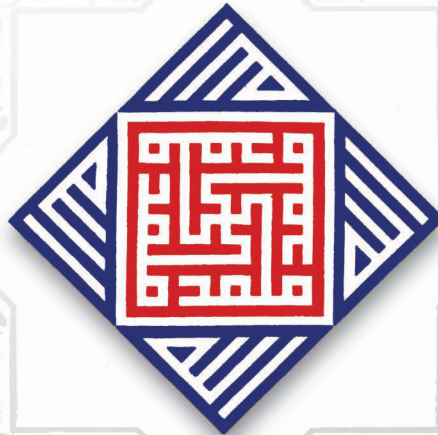




فقه و اصول



زمان تعین مبیع در بیع کلی / دکتر احمد باقری - شکیبا امیرخانی

درنگی بر روایتی مشهور در مستندات فقهی شیعه / حسن رضازاده مقدم - دکتر عباسعلی سلطانی

وضعیت حقوقی قرارداد دارای موضوع نامشروع در فقه امامیه / سید علی رضوی - دکتر رضا حق پناه

نگاهی نو به مولوی و ارشادی و برآیند روش شناختی آن / دکتر محمد عرب صالحی

گونه‌شناسی تقریر در فقه مذاهب / عطیه علیزاده نوری - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر علیرضا عابدی سرآسیا

کاوشی فقهی - تفسیری در حلیت ذبیحه کتابی در پرتو آیه ۵ سوره مائده / دکتر محمد جواد عنایتی راد

تأملی در مستندات فقهی ماده ۴۶۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

علی محمدیان - دکتر محمد محسنی دهکلانی - دکتر محمدتقی قبولی در افشان

عقل و به‌کارگیری آن در اندیشه فقهی فیض کاشانی / سید محمد موسی مطلبی - حسن جمشیدی

تبیین استقلال مرد در طلاق بر اساس ماهیت تملیکی عقد نکاح / دکتر مهدی موخدی محب

نقش قضیه حقیقیه در اصول فقه / سید روح اله میرقصری



مطالعات اسلامی

فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۹۹ - زمستان ۱۳۹۳ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سر دبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۲۴/۱۳۷۹۵

هیأت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل قنواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس قم دانشگاه تهران

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

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

یادآوری

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

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

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

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

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

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

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشار دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۱۰۰۰۰ ریال

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱۳۸۸۰۳۸۷۳

نشانی اینترنتی:

<http://jm.um.ac.ir/index.php/muslim>

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

بِسْمِ 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- پیشندهایی 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 (ـُ و ـٌ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارةٔ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامهٔ 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؛ غرضه / غرضه؛ حرف / حَرْف.
- 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 قنواتی (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 (دانشیار دانشگاه قم)
۱۷. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۸. حسن نقی زاده (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	زمان تعیین مبیع در بیع کلی دکتر احمد باقری - شکبیا امیرخانی
۲۵	درنگی بر روایتی مشهور در مستندات فقهی شیعه حسن رضازاده مقدم - دکتر عباسعلی سلطانی
۴۷	وضعیت حقوقی قرارداد دارای موضوع نامشروع در فقه امامیه سید علی رضوی - دکتر رضا حق پناه
۷۱	نگاهی نو به مولوی و ارشادی و برآیند روش شناختی آن دکتر محمد عرب صالحی
۹۱	گونه‌شناسی تقریر در فقه مذاهب عطیه علیزاده نوری - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر علیرضا عابدی سرآسیا
۱۱۷	کاوشی فقهی - تفسیری در حلیت ذبیحه کتابی در پرتو آیه ۵ سوره مائده دکتر محمد جواد عنایتی راد
۱۴۱	تأملی در مستندات فقهی ماده ۴۶۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ علی محمدیان - دکتر محمد محسنی دهکلانی - دکتر محمدتقی قبولی در افشان
۱۵۹	عقل و به‌کارگیری آن در اندیشه فقهی فیض کاشانی سید محمد موسی مطلبی - حسن جمشیدی
۱۷۷	تبیین استقلال مرد در طلاق بر اساس ماهیت تملیکی عقد نکاح دکتر مهدی موحدی محب
۱۹۷	نقش قضیه حقیقیه در اصول فقه سید روح اله میرقیصری
۲۲۸	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹
زمستان ۱۳۹۳، ص ۲۳-۹

زمان تعیین مبیع در بیع کلی*

دکتر احمد باقری

استاد دانشگاه تهران

Email: a_bagheri41@yahoo.com

شکیبا امیرخانی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

Email: shakiba_amirkhany@yahoo.com

چکیده

در نظام حقوقی اسلام، عقد بیع در شمار عقود تملیکی قرار دارد، بی آن که میان معین بودن مبیع و کلی بودن آن تفاوتی وجود داشته باشد. از این رو در زمان تشخیص مبیع، در فرضی که مبیع کلی باشد، میان فقیهان اختلاف نظر گسترده‌ای وجود دارد که آثار مختلف و بعضاً متناقضی را به دنبال داشته است. تبیین این مهم و تحلیل آن برای دستیابی به نظریه‌ای متقن، می‌تواند از تشتت آرا به‌کاهد و احکام این عقد پرکاربرد را شفاف‌تر سازد. قانون مدنی نسبت به این مسأله اجمال دارد و همین امر باعث شده است که برخی حقوق‌دانان، به تبعیت از نظام‌های حقوقی غرب، بیع را در فرض کلی بودن مبیع، عهدی بدانند و آن را از شمول عقود تملیکی خارج سازند. در این پژوهش نخست تبیین دقیقی از مفهوم کلی و اقسام آن به عمل آمده و با توجه به آن، آرای مختلف فقیهان در ارتباط با زمان تشخیص مبیع کلی مورد بررسی قرار گرفته است. بر اساس یافته‌های این نوشتار، کلی مشاع با افراز معین می‌شود و در بیع کلی در معین و کلی در ذمه، اراده جدی بایع که مشتری گزینش و تسلیم مصداق کلی را به وی تفویض نموده است، معیار تشخیص مبیع خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: مبیع، معین بودن، کلی در معین، کلی در ذمه، کلی مشاع.

مقدمه

عقد بیع در فقه اسلامی یکی از اسباب تملیک عین شمرده شده است. فقیهان در توصیف شرایط و ویژگی‌های مبیع، آن را منحصر به عین شخصی و معین ندانسته و بر امکان مبادله مبیع کلی در یکی از قالب‌های کلی در معین، کلی مشاع و کلی فی الذمه تأکید ورزیده‌اند. گرچه مبیع کلی در ضمن یکی از افراد و مصادیق خود در عالم خارج وجود می‌یابد، اما این که کدام فرد از افراد کلی را منحصرأ می‌توان مبیع شمرد و آثار و احکام مبیع معین را بر آن مترتب ساخت، سوالی است که به نظر می‌رسد اندیشمندان فقه اسلامی برای دستیابی به پاسخ دقیق آن اهتمام کافی نورزیده‌اند و از این رو در متفرعات مباحث بیع نظیر خیاری عیب، خیاری رؤیت و قاعده تلف مبیع پیش از قبض و مباحث مشابه در دیگر عقود، به تشتت آراء و استدلالات نه چندان متقن، گرفتار آمده‌اند. به عنوان مثال برخی تسلیم یکی از مصادیق را برای تشخیص مبیع کلی کافی دانسته و برخی دیگر بر این باورند که عنوان مبیع تنها بر افرادی از کلی صادق است که برخوردار از سلامت و عاری از هرگونه عیب باشند و به قبض مشتری نیز درآیند. پراکندگی آراء فقیهان، قانون مدنی کشور را نیز متأثر ساخته و قانون‌گذار را به سکوت در این باره واداشته است تا آن‌جا که اغلب حقوق‌دانان برای رفع این اجمال به براطلاق صریح قانون‌گذار در خصوص تملیکی بودن همه اقسام بیع پای نهاده و با عهدهی شمردن بیع کلی، تسلیم و تشخیص و تملیک مبیع کلی را هم‌زمان تصور کرده‌اند، بدان معنا که با تسلیم مبیع کلی، تشخیص و تملیک آن نیز محقق خواهد شد. در این نوشتار تلاش می‌شود ضمن حفظ خصیصه تملیک در عقد بیع، آراء و نظرات فقیهان در خصوص زمان و چگونگی تشخیص مبیع کلی، مورد نقد و ارزیابی قرار گیرد تا از این رهگذر بتوان به شاخصه‌ای منطبق بر موازین مسلم فقهی دست یافت که زمان تعیین اقسام مبیع کلی را به دقت روشن سازد.

مفهوم‌شناسی

مفاهیم را از حیث نحوه اطلاق آن‌ها بر مصادیق خارجی به دو قسم کلی و جزئی تقسیم کرده‌اند. براین اساس مفهومی را جزئی گویند که تنها بر یک فرد خارجی قابل اطلاق باشد و در مقابل مفهومی کلی است که قابلیت انطباق بر افراد متعدد را دارا باشد (جعفری لنگرودی، ۵۷۴). از سرایت تعاریف پیش گفته به اموال موضوع مبادله در عقد بیع، می‌توان بیع را نیز ذیل دو عنوان کلی و جزئی جای داد، بدین بیان که چنان‌چه عین معین و شخصی منحصرأ، مقصود

طرفین عقد در تملیک و تملک واقع شود، بیع جزئی است و هرگاه مبیع از قابلیت انطباق بر مصادیق متعدد برخوردار بوده و این افراد به نحو علی البدل موضوع عقد قرار گیرند، بیع کلی خواهد بود.

مبیع کلی از نظر فقیهان به سه دسته تقسیم می‌شود:

ا- کلی در معین

ممکن است طرفین بیع به جای آن که قصد خود را متوجه عین شخصی و معین نمایند، متعلق عقد خود را عین کلی قرار داده و بر لزوم تأدیه مبیع از افراد معین موجود در خارج تراضی نمایند، مانند آن که شخصی یکی از ده یخچال همانند موجود در یک فروشگاه را خریداری نماید، بدون آن که یکی از آن‌ها را مورد اشاره قرار دهد و قصد جدی خود را به آن معطوف سازد. در این صورت فروشنده ملزم به تعیین و تسلیم یخچال مشتری از میان ده یخچال مذکور خواهد بود. این مبیع را کلی در معین می‌نامند، زیرا از یک سو هنگام عقد از تشخیص بی‌بهره و قابل اطلاق بر هریک از یخچال‌های موجود در فروشگاه است و از دیگر سو انحصار افراد قابل انطباق در مصادیق معین، مبیع کلی را تا حدی از عدم تعیین دور ساخته است. (همان، خویی، ۳۲۳/۵) ماده ۳۵۰ قانون مدنی در تبیین اقسام مبیع، به کلی در معین اشاره‌ای نکرده و در کنار «مبیع مشاع» و «کلی فی الذمه» تنها به ذکر «کلی از شی متساوی الاجزا» اکتفا کرده است،^۱ همان‌طور که در وضع ماده دیگر نیز کلی در معین را «در حکم عین خارجی» دانسته است.^۲ به نظر می‌رسد این همانی یاد شده در کلام قانون‌گذار به جهت موجود و معین بودن مصادیق همسان در مبیع «کلی در معین» باشد، تا آن‌جا که آن را تا حدی از اقسام دیگر کلی متمایز ساخته و در بعضی موارد احکام عین معین خارجی را بدان بخشیده است.

ب- کلی در ذمه

چنان‌چه مبیع از جنس دین باشد، اصطلاحاً به آن کلی فی الذمه گفته می‌شود که مشتمل بر دو قسم است:

قسم اول: گاه بایع دینی را که بر ذمه دیگری نسبت به او مستقر شده است، به مدیون یا شخص ثالث می‌فروشد. به عنوان مثال «الف» از «ب» یک تن برنج طلبکار است و این دین را مبیع در بیعی قرار می‌دهد که با «ب» یا «ج»، منعقد می‌سازد. از آن‌جا که مبیع در بیع مذکور

۱- ماده ۳۵۰ قانون مدنی: مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد

۲- ماده ۴۰۲ قانون مدنی: هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بایع مختار در فسخ معامله می‌شود.

دینی است که ذمه مدیون پیش از انعقاد عقد به ایفای آن متعهد گردیده است، لذا در اتصاف آن به اوصاف مالیت و ملکیت تردیدی وجود ندارد، زیرا فروشنده هنگام عقد مالک مالی است در ذمه و عهده دیگری، که آن را متعلق بیع خود قرار داده و به ملکیت مشتری در می آورد، هرچند مال موضوع تملیک از جنس دین و قرارگاه آن به جای عالم خارج، ذمه مدیون باشد. (خویی، ۳۱۲/۲؛ نایینی، المکاسب و البیع، ۸۹/۱؛ جزایری، ۳۳/۱)

قسم دوم: ممکن است مبیع کلی، دینی باشد که به محض تحقق عقد ذمه بایع به ادای آن متعهد می گردد، مانند فرضی که «الف» یک تن برنج را به اعتبار وجودش در آینده ای مشخص به «ب» می فروشد که در فقه از آن با عنوان بیع سلف یاد می شود. برخی فقها بر این باورند که در چنین بیعی هم زمان با انعقاد عقد، وجود اعتباری مال در ذمه بایع شکل گرفته و به تملیک مشتری در می آید، حال آن که بعضی بر تقدم اعتبار مذکور بر بیع تأکید دارند و نظر خویش را با لزوم مالیت موضوع بیع پیش از عقد، مستدل می سازند. (خویی، همان؛ نایینی، منیه الطالب، ۴۰/۱)

برخی حقوق دانان کلی فی الذمه را فاقد وجود خارجی معرفی کرده و این ویژگی را وجه تمایز این کلی از سایر اقسام آن دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۵۷۵)، حال آن که بر خلاف تلقی این بزرگان، فقدان وجود خارجی نه تنها سبب افتراق اقسام مبیع کلی از یکدیگر نخواهد شد، بلکه وجه اشتراک آنها نیز به شمار می آید، زیرا مبیع کلی اعم از آن که کلی در معین، کلی مشاع یا کلی فی الذمه باشد، تا زمانی که در ضمن یکی از افراد و مصادیق خود متعین نگردد، وجود خارجی نخواهد یافت. بنابراین در بیان تفاوت میان اقسام کلی باید گفت که مصادیق قابل انطباق در کلی فی الذمه، منحصر در محدوده خاصی از افراد خارجی نیست و تسلیم هر فرد واجد اوصاف مقرر در بیع، سبب براءت ذمه متعهد خواهد شد، حال آن که در دو قسم دیگر تسلیم مبیع از میان مصادیق معین خارجی منظور طرفین قرار گرفته است. (خمینی، البیع، ۳۳/۱-۳۴).

ج- کلی مشاع

چنانچه مقدار معینی از عین موجود در خارج به قید اشاعه مورد معامله قرار گیرد، مبیع را کلی مشاع می نامند، مانند آن که «الف» نصف مشاع یک تن برنج را از «ب» خریداری کند. (جعفری لنگرودی، ۵۷۴؛ خویی، ۳۱۰/۵) نام گذاری مبیع مشاع به کلی از آن روست که اشاعه سبب سرایت مالکیت شرکا در تمام ذرات مال موضوع شراکت، به قدر سهم هر یک از ایشان

می‌گردد. بنابراین پیش از تعیین سهام و تفکیک آن‌ها از یکدیگر، هریک از ذرات مال، متعلق حق همه شرکا و تصرف هر شریک در آن متوقف بر اذن سایر شریکان خواهد بود. بدین ترتیب در مثال فوق «الف» نمی‌تواند پانصد کیلو از برنج خریداری شده را جدا کرده و به عنوان ملک خود به آن اشاره کند، هم‌چنان که «ب» نیز فاقد این اختیار است، زیرا در هر دانه برنج حق هر دوی ایشان به نحو تنصیف به هم آمیخته است و می‌توان آن را مال هردو به حساب آورد.

گرچه اغلب فقیهان عین مشاع را این‌گونه ترسیم کرده و بیع آن را در شمار اقسام بیع کلی جای داده‌اند، اما از کلام برخی دیگر چنین بر می‌آید که ایشان موضوع کلیت مبیع مشاع را چندان باور نداشته و بر این نظرند که در فروش مال به قید اشاعه، همانند فرض معین بودن مبیع، کل مال به ملکیت مشتری داخل می‌گردد. تنها وجه افتراق این دو قسم از بیع آن است که در فروش عین مشاع، مالکیت هریک از بایع و مشتری ناقص و به قدر سهم شراکتی ایشان است، حال آن‌که مالکیت مشتری بر مبیع معین خریداری شده، کامل و بدون نقص است. (خویی، ۳۱۶/۵) تبیین متفاوت این فقیهان از ماهیت افراز و عدم تأثیر آن در تعیین سهم شرکا، گواهی بر دیدگاه ایشان در خصوص تفاوت میان مبیع معین و مشاع است. (همان، ۳۱۹)

اختلاف نظر فقیهان در زمان تعیین مبیع کلی

هرچند فقیهان در آثار خود بر صحت و جواز بیع کلی تأکید ورزیده‌اند، اما بحث مستقلاً را به چگونگی تعیین مبیع کلی و خروج آن از وصف کلیت اختصاص نداده‌اند. با وجود این از دقت در آرای ایشان می‌توان به شاخصه‌های زیر جهت تعیین مبیع کلی دست یافت.

أ- ایفای تعهد و تسلیم یکی از مصادیق کلی

یکی از آثار بیع صحیح، تعهد فروشنده و خریدار به تسلیم مبیع و ثمن است که اطلاق این اثر شامل فرضی که مبیع یا ثمن از وصف کلیت برخوردار است نیز می‌گردد. حال چنان‌چه کالای فروخته شده کلی در معین یا کلی فی‌الذمه باشد، بی‌تردید تسلیم چنین مبیعی به مشتری از طریق تأدیه یکی از افراد و مصادیق آن کلی به عمل خواهد آمد. برخی فقیهان بر این باورند که با تسلیم فردی که عرفاً واجد عنوان کلی موردنظر است و قبض مصادق یاد شده توسط متعهدله، موضوع قرارداد از حالت کلیت خارج شده، متعین خواهد شد و از آن پس فرد تسلیم

شده از اوصاف و خصوصیات مبیع عین معین برخوردار می‌گردد.^۳ به عنوان مثال چنانچه فرد مذکور معیوب باشد، هم‌چون فرضی که عیب مبیع شخصی آشکار شود، امکان فسخ بیع برای مشتری متصور خواهد بود. (محقق حلی، ۴۳/۲؛ شیخ طوسی، ۹۵/۲؛ نجفی، ۲۴/۲۴-۲۸؛ شهید ثانی، ۳/۳۴۲)

با وجود آن‌که این اندیشمندان تا حدی سعی بر التزام نسبت به آثار نظر برگزیده خویش داشته‌اند اما به نظر می‌رسد در برخی موارد ناخواسته تبعاتی را پذیرفته‌اند که ناشی از تلقی کلیت موضوع قرارداد حتی پس از قبض مصداق و تعیین مبیع است. از جمله آن‌که اغلب ایشان بر امکان مطالبه بدل فرد معیوب در عرض حق فسخ اتفاق داشته و بر اختیار مشتری در انتخاب هر یک از گزینه‌های پیش‌گفته تأکید ورزیده‌اند و صرفاً در برخی شرایط تحقق این تخیر اختلاف نظر دارند (همان‌ها) حال آن‌که هم‌زمانی تبدیل فرد معیوب به فرد سالم با استحقاق فسخ معامله ممکن نیست، زیرا امکان فسخ نتیجه مبیع شمردن فرد به قبض در آمده است در حالی که ابدال از عدم صدق عنوان مبیع بر فرد مقبوض ناشی می‌شود و این دو مبنا کاملاً با یکدیگر متناقض‌اند. (نایینی، منیة الطالب، ۱۷۸/۲-۱۷۹) از طرفی چگونه می‌توان تصور نمود مبیع کلی در ضمن یکی از مصادیق خود در عالم خارج محقق شده و مصداق خارجی به واسطه قبض مشتری متعلق انشاء و قصد طرفین نیز قرار گیرد و آن‌گاه به جهت ظهور عیب در فرد منظور امکان عدول از قصد مشترک و بازگرداندن وصف کلیت به مبیع وجود داشته باشد؟ همین اشکال به درستی از سوی برخی فقیهان نیز مطرح شده که پاسخ قانع‌کننده‌ای به آن داده نشده است. (خمینی، ۲/۲۸۵)

از توجیهات برخی فقیهان چنین به نظر می‌رسد که ایشان برای کلیت موضوع عقد بیع ماهیتی مستقل قائل‌اند تا آن‌جا که انقلاب معاوضه میان کلی و ثمن را به فرد و ثمن، حتی در فرض تعیین قطعی کلی در ضمن فرد، محال شمرده‌اند (اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ۴/۴۴۰). گویا از نظر ایشان چنانچه مبیع کلی متعلق بیع واقع شود، هیچ‌گاه نمی‌توان وصف کلیت را از آن سلب و هم‌چون مبیع عین معین با آن رفتار نمود، حتی پس از تسلیم یکی از مصادیق کلی از سوی بایع و قبض آن فرد توسط مشتری به دیگر بیان گرچه با این تسلیم ذمه فروشنده از تعهد تسلیم مبیع بری گردد اما چنین بیعی همواره مبادله مبیع کلی در برابر ثمن

۳ - از نظر برخی فقیهان که فسخ بیع به سبب عیار رؤیت را در بیع کلی در معین و کلی مشاع امکان‌پذیر می‌دانند، چنین بر می‌آید که ایشان فرد به قبض در آمده از این دو قسم کلی را

مبیع می‌شمرده‌اند. (طباطبایی قمی، ۲۸۳/۴) همچنان‌که برخی این روش را به تشخیص مبیع کلی در معین، اختصاص داده‌اند. (جزایری، ۱/۳۲)

خوانده شده و از این رو امکان تبدیل فرد مقبوض واجد عیب با فردی سالم از آن کلی موجه خواهد بود.

از دیگر دلایلی که عدم پای‌بندی برخی از این فقیهان را نسبت به لوازم نظریه خویش آشکار می‌سازد، مشروع ندانستن حق فسخ برای مستأجر در فرضی است که موضوع اجاره کلی و فرد تسلیم شده به مستأجر، معیوب باشد. در چنین حالتی ایشان استحقاق فسخ اجاره را تنها در صورت تعدّر ابدال متصور دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۲۲۹/۳؛ نجفی، ۳۱۵/۲۷-۳۱۶). حال آن‌که به نظر می‌رسد میان عقد اجاره و بیع از حیث استدلال بر ثبوت یا عدم امکان فسخ تفاوتی نیست، زیرا داوری عرف به عنوان مهم‌ترین زیربنای نظر ایشان در هر دو عقد یکسان است و از طرفی دلایل خاصی وجود ندارد که نحوه تعیین موضوعات کلی در عقود مختلف را به تمایز بیان کرده باشد. بنابراین چنان‌چه قبض مصداق کلی از سوی متعهدله در تشخیص آن کافی شمرده شود، این قاعده برخوردار از اطلاق و قابل سرایت به همه معاملات در فرض کلیت موضوع آن‌ها خواهد بود و از این رو نمی‌توان آن را تنها به اقسام خاصی از بیع نظیر صرف و سلم^۴ منحصر دانست.

ب- تسلیم فرد عاری از عیب از سوی متعهدله

از بررسی و تتبع در آثار فقیهان چنین بر می‌آید که اغلب ایشان تسلیم یکی از مصادیق را در تشخیص مبیع و ثمن کلی ناکافی دانسته و ضمن اعتبار شرط ضمنی سلامت در مصداق به قبض در آمده، تنها آن فرد از کلی را که عاری از هرگونه عیب باشد، برای صدق عنوان مبیع یا ثمن صالح دانسته‌اند. (ابن ادریس، ۴۷۳/۲-۴۷۴؛ کرکی، ۹۲/۷؛ یزدی، العروة الوثقی، ۳۴/۵؛ بحرانی، ۶۱۴/۲۱) برخی نیز قدمی فراتر نهاده و نه تنها صحت و سلامت از عیوب را برای مبیع یا ثمن خواندن فرد تسلیم شده لازم شمرده‌اند، بلکه برخورداری کامل فرد مقبوض از صفات مقرر میان طرفین را نیز ضروری دانسته‌اند؛ آن‌گونه که به صراحت اعلام می‌دارند چنان‌چه مصداق اعطا شده از مبیع کلی فاقد برخی از اوصاف مورد توافق طرفین باشد، مشتری مکلف است مال بایع را که بی‌جهت در تصرفش قرار گرفته به وی بازگرداند و مبیع را مطالبه کند. (مظفر، ۱۶۷/۲)

در توجیه نظریه انطباق مبیع کلی بر مصداق واجد سلامت چنین استدلال شده است که مبیع عین معین از آن‌جا که قابلیت تقیید را دارا نیست، ناگزیر در هر حال و حتی در صورت

۴ - نظریه تعیین مبیع کلی از طریق تسلیم یکی از مصادیق از سوی قائلان به آن صرفاً در ابواب بیع صرف و سلم مطرح گردیده است.

نقصان و عیب یا تخلف از اوصاف مقرر، متعلق بیع واقع شده و مبیع خوانده خواهد شد، اما چنانچه مبیع کلی باشد، به جهت آنکه از قابلیت تضییق و تقیید برخوردار است، از این رو افرادی از کلی مبیع خواهند بود که ضمن بهره‌مندی از صفات مورد توافق، معیوب نباشند. (اصفهانی، الاجاره، ۵۳) به عنوان مثال چنانچه اتومبیلی به نحو کلی در معین یا کلی در ذمه فروخته شود، صرفاً اتومبیل‌هایی را می‌توان مبیع شمرد که از همه اوصاف برخوردار بوده و دچار نقصان و عیب نباشند. بنابراین اتومبیل‌های فاقد این ویژگی اساساً در دایره مبیع کلی جای ندارند و حتی تسلیم نیز به مبیع شدن آن‌ها کمکی نخواهد کرد. بدیهی است پذیرش این استدلال نخست متوقف بر آن است که دخالت وصف صحت برای صدق عنوان مبیع پذیرفته شود تا آن‌گاه بتوان گفت چنانچه فرد ایفا شده از مبیع کلی معیوب باشد، فرد مذکور را نمی‌توان مبیع نامید؛ (همان، ۵۴) حال آنکه دلیلی بر اثبات این مدعا وجود ندارد. از این رو برخی فقیهان ضمن اجتناب از قبول مقدمه نخست، بر این باورند که سلامت مبیع از عیوب در ذات و عنوان آن بی‌تأثیر است. (سبزواری، ۱۷/۱۸؛ اصفهانی، الاجاره، ۵۴)

گزینش نظریه تعیین مبیع کلی در مصداق عاری از عیب، اغلب صاحبان این نظر را برآن داشته است که جریان خیار عیب را در بیع کلی به صراحت انکار کنند و برای مشتری که مصداق معیوب به وی تسلیم شده است، صرفاً حق مطالبه بدل را متصور بدانند، زیرا همان‌گونه که گفته شد، به زعم ایشان فرد واجد عیب که به قبض مشتری در آمده است را نمی‌توان مبیع خواند و از این رو مشتری حق دارد با ردّ فرد معیوب به فروشنده، فرد سالمی از همان مبیع را درخواست کند (یزدی، حاشیه المکاسب، ۷۰/۲). از طرفی این فقیهان برای آن‌که به اشکال نادیده انگاشتن اطلاق اخبار مربوط به خیار عیب که به صراحت همه اقسام مبیع را شامل می‌گردد، دچار نشوند، ناگزیر واژه «ردّ»^۵ (حرّ عاملی، ۳۰/۱۸) مذکور در این روایات را در فرض کلیّت موضوع بیع، به ردّ تطبیق و وفا تعبیر کرده (اصفهانی، الاجاره، ۵۴) و در توجیه آن گفته‌اند به لحاظ اختلاف در مقتضای بیع، ردّ نیز شامل دو صورت است بدین ترتیب که چنانچه مبیع معیوب، عین معین باشد، ردّ آن به منزله فسخ عقد است و هنگامی که مبیع کلی بوده و فرد تسلیم شده از آن کلی واجد عیب باشد، ردّ مصداق به مثابه ردّ تطبیق کلی بر فرد مقبوض است و نه به معنای زوال عقد و از این نوع ردّ به «ابطال تطبیق» (نجفی، ۲۵/۲۴) یا

۵ - عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال إن كان الشيء قائماً بعينه، رده على صاحبه وأخذ الثمن وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبيغ،

يرجع بنقصان العيب» (برای دیدن روایت مشابه رک: وسائل الشیعه، ۳۰/۱۸، حدیث ۳ از باب ۱۶)

«فسخ وفا» (یزدی، حاشیه مکاسب، ۷۰/۲) تعبیر کرده‌اند، حال آن‌که توجیه یاد شده، ادعایی است که در کلام این بزرگان دلیلی بر اثبات آن به چشم نمی‌خورد. زیرا آنچه از معنای واژه «رد» متبادر می‌گردد، «فسخ عقد» است. (همان) از این رو چنانچه مدّعی این فقیهان استعمال این واژه در بیش از یک معنا با لحاظ تفاوت در اقسام مبیع است، بایستی دلیلی بر این استعمال خلاف اصل ارایه گردد که مغفول مانده است.

بر مبنای نظر ایشان تنها زمانی که مبادله فرد معیوب با فرد سالم نامقدور گردد، می‌توان امکان فسخ عقد را به استناد خيار تعدّر تسلیم پیش‌بینی کرد. در این میان فرقی ندارد سبب این تعدّر عجز فروشنده باشد یا معیوب در آمدن تمام افراد مبیع کلی (یزدی، حاشیه المکاسب، ۷۰/۲؛ اصفهانی، الاجاره، ۵۶) به دیگر بیان حتی در فرضی که بیش از یک فرد از کلی باقی نمانده و آن فرد منحصر نیز مبتلا به نقصان و عیب است، نمی‌توان مصداق مذکور را مبیع نامید و مطالبه ارش یا فسخ عقد را به استناد خيار عیب مشروع دانست. هرچند به نظر می‌رسد برخی از این فقیهان انحصار کلی در مصداق معیوب را سبب تعیین قهری مبیع و به تبع جواز جریان خيار عیب دانسته‌اند، بدون آن‌که میان کلی در ذمه و کلی در معین تفاوتی قائل شوند. (سبزواری، ۱۸۵/۱۷)

به نظر نمی‌رسد نظریه یاد شده نیز از مبانی فقهی و منطقی استواری برخوردار باشد، چه آن‌که تنها معیار ممتاز کننده مبیع و ثمن در عقد بیع، قصد جدی طرفین است و در این خصوص میان کلی یا عین معین بودن موضوع قرارداد تفاوتی نیست. به عبارت دیگر هم‌چنان که عین معین پس از تحقق عقد و تعلق قصد طرفین مبیعه بر تملیک آن، مبیع خوانده شده و تمام آثار مبیع بر آن مترتب می‌شود، عین کلی نیز پس از آن‌که در ضمن یکی از مصادیق خود، به نحو قطعی متعلق قصد انشای طرفین قرار گیرد، ناگزیر مبیع خواهد بود و در هر دو حال عدول از این قصد میسر نیست مگر به یکی از طرق مشروع فسخ و انحلال بیع. حال در بیع کلی که مشتری اختیار تعیین یکی از افراد مبیع کلی را به بایع تفویض کرده و بایع بر اساس این توافق، یکی از مصادیق آن کلی را به مشتری تسلیم کرده و او نیز فرد اعطا شده را به قصد مبیع بودن پذیرفته است و تملک می‌کند، چگونه می‌توان مدّعی بود بقیه افراد مبیع کلی هم‌چنان متعلق قصد طرفین به نحو علی‌البدل است و از این رو در صورت ظهور عیب در فرد تسلیم شده، مشتری می‌تواند بدل فرد معیوب را مطالبه کند؟ بر فرض آن‌که شخصی مالی را به صورت کلی در معین یا کلی در ذمه خریداری کرده و هنگام تسلیم، خود یکی از مصادیق آن

را انتخاب و بایع نیز ضمن اعلام رضایت، فرد منتخب مشتری را به وی تسلیم کند، آیا باز هم می‌توان گفت در صورت معیوب در آمدن آن فرد، مشتری حق مطالبه بدل مبیع معیوب را داراست؟ پاسخ می‌تواند مثبت باشد، زیرا بر اساس نظر کسانی که سلامت مبیع را در تشخیص آن شرط دانسته‌اند، فرد انتخاب شده در حقیقت عنوان مبیع را نخواهد داشت. در رد این سخن باید گفت که سلامت مبیع در تشخیص آن مدخلیتی ندارد، زیرا در مبیع عین معین نیز در فرض معیوب بودن آن، مشتری حق مطالبه بدل را ندارد و صرفاً می‌تواند بیع را فسخ کند یا ارش بگیرد. پس می‌توان گفت که سلامت مبیع یا اقتضای اطلاق بیع است یا به عنوان شرط ضمنی یا تبانی در عقد بیع لحاظ می‌شود و در این میان متفاوت نیست که مبیع کلی یا عین معین باشد. آری؛ تفاوت در این است که در مبیع عین معین، عقد از همان ابتدا بر همان فرد خاص واقع شده و در مبیع کلی عقد در ابتدا بر فرد نامعین واقع شده است و سپس بایع بنابر اختیاری که دارد، مبیع را پس از عقد متعین ساخته است. تعبیر فقیهان که به صراحت از تعین در متن عقد سخن گفته‌اند، (شهید ثانی، شرح لمعه، ۳۳۴/۴) حاکی از این است که مبیع کلی بی‌تردید در خارج از متن عقد محقق می‌شود که در ما نحن فیه بایع معین کننده کلی در خارج از عقد است.

ج- تعین کلی در فرد منحصر

چنانچه مبیع کلی در یکی از افراد خود منحصر گردد بدان معنا که امکان تأدیه آن از طریق مصادق دیگری ممکن نباشد، برخی فقیهان براین باورند که فرد باقیمانده از کلی لزوماً مبیع خواهد بود، بدون آنکه نوع کلی و علت نایابی و انحصار آن در ضمن فرد منحصر، در این مهم تأثیرگذار باشد. (سبزواری، ۱۸۵/۱۷) به نظر می‌رسد علت التزام به این رأی آن باشد که همه افراد کلی متعلق قصد طرفین به نحو علی‌البدل قرار گرفته‌اند و از این رو چنانچه پیش از تعیین قطعی مبیع، افراد کلی به هر دلیل تلف یا معیوب یا آنکه از دسترس فروشنده خارج شوند و تنها مصادیقی از کلی باقی بمانند که برابر با موضوع عقد باشند، قصد طرفین در خصوص افراد برجای مانده، قهراً تنجز خواهد یافت، بدون آنکه اراده یا اقدام دیگری از ناحیه فروشنده و خریدار در این تعین تأثیرگذار باشد. مثل آنکه فروشنده‌ای یکی از ده یخچال موجود در انبار خود را به نحو کلی در معین بفروشد و همه یخچال‌ها جز یکی از آنها سرقت شود. بدیهی است یخچال باقی مانده حتی در فرض عدم رضایت بایع، مبیع خوانده شده و ملک مشتری خواهد بود. بعض دیگر از فقها ضمن تفصیل میان اقسام کلی، انحصار را در

کلی فی الذمه، مفید تعیین و تشخیص ندانسته و بر این نظرند که چنانچه مبیع از نوع کلی در ذمه بوده و در تعداد موضوع قرارداد منحصر گردد، هم چنان صدق عنوان مبیع بر فرد یا افراد منحصر پیش از تسلیم بایع مقدور نخواهد بود و صرفاً پس از تسلیم فروشنده می توان به خروج مال از ملکیت بایع و تملک آن توسط مشتری ملتزم شد. (مامقانی، ۴۶۹/۳) از طرفی چنانکه پیشتر نیز گفته شد، شماری از فقیهانی که سلامت از عیوب را به انضمام تسلیم بایع در تشخیص مبیع کلی لازم می شمردند، انحصار کلی را در تعیین آن بی تأثیر دانسته و در فرضی که آخرین فرد از کلی نیز معیوب باشد، به جای خیار عیب نظر به ثبوت خیار تعدلر تسلیم برای مشتری داشته اند (یزدی، ۷۰/۲) در این میان به نظر می رسد انحصار کلی در تعداد افراد موضوع مبیعه، اعم از آن که کلی در معین یا در ذمه باشد، قصد جدی طرفین را قهراً متوجه افراد باقیمانده خواهد نمود و از این رو بایع مکلف است مصادیق منحصر را که دیگر به آنها مبیع گفته می شود، به مشتری تسلیم کند. بدیهی است چنانچه پس از قبض مشتری عیب مبیع کلی آشکار گردد، بر مبنای خیار عیب، امکان فسخ بیع یا مطالبه ارش برای مشتری فراهم آمده و بدین ترتیب از وی رفع ضرر به عمل خواهد آمد.

د- افراز کلی

افراز و تقسیم، راهکار تعیین مبیع در فرضی است که بایع مال خویش را به قید اشاعه به تملیک مشتری در می آورد. آن گروه از فقیهان که فروش عین مشاع را به جهت عدم تعیین سهم بایع و خریدار از اقسام بیع کلی محسوب داشته اند، افراز و تقسیم مبیع را تنها راه حل رهایی آن از کلیت ناشی از اشاعه، عنوان کرده اند. (جزایری، ۳۳/۱) این نظر در حقوق ایران نیز مورد تأیید واقع شده و افراز با تراضی طرفین یا حکم دادگاه پایان بخش مالکیت مشاعی شرکا، معرفی شده است. (جعفری لنگرودی، ۵۷۴-۵۷۵) در مقابل برخی فقیهان بر این باورند که افراز و تقسیم مبادله ای است میان مملوک مشاعی شرکا که گرچه این تبادل خلاصی از اشاعه و استقلال مالکیت ایشان را به همراه دارد، اما نباید چنین تصور کرد که حق هریک از شریکان کلی است که بدین وسیله تعیین پیدا می کند. (خویی، ۳۱۹/۵) به نظر می رسد نظریه نخست از مبانی محکم تری برخوردار است، زیرا گرچه عین مبیعی که موضوع شراکت قرار گرفته در عالم خارج موجود و از این لحاظ با کلی فی الذمه متفاوت است، اما سهم مشاعی هر یک از شریکان پیش از آن که از سهم دیگر شرکا جدا شود، متعین نیست و هیچ یک از شریکان

۶- إن كان مراد الامامیه هو أنّ حق كل منهما أمرٌ کلی يتعین بالقسمه، فهو لا یصح إلا فی موارد كون المملوك کلیّاً کموارد البیع فی الذمه أو بیع الكل فی الخارج، فإنه يتعین بالتعین.

نمی‌تواند محدوده تحت مالکیت خویش را از دیگران متمایز سازد و آن را به عنوان سهم اختصاصی خویش معرفی کند. درست همانند فروش مبیع کلی در معین که هیچ‌یک از افراد آن را نمی‌توان مبیع نامید، مگر آن‌که یکی از آن افراد برای تسلیم به مشتری به نحو قطعی انتخاب شود. بنابراین می‌توان پذیرفت عین مشاع نیز کلی است که با افراز و از بین رفتن اشاعه تعیین می‌یابد.

تعیین یافتن مبیع کلی در حقوق ایران

هرچند قانون مدنی در ماده ۳۵۰ خود به ذکر اقسام مبیع کلی اکتفا کرده و از احکام مرتبط با بیع کلی صرفاً به عدم جریان خیار رؤیت در آن^۷ و نیز اختصاص خیار تأخیر ثمن به بیع کلی در معین^۸، بسنده کرده است، اما موضوع تعیین مبیع کلی از نگاه اندیشمندان حقوق مخفی نمانده است. نخست باید دانست اغلب حقوق‌دانان اثر مستقیم بیع را در فرض کلی بودن موضوع قرارداد، تعهد به تسلیم و ایفای یکی از مصادیق کلی دانسته‌اند؛ حال برخی از ایشان صراحتاً بر عهده بودن بیع در این فرض تأکید ورزیده و ملکیت را در اثر تسلیم محقق شمرده‌اند (شهیدی، ۳۷) و برخی دیگر گرچه از این صراحت اجتناب کرده و از تملیکی بودن عقد بیع عدول نکرده‌اند، اما بر این باورند که مشتری در بیع کلی، بر ذمه و عهده بایع سلطه و استیلا می‌یابد و از این رو در فرض مذکور مالکیت در معنای عام خود استعمال شده است (امامی، ۵۲۶/۱-۵۲۵). هم‌چنان که بعضی نیز بیع کلی را فراهم آورنده اقتضای تملیک شمرده، نفوذ و استقرار ملکیت را منوط به آن دانسته‌اند که قابلیت پذیرش این حق عینی در موضوع قرارداد ایجاد شود. بنا بر نظر ایشان در فرضی که مبیع کلی است، تا زمانی که فرد مورد تملیک از طرف فروشنده تعیین نشود، خریدار مالک مبیع شناخته نمی‌شود، گرچه قابلیت و استعداد مالک شدن وی به واسطه عقد بیع به وجود آمده باشد. (کاتوزیان، ۶۹/۱)

از آن‌چه در خصوص ماهیت عهده بیع کلی در حقوق ایران گفته شد، چنین بر می‌آید که این اندیشمندان به هم‌زمانی تملیک و تعیین مبیع کلی با تسلیم آن باور داشته‌اند؛ گرچه برخی از ایشان تسلیم مبیع را صرفاً یکی از مبرزات متعارف اراده فروشنده در تعیین مبیع بر شمرده و بر این نظرند که حتی پیش از تسلیم مبیع کلی نیز امکان تعیین و تملیک آن متصور است؛

۷- ماده ۴۱۴ قانون مدنی: در بیع کلی خیار رویت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقررده بین طرفین باشد

۸- ماده ۴۰۲ قانون مدنی

چنان‌که اگر فروشنده مصداقی از مبیع کلی را تعیین، بسته‌بندی و برای خریدار ارسال کند، مشتری مالک کالای ارسال شده خواهد بود. به همین ترتیب اگر مبیع کلی به هر دلیل در سهم خریدار منحصر گردد، مصادیق باقی‌مانده بدون نیاز به تسلیم در ملک مشتری وارد می‌شود. (همان) بعید نیست بر مبنای نظر اخیر بتوان تلف مصداق مبیع کلی قبل از تسلیم به خریدار را مشمول قاعده تلف مبیع پیش از قبض و سبب انفساخ بیع به‌شمار آورد؛ بدین استدلال که تعیین قطعی مصداق کلی از طرف فروشنده، مبیع کلی را در حکم عین معین و شخصی قرار می‌دهد که بایع صرفاً ملزم به تسلیم آن است و از این رو تلف این کالا به منزله تلف مبیع و موجب انحلال بیع خواهد بود. (همان، ۹۲) شاید تشبیه آرا و نظرات فقیهان سبب شده است که استدلال پیش‌گفته در آثار ایشان پررنگ نباشد، تا آن‌جا که سرانجام پاسخ قطعی به پرسش پیرامون نحوه تعیین مبیع کلی را به رویه قضایی واگذارده‌اند. (همان)

نتیجه‌گیری

قصد انشای طرفین مبیعه برای تملیک و تملک یک مال تنها معیار مبیع واقع شدن و انفکاک آن از سایر اموال است، از این رو چنان‌چه بایع و مشتری قصد مشترک خود را بر مبادله عین شخصی و معین معطوف سازند، عین مذکور ناگزیر وصف مبیع را دارا خواهد شد و از این پس سلب این عنوان ممکن نیست، مگر به یکی از طرق مشروع گسستن عقد. این قاعده کلی در فرض کلیت مبیع نیز حاکم است، بدان معنا که اگر مبیع کلی و قابل صدق بر اموال متعدد باشد، برای تعیین مبیع از سایر مصادیق کلی چاره‌ای جز رجوع به قصد انشاء طرفین عقد و زمان شکل‌گیری این قصد مشترک نیست. از این رو در فرضی که مشتری کالایی را با علم به اوصاف آن می‌خرد و امکان تعیین مبیع را از میان مصادیق معین خارجی به بایع واگذار می‌کند، (کلی در معین) از زمانی که بایع قصد جدی خود را به یکی از افراد آن کلی معطوف می‌سازد و مقدمات تسلیم آن را به مشتری فراهم می‌آورد، می‌توان مدعی صدق عنوان مبیع بر فرد انتخاب شده و خروج مبیع از وصف کلیت شد. هم‌چنان‌که اگر بایع و مشتری قرارداد خود را توسعه بخشند و بر تسلیم مبیع از همه افراد واجد وصف که ممکن است هنوز به وجود نیامده باشند، توافق نمایند، (کلی فی‌الذمه) نیز تعیین مبیع متوقف بر تعیین قطعی فرد توسط بایع خواهد بود. بنابراین چنان‌چه کالایی به صورت کلی در معین یا کلی فی‌الذمه فروخته شود، همین که یکی از افراد کلی مورد نظر از سوی بایع جدا و برای تحویل به

مشتري آماده گردد، فرد تعيين شده مبيع خوانده شده و واجد تمام آثار و خصوصياتی خواهد بود که مبيع معين و شخصی از آن بهره‌مند است. بدیهی است در کلی در معین یا کلی در ذمه که مبيع در فرد یا افراد موضوع بيع منحصر است، این تعیین از زمان انحصار محقق می‌شود و از همان هنگام، مصادیق منحصر در تعداد موضوع مبادله را می‌توان مبيع دانست. حال چنانچه مبيع کلی تعیین یافته پس از قبض مشتری معیوب در آید، تنها حق فسخ عقد یا مطالبه ارش را برای مشتری زیان‌دیده فراهم خواهد ساخت و چنانچه مصداق یادشده پیش از تسلیم به مشتری تلف گردد، انفساخ بيع را به دنبال خواهد داشت. اطلاق و عموم بلامعارض برخی روایات که حکایت از ثبوت خيار عيب در فرض کلیت مبيع دارند، گواه صدق این مدعاست، آن‌گونه که حتی مخالفان این نظر را نیز یارای انکار دلالت آن نبوده است. وانگهی نباید از نظر دور داشت که احراز این قصد جدی قدری دشوار است و لذا برای شناخت آن با توجه به نوع و کیفیت اموال موضوع مبادله، بایستی از شواهد و قرائن عرفی نیز مدد جست. در خصوص کلی مشاع نیز بر فرض آن‌که همسانی کلیت آن با کلی در معین و کلی فی‌الذمه پذیرفته شود، تنها راه رهایی از اشاعه و دست‌یابی به مالکیت مستقل، افراز و تقسیم خواهد بود.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۱۰ق.
- الاصفهانی، محمد حسین، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ق.
- _____، *الاجاره*، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۰۹ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ سی و دوم، ۱۳۹۰.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۵ق.
- جزایری مروج، محمد جعفر، *هدی الطالب إلى شرح المکاسب*، قم، طلیعة النور، الطبعة الاولى، ۱۴۲۸ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، ابن سینا، ۱۳۴۶.
- حرّعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، آل‌البیت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ق.
- خمینی، روح‌الله، *کتاب البیع*، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ق.

خمینی، مصطفی، *مستند تحریر الوسيله*، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، الطبعة الاولى، بی تا.

خویی، ابوالقاسم، *مصابیح الفقاهة فی المعاملات*، لبنان، دارالهادی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۲ق.
سبزواری، عبد الاعلی، *مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسة المنار، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۳ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامية، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ق.

_____، *الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية*، بیروت، دار العالم الاسلامی، بی تا.

شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی ۶* (عقود معین ۱)، تهران، مجد، چاپ یازدهم، ۱۳۸۸.
طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامية*، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية، الطبعة الثالثة، ۱۳۸۷ق.

قمی، تقی، *درساتنا من الفقه الجعفری*، قم، مطبعة الخيام، الطبعة الاولى، ۱۴۰۰ق.
کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (درسهای از عقود معین)*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۸.

مامقانی، محمد حسن، *غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب*، قم، مجمع الذخائر الاسلامية، الطبعة الاولى، ۱۳۱۶ق.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، مؤسسة الاسماعیلیان، الطبعة الثانية، ۱۴۰۸ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسة آل البيت، الطبعة الثانية، ۱۴۱۴ق.

مظفر، محمد رضا، *حاشية المظفر على المكاسب*، قم، حبيب، الطبعة الاولى، بی تا.
نایینی، محمد حسین، *منية الطالب فی حاشية المكاسب*، تهران، المكتبة المحمدية، الطبعة الاولى، ۱۳۷۳ق.

_____، *المکاسب و البیع*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ق.
نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، لبنان، دار إحياء التراث العربية، الطبعة السابعة، ۱۴۰۴ق.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *حاشية المكاسب*، قم، مؤسسة الاسماعیلیان، الطبعة الثانية، ۱۴۲۱ق.
_____، *تکملة العروة الوثقى*، قم، کتابفروشی داورى، الطبعة الاولى، ۱۴۱۴ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹
زمستان ۱۳۹۳، ص ۴۵-۲۵

درنگی بر روایتی مشهور در مستندات فقهی شیعه (روایت زره گمشده علی علیه السلام)*

حسن رضازاده مقدم

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، پردیس بین الملل
و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد فریمان

Email: h_rezazadeh118@yahoo.com

دکتر عباسعلی سلطانی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: soltani@um.ac.ir

چکیده

یکی از روایاتی که در فقه و به ویژه در مبحث قضا و شهادات مورد استناد فقهاء شیعه قرار گرفته است، روایت یا داستان زره گمشده علی علیه السلام است. پیدا شدن زره در بازار کوفه در حالی که توسط فردی در معرض فروش قرار داده شده است و مراجعه آن حضرت به قاضی و اقامه دعوا علیه آن شخص و ارائه شاهد بینه در جلسه دادگاه، داستانی است که در طول تاریخ فراوان به آن استناد شده است. بسیاری از فقهای عظام شیعه این روایت را مستند فقهی برخی احکام قرار داده‌اند. این نوشتار ضمن بررسی صحت و سقم این روایت و نقد آن از طریق سند و دلالت، به عدم صحت و جعلی بودن این داستان دست یافته و به بازتاب‌های منفی آن در استنباط‌های فقهی پرداخته است. ارائه مستندات فقهی و تأثیرات منفی داستان در فقه نیز از دیگر مطالب مهم این مقاله است.

کلیدواژه‌ها: روایت زره گمشده، نقد روایی، مستند غیر معتبر فقهی، زره گمشده، امام علی علیه السلام.

مقدمه

فراوان شنیده و خوانده‌ایم که علی علیه السلام زره خویش را گم کرد و بعد از مدتی آن را در بازار کوفه در دست مردی یهودی یا مسیحی یافت که آن را در معرض فروش گذاشته بود، حضرت به آن مرد فرمود که این زره مال اوست آن مرد قبول نکرده و برای طرح دعوا به شریح قاضی مراجعه می‌شود. قاضی ابتدا از علی علیه السلام برای ادعای خود شاهد و بینة می‌خواهد، اما چون حضرتش برای ادعای خویش شاهد و بینة ندارد، شریح به نفع آن مرد رأی داده و زره را به او می‌دهد. پس از خروج از دادگاه آن مرد غیر مسلمان از رفتار علی علیه السلام و قاضی دادگاه اسلامی متأثر شده بر می‌گردد و علاوه بر این که زره را به علی علیه السلام بر می‌گرداند خود نیز مسلمان می‌شود و

با توجه به این که شخصیت اصلی این داستان علی علیه السلام است. خواندن این داستان سؤالاتی در ذهن ایجاد کرده به گونه‌ای که قبول چنین داستانی را مشکل می‌نماید. سؤالاتی از این دست که: آیا این داستان صحت دارد؟ آیا می‌شود امام معصوم را به دادگاه کشاند؟ کلام و امر معصوم علیه السلام تا چه حد نافذ است؟ آیا می‌شود از امام معصوم شاهد و بینة خواست؟ آیا رد ادعای معصوم امکان‌پذیر است؟ استناد به روایت غیر معتبر چه جایگاهی در فقه دارد؟ یافتن پاسخی استاندارد، مستند، منطقی و علمی در تقویت اعتقادات ما بسیار موثر بوده، و موجب استحکام نظام فقهی شیعه نیز خواهد شد. لذا به منظور یافتن پاسخ سؤالات با مراجعه به منابع مختلف و نیز استفاده از نرم افزار کتابخانه اهل بیت و شامله، موضوع، مورد تحقیق و بررسی قرار گرفت که توضیحات تفصیلی آن در پی خواهد آمد.

ورود داستان به فقه شیعه

داستان زره گم شده علی علیه السلام، مستند فقهی برخی فقهای شیعه اعم از معاصر و متقدم قرار گرفته است. این داستان در دو موضع از مبحث قضاء مورد بحث و استناد فقها قرار گرفته است:

موضع اول: تسویه خصمین

«وَأَمَّا مَوْضِعُ الْجُلُوسِ فَإِنَّهُ يَجْلِسُهُمَا بَيْنَ يَدَيْهِ وَلَا يَكُونُ أَحَدُهُمَا أَقْرَبَ إِلَيْهِ مِنَ الْآخَرِ، رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَضَى أَنْ يَجْلِسَ الْخَصْمَانِ بَيْنَ يَدَيِ الْقَاضِي. هَذَا كُلُّهُ إِذَا اسْتَوَيَا فِي الدِّينِ مُسْلِمِينَ أَوْ مُشْرِكِينَ، فَأَمَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَرُ مُشْرِكًا، قَالَ بَعْضُهُمْ:

یرفع المسلم على المشرك في المكان، لما روي أن عليا عليه السلام رأى درعا مع يهودي فعرفها وقال هذه درعي ضاعت مني يوم الجمل، فقال اليهودي درعي و مالي و في يدي، فترافعا إلى شريح و كان قاضي علي عليه السلام فلما دخلا عليه قام شريح من موضعه و جلس على في موضعه و جلس شريح و اليهودي بين يديه فقال علي عليه السلام لولا أنه ذمي لجلست معه بين يديك، غير أنني سمعت النبي عليه السلام يقول: لا تساووه في المجالس. و هذا هو الأولي. (طوسی، المبسوط، ۱/ ۴۹۸؛ شهید اول، الدروس، ۲/ ۷۵؛ شهید ثانی، الروضة البهية، ۳/ ۷۳؛ شهید ثانی، مسالك الافهام، ۱۳/ ۴۲۸؛ شیخ بهایی، جامع عباسی، ۳۵۳؛ مجلسی اول، روضة المتقين، ۱۳/ ۴۲۸؛ محقق السبزواری، كفاية الاحكام، ۲/ ۶۸۱؛ آل عصفور، الشيخ حسين، الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع، ۱۴/ ۵۵؛ طباطبائی، سيد على، رياض المسائل، ۱۵/ ۵۷؛ نجفی، جواهر الكلام، ۴۰/ ۱۴۳)

موضع دوم: اهل صیانات و مروات در دادگاه

«إذا استعدى رجل عند الحاكم على رجل لم يخل المستعدى عليه من أحد أمرين، إما أن يكون حاضرا أو غائبا، فإن كان حاضرا اعتدى عليه وأحضره، سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم، و هو الأقوى عندنا. و ليس في ذلك ابتذال لأهل الصیانات و المروات فإن عليا عليه السلام حضر مع يهودي عند شريح» (طوسی، المبسوط، ۸/ ۱۵۴؛ ابن البراج، المهذب، ۲/ ۵۸۳؛ ابن إدريس الحلبي، ۲/ ۱۷۷؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۸/ ۴۱۱؛ فاضل مقداد، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، ۴/ ۲۴۷؛ فاضل هندی، كشف اللثام، ۱۰/ ۸۰)

چنان‌که ملاحظه شد ورود و تاثیر داستان در فقه به وضوح قابل مشاهده است، اما جایگاه رفیع فقه‌های شیعه ما را از ادامه هرگونه مطلبی باز می‌دارد، چرا که بیان دقائق و ظرائف برای اهل دقت و نظر، لطفی ندارد.

مأخذ شناسی داستان

جستجویی جامع، پیرامون مأخذشناسی داستان به عمل آمد و با صرف زمان نسبتا زیاد برای این داستان حدود ۱۰۰ منبع به دست آمد، که به طور کلی می‌توان این منابع را به ۴ دسته عمده؛ تاریخی، روایی، فقهی و اصولی تقسیم نمود. البته ناگفته نماند که چون این داستان از شهرت قابل توجهی برخوردار است، در منابع دست چندم زیادی از قبیل کتب داستانی، ادبیات کودکان، اخلاقی، سیره، جراید و نیز ذکر شده است که به سبب اطاله مطلب از ذکر آن

خودداری می‌شود.

پس از بررسی کامل و دقیق تمامی مأخذ این داستان، مشخص شد که، این داستان در ۱۰ مأخذ اصلی ذیل نقل شده است.

ردیف	مأخذ	مؤلف	تاریخ فوت (ق)	مذهب
۱	الغارات	ابراهیم بن محمد الثقفی	۲۸۳	شیعه
۲	الاحکام	الامام یحیی بن الحسین	۲۹۸	زیدی
۳	اخبار القضاة	محمد بن خلف بن حیان (وکیع)	۳۰۶	شافعی
۴	نزهة الابصار	علی بن مهدی الطبری المامطیری	۳۶۰	زیدی یا شافعی
۵	الکامل	عبد الله بن عدی الجرجانی	۳۶۵	شافعی
۶	الفصول فی الاصول	احمد بن علی الرازی الجصاص	۳۷۰	حنفی
۷	تیسیر المطالب	یحیی بن الحسین (سید ابوطالب)	۴۲۷	زیدی
۸	حلیة الاولیاء	حافظ ابونعیم الاصفهانی	۴۳۰	سنی
۹	السنن الکبری	البیهقی	۴۵۸	سنی
۱۰	تاریخ مدینة دمشق	ابن عساکر	۵۷۱	شافعی

متن کامل مأخذ

با توجه به این که سند و متن کلیه مأخذ بایستی با دقت مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد لذا ذکر متن کامل همه مأخذ ضروری است.

مأخذ اول

«...حدثنا عمرو بن شمر، عن سالم الجعفی، عن الشعبي، قال: وجد علي - علیه السلام -

درعا له عند نصراني فجاء به إلى شريح يخاصمه إليه، فلما نظر إليه شريح ذهب يتنحى فقال: مكانك، و جلس إلى جنبه، و قال: يا شريح أما لو كان خصمي مسلما ما جلست إلا معه ولكنه نصراني و قال رسول الله - صلى الله عليه وآله -: إذا كنتم وإياهم في طريق فألجؤوهم إلى مضايقة و صغروا بهم كما صغر الله بهم في غير أن تظلموا. ثم قال علي - عليه السلام -: إن هذه درعي لم أبع ولم أهب، فقال للنصراني: ما يقول أمير المؤمنين؟ فقال النصراني: ما الدرع إلا درعي، و ما أمير المؤمنين عندي بكاذب، فالتفت شريح إلى علي عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين هل من بينة؟ - قال: لا، ف قضى بها للنصراني، فمشى هنية ثم أقبل فقال: أما أنا فأشهد أن هذه أحكام النبيين، أمير المؤمنين يمشى بي إلى قاضيه! و قاضيه يقضي عليه! أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، و أن محمدا عبده ورسوله، الدرع و الله درعك يا أمير المؤمنين انبعث الجيش و أنت منطلق إلى صفين فخرت من بعيرك الأوراق فقال: أما إذا أسلمت فهي لك، وحملة على فرس. قال الشعبي: وأخبرني من رآه يقاتل مع علي - عليه السلام - الخوارج في النهروان. (الغارات، ۱/ ۱۲۴)

مأخذ دوم

«و بلغنا عن أمير المؤمنين علي عليه السلام أنه وجد درعا له عند نصراني فأقبل به إلى شريح قاضيه على المسلمين فخاصمه عليه قال فلما رآه شريح رحل له عن مجلسه فقال له: مكانك فجلس إلى جنبه.... (بقية داستان با اندکی تفاوت شبیه مأخذ قبل است) قال فالتفت شريح إلى علي فقال: يا أمير المؤمنين هل من بينة قال: فضحك علي وقال أصاب شريح مالي من بينة ف قضى بالدرع للنصراني، قال: فقام النصراني فمشى هنية ثم رجع ثم قال أما أنا فأشهد أن هذه أحكام الأنبياء، أمير المؤمنين يمشى إلى قاضيه يقضي عليه أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أن محمدا عبده ورسوله الدرع و الله درعك يا أمير المؤمنين اتبع الجيش وأنت منطلق إلى صفين.... (بقية داستان با اندکی تفاوت شبیه مأخذ قبل است) و قاتل مع أمير المؤمنين يوم النهروان. (الأحكام في الحلال و الحرام، ۲/ ۴۴۹-۴۵۰)

مأخذ سوم

الف: «...عن ميسرة عن شريح قال: لما رجع على من قتال معاوية وجد درعا له افتقده بيد يهودي يبيعها فقال علي: درعى لم أبع ولم أهب فقال اليهودي: درعى و في يدي فاختصما إلى شريح فقال له شريح: حين ادعى: هل لك بينة؟ قال: نعم قنبر و الحسن ابني فقال شريح: شهادة الابن لا تجوز للأب قال: سبحان الله رجل من أهل الجنة.

«شهادة المولى لمن هو عنده ولا تجوز» حدثني عبد الله بن أحمد بن حنبل قال: حدثني أبي قال: حدثنا هشيم قال: أخبرنا مجالد عن الشعبي قال: وجد علي عند ابن قفل التميمي درع رجل قتل يوم الجمل فأخذها منه فقال: إني اشتريتها من رجل بأربعة ألف درهم فاختصما إلى شريح فلما جلسا بين يديه قال علي: أني أصبت عند هذا درع رجل أصيب يوم الجمل فقال للآخر: ما تقول؟ قال: ابتعتها من رجل أصيب يوم الجمل فقال لعلي: يبتك فجاء بعبد الله بن جعفر ومولى له فشهدا فكأن شريحا لم يجز شهادة المولى على من عنده وقال: اتبع بيعك بالثمن الذي دفعت إليه وقال: في أي كتاب لله وجدت أن شهادة المولى لا تجوز». (أخبار القضاة، ٢/ ١٩٤)

ب: «... عن ميسرة عن شريح قال: لما توجه علي عليه السلام إلى قتال معاوية افتقد درعا له فلما رجع وجدها في يد يهودي يبيعها بسوق الكوفة فقال: يا يهودي الدرع درعي لم أهب ولم أبع فقال لليهودي: درعي وفي يدي فقال بيني وبينك القاضي قال: فأتياني فقعد على إلى جنبي واليهودي بين يدي وقال: لول أن خصمي ذمي لاستويت معه في المجلس ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: اصغروا بهم كما أصغر الله بهم ثم قال: هذه الدرع درعي لم أبع ولم أهب فقال لليهودي: ما تقول؟ قال: درعي وفي يدي وقال شريح: يا أمير المؤمنين هل من بينة؟ قال: نعم الحسن ابني وقنبر يشهدان أن الدرع ردعي قال شريح: يا أمير المؤمنين شهادة الابن للأب لا تجوز فقال علي: سبحان الله! رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الحسن والحسين سيدا شباب أهل أهل الجنة فقال لليهودي: أمير المؤمنين قدمني إلى قاضيه وقاضيه يقضى عليه أشهد أن هذا الدين على الحق وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله وأن الدرع درعك يا أمير المؤمنين سقطت معك ليلا وتوجه مع علي يقاتل معه بالنهروان فقتل. حدثني سعيد بن أحمد أبو عثمان القارئ قال: حدثنا جعفر بن محمد بن إسحاق بن يوسف الأزرق قال: حدثنا حكيم بن حزام عن الأعمش عن إبراهيم عن شريح عن علي نحوه». (همان، ٢/ ٢٠٠)

مأخذ چهارم

«... ميسرة عن جده شريح: أن أمير المؤمنين عليه السلام لما خرج إلى صفين افتقد درعا له مع يهودي يعرضها لبيعها. فقال له: «يا يهودي الدرع درعي لم أبع ولم أهب» فقال لليهودي الدرع لي وفي يدي، فقال له أمير المؤمنين: «بينى وبينك حاكم المسلمين» فمضيا إلى شريح. فجلس أمير المؤمنين إلى جانب شريح و جلس يهودي بين يدي شريح، فقال له أمير المؤمنين: «لولا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: اصغروا بهم لجلست معه بين يديك ولكني

ارتفعت لان خصمي ذمي» فقال شريح: ما تقول يا امير المؤمنين؟ فقال: «اقول: ان الدرع لى، لم ابع و لم اهب»، فقال شريح: فما تقول يا يهودى؟ فقال: الدرع لى و فى يدي. فقال شريح: الك بينه يا امير المؤمنين؟ فقال: «نعم، هذا قنبر و الحسين يشهدان لى بذلك». فقال شريح: شهادة الابن لاتجوز لابييه يا امير المؤمنين، فقال نشدتك بالله يا شريح اسمعت عمر بن الخطاب و هو يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه و هو يقول: الحسن و الحسين سيدا شباب اهل الجنة، افلا تجوز شهادة رجل من اهل الجنة؟». فلما سمع يهودى مراجعتهم فى ذلك، قال: هذا امير المؤمنين جاء الى قاضى المسلمين و حاكمهم، و الحاكم حكم عليه، و انا اشهد ان لاله الا الله و أن محمدا عبده و رسوله، و ان الدرع درعك حملتها على جمل اوراق و هى معك يوم صفين، فسقطت منك و اخذتها و رد عليه درعه و حضر ذلك الرجل بعد ما اسلم مع امير المؤمنين وقعة النهروان فقاتل حتى قتل بين يديه». (نزهة الابصار و محاسن الابرار، ۳۳۰)

مأخذ پنجم

«... عن إبراهيم التيمي عن أبيه قال اعترف علي درعا له مع يهودي فارتفعوا إلى شريح فاستشهد علي شريحا أسمع عمر يقول سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة قال نعم في قصة ذكرها». (الكامل، ۲ / ۲۲۰)

مأخذ ششم

«... واختصم علي إلى شريح مع يهودي في قصة الدرع، فقضى عليه شريح لليهودي. فقبل قضاءه، و أجازته على نفسه، مع خلافه إياه فيه. فأسلم اليهودي، و قال هذا دين حق تجيزون أحكام قضاتكم عليكم». (الفصول فى علم الاصول، ۴ / ۳۰۹)

مأخذ هفتم

«... حَدَّثَنَا عَمْرُو بْنُ شَمْرٍ، عَنْ جَابِرٍ عَنِ الشَّعْبِيِّ، قَالَ: وَجَدَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ دُرْعًا لَهُ عِنْدَ نَصْرَانِي فَأَقْبَلَ بِهِ إِلَى شُرَيْحٍ يُحَاكِمُهُ، قَالَ: فَجَاءَ عَلِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَتَّى جَلَسَ إِلَى جَنْبِ شُرَيْحٍ فَقَالَ: يَا شُرَيْحُ، لَوْ كَانَ خَصْمِي... (بقية داستان با اندکی تفاوت شبیه مأخذ دوم است) قَضَى بِهَا لِلنَّصْرَانِي. قَالَ: فَمَشَى خَطِيٌّ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: أَمَا أَنَا فَأُشْهِدُ أَنَّ هَذِهِ أَحْكَامُ الْأَنْبِيَاءِ أُمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ يَمْشِي إِلَى قَاضِيهِ وَقَاضِيهِ يَقْضِي عَلَيْهِ، أَشْهِدُ أَنَّ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ؛ الدَّرْعُ وَاللَّهُ دَرْعُكَ يَا أُمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ تَبِعْتُ الْجَيْشَ وَأَنْتَ مُنْطَلِقٌ إِلَى صَفِّينَ فَجَرَرْتَهَا مِنْ بَعِيرِكَ الْأَوْرَقِ. فَقَالَ عَلِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: أَمَا إِذَا أَسْلَمْتَ فَنَهَبَهَا لَكَ. وَحَمَلَهُ عَلَى فَرَسٍ. قَالَ الشَّعْبِيُّ: فَأَخْبَرَنِي مَنْ رَأَاهُ يَقَاتِلُ مَعَ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ خَوَارِجَ». (تيسير

(المطالب، ٩٤)

مأخذ هشتم

«... عن ابراهيم بن يزيد التيمي عن أبيه قال وجد علي بن أبي طالب درعا له عند يهودي التقطها فعرّفها فقال درعي سقطت عن جمل لي أورد فقال اليهودي درعي وفي يدي ثم قال له اليهودي بيني وبينك قاضي المسلمين فأتوا شريحا فلما رأى عليا قد أقبل تحرف عن موضعه وجلس على فيه ثم قال علي لو كان خصمي من المسلمين لساويته في المجلس ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تساووه في المجلس والجؤوهم الى أضيق الطرق فإن سبوكم فاضربوهم وإن ضربوكم فاقتلوهم ثم قال شريح ما تشاء يا أمير المؤمنين قال درعي سقطت عن جمل لي أورد والتقطها هذا اليهودي فقال شريح ما تقول يا يهودي قال درعي وفي يدي فقال شريح صدقت والله يا أمير المؤمنين أنها لدرعك ولكن لا بد من شاهدين فدعى قنبرا مولاه والحسن بن علي وشهدا أنها لدرعه فقال شريح أما شهادة مولاك فقد أجزأنا وأما شهادة ابنك لك فلا نجيزها فقال علي ثكلتك أمك أما سمعت عمر بن الخطاب يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة قال اللهم نعم قال أفلا تجيز شهادة سيد شباب أهل الجنة والله لأوجهنك الى بانقيا تقضى بين أهلها أربعين يوما ثم قال لليهودي خذ الدرع فقال اليهودي أمير المؤمنين جاء معي الي قاضي المسلمين فقضى عليه ورضي صدقت والله يا أمير المؤمنين أنها لدرعك سقطت عن جمل لك التقطتها أشهد أن لا إله إلا الله و أن محمدا رسول الله فوهبها له على و أجزاه بتسعمائة و قتل معه يوم صفين السياق لمحمد بن عون و قال عبدالله بن سليمان فقال علي الدرع لك و هذا الفرس لك و فرض له في تسعمائة ثم لم يزل معه حتى قتل يوم صفين ...»

«حدثناه ... عن شريح قال لما توجه علي الى حرب معاوية افتقد درعا له فلما انقضت الحرب و رجع الى الكوفة أصاب الدرع في يد يهودي يبيعها في السوق فقال له علي يا يهودي هذه الدرع درعي لم أبع و لم أهب فقال اليهودي درعي و في يدي فقال علي نصير الي القاضي فتقدما الى شريح فجلس على الى جنب شريح و جلس يهودي بين يديه فقال علي لولا أن خصمي ذمي لاستويت معه في المجلس سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول صغروا بهم كما صغر الله بهم فقال شريح قل يا أمير المؤمنين فقال نعم ان هذه الدرع التي في يد اليهودي درعي لم أبع ولم أهب فقال شريح ما تقول يا يهودي فقال درعي وفي يدي فقال شريح يا أمير المؤمنين بينة قال نعم قنبر والحسن يشهدان أن الدرع درعي قال شهادة الابن لا تجوز

للأب فقال رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول الحسن و الحسين سیدا شباب أهل الجنة فقال اليهودي أمير المؤمنين قدمني الى قاضيه و قاضيه قضى عليه أشهد أن هذا للحق أشهد أن لا إله إلا الله و أن محمدا رسول الله و أن الدرع درعك كنت راكبا على جملتك الأورق و أنت متوجه الى صفين ف وقعت منك ليلا فأخذتها وخرج يقاتل مع علي الشراة بالنهروان فقتل (كتاب حلية الاولياء و طبقات الاصفياء، ۴ / ۱۳۹، شماره ۲۵۶)

مأخذ نهم

«... عمرو بن شمر عن جابر عن الشعبي قال خرج علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلى السوق فإذا هو بنصراني يبيع درعا قال فعرف علي رضي الله عنه الدرع فقال هذه درعي بيني وبينك قاضي المسلمين قال و كان قاضي المسلمين شريح كان علي رضي الله عنه استقضاه قال فلما رأى شريح أمير المؤمنين قام من مجلس القضاء واجلس عليا رضي الله عنه في مجلسه و جلس شريح قدامه إلى جنب النصراني فقال له علي رضي الله عنه أما يا شريح لو كان خصمي مسلما لعدت معه مجلس الخصم ولكنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تصافحهم ولا تبدؤهم بالسلام ولا تعودوا مرضاهم ولا تصلوا عليهم والجوهم إلى مضايق الطريق و صغروهم كما صغروهم الله اقض بيني وبينه يا شريح فقال شريح تقول يا أمير المؤمنين قال فقال علي رضي الله عنه هذه درعي ذهبت مني منذ زمان قال فقال شريح ما تقول يا نصراني قال فقال النصراني ما اكذب أمير المؤمنين الدرع هي درعي قال فقال شريح ما أرى ان تخرج من يده فهل من بينة فقال علي رضي الله عنه صدق شريح قال فقال النصراني اما انا اشهد أن هذه احكام الأنبياء أمير المؤمنين يجئ إلى قاضيه وقاضيه يقضى عليه هي والله يا أمير المؤمنين درعك أبتعتك من الجيش وقد زالت عن جملتك الأورق فأخذتها فاني اشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله قال فقال علي رضي الله عنه اما إذا أسلمت فهي لك وحمله على فرس عتيق قال فقال الشعبي لقد رأيته يقاتل المشركين هذا لفظ حديث أبي زكريا وفي رواية ابن عبدان قال يا شريح لولا أن خصمي نصراني لجثيت بين يديك وقال في آخره قال فوهبها علي رضي الله عنه له وفرض له الفين وأصيب معه يوم صفين والباقي بمعناه (و روى) من وجه آخر أيضا ضعيف عن الأعمش عن إبراهيم التيمي.» (سنن الكبرى، ۱۰ / ۱۳۶)

مأخذ دهم

الف: «... عن الشعبي قال خرج علي بن أبي طالب إلى السوق فإذا هو بنصراني يبيع درعا قال فعرف علي الدرع فقال هذه درعي بيني وبينك قاضي المسلمين قال وكان قاضي المسلمين

شريح كان علي استقصاه قال فلما رأى شريح أمير المؤمنين قام من مجلس القضاء وأجلس عليا في مجلسه وجلس شريح قدامه إلى جنب النصراني فقال علي أما يا شريح لو كان خصمي مسلما لعدت معه مجلس الخصم ولكني سمعت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقول لا تصافحهم ولا تبدءوهم بالسلام ولا تعودوا مرضاهم ولا تصلوا عليهم وألجئوهم إلى مضايق الطرق و صغروهم كما صغروهم الله اقض بيني وبينه يا شريح قال فقال شريح ما تقول يا أمير المؤمنين قال فقال علي درعي ذهبت مني منذ زمان قال فقال شريح ما تقول يا نصراني فقال النصراني ما أكذب أمير المؤمنين الدرع هي درعي قال فقال شريح ما أرى أن تخرج من يده فهل من بينة فقال علي صدق شريح قال فقال النصراني أما أنا أشهد أن هذه أحكام الأنبياء أمير المؤمنين يجئ إلى قاضيه يقضي عليه هي والله يا أمير المؤمنين درعك اتبعتك من الجيش و قد زالت على جملك الأورق فأخذتها فإني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله قال فقال علي أما إذا أسلمت فهي لك وحمله على فرس عتيق قال فقال الشعبي لقد رأيته يقاتل المشركين. هذا لفظ حديث أبي زكريا و في رواية ابن عبدان قال يا شريح لولا أن خصمي نصراني لجثيت بين يديك و قال في آخره قال فوهبها له علي و فرض له ألفين و أصيب معه يوم صفين و الباقي بمعناه» (تاريخ مدينة دمشق، ٢٣/ ٢٣)

ب: «... عمرو بن شمر عن جابر عن الشعبي قال وجد علي بن أبي طالب درعه عند رجل نصراني فأقبل به إلى شريح يخاصمه قال فجاء علي حتى جلس إلى جنب شريح فقال له علي يا شريح لو كان خصمي مسلما ما جلست إلا معه ولكنه نصراني وقد قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إذا كنتم وإياهم في طريق فاضطروهم إلى مضايقه و صغروا بهم كما صغر الله تعالى بهم من غير أن تطغوا ثم قال علي هذا الدرع درعي لم أبع ولم أهب فقال شريح للنصراني ما تقول فيما يقول أمير المؤمنين فقال النصراني ما الدرع إلا درعي ما أمير المؤمنين عندي بكاذب فالتفت شريح إلى علي فقال يا أمير المؤمنين هل من بينة قال فضحك علي و قال أصاب شريح ما لي بينة فقضى بها للنصراني قال فمشى خطا ثم رجع فقال أما أنا فأشهد أن هذه أحكام الأنبياء أمير المؤمنين قدمني إلى قاضيه و قاضيه يقضي عليه أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده و رسوله الدرع و الله درعك يا أمير المؤمنين أتبعث الجيش و أنت متطلق إلى صفين فخرجت من بعيرك الأورق فقال أما إذا أسلمت فهي لك وحمله على فرس فقال الشعبي فأخبرني من رآه يقاتل الخوارج مع علي يوم النهروان.» (تاريخ مدينة دمشق، ٤٢ / ٤٨٦)

بررسی اعتبار مآخذ

الف: بررسی سند مآخذ

قبل از ورود به بحث، در بررسی مآخذ توجه به دو نکته ضروری است:

- ۱- به جز کتاب الغارات بقیه منابع جزء منابع اهل سنت و زیدیه هستند.
- ۲- الغارات تنها منبع شیعی امامی این داستان است که البته او نیز داستان را از روایان غیر امامی و غیر معتبر ذکر می‌کند.

