



مطالعات اسلامی

فصلنامه علمی - پژوهشی

نشریه دانشکده الهیات و معارف اسلامی

۱۰۲

پاییز ۱۳۹۴

ISSN 2008-9139

فقه و اصول



کاوشی در موارد اختلافی حد و تعزیر / سیف اله احدی

بررسی خبر واحد در فقه ابن ادریس

داریوش بخردیان - دکتر محمدتقی قبولی در افشان - دکتر محمدتقی فخلی

فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران / هادی حاج زاده

جستاری در روش‌شناسی حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه از دیدگاه امام خمینی

مجید رضا شیخی نصرآبادی - محمد مهدی یزدانی

ماهیت احکام امضائی / مسعود فیاضی

بررسی قاعده «يُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ» در فقه اسلامی / علی کشاورز - دکتر حسین صابری

وفای به وعده، واجب یا مستحب؟ / دکتر علی اکبر کلانتری



مطالعات اسلامی

فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۱۰۲ - پاییز ۱۳۹۴ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول: حسن نقی زاده

سر دبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۳۷۹۵/۱۲۴

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

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فنواتی

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: ۳۰۰۰۰ ریال

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۷۳

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 داوری‌ها 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، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ غرضه / غرضه؛ حرف / حَرَف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیأت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجة الاسلام مجتبی الهی خراسانی (حوزه علمیه مشهد)
۲. دکتر جواد ایروانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۳. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۴. دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
۵. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۶. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۷. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر علیرضا عابدی سرآسیا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر سید محمدهادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۳. سید علی جبار گلباغی ماسوله (عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
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. آية الله موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۸. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	کاوشی در موارد اختلافی حد و تعزیر سیف اله احدی
۳۳	بررسی خبر واحد در فقه ابن ادریس داریوش بخردیان - دکتر محمدتقی قبولی در افشان - دکتر محمدتقی فخلعی
۵۹	فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران هادی حاج زاده
۸۹	جستاری در روش‌شناسی حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه از دیدگاه امام خمینی مجید رضا شیخی نصرآبادی - محمد مهدی یزدانی
۱۰۹	ماهیت احکام امضائی مسعود فیاضی
۱۳۱	بررسی قاعده «يُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ» در فقه اسلامی علی کشاورز - دکتر حسین صابری
۱۵۱	وفای به وعده، واجب یا مستحب؟ دکتر علی اکبر کلانتری
۱۷۶	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹۴، ص ۳۲-۹

کاوشی در موارد اختلافی حد و تعزیر*

سیف اله احدی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ahadi.seifollah1251@yahoo.com

چکیده

تفاوت اساسی میان حد و تعزیر در نظام جزایی اسلام امری پذیرفته شده است. با تتبع در نصوص شریفه و عبارات فقها می‌توان گفت که ضابطه «معین بودن نوع و اندازه حد از سوی شارع و عدم تعیین نوع و مقدار تعزیر و در اختیار حاکم بودن آن» کلیت نداشته و فقها در جرایمی مانند مجامعت با همسر در روز ماه رمضان، ارتداد، افساد فی الأرض و ...، از حیث حدی یا تعزیری بودن آن با یکدیگر اختلاف دارند؛ لذا می‌توان اظهار داشت که در جرایم تعزیری هم‌سنخ با جرایم حدی، بر اساس قاعده «التعزیر بما دون الحد» لازم است میزان مجازات تعزیری کمتر از مجازات حد باشد، اما نسبت به جرایم نوظهور، این قاعده اطلاق نداشته و بر اساس قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» و با توجه به اطلاق مفهوم تعزیر و از باب رعایت مصلحت جامعه اسلامی و نیز ریشه‌کن کردن فساد از روی زمین، حاکم اسلامی می‌تواند در تعیین نوع و مقدار تعزیر ميسوط‌الید باشد.

کلیدواژه‌ها: حد، تعزیر، اختلاف، فقها، قواعد.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۰/۲۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۷/۲۳.

مقدمه

عبارت شریفه «و الحُرُمَاتُ قِصَاصٌ» (بقره: ۱۹۴) بیانگر این نکته است که هر چیز محترمی- اعم از نفوس و اعراض و اموال- در صورت هتک پی‌آمده دارد. اقامه حدود الهی یک عمل جراحی است که از مقام ولایت امر بر پیکر بیمار جامعه آلوده به سیئات واقع می‌شود، تا سلامت طبیعی خود را باز یابد و مستحق برکات عزت و استقلال گردد. پس از ضروری بودن اقامه حدود الهی، مرزبندی بین انواع جرائم مستلزم کیفر نیز امری مطلوب بوده و در نظام جزایی اسلام، وجود تفاوت میان جرائم از جمله تفاوت اساسی میان جرایم موجب حد و تعزیر امری پذیرفته شده است؛ به طوری که حد در اصطلاح خاص به مجازاتی اطلاق شده است که شارع نوع و اندازه آن را به طور دقیق بیان کرده و برای حاکم اسلامی در تعیین آن، نقشی قرار نداده است؛ بر خلاف تعزیر که در آن امر تعیین نوع و مقدار مجازات به دست حاکم اسلامی است. در راستای رابطه این دو مجازات، قواعدی مانند «التعزیر بما دون الحد» و «التعزیر بما یراه الحاکم» در میان فقها معروف است. اما این که نسبت به چه جرمی حد و نسبت به چه جرمی باید تعزیر اقامه شود، نیاز به تتبع دقیق در متون فقهی دارد.

فقه‌های امامیه در عنوان‌گذاری کتاب حدود بر دو دسته شده‌اند: دسته‌ای از آن‌ها فقط به عنوان کتاب حدود بسنده کرده و از کلمه تعزیر در عنوان استفاده نکرده‌اند؛ چنان‌که در آثار علامه حلی و شهید اول این سبک مشاهده می‌شود. (علامه حلی، ارشاد الأذهان، ۱۶۹/۲؛ همو، قواعد، ۵۲۱/۳؛ همو، تحریر الأحکام، ۳۰۱/۵؛ همو، مختلف الشیعه، ۱۳۵/۹؛ شهید اول، لمعه، ۲۶۳؛ همو، غایه المراد، ۱۸۳/۴) و در دروس (۵۱/۲) به صورت کتاب الزنا و کتاب المُرْتَد و ... عنوان‌گذاری شده است.

شارحان بعضی از این کتب نیز به تبع مصنفان به همان عنوان بسنده کرده و متعرض این نکته نشده‌اند که اکتفا به عنوان حدود و بیان مسائل و مصادیق تعزیر در همان عنوان چه وجهی دارد؛ چنان‌که شهید ثانی در روضه (شهید ثانی، شرح لمعه، ۱۱/۹) و شارحان آثار علامه به عنوان «کتاب الحدود» بسنده کرده‌اند. (اعرجی، ۵۸۵/۳؛ فاضل‌هندی، ۴۰۷/۱۰؛ مقدس اردبیلی، مجمع‌الفائدة، ۵/۱۳)

برخی از فقه‌های معاصر نیز به همین شیوه عمل کرده‌اند. (قمی، ۵۷۷؛ منتظری، حدود، ۳؛ فاضل لنکرانی، ۵؛ مؤمن‌قمی، مبانی تحریر الوسیله، ۵۱۵)

اما دسته دیگر از فقها عنوان را به صورت «کتاب الحدود و التعزیرات» آورده‌اند: چنان‌که

در آثار محقق حلی و دیگر فقها دیده می‌شود. (محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۳۶/۴؛ همو، مختصر، ۲۱۳/۱؛ طباطبائی، ۴۳۳/۱۵؛ حسینی، ۷/۸۷؛ تبریزی، اسس الحدود: ۱۳ و ۴۰۷) شارحان نیز به عنوانی که مصنف برگزیده اکتفا نموده و متعرض وجه تسمیه آن نشده‌اند. (ابن فهد، مهذب البارع، ۵/۵؛ فاضل مقداد، التنقیح، ۳۲۷/۴؛ شهید ثانی، حاشیه ارشاد، ۱۸۳/۴؛ فاضل آبی، ۵۳۸/۲؛ موسوی اردبیلی، ۳۱/۱)

چنان‌که ملاحظه گردید فقهای امامیه در عنوان‌گذاری بحث، متفق نبوده و به دو شیوه عمل کرده‌اند؛ هر چند موضوعات و مسائلی که بدان پرداخته‌اند، یکسان بوده و هر دو گروه در ضمن مباحث حدود متعرض مسائل تعزیر نیز شده‌اند؛ لذا این دو دستگی فقها باعث شده که در مصادیق حد و تعزیر دچار مشکل شویم. در این تحقیق سعی بر آن است که با تتبع در کتب فقهی مواردی را که حد یا تعزیری بودن آن مورد اختلاف واقع شده، تبیین کنیم؛ چراکه «حد» به معنای خاص خود در بسیاری از احکام با «تعزیر» متفاوت است^۱ و از طرفی در قاعده «التعزیر بما دون الحد»؛ اکثر فقها بر این عقیده‌اند که تعزیر بایستی کمتر از حداقل حدود باشد.^۲ در این صورت- بنابر حدی دانستن مجازات (۲۵ تازیانه) مجامعت با همسر در روز ماه رمضان- در تفسیر کمترین حد به حد مملوک (۴۰ تازیانه) یا حد قیادت (۷۵ تازیانه) و یا حد قذف (۸۰ تازیانه) اشکال وارد می‌شود. هم‌چنین بر اساس قاعده «التعزیر بما یراه الحاكم» و بنابر تعزیری دانستن مجازات مرتد (قتل)، تجویز اعدام تعزیری از سوی حاکم (مجتهد جامع‌الشرایط) ممکن خواهد بود.

موارد اختلافی حد و تعزیر

محقق حلی در تعریف حد و تعزیر گفته است: هر آن‌چه که دارای مجازات معینی باشد، حد، و هر آن‌چه که مجازات معینی نداشته باشد، تعزیر نامیده می‌شود. (محقق حلی، شرائع، ۴/۱۳۶) برخی از فقها بر محقق ایراد گرفته و آورده‌اند: اندازه حد شرعاً در تمام افراد آن واقع شده است، اما اصل در تعزیر عدم تعیین مقدار آن از جانب شارع است و در اغلب افراد آن

^۱ - برای مغایرت حد و تعزیر؛ رک: شهید اوله القواعد و الفوائد، ۲/ ۱۴۲-۱۴۴؛ نجفی، ۴۱/ ۲۵۷؛ فاضل لنکرانی، ۱۲؛ مکارم، تعزیر و گستره‌ی آن، ۳۵؛ محقق داماد، ۴/ ۲۰۷-۲۰۸.

^۲ - در مقابل این دیدگاه، دو دیدگاه دیگر نیز مطرح است و آن این‌که تعزیر نباید به بالاترین حد برسد و دیگری این‌که تعزیر هر جرمی کمتر از حد جرم هم‌سنگ آن می‌باشد.

چنین است، لکن اندازه برخی از افراد تعزیر در روایات تعیین گردیده است و آن پنج مورد است. (شهیدثانی، مسالک الافهام، ۱۴/۳۲۷)

از آنجا که هریک از این مواضع نیاز به بحث موردی دارد، لازم است هریک جداگانه بررسی شود:

۱- مجازات مجامعت با همسر در روز ماه رمضان

شهید ثانی اولین فردی از افراد تعزیر که در آن مقدار مجازات تعیین شده است، تعزیر بر مجامعت با همسر در روز ماه رمضان دانسته و آورده است: کسی که در روز ماه رمضان مؤظف به روزه گرفتن است، با زن خود آمیزش کند به بیست و پنج تازیانه محکوم می‌شود. (همان)

روایت مفضل بن عمر از امام صادق (ع)، به این امر دلالت دارد؛ چراکه در آن در مورد مردی که با زن خود، در حالی که هر دو روزه هستند، آمیزش کند آمده است: در صورت اجبار زن، دو كفاره بر مرد واجب بوده و پنجاه تازیانه؛ نصف حد، زده می‌شود و در صورت تمایل زن، یک كفاره بر مرد و یک كفاره بر زن واجب است. و هر کدام بیست و پنج تازیانه زده می‌شوند. (حر عاملی، ۱۸/۵۸۵)

برخی از فقها در تعزیری دانستن آن از جهاتی مناقشه کرده و آورده‌اند: آنچه موجب تعزیری دانستن این موارد می‌شود، با وجود این که مقدار آن تعیین شده، اطلاق تعزیر بر آن در روایات است، اما این مطلب اشکال دارد؛ زیرا امکان دارد بگوییم از تعزیر آنچه مقابل حد باشد اراده نشده است. (نجفی، ۴۱/۲۵۵) چراکه گاهی از لفظ تعزیر معنای اعمی اراده می‌شود؛ لذا بایستی به روایات رجوع شود و در روایت مذکور هر چند مقدار، تعیین شده، اما بر آن تعزیر اطلاق نشده است و عبارت «نصف الحد» اشعار به تعزیر بودن آن ندارد؛ چراکه مراد از حد، حد خاص بوده نه مطلق حد. (فاضل لنکرانی، ۹)

برخی آورده‌اند: حد و تعزیر دارای دو اطلاق است: اولی این که هریک از آن دو بر دیگری اطلاق می‌شود؛ هر چند غالب، اطلاق حد بر تعزیر است. دوم: اطلاق حد بر آنچه که شرعاً مقدر می‌باشد و اطلاق تعزیر بر آنچه که مقدر نیست؛ هر چند در برخی موارد بر آنچه که مقدر است تعزیر اطلاق می‌شود، لکن ظاهر این است که آن استثناء از تعزیر به معنای دوم نیست؛ بلکه از باب اطلاق تعزیر به معنای اول است؛ زیرا اصل عدم استثناء است. (حسینی،

برخی از فقهای معاصر نیز در مواردی که عدد خاصی برای مجازات تعزیری بیان شده است، از قبیل ذکر مصداق دانسته‌اند. (مکارم، تعزیرات در اسلام، ۶۸)

بیان این نکته ضروری است که در روایات متعدد بر مجامعت با زن حائض، علاوه بر کفاره، مقدار تعزیر نیز تعیین شده است (حر عاملی، ۳۲۸/۲؛ ۵۸۵/۱۸)؛ هر چند شهید ثانی در هیچ یک از کتب خود به این روایات استناد نکرده و در روض الجنان ادعای عدم علم بر مأخذی برای تقدیر تعزیر در این خصوص نموده است و محقق ثانی و سید عاملی نیز با ایشان هم عقیده می‌باشند (محقق کرکی، ۳۲۰/۱)، لکن این روایات از نظر سند اشکالی نداشته و برخی از فقها به این روایات استناد کرده‌اند. (حسینی عاملی، ۲۵۶/۳؛ نجفی، ۲۲۶/۳؛ روحانی، ۱۶۰/۲؛ موسوی اردبیلی، ۱۷/۱) لذا محقق اردبیلی مواضعی؛ مثل وطی در ایام حیض و وطی در (روز) ماه رمضان و غیر از این موارد را استثناء بر قاعده عدم تعیین تعزیر دانسته؛ آن‌گاه دچار تردید شده می‌افزاید؛ مگر این که گفته شود: این موارد، حد بوده، لکن خلاف مشهور است. (مقدس اردبیلی، مجمع‌الفائدة، ۱۷۷/۱۳)

۲- به عقد درآوردن و آمیختن مردی که دارای زن آزاد است با کنیز قبل از اذن گرفتن

از زن خود

شهید ثانی دومین موردی که در آن مقدار تعیین شده، تعزیر کسی دانسته است که با داشتن زن آزاد، کنیزی را بدون اذن زنش، به عقد خود درآورد و با او درآمیزد، ۱۲/۵ تازیانه زده می‌شود. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۲۷/۱۴)

روایت وارده در این خصوص، از امام صادق (ع) در مورد مردی است که با داشتن زن مسلمان و بدون مشاوره و اذن او، زن ذمی را به عقد خود درآورده که حضرت (ع) فرمود: از زن ذمی جدا می‌شود و با دوازده و نیم تازیانه تأدیب می‌شود. (حر عاملی، ۴۱۵/۱۸)

برخی آورده‌اند که روایت مذکور هر چند بر تأدیب بودن مورد، دلالت دارد، اما بر تعزیر بودن آن در مقابل حد، دلالتی ندارد. (فاضل لنکرانی، ۱۰)

۳- تعزیر دو مرد بیگانه‌ای که برهنه زیر یک لحاف باشند

سومین موضعی که برای معین بودن تعزیر بدان استناد شده، مجازات دو مرد بیگانه است که برهنه زیر یک لحاف باشند به سی تا نود و نه تازیانه. البته خود شهید اعتقاد دارند که در این جا مقدار تعیین نشده؛ بلکه فقط حداقل و اکثر معین شده و بر حسب رأی حاکم می‌باشد. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۲۷/۱۴) برخی از محققان معاصر نیز بر این عقیده‌اند. (فیض، ۲/۲)

(۱۶۴)

در خصوص مورد مذکور از امام صادق (ع) آمده است: هر دو (مرد) تازیانه‌های متعدد می‌خورند. (حر عاملی، ۱۸/ ۳۶۷)

گفته شده روایت مذکور بر تعزیر بودن آن دلالت ندارد؛ اگر نگوییم که بر حد بودن آن اشعار دارد. (فاضل لنکرانی، ۱۰)

۴- افضای بکارت با انگشت

در مسالک آمده است: کسی که بکارت دختری را با انگشت از بین ببرد، شیخ گفته به سی تا هفتاد و هفت تازیانه محکوم می‌شود؛ در حالی که شیخ در نهاییه مقدار تازیانه را از سی تا نود و نه گفته است. (طوسی، النهایه، ۶۹۹) و نیز نقل شده که شیخ سی تا نود و هفت تازیانه دانسته است. (نجفی، ۴۱/ ۳۷۱) و بعضی، سی تا هشتاد تازیانه (مفید، ۷۸۵) و بعضی دیگر، سی تا نودونه تازیانه دانسته‌اند. (ابن‌ادریس، ۳/ ۴۴۹؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴/ ۳۲۷)

روایت وارده در خصوص زنی است که کنیز خود را با دستش افضاء کرده است که امام صادق (ع) فرمودند: مهر آن کنیز بر عهده آن زن بوده و او حد می‌خورد و در روایت دیگر حضرت (ع) فرموده: علاوه بر پرداخت مهر، ۸۰ تازیانه می‌خورد؛ و در روایت دیگری می‌فرماید: امیرالمؤمنین (ع) چنین حکم کرد و فرمود که ۸۰ تازیانه زده می‌شود. (حر عاملی، ۱۸/ ۴۰۹-۴۱۰)

گفته شده که روایات مذکور بر تعزیر بودن مجازات تعیین شده دلالت نمی‌کند؛ بلکه روایت اول بر ثبوت حد دلالت دارد. (فاضل لنکرانی، ۱۰)

۵- تعزیر مرد و زنی بیگانه از هم که برهنه زیر یک لحاف باشند

مرد و زنی بیگانه از هم که برهنه زیر یک لحاف باشند به ده تا نود و نه تازیانه محکوم می‌شوند. (مفید، ۷۷۴) برخی گفته‌اند: به طور مطلق تعزیر می‌شود. (طوسی، النهایه، ۶۸۹-۶۹۰ و ۷۰۷) و نیز آمده است: اصحاب ما در این مورد حد گفته‌اند. (همو، الخلاف، ۵/ ۳۷۳)

در روایت زید شحام از امام صادق (ع) در مورد زن و مردی که زیر یک لحاف یافت شوند آمده است نود و نه تازیانه زده می‌شوند. (حر عاملی، ۱۸/ ۳۶۴) گفته شده این روایت بر این که مقدار تعیین شده، تعزیر در مقابل حد است، دلالتی ندارد. (فاضل لنکرانی، ۱۱)

بنابراین روایات ابواب «حد الزنا» و «بقیه الحدود»، مقصود شهید ثانی؛ یعنی نقض ضابطه مذکور در کتاب شرایع را بر نمی‌تابد، افزون بر آن، تعزیری دانستن برخی از آن موارد، با

معتبره اسحاق بن عمار^۳ که در آن آمده است: از حضرت موسی بن جعفر (ع) در مورد تعزیر پرسیدم که چه مقدار است؟ فرمود: بین ۱۰ تا ۲۰ ضربه. (حرعاملی، ۱۸/۵۸۳؛ نوری، ۱۸/۱۹۴) و نیز با مرسله صدوق^۴ که در آن آمده است: پیامبر اکرم (ص) فرمود: برای حاکمی که به خدا و روز جزا ایمان دارد، جایز نیست در مواردی غیر از حد، بیش از ده تازیانه به مجرم بزند، (همان) تعارض می‌کند.

و از طرفی دیگر پذیرفتن حدی بودن مجازات‌های تعیین شده در دو مورد اول با مبنای بسیاری از فقها در بحث قاعده «التعزیر بما دون الحد»- که مراد از واژه حد در قاعده مذکور را ادنی الحدود دانسته‌اند- سازگاری ندارد؛ چراکه هیچ یک از فقها حداقل حدود^۵ را به ۱۲/۵ یا ۲۵ تازیانه تفسیر نکرده‌اند.

لازم به ذکر است که در سه موضع، عملاً مجازاتی تعیین نشده؛ لذا بحث در حدی بودن آن مجازات‌ها وجهی ندارد؛ هر چند، بنابر حدی دانستن آن‌ها با صحیح‌ه حمادبن عثمان^۶- که در آن آمده است: از امام صادق (ع) درباره تعزیر پرسیدم که مقدار آن چقدر است؟ امام (ع) فرمود: کمتر از حد. گفتیم: کمتر از هشتاد ضربه؟ فرمود: خیر، اما کمتر از چهل ضربه که حد

^۳ - برخی از محققان روایت اسحاق بن عمار را از چند جهت قابل مناقشه دانسته و گفته‌اند: اولاً مطابق آن کسی فتوا نداده؛ ثانیاً تنها در این صحیح‌ه عدد ۱۰ تا ۲۰ ذکر شده و عدد مفهوم ندارد؛ ثالثاً در صورت تعارض، ترجیح با صحیح‌ه حماد است؛ زیرا با اطلاق ادله دیگر که در خصوص تعزیر آمده، تأیید شده است؛ بنابراین عدد مذکور در صحیح‌ه اسحاق به مثالی حمل می‌شود. (قبله‌ای خوئی، ۱۱۱-۱۱۲؛ منتظری، ۳/۵۴۷)

^۴ - گفتنی است که مرسله‌های شیخ صدوق، ابن ابی عمیر و افرادی مانند آن‌ها نزد فقهای امامیه پذیرفته شده است.
^۵ - فقها در تفسیر کمترین حدود بر چند دسته‌اند: دسته اول: فقهایی که کمترین حدود را حد قذف (۸۰ تازیانه) دانسته‌اند. (طوسی، الخلاف، ۵/۴۹۷؛ همو، المبسوط، ۸/۶۹؛ ابن‌ادریس، ۳/۴۶۶) و برخی دو مورد را از این قاعده استثناء کرده‌اند: ۱- یقین داشته باشیم که این مقدار از تعزیر برای تأدیب مجرم کافی نیست که در این صورت ولی‌آمر می‌تواند هر مقداری را که مصلحت می‌داند اختیار کند. ۲- در مواردی که هدف از تعزیر جلوگیری از جرمی باشد که ریشه‌کن کردن آن به مصلحت جامعه است و هدف، صرفاً اصلاح و تأدیب مجرم نباشد. (حائری، ۳۲)

دسته دوم: فقهایی که کمترین حد را حد قوادی (۷۵ ضربه) دانسته‌اند. (نجفی، ۴۱/۴۴۸؛ مامقانی، ۵۰۱)
دسته سوم: فقهایی که ۴۰ ضربه را حداقل حدود اختیار کرده‌اند. (خویی، ۴۰۸؛ مکارم، تعزیر و گستره‌ی آن، ۱۱۰) برخی از فقها نیز آورده‌اند: باید دانست که از اخبار شریفه استفاده می‌شود که در تعزیرات باید جانب احتیاط رعایت گردد و معمولاً از ده تا بیست تازیانه تجاوز نکند و هیچ‌گاه به حد چهل تازیانه نرسد. (منتظری، ۳/۵۴۸؛ رحمتی، ۲/۳۷۰) و صاحب ریاض اکتفا به ۳۹ ضربه را مقتضای احتیاط دانسته (طباطبائی، ۱۶/۶۳) ظاهر قول اردبیلی نیز چنین است. (مقدس اردبیلی، مجمع‌الفائدة، ۱۳/۱۷۸)

^۶ - گفته شده به دو دلیل نمی‌توان بر این روایت تکیه کرد:

الف- روایت مذکور مورد اعراض فقها قرار گرفته؛ لذا از درجه اعتبار ساقط می‌شود.

ب- بر فرض، روایت از نظر سند و دلالت هیچ اشکالی نداشته باشد، ولی بسیار بعید است با این روایت، به تنهایی، سایر روایات را که همه در مقام حاجت است تقیید نمود؛ بنابراین، عمل به روایت مذکور امکان‌پذیر نیست. مگر این‌که آن را بر خلاف معنی ظاهریش تفسیر نموده، بگوییم: «منظور این است که تعزیرات بردگان باید کمتر از حد شرعی آنان باشد» و این روایت شامل حکم انسان‌های آزاد نمی‌شود. (مکارم، تعزیر و گستره آن، ۱۱۰-۱۱۲)

بندگان است، گفتم: آن چقدر است؟ فرمود: این مقدار بنا به صلاحدید والی نسبت به گناه مجرم و توانایی بدن او می‌باشد.^۷ (حر عاملی، ۱۸/۵۸۳) - و روایت دیگری - که می‌گوید: «تعزیر، مابین ۱۰ تا ۳۹ ضربه است و تأدیب مابین سه تا ده ضربه است» (نوری، ۱۸/۱۹۴) - تعارض پیش می‌آید.

بنابراین برای حفظ مبنای مشهور فقها در ادنی الحدود، می‌توان گفت: تعزیر هر جرمی باید کمتر از مقدار حد شرعی متناسب آن جرم باشد، اما در جرائمی که تناسبی با هیچ یک از حدود ندارد، بگوئیم: حداکثر مقدار تعزیر ۴۰ تازیانه است یا این که حاکم اسلامی در تعیین مقدار تعزیر مبسوط الید است.

۶- ارتداد

محقق حلی یکی از اسباب تعزیر را ارتداد دانسته‌اند. (محقق حلی، ۴/۱۳۶) اما شهید ثانی ایراد گرفته می‌فرماید: قرار دادن عقوبت مرتد به عنوان تعزیر، بین فقها امر شناخته شده نبوده و آنچه معروف است حد نامیدن این مجازات است و این با مقدر بودن حد منافاتی ندارد؛ زیرا قتل نیز به اذهاق، به صورت مطلق یا به گونه مشخص، مقدر است. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴/۳۲۷)

از سوی دیگر، برخی از محققان، در پنج مورد منحصر کردن موارد تعیین شده مقدار تعزیر را قابل اشکال دانسته و آورده‌اند: موارد دیگری هستند که به ظن قوی در زمره تعزیرات می‌باشند و کیفر معین شده‌ای دارند و در حصر شهید ثانی از آن‌ها نام برده نشده است. از جمله آن‌ها کیفر مرتد است؛ چراکه گروهی از فقها ارتداد را جزء حدود نمی‌دانند؛ مثلاً شهید اول در کتاب لمعه، پس از بحث از حدود، فصل جداگانه‌ای را تحت عنوان «فی عقوبات متفرقة» آورده و در آن، از چند کیفر در مورد چند جرم نام برده و در اغلب آن‌ها تصریح به تعزیر بودن کرده است و از جمله آن‌ها ارتداد است و شهید ثانی در شرح لمعه هیچ نظر مخالفی اظهار نداشته است. (فیض، ۲/۱۶۴)

^۷ - برخی از محققان معاصر گفته‌اند: وجه جمع میان صحیحه حماد و موثقه اسحاق این است که موثقه متضمن فرد افضل است و بعید نیست گفته شود آن چه افضل است عدم تجاوز از ۲۰ تازیانه است و گرنه تجاوز از آن به دلالت صحیحه جایز است. پس از ملاحظه آن دو معلوم می‌شود که مطلوب شارع این است که مقدار تعزیر حتی الامکان در مرحله خفیف باشد. (مؤمن قمی، مبانی، ۲/۱۰۵) برخی از فقهای معاصر در مورد تعارض صحیحه حماد با مرسله صدوق و معتبره اسحاق می‌فرمایند: شاید معارضه این روایات در مقدار تعزیر باشد و سقوط آن‌ها از حجیت، اقتضای رجوع به کلیت مذکور در ذیل روایت حماد دارد؛ یعنی عدم تقدیر تعزیر از سوی شارع و بر حسب رأی حاکم بودن آن. (فاضل لنگرانی، ۱۲)

آنچه از تتبع در عبارات فقها بدست می‌آید این است که آن دسته از فقهایی که به عنوان کتاب الحدود بسنده نکرده و تعزیرات را نیز در عنوان گنجانده‌اند، بحث از مرتد را در قسم تعزیرات آورده‌اند. (محقق‌حلی، ۴/ ۱۳۶؛ تبریزی، اسس الحدود، ۴۰۹)

اما دسته دیگری که به ذکر کتاب الحدود بسنده کرده‌اند، در بیان مجازات ارتداد به دو شیوه عمل نموده‌اند:

برخی از آن‌ها مجازات ارتداد را به عنوان قسمی از اقسام حدود قرار داده‌اند. (علامه‌حلی، تحریر الأحکام، ۵/ ۳۸۹؛ همو، ارشاد الأذهان، ۲/ ۱۸۹؛ اعرجی، ۳/ ۶۵۷؛ شهید ثانی، حاشیه ارشاد، ۴/ ۱۸۳ و ۲۸۵؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۵/ ۱۳)

اما برخی دیگر، مجازات ارتداد را در حدود نیاورده‌اند: شهید اول در لمعه در عقوبات متفرقه مجازات چند جرم، از جمله ارتداد را بیان کرده است. (شهید اول، لمعه، ۲۶۴) در غایه المراد نیز آمده است: «المقصد الثامن فی الارتداد» (همو، غایه المراد، ۴/ ۲۸۵) و در دروس که کتاب الحدود عنوان نشده به ذکر کتاب المرتد اکتفا کرده است. (همو، دروس، ۲/ ۵۱) در روضه نیز شهید ثانی به سبک شهید اول عمل کرده است. (شهید ثانی، شرح لمعه، ۹/ ۳۳۳)

با مراجعه اجمالی به روایات باب حد مرتد (کلینی، ۱۴/ ۲۲۹-۲۴۰) که علاوه بر صحّت سندی، وثوق صدوری که مبنای محققان در حجّت خبر واحد است را دارند، بدون تردید در حد تواتر معنوی و اجمالی هستند. بعضی از آن‌ها در مواردی است که حضرت علی (ع) حکم مرتد را نسبت به افرادی جاری فرمودند.

امام صادق (ع) فرمود: مردی از مسلمانان نصرانی شد. او را خدمت حضرت علی (ع) آوردند، حضرت به او فرمودند: اگر می‌خواهی ازدواج کنی ما وسائل ازدواج را فراهم می‌کنیم و اگر از یک نصرانی می‌خواهی ارث ببری و فکر می‌کنی که از ما ارث نمی‌بری ما به تو ارث می‌دهیم، او نپذیرفت و حضرت فرمود: آیا واقعاً نصرانی شده‌ای، گفت: آری. حضرت فرمود: الله اکبر، او گفت: المسیح اکبر، در این هنگام حضرت دستور قتل او را داد. (نوری، ۱۸/ ۱۶۳)

ظاهر این روایات آن است که چنین مواردی در زمان حکومت امیرالمؤمنین (ع) واقع شده است و حضرت در موارد متعددی حکم مرتد را جاری نموده‌اند؛ لذا برخی معتقدند هر چه از پیامبر (ص) و امیرالمؤمنین (ع) با واژه‌های «قَضی»، «حَکَمَ»، «أَمَرَ» و امثال آن‌ها وارد شود، مقصود، بیان حکم شرعی الهی نیست؛ بلکه ظاهر این است که آنان در جایگاه فرمانروا یا قاضی فرمان داده یا حکم کرده‌اند و در مقام بیان حلال و حرام الهی نبوده‌اند. (خمینی،

الرسائل، ۱/ ۵۱) اما ممکن است گفته شود: هیچ قرینه‌ای نداریم بر این که این قضاوت‌ها به عنوان یک قضیه خاص و خارجی بوده است؛ بلکه ظاهر این روایات دلالت دارد که امیرالمؤمنین (ع) در مقام تطبیق حکم کلی بر مصداق بوده است. باید توجه داشت که این روایات از خصوص امیرالمؤمنین (ع) و دوران حکومت آن حضرت و یا خصوص زمان حکومت پیامبر (ص) نقل نشده تا احتمال داده شود که وجوب قتل مرتد یک حکم سیاسی یا حکومتی منحصر در زمان خاص بوده؛ بلکه از ائمه معصومین (ع)، مانند امام باقر، امام صادق، امام کاظم و امام رضا (ع) نقل شده است. این امر کاشف از آن است که حکم مرتد، یک حکم دائمی مستمر تا روز قیامت است، این روایات به عنوان قضیه حقیقیه و یک قاعده کلی حکم مرتد را بیان فرموده‌اند.

اما روایات وارده در خصوص زن مرتد که دلالت بر عدم جواز قتل او دارد، یک استثناء بوده و اصل وجوب قتل مرتد، امری مسلم است.

۷- بغی

چنان که گفته شد محقق حلی یکی از اسباب تعزیر را بغی دانسته‌اند. (محقق حلی، شرایع، ۴/ ۱۳۶) اما شهید ثانی می‌فرمایند: قرار دادن عقوبت باغی - باغی همان محارب و آنچه در معنای محارب است می‌باشد - به عنوان تعزیر، بین فقها امر شناخته شده نبوده و آنچه معروف است حد نامیدن این مجازات است. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴/ ۳۲۷)

ملاحظه می‌شود که شهید، باغی را همان محارب و آنچه در معنای محارب باشد دانسته است؛ بنابراین بحث در این است که بین محارب و باغی فرقی وجود دارد یا خیر؟ دیگر این که مجازات کدام یک از جهت حدی یا تعزیری بودن مورد اختلاف است؟

در خصوص مغایرت محاربه و بغی^۸ بالاجمال می‌توان گفت: اکثر فقها بحث از مجازات بغات را در کتاب جهاد و بحث از مجازات محاربه را در کتاب حدود مطرح کرده‌اند و هر یک عنوان و جرمی متفاوت از دیگری بوده، به خصوص اگر برای تجرید سلاح در تحقق عنوان محاربه موضوعیت قائل بشویم؛ لذا کیفر هر یک نیز متفاوت از دیگری می‌باشد؛ بنابراین با دقت و تأمل در عبارات فقها می‌توان گفت که باغی همان محارب اصطلاحی نبوده؛ بلکه چنان که برخی از معاصران گفته‌اند، محارب انواع مختلفی دارد؛ گاهی محاربه به صورت جنگ

^۸ - (ر.ک: مفید، ۸۰۴ ابن حمزه، ۲۰۶؛ حلی، الجامع لشرایع، ۲۴۱-۲۴۲؛ محقق حلی، مختصر نافع، ۱/ ۱۱۰-۱۱۱؛ ابن فهد، ۲/ ۳۰۰؛ شهید اول، لمعه، ۸۳؛ شهید ثانی، مسالک، ۳/ ۹۱؛ علامه حلی، تحریر الاحکام، ۱/ ۱۵۵؛ همو، قواعد، ۱/ ۴۸۰؛ نجفی، ۲۱/ ۳۲۲-۳۲۴؛ تبریزی، منهاج الصالحین، ۱/ ۳۷۰؛ موسوی اردبیلی، ۳/ ۵۱۴؛ محمدی، ۳۰۲)

کافران با مسلمانان مطرح است؛ گاهی محاربه گروهی از خود مسلمانان علیه حکومت اسلامی و گاهی گروهی از مسلمانان به قصد ایجاد ناامنی، ارباب و خون‌ریزی با گروهی دیگر از ایشان به جنگ می‌پردازند. (هاشمی شاهرودی، ۲۱۰-۲۱۱) پس می‌توان گفت که بین محارب اصطلاحی و باغی نسبت عموم خصوص مطلق وجود دارد؛ چراکه باغی بر امام عادل خروج کرده و سلب امنیت از مردم نموده است، اما محارب به معنای مصطلح فقهی که موضوع مجازات تعیین شده در آیات و روایات قرار گرفته است به معنای اخص آن؛ یعنی کسی از مسلمانان که به قصد ایجاد ناامنی، ارباب و غارت و خون‌ریزی بر مسلمان دیگر سلاح بکشد، می‌باشد.

موید وجود این مغایرت، سخن برخی از معاصران است که آورده‌اند: قید «يَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» (مائده: ۳۳) محاربه‌ای را که به صورت بغی و خروج از اسلام و اطاعت حاکم اسلامی باشد از مفهوم محاربه مورد نظر آیه خارج می‌کند. (همان، ۲۴۹)

پس از تبیین وجود اختلاف معنایی میان جرم بغی و محاربه، بحث در این است که مجازات کدام یک از جهت حدی یا تعزیری بودن مورد اختلاف فقهاست؟ با تتبع در عبارات فقها بدست می‌آید که ظاهراً هیچ‌یک از فقها مجازات بغی یا محاربه را به عنوان تعزیر مطرح نکرده‌اند؛ جز محقق در شرایع، اما ایشان نیز در کتاب مختصر نافع به تعزیری بودن آن اشاره‌ای نکرده‌اند؛ لذا شهید ثانی و صاحب جواهر تعزیری دانستن آن را غیر معهود یافته‌اند؛ بنابراین مجازات بغی و محاربه از حیث حدی یا تعزیری بودن مورد اختلاف فقها نمی‌باشد؛ و اکثر فقها در کتاب حدود از حد محارب عنوان نموده و برخی دیگر در کتاب جهاد تعبیر به «احکام محارب» کرده‌اند.

۸- افساد فی الارض

آنچه می‌تواند به عنوان یک مسأله مطرح شود موضوع کیفری است که در شرع بنا به نص قرآن کریم^۹ و روایات متواتر، برای محارب معین شده است؛ که آیا عنوان محاربه و افساد فی الارض، دو موضوع و دو جرم مستقل برای حد موجود در آیه شریفه می‌باشند؛ یا این که در آیه شریفه یک موضوع بیشتر وجود ندارد و آن عنوان محارب است یا عنوان مفسد فی الارض و

^۹ - «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ» (مائده: ۳۳)

عنوان محارب یکی از مصادیق آن می‌باشد و یا این‌که وجود هر دو عنوان برای کیفر مذکور در آیه لازم است؟

فرض وجود دو موضوع مستقل نادرست بوده و خلاف ظاهر آیه شریفه است؛ چراکه معطوف‌علیه در آیه به تنهایی موضوع نبوده؛ بلکه قیدی است برای موضوع. (هاشمی شاهرودی، ۲۴۲) و الا لازم بود کلمه «الَّذِينَ» تکرار شود. (همان، فاضل لنکرانی، ۶۳۸)

و فرض این‌که موضوع عبارت است از «افساد فی الارض» و محاربه یکی از مصادیق آن نیز، صحیح نیست؛ زیرا این برداشت که تعبیر محاربه‌ی با خدا و پیامبر (ص) به جهت تمهید برای بیان موضوع آورده شده تا سنگینی گناه افساد در زمین را بنمایاند، خلاف ظاهر است و اخذ عنوان محاربه در موضوع آیه مفروغ‌عنه است؛ و تعبیر «يَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» با تمام موضوع دانستن فساد تناسب ندارد؛ زیرا واژه سعی به مرحله نیت و قصد فعل نیز نظر دارد؛ بلکه مناسب آن است که این عنوان، قید و وصف برای عمل محاربه قرار داده شود. بدین معنا که مقصود محاربان از محاربه، ایجاد فساد در زمین و سلب امنیت از ساکنان آن است. از طرفی افساد در زمین، هر گونه افسادی در اوضاع مردم را دربرنمی‌گیرد؛ بلکه اختصاص دارد به آن‌گونه فساد که به صورت تجاوز به جان و مال و آسایش دیگران باشد و نسبت میان «افساد در زمین» و «سلاح کشیدن و جنگیدن» عموم و خصوص من وجه است. این نکته بر لزوم تقیید یکی از این دو عنوان به دیگری تأکید دارد. (هاشمی شاهرودی، ۲۴۳-۲۴۴)

و برخی اشکال کرده و گفته‌اند: جواز قتل به دلیل افساد فی الارض امری ارتکازی نزد عقلاست و این‌که در آیه ابتدا عنوان محاربه را آورده و سپس عنوان سعی در افساد در زمین را بر آن عطف کرده، دلالت دارد بر این‌که در مقام علیت، نقش اساسی از آن عنوان سعی در افساد در زمین است و تمام سبب همین عنوان است و بس. عطف هم در این‌جا از باب عطف عام بر خاص است و به ناچار این مورد را از موارد جمع میان دو امر نمی‌توان به شما آورد. (مؤمن قمی، کلمات سدید، ۴۰۹)

در پاسخ باید گفت: اولاً؛ عنوان محاربه که در صدر آیه آمده، از دو حال خارج نیست؛ یا حمل بر معنای مجازی می‌کنیم که در این صورت نوعی تمهید برای عنوان فساد در زمین خواهد بود که این حالت با سیاق و ترکیب جمله سازگاری ندارد. یا آن را حمل می‌کنیم بر معنای حقیقی خود و مجاز را در اسناد قرار می‌دهیم؛ بدین معنا که محاربه کردن، در حقیقت محاربه با خدا و پیامبر (ص) است، ولی از طریق محاربه با اولیاء و اتباع خدا و پیامبر (ص) که

همان مسلمانان هستند؛ از طرفی، استناد به ارتکاز عقلاء در این جا کاملاً نادرست است؛ بلکه بر عکس، این که کیفر محاربه، قتل باشد در ارتکاز عقلایی روشن تر است. پیداست که این گونه ارتکازها، از ارتکازهای خاص اهل شرع است که از احکام شرعی و در طول آن ها نشأت گرفته است و چنین ارتکازهایی شایسته نیست منشأ استظهار از آیات کریمه واقع شوند.

ثانیاً: عطف عنوان افساد در زمین بر عنوان محاربه از قبیل عطف عام بر خاص نبوده و مفسران نیز جمله «یسعون فی الأرض فساداً» را مقید و مخصص محاربه می دانند؛ محاربه ای که برای ایجاد فساد در زمین باشد و بر این اساس جنگ کافران و باغیان از مفهوم محاربه خارج خواهد شد. (هاشمی شاهرودی، ۲۴۸)

اما این که آیه شریفه «مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» (مائده: ۳۲) با مفهوم مخالف دلالت دارد بر این که عنوان افساد در زمین موضوع برای مجازات قتل است؛ چراکه در آن، قتل نفس تنها زمانی مشروع دانسته شده که فرد، مرتکب قتل عمد یا فساد فی الارض شده باشد؛ لذا با فقدان آن دو عنوان قتل فرد جایز نمی باشد. (مقدس اردبیلی، زبدة البیان، ۶۶۶؛ مؤمن قمی، کلمات سدید، ۴۰۰) با دو اشکال مواجه است: نخست این که عنوان افساد در زمین در آیه مزبور، موضوع حکم قتل واقع نشده است تا بتوان به اطلاق آن تمسک جست؛ بلکه فقط عدم آن، قید موضوع حرمت واقع شده است، بدین معنا که هر کس دیگری را بدون این که مرتکب افساد در زمین شده باشد، بکشد، مانند آن است که همه مردم را کشته باشد؛ نهایت دلالت مفهومی این قید آن است که اگر کسی، انسانی را به سبب مفسد بودن او بکشد، چنین نیست که گویا همه مردم را کشته باشد و ثابت شده که دلالت مفهومی قید، چیزی بیش از سالبه جزئی نیست. بدین معنا که مفسد فی الارض - و لو در صورتی که محارب هم باشد - گاهی مستحق قتل است؛ پس آیه بیش از این دلالتی ندارد که حکم حرمت قتل نفس در پاره ای از موارد؛ مانند قتل نفس در مقابل نفس یا افساد در زمین، منتفی می باشد، اما این موارد و بیان شروط و قیود آن را به ناچار باید از ادله دیگری بدست آورد. اشکال دوم این که اساساً عنوان «مفسد فی الارض» به خودی خود اطلاقی ندارد که غیر از موارد تجاوز به جان و مال و ناموس را دربرگیرد؛ بنابراین آیه ظهور دارد در این که کسی نمی تواند دیگری را بکشد؛ مگر از روی قصاص یا به جهت افساد آن شخص. موید این معنا، آن است که آیه به فعل مکلفان نظر دارد و قتل بدون سبب را بر مکلفان حرام کرده است؛ در حالی که جواز حکم

قتل به عنوان مجازات مفسدان، اگر درست باشد، امری نیست که به عامه مکلفان مربوط باشد؛ بلکه تکلیف حاکم است. (هاشمی‌شاهرودی، ۲۴۹-۲۵۱)

برخی از فقها نیز آورده‌اند: لفظ «فساد» مجمل بوده؛ لذا در غیر از مواردی که در آن‌ها به مجازات قتل تصریح شده است، نمی‌توان مجازات جرمی را از جهت افساد فی الارض، قتل تعیین کرد؛ هر چند که در تمام جرایم مستوجب قتل بایستی اذعان کرد که آن‌ها از مصادیق جرم افساد فی الارض هستند. (مقدس اردبیلی، زبدةالبیان، ۶۶۶)

بنابراین با نفی دو احتمال مذکور، احتمال سوم؛ یعنی موضوع حکم بودن هر دو عنوان باهم، متعین خواهد شد؛ یعنی یک عمل است که هم‌زمان هم محاربه است و هم سعی در ایجاد فساد در زمین. منشأ این استظهار، ظهور سیاق آیه است در بیان یک نوع مجازات برای یک جرم، نه مجموع دو جرم و جمله «يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» به معنای «بیغون و یطلبون و یستهدفون فی الارض فساداً» است، بر این اساس جمله مذکور ناظر بر قصد و جهت‌گیری محاربه است؛ نه افزودن عمل دیگری به مفهوم محاربه؛ چراکه گاهی محاربه برای بیرون آمدن از سلطه حاکم یا دفاع از عقیده‌ای است؛ چنان‌که محاربه باغیان و کافران به همین مقصود است؛ نه ایجاد فساد. (هاشمی‌شاهرودی، ۲۴۸)

پس از تبیین این‌که استظهار فقها از موضوع کیفرهای مذکور در آیه کریمه مختلف است؛ لذا این امر موجب شده تا برخی از فقها افساد فی الارض را از جرایم مستوجب تعزیر بدانند، به بحث پیرامون روایات و عبارات فقها در خصوص مجازات آن می‌پردازیم.

آ- روایات وارده در خصوص قتل افروزنده آتش در خانه دیگری: در معتبره سکونی از امام صادق (ع) از قول پدرش آمده است: حضرت علی (ع) در مورد مردی که آتشی آورده و آن‌را در خانه گروهی افکند و در نتیجه خانه و اشیاء آن‌ها سوخت، حکم کردند که افروزنده آتش باید خسارت خانه و آنچه درون آن بوده را پردازد و پس از آن کشته می‌شود. (ابن بابویه، ۱۶۲/۴؛ طوسی، تهذیب، ۱۰/۲۳۱) گفته می‌شود؛ شیخ طوسی بر اساس همین روایت حکم به ضمان تمام آنچه از نفوس و اثاث تلف شده، کرده و سپس قتل مرتکب واجب دانسته است. (طوسی، النهایه، ۷۶۱)

لذا علامه حلی می‌فرماید: آنچه شیخ طوسی گفته است، صحیح بوده؛ بدین جهت که مرتکب، مفسد فی الارض است و روایت سکونی نیز بر صحت آن دلالت دارد. (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۵۳/۹) صاحب جواهر می‌افزاید: از حواشی شهید نیز بدست می‌آید که اکثر

اصحاب بر این نظر هستند و وجه آن ممکن است مفسد بودن چنین فردی باشد، البته در صورتی که او عادت به آتش افروزی داشته باشد؛ به گونه‌ای که به واسطه عملش عنوان محارب بر او صادق باشد یا مطلقاً (و لو محارب صدق نکند). (نجفی، ۴۳ / ۱۲۵)

محقق حلی در خصوص وجوب قتل می‌فرماید: مرتکب به جهت قصاص کشته می‌شود؛ نه به جهت حد و لازمه عبارت شیخ این است که ضامن نفوس بودن، غیر از قصاص باشد؛ و شیخ بر این روایت نظر داشته، ولی این روایت ضعیف بوده و تمسک به ظاهر آن ممکن نیست. (محقق حلی، نکت‌النهاية، ۳ / ۴۱۸)

برخی از فقها آورده‌اند: شاید مراد از نفوس، چیزی از قبیل حیوانات و انسان‌هایی که کفو او نیستند باشد و احتمال بعید می‌رود که مراد از وجوب قتل مرتکب، فردی از ضامن نفوس باشد. (فاضل‌هندی، ۱۱ / ۲۷۱؛ نجفی، ۴۳ / ۱۲۶)

برخی از معاصران نیز حمل روایت سکونی بر قصاص را خلاف ظاهر دانسته و چنین تعلیل کرده‌اند که: در این روایت سوختن انسان‌ها فرض نشده است؛ بنابراین مقتضای اطلاق روایت، دست کم آن است که مجازات قتل برای جانی ثابت باشد، حتی در صورتی که درون خانه هیچ نفس محترمی نباشد و حمل روایت بر فرض اعتیاد و تکرار خلاف ظاهر است؛ بلکه آنچه در معنای روایت موجه به نظر می‌رسد بر فرض اعتبار سند آن، این است که حمل شود بر این که عمل جانی نه به انگیزه‌ی دشمنی شخصی؛ بلکه به قصد محاربه و ترساندن مردم با آتش صورت گرفته است، تعبیر «فی دار قوم» که حاکی از جمع است، نیز شاهد بر این معناست. یا باید گفت که حکم تبعیدی خاصی بوده و نکته‌ی صدور آن، افساد فی الارض است؛ منتهی نوعی افساد که از جهت عدوان و تجاوز به جان و مال همانند محاربه است. (هاشمی‌شاهرودی، ۲۷۲-۲۷۳)

این احتمال نیز می‌رود که روایت بیانگر تعزیری بودن مجازات چنین فردی و تعیین آن از سوی حاکم باشد؛ به خصوص این که در روایت تعبیر به لفظ «قضی» کرده است؛ از طرفی مصداق محاربه دانستن چنین عملی خلاف ظاهر روایت است؛ لذا کلمات فقها نیز برای مجازات چنین فردی به آیه‌ی محاربه استدلال نشده است؛ بلکه برخی از فقها به طور مطلق و لو در صورت عدم صدق عنوان محارب، مجازات مرتکب را قتل دانسته‌اند.

ب- روایات در مورد افرادی که به کشتن برده یا اهل ذمه عادت دارند: در معتبره فضل بن شاذان از امام صادق (ع) آمده است: به امام (ع) عرض کردم: مردی یک مرد از اهل ذمه

را کشته است. فرمود: در مقابل او کشته نمی‌شود؛ مگر این‌که به کشتن ذمی عادت داشته باشد. (طوسی، استبصار، ۴/ ۲۷۰)

در معتبره یونس از ائمه معصومین (ع) در مورد مردی که مملوک خود را کشته بود، آمده است: اگر معروف به قتل بردگان نباشد، به سختی زده می‌شود و قیمت برده از او گرفته شده و به بیت‌المال مسلمانان پرداخته می‌شود و اگر به کشتن عادت داشته باشد به واسطه عمل خود کشته می‌شود. (همان، ۲۷۳)

برخی از فقها آورده‌اند: اگر مولایی عبد خود را بکشد، حاکم او را تأدیب کرده و اگر عادت به کشتن بردگان داشته باشد؛ به جهت فساد در زمین- نه از جهت قصاص- کشته می‌شود. هم‌چنین اگر عادت به کشتن اهل ذمه داشته باشد. (ابن‌زهرة، ۴۰۷؛ ابوالصلاح، ۳۸۴؛ مقدس اردبیلی، مجمع‌الفائدة، ۱۴/ ۲۷)

برخی از فقها قتل مرتکب را به جرم مخالفت با امام مسلمین دانسته‌اند. (ابن‌بابویه، ۴/ ۹۲) و برخی گفته‌اند: مسلمانی که قاتل ذمیان باشد، کشته نمی‌شود. (ابن‌ادریس، ۳/ ۵۰۸)

صاحب جواهر می‌فرماید: مشهور قائل‌اند که در صورت عادت به کشتن اهل ذمه قصاص جایز است؛ بلکه در مذهب البارع این قول نزدیک به اجماع دانسته شده است؛ و ظاهر عبارت شرایع و لمعه و قواعد تردد در مسأله است نه مخالفت. (نجفی، ۴۲/ ۱۵۱)

با اطلاق روایات و احتمال ارجاع ضمیر در روایت «رجل قتل رجلاً من أهل الذمة»، قال لا یقتل به الا...» یا روایت «و إن كان متعوداً للقتل، قتل به» به «قتل»، می‌توان گفت: چنین فردی به واسطه عمل خود (کشتن دیگری) و تکرار آن کشته می‌شود؛ لذا از باب حد و مفسد بودن وی است، روایت دوم ظهور در این معنا دارد، یا این‌که ضمیر را به کلمه أهل الذمة برگردانیم؛ یعنی او در مقابل اهل ذمه کشته می‌شود که در این صورت حکم به قتل وی از باب قصاص خواهد بود؛ روایت اولی ظهور در این معنا دارد؛ البته این احتمال نیز می‌رود از آنجا که مورد دو روایت مختلف است، حکمشان متفاوت از یکدیگر باشد؛ و با وجود اختلاف فقها در علت کشتن مسلمانی که عادت به کشتن ذمیان یا برده‌ها دارد، می‌توان یکی از دو علت زیر را برای چنین حکمی دخیل دانست: به جهت افساد، حد دارد یا این‌که بگوییم او قاتل بوده؛ لذا به عنوان قصاص کشته می‌شود؛ به هر صورت بنابر این‌که کشتن او به جهت مفسد بودن باشد؛ احتمال می‌رود که این مجازات به جهت تعزیر وی بوده که بر حسب نظر حاکم می‌باشد.

ج- روایات وارده در مورد قتل نباش در قضاوت‌های امیرالمؤمنین (ع): در روایتی آمده

است: نباشی را نزد حضرت علی (ع) آوردند، حضرت موی او را گرفت و او را به زمین زد؛ سپس به مردم دستور داد که او را پایمال کنند، پس مردم پایمال کردند تا مرد. (کلینی، ۱۴/ ۱۵۹)

چنان که ملاحظه می شود، تعیین این نوع مجازات بر اساس قضاوت حضرت علی (ع) و به اختیار حاکم اسلامی بوده است؛ لذا در عبارات فقها به وضوح دیده می شود که ایشان ضمن این که تعیین مجازات نباش را از اختیارات حاکم دانسته، این عمل را نیز از مصادیق افساد در زمین یافته اند:

شیخ مفید می فرماید: نباش پس از سه بار تکرار جرم، در صورتی که مجازات نشده باشد، حاکم اختیار دارد او را بکشد یا او را مجازات کرده و دستش را قطع کند. تعیین مجازات وی به دست حاکم است و او هر نوع مجازاتی را که تشخیص دهد برای سرکشان و جنایت کاران بازدارنده تر است، اعمال می کند. (مفید، ۸۰۴)

شیخ طوسی در نهاییه می فرماید: کسی که نبش قبر می کند و کفن میت را می دزدد، قطع دست او واجب است... اگر این عمل را تکرار کرد و تأذیب وی برای امام میسر نبود، امام می تواند او را به قتل رساند. (طوسی، النهاية، ۷۲۲)

برخی از فقها نباش و کفن دزد را مصداق مفسد فی الارض دانسته، می نویسند: در صورت تکرار عمل دزدی از وی به جرم مفسد بودن دستش قطع می شود؛ نه به جهت دزد بودن. (ابن ادریس، ۳/ ۵۱۲؛ علامه حلی، مختلف، ۹/ ۲۴۱)

محقق حلی نیز آورده اند: روایت را می توان حمل کرد بر این که نباش به جرم فساد محکوم به قتل شد و در چنین موردی، تعیین مجازات به دست امام است اگر خواست دست او را قطع می کند و اگر خواست او را می کشد. (محقق حلی، نکت النهاية، ۳/ ۳۳۷)

د- روایات وارده در قتل ساحر: در روایت سکونی از امام صادق (ع) آمده است: رسول خدا (ص) فرمود: ساحر مسلمان کشته می شود و ساحر کافر کشته نمی شود. سوال شد: چرا ساحر کافر کشته نمی شود؟ فرمود: برای این که کفر (شرک) بزرگ تر از سحر است و برای این که سحر و شرک به هم نزدیک اند. (حر عاملی، ۱۸/ ۵۷۶؛ نوری، ۱۸/ ۱۹۱)

شیخ طوسی می نویسد: عمل ساحر نوعی افساد در زمین است و بدین جهت قتل او واجب است. از آنجا که در سحر محاربه ای نیست و معمولاً موجب سلب مال و جان کسی هم نمی شود، پس ملاک حکم روایت، مطلق افساد است. (طوسی، الخلاف، ۵/ ۳۳۱)

برخی از فقهای معاصر تعلیل شیخ را صرف احتمال دانسته و گفته‌اند که روایت مذکور و روایات دیگر شاهد بر خلاف آن هستند. مبنی بر این که قتل ساحر به ملاک کفر و ارتداد او است؛ لذا ساحر کافر کشته نمی‌شود؛ زیرا او از اصل کافر است و بر خلاف ساحر مسلمان حلال شمردن سحر، موجب ارتداد او نمی‌شود. (هاشمی‌شاهرودی، ۲۸۴)

بنابراین می‌توان بر اساس روایت مذکور و بر حسب نظر این فقیه معاصر، قتل ساحر مسلمان را به ملاک ارتداد وی دانست که در این صورت حد یا تعزیری بودن مجازات وی در مبحث ارتداد مطرح می‌شود که پیش‌تر بدان پرداختیم.

