



مطالعات اسلامی

فصلنامه علمی - پژوهشی

نشریه دانشکده الهیات و معارف اسلامی

۱۰۳

زمستان ۱۳۹۴

فقه و اصول

ISSN 2008-9139



بررسی تطبیقی وجوه افتراق و اشتراک معین و سبب در دو قاعده حرمت اعانه بر اثم و تسبیب

احسان آهنگری - دکتر اصغر آقا مهدوی

درنگی بر فروش گوشت حرام به کافران / دکتر اکبر احمدپور

بررسی تطبیقی قانون گذاری در آراء «شیخ فضل الله نوری» و «میرزای نائینی» / نرجس ابوالقاسمی دهاقانی - سید جواد ورعی

بررسی ارث حق خیار زوجه از معاملات زوج / حیدر باقری اصل

موضوع شناسی عته / کاوه قبادی - دکتر محمد رضا علمی

بررسی حکم فقهی حرمت حفظ کتب ضلال / علی کشاورز - دکتر محمدتقی فخلعی

بررسی چپستی اقاله از منظر دانشیان فقه و حقوق شیعه / سید علی جبار گلباغی ماسوله

نقدی بر دیدگاه «لزوم حبس مدعی اعسار در پرداخت مهریه» / داود گوهری - دکتر حسین ناصری

پژوهشی فقهی و حقوقی در سوگند نفی علم / دکتر همایون مافی - رضا رضایی مقدم



مطالعات اسلامی

فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۱۰۳ - زمستان 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، بعبارةٔ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامهٔ من) الزامی است و در بقیه موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ غرضه / غرضه؛ حرف / حَرْف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیأت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجة الاسلام سیدمحمد علی ایازی (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی)
۲. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۳. دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
۴. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۵. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۶. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. دکتر علیرضا عابدی سرآسیا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر سعید عبدخدایی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر سید محمدهادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر حسام قپانچی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۳. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس قم دانشگاه تهران)
۱۴. سید علی جبار گلباغی ماسوله (عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۵. دکتر محمد محسنی دهکلانی (استادیار دانشگاه مازندران)
۱۶. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۷. دکتر محسن ملک افضلی (دانشیار دانشگاه قم)
۱۸. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	بررسی تطبیقی وجوه افتراق و اشتراک معین و سبب در دو قاعده حرمت اعانه بر اثم و تسبیب احسان آهنگری - دکتر اصغر آقا مهدوی
۳۱	درنگی بر فروش گوشت حرام به کافران دکتر اکبر احمدپور
۵۵	بررسی تطبیقی قانون گذاری در آراء «شیخ فضل الله نوری» و «میرزای نائینی» نرجس ابوالقاسمی دهاقانی - سید جواد ورعی
۷۳	بررسی ارث حق خیار زوجه از معاملات زوج حیدر باقری اصل
۹۵	موضوع شناسی عته کاوه قبادی - دکتر محمد رضا علمی
۱۱۹	بررسی حکم فقهی حرمت حفظ کتب ضلال علی کشاورز - دکتر محمدتقی فخلعی
۱۴۳	بررسی چپستی اقاله از منظر دانشیان فقه و حقوق شیعه سید علی جبار گلباغی ماسوله
۱۵۹	نقدی بر دیدگاه «لزوم حبس مدعی اعسار در پرداخت مهریه» داود گوهری - دکتر حسین ناصری
۱۷۹	پژوهشی فقهی و حقوقی در سوگند نفی علم دکتر همایون مافی - رضا رضایی مقدم
۲۰۶	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۳
زمستان ۱۳۹۴، ص ۳۰-۹

بررسی تطبیقی وجوه افتراق و اشتراک معین و سبب در دو قاعده حرمت اعانه بر اثم و تسبیب*

احسان آهنگری

دانشجوی رشته فقه و مبانی حقوق مقطع دکتری دانشگاه تهران

Email: ehsanahangari@gmail.com

دکتر اصغر آقا مهدوی

دانشیار دانشگاه امام صادق علیه السلام

Email: aamahdavy@yahoo.com

چکیده

تسبیب و اعانه دو قاعده فقهی مهم به شمار می‌روند که آثار مهمی بر آن‌ها بار می‌شود. معین و سبب که ماحصل این دو قاعده است دارای شباهت زیادی می‌باشند و اینکه چه فرقی دارند بسیار مبهم است. تفاوت‌های ظریف این دو گاهی موجب خلط در تطبیق گشته و مصادیق هر یک با دیگری اشتباه گرفته می‌شود. ما در پنج محور تفاوت‌های دو عنوان فوق را بررسی نموده‌ایم. بحث از محوریت یا عدم محوریت هر یک، اشتراط و عدم اشتراط مباشر عاقل، اشتراط قصد در صدق دو عنوان، شمول دو قاعده نسبت به ترک و عدم ترک و بیان حکم تکلیفی و وضعی اعانه و تسبیب محورهای این مقاله را تشکیل می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: اعانه، معین، تسبیب، سبب.

مقدمه

وقتی ارتکاب جرم یا حصول تلف، فقط حاصل فعل یا ترک فعل یک شخص نیست بلکه فعل یا ترک دو نفر یا بیشتر است که منجر به آن می‌شود، مفاهیمی مثل معاونت، تسبیب و مشارکت پیدا می‌شود.

آنچه قرار است در این مقاله مورد بررسی قرار گیرد بررسی تطبیقی دو قاعده تسبیب و اعانه است. سعی ما این است تا تعریف دقیقی از عناوین مذکور ارائه کنیم و سپس به بررسی تفاوت‌ها و وجوه اشتراک تسبیب و اعانه بپردازیم. ضرورت پژوهشی از این دست این است که تفکیک عناوین مشابه به‌طورکلی مفید آن است که در موارد مختلف بین مصادیق آن تمییز داده شده و حکم هر یک را بر موضوع خودش بار می‌شود. درحالی‌که عدم تبیین معیار تمییز موجب سردرگمی شده و استدلال و استنباط را از حالت فنی و منضبط خارج می‌کند. عناوین مذکور در این مقاله هرچند در مواردی در کتب فقهی تعریف گردیده است، اما هرگز به بررسی آنچه موجب جدایی تسبیب و اعانه از یکدیگر می‌شود پرداخته نشده و این مطلب در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. لذا پاسخ به این سؤال که چه چیزی موجب افتراق این دو عنوان است و اینکه چه مشترکاتی دارند رسالت اصلی این مقاله است که برای اولین بار مورد بررسی قرار می‌گیرد و راه را برای پژوهش‌های دیگر نیز باز می‌کند. روش پژوهش تحلیل مفاهیم مشابه با بهره‌گیری از ادله نقلی و توجه به استعمالات عرفی بوده است و در پایان مقاله به پاره‌ای از احکامی که بر هر یک از دو عنوان بار می‌شود و ثمره تمییز این دو محسوب می‌گردد اشاره کرده‌ایم.

در باب تاریخچه بحث می‌توان گفت قاعده حرمت اعانه بر اثم از دیرباز توجه فقهای امامیه را به خود جلب کرده و در کتب قدیم‌ترین فقهای شیعه نیز بدان تمسک شده است. البته در کتب فقهای متقدم بیشتر با عنوان «معونة الظالمین» به جای «اعانه بر اثم» مواجهیم. نخستین نصی که در این زمینه یافت شد از شیخ مفید است که در باب المكاسب کتاب المقنعه می‌نویسد: «معونة الظالمین علی ما نهی الله عنه حرام و أخذ الأجر علی ذلک سحت حرام.» (مفید، ۵۹۸)

پس از او شاگردش سید مرتضی نیز در الانتصار در بحث از عدم اجزاء دفع زکات به فساق از این قاعده استفاده کرده و به آن استدلال نموده است: «و یمکن أن یستدل علی ذلک بکل ظاهر من قرآن أو سنة مقطوع علیها یقتضی النهی عن معونة الفساق و العصاة و تقویتهم، و

ذلک کثیر.» (شریف مرتضی، ۲۱۸)

در کتب شیخ طوسی استفاده از این قاعده رونق بیشتری می‌یابد و شیخ بیش از دو استاد سابق الذکر خویش بدان استدلال می‌نماید. از جمله در بحث مستحقان زکات کتاب المبسوط خویش می‌فرماید:

«فإن كان غنيا لم يعط شيئا، وإن كان فقيرا نظر فإن كان مقيما على المعصية لم يعطه لأنه إعانة على المعصية، وإن تاب فإنه يجوز أن يعطى من سهم الفقراء، ولا يعطى من سهم الغارمين.» (طوسی، ۲۵۱/۱ و ۶۲/۲)

پس از شیخ نیز استفاده از این قاعده مورد توجه فقهاست تا آنجا که در کتب متأخران عنوان یک بحث مستقل را به خود اختصاص داده است.

درباره قاعده تسبیب نیز باید گفت هرچند بسیاری از فروع تسبیب از دیرباز در کتاب‌های فقهی مطرح شده است، لیکن ظاهراً محقق اول (محقق حلی، ۱۸۵/۴) برای نخستین بار عنوان تسبیب را در فقه به کار برده است؛ و به‌طور کلی این بحث در کتب محقق حلی و علامه مستقلاً مطرح گردید و پس از ایشان در کلمات دیگر فقها رایج شده است.

تعریف عناوین مورد بحث

اعانه: شیخ انصاری در المكاسب المحرمه می‌نویسد: اعانه عبارت است از انجام دادن برخی از مقدمات فعل غیر به قصد حاصل شدن حرام، نه مطلق انجام دادن آن مقدمات.^۱ (انصاری، ۱۳۲/۱)

میرزای نائینی در کتاب المكاسب و البیع، اعانه را این‌گونه تعریف کرده است: اعانه عبارت است از انجام دادن آنچه دیگری را قادر می‌سازد تا به مطلوبش برسد، مثل دادن شلاق به شخص ظالم.^۲ (نائینی، ۲۷/۱)

فاضل لنکرانی نیز می‌نویسد: اعانه در لغت به معنی مساعدت است. گفته می‌شود اعانه علی ذلک یعنی او را در آن کار مساعدت کرد... ولیکن ظاهر این است که مساعدت اختصاصی به مساعدت عملی ندارد بلکه مساعدت فکری و نشان دادن راه چیزی و راهنمایی کردن به آنچه مطلوب و مقصد است را نیز شامل است؛ بنابراین اعانه بر اثم یعنی مساعدت گناهکار و کمک

۱. «إن الاعانه هو فعل بعض مقدمات فعل الغير بقصد حصوله منه لا مطلقاً»

۲. «إن مفهوم الاعانه عبارة عن فعل ما يتمكن به الغير من ايجاد ما هو مطلوبه... كما ناوله السوط للظالم»

به در جهت تحقق گناه و صدور معصیت، چه اینکه مساعدت عملی باشد یا به صورت فکری و راهنمایی کردن. (لنکرانی، ۴۵۱)

پس از نقل تعاریف فوق، اعانه بر اثم را بنا بر نظر فقها می توان چنین تعریف نمود: اگر شخصی هیچ مداخله ای در عملیات اجرایی سازنده جرم یا گناه نداشته باشد بلکه نقش او فرعی و طبعی و به اموری چون تهیه مقدمات یا تشویق و ترغیب و یا ارائه راه و ارشاد به آن باشد معاون (معین) جرم محسوب می شود و کار او اعانه بر اثم است.

شرکت: شریک جرم عبارت از کسی است که به قصد ارتکاب جرم با فرد یا افراد دیگری درانجام عملیات مادی جرم معینی مشارکت و همکاری می کند. به دیگر سخن، شریک جرم به کسی اطلاق می شود که با همکاری یک یا چند نفر دیگر، یک جزء از عملیات مادی و محسوس جرم معینی را انجام می دهد به نحوی که هریک از آن ها فاعل مستقل آن جرم شناخته می شوند؛ بنابراین مشارکت در جرم، زمانی تحقق پیدا می کند که در عملیات اجرایی دو نفر یا بیشتر شرکت داشته باشند.

ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی (مصوب سال ۱۳۹۲) در تعریف شراکت در جرم می نویسد:

هر کس با شخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم مستند به رفتار همه آن ها باشد، خواه رفتار هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آن ها مساوی باشد خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب می شود.

فقها متعرض بیان تعریفی از شرکت در جرم به معنای کلی و اعم نشده اند، بلکه فقط شرکت در قتل را مورد بحث قرار داده و به تبیین کیفیت تحقق آن را اکتفا نموده اند. از جمله، امام خمینی در کتاب قصاص تحریرالوسیله می فرماید: «تتحقق الشرکه فی القتل بان یفعل کل منهم ما یقتل لوانفرد کان اخذوه جمعاً فالقوه فی النار اوالبحر...»، یعنی شرکت در قتل وقتی تحقق پیدا می کند که هریک از شرکاء عملی انجام دهد که در صورت انفراد و به تنهایی هم کشنده باشد. مثل اینکه همه او را گرفته و در آتش یا دریا بیندازند. (خمینی، تحریرالوسیله، ۵۱۷/۲)

تسبیب: فقها برای تسبیب، تعاریف مختلفی ذکر کرده اند که عبارت اند از:

آ) محقق در شرایع می نویسد: هر عملی که تلف به سبب آن حاصل می شود؛ مانند کندن چاه در ملک دیگران و ایجاد لغزشگاه در مسیر عمومی. (محقق حلی، ۲۳۷/۴)

ب) علامه حلی در قواعد الاحکام این چنین تسبیب را تعریف می‌کند: فراهم ساختن چیزی که با وجود آن تلف حاصل می‌شود اگرچه علت تلف چیز دیگری باشد؛ البته باید عمل تسبیبی به گونه‌ای باشد که تحقق علت تلف از آن متوقع باشد؛ مانند کسی که چاه می‌کند یا سر ظرف غذا را باز می‌گذارد و یا شخصی را وادار به اتلاف می‌کند. (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲۲۱/۲)

ج) شهید اول می‌نویسد: تسبیب بنا بر آنچه فقها به تفسیر آن پرداخته‌اند عبارت است از ایجاد ملزوم علت تلف به قصد وقوع آن علت. (شهید اول، ۳۹۲/۲)

بعید نیست که مقصود فقها از تعاریف مذکور درباره سبب، اشاره به یک ملاک و معیار کلی برای ضمان و استفاده یک ضابطه عرفی برای آن در مواردی باشد که نصوص بر آن دلالت دارد؛ بنابراین مقصود آنان از این تعاریف، تعریف مصطلح فلسفی دقیق برای سبب و علت نیست. بلکه مقصود از سبب یا تسبیب، انجام کاری است که از نظر عرفی و ارتکاز عقلایی موجب انتساب خسارت و تلف به مسبب آن شود و این معنا (صدق عرفی نسبت تلف) در همه موارد تسبیب نیست. از این رو هرچند از جهت تعریف اصطلاحی و فلسفی تفاوتی بین کندن چاه در ملک خود و ملک دیگری از نظر سببیت برای سقوط، نیست، ولی از آنجا که در مورد اول ملک خود اوست و می‌تواند هرگونه تصرفی را در آن داشته باشد و دیگران حق داخل شدن در ملک او را بدون اجازه وی ندارند، به خلاف کندن چاه در ملک دیگری یا در راه عمومی، اگر شخص یا حیوانی وارد ملک او شود و درون چاه سقوط کند، قطعاً تلف به او نسبت داده نمی‌شود و از نظر عرف و عقلا، تلف به کسی که داخل در ملک شده نسبت داده می‌شود؛ اما در صورت دوم- کندن چاه در ملک دیگری یا در مسیر عمومی- تلف به خود وی نسبت داده می‌شود. این مسأله عقلی نبوده و منظور از اصطلاحات علت و سبب، معانی فلسفی آن‌ها نیست، بلکه منظور انتساب عرفی عمل به سبب است و لذا سبب کسی است که مستقیماً باعث تلف یا جنایت نشده است اما اگر فعل یا ترک او نبود تلف یا جنایت حاصل نمی‌شد و عرف تلف را به او مستند می‌داند. حال فرقی نمی‌کند که مباشری هم در میان باشد ولی اضعف از او باشد (مانند جایی که مباشر مغرور است) و یا اینکه مباشری غیر از خسارت دیده در میان نباشد (مانند اینکه در معابر عمومی چاهی می‌کند و عابری بی‌اطلاع از وجود چاه در آن می‌افتد). مهم این است که عرف جنایت یا تلف را به او که مستقیماً اثرگذار نبوده، مستند ببیند. پس از ذکر تعریف عناوین فوق، باید با ضابطه‌ای شرکت در جرم را از محل بحث خارج

کنیم و سپس به صورت تفصیلی به بیان تفاوت‌های تسبیب و اعانه پردازیم. آنچه تسبیب و اعانه را از شرکت جدا می‌کند این است که شریک همواره در تحقق جرم تأثیر مستقیم دارد و مباشر محسوب می‌گردد و به عبارتی یکی از عناصر مؤثر در عنصر مادی جرم است. حال آنکه نه معین و نه سبب هیچ‌کدام مباشرتی ندارند و تأثیری که در وقوع جرم یا حصول تلف دارند غیرمستقیم است.

این نکته را نیز باید افزود که معاونت از مرحله فکر و تصمیم آغاز و تا مرحله مقدمات پیش می‌رود. درحالی‌که شرکت در جرم از آغاز تا پایان و به نتیجه رسیدن ادامه دارد. بنابراین آنچه باعث ابهام در مصادیق مردد بین سبب و معین می‌شود این است که هر دو در تهیه مقدمات فعل مؤثر بوده ولی مباشرتی در انجام خود فعل ندارند. برای نمونه می‌توان موردی را ذکر نمود که در آن شخصی نگهبان کارخانه‌ای است ولی عمداً در وظایف خود کوتاهی می‌کند و دزد اموالی را از کارخانه می‌دزد؛ در اینجا کوتاهی نگهبان در انجام وظایفش مصادافی است که مردد است بین اینکه تسبیب باشد یا اعانه بر اثم؟

وجوه افتراق و اشتراک تسبیب و اعانه

۱. محوریّت و عدم محوریّت

سبب همواره دارای نقش تعیین‌کننده و نه تبعی در تحقق جرم و یا تلف است. این نکته را می‌توان از تعریف فقها استنباط نمود. برای مثال به تعریفی که از شرایع نقل نمودیم اشاره می‌کنیم که محقق حلی در آن می‌فرمود: تسبیب عملی است که اگر نباشد، تلف حاصل نمی‌گردد.

بنابراین سبب عاملی است که از عدمش عدم لازم می‌آید و این اشاره به نقش محوری سبب در تحقق تلف یا جرم دارد.

به‌علاوه در سببی که ضامن و اقوی از مباشر است محوریّت با سبب است؛ به عبارت دیگر نه‌تنها عملی است که اگر نباشد تلف یا جرم محقق نمی‌شود بلکه بالاتر از این، به‌طورکلی تلف به او مستند است و عرف او را متلف حقیقی می‌داند هرچند مباشرتی ندارد.

اما معین همواره دارای یک نقش تبعی در تحقق جرم یا تلف است و به‌هیچ‌وجه و لو مجازاً نمی‌توان تلف را به او مستند دانست. بلکه نقش یک همکار و کمک‌کار را بازی کرده که بدون او هم راه دیگری برای حصول جرم وجود دارد. لذا درباره معین نمی‌توان گفت که اگر

نباشد تلف حاصل نمی‌شود.

طبق این تفاوت باید گفت سبب همواره از اجزا علت تامه است و اگر نباشد علت تامه محقق نخواهد شد ولی معاونت چنین نیست و همان‌گونه که از مفهوم آن بر می‌آید نمی‌توان آن را از اجزا علت تامه دانست بلکه اگر معاونت نیز محقق نشود وقوع جرم همچنان متوقع است. به همین دلیل همواره می‌توان وقوع جرم را به سبب مستند دانست (چه در مواردی که اقوی از مباشر است که عرف حقیقتاً جرم را به سبب مستند می‌داند و چه در مواردی که مباشر اقوی است باز هم می‌توان جرم را مجازاً مستند به سبب دانست چراکه استناد معلول به علت ناقصه از موارد مجاز عقلی محسوب می‌شود). اما در موارد اعانه هرگز و حتی مجازاً نمی‌توان تحقق نتیجه را به معین نسبت داد.

۲. اشتراط وجود مباشر عاقل و عدم آن

از جمله تفاوت‌های تسبیب و اعانه این است که در تسبیب همواره مباشرت توسط یک عامل عاقل انجام نمی‌پذیرد بلکه ممکن است مباشر عاقل باشد، یا اینکه عاقل نباشد (شامل کودک غیر ممیز و مجنون) و یا اینکه مباشری جز خود خسارت‌دیده وجود ندارد ولی جاهل است؛ و مباشر عاقل نیز ممکن است عالم و قاصد باشد و یا اینکه عالم و قاصد نباشد. لذا بحث تسبیب صوری پیدا می‌کند که به شکل زیر می‌توان دسته‌بندی نمود:

الف. مباشر عاقل نباشد. مثلاً شخصی در روزی طوفانی در خانه خود آتش شعله‌ور بیش‌ازحد نیازش روشن بسازد و آتش توسط باد به خانه همسایه سرایت کرده و موجب خسارت شود. در اینجا روشن‌کننده آتش سبب و باد مباشر است ولی مباشر در اینجا عاقل نیست و لذا ضمان متوجه خود روشن‌کننده آتش است. (علامه حلی، ارشاد الاذهان، ۲/۲۲۷)

ب. مباشر خود خسارت‌دیده است. برای مثال شخصی در محلی عمومی چاهی می‌کند و هیچ نشانه هشداردهنده‌ای نمی‌گذارد و شخص دیگری بی‌خبر در آن می‌افتد. اینجا کننده چاه سبب و عابر مصدوم خود مباشر است و ضمان بر عهده سبب است.

ج. مباشر شخصی عاقل غیر از خسارت‌دیده است. این صورت خود دو حالت دارد: حالت اول: مباشر عاقل عالم و قاصد است. مثلاً اگر شخصی در راه عمومی چاهی بکند و دیگری ثالثی را عمداً در آن بیاندازد، در اینجا مباشر که قاصد و عالم بوده است ضامن است نه سبب.

حالت دوم: مباشر عاقل است اما عاقل و قاصد نیست. برای نمونه پزشکی به پرستار دستور

می‌دهد دارویی کشنده را به بیمار تزریق کند اما پرستار نمی‌داند دارو کشنده است و فکر می‌کند دارویی در جهت بهبودی است. در اینجا که از مصادیق غرور نیز به حساب می‌آید مباشر هرچند عاقل است اما آگاه از نتیجه مترتب نیست و سبب اقوی است لذا ضامن است. اما در اعانه همواره یک مباشر عاقل قاصد وجود دارد؛ به عبارت دیگر اولاً مباشر و معان وجود دارد و ثانیاً این مباشر و معان آگاه و قاصد نسبت به نتیجه است. دلیل مطلب این است که در مفهوم اعانه، نسبت با معان وجود دارد؛ یعنی اعانه از صفات نسبی است و کنار معین همواره شخص معان وجود دارد؛ زیرا معین کسی است که به دیگری کمک می‌کند و وجود معان شرط صدق عنوان معین است. زید وقتی معنوع به عنوان معین می‌شود که عمرو وجود داشته باشد و زید به او کمک کرده باشد. در این حالت می‌گوییم زید اعان عمروا علی فلان؛ و الا اگر عمرو در میان نباشد هرگز به زید نمی‌توان گفت او معین است زیرا این سؤال مطرح می‌شود که به چه کسی کمک کرده است؟ به علاوه این مباشر آگاه و قاصد است زیرا گفتیم که معین یک نقش تبعی دارد و همه‌کاره معان است لذا باید معان آگاه بوده باشد.

از مطالب مطرح شده در می‌یابیم که اگر در جایی مباشری عاقل وجود نداشت هرگز نمی‌توان اعانه را مطرح نمود و باید گفت مورد از موارد تسبیب است؛ بنابراین شخصی که چاقویی به دست کودک غیر ممیز و یا دیوانه‌ای می‌دهد و اشاره می‌کند که شخص ثالثی را بزند سبب جنایت است نه معاون و معین؛ زیرا گفتیم در اعانه باید یک عامل عاقل آگاه وجود داشته باشد ولی در این موارد چنین نیست.

۳. اعتبار و عدم اعتبار قصد در صدق دو عنوان معین و سبب

در تسبیب: آنچه در اتلاف بین فقها مشهور است این است که چه عمداً و چه غیر عمد و غیر قصد و چه جاهل باشد و چه عالم در همه صور متلف ضامن است (مکارم شیرازی، ۲۲۸/۲) بلکه حتی در حالت خواب نیز اگر کسی چیزی را اتلاف کند ضامن است. حال اگر سبب هم از باب اتلاف ضامن باشد و مستند آن ادله ضمان متلف باشد قهراً سبب هم چه قاصد باشد و چه قاصد نباشد عنوان تسبیب بر آن صادق و ضامن خواهد بود.

با این وجود ضمان تسبیبی ادله مستقل خود را دارد و بر اساس این ادله باید قضاوت نمود که آیا قصد و عمد در آن معتبر است یا خیر؟

صاحب جواهر در مورد ضمان ناشی از تسبیب می‌گوید: «سبب دوم ضمان، تسبیب است... در این خصوص بین فقها اختلافی نیست بلکه می‌توان تحصیل اجماع نمود و علاوه بر آن،

اخبار متعددی بر وجود چنین قاعده‌ای دلالت دارد». (صاحب جواهر، ۴۶/۳۷)

ما برای نمونه، به چند مورد از روایاتی که در این باره وارد شده اشاره می‌کنیم.

مورد اول: صحیح حلی. از امام صادق علیه السلام پرسیدم اگر کسی چیزی در راه دیگری قرار دهد، به طوری که مرکب آن شخص در برخورد با آن رم کند و صاحبش را به زمین بزند، حکم چیست؟ حضرت فرمود: «کل شیء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه»؛ (کلینی، ۳۵۰/۷) یعنی صاحب هر چیزی که در راه مسلمین [واقع شود و] به آن‌ها ضرر بزند، ضامن پیامدهای آن است.

مورد دوم: صحیح زراره. به امام صادق علیه السلام عرض کردم حکم کسی که چاهی در غیر ملک خویش حفر کند و عابری در حین عبور در آن بیفتد، چیست؟ حضرت (ع) فرمود: «علیه ضمان لانّ کلّ من حفر بئرا فی غیر ملکه. (پیشین)

مورد سوم: موثق سماعه از امام صادق علیه السلام. سماعه نقل می‌کند: از آن حضرت سؤال کردم حکم کسی که چاهی در خانه خودش حفر می‌کند و دیگری در آن می‌افتد، چیست؟ حضرت (ع) فرمود: «اگر چاه در ملک خودش باشد موجب ضمان نیست؛ اما اگر در ملک غیر یا معبر عام حفر شده باشد و دیگری در آن بیفتد موجب ضمان است. (پیشین)

بنا بر اینکه ما مدرک قاعده را اجماع یا روایات موجود بدانیم نتیجه‌گیری ما متفاوت خواهد بود. چراکه همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، روایات ذکر شده اطلاق دارند و اعم هستند از اینکه مرتکب با قصد و نیت اضرار به غیر مبادرت به عمل کند یا اینکه بدون قصد و نیت خاصی اقدام کند و سبب ایراد خسارت به دیگری شود؛ بنابراین اگر مدارک قاعده، روایات باشد، به علت عموم و شمول روایات، اعمال عمدی و غیر عمدی هر دو تحت حکم قرار می‌گیرند و فاعل به هر حال ضامن خواهد بود؛ ولی اگر مدرک قاعده را اجماع بدانیم، چون اجماع دلیل لّبی است و عموم و اطلاقی ندارد تا به آن اخذ شود، قدرمقیّن در آن مورد لحاظ قرار می‌گیرد و فقط شامل موارد متضمن علم و عمد می‌شود و موارد غیر عمدی را در بر نمی‌گیرد.

اما مدرک واقعی قاعده تسبیب، روایات است و نه اجماع؛ زیرا اجماع بالاستقلال حجیت ندارد، بلکه اجماع فقط در صورتی که کاشف از سنت معصوم (ع) باشد، معتبر است و چنانچه روایاتی در کنار اجماع موجود باشد و احتمال برود که اجماع، مستند به آن روایات است، اجماع مزبور ارزشی نخواهد داشت؛ بنابراین می‌توان گفت برای ضمان تسبیبی قصد و عمد

معتبر نیست و چه شخص قاصد باشد و چه نباشد مشمول قاعده است.

در اعانه: در اینکه در صدق مفهوم اعانه آیا قصد معین به تحقق معان علیه در خارج شرط است یا خیر فقها نظریات گوناگونی ارائه داده‌اند که قبل از بررسی نظرات مختلف باید به یک نکته توجه نمود و آن اینکه قصد دو معنا دارد:

معنای اول: قصد به معنای اراده و اختیار که ملازمه با علم دارد. این معنا از قصد قطعاً در صدق اعانه معتبر است. چراکه اگر شخص معین علم نداشته باشد که مباشر قصد حرام دارد و کاملاً بی‌خبر باشد، بر فعل او عنوان اعانه صدق نمی‌کند. در اعتبار این معنا از قصد در صدق اعانه علما اختلافی ندارند.

