع حاصله از درج شرط نیز منظور می‌شود اما از حیث تحلیل حقوقی به این معنا نیست که در قبال شرط، قسمتی از ثمن قرار داده می‌شود همان‌گونه که وصف عالی موجب افزایش ثمن کالا و عیب موجب کاهش آن می‌شود ولی به آن معنا نیست که قسمتی از ثمن در قبال کالا و قسمتی از آن در قبال وصف قرار گرفته طوری که در فروش کالای متعدد، هر کالا در قصد طرفین و عرف، قسمتی از ثمن را به خود اختصاص می‌دهد.

بر فرض این که در قبال شرط قسمتی از ثمن توزیع شود، همان‌گونه که به بعضی نسبت داده‌اند (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۳۰) دو اثر بر این دیدگاه مترتب است: نخست هر گونه عامل بی‌اعتباری شرط، بر اعتبار عقد اثر می‌گذارد مثلاً مورد شرط باید مانند مورد معامله به طور تفصیل معلوم و معین باشد، زیرا همان‌گونه که اگر دو کالا ی مورد معامله باید معلوم باشند، اگر یکی مورد معامله و دیگری مورد شرط قرار گیرد، باید هر دو معلوم باشد.

دوم این که اگر شرط در ضمن عقد باطل باشد، نظریه انحلال عقد واحد به عقود متعدد حاکم می‌شود و معامله نسبت به موضوع معامله صحیح، و نسبت به مورد شرط باطل است و مشروط‌علیه باید مقداری از ثمن را به نسبت ارزش اقتصادی مورد شرط به مشروط‌له بازگرداند. افزون بر این، باید ملتزم شد که شرط از حیث حکمی تابع عقد نیست و اگر عقد باطل شود، شرط به عنوان یک معامله مستقل به استناد قابلیت معاملی قسمتی از مورد معامله باقی می‌ماند و به بطلان عقد، شرط باطل نمی‌شود، همان‌گونه که در فروش زمین و خودرو با هم، اگر زمین موقوفه باشد، بیع آن باطل است ولی بیع خودرو با توجه به قابلیت معاملی آن به استناد قاعده انحلال نافذ است در حالی که تمام صاحب نظران بطلان عقد را موجب بطلان شرط می‌دانند (طباطبایی، ۲۵۴/۸) علاوه بر این، بر فرض بطلان شرط و صحت عقد، خیار مشروط‌له خیار تبعض صفقه است نه خیار تخلف شرط در حالی که مشهور آن را خیار تخلف شرط می‌دانند (انصاری، ۳۶/۳)

هم‌چنین لازم است قسمتی از ثمن استرداد شود و لو مشروط‌له قرارداد را فسخ ننماید. این

دیدگاه با نظریه کسانی (امامی، ۲۸۶/۱) که شرط نتیجه را درج عقدی در ضمن عقد دیگر توصیف کرده نیز مطابق است زیرا اگر شرط به عقدی تعبیر شود که در ضمن عقد دیگر قرار گرفته، باید تمام شرایط صحت آن معامله را داشته باشد اعم از این که به طور مستقل و یا در ضمن عقد دیگری منعقد شود.

به هر حال از قواعد حاکم بر قرارداد و شرط نمی‌توان استنباط کرد که به طور کلی در قبال شرط عوضی قرارداد می‌شود هر چند که وجود شرط انگیزه‌ای برای مشروطه است که مورد معامله را به قیمت و عوض بیشتری معامله کند مگر این که شرط ناظر بر مقدار مورد معامله باشد که در این فرض اثر بی‌اعتباری شرط موجب غیرمعتبر شدن حداقل قسمتی از معامله اصلی می‌شود و زمینه اجرای نظریه انحلال عقد واحد به عقود متعدد را فراهم و در نتیجه قسمتی از ثمن معامله باید به مشتری مسترد شود.

۱-۲. صفت مورد معامله

دیدگاه دیگری که بر مبنای آن ممکن است عدم اعتبار شرط بر اعتبار عقد اثر گذارد، نظریه شرط به منزله صفت مورد معامله است. این دیدگاه بر این مبتنی است که چون شرط با توافق طرفین به عقد مرتبط شده به منزله وصف مورد معامله است که جهل به آن موجب بطلان عقد می‌شود، همان‌گونه که جهل وصف مورد معامله موجب غرری شدن معامله و بطلان آن می‌شود. (حسینی مراغه‌ای، ۲۸۸/۲) در تعبیر دیگری به ضمیمه مورد معامله اطلاق شده که مانند اوصاف جهل به آن موجب جهل به مورد معامله می‌شود. (نابینی، ۲۲۷/۳)

این دیدگاه بر دو نکته اساسی مبتنی است: نخست این که شرط مورد توافق طرفین قرار گرفته و نمی‌توان عمل کرد آن را در عقد نادیده گرفت. دوم این که جایگاه شرط در قصد طرفین، فرعی است زیرا به اتفاق و اجماع باید جنس، صفت و مقدار مورد معامله معلوم باشد. ولی در نزد شارع و عقلا تمام این موارد دارای اهمیت یکسان نیست؛ جنس و مقدار نقش اساسی در صحت عقد ایفاء می‌کند و صفت نقش فرعی و تبعی دارد. لذا شرط در حکم وصف مورد معامله است که سه اثر بر آن مترتب است؛ نخست این که برای صحت شرط، علم به مشروط یا مورد شرط لازم است و شرط مجهول باطل و موجب بطلان عقد می‌شود.

دوم این که در مقابل شرط، مانند وصف مورد معامله عوض قرار داده نمی‌شود. سوم این که در صورت عدم تحقق شرط، مانند عدم تطابق وصفی عین موصوف با عین موجود خارجی، معامله باطل نمی‌شود، بلکه مشروطه حق فسخ عقد را خواهد داشت.

این دیدگاه کاملاً با قصد طرفین و عرف مطابق است اگر مورد شرط، در باره صفت مورد معامله باشد، زیرا همان‌گونه که در نظریات فقهی (خویی، ۳۶۰/۷-۳۵۹) و ماده ۲۳۴ ق.م.مقرر است، شرط از حیث مورد، به سه نوع صفت، فعل و نتیجه تقسیم می‌شود. اگر مشروط، وجود صفت خاصی در مورد معامله باشد، اما مورد معامله فاقد آن وصف باشد، این شرط به تخلف وصف بر می‌گردد.

با این وجود، قابل بررسی است که با توجه به این‌که از طرفی شرط باید دارای فایده باشد (کاشف الغطاء، ۳۷۶/۱) و از طرف دیگر، به اتفاق صاحب نظران (مقدس اردبیلی، ۱۷۴/۸) و طبق ماده ۳۴۲ ق.م. وصف مورد معامله باید معلوم باشد، آیا شرط صفت نسبت به مورد معامله شرطی زاید نیست که درج آن در عقد فاقد منفعت عقلایی باشد؟

برای تحلیل موضوع لازم است از یک طرف، به نوع مورد معامله توجه شود زیرا همان‌گونه که در عرف رایج و در ماده ۳۵۰ ق.م.مقرر است، مورد معامله ممکن است کلی در ذمه و یا عین خارجی حاضر در مجلس عقد یا غایب از آن باشد. از طرف دیگر باید به نوع صفت مشروط توجه شود زیرا هر چند در باره اوصافی که برای صحت معامله باید معلوم باشد، اختلاف است، طوری که بعضی معلومیت تمام اوصاف مورد معامله را غیرممکن دانسته (کاتوزیان، ۱۸۰/۲) و لذا آن را به دو نوع اساسی و غیر اساسی تقسیم کرده و علم به صفت اساسی را شرط صحت عقد محسوب کرده‌اند. (همان) بعضی دیگر صفت را به معنای عرض منطقی که از جنس مورد معامله جدا و عارض بر آن است توصیف، و آن را به دونوع ذاتی و غیرذاتی و صفت غیر ذاتی را به مهم و غیرمهم تقسیم و برای صحت معامله علم به اوصاف غیرذاتی مهم را لازم دانسته‌اند زیرا اوصاف ذاتی مقوم ماهیت مورد معامله است (شهیدی، ۳۱۸). به هر حال، مطابق با اصول حقوقی و خصوصاً ماده ۲۲۴ ق.م. این است که صفت با توجه به معنای عرفی آن تعریف شود تا با سایر عناوین مشتبه نشود. در عرف وصف به کیفیتی در مورد معامله اطلاق می‌شود که بر انگیزه معامله کننده اثر گذارد. این تأثیر، گاهی نوعی است به طوری که هر شخص متعارفی از وجود و یا عدم وجود آن در مورد معامله متأثر می‌شود، مانند میزان مصرف سوخت خودرو که هر شخص رشیدی متمایل به خرید خودرو کم مصرف است و برعکس مصرف زیاد سوخت خودرو بر انگیزه شخص به معامله در بازار رقابت اثر منفی می‌گذارد. یا مانند کیفیت خوش بو و بی‌بو بودن برنج که هر شخصی به خرید برنج خوش‌بو انگیزه دارد. این نوع کیفیت یا صفت را به اوصاف عقلایی تعبیر می‌کنیم. دوم کیفیت سلیقه‌ای

است که از شخصی به شخص دیگر متفاوت است و سیره عقلایی واحد بر آن وجود ندارد، مانند رنگ یا مد لباس، رنگ لوازم خانگی، که به اوصاف سلیقه‌ای تعبیر می‌کنیم. لذا اگر مورد معامله، مال کلی در ذمه یا عین خارجی غایب از مجلس عقد بدون رؤیت سابقه باشد، در این فرض معلوم بودن تمام اوصاف عقلایی، شرط صحت عقد است و جهل به آن موجب عدم اعتبار عقد می‌شود. ولی اگر شرط صفت مشروط از اوصاف سلیقه‌ای باشد، این شرط از شرط معلومیت صفت مورد معامله مستقل است و جهل به آن خللی در اعتبار معامله ایجاد نمی‌کند و فقط فقدان آن در عین خارجی موجب خیار تخلف شرط صفت و در عین کلی موجب حق تعویض می‌شود.

اگر مورد معامله عین خارجی حاضر در مجلس معامله باشد، در این که آیا علم به صفات عقلایی آن شرط صحت عقد است ظاهر مواد قانونی با هم در تعارض است زیرا مطابق ماده ۳۴۲ ق.م معلومیت وصف مورد معامله، شرط صحت عقد است و هم‌چنین از ماده ۳۴۷ استفاده می‌شود معلومیت صفات عقلایی عین خارجی حاضر در مجلس شرط صحت معامله است. از طرف دیگر، در ماده ۳۵۱ ق.م مقرر شده اگر مبیع کلی در ذمه باشد باید وصف آن بیان شود. از مفهوم مخالف این ماده استفاده می‌شود که در عین خارجی حاضر در مجلس معامله، بیان وصف لازم نیست. هم‌چنین در ضمانت اجرای تخلف وصف، ضمانت اجرای عین غایب از مجلس عقد مقرر شده که به دلیل عدم تطابق وصفی موصوف با موجود خارجی، خیار تخلف وصف محقق می‌شود و در کلی در ذمه هم اگر فرد تسلیم شده از حیث اوصاف مطابق با کلی موصوف نباشد، در ماده ۴۱۴ ق.م حق تعویض مقرر شده. ولی در مقررات قانونی که مشاهده یکی از طرق معلومیت کالا ذکر شده، اشاره‌ای به لزوم علم به اوصاف نشده و در مورد تخلف از واقع مانند آن که مال در زمان عقد واجد وصفی باشد، بعد از آن زایل شود و یا شخص مشاهده کننده در دیدن وصف اشتباه کند، در این موارد ضمانت اجرایی پیش‌بینی نشده و حتی حقوق‌دانان اشتباه مشاهده‌ای در وصف را موجب تحقق خیار برای اشتباه کننده ندانسته‌اند. (مهدی شهیدی، ۱۷۹) لذا به نظر می‌رسد در عین خارجی حاضر در مجلس عقد، صرف مشاهده کافی است و نیازی به بیان اوصاف نیست، چون مشاهده یا توصیف از عوامل معلومیت مورد معامله محسوب شده است. (مقدس اردبیلی، ۱۸۲/۸). و اگر مشتری خواهان وجود وصفی باشد، می‌تواند آن را به عنوان شرط صفت در عقد درج کند تا اگر مورد معامله، فاقد آن باشد یا بعد از عقد در زمان ضمان معاوضی فاقد آن شود، مشروطه

حق فسخ عقد را داشته باشد ولی این شرط بر اعتبار عقد اثر ندارد.

به هر حال، اگر شرط ضمن عقد در باره صفت مورد معامله باشد، باید به نوع صفت توجه شود، اگر مربوط به اوصاف عقلایی، و مورد معامله نیز کلی در ذمه یا عین خارجی غایب از مجلس عقد بدون رؤیت سابقه باشد، این دیدگاه بر آن صادق است و عدم اعتبار شرط یا جهل به آن موجب عدم اعتبار عقد می‌شود. اما اگر شرط صفت مربوط به اوصاف سلیقه‌ای باشد، بر اعتبار عقد اثری ندارد و فقط در صورت فقدان آن مشروط له حق خیار تخلف شرط صفت را در عین خارجی و او حق تعویض مورد معامله را در کلی در ذمه خواهد داشت.

اگر شرط مرتبط با مقدار مورد معامله باشد، که تعبیر به وصف کمی نیز شده (امامی، ۲۸۳/۱) این دیدگاه صادق نیست چون مقدار غالباً، نقش اساسی در معامله داشته و در قبال هر جزئی از آن، جزئی از ثمن قرار می‌گیرد و فقدان هر قسمتی از آن موجب بطلان عقد به همان نسبت می‌شود و ثمن به همان نسبت به بایع منتقل نمی‌شود که بعضی از آن به شرط دو حیثی تعبیر کرده‌اند، (بجنوردی، ۳۱۳/۳) یعنی از حیث مقدار، جزء مورد معامله است و از حیث کل مقدار، وصف کمی مورد معامله است و در نتیجه، مشتری هم دارای حق کاهش میزان ثمن به استناد فقدان قسمتی از مبیع و هم می‌تواند خیار تخلف شرط صفت مقدار نسبت به عقد داشته باشد. لذا از منظر این دیدگاه خیار تبعض صفت که در ماده ۴۴۱ ق.م.مقرر شده است، خیار مستقلی نیست بلکه خیار تخلف شرط مقدار مورد معامله است.

هم‌چنین اگر شرط در ضمن عقد، شرط فعل یا شرط نتیجه باشد، نمی‌توان آن را در حکم اوصاف مورد معامله محسوب کرد بلکه فعل مشروط یا نتیجه مشروط خود عنوان مستقلی است که مورد توافق واقع شده زیرا همان‌گونه که طبق ماده ۱۹۰ هر عقدی باید دارای موضوع معلوم و معین باشد، هر شرطی نیز باید دارای مورد یا موضوع باشد؛ اگر موضوع یا مورد شرط، فعل یا نتیجه باشد، کاملاً از موضوع معامله مستقل است. پس این دیدگاه نسبت به شرط مقدار مورد معامله و شرط فعل و نتیجه صادق نیست، چون انجام فعل مشروط یا تحقق اثری از آثار عقد خاص، عرفاً وصف مورد معامله محسوب نمی‌شود و غالباً با آن ارتباطی ندارد. به عبارت دیگر، فلسفه درج شرط فعل در ضمن عقد لازم، تسری حکم لزوم عقد به شرط است که با عقد مرتبط می‌شود نه با مورد معامله که تعبیر به صفت آن شود.

۱-۳. توابع مورد معامله

دیدگاه دیگر این است که شرط اثری بر اعتبار عقد ندارد زیرا شرط از توابع مورد معامله

است که علم به آن لازم نیست و اگر شرط مجهول باشد خللی به اعتبار معامله وارد نمی‌کند. این نظر به شهید اول نسبت داده شده که در بیع حیوان، شرط ضمیمه حمل به آن را نافذ دانسته و اگر فاقد حمل باشد، موجب تحقق خیار فسخ است. بعد بالاتر رفته و معتقد شده اگر حمل قسمتی از مورد معامله قراردادده شود اقوی صحت بیع است چون آن به معنای اشتراط است و جهالت آن مضر نیست زیرا آن تابع است (شهید اول، ۲۱۶/۳) چون شرط التزام تبعی است که در عقد به عنوان اصل مقصود نبوده و به منزله توابع مبیع می‌باشد که جهل به آن موجب جهل به مورد معامله نمی‌شود. (نایینی، ۲۲۶/۳)

نتیجه منطقی این دیدگاه آن است که اولاً علم به شرط برای صحت عقد لازم نیست همان‌گونه که مطابق نظریات فقهی (حسینی مراغه‌ای، ۲۴۴/۲) و ماده ۳۶۵ ق.م. توابع مورد معامله تابع عرف محل وقوع مال است گرچه طرفین بر آن جاهل باشند. لذا عدم اعتبار آن، اثری بر وضعیت عقد نخواهد گذاشت. ثانیاً هر چند که وجود تابع در قیمت مورد معامله مؤثر است ولی در قبال آن عوضی قرار نمی‌گیرد و اگر شرط محقق نشود، مشروطه نمی‌تواند از پرداخت جزئی از عوض امتناع کند.

این دیدگاه در نظریات فقهی محل اشکال قرار گرفته (امام خمینی، ۱۹۹/۵) زیرا اگر حمل قسمتی از مبیع، و بیع صحیح باشد، به اقتضای جزئیت باید قسمتی از ثمن در قبال آن محسوب شود در حالی که ثمن بر شرط توزیع نمی‌شود (شهید اول، ۲۱۶/۳) علاوه بر این، صرف تابع بودن از کبرایات نیست که جهل به آن مضر به معامله نباشد، چون دلیل نقلی یا عقلی بر آن وجود ندارد و اغماض از جهل در بعضی از توابع مورد معامله به دلیل خاص است و صرف تابع بودن یا ضمیمه یکی از عوضین بودن، دلیل بر عدم اخلاص جهل به معامله نیست. افزون بر این، شرط از توابع مورد معامله نیست چون تصریح کرده‌اند که در مقدار ثمن مؤثر است و نمی‌توان ادعا کرد که در عقد مقصود اصلی نیست و در معاوضه به آن توجه نمی‌شود (نایینی، ۲۲۷/۳-۲۲۶)

افزون بر این، در تمام موارد شرط، مشروط از توابع مبیع نیست بلکه ممکن است شرط مرتبط به نحوه تسلیم مبیع، وجود وصفی در آن یا خارج از موضوع مورد معامله باشد بله در مثال مزبور حمل از توابع است ولی در تمام موارد عقد مشروط نمی‌توان شرط را از توابع مبیع محسوب کرد.

۱. «لو جعل الحمل جزء من المبیع فالاقوی الصحة لانه بمعنی الاشتراط و لا تضر الجهالة لانه تابع.»

به هر حال، هر چند فرع مورد بحث شهید از توابع مبیع است ولی نمی‌توان تمام توافقات شرطی در ضمن عقد را از توابع مورد معامله شمرد، چون ظاهر این است که از حیث موضوعی، عرف مساعد با این وجه نیست زیرا توابع مورد معامله، به چیزهای اطلاق می‌شود که عرفاً به مورد معامله وابسته است در حالی که مورد شرط غالباً ارتباطی با مورد معامله ندارد و با توافق یا شرط به عقد مرتبط می‌شود. علاوه بر این، از حیث حکمی نیز فقدان توابع موجب تحقق خیار برای کسی که به ضرر او است نمی‌شود. (حسینی مراغه‌ای، ۲/۲۴۴) مثلاً امروزه در منازل مسکونی شهری خط تلفن از توابع مسلم منزل است ولی اگر کسی اقدام به خرید منزلی کرد که فاقد خط تلفن است، نمی‌توان برای او معتقد به خیار فسخ شد در حالی که در فقدان شرط، برای مشروطه بر فرض صحت عقد، خیار فسخ قائل می‌باشند. به هر حال اگر مورد شرط از توابع مورد معامله محسوب شود. اثری بر اعتبار عقد ندارد و حتی به دیدگاهی فقدان شرط موجب خیار برای مشروط له نمی‌گردد.

۱-۴. وصف عقد

در باره اثر شرط دیدگاه دیگری طرح شده مبنی بر این که شرط ارتباطی با مورد معامله ندارد تا بر وضعیت آن اثر گذارد، زیرا اگر شرط قسمتی از مورد معامله باشد، در صورت بطلان، عوض باید تجزیه شود و به نسبت ارزش اقتصادی یا هزینه اجرای فعل مشروط از ثمن کاسته شود. قید منشأ یا موضوع عقد نیست چون اگر شرط باطل شود، عقد نیز باید باطل شود بلکه با قابلیت و عدم قابلیت فسخ ارتباط دارد (شهیدی، ۲۵)

در این دیدگاه اثر شرط بر اعتبار عقد مورد انکار قرار گرفته و بیشتر بر پیامدهای حقوقی شرط که بر ثبات یا تزلزل عقد اثر دارد توجه شده، به این بیان که اگر به شرط عمل شود یا آن محقق شود، عقد غیرقابل فسخ و از ثبات حقوقی برخوردار می‌شود ولی اگر به عللی شرط محقق نشود، عقد قابل فسخ و مزلزول می‌گردد.

به هر حال این دیدگاه تحت تأثیر ماده ۳۴۰ ق.م است که عقد از حیث وجود و عدم شرط به دو نوع مشروط و مطلق تقسیم شده؛ عقد مشروط، عقدی است که یکی از شروط سه‌گانه در ضمن آن درج شود. عقد مطلق، عقدی است که هیچ‌کدام از شروط سه‌گانه در ضمن آن درج نشده باشد. ولی باید توجه نمود که ممکن است شرط بر اعتبار عقد اثر داشته باشد و نمی‌توان ارتباط آن را بطور کلی نفی کرد به عنوان مثال در ماده ۴۹۷ ق.م شرط قید موضوع محسوب و مقرر شده اگر در عقد اجاره شرط مباشرت مستأجر درانتفاع شود، اجاره با مرگ

مستأجر منفسخ می‌شود، چون مباشرت، قید موضوع عقد اجاره و منافع است (ر.ک: طباطبایی، ۱۹۶/۹). لذا این مورد یکی از مواردی است که فقدان شرط موجب سلب اعتبار از عقد شده است.

بنابراین، این نکته که شرط قید موضوع یا جزیی از آن نیست، غالباً مطابق با ماهیت عرفی شرط و اصول حقوقی است اما در بعضی از موارد ممکن است شرط با مورد عقد مرتبط باشد مانند شرط صفت یا مرتبط با نحوه اجرای قرارداد که با مورد عقد یا آثار عقد مرتبط می‌شود. علاوه بر این، قابلیت فسخ عقد، ضمانت اجرای حقوقی فقدان شرط است اگر مرتبط با فعل مشروطه نباشد و الاً خیار محقق نمی‌شود.

۱-۵. ماهیت مستقل

دیدگاه دیگر در باره شرط این است که شرط توافقی مستقل از مورد معامله است که در ضمن عقد لازمی درج می‌شود. به عنوان مثال بعضی شرط را به نوعی از ملزومات تعبیر کرده‌اند که اساساً مستقل است هر چند برای الزام آن باید در ضمن عقد لازمی درج شود. (نجفی، ۱۸۹/۲۳) یا در تعبیر دیگری، شرط به عنوان الزام مشروط‌علیه یا التزام به امری به نفع مشروط‌له در ضمن عقد توصیف شده است. (بجنوردی، ۲۵۳/۳) در این تعبیّرات، شرط مستقل از مورد معامله تعریف و به فلسفه تعدد آن هم اشاره شده که عبارت از تسری حکم لزوم عقد به شرط است چون در حقوق اسلام دلیل لزوم عقد مبتنی بر امر شارع و نه قصد طرفین است. به بیان دیگر، در حقوق عرفی قصد طرفین به التزام و الزم مبنای لزوم عقد است و به همین جهت در شرایط تعهدات، قصد الزام طرفین نیز بیان می‌شود، در حالی که در حقوق اسلامی قصد طرفین به لزوم و یا جواز عقد لازم نیست و فقط امر شارع است که عقد را نسبت به طرفین آن لازم می‌نماید. در نتیجه اگر توافقی عرفاً عقد محسوب نشود، وعده یا شرط است که بر وعده هیچ اثر حقوقی مترتب نیست ولی بر شرط اثر حقوقی مترتب است اما فی نفسه لازم نیست زیرا دلیلی از شرع وارد نشده که وفای به آن را لازم اعلام کند. به همین دلیل برای لازم شدن آن، درج در ضمن عقد لازم رایج شده تا ادله لزوم به وفای عقد، شرط را هم شامل شود. این دیدگاه با قواعد حقوقی مطابق‌تر است چون شرط از لحاظ عرفی به توافقات جداگانه‌ای اطلاق می‌شود که غیرمرتبط با شرایط صحت و آثار ذاتی عقد باشد، زیرا شرایط صحت برای اعتبار عقد لازم است و آثار عقد نیز به محض اعتبار عقد محقق می‌شود و نیازی به توافق ندارد. لذا در کتب فقهی عنوان شروط مستقل و جدای از شرایط متعاقدين یا مورد

معامله بررسی می‌شود. با این وجود، ممکن است توافقات شرطی مرتبط با تعدیل آثار اطلاق عقد باشد، مثلاً بر خلاف اقتضای اطلاق عقد که تسلیم بدون تأخیر است، شرط شود که مبیع در زمان معینی در آینده تسلیم شود. بنابراین، شرط عبارت‌است از توافق مستقلی بر انجام یا ترک فعلی یا اثر عقدی از عقود بدون انشای آن یا وجود صفتی در مورد معامله می‌باشد که طرفین آن را در ضمن عقد لازمی درج کرده تا ادله لزوم عقد، آن را شامل شود.

به هر حال با توجه به این‌که شرط توافقی مستقل است، باید دید آیا بر اعتبار و صحت عقد اثر می‌گذارد؟ بعضی معتقدند شرط فعل باید مقدار هزینه انجام آن معلوم باشد زیرا هزینه انجام شرط اگر شناور بین پنجاه تا پنج واحد پولی باشد، معامله غرری و باطل می‌شود چون برای مشروط‌علیه مجهول می‌شود که عوضی که به او رسیده در قبال مالی که از او منتقل شده چه نسبتی دارد. ولو در قبال شرط عوضی در عقد تعیین نشود، چون شرط دخیل در ارزش اقتصادی ثمن یا مثن است به طوری که اگر شرط نباشد، مشروط‌له حاضر به معامله به مقدار ثمن و مثن قراردادی نمی‌شود. (خویی، ۳۴۹/۷) بعضی دیگر معتقدند اقوی اعتبار علم است زیرا عموم نفی غرر شامل شرط مجهول می‌شود مگر این‌که شرط از توابع مورد معامله باشد مانند تخم مرغ در بیع مرغ که غیر مقصود است. (انصاری، ۲۰/۳) هم‌چنین اگر در ضمن اجاره شرط شود که اجیر مصالح بنایی را خود تهیه کند، صحت شرط بعید تلقی نشده اگر هزینه انجام شرط ولو به تخمین معلوم باشد تا رفع غرر و جهالت شود. (طباطبایی یزدی، ۱۶۰)

این دیدگاه علی‌رغم این‌که شرط را مستقل از مورد معامله توصیف کرده، به ارزش اقتصادی آن توجه نموده که اگر از حیث اقتصادی میزان منافع مشروط‌علیه در زمان عقد مشخص یا قابل تخمین نباشد، عقد غرری و باطل است چون در عقود معوض غالباً رابطه طرفین بر تغبان و تجارت است که اقتضای کسب سود بیشتر دارد. به همین دلیل بعضی شرط مجهول را در معاملات تسامحی موجب غرر ندانسته ولی در معاملات تغبانی معتقدند ولو جهل به شرط به عوضین سرایت نکند، عقد باطل است. (حسینی مراغه‌ای، ۲/۲۸۹؛ بجنوردی، ۳/۲۷۹) ولی در نهایت به این نظر مطمئن شده که انصافاً شرط صحت معامله، علم به عوضین و مقدار و اوصاف آن است و هر جهلی مضر است ولو از ناحیه شرط باشد. (همان، ۲۸۱)

به هر حال به استناد این دیدگاه که می‌توان به مشهور نسبت داد علم به شرط لازم است آنچه مورد اختلاف است اثر جهل است که آیا شرط مجهول در حد خودش باطل، یا موجب بطلان عقد نیز می‌شود که در نظریه اخیر ابتدا صرف بطلان شرط مطرح و بعد حکم به غرری

شدن معامله و بطلان آن شده است.

دیدگاه دیگری شرط مجهول اجمالی را فاقد اثر بر اعتبار عقد، می‌داند که طرفداران آن دو گروه می‌باشد؛ نخست کسانی که بین نوع شرط تفصیل داده و معتقدند: اگر شرط مجهول مرتبط با هدف عقد باشد، مانند شرط مجهول زمان تسلیم مبیع، این شرط موجب بطلان عقد می‌شود ولی اگر شرط مرتبط با هدف عقد نباشد، مانند بیع منزل مسکونی به قیمت معین به تاجری که در ضمن آن شرط شود درآمد یک سال آینده مشتری متعلق به بایع باشد، این شرط اگر چه مجهول است ولی به اعتبار عقد خللی وارد نمی‌کند (امامی، ۱/ ۲۸۱) این نظریه به صرف معلومیت عوض و معوض از حیث ادبیات حقوقی و نه از حیث مالیت و ارزش اقتصادی آن توجه دارد، لذا اگر شرط مجهول جهلش به جنس یا مقدار عین عوضین سرایت نکند، خللی بر اعتبار عقد ندارد چون در ماده ۲۳۳ ق.م.شرعی مبطل اعلام شده که جهلش به عوضین سرایت کند.

گروه دوم مطلق شرط مجهول که جهلش به عوضین سرایت نکند را معتبر دانسته و معتقدند: اصل عدم لزوم معلومیت شرط است زیرا در ماده ۱۹۰ ق.م. که در مقام بیان شرایط اعتبار معامله است، معلومیت شرط از شروط اعتبار عقد بیان نشده و ماده ۲۳۲ ق.م. نیز در مقام بیان شروط باطل، از شرط مجهول نامی نبرده است. بنابراین، شرط اگر در هنگام عقد تفصیلاً معلوم نباشد ولی اجمالاً معلوم باشد، صحیح است. (شهیدی، ۹۳-۹۲)

هر چند این دیدگاه مدعی صحت شرط مجهول است ولی در نهایت از آن تنزل و صحت شرط را منوط به وجود علم اجمالی کرده که بعضی دیگر از آن به قابل تعیین تعبیر، و معتقدند شرط مجهول قابل تعیین صحیح است مانند فروش خودرو که در ضمن آن شرط شود که تا زمانی که مشتری ساکن آن شهر است از خدمات رایگان بایع استفاده کند (کاتوزیان، ۱۸۹/۳) هر چند عبارت قابل تعیین ظهور در کفایت علم اجمالی دارد اما مثال آن ظاهر در این است که هر چند علم اجمالی موجود نباشد، شرط نافذ است زیرا در زمان شرط به طور اجمال معلوم نیست که مشتری چه مدتی در شهر ساکن باشد.

به هر حال، اگر شرط در باره وجود صفتی در مورد معامله یا طرفین باشد، باید معلوم باشد و جهل به آن معقول نیست زیرا صفت مشروط ظاهر در صفت معین است. اما اگر شرط از نوع نتیجه باشد، مانند آن که شرط شود هر مقدار پولی که مشروط‌علیه در حساب معین خود در نزد بانک خاصی دارد متعلق به مشروط‌له باشد یا سود سهام سال آینده او متعلق به

مشروط له باشد، آیا چنین شرطی معقول است. به نظر می‌رسد چون طرفین در مقام تغابن و تجارت هستند چنین شرطی معقول نیست زیرا هدف از درج شرط، الزام و التزام مبتنی بر تغابن است و نمی‌توان آن را یک رابطه مبتنی بر تسامح محسوب کرد ولی اثری بر اعتبار عقد ندارد..

در شرط فعل نیز باید هزینه انجام شرط حداقل به اجمال معلوم باشد، زیرا هزینه اجرای شرط بر غرری بودن معامله از حیث اقتصادی اثر دارد. (خوبی، ۱۳۹۹/۷) لذا طبق ماده ۴۱۹ ق.م در احراز غبنی بودن معامله، توجه به شرط ضمن عقد نیز ضروری محسوب شده است. بنابراین، با توجه به این‌که از سویی رابطه طرفین بر تغابن و الزام و التزام است و از سوی دیگر، وجود شرط در غرری و غبنی بودن معامله اثر ندارد، لازم است طرفین حداقل علم اجمالی به آن داشته باشند تا عقدی که شرط در ضمن آن درج شده، عرفاً غرری محسوب نشود و به اعتبار آن خلل وارد شود.

۲- تأثیر شرط در انفساخ عقد

مورد دیگری که در تأثیر شرط بر عقد لازم به بررسی است، تأثیر بطلان شرط در انفساخ عقد است. از این حیث باید دید ارتباط شرط با موضوع معامله در توافق طرفین به نحو وحدت مطلوب یا تعدد مطلوب است و بر فرض اخیر، آیا شرط از حیث اهمیت، در کنار موضوع معامله، مطلوبی اصلی است یا فرعی است. هر کدام از این دیدگاه‌ها، مؤثر در اثر بطلان شرط بر انفساخ و عدم انفساخ عقد می‌باشد که بررسی می‌شود.

۲-۱. انفساخ

شکی نیست که شرط در قلمرو توافق طرفین وارد شده ولی با توجه به این‌که در کنار شرط یا مقدم بر آن، موضوع معامله نیز وجود دارد، در باره نحوه ارتباط آن دو، یک دیدگاه این است که به نحوه وحدت مطلوب است به طوری که انتفای شرط موجب انفساخ عقد می‌شود. این دیدگاه که به اکثر فقهاء نسبت داده شده (نراقی، ۱۵۷) بر این توجیه مبتنی است که تراضی بر مجموع شرط و عقد واقع شده، وقتی شرط منتفی شود، متعلق تراضی از بین می‌رود و قسمت باقی مانده، تجارت و معامله بدون تراضی محسوب، و باطل است (علامه حلی، ۲۹۸/۵؛ ۲۴۷/۱۰؛ شهید اول، ۲۷۳/۳؛ محقق الثانی، ۴۱۴/۴) هم‌چنین رضای مشروط له به عقد بر فرض عمل به شرط است و اگر به شرط عمل نشود، رضای او منتفی می‌شود. (مقدس

اردبیلی، ۱۴۸/۸)

هر چند این دیدگاه بین قدما مشهور بود ولی معاصرین بر آن اعتماد نکرده‌اند زیرا اولاً مجرد ارتباط شرط با عقد موجب انفساخ عقد به سبب انتفای شرط نمی‌شود چون نوع ارتباط آن گونه نیست که با انتفای شرط، عقد ماهیت جدیدی محسوب شود که محتاج به رضای جدید باشد. (انصاری، ۳۷/۳) ثانیاً برای اعتبار معامله طیب النفس لازم نیست بلکه رضای معاملی کافی است که بعد از انتفای شرط نیز وجود دارد و معامله تجارت بدون تراضی محسوب نمی‌گردد. (نایینی، ۲۷۷/۳)

افزون بر این، شرط در فقه دارای دو کاربرد است: نخست کاربرد منطقی که از وجود آن، وجود مشروط لازم نمی‌شود ولی از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌شود. شرط به این معنا مسلماً موجب انتفای مشروط می‌شود ولی این معنا، به شرط صحت عقد تعبیر می‌شود در حالی که موضوع مورد بحث شرط ضمن عقد است که به التزام مرتبط به التزام دیگر تعبیر شده است. در نتیجه شایسته نیست که این نوع شرط با شرط منطقی اشتباه شود چون انتفای این شرط موجب انتفای رضایت مشروط له به معامله نمی‌شود. علاوه بر این، رضای طرفین در زمان عقد مقید به چیزی نبوده (امام خمینی، ۲۴۴/۵) و مورد شرط نیز از ارکان عقد نیست که منتفی شدن آن موجب انفساخ عقد شود. مضاف بر این، در مواردی که مورد معامله متعدد است و معامله نسبت به قسمتی از آن باطل شود، به استناد نظریه انحلال عقد واحد به عقود متعدد، معامله از لحاظ حکمی به دو نوع صحیح و باطل تقسیم شده، یعنی نسبت به قسمتی که قابلیت معاملی داشته، نافذ و نسبت به قسمتی که قابلیت معاملی نداشته، باطل اعلام شده و برای شخصی که انحلال بر خلاف میل او واقع شده، خیار تبعض صفقه مقرر شده است (علامه حلی، ۹۱/۲؛ نراقی، ۵۱۹) در مورد بحث نیز به طریق اولی می‌توان معامله را با وجود منتفی شدن شرط غیرمنفسخ دانست زیرا در معامله‌ای که خیار تبعض صفقه به آن تعلق گرفته، تمام مورد معامله به نحو یکسان مطلوب طرفین بوده و در مقابل هر دو مورد، عوض پرداخت شده ولی با این حال با منتفی شدن معامله قسمتی از آن، حکم به بطلان تمام معامله نشده، در موضوع مورد بحث که در قبال شرط ثمنی پرداخت نشده، حاکی از این است که اهمیت آن به اندازه مورد معامله متبعض شده نیست و صحت معامله در این فرض منطقی تر از صحت آن در فرض تبعض الصفقه است. به هر حال اشکال عمده این نظر این است که ظاهراً شرط را به معنای منطقی تعبیر کرده، در حالی که در تعذر شرط به ادعای اجماع (حسینی مراغه‌ای،

۲۸۳/۲) برای مشروط له خیار مقرر شده است. با این حال در قانون مدنی هرچند در ماده ۲۴۶.^۲ عقد اصل و شرط فرع محسوب شده و در نتیجه، بطلان شرط موجب انفساخ عقد نمی‌شود ولی در مواد ۴۹۷^۳ و ۵۲۹^۴ ق.م. از این دیدگاه عدوله و انتفای شرط، عامل انفساخ عقد محسوب شده است.

۲-۲. عدم انفساخ

نظریه دیگر در باره ارتباط موضوع معامله با مورد شرط این است که آن رابطه اصل و فرع، در قصد طرفین مورد تراضی قرار گرفته و در نتیجه انتفای شرط موجب انفساخ عقد غالباً نمی‌شود بلکه ممکن است موجب انفساخ قسمتی از آن، یا تزلزل عقد شود که باید این دو دیدگاه نیز تحلیل شود.

۲-۲-۱. انفساخ قسمتی از عقد

با توجه به این که شرط و موضوع معامله هر دو مورد توافق قرار گرفته، اقتضای اصل این است که هر دو به نحو یکسان، مطلوب مشروط له باشد. در نتیجه اگر مورد شرط منتفی شود، قسمتی از عقد به علت انتفای بخشی از مطلوب منفسخ می‌گردد. این دیدگاه را می‌توان به دو گروه منتسب کرد: نخست کسانی که ثمن را بر شرط توزیع نموده‌اند چون مستلزم آن است که مشروط و موضوع معامله به نحو یکسان مطلوب باشد و الا معقول نیست در مقابل هر دو عوض پرداخته شود. مثلاً اگر مقدار مورد معامله، شرط کمی تلقی شود، در صورت فقدان مقدار مورد توافق، نسبت به مقدار مفقود، عقد باطل می‌شود. (بجنوردی، ۳/۳۱۳) دوم کسانی که شرط را به عقد یا معامله‌ای تعبیر کرده که به جهتی از جهات تابع عقد دیگری قرار گرفته است (امامی، ۱/۲۸۶؛ عابدیان، ۱۸۰) در این دیدگاه نیز ناچاراً باید شرط با موضوع معامله مطلوب یکسان تلقی شود که دارای این نتایج است:

اولاً در صورت بطلان شرط باید قسمتی از عوض معامله به مشروط له تعلق گیرد و به نسبت ارزش اقتصادی شرط نتیجه یا هزینه اجرایی شرط فعل، مشروط علیه حق مطالبه عوض را نداشته باشد که استرداد بخشی از ثمن، مستلزم انفساخ قسمتی از عقد است.

^۲ ماده ۲۴۶: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود.»

^۳ ماده ۴۹۷: «عقد اجاره بواسطه فوت موجر یا مستاجر باطل نمی‌شود ولیکن ... اگر شرط مباشرت مستاجر شده باشد بفوت مستاجر باطل می‌گردد.»

^۴ ماده ۵۲۹: «عقد مزارعه بفوت متعاملین یا احد آن‌ها باطل نمی‌شود مگر این که مباشرت عامل شرط شده باشد در این صورت بفوت او منفسخ می‌شود»

ثانیاً خیارى که به مشروط له تعلق می‌گیرد خیار تبعض صفت است نه خیار تخلف شرط که فرق آن دو روشن است در اولی مشروط له می‌تواند قسمتی از ثمن را در صورت عدم اعمال خیار و تمام عوض را در صورت اعمال خیار مطالبه کند ولی در دومی فقد در صورت فسخ می‌تواند تمام عوض را مطالبه کند.

اشکال عمده این نظریه این است که بین ماهیت شرط و عقد تفاوتی قایل نشده و هر دو را یکسان محسوب کرده در حالی که در ادبیات حقوق اسلام و فقهی شرط و معامله دو عنوان متفاوت می‌باشند که به هر کدام بابی اختصاص یافته است.

۲-۲-۲. تزلزل عقد

دیدگاه دیگر در رابطه با تأثیر مورد معامله و شرط در قصد طرفین، اثر اصل و فرع است. یعنی مورد معامله به عنوان رکن اصلی قرارداد، مطلوب اصلی متعهدله است. (کاتوزیان، ۳۷/۱؛ شهیدی، ۸۴) ولی مورد شرط مطلوب فرعی مشروط له است که از دیدگاه عرفی رکن یا مطلوب اساسی نیست (انصاری، ۳۷/۳) لذا در صورت تعذر شرط اجماعاً معتقد به حق فسخ عقد اصلی شده‌اند. (حسینی مراغه‌ای، ۲۸۳/۲) نتیجه منطقی این دیدگاه همان‌گونه که در ماده ۲۴۶ ق.م. مقرر شده، این است که اگر موضوع معامله، منتفی شود شرط باقی نماند ولی انتفای شرط اقتضای انفساخ معامله را نداشته و نیز قسمتی از عوض به مشروط له مسترد نشود. این نظر به مشهور فقهای معاصر و بعضی از قدما قابل استناد است. (طوسی، ۱۴۹/۲؛ اسکافی، ۱۸۵؛ ابن ادریس، ۴۶۹/۲؛ ابن زهره، ۲۱۶) و در مواد ۲۳۵ و ۲۴۰ ق.م. پذیرفته شده ولی در مواد ۴۹۷ و ۵۲۹ از آن عدول شده و تعذر شرط موجب انفساخ عقد محسوب شده است. با این حال این تحلیل بر موارد غالب صادق است و ممکن است بر حسب تصریح طرفین یا شرایط اوضاع و احوال شرط با موضوع عقد به نحوه وحدت مطلوب نقش ایفاء کند و انتفای آن موجب انفساخ عقد شود، مانند موردی که شخصی غذایی را برای وعده معین و روز معین سفارش دهد یا هنرمندی تعهد به هنر نمایی کند ولی شرط روز خاصی شود. در این موارد که شرط ناظر بر زمان یا مکان اجرای تعهد است نقش اساسی دارد به طوری که خارج از این زمان و مکان مشروط، اجرای تعهد مطلوب متعهدله نیست.

نتیجه‌گیری

شرط در ادبیات حقوق اسلام به دو معنا استعمال شده، نخست معنای منطقی که از عدم

آن، عدم عقد لازم می‌شود ولی از وجود آن وجود عقد لازم نمی‌شود، این معنا از شرط به شرط صحت تعبیر می‌شود که انتفای آن، بدون خلاف، موجب عدم اعتبار عقد می‌شود. دوم توافقی که جهت لازم شدن در ضمن عقد لازمی درج می‌شود که به شرط ضمن عقد تعبیر می‌شود. در باره تأثیر این نوع شرط بر اعتبار قرارداد، صاحب نظران ارتباط شرط با عقد یا نسبت آن با موضوع معامله را توصیف کرده و دیدگاه‌هایی چون جزء مورد معامله یا وصف آن یا توابع آن یا حتی غیر مرتبط با عقد و موضوع آن را مطرح کرده‌اند که بر مبنای دیدگاه اول و دوم، انتفای شرط موجب عدم اعتبار عقد می‌شود ولی طبق سایر دیدگاه‌ها انتفای شرط اثری بر اعتبار عقد ندارد. اما ثابت شد که شرط ماهیتی مستقل از موضوع عقد است که برای تسری لزوم عقد به آن در ضمن عقد درج می‌شود و از این حیث ارتباطی با موضوع عقد ندارد. طبق این دیدگاه انتفای شرط، موجب عدم اعتبار یا بطلان عقد نمی‌شود و مشروط له نیز نمی‌تواند برای فقدان آن از پرداخت جزئی از ثمن خودداری کند. ولی حداقل علم اجمالی به مورد شرط لازم است تا عقد، غرری محسوب نشود.

درباره تأثیر انتفای شرط در انفساخ عقد معامله، بعضی معتقد به وحدت مطلوب شرط و عقد در تراضی طرفین شده که انتفای شرط موجب انفساخ عقد می‌شود ولی دلایل آن‌ها با ادعا منطبق نیست و با قاعده تابعیت عقد از قصد سازگاری ندارد. به همین علت نظریه تعدد مطلوب مورد شرط و موضوع عقد در قصد طرفین موجه‌تر است که به دو نحو تعدد یکسان و اصل و فرع قابل تحلیل است. با توجه به فرعی بودن مورد شرط نسبت به موضوع عقد، دیدگاه اصل بودن مورد معامله و فرع بودن مورد شرط با قصد طرفین بیشتر مطابق است و انتفای شرط موجب انفساخ عقد نمی‌شود بلکه موجب تزلزل عقد یا تحقق حق خیار برای مشروط له می‌شود مگر این که در عقد تصریح به خلاف شود یا از شرایط اوضاع و احوال خلاف آن استنباط شود.

منابع

آل کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجلّة*، قم، المجمع العالمی للتقريب المذاهب الاسلامیة، الطبعة الاولى، ۱۴۲۶ق.

ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.

ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، *غنیة النزوع الی علم الاصول*، قم، مؤسسة الامام الصادق، ۱۴۱۷ق.

اراکي، شیخ محمد علی، *کتاب بیع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

- اسکافی، ابن جنید، **مجموعه فتاوی ابن جنید**، گرد آورنده محمدبن احمد کاتب بغدادی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، تهران، کتاب فروشی اسلامی، چاپ هشتم، ۱۳۶۸.
- انصاری، مرتضی، **المکاسب**، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ق.
- بجنوردی، حسن، **القواعد الفقهیه**، قم، دلیل ما، ۱۴۲۶ق.
- حسینی المرآغی، سید میر عبدالفتاح، **العناوین الفقهیه**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ق.
- حلی، حسن بن یوسف، **قواعد الاحکام**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۹ق.
- _____، **مختلف الشیعه**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، **تذکره الفقهاء**، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- خمینی، روح الله، **کتاب البیع**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۵ق.
- خوئی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، مقرر محمد علی توحیدی، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، **الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالك الانهزام**، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، الطبعة الثالثه، ۱۴۲۵ق.
- شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران، نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- _____، **شرط ضمن عقد**، تهران، مجلد، ۱۳۸۶.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الطبعة السابعة، ۱۹۸۱م.
- صدر، سید محمد، **ماوراء الفقه**، قم، المحبین للطباعة والنشر، الطبعة الرابعه، ۱۴۲۷ق.
- طباطبایی، سید علی، **ریاض المسائل**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ق.
- طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط**، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق.
- عابدیان، میر حسین، **شروط باطل و تأثیر آن در عقد**، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: عقود معین**، تهران، شرکت انتشار با همکارى شرکت بهمن برنا انتشارات مدرس، چاپ ششم، ۱۳۷۴.
- _____، **قواعد عمومی قراردادها**، چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکارى بهمن برنا، ۱۳۷۱.
- محقق داماد، مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلام**، تهران، مرکز نشر اسلامی، ۱۳۸۸.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، بیروت، مؤسسة آل البيت، چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الثالثة، ۱۴۲۱ق.

نائینی، محمدحسین، *منية الطالب*، مقرر شیخ موسی خوانساری، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام*، قم، مرکز النشر، الطبعة الاولى، ۱۳۷۵.
یزدی، محمد کاظم بن عبدالعزیز *العروة الوثقی*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۲۵ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۷۳-۹۵

بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر*

دکتر عباس زراعت

استاد دانشگاه کاشان

Email: zeraat@kashanu.ac.ir

چکیده

رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر، یکی از مسائل ظریف و در عین حال مهم حقوق مدنی و حقوق جزا است که سکوت قانون‌گذار و تعارض‌های فراوان در متون فقهی، حیرت عقول و سرگردانی افهام را دو چندان ساخته است. در مورد رابطه این دو نهاد، احتمال‌های گوناگونی هم‌چون تباین، تساوی، عمومی و خصوص من وجه و عموم و خصوص مطلق قابل طرح است. از آنجا که تشخیص و تفکیک این دو عنوان، آثار عملی مهمی دارد از جمله این‌که در صورت صدق عنوان «انتقال مال غیر» مجازات کلاهبرداری بر آن مترتب می‌شود و از طرفی در مقررات موضوعه و نوشته‌های حقوقی، ملاک روشنی برای تمایز عقد فضولی و انتقال مال غیر ارائه نشده است؛ در این مقاله سعی شده است وجوه تشابه و افتراق آن‌ها روشن گردد تا شاید الهام‌بخش قانون‌گذار برای پیش‌بینی ملاک شخصی در قانون باشد.

کلیدواژه‌ها: انتقال مال غیر، عقد فضولی، اجازه، ناقل بودن، کاشف بودن.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۷/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۷/۲۳.

مقدمه

عقد فضولی یکی از مباحث بسیار دقیق فقه است و عدم مطابقت آن با قواعد مسلم دیگر سبب شده است توجه‌هایی غیر منطقی و گاه عجیب برای مشروعیت آن، صورت گیرد به‌ویژه در مورد تأثیر شرط متأخر و غیر معقول بودن کاشفیت اجازه و احکام دیگری که صرف نظر از مباحث کاربردی، به محکی برای آزمودن قدرت استنباط و اجتهاد فقهای جوان و هنرنمایی مجتهدان کار آزموده تبدیل شده است. یکی از این عجایب، برخورد به ظاهر دوگانه قانون مدنی و قانون کیفری در این زمینه است زیرا اولی، حکم وضعی «صحت» را برای تمامی مصادیق عقد فضولی برقرار نموده است اما دومی، حکم تکلیفی «مجازات» را بر آن بار می‌کند در حالی که حکم وضعی، زاییده حکم تکلیفی است و میان آن‌ها، ملازمه وجود دارد. بطلان از «حرمت و نهی» ناشی می‌شود اما صحت از «اباحه و جواز» به دست می‌آید پس چگونه ممکن است عملی «مشروع و صحیح» و در عین حال «حرام و قابل مجازات» باشد. بر همین اساس تلاش‌هایی سطحی برای توجیه این دو رویکرد متعارض صورت گرفته است اما جای تحقیقی ژرف که به «بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر» بپردازد و به این سوال اساسی که آیا این دو عنوان، ارکان و شرایط یکسانی دارند یا متفاوت هستند، پاسخ دهد، خالی است تا رابطه دقیق عقد فضولی و انتقال مال غیر را مشخص نماید و در عمل نیز راه‌کاری ارائه گردد تا هر دو نهاد به شکل مناسبی مورد استفاده قرار گیرد و هدف واقعی آن‌ها تأمین شود.

تفاوت احکام وضعی و تکلیفی این دو عنوان، اقتضا می‌کند ارکان و شرایط آن‌ها کاملاً یکسان و مساوی نباشد اما از طرفی هم توصیف آن‌ها در دو قانون، مدنی و جزایی به‌گونه‌ای است که نمی‌توان آن‌ها را کاملاً متفاوت دانست، پس باید عناصر تمایز این دو عنوان را بررسی کرد. انتقال مال غیر در قوانین کیفری به این صورت توصیف شده است: «کسی که مال غیر را با علم به این که مال غیر است به نحوی از انحاء، عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند...» (ماده ۱ قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸). قانون مدنی، تعریفی از عقد فضولی ارائه نمی‌دهد اما با توجه به سابقه‌ای که در فقه برای آن وجود دارد و مقرراتی که قانون‌گذار بیان کرده است عقد فضولی را می‌توان عقدی دانست که تمامی شرایط صحت عقد را دارد و فقط رضایت مالک در این عقد وجود ندارد که مانعی برای صحت عقد است. (امامی، ۲۹۸) بنابراین هر گاه مالک یا نماینده او اجازه بدهد، مانع برطرف شده و انتقال صورت می‌گیرد. البته برخی از فقها، عدم اجازه را مانع محض برای صحت قرارداد نمی‌دانند

بلکه آن را شرط صحت یا جزء عقد یا قائم مقام ایجاب و قبول به حساب آورده‌اند که کار را دشوارتر می‌سازد. این عمل در حقوق جزا به عنوان «انتقال مال غیر» توصیف شده و قانون‌گذار، آن را در حکم کلاهبرداری دانسته است و رویه قضایی، علاوه بر مجازات کلاهبرداری، احکام اختصاصی این جرم را نیز بر آن مترتب می‌سازد در حالی که احکام سخت‌گیرانه‌ای برای کلاهبرداری پیش‌بینی شده است. عقد فضولی و انتقال مال غیر، یک مصداق خارجی بیش‌تر ندارد که عنوان اول در حقوق مدنی و عنوان دوم در حقوق جزا به کار می‌رود اما تفاوت احکام آن‌ها در مقررات مدنی و کیفری موجب شگفتی ارباب فن شده است، تعجب بیش‌تر از آنجا ناشی می‌شود که جرم انتقال مال غیر در گروه جرایم غیر قابل‌گذشت می‌باشد یعنی اجازه و رضایت مالک یا متضرر از جرم تأثیری در زوال وصف کیفری ندارد در حالی که قانون مدنی، عقد فضولی را صحیح می‌داند و اجازه مالک موجب نفوذ عقد می‌شود. البته برخی از فقها عقد فضولی را باطل می‌دانند. (فخر المحققین، ۴۲۰) که در این صورت اشکالی مطرح نمی‌شود زیرا عمل مجرمانه از نظر وضعی نیز باطل بوده و با حکم تکلیفی و جرم بودن آن، تعارضی ندارد. در میان فقها نسبت به رابطه حکم وضعی و حکم تکلیفی، دو دیدگاه وجود دارد و مشهور عقیده دارند حکم وضعی زاییده حکم تکلیفی است پس میان آن‌ها ملازمه برقرار است. (صدر، ۵۳)

بر این اساس چگونه ممکن است حکم تکلیفی عقد فضولی، حرمت بوده اما حکم وضعی آن، صحت باشد. کسانی که میان حکم وضعی و حکم تکلیفی، ملازمه‌ای برقرار نمی‌بینند با مشکل جدی روبرو نیستند زیرا ممکن است عملی از نظر حکم تکلیفی، حرام و جرم باشد اما از نظر حکم وضعی، صحیح محسوب شود همان‌گونه که در دلالت نهی بر فساد معامله، این اعتقاد غالب وجود دارد که میان نهی از معامله و حرمت آن در تمامی موارد، ملازمه وجود ندارد. (زراعت، ۵۵)

قبل از پرداختن به ملاک‌های احتمالی برای تمایز عقد فضولی و انتقال مال غیر لازم است چند مطلب به‌عنوان مقدمه بیان شود تا علاوه بر تبیین کامل‌تر موضوع، زمینه طرح ملاک‌ها نیز فراهم گردد:

نقش رضایت و اجازه در تحقق جرم

ابتدا باید دید اذن چه تأثیری در وقوع جرم انتقال مال غیر دارد؟ جرایم به صورت کلی از

این جهت به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ برخی از جرائم به‌خاطر آن‌که به اراده دیگری تعرض می‌کنند، جرم هستند و در برخی دیگر، تعرض به اراده، نقشی ندارد و در جرایم دسته نخست تحقق جرم در صورتی است که قربانی جرم، رضایت نداشته باشد. این قاعده در بسیاری قوانین به صورت حکم قانونی در آمده است مانند ماده ۱۸۷ قانون جزای لبنان که مقرر می‌دارد: «فعلی که برای تعرض به اراده دیگری، مجازات می‌شود هر گاه با رضایت قبلی یا هم‌زمان وی باشد جرم محسوب نمی‌شود.» (زراعت، ۹۸) جرم انتقال مال غیر از جمله جرایم گروه اول است. پس اگر مالک نسبت به انتقال مال خود رضایت داشته باشد عملیات انتقال مال وی، جرم نیست که البته از نظر اثباتی، بار اثبات وجود رضایت بر عهده مرتکب است زیرا اصل بر عدم رضایت می‌باشد. پس جرم انتقال مال غیر به محض انتقال مال دیگری بدون رضایت وی محقق می‌شود بدون این‌که معلق به عدم اجازه مالک باشد.

تأثیر مالکیت بعدی انتقال دهنده، مطالب بعدی در مورد تأثیر مالکیت بعدی در عقد فضولی است و این‌که اگر عاقد فضولی، عقد فضولی را اجازه بدهد آیا موجب صحت عقد می‌شود یا تأثیری ندارد یا حتی نیاز به اجازه بعدی نیست و صرف مالکیت بعدی موجب صحت عقد فضولی می‌شود؟ از نظر حقوقی دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد؛ برخی از فقها عقیده دارند مالکیت بعدی عاقد فضولی تأثیری ندارد و عقد فضولی باطل است. (شوشتری، ۴۳۷) گروهی دیگر گفته‌اند صرف مالکیت بعدی عاقد فضولی موجب صحت عقد فضولی می‌شود و نیازی به اجازه بعدی نیست. (طوسی، ۲۰۸) اما مشهور فقها عقیده دارند چنانچه عاقد فضولی، مبیع را خریداری کرده و عقد فضولی خود را اجازه بدهد، عقد فضولی صحیح خواهد بود. (شهید اول، ۱۹۳)

اما در مورد ارتباط این بحث با موضوع مقاله می‌توان گفت که اگر مالکیت بعدی مالک، موجب صحت عقد فضولی شود زمینه تحقق جرم انتقال مال غیر نیز از بین می‌رود و اگر عقد فضولی باطل باشد و عقد فضولی باطل را مصداق انتقال مال غیر بدانیم، چنین عملی کلاهبرداری است. اشکالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که اگر فروش مال غیر، جرم باشد عملیات بعدی مرتکب برای خریدن مبیع و اجازه عقد فضولی تأثیری ندارد زیرا در این صورت انقلاب ماهیت بوجود می‌آید که امری محال است و نمی‌توان عملی مجرمانه را تبدیل به عملی مباح نمود مگر در مواردی هم‌چون جرایم قابل گذشت که صراحت قانونی وجود دارد. با این وجود ممکن است گفته شد جرم انتقال مال غیر، جرمی معلق است یعنی تحقق آن،

معلق به عدم اجازه مالک می‌باشد پس اگر مالک، آن را اجازه بدهد جرمی محقق نمی‌شود و اگر اجازه ندهد، جرم انتقال مال غیر رخ می‌دهد اما چنین وضعیتی از ظواهر قانونی استنباط نمی‌شود.

انگیزه انتقال دهنده

آنچه میان حقوق‌دانان شهرت یافته و به‌عنوان نکته فارق عقد فضولی و انتقال مال غیر، بیان می‌شود وجود یا فقدان سوء نیت مرتکب است؛ اگر انتقال دهنده، حسن نیت داشته باشد عمل وی مشمول احکام عقد فضولی بوده و وصف کیفری ندارد اما اگر سوء نیت داشته باشد مرتکب «انتقال مال غیر» شده و عمل وی دارای وصف کیفری است. فقها هنگام بحث در باره اقسام عقد فضولی، تقسیماتی را منعقد ساخته‌اند و یکی از ملاک‌های تقسیم‌بندی، نیت مرتکب می‌باشد که آیا عقد فضولی را برای خودش انجام دهد یا به نمایندگی از مالک، آن را منعقد نماید. گزینه‌هایی نیز برای این تفاوت در قانون دیده می‌شود زیرا قانون مدنی، این عمل را نوعی اقدام از سوی دیگران بدون اذن وی می‌داند اما قانون جزا، تعبیر «معاملات تقلبی» را برای آن به‌کار برده است (ماده ۸ قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر). با این وجود، مشهور فقها عقد فضولی را در تمامی حالت‌ها صحیح می‌دانند حتی اگر عاقد فضولی، غاصب باشد و مال را برای خود و به‌عنوان مال خودش بفروشد. بنابراین اطلاق سخن فقها در مورد صحت عقد فضولی، چنین تفصیلی را بر نمی‌تابد.