هـ- روایات وارده در آدم‌ربایی: در معتبره سکونی از امام صادق (ع) آمده است: شخصی را که مرد آزادی را فروخته بود نزد امیرالمؤمنین (ع) آوردند، ایشان دست او را قطع کردند. (طوسی، تهذیب، ۱۰/۱۱۳)

در روایت دیگری آمده است: از امام صادق (ع) در مورد حکم مردی که زن خود را فروخته بود سوال شد، حضرت (ع) فرمود: دست مرد قطع می‌شود. شیخ افزوده‌اند: وجوب قطع دست نه از جهت دزد بودن بایع است، می‌توان گفت علت چنین حکمی مفسد فی الارض بودن بایع است. (همان؛ النهایه، ۷۲۲)

ولی در روایت دیگری از امام صادق (ع) آمده است: دو فردی که یکدیگر را می‌فروختند و با اموال دیگران فرار می‌کردند، دستشان قطع می‌شود؛ به خاطر این که این دو، سارق خود و اموال دیگران هستند. (حر عاملی، ۱۸/۵۱۵)

در لمعه آمده است: کسی که فرد آزادی را حتی اگر صغیر باشد، بدزدد، دست او قطع نمی‌شود و اگر او را بفروشد به جهت ایجاد در فساد در زمین دستش قطع می‌شود نه به عنوان حد. (شهید اول، لمعه، ۲۶۰) و برخی آورده‌اند: کسی که زن آزادی را بفروشد، خواه زن او باشد؛ خواه اجنبی، به خاطر فساد در زمین، (دست او) قطع می‌شود. (ابوالصلاح، ۴۱۲؛ ابن‌ادریس، ۳/۴۹۹؛ شهید ثانی، مسالک، ۱۵/۵۰۱؛ فاضل هندی، ۲/۴۲۶؛ محقق حلی، مختصر، ۲۲۴؛ خوانساری، ۷/۱۴۷)

با ملاحظه و دقت در روایات و کلمات فقها می‌توان گفت که قطع دست بایع از جهت سارق بودن وی نبوده؛ چراکه انسان آزاد، مال نبوده و نیز سایر شرایط سرقت در این جا محقق نیست؛ بلکه به جهت مفسد فی الارض بودن بایع است؛ لذا مجازات آن قطع دست تعیین شده است، اما حدی بودن چنین مجازاتی و تعیین آن بر اساس آیه محاربه که چهارگونه مجازات در

آن مطرح شده از جمله؛ قطع دست به همراه قطع پا، نه قطع دست تنها، محل تردید بوده؛ لذا این گمان را ایجاد می‌کند که چنین مجازاتی تعزیری و بر اساس رأی حاکم اسلامی (حضرت علی (ع)) تعیین شده است و سایر ائمه (ع) نیز همین رأی ایشان را بیان کرده‌اند.

بنابراین یکی از جرایمی که از حیث مستوجب حد یا تعزیری بودن می‌تواند مطرح شود افساد فی الارض است. این جرم به معنای بیرون بردن نظام صالح الهی از اعتدال و صلاح است؛ لذا شامل تقنین قوانین فاسده، فرمان کشف حجاب، اشاعه امور جنسی، بی‌عفتی، ترویج باطل، انتشار مواد مخدر، تأسیس قمارخانه‌ها و نظایر این‌ها می‌شود؛ ولی محاربه صدق نمی‌کند؛ چون اخافه مردم به وسیله آلت معموله بر این امور منطبق نیست.

نتیجه‌گیری

با تتبع در عبارات فقها می‌توان به این نتیجه رسید که برای تشخیص حدی یا تعزیری بودن جرایم، ضابطه «هر جرمی که نوع و اندازه مجازات آن در شرع تعیین شده، از جرایم حدی بوده و هر جرمی که نوع و اندازه مجازات آن در شرع تعیین نشده و به اختیار حاکم اسلام گذارده شده از جرایم تعزیری است» کلیت نداشته و می‌توان گفت که فقها در جرایمی از قبیل مجامعت با همسر در روز ماه رمضان، مجامعت با زن حائض، به عقد درآوردن و آمیختن مردی که دارای زن آزاد است با کنیز قبل از اذن گرفتن از زن خود، ارتداد و افساد فی الارض، از حیث حدی یا تعزیری بودن آن با یکدیگر اختلاف دارند.

سعه مفهوم تعزیر و اطلاق عبارت «التعزیر إلی الامام»، حفظ مصلحت جامعه اسلامی و دخالت دادن شرایط مکان و زمان در مجازات، حاکم اسلامی را در تعیین انواع مجازات‌ها و مقدار آن مبسوط‌الید قرار می‌دهد؛ اما از آنجا که کلمه «التعزیر» مفرد محلی به (ال) می‌باشد و آنچه مورد اتفاق است دلالت جمع محلی به (ال) بر عموم بوده و دلالت مفرد محلی به (ال) اختلافی است؛ لذا بر اساس ادله قاعده مشهور «التعزیر دون الحد» بایستی مختار بودن حاکم را به جرایم تعزیری غیر متناسب^{۱۰} با جرایم حدی مقید کرد.

^{۱۰} - جرایم در یک تقسیم بندی کلی بر اساس تعدی به مصالح پنجگانه حفظ نفس، حفظ دین، حفظ عقل، حفظ نسل و حفظ مال در پنج طیف قرار می‌گیرد و در هر طیفی جرایم متعددی قرار می‌گیرد که یک جرم دارای کیفر حد یا قصاص در رأس جرایم آن طیف بوده و سایر جرایم تعزیری بوده و مجازات آن بر اساس مجازات آن جرم حدی سنجیده و کمتر از آن می‌باشد. به عنوان مثال اگر جرم ارتكابی بوسیدن نامحرم باشد که با زنا تناسب دارد (= تعدی به حفظ نسل)، در آن صورت صد تازیانه که حد زناست ملاک قرار داده می‌شود، اما جرایم مواد مخدر یا سازندگان مشروبات الکلی که به تمام مصالح لطمه می‌زند تعیین مجازات آن در اختیار حاکم اسلامی می‌باشد. (فیض، ۱/ ۱۹۷- ۱۹۹ با دخل و تصرف)

از سوی دیگر، چنان‌که گذشت، در تعیین کمترین حدود میان فقها اختلاف وجود دارد و نیز واژه «دون» همواره به معنای کمتر نیست؛ بلکه غالباً به معنای غیر است (راغب، ۳۲۴؛ طباطبایی، ۶/۲۴۱؛ ۴۴/۲۰؛ مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۲۵/۱۱۵) و کلمه «التعزیر»، با وجود قدر متیقن (تعزیر متناسب با جرم حدی) دلالتی بر تمام افراد تعزیر ندارد؛ لذا نمی‌توان گفت هر تعزیری از هر حدی باید کمتر باشد و وجهی برای تمسک به «التعزیر دون الحد» در تمام تعزیرات باقی نمی‌ماند؛ نهایت امر اینکه در جرایم تعزیری هم نوع با جرم حدی می‌توان به این قاعده استناد کرد؛ و این بهترین وجه برای تفسیر این دو قاعده در کنار هم می‌باشد.

منابع

قرآن کریم

ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، موسسه نشر اسلامی، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۸ ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، جامعه مدرسین، بی‌تا.

ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسيلة إلى نيل الفضيلة*، قم، مکتبه آية الله المرعشی، چاپ اول ۱۴۰۸ ق.

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

ابن سعید، یحیی بن احمد، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سید الشهداء، چاپ اول ۱۴۰۵ ق.

ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.

ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، تحقیق: رضا استادی، اصفهان، مکتبه الإمام علی (ع)، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.

اعرجی، عبدالمطلب بن محمد، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.

تبریزی، جواد، *أسس الحدود و التعزیرات*، قم، دفتر مؤلف، چاپ اول ۱۴۱۷ ق.

_____، *منهاج الصالحین*، قم، مجمع الإمام المهدی (عج)، چاپ اول ۱۴۲۶ ق.

حائری، کاظم، «انواع تعزیر و ضوابط آن»، *فقه اهل بیت (ع)*، سال سیزدهم، ۵۱، ۱۳۸۶، (ص ۳-۳۳)

حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۳۷۶.

حسینی شیرازی، محمد، *الفقه موسوعة استدلالیة فی الفقه الاسلامی*، بیروت، دارالعلوم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

خمینی، روح الله، *الرسائل*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، بی تا.

_____، *تحریر الوسيلة*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

خویی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار امام خوئی، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق
راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، بیروت، دار العلم - الدار الشامیة، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

رحمتی، محمد، *کتاب الحدود*، قم، دفتر مولف، چاپ دوم، ۱۳۷۵.

روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق علیه (ع)*، قم، مدرسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

شهید اول محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ق.

_____، *القواعد و الفوائد*، قم، نشر مفید، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.

_____، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة*، بیروت، دار التراث - الدار الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

_____، *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *حاشیة الإرشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

_____، *روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۲ ق.

_____، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

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

طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

۳۰	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۱۰۲
	طباطبایی، محمد حسین، <i>المیزان فی تفسیر القرآن</i> ، قم، انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.	
	طوسی، محمد بن حسن، <i>الاستبصار</i> ، دار الکتب الإسلامية، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۶۳.	
	_____، <i>الخلافت</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.	
	_____، <i>المبسوط فی الفقه الإمامیة</i> ، تهران، مکتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.	
	_____، <i>النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى</i> ، بیروت، دار الکتب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.	
	_____، <i>تهذیب الاحکام</i> ، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.	
	علامه حلی، حسن بن یوسف، <i>إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.	
	_____، <i>تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة</i> ، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.	
	_____، <i>قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.	
	_____، <i>مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.	
	فاضل الآبی، حسن بن ابی طالب، <i>كشف الرموز فی شرح مختصر النافع</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.	
	فاضل موحدي لنكراني، محمد، <i>تفصيل الشريعة فی شرح تحریر الوسيلة- الحدود</i> ، قم، مركز فقهی ائمه اطهار (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.	
	فاضل هندی، محمد بن حسن، <i>كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحکام</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.	
	فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله، <i>التنقيح الرائع لمختصر الشرائع</i> ، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.	
	فخرالمحققین، محمد بن حسن، <i>ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.	
	فیض، علیرضا، <i>مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام</i> ، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۸.	
	قبله‌ای خوئی، خلیل، <i>قواعد فقه- بخش جزا</i> ، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۸.	

قمی، علی بن محمد، *جامع الخلاف و الوفاق*، قم، زمینه سازان ظهور امام عصر (ع)، چاپ اول ۱۴۲۱ ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الكافی*، قم، دار الحديث للطباعة و النشر، چاپ اول ۱۴۲۹ ق.
 گلپایگانی، محمد رضا، *تقریرات الحدود و التعزیرات*، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ اول ۱۴۱۲ ق.
 مامقانی، عبدالله، *مناهج المتقین*، چاپ سنگی، مؤسسه آل البيت (ع)، بی تا.
 محقق حلی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الإمامیة*، قم، مؤسسه مطبوعات دینی، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.

_____، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ ششم، ۱۳۸۵.
 محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.

محمدی گیلانی، محمد، *حقوق کیفری در اسلام*، تهران، نشر سایه، چاپ اول ۱۳۷۹.
 مفید، محمد بن محمد، *المقنعه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ق.
 مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی أحكام القرآن*، تهران، المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ اول بی تا.

_____، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، «تعزیرات در اسلام»، *مجله نور علم*، شماره ۷، ۱۳۶۳.
 _____، *تعزیر و گستره آن*، قم، انتشارات مدرسه امام علی (ع)، چاپ اول ۱۴۲۵ ق.
 _____، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۸.

منتظری، حسینعلی، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، ترجمه محمود صلواتی، تهران، مؤسسه کیهان، چاپ اول ۱۳۶۷.

موسوی خوانساری احمد، *جامع المدارک*، تهران، مکتبه الصدوق، چاپ اول ۱۴۰۵ ق.
 موسوی اردبیلی، عبدالکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.

موسوی عاملی، محمد بن علی، *مدارک الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام*، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۱ ق.

مومن قمی، محمد، *کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.

۳۲	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۱۰۲
_____، <i>مبانی تحریر الوسیله- کتاب الحدود</i>، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول ۱۴۲۲ ق. نوری، حسین بن محمد تقی، <i>مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل</i>، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، چاپ اول ۱۴۰۸ ق. هاشمی شاهرودی، محمود، <i>بایسته های فقه جزا</i>، تهران، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۷۸.		

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹۴، ص ۵۷-۳۳

بررسی خبر واحد در فقه ابن ادریس*

داریوش بخردیان

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: bekhradi_da@yahoo.com

دکتر محمدتقی قبولی در افشان^۱

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@ferdowsi.um.ac.ir

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

اعتقاد به عدم حجیت خبر واحد یکی از اساسی‌ترین مبانی ابن ادریس در علم اصول است و همین مسأله موجب شده است تا آرا و شیوه فقاهاست وی، متفاوت از آرای دیگر فقها شود و حتی در مواردی از شنو و ندرت سر در آورد. وی روایاتی را که به حد تواتر نرسد یا مجرد از قرائن باشد؛ حجت نمی‌داند؛ از این رو که این گونه اخبار علم آور نیستند. وی این مبنا را جزء ضروریات فقه امامیه یافته است.

این مبنا موجب شده است تا برخی عمل نکردن به اخبار اهل بیت را به او نسبت دهند. لیکن طبق تحقیق، این نسبت صحیح نیست؛ زیرا ابن ادریس علاوه بر خبر متواتر به اخبار آحاد بسیاری استناد کرده است. می‌توان گفت در نگاه ایشان خبر واحد به دو قسم، تقسیم می‌شود. خبر واحدی که ادله دیگر، مؤید آن است. چنین خبری قطع آور است و می‌توان بدان عمل نمود و خبر واحدی که بدون مؤید است و نمی‌توان بدان عمل نمود؛ هر چند که راوی آن ثقه باشد. نتیجه این که طبق مبنای ایشان، صحت و سقم خبر واحد را باید در عرضه به سایر ادله سنجید.

کلیدواژه‌ها: ابن ادریس، خبر واحد، فتوای شاذ، حجت، ظن.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۷/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۱۲/۱۹.
۱. نویسنده مسئول

مقدمه

خبر واحد از دیرباز، نقش مهمی در مباحث اصولی و فقهی داشته و کتاب‌های اصولی به این مسأله پرداخته‌اند؛ زیرا بسیاری از احکام شرعی توسط خبر واحد بیان و بیان خداوند در قرآن کریم در مورد احکام غالباً مجمل و کلی است.

اگر اخبار رسیده از ائمه معصوم (علیهم‌السلام) همانند آیات قرآن^۱، از تحریف و خطر جعل در امان بود، فقه با مشکل چندانی مواجه نمی‌شد؛^۲ اما این عرصه، چندان مورد توجه غرض‌ورزان و کینه‌توزان قرار گرفت که به انگیزه‌های گوناگون، دست به تغییر و تحریف و جعل احادیث زدند؛ به طوری که پیامبر (ص) نیز نسبت به آن هشدار داده و می‌فرمود: «من کذب علی متعمداً فلیتبوأ مقعده من النار.» (صدوق، من لایحضره الفقیه، ۴/۳۶۴)

خبر و اقسام آن

خبر در لغت به معنای اطلاع و آگاهی (ابن‌منظور، ۴/۲۲۶) و در اصطلاح علمای حدیث مترادف با حدیث است. (عبدالرحمان، ۱۳/۲)

علمای اصول در مورد حقیقت خبر اختلاف نظر دارند. شیخ طوسی در این باره می‌نویسد: «ما صحّ فیهِ الصدق او الکذب».

این تعریف را بهتر از تعریف به «ما صحّ فیهِ الصدق و الکذب»^۳ دانسته است، زیرا محال است که صدق و کذب با هم در یک خبر باشد. از طرفی، این تعریف با اخباری نقض می‌شود که قابل تصدیق و تکذیب نیستند؛ مانند اخبار مربوط به وجود شریک برای خداوند متعال که قابل تصدیق نیستند و اخبار مربوط به توحید و صفات خداوند مانند علم خدا که قابل تکذیب نیستند.^۴ گروهی خبر را به «ما یحتمل الصدق و الکذب» تعریف کرده‌اند. (طوسی، عده الاصول ۶۳/۱)

ابن‌ادریس این تعریف را می‌پذیرد (ابن‌ادریس، ۲/۱۴۶-۱۴۸) و در بحث شهادت دروغ به این مطلب اذعان و اعتراف می‌کند که به واسطه چیزهایی که احتمال صدق و کذب آن است از

^۱ - اشاره به آیه قرآن «نحن نزلنا الذکر و اِنّا له لحافظون.» حجر: آیه ۹.

^۲ - کسانی که اخبار در عرصه فقه را حجت ندانسته‌اند از قیاس، استحسان و آرای شاذ و... سر درآورده‌اند.

^۳ - شیخ طوسی می‌نویسد: اگر مراد از این تعریف، همان تعریف اول باشد، تعریف صحیح است، البته باید عبارت به صورت «ما یحتمل الصدق و الکذب» تصحیح شود؛ با این وجود قول اول بهتر است. (العهده الاصول ۶۳/۱)

^۴ - قال أبو عبد الله ع: «لَمْ يَزَلِ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ رَبَّنَا وَ الْعِلْمُ ذَاتُهُ وَ لَا مَعْلُومٌ وَ السَّمْعُ ذَاتُهُ وَ لَا مَسْمُوعٌ وَ الْبَصَرُ ذَاتُهُ وَ لَا مُبْصَرٌ وَ الْقُدْرَةُ ذَاتُهُ وَ لَا مَقْدُورٌ فَلَمَّا أَحْدَثَ الْأَشْيَاءَ...»، (کلینی، ۱/۱۰۷)

ادله قطعی دست بر نمی‌داریم؛ زیرا شهادت از باب خبر دانسته شده است. ابن‌ادریس در مورد اخبار، اصطلاحات زیر را به کار برده است: شاذ، نادر، خبر واحد، متواتر، مرسل، مسند، مستفیض، ضعیف، مشهور، ناسخ و منسوخ، مجهول^۱.

خبر واحد در بیان ابن‌ادریس

علمای علم اصول بر حجیت خبر متواتر اتفاق دارند؛ ولی در مورد خبر واحد با یکدیگر اختلاف ورزیده‌اند. شیخ انصاری و مرحوم مظفر قول به عدم حجیت خبر واحد را به کسانی مانند سید مرتضی (الذریعه، ۵۲۸/۲)، ابن زهره (۴۷۵) و ابن‌ادریس (السرائر، ۴۷/۱) نسبت داده‌اند. ابن‌ادریس می‌گوید: خبر واحد، همانند قیاس موجب ظن می‌شود و حجت نیست. ایشان فقه شیعی را به عنوان فقهی که به خبر واحد عمل نمی‌کند؛ معرفی می‌کند (همان، ۲۸۹/۲) و این را از ضروریات فقه شیعه می‌شمارد (همان، ۱۲۷/۱) و معتقد است که چنین خبری نزد اهل بیت (علیهم‌السلام) حجت نبوده است. (همان، ۳۹۷/۱)

سید مرتضی معتقد است: عمل به خبر واحد از نظر عقل جایز است، اما چون شرعاً دلیلی بر تعبّد به آن نرسیده است نمی‌توان به آن ملتزم گردید. وی برای اثبات عدم ورود دلیل شرعی بر تعبّد به خبر واحد، تمام ادله قائلان به حجیت خبر واحد را رد و بر عدم حجیت خبر واحد در احکام به اجماع استناد کرده است. (سیدمرتضی، الذریعه، ۵۱۹/۲ - ۵۵۰؛ همو، رسائل المرتضی، ۲۰۳/۱)

در مقابل، مشهور «فی‌الجملة»^۲ قائل به حجیت خبر واحد هستند^۳. (آخوندخراسانی، ۳۱۰/۲)

ابن‌ادریس در این مسأله با سید مرتضی هم عقیده است. وی خبر واحد را حجت نمی‌داند و معتقد است برای رسیدن به احکام شرعی باید علم حاصل گردد؛ و دلیلی که موجب ظن به احکام است، نتوان به آن تمسک نمود؛ چرا که عمل کردن به خبر واحد، موجب علم به احکام شرعی نمی‌گردد. (ابن‌ادریس، ۴۷/۱) بلکه معتقد است که احکام شرعی را باید با ادله قطعی

^۱- السرائر، ج ۱، ۴۶، ۷۷، ۱۰۹، ۲۶۷، ۳۸۲، ۴۹۳/۳۶۳؛ ج ۲، ۵۷۸؛ ج ۳، ۱۳۰، ۲۵۵، ۳۳۴، ۵۵۲، ۵۷۴.

^۲- مراد از فی‌الجملة به نحو موجهه جزئیه در مقابل سلب کلی است. (مظفر، ۷۵/۳)

^۳- شیخ طوسی از جمله کسانی است که قائل به حجیت خبر واحد است و می‌گوید: من عمل بخبر الواحد فإنما يعمل به إذا دلّ دليل علی وجوب العمل به، اما من الكتاب أو السنة أو الإجماع، فلا يكون قد عمل بغير علم. (عده الاصوله ۱۰۶/۱)

ثابت نمود. (همان، ۱۶۳/۱) وی عمل به اخبار آحاد را در احکام شرعی، فاسد قلمداد می‌کند. (همان، ۲۵۶/۳)

ابن‌ادریس خبر واحد را موجب علم نمی‌داند؛ زیرا اگر خبر واحد موجب علم بود در این صورت عمل به هر خبر واحدی واجب می‌شد. (همان، ۴۶/۱)

نکاتی پیرامون دیدگاه ابن‌ادریس و شیخ طوسی در مسأله

برخی نزاع بین شیخ و ابن‌ادریس را در مسئله، نزاع لفظی دانسته، (استرآبادی، ۱۴۶) برخی دیگر ادعا کرده‌اند که تا قبل از علامه، کسی صراحتاً قائل به حجیت خبر واحد نشده است (فاضل‌تونی، ۱۵۸) و سید مرتضی بر عدم حجیت خبر واحد ادعای اجماع نموده است. (رسائل المرتضی، ۲۴/۱)

میرزای قمی ادعا کرده، شیخ طوسی در کتاب عُدّه به صراحت با نظر سید مرتضی درباره اخبار موافقت کرده و گفته است: امامیه، منکر عمل به خبر واحد هستند. (۴۵۵/۲) زیرا دلیل قطعی بر حجیت اخبار آحاد وجود ندارد و آنچه به عنوان ادله بیان شده، فقط حرف و ادعا است. (همان، ۴۴۸/۲)

به نظر می‌رسد که دلیل این مدّعا به این مطالب بر می‌گردد:
شیخ طوسی می‌گوید: روایتی که متواتر نبوده یا قرائن قطعی ندارد؛ در تفسیر قرآن، قابل استناد نیست؛ بنابراین استفاده از خبر واحد را در تفسیر متفسی می‌داند. (التبیان فی تفسیر القرآن، ۶/۱)

از طرفی شیخ طوسی تخصیص قرآن با خبر واحد را جایز نمی‌داند؛ زیرا عام قرآنی علم آور و خبر واحد موجب ظن است لذا نمی‌توان با ظن از علم دست برداشت. (طوسی، عده الاصول ۳۴۴/۱) وی اعتراف می‌کند که همه ادله خبر واحد باطل است. (همان، ۱۰۸/۱)

هم‌چنین ابن‌ادریس می‌گوید: شیخ طوسی در چند موضع از کتاب استبصار به صراحت و روشنی، عمل به خبر واحد را انکار کرده است (۲۶۳/۲) از جمله این عبارت شیخ در استبصار است که می‌گوید: «اخبار الآحاد عندنا غیر معمول علیها». (الاستبصار، ۳۶/۱)

از آن‌جا که ابن‌ادریس بر این نظر شیخ در مخالفت با خبر واحد، اطلاع داشته است هر فتوایی را که شیخ در نهاییه با استناد به خبر واحد اظهار داشته است، آن را عقیده شیخ نمی‌داند و می‌گوید: «ما آورده الشیخ فی نهاییه فهو خبر واحد لا یوجب علماً و لا عملاً، آورده الشیخ

ایراداً لا اعتقاداً» (ابن‌ادریس، ۲/۲۸۷)

باید گفت این ادعا به کلیت صحیح نیست؛ زیرا ایشان در کتاب العده که دیدگاه‌های اصولی را بیان کرده، هر چند خبر واحد را علم‌آور نمی‌داند (همان، ۱/۱۰۰) و ادله حجّیت آن را رد می‌کند (همان، ۱۰۸/۱-۱۲۸) اما اخبار واحدی را که روایت آن امامی باشند، در صورتی که در نقلش سدید باشد و طعن هم نشده باشد، حجت دانسته و عمل به آن را جایز و مدعی اجماع بر اعتبار آن شده است. (همان، ۱/۱۲۶) و در جای دیگر حتی خبر مخالفان را واجب‌الاتباع می‌داند، بدین شرط که در نقل روایت، احتیاط و دقّت عمل داشته و در امانت‌داری مورد وثوق باشند، گرچه در اصل اعتقاد به خطا رفته باشند. بر این اساس، وی به خبرهای فطحیه، واقفیه و خبرهای بنی‌فضال و... عمل می‌کرده است. (همان، ۱/۱۳۴)

ابن‌ادریس از این قبیل استدلال‌ها برای اثبات نظر خویش در مورد ترک عمل به خبر واحد از شیخ استفاده کرده، لیکن در مواردی که شیخ به طور صریح به خبر واحد عمل نموده است، آن را از باب تسالم و جدل می‌پذیرد. (همان، ۳/۲۶۷ و ۲۸۹)

ابن‌ادریس با وجود آن‌که به خبر واحد عمل نکرده حدیث غرر را کاملاً پذیرفته و روایات معتبر دیگری را به دلیل مخالفت با مضمون آن، مردود شمرده (همان، ۳/۲۹۰ و ۳۲۴) و با آن به صورت یک روایت قطعی برخورد کرده است؛ و این در حالی است که برخی این روایت را مرسل یافته، معتقد شده‌اند، ضعف سند آن با عمل فقها جبران شده است. (انصاری، المکاسب (المحشی)، شارح: سید محمد کلانتر، ۱۱/۶۴) و گروهی نیز شهرت را جابر ضعف سند آن ندانسته‌اند. (خویی، مصباح الفقاهه، ۲/۲۵۶)

به نظر رسد که انکار خبر واحد توسط ابن‌ادریس و شیخ، مطلق نیست؛ زیرا هر دو در مواردی به خبر واحد تمسک نموده‌اند. هر چند هر دو، خبر واحد را ظن‌آور دانسته‌اند اما منشأ اختلاف آن دو این است که شیخ، عمل به ظن را جایز دانسته و احکام را از ادله قطعی و ظنی استنباط و استخراج کرده است، بر خلاف ابن‌ادریس که ادله احکام را منحصر در ادله قطعی دانسته است.

می‌توان گفت یکی از دلایل مقابله ابن‌ادریس با این روش، فتاوی متفاوت و متغییر فقها است که به هنگام تألیف هر کتاب به روایتی عمل کرده‌اند؛ بنابراین فقه مبتنی بر ادله ظنی و خبر واحد عاری از قرینه را کنار گذاشت و فقه مبتنی بر قرآن، سنت، اجماع و دلیل عقل بنا نهاد. این اختلاف شدید چندان در فقه فقها پدید آمد که بیان شیخ طوسی (عده الاصول،

(۱۳۸/۱) بر آن مهر تأیید می‌زند و می‌گوید: این اختلاف و تعارض در اخبار بر کسی پوشیده نیست و اگر در این زمینه تأمل کنید اختلافات آنان از اختلافات ابوحنیفه و شافعی و مالک بیشتر است.

در نقد این سخن باید گفت: ایشان به این مبنا پای‌بند نبوده است و در مقام عمل به ظن عمل کرده است و از طرفی حتی کسانی مانند سیّد که منکر حجّیت خبر واحد هستند؛ اختلاف فتوی وجود دارد که بیانگر بکارگیری ظن در مقام استنباط است.

مراسیل ابن‌ادریس

مرسل به حدیثی گفته می‌شود که در سند آن، همه یا برخی از راویان آن حذف شده باشد. (مامقانی، ۱۶۶/۱) ارسال روایت موجب تضعیف روایت می‌شود اما تعدادی از مراسلات به خاطر داشتن قرینه، معتبر به شمار می‌آیند؛ مانند این که شخصی که روایت را نقل می‌کند از وثوق ویژه‌ای برخوردار است یا شهرت عملی و اجماع با آن همراه گشته است؛ از قبیل مراسیل شیخ صدوق و ابن ابی عمیر.

ابن‌ادریس به روایات مرسل عمل نکرده و معتقد است؛ حتی کسانی که به خبر واحد عمل می‌کنند به اخبار مرسل عمل نکرده‌اند و منکرین حجّیت خبر واحد به طریق اولی به مراسیل عمل نمی‌کنند. (ابن‌ادریس، ۵۳۴/۲) البته ایشان بر خلاف این نظر، روایاتی را به طور مرسل از بزنطی و ابن بکیر روایت و به آن‌ها عمل کرده است.

در مورد مراسیل ابن‌ادریس دیدگاه‌های متفاوتی بیان شده است. ۱- عدم اعتبار ۲- اعتبار مراسیل.

دیدگاه اول

این گروه معتقدند: ابن‌ادریس بعضی از اصول اربعمائه مانند بزنطی یا ابن بکیر و ... را نقل کرده که در زمان صاحب کافی و شیخ، مشهور بوده و نیازمند ذکر سلسله سند نبوده است؛ ولی در زمان ابن‌ادریس مشهور نبوده، با این وجود، ایشان سلسله سند خود به این اصول را ذکر نکرده است. احتمال دارد که انتساب این اصول به صاحبانش را، از راه اجتهاد به دست آورده باشد که این اجتهاد نزد ما حجّیت نداشته باشد. ابن‌ادریس و امثال وی مانند شیخ صدوق نیستند که زمان او، نزدیک به دوران صاحبان اصول بوده و برای اثبات چیزی، اجتهاد را اعمال نکرده باشند؛ از این رو به مراسیل صدوق می‌توان تکیه نمود؛ بر خلاف مراسیل ابن‌ادریس.

(امام خمینی، المکاسب‌المحرمة، ۷۳/۲)

دیدگاه دوم

در مقابل دیدگاه اول، کسانی هستند که عمل کردن ابن‌ادریس و سید مرتضی به خبری را، نشانه اعتبار آن دانسته و به آن عمل می‌کردند؛ زیرا معلوم می‌شود که این خبر همراه با قرینه‌ای بوده که باعث اعتبار خبر نزد آنان و مفید علم و قطع شده است؛ و این سخن راجع به مراسیل و مسانید آنان می‌باشد. (حرعاملی، ۲۱۳/۳۰ - ۲۱۱)

صاحب ریاض در ذیل حدیثی که ابن‌ادریس از جامع احمد بن محمد بن ابی‌نصر روایت شده، می‌گوید: امثال این روایت صحیح هستند؛ زیرا ابن‌ادریس این روایت را از کتاب مشهور به طور مستقیم نقل کرده و معتبر است. (طباطبایی، ۱۰۹/۲)

آیت الله خویی نیز بر این باور است که هر روایتی را که ابن‌ادریس از کتاب‌های راویان روایت کند، از قبیل کتاب حریر و امثال آن، معتبر است؛ زیرا ابن‌ادریس بر خبر واحد اعتماد نمی‌کرد و تنها به خبر متواتر یا خبر واحدی که قرینه قطعی بر حجت آن اقامه شده؛ عمل می‌کرد. (خویی، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، الصلاه، ۴۷۶/۱)

به نظر می‌رسد گاه ابن‌ادریس روایاتی را به طور مرسل ذکر کرده است که نقل بدون واسطه وی از آن راوی با توجه به فاصله زمانی، بسیار بعید بلکه محال است؛ مثلاً ایشان روایاتی را از جمیل بن دراج و ذکر کرده است در حالی که فاصله بین او و جمیل بسیار زیاد است؛ بنابراین ممکن است گفته شود این روایات فقط در حق وی حجت است؛ زیرا ممکن است انتساب این روایات به آنان ناشی از اجتهاد وی بوده و برای او قطع حاصل شده است، ولی در حق دیگران، حجت نیست. همین سخن در مورد مراسیل صدوق نیز گفته شده است. البته اگر همراه با قرینه باشد یا سایر ادله آن را تأیید کند، برای دیگران نیز حجت است؛ زیرا فقها معتقدند هرگاه خبری محفوف به قرائن باشد یا ادله دیگر مؤید آن باشند، حجت است.

نسبت‌های ناروا به ابن‌ادریس

برخی به ابن‌ادریس نسبت‌هایی داده و او را از افراد ضعیف بشمار آورده‌اند. تعدادی از این نسبت‌ها عبارت‌اند از:

سدیدالدین حمّصی او را اهل تخیل و غیرقابل اعتماد دانسته است (ابن‌بابویه قمی،

الفهرست، ۱۱۳) و برخی عدم پذیرش خبر واحد توسط او را به معنی اعراض کلی از اخبار ائمه (ع) دانسته و او را در شمار ضعفا آورده است؛^۱ ولی همان‌جا او را ستوده است. (حلی، رجال ابن داود، ۴۹۸؛ حرعاملی، ۲/۲۴۳) هم‌چنین محقق و علامه به نقد و طعن او پرداخته‌اند (بحرانی، ۲۷۶)

ولی در دوره‌های بعد، نظر علمای رجال در مورد وی تغییر کرد تا آن‌جا که علامه مجلسی (بحار الانوار، ۳۳/۱) وی را توثیق کرده است و برخی از معاصران، (خویی، معجم رجال الحدیث، ۶۷/۱۶ - ۶۸؛ شوشتری، ۴/۳۸۱) نسبتی را که حمّصی به وی داده است از جهت این که کمی در نقل اسناد روایات بی‌دقت بوده است؛ صحیح دانسته‌اند.

برخی اعراض کلی از اخبار را غلط دانسته و گفته‌اند: اولاً کتاب السرائر از ابتدا تا پایان مبتنی بر اخبار است و نمی‌توان گفت، ابن‌ادریس به طور کلی اخبار را طرد کرده است. ثانیاً ابن‌ادریس تنها فقیهی نیست که به خبر واحد عمل نمی‌کرده است، بلکه در این زمینه با کسانی مانند شیخ مفید و سید مرتضی و... هم عقیده بوده است. البته به او نسبت داده‌اند که اخبار واحد را از غیر واحد، نمی‌شناخته است. (شوشتری، ۹/۹۳) مانند این که ایشان، اخبار دالّ بر وجوب وضو از آرنج را خبر واحد دانسته است بنابراین بر اساس ظاهر آیه‌ی قرآن فتوا داده که شستن دست از انگشتان در وضو جایز است. (ابن‌ادریس، ۱/۹۹)

آیت الله خویی این نسبت را که به هیچ خبری عمل نکرده است، باطل یافته و معتقد است، ایشان در موارد زیادی به خبر عمل نموده است. البته ایشان، مخلّط بودن ابن‌ادریس را از جهتی صحیح و از جهتی غلط دانسته است. از جمله روایات ابان بن تغلب و روایات کتاب سیاری، تخلیط وی به شمار می‌آید اما از جهت این که می‌گوید تصنیفات ابن‌ادریس غیر قابل اعتماد است، صحیح نیست. (همان، معجم رجال الحدیث، ۶۷/۱۶ - ۶۸) این تعداد از فقها معتقدند: احادیث مرسلی را که ابن‌ادریس ذکر کرده، معتبر است؛ زیرا ایشان صرفاً وقتی به خبر واحد عمل می‌کند که همراه با قرائن باشد.

در بحث استخاره با رقعه و نوشته می‌گوید: این روایات ضعیف‌ترین روایات‌اند؛ زیرا راویان آن کسانی مانند رفاعه و زرع‌اند که فطحی مذهب هستند و به روایت آن دو اعتنا نمی‌شود. (ابن‌ادریس، ۱/۳۱۳)

^۱ - اشکال شده که این مطلب در رجال ابن داود وجود ندارد؛ (حرعاملی، ۲/۲۴۴) باید گفت: جلد اول رجال ابن داود اختصاص به ذکر اسامی کسانی که مورد مدح قرار گرفته، و در جلد دوم به ذکر اسامی کسانی که مورد ذم قرار گرفته‌اند؛ اشاره می‌کند.

می‌توان گفت: ابن‌ادریس در نقل حدیث در مواردی دچار لغزش و خطا شده است که شواهدی بر این نظر وجود دارد که عبارت‌اند از:

اولاً: در طریق این روایات، رفاعه و زرعه ذکر نشده و نسبت دادن این روایات به رفاعه و زرعه خطا و اشتباه است؛ زیرا یکی از این روایات را هارون بن خارجه از امام صادق (ع) و دیگری را محمد بن یعقوب کلینی از علی بن محمد از امام (ع) روایت کرده است (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۸۱/۳)

ثانیاً: بر فرض که این دو روای باشند دادن چنین نسبتی -فطحنی بودن- به آن دو اشتباه است؛ زیرا علمای رجال، رفاعه را صحیح‌المذهب و ثقه؛ (طوسی، الفهرست، ۷۱؛ حلی، رجال ابن‌داود، ۱۵۳) و زرعه را واقفی مذهب و ثقه دانسته‌اند (علامه حلی، رجال علامه، خلاصه الاقوال، ۲۲۴) و این مطلب دلالت بر کمی شناخت و معرفت وی نسبت به روایات و رجال دارد. (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۵۶/۲) برخی گفته‌اند: ابن‌ادریس در این‌جا دچار توهم در توهم شده است؛ زیرا در روایت، لفظ «رَفَعَهُ» به کار رفته است که مراد از آن رفع خبر است و ایشان گمان کرده است که مراد از آن رفاعه است. (شوشتری، ۳۸۱/۴)

از دیگر موارد، اخباری که از کتاب ابان بن تغلب بیان می‌کند که نزدیک به عصر کلینی بوده و به علت بُعد زمانی با آنان، در حق وی محال است (همان، ۱۰۶/۱)

ادله عدم حجیت خبر واحد از منظر ابن‌ادریس

دلیل اول: آیات

۱- «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ...»: (اسرا: ۳۶)

ابن‌ادریس معتقد است که تنها به ادله‌ای می‌توان تمسک نمود که موجب علم و قطع گردد و به ادله‌ای که ظن آورند نمی‌توان عمل کرد. وی ادله‌ی علم‌آور را کتاب، سنت، اجماع و دلیل عقل برمی‌شمارد.

ایشان در موارد زیادی بیان می‌کند که عمل کردن به خبر واحد علم‌آور نیست؛ لذا بر اساس آیه قرآن «لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» نتوان به آن عمل نمود. وی در مورد احکام غیر معلوم به این آیه تمسک کرده است. (ابن‌ادریس، ۱۲۸/۲)

۲- تمسک به آیات نهی از پیروی از ظن

ابن‌ادریس تمسک به خبر واحد را مانند قیاس، ظن‌آور می‌داند؛ از این رو نمی‌توان به آن

عمل نمود؛ چرا که شارع ما را به عمل به ظن متعبد نکرده و تنها راه کشف احکام شرعی این است که از طریق علم آور به آن دست یابیم و قطع پیدا کنیم؛ و طرق ظنی حجت نیست؛ (همان، ۴۷/۱ - ۴۸) زیرا آیات قرآن از تبعیت از ظن نهی کرده است و نهی دلالت بر حرمت دارد و این منافات با وجوب عمل به آن‌ها دارد. (همان، ۲۳۸/۲)

نقد و بررسی آیات

از این آیات چند پاسخ داده شده که عبارت‌اند از: در این جا باید گفت، ظن حاصل از خبر واحد، از عموم آیات خارج هستند اولاً؛ این آیات مربوط به اصول دین^۲ هستند و ربطی به فروع دین ندارند و بحث ما حجیت خبر واحد در فروع دین است. ثانیاً؛ اگر گفته شود شامل فروع هم می‌شود باید گفت: صدر آیات، خطاب به اصول دین است و قدر متیقن مانع تمسک به اطلاق است.^۳ (آخوند خراسانی، ۲۹۵) بنابراین آیات دلالتی بر رد حجیت خبر واحد ندارند. از طرفی برخی (همان، ۳۰۳) مهم‌ترین دلیل حجیت خبر واحد را بنای عقلا دانسته‌اند؛ زیرا عقلا، ظنی را که بر اساس حدس و گمان باشد، معتبر نمی‌دانند؛ اما اگر مراد از آن، احتمال راجح باشد به آن ترتیب اثر داده و تارک آن را مذمت می‌کنند.

بنابراین آیات شامل ظن در اصطلاح اصول نمی‌شود و مراد از آن‌ها اوهام و گمان است و ارتباطی به عمل بر اساس مؤدای اماره ندارد؛ زیرا ظن دو نوع است. اگر در مورد معاد به کار برده شود به معنای یقین و اگر در مورد امر دنیا به کار برده شود به معنای شک است.^۴ برخی با استدلال به این آیات بر این مطلب تصریح و نوشته‌اند: واضح‌ترین دلالت این آیات این است که وقتی مردم بر اساس حدس و گمان عمل می‌کنند مربوط به امور دنیایی است؛ زیرا اطاعت خداوند با جهل سازگار نیست و در شناخت توحید و نبوت و معاد نمی‌توان به حدس و گمان اعتماد کرد و علاوه بر آیات و روایات، عقل نیز بر آن دلالت دارد. (طباطبایی، ۳۳۱/۷) و صدر آیات مربوط به امور اعتقادی است که قرینه و شاهد بر این مدعا است. (آل شیخ راضی،

^۲ - این آیات مربوط به اصول دین از قبیل معاد نبوت و توحید است؛ زیرا ظن و گمان کفایت نمی‌کند و باید علم و یقین حاصل شود. (طباطبایی، ۳۳۰/۷ - ۳۳۱) که قرینه و سیاق کلام بر این مطلب دلالت دارد؛ زیرا صدر آیات مربوط به امور اعتقادی است. «إِنَّ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ لَيَسْمُوعُونَ الْمَلَائِكَةَ تَسْمِيعَ الْأُنثَىٰ» وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَ إِنْ الظَّنُّ لَا يَغْنَى مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً» نجم ۲۷ و ۲۸ (آل شیخ راضی، ۳۳۲/۵)

^۳ - بآ دقت در سرائر می‌توان گفت: این ادبیس برای آن که لفظ دلالت بر اطلاق نماید در مقام مخاطب و گفتگو نباید قدر متیقنی باشد. بر همین اساس حکم به حرمت فضله مرغ نجاست‌خوار داده است؛ زیرا این بحث را ذیل مباحث حیوانات حلال گوشت مطرح کرده است. (السرائر، ۱۷۸/۱)

^۴ - «الظَّنُّ ظَنُّانٌ ظَنُّ شَكٍّ وَ ظَنٌّ يَقِينٌ فَمَا كَانَ مِنْ أَمْرِ الْمَعَادِ مِنَ الظَّنِّ فَهُوَ ظَنٌّ يَقِينٌ وَ مَا كَانَ مِنْ أَمْرِ الدُّنْيَا فَهُوَ ظَنُّ شَكٍّ.» (طبرسی، ۲۴۴/۱)

دلیل دوم: روایات

اخباری که علم به صدور آن از جانب معصوم، ملاک اعتبار حدیث و عدم علم به آن را ملاک عدم اعتبار حدیث می‌داند. از جمله این اخبار مکاتبه‌ای است که در آن از امام (ع) درباره اختلاف احادیث سوال شد؟ امام فرمود: «مَا عَلِمْتُمْ أَنَّهُ قَوْلُنَا فَأَلْزَمُوهُ وَمَا لَمْ تَعْلَمُوا فَرُدُّوهُ إِلَيْنَا» (ابن‌ادریس، ۵۸۴/۳)

اخباری که دلالت بر بر کنار زدن خبر مخالف با کتاب و سنت دارد و موافقت با آن‌ها را به عنوان ملاک اعتبار حدیث قرار می‌دهد که در بحث طلاق سه گانه در مجلس واحد به این ملاک‌ها و احادیث^۵ استناد کرده است و آن‌ها را مخالف کتاب و باطل دانسته است. (همان، ۶۸۳/۲)

ابن‌ادریس در مورد شخصی که قصد و عزم بر انجام قضای روزه دارد، ولی وقت تنگ می‌شود، چنانچه در انجام تکلیف کوتاهی کند کفاره بر او واجب گردد، اما اگر به دلیل بیماری قادر به انجام نباشد و کوتاهی نکرده، کفاره بر او واجب نیست و کسانی (مفید، المقنعة، ۵۷۰) که کفاره را بر چنین فردی واجب یافته‌اند، به خبر واحدی عمل کرده‌اند که اهل بیت (علیهم‌السلام) به آن عمل نمی‌کردند. (ابن‌ادریس، ۳۹۷/۱) از این رو ایشان عمل به چنین اخباری را باعث فساد و نابودی اسلام می‌داند. (همان، ۵۱/۱)

نقد و بررسی

اولاً اثبات حجیت خبر واحد با آن‌ها مستلزم دور است؛ زیرا این روایات خبر واحد هستند. ثانیاً این روایات تواتر لفظی و معنوی ندارند؛ زیرا از نظر لفظ و معنی با هم متفاوت هستند. نهایت این‌که تواتر اجمالی دارند که باید به قدر متیقن اخذ نمود و قدر متیقن از این روایات، اخبار مخالف با قرآن و سنت قطعی می‌باشد که حجت نیست و همه این را قبول دارند؛ بنابراین این روایات از محل بحث خارج هستند زیرا محل بحث خبر واحدی است که مخالف با کتاب و سنت نیست. (آخوندخراسانی، ۲۹۵)

دلیل سوم: اجماع

ابن‌ادریس معتقد است که انکار خبر واحد، مورد اتفاق نظر و اجماع اصحاب است. وی

^۵ - «كل ما لم يكن على أمرنا هذا فهو رد»، این حدیث در کتب روایی امامیه موجود نیست ولی شیخ مفید در کتاب المسائل الصاغانیه (۸۶) به این حدیث استناد کرده است. البته در کتب حدیثی اهل سنت با مقداری تفاوت وجود دارد. (بخاری، ۱۶۷/۳؛ ابوداود، ۳۹۲/۲)؛ «ما وافق الكتاب فخذوه و ما خالفه فاطرحوه»، (شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۷۵/۷)

می‌نویسد: خبر واحد موجب علم و عمل نمی‌شود و روش اصحاب و فقهای سلف اهل بیت بر ترک عمل به خبر واحد، اجماعی است. (ابن‌ادریس، ۳۳۰/۱) و فقهای امامیه در شریعات به خبر واحد عمل نمی‌کنند. (همان، ۲۸۹/۳)

ابن‌ادریس در مقدمه کتاب می‌نویسد: امامیه قائل به بطلان قیاس و خبر واحد هستند و کسی قائل به وجوب عمل به آن‌ها نیست مگر شخص غافل (همان، ۵۱/۱) وی این مسأله را از ضروریات فقه شیعی برمی‌شمارد (همان، ۱۲۷/۱)

نقد و بررسی

اولاً این اجماع، اجماع محصل نیست، بلکه اجماع منقول است که حجت نیست؛ زیرا دلیل حجیت آن خبر واحد است و کسی که خبر واحد را حجت نمی‌داند، جعل حجیت برای آن معقول نیست. ثانیاً این اجماع، با اجماعی که قائلان به حجیت خبر واحد به آن تمسک کرده‌اند، تعارض دارد ثالثاً این اجماع موهون و ضعیف است؛ زیرا مشهور علما قائل به حجیت خبر واحد هستند رابعاً این اجماع، اجماع مدرکی است. (آخوندخراسانی، ۲۹۶)

خلاصه: از بین ادله‌ای که بر عدم حجیت خبر واحد ارائه شد همگی رد و بر حجیت آن، به مفهوم آیه نبأ و سیره عقلانی تمسک شده است.

امام خمینی (تنقیح الاصول ۱۹۱/۳) مهم‌ترین دلیل حجیت خبر واحد را بنای عقلا می‌داند و می‌نویسد: بدون شک عقلا در تمام امورشان به خبر ثقة عمل می‌کردند و این عمل به عنوان عمل عقلا مستقر است نه سیره مسلمانان و متشرعه؛ بلکه قبل از اسلام هم این چنین بوده است و شرع نه تنها آن را ردع نکرده، بلکه در پذیرش و عمل به آن، با آنان مشارکت کرده است.

اخبار مورد قبول ابن‌ادریس

همان‌طور که گذشت برخی به وی نسبت دادند که به هیچ‌یک از اخبار ائمه (ع) عمل نمی‌کرده؛ اما این نسبت، صحیح نیست؛ چرا که ایشان در موارد زیادی به اخبار استناد و عمل کرده است؛ به عبارت دیگر، ایشان به اخباری عمل می‌کرده که مفید علم باشد؛ زیرا مبنای ایشان برای رسیدن به احکام الهی، عمل به ادله‌ای است که افاده قطع و یقین نماید اما ادله‌ای که افاده ظن نماید برای دستیابی به احکام شرعی کافی نیست؛ و به همین دلیل ادله را، منحصر در کتاب، سنت متواتر، اجماع و دلیل عقل می‌داند.

البته با بررسی در کتاب سرائر، می‌توان به این نتیجه رسید که ایشان علاوه بر اخبار متواتر، اخبار واحدی را که موافق با سایر ادله باشند، مفید علم دانسته و به آن‌ها عمل می‌کرده است؛ و اخبار مورد پذیرش وی عبارت‌اند از:

۱- اخبار متواتر

ابن‌ادریس به اخبار متواتر عمل می‌کرد و این با مبنای وی نیز سازگار است زیرا چنین اخباری موجب قطع و علم می‌شود و بارها این مسأله را در کتاب السرائر یادآور و بر آن شده که خبر واحد نمی‌تواند با خبر متواتر تعارض یابد.

با بررسی می‌توان به این نتیجه رسید که ابن‌ادریس به دو دسته از اخبار متواتر اشاره کرده است؛ متواتر لفظی و متواتر معنوی. هرچند این اصطلاحات را در کتاب خود به کار نبرده است.

متواتر لفظی: آن است که راویان متعدد، معنای واحدی را با الفاظ متعدد بیان کنند؛ مانند «حدیث ثقلین» و حدیث «من کنت مولا فلهذا علی مولا». (سبحانی، المحصول فی علم الاصول ۲۷۳/۳)

ابن‌ادریس در مورد حدیث «لاصلوه الا بطهور» ادعای تواتر کرده است. (ابن‌ادریس، ۲۳۶/۱)

متواتر معنوی: خبری است که در آن یک معنا با الفاظ و عبارات متفاوت و گوناگون به کار رفته است، از قبیل روایات گوناگونی که در مورد جنگ‌های امام علی (ع) ذکر شده و همه دلالت بر یک معنا (شجاعت امام ع) دارند. (سبحانی، المحصول فی علم الاصول ۲۷۳/۳)

ابن‌ادریس در مواردی به این معنا اشاره کرده است. مثلاً در غسل جنابت، ملاک وجوب را پنهان شدن حشفه دانسته چه در قبل و چه در دبر و در این مسئله به روایات تمسک کرده است و می‌گوید: قد روی هذا المعنى من طرق كثيرة. (ابن‌ادریس، ۱۰۹/۱)

۲- خبر واحد مجمع‌علیه^۶

ابن‌ادریس با وجود آن که به خبر واحد عمل نمی‌کند، اما در مواردی بعضی از احادیث مرسل و اخبار واحد را ذکر و به آن‌ها استناد کرده است؛ البته در صورتی که یکی از ادله مؤید آن باشد؛ به عبارت دیگر ایشان صرفاً وقتی به خبر واحد عمل می‌کند که همراه با قرائن باشد؛

^۶ - از دیگر موارد اخبار پیرامون اختیار حاکم اسلامی برای قضاوت بین اهل کتاب، (ابن‌ادریس، ۱۹۷/۱) عدم ضمان صاحب حمام نسبت به لباس افراد (همان، ۱۹۹/۱) و قاعده «اقرار العقل علی انفسهم جائز» (همان، ۲۱۷/۳) را معقد اجماع دانسته است.

مانند این که آن خبر مورد اجماع واقع شده باشد. برخی از فقها، عمل ایشان به خبری را دالّ بر اعتبار و حجیت آن می‌دانند؛ و چنانچه دلیل و قرینه‌ای بر اعتبار آن نباشد، حجت نیست و به آن اعتنا نمی‌کند.

ابن‌ادریس در مورد فردی که ادعای شبهه در عمل زنا نماید؛ از قبیل کنیزی که مشترک بین دو نفر است، بر آن است که وطی با او جایز نیست؛ اما اگر یکی از دو نفر با کنیز، نزدیکی و ادعای شبهه کند؛ حد از او ساقط می‌گردد؛ و برای اسقاط حد به حدیث «إدراءوا حدود بالشبهات» تمسک کرده است و این حدیثی است که بر آن اجماع منعقد شده است. (۴۴۵/۳) هرچند که به طور مرسل ذکر شده است. (شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ۷۴/۴)

۳- اخبار واحد موافق با ادله معتبر

ابن‌ادریس معتقد است خبر واحد همانند قیاس، موجب ظنّ بوده و حجّت نیست (همان، ۴۷/۱؛ ۳۹۴/۳) اما اگر سایر ادله موافق با مضمون آن حدیث باشند؛ مفید علم و قطع می‌شود و می‌توان به آن تمسک نمود (همان، ۲۰۰/۲؛ ۲۰۰/۳) و ممکن است موافق با کتاب (همان، ۱۱۰/۱) یا سنت (همان، ۴۳۱/۲) یا دلیل عقل، اجماع و یا سایر اصول باشد؛ و اگر مضمون این روایات موافق با این ادله نباشند، از درجه اعتبار ساقط می‌شوند؛ هرچند راوی آن عادل باشد. (همان، ۶۳۹/۲؛ ۱۰۹/۳، ۱۱۲، ۳۶۱، ۳۹۳، ۴۵۹) و براساس همان ادله حکم می‌شود. (همان، ۱۸۸/۲)

در بحث قتال با اهل بغی این سوال مطرح است؛ آیا اموال باغی از غنائم به شمار می‌آید و قابل تقسیم است یا خیر؟

ابن‌ادریس در این مسئله معتقد است: اموال اهل بغی به غنیمت کسی در نمی‌آید و غیرقابل تقسیم است و به حدیث «لایحلّ مال امرء مسلم الا عن طیب نفس منه» تمسک نموده است که دلیل عقل مؤید و معاضد این روایت است. (همان، ۲۱۹/۲)

۴- اخبار مستفیض

ابن‌ادریس در بحث طلاق سه‌گانه در یک مجلس، به اخبار مستفیض^۷ تمسک کرده است و این کار را جایز ندانسته است. (همان، ۶۸۴/۲)

^۷ حدیث مستفیض حدیثی است که در آن تعدد طرق مورد توجه است و به حد تواتر نرسد ولی از خبر واحد فراتر رود. در اصطلاح چنین تعریف شده است: حدیثی که راویان آن در هر طبقه بیش از سه نفر، و کمتر از حد تواتر باشند و آن را مترادف با خبر مشهور دانسته است. (ابن فهد حلی، ۶۶/۱) وجه مستفیض بودن روایت این است که روایت مذکور از طرق متعدد بیان شده است که عبارت‌اند از:

امام علی (ع) می‌فرماید: «ایاکم و المطلقات ثلاثاً فی مجلس واحد فإِنَّهن ذواتُ الأزواج» (کلینی، ۴۲۴/۵)

پیامدهای مختار ابن‌ادریس

۱- اختلاف فتوا و صدور فتاوی شاذ به دلیل عدم اعتماد به خبر واحد

از آن‌جا که روایات، یکی از منابع مهم استنباط است و ابن‌ادریس خبر واحد را انکار می‌کرد باعث گردید که آرا و شیوه فقاہت ایشان در برخی فتاوا با سایر فقها متمایز شود و حتی در برخی موارد آرای شاذ از وی صادر گردد.

از مواردی که به خاطر عمل نکردن به اخبار واحد با سایر فقها اختلاف دارد (ابن‌ادریس، ۵۴۰/۲؛ ۱۹۲/۳ و ۲۵۶) این است که ایشان معتقد است: در هر نمازی فقط یک قنوت در کار است؛ حتی نماز جمعه به دلیل اجماع و بنابر مقتضای اصول؛ و کسانی که حکم به دو قنوت کرده‌اند به خاطر عمل به خبر واحد است. (همان، ۲۹۹/۱)

از ابن‌ادریس آرای شاذ بسیاری سرزده است^۸ به عنوان نمونه با این که طبق روایات، اگر کسی با خاله یا عمه‌ی خود زنا کند، ازدواج با دختر او حرام ابدی می‌شود. ایشان به دلیل عدم توجه به خبر واحد، بر خلاف سایر فقها و حتی سید مرتضی، قائل به تحریم نمی‌شود و چنین استدلال می‌کند: اگر اجماع بر حرمت اقامه شود همان اجماع دلیل حرمت محسوب می‌شود؛

۱- عبدالواحد بن محمد بن عبدوس النیسابوری العطار رضی الله عنه بنیسابور فی شعبان سنة اثنتين وخمسين وثلاثمائة قال: علی بن محمد بن قتیبة النیسابوری عن الفضل شاذان قال: سئل المأمون علی بن موسی الرضا علیهما السلام أن یکتب له ... قال و قال امیرالمومنین (ع). (شیخ صدوق، عیون اخبار الرضا، ۱/۲۹۱)

۲- أحمد بن محمد بن الهیثم العجلی، وأحمد بن الحسن القطان، ومحمد بن أحمد السنانی، والحسین بن إبراهیم بن أحمد بن هشام المکتب، وعبد الله بن محمد الصائغ، وعلی بن عبد الله الوراق رضی الله عنهم قالوا: حدثنا أبو العباس أحمد بن یحیی بن زکریا القطان قال: حدثنا بکر بن عبد الله بن حبیب قال: حدثنا تمیم بن بهلول قال: حدثنا أبو معاویة، عن الأعمش، عن جعفر بن محمد علیهما السلام قال: قال امیرالمومنین (ع)... (صدوق، الخصال، ۶۰۳ و ۶۰۷)

۳- علی بن الحسن بن فضال عن أحمد بن الحسن عن أبيه عن جعفر بن محمد عن علی بن الحسن بن رباط عن موسی بن بکر عن عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله ع قال: قال امیرالمومنین (ع)... (طوسی، تهذیب الاحکام، ۵۶/۸ - ۵۷؛ الاستبصار، ۲۸۹/۳)

۴- عنه عن محمد بن الحسن بن محمد بن أبي عمير عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله ع قال: قال امیرالمومنین (ع)... (طوسی، تهذیب الاحکام، ۵۸/۸)

^۸ از دیگر آرای شاذ ابن‌ادریس: قتل در فراش است. که در این صورت زن به خاطر قتل شوهر، قصاص می‌شود و خون متجاوز به هدر رفته است. (ابن‌ادریس، ۳۶۳/۳)، عدم بطلان روزه در قی عمدی (۴۴۰/۱) عدم صحت فروش دین به غیر مدیون (۳۸/۲) عدم جواز بیع وقف مطلقاً (۱۵۳/۳) وجوب نفقه زن صغیره. (۵۳۴/۲) نجاست ولد الزنا و کافر بودن او (۵۲۶/۲) و دیه ولد الزنا مانند کافر است (۳۵۳/۳) و طی صغیر موجب حرمت ابدی نمی‌شود (۵۳۱/۲).