معنای دوم: قصد به معنی داعی و غرض به فعل؛ که شخص معین قصد داشته باشد بر فعلش حرامی مترتب شود. این معنا از قصد است که مورد اختلاف و انظار گوناگون قرار گرفته است. (حسینی روحانی، ۲۰۷/۱)

پس از ذکر این نکته باید گفت اقوال علما را در مورد اعتبار یا عدم اعتبار قصد را در سه گروه می‌توان خلاصه کرد: گروه اول: صرف علم و اطلاع معاون از قصد مباشر کفایت می‌کند. گروه دوم: علاوه بر علم و اطلاع معاون، قصد وقوع جرم از طرف معین نیز لازم است. گروه سوم: صدق عرفی معاونت کفایت می‌کند. گروه اول: صرف علم از قصد مباشر کافی است.

بسیاری از محققان قائل به این قول هستند. خویی و ایروانی تصریح به عدم اعتبار قصد نموده‌اند و شیخ انصاری در مکاسب از بسیاری از فقها از جمله شیخ طوسی، علامه حلی، صاحب حدائق و صاحب ریاض قول به عدم اعتبار قصد را استظهار نموده است. (انصاری، ۱۳۳/۱)

محقق ایروانی در حاشیه بر مکاسب می‌نویسد: قصد در تحقق عنوان اعانه معتبر نیست و حق آن است که اعانه از عناوین واقعی است که دایره مدار وجود قصد نیست و صرف انجام مقدمات فعل دیگری اعانه اوست. (ایروانی، ۱۵/۱)

این دسته از فقها برای توجیه نظریه خود به دلایلی تمسک کرده‌اند از جمله عموم آیه شریفه «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (مائده: ۲) با توجه به اینکه آیه عام است و در آن تقییدی به قصد به چشم نمی‌خورد. برخی روایات از جمله روایت عمر بن اذینه از امام صادق (ع): «کتبت الی ابی عبد الله (ع) اساله عن رجل له خشب فباعه ممن یتخذہ صلباناً، قال لا؛ به

امام صادق (ع) نامه نوشتم و در مورد مردی که چوب دارد و آن‌ها را به کسی می‌فروشد که از آن صلیب درست می‌کند، حکم مسأله را سؤال کردم. امام (ع) فرمود: خیر (چنین معامله‌ای را انجام ندهد).» (کلینی، ۲۲۶/۵) و روایت عمرو بن حرث: «سالت ابا عبد الله علیه السلام عن التوت أبيعہ ممن یصنع الصلیب او الصنم؟ قال: لا؛ از امام صادق (ع) در مورد فروش درخت توتی که آن را به کسی که از آن صلیب یا بت می‌سازد، سؤال کردم و حکم مسأله را پرسیدم. امام فرمود: نه؛ جایز نیست.» (حر عاملی، ۱۷۷/۱۷) علاوه بر اینکه استعمال کلمه اعانه و مشتقات آن در غیر قاصد بلکه در غیر شاعر بدون اینکه عنایت و تجویزی در کار باشد صحیح است چنانکه آیت الله خویی در این زمینه می‌نویسد: صحت استعمال کلمه اعانه و مشتقات آن در غیر قاصد و حتی در غیر موجود ذی‌شعور بدون وجود عنایت اضافی نشانگر عدم اعتبار قصد و اراده از نظر لغت در اعانه است؛ مانند دعای امام سجاده علیه السلام در دعای ابو حمزه: «و أعانی علیها شقوتی.»

و همچنین کلام خداوند: «و اسْتَعِينُوا بِالصَّبْرِ وَ الصَّلَاةِ؛ که در بعضی از روایات مراد از صبر را روزه شمرده است؛ و نیز در احادیث شیعه و سنی آمده است: «من أكل الطین فمات فقد أعان علی نفسه.» و در روایة أبو بصیر می‌فرماید: «فأعینونا علی ذلک بورع و اجتهاد.» و نیز: «من أعان علی قتل مؤمن و لو بشطر کلمة ...» و کلام دیگری از امام معصوم که در آن می‌فرماید: «من تبسم علی وجه مبدع فقد أعان علی هدم الإسلام.» و...

و نیز استعمالات صحیح دیگری که در این زمینه موجود است؛ و ادعای اینکه استعمالات فوق مجازی است مردود است چون مجاز نیاز به قرینه دارد و در کلمات فوق قرینه‌ای موجود نیست؛ و در مجموع وجه صحیحی برای اعتبار قصد در صدق اعانه وجود ندارد. (خویی، مصباح الفقاهه، ۲۳۱/۱)

گروه دوم: قصد وقوع معان علیه در صدق اعانه شرط است.

عده‌ای از فقها همچون شهید اول (غایه المراد، ۳۹۲/۲)، فاضل نراقی به نقل از محقق ثانی (عوائد، ۷۸)، شیخ انصاری (المکاسب المحرمه، ۱/۱۳۳)، امام خمینی در یکی از کلماتش و فاضل لنکرانی (القواعد الفقهیه، ۴۵۶) معتقدند که صرف علم و اطلاع معاون برای مقصود کافی نیست؛ بلکه معاون باید قصد وقوع جرم را نیز داشته باشد.

فاضل نراقی در این زمینه چنین می‌نویسد: درباره اعتبار قصد باید گفت که ظاهر، اشتراط آن است؛ و معنایش این است که مقصود معاون از کارش ترتب فعل معاون علیه در خارج

باشد... زیرا عرفا متبادر از مفهوم اعانه اعتبار قصد است. چراکه وقتی گفته می‌شود: أعان زید عمرا فی الأمر الفلانی بجمع أدواته و آلاته، چنین فهم می‌شود که مقصود زید از این کار حصول فعل در خارج است و دلیل دیگر صحت سلب اعانه در نظر عرف از غیر قاصد است. (نراقی، ۷۶)

امام خمینی نیز می‌فرماید: آنچه ظاهر است درباره اعانه این است که اعانه شخص درباره چیزی عبارت است از مساعدت و پشتیبانی فاعل و این معنا تنها زمانی صدق می‌کند که به قصد رسیدن به فعل معاون علیه این کار را انجام دهد. پس درباره کسی که مسجدی می‌سازد تنها کسانی معین او محسوب می‌شوند که مقدمه‌ای را به قصد ساخته شدن مسجد انجام داده باشند و در این صورت است که گفته می‌شود او را در ساخت مسجد یاری داد.

اما درباره فروشنده گچ و آجر و سایر چیزهایی که ساخت بناء متوقف بر آن است اگر برای انگیزه‌های شخصی و رسیدن به سود مادی این کار را کرده باشد، معین و مساعد بر ساخت بناء به شمار نمی‌روند، هرچند که بدانند این مصالح برای ساخت آن بناء خریده می‌شوند... و نیز پارچه‌فروشی که پرده کعبه را برای سود شخصی به متولیان آن می‌فروشد معین بر نیکی و تقوی به شمار نمی‌رود.... (المکاسب المحرمه، ۲۱۲/۱)

این دسته از فقها علاوه بر استدلال‌هایی که در کلمات فوق ذکر شده است، به روایاتی چند استناد کرده‌اند از جمله به روایت عمر بن اذینه: «قال: کتبت الی ابي عبد الله (ع) اسأله عن رجل له کرم أ بیع العنب و التمر ممن یعلم انه یجعله خمرًا، او مسکرا، فقال علیه السلام، انما باعه حلالا فی الابان الذی یحل شربه او أکله فلا بأس بیعه؛ می‌گوید به امام صادق (ع) نوشتم و از او در مورد مردی که انگور دارد و انگور و خرما را به کسی می‌فروشد که آن را در خمر یا مسکر استفاده می‌کند، سؤال کردم. حضرت در جواب فرمود: اشکالی ندارد؛ چراکه انگور به صورت حلال فروخته می‌شود و خریدار، آن را به شکل حرام در می‌آورد.» (کلینی، ۲۳۱/۵)

گروه سوم: صدق عرفی اعانه کافی است.

این گروه معتقدند در صدق مفهوم اعانه یا باید معین قصد وقوع معان علیه را داشته باشد و یا اینکه لاقلا عرفا بتوان عنوان اعانه را بر فعل او منطبق دانست. محقق اردبیلی و مراغی چنین نظری دارند.

کلام محقق اردبیلی چنین است: ظاهر این است که اعانه در صورتی است که شخص قصد اعانه داشته باشد، یا عمل او به نحوی باشد که صدق عرفی اعانه بشود؛ مانند این موارد که

ظالمی از دیگری عصایی طلب کند تا با آن مظلومی را بزند و شخص نیز عصا را به بدهد... و مانند این موارد که عرفاً صدق اعانه می‌کند. (اردبیلی، ۲۹۷)

صاحب عناوین نیز در کلامی مشابه می‌آورد: ضابطه صدق اعانه دو چیز است: اول اینکه قصد و نیت اعانه وجود داشته باشد. پس هرکسی که عملی را انجام دهد یا چیزی را بفروشد یا اجاره دهد... به قصد ترتب ظلم یا معصیت چه به لسان شرط کند که باید آن معصیت واقع شود یا اینکه نیتش این باشد اعانه بر اثم نموده است.

دوم اینکه عمل او به گونه‌ای نزدیک به اعانه باشد که اعانه به شمار بیاید هرچند قاصد اعانه نبوده است... و اینکه بعضی پنداشته‌اند که اعانه مطلقاً تابع قصد است، صحیح نیست. (مراغی، ۵۶۶/۱)

نظر مختار

از مجموعه استدلال‌ها و کلمات فوق می‌توان قول به عدم اعتبار قصد در صدق اعانه و کفایت صدق عرفی (نظریه سوم) -البته با در نظر گرفتن نکاتی که ذکر می‌گردد- را ترجیح داد؛ اما باید به یک نکته توجه داشت و آن اینکه اگر می‌گوییم قصد معتبر نیست به این معنا نیست که تمام کسانی که در سلسله عمل قرار می‌گیرند معاون بر اثم هستند، چراکه در این صورت همان‌طور که صاحب عناوین می‌گوید لازم می‌آید خدای متعال نیز معاون بر اثم و عدوان باشد، بلکه هرچند قصد شرط نیست اما اولاً علم معین به قصد معان، در صدق عنوان اعانه معتبر است و ثانیاً شرط دیگری در اینجا وجود دارد و آن اینکه باید رابطه مستقیمی بین فعل معین و فعل معان وجود داشته باشد و فعل معین در راستای فعل معان به حساب آید؛ به عبارت دیگر از آنجا که: «انها (الاعانه) من العناوین الاضافیه المتقومه بوجود المعین و المعان» (منتظری، ۳۱۵/۲)، باید گفت در صدق اعانه عرف نباید پس از فعل معین این فعل را فعلی ببیند که به نتیجه رسیده است و آن را منقطع از قبل و بعد ببیند. بلکه عرف این فعل را ناقص یافته و معتقد است فعل معان مکمل آن است و وقتی نتیجه‌اش حاصل می‌شود که معان علیه پس از آن بیاید.

بنابراین اگر ظالمی که قصد صدمه به کسی را دارد و از شخصی می‌خواهد که چاقویی به او دهد، در اینجا اگر شخص چاقو را به دست ظالم بدهد معاون خواهد بود. هرچند قصد این را نداشته باشد که ظالم آن شخص را مصدوم سازد؛ زیرا اولاً علم به قصد مباشر دارد و ثانیاً فعلش عرفاً در راستای فعل مباشر است.

به این ترتیب جواب استدلال امام خمینی نیز داده می‌شود. چراکه ایشان فرمودند اگر قصد را معتبر ندانیم باید گفت آن فروشنده گچ و آجر برای ساخت مسجد که به برای کسب درآمد این کار را می‌کند، نه برای رضای الهی هم اعانه بر بر و تقوی نموده است. پاسخ این است که فعل این اشخاص در راستای ساخت مسجد دیده نمی‌شود و عرف، رابطه مستقیمی بین فعل ایشان و ساخت مسجد نمی‌بیند. چراکه در اینجا عرف پس از اینکه فروشنده، آجر را فروخت فعل او را به نتیجه و غایت رسیده می‌داند زیرا هدفش را که کسب مال بود یافته است و فعلش منقطع از قبل و بعد است. درحالی‌که وقتی عنوان اعانه صدق می‌کند که عرف آن فعل را به غایت نرسیده و ناقص ببیند و فعل معان علیه را مکمل آن ببیند و به نظر ما این مطلب در خود مفهوم اعانه نهفته است.

باید در نظر داشت اینکه برای عرف معیار ذکر نمودیم به معنی عدول از نظر مختار و تعیین تکلیف برای عرف نیست. چراکه با این معیاری که ذکر نمودیم آنچه عرف ارتکازا بدان نظر دارد را به صورت التفات تفصیلی در آوردیم و فقط در مقام بیان ذکر این نکته هستیم که داوری عرف در واقع به چه صورت است.

۴. ترک فعل

آیا صدق عنوان معین و یا سبب مشروط به این است که شخص حتماً کاری انجام داده باشد یا اینکه ترک فعل هم از مصادیق اعانه و تسبیب به شمار می‌رود؟

در تسبیب: تسبیب به دو قسم صورت می‌گیرد:

قسم اول: فعل مثبت و آن فعلی است که انجامش سبب تلف مال گردد، مثل آن‌که کسی سنگی یا پوست میوه‌ای را در پیاده‌رو بیندازد و رهگذری پایش بلغزد و بشکند یا لباسش پاره شود.

قسم دوم: ترک فعلی که سبب ورود خسارت بر غیر شود، خواه فعل مزبور تکلیف ناشی از قرارداد باشد، مانند آن‌که مأموران راه‌آهن در اثر عدم انجام وظیفه به موقع خود، سبب تصادم قطار گردند، یا آن‌که تکلیف ناشی از وظایف قانونی باشد، مثل آن‌که ولی با عدم انجام وظیفه نسبت به حفظ اموال موکلی علیه موجب ورود خسارت بر اموال او گردد. همه این اقسام از موارد تسبیب است، زیرا مسبب با واسطه موجب ورود خسارت بر دیگری شده و عرف حصول تلف را مستند به فعل او می‌بیند، هرچند که مستقیماً و مباشرتاً عامل ضرر نشده است. و بالجمله می‌توان گفت در تسبیب شرط نیست که حتماً فعلی صورت گیرد بلکه ترک

فعل نیز از مصادیق آن به شمار می‌رود؛ زیرا همان‌گونه که در اوایل بحث گفتیم مهم احراز انتساب تلف یا جرم به شخص است و از این جهت فرقی بین اینکه فعلی صورت گیرد یا ترکی وجود ندارد. هرچند در موارد ترک فعل احراز انتساب، به وسیله احراز تقصیر شخص است.

هرچند فقها به این نکته تصریح نکرده‌اند ولی می‌توان از لابه‌لای کلماتشان و مخصوصاً مثال‌هایی که برای تسبیب زده‌اند دریافت که در نظر ایشان تسبیب اعم از فعل و ترک است. شیخ مفید در این باره می‌گوید: هرگاه حیوان کسی به حیوان یا مال دیگری آسیب برساند، اگر آسیب وارده ناشی از تفریط در نگهداری و جلوگیری حیوان از سوی صاحب آن باشد، وی ضامن جنایت حیوان است... مثلاً خسارت گوسفندان کسی به زراعت دیگری در صورت عدم حفظ و مواظبت صاحب گله و رها کردن آن. (مفید، ۷۷۰)

در اعانه: هرچند در تعریف بسیاری از فقها از اعانه واژه فعل آمده است، اما این نمی‌تواند دلیل بر این باشد که ایشان اعانه را مختص مواردی می‌دانند که فعلی رخ داده باشد. بلکه این احتمال وجود دارد که منظور از فعل اعم از فعل مثبت و فعل منفی باشد و یا اینکه فقها در این کلمات در مقام بیان این‌که اعانه مختص به فعل وجودی است یا اعم از وجودی و عدمی نبوده‌اند. لذا باید گفت در این زمینه فقها تصریحی ندارند و چنین بحثی را مطرح ننموده‌اند؛ اما گاهی از فروعی بحث نموده‌اند که می‌تواند از موارد بحث به شمار آید. برای مثال شیخ طوسی ترک دادن طعام به مضطری که خوف تلفش وجود دارد را از مصادیق اعانه بر اثم دانسته است و برای اثبات مطلوب خویش به روایت نبوی استدلال کرده که پیامبر در آن می‌فرماید: «من أغان علی قتل مسلم و لو بشرط كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بین عینیه: آیس من رحمة الله» (طوسی، ۶/ ۲۸۵)

در مقابل یکی از معاصران می‌نویسد: برای تحقق اعانت بر اثم لازم است که عمل مثبتی از شخص معین سرزده باشد و این معنا در مفهوم اعانت گنجدیده است. فعل منفی (ترک فعل) از قبیل سکوت و عدم اقدام به جلوگیری از ارتکاب حرام نمی‌تواند از مصادیق اعانت محسوب شود؛ مثلاً شخصی که از وقوع سرقت خانه همسایه آگاه می‌شود و سکوت اختیار می‌کند و اقدام به جلوگیری نمی‌کند، عمل وی اعانت بر اثم محسوب نمی‌شود. (محقق داماد، ۴/ ۱۸۴)

طبق ضابطه‌ای که ما برای اعانه ذکر کردیم و آن اینکه فعل معین باید عرفاً در راستای فعل معان به شمار بیاید می‌توان گفت در بعضی موارد حتی ترک فعل هم می‌تواند از موارد اعانه

بر اثم لازم می‌آید مشروط بر اینکه تارک، قصد^۳ کمک به فاعل (معان) را داشته باشد یا اینکه وظیفه خود را برای کمک به مجرمین ترک کرده باشد. برای مثال اگر نگهبان کارخانه اقدام به قفل در آن نکند برای آنکه دوستانش بیایند و سرقت کنند، اینجا هرچند نگهبان مرتکب فعل مثبتی نشده است، اما همین که قصدش این بوده که عده‌ای بتوانند دزدی کنند و به همین سبب در کارخانه را نبسته است می‌توان او را معین دانست. لازم به ذکر است بر اساس آنچه گذشت می‌توان نتیجه‌گیری نمود که مورد از موارد تسبیب به شمار نمی‌رود زیرا تسبیب در جایی است که مباشر قاصد و ملتفتی در میان نباشد حال آنکه در مورد فوق چنین است.

بررسی حکم تکلیفی و حکم وضعی یا آثار هر یک از دو قاعده

۱. تسبیب

حکم وضعی: در ضمان تسبیبی بین فقها اختلافی وجود ندارد و همگان متفق‌اند که سبب در صورتی که اقوی از مباشر باشد ضامن است. پیش از این کلام صاحب جواهر در این زمینه نقل شد. علاوه بر اجماع فقها روایات زیادی دلالت بر این معنا دارند که ما پاره‌ای از این روایات را در بحث اعتبار قصد و عدم آن ذکر کردیم.^۴ لذا نیازی به بررسی بیشتر این موضوع نیست.

حکم تکلیفی: حرمت اتلاف مال غیر از جمله مسلمات فقه امامی است. از آنجا که ملاک تسبیب نیز همان ملاک اتلاف است و در واقع تسبیب نوعی اتلاف است، باید گفت که تسبیب نیز حرام است.

البته مواردی که قصد وجود نداشته باشد نمی‌توان سبب را مرتکب حرام دانست. برای مثال شخصی که در معبر عمومی چاه می‌کند اگر بدین وسیله خسارتی به غیر وارد شود ضامن خسارت هست ولی نمی‌توان گفت او کار حرامی کرده است؛ و از ادله ضمان تسبیبی هم چیزی بیش از ضمان در موارد عدم وجود قصد استفاده نمی‌شود.

۳. اینکه در اینجا قصد را لازم دانستیم منافاتی با آنچه در باره عدم اعتبار قصد در اعانه گفتیم ندارد. زیرا ترک از مصادیق خفی اعانه به شمار می‌رود و انصاف این است که جز در مواردی که با ترک فعل، قصد اعانه داشته است نمی‌توان حکم به صدق اعانه کرد. به تعبیر دیگر در جایی که تارک قصد اعانه نداشته است صدق اعانه مشکوک بوده و اعانه احراز نمی‌شود و در این مورد اصل عدم جاری می‌شود و اعانه نفی می‌شود.

۴. سید محمد شیرازی در جلد ۷۸ کتاب الفقه بسیاری از این روایات را آورده است و به نظر می‌رسد این روایات مستفیض است.

از لحاظ مسئولیت کیفری نیز بر همین اساس باید گفت وقتی فعلی حرام شد می توان فاعل را تعزیر نمود. چراکه می توان مرتکبین حرام را تعزیر نمود. شیخ طوسی در کتاب المبسوط چنین می نویسد: «کل من أتى معصية لا يجب بها الحد، فإنه يعزّر.» (طوسی، ۶۹/۸)

بنابراین هرگاه تسبیب از مصادیق معصیت باشد می توان فاعل آن را تعزیر کرد.

در تسبیب در جنایات نیز اگر از مصادیق اکراه باشد و موجب قتل باشد مکره که سبب است حبس ابد می شود و مباشر قصاص می شود؛ اما در موارد کمتر از قتل مانند قطع عضو و یا ایراد جراحت سبب قصاص می شود. البته اگر مکره (به فتح راء) مجنون یا صبی غیر ممیز باشد مکره به طور کلی (به کسر راء) قصاص می شود زیرا مباشر در اینجا مانند یک آلت است. (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۵۵۲/۶)

سایر موارد تسبیب در جنایات نیز احکام مباشرت در جنایت را دارد. برای مثال اگر شخصی طعام مسمومی به دیگری دهد قصاص می شود چون اقوی از مباشر است. (پیشین)

۲. اعانه

حکم وضعی: در موارد اعانه بر اثم، معین مسئولیتی از جهت جبران خسارت و ضمان ندارد و ضمان بر عهده معان است زیرا اصل بر عدم ضمان است مگر اینکه دلیلی بر ضمان وجود داشته باشد. حال اینکه ضمان معین دلیلی ندارد و در این زمینه اختلافی نیست. اما بحثی دیگری که در اینجا قابل طرح است این است که اگر معامله ای با عنوان اعانه بر اثم تحقق یافت آیا چنین معامله ای باطل است یا نه؟ مثلاً اگر شخصی چوبی فروخت به قصد اینکه دیگری با آن بت بسازد حکم این معامله چیست؟

در این موارد باید گفت چنین معامله ای باطل نیست ولو اینکه قائل باشیم نهی از معامله موجب بطلان است؛ زیرا عنوانی که متعلق حرمت است اعانه بر اثم است نه بیع چوب برای بت؛ و هرچند که بر بیع چوب عنوان اعانه بر اثم صادق است اما باز هم موجب بطلان نیست؛ زیرا معقول نیست که حکم از متعلق خودش سرایت به چیز دیگری کند و لو اینکه در خارج اتحاد بین آنها وجود داشته باشد. در اینجا نیز هرچند مصداق اعانه بر اثم مصداق بیع نیز به شمار می آید اما حرمت از یک عنوان نمی تواند سرایت به عنوان دیگر کند. لذا معامله در اینجا بر حکم اولی خود که جواز است باقی است (ر.ک: فاضل لنکرانی، ۴۵۹). البته تفصیل مطلب را باید در مباحث اصول فقه جستجو کرد.

حکم تکلیفی: اعانه بر اثم در نگاه جمهور فقها حرام است و از ادله اربعه برای آن دلیل

آورده‌اند. (ر.ک: کتب قواعد فقه، ذیل قاعده حرمت اعانه بر اثم)

در این زمینه فقط خوبی معتقد است اعانه بر اثم حرام نیست بلکه حکم آن جواز است زیرا اصل بر اباحه است الا ما خرج بالدلیل؛ و فقط مواردی مثل معونه الظالمین که دلیل خاص دارد حرام است؛ و همچنین می‌گوید که آنچه در آیه مورد نهی قرار گرفته است تعاون بر اثم است نه اعانه بر اثم. اجماع را نیز مدرکی می‌دانند و لذا اعتباری برای آن قائل نیستند. (خوبی، مصباح الفقاهه، ۲۳۵/۱)

ما در این مختصر در مقام نقد کلام ایشان نیستیم ولذا کلام بجنوردی که پس از نقل ادله می‌نویسد: «و الإنصاف أن الفقيه يستظهر من مجموع هذه الأخبار المتفرقة في الأبواب المختلفة حرمة الإعانة على الإثم» (بجنوردی، ۳۶۴/۱) را بسیار وجیه به نظر می‌دانیم؛ زیرا وقتی مجموعه ادله نقلی را کنار هم بگذاریم و حکم مستقل عقل به قبح اعانه بر اثم را نیز در نظر بگیریم، تردیدی باقی نمی‌ماند که در شرع مبین اسلام اعانه بر اثم حرام است.

مسئله دیگری که در اینجا وجود دارد این است که برخی از بزرگان قائل‌اند که اگر شخص، قصد اعانه بر اثم داشته است ولی فعل تحقق خارجی پیدا نکرده است اینجا اعانه صادق نیست بلکه توهّم معاونت رخ داده است و مورد از موارد تجری است نه عصیان. (امام خمینی، المکاسب المحرمه، ۲۱۱/۱)

اما باید گفت که بین عنوان اعانه و سایر عناوین در تحقق تجری تفاوت است؛ زیرا ملاک حرمت اعانه بر اثم تحقق خارجی اثم نیست و اعانه بنا بر ظاهر آیه شریفه...عنوان مستقلی برای وقوع در حرام است و اگر در جایی اعانه صادق بود حرمت می‌آید و متوقف بر وقوع خارجی اثم نیست. چراکه در مقام ریشه‌کن کردن روحیه کمک بر گناه در میان مومنین است و نظری ندارد به اینکه در خارج گناهی محقق می‌شود یا نه. اگر قرینه مقابله را هم در نظر بگیریم این نکته روشن‌تر می‌شود. چراکه آیه شریفه می‌فرماید باید همت شما بر همکاری در بر و تقوی باشد و چنین ملکه‌ای داشته باشید نه اینکه دنبال همکاری در گناهان باشید و این معنا هیچ توقفی بر وقوع خارجی گناه ندارد. شاید کلام امام خمینی نیز اشاره‌ای به همین مطلب داشته باشد: «إن الشارع الأقدس أراد بالنهي عن الإعانة على الإثم و العدوان قلع مادة الفساد و المنع عن إشاعة الإثم و العدوان...»، لذا وقتی اراده شارع بر کندن ریشه فساد و در مقابل اشاعه روحیه تعاون بر تقوی است، وقوع خارجی گناه دخیل در مراد شارع ندارد.

از لحاظ مسئولیت کیفری درباره اعانه چیزی به‌خصوص از شارع مقدس نرسیده است اما

همان‌طور که اشاره شد حاکم شرع می‌تواند او را تعزیر کند چراکه او مرتکب گناه شده است. میرعبدالفتاح مراغه‌ای پس از تذکر این نکته که «هر آنچه از گناهان که در شرع برای آن حدی قرار داده نشده، مستوجب تعزیر است» در توجیه و تعلیل آن آورده است: وجه آن عبارت است از عموم ادله نهی از منکر و امر به معروف و ادله اعانت بر برّ و تقوا که از آن جمله است تعزیر گنه‌کار. صرف سکوت شارع در مورد برخی از معاصی و عدم تعیین کیفر برای آن‌ها دلیل بر گذشت از آن معاصی بدون کیفر نیست. (مراغی، ۶۲۷/۲)

نکته آخر اینکه در حقوق جزای اسلام برخی از مصادیق معاونت در گناه یا جرم دارای حکم خاصی می‌باشند. به‌طور مثال، معاونت در قتل به‌عنوان «ناظر» (کسی که دیده‌بانی کرده و کشیک می‌دهد تا قاتل مرتکب قتل شود)، «مُمسک» (کسی که مجنی‌علیه را می‌گیرد تا قاتل او را به قتل برساند) قابل طرح است. ضمانت اجرای کیفری برای ناظر، در آوردن هر دو چشم از حلقه (یا سیخ داغ کشیدن بر هر دو چشم) و برای مُمسک «حبس ابد» بوده و مباشر مستوجب قصاص است. در «تحریرالوسیله» آمده است: «هرگاه کسی دیگری را بگیرد و سومی او را بکشد، سومی از نظر حقوق جزای شیعه مباشر قتل بوده و قاتل است و به کیفر قصاص محکوم می‌شود. اما آن کسی که مجنی‌علیه را گرفته است تا کشتن او آسان و میسر گردد معاون جرم است، نه شریک در جرم و از نظر فقه شیعه مستوجب حبس ابد است.» (امام خمینی، تحریرالوسیله، ۵۱۴/۲)

نتیجه‌گیری

در مباحث فوق به بررسی تفاوت‌های اعانه و تسبیب در پنج محور پرداختیم. در فرق اول اشاره کردیم که سبب دارای نقش محوری در تحقق جرم است و عاملی است که اگر نباشد جرم اتفاق نمی‌افتد. ولی معین این‌گونه نیست و همواره دارای نقش تبعی است. در محور دوم نیز به این نتیجه نائل شدیم که در تسبیب، مباشر می‌تواند عاقل و یا غیر عاقل باشد ولی در صدق اعانه شرط است که مباشر عاقلی در میان باشد و بدون آن فعل از مصادیق اعانه نیست بلکه از مصادیق تسبیب است. در مبحث سوم اعتبار قصد در صدق دو عنوان تسبیب و اعانه را بررسی نمودیم. در سبب وجود قصد شرط نیست زیرا ادله موجود مطلق است و ذکر از قصد در آن‌ها به چشم نمی‌خورد. در اعانه نیز وجود قصد در معین شرط نیست ولی باید فعل معین در راستای فعل معان در نظر گرفته شود و عرف فعل معین را دارای دنباله ببیند که همان

فعل معان است و الا نمی توان مورد را از مصادیق اعانه دانست. محور چهارم درباره این بود که آیا ترک فعل نیز از مصادیق تسبیب و اعانه محسوب می شود یا خیر. تسبیب می تواند در قالب فعل و یا ترک فعل اتفاق افتد ولی در اعانه هر ترک فعلی را نمی توان مصداق دانست مگر اینکه از ترک فعل قصد اعانه شود و در واقع این از استثنائات مساله عدم اعتبار قصد در صدق اعانه است و وجه آن این است که قدر متیقن در ترک فعل آن مواردی است که قصد وجود داشته باشد.. مساله آخر بررسی حکم تکلیفی و وضعی است. در ضمان سبب هیچ اختلافی نیست؛ اما گفتیم که فقط در صورتی می توان قائل به حرمت تسبیب شد که قصد اتلاف یا جنایت در سبب وجود داشته باشد زیرا گناه در صورتی اتفاق می افتد که فاعل قصد کار حرام را داشته باشد. در اعانه نیز باید گفت که معین مسئولیتی از جهت جبران خسارت و ضمان در فقه امامیه ندارد. ولی از لحاظ حکم تکلیفی حرمت اعانه بر اثم مسلم است.