انتقال مال غیر معمولاً در دسته جرایم علیه اموال قرار می‌گیرد و در این جرایم علم به تعلق مال به دیگری شرط تحقق جرم می‌باشد. پس ممکن است گفته شود هر علتی که این علم را منتفی سازد مانع تحقق جرم انتقال مال غیر می‌شود. مانند این‌که فروشنده اعتقاد به مالکیت خود داشته باشد یا گمان کند فروش قبلی مال به دیگری، غیر قانونی بوده است یا حق فسخ آن قرارداد را داشته است. (رویه قضایی، ۱۳۹)

در این تحقیق که به روش توصیفی - تحلیلی انجام می‌شود ابتدا فرضیه‌های احتمالی مورد بررسی قرار گرفته و آن‌گاه دلایل ردّ یا قبول هر کدام، تجزیه و تحلیل می‌شود تا سرانجام، فرضیه مناسب‌تر به اثبات برسد. گرچه در نوشته‌های فقهی و حقوقی، اشاراتی به این مسأله صورت گرفته است اما جای پژوهشی عمیق برای تمایز این دو عنوان، کاملاً نمایان است. احتمال‌های گوناگونی که ممکن است مطرح شود بر مبنای ملاک‌های متفاوت است بنابراین هر

احتمال بر مبنای ملاک خاص، بررسی خواهد شد.

ملاک‌های احتمالی

۱- ملاک بطلان معامله فضولی (تساوی انتقال مال غیر و معامله فضولی باطل)

فقه‌ها در مورد صحت یا بطلان عقد فضولی، دیدگاه یکسانی ندارند و برخی از آنان میان عقد فضولی در حالت‌های مختلف، تفکیک نموده‌اند مثلاً عقد فضولی را در حالتی که مالک، نهی کرده باشد صحیح نمی‌دانند یا در حالتی که عاقد فضولی، قصد انجام معامله برای خودش را دارد و چنین وانمود می‌کند که موضوع معامله، متعلق به خودش می‌باشد. ممکن است گفته شود ملاک تشخیص عقد فضولی و انتقال مال غیر، صحت و بطلان آن در حقوق مدنی باشد یعنی اگر عقد فضولی از دیدگاه فقها و با توجه به منابع شرعی صحیح باشد انتقال مال غیر محسوب نمی‌شود مانند این که فروشنده فضولی علم داشته باشد که نه تنها مالک مال ناراضی نیست بلکه رغبت به انجام چنین معامله‌ای دارد. به عنوان مثال، برق سردخانه‌ای که میوه‌های دیگری در آن نگهداری می‌شود قطع گردیده و مالک نیز در خارج کشور حضور دارد و به او دسترسی نیست و متصدی سردخانه برای رعایت مصلحت مالک اقدام به فروش میوه‌های موجود در سردخانه می‌کند. چنین معامله‌ای مشمول مقررات قانون مدنی است و وصف کیفی ندارد.

در مورد بطلان عقد فضولی باید توجه داشت که برخی از فقها، عقد فضولی را در تمامی حالت‌ها باطل می‌دانند. (طوسی، ۱۴۵؛ ابن ادریس، ۲۷۵؛ بحرانی، ۴۰۰۹) اگر دیدگاه این گروه پذیرفته شود احتمال یکسان بودن عقد فضولی و انتقال مال غیر، تقویت خواهد شد زیرا مانعی که برای یکسان‌نگاری آن‌ها وجود دارد، تضاد حکم وضعی صحت برای عقد فضولی و حکم تکلیفی حرمت برای انتقال مال غیر می‌باشد حال آن‌که در اینجا فقها قائل به حکم وضعی صحت نیستند و حکم بطلان را قبول دارند و میان بطلان و حرمت، تعارضی وجود ندارد. در این صورت، تفاوت عقد فضولی و انتقال مال غیر فقط در عبارت‌ها و الفاظ می‌باشد یعنی قانون‌گذار مدنی، آن را با عنوان اول و قانون‌گذار کیفری، آن را با عنوان دوم می‌شناسد. این احتمال در مرحله تئوری و از نظر علمی قابل دفاع است و می‌تواند الگویی برای قانون‌گذار باشد تا هنگام وضع قانون به آن توجه کند اما از منظر عملی قابل دفاع نیست زیرا قانون‌گذار به پیروی از مشهور فقها، عقد فضولی را صحیح می‌داند؛ پس بهتر است چنین گفته شود که

انتقال مال غیر در حقوق جزا، همان عقد فضولی باطل در حقوق مدنی است.

۲ - ملاک انجام معامله برای خود یا دیگری

مهم‌ترین دلایلی که برای بطلان عقد فضولی مورد استناد قرار گرفته، روایاتی است که مردم را از فروش مالی که مالک آن نیستند نهی می‌کند: «لا تبع ما لیس عندک» یا «لا بیع الا فی ملک»؛ (حر عاملی، ۳۷۸) اما کسانی که عقد فضولی را صحیح می‌دانند این روایات را ناظر به موردی می‌دانند که عاقد فضولی، معامله را برای خودش انجام می‌دهد، پس اگر آن را برای مالک انجام دهد عقد وی صحیح است. (طباطبایی، ۱۶۶) حال در اینجا نیز برای تفاوت «عقد فضولی» مصطلح در حقوق مدنی که عملی صحیح می‌باشد و «انتقال مال غیر» مصطلح در حقوق جزا که عملی مجرمانه می‌باشد، می‌توان چنین گفت که عقد فضولی، عقدی است که عاقد فضولی، آن را برای مالک انجام می‌دهد. اما انتقال مال غیر، انتقالی است که مرتکب برای خودش ترتیب می‌دهد. پس ملاک تمایز این دو عمل، انگیزه مرتکب می‌باشد و جرم انتقال مال غیر در جمله جرائمی قرار می‌گیرد که نیاز به سوء نیت خاص دارد و سوء نیت خاص، انگیزه حصول آثار عقد برای مرتکب می‌باشد و اگر این انگیزه وجود نداشته باشد وصف کیفری نیز زایل گردیده و عقد فضولی، مشمول احکام خاص مذکور در قانون مدنی خواهد بود. البته اگر ملاک قبلی که صحت و بطلان عقد فضولی را عامل تمایز عقد فضولی و انتقال مال غیر می‌دانست پذیرفته شود این ملاک نیز ممکن است یکی از مصادیق همان ملاک عمومی باشد اما این احتمال نیز وجود دارد که برخی مصادیق عقد باطل چنین صلاحیتی نداشته باشد و از همین روی می‌توان بر ملاک «انگیزه مرتکب» تأکید نمود. این ملاک با سوابق تأسیس و مشروعیت عقد فضولی نیز سازگاری دارد زیرا آنچه در مشروعیت عقد فضولی، تأثیر زیادی داشته است رعایت مصلحت مالک می‌باشد، پس کسی که مال دیگری را برای خودش می‌فروشد و خواهان تحقق آثار عقد برای خود می‌باشد هرگز مصلحت مالک را در نظر ندارد تا مشمول قواعدی هم‌چون «احسان» قرار گیرد. عقد فضولی غالباً در مواردی مطرح شده که رابطه‌ای قراردادی یا شرعی و قانونی میان مالک اصلی و عاقد وجود داشته و عاقد به گمان خودش برای مصلحت مالک اقدامی را انجام می‌دهد پس تنفیذ این اقدام، موکول به اجازه مالک شده است. از همین روی، اطلاق حکم صحت برای عقد فضولی در قانون مدنی بدون ایراد نیست به‌ویژه این که در قالب قاعده و اصل درآمده است. اما رویه قضایی باید به سابقه آن توجه نموده و راه را بر سوء استفاده‌کنندگان از قانون مسدود کند. ایرادی که ممکن است بر

این ملاک وارد شود آن است که قانون مدنی، عقد فضولی را حتی در حالتی که عاقد فضولی معامله را برای خودش انجام می‌دهد، صحیح می‌داند پس تعارض حکم وضعی و حکم تکلیفی در اینجا نیز وجود دارد یعنی قانون جزا، عملی را حرام و قابل مجازات می‌داند که حقوق مدنی، آن را صحیح دانسته است. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه در پاسخ به استعلامی اعلام نموده است که اگر خریدار علم به عدم مالکیت فروشنده داشته و با امید به اجازه مالک، عقد را منعقد نمایند عمل آن‌ها عقد فضولی است اما اگر فروشنده وانمود کند که مال خودش را می‌فروشد و معامله آن‌ها به صورت قطعی و منجز انجام شود، انتقال مال غیر محسوب می‌شود. (مرکز تحقیقات فقهی، ۲۴۱)

۳- ملاک پیش‌بینی قانون‌گذار

عقد فضولی، یک استثناست بنابراین باید به صورت محدود، تفسیر شود و دامنه آن محدود به مواردی شود که هدف مشروعیت آن را تأمین می‌نماید. درست است که عقد فضولی به صورت مطلق و به عنوان قاعده عمومی در قانون مدنی آمده و فصل پنجم از باب اول مربوط به عقود و معاملات با عنوان کلی «معاملاتی که موضوع آن مال غیر است یا معاملات فضولی» آراسته شده است (جعفری لنگرودی، ۷۵) اما بسیاری از مصادیق آن به عنوان وکالت فضولی، نکاح فضولی، بیع فضولی، ایفای فضولی، اداره فضولی مال غیر و ... در قانون پیش‌بینی شده و وجه مشترک آن‌ها، وجود نوعی نمایندگی واقعی یا ظاهری می‌باشد. پس ممکن است ادعا شود تفاوت عقد فضولی و انتقال مال غیر، پیش‌بینی قانون‌گذار است یعنی آن‌چه در قانون به عنوان عقد فضولی پیش‌بینی شده است چنان‌چه با شرایط قانونی صورت گیرد، «عقد فضولی» است و غیر این موارد، «انتقال مال غیر» محسوب می‌شود. این ملاک اگر مورد توجه قانون‌گذار قرار می‌گرفت، ملاک مناسبی بود و در حال حاضر نیز باید قانون‌گذار چاره‌ای اندیشیده و دادگاه‌ها را از بلا تکلیفی در آورد به‌ویژه این که تلاقی یا تمایز آن‌ها در سرنوشت مردم تأثیر مهمی دارد. اما ظاهر قانون، بیان‌گر آن است که عقد فضولی به عنوان قاعده کلی در قانون آمده و مصادیق آن منحصر در مواردی نیست که به صراحت در قانون پیش‌بینی شده است. با این وجود، امکان تعدیل این قاعده وجود دارد زیرا قاعده حقوقی را باید در بستری که به وجود آمده است مورد مطالعه قرار داد و از این نظر همواره باید عقد فضولی را یک استثنا به حساب آورد که برای رعایت مصلحت مالک، صورت می‌گیرد. (عدل، ۱۵۶) عقد فضولی چنان‌چه در محدوده‌ای که قانون مدنی پیش‌بینی کرده است به اجرا درآید، انتقال مال غیر نیست

و وصف کیفری ندارد و اگر از این ابزار قانونی سوء استفاده شده و بر خلاف هدف آن، مورد بهره‌برداری قرار گیرد، جرم محسوب می‌شود. ممکن است گفته شود قانون‌گذار کیفری هنگام جرم‌انگاری «انتقال مال غیر» توجهی به عقد فضولی نداشته است و تطبیق این دو عنوان در برخی مصادیق، از باب تزامم است و از نوع تعارض نیست؛ پس نباید اصرار شود که «انتقال مال غیر» در صورتی تحقق می‌یابد که مشمول عنوان «عقد فضولی» نباشد. این گفته با ظاهر قانون، سازگار است و ایده «عدم ملازمه میان حکم تکلیفی و حکم وضعی» نیز این ادعا را تأیید می‌کند اما به هر حال فرض بر آن است که حقوق مدنی و کیفری ایران در نظام واحدی قرار دارند و باید به صورت منظم و همراستا باشند. چگونه می‌توان گفت عمل واحدی از دیدگاه قانون مدنی، صحیح است اما از دیدگاه قانون جزا، غیر مجاز و مستوجب نکوهش و مجازات؟!^۱ در مورد جرم انتقال مال غیر، چهار قانون خاص وجود دارد و انتقال مال غیر در دو قانون، شرایط خاصی دارد و عقد فضولی ساده که موضوع بحث ما می‌باشد از شمول این دو قانون، خروج موضوعی دارد؛ یکی از این دو قانون که در سوم مرداد ۱۳۰۷ به تصویب رسیده دارای این عنوان است: «قانون مجازات اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌نمایند.» شرط تحقق این جرم، تبانی اشخاص و اقامه دعوا علیه یکدیگر یا ورود ثالث به دعوا یا اعتراض به حکم می‌باشد. قانون دوم، قانون مجازات اشخاصی که مال غیر را به عوض مال خود معرفی می‌کنند مصوب ۳۱ اردیبهشت ۱۳۰۸ می‌باشد که مرتکبان جرم، محکوم علیه یا مدیون یا کفیل مال دیگری هستند. قانون دیگری نیز وجود دارد که در سال ۱۳۰۲ با این عنوان به تصویب رسیده است: «قانون راجع به اشخاصی که مال غیر را انتقال می‌دهند و یا تملک می‌کنند و مجازات آن‌ها» این قانون ظاهراً با قوانین بعدی منسوخ گردیده است و مربوط به توقیف مجرمان تا زمان رد مال و خسارت‌ها می‌باشد. اما نکته قابل توجه در این قانون، آن است که در ماده سوم، واژه «مزور» برای مرتکب به کار رفته است و حکایت از آن دارد که انتقال مال غیر در صورتی وصف کیفری پیدا می‌کند که همراه با تزویر و کلاهبرداری باشد. پس مهم‌ترین قانونی که موضوع بحث ما می‌باشد قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب فروردین ۱۳۰۸ می‌باشد. به موجب این قانون، کسانی که مال غیر را انتقال دهند «کلاهبردار» محسوب شده و هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۵۹۴-۱۳۷۳/۹/۱ این

۱. این وضعیت در قوانین خارجی نیز وجود دارد؛ به‌عنوان نمونه مواد ۴۶۶ تا ۴۶۸ قانون مدنی مصر، عقد فضولی را عقدی صحیح و غیر نافذ می‌داند که نفوذ آن به اراده مالک بستگی دارد اما مشخص نشده است که عقد فضولی چه تفاوتی با انتقال مال غیر دارد.

عمل را مشمول ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ دانسته است. ماده اول این قانون، انتقال دهنده و انتقال گیرنده و مالک را با حصول شرایطی، مجرم دانسته است؛ وصف انتقال دهنده به این صورت است: «با علم به این که مال غیر است به نحوی از انحاء بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند.» این عبارت شامل عاقد فضولی نیز می شود و تنها ابهامی که ممکن است مطرح شود آن است که عبارت «بدون مجوز قانونی» منصرف از عقد فضولی است زیرا عقد فضولی با مجوز قانونی صورت می گیرد یعنی قانون مدنی اجازه داده است که شخصی، مال دیگری را به امید اجازه مالک بفروشد. پس انتقال مال غیر در صورتی رخ می دهد که مال دیگری به عنوان مال خود و بدون تصمیم به اخذ اجازه مالک صورت گیرد. وصف انتقال گیرنده، آن است که: «در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال دهنده باشد» و این عبارت شامل طرف اصیل در عقد فضولی می شود. وصف مالک نیز عبارت است از: «از وقوع معامله، مطلع شده و تا یک ماه پس از حصول اطلاع، اظهاریه برای ابلاغ به انتقال گیرنده و مطلع کردن او از مالکیت خود تسلیم ننماید.»

هم چنین ماده ۸ قانون مزبور، نوع خاصی از انتقال مال غیر را به این صورت پیش بینی کرده است: «کسانی که معاملات تقلبی مذکوره در مواد فوق را به وسیله اسناد رسمی نموده یا بنمایند جاعل در اسناد رسمی محسوب و مطابق قوانین مربوط به این موضوع، مجازات خواهند شد.» رابطه معامله فضولی و جرم موضوع این ماده، رابطه عموم و خصوص من وجه می باشد و این حالت نیز مشمول بحث ماست که آیا انتقال مال غیر همراه با جعل سند علاوه بر احکام معامله فضولی، مجازات جعل نیز دارد؟ در این ماده نیز عبارت «معاملات تقلبی» ممکن است وجه تمایز معامله فضولی و انتقال مال غیر باشد به این صورت که اگر معامله برای مالک صورت گیرد تقلبی نیست مگر این که منظور این عبارت، همان عملیات جعل باشد.

۴ - ملاک اثر عمل

اثر عقد فضولی و انتقال مال غیر نیز ممکن است ملاک تمایز این دو عمل قرار گیرد؛ در عقد فضولی گرچه ظاهراً عاقدان و انشا کنندگان ایجاب و قبول طرف اصلی عقد هستند اما در واقع عوض به ملکیت کسی در می آید که معوض از ملک او خارج شده است. اما در انتقال مال غیر، طرفین عقد خودشان را مالک وانمود می کنند و مالک عوض و معوض می شوند. پس اگر اثر عقد، انتقال عوض و معوض به مالکان اصلی باشد، عقد فضولی محسوب می شود اما اگر عوض و معوض به ملکیت عاقدان فضولی در آید هر چند این انتقاله صوری و ظاهری باشد،

انتقال مال غیر است. به عبارت دیگر در عقد فضولی، نوعی وکالت و نمایندگی از سوی مالک وجود دارد و حتی برخی از حقوق دانان، عقد فضولی را بر مبنای تئوری نمایندگی توجیه می‌کنند (کاتوزیان، ۳۶۵) اما در انتقال مال غیر، چنین وکالتی وجود ندارد. البته در اینجا باید توجه داشت که در هیچ‌کدام از این دو مورد، انتقال واقعی مال به طرفین عقد صورت نمی‌گیرد پس وقتی سخن از انتقال مال به میان می‌آید، انتقال ظاهری مورد نظر است یعنی در عقد فضولی، طرفین قرارداد قصد انتقال ظاهری مال به خودشان را نیز ندارند اما در انتقال مال غیر، طرفین چنین قصدی را دارند.

این صورت را به شکل دیگری نیز می‌توان بیان کرد؛ در عقد فضولی تعهدات ناشی از قرارداد متوجه مالکان اصلی است اما در انتقال مال غیر، این عاقدان هستند که تعهدات را می‌پذیرند هر چند در واقع بر عهده مالکان اصلی بوده و پذیرش تعهد از سوی طرفین عقد، صوری و ظاهری باشد.

این ملاک را از عبارت‌های فقهی نیز می‌توان به دست آورد زیرا گاهی این نهاد با عنوان «معامله برای غیر» معرفی می‌شود و گاهی عبارت «معامله به مال غیر» در توصیف آن به‌کار می‌رود. (حائری شاه باغ، ۲۲۹) عبارت اول منصرف به عقد فضولی می‌باشد اما عبارت دوم شایسته عمل انتقال مال غیر است.

این ملاک از منظر علمی، ملاک مناسبی است و قانون‌گذار می‌توانست از آن بهره بگیرد اما از ظاهر مقررات قانون مدنی در باره عقد فضولی و احکام قانون جزا پیرامون انتقال مال غیر چنین ملاکی به دست نمی‌آید. عقد فضولی در قانون مدنی به گونه‌ای است که اگر مالک اجازه بدهد اثر بر عقد مترتب می‌شود اما در قانون کیفری، اجازه بعدی مالک تأثیری در زوال وصف مجرمانه ندارد هر چند اگر مالک شکایت نکند معمولاً دعوای عمومی به جریان نمی‌افتد. البته این تفاوت را نباید نادیده گرفت که عقد فضولی باید در قالب عمل حقوقی صورت گیرد تا مورد اثر باشد اما در انتقال مال غیر نیاز به انجام عمل حقوقی خاصی نیست و انتقال مادی را نیز در بر می‌گیرد. این تفاوت بدان معنا نیست که عقد فضولی فقط در قالب عمل حقوقی انجام می‌شود و انتقال مال غیر، چنین قالبی ندارد.

۵- ملاک نحوه ارتکاب عمل

ممکن است نحوه ارتکاب عمل نیز به عنوان ملاک تفکیک میان عقد فضولی و انتقال مال غیر، معرفی شود که البته در این خصوص، حالت‌های گوناگونی را می‌توان مطرح کرد. یک

حالت آن است که اگر مرتکب، عمل خود را به صورت کامل انجام داده و آثار عقد کاملی را بر آن مترتب سازد «انتقال مال غیر» محسوب می‌شود اما اگر بخش عمده عمل را انجام داده و برای تکمیل آن به انتظار تصمیم مالک بنشیند، عمل وی عقد فضولی به معنای خاص آن باشد. حالت دیگری که به نظر می‌رسد، آن است که عقد فضولی فقط به شکل ایجاب و قبول انجام شود بدون این که آثار عقد نیز بر آن بار شود یعنی فروشنده فضولی، مال دیگری را می‌فروشد اما انتقال مال و تصرفات را منوط به اجازه مالک می‌کند. اما انتقال مال غیر به صورت انتقال مادی و فیزیکی می‌باشد هر چند مسبوق به انجام عمل حقوقی و انعقاد عقد نباشد. به عبارت دیگر، عقد فضولی یک عمل حقوقی محض است که در قالب لفظ یا نوشته و نظایر آن صورت می‌گیرد اما انتقال مال غیر، عمل مادی و فیزیکی می‌باشد و آنچه اهمیت دارد، قطع رابطه مالکیت میان مالک و مال او می‌باشد و شیوه انتقال مال اهمیت ندارد.

حالت دیگر، آن است که عقد فضولی، عملی حقوقی است که تمامی شرایط صحت یک عقد را دارد یعنی مقتضی وجود دارد، شرایط فراهم است و مانعی هم وجود ندارد و فقط یک قسمت را کم دارد که اجازه مالک می‌باشد و وقتی اجازه مالک به عنوان شرط یا جزء الحاق گردید عقد کامل می‌شود. اما در انتقال مال غیر علاوه بر اجازه مالک، ممکن است شرایط دیگری نیز مفقود باشد یا موانعی برای عقد وجود داشته باشد مانند این که فروشنده، تدلیس کند یا تصرفات نامشروعی انجام دهد.

عقد فضولی با کمتر از سه نفر محقق نمی‌شود و اگر دو طرف قرارداد، فضولی باشند با کمتر از چهار نفر تحقق نمی‌یابد اما انتقال مال غیر نیازی به این تعداد ندارد بلکه دو نفر بیش‌تر دخالت ندارند. البته در عقد فضولی ممکن است انتقال دهنده و انتقال گیرنده، ظاهراً یک نفر باشند اما در انتقال مال غیر چنین حالتی امکان ندارد که انتقال دهنده، مال را به خودش انتقال دهد.

یکی از حالت‌های عقد فضولی که مورد اختلاف جدی فقها می‌باشد، آن است که عاقد فضولی، مال دیگری را بفروشد و پس آن مال را خریداری کرده و عقد فضولی را اجازه بدهد. محقق شوشتری، هفت ایراد نسبت به صحت این معامله، مطرح کرده است که شیخ انصاری به شش ایراد پاسخ می‌دهد اما سرانجام ایراد هفتم را پذیرفته و با محقق شوشتری هم‌صدا می‌شود. دلیل هفتم، روایت‌هایی است که دلالت بر بطلان چنین معامله‌ای دارند (حر عاملی، ۳۷۶) و فقهای شیعه در مورد مفاد این روایت‌ها و نحوه دلالت آن‌ها بحث‌های مفصلی

کرده‌اند. اما یکی از این مباحث که با موضوع بحث ما ارتباط پیدا می‌کند، آن است که اگر عاقد فضولی، عقد فضولی را به‌عنوان یک عقد منجز و قطعی منعقد نماید با این امید که مالک ثمن شود و مبیع نیز به ملکیت خریدار درآید، چنین معامله‌ای باطل است هر چند به‌صورت اتفافی، مالک اجازه بدهد یا فروشنده، مالک مبیع شود. اما اگر عاقد فضولی با امید به اجازه مالک، عقد فضولی را منعقد کند و ملکیت خریدار را منوط به اجازه مالک نماید، چنین معامله‌ای صحیح است. (ابن ادریس، ۴۶۳)

حال در اینجا نیز می‌توان چنین تفصیل داد که اگر عاقد فضولی، عقد فضولی را به‌صورت منجز و قطعی منعقد کرده باشد عمل وی، انتقال مال غیر بوده و وصف جزایی دارد اما اگر به شکل معلق و منوط به اجازه مالک باشد، وصف کیفری نداشته و تابع مقررات قانون مدنی است. این حالت را می‌توان با برخی حالت‌های دیگر مانند سوء نیت مرتکب یا بطلان معامله نیز پیوند زد اما آن را به‌صورت خاص بیان کردیم تا اگر صحیح نیز تلقی شود وصف کیفری خود را حفظ کند.

کسانی که عقد فضولی را باطل می‌دانند عقیده دارند آنچه عاقد فضولی قصد می‌کند انتقال مال برای خودش می‌باشد در حالی که معاوضی بودن عقود، اقتضا می‌کند که معامله برای مالک اصلی باشد یعنی مبیع به ملک کسی داخل می‌شود که ثمن از ملک وی خارج شده است و ثمن نیز به ملک کسی داخل می‌شود که مبیع از ملک وی خارج شده است. پس در عقد فضولی، آنچه قصد می‌شود با آنچه رخ می‌دهد مطابقت ندارد (ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع) (شهید ثانی، ۱۵۶)

اما کسانی که عقد فضولی را صحیح می‌دانند برای عاقد فضولی، حیثیت مالکانه برقرار می‌کنند یعنی همین که عاقد فضولی خودش را مالک فرض می‌کند کافی است متنها باید عقد فضولی به‌گونه‌ای انعقاد یابد که قابلیت اجازه را داشته باشد. نتیجه‌ای که از این اختلاف به دست می‌آید و مربوط به بحث ما می‌شود آن است که بر این اساس می‌توان عقد فضولی را عقدی دانست که صلاحیت انتقال را داشته باشد یعنی اجازه بعدی بتواند آن را تکمیل نماید اما انتقال مال غیر، عقدی است که چنین صلاحیتی ندارد. به عبارت دیگر انتقال مال غیر، ظاهراً انتقال مال غیر است و انتقال واقعی صورت نمی‌گیرد اما در عقد فضولی، انتقال واقعی صورت می‌گیرد و یا حداقل قابلیت انتقال وجود دارد.

۶ - ملاک وجود یا فقدان سوء نیت

ملاک دیگری که ممکن است برای تفکیک عقد فضولی و انتقال مال غیر، ارائه گردد وجود یا فقدان سوء نیت است با این توضیح که اگر عاقد فضولی قصد احسان داشته و برای مصلحت مالک، مال وی را انتقال دهد، عمل وی عقد فضولی است و قابل تنفیذ می‌باشد. اما اگر عاقد فضولی با سوء نیت و قصد اضرار، چنین کاری انجام دهد مرتکب انتقال مال غیر شده است. مواد قانون مدنی که احکام عقد فضولی را بیان می‌کنند به‌ویژه ماده ۲۴۷ قانون مدنی که مبتنی بر منابع فقهی است اطلاق دارند اما در سابقه این نهاد و فلسفه تشریح آن و نیز موادی از قانون مدنی می‌توان قرینه‌هایی برای این تفکیک پیدا کرد. معامله فضولی بر مبنای احسان و نیکوکاری استوار گردیده است یعنی اگر شخصی، مال دیگری را در معرض تلف یا تضییع بیاورد یا آن را در وضعیتی ببیند که فروش آن مال به مصلحت مالک می‌باشد اجازه دارد مال را بفروشد تا بعداً اگر مالک خواست، آن را اجازه بدهد یا رد کند و این امر شاخه‌ای از ولایت مومنان عادل بر اموال دیگران است (شهید اول، ۴۰۶)

موادی از قانون مدنی که به مصادیق عقد فضولی اشاره دارند به‌عنوان قرینه و مؤید این ملاک، قابل استناد هستند مانند ماده ۳۰۴ که می‌گوید: «اگر کسی که چیزی را بدون حق دریافت کرده است خود را محق می‌دانسته لیکن در واقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد، معامله فضولی و تابع احکام مربوط به آن خواهد بود.» اگر این معامله خود بخود تابع عقد فضولی بود چه نیازی به تصریح داشت و احتمالاً هدف قانون‌گذار پیش‌گیری از تسری احکام کیفری بوده و ما را به این سو ارشاد می‌کند که باید فقط به احکام وضعی عقد فضولی بسنده کنیم. ماده ۶۷۴ نیز اماره دیگری است که مقرر می‌دارد: «در مورد آنچه که خارج از حدود وکالت انجام داده شده است، موکل هیچ‌گونه تعهدی نخواهد داشت مگر این‌که اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.» در این مورد نیز وکیل برای حفظ حقوق موکل اقداماتی خارج از چارچوب وکالت انجام می‌دهد و عمل او همراه با سوء نیت نیست. حکم ماده ۳۰۶ نیز در همین راستا بوده و سابقه مشروعیت عقد فضولی نشان می‌دهد که عقد فضولی در حقیقت برای مصلحت مالک برقرار شده است زیرا گاهی اعمالی برای رعایت مصلحت مالک صورت می‌گیرد پس اگر مالک نتواند این اعمال را تنفیذ کند از احسان دیگران بی‌بهره می‌ماند. (کاتوزیان، ۱۰۲) اگر این مبنا برای عقد فضولی پذیرفته شود می‌توان اعمالی را که به ضرر مالک می‌باشد از دایره عقد فضولی خارج نمود و آن‌ها را مشمول وصف کیفری

«انتقال مال غیر»، قرارداد. پس جرم انتقال مال غیر در جمله جرایم با سوء نیت خاص قرار می‌گیرد که انگیزه مرتکب در آن تأثیر دارد. در داستان عروه بارقی آمده است که عروه برای شاد کردن پیامبر (ص)، چنین معامله‌ای انجام داد و سپس پیامبر به وی تبریک گفت در حالی که اگر عمل عروه، حرام و جنبه مجرمانه می‌داشت با تشویق و تبریک پیامبر روبرو نمی‌شد.

۷- ملاک اجازه و عدم اجازه مالک

عقد فضولی دارای تمامی شرایط عقد غیر فضولی می‌باشد و تنها شرطی که در این عقد وجود ندارد، شرط مالک بودن عاقد است. بر همین اساس عقد فضولی در کتاب‌های فقهی ذیل عنوان «شروط متعاقدين»، مورد بحث قرار می‌گیرد. در مورد ماهیت اجازه نیز بحث‌های فراوانی وجود دارد و مشهور فقها، اجازه را کاشف می‌دانند یعنی اجازه مالک، کاشف از آن است که خریدار از زمان انعقاد عقد، مالک مبیع شده است و عقد فضولی از زمان انعقاد آن، به صورت صحیح و کامل می‌باشد. اثری که از منظر موضوع بحث ما بر کاشف بودن اجازه بار می‌شود، آن است که اگر عقد فضولی از زمانی که محقق می‌شود صحیح و کامل باشد چگونه می‌توان عاقد را به عنوان مجرم، تحت تعقیب قرار داد؟ این مسأله، از جنبه احکام وضعی و حقوقی نیز، ایرادهای فراوانی را در پی دارد و فقها برای حل این ایرادها و منطبق ساختن عقد فضولی و کاشف بودن اجازه با قواعد حقوقی، تلاش‌های زیادی کرده‌اند. (انصاری، ۲۸۹) اما در مورد بحث حاضر شاید بتوان مسأله اجازه و کاشف بودن آن را ملاکی برای تمایز عقد فضولی و انتقال مال غیر، مورد استفاده قرار داد با این توضیح که اگر مالک، عقد فضولی را اجازه ندهد به گونه‌ای که عقد فضولی، باطل و فسخ گردد، عمل عاقد فضولی، وصف کیفری نیز پیدا کرده و به عنوان انتقال مال غیر قابل تعقیب است. اما اگر مالک، عقد فضولی را اجازه بدهد وصف کیفری «انتقال مال غیر» بر آن صدق نمی‌کند هر چند عاقد فضولی، معامله را ابتدا برای خودش انجام داده و چنین وانمود کرده باشد که مال خودش را انتقال می‌دهد. پس تحقق یا عدم تحقق جرم انتقال مال غیر، منوط به اجازه مالک است و اجازه مالک اگر جزء عقد باشد، شرط تحقق جرم انتقال مال غیر خواهد بود اما اگر شرط عقد باشد، مانع تحقق جرم انتقال مال غیر به حساب می‌آید و در این صورت جرم انتقال مال غیر، جرم معلق می‌باشد. معلق بودن این جرم با ظاهر قانون، سازگاری ندارد زیرا جرم مزبور، یک جرم عمومی است که تعقیب آن نیازی به شکایت مالک ندارد همان‌گونه که گذشت وی تأثیری در مسؤولیت کیفری ندارد. البته

در عمل به ندرت اتفاق می‌افتد که مالک پس از عقد فضولی، آن را اجازه بدهد و عوض مال خود را از عاقد فضولی دریافت نماید و با این وجود، شکایت انتقال مال غیر نیز مطرح کند یا دادستان، این جرم را بدون شکایت شاکی خصوصی به‌عنوان جرم عمومی، مورد تعقیب قرار دهد.

شایان توجه است که منظور از رضایت و اجازه مالک در اینجا، گذشت از جرم نیست به این صورت که مالک پس از وقوع عقد فضولی، شکایت کند و سپس اجازه بدهد بلکه منظور، اجازه عقد فضولی است. پس ممکن است مالک، عقد فضولی را اجازه بدهد و انتقال مال غیر را نیز تعقیب کند که البته صدور حکم به رد یا جزای نقدی معادل مال برده شده، وضعیت دیگری پیدا می‌کند.

همچنین منظور از رضایت، اجازه بعد از زمان عقد است زیرا اگر مالک، هنگام عقد فضولی، رضایت به انتقال مال خود داشته باشد جرمی محقق نمی‌شود و حتی ممکن است عمل عاقد فضولی در این حالت، وکالت یا نمایندگی از سوی مالک تلقی شود مگر این‌که معامله را برای خودش انجام دهد. آنچه گفته شد مربوط به مرحله ثبوت است یعنی رضایت مالک از نظر ثبوتی مانع تحقق جرم می‌شود اما از نظر اثباتی، فرض بر عدم رضایت است زیرا رضایت، امری حدوثی است که اصل بر عدم آن می‌باشد پس انتقال‌دهنده مال باید رضایت مالک را اثبات کند. سکوت مالک نیز نفعی برای متهم ندارد همان‌گونه که ماده ۲۴۹ قانون مدنی آورده است: «سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی‌شود.»

۸ - ملاک غاصب بودن یا نبودن عاقد فضولی

مشهور فقها که عقد فضولی را صحیح دانسته‌اند، حکم صحت را به صورت مطلق بیان کرده‌اند بدون این‌که تفکیکی میان غاصب بودن یا غاصب نبودن عاقد فضولی به‌عمل آورده باشند و حتی برخی از فقها به صراحت، این تفکیک را نفی کرده و می‌گویند آنچه ماهیت عقد فضولی را تشکیل می‌دهد، آن است که عقد بدون اذن مالک مال موضوع قرارداد، منعقد گردد هر چند عاقد، غاصب باشد. (شهید اول، ۱۷۷).

اما برخی از فقها میان حالت‌های مختلف، تفکیک کرده‌اند مانند حالتی که عاقد فضولی، غاصب است و معامله را برای خودش انجام می‌دهد و حالتی که عاقد فضولی گمان می‌کند که مالک است اما در واقع، مالک نیست و حالتی که عاقد فضولی، غاصب نیست. حال ممکن است گفته شود اگر عاقد فضولی، غاصب باشد عمل وی انتقال مال غیر به حساب می‌آید مانند

این که سارق، اموالی را که از راه سرقت به دست آورده است بفروشد. اما اگر عاقد فضولی، غاصب نباشد عمل وی فقط عقد فضولی بوده و فاقد وصف کیفری است. البته اگر عاقد فضولی، همان شخصی باشد که سرقت را انجام داده است مسأله تعدد جرم و تعدد مجازات مطرح می‌شود که بحث‌های مفصلی دارد.

برخی از فقها، عقد فضولی از سوی غاصب را باطل می‌دانند (کرکی، ۳۱۱) که اگر چنین باشد می‌توان این مسأله را یکی مصادیق حالتی به حساب آورد که عقد فضولی باطل، انتقال مال غیر محسوب می‌شود و معامله فضولی غاصب، عنوان جدیدی نخواهد داشت. اما به هر حال می‌توان غاصب بودن عاقد فضولی را ملاکی احتمالی برای تمایز میان عقد فضولی و انتقال مال غیر به حساب آورد اعم از این که چنین عقدی را همان‌گونه که مشهور فقها گفته‌اند، عقد صحیحی دانسته یا آن را عقد باطل بدانیم. البته اگر بر اساس ملاکی که قبلاً مورد اشاره قرار گرفت، انتقال مال غیر منحصر در عقد فضولی باطل باشد، عقد فضولی غاصب بر مبنای دیدگاه مشهور فقها، انتقال مال غیر محسوب نخواهد شد زیرا چنین عقدی را صحیح می‌دانند. منظور از غصب مال در اینجا تصرف عدوانی و همراه با قهر و تشدد نیست بلکه هر گونه استیلا نامشروع را نیز شامل می‌شود یعنی تصرفات نامشروعی که عاری از اذن قانونی یا مالکانه باشد.

۹- ملاک نهی مالک و عدم رضایت وی

یکی از تقسیم‌بندی‌هایی که فقها برای عقد فضولی انجام داده‌اند، آن است که گاهی انتقال دهنده مال دیگری، معامله را برای مالک انجام می‌دهد و مالک در این خصوص، مخالفتی نکرده و رضایت یا عدم رضایت وی معلوم نیست و گاهی با چنین معامله‌ای، مخالفت کرده و فروشنده را از این کار نهی می‌نماید. در مورد عقد اول که شایع‌ترین مصداق عقد فضولی است، مشهور فقها عقیده دارند چنین معامله‌ای صحیح است و اجازه مالک، آن را کامل می‌کند. اما در مورد صحت عقد دوم، مخالفان زیادی وجود دارد (ابن ادریس، ۴۱۷) و دلایل چندی برای تأیید این نظریه ابراز گردیده است از جمله این که مهم‌ترین دلیل برای صحت عقد فضولی، روایت عروه بارقی می‌باشد (حر عاملی، ۲۴۵) و در این روایت آمده است که پیامبر (ص) عروه را از انجام چنین معامله‌ای نهی نکرده بود و از آنجا که صحت عقد فضولی، یک استثناء است باید به مورد خودش اکتفا شود. دلیل مهم دیگری که برای بطلان این معامله وجود دارد، آن است که اگر مالک، عقد فضولی را نهی کرده باشد این نهی پس از عقد فضولی

- حتی برای یک لحظه- نیز وجود دارد پس معنای نهی مالک، آن است که عقد فضولی را رد کرده است و وقتی مالک، عقد فضولی را رد کند عقد، فسخ و باطل می شود و نمی توان دوباره آن را احیا کرد زیرا اجازه پس از رد، تأثیری ندارد. (حسین عاملی، ۶۳۲) حتی فقها اجماع دارند بر این که شرط تأثیر اجازه، مسبوق نبودن آن به رد است زیرا اجازه مانند قبول است پس اگر قابل، قبل از قبول ایجاب، آن را رد کرده باشد حق پذیرش ایجاب را ندارد. (نجفی، ۲۷۸) پس یکی از تفاوت هایی که ممکن است برای عقد فضولی و انتقال مال غیر، مطرح شود آن است که عقد فضولی، ناظر به عقدی است که مالک مال عاقد را از انجام چنین معامله ای نهی نکرده باشد پس اگر مالک، عاقد را نهی کرده باشد عمل وی، انتقال مال غیر بوده و وصف کیفری نیز پیدا می کند. مشهور فقها، عقد فضولی با نهی مالک را نیز صحیح می دانند. (نجفی، ۲۳۳) و استنادشان بر آن است که ادله صحت عقد فضولی از جمله روایات خاصی که در این زمینه وارد شده است (حر عاملی، ۵۲۳ و ۵۲۵) تفکیکی میان نهی و عدم نهی مالک نکرده اند. اگر عقد فضولی را باطل بدانیم این حالت نیز مصداق حالتی خواهد بود که عقد فضولی صحیح را مصداق عمل حقوقی و عقد فضولی باطل را مصداق انتقال مال غیر می داند.

۱۰ - ملاک ماهیت اجازه

یکی از بحث های جدی در مورد عقد فضولی، آن است که آیا اجازه نیاز به لفظ یا فعل دارد یا صرف رضایت مالک کفایت می کند؟ در این زمینه دیدگاه های گوناگونی مطرح شده است که اینک قصد ورود به آنها را نداریم. (خراسانی، ۶۵)

اما نکته ای که با موضوع بحث ما ارتباط پیدا می کند آن است که پاسخ به این سوال بستگی به ماهیت اجازه دارد زیرا اگر اجازه، صرف رضایت باشد نه تنها نیازی به لفظ ندارد بلکه رضایت مالک در زمان عقد کفایت می کند اما اگر اجازه، عقد جدیدی باشد یا جزء عقد فضولی باشد یا جایگزین ایجاب یا قبول در عقد فضولی شود باید هم چون ایجاب و قبول بیان شود. یکی از دیدگاه هایی که در این زمینه مطرح می باشد، آن است که اجازه، عقد جدیدی است و جدا از عقد فضولی می باشد (قمی، ۱۷۳) استدلال این گروه، آن است که ادله شرعی در مورد وجوب وفای به عقد، کسانی را مورد خطاب قرار می دهد که در زمان عقد، مالک باشند در حالی که عاقد فضولی، مالک نیست بلکه اجازه دهنده، مالک است پس عقد واقعی از سوی اجازه دهنده صورت می گیرد و آثار عقد نیز متوجه اوست و اجازه به منزله عقد می باشد. (شهیدی، ۱۲۲)

اما مشهور فقها این دیدگاه را قبول ندارند زیرا اولاً اجازه به منزله عقد نیست بلکه رضایت به عقد است و ثانیاً به فرض آن که مانند عقد باشد نیز ممکن است به صورت معاطاتی انجام شود و نیازی به لفظ ندارد. البته در مورد این که اجازه نیاز به انشاء دارد و صرف رضایت درونی کفایت نمی‌کند، تردید جدی وجود ندارد. (انصاری، ۴۲۲)

حال نتیجه‌ای که در مورد تفاوت عقد فضولی و انتقال مال غیر از مباحث فوق می‌توان به دست آورد، آن است که اگر اجازه مالک، عقد جدیدی باشد ارتباط مستحکمی میان عقد فضولی و اجازه وجود ندارد بلکه عقد فضولی، عقد باطل و بی‌اثری است و آنچه موجب انتقال مالکیت می‌باشد، اجازه مالک است. در این صورت اشکال تعارض حکم وضعی و حکم تکلیفی، مطرح نمی‌شود زیرا عقد فضولی، عقدی باطل می‌شود و انتقال مال غیر است و اجازه بعدی، آن عقد را تصحیح نمی‌کند بلکه عمل حقوقی جداگانه‌ای است. پس هر عقد فضولی، انتقال مال غیر می‌باشد و رابطه این دو عمل، رابطه تساوی است و اجازه بعدی نیز تأثیری در تبدیل بطلان به صحت ندارد. البته همان‌گونه که اشاره شد، این دیدگاه که از سوی برخی فقها مطرح شده است (فاضل مقداد، ۲۷) طرفدار زیادی ندارد و در نتیجه نمی‌توان از منظر حقوق جزا چنین نتیجه‌گیری کرد که انتقال مال غیر، همان عقد فضولی است و هر عقد فضولی، قابل تعقیب کیفری است.

اگر اجازه مالک، ملاک تمایز عقد فضولی و انتقال مال غیر باشد باید برای تشخیص این دو عنوان صبر کرد تا مالک تصمیم خویش برای رد یا اجازه را اتخاذ نماید و در صورت اجازه نیز باید دید اجازه، ناقل است یا کاشف می‌باشد.

یکی از مباحث مهم عقد فضولی که با مباحث فلسفی ارتباط نزدیکی داشته و فقها را در خصوص مشروعیت دادن به این عقد، دچار ابهام جدی ساخته است، نحوه تأثیر اجازه مالک می‌باشد زیرا اگر اجازه را ناقل بدانیم موجب تحقق شرط بعد از مشروط یا علت پس از معلول می‌شود و اگر اجازه را کاشف بدانیم به معنای عدم مالکیت مالک در زمان اجازه خواهد بود و از همین روی، نظریه‌های دیگری هم‌چون کشف حکمی و کشف انقلابی و کشف مقداری، مطرح شده است. این دیدگاه‌ها ممکن است تأثیر عقد در انتقال مالکیت را حل کند اما آیا در توجیه جرم‌انگاری این عمل نیز تأثیری دارد؟ برای پاسخ به این سوال دیدگاه‌های فقها در مورد کاشف یا ناقل بودن اجازه و ارتباط آن با وصف کیفری عقد فضولی را بررسی می‌کنیم. نظریه ناقل بودن اجازه؛ گروهی از فقها، اجازه را ناقل می‌دانند یعنی مالکیت از زمان اجازه،

انتقال می‌یابد پس در زمان عقد، مالکیت مبیع به مالک اصلی تعلق دارد. (اردبیلی، ۱۵۹) بر اساس این نظریه، فروشنده فضولی در زمان انتقال مال غیر، هیچ مالکیتی ندارد و حتی اجازه بعدی مالک نیز سبب مالکیت وی در زمان عقد نمی‌شود تا راهی برای توجیه عمل وی وجود داشته باشد. پس جرم بودن عقد فضولی با قواعد حقوق جزا، تعارضی ندارد زیرا ارکان جرم در زمان وقوع عقد فضولی، فراهم بوده و اجازه بعدی نیز تأثیری ندارد. البته فقها در مورد امکان یا عدم امکان ناقل بودن اجازه، بحث‌های مبسوطی را مطرح کرده‌اند که از حوصله این مقاله خارج است و فقط در حد اشاره متذکر می‌شویم که مخالفان ناقل بودن اجازه چنین گفته‌اند که اجازه زمانی محقق می‌شود که عقدی وجود ندارد یعنی موجب تأثیر امر معدوم می‌شود حال آن‌که تأثیر معدوم در موجود، امر محالی است. (نراقی، ۲۸۴)

نظریه کاشف بودن اجازه؛ مشهور فقها عقیده دارند که اجازه، کاشف است یعنی کاشف از انتقال مالکیت از زمان عقد می‌باشد به گونه‌ای که گویی اجازه، هم‌زمان با عقد وجود داشته است. این نظریه از دیدگاه فلسفی و حتی عرفی، نتایج نامعقولی را در پی دارد و بر همین اساس طرفداران آن، در چند دسته مقابل یکدیگر صف آرایی کرده‌اند. برخی از آن‌ها، کاشف بودن اجازه را به معنای حقیقی آن نمی‌دانند زیرا امکان ندارد اجازه موجب انتقال مالکیت از زمان عقد باشد. به عنوان مثال چنان‌چه «الف» اتومبیل متعلق به «ب» را روز شنبه به «ج» بفروشد و «ب» روز پنج‌شنبه این عقد را اجازه بدهد نوعی تناقض گویی به وجود می‌آید زیرا اگر اجازه، کاشف از انتقال اتومبیل در روز شنبه به «ج» باشد پس «ب» در روز پنج‌شنبه مالکیتی ندارد تا عقد روز شنبه را اجازه بدهد. بر همین اساس عده‌ای کشف استحصالی و گروهی کشف مقداری را مطرح نموده‌اند و گروهی دیگر که دیدگاهشان مورد پیروی قانون مدنی نیز قرار گرفته است، کشف حکمی را پذیرفته‌اند. بر اساس این نظریه، اجازه ناقل مالکیت عین است اما در برخی آثار مانند انتقال منافع، اجازه از زمان عقد تأثیر می‌کند و در حکم کشف است (ماده ۱۵۷ قانون مدنی).

حال ممکن است گفته شود اگر اجازه، ناقل باشد عقد فضولی همان انتقال مال غیر است اما اگر اجازه، کاشف حقیقی باشد و مالک، عقد را اجازه بدهد عقد فضولی محسوب می‌شود. اگر اجازه، کاشف حکمی باشد تردید وجود دارد و بر اساس ظاهر قانون مدنی، عقد فضولی همان انتقال مال غیر خواهد بود زیرا قانون‌گذار فقط اجازه را در برخی آثار، کاشف دانسته است پس در بقیه آثار، اصل بر ناقل بودن اجازه است یعنی عاقد فضولی، مال غیر را انتقال داده است.

نتیجه گیری

قانون مدنی و قانون مجازات، انتقال مال غیر در دو زمان نزدیک به یکدیگر به تصویب رسیده و دو عنوان مشابه مورد قانون گذاری قرار گرفته است که احکام آن‌ها در ظاهر، همسو با یکدیگر نیستند. عنوان «عقد فضولی» در قانون نخست مصوب ۱۳۰۷ به عنوان یک عمل حقوقی صحیح و مطابق با قاعده پیش‌بینی شده و عنوان «انتقال مال غیر» در قانون دوم مصوب ۱۳۰۸ به عنوان عملی ممنوع، مورد جرم‌انگاری قرار گرفته است. قانون جزا معمولاً ضمانت اجرای کیفری اعمال ممنوع در قوانین مدنی است یعنی در پاره‌ای موارد ضمانت اجرای بطلان یا پرداخت خسارت برای جلوگیری از عملی کفایت نمی‌کند پس مجازات هم در نظر گرفته می‌شود. اما عقد فضولی چنین نیست و قانون‌گذار بر خلاف هدف مزبور، ضمانت اجرای کیفری برای عملی در نظر گرفته است که از دیدگاه قانون مدنی، صحیح و معتبر می‌باشد. البته در قانون کیفری عبارتهایی هم چون «بدون مجوز قانونی» و «علم به اینکه مال غیر است» و «معاملات تقلبی» به کار رفته است در حالی که قانون مدنی فقط عبارت «معامله فضولی» و «معامله به مال غیر» را به کار برده است اما این عبارتها، دلالتی بر تمایز اساسی عقد فضولی و انتقال مال غیر ندارد. پس باید این عمل را توجیه نمود و مهم‌ترین اقدامی که در این زمینه به نظر می‌آید، بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر است و مقاله حاضر به بررسی همین موضوع پرداخته است. این کار دشواری‌های زیادی دارد زیرا فقها در مورد اساس مشروعیت عقد فضولی یا احکام آن، اختلاف نظرهای زیادی دارند و در نتیجه نمی‌توان ملاک واحد و ثابتی ارائه نمود که با تمامی دیدگاه‌ها سازگار باشد و قانون‌گذار نیز هیچ حکمی در خصوص تمایز این دو عنوان، بیان نکرده است. آنچه به عنوان ملاک تمایز بیان گردید بر مبنای دیدگاه‌های متفاوت فقهی است و اگر سخن فقیهانی پذیرفته شود که عقد فضولی را باطل می‌دانند مشکل پیش نمی‌آید زیرا انتقال مال غیر، چهره کیفری نهی قانون‌گذار است. اما مشکل از آنجا ناشی می‌شود که فقها و به تبع آن‌ها، قانون مدنی عقد فضولی را صحیح می‌دانند. نکته‌ای که ما را در نتیجه‌گیری یاری می‌دهد آن است که اکثر فقها، عقد فضولی را به صورت مطلق، صحیح نمی‌دانند بلکه شرایطی را پیش‌بینی کرده‌اند که فقدان آن‌ها موجب بطلان عقد فضولی می‌شود و در نتیجه می‌توان قاعده‌ای کلی بنا کرد و چنین گفت که به جز در موارد استثنایی هر گاه عقد فضولی فاقد شرایط صحت بوده و باطل شود از شمول عنوان «عقد فضولی» خارج شده و مشمول عنوان «انتقال مال غیر» قرار می‌گیرد. فرضیه‌هایی که برای تمایز

عقد فضولی و انتقال مال غیر وجود دارد مبتنی بر دیدگاه‌های متفاوت فقها در مورد عقد فضولی است و در نتیجه نمی‌توان فرضیه خاصی را انتخاب کرد. اما از منظر قانونی می‌توان گفت قانون‌گذار، این عمل را از نظر وضعی، صحیح دانسته و از نظر تکلیفی، جرم‌انگاری کرده است. شبیه این موضوع در مسأله «دلالت نهی بر فساد» نیز وجود دارد زیرا عملی که حرام است، صحیح دانسته می‌شود. با این وجود سایه تردیدها بر این موضوع هم‌چنان محسوس است و نیاز به اقدامات قانونی دارد.

با عنایت به آنچه گفته شد پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار بر اساس منابع شرعی و فتاوی معتبر، شرایط صحت و موارد بطلان عقد فضولی را در قانون مشخص نماید و آنگاه قاعده‌ای کلی در حقوق جزا تأسیس شود که عقد فضولی باطل به‌عنوان انتقال مال غیر، قابل تعقیب کیفری باشد.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر*، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن حمزه، *الوسیلة*، در سلسله الینابیع الفقهیة، مروارید، ج ۱۳، مؤسسة فقه الشیعة، ۱۴۱۰ق.
- اردبیلی، مولی احمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۸.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۳۶۳.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، گنج دانش، ۱۳۸۰.
- حائری شاه باغ، *شرح قانون مدنی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسایل الشیعة الی تحصیل احکام الشریعة*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۳م.
- خراسانی، محمد کاظم، *حاشیة المکاسب*، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- زراعت، عباس، *بطلان در آئین دادرسی کیفری*، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- _____، *حقوق جزای عمومی تطبیقی*، انتشارات فکر سازان، ۱۳۸۴.
- شهید اول، محمد بن مکی، *غایة المراد*، به نقل از حاشیة مکاسب، کمیته تحقیق آثار شیخ انصاری، مجمع الفکر الاسلامی، ج ۳، ۱۴۲۹ق.
- _____، *الدروس الشرعیة*، مؤسسه النشر اسلامی، بی تا.

- _____، *القواعد والفوائد*، ترجمه دکتر صانعی، دانشگاه مشهد، ۱۳۷۲.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، دارالهدی، بی تا.
- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایة الطالب الی اسرار المكاسب*، قم، دارالفقه للطباعة و النشر، ۱۳۸۶.
- شوشتری، *مقابس الانوار*، کتاب البیع به نقل از کمیته تحقیق آثار شیخ انصاری، مجمع فکر اسلامی، ج ۳، ۱۴۲۹ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.
- صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، الحلقة الاولى، مجمع الشهدید الصدر، ۱۴۰۸ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷
- _____، *النهاية*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۲.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- عدل مصطفی، *حقوق مدنی*، انتشارات امیر کبیر، چاپ هفتم، ۱۳۴۲.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، مکتبه المرتضویه، بی تا.
- فاضل مقداد، جمال الدین، *التفیح الرائع لمختصر الشرایع*، ۱۴۰۴ق.
- فخر المحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح القواعد*، قم، ۱۳۸۹ق.
- قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات*، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
- کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۰.
- _____، *قواعد عمومی قراردادها*، به نشر، ۱۳۶۶.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱.
- مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، *مجموعه نظریات فقهی در امور کیفری*، نشر قضا، ۱۳۸۲.
- معاونت آموزش قوه قضائیه، *رویه قضایی ایران*، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
- نجفی، موسی، *منیة الطالب فی حاشیة المكاسب*، تهران، مطبعة حیدریه، ۱۳۷۳ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة*، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۵ق.
- یزدی، محمد کاظم، *حاشیة علی المكاسب*، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۹۷-۱۲۲

باز کاوی ملاک تقسیم فقها به اخباریان و اصولیان*

دکتر موسی زرقی

دانش آموخته دکتری مبانی فقه و حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: moosazarghi@yahoo.com

دکتر حسین صابری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: saberi@um.ac.ir

چکیده

تقسیم فقها به اخباریان و اصولیان مهم ترین تقسیمی است که فقهای امامیه را دو گروه می کند. در کتب فقهی و اصولی نسبت دادن اخباری یا اصولی به یک فقیه زیاد به چشم می خورد، اما آنچه در این تقسیم بندی مهم است، ملاک تقسیم است. آن چه در نگاه ابتدایی به عنوان ملاک تقسیم رخ می نماید، اظهار نظر خود فقیه در مورد اخباری یا اصولی بودنش، و بعد اخباری یا اصولی بودن اساتید یا شاگردان یک فقیه، است. با بررسی اولیه، عدم کارایی این ملاکها آشکار می گردد. اما ملاک احتمالی دیگری که در این نوشته به نحو گسترده به آن پرداخته شده، تفاوت هایی است که بین اخباریان و اصولیان ذکر شده که بیش از صد فرق است. در صورت واقعی و مهم بودن این تفاوت ها می توان ملاک به دست آورد و تشخیص داد یک فقیه از فقهای کدام دسته است. اما با بررسی و دسته بندی این فرق ها فهمیده می شود که این فرق ها ملاک تقسیم فقها نیست و ملاک دقیقی هم برای این تقسیم وجود ندارد.

کلیدواژه ها: اخباری، اصولی، تفاوت های اخباریان و اصولیان، ملاک اخباری و اصولی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۱۰/۱۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۱/۱۲/۲۰.

مقدمه

بعد از قرن یازده با ظهور استرآبادی و شکل‌گیری گروهی به نام اخباریان یکی از مهم‌ترین تقسیماتی که فقهای امامیه را به دو قسم می‌کند تقسیم فقها به اخباری و اصولی یا مجتهد است. این نوع تقسیم‌بندی و نسبت دادن اخباری یا اصولی به یک فقیه در بسیاری از کتب فقهی و اصولی دیده می‌شود و حتی گاهی به عنوان نسبتی ناخرسند کننده به کار رفته است. باتوجه به این مطلب، بررسی این‌که اخباری یا اصولی بودن یک فقیه اصلاً به چه معناست و با چه ملاکی فقهای امامیه به دو گروه تقسیم شده‌اند، نکته مهمی است که بدان پرداخته نشده است. در دایرة المعارف‌ها و هم‌چنین کتب فقهی و اصولی تعریف دقیقی که بتوان از آن به عنوان ملاک تشخیص اخباری و اصولی استفاده کرد، دیده نمی‌شود. تعریفی که از اخباریان در کتب ارائه شده قریب به این مضمون است: فرقه‌ای از علمای شیعه که عمدتاً اخبار اهل بیت را مأخذ عقاید و احکام دانسته و دیگر مدارک را در صورتی که مورد تأیید احادیث باشد معتبر می‌دانند (تشیع، ۷/۲؛ قیصری، ۱۶۰/۷؛ بهشتی، ۳۱). در تعریف اصولی نیز بیان شده، اصولی کسی است که اهل این فن باشد و از قواعد اصول در استنباط احکام شرعی فرعی استفاده کند (عبد المنعم، ۲۰۸/۱). این تعریف و تعاریف مشابه با توجه به شرح الاسم بودن و دقیق نبودن، نمی‌تواند یک ملاک دقیق برای معرفی یک فقیه به عنوان اخباری یا اصولی ارائه دهد، زیرا هم اصولیان عمدتاً اخبار اهل بیت را مأخذ عقاید و احکام می‌دانند و هم اخباریان از قواعد اصولی در استنباط احکام استفاده می‌کنند^۱. نبود چنین ملاکی باعث شده است که برخی شخصیت‌ها مانند فاضل تونی را عده‌ای در زمره اخباریان بیاورند (تشیع، ۱۱/۲) و عده‌ای دیگر در زمره اصولیان (سبحانی، ۱۷۵/۱۱).

در یک بررسی نسبتاً مفصل حدود شخصیت تن از فقهای امامیه منسوب به گروه اخباریان شده‌اند که چند تن از مشهورترین آن‌ها عبارتند از: استرآبادی، فیض کاشانی، حر عاملی، محمد باقر مجلسی، شیخ حسین کرکی، رضی الدین قزوینی، سید نعمت‌الله جزائری، سلیمان بن عبدالله بحرانی، محمد طاهر قمی، ملا خلیل غازی قزوینی، عبد الله سماهیچی بحرانی، میرزا محمد اخباری و

۱. با توجه به این‌که هدف این نوشته معرفی ملاک اخباری بودن یا اصولی بودن است، قبل از شناخت این ملاک صحیح نیست فقیه‌ی را منسوب به اخباریان یا اصولیان بدانیم اما به جهت سهولت در نوشتار به منتسبان به اخباریان یا اصولیان مسامحتاً اخباری یا اصولی گفته می‌شود.