مآخذ ۲ و ۶

مآخذ دوم و ششم به دو جهت از حیث اعتبار ساقط می‌باشند و قابل استناد نمی‌باشند؛ اول: فاقد سند هستند...

دوم: مؤلف مآخذ دوم (یحیی بن حسین) زیدی مذهب بوده و مؤلف مآخذ ششم نیز حنفی مذهب است. لذا هیچ‌کدام قابل اعتماد و استناد نیستند. و در مورد آن‌ها توثیقی نرسیده است.

مآخذ ۱ و ۷ و ۹ و ۱۰

مآخذ ۱ و ۷ و ۹ و ۱۰ همگی داستان را از شعبی ذکر کرده‌اند.

شعبی کیست؟

در نزد اهل سنت، شعبی افقه الناس و کثیر العلم و ابن عباس زمان خود است. ستایشگر خلفای راشدین است و تمایل شدیدی به آن‌ها دارد، بغض علی علیه السلام را نیز در دل دارد به طوری که حتی از بیان فضائل حضرت ابا داشته و اگر چنانچه بخواهد فضیلتی برای اهل بیت نقل کند خلفای راشدین را نیز شریک می‌کند، ضمن این‌که بدگویی‌هایی از پیروان اهل بیت داشته و آن‌ها را رافضی می‌خواند، اما جالب است که در منابع مهم اهل سنت وارد شده که شعبی همکار و همدست آل مروان و حجاج بوده است. (حلیه الاولیاء ۴/ ۳۲۵؛ تذکره الحفاظ، ۱/ ۸۵؛ مختصر تاریخ دمشق، ۱۱/ ۲۵۱، ۲۵۶، ۲۵۷)

اما در نزد شیعه، شعبی مذموم می‌باشد:

- ۱- صاحب الغارات می‌نویسد: «سه نفر هرگز به علی بن ابی طالب ایمان نیاوردند: مسروق، مرّة، شریح و شعبی چهارمین نفرشان بود.» (الغارات، ۲/ ۵۶۵)
- ۲- شیخ عباس قمی: «... علمای عامه او را به فقاها و وثاقت ستوده‌اند و او را ابن عباس زمان خود گفته‌اند و لکن نزد ما مذموم و مطعون است...» (هدیه الاحباب، ۱۶۳)
- ۳- آیت الله خوئی: «أقول ... و هو الخبیث الفاجر الکذاب المعلن بعداوة لأمیر المؤمنین

(علیه السلام)، وقد ذكرنا شطرا من مخازيه في تفسيرنا (البيان) عند التعرض لترجمة الحارث الأعور. (معجم رجال الحديث، ۲۱۰/۱۰)

گمان نمی‌رود با این تفصیل، در عدم اعتبار روایات شعبی شکی وجود داشته باشد.

مآخذ ۳ و ۴

مآخذ ۳ و ۴ نیز داستان را از قول شریح قاضی نقل کرده‌اند.

در هیچ‌یک از کتب رجال شیعه توثیقی از شریح نرسیده و بلکه در فرهنگ شیعه مورد طعن و لعن هم واقع شده است؛

۱- «شریح القاضي ملعون، روی أبو نعیم عن عمر بن ثابت عن أبي إسحاق قال: ثلاثة لا يؤمنون على علي بن أبي طالب عليه السلام مسروق و مرة و شريح، و روی أن الشعبي رابعهم» (طرائف المقال ۸۹/۲، ۷۴۶۶)

۲- صاحب معجم رجال الحديث توضیحی در باره شریح نداده است و فقط معروفیت او را متذکر شده است.

۳- اما دهخدا در لغت نامه‌اش مطلب را آورده، اگر چه سخن ایشان ملاک نیست اما جالب است: «در باب شریح بین علمای شیعه و سنی اختلاف است. و بعضی بزرگان شیعه او را مذموم می‌دارند... در تداول قاضی‌ای را که بر خلاف حق فتوی دهد «شریح» نامند یا بدو تشبیه کنند. این امر بر اثر خبری است که متداول است رایج شده و آن این‌که گویند: شریح به امر عبد الله بن زیاد فتوی داد که چون حسین بن علی (ع) بر خلیفه وقت خروج کرده است، دفع او بر مسلمانان واجب است، ولی در کتب معتبره این خبر نیامده». (لغت نامه دهخدا، حرف ش)

۴- شریح اولین بار توسط عمر به قضاوت منصوب شد. تا زمان حجاج در این سمت باقی بود و از این بابت حقوق دریافت می‌کرد. امیر المؤمنین را قبول نداشت و به ایشان ایمان نیاورد و امیر المؤمنین هم به او اعتماد نداشت و قضاوت‌هایش را نافذ نمی‌دانست و بارها مورد توبیخ آن حضرت واقع شد و حتی حضرت او تبعید کردند و در حکومت امیر المؤمنین با آن حضرت در خصوص حذف نماز تراویح اعتراض نمود و فریاد و همراه سر داد و قضاوت‌های نادرست و مخالفت‌هایی داشته است. ستایشگر خلفای ثلاثه بود. (قاموس الرجال، ۶۷/۵؛ تنقیح المقال، ۴۰۴/۳۴).

۵- طبق جدول مآخذ، علاوه بر این‌که مآخذ مربوطه غیر امامی می‌باشند، سلسله سند

روایت نیز همگی فرزندان و نوادگان خود شریح هستند که از جد غیر معتبر خود نقل روایت کرده‌اند.

نتیجه: راویان و سلسله سند مأخذ ۳ و ۴ اعتبار ندارند.

مأخذ ۵ و ۸

ابراهیم التیمی در کتب رجالی شیعه مجهول است. عمر بن الخطاب و شریح هم مردود بوده و غیر قابل اعتماد هستند.

لذا سند مأخذ ۵ و ۸ نیز نامعتبر است.

نتیجه بحث

هیچ یک از مأخذ فوق قابل اعتماد نیست زیرا:

- ۱- در کتب روایی معتبره شیعه این روایت ذکر نشده است
- ۲- تمام اسناد ضعیف، بی اعتبار و برخی هم بدون سند است
- ۳- علاوه بر دلایل فوق به جز مأخذ اول بقیه مأخذ یا زیدی مذهب هستند که توثیقی در مورد آن‌ها نرسیده، و یا اهل سنت هستند که این نکته نیز بر ضعف اعتبار داستان فوق می افزاید.

ب: وجود روایت معارض

در کتب اربعه شیعه روایت بسیار معتبری وارد شده است که از نظر محتوا با داستان زره گم شده تعارض و منافات کامل دارد:

«...عبد الرحمن بن حجاج می گوید: روزی حکم بن عیینه و سلمه بن کهیل بر امام باقر علیه السلام وارد شدند و از [قضاوت با] یک شاهد و یک سوگند سؤال کردند. امام فرمود: رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم با آن [یک شاهد و یک سوگند] قضاوت کرد و علی علیه السلام در نزد شما در کوفه نیز با آن قضاوت کرد. حکم و سلمه گفتند: این خلاف قرآن است. امام فرمود: از کجا پیدا کردید که خلاف قرآن است؟ گفتند: خداوند تبارک و تعالی می فرماید: «و أشهدوا ذوی عدل منکم». امام به آن‌ها فرمود آیا «و أشهدوا ذوی عدل منکم» یعنی یک شاهد و سوگند را قبول نکنید؟ سپس فرمود: علی علیه السلام در مسجد کوفه نشسته بود که عبد الله بن قفل التمیمی بر آن حضرت گذشت در حالی که زره طلحه همراهش بود. علی علیه السلام فرمود: این زره طلحه است که در بصره (جنگ جمل) قبل از تقسیم غنائم به سرقت رفته است. عبد الله بن قفل به حضرت گفت: بین من و بین خودت قاضی ای را که

برای مسلمانان قبول داری قرار بده. پس بین او و حضرت، شریح به عنوان قاضی قرار داده شد. علی علیه السلام فرمود: این زره طلحه است که در بصره (جنگ جمل) قبل از تقسیم غنائم به سرقت رفته است. شریح گفت بر آن چه می گویی بیانه بیاور. حضرت، امام حسن علیه السلام را آورد و شهادت داد که: این زره طلحه است که در بصره (جنگ جمل) قبل از تقسیم غنائم به سرقت رفته است. شریح گفت این یک شاهد است و من با یک شاهد قضاوت نمی کنم مگر این که شاهد دیگری با او باشد. حضرت قنبر را خواستند و قنبر شهادت داد که: این زره طلحه است که در بصره (جنگ جمل) قبل از تقسیم غنائم به سرقت رفته است. شریح گفت این برده است و من با شاهد برده قضاوت نمی کنم. علی علیه السلام غضبناک شده و فرمودند: زره را از او بگیرد. این شخص سه بار به جور قضاوت نمود. شریح حالش خراب شد و گفت: دیگر بین دو نفر قضاوت نمی کنم مگر این که به من بگویی کجا سه بار به جور قضاوت کردم؟ حضرت فرمودند: وای بر تو زمانی که خبر دادم که: این زره طلحه است که در بصره (جنگ جمل) قبل از تقسیم غنائم به سرقت رفته است، گفتم: بر آنچه می گویی بیانه بیاور. در حالی که رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: هرگاه غلولی یافتید بدون بیانه آن را بگیرید، گفتم: کسی این حدیث را نشنیده است. این بار اول سپس حسن را به عنوان شاهد نزد تو آوردم و شهادت داد. گفتم: این یک شاهد است و من با یک شاهد قضاوت نمی کنم مگر این که شاهد دیگری با او باشد. در حالی که رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم با یک شاهد و سوگند قضاوت کرد، این بار دوم. سپس قنبر را نزد تو آوردم و شهادت داد که: این زره طلحه است که در بصره (جنگ جمل) قبل از تقسیم غنائم به سرقت رفته است. گفتم: این برده است و من با شاهد برده قضاوت نمی کنم. در حالی که اگر برده عادل باشد شهادتش اشکالی ندارد. سپس علی علیه السلام فرمود: وای بر تو! امام مسلمانان امین است بر کارهای مردم حتی در کارهای عظیم تر از این.^۱ (کافی ۳۸۵/۷؛ من لا یحضره الفقیه، ۱۰۹/۳؛ الاستبصار، ۳۴/۳؛ التهذیب، ۲۷۴/۶)

۱ «علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: دخل الحكم بن عتيبة و سلمة بن كهيل علي أبي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد و يمين فقال قضی به رسول الله صلی الله علیه و آله و قضی به علي علیه السلام عندكم بالكوفة فقالا: هذا خلاف القرآن فقالا: و أين وجدتموه خلاف القرآن؟ فقالا: إن الله تبارك و تعالی يقول " و أشهدوا ذوي عدل منكم " (طابق: ۲) فقال لهما أبو جعفر عليه السلام: فقولوا: " و أشهدوا ذوي عدل منكم " هو أن لا تقبلوا شهادة واحد و يميناً؟ ثم قال: إن علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة فمر به عبد الله بن قفل التميمي و معه درع طلحة فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقال له عبد الله بن قفل: فأجعل بيني و بينك قاضيك الذي رضىته للمسلمين، فجعل بينه و بينه شريحا فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقال له شريح هات علي ما تقول بينه، فأثابه بالحسن عليه السلام فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقال شريح: هذا شاهد واحد فلا أقضي بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر فدعى قنبرا فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة، فقال: شريح هذا مملوك و لا أقضي بشهادة مملوك، قال فغضب علي عليه السلام فقال: خذوها فإن هذا قضی بجور ثلاث مرات قال: فتحول شريح، ثم قال لا أقضي بين اثنين حتى تجربني من أين قضيت بجور ثلاث مرات؟ فقال له: و بلك أو و بلك إني لما أخبرتك أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقلت: هات علي ما تقول بينه و قد قال رسول الله صلی الله علیه و آله: حينما وجد غلولا أخذ بغير بينه، فقلت: رجل لم يسمع

نتیجه

روایت فوق از حیث محتوا با داستان قبلی کاملاً معارض بوده و آن را باطل می‌کند.

ج: تحلیل محتوایی داستان

با کمی دقت در داستان زره گم شده علی علیه السلام اشکالات اعتقادی ذیل آشکار می‌شود؛

۱- بر اساس فراز آخر روایت زره طلحه «ویلک أو ويحك إمام المسلمين يؤمن من أمورهم علی ما هو أعظم من هذا» به محکمه کشاندن و طلب بینة از امام معصوم شاید برای کسانی که معصوم علیه السلام را نمی‌شناسد اشکالی نداشته باشد، اما برای کسی مثل شریح که معصوم را می‌شناسند جایز نیست و بلکه مخالف صریح قرآن و دستورات رسول اکرم است. طلب بینة از معصوم - کسی که تنها مصداق آیه تطهیر است - خطاست.

۲- در کتاب فدک به نقل از تفسیر قمی به سند صحیح از امام صادق علیه السلام در خصوص شاهد و بینة خواستن ابوبکر و عمر از فاطمه زهرا سلام الله علیها در مورد ملکیت فدک چنین نقل شده:

«امیر المؤمنین علیه السلام خطاب به ابوبکر فرمود: ابوبکر آیا قرآن هم می‌خوانی؟ ابوبکر گفت: آری. امیر المؤمنین علیه السلام فرمود: به من بگو این آیه «انما یرید الله لیذهب عنکم الرجس اهل البیت و یطهرکم تطهیرا» درباره چه کسی نازل شده؟ درباره ما یا درباره غیر ما؟ ابوبکر گفت: بی تردید درباره شما نازل شده است. امیر المؤمنین علیه السلام فرمود: ای ابوبکر، اگر دو نفر علیه فاطمه سلام الله علیها به فحشاء شهادت بدهند چه خواهی کرد؟ ابوبکر گفت: بر او حد جاری می‌کنم همان‌گونه که بر مسلمانان اقامه حد می‌کنم. امیر المؤمنین علیه السلام فرمود: اکنون تو در نزد خدا از کافران هستی. ابوبکر گفت: چرا؟ امیر المؤمنین علیه السلام فرمود: چون تو گواهی خدا بر طهارت فاطمه را مردود شمردی و شهادت مردم علیه او را پذیرفتی، همان‌گونه که حکم خدا و رسولش را درباره او انکار کردی.» (رضازاده مقدم، فدک، ۶۰).

۳- چگونه قابل تصور است که شریح و همدستش شعبی در بلاد اسلامی و در مدینه و کوفه باشند، هم عصر امیر المؤمنین باشند، اما از دادخواهی علی و فاطمه علیهما السلام در

الحديث فهداه واحدة، ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، و قد قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بشهادة واحد و يمين فهداه ثنتان ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة فقلت: هذا مملوك ولا أقضي بشهادة مملوك، و ما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلا، ثم قال: ويلك أو ويحك إمام المسلمين يؤمن من أمورهم علی ما هو أعظم من هذا» (کافی ۲/۳۸۵، من لا يحضره الفقيه، ۳/۱۰۹، الاستبصار، ۳/۲۴، التهذيب، ۶/۲۷۴)

جریان فدک مطلع نباشند و توصیه‌های فراوان پیامبر را در مورد آن حضرت نشنیده باشند که فرمود: «علی مع الحق و الحق مع علی یدور معه حیثما دار» (مهدی فقیه ایمانی، حق با علی است) و آن‌گاه امیر المؤمنین و باب علم نبی را خیلی راحت به یک یهودی یا مسیحی بفروشی و بعد هم در بوق و سرنا کنی که: بیایید و ببینید که علی چقدر عادل است. علی چقدر متواضع است!

۴- در روایت زره طلحه شریح غضب امام را بر می‌انگیزاند و مشمول «المقصر فی حکم زاهق... من ابغضکم فقد ابغض الله» (زیارت جامعه کبیره) می‌گردد.

۵- به نظر شما آیا امکان دارد معصوم علیه السلام چیزی را گم کند؟ انسان‌ها همیشه بر اثر غفلت اشیاء و اموال خود را گم می‌کنند پس گم کردن چیزی نتیجه جهل و غفلت است، و در این داستان عبارات «إلتقطها و عرفها»، «وجد علی بن أبی طالب درعه»، «فعرف علی الدرع»، «ذهب منی منذ زمان»، «إفتقد درعا له» گویای این است که باب مدینه علم بر اثر غفلت و یا بی‌احتیاطی زره خود را گم کرده است. چنین چیزی در مورد معصوم قابل قبول نیست.

۶- درخواست مراجعه به قاضی در برخی متون از سوی علی علیه السلام مطرح شده (که قاعده هم باید همین گونه باشد) و حضرت آن مرد یهودی یا نصرانی را پیش قاضی برده و طرح دعوا می‌نماید. قاضی از حضرتش شاهد و بینه می‌خواهد و ایشان تازه متوجه می‌شود که ادعایش بدون دلیل است، لذا می‌خندد و می‌گوید: دلیل و بینه ندارم. (مأخذ ۱، ۲، ۷، ۹، ۱۰)

عجیب است خواندن این داستان چه تصویری از باب علم نبی برای ما تداعی می‌کند؟ بزرگ مردی که صلابت و عدالت قضاوت‌هایش عالم‌گیر است، با ادعایی پوچ در محضر قاضی خوار می‌شود، و از ادعای جاهلانه خودش، حتی خودش خنده‌اش می‌گیرد و می‌گوید: راست می‌گویی ها شریح...! (فضحک علی و قال: أصاب شریح)

۷- بنا به نقل قول حلیه الاولیاء، اگر درخواست مراجعه به قاضی توسط یهودی مطرح شده باشد، شریح و طرز قضاوتش زیر سؤال است. فرض کنیم یهودی یا مسیحی به خاطر عدم معرفت و شناخت، امیر المؤمنین را به دادگاه بکشاند، شریح که حضرت را می‌شناخت و به مقام الهی آن بزرگوار آگاه بود، چنان‌که در برخی متون (مأخذ ۱، ۲، ۸، ۱۰)، سازندگان داستان ذکر کرده‌اند که شریح در مقابل حضرت از جایش بلند شد، و یا حتی او را امیر المؤمنین خطاب کرده است. ضمن این‌که به خاطر چنین خطایی و عدم قبول قول امام در داستان درع طلحه مورد مواخذه آن حضرت قرار گرفت.

۸- عبارت (ما أمير المؤمنين عندي بكاذب) بسیار جالب طراحی شده است. طراحان هدفشان از چنین ساخته‌ای این بوده است که بگویند: این امیر المؤمنین شما هر چند که دروغگو نیست، اما نمی‌دانیم چرا هر از چند گاهی ادعاهای بی اساس مطرح می‌کند؛ یک بار بعد از رحلت پیامبر ادعای خلافت کرد، یک بار هم سر مسأله فدک، دلیل و بینه هم نداشت، الان هم باز آمده و ادعا کرده که این زره مال اوست در حالی که دلیل و بینه هم ندارد.

۹- مطلب جالبی در مأخذ هشتم وجود دارد. بخشی از متن سند را با هم مرور می‌کنیم: «فقال شريح صدقت والله يا أمير المؤمنين أنها لدرعك ولكن لا بد من شاهدين...» (شريح گفت راست می‌گویی به خدا قسم یا امیرالمؤمنین ولی ناچار باید دو شاهد باشد...)

یکی از احکام قضاوت این است که قاضی بر اساس علم خودش قضاوت کند و حتی علمش بر ادعای شهود مقدم (وسائل الشیعه، ۲۷/۲۷؛ جواهر الکلام، ۸۸/۴۰؛ تحریر الوسیله، ۴۰۸/۲). اگر شریح در منصب قضاست و نسبت به مورد قضا هم علم دارد مگر نباید به علم خودش عمل کند؟ طلب شاهد و بینه مربوط به زمانی است که قاضی نسبت به مورد دعوا جهل دارد و برای رفع جهلش، از طرفین بینه می‌خواهد. شریح خودش تصدیق می‌کند که امیرالمؤمنین راست می‌گوید ولی باز می‌گوید: لابد من بینه!

۱۰- تفاوت‌های زیاد و فاحش متون با یکدیگر محل تأمل است که چند مورد آن ذکر می‌شود:

فرد یابنده در برخی متون یهودی و در برخی دیگر نصرانی ذکر شده است.
زمان گم شدن در برخی متون جنگ جمل و برخی متون جنگ صفین ذکر شده است.
درخواست مراجعه به قاضی در برخی متون از سوی امیرالمؤمنین و در برخی متون از سوی فرد مقابل مطرح شده است.

در برخی متون حضرت شاهد دارد و در برخی متون شاهد ندارد.
شهود امیر المؤمنین در برخی متون امام حسن علیه السلام است، در برخی متون امام حسین علیه السلام و در برخی متون قبر و در برخی متون عبدالله بن جعفر به عنوان شهود ذکر شده‌اند.

متأسفانه تفاوت‌ها بسیار زیاد است و البته جای تأمل هم دارد.

راز شهرت این داستان نامعتبر

اگر این داستان معتبر نیست چرا اینقدر مشهور است؟ در پاسخ می‌توان گفت: اولاً هر مشهوری معتبر نیست (و رب مشهور لا اصل له) و در جای خود بطلان داستان ثابت شد.

ثانیاً با کمی تأمل در مآخذ داستان می‌توان به پاسخ رسید. مآخذ عبارتند از: مناقب ابن شهر آشوب، ۳۷۳/۱؛ بحار الانوار، ۱۲/۲۴؛ همان، ۱۵/۲۴؛ همان، ۵۹۸/۹؛ همان، ۵۶/۴۱؛ همان، ۲۹۰/۱۰۴؛ همان، ۲۹۹/۱۰۴؛ داستان راستان، ۳۴/۱؛ الامام علی صوت العدالة الانسانية، الجزء الأول علی و حقوق الانسان، جرج جرداق، ۹۲؛ کتاب فرهنگ اسلامی و تعلیمات دینی سال اول راهنمایی دهه ۷۰.

از بین این مآخذ، مناقب و بحار از معروف‌ترین مآخذ قدیمی، و بقیه از معروف‌ترین مآخذ عصر حاضر هستند که هیچ‌کدام نیاز به معرفی ندارند، و آنچه باعث شهرت این داستان شده است، همین مآخذهای معروف است، به ویژه کتاب درسی، داستان راستان و مناقب و بحار الانوار. البته نقل محافل و منابر و رسانه‌ها نیز برای این شهرت تأثیر غیر قابل انکاری داشته است.

نتیجه‌گیری

۱- این داستان اگرچه مشهور است و در کتب بسیار زیادی ذکر شده است ولی از حیث سند و دیدگاه رجالی، روایی، دلالی و دیدگاه عقلی، و از همه مهم‌تر از حیث اعتقادی نمی‌توان برای آن دلیل معتبری یافت.

۲- امکان شکایت از امام معصوم در صورت عدم شناخت جایگاه امامت توسط مدعی امکان‌پذیر است، همان‌گونه که در قضیه درع طلحه، حضرت بنا به درخواست عبد الله بن قفل به قاضی مراجعه نمودند.

۳- به استناد صحیحه علی بن ابراهیم در ماجرای فدک، طلب شاهد و بینه از معصوم جایز نیست و موجب انکار مقام عصمت و کفر طالب بینه است.

۴- امام معصوم در تمام امور مردم اولی به تصرف است و به فرموده امیر المؤمنین «امام المسلمین یؤمن من امورهم علی ما هو أعظم من هذا» می‌باشد که البته این فرمایش همان عبارة اخری «من كنت مولاه، فهذا علی مولاه» رسول خداست.

۵- استناد به روایات باطل در فقه شیعه هیچ جایگاهی نداشته و بین فقها در این باره هیچ اختلافی نیست.

منابع

قرآن کریم.

آل عصفور، حسین بن محمد، *الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع*، المحقق الميرزا محسن آل عصفور، قم، بی تا.

ابن إدريس، محمد بن أحمد، *السرائر*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الثانية، ۱۴۱۰ ق.

ابن بابویه، محمد بن علي، *عيون أخبار الرضا (ع)*، الشيخ حسين الأعلمي، بيروت، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ۱۴۰۴ ق.

ابن براج، عبدالعزيز بن نحرير، *المهذب*، إشراف: جعفر السبحاني، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۰۶ ق.

ابن عدي، عبدالله بن عدي، *الكامل في ضعفاء الرجال*، يحيى مختار غزاوي، الدكتور سهيل زكار، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ۱۴۰۹ ق.

ابن عساكر، علي بن حسن، *تاريخ مدينة دمشق*، علي شيري، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ۱۴۱۵ ق.

ابو نعيم، احمد بن عبد الله، *حلية الاولياء و طبقات الاصفياء*، بيروت، دار الكتب العربية، الطبعة الثانية، ۱۳۸۷ ق.

امینی، ابراهیم، *فرهنگ اسلامی و تعلیمات دینی*، سال اول دوره راهنمایی تحصیلی، تهران، وزارت آموزش و پرورش، ۱۳۷۳.

بيهقي، أحمد بن حسين، *السنن الكبرى*، بيروت، دار الفكر، بی تا.

ثقفی، ابراهیم بن محمد، *الغارات*، السيد جلال الدين المحدث الاورموی، چاپخانه بهمن، مورخ ۱۳ / ۵ / ۲۵۳۵.

جرداق، جرج، *الامام على صوت العدالة الانسانية*، حسن حميد السنيد، مركز الطباعة والنشر للمجمع العالمي لاهل بيت عليهم السلام، الطبعة الثاني، ۱۴۲۶ ق.

جصاص، أحمد بن علي، *الفصول في الأصول*، دكتور عجيل جاسم النمشي، الطبعة الاولى، ۱۴۰۵ ق.

حر العاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسة آل البيت، الطبعة الثانية، ۱۴۱۴ ق.

دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه*، موسسه لغت نامه دهخدا.

رضازاده مقدم، حسن، *فدک*، مشهد، به نشر، چاپ دوم، ۱۳۸۷.

شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعية في فقه الإمامية*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة

الثانية، ١٤١٧ق.

شهيد ثاني، زين الدين بن علي، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، السيد محمد كلانتر، قم، منشورات مكتبة الداوري، الطبعة الاولى، ١٤١٠ق.

_____، *مسالك الأفهام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، الطبعة الاولى، ١٤١٣ق.
شيخ البهائي، محمد بن حسين، *جامع عباسي* (فارسي)، علي المحلاتي الحايري، طهران، مؤسسة انتشارات فراهاني، بي تا.

طباطبائي كربلايي، علي بن محمد علي، *رياض المسائل*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤١٢ق.

طبري مامطيري، علي بن مهدي، *نزهة الابصار و محاسن الآثار*، محمد باقر محمودي، قم، مركز جهاني تقريب مذاهب اسلامي، الطبعة الاولى، ١٣٨٨.

طوسي، محمد بن حسن، *الاستبصار*، السيد حسن الموسوي الخراسان، الشيخ محمد الآخوندي، طهران، دار الكتب الإسلامية، الطبعة الرابعة، ١٣٦٣.

_____، *المبسوط في فقه الاماميه*، السيد محمد تقي الكشفي، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، ١٣٨٧.

علامه الحلي، حسن بن يوسف، *كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الثامنة، ١٤١٩ق.

_____، *مختلف الشيعة*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٣ق.
فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*، السيد عبد اللطيف الحسيني الكوهكمري، قم، مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، ١٤٠٤ق.

فاضل هندي، محمد بن حسن، *كشف اللثام* (ط.ج)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الاولى، ١٤١٦ق.

فقيه ايماني، مهدي، *حق با على است*، قم، چاپخانه اسماعيليان، چاپ دوم، ١٣٦٩.

قمي، عباس، *مفاتيح الجنان (فارسي)*، به نشر، چاپ پنجم، ١٣٨٤.

قمي، علي بن إبراهيم، *تفسير القمي*، السيد طيب الموسوي الجزائري، قم، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر، مكتبة الهدى، الطبعة الثالثة، ١٤٠٤ق.

المامقاني، عبد الله، *تنقيح المقال في علم الرجال*، محي الدين المامقاني، محمد رضا المامقاني، قم، آل البيت لآحياء التراث، الطبعة الاولى، ١٤٣١ق.

مجلسي، محمد تقي بن مقصود علي، *روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه*، السيد حسين الموسوي الكرمانى والشيخ علي پناه الإشتهاردى، بنياد فرهنگ اسلامي حاج محمد حسين كوشانپور،

بی تا.

محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مومن، *کفایة الفقه المشتهر بکفایة الأحکام*، الشیخ مرتضی الواعظی الأراکي، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۳ق.

مطهری، مرتضی، *داستان و داستان*، قم، مرکز مطبوعاتی دار التبلیغ اسلامی.

نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، الشیخ عباس القوچانی، طهران، دار الكتب الإسلامية، الطبعة الثانية، ۱۳۶۵

وکیع، محمد بن خلف، *أخبار القضاة*، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة الاولى، ۱۳۶۶ق.

یحیی بن حسین، *الأحكام في الحلال و الحرام*، أبو الحسن علي بن أحمد بن أبي حريصة، الطبعة الأولى، ۱۴۱۰ق.

_____، *تيسير المطالب في امالي ابي طالب*، عزى عبدالله بن حمود، مؤسسة زيد بن على الثقافية، بی تا.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹
زمستان ۱۳۹۳، ص ۶۹-۴۷

وضعیت حقوقی قرارداد دارای موضوع نامشروع در فقه امامیه*

سید علی رضوی

دانشجوی دکتری دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: razavi1515@gmail.com

دکتر رضا حق پناه

استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: rhaghp@yahoo.com

چکیده

در خصوص وضعیت حقوقی قرارداد دارای موضوع نامشروع بین فقیهان امامی اختلاف نظر وجود دارد؛ هرچند برخی قائل به صحت چنین قراردادی هستند اما بیشتر فقیهان قائل به بطلان و حرمت عمل نامشروع موضوع قرارداد شده‌اند. در میان قائلان به بطلان برخی آن را به عنوان قاعده و اصل اولیه در این قراردادها پذیرفته و برای اثبات آن به ملک نبودن منفعت حرام، مالیت نداشتن آن، عدم قدرت بر تسلیم، تناقض در شریعت و سلب احترام مال حرام توسط شارع استناد کرده‌اند. برخی دیگر با نقد دیدگاه گروه اول، براساس روایاتی چون روایت تحف العقول قائل به بطلان چنین قراردادی شده‌اند. در این مقاله ما به بررسی دیدگاه‌های مطرح در این خصوص پرداخته و در پایان با نقد تمامی دیدگاه‌ها و رد دلائل اقامه شده، با جمع‌بندی برخی از روایات که در ابواب مختلف فقهی مطرح شده است بطلان و حرمت چنین قراردادی را به شیوه جدیدی به اثبات رسانده‌ایم.

کلیدواژه‌ها: بطلان، مالیت نداشتن، ملک نبودن، عدم قدرت بر تسلیم، تناقض در شریعت، روایت تحف العقول.

مقدمه

در فقه امامیه در ابواب مختلف، فقیهان به لزوم مشروع بودن موضوع قرارداد تصریح کرده‌اند. از جمله در بحث مکاسب محرمة به فروش اموالی که شرع آن را حرام دانسته و برای آن ارزشی قائل نیست از قبیل خمر (طوسی، تهذیب الاحکام، ۳/ ۱۸۶؛ همو، المبسوط، ۳/ ۱۸۸؛ طبرسی، ۱/ ۵۲۵) و نجاسات (اردبیلی، ۸/ ۳۹؛ کاشف الغطاء، ۱۲) پرداخته و این قبیل معاملات را باطل می‌دانند. هم‌چنین در باب شروط یکی از شروط صحت شرط را خلاف شرع نبودن آن می‌دانند. (خراسانی، ۲۳۷؛ انصاری، ۱۹/۶؛ حسنی، ۴۱۱) در باب اجاره نیز فقهای امامیه در بیان شروط منفعت موضوع عقد اجاره ابتدا شرط اباحه را ذکر می‌کنند (حسینی روحانی، ۱۹/۱۹؛ فیض کاشانی، ۳/ ۱۰۶؛ اصفهانی، وسیلة النجاة، ۳۹۷؛ عاملی، ۵/ ۴۲۲؛ فقعی، ۱۵۸؛ شهید اول، ۱۵۶) و بر اساس آن اجاره خانه برای نگه‌داری خمر و اجاره وسایط نقلیه برای حمل و نقل خمر را باطل و فاقد اثر می‌دانند (اشتهاردی، ۲۴/۲۷؛ حکیم، ۹/۱۲؛ حائری، ۲/ ۲۱۴؛ حلی، ۳/ ۲۵؛ کیدری، ۲۷۵؛ فیض کاشانی، ۳/ ۱۰۶؛ بحرانی، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، ۱۲/ ۱۴۳؛ خوانساری، ۳/ ۴۶۷؛ شیرازی، قدرت الله انصاری و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۳/ ۱۴۳؛ مصطفوی، ۲۱۵) هرچند در خصوص اشتراط اباحه در موضوع عقد بین فقیهان اختلاف چندانی به چشم نمی‌خورد اما با این وجود در خصوص دلیل اشتراط این شرط و وضعیت حقوقی قرارداد دارای موضوع نامشروع اختلاف دیدگاه‌های زیادی وجود دارد تا جایی که برخی از فقهان بزرگ قائل به بطلان عقد به عنوان قاعده اولیه و برخی دیگر قائل به بطلان چنین عقدی به دلیل روایات خاص شده‌اند. در مقابل گروه دیگری از فقها قائل به صحت عقد و حرمت موضوع آن هستند. (بحرانی، الحقائق الناضرة، ۲۱/ ۵۵۲) در این مقاله ما با بررسی دیدگاه‌های مزبور و نقد آن پرداخته و در پایان دیدگاه منتخب را بیان می‌نماییم.

مراد از موضوع قرارداد

هرچند قانون مدنی در بند ۳ ماده ۱۹۰ معین بودن موضوع معامله را به عنوان یکی از شروط اساسی صحت معاملات مطرح کرده است اما در این قانون تعریفی از موضوع ارائه نشده است. «موضوع معامله یا قرارداد عبارت است از اموال (عین معین، کلی در معین، کلی فی الذمه) یا عمل (مثبت یا منفی) حقوقی یا مادی که شخص بر اساس قرارداد مالک و یا متعهد به انجام یا ترک آن می‌شود.» (شهیدی، ۲۷۶) برخی دیگر موضوع قرارداد را این‌گونه

تعریف کرده‌اند: «موضوع معامله عبارت است از مبادله دو مال یا ایجاد تعهد و به طور کلی اعمالی که برای تحقق یافتن آن تراضی می‌شود» (کاتوزیان، ۴۲۵/۱) بنابراین اگر قرارداد مورد نظر طرفین اجاره باشد موضوع آن تملیک منافع است که در برابر عوض معین قرار می‌گیرد، و اگر قرارداد ایشان بیع باشد موضوع قرارداد عین خارجی یا مال کلی است که در برابر عوض به دیگری تملیک می‌شود. بنابراین مراد ما از موضوع قرارداد در این جا همان مال یا عملی است که نسبت به انجام یا ترك آن تعهد شده است (طاهری، ۱۶۱/۲) فقیهان در عقد بیع از موضوع تعبیر به عوضین و در برخی دیگر مانند صلح (خمینی، ۴۷۱/۲) و اجاره (کرکی، ۱۴۲/۷) تعبیر به متعلق کرده‌اند.

دیدگاه‌های موجود در خصوص قرارداد دارای موضوع نامشروع

در خصوص سرنوشت قرارداد با موضوع نامشروع فقیهان دیدگاه‌های مختلفی مطرح کرده‌اند. برخی از ایشان ضمن باطل دانستن چنین قراردادی این بطلان را به عنوان قاعده اولیه پذیرفته و خود را در اثبات آن بی‌نیاز از اقامه دلیل خاص می‌بینند (رشتی، ۲۹۰؛ اصفهانی، الاجاره، ۲۴۵؛ خویی، المستند فی شرح العروة، ۴۴/۴؛ خمینی، ۵۷۲/۱؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۴۷/۲؛ یزدی، العروة الوثقی، ۱۱/۵؛ حکیم، ۱۰/۱۲؛ مصطفوی، ۲۱۵؛ بجنوردی، ۱۴۶/۷؛ بحرانی، الحقائق الناضرة، ۵۵۳/۲۱؛ نائینی، ۱۵/۱) برخی دیگر برای اثبات بطلان آن به روایاتی از معصومان که در خصوص اجاره یا سایر ابواب آمده است و برخی آیات قرآنی مانند آیه «لا تعاونوا علی الاثم و العدوان» استناد کرده‌اند. (بحرانی، الحقائق الناضرة، ۵۵۳/۲۱) برخی دیگر از فقها نیز این قرارداد را صحیح ولی دارای حرمت شرعی می‌دانند. دیدگاه‌های مطرح شده در این خصوص که در ادامه مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

أ- صحت قرارداد و حرمت انتفاع از موضوع نامشروع

از دید برخی قرارداد دارای موضوع نامشروع صحیح است زیرا هرچند شارع از انجام عمل موضوع قرارداد یا استفاده از آن نهی کرده است اما این نهی فقط باعث حرمت عمل خواهد بود و به صحت قرارداد خللی وارد نخواهد آورد زیرا نهی در معاملات باعث بطلان نخواهد بود و فقط در اعمال عبادی نهی شارع موجب بطلان عمل خواهد بود. (بحرانی، الحقائق الناضرة، ۵۵۲/۲۱)

در نقد این دیدگاه باید گفت نهی از معامله به دو صورت قابل تصور است؛ یا نهی به

ارکان معامله تعلق گرفته است که باعث بطلان آن خواهد شد و یا به امری خارج از ارکان معامله تعلق گرفته مانند نهی از معامله در وقت نماز جمعه که باعث بطلان قرارداد نخواهد بود؛ باید ببینیم نهی شارع به کدام یک از این دو تعلق گرفته و با توجه به آن حکم معامله مذکور را استنباط کنیم. ما در پایان اثبات خواهیم کرد که نهی به یکی از ارکان معامله که عوضین باشد، تعلق گرفته و صلاحیت موضوع نامشروع را برای معوض واقع شدن نفی می‌کند.

ب- بطلان عقد دارای موضوع نامشروع مطابق قاعده

برخی از فقهای امامیه (اصفهانی، الاجاره، ۲۴۵؛ خویی، المستند فی شرح العروة، ۴/۴؛ خمینی، ۵۷۲/۱؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۴۷/۲؛ یزدی، العروة الوثقی، ۱۱/۵؛ حکیم، ۱۰/۱۲؛ مصطفوی، ۲۱۵؛ بجنوردی، ۱۴۶/۷؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۵۵۳/۲۱؛ نائینی، ۱۵/۱) می‌فرمایند که در صورتی که موضوع قرارداد منفعت حرام باشد قاعده کلی در معاوضات اقتضا می‌کند که این معامله باطل باشد و برای اثبات آن نیاز به دلیلی از آیات و روایات نداریم. هریک از این فقها برای اثبات مدعای خود بیان و دلیلی ارائه داده است که به بررسی آن می‌پردازیم:

عدم مالکیت انسان نسبت به منفعت حرام

برخی از فقیهان (حکیم، ۱۰/۱۲؛ نائینی، ۱۵/۱؛ رشتی، ۲۹۰) می‌فرمایند: منفعت حرام ملک انسان نیست و یکی از شروط صحت هر عقدی این است که شخص مالی را که به دیگری انتقال می‌دهد مالک باشد (رشتی، ۲۰۹؛ بجنوردی، ۱۴۶/۷) اما در این جا به دلیل این که عقلاً نسبت به منفعت حرام برای شخص ملکیت قائل نیستند و او را مالک منفعت نامشروع نمی‌دانند وی توان انتقال این منفعت را نخواهد داشت و عقد باطل خواهد بود (حکیم، ۸/۱۱؛ یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ۵/۱۱؛ البهبهانی، ۷۴/۱) به عقیده ایشان اگر این استدلال را بپذیریم دیگر نیازی به اضافه کردن شرط لزوم اباحه منفعت احساس نخواهد شد زیرا در صورتی که موضوع عقد منفعت حرامی باشد به دلیل فقدان یکی دیگر از شروط لازم برای صحت قرارداد که لزوم ملک بودن موضوع آن می‌باشد، عقد باطل خواهد بود.

به عقیده ما این دلیل تمام نیست زیرا اولاً: هیچ گونه تنافی بین حرمت تکلیفی و ملکیت که یک حکم وضعی است وجود ندارد زیرا آن گونه که برخی از بزرگان فقها می‌فرمایند: (اصفهانی، الاجاره، ۲۴۵) تنافی بین دو شی یا تنافی بالذات است و یا بالعرض؛ و تنافی بالذات

هم به یکی از ۳ صورت تضاد، تناقض و تضایف خواهد بود. میان حرمت تکلیفی و ملکیت هیچ‌یک از این اقسام سه‌گانه تنافی ذاتی وجود ندارد؛ وجود تنافی عرضی نیز نیاز به وجود عارضی خارج از ذات این دو دارد که یا باید حکم عقلاً باشد و یا بیانی از شارع؛ در چنین مواردی بر خلاف تصور این فقیهان، عقلاً شخص را مالک منفعت حرام می‌دانند و برای او اعتبار ملکیت می‌کنند برای مثال درجایی که کسی اسلحه‌ای را به منظور استفاده صرف در خودکشی خریداری می‌کند هرچند عمل او مذموم است اما باز هم عقلاً او را مالک اسلحه و منافع آن می‌دانند. اما اگر بگوییم شرعاً مالک نیست نیاز به دلیل خواهیم داشت که چنین دلیلی از سوی مستدلان ارائه نشده است.

مالیت نداشتن منفعت حرام

از دید برخی فقیهان (اصفهانی، الاجاره، ۲۴۶؛ تبریزی، ۶۴/۳) اگر منفعتی از جانب شارع حرام شده باشد هرچند انسان مالک آن می‌شود اما این منفعت مالیت و ارزش نخواهد داشت و حال آن‌که یکی از شروط صحت هر قراردادی این است که موضوع آن مالیت داشته باشد بنابراین قراردادی که موضوع آن منفعت حرامی باشد به دلیل عدم وجود شرط مالیت در موضوع آن باطل خواهد بود. این دلیل نیز چندان قابل قبول به نظر نمی‌رسد زیرا هرچند منفعتی ممکن است از دید شارع مقدس حرام شده باشد اما این امر نمی‌تواند دلیل بر سقوط مالیت آن در دید عقلاً باشد شاهد این ادعا هم این است که در موارد زیادی اشیائی وجود دارد که دارای منفعت حرام است اما با این وجود عقلاً برای آن مالیت قائل هستند از قبیل مواد مخدر که به دلیل ضرری که به سلامتی شخص وارد می‌کند حرام است با این وجود عقلاً برای آن مالیت قائل هستند. منافع نیز در این حکم تابع اعیان می‌باشد و منفعت حرام هم از دید عقلاً مال محسوب می‌شود و شارع مقدس اگر بخواهد این چنین منفعتی را از مالیت اسقاط کند باید دلیل خاصی برای آن باشد و در فرض مسأله ما چنین دلیلی نداریم.

عدم قدرت بر تسلیم

عده‌ای از فقیهان برای اثبات بطلان قراردادی که موضوع آن نامشروع است به عدم وجود قدرت بر تسلیم در این قراردادها استناد کرده‌اند. به عقیده ایشان غرض از عقد بیع دستیابی هریک از طرفین به عوض است و در صورتی که این عوض از جانب شارع ممنوع و حرام شده باشد شخص قدرت بر تسلیم آن را نخواهد داشت زیرا آن‌چه که توسط شارع مقدس منع شده باشد ممتنع شرعی است و «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً» (خویی، المستند فی شرح

العروة، ۴/۴۵) از این استدلال نیز این گونه جواب داده شده است که قدرت بر تسلیم شرط مستقلى به شمار نمی رود و اشتراط آن تنها به این دلیل است که منفعتی که متصرم الوجود است و لحظه به لحظه به وجود می آید در صورت فقدان امکان استفاده از دید شرع، خود به خود از بین می رود و وجود خارجی نخواهد داشت و بنابراین شخص نمی تواند آنرا به دیگری انتقال دهد. (خویی، المستند فی شرح العروة، ۴/۴۵)

لزوم تناقض در شریعت

آقای خویی پس از نقل استدلال های مطرح شده توسط دیگر فقیهان، دلیل بطلان قراردادی را که دارای موضوع نامشروع است لزوم تناقض در شریعت در فرض صحت چنین قراردادی می دانند. (خویی، المستند فی شرح العروة، ۴/۶۴) ایشان می فرمایند: در صورتی که موضوع قرارداد نامشروع باشد ادله صحت (احل الله البيع) و لزوم قراردادها (أوفوا بالعقود) شامل آن نخواهد شد چرا که صحت عقد یعنی ترتب آثار قانونی مانند تسلیم و تسلّم بر آن و در جایی که مورد قرارداد نامشروع باشد این ادله با ادله دیگری که تسلیم مورد نامشروع را جایز نمی داند تنافی دارد. به عبارت دیگر در صورتی که شخصی خودرو خود را به دیگری اجاره دهد تا از منفعت حرام آن (حمل مواد مخدر) استفاده کند از یک طرف مطابق عموم أوفوا بالعقود باید خودرو را به مستاجر تسلیم کند و از طرفی به دلیل حرمت شرعی این کار تسلیم خودرو به مستاجر حرام خواهد بود و این مستلزم تناقض است زیرا از یک جهت وفای به مضمون قرارداد واجب شد و از طرف دیگر حرام. (خویی، المستند فی شرح العروة، ۴/۴۶)

این بیان با اشکالاتی مواجه است زیرا اولاً: در این فرض اصلاً تناقضی وجود ندارد زیرا ما در اینجا سه امر مجزا از هم داریم که عبارتند از وجوب وفای به عقد، تسلیم موضوع عقد با طرف مقابل، عمل طرف مقابل که شرعاً یا قانوناً ممنوع می باشد و این سه عنوان با یکدیگر هیچ گونه تنافی ذاتی ندارند و آنچه که حرام است عمل مستاجر است و این حرمت به تسلیم مال موضوع قرارداد به او سرایت نخواهد کرد. ثانیاً: وجود تناقض بین ادله وجوب وفا به عقد و ادله حرمت عمل شخص و نتیجه حاصله از آن که حرمت تسلیم بود نیاز به دلیل خاص دارد. محقق خویی دلیلی ارائه نداده اند. این احتمال وجود دارد که مستند ایشان حرمت اعانه بر اثم و عدوان باشد که اگر چنین باشد با این اشکال مواجه است که ایشان اصل حرمت اعانه بر اثم و عدوان را قبول نکرده اند. (خویی، موسوعة الامام خویی، ۷/۳۵۸؛ همو، مصباح الفقاهه، ۱/۱۶۲) بنابراین به دلیل عدم وجود مخصصی برای خروج چنین قراردادی از تحت عموم

وجوب وفای به عقد باید آن را مشمول «أوفوا بالعقود» دانسته و قائل به وجوب وفا به آن باشیم.

ثالثاً: حتی در صورتی که دلیل وجوب وفای به عقد شامل آن نباشد و بگوییم تسلیم مال حرام است ممکن است به وسیله سایر عمومات مانند آیه تجاره عن تراض لزوم پای‌بندی به عقد را اثبات کنیم. علاوه بر این امر به وفای به عقد در «أوفوا بالعقود» نیز امری ارشادی است و دلالت بر صحت و لزوم عقد دارد و نمی‌توان از آن وجوب شرعی را برداشت کرد تا مستلزم تناقض در شریعت باشد.

رابعاً: حتی اگر این استدلال را صحیح بدانیم فقط می‌توان در باب اجاره اشخاص به آن تمسک کرد ولی در اجاره اعیان این امکان وجود ندارد زیرا همان‌گونه که در رد استدلال به ملک نبودن منفعت نامشروع بیان شد در جایی که موضوع قرارداد اجاره عینی باشد آنچه که حرام است استفاده مستأجر است که در اختیار و مالکیت موجد نمی‌باشد. (هاشمی شاهرودی، ۱۰۲/۱)

سلب احترام مال حرام توسط شارع

برخی از فقیهان برای بطلان قرارداد دارای موضوع نامشروع این‌گونه استدلال کرده‌اند که منفعت و عمل حرامی که موضوع قرارداد است اگرچه ملک و مال محسوب می‌شود اما شارع مقدس با حرام نمودن آن، احترام آن‌ها را سلب کرده است و مالی که از دید شارع احترامی نداشته باشد مال نبوده و قابل معامله و معاوضه نخواهد بود (سبحانی، المواهب فی تحریر احکام المکاسب، ۲۹۲؛ اصفهانی، الاجاره، ۲۴۶). در جواب این استدلال آن‌گونه که برخی از فقیهان بیان داشته‌اند می‌توان گفت که باید بین مالیت و عدم احترام نزد شارع تفکیک قائل شده چنان‌که اموال کافر حربی هرچند از دید شارع احترامی ندارد اما مال محسوب می‌شود و اگر به دست مسلمانی افتاد خرید و فروش آن جایز خواهد بود بنابراین محترم بودن نزد شارع نمی‌تواند از شرائط نفوذ قرارداد شمرده شود. (اصفهانی، الاجاره، ۲۴۶) علاوه بر این باید گفت سلب احترام از چنین مالی نیاز به ارائه دلیل دارد و اگر دلیل اثبات آن روایاتی باشد که دیگر فقیهان نیز به آن استناد کرده‌اند دیگر این بطلان مطابق قاعده نبوده بلکه مستفاد از آن روایات خواهد بود.

نبود سلطنت بر تصرف در موضوع نامشروع

استدلال دیگری که توسط فقیهان برای بطلان قرارداد دارای موضوع نامشروع مطرح شده

است که در چنین عقدی سلطنت بر تصرف در موضوع قرارداد که یکی از شرط نفوذ معامله است وجود ندارد چراکه وقتی شارع آن را حرام کرده است از دید شارع انجام آن ممنوع شده و «الْمَنْعُ شَرْعاً كَالْمَنْعِ عَقْلاً» بنا براین قدرت و سلطنت شخص بر موضوع نامشروع از بین خواهد رفت. (اصفهانی، الاجاره، ۲۴۶) اشکالی که بر این استدلال وارد است این است که در آن تفکیکی بین سلطنت وضعی و تکلیفی صورت نگرفته است. هرچند سلطنت تکلیفی مالک بر موضوع حرام توسط شارع نفی شده است اما این امر خللی به صحت قرارداد وارد نخواهد کرد زیرا سلطنت تکلیفی در صحت و نفوذ قرارداد مداخله‌ای ندارد و سلطنت وضعی نیز در این جا توسط نفی نشده است و نفی آن نیاز به دلیل دارد که ما در پایان مقاله به آن اشاره خواهیم کرد.

تاکنون دیدگاه کسانی که بطلان قرارداد دارای موضوع نامشروع را مطابق قاعده می‌دانستند مورد نقد و بررسی قرار دادیم و دیدیم که هیچ‌یک از این استدلال‌ها از دید فقهی کامل و تمام نبوده و با اشکالاتی مواجه است. بنابراین همان‌گونه که بسیاری از فقیهان گفته‌اند نوبت به بررسی دلائل خاصی می‌رسد که می‌توان برای اثبات بطلان چنین قراردادی به آن استناد کرد. گروهی از فقیهان برای اثبات این مطلب به آیاتی از قرآن و برخی به روایات استناد کرده‌اند که در ادامه به بررسی و نقد آن می‌پردازیم.

ج- بطلان عقد دارای موضوع نامشروع بر اساس آیات قرآن و روایات

گروهی از فقیهان پس از رد استدلال‌های مطرح شده توسط کسانی که بطلان قرارداد دارای موضوع نامشروع را مطابق قاعده می‌دانستند برای اثبات این مطلب به آیاتی از قرآن و برخی روایات استناد کرده‌اند که در ادامه به بررسی و نقد آن می‌پردازیم.

استدلال به آیه ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (نساء: ۲۹)

منفعت در اجاره باید حلال باشد وگرنه عوضی که در مقابل آن گرفته می‌شود مصداق «اکل مال به باطل» بوده و عقد نیز باطل خواهد بود (شیرازی، الفقه، ۶۰/۵۷) به این دلیل که عوضی که بایع یا موجر دریافت می‌کند در مقابل منفعت حرامی است که به دیگری واگذار کرده است و حرام شرعی مطمئناً یکی از مصادیق باطلی است که در آیه آمده است. برخی از فقیهان اهل سنت نیز برای اثبات بطلان چنین قراردادی به همین آیه استناد کرده‌اند. (سید السابق، ۱۸۳/۳)

این استدلال نیز با اشکالاتی مواجه است (رشتی، ۲۹۰) زیرا آن‌گونه که برخی از فقیهان نیز گفته‌اند مراد از «باء» در آیه شریفه بای سببیت است نه مقابله؛ یعنی اموال یکدیگر را به اسباب

باطل نخورید و نسبت به موردی که عوض معامله باطل (نامشروع) باشد به این آیه شریفه نمی‌توان استدلال کرد. (ایروانی، ۲/۱) چرا که در قرارداد دارای موضوع نامشروع، اصل قراردادی که سبب ایجاد ملکیت بوده است مشروع می‌باشد. به علاوه نمی‌توان در خصوصی عملی یا منفعتی که صرفاً حرمت تکلیفی دارد صراحتاً حکم به اکل به باطل بودن عوضی که در مقابل آن دریافت می‌شود نمود.

استدلال به آیه ﴿وَلَا تَعَاوُنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (مائده: ۲)

هرگاه کسی منفعت حرامی را در اختیار دیگری قرار دهد در واقع او را بر انجام این کار یاری کرده است و این عمل مصداق اعانه بر اثم و عدوان که منهی عنه است می‌باشد و نهی هم در اینجا بر فساد عمل دلالت دارد و در نتیجه چنین قراردادی باطل خواهد بود. زیرا این نهی به یکی از ارکان عقد که عوضین باشد متوجه است و این گونه می‌گوید که موضوع نامشروع صلاحیت لازم برای این که موضوع قرارداد باشد را ندارد. (اردبیلی، ۵۵/۱۰) فاضل نراقی نیز بعد از نقل اجماع برای اثبات بطلان هر نوع قراردادی که موضوع یا هدف طرفین آن نامشروع باشد به این آیه استناد می‌کند و می‌فرماید: بطلان تمام این قراردادها به این دلیل است که مصداق اعانه بر اثم و عدوان است که در کتاب و سنت منع شده است. (نراقی، ۹۶/۱۴) برخی از فقههای اهل سنت نیز برای اثبات حرمت اجاره برای انجام فعل حرام به این آیه استناد کرده‌اند. (بهوتی، ۶۵۷/۳)

در این استدلال نیز این گونه می‌توان خدشه کرد که اولاً: در خصوص اصل حرمت اعانه بر اثم و عدوان به این معنا که فرد مقدمه ارتکاب گناه توسط دیگری را فراهم نماید، اختلاف دیدگاه زیادی بین فقیهان وجود دارد و علی‌رغم این که برخی آن را مطلقاً حرام می‌دانند اما در مقابل گروهی این دیدگاه را قبول نداشته و استدلال به آیه شریفه را تنها برای اثبات حرمت تعاون بر اثم و عدوان تمام می‌دانند و نسبت به اعانه بر اثم این دلیل را کافی نمی‌دانند زیرا از دید ایشان تعریف تعاون بر فراهم کردن مقدمات انجام عمل حرام توسط دیگر صادق نمی‌باشد. (مازندرانی، ۱۲۹/۱) محقق ایروانی نیز در توضیح عبارتی از شیخ انصاری می‌فرماید: «این که مرحوم شیخ می‌فرمایند نمی‌توان قرارداد بیع را به مجرد اعانه بر اثم بودن باطل دانست صحیح می‌باشد.» (ایروانی، ۱۳/۱)

ثانیاً: همان‌طور که بیان شد آیه شریفه نمی‌تواند حرمت اعانه بر اثم و عدوان را اثبات کند. حتی اگر این توان را داشته باشد بازهم این اشکال اساسی باقی است که هیچ‌گونه ملازمه‌ای

بین حرمت که حکمی تکلیفی است و بطلان که حکمی وضعی است وجود ندارد مگر دلیل خاصی این ملازمه را به اثبات برساند. (حائری، ۳۹۶/۱)

روایت جابر یا صابر از امام صادق(ع)

یکی از روایاتی که فقیهان برای اثبات بطلان قرارداد دارای موضوع نامشروع به آن استناد کرده‌اند روایتی است از امام صادق(ع) که راوی آن مردّد است بین صابر و جابر و در برخی نسخ به صورت صابر و بیشتر به نقل از جابر آمده است. متن این روایت این گونه است: عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ عَبْدِ الْمُؤْمِنِ عَنْ جَابِرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ بَيْتَهُ يُبَاعُ فِيهَا الْخَمْرُ قَالَ حَرَامٌ أَجْرُهُ. «از امام صادق(ع) در خصوص مردی که خانه‌اش را اجاره می‌دهد تا در آن شراب فروخته شود، سوال کردم ایشان فرمودند: اجرت چنین اجاره‌ای حرام است» (کلینی، ۵/۲۲۷؛ طوسی، الاستبصار، ۵۶/۳) در این روایت امام از اجاره دادن خانه برای فروش خمر نهی کرده‌اند و اجرت آن را حرام می‌دانند.

آقای خویی در مستند با این استدلال که اگرچه در وسائل الشیعه راوی این روایت صابر و مجهول الحال است اما شیخ در تهذیب (طوسی، تهذیب الاحکام، ۶/۳۷۲؛ همو، همان، ۷/۱۳۴) روایت را به نقل از صابر آورده ولی جابر نیز در برخی از نسخ به جای صابر ذکر شده است و مراد از این جابر همان جابر جعفی است که ثقة و از اصحاب امام صادق(ع) می‌باشد، این روایت را معتبر و قابل استناد می‌دانند. (خویی، المستند فی شرح العروة، ۴/۴۷) با این وجود ایشان در مصباح الفقاهه استدلال به این روایت را به دلیل ضعف سند آن قابل قبول نمی‌دانند (خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۱۶۵) بنابراین ایشان این روایت را قابل استناد نمی‌دانند چون از حیث سند ضعیف است. علاوه بر این از آنجا که این روایت در نسخ قدیمی و خطی کافی نیز به هر دو صورت صابر و جابر آمده است و صابر مجهول است روایت از نظر سند قابل استناد نبوده و دچار مشکل است (مروی، ۲۳۷) اما در صورتی که دلالت آن تمام باشد می‌تواند مویدی بر بطلان چنین قراردادی باشد هرچند از دید برخی فقیهان این روایت دارای معارض بوده و با روایت ابن اذینه^۱ در تعارض است و نتیجه تعارض دو روایت تساقط هر دو از حجیت و رجوع به عمومات صحت عقود می‌باشد اما این سخن درست نیست زیرا موضوع آن

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ ابْنِ أَذِينَةَ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَسْأَلُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ سَفِينَتَهُ أَوْ دَابَّتَهُ مِنْ يَحْمِلُ عَلَيْهَا أَوْ فِيهَا الْخَمْرَ وَالْخَنَازِيرَ فَقَالَ لَا بَأْسَ. (طوسی، ۵۶/۳)

روایت جایی است که شخص حیوان یا کشتی ای را اجاره می‌کند و بعد از انعقاد عقد، از آن برای حمل شراب استفاده می‌کند. روشن است که در این فرض موضوع قرارداد نامشروع نبوده بلکه استفاده‌ای که مستاجر نموده نامشروع بوده است اما در مورد روایت اول موضوع قرارداد طرفین از ابتدا منفعت حرام بوده است. (مروی، ۲۳۹)

روایت تحف العقول در خصوص منابع مالی مردم

یکی از روایاتی که فقیهان (یزدی، حاشیه مکاسب، ۲/۱) برای اثبات بطلان قراردادهای دارای موضوع نامشروع از جمله اجاره منفعت حرام به آن استدلال می‌کنند روایت معروف تحف العقول در خصوص معایش الناس است. این روایت را «ابومحمد حسن بن علی بن حسین بن شعبه حلبی یا حرانی» صاحب کتاب تحف العقول در این کتاب نقل کرده است. وی این حدیث را مرسلاً از امام صادق (ع) نقل کرده است. این روایت طویل قواعد کلی‌ای در بر دارد که اگر سند آن کامل و تمام باشد می‌توان در ابواب مختلف فقه از جمله قراردادها از آن استفاده کرد. در این روایت راوی از امام صادق (ع) در خصوص منابع مالی مردم (معایش العباد) می‌پرسد که امام جوابی جامع و کامل به او می‌دهند. آنچه که فقیهان برای بطلان اجاره دارای موضوع نامشروع به آن استناد می‌کنند این فقره از روایت است: «كُلُّ أَمْرٍ نُهِِيَ عَنْهُ مِنْ جِهَةٍ مِنَ الْجِهَاتِ مُحَرَّمٌ عَلَى الْإِنْسَانِ إِجَارَةٌ نَفْسِهِ فِيهِ أَوْ لَهُ أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ أَوْ لَهُ...» «هر امری که به دلیلی شارع انسان را از انجام آن نهی کرده باشد اجیر شدن انسان برای انجام آن و یا اجیر کردن کسی و یا اجاره دادن و اجاره کردن چیزی به منظور انجام آن عمل، حرام است». این روایت در برخی دیگر از کتب حدیثی و فقهی متأخر نیز آمده است (حر عاملی، ۸۳/۱۷؛ مجلسی، ۴۴/۱۰۰؛ بحرانی، الحقائق الناضرة، ۶۷/۱۸) که تمام آن‌ها به نقل از تحف العقول بوده است و در کتب اربعه این روایت دیده نمی‌شود زیرا این کتاب تا قرن دهم از مجامع علمی دور مانده است اما بیشتر روایات آن در سایر کتب حدیثی نیز آمده است و تنها بخشی از روایات آن منحصر به فرد است. روایات این کتاب بالجمله مرسل هستند بنابراین استدلال به این روایت با مشکل مواجه خواهد بود و باید ابتدا سند آن مورد بررسی قرار بگیرد.

۲. «... فَأَمَّا وَجُوهُ الْحَرَامِ مِنْ وَجُوهِ الْإِجَارَةِ نَظِيرُ أَنْ يُؤَاجَرَ نَفْسُهُ عَلَى مَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَكْلُهُ أَوْ شُرْبُهُ أَوْ لُبْسُهُ أَوْ يُؤَاجَرَ نَفْسُهُ فِي صَنْعَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ أَوْ حِفْظُهُ أَوْ لُبْسُهُ أَوْ يُؤَاجَرَ نَفْسُهُ فِي هَذْمِ الْمَسَاجِدِ ضَرَارًا أَوْ قَتْلِ النَّفْسِ بِغَيْرِ حِلٍّ أَوْ حَمْلِ التَّصَاوِيرِ وَالْأَصْنَامِ وَالْمَزَامِيرِ وَالْبِرَابِطِ وَالْخَمَرِ وَالْخَنَازِيرِ وَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ وَجُوهِ الْفُسَادِ الَّذِي كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ جِهَةٍ الْإِجَارَةِ فِيهِ وَكُلُّ أَمْرٍ مَنُهِى عَنْهُ مِنْ جِهَةٍ مِنَ الْجِهَاتِ مُحَرَّمٌ عَلَى الْإِنْسَانِ إِجَارَةٌ نَفْسِهِ فِيهِ أَوْ لَهُ أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ أَوْ لَهُ...» (مجلسی، ۴۷/۱۰۰)

بررسی در مورد کتاب «تحف العقول» و مؤلف آن نشان می‌دهد که نام مؤلف در میان میراث‌های قدیم از رجال و فهرست شیخ طوسی و فهرست نجاشی و منتجب الدین و معالم العلماء و کتب علامه وجود ندارد^۳ در کتب روایی هم نام مؤلف در سند هیچ روایتی ذکر نشده است. اولین کسی که از مؤلف نام برده، شیخ حسین بحرانی در قرن دهم در کتاب اخلاقی خود «الطریق إلى الله» است که او را از مشایخ شیخ مفید دانسته است. (محدث نوری، ۱۸۷/۱) بعد از این زمان است که مؤلف و کتابش در میان علماء مشهور می‌شود. شیخ حر عاملی نیز در کتاب أمل الآمل و آقا بزرگ طهرانی در الذریعه او را از بزرگان محدثان می‌دانند. (حر عاملی، أمل الآمل، ۷۴/۲؛ طهرانی، ۴۰۰/۳) صاحب «مستدرک الوسائل» هم با این‌که از کتاب دیگر منسوب به مؤلف به نام «التمحیص» روایاتی را نقل می‌کند، اما در مورد مؤلف می‌گوید: «و اینی إلى الآن ما تحققت طبقة صاحب تحف العقول». (محدث نوری، ۱۸۷/۱)

در خصوص سند این روایت نیز اشکالات عمده‌ای وجود دارد که علی‌رغم آن‌چه برخی از فقیهان گفته‌اند و از این روایت تعبیر به «متلقاه بالقبول» نموده‌اند (اصفهانی، الاجاره، ۲۴۷)، مانع از تمسک به آن می‌شود. اشکال اصلی این روایت مرسله بودن آن است. (خویی، مصباح الفقاهه، ۶/۱؛ منتظری، ۸۹/۱) علاوه بر ارسال این حدیث تنها در دو کتاب وسائل و حدائق ذکر شده، اما در اکثر جوامع روایی دیده نمی‌شود، چطور می‌شود که حدیثی این قدر مهم باشد اما بزرگان گذشته از این حدیث اطلاع نداشتند. گذشته از این متن این حدیث اضطراب دارد، در حدیث تکرار وجود دارد، تهافت وجود دارد و به بیان دیگر به صورتی است که شخص یقین پیدا می‌کند که این متن، متن یک معصوم نیست چرا که ائمه ما در نهایت فصاحت و بلاغت بوده‌اند. در متن این حدیث نیز مواردی وجود دارد که هیچ‌یک از فقیهان به آن فتوا نداده‌اند مثلاً حکمی که در خصوص منع هر نوع استفاده و فروش پوست حیوانات درنده در این روایت آمده است با سایر روایات و فتاوای علما که فقط نماز در آن را صحیح نمی‌دانند متعارض است. (خویی، مصباح الفقاهه، ۷/۱) بنابراین در مجموع هرچند این روایت در صورت صحت سند، قواعد کلی و عامی در باب معاملات در بر می‌داشت اما به دلیل اشکالات مطرح شده سند آن از اعتبار لازم برخوردار نبوده و قابل استناد نمی‌باشد.

روایت نبوی «ان الله اذا حرم شیئاً حرم ثمنه»

شیخ انصاری این روایت را که نبوی مشهور نامیده‌اند در ابتدای کتاب مکاسب (انصاری،

^۳ مددی، <http://dorous.ir/farsi/p=58>

۱۳/۱) و به عنوان آخرین روایتی که می‌توان از آن حکم کلی برداشت کرد ذکر می‌کنند. متن روایت این‌گونه است: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ ثَمَنَهُ»، «خداوند هرگاه چیزی را حرام کند عوض و ثمن آن را هم حرام می‌نماید» (الدارقطني، ۷/۳؛ احسائی، ۱۱۰/۲) استدلال به این بخش از روایت به این صورت است که این جمله در مقام بیان علت برای عدم جواز معامله دارای موضوع نامشروع است و در هرجایی که خداوند چیزی را بر انسان حرام کرده باشد و خودش حق استفاده از آن را شرعاً نداشته باشد نمی‌تواند آن را به دیگری واگذار کند و عوض آن را مورد استفاده قرار دهد چراکه این عوض نیز محکوم به حرمت می‌باشد و این خود کاشف از بطلان عقدی است که دارای موضوعی نامشروع و حرام باشد. برخی از فقیهان این روایت را با این استدلال که کلمه شیء ظهور در اعیان دارد و ثمن هم که در روایت آمده به عوضی که در بیع پرداخت می‌شود اطلاق می‌شود، این روایت را مختص بیع دانسته‌اند (اصفهانی، الاجاره، ۲۴۷؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۱۹۷/۱) اما آن‌گونه که بیان شد این جمله ظهور در تعلیل دارد و مناط عموم علت است نه خصوص مورد که مربوط به بیع است. کلمه شیء نیز عام است و شامل عین و منفعت هر دو می‌شود علاوه بر این در روایات به عوضی که در مبادله گرفته می‌شود ثمن اطلاق می‌شود و تفاوتی بین بیع و سایر عقود معاوضی وجود ندارد.

مشکل اساسی‌ای که در استدلال به این روایت با آن مواجه هستیم سند روایت است. این روایت در کتب شیعه سند قابل اعتنایی ندارد و ابتدا شیخ طوسی آن را در کتاب خلاف در مقام اسکات مخالفان بیان داشته که دلالت بر قابل اعتماد بودن روایت توسط ایشان ندارد (طوسی، الخلاف، ۱۸۴/۳-۱۸۵-۴۶۶؛ همان، ۹۳/۶) زیرا در کتب فقهی فتوایی شیخ اثری از این روایت دیده نمی‌شود. ابن زهره نیز در مبحث بیع کلاب برای اسکات مخالفانی که قائل به جواز بیع کلاب مطلقاً هستند به این روایت استدلال کرده است. (ابن زهره، ۲۱۳) شیخ مفید که مقدم بر شیخ طوسی و ابن زهره است در کتاب المقنعه خود عبارتی دارد که احتمال دارد مستند ایشان همین روایت بوده باشد. این عبارت به این صورت است: «و بیع المیتة و الدم و لحم الخنزیر و ما أهل به لغير الله و کل محرم من الأشياء و نجس من الأعیان حرام و أكل ثمنه حرام» (شیخ مفید، ۵۸۹) اما این احتمال برای ما کارساز نبوده و مشکل سند روایت را برطرف نمی‌کند. بنابراین این روایت نیز مانند سایر روایاتی که بیان شد به دلیل اشکال سندی نمی‌تواند مورد استناد قرار بگیرد.

اجماع

محقق اصفهانی پس از نقل دیدگاه‌های مطرح شده توسط فقیهان و نقد آن‌ها علی‌رغم قبول صحت سند روایت تحف العقول و تعبیر از آن به «الملتقا بالقبول» (اصفهانی، الاجاره، ۲۴۷) در نهایت با قبول تمام بودن ادله در خصوص قرارداد بیع دارای موضوع نامشروع، برای اثبات این حکم در سایر قراردادها از جمله اجاره به اجماع فقیهان استناد کرده‌اند. (همان، ۲۵۰) این استدلال با این اشکال مواجه است که چنین اجماعی مدرکی و یا حداقل محتمل المدرك است و از درجه اعتبار ساقط است.

قاعده «حرمت استفاده از مالی که در برابر منفعت حرام پرداخت می‌گردد»

برخی از فقیهان (هاشمی شاهرودی، ۱۰۹/۱) برای اثبات بطلان قرارداد اجاره‌ای که موضوع آن نامشروع باشد به قاعده کلی‌ای که از جمع بین روایات استخراج کرده‌اند استناد می‌کنند. ایشان می‌فرمایند از برخی روایات می‌توان یک قاعده کلی استفاده کرد و با استفاده از آن بطلان قرارداد دارای موضوع نامشروع را اثبات کرد. از سه دسته روایتی که ذکر کرده‌اند دو دسته مورد قبول ما نیز هست اما روایتی از وسائل الشیعه نقل کرده‌اند که استدلال به آن دچار اشکال است؛ این روایت این‌گونه است: «عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: ... فَلَمَّا أَنْ مَرَّ بِهَا الَّذِي يَبِيعُهَا نَادَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ص مِنْ خَلْفِهِ - يَا صَاحِبَ الرَّأْيَةِ إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شَرْبَهَا - فَقَدْ حَرَّمَ ثَمَنَهَا...» (ابی بصیر از امام صادق (ع) نقل می‌کند که ایشان فرمودند: ... زمانی که شخصی که قرار بود شراب را به فروش برساند از نزد رسول خدا بیرون رفت حضرت او را صدا زده و فرمودند: ای کسی که ظرف شراب را در دست داری همان خدایی که نوشیدن شراب را حرام کرده است ثمنی که در برابر آن هم دریافت می‌شود را حرام نموده است» (حرعاملی، ۲۲۵/۱۷) در این روایت شخصی می‌خواهد شرابی را که خداوند شربش را حرام کرده است به دیگری بفروشد که پیامبر ندا بر آورد که همان کسی که خمر را بر تو حرام کرده است ثمن آن را هم حرام کرده است. به عقیده این فقیه (هاشمی شاهرودی، ۱۰۹/۱) این بخش از روایت دلالت بر یک حکم کلی دارد که «ان الله اذا حرم منفعة شيء حرم ثمنه». علاوه بر ضعف سند روایت، به نظر می‌رسد هدف پیامبر از این نهی دفع توهم برخی از مسلمین بود که خیال می‌کردند که خداوند فقط شرب خمر را حرام کرده است اما خرید و فروش آن بی‌اشکال می‌داند و ایشان به این دلیل شخص را از فروش شراب نهی کردند.

بطلان قرارداد دارای موضوع نامشروع با استدلال به سه دسته از روایات

تا به حال ما تمام دلائلی که از جانب فقیهان امامیه و در ابواب مختلف فقهی برای اثبات بطلان قرارداد دارای موضوع نامشروع اقامه شده را مورد نقد و بررسی قرار دادیم و دیدیم که دلائل مطرح شده توسط این فقیهان هرچند می‌تواند بطلان برخی از عقود معین مانند بیع واقع بر اعیان حرام را اثبات کند اما صلاحیت لازم برای اثبات این حکم در تمامی قراردادها و معاوضات مالی را ندارد در نتیجه باید حکم به صحت و بقای این قسم از قراردادها در تحت عموم أوفوا بالعقود و سایر ادله صحت و لزوم قراردادها نمائیم. اما به عقیده ما با استفاده از شیوه جدیدی که هیچ‌یک از فقیهان تاکنون به آن اشاره نکرده‌اند و با جمع‌بندی سه دسته از روایات می‌توانیم به بطلان انواع قراردادهای دارای موضوع نامشروع اعم از بیع و اجاره و صلح و... اطمینان پیدا کنیم. این سه دسته از روایات که در ابواب مختلف فقهی اعم از بیع و اجاره و غیره صادر شده‌اند عبارتند از:

أ: دسته اول: روایات مستفیضه‌ای که دلالت می‌کند بر این که بیع جاریه مغنیه حرام و ثمن آن سحت است. یکی از این روایات توقیع اسحاق بن یعقوب از امام زمان (عج) است. (حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ۱۲۳/۱۷) ^۴ در بخشی از این توقیع آمده است: «ثمن المغنیه سحت» این روایت از حیث سند معتبر است و تنها اشکالی که نسبت به آن مطرح است این است که به دلیل آمدن کلمه ثمن در متن روایت اختصاص به باب بیع دارد و با استفاده از آن نمی‌توان بطلان سایر قراردادها از جمله اجاره را اثبات کرد که این اشکال نیز صحیح نیست زیرا اگر در بیع که تصور منافع حلال برای چنین جاریه‌ای ممکن است خرید و فروش او حرام باشد در اجاره به منظور غناء به طریق اولی عقد باطل خواهد بود زیرا در این فرض تنها منفعت حرام او موضوع قرارداد بوده و منفعت حلالی برای او متصور نیست.