منابع

قرآن کریم.

- انصاری، مرتضی بن محمد امین، **المکاسب المحرمه**، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- ایروانی، علی، **حاشیه المکاسب**، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- بجنوردی، حسن، **القواعد الفقهیه**، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، **تفصیل وسائل الشیعه الی احکام الشریعه**، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی شیرازی، محمد، **الفقه**، بیروت، دار العلوم للتحقیق و الطباعة و النشر و التوزیع، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، **العناوین الفقهیه**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- خمینی، روح الله، **المکاسب المحرمه**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۱۵ ق.
- _____، **تحریر الوسیله**، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، بی تا.
- خویی، ابو القاسم، **تکملة المنهاج**، قم، نشر مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ ق.
- _____، **مصباح الفقاهه**، بیروت، دار الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- روحانی، محمد صادق، **منهاج الفقاهه**، قم، انوار الهدی، چاپ پنجم، ۱۴۲۹ ق.

- شهید اول، محمد بن مکی، *غایه المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت- لبنان، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *ارشاد الازدهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.
- _____، *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول ۱۴۲۰ ق.
- _____، *قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- فاضل موحیدی لنگرانی، محمد، *القواعد الفقهیه*، قم، چاپخانه مهر، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام الی مسائل الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ق.
- مفید، محمد بن محمد، *المقننه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید- رحمة الله علیه، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدہ البیان فی احکام القرآن*، قم، المكتبة الجعفرية لاهياء الآثار الجعفرية، چاپ اول بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین- علیه السلام، چاپ سوم، ۱۴۱۱ ق.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی المكاسب المحرمه*، قم، نشر تفکر، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- نائینی، محمد حسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عواید الایام فی بیان قواعد الاحکام*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۷ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۳
زمستان ۱۳۹۴، ص ۵۳-۳۱

درنگی بر فروش گوشت حرام به کافران*

دکتر اکبر احمدپور

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: a-ahmadpour@um.ac.ir

چکیده

این پرسش از دیرباز مطرح بوده است که آیا می‌توان گوشت حیواناتی را که فاقد تذکيه شرعی است و در نگاه شریعت «میتة» تلقی می‌شود، به غیر مسلمانان که باوری به تذکيه شرعی ندارند فروخت و از منافع آن سود جست یا این فروش حرام و نارواست؟ هر چند فروش میتة به لحاظ بهره‌وری‌های غیرخوراکی، چه به مسلمان و یا کافر، از سوی شماری از فقیهان جایز قلمداد شده است، اما در حوزه بهره‌وری‌های خوراکی، مشهور فقیهان از نظریه حرمت فروش میتة، حتی به غیرمسلمانان، جانب‌داری نموده و آن را نپذیرفته‌اند؛ اما در این مقاله از روا بودن فروش گوشت حرام به کافران دفاع شده و ضمن واکاوی و نقد مستندات قائلان به حرمت، دلایلی نیز بر اباحه این فروش برپا گشته که از نظر پژوهشیان خواهد گذشت.

کلیدواژه‌ها: گوشت‌های حرام، فروش، جواز، غیرمسلمانان، میتة، بازار اسلامی.

مقدمه

از آنجایی که استفاده از گوشت حیوانات حلال گوشت در صورتی برای مسلمانان حلال و رواست که بر اساس شرایط و آدابی که آن هم در حیوانات مختلف، متفاوت است، ذبح شرعی صورت یابد و حیوانات یاد شده تذکبه گردند، در غیر این صورت گوشت آنان ناپاک تلقی شده و مردار (میتة) به شمار می آید که از قلمرو بهره‌وری به دور بوده و امکان استفاده از آن، به‌ویژه در حوزه‌هایی که نیازمند پاکیزگی است، وجود نخواهد داشت، بلکه می‌بایست آن را از دسترس دیگران دور ساخت و به نابودی آن همت گماشت (شهید اول، ۴۱۰/۲؛ سبزواری، ۵۷۴/۲).

حال این پرسش مطرح است که آیا می‌توان گوشت این گونه حیوانات را که فاقد تذکبه شرعی است و یا حیوانات حرام‌گوشتی که میتة آنان پاک است، مثل گونه‌های مختلف ماهی‌های حرام گوشت، به کافران فروخت و یا همان گونه که فروش آن به مسلمانان حرام و نارواست، نسبت به کافران نیز نپذیرفتنی است؟

مشهور فقیهان خرید و فروش میتة را به صورت مطلق، حتی نسبت به کافران، حرام و ممنوع دانسته‌اند (مفید، ۵۸۹؛ علامه حلی، منتهی، ۳۴۹/۱۵-۳۵۲؛ انصاری، ۳۶/۱؛ نراقی، مستند، ۷۸/۱۴).

حتی در صورتی که برای میتة مصارف محلل‌های نیز وجود داشته باشد، باز هم فروش آن را ناروا شمرده‌اند و در این باب تفاوتی میان خریداران کافر و مسلمان نگذاشته‌اند. فقیهان سنی هم از همین دیدگاه جانب‌داری نموده‌اند (نوی، ۱۰/۱۱).

اما گروهی دیگر فروش میتة را در صورت داشتن منافع حلال و عقلایی روا دانسته‌اند (نائینی، ۸/۱؛ امام خمینی، ۸۳/۱). هرچند این گروه نیز به صراحت گفته‌اند: منظور آنان از منافع حلال و مشروع، حوزه غیرخوراکی‌هاست همانند بهره‌وری از آن در مواردی چون: صابون‌سازی، تهیه روغن برای مصارف صنعتی و غیرخوراکی، ساخت دلو و دیگر ابزارهای مرتبط به منظور آب‌کشی در مزارع و باغات، تهیه غلاف شمشیر، تولید پوشاک و پوستین و نیز تهیه سوخت و خوراک دام و طیور و موارد دیگری از این دست (اردبیلی، ۳۵/۸؛ نائینی، ۸/۱؛ امام خمینی، ۴۵/۱).

اما فروش آن به منظور بهره‌وری‌های خوراکی انسان، حتی در مورد کافران نیز، هم‌چنان ممنوع و ناروا است.

اما آنچه در این مقاله مورد توجه قرار گرفته است، جواز فروش فراورده‌های گوشتی حرام و غیر مذکی به کافران است، صرف نظر از انگیزه این فروش و یا نوع مصرف و استفاده‌ای که آنان خواهند داشت، حتی فروش آن به منظور بهره‌وری‌های خوراکی آنان نیز بی‌اشکال بوده و منعی در آن نمی‌توان یافت.

گفتنی است در این پژوهش، فراورده‌های گوشتی حیوانات حرام گوشتی که ذات آنان ناپاک به‌شمار می‌آید مثل خوک و... مورد نظر نبوده و از حوزه این تحقیق برکنار است. به هر روی در آغاز می‌بایست ریشه‌های احتمالی این حرمت و ممنوعیت را واکاری نمود و دلایلی که فقیهان را به موضع‌گیری منفی در این باب واداشته است، به بررسی گرفت و آنگاه مستندات جواز و اباحه فروش گوشت حرام به کافران را در معرض داوری قرار داد.

دلایل قائلان به حرمت

۱. اطلاق آیات و روایات حرمت میته

یکی از مستندات حرمت فروش میته را می‌توان آیات و روایاتی دانست که میته را به‌صورت مطلق و بدون قید و شرط حرام اعلام داشته که در این صورت حرمت، با اطلاقی که از آن برخوردار است، به‌صورت طبیعی فروش آن را نیز شامل می‌گردد. از جمله آیه سوم سوره مائده: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِیَّتَةُ وَالدَّمُ وَ...»؛ و حرام شده است بر شما گوشت مردار.

این آیه با توجه به تعلق حرمت در آن به اعیان، بیانگر ممنوعیت همه وجوه و گونه‌های بهره‌وری از میته، از جمله بیع آن خواهد بود (علامه حلی، التذکره، ۲۵/۱۰).

افزون بر آن، برابر روایتی که سنن آورده‌اند، رسول خدا در فتح مکه، ضمن اعلام حرمت فروش برخی محرمات، در برابر این پرسش که آیا می‌توان از میته، آن‌گونه که در میان گروهی از مردم متداول است، در جهت تأمین روشنایی و تولید مواد صنعتی و دارویی استفاده نمود؟ با بیان این جمله که: «لا، هو حرام» (بخاری، ۷۷۹/۲؛ مسلم، ۸/۱۱)، میته را به‌صورت مطلق و بدون قید و شرط حرام اعلام داشت و هرگونه بهره‌وری از آن را در هر حوزه‌ای، از جمله فروش آن، ناروا به‌شمار آورد.

یا برابر نقل دیگری (البته با تفاوت‌هایی که در این نقل آمده است) فرمود: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ» (ابن حنبل، ۲۴۷/۱ و ۲۹۳؛ بیهقی، ۱۳/۶؛ نوری، ۷۳/۱۳).

به راستی خداوند هرگاه چیزی را حرام گرداند، ثمن آن را نیز حرام می‌سازد. این مضمون،

یا همانند آن را در روایات دیگر نیز می‌توان یافت (حرعاملی، ۵۴/۱۲).

نقد و ارزیابی

در مورد آیه باید گفت: اولاً منظور از حرمت میته در این آیه، حرمت خوردن آن است که منفعت متعارف در عصر نزول بوده و نه حرام بودن همه بهره‌وری‌های آن (انصاری، ۱۰۰/۱)، اما خواهد آمد که آیه منصرف از کافران است و تنها وظیفه مسلمانان نسبت به یکدیگر را بیان می‌دارد، چراکه شروع سوره و نیز آیه پیش‌تر با «یا ایها الذین آمنوا» همراه گشته که مبین همین حقیقت است. بر فرض که کسانی انصراف را برنتابند، اطلاق آیه، با روایاتی که فروش میته را به جهت منافع محلله عقلایی روا می‌داند، تخصیص خواهد خورد. آشکار است که استفاده کفار از میته، با توجه به تأیید آن از سوی شریعت، در شمار همان منافع محلله عقلایی محسوب خواهد گشت که فروش میته نیز به لحاظ آن فاقد منع شرعی است.

در مورد روایات نیز ملاحظاتی را می‌توان بیان داشت: نخست آنکه این روایات از نظر سند به لحاظ ارسال و ذکر آن‌ها در مجامع روایی نامعتبر ضعیف‌اند، حتی از رهگذر عمل مشهور نیز نمی‌توان ضعف سندی آن‌ها را جبران نمود. به جهت آنکه اولاً استناد مشهور به این روایات در هاله‌ای از ابهام قرار داشته و چندان شناخته شده نیست. ثانیاً تنها شهرت قدما تأثیرگذار است و نه متأخران. ثالثاً در مورد قدما نیز ممکن است حمایت و تأیید آنان به دلایلی صورت گرفته که آن دلایل از نظر ما مخدوش و فاقد اعتبار است. به‌علاوه به لحاظ متنی نیز برخی از این روایات آشفته است و از اتقان لازم بهره‌مند نیست. (انصاری، ۱۹/۱-۲۰؛ خویی، مصباح الفقه، ۲۳/۱-۲۴؛ منتظری، ۸۹/۱ و ۱۴۵). افزون بر آن، بر فرض بتوان از این روایات، حرمت فروش میته را به‌صورت عام و مطلق استنباط نمود، اما این روایات نیز به‌وسیله روایاتی که فروش میته را به منظور بهره‌وری‌های مشروع و عقلایی جایز می‌داند، تخصیص خواهد خورد.

۲. فقدان مالکیت

برخی گفته‌اند: انگیزه اصلی حرمت و بطلان فروش گوشت حرام، آن است که این‌گونه گوشت‌ها فاقد ملکیت است، درحالی‌که در بیع می‌بایست فروشنده مالک، مبیع باشد؛ چراکه رسول خدا ۹ برابر حدیثی فرموده است: «لا بیع الا فی ملک، یا لا تبع مالیس تملک» (احسائی، ۲۴۷/۲؛ بیهقی، ۳۹۵/۵؛ صدوق، ۸/۴).

از سوی دیگر میته، یا همان گوشت تذکیه نشده به لحاظ حرمت شرعی آن، فاقد مالیت بوده که آنهم نتیجه‌ای جز فقدان ملکیت و در نهایت بطلان بیع در پی نخواهد داشت، آن‌گونه

که شیخ طوسی و دیگران به این امر اذعان نموده و میته را از همین جهت غیر مملوک دانسته‌اند (طوسی، خلاف ۲۳۹/۳؛ وحید بهبهانی، ۲۰).

نقد و ارزیابی

این نظر هم از جهاتی مردود است؛ زیرا اولاً مالیت میته به جهت میته بودن از بین نمی‌رود بلکه از منظر شرع و عرف همچنان دارای مالیت بوده و از منافع عقلایی برخوردار است؛ از همین رو قابل ارث‌بری بوده و تلف‌کننده آن نیز ضامن است (خویی، محاضرات، ۱/۱-۱۴۳). ثانیاً از میان رفتن مالیت یک چیز به جهت فقدان ذبح شرعی، مستلزم از بین رفتن ملکیت آن نمی‌شود؛ زیرا آن دو ملازم یکدیگر نیستند، بلکه بین آن دو عموم و خصوص من و جه است. نتیجه آنکه ممکن است مالیت آن از بین برود ولی ملکیت آن همچنان استوار و پابرجا باشد؛ چنانکه یک دانه گندم مال نیست ولی ملک هست (منتظری، ۱۳۲/۲؛ خویی، ۴/۲). ثالثاً حتی اگر ملکیت حیوان پس از تبدیل شدن به میته از بین برود، اما حق اختصاص آن بدون کم و کاست باقی است، بدین معنی که گوشت حرام شده از آن مالک پیشین است و سیره عقلای و متشرعه نیز اولویت او را در این باب تأیید می‌کند، در این صورت می‌توان در برابر صرف نظر کردن از این حق ویژه و واگذاری آن به دیگران، پول دریافت کرد (خویی، ۱۴۳/۱؛ منتظری، ۱۳۳/۲-۱۳۸).

۳. نجاست میته

برخی از فقیهان، نجاست گوشت‌های حرام و عدم امکان تطهیر آن را علت ممنوعیت فروش آن، حتی نسبت به کفار دانسته و گفته‌اند: یکی از شرایط صحت بیع، پاکیزه بودن مبیع است که در میته از آن جهت که این شرط منتفی است، فروش آن نیز با مشکل رو به رو است. (مفید، ۵۸۹؛ طوسی، مبسوط، ۱۶۶/۲؛ علامه حلی، قواعد، ۶/۲). از منظر سنیان هم فروش نجس باطل و ناروا است و این مورد اتفاق همه مذاهب اهل سنت است، به جز حنفیان که فروش آن را برای منافع محلله و در موارد غیر اکل و شرب جایز و مباح دانسته‌اند (جزیری، ۲۰۸/۲؛ ابن رشد، ۴۸۱/۴).

نقد و ارزیابی

این دیدگاه نیز غیر وجیه است. اولاً از آن جهت که نجاست یک چیز به تنهایی مانع داد و ستد آن نیست؛ زیرا اشیاء بی‌شماری است که در عین نجس بودن، داد و ستد نیز می‌شوند و فقیهان هم آن را تأیید نموده‌اند، همچون فروش برده کافر و نیز انواع سگ‌های شکاری و یا

نگهداری از منزل، گله و زراعت و همچنین پوست مردار جهت پوشاک و جز آن (انصاری، ۳۵/۱؛ خوانساری، ۱۵/۳)، یا فروختن روغن به منظور روشنایی، صابون‌سازی و نیز بهره‌وری‌های پزشکی و صنعتی (اردبیلی، ۳۵/۸؛ سبزواری، ۴۲۳/۱) و یا بیع عذرات با هدف باروری‌های ارضی و رشد محصول (طوسی، مبسوط، ۱۶۷/۲) و نیز بهره‌وری از میته در حوزه سوخت و خوراک دام و طیور (نائینی، ۸/۱) و مواردی از این دست. ثانیاً آن‌آنکه نجاست را مانع بیع دانسته‌اند، نه به جهت ویژگی نجاست، بلکه از آن جهت بوده است که آن را فاقد منافع عقلایی یافته‌اند. طبیعی است آنجا که منافع محلل‌های برای آن ردیابی و شناسایی شود، منعی برای فروش آن نخواهد بود. (منتظری، ۲۱۰/۱).

ثالثاً، در حوزه فروش گوشت‌های غیر مذکی، تنها میته نجس مورد گفتگو نیست، بلکه فروش میته پاک نیز مثل انواع ماهی‌های حرام گوشت مورد پرسش است که آیا می‌توان آن‌ها را هم به کافران فروخت، یا فروش آن‌ها نیز با چالش رو به رو است؟ در حالی که اگر نجاست میته عامل ممنوعیت فروش آن باشد، دایرة بحث به مراتب ضیق و محدود خواهد گشت و مباحث بسیاری از قلمرو موضوع برکنار خواهد ماند (خویی، محاضرات، ۵۱/۱). رابعاً تنها روایتی که بیع نجس را به صورت مطلق و در همه وجوه و اشکال آن مردود دانسته، روایت تحف‌العقول است که به لحاظ ارسال آن ضعیف و نارسا است. (منتظری، ۱۹۲/۱ - ۱۹۴). خامساً این نظریه براین مبنا استوار است که میته را نجس بدانیم، اما بر اساس دیدگاه شماری از محققان که میته را پاک دانسته و دلایل نجاست آن را ضعیف و ناکارآمد تلقی نموده‌اند (عاملی، ۲۶۸/۲؛ شهیدی، ۲۱؛ خویی، التنقیح، ۴۹۹/۱)، دیگر این نظریه جایگاهی نداشته و کارایی خود را از دست خواهد داد.

۴. فقدان منافع عقلایی

یکی از دلایلی که فقیهان را واداشته است تا فروش گوشت حرام و غیرمذکی را ناروا به‌شمار آورند، فقدان منافع محلله عقلایی است؛ زیرا در این حقیقت نمی‌توان تردید روا داشت که اگر مبیع، فاقد منفعت عقلایی بوده و امکان بهره‌وری‌های مشروع را نداشته باشد، هیچ‌گاه مشتری اقدام به خرید آن ننموده و فروشنده نیز امکان عرضه آن را نخواهد داشت؛ از این رو پایه هرگونه داد و ستدی بر بهره‌مندی از منافع عقلایی، چه در ناحیه مبیع و یا ثمن استوار است. بر این اساس زمانی که میته از سوی شریعت حرام معرفی می‌گردد، معنای آن به صورت طبیعی، نفی همه بهره‌وری‌های حلاله از جمله بیع آن خواهد بود (نجفی، ۱۷/۲۲). ضمن آنکه

در روایات نیز به صراحت و به صورت مطلق میته، فاقد منافع حلال و مشروع شناخته شده است، از جمله در روایت علی بن مغیره که از امام صادق ۷ می پرسد: آیا می توان از میته سود جُست؟ حضرت فرمود: خیر (حرعاملی، ۱۰۸۰/۲).

آشکار است که انکار هر نوع منفعتی به صورت عام و مطلق برای میته، به معنای نفی همه بهره‌وری‌های آن در همه سطوح و زمینه‌هاست.

نقد و ارزیابی

این استدلال نیز نپذیرفتنی است؛ زیرا اگر ممنوعیت بیع میته به جهت فقدان منافع عقلایی آن باشد، مستلزم آن است که در صورت وجود منافع حلال و عقلایی، نباید فروش آن را نادرست پنداشت، بلکه باید آن را پذیرفت و بر آن مهر تأیید نهاد. ضمن آنکه فقیهان در زمینه بهره‌وری‌های مشروع از میته، موارد و نمونه‌های بسیاری را برشمرده و پذیرفته‌اند که بخشی از آن پیش‌تر گذشت (علامه حلی، ارشاد الاذهان، ۱۱۳/۲؛ محقق، ۱۹۸/۴؛ امام خمینی، ۷۹/۱). در این صورت به این نتیجه بدیهی می‌توان دست یافت که اگر منافع مشروع و حلالی برای میته شناسایی شد نباید فروختن آن را برای این منافع حلال نادرست انگاشت.

در مورد روایات نیز هرچند برخی از آن‌ها هرگونه منفعت مشروعی را از میته سلب نموده است، اما در برابر، روایات دیگری هست که منافعی را برای میته شناسانده و آن را تأیید نموده است. (کلینی، ۳۹۷/۳؛ حرعاملی، ۱۲۹/۱؛ ۱۰۷۲/۲؛ ۲۵۱/۳؛ ۶۷/۱۲؛ ۲۹۵/۱۶-۳۶۹). از این‌رو فقیهان در جمع‌بندی میان این دو دسته روایات متعارض، روایات مانعه را حمل نموده‌اند بر اینکه از میته استفاده نامحدود و بی‌قید و شرط نمی‌توان داشت، همچون مذکی، اما این منافات ندارد که با شرایطی، از جمله جهت بهره‌وری‌های مشروع، بتوان از آن سود جست. برخی نیز روایات مانعه را حمل بر کراهت کرده‌اند (خویی، مصباح‌الفقاهه، ۶۶/۱؛ منتظری، ۳۳۶/۱). به هر روی اینکه برای میته منافع حلالی می‌توان یافت، جای تردید نیست، از سوی دیگر خواهد آمد که استفاده کفار از گوشت حرام نیز در شمار همان منافع محله و عقلایی شمرده خواهد شد که فروش گوشت یاد شده را به آنان مباح و روا خواهد ساخت.

۵. فقدان مالیت

برخی نیز فروش میته را حتی به کافران، از آن رو باطل شمرده‌اند که موضوع بیع منتفی است؛ زیرا در تعریف بیع برابر آنچه فیومی آورده: «مبادله مال بمال» آمده است (فیومی، ماده بیع؛ انصاری، ۷/۳). آشکار است که با حرام بودن میته در نگاه شریعت، مالیت میته و در نهایت،

موضوع بیع نیز در معرض زوال بوده و از میان خواهد رفت، زیرا مالیت داشتن یک چیز وابسته به حلال بودن و منفعت در خور داشتن او است که میته فاقد آن است (حکیم، مستمسک، ۳۳۹/۱).

نقد و ارزیابی

این دیدگاه نیز به دلایلی مردود است. اولاً از آن جهت که هیچ دلیل استوار و پذیرفته شده‌ای در دست نیست که مبادله مال به مال را در مفهوم بیع لازم و ضروری بینگارد. بلکه فراوان در قرآن اصطلاح بیع و شراء در غیر مبادله مالی به کار رفته است (بقره، ۲۰۷). البته آنچه در بیع لازم است، اصل وجود معاوضه (در هر ساحت و شکلی، هر چند در حوزه اغراض شخصی) و عقلایی بودن آن است که در فروش میته به کفار نیز می‌توان آن را یافت؛ از این رو تعریف فیومی از بیع فاقد وجاهت است. (خویی، ۶۸/۱؛ ایروانی، ۳۳/۱). ثانیاً بر فرض بپذیریم که وجود بیع بدون مالیت منتفی است، ولی همین اندازه که مشتری باور به مالیت مبیع داشته باشد و آن را مال به‌شمار آورد کافی است، هرچند فروشنده آن را مال نداند؛ زیرا خریدار متقاضی مبیع بوده و اغراض او است که مبیع را مالیت‌دار می‌سازد (منتظری، ۳۶۴/۱). ثالثاً فارغ از آنچه گذشت می‌توان این ادعا را داشت که میته، هم از نظر خریدار و هم فروشنده، از مالیت شرعی و عرفی برخوردار است؛ زیرا باور کافران بر این است که میته و دیگر محرمات، دارای ارزش مالی است و شرع نیز این مالیت را برای کفار تأیید نموده و آنان را مالک به‌شمار آورده است؛ از همین رو تعرض به اموال آنان ناروا و ضمانت‌بردار است (محقق، ۵۶۱/۲؛ منتظری، ۳۶۱/۱). فروشنده مسلمان نیز، هم بر اساس قاعده الزام و هم روایاتی که فروش میته به کفار را مباح اعلام نموده است، آن‌گونه که خواهد آمد، می‌بایست آثار مالیت را بر میته مترتب سازد و آن را مال بینگارد. گذشته از آنکه عرف هم بدون تردید، مالیت میته را، به لحاظ منافع حلال آن، بی‌چون و چرا می‌داند، نتیجه آنکه فروش میته به کفار هیچ‌گونه تضادی با مالیت داشتن عوضین نداشته و نقض بیع، برابر تعریف «مصباح» به‌شمار نخواهد رفت.

۶. استنباط

یکی از دلایلی که برای حرمت و ممنوعیت فروش میته حتی به کفار، ممکن است بیان شود و مورد نظر مانعان باشد، اینکه در قرآن «خبائث» حرام معرفی شده است؛ چنانکه در سوره اعراف آمده است: «وَيَحْرَمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ» (آیه ۱۵۶). آشکار است که تحریم خبائث

به صورت مطلق شامل همه بهره‌وری‌ها، از جمله داد و ستد آن نیز می‌گردد (انصاری، ۳۳/۱؛ ایروانی، ۳۳/۱). از سویی مفسران نیز در ذیل آیه یاد شده، یکی از مصادیق خبائث را میته دانسته‌اند (زمخشری، ۱۵۶/۲؛ طبرسی، ۳۷۴/۴) که این نیز پرده از خبیث بودن میته بر می‌دارد.

نقد و ارزیابی

این استدلال نیز مردود است؛ زیرا خبائث به شهادت لغویان و نیز مفسران، امور پستی است که طبع انسان نسبت به آن تنفر و اشمئزاز دارد (راغب، ۱۴۱؛ طوسی، تبیان، ۵۶۰/۴). در این صورت برابر این آیه، هر چیزی که طبع انسان نسبت به آن تنفر داشت، باید حرام تلقی شود درحالی‌که کفار نسبت به خوردن میته هیچ‌گونه تنفر طبع و بیزارای خاصی ندارند، در نتیجه نباید فروش آن را به آنان حرام دانست. به علاوه، برابر این آیه، حرمت خبائث تنها منحصر در خوردن آن است، نه هرگونه تصرف صورت یافته در آن (ایروانی، ۳۳/۱، منتظری، ۱۹۰/۱). در مورد خوردن نیز از آنجاکه خبائث از مفاهیم تشکیکی است، ممکن است خوردن یک چیز در مورد گروهی از مردم، خبیث تلقی شده و حرام گردد، اما در مورد گروهی دیگر این عنوان قابل اطلاق نباشد، چنانکه در میته این گونه است؛ زیرا خوردن میته برای مسلمانان، به لحاظ اطلاق خبیث بر آن، حرام است، ولی در مورد کفار از آن جهت که صدق خبیث بر آن بی‌معنی است، حرام نخواهد بود.

گذشته از آن، از آنجاکه شارع در آیه یاد شده، مراد خویش از خبائث را بیان ننموده و از سویی، خبائث در معانی بی‌شماری از جمله، شیطان، انسان و یا برخی سبزیجات چون: پیاز و سیر و تره و نیز ثمن کلب و گفتار و کردار ناپاک و مواردی از این دست به کار رفته است که برخی از آن‌ها، بدون تردید حرام نیست. در این صورت زمانی که از سوی شارع اصطلاح مشخصی نسبت به مفهوم خبیث وجود نداشت و معنای عرفی آن نیز نامنظم و غیر یکدست بود، لفظ یاد شده مجمل گشته و نمی‌توان به آن استناد جست، بلکه می‌بایست در این باب به سراغ ادله دیگر رفت و آن‌ها را مورد واکاوی قرار داد (اردبیلی، ۲۱۴/۱۱؛ مغنیه، ۵۴۶/۴).