ولی اگر اجماعی نباشد دلیل دیگری بر آن وجود ندارد. (همان، ۵۲۹/۲)

۲- عدم نیاز به بحث تعادل و ترجیح در خبر واحد

یکی از آثار و نتایج عمل نکردن به خبر واحد، عدم نیازمندی به بحث تعادل و ترجیح در محدوده اخبار آحاد است، البته در سایر اخبار این بحث مطرح است.

سید مرتضی در مورد دو خبر واحدی که معارض یکدیگرند و با هم تنافی دارند، می‌گوید: هر دو کنار زده و به مقتضای ادله شرعی عمل می‌شود و اگر دلیل شرعی دیگری وجود نداشت به مقتضای دلیل عقل عمل می‌شود. (علم‌الهدی، رسائل المرتضی، ۲۰/۱)

ابن‌ادریس در مسأله وکالت در طلاق، در نقد کلام شیخ که برای رفع تعارض بین خبر واحد و دیگر اخبار جمع کرده است، می‌نویسد: در این قبیل موارد، تعارض روی نمی‌دهد و رفع تعارض در جایی لازم است که اخبار، متواتر و متکافی باشند اما خبر واحد، متکافی با اخبار متواتر نیست و نیازی به رفع تعارض میان آن‌ها نیست. (ابن‌ادریس، ۹۶/۲) اما اگر دو دسته از اخبار متواتر با هم تعارض کنند، به اخباری عمل می‌شود که مرجحی داشته باشد.^۹

۳- عدم تخصیص عام قرآنی با خبر واحد

این سؤال مطرح است، عموماتی از قرآن در معرض تخصیص هستند؛ آیا خبر واحد این توانایی و قدرت را دارد که آن‌ها را تخصیص بزند یا خیر؟

کسانی که خبر واحد را حجت نمی‌دانند در هیچ موردی به خبر واحد عمل نمی‌کنند حتی در باب تخصیص عموم کتاب. اما کسانی که خبر واحد را حجت می‌دانند در این مسأله با هم اختلاف دارند.

با این بیان، روشن شد؛ ابن‌ادریس از کسانی است که تخصیص قرآن به خبر واحد جایز نمی‌داند هر چند راوی آن خبر عادل باشد؛ و در مواردی به این مسأله تصریح کرده است. (همان، ۵۲۳/۲؛ ۵۲۶/۳ و ۲۶۱) شیخ طوسی نیز تخصیص عمومات قرآن با اخبار آحاد را مطلقاً جایز نمی‌داند؛ چرا که عموم قرآن موجب علم است و خبر واحد سبب غلبه ظن می‌شود؛ و به خاطر ظن نمی‌توان از علم، رفع ید نمود. (طوسی، عده الاصول ۳۴۴/۱)

اگر اشکال شود که عموم آیه مواریث با خبر «لا یرث القاتل» که واحد است تخصیص زده

^۹ - برخی از مرجحاتی که ابن‌ادریس به آن‌ها تمسک کرده است عبارت‌اند از: موافقت با قرآن و سایر ادله (سنت، اجماع، عقل): (ابن‌ادریس، ۱۱۰/۱) ترجیح روایت مورد عمل فقها بر روایات دیگر (همان، ۱۵۹/۱) ترجیح روایات اکثر بر اقل (همان، ۳۱۱/۱) ترجیح روایات راویان عادل بر عادل (همان، ۳۱۱/۱) ترجیح به مخالفت با عامه (همان، ۲۸۹/۳) ترجیح به موافقت با اصول مذهب (همان، ۲۸۴/۱) ترجیح به اتحاد طریق راویان و اتحاد الفاظ. (همان، ۲۵۵/۳)

می‌شود. در پاسخ می‌آید: تخصیص این مورد به علت اجماعی است که بر آن برپا گشته؛ از این رو ظاهر قرآن با دلیل قطعی تخصیص زده شده است. (ابن‌ادریس، ۲۷۴/۳)

۴- کنار گذاشتن روایت به خاطر مخالفت با اجماع^{۱۰}

ابن‌ادریس به دو روایت از جامع بزنطی اشاره می‌کند که در یک روایت راجع به جدا شدن دنبه گوسفند زنده، از امام رضا (ع) سوال شد؛ آیا فرد می‌تواند از آن استفاده کند؟ امام فرمود: بله آن را ذوب کند و با آن چراغ روشن کند ولی آن را نخورد و نفروشد.

ابن‌ادریس می‌نویسد: این روایت شاذ و نادر است؛ زیرا همه فقهای شیعه گفته‌اند که تصرف در میتة حرام است مگر برای شخص مضطر. (ابن‌ادریس، ۵۷۳/۳)

ابن‌ادریس روایت را به خاطر آن که مخالف ادله و اجماع است؛ شاذ می‌داند اگر چه از نظر سند صحیح است. پس به نظر ایشان اعراض اصحاب از حدیثی، هر چند صحیح باشد، موجب وهن آن می‌گردد و اقبال اصحاب به حدیث ضعیف السند، موجب جبران تضعیف سند می‌شود.

از طرفی این روایت مخالف با سنت قطعی^{۱۱} است، زیرا دلایل فراوانی وجود دارد که میتة نجس است و نمی‌توان از آن استفاده کرد. از جمله روایتی که ابن‌ادریس در سرائر به آن استناد کرده است؛ که پیامبر (ص) فرمود: ان الله اذا حرم شیئا حرم ثمنه.^{۱۲} (ابن‌ادریس، ۱۱۳/۳)

۵- توجه به دلیل عقل و استدلال عقلی

گرچه به کارگیری عقل در استنباط را کسانی مانند ابن‌عقیل‌عمانی و ابن‌جنید قبل از ابن‌ادریس انجام داده بودند؛ ولی استدلال وی به دلیل عقل در کتاب السرائر به طور صریح و گسترده انجام شد و در پرتو توجه به دلیل عقل، عمل و اعتنا به خبر واحد تضعیف شد و رابطه میان عقل و نقل در فقه وی به طور کامل نمایان گردید.

وی نخستین فقیه شیعی است که به عقل به عنوان دلیل بر حکم شرعی و منبع استنباط اشاره کرده و می‌گوید: هرگاه ادله سه گانه دیگر (کتاب، سنت و اجماع) وجود نداشته باشد، معتمد در مسائل شرعی نزد محققان، تمسک به دلیل عقل است.

^{۱۰} روایتی است که مربوط به جواز تصرف در ودیعه بدون اجازه مالک است. ابن‌ادریس آن را مخالف با اجماع می‌داند؛ زیرا اجماع وجود دارد بر این که تصرف در مال غیر، بدون اجازه مالک حرام است. (ابن‌ادریس، ۵۷۳/۳)

^{۱۱} «قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع كُلُّ شَيْءٍ يَكُونُ فِيهِ حَرَامٌ وَحَلَالٌ فَهُوَ لَكَ حَلَالٌ أَبَدًا حَتَّى تَعْرِفَ الْحَرَامَ مِنْهُ بَعَيْنَهُ فَتَدَعَهُ. قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ جُلُودِ السَّبَاعِ يَنْتَفَعُ بِهَا إِذَا رَمَيْتَهُ وَسَمَيْتَ فَانْتَفَعُ بِجُلْدِهِ وَأَمَّا أَلْمَيْتَةُ فَلَا.» (شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ۷۹/۹)

^{۱۲} (ابن حنبل، ۲۹۳/۱؛ ابوداود، ۲۸۰/۳) این روایت در کتب اربعه حدیثی امامیه موجود نیست. اما در عوالی اللئالی (۱۱۰/۲) و بحار الانوار (۵۵/۱۰۰) آورده شده است.

آنچه حائز اهمیت است این است که آیا دلیل عقل در طول کتاب و سنت قرار دارد یا در عرض آن‌ها؟

کلام ابن‌ادریس در این مورد صراحت دارد که ایشان این دلیل را در طول سایر ادله قرار داده و بر این باور است که در مرحله نخست شناخت احکام باید به سایر ادله مراجعه نمود و در صورت فقدان آن‌ها به دلیل عقل تمسک نمود و قبل از آن، تمسک به دلیل عقل جایز نیست. ابن‌ادریس در بیان روش خود در السرائر می‌نویسد: به عقیده من این کتاب بهترین تألیفی است که در این فن صورت پذیرفته است و این روش رساترین شیوه در بیان و گویاترین راه از جهت طرح بحث و ارائه دلیل می‌باشد که در آن هرگز راهی برای ورود اخبار ضعیف نیست. من در این کتاب، تحقیق خود را بر پایه سبکی تازه بنا نهادم، زیرا کشف احکام، تنها به یکی از راه‌های ذیل ممکن است: یا از راه کتاب خدا، یا سنت متواتر پیامبر، یا اجماع یا دلیل عقل. در صورتی که از سه راه اول امکان دسترسی به حکم شرعی نبود، آن‌گاه محققان دینی در مسائل شرعی به دلیل عقل تکیه می‌کنند و از طریق آن به همه احکام شرعی و مسائل فقهی آگاهی می‌یابند. پس باید بدان اعتماد و تکیه کرد و هر کس حجیت آن را انکار کند به گمراهی رفته و راه در تاریکی پیموده و گفتاری بیرون از محدوده مذهب به زبان آورده است. (همان، ۴۶/۱)

تعارض عقل و نقل

باید گفت که؛ تعارض میان دو دلیل عقلی و نقلی محال است زیرا هر دو قطع هستند و محال است دو قطع با هم تعارض داشته باشند؛ زیرا مستلزم قطع به دو چیز متنافی است. (شیخ‌انصاری، فرائدالاصول، ۱۷/۱) ولی هرگاه در موردی چنین تصویری باشد باید دلیل نقلی را با تخصیص یا تقیید توجیه کرد تا تعارض برطرف شود. ابن‌ادریس به این مسأله، تصریح و در مواردی دلیل عام را با دلیل عقلی، تخصیص یا تقیید زده است. (ابن‌ادریس، ۹۶/۲)

تصرف در کنیز بدون اذن و اجازه مولی به دلیل نقل و دلیل عقلی به مناط صدق ظلم حرام است خواه مالک آن، مرد باشد یا زن؛ عقد دائم باشد یا موقت. (همان، ۵۹۲/۲)

در مقابل، روایت سیف‌بن‌عمیره از امام صادق (ع) (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۵۷/۷ - ۲۵۸؛ مجلسی، ملاذالاخیار فی فهم تهذیب الاحکام، ۴۵/۱۲)، دلالت بر جواز عقد موقت کنیز، بدون اجازه مولایش دارد؛ مشروط به این که مولایش زن باشد؛ که این روایت را معتبر و

صحیح دانسته‌اند.

هر چند این روایت از نظر سندی معتبر است ولی شیخ مفید (المقنعة، ۵۰۷) و ابن‌ادریس (۵۹۵/۲) با توجه به منافی بودن مضمون این روایت با حکم عقل، آن را رد و شاذ می‌دانند.

عدم پای‌بندی ابن‌ادریس به مبانی خود در خبر واحد

ابن‌ادریس معتقد است؛ اعراض اصحاب از حدیثی، هر چند صحیح باشد، موجب وهن آن می‌گردد؛ وی اقبال اصحاب به حدیث ضعیف‌السند را، موجب جبران ضعف سند می‌داند؛ مانند روایاتی که اجماع بر آن‌ها شده است. ایشان حدیث غرر را کاملاً پذیرفته است و حتی روایات معتبر دیگری را به دلیل مخالفت با مضمون آن مردود می‌شمارد؛ و با آن به صورت یک روایت قطعی، برخورد کرده است و با تمسک به آن، فروش شیر در پستان حیوان، فروش حمل در شکم حیوان، فروش ماهی در نی‌زار و... را جایز نمی‌داند؛ چرا که غرری و مشمول نهی پیامبرند (ابن‌ادریس، ۳۲۰/۲ - ۳۲۴). شیخ انصاری این روایت را مرسل دانسته که ضعف سند با عمل فقها جبران می‌شود (انصاری، المکاسب (المحشی)، شارح: سید محمد کلانتر، ۶۴/۱۱) در مورد روایتی از امام رضا (ع) درباره جدا شدن دنبه گوسفند زنده که امام فرمودند: آن را ذوب کند و با آن چراغ روشن کند ولی نخورد و نفروشد، ابن‌ادریس می‌نویسد: این روایت شاذ و نادر است؛ زیرا همه فقهای شیعه گفته‌اند؛ تصرف در میت حرام است مگر برای شخص مضطر. (ابن‌ادریس، ۵۷۳/۳)

ایشان عمل کردن فقها به خبری را نشانه اعتبار آن می‌دانند اگر چه از نظر سند ضعیف باشد؛ اما اگر فقها خبری را کنار نهند، عمل به آن جایز نیست،^{۱۳} و اگر کسی به آن عمل کند با عمل گروهی از فقها مخالفت کرده است. (ابن‌ادریس، ۱۵۹/۱)

در غسل میت دو دسته روایت وجود دارد که دسته‌ای دلالت دارد غسل میت از جهت صفت و ترتیب مانند غسل جنابت است و نیازی به وضو ندارد (طوسی، تهذیب الاحکام، ۴۴۷/۱) در مقابل، دسته دیگر دلالت دارد که در تمام غسل‌ها، به استثنای غسل جنابت، نیاز به

^{۱۳} از دیگر موارد عبارت‌اند از: اگر کسی به نیت مسافرت از شهر خارج شود و قبل از رسیدن به حد ترخص، نمازش را شکسته بخواند و سپس به شهر باز گردد این نماز مجزی است و نیاز به اعاده و قضا ندارد. شیخ طوسی در کتاب «النهایه» این‌گونه حکم کرده است (۱۲۲) و روایت زراره بر این مطلب دلالت دارد. (صدوق، من لایحضره الفقیه، ۴۳۸/۱) اما در کتاب «استبصار» حکم کرده در صورتی که وقت باقی باشد نیاز به اعاده دارد (۲۲۸/۱) و دلیل آن روایت سلیمان بن حفص مروزی است. (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۲۶/۴)

ابن‌ادریس در این مسأله با نظر شیخ در کتاب «النهایه» موافقت کرده است در حالی که دلیل هر دو حکم، خبر واحد است. نمازی که مسافر خوانده امر داشته است و اعاده، فرض دوم است که نیازمند امر جدید است. سپس می‌افزاید: شایسته است به خبری عمل شود که دلیلی آن را تأیید نماید در غیر این صورت عمل به خبر واحد جایز نیست. (ابن‌ادریس، ۳۴۱/۲)

وضو هست (همان، ۳۰۲/۱ - ۳۰۳). ایشان عمل کردن فقها به دسته اول را دلیل بر اعتبار آنها می‌داند و معتقد است، در غسل میت نیازی به وضو نیست. (ابن‌ادریس، ۱۵۹/۱)

ابن‌ادریس، روایت برخی از راویان را به دلیل عامی بودن^{۱۴} یا فطحی بودن^{۱۵} رد می‌کند، با این وجود در مواردی به روایات آنان عمل کرده است.^{۱۶}

ابن‌ادریس قائل به عدم حجیت ظنون است، بنابراین منکر عمل به خبر واحد به علت ظنی بودن آن است، البته مواردی که خبر واحد یا خبر عامی، مؤید و قرینه‌ای داشته باشد از اصل عدم حجیت خارج هستند از طرفی شاید دلیل بی‌اعتمادی ایشان به خبر واحد آن است که اخبار در عصر وی متواتر یا همراه با قرائن قطعی بوده و نیاز چندانی به اخبار واحد احساس نمی‌شده است.

برخی گفته‌اند: سید مرتضی ادعا کرده است اکثر اخباری که ما خبر واحد می‌نامیم در واقع خبر متواتر هستند. (سبحانی، ادوار الفقه الامامی، ۱۲۱)

تمسک به احادیث اهل سنت

مبنای وی این است که به روایات اهل سنت و کسانی مانند سکونی، (همان، ۲۸۹/۳، ۲۹۰، ۵۷۸، ۶۱۱) حفص بن غیاث، (همان، ۳۰۰/۱) حکم بن عتیبه، وهب بن وهب و ابوالبحتری (همان، ۴۸/۲) به علت عامی بودن عمل نمی‌کند در حالی که ایشان به این مبنا چندان پای‌بند نبوده و برخلاف آن به احادیثی استناد کرده است که فقط در کتاب‌های حدیثی اهل سنت موجود است و در کتب حدیثی امامیه موجود نیست. البته در کتاب‌های فقهی قبل از ابن‌ادریس

^{۱۴} ابن‌ادریس به دلیل عامی بودن سکونی، روایات او را معتبر نمی‌داند. اما در مواردی به روایات وی تمسک نموده است. ایشان در مورد فرد بدهکاری که ادعای اعسار و فقر می‌نماید؛ به دو دسته روایت اشاره می‌کند.

دسته اول: روایاتی که دلالت بر حبس فرد بدهکار دارد. که از سکونی نقل شده است که در آن امام علی (ع) چنین قضاوت کرد که صاحب دین زندانی می‌شود، وقتی معلوم شد مفلس و محتاج است، آزاد می‌شود و او را در اختیار طلبکاران قرار می‌دهند تا اگر خواستند او را اجازه دهند یا او را به کار گیرند. (تهذیب‌الاحکام، ۳۰۰/۶)

دسته دوم: روایتی که سکونی از ائمه (علیهم‌السلام) ذکر می‌کند که دلالت دارد بر اینکه زنی ادعا می‌کند که شوهر، نفقه او را نمی‌پردازد و شوهر ادعای اعسار می‌کند، در این جا امام از حبس زوج خودداری کرد و فرمود: *إن مع العسر يسراً*. (همان، ۲۹۹/۶)

ایشان در این مورد به روایت دوم سکونی عمل نموده و روایت اول را به دلیل مخالفت با آیه قرآن غیر معتبر یافته و کنار می‌زند. (ابن‌ادریس، ۱۹۶/۲)

^{۱۵} هم‌چنین ابن‌ادریس روایت راویان فطحی مذهب را معتبر نمی‌شمرد و آن را تضعیف می‌کند؛ مانند حسن بن فضال (۴۹۵/۱)، عمار سباط (همان، ۲۵۰/۲) و عبدالله بن بکیر (همان، ۲۷۳/۳)؛ ولی در مواردی نیز، روایات آنان را مورد تمسک و استناد قرار داده است. و در بخش «مستطرفات سرائر» روایات زیادی را از آنان نقل کرده است.

^{۱۶} رک: السرائر، ۶۰۲/۳، ۶۰۴، ۶۰۵، ۶۱۴، ۶۳۲ که در آن روایات زیادی از عبدالله ابن بکیر نقل کرده است.

در مقام احتجاج علیه خصم ذکر شده‌اند.^{۱۷}

ابن‌ادریس در مورد این که آیا واجب، اوّل وقت است یا آخر وقت؟ می‌نویسد: واجب، اول وقت است و وقت دوم، وقت اجزا است. بر این نظر مؤیداتی ذکر می‌کند؛ از جمله به اخباری تمسک کرده است که در هیچ‌یک از کتب حدیثی شیعی وجود ندارند. ایشان در این مسأله چند روایت را ذکر می‌کند که دلالت بر کوتاه بودن فاصله بین نماز دارند.^{۱۸}

از دیگر روایاتی که فقط در کتب اهل سنت وجود دارد و ابن‌ادریس آن‌ها را مورد تمسک قرار داده است، روایات مربوط به جواز قضاوت و حکم کردن در مساجد است. (ابن‌ادریس، ۲۷۹/۱) که معروف به «دکة القضا» گشت. (طوسی، الخلاف، ۲۱۱/۶؛ بیهقی، ۱۳/۷) هم‌چنین در باب اذان و اقامه قائل به عدم وجوب آن دو در نماز شده است (ابن‌ادریس، ۲۰۹/۱) و برای عدم وجوب به روایتی تمسک کرده است که در کتب حدیثی شیعی موجود نیست که امام ضامن قرائت است و مؤذن امین است. پیامبر (ص) می‌فرماید: «الائمه ضُمَّنَاء و المؤذنون أَمْنَاء».^{۱۹} (علم‌الهدی، مسائل الناصریات، ۱۷۹؛ ابن حنبل، ۳۷۸/۲؛ ابوداود، ۱۲۷/۱)

حدیث علی‌الد ماخذت حتی تؤدیه^{۲۰}:

ابن‌ادریس در مواردی به این روایت تمسک کرده و آن را به طور جزم به پیامبر (ص) نسبت داده است. (۸۷/۲، ۴۲۵، ۴۳۷، ۴۶۳، ۴۸۴) در حالی که این روایت در هیچ یک از کتاب‌های حدیثی امامیه موجود نیست. فقهای قبل از ابن‌ادریس این روایت را در مقام احتجاج علیه خصم ذکر کرده‌اند. سید مرتضی (الانتصار، ۴۶۸)، شیخ (الخلاف، ۴۰۸/۳) و ابن‌زهره (۲۸۰) آن را در کتاب‌های خود آورده‌اند. اما در کتاب‌هایی از قبیل المقنع، الهدایة، المراسم، الوسيلة و جواهر الفقه، اثری از این روایت نیست.

^{۱۷} امام خمینی در ذیل احادیثی که فقهای امامیه از اهل سنت ذکر کرده‌اند؛ بحثی را مطرح می‌نماید، آیا احادیث مذکور در کتاب‌های فقهی، صلاحیت استدلال دارند؟ توهم شده که استناد فقها به این روایات باعث جبران ضعف سند می‌شود. ایشان معتقدند: بنای این فقها همانند سید مرتضی است که مقصودشان در نقل روایات عامه، الزام فقهای عامه است نه این که به این روایات استناد کرده باشند و غافل شدن از این موضوع، باعث این توهم شده است. (المکاسب‌المحرمة، ۳۳/۱)

^{۱۸} ا- پیامبر (ص): «إنما أجلكم فی أجل ما خلا من الامم کما بین صلاة العصر الى المغرب» (بخاری، ۱۰۷/۱)

ب- «بعثت و الساعة کھاتین و اشار (ص) بالسبابة و الوسطی» (ابن حنبل، ۲۷۵/۳)

ج- «الظهر فی الوقت الذی صلی فیہ العصر بالامس» (بیهقی، ۳۶۷/۱)

^{۱۹} البته این روایت به گونه دیگری نقل شده است: الامام ضامن و المؤذن مؤتمن.

^{۲۰} مسند احمد، ۸/۵ سنن ابن ماجه، ۸۰۲/۲ سنن دارمی، ۲۶۴/۲ سنن أبی داود، ۱۱۵/۲.

البته ظاهر آن است که ابن‌ادریس در مواردی آن را به عنوان احتجاج علیه خصم به کار برده است.

اگر کسی چیزی را غصب نماید و صفتی از آن را تغییر دهد، مانند این که گندم را به آرد تبدیل کند یا آرد را گندم؛ این اموال به مالک تعلق دارد نه غاصب؛ و بایستی آن‌ها را به مالک برگرداند و غاصب مستحق چیزی نیست؛ ولی ابوحنیفه معتقد است که این اموال از آن غاصب است. ابن‌ادریس در این مورد به این حدیث علیه خصم، احتجاج و استدلال کرده است. (ابن‌ادریس، ۴۸۱/۲)

امام خمینی می‌فرماید: تمسک و اعتماد به این روایت مشکل است خصوصاً با مبنایی که ایشان در عمل کردن به اخبار دارند از طرفی ممکن است عمل کردن وی به این خبر، از اجتهاد وی باشد لذا برای ما مفید فایده و حجت نیست؛ زیرا از اجتهاد وی بوده است. (کتاب البیع، ۳۷۵/۱)

خلاصه این که ابن‌ادریس در مواردی که به اخبار واحد استناد کرده، گاه همراه با قرینه و مورد تأیید ادله معتبر است، بنابراین خبر موافق با ادله معتبر، خبر متواتر، خبر واحد مجمع علیه و خبر مستفیض را مورد استناد قرار داده است؛ اما مواردی نیز به اخباری تمسک کرده که مجرد از این قرائن هستند؛ و اعتراف کرده که به خبر واحد عمل کرده و آن‌ها را از باب تسلیم و جدل پذیرفته است؛ که در این صورت یا باید این موارد را حمل بر مواردی نمود که قرینه و ادله موافق با آن‌ها را ذکر نکرده است. یا این که در این موارد به مبانی خویش در انکار خبر واحد و مخالفت با اخبار اهل سنت چندان وفادار نبوده و آن‌ها را پذیرفته است.

نتیجه‌گیری

ابن‌ادریس ادله استنباط را منحصر در ادله مفید قطع دانسته و به ادله‌ای که ظن‌آور هستند، عمل نکرده است. ایشان خبر واحد را مانند قیاس موجب ظن دانسته؛ و حجت نمی‌داند؛ بر خلاف علمای دیگر که حتی ادله مفید ظن را حجت دانسته و به خبر واحد عمل کرده‌اند. ایشان هر چند معتقد است که فقط باید به ادله قطع‌آور عمل نمود؛ اما چندان به این مبنا پای‌بند نبوده است.

مبنای ابن‌ادریس در عدم حجّیت خبر واحد باعث شده تا فقه ایشان با فقه سایر فقها متفاوت گردد. این مبنا باعث بروز و ظهور دو نوع پیامد مثبت و منفی در آثار وی گردیده

است؛ از یک طرف باعث شده تا به ادله دیگری، مانند دلیل عقل روی آورده و آن را به عنوان دلیلی مستقل، در کنار سایر ادله قرار دهد. از طرف دیگر باعث صدور فتاوی شاذ از جانب وی شده است.

به دلیل انکار خبر واحد توسط ابن‌ادریس، نسبت‌های ناروایی به وی داده شده است که این نسبت‌ها چندان صحیح نمی‌نماید.

منابع

قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسة آل البيت لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.

آل شیخ، محمد طاهر، *بدایة الوصول فی شرح کفایة الاصول*، قم، دار الهدی، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.

ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین، *عوالی اللئالی*، قم، مطبعة سید الشهداء، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، *الخصال*، تحقیق: علی‌اکبر غفاری، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۳ ق.

_____، *المقنع*، قم، مؤسسه الامام الهادی (ع)، ۱۴۱۵ ق.

_____، *عیون اخبار الرضا (ع)*، بیروت: مؤسسه اعلمی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.

_____، *من لا یحضره الفقیه*، قم: جامعه المدرسین، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق.

ابن‌ادریس، محمد بن احمد، *السرائر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.

ابن حنبل، احمد بن محمد، *المسند*، بیروت، دارصادر، بی‌تا.

ابن زهره، حمزه بن علی، *غنیة النزوع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

ابن‌فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع*، تحقیق: مجتبی عراقی، قم، جامعه المدرسین، ۱۴۰۷ ق.

ابن‌ماجه، محمد بن یزید، *سنن ابن‌ماجه*، تحقیق: محمدفؤاد عبدالباقی، بیروت: دارالفکر، بی‌تا.

ابن‌منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.

ابوداود، سلیمان بن اشعث، *سنن ابی داود*، تحقیق: سید محمد اللحام، بیروت، دار الفکر، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

استرآبادی، محمد امین، *الفوائد المدنیة و بذیله الشواهد المکیة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب (المحشی)*، شارح: سید محمد کلانتر، قم، دارالکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.

- _____، **المکاسب**، قم، دارالفکر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- _____، **فرائد الاصول**، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ ق.
- بحرالعلوم، مهدی، **الفوائد الرجالية**، تهران، مکتبه الصادق، چاپ اول ۱۴۰۵ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، **لؤلؤة البحرين**، قم، آل البيت، بی تا.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، **صحیح بخاری**، بیروت، دارالفکر، چاپ افسست، ۱۴۰۱ ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، **سنن الکبری**، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- تفرشی، مصطفی، **نقد الرجال**، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.
- تقی الدین حلی، حسن بن علی، **رجال ابن داود**، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ق.
- تونی، عبدالله بن محمد، **الوافیه فی اصول الفقه**، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۲ ق.
- حرعاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعة**، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- خمینی، روح الله، **المکاسب المحرمة**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.
- _____، **تنقیح الاصول**، تقریرات: حسین تقوی اشتهازدی، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.
- _____، **کتاب البیع**، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام، چاپ اول ۱۴۲۱ ق.
- خویی، ابوالقاسم، **التنقیح فی شرح العروه الوثقی (الصلاه)**، قم، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.
- _____، **مبانی تکمله المنهاج**، قم، مؤسسه احیاء آثار خویی، چاپ اول ۱۴۲۲ ق.
- _____، **مصباح الفقاهه**، قم، انتشارات داوری، چاپ اول ۱۳۷۷.
- _____، **معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواه**، لجنة التحقيق: چاپ پنجم، ۱۴۱۳ ق.
- دارمی، عبدالله بن بهرام، **سنن الدارمی**، دمشق، مطبعه الاعتدال، بی تا.
- سبحانی، جعفر، **ادوار الفقه الامامی**، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول ۱۴۲۴ ق.
- _____، **المحصول فی علم الاصول**، قم: مؤسسه الامام الصادق، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.
- شریف الرضی، محمد بن حسین، **المجازات النبویه**، تحقیق: طه محمد الزینی، قم، مکتبه البصیرتی، بی تا.
- شهید اول، محمد بن مکی، **غایة المراد**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.
- شوشتری، محمدتقی، **قاموس الرجال**، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، **الجواهر الکلام**، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۷.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی، **ریاض المسائل**، قم: جامعه المدرسین، ۱۴۱۲ ق.
- طبرسی، احمد بن علی، **الاحتجاج**، مشهد: نشر مرتضی، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، **الاستبصار**، قم، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۳.

- _____، **التبیان فی تفسیر القرآن**، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- _____، **الخلاف**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۰۷ ق.
- _____، **الفهرست**، نجف، مکتبة الرضویه، چاپ اول بی‌تا.
- _____، **النهاية فی المجرّد الفقه والفتاوى**، بیروت، دارالاندلس، بی‌تا.
- _____، **تهذیب الاحکام**، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
- _____، **عدة الاصول**، قم، انتشارات ستاره، چاپ اول ۱۴۱۷ ق.
- عبدالرحمان، محمود، **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية**، بی‌جا، بی‌تا.
- علامه‌حلی، حسن بن یوسف، **رجال علامه (خلاصة الاقوال)**، نجف: انتشارات حیدریه، چاپ دوم، ۱۳۸۱ ق.
- _____، **مختلف الشیعه**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- علم‌الهدی، علی بن حسین، **الانتصار**، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- _____، **الذریعة الى اصول الشریعة**، دانشگاه تهران، بی‌تا.
- _____، **رسائل المرتضی**، قم: دارالقرآن، ۱۴۰۵ ق.
- _____، **مسائل الناصریات**، تهران، مؤسسة الهدی، ۱۴۱۷ ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**، قم، چاپ اول ۱۳۸۷ ق.
- کاشانی، ابوبکر بن مسعود، **بدایع الصنائع**، پاکستان: مکتبه الحبیبیه، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۸۸ ق.
- مامقانی، عبدالله، **مقباس الهدایة**، قم: مؤسسه آل‌البیت، چاپ اول: ۱۴۱۱ ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، **بحار الانوار**، بیروت: مؤسسة الوفاء، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ق.
- _____، **ملاذ الاختیار فی فهم تهذیب الاحکام**، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی، چاپ اول ۱۴۰۶ ق.
- محقق‌حلی، جعفر بن حسن، **المعتبر**، تحقیق: لجنه التحقيق، بی‌جا، مؤسسه سید الشهداء، ۱۳۶۴.
- محقق‌کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد**، قم، المهدیه، چاپ اول ۱۴۰۸ ق.
- مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.
- مفید، محمد بن محمد، **المسائل الصاغانيه**، کنگره بین‌المللی هزاره شیخ مفید، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- _____، **المقنعة**، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- منتجب‌الدین، علی بن عبیدالله، **الفهرست**، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی، ۱۴۰۸ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **القوانين المحکمة فی الاصول**، قم: دار احیاء الکتب الاسلامیه، چاپ اول ۱۴۳۰ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹۴، ص ۸۷-۵۹

فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران* (نگاهی دوباره به مفهوم اعلمیت در منظومه فقه حکومتی شیعه)

هادی حاج زاده

دانشجوی دکتری حقوق عمومی پردیس قم دانشگاه تهران

Email: h.hajzadeh@ut.ac.ir

چکیده

«قانون‌گذاری» در هر نظام حکومتی بی‌تردید مبتنی بر مبانی فکری-فلسفی آن نظام است و بر جهان‌بینی خاص آن نظام استوار می‌شود. بر همین اساس، در یک جامعه اسلامی، باید دستورات شرعی ملاک قانون‌گذاری قرار گیرند تا آن قوانین برای مردم جامعه اسلامی حجیت داشته باشد. در این تحقیق ضمن بیان مختصری از پیشینه تاریخی بحث، به بررسی احتمالات مختلف در باب فتوای معیار در قانون‌گذاری پرداخته‌ایم که این احتمالات عبارت‌اند از: فتوای مشهور فقهی، فتوای مبتنی بر احتیاط، فتوای فقیه اعلم، هر فتوای فقهی و به این نتیجه رسیده‌ایم که با توجه به مبانی فقهی، فتوای فقیه اعلم به حجیت نزدیک‌تر است. سپس با اشاره به معیارهای «اعلمیت» در فقه سیاسی به این نتیجه رسیده‌ایم که در یک حکومت اسلامی، فقیه اعلم همان «فقیه حاکم» است که خبرگان جامعه اسلامی بر اعلمیت او در اداره امور جامعه بر اساس موازین اسلامی گواهی داده‌اند. در گام آخر و با توجه به مقرر فوق، رویه موجود در نظام جمهوری اسلامی در خصوص فتوای معیار در قانون‌گذاری تبیین و تشریح شده است و بیان شده که حکم و فتوای فقیه حاکم یا به‌طور مستقیم و یا با یک تحلیل ثانویه و به‌واسطه تفویضی که در قانون اساسی مندرج است (تفویض به مجلس در اتخاذ هر فتوای فقهی و تفویض به فقهای شورای نگهبان در اعمال نظر فقهی خویش) ملاک قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی قرار می‌گیرد و لذا مشروعیت و حجیت قوانین در جمهوری اسلامی، نهایتاً قابل استناد به حکم فقیه حاکم است.

کلیدواژه‌ها: اعلمیت، قانون‌گذاری، فتوا، حکم.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۴/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۰۹.

مقدمه

اساساً یکی از مبانی شکل‌گیری نهضت اسلامی به رهبری امام خمینی (ره) را باید تحقق ابتدای قوانین بر دستورات و احکام شرعی دانست. بر همین اساس مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «... قانون‌گذاری که مبین ضابطه‌های مدیریت اجتماعی است بر مدار قرآن و سنت، جریان می‌یابد؛ بنابراین نظارت دقیق و جدی از ناحیه اسلام‌شناسان معادل و پرهیزگار و متعهد (فقه‌های عادل) امری محتوم و ضروری است...»

اما قانون اساسی برای تحقق این امر، مسیر پرفراز و نشیبی را در ماه‌های آغازین انقلاب طی کرد و نظرات مختلف و متفاوتی در این باره در تدوین آن ارائه گردید که بررسی آن‌ها به روشن شدن مفهوم و ماهیت قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی کمک می‌کند.

در پیش‌نویس اولیه قانون اساسی، شورای نگهبان به شکل کنونی آن مورد توجه نبوده و لذا به‌عنوان مثال در اصل چهارم پیشنهادی صرفاً مقرر شده بود «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی و غیره باید با رعایت کامل موازین اسلامی باشد» (مشروح مذاکرات، ۳۱۳). قبل از تدوین جزء اخیر و کنونی اصل چهارم قانون اساسی، در مجلس بررسی نهائی قانون اساسی راه‌حل‌های مختلفی به‌منظور نظارت بر این وظیفه مجلس شورای اسلامی به این شرح پیشنهاد شده بود: نظارت فقهاء و مجتهدین (مکارم، مشروح مذاکرات، ۳۴۷)، نظارت فقیه اعلم جامع‌الشرایط یا فقیه اعلم زمان (طاهری اصفهانی، مشروح مذاکرات، ۳۴۷)، نظارت فقه‌های جامع‌الشرایط (فوزی و ضیائی، مشروح مذاکرات، ۳۴۸)، نظارت شورای نگهبان (آیت، مشروح مذاکرات، ۳۴۹)، نظارت شورای فقها (حائری، مشروح مذاکرات، ۳۵۰)، نظارت شورای رهبری (رشیدیان، مشروح مذاکرات، ۳۵۱)، نظارت مجتهدان طراز اول (ربانی شیرازی، مشروح مذاکرات، ۳۵۳).

پیشنهادهای اول، سوم، پنجم و ششم با این استدلال مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد که «تشخیص باید بر عهده یک مقام یا فرد یا گروهی باشد که خیلی صریح بشود آن‌ها را مشخص کنیم و مطلق فقها قابل تشخیص نیست و شاید مطلق مراجع هم قابل تشخیص نیست» (نائب رئیس، مشروح مذاکرات، ۳۴۷)؛ به عبارت دیگر «اگر بخواهیم این کار را محول بکنیم به فقه‌های جامع‌الشرایط زمان این یک معیار و ضابطه بخصوصی ندارد ... بنابراین باید تحت یک معیار و ضابطه در بیاید.» (منتظری، مشروح مذاکرات، ۳۵۰)

پیشنهاد فتوای فقیه اعلم نیز با این اشکال مواجه شد که «اگر در یک زمان یک فقیه اعلم

مشخص نداشته باشیم و دو یا سه نفر مساوی داشتیم که مکرر هم پیش می‌آید خصوصاً در اوائل مرجعیت و این‌ها نظرات مختلفی داشتند تکلیف چیست». (نائب رئیس، مشروح مذاکرات، ۳۵۵)

همچنین پیشنهاد «شورای نگهبان» نیز با این انتقاد مواجه شد که اگر نظر کلیه اعضای شورای نگهبان (اعم از حقوقدانان و فقها) ملاک قرار داده شود چه بسا در یک موضوع، اکثریت فقها مخالف باشند اما به دلیل رأی حقوق‌دانان، آن موضوع، مورد تأیید واقع شود؛ به عبارت دیگر نمی‌توان تشخیص مخالفت یا موافقت اطلاعات و عمومات قوانین با موازین اسلامی را به غیر متخصصین ارجاع داد. (مشروح مذاکرات، ۹۶۳)

در این بین پیشنهاد می‌شود که «تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان» باشد (منتظری، مشروح مذاکرات، ۳۵۰) که این پیشنهاد با اقبال مواجه شده و نهایتاً به تصویب می‌رسد و به این‌صورت، «مرجع تشخیص» انطباق قوانین بر موازین اسلامی معلوم می‌گردد اما در خصوص «ملاک تشخیص» به صراحت در این مباحثات، سخنی به میان نمی‌رود که آیا ملاک تشخیص نیز نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان است یا آنکه این فقها مکلف‌اند بر اساس یک ملاک و معیار دیگر، مبادرت به تشخیص نمایند.

بر این اساس در این پژوهش ابتدا نگاهی اجمالی خواهیم داشت به احتمالات مختلفی که درخصوص «ملاک تشخیص انطباق قوانین بر موازین اسلامی» قابل اعتنا و توجه می‌نمایند و سپس با توجه به تحول مفهوم اعلیت در فقه سیاسی به تحلیل رویه جاری قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران از این منظر خواهیم پرداخت.

مهم‌ترین احتمالات درخصوص فتوای معیار در قانونگذاری به این شرح است:

۱- فتوای مشهور

درخصوص فتوای معیار در قانونگذاری اولین نظری که قابل توجه و بررسی می‌نمایند این نظر است که مجلس شورای اسلامی وظیفه دارد با توجه به فتوای مشهور فقها به تدوین و تصویب قوانین مبادرت کند و فقهای شورای نگهبان نیز وظیفه دارند مصوبات مجلس شورای اسلامی را با فتوای مشهور فقها انطباق داده و در صورت عدم مخالفت آن مصوبه با فتوای مشهور، آن را مورد تأیید قرار دهند؛ به عبارت دیگر، «شرعی بودن» یک مصوبه مجلس به آن است که مخالف با فتوای مشهور فقهای امامیه نباشد.

یکی از فقهای معاصر در این زمینه بیان می‌دارند: «چون بین آرای فقهاء اختلاف وجود دارد و قانون نیز باید بر طبق نظر فقهاء تصویب شود لذا بر اساس ادله شوری در اسلام، به نظر اکثریت فقهاء باید عمل شود» (شیرازی، الفقه، ۹).

یکی از صاحب‌نظران در این زمینه نیز بیان می‌دارد: «... مقام قانون‌گذاری که در حقیقت مرحله پیاده کردن کلیات اسلام است در فرم قانون، آیات شریفه قرآن، روایات ائمه معصومین (صلوات‌الله‌علیهم‌اجمعین) و فتاوی مشهور فقها را از فرم فقهی و علمی به فرم قانونی می‌آورد...» (یزدی، پیرامون ولایت فقیه، ۳۷۰).

ایشان در جای دیگری با صراحت بیشتری بیان می‌دارد: «بطور فهرست‌وار در خصوص اینکه کدام اسلام ملاک عمل است باید گفت در ضروریات اسلامی یک راه بیشتر نداریم و در موارد اختلاف در فروع جزئیة نیز فتاوی مشهور مقدم است و اگر در مورد اختلافی دلیل در دست نباشد نظر ولی امر حاکم به دلیل حاکمیت مقدم خواهد بود و همچنین در مواردی که نظر او با نظر مشهور اختلاف داشته باشد به علت شعاع قانون نظر مشهور بر آن تقدم دارد» (یزدی، شرح و تفسیر قانون اساسی، ۷۷-۷۸).

در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی و در پاسخ به ابهامات نسبت به رابطه رهبری و فقهای شورای نگهبان نیز اینگونه اظهار نظر شده است که «رهبری کسانی را در این شورا قرار می‌دهد که افکارشان با مشهور وفق می‌دهد» (تهرانی، ۹۷۴) و لذا قاعدتا باید وظیفه مجلس شورای اسلامی نیز تدوین قوانین بر اساس رأی مشهور فقها باشد تا تطابق بین مصوبه مجلس و نظر فقهی شورای نگهبان (که مبتنی بر نظر مشهور فقهاست) تأمین شود.

اما آیا براستی «مشهور فقها» می‌تواند به عنوان یک منبع مستقل فقهی مورد استناد قرار بگیرد و در زمره موازین اسلامی قلمداد شود؟ آیا در همه موضوعات، شهرت فتوائی تحقق یافته و قابل استخراج است؟ اگر در یک موضوع، مشهور فقهای یک زمان بر یک نظر خاص بود و مشهور فقهای یک زمان دیگر بر نظری دیگر، مشهور کدام فقها (متقدم، متأخر یا معاصر) باید ملاک عمل قرار گیرد؟ آیا مجلس شورای اسلامی که اغلب اعضای آن را افراد غیر فقیه و غیر آشنا با مسائل فقهی - اصولی تشکیل می‌دهند می‌توانند فتاوی مشهور را استخراج کرده و بر مبنای آن عمل کنند؟ در مسائل مستحدثه که اختلاف نظر فقها عموماً زیاد است و یا امور عرفیه که فقها معمولاً اظهار نظر نکرده‌اند و یا در تشخیص موضوعات که اساساً محل صدور فتوا نیست، وظیفه مجلس شورای اسلامی چه می‌شود؟ آیا فقهای شورای نگهبان که دارای قوه

اجتهاد هستند مجاز هستند که به صرف فتوای اغلب فقها به یک موضوع و بدون بررسی فقهی آن، به آن نظر رأی دهند و به عبارت دیگر آیا «تقلید» فقها و مجتهدان شورای نگهبان از فتوای «مشهور» فقها، جائز شمرده می‌شود؟

برای پاسخ به این ابهامات ابتدا لازم است که حجیت فتوای مشهور از لحاظ اصولی و فقهی مورد بررسی قرار گیرد چرا که با توجه به مبانی اسلامی نظام جمهوری اسلامی و مبانی فقهی قانون اساسی، صرفاً نظریاتی را می‌توان به عنوان بنیان‌های نظری نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران پذیرفت که مبتنی بر آموزهای فقهی پذیرفته شده باشد.

به‌طور کلی شهرت در اصطلاح فقه در سه معنا به کار می‌رود: شهرت روایی، شهرت عملی و شهرت فتوایی (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۵).

در شهرت روایی کثرت ناقلان و راویان حدیث مطرح است و حدیثی که راویان زیادی آن را نقل کرده‌اند ولی تعداد آن‌ها به حد تواتر نمی‌رسد را حدیث مشهور می‌نامند.

اختلافی وجود ندارد که این «شهرت»، یکی از مرجحات است و روایتی که راویان بیشتری آن را نقل کرده‌اند، بر روایت متعارض خود ترجیح دارد (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۶).

شهرت عملی به این معناست که عمل و استناد به یک روایت در نزد بسیاری از فقها وجود داشته باشد اعم از اینکه آن حدیث را راویان زیادی نقل کرده باشند یا خیر.

این شهرت به عقیده بسیاری از فقها ضعف سند خبر را جبران می‌کند و هرگاه یک خبر ضعیف از سوی فقهای زیادی مورد استناد واقع شود، با این عمل، ضعف سند جبران می‌شود (محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ۱۴۶).

اما شهرت فتوایی به این معناست که یک فتوا مورد اتفاق عده زیادی از فقهاء بوده ولی به حد اجماع نرسیده باشد. در مورد حجیت شهرت فتوایی، اتفاق نظر وجود ندارد.

برخی آن را مطلقاً دارای اعتبار و حجیت می‌دانند (شهید اول، الذکری، ۲۵/۱)، برخی با رد استدلال‌های گروه نخست، حجیت آن را نمی‌پذیرند (شیخ انصاری، فرائد الاصول، ۱۶۷/۱-۱۷۰؛ آخوند، کفایه، ۳۳۶) و برخی نیز با تفصیل بین شهرت قدما و متأخران، تنها شهرت بین قدما را حجت می‌دانند (بروجردی، نه‌ایة الاصول، ۹۹/۳-۱۰۰؛ امام خمینی، تهذیب الاصول، ۱۶۹/۲؛ همو، انوارالهدایه، ۲۶۲/۱).

ادله موافقان حجیت فتوای مشهور

غالباً حجیت فتوای مشهور را به شهید اول منسوب می‌کنند و ایشان را صریح‌ترین طرفدار

این نظریه و بلکه تنها طرفدار آن می‌دانند. وی صرفاً به دو دلیل تمسک جسته اما فقه‌های دیگر در ضمن بررسی حجیت فتوای مشهور به استدلال‌های محتمل دیگر نیز اشاره کرده و به آن‌ها پاسخ گفته‌اند.

عمده این استدلال‌ها در اثبات حجیت فتوای مشهور به این شرح است:

(آ) ملاک حجیت خبر واحد، ظن آور بودن آن است و چون همین علت (ظن آور بودن) در شهرت فتوایی نیز وجود دارد، لذا شهرت فتوایی نیز دارای حجیت و اعتبار خواهد بود (شهید اول، الذکری، ۲۵/۱).

(ب) عدالت فقه‌ها مانع از آن می‌شود که بدون داشتن علم، فتوا صادر کنند و دلیلی هم بر اشتباه آن‌ها در دست نداریم (همان).

(ج) انسداد باب علم و نیز علمی (ظن خاص و معتبر) در زمان غیبت و عدم دسترسی به معصوم باعث می‌شود تا هر نوع ظنی و از جمله شهرت فتوایی را حجت بدانیم.

(د) با توجه به آیه نبأ که بیان می‌دارد «اگر «فاسقی» خبری برای شما آورد، در مورد آن خبر «تحقیق» کنید» و از مفهوم مخالف آن می‌توان نتیجه گرفت که پس اگر «عادلی» خبری آورد، نیاز به تحقیق نیست و وجوب «تبیین» از بین خواهد رفت و به طریق اولی اگر جمعی از «عدول» که فقیه هم هستند بر مطلبی گواهی دادند، بدون تبیین می‌توان به آن عمل کرد و به عبارت دیگر دارای حجیت خواهد بود (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۸).

(ه) روایاتی از قبیل مرفوعه زراره و مقبوله عمر ابن حنظله، بر حجیت پیروی از نظر مشهور اشعار دارند.

نقد و بررسی دلایل موافقان حجیت قول مشهور

(آ) استناد و قیاس به حجیت خبر واحد: اولین استدلال شهید دارای این مقدمات و نتیجه است: خبر واحد حجت است - دلیل حجیت خبر واحد ظن آور بودن آن است - فتوای مشهور نیز مانند خبر واحد ظن آور است - پس فتوای مشهور نیز حجت است. در این استدلال شهید دو ایراد عمده نهفته است: یکی اینکه درست است که خبر واحد غالباً ظن آور است اما در هیچ کدام از ادله حجیت خبر واحد این تعلیل دیده نشده است که خبر واحد به دلیل ظن آور بودن، حجت باشد، بلکه علمای اصولی گفته‌اند که هرگاه خبر واحدی دارای شرایط خاصی باشد معتبر است، اگر چه ظن آور نباشد (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۷-۱۱۸). به علاوه در این موضوع که اساساً «شهرت»، ظن آور باشد نیز تردید وجود دارد (کوه‌کمره‌ای، ۴۴۱)؛ و ثانیاً اینکه قیاس

خبر واحد با فتوای مشهور از نوع قیاس باطل در فقه امامیه است و قابل اعتنا نمی‌باشد.
 (ب) استناد به عدالت فقهای پیشین: اولاً علم هر فرد فقط برای خود او حجیت دارد و نه برای دیگران و چه بسا ممکن است دلیلی که برای یک فرد معتبر بوده و حجیت داشته و بر اساس آن فتوا صادر کرده است برای دیگری معتبر نباشد. ثانیاً اینکه وجود عدالت، امکان بروز خطا و اشتباه را در فقهای سلف ساقط نمی‌کند و چه بسا آن‌ها در استنباط فقهی خود دچار خطا و اشتباه شده باشند (آشتیانی، بحرالفوائد، ۱۱۵/۲).

(ج) دلیل انسداد باب علم و علمی: به طور کلی درخصوص انسداد، دو طیف فکری در بین علمای شیعه وجود دارد. گروهی معتقدند شارع مقدس هم علم به احکام را حجت دانسته و هم برخی از ظنون خاصه (علمی) را و با کمک از این دو می‌توان بسیاری از احکام شرعیه را استخراج کرد و لذا تمسک به مطلق ظن برای خروج از انسداد هیچ جایگاهی ندارد. در مقابل، گروه دیگر معتقدند شارع مقدس صرفاً علم به احکام را حجت دانسته و چون علم (قطع و یقین) نسبت به بسیاری از فروعات با وجود عدم دسترسی به معصوم امکان ندارد و هیچ طریقه ظنی معتبری نیز از سوی شارع معرفی نشده است لذا ناچاریم که برای عدم خروج از دین و اهمال دستوراتی که علم اجمالی به صدور آن‌ها داریم و با توجه به حکم عقل به همه ظنون عمل کنیم مگر آنکه دلیل خاصی از شارع مبنی بر عدم حجیت یک ظن خاص وارد شده باشد (مانند آنچه در مورد قیاس آمده است).

پرداختن به ادله هر یک از دو دیدگاه مجالی مجزا می‌طلبد که از حوصله این بحث خارج است و لذا صرفاً به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که اعظام علمای اصولی به‌ویژه متأخران و معاصران، طرفدار نظریه افتتاح هستند و در زمان حاضر نظریه انسداد از طرفداران بسیار اندکی برخوردار است.

(د) عدم وجوب تبیین در خبر عادل: در رد استناد به آیه «ان جاءکم فاسق...» بیان شده است که در آیه مذکور نه در علت حکم می‌توان بطور قطعی اظهار نظر کرد و نه در مورد انحصار این علت و معلوم نیست که علت حکم، علت منحصر باشد؛ به عبارت دیگر صرف این که از مفهوم شرط استفاده شود که وجوب «تبیین» دایر مدار خبر فاسق است، معنایش این نیست که پس علت تامه وجوب «تبیین»، خبر فاسق است و هر جا خبر دهنده، فاسق نباشد وجوب «تبیین» نیست (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۸).

(ه) استناد روایی: در خصوص استنادات روایی مطرح شده، اصولیان بحث‌های مفصل و

فروانی را صورت داده‌اند که حاصل جمع آن عدم امکان اثبات حجیت فتوای مشهور با توجه به این دو روایت است.

و) همچنین اگر استناد به ادله شوری را به عنوان یکی از دلایل حجیت فتوای مشهور به حساب بیاوریم (بر اساس نظر آقای سیدمحمد شیرازی)، در پاسخ به آن باید متذکر شد که استناد به شوری در اثبات حجیت عمل به فتوای مشهور فقها نیز استدلال تام و کاملی نیست چرا که اولاً در ادله شوری (به ویژه آیه کریمه وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ، فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ) در اینکه صرف مشورت کردن مورد امر واقع شده یا آنکه عمل به نظر اکثریت نیز مفروض است، اختلاف نظر وجود دارد و نظر غالب بر اینست که صرف مشورت، مورد امر واقع شده و پس از مشورت، تصمیم نهایی نه با نظر اکثریت که با نظر فرد حاکم است و ثانیاً اینکه شوری در زمینه مسائل اجتماعی که در محدوده مالانص فیه است مطرح می‌شود و در جاییکه الزام و نصی از سوی شارع وجود داشته باشد نوبت به شوری نمی‌رسد (علامه طباطبائی، ۸۷/۴؛ مکارم، پیشین).

نظر دیگری که در خصوص فتوای مشهور وجود دارد عدم حجیت آن در باب افتاء است که در ذیل به صورت اجمالی به بیان ادله و نقد و بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

ادله مخالفان حجیت فتوای مشهور

آ) دلیل عقل. برخی فقها در این زمینه با توجه به حکم عقل بیان داشته‌اند «فإن المشهور عدم حجية الشهرة و ما يستلزم وجوده عدمه، فهو محال» (نراقی، رساله الشهرة به نقل از آشتیانی، ۱۱۴) به این معنا که از آنجا که مشهور فقها قائل به عدم حجیت فتوای مشهور هستند لذا قائل شدن به حجیت آن مستلزم آنست که فتوای مشهور را حجت ندانیم.

ب) دلیل عدم حجیت یک فتوا (قول مشهور) برای کسی که ملکه استنباط احکام از ادله را دارد. همانگونه که در ادامه این نگاشته به نحو مبسوط‌تری اشاره خواهد شد، اساساً اصل اولی بر عدم حجیت قول یک فرد بر فرد دیگر است به این معنا که قول هیچ فردی بر فرد دیگر حجیت ندارد. این اصل تاجائی امتداد می‌یابد که دلیلی آن را تقیید یا تخصیص نزد. در اینجا ادله مربوط به تقلید و رجوع جاهل به عالم این اصل را تخصیص می‌زند و پر واضح است که این تخصیص، رجوع یک فقیه (= عالم) را به عالم دیگر در بر نمی‌گیرد و لذا اصل اولی به قوت خود باقی خواهد بود (محمدجواد فاضل، خارج فقه، جلسه ۳۴-۳۷). به علاوه، سیره عقلائی بر این است که درجائی که کسی خودش نظر دارد، رجوع به نظر دیگری مورد تقبیح

عقلاء قرار خواهد گرفت.

نقد و بررسی دلائل مخالفان حجیت فتوای مشهور

آ) استناد به حکم عقل. در پاسخ به حکم عقلی بیان شده باید گفت در «عدم حجیت شهرت فتوایی بنابر مشهور»، شهرت فتوایی در مسائل فرعی فقهی مدنظر است و حال آنکه شهرت در عدم حجیت، یک مسأله اصولی است و لذا استلزامی بین وجود یکی و عدم دیگری وجود ندارد تا از وجود یکی، لاجرم عدم دیگری قابل اثبات باشد (شیخ انصاری، فرائدالاصول، ۱۱۴-۱۱۵).

ب) عدم حجیت فتوای یک مجتهد برای مجتهد دیگر. هرچند این موضوع صحیح است که فتوای یک مجتهد برای مجتهد دیگر حجیت ندارد و بلکه پیروی از آن بر او حرام است اما باید توجه داشت که فتوای مشهور (فتوای جمع کثیری از فقها) ماهیت متفاوتی از یک فتوای فقهی دارد و لذا موضوعاً خارج از شمول استدلالات ناظر به این مسأله می‌باشد؛ به عبارت دیگر، «یک» فتوا با فتوای «مشهور» ماهیتاً متفاوت است و چه بسا وصف «شهرت»، فتوا را حائز ویژگی‌هایی کند که پیروی از آن صحیح باشد؛ بنابراین استناد به این دلیل نیز تام و کامل نیست.

نتیجه آنکه با توجه به نقد و بررسی‌های صورت گرفته معلوم شد که هم نظرات طرفداران حجیت قول مشهور تمام نیست و نمی‌تواند افاده مطلوب کند و هم استدلال‌های مخالفان حجیت آن؛ بنابراین نه در اثبات حجیت فتوای مشهور دلیلی می‌توان اقامه کرد و نه در اثبات عدم حجیت آن. بسیاری از اصولیان به درستی بیان داشته‌اند که در بحث فتوای مشهور، صرفاً از آنجا که دلیلی بر حجت بودن آن در دسترس نیست و دلائل موافقان حجیت آن نیز قابل خدشه است، نمی‌توان این حجیت را مورد قبول قرار داد؛ به عبارت دیگر اینان معتقدند همانگونه که دلیل موجهی بر حجیت فتوای مشهور وجود ندارد، دلیلی هم بر عدم حجیت آن نمی‌توان اقامه کرد و لذا با جریان اصالة البرائة، باید حکم به عدم حجیت فتوای مشهور داد (آشتیانی، پیشین، ۱۲۰).

بنابراین رجوع به فتوای مشهور فقها نمی‌تواند معیار قابل قبولی برای قانونگذاری باشد.

۲- فتوای مبتنی بر احتیاط

احتیاط را موجباتی دانسته‌اند که «رعایت آن، احاطه کامل و اطمینان انسان به انجام وظیفه شرعی را سبب می‌شود» (خامنه‌ای، تحریرالمسائل، ۱۱). بر این اساس یکی از گزینه‌هایی که به

عنوان ملاک قانون‌گذاری می‌تواند مطرح شود اینست که قانون‌گذار بنابر قاعده «احتیاط» به قانون‌گذاری مبادرت کند (حائری، بنیان حکومت در اسلام، ۲۳۱) و بدین وسیله تا حد امکان بین فتاوی مختلف را جمع کند و فقهای شورای نگهبان نیز تنها مصوباتی را مورد تأیید قرار دهند که مبتنی بر احتیاط باشد.