ب: دسته دوم: روایاتی است که در خصوص کسب جاریه مغنیه وارد شده است. تعداد این روایات زیاد است و بیشتر آن‌ها با مشکل سندی مواجه هستند اما همین که برخی از آن‌ها قابل اعتماد و صحیح باشند مشکل برطرف می‌شود. یکی از این روایات روایت ابوبصیر از امام صادق(ع) است که سند آن صحیح و کامل است زیرا حسین بن سعید که در سند روایت آمده

^۴ وَ فِي كِتَابِ إِكْمَالِ الدِّينِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَصَامٍ الْكَلْبِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ الْكَلْبِيِّ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ يَعْقُوبَ فِي التَّوَقُّيعَاتِ الَّتِي وَرَدَتْ عَلَيْهِ مِنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَثْمَانَ الْعَمَرِيِّ بِخَطِّ صَاحِبِ الزَّمَانِ عَ أَمَّا مَا سَأَلْتَ عَنْهُ أَرَشِدَكَ اللَّهُ - وَ ثَبَّتَكَ مِنْ أَمْرِ الْمُنْكَرِينَ لِي إِلَى أَنْ قَالَ - وَ أَمَّا مَا وَصَلْتَنَا بِهِ - فَلَا قَبُولَ عِنْدَنَا إِلَّا لِمَا طَابَ وَ طَهَّرَ - وَ ثَمَنُ الْمُغْنِيَةِ حَرَامٌ.

و از اصحاب امام رضا و امام جواد و امام هادی (علیهم السلام) به شمار می‌رود هرچند بعد از واقفی شدن علی بن حمزه روایت را از او نقل کرده اما قرائنی وجود دارد که این روایات از کتب او که قبل از واقفی شدن نگاشته شده است نقل شده و فساد عقیده او در این کتب وارد نشده است (مروی، ۲۴۲) متن روایت: «...عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنْ كَسْبِ الْمُغَنِّيَاتِ فَقَالَ أَلَّتِي يَدْخُلُ عَلَيْهَا الرَّجَالُ حَرَامٌ وَالَّتِي تَدْعَى إِلَى الْأَعْرَاسِ لَيْسَ بِبَأْسٍ...» (کلینی، ۱۱۹/۵) در این روایت امام (ع) می‌فرماید مالی که زن آواز خوان از طریق آواز خواندن در مجالس مختلطی که مردان هم حضور دارند به دست می‌آورد حرام است و او نمی‌تواند در آن تصرف کند و این حرمت کسب بدون شک بطلان اجاره در این فرض را به دنبال دارد.

یکی دیگر از این روایات، روایتی است که شیخ طوسی به طریقش از حسین بن سعید نقل کرده است. در این روایت آمده است: «أَجْرُ الْمُغَنِّيَةِ الَّتِي تَرْفُ الْأَعْرَاسَ لَيْسَ بِبَأْسٍ لَيْسَتْ بِالَّتِي يَدْخُلُ عَلَيْهَا الرَّجَالُ» (طوسی، الاستبصار، ۶۲/۳) این روایت نیز از حیث سند صحیح است. در بخش اول روایت امام (ع) اجرتی را که زن برای آواز خواندن در عروسی زنانه دریافت می‌کند با عبارت «لأبأس» حلال می‌دانند و در مقابل دریافت اجرت در مقابل آواز خواندن در مجالسی که مردان حضور دارند را نفی می‌کنند که این نفی به قرینه مقابله بین این دو جمله استفاده می‌شود که اجرت مطرح شده در قسم دوم روایت حرام است و این حرمت نیز دال بر عدم جواز تصرف و بطلان چنین اجاره‌ای خواهد بود.

ج: دسته سوم: روایاتی که در موارد مختلف دلالت بر تحریم ثمن در برخی از اقسام بیع‌ها و اجرت برخی از انواع اجاره‌ها می‌نماید. این روایات بذل پول در مقابل منافع حرام را نیز مطرح کرده و به حرمت و سحت بودن آن حکم می‌کند. در یکی از این روایات این‌گونه آمده است: «عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: السُّحْتُ ثَمَنُ الْمَيْتَةِ وَ ثَمَنُ الْكَلْبِ وَ ثَمَنُ الْخَمْرِ وَ مَهْرُ الْبَغِيِّ وَ الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ وَ أَجْرَةُ الْكَاهِنِ.» (طوسی، الخلاف، ۳۶۵/۶) به عقیده برخی از فقیهان سند این روایت و سایر روایاتی که توسط نوفا و سکونی نقل می‌شود صحیح و معتبر است. (مروی، ۲۴۳) از نظر دلالت نیز در این روایت امام (ع) موارد مختلفی را کنار هم قرار داده‌اند که برخی از آنها مصداق بیع و برخی دیگر مصداق اجاره و.... است و در تمام این موارد یک حکم واحد صادر کرده و بیان داشته‌اند عوضی که در برابر شیء حرام، عین حرام، منفعت حرام پرداخت می‌شود چه این عوض در قرارداد بیع یا اجاره یا.... گرفته شده باشد سحت و حرام است. از این روایات

استفاده می‌شود که عوضی که در قرارداد دارای موضوع حرام اخذ می‌شود حرام است و انسان حق تصرف در این مال را ندارد و در نتیجه قرارداد باطل خواهد بود. دلیل بطلان قرارداد در این روایات این است که نهی شارع در این موارد به یکی از ارکان معامله تعلق گرفته است و در فرضی که نهی شارع به ذات و ارکان معامله تعلق گرفته باشد موجب بطلان قرارداد خواهد بود.

در مجموع با توجه به این‌که در هریک از این سه دسته از روایات که در ابواب مختلف فقهی اعم از اجاره و بیع و سایر قراردادها وارد شده است و نهی‌ای که توسط ائمه مطرح شده به یکی از ارکان عقد که عوضین باشند تعلق گرفته است بی‌شک موجب بطلان عقد خواهد بود. این حکم اختصاصی به اجاره و بیع نداشته و با توجه به پراکندگی روایات در ابواب مختلف فقهی، به عنوان قاعده عمومی در قراردادهای جریان خواهد داشت.

وضعیت حقوقی قرارداد واگذاری منافع و اعیان حرام به غیر مسلمان

تاکنون ثابت کردیم که قراردادی که بین دو مسلمان واقع می‌شود اگر یکی از عوضین آن از جانب شارع مقدس یا قانون‌گذار اسلامی محکوم به حرمت شده باشد، باطل است. حال باید دید آیا مسلمان می‌تواند مالی را که در اسلام دارای ارزش و احترام و قابل نقل و انتقال نمی‌باشد به غیر مسلمانی که استفاده از آن را مجاز می‌داند واگذار کرده و از عوض آن استفاده کند؟

در خصوص این مساله فقیهان حکم واحدی بیان نداشته‌اند. ایشان در برخی از مصادیق چون خمر به دلیل برخی از روایات از قبیل «ان الله اذا حرم شیئاً حَرَّمَ ثَمَنَهُ» (احسانی، ۳۲۸/۲) که در آن پیامبر از فروش شراب نهی کرده‌اند و این نهی پیامبر اطلاق داشته و شامل فروش آن به اشخاص غیر مسلمان هم می‌شود، قائل به حرمت و بطلان چنین قراردادی شده‌اند. علاوه بر این در خصوص شراب روایات دیگری نیز وجود دارد که از آن استفاده می‌شود که استفاده و خرید و فروش آن مطلقاً مبعوض شارع و حرام است. در بحار الانوار از معصوم (ع) این‌گونه نقل شده: «لَعَنَ اللَّهُ شَارِبَ الْخَمْرِ وَ عَاصِرَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمُحْمُولَ إِلَيْهِ» (مجلسی، ۱۴۹/۷۶) «خداوند کسی که شراب می‌نوشد، کسی که شراب را تولید می‌کند، حامل شراب و کسی که شراب برای او حمل می‌شود را لعنت کرده است.» این روایت نیز اطلاق داشته و تفاوتی نگذاشته است بین جایی که به مسلمان فروخته شود و یا این‌که توسط مسلمان به کافر

فروخته شود و هر دو مورد را مبعوض شارع دانسته است. (طباطبایی قمی، ۴/۲۳۳)

اگر خرید و فروش شراب یا هر عین نجس دیگری بین دو نفر کافر انجام شود و ثمن آن به نحوی به دست مسلمانی برسد مانند این که کافری برای ادای دینی که به مسلمانی دارد اقدام به فروش شراب و پرداخت ثمن آن به مسلمان نماید، بسیاری از فقیهان مطابق روایاتی که در این خصوص وجود دارد (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۷۱/۱۲؛ طوسی، التهذیب، ۱۳۷/۷)، فتوا به جواز اخذ آن داده‌اند. (طوسی، المبسوط، ۲/۲۲۳؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۶۹/۲؛ همو، المختصر النافع، ۱۳۶؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۲/۱۳) اما همین فقیهان در فرضی که کافری اسلام آورده و بخواهد شراب و یا گوشت خوک یا هرآنچه که از دید اسلام حرام است و از گذشته در دست وی باقی مانده است را به کافری بفروشد و با پول آن اقدام به پرداخت بدهی‌های خویش به مسلمانی نماید، حکم به عدم جواز این عمل می‌دهند (حسینی عاملی، ۷۶/۱۵)

به عقیده ما روایاتی که برای اثبات بطلان قرارداد دارای موضوع نامشروع به آن استناد کردیم مطلق هستند و در هیچ‌یک به مسلمان یا غیر مسلمان بودن طرفین قرارداد اشاره‌ای نشده است و هر دو مورد را شامل خواهند بود. روایاتی مانند آنچه در خصوص کسب جاریه مغنیه وارد شده است و یا توقیع شریف از امام زمان (عج) که در آن تعبیر «ثمن المغنیه سحت» به کار رفته است که کلمه ثمن در این روایات مطلق بوده و بر آنچه که غیر مسلمان هم ممکن است در برابر این منفعت پردازد صادق است.

گذشته از این اسلام دینی است جهان شمول که هدف آن کمال مادی و معنوی بشر می‌باشد و کسب درآمد از آنچه که از دید این دین شریف حرام و نامشروع است با مذاق شریعت و هدف آن در تضاد است. مضاف بر این که از دید بسیاری از فقیهان و متکلمان امامی، غیر مسلمانان هم مانند مسلمانان هم‌چنان که به اصول عقاید تلکیف دارند، به فروع یا احکام شرعی نیز مکلف هستند (محقق حلی، المعتمد، ۴۹۰/۲؛ ابن زهره، ۵۲۹؛ سید مرتضی، ۱۵۴) حتی برخی بر این حکم ادعاء اجماع نموده‌اند. (علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۸۸/۲) بنابراین حکم حرمت استفاده از این موارد شامل کفار نیز خواهد بود و از این حیث تفاوتی بین ایشان و مسلمانان که در بخش اول بطلان چنین قراردادی را در ارتباط با ایشان اثبات کردیم وجود نخواهد داشت. علاوه بر این، این عمل خود نوعی اعانه بر اثم و عدوان خواهد بود که در روایات و کتب فقهی مذموم دانسته شده است. (خواجوی، ۴۲۵/۲) حتی در صورتی که قائل

به صحت چنین قراردادی باشیم بازهم اکل عوض آن برای شخص مسلمان خالی از شبهه نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

هرچند در فقه امامیه مبحث خاصی به بررسی وضعیت حقوقی قراردادهای دارای موضوع نامشروع اختصاص داده نشده است اما در ابواب مختلفی از مکاسب مجرمه و بحث شرایط منفعت در بحث اجاره فقیهان به بررسی وضع چنین قراردادی پرداخته‌اند و دیدگاه‌های مختلفی در این خصوص ارائه داده‌اند. برخی قائل به صحت قرارداد در عین حرمت عمل نامشروع به دلیل عدم بطلان معاملات بواسطه نهی شارع شده و برخی از این فقیهان بطلان چنین قراردادی را بر اساس قاعده کلی در معاوضات دانسته و برای این امر به ملک نبودن منفعت حرام، فقدان مالیت آن، عدم وجود قدرت بر تسلیم، لزوم تناقض در شریعت، سلب احترام مال حرام توسط شارع و نبود سلطنت بر تصرف در موضوع نامشروع استناد کرده‌اند. در این مقاله ما با بررسی تمامی این دیدگاه‌ها به این نتیجه رسیدیم که هیچ‌یک از آن‌ها صحیح نیست و با اشکالاتی مواجه است.

گروه دیگری از فقیهان پس از ناتمام دیدن استدلال‌های گروه اول برای بطلان قرارداد دارای موضوع نامشروع به برخی از آیات قرآن از جمله «لا تاكلوا أموالکم بینکم بالباطل» و «ولا تعاونوا علی الاثم والعدوان» و روایاتی از جمله روایت جابر یا صابر از امام صادق(ع)، روایت تحف العقول در خصوص منابع مالی مردم، روایت نبوی «إن الله اذا حرم شیئاً حرم ثمنه» استناد کرده‌اند که هر یک از این استدلال‌ها با مشکل مواجه می‌باشد. برخی نیز با استفاده از برخی روایات به تأسیس قاعده پرداخته و مطابق آن بطلان چنین قراردادی را اعلام کرده‌اند. ما نیز در این مقاله با جمع‌بندی سه دسته از روایات معصومان(ع) که در برخی در خصوص بیع، برخی در مورد اجاره و برخی دیگر که در مورد تمام عقود اعم از اجاره و بیع، وارد شده بود به این نتیجه رسیدیم که از دید معصومان(ع) عوضی که شخص در برابر عین یا منفعت حرام دریافت می‌کند یا به عبارت دیگر عوض قراردادی که موضوع آن نامشروع است، سحت و حرام است و در نتیجه تصرف در آن جایز نبوده و این امر دلالت بر بطلان چنین قراردادی در دید ایشان دارد چرا که از دید ایشان امور نامشروع صلاحیت موضوع و عوض واقع شدن در قراردادها را ندارند. از این حیث بین قراردادهایی که دوطرف آن مسلمان بوده یا یکی از

ایشان مسلمان و دیگری کافر باشد وجود ندارد و این حکم در هر دو صورت جاری است.

منابع

قرآن کریم.

ابن زهره، حمزة بن علی، *غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول ۱۴۱۷ق.

ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۷ ق.
احسائی، ابن ابی جمهور، *عوالي اللئالی العزیزیه*، قم، دار سید الشهداء للنشر، چاپ اول ۱۴۰۵ ق.
اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.

اشتهدادی، علی پناه، *مدارك العروة*، تهران، دار الأسوة، چاپ اول ۱۴۱۷ق.
اصفهانى، محمد حسین، *الإجارة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چاپ دوم ۱۴۰۹ ق.
اصفهانى، ابو الحسن، *وسيلة النجاة*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوم ۱۴۲۲ ق.
انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.

ایروانی، علی بن عبد الحسین، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۶ ق.

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۶ ق.

آقا بزرگ طهرانی، محمد حسن، *الذریعة إلى تصانیف الشیعة*، بیروت، دار الاضواء، چاپ سوم، بی تا.
آل عصفور، حسین بن محمد، *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*، قم، مجمع البحوث العلمیة، چاپ اول بی تا.

بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیة*، قم، نشر الهادی، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چاپ اول ۱۴۰۵ ق.

بهوتی، منصور بن یونس، *کشاف القناع*، تحقیق: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعیل الشافعی، منشورات محمد علی بیضون، لبنان، دار الکتب العلمیة، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ق.
بیهقی نیشابوری کیدری، محمد بن حسین، *إصباح الشیعة بمصباح الشریعة*، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.

تبریزی، جواد بن علی، *إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.

ترحینی، محمد حسن، *الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية*، قم، دار الفقه، چاپ چهارم، ۱۴۲۷ ق.
حائری، علی، *الشرح الصغير في شرح مختصر النافع*، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.

حائری، سید کاظم حسینی، *فقه العقود*، قم، مجمع اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ق.
حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشيعة*، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
_____، *أمل الآمل*، بی جا، بی تا.

حسینی، هاشم معروف، *نظرية العقد في الفقه الجعفري*، بیروت - لبنان، منشورات مكتبة هاشم، چاپ اول، بی تا.

حسینی روحانی، سید صادق، *فقه الصادق (ع)*، قم، دار الكتاب - مدرسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

حکیم، سید محسن طباطبایی، *مستمسک العروة الوثقى*، قم، مؤسسة دار التفسير، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
خمینی، روح الله، *تحرير الوسيلة*، قم - ایران، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، بی تا.
خواجهی، اسماعیل، *الرسائل الفقهية*، قم - ایران، دار الكتاب الإسلامي، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
خوانساری، احمد، *جامع المدارك في شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.

خویی، ابو القاسم، *المستند في شرح العروة الوثقى*، بی جا، بی جا، بی تا.
_____، *موسوعة الإمام الخوئي*، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
_____، *مصباح الفقاهة (المكاسب)*، بی جا، بی جا، بی تا.

دارقطنی، علی بن عمر، *سنن الدارقطني*، تعلیق و تخریج: مجدي بن منصور سيد الشوري، بیروت، دار الكتب العلمية، ۱۴۱۷ ق.

رشتی، میرزا حبیب الله، *كتاب الإجارة*، بی تا، چاپ اول، ۱۳۱۱ ق.

سابق، سید، *فقه السنة*، بیروت - لبنان، دار الكتاب العربي - الطبعة الاولى، ۱۳۹۱ ق.
سبحانی، جعفر، *المواهب في تحرير أحكام المكاسب*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.

شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية*، بیروت، الدار الإسلامية، چاپ اول،

۱۴۱۰ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، چاپ
ششم، ۱۳۸۶.

شیرازی، قدرت الله، انصاری و پژوهشگران، *موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها*، قم، مرکز فقهی ائمه
اطهار(ع)، چاپ اول ۱۴۲۹ ق.

شیرازی، سید محمد، *الفقه*، بیروت- لبنان، دار احیاء تراث العربی، بی چا، بی تا.
طاهری، حبیب الله، *حقوق مدنی*، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چاپ دوم،
۱۴۱۸ق.

طباطبایی، علی بن محمد، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، چاپ اول ۱۴۱۸ق.
طباطبایی قمی، سید تقی، *الدلائل فی شرح منتخب المسائل*، قم، کتابفروشی محلاتی، چاپ اول
۱۴۲۳ق.

طبرسی، فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف*، مشهد، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.
طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ اول
۱۴۰۷ق.

_____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المكتبة المرتضوية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.

_____، *الاستبصار*، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ اول ۱۳۹۰ ق.

_____، *تهذیب الأحکام*، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.

علم الهدی، علی بن حسین، *الرسائل*، قم، دارالقرآن الکریم، بی چا، ۱۴۰۵ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، چاپ اول ۱۴۱۴ ق

_____، *تحریر الأحکام الشرعیة*، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول ۱۴۲۰ق.

_____، *منتهی المطلب*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، *کشف الرموز*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.

فقعانی، علی بن محمد، *الدر المنصود*، قم، مکتبه إمام العصر(عج)، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.

فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی،
بی تا.

قمی، علی بن محمد، *جامع الخلاف والوفاق*، قم، زمینه سازان ظهور امام عصر علیه السلام، چاپ اول
۱۴۲۱ق.

کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر*، مؤسسه کاشف

الغطاء، ۱۴۲۰ ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، **الكافي**، تهران، دار الكتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
مازندرانی، علی اکبر سیفی، **مبانی الفقه الفعّال في القواعد الفقهية الأساسية**، قم، دفتر انتشارات اسلامی
جامعه مدرسین، چاپ اول ۱۴۲۵ ق.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، **بحار الأنوار**، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.
محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، **كفاية الأحكام**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به
جامعه مدرسین، چاپ اول ۱۴۲۳ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، قم - ایران، مؤسسه آل البيت، چاپ
دوم، ۱۴۱۴ ق.

مفید، محمد بن محمد، **المقنعة**، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
محقق حلّی، جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام**، قم، مؤسسه اسماعیلیان،
۱۴۰۸ ق.

_____، **المختصر النافع في فقه الإمامية**، قم، المطبوعات الدينية، چاپ چهارم،
۱۴۱۸ هـ ق.

_____، **المعتبر في شرح المختصر**، قم، مؤسسه سید الشهداء، بی‌جا، ۱۳۶۴ ق.
مروی، جواد، **تقریرات درس خارج فقه**، بحث اجاره، قم، ۱۳۸۶.
مصطفوی، سید محمد کاظم، **مأه قاعدة فقهية**، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چاپ
چهارم، ۱۴۲۱ ق.

منتظری، حسین علی، **دراسات في المكاسب المحرمة**، قم، نشر تفکر، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
نائینی، محمد حسین، **منية الطالب في حاشية المكاسب**، تهران، المكتبة المحمدية، چاپ اول ۱۳۷۳ ق.
نراقی، احمد بن محمد مهدی، **مستند الشيعة في أحكام الشريعة**، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام،
چاپ اول ۱۴۱۵ ق.

نوری، حسین بن محمد تقی، **خاتمة المستدرک**، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول ۱۴۱۷ ق.
هاشمی شاهرودی، سید محمود، **كتاب الاجاره**، قم - ایران، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الاسلامي،
چاپ اول ۱۴۳۳ ق.

یزدی، محمد کاظم بن عبد العزیز، **العروة الوثقى**، بیروت، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، چاپ دوم،
۱۴۰۹ ق.

_____، **حاشية المكاسب**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹
زمستان ۱۳۹۳، ص ۹۰-۷۱

نگاهی نو به مولوی و ارشادی و برآیند روش‌شناختی آن*

دکتر محمد عرب صالحی

استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

Email: salehnasrabad@yahoo.com

چکیده

این مقاله پس از تعیین جایگاه مولوی و ارشادی و این‌که آن‌ها وصف اوامر و نواهی‌اند و نه وصف حکم و بیان تعریف مختار و امتیاز آن از سایر تعاریف، به بحث مهم روش‌شناسی و سنجه‌های تشخیص اوامر و نواهی مولوی از ارشادی پرداخته است. مطابق تعریف‌های مختلف از ارشادی و مولوی، سنجه‌های تمایز این دو نیز مختلف می‌شود. مقاله حاضر در پی اثبات این است که تغییر در معنا و روش‌شناسی مولوی و ارشادی از شیخ انصاری به این سو وارد مباحث اصولی شده و همین تغییرات باعث نقض و ابرام‌های فراوان در اصل تعریف و مصادیق ارشادی و مولوی گردیده است که قبل از شیخ انصاری در فقه شیعه و اهل سنت معنای ثابتی داشته و سنجه تشخیص آن هم مشخص بوده است. به اعتقاد نویسنده همان تعریف و سنجه ماقبل شیخ بهترین تعریف و سنجه در بحث مولوی و ارشادی است و می‌تواند تغییرات زیادی را در محتوای بسیاری از فتواها ایجاد کند.

کلیدواژه‌ها: ارشادی، مولوی، حکم، روش‌شناسی، دنیوی، مستقلات عقلیه.

مقدمه

در این که مقسم ارشادی و مولوی آیا حکم است یا اوامر و نواهی، عبارات اصولیان متفاوت است؛ در بسیاری از کتب اصولی که مواردش فوق حد احصا است، مقسم را اوامر و نواهی گرفته‌اند و در برخی دیگر هم سخن از احکام مولوی و ارشادی است. (ر.ک: شعرانی، ۲۳۶؛ هاشمی شاهرودی، سید محمود، ۲۲/۶؛ شفیعی، ۱۳۸؛ هاشمی شاهرودی، سیدعلی، ۲۸۰/۳؛ محقق اصفهانی، ۳۷/۳؛ حائری یزدی، ۱۴۸/۱؛ اشتهازدی، ۱۴۲) و برخی هم هر دو استعمال را در یک عبارت دارند. (ر.ک: حکیم، ۳۸/۱)

به اعتقاد برخی اگر مقسم را حکم بدانیم قطعاً خطاست؛ زیرا حکم که انشاء به داعی جعل داعی است، نمی‌تواند مقسم مولوی و ارشادی باشد زیرا داعی در ارشاد، بعث و زجر نیست بلکه داعی نفس ارشاد است. سخن مشهور در این جا این است که اگر مولا به داعی جعل داعی انشاء کرد، این بعث و زجر و حکم است و اگر به داعی ارشاد انشاء کرد، مصداق ارشاد می‌شود. همان‌طور که انشاء به داعی امتحان هم مصداق امتحان است و هکذا. در این صورت نمی‌توان گفت: حکم، مقسم ارشادیت و مولویت است، بلکه مقسم ارشادیت و مولویت، اوامر و نواهی است. آخوند هم در کفایه این بحث را در ابتدای اوامر دارد که می‌فرماید: مولا به صیغه امر انشاء می‌کند یعنی الفاظ را در ایجاد معانی انشائاً به کار می‌برد، دواعی این انشاء مختلف است. اگر به داعی ارشاد باشد مصداق ارشاد می‌شود و اگر به داعی هزل باشد مصداق هزل است. (لاریجانی، جلسه ۴۸۵)

به نظر می‌رسد اشکال اساسی به عدم تفکیک بین اوامر و نواهی و حکم بر می‌گردد و این که در نوع موارد، این دو به یک معنا گرفته می‌شود و در یک معنا هم استعمال شده است؛ از همین رو می‌توان گفت در اغلب موارد مراد از حکم مولوی همان امر و نهی مولوی است و از این حیث شاید نتوان اشکال فوق را متوجه این گروه دانست. از سوی دیگر این اشکال و مذاقه بنا بر همه مبانی در تعریف حکم وارد نیست و چه بسا هستند از اصولیان که داعی را دخیل در ماهیت حکم نمی‌دانند. در هر صورت در این نوشتار هم حسب نگاهی که حکم را به ارشادی و مولوی تقسیم کرده‌اند مشی شده است و مراد از حکم همان امر و نهی است.

تعریف حکم ارشادی

در اصول فقه احکام از جهت اختلاف در حیث منشأ صدور به مولوی و ارشادی تقسیم

شده‌اند؛ اگر حکمی از حیث مولویت مولا صادر شده باشد حکم مولوی است و همین حکم است که بنا بر نظر مشهور اگر لزومی باشد، موضوع حکم عقل به استحقاق پاداش بر اطاعت و عقاب بر ترک آن واقع می‌شود. غالب اوامر و نواهی شارع از قسم مولوی محسوب می‌شوند و ظهور اولی خطابات شارع هم در مولویت است. و اگر حکم از حیث این‌که شارع هم یکی از عقلاست، نه این‌که مولا و آمر است و صرفاً برای حفظ مصلحت مکلف یا دفع مفسده‌ای از او صادر شود حکم ارشادی است. حیث صدور حکم ارشادی حیث نصیحت و نشان دادن مصلحت یا مفسده است، همان‌گونه که یک پزشک، بیمار خود را امر و نهی می‌کند. محقق اصفهانی نیز در تعریف حکم مولوی و ارشادی قریب به همین مضمون دارند، او می‌گوید: مولویت از صفات آمر است و آن جایی است که بما هو مولا و سید حکم کند، یعنی به داعی بعث انشاء کند و امر ارشادی آن است که به داعی نصیحت و ارشاد به آن‌چه بر مورد امر بار می‌شود باشد؛ یعنی آمر بما هو ناصح و مرشد امر می‌کند نه بما هو مولا و سید. (محقق اصفهانی، ۱۷۰/۲)

به نظر می‌رسد این تعریف هرچند ارشادی در قبال مولوی است و تعریف ارشادی در قبال تکلیفی را شامل نمی‌شود اما کامل‌تر از سایر تعاریف است که نوعاً یکی از لوازم حکم ارشادی را به جای تعریف از ماهیت آن ارائه داده‌اند؛ مثلاً این‌که مخالفت با ارشادی معصیت ندارد و یا این‌که عقل مستقل نیز آن را تشخیص می‌دهد و یا این‌که در حکم ارشادی قدرت، شرط نیست؛ یا این‌که ارشادی اختصاص به امور دنیوی دارد و مولوی اعم از دنیوی و اخروی است. که البته بعضاً هم خالی از اشکال نیست؛ مثلاً این‌که گفته شده حکم مولوی آن است که اطاعت و عصیان دارد و موضوع حکم عقل به استحقاق ثواب یا عقاب است تنها در احکام مولوی لزومی درست است و حال آن‌که احکام استجابی و کراهتی هم از احکام مولوی محسوب می‌شوند. همچنین این‌گونه نیست که همه انواع حکم مولوی استحقاق ثواب یا عقاب مستقل داشته باشند. احکام مولوی اگر طریقی باشند، مثل وجوب احتیاط و وجوب توبه، ثواب و عقاب مستقلاً جز آن‌چه طریق به آن‌اند ندارند. لذا قول به این‌که هر جا عقل حکم دارد حکم شرع ارشادی است مورد اشکال است و به نظر می‌رسد تلازمی بین آن دو نیست؛ جعل مولوی در موارد حکم عقل هم صحیح است و می‌تواند داعی بر انجام را تقویت و تاکید کند. لذا در اصل تعریف به همین مقدار بسنده می‌شود.

لزوم تفکیک بین دو صورت‌بندی از حکم ارشادی

حکم ارشادی در فقه و اصول فقه به دو معنا اطلاق شده است که در بسیاری از موارد از هم تفکیک نشده است و هر دو در عناوین مختلف یک جا جمع شده است و ارشادی در هر دو اطلاق در بسیاری از کتب اصولی در قبال حکم مولوی گرفته شده است در حالی که ارشادی در یک اطلاق، خود قسمی از احکام مولوی است نه مقابل آن؛ بلکه مقابل حکم تکلیفی است. البته برخی از فقها متوجه این نکته شده و به آن تذکر داده‌اند. (مصطفی خمینی، ۲۷۱/۳)

اطلاق اول ارشادی در قبال تکلیفی است و آن جایی است که گزاره‌ای در ظاهری تکلیفی صادر شده اما در معنای طلب ترک یا فعل نیست بلکه ارشاد به یک امر تشریعی مثل صحت و بطلان و مثل جزئیت، شرطیت، مانعیت برای واجب دیگر و یا ارشاد به یکی دیگر از احکام وضعی که قابل جعل استقلالی‌اند، باشد؛ مثل این که مولا بگوید: نماز خواندن در کرک و پشم حیوانی که گوشتش خوردنی نیست جایز نیست؛ گر چه ظاهر عبارت در حرمت تکلیفی است اما یک فقیه می‌داند که فی نفسه چنین کاری از محرمات نیست؛ پس این روایت در صدد بیان مانعیت چنین لباسی برای صحت نماز است. این قسم از حکم ارشادی قسم حکم مولوی نیست؛ بلکه خود قسمی از احکام مولوی است زیرا احکام وضعی صادر از مولای شارع هم از حیث مولویت او صادر شده‌اند. در واقع این قسم از احکام ارشادی در قبال احکام تکلیفی قرار دارد نه در قبال احکام مولوی. بنا براین محل بحث آن این‌جا نیست بلکه در روش‌شناسی احکام وضعی در قبال احکام تکلیفی باید به آن پرداخت.

تنها دفاعی که می‌توان از این نظر انجام داد این است که بگوییم بعد از تعلق امر به مرکب، هر گونه امر دوم به اجزا و شرایط یا نهی از موانع نمی‌تواند مولوی باشد زیرا تحصیل حاصل است؛ زیرا شارع در امر به مرکب همه اجزا و شرایط و موانع را در نظر گرفته و آن مجموع را با تمام خصوصیات مورد امر قرار داده است؛ در نتیجه امر دوم به اجزا و شرایط در واقع ارشاد به متعلق امر اول است نه امر مولوی مستقل. به عبارت دیگر اجزا و شرایط بعد از امر به مرکب نه قابل جعل تکلیفی مجدد دارند و نه قابلیت جعل حکم وضعی دارند زیرا همان امر به مرکب از هر دو کفایت می‌کند. در نتیجه همه اوامری که به اجزا و شرایط ورد شده در واقع ارشاد و انباء از جزئیت و شرطیت است و نه جعل آن دو.

البته دفاع فوق بنا بر برخی مبانی درست است اما بنا بر برخی از مبانی کفایت نمی‌کند؛

برخی را اعتقاد بر این است که اجزا و شرایط در امر به مرکب هیچ لحاظ استقلال و ضمنی و لو در ضمن مرکب ندارند و همه آن‌ها در این لحاظ فانی در مرکب‌اند و خود آن‌ها مورد اراده نفسی مولا قرار نمی‌گیرند. (امام خمینی، مناهج، ۳۳۰/۱) بنابر این مبنا امر مولوی دوم و لو به نحو وضعی باشد امکان‌پذیر می‌شود. از این رو صاحب این مبنا قائل به جعل مستقل در اجزا و شرایط مرکبات اعتباری است؛ به اعتقاد ایشان در مرکبات حقیقی جعل شیء بدون جعل اجزا امکان‌پذیر نیست اما در اعتباریات دست مولا از همه جهات باز است. (ر.ک: امام خمینی، الاستصحاب، ۶۹-۷۳)

اطلاق دوم حکم ارشادی در قبال مولوی است و آن جایی است که از مقام نصیح و وعظ و ارشاد صادر شده باشد نه از مقام مولویت؛ مطابق تعریف مشهور از ارشادی، هم‌چون ارشاد به یک امر تکوینی مثل وجود مصلحت خارجی و یا ارشاد به حکم عقل یا عقلا، به این معنا که خود عقل هم قبل از شارع چنین درکی می‌تواند داشته باشد و بیان شارع یا تأکید بر درک عقل است و یا تنبیه بر وجود مصلحت یا مفسده در آن‌جا که عقل احیاناً غفلت کرده است؛ مثل این‌که قرآن در مسأله قرض دادن سفارش اکید به کتابت آن و گرفتن دو شاهد بر این امر نموده است. (بقره: ۲۸۲) در واقع این گونه احکام نوعی اخبار از وجود مصلحت یا مفسده در یک فعل است، به این معنا که شارع مؤسس و مشرع آن نیست بلکه قبل از حکم شارع هم به واسطه حکم عقل یا عقلا موجود بوده است و شارع هم با امر و نهی خود به همان امر عقلی یا عقلایی اشاره دارد. لذا عمل نکردن مطابق آن جز افتادن در آن مفسده یا محروم شدن از آن مصلحت که خود عقل هم می‌توانست از آن آگاهی یابد، هیچ پیامد دیگری ندارد. (ر.ک: جمعی از پژوهشگران، زیر نظر هاشمی شاهرودی، ۱۰/۱۰۱-۱۰۲)

روش‌شناسی حکم ارشادی در قبال مولوی

مسأله مهم تبیین روش‌شناسی و معیارهای تمیز این دو از یکدیگر است زیرا برای یک فقیه در امر افتا تشخیص و تمیز این دو در منابع دینی امری حیاتی است. موارد فراوانی در روایات و حتی بعضاً در آیات قرآن هست که به امری توصیه شده و یا از انجام امری نهی شده است؛ آیا یک فقیه می‌تواند در همه موارد به حکم تکلیفی فتوا دهد به این معنا که همه موارد توصیه شده مقریبت دارد و بنا بر این یا واجب است و یا مستحب و همه موارد منهی‌عنه مبعدیت از مولا می‌آورد و در نتیجه یا حرام است و یا مکروه؟! آیا بسیاری از این موارد

نمی‌تواند در حد یک راهنمایی به مصلحت یا مفسده دنیوی و یا حتی اخروی باشد؛ بدون این‌که انجام یا ترک آن موجب قرب یا بُعد از مولا باشد. روایات فراوانی در باب آداب مختلف وارد شده که شاید تعداد آن از واجبات هم بیشتر باشد؛ آیا همه را می‌توان حمل بر حکم مولوی استحبابی کرد، با وجود این‌که در همه این موارد احتمال ارشادیت هم هست؟ دقت در این موارد شاید بتواند باعث دگرگونی در بسیاری از مسائل و فتاوا باشد. موارد فراوانی را می‌توان مثال زد که فقیهی به جهت غفلت از این‌که برخی احکام می‌تواند جنبه ارشادیت داشته باشد، فتوا به استحباب داده اما فقیهی دیگر با تمیز دادن ارشادی از مولوی قائل به استحباب نشده است. مثلاً آقارضا همدانی ضمن این‌که حوزه احکام ارشادی را اعم از امور دنیوی و اخروی می‌داند بعید نمی‌داند که اغلب اوامر وارده که ظهور در استحباب دارند از اوامر ارشادی باشند که فتوا به استحباب در این موارد مشکل است. (همدانی، ۲۸۲/۱۰) کاشف الغطا در باب آداب سفر معتقد است بسیاری از آن‌چه در روایات در این باب آمده است عبادت شمرده نمی‌شود و صرفاً برای توجه دادن به منافع دنیوی صادر شده و هیچ اثر اخروی ندارد و فقط در صورتی که آن‌ها را به قصد قربت انجام دهد بهره اخروی هم بر آن بار می‌شود. (کاشف الغطاء، ۴/۵۹) در خصوص آب آشامیدنی چاه و رعایت فاصله آن با چاه فاضلاب، هم‌چنین منزوحات بئر روایات فراوانی وارد شده است، طبقه اول فقها همگی فتوا به تنجس آب چاه داده و رعایت فاصله آن با چاه فاضلاب را شرط طهارت آب آن چاه دانسته‌اند، همین روایات منزوحات بئر وقتی به علامه حلی می‌رسد فتوای به استحباب می‌دهد و اخیراً برخی از فقهای معاصر همه را ارشادی دانسته‌اند به این بیان که ظاهر تمام روایاتی که در این ابواب وارد شده این است که روایات تشریع اسلامی و مخبر از احکام فقهی نیستند؛ بلکه اخباری هستند که در صدد ارشاد به مصالح امت‌اند. و از آن جایی که ائمه، پناهگاه مسلمانان و اسلام بوده‌اند، هر کسی در آن‌چه نیاز داشته به آن‌ها مراجعه داشته است؛ اعم از سیاست و امور شهری و خانوادگی و سایر مقاصد دیگر؛ بنا بر این جای این نبود که همه این امور در کتاب وسایل الشیعه که عهده‌دار جمع روایات فقهی است جمع‌آوری شود. مسأله منزوحات بئر و رعایت فاصله چاه آب آشامیدنی از چاه فاضلاب هم از همین امور است و پاسخ ائمه، هم در این موارد پاسخ یک مفتی و فقیه نیست؛ بلکه از باب حفظ مصالح مردم و تحفظ آن‌ها از وقوع در خطرات بوده است. امروزه معلوم شده که اگر آب را کد مجمع مفسد است و نگاه امام هم در نزح به همین بوده است که بعد از آن‌که شی‌ای نجس در آب چاه افتاد به خاطر تحفظ از آن

مفاسد، مقداری از آب بیرون ریخته شود؛ به همین جهت اگر مدت مدیدی گذشت و آب تازه جایگزین آن شد و آب به صورت طبیعی برگشت دیگر جایی برای نزح نمی‌ماند. این مسأله در نزد من قطعی است که هیچ تعبدی در این امور وجود ندارد و اصولاً اعمال تعبدات و الزامات شرعی هیچ تناسبی با این موارد ندارد. (مصطفی خمینی، ۵۳/۲-۵۴ و ۵۸-۵۹)

و از جهت دیگر به خاطر عدم تبیین معیار و تدوین قواعد روش‌شناسیک مسأله در این مورد، بعضاً اختلافاتی هم بین فقها در تعیین مصادیق و تمیز یکی از دیگری واقع شده است. اکنون بحث این است که آیا قواعد و معیارهای خاصی برای تشخیص احکام ارشادی از مولوی می‌توان پیشنهاد داد؟ آیا در کلمات فقها چنین قواعدی قابل ردیابی هست و یا اصلاً از قاعده خاصی پیروی نمی‌کند و تنها راه اخذ به ظواهری است که در نتیجه اجتماع قرائن حالی و مقالی پدید آمده است و این امر تابع قاعده خاصی نیست و در هر مورد باید با توجه به قرائن مختلف به تشخیص مورد پرداخت؟

معیارهای مطرح در تشخیص حکم ارشادی از مولوی أ- مستقلات عقلیه در سلسله علل احکام

هر جا عقل در سلسله علل احکام، یعنی در تشخیص مصالح و مفاسد به درک تام برسد، خود حکم مستقل دارد و چنانچه از جانب شرع هم حکمی آمد باید حکم ارشادی محسوب شود. مثل حسن عدل و قبح ظلم. در این موارد گفته شده با وجود حکم عقل دیگر جایی برای حکم مولوی شارع باقی نمی‌ماند.

در مقابل این نگاه چه بسا بتوان گفت: «ضرورتی ندارد که احکام تکلیفی (مولوی) حتماً تأسیسی باشند یعنی می‌توانند تأکیدی نیز باشند. بدین معنی که ممکن است عقلاء هم چنین حکمی کرده باشند. این وضعیت را تطابق حکم شرع و حکم عقل می‌نامند، همان‌طور که امروزه با پیشرفت علوم، برخی از اسرار احکام شریعت روشن شده و در نتیجه تطابق علم و شرع حاصل آمده است. لذا اگر خرد و اندیشه بشریت بالبداهه یا از طریق دستاوردهای علمی، حسن و قبح یا سود و زیان برخی اشیاء را به خوبی درک نماید لازم‌ه‌اش بی‌نیازی از دستور شرع نیست، یعنی نباید گفت که چون بشر خود مستقلاً می‌فهمد نیازی به حکم شریعت ندارد. مثلاً همین مسأله «قبح ظلم» که يك عنوان کلی است، مصادیق فراوانی مانند «غصب»، «ایذاء»، «خیانت»، «دزدی»، «هتك حرمت»، «تجاوز به حقوق» و غیر این‌ها دارد که قبحشان روشن و

مورد اتفاق آراء عقلاء جهان است به حدی که فاعل این گونه اعمال از انتساب آن به خود پروا دارد. در عین حال تمامی این اعمال در شریعت نیز مورد تحریم شرعی قرار گرفته و حتی عقوبت‌های سخت دنیوی و اخروی برای آن‌ها منظور شده است، پس نمی‌توان گفت که خیانت و غضب و افتراء صرفاً دارای قبح عقلی‌اند و حرمت شرعی و عقوبت اخروی ندارند.» (معرفت، فصلنامه حقوق، ش ۶، ص ۵۰-۵۶)

شبیری زنجان‌ی هم معتقد به همین دیدگاه است؛ وی در کتاب نکاح در بحث نهی از اطلاع یافتن یهود بر امور زنان مسلمان وارد این بحث شده و می‌گوید: «عقل یکی از ادله اربعه است و طبق قانون ملازمه، حکم عقل کشف از حکم مولوی شرعی می‌کند، چون احکام شرع تابع مصالح و مفاسد است و وقتی عقل قبح چیزی را درک کرد، مثلاً ظلم را قبیح دانست، حکم تحریم شرعی هم پیدا می‌کند، نباید گفت که چون حکم عقلی برای قبح ظلم وجود دارد، پس ظلم حرمت شرعی ندارد، و همین‌طور نسبت به ایزاء که عقل قبیح می‌داند. لذا ارشادی بودن يك حکم از ناحیه عقل را نباید به معنی نفی حکم شرعی دانست. بلکه حکم شرعی ملازم آن است.

البته بعضی از احکام عقلیه- به تعبیر محقق نائینی- در سلسله معلولات احکام قرار دارد که حکم شرعی مستقلاً ندارند. مثلاً «امر به اطاعت» در سلسله معلومات احکام است و چون ارشادی است، مخالفت با آن عقوبت علی‌حده ندارد.

لذا اگر کسی نماز نخواند، بخاطر این که امر «اقیموا الصلوة» را امتثال نکرده است، عقاب می‌شود. ولی عقاب جداگانه‌ای برای این که «اطیعوا الله» را امتثال نکرده است ندارد.

نتیجه آن که در مواردی که حکم عقل در سلسله علل و احکام قرار دارد، مثل حکم به قبح ظلم، از آن حکم مولوی کشف می‌شود و ارشاد و عقل منافاتی با حکم مولوی ندارد.» (شبیری زنجان‌ی، ۳۱۶/۱-۳۱۷)

به عبارت دیگر اگر عقل در سلسله علل احکام مثل مصالح و یا مفاسد به یقین به مصلحت تام یا مفاسد تام برسد در این جا بلاشک چنین امری ملازم با حکم شرع هم هست و قاعده تلازم حکم عقل با شرع در سلسله علل تام است؛ یعنی خود عقل می‌گوید که حکم شرعی این است و از موارد نادری که عقل از منابع احکام شمرده شده همین است؛ در نتیجه وقتی حکم عقل ملازم با حکم شرع بود ورود شارع در این موارد از باب تلازم حکم عقل و شرع و تأیید یکی توسط دیگری است.

اگر اشکال شود که با وجود حکم عقل دیگر چه نیازی به حکم شرع هست و آیا حکم شرع دچار محذور لغویت تحصیل حاصل نمی‌شود؟ پاسخ این است که اولاً بنا بر مبنای کسانی چون محقق اصفهانی و امثال وی، کار عقل صرفاً درک مصلحت و مفسده است (محقق اصفهانی، ۵۵۴/۱) و در این صورت عقل بعث و زجری ندارد تا حکم شرع در عرض آن به لزوم لغویت تحصیل حاصل دچار شود و ثانیاً چه بسا افرادی به صرف حکم عقل منبعث یا منزجر نشوند و آمدن تأکیدات از سوی شارع مقدس آنان را به انبعاث و انزجار وا دارد و در رفع لغویت همین مقدار از فایده کافی است. و ثالثاً چه بسا در مواردی بین نحوه حکم عقل و شرع تفاوت باشد؛ مثلاً در مسأله فور و تراخی در واجبات نهایت حکم عقل این است که مسارعه در اطاعت از مولا نیکو است اما عقل حکم لزومی ندارد؛ در چنین مواردی شارع می‌تواند ورود کرده و مثلاً حکم به لزوم مسارعه در طاعت مولا کند. و چه فراوان است مواردی که عقل حکم به حسن کرده و مولا هم در همان موارد حکم مولوی الزامی نموده است.

ب- مستقلات عقلیه در سلسله معالیل احکام

مطابق این نظر اگر عقل در سلسله معالیل احکام، حکمی داشته باشد و در همین زمینه از سوی شارع نیز حکمی وارد شده باشد، این حکم قطعاً ارشادی خواهد بود و اعمال مولویت در این موارد اصولاً امکان‌پذیر نیست. مراد از سلسله معالیل احکام مرتبه یا مراتب بعد از حکم است؛ آثار و نتایجی است که متأخر از صدور حکم قابل تصور است و بیشتر به مرحله امتثال مرتبط می‌گردد. در سلسله معالیل احکام، حاکم فقط عقل است و شرع در آن مجال گام نمی‌نهد. از قبیل «وجوب اطاعت» که پس از صدور امر از مولا، عقل حکم می‌کند که باید اطاعت نمود. زیرا شکر منعم واجب است و این امر جز با انجام دستورات وی حاصل نمی‌شود، به‌ویژه آن‌که مقام حکمت، وی را از دستورات بیهوده باز می‌دارد. وجوب مقدمه نیز از همین باب است زیرا با فرض وجوب ذی‌المقدمه تمهید شرائط وجودی آن بر عهده مکلف است و وی به حکم ضرورت عقل باید هر آنچه را در انجام تکلیف دخالت دارد، فراهم نماید و در این باب نیازی به دستور دیگر از جانب مولا ندارد و اگر در این زمینه نیز دستوری صادر شود، ارشادی محض است، ثواب و عقابی جز آن‌چه برای خود ذی‌المقدمه است و جود نخواهد داشت. سر مطلب در آن است که وظیفه شرع فقط بیان تکلیف است اما کیفیت امتثال و انجام آن تکلیف بر عهده خود مکلف است. وی باید تکلیف را به گونه‌ای به انجام رساند که

غرض مولا تأمین گردد و این عقل است که فرمانبرداری از دستور مولا را هشدار می‌دهد. اگر چنین نباشد یعنی قرار باشد که مولا مجدداً دستور انجام تکلیف را بدهد، باید معلوم گردد تأمین وجوب اطاعت نسبت به امر مجدد، بر عهده کیست؟ اگر این تأمین از جانب شارع باشد کار به تسلسل می‌انجامد و اگر به حکم عقل باشد که عقل در انجام دستور نخست مولا چنین فرمانی را داده است. پس هر گونه حکم شرع در باب اطاعت و امثال تکالیف ارشادی است و گر نه مستلزم لغویت است، عقاب و ثوابی هم جز آنچه بر دستور نخست مترتب است در پی ندارد. (ر.ک: معرفت، همان)

نقد

اشکال

این معیار چه بسا با روایات باب احتیاط نقض شود؛ به این بیان که احتیاط در سلسله معالیل احکام و متأخر از وجود احکام است و اصولاً وضع و جعل احتیاط برای تحفظ بر احکام واقعی است؛ اما در نظر بسیاری امر به احتیاط یک امر مولوی است.

پاسخ

ممکن است به اشکال فوق چنین پاسخ داده شود که اگر مراد احتیاط عقلی باشد از محل بحث خارج است زیرا سخن در احکام مولوی شارع است و نه حکم عقل! و اگر مراد احتیاط شرعی باشد مولوی بودن آن اول کلام است. زیرا جز تحفظ بر واقع و امثال تکلیف واقعی هیچ امر دیگری در احتیاط موجود نیست و چنانچه کسی ادعا کند که احتیاط فی نفسه یک امر مولوی واجب و یا مستحب است در این صورت چنین احتیاطی نمی‌تواند در سلسله معالیل احکام واقع شود. بلکه خود یک مصلحت جداگانه دارد مثلاً در مواردی امام معصوم برای حفظ مصلحت برتر امر به احتیاط داده‌اند که ظاهر در مولوی است؛ مثلاً امام صادق خطاب به صفوان در عدد مجاز متعه فرموده: «اجعلوهن من الاربع» صفوان می‌پرسد: این از باب احتیاط است؟ امام پاسخ می‌دهند: «آری» (شیخ طوسی، الاستبصار، ۱/۴۸۳).^۱ یعنی امام برای حفظ جان شیعه از خطر عامه او را امر به احتیاط می‌کند که مجموع همسران او، متعه و دائم، بیشتر از چهار نشوند و الا عامه به تشیع او پی‌برده و باعث زحمت او می‌شوند. چنین امری ولو معلل باشد اما مولوی هم هست. زیرا هرگز نمی‌توان پذیرفت که امام راضی به این باشد که یک مؤمن خود را در قبال یک عامی بی‌جهت به زحمت بیاندازد و توسط او به عذاب بیفتد.

۱- أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا قال قال أبو جعفر اجعلوهن من الأربع فقال له صفوان بن يحيى أ على الاحتياط قال نعم

(ر.ک: شبیری زنجانی، ۵۱۴۵/۱۶-۵۱۴۶)

بلکه در آن جا هم که حکمی نباشد اما احتمال وجود مصلحت یا مفسده‌ای باشد که شارع نخواسته به مردم ابلاغ کند و یا به جهت محذوری نتوانسته ابلاغ کند باز احتیاط امری مطلوب است. نکته دیگر این که باید بین دو عبارت تفکیک نمود: گاهی گفته می‌شود، «ینبغی الاحتیاط» و گاهی گفته می‌شود، «یستحب الاحتیاط»؛ از عبارت اول صرفاً مطلوب بودن و خوب بودن احتیاط فهمیده می‌شود که با حکم ارشادی سازگارتر است اما این که خود مایه مقریبت به مولا شود از این عبارت برداشت نمی‌شود.

رد پاسخ:

اما به نظر می‌رسد اگر کسی احکام مولوی طریقی را بپذیرد اشکال هم‌چنان پابرجا خواهد بود؛ توضیح مطلب این که اگر امر به احتیاط مولوی باشد خواه وجوبی یا استجبایی، مولوی بودن آن منافاتی با این ندارد که طریقی برای حفظ واجب دیگری باشد. از چنین امری به «واجب مولوی طریقی» تعبیر می‌شود؛ به این معنا که برای اطاعت یا عصیان این امر استحقاق ثواب یا عقاب جداگانه وجود ندارد. امر به چنین احتیاطی در موارد مختلف در کلمات و فتاوی فقها هم بعضاً وجود دارد؛ مثل فتوای به احتیاط با نماز گزاردن به جهات چهارگانه برای کسی که جهت قبله را نمی‌داند، یا امر به احتیاط در موارد علم اجمالی. چنین فتاوایی از باب ندانستن مسأله نیست بلکه فتوای به حکم مولوی طریقی است. و قطعاً چنین امری در سلسله معالیل احکام واقع شده است. و پیداست که اگر عقل هم حکم به احتیاط کند فقط حسن احتیاط را می‌رساند و روایات می‌تواند آن را واجب کند.

نقضی دیگر بر معیار دوم:

مسأله لزوم توبه از دیگر مواردی است که بنا بر یک نظر می‌تواند نقض برای معیار دوم باشد. توضیح این که توبه در سلسله معالیل احکام و متأخر از آن واقع شده و مرتبط با امتثال احکام است؛ بلکه در این جا به دو رتبه تأخر دارد زیرا توبه، نه مترتب بلاواسطه بر احکام، که مترتب بر عصیان احکام است و تا اولاً حکمی نباشد و ثانیاً عصیان حکم اتفاق نیفتد موضوع توبه محقق نمی‌شود. در عین حال بسیاری قائل به وجوب مولوی آن هستند؛ گر چه از آن به واجب مولوی طریقی یاد کرده‌اند که استحقاق عقابی هم بر آن جدای از عصیان دیگر اموری که باید از آن توبه کند بر آن مترتب نمی‌شود. (ر.ک: موسوی گلپایگانی، ۲۱۸)

ج- موارد استحاله حکم مولوی

طبق این نظر مواردی که از سوی شارع امر یا نهی‌ای آمده چنانچه حمل آن بر مولویت

مستلزم محال باشد چاره‌ای نیست جز این که این موارد حمل بر ارشادی شود. مثل امر به اطاعت و نهی از معصیت. در این موارد اگر حمل بر مولویت شود مستلزم تسلسل محال می‌شود. زیرا اگر مولوی باشد لازم است که خود آن هم وجوب اطاعت دیگری داشته باشد و آن هم همین‌طور فہلم جراً فیتسلسل.

نقد:

این معیار در واقع به موارد خاصی که ذکر شده منحصر می‌گردد و به تعیین برخی مصادیق جزئی شبهه است تا ارائه یک قاعده و روش و در این دو مورد خاص تقریباً همه پذیرفته‌اند که از احکام ارشادی‌اند اما چنین معیاری نمی‌تواند به عنوان یک روش مطرح شود. زیرا موارد احکام ارشادی آن قدر زیاد است که تعیین تکلیف یکی دو مصداق از آن گره‌ای از کار را حل نمی‌کند. برخی وجوب توبه را هم به این باب ملحق کرده و گفته‌اند در این جا هم تکرر و تسلسل لازم می‌آید به این بیان که اگر امر به توبه مولوی باشد مخالفت با آن عصیان شمرده می‌شود پس توبه از آن هم لازم می‌آید و به همین صورت توبه دوم هم واجب است و عصیان از آن توبه خودش را می‌طلبد؛ پس این جا هم تسلسل لازم می‌آید. (آملی، ۳۱۵/۵) اما در پاسخ گفته شده که تشبیه وجوب توبه به وجوب طاعت، قیاس مع الفارق است زیرا در وجوب طاعت نفس همین امر مصداقی برای وجوب طاعت است و نفس مولوی بودن آن موجب تسلسل می‌شود به خلاف وجوب توبه که بر فرض مولوی هم باشد بنفسه موجب تکرر وجوب نمی‌شود و به صرف اتیان و امتثال منقطع می‌شود و تنها در صورت عصیان است که وجوب توبه به همان امر اولی همچنان پابرجاست و تکرری پیدا نمی‌شود؛ در حالی که امر به اطاعت اگر مولوی می‌بود به صرف همان امر اول تکرر تا بینهایت لازم می‌آمد. (ر.ک: بجنوردی، ۳۳۹/۷)

د- اوامر و نواهی مرتبط با امور دنیوی

در کلمات بسیاری از متقدمان بر شیخ انصاری و حتی برخی از متأخران معیار تشخیص حکم ارشادی از مولوی این است که اگر امر یا نهی شارع صرفاً در خصوص امور دنیوی باشد ارشادی است و تکلیفی بر عهده شخص نمی‌آید. بسیاری از مثال‌هایی هم که برای این مورد ذکر می‌کنند واقعاً از قبیل ارشاد است و تقریباً مورد قبول همه است اما این که آیا این امر می‌تواند به عنوان یک معیار مطرح شود یا نه باید مورد بررسی قرار گیرد. در ابتدا شایسته است به کلمات برخی از قائلان به این سنجه اشاره شود.

مجلسی اول درباره روایاتی که تعداد مطلوب همسفران و همراهان را تعیین کرده و از بیشتر از آن نهی نموده، می‌گوید: ظاهر این است که این نهی و امثال آن ارشادی است زیرا در خصوص امور دنیوی وارد شده است؛ حال اگر همین را با نیت انجام داد عبادت کرده و ثواب دارد. (مجلسی اول، ۲۲۶/۴) همچنین ایشان اخبار کثیر وارده در باره لزوم کتمان احادیث و کلماتی که فهمش برای غیر شیعه مشکل است از غیر شیعه، همه را حمل بر ارشاد می‌کند زیرا به خاطر حفظ جان خود شیعه و ممانعت از به زحمت افتادن آن‌ها صادر شده و در باره امور دنیوی است. (مجلسی اول، ۲۷۸/۱۴) و هم وی در لوامع می‌گوید:

مراد از امر و نهی ارشادی، طلبی است که فایده‌اش دنیوی باشد، و ثواب اخروی نداشته باشد؛ مثل نهی از وضو با آبی که زیر نور خورشید گرم شده زیرا موجب پیسی می‌شود و مثل این‌که به کسی گفته شود «اسلام بیاور تا وارد بهشت شوی»، همچنین همه اوامری که بر سبیل وعظ و ارشاد و تحریک بر انجام تکالیف در عبادات و معاملات وارد شده و اوامر و نواهی‌ای که در باب کیفیت عبادات و معاملات وارد شده، بعید نیست که اغلب آن از قسم ارشاد باشد. (مجلسی اول، لوامع، ۲۱۱/۱ و ۳۱۰ و ۴۵۲)

علامه مجلسی نیز روایات وارده در آداب نظافت و استحمام و مسواک زدن (و نه روایاتی که در اصل استحباب این امور وارد شده) را از باب این که در خصوص منافع و مضار دنیوی وارد شده، حمل بر ارشاد کرده و معتقد است هیچ ثواب و عقابی بر آن‌ها مترتب نمی‌شود. مگر آن‌جا که منفعت عظیم یا مفسده عظیمی بر بدن انسان وارد کنند و شارع در خصوص آن حکم الزامی داشته باشد. (علامه مجلسی، ۱۵۰/۱) صاحب جواهر نیز معنای مصطلح ارشادی و مستفاد از کلمات فقها را ارشاد به آن چیزی می‌داند که در خصوص امور دنیوی برای مردم شایسته‌تر است. (نجفی، ۳۹۶/۲۹-۳۹۷) فاضل هندی هم در بحث از این که انتخاب دو داور برای زوجین در موارد اختلاف که در آیه شریفه آمده، آیا الزامی است یا استحبابی، احتمال داده که چون آیه در خصوص امور دنیوی وارد شده اصل حکم ارشادی باشد و هیچ حکم تکلیفی اعم از وجوب یا استحباب نداشته باشد. (فاضل هندی، ۵۲۱/۷) جناب کاشف الغطاء می‌نویسد: آنچه از روایات به ذکر آداب پرداخته است نمی‌توان به عنوان سنت محسوب نمود؛ خطابات فراوانی هست که نه بالاصاله متوجه حکم است و نه معامله؛ و صرفاً به خاطر ترتب منافع دنیوی صادر شده است؛ چنین اموری از آداب شمرده می‌شود و فقط در صورت قصد و نیت خاص می‌تواند اثر اخروی داشته باشد. (کاشف الغطاء، ۴۵۹/۴) میرزای رشتی هم همه نواهی

معلل به مضار بدنی یا مفسد دنیوی را ارشادی می‌داند. (محقق رشتی، ۱۲۲)

نقد:

به نظر می‌رسد معیار ارائه شده با بسیاری از مصادیق آن قابل انطباق باشد اما در بسیاری از موارد هم نادرست است. در واقع نه همه اوامر و نواهی در خصوص امور دنیوی ارشادی‌اند و نه همه اوامر و نواهی وارد در خصوص امور اخروی مولوی محسوب می‌شوند. به عبارت دیگر بین دنیوی بودن متعلق امر با مولوی بودن امر تنافی ذاتی وجود ندارد چنان‌که بین مولوی بودن امر و تعلق آن به امور اخروی هم تلازم ذاتی نیست. مثلاً آیه «اطيعوا الله...» به اتفاق از اوامر ارشادی است اما در مورد امور اخروی است و آیه «لاتلقوا بايديكم الى التهلكة» در امور دنیوی است و یا شامل آن‌ها هم می‌شود ولی امر مولوی است.

پاسخ میرزا حبیب الله رشتی به نقد

در قبال برخی قائل‌اند که هر امر و نهی‌ای که از جانب شارع برای رساندن انسان به مصالح اخروی یا تحفظ از مفسد صادر شود امر شرعی تعبیدی است حتی اگر از راه امور دنیوی و به واسطه آن باشد؛ و هر امر و نهی‌ای که به امر آخرت هیچ ارتباطی نداشته باشد به نحوی که حتی به امور مستحب یا مکروه در شرع هم تعلق نگرفته باشد و بر مخالفت یا موافقت آن غیر از تحصیل یا فوت غرض دنیوی هیچ اثری مترتب نباشد، چنین حکمی ارشادی محسوب می‌شود. بنابر این اگر در تعریف ارشادی تعلق به امور دنیوی اخذ شده مراد دنیوی خالص است به نحوی که هیچ اثری در ارتباط با آخرت نداشته باشد. در کلمات قوم ارشادی در قبال وجوب و ندب و حرمت و کراهت گذاشته شده است در حالی که تفکیک و تمایز آن دو به ترتب و عدم ترتب ثواب و عقاب از اصطلاحات شیخ انصاری است و این اصطلاحی است جدید و دعوایی بر سر اصطلاح نیست. در این صورت هم آیه شریفه «اطيعوا الله» مولوی می‌شود و هم آیه شریفه «لاتلقوا بايديكم الى التهلكة» و همین‌طور هر امر شرعی‌ای که در آن لحاظ آخرت شده باشد؛ بلاواسطه یا با واسطه امور دنیوی. در این صورت بسیاری از اموری که دنیوی است و مورد امر یا نهی واقع شده را به خاطر این‌که جنبه اخروی هم دارد، می‌توان از احکام مولوی محسوب کرد و مطابق مورد به یکی از احکام چهارگانه شرعی متصف نمود.

نظر نهایی

از مجموع آنچه گذشت می‌توان گفت معیار دنیوی بودن صرف، بهترین معیار در تشخیص احکام ارشادی از احکام مولوی است و کلمات متقدمان بر شیخ هم حاکی از این است که قبل

از وی ارشادی فقط به همین معنا و با همین سنجه تعریف می‌شده است؛ صاحب جواهر هم به این امر اذعان نموده است. (نجفی، ۳۹۶/۲۹) و طرفه آن‌که این معیار با آنچه در ابتدای فصل در تعریف حکم ارشادی و مولوی به عنوان تعریف مختار ذکر شد قابل جمع و سازگار است. و بنا بر همان تعریف هم بسیاری از موارد مورد اختلاف باید جای خود را در احکام مولوی پیدا کند؛ حتی آیه اطاعت نیز در نظر ما از احکام مولوی است؛ چون از شأن مولویت شارع صادر شده است و اثر آن تأکید در ترغیب و ترهیب است و هرگز نمی‌توان ملتزم شد که شارع در چنین امر مهمی، یعنی اطاعت و عصیان خود صرفاً در مقام وعظ و نصیح و ارشاد باشد الا این‌که همان‌گونه که پیش از این ذکر شد احکام مولوی دو قسم است: حکم مولوی نفسی مثل امر به نماز و حکم مولوی طریقی مثل امر به احتیاط و امر به اطاعت و امر به توبه بنا بر یک قول امر مولوی طریقی نه اطاعت و عصیان مستقل دارد و نه ثواب و عقاب مستقل و در عین حال مولوی هم هست؛ بدون این‌که محذور تسلسلی پیش آید. آیا واقعاً می‌توان پذیرفت این همه امر به اطاعت و نهی از عصیان که در کتاب و سنت وارد شده همه ارشادی است و صرفاً از مقام نصیح و خیرخواهی مولا صادر شده است؟! به خصوص این‌که برخی با عتاب و وعیدهای شدیدی همراه است. آیا جز این است که همه این قرائن حاکی از اعمال مولویت مولا است. به نظر می‌رسد تنها محذور قائلان به ارشادی بودن امر به اطاعت و نهی از معصیت لزوم تسلسل است؛ در نتیجه باید گفت این نظر نه برخاسته از دلیل که بر ساخته از علت است. یعنی با وجود این‌که ظاهر امر مولوی بودن آن دو است اما به خاطر محذوری که از حل آن ناتوان مانده‌اند به ناچار قائل به ارشادیت شده‌اند. به نظر می‌رسد نظر میرزای رشتی از قوت علمی خاصی برخوردار و قابل تأیید است. در حالی که نظیر «اطیعوا الله» در شرع موارد فراوانی در اوامر و نواهی عرفی هم اتفاق می‌افتد که مولا اعمال مولویت می‌کند؛ بسیار دیده شده است که صاحب یک کارخانه با وجود این‌که قبلاً با کارگران خود قرارداد هم بسته و همه اوامر و نواهی او در قرارداد آمده است اما مکرراً آن‌ها را امر به کار کردن می‌کند و آن‌ها با آمدن او به کارخانه و اوامر او به شدت متأثر شده و با امر و نهی جدید جدیت بیشتری در کار پیدا می‌کنند و این نیست جز به خاطر تأثر از اعمال مولویت او و نه این‌که آن را نصیح و وعظ بدانند.

حال اگر بنا بر تعریف شیخ انصاری مبنای مولوی و ارشادی را بر استحقاق و عدم استحقاق ثواب و عقاب مستقل دانستیم علاوه بر این‌که در مواردی به خاطر فرار از محذور

تسلسل باید احکامی را که از منصب مولویت مولا صادر شده ارشادی بدانیم مثل امر به اطاعت و نهی از معصیت، دستیابی به قاعده و معیار خاصی برای روش‌شناسی آن هم مشکل خواهد بود و در نتیجه تعیین مولویت یا ارشادیت هر مورد را باید به حسب دلیل و قرائن حالیه و مقالیه خاص همان مورد به تشخیص شخصی فقیه واگذار نمود. به همین جهت وقتی به نوشته‌های پس از شیخ مراجعه شود نوعاً حمل بر ارشادیت را به ظهور عرفی یا مرتکرات عرفیه و ظاهر ادله ارجاع داده‌اند و از قاعده خاصی پیروی نکرده‌اند؛ شاید بتوان گفت تنها مورد مشترک بین این گروه از فقها هم همان دنیوی بودن مورد و یا تعلیل در لسان دلیل به امور دنیوی است.

نگاهی به معنای ارشادی در کتب فقهی و حدیثی عامه

در تأیید نظر فوق، ذکر این نکته قابل توجه است که معنای مختار در تعریف حکم ارشادی و سنجه روش‌شناسی آن، تنها معنای حکم ارشادی در فقه اهل سنت است و امکان این‌که این معنا در دو حوزه فقهی اهل سنت و تشیع به دو معنای مختلف به کار رفته باشد بعید است؛ نووی کراهت ارشادی را مقابل کراهت شرعی دانسته و آن را کراهتی تعریف می‌کند که برای مصلحت دنیوی است و هیچ ثواب و عقابی در ترک و فعل آن نیست. (المجموع، ۱/۱۳۲) آمدی در شمارش اطلاقات پانزده‌گانه کلمه امر به امر ارشادی و ندبی اشاره کرده و در ذکر تفاوت حکم استحبابی و ارشادی می‌گوید: در استحباب، مصلحت اخروی مدنظر است اما ارشادی برای مصلحت دنیوی است. (آمدی، ۲/۱۶۰-۱۶۲) غزالی می‌نویسد فرقی بین ندب و ارشاد نیست مگر این‌که ندب برای ثواب اخروی است و ارشاد برای تنبیه بر مصلحت دنیوی است. (غزالی، ۱/۲۳۰) احمدبن عمادالدین از علمای قرن هشتم اهل سنت در آداب غذا خوردن و نوشیدن می‌نویسد: در خبر صحیح از ایستاده آب خوردن نهی شده است؛ فقها اختلاف دارند که آیا روایت عام است و همه حالات انسان را شامل می‌شود یا نه؛ بعضی آن را عام می‌دانند و ابن قتیبه و متولی کراهت را مختص به حالت سیر و حرکت می‌دانند اما اگر بایستند و بنوشد کراهت برداشته می‌شود. وی سپس می‌گوید چون ایستاده آب خوردن از نظر بهداشتی برای بدن مضر است پس کراهت در روایت ارشادی و نهی هم ارشادی است به این معنا که راجع به مصلحت دنیوی است نه مصلحت دینی؛ یعنی برای مصلحت دنیوی حفظ بدن نهی کرده است. (احمدبن عمادالدین، ۱/۱۵) رملی هم علت حمل برخی از روایات را بر حکم

ارشادی این می‌داند که این روایات ما را به یک امر طبی هدایت می‌کند و این یک مصلحت دنیوی صرف است و ارتباطی با آخرت و دین ندارد. (ر.ک: الرملی، ۱۵۳) موارد فراوان دیگری هم ذکر شده که به صراحت علت ارشادی دانستن حکمی را دنیوی بودن آن می‌دانند.^۲ موارد دیگری هم که در کتب اهل سنت حکم بر ارشاد حمل شده، گرچه به علت آن تصریح نشده، اما همه از موارد صرفاً دنیوی است. (ر.ک: المناوی، فیض القدير، ۲۳۱/۱، ۲۴۸، ۲۸۳، ۴۵۲؛ الزرقانی، ۳۷۳/۳؛ المناوی، التیسیر، ۳۷/۱، ۴۵، ۶۱، ۸۶، ۱۳۳، ۱۵۱؛ الشروانی، ۴۸/۵ و....)

نکته دیگر لزوم فرق بین معنای ارشادی و مولوی در موالی عرفی و مولای حقیقی است. در موالی عرفی حکم ارشادی و مولوی تعریف دیگری دارد و آن این است که هر امر یا نهی مولای عرفی که موجب جلب منفعت یا دفع مفسده‌ای از خود مولا شود مولوی است حتی اگر دنیوی صرف باشد؛ چنان‌که نوع اوامر و نواهی موالی عرفی دنیوی است. و اگر جلب منفعت یا دفع مفسده از عبد باشد ارشادی محسوب می‌گردد. (محقق رشتی، ۲۶۶) در حالی که چنین تعریف و تمایزی در مولای حقیقی و شارع شرایع نمی‌آید زیرا تمام منافع اوامر و نواهی او متوجه عباد و برای اخراج آنان از ظلمات به سوی نور مطلق است.

نتیجه‌گیری

برآیند مباحث مقاله، نکات زیر است:

۱. مولوی و ارشادی از صفات اوامر و نواهی است نه احکام؛
۲. نوع تعاریفی که از شیخ انصاری به بعد از مولوی و ارشادی شده تعریف به یکی از لوازم است و نوعاً خالی از اشکال نیست؛
۳. ارشادی در کلمات اصولیان به دو معنا بکار رفته که در موارد زیادی از هم تفکیک نشده است؛
۴. با تعریف جدید از ارشادی و مولوی بازگشتی به معنای این دو در فقه شیعه و اهل سنت قبل از شیخ انصاری صورت می‌گیرد؛
۵. در این معنا آثار فراوان فقهی و فتوایی بار می‌شود و بسیاری از فتاوا نظیر آنچه در خصوص برخی آداب وارد شده، قابل تجدید نظر است؛

۲- حسینی العراقی، طرح التفریب فی شرح التفریب، (۸/ ۱۲۱- ۱۵۱)؛ ابن حجر عسقلانی، فتح الباری، (۳۰۷/۱۰ و ۸۶/۱۱)؛ عبدالقادر دمشقی، المدخل، (۲۲۴/۱)؛ العینی، عمدة القاری، (۲۲۴/۲).

۶. تنها سنجه عام در روش‌شناسی ارشادی، دنیوی بودن محض است و سنجه‌های دیگر در این مقاله به نقد کشیده شد.
۷. بسیاری از مصادیقی که در کلمات اصولیان به عنوان امر و نهی ارشادی و یا بالعکس، مولوی تشخیص داده شده، قابل خدشه است.

منابع

- الآمدی، علی بن محمد، **الاحکام فی اصول الاحکام**، بیروت، دار الکتب العربی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۴ق.
- آملی، محمد تقی، **مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی**، تهران، مؤلف، چاپ اول ۱۳۸۰ق.
- ابن حجر العسقلانی، احمد بن علی، **فتح الباری شرح صحیح البخاری**، بیروت، دار المعرفة، بی تا.
- اشتহারدی، علی پناه، **تقریرات فی اصول الفقه**، تقریرات درس خارج اصول آیت الله بروجردی، قم، موسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۷ق.
- اصفهانى، محمدحسین، **نهاية الدراية فی شرح الکفایه**، بیروت، مؤسسة آل البيت لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۲۹ق.
- بجنوردی، حسن، **القواعد الفقهية**، قم، نشر الهادی، چاپ اول ۱۴۱۹ق.
- بدران، عبدالقادر، **المدخل الى مذهب الامام احمد بن حنبل**، بیروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ۱۴۰۱ق.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، **مصابیح الظلام**، قم، مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، چاپ اول ۱۴۲۴ق.
- مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی، **موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام**، قم، مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اول ۱۴۲۳ق.
- حائری، مرتضی، **مبانی الاحکام فی اصول شرائع الاسلام**، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول ۱۴۲۴ق.
- حافظ عراقی، عبدالرحیم بن حسین، **طرح التثريب فی شرح التقریب**، بیروت، دار الکتب العلمیة، الطبعة الاولى، ۲۰۰۰م.
- حسینی میلانی، علی، **کتاب الشهادات**، تقریرات خارج فقه آیت الله سید محمد رضا موسوی گلپایگانی، قم، مقرر، چاپ اول ۱۴۰۵ق.
- حکیم، محسن، **مستمک العروة الوثقی**، قم، مؤسسة دار التفسیر، چاپ اول ۱۴۱۶ق.
- حکیم، محمد تقی، **الأصول العامة للفقه المقارن**، بی جا، المجمع العالمي لأهل البيت «ع»، ۱۴۱۸ق.
- حکیم، محمدسعید، **المحكم فی اصول الفقه**، قم، موسسه المنار، چاپ اول ۱۴۱۴ق.

امام خمینی، روح الله، **الاستصحاب**، تهران، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، چاپ اول ۱۳۸۱.
_____، **مناهج الوصول الى علم الاصول**، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول ۱۴۱۵ق.

خمینی، مصطفی، **کتاب الطهارة**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، چاپ اول ۱۴۱۸ق.
_____، **تحریرات فی الاصول**، قم، چاپ اول ۱۴۱۸ق.