معرفی ملاک‌های احتمالی

ملاک‌هایی که ممکن است این فقها را در شمار گروه اخباریان وارد کرده باشد، عبارتند از:

أ- اظهار مسلک توسط فقیه

اگر فقیهی خود را اخباری بنامد جزء اخباریان است و اگر اصولی بنامد جزء اصولیان است. اشکالاتی بر این ملاک وارد است، اولاً این که اکثر فقها چنین تعریفی از خود ارائه نکرده‌اند، ثانیاً اگر هم ارائه کرده باشند خود این مطلب که ملاک صحت یا عدم صحت چنین تعریفی چیست جای بحث دارد، علاوه بر این مواردی وجود دارد که فقیهی به صراحت خود را جدا از طریقه اخباریان می‌داند اما وی را جزء اخباریان به شمار می‌آورند، مانند بحرانی، وی در مقدمه کتاب حدائق آورده است: «درابتداء از یاری دهندگان طریقه اخباری بودم» (۱۶۷/۱) و هم‌چنین در کتاب در بیان می‌کند: در ابتدا از پیروان این طریق بودم (۲۸۷/۳) که با توجه به مطالب بعدی وی، نشان‌دهنده این است که اکنون خود را جزء اخباریان نمی‌داند، اما برخی وی را از سران انتشار اندیشه اخباری بر شمرده‌اند (امین، ۶۴/۳). مثال دیگر نعمت الله جزائری است که از وی به عنوان اخباری در دایرة المعارف‌ها و کتب یاد شده است (قیصری، ۱۶۰/۷؛ امین، ۵۱/۳؛ حسینی، ۶۹۷/۱؛ بهشتی، ۱۵۲) ولی وی صراحتاً در کتاب منبع الحیة بیان می‌کند حق چیزی بین طریقه اخباریان و اصولیان است. (جزائری، ۸۳). لذا با این ملاک نمی‌توان مرزبندی دقیقی بین اخباریان و اصولیان ایجاد کرد.

ب- اساتید یا شاگردان یک فرد

ملاک دیگری که ممکن است به ذهن برسد این است که اساتید یا شاگردان یک فقیه اگر اخباری باشند خود او نیز اخباری خواهد بود و اگر اصولی باشند او نیز اصولی خواهد بود، کما این که این مطلب قرینه بر اخباری بودن برخی فقها به حساب آمده است (بهشتی، ۱۲۰). بر این ملاک نیز اشکالاتی وارد است، اولاً این که تشخیص اخباری یا اصولی بودن آن اساتید یا شاگردان، خود نیاز به ملاک دارد، ثانیاً موارد زیادی وجود دارد که استاد به عنوان اصولی مطرح است ولی شاگردش جزء اخباریان به حساب آمده است و برعکس، مانند استرآبادی که بنیان‌گذار مکتب اخباری‌گری است ولی شاگرد صاحب مدارک و صاحب معالم، که از اصولیان به نام هستند، بوده است (استرآبادی، ۵۹ و ۱۳) و مانند یوسف بحرانی که پدرش، استاد وی و از مجتهدان بوده (بهشتی، ۱۶۲) ولی خود وی را در شمار اخباریان می‌آورند.

ملاک‌های احتمالی دیگری نیز به ذهن می‌رسد مانند این که گفته شود اگر فقیهی علمای یک گروه را تحسین کرد جزء آن گروه است و اگر توهین کرد جزء گروه دیگر است و یا بیان این که جمع آوری کردن احادیث، ملاک اخباری بودن باشد؛ این گونه ملاک‌ها دارای اشکال و دارای مثال‌های نقض فراوان است و هیچ‌کدام ممیز دقیق اخباری و اصولی نیست.

ج- تفاوت‌های ذکر شده بین اخباریان و اصولیان

آنچه شاید بتوان به عنوان ملاک تشخیص اخباریان از اصولیان مورد استفاده قرار داد تفاوت‌هایی است که بین اخباریان و اصولیان ذکر شده است. این تفاوت‌ها از جانب اخباریان و اصولیان معرفی شده، البته تعداد این تفاوت‌ها، در کتب مختلف متفاوت است. به عنوان مثال شیخ حر عاملی ۲۳ فرق، جزائری ۱۱ فرق، سماهیجی ۴۰ فرق^۱، ماحوزی ۹ فرق^۲، زند ۲۲ فرق^۳، علی اخباری ۸ فرق^۴ و سید محمد دزفولی ۸۶ فرق^۵ بین اخباریان و اصولیان ذکر کرده‌اند. برای آشنایی با تفاوت‌های این که منتسبان به اخباریان و منتسبان به اصولیان بیان کرده‌اند مطالب اولین فرق‌گذار از هر گروه به طور جداگانه ذکر می‌گردد، اما پس از آن، تمام فرق‌ها به صورت پیوسته ذکر خواهد شد.

اولین اثر بیان کننده فرق‌های اخباریان و اصولیان

اولین اثری که بر تفاوت واقعی بین اخباریان و اصولیان پافشاری کرده و به بیان فرق‌های

۱. کتاب منیة الممارسین، اثر عبد الله بن جمعه سماهیجی بحرانی از سرشناسان منسوب به اخباریان است و نسخه چاپی ندارد. نسخه خطی این کتاب در کتابخانه مرعشی و مجلس موجود است که نسخه اخیر توسط نگارنده بررسی شده. در کتاب میراث اسلامی ایران، مبحث بررسی فرق‌های بین اخباری و اصولی از کتاب منیة الممارسین، چاپ شده است که با توجه به عدم تفاوت جدی نسخه خطی با این کتاب و دشواری‌های دسترسی به نسخ خطی، ارجاعات کتاب منیة الممارسین از کتاب میراث اسلامی ایران انجام خواهد شد.

۲. سلیمان ماحوزی بحرانی (م ۱۱۲۱ق)، از سران اندیشه اخباری است. (امین، ۶۴/۳) در نسخه خطی به نام مجموعه در کتابخانه مجلس شورای اسلامی قبل از ذکر فرق‌ها از کتاب منیة الممارسین به ذکر ۹ فرق بین اخباری و اصولی از زبان سلیمان بن عبدالله ماحوزی بحرانی پرداخته است.

۳. کتاب مسائل الشیرازیه اثر فتحعلی زند شاگرد میرزا محمد اخباری (آقا بزرگ، ۳۴۴/۱۶) است. این کتاب نسخه چاپی نداشته و در این مقاله از نسخه خطی این کتاب که در کتابخانه مجلس موجود است استفاده شده است.

۴. وی در کتاب سبکة اللجین فی الفرق بین الفریقین به بیان این فرق‌ها پرداخته است که جز فایل الکترونیک این کتاب در سایت آل عصفور نسخه خطی و چاپی دیگری از آن یافت نشد. با توجه به این که فایل فاقد شماره گذاری صفحه به صفحه است، فقط نام نویسنده در ارجاعات ذکر خواهد شد.

۵. وی در کتاب فاروق الحق که در حاشیه کتاب حق المبین نوشته شده به بیان این فرق‌ها پرداخته که با توجه به چاپ نشدن این کتاب، به نسخه خطی کتابخانه آستانه مقدسه قم مراجعه شده است.

دو گروه پرداخته الفوائد الطوسیه حر عاملی است.^۶ وی در این کتاب بیان می‌کند: کسانی که به اصولیان تعصب می‌ورزند، می‌گویند نزاع اخباری و اصولی، لفظی است و علت آن، جهل اخباریان به محل نزاع است ولی باید گفت اگر نزاع اخباری و اصولی لفظی است، پس انکار اخباریان توسط شما هیچ دلیلی ندارد؛ هم در این صورت انکار اخباریان منجر به انکار جمیع امامیه می‌شود و نیز تشنیع اخباریان نباید جایز باشد، حق این است که نزاع این دو گروه در موارد محدودی لفظی است نه در همه موارد (عاملی، ۴۴۷). وی سپس به ذکر موارد اختلاف معنوی دو گروه می‌پردازد که عبارتند از:^۷

۱. حکم اجتهاد: اصولیان قائل به جواز و حتی وجوب اجتهادند ولی اخباریان عمل به غیر نص را جایز نمی‌دانند (عاملی، ۴۴۷؛ جزائری، ۵۴؛ تشیع، ۹/۲؛ حسینی، ۶۲۲/۱) و برخی صراحتاً حکم به حرمت اجتهاد کرده‌اند (سماهیجی، ۳۷۵/۴). برخی در بیان فرق‌ها، وجوب تخیری، (سماهیجی، همان) وجوب کفایی (دزفولی، ۱۶) و وجوب عینی اجتهاد را به مجتهدان نسبت داده‌اند (قیصری، ۱۶۲/۷).

۲. حکم عمل به ظن مجتهد: اصولیان عمل به ظن مجتهد را جایز حتی واجب می‌دانند ولی اخباریان آن را جایز نمی‌دانند (عاملی، ۴۴۷؛ جزائری، ۴۲؛ سماهیجی، ۳۸۵/۴؛ تشیع، ۹/۲؛ حسینی، ۶۲۲/۱).

۳. حجیت خبر واحد خالی از قرینه: اصولیان قائل به حجیت خبر واحد بدون قرینه‌اند ولی اخباریان آن را حجیت نمی‌دانند (عاملی، ۴۴۷؛ زند، ۲۵).

۴. حکم ترجیح به مرجحات غیر منصوصه: اصولیان قائل به جواز ترجیح به مرجحات غیر منصوصه‌اند ولی اخباریان آن را جایز نمی‌دانند (عاملی، ۴۴۷؛ ماحوزی، ۳۷۵؛ سماهیجی، ۳۸۷/۴؛ زند، ۲۵؛ دزفولی، ۶؛ تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۳/۱).

۵. حجیت خبر ظنی السند: اصولیان قائل به حجیت خبر ظنی السند هستند ولی اخباریان آن را حجیت نمی‌دانند. (عاملی، ۴۴۷؛ جزائری، ۶۴؛ زند، ۲۵).

۶. حجیت خبر ظنی الدلاله: اصولیان قائل به حجیت خبر ظنی الدلاله‌اند ولی اخباریان آن

۶. قبل از وی استرآبادی (م ۱۰۳۶ق) در فوائد نظر اصولیان را آورده و رد کرده ولی تحت عنوان فرق اخباری و اصولی مطلبی ذکر نکرده است.

۷. فرق‌هایی که از جانب حر عاملی ذکر شده از جانب برخی از فقهای بعد از ایشان به زبان‌های مختلف بیان شده است لذا برای جلوگیری از تکرار مطلب پس از ذکر هر فرق به سایر کتبی که آن فرق را ذکر کرده‌اند نیز، مطلب ارجاع داده خواهد شد.

را حجت نمی‌دانند. (عاملی، ۴۴۷؛ دزفولی، ۱۱؛ زند، ۲۵) سماهیجی عمل به احادیث و آیات محتمل الوجوه را به اصولیان نسبت داده است (سماهیجی، ۳۸۸/۴) و برخی عمل به همه الفاظ مظنون الدلاله از کتاب و سنت مانند عمومات و اطلاقات را به اصولیان نسبت داده‌اند. (تشیع، ۱۰؛ حسینی، ۶۲۳/۱).

۷. حجیت اصل: اصولیان قائل به حجیت اصل هستند ولی اخباریان آن را حجت نمی‌دانند (عاملی، ۴۴۷؛ زند، ۲۵). برخی فرق اخباری و اصولی در این زمینه را افراط اصولیان در عمل به اصل و افراط اخباریون در عدم عمل به اصل معرفی کرده‌اند. (دزفولی، ۴۰)

۸. حجیت استصحاب: اصولیان قائل به حجیت استصحاب‌اند ولی اخباریان آن را حجت نمی‌دانند (عاملی، ۴۴۷؛ جزائری، ۴۴؛ زند، ۲۵؛ علی اخباری). برخی در این مورد اخباریان را قائل به حجیت استصحاب در جایی که نصی بر آن باشد معرفی کرده‌اند. (سماهیجی، ۳۹۷/۴؛ تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۵/۱) و برخی دیگر گفته‌اند: اصولیان استصحاب را در احکام شرعی جایز می‌دانند ولی اخباریان استصحاب را مخصوص احوال و افعال انسان می‌دانند (دزفولی، ۵۹).

۹. حجیت مفهوم شرط: اصولیان قائل به حجیت مفهوم شرط‌اند ولی اخباریان آن را حجت نمی‌دانند (عاملی، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۳؛ زند، ۲۶).

۱۰. حجیت مفهوم صفت: اصولیان قائل به حجیت مفهوم صفت‌اند ولی اخباریان آن را حجت نمی‌دانند. (عاملی، ۴۴۸؛ زند، ۲۶).

۱۱. حجیت مفهوم غایت: اصولیان قائل به حجیت مفهوم غایت‌اند ولی اخباریان آن را حجت نمی‌دانند. (عاملی، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۳؛ زند، ۲۶).

۱۲. حجیت سایر مفاهیم: جماعتی از اصولیان قائل به حجیت برخی دیگر از مفاهیم‌اند ولی اخباریان آن مفاهیم را حجت نمی‌دانند. (عاملی، ۴۴۸؛ زند، ۲۶).

۱۳. حجیت قیاس اولویت: اصولیان قائل به حجیت قیاس اولویت‌اند ولی اخباریان آن را حجت نمی‌دانند. (عاملی، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۵؛ زند، ۲۶؛ دزفولی، ۲۳؛ قیصری، ۱۶۲/۷).

۱۴. حجیت قیاس منصوص العله: اصولیان قائل به حجیت قیاس منصوص العله‌اند ولی اخباریان آن را حجت نمی‌دانند. (عاملی، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۵؛ زند، ۲۶؛ دزفولی، ۲۵؛ قیصری، ۱۶۲/۷).

۱۵. حجیت اجماع: اصولیان قائل به حجیت اجماع‌اند ولی اخباریان آن را حجت نمی‌دانند.

(عاملی، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۳؛ ماحوزی، ۳۷۵؛ سماهیجی، ۳۹۶/۴؛ زند، ۲۶).

۱۶. حجیت ظواهر آیات قرآن که روایتی مربوط به آن نباشد: اصولیان قائل به حجیت ظواهر قرآن هستند اگرچه روایتی مربوط به آن ظاهر در دست نباشد، ولی اخباریان اینگونه آیات را حجت نمی‌دانند. (عاملی، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۳؛ سماهیجی، ۳۸۹/۴؛ زند، ۲۶؛ قیصری، ۱۶۲/۷؛ تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۴/۱). برخی در مورد این فرق آورده‌اند که، اخباریان معتقدند کل قرآن متشابه است ولی اصولیان قائل به جواز اخذ احکام از قرآن‌اند و بسیاری از روایات معارض با قرآن را کنار می‌گذارند. (همان، ۴۸).

۱۷. حجیت سایر مدارک ظنی: اصولیان قائل به حجیت سایر مدارک ظنی‌اند ولی اخباریان ظنون را حجت نمی‌دانند (عاملی، ۴۴۸؛ زند، ۲۶).^۸

۱۸. حجیت علم مکلف غیر مجتهد: اخباریان معتقدند اگر مکلفی که به درجه اجتهاد نرسیده علم به حکمی از احکام شریعت پیدا کرد جایز است به علم خود عمل کند ولی اصولیان این را جایز نمی‌دانند، بلکه معتقدند مکلف در این حالت باید به ظن مجتهد عمل کند (عاملی، ۴۴۸؛ زند، ۲۶).

۱۹. ارزش احادیثی که به مکلف غیر مجتهد رسیده در مقابل فتوای مجتهد: در مورد کسی که به درجه اجتهاد نرسیده است اگر هزار حدیث صحیح و صریح در مورد مسأله‌ای به او برسد و درمقابل، فتوای ظنی یا مطابق با اصل مجتهدی برخلاف آن هزار حدیث باشد و به گوش او برسد اصولیان معتقدند این فرد باید به فتوای آن مجتهد عمل کند و با آن احادیث مخالفت کند ولی اخباریان عمل به احادیث و مخالفت با ظن مجتهد را واجب می‌دانند (عاملی، ۴۴۸؛ زند، ۲۶).

۲۰. حجیت ظن در صورت فقدان نص: اصولیان در صورتی که در مورد خاصی هیچ حدیثی به ایشان نرسیده باشد به ظن خود عمل می‌کنند هر چند مخالف احتیاط باشد، ولی اخباریان تحصیل حدیث را واجب می‌دانند و در صورت فقدان حدیث، به استناد احادیث متواتر در این مورد احتیاط می‌کنند (عاملی، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۲؛ زند، ۲۷).

۲۱. حجیت فتوای مجتهد پس از فوت: اگر مجتهدی بر طبق ظن خود فتوا بدهد و این فتوا با هزار حدیث موافق باشد، در صورت فوت این مجتهد، اصولیان برای مقلد، عمل به آن ظن و

۸. حر عاملی برای سایر ظنون، دوپست قاعده‌ای را که شهید ثانی در تمهید القواعد آورده است مثال می‌زند، به عقیده وی نه تنها اکثر این قواعد از کتاب و سنت برداشت نشده بلکه مخالف کتاب و سنت‌اند.

آن هزار حدیث را جایز نمی‌دانند، بلکه معتقدند مقلد باید به ظن مجتهد زنده دیگری رجوع کند اگرچه مخالف آن هزار حدیث باشد، ولی اخباریان عمل به آن احادیث را در صورتی که مفید علم باشد، ولو به انضمام قرائن، واجب می‌دانند و در صورتی که مفید علم نباشد، معتقدند باید احتیاط کرد (عاملی، ۴۴۸؛ سماهیجی، ۳۹۸/۴؛ دزفولی، ۱۲؛ زند، ۲۷؛ حسینی، ۶۲۴/۱؛ تشیع، ۱۰/۲).

۲۲. حجیت علم کسی که مقدمات اجتهاد را به طور کامل فرا نگرفته است: اگر شخصی عالم به تمام احادیث باشد و تمام مقدمات معتبر در اجتهاد، به جز یک مقدمه یا مساله، را فراگرفته باشد، اصولیان عمل به علم یا عمل به آن احادیث را جایز نمی‌دانند اگرچه آن احادیث صحیح و صریح و حتی متواتر باشند، بلکه معتقدند چنین فردی باید به مجتهد رجوع کند اگر چه فاصله آن مجتهد یک سال یا حتی ده سال باشد، و باید به ظن مجتهد عمل کند اگر چه مخالف آن احادیث و مخالف احتیاط باشد، ولی اخباریان عمل به احادیث مفید علم را واجب می‌دانند (عاملی، ۴۴۹؛ سماهیجی، ۳۸۸/۴؛ زند، ۲۷).

۲۳. ارزش علم و یقین حاصل از احادیث برای مقلد در برابر ظن مجتهد اگر چه جاهل به احادیث باشد: مجتهدان ترک علم و یقین مقلدی که حاصل از احادیث باشد و رجوع این مقلد به ظن مجتهد اگر چه جاهل به احادیث باشد را واجب می‌دانند، ولی اخباریان ترک علم و عمل به ظن را جایز نمی‌دانند (عاملی، ۴۴۹؛ زند، ۲۷).

این ۲۳ مورد فرقه‌هایی است که حر عاملی ذکر کرده و در پایان بیان می‌کند: امثال این وجوه بسیارند و این فرقه‌ها مبتنی بر نظر اکثریت در هر یک از دو گروه اخباری و اصولی است (همان، ۴۴۹).

اولین اثر اصولی بیان‌کننده فرقه‌ها

پس از حر عاملی اخباریان دیگری به بررسی وجوه فرق بین اخباری و اصولی پرداخته‌اند که برخی از وجوه در ارجاعات مطالب گذشته ذکر شد. اما اولین فقیهی که منتسب به اصولیان است و در ضمن ارائه مباحث اصولی به وجوه فرق بین اخباریان و اصولیان پرداخته، کاشف الغطا است.^۹ خلاصه فرقه‌هایی که وی ذکر می‌کند عبارتند از:

۹. برای آشنایی با فرقه‌هایی که اصولیان در این مورد ذکر کرده‌اند مطالب کاشف الغطا به صورت جداگانه ذکر شده است. وی در کتاب حق‌المبین به طور مفصل به ارائه دلیل بر اثبات ادعای اصولیان می‌پردازد. بیان فرقه‌ها توسط وی به صورت شماره‌گذاری شده و منسجم نیست که به جهت سهولت کار در این نوشته خلاصه و منسجم ارائه می‌گردد.

۱. حجیت عقل: مجتهدان معتقدند عقل، حسن و قبح اعمال را درک می‌کند؛ فعل حسن را مستحق مدح، و فعل قبیح را مستحق ذم می‌داند، بنابراین عقل در اصول و فروع حجت است (کاشف الغطاء، ۵). ولی اخباریان با وجود پذیرش ادراک عقل از حسن و قبح، حجیت حکم مستقل عقل در مورد حکم شرعی را منکرند (دزفولی، ۴؛ قیصری، ۱۶۲/۷) و تنها الفاظ کتاب و سنت را حجت می‌دانند (کاشف الغطاء، ۷).
۲. حجیت اصل اباحه^{۱۰}: مجتهدان در اموری که حرمتشان مشکوک است به استناد اصل اباحه قائل به اباحه‌اند ولی اخباریان به استناد اصل حرمت، اعتقاد به حرمت موضوع مشکوک دارند (کاشف الغطاء، ۹ و ۱۰؛ ماحوزی، ۳۷۵؛ سماهیجی، ۳۹۶/۴؛ دزفولی، ۶).
۳. حجیت اصل براءت: اصولیان در مواردی که حکم مشکوک است به استناد اصل براءت، حکم به عدم تکلیف می‌کنند. ولی انکار این مطلب به محمد امین استرآبادی نسبت داده شده است (کاشف الغطاء، ۱۰؛ علی اخباری). برخی در این مورد نظر اخباریان را فقط عدم حجیت اصل براءت در مورد شبهه حکمیة تحریمیة معرفی کرده‌اند (جزائری، ۵۴؛ ماحوزی، ۳۷۴؛ سماهیجی، ۳۹۴/۴؛ دزفولی، ۵؛ قیصری، ۱۶۲/۷).
۴. حجیت اصل عدم: مجتهدان اصل عدم را حجت می‌دانند، ولی اخباریان منکر حجیت آن هستند (کاشف الغطاء، ۱۰).
۵. حجیت اصل استصحاب: همه مجتهدان غیر از افراد محدودی اصل استصحاب را حجت می‌دانند برخلاف اخباریان که این اصل را حجت نمی‌دانند (کاشف الغطاء، ۱۰).
۶. حجیت ظاهر آیات قرآن: اخباریان ظاهر آیات قرآن بدون تفسیر معصومان را حجت نمی‌دانند. حر عاملی این مورد را در فرق شانزدهم الفوائد الطوسیة ذکر کرده است، ولی شیخ جعفر کاشف الغطاء از این فراتر رفته و بیان می‌کند برخی اخباریان الفاضلی مانند الله، رحمن، ابلیس و... را نیز از مجملات و متشابهات می‌دانند و تنها روایات ائمه را مفسر قرآن می‌دانند نه روایات نبوی را (کاشف الغطاء، ۱۲). در مقابل، اصولیان معتقدند ظواهر کتاب بدون تفسیر ائمه نیز حجت است (کاشف الغطاء، ۱۹).
۷. حجیت اخبار نبوی: اخباریان معتقدند احادیث پیامبر مانند قرآن دارای مجمل و متشابه و ناسخ و منسوخ است و بدون تفسیر ائمه حجت نیستند، ولی اصولیان فرقی بین احادیث

۱۰. کاشف الغطاء حجیت اصل اباحه، اصل عدم و استصحاب را در ضمن دلیل عقل ذکر می‌کند و مدعی است این چهار اصل در نگاه اخباریان از مهم‌ترین اقسام دلیل عقل هستند (کاشف الغطاء، ۹). با توجه به هدف تحقیق حاضر به ذکر جداگانه هر کدام و اختلاف اخباریان و اصولیان در این مورد پرداخته شده.

پیامبر و ائمه قائل نیستند (کاشف الغطاء، ۲۱).

۸. علمی الصدور بودن روایات بیان‌گر احکام: اخباریان تمام اخباری که پشتوانه احکام هستند را علمی الصدور می‌دانند، ولی اصولیان این اخبار را به دو قسم ظنی الصدور و علمی الصدور تقسیم می‌کنند (کاشف الغطاء، ۲۲).

۹. حجیت اجماع: اصولیان اجماع را حجت می‌دانند ولی اخباریان حجت نمی‌دانند و حتی برخی اخباریان وقوع آن و برخی علم به آن را غیر ممکن می‌دانند (کاشف الغطاء، ۴۳-۵۱؛ دزفولی، ۶). برخی در مورد تفاوت نظر اخباریان و اصولیان در حجیت اجماع گفته‌اند: اصولیان اجماع بدون سند را حجت می‌دانند، اما اخباریان اجماع با سند را حجت می‌دانند (علی اخباری).

۱۰. حجیت قیاس منصوص العله، قیاس اولویت و تنقیح مناط: اصولیان این موارد را حجت می‌دانند ولی اخباریان و برخی اصولیان حجت نمی‌دانند (کاشف الغطاء، ۵۲). در مورد قیاس منصوص العله و قیاس اولویت فرقی بین مطالب این کتاب و مطالب الفوائد الطوسیه که گذشت وجود ندارد، اما در مورد تنقیح مناط، افراد دیگری نیز این نسبت را به اخباریان داده‌اند (دزفولی، ۲۸؛ قیصری، ۱۶۲/۷؛ تشیع، ۱۱/۲؛ حسینی، ۶۲۲/۱).

۱۱. مبحث اجتهاد و تقلید: اصولیان رجوع عوام به مجتهد را برای اخذ احکام شرعی جایز می‌دانند ولی اخباریان مرجع عالم و عامی را معصومان(ع) می‌دانند (کاشف الغطاء، ۵۴).

۱۲. نقص قرآن: اخباریان قائل به نقص قرآن هستند ولی اصولیان قرآن را کامل و مصون از تحریف می‌دانند (کاشف الغطاء، ۵۶).

۱۳. اعتبار علم اصول: اصولیان علم اصول را از مقدمات اجتهاد می‌دانند ولی اخباریان علم اصول را انکار کرده و بر اصولیان به دلیل تمسک به علم اصول طعن وارد کرده‌اند و آنان را بدعت‌گذار خوانده‌اند (کاشف الغطاء، ۸۵).

۱۴. حجیت روایات: اخباریان تمام روایات حتی روایات کتب محجوره را قابل اعتماد می‌دانند (کاشف الغطاء، ۷۶)، در حالی که اصولیان با بررسی رجالی احادیث، احادیث را به چهار قسم، تقسیم می‌کنند. در برخی از کتبی که به این فرق اشاره شده، آمده است: اخباریان، همه روایات کتب اربعه را متواتر و نص در احکام می‌دانند (جزائری، ۴۲). برخی قول به صحت تمام روایات کتب اربعه را به اخباریان نسبت داده‌اند (قیصری، ۱۶۲/۷؛ تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۵) و برخی از حکم صحت، روایاتی را که تصریح بر ضعف یا تواتر یا استفاضه‌اش

شده است را استثناء کرده‌اند (ماحوزی، ۳۷۵؛ سماهیجی، ۳۹۷). برخی این فرق را به تعبیر دیگری بیان کرده‌اند: اخباریان یکی از این دو کار را واجب می‌دانند، یا تحصیل اصول اربعمأة و یا حسن ظن و حتی یقین به محمدون ثلاث، ولی اصولیان هیچ‌یک از این دو را واجب نمی‌دانند (دزفولی، ۷۵).

پس از ذکر تفاوت‌های اخباریان و اصولیان از اولین کتبی که علمای هر یک از دو گروه در آن به طرح این مبحث پرداخته‌اند^{۱۱}، به ذکر سایر تفاوت‌های ادعایی در دیگر کتب پرداخته خواهد شد.

فرق‌های ذکر شده در سایر آثار

بسیاری از تفاوت‌های ذکر شده در این کتب، همسان و یا شبیه به هم هستند، لذا همان‌طور که بیان شد به جهت جلوگیری از اطناب و تکرار مطالب، در ادامه این نوشته، فرق‌ها به صورت پیوسته و از چند منبع ذکر می‌گردد.

۱. برخی از اخباریان مانند استرآبادی تأخیر بیان از وقت حاجت را جایز می‌دانند ولی مجتهدان بر ممنوع بودن آن اتفاق نظر دارند. (دزفولی، ۴؛ ماحوزی، ۳۷۴؛ سماهیجی، ۳۹۶؛ تشیع، ۱۰/۲، حسینی، ۶۲۵/۱)

۲. اخباریان به تصحیح خبر توسط غیر عمل می‌کنند ولی اصولیان عمل نمی‌کنند و این را نوعی تقلید می‌دانند. (دزفولی، ۶)

۳. اصولیان احادیث را به چهار نوع صحیح، حسن، موثق و ضعیف تقسیم می‌کنند، ولی اخباریان احادیث را به دو نوع صحیح و ضعیف تقسیم می‌کنند (دزفولی، ۶؛ ماحوزی، ۳۷۵؛ سماهیجی، ۳۸۵/۴؛ قیصری، ۱۶۲/۷؛ تشیع، ۹/۲، حسینی، ۶۲۳/۱).

۴. مجتهد به ظن عمل می‌کند ولی اخباری جز به علم عمل نمی‌کند (دزفولی، ۶؛ سماهیجی، ۳۸۵؛ قیصری، ۱۶۲/۷) برخی علت عمل به ظن مجتهدان را منسد بودن باب علم

۱۱. در کتاب حق‌المبین به بیان نظریات فقهی و اصولی اخباریان و اصولیان پرداخته شده است ولی با بررسی انجام شده آنچه به عنوان فرق اخباری و اصولی در زمینه اصول مطرح شده و می‌توان به عنوان ملاک تشخیص اخباری از اصولی به آن نگریست همین موارد است. در این کتاب چندین صفحه به ذکر برخی از آراء علما منتسب به اخباریان، تحت عنوان احکام غریبه و أقوال منکره عجیبه پرداخته شده است، از جمله: تحریم جمع بین دو زوجه فاطمی، وجوب ذکر هنگام طلوع و غروب، طهارت خمر، مستحق خمس بودن اولاد دختران هاشمی، وجوب غسل جمعه و باتوجه به این‌که این موارد مربوط به آراء فقهی است و نمی‌توان با یک اختلاف نظر فقهی به ملاک تشخیص اخباری از اصولی رسید، علاوه بر این‌که اختلافات فقهی خود ناشی از اختلافات اصولی است، لذا از ذکر اختلاف نظرهای فقهی در این نوشته خودداری شده است.

نزد ایشان معرفی کرده‌اند (علی اخباری).

۵. اصولیان معتقدند مخالفت معلوم النسب در اجماع خللی وارد نمی‌کند، ولی اخباریان به این قاعده اعتبار نمی‌نهند (دزفولی، ۷؛ سماهیجی، ۳۹۶/۴).

۶. مجتهدان طلب علم در زمان حضور معصومان را از طریق اخذ از معصوم و در در زمان غیبت از طریق اجتهاد می‌دانند، ولی اخباریان فرقی بین این دو زمان نمی‌گذارند، بلکه حلال محمد را تا روز قیامت حلال و حرامش را حرام می‌دانند (دزفولی، ۸؛ سماهیجی، ۳۸۶).

۷. اصولیان مردم را به دو صنف مجتهد و مقلد تقسیم می‌کنند ولی اخباریان همه مردم را مقلد معصومان می‌دانند. (دزفولی، ۹؛ سماهیجی، ۳۸۶/۴؛ قیصری، ۱۶۲/۷؛ تشیع، ۹/۲؛ حسینی، ۶۲۳/۱).

۸. مجتهدان به غیر مجتهد اجازه تولی امور حسبه را نمی‌دهند (دزفولی، ۹) برخی به این نسبت صدور فتوا (تشیع، ۹/۲؛ حسینی، ۶۲۳/۱) و برخی دیگر تولی قضاوت را نیز افزوده‌اند (سماهیجی، ۳۸۶/۴)، ولی اخباریان به هرکسی که راوی حدیث و مطلع از احکام باشد چنین اجازه‌ای می‌دهند.

۹. اصولیان، مجتهد را به دو نوع مطلق و متجزی تقسیم می‌کنند، ولی اخباریان غیر از معصوم همه را متجزی می‌دانند (دزفولی، ۱۰؛ سماهیجی، ۳۸۶/۴؛ تشیع، ۹/۲؛ حسینی، ۶۲۳/۱).

۱۰. به نظر مجتهدان شرط رسیدن به مقام فتوا دانستن علوم کلام، اصول، نحو، صرف، لغت عرب، منطق و منابع اربعه فقه است و برخی این مقدمات را تا پانزده علم برشمرده‌اند، ولی اخباریان فقط شناخت کلام عرب که شامل قسمتی از صرف و نحو است و شناختن اصطلاحات معصومان در جایی که فهم کلامشان متوقف بر آن است را شرط مقام فتوا می‌دانند. (دزفولی، ۱۰؛ سماهیجی، ۳۸۷/۴؛ تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۳/۱).

۱۱. مجتهدان در فتوا قدرت بر تفریع از اصل را شرط می‌دانند و کسی که فاقد این توانایی باشد را واجب التقلید می‌دانند اگر چه به معنای حدیث قطع پیدا کند. ولی اخباریان فهم معنای حدیث را شرط می‌دانند از هر شخصی که باشد (دزفولی، ۱۱).

۱۲. مجتهدان با استناد به حدیث ضعیف (تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۴/۱) و حتی با استناد به فتوای مجتهد دیگری که دلیلی بر فتوایش نیست حکم به استحباب یا کراهت می‌کنند، ولی اخباریان فرقی بین احکام خمسه قائل نیستند (دزفولی، ۱۲).

۱۳. مجتهدان منابع فقه را چهار منبع می‌دانند، کتاب، سنت، اجماع و عقل، ولی اخباریان

فقط کتاب و سنت را منبع فقه می‌دانند و برخی فقط سنت را (دزفولی، ۱۳؛ سماهیجی، ۳۸۴/۴؛ علی اخباری؛ قیصری، ۱۶۲/۷؛ تشیع، ۹/۲؛ حسینی، ۶۲۲/۱).

۱۴. مجتهدان قائل به جواز اجتهاد هنگام تعذر قول معصوم هستند ولی اخباریان رجوع به معصوم را در هر حالی واجب می‌دانند. (دزفولی، ۱۳؛ سماهیجی، ۳۸۹/۴).

۱۵. مجتهدان معتقدند اگر فتوای مجتهد مطابق با واقع باشد دو اجر دارد ولی اگر مطابق با واقع نباشد یک اجر دارد، ولی اخباریان معتقدند مجتهد در هر حالت گناهکار است، اگر به واقع برسد، بدون علم مطلبی را به خداوند نسبت داده است و اگر به واقع نرسد به خداوند دروغ بسته است (دزفولی، ۱۴؛ کرکی، ۶؛ منیه، ۳۹۰/۴؛ علی اخباری؛ تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۴/۱).

۱۶. مجتهدان اخذ احکام فقهی از قواعد اصولی را صحیح می‌دانند، ولی اخباریان در اصول و فروع رجوع به احادیث را واجب می‌دانند (دزفولی، ۱۵). برخی از اخباریان معتقدند قواعد اصولی پایه‌گذاری شده توسط علما اهل سنت است. (سماهیجی، ۳۹۱/۴)

۱۷. مجتهدان معتقدند اخذ عقاید از قرآن و خبر واحد جایز نیست، (دزفولی، ۱۶؛ سماهیجی، ۳۹۲/۴) ولی اخذ احکام از کتاب و سنت جایز است ولی اخباریان عکس این عقیده را دارند (تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۴/۱).

۱۸. مجتهدان اختلاف نظر در مسائل شرعی را جایز می‌دانند و همدیگر را تفسیق نمی‌کنند زیرا مناظرات اجتهاد نزدشان ظن است و احتمال صحت قول دیگری و خطای خود مجتهد وجود دارد، ولی اخباریان اختلاف نظر را جایز نمی‌دانند و کسانی که بر خلاف حق سخنی بگویند را تفسیق می‌کنند (فاروق، ۱۶؛ سماهیجی، ۳۹۲/۴).

۱۹. مجتهدان معتقدند علمای شیعه در زمان غیبت همه جزء مجتهدانند، از کلینی تا شهید ثانی ولی اخباریان کلینی و صدوق و ... را از اخباریان می‌دانند.

۲۰. مجتهدان ثقه را کسی می‌دانند که امامی، عدل و ضابط باشد اما اخباریان به کسی ثقه می‌گویند که در نقل حدیث مورد اعتماد، و مامون از کذب باشد و امامی بودن و عدالتش شرط نیست (دزفولی، ۱۸؛ سماهیجی، ۳۹۴/۴؛ تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۴/۱).

۲۱. مجتهدان اطاعت از فقیه را مانند اطاعت از امام واجب می‌دانند، ولی اخباریان فقط اطاعت از امام را واجب می‌دانند و اطاعت از فقیه را تنها در صورتی که آخذ از امام باشد جایز می‌دانند (دزفولی، ۱۸؛ سماهیجی، ۳۹۴/۴).

۲۲. مجتهدان در حالت تعارض دو خبر، ترجیح به برائت اصلیه را جایز می‌دانند، ولی اخباریان جایز نمی‌دانند (دزفولی، ۲۱؛ ماحوزی، ۳۷۵؛ سماهیجی، ۳۹۶/۴؛ قیصری، ۱۶۲/۷).
۲۳. مجتهدان در معنای فقه گفته‌اند: علم به احکام شرعی فرعی که از طریق استدلال به دست می‌آیند. با این تعریف ضروریات دین مانند نماز و روزه و حج و ... که نیاز به اثبات ندارند از حیطة فقه خارج می‌شوند، ولی اخباریان همه احکام را نیازمند اثبات می‌دانند (دزفولی، ۲۱؛ جزائری، ۴۱).
۲۴. مجتهدان خبر واحد مخالف قاعده کلی را رد و یا بدون دلیل تاویل می‌کنند ولی اخباریان به آن عمل می‌کنند.
۲۵. اخباریان به ظاهر هر حدیثی که به آن‌ها برسد عمل می‌کنند و اگر حدیث دیگری قرینه باشد برای آن حدیث، با آن معامله تعارض می‌کنند، ولی اصولیان چنین نمی‌کنند (دزفولی، ۲۵).
۲۶. مجتهدان حکم مطلق را بر حکم مقید حمل می‌کنند خواه در حکم وجوبی باشد یا غیر وجوبی (دزفولی، ۲۶) اما در مندوبات بر طبق مطلق و مقید عمل می‌کنند (همان، ۲۷) ولی برخی از اخباریان فرقی بین واجب و مستحب قائل نیستند و مطلق را بر مقید حمل نمی‌کنند (همان، ۲۸).
۲۷. مجتهدان قواعد مسلمی در فقه دارند، مانند قاعده انفساخ در تلف مبیع قبل از قبض، که برخی از این قواعد هیچ نصی در موردشان نیست و مجتهدان حکم این موارد را به سایر موارد سرایت می‌دهند، ولی اخباریان این شیوه را استقراء ناقص و مردود دانسته‌اند (همان).
۲۸. اخباریان در هنگام تعارض عقل و نقل، نقل را مقدم می‌کنند، ولی اصولیان در این حالت عقل را مقدم می‌کنند (دزفولی، ۲۹).
۲۹. اخباریان شهرت را جابر ضعف سند نمی‌دانند، ولی اصولیان شهرت را دارای چنین اعتباری می‌دانند (همان، ۳۰).
۳۰. تعبد به الفاظ حدیث نزد اخباریان واجب است، ولی اصولیان چنین تعبدی را واجب نمی‌دانند (همان).
۳۱. اخباریان طرح و تساقط اخبار را نفی می‌کنند، ولی اصولیان طرح و تساقط را به صورت موجهه جزئیة قبول می‌کنند (همان).
۳۲. مجتهدان انصراف از ظاهر را معتبر می‌دانند ولی اخباریان به اطلاق لفظ در هر شرایطی

عمل می‌کنند و انصراف را معتبر نمی‌دانند (همان).

۳۳. مجتهدان در مواردی که حکمی مخالف با اصول است به قدر متیقن از آن حکم عمل می‌کنند، ولی اخباریان اخذ به قدر متیقن را دلیل یا اماره نمی‌دانند (همان، ۳۱).

۳۴. اخباریان اصول لفظیه و شکی که باعث نیاز به این اصول است را رد می‌کنند و دلالت الفاظ را قطعی می‌دانند ولی مجتهدان به اصول لفظیه اعتبار می‌نهند (همان).

۳۵. مجتهدان، عامی که با اصول و قواعد کلی موافق باشد را بر خاصی که معارض با این اصول و قواعد باشد مقدم می‌دانند ولی اخباریان در این شرایط به خاص عمل می‌کنند (همان، ۳۲).

۳۶. اخباریان در حالت تعارض، مرجحات سندی را مقدم می‌دارند ولی مجتهدان علاج عرفی را مقدم بر مرجحات سندی می‌دانند (همان؛ تشیع، ۱۱/۲؛ حسینی، ۶۲۶/۱).

۳۷. اخباریان با کمترین اماره ظنی‌ای مدعی صحت حدیث می‌شوند، ولی اصولیان با بررسی سندی حکم به صحت یا عدم صحت خبر می‌کنند (دزفولی، ۳۳).

۳۸. اخباریان تفکر در دلالت حدیث را نوعی تاویل به حساب می‌آورند، ولی مجتهدان تفکر در دلالت حدیث را جایز می‌دانند. (همان، تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۶/۱)

۳۹. مجتهدان در بسیاری از احکام از موارد جزئی حکم کلی می‌گیرند و آن را به عنوان قاعده ماخوذه از نص معتبر می‌دانند، ولی اخباریان قاعده کلی برداشت نمی‌کنند مگر در جایی که نص عامی در کار باشد (دزفولی، ۳۴).

۴۰. اخباریان معتقدند منظور از تفریع که در کلام معصومان به آن امر شده است تفریع از اصول و قواعد کلیه ایست که از معصومان (ع) رسیده است ولی اصولیان معتقدند مراد از تفریع استنباط است (همان، ۳۵؛ جزائری، ۸۲).

۴۱. اخباریان اصولی را جاری می‌کنند که شخص مشافه جاری می‌کند زیرا اخباریان خطاب را خاص مشافه نمی‌دانند ولی اصولیان معتقدند شخص غائب قابل خطاب نیست (دزفولی، ۴۲).

۴۲. اصولیان به شش دسته تقسیم می‌شوند: ۱. کسانی که تعبد به ظن را صحیح نمی‌دانند ۲. کسانی که وقوع ظن را نفی می‌کنند (همان، ۴۲) ۳. کسانی که قائل به ظن خاص اطمینانی یا قطعی هستند ۴. کسانی که قائل به ظن مطلق‌اند (همان، ۴۹) ۵. کسانی که قائل به اطمینان‌اند ۶. کسانی که قائل به ظن طریقی‌اند. ولی اخباریان به سه دسته تقسیم می‌شوند: ۱. کسانی که مانند

گروه اول اصولیان تعبد به ظن را صحیح نمی‌دانند ۲. کسانی که وقوع ظن را نفی می‌کنند ومدعی‌اند باب علم واقعی یا اصلی مفتوح است ۳. کسانی که استنباطات لفظی ظنی را جایز می‌دانند (همان، ۵۶).

۴۳. برخی از مجتهدان از مثال‌هایی که در روایت آمده تجاوز می‌کنند و مثال‌های دیگری را بر حکم می‌افزایند ولی اخباریان به مثال‌های نص بسنده می‌کنند (همان).

۴۴. بسیاری از مجتهدان فرقی بین حالتی که بدانند نجاست یا حرمت محصور در دو یا چند چیز است و حالتی که علم به حرمت یا نجاست نداشته باشند قائل نیستند و حکم حالت دوم را در مورد حالت اول جاری می‌کنند (همان، ۵۹).

۴۵. جمعی از مجتهدان استصحاب را بر اصل صحت مقدم داشته‌اند ولی اخباریان اصل صحت را بر استصحاب مقدم می‌دارند (همان، ۶۰).

۴۶. برخی مجتهدان گاهی از طریق استقراء ناقص احکام جزئی، حکم کلی بیان می‌کنند و یا حکم می‌کنند به ظاهر عام، بدون فحص از مخصص و اگر روایت صریحی با این احکام تعارض کند آن روایت را کنار می‌گذارند، ولی اخباریان این‌گونه حکم کردن را صحیح نمی‌دانند (همان، ۶۱).

۴۷. اخباریان احتیاط در اجزاء و شرایط عبادات را واجب می‌دانند ولی اصولیان احتیاط را در این مورد واجب نمی‌دانند (همان، ۶۳).

۴۸. اخباری و اصولی احتیاط را راجح می‌دانند، ولی اگر کسی که تابع هیچ‌یک از دو فرقه نیست به احتیاط عمل کند، اخباری عملش را تایید می‌کند و اگر به احتیاط عمل نکند اصولی عملش را تایید می‌کند (همان، ۶۴).

۴۹. اخباریان در صورت تکافوء دو نص به طور مطلق حکم به احتیاط می‌کنند، ولی برخی از اصولیان خبر موافق با اصل را مقدم می‌دارند و برخی خبر مخالف اصل را و برخی نیز حکم به تخییر می‌کنند (همان، ۶۸).

۵۰. اخباریان احتیاط در تکلیف موهوم را نفی می‌کنند ولی اصولیان ثابت می‌دانند (همان، ۶۹).

۵۱. جماعتی از مجتهدان در شبهه غیر محصوره حکم به احتیاط می‌کنند (همان، ۷۱).

۵۲. اخباریان در عبادات و معاملات صحیحی و احتیاطی‌اند ولی اصولیان برخی اعمی و برائتی هستند برخی دیگر صحیحی و برائتی و برخی نیز صحیحی و اشتغالی‌اند (همان، ۷۶).

۵۳. اگر یک لفظ فقط یک بار در معنایی به کار رفته باشد اخباریان در سایر موارد نیز آن لفظ را در همان معنا به کار می‌برند، مثلاً «جزء» را در نذر به معنای یک دهم در نظر می‌گیرند زیرا در وصیت در این معنا به کار رفته است. (همان، ۷۵)
۵۴. اخباریان اصول لفظیه را در مورد الفاظ کتاب جاری نمی‌کنند، ولی اصولیان در تمام الفاظ جاری می‌دانند (همان، ۸۶).
۵۵. مجتهدان خبری که حکمتش معلوم نباشد را شاذ می‌دانند و آن را کنار می‌گذارند ولی اخباریان این مطلب را صحیح نمی‌دانند (همان، ۸۷؛ تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۵/۱).
۵۶. اصولیان لحن الخطاب را حجت می‌دانند ولی اخباریان حجت نمی‌دانند (جزائری، ۴۴).
۵۷. اصولیان اولین واجب را معرفت خداوند می‌دانند ولی اخباریان شهادتین. (همان، ۵۲).
۵۸. مجتهدان اکثر احکام فقه را از باب ظنون می‌دانند، ولی اخباریان معتقدند همه احکام فقهی قطعی‌اند (همان، ۶۴).
۵۹. مجتهدان حدیث صحیح را روایتی می‌دانند که امامی عدل ثقه از مانند خودش تا معصوم نقل کند و حدیث حسن را حدیثی می‌دانند که روایت یا یکی از روای آن امامی ممدوح باشد و نص بر ثقه بودنش نباشد و در نگاهشان موثق حدیثی است که روایت یا یکی از روایانش موثق غیر امامی باشد و حدیث ضعیف سایر احادیث است، ولی اخباریان صحیح را حدیثی می‌دانند که به طور صحیح از معصوم نقل شده باشد که دارای مراتبی است، گاهی متواتر است و گاهی خبر واحد محفوف به قرائنی مانند مطابقت با قرآن، اجماع، احادیث دیگر و یا سایر قرائن دیگر است که موجب علم به صدور می‌گردد و گاهی در کتب صحیح و معتبر نزد امامیه آمده و سایر احادیث در نگاه اخباریان ضعیف‌اند (سماهیجی، ۳۸۵/۴).
۶۰. مجتهدان امور را دو دسته می‌دانند: امری که دلیلش واضح است ولو به صورت ظنی که باید به آن عمل شود و امری دلیلش مخفی است که باید به اصل عمل نمود و احتیاط واجب نیست، اما اخباریان امور را سه دسته می‌دانند: امری که بین الرشاد است و باید تبعیت شود، امری که بین الغی است و باید ترک شود، و مواردی که بین این دو حالت‌اند که در موردشان باید احتیاط کرد (همان، ۳۹/۴).
۶۱. مجتهدان اخذ عقاید از ادله متکلمان را جایز می‌دانند هرچند که موافق با احادیث نباشد ولی اخباریان این را جایز نمی‌دانند (همان، ۳۹۱/۴).
۶۲. اگر فقیهی به حدیث دست پیدا نکند، مجتهدان رجوع یک مجتهد به مجتهد دیگر، که

از نظر علمی با وی همسان یا از وی ضعیف‌تر است، را منع می‌کنند و واجب می‌دانند که به علم و قواعد خودش رجوع کند، ولی در این شرایط اخباریان بر فقیه واجب می‌دانند که در مورد حکم شرعی فحص کند و از دیگران حتی شاگرد خود و فرد عامی طلب حدیث کند و عمل به رأی را در این مورد جایز نمی‌دانند (همان، ۳۹۳/۴).

۶۳. مجتهدان رجوع به قواعد اصول فقه، که علما عامه آن را استنباط کرده‌اند، واجب می‌دانند، ولی اخباریان این را جایز نمی‌دانند (همان، ۳۹۷/۴).

۶۴. مجتهدان معتقدند احکام دو قسم است: ظاهری و باطنی، ولی اخباریان معتقدند حکم واحد از جانب خداوند واحد آمده است (علی اخباری).

۶۵. اکثر مجتهدان شهادت یک شاهد عادل را برای تزکیه راوی کافی می‌دانند، ولی اخباریان نه تنها دو شاهد عادل را لازم می‌شمرند بلکه تا قطع به صدور خبری از معصوم نکنند آن را حجت نمی‌دانند (تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۵/۱).

۶۶. مجتهدان در اموری که نص آن خفی باشد رجوع به غیر معصوم را جایز نمی‌دانند، اما اخباریان طلب سند و حدیث را از هر مسلمان و حتی سنی جایز می‌دانند (تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۴/۱).

۶۷. مجتهدان اطاعت عوام از مجتهد در فروع دین را مثل اطاعت از امام حسی حاضر واجب می‌دانند، اما اخباریان آن را واجب نمی‌دانند (تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۵/۱).

۶۸. اکثر مجتهدان عمل به اجماع منقول را گرچه از متاخرین فقها بلکه غیر فقها، اگر موثق باشند، نقل شده باشد را جایز می‌دانند، برخلاف اخباریان (تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۵/۱).

۶۹. اخباریان ادله عقلی مانند قبح تکلیف بما لایطاق و قبح عقاب عقاب بلا بیان را کافی برای صدور حکم نمی‌دانند مگر آن که با اخباری از ائمه تایید شده باشد، ولی مجتهدان این ادله را برای صدور حکم کافی می‌دانند (تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی، ۶۲۵/۱).

فرق‌هایی که تاکنون ذکر گردید تقریباً تمام فرق‌های ادعایی بین اخباریان و اصولیان است که با حذف موارد تکراری باز هم بیش از صد فرق است، البته بسیاری از این فرق‌ها متداخل هستند و یا بیان‌کننده یک مضمون‌اند، مانند چهاردهمین فرق از کتاب الفوائد الطوسیة و دومین فرق از فرق‌هایی که به صورت پیوسته ذکر شد، که هر دو مورد اشاره به این دارند که اخباریان قول محمدون ثلاث بر صحت روایات کتب خود را معتبر می‌دانند ولی اصولیان خودشان به بررسی صحت یا عدم صحت روایات این کتب می‌پردازند و هم‌چنین فرق سوم،

بیستم و پنجاه و نهم از فرق‌هایی که به صورت پیوسته ذکر شد، اشاره به تفاوت تعریف اخباریان و اصولیان از انواع حدیث دارند و... در همین زمینه بحرانی بیان می‌کند: سماهیجی در منیه ۴۳ فرق بین اخباری و اصولی ذکر کرده است^{۱۲} (بحرانی، درر، ۲۸۷/۳) اما این مطالب تطویل بلا طائل است (همان، ۳۹۰/۳). وی با منسجم کردن فرق‌ها مجموع فرق‌هایی که بین اخباری و اصولی برمی‌شمرد ۸ فرق است که اکثر آن‌ها را رد می‌کند.

بر آشنایان به مطالب فقهی و اصولی پنهان نیست که بررسی حقانیت یکی از دو گروه در هریک از فرق‌های پیش‌گفته، نیاز به نوشته‌ای مستقل دارد و حتی بررسی واقعی بودن یا واقعی نبودن تک‌تک فرق‌هایی که ذکر شده نیز از حد این مقاله بیرون است، لذا با دسته‌بندی فرق‌ها سعی در تمییز فرق‌هایی که می‌توان از آن‌ها به عنوان ملاک استفاده کرد و فرق‌هایی که چنین قابلیت ندارند، خواهد شد.

دسته بندی فرق‌ها

۱. فرق‌هایی که در آن، نظریه‌ای به برخی، جماعتی یا بسیاری از فقهای یک گروه نسبت داده شده است، نه به تمام فقهای آن گروه. این فرق‌ها به جهت این‌که فرق قطعی بین تمام اخباریان و تمام اصولیان نیست، نمی‌توان از آن‌ها ملاک قطعی برای تمییز اخباریان و اصولیان نیز به دست آورد. مانند فرق ۱۲ از الفوائد الطوسیه، فرق ۳ و ۱۰ از حق المبین و فرق ۱، ۲۶، ۳۹، ۴۳، ۴۴، ۴۵، ۴۶، ۴۷، ۵۱، ۵۲، ۵۳ از فرق‌هایی که به صورت پیوسته ذکر شد. در مواردی با این‌که فرق‌گذار، نظریه‌ای را به همه افراد یک گروه نسبت داده است، اما موارد استثناء در آن گروه زیاد یافت می‌شود، مانند فرق ۱، ۲، ۴، ۸، ۹، ۱۰، ۱۱، ۱۳، ۱۴، ۱۵، ۱۶، ۱۸، ۲۰، ۱۹، ۲۱، ۲۲ و ۲۳ از کتاب الفوائد الطوسیه، فرق ۲، ۳، ۴، ۱۳ و ۱۴ از فرق‌های کتاب حق المبین و فرق ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵، ۱۸، ۲۲، ۲۵، ۲۷، ۲۸، ۲۹، ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۳، ۳۴، ۳۵، ۳۶، ۳۷، ۳۸، ۴۱، ۴۹، ۵۳، ۵۴، ۵۵، ۵۶، ۶۰، ۶۳، ۶۶ و ۶۸ از فرق‌هایی که به طور پیوسته ذکر شده است^{۱۳}. بسیاری از فرق‌هایی که ذکر شد جزء این دسته قرار می‌گیرند، شاهد این ادعا مطلبی است که شیخ حر عاملی پس از ذکر تفاوت‌های اخباریان و اصولیان در کتاب الفوائد الطوسیه

۱۲. نسخه خطی منیه الممارسین در کتابخانه مجلس و هم‌چنین کتاب میراث اسلامی ایران ۳۸۴/۴-۳۹۷ چهل فرق بین اخباری و اصولی ذکر کرده‌اند و ممکن است محقق بحرانی در اینجا دچار سهو قلم شده باشد.

۱۳. هرچند در این فرق‌ها، نظریه‌ای به تمام فقهای یک گروه نسبت داده شده است اما در هر مورد مثال‌های نقضی وجود دارد که بیان تک‌تک آن‌ها در این نوشتار نمی‌گنجد.

بیان می‌کند: این فرق‌ها مبتنی بر نظر اکثریت در هر یک از دو گروه اخباری و اصولی است (عاملی، ۴۴۹). حتی در برخی موارد، تنها به استناد نظریه یک فرد از منسوبان به یک گروه، آن نظریه را منسوب به آن گروه و به عنوان وجه فرق بین دو گروه ذکر شده است، مانند اعتقاد به جواز تاخیر بیان از وقت حاجت که تنها قائل یافت شده آن استرآبادی است (استرآبادی، ۲۴۵) و یا نظریه تحریف قرآن، که با وجود نسبت دادن آن به تمام اخباریان، برخی معتقدند هیچ‌یک از منتسبان به این گروه چنین نظریه‌ای ابراز نداشته‌اند (معرفت، ۹۵/۱) البته حق چیزی بین این دو نسبت است، زیرا برخی از منتسبان به اخباری‌گری قول به تحریف قرآن ابراز داشته‌اند (محمدتقی مجلسی، روضة، ۲۰/۱۰؛ محمد باقر مجلسی، مرآة، ۵۲۵/۱۲؛ بحرانی، درر، ۶۶/۴) و برخی آن را رد کرده‌اند، علاوه بر این با وجود نفی این نظریه از تمام اصولیان برخی اصولیان مانند ملا مهدی نراقی و ملا احمد نراقی نیز قائل به تحریف قرآن شده‌اند (بهشتی، ۳۰۴). بنابراین بسیاری از فرق‌های پیش‌گفته بیان‌گر تفاوت همه اخباریان با همه اصولیان نبوده و به عنوان ملاک تمییز این دو گروه قابل استفاده نیستند.

۲. فرق‌هایی که در آن فرق‌گذاران، مطالب را به چند شکل متفاوت به یک گروه نسبت داده‌اند. این‌گونه فرق‌ها نیز نمی‌تواند بیان‌کننده ملاک تمییز باشد زیرا به طور دقیق مشخص نیست، کدام مطلب صحیح است و به تبع آن ملاک تمییز ناشناخته باقی می‌ماند، مانند فرق چهاردهم از فرق‌هایی که به نحو پیوسته ذکر شد، که برخی به اخباریان نسبت داده‌اند که روایات کتب اربعه را متواتر و نص در احکام می‌دانند، برخی دیگر اعتقاد به صحت تمام روایات کتب اربعه را به اخباریان نسبت داده‌اند و عده‌ای استثناء کردن برخی روایات از حکم صحت را به این گروه نسبت داده‌اند؛ حال برای تشخیص اخباریان از اصولیان کدام یک از این نسبت‌ها می‌تواند ملاک باشد؟ برخی دیگر از فرق‌های پیش‌گفته نیز دارای چنین حالتی هستند، مانند فرق ۱، ۶، ۷، ۸ و ۱۶ از کتاب الفوائد الطوسیه، فرق ۳، ۶ و ۱۴ از کتاب حق المبین و فرق ۸ و ۱۰ از فرق‌هایی که به صورت پیوسته ذکر شده است.