۷. اجماع

برخی هم در باب حرمت فروش گوشت‌های حرام به دیگران، به اجماع استناد جسته و اعلام داشته‌اند: همه فقیهان بر حرمت و ممنوعیت فروش میته به دیگران به صورت عام و مطلق همداستان‌اند که به صورت طبیعی این ممنوعیت شامل غیرمسلمانان نیز خواهد شد (حلی، منتهی، ۳۴۹/۱۵؛ تذکره، ۲۵/۱۰؛ فاضل مقداد، ۵/۲؛ نراقی، ۷۸/۱۴). گفتنی است این

اجماع مورد توجه و استناد فقیهان سنی نیز قرار گرفته است. (نووی، ۱۰/۱۱؛ ابن رشد، ۴۸۱/۴).

نقد و ارزیابی

این استدلال هم نپذیرفتنی است. نخست از آن جهت که شکل‌گیری این اجماع در هاله‌ای از ابهام و تردید قرار دارد؛ زیرا بسیاری از فقیهان به استناد برخی روایات، فروش میته را در جایی که برخورد از منفعت محلله عقلایی باشد روا شمرده‌اند (امام خمینی، ۸۳/۱؛ منتظری، ۳۱۱/۱؛ عاملی، ۳۴/۸). به علاوه بر فرض تحقق این اجماع، نمی‌توان آن را تعبدی و کاشف از نظر معصوم دانست؛ زیرا ممکن است مستند آنان روایاتی باشد که در این باب وارد گشته است که در این صورت شایسته است این روایات و یا دلایل احتمالی دیگر مورد بررسی و واکاوی قرار گیرد و میزان اعتبار آن به درستی سنجیده شود.

۸. اعانه بر اثم

گروهی نیز فروش گوشت حرام به کافران را از باب اعانه بر اثم ممنوع دانسته‌اند؛ زیرا فروش گوشت حرام به آنان سبب می‌شود تا کافران از این رهگذر به خوردن گوشت حرام مبتلی گردند، در حالی که آنان نیز همچون مسلمانان مکلف به فروع و پرهیز از خوردن گوشت حرام بوده و محرمات اسلامی در مورد آنان نیز جاری و ساری است. نتیجه آنکه فروش میته به کفار از باب آنکه مستلزم حرام است، ممنوع و ناروا خواهد گشت. (خویی، مصباح، ۷۵/۱).

نقد و ارزیابی

این استدلال نیز بی‌اساس است؛ زیرا فروش گوشت حرام به کافران، در جایی اعانه بر اثم به شمار خواهد رفت که هدف فروشنده و خریدار از این داد و ستد انجام حرام باشد و افزون بر آن، حرام نیز تحقق یابد (امام، ۲۱۲/۱؛ نراقی، عوائد، ۷۶)، در حالی که در مسئله مورد ابتلا نه قصد و انگیزه‌ای برای تحقق حرام (چه به لحاظ فروشنده یا خریدار) وجود دارد و نه در خارج حرامی پدیدار می‌گردد؛ چرا که برابر آموزه‌های شریعت، مصرف میته از سوی کفار و همچنین فروش آن به آنان مباح بوده و مورد تأیید قرار گرفته است؛ از این‌رو اعانه بر اثم به هیچ‌روی اتفاق نمی‌افتد. به علاوه، اعانه بر اثم در فرضی قابل طرح است که کفار مکلف به فروع باشند، آنگونه که مشهور بر این باورند (نراقی، عوائد، ۲۷۹). ولی حق آن است که کفار مکلف به فروع نیستند. افزون بر آیاتی که تکلیف به فروع را تنها متوجه مؤمنان ساخته که با «یا ایها الذین آمنوا...» آغاز گشته است، سیره مسلمین نیز بر این امر استوار بوده که هیچ‌گاه

کافران نسبت به فروع احکام مسئولیتی نداشته و در جامعه اسلامی از آنان در برابر این امور در هیچ دوره‌ای بازخواستی صورت نمی‌گرفته است، حتی در دوران حکومت امام علی و اوج اقتدار ایشان که شمار بسیاری از کافران، در قلمرو آن حضرت به سر می‌بردند و این، پرده از مکلف نبودن آنان در نظر مسلمانان بر می‌دارد. گذشته از آن، در صورت مکلف بودن کفار به فروع، پرسش این است که آیا انجام این فروع از جانب کفار، در حال کفر آنان مورد درخواست است یا پس از اسلام آنان؟ در حال کفر ممنوع است؛ زیرا کفار در آن حال فاقد قصد قربت و طهارت و دیگر شرایط مورد نظراند که این وضعیّت ادای فروع را برای آنان ناممکن می‌سازد. پس از اسلام نیز، قضای این فروع از سوی آنان به جهت قاعده جَبّ (نجفی، ۶۲/۱۵؛ لنکرانی، القواعد الفقهیّه، ۲۵۷) ناممکن است. در این صورت چگونه می‌توان کفار را مکلف به فروع دانست (خویی، مستند، کتاب الزکوة، ۱/۱۲۶)؛ البته دلایل دیگری نیز در ردّ این دیدگاه وجود دارد که فعلاً از آن‌ها صرف نظر می‌گردد.

۹. وهن مسلمین

یک نظر هم این است که اگر مسلمانان گوشت غیر تذکّیه شده را به کافران بفروشند، موجب وهن مسلمانان خواهد شد (تبریزی، ۲/۲۷۲)؛ زیرا بیانگر آن است که مسلمانان نسبت به ارزش‌های دینی خود بی‌اعتنا بوده و حاضرند به منظور دستیابی به منافع مادی خویش، حتی محرّمات اسلامی را نیز قربانی مطامع خود سازند؛ از این رو این داد و ستد خوشایند مسلمانان نبوده و ناروا شمرده می‌شود.

نقد و ارزیابی

این نظر نیز ناتمام است؛ زیرا وهن در جایی پذیرفتنی است که کافران از سوی مسلمانان مورد فریب و نیرنگ قرار گیرند و گوشت‌های حرام به رغم ناخوشنودی آن‌ها، بر آنان تحمیل گردد؛ اما در جایی که کفار می‌دانند که گوشت‌های یاد شده همه شرایط و ویژگی‌های مقبول و پذیرفته شده آنان را دارا است و شاید بیش از انتظار آنان از استانداردهای لازم برخوردار باشد، جز آنکه فاقد تذکّیه شرعی است که این امر هم از نظر آنان اهمیت چندانی ندارد؛ از این رو با آگاهی و رضایت اقدام به این امر می‌کنند، در این صورت چرا این فروش وهن مسلمانان تلقی شود؟ ضمن آنکه حتّی اگر احتمال این وهن می‌رفت، هیچ‌گاه در روایات، پیشنهاد فروش این نوع گوشت و یا همانند آن، به کفار صورت نمی‌یافت.

۱۰. روایات منع فروش میته

مهم‌ترین دلیل مانعان را باید روایاتی دانست که هرگونه فروش میته را به‌صورت مطلق و بدون قید و شرط ممنوع اعلام داشته که به‌صورت طبیعی همه گونه‌های فروش از جمله فروش به کفار را نیز شامل می‌گردد.

البته این روایات نیز گونه‌گون است؛ زیرا برخی از آن‌ها به‌صراحت بیع میته را حرام اعلام نموده است همچون روایت جابر از رسول خدا که فرمود «إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَ الْمَيْتَةِ...» (بخاری، ۷۷۹/۲)؛ به‌راستی خدا و رسولش، فروش شراب و مردار را حرام نموده است. در برخی نیز از بیع میته نهی شده است همچون این روایت: «ان رسول الله نهی عن بيع الاحرار و عن بيع الميته...» (قاضی نعمان، ۱۸/۲) و دیگر روایات همانند (حرعاملی، ۶۷/۱۲). شماری هم ثمن میته را «سُحْت» دانسته است.

برخی روایات نیز همین مضامین را در قالب‌های دیگری عرضه نموده است. هرچند بعضی از این روایات به لحاظ سندی یا محتوایی ضعیف‌اند و برخی را نیز تنها در منابع سنیان می‌توان یافت (امام خمینی، ۸۴/۱؛ خویی، ۶۸/۱)، اما بدون تردید شماری از آن‌ها معتبر است و دلالتشان بر ممنوعیت داد و ستد میته به صورت عام و مطلق، کامل و تمام عیار است. نتیجه آنکه فروش گوشت حرام به غیر مسلمانان برابر این روایات ممنوع و ناروا است.

نقد و ارزیابی

حقیقت آن است که برابر این روایات نیز نمی‌توان فروش گوشت حرام به کافران را ممنوع دانست؛ زیرا در برابر این روایات، روایت ابوالقاسم صیقل قرار گرفته است که در آن از امام نسبت به بهره‌وری از پوست میته در ساخت غلاف شمشیر و سایر صنایع مرتبط و نیز خرید و فروش آن، پرسش شده و آن حضرت اینگونه پاسخ داده است: «اجعل ثوباً للصلاة» (حرعاملی، ۱۲۵/۱۲)؛ جامه‌ای را برای نماز خود برگزین. کنایه از آنکه اصل خرید و فروش پوست مردار، یا بهره‌وری از آن در منافع حلال و مشروع اشکالی ندارد، اما به لحاظ نجاست آن و اینکه ممکن است به هنگام بهره‌وری از آن، بدن و لباس آلوده گردد، باید برای نماز لباس جداگانه‌ای را در نظر گرفت نتیجه آنکه پاسخ امام در این روایت، تأکید و تقریر برداشت سائل در زمینه هرگونه خرید و فروش و بهره‌وری از پوست میته است، البته با ملاحظه نماز و رعایت پاکیزگی‌های آن. اتفاقاً در دیگر مکاتباتی هم که خاندان صیقل در همین باب با امام کاظم و امام هشتم و امام جواد: داشته‌اند، هر سه امام بر همین پاسخ تأکید نموده و بر آن اصرار ورزیده‌اند (حرعاملی، ۱۰۵۰/۲ و ۷۰/۱۲). در مورد سند نیز، هر چند برخی، امّا و اگرهایی را

در مورد آن مطرح ساخته‌اند، اما محققان، از جمله امام خمینی از آن به صحیح یاد نموده و آن را پذیرفته‌اند (امام خمینی، ۷۴/۱؛ لنگرانی، ۲۸). از سویی هر چند در روایت صیقل تنها از پوست مردار و خرید و فروش آن سخن به میان آمده است، اما آشکار است که پوست میته خصوصیت ویژه‌ای ندارد، بلکه می‌توان با القاء خصوصیت از مورد، حکم یاد شده را به دیگر اجزای میته نیز سرایت داد که نتیجه آن جواز فروش میته برای منافع حلال و مشروع است (امام خمینی، ۸۴/۱؛ منتظری، ۳۴۶/۱). در این صورت ما با دو دسته روایات مانع و مجوز رو به رو خواهیم بود که چاره‌ای جز برقراری سازش میان آن دو وجود نخواهد داشت؛ اما از آنجا که روایات مانع عام است، چراکه از فروش میته پیشگیری می‌کند، چه در حوزه منافع حلال و مشروع و یا غیر آن، ولی روایت صیقل خاص است؛ زیرا فروش میته را در حوزه منافع حلال و معقول روا می‌داند، در این صورت طبیعی‌ترین شیوه جمع آن است که روایات مانع را به وسیله روایت صیقل تخصیص بزنیم که نتیجه آن مباح بودن فروش میته برای منافع حلال و مشروع است (امام خمینی، ۸۴/۱). از سویی با فرض حلال بودن مصرف میته از منظر کفار و تأیید آن در منابع دینی، فروش میته به کفار نیز در شمار همان منافع حلال و مشروع میته جای می‌گیرد که به تأیید روایات رسید و حمایت فقیهان را هم به همراه داشت.

به علاوه، بر فرض عدم پذیرش این راه حل و اصرار بر وجود تعارض میان این دو دسته روایات، باید روایات مجوز را مقدم داشت به لحاظ مخالفت با عامه؛ زیرا گذشت که آنان بیع میته را به صورت مطلق حرام و ناروا می‌دانند، در نتیجه روایات مانع از فروش میته به لحاظ همسویی با عامه، مردود بوده و از چرخه تعارض کنار گذاشته خواهد شد. در مرحله سوم اگر این راه حل نیز پذیرفته نشد، بر اساس قواعد، هر دو دسته روایات در سایه تعارض، تساقط نموده و از میان خواهند رفت. پس از آن چاره‌ای جز مراجعه به اصول و قواعد کلی بالادستی باقی نمی‌ماند که آن هم به مقتضای عمومات «اوفوا بالعقود» و «تجارة عن تراض» و یا «احل الله البيع» و «اصالة الاباحة» و موارد همانند دیگر، صحت و درستی فروش میته به کفار به جهت همان منافع حلال و عقلایی است (خویی، ۶۹/۱؛ منتظری، ۳۴۶/۱).

به هر روی در یک بررسی گذرا و کلی، دلایلی که می‌توانست مانعی بر سر راه فروش گوشت‌های حرام به کافران تلقی گردد بررسی و ناتوانی این دلایل از اثبات مدعای یاد شده نشان داده شد.

دلایل جواز فروش گوشت حرام به کافران

در برابر، دلایلی است که می‌توان با تکیه بر آن فروش گوشت حرام به کافران را تأیید نمود که در اینجا به برخی از این دلایل اشاره می‌گردد.

۱. عمومات و اطلاعات بیع

این دلیل را می‌توان این‌گونه نشان داد: اولاً با توجه به اینکه معاملات، مخترعات شارع نیست بلکه در شمار مجعولات مردمی است و در تأیید آن تنها عدم ردّ شارع کافی است و نه بیشتر؛ و ثانیاً از آن نظر که همه دلایل حرمت بیع میته نسبت به کفار مورد نقد قرار گرفت و مردود شناخته شد، نتیجه آنکه هیچ دلیل شناخته‌شده‌ای را در ردّ معامله یاد شده نمی‌توان نشان داد؛ و ثالثاً مهم‌ترین اصل پذیرفته شده در درستی معاملات، عقلایی بودن آن است که حداقل آن نیز، نه تأیید همه عقلای، بلکه داشتن اغراض شخصی خاص از سوی متعاملین و یا مشتری به تنهایی، از این داد و ستد است. (ایروانی، ۳۳/۱؛ خویی، محاضرات، ۲۵/۱) که آن‌هم در مورد کفار از آن رو که مصرف گوشت‌های تذکیه نشده را برای خود حلال دانسته و شرع نیز آن را تأیید نموده است، مرسوم و پذیرفتنی است. در این صورت چاره‌ای جز این داوری فراروی ما نیست که: برابر اطلاعات و عمومات ادله «افوا بالعقود»، «احل الله البيع»، «تجارة عن تراض» و عمومات دیگر و یا حتی اصل اباحه و حلیت، می‌بایست این معامله را مشروع و جایز قلمداد نموده و از نفی آن دوری جست.

۲. انصراف

این دلیل بر این پایه استوار است که روایاتی که بیانگر حرمت و ناروایی فروش گوشت حرام به دیگران است، به ظاهر وظایف مسلمانان را نسبت به یکدیگر بیان می‌دارد که باید در جامعه اسلامی از حرام‌خواری و حرام‌فروشی پرهیز داشته باشند و حریم محرمات و مرزهای آن را پاس بدارند، اما نسبت به فروش آن به کفار که محرمات اسلامی را حلال می‌دانند و اسلام نیز در آموزه‌های بی‌شمار، ملکیت و نیز بهره‌وری آنان از محرمات شرعی را تأیید نموده و به رسمیت شناخته است، این روایات انصراف دارد و شامل حال آنان نمی‌شود (منتظری، ۴۲۵/۱؛ شیرازی، محمدکاظم، ۱۵).

شاهد آن اینکه در طول تاریخ آن‌گونه که گذشت، سیره قطعی مسلمانان بر این اساس شکل گرفته است که کفار نسبت به انجام محرمات شرعی (البته با ملاحظه استتار و دیگر شرایط آن)، هیچ‌گونه مسئولیتی نداشته و حتی در درخشان‌ترین دوره‌های اسلامی نیز یعنی در دوره رسول خدا و امام علی، کمترین بازخواستی از آنان در این باب صورت نمی‌یافت و آنان را

مخاطب این دستورات و تکالیف نمی‌دانستند. نتیجه آنکه در عرف مردم، روایات مانعه از فروش گوشت‌های حرام، منصرف از فروش آن به کافران است؛ از این‌رو می‌بایست داد و ستد با آنان را در این باب پذیرفت و آن را مورد تأیید قرار داد.

۳. فروش میته به کفار در صورت اختلاط آن با مذکی

این فرع کم و بیش در روایات مطرح شده و فقیهان نیز آن را آورده‌اند که: اگر گوشت حلال و تذکیه‌شده‌ای با گوشت حرام درهم آمیخت به گونه‌ای که شناسایی و تشخیص آن دو از یکدیگر دشوار و ناممکن گشت، در این صورت آیا می‌بایست از این گوشت دوری جست و همه بهره‌وری‌های آن را ناروا به‌شمار آورد، یا اینکه می‌توان از آن در مواردی بهره گرفت و استفاده نمود؟ هرچند برابر قواعد و نیز تنجیز علم اجمالی در شبهه محصوره، می‌بایست از هر دو طرف شبهه دوری جست و هرگونه بهره‌وری از آن دو را ممنوع ساخت (انصاری، ۳۶/۱؛ اردبیلی، ۲۷۱/۱۱)، اما روایاتی در دست است که می‌گوید: می‌توان گوشت مختلط را به کفار که مصرف گوشت تذکیه نشده را حلال می‌دانند، فروخت و از درآمد آن سود جست، از جمله در صحیح حلی از امام صادق آمده است که فرمود: «إِذَا اخْتَلَطَ الذُّكِيُّ وَالْمَيْتَةُ بَاعَهُ مِمَّنْ يَسْتَحِلُّ الْمَيْتَةَ وَ أَكَلَ ثَمَنَهُ» (حرعاملی، ۶۷/۱۲؛ طوسی، التهذیب، ۴۸/۹). هرگاه میته و مذکی با یکدیگر مخلوط گشت، آن را به کسی که میته را حلال می‌داند بفروشد و پول آن را مصرف کند. هم چنین روایت دیگری هم از حلی در همین باب و با همین مضمون در دست است.

بسیاری از فقیهان نیز بر اساس این دو روایت و روایات همانند فتوا داده‌اند و فروش گوشت یاد شده را به کفار تأیید نموده‌اند (عاملی، مفتاح‌الکرامه، ۳۴/۱؛ عاملی، مدارک، ۳۷۱/۲؛ سبزواری، ۴۲۴/۱؛ طوسی، نه‌ایه، ۵۸۶؛ نجفی، ۳۴۱/۳۶). آشکار است که این دو روایت به لحاظ برخورداری از اعتبار و اتقان لازم، مخصّص عموماتی است که فروش میته را به صورت عام و بدون هیچ قید و شرطی ممنوع می‌داشت و آن را ناروا به‌شمار می‌آورد (نراقی، ۱۵۴/۱۵).
پاسخ به یک پرسش: ممکن است گفته شود که این دو روایت تنها فروش گوشت مشته و مخلوط را تجویز نموده است که در آن میته و مذکی نامشخص است، نه فروش میته معینه را به صورت مستقل و مشخص، در حالی که آنچه مورد گفتگوی جدی است، فروش میته معینه است نه موارد مشکوک و مشته.

پاسخ آن است که اختلاط میته با مذکی هیچ‌گونه نقشی در فروش آن ندارد بلکه آنچه اهمیت دارد آن است که کفار مصرف میته را حلال می‌شمرند (خویی، مصباح، ۷۴/۱؛ مکارم،

۶۱/۱). از همین رو پرسشگران از امام می‌پرسیدند: با توجه به حلال باوری کافران نسبت به میت، آیا می‌توان آن را به آنان فروخت؟ که امام هم سخن آنان را مورد تأیید قرار می‌داد. به علاوه، این تعبیر امام در روایت حلبی که فرمود: «يَبِيعُهُ مِمَّنْ يَسْتَحِلُّ الْمَيْتَةَ» به وضوح بیانگر آن است که از منظر آن حضرت نیز حلال باوری کافران نسبت به میت، ملاک اصلی جواز فروش میت به آنان است و این ملاک در مورد میت معینه نیز وجود دارد؛ از این رو نباید روا بودن فروش را تنها از آن میت مختلط دانست، بلکه باید خصوصیت اختلاط را الغاء کرد و این حکم را به میت مشخص نیز تسری داد. افزون بر آن، برابر روایات فراوانی که اندکی بعد خواهد آمد، حتی غذای آلوده به نجاست معین و شناخته شده را نیز می‌توان به کافران، به ملاک همان حلیت باوری فروخت تا چه رسد به نجاست مشکوک و مشتبّه.

۴. فروش خوراک متنجس به کافران

این پرسش از دیرباز مطرح بوده است که آیا می‌توان غذای نجس را از آن جهت که به لحاظ ناپاک بودن، امکان استفاده خوراکی مسلمانان از آن منتفی است، به کافران که آن را پاک و بی‌اشکال می‌دانند، فروخت، یا امکان فروش آن حتی به کافران نیز وجود ندارد و باید از آن صرف نظر شود؟ هرچند برابر برخی قواعد و نصوص که بیانگر مالیت نداشتن نجس و فقدان منفعت عقلایی آن است، نمی‌توان شئی نجس را، حتی به کافران فروخت که پیش‌تر نیز به آن اشاره گشت، با این حال روایاتی در دست است که فروش غذای نجس را به کفار تأیید نموده و مشروع می‌داند. فقیهان نیز همسو با این روایات فتوا داده‌اند. این روایات نیز می‌تواند فروش گوشت حرام به کافران را تأیید نموده و آن را بی‌مانع قلمداد سازد. برخی از این روایات از این قرار است:

۱. روایت ابن ابی عمیر: «قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ فِي الْعَجِينِ يَعْجَنُ مِنَ الْمَاءِ النَّجَسِ كَيْفَ يَصْنَعُ بِهِ قَالَ يَبَاعُ مِمَّنْ يَسْتَحِلُّ أَكْلَ الْمَيْتَةِ» (حرعاملی، ۱/۱۷۴؛ طوسی، تهذیب، ۱/۴۱۴)؛ از امام صادق در مورد خمیری که با آب نجس فراهم می‌شود پرسیده شد، فرمود: به کسی که خوردن میت را حلال می‌داند فروخته می‌شود. این روایت به صراحت فروش نجس به کفار را پیشنهاد می‌دهد.

۲. روایت زکریا بن آدم. وی می‌گوید: از موسی بن جعفر از آب گوشتی پرسیدم که با اندکی شراب یا نبیذ مست کننده آمیخته شده بود فرمود: «يَهْرَاقُ الْمَرْقُ أَوْ يُطْعَمُهُ أَهْلُ الدِّمَةِ» آب گوشت دور ریخته می‌شود و یا خوراک ذمیان قرار می‌گیرد. او سپس از خمیری پرسید که

با خمر یا نبیذ درآمیخته است و اینکه آیا می‌تواند آن را به یهودیان یا مسیحیان بفروشد؟ حضرت فرمود: «نَعَمْ، فَإِنَّهُمْ يَسْتَحِلُّونَ شَرْبَهُ» (حرعاملی، ۱۰۵۶/۲؛ طوسی، ۱۱۹/۹)؛ آری، چرا که آنان خمر و نبیذ را حلال می‌دانند. این روایات نیز فروش غذای نجس را به کفار روا می‌داند و افزون بر آن، از عموم تعلیلی که در پایان حدیث نیز آمده است (فانهم يستحلون شربه) به وضوح می‌توان دریافت که از منظر امام، معیار در جواز فروش غذای نجس به کافران، باور آنان به حلیت خمر و نبیذ است. نتیجه آنکه: هر چیزی را که آنان حلال می‌دانند (از جمله میته) می‌توان به آنان فروخت و از ثمن آن بهره جست؛ چراکه بر اساس سعة و ضیق علّت می‌توان حدود و ثغور حکم را نیز نشان داد. گفتنی است روایات دیگری نیز وجود دارد که فروش غذای نجس به کافران را تأیید می‌کند (حرعاملی، ۶۹/۱۲). ضمن آنکه فقیهان هم بر اساس همین روایات فتوا داده و آن را روا دانسته‌اند (عاملی، مدارک، ۳۶۹/۲-۳۷۱؛ نراقی، ۷۷/۱۴).

۵. قاعده الزام

مدّعا در این قاعده آن است که در جامعه اسلامی که شیعیان در کنار مخالفان اعتقادی خویش یعنی سنیان می‌زی‌اند، در صورتی که اهل سنت بر اساس دیدگاه مذهبی خود عملی را که از منظر شیعیان باطل است، انجام دهند باید این عمل را از جانب آنان درست و پذیرفته شده تلقی نمود و آن را صحیح انگاشت. البته آشکار است که این قاعده در جهت تسهیل و روان‌سازی امور مردم به‌ویژه شیعیان طراحی شده است تا مشکلی از این رهگذر متوجه مردم نشود و شیعیان در معاشرت و داد و ستد با سنیان دچار آسیب و ضرر نگردند. هرچند خاستگاه این قاعده اهل سنت‌اند، ولی برخی روایات و جز آن پرده از عمومیت و گستره این قاعده نسبت به پیروان همه ادیان بر می‌دارد و اینکه شمول این قاعده را باید فراتر از سنیان دانست. از جمله روایت محمد بن مسلم از امام باقر که فرمود: «يَجُوزُ عَلَى أَهْلِ كُلِّ دَوَى دِينَ مَا يَسْتَحِلُّونَ» (حرعاملی، ۴۸۴/۱۷؛ طوسی، ۳۲۲/۹). با هر صاحب دینی باید برابر آنچه حلال می‌شمرد رفتار نمود. این روایت به وضوح نشان‌دهنده آن است که در تعاملات اجتماعی با پیروان ادیان مختلف باید مطابق با باورهای آنان رفتار نمود و عمل آنان را آنجا که مطابق با ضوابط دینی خود آنان صورت می‌یابد، درست انگاشت. یا در نقل دیگری از امام هشتم نسبت به ازدواج با زنی که همسر سنی وی، او را طلاق داده است پرسش شد که آن حضرت فرمود: «إِنَّهُ مَنْ دَانَ بِدِينِ قَوْمٍ لَزِمَتْهُ أَحْكَامُهُمْ» (حرعاملی، ۳۲۲/۱۵). به راستی هر کس به دین قومی

درآمد، به احکام آن نیز می‌بایست پابندی نشان دهد. اینکه امام نسبت به پرسشی در حوزه طلاق مخالف، پاسخی عام و فراتر از پرسش وی داده و جمله‌ای به مثابه قاعده‌ای عام و کلی در قلمرو همه ادیان بیان داشته، نشانه آن است که قاعده الزام را از منظر امام نمی‌توان در حوزه سنیان محدود ساخت، بلکه نقش آن را باید در قلمرو همه ادیان و نحله‌های اعتقادی جستجو نمود و آن را به کار بست (لنکرانی، القواعد الفقهیه، ۱۷۳).

به علاوه، در ذیل برخی روایات قاعده الزام، از سوی امام به علتی اشاره شده که فراتر از آن چیزی است که مورد پرسش قرار گرفته است و آن اینکه حضرت در تعلیل حلیت ازدواج با زنی که از سوی همسرش در مجلس واحد سه طلاقه شده است، فرمود: «لَأَنْتُمْ لَا تَرَوْنَ الثَّلَاثَ شَيْئًا وَهُمْ يُوجِبُونَهَا» (حرعاملی، ۳۲۱/۱۵)؛ این حکم از آن جهت است که شما سه طلاق در یک مجلس را به چیزی نمی‌انگارید ولی آنان آن را لازم می‌دانند. این جمله امام کنایه از آن است که حکم یاد شده محدود به سنیان نیست، بلکه در مورد همه ادیان جاری است، بدین معنی که هر گروهی که وابسته به دین خاصی است، در صورتی که چیزی را بر اساس اعتقادات خود حلال و یا لازم بدانند شما نیز باید آن را حلال به‌شمار آورید. یا آنجا که برابر روایات دیگری، امام در تعلیل این حکم که چرا می‌توان با زنی که همسرش او را مطابق دیدگاه مذهبی خویش طلاق گفته، ازدواج نمود؟ فرمود: «لَا تُتْرَكُ الْمَرْأَةُ بِغَيْرِ زَوْجٍ» (حرعاملی، ۳۲۰/۱۵)؛ به جهت آنکه زن را نمی‌توان بدون شوهر گذاشت. آشکار است که این علت در مورد کافران نیز که همسران خود را طلاق داده‌اند جاری است و مسلمان می‌تواند آن‌ها را به همسری خود درآورد (لنکرانی، القواعد، ۱۶۸-۱۶۹). نتیجه آنکه عمومیت تعلیل در کلام امام اقتضا می‌کند که حکم فراتر از مورد لحاظ گردد. افزون بر آن سیره عقلا نیز در طول تاریخ بر عمل به مضمون قاعده الزام شکل گرفته و استوار بوده است؛ زیرا گروه‌های مختلف اعتقادی در همه دوره‌ها در تعاملات خود با یکدیگر بر اساس همین باورها رفتار می‌نموده و آن را یک اصل خدشه‌ناپذیر می‌دانستند؛ به‌ویژه در حوزه ازدواج و طلاق وارث و دیگر مسائل مرتبط که رعایت این اصل از وضوح بیشتری برخوردار بوده است. (محسنی، ۹۷/۱؛ فرحی، ۱۳۳؛ ابن قدامة، ۵۶۳/۷). بدیهی است که سیره عقلا را نمی‌توان محدود و منحصر به یک فرقه یا گروه خاصی دانست بلکه همه پیروان ادیان را بدون استثنا در بر می‌گیرد.