اما درخصوص عمل به احتیاط نیز اتفاق نظر کاملی بین فقهاء وجود ندارد به گونه‌ای که برخی فقهاء آن را لعب به امر مولی دانسته و تقبیح کرده‌اند (فاضل لنکرانی، الاجتهاد و التقلید، ۲۶-۲۸)، برخی آن را در مواردی مانند عقود و ایقاعات غیرقابل اجرا می‌دانند، برخی آن را برای مقلدان غیرممکن می‌شمرند و برخی دیگر نیز آن را در صورتی که باعث اخلال در نظام باشد رد کرده‌اند.

به طور کلی احتیاط یا در عبادات است، یا در امور توصلی و یا در عقود و ایقاعات (به معنای اعم). از آنجا که عمده حوزه تقنین به عقود و ایقاعات بازگشت می‌یابد لذا در این مقام صرفاً به بررسی امکان و جواز احتیاط در این امور خواهیم پرداخت.

با توجه به بررسی‌های صورت گرفته، مشهور فقهای شیعه قائل به جواز احتیاط در عقود و ایقاعات هستند اما در این بین، شیخ انصاری قائل به عدم جواز شده‌اند.

مرحوم شیخ انصاری در تعلیل نظر خود و در ضمن بحث از شرایط صیغه بیان می‌دارد که انشاء باید جزمی و حتمی باشد و معلق بر چیزی نشود و چنانچه معلق بر چیزی شود صحیح نیست. پس اگر کسی در عقد و ایقاع احتیاط بکند به اینصورت که مثلاً اگر در صیغه نکاح دو لفظ وارد شده، صیغه را به هر دو جاری کند در اینجا جزم که رکن انشاء است تحقق پیدا نمی‌کند چون وقتی صیغه اول نکاح را می‌خواند نمی‌داند علقه زوجیت محقق شده یا خیر و وقتی صیغه دوم نکاح را می‌خواند تردید دارد که علقه زوجیت حاصل شده یا نشده است؛ بنابراین کسی که احتیاط می‌کند جازم به انشاء نیست چرا که نمی‌داند اثر بر کدامیک از دو طرف عقد و ایقاع مترتب می‌شود؛ یعنی ترتب اثر بر صیغه برای این شخص مشکوک است (فاضل، پیشین، ۳۵).

اما پاسخی که به این استدلال شیخ داده شده این است که اعتبار جزم در انشاء هیچ منافاتی با تردیدی که در احتیاط است ندارد و این دو در دو نقطه‌ی جدای از هم قرار دارند. تردید مزبور، مربوط به یک چیز است و جزم، مربوط به یک امر دیگری به این معنا که فرد محتاط در عقود و ایقاعات نسبت به خود انشاء، جزم دارد اما نسبت به اثر انشاء که آیا تحقق یافته یا

نه تردید دارد و این دو از یکدیگر جداست؛ به عبارت دیگر فرد واقعا جرم دارد که با انشای صیغه، رابطه زوجیت را ایجاد کند اما تردید دارد که آیا فی الواقع این علقه و رابطه با این لفظ ایجاد شده است یا نه.

بنابراین، اشکال عدم جواز و حجیت شرعی عمل به احتیاط وارد نیست و مشهور فقهای شیعه نیز قائل به جواز آن شده‌اند؛ اما نکته دیگری که برخی از فقها به آن توجه کرده و آن را در زمره موارد عدم جواز عمل به احتیاط دانسته‌اند اینست که چنانچه عمل به احتیاط مخل به نظام باشد جائز نیست.

آقای خوئی این عقیده را دارند و می‌گویند که اگر احتیاط مخل به نظام باشد به این نحو که روال عادی زندگی را بهم بزند مشروعیت ندارد (خوئی، الرای السدید، ۱۶۸). نکته حائز اهمیت در این بین اینکه هم‌ایشان، احتیاطی که موجب عسرو حرج بشود را نیز صحیح می‌دانند اما اگر احتیاط مخل به نظام باشد (هرچند عسرو حرجی هم نباشد) را صحیح نمی‌دانند. در این مقام پر واضح است که عمل به احتیاط در حوزه قانون‌گذاری اگر هم امکان‌پذیر باشد بی‌تردید باعث بر هم خوردن بسیاری از نظامات در جامعه می‌شود و لذا موضوعا از محل احتیاط خارج است.

بنابراین عمل به احتیاط در حوزه قانون‌گذاری هم ثبوتا و هم اثبات ممکن و پذیرفتنی نیست.

۳- پیروی از نظر فقیه اعلم

راه‌حل دیگری که در خصوص فتوای معیار، محتمل به نظر می‌رسد اینست که مجلس شورای اسلامی فتوای فقیه اعلم در هر حوزه را ملاک مصوبات و قوانین خویش قرار دهد و فقهای شورای نگهبان نیز بر همین مساله نظارت و با توجه به آن، مصوبات مجلس را تایید یا رد نمایند.

تقریبا در تمامی کتاب‌های اصولی و فقهی، بحث‌های نسبتا جامع و البته مشابهی در تقریر استدلال‌های مربوط به تعیین یا عدم تعیین تقلید از اعلم مطرح شده و پاسخ‌های تقریبا یکسانی نیز به هر یک از ادله داده شده است. در این بخش ابتدا ادله رجوع به اعلم مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس، مفهوم اعلمیت در فقه حکومتی و نظام جمهوری اسلامی ایران تبیین می‌شود و در پایان، حکم و نظر فقیه اعلم (= فقیه حاکم) در خصوص سازوکارهای قانون‌گذاری در

جمهوری اسلامی ارائه می‌گردد.

دلایل فقهی رجوع به اعلم

الف) اجماع: از بین فقهای متقدم سید مرتضی در الذریعه تقلید اعلم را علی‌رغم اختلافی بودن از مسلمات شیعه دانسته است (۳۱۷/۲) و از بین فقهای متأخر، محقق کرکی (محقق ثانی) ادعا کرده است که وجوب تقلید اعلم اجماعی است (محقق کرکی، ۱۷۶/۳).

- نقد و بررسی: در پاسخ به ادعای اجماع، بیان شده است که اولاً فقهای بسیاری وجود دارند که تصریح به وجود اختلاف در این زمینه داشته‌اند و ثانیاً حتی اگر چنین اجماعی نیز محقق باشد، اجماع منقول است و ارزش و اعتباری ندارد (خوئی، التنقیح، ۱۱۴) و ثالثاً احتمال قوی داده می‌شود که علت تعیین قول اعلم از نظر همه یا بیشتر علما، «اصل عملی» باشد که در نتیجه چنین اجماعی فاقد حجیت است (آخوند خراسانی، ۳۹۱/۳).

ب) سیره عقلائییه: سیره و بنای عملی عقلاء بر این است که در هر کاری که نیازمند مراجعه به اهل خبره است، به خبره‌ای مراجعه می‌کنند که نسبت به دیگران دارای مزیت علمی و فضیلت بیشتری باشد و از آنجا که این سیره عقلائییه از طرف شارع ممنوع و رد نشده، مورد تأیید شارع نیز می‌باشد.

- نقد و بررسی: درست است که عقلاء رجوع به اعلم را در هر حال حجت و دارای معذرت می‌دانند به این نحو که حتی در صورت عدم اصابت نظر اعلم با واقع، فرد رجوع کننده به اعلم مورد عتاب قرار نمی‌گیرد که چرا به او رجوع کرده است اما همین سیره عقلائییه امتثال نظر اعلم را در همه موارد دارای حسن و اطمینان‌بخش به حساب نمی‌آورد مثلاً اگر طبیب اعلم برای معالجه بیماری چند عمل جراحی را تجویز و طبیب غیراعلم تنها یک عمل را کافی بداند و در هیچ موردی نیز خطر مرگ در میان نباشد سیره عقلاء لزوماً رأی طبیب اعلم را بر نمی‌گزیند یا اگر فقیه اعلم در یکی از مسائل مربوط به قصاص حکم به قتل بدهد و فقیه غیراعلم حکم به پرداخت دیه، سیره عقلاء لزوماً رأی فقیه اعلم را نمی‌پذیرد. در چنین مواردی، شاید بتوان گفت عقلاء به نظر و رأی که موجب حصول اطمینان شود عمل می‌کنند و اگر اطمینان حاصل نشد بر طبق احتیاط عمل می‌کنند و لذا آنچه به نحو قطعی می‌توانیم در مورد سیره عقلائییه بگوییم این است که رجوع به افضل و اعلم در نزد عقلاء صرفاً ترجیح دارد.

ج) اقربیت به واقع: این دلیل یک قیاس شکل اول است و از یک صغری و کبری تشکیل

شده و آخوند آن را به این صورت تقریر کرده است: صغرا- فتوای اعلم اقرب الی الواقع است. کبرا- هر فتوایی که اقرب الی الواقع باشد، باید اخذ شود و حجت است. نتیجه- فتوای اعلم حجت است و باید اخذ شود و فتوای غیر اعلم حجت نیست (آخوند خراسانی، پیشین).

- نقد و بررسی: در صغرای استدلال مذکور بیان شده که قول اعلم به واقع نزدیکتر است درحالیکه مواردی را می‌توان در نظر گرفت که لزوماً این‌گونه نیست (شهید ثانی، مسالک، ۱۳/۳۴۴) مثلاً اگر قول فقیه غیراعلم کنونی مطابق با اعلم فقهای گذشته باشد یا قول فقیه اعلم در بین فقهای حاضر شاذ تلقی شود، درچنین مواردی نمی‌توان به راحتی قائل به اقربیت قول اعلم به واقع شد.

همچنین در کبرای استدلال مذکور بیان شده که ملاک حجیت، اقربیت به واقع است درحالیکه چنین ملاکی ثابت نیست بلکه حجیت ملاکات دیگری دارد (آخوند خراسانی، ۳/۳۹۲؛ خوئی، التنقیح، ۱/۱۱۸) و از این رو کسب حکم الهی از طریق علوم ممنوعه مانند جفر و رمل (علیرغم اقربیت آنها در برخی موارد) به کلی ممنوع و فاقد حجیت دانسته شده است. (د) استدلال منطقی: اعلم، نسبتش با غیر اعلم، نسبت عالم به جاهل است. رأی جاهل در برابر رأی عالم اعتبار و حجیت ندارد (با توجه به سیره عقلائییه و ادله لفظی‌های که دلالت بر وجوب رجوع به عالم می‌کند) پس فتوای اعلم حجت است و فتوای غیر اعلم حجت نیست. - نقد و بررسی: در اینکه نسبت اعلم به عالم مانند عالم است به جاهل حقیقت آنست که نه از دید عرف و نه از دید شرع چنین رابطه‌ای قابل استناد نیست. در عرف به فردی که رأی و نظر دارد اما به قوت شخص دیگر نیست جاهل اطلاق نمی‌شود بلکه تنها او را در مرتبه‌ی پایین‌تری از لحاظ علم تلقی می‌کنند. مضافاً اینکه قول جاهل به هیچ وجه صلاحیت و شأنیت اتصاف به حجیت را ندارد در حالی که قول غیر اعلم در صورتی که معارض نداشته باشد، حجت است.

ه) استناد به دلائل مشروعیت تقلید: ادله سه‌گانه‌ای که برای مشروعیت تقلید اقامه می‌شود یعنی ادله لفظیه، دلیل انسداد و سیره عقلائییه، تعیین رجوع به اعلم را نیز ثابت می‌کنند. آقای خوئی در تقریر این دلائل بیان می‌دارند که اطلاقات ادله لفظیه شامل متعارضان نمی‌شود و لذا رجوع به اعلم و قول اعلم تعیین خواهد یافت زیرا قول غیراعلم در معارضه با قول اعلم از حجیت ساقط می‌شود. در مورد سیره عقلائییه هم فرمودند بنای عقلاء بر رجوع به اعلم است و دلیل انسداد هم نتیجه‌اش حجیت مطلق فتوا است لکن از باب قدر متیقن رجوع به فتوای اعلم

می‌شود (خوئی، التنقیح، ۱/ ۱۱۳-۱۱۴).

- نقد و بررسی: در مورد سیره عقلانیه بیان گردید که این سیره صرفاً ترجیح رجوع به اعلم را می‌رساند. در مورد دلیل انسداد نیز می‌توان گفت نتیجه‌ی دلیل انسداد همان طور که خود آقای خوئی فرموده‌اند حجیت فتواست به نحو مطلق و بحث قدر متیقن که ایشان در ادامه به آن استناد کرده‌اند اساساً ارتباطی به دلیل انسداد ندارد و در باب ظن نیز هیچ‌یک از اصولیان به قدر متیقن ظنون استناد نکرده است چراکه قدرت دلیل انسداد تا این نقطه است که حجیت مطلق ظن را اثبات کند و زائد بر آن بر عهده دلیل انسداد نیست. در مورد اطلاعات ادله لفظیه نیز بنابر نظر صاحب کفایه، این اطلاعات صرفاً وجوب تقلید را می‌رساند و قادر به اثبات چیزی بیشتر از اصل تقلید نیست (آخوند خراسانی، ۵۴۲).

(و استدلال روایی: روایات متعددی نظیر مقبولة عمر بن حفصه، روایت داوود ابن حصین، روایت موسی ابن اکیل، عهدنامه امیرالمومنین به مالک اشتر و ... وجود دارد که بر لزوم تقلید اعلم دلالت دارند.

- نقد و بررسی: بحث‌های فروانی درخصوص سند و دلالت احادیث فوق مطرح شده و فی‌الجمله کسانی چون آخوند (آخوند خراسانی، ۳/ ۳۹۱)، خوئی (خوئی، الرأی السدید، ۳۲-۳۵) و امام خمینی بیان داشته‌اند که این احادیث نمی‌تواند حجیت شرعی فتوای اعلم را اثبات کند.

بنابراین همانگونه که اجمالاً مورد بررسی قرار گرفت، معلوم شد که لزوم اتخاذ قول اعلم صرفاً امری عقلانی است و ادله نقلی ارائه شده بر اثبات آن، همگی مورد خدشه قرار گرفته و تضعیف شده‌اند.

بر این اساس برخی از فقهاء و اصولیان معتقد شده‌اند که چون ما دلیل نقلی قابل اعتنائی نداریم که لزوم تقلید اعلم را برای ما اثبات کند (آخوند خراسانی، ۳/ ۳۸۹) (به این معنا که ادله نقلی قاصر از اثبات تعیین تقلید از اعلم است) و صرفاً بنابر حکم عقل می‌توان قائل به رجوع به اعلم بود لذا رجوع به اعلم احتیاطاً واجب است؛ به عبارت دیگر وقتی ما مواجه می‌شویم با اعلم و غیر اعلم اینجا مورد از موارد دوران بین تعیین و تخییر است یعنی امر دائر است بین اینکه از خصوص اعلم تقلید کنیم یا مخیر باشیم بین اعلم و غیر اعلم. در اینجا ابتدا در دوران بین تعیین و تخییر عقل حکم به اصالة التعیین می‌کند و می‌گوید طبق احتمالی که تخییر در آن نیست باید عمل کرد و در گام بعد و بر اساس قاعده اشتغال حکم می‌کند که چون اشتغال

یقینی مستدعی فراغ یقینی است پس احتیاطاً تقلید اعلم لازم است. در بین معاصران، فقهاء بسیاری تقلید اعلم را بنابر احتیاط وجوبی لازم دانسته‌اند (امام خمینی، تحریر، ۶؛ گلپایگانی، مختصر الاحکام، ۳؛ اراکی، المسائل الواضحه، ۶/۱؛ بهجت، جامع المسائل، ۱۴/۱؛ فاضل، الاحکام الواضحه، ۵).

بنابر این و از مجموع ادله و استدلالات مطرح شده می‌توان بیان داشت که تقلید از اعلم یا به نحو وجوب و یا احتیاط واجب، لازم و دارای حجیت است؛ اما این گزاره در زمان تشکیل حکومت اسلامی دارای حاشیه و تعریضی است که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

مفهوم اعلم در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران

با شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی ایران و استقرار اندیشه ولایت فقیه، برخی مفاهیم فقهی که در گذر زمان، به حوزه فقه خصوصی محدود شده بود مورد بازخوانی قرار گرفت و متناسب با فقه سیاسی شیعه، بازسازی شد. یکی از این مفاهیم، مفهوم اعلم و نظریه اعلیت در تقلید بود. تا پیش از شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی، عمده بحث‌های مربوط به اعلیت صرفاً کبروی بود به این معنا که همانگونه که اشاره رفت، تمامی هم‌اندیشمندان بر اثبات تعیین فتوای اعلم یا عدم آن معطوف شده بود اما با استقرار نظام حکومتی مبتنی بر فقه و پیدایش افق‌های جدید در این حوزه، بحث صغروی این مسأله نیز پررنگ شد و مورد ارزیابی مجدد و دقیق‌تر قرار گرفت و آن‌اینکه اساساً اعلم در یک «حکومت اسلامی» کیست و چه ویژگی‌هایی باید داشته باشد و آیا مفهوم معهود در رساله‌های عملیه از اعلم، در حوزه فقه حکومتی نیز کاربرد دارد و یا آنکه باید به دنبال ملاک و معیار دیگری در این حوزه بود.

بر اساس نظر حضرت امام (ره) و برخی شاگردان ایشان و نیز برخی از فقهای معاصر، اعلیت در زعامت با اعلیت در فقاہت دارای عموم و خصوص من وجه است به این معنا که نه در زعامت، اعلیت در همه ابواب فقهی لازم است و نه در مرجعیت، اعلم بودن در اداره شئون جامعه اسلامی. بنابر نظر صریح حضرت امام (ره) «اجتهاد مصطلح در حوزه‌ها کافی نمی‌باشد، بلکه یک فرد اگر اعلم در علوم معهود حوزه‌ها هم باشد ولی نتواند مصلحت جامعه را تشخیص دهد و یا نتواند افراد صالح را از افراد ناصالح تشخیص دهد و به طور کلی در زمینه اجتماعی و سیاسی فاقد بینش صحیح و قدرت تصمیم‌گیری باشد این فرد در مسائل اجتماعی و حکومتی مجتهد نیست و نمی‌تواند زمام جامعه را به دست بگیرد... یک مجتهد باید زیرکی و هوش و فراست و هدایت یک جامعه بزرگ اسلامی و حتی غیراسلامی را داشته

باشد و علاوه بر خلوص و تقوی و زهد که در خود شأن مجتهد است، واقعا مدیر و مدبر باشد...» (امام خمینی، صحیفه نور، ۲۱/ ۱۲۹ به نقل از ورعی، ۵۶۳)

ایشان در جای دیگری فرموده‌اند: «وضع و شرایط و مقتضیات مرجعیت در وضع فعلی با شرایط مدیریت کشور با هم فرق دارد و آنهایی که در مقام رهبری هستند با آنهایی که در مقام مرجعیت هستند یک جور نیستند...» (ورعی، پیشین)

مقام معظم رهبری نیز برخلاف فقهای گذشته که اعلمیت را صرفا اقوی بودن در استنباط احکام می‌دانستند بیان می‌دارند: «ملاک اعلمیت این است که آن مرجع نسبت به سایر مراجع قدرت بیشتری بر شناخت حکم الهی داشته و بهتر بتواند احکام شرعی را از ادله آن استنباط نماید و همچنین نسبت به اوضاع زمان خود به مقداری که در تشخیص موضوعات احکام و ابراز نظر فقهی مؤثر است آگاه‌تر باشد.» (آیه‌الله خامنه‌ای، اجوبه‌الاستفتائات، ۴)

یکی از شاگردان حضرت امام نیز به صراحت به این نکته اذعان می‌کند که «اعلم در احکام برای تقلید شرط است و اعلم در موضوعات برای ولایت.» (مکارم، انوارالفقاهه (کتاب‌البيع)، ۴۷۴)

شاگرد دیگر ایشان در این مقام بیان داشته است: «فالاعلم، الأبصر بالاحکام الکلیه و بالموضوعات و ماهیه الحوادث الواقعه و الظروف المحیطه و مسائل العصر» (منتظری، دراسات فی ولایة الفقیه، ۱/ ۳۰۸) یعنی: پس همانا اعلم کسی است که بر احکام کلیه و به موضوعات و نیز اوضاع زمانه و شرایط مکانی و زمانی داناتر باشد.

همچنین یکی دیگر از فقهای معاصر معتقد است مقصود از اعلمیت، اعلمیت درخصوص علم فقه نیست بلکه مراد اینست که رهبر باید با توجه به مجموعه شرایط لازم برای رهبری مانند علم فقه، علم به موضوعات برای اجرای احکام الهی، دانش سیاسی و اجتماعی و ... اعلم باشد یعنی اعلمیت من حیث المجموع. (حائری، شرط اعلمیت در رهبری، حکومت اسلامی، ۱۸۵/۲)

اما درخصوص مبنای فقهی چنین دیدگاهی در شورای بازنگری قانون اساسی بررسی نسبتا مفصلی صورت گرفته و اینگونه نتیجه‌گیری شده است که «اولا مبنای تقلید، رجوع جاهل به عالم است و چنین سیره‌ای بین عقلاء [قطعی] نیست که حتما به اعلم مراجعه کنند و ثانيا اگر هم اعلمیت یکی از شرایط مرجع تقلید باشد در ولایت فقیه چنین شرطی نیست چون ادله ولایت فقیه غیر از ادله اجتهاد و تقلید است و ثالثا اعلمیت در مرجع تقلید با اعلمیت در

رهبری تفاوت دارد به این معنا که در مرجع، اعلمیت در علوم رایج حوزه‌ها منظور است ولی در رهبری افزون بر آن باید در موضوعات سیاسی - اجتماعی نیز اعلم باشد». (یزدی، هاشمیان، مشکینی، مشروح مذاکرات بازنگری، به نقل از ورعی، ۵۶۵)

به بیان دیگر «مسأله اعلمیت، عقلی است و روایات مربوطه هم ارشاد به حکم عقل است. بحث وجوب تقلید از اعلم هم همیشه بین فقهاء اختلاف بوده و هیچگاه اتفاقی نبوده است اما مسأله رهبری غیر از مرجعیت تقلید است. درباره رهبری نمی‌توان به ادله مربوط به اجتهاد و تقلید مراجعه کرد ... اگر دلیل عقلی در اینجا هم قابل استناد باشد اعلم در جمیع جهات دخیله در رهبری را اثبات می‌کند یعنی در مدیریت قوی‌تر، در آشنایی با مسائل زمان قوی‌تر، در صراحت و قدرت تصمیم‌گیری تواناتر». (یزدی، به نقل از ورعی، پیشین)

البته این تفاوت نگرش و بازآفرینی مفهوم اعلمیت را هرچند باید از برکات تشکیل نظام جمهوری اسلامی دانست اما فقهای گذشته نیز از آن غافل نبوده و به نوعی به آن اشاراتی داشته‌اند به عنوان مثال مرحوم سیدکاظم یزدی صاحب عروه می‌فرماید: «لا يعتبر الاعلمیه فیما امره راجع الی المجتهد الا فی التقليد و اما الولایه علی الأیتام و المجانین و الاوقاف الّتی لا متولی لها و الوصایا الّتی لا وصی لها و نحو ذالک فلا یعتبر فیها الاعلمیه». (صاحب عروه، ۱/ ۲۵) یعنی: مسأله اعلمیت در اموری که به مجتهد مربوط می‌شود تنها در مورد تقلید معتبر است اما درخصوص ولایت بر ایتام و مجانین و اوقافی که متولی ندارند و وصایای بدون وصی و مانند این‌ها، اعلمیت ملاک نیست. بر این اساس فقهای گذشته با وجود آنکه تصور تشکیل حکومتی که یک فقیه در رأس آن قرار داشته باشد را نداشتند اما در مسائل اجتماعی جامعه مسلمین تصریح به این داشتند که صرف اعلمیت به هیچوجه شرط تصرف نیست و صرفاً در مسائل فردی و حوزه خصوصی، اعلمیت معهود ملاک است و حتی آقای حکیم در حاشیه این کلام سید در عروه، ادعای اجماع در این مورد را کرده است (حکیم، مستمسک عروه، ۱/ ۱۰۶).

چنین عقیده‌ای علاوه بر کتب فقهی، در رویه فقهای گذشته نیز قابل ملاحظه است. به عنوان مثال نقل شده است که وقتی صاحب جواهر، شیخ انصاری را که همگان به اعلمیت او باور داشتند به عنوان اعلم بعد از خود تعیین کرد، شیخ فرمود صاحب جواهر مرا طبق عقیده خود به این عنوان معرفی نموده است و من معتقدم سعید العلمای بابلی مازندرانی از من اعلم است و بایستی او زمام زعامت و مرجعیت را به دست گیرد و لذا نامه‌ای مشروح به سعید

العلماء نوشت و نظر خود را اظهار داشت و از او خواست تصدی زعامت مسلمین را به عهده گیرد. سعید العلماء در پاسخ شیخ نوشت که من فعلاً کفایت این امر را ندارم و شما بدان سزاوارترید و به حق تعیین شده‌اید. به این ترتیب از آنجا که شیخ انصاری در اداره امور جامعه مسلمین توانا تر می‌نمود، زعامت جامعه اسلامی را عهده‌دار شد (جناتی، سیر تاریخ تقلید از اعلم، کیهان اندیشه، ۶/ ۲۹).

بنابراین معلوم شد که در یک حکومت اسلامی، اعلم کسی است که در شناخت موضوعات و اداره شئون جامعه اسلامی خبره‌تر باشد و نه آنکه صرفاً از قوه استنباط قوی‌تری در احکام و اصول برخوردار باشد. شناخت چنین اعلمی نیز نه با شهادت صرفاً دو نفر بلکه با شهادت مجلسی از خبرگان و فقهای جامعه اسلامی صورت می‌گیرد.

اما با این وجود در رویه جاری نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چنین امری مشاهده نمی‌شود که کلیه قوانین و مقررات کشور به طور کامل منطبق با آراء فقیه اعلم (حاکم جامعه اسلامی) تدوین شود. تبیین و توجیه این رویه نیازمند دقت در سازوکارهای مندرج در قانون اساسی است که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

دیدگاه فقیه حاکم (اعلم) در خصوص سازوکار قانونگذاری در جمهوری اسلامی

ایران

بیان شد که فقیه اعلم در حوزه اجتماعی همان فقیه حاکم است (که جمعی از خبرگان و فقهای اسلام به اعلمیت او رأی داده‌اند) و فقیه حاکم نیز کسی است که ولایت مطلقه امر و امامت امت را بر عهده دارد و مشروعیت‌بخش نهادها و قوانین در جامعه اسلامی است.

در مشروح مذاکرات بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برخی اعضا در بحث پیرامون اصل چهارم قانون اساسی چنین ابراز داشته‌اند که «... با فرمان امام است که بسیاری از تصرفات حکومت، مشروعیت پیدا می‌کند، گمرک، مالیات و عوارض، بدون صلاحدید امام که اخذ آن را به مصلحت مسلمین و مخارج مملکت صلاح بداند حرام است. در عین حال فقیه با دیگران مشورت می‌کند، مجلس شورای ملی چنین جایگاهی دارد. مصوبات مجلس بدون تأیید فقیه برای مردم لازم‌الاتباع نیست چون تا مهر تأیید فقیه بر آن نباشد آن را حکم خدا ندانسته و اطاعتش را لازم نمی‌شمارند» (مشروح مذاکرات، ۹۴۳-۹۴۴).

در همین زمینه استفتائی از مقام معظم رهبری انجام شده که ایشان در پاسخ بیان فرموده‌اند: «نظر ولی امر مسلمین در مسائل مرتبط با اداره کشور اسلامی و نیز موضوعات مربوط به کلیه

مسلمین لازم‌الاتباع است و هر مکلفی فقط در مسائل فردی محض می‌تواند از نظر مرجع تقلیدش پیروی کند.» (خامنه‌ای، اجوبة الاستفتائات، ۱۱)

اما در این میان این سؤال مطرح می‌شود که آیا برای آنکه قوانین برای همه مردم لازم‌الاتباع شود مجلس باید آن‌ها را بر اساس «فتوای» فقیه حاکم تدوین و تصویب نماید و فقهای شورای نگهبان هم که منصوب رهبری هستند درواقع وکیل ایشان در نظارت بر قوانین‌اند و باید بنابر نظر و رأی موکل خود انجام وظیفه نمایند؟ (جوادی آملی، ولایت فقیه، ۲۰۸) و آیا در چنین صورتی جایگاه مجلس و شورای نگهبان به یک جایگاه تشریفاتی تنزل نخواهد یافت؟

در پاسخ باید گفت که مشروعیت کلیه قوانین و مقررات در جامعه اسلامی و لازم‌الاتباع بودن آن‌ها برای کلیه افراد، تنها منحصر به این نیست که کلیه این قوانین بنابر «فتوای» فقیه حاکم تدوین شود بلکه اگر فقیه حاکم، «حکم» به لزوم تبعیت از یک مرجع یا نهاد یا مکانیسم مشخصی بدهد و یا آنکه فتوا به جواز رجوع به غیر اعلم در حوزه عمومی بدهد، به خاطر این حکم و فتوا، همه افراد جامعه اسلامی (و حتی فقها و مراجع تقلید) شرعاً مکلف به پیروی می‌شوند. ولی فقیه با تأیید و التزام عملی به قانون اساسی در واقع، «حکم» به لزوم پیروی از مکانیسم‌های آن داده است و لذا بر کلیه افراد لازم است از آن پیروی کنند.

نتیجه آنکه در نظام جمهوری اسلامی ایران «نظر ولی امر مسلمین در مسائل مرتبط با اداره کشور» بر پیروی از مکانیسم‌های مندرج در قانون اساسی قرار گرفته و ایشان با تأیید و التزام عملی به این قانون، سازوکارهای موجود در آن را مشروعیت بخشیده‌اند. این سازوکارها در دو سطح «عادی» و «فوق‌العاده» یا غیرعادی قابل شناسایی است.

سازوکارهای فوق‌العاده در زمانی است که ولی فقیه، پیروی از سازوکارهای عادی را به مصلحت جامعه نمی‌بیند یا آن را باعث بروز معضلاتی برای نظام اسلامی تشخیص می‌دهد و لذا می‌تواند مبادرت به صدور «حکم» خاص در یک زمینه معین نماید (ارسطا، ۳۱۰ و ۳۱۳-۳۲۰). در چنین مواردی هم مجلس شورای اسلامی و هم فقهای شورای نگهبان مکلف به پیروی از نظر ولی فقیه هستند چرا که این نظر، هم «در مسائل مرتبط با اداره کشور اسلامی» صادر شده و مصداق حکم حکومتی است که برای کلیه افراد «لازم‌الاتباع» است و هیچ فقیهی حق مزاحمت با آن را ندارد (امام خمینی، کتاب‌البیع، ۱۱۱-۱۱۲) و هم اینکه از فقیه اعلم در حوزه عمومی صادر شده است و مشمول ادله لزوم تقلید اعلم می‌شود.

سازوکارهای عادی قانون اساسی نیز عبارتست از گردش کار جاری امور بدون دخالت

مستقیم ولی فقیه در فرایندهای مرتبط با آن موضوع. در این حوزه، مجلس شورای اسلامی می‌تواند از بین جایگزین‌های مختلف اجتهادی حق انتخاب داشته باشد و فقهای شورای نگهبان نیز با تحلیلی که در ادامه می‌آید مکلف‌اند نظر اجتهادی خود را اعمال نمایند. تفصیل این سازوکارها بدین شرح است:

آ- مجلس شورای اسلامی و اتخاذ هر فتوای معتبر فقهی

همانگونه که بیان شد مجلس شورای اسلامی می‌تواند در فقدان نظر خاص ولی فقیه و یا اذن وی به رجوع به دیگر نظرات فقهی، به نظر دیگر فقها رجوع کند. چنین رویکردی که قوه مقننه بتواند از هر فتوای معتبر فقهی در قانون‌گذاری بهره بگیرد در قوانین برخی کشورهای اسلامی از جمله در قانون مدنی و احوال شخصیه کویت نیز مشاهده می‌شود (مهرپور، ضرورت تحول در قانون‌گذاری، نامه مفید، ۲/ ۱۱۰).

برخی صاحب‌نظران نیز نظری به این مضمون را ابراز داشته‌اند که در مورد اختلاف فتاوی، قانون‌گذار می‌تواند یکی از فتاوهای معتبر - و البته غیر شاذ - را که مصلحت جامعه را بهتر تأمین می‌کند به صورت قانون ابلاغ نماید و در اینصورت، شرط «عدم مخالفت با موازین اسلامی» که در قانون اساسی بیان شده نیز محقق خواهد شد (جنتی، حکومت اسلامی و قانون‌گذاری، ۱۰).

همچنین یکی دیگر از نویسندگان در این باب می‌گوید: «... نکته‌ای که باید در انتخاب یک فتوا مورد توجه قرارگیرد این است که کدام فتوا با مقتضیات زمان و نیازهای روز جامعه اسلامی سازگارتر است و به هنگام اجرا کمتر دچار مشکل می‌شود. اگر بپذیریم که ملاک اسلامی بودن قوانین، عدم مغایرت صریح آن‌ها با موازین شرعی است به نظر می‌رسد همین که قانونی با فتوای یک مجتهد مسلم جامع‌الشرایط موافق باشد اگرچه آن فتوا مخالف نظر مشهور فقها باشد برای اسلامی بودن کافی است و می‌توان آن را مبنای عمل قرار داد.» (شفیعی سروستانی، فقه و قانون‌گذاری، ۲۳۳)

شهید صدر نیز در پاسخ به نامه برخی علمای لبنان در خصوص جمهوری اسلامی و در ضمن تبیین قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی بیان می‌دارد: «در احکامی که مجتهدان بر اساس اجتهاد مشروع، چند رأی مختلف دارند، قوه مقننه در برگزیدن یکی از آن‌ها بر اساس مصلحت جامعه آزاد است.» (سیدمحمدباقر صدر، جمهوری اسلامی، ۱۶) البته پر واضح است که این نظریه شهید صدر مبتنی بر پیش‌فرض‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و تفویض این

اختیار از سوی فقیه حاکم است چراکه ایشان در کتاب اقتصادنا تصریح می‌کنند که پر کردن حوزه مباحث باید از طرف اولی الامر باشد (صدر، اقتصادنا، ۶۸۹-۶۹۱). چنین تعلیل و تبیینی را می‌توان در نگاه شاگردان برجسته شهید صدر با صراحت بیشتری مشاهده کرد: «... ولی فقیه ما را امر کرد که اعضای پارلمان را انتخاب کنید. امر او هم نافذ است. اگر یک وقتی نتیجه بد در آمده باشد، ولی فقیه حق وتو دارد. چون در رابطه با انتخابات دلیلی از کتاب و سنت نداریم. خوب اگر دلیلی از کتاب و سنت داشتیم، ولی فقیه هم مجبور بود که بسازد. چون او هم مسلمانی است مثل ما که باید به آن عمل کند. چون در رابطه با انتخابات دلیلی از کتاب و سنت نداریم و دلیلش امر ولی فقیه است و امرش هم نافذ می‌باشد، بنابراین مسئولیت آن هم از خود امر ولی فقیه است.» (حائری، سیاست و حکومت، فصلنامه علوم سیاسی، ۱/ ۹-۱۵)

در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی و از سؤال و جوابی که بین یکی از اعضای این مجلس و نائب رئیس آن صورت گرفته می‌توان اینگونه استنباط کرد که تلقی مجلس خبرگان قانون اساسی نیز بر این امر بوده است که مجلس شورای اسلامی می‌تواند هر فتوای معتبر فقهی را در تدوین قوانین ملاک قرار دهد و لزومی به تبعیت از یک فتوای خاص ندارد.

ب- فقهای شورای نگهبان و اعتبار فتوای خود آن‌ها

همانگونه که بیان شد در مواردی که ولی فقیه، حکم خاص و الزام‌آوری را ابراز نداشته‌اند، مکانیسم‌های متداول قانون اساسی مورد اجرا قرار خواهد گرفت؛ اما در اینکه این مکانیسم‌ها درخصوص نظارت فقهای شورای نگهبان بر مصوبات مجلس به چه طریقی صورت می‌گیرد، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد به این نحو که برخی معتقدند با توجه به منابع حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، فتوای خود فقهای شورای نگهبان ملاک است و برخی دیگر معتقدند که وظیفه فقهای شورای نگهبان این است که در صورت وجود حتی یک فتوای معتبر فقهی در تأیید مصوبه مجلس شورای اسلامی، آن مصوبه را مطابق با شرع اعلام نمایند.

- ادله موافقان حجیت فتوای خود فقهای شورای نگهبان: قائلان به حجیت نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان در اثبات ادعای خود به این دلایل تمسک جسته‌اند:

آ) اگر در مورد انطباق قوانین با موازین اسلامی نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان مدنظر دست‌اندرکاران تدوین قانون اساسی نبود لزومی نداشت که شرط فقیه بودن و عادل بودن و آگاه بودن به مقتضیات زمان و مسائل روز که در اصل ۹۱ آمده برای فقهای شورای

نگهبان قرار داده شود چرا که صرف انطباق یک مصوبه با اجماع فقهاء یا نظر مشهور یا احتیاط و ... از عهده افراد فاضل و متتبع که در حد اجتهاد و افتاء هم نباشند بر می آید (مهرپور، مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۰۸/۲).

ب) در مشروح مذاکرات قانون اساسی به صراحت بیان شده است که ملاک، فتوای خود فقهای شورای نگهبان است (مشروح مذاکرات، ۹۶۳/۲).

ج) در پاسخ به استفساریه‌ای که یکی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ از طریق ریاست وقت مجلس از شورای نگهبان داشته است، دبیر شورای نگهبان بیان می‌دارند: «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی بطور نظر فتوایی با فقهاء شورای نگهبان است» (مهرپور، پیشین).

د) از دیدگاه فقهی، پیروی از نظر فقهی مجتهد دیگر برای فردی که دارای ملکه اجتهاد است جائز نیست. هم به حکم عقل و هم به حکم سیره و به هم مقتضای ادله نقلیه. بنابراین حکم عقل، با توجه به اینکه فرد مجتهد، متمکن از استنباط احکام از ادله است و می‌تواند حکم مسئله مورد نیازش را خودش استخراج نماید، برای عقل با رجوع به فتوای غیر، یقین به فراغ ذمه حاصل نمی‌شود.

از نظر سیره عقلا و سیره متشرعه نیز کسی که خود در یک موضوع صاحب‌نظر است به نظر دیگری عمل نمی‌کند زیرا بنای عقلاء بر رجوع جاهل به عالم است و نه عالم به عالم و اگر کسی که تمکن از علم دارد به دیگری رجوع نماید و اتفاقاً نظر دیگری مخالف واقع در بیاید، فرد رجوع‌کننده مورد مذمت عقلا قرار خواهد گرفت.

با توجه به ادله نقلی و به ویژه ادله لفظیه جواز تقلید نیز قطعاً چنین شخصی از شمول این ادله خارج است و نمی‌تواند به دیگری مراجعه نماید (مرتضوی لنگرودی، ۳۹) زیرا ادله تقلید شامل کسی که متمکن از تحصیل علم به احکام است نمی‌شود و مختص کسی است که جاهل به احکام است و تمکن از تحصیل علم به احکام هم ندارد.

- ادله مخالفان حجیت فتوای فقهای شورای نگهبان: در مقابل، برخی معتقدند فقهای شورای نگهبان تنها مکلف‌اند که وجود یک فتوای معتبر فقهی در زمینه مصوبه مورد نظر را احراز نمایند و نه اینکه مبادرت به کار اجتهادی نمایند. ادله و مستندات این گروه به این شرح است:

آ) قانون اساسی وظیفه «تشخیص عدم مغایرت» را بر عهده فقهای شورای نگهبان قرار داده

و «تشخیص» غیر از «استنباط» است (کدیور، شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس، مجله آفتاب، ۲۹) به این معنا که اجتهاد کردن بر اساس منابع معتبر را استنباط می‌گویند اما تشخیص صرفاً این است که امری را بر امر دیگر تطبیق داده و انطباق یا عدم انطباق آن را به دست آورند.

ب) در غیر از اصل ۹۴، هر جا که بحث از نظارت شورای نگهبان بر قوانین مطرح شده است، ملاک را بر «عدم مغایرت» این قوانین بر موازین اسلامی استوار کرده است و از این رهگذر می‌توان نتیجه گرفت که فتوای خود فقهای شورای نگهبان مدنظر قانون‌گذاران نبوده است چراکه در مورد هر مسأله‌ای که به فقهای شورای نگهبان ارجاع می‌شود، اگر نظر فقهی خود آن‌ها ملاک باشد، آن‌ها می‌توانند با کار اجتهادی در آن موضوع، فتوای خود را صادر کنند و در مرحله بعد انطباق یا عدم انطباق آن را بر فتوای خودشان اعلام نمایند اما وقتی که قانون اساسی، ملاک و معیار دیگری را مقرر بداند از آنجا که امکان دارد موضوع مورد نظر در آن منبع دیگر مورد توجه قرار نگرفته باشد، فقهای شورای نگهبان موظف‌اند با امور مشابه و اصول کلی مندرج در منابع، به «عدم مغایرت» آن موضوع با اصول کلی رای دهند (کدیور، پیشین).

ج) رویه عملی شورای نگهبان نشان می‌دهد این شورا در موارد متعددی، حکم یک موضوع را از رهبری استفتاء می‌کرده و لذا اینگونه به نظر می‌رسد که خود فقها نیز تمایل به این نظر نداشته‌اند که نظر فقهی خود آن‌ها ملاک قرار بگیرد.

د) با وجود آنکه رجوع فرد مجتهد به مجتهد دیگر از سوی بسیاری از فقها رد شده است (شهید اول، الذکری، ۲/ ۱۷۱) اما در عین حال تفکیک و تفصیلی که برخی فقهاء، بین مجتهدی که احکام را استنباط کرده و مجتهدی که ملکه و قدرت استنباط را دارد اما هنوز مبادرت به استنباط احکام نکرده در این مقام می‌تواند راهگشا باشد. توضیح آنکه درست است که فقهای شورای نگهبان به درجه اجتهاد رسیده‌اند اما از آنجا که عمدتاً از مراجع تقلید نیستند تا سابقاً بر روی موضوعات مورد نظر به مذاقه پرداخته و نظر فقهی خود را با توجه به ادله استخراج کرده باشند لذا بنابر نظر برخی فقهاء (محقق حلی، معارج‌الاصول، ۲۰۲) در مسائلی که هنوز به استنباط نپرداخته‌اند می‌توانند به مجتهد دیگر رجوع کنند.

دلیلی که بر این نظر اقامه شده است این است که: مکلف در بدو امر مخیر بین اجتهاد، تقلید و احتیاط بوده است و از دیدگاه شارع هیچیک از این سه راه بر دیگری رجحان و برتری

نداشته به این معنا که هیچ تقدیمی در اجتهاد نسبت به دو قسم دیگر متصور نبوده است. حال که شک در این است که آیا برای شخصی که ملکه استنباط همه احکام را دارد نیز این حالت سابق همچنان وجود دارد و این شخص می‌تواند همان تخییری که در بدو امر برای او ثابت بوده است را واجد باشد یا اینکه باید او را با توجه به ادله منع تقلید عالم، از شمول خطابات مربوطه مستثنا کرد، ظاهر آنست که با توجه به استصحاب وضع سابق، جواز تقلید چنین فردی همچنان به قوت خود باقی خواهد بود. البته ممکن است این اشکال مطرح شود که چنین شخصی متمکن از تحصیل علم و استنباط است و چون صدق عالم بر او می‌شود، لذا اجتهاد برای او تعیین می‌یابد و نه تخییر بین اجتهاد یا تقلید اما باید توجه داشت که به صرف قدرت بر استنباط و داشتن ملکه، عنوان عالم بر او صادق نخواهد بود چراکه مقصود از «عالم» در ادله منع تقلید عالم، «عالم به احکام» است و نه عالم به مبادی و راههای استنباط احکام و ادله لفظیه (خوئی، التنقیح، ۱/ ۱۹).

- نقد و بررسی: در نقد استدلال‌های مخالفان نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان می‌توان گفت تشتت در عبارات قانون اساسی ناشی از مسامحه دست‌اندرکاران نگارش قانون اساسی در هنگام تدوین آن بوده و نمی‌توان از آن مفهومی را استخراج کرد (اسماعیلی، تقریرات) و لذا استدلال‌های لفظی مخالفان، نمی‌تواند چندان مورد قبول باشد.

همچنین استناد به چند مورد استثناء در استفتای فقهای شورای نگهبان از رهبری در مقابل رویه مسلم و مستمر این شورا در اجتهاد و نظر صریحشان در این خصوص قابل توجه نمی‌نمایاند و آن موارد استثناء را باید حمل بر وجود مصالحی در نظام اسلامی دانست.

ادله و بررسی فقهی مطرح شده نیز هرچند بدون اشکال و پذیرفتنی می‌نمایاند اما اولاً مخالف نظر و رأی قاطبه فقهای معاصر است و ثانیاً اینکه صرفاً جواز رجوع آن‌ها به فتوای فقیه دیگری را نشان می‌دهد و لذا اگر ادله حقوقی موافقان را بپذیریم، فقهای شورای نگهبان مکلف خواهند بود که در این زمینه قوه استنباط خود را بکار گیرند و نه آنکه به نظر فقهای دیگر استناد کنند؛ به عبارت دیگر هرچند رجوع فقهای شورای نگهبان به فتوای فقهای دیگر از نظر فقهی بلامانع باشد اما از آنجا که حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران آن‌ها را مکلف به رجوع به فتوای خودشان می‌داند، لذا رجوع به نظر فقهی خودشان (به جز در مواردی که فقیه حاکم مبادرت به صدور «حکم» می‌نماید) تعیین می‌یابد.

نتیجتاً می‌توان گفت که فقهای شورای نگهبان مکلف‌اند در بررسی مصوبات مجلس

شورای اسلامی نظر فقهی خود را ملاک قرار دهند و بر مبنای آن به تشخیص مطابقت یا عدم مغایرت آن مصوبه با موازین اسلامی مبادرت ورزند.

بدین ترتیب اولاً در موضوعاتی که ولی فقیه حکم صریح و الزامی ارائه کرده‌اند هم مجلس شورای اسلامی و هم شورای نگهبان مکلف‌اند از این نظر تبعیت کنند و فقهای شورای نگهبان باید مصوبه مجلس را که مغایر با نظر الزامی ولی فقیه تدوین و تصویب شده مغایر با شرع اعلام نمایند هرچند نظر فقهی خود اعضای شورای نگهبان نیز منطبق بر مصوبه مجلس شورای اسلامی باشد. ثانیاً در موضوعات و حوزه‌هایی که ولی فقیه حکم الزامی و مشخصی ارائه نکرده‌اند یا فتوا به جواز رجوع به فقهای دیگر داده‌اند مجلس شورای اسلامی می‌تواند از هر نظر فقهی معتبری پیروی نماید و مصوبات خود را بر آن مبتنی سازد و به عبارت دیگر مجلس می‌تواند با توجه به مصالحی که تشخیص می‌دهد بین جایگزین‌های مختلف اجتهادی، یکی را برگزیند. ثالثاً فقهای شورای نگهبان به علت واجدیت ملکه اجتهاد و برخورداری از مقام فقاها و ولایت افتاء، مکلف‌اند در هر مورد به نظر فقهی خود رجوع کنند و اساساً تقلید آن‌ها از نظر فقهی (و نه حکم) دیگر مجتهدان (ولو اعلم از آنها باشند) جائز نیست (امام خمینی، کتاب البیع، ۱۱۱) و لذا ملاک و معیار اولیه اینست که آن‌ها به نظر اجتهادی خود رجوع کنند؛ و رابعاً اینکه ممکن است این ابهام مطرح شود که چگونه برای انطباق قوانین بر موازین اسلامی، برای مجلس و شورای نگهبان، دو معیار متفاوت قرار می‌گیرد و حال آنکه قرار است یک امر واحد محقق شود. پاسخ این ابهام در این نکته است که فقهای شورای نگهبان در واقع مستندات فقهی آن فتوایی را که مجلس به عنوان مبنای قانون برگزیده است مورد توجه قرار داده و بررسی می‌کند که آیا این فتوا، از مجاری صحیح و با مقدمات متقنی صادر شده است یا خیر. اگر پاسخ فقهای شورای نگهبان به این سؤال مثبت باشد بدین معناست که نظر فقهی خود آن‌ها نیز بر چنین امری تحقق گرفته و لذا به نظر فقهی خودشان عمل کرده‌اند و اگر پاسخ منفی باشد، باز آن‌ها به نظر فقهی خود عمل کرده‌اند و در عین حال اعلام می‌نمایند که مجلس، از وظیفه خود که پیروی از یکی از فتاوی «معتبر» فقهی است عدول کرده و یک فتاوی غیرمعتبر را به عنوان مبنای قانون برگزیده است.

نتیجه‌گیری

۱. در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر شده که قانونگذاری باید بر

اساس احکام و موازین اسلامی صورت بگیرد. اصل چهارم قانون اساسی، «مرجع انجام» این مقرر قانونی را مجلس شورای اسلامی و «مرجع نظارت» بر آن را فقهای شورای نگهبان قرار داده است. اختلاف استنباطها و فتوای شرعی، این ابهام را در حقوق اساسی ایران به وجود آورده است که مجلس شورای اسلامی و فقهای شورای نگهبان بر چه اساس و معیاری باید مطابقت با موازین اسلامی را محقق کنند؟ با توجه به پیش فرض‌هایی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تعبیه شده و با عنایت به مبنای اسلامی نظام، می‌توان احتمالات ممکن در این زمینه را عبارت دانست از فتوای مطابق با مشهور فقهاء، فتوای مطابق با احتیاط، فتوای فقیه اعلم، هر فتوای معتبری که با مصالح جامعه اسلامی هماهنگ‌تر است، فتوای خود فقهای شورای نگهبان و فتوای فقیه حاکم.

۲. در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ تلقی نوینی از نظریه اعلیت ارائه شد و این نظریه با توجه به مؤلفه‌های فقه حکومتی مورد بازسازی و بازخوانی قرار گرفت. بر این اساس، همانگونه که تقلید از فقیه اعلم در مسائل فردی تعیین دارد و وی با شهادت دو انسان عادل قابل شناسایی است، تقلید از فقیه اعلم در اداره جامعه اسلامی نیز تعیین دارد و با شهادت مجلسی از خبرگان دینی جامعه اسلامی می‌توان چنین فقهی را مورد شناسایی قرار داد.

۳. در خصوص فتوای معیار در قانون‌گذاری، می‌توان گفت نظر فقیه حاکم در جمهوری اسلامی ایران بر این تعلق گرفته که سازوکارهای از پیش تعیین شده قانون اساسی ملاک عمل قرار بگیرد. بر اساس این سازوکارها، مجلس شورای اسلامی می‌تواند در قانون‌گذاری‌های خود از هر نظر فقهی معتبر استفاده کرده و هرکدام از این جایگزین‌های اجتهادی را که نزدیک‌تر به مصلحت جامعه اسلامی تشخیص داد به عنوان مبنای قانون برگزیند و بدینوسیله وظیفه خود را در لزوم ابتنای قوانین بر شرع به انجام رسانیده است. فقهای شورای نگهبان نیز مکلف‌اند با کار اجتهادی خود، مبنای فقهی مورد استناد مجلس شورای اسلامی را بررسی نموده و در صورت صحیح و معتبر دانستن آن، آن را مورد تأیید قرار دهند. در اینصورت می‌توان گفت این فقهاء، نظر و فتوای خود را منطبق بر فتوای مورد استناد مجلس دانسته و با توجه به فتوای خود، آن مصوبه را مورد تأیید قرار داده‌اند. در صورتی هم که فقهای شورای نگهبان، فتوای مورد استناد مجلس شورای اسلامی را معتبر و در مجاری صحیح اجتهادی تشخیص ندهند بر اساس «تشخیص» خود، آن مصوبه را خلاف موازین اسلامی اعلام خواهند نمود.

۴. بی‌تردید در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجلس شورای اسلامی و فقهای

شورای نگهبان مآذون به انجام ترتیباتی هستند که در فوق به آن‌ها اشاره رفت و در عین حال با توجه به بند هشت اصل یکصد و دهم فقیه حاکم می‌تواند در موارد مقتضی که سازوکارهای موجود، مصالح جامعه اسلامی را تأمین نمی‌کند یا حتی آن‌ها را تهدید می‌نماید، با صدور «حکم» حکومتی، هم مجلس شورای اسلامی و هم فقهای شورای نگهبان را ملزم به پیروی از نظر خاصی نماید.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- _____، *کفایة الاصول*، ترجمه محمد مسعود عباسی، قم، انتشارات دارالفکر، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر، *بحر الفوائد فی شرح الفرائد*، ذوی القربی، چاپ اول، ۱۴۳۰ ق.
- ارسطا، محمدجواد، *نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۹.
- اسماعیلی، محسن، *تقریرات درس حقوق اساسی ایران*، دانشگاه امام صادق ع، ۱۳۸۷.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *الاجتهاد و التقليد*، کتابفروشی امید، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- _____، *فرائد الاصول*، قم، مؤسسه دار الکتاب، ۱۳۷۷.
- بروجردی، حسین، *نهایة الاصول* (تقریرات)، انتشارات ایران، قم، ۱۳۷۵.
- جناتی، محمد ابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، بی‌جا، بی‌تا.
- _____، «سیر تاریخی تقلید از اعلم»، کیهان اندیشه، ش ۲۹.
- جنتی، احمد، *حکومت اسلامی و قانون‌گذاری*، سازمان تبلیغات اسلامی، سومین کنفرانس اندیشه اسلامی، ۱۳۶۳.
- جوادی آملی، عبدالله، *ولایت فقیه: ولایت فقاها و عدالت*، مرکز نشر اسراء، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- حائری، کاظم، «سیاست و حکومت»، فصلنامه علوم سیاسی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۷۷.
- _____، «شرط اعلمیت در رهبری»، تنظیم از سید مفیدالدین حسینی، حکومت اسلامی، سال سوم، ش ۲.
- _____، *بنیان حکومت در اسلام* (اساس الحكومة الاسلامیه)، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۴.
- حجت کوه‌کمره‌ای، محمد، *کتاب البیع* (الملحق)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

- حسینی سیستانی، علی، *رساله توضیح المسائل*، چاپ اول ۱۳۷۳.
- حسینی شیرازی، محمد، *الفقه، القانون*، بیروت، مرکز الرسول الأعظم (ص) للتحقیق و النشر، چاپ دوم، ۱۴۱۹ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، مؤسسة دارالتفسیر، قم، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.
- خامنه‌ای، علی، *اجوبه الاستفتائات*، سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۹.
- _____، *تحریر المسائل*، کویت، دارالنبأ، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.
- خمینی، روح‌الله، *انوار الهدایة فی تعلیقات علی کفایة*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *تحریر الوسیله*، بی‌جا.
- _____، *تهذیب الأصول* (تقریرات)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۳۸۲.
- _____، *کتاب البیع*، ترجمه مبحث ولایت فقیه (شئون و اختیارات ولی فقیه)، وزارت ارشاد اسلامی، اول ۱۳۶۵.
- خوئی، ابوالقاسم، *التنقیح فی شرح العروة الوثقی*، الجزء الاول: التقليد، مؤسسه إحياء آثار الإمام خوئی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *الرأی السدید فی الاجتهاد و التقليد و الاحتیاط و القضاء*، مقرر: غلامرضا عرفانیان، نجف، اول ۱۳۸۶ ق.
- شفیعی سروستانی، ابراهیم، *فقه و قانونگذاری*، مؤسسه فرهنگی طاهرا، قم، چاپ اول ۱۳۸۱.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الأفهام الى تنقیح شرایع الاسلام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه، الاولى، ۱۴۱۸ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *ذکر الشیعة فی احکام الشریعة*، بصیرتی، قم، بی‌تا.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، چاپ هفتم، بی‌تا.
- صدر، محمد باقر، *اقتصادنا، المجمع العلمی للشیعہ الصدر*، چاپ دوم، ۱۴۰۸.
- _____، *جمهوری اسلامی*، ترجمه سید جعفر حجت، انتشارات روزبه، بی‌تا.
- صرامی، سیف‌الله، *منابع قانونگذاری در اسلام*، بوستان کتاب، قم، چاپ اول ۱۳۸۲.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول ۱۳۶۴.
- طباطبایی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، ترجمه موسوی همدانی، سید محمد باقر، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، پنجم، ۱۳۷۴.

علم‌الهدی، علی بن حسین، *الذریعة الى الأصول الشریعة*، با تصحیح و مقدمه و تعلیقات ابوالقاسم گرجی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸.

فاضل موحدی لنگرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریرالوسیله* (الاجتهاد و التقليد)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم، ۱۴۱۴ ق.

_____، *درس خارج فقه*، جلسات سی و چهارم تا سی و هفتم، ۱۳۸۹

کدیور، محسن، «*شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس*»، مجله آفتاب، شماره ۲۹.

محقق حلی، جعفر بن حسن، *معارج الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.

محقق داماد، مصطفی، *مباحثی از اصول فقه (دفتر دوم)*، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ نهم، ۱۳۷۹.

محقق کرکی، علی بن حسین، *رسائل*، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، قم، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.

مرتضوی لنگرودی، محمد حسن، *الدر النضید فی الاجتهاد و الاحتیاط و التقليد* (حاشیه‌ای بر عروة‌الوثقی سید محمد کاظم طباطبائی یزدی)، مؤسسه انصاریان، قم، چاپ اول ۱۴۱۲ ق.

مصباح یزدی، محمد تقی، *مردم‌سالاری دینی و نظریه ولایت فقیه*، به کوشش محمدجواد نوروزی، انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، چاپ پنجم، ۱۳۸۹.

_____، *نظام سیاسی اسلام* (سلسله دروس اندیشه‌های بنیادین اسلامی)، به

کوشش محمدجواد نوروزی، انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، چاپ دوم، ۱۳۸۰.

مکارم شیرازی، ناصر، *انوارالفقاهه* (جزء الاول: کتاب البیع)، مدرسه امام امیرالمومنین، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

_____، *تفسیر نمونه*، دار الکتب الإسلامية، چاپ اول ۱۳۷۴.

منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية*، المركز العالمی للدراسات الاسلامیه، الاولى، ۱۴۰۸ ق.

مهرپور، حسین، «ضرورت تحول در قانونگذاری»، *نامه مفید*، سال اول ش ۲، ۱۳۷۴.

_____، *مجموعه نظریات شورای نگهبان* (دوره اول از تیرماه ۱۳۵۹ تا تیرماه ۱۳۶۵)، دادگستر، چاپ اول ۱۳۸۷.

ورعی، جواد، *مبانی و مستندات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، دبیرخانه مجمع تشخیص مصلحت نظام، قم، چاپ اول ۱۳۸۶.

یزدی، محمد، *شرح و تفسیر قانون اساسی*، مؤسسه تحقیقاتی انتشاراتی نور، ۱۳۶۸.