خویی، ابو القاسم، **موسوعة الإمام الخوئي**، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، چاپ اول ۱۴۱۸ق.
رشتی، حبیب الله بن محمد علی، **کتاب الاجاره**، بی جا، چاپ اول ۳۱۱ق.

_____، **بدایع الافکار**، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول بی تا.

رملی، احمد بن حمزه، **فتاوی الرملی**، نرم افزار الجامع الكبير.

زرقانی، محمد بن عبد الباقي، **شرح الزرقانی علی موطأ الامام مالک**، بیروت، دار الکتب العلمیه، الطبعة الاولى، ۱۴۱۱ق.

سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، **الحاوی للفتاوی فی الفقه و علوم التفسیر و الحدیث و الاصول و النحو و الاعراب و سائر الفنون**، بیروت، دار الکتب العلمیه، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ق.

شبیبری زنجانی، موسی، **کتاب نکاح**، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چاپ اول ۱۴۱۹ق.
شروانی، عبد الحمید، **حواشی الشروانی علی تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، بیروت، دار الفکر، الطبعة الاولى، بی تا.

شعرانی، ابوالحسن، **المدخل الى عذب المنهل فی اصول الفقه**، تحقیق رضا استادی، قم، مؤسسه الهادی، چاپ اول ۱۳۷۳.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

طوسی، محمد بن حسن، **الاستبصار فیما اختلف من الاخبار**، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۹۰.

_____، **تهذیب الأحکام**، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

عینی، بدرالدین محمود بن احمد، **عمدة القاری**، شرح صحیح البخاری، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

غزالی، محمد بن محمد، **المستصفی فی علم الاصول**، بیروت، دار الکتب العلمیه، الطبعة الثانية، ۱۴۱۳ق.
فاضل هندی، محمد بن حسن، **كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۶ق.

کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، **كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات

اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، **الكافي**، تهران، دارالکتب الاسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۲.

لاریجانی، صادق، **تقریرات خارج اصول**، نسخه تایپی. (چاپ نشده)

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، **روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه**، قم، مؤسسه فرهنگی

اسلامی کوشانبور، چاپ دوم، ۱۴۰۶ق.

_____، **لوامع صاحبقرانی**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.

مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، **ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار**، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله

مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.

محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ق.

معرفت، محمد هادی، «احکام ارشادی و مستقلات عقلیه»، **فصلنامه حقوق**، تابستان، شماره ۶، ۱۳۶۵،

ص ۵۰-۵۶

مناوی، محمد عبدالرئوف بن تاج العارفین، **التیسیر بشرح الجامع الصغیر**، الرياض، مكتبة الامام الشافعی،

الطبعة الثالثة، ۱۴۰۸ق.

_____، **فیض القدير شرح الجامع الصغیر**، مصر، المكتبة

التجارية الكبرى، البعة الاولى، ۱۳۵۶ق.

موسوی گلپایگانی، محمد رضا، **کتاب الطهارة**، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.

مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، **موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام**،

قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۳ق.

نووی، یحیی بن شرف، **المجموع**، بیروت، دار الفکر، ۱۹۹۷م.

هاشمی شاهرودی، محمود، **بحوث فی علم الاصول**، تقریرات درس شهید صدر، مؤسسه دائرة

المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.

_____، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام** (اصطلاحات فقهی،

فارسی)، تحقیق محققان مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر

مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۶ق.

هاشمی شاهرودی، علی، **دراسات فی علم الاصول**، تقریرات درس محقق خویی، قم، مؤسسه دائرة

معارف الفقه الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

همدانی، رضا بن محمد هادی، **مصباح الفقیه**، قم، مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث و مؤسسه النشر

الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹
زمستان ۱۳۹۳، ص ۹۱-۱۱۵

گونه‌شناسی تقریر در فقه مذاهب*

عطیه علیزاده نوری

دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: atiyeealizadeh4@gmail.com

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

Email: Naseri1962@ferdowsi.um.ac.ir

دکتر علیرضا عابدی سرآسیا

استادیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

Email: a-abedi@um.ac.ir

چکیده

تقریر معصوم(ع) به مثابه‌ی یکی از اقسام سه‌گانه‌ی سنت، آن است که رفتاری در حضور ایشان انجام شود، و با وجود امکان ردع از سوی ایشان، موضعی اتخاذ شود که حاکی از رضایت است. مسائل مختلفی در باب تقریر معصوم(ع) مورد عنایت است؛ یکی از آنها، گونه‌شناسی تقریر است که بدان پرداخته نشده است. نوشته حاضر به منظور تبیین مراتب تقریر، بررسی درجات دلالتی و مصادق‌یابی انواع آن در محدوده فقه مذاهب خمس، تدوین یافته است که در ذیل هشت عنوان، گونه‌های شناسایی شده‌ی سنت تقریری گردآوری شده و به نقد و بررسی مصادیق آن پرداخته می‌شود. گونه‌های تقریر عبارتند از: ۱- تصدیق قول یا فعل، ۲- مدح و ثنای فاعل، ۳- مشارکت معصوم(ع) در عمل، ۴- امر کردن به لوازم قول یا فعل، ۵- رضایت به نتایج حاصل از فعل، ۶- سکوت همراه با تبسم/ خنده ۷- بازگوکردن کلام، بدون تصدیق یا تکذیب آن، ۸- صرف سکوت.

کلیدواژه‌ها: تقریر، سکوت، سنت، معصوم، فقه، عدم ردع.

مقدمه

هر فردی، اندک آشنایی با فقه اسلامی داشته باشد، تصدیق خواهد کرد که قسمت اعظم فقه، بر اساس سنت و روایات حاکی از سنت، شکل گرفته است. بنابراین شناخت ابعاد سنت و گونه‌های آن، تأثیر به سزایی در فرآیند استنباط احکام شرعی، به جای خواهد گذاشت. سنت حضرات معصوم(ع) خود به سه نوع تقسیم می‌شود که عبارتند از: سنت قولی که مجموعه‌ی سخنان و احادیث صادر از ایشان است؛ سنت فعلی که در بردارنده‌ی اعمال و افعال آن‌ها می‌باشد و سنت تقریری که شامل مواردی است که ایشان در برابر قول فعل و یا عقیده‌ی مخاطب خود سکوت می‌فرمودند و این سکوت کاشف از رضایت ایشان از عمل فرد مذکور و دال بر جواز و صحت آن عمل است.

تقریر به عنوان یکی از انواع سنت در عرض قول و فعل معصوم(ع) از حجیت برخوردار بوده و به عنوان یکی از ادله استنباط در باب اجتهاد، به‌شمار می‌رود. شاید با نگاهی سطحی به بحث تقریر در ابتدا چنان به نظر رسد که تقریر مترادف با سکوت و صرفاً دارای یک نوع است. اما با بررسی عمیق‌تر موضوع، درمی‌یابیم که رابطه‌ی بین سکوت و تقریر، عموم خصوص من وجه بوده و تصور تساوی بین این دو مفهوم، صحیح نمی‌باشد.

تعریف تقریر

«تقریر، مصدر قرّر به معنی ثابت کردن و مستحکم نمودن است. از جمله معانی این واژه، بیان، تأکید، موافقت و رضایت نسبت به آنچه از دیگری صادر شده، می‌باشد.» (مرکز معجم فقهی، ۷۸۷؛ فتح الله، ۱۲۱)

معنای اصطلاحی تقریر تفاوتی با معنای لغوی آن ندارد و در حقیقت، یکی از مصادیق آن به‌شمار می‌رود.

به‌طور کلی در مورد تقریر می‌توان به دو دسته از تعاریف اشاره کرد:

۱- تعریف تقریر به سکوت:

«مقصود از تقریر معصوم(ع)، آن است که کسی در حضور وی کاری انجام دهد و معصوم(ع) با آن که به آن کار توجه دارد و از آن آگاه است، نسبت به آن سکوت نماید مشروط به این که معصوم(ع) در شرایطی باشد که اگر فعل آن شخص خطا بود، بتواند وی را متنبه

نموده و خطایش را متذکر گردد. سکوت کردن معصوم (ع) از بازداشتن فاعل یا از بیان چیزی درباره موضوع تصحیح آن، تقریر یا اقرار بر آن یا امضای آن نامیده می‌شود. (محمد رضا مظفر، ۶۱/۲-۶۲ و نیز ر.ک: میرزای قمی، ۴۹۵)

البته همان گونه که اشاره خواهد شد، تعریف تقریر به سکوت، تعریف به اخص است و تقریر صرفاً با سکوت انجام نمی‌پذیرد. درست تر آن است که به جای عبارت «نسبت به آن سکوت نماید» گفته شود: «نسبت به آن موضعی اتخاذ کند که نشان از رضایت ایشان باشد» خواه با سکوت خواه با غیر آن.

۲- تعریف تقریر به عدم ردع:

«تقریر عبارت است از این که معصوم از اعتقاد شخص یا جماعتی یا از انجام فعل توسط ایشان یا از جریان سیره آن‌ها بر عملی، آگاهی یابد (و در عین حال) عملشان را انکار ننموده و ایشان را از آن (عقیده یا عمل یا سیره) منع نفرماید.» (مشکینی، ۱۴۲)

این تعریف گرچه نسبت به تعریف قبل، از عمومیت بیشتری برخوردار است اما باید اذعان داشت که هر عدم ردعی، دال بر تقریر نبوده و مشخصه اصلی تقریر یعنی نشانه رضایت بودن نیز باید در آن لحاظ شود.

معیار تمایز تقریر از قول و فعل

گرچه در اغلب موارد، تقریر، با سکوت معصوم در مواجهه با یک رفتار و در برابر قول و فعل و عقیده، تحقق می‌یابد؛ اما تصور تحقق تقریر با قول و فعل نیز خالی از وجه نیست. از طرفی تقسیم سنت به سه قسم نیز موجباً به نظر می‌رسد چرا که در تقریر حتی اگر با قول یا فعل تحقق یابد، اما بیان حکم به صورت مستقیم نبوده، بلکه به واسطه‌ی کاری که دلالت بر تأیید می‌کند (اعم از قول و فعل و سکوت)، تحقق می‌یابد.

تا کنون برای تشخیص سنت قولی و فعلی از تقریری معیاری مشاهده نشده است اما شاید بتوان گفت: در حقیقت در سنت قولی و فعلی، عبارات حاکیه به طور مطابقی یا تضمینی دلالت بر حکم شرعی دارند اما در سنت تقریری، حکم شرعی، مدلول مطابقی یا تضمینی عبارت نیست و این مدلول به طور مستقیم یا غیر مستقیم حاکی از تأیید و امضا است اما این امضا به

دلالت التزامی، حکم شرعی را نشان می‌دهد.^۱

تذکر: مفاهیم نیز که مدلول التزامی کلام محسوب می‌شوند در ضمن سنت قولی جای می‌گیرند و تفاوت آن‌ها با سنت تقریری آن است که در مفاهیم، مدلول مطابقی کلام نیز حکم شرعی است بر عکس سنت تقریری که تنها مدلول التزامی آن حکم شرعی است.

تقریر و فعل

عده‌ای معتقدند که سنت بر دو قسم قولی و فعلی بوده و تقریر را نیز در زمره فعل معصوم (ع) به شمار می‌آورند. به عبارت دیگر، تقریر را قسیم فعل ندانسته بلکه فعل را مقسم تقریر قرار داده‌اند:

«تقریر، چیزی جز "ترک ردع فعل غیر" از سوی معصوم نیست، پس اقرار نوعی ترک است و همان‌گونه که ترک، جزء فعل قلمداد شده است تقریر نیز باید جزئی از سنت فعلی انگاشته شود و نباید آن را در عرض فعل، نوع مستقلی از سنت به شمار آورد؛ از این رو تقسیم سنت به سه قسم قول و فعل و تقریر چندان موجه نمی‌نماید.» (رشاد، ۱۸)

این گروه از افراد، سنت را چنین تعریف کرده‌اند: «آنچه از قول یا فعل از معصوم صادر شده است.» (سبکی، ۲/۲۶۳؛ العطار، ۴/۱۴۴)

برخی از اصولیان نیز در تعریف سنت، به افعال معصوم اکتفا نموده‌اند؛ چرا که ایشان قول را نیز نوعی فعل به شمار آورده‌اند. (ابن امیر الحاج، ۲/۲۲۳)

البته این تعاریف به دلیل عدم جامعیت، خالی از اشکال نبوده و مورد اعتراض واقع شده‌اند. (ابن قطلوبغا، شرح مختصر المنار، ۱۲۰ به نقل از راشد، ۴۶)

باید متذکر شد که حتی آن‌هایی که تقریر را به لحاظ جوارحی فعل می‌دانند، سنت را بر سه قسم دانسته و تقریر را قسیم فعل قرار می‌دهند و این دو با هم منافاتی ندارند؛ زیرا ماهیت تقریر با فعل مصطلح، متفاوت است چرا که تقریر، فعلی است که با مدلول التزامی، بر بیان حکم شرعی دلالت می‌کند؛ بر خلاف فعل اصطلاحی که مدلول مطابقی و یا تضمینی آن، بیان حکم شرعی است.

۱- غیر مستقیم، یعنی دلالت مطابقی آن، تأیید نبوده بلکه مسأله‌ای غیر شرعی است که دلالت التزامی اول آن تأیید و دلالت التزامی ثانوی، بیان حکم است. مثلاً کسی که با نیزه وارد مسجد شده و معصوم به او می‌فرماید: «مواظب سر نیزه‌ات باش.» در این جا مدلول مطابقی نه حکم شرعی است و نه تأیید بلکه بیان امری غیر شرعی است؛ اما دلالت التزامی بر تأیید و در نهایت بر جواز آوردن نیزه به مسجد دارد. البته ممکن است در این مثال معصوم در مقام بیان حکم جواز ادخال سلاح به مسجد نبوده و فقط حفظ جان نماز گزاران مورد عنایت ایشان بوده باشد که در این صورت دال بر تقریر نخواهد بود.

تقریر و قول

گاهی تقریر با سکوت صورت نمی‌گیرد و معصوم با بیان عبارتی، رضایت خود را ابراز می‌نماید؛ برای نمونه، در مواردی، از معصوم (ع) راجع به حکم مسأله‌ای سؤال می‌شود و ایشان بدون تعرض به اصل مورد سؤال پاسخی بیان می‌فرمایند که دال بر موافقت حضرت با آن است. مثلاً از معصوم راجع به خواندن نماز نافله بر روی چهارپا در سفر سؤال می‌کنند و حضرت در پاسخ می‌فرمایند: "اشکالی ندارد". حال این که آیا بیان حکم به این صورت در ذیل سنت قولی می‌گنجد یا سنت تقریری، محل تأمل است. در این مورد دو وجه جایز است: از طرفی ظاهر امر، بیان گر سنت قولی است؛ چون هر پاسخی خود سؤال را نیز در تقدیر دارد؛ توضیح مطلب آن که به هر سؤال به دو شیوه می‌توان پاسخ داد: یک جواب کوتاه و یک جواب بلند و در حقیقت این گونه مصادیق در زمره پاسخ کوتاه به پرسش فرد سؤال کننده محسوب شده و در ضمن خود مورد سؤال را نیز در تقدیر دارد؛ مثلاً در مثال بالا می‌توان پاسخ حضرت را چنین بسط داد که خواندن نماز نافله بر روی چهارپا در سفر اشکالی ندارد؛ با این حساب چنین مواردی در ذیل سنت قولی جای دارند؛ و از طرف دیگر به دلیل بیان نشدن حکم در کلام حضرت و این که کلام ایشان صرفاً دلالت بر تأیید می‌نماید، باید کلام ایشان را تقریر محسوب کنیم.

اما در مواردی که تأیید، با عبارات تحسین آمیز صورت می‌گیرد، مطلب واضح بوده و بدون شک، باید آن را در زمره تقریر به حساب آورد؛ و از این رو گریزی از این مطلب نیست که تقریر صرفاً با سکوت محقق نمی‌شود؛ به طور نمونه امام صادق (ع) به فردی که از خوردن ذبیحه‌ی یهود و نصاری امتناع نموده بود، فرمودند: "آفرین بر تو". در این مورد از آنجا که مدلول مطابقی کلام، حکم شرعی نیست، نمی‌توان آن را در شمار سنت قولی حساب کرد و چون مدلول مطابقی آن تأیید و امضا، و مدلول التزامی آن، حکم شرعی است در زمره سنت تقریری محسوب می‌شود.

اما به طور کلی می‌توان گفت در زمینه امکان تحقق تقریر با قول سه وجه قابل استخراج است:

أ) تقریر صرفاً با سکوت تحقق یافته و بین تقریر و قول تضاد وجود داشته و تصور تقریر قولی، محال است.

ب) تقریر معنای مشخصی داشته و آن عبارت است از اتخاذ موضعی ناشی از رضایت

معصوم نسبت به مَقْرُبَه که با دلالت مطابقی یا تضمینی دال بر تأیید است؛ خواه با صرف سکوت تحقق یابد خواه با قول یا فعل.

ج) تقریر با قول نیز محقق می‌شود اما هر قولی که حتی نشانه‌ی رضایت نیز باشد، تقریر به شمار نمی‌رود. به عبارت دیگر باید تفصیل قائل شد بین این‌که اگر قول رضایتمندانه‌ی معصوم در قالب پاسخ به سؤال پرسش کننده باشد، در زمره سنت قولی و اگر ابتدائاً و به عنوان عکس‌العمل در برابر قول و فعل و اعتقاد فرد مخاطب باشد، سنت تقریری به شمار می‌آید. به طور نمونه تعابیری مانند "لا بأس به"، "لیس به بأس" و "لا" در جواب سائل، تقریر به شمار نمی‌روند؛ اما تعابیری مانند "احسنت"، "صدقت" که از معصوم در برابر قول یا فعلی صادر شود، جزء سنت تقریری محسوب می‌شوند.

انواع سکوت

سکوت یعنی «ترك كلام با وجود قدرت بر سخن گفتن» (جوهری، ۱/ ۲۵۶؛ فتح الله، ۲۳۱) با توجه به این‌که هر سکوتی لزوماً دلالت بر تقریر و تأیید ندارد، این پرسش مطرح می‌شود که چگونه می‌توان از سکوت، تأیید و امضا را برداشت نمود و نیز در مواردی که شک داشته باشیم اصل را چگونه باید ترسیم کنیم. آیا می‌توان گفت: اصل آن است که سکوت، نشانه‌ی رضایت باشد؟

این نکته را نیز متذکر می‌شویم که در این بحث، مقصود ما، سکوت معصوم است و از این رو سکوت افراد غیر معصوم را مورد بحث قرار نمی‌دهیم.

ادعا این است که سکوت دلالت بر رضایت دارد مگر این‌که خلاف آن ثابت شود. برای تبیین این قاعده، لازم است تا ابتدا انواع سکوت از جهت دلالت بر رضایت و عدم آن را بررسی نماییم. از این جهت می‌توان چندین نوع سکوت را برشمرد:

سکوت به جهت عدم وجود حکم یا انتظار وحی (زرکشی، ۳/ ۲۷۶)

بر خلاف عقیده قائلان به تصویب اشعری، که وقایع را خالی از حکم می‌دانند، عدلیه معتقد به وجود حکم برای هر مسأله بوده و طبق نظر ایشان خلوص واقع از حکم ممتنع است؛ (تونلی، ۱۷۹-۱۸۰؛ استر آبادی، ۳۴۷؛ رازی اصفهانی، ۵۴۶؛ انصاری، ۱۴۵/۲؛ عراقی، ۲۳۰/۴) اما انتظار وحی را تنها در مورد پیامبر(ص) می‌توان مطرح نمود؛ ولی به نظر می‌رسد در تمام مواردی که پیامبر(ص) چنین سکوتی داشته‌اند به طور صریح اعلام می‌کرده‌اند که سکوت

ایشان به جهت نیامدن وحی است؛ یا دست کم شواهدی وجود دارد که نشان از عدم وحی است؛ (مثل نگاه‌های انتظارآمیز به سوی آسمان)^۲ و در غیر این صورت نمی‌توان سکوت را حمل بر عدم وحی نمود. اگر نتوان این فرضیه را اثبات کرد، به نظر می‌رسد در مورد پیامبر(ص) نمی‌توان سکوتی را دال بر رضا دانست مگر آن‌که این مطلب با دلیل دیگری اثبات گردد. البته این تردید در مورد سکوت سایر معصومان(ع) از این جهت مطرح نیست.

سکوت به جهت احترام به گوینده

یکی از آداب اسلامی، گوش دادن به سخن مخاطب است و پیامبر(ص) نیز این ویژگی را در حد بارزی داشته است به گونه‌ای که ایشان را متهم به اُذن بودن کرده‌اند.^۳ (طباطبایی، ۹/۳۱۴؛ طبرسی، ۵/۶۹) در نتیجه این احتمال مطرح است که سکوت ایشان در برابر اظهار یک سخن باطل، نه به جهت رضایت بلکه به جهت احترام به گوینده باشد.

اما این مطلب درست نیست؛ چرا که احترام شخص تا جایی است که سخن باطلی را مطرح نکرده باشد؛ ولی اگر سکوت معصوم در برابر افراد، منجر به وقوع فعل حرامی توسط فرد مخاطب گردد، وظیفه حضرت، ابراز انکار است تا با سکوت ناشی از رضایت، خلط نگردد.

سکوت به جهت عقوبت یا نهی از منکر

اگرچه نهی از منکر با سکوت جایز است، اما اگر این سکوت، منجر به تقویت باطلی گردد خود، مصداق منکر است که معصوم مرتکب آن نمی‌شود؛ بنابراین در این موارد سکوت جایز نیست مگر این‌که همراه با نشانه‌های واضحی باشد که دال بر نارضایتی و ناخرسندی معصوم است که در این صورت، از محل بحث خارج است؛ زیرا محل بحث سکوتی است که همراه با قراین نباشد. در هر صورت اگر سکوت منجر به تقویت باطل گردد، نهی از منکر یا عقوبت باید به شکل دیگری صورت یابد.

سکوت به جهت صبر و برای کنترل خشم و عصبانیت

این مورد نیز مثل مورد قبلی است؛ و سکوت به جهت خشم معمولاً همراه با قراین واضحی بوده و خود را نشان می‌دهد؛ از این رو از محل بحث خارج است؛ اما اگر حقیقتاً این سکوت همراه با علایم خشم و ناراحتی نباشد و برای مخاطب معلوم نگردد که از روی

۲- «فَقَدْ تَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ» (بقره/۱۴۴).

۳- «وَمِنْهُمْ الَّذِينَ يُؤْذُونَ النَّبِيَّ وَيَقُولُونَ هُوَ أَعْدُوهُ» (توبه/۶۱).

رضایت است یا خشم، بر معصوم است که حکم را بیان نموده و از سکوت اجتناب ورزد چرا که منجر به تقویت باطل می‌گردد.

سکوت به جهت تقیه

این مورد اولاً در مورد پیامبر (ص) مطرح نمی‌شود؛ چرا که تقیه بر پیامبر (ص) جایز نیست. (علم الهدی، ۴/ ۱۰۵-۱۰۶؛ شهید ثانی، ۱۸۹) در مورد معصومان (ع) نیز اصل عدم تقیه وجود دارد و موارد مشکوک حمل بر عدم تقیه می‌شود. (انصاری، ۱/ ۶۰۲)

سکوت به جهت استهزاء، بی‌توجهی، پریشانی، و سایر رذایل اخلاقی

این احتمال در مورد معصوم به جهت برخورداری از عصمت کلاً منتفی است.

سکوت به جهت رضایت

تنها موردی که باقی می‌ماند این احتمال است که سکوت به جهت رضایت باشد و سایر احتمالات یا کلاً منتفی می‌باشند و یا مرجوح و ضعیفند و عقلاً در حالت عادی به احتمالات مرجوح اهمیت نمی‌دهند و به خاطر آن‌ها دست از احتمالات قوی بر نمی‌دارند. بنابراین می‌توان گفت در مواردی که سکوت معصوم همراه با شواهد و قراینی دال بر رضایت یا عدم رضایت نیست، اصل آن است که دال بر رضایت باشد مگر خلاف آن ثابت گردد.

می‌توان این اصل را مؤید به ظاهر حال و طبیعت افراد نیز دانست چرا که طبیعت انسان، آن است که در برابر اموری که نسبت بدان ناخوشایند است، واکنش نشان دهد و حتی گاهی این واکنش‌ها غیر ارادی و ناآگاهانه هستند (نظیر تغییر رنگ چهره و...) و از این رو اگر سکوت، همراه با علایم نارضایتی نباشد، حمل بر مرضی بودن می‌گردد.

اشکال: ممکن است این پرسش مطرح شود که مطلب فوق با قاعده‌ی فقهی «لاینسب لساکت قول» در تناقض است. بر اساس این قاعده شارع حکیم، احکام را فقط بر افعال و اقوال معلق نموده و بر سکوت، حکمی مترتب نمی‌کند؛ در نتیجه نسبت دادن کلام به شخصی که سکوت نموده و سخنی بیان نکرده، صحیح نمی‌باشد؛ جز آنچه خود این قاعده استثنا نموده و در مواردی انتساب قول به فرد ساکت را جایز دانسته و آن موقعی است که فرد در مقام قبول یا ردّ چیزی است؛ مادامی که در موقعیتی که باید سخن بگوید، سکوت نماید، این سکوت دلالت بر موافقت می‌کند. (ابن حجر عسقلانی، ۲۷۲/۱۳؛ غزالی، ۴۱۵)

طبق نظر قائلان به این قاعده، سکوت به طور یقینی نمی‌تواند دلیل بر رضایت باشد؛ چرا که رضایت حاصل از سکوت، یکی از دو احتمال بوده و احتمال خلاف نیز در آن وجود دارد.

مثلاً ممکن است که سکوت به دلیل آشفتگی فکر، بی‌توجهی، استهزاء، تعجب، انکار یا دلایل دیگری باشد.

پاسخ: این قاعده به فرض پذیرش مخصوص مواردی است که متکلم در صدد بیان نبوده و نیازی به بیان وی نباشد اما در مواردی که بیان شارع مورد نیاز بوده و عدم بیان، منجر به کتمان حکم الهی یا تغییر آن شود، این قاعده صحیح نمی‌باشد. در این مورد، قاعده دیگری مطرح است با این عنوان که «السکوت فی معرض الحاجة، بیان» (زحیلی، ۱/ ۱۶۲)؛ با این توضیح که به حکم عقل، تأخر بیان از وقت حاجت، قبیح است؛ زیرا موجب فوت مصلحتی از مصالح می‌شود؛ بنابراین هر گاه شخص عاقلی در مقام بیان، سکوت کند، این سکوت را نوعی بیان تلقی کرده و حجت دانسته‌اند؛ از آنجا که قانون‌گذار نیز در سمت وضع قانون، مرتکب قبیح نمی‌شود، ناگزیر باید برای سکوت او معنای متناسب با مقام در نظر گرفت.

این مسأله در اصول فقه نیز در بحث اطلاق مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ زیرا در بحث مقدمات حکمت گفته می‌شود که اگر متکلم در صدد بیان نباشد، نمی‌توان از سکوت و قید نزدن وی اطلاق برداشت کرد؛ ولی اگر در صدد بیان باشد، سکوت وی دلالت بر اطلاق می‌نماید. (روحانی، ۳/ ۱۴۵؛ خمینی، ۷۱؛ حسینی فیروز آبادی، ۳۷۵)

آنچه که در اینجا اهمیت می‌یابد، این است که سکوت معصوم وقتی حاکی از رضایت ایشان باشد دلالت بر حکم شرعی می‌کند و از این روست که تقریر در شمار منابع احکام شمرده می‌شود. در استدلال به این که چگونه عدم ردع و رضایت معصوم دلالت بر حکم شرعی می‌کند می‌توان مبانی مختلفی را ذکر کرد که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از:

وجوب امر به معروف و نهی از منکر (اصفهانی، ۳۱۵؛ میرزای قمی، ۴۹۵؛ مظفر، ۷۰/۳)، لزوم ارشاد جاهل و تنبیه برخطا (اصفهانی، ۳۱۵؛ مظفر، ۷۰/۳)، حرمت بدعت و تشریع (اصفهانی، ۳۱۵)، وجوب تبلیغ شریعت (محاسن، ۷۴)، وجوب بیان (ایوان کیفی، ۵۸۷/۳)، عدم جواز تأخیر بیان از وقت حاجت (محاسن، ۸۰-۸۴)، حرمت تعاون بر گناه (میرزای قمی، ۴۹۵)، حرمت افترا بر خداوند، عدم جواز نقض غرض، حرمت رضایت به فعل حرام، عدم جواز تحریم حلال و تحلیل حرام (دردیر، ۲/ ۲۱۲)، حرمت اغرای به جهل، حرمت اضلال، حرمت کتمان حق و وجوب اظهار حق.

رابطه تقریر با سکوت

برخی از اهل سنت در بیان تفاوت تقریر با سکوت به چند نکته اشاره کرده‌اند که به

بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

۱. «بیان» به مجرد تقریر حاصل می‌شود ولی ابتداءً به وسیله سکوت تحقق نمی‌یابد؛ زیرا ممکن است دلایل دیگری نیز برای سکوت وجود داشته باشد؛ از قبیل انتظار نزول وحی در مواردی که در مسأله‌ای حکمی وجود ندارد.» (راشد، ۶۵)

برخی نیز در این زمینه اظهار داشته‌اند که:

«از تقریر، حکم تکلیفی اباحه قابل استخراج است در حالی که از سکوت در برابر سؤال حکمی حاصل نمی‌شود؛ زیرا سکوت بر عدم وجود حکم دلالت دارد چرا که سؤال یا از آن چیزی است که واقع شده و یا از آن موردی است که تحقق نیافته و سؤال کننده منتظر حکم آن قضیه است و از سکوت در برابر سؤال وی، عدم حکم فهمیده می‌شود، بنابراین متوقف، باقی می‌ماند؛ به خلاف کسی که قصد انجام کاری را دارد که معتقد به مباح بودنش است، اینجا، سکوت، مفید اباحه است. (سبکی، ۲/ ۱۸۲-۱۸۳)

مثال: «مرثد بن ابی مرثد فردی بود که اسرا را از مکه به مدینه می‌برد. وی دوستی به نام عناق داشت. نزد پیامبر (ص) رفت و از ایشان پرسید: آیا با عناق ازدواج کنم؟ حضرت از پاسخ دادن امتناع ورزیدند و چیزی نگفتند تا این‌که آیه ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرَكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾^۴ نازل شد. پس این آیه را برای من خواندند و فرمودند: با وی ازدواج نکن.» (ابو داود، ۱/ ۴۵۵)

اما این سخن اخیر قابل نقد به نظر می‌رسد:

سکوت گاهی شرایط تقریر را داراست و از این جهت هیچ تفاوتی با تقریر نمی‌کند و خود نوعی از آن محسوب می‌شود و از این رو حتی سکوت در برابر سؤال نیز می‌تواند دال بر حکم شرعی باشد مثل کسی که از معصوم می‌پرسد که آیا من می‌توانم در ماه رمضان به مسافرت بروم تا روزه نگیرم و حضرت در برابر وی سکوتی می‌کنند که دال بر رضایت باشد.

اما سکوت بما هو سکوت یعنی سکوتی که شرایط تقریر را نداشته باشد؛ ظاهراً دلالت بر هیچ حکمی ندارد اما این نیز بدان معنا نیست که در واقع، هیچ حکمی وجود نداشته باشد چرا که این مستلزم خلوّ واقع، از حکم است که قبلاً بطلان آن اثبات شد.

از طرفی، از تقریر، صرفاً حکم اباحه استفاده نمی‌شود بلکه تمامی احکام تکلیفی و وضعی

۴- آنکار و واضح کردن معنی برای مخاطب به صورت مفصل، از آنچه بدان پوشانده شده و به خاطر آن مشبه گشته است. (جصاص، ۶/۲ سرخسی، ۲/ ۲۶)

۵- «مرد زناکار جز با زن زناکار یا مشرک ازدواج نمی‌کند و زن زناکار را جز مرد زناکار یا مشرک، به ازدواج خود در نمی‌آورد و این کار بر مؤمنان حرام شده است.» (نور، ۲/ ۲۷)

قابل برداشت است. مثلاً ممکن است فردی در محضر معصوم فعلی را حرام شمرده و از آن اجتناب نماید و حضرت وی را بر این ترك فعل حرام تقریر نمایند و یا معامله‌ای صورت گیرد و حضرت از آن مطلع گردند و فاعل را به صحت آن معامله آگاه گردانند.

۲. «حجیت تقریر، تنها به خاطر سکوت در برابر انکار نیست بلکه علاوه بر آن، چیزی که رضایت به امر مورد تقریر واقع شده، شاملش می‌شود نیز در حجیت آن مؤثر است؛ زیرا هر سکوتی تقریر نیست و فقط سکوتی که محفوف به قراین حالیه باشد دال بر اقرار خواهد بود.» (محاسن، ۱۹۳)

۳. سکوت اعم از رضایت بوده اما هر تقریری نشانه رضایت است. با توجه به نکاتی که قبلاً اشاره شد مبنی بر این که تقریر گاهی با سکوت صورت می‌گیرد و گاهی با غیر آن؛ و نیز این نکته که سکوت گاهی نشانه رضایت نمی‌باشد، می‌توان گفت: رابطه تقریر با سکوت عموم خصوص من وجه است؛ یعنی هر سکوتی الزاماً تقریر نبوده و هر تقریری صرفاً به شیوه سکوت نیست. گاهی سکوت، همراه با قراینی حتی می‌تواند دال بر عدم رضایت نیز باشد؛ مانند جایی که فرد تحت شرایط خاصی تقیه می‌کند و در واقع رضایتی به عمل صورت گرفته ندارد و یا سکوت به همراه علاماتی مثل خشم و ناراحتی و...؛ و تقریر هم به صور دیگری غیر از سکوت نیز متصور است؛ مانند تحسین و تصدیق فاعل یا تبسم و خنده در برابر عمل وی. سکوت تقریری وجه مشترک این دو و سکوت دال بر خشم یا تقیه و نیز تقریر قولی وجه افتراق آن‌ها می‌باشد.

گونه‌های تقریر معصوم (ع)

پس از بیان مبادی بحث، اینک به بُن‌مایه اصلی مقاله یعنی گونه‌های تقریر می‌پردازیم؛ آنچه در این قسمت مطرح می‌شود حاصل استقصای نسبی منابع حدیثی، تاریخی و فقهی فریقین به ویژه برخی از نوشته‌های موجود در این زمینه است^۶ که بر اساس آن، گونه‌ها و انواع اظهار تقریر از سوی معصومان (ع) گردآوری شده است. البته فقیهان به برخی از موارد مذکور، استناد کرده‌اند، اما معمولاً در این استنادها گونه‌های مختلف تقریر تبیین نشده‌اند و نویسندگان با شناخت خود نسبت به گونه‌های مختلف، آن‌ها را ذیل هر دسته جای داده‌اند. طبیعی است که

۶- راشد، ایاد محمد، *تقریرات الرسول صلی‌الله علیه و سلم و دلالتها علی الاحکام*؛ محاسن حسن الفضل، عبدالله، *دو اساس اصولیة فی السنة التقریریة*؛ اشقر، محمد سلیمان، *افعال الرسول صلی‌الله علیه و سلم و دلالتها علی الاحکام الشرعیة*؛ ابو عمشه، مقید محمد؛ *افعال الرسول و تقریراته و دلالتها علی الاحکام الشرعیة*.

ما در این مرحله، تنها به دنبال استقصای موارد کاربرد بوده‌ایم تا دلیل تقریر را از ابهام، غرابت و محجوریت در آوریم؛ تحلیل این گونه‌ها و بررسی اتقان و صحت سندی و دلالتی آن‌ها، مجال دیگری می‌طلبد.

با نگاهی به منابع مختلف فقهی، اصولی و حدیثی، هشت نوع از مراتب تقریر استخراج شد که در ذیل، با بیان مثال‌هایی برای هر مورد به بررسی مختصر دلالت آن‌ها پرداخته می‌شود.

تصدیق قول یا فعل (راشد، ۱۲۹؛ محاسن، ۲۳۵)

نقطه اعلای تقریر، تقریر قول و فعل است به این ترتیب که معصوم (ع) به درستی قول یا فعلی که در محضر وی گفته شده یا انجام یافته، و ایشان بدان علم پیدا کرده است، حکم کند. البته باید توجه داشت همان‌گونه که در تعریف تقریر گفته شد، تقریر معصوم (ع) یا نسبت به قول یا فعل و یا اعتقاد است اما از آنجا که اعتقاد، مستقلاً نمود ظاهری نداشته و نهایتاً به صورت قول یا فعل پدیدار می‌گردد، آن را در تقدیر گرفته و تقریر را بر قول یا فعل حمل می‌کنیم.

مثال: ۱- از ابو سعید خدری نقل شده که: دو مرد به سفری رفتند. زمان نماز فرارسید و آن‌ها آبی به همراه نداشتند پس بر خاک پاکی تیمم کرده و نماز گزار شدند. بعد از اتمام وقت نماز، آب یافتند؛ یکی از آن دو نمازش را پس از گرفتن وضو اعاده و دیگری نمازش را اعاده نکرد. سپس نزد پیامبر (ص) آمدند و قضیه را برای ایشان تعریف کردند. حضرت به کسی که نمازش را اعاده نکرده بود، فرمودند: بر طبق سنت عمل نمودی و نمازت کفایت می‌کند و به کسی که وضو گرفته و نمازش را اعاده کرده بود، فرمودند: برای تو دو اجر وجود دارد. (دارمی، ۱۹۰/۱؛ طبرانی، ۴۸/۸)

این حدیث، تقریر پیامبر (ص) نسبت به فعل هر دو نفر است.

۲- «مردی از امیر مؤمنان (ع) سؤال کرد: من در حال احرام بودم که ماده شتر من، تخم شترمرغی را زیر پا له کرد. آیا بر من کفاره‌ای است؟ حضرت (ع) فرمودند: «در این مورد از پسر من حسن (ع) سؤال کن.» و خود حضرت در جایی بود که سخن پسرش را می‌شنید. پس مرد به سوی امام حسن (ع) روی آورد و از وی پرسید؛ ایشان فرمودند: «بر تو واجب است که شتر نر را به تعداد تخم‌هایی که شکسته شده بر شتر ماده بجهانی و بچه شترهای حاصل از آن را برای خانه‌ی خدا قربانی کنی.» امام علی (ع) به ایشان فرمودند: «پسر من چگونه این مطلب را گفتی در حالی که می‌دانی که شاید شتر، بچه‌اش را افکنده باشد یا در او چیزی بوده که موجب

افتادن بچه شده باشد؟» پس امام حسن(ع) فرمودند: «چه بسا تخم، تباه باشد.» پس امیر مؤمنان(ع) لبخند زدند و به امام حسن(ع) فرمودند: «راست می‌گویی پسر م.» سپس این آیه را تلاوت نمودند ﴿ذُرِّيَّةٌ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^۷ (طوسی، تهذیب الاحکام، ۵/ ۳۵۴ - ۳۵۵؛ ۱۲۳۱؛ حر عاملی، ۱۳/ ۵۳، ۱۷۲۱۷)

تصدیق پیامبر(ص) نشانه درستی کلام و قول امام حسن(ع) و تأیید آن می‌باشد. فقیهان به این تقریر در همین مسأله، استناد کرده‌اند. (مفید، ۴۳۶ - ۴۳۷؛ صاحب جواهر، ۲۰/ ۲۱۳)

۳- «جابر بن عبدالله انصاری روایت کرده که از امام علی(ع) شنیدم که شعر می‌سرایید و پیامبر(ص) گوش می‌کرد: «من برادر مصطفی(ص) هستم، در نسب من شکی نیست/ توسط او تربیت یافتم و دو نوه‌ی او، فرزندان من هستند// جد من و جد رسول الله يك نفر است/ و فاطمه(س) همسر من است و این سخن انسان کم عقل نیست.// پس سپاس برای خداست که شریکی برای او نیست/ خدایی که به بندگان نیکوکار است و همواره باقی و فناپذیر است.»^۸ پیامبر(ص) لبخند زدند و به وی فرمودند: راست گفتی ای علی.» (مجلسی، ۱۰/ ۳۸۰ - ۳۸۱)

پیامبر(ص) با لبخند و جمله‌ی «راست گفتی ای علی»، قول و شعر امام را تقریر و تأیید فرمودند.

مدح و ثنای فاعل (راشد، ۱۳۳؛ محاسن، ۲۳۴؛ اشقر، ۲/ ۱۰۰)

حضرات معصوم(ع) به دلیل عصمت، اهل تملق و چاپلوسی نبوده و اگر از کسی تعریف و تمجید می‌نمودند دلیل رفتار شایسته وی و رضایت ایشان نسبت به عمل او بوده است.

مثال: ۱- «از عروه‌ی بارقی نقل شده که گفت: رسول الله(ص) دیناری به من داد تا برای ایشان گوسفندی بخرم. من دو گوسفند خریدم و یکی از آن دو را به دیناری فروختم و با يك دینار و يك گوسفند نزد پیامبر(ص) بازگشتم. آنچه برای او اتفاق افتاده بود را برای پیامبر(ص) باز گو کرد؛ پس حضرت به وی فرمودند: خداوند به معامله‌ی تو برکت دهد.» (محدث نوری، ۱۳/ ۲۴۶؛ ترمذی، ۲/ ۳۶۵)

فقیهان به این روایت برای جواز بیع فضولی استناد کرده‌اند که به روشنی دلالت بر حجیت

۷- «آن‌ها فرزندان و (دودمانی) بودند که (از نظر پاکی و تقوا و فضیلت)، بعضی از بعض دیگر گرفته شده بودند و خداوند، شنوا و داناست (و از کوشش‌های آن‌ها در مسیر رسالت خود،

آگاه می‌باشد).» (آل عمران/ ۳۴).

۸- «أنا أخو المصطفى لا شك في نسبي / معه ريب و سبطاهما ولدي // جدي وجد رسول الله منفرد / و فاطمة زوجتي لا قول ذي فند // فالحمد لله شكرا لا شريك له / البر بالعبد والباقي بلا أمد».

تقریر در نزد آنان دارد. (علامه حلی، نهاییة الاحکام فی معرفة الاحکام، ۲/ ۴۷۵؛ فخر المحققین، ۲/ ۳۴۵؛ خویی، ۲/ ۷۳۸)

۲- «محمد بن علی بن حسین گفت: مردی بر رسول الله (ص) وارد شد که ریشش را زرد کرده بود؛ حضرت به وی فرمودند: چه کار خوبی. پس از مدتی نزد حضرت آمد در حالی که با حنا (آن را) سرخ کرده بود. پیامبر (ص) لبخند زدند و گفتند: این بهتر از آن یکی است. پس از آن، بار دیگر پیش ایشان رفت در حالی که با رنگ سیاه خضاب کرده بود پیامبر (ص) خندیدند و فرمودند: این نیکوتر از هر دوی آنهاست.» (حر عاملی، ۲/ ۹۰)

۳- «از حسین بن عبدالله نقل شده که گفت: معلی بن خنیس و ابن ابی یعفور در سفر با هم همراه شدند. پس یکی از ایشان از ذبیحه یهود و نصاری خورد و دیگری از خوردن آن امتناع ورزید. سپس هر دو نزد امام صادق (ع) آمده و به حضرت خبر دادند. امام (ع) پرسید: کدام یک از شما از خوردن ابا نمود؟ گفتم: من، فرمودند: آفرین بر تو.» (حر عاملی، ۲/ ۵۰)

۴- در برخی روایات آمده که بنده‌ای نزد پیامبر (ص) عطسه کرد و سپس الحمد لله گفت؛ پیامبر (ص) به وی فرمودند: خدا به تو برکت دهد. (کلینی، ۲/ ۶۵۵؛ حر عاملی، ۱۲/ ۹۲)

صاحب الحقائق در ذیل این روایت می‌نویسد: این کلام پیامبر (ص) دلالت بر استحباب دعا نمودن شخص، هنگام عطسه می‌کند؛ (بحرانی، الحقائق الناضرة، ۹/ ۹۶) و در نتیجه باکی در عمل به این حدیث، نیست.

مشارکت معصوم (ع) در عمل (راشد، ص ۱۳۶؛ محاسن، ص ۲۳۶؛ اشقر، ۲/ ۱۰۰)

در برخی از نوشته‌های اهل سنت آمده که هر گاه معصوم (ع) نه تنها فردی را از عملی منع نکرده، بلکه در آن عمل به او مساعدت نموده و در انجام آن، با وی مشارکت نماید، روشننگر این مطلب خواهد بود که انجام چنین عملی بدون اشکال بوده و حداقل منع شرعی ندارد. (همان)

نقد: گرچه اهل سنت، مشارکت معصوم را به عنوان گونه‌ای از انواع تقریر بر شمرده‌اند، اما احتساب آن در ذیل عنوان فعل، به واقع نزدیک‌تر است؛ البته تقریر محسوب کردن آن نیز خالی از وجه نیست؛ چرا که معصوم با این عمل به طور ضمنی کار انجام شده توسط دیگران را تأیید کرده است و در حقیقت می‌توان چنین گفت که در این جا دو گونه مبین حکم وجود دارد: یکی فعل معصوم، اگر آن را به طور مستقل مورد توجه قرار دهیم، و دیگری تأیید عملی فعل دیگران؛ اما در هر حال از آنجا که در چنین مواردی فعل بودن به عنوان دلیل اقوی

محسوب می‌شود، احتساب آن در زمره سنت فعلی بر تقریر بودن آن غلبه دارد. صرف نظر از مطالب مذکور، ممکن است مراد قائلان این سخن از مشارکت، مفهومی غیر از معنای متبادر عرفی آن باشد.

مثال: ۱- «عایشه می‌گوید: روزی رسول‌الله(ص) را بر در حجره‌ی خود دیدم در حالی که حبشیان با سلاح‌هایشان در مسجد بازی می‌کردند و پیامبر(ص) مرا با ردایش پوشاند و فرمود به بازی آن‌ها نگاه کن.» (بخاری، ۱۱۷/۱)

و این نقل، دلیل بر جواز نگاه کردن به سرگرمی مباح و جواز بازی با سلاح برای آمادگی جنگی در مسجد و نیز جواز نگاه کردن زن اجنبی به ما عدا‌ی عورت مردان است. (ابن حجر، ۴۵۷/۱ و ۳۷۱/۲)

نقد: این روایت، در مشارکتی که دلالت بر جواز کند، چندان صراحتی ندارد؛ چرا که اگر مراد، تقریر نمودن جواز بازی با سلاح در مسجد باشد، در این صورت معصوم با سکوت خود آن را تأیید نموده نه با مشارکتش؛ و اگر منظور، مشارکت در نگاه کردن باشد، اگرچه می‌توان به نوعی آن را پذیرفت ولی به نظر می‌رسد در اینجا نیز همچون مورد قبلی، می‌توان امر حضرت به نگاه کردن را، جزء سنت قولی به شمار آورد و از این رو با وجود سنت قولی، نوبت به استناد به سنت تقریری نمی‌رسد.

۲- «از ابی جحیفه نقل شده که گفت: پیامبر(ص) هنگام ظهر نزد ما آمد پس وضویی گرفت و مردم از باقیمانده‌ی آب وضوی ایشان می‌گرفتند و بر خود می‌کشیدند. سپس پیغمبر(ص) دو رکعت نماز ظهر و دو رکعت نماز عصر را اقامه نمود.» (بخاری، ۵۵/۱)

این که حضرت اجازه می‌دادند که افراد از آب وضوی ایشان تبرک جسته و ایشان را از این عمل منع نمی‌فرمودند، دلیل رضایت ایشان به عمل آن‌ها است.

اگرچه برخی این مثال را ذیل عنوان مشارکت معصوم در عمل ذکر کرده است، (راشد، ۱۳۷) اما به نظر می‌رسد این نمونه، مثال مناسبی برای مشارکت نیست؛ زیرا پیامبر(ص) در آن کار، آنان را همراهی نکردند. البته این مورد می‌تواند مثال خوبی برای گونه هشتم (صرف سکوت بدون اظهار رضایت به وسیله قول یا فعل) باشد.

۳- در مجامع روایی اهل سنت، آمده: «هنگامی که فجر طلوع می‌کند، نمازی جز نافله صبح وجود ندارد.» (متقی، ۸/۸۹) در این اوقات خواندن نوافل مربوط به قبل از این زمان (نه مقارن با آن) که فوت شده‌اند و سببی برای آن‌ها وجود ندارد، مکروه است اما خواندن نوافل فوت شده

و دارای سبب در این زمان کراهتی ندارد؛ (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۸۰ / ۱) شافعی قائل به این نظر است با این مستند که: «پیامبر(ص) قیس بن فهد را دید که بعد از نماز صبح دو رکعت نماز خواند. حضرت از وی پرسید این دو رکعت چه بود؟ قیس پاسخ داد: دو رکعت نافله صبح را نخوانده بودم. پیامبر(ص) سکوت نمودند؛ بعد از نماز عصر بر ام سلمه وارد شدند و دو رکعت نماز خواندند. ام سلمه پرسید: این دو رکعت چه بود؟ حضرت پاسخ دادند: دو رکعتی بود که بعد از نماز ظهر می خواندم تا این که ورود مهمان، من را از آن باز داشت.» (شافعی، اختلاف الحديث، ۵۰۴؛ همو، مسند الامام الشافعی، ۱۶۸)

«رفتار پیامبر(ص) و سکوت ایشان در برابر عمل قیس، دلیلی بر این مطلب است که نهی حضرت از خواندن نماز بعد صبح و عصر، فقط در مورد نمازهای غیر مستحبی و واجب است.» (عظیم آبادی، ۴ / ۱۰۷)

در این حدیث پیامبر(ص) مشابه عمل قیس، رفتار نموده و با این کار گویا عمل وی (خواندن قضای نماز نافله) را نیز تقریر فرموده و به نوعی در عمل، با او مشارکت نموده است. **امر کردن به لازمی قول یا فعل** (راشد، ۱۳۷؛ محاسن، ۲۳۵)

در مواردی حضرات معصوم(ع) به جای سخن گفتن راجع به حکم فعل صادره و اظهار رضایت یا نارضایتی از عمل صورت گرفته، مخاطب را به نتایج آن، امر می نمودند. مثال: ۱- مردی با نیزه ای داخل مسجد شد؛ پیامبر(ص) به وی فرمودند: «مواظب سر نیزه باش.» (ابن حنبل، ۳ / ۳۰۸؛ مسلم بن حجاج، ۸ / ۳۳)

در این حدیث، جواز داخل کردن سلاح در مسجد مورد تقریر واقع شده؛ زیرا حضرت این عمل را بر کسی که آن را مرتکب گردید، منع نکردند بلکه وی را به دقت در نگه داشتن سر نیزه امر نمودند. (محاسن، ۲۳۵)

۲- حسین بن محمد از عبد الله بن عامر از علی بن مهزیار از صفوان از عیص بن قاسم نقل کرده که گفت: از امام صادق(ع) درباره مردی پرسیدم که مدت ها در لباس شخص دیگری نماز خوانده، سپس صاحب لباس به وی خبر می دهد آن لباس نجس است و او به دلیل نجاست، در آن نماز نمی خوانده است. حضرت فرمودند: نیازی به اعاده نمازها نیست. (کلینی، ۳ / ۴۰۴)

در این حدیث، امام(ع) با اعلام به این که لزومی به اعاده نمازها نیست، لازمه آن را که صحت نمازهای خوانده شده در لباس نجس است، تقریر فرمودند.

رضایت به نتایج حاصل از فعل (راشد، ۱۳۷؛ اشقر، ۲ / ۱۰۱؛ محاسن، ۲۳۵)

اگر معصوم(ع) نسبت به نتیجه عملی، رضایت خویش را ابراز دارد، این بدان مفهوم خواهد بود که اصل عمل نیز از منظر ایشان صحیح بوده است.

مثال: ۱- در حدیث ابو عبیده آمده: در یکی از سریه‌ها، آن‌ها از ماهی‌ای که دریا آن را بیرون انداخته شده بود، خوردند. این قضیه را به پیامبر(ص) خبر دادند؛ حضرت فرمودند: «اگر چیزی پیش شما باقی مانده آن را به نزد ما بفرستید.» (نسائی، ۲۰۸/۷)

این حدیث، مباح بودن ماهی را در صورتی که دریا آن را بیرون انداخته باشد، تقریر می‌کند.^۹

۲- از ابو سعید خدری نقل شده که گفت: فردی از اصحاب پیامبر(ص) رهسپار سفری شد و بر قبیله‌ای از قبایل عرب وارد شد. ماری، رئیس قبیله را نیش زد. به هر وسیله‌ای که بود، برای نجات وی اقدام نمودند اما فایده‌ای نداشت. پس گفتند: ای مردم، مار رئیس ما را نیش زده و ما برای نجات او به هر نحوی که تلاش کردیم نتیجه نداد، آیا نزد شما چیزی هست (که مؤثر باشد)؟ فردی از ایشان گفت: بله من حرزی به شما می‌دهم، لکن سوگند به خدا تا مزدی ندهید، حرز را ندهم؛ پس بر گله‌ای از گوسفند با هم مصالحه کردند. سپس نزد او رفت و آب دهانش را بر وی افکند و الحمد لله رب العالمین را قرائت نمود. ناگهان رئیس قبیله همانند شتری که بند از پایش رها شود، از جایش بلند شد. این واقعه را بعداً برای پیامبر(ص) نقل کردند. ایشان فرمودند: از کجا دانستید که آن، حرز است؟ سپس فرمود: حق با شما بود (کار شما درست بود) آن مال را تقسیم کنید و سهم مرا نیز بدهید! سپس حضرت(ص) خندیدند. (بخاری، ۵۳/۳؛ بیهقی، ۱۲۴/۶)

حدیث بر تقریر پیامبر(ص) به گرفتن پول در برابر دادن حرز و حلال بودن آن مال، نزد حضرت دلالت می‌کند.

سکوت همراه با تبسم (خنده) (راشد، ۱۳۹؛ محاسن، ۲۳۴؛ اشقر، ۱۰۱/۲؛ ابو عمشه، ۱۳۷)

روشن است که تبسم و خنده معصوم(ع) در برابر یک عمل، که حاکی از رضایت بدان کار است، در امور شرعی و مباح، صورت می‌پذیرد نه در برابر محرمات؛ بنا بر این، وجود چنین نشانه‌هایی، حاکی از حُسن و جواز آن عمل خواهد بود.

۹- تذکر این نکته لازم است که ظاهر این تقریر (در فرض صحت سند) مطلق است و شامل این فرض که ماهی در دریا مرده باشد نیز می‌گردد؛ اما از آنجا که تقریر دلیل لینی است، (تبریزی، ۶۰۵) باید در آن به قدر متیقن اکتفا نمود. در این مثال سه فرض وجود دارد: (۱) ماهی در دریا مرده و سپس بیرون انداخته شده باشد؛ (۲) ماهی در ساحل مرده باشد؛ (۳) ماهی به طور زنده صید شده و بعداً مرده باشد. قدر متیقن از حلیت ماهی در صورتی که دریا آن را بیرون انداخته باشد، این است که در دریا زنده بوده و سپس بیرون انداخته شده و در خشکی مرده باشد و از این رو در صورتی که در دریا مرده باشد، نمی‌توان حکم به حلیت آن نمود.

مثال: ۱- مقداد بن اسود نزد پیامبر(ص) آمد در حالی که (دیگران را) به جنگ با مشرکان فرا می خواند گفت: ما همانند قوم موسی نمی گوئیم «تو و پروردگارت بروید و (با آنان) بجنگید»^{۱۰} بلکه از سمت راست و چپ و جلو و عقب شما (با آنان) می جنگیم. پس پیامبر(ص) را دیدم که صورتش درخشید و شاد شد. (بخاری، ۵/ ۴؛ ابن حنبل، ۳۹۰/۱)

شادی چهره پیامبر(ص) بر حُسن و حقانیت سخن مقداد، دلالت دارد.

۲- از عمرو بن عاص نقل شده که گفت: شب سردی در غزوه‌ی ذات سلاسل محتمل شدم و ترسیدم اگر غسل کنم از سرما هلاک شوم؛ پس تیمم نمودم و نماز صبح را با همراهانم خواندم. آن‌ها قضیه را برای پیامبر(ص) نقل کردند؛ حضرت فرمودند: آیا در حالی که جنب بودی با همراهانت نماز خواندی؟ من هم از کسی که مرا از غسل کردن منع کرده خبر دادم و گفتم من شنیدم که خداوند عزوجل می فرماید: ﴿... وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^{۱۱} پس پیامبر(ص) خندیدند و چیزی نگفتند. (دارقطنی، ۱۸۷/۱)

سکوت توأم با خنده ایشان، دلالت بر رضایت و صحت عمل می کند.

۳- «سلیمان بن خالد از امام صادق(ع) نقل کرده که: امام علی(ع) در باره سه نفر که با زنی در طُهر واحد مجامعت نمودند،^{۱۲} چنین عمل فرمود: بین آن سه نفر قرعه انداخت و فرزند را به کسی داد که قرعه به نام او افتاده و دو سوم دیه را برای دو نفر دیگر بر عهده او قرار داد. پس پیامبر(ص) خندیدند به گونه‌ای که دندان‌هایشان پدیدار گشت و فرمودند: در این باره چیزی جز آنچه علی(ع) قضاوت نمود، نمی دانم.» (حرّ عاملی، ۱۷۱/۲۱؛ ابن حنبل، ۳۷۳/۴)

گر چه فعل امیرمؤمنان(ع) به جهت عصمت و امامت، به تنهایی برخوردار از حجیت است، ولی می توان بر تقریر پیامبر(ص) هم، استناد نمود.

بازگ کردن کلام بدون تکذیب یا تصدیق آن (راشد، ۱۴۵)

اگر معصوم(ع) مطلبی را که شنیده، عیناً تکرار نماید، این دلیل بر صدق و صحت آن شنیده دارد؛ زیرا اگر آن مطلب، صحیح نمی بود، شایسته بود گوینده را از گفتن آن نهی کند نه این که خود نیز آن را بازگو نماید.

مثال: ۱- «از ابن عباس نقل شده که می گوید: مردی نزد پیامبر(ص) آمد و گفت در خواب دیدم که پشت درختی نماز می خوانم. پس درخت برای سجده من سجده نمود و شنیدم که

۱۰- «قَدْ هَبْتُ أَنْتَ وَرَبُّكَ فَقَاتِلَا» (مائده/۲۴).

۱۱- «و خودکشی نکنید! خداوند نسبت به شما مهربان است.» (نساء/۲۹).

۱۲- این قضیه مربوط به دوران جاهلیت قبل از ظهور اسلام است.

می‌گوید: «اللهم اكتب لي بها عندك اجراً، و ضع عني بها وزراً، و اجعلها لي عندك ذخراً و تقبلها مني كما تقبلتها من عبدك داود» ابن عباس گفت: پس پیامبر(ص) سجده نمود و شنیدم که مثل آنچه را مرد از قول درخت خبر داده بود در سجده می‌گفت. (ابن خزیمه، ۲۸۲/۱)

این حدیث، بر صدق مخبر و صحت خبر او و مشروعیت خواندن این دعا در سجده دلالت می‌کند، زیرا اگر این کار جایز نبود، حضرت از آن نهی می‌فرمودند.

۲- «از براء بن عازب نقل شده که گفت: پیامبر(ص) را در روز جنگ خندق دیدم در حالی که خاک را کنار می‌زد تا این که موی سینه‌اش را در آن دفن کند؛ و ایشان به شیوه‌ی عبدالله بن رواحه رجز می‌خواند.^{۱۳}

پیامبر(ص) کلام ابن رواحه را برای گروهی از اصحاب بازگو نمودند.» (بخاری، ۲۵/۴)
این روایت، بر صدق سخن ابن رواحه دلالت می‌کند زیرا اگر آن چه وی گفته بود، باطل بود، پیامبر(ص) آن را تکرار نمی‌کردند.

صرف سکوت بدون اظهار رضایت به وسیله قول یا فعل (راشد، ۱۴۷؛ اشقر، ۱۰۲/۲)
این قسم از گونه‌های تقریر که شاید متداول‌ترین نوع تقریر در اذهان عمومی باشد، آن است که معصوم(ع) در برابر رفتاری که یک فرد یا افرادی در حضور وی انجام می‌دهند، سکوت کند به نحوی که از این سکوت، رضایت ایشان کشف گردد. البته باید توجه نمود، چنانچه این سکوت در برابر یک رفتار عمومی از سوی عقلا و یا متشرعان باشد، به دلیل سیره (سیره‌ی عقلا و سیره‌ی متشرعه) ارتباط پیدا می‌کند؛ چرا که دلیل سیره در حجیت خود، نیازمند تقریر معصوم(ع) است. گاهی نیز، سکوت معصوم(ع) در برابر رفتار یک فرد یا گروه است نه روش عمومی مردم. مثال‌های این قسمت، همه از این قبیل هستند.

«سکوت شارع در برابر گفته یا فعل، دلالت بر تقریر می‌کند؛ مانند مشاهده بیع‌ها و معاملاتی که مردم در میان خود انجام می‌دهند. سکوت در برابر چنین عملی، دال بر مشروعیت آن بوده و تقریری از جانب معصوم(ع) بر این عمل به حساب خواهد آمد.» (سمرقندی، میزان الاصول، ۴۶۱؛ ابی یعلی، العدة، ۱/ ۱۲۷ به نقل از محاسن، ۱۹۳)

مثال: ۱- زهری از عبد الرحمن بن عبدالله بن کعب بن مالک از پدرش نقل می‌کند: هنگامی که پیامبر(ص) به همراه مسلمانان از جنگ خندق بازگشت و هراس از دوشش برداشته شد،

۱۳- رجزی که می‌خواندند این بود: «والله لولا الله ما اهتدینا / و لا تصدقنا و لا صلینا (سوگند به خدا که اگر او نبود ما هدایت نمی‌یافتیم و نه زکات می‌دادیم و نه نماز می‌گزاردیم). فأنزل سکینة علینا / و ثبت الاقدام إن لاقینا (خدا بر دل‌های ما آرامش فرو فرستاد و گام‌های ما را به هنگام ملاقات دشمن، ثابت فرمود). إن الاعداء قد بغوا علینا / إذا أرادوا فتنه أبینا (دشمنان بر ما ستم کردند آن هنگام که به دنبال فتنه‌ای بودند که ما از آن آيا داشتیم)»

غسل نمود و حمام کرد؛ جبرئیل بر وی ظاهر گشت و گفت: هنوز هول و هراس از تو برداشته نشده است! پس پیامبر(ص) هراسان از جا پرید و اعلام کرد که جمعیت نماز عصر را تا رسیدن به بنی قریظه نخوانند. مردم سلاح بر بستند و به بنی قریظه رسیدند تا این که خورشید در حال غروب کردن بود. آن‌ها با یکدیگر نزاع کردند. عده‌ای گفتند: رسول خدا(ص) به ما اعلام کرد که نماز نخوانیم تا به بنی قریظه برسیم و ما فقط بر اساس اراده‌ی و تصمیم ایشان عمل می‌کنیم و بر ما گناهی نیست. پس عده‌ای نماز را از روی تردید (نسبت به وظیفه) خواندند و عده‌ای از آن‌ها نماز را ترك نمودند تا این که خورشید غروب کرد و هنگامی که به بنی قریظه رسیدند آن نماز را با تردید خواندند. پس پیامبر(ص) هیچ‌یک از آن دو گروه را سرزنش نمودند. (مجلسی، ۲۰/۲۱۰؛ بخاری، ۱/۲۲۷)

جمهور فقیهان اهل سنت، به این حدیث برگناه نکردن کسانی که اجتهاد می‌کنند، استدلال کرده‌اند؛ زیرا پیامبر(ص) هیچ‌یک از افراد دو گروه را سرزنش نکردند و اگر در این کار گناهی می‌بود باید ایشان را از گناه باز می‌داشتند. (راشد، ۱۴۷)

به علاوه باید اذعان نمود که طبق عقیده قائلان به تصویب، هر یک از مجتهدان، علی‌رغم رسیدن به نتایج مختلف در فروع دین، مصیب خواهند بود؛ (ابن حجر، ۷/۳۱۵) زیرا «غیر ممکن نیست که چیزی در حق یک فرد، صواب و در حق دیگری خطا باشد؛ بنابراین کسی که در مسأله‌ای اجتهاد کرده و اجتهاد وی به حلیت چیزی منجر شده، در حلیت آن مصیب بوده و آن کس که اجتهادش، حرمت آن چیز را اثبات نموده، وی نیز در حرمت آن مصیب خواهد بود.» (عینی، ۶/۲۶۴)

۲- «از عایشه نقل شده که گفت: ما همراه پیامبر(ص) (از مدینه) به سمت مکه خارج می‌شدیم. نوعی عطر خوشبو را قبل از احرام به پیشانی‌هایمان زدیم؛ هرگاه یکی از ما عرق می‌کرد، بر روی صورتش جاری می‌شد. پس پیامبر(ص) آن را می‌دید و نهی نمی‌کرد.» (ابو داود، ۱/۱۸۳۰، ۴۱۱)

بر اساس مفاد این روایت، سکوت پیامبر(ص) دلالت می‌کند بر این که بوی خوش باقی‌مانده بر لباس قبل از احرام، مشکلی برای پوشیدن آن لباس بعد از احرام ایجاد نمی‌کند. (عظیم آبادی، ۵/۱۹۴)

۳- «سماعة بن مهران از امام صادق(ع) نقل کرده که: امیر المؤمنین(ع) دست دزدی را به خاطر دزدیدن تخم مرغی قطع کرد... و فرمود: قیمت تخم مرغ ربع دینار است. گفتم آیا این

مقدار کمترین حد سارق است؟ پس حضرت سکوت نمودند. (طوسی، الاستبصار، ۲۳۹/۴)

سکوت ایشان، نشانه مثبت بودن پاسخ حضرت به سؤال سماعه است.

تذکر: در مواردی نیز سکوت دال بر رضایت نبوده و مجوز عمل انجام یافته محسوب نمی‌شود. از جمله: جایی که سکوت همراه با اظهار علایم نارضایتی مانند رنجش و ناراحتی و خشم و کراهت باشد یا به دلایل دیگری سکوت صورت گرفته باشد.

مثال: ۱- سکوت پیامبر(ص) در برابر اقرع بن حابس؛ پیامبر(ص) برای اصحاب آیه ﴿...وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا...﴾^۱ را تلاوت نمودند. اقرع بن حابس بلند شد و پرسید: آیا در هر سال یا رسول الله؟ پیامبر(ص) از پاسخ دادن به وی اعراض نمود تا این که سه بار این سؤال را پرسید پس حضرت فرمودند: «قسم به کسی که جانم در دست اوست، اگر بگویم بله، واجب می‌شود و شما قادر نیستید.» (بروجردی، ۲۲۵/۱۰؛ ابن ابی جمهور، ۸۵/۲-۸۶؛ ابن حنبل، ۲۵۵/۱)

اعراض پیامبر(ص) از پاسخ دادن و سکوتشان، به جهت تأیید نبوده، بلکه دلیل بر کراهت ایشان بوده است.

۲- سکوت در برابر کعب بن مالک هنگامی که از غزوه تبوک تخلف ورزید. او چنین گفت: «من جوان‌ترین و قوی‌ترین فرد در میان آن‌ها بودم؛ پس با مسلمانان نماز می‌گزاردم و در بازار می‌گشتم. پیامبر(ص) آمدند پس به ایشان سلام کردم؛ پس با خودم گفتم: کاش پیامبر(ص) زبان بگشاید و جواب سلام را بدهد، اما پیامبر(ص) سکوت نمودند.» (ابن حنبل، ۴۵۸/۳)

سکوت ایشان در برابر کعب، نتیجه رفتار اشتباه او بود. باید توجه نمود که گرچه جواب سلام، واجب است، اما پیامبر(ص) برای ابراز نارضایتی و به عنوان نهی از منکر، از رد سلام او امتناع ورزیدند.

نتیجه‌گیری

- ۱- رابطه‌ی تقریر با سکوت عموم خصوص من وجه است؛ یعنی هر سکوتی، تقریر و هر تقریری به شکل سکوت نیست.
- ۲- مجموعاً هشت قسم از گونه‌های تقریر مورد شناسایی قرار گرفت، البته ممکن است با بررسی عمیق‌تر روایات موجود در منابع حدیثی شیعه و اهل سنت، انواع دیگری نیز برای آن

۴- «و برای خدا بر مردم است که آهنگ خانه (او) کنند، آن‌ها که توانایی رفتن به سوی آن دارند.» (آل عمران/۹۷)

قابل فرض باشد؛ در نتیجه نوشته حاضر راه را برای تعمق و غور بیشتر محققان در این زمینه باز گذاشته است.

۳- گونه‌های تقریر عبارتند از: تصدیق قول یا فعل، مدح و ثنای فاعل، مشارکت معصوم (ع) در عمل، امر به لوازم قول یا فعل، بدون تعرض به اصل عمل، رضایت به نتایج حاصل از فعل، سکوت همراه با تبسم/خنده (علایم رضایت)، بازگ کردن کلام شنیده شده، بدون تصدیق یا تکذیب آن، صرف سکوت.

۴- گونه‌های هشت گانه‌ای که ذکر شد، از طریق استقصای کتب حدیثی، تاریخی، فقهی و اصولی، گردآوری شدند و غرض از ذکر آن‌ها، تنها بیان توصیفی گونه‌های تقریر بود. اما این که گونه‌های مزبور تا چه اندازه، از بار دلالتی در اثبات احکام شرعی برخوردارند، مجال دیگری می‌طلبد.

منابع

قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی.

ابن ابی جمهور، محمد بن زید الدین، *عوالی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیّه*، قم، بی‌نا، چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

ابن امیر الحاج، شمس الدین محمد، *التقریر و التحبیر*، بی‌جا، دار الکتب العلمیه، چاپ دوم، ۱۴۰۳ق. ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، *فتح الباری بشرح صحیح بخاری*، بیروت- لبنان، دار المعرفه للطباعة و النشر، چاپ دوم، بی‌تا.

ابن حنبل، احمد بن محمد، *المسند*، بیروت- لبنان، دار صادر، بی‌تا.

ابن خزیمه، محمد بن اسحاق، *صحیح ابن خزیمه المسمی المختصر المختصر من المسند الصحیح عن النبی صلی الله علیه و سلم*، بیروت- لبنان، دار المعرفه للطباعة و النشر، چاپ دوم، بی‌تا.

ابو داود، سلیمان بن اشعث، *سنن ابی داود*، بیروت، دار الفکر، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

ابو عمشه، مفید محمد، *افعال الرسول و تقریراته و دلالتها علی الاحکام الشرعیه*، مکه، جامعه ام القرى، ۱۳۹۶-۱۳۹۷ق.

استرآبادی، محمد امین بن محمد شریف، *الفوائد المدنیة و الشواهد المکیة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجامعة المدرسین بقم المشرفة، چاپ اول، ۱۴۲۴ق.

اشقر، محمد سلیمان، *افعال الرسول صلی الله علیه و سلم و دلالتها علی الاحکام الشرعیه*، بیروت، مؤسسه الرساله، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.

اصفهانى، محمد حسين بن محمد رحيم، *الفصول الغروية فى الاصول الفقهية*، قم، دار احياء العلوم الاسلامية، ۱۴۰۴ق.

انصارى، مرتضى بن محمد امين، *فرائد الاصول*، چاپ اول، قم، مجمع الفكر الاسلامى، ۱۴۱۹ق.
بحرانى، يوسف بن احمد، *الحقائق الناضرة فى احكام العترة الطاهرة*، بى جا، مؤسسة النشر الإسلامى التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، بى تا.
بدر العينى، محمود بن احمد، *عمدة القارى شرح صحيح البخارى*، بيروت، دار إحياء التراث العربى، بى تا.

بخارى، محمد بن اسماعيل، *صحيح البخارى*، بيروت، دار الفكر، ۱۴۰۱ق.
بروجردى، حسين، *جامع الاحاديث الشيعية فى احكام الشريعة*، قم، بى نا، ۱۳۹۹ق.
بيهقى، احمد بن حسين، *سنن الكبرى*، بيروت، دار الفكر، بى تا.
تبريزى، موسى بن جعفر، *اوثق الوسائل فى شرح الرسائل*، قم، انتشارات كتبى نجفى، ۱۳۶۹.
ترمذى، محمد بن عيسى، *سنن الترمذى و هو جامع الصحيح*، بيروت، دار الفكر، ۱۴۰۳ق.
تونى، عبدالله بن محمد، *الوافية*، بى جا، مجمع الفكر الاسلامى، چاپ اول ۱۴۱۲ق.
جصاص، احمد بن على، *اصول الجصاص المسمى: الفصول فى الاصول*، بى جا، بى نا، چاپ اول ۱۴۰۵ق.

جوهرى، اسماعيل بن حماد، *الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية*، بيروت- لبنان، دار العلم للملايين، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشيعية*، بيروت- لبنان، دار احياء التراث العربى، چاپ اول ۱۴۰۳ق.

حسينى فيروز آبادى، مرتضى، *عناية الاصول فى شرح كفاية الاصول*، قم، منشورات الفيروزآبادى، چاپ هفتم، ۱۳۸۵ - ۱۳۸۶.

خمينى، روح الله، *تهذيب الاصول*، قم، انتشارات دار الفكر، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
خويى، ابو القاسم، *مصباح الفقاهة*، قم، مكتبة الداورى، چاپ اول، بى تا.
دارقطنى، على بن عمر، *سنن الدارقطنى*، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، چاپ اول ۱۴۱۷ق.
دارمى، عبدالله بن عبد الرحمن، *سنن الدارمى*، دمشق، بى نا، ۱۳۴۶.
دردير، احمد ابو البركات، *الشرح الكبير*، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، بى تا.
رازى اصفهانى، محمد تقى بن محمد رحيم، *هداية المسترشدين فى شرح معالم الدين*، قم، مؤسسة النشر الاسلامى التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، بى تا.

- راشد، ایاد محمد، *تقریرات الرسول صلی الله علیه و سلم و دلالتها علی الاحکام: دراسة مقارنة*، عمان، دار الفاروق، چاپ اول ١٤٢٨ق.
- رشاد، علی اکبر، «سنت پژوهی»، *فصلنامه فقه و حقوق*، سال اول شماره ٣، زمستان ٨٣، صص ٩-٤٢.
- روحانی، محمد صادق، *زبدة الاصول*، بی جا، مدرسه الإمام الصادق (ع)، چاپ اول ١٤١٢ق.
- زحیلی، محمد مصطفی، *القواعد الفقهية و تطبيقاتها فی المذاهب الاربعة*، دمشق، دار الفکر، چاپ اول ١٤٢٧ق.
- زرکشی، محمد بن بهادر، *البحر المحيط فی اصول الفقه*، لبنان- بیروت، دار الکتب العلمیة، ١٤٢١ق.
- سبکی، علی بن عبدالکافی، *الابهاج فی شرح المنهاج: علی منهاج الوصول الی علم الاصول للقاضی البیضاوی*، بیروت، دار الکتب العلمیة، چاپ اول ١٤٠٤ق.
- شافعی، محمد بن ادريس، *اختلاف الحديث*، بی جا، بی نا، بی تا.
- _____، *مسند الامام الشافعی*، بیروت- لبنان، دار الکتب العلمیة، بی تا.
- شمس الانمه سرخسی، محمد بن احمد، *اصول السرخسی*، بیروت، دار الکتب العلمیة، چاپ اول ١٤١٤ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *حقایق الایمان مع رسالتی الاقتصاد و العدالة*، قم، مکتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی العامة، چاپ اول ١٤٠٩ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیة، چاپ دوم، بی تا.
- طباطبایی، محمد حسین، *تفسیر المیزان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعہی مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ١٤١٧ق.
- طبرانی، سلیمان بن احمد، *المعجم الاوسط*، بی جا، دار الحرمین للطباعة و النشر و التوزیع، ١٤١٥ق.
- طبرسی، حسن بن فضل؛ *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، ناصر خسرو، چاپ سوم، ١٣٧٢.
- طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ١٣٦٣.
- _____، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ١٣٦٤.
- عراقی، ضیاء الدین، *نهاية الافکار فی مباحث الالفاظ*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین بقم المقدسة، ١٣٦٤.
- العطار، حسن، *حاشية العطار علی جمع الجوامع*، بی جا، بی نا، بی تا.
- عظیم آبادی، محمد شمس الحق، *عون المعبود: شرح سنن ابی داود*، بیروت- لبنان، دار الکتب العلمیة، چاپ دوم، ١٤١٥ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، بی جا، منشورات المکتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة،

بی‌تا.