۶. تلازم بیع با منفعت محله

تبع و جستجو در کلام فقیهان که مستند به برخی روایات و آموزه‌های دینی نیز هست،

مؤید این حقیقت است که از نظر آنان میان صحت بیع و منافع محلله ملازمه است، بدین معنی که هرکجا بتوان برای شیئی منافع حلال و مشروعی یافت، فروختن آن چیز به جهت همان منافع مشروع، صحیح و روا است و در برابر اگر فاقد هرگونه منفعت حلال و عقلایی است، بیع آن نیز باطل و نامشروع خواهد بود؛ چنانکه علامه حلی در تعلیل صحت فروش گربه می‌نویسد: «لأنه یتنفع به... فجاز بیعه» (علامه حلی، تذکره، ۳۰/۱۰)؛ از آن رو که موجودی است سودمند و قابل استفاده، فروش آن نیز درست است. آنگاه به صورت عام و کلی می‌افزاید: هر شیئی منفعت‌داری همان‌گونه که استیفای منفعت آن جایز است، گرفتن عوض هم در برابر آن بی‌اشکال خواهد بود. یا ابن ادریس حلی هم می‌نویسد: «هرجا شارع استفاده از چیزی را مباح اعلام داشته است، خرید و فروش آن نیز به جهت همان منفعت جایز خواهد بود، در غیر این صورت مستلزم آن است که شارع امری را حلال و مشروع بداند که قابل دستیابی نیست» (۲۲۰/۲). یا فاضل مقداد در مورد فروش سگ گله و منزل و زراعت می‌گوید: «علت اصلی روا بودن فروش آن‌ها، بهره‌وری‌های حلال آن‌ها است؛ از این رو نمی‌توان مانع بیع آن‌ها شد» (التنقیح، ۷/۲، ۵). در حوزه فقیهان سنی هم این ملازمه امری پذیرفته شده است؛ چنانکه از شافعی آمده که اظهار داشته است: «کلما یتنفع به یجوز بیعه» (طوسی، خلاف، ۱۸۴/۳؛ ابن قدامة، ۳۲۸/۴؛ شافعی، ۱۱/۳)؛ هر چیزی که سودآوری داشت، فروش آن هم جایز است. دیگر فقیهان نیز کم و بیش همین مضمون را آورده‌اند (منتظری، ۳۴۴/۱؛ مامقانی، ۹۰/۱؛ شهیدثانی، ۱۲۴/۳). گفتنی است این ملازمه را از برخی روایات عامی هم که از بیع محرمات نهی نموده و در عین حال به تبیین ملاک‌های بیع حلال و حرام نیز پرداخته که پیش‌تر به بخشی از آن‌ها اشاره گشت، می‌توان دریافت (منتظری، ۳۴۴/۱).

از سوی دیگر استفاده کفار از محرمات، از جمله گوشت‌های تذکیه نشده و پذیرش مالکیت آنان در این امور، مورد تأیید شریعت بوده و در شمار منافع محلله آنان تلقی می‌گردد؛ و این را از فروع بسیاری که در حوزه فقه نسبت به کفار و ذمیان شکل گرفته و فقیهان آن را آورده‌اند، می‌توان به دست آورد. در این صورت نباید فروش آن را به آنان غیر مشروع و نادرست انگاشت.

نتیجه‌گیری

قائلان به حرمت فروش میته به صورت مطلق، به دلایلی چون حرمت میته، فقدان ملکیت، فقدان منافع عقلایی، فقدان مالیت، ناپاکی، استخبات، اجماع، اعانه بر اثم، وهن مسلمین،

روایات منع فروش میته، استناد جسته‌اند که این مستندات قاصر از تأیید مدعا است؛ زیرا بر فرض صحت و درستی آن، تنها می‌تواند فروش میته را به انگیزه بهره‌وری‌های حرام، ممنوع سازد و نه بهره‌وری‌های حلال و مشروع، در حالی که بهره‌وری‌های کافران از گوشت‌های تذکیه نشده در شمار همان منافع حلال و مشروع تلقی می‌گردد که فروش میته به جهت آن بی‌اشکال خواهد بود.

افزون بر آن، دلایلی چون عمومات و اطلاعات بیع، انصراف، روایات فروش میته به کفار در صورت اختلاط آن با مذکی، دلایل صحت فروش غذای نجس به کفار، قاعده الزام و عمومیت آن نسبت به غیر مسلمانان، تلازم صحت بیع با منفعت محله در منطق روایات و گفتار فقیهان، می‌تواند در تأیید این فروش اثرگذار باشد.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین، *عوالی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیّه*، تحقیق: حاج آقا مجتبی‌العراقی، قم، مطبعة سید الشهداء، ۱۴۰۳ ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۳۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *کتاب من لا یحضره الفقیه*، قم، منشورات جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیه، ۱۴۰۴ ق.
- ابن حنبل، احمد بن محمد، *مسند*، بیروت، دار صادر، بی‌تا.
- ابن حیون، نعمان بن محمد، *دعائم الاسلام*، تحقیق: آصف بن علی اصغر فیضی، قاهره، دارالمعارف، بی‌تا.
- ابن رشد، محمد بن احمد، *بدایة المجتهد و نهایة المقتصر*، تحقیق: الشیخ علی محمد معوض، الشیخ عادل احمد عبدالموجود، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۸ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۹ ق.
- ایروانی، علی، *حاشیه کتاب المکاسب*، تحقیق: باقر الفخار الاصفهانی، بی‌جا، منشورات ذوی‌القربی، ۱۴۲۱ ق.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحیح البخاری*، دمشق- بیروت، دار ابن کثیر، الیمامة، ۱۴۱۴ ق.
- بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل، *حاشیه مجمع الفائدة و البرهان*، تحقیق و نشر: مؤسسه العلامة المجرد الوحید البهبهانی، قم، ۱۴۰۷ ق.

- بيهقي، احمد بن حسين، *السنن الكبرى*، بيروت، دارالمعرفة، ۱۴۱۳ ق.
- جزيري، عبدالرحمن، *كتاب الفقه على المذاهب الاربعة*، بيروت، دارالكتب العلمية، ۱۴۲۰ ق.
- حراملي، محمد بن حسن، *وسايل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة*، تحقيق: عبدالرحيم الرباني الشيرازي، بيروت، دار احياء التراث العربي، بی تا.
- حكيم، محسن، *مستمک العروة الوثقى*، النجف الاشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۱ ق.
- خميني، روح الله، *المكاسب المحرمة*، تحقيق: لجنة التحقيق، قم، مؤسسة تنظيم و نشر آثار الامام الخميني، ۱۳۷۳.
- خويي، ابوالقاسم، *صراط النجاة في اجوبة الاستفتائات*، مع تعليقات لسماجة ميرزا جواد التبريزي، بی جا، دفتر نشر برگزیده، ۱۴۱۶ ق.
- _____، *محاضرات في الفقه الجعفري*، علي حسيني شاهرودي، قم، ۱۴۲۹ ق.
- _____، *مستند العروة الوثقى كتاب الزكوة*، قم، مطبعة العلمية، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *مصباح الفقاهة في المعاملات*، محمد علي توحيدى، نجف، المطبعة الحيدرية، ۱۳۷۴ ق.
- راغب اصفهاني، حسين بن محمد، *معجم مفردات الفاظ القرآن*، قم، مؤسسة مطبوعاتي اسماعيليان، بی تا.
- زمخشري، محمود بن عمر، *الكشاف*، بيروت، دار احياء التراث العربي، ۱۴۱۷ ق.
- سبزواري، محمدباقر، *كفاية الفقه*، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ۱۴۳۱ ق.
- شافعي، محمد بن ادريس، *الأمر*، بيروت، دارالمعرفة، بی تا.
- شهيد اول، محمد بن مكي، *الدروس الشرعية في فقه الامامية*، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، بی تا.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي، *مسالك الافهام في شرح شرايع الاسلام*، تحقيق: مؤسسة المعارف الاسلامية، بی جا، مؤسسة المعارف الاسلامية، بی تا.
- شهيد تبريزي، ميرفتاح، *هداية الطالب الى اسرار المكاسب*، قم، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، ۱۴۰۷ ق.
- شيرازي، محمد كاظم، *بلغة الطالب في حاشية المكاسب*، بی جا، ۱۳۷۰ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام*، بيروت، داراحياء التراث العربي، ۱۹۸۱ م.
- طبرسي، فضل بن حسن، *مجمع البيان في تفسير القرآن*، بيروت، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، ۱۴۱۵ ق.
- طوسي، محمد بن حسن، *التبيان في تفسير القرآن*، بيروت، دار احياء التراث العربي، بی تا.

مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۱۰۳	۵۲
_____، المبسوط فی فقه الامامية ، بی جا، المكتبة المرتضوية، بی تا.		
_____، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى ، بیروت، دارالكتاب العربی، ۱۳۹۰ ق.		
_____، تهذیب الاحکام ، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.		
_____، کتاب الخلاف ، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۹ ق.		
_____، قواعد الکرامة فی شرح قواعد العلامة ، بیروت، دارالتراث، ۱۴۱۸ ق.		
_____، مدارک الاحکام فی شرح شرایع الاسلام ، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۰ ق.		
_____، ارشاد الازهان الی احکام الایمان ، تحقیق: فارس الحسون، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.		
_____، تذکرة الفقهاء ، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۰ ق.		
_____، قواعد الاحکام ، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.		
_____، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب ، تحقیق: قسم الفقه فی مجمع البحوث الاسلامیه، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی، ۱۴۲۹ ق.		
_____، التفحیح فی شرح العروة الوثقی ، تقریراً لبحث آیه الله العظمی الخویی، قم، دارالهادی، ۱۴۱۰ ق.		
_____، التفحیح الرائع لمختصر الشرایع ، تحقیق: سیدعبد اللطیف الحسینی الکوه کمری، قم، مكتبة آية الله المرعشي، ۱۴۰۴ ق.		
_____، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة ، (کتاب مکاسب المحرمة)، تحقیق و نشر: مرکز فقه الاثمة الاطهار (ع) قم، اعتماد، ۱۴۲۷ ق.		
_____، تحقیق فی القواعد الفقهيّة ، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۳۱ ق.		
_____، الفروع من الکافی ، بیروت، دارصعب، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ ق.		
_____، غایة الآمال فی حاشیة مکاسب ، تحقیق: محمدا مینی المامقانی، قم، ثامن الحجج علیه السلام، ۱۴۲۳ ق.		
_____، حدود الشریعة ، قم، مؤسسه بوستان کتاب، ۱۴۲۹ ق.		
_____، المختصر النافع فی فقه الامامية ، قم، مكتبة المصطفوی، بی تا.		
_____، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام ، تعلیقات: سیدصادق شیرازی، دارالقاری، ۱۴۲۵ ق.		

- مسلم بن حجاج، *صحیح مسلم*، شرح: محیی الدین النووی، بیروت، دارالمعرفة، ۱۴۱۵ ق.
- مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام*، بیروت، مؤسسة الشيخ المظفر الثقافیه، بی تا.
- مفید، محمدبن محمد، *المقنعة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۳۰ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد و الادهان*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهة*، قم، مدرسة الامام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۵ ق.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی مکاسب المحرمة*، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ ق.
- موسوي خوانساري، احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
- نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منية الطالب فی حاشية المكاسب*، تقریرات علامه نایینی، بی جا، بی تا.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الايام*، قم، مکتب الإعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *مستند الشيعة فی احکام الشريعة*، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۹ ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۳
زمستان ۱۳۹۴، ص ۷۲-۵۵

بررسی تطبیقی قانون‌گذاری در آراء «شیخ فضل‌الله نوری» و «میرزای نائینی»*

نرجس ابوالقاسمی دهاقانی

دانشجوی دکتری شیعه‌شناسی دانشگاه ادیان و مذاهب اسلامی

Email: abolghasemi.n@gmail.com

سید جواد ورعی

عضو هیئت علمی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

Email: s.j.varaee@gmail.com

چکیده

قانون‌گذاری از مفاهیم و موضوعات مورد بحث میان جریان‌های سیاسی و مذهبی مختلف در دوران مشروطه بوده است که متناسب با تعریفی که هر یک از جریان‌ها از قانون‌گذاری و حیطه آن در اسلام ارائه داده‌اند مواضع مختلفی در برابر نهضت مشروطیت که یکی از اصول اصلی آن قانون و قانون‌گذاری است اتخاذ کرده‌اند. آراء شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی به‌عنوان نمایندگان دو جریان مهم که در تقابل با یکدیگر بودند در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است و در پاسخ به سؤال از «جواز و عدم جواز قانون‌گذاری و قلمرو آن در آراء این دو عالم عصر مشروطه»؛ مسائلی چون تفاوت رأی در حداقلی و حداکثری بودن محدوده قانون‌گذاری بشر (عرفیات و غیر منصوصات)، تفاوت اجتهادی در فهم متفاوت از متون دینی (فهم متفاوت از نظام سیاسی شیعه در عصر غیبت)، اختلاف در مبانی و چگونگی استفاده از ادله استنباط احکام و اختلاف در دیدگاه انسان‌شناسانه و دین‌شناسانه؛ به‌عنوان دلایل اختلاف برشمرده می‌شود.

در نتیجه در هر دو دیدگاه امکان قانون‌گذاری برای جامعه بشری وجود دارد که این قانون‌گذاری با استناد به دلایل شرعی و به کمک اجتهاد از سوی «سلطان صاحب شوکت» یا «مجلس شورای ملی» در قلمرو مشخص و با شروط خاصی (عدم تغایر با اسلام یا مطابقت با اسلام) صورت می‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: قانون‌گذاری، علمای مشروطه، شیخ فضل‌الله نوری، میرزای نائینی.

مقدمه

دوران مشروطه از نقاط عطف تاریخ معاصر ایران به حساب می آید به گونه ای که حتی برخی محققان، انقلاب مشروطیت و تشکیل مجلس شورای ملی و تدوین قانون اساسی را مناسب ترین مبدأ برای تاریخ معاصر ایران می دانند؛ زیرا از این زمان به بعد شکل حکومت بر طبق قانون اساسی از «استبدادی مطلق» به «سلطنت محدود» تبدیل شد و حکومت قانون حاکم شد. (اشراقی، گذری بر زمینه های نهضت مشروطیت در ایران)

جنبش مشروطه با خواستاری حکومت قانون به جای اراده ی شاه آغاز شد. روحانیون با حضور در صف اول مبارزه و انتقال پیام مشروطه به توده های مردم نقشی اساسی ایفا کردند. در ابتدا سران روحانیون در تهران و نجف همدل و هم رأی بودند؛ اما آنگاه که ماجرای تشکیل مجلس و تدوین قانون پیش آمد، برخی مشروطه خواهان سخنان و خواسته هایی مطرح کردند که در باور برخی علما، مخالف مذهب بود و یا دست کم خاستگاه غیردینی داشت. بدین سان در میان روحانیون اختلاف روی داد.

جماعتی بر این باور بودند که مشروطه خواهان در تفسیر خود از مشروطه، راه غریبان را در پیش گرفته اند و منظورشان از حکومت قانون، «مقررات بشری» است، هرچند ناسازگار با شریعت؛ از این روی شعار مشروطه ی مشروعه را مطرح کردند؛ اما گروهی دیگر از روحانیون میان مشروطه و اسلام تعارضی نمی یافتند، «نظام پارلمانی و اعتماد به رأی اکثریت»، «نوشتن قانون تراویده از اندیشه بشری» و «تساوی حقوق مردمان» را قابل انطباق بر آموزه های اسلام می خواندند.

نامورترین فرد از جماعت نخست، شیخ فضل الله نوری است که در این راه جان داد و از گروه دوم میرزا محمد حسین نائینی است که آن دو در این برهه تاریخی فعال، مؤثر و هرکدام سردمدار یک طیف در جریان مشروطه بودند. میرزای نائینی رهبر جریان مشروطه طلبان و شیخ فضل الله نوری رهبری مشروعه طلبان را بر عهده داشت.

اصول و مبانی مشروطیت همچون آزادی، مساوات، قانون اساسی، مجلس شورای ملی و ... از مسائلی بودند که آغازگر بحث های زیادی میان این دو شخصیت شد. در این میان مبحث «قانون و قانون گذاری» از اهمیت ویژه ای برخوردار بود، زیرا از اصول و مقومات مشروطه به حساب می آمد و مشروطیت بدون پشتوانه قانون اساسی، معنا و کارکردی نداشت. اختلاف این دو چهره مذهبی برخی به دلیل اختلافات اجتهادی و مبنایی و برخی دیگر به دلیل

سوءبرداشت‌های هر یک از طرفین از این مفاهیم بود.

در این پژوهش ابتدا به‌عنوان مقدمه ورود به بحث، به تعریف قانون و توصیف جایگاه قانون‌گذاری و منابع قانون‌گذاری در اسلام می‌پردازیم، سپس قانون‌گذاری را در آراء این دو عالم شیعی به‌عنوان شخصیت‌های تأثیرگذار در دوره مشروطه بررسی و تحلیل خواهیم کرد.

تعریف و جایگاه قانون

معنای لغوی

در خصوص اصل واژه «قانون» اتفاق نظر وجود ندارد. با جمع‌آوری نظرات گوناگون سه نظریه را می‌توان طرح کرد:

گروهی آن را عربی الاصل ندانسته و از واژه‌های دخیل در عربی می‌دانند که از واژه لاتین *kanon* - یعنی خط‌کش - مأخوذ است.

دلیل این گروه، تشابه آوایی بین لفظ «قانون» و «*kanon*» و نزدیک بودن معنای این دو و احتمال معرب شدن این کلمه در اثر تعامل فرهنگی اسلام و غرب است. (محمصانی، ۱۲؛ جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۴/ ۲۸۴۶-۲۸۴۷)

گروه دوم نیز در غیر عربی بودن و معرب بودن این واژه تردید ندارند لکن آن را مأخوذ از زبان رومی، فارسی، سریانی یا عبری دانسته‌اند. در فرهنگ معین، «قانون»، چنین معنا شده است:

۱. رسم، قاعده، روش و آیین.

۲. امری است کلی که اگر بر همه جزئیاتش منطبق شود، احکام و جزئیات در آن شناخته می‌شود.

۳. قاعده‌ای است که مقامات صلاحیت‌دار آن را وضع و ابلاغ می‌کنند. (معین، ۲۶۲۷)

جعفری لنگرودی نیز در جایی دیگر قانون را در لغت به معنای رسم، قاعده، روش و آیین آورده است. در نظر او ریشه کلمه قانون، یونانی است که از زبان سریانی وارد زبان عربی شده است و در اصل به معنی «خط‌کش» به کار رفته و بعد معنای «قانون» را به خود گرفته است و امروزه در زبان‌های اروپایی به مقررات کلیسای مسیحیت و کنیسه یهودیت اطلاق می‌شود.

(جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۴/ ۲۸۴۶-۲۸۴۷)

نگارنده «لسان العرب» در تعریف «قانون» می‌نویسد: «قانون هرچیز، راه و طریق سنجش آن

است... و این کلمه عربی نیست». (ابن منظور، ۳۲۸)

بعضی از ادبای فارسی علاوه بر اینکه در غیر عربی بودن این واژه تردید ندارند، آن را برگرفته از زبان رومی یا فارسی به معنای «قانون» دانسته‌اند. (نفیسی، ۲۶۱۴)

سومین گروه اعتقاد دارد که «قانون» لفظاً و اصلاً عربی بوده و اصل آن «قن» است. (عمید، ۱۵۶۷)

طبق عقیده این گروه، قانون به لحاظ شکلی بر وزن «فاعول» است که بر کمال و بذل و جهد دلالت دارد.

معنای اصطلاحی

کلمه قانون در اصطلاح کم‌تر مورد استعمال فقیهان مسلمان بوده و آنان به‌جای قانون کلمات: شرع، شریعت و حکم شرعی را به کار برده‌اند. (محمصانی، ۱۲) علامه حلی از فقهای متقدم، در تعریف قانون که آن را همان فقه می‌داند، می‌نویسد: «خداوند سبحان این قانون را در قرآن مجید- که بر حبیبش حضرت محمد (ص) نازل کرده- بیان فرموده است و فقه دربردارنده این قانون ربانی است که در کتاب و سنت پیامبر (ص) و اهل بیت (ع) ایشان موجود است» (ارشاد الاذهان، ۱/مقدمه کتاب)

لنگرودی در تعریف «قانون» در «فقه اسلامی» آورده است: «در فقه به چیزی قانون یا (قانون شرع) گفته می‌شود که دارای خصوصیات زیر باشد:

الف) کلی باشد، خواه الزامی باشد مانند (اوامر و نواهی) و خواه غیر الزامی مانند (مستحبات و مکروهات).

ب) از طریق وحی رسیده باشد خواه به‌صورت قرآن و خواه به‌صورت احادیث.

ج) جنبه دوام داشته باشد، ولو اینکه به‌عنوان اضطرار، موقتاً در بعضی از اماکن یا اعصار بدل پیدا کند». (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۵۱۸)

اما آنچه از معنای حقوقی قانون درمی‌یابیم عبارت است از: «قواعد لازم الاجرا و دارای ضمانت اجرایی مشخص در جامعه؛ به بیان دیگر قانون به معنای عام کلمه، مجموع قواعد الزام‌آور و مصوب مقامات صلاحیت‌دار است و شامل تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها، نظام‌نامه‌ها و... می‌شود و در معنای خاص کلمه، مفهوم فنی و مخصوص به خود دارد و در رژیم‌های مبتنی بر قانون اساسی به معنای مصوبات پارلمان است.» (علوم، ۱۳)

کاتوزیان نیز در بیان معنای حقوقی قانون می‌گوید: «قانون در معنای عام عبارت است از

مجموعه قواعدی که بر اساس آن رفتار افراد و روابط آن‌ها با یکدیگر تنظیم می‌شود و از طرف حکومت با ضمانت اجرایی تحمیل می‌شود؛ اما در معنای خاص، قانون به قواعدی گفته می‌شود که از سوی قوه مقننه تصویب می‌شود یا از راه همه‌پرسی عمومی به تصویب می‌رسد.» (کاتوزیان، ۲۲۱)

واژه قانون‌گذار در حقوق و فقه

مفهوم قانون‌گذار در اصطلاح حقوقی و فقهی عبارت است از: «مقامی که به مناسبت قدرت مخصوصی که دارد قانون وضع می‌کند و آن را کم‌وبیش به معرض اجرا می‌گذارد و از قدرت مزبور، ضمانت اجرایی قانون را فراهم می‌سازد. مقنن هم به این معنا استعمال می‌شود. در فقه به این معنا لغت شارع و مشرّع استعمال می‌شود.» (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۵۲۴)

قانون‌گذاری در آراء شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی

شیخ فضل‌الله و قانون‌گذاری

شیخ فضل‌الله نوری^۱ از علمای طراز اول تهران در عصر خویش بود که در آن عصر به نشر و تبلیغ احکام الهی و تدریس طلاب علوم دینی می‌پرداخت. شیخ علاوه بر تدریس و ارشاد و رسیدگی به امور مردم و قضاوت، در کار تألیف رسایل فقهی و اصولی، همچنین در تصحیح و تحشیه کتب اهتمام فراوان داشت. (انصاری، ۳۷). وی در مبارزه علیه امتیاز تنباکو، در سال ۱۳۰۹ ق فعالانه شرکت کرد و با میرزا حسن آشتیانی همکاری نزدیک داشت. (ترکمان، ۹-۱۰).

شیخ در آغاز در ایجاد فکر و رهبری عدالت‌خانه و جنبش روحانیت و سپس تدوین قانون اساسی نقش عمده‌ای داشت ولی از پیوستن به نهضت مخالفت علیه عین‌الدوله به رهبری سید عبدالله بهبهانی و سید محمد طباطبایی خودداری کرد و با دیدن فعالیت‌های مشروطه خواهان، با رفتن به مجلس سعی داشت جلوی انحراف را بگیرد و مجلس و مشروطه را مقید به شرع و

۱. شیخ فضل‌الله کجوری معروف به نوری در دوم ذیحجه ۱۲۵۹ در تهران متولد شد. در جوانی همراه با حاج میرزا حسین نوری دائی و پدر زن خود به نجف مهاجرت نمود و در حوزه علمیه میرزای مجدد شیرازی حاضر شد اما پس از مدتی به همراه استادش به سامرا هجرت کرد. شیخ در حدود سال ۱۳۰۰ ق به اشاره میرزای شیرازی برای ارشاد و هدایت مردم به تهران بازگشت و از علمای اعلم و طراز اول تهران شد. (انصاری، ۳۴)

نظارت «هیئت طراز اول» نماید تا آنکه در ۱۳۲۵ موفقی به تصویب اصل دوم متمم قانون اساسی شد. (ترکمان، ۱۲-۱۳) اما این اصل آن گونه که مورد نظر شیخ بود عملی نشد. مدل حکومتی مورد نظر شیخ با عنوان سلطنت مشروطه شناخته می شود که بر مبنای دو رکن، «ولایت انتصابی فقیهان در امور حسبه یا شریعات» و «سلطنت مسلمان ذی شوکت در حیطه عرفیات»، استوار است. (زرگری نژاد، ۱۶۴)

در این دیدگاه فقیه و سلطان دو قدرت مستقل بوده و هیچ یک از دیگری نیابت ندارد و مبتنی بر نوعی دوگانگی خارجی «امور شرعی» از «امور عرفی» و «قلمرو فقه و شریعت» از «سیاست و مملکت داری» است.

اعلامیه ها و رساله های زیادی از شیخ بر ضد مشروطه به جامانده است. وی مشروطیت را تأسیس نهادی می داند که هیچ گونه مبنایی در قانون شرع ندارد. او مشروطه خواهان را به دلیل تلاش برای انقلاب در شریعت و تغییر آن بر طبق قوانین پارلمان های پاریس و انگلستان متهم می کرد و می گفت: «مشروطه خواهان در تلاش برای معرفی قانون پارلمان های اروپایی، این حقیقت را که مردم ایران خود دارای شریعت اند، نادیده می گیرند، شریعتی که آسمانی و جاودانی است و نسخ بر نمی دارد.» (رضوانی، ۳۱).

از اشکالات اساسی او بر مشروطیت مبحث «قانون گذاری» است که در این بخش با استناد به مکتوبات شیخ به بیان آراء و نظریات وی می پردازیم.

نوری با قبول «ضرورت حاکمیت قانون» اشاره دارد که این قانون جز قانون اسلام نمی تواند باشد: «حفظ نظام محتاج به قانون است و هر ملتی که تحت قانون داخل شدند و بر طبق آن عمل نمودند، امور آنان به استعداد قانون آنها منظم شده، ولی بهترین قوانین، قانون الهی است... حال آنکه این قانون جامع است جمیع ما یحتاج الیه الناس را و معلوم است که قانون الهی مخصوص عبادت نیست، بلکه جمیع موادّ سیاسیه را بر وجه اکمل داراست، حتی ارش الخدش.» (ترکمان، ۵۶-۵۷)

بنابراین شیخ معتقد است: «ما ابدأ محتاج به جعل قانون نخواهیم بود و هر آن کس که گمان کند ممکن و صحیح است جماعتی از عقلا و حکما جمع شوند و به شورا ترتیب قانونی بدهند، آن کس از اسلام خارج شده است؛ زیرا به این واسطه احتیاج به نبوت رفع می شود؛ و نیز هر آن کس که قائل به امکان تغییر بعضی مواد قانون الهی با توجه به مقتضیات زمان باشد نیز از عقاید اسلام خارج شده است، زیرا که این امر منافی ختم نبوت است و انکار خاتمیت

به حکم قانون الهی کفر است.»

در نهایت از این بحث نتیجه می‌گیرد که «جعل قانون کلاً ام بعضاً منافات با اسلام دارد و این کار، کار پیغمبری است... و مسلم را حق جعل قانون نیست.» (ترکمان، ۵۷)

شیخ درباره امکان تغییر در قانون بر اساس مقتضیات معتقد است: «واعجب من الكل اینکه می‌گوید: مواد قانونیه قابل تغییر است. آیا این تغییر از اسلام به کفر است یا از کفر به اسلام؟ و [در هر حال] خرافت هر دو معلوم.»

وی در این عبارت پس از ابراز تعجب از اعتقاد به امکان تغییر برخی قوانین الهی؛ این امر را باطل می‌داند زیرا قانون اگر حکم اسلام باشد که تغییر آن رجوع به کفر می‌شود و این فرض باطل است. این تصور هم که قانون کفر است و تغییر در جهت اسلامی شدن باشد، نیز بطلان آن روشن است.