_____، *مجموعه سخنرانی‌های پیرامون ولایت فقیه*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۳۶۳.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۲

پاییز ۱۳۹۴، ص ۸۹-۱۰۸

جستاری در روش‌شناسی حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه* از دیدگاه امام خمینی

مجید رضا شیخی نصرآبادی^۱

دانشجوی دکتری فقه خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: m.r.sheykhi@razavi.ac.ir

محمد مهدی یزدانی

عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

چکیده

چگونگی برخورد نهی تحریمی به پیکر معاملات، معمای دشوار مکاسب محرمه است، برخی آن را چون نسیمی پاییزی قلمداد می‌کنند؛ که رونق بازار این معاملات را خزان کند، برخی دیگر، برخورد نهی تحریمی با معامله را چون برخورد دو ماده‌ی شیمیایی دانند که با ماده دیگر آمیخته گردد و ماده سومی پدید آید و برخی نیز این برخورد را بسان بمبی دانسته که به بن بنایی برخورد و یکسره آن را در هم ریزد و اجزایش را متلاشی کند. روش‌شناسی شناسایی حرمت معاملات ناروا، گامی نخست و کلیدی در مطالعه مکاسب محرمه است و از جمله آن، شناخت موضوع حرمت معاملات ممنوعه است. از یک سو فقیهان بر این باورند که؛ اعمال حقوقی ممنوعه‌ای، بسان معامله شراب، داد و ستد ربوی، باطل است و انتقال ملکیت تحقق نیافته است؛ از سوی دیگر؛ اغلب فقها بر این باورند که حرمت تکلیفی اینگونه اعمال حقوقی، حرمتی خاص و مستقل است، گرگاه مسأله اینست که؛ مشخص نیست معامله‌ای که باطل است و در حقیقت رخ نداده، کجای آن حرام است؟ به‌ویژه با علم به اینکه به باور برخی صرف بده و بستان خالی، فاقد حرمت تکلیفی است. در این نگاشته در پی طرح دیدگاه فقیهان و نقد و تحلیل آن‌ها، در مجالی به گردآوری اعمال حقوقی منهی‌عنه پرداخته و سعی بر آنست که روش شناسی صحیح، شناسایی حرمت استقلالی و غیر استقلالی با تکیه به آیات قرآن استخراج گردد.

کلیدواژه‌ها: معاملات حرام، حکم وضعی، نهی تحریمی، فساد معامله.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۲/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۸/۰۳.

^۱. نویسنده مسئول

مقدمه

با طلوع اسلام، چهره بازار مسلمین، واژگون گشت و رنگ و بویی بدیع و نو یافت. آرمان‌ها و ارزش‌های انسانی در دامن اولین سبک فقهی، یعنی فقه روایی بالیده و مصلحت اندیشی‌های روزگار در قالب موجه و عقلانی عرضه گردید. دنبال‌روی قانون‌گذار اسلام از مصالح جامعه، ایجاب کرد که بازار مسلمین از برخی معاملات رایج در جوامع غیر اسلامی، پاک گردد و به همین جهت گونه‌هایی از معاملات همچون ربا، خرید و فروش سگ، خوک، مسکرات، قمار و حتی اموری که امنیت جانی، روانی و اقتصادی مجتمع مسلمین را به مخاطره می‌اندازد، چون تقویت و فروش تسلیحات نظامی به دشمنان دین، حرمت شرعی یابد.

تحریر نزاع را با عبارتی از لمعه آغاز می‌کنیم؛ شهید در کتاب لمعه این تجارت‌ها را حرام دانسته است؛ «فَالْمُحَرَّمُ: الْأَعْيَانُ النَّجِسَةُ، كَالْخَمْرِ وَ النَّبِذِ وَ الْفُقَاعِ وَ الْمَائِعِ النَّجِسِ... الْأَمْتَةُ وَ الدِّمُّ وَ أُرُوَاتُ وَ آبْوَالُ غَيْرِ الْمَأْكُولِ وَ الْخَنْزِيرِ وَ الْكَلْبِ... آلَاتُ اللَّهِ وَ الصَّنَمُ وَ الصَّلِيبُ وَ آلَاتُ الْقَمَارِ وَ..... بَيْعُ السِّلَاحِ لِأَعْدَاءِ الدِّينِ وَ إِجَارَةُ الْمَسَاكِينِ وَ الْحُمُولَةُ لِلْمُحَرَّمِ وَ بَيْعُ الْعَنْبِ وَ التَّمْرِ لِيَعْمَلَ مُسْكِرًا وَ الْخَشَبِ لِيَعْمَلَ صَنْمًا وَ يَكْرَهُ بَيْعُهُ لِمَنْ يَعْمَلُهُ» (اللمعة الدمشقية، ۱۰۳). عبارات کتب قدما و متاخران در مورد ردیف نمودن، مشاغل و حرفه‌های حرام، معمولاً اینگونه آغاز می‌شود (طوسی، المبسوط، ۲/ ۱۶۵-۱۶۶؛ حلبی، غنیة النزوع، ۲۲۴؛ حلبی، السرائر، ۲/ ۳۲۸-۳۲۷؛ حلبی، مختلف الشیعة، ۵/ ۶).

برخی فقیهان، حرمت تکلیفی این گونه معاملات مثل ربا را خدشه ناپذیر دانسته‌اند. (منتظری، دراسات فی مکاسب المحرمه، ۱/ ۱۶۶)، ولی اختلاف و تردید در متعلق حکم حرمت است. بحث اصلی بر سر آن است که در اعمال حقوقی ممنوعه، نوک تیز پیکان حرمت، کجاست؟ مساله از آن جهت دشوار است که بدانیم اینگونه معاملات، مطابق نظر مشهور فقیهان، از اساس باطل است و گویا معامله رخ نداده است (شهید اول، القواعد و الفوائد، ۱/ ۳۶۴؛ نراقی، مستند الشیعة، ۱۴/ ۶۲؛ مجاهد طباطبایی، کتاب المناهل، ۲۷۲؛ کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ۱/ ۱۷۰؛ خمینی، مکاسب المحرمه، ۱/ ۱۲۱). از سویی روشن است؛ که صرف داد و ستد کالا به دیگری، زمانی که هیچ رابطه حقوقی صورت نپذیرفته است، حرمت شرعی ندارد و ادله بر روی عنوان معامله رفته است. اینجاست؛ که مسأله چالش برانگیز و حالتی معما گونه می‌یابد. به این خاطر موضوع حرمت معاملات، بین فقها، چالش انگیز شده است و از مشکلات فقه می‌باشد تا جایی که فقهی چون امام خمینی، در حرمت استقلالی این

معاملات، با وجود نصوص فراوان، با تردید و تأمل نگریسته است. (خمینی، مکاسب المحرمه، ۵/ ۱، ثم إنَّ المحرَّم علی فرض ثبوتہ).

در رتبه قبل از این مبحث، مسأله دیگری مطرح می‌گردد؛ که سرنوشت آن پیوند نزدیکی با این مبحث دارد و آن نوع نگاه و زاویه دید، به این مسأله است که نحوه برخورد و رویارویی در شناسایی معاملات ممنوعه را برای فقیه شکل می‌دهد؛ به تعبیر مدرن روش شناسی یا متدلوژی مدخل مکاسب محرمه، در تشخیص حرمت استقلالی از حرمت غیری است. این مبحث، اهمیتی فوق العاده و بسزا در درک حرمت معاملات ممنوعه و استنباط در مسائل مستحدثه دارد.

در مورد پیشینه، نخستین جرقه موضوع حرمت اعمال حقوقی را شیخ انصاری زده است (انصاری، مکاسب، ۱/ ۱۳). پس از او، آتش این جرقه، دامن حاشیه پردازان مکاسب را گرفته است و در دوران معاصر نیز بیش از همه، بروجردی، امام خمینی و خویی و برخی شاگردانشان، بحث را بسط و گسترش داده‌اند. این مسأله، علارغم سهولت در وهله نخست، نیازمند تبحر و دقت کافی است. کوشش نگارنده برآنست که در خلال تبیین مبانی مسأله، زوایای بحث با زینت قرآن آراسته گشته و مواردی از این سنخ معاملات در قرآن کریم گردآوری گردد و جایگاه روشی روش شناسی این مبحث در مکاسب محرمه روشن گردد.

معنا و مفهوم حکم تکلیفی و وضعی

حکم از ماده حَکَمَ، آهنی را گویند؛ که در دهنه اسب نهند و زمامش را بدست گیرند. (خلیل بن احمد، کتاب العین، ۳/ ۶۷، احمد بن فارس، معجم مقائیس اللغة، ۲/ ۹۱؛ صاحب بن عباد، المحيط فی اللغة، ۲/ ۳۸۷؛ طریحی، مجمع البحرین، ۶/ ۴۵)، ریشه حَکَمَ به معنای منع است (همان). از آنجا که نظام حقوقی ایجاب می‌کند، ادبیات آن، صرفاً دستوری یا موعظه گرانه نباشد و اوضاع مرتبط با موضوع در ساختاری نرم‌تر، با فاصله از بایدها و نبایدها ارائه گردد، وضعیت‌هایی ترسیم گشته که خود مایه استاندارد سازی شکلی و کنترل نظام حقوقی فردی و اجتماعی است و فقیهان نام این مقررہ شارع را، حکم وضعی، می‌نهند.

حرمت استقلالی معاملات ناروا

پرسش اینکه؛ آیا با حرمت عین کالا، قهراً معامله آن نیز حرام می‌گردد؟ برخی فقها بر این

باورند؛ از آن جمله شیخ طوسی است. گویی قاعده فقهی ایشان اینست؛ که: «کلّ شیء حرمة الله تعالى و زهد فيه، فلا يجوز التکسّب به و لا التصرف فيه علی حال». (طوسی، النهایة، ۳۶۳). این فقیهان راه و روشی آسان پیش رو دارند، به محض اینکه پی برند؛ که چیزی حرام است؛ حکم معامله حرمت است. در حقیقت به ملازمه بین حرمت شرب، نجاست و ... با حرمت معامله آن شیء قائل اند. به این خاطر، بعد از این عبارت؛ شیخ طوسی، هر آنچه که از جهتی حرام است؛ با ذکر موارد، مصداق مبادله حرام دانسته است. برای مثال حکم خوردن خون، حرمت است، قهراً معامله آن نیز، حرام است. نظر علامه حلی در معامله خون چنین است. (نهایة الاحکام، ۲/ ۴۶۳). این شیوه استنباط، زاینده دلایلی چند است. اول اینکه؛ آیات و روایات، دال بر تحریم شیء، در جمیع منافع است. برای مثال محقق نراقی با استناد به آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا إنا ما الخمر و المیسر و الأنصاب و الأزلام رجسٌ من عمل الشیطان فاجتنبوه لعلکم تفلحون» (المائدة: ۹۰) تمام انحاء تصرف در کلیه مسکرات مایع اعم از نکه داری، تصرف فیزیکی و حقوقی را حرام دانسته است (نراقی، مستند الشیعة، ۱۴/ ۶۲). دوم اینکه؛ پررنگ نبودن تمایز، حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان، سوم اینکه؛ وحدت سیاق نواهی روایات در بیان حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان، چهارم اینکه؛ روایاتی چون «ان الله اذا حرم شیئا حرم ثمنه» (ابن ادریس، السرائر، ۲/ ۴۴؛ نجفی، جواهر الکلام، ۲۲/ ۱۱؛ اصفهانی، ۲/ ۴۴۲) و ادله دیگر؛ پنجم بساطت فقه و نادیده انگاری مبانی اصولی.

سبک برخی فقیهان متأخر و معاصر، با سبک قدمای فقه شیعه، اندکی متفاوت است. به باور این فقیهان حرمت معامله، نیازمند دلیلی غیر از دلیل حرمت کالا است، مشخصه‌های این سبک استنباطی این است که اولاً: موارد استعمال حلیت و حرمت در نصوص دینی، حکم وضعی را نیز پوشش می‌دهد. (کلینی، کافی، ۳/ ۳۹۹)، ثانیاً آیات و روایات به قرینه تناسب حکم و موضوع تنها از جهت خاص خود، حرام است و نه از جمیع جهات. ثالثاً روایات ملازمه بین حرمت شیء و حرمت معامله آن از جهت سند یا دلالت مخدوش است (شیرازی، حاشیه المکاسب، ۱/ ۵؛ منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمه، ۱/ ۱۴۴). مجتهد در این سبک تمام گونه‌های معامله را، جداگانه واری می‌کند تا ببیند که آیا معامله این کالا نیز در ادله دیگر حرام است یا خیر. ای بسا اصلاً عین مورد معامله، حرمتی نداشته است، اما معامله حرام است. مثل بیع ربوی و ای بسا کالای مورد معامله حرمت دارد؛ اما خرید و فروش آن اقلام، فاقد حرمت تکلیفی و حرمت وضعی است. مثل نجاسات. به نظر نگارنده سبک دوم از استحکام

بیش‌تری برخوردار است.

از منظر شریعت اسلام، برخی گونه‌های معامله، ممنوع و نارواست؛ مانند معامله ربوی، کم‌فروشی، معاملاتی که اکل مال به باطل است [بسان اجاره بر واجبات]، خرید و فروش کالاهایی که پلیدی ظاهری یا باطنی دارد. [خمر و خوک و سگ]، معاملاتی که اعانه بر اثم و عدوان است. [فروش اطلاعات، خدمات و تسلیحات نظامی به دول متخاصم]، معامله در جایی که اجتناب از آن از باب دفع منکر لازم است. [فروختن انگور به کسی که قصد شراب ساختن دارد].^۱ معامله غرری، معامله به قصد تلقی رکبان، معاملاتی که علاوه بر شرع، قانون‌گذار اسلامی نیز منع نموده است. مثل فروش مواد مخدر، مبادله کالای قاچاق، پولشویی، اختلاس، ارتشاء.

حرمت استقلالی حرمتی است؛ که پیکر و ذات عمل حقوقی، ناروا و نامشروع است؛ و دلیلی افزون بر عمومات نهی از تصرف در مال دیگری می‌طلبد. برای مثال در باب ربا، آیه شریفه می‌فرماید: «حال اگر (رها) نکردید، باید بدانید که در حقیقت اعلان جنگ با خدا و رسول کرده‌اید و اگر توبه کنید؛ اصل سرمایه‌تان حلال است، نه ظلم کرده‌اید و نه به شما ظمی شده است»، (البقرة: ۲۷۹). ابو بصیر گوید: امام صادق علیه السلام فرمود: گرفتن یک درهم ربا، در نزد خداوند عزیز، گناهش سخت‌تر است؛ از سی بار زنا که همه با محارم، مانند خاله و عمه صورت گیرد (صدوق، من لا یحضره الفقیه، ۳/ ۲۷۴).

تعبیر عتاب آلود، وعده‌های سخت، سهمگین و فزاینده عذاب و پیامدهای سنگین و شکننده‌ای؛ چون «جنگ با خدا و رسول» و «زنای با محارم در کنار خانه خدا» در باب ربا، گویای حرمتی، فراتر از تصرف در مال غیر است، نام اینگونه حرام، حرمت استقلالی است.

مثال دیگر آن حرمت خرید و فروش شراب است. از حسین بن زید، نقل شده است که امام باقر علیه السلام از رسول خدا صلی الله علیه و آله نقل فرموده‌اند: «لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرَ وَ غَارِسَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ شَارِبَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ أَكَلَ ثَمْنَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ» خداوند شراب و نشاننده [درخت] آن و سازنده و نوشنده و ساقی و فروشنده و خریدار و

۱- «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (البقرة: ۱۸۸)؛ «لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (سوره المائدة: ۲)؛ «فَاسْأَلُوا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَ ذُرُوا الْبَيْعَ» (الجمعة: ۹)؛ «وَأِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» (البقرة: ۲۷۵)؛ «وَبِئْسَ لِلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَ إِذَا كَالَهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ» (المطففين: ۱-۲)؛ «فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ وَ إِنْ تَبْتَغُوا فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ» (البقرة: ۲۷۹-۲۸۱)؛ «لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرَ وَ شَارِبَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ مُعْتَصِرَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ» و فقد جاء في الحديث: «لَعَنَ اللَّهُ الرِّبَا وَ أَكْلَهُ وَ بَائِعَهُ وَ مُشْتَرِيَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ الشَّاهِدَ عَلَيْهِ».

خورنده ثمن آن و حمل کننده و حمل شده به سویش را لعنت کند (من لا یحضره الفقیه، ۴/ ۸؛ عاملی، وسائل الشیعة، ۲۵/ ۳۷۶)؛ بنابراین تا اینجا مشخص گشت؛ که برخی معاملات حرام دارای حرمت ویژه و استقلالی است و نزاع در موضوع معاملات ممنوعه، در اینگونه حرمت‌ها است. به منظور تنقیح محل بحث، ناچاریم قدری به موضوع نهی از اعمال حقوقی و گونه‌های آن بپردازیم.

نهی از اعمال حقوقی، اقتضای فساد

نخستین پرسش اینکه، آیا نواهی مذکور بر حرمت تکلیفی دلالت دارد، یا وضعی یا هر دو؟ به عبارتی دیگر آیا نهی مولوی است و تنها بر حرمت تکلیفی دلالت دارد، یا ارشادی است و گویا معامله اصلاً شکل نگرفته است؟ و یا در فرض سوم، قائل شویم؛ که مولوی است و در عین مولوی بودن، ارشاد به فساد نیز دارد؟

شیخ طوسی آورده است؛ که معامله انگور با علم به قصد مشتری برای ساختن شراب حرام است، اما معامله، باطل نیست؛ زیرا از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده است؛ که فروشنده شراب را لعن نموده است و این حکم هر آنچه است که کسی بفروشد و می‌داند که با آن معصیت خدا می‌گردد (طوسی، المبسوط، ۲/ ۱۳۸). ابن ادریس نیز این نظر را سخنی مستحکم دانسته است؛ زیرا دلیلی وجود ندارد؛ که عقد باطل است. (السرائر، ۲/ ۳۲۸) به باور ابوحنیفه و شیبانی، نهی در معاملات، نه تنها دلالت بر فساد ندارد، بلکه دال بر صحت دارد، چراکه نهی، زمانی صحیح است؛ که مکلف قدرت ایجاد متعلق نهی را داشته باشد. (میرزای قمی، القوانين المحکمة، ۱/ ۳۷۶). صاحب جواهر از طریق اخبار به ملازمه حرمت با فساد عقد قائل است (نجفی، جواهر الکلام، ۲۲/ ۱۱). محقق خراسانی، نهی از اعمال حقوقی را سه قسم نموده است: نخست، نهی به سبب (صیغه معامله یا فعل مادی) تعلق گیرد، مانند بیع هنگام نماز جمعه. مورد دوم، اینست که نهی به سبب (نقل و انتقال) تعلق گیرد؛ مانند نهی از تملیک قرآن به کافر مورد سوم، اینست که نهی به تسبیب تعلق گیرد؛ یعنی تنها از سبب خاصی مالک شدن نهی گردیده است؛ مانند نهی تملیک از طریق بیع ربوی که تفاضل و زیادی از طریق معامله ربوی حرام است، ولی از سایر اسباب مثل هبه می‌توان این زیادی را منتقل کرد (ایروانی، باقر، کفایة الأصول فی اسلوبها الثانی، ۳/ ۱۳۵). از نظر محقق خراسانی، اگر احراز شود؛ که نهی دال بر حرمت تکلیفی است و به مورد دوم و سوم از موارد فوق بخورد، معامله

صحیح است و معامله تنها حرمت تکلیفی دارد؛ چرا که برای صحت تعلق نهی بر آن دو ایجاب می‌کند، مکلف قدرت بر ایجاد متعلق آن دو را داشته باشد و زمانی قدرت خواهد داشت که بتواند معامله‌ی صحیح را انجام دهد (همان).

اکنون به مساله اصلی تحقیق، باز می‌گردیم؛ که تحلیل حقوقی حرمت، در معاملات ممنوعه؛ چگونه است؟ ابوحنیفه و شیبانی از عامه؛ فخر المحققین و محقق خراسانی از امامیه، نهی از مسبب و تسبیب را دال بر صحت عقد دانسته‌اند، (آخوند خراسانی، کفایة الأصول (طبع آل الیبت)، ۱۸۹) اما این نظر، به هیچ وجه با مصادیق آن، در فقه انطباق نمی‌یابد. برای مثال؛ بیع ربوی که مورد نهی قرار گرفته است و نهی تحریمی بیع ربوی از مصادیق نهی از تسبیب است، پس بر طبق نظر ابوحنیفه و دیگران بایستی بیع ربوی صحیح باشد، در صورتی که هیچ فقیهی بیع ربوی را صحیح نمی‌داند و به اجماع و نص بیع ربوی باطل است.

مسئله آنگاه گل آلوده و گیج کننده‌تر می‌شود که؛ بدانیم ابوحنیفه و دیگران، دلیلی خود را عقلی و برهانی دانسته‌اند و خاصیت ادله عقلیه، تخصیص ناپذیر بودن آن‌ها است. از طرفی ارشادی دانستن حرمت، در بیع ربوی به معنای اینست؛ که معامله حرمت تکلیفی ندارد و در گذشته ذکر شد؛ که حرمت تکلیفی ربا و امثال آن، امری قطعی است. اگر فرض سوم را مطرح گردد؛ که نهی از بیع ربوی، دلالت بر حرمت تکلیفی و حرمت وضعی (فساد عقد) با هم می‌نماید، در افق این فرض، اشکال عقلی پیش می‌آید؛ که زمانی نهی مولوی صحیح است که ایجاد متعلق آن، تحت قدرت مکلف باشد و لازمه حرمت مولوی، صحت عقد است. لذا همزمان نمی‌تواند دلالت بر حرمت مولوی و ارشاد به فساد داشته باشد. روشن است که تفصیل محقق خراسانی؛ هر چند سعی مشکوری است، اما کبرای عقلی که نهی از معامله فی الجملة (منظور نهی از مسبب و تسبیب است نه سبب) دلالت بر صحت می‌کند؛ نه تنها گره از مشکل نمی‌گشاید؛ بلکه گره کور مساله را محکم‌تر کرده است؛ و مشکل را دشوارتر نموده است. تأمل در نتایج این راه، نشان می‌دهد؛ که راه خروج محقق خراسانی، بن بست است و بایست بدنبال راه جدیدی بود، آیت الله بروجردی تقسیمی مشابه آخوند خراسانی ارائه نموده است.

بیان مطلب ایشان با استمداد از تبیین دکتر جعفری لنگرودی اینست که در معامله سه موازنه موجود است: الف- موازنه در تملیک در برابر تملیک، ب- موازنه در ارزش عوضین، ج- موازنه در تسلیم عوضین. فقیه و حقوقدان که عنایت به ماهیت عقود دارند؛ به دو موازنه اول و

دوم توجه بیش‌تری می‌نماید، به‌ویژه به موازنه اول؛ اما اهل معامله و سوداء، وقتی که وارد معامله می‌شوند؛ به عکس فقیهان و حقوقدانان به موازنه سوم می‌اندیشند. آنان به طور ضمنی موازنه اول را در آینه موازنه سوم مشاهده می‌نمایند. تعریف اهل بازار از معامله اینست که جنس را به مشتری داده؛ پول آن را بگیرم! (جعفری لنگرودی، تئوری موازنه، ۵۵) بنابراین عرف معامله را برای آثار خارجی، سروسامان می‌دهد و الفاظ معامله و ملکیت حاصل از آن؛ تنها سازوکارهایی برای دستیابی به کالا و تصرف در آن است و در نتیجه در هنگام نهی از اسباب و مسببات ذهن عرف جز به سوی نهی از ترتیب آثار معامله انصراف پیدا نمی‌کند. چرا که اسباب و مسببات در نزد توده مردم فاقد ارزش مستقل است؛ تا اینکه به حسن و قبح متصف گردد. در نهی از ازدواج با مادرزن، آنچه به ذهن تبادر می‌کند؛ حرمت آثار زوجیت است. زوجیت مقصود بالذات از نکاح است، نه اینکه ایجاب و قبول و یا زوجیت با قطع نظر از آثار زوجیت حرام باشد. روشن است که بر اساس دیدگاه آیت الله بروجردی نهی موجب فساد است (منتظری، نهاية الأصول، ۲۸۸).

امام خمینی نیز همین طریق آیت الله بروجردی را پیموده‌اند، ایشان می‌فرماید: «نوع مردم، معاملات خود را به قصد ترتیب اثر، سرو سامان می‌دهند؛ اگر از ناحیه قانون‌گذار، گونه خاصی از معاملات نهی گردد، اذهان به این سمت انصراف یافته که انعقاد عمل حقوقی مزبور به این کیفیت، فاقد اثر است و نهی شارع به منظور ارشاد به فساد، چنین معامله‌ای صادر شده است» (مناهج الوصول، ۲/ ۱۵۸-۱۷۱).

توضیح اینکه؛ اگر نهی شارع به فعل مادی یا فیزیکی، مثل غصب تعلق گیرد، مراد بازداشتن از آن فعل یا حرمت تکلیفی است؛ اما اگر نهی شارع به اسباب و هیات اعتباری، مرکب از اجزاء و شرایط تعلق گیرد، ارشاد به فساد است و عقاب ندارد. نهی ارشادی یا حرمت وضعی به این معنا است که ماهیت و خاصیت آن چیزی جز اخبار، راهنمایی و توصیه نیست و به طرفین معامله هشدار می‌دهد؛ که اگر اینچنین معامله‌ای انجام گیرد؛ از نظر شرع گویا؛ عمل حقوقی صورت نگرفته است.

استدلال دوم امام خمینی در ارشاد به فساد، چنین است که در حرمت معاملات ممنوعه «نهی در حرمت سبب (الفاظ بیع) ظهور ندارد، زیرا اسباب (الفاظ بیع ربوی) تنها وسیله تحقق مسببات (نقل و انتقال) هستند و خودشان نفسیت و موضوعیت ندارند؛ تا نهی مولی به آن تعلق گیرد و به نظر نمی‌رسد که؛ نهی و حرمت به تلفظ الفاظ -مثل الفاظ بیع ربوی- تعلق گیرد.

مسبب -نقل و انتقال- هم اعتبار شرعی و عقلانی است و تعلق نهی و حرمت به آن معنا ندارد [چرا که نقل و انتقال در اختیار مکلف نیست]. همچنین تعلق نهی به آثاری که بر آن مسببات مترتب می‌شود، بعید است؛ زیرا اگر سبب تایید خود را دارد، نهی از آثار معنا ندارد و اگر سبب مورد نظر فاقد اثر است، در این صورت آثار مورد نظر مترتب نمی‌شود و لذا نهی از آن بی معناست، یعنی خود به خود تصرف در مال مورد نظر، تصرف در مال غیر می‌شود و وطی هم وطی اجنبیه می‌شود؛ بنابراین باید آن را به ارشاد به فساد و عدم وقوع معامله حمل نمود و اینکه نهی و بازداشتن از ایقاع معامله، به خاطر عدم وقوع است» (مناهج الوصول، ۲/ ۱۵۸-۱۷۱)

لذا با این پاسخ، پرسش اصلی که آیا نهی تحریمی از معامله‌ای اقتضای فساد یا صحت را دارد؟ همچنان بی جواب، باقی است. درک راز معمای این مسأله تماماً به درک موضوع حرمت معاملات ممنوعه بستگی دارد.

موضوع‌شناسی حرمت اعمال حقوقی ممنوعه

در مبحث پیش، آمد که حرمت به دو قسم تکلیفی و وضعی تقسیم می‌گردد؛ حرمت تکلیفی عقاب دارد، ولی حرمت وضعی معنای آن بطلان معامله است. آن گونه که فقها تقسیم کرده‌اند؛ گاهی اوقات معامله صرفاً حرمت تکلیفی دارد؛ مثل بیع هنگام نماز جمعه.^۲ این مثال برخی کتب است. (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۲۸)، اما با قدری تسامح همراه است، بدین خاطر که اگر فرض شود که در هنگام، حرکت به نماز جمعه، معامله نمایند، معامله هیچ حرمتی ندارد و غرض شارع که شتاب به ذکر الله محقق است. در حقیقت معامله موضوعیت ندارد و حرمت به اعتبار فعل «بازدارنده» از نماز جمعه است. (ر.ک: منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱/ ۱۵۹). حالت دیگر اینست که؛ صرفاً حرمت وضعی وجود دارد؛ مانند خرید و فروش اشیائی که انتفاع عقلانی ندارد؛ یا اعیان نجسه غیر از شراب، مثل حشرات یا ادرار و مدفوع. قسم سوم اینست که؛ حرمت وضعی و تکلیفی باهمدیگر وجود دارند، خویی به بیع غرری مثال زده (همان)، در صورتی که این مثال ایشان نیز خالی از نقاش نیست، مثال بارز این معامله بیع ربوی است، محل نزاع در این قسم سوم است.

^۲ - که قرآن می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (الجمعة: ۹ - ۱۱) هان ای کسانی که ایمان آوردید هنگامی که در روز جمعه برای نماز جمعه اذان داده می‌شود به سوی ذکر خدا بشتابید و دادوستد را رها کنید، اگر بفهمید این برای شما بهتر است.

پرسش اصلی اینست که در فرض بطلان معامله؛ متعلق حرمت استقلالی چیست؟ حرمت اکل مال به باطل حرمتی است که در کلیه معاملات باطل وجود دارد؛ چرا که مال انتقال نیافته است و تصرف فیزیکی در آن مال تصرف در مال دیگری است. ولی حرمتی که در اعمال حقوقی حرام مطرح می‌شود؛ غیر از حرمت تصرف در مال دیگری است. از نصوص برمی‌آید که معاملاتی مانند ربا علاوه بر حرمت تصرف در مال غیر، حرمت تکلیفی استقلالی دارد. معامله ربوی و خرید و فروش خمر واجد حرمت تکلیفی و وضعی است. دقیقاً محل اشکال در اینگونه معاملاتی که حرمت تکلیفی و وضعی تلاقی کرده است، می‌باشد، پرسش اینست؛ که اینگونه معاملات، طبق نصوصی که ذکر شد؛ حرمت استقلالی دارد و با تعبیری به شدت عتاب آلود، خطاب به مکلف می‌گوید، حرام است؛ از طرفی نقل و انتقالی صورت نگرفته است و صرف تصرف در مال غیر این همه گناه ندارد، در این میان مشکل یا پرسش اصلی اینکه متعلق حرام کجاست؟ به تعبیری شتر حرمت در کجا بار نهاده است؟ غرض این نگاشته اینست، مشخص گردد موضوع حرمت در اینگونه معاملات و تحلیل صحیح حرمت معاملات ممنوعه چیست؟

اشکال قابل توجه

در شکل‌گیری معامله اموری وجود دارد: نخست، امر قلبی (تراضی) است. دوم، عقد سببی، قول یا فعلی است که با قصد انشاء صادر می‌شود. سوم، مسبب (نقل و انتقال) ملکیتی است که در عالم اعتبار به قصد جد منتقل گشته است. چهارم، اعتبار عقلاء و عرف به آنچه که متعاملین اعتبار می‌کنند. پنجم: تحویل دادن عوضین و تسلیم و تسلیم ششم، قصد ترتب مسبب و قصد ترتب آثار متحقق در قلب متعاقدين. هفتم، تصرفات بعد از انعقاد معامله. (منتظری، دراسات فی مکاسب المحرمه، ۱/ ۱۶۱) به بیان دیگر موضوع حرمت تکلیفی چیست؟

شیخ انصاری در عبارتی کوتاه به موضوع حرمت معاملات ممنوعه پرداخته است. «معنی حرمة الاكتساب حرمة النقل و الانتقال بقصد ترتب الأثر و أما حرمة أكل المال في مقابلها، فهو متفرع على فساد البيع؛ لأنه مال الغير وقع في يده بلا سبب شرعي و إن قلنا بعدم التحريم؛ لأن ظاهر أدلة تحريم بيع مثل الخمر منصرف إلى ما لو أراد ترتيب الآثار المحرمة، أما لو قصد الأثر المحلل فلا دليل على تحريم المعاملة إلا من حيث التشريع» (شیخ الأنصاری، المكاسب، ۱/ ۱۳).

از دیدگاه شیخ اعظم موضوع حرمت در معاملات ممنوعه، نقل و انتقال به قصد ترتب آثار

حرام است (همان). شارحان سه احتمال بدوی در کلام شیخ ذکر نموده‌اند: نخست اینکه؛ منظور شیخ از نقل و انتقال، انشاء نقل و انتقال باشد؛ یعنی الفاظ سبب باشد اما حقیقت مسببی که از آن حاصل می‌شود حرام است. (ایروانی، حاشیه المکاسب ۳/۱) به بیان دیگر حرمت به حقیقت نقل و انتقال از باب اینکه اراده سبب اراده مسبب است، تعلق می‌گیرد. احتمال دیگر اینکه نتیجه انشاء مراد باشد؛ یعنی عقد صحیح است و انتقال واقعی حاصل شده است، متنها این انتقال حرام بوده است. به این مورد نقل و انتقال مسببی گویند؛ یعنی آن انشائی که با قصد حاصل شده است. احتمال سوم اینکه تحویل عوضین و تسلیم و تسلیم حرام است. (شیرازی، حاشیه المکاسب، ۹/۱).

از میان این سه احتمال؛ ظاهر سخن شیخ بیشتر بر احتمال دوم است؛ مراد از نقل و انتقال به قصد اثر است. همان نتیجه انشاء. لذا متعلق حرمت انشاء نقل و انتقال است؛ حتی اگر تسلیم و تسلیم نیز نباشد؛ همان کاری که در معاملات صحیحه انجام می‌شود؛ در اینجا نیز همین طور است. ظاهر عبارت شیخ این است؛ البته احتمال دیگر که انشاء باشد، نیز در عبارت شیخ دور از ذهن نیست؛ که در صورت صحت آن، دیگران هم سخن نو و تازه‌ای نگفته‌اند.

بالاخره عناصر تعریف مورد نظر شیخ انصاری عبارت‌اند از:

اول قصد ترتب آثار حرام باشد، پس خرید و فروش خمر برای استفاده در صنعت اشکال ندارد؛ چراکه دلیل حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه؛ منصرف به جایی است که به قصد ترتیب آثار حرام باشد و در صورتی که قصد حلال کند، معامله فاسد است، اما حرمت تکلیفی وجود ندارد.

عنصر دوم حرمت خود معامله است و نه حرمت تصرف در مال دیگری. چرا که حرمت تصرف در مال دیگری در تمام معاملات فاسده وجود دارد و نتیجه فساد معامله و عدم انتقال است؛ بحثی که معرکه آراء است، حرمت استقلالی نفس معامله است که این حرمت غیر از حرمت تصرف در مال دیگری است.

عنصر سوم اینکه در صورتی که قصد ترتب آثار حلال را کند، معامله حرمت تکلیفی ندارد، ولی معامله فاسد است، متنها حرمت تکلیفی دیگری از باب تشریع به آن تعلق می‌گیرد.

اشکال به عناصر تعریف شیخ انصاری

محقق ایروانی و به تبع وی؛ آقای خویی در عنصر نخست؛ یعنی «قصد» نقاش نموده‌اند.

اشکال ایشان اینست که؛ ادله اطلاق دارد و قصد ترتب آثار حرام، در ادله نیست. (ایروانی، حاشیه المکاسب، ۳/۱؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۲۹/۱)؛ مثلاً در روایت نهی از فروش خمر، امام علیه السلام می‌فرماید: «لعن الله البائع و المشتري.» حتی اگر شراب برای استفاده صنعتی نیز استفاده گردد، اطلاق دلیل همچنان محکم است. از منظر محقق ایروانی و خویی انصراف مورد ادعا، قابل تردید است و لازمه اینگونه انصراف‌ها تاسیس فقه جدید است. (همان) توضیح افزون اینکه؛ انصراف و اطلاق از مفاهمه عرف فهمیده می‌شود؛ اگر دلیل به گونه‌ای باشد؛ که قید ناگفته چون گفته است؛ به اصطلاح المقدر کالمذکور باشد، در این صورت این قید لبی حجت است؛ پس به صرف اینکه چیزی به ذهن خطور کند؛ حجت نمی‌باشد. بعد از رد انصراف خویی اشکال را تنها زمانی وارد می‌داند که حرمت معاملات مجرمه را از باب ادله اختصاصی بدانیم اما اگر حرمت از جهت اعانت بر اثم یا حرمت مقدمه حرام باشد، قید قصد امری معقول و صحیح است (همان).

منتظری اشکال دیگری می‌گیرد؛ اشکال ایشان اینست که؛ شیخ قائل به بطلان معامله است و فساد معامله از کلام شیخ که قائل به حرمت تشریعی شد، دانسته می‌شود؛ چرا که حرمت تشریعی تنها در فرض فساد معامله پیش می‌آید. با این حال سخن شیخ، مستلزم پیامدی است که؛ خود شیخ آن را گردن نمی‌نهد. چرا که با رفتن حکم تکلیفی، لازمه آن اینست که حکم وضعی فساد نیز برود؛ زیرا که اولاً بر مبنای شیخ، حکم وضعی، تنها از حکم تکلیفی انتزاع می‌شود و فرع زائد بر اصل متصور نیست و ثانیاً اگر ادله انصراف به قصد ترتب آثار حرام دارد، همین سخن در حکم وضعی فساد نیز هست (منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱/۱۶۱)؛ بنابراین از دیدگاه منتظری تفکیک شیخ، برای میخکوب شدن حکم وضعی و برداشته شدن حکم تکلیفی، صحیح نیست؛ بنابراین اگر قصد حرام را لازم می‌دانیم، بهتر است مثل برخی از فقیهان معاصر، مبنایی یکدست اتخاذ نموده و در صورتی که متعاملین قصد حرام نداشته باشند، حکم به حلیت و صحت نموده و قائل به عدم حرمت تشریعی و صحت معامله شویم.

اشکال سوم به شیخ اینست که؛ در افق فرض شیخ انصاری، اشکال عقلی ابوحنیفه و شیبانی و محقق خراسانی زنده می‌گردد؛ به این بیان که اگر آنچه متعلق حرمت است، حقیقت نقل و انتقال باشد، معلوم می‌گردد که؛ معامله در اختیار مکلف است و مکلف قدرت برنقل و انتقال در معاملات حرام را دارد. با اینکه فقها، تسالم دارند که معاملات حرام، بی تردید فاسد است؛

پس حرکت در فرض انصاری از دیدگاه روشی؛ به سیرمنطقی و منضبط فقهی آسیب می‌زند و قابل دفاع نیست، لذا بایستی موضوع معاملات حرام را آنگونه تصویر نمود؛ که سازگار با فساد معامله باشد.

اشکال چهارم اینکه؛ شیخ در جای دیگر؛ قائل به حرمت بیع صلیب، بت و آلات قمار حتی بدون قصد است و ایشان فروش سلاح به دشمنان دین را مطلقاً در زمان جنگ حرام می‌داند، هر چند بایع قصد تقویت کفار بر علیه مسلمین را نداشته باشد. (روحانی، منهاج الفقاهة، ۱/ ۲۱).

قول دوم: بیان میرزای نایینی نیز تنقیح و تنزیه کلام شیخ است. ایشان می‌نویسد آن که موضوع معاملات حرام است، تبدیل مال است و انشاء لفظی حرام نیست، قصد هم امر قلبی است و حرمت به آن تعلق نمی‌گیرد؛ (نایینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۵)

اگر گفته شود؛ حرمت برای ترتیب آثار و تصرف مالکانه، اعم از تصرفات فیزیکی و حقوقی است؛ باز هم اشکال آن اینست که؛ این حرمت تصرف مالکانه، از آثار فساد معامله است؛ معامله وقتی باطل است، عوضین به ملکیت طرفین در نمی‌آید؛ تصرف آن‌ها در عوضین، تصرف در مال دیگری است و به این جهت حرام است که تصرف در مال دیگری، بدون رضایت است و حرمت اینجا با حرمت معاملات ممنوعه‌ای که نصوص شرع دلالت بر کثرت مبالغه حرام و خلق یک عنوان تازه است، فرق دارد. حرمت معاملات حرام، غیر از حرمت تصرف در مال دیگری است چرا که حرمت تصرف در مال دیگری، پدیده مجرمانه جدیدی نیست که چنین مبالغه در حرمت و سنگین بودن عقاب داشته باشد.

قول سوم نظر مختار امام خمینی

امام خمینی در تحقق موضوع حرمت تکلیفی عناصری را لازم می‌داند. نخست اینکه؛ فعل خارجی باشد؛ و امر قلبی نباشد؛ تا اینکه مندرج در موضوع علم فقه یعنی فعل مکلف شود. دوم اینکه در تحت قدرت و اختیار مکلف باشد. لذا قادر نیست که؛ نقل و انتقال و یا تبدیل مال باشد، این امور در دست شارع است نه مکلف! (خمینی، المکاسب المحرمة، ۱/ ۵)؛ بنابراین از دیدگاه امام خمینی موضوع حرمت معاملات ممنوعه، انشاء به پشتوانه قصد است. به گونه ای که قصد در رتبه، علت انشاء باشد؛ یعنی انشائی که؛ جدی و واقعی باشد. (همان، ۵-۶؛ همچنین ر.ک: منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱/ ۱۶۸).

قول چهارم دیدگاه آیت الله خویی

به نظر مشهور فقها چپستی انشاء، همان ایجاد است، به معنای اینکه با انشاء صیغه زوجیت، علقه زوجیت در عالم اعتبار ایجاد گشته است و با تکلم لفظ «اضرب»؛ گویی طلبی در عالم اعتبار، ایجاد گردیده است؛ بنابراین به وسیله لفظ، انشاء ایجاد می شود؛ برخلاف جمله خبریه که اخبار، از ثبوت نسبتی در خارج است. دیدگاه اصولی محقق خویی در این مجال، با دیگران مخالف است، به باور وی، اخبار و انشاء، حاکی از ثبوت نسبت یا ایجاد امری در خارج نیست، متکلم زمانی که جمله خبری «ضرب زید عمرا» را تلفظ می نماید، به معنای آنست که متکلم به مخاطب بفهماند؛ که گوینده عالم به این ماجرا است. چون الفاظ وضع شده است، برای اینکه انسان باطن خودش را ابراز کند؛ قصدی در نهان متکلم پنهان است؛ می خواهد این قصد ناپیدا را به مخاطب اعلام نماید (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۰). در مطول آمده است که؛ فائده خبر و لازم فائده خبر؛ که همان ثبوت نسبت در خارج است، لازم فائده خبر اینست که؛ گوینده می خواهد، با ادای الفاظ، مخاطب بداند که گوینده علم به آن واقعه دارد. محور استدلال رئیس مدرسه نجف نیز اینست که؛ موضوع له جمله خبریه، لازم فائده خبر است. دلیل ایشان اینست که؛ الفاظ برای حکایت مافی الضمیر است.

انشاء نیز به مثابه اخبار است. معنای جمله «اکرم العلماء» اینست که مخاطب دریابد؛ در باطن گوینده قصدی است که علماء اکرام شوند و این فعل به عهده اوست. صیغه ی نکاح نیز اینچنین است، مراد ایجاد علقه زوجیت نیست، بلکه معنای انشاء زوجیت آنست که مخاطب بداند، گوینده در مافی الضمیر خود اعتبار کرده است؛ همسر مخاطب باشد. نکته شایان توجه اینکه شارع و عقلاء، اعتبار نهان را منشا اثر ندانسته است؛ سرّ درون و رضایت نهان بایسته است که آشکارا ابراز و اعلان گردد. بدین جهت، ما فی الضمیر گوینده با نشانه اش که لفظ است، به طور مرکب نکاح یا بیع نامیده می شود و طلب مجموع قصد و انشاء است؛ بنابراین انشاء قصدی است که به بیرون تراوش کند. این ابراز با قصد نهان، انشاء است.

در نتیجه موضوع حرمت معاملات ممنوعه از دیدگاه خویی، همان انشائی است که حاکی از قصد متعاملین است. استدلال ایشان اینست که؛ معامله انشاء صرف نیست، چرا که لازم می آید؛ معامله، با الفاظ فاقد قصد نیز؛ محقق گردد و همچنین معامله، مجرد اعتبار نفسانی نیست. چرا که قصد خالی معامله، نامیده نمی شود، بلکه حقیقت معامله، مجموع مرکب از اعتبار نفسانی، به همراه مبرز خارجی آن است (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۰).

مقایسه دیدگاه امام خمینی و آقای خویی

با ذکر موضوع حرمت معاملات ممنوعه؛ امکان سنجش، برای خواننده محترم فراهم است. گفتیم که در دیدگاه امام خمینی موضوع مذکور؛ همان معامله‌ی عقلائی است که فعل مکلف می‌باشد، یعنی انشائی که از قصد مکلف برخاسته است و قصد در حقیقت، علت معامله است، علت جزء اجزاء و هم رتبه انشاء نیست، بلکه پشتوانه و زمینه‌ساز انشاء است؛ اما به باور خویی، موضوع حرمت معاملات ممنوعه، مرکب از دو جزء قصد و مبرز خارجی، به صورت مرکب است. از این جهت، نظر امام خمینی به نظر دقیق‌تر است.

تا کنون فهمیدیم که؛ نهی از معامله به سه گونه ارشادی، مولوی و تشریعی ممکن است. محل نزاع در این بحث صورت دوم نهی مولوی است. صورت دوم نیز، خود به دو قسم است. گاهی نهی از آثار معامله و تصرف در ثمن و مثنی است و گاهی نهی از پیکره معامله، یا عنوانی که معامله با آن همراه می‌گردد. شکی نیست، قسم اول از نهی مولوی؛ حکایت از فساد معامله می‌کند؛ چراکه بی‌تردید تصرف در ثمن و مثنی، از آثاری است که از صحت معامله قابل انفکاک نیست؛ بنابراین نهی از تصرف در ثمن و مثنی معادل با نهی از صحت معامله است و مال بر ملکیت مالک قبلی، باقی است. (منتظری، نهاية الاصول، ۲۸۷) اما قسم دوم نهی مولوی که نهی تحریمی متعلق به پیکر معامله است، گاهی این نهی به اعتباری نفسانی است که قائم به متعاملین است و گاهی متعلق به مبرز خارجی است که از متعاملین صادر می‌گردد. توضیح آن اینست که در نهی مولوی از پیکر معامله، چهار عنصر موجود است.

عنصر اول: اعتبار ملکیتی که مستند به طرفین عقد است.

عنصر دوم: اعتبار ملکیتی که مستند به اعتبار عقلاء است.

عنصر سوم: اعتباری که مستند به شارع مقدس است.

عنصر چهارم: اظهار اعتبار نفسانی با مظهر خارجی اعم از لفظ یا فعل.

عنصر سوم، خارج از بحث است؛ از آنجا که اعتباری است که مستند به شارع است، این اعتبار قابلیت نهی ندارد؛ زیرا این امر از امور اختیاری شارع است و از قدرت مکلف خارج است؛ به علاوه اینکه؛ اگر این اعتبار مغبوض شارع بود، چرا آن را به وجود آورد (روحانی، منهاج الفقاهة، ۱/ ۲۱).

پس باید به سراغ عنصر دوم رفت؛ اعتبار مستند به عقلاء که از آن تعبیر به مسبب عرفی یا امضای عقلاء می‌کنند، این نیز قابل نهی نیست، چراکه اعتبار نهی به آن، خارج از حیطه قدرت

طرفین معامله است. نکته دیگر اینست که؛ در اینجا قدرت بر سبب، قدرت بر مسبب نیست؛ چون طرفین معامله بیع ربوی نیز نکنند، عقلاء دست از اعتبار خود بر نمی دارند. با ابطال این فرض، خطای سخن محقق نائینی اینجا روشن گشت؛ زیرا ایشان به این باور است که؛ متعلق نهی تنها مسبب خارجی است (همان).

دو عنصر باقی می ماند است؛ عنصر اول و عنصر چهارم؛ عنصر اول اینکه نهی اعتبار مستند به طرفین عقد است؛ عنصر چهارم نیز نهی از آنچه که مبرز و مظهر خارجی است و بر هر یک از این دو اعتبار، نهی دال بر فساد نیست، آنچنان که دال بر صحت نیز نمی باشد. بنابر اعتبار اینکه نهی به مبرز خارجی تعلق گرفته باشد؛ روشن است که حرمت ندارد، چراکه نهی از انشاء است و در گذشته به نقل از محقق خراسانی ذکر گردید که نهی از انشاء، به هیچ وجه دلالتی بر صحت یا فساد ندارد. (همان)

بنا بر عنصر اول؛ که تعلق نهی بر اعتبار نفسانی طرفین عقد باشد؛ دو وجه برای فساد گفته شده است؛ که هیچ کدام از آن دو؛ به نظر صحیح نمی رسد. وجه اول، مبنای محقق نائینی است و آن اینست که در صحت معامله اعتبارهای سه گانه ای لازم است؛ اول؛ اینکه متعاملین مالک عین یا در حکم مالک باشند؛ دوم اینست که؛ طرفین عقد، محجور از تصرف نباشند، از آن جهت که حق غیر به آن تعلق گرفته است، یا از این جهت که اسباب حجر عارض گشته است تا برای متعاملین سلطنت فعلیه بر مال وجود داشته باشد. سوم اینکه، معامله با سبب قولی یا فعلی وجود پیدا کند.

زمانی که نهی به مسبب تعلق گیرد، یعنی به آن اعتبار نفسانی یا به عبارت دیگر؛ به آن ملکیتی که انشاء شده است، مانند زمانی که نهی شده است؛ از اینکه قرآن را به کافر بفروشیم، نهی شارع، عاجز کننده مکلف، از انجام سلطه بر انجام آن، فعل است و سلطنت مکلف بر این فعل را بر می دارد. به اعتقاد نائینی از شرایط صحت معامله، سلطه فعلیه، بر تصرف در عین است و نهی مولی موجب از بین رفتن، سلطنت شخص، در تصرف عین می شود، پس معامله باطل است. اشکال این سخن اینست که؛ اولاً ایشان گمان کرده است که؛ سلطنت شرعیه فعلی، شرط صحت معامله است و همواره بایستی در معاملات باشد، در صورت نبودن فساد بر معامله عارض می گردد. سلطنت وضعیه متعاقدين بر نقل و انتقال؛ امری بدیهی است؛ اما اینکه این نهی موجب برای سلب این سلطه شود، این سخن تازه اول کلام است. به طور کلی حرمت تنها سلطنت وضعی را بر نمی دارد. چرا که تنافی بین حرمت و صحت معامله وجود ندارد.

وجه دوم؛ روایات نکاح عبد، بدون اذن مولا است که مفاد آن صحت عقد نکاح، بعد از اجازه مولا است و در این روایات تعلیلی ذکر گردیده است که؛ عبد مذکور، خداوند را معصیت نکرده است؛ بلکه مولای خود را عصیان نموده است. وجه استدلال اینست که؛ چهار احتمال در مراد از عصیان متصور است:

اول اینکه؛ مراد از عصیان در هر دو فقره حدیث عصیان وضعی باشد. دوم اینکه؛ مراد از عصیان در دو فقره تکلیفی است. سوم اینکه؛ مراد از عصیان در فقره اول تکلیفی باشد؛ اما مراد از عصیان در فقره دوم وضعی است.

چهارم اینکه؛ عکس صورت قبلی است. (روحانی، منهاج الفقاهة، ۱/ ۲۱).

دو احتمال اخیر به خاطر عدم تناسب با وحدت سیاق صحیح نیست. دو احتمال اول باقی می‌ماند و ظاهر اینست که مراد از عصیان همان احتمال اول؛ یعنی حرمت وضعی است؛ و این به خاطر دو وجه است. اول اینست که انشاء بیع و تزویج تصرف عرفی نیست؛ تا اینکه حرام باشد و لذا انشاء بیع عبد برای دیگران به اجازه مولای عبد بستگی ندارد. دوم اینست که؛ معصیت مولا شرعا حرام است و معصیت مولا مثل معصیت خداوند متعال است. پس چگونه متصور است که؛ فعلی معصیت مولا باشد؛ اما معصیت خداوند نباشد؛ بنابراین مراد از معصیت مولی معصیت وضعی است؛ یعنی نکاح عبد غیر نافذ می‌باشد. خلاصه اینکه نکاح باطل نیست؛ بلکه با اجازه مولا نافذ است و صحت آن در حدوث و بقاء به رضایت مولا بستگی دارد. موبد آنچه ذکر شد؛ اینست که؛ مراد از عصیان در دو فقره حدیث معصیت وضعی است؛ تمثیل امام علیه السلام است، در صحیح دوم به نکاح در زمان عده و آنچه شبه آن است. خلاصه اینکه دلیلی بر اینکه نهی تحریمی دال بر فساد است؛ وجود ندارد. (همان)

و از آنچه خاطر نشان شد؛ روشن است که نهی از مسبب؛ آنچنان که کاشف از فساد عقد نیست؛ حاکی از صحت نیز نمی‌باشد؛ چراکه به دو وجه بر صحت استدلال شده است و که هر دو وجه نیز کاملاً مخدوش است؛ اول اینکه؛ نهی از نقل و انتقال صحیح نیست؛ جز در زمانی که امکان ایجاد آن نقل و انتقال برای مکلف وجود داشته باشد، پس زمانی که که از مسبب نهی گردد، بایستی معامله به دلالت التزامی صحیح باشد. (روحانی، منهاج الفقاهة؛ ۱/ ۲۱).

محقق داماد، از فقهای مدرسه قم؛ نهی تحریمی را موجب فساد یا صحت ندانسته است و سرّ معما از نظر ایشان اینست که؛ ملازمه‌ای بین حرمت و فساد معامله نیست؛ چرا که حکم وضعی و تکلیفی دو حکم جداگانه هستند و از طرفی احکام تابع مصالح و مفاسد است و

امکان دارد، مصالح و مفاسد حکم وضعی با حکم تکلیفی هم سو نباشد؛ بنابراین ایرادی نیست که؛ غرض شارع در حکم وضعی به صحت تعلق گیرد و از جهتی حکم تکلیفی حرمت باشد. ایشان پس از این بیان «پاشنه آشیل» نظریه ابوحنیفه و شیبانی را هدف قرار داده است و استدلال آن‌ها را تنها زمانی قابل اتکا می‌داند؛ که امری از امور واقعی باشند؛ نه زمانی که نهی از نقل و انتقال از قبیل امور اعتباری نزد طرفین عقد است (رک: طاهری، المحاضرات؛ ۱/ ۳۷۴). توضیح افزون اینکه نظر ابوحنیفه و دیگران، تنها زمانی صحیح است که؛ متعلق نهی، اعتبار مستند به شارع باشد و در گذشته نامعقول بودن نهی از اعتبار مستند به شارع اثبات گردید. آنچه فرضی صحیح دانسته شد؛ اینکه متعلق نهی اعتباری است که مستند به طرفین معامله است و این اعتبار در حیطه قدرت متعاملین است، هرچند شارع معامله مذکور را ناصواب قلمداد کند. محقق خویی نیز در نظری مشابه، نهی تحریمی از معامله را باعث فساد عقد ندانسته است (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۰).

نتیجه‌گیری

نقطه ثقل دانش فقه، حکم است و هر صادره شرعی، در قالب نهی؛ واجد عقاب اخروی نیست؛ همچنین دانستید؛ که نهی سه قسم مولوی، ارشادی و تشریعی است. عقد از مقوله معناست و قول یا فعل، مبرز آن می‌باشد و حقیقت معامله، همان قصد انشای طرفین عقد است. آنچه در این نگاشته روشن گردید، اینست که آنچه موضوع حرمت در معاملات حرام است، همان تراضی بین طرفین عقد است. به شرط این که تراضی، به وسیله قول یا فعل آشکار شود؛ که دیدگاه آیات عظام، بروجردی، خمینی و خویی می‌باشد. از رویکرد روش‌شناسی نیز حرمت معامله، نیاز به دلیلی فراتر از دلیل حرمت خود شیء دارد. بر مبنای برخی فقیهان زمانی که نهی تحریمی به پیکر معامله بخورد؛ معامله از ریشه خراب است و به باور برخی دیگر؛ نهی تحریمی از معامله ملازمه با فساد بیع ندارد. به نظر می‌رسد؛ با توجه به اینکه نهی از معامله و اقتضای فساد بحثی لفظی است؛ و از سویی؛ اگر نهی تحریمی به بدنه جامعه و عرف عرضه گردد؛ اهل بازار که آنان به طور ضمنی موازنه تملیک در برابر تملیک را در آیینی، موازنه در تسلیم عوضین مشاهده می‌نمایند؛ نهی از انشاء را در حقیقت نهی، از آثار معامله می‌دانند؛ و معامله را ریشه خراب می‌شمردند؛ بنابراین نظر بروجردی و امام خمینی که با ادله معتبر خویش؛ نهی از معاملات را حاکی از فساد دانسته‌اند؛ معتبر و مورد تایید است. دیدگاه محقق داماد و

خویی نیز هرچند، نظری به جد استوار و منطقی می‌باشد، اما چون تحلیل آنها اندکی دور از مناسبات عرفی جامعه است، به نظر صحیح نمی‌رسد.

منابع

قرآن کریم

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، در یک جلد، قم - ایران، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ایران، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، *حاشیة المکاسب (للایروانی)*، تهران - ایران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- آل‌کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجلة*، نجف اشرف - عراق، المكتبة المرتضوية، چاپ اول، ۱۳۵۹ ق.
- بروجردی، حسین، *نهایة الأصول*، مقرر: شیخ حسین علی منتظری، تهران، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- حسینی روحانی، صادق، *منهاج الفقاهة (للروحانی)*، قم - ایران، انوار الهدی، چاپ پنجم، ۱۴۲۹ ق.
- خمینی، روح الله، *المکاسب المحرمة*، قم - ایران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- _____، *مناهج الوصول إلى علم الأصول*، مقرر: شیخ محمد فاضل لنکرانی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- خویی، ابو القاسم، *مصباح الفقاهة (المکاسب)*، بی‌جا، بی‌تا.
- شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، قم - ایران، کتابفروشی مفید، چاپ اول، بی‌تا.
- _____، *اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیة*، در یک جلد، بیروت - لبنان، دار التراث - الدار الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

شماره ۱۰۲	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	۱۰۸
شیرازی، محمد تقی، <i>حاشیه المکاسب</i> (للمیرزا الشیرازی)، قم - ایران، منشورات الشریف الرضی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.		
طباطبایی، محمد بن علی، <i>کتاب المناهل</i> ، در یک جلد، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، بی تا.		
طریحی، فخر الدین بن محمد، <i>مجمع البحرین</i> ، تهران - ایران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.		
طوسی، محمد بن حسن، <i>المبسوط فی فقه الإمامیة</i> ، تهران - ایران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.		
_____، <i>النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى</i> ، در یک جلد، بیروت - لبنان، دار الكتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.		
علامه حلّی، حسن بن یوسف، <i>تذکرة الفقهاء</i> (ط - الحديثة)، قم - ایران، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.		
_____، <i>مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة</i> ، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.		
_____، <i>نهاية الأحكام فی معرفة الأحكام</i> ، قم - ایران، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.		
محقق داماد، محمد، <i>المحاضرات</i> (مباحث اصول الفقه) مقرر: سيد جلال الدين طاهري اصفهاني، اصفهان، چاپ اول، ۱۳۸۲.		
منتظری، حسینعلی، <i>دراسات فی المکاسب المحرمه</i> ، انتشارات ارغوان دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۵.		
نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، <i>مستند الشيعة فی أحكام الشريعة</i> ، قم - ایران، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.		