۳. فرق‌هایی که در حقیقت، اختلاف تعبیر است نه فرق واقعی، این فرق‌ها به دلیل عدم تاثیر در فتوای یک فقیه نمی‌تواند ملاک واقعی برای تمییز اخباری از اصولی به حساب آید، به عبارت دیگر، صرف اختلاف تعبیر نمی‌تواند فقهای امامیه را به دو گروه تقسیم کرده باشد، مانند اولین فرقی که از کتاب الفوائد الطوسیه ذکر شد و سایر فرق‌هایی که به نوعی به مساله اجتهاد و تقلید بر می‌گردد، کلمه اجتهاد در فقه دو کاربرد دارد، یکی هم معنی با قیاس و

استحسان و سایر ظنون غیر معتبر است و دیگری به معنای به کار بستن تمام تلاش در به دست آوردن دلیل برای حکم شرعی است. اختلافی که بین اخباریان و اصولیان در مورد حکم اجتهاد وجود دارد ناشی از تفاوت این دو گروه در تعریف اجتهاد است. اخباریانی که قائل به حرمت اجتهاد شده‌اند آنرا هم معنای با اعمال نظر شخصی و قیاس و استحسان و سایر ظنون نامعتبر در نظر گرفته‌اند که شاهد این مطلب استعمالاتی است که از کلمه اجتهاد در کتب برخی از اخباریان دیده می‌شود (محمدتقی مجلسی، لوامع، ۸۷/۱؛ فیض، سفینة النجاة، ۸؛ همو، الشهاب الثاقب، ۳۱؛ محمدباقر مجلسی، بحار، ۹۱/۹۰). در کلام برخی از اصولیان نیز کلمه اجتهاد در این معنا به کار رفته است، که قائل به بطلان آن هستند. (ابن ادریس، ۱۷۰/۲؛ علامه حلی، ۳۹۲/۸؛ ابن فهد حلی، ۴۹۸/۴). اما در مورد معنای دوم هم اخباریان و هم اصولیان آن را صحیح می‌دانند (استرآبادی، ۴۳؛ عاملی، ۴۲۲؛ خوبی، ۴۲۵/۳؛ آقاضیاء، ۲۱۶/۴). لذا دلیل اختلاف اخباری و اصولی در این مورد ناشی از تفاوت تعبیر و یک نزاع لفظی است و برخی نیز لفظی بودن نزاع در این زمینه را به عنوان احتمال مطرح کرده‌اند (خوبی، همان؛ گرگانی، ۱۶۱/۲۵). هم‌چنین است در مورد سومین فرق از فرق‌هایی که به طور پیوسته ذکر شده، که اختلاف در مساله امکان یا عدم امکان مجتهد مطلق ناشی از تفاوت تعریف دو گروه از مجتهد مطلق است. سماهیچی در این مورد آورده است: همه مجتهدان متجزی هستند زیرا تنها معصوم به جمیع احکام علم دارد (سماهیچی، ۳۸۶) در حالی که اصولیان در تعریف مجتهد مطلق آورده‌اند: کسی که ملکه یا توان استنباط تمام احکام را داشته باشد نه این که فعلا عالم به احکام باشد. (مغنیه، ۶۵/۶؛ فیروز آبادی، ۱۶۸/۶). مخالفت اخباریان با علم اصول فقه نیز از همین روست، و گرنه اخباریان زیادی در کتب خود مباحث اصولی مانند حجیت مفاهیم (عاملی، ۴۴۸) دلالت امر و نهی (بحرانی، حدائق، ۱۶۲/۸ و ۲۷۹/۱۹) و ... را مطرح کرده‌اند. از همین دسته است فرق ۳، ۵ و ۶ از کتاب الفوائد الطوسیة، فرق ۱۴ از کتاب حق المبین و فرق ۶، ۹، ۱۱، ۱۶، ۲۰، ۴۰، ۵۹، ۶۲، ۶۳، ۶۴، ۶۶ از فرق‌هایی که به نحو پیوسته ذکر شد. همان‌طور که بیان شد این دسته از فرق‌ها نیز تعیین کننده ملاک تمییز نیست زیرا در حقیقت فرقی وجود ندارد که بخواهد به عنوان ملاک تمییز بین اخباری و اصولی مورد استفاده قرار گیرد.

۴. فرق‌هایی که به فرض واقعی بودن، آنقدر موثر و دارای اهمیت نیستند که موجب ایجاد تقسیم بین فقهای امامیه گردند، و ملاک تمییز این دو گروه به حساب آیند، مانند: نوزدهمین فرق ذکر شده از کتاب فاروق الحق؛ به فرض که گروهی از فقهای امامیه کلینی و صدوق و...

را اخباری بدانند یا اصولی، آیا این می‌تواند ملاک برای یک تقسیم‌بندی کلی این‌چنینی میان فقهای امامیه باشد؟ و یا فرق ۱۶ از کتاب الفوائد الطوسیه، با وجود پرننگ جلوه دادن این فرق که مربوط به ظواهر قرآنی است، اولاً برخی از منتسبان به اخباریان مانند شیخ یوسف بحرانی ظواهر قرآن را حجت می‌دانند (بحرانی، درر، ۳۵۰/۲)، ثانیاً به فرض که همه اخباریان ظواهر قرآن بدون تفسیر معصومان را حجت ندانند و تمام اصولیان آن را حجت بدانند، باز هم در واقع هیچ‌گونه تاثیری بر این دو نظر مترتب نیست، زیرا اصل بحث در این زمینه در مورد آیات الاحکام است، که در مورد تک‌تک آیات الاحکام روایات تفسیری فراوانی وجود دارد (معرفت، ۹۶/۱) و لذا در واقع فرقی بین اخباری و اصولی در این زمینه وجود ندارد و این‌گونه فرقی‌ها نیز نمی‌تواند ملاک تقسیم اخباری و اصولی به حساب آید. فرقی‌های دیگری مانند فرق ۲۳، ۲۲، و ۴۸ از فرقی‌هایی که به صورت پیوسته ذکر شد نیز در این گروه قرار می‌گیرند.

بررسی نهایی

تقریباً تمام فرقی‌هایی که بین اخباریان و اصولیان ذکر شد در یک یا بیش از یکی از این چهار دسته فرق می‌گنجند و همان‌طور که تبیین شد هیچ‌یک از این ۴ دسته فرق نمی‌تواند ملاک قطعی برای تمییز اخباریان از اصولیان باشد. حال باز این سوال که، با چه ملاکی برخی از فقهای امامیه اخباری و برخی دیگر اصولی نام گرفته‌اند مطرح می‌شود. پاسخ احتمالی که در این مرحله به ذهن می‌رسد این است که اگر فقیهی در اکثر این فرق‌ها همراه با اخباریان باشد اخباری، و در حالت عکس، اصولی نامیده می‌شود. اما این احتمال نیز با بررسی دقیق برخی از شخصیت‌های منتسب به اخباریه ضعیف جلوه می‌کند، به عنوان مثال مجلسی دوم، برخلاف نسبتی که به اخباریان می‌دهند قائل به حجیت مفاهیم (مجلسی، بحار، ۳۶۱/۷۷ و ۷/۸۶؛ همو، ملاذ الاخیار، ۱۶/۱ و ۱۸-۲۰) اجماع (همو، بحار، ۴۱/۸۵) و ظواهر قرآن است (همان، ۱۴۷/۸۶-۱۴۹؛ همو، ملاذ الاخیار، ۱۹/۱). تقسیم اخبار به ۴ نوع را صحیح می‌دانند (همان، ۲۱/۱). در صورت عدم امکان حصول علم عمل به ظن را جایز می‌شمارد (همو، مرآة العقول، ۱۰۰/۱) در صورت به خطا رفتن اجتهاد مفتی را معذور می‌داند و در صورت به واقع رسیدن او را مستحق دو ثواب می‌داند (همان، ۲۰۰/۱) و ... با وجود موافقت وی با اصولیان در محورهای مهم اختلاف بین این دو گروه وی را جز اخباریان به حساب آورده‌اند (قیصری، ۱۶۱/۳؛ امین، ۴۰/۳؛ حسینی، ۶۹۶/۱؛ مکارم، ۱۲۰)، حتی برخی وی را از بارزترین پیروان

مکتب استرآبادی دانسته‌اند (شاهرودی، ۳۰۲/۱). لذا با این ملاک نیز نمی‌توان به طور قطع حکم به اخباری یا اصولی بودن یک فقیه کرد.

با توجه به بررسی ملاک‌های احتمالی در تمیز اخباریان از اصولیان و به دست نیاوردن ملاک قطعی، فرضیه‌ای که اثبات آن پر رنگ می‌شود، عدم وجود ملاک قطعی برای تشخیص اخباری از اصولی است، و شاید همین فرضیه است که تحت عنوان عدم وجود فرق واقعی بین این دو گروه و لفظی بودن نزاعشان، توسط برخی بیان شده است (بحرانی، درر، ۲۸۸/۳؛ همو، حدائق، ۱۶۷/۱؛ عمران، ۷-۱۰؛ مکارم، ۳۱۶). سید محمد سعید طباطبائی حکیم در این زمینه بیان می‌کند: حدود چهل سال در زمینه فرق بین اخباری و اصولی وقت گذاشتیم و از جمیع این تلاش‌ها اعتقادی درونی در این مورد برای ما پیدا شد که نتیجه‌اش عدم حمایت و رد هیچ‌یک از این دو گروه است به دلیل این که هیچ معیار دقیقی بین دو روش وجود ندارد و امتیازاتشان مشخص نیست و آنچه به عنوان وجه فرق بین این دو گروه ذکر شده صلاحیت فارق بودن ندارد تا چه رسد به این که موجب انقسام و امتیاز هر یک از دو گروه شود. (حکیم، ۷). البته انکار وجود اختلاف نظر در میان اکثر فقهای اخباری و اکثر فقهای اصولی انکار یک واقعیت مسلم است، اما اقلیتی که با وجود منسوب بودن به یک گروه تابع برخی نظرات فقهای گروه مقابل هستند، ایجاد ملاک قطعی برای تمیز اخباریان از اصولیان را دشوار می‌سازد.

در پایان با توجه به عدم وجود ملاک قطعی تقسیم، شاید آنچه باعث ایجاد این تقسیم‌بندی گردیده تفاوت اندیشه و شخصیت فقهاست، که در یک فقیه ممکن است نقل‌گرایی قوی‌تر باشد و در دیگری عقل‌گرایی؛ البته این طیف گرایش فقها به یکی از این دو روش، آن قدر گسترده است که نمی‌توان به طور قطعی و دقیق مرزی بین مشتاقان به عقل و مشتاقان به نقل در نظر گرفت.

نتیجه‌گیری

- ۱- ملاک دقیق و معینی برای تمیز فقهای اخباری و اصولی توسط علما ارائه نشده است.
- ۲- ملاک‌های احتمالی برای تمیز مانند تعریف فقیه از خودش و یا اخباری یا اصولی بودن شاگردان یا اساتید یک فقیه و... ملاک‌های دقیقی و یقین‌آوری برای این تمیز نیستند.
- ۳- بیش از صد تفاوت بین اخباریان و اصولیان ذکر شده است که بسیاری از این تفاوت‌ها در مورد اکثر فقهای اخباری و اصولی صحیح‌اند. اما وجود اقلیتی در منتسبان به هر گروه که

دارای نظرات فقهای منتسب به گروه مقابل هستند مانع به دست آوردن ملاک قطعی تمییز از تفاوت‌های مذکور می‌گردند.

بنابراین با وجود پذیرش اختلاف نظر در میان اکثر فقهای دو گروه، ملاک قطعی و یقین‌آوری برای انتساب یک فقیه به گروه اخباریان و یا گروه اصولیان وجود ندارد زیرا ممکن است با همان ملاک فقهی که منتسب به اخباریان است جزء اصولیان قرار گیرد و یا برعکس. البته واقعیتی که قابل انکار نیست، گرایش برخی فقها به عقل یا نقل است که به دلیل نامحسوس بودن تغییر میزان این گرایش در میان فقهای مختلف، نمی‌تواند ملاکی برای تقسیم فقها به اخباریان و اصولیان به حساب آید و مرزبندی دقیقی ایجاد کند.

منابع

- آقا بزرگ طهرانی، محمد حسین، *الذریعة الی تصانیف الشیعة*، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۳ق.
- ابن ادریس، محمد ابن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن فهد حلی، احمد ابن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، محقق: مجتبی عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- اخباری، علی، *سبکة اللجین فی الفرق بین الفریقین*، نسخه الکترونیک از سایت آل عصفور <http://www.al-asfoor.org/books/index.php?id=1235>
- اذکایی، پرویز، و دیگران، *دائرة المعارف تشیع*، زیر نظر احمد صدر حاج سیدجوادی، کامران فانی، بها الدین خرمشاهی، تهران، شهید محبی، ۱۳۷۵.
- استرآبادی، محمد امین- موسوی عاملی، نور الدین، *الفوائد المدنیة و بدیله الشواهد المکیة*، محقق: رحمت الله رحمتی اراکی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۶ق.
- امین، حسن، *دائرة المعارف الاسلامیة الشیعیة*، بیروت، دارالتعارف، ۱۳۸۰-۱۳۸۴.
- آقا ضیاء عراقی، *نهایة الافکار*، تحریر محمد تقی بروجردی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، محقق: محمد تقی ایروانی- سید عبد الرزاق مقرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- _____، *الدرر النجفیة من الملتقطات الیوسفیة*، بیروت، دار المصطفی لإحياء التراث، ۱۴۲۳ق.

بهشتی، ابراهیم، *اخباریگری*، قم، سازمان چاپ و نشر دارالحديث، ۱۳۹۰.

تبریزی، جعفر سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، بی تا.

- جزائری، نعمت الله، *منبع الحياة و حجیة قول المجتهد من الأموات*، محقق: رؤف جمال الدین، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۱ ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *الفوائد الطوسیة*، محقق: سید مهدی لاجوردی حسینی، محمد درودی، قم، چاپخانه علمیه، ۱۴۰۳ ق.
- حسینی دشتی، مصطفی، *معارف و معاریف*، قم، دانش، ۱۳۷۶.
- حسینی فیروزآبادی، مرتضی، *عناية الأصول فی شرح کفایة الأصول*، قم، کتابفروشی فیروزآبادی، ۱۴۰۰ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *دراسات فی علم الاصول*، تحریر: علی هاشمی شاهرودی، قم، موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- دزفولی، محمد، *فاروق الحق*، نسخه خطی نوشته شده در حاشیه کتاب حق المبین، موجود در کتابخانه آستانه مقدسه قم، شماره ثبت ۸۷۷.
- زند، فتحعلی، *الفوائد الشیرازیة*، نسخه خطی موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره ثبت ۸۱۰۹.
- سماهیجی، عبد الله بن صالح، *میراث اسلامی ایران*، به کوشش رسول جعفریان، قم، کتابخانه بزرگ حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره)، ۱۳۷۷.
- صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، بی جا، دارالمنتظر، ۱۴۰۵ ق.
- طباطبائی حکیم، محمد سعید، *الاصولیه و الاخباریه بین الاسماء والواقع*، دارالهیلال، ۱۴۲۶ ق.
- عبدالمنعم، محمود عبد الرحمن، *معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة*، قاهره، دارالفضیله، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- عمران، فرج، *الاصولیین و الاخباریین فرقة واحدة*، نجف، مطبعة الحیدریه، ۱۳۷۵ ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *الشهاب الثاقب فی وجوب صلاة الجمعة العینی*، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۱ ق.
- _____، *سفینه النجاة*، مترجم و شارح: محمد رضا تفرشی درودیان، بی جا، بی نا، بی تا.
- قیصری، احسان، *دائرة المعارف بزرگ اسلامی*، زیر نظر محمد کاظم موسوی بجنوردی، تهران، مرکز دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۶۷.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *الحق المبین فی تصویب المجتهدین و تخطئة الاخباریین*، استفاده از نسخه الکترونیک سایت مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی

<http://islamicdoc.org/Multimedia/fbook/3505/index.htm>

- کرکی، حسین ابن شهاب الدین، *هدایة الأبرار الی طریق الأئمة الأطهار(ع)*، مصحح: رئوف جمال الدین، بی جا، بی نا، ۱۹۷۷م.
- گرگانی، سید محسن، «نظریة المحقق النراقی قدس سره فی حجّیة أخبار الآحاد»، *مجلة فقه أهل البيت علیهم السلام*، جلد ۲۵، صفحہ ۱۶۱-۱۹۱.
- ماحوزی بحرانی، سلیمان ابن عبدالله، *مجموعه*، نسخه خطی موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره ثبت ۱۹۱۶.
- مجلسی، محمد باقر، *بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار علیهم السلام*، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر، ۱۴۱۰ق.
- _____، *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*، محقق: هاشم رسولی محلاتی، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۴ق.
- _____، *ملاذ الأخبار فی فهم تهذیب الأخبار*، محقق: مهدی رجائی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق.
- مجلسی، محمد تقی، *روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*، محقق: حسین موسوی کرمانی، علی پناه اشتهاودی، قم، مؤسسه فرهنگي اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ق.
- _____، *لوامع صاحب قرانی*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۴ق.
- معرفت، محمد هادی، *تفسیر و مفسران*، قم، مؤسسه فرهنگي التمهید، ۱۳۷۹.
- مغنیه، محمد جواد، *فقه الإمام الصادق علیه السلام*، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۱۴۲-۱۲۳

بررسی اسناد قرآنی و روایی قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات*

مجید رضا شیخی

دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: alfeghh@yahoo.com

دکتر محسن جهانگیری

استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: dr.jahangiri@gmail.com

دکتر عباسعلی سلطانی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: asoltani40@yahoo.com

چکیده

فقه در دامن قرآن و حدیث متولد گشته است و فقه روایی یا مأثور، اولین سبک فقهی، پس از طلوع اسلام است؛ آنچنان که در ادوار بعد، بساطت این فقه با استنباط‌های عقلی آمیخته شده و گاه برخی مسائل که جنبه کلان‌تری داشت، تلقی قاعده گردیده است. قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات، قاعده‌ای چالشی و بحث‌برانگیز محسوب شده است. ریشه‌های قاعده در ادوار نخستین فقه، تنها چند روایت موردی، در باب قضا و اذان و تعلیم قرآن بوده است و در کتب قدما صرفاً فتوایی دال بر حرمت اخذ اجرت بر تجهیز میت وجود دارد. خاستگاه‌های اختلاف این مسأله در دوره‌های متأخرین عمدتاً بر پایه وجوه و تحلیل‌های عقلی قامت افراشته است و تاکنون اندیشمندان این میدان به طور مبسوط به مبانی عقلی قاعده پرداخته؛ ولی در باب مبانی قرآنی و حدیثی این مسأله به جد جای خالی وجود دارد. در این نگاه‌ها؛ مبانی منصوص قاعده از کتب مختلف روایی و تفسیری گردآوری و به نقادی گذاشته شده است.

کلیدواژه‌ها: داعی بر داعی، واجبات نیابتی، سحت، رشوه، اجرت بر واجبات.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۸/۱۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۶/۲۶.

مقدمه

در اعمالی که نفع و ارزش عقلانی دارد قاعده این است که اجیر استحقاق حق الزحمه دارد. برخی فقها قاعده‌ای بیان نموده‌اند که اعمال واجب را از تحت قاعده اولیه خارج نموده است. در روند تاریخی قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات آنچه مشهود است، از قدمای فقهای شیعه، شیخ مفید در عبارتی کوتاه در مورد حرمت گرفتن اجرت برای تجهیز میت به مسأله اجرت بر واجبات پرداخته است. (مفید، ۵۸۸) بعد از وی شیخ طوسی پیرامون همین مسأله و مسائل متفرقه دیگر مطالبی را بیان می‌کند. (طوسی، النهایه، ۳۶۷-۳۶۵). در زمان محقق حلی این مسأله مورد توجه بیش‌تری قرار می‌گیرد و ذهنیت قاعده‌مند شدن مسأله در لسان فقها به صورت پررنگ‌تری بیان می‌شود. (محقق حلی، نکت النهایه، ۹/۲)

با آغاز سیرتدوین کتب قواعد فقه، شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد قاعده عدم جواز جمع بین عوض و معوض را مطرح می‌کند و قائل به عدم جواز اخذ اجرت بر امامت جماعت می‌شود. (شهید اول، القواعد و الفوائد، ۸۶۸/۲-۸۶۴). در جای دیگری ایشان فتوا بر حرمت اخذ اجرت بر کلیه واجبات داده است. (شهید اول، الدروس، ۱۷۲/۳). مشهور فقهای شیعه نیز همگام با شهید بر مبنای این قاعده، فتوا به حرمت دریافت مزد و کسب معیشت در برابر واجب، داده‌اند. (فخر المحققین، ۲۶/۲؛ شهیدثانی، ۱۳۰/۳؛ محقق اردبیلی، ۸/۸؛ انصاری، ۱۳۵/۲؛ یزدی، ۳۹۸/۱ و ۶۱۲ و ۶۵۲؛ حاشیه المکاسب، ۳۰/۱؛ امام خمینی، ۱/ ۴۹۹).

این قاعده در گفته‌های فقهی عمدتاً بر پایه وجوه عقلی قامت افراشته و فقیهان از تحلیل‌های عقلی، برای حرمت اخذ اجرت بر واجبات بهره جسته‌اند.^۱ البته ناگفته نماند که جمعی از مشاهیر فقه، در ادله عقلی این قاعده، اشکال‌های متعددی را وارد کرده‌اند که نگارنده در مجالی مناسب به تفصیل به آن پرداخته است. (فخلعی و شیخی، متین؛ شماره ۵۱، صص ۸۵-۱۰۳؛ فخلعی و شیخی، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۴، صص ۴۸-۶۱) و در سوی دیگر بنا بر یک سیره مستمر متشرعه که متصل به دوران معصوم است، فقها بر جواز اخذ اجرت بر واجبات نظامیه یا حکومتی اتفاق نظر یافته‌اند، سیره‌ای که در مرأی و منظر معصوم بوده و نسبت بدان، ردعی صورت نگرفته است. (مکارم شیرازی، ۵۳۰/۱؛ فخلعی و شیخی، شماره ۴، صص ۴۸-۴۹).

۱. برخی از این وجوه عقلی که فقها از آن استفاده کرده‌اند عبارت است از: منافات اخذ اجرت با قصد قربت، اکل مال به باطل بودن، اخذ اجرت بر واجبات به واسطه مجبور بودن بر انجام آن، تنافی بین وجوب عمل و ملکیت مستاجر در واجبات، جمع بین عوض و معوض.

آیاتی که مورد استناد قرار گرفته در پیرامون قصد قربت و نهی پیرامون اجرت خواهی صاحبان رسالت می باشد. روایات نیز در مورد اخذ اجرت بر نماز، اذان، قرائت قرآن، تعلیم واجبات و قضاء می باشد.

آنچه مد نظر نگارندگان این مقاله است؛ این که آیا آیات و اخبار در اثبات این قاعده دلالت دارد؟ و این که اعتبار و ارزش این روایات در چه حد است؟ و آیا برای قائلان به قاعده، وافی به حصول غرض می باشد، دیدگاه فقها در این زمینه چیست؟

مستندات قرآنی نظریه حرمت اخذ اجرت بر واجبات

برخی از نویسندگان برای اثبات قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات به بعضی از آیات استناد نموده اند.

از جمله آیات مورد استدلال آیه ۵ سوره بینه است که بر ناسازگاری اخذ اجرت با قصد قربت دلالت می کند. خداوند در این آیه شریفه می فرماید: «وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ»^۱

مشهور فقها از جمله شیخ طوسی، علامه حلی، و شیخ انصاری به آیه فوق در باره لزوم اخلاص در انجام اوامر استدلال کرده اند. (شیخ طوسی، الخلاف، ۱/۲۸۹؛ علامه حلی، ۱/۲۴۲) شیخ انصاری، با استناد به این فقره آیه «وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ» حرف «ل» بر سر کلمه «لِيَعْبُدُوا» را لام غایت گرفته است. وی درباره این آیه می نویسد: «خداوند در این آیه هدف از امر «لِيَعْبُدُوا» را در این مطلب حصر نموده است که؛ قصد عمل فقط باید منحصر در اخلاص و تقرب به خداوند باشد، گویا مأمور به، محذوف است و عملی که در مقابل عوض و اجرت قرار گیرد، دیگر منحصر در اخلاص نخواهد بود. (انصاری، المكاسب المحرمه، ۱۳۳/۲). بنابراین آیه به این معناست که امری به واجبی تعلق نگرفته است جز زمانی که عبادت خدا باشد؛ در حقیقت هدف و غایت امتثال واجبات، عبادت همراه با اخلاص است.

وجه دیگر در استدلال به آیه شریفه اینست که حرف «ل» به معنای بقاء باشد به مانند آیه شریفه «وَأْمُرْنَا لِنُسَلِّمَ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ» (انعام: ۷۱) و معنای آیه این گونه می شود که در تمام

۱. «و به آن‌ها دستوری داده نشده بود جز این که خدا را بپرستند و دین خود را برای او خالص کند.»

واجبات (عبادات) به اخلاص در آن‌ها امر گردیده است.

البته به دلالت این آیه شریفه در گنجاندن اخلاص در تک‌تک واجبات خدشه شده است. به این صورت که اگر حرف «ل» برای غایت باشد لازمه آن اینست که؛ این لام بر سر دو کلمه «يُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَ يُؤْتُوا الزَّكَاةَ» که عطف بر «ليعبدوا» است، نیز در آید و هدف واجبات علاوه بر اخلاص، اقامه نماز و ایتاء زکات هم باشد و این معنا قطعاً درست نیست. اشکال دیگر در صورتی که حرف «ل» را به معنای باء بگیریم اینست که اولاً تخصیص اکثر لازم می‌آید؛ چراکه معنای آیه این می‌شود که همه واجبات، توصلی است جز مواردی که تخصیص بخورد. و ثانیاً به قرینه صدر آیه و هم‌چنین آیات دیگر، شارع در مقام تمایز بین واجبات تعبدی و توصلی که اصطلاح مستحدثی است، نمی‌باشد بلکه معنای صحیح آیه اینست: عبادت و پرستش مخصوص خداوند تبارک و تعالی است در مقابل کسانی که حضرت عیسی بن مریم و بت‌ها و یا دیگران را پرستش می‌کنند و شارع در مقام بیان این نیست که در متعلق امر، اخلاص نهاده شده است.

در عدم دلالت این آیه بر صرف واجبات عبادی در کتاب فرائد الاصول نکات ظریفی آمده که خلاصه آن اینست: در این آیه قرآن از حالات امت‌های گذشته خبر داده است و باید معلوم شود که معنای واژه‌های «عبادت»، «مخلصین»، «دین» به چه معناست؟ در این آیه منظور از «عبادت» می‌تواند به معنای اصطلاحی فقهی که در مقابل معاملات است باشد یا به معنای عبودیت و بندگی که در مقابل ربوبیت است. واژه «مخلصین» هم می‌تواند به معنای نهایت قصد تقرب و خلوص باشد و می‌شود به معنای موحد بودن در مقابل مشرک بودن استعمال شود و در کلمه «دین» هم یا به معنای قصد است که باید خالی از ریا باشد یا به معنای اعتقاد است. شیخ انصاری در مقابل نظر مشهور فقهای شیعه احتمال دوم را در هر سه کلمه می‌پذیرد و عبادت را به معنای اصطلاحی از ابداعات فقها و اصولیان می‌داند و نظر ایشان اینست در آیه شریفه قرآن کریم امر به عبادت به معنای لغوی در مقابل ربوبیت به کار رفته است. پس این آیات از آیات توحید بوده و مراد این است که اهل کتاب ماموریتی نداشته‌اند جز این‌که عبد خدا باشند، آن هم عبد موحد و معتقد به وحدانیت حق تعالی (انصاری، فرائد الاصول، ۶۵۸/۲).

شاهد آن هم اینست که در آیه مبارکه ۳۱ سوره توبه خداوند می‌فرماید: «اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَ رُهَبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَالْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ وَ مَا أَمَرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهًا وَاحِدًا لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ

سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ»^۱ بنابراین آیه شریفه «وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ» به مثابه آیات «قُلْ إِنِّي أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُدَ اللَّهَ مُخْلِصًا لَهُ الدِّينَ»^۲ و «فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصًا لَهُ الدِّينَ أَلَا لِلَّهِ الدِّينُ الْخَالِصُ وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ مَا نَعْبُدُهُمْ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَا إِلَى اللَّهِ زُلْفَى»^۳ و «قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ»^۴ است. آنگونه که ملاحظه می‌شود؛ در تمام این آیات، اخلاص در مقابل شرک در عبودیت به کار رفته است. در نتیجه منظور از اخلاص در دین، همان توحید در عبادت می‌باشد و آیه از ناحیه این‌که، در متعلق اوامر خداوند قصد قربت گنجانده شده است، ساکت است.

آقای منتظری ایرادهای فوق را به دلالت آیه بر وجود قصد قربت در اوامر؛ وارد کرده است. (کتاب الزکاه، ۲۳۷/۴-۲۳۶). در تفسیر آیه «وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ» جصاص نوشته است: «به این آیه در ایجاب نیت، نمی‌توان استدلال کرد؛ زیرا هنگامی که شخصی ایمان و باور به خداوند پیدا کند، برای او اعتقاد حاصل می‌گردد و شرک از عبادت می‌رود و دیگر نیازی به نیت نیست. (جصاص، ۳۷۴/۵)

خلاصه این‌که آیه «وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ» تنها زمانی ظهور دارد، که سیاق استقلالی حجت باشد و در سیاق ارتباطی آیه ظهوری ندارد، زیرا این آیه و آیات دیگر ناظر به اعمال نیست و مربوط به اعتقادات است و اجرت بر واجبات با این دسته آیات منافات ندارد.

پاسخ به ادعای منافات اخذ اجرت با قصد قربت

به ادعای منافات اخذ اجرت با قصد قربت پاسخ‌های متعددی داده شده است. که یکی از نگارندگان با همراهی یکی از محققان در پژوهشی مفصل به آن پرداخته است و بدین جهت برای مطالعه دقیق‌تر، مناسب اینست که به آن مقاله رجوع شود. (فخلعی و شیخی، متین؛ شماره ۵۱، صص ۸۵-۱۰۳). افزون بر آنچه در آن مقاله می‌توان جست باید گفت: «اخلاص

۱. «بجای خدا احبار و رهبانان خود را و مسیح پسر مریم را پروردگاران خود دانستند، و حال آنکه دستور نداشتند مگر به این‌که معبودی یکتا بپرستند که جز او معبودی نیست، و او از آنچه که شریک او می‌پندارند منزّه است.» (التوبة: ۳۱)

۲. «بگو من مامور شده‌ام که خدا را بپرستم و دین را خالص برای او بدانم.» (الزمر: ۱۱).

۳. «پس خدا را پرستش کن و دینت را برای او خالص گردان. آگاه باشید که دین خالص از آن خداوند است. و آنان که جز خدا را به دوستی و پرستش برگرفتند و گفتند ما اینان را نمی‌پرستیم مگر برای این‌که وسیله تقرب ما به خداوند باشند.» (الزمر: ۲ و ۳).

۴. «بگو ای اهل کتاب بیائید به سوی کلمه‌ای که تمسک به آن بر ما و شما لازم است و آن این است که جز خدا را نپرستیم و چیزی را شریک او نگیریم.» (ال عمران: ۶۵).

کامل در عبادت معتبر نیست. چرا که نوع مردم از اخلاص تام و تمام عاجز هستند و اگر عبادت و امتثال خداوند جز با نهایت خلوص بدست نیاید؛ بر خداوند بلند مرتبه و اولیای او فرض است که بیان کنند و ارشاد کنند و مردم را بر خلوص تام و تمام تشویق نمایند.» (خمینی، المکاسب المحرمة، ۲/۲۶۰) صاحب عروه و جمعی به پیروی ایشان از راه داعی بر داعی خواسته‌اند سازگاری اخذ اجرت با قصد قربت را نتیجه بگیرند. (یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ۳/۷۹؛ خوانساری، ۳/۳۸؛ خراسانی، ۱/۱۲۴) برخی نیز دلائل نقضی ارائه کرده‌اند از جمله: دلیل شما نقض می‌شود با آن دسته عبادات مستحبی که افراد، آن‌ها را برای رسیدن به اهداف دنیوی و یا اخروی انجام می‌دهند. مانند نماز شب که باعث ازدیاد رزق و روزی می‌شود و یا نماز باران موجب نزول باران است و اشخاص به داعی دنیوی و اخروی آن را انجام می‌دهند.» (خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۴۶۶) هم‌چنین کسانی نیز با مطرح کردن جواز اخذ اجرت بر واجبات نیابتی مثل حج، از راه قاعده عقلی «حُكْمُ الْأُمْتَالِ فِي مَا يَجُوزُ وَ مَا لَا يَجُوزُ وَاحِدًا» مثال نقض دومی را بر استدلال به منافات اخذ اجرت با قصد قربت مطرح کرده‌اند. (موسوی بجنوردی، ۲/۱۶۱)

البته تمامی این وجوه خدشه‌پذیر است و در پاسخ باید گفت اولاً اولیای دین اخلاص را بیان کرده‌اند و وفور روایات بر اهمیت اخلاص، خود گواه این مطلب است. (حرّ عاملی، ۱/۵۹) ثانیاً وجه دوم و چهارم مرتبط با یکدیگر هستند و به دلیل این که داعی بر داعی تنها در باب واجبات نیابتی مورد پذیرش است؛ چرا که در واجبات نیابتی قصد قربت برای منوب عنه (میت) صورت می‌گیرد و داعی مباشر برای اصل عنوان نیابت که امری توصلی است، می‌تواند عطوفت فرزندی نسبت به متوفی یا قصد اجرت یا انگیزه‌های دیگر باشد. پس داعی بر داعی گاهی بر نیابت عبادات دیگران است، در این فرض اشکالی نیست و گاهی در عبادات خود مباشر است؛ که محل نزاع اینجاست. نایینی از حاشیه‌نویسان عروه در رد داعی بر داعی آورده است که ظاهراً ارائه این وجه برای تحکیم اشکال مناسب‌تر از جواب به آن است. (یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ۳/۷۹)

می‌توان وجه رد این حاشیه را در این دانست که داعی بر داعی در عمل خود انسان، داعی نهایی یا علت غایی مورد نظر است و داعی نهایی که باعث ادای تکلیف می‌شود، اگر پول باشد باعث بطلان نماز است.

آقای بروجردی اشکال بر داعی بر داعی دارد و در تصحیح تصویر داعی بر داعی می‌نویسد:

«داعی بر داعی در جایی است که اموری در عالم خارج از ذهن تکوینا بر یکدیگر متوقف باشد، و شخص قصد رسیدن به معلول را داشته باشد که از این قصد، قصد علت متولد شود و از اراده آن علت هم، یک اراده متولد شود به علت العلة. در این فرض است که داعی بر داعی شکل می‌گیرد برای مثال فرض می‌شود که شخصی قصد سفر حج را دارد، هدف نهایی شهر مکه و اعمال حج است به خاطر این که سفر حج متوقف بر رفتن به مکه است. از این رو باید بلیط تهیه کند از اراده حج یک اراده‌ای خرید بلیط متولد می‌شود و بعد خرید بلیط توقف دارد به تهیه وجه مادی سفر، از اراده خرید بلیط، یک اراده متولد می‌شود به تهیه پول پس از معلول اخیر که مراد اصلی است ارادات متعاقده‌ای متولد می‌شود چرا که اراده‌های پی در پی بر سلسله عللی تکوینی استوار است. اما در فرض اجرت بر عبادات علل تکوینی وجود ندارد؛ در عبادات مطلوب نهایی شخص همان وجه مادی است و وجه مادی هم متوقف بر قصد قربت است. چرا که اگر نماز با قصد قربت نباشد صحیح نیست و بنابراین دریافت وجه توقف دارد بر قصد قربت، حال باید از این وجه مادی اراده‌ای متولد شود و به قصد قربت تعلق گیرد به علت این که استحقاق اجرت بر نفس قربت نیست بلکه بر قصد قربت می‌باشد پس لازمه این که گفته شود؛ قصد قربت داعی بر داعی است؛ اینست که از قصد اجرت قصدی به قصد قربت تعلق گیرد. بنابراین وجود قصد بر قصد مترتب می‌گردد و تالی فاسد آن تسلسل می‌باشد. (منتظری، ۲۷۴/۴)

یکی از فقیهان بر این ادعای ایشان که ارادیت اراده، به اراده دیگری نیست اشکال کرده که اراده فاعلیت نفس و آن حالت اجماعیه نفس است که تصمیم نهایی را می‌گیرد و چه اشکال دارد که همین فاعلیت منشا اثر گردد؛ مثلاً اگر کسی قصد کند که به شهری دور مسافرت کند و به خاطر علاقه‌ای که به روزه‌های مستحب دارد، بر قصد قبلی خود قصد جدیدی مترتب کند که بیش از ده روز در آن شهر اقامت داشته باشد. در اینجا اقامت ده روز موضوع استحباب روزه نیست، بلکه قصد اقامت ده روز موضوع استحباب روزه است و حالت فاعلیت نفس بالوجدان، خود قصد را بر مقدمات قصد مترتب می‌کند و تسلسل هم لازم نمی‌آید. (منتظری، ۲۷۴/۴)

چالش اساسی مبنای داعی بر داعی

مهم‌ترین اشکال داعی بر داعی اینست که: مجرای قصد قربت منوب عنه از راه قصد قربت اجیر است، و اجیر هم که به فرض نمی‌تواند قصد قربت کند. نتیجه این که نمی‌توان

متعلق قربت را از متعلق اجرت جدا سازیم، و با تعدد موضوع مشکل چاره نمی‌گردد و ناسازگاری هم‌چنان باقی می‌ماند: (مکارم شیرازی، حیل‌های شرعی، ۷۲) به تعبیر دیگر در این جا وحدت قصد وجود دارد. یکی از معاصران نیز اشکال دیگری نموده است که: داعی بر داعی با قصد تقرب واقعی نمی‌سازد، چون فرض اینست که اگر پول نگیرد نماز زید را برای خدا نمی‌خواند، و این در حقیقت بدین معنا هست که نماز او در واقع برای پول است، نه برای خدا. (فرحی، ۳۶۶-۳۶۵) بنابراین داعی بر داعی صرف توجیه برای هم‌خوانی اخذ اجرت و قصد قربت است و رهیافت صحیحی نمی‌باشد.

در جواب به وجه سوم و مقایسه آن با نتایج دنیوی مستحبات، بعضی تفاوت بین درخواست از خداوند و راسا درخواست دنیوی کردن را در مع الفارق بودن این قیاس کافی دانسته‌اند.

هر چند امام خمینی بدون این که بحث درخواست و تقاضا را مطرح کند، با ذکر شاهدی قرآنی و استدلالی نوین با ظرافت از این اشکال عبور کرده است. ایشان با مطرح کردن تجسم اعمال در آخرت و آیات قرآن که می‌فرماید: «لِيُرَوْا أَعْمَالَهُمْ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَ مَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ» (الزلزلة: ۶ - ۸) و روایاتی که مشتمل بر تصویر سازی صورت‌های نیکو در آخرت است، به بیان استدلال پرداخته که اگر شخصی برای رسیدن به این صورت‌های نیکو فرائض را انجام دهد، این فرائض صحیح است، و نهایت اخلاص، در داعی بر عبادت واجب نگشته است. (خمینی، المکاسب المحرمة، ۲۷۷/۲-۲۷۸) به تبع آن، بحث در خواست مطرح نمی‌گردد.

خلاصه اینکه اصولاً اخلاص شرط قبول عبادات است و حداقلی از آن هم، شرط صحت عبادات است. آن عبادتی که انگیزه‌اش تنها اخذ اجرت یا رسیدن به دنیا باشد و امر خدا با انگیزه‌های اخروی آن‌قدر کشش نداشته باشد که باعث اطاعت خدا شود، باطل است. به نظر می‌رسد، محکم‌ترین پاسخ به تنافی اخذ اجرت و قصد قربت اینست که ادله اخلاص با توجه به صحت برخی عبادات که انگیزه‌هایی به جز رضای الهی در بین است، مانند حج نیابتی از نظر بیان میزان اخلاص اجمال دارد و آیه در فرض بیان اصل اخلاص، در صدد بیان میزان و کیفیت اخلاص که در صحت عبادت نقش دارد، نیست. بنابراین به این آیه نمی‌توان بر قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات استناد کرد. در آخر لازم است گفته شود که به آیات دیگری نیز بر

حرمت اجرت بر واجبات استناد شده است که در مجال مناسب، به نقاش و رد دلالت آن آیات پرداخته شده است. (فخلعی و شیخی، متین؛ شماره ۵۱، صص ۹۹-۱۰۱).

مستندات روایی قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات

در ابتدا باید خاطر نشان کرد که دسته‌ای روایات مربوط به مستحبات بوده و فی‌نفسه قابلیت مستند قرار گرفتن برای قاعده را ندارند، ولی ممکن است شخصی به جهت تنقیح مناط یا الغاء خصوصیت، یا قائل به الزامی بودن این اعمال، قائل به تسری حکم آن‌ها به واجبات شود یا از دلیل اولویت استفاده کند.

الف: روایات اخذ اجرت بر اذان

روایاتی که از ائمه درباره برخی موارد مانند اذان، نماز جماعت، تعلیم قرآن، قضاوت .. موجود است. این روایات، اغلب در رابطه با مستحبات عبادی می‌باشد و از جهت عبادی بودن پیوندی با بحث اخذ اجرت بر واجبات می‌کند؛ باید دید بر فرض ثبوت دلالت این اخبار آیا می‌توان با الغاء خصوصیت حکم آن‌ها را بر سایر موارد تسری داد و بر قاعده منطبق کرد.

در روایتی از امام صادق به نقل از سکونی (ع) و امام از پدرشان به نقل از امیرالمومنین (ع) روایت کرده‌اند که «آخرین سفارش پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله چنین بود یا علی اگر نماز می‌خوانی پس مراعات ضعیف‌ترین کسانی که پشت سرت نماز می‌خوانند را بکن و مؤذنی را که برای اذان گفتن اجرت می‌گیرد، به کار مگیر.» [یا به عبارتی: چنین مؤذنی را مؤذن خودت قرار مده]. (حرّ عاملی، ۴/۵؛ قزوینی، ۲۳۶/۱)

از سیاق یکسان این روایت در هر دو مورد مشخص می‌شود که نهی این روایت کراهتی است. به همین دلیل برخی قائل به کراهت اخذ اجرت بر اذان هستند. ایراد موجه دوم در دلالت حدیث اینست که نهی در اینجا متعلق به حاکم است و مخاطب حکم، حاکم است نه شخص مؤذن. این روایت با توجه به حاکم بودن حضرت علی علیه اسلام، ظاهراً در مورد ارتزاق نیز تعمیم دارد. مگر آن‌که نهی رسول اکرم شامل کسانی شود که شرط اجرت بر حاکم می‌کند.

در روایت مرسلی، زید بن علی (پسر امام سجاد علیه السلام) از پدرانش از امام علی علیه السلام آمده است: «مردی خدمت امیرالمومنین رسید و به ایشان گفت: به خدا قسم من شما را به خاطر خدا دوست دارم. پس امام علیه السلام به او فرمود: لکن من هم به خاطر خدا تو را

دوست ندارم. آن مرد گفت چرا؟ امام علیه السلام فرمود: زیرا تو در اذان اجر می‌گیری و در قبال تعلیم قرآن اجرت خواهی می‌کنی. (طوسی، تهذیب الأحکام؛ ۳۷۶/۶؛ حرّ عاملی، ۵/ ۴۴)

فقه الحدیث: این روایت با اندکی اختلاف در کتب اهل سنت دقیقاً با همین الفاظ از عبد الله بن عمر وارد شده است. شخصی به عبد الله بن عمر گفت من تو را برای خدا دوست دارم. ایشان هم گفت من به خاطر خدا بر تو غضب دارم (ابن حزم، ۱۹۴/۳) و... آنچه به ذهن می‌رسد اینست که روایت از چه کسی صادر شده؟ امیر المومنین علی علیه السلام یا عبد الله بن عمر؟ در اینجا آنچه صدور روایت از حضرت امیر را تقویت می‌کند؛ اینست که اظهار دوستی با حضرت بنا بر سفارشات نبی اکرم صلی الله علیه وآله و سلم امری پذیرفته شده است و شاید انگیزه شخصی که اظهار محبت می‌کند تملق و بدست آوردن موقعیت باشد اما این جایگاه برای عبد الله بن عمر وجود نداشت. البته روایت دال بر منع از اجرت خواهی در قبال قرائت قرآن کریم، در تعارض آشکار با روایت امام صادق علیه السلام است، که در ذیل می‌آید و به نظر می‌رسد؛ به خاطر موافقت روایت منع اجرت بر قرآن، با نظر اهل سنت، روایت امام صادق (ع) که گویای جواز است؛ از جایگاه برتری برخوردار است.

صاحب جواهر بعد از نقل این دو روایت می‌نویسد: انصاف اینست که اگر از اشکال سندی این دو حدیث صرف نظر شود، لسان این دو روایت لسان کراهت است. البته در روایت دوم اماره‌ای بر کراهت وجود دارد. پس اگر اجماع بر حرمت وجود داشته باشد و تعلیل مذکور در هر دو روایت هم حجت است و با اخبار دیگر هم این حکم تقویت می‌شود. (۹/ ۷۲) با توجه به این که روایت مذکور از لحاظ سند ضعیف است و موافق نظر فقیهان عامه است، (ابن حزم، ۱۹۴/۳) نمی‌توان بر اساس آن قائل به حرمت شد.

هم‌چنین روایات مستفیض دیگری وجود دارد که ضعف سندی و دلالتی دارد. دلالت این چنین روایاتی در حرمت نیز واضح نیست؛ از جمله در در ارتباط با فساد دنیا و اضمحلال دین در زمان‌های آتی آمده است «می‌بینی که اذان و نماز در مقابل اجرت واقع می‌شوند» (حرّ عاملی، ۱۶/ ۲۷۹) و روایاتی که از اجر موذن تعبیر به سحت شده است. (کوفی، ۱۸؛ تمیمی مغربی، ۱/ ۱۴۷) و روایاتی که از اقتدا کردن بر پیش‌نمازی که بر اذان یا نماز از مردم اجرت می‌گیرد، نهی کرده‌اند. (حرّ عاملی، ۲۷/ ۳۷۹)

از آنجا که در این روایات اشاره‌ای مبنی بر منافات داشتن اعمال مذکور با قصد قربت وجود ندارد و تنقیح مناظ از مورد خاص نیازمند ملاک قطعی است؛ پس بر فرض حرمت،

حکم تحریمی، قابلیت سریان به موارد دیگر را ندارد و جنبه عامی که قاعده‌ساز باشد، در آن‌ها وجود ندارد. هر چند به زعم نگارندگان، حکم حرمت حتی در مورد نص نیز وجود ندارد، چرا که اولاً روایت اضمحلال دین به رواج فرهنگ مادی‌گرایی در زمان‌های آتی اشاره دارد و لسان این روایت، در مقام بیان حکم حرمت نمی‌باشد. ثانیاً در مورد روایت اخذ اجرت بر اذان که تعبیر به سحت شده است؛ هم‌چنان که بعداً گفته خواهد شد، سحت تصریح در حرمت ندارد؛ بلکه حداکثر ظهور در حرمت دارد و به فراین در کراهت نیز به کار می‌رود. ثالثاً روایات نهی از اقتدا دلالت بر حرمت ندارد، و تلازمی بین حرمت با رد شهادت و عدم جواز اقتدا به شخص نیست. ای بسا به خاطر ترک مروت و پستی عمل او از اقتدا کردن و قبول شهادت چنین شخصی نهی شده باشد. پس آنچه از این قسم روایات به دست می‌آید کراهت اجرت‌خواهی بر این موارد است.

ب: روایات اخذ اجرت بر تعلیم قرآن کریم

در روایتی امام صادق علیه السلام از اجرت گرفتن قاری که فقط مشروط به اجرت، قرآن قرائت می‌کند، نهی کرده‌اند. (همان، ۱۷/۱۵۶-۱۵۵)

هم‌چنین در روایت مرسلی آمده است: امام باقر علیه السلام از امیر المومنین روایت کرده که ایشان فرمود: «کسی که برای تعلیم قرآن اجرت بگیرد، همان اجرت، پاداش او در روز قیامت خواهد بود. (همان، ۱۷/۱۵۶)

روایت اول مرتبط با قرائت قرآن و روایت دوم درباره تعلیم قرآن است. هر دو روایت ضعیف‌السند به شمار می‌آید و ظاهر این است که مستند مشهور در حکم به کراهت همین حدیث است (از باب جمع میان اخبار) و همان‌طور که پوشیده نیست دلالتی بر حرمت ندارد. صرف نظر از استناد و دلالت، حدیث مبتلا به حدیث معارض می‌باشد از جمله، فضل بن ابن قره روایت کرده که به امام صادق (ع) عرض کردم: این‌ها می‌گویند اجرت معلم حرام است. حضرت فرمودند: «دشمنان خدا را تکذیب کنید، چرا که آن‌ها می‌خواهند شما به فرزندانان قرآن را تعلیم ندهید. اگر شخصی، دیه فرزندش را (برای اجرت تعلیم قرآن) معلم بدهد، قطعاً برای معلم مباح است». (همان، ۱۷/۱۵۶-۱۵۵)

ج: روایت اخذ اجرت بر قضاوت

از عبدالله بن سنان درباره قضاوت از امام صادق (ع) نقل شده: «آنچه از امام دزدیده شود، سحت است و سحت انواع زیادی دارد؛ یکی از انواع آن، اموالی است که از طرف اعمال و الیان

جور به دست انسان می‌رسد و از جمله آن‌ها، اجرت قاضیان است و اجرت زنان فاحشه و بهای شراب (خمر) و بهای نبیذ که مست کند. (شراب خرما یا کشمش) و ربای بعد از بینه و اما رشوه در حکم، کفر به خداوند بلند مرتبه و رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) می‌باشد. (همان، ۹۵/۱۷)

فقه الحدیث: آقای خویی در مبانی تکملة المنهاج در دلالت حدیث عبدالله بن سنان خدشه می‌کند و سحت بودن اجرت را به جهت دریافت از ولات جور می‌داند؛ نه به خاطر واجب بودن قضاوت. شاهد آن هم اینست که؛ امیر المومنین علی علیه السلام در نامه خطاب به مالک اشتر، توصیه می‌کنند، که اجر قاضی را به اندازه‌ای قرار ده؛ که او را از مردم بی‌نیاز کند. (خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۷/۴۱؛ حرّ عاملی، ۲۲۴/۲۷)

آقای خویی درباره واژه «أجور القضاة» نیز در روایت آورده است: «در عبارت [السحت أنواع كثيرة منها ما أصيب من أعمال الولاية الظلمة و منها أجور القضاة] ظاهراً این اجور ناظر به قضاوت‌هایی است که از والیان ظلم گرفته‌اند و این را از قرینه کلمه «منها» که تنها بر سر اجور قضاوت آمده و بر سر دیگر اجور مانند اجور فواجر و بهای شراب نیامده می‌توان فهمید. پس ظاهر ضمیر در عبارت «و منها أجور القضاة» به موصول در گزاره «ما أصيب من الأعمال الولاية» بر می‌گردد. از این رو دلالت بر منع از اجرت‌خواهی برای قضاوت ندارد و اجرت‌خواهی برای قضاوت امری جایز است. (خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۷/۴۱)

وی در جای دیگر گفته است: اخذ اجرت در مقابل قضاوت جایز نیست چون اولاً روایات خاصه‌ای در این مورد وجود دارد (منظور روایت فوق است) و به دلیل این‌که امام صادق (ع) اجرت قاضی را سحت و حرام شمرده‌اند. عبدالله سنان چنین روایت می‌کند: از امام صادق علیه السلام درباره قاضی‌ای که در بین دو قریه قرار دارد و برای قضاوت از سلطان اجرت می‌طلبد سوال شد امام فرمود: سحت و حرام است. (حرّ عاملی، ۲۷/۲۲۱) ثانیاً ظاهر آیه‌ای که در آن به تفقه در دین و انذار مردم در زمان بازگشت به سوی آن‌ها امر شده است؛ این است که فتوا دادن و قضاوت که از شئون شریعت است، امری مجانی می‌باشد. بنابراین اخذ اجرت حرام می‌باشد. (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/۴۸۱)

اما به نظر می‌رسد مطلب ایشان در کتاب مصباح الفقاهة مستدل‌تر و دقیق‌تر می‌باشد، زیرا ظاهر صحیحه عمار بن مروان این است که چنین قرینه‌ای وجود ندارد و ضمیر «ها» به واژه «سحت» بر می‌گردد «یعنی یکی دیگر از مواردی که حرام است، اجور قضاوت می‌باشد.»

یکی از فقیهان در مقام رد استدلال ایشان می‌گوید: «ظاهر این است که اگر این ضمیر «ها» به آنچه که فرمودند بر می‌گشت (یعنی به ما اُصیب)، باید به صورت مذکر آورده می‌شدند نه مؤنث چون «ما اُصیب» مذکر است. بنابراین آنچه ایشان ذکر کرده‌اند، خلاف ظاهر می‌باشد و مجرد عدم تکرار «منها» برای هر یک از انواع، دلیل کافی نمی‌باشد. خلاصه این‌که «اجور القضاة» قسیم برای «ما اُصیب من اعمال و لاه الظلمه» می‌باشد. بنابراین ظاهراً دلالت آن بر حرمت اجرت بر قضاوت تمام است.» (گلپایگانی، ۱۰۳).

آقای فاضل لنکرانی نیز، نظر آقای خوبی را رد کرده و با آوردن مؤیداتی، این مطلب را چنین بیان کرده است: «مؤیداتی برای آن معنا هست، یکی این‌که وقتی امام (ع) فرمود: «سحت انواع کثیره» طبع سخن اقتضای کند که حداقل سه تایی آن‌ها را بیان کند، چون جمع نحوی برخلاف جمع منطقی، حداقلش سه تا است و لذا برای آن، سه تا را بیان کرده‌اند: (۱) «کل شیء غل من الامام فهو سحت» (۲) فرمودند: «ما اُصیب من اعمال الولاة الظلمه» (۳) یکی هم فرمودند: «اجور القضاة» بنابراین حداقلی سه مورد آن را بیان کرده و علت این‌که «منها» را تکرار نکرده‌اند، چون زیاد تکرار می‌شد و الا باید برای اجور الفواجر يك منها بگویند و ثمن الخمر، يك منها بگویند، برای ثمن النبيذ المسكر نیز منها بگویند و سپس برای ربای بعدالبینه نیز باید منها بیاورد و چنین تکراری کلام را از سلامت و متانت ساقط می‌کند.» (فاضل لنکرانی، ۹۶/۱)

مطلب دیگر این‌که وی می‌گوید: «در «و ما اُصیب من اعمال الولاة الظلمه» بین اعمال و عمال فرق است؛ عمال جمع عامل است، اعمال جمع عمل است. سلاطین جور يك سري کارهایی دارند. این طوری که ایشان می‌فرمایند، با عمال سنخیت دارد نه با اعمال در حالی‌که در روایت اعمال ذکر شده است.» (همان، ۹۷)

اشکال دوم نگاه معناشناختی به ریشه واژه سحت:

برخی سحت را به معنای حرمت مشدده پنداشته‌اند. امام خمینی از استعمال واژه سحت در بیع نجاسات سه اثر فقهی مترتب دانسته‌اند: اول این‌که حرمت تکلیفی معامله، دوم حرمت وضعی معامله، سوم حرمت تصرف در ثمن معامله. البته مشدد بودن حرمت با توجه به استعمال و ادله ارائه شده، مردود است. (مجلسی، ۹۲/۱۹؛ خمینی، مکاسب محرمة، ۱۳/۱-۱۴) اما با توجه به موارد استعمال مفهوم محوری واژه سحت، حرمت نیست.

بررسی واژه سحت در لغت

سحت بضمّ (س) اسم مصدر و در لغت، اسم عین است. خلیل به دو مفهوم محوری این ریشه یعنی ممنوع بودن و مورد تنفر بودن تصریح کرده است؛ و در غالب قاموس‌ها با عبارات و شواهد متفاوتی از آن‌ها یاد شده؛ «السحت: کل حرام قبیح الذکر یلزم منه العار» (خلیل ابن احمد، ۱۳۲/۳)، «المال السحت کل حرام یلزم آکله العار و سمی سحتا لانه لا بقاء له» (ابن فارس، ۱۴۳/۳)، «السُّحْتُ وَ السُّحْتُ لِلْمَحْظُورِ الَّذِي يُلْزَمُ صَاحِبَهُ الْعَارُ، كَأَنَّهُ يَسْحَتُ دِينَهِ وَ مَرُوءَتَهُ» (راغب، ۴۰۰)، «سحت هر آنچه که کسب آن حلال نیست، و منشا اشتقاق آن سحت یا أسحتکم به معنای چیزی که از بین می‌برد، و گفته شده سحت برکت را می‌برد و هم‌چنین مروت و جوانمردی انسان را از بین می‌برد.» (طریحی، ۲۰۴/۲)

پس نوعا در کلمات لغویان، جهت حرمت وجود دارد، هرچند رکن دومی را هم برای مفهوم این واژه ذکر کرده‌اند که عبارت است از عار بودن، خلاف طبع بشر بودن، مهانت و بی‌ارزشی، و مالی که امرار معاش از طریق آن، مروت و شرف و کرامت انسانی را از بین می‌برد.

بررسی واژه سحت در اصطلاح روایات

با دقت در استعمال واژه در روایات استفاده می‌شود که در موارد متعددی تنها رکن دوم معنا، که همان مهانت و پستی است، استعمال شده و نظر به جنبه حرمت ندارد. برای مثال در مورد در آمد شخص حجامت‌گر در روایات، تعبیر به سحت شده است، سماعه بن مهران از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند که فرمود: «سحت انواع بسیاری است که از آن جمله است: در آمد حجامت‌گر هنگامی که شرط کند، اجرت زانیه و ثمن شراب؛ ولی رشوه در داوری، آن کفر به خدای بزرگ است.» (عیاشی، ۳۲۱/۱)

در کتاب الجعفریات از امیر مؤمنان علیه السلام روایت شده که ایشان موارد سحت را برشمرده؛ از جمله آن‌ها این موارد است: بهای بارور کردن چهارپایان، در آمد حجامت‌گر، اجرت کیل و ترازو مگر این‌که خود صاحب پیمان و صاحب ترازو آن را پیمان و وزن کند [بابت عمل خود اجرتی بگیرد نه بابت خود پیمان و ترازو]، اجرت پاسبان و نگهبانی که جز با پاداش تو را یاری نمی‌کند، اجر صاحب زندان [در گذشته خانه‌ها را برای زندان اجاره می‌دادند]. و اجرت قاضی و اجرت حسابرس میان قوم که جز با پاداش به حساب آنان نمی‌رسد، اجرت قاری قرآن که جز با مزد و اجرت، قرآن نمی‌خواند، ولی اشکال ندارد که از بیت المال به آنان مستمری داده شود، هدیه‌ای که با انگیزه بازپس گرفتن هدیه بهتری داده

می‌شود، رشوه در داوری، نطفه حیوان نر- هدیه کردن علف به آن اشکال ندارد- اجرت قاضی- مگر قاضی که از بیت المال حقوق بگیرد- و اجرت اذان‌گو- مگر کسی که از بیت المال مستمری دریافت کند.» (ابن اشعث، ۱۸۰)

به روشنی پیداست که بسیاری از موارد فوق حرام نیست، اما در همه موارد رکن دوم معنای سحت یعنی همان مهانت و پستی که از عوامل از بین بردن کرامت انسانی و شئون اسلامی است وجود دارد. برای مثال امرار معاش کردن از طریق کرایه دادن حیوان نر برای جفت‌گیری یا حجامت‌کردن یا هدیه‌ای که به انگیزه بازپس‌گیری است، یا مهارت‌هایی که با اجرت گرفتن موجب سبک کردن آن شغل و از بین بردن جایگاه والای آن می‌شود مانند قضاوت که نوعی ولایت الهی است و از جایگاه تفوق و برتری و شرافت الهی برخوردار است و درخواست اجرت از متخاصمان، نوعی از میان بردن قداست آن است. هم‌چنین درخواست اجرت برای تلاوت و یاد دادن قرآن، در عرف نوعی سبک کردن کتاب خداوند است. در روایتی از امام صادق علیه السلام درباره شغل حجامت‌گر پرسیدند. امام فرمود: مردی خدمت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله همین مسأله را سؤال کرد به او فرمود: تو شتر آب‌کش داری؟ جواب داد آری. فرمود: از درآمد آن شغل، او را علف بده. (طوسی، تهذیب الحکام ۶۰/۳) هم‌چنین در روایت دیگری از یَعْقُوبُ بْنُ شُعَيْبٍ از امام صادق علیه السلام نقل شده است که امام فرمود: «تَمَنُّ الْعَدْرَةِ مِنَ السُّحْتِ» (همان ۳۷۲/۶) این روایت نشان دهنده اینست که فروختن مدفوع، عار محسوب می‌شود، از سوی دیگر در جواز بیع مدفوع از مُحَمَّدِ بْنِ مُضَارِبٍ از امام صادق علیه السلام نقل شده که: «قَالَ لَنَا بَأْسَ بَيْعِ الْعَدْرَةِ» (همان ۳۷۲/۶) هم‌چنین در روایتی در کتاب تفسیر قمی آمده است: «وَأَكْلِهِمُ السُّحْتِ قَالَ السُّحْتُ هُوَ بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ» (قمی، ۱۷۰/۱) طبیعتاً آنچه بین حلال و حرام است، کراهت می‌باشد و این روایت حتی به ظهور سحت در حرمت نیز خدشه وارد می‌سازد.