_____، *نهاية الاحكام فى معرفه الاحكام*، مؤسسة إسماعيليان للطباعة والنشر والتوزيع، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.

علم الهدى، على بن حسين، *الشافى فى الامامة وابطال حجج العاملة*، قم، مؤسسة اسماعيليان، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.

غزالي، محمد بن محمد، *المنحول من تعليقات الاصول*، دمشق، دار الفكر، چاپ سوم، ۱۴۱۹ق.
فتح الله، احمد، *معجم الفاظ الفقه الجعفرى*، بی‌جا، بی‌تا، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
فخرالمحققين، محمد بن حسن، *ايضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد*، قم، بی‌تا، چاپ اول، ۱۳۸۸.

كلينى، محمد بن يعقوب، *كافى*، تهران، دار الكتب الاسلامية، چاپ پنجم، ۱۳۶۳.
متقى، على بن حسام الدين، *كنز العمال فى سنن الاقوال و الافعال*، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة، ۱۴۰۹ق.

مجلسى، محمد باقر بن محمدتقى، *بحار الانوار*، بيروت- لبنان، مؤسسة الوفاء، چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.
محاسن حسن الفضل، عبدالله، *دراسات اصولية فى السنة التقريرية*، رياض، مكتبة الرشد، چاپ اول، ۱۴۲۹ق.

مركز معجم فقهى، *المصطلحات*، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
مسلم بن حجاج، *صحيح مسلم*، بيروت، دار الفكر، بی‌تا.
مشكينى، على، *اصطلاحات الاصول*، قم، نشر الهادى، ۱۳۷۱.
مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم، مؤسسة النشر الاسلامى التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، بی‌تا.

مفيد، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، مؤسسة النشر الإسلامى، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
ميرزاى قمى، ابوالقاسم بن محمد حسن، *قوانين الاصول*، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
نسايى، احمد بن على، *سنن النسائى*، بيروت، دار الفكر، چاپ اول، ۱۳۴۸.
نورى، حسين بن محمد تقى، *مستدرک الوسائل*، بيروت، آل البيت لاحياء التراث، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹
زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۴۰-۱۱۷

کاوشی فقهی - تفسیری در حلیت ذبیحه کتابی در پرتو آیه ۵ سوره مائده *

دکتر محمد جواد عنایتی راد
استادیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد
Email: enayati1426@yahoo.com

چکیده

از آیه ۵ سوره مائده حلیت ذبیحه کتابی استفاده می‌گردد و دلیل آن علاوه بر سیاق و امتنانی بودن حکم حلیت، این است که کلمه طعام در آیه مذکور به شهادت عرف و لغت به معنای ذبیحه و یا اعم از ذبیحه است و روایات حلیت موید آن است و روایاتی که طعام را به حیوانات تفسیر کرده‌اند یا از باب ذکر مصداق است و یا معارض با این روایات است و بعد از تعارض، به ظاهر آیه و اصالت حلیت رجوع می‌شود. و در جمع روایات متعارض، اقوالی است که قول شهید ثانی در حمل نهی بر کراهت اولی است.

کلیدواژه‌ها: ذبیحه، کتابی، حلیت، طعام، میته.

مقدمه

از منابع مهم فقه اسلامی، قرآن است. روزآمدی احکام دینی و فهم نو از قرآن بر اساس قواعد صحیح، از بایسته‌های زندگی معاصر در جهان امروز است که وظیفه فقیهان و مفسران مذاهب اسلامی را در این زمینه، دو چندان می‌کند.

جستار پیش رو، کاوشی است فقهی-تفسیری در آیه ۵ سوره مائده که از آن، حلیت ذبیحه کتابی، استفاده می‌گردد.

در آغاز، اشاره کوتاه به پیشینه گوشت‌های حرام، در آیات نازل شده پیش از آیه مورد بحث، بایسته می‌باشد. در آیات (نحل: ۱۱۵) و (بقره: ۱۷۳) و (مائده: ۳) حرمت میته و حرمت حیوانی که برای غیرخدا ذبح شده ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ آمده است و در یک‌جا در آیه (انعام: ۱۲۱)، نهی از ذبیحه‌ای می‌کند که نام خدا بر آن برده نشده است: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ و در دنباله می‌فرماید این کار گناه است ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾.

در توضیح معنای میته و جمله ﴿وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ و فقره ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ لازم است بیان شود:

میته در لغت به حیوانی گفته می‌شود که خودبه‌خود بمیرد (ابن منظور، ۹۱/۲-۹۲) و در اصطلاح قرآن و فقه افزون بر این بر حیوانی که بر اثر حادثه‌ای کشته شده و یا بر وجه غیر شرعی ذبح شده، میته گویند. (رک: یزدی، ۶۰/۱؛ راغب، ۷۸۱؛ جصاص، ۱۲۴/۱)

در فقه بیشتر به معنای اخیر؛ که در برابر حیوان تذکیه شده (مذکی) قرار دارد؛ به کار رفته است (رک: تقریرات درس خارج مرحوم تبریزی، بحث نجاسات درس ۱۰) و به همین معنا نیز در روایاتی آمده است (رک: حرعاملی، ۴۸۹/۳) و اهلل در جمله ﴿وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ به معنی بلند کردن صدا است و اهلل کسی که می‌خواهد به احرام در آید، بلند نمودن صدای او به ذکر لبیک (تلبیه) است و اهلل طفل به هنگام ولادت، بلند کردن صدا به گریه است (رک: طبرسی، ۴۶۶/۱، جصاص ۱۵۵/۱) البته بعضی گفته‌اند اهلل ابتدای شروع در کاری است چه همراه با ذکر نامی باشد و یا نباشد (صادقی، ۵/۸) و در مجمع البیان در معنای اهلل ذبیحه دو قول است:

أ- بیشتر مفسران می‌گویند: در موقع ذبح نام غیر خدا بر آن ذکر کند.

ب- جمعی گویند: حیوانی برای غیر خدا (بت و امثال آن) کشته شود. طبرسی در مجمع

البیان (همان، ۴۶۷) و بلاغی (۱۴۸/۱) و طیب (۲۹۹/۲) و جصاص (همان) قول نخست را برگزیده‌اند ولی جمعی دیگری از مفسران مانند طباطبائی در المیزان (۶۴۵/۱) معنای دوم را ترجیح داده‌اند. وی می‌نویسد: اهلل برای غیر خدا، معنایش این است که حیوانی را برای غیر خدا مثلاً برای بت‌ها قربانی کنند. آقای صادقی نیز می‌گوید گاهی اهلل ذبیحه برای غیر خدا یعنی ذبیحه برای غیر خدا ذبح گردد؛ چه نام غیر خدا مانند بت ذکر شود و چه ذکر نشود؛ و در ادامه می‌گوید: «همین معنا مورد تأیید روایت عبدالعظیم حسنی از امام جواد(ع) است قال: سألتهم عما أهل لغير الله به؟ قال: ما ذبح لصنم أو وثن أو شجر حرم الله ذلك كما حرم الميتة» (حویزی، ۱/ ۵۸۵). سپس طی شرحی از روایت می‌گوید (ما أهل) یعنی آنچه برای غیر خدا ذبح شود اعم از این که نام غیر خدا را ذکر کند یا نکند. گویا به نظر ایشان، ذکر نام غیر خدا در معنای (ما أهل) از باب غلبه بوده چراکه غالباً ذبح برای غیر خدا همراه با ذکر نام اوست؛ سپس در ادامه می‌نویسد: و منظور از غیر خدا فقط شامل بت نیست بلکه شامل اسماء انبیا و اولیا نیز می‌شود (صادقی، همان) یاد آور می‌گردد در باب نذر ذبیحه بر انبیا و اولیا، از باب داعی بر داعی است و این منافاتی با ذبح برای خدا ندارد و در حقیقت نذر کننده ثواب آن را، به آنان هدیه می‌نماید. با دقت در این سخن جواب شبهه آقای شهابی داده می‌شود، وی می‌نویسد از جمله و ﴿وَمَا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ﴾ با دقتی چنان به نظر می‌رسد که کشتارهای به عنوان جلو پای مسافر یا عروس و داماد و امثال این‌ها اهلل برای غیر خدا باشد و لو ذکر نام خدا هم در موقع ذبح ذکر شود. (ادوار فقه، ۲/ ۲۰۵)

به نظر می‌رسد در ترجیح قول نخست؛ از دو قولی که شیخ طبرسی در معنای اهلل ذکر کردند؛ می‌توان گفت نیت و قصد غیر خدا، جدای از ذکر نام، کافی نمی‌باشد بلکه باید همراه ذکر نام باشد زیرا اغلب در تحقق معنای اهلل گفته‌اند که بلند کردن صدا دخالت دارد بنابراین معنای جمله ﴿وَمَا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ﴾ این است که ذبح به قصد غیر خدا همراه با ذکر نام غیر خدا باشد. نکته دیگر این که جمله ﴿وَمَا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ﴾ در آیه ۴ مائده و جمله ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ در آیه ۱۲۱ انعام، هر دو مصداق فسق شمرده شده است. فسق در لغت و شرع به معنای خروج از طاعت و انجام معصیت است و معنای اصلی آن خروج چیزی از چیزی به صورت نادرست است و گاه مراد مطلق خروج است. عرب در وقتی که خرما از پوستش جدا می‌شود می‌گوید خرما فاسق شد. (فیومی، ۲/ ۴۷۳)

بنابراین فسق در مورد ذبیحه به معنای خروج از حلیت است که ملازم با حرمت می‌باشد.

و جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ بیان علت حکم تحریم آن است یعنی خوردن ذبیحه‌ای که بر آن نام خدا برده نشده چون مصداق خروج از طاعت خدا است، حرام است.

علامه طباطبائی می‌نویسد: جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ نیز نهی مزبور را تعلیل نموده و تثبیت می‌کند و تقدیر جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ در حقیقت چنین است: خوردن از گوشت میت‌ه و گوشتی که در هنگام ذبح اسم خدا بر آن برده نشده فسق است، و هر فسقی اجتنابش واجب است پس اجتناب از خوردن چنین گوشتی نیز واجب است. (همان، ۴۵۹)

و شاهد دیگر در ملازمت فسق با حرمت این که در سیاق بیان محرمات آمده است. البته این در صورتی است که مرجع ضمیر در کلمه (انه) اکل باشد چنان‌که اکثر مفسران گفته‌اند و محتمل است مرجع ضمیر، عدم ذکر نام خدا باشد یعنی عدم ذکر خدا بر ذبیحه مصداق فسق است. (رک: ۱۶۴/۲؛ سمرقندی، ۴۷/۱)

از تعلیل دو جمله (ما اهل...) و (لا تأكلوا...) به فسق روشن می‌گردد که اگر بر ذبیحه از روی علم و آگاهی، نام خدا برده نشد و یا ذبیحه برای خدا، ذبح نشد حرام است اما اگر از روی جهل یا فراموشی و سهو بر ذبیحه، نام خدا ذکر نشد و یا نام غیر خدا بر آن برده نشد؛ مصداق فسق نمی‌باشد و از شمول نهی خارج می‌باشد از این رو جمعی از مفسران و فقیهان می‌گویند ذبیحه مسلمان در صورت فراموشی ذکر نام خدا به هنگام ذبح، حلال است چون مصداق فسق نمی‌باشد و فراموش کار، فاسق نمی‌باشد (ابن عربی، ۷۵۱/۲)

جصاص نیز می‌نویسد: ابن عباس و علی(ع) و مجاهد و گروه دیگری که نام آن‌ها را ذکر کرده، معتقدند در صورتی که ذکر نام خدا بر ذبیحه توسط مسلمان فراموش شود ذبیحه حلال است. (۴/ ۱۷۱ و نیز ر.ک: الجرجانی، ۲/ ۵۶۰) و در صحیح حلبی از امام صادق(ع) در باره ذبیحه‌ای که ذکر تسمیه بر آن فراموش شده سوال شد حضرت در پاسخ می‌فرماید خوردن آن اشکال ندارد به شرطی که ذابح متهم (به کفر) نباشد و قبلاً عمل ذبح را خوب انجام می‌داده است. (صدوق، ۳/ ۳۳۳) و در روایت محمد بن مسلم آمده هر وقت یادش آمد نام خدا را ببرد (همان، ۳۳۲) و وی مطابق این روایت فتوا داده است. می‌نویسد اگر ذکر نام خدا را فراموش کرد هنگام خوردن، نام خدا را ببرد. (الهدایة فی الأصول و الفروع، ۳۱۱)

از جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ تفسیر دیگری برخلاف تفسیر بالا می‌توان نمود که نتیجه آن عدم وجوب تسمیه است به این بیان که در نقش اعرابی (واو) در جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ به گفته اهل ادب، سه احتمال داده شده است. حالیه و عاطفه و مستانفه و بنابر انتخاب هر یک،

تفسیر مختلفی پیدا می‌کند (دعاس، ۱/ ۳۳۲) اگر جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ عطف باشد به منزله علت نهی ﴿وَلَا تَأْكُلُوا﴾ است همان‌طور که آوردیم دلالت آیه، بر حرام بودن ذبیحه‌ای که نام خدا بر آن برده نشده، تمام است؛ اگرچه در عاطفه دانستن واو، احتمال دیگری می‌رود و آن این که جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ جزء علت حرمت باشد یعنی عدم ذکر نام خدا به ضمیمه فسق، علت حرمت باشد و اگر یکی به تنهایی باشد حرمت تحقق نمی‌یابد.

اما طبق احتمال قوی دیگری که جمع زیادی از مفسران و بیشتر کتاب‌های اعراب القرآن به آن توجه داده‌اند این که جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ حالیه باشد، در این صورت معنی این می‌شود: از آنچه نام خدا بر آن برده نشده است در حالی که آن چیز فسق هم باشد، نخورید. لازم به یادآوری است که کلمه فسق در سه آیه در قرآن آمده، یکی در این آیه و دو تا در دو آیه دیگر که در آن‌ها فسق در ﴿وَمَا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ﴾ استعمال شده است. در آیه ۴۵ سوره انعام می‌فرماید: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾

«بگو در آن چه بر من وحی شده، چیزی که خوردن آن حرام باشد نمی‌یابم جز این که مردار، یا خون ریخته، یا گوشت خوک که پلید است یا حیوانی که درکشتن آن نافرمانی کند و جز با گفتن نام خدا ذبحش کنند».

در این آیه محرماتی را یاد می‌کند سپس حرام بودن فسق را بیان کرده و آن گاه فسق را به نحو عطف بیان توضیح داده است: فسق آن چیزی است که به نام غیر خدا ذبح شود و نیز در آیه ۳ مائده می‌فرماید: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ... ذَلِكُمْ فَسْقٌ﴾ در نتیجه از این آیات معنای فسق در خوردنی‌ها را می‌فهمیم و همین معنی را قرینه تفسیر جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ در آیه مورد بحث قرار می‌دهیم، که منظور از آن نام غیر خدا بردن بر ذبیحه است. نتیجه این می‌شود: از آن گوشت‌هایی که هنگام ذبح، نام غیر خدا بر آن برده شده نخورید، یعنی آن چه سبب حرام بودن می‌شود گفتن اسم غیر خدا بر ذبیحه است و در احکام القرآن، اطلاق حلیت طعام کتابی را در آیه ۵ مائده به عدم ذکر نام غیر خدا، مقید نموده است (جصاص، ۱/ ۱۵۵)

موید دیگر این احتمال (حالیه بودن)؛ به گفته شهید ثانی، این که جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ خبری و جمله ﴿وَلَا تَأْكُلُوا﴾ انشایی است و عطف خبر بر انشا نزد علمای بیان، ممنوع است (۴۵۵/۱۱)

طبرسی در ذیل آیه (فکلوا مما ذکر اسم الله) می نویسد: این آیه دلالت دارد بر این که ذکر نام خدا در هنگام ذبح واجب است و همچنین دلالت دارد بر این که خوردن ذبیحه های کفار جایز نیست (طبرسی، ۵۵۲/۴) در نقد کلام اخیر ایشان می توان گفت: آیه تنها دلالت بر حلال بودن ذبیحه ای که نام خدا بر آن ذکر شده، دارد اما دلالتش بر اسلام ذابح، تامل است زیرا از مجهول آوردن فعل (ذکر) هم چنین مجهول آوردن (لم یذكر) روشن می گردد که ذبح کننده چه شخصی باشد، مهم نیست بلکه مهم برده شدن نام خداست مگر این که اثبات شود میان اعتقاد نام برنده به خدا و ذکر نام خدا از نظر عرف و زبان محاوره تلازم است و اثبات این تلازم محل تردید است. علامه جعفری می نویسد: شرط اسلام ذابح، در قرآن نیامده است (جعفری، ۴۰)

اکنون پیرامون آیه مورد بحث سخن می گوئیم: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَلٌ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلَلٌ لَهُمْ﴾ (مائده: ۵)

«امروز چیزهای پاکیزه برای شما حلال شد و [هم چنین] غذای اهل کتاب برای شما حلال و غذای شما برای آنان حلال است»

نکاتی در تفسیر آیه

أ- به روایت امام باقر (ع) سوره مائده به خصوص آیات نخستین آن، در دو سه ماه آخر زمان حیات پیامبر اکرم (ص) نازل شده است (بحرانی، ۲۱۳/۲) آیات اولیه این سوره در حادثه غدیر نازل گشته زیرا مقصود از الیوم در آیه ۳ و ۴ آن مربوط به روز عید غدیر سال دهم در حجه الوداع می باشد (جصاص، ۳۲۱/۳؛ قنوجی، ۲۴۴)

ب- اگر از آیه ۱۲۱ انعام وجوب تسمیه بر ذبیحه، استفاده گردد این آیه (۵ مائده) در صورتی که طعام در آن به معنای ذبائح یا اعم از ذبائح تفسیر گردد، ناسخ آن است و نمی توان بین این دو آیه جمع نمود زیرا آیه ۵ مائده در اواخر عمر پیامبر (ص) نازل شده است؛ و آیه ای که بعد نازل شده می تواند ناسخ آیه قبل باشد و بعضی مفسران تصریح کرده اند که این آیه، ناسخ قول دیگر خداوند است که می فرماید: وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ابْنِ كَثِيرٍ این را از قول مکحول آورده است و می نویسد: «أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ [الأنعام: ۱۲۱] ثم نسخه الرب عز وجل، ورحم المسلمين فقال الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ فَنَسَخَهَا بِذَلِكَ.» (ابن کثیر، ۳/ ۳۶) بلی اگر بین این آیه و آیه ۱۲۱ انعام که

دلالت بر وجوب تسمیه دارد به صورت مطلق و مقید جمع کنیم به این بیان در صورتی، ذبیحه کتابی حلال است که وی نام خدا را هنگام ذبح ببرد. در این صورت آیه، نسخ نمی‌باشد و یا این که این آیه را ناظر به حلیت طعام اهل کتاب و آیه ۱۲۱ انعام را ناظر بر لزوم تذکیر بدانیم ولی این احتمال با سیاق و نیز امتنانی بودن آیه ۵ مائده و اطلاق کلمه طعام در آن سازگار نمی‌باشد.

ج- به ملاحظه کلمه (اليوم) در آیه ۵ مائده که به صورت امتنان است می‌خواهد چیزی را حلال کند که پیش از این حلال نبوده است. (طباطبائی، ۵/ ۱۷۷) و شاید حکمت آن این بوده که ترس از سلطه سیاسی یا اقتصادی کافران پس از یأس آنان و اکمال دین که در آیه قبل بیان نموده، معنی ندارد از این روی، وجهی برای حرام بودن طعام اهل کتاب باقی نمی‌ماند.

د- معنای طعام

واژه طعام در لغت به معنای غذا و چیزهای خوردنی آمده است. طبق گفته جمعی از لغویان، اهل حجاز وقتی که کلمه طعام را بدون قید و شرط می‌آوردند مرادشان گندم است و یا غالباً در گندم استعمال می‌کنند.

نمونه‌ای از اقوال لغویان

جوهری در صحاح اللغة می‌نویسد: الطعام ما يؤكل و ربما خص بالطعام البر؛ طعام عبارت از غذا و چیز خوردنی و گاه در خصوص گندم به کار رفته است. (۵/ ۱۹۷۴) احمد بن فارس در معجم مقاییس اللغة می‌نویسد: طعام همان چیز خوردنی است ولی بعضی از اهل لغت گفتند طعام در خصوص گندم به کار می‌رود. (۳/ ۴۱۰) فراهیدی نیز همین مضمون را آورده و در وجه تسمیه طعام می‌نویسد: طعام را طعام گویند چون سد جوع می‌کند، بر این اساس در قرآن بر صید دریا اطلاق طعام نموده است. (العین، ۲/ ۲۵-۲۶)

ابن اثیر طعام را در آنچه از گندم و جو و خرما و غیر این‌ها گرفته می‌شود معنا نموده است. (النهاية، ۳/ ۱۲۶)

فیومی به نقل از تهذیب می‌نویسد: طعام به ضم ط، دانه‌ای است که برای پرنده ریخته می‌شود و اهل حجاز وقتی لفظ طعام گویند مرادشان گندم است و در عرف، طعام اسم است برای تمام خوردنی‌ها (المصباح المنیر، ۲/ ۳۷۳)

ابن منظور در لسان العرب می‌نویسد: «طعام هر آن چیزی است که خورده می‌شود... اهل حجاز وقتی که کلمه طعام را بدون قید و شرط می‌آوردند، مرادشان گندم است. در حدیث ابی

سعید چنین آمده: ما در زمان رسول خدا (ص) صدقه و زکات فطر را از پیمانهای از طعام یا پیمانهای از جو جدا می‌کردیم. گفته می‌شود که مراد از طعام گندم است و هم‌چنین گفته می‌شود که مراد از آن خرماست و این صحیح به نظر می‌رسد، زیرا گندم در بین آنان، به اندازه‌ای کم بوده که به اندازه دادن زکات فطره از آن نبوده است. (۱۲/۳۶۳ و نیز النهایه، ۳/۱۲۷)

راغب اصفهانی در ذیل کلمه طعام می‌نویسد: طعم خوردن غذا و آنچه خورده می‌شود است. گاهی طعم و طعام در خصوص گندم به کار می‌رود به دلیل روایتی از پیامبر (ص) که در آن به زکات فطره از طعام (گندم) و جو امر کرد. (مفردات ألفاظ القرآن، ۵۱۹)

به نظر می‌رسد معنای طعام، مطلق خوردنی‌ها است و بر اساس قرائن حالی و مقالی در خوردنی خاصی مانند ذبیحه و حبوبات و گندم به کار می‌رود و این‌که گفته شده اهل حجاز هرگاه طعام گویند فقط گندم را اراده می‌کنند، صحیح نیست زیرا در تعداد زیادی از آیات که در منطقه حجاز نازل شده و روایات زیادی که از سوی معصومان (ع) که اهل حجاز و عارف به لغت حجاز بودند، شرف صدور یافته واژه طعام بدون ذکر قرینه، درمطلق خوردنی‌ها اعم از ذبایح بکار رفته است. بر این اساس دیدگاه علامه طباطبائی که می‌نویسد: واژه طعام وقتی به گونه جامد، مطلق، بدون قرینه و قید مطلب در قرآن آمده، مفهوم گندم، یا دانه‌ها را افاده می‌کند، تمام به نظر نمی‌رسد و اگر هم قبول کنیم که اهل حجاز هرگاه طعام گویند فقط گندم را اراده می‌کنند این از باب غلبه بوده نه انحصار معنای طعام در گندم. در قاموس قرآن آمده: لفظ طعام در گندم غلبه دارد گرچه هر خوردنی را نیز شامل می‌شود (قرشی، ۴/۲۱۵) و زبیدی به نقل از زمخشری نیز همین نکته را (غلبه طعام در گندم) آورده است. و سپس از شرح شفا نقل کرده که طعام یعنی خوردنی و آنچه قوام بدن به آن است و اطلاق طعام بر غیر این مجاز است. (تاج العروس، ۱۷/۴۳۷)

به عنوان دلیل و یا موید نظر مختار در معنای طعام، نمونه آیات و روایاتی که در آن‌ها طعام به معنای مطلق خوردنی می‌باشد ذکر می‌کنیم: ﴿كُلُّ الطَّعَامِ كَانَ حِلاًَّ لِّبَنِي إِسْرَءِيلَ ...﴾ (آل عمران: ۹۳)

و نیز در آیات زیر طعام به معنای مطلق خوردنی‌ها آمده است. مائده: ۷۵؛ دهر: ۸؛ کهف: ۱۹؛ عبس: ۲۴؛ بقره: ۶۱؛ بقره: ۲۵۹؛ فرقان: ۷؛ احزاب: ۵۳.

و نیز در روایات زیادی واژه طعام در معنای عام استعمال شده است به عنوان نمونه: امام

صادق(ع) فرمود: الوضوء قبل الطعام و بعده يُنْفَى الفقر و يزید فی الرِّزْق. (مکارم الاخلاق، ۲۶۵/۱)

تفسیر واژه طعام در آیه ۵ مائده

سه تفسیر از سوی مفسران و فقیهان در باب معنای طعام گفته شده است :
تفسیر طعام به ذبیحه، تفسیر طعام به خوردنی‌ها اعم از ذبیحه و حبوبات و سبزیجات،
تفسیر طعام به حبوبات و سبزیجات.

أ- تفسیر طعام به ذبیحه و دلایل آن

تعدادی از مفسران شیعه و جمع زیادی از مفسران اهل سنت این تفسیر را برگزیده‌اند (طبرسی، ۲۱۴/۶) در تفسیر بحر المحيط (ابوحیان، ۱۸۲/۴) این را به معظم اهل تفسیر و در تفسیر القرآن الکریم (ثمالی، ۴۴۵/۱) و در نیل المرام (قنوجی، ۲۴۵) به اهل تفسیر و در تفسیر القرآن العظیم (ابن کثیر، ۳۵/۳) و در البحر المذید (ابن عجبیه، ۱۱/۲) ادعای اجماع و اتفاق علمای اهل سنت بر این تفسیر نموده‌اند. و همین تفسیر مختار ابن عباس، قتاده، سدی، ابی دردا، مجاهد و ابراهیم است (جصاص، ۳۲۱/۳؛ طبرسی، ۲۱۴/۶) مغنیه در تفسیر الکاشف از طرفداران این تفسیر است و در نقد تفسیر طعام به حبوبات، می‌نویسد: اما تفسیر الطعام بالحبوب خاصة فبعید کل البعد عن فصاحة القرآن و بلاغته. (ر.ک: مغنیه، ۱۸/۳). اما دلایلی که بر این تفسیر اقامه شده:

۱- حلیت حبوبات اهل کتاب قبل از نزول آیه

بدون تردید خوراکی‌های اهل کتاب غیر از گوشت از قبیل حبوبات و گندم و جو و میوه‌جات پیش از نزول این آیه، حلال بودند و شأن نزول‌ها و احادیثی که ذیل آیه ۸ سوره انسان و يطعمون الطعام...وارد شده (بحرانی، ۵۴۶/۵-۵۴۷) بهترین گواه این مطلب هستند و بسیار روشن است که سوره هل اتی، پیش از مائده نازل شده است، پس آیه: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الْطَيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْلٌ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلْلٌ هُمْ﴾ حتماً چیز جدیدی را، که پیش از این حلال نبوده، حلال می‌کند و آن یا منحصر در ذبایح آنهاست و یا اعم از ذبایح آنان است. (جصاص، همان)

۲- سیاق آیه

در آیات قبل از آیه ۵ مائده، از صید و ذبائح سخن می‌گوید لذا تفسیر طعام درآیه ۵ به ذبیحه به اقتضای سیاق اولویت دارد. (ابوحیان، ۱۸۲/۴) کاظمی از مفسران شیعه قرن ۱۱

می‌نویسد: و يؤیّده (تفسیر طعام به ذبیحه) أنّ ما قبل الآیة فی بیان الصيد و الذبائح، و لأنّ ما سوى الصيد و الذبائح محللة قبل ان كانت لأهل الكتاب و بعد أن صارت لهم، فلا یبقی لتخصیصها بأهل الكتاب فایده. (کاظمی، ۱۴۹ / ۴)

۳- در مقام امتنان بودن آیه

در پیش آوردیم کلمه (الیوم) در آیه مفید حکم امتنانی است و می‌خواهد چیزی را حلال کند که پیش از این حلال نبوده است. (طباطبائی، ۱۷۷ / ۵)

و آنچه متناسب با مقام امتنان است، حمل طعام بر ذبیحه است زیرا حرمت ذبائح برای مسلمانان مشقت دارد (ابن عجبیه، ۱۰ / ۲)

۴- استعمال طعام در بعضی آیات در لحوم

بدون تردید کلمه طعام در بعضی آیات فقط در خصوص گوشت به کار رفته است مانند: «شکار دریا و طعام آن به جهت بهره‌گیری از آن برای شما و مسافران حلال شده است.» (مائده: ۹۶) در حالی که در دریا جای حبوبات نیست و نیز (حج: ۲۸) بنابراین حمل کلمه طعام بر یکی از افرادش (گوشت) با ظواهر قرآن سازگار است.

۵- روایاتی که پس از این می‌آوریم که در آن‌ها طعام و ذبیحه اهل کتاب را حلال دانسته شده و یا در روایاتی، طعام در آیه مذکور، به ذبائح تفسیر شده است.

ب- تفسیر طعام به اعم از ذبائح و دلائل آن

جمعی از مفسران و فقیهان شیعی و سنی مانند بیضاوی و مغنیه گفته‌اند مقصود از طعام اعم از ذبیحه و غیر ذبیحه از خوراکی‌ها می‌باشد (بیضاوی، ۱۱۶ / ۲؛ مغنیه، ۱۳۶؛ خطیب، ۱۰۳۹ / ۳). اما دلایلی که بر این تفسیر اقامه شده:

۱- قول لغویان

تعدادی از لغویان طعام را در اعم از ذبائح معنا کردند که در پیش ذکر کردیم.

۲- فهم عرف

عموم مردم از کلمه طعام مطلق خوردنی‌ها را می‌فهمند و استعمالش در یکی از خوردنی‌ها در جایی که قرینه باشد. شهید ثانی در مسالک جواب می‌دهد که تخصیص طعام در حبوب صحیح نیست چون خلاف لغت و عرف است. (شهید ثانی، ۱۱ / ۴۶۲)

۲- اطلاق و عموم آیه

عالمان علم اصول معتقدند که مفرد مضاف، افاده عموم می‌کند. لذا کلمه الطعام در آیه؛ که

مفرد مضاف است افاده عموم می‌کند. (جناتی، ۶)

صاحب احکام القرآن می‌نویسد: در مقصود از طعام در آیه دو قول است که یکی مطلق خوردنی است. سپس در تأیید این قول به اطلاق لفظ و ظهور مشتقات از آن استدلال می‌کند. (ابن عربی، ۶۵۳/۲).

بعضی در جواب اطلاق، گفته‌اند هرگاه اسمی یا صفتی با اسم یا صفتی همراه نباشد، آن مطلق است و واژه طعام در این آیه، مطلق نیست زیرا (طعام) به (الذین) که اسم موصول است اضافه شده و آن را از مطلق بودن انداخته است (جناتی، همان، ۷) ولی در جواب می‌توان گفت: این نکته اطلاق را در دایره موصول نفی نمی‌کند فی المثل اگر گفته شود (اکرم الذی له علم) از موصول می‌فهمیم که جاهل مشمول حکم نمی‌باشد.

۴ و ۳ - دلیل روایات و دلیل امتنان که در تفسیر گذشته ذکر شد نیز بر این تفسیر جاری است.

ج- تفسیر طعام به حبوبات و سبزیجات و دلائل آن

به گفته شیخ طوسی اکثر اصحاب ما (ر.ک: طوسی، ۴۴۴/۳؛ سبزواری نجفی، ۱۳؛ فیض، ۱۳/۲) و تعدادی از مفسران و فقهای اهل سنت که بیشتر حنفی هستند طعام را به حبوبات (یعنی جو و گندم و ماش و مانند این‌ها) و سبزیجات تفسیر نموده‌اند و بعضی از حنفی‌ها تنها به گندم تفسیر کرده‌اند. در تفسیر البحرالمحیط آمده بعض اصحاب حنفی گمان کردند منظور از طعام، گندم است سپس جواب می‌دهد که نمی‌تواند به معنای گندم باشد بلکه طعام به معنای خوردنی‌ها است. (ابوحیان، ۲۶۳/۳). اما دلائلی که بر این تفسیر اقامه شده:

۱- قول تعدادی از لغویان در تفسیر طعام به حبوبات که پیش از این ذکر کردیم و در پاسخ آن، تحلیلی از قول لغویان ذکر شد که بر اساس آن حمل طعام بر حبوبات نیاز به قرینه دارد.

و گفته شد غالب لغویان طعام را به معنای اعم حبوب دانسته‌اند. و اطلاق طعام بر گندم، در آن عصر از بعضی اهل لغت و غیر آن‌ها بدین جهت بوده که گندم شایع‌ترین مصداق طعام به شمار می‌رفته است نه آن‌که موضوعیت داشته باشد. به علاوه این‌که در آیات و تعداد زیادی از روایات معصومان (ع) (که همگی حجازی بودند) کلمه طعام در اعم از ذبیحه و غیر ذبیحه به کار رفته است.

۲- فهم عرف

بعضی گفته‌اند فهم عرف از کلمه طعام، حبوبات است. شهید ثانی در مسالک این عرف را نفی می‌کند. (شهید ثانی، ۴۶۲/۱۱)

۳- انصراف کلمه طعام به حبوبات

جمعی از اصولیان؛ از جمله آخوند در کفایه؛ در بحث اطلاق گفته‌اند در صورت تمام بودن مقدمات حکمت، اطلاق محقق می‌گردد و یکی از مقدمات، آن است که قدر متیقن در مقام تخاطب نباشد. بر این اساس گفته شده در مورد واژه طعام قدر متیقن در مقام تخاطب وجود دارد و آن حبوبات است لذا نمی‌توان به اطلاق طعام استناد نمود. در تفسیر اطیب البیان در تفسیر طعام آمده: «مراد حبوبات است کما این که ظاهر لفظ طعام هم بیش از این دلالت ندارد و بر فرض اطلاق، منصرف به قدر متیقن می‌شود که حبوبات است و مقدمات حکمت در اخذ به اطلاق جاری نیست خصوصاً (با وجود) ادله خارجی در موارد مختلف که دلالت بر نجاست اهل کتاب دارد. (طیب، ۳۰۳/۴)

نقد

اولاً- جمعی از اصولیان قدر متیقن در مقام تخاطب را مقید و مانع از تمسک به اطلاق نمی‌دانند (فاضل، ۵۴۰/۶-۵۳۶)

ثانیاً- در صورت پذیرش کلام آخوند، در مورد بحث، قدر متیقن خارجی است نه قدر متیقن در مقام تخاطب و قدر متیقن خارج از مقام تخاطب مانع تمسک به اطلاق نمی‌باشد زیرا اثبات وجود قدر متیقن (حبوبات) در هنگام استفاده شارع از کلمه طعام در مقام خطاب، بسیار دشوار است، به دلیل استعمال طعام به صورت مطلق در آیات و روایاتی که در پیش آوردیم.

ثالثاً- در مورد بحث، انصرافی هم وجود ندارد زیرا بر حسب شهادت لغت و عرف عام و آیات و روایات کلمه طعام، در کل خوراکی‌ها اعم از حبوبات به کار رفته است.

رابعاً- بر فرض وجود انصراف، انصراف بدوی است نه استمراری. زیرا این انصراف ناشی از ظهور لفظ نیست. و انصراف بدوی اعتباری ندارد. و در صورت شک در انصراف، اصل عدم انصراف است. (ر.ک: مظفر، ۲۴۲/۱-۲۴۳) بلی اگر انصراف، ناشی از غلبه استعمال باشد و بر اساس آن وضع تعینی لفظ در معنای منصرف الیه تحقق یافته باشد، انصراف استمراری می‌شود و می‌تواند بر مبنای آخوند، مقید اطلاق باشد.

خامساً- اگر اطلاق را قبول نکنیم باید قدر متیقن طعام را فقط گندم دانست نه همه حبوبات زیرا چنان که در قبل ذکر کردیم؛ جمعی از لغویان تصریح کردند اهل حجاز طعام را فقط در

گندم به کار برده‌اند. در حالی که کسی طعام را در آیه منحصر در گندم ندانسته است.

۵- عام نبودن کلمه طعام

برخی بر این باورند که لفظ طعام در آیه افاده عموم ندارد.

پاسخ این را در قبل ذکر کردیم که طعام اسم جنس و دارای شمول می‌باشد و تمام مصادیق آن را شامل است.

۶- روایاتی که طعام را به حبوبات معنا نموده است

مهم‌ترین دلیل تفسیر سوم، روایات است برخی بر این اعتقادند که طعام در آیه به معنای حبوبات و سبزیجات است، به دلیل اخباری که طعام را به این‌ها تفسیر کرده و به سندهای گوناگون نقل شده است که چند نمونه ذکر می‌کنیم:

روایت محمد بن سنان از ابی الجارود: از ابو جعفر علیه السلام از تفسیر قول خداوند و طعام الذین اوتوا العلم الکتاب حل لکم و طعامکم حل لهم پرسیدم، حضرت فرمود (مراد از طعام)، حبوبات و سبزیجات است. (حرعاملی، ۲۴/۲۰۴). و روایت عثمان از سماعه: از امام صادق علیه السلام از غذاها و خوراکی‌های اهل کتاب و آنچه که از آن حلال است پرسیدم، حضرت فرمود: (مراد از طعام) حبوبات است. (همان، ۲۰۳). روایت محمد بن خالد از ابن عمیر از هشام بن سالم از امام صادق علیه السلام: از حضرت درباره معنای طعام در آیه طعام الذین اوتوا الکتاب حل لکم پرسیدم، حضرت فرمود: عدس و نخود و غیر این‌ها است. (همان، ۲۰۵)

در تفسیر علی بن ابراهیم از امام صادق نقل شد که درباره آیه فرمود: مقصود از طعام حبوبات و میوه‌ها است نه ذبایح آن‌ها زیرا آنان هنگام ذبح کردن نام خدا را نمی‌برند. (همان، ۶۶) به گفته شهید ثانی این چند روایت، از اعتبار سندی برخوردار نمی‌باشد. (رک: مسالک، ۴۵۹/۱۱)

صحیح ابن مسکان از قتیبه اعشی از امام صادق (ع) او می‌گوید: از امام از آیه (و طعام...) پرسیدم حضرت فرمود: پدرم می‌گفت: طعام عبارت از حبوبات و آنچه شبیه آن‌ها است می‌باشد. (همان، ۲۰۵)

صحیح هشام بن سالم از امام صادق علیه السلام در معنای طعام در آیه فرمود: عدس و نخود است. (همان، ۲۰۶)

و روایاتی که از خوردن ذبایح اهل کتاب منع کرده است موید این تفسیر است مانند: سماعه

از ابو ابراهیم علیه السلام نقل می‌کند که از امام راجع به ذبیحه یهودی و نصرانی سوال کردم، حضرت فرمود: نزدیک آن نشوید. (همان، ۵۵)

زید شحام نقل می‌کند که امام صادق علیه السلام از ذبیحه سوال شد، حضرت فرمود: از آن نخور خواه خدا را ببرد یا نبرد. (همان‌جا، ۵۴)

اسماعیل بن جابر نقل می‌کند که امام صادق علیه السلام فرمود: از ذبایح یهود انصاری و از ظروف آن‌ها نخور. (همان‌جا، ۵۵)

مرسله ابن ابی عمیر از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که مردی به حضرت گفت: ما همسایه‌ای داریم که قصاب است و شخص یهودی برای ذبح ذبیحه می‌آورد تا یهود از او خرید کنند، حضرت فرمود از ذبیحه آن نخور و خرید هم نکن. (همان‌جا، ۵۲).

روایات معارض

اما در برابر این روایات؛ روایات معارضی است که مطابق ظاهر آیه دلالت بر حلیت ذبایح اهل کتاب دارد، گرچه آن‌ها از حیث مضمون گوناگون‌اند بعضی از آن‌ها به گونه مطلق، ذبیحه آن را حلال دانسته‌اند و بعضی دیگر به گونه مشروط. از گروه اول روایات زیر است. صحیح‌ه حلبی: از امام جعفر صادق(ع) درباره خوردن ذبیحه اهل کتاب و تزویج زنان‌شان پرسیدم فرمود: باکی در آن نیست. (همان، ۶۲)

خبر عبد الملک بن عمرو می‌گوید از امام صادق(ع) پرسیدم: در باره ذبایح نصاری چه می‌فرمایید؟ در پاسخ فرمود: باکی در آن نیست. عرض شد: نصاری بر ذبایح خویش نام مسیح را می‌آورند فرمود: مرادشان از آن خداست (همان) مجلسی اول در روضة المتقین (۷/ ۴۳۳) این خبر را قوی مانند حسنه دانسته است و به همین مضمون نیز ابو بصیر از امام صادق(ع) نقل کرده است (همان، ۶۳) و مجلسی پدر روایت را قوی دانسته است (همان).

روایت یونس بن بهمن: از موسی بن جعفر پرسیدم: یکی از اقربایم که نصرانی است، برای من مرغ و جوجه‌هایی هدیه کرده و آن‌ها را بریان نموده و فالوده‌ای (فالوده نوعی از حلواست که از گندم و روغن و عسل تهیه می‌شود) برایم درست کرده است، آیا می‌توانم از آن بخورم؟ فرمود: باکی نیست. (همان، ۶۴)

خبر اسماعیل بن عیسی: از امام رضا علیه السلام از جواز خوردن ذبایح یهود و نصاری پرسیدم، فرمود: بلی یعنی مانعی ندارد. (همان، ۶۴)

در خبر نقل شده که زن یهودیه گوشت مسمومی را آورد، یکی از صحابه از آن خورد و بر اثر آن مسموم شد و مرد. پیامبر (ص) لقمه‌ای از آن در دهان خود گذاشت و خورد و چون دانست که مسموم است از خوردن دست کشید و سپس در اثر تاثیر زهر رحلت نمود. (شهیدثانی، همان، ۴۵۹ و نیز ابن کثیر، ۳/ ۳۵) این خبر گویای آن است که ذبایح آن‌ها حرام نبود، زیرا اگر حرام بود پیامبر از پذیرش اجتناب می‌کرد.

روایت زکریا بن ابراهیم: به امام صادق عرض کردم من مسیحی بودم و مسلمان شدم ولی خانواده‌ام بر نصرانیت باقی مانده و من با آنان در یک خانه زندگی می‌کنم و از غذای آنان می‌خورم حکم چیست؟ سوال فرمودند آیا گوشت خوک می‌خورند گفتم خیر ولی شراب می‌نوشند. حضرت فرمود با آنان بخور و بنوش. امام از او می‌پرسد آیا آنان از گوشت خوک استفاده می‌کنند پاسخ داد خیر حضرت فرمود: از غذای آن‌ها بخور. (حرعاملی، ۲۴/ ۲۱۱)

صحیح معاویه بن وهب: وی از امام صادق (ع) می‌پرسد از وظیفه مردی که با زن یهودی و یا نصرانی ازدواج کند، فرمود: اگر با او ازدواج کند، وی را از شراب و خوردن گوشت خنزیر منع کند. (همو، ۵۳۶/۲۰) مفهوم این جمله این است که گوشت‌های دیگر لازم نیست منع کند. از گروه دوم روایات زیادی است که دلالت دارد در صورتی که نام خدا بر ذبیحه برده شود حلال و در غیر این صورت حرام است. این گروه به گونه‌ای جمع بین دو گروه اول و دوم نیز خواهد بود.

به عنوان نمونه در صحیح حمزان: از ابو جعفر (ع) شنیدم که درباره ذبیحه ناصبی و یهودی و نصرانی فرمود از ذبیحه آنان مخور مگر بشنوی که نام خدا را بر ذبیحه برده‌اند. گفتم ذبیحه مجوسی هم همین گونه است؟ فرمود بلی اگر شنیدی که نام خدا را برده‌اند حلال است. (همان، ۶۲/۲۴)

صحیح حلبی: امام صادق (ع) فرمود ذبیحه یهودی و نصرانی و هر کسی که مخالف دین است را مخور مگر این که هنگام ذبح، نام خدا را از آنان بشنوی (همان، ۶۴) و نیز در صحیح محمد بن مسلم از امام باقر (ع) نقل کرده که فرمود ذبیحه مشرک را بخور در صورتی که نام خدا بر آن ذکر شده باشد. (همان، ۶۲) در صحیح حریز آمده که از امام صادق علیه السلام درباره حکم ذبایح یهود و نصاری و مجوس سوال شد حضرت فرمود: اگر شنیدی که نام خدا را می‌برند و شهادت دادند برای تو کسانی که دیده‌اند نام خدا را برده‌اند، بخور و اگر نشنیدی یا کسانی که دیده‌اند شهادت ندادند، ذبیحه آن‌ها را نخور. (همان‌جا، ۶۴)

و روشن است که سماع یا شهادت، موضوعیت ندارد بلکه طریقی است برای کشف شرائط حلیت ذبیحه، لذا اگر به گفته کتابی وثوق حاصل شد قولش معتبر است. (رک: آیتی، ۱۲۲)

معاویة بن وهب می گوید از امام صادق علیه السلام از ذبایح اهل کتاب سوال کردم حضرت فرمود: اگر نام خدا را ببرند اشکالی ندارد. (همان، ۵۵)

علی بن جعفر از موسی بن جعفر علیهما السلام نقل می کند که از ذبیحه یهود و نصاری از حضرت سوال کردم آیا حلال است؟ حضرت فرمود: آنچه نام خدا بر آن برده می شود را بخور. (همان جا، ۵۶)

و نیز از همین گروه، روایات متعددی است که دلالت دارد حکم بر حلیت ذبیحه تنها در صورتی است که مطمئن باشیم که نام خدا بر ذبیحه برده شده است ولی امام (ع) می فرماید به قول کافر در ذکر نام خدا، نمی توان اعتماد کرد و حمل بر صحت در این زمینه جاری نمی باشد. در موثقه حسین بن منذر آمده است که از حضرت سئوال شد: سخن و نظر شما در مورد ذبائح یهود و نصاری چیست؟ امام فرمود یا حسین (حلیت) ذبیحه به ذکر نام خدا بردن است و کسی غیر از اهل توحید در مورد ذکر نام خدا، مورد اعتماد نیست (همان، ۴۹) در صحیحیه قتیبه می گوید: از حضرت صادق (ع) راجع به ذبایح یهود و نصاری پرسیدم؟ ذبح همان اسم است و غیر از مسلمان کسی بر آن امین نیست (همان)

موثقه حنان می گوید به امام صادق علیه السلام گفتم حسین بن منذر از شما روایت کرده که شما فرموده اید ذبیحه به ذکر است و جز اهل توحید کسی بر آن امین (مومن) نیست. حضرت فرمود: آن ها چیزی می گویند که من آن را نمی پسندم. (همان)

حنان می گوید از یک نصرانی پرسیدم هنگام ذبح چه می گوئید او جواب داد: می گوئیم به نام مسیح. (همان)

مفهوم این روایات دلالت دارد که در صورت حصول اطمینان به تسمیه، ذبائح آن ها حلال است. ولی منطوق آن ها دلالت دارد که اطمینانی در حمل قول آنان بر صحت وجود ندارد. در واقع مانع حمل اعمال آن ها بر صحت و اعتناء به قول آن ها، عدم اطمینان به قول آنان است.

گروه دیگری از اخبار هستند که در رد ذبایح نصاری عرب وارد شده از جمله این که امام در رد ذبایح آن ها می فرماید: آن ها اهل کتاب نیستند و ذبایحشان حلال نیست. (همان، ۵۶) و گویا مفهوم روایت این است که حلیت ذبایح اهل کتاب مفروغ عنه بوده است.

وجوه جمع بین اخبار حلیت و حرمت

در جمع میان اخبار حرمت و اخبار حلیت ذبایح اهل کتاب وجوهی ذکر شده است :
وجه اول حمل بر اضطرار:

بعضی گفته‌اند روایات حلیت، باید حمل بر مورد اضطرار و عسر و حرج شوند این حمل را حر عاملی در کتاب وسائل الشیعه از شیخ نقل کرده است و بر نظریه خود به خبر زکریا بن آدم تمسک بسته که می‌گوید: امام ابوالحسن (ع) فرمود من تو را از خوردن ذبیحه هر کسی که بر خلاف عقیده و مذهب تو و یارانت است نهی می‌کنم مگر در وقت ضرورت. (همان، ۵۱)

نقد

به نظر می‌رسد این وجه ناتمام باشد.

زیرا اولاً: حمل اخبار بر خلاف ظاهر آن‌ها نیاز به دلیل معتبر دارد و چنین دلیلی در بین نیست. و خبر مذکور از یک سو، واحد است و از سوی دیگر دلالت آن؛ نهی از خوردن ذبیحه عامه؛ مخالف فتوای مشهور است چون فرمود از خوردن ذبیحه هر کسی که بر خلاف عقیده و مذهب تو و یارانت است نهی می‌کنم، از این رو شهید ثانی در شرح لمعه نهی را حمل بر کراهت نموده است. (شهید ثانی، ۲۱۱/۷)

لذا این خبر تاب مقاومت در برابر اخبار معارض و صحیح دلالت کننده بر حلیت ذبیحه کتابی را ندارد.

ثانیاً: بر فرض که ذبیحه آن‌ها حلال نباشد پس مردار خواهد بود و خوردن از آن جائز نمی‌باشد مگر در مواردی که خوردن از گوشت مرده حلال باشد و آن مختص است به جایی که خوف هلاکت باشد و حال آن‌که ضرورت، دامنه‌اش وسیع‌تر از این است. بلی می‌توان در نقد این کلام گفت فرق است بین ذبیحه‌ای که تسمیه توسط ذابح غیر مسلمان بر آن شده و مرداری که چنین صفتی ندارد و در دوران امر اولی، مقدم است.

وجه دوم:

دومین وجه جمع، حمل روایات حلیت، بر تقیه و از باب موافقت با عامه است.
و این را جمعی از بزرگان از جمله شیخ و صاحب جواهر (۳۶/۸۵) و فیض در وافی (۱۹/۲۶۰) برگزیده‌اند و بر اثبات نظریه خود به خبر بشر بن ابی غیلان تمسک بسته‌اند.

این خبر می‌گوید: از امام صادق علیه السلام از ذبایح یهود و نصاری و ناصیبان پرسیدم، حضرت چهره خود را گرداند چانه خود را کج کرد و رخ درهم کشید و فرمود: از آن تا مدتی

نامعلوم بخور. (وسائل الشیعة، ۶۸/۲۴)

مرحوم فیض در معنای مدتی نامعلوم (یَوْمَ مَا) می نویسد تا روز رفع تقیه یا تا ظهور دولت حق (فیض، همان)

نقد: اولاً بشر مجهول است. اسم وی روشن نیست: بشر، بسر، بشار و یا بشیر؟ رجالیان هم، وی را توثیق نکرده اند.

ثانیاً این خبر دلالت روشن و قطعی بر تقیه ای بودن حکم ذبیح اهل کتاب ندارد، چون رخ در هم کشیدن امام (ع) گرچه به احتمال قوی حاکی از نارضایتی امام (ع) نسبت به ذبیحه کتابی است ولی محتمل است بر اثر ناراحتی از ضعف مسلمانان باشد که آن ها را محتاج به ذبیح اهل کتاب کرده و یا یادآوری اذیت های اهل کتاب به پیامبر اکرم (ص) باشد بلکه اگر به خاطر حضور مخالفان در محضر امام (ع) تقیه ای باشد نباید امام (ع) رخ در هم کشند تا کسی نفهمد که این فتوا، تقیه ای است. (رهبری، همان)

ثالثاً این گونه نیست که تمامی عامه ذبیحه کتابی را بدون قید و شرط، حلال بدانند بلکه بعضی حلیت را، مشروط به شرائطی؛ از جمله ذکر تسمیه؛ می دانند در فقه علی المذاهب الاربعه (۲۱/۲) آمده است: «حنفیه {و نیز مالکیه} گفته اند در حلیت ذبیحه کتابی شرط است که برای غیر خدا قربانی نشود مانند این که نام مسیح یا صلیب یا عزیز یا مانند آن برده شود. شافعیه گفته اند ذبیحه اهل کتاب حلال است خواه نام خدا برده شود یا نه؛ مشروط به این که نام غیر خدا نبرند؛ شافعی ها اصل نام بردن خدا را مستحب مؤکد می دانند حنابله گفته اند در حلیت ذبیح کتابی شرط است که نام خدا را به مانند مسلمانان ببرند پس اگر به عمد نام نبرند یا نام غیر خدا برند ذبیحه آن ها خورده نمی شود. و اگر ندانیم نام خدا ذکر شده یا نه، ذبیحه آن ها حلال است.

رابعاً حمل روایتی بر تقیه در جائی است که با فقه مذهب حاکم از عامه در زمان امام صادق (ع) مخالف باشد نه مطلق عامه (تقریرات نویسنده از درس خارج فقه آیه الله نجفی مرعشی در سال ۶۸) و فقه حاکم در زمان امام صادق (ع) فقه مالک و ابوحنیفه بوده است که شرایطی را برای حلال بودن ذبیح اهل کتاب قایل بودند که ذکر شد و در روایات شیعه هم روایات هماهنگ با نظر آنان و هم روایاتی مخالف نظر آنان وجود دارد.

شهید ثانی در نقد حمل روایات بر تقیه می نویسد: و اما حمل اخبار بر تقیه [به دلیل مباح بودن گوشت حیوان هایی که اهل کتاب کشتار می کنند، در نظر مذاهب چهارگانه اهل سنت] در

همه آن‌ها صدق نمی‌کند زیرا یکی از مذاهب عامه، شنیدن نام خدا را از کتابی شرط نمی‌داند و نیز اخبار صحیح‌ه‌ای دلالت بر حلال بودن آن دارد. بنابراین حمل آن‌ها بر تقیه ممکن نیست. و شیخ بهائی می‌نویسد: با توجه به این‌که جمع بین روایات متعارض، با در نظر گرفتن موضوع ذکر نام خدا در هنگام کشتن حیوان، حاصل می‌گردد از این رو نیازی به حمل آن‌ها بر تقیه نیست. (حرمة ذبائح أهل الكتاب، ۷۴)

وجه سوم :

شهید در مسالک (۱۱/۴۶۴) نهی در اخبار حرمت را حمل بر تنزیه و کراهت نموده است. و این را مغنیه صاحب فقه الامام الصادق (ع) از معاصران برگزیده است. (۴/۳۵۵)

دلیل شهید ثانی این است که اخبار حرمت مشتمل بر نهی می‌باشند، مانند خبر محمد بن سنان و غیر آن که امام فرمود: (لا تأکل ذبائحهم) و این‌گونه نهی، ظهور در حرمت دارد. از سوی دیگر اخبار حلیت نص در جواز است، مانند خبر یونس بن بهمن که امام در آن فرمود: (لا بأس) و در خبر اسماعیلیه بن عیسی فرمود: «...نعم». بنابراین حکم به حرمت ذبایح اهل کتاب مبتنی بر ظهور است و حکم به حلیت ذبایح آن‌ها مبتنی بر نص و به مقتضای حمل ظاهر بر نص باید، اخبار حرمت حمل بر کراهت می‌شود. (شهید ثانی، همان) محقق اردبیلی نیز در مجمع الفائدة، نظر صدوق را موافق قوانین و قوی از جهت علم دانسته و روایات تحریم را حمل بر کراهت کرده، اما به دلیل نادر بودن قائلان این نظر، عمل به آن را مشکل دانسته است (۱۱/۷۹)

وجه چهارم :

وجه چهارم جمع حکمی است یعنی حمل کردن اخبار حلیت بر مواردی که نام خدا را می‌برند و از طرف دیگر اخبار حرمت را بر مواردی حمل کنیم که نام خدا بر ذبیحه برده نمی‌شود. و گواه این جمع روایاتی است که در پیش آوردیم. و شیخ صدوق (المقنع، ۵۸۰؛ هدایه، ۳۱۱) بین دو گروه را به این روش جمع کرده است و نیز مرحوم طباطبایی نیز در ریاض المسائل (۲/۲۷) به این جمع متمایل شده است.

جمع بین روایات (نظر برگزیده)

از میان وجوه ذکر شده در جمع میان اخبار حرمت و اخبار حلیت ذبایح اهل کتاب به نظر

می‌رسد از میان آن‌ها جمع شهید در مسالک که نهی در اخبار حرمت را حمل بر تنزیه و کراهت نموده است رجحان دارد زیرا علاوه بر استدلال شهید ثانی این حمل با ظاهر آیه ۵ مائده که دلالت بر حلیت ذبیحه کتاب دارد سازگار می‌باشد و پس از این جمع، راه جمع چهارم به دلیل وجود روایات قوی که ذکر شد اولویت دارد و قاعده «الجمع مهما امکن» موید آن است.

دیدگاه فقهای امامیه

در پایان مناسب است اشاره‌ای به دیدگاه فقیهان درباره ذبیحه کتابی داشته باشیم. در گذشته به فتاوی مذاهب اهل سنت اشاره کردیم و اکنون به فتاوی فقهای امامیه اشاره می‌کنیم از سوی فقیهان، ۵ دیدگاه ابراز شده است :

ا-حلیت

ابن ابی عقیل عمانی و ابن جنید اسکافی فتوا به حلیت دادند با این فرق که ابن جنید مکروه دانسته است (اردبیلی، همان، ۶۹) و از معاصران آقای جناتی نیز معتقد به حلیت ذبیحه کتابی است.

ب- حلیت در صورتی که کافر کتابی، نام خدا را بر ذبیحه ببرد.

شیخ صدوق (المقنع، ۵۸۰؛ هدایه، ۳۱۱) و صاحب ریاض (۲/ ۲۷) و محمد تقی جعفری این نظر را برگزیده‌اند. (ر.ک: رسائل فقهی، محمد تقی جعفری، ۴۳/۱)

ج- حرمت بنابر احتیاط واجب.

مرحوم حکیم می‌نویسد: حرمت ذبیحه کافری که تسمیه می‌گوید از باب احتیاط است. (منهاج الصالحین، محسن حکیم، ۳۵۶/۲)

د-حرمت.

بیشتر فقهای فتوی به حرمت ذبیحه کافر کتابی داده‌اند مانند شیخ طوسی (الخلاص، ۲۴۹/۳) و سید مرتضی و محقق شرایع الاسلام (۲۰۴/۳) و صاحب جواهر (جواهر الکلام، ۸۶/۳۱، ۸۰/۳۶)

ه-توقف.

فاضل مقداد پس از بیان پاره‌ای از انتقادهای و اشکال‌ها، چون به حرمت ذبیحه کتابی نمی‌رسد و از طرف دیگر مخالفت با مشهور را بر نمی‌تابد اظهار امیدواری می‌کند که خداوند

این مشکل علمی او را حل کند. (کنزالعرفان، ۳۱۲/۲)

نتیجه‌گیری

- ۱- در آیات ذکر شده حیوانی که برای غیر خدا ذبح شده و یا نام خدا بر آن ذکر نشده حرام شمرده شده است گر چه بر اساس حالیه بودن جمله ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ در آیه ۱۲۱ انعام، محتمل است فقط حیوانی که برای غیر خدا ذبح شده حرام و ذکر تسمیه مستحب باشد.
- ۲- در صورتی که کلمه طعام در آیه ۵ سوره مائده، به معنای ذبائح و یا اعم از آن باشد ناسخ آیه وجوب تسمیه (۱۲۱ انعام) است مگر این که تسمیه کافر را واجب شماریم.
- ۳- معنای طعام به شهادت عرف و لغت، مطلق خوردنی‌ها است و استعمال آن در گندم، جو و حبوبات دیگر بر اساس قرینه لفظی و یا حالی است.
- ۴- روایات تفسیر طعام به حبوبات یا از باب ذکر مصداق است، در این صورت با روایات حلیت ذبیحه کتابی، قابل جمع است و یا از باب ذکر معنا است که با روایات حلیت ذبیحه تعارض دارد. در این صورت یا هر دو از اعتبار ساقط می‌گردد و رجوع به ظاهر آیه می‌شود و یا روایات حلیت به خاطر مطابقت با آیه رجحان پیدا می‌کند.
- ۵- وجه جمع شهید ثانی در حمل نهی بر کراهت در روایات ناهیه، اقوی از وجوه جمع دیگر است.

منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث و الأثر*، قم - ایران، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول بی‌تا.
- ابن العربی، محیی الدین محمد، *احکام القرآن*، بی‌تا.
- _____، *تفسیر ابن العربی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول ۱۴۲۲ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، ایران، دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن عاشور، محمد بن طاهر، *التحریر و التنویر*، بی‌تا.
- ابن عجبیه، احمد بن محمد، *البحر المدید فی تفسیر القرآن المجید*، دکتر حسن عباس زکی، قاهره، ۱۴۱۹ ق.
- ابن کثیر دمشقی، اسماعیل بن عمرو، *تفسیر القرآن العظیم*، بیروت، دار الکتب العلمیه، منشورات

محمدعلی بیضون، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت- لبنان، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.

ابوحمزه ثمالی، ثابت بن دینار، *تفسیر القرآن الکریم*، بیروت، دار المفید، چاپ اول ۱۴۲۰ ق.
احمد بن فارس، *معجم مقائیس اللغة*، قم- ایران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۰۴ ق.

اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدۃ البیان فی أحكام القرآن*، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ اول بی تا.
_____، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۳ ق.

استرآبادی، محمد بن علی، *آیات الأحکام*، تهران، مکتبه المعراجی، بی تا.
اشکوری، محمد بن علی، *تفسیر شریف لاهیجی*، تهران، دفتر نشر داد، ۱۳۷۳.
اندلسی، ابو حیان محمد بن یوسف، *البحر المحیط فی التفسیر*، بیروت، دار الفكر، ۱۴۲۰ ق.
آلوسی، محمود، *روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
آیتی، محمد رضا، «حلیت و حرمت ذبیح اهل کتاب و پیامدهای حقوقی آن»، *پژوهش دینی*، بهار، ۱۳۸۴، شماره ۹.

بحرانی، سید هاشم، *البرهان فی تفسیر القرآن*، تهران، بنیاد بعثت، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.
بلاغی نجفی، محمد جواد، *آلاء الرحمن فی تفسیر القرآن*، قم، بنیاد بعثت، چاپ اول ۱۴۲۰ ق.
بیضاوی عبدالله بن عمر، *أنوار التنزیل و أسرار التأویل*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.

جصاص، احمد بن علی، *احکام القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ق.
جرجانی، ابوالفتح بن مخدوم، *آیات الأحکام*، تهران، انتشارات نوید، ۱۴۰۴ ق.
جعفری تبریزی، محمد تقی، *رسائل فقهی*، تهران - ایران، مؤسسه منشورات کرامت، ۱۴۱۹ ق.
جناتی، ابراهیم، «نظریه حلیت ذبیح اهل کتاب»، *کیهان اندیشه*، ۱۳۷۵، شماره ۶۵.
جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت - لبنان، دار العلم للملایین، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.

حسینی همدانی، محمد، *انوار درخشان*، تهران، کتابفروشی لطفی، ۱۴۰۴ ق.
حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم - ایران، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.

حویزی، عبد علی بن جمعه، *تفسیر نور الثقلین*، قم، انتشارات اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ق.

- خطیب، عبدالکریم، *التفسیر القرآن للقرآن*، بی تا.
- دعاس، احمد عبید و دیگران، *اعراب القرآن الکریم*، دمشق، دارالمنیر و دارالفارابی، ۱۴۲۵ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، لبنان - سوریه، الدار الشامیه، ۱۴۱۲ق.
- رهبری، حسن، «حکم کشتار چهار پایان به دست اهل کتاب»، *فقه کاوشی نو در فقه اسلامی*، ۱۳۸۱، شماره ۶.
- سبزواری نجفی، محمد، *ارشاد الاذهان الی تفسیر القرآن*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۹ق.
- سمرقندی، نصر بن محمد، *بحر العلوم*، بی تا.
- شهابی، محمود، *ادوار فقه*، ایران، انتشارات تهران، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، چاپ اول ۱۴۱۳ق.
- _____، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية* (ط - الحديثة)، قم - ایران، کتابفروشی داوری، چاپ اول ۱۴۱۰ق.
- شیخ بهائی، محمد بن حسین، *حرمة ذبائح أهل الكتاب*، بیروت - لبنان، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ اول ۱۴۱۰ق.
- صادقی تهرانی، محمد، *البلاغ فی تفسیر القرآن بالقرآن*، قم، مؤلف، ۱۴۱۹ق.
- _____، *الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن*، قم، انتشارات فرهنگ اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۵.
- صافی، محمود، *الجدول فی اعراب القرآن*، دمشق، بیروت، دار الرشید مؤسسة الإيمان، چاپ چهارم، ۱۴۱۸ق.
- صدیق حسن خان، محمد صدیق، *نیل المرام من تفسیر آیات الاحکام*، بی تا.
- طباطبایی محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه‌ی مدرسین حوزه علمیه قم، بی تا.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مکارم الاخلاق*، برگردان سید ابراهیم میرباقری فراهانی، تهران، بی تا.
- _____، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، انتشارات ناصر خسرو، چاپ سوم، ۱۳۷۲.
- _____، *تفسیر جوامع الجامع*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران و مدیریت حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۳۷۷.
- طبری، محمد بن جریر، *تاریخ الامم و الملوك*، ترجمه ابو القاسم پاینده، تهران، اساطیر، چاپ پنجم، ۱۳۷۵.

مطالعات اسلامی-فقه و اصول	۱۴۰	شماره ۹۹
_____، جامع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۲ ق.		
طریحی فخر الدین، مجمع البحرین، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۳۷۵.		
طوسی محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.		
طیب، عبد الحسین، اطیب البیان فی تفسیر القرآن، تهران، انتشارات اسلام، چاپ دوم، ۱۳۷۸.		
فاضل موحدی لنکرانی، محمد، اصول فقه شیعه، قم، چاپ اول، ۱۳۸۱.		
فاضل جواد، جواد بن سعید، مسالك الأفهام الى آیات الأحكام، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ دوم، ۱۳۶۵.		
فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، قم - ایران، نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.		
فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، تفسیر الصافی، تهران، انتشارات الصدر، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق.		
_____، الوافی، اصفهان - ایران، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.		
فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، منشورات دار الرضی، بی تا.		
قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لأحكام القرآن، تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۶۴.		
کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران - ایران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.		
کیا هراسی، علی بن محمد، احکام القرآن، بیروت، دار لکتب العلمیة، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.		
مراغی، احمد مصطفی، تفسیر المراغی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.		
مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت - لبنان، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.		
مرکز اطلاعات و مدارك اسلامی، فرهنگ نامه اصول فقه، قم، چاپ اول، ۱۳۸۹.		
مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰.		
مظفر، محمد رضا، أصول الفقه، قم، انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.		
مغنیه، محمد جواد، تفسیر الکاشف، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.		
_____، التفسیر المبین، قم، بنیاد بعثت، بی تا.		
مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ اول، ۱۳۷۴.		

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹
زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۵۸-۱۴۱

تأملی در مستندات فقهی ماده ۴۶۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*

علی محمدیان

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد

Email: alimohamadian64@gmail.com

دکتر محمد محسنی دهکلانی^۱

استادیار دانشگاه مازندران

Email: mmdehkalany@umz.ac.ir

دکتر محمدتقی قبولی در افشان

دانشیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@um.ac.ir

چکیده

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ با پذیرش مسئولیت عاقله در قتل‌های خطایی این نظریه را در ماده ۴۶۳ منعکس نموده است. این قانون درباره نحوه پرداخت دیه مذکور ذیل ماده ۴۶۸ چنین مقرر نموده است: «عاقله عبارت از پدر، پسر، و بستگان نسبی پدری و مادری، یا پدری به ترتیب طبقات ارث است».

مفاد ماده اخیر مستظهر به موافقت مشهور فقهای امامیه می‌باشد. ایشان معتقدند: «با وجود عاقله اقرب، عهده عاقله أبعد مشغول نمی‌باشد و در فرض اجتماع خویشاوندان ذکور نسبی (= عاقله) تأدیه خون بهاء و پرداخت دیه بر ذمه نزدیک‌ترین اقارب به حسب طبقات ارث می‌باشد». مستند عمده ایشان استظهار از آیه ﴿...وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...﴾ و نیز روایات ناظر به مسأله پیش گفته می‌باشد.

نگارنده استظهار از آیه فوق را تمام نمی‌داند و استدلال به آن روایات را تام نمی‌یابد. وی پس از نقد مستندات قول مشهور چنین نتیجه می‌گیرد که: «در پرداخت دیه قتل خطایی، رعایت ترتیب بین عاقله لازم نبوده و همگی ایشان مسئول پرداخت دیه هستند؛ اگرچه حین الفوت ارث‌بر نباشند». این نظریه اگرچه خلاف قول مشهور است؛ لیکن برخی از فقها را با خود موافق نموده است؛ مضافاً به این که اطلاقات و عمومات ادله نیز آن را اقتضاء دارد.

کلیدواژه‌ها: قتل خطایی، عاقله، توزیع دیه، قول مشهور، ماده ۴۶۸ ق.م.ا

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۵/۱۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۷/۳۰.

۱ نویسنده مسئول

مقدمه

ضمان عاقله، سنت دیرینه و ریشه‌داری می‌باشد که قبل از شریعت اسلام وجود داشته، و شاید بتوان گفت نوعی بیمه به مصطلح امروزی است (منتظری، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، ۵۲). مشروعیت نهاد عاقله به طور اجمال مورد تأیید و امضای شارع اسلام بوده و حکم آن مورد اتفاق همه فقه‌های اسلامی است و میان شیعه و اهل سنت در این مسأله اختلافی نیست (ر.ک: نجفی، جواهرالکلام، ۲۵/۴۳؛ مدنی کاشانی، کتاب الدیات، ۲۲).

از باب نمونه شیخ طوسی در باب مشروعیت اخذ دیه از عاقله می‌نگارد: «دلیل ما بر مشروعیت نهاد عاقله اجماع فقه‌های امامیه و روایات موجود است، هم‌چنین اجماع امت اسلامی بر این امر اقامه گردیده است» (خلاف، ۲۷۶/۵). ابن قدامه از فقه‌های حنبلی، در تأیید اتفاقی بودن این نظریه می‌نویسد: «در میان اهل علم مخالفی برای این قول که دیه قتل خطا بر عهده عاقله است نمی‌شناسم» (مغنی، ۴۹۸/۹).

با قطع نظر از سیر تاریخی عاقله و شبهاتی که امروزه پیرامون آن وجود دارد، نوشتار حاضر با فرض حجیت و مشروعیت این نهاد، درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که توزیع دیه بر عاقله از چه اصلی پیروی می‌کند؟ آیا همه آنانی که عنوان عاقله بر آنان منطبق است به یک میزان و در عرض یکدیگر مسئول تأدیه خسارت خواهند بود؟ یا این‌که با قبول رابطه طولی میان اقارب، با وجود عاقله نزدیک‌تر، عهده خویشان دورتر مشغول نخواهد شد؟

در پاسخ به سؤال فوق دو رویکرد عمده در کتب مرسوم فقهی امامیه منعکس شده است. مشهور فقها با اختیار وجه اخیر، رعایت ترتیب میان اقارب را لازم دانسته، و در نقطه مقابل نوادری از قدماء و معاصران قائل به توزیع دیه بر تمامی عاقله شده‌اند. ناگفته نماند بر خلاف آنچه از کتب فقهی نقل شده است، موضع فقیهان منحصر در دو قول پیش‌گفته نبوده، و نگارنده به استناد تتبع خویش به مواضع دیگری از فقها دست یافته است که در متن مقاله بدان اشاره خواهد رفت.

در ابتدای بحث و قبل از ورود به آن مناسب دیده شد با تعریف اصطلاح «عاقله» مقصود فقیهان تبیین و مصادیق آن تعیین گردد.

مفهوم عاقله

مفهوم عاقله در لغت

در لسان العرب و تاج العروس در تعریف عاقله چنین آمده است: «عاقله اسم فاعل از واژه

عقل است، و منظور از آن همان عصبه می‌باشد، و آنان خویشاوندان پدری هستند که دیه قتل خطا را می‌پردازند» (ابن منظور، ۴۶۰/۱۱؛ واسطی، ۵۰۹/۱۵). صاحب مجمع البحرین و النهایه عاقله را از عقل به معنای دیه دانسته و در مورد وجه تسمیه آن نوشته‌اند: «قاتل مکلف بود دیه (شتران) را به آستانه منزل اولیاء مقتول ببرد، و آن‌ها را با طناب که بدان «عقال» گفته می‌شد ببندد، و به ورثه مقتول تحویل دهد» (طریحی، ۴۲۷/۵؛ ابن اثیر، ۲۷۹/۳).

ابن فارس و جوهری نیز عاقله را به گروهی که از بستگان پدری هستند، و دیه جنایت قتل خطایی را پرداخت می‌کنند تعریف نموده‌اند (معجم مقائیس اللغه، ۷۰/۴؛ الصحاح، ۱۷۷۱/۵). لذا مجموع کلمات لغویان به این معنا بازگشت می‌کند که عاقله خصوص خویشان ذکور از جانب پدر می‌باشند.

مفهوم عاقله از منظر فقیهان

شهید ثانی در تعریف عاقله می‌نویسد: «عاقله کسانی هستند که از طرف پدر، خویشاوند قاتل محسوب می‌شوند؛ مانند برادران و عموها و فرزندان آن‌ها؛ اگرچه هنگام پرداخت دیه وارث نباشند؛ البته زن، کودک و کسی که در سر رسید دیه، دیوانه یا فقیر است، عاقله محسوب نمی‌شود» (الروضه البهیة، ۴۴۶/۲).

اگر چه این تعریف با اقبال اکثر فقها مواجه شده است (مجلسی، حدود و قصاص و دیات، ۱۵۵؛ خویی، ۵۴۰/۲)؛ لکن کلمات فقها در تعریف عاقله متفاوت بوده و در بعضی موارد رسا نیست. به نظر نگارنده بهترین و کامل‌ترین تعاریف از آن مرحوم مشکینی است که در تعریف عاقله آورده است: «مراد از عصبه که پرداخت دیه جانی بر عهده ایشان است، هر فردی است که از طریق پدری، و یا پدری و مادری، با جانی خویشاوندی دارد، مانند برادران پدری و مادری، یا برادران پدری، و اولاد ایشان، و پدر و جد پدری؛ اگرچه بالاتر روند، و اولاد ذکور؛ اگرچه پایین‌تر روند» (۳۶۴). ایشان با ذکر اصناف متعدد خویشاوندان اعم از اقارب عمودی و اطرافی، صعودی و نزولی، با واسطه و بی‌واسطه و..... تعریف جامع و مانعی ارائه نموده است که مشابه آن در سایر کتب مشاهده نمی‌شود.

البته همان‌گونه که از تعاریف فقها بدست می‌آید و برخی از ایشان نیز بدان تصریح نموده‌اند (ر.ک: روحانی، فقه الصادق (ع)، ۳۷۶/۲۶) اصطلاح عاقله در لسان فقها چیزی جز همان معنای لغویش نمی‌باشد. به عبارت دیگر عاقله هم‌چون بسیاری از واژگان کاربردی در محاورات، از مفاهیم عرفی است که شرع درباره آن تأسیسی نداشته و در تبیین مدلول آن تابع

ارتکاز عرفی بوده است.