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹۴، ص ۱۲۹-۱۰۹

ماهیت احکام امضائی*

مسعود فیاضی

عضو هیئت پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

Email: msd.fayazi@gmail.com

چکیده

احکام امضائی بخش عمده‌ای از احکام شرعی هستند که پیش از آمدن تشریع الهی در بین عرف عقلا در جریان بوده‌اند و بدون هیچ اصلاحی یا با اصلاحات اندکی مورد تأیید شارع قرار گرفته و وارد دستگاه قانونی شرع شده‌اند. برخی نواعتالیان در خصوص این احکام معتقدند؛ به دلیل اینکه این احکام مربوط به عرف زمان تشریع است، با از بین رفتن آن عرف، این احکام نیز از بین رفته‌اند. در مواردی که عرف از عناصر قوام بخش به موضوعات احکام امضائیه است، حق با ایشان است، اما در حالت عادی، عرف ظرف تحقق حکم است نه عنصر قوام بخش به آن و عنصر قوام بخش بودن نیازمند دلیل است. در مواردی نیز که عرف ظرف احکام است- که در اغلب موارد احکام امضایی این‌گونه است- تغییر حکم وقتی تابع تغییر عرف خواهد بود که در فرایند امضاء، شارع هیچ گونه اعتباری نکند و تنها از سیره عقلا اخبار نماید. در این مقاله اثبات خواهد شد که ماهیت امضاء در احکام امضایی عبارت از اعتبار شارع است. زیرا در فرایند امضاء، حکمی همانند حکم عقلا از سوی شارع اعتبار می‌شود و به همین دلیل با از بین رفتن عرف، حکم اعتبار شده از بین نمی‌رود.

کلیدواژه‌ها: حکم امضائی، سیره عقلانی، سیره عقلایی، عرف، حکم مماثل

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۷/۱۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۱۳.

مقدمه

پیش از ظهور اسلام، قوانینی در عرف جامعه رایج بودند، که به عنوان نهادهای اصلی جامعه آن روز، وظیفه تنظیم روابط و مناسبات اجتماعی، سیاسی و اقتصادی را بر عهده داشتند. این قوانین در بین عقلای جامعه از مقبولیت لازم برخوردار بوده و نادیده انگاشتن آنها مذمت ایشان را به دنبال داشت. با آمدن اسلام، شارع در مواجهه با آنها سه گونه عمل کرده است. در برخی موارد قانون موجود را به کلی ابطال نموده، که ابطال قانون جواز ربا در معاملات از آن جمله است. در برخی دیگر، قانون موجود را اصلاح کرده و سپس به کار گرفته است. که اصلاح و به کارگیری قانون قطع دست دزد یا حرام دانستن کشتار در ماههای حرام^۱ از این موارد است. برخی دیگر را نیز تأیید کرده و اصطلاحاً مورد «امضاء» قرار داده است، که امضاء قانون محرمیت مرد با مادر و خواهر رضاعی خود از جمله آنهاست (به نقل از^۲ حکمت نیا، فلسفه نظام حقوق زن، ۲۵۰). اصولیان قسم دوم و سوم را «احکام امضایی» می‌نامند. (جمعی از نویسندگان زیر نظر هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱/ ۶۶۳) البته استعمال واژه امضاء در ابوابی مانند وکالت، عقد فضولی و نکاح از قدیم در بین فقها رایج بوده ولی استعمال آن در معنایی نزدیک به معنای اصطلاحی پیش گفته - بنابر تتبع نگارنده - اول بار توسط ابوالصلاح حلبی (الکافی فی الفقه، ۲۸۸) صورت گرفته است.

در شریعت اسلام احکام دیگری هم وجود دارند که یا قبل از اسلام هیچ سابقه‌ای نداشته‌اند و یا اگر در سابق نیز نامی از آنها بوده، ماهیتشان به کلی با آنچه در اسلام تشریع شده، متفاوت بوده است. نماز، روزه و حج مواردی از این قسم هستند. فقها و اصولیان این احکام را «احکام تأسیسی» نامیده‌اند. (جمعی از نویسندگان، الموسوعه الفقهیه، ۲/ ۱۰؛ جمعی از نویسندگان، مجلة فقه أهل البيت علیهم السلام (بالعربیة)، ۲۶/ ۱۶۰) البته برخی فقها معتقدند، با اتخاذ رویکردی متفاوت، می‌توان همه احکام اسلام را تأسیسی دانست، زیرا انسان بنده خدای متعال است و در همه احکام باید به او رجوع کند، و از همین جهت است که در احکامی که به امضائی معروف‌اند مانند خرید و فروش، نیز باید از شارع اجازه بگیرد. (حائری، مجله حوزه و دانشگاه، ش ۶، ص ۹۶)^۳

^۱ - قوانین مزبور از قوانینی بودند که برای اولین بار توسط عبدالمطلب، جد پیامبر گرامی اسلام ص وضع شده و در بین اعراب اجرا می‌شد. (تاریخ پیامبر اسلام، تاریخ یعقوبی، ۳۴۳/۱)

^۲ - فقه پژوهی قرآن، ص ۱۸۸

^۳ - مصاحبه با آیت ا... محمد کاظم حائری

با توجه به آنچه بیان شد، متعلق احکام امضایی قوانینی بوده‌اند که قبل از آمدن شریعت در بین مردم وجود داشته‌اند، حال فرقی نمی‌کند که این قوانین به سیره نیز تبدیل شده باشند یا نشده باشند. البته بیشتر موارد احکام امضایی مربوط به مواردی است که به سیره عقلا تبدیل شده بودند و به همین دلیل است که فقها و اصولیان مباحث مربوط به شناخت احکام امضایی را بر پایه عرف و سیره عقلا مطرح می‌کنند. از همین جهت، نگارنده نیز پاسخ به سوال اصلی مقاله را بر پایه عرف و سیره عقلا به عنوان متعلق‌های اصلی احکام امضایی سامان داده است. البته واژه «سیره عقلا» عنوانی با سابقه طولانی نیست و در دو سده اخیر رواج یافته است (جعفری لنگرودی، ۵۷/۲)، ولی مفاد آن، پیش از این با عنوان‌های العقلاء (سید مرتضی، ۵۷/۱؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۲/۲۴۰)، «عادات العقلاء» (سید مرتضی، ۵۸/۱؛ أجوبة مسائل و رسائل فی مختلف فنون المعرفة، ۲۲۶)، «افهام العقلاء» (فاضل مقداد، کنز العرفان، ۲۲۶)، «غرض العقلاء» (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۱/۵۶)، «نظر العقلاء» (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۷/۴۲۵؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۷/۱۸۲)، «أفعال العقلاء» (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۲/۱۳۴؛ فاضل مقداد، کنز العرفان، ۲/۶۲؛ ابن فهد حلی، المذهب البارع، ۲/۵۱۶)، «أغراض العقلاء» (عمیدی، ۴۸۸/۲) و «عرف العقلاء» (فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ۲/۲۳۸) در بین فقها و اصولیان شیعی^۱ متداول بوده است. (در متن مقاله به تناسب در مورد سیره عقلا توضیح بیشتری داده خواهد شد.)

برخی از نواعترالیان جهان عرب مانند ابوزید و حسن حنفی (عرب صالحی، «ذاتی و عرضی دین»، مجله معرفت کلامی، ش ۲، ص ۲۸) و به تبعیت آن‌ها جمعی از روشنفکران دینی ایران با تفکیک دین به ذاتیات و عرضیات، بخش شریعت دین اعم از احکام تاسیسی و امضایی را در زمره عرضیات دین قرار داده و معتقدند زمانه این احکام گذشته و این بخش دین باید متناسب با شرایط روز تغییر کند. (سروش، بسط تجربه نبوی، ۸۱؛ مجتهد شبستری، ۸۸-۸۵؛ ملکیان، ۳۰۵) در نظر ایشان حقانیت این مدعا در مورد احکام امضایی بسیار واضح است زیرا به نظر آن‌ها، قوام اصلی این احکام به عرف رایج در بین عقلای زمان تشریع برمی‌گردد و به همین دلیل با از بین رفتن آن عرف طبیعی است که این احکام نیز اعتبار خود

^۱ این اصطلاح در منابع اصول فقه عامه رواج چندانی ندارد و در آن منابع استناد به عرف و عادت، استحسان، مصالح مرسله و مانند آن بسیار رایج‌تر است. با اینهمه، گاه برخی اصولیان عامه به «مدح و ذم عقلا» استدلال کرده‌اند (از جمله رجوع کنید به بصری، ۵۵/۱؛ ابن قدامه، ۱۰۱؛ آمدی، ۲/۱۶۷، ۱۸۶، ۲۱۵) که به نظر برخی بر بنای عقلا قابل انطباق است، (دانشنامه جهان اسلام، ۲۴۲/۴)

را از دست بدهند. بنابراین بیشتر همت ایشان برای اثبات این مدعا در مورد احکام تاسیسی است. البته برخی از این نیز فراتر رفته و قائل‌اند؛ همان ملاکی که موجب امضای عرف عقلای زمان تشریع توسط شارع شده است، همان نیز در مورد عرف عقلای بعد از زمان تشریع نیز جاری است و به همین دلیل؛ چنانچه عقلای عصری مانند عصر فعلی، بر سیره‌ای اتفاق یابند، آن سیره نیز مورد امضای شارع بوده و شرعاً حجت می‌باشد (سروش، اخلاق خدایان، ۱۰۴). البته، همان‌طور که خواهد آمد این مباحث، مسائل جدیدی نیستند که سابقه‌ای در قبل نداشته باشند. بلکه به دلیل اینکه بسیاری از احکام شرعی امضائی هستند، پیش از این، شئون مختلف این احکام توسط فقها و اصولیان در لابلای مباحث گوناگون فقهی و اصولی مطرح شده و مورد بررسی قرار گرفته است. در این مقاله بنا داریم اثبات مدعای ایشان را در مورد احکام امضایی بررسی کنیم، زیرا به عقیده نویسنده، تحقیق مطلب در خصوص احکام امضایی به بساطتی که توسط گروه مزبور تصور شده نمی‌باشد و در آینده خواهیم دید که ادعای آن‌ها حتی در مورد احکام امضایی نیز تماماً صحیح نمی‌باشد تا چه رسد به احکام تأسیسی که تمام ملاکات آن‌ها به دست شارع بوده و در بسیاری موارد خارج از طور عقل انسانی نیز می‌باشد. اما به دلیل اینکه بررسی صحت و سقم این ادعا در خصوص احکام امضایی نیز در گرو شناخت ماهیت امضاء در احکام امضایی است، لذا سوال اصلی مقاله را به چیستی ماهیت حکم امضایی اختصاص داده‌ایم. طبیعی است در ضمن پاسخ به سوال اصلی صحت یا سقم ادعای مزبور نیز مشخص می‌شود. ولی برای روشن شدن سوال اصلی ارائه توضیحاتی فراتر از این نیز ضروری است، که در ادامه ذکر می‌شود. پس از معین شدن ابعاد مختلف سوال اصلی به نوع مساله و روش شناسی آن نیز اشاره خواهد شد.

تنقیح محل نزاع در ماهیت احکام امضایی

همان‌طور که گفته شد شارع در رویه قانون‌گذاری خود از عرف و سیره عقلای جاری در زمان خود به گونه‌ای فعال - و نه منفعل - استفاده کرده^۱ و بسیاری از آن‌ها را عیناً یا به همراه اعمال اصلاحاتی در شریعت خود داخل نموده است. در این بخش از احکام شریعت که به احکام امضایی خوانده می‌شود، دو مبحث کلی قابل طرح است. مبحث اول مربوط به ساحت

^۱-اینکه شارع به چه دلیل در فرایند تشریع از عرف استفاده کرده، خود مبحثی قابل تأمل است که مورد رسالت این مقاله نیست. ولی اصل این مطلب که از عرف استفاده کرده است به عنوان مطلبی مسلم، از پیش فرض‌های مقاله قلمداد شده است.

حجیت است. در این مبحث در مورد چگونگی ارتباط این احکام با احکام واقعیه‌ای که نزد خدای متعال به عنوان شارع دین مشخص است، مباحثی طرح می‌شود. چراکه فقها و اصولیان شیعی معتقدند تمامی موضوعات نزد خدای تعالی دارای حکم است و آنچه مهم است، چگونگی دستیابی به آن‌هاست؛ زیرا ایشان معتقدند؛ اولاً: حق قانونگذاری تنها از آن خدای تعالی است (مفاد آیه ۵۷ سوره مبارکه انعام) و ثانیاً: او در هدایت خلق امری را فروگذار نکرده و همه احکام را بیان کرده است، ولی در بیان خود گاه صریح گویی را برگزیده و گاه عدم آن را. ولی این واگذاری هرگز به معنی اهمال در ناحیه احکام نیست (نهج البلاغه، حکمت ۱۰۲) امام باقر علیه السلام می‌فرماید: «خدای تبارک و تعالی چیزی از احتیاجات امت را وانگذاشت، جز آنکه آن را در قرآنش فروفرستاد و آن را برای پیامبرش بیان فرمود» (کلینی، ۱/ ۷۷) یا امام صادق علیه السلام فرموده است: «هیچ امری نیست که دو نفر در آن اختلاف نظر داشته باشند، جز آنکه در کتاب خدا برای آن بنیادی نهاده شده است ولی عقل‌های مردم به آن نمی‌رسد» (کلینی، ۱/ ۷۸). لذا راه‌هایی که ما را به این احکام می‌رسانند، مهم هستند و مربوط به مبحث حجیت می‌باشند. در این خصوص تفاوتی هم ندارد که حجت را واسطه در اثبات عنوان واقع بدانیم یا آن را واسطه در تنجز واقع قلمداد کنیم یا معنای لغوی آن که عبارت از: «ما یصح الاحتجاج به» است را اخذ کنیم. (اصفهانی، نهایة الدرایه، ۳/ ۱۲۳-۱۲۴) به همین دلیل فقها و اصولیان معتقدند احکام جاری در بین سیره عقلاً وقتی حجت است که مورد تأیید و امضاء شارع قرار گیرند والا به خودی خود اعتباری ندارند. (نائینی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۳) و از همین رو به این احکام، احکام امضایی گفته‌اند، زیرا در این صورت است که برای ما کشف می‌شود که این احکام، مطابق همان احکام واقعی بوده و مورد رضایت شارع اصیل می‌باشند (خمینی، الرسائل، ۲/ ۱۵۹).

البته علما در اینکه امضاء چگونه احراز می‌شود بحث‌های زیادی کرده‌اند؛ مثلاً برخی تنها «عدم ردع» سیره از سوی شارع را مثبت امضاء می‌دانند؛ و آن هم وقتی است که اولاً: سیره در مرآی و منظر شارع باشد و ثانیاً: او نیز قادر بر ردع آن باشد، مثلاً در شرایط تقیه‌ای نباشد- ولی با این حال، نه با لفظ خود و نه با فعل خود آن را ردع نکند. گروه مهمی از این دسته معتقدند عدم ردع حتی نیاز به احراز هم ندارد و همین که ردع ثابت نشده باشد، خود دلیل بر امضا است (خراسانی، کفایة الاصول، ۳۰۳؛ اصفهانی، نهایة الدرایه، ۲/ ۲۳۳) زیرا شارع همان کسی است که واهب عقل به انسان است، لذا به یک معنا رئیس همه عقلاً خود اوست. به همین

دلیل اگر عقل عقلا به امری حکم کند، قطعاً او هم به همان حکم، حکم می‌کند (اصفهانی، نهاية الدرايه، ۲/ ۳۲۰ و ۴۲۰؛ خویی، دراسات فی علم الاصول، ۳/ ۱۸۸). البته در مقابل این گروه برخی از فقها هستند که گفته‌اند امضا لا اقل در برخی از انواع سیره مانند معاملات، نیاز به احراز دارد و صرف عدم ردع کافی نیست (نائینی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۳). به همین دلیل می‌گویند طریق دیگری مانند دلیل لفظی برای اثبات امضاء لازم است؛ مثلاً شارع در خصوص بیعی که در بین مردم رایج بوده است باید بفرماید: «احل الله البيع» تا امضاء او احراز شود. به هر حال در این ساحت مباحث زیادی قابل طرح است که این مقاله متولی طرح آن‌ها نیست و به جایگاه خود واگذار می‌شود.

مبحث دومی که در خصوص احکام امضایی مطرح بوده و دغدغه این مقاله است و سوال اصلی آن را به خود اختصاص داده است، عبارت از چیستی ماهیت احکام امضایی است؛ زیرا صرف نظر از مقام حجیت و چگونگی ارتباط احکام امضایی با احکام واقعی، این سوال مطرح است که: اگر شارع در فرایند قانون گذاری و تشریع، از عرف استفاده کرده و با امضاء خود برخی احکام جاری در بین سیره عقلا را به دستگاه تشریعی خود داخل نموده، عملاً چه عملی انجام داده است؟ آیا همان‌طور که بر این موارد اطلاق حکم^۱ شده، در فرایند امضاء، حکمی مانند و مماثل حکم عقلا در دستگاه تشریع جعل شده است؟ (اصفهانی، نهاية الدرايه، ۲/ ۱۲۶) یا خیر، هیچ نوع اعتبار جدیدی در بین نیست و امضاء تنها تصدیق حکم عقلا بوده و فقط اخبار از آن است؟ (خمینی، کتاب البیع، ۴/ ۲۷۳)

البته برای دقیق‌تر شدن محل بحث، باید به این نکته اشاره کنیم؛ که محل بحث ما در مورد جایی است که متعلق سیره عقلا از قبیل احکام می‌باشد نه از قبیل طرق و امارات. چراکه سیره عقلا یا متعلق به طرق و راههای رسیدن به واقع است و یا مربوط به احکام موضوعات مختلف می‌باشد. مثال اولی خبر ثقه یا به طور کلی تمام امارات ظنیه ای که در بین عقلا در جریان هستند، می‌باشد که در بخش‌های مختلف اصول فقه مورد بحث قرار گرفته‌اند و مثال دومی مانند احکام بیع و شرایط آن است که مبنای داد و ستد عقلا می‌باشند. هر چند مباحث مطرح

^۱ در اینکه ماهیت حکم شرعی چیست، اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. برخی آن را از جنس خطاب خدای متعال می‌دانند (ابن حجر به نقل از القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ۹۶) برخی آن را ثمره خطاب الهی برشمرده‌اند (ابن عابدین به نقل از همان)، برخی آن را تشریع الهی دانسته‌اند (دروس فی علم الاصول، ۵۲/۱)، برخی حقیقت آن را از جنس اعتبار می‌دانند (فوائد الاصول، ۳۸۱/۴؛ دروس فی علم الاصول، ۱۳/۲؛ الاصول العامه، ۵۱/۱) و حتی برخی آن را از جنس امور و اوصاف قائم به نفس خدای متعال گفته‌اند (رسالة فی تحقیق معنی البیع، شیخ الشریعه، ۲۱۸)، ولی در هر صورت، حکم همان فعل شارع در عمل تشریع و قانون گذاری است و احکام، تشکیل دهنده دستگاه قانون گذاری شارع هستند.

در مورد گونه اول ارتباط زیادی با مباحث مربوط به گونه دوم دارد ولی محل بحث مقاله در مورد ماهیت امضای احکامی است که در بین عقلا جریان دارند نه طرق مورد استفاده آنها. نگارنده در این مقاله بیان خواهد کرد که در خصوص ماهیت امضاء حق با کسانی است که معتقدند؛ امضاء حکمی از احکام عقلا توسط شارع، به معنی اعتبار حکمی مماثل حکم آنان در آن مورد است. در مقاله حاضر اثبات خواهیم شد که این اعتبار به معنی به مرحله فعلیت رسیدن همان حکمی است که در مرحله انشاء مانده بود و سیره عقلا تنها بهانه‌ای برای به مرحله فعلیت رسیدن آن حکم شأنی است.

باید توجه داشت که این مسئله از مسائل فلسفه فقه است و اگر اصول فقه را نیز بخشی از فقه و روشی در آن بدانیم - همان‌طور که منش فقهای سابق این گونه بوده است - این مسأله از مسائل فلسفه اصول نیز خواهد بود.

برای تبیین جمله کلیدی مقاله ابتدا ثمره دوطرف بحث را ذکر می‌کنیم سپس به بررسی نظریه‌های هر یک از دو دسته می‌پردازیم و نهایتاً دلایل خود را - دو دلیل - بر اثبات نظریه مختار که همان نظریه حکم مماثل است بیان می‌نماییم. لذا روشی که در مقاله بر می‌گزینیم ابتدا توصیفی و سپس تجویزی است.

ثمره‌های متفرع بر دو طرف محل نزاع

برای این بحث ثمره‌های مهمی قابل طرح است. به عنوان مثال یکی از ثمرات مهم بحث در جایی است که عرف جاری در بین عقلا تنها ظرف حکم باشد؛ زیرا دخالت عرف در احکام جاری در بین عقلا به دو گونه قابل تصور است. گاه، عرف از عناصر قوام بخش به موضوع است و گاه تنها ظرف تحقق آن می‌باشد. طبیعی است که در مورد اول اگر عرف تغییر یابد، به دلیل اینکه موضوع حکم که علت آن نیز می‌باشد تغییر کرده، حکم نیز از فعلیت می‌افتد، نه اینکه ابطال می‌شود و به کلی نسخ می‌گردد؛ زیرا در هر زمان یا مکان دیگری که همان موضوع سابق محقق شود، حکم اولیه مجدداً جریان می‌یابد. (حکمت نیا، فلسفه حقوق خانواده، ۱/ ۲۵۴)؛ اما در مورد دوم که عرف از عناصر قوام بخش موضوع نیست، بلکه تنها ظرف تحقق حکم است، با تغییر عرف حکم از فعلیت نمی‌افتد و در عرفهای دیگر نیز جریان دارد. به عنوان مثال؛ از زمان شارع تا کنون، پرداخت دیه قتل خطایی بر عاقله واجب است. ممکن است این نکته به ذهن خطور کند که عاقله به دلیل شرایط موجود در عرف قبیله‌ای عرب آن زمان،

موضوع چنین حکمی قرار گرفته است، لذا با تغییر عرف حکم عاقله نباید جریان یابد. ولی وقتی به تاریخ دویست و پنجاه ساله اهل بیت علیهم السلام نگاه می‌کنیم، موردی را نمی‌یابیم که حضرات معصومین (ع) با استناد به اینکه شرایط قبیله‌ای عرب حجاز در این حکم مداخلت داشته است، پس تنها در آن دیار فعلیت دارد و در مناطق دیگری که قبیله‌ای نیستند این حکم جاری نیست. خصوصاً اینکه بعد از وفات پیامبر اکرم (ص) فتوحات زیادی اتفاق افتاد و این مسأله از موارد مبتلی به بود. ثمره اختلاف در ماهیت حکم امضایی در این موارد که عرف تنها ظرف حکم است، به این صورت خود را نمایان می‌کند که اگر بگوییم در فرایند امضاء حکمی مماثل حکم عقلاً جعل می‌شود، با تغییر عرف حکم برجای خود استوار است و فعلیت خود را از دست نمی‌دهد. ولی اگر ماهیت امضاء را عبارت از اخبار و تصدیق صرف بدون هیچ گونه اعتباری در عالم تشریع بدانیم، با رفتن ظرف حکم چون دیگر سیره بر اساس حکم قبلی عمل نمی‌کند و شرع هم تنها آن را تصدیق کرده بود دیگر این احکام سالبه به انتفاء موضوع می‌شوند؛ و این دقیقاً همان ادعای روشنفکران و نوازتالیان است که پیش از این گذشت. البته باید توجه داشت که در فرایند تقنین، عرف در حالت عادی به منزله ظرف حکم است و از عناصر قوام بخش موضوع بودن آن نیازمند ارائه دلیل است.^۲

ثمره مهم دیگر بحث در ساحت تفسیر احکام امضایی است؛ زیرا احکام امضایی نیز مانند سایر احکام شرعی دارای مسائلی مانند شرایط تحقق موضوع، قیود موضوع، سعه و ضیق حکم و مواردی از این قبیل هستند که با مراجعه به دلیل و تفسیر آن قابل دستیابی هستند. براین اساس، اگر در فرایند امضاء، معتقد باشیم امضاء عبارت از اخبار و رضایت صرف است، حتی اگر امضاء با بیان لفظی نیز رخ داده باشد، نمی‌توانیم از لفظ صادره از سوی شارع اطلاق‌گیری نماییم و با تفسیر آن شرایط مختلف حکم و موضوع را معین کنیم. (خمینی، تهذیب‌الأصول، ۳/۱۹۹) اما اگر قائل به اعتبار حکم مماثل در فرایند امضاء باشیم، اگر امضاء با لفظ رخ داده باشد، تفسیر آن دلیل لفظی به منظور استخراج شرایط حکم و موضوع، همچون سایر ادله لفظی ممکن است. به عنوان مثال؛ از آن دلیل لفظی می‌توان اطلاق‌گیری کرد و حتی آن را استصحاب نیز نمود. در جایی هم که امضاء تنها با سکوت و عدم ردع صورت گرفته است، هرچند قدر متیقن را باید اخذ نمود و دلیل لفظی‌ای در بین نیست که بتوان به اطلاق آن اخذ کرد، ولی قدر

^۲-توجه به این نکته ضروری است که قواعدی وجود دارد که به ما کمک می‌کند تا بتوانیم تشخیص دهیم که آیا عرف از عوامل قوام بخش به موضوع است یا خیر؟ انشالله... در مجالی دیگر به این موضوع باید پرداخت.

متیقنی را باید مبنا قرار داد که حدود و ثغورش توسط عرف معین شده است. لذا با مراجعه به عرف می‌توان حدود و ثغور موضوع و حکم را معین نمود. البته این مهم به نوعی دیگر در جایی که امضاء با دلیل لفظی نیز رخ داده است، در جریان است؛ زیرا ظهور الفاظی که برای امضاء به کار رفته‌اند، تابع همان عرفی است که با این الفاظ قرار است امضاء شود؛ زیرا این عرف بوده که به آن الفاظ ظهور بخشیده است (صدر، مباحث الاصول، ۱/ ۱۰۱). به همین دلیل اطلاق دلیل لفظی نیز تابع همان چارچوبی است که در عرف مطرح بوده است و نه بیشتر.

تبیین نظریات مطرح در ماهیت حکم امضایی

۱- نظریه اعتبار حکم مماثل

از افراد شاخص این نظریه می‌توان به نائینی (نائینی، فوائد الاصول، ۴/ ۳۸۱)، اصفهانی (اصفهانی، نه‌ایة الدرایه، ۳/ ۱۲۶)، خوئی (خوئی، محاضرات فی الاصول، ۵/ ۱۲) و روحانی در منتقى الاصول (روحانی، ۷/ ۲۶) اشاره کرد. این گروه از فقها و اصولیان هرچند در خصوص چگونگی امضاء در خصوص طرق عقلایی اختلاف نظرهایی دارند ولی در خصوص چگونگی امضاء در خصوص احکام عقلایی تقریباً هم‌نظر هستند. ایشان بین امور عینی، اعتباری و انتزاعی تفکیک کرده‌اند و معتقدند؛ احکام امضایی از قبیل اعتباریات هستند که باید توسط معتبر اعتبار شوند. در دیدگاه ایشان امور عینی اموری هستند که ظرف تحققشان عالم خارج است و مخلوق اراده تکوینی الهی هستند. امور اعتباری نیز اموری هستند که برخلاف امور عینی ظرف تحققشان عالم اعتبار است ولی از این جهت شبیه آن‌ها هستند که مستقلاً می‌توانند متعلق اراده تشریعی قرار گیرند و در عالم اعتبار دارای اصالت باشند. در مقابل این دو دسته امور انتزاعی قرار دارند که هیچ تاصلی نه در عالم خارج و نه در عالم اعتبار ندارند و مستقلاً نمی‌توانند مورد اراده تکوینی یا تشریعی قرار گیرند، بلکه این امور انتزاع شده از امور تکوینی یا اعتباری می‌باشند. علیت در نظام تکوین و سببیت عقد برای تملیک از جمله این امور هستند. (نائینی، فوائد الاصول، ۴/ ۳۸۱؛ اصفهانی، نه‌ایة الدرایه، ۳/ ۴۶ و ۵۱) این گروه، احکام امضایی مانند ملکیت، زوجیت و شبیه این موارد را از قبیل وجودات اعتباری می‌دانند (نائینی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۳؛ اصفهانی، نه‌ایة الدرایه، ۳/ ۵۶) و معتقدند چون دارای وجودات اعتباری هستند حتماً باید به ید معتبر در عالم تشریع اعتبار شوند. (نائینی، همان) ایشان در خصوص ماهیت امضا می‌گویند؛ هیچ معنایی بر امضاء اعتبارات عقلاً نمی‌توان

برشمرد جزاینکه مانند آن اعتبار، اعتباری نیز توسط شارع صورت گیرد تا اثری مانند اثری که در اعتبار عقلا بود، بر آن مترتب شود، والا ترتیب آثار عقلایی بر اعتبارشان فقط در نزد خودشان است و نزد شارع اعتباری ندارد^۳ (اصفهانی، نه‌ایة الدرایه، ۳/ ۱۲۶). اصفهانی اصفهانی در حاشیه‌ای که بر کتاب مکاسب شیخ انصاری نوشته، در خصوص مسئله تملیک به عوض که یک عرف شایع است، می‌گوید حقیقت امضاء در این مورد همان اعتبار ملکیتی است که شارع در این مورد مانند آنچه در عرف بوده انجام می‌دهد. (اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ۹۱/ ۱) مرحوم نائینی نیز تصریح می‌کند؛ که در فرایند امضاء، حکمی مماثل سیره و بنای عقلا در عالم تشریع جعل می‌شود و در واقع می‌توان گفت در عالم تشریع معادل طریقه عقلایی، فردی از علم تشریع می‌شود و کاشفیت ناقص سیره با امضاء تتمیم می‌گردد^۴ (نائینی، فوائد الاصول ۳/ ۱۰۸) مقرر ایشان نیز می‌فرماید؛ إطلاق لفظ امضاء بر ادلة شرعی به اعتبار آن است که حکم نشأت گرفته از آن، مانند و مماثل همان حکمی است که عقلاء داشته‌اند. به همین دلیل احکام امضائی نیز در واقع احکام تاسیسی هستند هرچند به عنوان امضائی معروف می‌باشند (نائینی، فوائد الاصول ۳/ ۱۰۶، حاشیه مقرر) شبیه این نظرات نیز در آثار شهید صدر دیده می‌شود (صدر، مباحث الاصول ۲/ ۱۲۳؛ صدر، المعالم الجدیدة، ۱۶۹ خط آخر). باید توجه داشت که این گروه از اصولیان اساسا اعتبارات شرعی را سه گونه می‌دانند که دو قسماً را مخصوص احکام امضایی می‌دانند؛ قسم اول عبارت از اعتبارات بعثی و زجری است که با هدف ایجاد داعی در مکلف توسط شارع اعتبار می‌شود. قسم دوم عبارت از اعتباراتی است که وجودشان بسته به همین اعتبار شارع است و در عالم تشریع دارای اثر هستند. مواردی از قبیل ملکیت و زوجیت از این قبیل هستند. قسم سوم نیز اعتبار مودای امارات به منزله واقع یا اعتبار خود اماره ظنی به منزله علم است (اصفهانی، نه‌ایة الدرایه، ۴/ ۵۷) که برخی از این گروه در خصوص ماهیت امضای طرق عقلایی مانند خبر ثقه و امثال آن قائل به این نوع اعتبار هستند. (نائینی، اجود التقریرات، ۲/ ۹).

۲- نظریه اخبار

امام خمینی شاخص‌ترین فقیهی است که قائل به این نظریه است. ایشان در خصوص

۳- «ولا معنى لإمضاء الاعتبارات إلا باعتبار يماثل ذلك الاعتبار، و ترتب أثر يوافق ذلك الأثر، و إلا فترتب الأثر العقلاني لا يتوقف إلا على بناءهم و اعتبارهم لا على اعتبار الشارع فتدبره جيدا.»

۴- «فللشارع تتميم كشفها و لو إمضاء بإلقاء احتمال الخلاف في عالم التشريع، كما ألقى احتمال الخلاف في العلم في عالم التكوين، فكان الشارع أوجد في عالم التشريع فردا من العلم، و جعل الطريق محرزا للواقع كالعلم بتتميم نقص كشفه و إحصاءه»

امضاء طرق عقلایی رسیدن به واقع و امضاء احکام عقلایی موضوعات مختلف دارای نظریه واحدی هستند. امام خمینی - برخلاف قائلان به نظریه حکم مماثل - اعتقاد به اعتبار شرعی در فرایند امضاء طرق عقلایی را که یا به حجیت تعلق می‌گرفت یا به واسطه در اثبات بودن و یا به حکم تکلیفی تعبدی، صحیح نمی‌دانند؛ زیرا ایشان معتقدند امضاء اساساً به معنای انشاء حکم نیست و شارع در فرایند امضاء هیچ تصرفی در سیره عقلا نمی‌کند (خمینی، انوار الهدایه، ۲۰۴/۱) بلکه با امضاء تنها رضایت خود را نسبت به سیره ابراز می‌دارد (خمینی، تهذیب‌الأصول، ۱۹۹/۳)؛ زیرا ایشان معتقدند اگر در تمام دلایل شرعی جستجو شود، هیچ اثری از جعل حجیت یا وسطیت در اثبات یا تتمیم در کشف مشاهده نمی‌شود (خمینی، انوار الهدایه، ۲۰۴/۱) و هیچ دلیل شرعی‌ای یافت نمی‌شود که بیانگر این امر باشد که امارات عقلایی به منزله علم هستند و طریقت‌شان تام است. بلکه آنچه در همه موارد مهم است، خود واقع و حکم مذکور در لوح محفوظ است که طرق عقلایی تنها وسیله‌ای برای رسیدن به آن است. والا خود این طرق به خودی خود موضوعیتی ندارند تا به نحوی از انحاء مورد جعل قرار گیرند (خمینی، الرسائل، ۱۵۹/۲). دلیل این امر نیز این است که روشی که شارع در بیان و ابراز احکام واقعی دارد همان روش عقلا است و تفاوتی بین آن‌ها نیست. روش مزبور نیز به خودی خود فاقد اهمیت است و اهمیت آن تنها به خاطر مبرز واقع بودن است. این امر نیز که روش شارع همان روش عقلاست به این دلیل است که؛ اولاً: شارع خود یکی از عقلاست (خمینی، انوار الهدایه، ۱۶۰/۱) و ثانیاً: روش‌های عقلایی مزبور دارای صلاحیت کافی برای نشان دادن احکام واقعی هستند و می‌توانند آن‌ها را برای مکلفان کشف کنند. چراکه احتمال عدم اصابت این طرق به واقع به قدری ناچیز و نادر است که هرگز قابل توجه نیست و در کارها به کلی مورد غفلت قرار می‌گیرد (خمینی، الرسائل، ۱۳۰/۲). به همین دلیل اساساً جعل حجیت برای طرق عقلایی‌ای که در واقع همان طرق شارع در بیان احکام است نه لازم است و نه معقول (خمینی، انوار الهدایه، ۱۰۵-۱۰۶) تنها چیزی که مهم است این است که به طریقی باید تطابق روش عقلا با روش شارع فهمیده شود که امضاء شارع همین نیاز را مرتفع می‌کند. چراکه همان گونه که بعد از این می‌آید، عقلا سیره‌های مختلفی با مناشی متعددی دارند که همگی از ملاک عقلانیه بودن برخوردار نیستند؛ بنابراین می‌توان گفت امضاء طرق ماهیتی جز رضایت شارع ندارد. (خمینی، تهذیب‌الأصول، ۱۹۹/۳) به همین دلیل است که اگر این روش‌ها مورد امضاء قرار نگیرند، تطابق مزبور فهمیده نمی‌شود و طبیعتاً حجت نمی‌باشند.

البته با توجه به نکاتی که بیان شد، معلوم است که در فهم امضاء نیازی به احراز آن نیست و صرف عدم وصول ردع در تحقق آن کفایت می‌کند. (خمینی، الرسائل، ۲/ ۱۲۳؛ خمینی، انوار الهدایه، ۱/ ۳۱۵). به همین دلیل حضرت امام معتقدند طرق عقلایی‌ای که متصل به زمان ائمه معصومین علیهم السلام نیستند، نمی‌توانند حجت باشند (خمینی، الرسائل، ۲/ ۱۲۳) هرچند که شاید در عالم واقع مطابق با همان طرق شارع باشند.

امام هرچند در مواردی که سیره عقلا به احکام موضوعات تعلق می‌گیرد، به گستردگی مواردی که متعلق سیره عبارت از طرق است، سخن نگفته‌اند ولی در کلام ایشان تصریحاتی وجود دارد که همان مبنا را نیز در اینجا می‌توان مشاهده کرد. ایشان در خصوص امضاء احکام عقلایی تصریح می‌کنند که؛ حقیقت امضاء در این موارد، چیزی جز تصدیق معانی مرتکز در اذهان عرف نیست، (خمینی، تهذیب‌الأصول، ۱/ ۶۶) و امضائی که شارع در خصوص معاملات جاری در بین عقلا انجام می‌دهد عبارت از انشاء حکم نیست، بلکه تنها عمل بر اساس رویه آن‌ها است. (خمینی، انوار الهدایه، ۱/ ۲۰۴) ایشان در این موارد نیز بر محوریت حکم واقعی اصرار کرده و می‌گویند سیره عقلا تنها از باب ایصال به واقع مهم است. (خمینی، انوار الهدایه، ۱/ ۱۰۴) به همین دلیل، ایشان تمام ادله لفظی‌های که در این موارد از سوی شارع وارد شده است را ارشادی دانسته (خمینی، انوار الهدایه، ۱/ ۲۰۴-۱۰۴) و آن‌ها را فاقد امتیازات ادله لفظی همچون قابلیت استصحاب و امثال آن می‌دانند (خمینی، تهذیب‌الأصول، ۳/ ۱۹۹).

بر این اساس می‌توان گفت همان‌گونه که ایشان در خصوص امضاء طرق عقلایی معتقد به اعتبار جدید نبوده و ماهیت آن را چیزی جز رضایت شارع نمی‌دانستند، در احکام عقلایی نیز اعتقادی به اعتبار حکم جدید از سوی ندارند و ماهیت امضاء در این موارد را نیز تنها رضایت می‌دانند. ایشان در تهذیب‌الأصول صریحاً گفته‌اند که امضاء حکم شرعی نیست و همان رضایت است؛ و در آنجا حتی به این نکته نیز اشاره کرده‌اند که؛ درست است که عقل مکلفین از رضایت شارع حکم جواز عمل را می‌فهمد، اما این فهم هرچند شبیه حکم شرعی است ولی همان نمی‌باشد (خمینی، تهذیب‌الأصول، ۳/ ۱۹۹) بر این اساس در این نظریه احکام امضایی هرگز به معنی اعتبار حکم مماثل نیستند و تنها اخبار از واقع می‌باشند.

دلایل اثبات نظریه مختار (نظریه حکم مماثل)

همان‌گونه که در مقدمه ذکر شد، نگارنده معتقد است؛ در فرایند امضاء احکام عقلایی،

حکمی شرعی مماثل حکم عقلا توسط شارع اعتبار می‌شود و با این‌کار عملاً حکم عقلا وارد مجموعه قوانین شارع می‌شود. برای اثبات این مدعا دو دلیل ذکر می‌کنیم:

دلیل اول: اثبات مدعا از طریق تحلیل سیره عقلا

چیستی سیره عقلا

سیره عقلا همان عرف عقلا است (لنگرودی، ۲/ ۸۸۳). عرف نیز در عام‌ترین معنای خود عبارتست از: «آنچه از قول فعل و ترک که برای مردم شناخته شده است و براساس آن عمل می‌کنند» (به نقل از حکیم، ۴۰۵) و البته برخی نیز در معنای آن گفته‌اند: «عرف عادت است که زمانی طولانی در میان مردم مرسوم باشد و به الزامی بودن آن معتقد شده باشند» (به نقل از دانشنامه جهان اسلام، ۴/ ۲۴۱؛ لنگرودی، ۲/ ۵۹). عرف هرگاه به نژاد، مذهب، زمان، گروه و محدوده‌ای خاص وابسته نباشد، «عرف عام» نام دارد و در غیر این صورت «عرف خاص» نامیده می‌شود. (دانشنامه جهان اسلام، ۴/ ۲۴۱) البته عرف و «عادت» در تلقی بسیاری از متفکران همسان هستند، ولی در معنای دقیق اگر عادت تنها به معنای تکرار یا سرشت یا معنایی شبیه به آن باشد به معنای عرف نخواهد بود. ولی اگر عنصر بنا یا داوری مستمر و ارادی مردم در معنای آن نهفته باشد به همان معنای عرف خواهد بود (علیدوست، ۹۹) با این بیان، سیره عقلا یا همان عرف عقلا، شاخه‌ای از عرف است که مورد پسند عقل است و به همین دلیل شامل عرفهای ناپسند نمی‌شود (لنگرودی، ۲/ ۸۸۳). از همین روست که پیش از رواج عبارت سیره عقلا در دو سده اخیر این حقیقت با عناوین «عادات العقلاء»، «افهام العقلاء»، «غرض العقلاء»، «نظر العقلاء»، «أفعال العقلاء»، «أغراض العقلاء» و نهایتاً «عرف العقلاء» بیان می‌شده است که ناظر به همان معنایی است که از عرف عقلا گفته شد. البته به دلیل اینکه آنچه در فضای عمومی جامعه به عنوان قوانین اصلی و قوانین غیرقابل نقض - که حفظ نظام جامعه مبتنی بر آنهاست - رواج می‌یابد، در اغلب موارد ناشی از مشی عقلانی عرف آن جامعه است، به همین دلیل برخی متفکران عرف عام را همان سیره عقلا دانسته‌اند (نائینی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۲). به عنوان مثال جرجانی در تعریف خود از عرف می‌گوید: «عرف آن چیزی است که انسان‌ها بر اساس جهت‌دهی عقولشان به آن‌ها بر اساس آن مشی کرده و آن را تلقی به قبول می‌کنند.» (به نقل از حکیم، ۴۰۵) در صورتی که به نظر می‌رسد عرف عام با سیره عقلانی متفاوت است، زیرا همانگونه که بعداً خواهد آمد، ملاک‌هایی برای سیره عقلا به عنوان عناصر رکنی سیره شمرده می‌شود که لزوماً قوام بخش به عرف در تلقی

عام آن نیستند.^۵ (عاملی، ۱۱۲)

مناشی و ریشه‌های سیره عقلا

در خصوص ریشه‌ها و دلایل ایجاد سیره‌ای در بین عقلا بین فقها و اصولیان اختلاف نظر وجود دارد که در زیر به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.

اول: برخی معتقدند منشاء سیره عقلاء، منحصر در عقل عملی آن‌ها است و سیره عقلانی همان سیره ذوی العقول بما هم ذوی العقول است؛ زیرا عقلاء به لحاظ احکامی که عقل عملیشان صادر می‌کند عمل می‌کنند و ملاک رفتاری آن‌ها همان عقل عملی آن‌هاست. (خراسانی، کفایة الاصول، ۳۰۳-۳۰۴؛ اصفهانی، نهایة الدرایه ۱۰۲/۲ و ۱۸۶؛ مظفر، ۱۲۸/۲) شهید صدر این تلقی را صحیح نمی‌داند و معتقد است این تلقی همان دلیل عقل است که به عنوان دلیل مستقلى در شرع مطرح است و در جای خود باید از آن بحث کرد. حال آنکه، سیره عقلا در لسان فقها و اصولیان معادل دلیل عقل نیست (صدر، مباحث الاصول، ۵۲۰/۲) شاهی هم که براین امر می‌توان اقامه نمود این است که اصفهانی اصفهانی در نهایة الدرایه، مثال‌هایی که برای سیره عقلانی بر می‌شمرد عبارت از درک حسن و قبح ذاتی افعال توسط عقلاء و عمل بر اساس آن‌ها در سیره خود است (اصفهانی، نهایة الدرایه، ۱/۲۰۲ و ۳۶۹). در صورتی که درک حسن و قبح ذاتی افعال مربوط به عقل است و اساساً به همین دلیل است که این حسن و قبح ذاتی، به حسن و قبح عقلی معروف است (علامه حلی، کشف المراد، ۴۱۷-۴۱۸) و لذا این تلقی مربوط به مباحث دلیل عقل است. البته باید توجه داشت، اینکه فی الجمله برخی اعمال عقلا مربوط به عقل عملی آن‌هاست محل اختلاف نیست، اما اشکال بر سر ادعای انحصار منشاء اعمال آن‌ها در عقل عملیشان است.

دوم: بسیاری از بناهای عقلا ریشه در قریحه، سنجیه و عاداتشان دارد به گونه‌ای که اگر کسی با این عادات و سجایا مخالفت کند از طرف آن‌ها مذمت می‌شود، (صدر، مباحث الاصول، ۹۸-۹۷ و ۵۲۲) به عنوان مثال می‌توان به عمل عقلا به خبر واحد اشاره کرد. دلیل این عادت و قریحه، عقلی نیست که بازگشت آن به قطع باشد، بلکه با اینکه به مودای خبر واحد علم ندارند، ولی براساس آن عمل می‌کنند و کسی را نیز که با بهانه عدم قبول آن به وظایف اجتماعی خود عمل نمی‌کند، سرزنش می‌نمایند. دلیل آن نیز این است که در عمل،

^۵ - السيرة العقلانية هي في تباينهم القانونية و ما يرتبط في التقنين و التشريع لديهم، فهي أخص من العرف العام الذي هو أخص من العرف بنحو مطلق. (عن بعض المحققين).

حفظ نظام اجتماعی و بقای نوع انسانی لزوماً با تجمد بر قطع حاصل نمی‌شود، بلکه در بسیاری مناسبات ناگزیر باید ظنون معتبر را که می‌توان آن‌ها را ظنون عقلانی نامید، مبنای عمل قرار داد، زیرا در غیر این صورت می‌توان ادعا کرد که اساس اجتماعی شکل نخواهد گرفت. به عنوان مثالی دیگر؛ اگر عقلا عمل بر اساس اصالة الظهور را که اصلی عقلایی و ظنی است، در مناسبات اجتماعی نامعتبر بدانند، تحقق مجتمع انسانی ناممکن خواهد بود. شهید صدر از این قریحه‌ها و عادات و سجایا به عنوان میل عام عقلا نیز تعبیر می‌کند و به همین مثال پیش‌گفته نیز اشاره می‌نماید. (صدر، المعالم الجدیدة، ۱۶۹)

سوم: برخی از بناهای عقلا، ناشی از حالات و اغراض شخصیه (صدر، مباحث الاصول ۹۷/۲) یا قهر و جبر سلطان و حاکمی است که عقلا را به کاری گماشته و بعد از مدتی جزء مرتکبات آن‌ها شده است (نائینی، فوائد الاصول ۱۹۲/۳) یا ممکن است بنای ایشان ناشی از عوامل متغیر اجتماعی و فرهنگی و باورها و تعصبات نژادی باشد. (دانشنامه جهان اسلام، ۴/۲۴۳)

دلایل نیاز سیره عقلا به امضاء

باتوجه به مقدمه قبل، اگر منشاء سیره عقلا را عقل عملی آن‌ها بدانیم، همان دلایل حجیت عقل عملی برای حجیت آن سیره نیز کافی است و در آن‌ها نیازی به امضاء نیست. از این رو، چنین سیره‌ای در هر زمانی هم که رخ دهد چون نیاز به امضاء ندارد، دارای حجیت است. (صدر، مباحث الاصول ۹۳/۲)

اما اگر منشاء سیره مواردی چون قریحه، عادات، سجایا و اغراض شخصیه عقلا یا حالاتی ناشی شده از قهر و جبر حکام بر آن‌ها باشد. (مظفر، ۱۷۱/۲؛ نائینی، اجود التقریرات، ۳۵۸/۲؛ صدر، دروس فی علم الاصول ۱۱۴/۲؛ خمینی، الرسائل، ۱۲۴/۲) هیچ دلیل شرعی بر حجیت ذاتی آن‌ها وجود ندارد. لذا تنها در صورتی می‌توانند حجت باشند که مورد امضاء قرارگیرند

متن استدلال

بنابر مقدمات پیش‌گفته؛ مشخص شد که بسیاری از موارد سیره عقلا دارای حجیت ذاتی نیستند و به همین دلیل هم است که سیره را پنجمین منبع فقه در کنار منابع چهارگانه آن قرار نداده‌اند (جمعی از نویسندگان، مجلة فقه أهل البيت علیهم السلام (بالعریبه)، ۱۶۳/۲۶) بنابراین می‌توان گفت سیره عقلا به خودی خود - و قبل از امضاء - هیچ جایگاهی در دستگاه

تشریع الهی ندارد؛ اما این را نیز می‌دانیم که حق قانون‌گذاری تنها از آن خدای متعال است و او نیز اهداف خود در بین مردم را با دستگاه تشریعی‌اش دنبال می‌کند؛ بنابراین پر واضح است که هر قانونی خارج از این مجموعه فاقد اثر و ارزش است و عمل به آن‌ها نزد خدای متعال قابل مناقشه است. به همین دلیل سیره‌های عقلایی نیازمند امضاء هستند تا این نقیصه مهم را در خود جبران کنند. (اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ۱/ ۱۰۵) زیرا این احکام به خودی خود از دستگاه قانونی شارع کاملاً بیگانه بوده و به همین دلیل عمل به آن‌ها فاقد هر نوع اثر شرعی است؛ بنابراین؛ طبیعتاً امضاء یک حکم از احکام عقلا یعنی فرایند شرعی کردن آن و این نیز معنایی جز ورود آن حکم به مجموعه قوانین شرعی ندارد. این امر نیز همان است که از آن به اعتبار جدید یا اعتبار حکمی مماثل حکم عقلا در دستگاه شرع یاد می‌شود.

توجه به این نکته نیز لازم است که؛ این برهان که مبتنی بر لزوم حضور هر قانونی در دستگاه تشریعی الهی به منظور برخورداری از شریعت لازم و ترتب آثار شرعی بر آن است، هیچ گونه بستگی‌ای به نوع انتخاب تعریفی از تعاریف حکم شرعی ندارد؛ زیرا چه حکم شرعی را از جنس خطاب الهی بدانیم (ابن حجر به نقل از سعدی، ۹۶)، یا آن را ثمره خطاب الهی قلمداد کنیم (ابن عابدین به نقل از همان)، یا صرفاً آن را همان تشریع الهی بدانیم (صدر، دروس فی علم الاصول ۲/ ۵۲) و یا بنابر تلقی بسیاری از متاخران آن را از جنس اعتبار بدانیم (نائینی، فوائد الاصول ۴/ ۳۸۱؛ صدر، دروس فی علم الاصول ۲/ ۱۳؛ حکیم، ۱/ ۵۱) تفاوتی در برهان نمی‌کند؛ زیرا در فرایند امضاء باید ملاک اصلی حکم شرعی که حضور در دستگاه تشریعی الهی است، تأمین شود، حال تلقی از حکم شرعی هر کدام از موارد بالا باشد فرقی نمی‌کند.

دلیل دوم: اثبات مدعا از طریق تبیین مراتب قانون‌گذاری

آخوند خراسانی براساس مراحل عقلایی فرایند قانون‌گذاری به تحلیل مراتب تشریع احکام الهی پرداخته و برای آن چهار مرحله ذکر می‌کند: مرحله اقتضاء، مرحله انشاء، مرحله فعلیت و مرحله تنجز. (خراسانی، درر الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد، ۱۴۸؛ خراسانی، کفایة الاصول ۲۵۸) مرحله اقتضاء مربوط به اقتضائات نفس الامری و مصالح و مفسدات ذاتی متعلق حکم است. مرحله انشاء مربوط به تعیین حکم در لوح محفوظ براساس مصالح و مفسدات ذاتی متعلق حکم است. مرحله فعلیت مربوط به ابلاغ احکام از سوی شارع در قالب اوامر و نواهی است و مرحله تنجز نیز مربوط به علم مکلفان به احکام فعلی و اتمام حجت به آن‌ها است.

قائلان به هر دو نظریه اخبار و نظریه حکم مماثل هرچند در برخی مراحل چهارگانه مزبور اشکالاتی را وارد دانسته و برخی مراحل را ادغام کرده‌اند (اصفهانی، نه‌ایة الدرایه، ۳۷/۲؛ خمینی، انوار الهدایه، ۳۸/۱)، ولی برخورداری فرایند تقنین از مراحل مبتنی بر هم را انکار نکرده‌اند.

با توجه به اینکه نگارنده در پی تحکیم نظریه حکم مماثل است، مبتنی بر عقیده امام خمینی - که مهم‌ترین قائل به نظریه اخبار است - در خصوص مراتب حکم، استدلال خود را سامان داده و ثابت می‌کند که براساس همان مبانی امام در مراتب حکم، نمی‌توان معتقد شد که در فرایند امضاء حکم عقلایی هیچ اعتبار شرعی صورت نمی‌گیرد.

امام خمینی در خصوص مراتب حکم معتقد هستند، مرتبه اول و مرتبه چهارم از مراحل چهارگانه مذکور در کلام آخوند خراسانی از مراتب حکم نیستند. اولی از مقدمات آن و چهارمی از لوازم آن است؛ اما مرتبه انشاء و فعلیت در هر نوع قانون‌گذاری عقلایی جزء مراتب حکم قلمداد می‌شوند. (خمینی، انوار الهدایه، ۳۹/۱) ایشان در توضیح این دو مرحله می‌فرمایند:

قانون‌گذار پس از آنکه مصالح یا مفاسد ذاتی موضوع را ملاحظه کرد و با توجه به شرایط فردی و محیطی مکلفان به این نتیجه رسید که باید حکمی متناسب با آن مصالح یا مفاسد برای آن‌ها جعل کند، این کار را می‌کند و قانونی کلی برای همه مکلفان وضع می‌نماید. آنگاه به شرایط مکلفان و به اوضاع محیط اجرای حکم به خوبی نظر می‌کند، اگر شرایط را مناسب دید، دستور اعلان و رساندن آن حکم به مکلفان را صادر می‌کند و الا آن را نزد خود نگاه داشته و آن‌ها را ابلاغ و اعلان نمی‌کند. مرتبه قبل از اعلان که مرحله صدور حکم کلی بود، مرحله انشاء و مرحله بعد از اعلان و رساندن به مکلفان مرحله فعلیت است. در این مرحله است که مقیدات و مخصصات حکم توسط شارع معلوم شده و به مکلفان ابلاغ می‌شود. (خمینی، تهذیب‌الأصول، ۲۴۱/۱) طبیعی است احکام وقتی لازم الاجرا می‌شوند که رسماً از سوی قانون‌گذار ابلاغ شوند و قبل از ابلاغ علم به آن‌ها تکلیف آور نیست.

با این توضیح به نظر ایشان در خصوص احکام امضائی بر می‌گردیم. ایشان در خصوص احکام امضایی فرمودند؛ تنها ملاک در سیره عقلا همان حکم واقعی است که نزد شارع است و سیره از این باب دارای اهمیت است که وسیله رسیدن به واقع است. امضاء شارع نیز تنها رضایت شارع به سیره بوده و هرگز به معنی اعتبار جدید نیست.

با توضیحات فوق مشخص می‌شود که منظور امام از حکم واقعی که تنها ملاک اهمیت سیره، در نظر ایشان کاشفیت از آن است - که به نظر نویسنده فرمایش درستی هم است - همان حکم‌شانی است که در مرحله انشاء مانده است نه حکم فعلی؛ زیرا فرض بر این است که این احکام توسط شارع به فعلیت نرسیده‌اند، چراکه در این صورت جزء احکام تاسیسی بودند نه امضائی. در این صورت این اشکال پیدا می‌شود که اگر سیره تنها و تنها نشان دهنده حکم شأنی است و شارع نیز در این مسیر تنها رضایت خود را از آن اعلام نموده و اعتبار جدیدی نمی‌کند، پس این حکم باز هم بدون هر گونه اثر شرعی باقی می‌ماند؛ زیرا احکام تا توسط خود قانون‌گذار به مرحله فعلیت نرسند هرگز لازم الاجرا نبوده و دارای اثر نیستند. از سوی دیگر به این امر نیز نمی‌توان ملتزم شد که اگر سیره عقلاً کاشف حکم واقعی‌شانی بود، خود به خود حکم به فعلیت می‌رسد، زیرا سیره و نه هیچ کس دیگری جز خود قانون‌گذار صلاحیت به فعلیت رساندن حکم را ندارند و حکم نیز بدون هیچ علتی که نمی‌تواند به مرحله فعلیت برسد؛ بنابراین هیچ گریزی از این نیست که بگوییم؛ شارع با امضاء سیره عملاً مرحله به فعلیت رساندن حکم‌شانی را - که سیره واقعا کاشف از آن بود - انجام می‌دهد و سیره تنها بهانه‌ای برای آن بوده است. مداخلیت سیره در این نوع به فعلیت رساندن حکم نیز دقیقاً به دلیل همان دلیلی است که امام خمینی فرمود که شارع در مقام به فعلیت رساندن حکم به شرایط مکلفین و محیط اجرای حکم به خوبی نظر کرده و متناسب با آن، قیود و شرایط حکم کلی‌شانی را تعیین کرده و آن را به فعلیت می‌رساند.

نتیجه‌گیری

براساس مطالب پیش‌گفته؛ مشخص شد که ماهیت امضاء در احکام امضائی‌ای که متعلق سیره عقلاً در آن حکمی از احکام موضوعات است، به نحو اعتبار شرعی، همانند همان حکم عقلاً در آن موضوع است. بر این اساس اگر عرف عقلاً تنها ظرف تحقق حکم باشد و نه از عناصر قوام بخش به آن - که در حالت عادی همین طور است و از عناصر قوام بخش بودن نیازمند دلیل است - با از بین رفتن عرف، حکم تغییر نمی‌کند و کماکان به فعلیت خود پابرجاست. در این موارد، تغییر حکم تابع قوانین کلی‌ای است که در دانش‌های فقه و اصول فقه مستقلاً مورد بحث قرار گرفته‌اند نه تابع تغییر عرف. همین طور مشخص شد که؛ در مواردی از احکام امضائی که امضاء با دلیل لفظی صورت گرفته، هرچند عرف ظهوربخش به

دلیل لفظی است و محدوده ظهور آن نیز تابع عرف است، ولی می‌توان دلیل مزبور را همچون سایر ادله لفظیه قلمداد کرد و ویژگی‌های آن‌ها همچون ویژگی اطلاق‌گیری و موارد شبیه به آن را نیز در مورد آن جاری دانست. در مواردی هم که امضاء با عدم ردع بوده است، قدر متیقن عرف مبنای سعه و ضیق حکم و موضوع است و برای فهم دامنه آن‌ها باید به عرف زمان امضاء مراجعه کرد.