شیخ در ادامه می‌گوید:

«اگر گفته شود که این تغییر من الاسلام الی الاسلام یعنی از مباحی به مباح دیگر [است] باید گفت: امر مباح که عندالشارع جایز الفعل و الترك است، غلط است که قانون لازم العمل شود و مجازات بر مخالفت آن مرتب شود و عناوین ثانویه که در شرع منشأ اختلافات حکم می‌شود مثل اطاعت والد یا نذر یا یمین و نحو آن در فقه محصور است و اکثر آرای بقال و بزاز از آن‌ها نیست.» (زرگری نژاد، ۱۶۱)

وی این نوع تغییر در دین را «بدعت» به شمار می‌آورد؛ زیرا امری مباح تبدیل به واجب یا حرام شده است. در صورتی که مصداق عناوین ثانویه چون نذر، قسم و مانند آن‌هم نیست تا بتوان با استناد به آن حکم فعل مباح را تغییر داد. از سوی دیگر، عناوین ثانویه در فقه مشخص و محدود است و نظر قانون‌گذار و وکلای مجلس که در شمار عناوین ثانویه نیست، توانایی تغییر حکم را ندارد.

شیخ در رساله «حرمت مشروطه» ایجاد قوه مقننه در کشور را بدعت و ضلالت محض می‌داند، زیرا بر این باور است که «در اسلام تقنین و جعل حکم برای احدی، هر که باشد جائز نیست و در وقایع حادثه باید به باب الاحکام که نواب امام هستند، رجوع کنند و او استنباط از کتاب و سنت نماید نه تقنین و جعل.» (زرگری نژاد، ۱۶۶)

از دیدگاه شیخ فضل‌الله نوری، تدوین قانون اساسی با سه گونه بدعت یا نوآوری همراه بود که هر کدام از آن‌ها به منزله دلیلی بر حرمت آن است. آن سه گونه بدعت چنین هستند:

- ۱- نوشتن قانونی در برابر قانون اسلام.
 - ۲- وادار کردن شهروندان به پیروی از قانونی که به وسیله شریعت اسلام آورده نشده است.
 - ۳- کیفر دادن شهروندان به خاطر اطاعت نکردن از آن قانون مدون. (زرگری نژاد، ۱۶۲-۱۶۱ و ۱۵۴)
- وی در اینجا قائل به یک استثنائی می شود و جعل قانون در امور شخصی را بی اشکال و مجاز می داند زیرا مربوط به عموم مردم نیست و ربطی به احدی از مردم ندارد مگر اینکه مشتمل بر منکری باشد، (ترکمان، ۵۸) بنابراین اگر سلطان اسلام اراده فرماید و دستورالعملی به جهت عمل مأمورانش معین نماید که اهل مملکتش مورد تعدیات اشخاص مأموران واقع نشوند آن هم در صغریات، بسیار خوب و مورد قبول است و از آنجاکه از امور عامه نیست، امضا و انفاذ آن ربطی به وظیفه نواب عام و حجج اسلام ندارد. وظیفه نواب منحصر به آن است که احکام کلیه که مواد قانون الهی است را از چهار دلیل شرعی استنباط فرمایند و به عوام برسانند بدون کاربرد استحسان و قیاس که حرام است. (ترکمان، ۵۸-۵۹ و ۶۷)
- بیان اخیر شیخ فضل الله ناظر بر این است که در اسلام به هیچ وجه نمی توان قانون گذاری کرد. آنچه هست، فقط استنباط منطقی احکام شرایط جدید از شریعت است نه جعل قانون مستقل از ادله شرعیه و مستند به عقل بشری. آنجا هم که وی تأکید بر طلب قانون اساسی می کند و آن را مصلح دین، دنیا و مایه قوت اسلام می داند، می گوید: «ای برادر نظامنامه، نظامنامه، لکن اسلامی، اسلامی، اسلامی، یعنی همان قانون شریعت که هزار و سیصد و اندی سال است در میان ما هست و جمله ای از آن که به آن، اصلاح مفاسد ما می شود در مرتبه اجرا نبود. حالا باید به عنوان قانون اجرا شود.»
- برخی از نویسندگان معتقدند که این عبارت نشان از در نظر گرفتن قوانین شریعت به عنوان قانون اساسی و عدم اعتقاد وی به قانون گذاری است. (رضوانی، ۵۰)
- اما این برداشت از سخن نوری با توجه به سخنان دیگر وی نادرست به نظر می رسد؛ زیرا او که در جهت تصویب ماده دوم متمم قانون اساسی مشروطه قدم برداشت، قانون گذاری در محدوده شریعت را مجاز می دانست، وگرنه تصویب این ماده بی معنا خواهد بود. او معتقد بود که نمایندگان مجلس در قلمرو امور عرفی می توانند مقرراتی وضع کنند، بی آنکه موازین و احکام شرعی نقض شود.

اما به باور برخی از تحلیل گران تاریخی شیخ به گونه‌ای حدود اقتدار قانون را مشخص کرد. موضع شیخ فضل‌الله در موضوع قانون‌گذاری دوگانه بود. در یکجا تمام موضوعات و از جمله سیاست را در محدوده شریعت می‌دانست. (ترکمان: ۵۷ - ۵۸) در جایی دیگر اذعان می‌کند: «در عمل، همواره امور دولتی و دستورات مربوط به آن وجود داشته، اما مسلم است که این‌ها احکامی خارج از دین هستند.» (زرگری نژاد، ۱۵۸)

به نظر می‌رسد که شیخ فضل‌الله قائل به تفکیک امور مربوط به دولت یا امور دولتی (صغریات اعمال مأموران) از امور مربوط به امت یا امور عامه است. (ترکمان، ۵۹، ۸۱). نتیجه چنین نظری این است که دو حوزه اقتدار وجود دارد، حوزه‌ای که تحت سلطه و نظارت دولت است و علما در آن نقش ناچیزی دارند و آن نظارت برای هماهنگی بودن با شرع است (اشاره به اصل دوم متمم قانون اساسی یا اصل طراز) و حوزه‌ای (امور عامه) که در آن به جز علما، مرجع دیگری حق ورود ندارد.

نظر شیخ درباره مجلس که به عنوان «قوه مقننه و محل قانون‌گذاری» به حساب می‌آید، در کل مثبت است در این راستا می‌بینیم که شیخ فضل‌الله نه با اصل قانون‌گذاری به معنای برنامه‌ریزی مخالفت داشته و نه کارکرد اصلی مجلس را زیر سؤال می‌برده است بلکه مداخلیت خود را در این اساس بیش از همه کس می‌داند و صریحاً می‌گوید: «من آن مجلسی را می‌خواهم که عموم مسلمانان آن را می‌خواهند. مجلسی که اساسش بر اسلامیت باشد و بر خلاف قرآن، شریعت محمدی و مذهب جعفری قانونی نگذارد.» (رضوانی، ۴۴)

وی می‌گوید: کلام آقایان و مؤسسين مجلس در اثبات وجوب مجلس این است که «هذا المجلس يأمر بالعدل والاحسان و كل المجلس يأمر بالعدل والاحسان مفترض الطاعة، فهذا المجلس مفترض الطاعة»

شیخ، کبرای قضیه را (هر مجلسی که امر به عدل و احسان کند، واجب الطاعة است). قبول داشت ولی صغرای آن را (این مجلس امر به عدل و احسان می‌کند) با آنچه از نتایج مجلس مشاهده می‌کرد، سازگار نمی‌دید و در نتیجه این استدلال را صحیح نمی‌دانست. همین سخن نشان دهنده آن است که کلیت شورای قانون‌گذاری با قبول شروطی مورد قبول شیخ بود. (رضوانی، ۳۷)

در بخشی از کتاب لوايح، مجلسی که تأسیس آن برای رفع ظلم و کمک به مظلوم، امر به معروف، تقویت دولت و ملت و حفظ بیضه اسلام است نه تنها عقلاً، شرعاً و عرفاً راجح است

بلکه مخالف و معاند آن مخالف شرع انور به شمار می‌رود. (رضوانی، ۵۴ و ۵۸)

آنچه از سیر بحث و نظرات مختلف شیخ فضل‌الله می‌توان نتیجه گرفت، این‌گونه است که وی اگر در اواخر عمر خویش، با الگوی پارلمانی مخالفت نمود، در واقع به‌خاطر سبطره کارکردهای منفی مشروطه‌خواهان زمان خویش و عملکرد ناصواب تندروهای مشروطه‌خواه بود که به‌رغم در اقلیت بودن نمایندگان آن‌ها در مجلس، زمام امور مجلس را به‌دست گرفته و اساس شریعت را تهدید کرده بودند؛ یعنی شرایط و ضوابطی که ایشان برای بنیاد مشروطه در نظر داشتند، در عمل به اجرا گذاشته نشد.

میرزای نائینی و قانون‌گذاری

میرزای نائینی^۲ از علمای سرشناس عصر مشروطه بود که در نهضت تنباکو در کنار میرزای شیرازی، در جهاد بر ضد بیگانگان در کنار شیخ عبدالله مازندرانی و در نهضت اسلامی ملت عراق، همگام با سید ابوالحسن اصفهانی بود.

وی در حوزه درسی ملا محمدکاظم خراسانی از رهبران جنبش مشروطیت حاضر شد. وقایع مهم مشروطیت نظیر استبداد صغیر و... در همان ایام اقامت نائینی در نجف اتفاق افتاد. او نیز مشارکت خود را با این جنبش نگارش رساله «تنبيه الامه و تنزيه المله» مهم‌ترین اثر او در سال ۱۳۲۷ ق مورد تأیید و تمجید محمدکاظم خراسانی و عبدالله مازندرانی واقع شد.^۳

بدون شک هر متفکری دارای یکسری اصول و مبانی فکری است که نظریات و دیدگاه‌های او بر اساس آن اصول و مبانی قابل تحلیل و بررسی است. نائینی که از فقها و دانشمندان شهیر اسلامی است، از این قاعده مستثنا نیست. وی فقیهی صاحب مبنا و متعهد به مبانی دینی و فقهی است. در مکتب میرزای شیرازی تربیت شده و او را مجدد علم اصول و فقهی برجسته و

۲. محمدحسین نائینی در سال ۱۲۴۰ ش/ ۱۲۷۷ ق. در شهر نایین و در خاندانی فاضل و محیطی روحانی قدم به عرصه گیتی نهاد. (امین، ۵۴/۶) وی دروس عالی فقه، اصول فلسفه و حکمت را از اساتید فرهیخته‌ای چون ابوالمعالی فرزندی حاج محمد ابراهیم کلباسی، شیخ محمد باقر ایوانکی فرزندی شیخ محمدتقی اصفهانی و جهانگیر خان قشقایی در حوزه اصفهان آموخت. (علی‌لو، ۲۱) و در سال ۱۳۰۳ ق آن حوزه را ترک گفت و به شهر سامرا رفت. نائینی در آغاز ورود در درس سید محمد طباطبایی فشارکی و سید اسماعیل صدر شرکت جست. او سپس در محفل پربار درس میرزا محمد حسن شیرازی حضور یافت و مدت نه سال از دانش سرشار استاد عالی مقام خویش بهره برد. (امین، ۵۴/۶؛ حائری، ۱۵۵) نائینی پس از رحلت میرزای شیرازی دو سال در کربلا مقیم شد و سپس در سال ۱۳۱۶ ق در نجف اقامت گزید. (امین، ۵۴/۶) و در آنجا در جلسه علمی آخوند خراسانی حاضر می‌شد و از محرومان اسرار او گردید. (حائری، ۱۵۵) سر انجام نائینی در ۲۶ جمادی الاول ۱۳۵۵ در سن ۷۶ سالگی جهان را بدرود گفت. (حائری، ۱۹۷)

۳. افزون بر تقریرات درس اصول او که توسط شاگردان بزرگ او نگارش یافته، در اعیان الشیعه و معجم المؤلفین العراقيين تا سیزده اثر از نائینی بر شمرده شده است. همچون: ۱. رساله‌ای برای عمل مقلدین «وسيلة النجاة». ۲. حواشی علی العروة الوثقی

۳. رسالة الصلاة في اللباس المشكوك ۴. رسالة في أحكام الخلل في الصلاة و.... (ورعی، ۱۸-۱۹)

دارای مبنا شمرده‌اند. او به اجتهادی مبتنی بر اصول و معیارهای مورد اتفاق فقهای شیعه معتقد بود و عدول از آن را مجاز نمی‌دانست. (ورعی، ۵۱-۵۲)

همان‌گونه که گفته شد نائینی از علمای تأثیرگذار در جریان مشروطه‌خواه بود. وی مباحثات زیادی با دیگر علمای مشروطه‌خواه در باب مبانی، اصول و الزامات مشروطیت داشت. از جمله‌ی آن اصول مبحث قانون‌گذاری به‌عنوان یکی از اصول مشروطه بود.

آراء و نظریات نائینی در این باب را می‌توان از کتاب «تنبيه الامه و تنزيه المله» استخراج کرد. این کتاب مهم‌ترین اثر او در حوزه فلسفه سیاسی و نظام اسلامی و بهترین اثر شناخته‌شده‌ای است که به‌وسیله یک مجتهد شیعه درباره مشروطیت نوشته شده و در برگیرنده آراء سیاسی نائینی است. این کتاب بر مبنای استدلال‌های عقلی، آیات و روایات پایه‌گذاری شده است. (حائری، ۲۱۵-۲۱۷)

نائینی در ابتدا حکومت و سلطنت را به دو نوع تملیکیه، یعنی حکومت «استبدادی و خودسر» و «ولایتیه» یعنی حکومت قانونی و مشروطه، تقسیم می‌کند. (نائینی، ۴۰) و به توصیف این دو قسم از حکومت می‌پردازد. وی با آوردن شواهد قرآنی، حدیثی و تاریخی حقیقت سلطنت را در اسلام از نوع ولایتیه و «ولایت بر حفظ و نظم و به‌منزله شبانی گله» می‌داند و معتقد است که حکومت استبدادی با روح تعالیم اسلام منافات دارد. (نائینی، ۷۰) از دیگر نام‌های این نوع حکومت، مقیده و محدوده و عادل و مشروطه و مسئول و دستوریه است. (نائینی، ۴۵)

نائینی در حکومت ولایتیه که مشروطه را نیز به نوعی از این قسم می‌داند، قائل به وجوب وجود نوعی محافظ و مانع در سلطنت است. در زمان حضور معصوم قوه عصمت، محافظ «سلطنت ولایتیه» است تا مبادا به «سلطنت تملیکیه و استبدادیه» تبدیل شود. ولی حال که دستان از دامن معصوم کوتاه است می‌توان نظارت بیرونی را جایگزین این عصمت کرد که این نظارت بیرونی در تدوین قانون اساسی و مجلس متبلور می‌شود، (نائینی، ۴۵-۴۷) و از مباحث مربوط به قانون‌گذاری هستند.

از منابع و ابزار استنباط در فقه سیاسی و یا به نوعی در مبحث قانون در آراء نائینی از این اصول می‌توان نام برد: قرآن کریم، سنت نبوی و علوی، عقل و تاریخ (قاضی زاده، ۱۱۱-۱۱۲) که نائینی به‌واسطه این ابزار به سراغ متون و نصوص دینی می‌رود و به اجتهاد در منابع دینی و وضع قانون در چهارچوب مبانی و اندیشه‌های شرع می‌پردازد.

موضوع مهمی که در آراء نائینی نسبت به قانون‌گذاری مطرح است نظریه تقسیم احکام به ثابت و متغیر نزد اوست که از این طریق محدوده شرعی قانون‌گذاری بشری در حدود زندگی مردم روشن می‌شود. احکام اولیه یا ثباتات آن دسته از منصوصاتی است که وظیفه عملیه آن بالخصوص معین و حکمش در شریعت مطهره مضبوط است. این قسم احکام با اختلاف زمان و مکان تغییرپذیر و اختلاف بردار نیست و وصول به آن از طریق اجرای تعبدی آن است.

احکام ثانویه، امور غیر منصوصی است که وظیفه عملیه آن به واسطه عدم اندراج در تحت ضابط خاص و میزان مخصوص غیر معین و به نظر و ترجیح ولی نوعی یا مأذون از سوی ولی موکول است. این قسم تابع مقتضیات زمان و مکان است و با اختلاف آن‌ها تغییرپذیر و اختلاف بردارند (نائینی، ۱۳۳-۱۳۴) و تردیدی که از سوی مخالفین وارد شد مبنی بر اینکه «آیا این نسخ و تغییر، عدول از واجب به حرام و یا از حرام به واجب و یا از مباح به مباح دیگر است؟» به این قسم از احکام رجوع می‌کند و این تردید حقیقتاً نشان از غفلت یا تجاهل آن‌ها از لوازم و مقتضیات اصول مذهب دارد. (نائینی، ۱۳۷)

میرزای نائینی درباره قانون اساسی معتقد است: «جز عدم مخالفت فصولش با قوانین شرعیه، شرط دیگری معتبر نخواهد بود.» (نائینی، ۴۸) و هر کجا که درباره قانون‌گذاری سخن می‌گوید این فرض کلی را در نظر دارد.

علاوه بر این شرط، وی ناظر بر تقسیم‌بندی‌اش از احکام، قانون‌گذاری را در حیطه احکام ثانویه می‌پذیرد و می‌گوید: وقتی ما تأکید بر مطابقت احکام بر شرع می‌کنیم منحصر در قوانینی است که در حیطه قوانین اولیه قرار دارند و در قوانین ثانویه تطبیق با شرع بدون موضوع و بلامحل است. (نائینی، ۱۳۴)

نائینی همان‌گونه که بر موافقت قوانین با شرع تأکید دارد ولی این موافقت را به این معنا نمی‌داند که آنچه در کتاب طهارت تا آخر دیات است، دستورالعمل متصدیان شود و آن‌ها متصدی عمل و اجرای آن باشند بلکه معتقد بود که نباید قوانین و دستورات موضوعه برای تحدید استیلا و ضبط اعمال متصدیان، مخالف و مغایر اسلام باشد. (نائینی، ۱۰۵)

با توجه به مباحث زیادی که از سوی مشروعه‌خواهان مبنی بر ثابت بودن احکامی الهی بیان می‌شد و تأکید بر اینکه در این‌گونه مسائل دیگر شورویت معنایی ندارد و انسان شایستگی ابراز رأی در این حیطه را ندارد، نائینی بر این امر تأکید می‌کند که اصل شورویتی که با استناد بر قرآن، سنت و سیره از اساس و پایه‌های سلطنت اسلامی است، در حیطه احکام ثانویه

کاربرد دارد و احکام اولیه رأساً از این عنوان خارج و اصلاً مشورت در آن محلی ندارد. (نائینی، ۱۳۵)

نائینی معتقد است آن دسته از قوانین و احکامی را که نواب عام و یا مأذونان از جانب ایشان در عصر غیبت وضع کرده و بر انجام آن الزام می‌کنند، نیز از احکام ثانویه است و آن‌گونه نیست که مخالفان الزامات قوانین می‌پندارند، ربطی هم به قوانین منصوص ندارد که کفر و بدعت باشد. (نائینی، ۱۳۵)

تدوین قوانین از سوی مقام ولایت یا نواب خاص و عام یا مأذونان از سوی آن‌ها است ولی در این زمان رسمیت و نفوذ آن قوانین به صدور از مجلس رسمی شورای ملی و بر عهده درایت کامل و کفایت مبعوثان ملت است. این قوانین نوعاً از جنس سیاسات نوعیه و در قلمرو احکام ثانویه و متغیرند. در اینجا دیگر آن شبهه واهی و مغرضانه مفسدین که نفس تقنین قوانین را دلبخواهانه و مقابلی با دستگاه نبوت شمرده بودند، مرتفع و بی‌معنی می‌شود. (نائینی، ۱۳۶)

مخالفان تدوین قوانین در دوره مشروطه با تأکید بر اینکه دین ما مسلمانان، اسلام و قانون ما، قرآن و سنت پیغمبر است. تدوین قانون اساسی را نوعی دکان باز کردن در مقابل صاحب شریعت و در نتیجه نوعی بدعت می‌دانستند، التزام به آن هم چون بدون ملزم شرعی است و نیز مسئول دانستن متخلف از قوانین را نوعی بدعت به شمار می‌آوردند.

نائینی این امور را از نوع بدعت نمی‌داند و در پاسخ این گروه معتقد است: «آنچه در لسان اخبار، بدعت و در لسان فقها، تشریع خوانند در صورتی محقق می‌گردد که غیر مجعول شرعی، خواه حکم جزئی شخصی باشد و یا عنوان عام و یا کتابچه و دستور کلی، هر چه باشد به‌عنوان آنکه مجعول شرعی و حکم الهی - عز اسمہ - است، ارائه و اظهار و التزام و التزام شود؛ و الا بدون این عنوان هیچ نوعی التزام و التزامی بدعت و تشریع نخواهد بود، خواه شخصی باشد مانند التزام و الزام خود یا غیر، به مثل خوابیدن و بیدار شدن و غذا خوردن در ساعت معینه و نحو ذلک از تنظیمات شخصیه و یا نوعی باشد مثل التزام و الزام اهل یک خانه یا قریه و شهری مثلاً به تنظیم امورشان بر وجه خاص و طرزی مخصوص، الزام و التزام اهل قطر یا اقلیمی به تنظیم امورشان بر وجه مذکور و خواه آنکه قرار داد تنظیمات مذکوره محض بنای عملی و صرف قرارداد خارجی باشد، یا به ترتیب کتابچه دستوری و نظامنامه؛ چه بالضروره معلوم است ملاک تحقق تشریع و بدعت و عدم تحقق آن، اقتران و عدم اقتران به قصد و

عنوان مذکور است، نه بود و نبود کتابچه و قانون‌نامه در بین.»
همچنین اموری که بالذات غیر واجب هستند به واسطه نذر و تعهد و قول و گاهی امرِ امر، لازم‌الاطاعه می‌شوند و نیز اگر اقامه واجبی هم بر آن متوقف شود بالعرض واجب خواهد شد. (نائینی، ۱۰۶-۱۰۹)

نائینی در تصدی امور حسبیه قائل به طبقه‌بندی است. ابتدا تصدی امر در قلمرو اختیارات نوآب عام- بعضاً و کلاً- است. ناتوانی نوآب از اقامه آن وظائف، موجب سقوطش نیست، بلکه نوبت ولایت در اقامه امور به «عدول مؤمنین» و با عدم تمکن ایشان به «عموم»، بلکه به «فسّاق مسلمین» هم می‌رسد. (نائینی، ۱۱۱-۱۱۴) و در محدوده اقامه این امور، متصدیان امر قادر به وضع قانون می‌باشند.

جایگاه اکثریت و اقلیت در انتخاب نمایندگان

امر دیگری که از نظر مشروعه خواهان مخالف شرع بود ولی در نظام مشروطه از اصول سازنده قانون به شمار می‌آمد و با مبانی نائینی هم سازگار بود، رایج‌ترین روش اعمال حاکمیت ملت یعنی انتخاب نمایندگان و تشکیل مجلس قانون‌گذاری است؛ زیرا این امر منوط به «اعتبار اکثریت آراء» است و مشروعه خواهان این امر را بنا به مذهب امامیه غلط می‌یافتند. نائینی این اشکال را نیز مغالطه خوانده، چون اصل رایزنی به نص کتاب آسمانی ثابت شده، به آسانی می‌توان پذیرفت که در موارد اختلاف نظر یقیناً رأی «اکثریت عقلاء» بر رأی و تصمیم اقلیت، رجحان دارد. علاوه بر آن، آرای اکثریت در مواقع متعددی در تاریخ صدر اسلام حاکم شده است. مثلاً حضرت ختمی‌مرتبت در جنگ‌های احد و احزاب و علی (ع) در جنگ صفین از رأی اکثریت پیروی کردند. (نائینی، ۸۳-۸۵) صرف‌نظر از مناقشه‌ای که می‌توان بر استناد نائینی به پیروی امام علی (ع) از رأی اکثریت در صفین نمود، اگر معصوم (ع) رأی اکثریت را می‌پذیرد، غیر معصوم به کدام دلیل، ملزم به احترام نهادن به آرای عمومی نباشد؟

نقد و بررسی آراء شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی

پس از توصیف و تبیین آراء این دو مجتهد در مبحث قانون‌گذاری؛ علل و عواملی را می‌توان برشمرد که هرکدام به‌نوعی در اختلاف نظر آنان در این موضوع (قلمرو نفوذ، شرائط و ...) سهیم هستند از جمله:

۱. تفاوت رأی در حداقلی و حداکثری بودن محدوده قانون‌گذاری بشر

طبق نظر این دو مجتهد، پس از ختم نبوت و در عصر غیبت، قانون‌گذاری به شکل کامل منتفی نیست و بشر قادر است تحت ضوابط و اصول مشخصی در دایره اموری خاص قانون‌گذاری کند.

در اندیشه شیخ فضل‌الله نوری فقها در زمان غیبت مسئول شرعیات‌اند تا از کتاب و سنت استنباط حکم نمایند، چنان‌که در حوادث پیش‌آمده باید به آن‌ها رجوع کرد. عرفیات نیز توسط سلطان صاحب شوکت اعمال می‌گردد که شامل مسائلی از قبیل نظم، امنیت و اداره جامعه است زیرا در نظر وی جعل قانون تنها در امور شخصی جایز است. سلطان در این جعل قانون تنها می‌تواند قوانینی را که با شرع مخالف نیست، وضع کند و بدین‌صورت است که برای قانون‌گذاری محدودیت و حیطة عدم مخالفت با شرع را قائل می‌شود. در حقیقت اشکال اصلی او و دیگر مشروعه خواهان به مشروطه، نه به قانون‌گذاری و اصل تشکیل مجلس، بلکه به نامحدود بودن حوزه قانون‌گذاری بود و تأکیدشان بر مجلسی بود که اسلامی باشد و قانون خلاف شرع تصویب نکند.

این در حالی است که محدوده قانون‌گذاری نزد نائینی وسعت بیشتری دارد. وی با تقسیم احکام و قوانین به اولیه و ثانویه، قانون‌گذاری را در هر آن چیزی که از سوی شارع نصی برای آن ذکر نشده باشد (غیر منصوصات) جایز می‌داند با این شرط که مغایر با شرع نباشد و دیگر «مطابقت با شرع اسلام» مطرح نیست؛ بنابراین، نمایندگان مأذون از سوی نائبان می‌توانند در جمعی چون مجلس شورای ملی و به کمک و اعتبار اکثریت آراء، قوانینی را وضع کنند و چون این قوانین به‌عنوان مجعول شرعی و حکم الهی ارائه و الزام نمی‌شود، بدعت و تشریع نیست. نهایت آن‌که هیئتی از علما با اختیارات قانونی، به رد یا قبول قوانین مصوبه پارلمان می‌پردازند.

۲. تفاوت اجتهادی در فهم متفاوت از متون دینی

از دیگر عوامل تأثیرگذار در اختلاف رأی این دو مجتهد در مبحث قانون‌گذاری، تفاوت اجتهادی آن‌ها در مواجهه با متون دینی و فهم آن است که به ارائه نظریات متفاوت در نظام سیاسی شیعه در عصر غیبت منجر می‌شود. مدل حکومتی مورد نظر شیخ بر مبنای کتاب و سنت سلطنت مشروعه و مدل حکومتی مورد نظر نائینی با مراجعه و اجتهاد در نص، سلطنت ولایتیه است و همان‌گونه که در بحث‌های پیشین اشاره کردیم در هر یک از آن‌ها به تبع نوع حکومت، قانون و قلمرو قانون‌گذاری نیز جایگاه متفاوتی دارد.

۳. اختلاف در مبانی و چگونگی استفاده از ادله استنباط احکام

حمایت نائینی از حکومت مشروطه و اختلاف رأی او با شیخ فضل‌الله در قانون‌گذاری و قلمرو آن با دیدگاه اصولی وی بی‌ارتباط نبود. از شاخصه‌های دیدگاه اصولی نائینی می‌توان به اعتقاد بر تقسیم احکام به اولیه و ثانویه اشاره کرد که این امر به‌تنهایی مجال وسیعی را ایجاد می‌کند برای قانون‌گذاری در حکومت که توضیح آن گذشت.

از دیگر مشخصه‌های عمده مکتب اصولی حجیت عقل است در تمیز دادن قواعد و احکام شریعت. ایمان به حجیت عقل تعالیم دیگری را پیش می‌کشد همچون «ضرورت اجتهاد» و «امتناع از قبول غیر نقادانه محتویات کتب اربعه حدیثی شیعه در قلمرو غیرعبادی»، اتخاذ معیارهای دقیق‌تر در قبول صحت اقوالی که به پیامبر و ائمه نسبت داده شده، «منع تقلید از میت برای حفظ پویایی اجتهاد»، «اعتقاد به اصل اصالة الاباحه» و «ترجیح نظم بر بی‌هنجاری». (عنایت، ۲۸۷؛ حاجی پور، ۵۱) که تأکید بر پویایی اجتهاد و حجیت عقل در احکام و شرایع از اموری هستند که می‌توانند در گستره و نفوذ قانون‌گذاری تأثیرگذار باشند.