از جمله مویذات ظهور نداشتن این روایات در حرمت، فهم فقیهان است که با وجود پای‌بندی به نصوص، فتوا به جواز اجرت‌خواهی بر قضاوت نموده‌اند، مفید در مقنعه گوید: اشکالی در اجرت‌خواهی بر قضاء بین مردم نیست، هر چند تبرع افضل می‌باشد. (ص، ۵۸۸) شیخ طوسی نیز، شبیه همین عبارت را آورده است. (النهاية، ۳۶۷) و سلار و قاضی ابن براج این واجب را در شمار مکاسب مکروهه آورده‌اند. (سلار، ۱۶۹؛ ابن البراج، ۱/۳۴۶)

از میان فقهای معاصر فقه شیعه، آقای منتظری، سحت را منحصر به حرمت ندانسته و مدعی است بسته به موارد استعمال و از قرائن خارجی باید روشن کرد که مراد امام علیه السلام از کاربرد واژه سحت چیست. ایشان با رد نظر فقهایی که سحت را به معنای حرمت مشدده دانسته‌اند، این معنا را خلاف استعمال می‌داند (منتظری، *دراسات في المكاسب المحرمة*، ۲۰۵/۱)

حاصل آن که روایات مذکور با وجود ضعف اسنادی آن‌ها و قرائن متعدد؛ بیش از کراهت را نرسانده و قابلیت تسری و ملاک‌گیری برای شالوده‌ریزی یک قاعده را ندارد.

د: روایات اخذ اجرت بر تعلیم واجبات و فتوا دادن

روایت یوسف بن جابر از امام باقر علیه السلام. در بخشی از این روایت امام باقر (ع) از رسول خدا نقل می‌کنند که رسول خدا کسی را که مردم به خاطر تفقه، به او نیازمند باشند و آن شخص از مردم رشوه طلب کند، لعنت نمودند. (حرّ عاملی، ۲۲/۲۷) (در این روایت اجرت خواهی تعبیر به رشوه شده است)

فقه الحدیث: این روایت از لحاظ سند به خاطر مجهول بودن یوسف بن جابر ضعیف می‌باشد، آنچه محل استناد است این که احتیاج به فقیه، اسباب گوناگون دارد مثلاً احتیاج به قضاوت یا اعمال ولایت یا تدریس، مشاوره و تصدی امور حسبیه و غیره. این روایت از این جهت اطلاق دارد. شیخ انصاری از اطلاق حدیث استفاده کرده است و معنایی لغوی عامی برای رشوه بیان کرده که رشوه به معنای مطلق جعل است و منحصر به زمانی نیست که رشوه را به قصد باطل کردن حق می‌دهند.

روایت ضعیف و مخالف قاعده احترام عمل مسلمان است و هم‌چنین در واجبات حکومتی و تشکیلاتی سیره مستمره متشرعه که متصل به زمان معصوم است در جواز کسب اجرت وجود دارد. ماده رشوه در روایت نیز به معنای آنچه است که به شخص حاکم می‌دهند تا به نفع معطی حکم کند، در اصل رشوه از رشاء، به معنای ریسمان است. (فراهیدی، ۲۸۱/۶؛ جوهری، ۲۳۵۷/۶؛ فیومی، ۳۱۰/۱). در معنای اصطلاحی رشوه پنج احتمال ذکر شده است: اول مطلق عوض که اجرت اجیر را هم در بر می‌گیرد، دوم عوض برای قضاوت خاص، سوم عوض برای تصدی شغل قضاوت (منظور استخدام قاضی و تعیین حقوق برای اوست)، چهارم عوض برای حکم به نفع اجرت دهنده با فرض این که شخص می‌داند که محق است و احتمال آخر این که عوض برای حکم ناحق به نفع شخص. (ایروانی، ۱/۲۶) محقق ایروانی احتمال

اخیر را قدر متیقن ادله رشوه می‌داند (پیشین) و برخی امر را دائر مدار دو احتمال آخر دانسته‌اند. آنچه مهم است این که منظور از اجرت بر واجبات احتمال اول و دوم و سوم می‌باشد که ادله رشوه آن‌ها را شامل نمی‌شود. (منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱۴۸/۳) بنابراین روایت یوسف ابن جابر نیز چون روایات پیشین، قابلیت اثبات حرمت را به دلایل پیش گفته ندارد.

ه: ادله کتمان علم و ترک انتشار آن

آیات و روایاتی وجود دارد که کتمان علم را در مواقع ظهور بدعت‌ها و در مواقع دیگری مستوجب لعن خداوند و هم‌چنین سزاوار عذاب الهی دانسته است. (بقره: ۴۲؛ بقره: ۱۵۹؛ آل عمران: ۱۸۷؛ حر عاملی، ۱۶/ ۲۷۱؛ مجلسی، ۲۱۷/۷) برخی گفته‌اند، از این ادله مجانی بودن آموزش و اظهار علم استفاده می‌شود. چرا که حبس این اعمال در حقیقت نوعی احتکار خدمات و حرمت دارد.

آنچه در تنمیه و در جواب جا دارد، نکته‌ای در مورد آن بیان شود این که حرمت در هنگام حبس عمل نه به خاطر ادله احتکار یا اضرار به دیگران یا خود داری از انتشار علم یا درخواست اجرت در مقابل تعلیم بلکه صرفاً به خاطر ترک واجب کفایی و یا عینی می‌باشد و در جای خود آمده است که مفهوم واجب ملازمه با مجانی بودن عمل ندارد و واجب بودن فعلی، به معنای مالکیت عمل برای خداوند نیست.

نتیجه‌گیری

در این نگاشته با امعان نظر در ادله نقلی و تحلیل‌های فقها، پیرامون آیات و روایات مرتبط با قاعده، نارسایی آن‌ها در اثبات مدعای کلی حرمت اخذ اجرت بر واجبات به اثبات رسید. البته نفی قاعده مترتب بر آن است که وجوه عقلی ارائه شده بر قاعده قابل قبول نباشد، که به عقیده برخی، وجوه عقلی مخدوش است. (ر.ک: فخلعی و شیخی، ۱۳۹۰، صص ۴۷-۶۴) از سویی این قاعده موارد نقض و تخصیص متعدد دارد که از جمله می‌توان به واجبات نیابی، واجبات نظامی و حکومتی، اجرت وصی و مادر و ... اشاره کرد، بنابر این در صورت پذیرش خدشه‌های وارد بر وجوه عقلی و نقلی دیوار سترگ این قاعده فقهی که عمدتاً بر پایه شهرت افراشته شده در معرض ویرانی و فروپاشی قرار می‌گیرد. در این صورت پس از نقض کلیت قاعده، فقط ادعای منافات اخذ اجرت با قصد قربت، به این قاعده در زمینه واجبات عبادی

مجالى مى‌بخشد، ليكن همان نيز در مقاله‌اى ديگر توسط راقم اين سطور به پيروي جمعى از دانشيان فقه معاصر شيعه، مورد نقد واقع شده است. (فخلعى و شىخى، ۱۳۹۰، صص ۸۵-۱۰۳) حاصل اين كه حرمت تكليفى و وضعى اخذ اجرت بر واجبات به رغم آن كه مورد توجه فراوان فقهاى عظام واقع شده است، ليكن نمى‌تواند به مثابه يك قاعده كلّى مورد اتكا قرار گيرد.

منابع

قرآن كريم.

- ابن براج، عبدالعزيز بن حريز، *المهذب*، قم، مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۰۶ق.
- ابن حزم، على بن احمد، *المحلى*، تحقيق شيخ احمد محمد شاکر، بيروت، دارالفکر، بى‌تا.
- ابن اديس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى*، قم، مؤسسه نشر اسلامى، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- ابن اشعث، محمد بن محمد، *الجعفریات (الأشعثيات)*، تهران، مکتبه النینوی الحديثه، بى‌تا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بيروت، دار صادر، بى‌تا.
- ايروانى، على، *حاشية المكاسب*، تهران- ايران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين، *المكاسب المحرمة و البيع الخيارات*، قم: کنگره بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، اول، ۱۴۱۵ق.
- _____، *فرائد الاصول*، رحلى چاپ سنگى، بى‌تا.
- آخوند خراسانى، محمد كاظم، *كفاية الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت (عليهم السلام)، چاپ اول، ربيع الأول، ۱۴۰۹ق.
- بجنوردى، حسن، *القواعد الفقهية*، تهران: مکتبه الصدر، چاپ دوم، ۱۴۱۹ق.
- جوهرى، اسماعيل بن حماد، *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية*، احمد عبد الغفور عطار، بيروت- لبنان، دار العلم للملايين، اول، ۱۴۱۰ق.
- حر عاملى، محمد بن حسن، *تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، اول، ۱۴۰۹ق.
- جصاص، احمد بن على، *أحكام القرآن (الجصاص)*، تحقيق: محمد صادق قمحاوى، بيروت، دارالاحياء التراث العربى، ۱۴۰۵ق.
- خمينى، روح الله، *المكاسب المحرمة*، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره)، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- _____، *تحرير الوسيلة*، قم: مؤسسه دارالعلم، چاپ اول، ۱۳۷۷.

- خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم: اسماعیلیان، دوم، ۱۴۰۵ق.
- خویی، ابوالقاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقی*، بی‌جا، جامع اهل البيت، بی‌تا.
- _____، *مصباح الفقاهة*، تقریر: محمدعلی التوحیدی، التبریزی، نجف اشرف، المطبعة الحیدریه، ۱۳۷۷.
- _____، *مبانی تکملة المنهاج*، مطبعة الآداب النجف الاشرف، ۱۹۷۵م.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات فی غریب القرآن*، تحقیق صفوان عدنان داوودی، بیروت، دارالعلم الدار الشامیة، ۱۴۱۲ق.
- سبحانی، جعفر، *المواهب فی تحریر احکام مکاسب*، به قلم و تقریر: سیف الله یعقوبی اصفهانی، قم، مؤسسه الامام الصادق، اول، ۱۴۱۰ق.
- سلار، حمزة بن عبد العزيز ديلمی، *المراسم العلویة و الأحکام النبویة فی الفقه الإمامی*، قم، منشورات الحرمین، مصحح: محمود بستانی، ۱۴۰۴ق.
- شهید اول محمدبن مکی، *القواعد و الفوائد*، سید عبد الهادی حکیم، قم، مکتب مفید، بی‌تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العرب، هفتم، بی‌تا.
- طباطبایی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، ترجمه موسوی همدانی، قم: انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، اول، ۱۳۷۴.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، انتشارات ناصر خسرو، سوم، ۱۳۷۳.
- طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، مصحح: سید احمد حسین، تهران، کتابفروشی مرتضوی، بی‌تا.
- طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام*، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چهارم، ۱۴۰۷ق.
- _____، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، بیروت، دار الکتب الإسلامیه، دوم، ۱۴۰۰ق.
- _____، *الخلافة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، اول، بی‌تا.
- عیاشی، محمد بن مسعود، *تفسیر العیاشی*، مصحح: رسولی محلاتی، تهران، المطبعة العلمیة، ۱۳۸۰ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *سیری کامل در خارج فقه معاصر کتاب القضاء*، تنظیم: محمد دادستان، بی‌تا.
- فخرالدین رازی، ابو عبدالله محمد بن عمر، *مفاتیح الغیب*، بیروت، دار الاحیاء التراث الاسلامی، سوم، ۱۴۲۰ق.

فخر المحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح المشکلات القواعد*، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸ق.

فخلعی، محمد تقی و شیخی، مجید رضا، «بررسی آرای فقها در مورد منافات اخذ اجرت با قصد قربت»، *پژوهشنامه متین*، سال سیزدهم، شماره ۵۱، تابستان ۱۳۹۰.

_____، «بررسی اشکال تخصیص ناپذیری قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات»، *آموزه‌های فقه مدنی*، شماره ۴، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، زمستان ۱۳۹۰.

_____ و سلطانی، عباسعلی، «نقد و تحلیل ادله عقلی حرمت اخذ اجرت بر واجبات»، *آموزه‌های فقه مدنی*، شماره ۶، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.

فرحی، علی، *تحقیق در قواعد فقهی اسلام*، دانشگاه امام صادق علیه السلام، اول ۱۳۹۰.

قمی، علی بن ابراهیم، *تفسیر القمی*، موسوی جزائری، قم، دار الکتب، سوم، ۱۴۰۴ق.

گلپایگانی، محمد رضا، *کتاب القضاء*، به قلم و تقریر سید علی حسینی میلانی، قم، مطبعه الخیام، ۱۴۰۱ق.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۳ق.

مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، اول ۱۴۱۳ق.

منتظری، حسینعلی، *دراسات فی مکاسب المحرمة*، انتشارات ارغوان دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۵.

_____، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، ترجمه محمود صلواتی، انتشارات سرایی، تهران، ۱۳۷۹.

_____، *کتاب الزکاة*، مرکز جهانی مطالعات اسلامی، قم-ایران، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.

مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه (کتاب التجارة - مکاسب المحرمة)*، قم، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ اول ۱۴۲۶ق.

_____، *حیله‌های شرعی*، قم، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ اول ۱۴۲۶ق.

یزدی، محمد کاظم، *العروة الوثقی (المحشی)*، تهران، حدیث دل، ۱۳۸۲.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۱۵۸-۱۴۳

درآمدی بر تطبیق قاعده عدالت*

دکتر سید محمود صادق زاده طباطبایی

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: tabanet@um.ac.ir

چکیده

از جمله قواعد فقهی که کمتر بدان پرداخته شده است قاعده عدالت است. تطبیق این قاعده مبتنی بر احراز عدالت به عنوان وصفی برای احکام شرعی است. برخی فقیهان درک عادلانه بودن احکام شرعی را مقدور بشر ندانسته و آن را به دیدگاه شارع مبتنی کرده‌اند. از همین رو استفاده از این قاعده در استنباط مسایل فقهی و توسعه آن در فقه مورد تردید قرار گرفته است. این مقاله در دو مقام به بررسی امکان کشف عدالت در احکام شرعی پرداخته است. در مقام اول اثبات کرده است که عدالت مفهومی واقعی و عینی است و حاکی از حقیقتی در خارج است و مانند علائم راهنمایی و رانندگی نیست که حقیقت آن بر پایه توافق و اعتبار باشد. و در مقام دوم اثبات شده که عدالت مطرح شده در مستندات قرآنی و روایی این قاعده به چهار دلیل نمی‌تواند عدالت از منظر شارع باشد، در نتیجه شناخت آن به فهم بشر ارجاع داده شده است.

کلیدواژه‌ها: قاعده عدالت، عدالت، حسن و قبح، عرف، تشریح.

مقدمه

افعال خداوند در سه حوزه «تکوین» و «تشریح» در دنیا و «قیامت» در آخرت متصف به صفت عدل است که این شمول ناشی از اطلاق وصف عدل برای ذات باری تعالی است. اقتضاء عدل الهی در حوزه «تشریح» آن است که تشریحات الهی که متوجه انسان شده است بر ساختار عدالت، سامان یافته و هیچ حکم آن ظالمانه نیست. در دوره معاصر این آموزه کلامی در حوزه فقه، تشریح و قانون‌گذاری به عنوان قاعده‌ای فقهی به نام قاعده عدالت مطرح شده است. به جهت عدم طرح قاعده عدالت در کتب متداوله تعریف مضبوطی از آن در دست نیست. اندیشمندان معاصر نیز که به این قاعده پرداخته‌اند به تعریف آن به عنوان قاعده نپرداخته‌اند بلکه مفهوم عدالت را تعریف کرده‌اند (علی اکبریان، ۱۷۳). لذا پیشنهاد می‌شود در تعریف این قاعده چنین گفته شود: «هر حکم شرعی بر مقتضای عدل است و حکم مشتمل بر ظلم یا غیر عدل، حکم شرعی نیست.»

البته عدالت در فقه در موارد متعددی از جمله در بحث امام جماعت (محقق حلی، ۸۸/۱)؛ مستحق زکات (محقق حلی، ۱۵۱/۱)؛ شاهد (علامه حلی، ۱۵۶/۲)؛ وصی (محقق ثانی، ۲۷۴/۱۱) حاکم شرع اعم از مفتی یا قاضی (بحرانی، ۵۸/۱۰) مطرح شده است. در این موارد عدالت به عنوان وصف برای افراد مورد بررسی قرار گرفته است اما در قاعده عدالت سخن از عدالتی است که وصف حکم شرعی به عنوان فعل شارع قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر گاهی بحث از عدالتی است که به عنوان موضوع در قضیه شرعی قرار گرفته است و گاهی سخن آن است که محمول تمامی قضایای شرعی که همان حکم شرعی باشد و از سوی شارع جعل می‌گردد متصف به وصف مقدر و ناپیدای «عدل» است.

آنچه مطمح نظر اندیشمندان در دوره معاصر قرار گرفته آن است که آیا این حقیقت می‌تواند به عنوان میزان و معیار برای فقاقت و استنباط در اختیار فقیه قرار گیرد و تمامی برداشت‌های فقهی و فتاوا با آن سنجیده شود، به گونه‌ای که اگر حکمی بر طبق مقتضای عدل بود شرعی و اگر غیر عادلانه بود آن را غیر شرعی دانست. مقصود از قاعده عدالت آن است که عدالت به عنوان مفهومی قابل درک که امکان تطبیق آن بر مصادیقش برای فقیه میسر است به عنوان شاقولی در فقه از آن استفاده شود و شرعی و غیر شرعی بودن حکمی را با آن سنجید.

آقای سیستانی بعد از بیان آن که قاعده عدالت از بزرگترین قواعد فقهی است می‌نویسد: «ظاهر آن است که اشکال کردن در اصل قاعده سزاوار نباشد چنان‌که آیاتی دیگر نیز بر آن

دلالت دارد مانند: «وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» و نیز «وَأَمْرٌ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ» بلی بحث در پایه عدالت و ضابطه کلی آن است. (سیستانی، ۳۲۵)

از مشکلات عمده در کاربرد و استفاده از این قاعده، تطبیق آن بر مصادیق و افراد آن از احکام شرعی است. ما در این مقاله در صدد آنیم تا به تبیین مفهوم عدالت بپردازیم تا در مرحله بعد بتوان به درستی به شناخت مصادیق آن دست یازید. چستی مفهوم عدالت و تعریف آن در گرو شناخت چگونگی ساختار آن است. لذا از دو بعد به بررسی مفهوم عدالت پرداخته‌ایم. یک از جهت آن که آیا عدالت مفهومی قراردادی است یا واقعی. در این مقام به تمایز بحث قراردادی و واقعی بودن حسن و قبح با شناخت مفهوم عدالت در قاعده عدالت اشاره کرده‌ایم، و بیان کرده‌ایم عدالت مفهومی حقیقی و عینی است. و در مقام دوم به چهار دلیل اثبات کرده‌ایم که مفهوم عدالت در آیات و روایات، شرعی نیست.

مقام اول: مفهوم عدالت: قراردادی یا واقعی

آیا عدالت مفهومی است که حاکی از یک حقیقت خارجی و عینی است یا آن که صرفاً قرارداد و اعتباری میان عقلاء در جهت تصحیح روابط است؟ باید گفت عدالت به عنوان یک موضوع، امری حقیقی و عینی است و مانند علائم راهنمایی و رانندگی نیست که حقیقت آنها بر پایه اعتبار باشد. اتصاف یک حکم به عدل و ظلم ناشی از مصلحت و مفسده نوعی در آنها است که اموری واقعی و حقیقی‌اند. شاید گمان شود این ادعا در فلسفه و کلام در بحث حسن و قبح، مورد بحث، اختلاف و مناقشه قرار گرفته است.

میان فلاسفه و متکلمان در مساله حسن و قبح، نزاعی است مبنی بر آن که قضایایی که محمول آن «حسن» و یا «قبح» است، مثل: «العدل حسن» و «الظلم قبیح» از مشهورات صرف است که واقعی جز شهرت و اعتبار عقلاء ندارد یا آن که جزو یقینات و بدیهیات ششگانه در منطق است؟ (ابن سینا، الاشارات و التنبيهات، ۳۶؛ سبحانی، الإلهیات، ۲۳۹) دقت در این بحث که در ساحت فلسفه و کلام بسط یافته است روشن می‌سازد که این نزاع ارتباطی به موضوع بحث در قاعده عدالت ندارد، ولی طرح آن می‌تواند به روشن شدن فضای بحث فقهی ما بیانجامد. توضیح آن که:

در علم منطق لفظ به مفرد و مرکب، و لفظ مرکب به تام و ناقص و لفظ مرکب تام به خبر (یا قضیه) و انشاء تقسیم می‌شود. (مظفر، ۶۱) پس خبر و انشاء وصف قضیه است.

هم‌چنین در علم منطق قیاس (قولی تشکیل یافته از قضایا که وقتی پذیرفته گردد مستلزم قول دیگر است) پنج قسم دارد: برهانی، جدلی، خطابی، شعری، سفسطی. قیاس برهانی تشکیل یافته از قضایای یقینی است که مشتمل بر شش امر است: اولیات، مشاهدات، تجربیات، حدسیات، متواترات، فطریات. قیاس جدلی در مقابل آن مشتمل بر اموری است که نزد همه و حدسیات، متواترات، فطریات. قیاس جدلی در مقابل آن مشتمل بر اموری است که نزد همه و

یا نزد گروهی خاص مشهور و یا مسلم است. (مظفر، ۲۳۵)

با توجه به دو نکته فوق بزرگانی از فلاسفه و متکلمان هم‌چون بوعلی و خواجه طوسی قائل به آنند که قضایای حسن و قبح از مشهورات است.^۱ (ابن سینا، الاشارات و التنبیها، ۳۶) بعضی نیز هم‌چون آقای سبحانی ضمن نقد این نظریه قایل‌اند که این قضایا جزو یقینیات است که نزد همگان مورد قبول است. (سبحانی، الإلهیات، ۲۳۹)

دقت در بحث فوق روشن می‌سازد که نزاع در مباحث حسن و قبح مربوط به ماهیت قضایایی چون «العدل حسن» می‌باشد، در حالی که بحث ما در قاعده عدالت شناخت ماهیت نفس «عدل» و «ظلم» است که به عنوان مفرد در مقابل مرکب تامه (خبر) و یا ناقصه (انشاء) قرار دارد. سخن در آنجا آن است که صحت مدح بر عدل و یا صحت ذم بر ظلم، ناشی از چیست؟ از توافق آراء عقلاء ناشی می‌شود یا از امری واقعی و عینی. اختلاف در ماهیت آن قضایا بعد از فراغت از واقعی بودن عدل و ظلم است.

محقق اصفهانی در مقدمه بررسی قضایای حسن و قبح به این مطلب تصریح کرده است. او می‌گوید: عدل عبارت از اشتغال فعل بر مصلحت عامه‌ای است که به واسطه آن نظام حفظ گردد، و ظلم و تعدی اشتغال فعل بر مفسده عامه‌ای است که نظام به واسطه آن اختلال می‌یابد و همگان به آن اعتراف دارند. هم‌چنین ایشان می‌گویند: هر عاقلی خود را و آنچه به او برگردد را دوست دارد و این امری وجدانی است که هر کسی آن را در می‌یابد. هم‌چنین خوشایند بودن هر مصلحت و ناخوشایند بودن هر مفسده، وجدانی است به گونه‌ای که هرکس در هنگام مواجهه با مصلحت و مفسده، آن را درک می‌کند، و این امور از واقعیاتی‌اند که هیچ‌کس در آن نزاعی ندارد. ایشان در ادامه چنین می‌نویسد: «نزاع در حسن عدل و قبح ظلم به معنای صحت مدح بر عدل و صحت ذم بر ظلم است که ادعای ما آن است که حسن و قبح به این معنا ناشی از توافق آراء عقلاء است نه آن‌که این صفات آنچنان‌که مصلحت و مفسده در عدل و ظلم

۱. خواجه طوسی در شرحش بر این گفتار با او موافقت کرده است: طوسی، خواجه، شرح الاشارات و التنبیها، ۱/ ۲۲۰. و نیز رک: ابن سینا، شیخ الرئيس، النجاة من الغرق في بحر الضلالات، ۱۱۸.

ثابت است در آن‌ها نیز مقرر باشد». (غروی، ۳۱۲/۲)

نتیجه آن‌که عدالت به عنوان یک موضوع دارای عینیت و حقیقتی ماوراء اعتبار و قرارداد است و نزاع فلسفی و کلامی در مساله حسن و قبح عدل و ظلم، ارتباطی به بحث ما ندارد؛ چه آن‌که آنان نیز به حقیقتی و عینی بودن عدالت و ظلم معترفند. در نتیجه سخن برخی پژوهشگران در برقراری پیوند میان قاعده عدالت و مساله قراردادی و حقیقتی بودن حسن و قبح ناصواب خواهد بود. (مهریزی، ۱۹۰)

مقام دوم: مفهوم عدالت: عرفی یا شرعی

پس از فراغت از اثبات آن‌که عدالت مفهومی برآمده از حقیقت و واقعیت است نه آن‌که صرف قرارداد و اعتبار باشد، سخن آن است که مرجع کشف این حقیقت در زمینه احکام الهی کیست؟ آیا بشر راهی برای شناخت احکام از حیث اتصاف آن‌ها به عدل و ظلم دارد؟ یا آن‌که کشف این حقیقت مقدر بشر نیست و وابسته به اعلان آن از سوی شریعت است؟ در علم کلام در بحث اسماء و صفات الهی به مناسبت صفت عدالت که از جمله صفات فعلی خداست بحثی تحت عنوان حسن و قبح افعال مطرح می‌شود که ارتباط تنگاتنگی با شناخت مصادیق عدل و ظلم از سوی بشر دارد. (علامه حلی، کشف المراد، ۳۰۲) وجه ذکر چنین بحثی در کلام از آن روست که اثبات صفتی چون عدالت که از صفات ثبوتیه خدا است و نفی صفتی چون ظلم که از صفات سلبيه پروردگار است، مبتنی بر پذیرش درک حسن و قبح ذاتی افعال از سوی عقل است؛ یعنی همچنان‌که عقل درک می‌کند که افعالی فی نفسه حسن و یا قبیح‌اند، هم‌چنین درک می‌کند که غنی بالذات از اتصاف به ظلم و قبیح و فعلی که سزاوار نیست منزّه و شایسته صفتی چون عدل است.

اولین کسی که این چنین به طرح محل نزاع در کلام پرداخته محقق لاهیجی است. وی در کتاب کلامی خود «سرمایه ایمان» که به فارسی نگاشته است (فیاض لاهیجی، ۶۰) مسایل مرتبط با عدل را در هشت فصل بحث کرده که فصل اول آن اختصاص به مساله حسن و قبح دارد. ایشان در این فصل به خوبی توضیح داده که اولاً: حسن و قبح به معنای استحقاق مدح و ذم است. و ثانیاً: محل نزاع متکلمان عدلیه اعم از امامیه و معتزله در مقابل اشعریون، حسن و قبح ذاتی افعال است نه حسن و قبح به معنای ملائمت و منافرت؛ و یا اغراض و مصالح شخصی و نوعی؛ و یا ثواب و عقاب مترتب بر عمل؛ چرا که غرض از طرح این مساله در علم

کلام، رسیدن به شناخت افعال و صفات خداوند است که دایمی و ثابت است، بر خلاف سایر معانی حسن و قبح که از ثبات و دوام برخوردار نیست و حسب طبایع مختلف و اغراض تغییر می‌کند.

بحث حسن و قبح افعال در کلام از اهمیت بسیار برخوردار است. هم ایشان بعد از اثبات حسن و قبح ذاتی افعال می‌نویسد: «اگر تطویل شد، بنابر آن است که مسأله‌ای است در غایت اهتمام، و مبنی است بر این مسأله، ثبوت نبوت و اکثر مسائل کلام. و کلام اصحاب در این مقام قاصر است از بلوغ کنه مرام» (فیاض لاهیجی، ۶۲). بحث از وجوب شناخت خدا، قاعده لطف، حسن و وجوب تکلیف و عصمت انبیاء در علم کلام نیز مبتنی بر درک حسن و قبح ذاتی افعال است. (ربانی گلپایگانی، ۹)

پس از روشن شدن محل نزاع در کلام باید گفت دو دیدگاه عمده در این مساله در کلام وجود دارد:

عدلیه معتقدند افعالی داریم که عقل به تنهایی بدون کمک گرفتن از شرع، حسن و قبح آن را درک می‌کند و اگر از سوی شارع امر و نهی نسبت به آن افعال صادر شود ارشاد به آن درک عقلی است و شارع نمی‌تواند به حسن آنچه که عقل تقبیح کرده و به قبح آنچه عقل آن را تحسین کرده حکم کند.

در مقابل این دیدگاه اشاعره قائلند عقل درکی نسبت به حسن و قبح اشیاء ندارد و قبل از بیان شارع افعال متصف به حسن و قبح نمی‌شوند. حسن چیزی است که شارع آن را تحسین کند و قبیح آن است که شارع آن را تقبیح کند. قبح ظلم به جهت نهی شارع و حسن عدل به جهت امر شریعت است و اگر شارع به ظلم امر و از نهی عدل نهی کرده بود حسب حکم شارع حسن و قبح آن دو تغییر می‌کرد. در کتب کلامی به طور مبسوط به رد نظر اشاعره و ادله آنان پرداخته شده است. (خرازی، ۱/ ۱۰۵؛ شبر، ۸۴)

علی‌رغم آن‌که از نظر کلامی تمامی اندیشمندان شیعی قایل به حسن و قبح عقلی‌اند اما برخی آنان در ناحیه احکام شرعی درک حسن و قبح عدل و ظلم را مقدور بشر نمی‌دانند و آن را مبتنی به دیدگاه شارع می‌دانند. از جمله صاحب «عمده المطالب فی شرح المکاسب» در بررسی ادله حرمت سب مومن به دلیل عقلی اقامه شده از سوی شیخ انصاری اشاره می‌کند که مفادش آن است: سب مومن، ظلم است و ظلم به حکم عقل، قبیح و حرام است. ایشان در رد این دلیل می‌گوید: آیا ترخیص ظلم از سوی شارع جایز است؟ اگر دلیلی بر جواز سب مومن

از سوی شارع داشته باشیم قطعا به آن اخذ خواهیم کرد و به جواز سب قایل می‌شویم بدون آن که آن را ترخیص در جواز ظلم از سوی شارع بدانیم. این بدان جهت است که عقل در کشف احکام شرعی به جهت عدم احاطه به مصالح و مفاسد واقعی ناتوان است. به عبارت دیگر حکم عقل در سلسله معلولات یعنی اطاعت و عصیان متبع است نه در سلسله علل و کشف حکم شرعی. (قمی طباطبایی، ۲۱۳/۱)

شهید صدر در رد قول کسانی که در کاشف بودن اثباتی مدرکات عقل عملی از حکم شارع تشکیک می‌کنند می‌گوید که این دیدگاه در نهایت منتهی به دیدگاه اشاعره در نفی حسن و قبح ذاتی افعال می‌گردد. (صدر، ۱۳۵/۴)

آنچه که می‌تواند دیدگاه عدلیه را حتی در احکام شرعی تأیید کند آن است که شارع در آیات و روایات در مقام بیان مفهوم عدالت و تعریف آن نیست. در تمام موارد فهم عموم از این واژه مد نظر قرار دارد، اگر خداوند می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ...» (نحل: ۹۰) و یا آنجا که به قضاوت به عدل یا املاء به عدل فرمان می‌دهد: «... وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...» (نساء: ۵۸)، «... وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كِتَابًا بِالْعَدْلِ...» (بقره: ۲۸۲) مقصود شارع مفهومی خاص و ویژه نبوده است.

به چهار دلیل عدالت در این آیات که در مقام بیان عدالت تشریحی است نمی‌تواند عدالت شرعی باشد:

دلیل اول: لغویت خطاب

اگر مقصود از عدالت در این آیات عدالت شرعی باشد یعنی عدالتی که شارع آن را عدالت می‌داند خطاب لغو خواهد بود. فقهاء نظیر ابن لغویت را در مورد واژه باطل در خطاب «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» (بقره: ۱۸۸؛ نساء: ۲۹) گفته‌اند. از آنجا که بیان آن می‌تواند آیات مورد بحث ما را تبیین کند به توضیح این آیه می‌پردازیم. در میان فقهاء در آیه اخیر بحثی است که مراد از اکل مال به باطل که در آیه به فساد آن حکم شده چیست؟ آیا اکل مال به باطل در نزد شرع مقصود است یا اکل مال به باطل به بناء عقلاء؟ گفته شده است که آیه دلالت می‌کند که خوردن اموال مردم و تملک آن به باطل، فاسد است. مراد از تملک به باطل که محکوم به فساد است تملک به باطل و لو به بناء عقلاء است، به عبارت دیگر تصرف در مال دیگران به شکل باطل و لو در اعتبار عقلاء نزد شارع، فاسد است. متعلق نهی شارع خصوص تملک به باطل در اعتبار شرعی نیست، که در این صورت دیگر نهی معنا نخواهد داشت؛ چون لغو

خواهد بود. (تبریزی، ۱ / ۶)

ایشان وجه لغویت را توضیح نمی‌دهد که بیانش آن است: بطلان یک شیء از نظر شارع؛ یعنی که آن امر نزد شارع اعتباری ندارد و هیچ است، و چیزی که نزد شارع هیچ است و در حکم عدم است، وجهی ندارد که بگوید اموال را در مقابل آن یا به واسطه آن نخورید. در بحث ما نیز چیزی را که شارع عدل می‌داند؛ یعنی همان چیزی که به آن امر کرده و مطلوب اوست، معنا ندارد که دوباره بگوید مطلوب اوست. همین دوباره گفتن بیان لغویت است.

طبق این بیان عدالتی که از سوی خداوند متعلق امر قرار گرفته صرف آن چیزی نیست که خود شارع آن را عدل می‌داند که در این صورت خطاب لغو خواهد بود، بلکه به مطلق آن چه نزد عرف عدل است امر شده است. به عبارت دیگر مفهوم عدالت در آیات و روایات حقیقت شرعی و یا متشرعی نیست، بلکه مفهومی عقلایی و عرفی است. اگر ظاهر آیه: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ» عدل عقلایی نباشد معنای آن چنین می‌شود: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِمَا هُوَ عَدْلٌ عِنْدَهُ» و این عرفا لغو و خلاف ظاهر است که خداوند چیزی را که خود عدالت می‌داند به آن امر کند.

دلیل دوم: حقیقه بودن قضیه در آیه

دلیل دیگر بر آن که عدالت در آیه عدالت تشریحی نیست آن است که آیه در قالب قضیه حقیقه بیان شده است. توضیح آن که قضایا به دو قسم تقسیم می‌شود: قضایای خارجی و قضایای حقیقه. قضایای خارجی قضایایی است که موضوع آن افراد و امور خارجی موجود است. در مقابل قضایای حقیقه قضایایی است که موضوع آن افراد و اشخاص موجود نیستند و شامل غایبان و معدومان نیز می‌شود. (نایینی، ۱ / ۱۲۵) حال با این مقدمه می‌گوییم که آیه در قالب قضیه حقیقه است و فقط ناظر به مصادیق عدل که در آن زمان موجود بوده نیست، بلکه هر چیزی که در هر زمان مصداق عدل باشد هر چند آن مصداق در زمان شارع نباشد مورد خطاب آیه است. دلیلش نیز آن است که ظاهر اولی خطابات شارع و نیز این آیه آن است که در مقام بیان حکمی کلی است، نمی‌خواهد صرفاً عدالت در زمان خودش را مطرح کند و ظاهر اولی خطابات شارع ناظر به افراد زمان خطاب نیست. حال در آیه اگرچه موضوع عدل به حمل اولی است، اما عدل اشاره است به هر چه که در خارج مصداق عدل باشد و در آینده موجود شود.

دلیل سوم: اطلاق مقامی خطاب

در این آیات که به مطلق عدالت و یا کتابت به عدل و یا صلح به عدل فرمان داده شده

است، اگر عدالت شرعی مقصود بوده تبیین نشده است. و فرض آن است که آیه نیز در مقام بیان است نه اجمال؛ لذا در آیات اطلاق مقامی برای خطاب محقق می‌شود که دال بر امضاء ارتکاز عقلاء در فهم از عدالت است. توضیح آن که اگر از سوی شارع در مفهوم عدالت امری به عنوان قید و یا شرط مطرح بوده، باید در همین آیات ذکر می‌شده است؛ چرا که مسأله بسیار مهم و مورد ابتلا مکلفان بوده است. بیان مفهوم جدیدی از عدالت غیر آنچه که عرف مردم از آن می‌فهمیده‌اند با توجه به گستره امر شارع به آن و ابتناء تکالیف بر آن امری ضروری است. در حالی که از ابتدا تا انتهای نزول آیات در طی ۲۳ سال هیچ آیه در بیان مفهوم عدالت نیامده است و شارع نسبت به آن سکوت کرده است.

و اگر ادعا شود جعل اوامر و نواهی در موارد مختلف بیان عدالت تشریحی خداوند است، می‌گوییم این اوامر و نواهی فقط می‌تواند مبین مصادیق عدالت باشد نه مفهوم آن.

دلیل چهارم: الهام شدن عدالت به انسان

عدالت در قرآن مصداق تقوای ملهم شده به انسان معرفی شده است، پس عدالت مصداقی از تقوا است که شناخت آن برای بشر میسر است و به او الهام شده است. در نتیجه عدالت مفهومی عرفی و بشری است نه شرعی.

توضیح آن که در قرآن می‌خوانیم: «يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوْمِ مِثْرَةَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا ؕ اَعْدِلُوا هُوَ اَقْرَبُ لِلتَّقْوٰى وَاتَّقُوا اللّٰهَ ؕ اِنَّ اللّٰهَ خَبِيْرٌۢ بِمَا تَعْمَلُوْنَ» (مائده: ۸) در این آیه خداوند پس از دستور به رعایت عدالت در داوری میان کسانی که با آنان کینه و عداوتی داشته‌ایم می‌فرماید: عدالت را رعایت کنید که آن به تقوا نزدیک‌تر است. «أقرب» در این آیه معنای تفضیلی ندارد؛ زیرا ترک عدل یا به عبارت دیگر جور اصلاً بهره‌ای از تقوا ندارد. آیه در بیان آن است که عدل مصداق تقوا است. لذا این پرسش مطرح می‌شود که میان تقوا و عدالت چه نسبتی برقرار است؟

حسب ظاهر آیات، تقوا در مقابل فجور است و هر دو ملهم از سوی خداوند هستند: «أَمْرٌ جَعَلَ الْمُتَّقِينَ كَالْفَجَّارِ» (ص: ۲۸)، «وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا ﴿٧﴾ فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا» (شمس: ۷-۸) در تبیین این آیات نکاتی قابل ذکر است:

نکته ۱: فجور از ماده فجر به معنای شکافتن است و صبح را از آن جهت فجر می‌نامند که شب را می‌شکافد. (راغب إصفهانی، ذیل ماده فجر) و فجور و فاجر را به جهت آن که پرده دیانت را می‌شکافد به این نام می‌خوانند. (احمد بن فارس، ذیل ماده فجر)

نکته ۲: ماده «لهم» که واژه «الهام» از آن اشتقاق یافته تنها یکبار در قرآن بکار رفته است. در کتاب مفردات می‌خوانیم که: «إِلْهَامٌ يَعْنِي رَسِيدَنَ چيزی به خاطر و دل و ذهن انسان که از خدای تعالی و از سوی عالم ملکوت است، خدا فرمود: فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا. این الهام بمانند نزول فرشته و دمیدن در جان و روح تعبیر شده است؛ چنان‌که رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فرمود: «إِنَّ لِلْمَلِكِ لَمَّةً وَ لِلشَّيْطَانِ لَمَّةً» و باز فرمود: «أَنَّ رُوحَ الْقُدُسِ نَفَثَ فِي رُوعِي» که اصلش از الهام و رساندن چیزی است که همان هضم کردن و در جان قرار گرفتن است. أَلْتَهَمَ الْفَصِيلُ مَا فِي الضَّرْعِ: نوزاد همه شیر در پستان مادرش را بلعید. فرسُّ لَهْمٌ: اسبی است که با سرعت می‌دود مثل این‌که با دویدنش زمین را می‌بلعد. (راغب اصفهانی، ذیل ماده لهم)

و ابن اثیر چنین می‌گوید: «الهام آن است که خداوند امری را در نفس انسان القاء کند به گونه‌ای که موجب تحریف فعل و یا ترک عملی شود و این نوعی وحی است که خداوند به بندگانی که بخواهد عنایت می‌کند (ابن اثیر، ذیل ماده لهم). و صاحب التحقیق فی کلمات القرآن الکریم می‌نویسد: «گوهر معنایی این واژه ورود یک شیئی به باطن و داخل شیئی دیگر است چه مادی باشد چه معنوی. مادی مانند بلعیدن شیر توسط نوزاد و فروبردن غذا و معنوی مانند القاء معارف در قلب» (مصطفوی، ۱۰/۲۴۴) چنان‌که ملاحظه می‌شود الهام آن‌چنان‌که از لغت استفاده می‌شود امری است که در درون و باطن انسان نهاده شده است که در آیه مورد بحث ما این القاء توسط خداوند صورت گرفته است.

طبق این معنا پرسشی طرح می‌شود که مقصود از الهام کردن فجور و تقوی در درون انسان از سوی خدا چیست؟ آیا مقصود آن است که خداوند در هر انسانی این دو امر را ایجاد کرده است و خوب و بد بودن افراد از سوی خدا تعیین شده است؟ (فخر رازی، ۳۱/۱۷۷) یا آن‌که مراد آن است که هر شخص بالقوه امکان فجور و تقوی را دارد؟ (دروزه، ۲/۱۴۰) یا آن‌که مراد آن است که شناخت و معرفت آن دو به هر بشری اعطا شده است؟

در توضیح باید گفت مقصود از الهام در آیه، معنای اخیر است؛ یعنی خداوند شناخت فجور و تقوا را به همگان عنایت کرده است و هر شخص در درون خود می‌تواند فجور و تقوا را تشخیص داده و عمل به هر کدام را انتخاب کند. به عبارت دیگر معرفت حسن و قبح، زیبایی و زشتی، خوبی و بدی را خداوند در قلب هر انسانی نهاده است. و این امر مربوط به شاکله و ساختار وجودی انسان است؛ زیرا خداوند در ابتدا می‌فرماید: «وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا» پس از مسأله تسویه خلقت انسان که ناظر به جنبه جسمانی و یا ساختار روحانی انسان است

(به جهت تعبیر نفس) خداوند با فاء تفریع در ادامه آن می‌فرماید: «فَأَهْمَمَهَا جُورَهَا وَتَقْوَاهَا» یعنی پس از ذکر خلقت نفس انسان بلافاصله می‌فرماید ما فجور و تقوا را به نفس هر انسانی الهام کردیم.

علامه طباطبایی در ذیل این آیه شریفه الهام را چنین تعریف می‌کند: تصمیم و آگاهی و علمی که در دل آدمی بیفتد. سپس می‌فرماید: الهام فیضی است که خداوند به انسان‌ها عنایت می‌کند. در ادامه می‌نویسند: متعلق افاضه صور علمی است که برخی آن از سنخ تصور و بعضی دیگر از سنخ تصدیقات‌اند. علامه متعلق فیض را تصور و تصدیقاتی می‌داند که از سوی خدا به هر انسانی اعطا شده است.

ایشان در تبیین این تصور و تصدیق می‌فرمایند: نفس شناخت افعال تصور، و شناخت وجوه حسن و قبح افعال از سنخ تصدیق است. به عبارت دیگر ایشان دو امر را ملهم از سوی خداوند می‌داند یکی شناخت نفس افعال و دیگری شناخت وجوه و صفات افعال از جهت فجور و تقوا. ایشان معتقدند تعلق الهام به دو عنوان فجور و تقوا دلالت می‌کند که خداوند علاوه بر تعریف متن افعال به عنوان اولی، که مشترک میان تقوا و فجور است، صفت این افعال را نیز به بشر شناسانده است، مثلاً علاوه بر آن‌که به بشر خوردن مال را شناسانده که مشترک میان خوردن مال یتیم و خوردن مال خود است و یا مباشرت را که مشترک میان زنا و ازدواج است، به آنان صفت این افعال را نیز شناسانده است (یعنی بشر می‌داند که زنا فجور و ازدواج تقوا است) خلاصه آن‌که مقصود آیه آن است که خداوند به بشر شناسانده که آنچه را انجام می‌دهد فجور است یا تقوا، و برای او تقوا را از فجور تمیز داده است. (طباطبایی، ۲۰/۲۹۸)

از همین رو برخی تفاسیر این آیه را مثبت حسن و قبح عقلی دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۲۷/۴۷؛ شریعتی، ۲۰۸)

ممکن است گفته شود که مفعول الهام، فجور و تقوا است، نه معرفت و شناخت آن دو؛ لذا ظاهر آیه آن است که خداوند نفس فجور و تقوا را به انسان الهام کرده است که قائلان به این معنا آیه را چنین تفسیر کرده‌اند که خدا به کافر فجور و به مومن تقوا را الهام فرموده است. به عبارت دیگر خدا خذلان و توفیق را به افراد بشر الهام کرده است. این معنا چنان‌که ملاحظه می‌شود موافق با مذهب جبریون و اشاعره است و از سوی مثل فخر رازی انتخاب شده است. (فخر رازی، ۳۱/۱۷۷) در رد این احتمال باید گفت:

اولاً: این احتمال با اصول مسلم اعتقادی تشیع که برآمده از آیات متعدد قرآن و سنت است

در تضاد است. در علم کلام به مناسبت طرح مساله جبر و اختیار در کتب متعدد اعتقادی و تفسیری ذکر شده و دیدگاه جبر و نیز اختیار رد شده است. (سبحانی، ۲۰۲/۲)

ثانیا: حسب ظاهر آیه این احتمال مردود است از آن جهت که در ادامه آیه چنین می‌خوانیم: «قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا» پیروزی و شکست انسان در گرو تزکیه و آلوده ساختن نفس است. تزکیه نفس چیزی جز زینت یافتن نفس انسان به تقوا نیست. چنین نیست که ایمان و کفر از سوی خدا به افراد الهام شده باشد بلکه این افراد انسانی هستند که با اختیار تزکیه، رستگار و با آلوده ساختن آن گمراه می‌شوند در نتیجه «فألهمها» به معنای معرفت فجور و تقوا خواهد بود. خدا معرفت و شناخت حسن و قبح را به تمامی افراد بشر عنایت کرده است و راه را از چاه نشان داده است و انسان‌ها پس از این شناخت که معرفتی همگانی و الهام شده به تمامی انسان‌هاست در انتخاب مسیر مختارند.

این مضمون در آیات دیگر قرآن نیز ذکر شده است از جمله می‌خوانیم: «الْمَرْحَلَةُ عَيْنَيْنِ ﴿٨﴾ وَلِسَانًا وَشَفَتَيْنِ ﴿٩﴾ وَهَدَيْنَاهُ النَّجْدَيْنِ» (بلد: ۸-۱۰) نجد در لغت به معنای بلندی و محل مرتفع است و در آیه به معنای طریق خیر و شر دانسته شده است. شاید تناسب مکان مرتفع با خیر و شر آن باشد که مکان مرتفع برای همگان در هر نقطه‌ای که از آن قرار داشته باشند قابل رویت است. خداوند در آیه می‌فرماید خیر و شر در انسان‌ها در مکان مرتفعی قرار داده شده است که همگان می‌توانند آن را رصد کرده و ببینند. در کتاب العین آمده است: «وَهَدَيْنَاهُ النَّجْدَيْنِ یعنی طریق خیر و شر». (فراهیدی، ذیل ماده نجد) و در کتاب مفردات چنین می‌خوانیم: «نجد: جای مرتفع و پرتگاه، آیه: وَهَدَيْنَاهُ النَّجْدَيْنِ مثالی برای راه حق و باطل در اعتقاد و راست و دروغ در سخن و زشت و زیبا در افعال است» (راغب إصفهانی، ذیل ماده نجد).

هم چنین آیه شریفه: «إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا» (انسان: ۳) از نظر مضمون با آیه شریفه مورد بحث ما مشترک است در این آیه نیز خداوند می‌فرماید ما راه را به بشر نشان دادیم که برخی شاکر و بعضی دیگر کفور و ناسپاس اند. و نیز آیه شریفه: «فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ» (روم: ۳۰) تأییدی بر آیات گذشته است. خداوند دین را که همان هدایت و نشان دادن راه باشد برآمده از فطرت می‌داند فطرتی که با خلقت انسان عجین شده و جدای از آن نیست.

در تأیید این معنای از الهام که معرفتی درونی است آیات متعددی قابل طرح است آیاتی که داوری خوب و بد را به خود انسان واگذار کرده است. گو این که مرجعی در درون انسان هست که می تواند به داوری بنشیند. در این آیات پرسش هایی مطرح شده و از انسان خواسته شده است که بدان ها پاسخ گوید:

«أَفَمَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَى تَقْوَىٰ مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانٍ خَيْرٌ أَمْ مَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَىٰ شَفَا جُرُفٍ هَارٍ فَانَهَارَ بِهِ فِي نَارِ جَهَنَّمَ ۗ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ» (توبه: ۱۰۹) (آیا کسی که بنیاد [کار] خود را بر پایه تقوا و خشنودی خدا نهاده بهتر است یا کسی که بنای خود را بر لب پرتگاهی مشرف به سقوط پی ریزی کرده و با آن در آتش دوزخ فرو می افتد)

«يَلْصِقَ النَّجْسَ مِنَ الْمَاءِ ۚ وَأَرْبَابٌ مُّتَفَرِّقُونَ خَيْرٌ أَمْ اللَّهُ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ» (یوسف: ۳۹) (ای دو رفیق زندانیم، آیا خدایان پراکنده بهترند یا خدای یگانه مقتدر؟)

«... أَفَمَنْ يُلْقَىٰ فِي النَّارِ خَيْرٌ أَمْ مَنْ يَأْتِي آمِنًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ ۗ...» (فصلت: ۴۰) (آیا کسی که در آتش افکنده می شود بهتر است یا کسی که روز قیامت آسوده خاطر می آید)

«أَمْ جَعَلُوا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ كَالْمُفْسِدِينَ فِي الْأَرْضِ أَمْ جَعَلُوا الْمُتَّقِينَ كَالْفُجَّارِ» (ص: ۲۸) (یا [مگر] کسانی را که گرویده و کارهای شایسته کرده اند، چون مفسدان در زمین می گردانیم، یا پرهیزگاران را چون پلیدکاران قرار می دهیم؟)

«أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَارَبَ فَاسِقًا ۚ لَّا يَسْتَوُونَ» (سجده: ۱۸) (آیا کسی که مؤمن است، چون کسی است که نافرمان است؟ یکسان نیستند)

«... قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الْأَعْمَىٰ وَالْبَصِيرُ أَمْ هَلْ تَسْتَوِي الظُّلُمَاتُ وَالنُّورُ ۗ...» (رعد: ۱۶) (بگو:

آیا نابینا و بینا یکسانند؟ یا تاریکی ها و روشنایی برابرند؟)

«... قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ۗ...» (زمر: ۹) (بگو: آیا کسانی که می دانند

و کسانی که نمی دانند یکسانند؟)

در تمامی این آیات خداوند انسان ها را به قضاوت و داوری در میان انتخاب دو گزینه فرا می خواند. لازمه چنین فراخوانی آن است که بشر توان درک و در پی آن داوری میان این امور را داشته باشد و گرنه آیات مفهومی محصل نخواهد داشت.

البته این امر قابل دقت است که اگر الهام به معنای درک خوبی و بدی افعال توسط انسان باشد، لزوماً به معنای شناخت تفصیلی مفاهیم که خوبی و بدی به آن ها تعلق می گیرد نخواهد بود. به عبارت دیگر شاید من عملی ظالمانه را متصف به قبح کنم و آن را بد بدانم، اما اگر از

من سوال شود که این عمل چه مولفه‌هایی داشت که شما آن را به بدی توصیف کردید نتوانم آن را پاسخ دهم. شبیه گفتاری که از مرحوم اقبال نقل شده است که من نانو نیستم اما می‌توانم نان خوب از بد را تشخیص بدهم. حال از الهام شدن فجور و تقوا به انسان می‌توان نتیجه گرفت که انسان‌ها خوب و بد افعال را تشخیص می‌دهند، اما بیان این امر لزوماً بدین معنا نیست که مولفه‌های فعل خوب و بد را نیز درک می‌کنند.

شاید بتواند روایتی در کافی شریف در این مشکل ما را یاری کند. در این روایت وقتی حمزه بن محمد طیار از امام صادق علیه السلام از معنای آیه شریفه: «فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا» سوال می‌کند حضرت می‌فرماید: «بین لها ما تأتي و ما تترك» (برای انسان آنچه را که باید انجام دهد و ترک کند بیان کرده است). (کلینی، ۳۹۵/۱ - ۴۲۱)

در این روایت امام صادق علیه السلام «الهام» را نه به صرف معرفت و شناخت که به «تبیین» معنا کرده‌اند؛ یعنی فراتر از تشخیص فجور و تقوا توسط بشر، این امور برای بشر تبیین هم شده است. بنابراین «الهام» به معنای شناخت نیست، بلکه به معنای «تبیین» است. تبیین در جایی است که ویژگی‌ها و مولفه‌های یک شیء توضیح داده و روشن گردد. طبق این روایت مولفه فعل خوب و زشت برای بشر قابل شناسایی و درک است.

نتیجه آن‌که حسب آیات و روایات عدالت مفهومی شرعی نیست که از سوی شارع تعریف و تحدید شده باشد. بلکه مفهومی است که توسط بشر قابل فهم و درک است و خداوند قدرت شناخت آن را به انسان عنایت کرده است.

نتیجه‌گیری

از جنبه قراردادی و یا واقعی بودن مفهوم عدالت بیان کردیم که عدالت مفهومی واقعی و حقیقی است و حاکی از حقیقتی در خارج است و مانند علائم راهنمایی و رانندگی نیست که حقیقت آن بر پایه توافق و اعتبار است.

هم‌چنین در ادامه در اثبات شرعی نبودن مفاهیمی چون عدالت و ظلم در لسان آیات و روایات چهار امر را ذکر کردیم:

یک: لغویت خطاب به این معنا که اگر مقصود از عدالت آیات و روایات عدالت شرعی باشد یعنی عدالتی که شارع آن را عدالت می‌داند خطاب لغو خواهد بود.

دو: حقیقیه بودن آیاتی که به طرح عدالت در آیات پرداخته است به عبارت دیگر آیات در

قالب قضیه حقیقیه بیان شده است و فقط ناظر به مصادیق عدل که در آن زمان موجود بوده نیست بلکه هر چیزی که در هر زمان مصداق عدل باشد هر چند آن مصداق در زمان شارع نباشد مورد خطاب آیه است.

سه : اطلاق مقامی خطاب. گفتیم که در آیاتی که به مطلق عدالت و یا کتابت به عدل و یا صلح به عدل فرمان داده شده است اگر عدالت شرعی مقصود بوده تبیین نشده است و فرض آن است که آیه نیز در مقام بیان است نه اجمال لذا در آیات اطلاق مقامی برای خطاب محقق می شود که دال بر امضاء ارتکاز عقلاء در فهم از عدالت است.

چهار : الهام شدن عدالت به انسان. گفتیم که عدالت در قرآن مصداق تقوای ملهم شده به انسان معرفی شده است، پس عدالت مصداقی از تقوا است که شناخت آن برای بشر میسر است و به او الهام شده است. در نتیجه عدالت مفهومی شرعی نخواهد بود.

منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ابن سینا، حسین بن عبدالله، *الإشارات والتبیهات*، قم، نشر البلاغه، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- _____، *النجاة من الغرق في بحر الضلالات*، تصحیح محمد تقی دانش پژوه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۹.
- ابن فارس، احمد، *معجم مقاییس اللغة*، مصحح عبد السلام محمد هارون، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- آشتیانی، محمد حسن بن جعفر، *بحر الفوائد*، کتابخانه آیه العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
- بحرانی، یوسف بن أحمد، *الحدائق الناضرة*، محقق : محمد تقی ایروانی، سید عبد الرزاق مقرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول، ۱۴۰۵ ق.
- تبریزی، جواد، *إرشاد الطالب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.
- حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *كشف المراد*، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.
- خرازی، سید محسن، *بداية المعارف الإلهية*، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ق.
- دروزه، محمد عزت، *التفسير الحديث*، قاهره، دار إحياء الكتب العربية، ۱۳۸۳ ق.
- راغب إصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، مصحح صفوان عدنان داودی، لبنان، دار العلم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

- ربانی گلپایگانی، علی، *القواعد الكلامية*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.
- سبحانی، جعفر، *الالهيات*، قم، المركز العالمی للدراسات الاسلامیة، چاپ سوم، ۱۴۱۲ ق.
- سیستانی، سید علی، *قاعده لا ضرر*، بی نا، بی تا.
- شبر، سید عبد الله، *حقّ اليقين في معرفة أصول الدين*، قم، انوار الهدی، چاپ دوم، ۱۴۲۴ ق.
- شریعتی، محمد تقی، *تفسیر نوین*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۴۶.
- صدر، محمد باقر، *بحوث في علم الأصول*، محقق سید محمود هاشمی، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.
- طباطبایی، محمد حسین، *الميزان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.
- علی اکبریان، حسنعلی، *قاعده عدالت در فقه امامیه*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۶.
- غروی، محمد حسین، *نهاية الدراية*، انتشارات سید الشهداء علیه السلام، ۱۳۷۴.
- فخر رازی، محمد بن عمر، *مفاتيح الغيب*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ سوم، ۱۴۲۰ ق.
- فراهیدی، خلیل بن أحمد، *کتاب العين*، قم، نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- قمی طباطبایی، سید تقی، *عمدة المطالب في التعليق على المكاسب*، چاپ اول، قم، کتابفروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
- لاهیجی، عبدالرزاق بن علی، *سرمایه ایمان*، مصحح صادق لاریجانی، تهران، انتشارات الزهراء، چاپ سوم، ۱۳۷۲ محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- مصطفوی، حسن، *التحقیق في کلمات القرآن الکریم*، تهران، مرکز کتاب لترجمه و النشر، چاپ اول ۱۴۰۲ ق.
- مظفر، محمد رضا، *المنطق*، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۷۴.
- مهریزی، مهدی، «عدالت بمتابۀ قاعده فقهی»، *مجله نقد و نظر*، شماره ۱۰ و ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۷۶.
- نایینی، محمد حسین، *أجود التقريرات*، مقرر: سید أبو القاسم خویی، قم، انتشارات مصطفوی، ۱۳۶۸.
- نصیر الدین طوسی، محمد بن محمد، *شرح الاشارات و التنبیها*، قم، نشر البلاغ، چاپ اول ۱۳۷۵.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۱۵۹-۱۸۱

حق المارّه در نگاهی نو*

دکتر علی اکبر کلانتری

دانشیار دانشگاه شیراز

Email: mrahimi2@gmail.com

چکیده

شخصی که در مسیر عبور خود، به درخت میوه‌دار دیگران بر خورد کند، می‌تواند به مقدار رفع نیاز، از میوه آن بخورد، مشروط به این که رسیدن او به آن درخت، اتفاقی باشد نه از روی قصد و میوه‌ای با خود حمل نکند و درخت یا میوه‌ای را فاسد و تباه نسازد. و در این زمینه، رضایت مالک، شرط نیست. دلیل بر این حکم، شماری از روایات است که هر چند به حسب اصطلاح، خبر واحدند و مفید ظن، ولی می‌توان با توجه به شواهد گوناگون، آن‌ها را «خبر واحد محفوف به قرائن علم آور» دانست، این حکم، به درختان در مالکیت دولت نیز قابل تعمیم است.

کلیدواژه‌ها: حق المارّه، رهگذر، درخت، میوه، خوردن.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۵/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۶/۲۷.

مقدمه

از موضوعاتی که مورد ابتلای بسیاری از مردم است و هر چند فقها، از دیرباز، به آن پرداخته‌اند، ولی تنقیح اصل آن و تبیین شرایط و اندازه آن، ضروری به نظر می‌رسد، موضوع «حق المارّه» است، به این معنا که چنان چه شخص رهگذر، در مسیر خود، به طور اتفاقی، به درخت میوه‌دار دیگران برخورد نماید، می‌تواند از میوه آن بخورد، و در این کار، نیازی به کسب رضایت و اجازه مالک نیست.