منابع

قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *درر الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

_____، *کفایة الاصول*، قم، موسسه ال‌بیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.

ابن طاووس، علی بن موسی، *أجوبة مسائل و رسائل فی مختلف فنون المعرفة*، قم، دلیل ما، همراه کتاب «رسالة الموسعة و المضایقة» تألیف سید ابن طاووس در یک جلد، چاپ اول، ۱۴۲۹ ق.

ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.

ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

اصفهان، محمد حسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، چاپ اول، پایه دانش، ۱۴۲۵ ق.

_____، *نهاية الدراية فی شرح الکفایه*، قم، انتشارات سید الشهداء (ع)، ۱۳۷۴.

اعرجی، عبدالمطلب بن محمد، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.

جمعی از محققان، *مجله حوزه و دانشگاه*، شماره ۶، قم، زیتون، بهار، چاپ اول، ۱۳۷۵.

جمعی از نویسندگان زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.

۱۲۸	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۱۰۲
جمعی از نویسندگان، <i>الموسوعة الفقهية</i> ، کویت، وزارت اوقاف و شئون اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۲۴ ق.		
جمعی از نویسندگان، <i>مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام</i> (بالعربية)، ش ۲۶، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ص ۱۶۰.		
حداد عادل، غلامعلی (زیر نظر)، <i>دانشنامه جهان اسلام</i> ، تهران، بنیاد دائرة المعارف اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۵.		
حکمت نیا، محمود، <i>فلسفه حقوق خانواده</i> ، تهران، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، چاپ اول، ۱۳۸۶.		
_____، <i>فلسفه نظام حقوق زن</i> ، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۰.		
حکیم، محمد تقی، <i>الاصول العامة للفقه المقارن</i> ، قم، مجمع جهانی اهل بیت (ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۸ ق.		
خمینی، روح الله، <i>الرسائل</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.		
_____، <i>انوار الهدایه</i> ، تهران، مؤسسه تنظیم نشر و آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.		
_____، <i>تهذیب الأصول</i> ، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۲ ق.		
_____، <i>کتاب البیع</i> ، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، بی تا.		
خویی، ابوالقاسم، <i>دراسات فی علم الاصول</i> ، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.		
_____، <i>محاضرات فی الاصول</i> ، محمد اسحاق فیاض، قم، انصاریان، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ق.		
روحانی، محمد حسین، <i>منتقى الاصول</i> ، عبدالصاحب حکیم، بی جا، چاپخانه امیر، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.		
سروش، عبدالکریم، <i>اخلاق خدایان</i> ، تهران، طرح نو، چاپ سوم، ۱۳۸۰.		
_____، <i>بسط تجربه نبوی</i> ، تهران، مؤسسه فرهنگی صراط، چاپ اول، ۱۳۷۸.		
سعدی، ابو جیب، <i>القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا</i> ، دمشق، دار الفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.		
صدر، محمد باقر، <i>المعالم الجديدة</i> ، تهران، کتاب فروشی النجاشی، چاپ دوم، ۱۳۹۵ ق.		
_____، <i>دروس فی علم الاصول</i> ، بیروت، دارالمنتظر، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.		
_____، <i>مباحث الاصول</i> ، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.		
_____، <i>بحوث فی علم الاصول</i> ، سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف الاسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.		
عاملی، یاسین عیسی، <i>الاصطلاحات الفقهية فی الرسائل العملية</i> ، بیروت، دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.		
عرب صالحی، محمد، «ذاتی و عرضی دین»، <i>مجله معرفت کلامی</i> ، شماره دوم، ص ۲، ۱۳۹۰ ش.		

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول ۱۴۲۰ ق.

_____، *تذکره الفقهاء*، چاپ اول قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی تا.

_____، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.

_____، *کشف المراد شرح تجرید الاعتقاد*، ترجمه ابوالحسن شعرانی، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۲ .

_____، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

علم الهدی، علی بن حسین، *رسائل الشریف المرتضی*، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول ۱۴۰۵ ق.
علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۴ .

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ اول ۱۴۰۴ ق.

_____، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، قم، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ اول ۱۴۲۹ ق.

فیض الاسلام، سید علی نقی، *ترجمه و شرح نهج البلاغه*، تهران، فقیه، ۱۳۷۸.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، بی جا، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۸۸ ق.

مجتهد شبستری، محمد، *ایمان و آزادی*، تهران، طرح نو، چاپ اول ۱۳۷۶ .

مظفر، محمدرضا، *أصول الفقه*، قم، اسماعیلیان، چاپ پنجم، ۱۳۷۵ .

ملکیان، مصطفی، *راهی به رهایی*، تهران، نشر نگاه معاصر، چاپ اول ۱۳۸۰ .

نائینی، محمد حسین، *اجود التقريرات*، قم، انتشارات مصطفوی، چاپ دوم، ۱۳۶۸ .

_____، *فوائد الاصول*، محمد علی کاظمی خراسانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ ششم، ۱۴۱۷ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹۴، ص ۱۴۹-۱۳۱

بررسی قاعده «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ»* در فقه اسلامی

علی کشاورز^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ali.keshavarz@stu.um.ac.ir

دکتر حسین صابری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: saberi@um.ac.ir

چکیده

در فقه اسلامی با عبارت‌هایی از جمله «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ (البقاء، الاستدامه) مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ» مواجه می‌شویم که از سیاق آن این گونه برمی‌آید که این عبارت، نزد فقها به عنوان قاعده‌ای مشهور و مقبول مورد لحاظ واقع شده است. لکن پس از بررسی ردپای این عبارت در کتب فقه و قواعد فقه به نظر می‌رسد در خصوص خاستگاه اصلی این عبارت و حتی استقلال آن، وحدت نظری وجود ندارد. برخی آن را ذیل قواعد «الدفع اقوی من الرفع» یا «التابع تابع» و یا «المانع طاری» ذکر کرده‌اند و برخی نیز از آن در مبحثی مستقل نام برده‌اند. در انتها پس از تحلیل و بررسی گفته‌ها در خصوص این عبارت و بیان ادله، به نظر می‌رسد می‌توان به عنوان نتیجه، آن را نه ذیل قواعد سه گانه مذکور بلکه به عنوان قاعده‌ای مستقل لحاظ کرد مبنی بر اینکه آنچه ابتدا به آن حرام و ممنوع است در ادامه، دوام و بقای آن حرام و ممنوع نیست.

کلیدواژه‌ها: قاعده فقهی، اغتفار، دوام، بقاء، ابتداء، ممنوع.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۳/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۱۲/۲۱.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

در کتب فقهی گاه به عبارت‌هایی برمی‌خوریم که فقها از آن به‌عنوان مؤید نظر خود استفاده کرده‌اند و این عبارت‌ها، در بادی امر شبیه به قواعد فقهی مصطلح در کتب مرتبط به نظر می‌رسد. یکی از این عبارت‌ها، عبارت «یغتفر فی الدوام ما لا یغتفر فی الابتداء» است اجمالاً به این معنا که آنچه در ابتدا قابل گذشت، تسامح و تساهل نیست در ادامه از آن چشم‌پوشی می‌شود. البته عبارات دیگری نیز شبیه به این عبارت در کتب فقهی آمده است مثل «یغتفر فی الاستدामه ما لا یغتفر فی الابتداء» و «یغتفر فی البقاء ما لا یغتفر فی الابتداء» که باید با بررسی این عبارت‌ها، مودای آن‌ها منقح شود. نگارنده در صدد بررسی ساختاری این عبارت‌ها از حیث وجودی و اعتباری است نه تحلیل محتوا یا اعتبارسنجی و نقض و ابرام آن دسته از احکامی که در مذاهب فقهی با این عبارت‌ها، تطبیق داده شده است.

اما برای توضیح این که مراد از این عبارت چیست و آیا اساساً این عبارت، قاعده است و اگر هست آیا به‌عنوان قاعده‌ای مستقل قابل اعتناست یا خیر؛ باید ابتدا این مسأله بررسی شود که این عبارت در ضمن چه مباحثی مطرح شده است، زیرا الفاظ مشترک در زمینه‌های مختلف، معانی گوناگونی خواهند داشت و حال آنکه باید مشخص شود کدام یک از این زمینه‌ها ارتباط وثیق و دقیق‌تری با این عبارت دارد.

اجمالاً به نظر می‌رسد به این عبارت در چهار مبحث (سه مبحث انضمامی و یک مبحث استقلالی) اشاره شده است:

آ) قاعده الدفع اسهل من الرفع (یا «الدفع اقوی من الرفع»)

سُبکی در *الاشباه و النظائر* در ذیل این قاعده می‌گوید: «از فروع آن، مسائل یغتفر فی الدوام ما لا یغتفر فی الابتداء است که ما از اول جلوی آن‌ها را می‌گیریم نه این که در ادامه آن‌ها را برداریم چرا که رفع مشکل است». (۱/۱۲۷). البته وی این مسائل و نظرش را پیرامون این عبارت در ادامه عنوان نمی‌کند و بحث از آن‌ها را به جایی دیگر یعنی در ذیل قاعده «المانع طاری» موکول می‌کند که به تفصیل در قسمت تحلیل و بررسی از آن سخن خواهیم گفت.

ب) قاعده التابع تابع

اجمالاً منظور از قاعده «التابع تابع» این است که آنچه از نظر وجود، تابع دیگری (متبوع)

است از نظر حکم نیز، پیرو متبوع خود است اما عبارات فقها ذیل این قاعده و فروع آن ناظر به مسأله دیگری نیز می‌شود که بدو آن را تا اندازه‌ای با عبارت «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ ...» مرتبط می‌سازد و آن عبارت‌ها «قَدْ يَثْبُتُ ضَمْنًا مَا لَا يَثْبُتُ أَصْلًا» (شهید، ۱/۲۴۵)، «یُغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضَمْنًا مَا لَا يَغْتَفَرُ قَصْدًا». (ابن نجیم، ۱/۱۰۳)، «یُغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ إِذَا كَانَ تَابِعًا مَا لَا يَغْتَفَرُ إِذَا كَانَ مَقْصُودًا» (زرکشی، ۳/۳۷۶) است.

شهید در قواعد می‌نویسد: «این قاعده مأخوذ از قاعده مقتضی در اصول فقه است که اگر مدلول، مضمّر باشد به دلیل ضرورت صدق متکلم یا توقف صحت کلام (مثل اسال القریه) یا اقتضای شرعی (مثل اعتق عبدک عنی) باید آن‌را در تقدیر گرفت؛ مثلاً اگر زن‌ها بر ولادت، شهادت بدهند پذیرفته می‌شود و بالتبع، نسب هم ثابت می‌شود گرچه اگر می‌خواستند ابتدائاً به نسب شهادت بدهند، نسب با شهادت زنان ثابت نمی‌شد. (۱/۲۴۵).

زرکشی نیز در ذیل این قاعده یعنی «یُغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ إِذَا كَانَ تَابِعًا مَا لَا يَغْتَفَرُ إِذَا كَانَ مَقْصُودًا» مثال می‌زند به اینکه: «شفعه بالأصالة در ابنیه و اشجار ثابت نمی‌شود (ولی) به تبع زمین ثابت می‌شود یا اگر دست محرم قطع شود (تنها برای دست باید فدیّه بدهد و) برای مو و ناخن که بر آن است فدیّه واجب نمی‌شود چرا که مو و ناخن، تابع دست هستند و مقصود در ابانه نبوده‌اند». (۳/۳۷۶)؛ یعنی مو و ناخن که تابع دست هستند مغتفر شده‌اند در صورتی که اگر بالأصالة مو و ناخن جدا می‌شدند فدیّه برای آن‌ها واجب می‌شد. (اگر مو و ناخن مقصود بود مغتفر نمی‌شد ولی حالا که مقصود نبوده بلکه تابع دست است مغتفر می‌شود).

ابن نجیم نیز در الاشباه و النظائر ذیل قاعده «یُغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضَمْنًا مَا لَا يَغْتَفَرُ قَصْدًا» می‌نویسد که دو مسأله یافته است که این مسائل، عکس آن قاعده مشهور می‌باشند چراکه در آن‌ها «یُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ مَا لَا يَغْتَفَرُ فِي الْبَقَاءِ» جاری می‌شود. این دو مسأله یکی صحت تقلید از فاسق است در ابتدا ولی اگر عادل باشد بعد فاسق شود عزل می‌گردد و دوم این‌که فرار عبد مأذون (اذن در تجارت) ممنوع است اما اگر به فراری اذن داده شود صحیح است (البته مسأله معروف‌تر در مورد بیع و شراء عبد، خرید یکی از ابوین است که ابتدائاً اشکال ندارد اما دوام آن ممنوع است) (۱/۱۰۴). به نظر می‌رسد مراد از قاعده مشهور که ابن نجیم در نظر دارد همان عبارت مورد بحث ما یعنی «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ ...» باشد اما از آنجا که وی در ضمن قاعده «یُغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضَمْنًا...» آن را ذکر می‌کند گویا در نظر وی این هردو قاعده یکی هستند. به عبارتی «یُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ مَا لَا يَغْتَفَرُ فِي الْبَقَاءِ» عکس قاعده «یُغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضَمْنًا مَا لَا يَغْتَفَرُ

قصدا» است. از این روست که حموی در شرح الاشباه و النظائر ابن نجیم ذیل این عبارت، تعبیر «یفتقر فی الضمنیات ما لم یفتقر فی القصدیات» (در تابع نیاز است آنچه در متبوع نیاز نیست) را عوض عبارت «یفتقر فی الابتدا...» به کار می‌برد تا نشان دهد چگونه آن، عکس قاعده «یفتقر فی الشی ضمناً...» است. (غمز عیون البصائر، ۳۶۸/۱).

برخی نیز در ذیل قاعده «فی الشرع ضمناً یفتقر ما لایکون فیہ قصدا یفتقر» تعبیر «بالاثنا اغتفرا ما لیس فی اوائل مغتفرا» را به کار برده‌اند و البته آن را بیانی دیگر از «یفتقر فی الثوانی ما لایغتفر فی الاوائل» دانسته‌اند. (فادانی، فوائد الجنیه، ۱۱۷/۲-۱۱۸).

اجمالاً به نظر می‌رسد جز ابن نجیم کسی مدعی نسبت میان عبارت مورد بحث و قاعده التابع تابع، نشده است افزون بر این که دو مسأله‌ای که وی یافته نیز آن‌چنان سنخیتی با بحث تابعیت ندارند لذا شاید بتوان گفت علاوه بر تفاوت لفظی میان عبارت «یفتقر فی الدوام...» با «یفتقر فی الشی ضمناً...» (و حتی «یفتقر فی الثوانی ما لایغتفر فی الاوائل»)، بین آن‌ها تفاوت معنوی نیز وجود داشته باشد. در تحلیل این مباحث چهارگانه بیشتر به این مطلب خواهیم پرداخت.

ج) قاعده المانع (یا «المانع طاری هل هو كالمقارن؟»)

مبحث سومی که از عبارت «یفتقر...» در آن یاد شده، قاعده المانع طاری است. قبل از توضیح این قاعده و ارتباط آن با عبارت مذکور باید گفت منظور از «مانع» در مودای این قاعده، مجموع شروط و موانع شرعی است نه آن مانع اصطلاحی در فلسفه که در عرض شرط و مقتضی مطرح می‌شود بلکه اینجا مانع، فقدان شرط، قاطع و مبطل را نیز در بر می‌گیرد.

سیوطی در الاشباه و النظائر ابتدا به ذکر دو گروه از موانع می‌پردازد که در آن‌ها اختلاف است. گروه اول موانعی است مثل عارض شدن ارتداد بر احرام و یکی از عیوب بر زوجه که نظر اصح این است که مانع در این موارد همانطور که از ابتدا صلاحیت مانعیت داشتند در ادامه نیز خواهند داشت و در این نمونه‌ها احرام، باطل و خیار برای زوج ثابت است.

گروه دوم موانعی است مثل قدرت بر آب در اثنای نماز که نظر اصح این است که مانع طاری مثل مقارن نیست و در اینجا قدرت بر آب، مبطل نماز نیست. وی در ادامه تنبیهی ذکر می‌کند که در آن دو گروه را نام می‌برد که در آن‌ها اختلافی نیست، یک گروه که بدون اختلاف و به طور جازم، طاری مثل مقارن است مثل ارتداد بر نکاح و یکی از عیوب بر زوج و گروه

دیگر که بازهم جزماً و قطعاً طاری مثل مقارن نیست مانند موجب فساد بر رهن و اغماء بر اعتکاف. سپس در انتها به عنوان خاتمه می نویسد که از یکی از دو شق این قاعده (شقی که طاری مثل مقارن نیست) تعبیر به قاعده «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ» می شود. سیوطی در ادامه می افزاید که عکس این قاعده نیز وجود دارد یعنی «یُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ» و از فروع آن به چند مسأله اشاره می کند از جمله این که اگر فجر طلوع کند و فرد از قبل از طلوع فجر مجامع باشد و در آن حاله نزع کند روزه اش صحیح خواهد بود اما اگر این واقعه (نزدیکی) در اثنای روزه اتفاق می افتاد روزه اش را باطل می کرد. (۱/۱۸۵-۱۸۶).

به طور خلاصه می توان گفت آنچه سیوطی در مورد قاعده المانع طاری ذکر می کند در سه شکل متصور است:

شکل اول: مانع هم در ابتدا هم در ادامه مانعیت دارد و شاید بتوان از آن به «ما لا یغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ وَ الدَّوَامِ» تعبیر کرد.

شکل دوم: مانع تنها در ابتدا مانعیت دارد اما اگر در ادامه عارض شود مانعیتی نخواهد داشت و از آن به «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ» تعبیر می شود.

شکل سوم: مانع در ابتدا مانعیت ندارد اما اگر در ادامه عارض شود مانع خواهد بود و می توان از آن به «یُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ» تعبیر کرد.

نظیر این تقسیم بندی فوق را می توان در قواعد شهید یافت آنجا که وی قاعده المانع را به سه شکل متصور می داند:

«۱» آنچه هم در ابتدا هم در ادامه مانع است: مثل معصیت در سفر و مثل ارتداد که مانع صحت نکاح در ابتدا و مبطل آن در ادامه می شود... و مثل جنون در مرد که ابتدائاً مانع لزوم عقد و استدامتاً مانع ادامه نکاح می شود.

«۲» آنچه در ابتدا مانع است اما در ادامه مانعیت ندارد مثل احرام که مانع شروع نکاح است اما اگر بر نکاح، طاری شود آن را باطل نمی کند... و مثل تمکن از استعمال آب که مانع از شروع نماز (با تیمم) است ولی در ادامه مبطل نماز نیست و مثل دین که صحیح نیست رهن ابتدائاً با آن واقع شود اما اگر عین مرهونه تلف شود، رهن در ادامه بر دین خواهد بود و مثل عدد که در نماز جمعه شرط ابتدا است نه دوام.

«۳» آنچه در ادامه مانع است اما در ابتدا مانعیت ندارد مثل ابتدای رهن که امانت آن ضمان غاصب را به یک احتمال برمی دارد با این که اگر در ادامه به آن تعدی کند ضامن است...».

(۱۸۸-۱۸۵/۱).

در این میان به چند نمونه در کتب فقهی نیز می‌توان اشاره کرد که فقها به عبارت مورد بحث استناد کرده‌اند و به نظر می‌رسد آن را در زمینه قاعده المانع مورد توجه قرار داده‌اند. مثلاً محقق کرکی می‌نویسد: «از شروط نماز جمعه، عدد است (۵ نفر) اما این شرط ابتدا است نه دوام زیرا یغفر فی الاستداه ما لایغفر فی الابتداء». (جامع المقاصد، ۳۸۲/۲). عاملی نیز در مورد نماز شخصی که دچار سلس بول است می‌گوید لازم است ابتدای نماز طاهر باشد ولی اگر در اثنای نماز امری بر او حادث شد مغتفر است. (مفتاح الکرامه، ۵۵۹/۲).

شربینی نیز در مورد اقتدا و شرط اتصال در نماز می‌نویسد: «اگر کسی که با وی اتصال در نماز حاصل شده در خلال نماز، محدث شود یا عمداً نماز را ترک کند برای دیگری جایز است که از امام متابعت کند زیرا اتصال شرط ابتدای انعقاد نماز است نه دوام زیرا یغفر فی الدوام ما لایغفر فی الابتداء». (مغنی المحتاج، ۲۵۰/۱). شروانی نیز در این مورد که ولی نمی‌تواند از مال محجور به وکیلی که فاسق است وکالت دهد می‌گوید زیرا این کار نسبت به ابتداست اما عارض شدن فسق بر وکیل، مغتفر است زیرا یغفر فی الدوام ما لایغفر فی الابتداء. (حواشی شروانی، ۳۳۴/۵).

د) مبحث مستقل

از جمله کسانی که این عبارت را به عنوان قاعده‌ای مستقل و نه در ذیل قاعده‌ای دیگر آورده و به ذکر فروع آن پرداخته است، زرکشی است؛ اما با دقت در فروعاتی که وی می‌آورد معلوم می‌شود که در ذکر این قاعده نظری به بحث قاعده المانع نیز داشته است چرا که وی بطور مستقل از سه قاعده سخن می‌گوید:

۱) یغفر فی الابتداء ما لایغفر فی الدوام: مثلاً اگر در حج، جماع عارض شود آن را فاسد می‌کند ولی اگر در حال جماع، مُحرم شود نظر اصح اینست که حجش به طور صحیح منعقد شده است. [سیوطی این مثال را در ذیل قاعده المانع و از فروع «یغفر فی الابتداء...» آورده است هرچند نظر اصح را انعقاد حج به طور فاسد می‌داند. (الاشباه و النظائر، ۱۸۶/۱)] یا مثال دیگر این که نماز خوف، سواره یا پیاده چه رو به قبله باشد یا نباشد، صحیح است اما اگر روی زمین و رو به قبله نماز بخواند و در اثنای نماز، خوفی حادث شود و راکب شود، نمازش باطل است و باید از اول شروع کند.

مثال دیگر این که اگر مردی سوگند بخورد که همسرش را طلاق می دهد حق ایلاج دارد اما از استمرار منع می شود. [این مثال را هم عیناً سیوطی در همان بحث آورده است. (همان، ۱۸۷/۱)].

۲) یغتفر فی الدوام ما لا یغتفر فی الابتداء: مثلاً اگر در جنگ، زمین گیر یا کور حاضر شود برای این ها سهم نمی برد ولی اگر سالم حاضر شده و این ها در جنگ بر وی عارض شده باشد حقش از سهم، باطل نمی شود. مثال دیگر این که نکاح مُحرم صحیح نیست ولی رجعت او به عنوان استدامه نکاح، صحیح است.

۳) ما لا یغتفر فیهما ای الابتداء والدوام: مثلاً اگر با حره و آمه (زن آزاد و کنیز غیر مسلمان) ازدواج کند و هر دو بعد اسلام بیاورند زن آزاد برای او متعین و زن کنیز از وی جدا می شود. (چرا که ازدواج با کنیز مسلمان هم ابتدائاً هم استدامتاً جائز نیست). (المنثور فی القواعد، ۳۷۲/۳-۳۷۵).

آنچه زرکشی به طور مستقل آورده به نظر همان سه قسمی است که در قاعده المانع برشمردیم و از این منظر نمی توان برای این استقلال اعتبار چندانی قائل شد لکن زرکشی در ادامه بعد از ذکر این سه قاعده، مطلب جدیدی می نویسد که با مبحث قاعده المانع بسیار متفاوت است. گویی وی به کشف تازه ای از معنای «ما» در عبارت «یغتفر فی الدوام ما لا یغتفر فی الابتداء» رسیده است و به نظر می رسد اگر بتوان این عبارت را به عنوان قاعده ای مستقل لحاظ کرد، این امکان از این منظر جدید قابل بررسی باشد. زرکشی می نویسد: «و بدان که اقسام به چهارگونه است:

۱) آنچه انجام آن هم ابتدائاً و هم استدامتاً حرام است مثل صورت گری بر سقف و لباس و ظرف های طلا و نقره و شرب خمر و از این رو بر شارب خمر واجب است آنچه نوشیده بالا بیاورد.

۲) آنچه انجام آن نه ابتدائاً نه استدامتاً حرام نیست و تمام امور مباح از این گونه اند.

۳) آنچه انجام آن ابتدائاً حرام است اما استدامه آن حرام نیست مثل تمویه سقف (طلاندود کردن که ابتدائاً حرام است اما اگر به حد نصاب زکات نرسد استدامه آن حرام نیست) و صور نقش شده بر حصارها، زمین و بساطها (روانداها).

۴) آنچه استدامه آن حرام است لکن انجام آن ابتدائاً حرام نیست از جمله این که نکاح با کنیز (آمه) در صورت نیاز جایز است اما اگر مالکش شود دوام نکاح بر وی حرام است لذا

فسخ می‌شود و صید که انجام آن مباح است اما استدامه بر آن در مدت احرام، حرام است و مضطر اگر مال غیر را بگیرد و بعد موسر شود واجب است آن را به وی برگرداند و استدامه بر (نگه‌داشتن) آن مال بر وی حرام است و در ماه رمضان اگر شخص جماع کند با طلوع فجر، استدامه آن بر وی حرام می‌شود. (همان، ۳/۳۷۵).

اجمالاً به نظر می‌رسد مورد چهارم خلاف فرض است چرا که فرض در مورد نفس فعلی است که بدون عارض شدن چیز دیگری بر آن که گاه موجب تغییر وضعیت یا تغییر موضوع می‌شود، از نظر ابتدا و استدامه لحاظ شود که در مورد چهارم، زرکشی از این فرض تخطی می‌کند؛ اما از این منظر که وی به ممنوع و نه مانع توجه دارد می‌توان به تحلیل تازه‌ای دست یافت که در ادامه، به بیان آن خواهیم پرداخت.

از متقدمان که بگذریم، زرقا از معاصرانی است که عبارت «یغتفر فی البقاء ما لا یغتفر فی الابتداء» را به شکلی مستقل آورده و در شرح آن می‌نویسد: «گاهی در خلال امر و اثنای آن تسامح و تساهل می‌شود زیرا بقا اسهل از ابتداءست» (شرح القواعد الفقهیه، ۱/۲۹۳). وی سپس چند نمونه در تطبیق با این قاعده ذکر می‌کند مثلاً اگر زن به عده اعتراف کند از ازدواج منع می‌شود اما اگر ازدواج کرد سپس ادعا کرد که در عده است به حرفش توجهی نمی‌شود و قول زوج مقدم می‌شود یا مثال دیگر این که اگر عبد بعد از فروش، فرار کند بیع، فاسد نمی‌شود به خلاف وقتی که او را بفروشند درحالی که او فراری است. (همان، ۱/۲۹۴). زرقا در ادامه به ذکر نکاتی می‌پردازد از جمله این که این قاعده «یغتفر فی البقاء...» اطراد ندارد و نکته دیگر این که این قاعده غیر مطرد، خود استثنا خورده به مسائلی که «اغتفر فیها فی الابتداء ما لم یغتفر فی البقاء». (همان، ۱/۲۹۵).

یکی دیگر از معاصران نیز عبارت «یغتفر فی البقاء...» را به عنوان قاعده مستقل اما مترادف با قاعده «البقاء اسهل من الابتداء» ذکر می‌کند و در شرح آن می‌نویسد: «معنای این قاعده این است که گاهی ابتدای چیزی جایز نیست اما استمرارش جایز است و استمرارش منشاء حکم (حکم حرمت یا عدم جواز) نمی‌شود چرا که مغفور است لکن اگر بار دیگری از نو، انشا و آغاز شود، حکم (حرمت یا عدم جواز) را به بار می‌آورد. پس بقایش حکمی ندارد اما ابتدایش محکوم (به عدم جواز) است. (ولید السعیدان، تلقیح الافهام العلیه بشرح القواعد الفقهیه، ۴۶/۳).

وی در ادامه به ذکر فروع این قاعده می‌پردازد از جمله:

«۱) اگر فرد قبل از احرام خود را معطر کند بعد مُحَرَّم شود شکی نیست که اثر عطر باقی می ماند اما این اثر اشکال ندارد چراکه مغتفر است اما اگر بعد از مُحَرَّم شدن از عطر استفاده کند بر وی فدیة واجب می شود چرا که شروع به فعل عطرزدن در حال احرام، مغتفر نیست.

«۲) عقد نکاح از محظورات احرام است و برای مُحَرَّم، ازدواج جایز نیست و اگر مُحَرَّم بعد از احرام شروع به عقد نکاح کند بی شک گناه کرده است لکن اگر همسرش را طلاق بدهد و بعد مُحَرَّم شود و در حال احرام بخواهد رجوع کند اشکال ندارد چرا که رجعت، ابتدای عقد جدید نیست بلکه استمرار عقد نکاح اول است به عبارتی از باب بقا است نه از باب ابتدا و یغْتَفَرُ فِي الْبَقَاءِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ.

«۳) از محظورات احرام، قتل صید (بَرِّی متوحش) است لکن اگر صیدی را بکشد و نه مُحَرَّم باشد و نه در حرم باشد سپس نیت احرام کند لازم نیست آن صید را رها کند چراکه وجود صید همراه او از باب بقاست ولی اگر بعد از احرام، صید را بکشد گناه کرده و مثل آن را باید فدیة بدهد.

«۴) اموال حرامی که مردم کسب کرده اند درحالی که عالم به حرمت نبوده اند اگر به جهت تحریم، علم پیدا کنند لازم نیست از آن اموال تخلص بجویند لکن بعد از علم به تحریم، تحصیل چیز جدیدی از آن جهت حرام، جایز نیست.

«۵) نماز مستحبی را اگر فرد در غیر از وقت نهی شروع کند و آن قدر ادامه بدهد تا داخل در وقت نهی شود اشکال ندارد چراکه از باب بقاست لکن اگر داخل در وقت نهی شود سپس ابتدا و شروع به نفل کند صحیح نیست چراکه از باب ابتداست فاغْتَفَرُ الْبَقَاءِ و لَمْ یُغْتَفَرُ الْإِبْتِدَاءِ لَان الْبَقَاءُ اسهل من الْإِبْتِدَاءِ.

«۶) زن نمی تواند هنگام عقد، مهرش را اسقاط کند اما اگر عقد با مهر تمام شود و سپس بعد از مدتی زن آن را اسقاط کند و ببخشد این کار جایز است بنابراین ابتدای اسقاط مهر با عقد، جایز نیست اما اسقاط مهر بعد از اتمام عقد، جایز است چرا که یغْتَفَرُ فِي الْبَقَاءِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ.

«۷) ابتدای بیع عبد درحالی که فراری است جایز نیست لکن اگر عبدی را بفروشد بعد این عبد فرار کند ضرر به صحت بیع نمی زند.

«۸) اگر در سرزمینی طاعون شیوع پیدا کند فردی که داخل این سرزمین است اگر خارج نشود با اینکه گمان هلاکت او نیز می رود قاتل خویش و مصداق کسی که خود را به هلاکت

انداخته، شمرده نمی‌شود اما کسی که خارج از آن سرزمین است ابتدای ورودش به آنجا جایز نیست چراکه حرام است انسان خود را به هلاکت بیاندازد درحالی‌که مامور به محافظت بر جان خویش است پس بقا در آن سرزمین مغتفر وابتدای ورود به آنجا حرام است زیرا یغتفر فی البقاء ما لا یغتفر فی الابتداء». (همان، ۳-۴۶-۴۹).

تحلیل، بیان ادله و نتیجه‌گیری

پس از ذکر مباحثی که اجمالاً در آن‌ها، این عبارت ذکر شده است باید دید در مقام اعتبارسنجی می‌توان این عبارت را چگونه و در کجا مورد تحلیل قرار داد، سپس در صورت وجود ادله به ذکر آن پرداخت و در پایان، نتیجه‌گیری کرد.

تحلیل

در مورد مبحث اول یعنی قاعده «الدفع اقوی من الرفع» به نظر می‌رسد اولاً جز سُبکی که خود وی نیز چندان راغب به بحث از این عبارت ذیل این قاعده نیست، کس دیگری از قاعده‌نویسان و فقها مدعی ارتباط میان این قاعده و این عبارت نشده‌اند و دلیل آن نیز شاید این باشد که اساساً اغتفار از دوام (اقوائت بقا) در تعارض با اقوائت دفع است.

در مورد مبحث دوم یعنی قاعده «التابع تابع» نیز اگر از اضطراب موجود میان برخی موارد تطبیق داده شده بر این قاعده صرف‌نظر کنیم، به نظر می‌رسد بحث از تابع و متبوع، بحث از فرع و اصل است به عبارتی از حیث وجودی داریم درباره دو شیء بحث می‌کنیم، وجود تابع غیر از وجود متبوع است و وجود فرع غیر از وجود اصل است؛ مثلاً در مثال شهید، اثبات ولادت غیر از اثبات نسب است هرچند ولادت که ثابت شود بالتبع، نسب هم ثابت می‌شود و یا در مثال زرکشی، وجود ابنیه و اشجار، یا وجود مو و ناخن غیر از وجود زمین و دست است اما وقتی سخن از دوام و ابتدا به میان می‌آید بحث ما درباره دو شیء نیست بلکه داریم روی یک شیء تمرکز می‌کنیم؛ مثلاً در موردی که ابن نجیم ذکر می‌کند اصلاً تابع و متبوع، فرع و اصلی وجود ندارد، عدالت یک ویژگی است که گاهی از حیث دوام و گاهی از حیث ابتدا مورد بررسی واقع می‌شود. وجود آن در ابتدا می‌تواند شرط تقلید باشد یا نباشد و فقدان آن هم در ادامه می‌تواند مانع تقلید باشد یا نباشد.

بنابراین در تنقیح واژگان مورد بحث به نظر می‌رسد عبارت «یغتفر فی الدوام...» یا عکس

آن «یغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ...» با قاعده التَّابِعِ تَابِعٍ و بحث «یغْتَفَرُ فِي التَّابِعِ (ضَمْنَا) مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْمُتَبَوِّعِ (مَقْصُود، اصل)» اختلاف معنایی جدی دارد.

اما مراد از عبارت «یغْتَفَرُ فِي الثَّوَانِي مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْأَوَائِلِ» چیست؟ به نظر می‌رسد این عبارت، بیان دیگری از عبارت «یغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ...» نیست بلکه هم لفظاً هم مفهوماً با آن متعارض است به عبارتی مربوط به قاعده «یغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضَمْنَا...» است چرا که وجود اول (فرض کنیم عدد ۱) غیر از وجود ثانی (فرض کنیم عدد ۲) است هرچند وجود ثانی، خود از انضمام و تابعیت با وجود اول ناشی شده است (۱+۲=۳).

اما می‌رسیم به مورد مبحث سوم یعنی قاعده «الْمَانِعُ طَارِي». به نظر می‌رسد اگر مراد از «ما» در عبارت «یغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ»، «مَائِمَنَعُ» (آنچه منع می‌کند: مانع) باشد می‌توانیم از این عبارت در ذیل این قاعده بحث کنیم منتها در این صورت با دو پرسش مواجه خواهیم شد.

پرسش اول این که آیا این عبارت، ذیل قاعده المانع، فرع این قاعده است یا استثنا بر این قاعده محسوب می‌شود؟

پرسش دوم این که به فرض اگر این عبارت، یکی از همان متفرعات قاعده المانع باشد آیا صرف تنوع در تعبیر می‌تواند مجوز تأسیس قاعده شود؟

اما در پاسخ به پرسش اول گفته شده اصل و قاعده این است که آنچه در ابتدا شرط و فقدان آن، مانع است در ادامه نیز شرط و فقدان آن، قاطع باشد. منتها در بعضی مواقع از این قاعده مواردی استثنا شده و این استثنائات به حسب مورد، گاهی در ابتدا و گاهی در ادامه، واقع شده‌اند. از این رو سُبُکی آن‌گاه که ذیل قاعده المانع از این عبارت نام می‌برد می‌نویسد: «در این قاعده عبارتی مندرج شده است که دیگران آن را جزء قواعد به حساب آورده‌اند و آن عبارت «قَدْ يَغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ» است که مسائل آن بسیار و از اساس، خارج از قواعد است». (۳۱۲/۱-۳۱۳). وی در ادامه برای اثبات مدعای خود در خصوص این که این عبارت اساساً جزء قواعد نیست به دو مطلب استناد می‌کند:

مطلب اول: آوردن لفظ «قَدْ» قبل از عبارت است که بعد از بررسی تفصیلی در خصوص معنای آن نزد ادبا و لغوی‌ها نتیجه می‌گیرد که این لفظ غالباً برای تقلیل استعمال می‌شود.

مطلب دوم: معنای لفظ «اغْتَفَارٌ» است مبنی بر اینکه اگر مورد مغفرت واقع نشود، اصل و قاعده، مواخذه بر آن است و کسی که این عبارت («قَدْ يَغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ...») را در شمار قواعد

ذکر کرده معنای آن را به درستی نفهمیده است انگار کسی که معفوعنه در باب نجاسات را در اقسام طهارات بیاورد. (همان، ۳۱۳/۱-۳۱۵).

سپس می نویسد: «تحقیق اینست که وجود شیء در دوام به منزله وجود آن در ابتداست مگر آنچه استثنا شده است و مستثنا قاعده نیست». (همان، ۳۱۵/۱).

وی به همین مقدار اکتفا نمی کند و در سطور بعد هرکس را که اعتقاد به دوام را اصلی از اصول قواعد به حساب بیاورد؛ متهم به سوء فهم می کند و حال و روز کسی که مسائل اندکی که عکس این موارد است (مسائل یغتفر فی الابتداء...) را جزء قواعد بر شمرده؛ از او بدتر می داند و سپس خود به ذکر آن موارد اندک می پردازد که این موارد اندک را نیز استثنا از قاعده مشهور «ما منع الدوام منع الابتداء» می داند چرا که در این موارد اندک، آنچه دوام منع شده، ابتدائاً منع نشده است. (همان، ۳۱۶/۱-۳۱۷).

بنابراین طبق این دیدگاه، عبارت مورد بحث، متفرع از قاعده المانع نیست بلکه استثنایی بر آن است و استثنا قاعده نیست.

اما در پاسخ به پرسش دوم اگر برخلاف سُبکی بپذیریم که قاعده المانع یک قاعده واحد ولی در عین حال سه گانه است (نه یک قاعده با دو استثنا) در این صورت چنان که گذشت طبق تقسیم بندی شهید و سیوطی از قاعده المانع، این عبارت و عکسش را تنها می توان از باب ذوق و رزی ادبی و تنوع در تعبیر، مورد توجه قرار داد حال آن که به نظر نمی رسد توجیه عبارت مورد بحث به این شکل، قانع کننده باشد.

اما در مورد مبحث چهارم یعنی صحبت از عبارت مورد نظر در مبحثی مستقل، سه نکته را باید متذکر شد:

نکته اول این که مودای این عبارت، ذیل قاعده اخیر و مبحث فعلی به تفاوت معنای «ما» متفاوت می شود چرا که اگر مراد از «ما» در عبارت مورد بحث «ما یُمنع» (معلوم) باشد این عبارت را چنان که گذشت می توان از منظر قاعده المانع بررسی کرد اما اگر مراد از آن «ما یُمنع» (مجهول) باشد دیگر نمی توان ذیل قاعده المانع آن را به حساب آورد چرا که دیگر مربوط به بحث شرط و فقدان شرط یا مانع نیست به عبارت دیگر اگر مراد، «ما یُمنع» باشد مودای عبارت می شود «آنچه در ابتدا منع می کند (مانع است) در ادامه منع نمی کند (مانع نیست یا مغتفر می شود ادعائاً)» ولی اگر مراد، «ما یُمنع» باشد مودای عبارت می شود «آنچه در ابتدا ممنوع است (حرام است، جائز نیست) حدوث آن، در ادامه ممنوع نیست (حرام نیست یا

مغتنفر می شود حقیقتاً) بقا و دوام آن». حال به نظر می رسد اگر معنا را مانع بگیریم به لزوم مجاز در این عبارت می انجامد چراکه متبادر از اغتفار، عذاب و مواخذه نشدنی است که در ارتباط با نفس حرام و ممنوع، مطرح است نه مانع (یا فقدان شرط).

نکته دوم هم برمی گردد به مطلبی که زرکشی عنوان کرده و به آن در جای خود اشاره کردیم و آن اینست که اگر معنا را به همان معنای حقیقی خود یعنی «ممنوع» لحاظ کنیم دیگر عارض و طاری شدن چیزی دیگر را نتوان در این خصوص دخیل دانست چرا که فرض اینست که نفس فعل حرام، از جهت ابتدا و بقا بدون توجه به عامل خارجی که ممکن است بر آن عارض شود، مورد نظر است. لذا قسم چهارمی که زرکشی ذکر کرده است (ما تحرّم استدأمة و لا یحرّم ابتداء فعله) خلاف فرض است. برای توضیح بیشتر لازم است یکبار دیگر آن چه وی ذکر کرده را مرور کنیم. زرکشی چهار قسم برای افعال نسبت به حرمت ابتدائاً و استدامتاً بیان می کند:

(۱) هم در ابتدا هم استدامه حرام باشد

(۲) نه در ابتدا نه استدامه حرام نباشد

(۳) در ابتدا حرام باشد در استدامه حرام نباشد

(۴) در استدامه حرام باشد در ابتدا حرام نباشد

اما آن چه این فکر را تقویت می کند که وی در قسم چهارم خلاف فرض سخن گفته بررسی قسم دوم است چراکه به نظر می رسد تنها با حفظ شرایط می توان قائل به همچو قسمی شد. فی المثل خوردن و آشامیدن ابتدائاً و استدامتاً حرام نیست لکن در صورتی که شرایط یکسان باشد ولی اگر شرایط تغییر کند (و نپذیریم که فرض جایی است که شرایط یکسان باشد) آنوقت تفاوتی میان قسم دوم و چهارم نخواهد بود چرا که مباحی را نمی یابیم که ابتدا به آن جائز ولی با تغییر برخی شرائط، استدامه آن حرام نشود (در مورد خوردن و آشامیدن مثلاً آغاز ماه رمضان را می توان عنوان کرد).

حال که واضح شد فرض چیست و قسم چهارم از این تقسیم بندی خارج شد می ماند بررسی سه قسم دیگر که به نظر می رسد از آن جا که بحث ما پیرامون تاثیر ابتدا و استدامه است قسم دوم را نیز می توان کنار گذاشت چراکه اولاً ابتدا و استدامه بر آن تاثیری ندارد و در ثانی آنچه به بحث ما (عبارت «یُغْتَفَرُ...» در خصوص ممنوع) مربوط می شود نفس فعل حرام است ابتدائاً، خواه استدامتاً هم حرام باشد یا نه و اگر ابتدائاً حرام نباشد از بحث ما تخصصاً خارج

است.

نکته سوم که از مجموع نکات اول و دوم بر می آید اینست که میان اقسام باقی مانده یعنی قسم اول و سوم، کدام را می توان در تناسب با عبارت «یغفر فی الدوام ما لا یغفر فی الابتداء» قاعده به حساب آورد؟ اگر قسم اول (ما یحرم ابتداء فعله و استدامته) اصل و قاعده باشد آن وقت عبارت «یغفر فی الدوام ما لا یغفر فی الابتداء» قاعده مستقل نه بلکه در نهایت یک استثنا است ولی اگر قسم سوم (ما تحرم ابتداء فعله و لاتحرم استدامته) اصل و قاعده باشد آن وقت عبارت «یغفر فی الدوام ما لا یغفر فی الابتداء» قاعده است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. شاید پس از ذکر دلائل ممکن برای حجیت این قاعده از این منظر، پاسخ این پرسش واضح شود:

بیان ادله

دلیل اول: آیات

۱) «أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَّامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لَبَاسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ...»^۱ (بقره: ۱۸۷)

از این آیه فی الجمله می توان این گونه برداشت کرد که نزدیکی در هر جزئی از اجزای شب حتی جزئی که نزدیک به صبح است جایز است و حتی بقای بر جنابت تا صبح و طلوع فجر ماه رمضان نیز حرام نیست. به این ترتیب، ابتدا و ایجاد جنابت در حال روزه یعنی بعد از طلوع فجر، ممنوع است لکن بقا و تداوم جنابت موجود در حال روزه یعنی بعد از طلوع فجر ممنوع نیست. البته نگارنده قصد ندارد حکم فقهی مستفاد از این آیه را بین مذاهب خمس برسی کند چرا که فقط ذکر دلائل ممکن، منظور است و واضح است که این امکان در خصوص این آیه متصور است. (به طور نمونه ر.ک: کاشانی، بدائع الصنائع، ۹۲/۲؛ ابن قدامه، مغنی، ۷۵/۳؛ شوکانی، نیل الاوطار، ۲۹۱/۴).

^۱ - در شبهای روزه، هم خوابگی با زنان با شما حلال گردیده است. آنان برای شما لباسی هستند و شما برای آنان لباسی هستید. خدا می دانست که شما با خودتان ناراستی می کردید، پس توبه شما را پذیرفت و از شما درگذشت. پس، اکنون [در شبهای ماه رمضان می توانید] با آنان هم خوابگی کنید، و آنچه را خدا برای شما مقرر داشته طلب کنید. و بخورید و بیاشامید تا رشته سپید بامداد از رشته سیاه [شب] بر شما نمودار شود... (ترجمه: فولادوند)

(۲) آیه «وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...»^۲ (نسا: ۶)

از این آیه نیز فی الجمله می توان این گونه برداشت کرد که ابتدا به دفع مال به وی در حال فسق، ممنوع است اما بقا و دوام مال داده شده نزد وی در حال فسق، ممنوع نیست. (به طور نمونه ر.ک: سرخسی، المبسوط، ۱۷۹/۲۴).

دلیل دوم: روایات

(۱) حدیث عایشه: «كُنْتُ أَطِيبُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ (آله) وَ سَلَّمَ لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ أَنْ يَحْرِمَ. وَلِحَلِّهِ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ بِالْبَيْتِ طِيبٍ فِيهِ مِسْكٌ...»^۳.
به این حدیث در تلقیح الافهام العلیه بشرح قواعد الفقهیه (ولید السعیدان، ۴۶/۳) و قواعد الفقهیه بین الاصله والتوجیه (محمد حسن عبدالغفار، ۹/۱۵) به عنوان دلیل قاعده «یغترف فی الدوام ما لا یغترف فی الابتداء» اشاره شده است به این مضمون که ابتدا به عطرزدن در حال احرام، حرام است لکن بقا و دوام عطر در حال احرام، حرام نیست و شستن آن نیز واجب نیست. نووی ذیل این روایت می نویسد که حتی دلالت بر استحباب طیب هنگام اراده به احرام دارد و این که بعد از احرام، استدامه (رایحه) آن اشکال ندارد چرا که فقط ابتدا به طیب در حال احرام، حرام است. (شرح مسلم، ۹۸/۸). ابن حجر نیز آن را نظر جمهور فقهای اهل سنت می داند. (فتح الباری، ۳۱۶/۳). این روایت و روایات مشابه که بسیار متعدد نیز هستند (بالغ بر ۲۰ روایت) را می توان در این منابع یافت: (صحیح بخاری، ۶۰/۷؛ صحیح مسلم، ۱۰/۴؛ نسائی، سنن الکبری، ۳۳۸/۲؛ مسند احمد، ۱۸۶/۶؛ ابن حجر، فتح الباری، ۳۱۳/۱۰).

(۲) حدیث عبدالرحمن بن عوف در مورد طاعون: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدُمُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا، فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ»^۴.
ولید السعیدان به این روایت نیز در تطبیقات قاعده «یغترف فی البقاء ما لا یغترف فی الابتداء» اشاره می کند به این مضمون که اگر در سرزمینی طاعون پیدا کند فردی که داخل این سرزمین است اگر خارج نشود با این که گمان هلاکت او نیز می رود قاتل خویش و مصداق

^۲ - و یتیمان را بیازماید تا وقتی به [سن] زناشویی برسند پس اگر در ایشان رشد [فکری] یافتید، اموالشان را به آنان رد کنید... (ترجمه: فولادوند)

^۳ - عایشه: «رسول خدا را قبل از اینکه مُحَرَّم شود و قبل از اینکه از احرام خارج شود (بعد از رمی جمره عقبه و قبل از طواف) (با مشک) عطرآگین می کردم...».

^۴ - اگر شنیدید که طاعون در سرزمینی شیوع یافته به سمت آن نشتابید و اگر در سرزمینی که شما در آنید واقع شد، از آنجا برای فرار از (شر) طاعون خارج نشوید.

کسی که خود را به هلاکت انداخته، شمرده نمی‌شود اما کسی که خارج از آن سرزمین است ابتدای ورودش به آنجا جایز نیست چرا که حرام است انسان خود را به هلاکت بیندازد درحالی که مأمور به محافظت بر جان خویش است پس ابتدای ورود به آنجا حرام ولی بقا و ماندن در آن سرزمین حرام نیست. (تلقیح الافهام العلیه، ۴۹/۳).

این روایت و روایات متعدد مشابه را می‌توان در این منابع یافت: (صحیح بخاری، ۲۲/۷؛ صحیح مسلم، ۲۷/۷؛ مسند احمد، ۱۹۳/۱).

دلیل سوم: عقل

برخی به قاعده «البقاء اسهل من الابتداء» و اقوایت دوام نسبت به ابتدا تمسک کرده‌اند (زرqa، شرح القواعد الفقهیه، ۲۹۳/۱؛ سعیدان، تلقیح الافهام العلیه، ۴۶/۳؛ عبدالغفار، قواعد الفقهیه بین الاصله والتوجیه، ۹/۱۵؛ حواشی شروانی، ۲۵۵/۱؛ شربینی، مغنی المحتاج، ۱۸۶/۳)؛ و برخی دیگر که اغلب فقهای امامیه هستند در خصوص ملازمه عقلی به نفی آن پرداخته‌اند و گویا بیشتر این مباحث، ذیل بحث «عمل صور و نگهداری تصاویر» مطرح شده است به این مضمون که هرچند عمل صور، حرام است لکن بقا و دوام صور، حرام نیست. صاحب مفتاح الکرامه می‌نویسد: «مستفاد از اخبار صحیحه و اقوال اصحاب، عدم حرمت ابقای صورت است». (عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۱۰/۶). هرچند وی به اخبار صحیحه تمسک می‌کند ولی اخبار در این خصوص، متعدد و متعارض است و فقهای پس از او برای استدلال به عدم حرمت ابقای صورت، نفی ملازمه عقلی را بیشتر مستند قرار داده‌اند. محقق نراقی در پاسخ به این پرسش که «آیا حرام است ابقای آنچه عملش حرام است (تا ازاله آن واجب شود) یا نه؟» می‌نویسد: «ظاهر این است که حرام نیست خصوصا در مواردی که ازاله موجب ضرر می‌شود بدلیل اصل و اینکه حرمت عمل مستلزم حرمت ابقا نیست». (مستندالشیعه، ۱۱۰/۱۴).

صاحب‌جواهر نیز ادعای اجماع بر عدم حرمت ابقای صور را ممکن می‌داند. (۴۴/۲۲). اما شیخ انصاری در مکاسب می‌نویسد: «آنچه ممنوع است ایجاد صورت است ولی وجود آن مبعوض نیست تا رفعش واجب باشد. بلکه گاهی ملازمه از سیاق دلیل یا از خارج فهمیده می‌شود مثل حرمت ایجاد نجاست در مسجد که مستلزم مبعوضیت وجود نجاست در آنجا و مستلزم وجوب رفع آن است». (۱۹۳/۱). صاحب‌عروه نیز صراحتاً اعلام می‌کند: «پرواضح است که بین حرمت فعل و حرمت ابقا ملازمه وجود ندارد» (حاشیه‌المکاسب، ۱۷/۱).

خوبی به شکل نسبتاً مبسوطی به این مطلب می‌پردازد و می‌نویسد: «بدیهی است که بین حدوث و بقا، نه حکما و نه موضوعاً ملازمه وجود ندارد؛ بنابراین آنچه بر حرمت ایجاد، دلالت می‌کند دیگر بر حرمت وجود بقا دلالتی ندارد خواه از فاعل، عصیانا صادر شود یا نسیانا و غفلتا مگر این که بر وجود ملازمه، قرینه اقامه شود مثل دلالت حرمت تنجیس مسجد بر وجوب ازاله نجاست از آن، اما چه بسا گاهی ابقای نتیجه حتی در صورت حرام بودن فعل، واجب شود کما این که اگر قرآن بر کاغذ مغضوب یا با قلم مغضوب نوشته شود یا عبد بدون اذن مولایش آن را بنویسد یا مسجدی بنا کند، یا تولد کسی از طریق زنا (ایجاد ولد از طریق زنا حرام است اما بقای مولود زنا حرام نیست بلکه واجب است)؛ و اگر اشکال شود که نهی از ایجاد، کاشف از میغوضیت وجود مستمر در طول زمان است مثل نهی از فروش عبد مسلمان به کافر حدوثاً که کاشف از حرمت ملکیت عبد برای کافر است بقا. در پاسخ باید گفت نهی از فروش عبد مسلمان به کافر اگر تمام باشد دلالت می‌کند بر وجوب ازاله علاقه و ارتباط کافر از عبد مسلمان و در آن، بین حدوث و بقا فرقی نیست به خلاف مانحن فیه زیرا فهمیدی که مجرد وجود دلیل بر حرمت ایجاد، دلالت بر حرمت ابقا نمی‌کند مگر این که همراه با قرائن مذکور باشد». (مصباح الفقاهه، ۳۷۳/۱).

نتیجه‌گیری

حال پس از ذکر آنچه ظاهراً می‌تواند دلایل قاعده مذکور باشد به نظر می‌رسد شاید بتوان در پاسخ به پرسش آغازین (ذیل نکته سوم) و نتیجه بحث این گونه گفت که قاعده اینست که آنچه در ابتدا حرام است، بقا و دوام آن حرام نیست مگر اینکه قرینه یا دلیل خاصی باشد که خلاف آن را ثابت کند تا آنچه حرام است ابتدائاً، استدامتاً نیز حرام باشد؛ و اگر تحلیل این عبارت و تطبیق آن بر بحث فعلی درست باشد می‌توان گفت عبارت مورد بحث یعنی «یُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ» نیز قاعده‌ای مستقل (از قواعد سه گانه «الدفع اقوی من الرفع»، «التابع تابع» و «المانع طاری») است و در این صورت خلاف آن یعنی موارد «ما لا یغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ وَ الدَّوَامِ» استثناء بر این قاعده خواهد بود.

منابع

قرآن کریم

١٤٨	مطالعات اسلامی-فقہ و اصول	شماره ١٠٢
	انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب ، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ١٤٢٠ ق.	
	ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، فتح الباری ، بیروت، دارالمعرفه للطباعة و النشر، بی تا.	
	ابن حنبل، احمد بن محمد، مسند الامام احمد بن حنبل ، بیروت، دارصادر، بی تا.	
	ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی ، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.	
	ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، الاشباه والنظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان ، بیروت، دارالکتب العلمیه، ١٤١٩ ق.	
	بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری ، استانبول، دارالفکر للطباعة و النشر، ١٤٠١ ق.	
	حموی، احمد بن محمد، غمز عیون البصائر فی شرح الاشباه والنظائر ، بیروت، دارالکتب العلمیه، ١٤٠٥ ق.	
	خطیب شربینی، محمد بن احمد، معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج ، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ١٣٧٧ ق.	
	خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه ، قم، انتشارات داوری، ١٣٧٧.	
	زرقا، مصطفی احمد، شرح القواعد الفقہیہ ، دمشق، دارالقلم، ١٤٠٩ ق.	
	زركشي، محمد بن بهادر، المشور فی القواعد ، کویت، وزاره اوقاف الكويتیه، ١٤٠٥ ق.	
	سُبکی، عبدالوہاب بن علی، الاشباه والنظائر ، بیروت، دارالکتب العلمیه، ١٤١١ ق.	
	سعیدان، ولید بن راشد، تلقیح الافہام العلیہ بشرح القواعد الفقہیہ ، الموقع الرسمي للمکتبة الشاملہ.	
	سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، الاشباه والنظائر ، بیروت، دارالکتب العلمیه، ١٤١١ ق.	
	شروانی، عبدالحمید، حواشی الشروانی ، عبدالحمید شروانی و قاسم عبادی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.	
	شمس الانمہ سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط ، بیروت، دارالمعرفه للطباعة و النشر، ١٤٠٦ ق.	
	شوکانی، محمد، نیل الاوطار ، بیروت، دارالجلیل، ١٩٧٣ م.	
	شہید اول، محمد بن مکی، القواعد والفوائد ، قم، منشورات مکتبۃ المفید، بی تا.	
	صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام ، طهران، دارالکتب الاسلامیہ، ١٣٦٧.	
	عاملی غروی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامۃ فی شرح قواعد العلامہ ، قم، موسسه نشر اسلامی، ١٤١٩ ق.	
	عبدالغفار، محمدحسن، القواعد الفقہیہ بین الاصلۃ والتوجیہ ، الموقع الرسمي للمکتبۃ الشاملہ.	
	علا الدین کاسانی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع ، پاکستان، مکتبۃ الحبیبیہ، ١٤٠٩ ق.	

فادانی، محمد یاسین بن عیسی، *الفوائد الجنية حاشية مواهب السنية شرح الفرائد البهية فی نظم القواعد الفقهية*، بیروت، دارالبشائر الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

مسلم بن حجاج، *المسند الصحيح*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.

نسائی، احمد بن علی، *السنن الکبری*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ق.
نووی، یحیی بن شرف، *صحيح المسلم بشرح النووی*، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۷ ق.
یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشية المكاسب*، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹۴، ص ۱۶۷-۱۵۱

وفای به وعده، واجب یا مستحب؟*

دکتر علی اکبر کلانتری
دانشیار دانشگاه شیراز
Email: AAK1341@gmail.com

چکیده

از نگاه مشهور، وفای به وعده مستحب است و دلیل بر آن، به حسب ظاهر، افزون بر اجماع، برخی از روایات است و این در حالی است که همه این دلیل‌ها، مخدوش و غیر قابل استناد به نظر می‌رسد. در مقابل، به روایات و قرائن فراوانی برمی‌خوریم که مفاد آن‌ها، وجوب وفا به وعده است.