۴. اختلاف در دیدگاه انسان‌شناسانه و دین‌شناسانه

یکی دیگر از علل اختلاف فقها در باب مشروطه این بود که هر دو دسته از مجتهدان با دیدگاه مختلف و خاص دین‌شناسی و انسان‌شناسی خود با مشروطه برخورد کرده و هرکدام با توجه به معلومات پیشین، در مورد آن اظهار نظر می‌کردند و از آنجایی که نظراتشان در مورد دین و انسان با یکدیگر تفاوت داشت و پیشینه فکری‌شان با یکدیگر متفاوت بود، به نتیجه‌گیری مختلفی رسیده بودند.

در هر دو دیدگاه دخیل بودن دین به‌وسیله صدور احکام کلی در امور فردی و اجتماعی با ملاک تأثیر آن امور در سعادت و شقاوت انسان قابل تردید نیست. بلکه آنچه مورد بحث است قلمرو صدور این احکام است.

به عبارت دیگر، شیخ فضل‌الله نوری معتقد بود که با ختم رسالت، کلیه مسائل مبتلا به بشر کلاً و جزئاً حل و فصل گردیده است و بشر قانون‌گذار فقط در حیطه «امور عرفیه» که «راجع به ملک و لشکر و کشور» است می‌تواند قوانینی را وضع کند. لیکن دین‌شناسی نائینی بر این دیدگاه متکی بود که شریعت، احکام کلی را مشخص کرده است و تدوین قوانین جزئی را بر عهده خود انسان‌ها گذارده است و انسان می‌تواند با اتکا بر توانایی عقل و اجتهاد خویش و نیز با رجوع به نصوص، به مقتضای شرایط قوانینی را مدوّن و منقّح کند.

در نتیجه در هر دو دیدگاه امکان قانون‌گذاری برای جامعه بشری موجود است و این قانون‌گذاری با استناد به دلایل شرعی و به کمک اجتهاد از سوی «سلطان صاحب شوکت» یا «مجلس شورای ملی» صورت می‌گیرد ولیکن هر یک به فراخور دیدگاه دین‌شناسانه‌شان و توانایی‌ای که برای بشر در قانون‌گذاری در نظر می‌گیرند، محدوده و شرایط مشخصی را برای قانون‌گذاری طرح می‌کنند.

منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، بی‌تا.
- اشراقی، احسان، *گذری بر زمینه نهضت مشروطیت در ایران*، بی‌تا.
- امین، محسن، *اعیان الشیعه*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، بی‌تا.
- انصاری، مهدی، *شیخ فضل‌الله نوری و مشروطیت*، تهران، امیر کبیر، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
- ترکمان، محمد، *رسائل، اعلامیه، مکتوبات،... و روزنامه شیخ فضل‌الله نوری*، موسسه خدمات فرهنگی، ۱۳۶۲.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق: حاوی اصطلاحات رشته‌های حقوق، علوم سیاسی و اقتصادی و تاریخ حقوق و رشته‌های مختلف فقه اسلامی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲.
- _____، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- حاجی پور، نصرت‌الله، *تطبیق قوانین با شرع در نظام قانون‌گذاری ایران*، مرکز اسناد انقلاب اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.
- حائری، عبد‌الهادی، *تشیع و مشروطیت در ایران و نقش ایرانیان مقیم عراق*، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
- رضوانی، هما، *لوايح آقا شيخ فضل‌الله نوری*، نشر تاریخ ایران، چاپ اول، ۱۳۶۲.
- زرگری نژاد، غلامحسین، *رسائل مشروطیت*، انتشارات کویر، ۱۳۷۴.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، مصحح فارس حصون، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۶۸.
- علوم، رضا، *کلیات حقوق*، تهران، میهن، ۱۳۴۸.
- علی‌لو، نورالدین، *میرزای نائینی: ندای بیداری*، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۴.
- عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، امیرکبیر، ۱۳۸۶.
- عنایت، حمید، *اندیشه سیاسی در اسلام معاصر*، مترجم: بهاء‌الدین خرمشاهی، انتشارات خوارزمی،

چاپ چهارم، ۱۳۸۰

قاضی زاده، کاظم، *مردم سالاری دینی*، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۸۵.

کاتوزیان، ناصر، *کلیات حقوق نظریه عمومی*، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۷.

کدیور، محسن، *نظریه‌های دولت در فقه شیعه*، تهران، نشر نی، چاپ ششم، ۱۳۸۳.

محمصانی، صبحی، *فلسفه قانون‌گذاری در اسلام*، ترجمه اسماعیل گلستانی، تهران، سپهر، ۱۳۴۶.

معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، امیر کبیر، ۱۳۶۰.

نائینی، محمد حسین، *تنبيه الامه و تنزيه المله*، بوستان کتاب، ۱۳۸۲.

نفیسی، علی اکبر، *فرهنگ نفیسی*، تهران، خیام، ۱۳۵۵.

ورعی، سید جواد، *پژوهشی در اندیشه سیاسی نائینی*، دبیر خانه مجلس خبرگان رهبری، چاپ اول،

۱۳۸۲.

یوسفی مقدم، محمد صادق، *درآمدی بر اجتهاد از منظر قرآن*، بوستان کتاب، ۱۳۸۷.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۳
زمستان ۱۳۹۴، ص ۷۳-۹۴

بررسی ارث حق خیار زوجه از معاملات زوج*

حیدر باقری اصل

دانشیار گروه حقوق دانشگاه تبریز

Email: bagheriasl@tabrizu.ac.ir

چکیده

یکی از مسائل ارث، ارث حق خیار برای زوجه از معاملات زوج است. متأسفانه حقوق موضوعه ایران نیز به حکم این مسئله تصریح نکرده و تنها در ماده ۴۴۵ ق.م.مقرر داشته است: «هریک از خیارات، بعد از فوت، منتقل به وارث می‌شود»، هرچند اطلاق این حکم ماده مذکور در ارث بردن حق خیار برای زوجه از معاملات زوج است، ولی پذیرش این حکم متعارض با مفاد ماده ۹۴۶ ق.م.ا است، زیرا ارث خیار از نوع ارث حقوق است و ماده اخیر، اعم از قبل یا بعد از اصلاح ۱۳۸۷، حتی خود اموال غیرمنقول زوج را قابل ارث برای زوجه نمی‌داند، چه بماند حقوق آن‌که اینجا همان خیار باشد. این وضعیت در اقوال فقیهان نیز مشاهده می‌شود، زیرا آنان از یک‌طرف ادعای اجماع بر ارث تمامی خیارات کرده و از طرف دیگر در ارث برخی از خیارات و از جمله ارث حق خیار از معاملات زوج اختلاف نموده‌اند و بدین ترتیب هم در مواد ۴۴۵ و ۹۴۶ ق.م. و هم در اقوال فقیهان نسبت به ارث حق خیار زوجه از معاملات زوج تعارض پدید آمده است. این تحقیق درصدد حل این تعارض با استناد به حقوق امامیه است.

کلیدواژه‌ها: ارث، ارث حق خیار، زوجه، زوج و معاملات زوج.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۱/۱۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۲/۱۸.

مقدمه

یکی از مسائل حقوق خانواده، ارث زوجین از یکدیگر است. زوجیت در حقوق اسلامی و موضوعه ایران به دایم و موقت تقسیم می‌شود. مسائل ارث زوجین در زوجیت دایم است و این مسائل در زوجیت موقت مطرح نیست، مگر این‌که زوجین ارث بردن از یکدیگر را در ضمن عقد نکاح موقت شرط نمایند و حدود آن را تبیین کنند که در این صورت، ارث بردن آن دو از یکدیگر و حدود آن مطابق توافق آنان خواهد بود (حر عاملی، ۱۷/۵۳۶، حدیث ۴-۱). تفصیل این احکام در کتب فقهی آمده است (شهید ثانی، ۵/۲۹۹-۲۹۶). بحث مقاله حاضر در این مورد نیست، بلکه در ارث زوجیت دایم است.

ارث زوجین دایم مسائل مختلفی دارد و یکی از مسائل آن، ارث حق خیار برای زوجه از معاملات زوج است. متأسفانه حقوق موضوعه ایران به حکم ارث حق خیار برای زوجه از معاملات زوج تصریح نکرده و تنها در ماده ۴۴۵ ق.م مقرر داشته است: «هریک از خیارات، بعد از فوت، منتقل به وارث می‌شود».

همین وضع مواد قانونی در آثار مکتوب فقهی و اقوال فقیهان در مسئله نیز مشاهده می‌شود. توضیح این‌که برخی از فقیهان بر موروثی بودن خیارات ادعای اجماع کرده و نوشته‌اند: «زمانی که صاحب خیار فوت کند، خیار از هر نوعی باشد به وارث او منتقل می‌شود» (محقق حلی، ۲۷۸/۲)، برای مثال علامه حلی در «تذکره» برای موروثی بودن خیار نزد امامیه چنین استدلال کرده است: «جميع انواع خيار پیش ما موروثی است، زیرا آن از حقوق و مانند حق شفعه و قصاص است» (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱/۵۳۶)، همچنین شیخ انصاری تمام انواع خیار را طبق اتفاق فقیهان امامیه موروثی می‌داند (انصاری، مکاسب، ۶/۱۰۹). کلام طباطبایی (۲۰۲/۸) و ظاهر سخن اردبیلی (۷۰/۱۹) نیز چنین می‌نماید.

بنابراین، هرچند عموم یا اطلاق این حکم ماده مذکور و ادعای اجماع فوق از سوی فقیهان بر ارث بردن زوجه از حق خیار معاملات زوج دلالت می‌کنند، ولی پذیرش این حکم اولاً، متعارض با قول دیگر فقیهان است که اطلاق حکم ماده مذکور و اجماع فقیهان را در برخی از صورت‌های ارث خیار مخالفت کرده‌اند (فخر المحققین، ۱/۴۸۱؛ طباطبایی، ۲۰۳/۸؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۶۸) و یکی از صورت‌ها ارث بردن زوجه از حق خیار معاملات زوج است (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۶۸) و ثانیاً، متعارض با مفاد ماده ۹۴۶ ق.م است، زیرا ارث خیار از نوع ارث حقوق است و ماده اخیر، اعم از قبل یا بعد از اصلاح ۱۳۸۷، حتی خود

اموال غیرمنقول زوج را قابل ارث برای زوجه نمی‌داند، چه بماند حقوق آن که اینجا همان خیار باشد. توضیح این که ماده ۹۴۶ ق.م.پیش از اصلاح ۱۳۸۷ مقرر می‌داشت: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه از اموال ذیل: ۱. از اموال منقوله از هر قبیل که باشد؛ ۲. از ابنیه و اشجار»، سپس در ماده ۹۴۷ تصریح می‌نمود: «زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می‌برد و نه از عین آن‌ها...»، ولی همین ماده مطابق اصلاح ۱۳۸۷/۱۲/۲۱ مجلس شورای اسلامی مقرر می‌دارد: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزندان بودن زوج، یک‌هشتم از عین اموال منقول و یک‌هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد. در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد، سهم زوجه یک‌چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می‌باشد». این ماده، اعم از قبل یا بعد از اصلاح ۱۳۸۷، حتی خود اموال غیرمنقول زوج را قابل ارث برای زوجه نمی‌داند، چه بماند حقوق آن و از آنجایی که ارث خیار از نوع ارث حقوق است، لذا طبق قیاس اولویت که از این ماده مستفاد است، زوجه چنین خیاری را به ارث نخواهد برد و این تعارض بین ماده ۴۴۵ و ۹۴۶ ق.م.پیش می‌کند، به‌طوری‌که صدور حکم برای قاضی غیرممکن می‌شود؛ بنابراین، سؤال پیش می‌آید که: اولاً، حکم ارث بردن زوجه از حق خیار معاملات زوج چیست؟ و ثانیاً، تعارض مذکور را چگونه می‌توان حل کرد؟

ضرورت تحقیق در این سؤالات و تحصیل پاسخ آن‌ها در این است که: اولاً، - همان‌طوری‌که پیش‌تر بیان شد - قانون مدنی حکم ارث بردن زوجه از حق خیار معاملات زوج را به‌طور صریح بیان نکرده است؛ ثانیاً، بیان قانون مدنی در مواد ۴۴۵ و ۹۴۶ متعارض است؛ ثالثاً، بیان فقیهان در ادعای اجماع در حکم ارث بردن زوجه از حق خیار معاملات زوج با قول مشهور فقیهان در حکم اختلافی ارث و عدم ارث بردن زوجه از حق خیار معاملات زوج متعارض است؛ رابعاً، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصل ۱۶۷) و نیز قانون آئین دادرسی در امور مدنی (ماده سوم) قضات دادگاه‌های دادگستری را مکلف بر رسیدگی به دعاوی موافق قوانین کرده‌اند تا حکم مقتضی صادر یا فصل خصومت نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال و یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند.

بنابراین، باید حکم ارث بردن زوجه از حق خیار معاملات زوج معلوم گردد و ابهام یا تعارض موجود در میان مواد ۴۴۵ و ۹۴۶ ق.م و نیز در میان ادعای اجماع و قول مشهور فقیهان با تحقیق لازم مرتفع شود تا زمینه صدور حکم دادرس مطابق حقوق امامیه فراهم گردد. تحقیق حاضر دست به این کار زده و پاسخ سؤالات اصلی را با استناد به روش استنباط از منابع حقوق امامیه و نیز کتابخانه‌ای تحصیل کرده و ارائه نموده است و این مهم‌ترین یافته تحقیق محسوب می‌شود.

تعیین محل و مبنای نزاع فقیهان در مسأله

نخستین بحث در حکم ارث حق خیار برای زوجه از معاملات زوج، تعیین محل اختلاف فقیهان در آن است. فقیهان چندین نزاع در حکم ارث حق خیار برای زوجه از معاملات زوج دارند: اولین نزاع فقیهان در حکم ارث حق خیار برای زوجه از معاملات زوج به زوجه مربوط است. اختلاف آنان در زوجه به زوجة فرزندان و بی‌فرزند ناظر است. دومین نزاع فقیهان در حکم ارث حق خیار برای زوجه از معاملات زوج به اموال مربوط است. اختلاف آنان در این مورد به اموال منقول و غیرمنقول ناظر است، هرچند توضیح هرکدام از این نزاع طرح، نقد و ارزیابی خواهد شد، ولی پیش از آن باید دانست که ربط این دو نزاع به ارث خیار به‌عنوان مبنای بحث است. بدین بیان که اولاً، در صورت اثبات ارث و عدم ارث زوجه، اعم از فرزند دار و بی‌فرزند، ارث و عدم ارث خیار آن نیز اثبات خواهد شد و ثانیاً، در صورت اثبات ارث و عدم ارث زوجه در اموال اعم از منقول و غیرمنقول، ارث و عدم ارث خیار آن نیز اثبات خواهد شد؛ بنابراین، اثبات یا عدم اثبات ارث خیار به اثبات و عدم اثبات اصل ارث به زوجه، اعم از بافرزند و بی‌فرزند در اموال اعم از منقول و غیرمنقول منوط است. این است که ابتدا باید اختلاف فقیهان در این دو محور، طرح و ارزیابی گردد، سپس به ارث یا عدم ارث خیار پرداخته شود، زیرا اختلاف و نزاع دوم ناشی از نزاع نخست است.

حکم ارث زوجه فرزندان و بی‌فرزند

یکی از موارد اختلاف فقیهان در مسئله، به زوجة فرزندان و فرزندان مربوط است. کتاب «قواعد» علامه حلی در مورد ارث بردن زوجه از حق خیار زوج مطلبی دارد که متن عربی آن را با کمک نوشته‌های محقق ثانی (جامع المقاصد، ۴/ ۳۰۵) به بیان زیر ترجمه می‌کنیم:

«خیار برای جمیع ورثه به ارث می‌رسد و مانند سایر اموال بین همه آن‌ها تقسیم می‌شود، مگر این که زوجه بدون فرزند باشد، چنان‌که او از زمین ارث نمی‌برد از خیار نیز ارث نمی‌برد، خواه زمین فروخته و خواه زمین خریده شده باشد» (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۶۸/۲).

هرچند صدر متن مذکور مطابق مفاد ماده ۴۴۵ ق.م است که بیان می‌کند: «هریک از خيارات، بعد از فوت، منتقل به وارث می‌شود»، ولی متن ذیل بیان علامه حلی استثنایی از ماده فوق است. این استثنا در متون فقهی سایر فقیهان نیز آمده است، برای مثال آقایان بهجت فومنی و سیستانی بین زوجه‌ای که از زوج فوت شده، فرزند دارد و بین زوجه‌ای که از زوج، فرزند ندارد، فرق قایل شده‌اند و آقای بهجت در این مورد فرموده است:

«زن بی فرزند بنابر اظهر با رضایت وارثان از خود هوایی هم می‌تواند ارث ببرد ... احتیاط [مستحب] در مورد زن بچه‌دار در ارث بردن از زمین، خوب است» (بنی هاشم خمینی، توضیح المسائل مراجع تقلید، ۶۰۷/۲).

همچنین صافی در این مورد فتوا داده و نوشته است:

«زنی که از میت فرزند ندارد از زمین خانه ارث نمی‌برد، نه از خود زمین و نه از قیمت زمین آن، ولی از قیمت هوایی ارث می‌برد، چنان‌که از سایر ترکه میت ارث می‌برد؛ اما زنی که از میت فرزند دارد از همه اموال او ارث می‌برد» (همان، ۶۰۸).

مشهور فقیهان در مسئله بین زن فرزندان و فرزندان فرقی قایل نشده و عدم ارث حق خیار را برای زوجه از معاملات زوج را به طور مطلق معتقد شده‌اند، برای مثال امام خمینی در این مورد می‌نویسد:

«زن [دایم] از همه اموال منقول [زوج] ارث می‌برد، ولی به هیچ وجه از زمین و قیمت آن ارث نمی‌برد، اعم از این که زمین کشت، درخت و بنا داشته باشد و یا خیر و نیز از خود هوایی [بنا و درخت] ارث نمی‌برد، [بلکه] از قیمت هوایی مثل بنا و درخت ارث می‌برد» (امام خمینی، تحریر الوسیله، ۳۹۷/۲: مسئله ۵؛ همو، رساله عملیه، مسئله ۲۷۷).

این قول مشهور فقیهان، بلکه اتفاقی آن‌هاست و فقیهان امامیه به آن فتوا داده‌اند (شهید ثانی، ۱۷۲/۸) و از جمله می‌توان از فقیهان معاصر به فتوای آقایان سیستانی، تبریزی، خویی، گلپایگانی، اراکی، مکارم، صافی گلپایگانی و فاضل لنکرانی نام برد که بر قول مذکور تصریح کرده‌اند (بنی هاشم خمینی، ۶۰۷/۲-۶۰۸).

این اختلاف بین ماده ۹۴۶ ق.م پیش از اصلاح ۱۳۸۷ و بعد از اصلاح نیز مشاهده

می‌شود، زیرا ماده مذکور پیش از اصلاح ۱۳۸۷ مقرر می‌داشت: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه از اموال ذیل: ۱. از اموال منقوله از هر قبیل که باشد؛ ۲. از ابنیه و اشجار»، ولی همین ماده مطابق اصلاح ۱۳۸۷/۱۲/۲۱ مجلس شورای اسلامی مقرر می‌دارد:

«زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزندان بودن زوج، یک‌هشتم از عین اموال منقول و یک‌هشتم از قیمت اموال غیر منقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد. در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد، سهم زوجه یک‌چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می‌باشد».

بنابراین، فقیهان در مورد ارث بردن زوجه فرزندان از معاملات زوج اختلاف دارند. مشهور فقیهان حکم ارث‌بردن و نبردن زوجه را در اموال زوج و نیز حق خیار معاملات او به‌طور مطلق، یعنی برای زوجة فرزندان و فرزندان معطوف کرده‌اند، درحالی‌که غیرمشهور آنان حکم ارث بردن و نبردن زوجه را در اموال زوج و نیز حق خیار معاملات او تنها به زوجة فرزندان اختصاص داده و برای زوجة فرزندان چنین حکمی را قایل نشده‌اند.

نقد و ارزیابی قول مشهور و غیرمشهور

به نظر می‌رسد مبنای قول مشهور مطابق فقه امامیه است و قول غیر مشهور مبنا ندارد. توضیح این‌که ارث بردن زن فرزندان و نیز زن بی‌فرزند مطابق قواعد و اصول حاکم بر ارث است. این اصول و مقررات از اطلاق و عموم آیات (انفال، ۷۵؛ احزاب، ۶؛ نساء، ۷ و ۱۳-۷ و ۱۷۶) و روایات ارث (حر عاملی، ۱۷/۴۱۸-۴۱۴، حدیث ۴-۱ و صص ۵۱۶-۵۱۴، حدیث ۱۱-۱) استفاده می‌شود. مطابق این اصول و قواعد، زوجه، اعم از فرزندان یا بی‌فرزند از زوج خود ارث می‌برد و ارث او با وجود فرزند، یک‌هشتم و با عدم وجود فرزند، یک‌چهارم از کل دارایی است؛ بنابراین، کسانی که ارث نبردن زوجة بی‌فرزند را مطرح می‌کنند باید این قول بر خلاف قواعد و مقررات حاکم بر ارث را توجیه کنند و دلیل کافی برای آن ارائه نمایند و از آنجایی که دلیلی از ادلة ارث ارائه نشده است، لذا باید قول آن‌ها را کنار گذاشت و در ارث زوجة با فرزند و بی‌فرزند حکم یکسانی صادر نمود.

حکم ارث زوجه در اموال منقول و غیرمنقول

یکی از موارد اختلاف فقیهان در ارث خیار ناشی از اختلاف آنان در ارث اموال منقول و

غیرمنقول است. توضیح این که فقیهان در ارث زوجه اموال منقول و غیرمنقول اختلاف دارند و به تبع آن در ارث خیار برای زوجه از معاملات مورث نیز اختلاف پیدا کرده‌اند و از آنجایی که ارث بردن زوجه از تمامی اموال زوج و از جمله حقوق آن مطابق قواعد و اصول حاکم بر ارث است و مطابق این اصول و قواعد، زوجه از تمامی اموال و حقوق زوج ارث می‌برد و ارث او با وجود فرزندان، یک هشتم و با عدم وجود فرزندان، یک چهارم از کل دارایی است، لذا ارث نبردن زوجه از اصل اموال منقول بلکه ارث بردن او از قیمت آن برخلاف قواعد و مقررات حاکم بر ارث است و باید دلیل آن اقامه شود؛ بنابراین، سؤال این است که دلیل و یا ادلة عدم ارث زوجه از قیمت اموال غیرمنقول چیست؟

ادلة عدم ارث زوجه از قیمت اموال غیرمنقول

پاسخ سؤال فوق یا ادلة عدم ارث زوجه از قیمت اموال غیرمنقول در روایات باب ارث ازواج «وسائل الشیعه» آمده است. عنوان این روایت به باب ارث زوجه بی‌فرزند اختصاص یافته است. در این روایات دو تفصیل و یک نظر کلی در اموال منقول و غیرمنقول دیده می‌شود: تفصیل اول آن است که چنین زوجه‌ای از تمامی اموال منقول ارث می‌برد، ولی از اموال غیرمنقول تنها از ابنیه و اشجار ارث می‌برد. احادیث باب ششم از ابواب میراث ازواج «وسائل الشیعه» بر این گفتار دلالت دارند (همان، ۵۲۲-۵۱۷، حدیث ۱۷-۱)، برای نمونه متن حدیث سوم آن باب مطابق کتاب «کافی» کلینی بدین بیان است:

«ابان بن احمر از میسر بیاع زطی نقل می‌کند که از امام صادق، علیه‌السلام، در مورد میراث زنان سؤال کردم: میراث آنان چیست؟ حضرت فرمودند: قیمت آجر ساختمان، بنا، چوب و نی برای آنان است، اما از زمین و عقارات ارث نمی‌برند. می‌گوید: به او عرض کردم: دختران چگونه [ارث می‌برند]؟ جواب دادند: نصیب خود را ارث می‌برند. عرض کردم: چگونه چنین است، درحالی که سهم مسمی برای زوجه ثمن و ربع است؟ حضرت فرمود: زیرا زن [بی‌فرزند] نسبی ندارد که با آن ارث ببرد، تنها او بر وراثت دخیل است» (کلینی، ۱۳۰/۷، حدیث ۱۱).

مواد ۹۴۶ و ۹۴۷ ق.م نیز پیش از اصلاح سال ۱۳۸۷ بر این مطلب دلالت می‌کرد.

تفصیل دوم این است که زوجه بی‌فرزند از عین اموال منقول و قیمت اموال غیرمنقول ارث می‌برد. بخشی از روایات باب ششم از ابواب میراث ازواج «وسائل الشیعه» بر این گفتار دلالت دارند (حر عاملی، ۵۲۲/۱۷-۵۱۷، حدیث ۱۷-۱)، برای مثال روایت شانزدهم را به نقل احوال

از امام صادق، علیه السلام، می آوریم.

«احوال می گوید: از امام صادق، علیه السلام، شنیدم که می گوید: زنان چیزی را از عقال ارث نمی برند و تنها برای آنان قیمت بنا و شجر و نخل است».

راوی در این روایت گفته است: «مقصود حضرت از زنان، زوجه است» (همان).

ماده ۹۴۶ ق.م اصلاحی سال ۱۳۸۷ نیز بر این مطلب دلالت می کند.

نظر سوم به طور کلی بیان می دارد: زوجه بی فرزند از قیمت تمامی اموال اعم از اموال منقول و یا غیرمنقول ارث می برد. چنین تفصیلی در روایت محمدبن مسلم از امام صادق، علیه السلام، آمده است. متن روایت مذکور به بیان ذیل است:

«محمدبن مسلم می گوید: امام صادق، علیه السلام، فرمودند: زن [بی فرزند] از آجر [بنای ساختمان] ارث می برد و از [عین] یک چهارم ارث نمی برد. محمد بن مسلم می گوید از او سؤال کردم: چگونه از فرع ارث می برد و از [عین] یک چهارم ارث نمی برد؟ حضرت جواب دادند: نسبی برای زن نیست تا از آن نسب ارث ببرد، زیرا زوجه [بی فرزند] دخیل بر وراثت است، لذا از فرع ارث می برد و از اصل، ارث نمی برد و سببی بر وراثت به سبب زوجیت وارد نمی شود» (کلینی، ۱۲۸/۷، حدیث ۵).

در نقد و ارزیابی این نظر می توان گفت: حدیث مذکور را به دلیل سیاق سؤال باید بر روایاتی حمل کرد که بر ارث زجه بی فرزند نسبت به قیمت اموال منقول دلالت دارند، لذا قول تفصیل به دو مورد تقلیل می داد.

توجیه یک روایت مخالف با اقوال مذکور

اینجا ابن ابی یعفور از امام صادق، علیه السلام، حدیثی را به مضمون ذیل نقل کرده است:

«ابن ابی یعفور می گوید: از امام صادق، علیه السلام، در مورد مرد [زوج] سؤال کردم که آیا از خانه و زمین زنش ارث می برد یا او به منزله زن است و چیزی را از آنها ارث نمی برد؟ حضرت فرمودند: زن از مرد و مرد از زن هر چیزی را که ترک کرده است، ارث می برد» (طوسی، ۳۰۰/۹، حدیث ۳۵).

این قول بر خلاف اجماع فقیهان در زوجه با فرزند به ویژه بی فرزند در ارث نبردن از اموال غیرمنقول است، همچنین متعارض با سایر احادیث باب ارث نبردن از اموال غیرمنقول است ولو با عمومات و اطلاعات آیات احادیث ارث سازگار باشد.

این مسئله سبب شده است که دست به توجیه این حدیث زده شود. شیخ طوسی این روایت را به تقیه حمل نموده است (همان، ذیل حدیث ۳۵)، همچنین او (همان) و صدوق (۲۵۲/۴) و دیگر فقیهان بر صورتی حمل کرده‌اند که زوجه از زوج فرزند داشته باشد (همان، حر عاملی، ۵۲۲/۱۷، ذیل حدیث ۱)، ولی حر عاملی این حدیث را به صورتی حمل کرده است که وراثت به اعطای عین رضایت دهند (همان).

در نقد و ارزیابی این اقوال در مورد روایت باید اظهار داشت: به نظر می‌رسد بهتر آن باشد که این روایت را بر اصل ارث بردن زوج و زوجه حمل کنیم و معتقد باشیم که سایر روایات، نحوه ارث از عین یا قیمت آن را تعیین می‌نمایند و در نتیجه، اقوال مذکور را در مورد روایت کنار بگذاریم.

تبعیدی و عقلایی بودن استثنای ارث زن فرزندان نسبت به بنا و اراضی

اینجا ممکن است این سؤال پیش آید که: آیا فرمایش معصومان در استثنای ارث زن فرزندان نسبت به بنا و اراضی یک حکم تبعیدی و به اصطلاح حقوق موضوعه، از احکام امره شارع است یا این حکم دلیل خاص عقلانی یا عقلی دارد؟

در پاسخ این سؤال باید گفت: این حکم شارع دلیل عقلانی و یا عقلی دارد. این دلیل عقلی یا عقلانی به شکل‌های ذیل معرفی شده است:

گاهی دلیل این مطلب، جلوگیری از ورود ضرر بر سایر وراثت معرفی شده است. روایتی در این مورد با این شرح بیان شده است:

«حماد بن عثمان از امام صادق، علیه‌السلام، نقل می‌کند که آن حضرت فرمودند: قیمت چوب، آجر برای زوجه قرار داده شده است تا اگر زن با شخص دیگری ازدواج نمود نتواند به کسی از وراثت وارد شود و موارثت آن‌ها را فاسد نماید» (کلینی، ۱۲۹/۷، حدیث ۳).