کلمات فقها

برخلاف نقل رایج از عبارات فقها که اقوال موجود در مسأله را منحصر به دو قول دانسته‌اند، از تتبع و مذاقه در آرای فقها چهار رویکرد قابل استظهار است:

- ۱- برخی از فقهای متقدم اصولاً متعرض مسأله نشده و به سکوت از کنار آن گذشته‌اند.
 - ۲- تعداد قابل توجهی از فقها بعد از بیان دو دیدگاه موجود، در حکم مسأله توقف نموده‌اند.
 - ۳- مشهور فقها قائل به لزوم رعایت ترتیب میان عاقله جانی، براساس طبقات ارث شده‌اند.
 - ۴- تعداد کمی از فقها پرداخت دیه را وظیفه تمامی افراد عاقله به نحو برابر دانسته‌اند.
- در ابتدا با نقل کلمات و عبارات فقها و نیز ادله و مستندات ادعایی، به تفکیک به مواضع پیش‌گفته پرداخته، سپس به نقد مستندات آن اقوال می‌پردازیم.

رویکرد اول: سکوت در مسأله

برخی از فقهای متقدم اصولاً متعرض مسأله نشده و در این بحث نظری ابراز نداشته‌اند؛ هم‌چنان‌که شیخ مفید در مقنعه صرفاً به بیان این امر که دیه قتل خطای محض از عاقله جانی، و در ظرف سه سال گرفته می‌شود، بسنده نموده است (۷۳۵). نمونه دیگر مرحوم شیخ صدوق در دو کتاب فقهی-روایی خویش است. ایشان نیز تنها به بیان تکلیف عاقله در پرداخت دیه قتل خطاء پرداخته و از ذکر نحوه توزیع و کیفیت آن خودداری ورزیده است. (ر.ک: هدایه، ۳۰۱؛ مقنعه، ۵۳۶).

ابوالصلاح حلبی در این بحث به عبارت: «دیه الخطأ علی العاقله و عاقله الحر المسلم عصبته» (الکافی فی الفقه، ۳۹۲)؛ بسنده نموده، و صاحب مراسم نیز نظر روشنی در این زمینه نداده است. (سلار دیلمی، ۲۳۹)

این گروه از فقها نظری ابراز نداشته‌اند و نمی‌توان رأی آن‌ها را موافق یا مخالف نظر مشهور دانست؛ تنها در صورتی می‌توان نظر ایشان را موافق با مشهور دانست که سکوت آن‌ها را به معنای موافقت با رأی مشهور در نظر بگیریم، که این‌گونه برداشت، مخدوش است؛ زیرا همان‌گونه که گفته‌اند سکوت اعم از رضاست؛ و «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

رویکرد دوم: توقف در مسأله

گروه دوم فقهایانی اند که به رغم تعرض به مسأله و حتی ذکر آراء موجود، از اختیار رأی خودداری ورزیده و یا حداقل از ابراز رأی مختار خویش دوری جسته‌اند. شهید ثانی از این دسته فقهاست که در روضه به ذکر اقوال موجود در مسأله بسنده نموده و حتی به استناد عموم ادله، رأی غیر مشهور را محتمل دانسته است؛ لکن معین نساخته است که مختار خود ایشان کدام است (۴۴۷/۲). نکته جالب آن که شهید ثانی در مسالک نیز به فتوای خود تصریح نمی‌کند و با ذکر اقوال موجود هر قول را به قائلانش منتسب می‌کند (۵۱۹/۱۵).

جزائری در التحفه السنیة (۹۶)؛ و فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع (۱۵۶/۲)؛ در عباراتی تقریباً مشابه صرفاً به بیان اقوال موجود در مسأله بسنده نموده‌اند، بدون این که نظر صریح خود را در مسأله ابراز دارند.

مجلسی دوم نیز به بیان اختلاف آراء فقها در بحث مذکور اکتفا نموده است: «خلاف است که آیا ترتیبی در میان آن جماعت هست در حواله کردن یا نه؟ بعضی گفته‌اند: به نزدیک و دور همه حواله می‌کنند به یک نسبت، و اکثر علماء قائل شده‌اند به آن که نزدیک‌تر را مقدم می‌دارند» (حدود و قصاص و دیات، ۱۵۷).

جمال الدین حلی در مهذب البارع (۴۲۰/۵)؛ و فاضل آبی در کشف الرموز (۶۸۵/۲)؛ نیز به رغم آن که اقوال موجود در مسأله را ذکر نموده‌اند؛ لکن نظر خویش را ابراز ننموده‌اند. لازم به ذکر است که وجه افتراق این گروه از فقها، با فقهای دسته اول که در مسأله سکوت نموده بودند در این است که گروه اخیر اقوال موجود در مسأله را ذکر نموده؛ لیکن خود فتوای صریحی در بحث مذکور نداده‌اند؛ بر خلاف پاره‌ای از متقدمان که اصولاً متعرض مسأله نگردیده و بحث را مسکوت نهاده‌اند.

رویکرد سوم: توزیع دیه به ترتیب طبقات ارث (قول مشهور)

از اولین فقیهانی که متعرض این بحث شده و به صراحت معتقد است کیفیت توزیع دیه مبتنی بر رعایت اقریب و ورثه است شیخ طوسی در خلاف می‌باشد. دلیل وی نیز بر مختار خویش عمومیت آیه اولوالارحام: ﴿...وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...﴾ (انفال: ۷۵)^۱ است که در آن بعضی خویشاوندان بر بعضی دیگر برتری داده شده‌اند، و مطابق دیدگاه ایشان مورد بحث را نیز در بر می‌گیرد. (خلاف، ۲۸۲/۵).

۱ انفال: ۷۵: «خویشاوندان نسبت به یکدیگر، در احکامی که خداوند مقرر داشته، (از دیگران) سزاوارترند».

محقق در شرایع پس از تصریح به این امر که در مسأله دو قول وجود دارد، شبهه در مسأله را قول به رعایت ترتیب در توزیع می‌داند (۲۷۳/۴). وی در مختصرالنافع نیز بر این نظر تأکید می‌کند: «و یبدأ بالتقسیم علی الأقرب فالأقرب» (۳۱۶/۲)

علامه حلی در کتب مختلف خود، ارشادالاذهان (۲۳۰/۲)؛ تحریرالأحكام (۶۴۳/۵)؛ و مختلف الشیعه (۳۰۳/۹)؛ بر نظر مشهور صحه گذاشته، و فخرالمحققین در ایضاح الفوائد (۷۴۸/۴)؛ سخن والد خویش را تأیید می‌کند.

صاحب کشف اللثام و صاحب ریاض پس از رجحان دادن به دیدگاه مشهور ۲ دلیل مشترک برای آن ذکر نموده‌اند: ۱- عمومیت آیه اولوالارحام؛ ۲- روایت بزنی و ابوبصیر^۲ (فاضل هندی ۵۱۵/۱۱؛ حائری طباطبایی، ۵۶۷/۲).

امام خمینی نیز در تحریرالوسیله پس از تصریح به وجود دو رویکرد در مسأله، از دیدگاه اول با عبارت «اوجه» یاد می‌کند. (تحریرالوسیله، ۶۰۱/۲).

مطابق آنچه از کلمات فقهای این گروه استنتاج می‌شود، ایشان عمدتاً برای اثبات مدعای خویش به عموم آیه اولوالارحام، و احیاناً روایاتی که در مسأله وجود دارد استناد نموده‌اند. بسیاری از فقهای این گروه نیز به بیان ادله مختار خویش نپرداخته و صرفاً به ذکر این که قول مشهور قوی‌تر است بسنده نموده‌اند.

رویکرد چهارم: توزیع دیه بر تمامی عاقله (قول غیر مشهور)

شیخ طوسی اگرچه در خلاف، همان گونه که گذشت، رعایت ترتیب در توزیع را لازم دانسته است؛ لیکن به نظر می‌رسد وی در مبسوط از دیدگاه اولیه خویش رجوع نموده،^۳ و قائل به تقسیم دیه مذکور در بین عاقله قریب و بعید گشته است؛ البته وی دلیلی بر مختار اخیر خویش ارائه ننموده است. (۱۷۸/۷)

صاحب جامع الشرایع نیز در مسأله مذکور با شیخ هم رأی است، آن جا که می‌نویسد: «یقسم الإمام الدیه علی العاقله بحسب ما یری من غنی أو دونه... و القریب و البعید فیها سواء» (ابن سعید حلی، ۵۷۶).

رأی اخیر شیخ، متروک فقیهان بعد از وی واقع گشت، و همان طور که نقل شده است جز ابن سعید حلی کسی با آن موافقت ننمود، تا آن که آقای خوینی آن را تقویت کرد.

^۲ شرح روایات مذکور در نقد قول مشهور خواهد آمد.

^۳ تاریخ تألیف مبسوط متأخر از خلاف است؛ چرا که شیخ در مقدمه مبسوط می‌نویسد: «در این کتاب اسامی فقیهان مخالف را نخواهم آورد؛ مبدا کتاب به درازا انجامد، و اسامی ایشان را در

مسائل کتاب خلاف به طور مستوفی یاد کرده‌ام» (۳/۱).

ایشان در مبانی تکمله المنهاج با طرح این سؤال که آیا خویشان نزدیک و دور همگی جزء عاقله می‌باشند؛ یا این که ترتیب بین آن‌ها رعایت می‌شود، می‌نویسد: «نظر مشهور فقها این است که رعایت ترتیب بین آن‌ها لازم است؛ ولی این نظر اشکال دارد، و اقرب آن است که خویشان نزدیک و دور همگی داخل در عاقله می‌باشند» (۵۵۹/۲).

بسیاری از شاگردان محقق خویی در کتب فتوایی خود با استاد خویش هم رأی شده‌اند. وحید خراسانی و محقق کابلی مختار خویی را اظهر اقوال می‌دانند (منهاج الصالحین، ۵۹۵/۳؛ رساله توضیح المسائل، ۷۵۰).

صاحب فقه الصادق (ع) و فاضل ایروانی نیز در عباراتی مشابه با مناقشه در ادله قول مشهور، اظهر در مسأله را، با توجه به عموم ادله که پرداخت دیه را بر عهده عاقله نهاده است، و لفظ عاقله نیز همگی خویشاوندان قریب و بعید را شامل می‌شود، عدم اعتبار ترتیب در بین طبقات دانسته‌اند (روحانی، ۳۸۲/۲۶؛ دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، ۳۵۳/۳).

این دسته از فقها در اثبات مدعای خویش عمدتاً به اطلاق ادله‌ای که مسئولیت قتل خطائی را بر عهده عاقله نهاده استناد نموده و از آن‌جا که لفظ عاقله بر نزدیکان دور و نزدیک به طور یکسان صدق می‌کند، در نتیجه قائل شدن به رعایت ترتیب در توزیع دیه را فاقد وجهت شرعی دانسته‌اند.

بررسی ادله و مستندات

مقتضای قواعد اولیه

به نظر می‌رسد مقتضای قواعد اولیه، عدم اعتبار رعایت ترتیب بین عاقله قریب و بعید باشد؛ در نتیجه جمیع عاقله نسبت به پرداخت دیه خطای محض مسئولیت دارند. به عبارت دیگر موضوع وجوب دیه در قتل خطایی عنوان عاقله بوده و این عنوان به اطلاق خود شامل همه مردان خویشاوند پدری جانی می‌شود. باید گفت هرچند عاقله دارای مراتب و طبقات مختلفی می‌باشند و استحقاق ایشان در برخی ابواب مثل ارث با یکدیگر متفاوت است؛ لکن ادعای اشتراط رعایت ترتیب در پرداخت دیه، مطابق با طبقات ارث، محتاج دلیل معتبر و مؤونه زائده موجه می‌باشد که صلاحیت تخصیص عمومات و اطلاقات ادله را داشته باشد؛ و حال آن‌که اطلاقات و عمومات ادله با نفی قیود ادعایی، دلالت بر مسئولیت همگانی عاقله دارند.

در مقام تمسک به اصل عملی نیز باید گفت با شک در اشتراط رعایت ترتیب، اصل، عدم اشتراط چنین امری است. اگر اشکال شود که در مسأله، شک در اشتغال ذمه عاقله بعید داریم، و اصل مناسب مقام، اصالت براءت ذمه وی می باشد؛ در نتیجه رعایت ترتیب در تأدیه دیه شرط می باشد؛ در پاسخ اشکال می شود گفت با فرض تمامیت تمسک به اطلاقات ادله، اشتغال عاقله ثابت بوده، شک در شرطیت امر زائد است و همان طور که گفته شد در این حالت اصل عدم اشتراط جاری است. به عبارت دیگر منشاء شک در اشتغال و یا عدم اشتغال ذمه عاقله بعید، شک در اشتراط ترتیب است و با احراز عدم اشتراط (اصل سببی) از باب تقدم اصل سببی بر اصل مسببی، موضوعی برای شک در عدم اشتغال (اصل مسببی) باقی نمی ماند.

مفاد ادله قول مشهور

مشهور برای اثبات مدعای خود به سه دلیل کتاب، سنت و اجماع استناد نموده اند.

دلیل کتاب: استدلال به آیه اولوا الارحام

یکی از ادله ای که قائلان قول مشهور بدان استناد نموده اند، عموم آیه ﴿...وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...﴾ (انفال/۷۵) است. از میان فقها، شیخ و فاضل هندی به صراحت، عموم آیه مذکور را مستند مختار خویش دانسته اند: «دلیلنا علی أنه یبدأ بالأقرب فالأقرب قوله تعالی: ﴿...وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...﴾، و ذلك عام فی جمیع الأشياء» (خلاف، ۲۸۲/۵). «إذا اجتمع فی العاقله القریب و البعید فإنه یأخذ الدیه من القریب... لقوله تعالی: ﴿...وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...﴾، لعمومه فی جمیع الأشياء» (کشف اللثام، ۵۱۵/۱۱).

تقریب استدلال: تقریب استدلال به این نحو است که در آیه مذکور برخی از خویشاوندان بر برخی دیگر برتری داده شده اند، و قیدی نیز در آیه وجود ندارد تا از آن خصوص ارث و مانند آن فهمیده شود؛ از طرف دیگر هم اولویت خویشاوندان دورتر بر خویشان نزدیک تر خلاف حکم قطعی عقل است؛ بنابراین با توجه به عموم و نیز اطلاق آیه اولوا الارحام، مورد آیه هم شامل افرادی می شود که از متوفی ارث می برند؛ بدین صورت که با وجود خویشان نزدیک تر، خویش دورتر ارث نمی برد؛ و هم آیه شامل افرادی است که در صورت قتل خطایی مؤظف به پرداخت دیه قاتل می باشند؛ بدین نحو که با وجود عاقله نزدیک تر عاقله دورتر وظیفه ای در قبال پرداخت دیه قاتل ندارند.

نقد و بررسی: لیکن به نظر می رسد استناد به عموم و اطلاق آیه محل تأمل و خدشه باشد؛

چرا که آیه تنها در مقام بیان احکام ارث و نحوه توارث وراثت است؛ یعنی هنگامی که قرار است ورثه میّت چیزی از مال او را به ارث ببرند؛ حال آنکه مسأله ما نحوه پرداخت دیه است؛ یعنی هنگامی که قرار است چیزی از عصبه فرد گرفته شود، و پر واضح است که میان این دو تفاوت عمده وجود دارد.

در توضیح مطلب باید گفت مطابق آنچه در تفاسیر آمده است در زمان جاهلیّت ارث‌بری اعراب از یکی از این سه راه بود: ۱- از طریق نسب (در نزد آن‌ها تنها منحصر به فرزندان پسر بود و کودکان و زنان از بردن ارث محروم بودند)؛ ۲- از طریق تبنی؛ یعنی پسر خواندگی؛ ۳- از طریق عهد و پیمان، که از آن تعبیر به «ولاء» می‌کردند. در آغاز اسلام که هنوز قانون ارث نازل نشده بود، به همین روش عمل می‌شد؛ اما به زودی مسأله «اخوت اسلامی» جای آن را گرفت، و تنها مهاجران و انصار که با یک‌دیگر پیمان اخوت بسته بودند، از یک‌دیگر ارث می‌بردند، پس از مدتی که اسلام گسترش بیشتری پیدا کرد، ارث مذکور انتقال به خویشاوندان نسبی و سببی پیدا کرد، و حکم اخوت اسلامی در زمینه ارث منسوخ گشت، و قانون نهایی ارث در آیه مذکور نازل گشت (ر.ک: مکارم شیرازی و دیگران، تفسیر نمونه، ۱۱/۲۶۷؛ فیض کاشانی، تفسیر صافی، ۱/۴۴۷).

مطابق با دیدگاه فقها و مفسران چیزی که آیه مذکور در صدد بیان آن می‌باشد این است که وارث شخص متوفی فقط ارحام او هستند، نه دیگران، و در میان ارحام هم بعضی از بعض دیگر برترند، و با وجود ارحام نزدیک، ارحام دیگر ارث نمی‌برند؛ مثلاً با وجود اولاد، فرزندان اولاد، و با وجود برادران، برادر زادگان ارث نمی‌برند؛ مؤمنان و مهاجران و دیگران با آن‌که دوست و رفیق و برادر پیمانی شخص‌اند، باز حقی در ارث ندارند؛ و به طور کلی ترکه فقط مال ارحام است، و با وجود ایشان شخص دیگری ارث نمی‌برد (فاضل مقداد، کنز العرفان، ۲/۳۲۴؛ راوندی، فقه القرآن، ۲/۳۲۵).

صاحب المیزان فی تفسیر القرآن از درّ المنثور نقل می‌کند که ابن عباس گوید: «رسول خدا (ص) میان صحابه برادری افکند و گفت که بعضی از بعضی ارث ببرند تا این آیه نازل شد: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...﴾؛ و با نزول آیه مذکور و نسخ ارث‌بری صحابه، توارث با نسب برقرار گردید» (طباطبایی، ۹/۱۲۸).

در مجمع البیان از امام باقر (ع) نقل شده که برخی از اصحاب با برادری از یک‌دیگر ارث می‌بردند تا این‌که با نزول آیات مذکور این عمل نسخ گردید. (طبرسی، ۳/۴۲۷).

بنابراین آنچه از مجموع مطالب فوق‌الذکر فرا دست می‌آید این است که آیات مذکور فقط در صدد بیان دو امر هستند؛ اولاً این‌که: جز خویشاوندان و اولوا الارحام کس دیگری از ورثه متوفی ارث نمی‌برد؛ ثانیاً: رعایت ترتیب بین خویشاوندان، از حیث اقربیت، در ارث‌بری لازم است، و ایشان به ترتیب طبقه خود ارث می‌برند؛ اما آیات مذکور هیچ دلالتی بر نحوه و کیفیت توزیع دیه بر عاقله جانی در قتل خطای محض نخواهند داشت، و آیات از این جهت در مقام بیان نمی‌باشند.

و شاید با ملاحظه همین جوانب است که صاحب تفصیل الشریعه اگرچه قول مشهور را می‌پذیرد؛ اما با عبارت «فی دلاله الآیه تأمل» (لنکرانی، ۳۰۹) در دلالت آیه مذکور تردید می‌کند.

کما این‌که عین این اشکال در کلام آقای تبریزی (تنقیح مبانی الأحکام (کتاب الدیات)، ۳۶۷) و نیز آقای روحانی آمده است. (فقه الصادق، ۳۸۲/۲۶).

دلیل روایات

مرسله یونس بن عبدالرحمان

یونس بن عبدالرحمان نقل می‌کند از احد الصادقین (علیهما السلام) درباره مردی که مرد دیگری را به خطا بکشد و قبل از پرداخت دیه به اولیاء دم مقتول بمیرد، حضرت فرمودند: «أن الدیه علی ورثته، فإن لم یکن له عاقله، فعلى الوالی من بیت المال» (طوسی، تهذیب، ۱۷۲/۱۰؛ حرعاملی، وسائل، ۳۹۷/۲۹).

این روایت مورد استناد برخی از متأخران (نجفی، جواهر الکلام، ۴۳۷/۴۳؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۵۶۷/۲) قرار گرفته است.

تقریب استدلال: تقریب استدلال چنین است که روایت مذکور دیه قتل خطا را بر عهده ورثه دانسته، و منظور از ورثه نیز با توجه به فراز بعدی روایت چیزی جز عاقله نمی‌باشد؛ بنابراین مطابق روایت مذکور عاقله در حکم ورثه هستند، و توزیع در بین آنها نیز باید بر اساس حکم ورثه باشد.

نقد و بررسی: لیکن باید توجه داشت استدلال به روایت مزبور هم از جهت سند و هم از نظر دلالت مخدوش و ناتمام است؛ زیرا معلوم نیست چه کسی این سوال را از امام پرسیده و جواب امام (ع) را برای یونس نقل نموده است؛ لذا روایت مذکور به جهت ارسال آن ضعیف

است. (ر.ک: مجلسی، ملاذ الأخیار، ۳۵۱/۱۶) و نمی‌توان بدان اعتماد نمود.

برخی از فقها معتقدند ضعف سندی روایت با عمل اصحاب جبران شده است: (لنکرانی، ۳۰۹؛ نجفی، جواهرالکلام، ۴۳۸/۴۳؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۳۵۵/۲۹)؛ اما باید اذعان نمود نظریه جبران سند با عمل مشهور خود مبنایی است که محل مناقشه بسیاری از فقیهان می‌باشد (ر.ک: خویی، مصباح الاصول ۲۰۱/۲-۲۰۳)؛ مضافاً به این که استناد مشهور نیز به خبر یونس، مسلم نیست.

اما از جهت دلالت نیز با توجه به قرائن موجود در روایت که در مورد فردی که فرد دیگری را بکشد؛ لیکن قبل از پرداخت دیه به اولیاء دم وی، بمیرد، وارد شده است (فمات قبل أن یرج إلى أولیاء المقتول من الدیه)؛ بنظر می‌رسد مفروض و مورد روایت مربوط به جایی است که پرداخت دیه اولاً و بالذات بر خود جانی واجب بوده باشد، و تنها در صورت مرگ وی، و عدم تأدیه دیه است که عاقله عهده‌دار آن خواهند بود؛ یعنی آن‌چنان‌که از روایت استظهار می‌شود مورد روایت قتل شبه عمد بوده، و منظور از خطای به کار رفته در روایت، خطای شبیه به عمد می‌باشد، و ربطی به مانحن فیه که در مورد پرداخت دیه قتل خطای محض، که اولاً و بالذات بر عهده عاقله است، نخواهد داشت. (ر.ک: خویی، مبانی تکمله المنهاج، ۵۴۲/۲ و ۵۵۹).

دو روایت ابوبصیر و ابو نصر بزنطی

دلیل دیگر مورد استناد مشهور، دو روایتی است که موضوع هر دو آن شخصی است که فردی را به قتل رسانده، فرار می‌کند و سپس می‌میرد. (نجفی، همان، ۴۳۸/۴۳؛ فاضل هندی، همان، ۵۱۵/۱۱). متن دو خبر چنین است:

روایت ابوبصیر: ابو بصیر می‌گوید از امام صادق(ع) درباره مردی پرسش نمودم که شخصی را از روی عمد کشته، آن‌گاه مبادرت به فرار نموده و امکان دسترسی به وی نمی‌باشد، که حضرت فرمودند: «اگر مال و دارایی دارد، دیه از اموال او برداشت می‌شود، و اگر ندارد، از نزدیک‌ترین خویشان وی، الاقرب فالأقرب، دریافت می‌دارند، و اگر دارای خویشاوند نیست، امام آن را پرداخت می‌کند؛ چرا که خون شخص مسلمان هیچ‌گاه پایمال نخواهد شد» (طوسی، همان، ۱۷۰/۱۰؛ کلینی، همان، ۳۶۵/۷).

۴- حَمِيدُ بْنُ زَيْدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ الْمِثْمِيِّ عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ

روایت ابو نصر بزنطی^۵: بزنطی می‌گوید از امام جواد(ع) در مورد مردی سؤال نمودم که عمداً دیگری را کشته، و سپس فرار کرده، و وی را نیافته‌اند، تا این‌که مرده است، که حضرت در جواب فرمودند: «إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أَخَذْ مِنْهُ، وَ إِلَّا أَخَذَ مِنَ الْأَقْرَبِ فَلِأَقْرَبِ» (طوسی، همان، ۱۷۰/۱۰؛ صدوق، من لایحضره الفقیه، ۱۶۷/۴).

تقریب استدلال: تقریب استدلال چنین است که چون روایات مذکور در مقام بیان خویشاوندان اطلاق نداشته؛ بلکه در صورت فقدان مال برای قاتل، پرداخت دیه را بر عهده اقربای وی، با رعایت الاقرب فالاقرب گذاشته‌اند؛ یعنی مطابق با طبقات ارث؛ به گونه‌ای که اگر مثلاً طبقه اول چند نفر باشند بین آن‌ها به تساوی تقسیم می‌شود، و اگر از طبقه اول مثلاً فقط یک نفر باشد باید تمام دیه را بپردازد، و وضعیت طبقات دوم و سوم نیز همین‌گونه است؛ بنابراین از مفاد روایات مزبور آشکار می‌گردد که در مانحن فی‌ه نیز باید ترتیب بین عاقله رعایت گردد.

نقد و بررسی: باید گفت اگرچه مجلسی در ملاذ الأخیار (۳۴۸/۱۶) روایت ابوبصیر را صحیح، و روایت بزنطی را مؤثق دانسته است؛ لیکن به نظر می‌رسد هر دو خبر دارای ایراد سندی‌اند؛ زیرا روایت ابوبصیر به علت وجود احمد بن حسن میثمی در سلسله روات آن، که فردی واقعی است^۶ (ر.ک: کشی، رجال، ۴۶۸)؛ ضعیف می‌باشد؛ لذا شهید ثانی در مسالک حدیث مزبور را ضعیف دانسته است (۲۶۲/۱۵). در روایت بزنطی نیز که وی حدیث مذکور را از «ابی جعفر(ع)» نقل نموده است اگرچه محتمل است مراد امام جواد(ع) باشد (که در این صورت بزنطی حضرت را درک نموده است) (ر.ک: نجاشی، رجال، ۷۵؛ تفرشی، نقدالرجال، ۱۴۸/۱)؛ اما این احتمال نیز وجود دارد که منظور امام باقر(ع) باشد، و در این صورت روایت با ارسال روبرو خواهد گردید؛ زیرا بزنطی نمی‌تواند به طور مستقیم از امام باقر(ع) روایت کند؛ آنچه احتمال اخیر را تقویت می‌کند این است که اطلاق ابی جعفر در روایت منصرف به امام باقر(ع) بوده، و از امام جواد(ع) در روایات تعبیر به ابی جعفر الثانی می‌شود. و شاید بدین وجه است که شهید ثانی در شرح لمعه حدیث مذکور را مرسل دانسته است. (۴۱۷/۲)

۵- مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ(ع)

۶- واقعه فرقه‌ای از شیعه هستند که امام موسی بن جعفر(ع) را آخرین امام دانند، و گویند او زنده است، و هم او مهدی منتظر باشد. بنیان‌گذاران این مذهب نمایندگان خود حضرت بودند که در دورانی که امام در زندان هارون بود اموال فراوانی از خمس برگرد آن‌ها گرد آمده بود و چون امام وفات یافت نزد خود گفتند: اگر به امامت حضرت اعتراف کنند بایستی همه اموال را به وی تسلیم کنند، طمع مال دنیا آن‌ها را بر آن داشت که منکر امامت وی شده دست از دین بکشند و خود و گروهی را به الحاد و زندقه سوق دهند. (دشتی، معارف و معاریف، ۲۹۸/۱۰).

در هر حال حتی اگر از سند روایات مذکور نیز چشم‌پوشیم، به نظر می‌رسد از ایرادهای دلالتی آن‌ها نمی‌توان به راحتی گذشت؛ زیرا آن‌چنان که معلوم است مورد روایات قتل عمد می‌باشد؛ و در قتل عمد پرداخت دیه اولاً و بالذات بر عهده خود جانی می‌باشد، و علت پرداخت دیه قتل وی توسط وراث، الاقرب فالاقرب نیز محتملاً ارث‌بری ایشان از جانی به جهت فوت وی که در روایت قید گردیده می‌باشد؛ و از این جهت تسری دادن حکم روایات مذکور به قتل خطای محض که در آن عاقله اولاً و بالذات مکلف به پرداخت دیه هستند، در غایت بعد و غیر قابل پذیرش می‌نماید؛ خاصه در مذهب امامیه که در آن به شدت از قیاس و استحسانات ظنی نهی شده است.

شایان توجه است که شیخ طوسی در استبصار (۲۶۱/۴)؛ روایات مذکور را در بابی تحت عنوان: «باب أنه لا يجب على العاقله عمدٌ ولا إقرارٌ ولا صلحٌ» ذکر می‌کند، و در توجیه مفاد روایات، که برخلاف قاعده، پرداخت دیه را بر عهده عاقله می‌دانند، آن‌ها را به حالتی که عاقله جانی ضمانت وی را نمایند حمل می‌کند: «فالوجه في هذين الخبرين أن نحملهما على الحال التي تضمنناه؛ و هي الحال التي لا يُقدرُ فيها على القتال؛ إمّا لهربه؛ أو لموته؛ فإنه يُؤخذُ من عاقلته» (۲۶۲/۴)

شیخ حر عاملی پس از نقل روایات مذکور چنین می‌نگارد: «قد تقدّم أن العاقله لا تضمن عمداً، و قد خصّه الشيخ و غيره بغير هذه الصورة» (وسائل الشیعه، ۳۹۶/۲۹)

مجلسی در شرح احادیث می‌نویسد: «الظاهر ثبوت الدية في ماله لا غير، فلو لم يكن له مال سقطت، و هذا مختار المتأخرين» (مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، ۱۹۴/۲۴)

همان‌گونه که مشاهده می‌شود روایات مزبور از اثبات مفاد خود نیز قاصر می‌باشند؛ حال آن‌که برخی از فقها خواسته‌اند با استناد به این روایات ثبوت دیه بر عاقله در قتل خطای محض را اثبات نمایند.

دلیل اجماع

برخی از فقها مستند مختار خود را وجود اجماع در مسأله دانسته‌اند. صاحب مهذب الاحکام می‌نویسد: «على المشهور؛ بل ادّعي عليه الإجماع» (سبزواری، ۳۵۵/۲۹). ناگفته نماند قبل از وی جناب شیخ در خلاف چنین ادعایی را طرح نموده است. (۲۸۲/۵)

نقد و بررسی: لیکن ادعای اجماع در مسأله از جهت صغری و کبری مسموع نیست؛ زیرا

اولاً: همان گونه که از عبارات فقها در ابتدای مقاله دانسته شد، بسیاری از سابقان بر شیخ طوسی، مانند صدوق و شیخ مفید و نیز لاحقان شیخ، یا اصولاً متعرض مسأله نشده‌اند، و یا صرفاً به نقل اقوال موجود بسنده نموده و خود نظری ابراز ننموده‌اند؛ بنابراین چگونه می‌شود در چنین حالتی مختار این افراد را تحصیل کرده و ادعای اجماع در مسأله نمود؟

ثانیاً: چگونه می‌شود با وجود تصریح به مخالف از سوی برخی از فقها مانند یحیی بن سعید، ادعای اجماع محصل در مسأله نمود؟ عجیب‌تر آن که مدعی وجود چنین اجماعی جناب شیخ در خلاف است، و مخالف در مسأله نیز جناب وی در مبسوط!

و شاید به دلایل فوق است که آقای خوبی ادعای جزم به عدم وجود اجماع در مسأله نموده است: «فإن الإجماع غیر محقق جزمًا» (مبانی تکمله المنهاج، ۵۵۹/۲).

ثالثاً: با فرض قبول اجماع و تسامح در صغرای استدلال به دلیل مدرکی بودن و یا حداقل محتمل المدرکیه بودن اجماع، کاشفیت آن به شدت محل تردید خواهد بود؛ لذا چنین اجماعی از حجیت ساقط است؛ زیرا همان گونه که اصولیان گفته‌اند حجیت اجماع به واسطه کشف قول معصوم (ع) است، و از آن جا که مستند اجماع مدرکی معلوم و در دسترس فقیه می‌باشد، وی می‌تواند بدان مراجعه کند؛ تا اگر آن دلیل نزد وی معتبر باشد، طبق آن فتوا دهد؛ و گرنه آن را رد کند. ارزش اجماع مدرکی همانند ارزش مدرک آن است، و جز آن اعتبار بیشتری ندارد. (سبحانی، الوسیط، ۵۶/۲؛ جزائری، منتهی الدرایه، ۳۸۶/۴)

از مجموع استدلال‌هایی که در نقد قول مشهور بیان شد به خوبی آشکار می‌گردد که ادله استنادی ایشان از ضعف‌های آشکاری رنج می‌برد؛ بنابراین ادله مذکور صلاحیت تخصیص عمومات و اطلاعاتی که موضوع وجوب دیه را «عاقله» قرار داده‌اند، دارا نمی‌باشند، و عاقله نیز در عرف متشرع عبارت است از عصبه و خویشاوندان ذکور جانی هرچند در مراتب و طبقات مختلفی باشند؛ لذا به استناد عمومات و اطلاعات وارده در باب و به اقتضاء قاعده اولیه در مسأله، وظیفه تأدیه دیه و جبران خسارت جانی در قتل خطایی بر عهده و ذمه تمامی ایشان است.

نتیجه‌گیری

با فرض مشروعیت نهاد عاقله این پرسش مطرح می‌شود که آیا با وقوع قتل خطایی تمامی افراد عاقله به یک میزان و در عرض یک‌دیگر، مسئول تأدیه خسارت و تأمین درک جنایت

هستند؟ یا آن‌که میان افراد عاقله رابطه طولی برقرار بوده و با وجود طبقات نزدیک ذمه افراد دور مشغول نمی‌باشد؟

مشهور فقها پرداخت دیه را الاقرب فالاقرب، مطابق طبقات ارث، بر عهده عاقله دانسته و قائل به نظریه ترتیب گردیده‌اند. ایشان برای مدعای خویش به اطلاق آیه: ﴿...وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...﴾ و نیز سه روایت مرسله یونس، خبر ابوبصیر و حدیث ابو نصر بزنطی و البته اجماع منقول از شیخ تمسک جسته‌اند.

لکن نگارنده تأکید دارد مقدمات تمسک به اطلاق ذیل آیه تام نبوده، و آیه مورد اشاره در مقام بیان احکام ارث و اخذ مال است. روایات مورد استناد نیز علاوه بر ضعف سندی، موردشان قتل عمد و شبه عمد است، که پرداخت دیه بر عهده خود جانی می‌باشد، در این حالت و با فرض موت قاتل امام فرموده است «اخذ من الاقرب فالاقرب»؛ حال آن‌که محل نزاع خطای محض بوده که در آن عاقله رأساً مسئول پرداخت دیه هستند، و از این جهت تسری دادن حکم روایات مذکور به محل نزاع، مصداق قیاس ظنی است. استدلال به اجماع نیز با وجود سکوت تعداد کثیری از فقها و نیز مخالفت برخی دیگر از فقها از جهت صغری محقق نیست؛ مضافاً به این‌که حجیت و کاشفیت این اجماع که در عرض سایر ادله نظیر آیه و روایات آمده است نامعلوم است. بنابراین نویسنده معتقد است با فرض عدم تمامیت مستندات قول مشهور، و به استناد قواعد اولیه باب، در قتل خطایی تمامی عاقله به یک میزان مسئول جبران خسارت جانی می‌باشند.

منابع

قرآن کریم، با ترجمه مکارم شیرازی.

ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث و الأثر*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، بی‌تا.

ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا يحضره الفقيه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.

_____، *من لا يحضره الفقيه*، ترجمه علی اکبر غفاری، تهران، نشر صدوق، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.

_____، *المقنع*، قم، مؤسسه امام هادی(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

_____، *الهداية في الأصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام هادی(ع)، چاپ اول،

۱۴۱۸ق.

ابن سعید، یحیی بن احمد، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء، چاپ اول، ۱۴۰۵ق.

- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقائیس اللغة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۴ق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۷ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، با تصحیح محمدخلیل هراس، مصر، مطبعة الامام، چاپ اول بی تا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین(ع)، چاپ اول ۱۴۰۳ق.
- ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری*، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- آبی، حسن بن ابی طالب، *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.
- تبریزی، جواد بن علی، *تنقیح مبانی الأحکام* - کتاب الدیات، قم، دار الصدیقة الشهیده، چاپ اول ۱۴۲۸ق.
- تفرشی، مصطفی بن حسین، *نقد الرجال*، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول ۱۴۱۸ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول ۱۴۰۹ق.
- جزائری، عبدالله بن نور الدین، *التحفة السنیة فی شرح النخبة المحسنیة*، تهران، محقق کتاب، چاپ اول بی تا.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح- تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ اول ۱۴۱۰ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول ۱۴۲۱ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه إحياء آثار الخوئی، چاپ اول ۱۴۲۲ق.
- _____، *مصباح الاصول*، تقریر سیدمحمد واعظ حسینی بهسودی، نجف، مطبعة النجف، ۱۳۷۷ق.
- دشتی، مصطفی، *معارف و معاریف*، تهران، مؤسسه فرهنگی آرایه، چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
- روحانی، محمدصادق، *فقه الصادق(ع)*، قم، مدرسه امام صادق(ع)، چاپ اول ۱۴۱۲ق.
- سبحانی، جعفر، *الوسیطة فی اصول الفقه*، قم، مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ق.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة و الأحکام النبویة*، قم، منشورات الحرمین، چاپ اول ۱۴۰۴ق.
- شوشتری، محمد جعفر، *منتهی الدرایة*، قم، دارالکتاب الجزائری، ۱۴۱۴ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۲ق.

_____، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول ۱۴۱۳ق.

طباطبایی، محمد حسین، *الميزان في تفسير القرآن*، بیروت، مؤسسه اعلمی، چاپ سوم، ۱۳۹۳ق.
 طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول ۱۴۱۸ق.
 طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، انتشارات ناصر خسرو، چاپ سوم، ۱۳۷۷.

طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرين*، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ق.
 طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط في فقه الإمامية*، تهران، المكتبة المرتضوية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.
 _____، *الاستبصار فيما اختلف من الأخبار*، تهران، دارالکتب الإسلامية، چاپ اول ۱۳۹۰ق.

_____، *تهذيب الأحكام*، تهران، دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
 _____، *الخلافا*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۷ق.
 علامه حلّی، حسن بن یوسف، *مختلف الشيعة في أحكام الشريعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.

_____، *تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية*، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول ۱۴۲۰ق.
 _____، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۰ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *کنز العرفان في فقه القرآن*، قم، انتشارات مرتضوی، چاپ اول ۱۴۲۵ق.
 فاضل هندی، محمد بن حسن، *كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۶ق.

فخر المحققین، محمد بن حسن، *إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول ۱۳۸۷ق.

فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، *مفاتيح الشرائع*، قم، انتشارات کتابخانه مرعشی، چاپ اول بی تا.

_____، *تفسير صافي*، با تحقیق حسین اعلمی، تهران، انتشارات الصدر، چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.

فیاض کابلی، محمد اسحاق، *رساله توضیح المسائل*، قم، انتشارات مجلسی، چاپ اول ۱۴۲۶ق.
 قطب راوندی، سعید بن هبه الله، *فقه القرآن*، قم، کتابخانه مرعشی نجفی، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.

شماره ۹۹	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	۱۵۸
	کشّی، محمد بن عمر، <i>رجال الکشی</i> ، مشهد، مؤسسه نشر دانشگاه مشهد، ۱۴۹۰ق.	
	کلینی، محمد بن یعقوب، <i>الکافی</i> ، تهران، دارالکتب الإسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.	
	مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، <i>مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول</i> ، تهران، دارالکتب الإسلامیه، چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.	
	_____، <i>ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار</i> ، قم، کتابخانه مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.	
	_____، <i>حدود و قصاص و دیات</i> ، تهران، مؤسسه نشر آثار اسلامی، چاپ اول، بی تا.	
	محقق حلّی، جعفر بن حسن، <i>المختصر النافع فی فقه الإمامیه</i> ، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، چاپ ششم، ۱۴۱۸ق.	
	_____، <i>شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.	
	مدنی کاشانی، رضا، <i>کتاب الدیات</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۸ق.	
	مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، <i>تاج العروس من جواهر القاموس</i> ، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.	
	مرعشی نجفی، شهاب الدین، <i>القصاص علی ضوء القرآن و السنه</i> ، قم، کتابخانه مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.	
	مشکینی اردبیلی، علی، <i>مصطلحات الفقه</i> ، بی جا، بی تا.	
	مفید، محمد بن محمد، <i>المقنعه</i> ، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.	
	مکارم شیرازی، ناصر، <i>تفسیر نمونه</i> ، به همراه نویسندگان، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ یازدهم، ۱۳۶۸.	
	نجاشی، احمد بن علی، <i>رجال-فهرست أسماء مصنفی الشیعه</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.	
	نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن بن باقر، <i>جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام</i> ، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.	
	وحید خراسانی، حسین، <i>منهاج الصالحین</i> ، قم، مدرسه امام باقر(ع)، چاپ پنجم، ۱۴۲۸ق.	

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹
زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۷۶-۱۵۹

عقل و به کارگیری آن در اندیشه فقهی فیض کاشانی*

سید محمد موسی مطلبی

استادیار پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات اجتماعی جهاد دانشگاهی

Email: smmmotalebi@yahoo.com

حسن جمشیدی

پژوهشگر جهاد دانشگاهی مشهد

Email: jamshidi40@gmail.com

چکیده

نظر به اهمیت دلیل عقل در استنباط، به ویژه در مسائل نو، بررسی آثار فقها از جمله بررسی سیره فقهی فیض کاشانی به عنوان فقیهی مؤثر در تکامل فقه در اثبات این مسأله شایسته است. بدین منظور بررسی کتب مختلف وی بر اساس روش تحلیل محتوی انجام شده و یکایک فتاوی وی نیز مورد بررسی قرار گرفته است. نتیجه تحقیق نشان می دهد مرحوم فیض معنای دلیل عقل را مفهومی در نظر می گیرد که مختص انبیاء است و مقتضای دلیل عقل را متابعت از این عقل می داند. و به نوعی دلیل عقل مصطلح را ظنی می داند. و اهل اجتهاد را در مسیر خطا می پندارد در عین حال در مواردی دلیل عقل و شواهد عقلی را مکرر در کنار دلیل نقلی به کار می برد.

بنابر این به نظر می رسد وی سه مفهوم از عقل را در بیان خود بدون تصریح به آن بکار برده است: نخست آن مفهوم که عقل را مختص انبیاء می داند و دیگران را از آن بی بهره و در عین حال مفید و قابل استفاده در استنباط. دوم مفهوم عقل مستقل است که در نظر وی در فرایند استنباط به کار نمی آید. سوم مفهومی از دلیل عقلی است که بارها آن را به کار گرفته و بیشتر درک خطابات شرعی است.

کلیدواژه ها: عقل، دلیل عقل، منابع استنباط، فیض کاشانی.

مقدمه

در عصر عقلانیت دانشمندان علوم مختلف تلاش می‌کنند مبانی فرایندها و نتایج علمی حوزه دانش خود را مستند به عقل و تفکر کرده و استدلال‌هایی عقلانی را به‌کار گیرند. در این زمینه علوم اسلامی به‌ویژه فقه نیز با این سؤال مواجه‌اند که عقل چگونه به کار این علوم می‌آید و شأن آن در این علوم کجاست. نیازمند توضیح نیست که در اسلام توجه به عقل، به عنوان قوه درک، تدبیر و حکمت آدمی مورد ستایش فراوان قرار گرفته و از آن به پیامبر باطنی تعبیر شده است. توجه مبدأ وحی به قوه عاقله بشر موجب شده است علوم مختلف اسلامی مانند «فقه» از آغاز بر پایه عقل، خرد و تعقل و خرد ورزی بنا شود و حرکت در مسیر عقلانی هدف اصلی آن قرار گیرد. بر همین اساس است که ریشه لغوی واژه عربی وضع شده برای «فقه» نیز با تعقل و شناخت همراه است.

در راستای پرسش بالا نوشته حاضر در پی آن است تا برای یافتن مفهوم و منزلت حقیقی دلیل عقل در فقه، موضوع را با بررسی دیدگاه‌های فیض کاشانی مورد بررسی قرار دهد. بررسی دیدگاه‌های فیض کاشانی که از دانشمندان اخباری به شما می‌آید می‌تواند مرزهای حداقلی مفهوم و جایگاه دلیل عقل را تا حدی روشن سازد. بنابر این هدف اصلی مقاله این است که مفهوم دلیل عقل نزد وی، جایگاه و نحوه به‌کارگیری آن را در اندیشه‌های نظری و سیره عملی او به‌دست آورد.

بنابر این سؤال اصلی مقاله این است که فیض کاشانی در اندیشه‌های نظری و سیره فقهی خود چه مفهومی را برای دلیل عقل ارائه داده است، دیدگاه نظری وی در رابطه با استفاده از دلیل عقل چیست و در عمل به چه نحوی از دلیل عقلی در کنار سایر ادله استفاده کرده است؟ برای پاسخ به این پرسش در آغاز کتاب‌های ملا محسن فیض کاشانی انتخاب و سپس با استفاده از روش تحلیل محتوا، آثار او اعم از متون فقهی استدلالی، اصولی و تفسیری، مورد بررسی قرار گرفته است.

در این مقاله نخست به تعریف دلیل عقلی و سپس به کاربرد آن اشاره می‌شود. در بخش بعدی دیدگاه‌های نظری فیض در رابطه با دلیل عقل مطرح می‌شود. و به کارگیری دلیل عقل توسط فیض کاشانی بخش بعدی را به خود اختصاص می‌دهد.

مفهوم و کاربرد دلیل عقل

در اصوله نخستین کسی که به تعریف دلیل عقل پرداخته، میرزای قمی است. او بر این باور است که مراد از دلیل عقل، حکم عقلی است که توسط آن به حکم شرعی می‌رسند و از علم به حکم عقلی، به حکم شرعی منتقل می‌گردند (قمی، ۲/۲۵۸). پس از وی دیگر دانشمندان اصولی (صدر، ۲/۲۰۲، مظفر، ۲/۱۱۸) نیز به تعریف دلیل عقل پرداخته‌اند و نقطه مشترك همه آن‌ها این است که دلیل عقل یعنی درك و حکم عقل نسبت به امری که می‌توان حکم شرعی را از آن به‌دست آورد. (قماش، ۷۰-۳۰)

از طرفی می‌توان گفت که دلیل عقلی در مواردی به‌کاربرده شده است. این موارد عبارتند از:

- لوازم خطابات لفظی مانند: لحن خطاب، فحوای خطاب (مفهوم موافق) و دلیل خطاب (مفهوم مخالف) که در آن عقل، برداشت خویش را بر الفاظ ارائه شده، متکی می‌کند.

- درك عقل از معیارهای احکام: به این ترتیب که در هر مسأله یک صغری و کبری شکل می‌گیرد: صغری: در مورد الف مصلحت لازم الاستیفائی وجود دارد. کبری: هر جا که مصلحت لازم الاستیفائی وجود داشته باشد قطعاً شارع بی تفاوت نیست و به آن امر می‌کند. نتیجه: پس در مورد الف، حکم شرع این است که باید آن را انجام داد. (مطهری، ۳/۵۲)

برخی معتقدند: عقل نمی‌تواند به معیارهای احکام دست پیدا کند. شهید صدر، این نظر را نپذیرفته و معتقد است حکم عقلی در باب معیارهای احکام، استقلال در اثبات حکم شرعی دارد (الصدر، ۴/۱۳۰). پیش از او، میرزای نائینی نیز آن را پذیرفته و اظهار داشته است که هیچ دلیلی برای انکار این مطلب وجود ندارد که عقل می‌تواند معیارهای احکام را در بعضی از موارد درك کند. (نائینی، ۳/۵۹)

آقای خویی (خویی، ۳/۵۷) بر این باور است که حکم عقلی به معنای ادراك عقل به سه گونه تصور می‌شود:

الف) آن که عقل وجود مصلحت یا مفسده را در فعل درك کند و پس از آن به وجوب یا حرمت حکم کند. این حکم به ثبوت حکم شرعی نمی‌انجامد زیرا عقل جمیع معیارهای احکام را نمی‌تواند درك کند.

ب) عقل درك حسن و قبح کند، مثل درك حسن طاعت و قبح معصیت و سپس از طریق ملازمه بین حکم عقل و شرع به ثبوت حکم شرعی دست یابد. این گونه احکام، در طول حکم

شرعی قرار دارند. و نمی توان از حکم عقلی، حکم شرعی را دریافت کرد.

ج) امری واقعی را با قطع نظر از ثبوت شریعت درك کند، سپس به ضمیمه حکم شرعی و همراه با این ادراك، حکم شرعی دیگری را کشف کند. بنابر این در این حالت حکم عقلی به حکم شرعی ره می برد.

- مستقلات عقلیه: عقل، در مواردی درك مستقل از بایدها و نبایدها دارد که از گونه عقل عملی، مانند حسن عدل و قبح ظلم است. پس از این درك، عقل نظری مقدمه دیگری را که ملازمه بین حکم عقل و شرع است، ضمیمه می کند و به حکم شرعی دست می یابد.

- ملازمات عقلیه: عقل، در مواردی بین يك حکم شرعی و حکم شرعی دیگر ملازمه می بیند، مثل ملازمه بین وجوب شرعی ذی المقدمه و مقدمه. بنابر این با استفاده از این ملازمه، عقل می تواند حکم شرعی ذی المقدمه را به مقدمه تسری دهد.

آقای حکیم در تبیین مفهوم عقل در فقه و نزاع بین فقها وضعیت را این گونه تصویر کرده است که نزد اصولیان به فراوانی سخن از عقل به میان آمده و از این بحث شده است که آیا عقل می تواند به عنوان پایه ای برای استناد مجتهدان بدان در زمینه استنباط احکام فقهی پذیرفته شود یا نه؛ اما مقصود از عقل به درستی نزد همه آنها روشن نیست. سخنان اصولیان در این باره کاملاً متفاوت است و در برخی از این سخنان میان عقل به عنوان منبعی برای حجیت در بسیاری از اصول نتیجه دهنده حکم شرعی فرعی و یا وظیفه شرعی و عقل به عنوان اصلی مستقل که می تواند در ردیف کتاب و سنت و همانند آنها کبرای قیاس استنباط قرار گیرد خلط شده است. در کتاب های برخی از شیعیان و اهل تسنن، بابی به نام «دلیل عقل» گشوده شده است. با نگاهی به این باب در می یابیم که آنچه نگارندگان در پی آنند تنقیح عقل به عنوان دلیلی است که وظیفه شرعی یا حکم ظاهری را نتیجه می دهد. به دیگر سخن در می یابیم که در این باب عقل دلیلی بر یک اصل و قاعده ی منتج است، نه آن که خود قاعده یا اصلی باشد که حکم شرعی را نتیجه می دهد؛ برای نمونه غزالی در مبحث دلیل عقل که از دیدگاه او چهارمین اصل یا قاعده استنباط احکام است می گوید: «عقل بر برائت ذمه از واجبات و سقوط حرج از مردم در حرکات و سکناتشان پیش از بعثت پیامبران (ع) و پیش از تأیید شدن آنان از رهگذر معجزات، دلالت می کند. منتفی بودن احکام قبل از رسیدن دلیل سمعی بر آنها به دلیل عقل دانسته می شود و ما همین نفی حکم را استصحاب می کنیم و استمرار می دهیم تا هنگامی که دلیل سمعی بر حکم برسد.» (غزالی، ۱۵۹)

در این سخن از دیدگاه غزالی، عقل از ادله برائت و برائت خود قاعده‌ای است که وظیفه شرعی را نتیجه می‌دهد. پس عقل دلیلی است بر یک قاعده نه آن‌که خود مستقیماً دلیلی بر وظیفه شرعی باشد.

محقق بحرانی در الحقائق الناضره آورده است: «مقام سوم درباره عقل: برخی آن را برائت و استصحاب تفسیر کرده‌اند. برخی آن را به مورد اخیر [استصحاب] محدود دانسته‌اند، برخی آن را به لحن خطاب، فحوای خطاب و دلیل خطاب تفسیر کرده‌اند و سر انجام برخی هم آن را پس از برائت اصلی و استصحاب، به تلازم میان حکمین که خود مسأله مقدمه واجب، مسأله ضد و همچنین دلالت التزامی را در بر می‌گیرد تفسیر کرده‌اند.» (بحرانی، ۸۰/۱).

آن‌چه از این سخن به دلیل عقل به عنوان یک پایه و منبع مربوط می‌شود، مسأله‌ی تلازم میان حکم عقل و حکم شرع است. هر چند که این خود به تشخیص صغریات حکم بر می‌گردد.

به هر روی از میان مدرکات عقل آن‌چه به این بحث مربوط می‌شود همین ادراک است که مستقیماً متعلق آن «حکم شرعی» است، همان که صاحب قوانین در تعریف آن می‌گوید حکمی عقلی است که از رهگذر آن به حکم شرعی می‌رسند و از علم به حکم عقلی به علم به حکم شرعی راه می‌یابند. (صابری، ۲۹).

اصولی معاصر، شهید صدر نزاع در حجیت و به‌کارگیری دلیل عقل را این‌گونه بیان کرده است: «در باره مشروعیت به‌کارگیری ادله عقلی در زمینه استنباط احکام فقهی دو نزاع وجود دارد:

نخست: نزاع میان امامیه و دیگران در این باره که آیا می‌توان به دلیل عقلی ظنی چون قیاس، استحسان، مصالح مرسله، و همانند آن که اهل سنت بنا را بر حجیت آن نهاده‌اند اعتماد کرد یا نه. امامیه به پیروی از امامان خود (ع) بر جایز نبودن استناد به چنین دلیلی اجماع کرده‌اند.^۱

دوم: نزاع میان خود امامیه در این باره که آیا استنباط احکام شرعی از ادله عقلی قطعی مشروع است یا خیر؟ مشهور به درستی چنین استنباطی گراییده و محدثان به عدم حجیت نظر داده‌اند.» (صابری ۳۳). شهید صدر خود به محور دوم پرداخته است (الصدر، ۱۱۹/۴).

۱. البته اگر نظر ابن جنید و ابن عقیل در این باره مورد تحقیق قرار بگیرد به نظر می‌رسد بیان شهید صدر دچار آسیب گردد.

دلیل عقل در اصول فقه

در فقه و اصول، گاه از دلیل عقل با عنوان مستقلات عقلیه و گاهی با عنوان غیر مستقلات عقلیه بحث می‌شود. گرچه فقها در عمل بحثی را در اصول فقه با عنوان مستقلات عقلی گشوده‌اند و پیرامون عقل به عنوان منبع معرفتی حکم شرع به تبیین و توضیح پرداخته‌اند، ولی به نظر می‌رسد که هیچ‌یک از فقها در حوزه به‌کارگیری- یعنی در کتاب‌های فقهی- آن را در عرض قرآن و سنت و یا اجماع قرار نداده‌اند. روشن است که در غیر مستقلات عقلی دلیل اصلی، نقلی است و دلیل عقل در حقیقت از آن تغذیه می‌شود و از آن اعتبار می‌گیرد. از سوی دیگر در مستقلات عقلی دامنه وقوعی آن، به قدری کم و انگشت شمار است که به حساب نمی‌آید.

این نکته را پیشینیان حتی شهید صدر نیز اشاره نموده است که در فقه دامنه و گستره استدلال به حکم عقل بسیار شاذ و نادر است. (صابری، ۲۶۲)

برخی (جناتی، ۲۳۰) بر این باوراند که احکام عقلی کلی است و احکام شرعی بیشتر مرتبط با مسائل فرعی و شخصی و جزئی و تعبدی است. لذا بیشتر امور فقه به گونه‌ای است که عملاً از دایره مستقلات عقلی بیرون خواهد رفت. یعنی تخصصاً خروج پیدا می‌کند. بدین جهت راه معرفت احکام شرعی بیشتر از طریق مراجعه به کتاب و سنت و اجماع میسور است (و علی‌رغم آن‌که در بحث حجیت اجماع در اصول به تفصیل از آن بحث می‌کنند و آن را رد می‌کنند ولی عملاً در فقه بدان ارزش و اعتبار می‌بخشند). برای عقل تنها درک ملاک^۲ باقی می‌ماند که از آن به تنقیح مناط تعبیر می‌شود. و تنقیح مناط در مرزی است که یا حالت کشفی دارد و به آن عقل تشخیصی گفته می‌شود و یا به دام قیاس گرفتار می‌شود. لذا با بودن دلیل شرعی- کتاب و سنت و اجماع- نوبت به دلیل عقل نمی‌رسد و اگر هیچ دلیل شرعی نباشد

۲ - در این‌جا لازم است به این مسأله پرداخته شود که درک ملاک متفاوت با تنقیح مناط است در این زمینه واژه‌های مصطلحی وجود دارد که تفاوت‌های یا یکدیگر دارند. در ذیل به اختصار تبیین می‌شود:

- تخریج مناط آن است که علت حکم، همراه با آن بیان نشود و مجتهد به جستجو و استخراج آن بپردازد ولی در تنقیح مناط از میان اوصاف مذکور در حکم، اوصاف دخیل در علت حکم، شناسایی و جدا می‌شوند.

- تحقیق مناط در مواردی رخ می‌دهد که علت حکم معلوم و منقح است، اما مجتهد درصدد یافتن مورد دیگری است که این علت در آن نیز موجود باشد.

- الغاء فارق: برخی از فقها فارق را با تنقیح مناط مترادف دانسته‌اند. الغای فارق به معنای تأثیر نداشتن وجه افتراق میان اصل و فرع در قیاس است که نتیجه آن ثبوت حکم به واسطه وجه اشتراک آن دو می‌باشد، مثلاً آیه (کنیز) در حکم عتق به عبد ملحق می‌شود، زیرا مذکر یا مؤنث بودن برده تأثیری در حکم ندارد. فرق تنقیح مناط و الغای فارق آن است که در الغای فارق، بر خلاف تنقیح مناط، علت تعیین نمی‌شود و فرع به مجرد الغای وجود افتراق، به اصل ملحق می‌گردد. اما در تنقیح مناط، مجتهد با حذف اوصاف غیر دخیل در حکم و تعیین اوصاف دیگر به عنوان علت حکم، مواجه است. هم‌چنین حصول یقین نسبت به الغای فارق، موجب یقین به علیت اوصاف مشترک برای حکم نمی‌شود.

بنابر این به نظر می‌رسد بیان نویسنده در اینجا دچار ابهام است زیرا فرایند تنقیح مناط ضرورتاً یک فرایند عقلی نیست.

وظیفه مکلف برای رهایی از بن بست، اجرای اصول عملیه است. بدین جهت عملاً برای عقل در فقه چندان شأن و جایگاهی باقی نمی‌ماند. البته در فقه اهل سنت با توجه به نگره آن‌ها به قیاس، موقعیت و نقش عقل به مراتب بیشتر از نقش آن در فقه امامیه است.

دلیل عقل و دیدگاه نظری فیض

مرحوم فیض در دیدگاه‌های خود مفهوم ویژه‌ای را مد نظر قرار داده است. این دیدگاه بسیار شبیه نظر اخباری‌هاست به طوری که بسیاری از کتاب اصول الاصلیه او را می‌توان نقل دیدگاه‌های استر آبادی دانست. زیرا او نسبت به این دیدگاه‌ها اشکالی وارد نمی‌کند. برای تعیین دیدگاه او ابتدا به معنای دلیل عقل از نظر فیض پرداخته می‌شود.

فیض و معنای عقل

ملا محسن فیض کاشانی در استفاده از دلیل عقل بسیار محتاط بوده و در بیان‌های نظری خود هیچ‌گاه دلیل عقل مصطلح را نمی‌پذیرد و در مفهوم دلیل عقل نظر خاصی دارد که در ادامه خواهد آمد. وی در تفسیر واژه **حلم**، و **نهی** آن‌ها را با معنای عقل یکی می‌داند. (فیض کاشانی، معتصم، ۲۸۸/۳)

وی عقول مختلف را متباین از یکدیگر و در نتیجه عقل را فاقد ارزش می‌داند. در ذیل توضیح روایتی از امام موسی بن جعفر (ع)، که روایتی طولانی است و در آن آیات بسیاری است که در آن به عقل اشاره شده است، وی غرض اصلی از تکالیف را رسیدن به عقل می‌داند. وی عقل را علم به خداوند تعالی، علم به ملائکه الله، کتب الهی، رسولان الهی و روز رستاخیز می‌داند. بنابر این هرکس عالم به این مسائل نباشد و لو بسیاری از امور دنیا را درک کند عاقل محسوب نمی‌شود. او این مطلب را از این آیه استفاده می‌کند ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ ءَابَاءَنَا ءَأُولُو كَأَبِ ءَابَائِهِمْ لَا يَعْقِلُونَ﴾ (بقره: ۱۷۰) او هم‌چنین اقرار به خداوند، اطاعت از حضرت حق و تسلیم او بودن را مقتضای عقل می‌داند.

مشغول شدن انسان به دنیا و امور حسی از نظر او مانع عاقل بودن است. او انبیاء را از این جهت عاقل می‌داند که به دنیا توجه ندارند و همه علم خود را از خداوند اخذ می‌کنند و به سبب همین منبع واحد است که در عقول ایشان اختلاف راه ندارد. بنابر این در دیدگاه او تنها کسی عاقل است که علم خود را با واسطه از خداوند دریافت کند و این تنها با متابعت از انبیاء

حاصل می‌شود. (فیض کاشانی، ۱۰۱-۹۴)

حجیت دلیل عقلی خاص

با این‌که ملا محسن فیض کاشانی به دلیل عقل کاملاً باور دارد؛ ولی برای عقل معنای خاصی قائل است. لذا آن را در ردیف شرع می‌داند (فیض کاشانی، الحق، ۴-۵). هم‌چنین وی بر این اعتقاد است که عقل و شرع مکمل یکدیگر بوده و شرع بدون عقل بی‌معنا است. (فیض کاشانی، ۱۱۸-۱۲۱)

فیض کاشانی در بیان جایگاه عقل تصریح می‌کند که اگر عقل کامل باشد بر همه ادله مقدم است؛ ولی عقل خاصی را در نظر می‌گیرد که مختص انبیاء و اولیاء است. وی در این باره می‌گوید:

«عقل هرگاه کامل باشد مقدم است بر سایر حکام، تا او باشد دیگری را حکم نمی‌رسد، پس اگر دیگری به خلاف او حکم کند نباید شنید، چرا که او اشرف و افضل است از همه و با شرع موافق است و همیشه سایر حکام تابع وی‌اند. و هم‌چنین عقل احتیاج به ترجیح و تمیز ندارد، چرا که تعارض و اشتباه نزد او نمی‌باشد. ... لیکن این عقل مختص به انبیا و اولیا است، و کسی را که این عقل نباشد باید که شرع را بر همه مقدم دارد، چرا که شرع قائم مقام عقل کامل است برای کسی که عقل کامل ندارد. ... پس صاحب عقل ناقص را باید که تابع شرع شود، یعنی کسی که شرع را مخالف عقل خود یابد، باید که عقل خود را به خطا منسوب دارد و طعن در شرع نکند. ... و بعد از عقل و شرع طبع و عادت است... و عُرف هرگاه مدد عقل و شرع را بیشتر کند از طبع و عادت مقدم است...» (فیض کاشانی، رسائل، ۲۵/۱)

بنابر این در نظر وی به‌طور کلی عقل مصطلح به عنوان دلیلی در کنار سایر ادله چهارگانه از هیچ‌گونه اعتباری برخوردار نیست و در فرایند استنباط نمی‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.

ظنی بودن دلیل عقل

او بر این باور است که عقل دایره محدودی دارد. او استنباطات عقلیه را با اجتهادات ظنی و اعتبارات وهمی و استحسانی در یک ردیف قرار می‌دهد. (فیض کاشانی، ۶۹) وی پا فراتر می‌گذارد و برخی علماء به‌ویژه برخی متأخران را به دلیل تمسک به دلیل عقلی تقبیح می‌کند و دلیل آن را حضور ایشان در سرزمین عامه و همزیستی و تأثیر پذیری تدریجی از ایشان می‌پندارد. (فیض کاشانی، ۹۲، همو، ۱۴۱)

مرحوم فیض آن‌چه را در بیان نظری خود صریحاً برای دلیل عقل قائل می‌شود این است

که اگر عقل در موردی حکم به جواز صادر کند و از شرع معارضی نداشته باشد می‌توان آنرا مباح دانست. به این معنی که اگر شرع در موردی سکوت کرده باشد و عقل حکم به جواز دهد انجام آن از شرع منع نشده است. او مواردی چون استفاده از سایه دیوار دیگری و تکیه بر آن، استفاده از نور چراغ و سخن گفتن با مملوک دیگری و امثال آن را به شرط نبود ضرر می‌پذیرد. در پایان همین مقدار را نیز به روایت «کل شیء مطلق حتی یرد فی النهی» مستند می‌کند (فیض کاشانی، مفاتیح، ۳/۳۳۶) و با این استناد اباحه عقلی را به اباحه شرعی مستند می‌کند ولی خود از آن با دلیل عقل یاد می‌کند.

سیره عملی فیض در استفاده از دلیل عقل

ملا محسن فیض کاشانی در سیره فقهی خود تلاش کرده است با دیدگاه نظری خود گام بر دارد. اما در عمل با توجه به مواردی که در ذیل بدان اشاره می‌شود وی به سه گونه دلیل عقل را به کار می‌گیرد. اول این که وی برخی تحلیل‌ها را در برداشت از روایات به کمک می‌گیرد و آن‌ها را دلیل عقلی می‌شمارد. وی در مواردی به برخی قواعد عقلی تمسک می‌کند و در مواردی به دانش بشری و علوم حسی به عنوان دلیل عقلی در مقابل برخی روایات استدلال می‌کند. در ذیل هر یک به طور جداگانه ارائه می‌شود.

دلیل عقل، تحلیل و برداشت خاص

مرحوم فیض از جمله وجوه عقلی را تأسی به پیامبر بر شمرده است. وی به نقل از بعضی افاضل معاصر که به آن تمسک جسته‌اند اشاره می‌کند که برپایی نماز جمعه منتسب به نبی اکرم (ص) است و در آن تردیدی نیست. مقتضای عقل تأسی به پیامبر است بنابراین از نظر وی نماز جمعه واجب است. او در جواب این اشکال که احتمال وجود شرط یا قیدی در برپایی نماز جمعه وجود دارد معتقد است که حاصل نبودن شرایط برای ما خللی در این برداشت عقلی ایجاد نمی‌کند. (فیض کاشانی، ۶۰)

وی همین‌طور بیان کرده است که می‌دانیم در باب فضیلت روز جمعه، نماز خواندن در آن روز و نیز نماز جمعه، روایات فراوانی است که به رعایت حق آن‌ها و اداء طاعت در این روز تأکید شده است. وی در ذیل این مسأله برای جمعه حق و حقوق و وظائف و تکالیفی را بر می‌شمارد که اعظم و افضل آن نماز جمعه است. وی بیان می‌کند که بعضی از محققان در این رابطه ادعای افضل طاعات بعد از ایمان کرده‌اند. وی در ادامه از گستردگی و تنوع روایات در

رابطه با اهمیت روز جمعه و اعمال و اذکار وارده و نیز اجتماع مؤمنین در این روز نتیجه‌ای عقلی می‌گیرد مبنی بر این که این اهمیت نماز جمعه موافق با حکمت است. و این بدان معناست که فیض معتقد است عقل در این زمینه حکمت اهمیت نماز جمعه را درک می‌کند. وی در پایان نتیجه می‌گیرد که نمی‌توان نسبت به اهمیت و حکمتی که عقل از موضوع درک می‌کند اهمال ورزید و نماز جمعه را تعطیل کرد. (فیض کاشانی، ۵۳) این معنی از عقل که وی مطرح می‌کند در ذیل شرع بوده که از فراوانی روایات در مورد نماز جمعه اهمیت آن را در نظر شارع درک می‌کند. این معنا از درک عقلی هیچ تعارضی با نظر وی در عدم استقلال عقل در تأسیس حکم شرعی ندارد. ولی با تصریح به این که عقل به طور کامل در استنباط به کار نمی‌آید سازگار نیست.

علی‌رغم این که ملا محسن فیض کاشانی در دیدگاه‌های خود بر عدم اعتبار دلیل عقل تأکید دارد، در برخی موارد از عنوان دلیل عقلی در کنار کتاب و سنت استفاده کرده است. از جمله مواردی که وی به استفاده از آن تصریح کرده است وجوب عینی نماز جمعه در زمان غیبت است. برخی مخالفان، اجماع منقول به خبر واحد را محور استدلال خود قرار داده‌اند. وی در جواب ایشان ابتدا مخالفت این اجماع با کتاب و سنت را مطرح می‌کند. وی نیز اشاره می‌کند که در تعارض اخبار، بر اساس روایات، خبر صحیح مخالف با کتاب کنار گذاشته می‌شود تا چه رسد به اجماع منقول به خبر واحد. او هم چنین استدلال می‌کند که این اجماع مخالف با دلیل عقل است. دلیل عقلی مورد نظر وی این است که اگر بنا بر عمل به این گونه نظری باشد، لازمه‌اش این است که نماز جمعه در بسیاری از موارد تعطیل شود. از نظر وی تعطیلی حکم نماز جمعه در یک دوره زمانی طولانی به دلیل عقل پذیرفتنی نیست. او این درک و استدلال عقلی را به اهل بصیرت نسبت می‌دهد. (فیض کاشانی، ۷۰) وی مشابه همین استدلال را در جای دیگری نیز به کار برده است (فیض کاشانی، معتمد، ۱۰۶/۱). تصریح وی به دلیل عقل در این موضع نیز با بیان عدم قابلیت عقل برای استنباط ناسازگار می‌نماید. گرچه از این تعبیر فیض نیز پیداست که دلیل عقلی را در تأیید حکم شرع به کار برده است و لذا دلیل مستقل تلقی نمی‌شود.

فیض در استدلال بر استحباب غسل جمعه، تأکید روایات بر فریضه بودن آن را با استناد به دلیل عقلی مستحب می‌پندارد. از آنجا غسل جمعه در روایات به نحوی بیان شده که جزء فریضه‌های جمعه تلقی می‌شود لذا وی از دلیل عقلی این گونه استفاده می‌کند که عادات ائمه

(ع) است بر این‌که ایشان برای ترغیب مردم، بر مستحبات به مانند واجبات تأکید می‌کردند. ولی برای این‌که از آن تلقی وجوب نشود گاهی خود بدان عمل نکرده و آن را ترک می‌کردند. (فیض کاشانی، معتصم، ۱/۱۲۵). وی درک این شیوه از عادات ائمه (ع) را در تبیین امور مستحبه دلیل عقلی می‌شمارد.

در مورد دیگری ملا محسن صدقه واجب را به استناد کتاب و سنت و دلیل عقل، محدود به زکات می‌داند. وی با طرح این مسأله روایاتی را ذیل بحث آورده است ولی هیچ توضیحی را برای دلیل عقل ارائه نمی‌دهد. به نظر می‌رسد که او برداشت از سیاق روایات را دلیل عقل می‌داند (فیض کاشانی، مفاتیح، ۱/۲۳۰). تصریح به دلیل عقل در این مورد که سیره عملی اوست نیز از تعارض‌های بیان نظری وی تلقی می‌شود گرچه این معنا از دلیل عقل متفاوت با دلیل عقلی مستقل در تشریع حکم شرعی است.

فیض در غسل ارتماسی ترتیب حکمی را به دلیل نبود دلیل عقلی و نقلی نفی می‌کند. برخی بر این باورند که ترتیب حکمی^۳ در غسل ارتماسی وجود دارد و دو تفسیر نیز از آن ارائه شده است. نخست این‌که فرد در حال انجام غسل ارتماسی لازم است قصد و اعتقاد ترتیب داشته باشد. و دوم این‌که در غسل ارتماسی اگرچه فرد توجهی بدان نداشته باشد، ترتب وجود دارد. وی آن‌چه از روایات اجتزاء برداشت می‌کند غسل تمام بدن به صورت ارتماسی است و بیش از آن را محتاج دلیل می‌داند که نه از نقل و نه از عقل دلیلی برای آن نیست. (فیض کاشانی، معتصم، ۱/۴۱۸) وی نبود دلیل عقلی و نقلی را هم‌سنگ و هم‌عرض با یکدیگر برای فتوای خود معرفی می‌کند در حالی که خود استفاده از دلیل عقل را در بیان نظری نپذیرفته است.

فیض کاشانی هم‌چنین آزاد کردن بنده را با دلیل عقل و نقل مستحب می‌داند. او از روایات نمونه‌هایی را یاد آور می‌شود اما در مورد دلیل عقل سخن نمی‌گوید. (فیض کاشانی، مفاتیح، ۱۴/۲)

۳- برای ترتیب حکمی دو معنا ذکر شده است :

- جریان احکام ترتیب مطرح در غسل ترتیبی، غسل ارتماسی در این معنا به منزله غسل ترتیبی خواهد بود و کسی که با فرو رفتن دفعی در آب غسل ارتماسی می‌کند ابتدا به طهارت سر، سپس طرف راست و پس از آن، طرف چپ بدن او حکم می‌شود. نتیجه آن، این است که اگر جایی از سمت چپ بدن شسته نشده باشد همان قسمت را می‌شوید و اگر آب به جایی از سمت راست بدن نرسیده باشد آن قسمت را همراه با سمت چپ می‌شوید. چنان‌که در غسل ترتیبی، حکم چنین است. لیکن بسیاری از فقها ترتیب حکمی را باطل دانسته و در فرض یاد شده قائل به اعاده غسل ارتماسی شده‌اند.

- برخی برای ترتیب حکمی معنای دیگری ذکر کرده‌اند و آن عبارت است از نیت ترتیب برای کسی که غسل ارتماسی می‌کند در این زمینه صاحب جواهر آورده است که: «...القول الذي نقله الشيخ في المبسوط في إدریس في السرائر وغيرهما عن بعض أصحابنا أن الارتماس يترتب حكماً، والمراد به على ما فسر به بعض أصحابنا أنه تجري عليه جميع أحكام الترتيب فيكون حينئذ بمنزلة المرتب، ...» (جواهر الكلام، ۹۴/۳)

وی در موارد زیادی از نوعی دلیل عقل استفاده کرده است که به برخی از این موارد در ذیل اشاره می‌شود.

نخستین مورد مربوط به بحث کفایت در استنجاء غائط به سنگ است و در این مورد بحث‌هایی مطرح شده است. برخی چون فیض بر اساس حسنه منقول از امام کاظم (ع) که در جواب سؤال از حد استنجاء فرمود: حدی ندارد و کافی است پاکیزه شود معتقدند حد آن پاکیزه شدن است. وی سپس این اشکال را مطرح می‌کند که منظور امام از تعیین نکردن حد، در جواب این مسأله است که سائل انتهای عدد سنگ استنجاء را پرسیده است و چون انتهایی برای آن وجود ندارد امام تعیین نکردند. فیض در پاسخ به این شبهه، این توجیه را تخصیص بدون دلیل روایت می‌داند و آن را خروج از آنچه عقل مساعدت می‌کند، می‌نامد. منظور وی از آن اولویت داشتن تخصیص مفهوم روایت بر تخصیص منطوق آن است. به عبارت دیگر در نظر وی دست برداشتن از عموم مفهوم روایت که عددی برای استنجاء وجود ندارد بهتر است از این که از عموم ظاهر روایت صرف نظر شود و به عدم تعیین انتهای عدد توسط امام بسنده شود. (فیض کاشانی، معتصم، ۲۷۶/۱)

در مسأله نیت در عبادات فیض در توضیح مفهوم آن بر اساس دلائل عقلی و نقلی تنها برانگیختن نفس و میل و توجه به غرض و مطلوب را حقیقت نیت می‌داند. و خطوط الفاظی چون «أصَلِّی» بر قلب را برای نیت در نماز از این معنی نفی می‌کند. وی تأکید می‌کند که شخص عاقل وقتی کاری را انجام می‌دهد بدون نیت امکان‌پذیر نیست. وی این امر را وجدانی می‌داند. وی دلیل عقل و نقل را در کنار هم ذکر می‌کند و دلیل عقل را وجدانی بودن آن معرفی می‌کند. (فیض کاشانی، معتصم، ۳۰۳/۱-۲۹۹)

کلیه موارد مطرح شده در فتوای فیض کاشانی نشان دهنده این است که وی با این که در دیدگاه نظری خود به دلایلی که ذکر می‌کند عقل را در استنباط ناکارآمد می‌شمارد، در سیره عملی و در مقام افتاء از استفاده از دلیل عقل گریزی ندارد. البته باید تأکید شود وی در عمل نیز از دلیل عقل مستقلی که به تشریع حکم شرعی بپردازد بهره نبرده است.