تا آن‌جا که می‌دانیم، نخستین فقیهی که این موضوع را مورد توجه قرار داده، سید مرتضی (د ۴۳۶ق) است که به گفته شهید ثانی، در رساله المسائل الصيدایه خود با آن مخالفت نموده است. پس از وی، شاگرد او شیخ طوسی (د ۴۶۰ق) است که به اختصار می‌نویسد: «إذا مرّ الإنسان بالثمره، جاز له أن يأكل منها.» هرگاه انسان به درخت میوه‌ای عبور نماید، می‌تواند از آن بخورد. (النهایه، ۳۷۰) پس از ایشان، ابن ادریس حلی (د ۵۹۸ق) محقق حلی (د ۴۷۴ق) شهید ثانی (د ۹۶۶ق) صاحب حدائق (د ۱۱۸۶ق) فاضل نراقی (د ۱۲۴۵ق) و صاحب جواهر (د ۱۲۶۶ق) و برخی دیگر، کم و بیش به این موضوع پرداخته‌اند (رک: السرائر، ۲/۲۲۶؛ شرائع الاسلام، ۲/۳۱۰؛ تذکره الفقهاء، ۱/۵۸۴؛ شرح لمعه، ۳/۳۷۱؛ مسالك الافهام، ۳/۳۷۲؛ الحدائق الناضرة، ۱۸/۲۸۶؛ مستند الشیعه، ۱۵/۴۷؛ جواهر الکلام، ۲۴/۱۲۷-۱۳۵)

ضرورت بحث

بحث پیرامون این موضوع و نگاهی نو به آن، از جهاتی چند مفید، بلکه ضروری به نظر می‌رسد:

۱- چنان‌که شهید ثانی نیز اشاره می‌کند، این حکم به حسب ظاهر، در تنافی با آیه «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» (نساء: ۲۹) و ناسازگار با قاعده قبح تصرف در مال غیر است، و از همین رو، وی احتیاط می‌کند و می‌نویسد: «و ترکّه بالکلیه أولى» بهتر است این کار، به طور کلی ترک شود. (شرح لمعه، ۳/۳۷۳) شیخ انصاری نیز می‌نویسد: «کان أكل المارّة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل لولا إذن المالك الحقيقي»، خوردن شخص رهگذر از میوه‌ای که بر آن عبور می‌کند، اکل مال به باطل است، در صورتی که اذن مالک حقیقی (خدا) در کار نباشد. (۵۵/۳)

۲- آن‌چه در بیشتر تعبیرات فقها و نیز در پاره‌ای از روایات مرتبط با این موضوع یافت

می‌شود «جواز خوردن و پرهیز از بردن» است. چنان‌که می‌بینیم، این تعبیر، مطلق و بسیار گسترده است و حتی شامل تك درختی می‌شود که دارای میوه‌ای ناچیز و تنها درخت متعلق به يك شخص فقیر باشد، هم‌چنان‌که در بردارنده فرضی می‌باشد که شخص عبور کننده، به مقدار زیادی از میوه مورد نظر بخورد و چیزی از آن باقی نگذارند یا از باب مثال شمار عبور کنندگان، فراوان و در حد يك لشکر باشد، به گونه‌ای که پس از عبور و استفاده آنان، میوه‌ای باقی نماند.

با توجه به این اطلاق و یا ابهام و با عنایت به مرتبط بودن موضوع بحث با حق الناس و تشابه آن با «اکل مال به باطل»، تبیین مقداری که خوردن آن برای شخص یا اشخاص عبور کننده مجاز است، ضروری به نظر می‌رسد.

۳- چنان‌که اشاره گردید، این حکم، به حسب ظاهر، مخالف با برخی از آیات قرآنی است و نیز در تنافی با اصل حرمت تصرف در مال غیر می‌باشد و از سویی، دلیل بر آن، چند روایت است که نمی‌توان آن‌ها را متواتر دانست و همان‌طور که می‌دانیم از دیدگاه برخی، خبر واحد، حتی اگر با قرآن، موافق باشد. حجت نیست چه رسد به خبر واحدی که مخالف با قرآن، محسوب شود. بدیهی است چنان‌چه بتوان با گردآوری قرائن گوناگون، به صدور این اخبار، قطع پیدا کرد و به اصطلاح، آن را «خبر واحد محفوف به قرائن» دانست، همه این دغدغه‌ها بر طرف می‌شود. کاری که تاکنون انجام نشده و این مقاله در صدد آن است.

۴- ظاهر و مورد روایات رسیده در این باب و نیز آن چه در تعبیرات فقها به چشم می‌خورد، درختان میوه و محصولات است که به افراد و مالکان خصوصی، تعلق دارد و در هیچ‌یک از آن‌ها، درختان و محصولات متعلق به دولت، مورد بحث واقع نشده، ضروری است در این مورد هم تبیینی کافی به عمل آید.

اقوال چهارگانه

از بررسی تعبیرات و کلمات فقهای پیشین و پسین در این زمینه، چهار قول زیر، قابل استخراج است:

أ- جواز

شیخ طوسی، ابن ادریس، علامه در تذکره، محقق حلّی، شهید ثانی، محقق اردبیلی، فاضل نراقی و صاحب جواهر، از مهم‌ترین طرفداران این قول هستند. (ر.ک: الخلاف، ۶/ ۹۸؛ النهایه،

۳۷۰؛ السرائر، ۲/ ۲۲۶؛ تذکره الفقهاء، ۱/ ۵۸۴؛ شرائع الاسلام، ۲/ ۳۱۰؛ شرح لمعه، ۳/ ۳۷۱؛ مسالك الافهام، ۳/ ۳۷۲؛ مجمع الفائده و البرهان، ۸/ ۲۲۴؛ مستند الشیعه، ۱۵/ ۵۱؛ جواهر الکلام، ۲۴/ ۱۲۷)

شهید ثانی، این قول را به اکثر فقها نسبت داده و نوشته است: «فأما اصل الجواز، فعليه الاكثر» (شرح لمعه، ۳/ ۳۷۱) و در جای دیگر می نویسد «و بذلك عمل أكثر الاصحاب» (مسالك الافهام، ۳/ ۳۷۲) و این فتوا از نگاه صاحب حدائق مشهور است (ر.ک: ۱۸/ ۲۹۲) و از دیدگاه صاحب جواهر، مشهور است، هم به گونه منقول و هم به صورت محصل (ر.ک: ۲۴/ ۱۲۷) بلکه شیخ طوسی، این دیدگاه را مورد اجماع فقهای شیعه دانسته و پس از فتوای به جواز نوشته است: «دلینا اجماع الفرقة و اخبارهم، دلیل ما بر این حکم، اجماع شیعه و روایات ایشان است.» (الخلاف، ۶/ ۹۸)

در این میان صاحب حدائق، فتوای به جواز را خالی از قوت ندانسته و با این وجود نوشته است: خالی از اشکال نیست (۱۸/ ۲۹۲)

گفتنی است فقهای عصر حاضر نیز با همین فتوا همراهی کرده اند و به مخالفی در این زمینه برنخوریم. امام خمینی می نویسد: «من مرّ بثمره نخل او شجر مجتازاً لا قاصداً لاجل الاكل، جازله أن يأكل منها»، هر کس، به میوه نخلی یا درختی به طور عبوری، نه به قصد خوردن، گذر نماید، می تواند از آن بخورد. (۱/ ۵۵۲)

نیز همین مضمون یا نزدیک به آن، از کلمات فقهایمانند آقای خوئی و آقای گلپایگانی در مباحث گوناگون فقهی، قابل استفاده است. (ر.ک: خوئی، مصباح الفقاهه، ۱/ ۵۰۴؛ کتاب الطهاره، ۴/ ۳۸۶؛ کتاب الصلاة، ۲/ ۶۳؛ گلپایگانی، بلغة الطالب، ۱/ ۲۴؛ تقریرات البیع، ۲/ ۹۷؛ نیز: روحانی، فقه الصادق(ع)، ۱۳/ ۱۷۹ و ۱۵/ ۱۱۶؛ منهاج الفقاهه، ۲/ ۲۴۶)

ب- عدم جواز

این قول به سید مرتضی، محقق ثانی، کاشف الغطاء و برخی دیگر از فقهای پسین نسبت داده شده است. (ر.ک: شهید ثانی، مسالك الافهام، ۳/ ۳۷۲؛ نجفی، ۲۴/ ۱۳۰؛ روحانی، فقه الصادق(ع)، ۱۸/ ۲۳۶) و به گفته شیخ طوسی، دیدگاه اهل سنت نیز همین است، وی پس از این که به قول نخست فتوا می دهد، آن را مورد اتفاق فقهای شیعه می داند و می نویسد: «و قال جميع الفقهاء: لا يحل له الأكل منه إلا في حال الضرورة»، همه فقها (ی عامه) می گویند این

کار، جز در حال ضرورت جایز نیست. (الخلاف، ۹۸/۶)

ج- تفصیل بین درخت خرما و غیر آن

به گفته کاشف اللثام، شیخ طوسی در رساله حایریات، اکل ماره را تنها در مورد درختان خرما جایز دانسته است، وی می نویسد: «منع الشیخ فی الحایریات من کل غیر ثمره النخل: قال الرخصة فی الثمار من النخل و غیره لا یقاس علیه»، شیخ در حایریات، از خوردن هر میوه ای غیر از میوه درخت خرما منع نموده و گفته است مجاز بودن این عمل، محدود به درخت خرما است و نباید غیر خرما را به آن قیاس نمود. (اصفهان، ۲/۲۷۲)

د- به نوشته کاشف اللثام، برخی گفته اند: «لیناد صاحب البستان... ثلاثاً و یستأذن فان أجابه و الا اكل... و ان أمکنه ردّ القیمة کان أحوط»، باید شخص عبور کننده، مالک باغ را سه بار صدا کند و از او اذن بطلبد، اگر به درخواستش پاسخ داد که هیچ، در غیر این صورت، می تواند از آن باغ بخورد، و اگر برای او پرداخت قیمت ممکن باشد، این کار، به احتیاط نزدیک تر است. فقیه مزبور، این قول را به فردی به نام ابوعلی نسبت می دهد. (همان)

گفتنی است برخی نیز در حکم این مسأله، تردید و در نهایت توقف نموده اند مانند علامه که هر چند در کتاب تذکره، فتوا به جواز داده است، در کتاب ارشاد الاذهان، به دیدگاه قاطعی دست نیافته و نوشته است: «ولو مرّ بثمره لم یجز التناول علی رأی ولا أخذ شیء منها»، اگر به درخت میوه ای عبور نماید، براساس قولی، نمی تواند از آن بخورد و چیزی از آن بردارد. (۳۶۴/۱)

نقد و بررسی ادله اقوال

علی رغم جست و جوی فراوان، به هیچ روایتی که بتواند دلیل بر قول سوم یا تایید کننده آن باشد بر نخوردیم و چنان که خواهیم دید، هیچ یک از روایات دلالت کننده بر قول نخست نیز به درخت خرما اختصاص ندارد. در مورد قول چهارم نیز دلیل یا تایید کننده ای یافت نشد جز روایت ضعیف السندی که مضمون آن تا حدودی نزدیک به این قول است و آن را شیخ طوسی با سند مرسل از عبدالله بن عمر و او از پیامبر اکرم (ص) نقل می کند. بر اساس این نقل، پیامبر (ص) فرمود: «إذا مرّ أحدکم بحائط غیره، فلیناد، فإن أجابوه و آلا فلیدخُل و لیأکل»، هر گاه یکی از شما وارد باغ دیگری شد، [مالک آن را] صدا کند، اگر او را پاسخ گفتند که هیچ، در غیر این صورت می تواند داخل شود و از میوه آن بخورد. (الخلاف، ۹۸/۶) بنابراین آن چه

مهم است، بررسی دلیل‌های قول اول و دوم و ارزیابی قوت و ضعف آن‌ها است.

روایات دال بر قول اول

و آنچه می‌تواند دلیل بر قول نخست باشد، شمار در خور توجهی روایت است که در منابع گوناگون گزارش شده و هر چند برخی از آن‌ها به لحاظ سندی، مواجه با اشکال است و مجموع آن‌ها، از خبر واحد، فراتر نمی‌رود، ولی با توجه به فراوانی آن‌ها و با عنایت به شواهد و قرائن دیگری که ارائه خواهیم داد، می‌تواند به صدور فی الجمله آن از معصوم (ع) اطمینان، بلکه علم پیدا کرد و آن را از مصادیق «خبر واحد محفوف به قرائن قطع آور» دانست. در زیر، به ترتیب اهمیت، به نقل این روایات می‌پردازیم:

۱- احمد بن ابی عبدالله برقی در کتاب المحاسن با سند صحیح، از عبدالله بن سنان و او از امام صادق (ص) نقل می‌کند که فرمود: «لَابَأْسَ بِالرَّجْلِ يَمُرُّ عَلَى الثَّمَرَةِ وَ يَأْكُلُ مِنْهَا وَ لَا يَفْسُدُ»، اشکال ندارد انسان بر درخت میوه گذر نماید و از میوه آن بخورد و (لی) آن را تباه نسازد. (۵۲۹/۲: نیز، ر.ک: کلینی، ۵۶۹/۲)

۲- شیخ صدوق، با سند خود از محمد بن جعفر اسدی و او از محمد بن عثمان عمری (از نایبان خاص) نقل می‌کند، حضرت صاحب الزمان (ع)، در پاسخ به یکی از پرسش‌های وی فرمود: «وَ أَمَا مَا سَأَلْتَ عَنْهُ مِنْ أَمْرِ الثَّمَارِ مِنْ أَمْوَالِنَا يَمُرُّ بِهَ الْمَارُ فَيَتَنَاوَلُ مِنْهُ وَ يَأْكُلُهُ هَلْ يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يَحِلُّ لَهُ أَكْلُهُ وَ يَحْرَمُ عَلَيْهِ حَمْلُهُ»، و اما آن چه در مورد میوه‌جات (درختان میوه) پرسیده‌ای که عبور کننده از میوه‌جات ما می‌گذرد و از آن‌ها تناول می‌نماید، آیا این کار برای او حلال است؟ (بله) خوردن، حلال و بردن بر او حرام می‌باشد. (کمال الدین، ۲ / ۴۸۰)

۳- بر اساس روایتی که علی بن جعفر (ع) از برادر گرامی خود موسی بن جعفر (ع) گزارش می‌کند، وی می‌گوید: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ يَمُرُّ عَلَى ثَمَرَةٍ فَيَأْكُلُ مِنْهَا؟ قَالَ: نَعَمْ، قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ (ص) أَنْ تَسْتَرِ الْحَيْطَانَ بَرَفِ بِنَائِهَا»، از آن حضرت، در خصوص مردی پرسیدم که بر (درخت) میوه‌ای عبور می‌کند، آیا می‌تواند از آن بخورد؟ فرمود: بله (و به همین سبب پیامبر خدا (ص) از این که دیوارهای باغ، بلند ساخته شود و موجب استتار (درختان) گردند نهی فرمود. (مسائل علی بن جعفر (ع)، ۱۴۸)

۴- شیخ طوسی با سند خود از محمد بن مروان نقل می‌کند که وی گفت: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): أَمْرٌ بِالثَّمَرَةِ فَأَكُلُ مِنْهَا؟ قَالَ: كُلْ وَ لَا تَحْمِلِ»، به امام صادق (ع) عرض کردم: [در

مسیر خود] عبورم به درخت میوه می‌افتد، از آن بخورم؟ فرمود: بخور و با خود نبر. (تهذیب الاحکام، ۸۹/۷؛ الاستبصار، ۹۰/۳)

۵- شیخ طوسی، با سند خود از یونس بن عبدالرحمن و او به گونه مرسل (عن بعض رجاله) نقل می‌کند: «سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَمُرُّ بِالْبُسْتَانِ وَقَدْ حَيْطَ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَحِطْ عَلَيْهِ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ ثَمَرِهِ وَ لَيْسَ يَحْمَلُهُ عَلَى الْأَكْلِ مِنْ ثَمَرِهِ إِلَّا الشَّهْوَةَ، وَ لَهُ مَا يَغِينُهُ عَنِ الْأَكْلِ مِنْ ثَمَرِهِ؟ وَ هَلْ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ جُوعٍ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ يَأْكُلَ وَ لَا يَحْمَلُهُ وَ لَا يَفْسُدُهُ»، از امام صادق (ع) پرسیدم: مردی، عبورش به باغی با دیوار یا بی دیوار می‌افتد، آیا می‌تواند از میوه آن بخورد؟ و این در حالی است که چیزی جز خواهش نفسانی او را به این کار وادار نمی‌کند و چیزی در اختیار دارد که او را از خوردن این میوه، بی‌نیاز سازد (سؤال دیگر آن که) آیا وی می‌تواند از سر گرسنگی به این کار اقدام کند؟ حضرت فرمود: خوردن او، بی‌اشکال است، و (لی) با خود نبرد و آن را تباه نسازد. (تهذیب الاحکام، ۳۸۳/۶)

۶- شیخ صدوق می‌نویسد: «قال الصادق (ع): مَنْ مَرَّ بِبُسْتَانٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ ثَمَرِهَا وَ لَا يَحْمَلُ مِنْهَا شَيْئاً»، کسی که عبورش به باغ‌ها بیفتد، اشکال ندارد از میوه‌جات آن‌ها بخورد و (لی) چیزی از آن‌ها با خود نبرد. (من لا یحضره الفقیه، ۱۸۰/۳)

این حدیث، هر چند به گونه مرسل است ولی چون تعبیر شیخ صدوق در مورد آن، «قال» است نه تعبیراتی مانند «روی» و «نقل»، می‌توان آن را نشانه اطمینان داشتن وی به صدور آن از معصوم (ع) دانست.

۷- ابن ادریس حلی، در آخر کتاب السرائر، به نقل از کتاب مسائل الرجال داود صرمی به نقل از امام هادی (ع) گزارش می‌کند: «سَأَلْتُهُ عَنِ رَجُلٍ دَخَلَ بُسْتَاناً أَوْ يَأْكُلُ مِنَ الثَّمَرَةِ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ صَاحِبِ الْبُسْتَانِ؟ قَالَ: نَعَمْ»، از آن حضرت، در مورد مردی پرسیدم که وارد باغی می‌شود، آیا می‌تواند بدون آگاهی صاحبش، از میوه آن بخورد؟ فرمود: آری. (السرائر، ۲/۵۸۲؛ نیز ر.ک: حرّ عاملی، ۱۶/۱۳)

۸- شیخ، در دو کتاب التهذیب و الاستبصار، با سند خود از ابن ابی عمیر و او به گونه مرسل از یکی از اصحاب امام صادق (ع) نقل می‌کند که وی گفت: «سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَمُرُّ بِالْبُسْتَانِ وَ السُّنْبُلِ وَ الثَّمَرِ فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهَا مِنْ ضَرُورَةٍ أَوْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ»، از امام صادق (ع) در مورد مردی پرسیدم که از (کنار) درخت خرما و خوشه‌زار گندم و درخت میوه عبور می‌کند، آیا می‌تواند از آن‌ها، بدون اذن صاحبشان بخورد، اعم از

این که ضرورتی در میان باشد یا نباشد؟ حضرت فرمود: اشکال ندارد. (تهذیب الاحکام، ۷/ ۹۳؛ الاستبصار، ۳/ ۹۰)

این روایت، هر چند مرسله است ولی چون راوی آن، محمدبن ابی عمیر است که به شهادت شیخ، از شخص غیر ثقه، نقل حدیث نمی‌کند، (ر.ک: عدة الاصول ۱/ ۳۸۷) باید آن را در زمره روایات معتبر محسوب داشت، بلکه به تصریح محقق اردبیلی، برخی، از آن به صحیح، تعبیر کرده‌اند. (۸/ ۲۲۳)

این روایات، که از شماری در خور توجه و مدلولی روشن برخوردارند، برای اثبات قول نخست، کفایت می‌کنند. و تنها مشکل، ضعف سندی برخی از آن‌ها است که این هم، با عمل مشهور فقهای پیشین و پسین، بلکه با اجماع ادعا شده توسط شیخ طوسی، قابل جبران است.^۱ بله ممکن است روایاتی که مورد تمسک طرفداران قول دوم واقع شده، مانع و معارض روایات مزبور تلقی شوند که اینک به بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

روایات دال بر قول دوم

۱- شیخ به نقل از امام صادق(ع) روایتی نقل می‌کند که سند و متن آن چنین است: «محمدبن احمد عن یعقوب بن یزید، عن مروك بن عبید عن بعض اصحابنا عن ابی عبدالله(ع) قال: قلت له الرجل یمر علی قراح الزرع يأخذ منه السنبلة؟ قال: لا، قلت: أی شیء السنبلة؟ قال: لو كان كل من یمر به يأخذ منه سنبلة كان لا یبقی شیء»، به امام صادق(ع) عرض کردم: مردی بر خوشه‌های رسیده گندم، گذر می‌کند می‌تواند از آن بردارد؟ فرمود: خیر، عرض کردم: یک خوشه گندم چیست؟ (که نتواند بردارد) فرمود: اگر هر کس بر آن گذر کند و خوشه‌ای بردارد، چیزی از آن، باقی نمی‌ماند. (تهذیب الاحکام، ۶/ ۳۸۵)

همان‌گونه که می‌بینیم، این روایت، افزون بر این که مرسله است، در سند آن، مروك بن عبید قرار دارد که در هیچ‌یک از رجال نجاشی و فهرست و رجال شیخ، توثیق نشده است. (ر.ک: نجاشی، ۴۲۵؛ رجال طوسی، ۳۷۷؛ فهرست طوسی، ۲۵۰)، علامه نیز گرچه در خلاصه الاقوال خود، به نقل از برخی، او را ثقه معرفی کرده (۲۸۱) ولی در ایضاح الاشتباه خود از توثیق او خود داری نموده است. (۳۰۳)

^۱ - البته برخی از اصولیان، مانند آقای خوبی، عمل فقها به يك روایت را جبران کننده ضعف سند آن نمی‌دانند، چنان که اعراض مشهور از يك روایت را نیز ضرر زننده به صحت آن قلمداد نمی‌کنند. (ر.ک: خوبی، مصباح الاصول، ۲/ ۲۰۱)

از سوی دیگر، مورد پرسش و پاسخ در این روایت، خوشه گندم است که ارتباطی با محل بحث یعنی درختان میوه ندارد. افزون بر این، آنچه در سخن امام(ع) مورد نهی واقع شده، «اخذ» است که بیشتر با «برداشتن و بردن» متناسب است تا با «خوردن» که مورد بحث می‌باشد.

۲- نیز شیخ، روایتی از امام کاظم(ع) گزارش می‌کند که سند و متن آن چنین است: «عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن علي بن يقطين عن أخيه الحسين بن علي بن يقطين عن علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والتخل والكرم والشجر والمباطح وغير ذلك من الثمر أ يحلُّ له أن يتناول منه شيئاً و يأكلُ بغير إذن صاحبه و كيف حاله إن نهأه صاحب الثمرة أو أمره القيم فليس له و كم الحد الذي يسعه أن يتناول منه قال: لا يحلُّ له أن يأخذ منه شيئاً، علي بن يقطين می‌گوید: از حضرت در مورد مردی پرسیدم که عبورش به محصول زراعی و درخت خرما و انگور و سایر درختان و خرزبه و غیر این‌ها می‌افتد، آیا برای او حلال است از آن‌ها استفاده کند و بدون اذن صاحبش بخورد؟ حکم او، چنانچه صاحب محصول از این کار نهی کند یا سرپرست محصول فرمان دهد و بگوید حق این کار را ندارد، چیست؟ (و چنانچه خوردن از این محصول روا باشد) اندازه‌ای که می‌تواند بخورد چقدر است؟ حضرت فرمود: برای او حلال نیست چیزی از آن بردارد. (تهذیب الاحکام، ۹۲/۷)

این روایت، به لحاظ سندی، صحیح است، از این رو، برخی از طرفداران قول نخست، در صدد توجیه آن برآمده‌اند، مانند محقق اردبیلی و محقق خوانساری که آن را حمل بر کراهت نموده‌اند. (ر.ک: اردبیلی، ۲۲۳/۸؛ خوانساری، ۲۸۸/۳)

ولی باید گفت افزون بر این که تمامی روایات قول نخست، به روشنی، دلالت بر رخصت دارند و از هیچ‌یک از آن‌ها، کراهت استفاده نمی‌شود، اساساً نیازی به این حمل نیست، زیرا آنچه در این روایت آمده، «اخذ» است که به حسب ظاهر، مقصود از آن «برداشتن و بردن» است و به این ترتیب، ربطی به محل بحث ندارد، بلکه چه بسا بتوان گفت مقصود حضرت از این که به پرسش راوی که در مورد تناول و خوردن است، پاسخ نمی‌دهد و سخن از «اخذ» به میان می‌آورد، آگاهانیدن وی به جایز بودن خوردن و جایز نبودن بردن باشد. علاوه بر این که می‌توان گفت روایت مورد بحث بر فرض این که مربوط به خوردن باشد، مورد اعراض مشهور و از مصادیق خیر «شاذ» است. و بر حسب قواعد باب تعارض، لازم است کنار نهاده شود.

افزون بر آن چه گذشت، همان گونه که محقق نراقی نیز اشاره می‌کند (۱۵ / ۵۰) چنانچه

این روایت را مرتبط با موضوع بحث دانسته و تعبیر «اخذ» در آن را اعم از «خوردن» و «بردن» بدانیم، شکی نیست در این که با این فرض، تعبیر مزبور، در بردارنده افراد فراوانی است مانند اخذ کردن برای خوردن، فروختن، هبه نمودن، صدقه دادن و در این صورت، مقتضای قاعده آن است که عموم یا اطلاق این روایت را به وسیله روایات دلالت کننده بر «جواز خوردن»، تخصیص زد، یا مقید نمود.

شایان ذکر است برخی، در نقطه مقابل آن چه گفتیم، در صدد توجیه روایات دسته اول بر آمده‌اند به نحوی که تنافی آن‌ها با روایت مورد بحث و مانند آن، بر طرف شود. از باب مثال گفته‌اند، مورد آن دسته از روایات، حالت اضطرار یا خوردن از باغ کسانی مانند برادر، عمو، عمه و مانند آنان است که انسان می‌تواند از خوراکی‌های خانه آنان، بدون اذن آنان بخورد، یا مورد آن‌ها، خوردن کم به منظور چشیدن و امتحان نمودن طعم است، یا این که روایات مزبور، ناظر به سرزمین‌هایی است برخوردار از وفور محصولات، به گونه‌ای که صاحبان آن‌ها، از استفاده رهگذران، مضایقه‌ای ندارند. (رک: اردبیلی، ۲۲۳/۸؛ نراقی، ۴۹/۱۵)

ولی چنان که پیداست تمامی روایات یاد شده، از جهات مزبور، اطلاق دارند و هیچ‌یک از این توجیها را بر نمی‌تابند. بلکه در روایت نخست، راوی، به طور صریح از هر دو حالت ضرورت و عدم ضرورت می‌پرسد و حضرت، بدون تفصیل می‌فرماید: «لابأس» و در روایت پنجم، راوی به صراحت می‌گوید: «ولیس یحمله علی الاکل من ثمره الا الشهوه و له ما یغنیه عن الاکل من ثمره» که ظهوری غیر قابل انکار در عدم اضطرار دارد.

۳- صاحب قرب الاسناد، از هارون بن مسلم و او از مسعدة بن زیاد و او از امام صادق(ع) نقل می‌کند که وی گفت: «سئل(ع) عما يأكل الناس من الفاكهة والرطب مما هو لهم حلاله فقال: لا يأكل أحدًا إلا من ضرورة، ولا يفسد إذا كان عليها فناءً محاطاً، و من أجل الضرورة نهی رسول الله(ص) أن یبني علی حدائق النخل و الثمار بناءً لکی يأكل منها كل أحد»، از امام(ع) در مورد میوه‌ها و رطبی که مردم می‌خورند و برای آنان حلال است پرسیده شد (که اگر از درخت دیگران بخورند، حکمش چیست؟) حضرت فرمود: هیچ کس به این خوردن اقدام نکند مگر از باب ضرورت، و چنانچه درخت، دارای فضای محصور و مشخصی باشد، آن را تباه نسازد، و به خاطر ضرورت بود که پیامبر خدا(ص) از دیوار سازی بر درختان خرما و میوه، نهی فرمود، تا این که هر کس از آن‌ها بخورد. (عبدالله بن جعفر، ۳۹)

همان‌طور که می‌بینیم، این روایت، از سندی صحیح و دلالتی روشن برخوردار است و

بنابراین باید آن را معارض با روایات دسته اول دانست. ولی چون از يك سو، در مخالفت آشکار با دیدگاه مشهور و از مصادیق روشن خبر شاذ و از سوی دیگر، موافق با دیدگاه عامه است، به اقتضای قواعد باب تعارض، باید کنار نهاده شود. مخالفت آن با مشهور که از مباحث قبلی روشن شد و اما موافقت آن با عامه و صدور آن از باب تقیه نیز بدان سبب است که به حسب ظاهر، همه فقهای ایشان، قائل به حرمت خوردن رهگذر از میوه درخت دیگران جز در حال ضرورت، می‌باشند. شیخ طوسی، پس از نقل فتوای فقهای شیعه مبنی بر جواز خوردن رهگذر از چنین میوه‌ای، می‌نویسد: «و قال جمیع الفقهاء لایحِلّ له الاکل منه إلا فی حال الضرورة» (الخلاف، ۹۸/۶)

نتیجه آن که هیچ‌یک از سه روایت اخیر، نمی‌تواند دلیل بر قول دوم باشد و در برابر روایات دسته اول مقاومت نماید. آن چه باقی می‌ماند وجوه دیگری است که گاه طرفداران این قول به آن تمسک نموده‌اند. مانند این که می‌گویند خوردن رهگذر از میوه درخت دیگران، از مصادیق «اکل مال غیر به باطل و بدون تراضی» و مشمول سخن خدای تعالی است که می‌فرماید: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹) (ر.ک: شهید ثانی، مسالك الافهام، ۳۷۲/۳؛ نراقی، ۱۵/۵۱؛ خوانساری، ۲۸۸/۳) و نیز تصرف در مال غیر از نظر عقل، قبیح و ممنوع است. (ر.ک: اردبیلی، ۲۲۳/۸؛ نراقی، ۵۱/۱۵؛ نجفی، ۱۲۹/۲۴)

ولی بدیهی است با توجه به روایات فراوان دسته اوله جایی برای این گونه استدلال‌ها باقی نمی‌ماند، چه این که براساس آنها، تصرف مورد بحث، مستند به اذن و ترخیص شارع است و نه از مصادیق «اکل مال به باطل». شیخ انصاری در مبحث معاملات خود، به این واقعیت اشاره می‌کند و با تعمیم آن به موارد همگون می‌نویسد:

«موارد ترخیص الشارع لیس من الباطل، فان أكل المارة من ثمر الأشجار التي يمرّ بها باطل لولا إذن الشارع و كذلك الأخذ بالشفعة و الخيار، فان رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوی الخيار والشفعة...»، جاهایی که شارع اجازه داده است، از مصادیق باطل نیست، زیرا خوردن رهگذر از میوه درختانی که از آنها عبور می‌کند، باطل است در صورتی که اذنی از ناحیه شارع در کار نباشد، و هم چنین است اخذ به شفعه و اعمال خیار، زیرا رخصت شارع، کاشف از این است که در این موارد، حقی برای صاحبان شفعه و خیار و ... ثابت است. (انصاری، ۲۰/۵)

آقای خوبی نیز می‌گوید: «إذا أذن المالك الحقيقي و هو الشارع في التصرف في مال الغير

کما فی حق المارة مثلا، يجوز التصرف فيه سواء رضى به المالك الصوري أم لم يرض به بل منع عنه»، هرگاه مالک حقیقی یعنی شارع، تصرف در مال غیر را اجازه دهد کما این که در حق المارة چنین است، می توان در آن مال تصرف نمود، اعم از این که مالک صوری، به این کار راضی باشد یا نباشد، بلکه حتی اگر از آن، منع نماید. (الطهاره، ۳۸۶/۴؛ نیز، رك: الصلاة، ۶۳/۲؛ مصباح الفقاهه، ۵۰۴/۱) همین مضمون یا نزدیک به آن، در کلمات دیگر فقها نیز یافت می شود (رك: نراقی، ۱۵ / ۵۱؛ خوانساری، ۲۸۸/۳؛ اصفهانی، محمد حسین، ۳ / ۱۸؛ گلپایگانی، بلغة الطالب، ۲۴ / ۱؛ تقریرات البیع، ۹۷/۲)

حاصل گفتار این فقها آن است که چون تصرف مورد بحث، مورد اجازه و ترخیص شارع است، پس از مصادیق «اکل مال به باطل» نیست و از قاعده «قیح تصرف در مال غیر» خروج موضوعی دارد و باید آن را از باب «تخصص» دانست، هر چند برخی مانند سید محمد کاظم یزدی، در حاشیه خود بر مکاسب، این مورد را از مصادیق «تخصیص» دانسته است، البته با این فرض که مقصود از باطل در آیه شریفه، «باطل عرفی» باشد. سخن وی چنین است: «المراد بالباطل، العرفی لا الشرعی و یكون أكل المارة والاخذ بالشفعة من باب التخصیص»، منظور از باطل در آیه، باطل عرفی است نه شرعی و بنابراین اکل ماره و اخذ به شفعه، از باب تخصیص خواهد بود. (یزدی، ۷۴/۱)

به هر حال اگر مقصود از باطل در آیه، باطل شرعی باشد که ظاهر آن چنین است، باید خروج تصرف مورد بحث از تحت آیه را خروج موضوعی و از باب تخصص دانست چرا که لسان آیه به گونه ای است که آبی از تخصیص است.

تحقیق در مسأله: اعتبار قول اول

با عنایت به فراوانی روایات دسته نخست و قوت دلالت آن ها و هماهنگی آن ها با شهرت عملی در میان فقهای پیشین و پسین و با توجه به ضعف سندی یا دلالی روایات دسته دوم و عدم استحکام سایر دلیل های قول دوم، تردیدی در درستی قول نخست باقی نمی ماند و می توان در تاکید بر این قول، از امور متعددی به عنوان تایید کننده بهره گرفت که در زیر به مهم ترین آن ها اشاره می شود:

مویدات قول اول

۱- شیخ صدوق، با سند خود از امام کاظم(ع) و آن حضرت، از سلمان فارسی نقل می کند:

روزی، در حالی که در محدوده (باغی) بسر می‌بردم، ناگهان دیدم هفت دسته انسان به سوی آن جا می‌آیند، در حالی که ابری بر آنان، سایه افکنده بود، پیش خود گفتم: به خدا سوگند! همه اینان، پیامبر نیستند (بلکه) در میان آنان، یکی پیامبر است، آنان، در حالی که ابر، بالای سرشان حرکت می‌کرد، آمدند و داخل آن‌جا شدند، در این حال رسول خدا(ص)، امیرالمؤمنین(ع)، ابوذر، مقداد، عقیل بن ابی طالب، حمزه بن عبدالمطلب و زید بن حارثه را دیدم که در میان آنان بودند، آنان، پس از ورود، به تناول خرماهای خشکیده موجود بر نخل‌ها آغاز کردند و رسول خدا(ص) به آنان می‌فرمود: از خرماها بخورید و هیچ‌یک از اموال مردم را تباه نسازید. (کمال الدین، ۱/۱۶۴؛ نیز ر.ک: نوری، ۱۳/۳۵۹)

۲- در کتاب دعائم الاسلام آمده است: «عن رسول الله(ص) انه رخص لابن السبيل والجائع إذا مرّ بالثمرة أن يتناول منها و نهى من أجل ذلك من أن يحوط عليها...»، رسول خدا(ص) به مسافر در راه مانده و شخص گرسنه اجازه داد هر گاه به درخت میوه‌داری گذر کنند، از میوه آن تناول نمایند و به همین سبب، از این‌که دور آن درخت دیوار بگذارند نهی فرمود. (نعمان بن محمد، ۲/۱۰۸؛ نیز، ر.ک: نوری، ۷/۹۴)

مفاد این روایت، نزدیک به دیدگاه عامه است که اکل مارّه را تنها در صورت ضرورت روا می‌دانند، ولی به هر حال بر اصل جواز آن، دلالت دارد.

۳- در کتاب فقه الرضا(ع) می‌خوانیم: «إذا مرّت ببساتين فلا بأس أن تأكل من ثمارها ولا تحمّل معك شيئاً»، هر گاه عبورت به باغ‌ها می‌افتد، اشکال ندارد از میوه‌های آن‌ها بخوری و از آن میوه‌ها، چیزی با خود مبر. (فقه الرضا(ع)، ۲۵۵؛ نیز، ر.ک: صدوق، المقنع، ۳۷۱؛ نوری، ۱۳/۳۵۸)

در این‌که فقه الرضا، تالیف کیست، تردیدهایی وجود دارد و نمی‌توان به قطع بلکه به گمان، آن را نگاشته امام رضا(ع) دانست، ولی با توجه به این‌که عبارت‌های بسیاری از روایات، بی‌کم و کاست در آن آمده، می‌توان به عنوان تأیید کننده از آن بهره گرفت.

۴- در بسیاری از منابع حدیثی اهل سنت، این سخن یا مضمونی نزدیک به آن از قول پیامبر اکرم(ص) به چشم می‌خورد: «من مرّ بحائط فليأكل ولا يتخذ خبثة»، هر کس به باغی عبور نماید، می‌تواند از میوه آن بخورد و(لی) نباید چیزی در دامن بگذارد و ببرد. (ر.ک: احمد بن حنبل، ۲/۲۲۴؛ ابن ماجه، ۲/۷۷۲؛ ترمذی، ۲/۳۷۷؛ حاکم نیشابوری، ۴/۱۳۴؛ بیهقی، ۹/۳۵۹)

در معنای جنبه، به ضم خاء و سکون باء، نوشته‌اند: «ما تحمله فی حضنک»، چیزی که در دامن خود حمل می‌کنی. (ر.ک: ابن اثیر، ۱/ ۲۰۲؛ جوهری، ۵/ ۲۱۰۷/۵ ماده خبن)

۵- شیخ کلینی، با سند خود از عبدالله بن قاسم جعفری و او از پدرش نقل می‌کند: «کان النبی (ص) إذا بَلَغَت الثمارُ أَمَرَ بِالْحَيْطَانِ فُتِلِمَتْ»، پیامبر (ص) چنین بود که هر گاه میوه‌های درختان می‌رسید، دستور می‌داد دیوارهایشان شکافته شود. (تا در دسترس قرار گیرد). (کلینی، ۵۶۹/۳)

۶- نیز وی، به صورت مرسل نقل می‌کند. شخصی به امام صادق (ع) عرض کرد: «جُعِلْتُ فِدَاكَ بَلَغَنِي أَنْكَ كُنْتَ تَفْعَلُ فِي غَلَّةِ عَيْنٍ زِيَادًا شَيْئًا وَأَنَا أَحِبُّ أَنْ أَسْمَعَهُ مِنْكَ، قَالَ: فَقَالَ لِي: نَعَمْ كُنْتُ أَمْرًا إِذَا أُدْرِكَتِ الثَّمَرَةُ أَنْ يَثْلَمَ فِي حَيْطَانِهَا التَّلْمَ لِيَدْخُلَ النَّاسُ وَيَأْكُلُوا...»، فدایت شوم! به من رسیده است شما در مورد محصول (خود در کنار) چشمه زیاد، کار (جالبی) می‌کنید، دوست دارم آن را از خودتان بشنوم. فرمود: بله، هرگاه میوه آن‌جا برسد، دستور می‌دهم در دیوارهای آن، شکاف‌هایی ایجاد گردد تا مردم وارد شده از آن‌ها بخورند. (همان، ۵۶۹/۲)

۷- نیز همو با سندی معتبر از امام صادق (ع) نقل می‌کند که پیامبر اکرم (ص) در مورد شخصی که میوه‌هایی دزدیده و در آستین خود پنهان کرده بود فرمود: «فَمَا أَكَلِ مِنْهُ فَلَا اِثْمَ عَلَيْهِ، وَ مَا حَمَلَ فَيَعْزُرُ وَ يَغْرَمُ قِيمَتَهُ مَرْتِينَ»، آنچه را که خورده، گناهی بر او نیست و در مورد آن چه برده، باید تعزیر شود و به پرداخت دو برابر قیمت آن، متعهد گردد. (همان، ۲۳۰/۷)

۸- صاحب المحاسن، با سندی صحیح از امام صادق (ع) نقل می‌کند: «قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ (ص) أَنْ تُبْنَى الْحَيْطَانُ بِالْمَدِينَةِ لِمَكَانِ الْمَارَةِ، قَالَ: وَ كَانَ إِذَا بَلَغَ نَخْلُهُ أَمَرَ بِالْحَيْطَانِ فُخْرِبَتْ لِمَكَانِ الْمَارَةِ»، رسول خدا (ص) از این‌که برای باغ‌های مدینه، دیوار گذاشته شود، نهی نمود و این به خاطر وجود (و استفاده) اشخاص عبوری بود و به همین منظور هرگاه درختان خرمايش به ثمر می‌رسید، حضرت دستور به خراب شدن دیوارها می‌داد. (احمد بن محمد برقی، ۵۲۹/۲؛ نیز ر.ک: کلینی، ۵۶۹/۲)

۹- براساس آنچه مرحوم کلینی، با سند خود از مصعب بن یزید انصاری نقل می‌کند، امیرالمؤمنین (ع)، وی را عامل خود بر بعضی مناطق قرار داد و در باب دریافت مالیات، به او توصیه‌هایی نمود از جمله این‌که درخت خرماي دور افتاده از آبادی‌ها را به حساب نیاورد و خرماي آن را برای رهگذران و در راه ماندگان، باقی بگذارد. (حرّ عاملی، ۱۱۵/۱۱)

۱۰- شهید اول، در مبحث زکات می‌نویسد: «و ینبغی للخارص التخیف بقدر ما جرت

العادة بهلاکه من الثمرة كما تأکله المارة»، سزاوار است کسی که (مقدار محصول را جهت دریافت زکات) تخمین می‌زند، نسبت به مقدار محصولی که به طور معمول مصرف می‌شود، مانند آن چه شخص عبور کننده می‌خورد، (نسبت به مالک محصول) تخفیف دهد. (شهید اول، ۱۸۲)

۱۱- با این که ابن ادریس، از مخالفان حجیت خبر واحد محسوب می‌شود (ر.ک: سبحانی، المحصول فی علم الاصول، ۲/۳۱۷؛ الموجز فی علم الاصول، ۱۶۲) ولی در این مسأله، از طرفداران جدی قول نخست است و حتی روایات آن را متواتر و این حکم را اجماعی می‌داند. عبارت وی، چنین است: «الخبار فی ذلك متواترة و الاجماع منعقد منهم ولا یعتد بخبر شاذ»، در این زمینه، اخبار متواتر و اجماع فقها، منعقد است و به خبر شاذ (مخالف) اعتنا نمی‌شود. (ابن ادریس، ۲/۲۲۶) محقق اردبیلی نیز که به احتیاط در عمل و نظر معروف است، در این مسأله به قول نخست، فتوا داده و نوشته است: «وجوب الجمع بین الأدلة یقتضی الفتوی بالجواز» (اردبیلی، ۸/۲۲۴)

گفتنی است همان گونه که اشاره گردید، مورد روایات و کلمات فقها در این باب، درختان میوه‌ای است که به مالکان خصوصی تعلق دارد. اکنون در زمان ما که گاه با درختان تحت مدیریت و با مالکیت دولت مواجهیم، این پرسش قابل طرح است که آیا می‌توان حکم مذکور در آن روایات را به این گونه درختان نیز تعمیم داد؟

باید گفت این تعمیم خالی از اشکال به نظر می‌رسد، زیرا روایاتی که در این زمینه به آن‌ها تمسک نمودیم، اطلاق دارند و به درختان مربوط به مالکان خصوصی اختصاص نیافته‌اند ولی چنانچه به این استدلال اشکال نموده و بگوییم اطلاقات مزبور، به درختان با مالکیت خصوصی انصراف دارند، باز هم می‌توان با تکیه بر تنقیح مناط، این تعمیم را پذیرفت با این توضیح که مستفاد از سخن و سیره معصومان علیهم السلام و مجموع تعبیرات به کار رفته در این باب آن است که سبب تشریح این حکم، فراهم آوردن نوعی تسهیل و رفقت برای رهگذران و به خصوص برای مسافرانی است که خسته و احیانا گرسنه از راه می‌رسند و تناول مقداری میوه هر چند اندک، موجب نشاط آنان می‌شود، و بدیهی است این مناط، در هر دو قسم از درختان موجود است. بلکه چه بسا بتوان حکم مزبور را در مورد این قسم از درختان، به طریق اولی ثابت نمود، چرا که از برخی روایات دلالت کننده بر قول نخست، استفاده می‌شود مالکیت میوه‌هایی که مورد استفاده رهگذران قرار می‌گیرد، از صاحبان درخت، سلب و به ایشان تعلق

می‌گیرد و اینان نیز بسان آنان، مالک سهم خود خواهند بود. از جمله روایت محمدبن مروان که براساس آن، وی از امام صادق(ع) می‌پرسد:

«عبورم به درخت میوه‌داری می‌افتد، آیا می‌توانم از آن بخورم؟ حضرت می‌فرماید: بخور و با خود مبر، راوی می‌افزاید: جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنِ التَّجَارَ اشْتَرَوْهَا وَ تَقَدَّوْا أَمْوَالَهُمْ، تاجران، آن میوه‌ها را خریداری کرده (و قیمت آن را هم پرداخته‌اند) و اموال خود را نقد نموده‌اند. حضرت فرمود: (بله) آنان چیزی را خریده‌اند که مال آنان نبوده است. (طوسی، تهذیب الاحکام، ۸۹/۷؛ الاستبصار، ۹۰/۳)

از ذیل حدیث، به خوبی استفاده می‌شود میوه مورد استفاده شخص رهگذر، نه در مالکیت صاحبان درخت و نه متعلق به تاجران، بلکه از آن رهگذر خواهد بود و از همین جا است که تعبیر به «حق الماره» در مورد این میوه، تعبیری به جا و دقیق به نظر می‌رسد. پس از روشن شدن این نکته، می‌افزاییم: اگر وجود این حق برای رهگذر که امری است عارضی و هنگام مرور، تحقق یافته، سبب اباحه خوردن او می‌شود، پس وجود آن در مورد درختان دولتی که از اموال عمومی و مرتبط با بیت المال محسوب می‌شوند و هر یک از آحاد جامعه-بالاصاله نه بالعرض- در آن سهمی دارند، به طریق اولی، سبب این امر خواهد شد.

فروعات قول اول

أ- شرایط استفاده از این حق

در کلمات شماری از فقها که به این موضوع پرداخته‌اند، سه شرط برای استفاده از این حق، ذکر شده است:

۱- عبور شخص از کنار درخت، اتفاقی و بدون قصد استفاده از آن باشد، و نیازی به این نباشد که به منظور تناول میوه، مسیر خود را تغییر دهد.

در مورد این شرط، به روایت یا دلیل دیگری بر نخوردیم، ولی می‌توان آن را از تعبیراتی مانند «بمراً»، «أمرّاً» و دیگر مشتقات ماده «مرور» که در روایات مزبور به کار رفته استفاده نمود، زیرا ظاهر این تعبیرات و متبادر از آنها، چیزی جز عبور اتفاقی و غیر عمدی نیست.

۲- موجب فساد و تباهی درختان یا سایر میوه‌ها نشود.

شهید ثانی در توضیح کلمه «فساد» در این شرط می‌نویسد: مقصود از فساد این است که زیاد بخورد به گونه‌ای که در میوه درخت، اثری آشکار بگذارد و فساد عرفی، صدق نماید. و

این امر، با کم و زیاد بودن شخص عبور کننده و نیز فراوانی یا قلت میوه‌ها، متفاوت است. بنابراین، چنان چه میوه، فراوان باشد، به گونه‌ای که زیاد خوردن، بی‌تأثیر است، خوردن او جایز خواهد بود، بر خلاف این که اندک باشد. یا اگر شمار عبور کنندگان، زیاد باشد، خوردن جایز نیست، چون در این فرض، کار او مصداق «افساد» خواهد بود. وی، در پایان می‌افزاید: «فالمدر فی الإفساد و عدمه، صدق الإضرار و عدمه، فربّ أكل قليل يضرّ بالشجرة، فيصدق الإفساد و ربّ كثير لا يضرّ لعدم صدق الإفساد»، معیار در افساد و عدم آن، صدق نمودن اضرار و عدم آن است، بنابراین، چه بسا خوردن اندک که به درخت زیان رساند و افساد صدق نماید و چه بسا زیاد خوردنی که زیان نرساند و افساد صدق ننماید. (شرح لمعه، ۳/۳۷۲)

چنان که می‌بینیم شهید، به حسب ظاهر، در تثبیت منظور خود، به قاعده «لاضرر» تمسک نموده است و در این صورت می‌توان به وی اشکال کرد که در فرض اندک خوردن و یا کم شمار بودن عبور کنندگان نیز، «ضرر» هر چند اندک، صدق می‌کند، به دیگر سخن، در همه فروض مسأله، مقداری ضرر، متوجه صاحبان درخت می‌شود. به نظر می‌رسد اگر معیار را همان صدق «فساد عرفی» قرار دهیم که در آغاز کلام شهید نیز آمده بود، مناسب‌تر است. به هر حال آن چه می‌تواند دلیل بر این شرط باشد، همان سخن امام صادق (ع) است که ضمن روایات دلالت کننده بر قول نخست نقل نمودیم. و آن این که فرمود: «لا بأس أن يأكل ولا يحمل ولا يفسده»، اشکال ندارد بخورد ولی با خود حمل نکند و آن را فاسد و تباه نسازد. (تهذیب الاحکام، ۶/۳۸۳)

۳- با خود میوه نبرد.

دلیل بر این شرط، افزون بر روایت فوق، روایت محمدبن مروان است که در آن آمده بود: «كل ولا تحمل» و نیز عبارت «فلا بأس بأن يأكل من ثمارها، ولا يحمل منها شيئاً» در مرسله شیخ صدوق. هم‌چنان که عبارت «فانه يحلّ له أكله و يحرم عليه حمله» در روایت محمدبن عثمان عمری، به روشنی دلیل بر این شرط است. (ر.ك: من لا يحضره الفقيه، ۳/۱۸۰؛ اكمال الدین، ۲۸۷؛ الاحتجاج، ۲/۴۸۰)

گفتنی است برخی، علاوه بر شروط یاد شده، سه شرط دیگر را نیز افزوده‌اند: علم به کراهت و ناراحتی مالک نداشته باشد، گمان به این امر نداشته باشد، میوه مورد استفاده، بر روی درختان باشد. بنابراین، عبور کننده حق تناول از میوه‌های فرو افتاده بر زمین را ندارد. (ر.ك: شرح لمعه، ۳/۳۷۲؛ مسالك الافهام، ۳/۳۷۳) شهید ثانی، دو شرط نخست را نیکو و شرط اخیر

را بدون اشکال می‌داند (ر.ک: مسالك الافهام، ۳/۳۷۳)

ولی به نظر می‌رسد با توجه به مطلق بودن تمامی تعبیرات به کار رفته در روایات پیشین و نبود تفصیل در هیچ‌یک از آن‌ها، جایی برای این شروط باقی نمی‌ماند، چنان‌که هیچ‌یک از فقهای بزرگ نیز متعرض آن‌ها نشده‌اند.

ب- اندازه خوردن

چنان‌که دیدیم، در هیچ‌یک از روایات مرتبط با این موضوع، سخنی از اندازه و مقداری که برای شخص عبور کننده، خوردن آن مجاز است، به میان نیامده است و روایات دلالت کننده بر دیدگاه نخست نیز تنها بر اصل مشروعیت این عمل دلالت دارند. و شاید به همین سبب است که فقهایی که متعرض این موضوع شده‌اند، بحثی از این امر ننموده‌اند. بله در کلمات شیخ طوسی و ابن ادریس آمده است: «جازله أن يأكل منها قدر كفايته»، برای رهگذر جایز است بقدری که کفایتش کند، بخورد. (النهايه، ۳۷۰؛ السراذر، ۲/۲۲۶) و در میان فقهای عصر حاضر، امام خمینی نوشته است: «جازله أن يأكل منها بمقدار شبعه و حاجته»، او می‌تواند به مقدار (رفع) گرسنگی و نیازش بخورد. (خمینی، ۱/۵۵۳)

به نظر می‌رسد برداشت این فقها، مبتنی بر این نکته است که آنچه در روایات مزبور، آمده تعبیر به «اکل» و خوردن است، و این عمل، به عنوان یک عمل عقلایی و عرفی، به خوردن عادی و متعارف، یعنی خوردن برای رفع نیاز و بر طرف شدن گرسنگی، انصراف دارد و شامل خوردن به انگیزه‌های دیگر مانند: امتحان کردن، تلف نمودن و ... نمی‌شود و بر این اساس، لازم است میزان خوردن، تنها به اندازه رفع گرسنگی و نیاز باشد و البته در کنار این امر، شرط دوم از شروط پیش گفته (عدم افساد) را نیز مد نظر قرار دهد، زیرا چنان‌که گذشت، صورت مساله، با توجه به فراوانی و اندکی میوه‌ها متفاوت است و مقتضای جمع بین آن شرط و این انصراف آن است که جواز خوردن به مقدار رفع گرسنگی و حاجت، مشروط به این است که موجب فساد و نابودی میوه‌ها نشود و چیزی برای مالک آن باقی بماند، در غیر این صورت باید به کمتر از آن بسنده کند، هر چند موجب سیری او نشود.

ج- ماهیت قول به جواز

براساس قول مشهور و دیدگاه مختار، این پرسش قابل طرح است که آیا رهگذر، نسبت به میوه‌ای که می‌خورد، مالکیت پیدا می‌کند یا تنها برای او حق انتفاع و بهره‌وری ثابت است؟ اگر مالکیت پیدا می‌کند، چرا حق بردن آن را ندارد؟ آیا می‌تواند پس از چیدن میوه، آن را به کسی

که همراه او است بفروشد یا هبه کند؟

تا آنجا که می‌دانیم هیچ‌یک از فقهای پیشین و پسین به این بحث نپرداخته‌اند. در روایاتی که پیش‌تر نقل کردیم نیز به نکته‌ای روشن در این زمینه بر نمی‌خوریم. بلکه شاید بتوان از روایت محمدبن مروان استفاده نمود که مالکیت صاحب درخت از این میوه سلب می‌شود. براساس این روایت، پس از آن‌که امام صادق(ع) به راوی می‌فرماید: «بخور و با خود مبر» راوی می‌گوید: «انّ التجار اشتروها»، تاجران، میوه‌ها را خریده‌اند. و امام در پاسخ می‌فرماید: «اشتروا ما لیس لهم»، چیزی خریده‌اند که مال آنان نیست (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۸۹/۷). ولی در این مورد که آیا این میوه‌ها به مالکیت رهگذر در می‌آید یا خیر، روایت ساکت است. روایات مورد استدلال بر قول مشهور نیز بر چیزی فراتر از «جواز انتفاع» دلالت نداشتند. برای نمونه، در روایت دوم آمده بود: «یحل له أكله».

به بیانی روشن‌تر: مالکیت رهگذر نسبت به این میوه، منوط به تملیک و وجود مملک است و مملک یا صاحب درخت و یا شارع است، فرض نخست که منتفی است چرا که از سوی او هیچ تملیکی صورت نگرفته بلکه چه بسا رهگذر، بدون آگاهی او، به خوردن میوه اقدام کند چنان‌که براساس روایت هفتم، راوی از امام هادی(ع) می‌پرسد: «عن رجل دخل بستاناً يأكل من الثمرة من غیر علم صاحب البستان؟ قال: نعم».

از سوی شارع نیز چنان‌که گذشت، چیزی بیش از «جواز انتفاع» نرسیده است و می‌توان این سخن را تا حدودی، مشابه سخن فقهای دانست که در مبحث بیع معاطات، به نفی تملیک و اباحه تصرف قائلند. (ر.ک: حلبی، ۳۵۲؛ ابن ادریس، ۲/۲۵۰؛ انصاری، ۸۴) با این تفاوت روشن که در معاطات، مباح‌کننده تصرف، طرفین معامله هستند و داد و ستدی [هر چند غیر لفظی] انجام می‌گیرد، ولی در مبحث حق الماره، مباح‌کننده، شارع است و معامله‌ای در کار نیست. به هر حال بر حسب ظاهر، دلیلی بر مالکیت رهگذر نسبت به میوه مورد نظر وجود ندارد و باید آن چه در مورد او ثابت است را صرفاً در زمره حقوق دانست، البته همان گونه که می‌دانیم، حقوق بر دو قسم است: ۱- حقوق قابل انتقال به دیگری، مانند حق اعمال خیار ۲- حقوق غیر قابل انتقال به غیر مانند حق جلوس در مسجد (ر.ک: انصاری، ۲۹۰).

به نظر می‌رسد حق الماره، از نوع اخیر است چرا که روایات، جز بر حق انتفاع دلالت ندارند و از سویی، چنان‌که می‌دانیم و شیخ انصاری نیز اشاره می‌کند، اصل در حقوق، عدم انتقال است. (ر.ک: همان) بنابراین نمی‌توان بدون دلیل، میوه چیده شده توسط رهگذر را از

طریق بیع، هبه و مانند آن، قابل انتقال به دیگری دانست. گفتنی است چنان‌که پای اصل به میان آید، می‌توان با توجه به اصل عدم انتقال مالکیت، میوه‌های مورد بحث را هم‌چنان مال صاحب درخت دانست، البته مالی که حق جلوگیری از انتفاع رهگذر از آن را ندارد. در مورد روایت محمدبن مروان نیز باید گفت این روایت، هم‌چنان که نسبت به مالکیت رهگذر ساکت است، در مورد مالکیت صاحب درخت نیز سکوت دارد. بنابراین مقتضای اصل و لازمه فقدان دلیل بر خلاف، آن است که این میوه‌ها، هم‌چنان بر ملک صاحب درخت باقی باشد متنها مالکیت محدود، به این معنا که حق جلوگیری از بهره‌وری رهگذر از آن را ندارد. می‌توان در برخی از ابواب فقه مانند رهن و حجر نیز به نمونه‌هایی از مالکیت محدود مثال زد. شاید سخن آقای خوئی که می‌گوید: «إذا أذن المالك الحقيقي و هو الشارع في التصرف في مال الغير كما في حق المارة مثلاً يجوز التصرف فيه سواء رضی به المالك الصوری أم لم یرض به بل منع عنه» (مصباح الفقاهه، ۵۰۴/۱) اشاره به آنچه گفتیم و مبتنی بر آن باشد، زیرا این عبارت، در ثبوت حق انتفاع رهگذر، با فرض بقای مالکیت صاحب درخت [هر چند مالکیت صوری]، ظهوری روشن دارد.

نتیجه‌گیری

به غیر از دلایل قول نخست، هیچ‌یک از دلایل اقوال دیگر، تام و قابل دفاع نیست. دلایل قول نخست نیز هر چند برخی با اشکال یا اشکالاتی مواجه‌اند، ولی در مجموع، از صحت و قوت کافی برخوردارند و می‌توان با ضمیمه نمودن قرائن و شواهد گوناگون، به صدور اجمالی آن‌ها از معصوم (ع) علم پیدا کرد و آن‌ها را خبر محفوف به قرائن علم آور دانست. البته استفاده از این حق، منوط به این است که عبور رهگذر از کنار درخت، به صورت تصادفی و بدون انگیزه استفاده از آن باشد و عمل او موجب فساد و تباهی درختان یا سایر میوه‌ها نشود، یعنی بهره‌برداری او، به گونه‌ای نباشد که در میوه درخت، اثری آشکار بگذارد و فساد عرفی صدق کند و بدیهی است صدق این معیار، با توجه به کثرت و قلت میوه‌ها و نیز فراوانی یا اندکی رهگذران، متفاوت خواهد بود. هم‌چنین شخص رهگذر، حق حمل میوه با خود را ندارد. و با توجه به اطلاق روایات و نبود تفصیل در آن‌ها، حکم مزبور، مشروط به عدم علم یا عدم ظن به کراهت و ناراحتی مالک نیست. هم‌چنان که وجود داشتن میوه بر روی درختان نیز از شرایط این حکم نیست.