کلیدواژه‌ها: وعده، وفای به وعده، خلف وعده، قول مشهور.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۲/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۹/۰۹.

مقدمه

از احکام فقهی مشهور، «واجب نبودن وفا به وعده» است. هیچ یک از فقهای پیشین و پسین، این موضوع را به طور مستقل - هرچند در حد یک مقاله - بررسی نکرده‌اند. با این که نمی‌توان در اهمیت آن تردید نمود زیرا از یک سو، پذیرش این حکم، برای کسانی که اسلام را دین اخلاق و کرامت و در تنافی با تجویز خلف وعده می‌دانند، مشکل است و از سوی دیگر، آثار و پیامدهایی در ابواب گوناگون فقه بر آن مترتب می‌شود که بر کسی پوشیده نیست.

فقه‌ها، گاه در خلال برخی مباحث و به طور موردی به این حکم اشاره کرده‌اند و گاه به مشهور بودن آن تصریح نموده‌اند.

شیخ مفید (م ۴۱۳ ق) در پاسخ این مسأله که اگر مردی، به زن خود بگوید: «أنت طالق یا مطلقه لأطلقنک» حکمش چیست؟ می‌گوید: به موجب جمله «انت طالق» یک طلاق واقع می‌شود اما جمله «لأطلقنک» وعده‌ای است از ناحیه شوهر، ممکن است بدان وفا کند، ممکن است وفا نکند. (مفید، ۶۲ - ۶۱)

مقصود وی آن است که چون جمله مزبور در قالب وعده است، و وعده واجب الوفا نیست، به عنوان طلاق دوم محسوب نمی‌شود.

شیخ طوسی (م ۴۶۰ ق) ضمن یکی از مباحث بیع می‌نویسد: اگر فروشنده بگوید: «برده‌ام را می‌فروشم به تو هزار [درهم] بر این اساس که تو، برده‌ات را بفروشی به من به پانصد [درهم]» این معامله باطل است زیرا جمله «بر این اساس که» وعده‌ای است از طرف مالک برده و او در وفا کردن و وفا نکردن بدان مخیر است و ... (طوسی، المبسوط، ۳ / ۲۱۱)

محقق حلی (م ۶۷۶ ق) می‌نویسد: «لو قال [عبد] للمشتري: «اشترني و لك علي كذا، لم يلزمه و ان اشتراه. اگر [برده‌ای] به شخص خریدار بگوید: مرا خریداری کن و برای تو، بر عهده من فلان چیز باشد، انجام آن تعهد بر او لازم نخواهد شد هرچند آن شخص، او را بخرد.» (محقق حلی، ۲ / ۲۱۴)

یکی از محققان معاصر، در حاشیه بر این عبارت نوشته است: «لانه وعد و لا يجب الوفاء به علی المشهور، چون این سخن برده، نوعی وعده دادن است و وفا به وعده از نظر مشهور، واجب نیست.» (همان)

علامه حلی (م ۷۲۶ ق) نیز در مبحث بیع سخنی دارد مشابه سخنی که از شیخ نقل نمودیم

(علّامه حلّی، مختلف الشیعه، ۶/ ۱۹۶) وی، در جایی دیگر از مبحث بیع، به این نکته اشاره می‌کند که چنان چه وقت پرداخت ثمن فرا رسد ولی فروشنده وقت آن را تمدید کند، این کار برای او لازم العمل نخواهد بود و در تعلیل آن می‌نویسد: «اذ الوعد غیر موجب، وعده، الزام‌آور نیست.» (علّامه حلّی، تذکرة الفقهاء، ۱۰/ ۲۵۸)

محقق کرکی (م ۹۴۰ ق) در مبحث قرض، پس از این عبارت علامه که می‌گوید: «و لو قال أقرضتک بشرط أن أقرضک غیره صح، و لا یجب الوعد» می‌نویسد: این مسأله در گذشته مطرح شد و شاید علامه، آن را به این منظور تکرار کرده باشد که بگوید عمل به شرط واجب نیست چون وعده است. (محقق کرکی، ۵/ ۲۳)

شهید ثانی (م ۹۶۶ ق) نیز در همین مبحث پس از طرح این فرض که «قرض دهنده، طلب خود را در وقت مقرر دریافت نکند و بگوید آن را وقت دیگری می‌گیرم» می‌گوید: این کار بر او لازم نیست و در بیان علت آن می‌نویسد: «هو وعد يستحبّ الوفاء به، این سخن، وعده و وفای به آن مستحب است.» (شهید ثانی، ۳/ ۴۵۶)

محقق اردبیلی (م ۹۹۳ ق) پس از اشاره به فرض مزبور در کتاب دین، می‌نویسد: «وعد يستحبّ الوفاء به و لا کلام فی ذلک عندهم.» (اردبیلی، ۹/ ۸۰) که عبارت «لا کلام فی ذلک عندهم» نشان می‌دهد، لازم الوفاء نبودن وعده، مورد اتفاق فقها است. وی همین نکته را در مبحث اقرار، این گونه ابراز می‌دارد: «لم یقل الاصحاح بوجوب الايفاء بالوعد علی ما یظهر، آن گونه که از [عبارت‌های] فقها آشکار می‌گردد، آنان، قائل به وجوب وفا به وعده نیستند.» (همان، ۴۰۷)

همین مضمون و رویکرد، در عبارت‌های صاحب کشف اللثام، صاحب ریاض و صاحب جواهر نیز به چشم می‌خورد. (ر.ک: فاضل هندی، ۷/ ۵۹۰؛ طباطبایی، ۸/ ۴۸۶؛ نجفی، ۲۵/ ۲۴؛ نیز ر.ک: فیض کاشانی، ۲۲۳). امر مهم در این باب، پیش از هر چیز، ریشه‌یابی خاستگاه قول مشهور و بررسی اموری است که می‌تواند دست‌مایه این قول باشد.

ولی به نظر می‌رسد پیش از ورود در این بحث، بیان دو نکته، ضروری است.

نکته نخست: واژه و اصطلاح «وعده» با دو واژه دیگر یعنی «عهد» و «ميثاق» نزدیک به نظر می‌رسد، از این رو جهت تنقیح محل بحث، توضیح این دو واژه نیز لازم است.

راغب، در بیان معنی «عهد» می‌نویسد: «العهد حفظ الشئ و مراعاته حالاً بعد حال» عهد عبارت است از نگهداری شئی و مراعات کردن پی در پی آن (ص ۵۹۱، مادة عهد) وی،

می‌افزاید: «سُمِّيَ المَوْثِقُ الذی یلزم مراعاته عهدا». به پیمانی که لازم مراعات است، عهد گفته می‌شود. (همان) دیگر واژه شناسان، از پیمان، توصیه، فرمان، ذمه، قسم و نذر نیز به عنوان معانی عهد، سخن به میان آورده‌اند. (ر.ک: ابن منظور، ۴۴۸/۹؛ فیروزآبادی، ۶۰۹/۱؛ طریحی، ۱۱۴/۳؛ قرشی، ۵۹/۵)

ولی به نظر می‌رسد، معنای اصلی عهد همان «حفظ و مراعات نمودن پیوسته یک شیء» است که از راغب نقل نمودیم و همه این امور، از مصادیق عهد است و چنان که برخی از ایشان نیز یادآور شده‌اند امور مزبور بدین سبب به این عنوان نامیده شده‌اند که نگهداری و رعایت آن‌ها، لازم و ضروری است.

برای نمونه، مقصود از «عهدنا» در آیه شریفه «وَعَهْدُنَا إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ أَنْ طَهِّرَا بَيْتِيَ لِلطَّائِفِينَ...» (بقره: ۱۲۵) «امر کردیم و دستور دادیم» است ولی چون این دستور، اکید و لازم الرعایه است، از آن به عهدنا تعبیر شده. نیز برای نمونه، منظور از «عهد» در آیه شریفه «أَعْهَدُ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ...» (نحل: ۱۹)، «توصیه» است و به علت لازم الرعایه بودن آن، این گونه تعبیر شده.

چنان که می‌توان گفت مقصود از «عهد الله» در آیه «وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ...» (نحل: ۹۱) سوگندی است که شخص بر خود لازم می‌کند و چون یک طرف این پیمان و سوگند خدا است از آن، به عهد الله تعبیر گردیده و آنچه این برداشت را تأیید می‌کند ذیل همین آیه است که می‌فرماید: «...وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا...» «سوگندهایی را که محکم و استوار نموده‌اید مشکنید!»

به هر حال با توجه به آن چه گفتیم و نیز با عنایت به تعبیرات و تأکیداتی که در قرآن پیرامون عهد و پیمان به کار رفته، تردیدی در وجوب وفا به آن نیست، هیچ یک از عالمان نیز سخن از استحباب آن به میان نیاورده‌اند. از جمله این تأکیدات است آیه شریفه «...وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» (اسراء: ۳۴) «به عهد وفا نمایند زیرا [عمل و وفای به] عهد مورد سؤال است.» و نیز آیه شریفه «وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ...» (نحل: ۹۱) که البته در مورد عهد و پیمان با خداست.

و اما «میثاق» در اصل از «وَتَقَ» به معنای «اعتماد نمود» می‌باشد چنان که «تَقَه» به معنای شخص مورد وثوق و قابل اطمینان است و بسیاری از واژه شناسان، میثاق را به «پیمان مستحکم و مؤکد» معنا کرده‌اند. (ر.ک: راغب، فیروزآبادی، ۴۱۶/۳؛ طریحی، ۲۴۳/۵)

باید گفت برخی از واژه‌های هم ریشه این کلمه و شماری از آیات قرآنی، نیز تایید کننده همین معنا است. کلمه «وثیق» به معنای «شیء محکم» «وثاق» به معنای «ریسمان یا هر چیزی که با آن چیز دیگری را می‌بندند». از جمله این واژه‌ها است و نیز می‌توان از واژه «موثق» یاد کرد که آن را همانند میثاق، به معنای «پیمان» و «پیمان محکم» گرفته‌اند. (ر.ک: ابن منظور، ۱۵/ ۲۱۲) و در قرآن کریم به نقل از یعقوب (ع) می‌خوانیم که به فرزندان خود گفت: «لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ» (یوسف: ۶۶) «یوسف را [همراه شما] نمی‌فرستم مگر این که پیمان محکمی از خدا بدهید».

و نیز می‌خوانیم: «لَقَدْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ...» (بقره: ۸۳) طریحی در ذیل این آیه می‌نویسد: «ای عهدهم المؤکد بالیمین»، مقصود از میثاق بنی اسرائیل، عهد مؤکد همراه با قسم ایشان است.

با این توضیح روشن می‌شود میثاق و موثق از مصادیق عهد و نوعی خاص از پیمان، یعنی پیمان مستحکم می‌باشد بنابراین تمامی دلیل‌های وجوب وفا به عهد، به گونه روشن‌تر بر وجوب وفا و عمل نمودن به پیمان نیز دلالت دارند و بنابراین، اصطلاح «میثاق» و معادل فارسی آن «پیمان» از محل بحث این مقاله بیرون است. و بر این اساس، تمرکز این مقاله تنها بر «وعده» و تبیین حکم آن خواهد بود.

نکته دوم: ممکن است پرسیده شود در مسأله «وفای به وعده»، آیا حکم تکلیفی آن مورد بحث است یا حکم وضعی آن و یا هر دو و آیا بهتر نیست به تفکیک در این مورد بحث شود؟ باید گفت عبارت‌های عالمان فقه و اصول در تعریف حکم تکلیفی و وضعی، تا حدودی مختلف است. به نظر می‌رسد بهترین بیان در این زمینه، سخن محقق نائینی است که ضمن یکی از مباحث اصولی خود می‌گوید: «المراد من الاحکام التکلیفیه هی المجعلولات الشرعیة التي تتعلق بافعال العباد اولاً و بالذات بلاواسطه و هی تنحصر بالخمس، اربعة منها تقتضی البعث والزجر و هی الوجوب والحرمة والاستحباب والکراهة، و واحده منها تقتضی التخییر و هی الاباحة. و اما الاحکام الوضعیه، فهی المجعلولات الشرعیة التي لا تتضمن البعث و الزجر ولا تتعلق بالافعال ابتداء اولاً و بالذات و ان کان لها نحو تعلّق بها ولو باعتبار ما يستتبعها من الاحکام التکلیفیه». احکام تکلیفی، آن دسته از مجعولات شرعی است که اولاً و بالذات و بدون واسطه به افعال بندگان تعلق می‌گیرد و این احکام، منحصر در پنج حکم است که چهارتای آن‌ها، اقتضای برانگیختن و بازداشتن دارند و آن‌ها عبارت‌اند از: وجوب، حرمت، استحباب و

کراهت، و یکی از آن‌ها [اباحه]، اقتضای تخییر دارد. ولی احکام وضعی به آن دسته از مجعولات شرعی اطلاق می‌شوند که متضمن برانگیختن و بازداشتن نیستند و اولاً و بالذات، به افعال بندگان تعلق نمی‌گیرند، گرچه به اعتبار این که این احکام، به دنبال احکام تکلیفی می‌آیند، به نحوی به افعال بندگان تعلق می‌گیرند. (نائینی، ۴ / ۳۸۴)

مثالی که می‌توان با توجه به این عبارت، برای حکم وضعی آورد، شرطیت طهارت برای نماز است که در وهله نخست و بالذات، تعلق به کار مکلف ندارد، آنچه به طور مستقیم به آن تعلق دارد حکم تکلیفی شارع به تحصیل طهارت برای انجام نماز است که از آن، شرطیت انتزاع می‌شود.

باید گفت براساس این ضابطه و نیز با عنایت به عبارت‌های فقها در پیوند با حکم وفای به وعده، تردیدی باقی نمی‌ماند که مقصود ایشان از این حکم، نوع تکلیفی آن است چرا که تعبیری مانند «یستحب» در عبارت محقق اردبیلی (۸۰/۹) و «لایجب» در عبارت محقق کرکی (۲۳/۵) و تعبیرهای مشابه در کلمات فاضل هندی (۷/۵۹۰) صاحب ریاض (طباطبایی، ۸/ ۴۸۶) و صاحب جواهر (نجفی، ۲۴/۲۵) صریح در این معنا است.

قرینه دیگر بر این برداشت روایتی است از امام صادق (ع) که به زودی از آن به عنوان مهم‌ترین دلیل قائلان به عدم وجوب وفا به وعده یاد خواهیم نمود.

در این روایت، از گناه نبودن وعده دروغین مرد به همسرش و این که مرد، از این بابت مورد بازخواست قرار نمی‌گیرد. (چنان که بابت دروغ در میدان جنگ و نیز دروغ به منظور اصلاح ذات بین، بازخواست نمی‌شود) سخن به میان آمده و چنان که روشن است این گونه تعبیرها، جز در حکم تکلیفی ظهور ندارد.

بنابراین طبیعی است محور این مقاله و سمت و سوی آن تبیین حکم تکلیفی وفای به وعده باشد هر چند بتوان در برخی فرض‌ها، از این حکم، حکم وضعی نیز انتزاع نمود. پس از بیان این دو نکته به بررسی اموری می‌پردازیم که می‌تواند دست مایه قول مشهور باشد.

دست‌مایه‌های قول مشهور

بررسی عبارت‌های فقها در مباحث گوناگون نشان می‌دهد آن چه می‌تواند سند و دست‌مایه ایشان در این حکم باشد، امور ذیل است:

۱ - اجماع

بنا بر نقل صاحب حدائق، محقق اردبیلی گفته است: «لو لا خوف خرق الاجماع لكان القول بوجوب الايفاء متوجها. اگر ترس از شکستن اجماع نبود، قول به وجوب وفاء به وعده درست به نظر می‌رسید.» (بحرانی، ۲۰ / ۳۳۲)

این عبارت نشان می‌دهد، مرحوم اردبیلی، بی‌تمایل به مخالفت با قول مشهور نبوده، ولی اجماع را مانع خود می‌دیده است.

از عبارت صاحب جواهر نیز به نحوی بوی وفاق به مشام می‌رسد، وی می‌نویسد: «الاصحاب لم يقولوا بوجوب الوفاء بالوعد علی ما يظهر، آن‌گونه که از [عبارت‌های] فقهای شیعه ظاهر می‌شود، ایشان قائل به وجوب وفا به وعده نیستند.» (نجفی، ۳۵ / ۶)

شاید بتوان ریشه و اصل در این ادعای اجماع را سید مرتضی دانست، زیرا به گفته صاحب نه‌ایة المرام، وی در باب نذر گفته است: «أجمع العلماءُ كَافَّةً عَلَى انْعِقَادِ النَّذْرِ مَعَ الشَّرْطِ ... وَ إِنَّمَا الْكَلَامُ فِي انْعِقَادِ النَّذْرِ التَّبَرُّعُ، وَ هُوَ الْخَالِي عَنْ الشَّرْطِ، فَقَالَ السَّيِّدُ الْمُرْتَضَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِنَّهُ غَيْرُ مَنْعَقَدٍ وَ احْتِجَّ عَلَيْهِ بِاجْمَاعِ الطَّائِفَةِ وَ بِمَا نَقَلَ عَنْ ثَعْلَبَانَ النَّذْرُ عِنْدَ الْعَرَبِ وَعَدٌ.» (عاملی، ۲ / ۳۴۹)

مفاد سخن فوق آن است که نذر، بر دو قسم است، نذر مشروط به این صورت که مثلاً نذرکننده بگوید: «برای خدا بر من است که اگر بیماری‌ام بهبودی یابد، فلان روز، روزه بگیرم.» این نذر صحیح است و باید بدان عمل کرد. قسم دوم، نذر غیرمشروط [تبرعی] به این صورت که مثلاً نذرکننده بگوید: «برای خدا بر من است که فلان روز، روزه بگیرم.»

به گفته سید، قسم دوم نذر، منعقد نمی‌شود و بنا بر اجماع شیعه، عمل بدان واجب نیست. البته این گفتار در مورد نذر و در وهله نخست، بی‌ارتباط با مسأله وعده است ولی با توجه به این که سید، در پایان سخن، با بهره‌گیری از مطلب منقول از ثعلب، نذر [یا دست کم نذر تبرعی] را از نظر عرب، همان وعده می‌داند، می‌توان ادعای اجماع او را شامل وعده نیز دانست.

۲ - از برخی عبارت‌های صاحب جواهر در مبحث اقرار به دست می‌آید از نگاه وی، وعده نوعی اخبار است نه انشاء؛ بنابراین مشمول دلیل‌هایی مانند اوقوا بالعقود نخواهد بود. (ر.ک: نجفی، ۳۵ / ۶)

به نظر می‌رسد عبارت زیر از وحید بهبهانی در تعلیل عدم وجوب وفا به وعده نیز اشاره به

همین استدلال است: «لأن كل شرط و وعد يتحقق من المسلم لا يجب عليه الوفاء ولا يتسلط على الاخذ منه آخذ ما لم يقع في ضمن عقد لازم. زیرا هر شرط و وعده‌ای که از شخص مسلمان به وقوع پیوندد، تا آن‌گاه که در ضمن عقدی لازم واقع نشود، وفا نمودن به آن بر او واجب نیست و هیچ گیرنده‌ای بر گرفتن آن، مسلط نخواهد بود.» (وحید بهبهانی، ۱۸۷)

نیز عبارت زیر از صاحب ریاض در استدلال بر واجب نبودن وفا به وعده در یکی از مباحث قرض: «اذ ليس ذلك بعقد يجب الوفاء به، زیرا وعده، عقدی نیست که وفای به آن واجب باشد.» (طباطبایی، ۸/ ۴۸۶)

۳ - گاه در برخی عبارتها، سخن از «اصل» به میان آمده است. (ر.ک: فیض کاشانی، ۲۲۳) و به نظر می‌رسد تنها اصل عملی که در این جا متصور است، اصل برائت یعنی برائت ذمه وعده‌دهنده از وجوب وفا است.

۴ - و گاه به این سخن از پیامبر اکرم (ص) استناد شده است که فرمود: «إذا وعد الرجل أخاه و في نيته أن يفي فلم يجد فلا اثم عليه.» (ر.ک: فیض کاشانی، ۲۲۳)

۵ - به نظر می‌رسد، مهم‌ترین دلیل این قول، روایتی است که آن را مرحوم کلینی از امام صادق (ع) نقل می‌کند، سند و متن روایت چنین است: «عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن صفوان عن ابي مخلد السراج عن عيسى بن حسان قال: سمعت ابا عبد الله (ع) يقول: كل كذب مسؤول عنه صاحبه يوماً الا كذباً في ثلاثة رجل كاذب في حربه فهو موضوع عنه أو رجل أصلح بين اثنين يلقى هذا بغير ما يلقى به هذا يريد بذلك الإصلاح ما بينهما أو رجل وعده أهله شيئاً و هو لا يريد أن يتم لهم.» (حرّ عاملی، ۱۲/ ۲۵۳)

«از امام صادق (ع) شنیدم می‌فرمود: هر دروغی، باید گوینده آن، روزی پاسخ‌گوی آن باشد، مگر در سه مورد: مردی که هنگام جنگ فریب‌کاری کند، گناه این کار از او برداشته شده، یا مردی که به انگیزه اصلاح بین دو نفر، با آن دو دیداری دوگانه دارد یا مردی که به خانواده‌اش وعده چیزی دهد ولی در پی انجام آن نباشد.»

نیز در همین زمینه روایت ذیل با سند و نقل شیخ صدوق، قابل توجه است: «محمد بن علی بن الحسین باسناده عن حماد بن عمرو و انس بن محمد عن ابيه جميعاً عن جعفر بن محمد عن آبائه في وصية النبي (ص) لعلي (ع) قال: يا علي! ان الله أحب الكذب في الصلح و أبغض الصدق في الفساد ... يا علي! ثلاث يحسن فيهن الكذب: المكيدة في الحرب و عدتك زوجتك و الإصلاح بين الناس.» (حرّ عاملی، ۱۲/ ۲۵۲)

«پیامبر (ص) در سفارش‌های خود به علی (ع) فرمود: ای علی! خداوند، دروغ گفتن در راه صلاح را دوست و راستگویی در مسیر فساد را مبعوض می‌دارد ... ای علی! در سه مورد، دروغ گفتن نیکو است: حيله‌گری در جنگ، وعده دادن به همسرت و اصلاح میان مردم.»

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد تمامی آن‌چه گذشت، با اشکالات جدی مواجه است و نمی‌توان به هیچ یک از آن‌ها به عنوان دلیل، تکیه کرد. و اما نخستین دلیل که چیزی جز اجماع منقول نیست، صرف‌نظر از این که حجت بودن آن از نگاه بسیاری مورد قبول نیست، اصل تحقق آن نیز مورد درنگ است زیرا علی‌رغم تتبع گسترده‌ای که انجام شد، در عبارت‌های هیچ یک از متقدمان جز سید مرتضی یافت نشد آن هم چنان که دیدیم در ارتباط با مسأله نذر و با ارتباط اندک با مسأله وعده.

صاحب ریاض، اصل تحقق این اجماع را مخدوش می‌داند و می‌نویسد: «عدم وجود مفت بما ذکرة سوی ابن‌زهره، فکیف یکون دعوی مثل هذا الاجماع مسموعه. کسی، به آن چه سید مرتضی گفته، جز ابن‌زهره فتوا نداده، پس چگونه ادعای چنین اجماعی، پذیرفتنی است؟!» (طباطبایی، ۸/ ۴۸۴) باید گفت این اجماع، حتی بر فرض تحقق نیز غیرقابل استناد است، چون به احتمال قوی، منشأ آن، روایات پیش‌گفته است که در جای خود بررسی خواهند شد و چنان‌که می‌دانیم، اجماع محتمل المدرك، به عنوان دلیل مستقل، قابل استناد نیست.

و اما استدلال دوم مبنی بر این که وعده دادن، نوعی اخبار است نه انشاء، با این ابهام و پرسش روبرو است که تفاوت این جمله وعده‌دهنده که به کسی بگوید: «وَعَدْتُکَ بِکَذَا» با جملات دیگری که در مقام انشاء بیع، هبه، نکاح و مانند آن به کار می‌برد و می‌گوید: «بعتک کذا»، «وهبتک کذا»، «أنکحتک ...» چیست؟

اگر خبری بودن ظاهر آن جمله، در تنافی با انشائی بودن آن است، همین اشکال به صیغه‌های بیع، هبه و نکاح و مانند آن نیز وارد است و حال آن که کسی در این موارد اشکال ننموده است. به نظر می‌رسد آن‌چه موجب انشائی یا اخباری شدن تعبیرات می‌گردد، چیزی جز قصد متکلم نیست و نباید از این جهت میان صیغه وعده و غیر آن فرق نهاد.

و اما تمسک به اصل براءت، آن‌گاه صحیح است که دست ما از دلیل اجتهادی بر وجوب وفا خالی باشد و ما در جای خود به دلیل‌هایی روشن در این زمینه اشاره خواهیم نمود.

و اما حدیث «إِذَا وَعَدَ الرَّجُلُ أَخَاهُ وَ فِي نَيْتِهِ أَنْ يَفِي فَلَمْ يَجِدْ فَلَا إِثْمَ إِلَيْهِ» علی‌رغم تتبعی که در منابع معتبر روایی صورت گرفت، اثری از آن یافت نشد، افزون بر این که این حدیث در مورد شخصی است که با نیت وفا نمودن، به کسی وعده‌ای دهد، سپس توان انجام آن را در خود نیابد که به طور طبیعی، در خلف وعده، معذور خواهد بود و حال آن‌که موضوع بحث، شخصی است که توانایی عمل کردن به وعده خود را دارد.

آن‌چه در این میان از اهمیت بیشتری برخوردار است، روایت عیسی‌بن‌حسان است که شاید عمده‌ترین مستند مشهور نیز همین باشد. ولی این روایت دچار ضعف سندی است زیرا دو تن از رجال مذکور در سند آن، یعنی ابومخلد سراج و عیسی‌بن‌حسان، از سوی عالمان رجال توثیق نشده‌اند و از این جهت، مجهول محسوب می‌شوند. (ر.ک: طوسی، الفهرست، ۲۷۸؛ ابن‌شهر آشوب، ۱۷۴؛ مامقانی، ۲/ ۳۵۸ و ۳/ ۳۴)

افزون بر ضعف سندی، توجه به چند نکته دلالتی نیز حائز اهمیت است. یکی این‌که بر حسب عبارت «رجل وعد اهله شیئا و هو لا یزید ان یتّم لهم» آن‌چه برای شخص، مجاز دانسته شده آن است که به خانواده خود وعده‌ای بدهد ولی قصد انجام آن را نداشته باشد. به دیگر سخن، تمام عنایت امام (ع) در این فراز، به مرحله قصد و اراده است و مرحله تحقق و عمل، مورد نظر نیست و حال آن‌که به طور کلی موضوع و فضای سخن در فتوای مشهور، مرحله عمل است زیرا بر حسب این فتوا، شخص، مجاز است وعده‌ای بدهد و سپس به آن عمل نکند، بدیهی است حکمی که برای مرحله قصد و اراده صادر می‌شود، نسبت به حکمی که با عنایت به مرحله اجرا ارائه می‌گردد، کم مؤنه‌تر است و پیامدهای کم‌تری بر آن مترتب می‌گردد. حاصل آن‌که به حسب ظاهر، آن‌چه مورد توجه امام است، با مفاد مورد نظر مشهور، متفاوت به نظر می‌رسد.

نکته دوم این‌که موضوع روایت، یک مورد جزئی یعنی تنها وعده دادن مرد خانه به اعضای خانواده است و حال آن‌که موضوع فتوای مشهور، بسیار گسترده و شامل همه موارد وعده از قبیل وعده زن به همسر، فرزند به پدر، برادر به برادر و خواهر، بالعکس، اجنبی به اجنبی و ... می‌گردد و بنابراین دلیل، اخصّ از مدعا است. نکته سوم این‌که روایت مورد بحث، افزون بر مورد وعده، در دو مورد دیگر نیز دروغ‌گویی را مجاز دانسته؛ یکی در میدان جنگ و دیگری به منظور اصلاح ذات بین و چنان‌که می‌دانیم سبب مجاز شمرده شدن دروغ در این دو مورد، در میان بودن مصلحت مهم‌تر است. می‌توان از وحدت سیاق و فضای حاکم بر حدیث استفاده

کرد و گفت وعده بی اساس دادن مرد به اعضای خانواده نیز در صورت وجود مصلحت مهم‌تر مدّ نظر است و گر نه قبح دروغ‌گویی و حرمت مؤکد این کار بر کسی پوشیده نیست. در نقد عبارت «ثلاثٌ یحسُنُ فیهنَّ الکذبُ المکیدهُ فی الحربِ وَ عِدَّتُکَ زوجَتَکَ وَ الاصلاحُ بینَ الناسِ» در روایت شیخ صدوق که از آن به عنوان تأییدکننده فتوای مشهور، بهره گرفتیم نیز، همه یا بیشتر نکات یاد شده، قابل طرح است، افزون بر این که به لحاظ حضور سه راوی مجهول یعنی حماد بن عمرو، انس بن محمد و پدر وی در سند این روایت، دچار ضعف سندی است.

دلیل‌های وجوب وفا به وعده

نه تنها فتوای مشهور و مستندات احتمالی آن قابل دفاع نیست، بلکه می‌توان بر وجوب وفا به وعده به طور فراگیر، تأکید ورزید و به منظور تثبیت آن به روایات ذیل تمسک نمود:

۱ - صحیحۃ شعبی عَقْرُقُومِی از امام صادق (ع) که سند و متن آن بر اساس نقل کلینی چنین است:

«علی [بن ابراهیم] عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن شعبی العقرقومی عن ابی عبدالله (ع) قال قال رسول الله (ص): مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللّٰهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيَفِ إِذَا وَعَدَ.» (کلینی، ۲/ ۳۶۴؛ نیز، ر.ک: حرّانی، ۴۵؛ حرّ عاملی، ۱۲/ ۱۶۵) پیامبر خدا (ص) فرمود: هر کس به خدا و آخرت ایمان دارد، باید هرگاه وعده می‌دهد به آن وفا کند.

با توجّه به استعمال صیغه امر در این روایت و لحن مؤکد آن، تردیدی در ظاهر بودن آن در وجوب باقی نمی‌ماند.

۲ - صحیحۃ هشام بن سالم

سند و متن این روایت نیز بنا بر نقل کلینی چنین است:

«علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن هشام بن سالم قال: سمعت ابا عبدالله (ع) یقول: عدّة المؤمن أخاه نذرٌ لا كفّارة له، فمن أخلف فبخل الله بدأ و لمقته تعرّض و ذلک قوله: یا أيّها الذّین آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون کبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون.» (کلینی، ۲/ ۳۶۳). شنیدم امام صادق (ع) می‌فرمود: وعده دادن مؤمن به برادرش، نذری است که کفّاره ندارد، پس هر کس، خلف وعده نماید، با خلف وعده با خدا آغاز نموده و متعرض خشم خدا شده و این همان است که خداوند می‌فرماید: ای کسانی که ایمان آورده‌اید چرا چیزی را

می‌گویید که عمل نمی‌کنید، این که چیزی بگویید که عمل نمی‌کنید، موجب خشم شدید خدا می‌شود.

برای عبارت «نذر لا کفارة له» یکی از دو معنا، محتمل است:

۱ - وعده دادن، مشابه نذر کردن است منتها بر خلاف نذر، مخالفت با آن، کفاره ندارد، هر چند گناه بودن آن محفوظ است.

۲ - وعده دادن و بدان عمل نکردن، گناه بزرگی است که چیزی نمی‌تواند کفاره و جبران‌کننده آن باشد [مگر این که شخص وعده داده شده، راضی گردد].

شاید بتوان عبارت مؤکد در ذیل حدیث و استناد حضرت به آیه مزبور را تأییدکننده احتمال دوم دانست. به هر حال در دلالت این حدیث بر وجوب نیز تردیدی نیست.

۳ - صحیحۃ منصور بزرگ

سند و متن این حدیث، بنا بر نقل شیخ طوسی، چنین است:

«عن علی بن الحسن عن ایوب بن نوح عن صفوان بن یحیی عن منصور بزرگ عن عبد صالح (ع) قلت: إن رجلاً من موالیک تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبت عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها فأعطاها ذلك ثم بدا له في التزوج بعد ذلك فكيف يصنع؟ قال: بسئ ما صنع، و ما كان يُدریه ما يقع في قلبه بالليل و النهار، قل له فلیف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (ص) قال: المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۷/ ۳۷۱) به عبد صالح (ع) گفتم: مردی از شیعیان با زنی ازدواج نمود، سپس او را طلاق داده، از او جدا شد ولی پس از آن، تصمیم به رجوع گرفت ولی زن، نپذیرفت [مگر به شرط] این که دیگر او را طلاق ندهد و همسر دیگری اختیار ننماید، مرد هم این خواسته را پذیرفت ولی پس از آن تصمیم به ازدواج گرفت، چه کند؟ حضرت فرمود: کار بدی کرده، او چه می‌داند شب و روز در دلش چه می‌گذرد [اما حال که چنین است] به او بگو: به شرطی که در مورد همسرش بر عهده گرفته، وفا کند، زیرا پیامبر خدا (ص) فرمود: باید مؤمنان، به شروط خود، ملتزم باشند.»

موضوع پرسش و پاسخ در این روایت، پیشامدی است که در مورد دو همسر و در پیوند با امر ازدواج و طلاق آنان رخ داده ولی با توجه به این که حضرت در پایان سخن، به حدیث معروف و فراگیر نبوی استناد می‌کند، تعمیم دادن آن به دیگر موارد وعده، خالی از هرگونه اشکال است.

بله، شیخ طوسی، این روایت را حمل بر استحباب کرده، آن هم به سبب برخورد با روایتی

دیگر که از نظر او جمع بین مفاد آن دو، مستلزم چنین حملی است.

بر اساس این روایت، زراره می‌گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم:

ضریس که دختر حُمران را به همسری گرفته به او قول داده هیچ‌گاه نه در دوران حیات و نه پس از آن، با کس دیگری ازدواج نکند. همسرش نیز قول داده پس از مرگ شوهر، ازدواج ننماید و با یک‌دیگر قرار گذاشته‌اند که هر یک به قول خود وفا نکند، باید حج و عمره انجام دهد و قربانی نماید و نذرهایی بر گردن گیرد و همه دارایی خود را به تهی‌دستان دهد و تمامی غلامانش آزاد گردد. سپس ضریس، خود به حضور امام رسیده، این پیشامد را با ایشان در میان گذاشت، حضرت در پاسخ فرمود:

«إِنَّ لِأَبِيهَا حُمرانَ حَقًّا وَلَا يَحْمِلُنَا ذَلِكَ أَنْ لَا نَقُولَ لَكَ الْحَقَّ أَذْهَبَ فَتَزَوَّجَ وَ تَسْرُّ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ وَ لَيْسَ عَلَيْكَ شَيْءٌ وَ لَا عَلَيْهَا ...» (همان) «پدرش حمران [بر ما] حق [برادری] دارد ولی این موجب نمی‌شود حق را به تو نگوئیم، برو و با زن آزاد و کنیز [هر کدام می‌خواهی] ازدواج کن، این کار، هیچ اشکال ندارد و با این کار، چیزی بر گردن تو و همسرت نمی‌آید.»

ولی باید گفت تفاوت‌های عمده‌ای که در شأن صدور این دو روایت وجود دارد، جایی برای این حمل شیخ باقی نمی‌گذارد؛ چه این‌که بر حسب روایت اخیر، ضریس و همسرش، هم در اصل قراری که بدان ملتزم شده بودند و هم در تحمل جریمه‌هایی که باید در صورت تخلف، می‌پرداختند، به امور شاق و فلج‌کننده‌ای ملتزم شده بودند که بسیار نامتعارف بود و به علت تباهی و اختلالی که در زندگی ضریس و همسرش ایجاد می‌کرد، نمی‌توانست مورد تأیید شارع باشد و حال آن‌که پیامدهایی که به حسب حدیث نخست، متوجه شوهر می‌شد، بسیار ناچیز و به راحتی قابل تحمل بود و از همین رو، نیازی به حمل نمودن آن بر استحباب نیست، به‌خصوص با توجه به تمسک حضرت به حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» که ظهور داشتن آن در التزام و وجوب، جای تردید نیست.

تأییدکننده‌های وجوب

در پیوند با موضوع بحث، به روایات فراوانی برمی‌خوریم که اگر نتوان آن‌ها را دلیل بر وجوب دانست، دست‌کم می‌توان به عنوان تأییدکننده این حکم، به آن‌ها نگریست. مهم‌ترین این روایات، در چهار دسته قابل تقسیم‌بندی است:

دسته ۱ - روایاتی که مفاد آن‌ها نهی از خُلف وعده و نکوهش آن است.

برای نمونه، امام علی (ع) ضمن سفارش‌های خود به مالک اشتر فرمود: «إِيَّاكَ وَالْمَنْ عَلَى رَعِيَّتِكَ بِإِحْسَانِكَ أَوْ التَّزِيدِ فِيمَا كَانَ مِنْ فِعْلِكَ أَوْ أَنْ تَعْدَهُمْ فَتَتَّبِعَ مَوْعِدَكَ بِخُلْفِكَ، فَإِنَّ الْمَنْ يُبْطِلُ الْإِحْسَانَ وَالتَّزِيدَ يَذْهَبُ بِنُورِ الْحَقِّ وَالْخُلْفُ يُوجِبُ الْمَقْتَّ عِنْدَ اللَّهِ وَعِنْدَ النَّاسِ، قَالَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ: كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ» (سید مرتضی، ۴۴۶؛ حرّانی، ۱۴۶؛ مجلسی، ۹۶/۷۲) «بپرهیز از این‌که به سبب احسانی که بر مردم می‌کنی بر آنان منت نهی یا کاری را که انجام می‌دهی، بیش از آنچه هست در نظر بیاوری، یا به وعده‌ای که به آنان می‌دهی، وفا نمایی؛ زیرا منت‌گذاری، احسان را از بین می‌برد و کار را بیش از آنچه هست پنداشتن، نور حق را از میان می‌برد و عمل نکردن به وعده، موجب خشم خدا و خشم مردم می‌گردد، چنان‌که خدای سبحان فرمود: خداوند، به شدت خشمگین می‌شود از این‌که چیزی بگویند و آن را انجام ندهند.»

بعید نیست این‌گونه مضامین را دلیل بر حرمت خلف وعده بگیریم، همان‌گونه که به حسب ظاهر مرحوم محقق اردبیلی چنین برداشت نموده است، زیرا وی، از جمله امور اخلال‌کننده به «عدالت» را خلف وعده می‌داند و در تثبیت این نظر به روایاتی تمسک می‌جوید. (ر.ک: اردبیلی، ۳۵۲/۱۲)

بدیهی است در این صورت می‌توان، روایات یاد شده را به گونه غیرمستقیم، دلیل بر وجوب وفا به وعده دانست.

دسته ۲ - روایاتی است که خلف وعده را نشانه نفاق می‌داند.

برای نمونه، در روایتی بنا بر سند و نقل کلینی از پیامبر اکرم (ص) آمده است: «ثَلَاثٌ مِنْ كَانَ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا وَ إِنْ صَامَ وَ صَلَّى وَ زَعَمَ أَنَّهُ مُسْلِمٌ: مَنْ إِذَا ائْتَمَنَ خَانَ وَ إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَ إِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ» (کلینی، ۲۹۲/۲؛ حرّ عاملی، ۳۳۹/۱۵؛ سیدبن طاوس، ۱۶۳) «هرکس، سه صفت در او باشد، منافق است؛ گرچه روزه بگیرد و نماز بگزارد و گمان کند مسلمان است: شخصی که امین شناخته شود ولی خیانت کند، و هرگاه خبر آورد، دروغ گوید، و آن‌گاه که وعده دهد، خلف وعده نماید.»

نیز بنا بر نقل شیخ صدوق، پیامبر اکرم (ص)، ضمن توصیه‌های خود به علی (ع) فرمود: «لِلْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ عَلَامَاتٍ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَ إِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ وَ إِذَا ائْتَمَنَ خَانَ.» (صدوق، من لا

يَحْضُرُهُ الْفَقِيه، ۳۵۸/۴، نیز، ر.ک: حمیری قمی، ۱۵؛ حرّانی، ۱۰؛ نوری، ۸۵/۹)

دسته ۳ - روایاتی که خلف وعده را در تنافی با مسلمانی می‌داند.

برای نمونه در بسیاری منابع، به نقل از امام علی (ع) آمده است: «لَيْسَ الْمُسْلِمُ بِالْخَائِنِ إِذَا اِئْتَمَنَ وَلَا بِالْمُخْلَفِ إِذَا وَعَدَ وَلَا بِالْكَذُوبِ إِذَا نَطَقَ» (ر.ک: مفید، الامالی، ۲۳۳؛ طوسی، الامالی، ۱۰؛ حرانی، ۲۰۳؛ مجلسی، ۳۲ / ۴۶۲؛ نوری، ۱۲ / ۱۴) «مسلمان، هرگاه امین شمرده شود، خیانت نمی‌ورزد و هرگاه وعده دهد خُلف‌کننده نیست، و هرگاه سخن گوید، دروغ‌گو نیست.»

نیز بنا بر نقل و سند کلینی، امام رضا (ع) فرمود: «الْمُسْلِمُ مَنْ يَفِي لِلَّهِ بِمَا عَاهَدَ إِلَيْهِ وَلَيْسَ الْمُسْلِمُ مَنْ أَجَابَ بِاللِّسَانِ وَخَالَفَ بِالْقَلْبِ ...» (کلینی، ۲ / ۵۴۸؛ نیز، ر.ک: طوسی، تهذیب الاحکام، ۴ / ۱۳۹) شخص مسلمان، با آنچه با خدا عهد بسته وفا می‌کند، مسلمان کسی نیست که با زبان، جواب گوید ولی با قلب مخالفت نماید.»

دسته ۴ - روایاتی که خلف وعده را نزدیک به کفر قلمداد می‌کند.

برای نمونه، کلینی، با سند خود از یزید صائغ نقل می‌کند که وی گفت: «قلت لابی عبدالله (ع) رجلٌ ... إِنْ حَدَّثَ كَذِبًا وَإِنْ وَعَدَ أَخْلَفَ وَإِنْ اِئْتَمَنَ خَانَ، مَا مَنَزَلَتْهُ؟ قَالَ: هِيَ أَدْنَى الْمَنَازِلِ مِنَ الْكُفْرِ وَلَيْسَ بِكَافِرٍ» (کلینی، ۲ / ۲۹۰؛ نیز، ر.ک: حرّ عاملی، ۱۵ / ۳۴۰) به امام صادق (ع) عرض کردم: مردی که هرگاه خبر دهد، دروغ می‌گوید و آن‌گاه که وعده دهد، وفا نمی‌کند، و اگر امین شمرده شود، خیانت نماید، جایگاه او چگونه است؟ فرمود: نزدیک‌ترین جایگاه به کفر ولی این شخص، کافر نیست.

گفتنی است در این باب، به روایات پراکنده دیگری نیز برمی‌خوریم که می‌توان همه آن‌ها را به‌گونه‌ای، تأییدکننده وجوب دانست؛ برای نمونه:

به نقل از پیامبر اکرم (ص) آمده است: «لَا إِيمَانَ لِمَنْ لَا أَمَانَةَ لَهُ وَلَا دِينَ لِمَنْ لَا عَهْدَ لَهُ» (راوندی، ۵؛ مجلسی، ۷۲ / ۹۶) شخصی که امانت‌دار نیست، ایمان ندارد و کسی که عهد خود را نگه نمی‌دارد، دین ندارد.

و در یکی از دعا‌های امام سجاد (ع) آمده است: «اللهم انی استغفرک لکل نذر نذرته و لکل وعد وعده و لکل عهد عاهدته ثم لم اف به» (کفعمی، ۱۱۶) بارخدا! برای هر نذری که کرده و هر وعده‌ای که داده و هر پیمان که بسته‌ام ولی به آن‌ها وفا ننموده‌ام، طلب مغفرت می‌کنم. و به نقل از امام صادق (ع) می‌خوانیم: «إِنَّمَا سُمِّيَ إِسْمَاعِيلُ صَادِقَ الْوَعْدِ لِأَنَّهُ وَعَدَ رَجُلًا فِي مَكَانٍ فَانْتَظَرَهُ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ سَنَةً فَسَمَاهُ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ صَادِقَ الْوَعْدِ ثُمَّ إِنَّ الرَّجُلَ أَتَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَالَ لَهُ إِسْمَاعِيلُ مَا زِلْتَ مُنْتَظَرًا لَكَ» (ر.ک: کلینی، ۲ / ۱۰۵؛ صدوق، علل الشرائع، ۱ / ۷۷؛

عیون اخبار الرضا (ع)، ۷۹/۲؛ حرّ عاملی، ۱۶۴/۱۲؛ مجلسی، ۳۸۸/۱۳. اسماعیل، بدان سبب صادق الوعد نامیده شد که با مردی در مکانی وعده گذاشت، از این‌رو، یک‌سال در آن مکان، به انتظار او بود، آن مرد، پس از این‌که آمد، اسماعیل به او گفت در این مدت دائم منتظرت بودم.

نتیجه‌گیری

دلالت هیچ‌یک از امور پنج‌گانه‌ای که می‌توان از آن‌ها به عنوان دلیل بر واجب نبودن وفا به وعده یاد کرد، تمام نیست و در این میان، روایت حسن بن عیسی که به حسب ظاهر مهم‌ترین دلیل این قول محسوب می‌شود نیز، روایت مشابه آن، به لحاظ سند و دلالت، با مشکل جدی مواجه‌اند؛ و این در حالی است که امور درخور توجهی مانند صحیحة شعیب عقرقومی، صحیحة هشام بن سالم، صحیحة منصور بزرج، به وضوح، دلالت بر وجوب وفا به وعده دارند؛ و افزون بر این امور، می‌توان از روایات فراوانی، به عنوان تأییدکننده وجوب بهره گرفت.

منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی، *علل الشرائع*، قم، مکتبة الداوری، بی‌تا.
- _____، *عیون اخبار الرضا (ع)*، تهران، انتشارات جهان، ۱۳۷۸ ق.
- _____، *من لا یحضره الفقیه*، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ ق.
- ابن شهر آشوب، محمد بن علی، *مناقب آل ابی طالب*، قم، انتشارات علامه، ۱۳۷۹ ق.
- ابن طاوس، علی بن موسی، *بناء المقالة الفاطمية*، قم، مؤسسة آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۸ ق.
- ابن شعبه، حسن بن علی، *تحف العقول*، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة*، تحقیق محمدتقی ایروانی، قم، انتشارات جامعه مدرسین، بی‌تا.
- بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل، *تعلیق بر مجمع الفائدة و البرهان*، مؤسسة العلامة الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ ق.
- تفرشی، مصطفی، *نقد الرجال*، قم، مؤسسة آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۸ ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسة آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
- حمیری قمی، عبدالله بن جعفر، *قرب الاسناد*، تهران، انتشارات کتابخانه نینوی، بی‌تا.
- راوندی، سیدفضل‌الله، *النوادر*، قم، دارالکتاب، بی‌تا.

- شریف الرضی، محمد بن حسین، **نهج البلاغه**، قم، انتشارات دارالهجره، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالك الافهام**، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ ق.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد، **ریاض المسائل**، قم، انتشارات جامعه مدرسين، ۱۴۱۹ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، **الامالی**، قم، انتشارات دارالفقاهه، ۱۴۱۴ ق.
- _____، **الفهرست**، قم، مؤسسة نشر الفقاهه، ۱۴۱۷ ق.
- _____، **المبسوط**، تحقیق محمدباقر بهبودی، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
- _____، **تهذیب الاحکام**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- علّامه حلّی، حسن بن یوسف، **تذکرة الفقهاء**، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، ۱۴۳۰ ق.
- _____، **مختلف الشیعة**، قم، انتشارات جامعه مدرسين، ۱۴۱۵ ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، **التحفة السنیة**، مخطوط، مشهد، کتابخانه آستان قدس رضوی، بی تا.
- کفعمی، ابراهیم بن علی، **البلد الامین**، چاپ سنگی، بی جا، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- مامقانی، عبدالله، **تنقیح المقال**، چاپ سنگی، بی جا، بی تا.
- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، **بحار الانوار**، بیروت، مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۴ ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، **شرائع الاسلام**، تحقیق سید صادق شیرازی، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد**، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، ۱۴۰۸ ق.
- مفید، محمد بن محمد، **الامالی**، قم، کنگرة جهانی شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
- _____، **العویص**، تحقیق محسن احمدی، کنگرة جهانی شیخ مفید، چاپخانه مهر.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان**، قم، انتشارات جامعه مدرسين، ۱۴۰۹ ق.
- موسوی عاملی، محمد بن علی، **نهاية المرام**، قم، انتشارات جامعه مدرسين، ۱۴۱۳ ق.
- نائینی، محمد حسین، **اجود التقريرات**، قم، بی جا، چاپ اول، بی تا.
- نوری، حسین بن محمد تقی، **مستدرک الوسائل**، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، ۱۴۰۸ ق.

Keywords: promise, fulfillment of a promise, breaking of a promise, popular view.

whose context suggest that this is considered by scholars as a known and accepted rule. But, after examining the traces of the phrase in the books of jurisprudence and rules of Islamic jurisprudence, there seems to be no consensus as regards the authentic origin of this expression and even its independence. Some have mentioned this phrase in relation to the rules 'Rejection is stronger than removal' or 'The follower follows' or 'The impediment is created, and some have called it as an independent subject. Finally, after analyzing and examining the statements about this phrase and providing some arguments, it seems that as a result we can consider it not as following the three rules, but as an independent rule; on the basis that what is prohibited and forbidden in the beginning, in continuity its sustainability and survival shall not be prohibited.

Keywords: rule of law, unforgivable, sustainability, survival, beginning, prohibited

The fulfillment of promises, obligatory or recommended?

Dr Ali Akbar Kalantari

University of Shiraz

In the popular view, the fulfillment of promises is recommended, apparently its reason being, in addition to consensus, some traditions. However, all of these reasons appear to be distorted and unreliable. On the contrary, we find a lot of traditions and evidence which entail the necessity to fulfill promises.

itself requires reasoning. Additionally, in cases where the custom provides the background of issuance of ordinances – which is the case with many signed rulings – the change of ordinances depends on the change of the customs only when the legislator does not find approval and decides to rely on reported attitude of the intellectuals. This paper will demonstrate that the nature of signing (approval) in signed ordinances is the approval of the legislator; since in the process of signing the legislator approves a ruling similar to that of the intellectuals, and for this reason, the validity of the verdict shall not be challenged by the disappearance of the praxis.

Keywords: signed ordinances; attitude of the intellectuals; praxis (custom), law of the similarities.

A study of the rule ‘Unforgivable in continuity (survival, sustainability) is not unforgivable in the beginning’

Ali Keshavarz

PhD Candidate in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Hossein Saberi

PhD, Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

In Islamic jurisprudence we face phrases such as ‘Unforgivable in continuity (survival, sustainability) is not unforgivable in the beginning’

Keywords: Superior Knowledgeability, Legislation, fatwa, ruling verdict

An essay on the methodology of obligatory prohibition of forbidden trade from the viewpoint of Imam Khomeini

Majid Reza Sheikhi Nasrabadi

PhD student in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences

Mohammad Mehdi Yazdani

Faculty Member at Razavi University of Islamic Sciences

How to deal with the prohibiting forbiddance in the context of trade is the difficult mystery of forbidden professions (*makāsib muharrameh*). Some would consider it as an autumn breeze, impeding the thriving transactions of the market; others perceive the encounter of the forbidding prohibition with trade as a collision of two chemicals getting mixed with each other and producing a third material; still others think of this contact as a bomb hitting the bottom of a building totally destroying it and disintegrating its parts. The methodology to identify the prohibition of impermissible trade is the key first step in the study of forbidden professions, including recognition of the subject ‘the prohibition of forbidden trade’. On the one hand, jurists believe that legally prohibited acts such as wine trade or transactions based on usury are invalid and ownership transfer is thus not achieved; on the other hand, most jurists believe that the obligatory prohibition of these legal exercises entails a specific and independent prohibition. Thus, the challenge of the problem is that it is not clear how a

transaction that is invalid and in fact has not happened can ever be forbidden; especially knowing that according to some views, the mere empty give and take does not entail prohibition. The present paper seeks to mention and analyze and critique the viewpoints of jurists. It also aims at collecting prohibited legal actions and relying on Qur'anic verses it tries to derive a correct methodology for identifying independent and non-independent prohibition.

Keywords: Prohibited transactions, situational judgment, forbidding prohibition, corruption of the deal.

The nature of signed ordinances

Masood Fayyazi

Member of Islamic Research Institute for Culture and Thought

Signed ordinances are a major part of religious ordinances having existed as normative before the institution of divine canonization and having been approved without any or with slight modification by the legislator and having entered the canon law. Some neo-mu'tazilites believe these ordinances are related to the praxes of the time of legislation, and by the disappearance of those customs they have been canceled in consequence. In cases where the norm is the main element of the subject of signed ordinances, those views are right. But normally, custom is the background of issuance of religious rulings and not the basic element of them, which in

make those laws authentic and valid for the people.

In this research, we have reviewed the historical past of the argument shortly, and have studied various possibilities for criterion fatwa in legislation, i.e. jurists' common fatwa, fatwa based on caution, fatwa of the supreme knowledgeable jurist, and any jurisprudential fatwa. Thus, we have come to the conclusion that with regard to jurisprudential foundations, the fatwa of the supreme knowledgeable jurist is closer to authority and authenticity. Then, with reference to the criteria of 'Superior Knowledgeability' in political jurisprudence, we have reached the conclusion that in an Islamic state, the superiorly knowledgeable jurist is the same 'ruling jurist' testified by the elites of the Islamic community for his knowledgeability in conducting the affairs of the society based on Islamic measures. In the final step and according to the above-mentioned, the procedures available in the Islamic Republic with regard to criterion fatwa in legislation have been explicated and explained. The verdict and fatwa of the ruling jurist becomes the criterion for legislation in the Islamic state, either directly or through a secondary analysis and based on a delegation enshrined in the constitution (the delegation to the assembly in taking any jurisprudential fatwa and the delegation awarded to the jurists of Guardian Council in the exercise of his jurisprudential opinion). Therefore, the legitimacy and authority of the laws of the Islamic Republic are ultimately attributable to the verdict of the ruling jurist.

reached frequency (*tawātur*) or those lacking evidence; since he believes that such reports do not bring about knowledge. He defines this thesis as an essential element within Imamiyya jurisprudence. The thesis has caused some to ascribe to him the failure to follow the reports of the Ahlul Bayt. But according to the study, this attribution is not right because Ibn Idrīs has referred to many non-frequent (*āhād*) reports as well as frequent ones (the *mutawātir*). It can be said that in his view ‘single reports’ are divided into two types: a single report which is confirmed by other evidences, and such a report is certain and can be practiced; and a single report without confirmation and cannot be practiced, even if its narrator is reliable. As a result, according to his theory, the truth and accuracy of a single report must be measured in its relationship with other reasons and arguments.

Keywords: Ibn Idrīs, a single report, irregular fatwas, authority, doubt.

The criterion fatwa in legislation within the legal system of Islamic Republic of Iran (Another look at Superior Knowledgeability in the Shia state fiqh system)

Hadi Hajzadeh

PhD Student in Public Law at Qom Campus of Tehran University

Undoubtedly, legislation in any governmental system is based on its intellectual – philosophical foundations and special ideology. Hence, in an Islamic society, religious rules must be criteria of legislation in order to

hadd. However, this rule does not apply to the new crimes. Consequently, based on the rule ‘*Ta‘zīr* punishments are those decided by the rulers,’ and due to the universality of the term *ta‘zīr*, and for the best benefit and interest of the Islamic society, and with the goal of eradicating corruption from the earth, the Islamic rulers can freely determine the type and amount of punishment.

Keywords: *hadd*, *ta‘zīr*, debates, jurists, rules.

Investigating ‘a single report’ (*khavar al-wāhid*) in the jurisprudence of Ibn Idrīs

Dariush Bekheradiyan

PhD Candidate in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Dr Mohammad Taqi Qabouli Dor-Afshan

Ferdowsi University of Mashhad

Dr Mohammad Taqi Fakhlaee

Ferdowsi University of Mashhad

Belief in the lack of authority of ‘a single report’ is one of the most basic doctrines of Ibn Idrīs in the Principles of Jurisprudence, and this same issue has caused his ideas and methods of jurisprudence to be different from those of other jurists, and even in some cases has led to irregularity and scarcity. He does not consider as authentic those traditions that have not

ABSTRACT

An exploration into the debates over *hadd* and *ta'zīr*

Seyfullah Ahmadi

*PhD Candidate in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi
University of Mashhad*

The essential difference between *hadd* and *ta'zīr* has long been accepted in Islamic penal system. Based on a study of the holy texts and the statements of the scholars it can be asserted that the rule according to which 'the type and size of the *hadd* is defined by the legislator, whereas the type and amount of the *ta'zīr* would only be determined by the Islamic ruler' is not comprehensive and lacks universality. Hence, the jurists have not reached a consensus about crimes including sexual intercourse with the wife in Ramadan, apostasy, corruption on earth, and etc. in terms of their *hadd* or *ta'zīr* punishments. Therefore, according to the rule '*Ta'zīr* punishments should be lower than the *hadd*', it can be stated that for the *ta'zīr* offenses similar to *hadd* violations, the size of punishment must be smaller than the

Table of Contents

An exploration into the debates over hadd and ta'zīr	9
Seyfullah Ahmadi	
Investigating 'a single report' (khabar al-wāhid) in the jurisprudence of Ibn Idrīs	33
Dariush Bekheradiyan - Dr Mohammad Taqi Qabouli Dor-Afshan- Dr Mohammad Taqi Fakhlaee	
The criterion fatwa in legislation within the legal system of Islamic Republic of Iran (Another look at Superior Knowledgeability in the Shia state fiqh system)	59
Hadi Hajzadeh	
An essay on the methodology of obligatory prohibition of forbidden trade from the viewpoint of Imam Khomeini	89
Majid Reza Sheikhi Nasrabadi - Mohammad Mehdi Yazdani	
The nature of signed ordinances	109
Masoud Fayyazi	
A study of the rule 'Unforgivable in continuity (survival, sustainability) is not unforgivable in the beginning'	131
Ali Keshavarz- Hossein Saberi	
The fulfillment of promises, obligatory or recommended?	151
Dr Ali Akbar Kalantari	

In the Name of Allah



Islamic Studies

A Quarterly Research Journal of
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 102, Autumn 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

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

Rasool Akbari

Printing & Binding: Ferdowsi University
Press

Circulation: 500

Price: Rs 30000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+9851) 38803873



Ferdowsi University of Mashhad

ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES

Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 102, Autumn 2015