تمسک به قواعد عقلی

ملا محسن در برخی استدلالات خود، در مقابل روایت به وجوب دفع ضرر استدلال می‌کند. در این رابطه روایتی وجود دارد که از غسل جنابت در شبی سرد از امام صادق (ع) سؤال شده است. ایشان فرمودند: «اغْتَسَلَ عَلَى مَا كَانَ، فَإِنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْغُسْلِ». هم‌چنین در

روایت دیگری از ایشان آمده است: «يَغْتَسِلُ وَ إِنْ أَصَابَهُ مَا أَصَابَهُ». فیض در این مسأله از ظاهر دو روایت به دلیل مطلق بودن دست بر می‌دارد. او استدلال می‌کند که مضمون اطلاق آن قائلی ندارد. بنابر این اطلاق آن دو مقید به سردی کم و مشقت ناچیز است. از این رو حکم، محدود به مورد مقید خواهد بود. وی در پایان دلیل عقل بر وجوب دفع ضرر مظنون که تحمل آن سهل نیست را نیز به استدلال خود در دست برداشتن از روایت اضافه می‌کند. (فیض کاشانی، معتصم، ۱۸/۲، همو، ۵۵۴/۶)

هم‌چنین وی در بحث بدلیت تیمم از غسل جنابت به سخن فخر المحققین اشاره می‌کند که توقف در مسجد و لمس قرآن و نیز طواف برای شخص جنب را با تیمم جایز نمی‌شمارد. فخر المحققین برای این نظر خود به این آیه استدلال می‌کند: «... وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا...» (نساء: ۴۳) زیرا غایت در آیه منحصر در غسل است. در پاسخ به فخر المحققین وی ضمن اشاره به عمومیت روایات بدلیت تیمم از وضو در کلیه عبادات، در موضوع طواف بحث حرج را مطرح می‌کند که به دلیل عقل و نقل منفی است. بنابر این وی قاعده نفی حرج را از دلیل عقل در کنار نقل می‌پذیرد. بلکه با آن تصریح می‌کند. وی در رد نظر فخر المحققین این‌گونه به این مسأله تصریح می‌کند: «... و ایضا فانه يلزم عدم وجوب الطواف على الجنب، او عدم تحلله حتى يتمكن من الغسل، و هو حرج منفي بالعقل و النقل» (فیض کاشانی، معتصم، ۱۹/۲) و این در حالی است که به نظر می‌رسد نفی حرج را مادام که به مرز مالایطاق و نیز اختلال نظام نرسد، دلیل شرعی و امتنانی است.

فیض هم‌چنین در بحث طهارت دهان حیوانات وحشی و نیز گربه به مجرد زوال نجاست، احتمال استدلال به روایتی از امام صادق(ع)، را مطرح می‌کند که در آن از ظرفی که گربه از آن آب نوشیده سؤال شده است. ایشان در پاسخ می‌فرمایند با آن وضو هم می‌شود گرفت. وی مقتضای روایت را اینگونه بیان می‌کند که اگر علم به نجاست دهان گربه هم باشد، روایت شامل آن است زیرا بیشتر اوقات علم به نجاست دهان حیوانات به‌ویژه گربه وجود دارد. وی محدود کردن روایت، به موارد عدم علم به نجاست را موردی نادر می‌داند و عدم بیان آن در روایت را به امتناع عقلی تأخیر بیان از وقت حاجت مستند می‌کند. (فیض کاشانی، معتصم، ۱۱۰/۲)

تمسک به دانش بشری و علوم حسی

در مسأله غروب آفتاب فیض به دلایل نقلی و شواهد عقلی غیبت قرص خورشید را

غروب می‌داند. در این مسأله بین علما اختلاف است. برخی غروب را صرفاً از بین رفتن حمزه مشرقیه می‌دانند و آن را مستند به برخی روایات می‌کنند. عده‌ای دیگر چون فیض تنها غایب شدن قرص خورشید را دلیل غروب می‌دانند. ایشان نیز به روایاتی در این زمینه استناد می‌کنند. مرحوم فیض استدلال مخالفان را هم به ضعف روایات مستند ایشان و هم به دلیل عقلی رد می‌کند. دلیل عقلی مورد استناد فیض ناسازگاری روایات است با آنچه از نجوم و موقعیت‌های جغرافیایی برداشت می‌شود. وی احتمال حمل روایات مشتمل بر حمزه مشرقیه را بر غروب حقیقی با وجود تفاوت افق برای مکان‌های مختلف ناسازگار می‌داند. وی سپس این احتمال که ذهاب حمزه مشرقیه علامتی برای پایین آمدن خورشید از افق حقیقی است را، این‌گونه رد می‌کند: بر اساس تعریف نجومی افق حقیقی این احتمال مستلزم این است که ممکن است غروب برای کسی محقق شود در حالی که، به دلیل بلندی قد و قرار گرفتن بر مکانی بلند مانند کوه، خورشید از نظر او غایب نشده باشد که قطعاً پذیرفته نیست. وی این استدلال را جزء شواهد عقلی می‌شمارد. (فیض کاشانی، معتمد، ۲/۲۱۱). و این در حالی است که تجربه بشری و نیز شواهد حسی از دلایل عقلی به شمار نمی‌رود.

نتیجه‌گیری

ملا محسن فیض کاشانی را در دسته‌بندی فقهی و اصولی نمی‌توان در زیر مجموعه اصولی‌ها دانست. زیرا ایشان علی‌رغم کتاب‌های بسیاری که به نگارش در آورده‌اند در این باره هیچ اثر اصولی به مانند سایر فقها از خود بر جا نگذاشته‌اند. تنها اصول‌الاصلیه را در این زمینه نوشته است که مباحث آن با بحث اخباری‌ها نزدیک است. ضمن آن‌که در تجزیه و تحلیل آثار، بیشتر ایشان می‌نماید که در عرصه شریعت و فقه، زیر مجموعه اخباری‌ها قرار بگیرند. تدوین مجموعه روایی وافی، مؤید این دیدگاه است. و نیز کتاب تفسیر او با عنوان تفسیر صافی نیز تأیید کننده این دیدگاه است. خود او در مقدمه این تفسیر بیان می‌دارد که در تفسیر و تبیین آیات از روایات بهره می‌گیرد. وی در بیان آیاتی که برای فهم مقصود آن‌ها، نیازمند تفسیر و تبیین است و یا آیاتی که متشابه به نظر می‌رسد و یا آیاتی که در آن‌ها مسأله نسخ و یا عام و خاص مطرح است چنین روشی را در پیش می‌گیرد که نخست آن دسته از آیاتی که محکم‌اند خود ملائک و مورد نظر بوده و از ظاهر خودشان برداشت می‌شود. دوم این‌که آیات متشابه حتی الامکان با ارجاع به آیات مشابه حل و فصل می‌گردند و معنای آن روشن می‌شود. سوم این‌که

اگر این آیات با ارجاع به آیات دیگر روشن نشد لازم است به سراغ روایات و احادیث معتبر رفت. مرحله چهارم پایانی این‌که اگر روایات صحیح و صریح در این باره وجود نداشت ارجاع به روایاتی می‌شود که از طرف اهل سنت نقل شده است. (فیض کاشانی، ۶۴/۱)

حتی وی در چگونگی تبیین و تفسیر آیات متشابه و یا تخصیص آیات عام، به روایات وارد شده در این مقام اشاره دارد و با استناد به این روایات به نظر می‌رسد به چنین روش تفسیری دست پیدا می‌کند. و این بیان‌گر اعتماد بیش از اندازه فیض به روایات و باور به گستره آن‌ها است.

وی در معنای دلیل عقل مفهومی را در نظر می‌گیرد که مختص انبیاء است و مقتضای دلیل عقل را متابعت از این عقل می‌داند. دلیل عقلی در نظر او ظنی است اهل اجتهاد از نظر او به خطا رفته‌اند. استفاده برخی از اجلاء علما به دلیل عقل از نظر او معلول حشر و نشر ایشان با اهل سنت است. وی حجیت عقل به معنایی که خود تعریف کرده باور دارد و آن را مکمل شرع بلکه مقدم بر شرع می‌داند.

او در عمل از دلیل عقل به تصریح خود بهره‌هایی برده است، وی در مواردی نوعی تحلیل روایات را چون تأسی به پیامبر، اهمیت موضوعی در روایات و عدم جواز اهمال ورزیدن به تعطیلی حکم، عدم جواز تعطیلی حکم در یک دوره زمانی طولانی، برداشت از سیاق روایات، برداشت عادات ائمه (ع) از روایات، برداشت جامع از مجموعه روایات ناسازگار را با عنوان دلیل عقلی مطرح کرده است. در بحث تخصیص روایات، اولویت تخصیص مفهوم بر تخصیص منطوق را دلیل عقل می‌پندارد و وجدان را نیز از مصادیق آن می‌شمارد. در سیره عملی خود برخی قواعد عقلی چون دفع ضرر محتمل، نفی حرج و نیز امتناع تأخیر بیان از وقت حاجت را به کار برده و آن‌ها را با عنوان دلیل عقل بکار می‌برد.

فیض در مواردی که ناسازگاری بین روایات با شواهد حسی و نجوم وجود دارد، دست از روایت بر می‌دارد.

با توجه به دیدگاه‌های نظری و سیره عملی فیض نوعی ناسازگاری بین این‌ها مشاهده می‌شود. از طرفی وی در دیدگاه‌های نظری خود بر عقل می‌تازد و از طرفی در عمل تلاش می‌کند اولاً برخی مسائل نامربوط به دلیل عقلی را دلیل به حساب آورد گویا نگران این است که علوم دینی خالی از دلیل عقلی باشد از طرفی در مواردی دلیل عقل و شواهد عقلی را مکرر در کنار دلیل نقلی به کار می‌برد. از طرفی به دلیل امکان خالی کردن اجتهاد از دلیل عقلی وی

به ناچار در مواردی از برخی قواعد عقلی بهره می‌برد. در پایان به نظر می‌رسد وی سه مفهوم از عقل را در بیان خود بدون تصریح به آن بکار برده است نخست آن مفهوم که عقل را مختص انبیاء می‌داند و دیگران را از آن بی‌بهره و در عین حال مفید و قابل استفاده در استنباط. دوم مفهوم عقل مستقل برای استنباط که توسط بسیاری از فقها و اصولیان مطرح شده است و کسانی چون شیخ طوسی به آن استناد کرده‌اند. این دلیل عقلی در نظر وی در فرایند استنباط به کار نمی‌آید و استفاده کنندگان از آن را به تأثیرپذیری از فضای حاکم بر دوران ایشان متهم می‌کند. سوم مفهومی از دلیل عقلی است که بارها آن را به کار گرفته و شامل تمامی مواردی است که در مقاله در ذیل سیره عملی وی آورده شده است. بخشی از استنادات وی به دلیل عقل توجیه‌پذیر نبوده و درک روشنی از آن در اصطلاح فقهی و اصولی به دست نمی‌آید بلکه نظر شخصی وی است و می‌تواند ناشی از تسامح در به کارگیری واژگان مصطلح باشد.

منابع

- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، محمد تقی ایروانی، سید عبدالرزاق مرقم، قم، انتشارت اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- جناتی، محمد ابراهیم، *منابع اجتهاد*، تهران، کیهان، ۱۳۷۰.
- حسینی، سید ابراهیم، «نقش عقل در استنباط قواعد و مقررات حقوقی از دیدگاه اسلامی»، *معرفت*، شماره ۹۹، ۱۳۸۲، ۱۱۸-۹۸.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقهاء المقارن*، مؤسسه آل‌البیت، چاپ دوم، ۱۹۷۹ م.
- خوئی، ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، تدوین توسط تقریر سید محمد سرور واعظ بهصودی، نجف: مطبعه نجف، ۱۳۸۶ ق.
- صابری، حسین، *عقل و استنباط فقهی*، مشهد، بنیاد پژوهشهای اسلامی، ۱۳۸۱.
- _____، «گزارشی تحلیلی از دلیل عقل در فقه شیعه»، *مشکاه*، شماره ۵۸ و ۵۹، ۱۳۸۱، ۱۵۶-۱۱۴.
- صدر، محمدباقر، *بحوث فی علم الاصول*، سید محمود هاشمی، المجمع العلمی للشهید الصدر، ۱۴۰۵ ق.
- علی دوست، ابوالقاسم، «فقه و عقل»، *قیسات*، شماره ۱۵ و ۱۶، ۱۳۷۹.
- الغزالی، ابو حامد محمد، *احیاء علوم الدین*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۷ ق.

- _____، *المستصفی فی علم الاصول*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ق.
- فیض، علیرضا، «ویژگی‌های فقه ملامحسن»، *مقالات و بررسی‌ها*، ۱۳۷۴، ۲۸-۲۳.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *الأصول الأصلية*، ایران، سازمان چاپ دانشگاه، ۱۳۹۰.
- _____، *الحق المبين*، میر جلال الدین الحسینی الأرموی، سازمان چاپ دانشگاه، بی‌تا.
- _____، *رسائل فیض کاشانی*، بهراد جعفری، تهران، مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۴۲۹ق.
- _____، *سفينة النجاة*، بی‌جا، بی‌تا.
- _____، *الشافی فی العقائد و الاخلاق و الاحکام*، مهدی انصاری قمی، تهران، دار نشر اللوح المحفوظ، ۱۴۲۵ق.
- _____، *الشهاب الثاقب*، رؤف جمال الدین، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۱ق.
- _____، *التفسیر الصافی*، طهران، مکتبه الصدر، ۱۳۷۴.
- _____، *معنصم الشیعة فی احکام الشریعة*، مسیح توحیدی، تهران، مدرسه عالی شهید مطهری، چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
- _____، *مفاتیح الشرایع*، قم، انتشارات کتابخانه آیه‌ا... مرعشی نجفی، چاپ اول، بی‌تا.
- _____، *النخبة فی احکام العلمیة و الاحکام الشرعیة*، مهدی انصاری قمی، تهران، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- _____، *الوافی*، اصفهان، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- قماش، سعید، «بازشناسی جایگاه عقل در فقه شیعه»، *ماه‌نامه رواق اندیشه*، شماره ۳، ۱۳۸۱، ۱۵۶-۱۱۴.
- قماش، سعید، *جایگاه عقل در استنباط احکام شرعی*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- قمی، میرزا ابوالقاسم، *قوانین الاصول*، قم، مکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۴۳۱ق.
- مطهری، مرتضی، *آشنایی با علوم اسلامی*، تهران، صدرا، ۱۳۷۸.

مطلبی، سید محمد موسی و حسن جمشیدی، گزارش نهایی پژوهش: جایگاه دلیل عقل در فقه از منظر فقهای شیعه، تهران، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات اجتماعی جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۹.

_____، «دلیل عقل در سیره فقهی ابن ادریس»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۵، ۱۳۹۱، ۱۵۰-۱۲۳.

مظفر، محمدرضا، اصول فقه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۷۰.

نائینی، محمد حسین، فوائد الاصول، تقریر محمد علی کاظمی خراسانی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ق.

نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، عباس قوجانی، دارالکتب الاسلامیه، بی‌تا.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹
زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۹۶-۱۷۷

تبیین استقلال مرد در طلاق بر اساس ماهیت تملیکی عقد نکاح*

دکتر مهدی موحّدی محب

استادیار دانشگاه سمنان

Email: movahedimoheb@profs.semnan.ac.ir

چکیده

به اتفاق نظر فریقین، طلاق تنها از سوی زوج محقق می‌گردد و فقیهان در تبیین مستند این امر، عموماً به روایت نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» تمسک جسته‌اند. اگر چه این روایت عمدتاً در منابع روایی اهل سنت نقل شده، اما در فقه امامیه بر مضمون آن ادعای اجماع شده است. در این مجال بر آنیم تا استقلال اراده مرد را در ایقاع طلاق، نه حکمی صرفاً تعبّدی، که ناشی از ماهیت و اقتضای طبیعت نکاح و طلاق دانسته، روایت یادشده را در اساس، ارشاد به حقیقت مزبور به شمار آوریم. بر این اساس، ماهیت نکاح را «تملیک یا تسلیط بر بضع در مقابل مهر» و حقیقت طلاق را «اعراضی تشریفاتی» دانسته، تسلط مرد را بر طلاق، ناشی از همین تحلیل و منطبق بر طبیعت مسأله می‌دانیم (بدون انکار بهره زن و کارکردها و اهداف متعالی نکاح). البته روشن است که هیچ صاحب حقی نمی‌تواند از رهگذر اعمال حق خود، سبب اضرار به دیگری یا اختلال در نظم جامعه شود؛ بنابراین، حاکم می‌تواند در فرایند اجرای این مسأله، تمهیداتی بیانیشد.

کلیدواژه‌ها: نکاح، طلاق، خلع، مهر، تملیک، اعراض، طبیعت، اقتضا.

مقدمه

در حقوق مدنی ایران که، به‌ویژه در بخش خانواده، مبتنی بر فقه امامیه است، طلاق، ایقاعی است که توسط زوج، صورت تحقق به خود می‌گیرد و اراده‌ی زوج در آن نقشی ندارد. پرسش اساسی این است که چرا طلاق به دست مرد بوده و اصطلاحاً اراده‌ی او در تحقق آن مستقل است؟ آیا این حکم، مبتنی بر امر مولوی شارع بوده تا ما بدان متعبد باشیم؟ یا مبنای این حکم، چیز دیگری است؟ آیا این مسأله، در اثر اقتضائات زمان و مکان، دستخوش تغییر نخواهد گردید؟ آیا می‌توان برای اراده‌ی زن نیز در انحلال رابطه‌ی زوجیت، استقلال یا دست کم، سهمی در نظر گرفت و حکم یاد شده را تغییر داده یا تعدیل کرد؟

چنین می‌نماید که در برخی موارد، این تعدیل، برای ضابطه‌مندی اجرای حکم و جلوگیری از آسیب‌های احتمالی، ضروری است؛ اما تا کنون، اصل حکم با تغییر چندانی مواجه نشده است؛ زیرا، اگر چه در برخی موارد به زوج نیز حق درخواست طلاق داده شده اما در نهایت، انشای صیغه طلاق، باتشریفات ویژه و به‌طور مستقل، توسط زوج یا از سوی او صورت می‌گیرد و بی‌گمان، حق طلاق با حق درخواست طلاق متفاوت است.

سعی نگارنده در این نوشتار بر آن است که از رهگذر واکاوی در چیستی و حقیقت نکاح و طلاق، تنها مطالبی طرح گردند که منطقاً در مسیر پاسخ به پرسش‌های یاد شده و اثبات و تأیید فرضیه‌ها قرار می‌گیرند؛ نه صرفاً تکرار مکررات.

با تحلیلی که از ماهیت نکاح و حقیقت طلاق خواهیم داشت، در می‌یابیم که شارع حکیم در روایت «الطلاق بید من أخذ بالساق»، در صدد بیان امری طبیعی بوده است؛ که عدالت نیز، چیزی جز ابتدای احکام، بر مقتضای طبیعت موضوعات نیست. در واقع، با روشن شدن این مسأله، تلاش‌های تساوی جویانه برای تغییر این حکم-که عمده‌تاً برخاسته از تصور ناعادلانه بودن آن است، با عنایت به مجموعه احکام شرع-بیشتر در جهت ضابطه‌مند نمودن فرایند اجرایی آن، به کار گرفته خواهد شد تا سلامت خانواده در جامعه اسلامی، بهتر تأمین شده و دستخوش ناپایداری نگردد؛ چرا که چارچوب روابط زن و مرد در خانواده، در راستای ساختن فرد و جامعه و نیل به اهداف والای انسانی، تعریف می‌شود.

فرضیه‌ها

ا - استقلال اراده‌ی مرد در طلاق، حکمی صرفاً تعبدی نیست.

ب - این حکم، بر پایه تحلیل حقوقی از ماهیت نکاح و اقتضای طبیعت آن و بر اساس

حقیقت طلاق، از سوی شارع مقدس صادر شده و سخن شارع، در واقع، ارشاد به این اقتضای طبیعی است.

ج - با عنایت به اتکای حکم یاد شده بر طبیعت نکاح و طلاق و به لحاظ خلقت زن و مرد، اصل این حکم، دستخوش تغییر نخواهد گردید. اگر چه این به معنای جواز اضرار به غیر و سوء استفاده از حق نیز نبوده و باید برای ضابطه‌مند نمودن فرایند اجرایی آن، تمهیداتی اندیشیده شود.

مروری بر مبانی فقهی حق طلاق

در پی بروز برخی مشکلات اجتماعی که - چه بسا - اختیار مطلق مرد در طلاق، به وجود آورده، در سال‌های اخیر، تلاش‌هایی در جهت مقید کردن آن در عرصه عمل، صورت گرفته است. البته ضوابطی که با این هدف مقرر گردیده، منافاتی با استقلال مرد در واقع ساختن طلاق ندارد؛ زیرا هدف از قوانینی که مرد را ملزم به مراجعه به دادگاه می‌کند، تلاش در جهت سازش و احراز ناممکن بودن ادامه زندگی مشترک است؛ از این رو، آن چه در مورد حق مطلق زوج در طلاق زوجه می‌گوییم، پس از طی مراحل شرعی و قانونی آن است. به هر روی، مروری گذرا بر مبانی حق طلاق و استقلال اراده مرد در ایقاع آن، در منابع نظام حقوقی اسلام ضروری می‌نماید.

قرآن

آیاتی از قرآن کریم به مسئله طلاق پرداخته و پیرامون آن احکامی را بیان داشته‌اند، اما در هیچ‌یک، به صراحت، اختیار مطلق مردان در طلاق بیان نشده است. خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ (طلاق: ۱) ؛
 ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾ (بقره: ۲۲۸) ؛
 ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا...﴾ (بقره: ۲۳) ؛
 ﴿عَسَىٰ رَبُّهُ إِنْ طَلَّقَكُنْ أَنْ يُبْدِلَهُ أَزْوَاجًا خَيْرًا مِنْكُنْ...﴾ (تحریم: ۵).

در این آیات، هر جا سخن از طلاق رفته، خداوند، آن را به مردان نسبت داده است یا این‌که مردان را مخاطب قرار داده و از زنان، به مطلقات (به صیغه اسم مفعول)، یاد شده است؛ گویی واقع شدن طلاق، تنها به اراده مرد، امری بدیهی، طبیعی و بی‌نیاز از بیان، تلقی گردیده

است.

روایات

صریح‌ترین روایتی که امر طلاق را به دست مردان می‌سپارد، نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» (متقی هندی، ۶۴۰/۹؛ نوری طبرسی، ۳۰۶/۱۵) یا «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» (ابن ماجه، ۶۷۲/۱؛ متقی هندی، همان، ۶۴۲) یا «إنما يملك الطلاق من أخذ بالساق» (بیهقی، ۳۶۰/۷) است و هم سو با آن، روایات فراوانی در منابع شیعی دیده می‌شود. (کلینی، ۱۳۳/۶-۱۳۰، ح ۲ و ۱۰؛ طوسی، تهذیب، ۵-۲/۸، ح ۱ و ۲ و ۴ و ۸؛ حرّ عاملی، ۳۴۰/۱۵، ح ۱) و اگر چه عمدتاً در منابع روایی اهل سنت آمده اما به هر روی، پذیرش آن، مورد اتفاق فقیهان امامی است.

اجماع

شیخ الطائفه، پس از نقل روایت «الطلاق لمن أخذ بالساق» در مقام استدلال می‌نویسد: «و علیه إجماع الفرقه و أخبارهم» (طوسی، خلاف، ۵۱۶/۴). هرچند، با وجود دلایل دیگر، چنین اجماعی، مدرکی و طبعاً فاقد اعتبار مستقل است. (مظفر، ۹۹/۲-۹۸) زیرا: اولاً، مورد اجماع مصطلح باید حکمی شرعی بوده و ثانیاً، هیچ دلیلی از قرآن و سنت در خصوص آن در دست نباشد.

عقل

ممکن است دلیل اختیار مرد در طلاق، این گونه تفسیر شود که، چون در نوع مردان، نیروی عاقله بر احساسات، غلبه دارد، لازم است اختیار یاد شده، به او واگذار گردد تا خانواده بر بنیانی سست بنا نشده و به بهانه‌های واهی، رابطه زوجیت، انحلال نیابد.

برخی برآنند که، در خصوص رابطه زوجیت، عنصر عشق و عاطفه در مردان، با غریزه شهوانی آن‌ها ارتباط مهمی داشته و در صورتی که به همسر خود بی‌علاقه شوند، ادامه زندگی زناشویی برایشان ناممکن‌تر است؛ پس شاید این امر، طبیعی باشد که حق طلاق در وهله نخست به دست مردان باشد. (باقری فرد، ۲۸)

گفتنی است که نگارنده در این مجال، در صدد ردّ یا تأیید دلایلی از این دست نیست؛ چه، پاسخ این پرسش، ریشه در تحلیل چیرستی نکاح و طلاق داشته و دآوری عقل نیز چیزی جز ابتدای حکم بر اقتضای طبیعت موضع آن نیست. براین اساس، معتقدیم چنان‌چه، اجماع یا روایتی نیز در این باب وجود نمی‌داشت، در حکم مسأله، تفاوتی ایجاد نمی‌شد.

معنای نکاح

نکاح در لغت

برخی، معنای حقیقی نکاح را «وطی» دانسته‌اند (جوهری، ۴۱۳/۱؛ فراهیدی، ۶۳/۳) راغب نیز می‌نویسد: «اصل النکاح للعقد ثم استعير للجماع...» (راغب، ۵۰۵)

در تحلیلی متفاوت، می‌توان نکاح را به معنایی گرفت که برخی، از آن به «انضمام دخولی» یاد کرده و شاهد آن را شیوع در استعمال دانسته‌اند. و این که گفته می‌شود: «تناکحت الأشجار بعضها ببعض» از همین روست؛ چه، در بیشتر مواقع، شاخه‌های برخی از آن‌ها در بعض دیگر داخل می‌شوند. و هرگاه آب و خاک با هم مخلوط شوند، می‌گویند: «نکح الماء الأرض».

(بهبهانی، ۴۶۹/۲)

نکاح در اصطلاح

نکاح، در شریعت، بیشتر به معنای عقد و کم‌تر در معنای وطی به کار رفته است. (شهید ثانی، ۷/۷) بلکه شاید بتوان گفت در قرآن کریم به جز یک مورد که به معنای وطی به کار رفته (بقره: ۲۳۰)، در دیگر موارد، به مفهوم عقد است و به اغلیب استعمال می‌توان حقیقی بودن این معنا را دریافته و با اصل عدم نقل، معنای لغوی، آن را استصحاب کرد. (کرکی، ۷/۱۲)

از نکاح که اجماعاً مستحب دانسته شده (ابن ادریس، ۵۱۸/۲) و در مواردی، حکم به وجوب آن می‌شود، تعریف‌های گوناگونی ارائه شده است؛ از آن جمله:

- «نکاح، رابطه‌ای است حقوقی- عاطفی که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی است.» (محقق داماد، ۲۲)

- «نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند.» (امامی، ۴/ ۳۲۶)

- «نکاح رابطه‌ای است بین زن و مرد برای تشکیل خانواده.» (امامی، همان)

- «عقدی است که به وسیله آن مرد و زن به قصد شرکت در زندگانی و کمک به یکدیگر قانوناً با هم متحد می‌شوند.» (شایگان، ۱، ش ۵۸۹ و ۵۹۱)

- «عقدی که به وسیله آن وضعیّت حقوقی مخصوصی بین زوجین (رابطه زوجیت) به وجود می‌آید.» (امامی، همان)

برخی نیز به محوریت رابطه جنسی در تعریف نکاح، به دیده تردید می‌نگرند؛ چه، براین

باورند که، مقصود از زناشویی، امور گوناگونی است که نمی‌توان به طور قطع یکی از آن‌ها را هدف اصلی دانست؛ هر چند رابطه جنسی زن و مرد از مهم‌ترین آن‌ها است. (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۲۵/۱)

از جمله این اهداف، تحصیل آرامش (روم: ۲۱)، تربیت نسل، توسعه روابط خانوادگی، اجتماعی و عاطفی را می‌توان نام برد؛ اما باید گفت: آن چه ویژه زن و شوهر به حساب می‌آید، رابطه جنسی است و اهداف دیگر، جنبه تبعی دارند. وانگهی، نکاح رابطه‌ای حقوقی است که تکلیف زن و شوهر به حسن معاشرت با یکدیگر را نیز در پی دارد و در تعریف، نیازی به قید عاطفی یا مالی یا دیگر قیود نیست و هرآنچه از سوی بزرگانی، به عنوان قید تلقی گشته، در واقع، پی آمد همان رابطه حقوقی ویژه است.

تعریف‌هایی از این دست، برای نکاح، که از سوی برخی نویسندگان ارائه شده، با آن‌که لایه‌هایی از این رابطه حقوقی را روشن می‌سازد، به گونه‌ای نیست که بتوان با شناخت ماهیت آن، دیگر احکام مرتبط با پیوند زن و شوهر - از جمله، لزوم تحصیل اذن شوهر در خروج از منزل، استقلال اراده مرد در تحقق طلاق، کیفیت طلاق خلع و - را بر آن مترتب ساخته، رابطه‌ای منطقی بین آن‌ها برقرار کرد.

نگارنده بر این باور است که اگر با رویکرد کشف رابطه‌ای منطقی میان این احکام، به منابع استنباط و آثار فقیهان رجوع کنیم، به نتایج قابل توجهی دست پیدا خواهیم کرد.^۱

در حقیقت، معتقدیم رویکرد فقیهان در تعریف نکاح و ترسیم محدوده و چارچوب آن، بر خلاف تعاریف یاد شده، روشن‌کننده رابطه منطقی پیش‌گفته است؛ اگر چه ممکن است با شواهد و دلالتی که ارائه می‌شود، یک تحلیل، مناسب‌تر از بقیه معرفی گردد؛ بلکه بیشتر، در صدد اثبات این واقعیت است که - بر خلاف تصور برخی - نکاح از سوی فقیهان تعریف شده و معنا و ماهیت آن، مورد عنایت بوده است؛ ضمن آن‌که از این رهگذر، به توجیه استقلال مرد در ایقاع طلاق و ترسیم رابطه منطقی آن با ماهیت نکاح و نیز ربط این دو با دیگر احکام مقرر در روابط زوجین می‌پردازیم.

تبیین ماهیت نکاح

أ- تملیک بضع: به این معنا که زن، طی انشای ایجاب عقد، بضع خود (تمامی استمتاعات مرتبط با خود) را به مرد، تملیک نموده و مرد نیز با قبول آن (در نکاح دائم) در ازای تملیک

۱- اگر چه یکی از دانشیان معاصر در این باره می‌نویسد: «قانون مدنی نکاح را تعریف نکرده و فقها نیز خود را با این مسأله آشنا نساخته‌اند. شاید دلیل این سکوت، روشنی مفهوم نکاح

باشد». (کاتوزیان، همان)

مهر به زن، تا ابد، مالک بضع خواهد بود. بر این اساس، عقد نکاح، یک عقد معاوضی است. (طوسی، مبسوط، ۳۱۰/۴) با حفظ این معنی که مالکیت مزبور، دارای اقتضائات ویژه‌ای است؛ از جمله این که مرد نمی‌تواند آن را به دیگری منتقل کند. هم‌چنین زن می‌تواند در قالب شرط ضمن عقد، برخی از موارد و مصادیق استمتاع (نه تمامی آن‌ها) را از شمول تملیک، استثناء کند؛ چرا که در صورت استثنای تمامی آن‌ها، این شرط، خلاف مقتضای عقد و طبعاً باطل خواهد بود. (توحیدی، ۳۱۴/۵؛ خویی، ۱۴۲/۱) بضع، به ضم باء، به نکاح، جماع و فرج اطلاق شده است. صاحب لسان العرب می‌نویسد: «إبتضع فلان و بضع، إذا تزوج، والمباضعة: المباشرة». (ابن منظور، ۱۴/۸)

در صحاح جوهری نیز می‌خوانیم: «البضع بالضم: النکاح، عن ابن سَکَيت قال: يقال ملک فلان بضع فلانة». (جوهری، ۱۱۸۷/۳)

بُضع، کنایه از جمیع استمتاع است؛ چه، روشن است که عقد نکاح، تأثیری در تملیک جسم زن ندارد.

هم‌چنین، فقیهان، برای اثبات درستی بیع فضولی، آن را از باب اولویت، به صحت نکاح فضولی قیاس کرده و در همان‌جا از نکاح، به تملیک بضع یاد کرده‌اند.^۲ (أنصاری، مکاسب، ۳۵۷/۳-۳۵۶؛ نجفی خوانساری، ۱۷/۲).

در صحیحه ابی بصیر از امام صادق (ع) نیز این تعبیر به چشم می‌خورد؛ در روایت یاد شده آمده است: مردی که زن را به طلاق مبارات، مطلقه می‌سازد، به او بگوید: «إن ارتجعت فی شیء فأنا أملك ببضعک، فلا یحلّ لزوجها أن یأخذ منها إلّا المهر فما دونه» اگر به مقداری [از مابذل] رجوع کردی، در آن صورت، من بضع تو را مالک می‌شوم...^۳ (کلینی، ۱۴۳/۶، ح ۵؛ طوسی، تهذیب، ۱۰۰/۸، ح ۳۳۹؛ حرّ عاملی، ۵۰۰/۱۵، ح ۴)

از جمله مؤیدات این تعبیر، روایتی است که در آن، زوجه موقت، «مستأجرة» خوانده شده است: «...هنّ مستأجرات...» (کلینی، ۴۵۲/۵، ح ۷؛ طوسی، استبصار، ۱۴۷/۳) که با تعبیر به تملیک بضع، تقریباً موافق است زیرا ماهیت اجاره نیز تملیک موقت منافع است. (أنصاری، نکاح، ۲۱۳-۲۱۲)

۳- زیرا به محض رجوع زن، به مال بذل شده یا بخشی از آن، طلاق مبارات، که بائن است، به رجعی تبدیل شده و زن در حکم زوجه خواهد بود. (مفهوم مخالف ماده ۱۴۵ ق.م.ا، بند ۳)

ممکن است در مقام اشکال گفته شود که: اگر بضع به مرد تملیک می‌شود، باید مرد بتواند آن را به دیگری انتقال دهد؛ در حالی که این گونه نیست.

در پاسخ می‌توان گفت: مقصود از تملیک، در تعریف یاد شده، تملیکی ویژه است (همان گونه که هر عقد، اقتضای ویژه دارد که چارچوب آن را شکل می‌دهد) از جمله این که، غیر قابل انتقال بوده و عامل انحلال آن، منحصر در فسخ و طلاق است؛ وانگهی می‌توان آن را کنایه از تسلط انحصاری ویژه دانست و چه بسا به کارگیری واژه تملیک در مورد بضع، به قرینه تملیک مهر صورت گرفته است؛ زیرا در جریان عقد نکاح، مهریه نیز به تملیک زوجه در می‌آید.

اشکال دیگر این که: در این تحلیل، از دیگر کارکردهای سازنده نکاح، غفلت شده است؛ آثاری چون: ایجاد آرامش از سوی هر یک از زوجین برای دیگری، سالم سازی جامعه و ارتقای فضائل اخلاقی، عاطفی بودن رابطه، اتحاد آنان با هدف تربیت نسل و

در پاسخ باید گفت: در عین پذیرش این آثار، نمی‌توان در چارچوب و ماهیت حقوقی نکاح، سهمی برای آن‌ها در نظر گرفت؛ زیرا موارد یاد شده، در ردیف اهداف یا انگیزه‌های نکاح‌اند؛ چنان که در دیگر معاملات نیز، ماهیت حقوقی، از انگیزه‌ها و اهدافی که هر یک از متعاملین دارند، کاملاً مجزاً و در نظر عرف و شارع تفکیک شده‌اند.

ب- تسلط بر بضع: برخی حقیقت نکاح را تنها تسلط بر بضع می‌دانند نه تملیک. (حکیم، ۲۱۳؛ نجفی، ۷/۲۹)

چه بسا دلیل ترجیح واژه تسلط بر واژه تملیک، تفاوت تملیک در نکاح با تملیک در دیگر عقود معاوضی است؛ اما از آنجا که ناگزیر باید این تسلط را نیز «تسلطی ویژه» بدانیم، می‌توان گفت: این تعبیر، تفاوت چندانی با واژه تملیک نداشته، مشکلی را حل نخواهد کرد؛ اگر چه ممکن است به دلیل وارد نبودن ایراد احتمالی تخصیص اکثر بدان، از جهاتی، مناسب‌تر به نظر برسد اما نمی‌توان شواهد روایی پیش گفته برای واژه «تملیک» را نادیده گرفت. ضمن آن که با عنایت به تفاوت‌های عقد نکاح با دیگر عقود معاوضی، در آثار، احکام و اسباب انحلال، نمی‌توان انتظار داشت که تملیکی که با آن رخ می‌دهد، تملیکی ویژه با اقتضائاتی خاص نباشد. وانگهی، از آنجا که هسته اصلی تملیک - که تسلط است - با وجود اقتضائات ویژه، حفظ می‌شود، می‌توان تعبیر تسلط را - که البته اقتضائات و چارچوب خاصی دارد - پذیرفت؛ اما با این تعبیر، از آنچه در شواهد روایی آمده، فاصله خواهیم گرفت.

بنابراین در دوران ارتکاب تخصیص اکثر و کنار گذاردن تعبیر به کار رفته در روایات، باید یکی را برگزید.

ج- تسلیط دو سویه برای انتفاع خاص: به این معنا که نکاح، عقدی است که برای ایجاد رابطه زوجیت بین زن و مرد تشریع شده، به طوری که هر یک از آن دو، دیگری را بر خود مسلط می‌سازد تا انتفاعی خاص را به او بدهد؛ با این تفاوت که تسلط زوج بر زوجه سبب می‌شود تا زوجه، سلطنتی را که پیش از عقد بر خود داشته، از دست بدهد؛ زیرا زوج را بر آن مسلط کرده و انتفاع خاص، به زوج تعلق گرفته است اما زوج، سلطه خود را بر انتفاع خاص (با وجود انتفاعی که زوجه از او می‌برد) از دست نداده و هم‌چون گذشته در اختیار خود اوست؛ از این روست که بضع زوجه (تمامی استمتاع) به ملک زوج در می‌آید زیرا انتفاع خاص از زوجه، منحصرأ در اختیار زوج است. (آل بحر العلوم، ۱۸۱/۳)

در این تحلیل نیز سخن از تملیک بضع رفته، با این تفاوت که حق انتفاع خاص زوجه را نیز شامل می‌گردد و شاید بتوان از این جهت آن را کامل‌تر دانست؛ اما باید گفت: تعبیر به تسلیط از آن، فاقد معنایی روشن است؛ زیرا زوجه، بر انتفاع خاص از زوج، تسلطی ندارد؛ بلکه نظر به طبیعت استمتاع که نوعاً امری دو سویه است، برای زوجه نیز این فرصت فراهم می‌گردد؛ اما وی تسلطی بر این امر ندارد هر چند محروم نمودن وی از واقعه (بیش از چهار ماه) نیز مشروع نیست همان‌گونه که در روایت صحیح (مجلسی، ۲۵۹/۱۲)، شرط تسلط زوجه بر جماع، به استناد مخالفت با کتاب و سنت، باطل دانسته شده است. (حرّ عاملی، ۳۴۰/۱۵، ح ۱) ضمن آن‌که از همین روایت می‌توان انطباق این حکم (عدم تسلط زوجه بر جماع) را بر اقتضای طبیعی نکاح برداشت نمود (که از آن، به سنت یاد شده است).

مؤید این سخن نیز آن است که در تعریف یاد شده، میان تسلیط زوج بر بضع و تسلیط زوجه بر انتفاع، فرق گذارده و در پایان، تسلیط بضع از سوی زوجه را تملیک دانسته است.

بدیهی است که برای تضمین سلامت و دوام رابطه زوجیت، برای هر یک از زوجین، به واسطه عقد، حقوق و تکالیفی مقرر شده که از آثار و احکام این رابطه به شمار می‌آید و نقشی در چارچوب عقد نکاح ندارد (از آن جمله، تکلیف زوج به قسم، وطی و انفاق، و تکلیف زوجه به تمکین خاص است) اما نظر به تفاوتی که بین تلقی زن و مرد از رابطه جنسی وجود دارد (که آن نیز فطری و تکوینی است)، زن، بضع را در مقابل عوض (مهر) به تملیک زوج در می‌آورد اما زوج، تنها مهر را به او تملیک می‌کند؛ اگر چه زوجه نیز از این رابطه بهره‌مند

می‌گردد.

د- **إباحة انتفاع خاصّ**: بر اساس این تحلیل، زوجه، بهره‌جویی از خویش را تنها برای زوج، مباح می‌کند نه این که آن را به وی تملیک کند. به دیگر سخن، ملکیت بضع برای زوج، از قبیل ملکیت انتفاع است نه ملکیت منفعت. مؤید این نظر نیز آن است که اگر زوجه از روی اکراه یا شبهه وطی شود، مهر المثل، به خود او تعلّق خواهد گرفت نه به زوج؛ بنابراین، پس از اثبات این نکته که زوج، تنها در جهت انتفاع، مالک بضع زوجه است، باید خود زوجه را مالک منفعت بضع بدانیم تا اگر او مرتکب فاحشه‌ای شد، چون خود، احترام بضع خویش را زائل کرده، مهري به او تعلّق نگیرد. (بهبهانی، ۲/ ۴۱۸-۴۱۷)

اگر چه این تعبیر، تا حدّی راه‌گشاست (مشروط به این که بتوان از آن، لزوم عقد نکاح را نیز نتیجه گرفت) اما دیگر آثار و احکام عقد نکاح، مثل لزوم تحصیل اذن شوهر در خروج از منزل، کیفیت طلاق خلع و استقلال زوج در ایقاع طلاق را توجیه نکرده و در یک پیوند منطقی با آن‌ها قرار نمی‌گیرد.

در مجموع، آن‌چه از تعاریف پیش‌گفته، به تکلف کم‌تری دچار است این‌که، نکاح را تملیک بضع در برابر مهر بدانیم؛ با این قید که تملیک یاد شده، اقتضائات ویژه‌ای دارد که آن را متمایز می‌کند؛ اما این بدان معنا نیست که تحلیل دوم و سوم به کلی مردودند بلکه در این مجال، برآنیم تا چگونگی وقوع طلاق و دیگر احکام مرتبط با آن را واجد ارتباطی منطقی و قابل فهم با ماهیت نکاح معرفی کرده و این که تعبیری که در مقام تعریف و تحلیل ماهیت نکاح به کار می‌روند باید توجیه‌گر این انسجام و ربط منطقی باشند؛ اگر چه ممکن است یکی کامل‌تر از بقیه باشد.

البته اعتقاد به غیر تعبّدی بودن مسئله استقلال مرد در طلاق و ابتنای این حکم بر اقتضای طبیعت قضیه، به هیچ وجه به معنای انکار این حقیقت نیست که منشأ و مبنای تمامی احکام شرع، در نهایت، اراده شارع مقدّس در اعتبار آن است؛ بلکه غرض آن است که بدانیم حکم یاد شده- که از احکام اجتماعی امضایی شریعت اسلام است- حکمی صرفاً تعبّدی، هم‌چون تعداد رکعات نماز، نیست که منشأ اعتبار آن به کلی بر ما پوشیده باشد؛ بلکه حتّی اگر اجماع یا روایاتی هم مستقیماً دالّ بر این حکم وجود نداشته باشد، از ملاحظه دیگر احکام شرعی حاکم بر روابط زن و مرد در خانواده، می‌توان تحلیلی در مورد چرایی این حکم، ارائه کرد؛ چه، بر این باوریم که هر یک از احکام را باید به عنوان جزئی از یک نظام و مجموعه منسجم، مورد

تحلیل قرار داد که هر جزء، با عنایت به دیگر اجزاء و در ارتباط با آن‌ها توجیه گردیده و معنا پیدا می‌کند.

جایگاه مهر در چارچوب نکاح

در این جا بر آن نیستیم که احکام مهر را بازگویم (که در جای خود به گستردگی، در خصوص آن سخن گفته‌اند)؛ اما چنین می‌نماید که در تبیین ماهیت نکاح، به واکاوی نقش مهر نیاز است. چرا که با عنایت به معاوضی بودن عقد نکاح (طوسی، مبسوط، ۳۱۰/۴)، بحث از عوض و معوض، جهت شناخت ماهیت آن، ضروری است.

به دیگر سخن، هم زمان با تملیک بضع از سوی زوجه (ایجاب عقد نکاح)، تملیک مهر نیز از سوی زوج انجام می‌گیرد؛ چه آن‌که، مهر عوض نکاح و بضع دانسته می‌شود. (ابن ادریس، ۵۷۶/۲؛ خوانساری، ۲۹۶/۴)

شاهد و مؤید این مقابله، حق حبس برای زن است؛ چنان‌که ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی ایران مقرر داشته: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر این‌که مهر او حال باشد و این امتناع، مسقط حق نفقه نخواهد بود.»

از بیان برخی حقوق‌دانان، تناظر حکم این ماده با حکم ماده ۳۷۷ همین قانون برداشت می‌گردد (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۶۶۹، ارجاع ذیل ماده ۳۷۷). ماده مزبور مقرر می‌دارد: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد که از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر این‌که مبیع یا ثمن، مؤجل باشد. در این صورت، هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود.»

ناگفته نگذاریم که اگر در نکاح، عدم مهر حتی پس از وقوعه شرط گردد (به طوری که نکاح، کاملاً خالی از مهر باشد)، چنین شرطی باطل بوده و در صورت عدم ذکر مهر در عقد، پس از آن می‌توان بر مهر المسمی توافق کرد و بعد از وقوعه نیز زوجه، مستحق مهر المثل خواهد بود. (نجفی خوانساری، ۲۷۵/۳) بنابراین، غرض شارع این بوده که نکاح، در نهایت، بدون مهر نمآند و عقد نکاح بدون مهر-که به منزله هبه است-جز برای شخص پیامبر (ص) حلال نشده است. (احزاب: ۵۰؛ حرّ عاملی، ۱۹۸/۱۴، ح ۱، ۲ و ۳)

آن‌چه گفتیم در خصوص نکاح دائم است. اما در نکاح منقطع، تسلیط زوج بر بضع از سوی زوجه، در مقابل تملیک مهر به او صورت می‌پذیرد؛ و باید در هنگام عقد بر مهر توافق

شده و عقد خالی از ذکر مهر هنگام انعقاد، باطل است. (کرکی، ۱۳/۲۰-۱۹؛ بحرانی، ۱۵۶/۲۴) اما نکاح دائم حتی اگر هنگام انعقاد، خالی از مهر باشد، صحیح بوده و بدین ترتیب، مهر به عنوان رکن عقد، تلقی نشده است؛ زیرا غرض از نکاح دائم، غالباً توالد و تناسل است نه تملک مهر؛ و اگر چه مستحب است که نکاح خالی از مهر منعقد نشود (ابن ادریس، ۵۷۶/۲) اما با بطلان مهر یا اخلاف به آن، عقد، باطل نمی گردد؛ لکن باید توجه داشت که این حکم، ناشی از نگاه ویژه شارع و اهتمام او به این عقد است؛ زیرا اهمیتی که شارع مقدس به امر فروج و اعراض دارد- برخلاف آن چه ممکن است تصور شود- نباید موجب تضییق در اسباب آن گردد؛ بلکه چه بسا این احتیاط و اهتمام، موجب توسعه دایره اسباب آن بوده تا مردم به سفاح و زنا گرفتار نشوند. (امام خمینی، ۱۱۷/۲-۱۱۶؛ حکیم، ۲۱۳) که بر آن دلائلی از روایات نیز وجود دارد. (حرّ عاملی، ۱۹۵/۱۴-۱۹۴، ح ۳۱) به بیان دیگر، شارع به اداره عقد خالی از مهر پرداخته، همان گونه که در خصوص عقد فضولی چنین کرده است. (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۱/ ۳۰۱ به بعد)

بنابراین، روشن است که زوجین، به منزله عوضین عقد نکاح نیستند؛ بلکه عوضین، بضع و مهر بوده و حق فسخی که- در صورت مبتلا بودن هر یک از زوجین به عیوبی خاص- به ایشان داده می شود ناشی از نوعی اختیار تخلف شرط است که به این شرط، لزوماً تصریح نمی شود؛ بلکه چون عقد، مبنی بر سلامت طرفین از این عیوب، منعقد شده، تخلف از آن موجب اختیار خواهد بود (این عیوب خاص، عمدتاً مانع طبیعی زناشویی یا از بیماری های واگیر یا تنفّرزا هستند).

هم چنین در پاسخ به این سؤال که چرا خداوند، در آیه شریفه ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَتِهِنَّ حِلَّةً﴾ (نساء: ۴)

مهریه را نحله، به معنای بخشش (زبیدی، ۱۲۹/۸) نامیده است؟ می گوییم: بنابر آنچه از ظاهر آیه شریفه ﴿... عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ...﴾ (قصص: ۲۷) بر می آید، در شریعت های پیشین، مهریه از آن ولی زوجه بوده زیرا در این آیه، حضرت شعیب (ع) به حضرت موسی (ع) می گوید: تا این که هشت سال برای من کار کنی و نمی گوید برای دخترم کار کنی؛ بر این اساس، بخشش دانستن مهریه، به این معناست که در شریعت اسلام، خداوند، مهریه را به زنان اعطا فرموده و آنان را مالک مهریه دانسته است. (ابن ادریس، همان)

بنابراین، با پذیرش معاوضی بودن عقد نکاح، منطقی است که مهر را عوض بضع بدانیم.

معنای طلاق

طلاق در لغت

از طلاق به عنوان مهم‌ترین عامل انحلال و زوال رابطه زوجیت دائم یاد می‌شود. طلاق در لغت به معنای رهایی است و به زبان فصیح و روان نیز «لسان طَلَق» گفته می‌شود. (جوهری، ۳۹۱/۱)

صاحب لسان العرب می‌گوید: «...نَعِجَةُ طَالِقٍ: مَخْلَاةٌ تَرَعَى وَحْدَهَا، وَحِسْوَةٌ فِي السَّجْنِ طَلْقًا، أَيْ بَغِيرٍ قِيدٍ ... وَ الطَّالِقُ مِنَ الْإِبِلِ الَّتِي يَتْرَكُهَا الرَّاعِي لِنَفْسِهِ». (ابن منظور، ۲۲۷/۱۰-۲۲۶) از کلمات دیگری که در معنای طلاق به کار رفته، واژه «تسریح» است. خداوند متعال می‌فرماید: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَلَا مَسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ (بقره: ۲۲۹) زبیدی در معنای این واژه می‌نویسد: «التسريح، حلّ الشعر و إرساله قبل المشط....» (زبیدی، ۱۶۱/۲). در صحاح نیز می‌خوانیم: «تسريح المرأة، تطليقها». (جوهری، ۳۷۴/۱).

بنابراین، معنای لغوی طلاق و تسریح با اندک تفاوتی نسبت به هم، رهایی و آزادی از قید است و با معنای اصطلاحی آن، فاصله چندانی ندارد.

طلاق در اصطلاح

طلاق را در ماهیت خود، زائل کردن قید نکاح با صیغه مخصوص دانسته‌اند. (نجفی، ۲/۳۲) که البته نظر به اختصاص طلاق به نکاح دائم، باید وصف «دائم» را به نکاح افزود؛ چنان‌که در تحریرالمجلة آمده است: «الطلاق، حلّ عقدة الزوجية الدائمة المقتضية للبقاء بذاتها» (کاشف الغطاء، ۸۱/۵) هر چند در این‌که لفظ طلاق، اسم سبب است (یعنی انشاء بینونت و جدایی، با لفظ یا فعل) یا اسم مسبب (یعنی اثر و نتیجه، که خود جدایی است)، اختلاف نظر وجود دارد؛ مثل اختلافی که در دیگر الفاظ معاملات هست. (سبحانی، ۸)

تحلیل حقیقت طلاق

از یک سو، ماهیت عقد نکاح را تملیک بضع از سوی زوجه به زوج در ازای مهر می‌دانیم. از طرفی، با توجه به این‌که زوجیت را می‌توان حالت اجتماع زوجین به وجه مخصوص، دانست و حالت اجتماع نیز با ترک تنها یک طرف، از بین می‌رود، بنابراین، طلاق را ایقاع

دانسته و برای محقق شدن آن نیازی به اجتماع اراده دو طرف نیست بلکه اراده یک طرف در آن مستقل است؛ نه آن که طلاق نیز یک عقد، با موضوع جدایی زن و مرد از یکدیگر دانسته شود.

پرسش اصلی در این بخش، آن است که چرا شارع، تنها اراده مرد را در واقع ساختن عمل حقوقی طلاق و ایجاد بینونت و جدایی بین زوجین، مستقل دانسته و برای زن، به این شکل، چنین حقی در نظر نگرفته است؟ اگرچه زوجه، در مواردی، حق در خواست طلاق دارد (تبصره ماده ۱۱۳۳ ق.م.ا)؛ و روشن است که حق طلاق و حق درخواست طلاق، دو چیز متفاوتند. حتی در مواردی، امکان مطلقه شدن زن، از سوی حاکم و بدون نظر زوج نیز وجود دارد. (مواد ۱۱۳۰، ۱۱۲۹، ۱۱۳۳ ق.م.ا و مانند آن)

نگارنده بر این باور است که با مطالعه ماهیت عقد نکاح و تحلیل حقیقت طلاق- بدون اکتفا به تعریفی مبهم یا معرفی آن به عنوان ابزار انحلال رابطه زوجیت، که تنها تکیه بر نتیجه آن (جدایی رسمی زوجین) است- می توان رابطه ای منطقی بین این دو ترسیم و ارائه کرد. با تأمل در ماهیت نکاح، بدین نتیجه می رسیم که زوج در نکاح دائم، می تواند برای همیشه، در مقابل تملیک مهر المثل یا مهر المسمی به زوجه، مالک بضع وی باقی بماند؛ چراکه زوجیت، اقتضای ذاتی برای بقا دارد. (کاشف الغطاء، همان) اما در صورتی که، چنین مالکیت یا تسلطی را نخواهد، می تواند از مالکیت خود دست برداشته، با فراهم بودن دیگر شرایط، با اجرای صیغه طلاق، رسماً به رابطه زوجیت پایان دهد.

روشن است که زوجه نخواهد توانست به طور یک طرفه (هم چون زوج) به این رابطه پایان دهد؛ زیرا وی سلطه بر بضع را، طی عقد نکاح، برای همیشه، در برابر مهر، به زوج واگذار کرده است؛ و طبع مالکیت دائم، اقتضا می کند که زوجه نتواند این مالکیت را بدون نظر زوج (مالک) از او ستانده و به خود بازگرداند و حتی شرط چنین امری ضمن عقد نکاح نیز- بر اساس روایات- خلاف کتاب و سنت بوده و باطل شمرده شده است. (حرّ عاملی، ۳۴۰/۱۵، ح ۱)

با این تحلیل، روشن می گردد که چرا برای عوض خلع، حدی در نظر گرفته نمی شود؛ زیرا زن برای تسلط دوباره بر بضع، باید رضایت زوج را جلب کند؛ چه، مرد، فعلاً مالک آن بوده و طبیعی است که زن برای بازیافتن تسلط سابق خود، نمی تواند یک طرفه مبلغ خاصی را به مرد تحمیل کرده و حق او را نادیده انگارد؛ بنابراین، همان طور که گفته شد، نکاح، اقتضای دوام

داشته و مالکیت زوج بر بضع، ابدی است اما از آنجا که هر صاحب حقی می‌تواند از حق خود صرف نظر کند (به جز موارد خاص که حکم‌اند نه حق)، در این مورد نیز شارع مقدس با تشریع طلاق، این حق را برای زوج، شناسایی کرده تا او بتواند رسماً و البته با فراهم بودن شرایط و رعایت تشریفات آن، به رابطه زوجیت و تسلط خود بر بضع، پایان دهد؛ اگرچه این امر، با توجه به اصل رجعی بودن طلاق (برابرمقررات شرعی و مستفاد از مفهوم مخالف ماده ۱۱۴۵ ق.م.) به یکباره اتفاق نمی‌افتد؛ بلکه در زمان عدّه، حق رجوع برای مرد در نظر گرفته شده تا پس از سپری شدن آن، رابطه زوجیت دائم به طور کامل منحل گردد.

شهید ثانی پس از تعریف طلاق خلع و مبارات، و این‌که آن‌ها را نوعی «طلاق به عوض» می‌نامد، نوع دیگری از طلاق به عوض را که در آن، شرط وجود کراهت از طرف هیچ‌یک از زوجین مطرح نیست، معرفی می‌کند و آن را به طور مطلق، «طلاق به عوض» می‌نامد. ضمن آن‌که معتقد است استفاده از این تعبیر، به جای طلاق خلع، مناسب‌تر است؛ زیرا ممکن است در تشخیص کراهت از یک یا دو طرف، اشتباه شود. (شهید ثانی، ۳۷۵/۹) هر چند برخی، طلاق به عوض را از اقسام طلاق خلع دانسته‌اند (بحرانی، ۵۵۷/۲۵) اما به نظر می‌رسد طلاق خلع و مبارات از اقسام طلاق به عوض هستند. البته مشهور بر این باورند که طلاق به عوض لزوماً باید به صورت خلع یا مبارات واقع شود و عوض را در غیر این دو، باطل شمرده‌اند. (بحرانی، ۵۷۱/۲۵ - ۵۷۰؛ جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، ۲۵۰)

بنابراین، زوج در قبال گرفتن عوض، به میل خویش از حق خود چشم می‌پوشد و صیغه طلاق را جاری می‌سازد و این، منافاتی با وقوع طلاق بدون عوض نخواهد داشت، چرا که زوج می‌تواند بدون دریافت عوض و به طور مطلق، از حق خود نسبت به بضع، صرف نظر کرده، زوجه را مطلقه سازد؛ همان‌گونه که هر صاحب حقی می‌تواند با حق خود چنین کند و حتی برخی با جدا کردن مفهوم «خلع و مبارات» از «طلاق»، آن را به «ازالۀ قید نکاح، بدون عوض، با صیغه» تعریف کرده‌اند. (طباطبایی، ۳۷/۱۱) به این معنا که عوض، در نفس طلاق، جایی ندارد؛ بلکه پرداخت عوض به مرد، تنها برای تحصیل رضایت او در اعراض از حق خویش نسبت به زن است.

مؤید دیگر بر نگاه نگارنده آن است که اخبار به طلاق، نسبت به زوج، اقرار و نسبت به زوجه، ادعای دانسته شده و بر این اساس، فقیهان، اقرار به طلاق را در حق مقرر، نافذ دانسته‌اند؛ با این استدلال که موجب از بین رفتن ملکیت او بر بضع شده و سلطه او را بر زوجه، قطع

می‌کند. (جعفری لنگرودی، همان، ۲۳۳)

در مجموع می‌توان گفت: عقد نکاح به لحاظ حقیقت و ساختار خود، تنها توسط زوج، قابل انحلال بوده و این، منطبق بر طبیعت موضوع است؛ و از همین رو قابل تغییر نیست؛ نه تنها به این دلیل که حکمی تعبدی از سوی شارع مقدس باشد. در واقع، غرض آن است که بدانیم منشأ اعتبار حکم یاد شده، هم‌چون تعداد رکعات نماز، نیست که به کلی بر ما پوشیده باشد؛ اگر چه، به عنوان یک مسلمان، بدان متعبد هستیم.

این روش در تحلیل احکام، و مبتنی دانستن آن‌ها بر اقتضای طبیعی موضوعات، تا حد زیادی در توجیه چرایی مقررات شرعی، راهگشا بوده و معتقدیم عدم تأثیر پذیرش هر یک از نظریات طرح شده، در نتیجه و اصل حکم (استقلال مرد در طلاق)، به معنای بی ثمر بودن بحث از این مسأله نیست؛ چرا که بیش از آن که در صدد بحث از اصل تشریع این حکم باشیم، در مقام تحلیل چرایی آن هستیم و این که باید در تعریف نکاح و طلاق، به ماهیت این دو نظر داشت تا رابطه منطقی میان این دو روشن گردد نه آن که این دو را به عنوان دو عمل حقوقی مستقل دانسته و در تعریف، به ماهیت آن نظر نداشت؛ آن گونه که در نوشته‌های برخی از نویسندگان شاهدیم.

ضمن آن که مناسب‌تر دانستن یک تحلیل، به معنای رد کلی بقیه نیست بلکه آن‌چه از اهمیت ویژه برخوردار است ترسیم ابتدای این حکم بر ماهیت موضوع آن، به عنوان جزئی از نظام حقوق خانواده در اسلام است که با دیگر اجزاء و احکام آن در ارتباطی منطقی است؛ نه حکمی منفرد و با ماهیتی تعبدی یا حکمی مربوط به زمانی خاص و قابل تغییر در زمانی دیگر. به علاوه، از رهگذر این بحث، در می‌یابیم که تعاریفی که از نکاح ارائه شده ولی به ماهیت اصلی نکاح نپرداخته است، در مقام توجیه ارتباط منطقی میان مجموعه مقررات حاکم بر مسأله - چه احکام مربوط به روابط زوجین و چه تشریفات انحلال رابطه زوجیت - چندان کارایی نداشته و اساساً به صرف بازگویی یک حکم قانونی (استقلال مرد در انحلال رابطه زوجیت)، بدون تحلیل نظام‌مند نگاه شارع، نمی‌توان به درک درست احکام، به عنوان یک سیستم، دست یافت. بلکه با همین رویکرد، در تعریف و تحلیل طلاق نیز - چنان‌که گفته شد - باید آن را «اعراض تشریفاتی زوج، از مالکیت ویژه خود بر بضع زوجه» دانست.

البته تردیدی نیست که هیچ صاحب حقی نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیله‌ای برای اضرار به دیگری قرار دهد و در احکام شرع و قوانین وضعی نیز راه‌کارهایی برای جلوگیری یا

جبران ضرر و نجات زوجه از عسر و حرج پیش‌بینی شده است (از جمله، ماده ۱۱۳۰ ق.م.ا). بنابراین، فارغ از پیش‌دآوری جانب‌دارانه یا زمینه‌ها و گرایش‌های دیگر، با واکاوی و تحلیل مسأله به این نتیجه می‌رسیم که حکم بیان شده در روایت نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» - که عمدتاً در منابع روایی اهل سنت آمده، صرف نظر از بررسی سندی - برخاسته از اقتضای طبیعی نکاح و قابل توجیه با تعریف ارائه شده از ماهیت نکاح و حقیقت طلاق و هم سو با دیگر احکام ناظر به روابط زن و شوهر بوده و طبعاً با عنایت به ثبات موضوع آن، با دگرگونی ابزارها و روش‌های زندگی اجتماعی، اصل حکم، دستخوش تغییر نخواهد گردید؛ اگر چه ممکن است برای جلوگیری از آسیب‌های احتمالی در مرحله اجرا، تمهیداتی از سوی قانون‌گذار اندیشیده شود که گزیری از آن نیست.

نتیجه‌گیری

۱- هر چند نکاح، عقدی است که با اهداف و انگیزه‌های متفاوت شکل می‌گیرد؛ اما با تحلیل و دقت در ماهیت حقوقی آن که «تملیک بضع در مقابل مهر» است، می‌توان دیگر احکام حقوقی خانواده از جمله: حق زوج در طلاق زوجه، کیفیت طلاق خلع و لزوم تحصیل اذن شوهر در خروج زن از منزل و... را هم سو با آن تحلیل کرده و ارتباط منطقی بین آن‌ها برقرار ساخت.

۲- حقیقت طلاق، چشم‌پوشی و اعراض زوج از حق انحصاری و دائمی خود نسبت به بضع است که لزوماً باید با تشریفات خاص، اجرا گردد؛ اگر چه در مواردی، این کار، توسط دادگاه صالح، از طرف مرد صورت می‌گیرد.

۳- حتی اگر آیات و روایات و اجماعی هم وجود نمی‌داشت، بر اساس تحلیل انجام شده، اقتضای طبیعت نکاح و طلاق آن است که طلاق، تنها به دست زوج باشد از این رو، به هیچ‌وجه با مقتضیات زمان و مکان در تنافی نخواهد بود؛ و تغییر حکمی که ناشی از اقتضاء طبیعت موضوع آن باشد، موجه نیست.

۴- هیچ‌کس از رهگذر اعمال حق خود، نمی‌تواند به دیگری ضرر بزند؛ بر همین اساس، شناسایی حق زوج در طلاق زوجه به هیچ‌وجه به معنای جواز اضرار به زوجه نبوده، شرع و قانون، تمهیدات لازم را در صورت ایراد ضرر به زوجه یا واقع شدن او در عسر و حرج پیش‌بینی کرده و برای زوجه نیز حق درخواست طلاق در نظر گرفته است و حتی در مواردی،

امکان مطلقه شدن زن، از سوی حاکم و حتی بدون نظر زوج نیز وجود دارد. (مواد ۱۱۳۰، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۳ق.م. و مانند آن)

منابع

قرآن کریم.

- ابن ماجه قزوینی، محمد بن یزید، *سنن ابن ماجه*، بیروت: دارالفکر، بی‌جا، بی‌تا.
- افریقی مصری، ابن منظور، *لسان العرب*، قم: نشر أدب الحوزه، چاپ اول ۱۴۰۵ق.
- امام خمینی، سید روح الله، *البیع*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ق.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۴.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، قم: مجمع فکر الاسلامی، بی‌جا، ۱۴۲۰ق.
- _____، *النکاح*، قم: لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، چاپ اول ۱۴۱۵ق.
- آل بحر العلوم، سید محمد، *بلغة الفقیه*، طهران: منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ق.
- باقری فرد، سعیده، *حقوق زنان - برابری یا نابرابری*، قم: نشر معارف، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، بی‌جا، ۱۳۶۳.
- بهبهانی، سید علی، *الفوائد العلیة*، اهواز: مکتبه دارالعلم، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- بیهقی، احمد بن حسین بن علی، *سنن کبری*، بیروت، دارالفکر، بی‌جا، بی‌تا.
- توحیدی، محمد علی، *مصباح الفقاهة* (تقریر أبحاث السيد أبو القاسم الخویی)، قم: انتشارات داوری، چاپ اول بی‌تا.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق خانواده*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- _____، *فلسفه حقوق مدنی*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول ۱۳۸۰.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی‌جا، بی‌تا.
- حکیم، سید محسن، *نهج الفقاهة*، قم: انتشارات ۲۲ بهمن، بی‌جا، بی‌تا.
- حلی، محمد بن منصور احمد بن ادريس، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۱ق.
- خراسانی، محمد کاظم، *کفاية الأصول*، بیروت: مؤسسة آل البيت لأحیاء التراث، بی‌جا، بی‌تا.

خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تعلیق: علی اکبر غفاری، طهران: مکتبه الصدوق، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.

خویی، سید محمد تقی، *الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت: دارالمؤرخ العربی، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، بی جا: دفتر نشر کتاب، چاپ اول، ۱۴۰۴ق.

زبیدی حنفی، سید محمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: مکتبه الحیاء، بی جا، بی تا. شایگان، سید علی، *حقوق مدنی*، قزوین: انتشارات طه، چاپ اول، ۱۳۷۵.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، طهران: المکتبه الاسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۶۷.

طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل فی بیان أحكام الشرع بالدلائل*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

طوسی، محمد بن حسن، *کتاب الخلاف*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ق. _____، *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیة، ۱۳۶۳.

_____، *المبسوط فی فقه الامامیة*، طهران: المکتبه المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، بی جا، ۱۳۸۷ق.

_____، *تهذیب الأحکام فی شرح المقنعة*، تهران: دار الکتب الاسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.

فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، ایران: موسسه دارالهجرة، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق. *قانون مدنی ایران* (با آخرین اصلاحات).

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (خانواده)*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۸۵. _____، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: نشر میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۳.

کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجلة*، طهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۲۶ق.

کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۱۱ق. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۶۷ق.

شماره ۹۹	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	۱۹۶
متقی هندی، علاءالدین علی، <i>کنز العمال فی سنن الأقوال و الأفعال</i> ، بیروت: مؤسسة الرسالة، بی چا، ۱۴۰۹ ق.		
مجلسی، محمد باقر، <i>ملذذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار</i> ، قم: مکتبه آیه الله المرعشی، بی چا، ۱۴۰۶ ق.		
محقق داماد، سید مصطفی، <i>بررسی فقهی حقوق خانواده</i> ، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دهم، ۱۳۸۲.		
مظفر، محمد رضا، <i>أصول الفقه</i> ، قم: انتشارات دفتر تبلیغات، چاپ چهارم، ۱۳۷۰.		
نجفی خوانساری، موسی بن محمد، <i>منیة الطالب فی شرح المکاسب</i> ، (تقریرات المحقق المیرزا محمد حسین النائینی)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.		
نوری، حسین بن محمد تقی، <i>مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل</i> ، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.		
یعقوبی، سیف الله، <i>نظام الطلاق فی الشریعة الاسلامیة الغراء</i> (محاضرات الشیخ جعفر السبحانی)، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.		

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹
زمستان ۱۳۹۳، ص ۲۲۰-۱۹۷

نقش قضیه حقیقه در اصول فقه*

سید روح اله میرقیصری
پژوهشگر حوزه علمیه قم
Email: kalamedin@yahoo.com

چکیده

پویایی قضیه حقیقه باعث شده است که در مسائل و علوم مختلف به عنوان پایه ریز اصول کلی و ثابت به کار برده شود. علم اصول فقه که خود پایه ریز قواعد کلی برای رسیدن به احکام شرعی است، از این قضیه در بسیاری از ابواب اصولی و نیز حل مسائل، بسیار بهره می برد. در واقع اگر قضیه حقیقه را در نظر نگیریم طبعاً رسیدن به بسیاری از اصول مهم این علم، هم چون ثبوت احکام، شک در تکلیف یا مکلف به، نقش قضیه در تشخیص عام از مطلق و بسیاری از مسائل دیگر ممکن نخواهد بود. از این رو با آوردن مسائل کاربردی در این علم، به صورت گزارشی از دلایل و چگونگی به کارگیری قضیه حقیقه از میان نظرات دانشیان اصول به نقش این قضیه در این علم پرداخته می شود.

کلیدواژه‌ها: استعمال، شک، شبهه، حکم، حقیقه، مطلق.

مقدمه

قضیه حقیقیه، قضیه‌ای است که موضوع آن مقدره الوجود؛ اما بالفعل، متصف به وصف موضوعیت است. (صدرا، ۲۷۰/۱؛ قطب الدین رازی، ۲۵۲؛ شرح مطالع، ۱۲۸). مثلاً اگر گفته شود «خمر حرام است»؛ چه خمر باشد و چه نباشد، این حکم برای موضوع این قضیه بالفعل ثابت است. اگر هم در خارج محقق شد، حکم جاری می‌شود. در علوم مختلف، به خصوص علم اصول، قواعد به نحو قضایای حقیقیه‌اند؛ نه خارجی. چگونگی ایفای نقش این قضیه در رسیدن به این قواعد و حل بسیاری از مسائل پیش رو در این علم و حتی رسیدن به قواعد فقهیه هدف این نوشته را شکل می‌دهد. به اعتقاد آقای مطهری، اولین کسی که قضایای حقیقیه را در علم اصول آورده شیخ انصاری بوده است. شیخ انصاری و حاجی سبزواری يك تلاقی شش ماهه‌ای در مشهد داشته‌اند و شیخ در نزد حاجی منطق و فلسفه و حاجی هم نزد شیخ فقه و اصول می‌خوانده است. پس از شیخ، علمائی هم چون صاحب کفایه، محقق غروی (کمپانی)، محقق نائینی و بروجردی، امام خمینی و دیگر علماء معاصر به این امر پرداخته‌اند. در این بین محقق نائینی نخستین عالمی است که به شکل مبسوط این موضوع را به مباحث اصولی کشانده است. مرحوم نائینی معتقد است تمام قضایای حقیقیه منحل به قضایای شرطیه می‌شوند. این نگاه را، در غرب راسل و امثال او به آن معتقدند؛ که در ادامه بحث به نقد آن خواهیم پرداخت. (مطهری، ۲۵۱/۹).

موضوع قضیه حقیقه از نگاه اصولیان

اصل قضیه (بنابر قول مشهور) متشکل از موضوع، محمول و حکم است. موضوع، نقش خود را در قضیه حقیقیه بیشتر از هر چیزی ایفا می‌کند. دو نکته در مفهوم قضیه حقیقیه حائز اهمیت است: ۱. طبیعت ساریه. ۲. مفروض الوجود بودن.

علماء اصول از این دو اصل منطقی بهره می‌برند. میرزای نائینی می‌پذیرد که موضوع قضیه حقیقیه طبیعت است، اما نه طبیعت به شرط لا که هیچ ارتباطی با افراد خارجی ندارد؛ بلکه طبیعت ساریه در خارج؛ به شکلی که اگر در خارج موجود شد حکم نیز به تبع آن موجود می‌شود. یعنی ذات موضوع را این گونه فرض کن که اگر موجود شود چنین ویژگی را خواهد داشت. ممکن است الآن در خارج نباشد، ولی اگر در خارج موجود شد چنین ویژگی و

حکمی را خواهد داشت (نائینی، ۱۲۸/۱ و ۴۴۲). این توضیح از قضیه حقیقیه موجب شده که برخی علماء به خصوص محقق نائینی و خوئی، قضیه حقیقیه را به قضیه شرطیه برگردانند. لکن حق آن است که موضوع این قضیه، طبیعت ساریه، به شکل مفروض الوجود باشد. و غرض جعل قضیه حقیقیه، جعل حکم برای ذات یک حصه خاص است. یعنی ذات این شیء و حصه این ویژگی را دارد؛ خواه موجود شود یا نشود. لذا اگر موجود شود ما می‌دانیم چنین آثاری را خواهد داشت. به تعبیری ما انتظار چنین آثاری را از آن داریم؛ چون ذات آن چنین است (امام خمینی، ۲۵۹/۱). به عبارتی، موضوع طبیعت است و مکلف آن را با خصوصیات فردی و حصه خویش پدید می‌آورد. این ویژگی نیز در اوامر و نواهی به خوبی موجود است. به اعتقاد صاحب کفایه و امام خمینی، حق آن است که اوامر و نواهی به طبایع اشیاء تعلق می‌گیرد (خراسانی، ۱۳۸؛ امام خمینی، ۶۵).

مراد از طبیعت هم، طبیعت به شرط لا نیست؛ بلکه طبیعت لا به شرط است که برای افراد خود شأنت را دارا است. چنین موضوعی اقتضا دارد که ازلی باشد؛ محدود به زمان خاص نباشد؛ و نسبت به افرادش یکسان باشد.