لازم است میزان خوردن، تنها به اندازه رفع گرسنگی و بر طرف شدن نیاز باشد، البته مشروط به این که با خوردن او، تمامی میوه‌ها مستهلك نشده و برای مالک هم باقی بماند در غیر این صورت، باید به کم‌تر از این مقدار بسنده کند، و حکم مزبور، با توجه به تنقیح مناط، به درختان تحت مالکیت دولت نیز قابل تعمیم است.

منابع

قرآن کریم.

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر*، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۱ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا يحضره الفقيه*، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، *كمال الدين*، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۵ق.
- _____، *المقنع*، قم، مؤسسه الامام الهادی(ع)، بی تا.
- ابن ماجه، محمد بن یزید، *السنن*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، مکتبه امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۰۲ق.
- احمد بن حنبل، *المسند*، بیروت، دار صادر، بی تا.
- اصفهانى، محمد حسن، *حاشية المكاسب*، تهران، انتشارات علمیه، ۱۴۱۸ق.
- اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۱ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، مؤسسه الهادی، ۱۴۱۸ق.
- امام رضا(ع) (منسوب به امام رضا(ع)) *فقه الرضا(ع)*، کنگره امام رضا(ع)، ۱۴۰۶ق.
- برقی، احمد بن محمد بن خالد، *المحاسن*، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الکبری*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ترمذی، محمد بن عیسی، *السنن*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح*، بیروت، ۱۴۰۷ق.
- حاکم نیشابوری، محمد بن محمد، *مستدرک الصحیحین*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۶ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت(ع) ۱۴۰۹ق.
- حمیری قمی، عبدالله بن جعفر، *قرب الاسناد*، تهران، انتشارات کتابخانه نینوی، بی تا.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسيله*، قم، دارالکتب العلمیه، بی تا.
- خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک*، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، نشر وجدانی، ۱۳۷۱.

- _____، الصلاة، قم، المطبعة العلمية، بی تا.
- _____، الطهارة، قم، دارالهادی، ١٤١٠ق.
- روحانی، محمد صادق، **فقه الصادق(ع)**، قم، دارالکتب، ١٤١٣ق.
- _____، **منهاج الفقاهه**، چاپخانه یاران، ١٤١٨ق.
- سبحانی، جعفر، **المحصول فی علم الاصول**، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ١٤١٥ق.
- _____، **الموجز فی علم الاصول**، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ١٤٢١ق.
- شهید اول، محمدبن مکی، **البيان**، چاپ سنگی، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالك الافهام**، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ١٤١٤ق.
- _____، **شرح لمعه**، تحقیق و شرح سید محمد کلانتر، قم، انتشارات داوری، ١٤١٠ق.
- طبرسی، احمدبن علی، **الاحتجاج**، مشهد، نشر مرتضی، ١٤٠٣ق.
- طوسی، محمدبن حسن، **النهاية فی مجرد الفقه و الفتوى**، بیروت، دارالاندلس، بی تا.
- _____، **تهذیب الاحکام**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٥.
- _____، **الاستبصار**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٩٠ق.
- _____، **عدة الاصول**، تحقیق محمد مهدی نجف، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، بی تا.
- _____، **الفهرست**، قم، نشر اسلامی، ١٤١٧ق.
- _____، **رجال**، قم، نشر اسلامی، ١٤١٥ق.
- _____، **الخلاف**، قم، نشر اسلامی، ١٤١٧ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، **تذکرة الفقهاء**، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ١٤١٤ق.
- _____، **تحریر الاحکام**، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ١٤٢٠ق.
- _____، **خلاصة الاقوال**، نجف، المطبعة الحیدریه، ١٣٨١ق.
- _____، **ایضاح الاشتباه**، قم، نشر اسلامی، ١٤١١ق.
- _____، **ارشاد الاذهان**، قم، نشر اسلامی، ١٤١٠ق.
- علی بن جعفر(ع)، **مسائل علی بن جعفر(ع)**، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ١٤٠٩ق.
- فاضل آبی، زین الدین، **کشف الرموز**، قم، کتابخانه آیت الله نجفی مرعشی، ١٤٠٥ق.
- کلینی، محمدبن یعقوب، **الکافی**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٥.
- گلپایگانی، محمد رضا، **بلغة الطالب**، قم، دارالقرآن الکریم، ١٣٩٩ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، **شرائع الاسلام**، تهران، انتشارات استقلال، ١٤٠٩ق.
- نجاشی، احمدبن علی، **رجال**، قم، نشر اسلامی، ١٤١٦ق.

- نراقى، احمد بن محمد مهدى، *مستند الشيعة*، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۸ق
نعمان بن محمد، *دعائم الاسلام*، مصر، دارالمعارف، ۱۳۸۵ق.
نورى، حسين بن محمد تقى، *مستدرک الوسائل*، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۰۸ق
وحيد بهبهانى، محمداقفر، *حاشية مجمع الفائدة والبرهان*، مؤسسة العلامة الوحيد البهبهاني، ۱۴۱۷ق.
يزدى، محمد كاظم بن عبدالعزيز، *حاشية المكاسب*، قم، انتشارات اسماعيليان، ۱۳۷۸ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۲۰۰-۱۸۳

رجم در ترازو «درنگی در نظریه نفی مشروعیت رجم ثبوتاً و اثباتاً»*

سیدعلی جبار گلباغی

عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Email: pm.sadra87@gmail.com

دکتر حسین ناصری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@um.ac.ir

چکیده

بی‌شک، بیان اندیشه نو، تضارب آراء و نقد و بررسی اندیشه اندیشمندان، از سنت‌های نیکوی علمی است که در پالایش، پویایی و رشد و تعالی هر دانشی، مؤثر می‌باشد. دانش فقه و اندیشه‌های فقهی فقیهان نیز از این قاعده، جدا نیستند؛ از این رو، نوشتار حاضر، در پژوهشی بنیادی، به روش توصیفی-تحلیلی، اندیشه فقهی جناب استاد محمد ابراهیم جناتی را درباره مبانی فقهی رجم، به نقد و بررسی می‌نشیند و بر نمایان‌سازی این امر اهتمام دارد که تا چه میزان اندیشه فقهی مذکور، با مبانی فقهی برگزیده آن دانشی محترم و نیز منابع و مستندات اجتهاد فقهی شیعه، همراه و هماهنگ می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: زنا، زنا، محصنه، حد، حد رجم، سنگسار.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۴/۰۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۱/۰۷/۲۹.

مقدمه

از دیر باز تا کنون، بسیاری از مباحث بخش‌های مختلف فقه، میدان اختلاف و تضارب آرای فقیهان مسلمان بوده است که از این جمله، به مباحث بخش جزایی فقه، می‌توان اشاره داشت. به گواهی بررسی نوشته‌های فقهی شیعه، همواره در نزد دانشیان فقه شیعه، درباره حدود شرعی و اجرای آن‌ها، به شدت و ضعف، پرسش‌ها و تردیدها، و نقض و ابرام‌هایی وجود داشته است.

افزایش و گسترش دانش بشری، بروز دانش‌های نوین و میان‌رشته‌ای در حوزه علوم انسانی، شکل‌گیری و تغییر جامعه بشری، از اجتماع انسانی پیشین به سوی جامعه‌ای نوین و در نتیجه، متفاوت‌نگری بشر جدید، به پدیده‌ها، نهادها و امور اجتماعی، از جمله، جرایم و مجازات‌ها و قوانین جزایی و نهادها و سازمان‌های حقوقی و قضایی متکفل عدالت و امنیت قضایی در جامعه بشری، در کنار واقعه جهانی انقلاب اسلامی و تشکیل حکومت جمهوری اسلامی در ایران و عکس‌العمل جهانی مخالفان حکومت اسلامی در برابر اجرای حدود شرعی در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، و نیز تأملات بایسته دلسوزان اسلام و انقلاب، آرام، اجرای حدود شرعی را با چالش رو به رو ساخت که در نتیجه، این چالش، به جهت متکی بودن قانون مجازات اسلامی به فقه شیعه، دامنگیر مباحث جزایی فقه شیعه نیز گردید و لذا، این مسأله، خود، بسیاری از فقیهان و اندیشمندان فقه و حقوق شیعه را به چاره‌جویی‌هایی هم‌چون بازخوانی حدود شرعی واداشت.

رجم، یکی از جمله حدود شرعی‌ای است که بیش از دیگر حدود، چالش‌زا و مورد توجه مخالفان اجرای حدود شرعی قرار دارد.

امروزه در فقه شیعه، حذف مجازات رجم، در پی انکار مشروعیت این حد شرعی، یکی از دیدگاه‌هایی است که در کنار دیگر دیدگاه‌ها و پاسخ‌های مطرح درباره حد رجم و اجرای آن بیان می‌گردد. جناب استاد محمد ابراهیم جناتی یکی از دانشیانی است که در مقاله «بررسی مبانی فقهی رجم (سنگسار) ثبوتاً و اثباتاً»، در این مسیر گام می‌پوید. او در این مقاله که در شماره ۶۵ مجله فقه به چاپ رسید، به نقد ادله فقهی مشروعیت رجم روی می‌آورد. این دانشی محترم، در آغاز، با محصور داشتن ادله فقهی رجم، به اجماع مدرکی و برخی از روایات آحاد منقول از مجامع حدیثی شیعه و اهل سنت که همه آن‌ها را به ضعف سندی و دلالتی و وجود معارض مبتلا می‌دانند، مجازات رجم را فاقد دلیل معتبر شرعی می‌شمردند و صراحتاً اعلام

می‌دارند که به این حد شرعی قائل نمی‌باشند و آن‌گاه، با نظر داشتِ عدم ذکر مجازات رجم در قرآن کریم، و عدم امکان عادی تحقق شرایط حکم رجم، و دارای سابقه یهودی‌بودن برخی از راویان احادیث رجم، و وجود حکم به مجازات رجم در تورات، اسرائیلی و جعلی‌بودن روایات رجم و در پی آن، مجعول بودن اصل حد رجم را مردود نمی‌دانند.

از آن‌جا که نقد و بررسی آراء و اندیشه فقه‌پژوهان و فقیهان شیعه، از یک سو، در رشد و تعالی و گسترش دانش فقه شیعه، مؤثر است و از دیگر سو، در گزینش دیدگاهی بهره‌مند از بهینگی در مقام اجراء، دارای تأثیر می‌باشد، لذا نوشتار حاضر، در پژوهشی بنیادی نظری، به روش توصیفی تحلیلی، که به مطالعات کتاب‌خانه‌ای متکی است، به نقد و بررسی دیدگاه جناب استاد جنائی، درباره حذف مجازات رجم با توسل به نفی مشروعیت این حد شرعی، اهتمام دارد تا میزان هماهنگی سخن مذکور را با منابع و مستندات اجتهاد فقهی و نیز مبانی فقهی برگزیده ارائه دهنده محترم آن، رصد نماید.

نباید فرو گذاشت که نوشتار حاضر، تنها و تنها، به نقد و بررسی دیدگاه دانشی محترم، اهتمام دارد و به هیچ رو، مترصد بیان و بررسی دیگر دیدگاه‌های موجود در مسأله و نیز دیدگاه برگزیده خویش، نمی‌باشد؛ چه این مهم، در حوصله نوشتار دیگری است؛ البته باور دارد که نقد اندیشه، خود بستر آفرینش آراء و نظریه‌های تازه را فراچنگ دیگر پژوهشیان قرار می‌دهد.

نقد دیدگاه نفی مشروعیت مجازات رجم

درنگ و تأمل در مقاله «بررسی مبانی فقهی رجم (سنگسار) ثبوتاً و اثباتاً» آشکار می‌سازد که کانون توجه و بحث نویسنده محترم مقاله مذکور، برای نفی مشروعیت مجازات رجم، بر نقد و بررسی روایات استوار است؛ چه در این باب، آیاتی در قرآن کریم موجود نیست و امروزه، در نزد دانشیان فقه شیعه، نوعاً، اجماع را چندان وزنی نیست تا بر نقض و ابرام آن فایده‌ای مترتب گردد.

پنج روایت، عمده‌ترین روایاتی هستند که مورد نقد و بررسی قرار گرفته‌اند. از این میان، سه روایت از اهل سنت و دو روایت از شیعه می‌باشد. به نظر می‌رسد نویسنده محترم مقاله، علت گزینش روایات مذکور را در این می‌داند «که برای حکم رجم به آن‌ها استدلال شده است» (جناتی، فقه، ۱۲۸). اگر چه، ظاهر تحلیل بیان شده، این‌گونه القاء می‌دارد که گویا، دیگر

روایات رجم، مورد اعراض و عدم عمل فقهاء است، لیک احتمال مذکور، که با ظاهر سخن نویسنده مقاله نیز هماهنگ می‌نماید، به گواهی اندک تورق در نوشته‌های فقهی دانشیان فقه، از واقعیت بهره‌مند نیست. فقهاء، در باب رجم، به روایات متعددی استناد جسته‌اند که روایات محل سخن نیز از جمله آن‌ها می‌باشند (برای نمونه: نجفی، ۴۱/۳۲۰-۳۱۸).

از آن رو که از میان پنج روایت مورد سخن آقای جناتی، سه روایت از اهل سنت و دو روایت از شیعه می‌باشد، لذا دیدگاه نویسنده مذکور درباره این روایات، در دو بخش جداگانه، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱) روایات اهل سنت

توجه به کلیت مقاله، نشان می‌دهد که نویسنده محترم، از منظر اجتهاد شیعی، به موضوع می‌نگرد و آن را به پژوهش و بررسی می‌نشیند. لحاظ این واقعیت، توجیه استناد به روایات اهل سنت را به هیچ‌رو، نمایان نمی‌سازد.

در بررسی هر روایت، توجه به جنبه صدور سند و جنبه دلالتی روایت، از اهمیت فراوانی برخوردار است. از لحاظ سندی، روایات منقول از مجامع حدیثی اهل سنت، یا اصلاً از منظر علم رجال، مورد بررسی قرار نگرفته‌اند؛ مانند روایت عباد بن صامت (جناتی، فقه، ۱۳۴) و یا تنها از منظر دانشیان شیعه به سند روایت نگریسته شده است؛ مانند دو روایت منقول از ابی هریره و زید بن خالد جُهَنی (همان، ۱۲۸ و ۱۳۲).

از لحاظ دلالتی، نخست، نویسنده محترم برای روایات سه‌گانه مذکور، وجود مخالف و معارض را ادعا نموده است (همان، ۱۲۹ و ۱۳۳ و ۱۳۵) با توجه به این که موضوع اصلی بحث و پرسش اساسی مقاله، درباره مبانی مشروعیت اصل مجازات رجم است و نه تفریعات آن، چگونه می‌توان روایاتی را که به پذیرش اصل مجازات رجم گردن نهاده‌اند و تنها در تفریعات رجم، به تفاوت سخن می‌رانند، معارض اصل مجازات رجم دانست؟ نویسنده محترم، هیچ روایت صحیحی را بیان نمی‌دارد که تصریحاً و یا تلویحاً، نصاً و یا ظهوراً، اصل مجازات رجم را به انکار نشیند.

دوم، این سخن که «احادیث رجم و سنگسار را تنها ابوهریره و بعضی دیگر که از او بدتر بودند، مانند: زیدبن خالد و امثال او، روایت کرده‌اند؛ نه غیر آن‌ها. در صورتی که اگر این حکم، شرعاً واقعیت داشت، راویان حدیث، احادیث آن‌ها را نقل می‌کردند، در حالی که کسی از غیر

او نقل نکرده است» (همان، ۱۳۰) از مبانی علمی برخوردار نیست. در منابع حدیثی اهل سنت، روایات صحیحی - البته بنا بر مبانی اهل سنت - یافت می‌شود که از مجازات رجم سخن می‌گویند (برای نمونه: ابن ماجه، ۸۵۵/۲ ب ۱۱ ح ۲۵۶۰، ۲۵۵۹؛ ترمذی، ۴۵۸/۳-۴۵۷ ب ۷ ح ۱۴۳۲، ۱۴۳۱، ۴۶۱ ب ۹ ح ۱۴۳۵) کتاب حدود و باب رجم متون حدیثی اهل سنت، آکنده از روایات رجم است (برای نمونه: مسلم، ۱۳۲۸/۳-۱۳۱۶؛ ترمذی، ۴۶۱/۳-۴۵۷؛ ابن ماجه ۸۵۳-۸۵۵/۲، ابی داود، ۱۵۸/۴-۱۴۴؛ مالک، ۸۱۹-۸۲۵/۲) روایات رجم و قصه معاذ بن مالک، تنها از ابوهریره و زید بن خالد جُهَنی نقل نشده است. افرادی هم‌چون: ابن عباس، سعید بن جبیر، سعید بن مسیب و جابر بن عبدالله انصاری نیز آن‌ها را نقل کرده‌اند (برای نمونه: مالک، ۸۲۰/۲ ب ۱ ح ۲، ۸۲۳ ب ۱ ح ۸؛ ابی داود، ۱۴۴/۴ ح ۱۴۴۱، ۴۴۱۸، ۴۴۶ ح ۱۴۷، ۴۴۲۳، ۴۴۲۵، ۴۴۲۶، ۴۴۲۷، ۴۴۸، ۴۴۳۰، ۴۴۳۹، ۱۵۱ ح ۴۴۳۹، ۴۴۵۲، ۴۴۵۵؛ ابن ماجه، ۲/۲، ۸۵۵ ب ۱۱ ح ۲۵۶۰، ۲۵۵۹؛ ترمذی، ۴۵۸/۳-۴۵۷ ب ۷ ح ۱۴۳۱، ۱۴۳۲؛ مسلم، ۳۱۷/۳ ب ۴ ح ۱۵، ۱۳۱۸ ب ۵ ح ۱۶، ۱۳۲۰ ب ۵ ح ۱۹، ۱۳۲۸ ب ۶ ح ۲۸) مگر این‌که همه این روایان، افرادی بدتر از ابوهریره دانسته شوند.

سوم، نویسنده محترم مقاله، روایات مذکور را اخبار آحاد می‌دانند (جناتی، فقه، ۱۲۹ و ۱۴۰) حال این‌که بررسی متون روایی اهل سنت، این ادعا را در خصوص موضوع بحث، یعنی: اصل مجازات رجم، قابل پذیرش قرار نمی‌دهد.

چهارم، نویسنده مقاله، در نقد روایت ابوهریره و زید بن خالد جُهَنی، تأملاتی بیان داشته‌اند که برخی از آن‌ها محل سخن می‌باشد، برای وضوح مطالب، در آغاز متن روایت بیان می‌گردد: «عن أبي هريره و زيد بن خالد الجهني؛ أنهما قالا: أن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله (ص) فقال: يا رسول الله! أنشدك الله ألاً قضيت لي بكتاب الله. فقال الخصم الآخر وهو أقره منه: نعم. فأقض بيننا بكتاب الله. و أئذن لي. فقال رسول الله (ص) قل. قال: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزني بامرأته. و إني أخبرت أن علي ابني الرجم. فافتديت منه بمائة شاة و وليدة. فسألت أهل العلم فأخبروني إنما على ابني جلد مائة و تغريب عام و أن على امرأة هذا الرجم. فقال رسول الله (ص) و الذي نفسى بيده! لأفزين بينكما بكتاب الله. الوليدة و الغنم رد. و على ابنيك جلد مائة و تغريب عام. و اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فأرجمها. قال: فعدا عليها. فاعترفت. فأمر بها رسول الله (ص) فرجمت» (همان، ۱۳۲؛ مسلم، ۱۳۲۵/۳-۱۳۲۴ ب ۵ ح ۲۵؛ ترمذی، ۴۵۸/۳ ب ۸ ح ۱۴۳۳؛ ابی داود، ۱۵۳/۴ ح ۴۴۴۵؛ مالک، ۸۲۲/۲ ب ۶ ح ۶).

اگر چه آقای جناتی، روایت مذکور را ضعیف‌السند می‌شمارند (جناتی، فقه، ۱۳۳) لیک برخی از بزرگان حدیث اهل سنت، هم‌چون ترمذی، این روایت را به عنوان حسن صحیح، متصف می‌دارد (ترمذی، ۴۵۸/۳ ب ۸ ح ۱۴۳۳).

نویسنده محترم، روایت مذکور را با دو روایت دیگر: یکی از خود ابی هریره، مذکور در سنن ابن ماجه (۲/۸۵۴ ب ۹ ۲۵۵۴) و دیگری روایت عبدالله بن بریده عن ابيه، مضبوط در صحیح مسلم (۳/۱۳۲۳ ب ۵ ح ۲۳) مخالف می‌دانند. مقایسه بین این سه روایت، جهت اختلاف مورد ادعا را نمایان نمی‌سازد؛ جز این‌که آن دو روایت درباره قصه معاذ بن مالک می‌باشند و روایت اخیر، حکم مجازات زنای زانیه محصنه با زانی غیر محصن را بیان می‌دارد. در سومین نقد بر روایت، آورده‌اند: «لازم بود که انیس اسلمی از آن زن می‌پرسید که آیا حکم خدا (رجم) را درباره زناى محصنه می‌دانسته یا خیر؟ و آیا بر واقع شدن زنا، مجبور بوده یا خیر؟ بنابراین، اگر حکم خدا را، نه از طریق ابلاغ و نه از غیر آن، نمی‌دانسته و یا بر آن، مجبور بوده، بر او حدی نمی‌توان قائل شد و چگونه می‌توان پذیرفت که رسول خدا (ص) این مطالب را به انس گوش زد نکرده باشد» (جناتی، فقه، ۱۳۴-۱۳۳).

در این باره می‌توان گفت: نخست این‌که، دانستن جرم بودن زنا کافی است (نجفی، ۴۱/۲۶۱) و دلیلی برای لزوم علم به مجازات زنا، جهت تحقق مسئولیت کیفری زنا، وجود ندارد؛ و دیگر این‌که، از قرآینی هم‌چون: «إِنِّي أَخْبِرْتُ أَنْ عَلِيَّ ابْنِي الرَّجْمُ» به دست می‌آید که علم به جرم بودن زنا وجود داشت؛ چنان‌که در بین اعراب قبل از اسلام، زنا، جرم دانسته می‌شد؛ سه‌دیگر این‌که، از صدر و ذیل روایت به دست می‌آید که زناى محل بحث در روایت مذکور، زناى به عنف نبود؛ چنان‌که شوهر زن زانیه و پدر فرد زانی نیز به آن اشاره‌ای نکردند. در خصوص اشکال پنجم ایشان بر روایت که «چگونه بر رجم آن زن حکم شد، با این‌که شرط مسلم رجم، چهار مرتبه اقرار زانی به آن است و این شرط در جریان آن وجود ندارد» (همان، ۱۳۴) باید گفت: توجه به صدر و ذیل روایت، در این ظهور دارد که ارتکاب زناى زانی با زانیه، به ادله، ثابت بود؛ بنابراین، با ارسال نماینده پیامبر (ص) به سوی زانیه، اقرار او بر تحقق زنا تحصیل گردید؛ لذاست که در ذیل روایت، واژه «أَعْرَفْتُ» به کار رفته است و نه واژه «أَقْرْتُ».

این‌که در روایت دیده می‌شود رسول خدا (ص) را سوگند دادند که بر اساس کتاب خدا حکم کند، ایرادی بر روایت وارد نمی‌سازد؛ زیرا، افزون بر این‌که در برخی از نقل‌های روایت،

سوگند مذکور، موجود نیست (برای نمونه: ابی داود، ۴/۱۵۳ ح ۴۴۴۵؛ مالک، ۲/۸۲۲ ب ۱ ح ۶) این گونه سوگند دادن، مطابق محاورات و فرهنگ زبانی عرب، از دوران جاهلیت تا به امروز، امری متداول بوده است.

نا گفته نماند که از کتاب خدای مذکور در روایت، حکم و قانون الهی مراد می‌باشد. پنجم، بر خلاف نظر برخی از علمای حدیث اهل سنت که روایت عباده بن صامت را صحیح می‌دانند (برای نمونه: ترمذی، ۳/۴۶۰ ب ۸ ح ۱۴۳۴) نویسنده محترم مقاله مذکور، پس از بیان ایراد قطعی الصدور نبودن - که اخص از حجیت سندی است - و وجود معارض، از حکم مذکور در آیه شریفه ۱۵ سوره مبارکه نساء سخن می‌رانند؛ حال این که با نزول آیه جلد، حکم مذکور در این آیه شریفه، منسوخ می‌باشد (سیوری، ۲/۳۳۹؛ کاظمی، ۴/۱۸۹؛ طبرسی، ۳/۱۴۲-۱۴۰؛ حر عاملی، ۲۸/۶۷ ب ۱ ح ۱۹س).

ششم، ایشان در ایراد سوم خود بر روایت عباده بن صامت می‌نویسد: «این خبر با آیه دوم از سوره نور که در صدد بیان حکم بوده، مخالف است؛ زیرا در آن آیه، بین دو حکم برای زانی و زانیه جمع نشده است؛ خداوند فرمود: *الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ...* واضح است که نمی‌شود جزئی از حکم که صد تازیانه است، ذکر شود ولی جزء دیگر آن ذکر نشود» (جناتی، فقه، ۱۳۵).

درباره سخن مذکور، می‌توان گفت اگر پذیرفته نشود که آیه شریفه مذکور، در مقام قانون‌گذاری است، این آیه شریفه، به هیچ رو، حصر حکم را افاده نمی‌کند تا نتوان پس از پذیرش عموم و اطلاق آن، به مجازاتی غیر از جلد، برای زانی و زانیه قائل شد. بی‌شک، دیگر روایات باب زنا، توانایی شرح، تخصیص و تقیید آیه شریفه محل سخن را دارا می‌باشند. افزون بر این، تخصیص ناپذیر دانستن آیه شریفه مذکور، نفی دیگر احکام مربوط به جرم زنا را، همچون تغریب و نفی سنه، در پی دارد و به نظر نمی‌رسد که نویسنده محترم مقاله، خود را به آن ملتزم بدانند.

۲) روایات شیعه

نویسنده محترم مقاله محل سخن، از میان روایات فراوانی که در متون حدیثی شیعه، درباره رجم وجود دارد، تنها، دو روایت را بیان و مورد بررسی قرار می‌دهد.

الف) روایت ابی العباس (حر عاملی، ۲۸/۱۰۲ ب ۱۵ ح ۲)

عمده ایراد ایشان بر صحیح‌ه ابی‌العباس، جنبه‌سندی روایت می‌باشد؛ چه این‌که سند روایت را به جهت وجود محمد بن عیسی و یونس در آن، ناتمام می‌دانند و در این باره می‌نویسند: «[شیخ صدوق] از ابن ولید درباره محمد بن عیسی بن عبید که در سند خبر قرار دارد، نقل می‌کند که گفت آن چه او از کتاب‌های یونس به تنهایی روایت می‌کند، اعتبار ندارد. ابو جعفر بن بابویه در رجال نوادر الحکمه درباره او می‌گوید: آن چه او به تنهایی روایت می‌کند، من آن را نقل نمی‌کنم و شیخ طوسی در فهرست او را ضعیف دانسته است.

اما درباره یونس که در سند خبر قرار دارد، برخی او را بدتر از محمد بن عیسی دانسته‌اند. فضل بن شاذان به نقل از کشی می‌گوید: او از دروغ‌پردازان است» (جناتی، فقه، ۱۳۱) از منظر دانش رجال، این سخنان، ناپذیرفتنی است؛ زیرا بسیاری از بزرگان و دانشیان شیعه - همچون: نجاشی، فضل بن شاذان، ابن قولویه و کشی - محمد بن عیسی بن عبید را توثیق نموده‌اند (طوسی، اختیار معرفه الرجال ۴۹۰-۴۸۳؛ نجاشی، ۳۳۴-۳۳۳؛ حائری، ۱۵۳/۶-۱۵۱؛ حرعاملی، ۴۸۲/۳۰-۴۸۱؛ مجلسی، ۶۷/۲۰؛ خویی، ۱۱۶/۲۷-۱۱۳) چنان‌که برخی از دانشیان رجال شیعه، از تسالم اصحاب بر وثاقت و جلالت او سخن رانده‌اند (خویی، ۱۱۵/۱۷).

البته این نکته نیز در نوشته‌های رجالی دیده می‌شود که ظاهراً محمد بن حسن بن ولید، صدوق و شیخ طوسی، در توثیق محمد بن عیسی سخن نگفته‌اند. شیخ طوسی در رجال خویش، چهار بار از محمد بن عیسی بن عبید نام می‌برد؛ در شمار اصحاب امام رضا(ع) (طوسی، رجال، ۳۶۷) که در توثیق و تضعیف او چیزی نمی‌گوید؛ در شمار اصحاب امام هادی(ع) و این گونه اظهار نظر می‌کند: «ضعیف علی قول القمیین» (همان، ۳۹۱) در شمار اصحاب امام حسن عسکری(ع) و باز در توثیق و تضعیف او چیزی بیان نمی‌دارد (همان، ۴۰۱) و آخرین بار، در «باب ذکر اسماء من لم یرو عن واحد من الأئمه (ع)» از او نام می‌آورد و او را ضعیف می‌خواند (همان، ۴۴۸) چنان‌که در فهرست، دیگر کتاب رجالی خود می‌نویسد: «محمد بن عیسی بن عبید الیقطنی، ضعیف، استثناء ابو جعفر بن بابویه من رجال نوادر الحکمه و قال لا اروی مایختص بروایت؛ و قبل انه کان یذهب مذهب الغلاه» (طوسی، فهرست، ۴۰۲). شیخ صدوق، از شیخ و استاد خویش، ابن ولید، درباره محمد بن عیسی چنین نقل می‌کند: «انه قال: ما تفرّد به محمد بن عیسی من کتب یونس و حدیثه لا یعتمد علیه» (نجاشی، ۳۳۳).

اندک تأمل و بررسی، این نکته را فرا روی می‌نهد که ظاهراً، شیخ صدوق به تبع از استاد

خویش ابن ولید، و شیخ طوسی به تبع از شیخ صدوق، از عدم توثیق محمد بن عیسی بن عبید سخن می‌رانند (مجلسی، ۶۸/۲۰)؛ نباید از نظر دور داشت که این شیخ صدوق است که در کتاب خود، الفقیه من لایحضره الفقیه، درباره پیروی مطلق خود، از استادش مرحوم ابن ولید در خصوص تصحیح و تضعیف روایات، به صراحت بیان می‌دارد: «کلّ ما لم یصحّحه ذلک الشیخ - قدس الله روحه - و لم یحکم بصحته من الاخبار، فهو عندنا متروک غیر صحیح» (صدوق، ۵۵/۲ ب ۲۵ ذیل ح ۱۸)؛ چنان‌که شیخ طوسی در یک موضع از رجال، به عبارت: «علی قول القمیین» تصریح می‌دارد (طوسی، رجال، ۳۹۱) و در فهرست خویش نیز در پی ذکر واژه: «ضعیف» سخن مرحوم شیخ صدوق را بیان می‌نماید که این خود، چنین توانایی را داراست که به منشأ تضعیف شیخ طوسی درباره محمد بن عیسی بن عبید مشعر باشد؛ همان گونه که با توجه به نقل شیخ صدوق از ابن ولید درباره محمد بن عیسی بن عبید، می‌توان منشأ تضعیف شیخ صدوق نسبت به محمد بن عیسی را در پیروی صدوق از استادش ابن ولید رصد نمود؛ لذا در نقد و بررسی تضعیف ادعا شده درباره محمد بن عیسی بن عبید می‌توان گفت:

نخست، آنچه، ابن ولید درباره روایات محمد بن عیسی از یونس ادعا می‌کند، ظاهراً مورد انکار اصحاب امامیه هم عصر و نزدیک به عصر او قرار دارد. مرحوم نجاشی در این خصوص تصریح می‌نماید: «و رأیت اصحابنا ینکرون هذا القول؛ و یقولون: من مثل ابی جعفر محمد بن عیسی؟» (نجاشی، ۳۳۳)؛ چنان‌که برخی دیگر از دانشیان شیعه مرتبط با ابن ولید، از نامشخص بودن منشأ این دیدگاه مرحوم ابن ولید سخن می‌رانند و از سخن مذکور مرحوم ابن ولید درباره محمد بن عیسی بن عبید اظهار شگفتی می‌کنند؛ چه این که محمد بن عیسی بن عبید از عدول و ثقات است (نجاشی، ۳۴۸؛ علامه حلی، ۴۳۱-۴۳۰)؛

دوم، سخن شیخ صدوق و نیز عبارتی که او از استاد خویش محمد بن حسن بن ولید نقل می‌کند، نه در تضعیف محمد بن عیسی و نه در تضعیف یونس بن عبدالرحمن، ظهور ندارد، بلکه تنها، اظهار نظری در خصوص دسته‌ای از اخبار و احادیثی است که محمد بن عیسی، آن‌ها را از یونس بن عبدالرحمن روایت می‌کند. شیخ صدوق و مرحوم ابن ولید، وثاقت یونس بن عبدالرحمن و محمد بن عیسی را باور دارند و درباره صحت و اعتبار دیگر روایات محمد بن عیسی، به تردید و انکار سخن نمی‌رانند؛ چه این که از یک سو، خود شیخ صدوق تصریح می‌دارد استاد او مرحوم ابن ولید، بیان می‌داشت کتاب‌ها و نوشته‌های یونس بن عبدالرحمن که دیگران از یونس روایت کرده‌اند، همگی صحیح و قابل اعتماد می‌باشند؛ جز آن‌هایی که محمد

بن عیسی بن عبید، به تنهایی از یونس روایت می‌کند و کسی جز محمد بن عیسی آن‌ها را از یونس بن عبدالرحمن، به روایت ننشسته است (طوسی، فهرست، ۵۱۲؛ حائری، ۹۳/۷)؛ و از دیگر سو، به گواهی مشیخه شیخ صدوق که در پایان کتاب الفقیه من لایحضره الفقیه، مطبوع است، محمد بن عیسی و یونس بن عبدالرحمن، در مشیخه و سلسله سند بسیاری از روایاتی قرار دارند که هم شیخ صدوق و هم ابن ولید، آن‌ها را روایت می‌کنند؛ جز این‌که در همه روایات مذکور، راوی یونس بن عبدالرحمن، فردی غیر از محمد بن عیسی بن عبید و مروی محمد بن عیسی، شخصی غیر از یونس بن عبدالرحمن می‌باشد (صدوق، ۹/۴، ۱۱، ۲۴، ۳۵، ۴۴، ۴۹، ۵۱، ۶۲، ۶۴، ۷۹، ۹۲، ۹۹، ۱۰۰، ۱۰۵، ۱۲۳، ۱۲۷؛ خویی، ۱۱۸/۱۷-۱۱۶).

این‌که چرا ابن ولید، درباره دسته‌ای از روایات محمد بن عیسی، از یونس بن عبدالرحمن، چنین اظهار نظر می‌کند، برخی از دانشیان رجال و حدیث، بر این سخن هستند که مرحوم ابن ولید، روایت در دوران صغر سن و نیز اجازه روایت را بدون قرائت، فاقد اعتبار می‌داند؛ چه این‌که بر فهم کودک اعتمادی نیست و در اجازه روایت غیر مقرون به قرائت، فهم نسبت به روایت موجود نمی‌باشد و محمد بن عیسی بن عبید، از جمله کسانی است که در صغر سن، به روایت ننشسته است (طوسی، اختیار معرفه الرجال، ۵۳۷) چنان‌که روایت او از یونس بن عبدالرحمن نیز به اجازه غیر مقرون به قرائت مستند می‌باشد؛ لذاست که مرحوم ابن ولید، این دسته از روایات محمد بن عیسی بن عبید را غیر قابل اعتماد می‌شمرد (حائری، ۱۵۱/۶، مجلسی، ۶۸/۲۰).

اگر پذیرفته شود که سخن مذکور، منشأ اجتهاد ابن ولید در تضعیف برخی از روایات محمد بن عیسی بن عبید است، ضعف این اجتهاد، روشن‌تر از آن است که به نقد و بررسی نیازمند باشد.

سوم، از گفته‌های پیشین، به خودی خود، روشن می‌گردد تضعیفی که شیخ طوسی بر محمد بن عیسی بن عبید، روا می‌دارد، بر پایه صحیحی استوار نیست؛ چه این‌که ظاهر کلام شیخ طوسی نشان می‌دهد سخن او در تضعیف محمد بن عیسی، به تبعیت از شیخ صدوق و ابن ولید، مستند می‌باشد (مجلسی، ۶۸/۲۰) در حالی که شیخ صدوق و مرحوم ابن ولید، به تضعیف محمد بن عیسی بن عبید، نگروده‌اند؛ چنان‌که ادعای انتساب غلو به محمد بن عیسی که شیخ طوسی، منفرداً از آن سخن می‌راند، افزون بر نامعلوم بودن قائل آن، ادعایی خلاف واقع و فاقد مستند می‌باشد به گونه‌ای که حتی خود شیخ طوسی که منفرد به آن است،

نه تنها دلیلی برای این ادعا ارایه نمی‌دهد بلکه آن را با واژه «قیل» بیان می‌کند (مجلسی، ۶۸/۲۰؛ حائری، ۱۵۲/۶-۱۵۱؛ خویی، ۱۲۰/۱۷-۱۱۷). نیز ناگفته نماند که شیخ طوسی، در حالی به تضعیف محمد بن عیسی زبان می‌گشاید که خود به نقل روایات او می‌پردازد (برای نمونه: تهذیب، ۸/۱۰ ح ۲۲، ۱۵ ح ۳۶، ۳۴ ح ۱۱۳، ۱۱۶، ۴۸ ح ۱۸۰؛ استبصار، ۴/۲۰۷ ح ۷۷۳) و به خبر او عمل می‌کند (مجلسی، ۶۸/۲۰).

بنابراین، تضعیف محمد بن عیسی بن عبید، بر بنیادهای درستی قرار ندارد تا توان تعارض را با توثیقات بیان شده برای او، دارا باشد؛ حتی در صورت پذیرش تعارض بین تضعیف شیخ طوسی و توثیق دیگرانی هم چون: نجاشی، فضل بن شاذان و ابن نوح، قاعده، بر تقدم توثیق کسانی همچون ابن نوح و نجاشی استوار است (حائری، ۱۵۳/۶). به نظر می‌رسد تضعیف محمد بن عیسی بن عبید، همانند تضعیفی است که در حق کسانی هم چون: زراره، محمد بن مسلم، بُرید العجلی، ابویصیر، اسماعیل بن جابر و محمد بن نعمان مؤمن الطاق، دیده می‌شود (خویی، ۱۲۰/۱۷).

در خصوص یونس مذکور در سند روایت محل سخن، باید گفت: به نظر می‌رسد نویسنده محترم مقاله، در این باره دچار غفلت شده است؛ زیرا آنچه را ایشان به نقل از کشی از فضل بن شاذان، درباره یونس بیان می‌دارند، یونس بن ظبیان می‌باشد و اوست که کشی به تضعیفش زبان می‌گشاید (طوسی، اختیار معرفه الرجال، ۳۶۳ و ۵۴۶) و با توجه به طبقات روات، یونس مذکور در سند این روایت، یونس بن عبدالرحمن است (طوسی، فهرست، ۵۱۲-۵۱۱؛ نجاشی، ۴۴۸؛ حائری، ۹۴/۷، ۹۳، ۹۱) که مورد وثوق و از ثقات می‌باشد (نجاشی، ۴۴۷-۴۴۶؛ طوسی، اختیار معرفه الرجال، ۴۹۰-۴۸۳؛ طوسی، رجال، ۳۴۶، ۳۶۹؛ حائری، ۹۴/۷-۹۰؛ حرعاملی، ۵۱۳/۳۰؛ خویی، ۲۰۸/۲۰-۱۹۸).

این که نویسنده محترم مذکور، تنها، علی بن ابراهیم را مورد اطمینان می‌دانند و دیگر راویان سلسله سند روایت را مخدوش و ضعیف می‌شمارند، سخنی بی‌دلیل است که بررسی کتب رجالی، خلاف آن را ثابت می‌کند. او به چه دلیل، ابان و ابی العباس را تضعیف می‌نماید و روایت صحیح را ضعیف می‌شناساند؟!

از لحاظ دلالی، نویسنده مقاله مذکور درباره روایت ابی العباس می‌نویسد: «شرایطی که باید در حکم رجم رعایت شود، در این خبر، رعایت نشده است. از جمله آن‌ها، آگاهی زانی از حکم شرع، محصن و عاقل بودن و مجبور نبودن در عمل است» (جناتی، فقه، ۱۳۲-۱۳۱).

این ادعای عدم رعایت شرایط حکم رجم نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا قرینه «أبصاحبکم بأس» نشان می‌دهد که ظاهراً پیامبر اکرم (ص) ابتداءً از شرایط لازم برای حکم به اجرای رجم، پرسش فرمودند و اطلاع کسب نمودند و سپس به رجم حکم دادند.

ب) روایت ابی بصیر

این روایت که در وسائل الشیعه، به طریق کلینی و شیخ طوسی، مذکور است (حر عاملی، ۶۱/۲۸ ب ۱) نویسنده محترم مقاله، تنها به نقد سندی آن روی می‌آورد و در این باره می‌نویسد: «در منتهی، نقل شده است که ابا جعفر بن بابویه، هیچ گاه از او روایت نمی‌کند و شیخ طوسی هم او را ضعیف شمرده است» (همان، ۱۳۶).

گذشته از این که نویسنده مذکور، در نقل سخن از کتاب منتهی المقال به ابهام سخن می‌راند و مرجع ضمیر «او» را مشخص نمی‌دارد و از جلد و صفحه کتاب مورد استناد خویش نیز سخنی به میان نمی‌آورد، در بیان سند روایت ابی بصیر نیز به اشتباه، دچار می‌باشد؛ زیرا او به هنگام ذکر سند، به جای احمد بن محمد بن عیسی از محمد بن عیسی و به جای نصر (با ضاد معجمه) بن سُوید از النصر (با صاد مهمله) نام می‌برد.

بر خلاف پندار نویسنده محترم مقاله محل سخن، روایت ابی بصیر، روایتی صحیح السند است؛ چه این که همه راویان مذکور در سند روایت ابی بصیر، افرادی ثقه می‌باشند؛ احمد بن محمد بن عیسی (حر عاملی، ۳۱۲/۳۰؛ خویی، ۲۹۶/۲) حسین بن سعید (حر عاملی، ۳۵۲/۳۰؛ خویی، ۲۴۴/۵-۲۴۳) عاصم بن حمید (حر عاملی، ۳۹۶/۳۰؛ خویی، ۱۸۰/۹) محمد بن یحیی (حر عاملی، ۴۸۹/۳۰؛ خویی، ۳۰/۱۸) نصر بن سُوید (حر عاملی، ۵۰۱/۳۰؛ خویی، ۱۵۱/۱۹) همگی در کتب رجال دارای توثیق می‌باشند.

این که نویسنده مذکور، در ذیل همین روایت پنجم مقاله، بیان می‌دارد: «در این زمینه، اخبار ضعیف دیگری نیز از نظر سند وجود دارد که نیازی به بیان آن‌ها نیست» (جناتی، فقه، ۱۳۶)، اگر چه همواره در متون روایی، در موضوعات مختلف، روایات ضعیف نیز وجود دارند، ولی این، خود، چشم فرو بستن بر روی این واقعیت و گریز از این حقیقت است که در باب رجم، ده‌ها روایت صحیح و معتبر موجود می‌باشد (برای نمونه: حر عاملی، ۵۶/۲۸ ب ۳۲ ح ۱، ۲۷-۲۶ ب ۱۲ ح ۱، ۲ و ۳، ۹۵-۹۴ ح ۱، ۲ و ۴، ۱۰۱ ح ۱، ۸۰ ح ۱، ۵، ۱۱۵ ح ۱۹، ۹۶ ح ۱، ۶۲-۶۱ ح ۱، ۳، ۴ و ۵، ۶۷ ح ۱، ۱۸، ۶۵ ح ۱، ۱۳ و ۱۴، ۸۱ ح ۹، ۱۳۷ ح ۳، ۱۳۴ ح ۱، ۷۷ ح ۵، ۷۳ ح ۳، ۷۴ ح ۴، ۱،

۷۲ ب ۲ ح ۱۱، ۷۶ ب ۷ ح ۱، ۷۱ ب ۲ ح ۹، ۷۲ ب ۳ ح ۳، ۲، ۱۲۶-۱۲۵ ب ۲۷ ح ۳، ۳، ۶۳/۲۷ ب ۸).

این که چرا روایات مذکور، مغفول نویسنده محترم قرار گرفته است و ایشان، از این همه روایت صحیح و معتبر، تنها، دو روایت را بر می‌گزیند و بدون بیان دلیل و مبنای علمی خود، آن دو روایت را هم ضعیف می‌شناسد، پرسشی است که به هیچ رو نمی‌توان پاسخ آن را در مقاله محل سخن، دریافت.

نویسنده مقاله «مبنای فقهی رجم (سنگسار) ثبوتاً و اثباتاً»، در بخش نتیجه مقاله، مجدداً مطالب گذشته را تکرار می‌کند و چنین می‌نگارد: «در ذیل اشکال بر اخبار، بیان شد که آن‌ها، اولاً، از نظر سند ضعیف‌اند، ثانیاً، اخبار آحادند و ثالثاً، معارض دارند، و بر فرض که از ضعف آن‌ها چشم‌پوشی شود، تحقق شرایط حکم رجم که بیان شدند، عادتاً امکان ندارد و بر فرض که از شرایط مذکور چشم‌پوشی کنیم، تحقق شرایط مجریان حکم، عادتاً امکان ندارد» (جناتی، فقه، ۱۴۰).

در این باره که نویسنده مذکور، با آحاد خواندن روایات رجم، در ناتوانی این روایات برای اثبات حکم رجم، زبان می‌گشاید، نباید از نظر دور داشت که اگر چه هر یک از روایات باب رجم، به تنهایی و جداگانه، خبری واحد شمرده می‌شود، لیک، آن‌گاه که این روایات در کنار یک دیگر قرار گیرند و مجموعاً به آن‌ها نگریسته شود، دیگر نمی‌توان آن‌ها را اخبار آحاد دانست. بررسی متون روایی، وجود تقریباً حدود یک صد روایت اعم از صحیح، موثق، معتبر و ضعیف را گزارش می‌دهد که خود متواتر بودن اصل مجازات رجم را هر چند به گونه تواتر اجمالی، انکار ناپذیر می‌نمایاند.

افزون بر این، عدم اعتبار خبر واحد، با مبنای فقهی و اجتهادی نویسنده مقاله محل سخن، ناسازگار است؛ چه این که از یک سو، درنگ در نوشته‌های فقهی او، استوار بودن روش اجتهاد عملی ایشان را بر حجیت خبر واحد، فرا روی می‌نهد؛ چنان که در همین مقاله محل بحث نیز استناد ایشان، به خبر واحد، مشهود می‌باشد (همان، ۱۳۸-۱۳۷)؛

و از دیگر سو، در برخی از نوشته‌های نویسنده مذکور، دفاع او از اعتبار و حجیت خبر واحد، به وضوح آشکار است؛ برای نمونه، در کتاب منابع اجتهاد، پس از بیان دیدگاه‌های موجود درباره خبر واحد، تمام دلایل پیروان عدم حجیت خبر واحد را مخدوش می‌خواند (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۰۷-۱۰۶) و به هنگام بیان ادله متنی حجیت خبر واحد، نه تنها، خود،

خداشاهی بر استدلال به آیات وارد نمی‌سازد بلکه به پاسخ‌گویی ایرادات بیان شده، بر می‌آید (همان، ۱۰۹-۱۰۸) و برای حجیت خبر واحد، از استدلال به روایات متواتر اجمالی، سخن می‌راند (همان، ۱۱۱-۱۱۰) و در این باره می‌نویسد: «در هر حال، روایات مذکور، با تعددی که دارند، اگر چه الفاظ و موضوعشان متحد نیست و هر دسته، در زمینه‌ای وارد شده است، ولی مفاد آنها، به طور اجمال، اعتبار حجیت خبر واحد را می‌رساند» (همان، ۱۱۲)

او در پی استناد به بنای عقلاء برای حجیت خبر واحد، هماهنگ با بسیاری از دانشیان اصول، آیات نهی از عمل به غیر علم و منع از عمل به ظن را رادع بنای عقلای بر عمل به خبر واحد، نمی‌داند (همان، ۱۱۳)؛ چنان‌که پس از اشاره به تخصیص آیات کتاب خدا به وسیله خبر واحد، همه دلایل قائلان به عدم جواز تخصیص کتاب خدا را به وسیله خبر واحد، مخدوش و غیر قابل اعتماد می‌خواند (همان، ۲۴-۲۲).

درباره عدم امکان عادی اجرای مجازات رجم، نویسنده محترم مقاله، باید توجه داشته باشد که عدم امکان عادی تحقق شرایط حکم و اجرای مجازات رجم، دلیلی برای عدم مشروعیت این مجازات نیست؛ هیچ‌گاه و هرگز نباید دیگر اغراض شارع را در وضع چنین مجازاتی، مغفول نهاد.

نویسنده مذکور، در بخش پایانی مقاله خود، پس از سخن راندن از وجود احادیث جعلی در مجموعه‌های حدیثی شیعه و اهل سنت، بیان می‌دارد: «حکم رجم، در تورات به نقلی وجود داشته و مواردی بر آن حکم شده است. بعضی، بر این اعتقادند که برخی از مغرضان و دشمنان اسلام، اخبار رجم را جعل کردند و در منابع حدیثی مسلمانان داخل کرده‌اند» (جناتی، فقه، ۱۴۱). او در ادامه می‌نویسد: «بعید به نظر نمی‌رسد که اخبار رجم، از جمله روایاتی باشد که توسط پیروان یهود، در مجامع حدیثی مسلمین قرار داده شده است. ما بر این اعتقادیم که تورات تحریف شده و مسائل غیر واقعی و مجعولات و ساختگی در آن پدید آمده است و ممکن است اخبار رجم، در چند موردی که آمده است، از آن مجعولات باشد» (همان، ۱۴۲).

ایشان، پس از نقل روایتی که بیان‌گر اجرای مجازات رجم بر زن و مرد یهودی است، چنین اظهار نظر می‌کند: «در صورتی که اعتباری به این خبر باشد، ممکن است گفته شود که رسول خدا (ص) بر اساس تورات، حکم رجم را بر آنها اجرا کرده است. نیز می‌توان گفت بر فرض که در آن زمان‌ها در تورات، چنین حکمی وجود داشت، ولی چنین حکمی را عالمان یهود در این زمان قائل نیستند. البته نقل شده است که پیامبر (ص) شخصی را رجم و اموال او

را بین ورثه‌اش تقسیم کرد، ولی این جای بحث دارد» (همان).

این که باید روایات رجم را از اسرائیلیات مجعول دانست که دسته‌ای از متظاهران به اسلام که در واقع، پیرو آیین یهود بودند، به جعل آن‌ها دست یازیدند، سخنی است که نویسنده محترم مقاله، دلیلی برای آن بیان نمی‌دارد؛ چنان‌که ایشان برای مجعول بودن حکم رجم مذکور در تورات، دلیلی ارائه نمی‌نماید.

گذشته از وجود روایاتی چند که به الهی بودن تشریح رجم در تورات گواهی می‌دهند (برای نمونه: مسلم، ۱۳۲۷/۳-۱۳۲۶ ب ۶ ح ۲۶، ۲۷ و ۲۸؛ ابن ماجه، ۸۵۵/۲ ب ۱۰ ح ۲۵۵۸؛ مالک، ۸۱۹/۲ ب ۱ ح ۱؛ ابی داود، ۱۵۶/۴-۱۵۳ ح ۴۴۵۲-۴۴۴۶) و نیز، الهی و ابراهیمی بودن هر دو دین یهود و اسلام که بی‌شک، اشتراک و یگانگی این دو دین را در برخی از احکام می‌تواند در پی داشته باشد، نمی‌توان مشاهده مجازات رجم را در تورات و وجود آن در احکام اسلامی، دلیل بر جعل اقتباسی این مجازات از تورات دانست؛ چه در این صورت، عادتاً باید موارد و مصادیق حکم و اجرای این مجازات در هر دو دین، یکسان و یا بسیار شبیه به یکدیگر نمایان گردد؛ حال این که در تورات، نوعاً در صورت: شرور و باغی و یاغی بودن فرزند (تورات، سفر تثبیه، فصل ۲۱، جملات ۲۱-۱۸) آشکار شدن زنای دختر دوشیزه در خانه پدر، پس از ازدواج او (همان، فصل ۲۲، جملات ۲۱-۲۰) زنای دختر دوشیزه دارای نامزد (همان، جملات ۲۴-۲۲) زنا با دختر دوشیزه دارای نامزد (همان، جمله ۲۵) به مجازات رجم، حکم می‌شود. در تورات، مجازات زنای زن و مرد محصن و محصنه، مرگ می‌باشد و این مرگ به صورت رجم بیان نشده است (همان، جمله ۲۲) ولی در اسلام، مورد حکم و اجرای رجم، به زنای محصنه با لحاظ شرایط خاص، منحصر است (نجفی، ۴۱/۳۱۸).

افزون بر این همه، بهره‌مندی اصل مجازات رجم از تواتر اجمالی، میدانی را برای طرح گمانه جعلی بودن این حد شرعی باقی نمی‌گذارد. گمانه جعلی بودن مجازات رجم و روایات مستند آن، که نویسنده محترم مقاله «بررسی مبانی فقهی رجم (سنگسار) ثبوتاً و اثباتاً» بدون ارایه هیچ دلیلی، به سخن درباره آن زبان می‌گشاید، اگر از واقعیت حظی می‌داشت، با توجه به قابل رصد بودن امکان وقوع چنین جعلی در زمان پیامبر اکرم (ص) و یا ائمه اطهار (ع) بی‌تردید، پیامبر اکرم (ص) و حضرات معصومین (ع) به دلایل و دواعی فراوان، در برابر چنین جعلی از باب مخالفت موضع‌گیری می‌نمودند؛ حال این که حتی روایتی ضعیف هم از این حضرات و ذوات شریف در مخالفت با حد رجم روایت و مشاهده نشده است. بررسی مجامع

حدیثی و دیگر منابع فریقین به درستی این سخن گواهی می‌دهند. وضع و مشروعیت احکام دین، تابع اعتقاد، اراده و تمایلات افراد نیست تا عدم اعتقاد علمای کنونی یهود، نسبت به حکم و اجرای رجم، و عدم تمایل برخی از فقیهان مسلمان نسبت به حد شرعی رجم، دلیلی بر عدم مشروعیت این حکم الهی در آیین یهود و دین اسلام پنداشته شود.

نتیجه‌گیری

نویسنده محترم مقاله «بررسی مبانی فقهی رجم (سنگسار) ثبوتاً و اثباتاً» جهت نقد دیدگاه مشروعیت مجازات رجم، دلایلی چند، مستند این دیدگاه قرار می‌دهد و سپس به نقد آن دلایل روی می‌نهد. بررسی سخنان و نوشته او آشکار می‌سازد دلایل متنی مشروعیت رجم، به پنج روایت مذکور در مقاله، محصور نیست و بر خلاف پندار ایشان، روایات شیعه در باب رجم، اخبار آحاد ضعیف نمی‌باشد. روایات صحیح و معتبر فراوانی وجود دارد که اصل مجازات رجم را به اثبات می‌رساند؛ چنان‌که نگاه جمع‌گرایانه به این روایات، آدمی را به پذیرش تواتر اجمالی روایات مشروعیت مجازات رجم، ناگزیر می‌نماید.

نویسنده محترم مقاله مذکور، در بیان و بررسی سلسله سند روایات محل سخن، اهتمام چندانی از خویش نشان نمی‌دهد و لذا به اشتباهاتی چند دچار می‌شود؛ چنان‌که تعریض ایشان به حجیت خبر واحد، با مبانی فقهی و روش اجتهاد عملی او، فاقد سازگاری است؛ چه این‌که به گواهی برخی از نوشته‌های فرد مذکور، او همانند مشهور فقیهان شیعه، به حجیت خبر واحد و تخصیص آیات کتاب خدا به وسیله روایات آحاد باور دارد.

از این همه، نتیجه می‌شود که دیدگاه عدم مشروعیت مجازات رجم، البته بر پایه سخنانی که دانشی مذکور، به بیان و دفاع از آن بر می‌خیزد، از وجاهت و دلایل لازم برخوردار نیست و نویسنده محترم مقاله محل بحث، برای نوع مطالب و ادعاهایی که در مقاله خویش، از آن‌ها سخن می‌راند، مستند و دلایلی ارائه نمی‌دهد. هر چند که حکم فقهی رجم می‌تواند بر اساس برخی از قواعد و نظریه‌ها، مانند: نظریه زمان و مکان امام خمینی، قاعده وجوب حفظ نظام، قاعده حرمت وهن نظام، قاعده مصلحت و ... بازخوانی و متحول شود.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ماجه، محمد بن یزید، *سنن ابن ماجه*، محمد فؤاد عبدالباقي، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الاولی، ۱۳۹۵ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، السید حسن الموسوی الخرسانی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
- ابی داود، سلیمان بن الأشعث، *سنن ابی داود*، محمد محیی الدین عبدالحمید، الاولی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ترمذی، محمد بن عیسی، *سنن ترمذی*، مصطفی محمد حسین الذهبی، قاهره، دار الحدیث، الاولی، ۱۴۲۶ق.
- جناتی، محمد ابراهیم، *فقه* (کاوشی نو در فقه اسلامی) شماره ۶۵، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، سال هفدهم، ۱۳۸۹.
- _____، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، تهران، مؤسسه کیهان، اول، ۱۳۷۰.
- حائری، محمد بن اسماعیل، *منتهی المقال فی احوال الرجال*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، الاولی، ۱۴۱۶ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، الاولی، ۱۴۱۲ق.
- خویی، ابوالقاسم، *معجم رجال الحدیث*، قم، مرکز نشر آثار الشیعه، الرابعه، ۱۴۱۰ق.
- سیوری، مقداد بن عبدالله، *کنز العرفان*، محمد باقر البهبودی، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، الاولی، ۱۳۸۵ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، محمود القوچانی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، السادسه، ۱۴۰۰ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، الاولی، ۱۴۱۵ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *اختیار معرفه الرجال*، المعروف برجال الکشی، مشهد، دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی، اول، ۱۳۴۸.
- _____، *الاستبصار*، السید حسن الموسوی الخرسانی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، الثالثه، ۱۳۹۰ق.
- _____، *تهذیب الاحکام*، السید حسن الموسوی الخرسانی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، الثالثه، ۱۳۹۰ق.

شمارة ٩٨	مطالعات اسلامى-فقه و اصول	٢٠٠
	_____، <i>رجال الطوسى</i> ، جواد قىومى اصفهانى، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، الاولى، ١٤١٥ق.	
	_____، <i>فهرست كتب الشيعه</i> ، سيد عبدالعزىز طباطباى، قم، مكتبة المحقق الطباطباى، الاولى، ١٤٢٠ق.	
	علامه حلى، حسن بن يوسف، <i>خلاصة الاقوال فى معرفة الرجال</i> ، جواد القىومى، قم، نشر الفقاهة، الاولى، ١٤١٧ق.	
	كاظمى، محمد جواد، <i>مسالك الافهام الى آيات الاحكام</i> ، تهران، انتشارات مرتضوى، چاپ دوم، ١٣٦٧.	
	كتاب مقدس، <i>تورات</i> ، تهران، انجمن كتاب مقدس، دوم، ١٩٨٧م.	
	مالك بن انس، <i>الموطأ</i> ، محمد فؤاد عبدالباقى، بيروت، دار الكتاب العلمية، الاولى، ١٩٥١م.	
	مجلسى، محمد تقى، <i>روضه المتقين</i> ، قم، دارالكتاب الاسلامى، الاولى، ١٤٢٩ق.	
	مسلم، مسلم بن الحجاج، <i>صحيح مسلم</i> ، محمد فؤاد عبد الباقى، بيروت، دار احياء التراث العربى، الاولى، ١٣٧٥ق.	
	نجاشى، احمد بن على، <i>رجال النجاشى</i> ، سيد موسى الشبىرى الزنجانى، قم، مؤسسة النشر السلامى، الاولى، ١٤٠٧ق.	

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۲۱۶-۲۰۱

درنگی در چیستی اصل محرز*

دکتر مهدی موحدی محب

استادیار دانشگاه سمنان

Email: movahedimoheb@profs.semnan.ac.ir

چکیده

ویژگی اماره، کاشفیت ظنی نوعی آن است که شارع نیز با عنایت به این ویژگی، برای آن، جعل حجیت می‌کند. در برابر آن، اصل عملی است که ناظر به واقع نبوده و تنها برای رهایی از سرگردانی در مقام عمل به کار می‌آید. در این میان، اصل محرز، که هم از اصل، بهره‌ای داشته و هم از اماره نشانی در آن یافت می‌شود، مطرح است. برای اصل محرز، تعاریف مختلفی ارائه شده که محور تمامی آن‌ها، واقع‌انگاری تعبّدی یکی از دو طرف شک در مقام عمل، و با آن، معامله واقع کردن است؛ بدون آن‌که مانند اماره از رهگذر مؤدای خود، کاشفیتی نسبت به واقع داشته باشد. نوشته پیش رو، ضمن تبیین چارچوب مفاهیمی چون دلیل، اماره و اصل، و نگاهی به مفهوم ارائه شده از اصل محرز، با طرح ملاحظات چند، عنوان اصل محرز یا احراز تعبّدی را ترکیبی متناقض دانسته، در مورد وجود آن، تأملات و ملاحظات را مطرح ساخته است.

کلیدواژه‌ها: اصل، اماره، اصل محرز، استصحاب، صحت، تناقض.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۹/۲۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۳/۲۸.

مقدمه

اصل محرز، اصطلاحی است که در بین فقها و اصولیان، در باب اصول عملیه شهرت یافته و به آن اصل تنزیلی، احرازی یا برزخی نیز گفته‌اند. (خویی، کتاب الطهارة، ۲۸۷/۳؛ محقق داماد، ۲۳/۳) در واقع، اصل محرز، با این‌که اصل عملی است و برای نجات از سرگردانی در مقام عمل، تشریح شده، به گونه‌ای جنبه احراز نیز در آن مطرح است؛ اگر چه این کاشفیت، از رهگذر مؤدای آن نیست؛ و گرنه اماره خواهد بود. در واقع، کاشفیت اماره از رهگذر مؤدای آن است اما در اصل محرز، بدون آن‌که مؤدای آن، واقع‌نما باشد، شارع دستور می‌دهد که با آن معامله واقع کنیم.

اصل عملی، در برابر اماره شرعی مطرح می‌شود. مبنای حجیت اماره، واقع‌نمایی و کاشفیت آن از واقع است؛ در حالی که اصل عملی تنها برای آن‌که مکلف از سرگردانی رهایی یابد، معتبر شناخته شده، بدون آن‌که نظر به واقع داشته باشد. پرسش اساسی این است که چگونه می‌توان چیزی را اصل عملی دانست و در همان حال، به واقع‌نمایی و کاشفیت آن باور داشت؟ آیا عبارت اصل محرز، عنوانی آمیخته با تناقض نیست؟ چیزی که واقع‌نمایی ندارد ولی کاشف از واقع هم هست! آیا اساساً چنین چیزی امکان‌پذیر است؟ به فرض پاسخ مثبت، آیا مصداقی هم می‌توان برای آن یافت؟ اما اگر پاسخ منفی است، با عنایت به پیش‌فرض‌ها و تعاریفی که در مورد اصل و اماره و حکم شرعی و شارع مطرح است، مواردی که به عنوان اصل محرز شناخته می‌شوند، چگونه قابل توجیه‌اند؟ اصولاً کدام ویژگی، سبب می‌شود تا چنین عنوانی به یک دلیل، اطلاق گردد؟

در این مجال برآنیم که ضمن بررسی جوانب دلیل شرعی - که مستند فقیه در دست‌یابی به حکم و صدور فتواست - با شناخت ماهیت اماره و اصل، چیستی اصل محرز را مورد کنکاش و بررسی قرار داده و بر محذوره‌های احتمالی که با فرض پذیرش آن مطرح است، درنگی روا داریم؛ هم‌چنین با بازخوانی مباحث مرتبط با آن، که زمینه‌ساز پیدایی این اصطلاح‌اند، به برآیندی باور پذیر دست یابیم.

انواع دلیل شرعی

در نظام حقوقی اسلام - هم‌چون دیگر نظام‌های حقوقی - احکام باید از منابع خاص خود، استنباط و استخراج شوند؛ منابع مزبور در این نظام حقوقی، عبارتند از: قرآن، سنت، اجماع و

عقل. به دیگر سخن، حکم شرعی باید مستند به ادله معتبری باشد که ریشه در منابع یاد شده دارند. و در واقع، دلیل - در این جا - همان منع است.

به دلیلی که در صدد اثبات حکم شرعی واقعی است، دلیل اجتهادی اطلاق می‌گردد. (شیخ انصاری، ۱۰/۲) که امارات از این دسته‌اند و دلیلی را که خاصیت اثباتی و رساندن به واقع نداشته و تنها دستور العملی اجرایی برای حالت سرگردانی و تردید باشد، اصل عملی یا دلیل فقاهتی گفته‌اند؛ چنان که گاهی، اصطلاح دلیل را هم در مورد آن به کار برده و می‌گویند: الأصل دلیل حیث لا دلیل؛ و نظر به این که، از آن، حکم شرعی اثبات می‌گردد، دلیل شرعی هم نامیده می‌شود. (مشکینی، ۵۶)

أ- اماره: اماره چیزی است که به طور ظنی، کاشف از حکم یا موضوعی باشد و اگر شارع آن را معتبر شناخته و از اصل عدم حجیت ظنون، خارج ساخته باشد، بدان، اماره شرعی گفته می‌شود. یکی از بزرگان در این مورد آورده است:

«فأما رية الأمانة متوقفة على أمرين:

أحدهما: أن تكون فيه جهة كشف ناقص،

و الثاني: عدم إلغاء الشارع تلك الجهة، بل اعتنائها بها و اعتبارها كشفاً تاماً و إن لم يكن تاماً

بحسب التكوين، بل احتمال الخلاف فيه موجود». (بجنوردی، ۳۱۵/۱)

براین اساس، برای آن که چیزی اماره شرعی باشد، باید:

اولاً- در آن، کاشفیتی نوعی و فی الجملة، از واقع، وجود داشته؛

ثانیاً- شارع، احتمال خلاف را الغا نموده و آن را معتبر شناخته باشد.

به عنوان نمونه، اماره تصرف، که به قاعده ید نیز معروف بوده و از امارات موضوعی است، بر مبنای غلبه یدهای مالکانه یا طبع اولیه ید (مالکانه بودن)، از سوی عقلاً معتبر دانسته شده و آنان، هر تصرف مالکانه را دلیل بر مالکیت می‌شناسند؛ مگر این که خلاف آن به اثبات برسد؛ از طرفی، شارع نیز از عقلاً، بلکه رئیس آن‌هاست. (مظفر، ۸۲/۲)؛ بنابراین، اتحاد شیوه شارع با عقلاً (و جعل حجیت ید از سوی او) به اثبات می‌رسد؛ و بدین سان، ید، اماره شرعی بر مالکیت تلقی می‌گردد.^۱

در حقیقت، آنچه سبب جعل حجیت برای اماره گردیده، ویژگی واقع‌نمایی آن است و این که با هدف احراز واقع و رسیدن به حکم واقعی، از آن پیروی می‌شود؛ نه تنها برای تعیین

۱. ماده ۳۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است؛ مگر این که خلاف آن ثابت شود».

تکلیف در مقام عمل و بدون توجه به واقع.

ب- اصل: اصل، چیزی است که بدون ملاحظه واقع و بدون عنایت به کاشفیت آن، تنها برای رهایی از سرگردانی مکلف در مقام عمل - با فرض جهل به حکم واقعی - اعتبار یافته و اساساً ناظر به واقع و برای تحصیل آن جعل نشده است؛ و چون تعیین کننده وظیفه مکلف، در مقام عمل است، به آن، اصل عملی اطلاق می‌گردد. (مشکینی، ۵۶)

با اجرای اصل عملی، حکم ظاهری به دست می‌آید. دلیلی را که اثبات کننده حکم ظاهری است، دلیل فقهاتی گویند. (أنصاری، همان) که مشهورترین و پرکاربردترین آن عبارتند از: استصحاب، برائت، احتیاط و تخییر.

محقق نائینی در مقام تعریف اصل عملی می‌نویسد: «تمامی اصول عملیه، وظایفی برای شخص سرگردان در مقام عمل هستند و تعبد به آنها تنها برای جاری شدن در مقام عمل است، که فرد متحیر طبق مؤدای آنها عمل می‌کند، بدون آن‌که احراز واقع مطرح باشد».^۲ (نائینی، ۶/۴-۴۸۴)

اصل عملی را فرض قانونی یا تقدیر شرعی نیز گفته‌اند. فرض قانونی عبارتست از انگاشتن حادثه یا حالتی به صورت خاصی، مانند قرعه (در ماده ۱۵۷ ق.م.آ) (جعفری لنگرودی، ۹-۴۹۸؛ همو، ۲۴)

اگر اصل عملی به تأسیس قانون‌گذار مقرر گردد، فرض قانونی است (مانند مورد ماده ۱۰۲۴ ق.م.آ) بنابراین، فرض قانونی یا اصل عملی، نیازمند جعل از سوی شارع و قانون‌گذار است. (جعفری لنگرودی، ۷۹)

ملاک‌های تشخیص اصل از اماره

ملاک نخست - همان‌طور که از تعریف هر یک از اصل و اماره بر می‌آید، ضابطه تشخیص و فصل ممیز این دو، کاشفیت اماره و عنایت به آن در مقام جعل است؛ در حالی که

۲. إن الأصول العمليّة كلّها وظائف للمتخير في مقام العمل و التعبد بها لمحض الجري العمليّ علي طبق المؤدي بلا توسط الإحراز.

۳. ماده ۱۵۷ ق.م.آ: «هر گاه دو زمین در دو طرف نهر محاذی هم واقع شوند و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند و آب کافی برای هر دو نباشد باید برای تقدم و تأخر در بردن آب به نسبت حصه، قرعه زده و اگر آب، کافی برای هر دو باشد، به نسبت حصه، تقسیم می‌کنند».

۴. ماده ۱۰۲۴ ق.م.آ: «اگر اشخاص متعدّد در یک حادثه تلف شوند، فرض بر این می‌شود که همه آنها در آن واحد مرده‌اند...»

اصل عملی، تنها بیان‌گر وظیفه مکلف در مقام عمل است، بدون هیچ‌گونه نگاهی به واقع. (نائینی، همان)

براین اساس، برای اتخاذ تصمیم در خصوص اصل یا اماره بودن هر مورد، باید چگونگی جعل شارع را تحلیل کنیم و چه بسا، دیدگاه‌های مختلفی در خصوص یک دلیل، از سوی فقها طرح می‌شود (همان‌طور که در مورد استصحاب و اصل صحت این گونه است)؛ یا حتی ممکن است نظر فقهی در مورد ماهیت یک دلیل، تغییر کند. امام خمینی در مورد ماهیت استصحاب، تغییر عقیده داده و می‌فرماید: «عقیده من در سابق این بود که یقین سابق و حالت سابقه، دارای کاشفیت ضعیفی از وجود در زمان شک است، اما اکنون معتقدم که چنین کاشفیتی وجود ندارد، از این رو، استصحاب، اماره شرعی نیست همان‌طور که وظیفه عملی و حکم ظاهری هم نیست...». (امام خمینی، ۴۲/۴-۳۹)

همان‌طور که پیداست، امام خمینی، استصحاب را نه اصل عملی محض و نه اماره صرف می‌داند بلکه حالت دیگری برای آن در نظر می‌گیرند؛ که ظاهراً برزخ میان اصل و اماره است. **ملاک دوم**- اصل عملی آن است که در موضوع آن، شک اخذ شده (مظفر، ۲۳۵/۲-۲۳۴) و اماره چیزی است که طریق به واقع است بدون این‌که شک، در موضوع آن، اخذ شده باشد. برخی نیز گفته‌اند: اصل، آن است که جهل، در «موضوع» آن اخذ شده به خلاف اماره که جهل، در «مورد» آن اخذ شده است. (بجنوردی، ۱/۱۴۵)

بر این گفتار، ملاحظه‌ای وارد است و آن این‌که، جهل، در موضوع هر دو (اصل و اماره) اخذ شده، بدون آن‌که بین موضوع و مورد، تفاوتی باشد. شاهد بر این گفته نیز آیه شریفه «فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (نحل/۴۳) است که در خصوص حجیت قول اهل خبره بدان استناد می‌شود، چرا که «لا تعلمون» مساوق معنای شک است و تردیدی نیست که رجوع به اهل خبره از امارات است؛ بنابراین، نفی شک از موضوع اماره بی‌معناست؛ بلکه باید گفت: اماره در هر حال در ظرف شک و مقید به آن است، چه در عبارت، بدان تصریح شده باشد یا نه؛ و فرق نهادن میان مورد و موضوع، معنای درست و روشنی ندارد. (مکارم، ۳/۲۷۷)

ملاک سوم- تنها فرق میان اصل و اماره در علت حجیت آن دو است و این‌که علت حجیت در امارات، کاشفیت اجمالی از واقع است، در حالی‌که این علت، در اصول تنها رفع سرگردانی و حیرت در مقام عمل است. (همان)

از این رو تا زمانی که در خصوص چیزی، اماره وجود دارد، موضوع اصل عملی

(سرگردانی) ایجاد نشده و طبعاً، حجّت هم نخواهد بود. و همان سان که گفته‌اند: «الأصل دلیل، حیث لا دلیل». در حقیقت، اصول عملیه، خلأ ناشی از عدم کفایت یا سکوت دلائل موجود در منابع فقه را جبران می‌کند. (محقق داماد، ۱۸/۲)

ماهیت اصل محرز

یکی از تقسیمات اصل عملی، تقسیم آن به اعتبار محرز بودن یا نبودن آن است. اصطلاح اصل محرز (تنزیلی) با تعابیر مشابهی در بیان عالمان اصول به چشم می‌خورد که با مرور برخی از آن‌ها، ماهیت اصل محرز، رخ خواهد نمود. بحث از ماهیتی با عنوان اصل محرز از زمانی به میان آمده که بر خلاف اصولی‌های متقدم، استصحاب را نه یک اماره بلکه اصلی عملی دانستند؛ اما در عین حال، به تفاوتی که استصحاب با دیگر اصول عملیه دارد نیز واقف بودند. لذا بر آن شدند تا چنین ماهیتی را مطرح کنند. اگر چه با تأملی که در چیستی اصل محرز روا می‌داریم، اصل بودن استصحاب نیز دستخوش تردید می‌گردد؛ اما در این مجال، در صدد کنکاش پیرامون چیستی استصحاب نیستیم.

اصل محرز، اصلی است که دلیل اعتبار آن، دالّ بر ثبوت تعبّدی واقع، در ظرف شکّ است؛ مثل استصحاب و اصل صحّت. (حکیم، ۵۳۹/۲)

معنای این گفته که استصحاب از اصول محرز است، در حقیقت این است که اماره‌ای شرعی است که توسط شارع، تأسیس شده و ارزش آن به خاطر تعبّد به جعل شارع و ناشی از آن بوده و تعیین گستره اعتبار آن، به دست شارع است. (خامنه‌ای، ۱۴۹/۶)

هم چنین، گفته‌اند: استصحاب، اصلی احرازی و تنزیلی است؛ به این معنا که شارع در مورد استصحاب، مکلف را تعبّداً به منزلة عالم فرض می‌کند اگر چه در واقع و بالوجدان، شکّ است نه عالم. (خوبی، ۲۸۷/۳) به دیگر سخن، شارع، مکلفی را که در حالت شکّ به بقاء حالت سابقه قرار دارد، نازل منزلة عالم به بقاء می‌داند.

اصل محرز، عبارت است از لزوم عمل بر طبق یکی از دو طرف شکّ به عنوان متیقّن؛ و از همین روست که بر اصل غیر محرز، حاکم است زیرا تعبّداً موضوع آن را از بین می‌برد. (بجنوردی، ۱۹۶/۲)

یکی از صاحب‌نظران نیز در مقام بیان اقسام اصول عملیه، از اصولی چون استصحاب، به اصل برزخی یا میانینی یاد کرده و می‌نویسد:

«اصولی که دلیل حجیت آن‌ها بر اعتنا نکردن به احتمال نبودن حکم واقعی در زمان شک، دلالت می‌کند؛ مانند اصل استصحاب، که مطابق آن، هنگام شک در بقای امر متیقن سابق، نباید به شک لاحق اعتنا کرده، یقین سابق را نقض کرد، بلکه باید چنین فرض شود که امر متیقن سابق، در زمان شک، هنوز باقی است و بنابراین، همان اثر وجودی بر آن مترتب می‌شود. این اصول را که در واقع، ما بین اصل محض و اماره هستند، می‌توان اصول میانی یا اصول برزخی نامید». (محقق داماد، ۲۳/۳)

امام خمینی در مقام توضیح اصل محرز می‌فرماید: اصل محرز، اصلی شرعی است که به منظور حفظ واقع، جعل شده ولی اماره به سوی واقع نیست. (امام خمینی، ۷-۸/۴)

شهید صدر با تقسیم احکام ظاهری به دو قسم، در واقع، به تعریف و بیان چارچوب اصل محرز می‌پردازد: هر گاه انشای وظیفه عملی توسط شارع، این گونه باشد که مؤدای اصل را در عرصه عمل، نازل منزله واقع قرار دهد، نه در عالم احراز و کشف واقع (که وادی امارات است)، در این صورت، چنین اصلی، اصل تنزیلی یا محرز خواهد بود؛ و اگر انشای وظیفه عملی، با بیان و لسان تعیین تکلیف عملی صرف باشد، بدون آن‌که مؤدای آن را نازل منزله واقع قرار دهد، چنین اصلی، اصل عملی محض خواهد بود. (صدر، ۲۳/۲)

براین اساس، تفاوت اماره، اصل غیرمحرز و اصل محرز را می‌توان به‌طور خلاصه این گونه بیان کرد:

اماره از واقع حکایت می‌کند و شارع، به زبان جعل آن می‌گوید: مؤدای اماره همان واقع است. در اصل محرز شارع نمی‌گوید که واقع، همان است؛ و به دیگر سخن، شارع نمی‌گوید که مؤدای آن، همان واقع است؛ بلکه تنها دستور می‌دهد که آن را به عنوان واقع، قبول کرده، با آن، معامله واقع کنید. اما اصل غیرمحرز، تنها به عنوان وظیفه مکلف، هنگام مخفی بودن حکم واقعی، جعل شده است؛ بنابراین، دلالتی بیش از این ندارد که از مکلف بخواهد که بر طبق مؤدای آن، در مقام عمل، رفتار کند. (حکیم، ۴۹۹-۴۵۰)

یکی از علما در مقام تحلیل بنای عقلا به عنوان اصلی‌ترین مستند قاعده صحت - که از نگاه ایشان اصل محرز است - می‌نویسد:

بنای عقلا بر اعتبار آن، از این جهت است که، عمل هر فاعل عاقلی، در این ظهور دارد که، کار خود را صحیح و کامل انجام می‌دهد، نه فاسد و ناقص؛ [در تحلیل بنای مذکور، چند احتمال وجود دارد:]

[احتمال نخست]: اگر این بنا، از جهت تتمیم کاشفیت ناقصی باشد که در ظهور حال عقلاست، در این صورت، اماره خواهد بود.

[احتمال دوم]: اگر معتقد باشیم که بنای عقلا بر صحت، از جهت تتمیم کشف نیست؛ بلکه تنها بر اساس آن ظهور حال عمل کرده و بدون این که کاشفیتی برای آن در عالم اعتبارشان در نظر بگیرند، با آن ظهور، معامله متیقن می‌کنند؛ در این صورت، اصل صحت، اصل محرز است. [احتمال سوم]: عقلا بر اساس ظهور یاد شده عمل می‌کنند؛ بدون این که بنای آنان این باشد که با آن، معامله متیقن کنند؛ که در این صورت، اصل صحت، اصل غیر محرز خواهد بود. (بجنوردی، ۱)

ایشان پس از بیان احتمالات موجود در تحلیل بنای عقلا در صحیح انگاشتن اعمال یکدیگر، احتمال دوم را برگزیده، اصل صحت را اصل محرز می‌داند. حال آن که برخی دیگر از صاحب نظران، اصل صحت را از ظواهر معتبر (أنصاری، ۳/۳۷۴-۳۷۳) و در ردیف امارات دانسته‌اند. (محقق داماد، ۱/۲۰۷)

به نظر می‌رسد داوری در خصوص ماهیت قاعده صحت، وابسته به تحلیل چیستی اصل محرز است؛ چرا که این قاعده، مسلماً از اصول غیر تنزیلی و محض نیست و اگر وجود برزخ بین اماره و اصل را نپذیریم، ناگزیر باید آن را از امارات بدانیم.

تحلیل و نقد چیستی اصل محرز

پس از مرور تعاریف مطرح شده و تقسیم اصل به محرز و غیرمحرز، به بررسی نکاتی که در این تعاریف به چشم می‌خورد، پرداخته و ملاحظاتی را در مورد آن‌ها یادآور می‌شویم. ۱ - در توضیح چیستی اصل محرز، آنچه در تمامی تعاریف، خودنمایی می‌کند، ردپایی از واقع است. در حقیقت، اصل محرز، با وجود اصل بودن، به گونه‌ای، ناظر به واقع هم تلقی می‌شود؛ به این بیان که دلیل حجیت اصل محرز می‌گوید: با یکی از دو طرف شک، معامله واقع کرده و آن را تنزیلاً و در مقام عمل، واقع به شمار آورید.

با توجه به تعریف اصل - که نظر به واقع نداشته و تنها برای خروج مکلف از سرگردانی است - و با در نظر گرفتن تعریف اماره - که با عنایت به واقع و برای درک آن، توسط شارع حجیت می‌یابد - باید گفت: اصطلاح اصل محرز، تعبیری تناقض‌آمیز است؛ چه، اگر اصل است، به دنبال احراز و کشف واقع نیست؛ زیرا مقام عمل، ارتباطی به احراز ندارد؛ بلکه تنها در

این مقام، برای رهایی از سرگردانی، به یکی از دو طرف شک، عمل می‌شود و بس؛ و اگر محرز است و مؤدای خود را واقع فرض می‌کند، در آن صورت، اصل نیست. یکی از صاحب‌نظران در این باره می‌نویسد: «...فإن الإحراز العملي تعبيرٌ يوهم التناقض، فإن الإحراز لا يكون في مقام العمل، وإنما الإحراز في مقام العلم و الظن، و الموجود في المقام ليس إلّا البناء على أحد الطرفين فحينئذ لا فرق بين الإستصحاب و غيره من الأصول بناءً على عدم كشفه عن الواقع». (مکارم، ۲۷۹/۳) احراز عملی، تعبیری تناقض‌آمیز می‌نماید؛ زیرا احراز، مربوط به مقام عمل نبوده، بلکه احراز [و کشف واقع] مربوط به مقام علم و ظن است؛ در حالی که آن چه در اصل عملی رخ می‌دهد، چیزی جز بنا گذاردن بر یکی از دو طرف [شک] نیست؛ بر این اساس (که اصل، هیچ‌گونه واقع‌نمایی ندارد)، فرقی بین استصحاب و دیگر اصول نیست.

صاحب‌نهایة الأفكار هم این را ادعایی بدون دلیل دانسته و می‌گوید: «... و دعوی أنه المجعول فيها (الأصول المحرزة) هو الجری العملي و البناء على أحد طرفي الشكّ على أنه هو الواقع، ... لا نفهم له وجهاً». (عراقی، ۷۲/۲-۷۱)

۲ - براساس آن چه در مورد اصل محرز گفته شده، واقع‌نمایی و کاشفیت موجود در آن، در حجّیتش مورد لحاظ و عنایت شارع نبوده است. به دیگر سخن، جعل آن به دلیل واقع‌نمایی اش نبوده است. (بجنوردی، ۱۴۳/۱؛ محمدی، ۲۹۴)

به جاست که این سؤال را مطرح کنیم که، اگر چیزی، اقتضای واقع‌نمایی داشته و عقلاً- از آن جهت که عاقل‌اند- آن را به طور ظنی، کاشف از واقع می‌دانند، با عنایت به این که شارع نیز از عقلاً- بلکه رئیس آن‌ها- است (مظفر، ۸۲/۲) مگر می‌توان پذیرفت که شارع، کاشفیت مزبور را مورد نظر قرار نداده باشد؟ چه، او از عقلاً بلکه خالق عقل است. (همو، ۸۸) البتّه ممکن است عقلایی بودن چیزی مورد تردید باشد؛ که این، بحث دیگری است.

البتّه نباید از یاد برد که فرض مورد بحث، جایست که برای اصل محرز، جعل حجّیت شده است (مثلاً در خصوص استصحاب، اخبار «لا تنقض اليقين بالشك» وارد شده است) و در این فرض، بحث بر سر این است که هنگامی که یک امر عقلایی توسط شارع جعل می‌شود چه دلیلی وجود دارد که این جعل را ناشی از عقلایی بودن آن امر ندانیم؟!

عجیب آن که در کلمات فقها و اصولیان، فراوان، این مبنا به چشم می‌خورد که اگر چیزی مورد توافق عقلاً - از آن جهت که عاقلند- بوده و آنان در رویه خود آن را معتبر بشناسند، به

ضمیمه این حقیقت که، شارع نیز از جمله عقلاست، تأیید و امضای شارع را در مورد آن رویه، کشف می‌کنیم، اما در عین حال، در این مورد خاص، این فرض مطرح شده که شارع در جعل حجیت برای چیزی که چه بسا کاشفیت نوعی دارد، به واقع‌نمایی آن، عنایت نداشته و تنها دستور می‌دهد که با آن، معامله واقع کرده و آن را نازل منزله واقع قرار دهید! اگر اصل محرز، کاشفیت ندارد، مثل دیگر اصول است و اگر کاشفیت نوعی دارد، شارع نمی‌تواند در جعل حجیت برای آن، کاشفیت مزبور را نادیده انگارد؛ بنابراین، اماره خواهد بود.

به دیگر سخن، جعل شارع، قرینه و دلیلی بر تأیید آن رویه عقلائی و حجیت کاشفیت نوعی ناقص، خواهد بود؛ نه آن‌که این جعل را به سبب دیگری نسبت دهیم. البته واضح است که این تحلیل، به پذیرش حجیت ظن مطلق نمی‌انجامد؛ زیرا اصل جعل شارع، در مورد یک ظن خاص - بنا بر فرض - مورد تردید نیست؛ بلکه بحث، تنها در مبنای این جعل است و این‌که آیا شارع، هنگام جعل، به کاشفیت مزبور، نظر داشته یا خیر؛ در واقع معتقدیم که اگر در موردی، دلیلی دال بر عمل بر طبق ظن خاصی وارد شده باشد، عدم اعتنای شارع - که رئیس العقلاست - هنگام جعل، به کاشفیت نوعی عقلائی آن قابل درک نیست.

در مورد روش کشف رضایت شارع باید گفت: این مسأله بر اساس مبنای کسانی است که صرف عدم الردع را در احراز حجیت بنای عقلا کافی می‌دانند از جمله مرحوم مظفر که در مواضع مختلفی چون بحث حجیت ظواهر، حجیت خبر واحد و ادله استصحاب، بدان تصریح کرده است. وی در مقام توضیح بنای عقلا به عنوان دلیلی بر حجیت استصحاب - پس از بیان مقدمه نخست این دلیل که استقرار رویه عقلا در اخذ به حالت سابقه، هنگام شک در بقای آن است - در بیان مقدمه دوم این دلیل می‌نویسد: «إن الشارع من العقلاء بل رئيسهم فهو متحد المسلك معهم، فإذا لم يظهر منه الردع عن طريقته العملية يثبت على سبيل القطع أنه ليس له مسلك آخر غير مسلكهم و إلا لظهر و بان و لبلغه الناس و قد تقدم ذلك في حجیة خبر الواحد.» (مظفر، ۲۵۲/۲)

هم‌چنین، ایشان در پاسخ به اشکال کسانی که موافقت و امضای شارع را در این قبیل موارد ضروری می‌دانند، می‌فرماید: «لا یجب فی کشف موافقة الشارع احراز امضائه من دلیل آخر، لأن نفس بناء العقلاء هو الدلیل و الکاشف عن موافقته كما تقدم؛ فیکفی فی المطلوب عدم ثبوت الردع و لا حاجة إلى دلیل آخر علی إثبات رضاه و امضائه.» (همان، ۲۵۴) اگر شارع، رویه دیگری می‌داشت، باید بیان می‌کرد و این رویه آشکار می‌شد؛ بنابراین، عدم ردع، کافی در

احراز تأیید شارع خواهد بود و نیازی به اثبات رضایت شارع با دلیل دیگر نیست.

۳ - تعبیری که در بین فقها و اصولیان در مورد استصحاب، شهرت یافته، (عرش الأصول و فرش الأمارات) به این معنا است که استصحاب، قوی‌ترین اصل و ضعیف‌ترین اماره به شمار می‌رود؛ بدین روی، در معارضه با اصول بر آن‌ها مقدم شده، لکن تاب مقابله با امارات را ندارد. در حقیقت، برزخ میان اصل و اماره معرفی شده و با تعبیر اصل محرز در مورد آن، به گونه‌ای تصویری دو وجهی از آن در ذهن ترسیم شده؛ تصویری نه با تمام رخ اصل و نه با سیمای کامل اماره. ° البتّه روشن است که مقصود اصولی‌ها این نیست که استصحاب هم اصل دانسته شود و هم اماره؛ اما به نظر می‌آید که تردید نسبت به ماهیت آن، منتهی به این داوری شده است که: اگر استصحاب را اماره بدانیم، ضعیف‌ترین امارات (فرش الأمارات)، و اگر اصل بدانیم، قوی‌ترین اصول (عرش الأصول) خواهد بود.

براساس آنچه از اصل می‌شناسیم، اصل عملی اساساً ناظر به واقع نبوده، به خلاف اماره، که نظر به واقع داشته و کاشفیت نوعی ناقص آن، با جعل شارع، کامل شده است (به این معنا که در فرض خطا، معذّر است و در فرض اصابت، منجّز).

در حوزه‌ای که اساساً کاشفیت، در آن مطرح نیست، چگونه می‌توان مراتبی از واقع‌نمایی را پذیرفته، یکی را در کاشفیت، قوی‌تر از دیگری دانست؟! حال آن‌که می‌دانیم با رعایت موضوع و محلّ جریان هر اصل، اساساً تعارضی بین اصول پیش نخواهد آمد تا با تکیه بر مفهوم «عرش الاصول و فرش الأمارات»، استصحاب را بر دیگر اصول مقدّم نداریم. اگر هم تعارضی مطرح باشد، تعارضی بدوی خواهد بود؛ مانند تعارض اصول و امارات؛ زیرا با وجود اماره، موضوع جریان اصل (شکّ و جهل)، منتفی بوده و تکلیف، روشن است. (أنصاری، ۱۳/۲)

به بیان دیگر، وادی اصول عملیه، از نظر کاشفیت، عرش و فرش ندارد تا - مثلاً - استصحاب، عرش آن باشد؛ بلکه چون اصول عملیه ناظر به مقام عمل بوده و وظیفه عملی مکلف در مقام شکّ و جهل به حکم واقعی هستند، اساساً نظر به واقع و احراز آن ندارند و این، فصل ممیز اصل و اماره است و اساساً، هنگامی نوبت به اجرای آن می‌رسد که از دست‌یابی به دلیل اجتهادی ناظر به واقع، قطع امید کرده باشیم؛ که: الأصل دلیل حیث لا دلیل. گفتنی است که اگرچه تعبیر «عرش الأصول و فرش الأمارات» را برای استصحاب، تعبیری

۵. آن گونه که سعدی شیرازی گفته است: به مارماهی مانی، نه این تمام، نه آن؛ منافقی چه کنی؟ ماریاش یا ماهی! (گلستان سعدی)

شاعرانه می‌دانیم، اما شاید بتوان در مورد اماره، قائل به مراتب و عرش و فرش بود؛ به این معنا که یکی را در کاشفیت نوعی و اثبات مؤدأ، قوی‌تر از دیگری دانست؛ و چه بسا کاشفیت امارات مختلف، در فرض‌ها و موقعیت‌های گوناگون، متفاوت باشد (مثل کاشفیت بینه که از کاشفیت اماره تصرف، بیشتر است و اگر بینه، حاکی از عدم تعلق مال به ذوالید باشد، دیگر نمی‌توان به استناد ید متصرف، او را مالک دانست).

البته در توجیه جعل حجیت برای امارات و ظنون خاص، نظریات مختلفی ارائه شده (سببیت، طریقت محض و مصلحت سلوکیه) که در این مقاله در صدد بحث از تفاوت این نظریات نیستیم؛ اما معتقدیم اگر شارع، تصمیم به جعل گرفت، دیگر نمی‌تواند هنگام جعل حجیت، به ظن حاصل از مؤدای اماره و کاشفیت فی الجملة آن، عنایت نداشته باشد. در واقع - همان‌طور که توضیح آن گذشت - اگر در موردی، دلیلی دال بر عمل بر اساس ظن خاصی وجود داشته باشد، نمی‌توان عدم اعتنای شارع را به این کاشفیت نوعی عقلایی، هنگام جعل آن، پذیرفت؛ چه آن‌که وی نیز از عقلا بلکه رئیس آن‌هاست؛ بنابراین چه توجیهی وجود دارد که با وجود جعل، شارع را در اعتنا به کاشفیت مزبور، هم سو با عقلا ندانسته و معتقد شویم که در حجّت دانستن آن و در جعل یاد شده، واقع‌نمایی آن مورد لحاظ و عنایت نبوده است؟

۴ - از آن‌جا که احراز و درک واقع، اختصاص به اماره دارد، نه اصل؛ سؤالی که مطرح است، این‌که، چرا در اصل، سخن از احراز به میان آمده و برخی از اصول اصل محرز دانسته شده‌اند؟

در پاسخ گفته شده که، احرازی که در اصل محرز مطرح است، با احرازی که در امارات از آن یاد می‌شود، متفاوت است. در واقع، احراز در اماره، احرازی واقعی است که شارع در مقام جعل حجیت برای آن، کاشفیت آن را مورد نظر قرار داده و برای دستیابی به واقع، امر به تبعیت از آن کرده است. حال آن‌که احراز در اصل محرز، احرازی الحاقی و ادعایی است و بدون آن‌که در جعل آن، کاشفیت و واقع‌نمایی، مورد نظر باشد، شارع تنها دستور می‌دهد که با یکی از دو طرف شک، معامله واقع کنید.

در واقع، معنای محرز بودن در اصل محرز، طریق به واقع بودن نیست؛ بلکه معنای محرز بودن اصل، بنای عملی بر یکی از دو طرف شک و معامله واقع کردن با آن و الغای طرف دیگر است. (نائینی، ۴/۸۶)

یکی از صاحب‌نظران در این باره می‌نویسد:

«إحراز الأصول المحرزة و أمارية الأمارات التبعديّة- بناءً على إمكانها، كما هو الحقّ، و لعلّ الإستصحاب منها- يكون إحرازاً إدعائياً و إلحاقياً حكماً...» (خمینی، ۱۳۲/۶) ظاهر این عبارت آن است که، اصل محرز، اماره تبعدی بوده و احراز و کشف از واقع، در آن، ادعایی و حکمی است، نه واقعی.

گویا تردید برخی در اصل یا اماره بودن بعضی از موارد، سبب شده تا برای آن قائل به ماهیتی، با خصوصیات دوگانه و متناقض شوند.

آثار و احکام ویژه‌ای که برای اصل محرز در نظر گرفته شده، با این ادعا که احراز در اصول محرز متفاوت از احراز در امارات بوده و ناظر به واقع نیست، ناسازگار می‌نماید. از آن جمله، معتقدند که اصل محرز، هم‌چون امارات، به جای قطع طریقی قرار می‌گیرد؛ به خلاف اصول غیرمحرز. دیگر آن که اصول محرز، در اطراف علم اجمالی، مطلقاً جریان نمی‌یابند چرا که از جریان آن، مخالفت قطعی لازم می‌آید. (نائینی، ۶۹۳/۴)

طرح این پرسش به جاست که، اگر اصل محرز، با عنایت به تعریف اصل، به واقع نظر نداشته و حجّیت آن به خاطر کاشفیتش نیست، چگونه است که می‌توان آن را به جای قطع طریقی قرار داده و موضوع را به وسیله آن احراز کرد؟ و این که ناظر به واقع باشد اما حجّیتش به جهت نظارتش نباشد نیز - به تفصیلی که در شماره‌های پیشین گذشت - قابل پذیرش نیست. در واقع، از این که با چیزی مثل استصحاب، واقع احراز شده، و علم و قطع ناشی از آن حجّت باشد، مخالف نیستیم بلکه اصل دانستن آن را با وجود احراز واقع - با توضیحاتی که گذشت - قابل تأمل می‌دانیم.

حاصل سخن آن که، اگر شارع دستور داده که با چیزی معامله واقع داشته باشیم، بدین معناست که با عمل بدان، واقع، احراز شود؛ بنابراین، اماره بوده و خواهد توانست به جای قطع طریقی کاشف از واقع باشد و اگر هم امر می‌کند که تنها برای خروج از سرگردانی - در مقام عمل - آن را انجام دهیم، معلوم است که چنین اقتضایی نداشته، بنابراین، اصل عملی خواهد بود. البته با این بیان در صدد تعریف اماره و اصل نیستیم؛ چه، پیش تر بدان پرداخته‌ایم.

تعارض اصل محرز با دیگر اصول

با فرض پذیرش ماهیتی به نام اصل محرز، ثمره این که اصلی، محرز باشد یا عملی محض (غیر محرز)، این است که، در مقام تعارض این دو نوع اصل، اصل محرز، مقدّم خواهد بود.

در واقع، اصل محرز- مانند استصحاب- در مقام تعارض بدوی، حاکم بر اصول عملی دیگر است؛ چرا که دلیل استصحاب، مقتضی احراز متیقن سابق است؛ به این معنا که به بقاء آن، متعبد شده و با متیقن سابق- که فعلاً مشکوک است- معامله متیقن می‌کنیم. البته با این تحلیل، موضوع اصول دیگر (شک)، تعبداً از بین می‌رود، نه حقیقتاً. (حکیم، ۱۷۵/۵) بر این اساس، تقدّم اصل محرز بر دیگر اصول از باب حکومت است، نه ورود.

البته در چگونگی تقدّم اصل محرز بر اصل غیر محرز، وجوه و اقوالی مطرح است (روحانی، ۱۷۳/۴) که طرح و نقد تمامی آنها خارج از قلمرو این مقاله می‌باشد. محقق نائینی، وجه تقدّم اصل محرز را بر غیر محرز، این گونه تصویر می‌کند:

اصل محرز، برطرف کننده موضوع اصل غیر محرز است؛ زیرا اگر چه در موضوع اصل محرز هم- مثل اصل غیر محرز- شک مأخوذ است، اما اصل محرز ایجاب می‌کند که چیزی را که بر اساس این اصل، بدان متعبد می‌شویم، ثابت و موجود بدانیم (نه آن‌که تنها برای خروج از سرگردانی به آن متعبد باشیم)؛ چه آن‌که، در اصل محرز، بنا گذاشتن بر یکی از دو طرف شک و واقع انگاشتن آن و الغای طرف دیگر در حیطة تشریح، جعل می‌گردد؛ و با این فرایند، موضوع اصل غیر محرز از بین می‌رود. (نائینی، ۵۶۹/۴)

در حقیقت، اصول غیر احرازی، تنها در موقعیتی جعل شده و معتبرند که واقع، بر مکلف پوشیده باشد. اما هنگامی که مکلف، با اصل احرازی، مأمور می‌شود که شک را، یقین، تلقی کند، در این حالت، در نظر شارع، او، عالم به واقع، فرض می‌شود؛ زیرا شارع، شک او را علم، تلقی کرده و نتایج و آثار آن را مترتب نموده است. و با وجود واقع تنزیلی نزد مکلف، دیگر چیزی بر او پوشیده نیست تا به اصل عملی پناه ببرد؛ چرا که اصل محرز، موضوع اصول عملی دیگر را (عدم العلم) تعبداً از میان برده است. (حکیم، ۴۵۰؛ روحانی، ۲۴۶/۳)

به بیان دیگر، دلیل اعتبار اصل محرز، واقع را - به طور تعبدی و تنزیلی، و نه حقیقی - توسعه داده است. (عراقی، ۲۳/۲-۲۲) که این، همان حکومت توسعه‌ای است.

علاوه بر ملاحظات پیش گفته، باید گفت: اگر به وجود تنزیلی واقع در اصل محرز، متعبد شده، و شک، علم، تلقی می‌شود (و همین، سبب از بین رفتن شک است)، چرا نتایج و لوازم عادی، عقلی و شرعی با واسطه خود را ثابت نمی‌کند؟ مگر نه این‌که باید تعبداً با آن، معامله واقع کرده، آن را واقع بینداریم؟ به دیگر سخن، اگر از رهگذر جعل شارع در اصل محرز، به واقع انگاری یکی از دو طرف شک مکلف هستیم و باید با آن، معامله واقع کنیم، بدان معناست

که هم‌چون اماره، تمامی آثار و لوازم واقع را بر آن مترتب بدانیم؛ چرا که در اماره نیز کاشفیت ناقص، به جعل شارع، حجیت یافته و در فرض خطا، معذر است. و اگر معتقدیم که اصل محرز، بنا بر اصل بودن، برای خروج از سرگردانی در مقام عمل، جعل شده، نباید مثبت آثار و لوازم عادی، عقلی و شرعی با واسطه خود باشد. نه آن‌که در عین اعتقاد به محرز بودن، آن را اثبات کننده آثار عادی و عقلی خود ندانیم. به دیگر سخن، تفاوتی که میان احراز در اماره و احراز در اصل محرز، مورد تأمل است. حال آن‌که به عقیده اصولی‌ها، اصل محرز، مثبت این آثار و لوازم تلقی نمی‌شود (أنصاری، ۲۳۶/۳-۲۳۳)؛ که در این مورد نیز تناقض مورد ادعا، رخ می‌نماید؛ چه آن‌که اگر اصل محرز، اصل است، در صورت پذیرش ادله عدم حجیت اصل مثبت، نباید قابلیت اثبات لوازم یاد شده را داشته باشد و اگر محرز است، به این معنا که به جعل و امر شارع، با یکی از دو طرف، معامله واقع می‌شود، در حقیقت، اماره بوده و لوازم خود را نیز ثابت می‌کند.

نتیجه‌گیری

نگارنده در مجموع، بر این باور است که تعبیری مانند احراز تعبیدی یا اصل محرز، آمیخته با تناقض بوده و نمی‌توان دو وادی اصل و اماره را به هم درآمیخت؛ زیرا اماره مربوط به حوزه احراز و کاشفیت از واقع بوده و در مقابل، قلمرو تعبید به اصول عملی وجود دارد که برای خروج از سرگردانی در مقام عمل است؛ نه احراز و واقع‌نمایی؛ و اساساً نمی‌توان اصول عملی را براساس میزان کاشفیت، رتبه‌بندی کرده و یکی را- با این توجیه که بهره‌ای از واقع دارد- در مقام تعارض، بر دیگر اصول مقدم داشت. گویا تردید در اصل یا اماره بودن بعضی از موارد، سبب شده تا برخی، وجود ماهیتی را با ویژگی‌های دوگانه و متناقض بپذیرند؛ و چه بسا گونه بیان شارع و تفاوت در لسان دلیل، سبب شده که عده‌ای وجود اصلی را بپذیرند که با وجود اصل بودن و عنایت به مقام عمل، محرز و کاشف از واقع - هرچند به شکل تنزیلی و الحاقی- نیز باشد. با ملاحظاتی که بیان شد، این دیدگاه، قابل دفاع به نظر نمی‌رسد.

منابع

قرآن کریم.

أنصاری، مرتضی بن محمد أمين، *فرائد الأصول*، تحقیق: لجنة تحقیق تراث الشيخ الأعظم، قم، مجمع

- الفکر الإسلامی، چاپ سوم، ۱۴۲۳ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهية*، قم، نشر الهادی، چاپ اول ۱۴۱۹ق.
- بروجردی، محمد تقی، *نهاية الأفكار* (تقریرات أبحاث أفاضیاء الدین العراقی)، قم، جماعة المدرسین، ۱۴۰۵ق.
- تقوی إشتهاردی، حسین، *تنقیح الأصول* (تقریرات أبحاث الإمام الخمينی)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دهم، ۱۳۷۸.
- _____، *فرهنگ عناصر شناسی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- _____، *مکتب های حقوقی در حقوق اسلام*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۰.
- حکیم، محمد سعید، *المحکم فی أصول الفقه*، بیروت، مؤسسه المنار، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- حکیم، محمد تقی، *الأصول العامة للفقه المقارن*، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم، ۱۳۹۰ق.
- حکیم، محسن، *حقاتق الأصول* (تعلیقه علی کفایة الأصول)، قم، مکتبه بصیرتی، چاپ پنجم، ۱۴۰۸ق.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الأصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- خویی، ابوالقاسم، *کتاب الطهارة* (التنقیح فی شرح العروة الوثقی)، قم، دار الهادی، چاپ سوم، ۱۴۱۰ق.
- روحانی، محمد صادق، *زبدة الأصول*، قم، مدرسه الإمام الصادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الأصول* (الحلقة الثانية)، بیروت، دارالکتب اللبنانی، چاپ دوم، ۱۴۰۶ق.
- کاظمی خراسانی، محمد علی، *فوائد الأصول* (تقریرات أبحاث میرزا محمد حسین النائینی)، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- محقق داماد، مصطفی، *مباحثی از اصول فقه* (دفتر سوم)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی* (اصول فقه)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بیست و هشتم، ۱۳۸۶ق.
- مشکینی، علی، *إصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها*، قم، نشر الهادی، چاپ پنجم، ۱۴۱۳ق.
- مظفر، محمد رضا، *أصول الفقه*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۰.
- مکارم شیرازی، ناصر، *أنوار الأصول*، قم، بی نا، بی جا، بی تا.
- مؤمن قمی، محمد، *تسديد الأصول*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

of confusion in practice. In the meantime, the confirming principle (*aṣli muḥriẓ*) is set forth, which both enjoys principle and incorporates denotation. There have been various definitions presented for the confirming principle, the core aspect of all of which is devotional confirmation of something as true by one of the two sides of suspicion in practice, and making a transaction accordingly, without having, as denotation does and by means of its content (*mu'addā*), an exposition concerning the truth. While delineating the framework of such concepts as reason, denotation and principle, and taking a look at the concept presented about the confirming principle, the writing presented here has, by setting forth some considerations, viewed the confirming principle or devotional confirmation as a contradictory combination and brought up some deliberations and considerations concerning its existence.

Keywords: principle, denotation, confirming principle, presumed continuity (*istiṣḥāb*), soundness, contradiction.

Stoning (*Rajm*) in the Critiques' Criterion**“A Deliberation on the Theory of Negating the Legitimacy of Stoning
in terms of Confirmation and Verification”**

Sayyid 'Alī Jabbār Gulbāghī, Faculty Member

Islamic Azad University of Lahijan

Dr. Ḥusayn Nāṣiri, Associate Professor

Ferdowsi University of Mashhad

There is no doubt that expressing new ideas, exchange of opinions, and criticism of the scholars' ideas are among the scholarly traditions that are influential in purification as well as dynamic and sublime development of any science. The science of jurisprudence and the jurisprudential opinions of jurists are not apart from this rule, either. Hence, in a fundamental research and through a descriptive-analytical procedure, the present writing undertakes to critically review the jurisprudential opinion of Professor Muhammad Ibrahim Jannati concerning the jurisprudential principles of stoning and tries to figure out to what degree the above jurisprudential opinion are compatible and consistent with the selected jurisprudential principles of that respectful scholar and the sources and evidences of Shi'ī jurisprudential *ijtahād* (individual reasoning).

Keywords: adultery, adultery with married woman, legal punishment, stoning as legal punishment, stoning.

**A Deliberation on the Quiddity of *Aṣli Muḥriz* (Confirming
Principle)**

Dr. Mahdī Muvahḥhidī Muḥibb, Assistant Professor

Semnan University

The characteristic of denotation (*imāra*) is its typical speculative exposition (*kāshifiyyat*), for which the legislator devises validity in respect to this characteristic. In contrast to it is the practical principle that is not concerned with reality and is used simply for getting rid

regarded human beings to be capable of comprehending the legal rulings as just and have subjected it to the legislator's view. Thus, using this rule in inference of legal issues and extending it to jurisprudence has been cast into doubt. This article examines the possibility of unveiling justice in legal rulings in two stages.

In the first stage, it has proved that justice is a real and objective concept and denotes an external reality unlike the traffic signs, whose reality is based on agreement and validity. In the second stage, it has proved that the justice brought up in the Qur'anic and narrational evidences of this rule cannot be justice from the viewpoint of the legislator for four reasons, consequently its recognition has been referred to human understanding.

Keywords: justice rule, justice, good and evil, convention, legislation.

Right of Passage (*Ḥaq al-Mārra*) in New perspective

Dr. 'Alī Akbar Kalāntarī, Associate Professor

Shiraz University

The person, who, on his way, encounters a fruit-bearing tree belonging to others, can eat from its fruit as much as fulfilling his need, provided that his reaching to that tree has been accidental rather than on purpose; and that he should not take away any fruit with him and damage a tree or a fruit. In this respect, the owner's consent is not considered a *sine qua non*. The reason for this ruling is a number of traditions that, although terminologically isolated (*wāḥid*) and presumptive, can be considered as "isolated traditions accompanied by convincing evidences" according to various evidences. This ruling is generalizable to the trees owned by government, as well.

Keywords: the right of passage, passer-by, tree, fruit, eating

Dr. Muhsen Jahāngīrī, Assistant Professor

Razavi University of Islamic Sciences

Dr. ‘Abbās ‘Alī Sulṭānī, Assistant Professor

Ferdowsi University of Mashhad

Jurisprudence has been originated from the Qur‘ān and *ḥadīth* and the narrational or *ma‘thūr* jurisprudence has been the first jurisprudential style after the rise of Islam, to such an extent that in the latter periods the expansion of this jurisprudence was intermingled with rational inferences and some issues that enjoyed more widespread aspects were accepted as rules. The rule of prohibition of taking wages for ritual obligations (*wājibāt*) has been considered as a challenging and controversial rule. This rule in early period of jurisprudence has its roots in some specific-case traditions on judgment, *adhān* (call to prayer), and instruction of the Qur‘ān; and in the books of the earlier scholars there is simply a legal judgment (*fatwa*) on the prohibition of taking wages for preparation of a dead body [for burying]. Differences concerning this issue in the latter periods have been mainly based on and arisen from rational aspects and analyses; and so far the scholars of this field have widely dealt with the rational principles of the rule. However, it has been seriously lacking in addressing the Qur‘ānic and narrational aspects of this issue. In this writing, the stipulated and authorized (*manṣūṣ*) principles of the rule have been gathered from various narrational and exegetical books and put to criticism.

Keywords: incentive for (the sake of another) incentive, vicarious obligatory devotional acts, terminology of *suḥt* (illicit gains), bribery, wages for obligatory devotional acts.

An Introduction to the Application of Justice Rule

Dr. Sayyid Maḥmūd Ṣādiqzāda Ṭbāṭabā‘ī, Assistant Professor,

Ferdowsi University of Mashhad

Justice rule is among the legal rules that have less dealt with. Application of this rule is based on achievement of justice as an attribute for legal rulings. Some jurists have no

**An Exploration into the Criterion for Dividing the Jurists into
Akhbārī and *Uṣūlī***

Dr. Mūsā Zarqī, M.A. Graduate of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Ḥusayn Ṣābirī, Associate Professor
Ferdowsi University of Mashhad

Dividing the jurists into *akhbārī* (traditionist) and *uṣūlī* (legal theorist) is the most important division that dichotomizes the Imāmī jurists into two groups. In jurisprudential and legal (*uṣūlī*) books, there are many instances of characterizing a jurist as *akhbārī* or *uṣūlī*, but what is important in this division is the criterion for this division. What is manifested in the first place as the criterion for division is the remark made by the jurist in terms of his being *akhbārī* or *uṣūlī* and the *akhbārī* or *uṣūlī* dimension of the masters or disciples of that jurist. By a preliminary study, the non-efficiency of these criteria is manifested. However, another possible criterion widely addressed in this writing is the differences between the *akhbārīs* and *uṣūlīs* that are mentioned to be over a hundred in number. In case these differences are real and important, a criterion can be obtained and it can be realized as to which category of jurists a jurist would belong. Nevertheless, by examining and categorizing these differences, it would be figured out that these differences are not the criterion for dividing the jurists, nor is there any accurate criterion for this dividing.

Keywords: *akhbārī*, *uṣūlī*, differences between *akhbārīs* and *uṣūlīs*, the criterion for dividing (jurists) into *akhbārī* and *uṣūlī*.

**Examining the Qur’ānic and Narrative Evidences for the Rule of
“Prohibition of Taking Wages for Ritual Obligations”**

Majīdriḍā Shaykhī, M.A. Graduate of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law
Ferdowsi University of Mashhad

according to which, denial of the condition does not cause the cancellation of the contract; rather, it would lead to option (*khīyār*) for the party in whose favor the condition is set (*mashrutun lah*). This latter viewpoint is more conforming to the legal rules and the nature of condition.

Keywords: condition, description, part, single objective, multiple objectives, main, peripheral.

Examining the Relation between an Unauthorized (*Fuḍūlī*) Contract and Transfer of another's Property

Dr. 'Abbās Zirā'at, Professor
University of Kashan

The relation between an authorized contract and transfer of another's property is one of the subtle and, at the same time, important issues of civil law as well as criminal law, which has doubly increased the legislator's silence, numerous contradictions in legal texts, bewilderment of intellects, and confusion in comprehension. There are various probabilities apt to come up concerning the relation between these two positions, such as divergence; equality; generality and peculiarity in some respect (*min wajh*), and absolute (*muṭlaq*) generality and peculiarity. Since the recognition and distinction of these two topics creates significant practical outcomes, as for instance in case of conviction of "transfer of another's property" that would prompt punishment for fraud, and since there is no distinct criteria in statutory regulations and legal writings for making distinction between an authorized (*fuḍūlī*) contract and transfer of another's property, it is tried in this article to clarify their similarities and differences so that it may inspire the legislator to provide personal criterion in law.

Keywords: transfer of another's property, authorized contract, lease, being a transferor, being an indication.

judgment is valid and if it is documented by his own knowledge and sighting, it is not valid.

To provide an answer to the above question, the present article tries to critically review and evaluate the brought up opinions and evidences of each one of them and conclude that the judgment of the ruling jurisconsult on the proof of the crescent sighting is necessary for, and even obligatory upon all people and that all people, even the legal authorities should follow it, since authority evidences of the judgment of the Islamic judge would include them, too.

Keywords: validity, invalidity, sighting the crescent, rule (*ḥukūma*), legal authorities, ruling jurisconsult.

The Impact of Condition on the Contract Status

Dr. 'Alī Riḍā Bārīklū, Professor

Tehran University Farabi Pardis

The condition within the contract is a principle that has been recognized in the Islamic Law but there is disagreement among the authorities concerning its impact on the condition of the contract in the two stages of formation and continuation of the contract. In the formation stage, the difference is in terms of the relation between the condition and the subject, concerning which, from among the views of being part of the subject, being a description or a subordinate, and being independent, the latter view is more conforming to the legal rules and the intention of the two parties, according to which, the invalidity of condition would not have any effect on the validity of the contract. In the continuation stage of the contract, the difference is a result of the role of condition in the intention of the two parties; since some have by a single objective (*waḥdat-i maṭlūb*) come to believe that denial of the condition causes cancellation of the contract. Some maintain the multiple objectives (*ta'addud-i maṭlūb*), according to which invalidation of the condition causes the cancellation of part of the contract; and some believe in the multiplicity of the main (i.e., the contract) and the peripheral (i.e., the condition),

approaches has a direct impact on the legal experts' attitude towards law, particularly in exegesis (*tafsīr*).

Keywords: the philosophy of Islamic-semantic law, principles of jurisprudence, essentiality, coinage, the nature of initiative propositions.

A Jurisprudential Inquiry into the Authority of the Ruling

Jurisconsult's Opinion on Proving the Lunar Crescent Sighting

Dr. 'Alī Akbar Īzādīfard, Professor

Faculty of Law and Political Sciences, Private Law Department, Mazanderan University

Dr. Muḥammad Muḥsinī Dihkalānī, Assistant Professor

Mazanderan University

Ḥusayn Kāviyār, M.A. in Private Law

Islamic Azad University of Maymeh, Young and Elite Research Club, Maymeh, Iran

Moon is considered a natural calendar for human individuals. Proving the crescent sighting is among the issues that all human beings are somehow in need of. Similarly, the Islamic religious law has subjected some of the important devotional acts upon proving the crescent sighting. This very fundamental function of the moon in the matters pertaining to this world and the Hereafter, has given the issue of proving the crescent sighting a special status in Islamic thinking.

The question that the present research would deal with is whether the Islamic judge has authority over proving the crescent sighting or not. In fact, do people have to refer to their supreme legal authority (*marja' taqlīd*) concerning the crescent sighting or is the sighting among the state's duties?

Jurists have expressed various views on this question: a group of renowned majority of the jurists have considered as valid the judgment of the Islamic judge, whether his judgment is documented by evident proof or by his own knowledge. Another group maintain the invalidity of the judgment of the Islamic judge and believe that his judgment is not valid whether it is documented by evident proof, by being much reported (*tawātur*), by having prevalence (*shuyū*), or by the judge's own sighting and knowledge. Yet, another group maintain that if the judge's judgment is documented by evident proof, his

ABSTRACT

Semantic Principles of Islamic Law

Sajād Afshār, Ph.D. Student of General Law
Tehran University

Paying attention to the lingual analysis of the legal concepts and propositions is one of the most important sections studied in philosophy of law. The nature of the science of law necessitates its intermingling with words; law, contract, verdict, legal authorship, all have to be put into words to be understood and executed. The first stage of understanding a text or a speech – including a legal proposition – is to understand its meaning. Thus, this research seeks to find a semantic pretext for legal propositions. There is much material in this respect in analytical philosophy and the science of semantics, which has helped legal experts have better understanding of law. Nevertheless, Iranian legal logic and principles of law have been adopted from the principles of jurisprudence. The legal theorists (*uṣūlīs*) have proposed many discourses on the meaning of legal terms and the relation between words and meanings. Concerning the relation between a word and its meaning, it is opined that this relation is essential and conventional. Similarly, most of the legal theorists consider the object or dependant (*mutaʿallaq*) of the meaning of non-conventional words as rational nature or percipient. Acceptance of any of these

Table of Contents

Semantic Principles of Islamic Law	9
Sajād Afshār	
A Jurisprudential Inquiry into the Authority of the Ruling Jurisconsult's Opinion on Proving the Lunar Crescent Sighting	31
Dr. 'Alī Akbar Īzādīfard - Dr. Muḥammad Muḥsinī Dihkalānī - Ḥusayn Kāviyār	
The Impact of Condition on the Contract Status	49
Dr. 'Alī Riḍā Barīklū	
Examining the Relation between an Unauthorized (Fuḍūlī) Contract and Transfer of another's Property	73
Dr. 'Abbās Zirā'at	
An Exploration into the Criterion for Dividing the Jurists into Akhbārī and Uṣūlī	97
Dr. Mūsā Zarqī- Dr. Ḥusayn Ṣābirī	
Examining the Qur'ānic and Narrative Evidences for the Rule of "Prohibition of Taking Wages for Ritual Obligations"	123
Majīdriḍā Shaykhī- Dr. Muḥsen Jahāngīrī- Dr. 'Abbās 'Alī Sulṭānī	
An Introduction to the Application of Justice Rule	143
Dr. Sayyid Maḥmūd Ṣādiqzāda Ṭbāṭabā'ī	
Right of Passage (Ḥaq al-Mārra) in New perspective	159
Dr. 'Alī Akbar Kalāntarī	
A Deliberation on the Theory of "Stoning (Rajm) in the Critiques' Criterion Negating the Legitimacy of Stoning in terms of Confirmation and Verification"	183
Sayyid 'Alī Jabbār Gulbāghī - Dr. Ḥusayn Nāsirī	
A Deliberation on the Quiddity of Aṣli Muḥriz (Confirming Principle)	201
Dr. Mahdī Muvahḥhidī Muḥibb	

In the Name of Allah



ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES
Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 98, Autumn 2014