محقق نائینی ساختار قضیه شرطیه و حقیقیه را ازلی می‌داند. که در آن احکام موضوع نیز مانند موضوع مقدره، به شکل ازلی جعل شده است و هیچ وقت از آن حالت عدول نمی‌کند. نه موضوع از این حالت خارج می‌شود و نه رابطه حکم با موضوع. (نائینی، ۳۳۹/۱).

همین ویژگی، باعث می‌شود که چنین قضایایی دستخوش تغییرات زمان خاصی نشوند بلکه ثابت و پایدار مانده و نسبت به افراد خود رابطه‌ای یکسان داشته باشند.

ثمره این ویژگی‌ها حل بسیاری از مسائل اصولی است. به طور مثال وقتی محدود به زمان خاص نشود، آن وقت حدیث نبوی «حلال محمد حلال الی یوم القیامه و حرامه حرام الی یوم القیامه» (کافی، ۵۸/۱) به خوبی توجیه منطقی و عقلی پیدا می‌کند. یعنی نسخ احکام، یا شریعت به دلیل سیلان و متغیر بودن شریعت، ادعایی بی‌منا خواهد بود. برخی معاصران مدعی‌اند اصل، متغیر بودن شریعت، و از جمله احکام آن است. مگر این که دلیلی بر ثابت بودنش آورده شود.

نگاه محقق نائینی در ثبوت و عدم تغییر اصل شریعت و احکام آن از دو مبنای زیر سرچشمه می‌گیرد:

أ- ثبوت اصل شریعت، از روایت (حلال محمد...)

ب- ثبوت احکام شریعت، از استصحاب.

به عبارتی اصل، ثبوت شریعت و احکام آن است. اصل اول از روایت نبوی و اصل دوم از استصحاب. جریان استصحاب حاکی از امکان و احتمال تغییر است؛ که با همان اصل مرتفع می‌شود. بنابر این، اصل، بقاء حالت سابقه است مگر دلیلی بر خلاف آن باشد.

بر فرض که، اصل را بر تغییر احکام بگذاریم. آنچه ما را در ثبوت احکام و اصل بودن آن به یقین می‌رساند، حقیقه بودن احکام شرعی است. به طور مثال روایت «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (حر عاملی، ۱۴/۲۶). صریحاً اعلان به ثبوت حکم عدم ضرر و ضرار در شریعت اسلام می‌کند. یعنی در اسلام و حقیقت اسلام چنین حکمی نفی ازلی می‌شود. چنین حکمی از شئون قضیه حقیقه است.

به طور کل، قواعد کلی از جمله احکام و قواعد شرع و شریعت، حقیقه‌اند. به تعبیر محقق نائینی: «قضایایی که متکفل جعل احکام شریعت‌اند، همگی، بدون این که ناظر به افراد باشند؛ از قبیل قضایای حقیقه‌اند. حکمی که در این قضایا جعل شده است، به صورت ثبوت حکم برای موضوع مفروض الوجود، به نحو قضیه کلیه است.» (نائینی، ۴۶۹/۲).

به این ترتیب ادعای مذکور چنین ابطال می‌شود:

اولاً: ادعای بلا دلیل است.

ثانیاً: اصل، ثبوت شریعت و احکام آن است.

ثالثاً: بر فرض احتمال وجود تغییر در احکام، اصل استصحاب آن را مرتفع می‌کند.

رابعاً: تمام قضایای شرعی حقیقه‌اند و این نشان می‌دهد که تمام شریعت هم ثابت است.

آقای مطهری از زاویه‌ای پُر دامنه به این موضوع می‌پردازد، که خود، پاسخ مبسوطی به این کج‌فهمی از گزاره‌های دینی خواهد بود: ایشان می‌گویند که برخی معتقدند دنیا دنیای تغییر است، دنیای حرکت است، هیچ چیز در دو لحظه به یک حال نیست، پس هیچ چیزی در این دنیا به معنای واقعی نمی‌تواند ثابت بماند. بعد می‌گویند حالا که چنین است که هیچ چیز در دنیا قابل بقا و دوام نیست، همه چیز وجود موقت و محدود و ناپایدار دارد، پس چطور دین اسلام می‌تواند برای همیشه باقی بماند؟ پاسخ این است که هر چیز در دنیا تغییرپذیر و کهنه‌شدنی است یعنی هر امر مادی این‌طور است. اگر کسی درباره قرآن مکتوب روی کاغذ چنین حرفی بزند، درست است ولی صحبت نه درباره شخص است و نه درباره کاغذ و مرکب. صحبت درباره قانون است، درباره یک سلسله حقایق است. این که مواد عالم کهنه

می‌شوند چه ربطی به حقایق عالم دارد؟ مثلاً این که می‌گوییم: راستی موجب رضای خداست یا برای انسان استقامت صفت خوبی است، قانونی برای زندگی بشر است و تغییرپذیر نیست. بنا براین «همه چیز در تغییر است» یک مطلب است، «قانون‌ها در تغییر است» مطلب دیگر. قانون یعنی آن اصل و ناموسی که تغییر اشیاء براساس آن است. می‌گوییم هیچ شکلی در دنیا باقی نمی‌ماند، اما آیا قانونی که برای یک شکل وجود دارد هم تغییر می‌کند؟ نه، خود قانون ثابت است. مثلاً داروین معتقد بود که برای جاندارها یک سلسله قوانین کشف کرده است. ما می‌پرسیم داروین که می‌گوید این جاندارها در تغییر و تکاملند، آیا قوانین خود داروین هم در تکاملند؟ یعنی آیا همان‌طور که یک بچه کوچک است، بزرگ می‌شود یا به قول خود داروین انواع تغییر نوعیت می‌دهند، تدریجاً نوعی نوع دیگر می‌شود، قوانین علمی داروین هم تغییر می‌کند؟ خیر، آن قوانین یک قوانین ثابت جهانی است که از اولی که دنیا بوده است تا آخر، این قوانین بر دنیا حکومت می‌کند. هم‌چنین قانون جاذبه عمومی، خودش یک قانون ثابت است. اگر ما بگوییم پیغمبر اسلام یعنی شخص پیغمبر با همان بدن ابدیت دارد، ممکن است کسی بگوید طبق قانون فلسفی هیچ شیئی ثابت نمی‌ماند، پس شخص پیغمبر خلود ندارد. بحث که روی شخص نیست، بحث روی قانون است. قرآن قانون است. اگر کسی بگوید کاغذهایی که خطوط و آیات قرآن روی آن نوشته شده است کهنه نمی‌شود؛ ما می‌گوییم نه، کاغذ جسم است و کهنه می‌شود ولی قرآن حقایق را بیان می‌کند، قوانین را بیان می‌کند و این دیگر کهنگی‌پذیر نیست. قانون که جسم نیست. جسم کهنه و فانی می‌شود ولی قانون اگر حقیقت باشد یعنی مطابق با واقع باشد، همیشه باقی است و اگر مطابق با واقع نباشد از اول هم درست نبوده است. به هر حال مانعی ندارد که بشر یک سلسله قوانین داشته باشد که این‌ها برای همیشه ثابت و باقی بماند. پس کهنه‌شدن اجسام را ما هم قبول داریم. قرآن می‌گوید: ﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ﴾ (الرحمن: ۲۶) و یا: ﴿إِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ ۖ وَإِذَا النُّجُومُ انْكَدَرَتْ ۖ﴾ (تکویر: ۱-۲) روزی که خورشید پیر می‌شود، روزی که ستارگان پیر می‌شوند، دریا دیگر به شکل دریا نیست. آری، قرآن هم می‌گوید هیچ جسمی از اجسام این عالم ابدیت ندارد. ولی بحث ما درباره اجسام نیست، درباره قانون است. حرف ما این است که بشر یک سلسله قوانین آسمانی دارد که این قوانین برای همیشه باقی است. پس این اصل فلسفی در مورد قوانین و اصول صادق نیست، راجع به اشیاء و اجسام است.

در حوزه نیازهای انسان، معتقدند که حاجت‌ها تغییر می‌کند و چون حاجت‌ها تغییر

می‌کند، پس قوانین که بر مبنای احتیاجات است باید تغییر کند. این در حالی است که حاجت‌های اصلی بشر تغییر نمی‌کند و حاجت‌های فرعی است که تغییر می‌کند. بشر يك سلسله احتیاجات ثابت دارد و يك سلسله احتیاجات متغیر. آن‌ها برای این‌که بفهمانند تمام احتیاجات متغیر است، این را بر يك پایه و اصل موهومی گذاشته‌اند که هرچیزی که در اجتماع هست مثلاً علم، هنر، صنعت، قضاوت، دین و مذهب، اخلاق، معلومات، سیاست، حقوق خانوادگی، تمام این‌ها را به منزله شاخه درخت گرفته‌اند و برای همه آن‌ها يك ریشه فرض کرده‌اند که اتفاقاً آن ریشه تغییر می‌کند و چون ریشه تغییر می‌کند [نتیجه گرفته‌اند که پس] همه چیز تغییر می‌کند. این‌ها ریشه همه چیز را امور اقتصادی دانسته‌اند؛ یعنی بشر هرچیزی را که خواسته است، برای منافع اقتصادی خودش خواسته است، و در امور اقتصادی ابزار تولید تغییر می‌کند. عوض شدن ابزار تولید، اخلاق و وجدان عالی را عوض می‌کند چون همه این‌ها محصول ابزار تولید است. ولی امروز ثابت شده که این اصل بزرگترین اشتباه و بسیار غلط است... خیلی از کارها را انسان می‌کند نه به خاطر شکم، بلکه به خاطر این‌که عقل و مغزش این جور حکم می‌کند. خیلی از کارها را بشر چون دین دارد، علی‌رغم منافع اقتصادی خودش انجام می‌دهد از خصوصیات دین مقدس اسلام این است که همیشه روی حاجت‌های ثابت انسان مهر ثابت زده است اما حاجت‌های متغیر انسان را تابع حاجت‌های ثابت قرار داده است. (مطهری، ۱۴۵/۲۱-۱۵۰).

تفاوت قضیه حقیقه با خارجیه

از آنجا که موضوع قضیه خارجیه با خارج مرتبط است، در یک جمع‌بندی نیاز است این دو را بهتر بشناسیم.

أ- در قضیه خارجیه، حکم برای یک شخص یا اشخاص معینی ثابت می‌شود؛ نه بر عنوان. به طوری که برای افراد دیگر، این حکم، قابل سرایت نیست. حتی اگر موضوع دیگری در اوصاف با موضوع قضیه مدّ نظر مماثل باشد. بنابراین اگر حکم در شخص دیگر همانند حکم در این موضوع باشد، اتفاقی است. اما در قضیه حقیقه حکم برای عنوان ثابت می‌شود؛ عنوانی که آینه برای تمامی افراد و مصادیق خود است؛ خواه فعلیت خارجی داشته باشد یا مقدر باشد. از زاویه‌ای دیگر، قضیه خارجیه همانند قضایای جزئی، نه کاسب است و نه مکتسب. زیرا در قضیه خارجیه نمی‌توان در آن ملاک جامعی که منطبق بر افراد شود، پیدا کرد. از این رو

نمی‌تواند در قیاس قرار گیرد. بر خلاف قضیه حقیقیه. (نائینی، ۱۷۰/۱).

ب- در قضیه خارجی، زمان جعل و انشاء حکم با زمان ثبوت و فعلیت حکم یکی است. اما در قضیه حقیقیه جعل و انشاء ازلی‌اند و ثبوت و فعلیت حکم بستگی به تحقق و فعلیت موضوع دارد.

ج- وقتی حکمی تحت یک قضیه از سوی مولا صادر می‌شود ممکن است این نزاع پیش آید که آنچه از سوی امر جعل شده، آیا حکمی است که در فرض وجود موضوع در نظر گرفته شده است؟ یا این که خود موضوع سبب ترتب حکم بر آن موضوع می‌شود؟ میرزای نائینی معتقد است این نزاع فقط در قضیه حقیقیه متصور است، نه قضایای خارجی. زیرا در قضایای خارجی اساساً نمی‌توان یک موضوع را مفروض در نظر گرفت، تا بر سر آن معجول نزاع کرد. به تعبیری موضوع باید به شکل عنوان مرآت باشد تا این نزاع معنا پیدا کند.

د- در قضیه خارجی فعلیت حکم با انشاء حکم، از نظر وجود، یکسان ولی از نظر رتبه از انشاء، متأخر است. یعنی فعلیت حکم نسبت به انشاء حکم، وجوداً مساوی و رتبتاً متأخر است. اما در قضیه حقیقیه فعلیت حکم دایر مدار فعلیت موضوع در خارج است. و به لحاظ زمان، فعلیت از انشاء متأخر است.^۱

در قضیه خارجی شرط است که امر نسبت به اجتماع شروط، علم داشته باشد. یعنی امر باید نسبت به شروط لازم برای حکم علم داشته باشد، خواه این شروط محقق شوند یا نشوند. اما در قضیه حقیقیه وجود موضوع ولو مقدراً شرط است. یعنی برای ثبوت حکم، وجود موضوع، مفروض است. لذا علم امر در این قضیه نسبت به شروط دخیل در آن ندارد. میرزای نائینی از این ویژگی نتیجه می‌گیرد که بحث شرط متأخر در آن بی‌معنا است. زیرا چگونه می‌توان حکم را بر موضوعی که هنوز محقق نشده بار کرد. (نائینی، ۱۲۵/۱؛ صدر، ۴۱۳/۱؛ امام خمینی، ۲۸۶/۲).

تفاوت قضیه حقیقیه با طبیعی

موضوع قضیه حقیقیه و طبیعی هر دو طبیعت است. با این تفاوت که در قضیه طبیعی به افراد خارجی توجهی نمی‌شود. یعنی، خود طبیعت بدون توجه به خارج، موضوع است. به

^۱ محقق خوئی نسبت به این تفاوت اشکال می‌کند که این ویژگی، یعنی تأخر فعلیت از انشاء در قضیه حقیقیه کلیت ندارد. مثلاً اگر فرض شود که موضوع هنگام انشاء حکم

محقق شده باشد به ناچار فعلیت و انشاء مقارن می‌شوند. (ر.ک.: نائینی، اجود التقريرات، ۱۲۸/۱).

تعبیری در این نوع قضیه، موضوع، «ما فیہ ینظر» است. یعنی ذات آن چیزی که می‌خواهد موضوع قرار گیرد.

اما در قضیه حقیقیه به افراد خارجی توجه می‌شود. به تعبیری در این نوع قضیه، موضوع جنبه «ما به ینظر» و مرآت‌ی دارد.

این ویژگی باعث می‌شود که افراد محققه و مقدره و هر چه که تحت عنوان موضوع قرار می‌گیرد را شامل شود، لذا استعداد شمول آن بی‌نهایت و ازلی است. بخلاف قضیه خارجی که مخصوص افراد محقق خارجی است، از این رو موضوع در این قضیه متناهی است.

به طور مثال در قضیه «هر که در این لشکر بود کشته شد» یا حتی قضیه «تمام انسان‌های روی زمین راه می‌روند» محدود است، به‌خلاف قضیه «انسان راه می‌رود» (غروی، ۵۵۰/۶).

ملاک حکم در قضیه حقیقیه

در قضیه حقیقیه حکم بر عنوان می‌رود نه بر اشخاص خارجی (نائینی، ۱۷۰/۱). در قضیه حقیقیه فعلیت حکم، مشروط به فعلیت موضوع است.^۲

به تعبیر آقای حکیم، این حکم را شارع یا حاکم به سبب نسبت می‌دهد و اوصافی که دخالتی در حکم ندارند را در نظر نمی‌گیرد. از این رو، حکم توسعه می‌یابد. مثلاً در واقعه‌ای، که یک اعرابی که در روزه ماه رمضان با همسر خود نزدیکی کرده بود، پیامبر حکم به آزاد کردن برده‌ای برای آن نمود. در این جا اعرابی بودن نمی‌تواند ملاک برای این حکم باشد. و نیز روزه دار بودن باعث نمی‌شود که در ماه‌های دیگر اگر فردی روزه بود چنین حکمی صادر شود. این توسعه و تعمیمات از قبیل مناسبت حکم و موضوع است. (حکیم، ۳۰۱).

یعنی این موضوع با مناط خاص خود، شایسته چنین حکمی است. موضوعی با ویژگی خاص، حائز ملاک و مناطی برای اخذ حکم خاص می‌شود.

باید این را هم در نظر داشت که ملاکات و نیز علل غائبه نمی‌توانند به وجود خارجی‌شان، مؤثر در تشریع حکم باشند. چرا که به لحاظ وجود خارجی از متعلقات احکام و متأخرند. آنچه به واقع باعث صدور حکم می‌شود، علم آمر و حاکم به این ملاکات برای ترتب آن‌ها بر متعلقات احکام است. (نائینی، ۲۲۳/۱).

۲. ر.ک: اجودالتقریرات، ۱/ ۲۰۹؛ فوائدالاصول ۱/ ۳۵۱-۳۵۲؛ ۵/ ۴۲۰-۴۲۱؛ خویی، محاضرات فی الاصول، ۲/ ۱۵۵؛ ۴/ ۲۱۱؛ نهاییه الدرایه، ۶/ ۵۵۰.

بازگشت قضیه حقیقیه به شرطیه

محقق نائینی قائل به انحلال قضیه حقیقیه به شرطیه است.^۳ او می‌گوید: قضیه حقیقیه به شرطیه و شرطیه به حقیقیه بازگشت می‌کند. با این توضیح که فرض وجود موضوع، ثبوت حکم را در پی دارد. در قضیه شرطیه نیز مدخول ادات شرط در موضع فرض و تقدیر وضع شده است. یعنی اثبات تالی بنابر فرض اثبات شرط است (نائینی، ۱/ ۴۲۶). به تعبیری، مبنای انحلال دو سویه است: شرطیه به حقیقیه و حقیقیه به شرطیه بازگشت دارد «هر قضیه حملیه منحل به قضیه شرطیه می‌شود. که مقدمش وجود موضوع و تالی آن ثبوت محمول است.» (همان، ۴۱۸/۴).

در قضیه «خمر مسکر است»؛ اگرچه موضوع، عنوان خمر، به حمل اولی است؛ منتها، این عنوان به هر خمری که در خارج موجود است، اشاره می‌کند. یعنی هر شیئی در خارج اگر عنوان خمر بر آن صادق باشد، مسکر است. [این همان عبارتی دیگر از قضیه شرطیه است] (نائینی، ۱/ ۱۲۶).

در تصویری که محقق نائینی از قضیه حقیقه و رابطه آن با قضیه شرطیه در نظر دارد: اولاً، موضوع این‌گونه نیست که صرفاً یک عنوان مفروض باشد؛ بلکه با خارج مرتبط است.

ثانیاً: رابطه موضوع و محمول به شکل تلازمی، و علی و معلولی است. رابطه‌ای که به سیاق شرط و جزاء است. از این رو فعلیت حکم در آن متوقف بر فعلیت موضوع است. مثلاً در قاعده استصحاب، حکم به یقین، متفرع بر تحقیق یقین تا زمان شک (موضوع) است (همان، ۳۷۱/۲ و ۳۸۳).

آقای خوئی نیز هم‌چون استاد خویش قائل به انحلال است (همان، ۱/ ۲۵۷؛ ۳/ ۲۷؛ ۴/ ۷؛ ۵/ ۱۸۵). البته محقق نائینی نسبت به این ادعا یک پله تنزل کرده و مدعی می‌شود که نهایتاً این اشتراط در یکی (شرطیه) مدلول مطابقی و در دیگری (حقیقیه) تبعی است. (همان، ۱/ ۱۲۹).

نقد

سید مصطفی خمینی در ابتدا صراحتاً چنین نگاهی را رد می‌کند: «علامه نائینی معتقد است که قضیه شرطیه از جمله قضایای حقیقیه است. و قضیه حقیقیه به

۳. در میان علما منطق، کاتبی قزوینی از جمله قائلان به این نظر است.

۴. ر.ک: دراسات فی علم الاصول، ۱/ ۱۶۷؛ ۴/ ۲۳۴؛ محاضرات فی الاصول، ۵/ ۲۶؛ خوئی، الهدایة فی الاصول، ۳/ ۲۰۲.

قضیه شرطیه لزومیه بازگشت می‌کند. در حالی که هر دو صورت باطل و غلط است» (مصطفی خمینی، ۶۲/۳).

اما در ادامه نگاهی متفاوت را نسبت به این مسأله مطرح می‌کند. او قضیه حقیقه را در قوه قضیه شرطیه می‌داند. به واقع نگاهش را در مقابل نگاه محقق نائینی تعدیل می‌کند.

قضایای شرعیه کلیه، به مثابه قضایای حقیقه هستند. پس وقتی گفته می‌شود: «بر مستطیع حج واجب است» این قضیه در قوه قضیه شرطیه است. یا از قبیل قضایای بتیه‌ای است که موضوع آن قابل صدق بر افراد موجود و افرادی که بعداً موجود می‌شود، است. (همان، ۴۳۵). شهید صدر نیز تعبیر «فهو فی قوة القضیه الشرطیه» را مطرح می‌کند. (صدر، ۳۵۳/۳).

امام خمینی با صراحت بدون هیچ تعدیلی این نگاه را مردود می‌شمرد. وی قضیه حقیقه را همانند قضیه خارجی، بتیه می‌داند؛ با این تفاوت که موضوع قضیه حقیقه اعم از محققه و مقدره است. چون حکم در این قضیه بر سر عنوانی است که شامل افراد موجود و مقدر می‌شود. به این ترتیب در مفاد قضیه‌ای مثل «آتش گرم است» هیچ شرطی وجود ندارد، مگر این که گرمای آتش با تحقق خارجی آن محقق می‌شود. و این ارتباطی با قضیه شرطیه ندارد. اگر این چنین بود می‌بایست در قضایایی مثل «مجموع زوایای مثلث مساوی دو زاویه قائمه است» و «هر چهاری زوج است» نیز اثبات تساوی و زوجیت مشروط به تحقق خارجی باشد، در حالی که این امور به عنوان لوازم ماهیت مثلث و چهار برای ذوات ماهیات بدون هیچ شرطی ثابت‌اند.

نهایت چیزی که می‌توان گفت این است که ماهیت ماهیت نیست، و نیز لوازم ماهیت، لازم ماهیت نیستند؛ مگر به واسطه وجود، به نحو قضیه حینی؛ نه مشروطه. زیرا در معنای مشروطه شرط در ثبوت حکم دخالت دارد، در حالی که در لوازم حکم، شرط دخالتی ندارد (امام خمینی، ۱۴۳/۲).

ممکن است کسی بگوید قضیه شرطیه بعد از تحقق شرط حکم، محقق می‌شود؛ و در قضیه حقیقه هم این گونه است.

امام خمینی در مناهج الوصول متذکر شده است، که واجب مشروط پس از تحقق شرطش از ساختار خود خارج نمی‌شود تا به شکل مطلقه (خارجیه) در آید. در قضیه مطلقه خارجی، تمام شرایط تکلیف به عنوان قیود موضوع، اخذ می‌شوند؛ و حکم بر چنین موضوعی بار می‌شود، بنابراین موضوع نمی‌تواند از چنین حالتی خارج شود. اما در قضایای شرعیه که به

نحو حقیقیه‌اند، چنین قولی لازمه‌اش این است که موضوع پس از وجود خارجی، موضوعیتش گرفته شود. (امام خمینی، ۳۳/۲).

در قضیه شرطیه حقیقیه نیز مانند قضیه حقیقیه حملیه، چنین بحث‌هایی جای دارد. از جمله این که آیا قضیه حقیقیه، در قالب شرطیه، مفهوم دارد یا خیر؟ صاحب تحریرات، برای این که قضیه شرطیه حقیقیه دارای مفهوم باشد، چند شرط را لازم می‌داند:

أ- قضیه حقیقیه باشد.

ب- تعلیق مقدم بر تالی روشن باشد.

ج- حکم تالی قابل تکرار نباشد. مثلاً در قضیه «هنگامی که آب به اندازه گُر رسید چیزی آن را نجس نمی‌کند»؛ حکایت از یک ویژگی برای آب می‌کند که در آن اعتصام از نجاست معلق بر رسیدن به حد کَریت است، و این اعتصام تکرار در آن معنا ندارد. لذا تعدد اسباب دیگر اعتصام جدیدی نمی‌آورد (مصطفی خمینی، ۳۲/۵ و ۱۴۲).

شرط باید علت منحصره برای حکم باشد (امام خمینی، ۱۸۴/۲).

نکته‌ای که در شرط آخر شهید صدر به آن توجه کرده آن است که این انحصار ناشی از وضع ادات شرط نیست، بلکه ناشی از اراده گوینده و طبیعت؛ و به تعبیری، هیئت حاصله از اطلاق جمله شرطیه است. (صدر، ۸۹/۲ و ۱۹۰).

محقق خوئی در چگونگی مفهوم‌دار بودن یا نبودن این نوع قضیه می‌گوید:

أ- قضیه حقیقیه بازگشت به قضیه شرطیه داشته باشد و برعکس.

ب- اگر بپذیریم که صرف شرطیه بودن قضیه، مفهوم دارد، قضیه حقیقیه هم مفهوم دارد.

لکن، این ادعا خلاف وجدان است، چون: جمله شرطیه‌ای که برای بیان تحقق موضوع - نه تعلیق چیزی به چیز دیگر - در نظر گرفته می‌شود، مفهوم ندارد و قضیه حقیقیه که بازگشت به شرطیه می‌کند، از این قبیل قضایا است (خویی، ۲۶۴/۲). یعنی اگر هم قضیه شرطیه مفهوم داشته باشد، این نوع قضیه شرطیه، که برای بیان تحقق موضوع است، مفهوم ندارد.

میرزای نائینی به شرط مفهوم‌دار بودن قضیه شرطیه، یعنی تحقق موضوع، اشاره می‌کند. توجه او در این شرط، این است که قضیه بر حالت و شکل اصلی خود باقی بماند. به طور مثال جمله «إن رزقت ولداً فاختنه» مفهوم ندارد، زیرا اصلاً ثبوت و تحقق موضوعی نیست؛ تا از عدم آن، انتفاء جزا (یعنی عدم ختان) صورت گیرد. وی، آیه نباء را نیز همین‌گونه تفسیر

می‌کند. (نائینی، ۱۰۴/۲).

این بحث را اندیشمندانی هم‌چون شیخ انصاری (نائینی، ۱۱۸/۱)، آخوند خراسانی (حائری یزدی، ۱۰۱)، شهید صدر (صدر، ۳۵۱/۴) نیز در گذشته مطرح کرده‌اند. در کل، مفهوم دار بودن یا نبودن قضیه حقیقه، بستگی به پذیرش مبنایی دارد که از قضیه شرطیه راجع به مفهوم می‌پذیریم.

انحلال قضیه حقیقه به قضایای متعدده

محقق نائینی و خویی طبق مبنایشان - بازگشت قضیه حقیقه به شرطیه - معتقد به انحلال قضیه حقیقه به قضایای متعدد نیز شده‌اند. البته، انحلال قضیه حقیقه به قضایای متعدده را منکران بازگشت قضایای حقیقه به شرطیه نیز قائل‌اند؛ منتها محقق نائینی و خویی این تعدد را با مبنای خویش نیز گره می‌زنند: «بین قضیه شرطیه و حقیقه فرقی از جهت انحلال وجود ندارد. بنابر این، همان‌گونه که حکم به سبب تعدد موضوع متعدد می‌شود؛ به سبب تعدد شرط نیز متعدد می‌شود...» (نائینی، ۴۲۹/۱).

در تمام قضایای حقیقه به سبب ویژگی‌ای که موضوع آن از جهت افراد دارد، به احکام متعدده منحل می‌شوند (نائینی، ۱۷۹/۳).

به هر حال، قضایایی هم‌چون «الیقین لا تنقض بالشک» در نظر محقق نائینی قضایای عام انحلالی هستند که به حسب تعدد افراد یقین و شک در خارج، قابلیت انحلال به قضایای متعدده را دارند (همان، ۶۸۶/۴ و ۳۱۲). البته این حکم باعث نمی‌شود که بگوییم قضیه حقیقه در واقع قضایای متعدده است. بلکه یک قضیه است؛ که حکم بر موضوع مقدره الوجود آن مترتب می‌شود. و انطباق افراد خارجی بر موضوع یک امر قهری است (همان، ۷۹۴؛ امام خمینی، ۱۵۱/۲). اما اگر قول به انحلال را بپذیریم آثاری بر آن مترتب خواهد شد که اجمالاً به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم.

محقق نائینی از پذیرش قول به انحلال نتیجه می‌گیرد که اگر دو دلیل عام این چنینی، که دارای رابطه عام من وجه هستند، در نقطه اشتراک تعارض کردند، باعث نمی‌شود اصل یک قضیه یا هر دو، با تعارض کنار گذاشته شوند. زیرا فقط در افراد مشترک تعارض رخ داده، لذا احکام تعارض در آن نقطه متمرکز خواهد بود؛ و دو دلیل بر حجیت خود باقی خواهند ماند (همان، ۷۹۲ - ۷۹۴). محقق خوئی نیز همین نگاه از استاد خویش را می‌پذیرند.

نقش قضیه حقیقه در مسائل اصولی

شک در مکلف به

پذیرش یا عدم پذیرش انحلال قضیه حقیقه به قضایای متعدده، می تواند آثار اصولی مخصوص به خود را داشته باشد. به طور مثال، برخی معتقدند که در قضایایی هم چون «الخمر حرام» تکلیف، معلوم و شک در مقام امتثال است. پس مکلف می بایست از عهده تکلیف در مقام امتثال خارج شود. از این رو اگر فردی مشتبه از خمر را انجام دهد، مطمئن از خروج نمی تواند باشد. زیرا شک در تکلیف نیست تا برائت جاری شود.

محقق خوئی نیز بیانی را از شیخ می آورد که حاصل آن عبارت است از: تکالیف اگر به نحو حقیقه جعل شده باشند، منحل به قضایای متعدده می شوند؛ اگر چه به حسب ظاهر یک قضیه باشند. مثلاً در قضیه «آتش گرم است»، حکم برای فرد خاصی از آتش ثابت می شود؛ به گونه ای که مغایر با فرد دیگر است. از این رو شک باز می گردد به اصل تکلیف [در فرد مشکوک]. زیرا اگر چه انشاء یکی است، لکن منحل به انشاءهای متعدد می شود و ما شک می کنیم که آن فرد مشکوک در میان آنها است یا نه (خوئی، ۳/۳۳۹).

از ثمرات دیگری که بر مسأله انحلال قضیه حقیقه وجود دارد پاسخ به اشکالی است که برخی هم چون محقق نائینی به آن اشاره کرده است.

خلاصه اشکال: در بحث استصحاب، اشکالی را از مجرای حکومت وارد می کنند. نقطه اصلی اشکال، لزوم وحدت دلیل حاکم و محکوم است. محقق نائینی با طرح انحلال قضیه حقیقه به قضایای متعدده، به این اشکال پاسخ می دهد: «فإن قوله عليه السلام «لا تنقض اليقين بالشك» عام انحلالی فیحلّ إلى قضایا متعدده حسب تعدد افراد اليقين و الشك فی الخارج.» (نائینی، ۴/۶۸۶).

آقا ضیاء عراقی از زاویه ای کمی متفاوت با نظرات قبلی، قضیه حقیقه را منحل به قضایای متعدده می داند. ایشان مبنا و منشاء این تعدد را طبیعت موضوع می داند که قابلیت تعدد حصص آن به سبب تعدد افرادش را دارد. مثلاً «انسان عادل صادق است» به حسب ظاهر یک قضیه است، اما موضوع، طبیعت عادل است که قابلیت تعدد را در نهان دارد (عراقی، ۳/۱۲۴). به خلاف نگاه قبلی که مفروض الوجود بودن موضوع را عامل مستقیم انحلال می دانست؛ گرچه منشاء مفروض الوجود بودن همان چیزی است که آقا ضیاء می گوید، یعنی طبیعت موضوع. بنابراین در یک صورت می توان گفت که قضیه حقیقه به قضایای متعدده منحل نمی شود. و

آن این که موضوع قضیه را طبیعت به شرط لا بدانیم. یعنی حکم فقط به طبیعت بما هو طبیعت بخورد منتها این قول بی تردید با مفهوم مقدر الوجود بودن افراد خارجی نمی سازد.

قضیه حقیقه و رابطه آن با عام و مطلق

در بحث عام، عمومیت را می توان از الفاظی چون «کل»، «جمع» و... یا جمع معرف به «ال» و یا از نکره در سیاق نفی فهمید. موضوع در عام تمام افراد تحت خود است. یعنی توجه موضوع، به تمام افرادی است که در خارج هستند. شمول عام در خارج می تواند به صورت های گوناگون نسبت به افراد موجود در خارج بشود. استغراقی، مجموعی، بدلی که در عام استغراقی موضوع مستقیماً تک تک افراد خارج را در بر می گیرد. مثل «اکرم کل عالم» «لا تکریم ای فاسق» و «لا تکریم فاسقاً».

نکته قابل توجه در عام، بحث وضع لفظ است. یعنی اگر لفظی یا عبارتی قرار است بر عام دلالت کند باید برای چنین معنایی وضع شده باشد.

در اطلاق؛ معنای عمومیت، مانند عام است؛ اما تفاوت هایی که در اطلاق وجود دارد به روشنی آن را از عام جدا می کند. همین که گفته می شود اطلاق، یعنی یک لفظ از نگاه گوینده، یله و رها است. وقتی گفته می شود: «سیب»، یعنی سیب بدون هیچ قیدی. خواه یک مصداق و فرد یا صد مصداق و فرد داشته باشد. به تعبیری، وضع این لغت برای سیب است؛ اما باید از قرائن و واسطه ها، عمومیت آن را فهمید. به خلاف بحث عام.

بنابراین وقتی گفته می شود: خوردن سیب مفید است. اگر از طریق قرائن، اطلاق آن ثابت شد، دیگر توجه به کیفیت و نوع سیب لازم نیست؛ و هر نوع سیبی را شامل می شود. یعنی هر سیبی مفید است.

با این توضیح مختصر، حال ببینیم قضیه حقیقه که به نوعی معنای عمومیت در آن نهفته است، از کدام دسته می تواند باشد؟ عام یا مطلق؛ یا شاید هیچ کدام؟

در این که بشر تمام راه های افاده معنای عموم را محدود به استفاده از الفاظ عام یا اطلاق بداند ثابت نشده است. اما آنچه در اصول فقه تا به حال معلوم گشته، این دو طریق تنها راه ممکن برای افاده عموم است. بنابراین قضیه حقیقه از یکی از این دو راه خارج نیست. یعنی نمی توان رابطه قضیه حقیقه را با هر دو روش، متعاند دانست. بلکه فقط با یکی از این دو چنین رابطه ای خواهد داشت. و نتیجه قضیه حقیقه یکی از مصادیق عام یا مطلق می شود.

آقای مروج، صاحب منتهی الدرایه، معتقد است که عام، همان قضیه حقیقیه است که در جعل قوانین به کار می‌رود؛ به خلاف مطلق. از این رو عام قابلیت تخصیص نیز دارد، حتی در مواردی که مصداق خارجی نداشته باشد.

حال اگر در وقت نیاز تخصیص نیاز داشت، تخصیص می‌خورد. ولی اطلاق چنین قابلیت را ندارد. لذا هنگام تعارض مطلق با مقید، فقها به اباء مطلق از تقیید، به خاطر قوت آن ملتزم شده‌اند! (مروج، ۱۶۴/۸).

نقد

محقق خوئی به این که مطلق، قوت دارد؛ پس اصل، در تعارض، غلبه مطلق بر مقید است، معتقد نیست (نائینی، ۲/۲۱۰).

شهید صدر نیز این نگاه که مطلق اباء از تقیید و تخصیص دارد را نمی‌پذیرد. وی معتقد است که امکان تخصیص در مطلق نیز به دلیل یکی بودن ملاک بحث، وجود دارد. وی ملاک را امکان تمسک به اصل لفظی یعنی ظهور می‌داند، که در هر دو وجود دارد. (صدر، ۳/۳۵۳). امام خمینی در بحث تمسک به عام در شبهه مصداقیه، به عام یا مطلق بودن قضیه حقیقیه نیز توجه دارد. ایشان در این بحث اشاره می‌کند که برخی میان مطلق و مقید، و عام و خاص دچار خلط شده‌اند: آن‌ها در شبهه مصداقیه موضوع عام را طبیعت عام می‌دانند. که وقتی مشخص آمد، معلوم می‌شود موضوع چیز دیگری است. به طور مثال در قضیه «هر عالمی لازم است اکرام شود» ظاهراً موضوع طبیعت «عالم» است. اما بعد از تخصیص «مگر فاسقان» معلوم می‌شود، «عالم» قسمتی از موضوع و «عادل» قسمتی دیگر از موضوع است. یعنی در واقع، موضوع «عالم عادل» است. بعد نتیجه می‌گیرند که در شبهه مصداقیه نسبت به خاص، تمسک به نفس عام صورت می‌گیرد؛ بدون این که میان قضایای حقیقیه و غیر آن فرقی باشد. اشکالی که امام خمینی به این نگاه وارد می‌کند، آن است که آنان میان مطلق و مقید، و عام و خاص، دچار خلط شده‌اند. زیرا این مطلق و مقید است که مثل قضیه حقیقه است؛ نه عام و خاص.

در عام و خاص، موضوع به افراد خارجی تعلق می‌گیرد، نه طبیعت؛ که با ورود مشخص تعدادی از آن‌ها از دایره عام خارج می‌شوند. به علاوه، این مطلق همان طبیعت است که می‌تواند مرآت برای خصوصیات فردیه قرار گیرد، نه عام. بنابراین تمسک به عام در شبهه مصداقیه صحیح نیست (همان).

تحقیق امر آن است که قضیه حقیقه از سنخ اطلاق است. میرزای نائینی مفاد قضیه حقیقه را اطلاق شمولی دانسته؛ که با مقدمات حکمت حاصل شده است. مثلاً در عبارت «عالم لازم است که اکرام شود»، ابتدا دلالت بر وجوب اکرام نسبت به طبیعت عالم می‌کند. پس از آن، شمول از مقدمات حکمت استفاده می‌شود. اما در عام (عام اصولی)، عموم و شمولیت مدلول لفظ است. مثلاً در عبارت «هر عالمی لازم است اکرام شود» این لفظ «هر» است که چنین مفادی را دارا است. یعنی اکرام کن زید عالم، بکر عالم و... [مشخصاً]. به خلاف قضیه حقیقه، که از سنخ اطلاق است. چنین مدلولی را ابتدائاً ندارد؛ وگرنه برای بیان قضیه حقیقه، نیاز به قیاس (استنتاج حکم افراد از ضم کبری به صغری) نخواهیم داشت؛ حال آن‌که نیاز است (نائینی، ۵۱۹/۲-۵۲۰).

ایشان در بخش دیگر، دقیقاً قضیه خارجی را که ویژگی عام است، در مقابل قضیه حقیقه قرار می‌دهد و با این کار قضیه حقیقه را از عام بودن خارج می‌کند. (صدر، ۱۷۰/۱).

شبیه این کار را شهید صدر در بحث حجیت ظواهر مطرح می‌کند. با توجه به این که بعضی آیات، ظهور در نهی از عمل به تشابهات دارند، از سویی، برخی خود ظواهر را نیز از تشابهات می‌دانند، نتیجه آن می‌شود که از وجود نهی، عدم خود نهی پیش آید، [به تعبیری از وجود آیات نهی از عمل به تشابهات، عدم آن نهی پیش آید؛ زیرا نهی عمل به تشابهات جزء ظواهرند و ظواهر حجت نیستند]. و این محال است.

شهید صدر در پاسخ می‌گوید:... این آیه قضیه خارجی است. نه حقیقه، چرا که آیه ناظر به خود قرآن و محتوای آن، یعنی محکومات و تشابهات موجود در قرآن است؛ پس اطلاقی در کار نیست؛ تا هر ظاهری، از جمله خودش را شامل شود (صدر، ۳۵۳/۳). روشن است که شهید صدر قضیه خارجی را وقتی در مقابل اطلاق می‌گذارد، آن را از موارد عام بداند. بنابراین قضیه حقیقه در مقابل عام قرار می‌گیرد.

به نظر می‌رسد با توجه به نوع موضوع قضیه حقیقه، که در آن سعه وجودی افراد و مصادیق موضوع به وسعت تمام مصادیقی است که شأنیت اتصاف موضوع را دارند؛ نتوان آن را از موارد عام دانست. زیرا عام از آنجا که به خارج متصل است، نمی‌تواند افرادی همانند قضیه حقیقه مطلق و رها داشته باشد.

عام و شبهه نسخ حکم

یکی از مباحثی که در اصول طرح می‌شود، عدم معقولیت نسخ حکم، قبل از رسیدن وقت

عمل به آن است. از این رو اگر خاص قبل از عمل به عام صادر شود، و هنوز به آن خاص عمل نشده باشد، مخصصاً عام خواهد بود، نه ناسخ آن.

میرزای نائینی در نقد این نظر، آن را ناشی از خلط و عدم تمییز میان قضیه حقیقه و خارجیه می‌داند. زیرا چنین حکمی، در قضیه خارجیه معقول و مقبول است، اما در قضیه حقیقه چنین امتناعی وجود ندارد. از این رو منعی از نسخ حکم نیست؛ زیرا در صحت جعل حکم چنین قضایی وجود موضوع شرط نیست؛ بلکه موضوع مفروض هم کافی است (نائینی، ۱/۵۰۷). پس نیاز به این توجیه نیست که بگوییم خاص از همان ابتدا برای تخصیص آمده است. چون موضوع در قضیه حقیقه نیازی به تحقق خارجی ندارد تا دچار محذور شویم.^۵

در این جا نیز تفاوت قضیه حقیقه با عام و نقش قضیه حقیقه به خوبی روشن است. محقق بروجردی درباره نسخ حکم این گونه مسأله را طرح می‌کند: نسخ حکم یا همان بداء پیش از رسیدن وقت عمل به حکم و یا پس از رسیدن وقت عمل به حکم، نسبت به کسی که به غیب (مصلحت و مفسده) علم ندارد، جایز است. بنابراین کسی که به غیب علم دارد نسخ حکم نسبت به آن جایز نیست. زیرا اگر در فعلی یا امر به آن فعل، مصلحتی باشد، دیگر نهی از آن چگونه ممکن است؟ یا برعکس در فعلی یا امر به آن فعل، مصلحتی نباشد چگونه می‌تواند امر کند؟

البته این ویژگی در قضایای موقته است؛ خواه خارجیه باشند یا حقیقه. مثل «فمن شهد منکم الشهر فلیصمه...» اما در قضایای غیر موقته که همان قضایای حقیقه‌اند محذوری در نسخ آن نیست، حتی اگر یک ساعت بعد از صدور حکم باشد؛ زیرا در این نوع قضایا وجود موضوع یا رسیدن وقت خاصی در نظر گرفته نشده است.

موضوع در این قضیه مفروض الوجود است. مثلاً در قضیه «القاتل یقتل» اگر امروز در قتل او مصلحتی باشد اما فردا آن مصلحت نباشد، مولا می‌تواند این حکم را امروز انشاء و فردا فسخ کند، حتی اگر هیچ فردی کشته نشود. در واقع چنین عملی (نسخ) از مولا نیز خود مصلحت دارد. زیرا ممکن است همین حکم در نفس الامر مانع کشته شدن کسی شود. (خویی، ۲۰۲/۳).^۶

۵. البته میرزای نائینی در میان قضایا، قضیه حقیقه موقته را استثناء می‌کند. و نسخ حکم در آن را همانند قضیه خارجیه جایز نمی‌داند. رک همان.

۶. رک: نائینی، اجود التقریرات، ۵۰۷/۱؛ محاضرات فی اصول الفقه، ۵/۳۱۷.

استصحاب و شبهه نسخ احکام شریعت

مثلاً حکمی در تورات و یا انجیل آمده است که در شریعت ما نیامده است. حال اگر شک کنیم، آیا می‌توانیم در این‌جا استصحاب احکام شرایع سابق را کنیم یا خیر؟ یعنی ادله استصحاب می‌گوید لاتنقض الیقین بالشک، یقین دارم این حکم در شریعت حضرت موسی، در شریعت حضرت عیسی، حکم خدا بوده است و در تورات و یا انجیل آمده است، در اسلام هم این حکم نیامده است در این‌جا شک بکنم که این حکم حجت است یا حجت نیست؟ آیا می‌توانیم استصحاب احکام شرایع سابقه را در شریعت اسلام برای یک مسلمان اجرا کنیم یا خیر؟ آیا «لاتنقض الیقین بشک» این موارد را دربر می‌گیرد یا خیر؟

اشکال اول بر این که نمی‌توانیم استصحاب بکنیم این است که: وحدت قضیتین محفوظ نیست، آن احکام برای شریعت یهود و مسیح آمده است برای ما که دارای شریعت اسلام هستیم نیامده است و در اصل خطاب این احکام برای شریعت ما نیامده و نبوده است. در نتیجه این‌جا موضوع تغییر پیدا می‌کند، موضوع در قضیه متیقنه مسیحیان و یهودیان هستند؛ اما موضوع در قضیه مشکوکه مسلمانان هستند. پس ما آیا می‌توانیم با تعدد موضوع در این‌جا استصحاب بکنیم یا خیر، در حالی که یکی از ارکان مهم استصحاب وحدت قضیتین (در وحدت قضیتین، قضیه مشکوکه باید عین قضیه متیقنه باشد) است که در این صورت در این‌جا رعایت نشده است.

پاسخ به این اشکال این است که: جعل حکم اگر به نحو قضیه حقیقیه باشد، مخاطب، افراد خاص نیستند؛ زیرا به نحو قضیه حقیقیه جعل حکم شده است. نحوه قانون‌گذاری دنیا در شرایع آسمانی همه به نحو قضیه حقیقیه است، در این صورت هیچ‌گاه افراد را در نظر نمی‌گیرد بلکه حکم را روی دارندگان این قیود می‌برد. یعنی هرگاه این قیود برای کسی جمع شد، این حکم برای او فعلی می‌شود. بنابراین اشکال بالا وارد نیست. بله اگر کسانی بگویند که جعل حکم به نحو قضیه خارجی است یعنی مخاطب خود افراد، مثلاً مسیحیان هستند و خطاب حکم مسیحیان است، این اشکال وارد است.

اما باید گفت که نحوه قانون‌گذاری به نحو قضیه حقیقیه است، مثلاً هرکس اگر مستطیع شد، عاقل بود، بالغ بود، حر بود به حج برود. حالا این فرد در هر کجا و در هر شریعتی می‌خواهد باشد فرقی نمی‌کند. در جامعه عقلاء جعل حکم به نحو قضیه حقیقیه است نه به نحو خارجی.

مبتکر این پاسخ شیخ انصاری است که برخی در اجرای استصحاب، نسبت به جریان شریعت در زمان متأخر یا عدم جریان آن در زمان متأخر (نسخ شریعت سابقه در زمان متأخر)، معتقدند استصحاب قابل اجرا نیست؛ زیرا موضوع تغییر کرده است. مگر این که یک فرد، در هر دو زمان بوده باشد [مثلاً شخصی هم در زمان شریعت موسوی باشد و هم در زمان شریعت عیسوی]. در این شخص استصحاب عدم نسخ قابل اجرا است.

شیخ انصاری معتقد است که نباید حکم اشخاص (تفاوت احوالات افراد) را در این جا پیاده کرد «إِنَّ اخْتِلَافَ الْأَشْخَاصِ لَا يَمْتَنِعُ عَنِ الْاِسْتِصْحَابِ» (فرائد الاصول ۶۵۵/۲). وگرنه استصحاب عدم نسخ اصلاً جاری نمی شد.

صاحب کفایه نیز با عبارت «لعموم ادله الاستصحاب» سوی دیگری از بیان شیخ را تأیید می کند. یعنی وقتی حکم اشخاص در جریان استصحاب عدم نسخ احکام شریعت سابقه، جای ندارد، معنایش این ست که عمومیت ادله استصحاب مانع از چنین حکمی می شود.

شهید صدر این دو نظر را به شکل زیبایی جمع کرده است:

اگر حکم از قبیل قضایای خارجیه باشد که در آن عارض بر افراد محققه می شود، در این صورت تعدد موضوع و مانع جریان استصحاب عدم نسخ وجود دارد. اما اگر قضیه به نحو قضیه حقیقیه باشد دیگر فرقی میان افراد متیقن زمان سابق و افراد مشکوک در زمان متأخر نیست؛ جز در زمانی که مانع جریان استصحاب وجود داشته باشد. در قضیه حقیقیه چون موضوع، کلی مقدر الوجود است [دیگر حکم روی اشخاص نمی رود؛ بنابراین استصحاب عدم نسخ ممکن است].

در نتیجه احکامی که در تورات است، اگر مخالف شریعت اسلام نباشد، در قالب قضایای حقیقیه برای اسلام به قوت خود پابرجاست.

خطاب های احکام

در این باره دو بحث مطرح است:

اول: امکان خطاب نسبت به معدومان

دوم: ادات خطاب برای چه وضع شده اند؟ به عبارتی خطاب فقط حقیقی است یا اعم از آن؟

بحث اول

اگر تکلیف و خطاب شارع، فعلی باشد، نمی تواند به معدومان تعلق بگیرد. زیرا تکلیف

فعلی به چیزی که بتوان آن را امتثال کرد تعلق می‌گیرد؛ وگرنه چنین تکلیفی امر لغو و محالی خواهد بود؛ مگر این که قضیه به نحو حقیقه باشد؛ خواه از ادات خطاب استفاده شود یا نشود. مثلاً در «یا ایها المؤمنون» و «و الله على الناس حج البيت» (آل عمران: ۹۷). قضیه متکفل بیان حکم برای موضوعات مقدرالوجود است. به تعبیری شأن قضیه حقیقه؛ اثبات ملازمه میان حکم و موضوع - بر فرض وجود - است و توجهی به وجود موضوع ندارد. (خویی، ۳۵۵/۲).

بحث دوم

قضیه خارجیه ظهور در خطاب حقیقی دارد. از این رو استعمال آن در غیر خطاب حقیقی اگرچه ممکن است؛ ولی خلاف ظاهر است؛ و احتیاج به قرینه صارفه از این ظاهر دارد. مثلاً «یا ابتاه»، «یا أمه» در مقام تحسّر و خلاف ظاهر است.

اما اگر قضیه، حقیقه باشد، دیگر به این عنایات و قرائن نیاز نیست. در این قضیه معدوم و غائب از خطاب به منزله موجود و حاضر در نظر گرفته می‌شود.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که:

۱. ظاهر کتاب می‌تواند نسبت به معدومان هم حجت باشد؛ چون خطاب عمومیت دارد.
 ۲. تمسک به اطلاق ممکن و صحیح است. چون خطاب عمومیت دارد. یعنی اگر خطابی که در ظاهر، شامل مشافهان نباشد، اما احتمال شمول بعضی از آن‌ها وجود داشته باشد؛ این اصل می‌تواند احتمال را مرتفع کند. مثلاً افراد محتمل ممکن الزوال باشند و احتمال عدم دخول غیر مشافهان برود، تمسک به اطلاق، این احتمال را مرتفع می‌کند. اما اگر افراد محتمل، ممکن الزوال نبودند دیگر این اصل کارایی خود را از دست می‌دهد. (نائینی، ۱۲۷/۱ و ۴۴۷).
- میرزای نائینی، در ضمن بحث تفاوت قضیه خارجیه با حقیقه می‌آورد: نزاع در این که آیا خطاب شامل غائبان یا معدومان می‌شود یا خیر، در قضیه خارجیه معنا ندارد. زیرا در این گونه موارد است که وجود موضوع معینه شرط است نه در قضیه حقیقه. از این رو خطاب به غیر مشافهان هم قضیه حقیقه صحیح است. بنابراین کشاندن چنین نزاعی در قضیه حقیقه ناشی از خلط قضیه خارجیه با این نوع قضیه است. (همان، ۱۲۶).

بنا بر این اگر خطاب در قضیه خارجیه شامل غائبان و معدومان بشود نیاز به امر زائد دارد. اما در قضیه حقیقه - که محل بحث ما نیز همین است - خطاب در این قضایا، هم شامل مشافهان، هم غائبان و هم معدومان می‌شود. زیرا در این قضیه خطاب غائب و معدوم را نیز به

منزله موجود (مشافهه) فرض می‌کند. این تنزیل در واقع مقوم اصل قضیه حقیقه است، لذا امر زائدی هم به حساب نمی‌آید (همان، ۴۸۹).

مجازیت استعمال در ما انقضی عنه المبدأ

میرزای نائینی در یک بحث مفصل راجع به استعمال مفاهیم اشتقاقیه (مما تلبس، مما انقضی، مما یتلبس)، محدوده استعمال مشتق را فقط در مما تلبس می‌داند. وی ذواتی را که تلبس آن‌ها منقضی شده اگر از موارد حرّف، صناعت، ملکه و... باشد از موارد «مما تلبس» به شمار می‌آورد. (نائینی، ۷۵ / ۱).

میرزای نائینی در ادامه، قول قائلان به اعم و استدلال آن‌ها را، به همراه دفاع، مطرح می‌کند: /شکال: «ممکن است اعمی بگوید اگر کسی قائل به حقیقت در خصوص متلبس شود در عین حال کثیراً در مما انقضی استعمال کند، کثرت استعمال در مجاز را در پی دارد. [زیرا طبق مبنا، قضیه‌ای مثل «آب وقتی به حد کُر برسد هیچ چیزی آن را نجس نمی‌کند» به قضایای متعدد منحل می‌شود. و اگر چنین مشتقی مجاز باشد تعدد یا همان کثرت مجاز پیش می‌آید] و این با حکمت وضع منافات دارد.

پاسخ: معلوم نیست این استعمالات که شما مجاز می‌دانید، مجاز باشد؛ زیرا ممکن است این استعمال به لحاظ حال تلبس باشد. بنابراین در این صورت دیگر مجاز نخواهد بود. این نشان می‌دهد که استعمال در «ما انقضی» تلازمی با مجازیت ندارد. (همان، ۸۰). /شکال: ممکن است اعمی به آیه سرقت و زنا استناد کند که در این‌جا استعمال به حال انقضا است نه حال تلبس.

پاسخ: این دو مثال اصلاً از محل بحث خارج‌اند. یعنی نمی‌توان در این دو مثال بحث انقضاء و تلبس را مطرح کرد. زیرا این دو مثال از قبیل قضایای حقیقه‌اند که صدور حکم در آن منوط به تحقق موضوع است. مثلاً در آیه سرقت به محض ارتکاب سرقت حکم آن صادر می‌شود و این حکم برای سارق هست؛ تا زمانی که حکم اجرا شود. اگر این را هم نپذیریم، نهایتاً می‌توان گفت که این مورد در حکم تلبس است تا این‌که امثال شود.

به طور کلی می‌توان این‌گونه مسأله را طرح کرد که حکم دو قسم است:

آ- قسمی که در آن وجود حکم دایر مدار وجود یا عدم موضوع است. یعنی اگر موضوع باشد، حکم نیز هست. و اگر موضوع نباشد حکم نیست. مثل حرمت شرب خمر که دایر مدار

تحقق خمیریت برای مایع است.

ب- قسم دیگر آن است که حکم در آن دایر مدار وجود موضوع در خارج است. و پس از آن برای بقاء حکم، دیگر نیاز به بقاء موضوع نیست. به عبارتی در این جا علت محدثه علت مبقیه نیز هست، لذا حکم ساقط نمی شود تا این که امثال شود. مثل حکم سارق و زانی (همان، ۸۱).

میرزای نائینی از این بحث یک نتیجه تفسیری - کلامی نیز می گیرد، که گفتن آن خالی از لطف نیست.

در آیه ﴿وَإِذْ أَوْفَىٰ بِرَبِّهِمْ رَبُّهُ بِكَلِمَتٍ فَأَتَمَّهُنَّ ۖ قَالَ إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا ۚ قَالَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِي قَالَ لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ﴾ (بقره/۱۲۴) می گوید: اگر شما مشتق را فقط در حال تلبس حقیقت بدانید، دیگر نمی توان برای اثبات امامت و رد خلافت خلفای ثلاث به این آیه استناد کرد. زیرا آنان حین اتصاف به خلافت، متصف به ظلم (بت پرستی) نبودند. و طبق مبنای شما ظالم فقط در حین اشتغال به ظلم به وصف ظلم متصف و عنوان ظالم از آن اشتقاق می شود. بنابراین خلفا در تصدی خلافت به حق بودند. زیرا در آن هنگام، اشتغال به بت پرستی (ظلم) نداشتند!

پاسخ: همان طور که گفته شد، این جمله در آیه شریفه از قبیل قضیه حقیقه است که به محض تحقق ظلم، حکم عدم لیاقت امر امامت و ولایت شامل او می شود. (همان).

قطع به حکم در قضیه حقیقه

شهید صدر در بحث قطع، به نکته ای اشاره می کند:

هر حکمی که متوجه مکلف باشد اگر به آن قطع پیدا کند، مخصوص به خود او و برای او منجز است. مثل قطع به حکم مجتهد نسبت به وظیفه اش.

اما اگر این حکم متوجه او نباشد، یعنی حکم به نحو قضیه حقیقه باشد، در این صورت حکم مربوط به مجتهد است. حال اگر مجتهد به آن قطع پیدا کند برای او منجز است و می تواند به آن فتوا دهد. (خویی، ۱۶/۱ - ۱۸).

نتیجه گیری

قضیه حقیقه برخلاف قضیه خارجی از کارایی و قابلیت های زیادی در بیان قوانین پایدار

برخوردار است. چنین قضیه‌ای در علم اصول می‌تواند به عنوان نتیجه استنباط قواعد اصولی باشد. و یا اگر صغریات به چنین قضیه‌ای منضم شود، نتیجه فقهیه خواهد داد. یعنی حکم کلی شرعی که برای موضوع مقدر الوجودش ثابت است. و این شأن قضیه حقیقه است. از سویی می‌تواند مبنای بسیاری از قواعد اصولی قرار گیرد. مثلاً اگر بازگشت این قضیه را به شرطیه بپذیریم، می‌بایست انحلال این قضیه به قضایای متعدده و آثار و تبعات این مبنا را نیز پذیرفت.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل البيت «ع»، ۱۴۱۷ق.
- اصفهانی، محمد حسین، *نهایة الدراية*، قم، سید الشهداء، ۱۳۷۴.
- امام خمینی، روح الله، *تهذیب الاصول*، اسماعیلیان، ۱۳۸۳.
- _____ *الرسائل*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۵.
- _____، *انوار الهدایة*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ق.
- _____، *مناهج الوصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ق.
- جزائری، محمد جعفر، *منتهی الدراية*، بی‌جا، دارالکتاب الجزایری، ۱۴۱۵ق.
- حائری یزدی، عبدالکریم، *درر الفوائد*، قم، مهر، بی‌تا.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقہ المقارن*، قم، المجمع العالمی، ۱۴۱۸ق.
- خمینی، سید مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- خوئی، ابوالقاسم، *دراسات فی علم الاصول*، بی‌جا، مؤسسه دائرة المعارف اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- _____، *محاضرات فی الاصول*، قم، انصاریان، ۱۴۱۷ق.
- _____، *نهایة الدراية*، قم، سید الشهداء، ۱۳۷۴.
- _____، *الهدایة فی الاصول*، قم، صاحب الامر، ۱۴۱۷ق.
- _____، *أجود التقريرات*، قم، انتشارات مصطفوی، ۱۳۶۸.
- سروش، عبدالکریم، *مجله آفتاب*، ش ۱۵ ص ۷۲.
- صدر، محمد باقر، *بحوث فی علم الاصول*، قم، دائرة المعارف اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- _____، *دروس فی علم الاصول*، قم، دارالمنتظر، ۱۴۰۵ق.
- صدر، محمد باقر، *مباحث الاصول*، بی‌جا، مقرر، ۱۴۰۸ق.

صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم، *الحکمة المتعالیة فی اسفار اربعة العقلیة*، بیروت، دار احیاء التراث، ١٩٨١ م.

عراقی، ضیاء الدین، *نهاية الافکار*، قم، دفتر نشر اسلامی، ١٤١٧ ق.

قطب الدین رازی، محمد بن محمد، *شرح مطالع الانوار فی المنطق*، قم، نجفی، بی تا.

کاتبی قزوینی، علی بن عمر، *شرح شمسیه*، شرح قطب الدین رازی، قم، بیدار، ١٣٨٨.

کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ١٤٠٧ ق.

مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار*، تهران، صدرا، ١٣٨٦.

نائینی محمد حسین، *فوائد الأصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.

resulting from this same analysis and in accordance with the nature of the issue (without refuting the woman's enjoyment and the excellent functions and goals of marriage).

Of course, it is clear that no rightful person can cause damage to another person or disorder in society via exercising his own right. Therefore, the lawmaker can make arrangements in the implementation process of this issue.

Keywords: marriage, divorce, *khul'* (divorce of a woman at her own request), bridal gift, appropriation, renunciation, quiddity, exigency.

The Role of Verity Proposition in Principles of Jurisprudence

Sayyid Ruhullah Mir Qaysari, Researcher, Hawza Ilmiya of Qum

The dynamism of the verity proposition has led to its being used in various issues and sciences as the founder for the general and constant principles. The principles of jurisprudence, as a science that is the founder for general rules to arrive at legal rulings, utilizes this proposition in many subdivisions of *uṣūl* (principles) as well as in resolving problems. In fact, if we do not take the verity proposition into consideration, reaching many of the significant principles of this science, such as proving the rulings, doubt in obligation and the object of obligation, the role of the proposition in distinguishing the generic from the absolute, and many other problems would naturally be impossible. Thus, by bringing the applied issues into this proposition, the role of this proposition in principle of jurisprudence is addressed in the form of a report on the reasons and ways of using the verity proposition from among the viewpoints of scholars of *uṣūl*.

Keywords: application, doubt, misconception, ruling, *ḥaqīqīyya* (verity), absolute.

method and every one of his legal judgments (*fatwas*) studied. The research outcome indicates that the late Fayḍ considers the meaning of rational proof as a concept dedicated to the Prophets and regards the exigency of rational proof to be obedient to this intellect and somehow views the commonly known intellectual to be presumptive. He regards the people of *ijtihād* (legal reasoning) to be on the wrong path; and yet in some instances, he frequently uses rational proof and rational evidences along with scriptural proof.

Therefore, it seems that he has used three concepts of intellect in his statement without asserting it: first, the concept that he considers intellect as dedicated to the Prophets and others deprived of it and at the same time useful and applicable in inference. Second is the concept of independent intellect, which in his view is not used in the process of inference. Third is a concept of intellectual proof that he has frequently used and is more used in perceiving the legal commands.

Keywords: intellect, rational proof, inference sources, Fayḍ Kāshānī.

Elucidation of Man's Independence in Divorce Based on Appropriative Quiddity of Marriage Contract

Dr. Mahdi Muvahhidi Muhebb, Assistant Professor, Semnan University

As mutually agreed upon by the two major sects (Shī'a and Sunnī), divorce is effected only by the husband; and to explain the evidence for this matter, the jurists commonly resort to the Prophet's tradition, "Divorce is in the hands of the one who has touched the leg [i.e. in the hands of the husband]" Although this tradition is mainly related in the Sunnī tradition sources, it is claimed in Imāmiya jurisprudence to have consensus on its content as well.

In this article, we intend to consider man's will in one-sided act (*īqā'*) of divorce not a merely devotional ruling, but as resulting from the quiddity and exigency of the nature of marriage and divorce, and view the mentioned tradition as basically guiding to the above reality. Accordingly, we regard the quiddity of marriage as "*tamlīk* (appropriation of) or *taslīṭ* (having absolute domination over) *buḍ'* (vagina) in return for bridal gift" and the reality of divorce as "a ceremonial renunciation" and view man's authority over divorce as

“*Āqila* includes father, son, and the paternal and maternal blood relatives or paternal in order of inheritance level.”

The content of the latter article relies on the consent of the renowned majority of the Imāmī jurists. They believe, “With the existence of the nearest of kin, undertaking of the farthest of kin is inapplicable and in case of the presence of all the male blood relatives, payment of the blood money is obligatory upon the nearest of kin according to the level of inheritance.” Their main evidence is their relying on the *āya*, ﴿but the blood relatives are more entitled to inherit from one another in the Book of Allah﴾ as well as the traditions concerning the above-mentioned issue.

The writer does not regard as complete the reliance on the above *āya* and as fully approved the reliance on traditions. After criticizing the evidences of the generally accepted view, he concludes the following, “In payment of the blood money for unintentional homicide, the observance of order among the *āqila* is not necessary and all of them are responsible for payment of the blood money; even though they are not heritable at death.” Although contrary to the generally accepted view, this view has drawn the agreement of some of the jurists; moreover, the generalities of the evidences approve it as well.”

Keywords: unintentional homicide, *āqila* (blood relatives), division of blood money, generally accepted view, article 468 of Islamic Penal Law.

Intellect and its Application in Fayḍ Kāshānī's Jurisprudential Thought

Sayyid Muḥammad Mūsā Mutallibī, Assistant Professor, Jahad-e Daneshgahi Research Institute for Humanities and Social Studies

Ḥasan Jamshīdī, Researcher, Jahad-e Daneshgahi of Mashhad

Given the importance of intellect in inference, especially in new issues, it is befitting to study the jurists' works, such as examining the jurisprudential mode of life (*sīra*) of Fayḍ Kāshānī as an influential jurist in the evolution of jurisprudence in proving the above issue. To this end, his various books have been examined on the basis of content analysis

**A Jurisprudential-Exegetical Exploration into the Lawfulness of Sacrifice in
Revealed Scriptures in Light of *Āya* 5 of *Sūrat al-Mā'ida***

Dr Muhammad Jawad Enayati Rad, Assistant Professor, Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

The lawfulness of *dhabīḥa* (sacrifice) in Revealed Scriptures is implied from *āya* 5 of *Sūrat al-Mā'ida*, and the reason for it, besides the contexts and appreciativeness of the ruling for lawfulness, is that the word *ṭa'ām* (food) in the above-mentioned *āya*, as testified by convention and lexicon, means *dhabīḥa* or related to *dhabīḥa* and the traditions concerning lawfulness approve it. The traditions that have interpreted *ṭa'ām* as grains, are either in terms of mentioning the evidence or are contradictory to these traditions; in case of contradiction, the external aspect of the *āya* or the originality of lawfulness is referred to. There are discourses on reconciliation of the contradictory traditions, from which Shahīd Thānī's discourse in predicating *nahy* (prohibition) to *karāḥat* (repugnance) is preferable.

Keywords: *dhabīḥa*, *kitābī* (relating to the Revealed Scriptures), lawfulness, *ṭa'ām* (food), *maita* (carion).

**A Deliberation on Jurisprudential Evidences of Article 468 of Islamic Penal
Law, Passed in 1392 sh/2013**

Ali Muhammadian, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Dr Muhammad Mohseni Dehkalani, Assistant Professor, Mazandaran University

Dr Muhammad Taqi Qabooli Durafshan, Associate Professor, Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

By accepting the responsibility of *āqila* (blood relatives of the person perpetrated homicide) in unintentional homicides, the Islamic Penal Law, passed on Ordibehesht 1, 1392 sh/March 21, 2013, has included this view in article 463. This law maintains the following concerning how to pay for the *diya* (blood money) mentioned under article 468,

Shī'ī and Sunnī jurisprudence before Shaykh Anṣārī and the measurement for its recognition has also been specified. According to the writer, the same definition and measurements for distinction prior to Shaykh Anṣārī are the best in the discourse of *mawlawī* and *irshādī* and can create many changes in the content of many of the legal judgments (*fatwās*).

Keywords: *irshādī*, *mawlawī*, ruling, methodology, worldly, rational independents.

Typology of *Taqrīr* (Tacit Approval) in Jurisprudence of Schools

Atiyyeh Alizadeh Nouri, M.A. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Dr Husayn Naseri Moqaddam, Associate Professor, Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

Dr Alireza Abedi Sarasia, Assistant Professor, Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

The Infallible's (A.S.) *taqrīr*, as one of the three tradition types, is that an action is carried out in their presence, and although they can hinder it, they would adopt a position that would denote their consent. There are different issues of interest concerning the Infallible's (A.S.) *taqrīr*. One of them is the typology of *taqrīr*, which has not been dealt with yet. The present paper has been written for elucidation of degrees of *taqrīr*, examination of the evidential degrees and finding types of its true evidence within the five schools' jurisprudence. Then, the identified types of the *sunna* of *taqrīr* are compiled and critically reviewed under eight topics. Types of *taqrīr* are as follows: 1. Confirmation of words or actions; 2. Praising the actor; 3. Participation of the Infallible (A.S.) in the action; 4. Commanding the requirements of the words or actions; 5. Consent to the outcomes of the actions; 6. Silence along with smile/laughter; 7. Retelling the words, without confirming or denying; 8. Merely keeping silent.

Keywords: *taqrīr* (tacit approval), silence, *sunna*, Infallible, jurisprudence, non-hindrance

There is disagreement among the Imāmī jurisprudences concerning the legal status of contract containing illegitimate subject; although some maintain the soundness of such contract, most jurists believe in the invalidity and prohibition of acting on the illegitimate subject of the contract. Among those maintaining the invalidity, some have accepted it as the primary rule and principle in these contracts and for proving it have relied upon the unlawful benefit as not being property, not having material value, lacking power to surrender, contradiction in religious law, and disclaiming the respect for unlawful property by the legislator. Some others, by criticizing the viewpoint of the first group, have maintained the invalidity of such a contract according to such traditions as those of *Tuḥaf al-'Uqūl*. In this article, we have addressed the viewpoints brought up in this respect and finally have proved the invalidity and unlawfulness of such a contract in a new way by means of criticizing all the viewpoints and disproving the reasons given.

Keywords: invalidity, not having material value, not being property, lack of power to surrender, contradiction in religious law, traditions of *Tuḥaf al-'Uqūl*.

A New Look at *Mawlawī* (Legislative) and *Irshādī* (Advisory) and their Methodological Resultant

Dr. Muhammad Arabsalehi, Assistant Professor, Islamic Research Institute for Culture and Thought

After determining the status of *mawlawī* and *irshādī* and deciding that they are attributes of commands and prohibitions and not attributes of ruling and after giving the opted definition and its advantage over other definitions, this article has dealt with the important discussion of the methodology and the measurements for distinguishing the *mawlawī* from the *irshādī* commands and prohibitions. According to different definitions of *mawlawī* and *irshādī*, the measurements for distinguishing these two are different, as well. The present article seeks to prove that alteration in the meaning and methodology of *mawlawī* and *irshādī* has entered *uṣūlī* discourses since the time of Shaykh Anṣārī onward, and these very alterations have caused many refutations and confirmations in the very definition and referents of *mawlawī* and *irshādī*, which have had a fixed meaning in

Keywords: object of sale (*mabīʿ*), being designated, designated wholesale, indebted wholesale, joint wholesale.

A Deliberation on the Tradition Renowned in Shīʿī Jurisprudence Evidences (The Tradition of Imam ‘Alī’s (A.S.) Lost Coat of Mail)

Hasan Rezazadeh Muqaddam, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, International Pardis and Faculty Member of Islamic Azad University of Fariman

Dr. Abbasali Soltani, Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad

One of the traditions relied on by Shīʿa jurists in jurisprudence and especially in the discourse on judgment and testimonies is the tradition or the story of Imam ‘Alī’s (A.S.) lost coat of mail. The coat of mail being found in the market while it had been put on sale by someone, the Imam’s going to the judge, filing a lawsuit against that person, and providing evident proofs in the court hearing, concerns a story frequently referred to throughout history. Many of the great Shīʿa jurists have used this tradition as a jurisprudential evidence for some of their rulings. While verifying this tradition and criticizing it through *sanad* and denotation, the present article has found out the falsehood of this tradition and its being forged and has addressed its negative repercussions in legal inferences. Presenting legal evidences and the negative impacts of this story on jurisprudence is among other important topics of this article.

Keywords: the tradition of the lost coat of mail, narrational criticism, invalid jurisprudential evidence, lost coat of mail, Imam ‘Alī (A.S.).

Legal Status of the Contract Containing Illegitimate Subject in Imāmī Jurisprudence

Sayyid Ali Razavi, Ph.D. Student, Razavi University of Islamic Sciences

Dr. Reza Haqpanah, Assistant Professor, Razavi University of Islamic Sciences

ABSTRACT

Time for Designation of *Mabīʿ* (Object of Sale) in Wholesale

Dr. Ahmad Baqeri, Professor, Tehran University

Shakiba Amirkhani, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law,
Tehran University

In the Islamic legal system, sale contract is regarded as among appropriative (*tamlīkī*) contracts, without any difference existing between the designation of the object of sale and its being wholesale (*kullī*). Thus, there has been a considerable controversy among the jurists on the time for designation of *mabīʿ* (object of sale) with the presumption that *mabīʿ* is wholesale, which would bring about different and in some cases contradictory impacts. Elucidation of this crucial issue and its analysis for achieving a definite theory can diminish diversity of views and make the rulings of this widely used contract more transparent. Civil law is brief about this issue, which has caused some lawyers, following the Western legal systems, to regard *bayʿ* as commitment (*ahdī*) with the presumption of *mabīʿ* to be wholesale and to exclude it from appropriative contracts. In this research, first an accurate elucidation of the concept “wholesale” and its different types is presented and thereby various opinions of the jurists have been examined in relation to the time for designation of wholesale *mabīʿ*. Based on the findings of this writing, the joint (*mushāʿ*) wholesale is designated by partition (*ifrāz*) and in designated wholesale (*kullī dar muʾayyan*) and indebted wholesale (*kullī dar dhimma*) the seller’s serious intention, to whom the customer has entrusted the selection and surrender of the wholesale instance, would be the criteria for designation of *mabīʿ*.

Table of Contents

Time for Designation of Mabīʿ (Object of Sale) in Wholesale	9
Dr. Ahmad Baqeri- Shakiba Amirkhani	
A Deliberation on the Tradition Renowned in Shīʿī Jurisprudence Evidences (The Tradition of Imam ʿAlī’s (A.S.) Lost Coat of Mail)	25
Hasan Rezazadeh Muqaddam - Dr. Abbasali Soltani	
Legal Status of the Contract Containing Illegitimate Subject in Imāmī Jurisprudence	47
Sayyid Ali Razavi- Dr. Reza Haqpanah	
A New Look at Mawlawī (Legislative) and Irshādī (Advisory) and their Methodological Resultant	71
Dr. Muhammad Arabsalehi	
Typology of Taqrīr (Tacit Approval) in Jurisprudence of Schools	91
Atiyyeh Alizadeh Nouri Dr Husayn Naseri Moqaddam- Dr Alireza Abedi Sarasia	
A Jurisprudential-Exegetical Exploration into the Lawfulness of Sacrifice in Revealed Scriptures in Light of Āya 5 of Sūrat al-Māʿida	117
Dr Muhammad Jawad Enayati Rad	
A Deliberation on Jurisprudential Evidences of Article 468 of Islamic Penal Law, Passed in 1392 sh/2013	141
Ali Muhammadian- Dr Muhammad Mohseni Dehkalani- Dr Muhammad Taqi Qabooli Durafshan	
Intellect and its Application in Fayḍ Kāshānī’s Jurisprudential Thought	159
Sayyid Muḥammad Mūsā Mutallibī- Ḥasan Jamshīdī	
Elucidation of Man’s “Stoning (Rajm) in the Critiques’ Criterion Independence in Divorce Based on Appropriative Quiddity of Marriage Contract”	177
Dr. Mahdi Muvahhidi Muhebb	
The Role of Verity Proposition in Principles of Jurisprudence	197
Sayyid Ruhullah Mir Qaysari	

In the Name of Allah



Islamic Studies

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

Issue 99, Winter 2015

ISSN 2008-9139

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Editor in Chief: Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādifard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jalīl Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Mihrpūr

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Translation of Abstracts

A. Rezwani

Printing & Binding: Ferdowsi University
Press

Circulation: 500

Price: Rs 10000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+9851) 383803873



ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES
Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 99, Winter 2015