نمونه این دلیل در «وسائل الشیعه» تحت احادیث سوم (همان، ۵۱۸، حدیث ۳) و هفتم (همان، ۵۱۹) نیز آمده است.

گاهی استثنای ارث زن فرزندان نسبت به بنا و اراضی، مصلحت زمین و ساختمان لحاظ شده و دلیل عدم ارث زوجه از آن‌ها همین مصلحت معرفی گردیده است، برای مثال محمد بن سنان از مکتوبات امام رضا، علیه‌السلام، در پاسخ بعضی مسائل آن حضرت روایت کرده است: «علت این که زوجه چیزی را از عقار ارث نمی‌برد، مگر قیمت آجر و نقض آن، این است

که عقار را نمی‌توان تغییر داد و قلب کرد، درحالی‌که ممکن است رابطه بین زوج و زوج به واسطه از بین رفتن عصمت زوجیت قطع شود، لذا زوج می‌تواند زوجیت را تبدیل کند، سپس عقار را تغییر دهد و قلب نماید، ولی چنین تغییر و تبدیلی بر فرزند و پدر نیست، زیرا آن دو نمی‌توانند خود را از رابطه فرزند و پدری خارج گردانند؛ بنابراین، چنان‌که آمدن و رفتن به زوج جایز است، میراث او نیز در تبدیل و تغییر جایز خواهد بود، ولی کسی که حال او بر ثبات است، سهم او نیز مانند حال او ثبات دارد» (طوسی، ۳۰/۹، حدیث ۳۳).

گاهی استثنای ارث زن فرزنددار نسبت به بنا و اراضی عدم نسب زن در ارث معرفی شده است، برای مثال میسر بیاع زطی از امام صادق، علیه‌السلام، در عدم ارث زوج سوال کردند که چرا او از قیمت آجر ساختمان، بنا، چوب و نی ارث می‌برد، درحالی‌که سهم مسمی برای زوج و ثمن و ربع است؟ حضرت جواب دادند:

«زیرا زن نسبی ندارد که با آن ارث ببرد، تنها او بر وراثت دخیل است» (کلینی، ۱۳۰/۷، حدیث ۱۱).

همچنین محمدبن مسلم در بیان مسئله از سوی امام صادق، علیه‌السلام که زن از آجر بنای ساختمان ارث می‌برد، ولی از عین یک‌چهارم ارث نمی‌برد از حضرت کردند: چگونه از فرع ارث می‌برد و از عین یک‌چهارم ارث نمی‌برد؟ حضرت جواب دادند:

«نسبی برای زن نیست تا از آن نسب ارث ببرد، زیرا زوج دخیل بر وراثت است، لذا از فرع ارث می‌برد و از اصل، ارث نمی‌برد و سببی بر وراثت به سبب زوجیت وارد نمی‌شود» (حر عاملی، ۵۱۸/۱۷، حدیث ۲).

علی‌رغم ادلة عقلانی مذکور در ارث نبردن زن از اصل عقار و ارث بردن او از قیمت آن به نظر می‌رسد فرمایش معصومان در استثنای ارث زن با فرزند نسبت به بنا و اراضی یک حکم تبعیدی و به اصطلاح حقوق موضوعه، از احکام امره شارع است. برخی از روایات باب ارث ازدواج، این مطلب را تأیید می‌کنند، برای مثل یزید صائغ می‌گوید:

«از امام صادق علیه‌السلام، در مورد زوج سوال کردم که آیا از زمین ارث می‌برد؟ حضرت جواب دادند: خیر، ولی از قیمت بنا ارث می‌برند. عرض کردم: مردم به چنین حکمی راضی نمی‌شوند [زن از قیمت زمین نیز ارث ببرد]. حضرت فرمودند: اگر ما را ولی [و حاکم] قرار دهند و [به این حکم] راضی نگردند آنان را شلاق خواهیم زد و اگر باز هم به حکم تن ندهند، گردنشان را با شمشیر خواهیم زد» (همان، ۵۱۹، حدیث ۸).

یزید صائغ مفاد این روایت را از امام باقر، علیه السلام، نیز نقل کرده است (همان، ۵۲۰، حدیث ۱۱).

در نقد و ارزیابی اختلاف فقیهان در ارث زوجه از قیمت اموال غیر منقول باید گفت: چنان که بیان شد عمومات و اطلاقات آیات و روایات ارث، ارث را برای زوجه به طور مطلق، اعم از اموال منقول و غیر منقول و نیز زوجه فرزندان و بی فرزندان اثبات می کنند، زیرا مطابق این ادله، ارث زوجه به نکاح دایم منوط شده است و با تحقق نکاح دایم بین زوجین، سبب ارث آن ها هم تحقق می یابد، حال اگر در قلمرو ارث زوجه بحث شود و ما ادعا نماییم که ارث او در اموال غیر منقول از قیمت آن است، نه از عین آن، باید بر این ادعا دلیل بیاوریم و از آنجایی که ادله تنها ارث بردن از قیمت اموال منقول را تنها اولاً، به بنای ساختمان و متعلقات آن و ثانیاً، به خود اشجار و متعلقات آن و ثالثاً، به زوجه، اعم از فرزندان و بی فرزندان اختصاص داده است، لذا اگر احکام مذکور را تعبدی و آمره شارع مقدس تلقی کنیم، نباید آن را به مورد دیگری سرایت دهیم، در این صورت باید نظر داده شود که زوجه، اعم از فرزندان یا بی فرزندان از عین اموال منقول و قیمت بنای ساختمان و اشجار و نیز متعلقات آن دو ارث خواهد برد، اما از عین زمین ارث نخواهد برد. این نظر مطابق قول مشهور فقیهان در ارث زوجه و نیز مطابق ماده ۹۴۶ پیش از اصلاح ۱۳۸۷ قانون مدنی است، اما اگر احکام مذکور را عقلی یا عقلانی به حساب آوریم، می توانیم آن را به سایر موارد نیز سرایت دهیم، در این صورت می توان نظر داد که زوجه، اعم از فرزندان یا بی فرزندان از عین اموال منقول و قیمت کلیه اموال غیر منقول ارث خواهد برد، زیرا بنای ساختمان و اشجار و نیز متعلقات آن دو در روایات از باب مثال وارد شده اند و ممنوعیت ارث زوجه تنها به موارد آن ها اختصاص پیدا نمی کند. از این رو، ذکر آن موارد در روایات مذکور از باب تمثیل است، نه تخصیص. این نظر مطابق قول غیر مشهور فقیهان در ارث زوجه و نیز ماده ۹۴۶ بعد از اصلاح ۱۳۸۷ قانون مدنی است.

تفاوت این دو قول در آن است که مطابق نظر نخست زوجه از قیمت زمین ارث نخواهد برد، ولی مطابق نظر دوم از آن نیز ارث خواهد برد؛ بنابراین، سؤال پیش می آید که کدام یک از این دو نظر نسبت به ادله ارث زوجه قوی تر است تا آن را از بین این دو نظر برگزینیم؟

در پاسخ این سؤال باید گفت: به نظر می رسد نظر دوم قوی تر از نظر اول باشد. به این استدلال که هر چند عمومات و اطلاقات ادله ارث، اعم از آیات و روایات (انفال ۷۵؛ احزاب، ۶؛ نساء، ۷ و ۱۳-۷ و ۱۷۶؛ حر عاملی، ۴۱۸/۱۷-۴۱۴)، حدیث ۴-۱ و صص ۵۱۶-۵۱۴،

حدیث ۱۱-۱) بر ارث بردن زوجه از کلیه اموال منقول و غیرمنقول دلالت می‌کنند، ولی آن‌ها با روایات دیگر معصومان، تخصیص خورده و یا استثنا شده‌اند (همان، صص ۵۲۲-۵۱۷، حدیث ۱۷-۱)؛ بنابراین، تعارض عمومات و اطلاعات آیات و روایات ارث را با اخبار خاص ارث باید از باب عموم و خصوص مطلق فرض کرد که اصولیان تعارض آن‌ها را با جمع عرفی حل نموده‌اند. به این روش که خاص را بر عام از باب دلالت اصرح یا اظهر مقدم کرده‌اند، چنان‌که این بحث در کتب اصولی به تفصیل طرح شده است (انصاری، فرائد الاصول، ۷۵۳/۲-۷۵۰؛ مظفر، ۱۴۸-۱۵۰/۱ و ۲۰۷/۲-۲۰۵؛ خراسانی، ۴۳۹-۴۳۷).

حکم ارث خیار از معاملات زوج

یکی از موارد اختلاف فقیهان در ارث، مسئله ارث خیار برای زوجه از معاملات زوج است. این اختلاف به تبع دو اختلاف فوق پدید آمده است، یعنی این اختلاف تابع دو اختلاف مذکور فقیهان است. در حقیقت، اینجا نزاع فقیهان در قلمرو اموال غیرمنقول و توابع آن است، نه اموال منقول و توابع آن.

منشأ اختلاف این است که اگر خیار مورث در مورد زمین باشد آیا این خیار او، حقی خارج از زمین مذکور محسوب می‌شود، یعنی ارث بردن از خیار مذکور، تابع ارث بردن از خود زمین نیست و با انتفای ارث بردن کسی از اصل زمین، ارث بردن از توابع آن نیز منتفی نمی‌شود و در نتیجه، زوجه از آن طبق عمومات و اطلاعات ادله ارث، اعم از آیات و روایات ارث می‌برد و یا خیار مذکور از حقوق متعلق به زمین محسوب می‌شود و ارث بردن از آن تابع ارث بردن از خود زمین است و با انتفای ارث بردن کسی از اصل زمین، ارث بردن از توابع آن نیز منتفی می‌گردد و در نتیجه، زوجه طبق ادله خاص مطابق هیچ‌کدام از دو نظر فوق ارث نمی‌برد، زیرا از آنجایی که طبق اتفاق فقیهان نمی‌تواند از اصل زمین ارث ببرد، لذا نمی‌تواند از حقوق متعلق به آن، یعنی خیار آن نیز ارث ببرد.

بنابراین، در مورد ارث حق خیار برای زوجه از معاملات زوج، سؤال این است که باید کدام طرف را انتخاب کنیم و آن را مطابق حقوق اسلامی تلقی نماییم؟ علامه حلی در پاسخ این سؤال گفته است:

«[قول] اقرب و نزدیک‌تر به ثواب از اشکال مذکور، ارث بردن زوجه است، در صورتی که میّت زمین را به شرط خیار خریده باشد و زوجه بخواهد [با فسخ بیع] ارث خود را از ثمن

[استرداد] ببرد» (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۶۸/۲).

لیکن محقق ثانی عکس جواب علامه حلی را به سؤال مذکور داده است:

«[قول] اقرب و نزدیک‌تر به ثواب از اشکال مذکور، ارث نبردن زوجه است. [مشروط بر این‌که] میّت زمین را به شرط خیار خریده باشد و زوجه بخواهد با فسخ بیع، ارث خود را از ثمن [استرداد] ببرد؛ اما اگر میّت زمینی را فروخته باشد، اشکال مذکور سر جای خود خواهد بود، زیرا در این صورت، اگر زوجه بیع را با حق خیار مذکور فسخ نماید، چیری را به ارث نمی‌برد» (محقق ثانی، ۴/ ۳۰۵).

فخر المحققین مقصود علامه حلی از واژه «الاقرب ذلک» را در متن عربی به معنای ارث بردن زوجه گرفته و این اقرب را در صورتی بر ارث بردن حمل کرده است که میّت زمین را به خیار خریده باشد و زوجه بخواهد ارث خود را از ثمن با فسخ بیع بردارد، ولی اگر زمین را به خیار فروخته باشد، چنین حملی ممکن نیست» (فخر المحققین، ۴۸۷/۱).

محقق ثانی این معنای «اقرب» را برخلاف ظاهر قول علامه حلی دانسته و متبادر از مشارالیه اسم اشاره «ذلک» را عدم ارث بردن زوجه گرفته و فهم اراده ارث از «ذلک» را برخلاف دلیلی دانسته است که بر آن دلالت می‌کند (محقق ثانی، ۴/ ۳۰۵).

نراقی می‌نویسد:

«زمانی که دانستی خیار تنها برای جمیع وراث بدون یکان یکان آن‌هاست، خواهی فهمید که خیار برای همه اهل خیار [حتی به زن بی‌فرزند نیز] به ارث می‌رسد، زیرا ادلة انتقال ثابت نمی‌شود، مگر انتقال خیار برای جمیع وراث که از جمله آن‌ها، زوجه است و از ادله معلوم نمی‌شود که تنها به غیر زوجه، خیار منتقل می‌شود. بلی اگر وراث به زوجه، منحصر گردد، قول حق آن است که دلیل اجماع، انتقال خیار را به او منع می‌کند، اما اگر استدلال ظواهر ادلة دیگر ملاک باشد، باید خیار را برای زوجه، حکم بکنیم، زیرا دلیلی بر خروج خیار زوجه از ارث نیست» (نراقی، ۴۱۵/۱۴).

بنابراین، در صورت انحصار وراثت به زوجه، اگر مورث صاحب خیار، فروشنده باشد و زوجه، فسخ را امضا نکند، سهم خودش را از ثمن، ارث خواهد برد و اگر فسخ را همراه سایر وراث اختیار نماید از زمین و قیمت آن، ارث نخواهد برد، زیرا مشتری ثمن را از مال بایع بعد از فسخ، مستحق خواهد شد، چون انتقال آن به او از بابت بیع بود که آلاّن فسخ شده است و انتقال سهم ارث زوجه از ثمن قبل از فسخ متزلزل است.

همه مطالب فوق در صورتی است که شرط مطلق باشد، ولی اگر آن به رد ثمن مقید باشد حکم تابع تعیین اولی زوج خواهد بود، لذا اگر فسخ همراه رد ثمن را از مال میت، انتخاب نماید، سهم او از ثمن، کم می‌شود و اگر صاحب خیار مشتری باشد و زوج امضای عقد را اختیار نماید از زمین و قیمت آن، ارث نمی‌برد، ولی اگر فسخ عقد را انتخاب کند، از ثمن، ارث می‌برد (همان، ۴۱۵-۴۱۶).

علاوه براین، اگر ارث بردن زوج را نسبت به خیار قبول کنیم، در صورتی که مورث زمین را به شرط خیار خریده باشد و زوج بخواهد با فسخ بیع ارث خود را از ثمن استرداد ببرد، به طریق اولی باید ارث زوج را در صورتی نیز قبول کنیم که مورث زمینی را با خیار فروخته است و زوج بخواهد آن را با حق خیار خود فسخ نماید و پول میت را برگرداند و ارث خود را از آن بردارد، زیرا زوج در این صورت، پول میت را ارث می‌برد (محقق ثانی، ۳۰۵/۴).

نظریه تحقیق در دلیل ارث یا عدم ارث زوج از ارث خیار

به نظر می‌رسد دلیل ارث و عدم ارث زوج این قضیه باشد که: موجب محرومیت از اصل مال، موجب محرومیت از حقوق آن نیز است (انصاری، مکاسب، ۱۱۱/۶).
ادله خاص ارث خیار برای زوج از معاملات زوج، این قضیه را با قیاس اولویت اثبات می‌کند.

نحوه استدلال به ادله خاص برای اثبات قضیه مذکور با روش قیاس اولیت چنین است: ادله خاص ارث زوج، خود اموال غیرمنقول زوج را قابل ارث برای زوج نمی‌داند (حر عاملی، ۵۲۲/۱۷-۵۱۷، حدیث ۱۷-۱)، چه بماند حقوق آن و از آنجایی که ارث خیار از نوع ارث حقوق است، لذا طبق قیاس اولویت که از این ماده مستفاد است، زوج چنین خیاری را به ارث نخواهد برد.

دفع شبهه از نظریه تحقیق

ممکن است کسی در حق بودن ارث خیار تردید روادارد و خیار و موروثی بودن آن را حکم بدانند! ولی در پاسخ چنین کسی باید گفت: اولاً، فقیهان دیگری نیز بر حق بودن خیار و ارث آن تصریح کرده‌اند، برای مثال ابن زهره در این مورد نوشته است:
«خیار حق برای میت است، لذا طبق ظاهر قرآن [آیات ارث] به ارث وارث می‌رسد» (ابن

زهره، ۲۲).

همچنین علامه حلی موروثی بودن خیار را به حق بودن آن مربوط دانسته و در حق بودن خیار تصریح کرده و نوشته است: «جميع انواع خيار پیش ما [امامیه] موروثی است، زیرا آن از حقوق مانند حق شفعه و قصاص است» (تذکرة الفقهاء، ۱/۵۳۶).

ثانیاً، به نظر می‌رسد حق بودن خیار علاوه بر گواهی اقوال فقیهان مذکور و دیگر فقیهان، آن است که ادله موجود اثبات می‌کنند که خیار در زمان حیات صاحب خیار در ضمن عقد قابل اسقاط و بعد از عقد قابل اعراض است، درحالی‌که حکم هیچ‌کدام از دو ویژگی را نمی‌پذیرد، برای مثال اجازه در عقد فضولی، جواز رجوع در عقود جایز - چون هبه - قابل انتقال از شخص با اسقاط در زمان حیات و ارث در زمان وفات نیستند، زیرا آن‌ها حکم‌اند و حکم شرعی در زمان حیات شخص قابل اسقاط و در زمان وفات او قابل ارث نیست. برای مثال یکی از ادله، اجماع فقیهان بر سقوط خیار با اسقاط صاحب آن در زمان حیات اوست (همان). شیخ انصاری قیام اجماع مذکور بر قابل اسقاط بودن خیار در زمان حیات او را بی‌نیاز از قیام اجماع بر نفس حکم دانسته است (مکاسب، ۱۱۱/۶-۱۱۰)، زیرا نتیجه سقوط خیار با اسقاط آن است که عقل حق بودن خیار را از آن کشف کند، نه حکم بودن آن را. به این استدلال که سقوط با اسقاط از ویژگی‌های حق است و حکم چنین ویژگی را ندارد.

این قضیه در بیان حکم ارث خیار برای فرزندان غیر بزرگ‌تر مورث از حبه را نیز بیان می‌کند. به این استدلال که چون فرزندان غیر بزرگ‌تر مورث نسبت به اصل مال حبه ارث ندارد، لذا نسبت به حقوق تابع آن و از جمله خیار آن نیز ارث نخواهند داشت.

بنابراین، هر کسی به ملازمة حکم در اصل و فرع قضیه مذکور یقین داشته باشد، با لحاظ دو اختلاف مذکور در اصل ارث، حکم به عدم ارث زوجه خواهد کرد، چنان‌که اگر او به عدم ملازمة حکم در اصل و فرع قضیه مذکور، یقین داشته باشد، به‌طور مطلق حکم به عدم ارث زوجه خواهد کرد، اما اگر به ملازمة حکم در اصل و فرع قضیه مذکور شک داشته باشد، اصل استصحاب وجودی بر ارث خیار و اصل استصحاب عدم بر عدم ارث خیار برای زوجه از معاملات زوج دلالت می‌کند و تعارض این دو استصحاب، موجب سقوط آن دو از اعتبار است، لذا اینجا اصل به عنوان استصحاب اصطلاحی علم اصول فقه چاره‌ساز و راه‌گشا نیست، مگر این‌که اصل را در مقام بحث به عنوان اصل شرعی بگیریم که از ادله اصل ارث تحصیل شده است، چنان‌که برخی از فقیهان، انتقال خیار میت را بر ورثه، مقتضای اصل دانسته و این

اصل را به اصل شرع معنی کرده‌اند (طباطبایی، ۲۰۳/۸)؛ بنابراین، طبق اصل شرع، تمام انواع اختیار، اعم از این‌که جعل آن، به شروط متعاقدين باشد و یا طبق جعل اصل شارع باشد، بدون اختلاف فقیهان به ارث ورثه می‌رسد، بلکه گفتار فقیهان در اجماع بر این بیان ظهور دارد و حتی برخی از فقیهان به این مطلب تصریح کرده‌اند (همان)، لیکن اگر در تحقق چنین اصل شرعی شک وجود داشته باشد، در قضیه فوق نیز شک پیش خواهد آمد و در نتیجه در حکم ارث خیار برای زوج از معاملات زوج نیز اختلاف پیش خواهد آمد.

اختلاف فقیهان در قلمرو ارث خیار زوجه از معاملات زوج

یکی دیگر از موارد اختلافی فقیهان در ارث خیار نزاع آنان در قلمرو ارث خیار است. توضیح اختلاف در قلمرو چنین است که آیا محرومیت از خیار متعلق به آن مال به‌طور مطلق است یا عدم محرومیت چنین است و یا بین ارثی که در حال انتقال به میت و ارث از آن، محروم است و بین ارثی که از میت منتقل می‌شود و ارث از آن، محروم است، باید به‌عنوان قول سوم، تفصیل داد، زیرا زوجه در صورت اول ارث می‌برد و در صورت دوم محروم از ارث است، چنان‌که فخر المحققین در «ایضاح» به آن تصریح کرده و عبارت پدرش در «قواعد» را به آن تفسیر نموده است (۱/ ۴۸۷) و نیز عمیدی (۱/ ۴۵۱) و شهید اول در «حواشی» (حسینی عاملی، ۴/ ۵۹۰) به این قول رفته‌اند و یا عدم جواز در صورت اول و اشکال در صورت دوم را باید به‌عنوان قول چهارم پذیرفت، چنان‌که محقق ثانی (۴/ ۳۰۶) به این قول تصریح کرده است؟

هرچند شیخ انصاری تصریح می‌کند: «من کسی را که به عدم ارث زوجه به‌طور مطلق یقین داشته باشد، نیافتم» (مکاسب، ۶/ ۱۱۲)، ولی قول عدم ارث مطلق را چنین می‌توان توجیه کرد: زوجه از آنچه محروم می‌شود اگر مالی باشد که از میت منتقل شده است، فسخ آن با ارث خیار فرضی معنی ندارد، زیرا به زوجه، چیزی به‌عنوان ثمن مبیع، مقابل مبیع منتقل شده از میت با فسخ مذکور منتقل نخواهد شد؛ به عبارت دیگر تحلیل حقوقی مسئله مذکور چنین است که خیار علاقه صاحب مال نسبت به چیزی است که از او منتقل شده است و این علاقه، موجب سلطنت صاحب مال بر آن چیز منتقل شده می‌شود، ولی چنین سلطنت و علاقه‌ای میان مال و زوجه در اینجا نیست و زوجه از این‌گونه رابطه نسبت به سایر ورثه، محروم است، اما زوجه از آنچه محروم می‌شود، اگر مالی باشد که به میت منتقل شده است، پس آن مال برای باقی ورثه

است و این زوجة محروم، علاقه و سلطنتی نسبت به آن ندارد. حال که وضع خود مال معلوم شد، وضع خیار هم به آن قیاس می‌شود، زیرا خیار حقی است که از میت منتقل می‌گردد بعد از احراز تسلط میت بر آن چیزی که به ازای آن به او منتقل می‌شود (همان).

ممکن است کسی بر تحلیل حقوقی فوق اشکال کند و بگوید: اولاً، همه فقیهان رابطه مذکور بین مال و صاحب مال و نیز خیار و صاحب او را قبول ندارند، برای مثال فخر المحققین در «ایضاح»، تصریح نموده است: «خیار از اقتضای ملکیت [کسی بر مالی] نیست و نمونه آن خیار شخص اجنبی [از عقد و ملکیت مال مورد عقد] است» (۴۸۷/۱). مبنای مؤلف «جواهر الکلام» هم این است که خیار تابع، مال و ملکیت آن نیست، لذا او ثبوت خیار هر دو صورت بالا را در ارث خیار زوجه، تقویت کرده است (صاحب جواهر، ۷۷/۲۳) و ثانیاً، عمومات ارث نسبت به خیار، زوجه را از ارث خیار، خارج نمی‌کند، هرچند او را نسبت به مال خارج می‌کند (انصاری، مکاسب، ۱۲/۶)!

لیکن جواب او این است که خیار عبارت از علقه در ملکی است که به دیگری منتقل شده است، از این جهت که او تسلط بر استرداد آن مال را به خود و یا کسی که منصوب اوست، مانند خیار اجنبی دارد و به عبارت دیگر، خیار، ملک تملک معوض برای خود و شخص منصوب اوست و این رابطه از میت تنها به وارثی منتقل می‌شود که مانند میت مالک بر مایملک است؛ بنابراین، اگر فرض شود که میت زمینی را به ثمنی فروخته است علاقه مذکور نسبت به سایر ورثه غیر زوجه خواهد بود، زیرا زوجه چیزی را از زمین فوق با خیار نمی‌تواند به خود و کس دیگری که از سوی زوجه است بازگرداند تا چون شخص اجنبی باشد که برای او خیار در عقدی قرار داده شده است. بلی اگر زمین به میت منتقل شده باشد، ثمن داده شده به بایع در ملک او متزلزل خواهد بود و آن در معرض انتقال به جمیع ورثه و از جمله زوجه خواهد بود، لذا زوجه نسبت به سهم ارث خود به آن ثمن مالک خواهد بود (همان، ۱۱۳)، هرچند در خیار مذکور ارث نخواهد داشت؛ بنابراین، قول «ایضاح» و «جواهر» در مسئله ضعیف ارزیابی می‌شود.

دلیل دیگر ضعف قول «ایضاح» و «جواهر» در مسئله آن است که اگر رابطه میان مال و مالک و نیز خیار و مالک آن را چنین تحلیل و تفسیر نماییم که خیار، حق در چیزی است که از او منتقل شده است، بعد از احراز تسلط بر آن چیزی که مقابل منتقل شده به او رسیده است (همان، ۱۱)، لازمه قبول خیار برای زوجه از معاملات زوج، تسلط زوجه بر مال غیر خواهد

بود (محقق ثانی، ۳۰۶/۴-۳۰۷).

اگر مطالب مذکور مقبول افتد، تحلیل حقوقی رابطه میّت و مال و خیار او و مال و نیز انتقال خیار او به ورثه چنین است که: خیار برای میّت، علقه‌ای است که او بر چیزی که از او انتقال یافته و مقابل چیزی که به دست آورده است، دارد تا او بتواند آن مال از دست‌رفته را بازگرداند و این علاقه تنها به ورثه‌ای منتقل می‌شود که خود چنین رابطه‌ای را با مال دارند و زوجه از این‌گونه وراثت نیست، چنان‌که در مسئله ثبوت خیار مجلس برای وکیل بیان شده است: «ادله خیار برای بیان تسلط صاحب خیار بر آنچه در دست طرف مقابل عقد تملک یافته، سوق داده شده است؛ بنابراین، آن تسلطی که بر موکل اثبات می‌شود برای وکیل اثبات نمی‌شود» (انصاری، مکاسب، ۲۹/۵ و ۳۲) و مسئله ارث زوجه این‌گونه است (همان، ۶/۱۱۳). بلی بین مسئله خیار ارث زوجه از معاملات زوج و بین تسلط وکیل بر خیار موکل، فرق وجود دارد، زیرا خیار و سلطه وکیل بر آنچه در دست طرف مقابل عقد است و در نتیجه، ملک طرف دیگر تزلزل است. به این دلیل که آن در معرض انتقال به موکل است، ولی تزلزل ملک طرف دیگر در مسئله ارث زوجه و این‌که در معرض انتقال به ورثه، در هر صورت، ثابت است ولو این‌که به ثبوت خیار برای زوجه قایل نباشیم. به این استدلال که اگر باقی ورثه، زمین را با استناد به خیار خود رد کنند و ثمن آن را مسترد نمایند، زوجه نیز در ارث بردن سهم آن‌ها خواهد بود، پس حق زوجه در ثمنی که به ورثه منتقل می‌شود، ثابت است. البته فرق مذکور نمی‌تواند این نتیجه را بدهد که باید زوجه هم بتواند استیفای خیار به فسخ عقد نماید، هرچند بعضی از فقیهان این نوع ارث خیار را از فرق مذکور نتیجه گرفته و به عنوان اشکال در مسئله مطرح کرده‌اند (همان، ۱۱۴-۱۱۳)، زیرا ولو تشبیه بین مسئله خیار ارث زوجه از معاملات زوج و بین تسلط وکیل بر خیار موکل کامل نیست و سخن مذکور به ذهن می‌آید، ولی تشبیه بین مسئله خیار ارث زوجه از معاملات زوج و بین تسلط مالک بر مال خود و نیز خیار آن کامل است، زیرا - همان‌طوری بیان شد - زوجه با خود مال زوج مورث، رابطه مالک و مالش را ندارد تا بتواند با حقوق مال زوج مورث که اینجا همان حق خیار از معاملات زوج است، چنان رابطه‌ای داشته باشد.

نتیجه‌گیری

این تحقیق در مرحله نخست اثبات نمود که: اولاً، قانون مدنی حکم ارث بردن زوجه از

حق خیار معاملات زوج را به طور صریح بیان نکرده است؛ ثانیاً، بیان قانون مدنی در مواد ۴۴۵ و ۹۴۶ متعارض است؛ ثالثاً، بیان فقیهان در ادعای اجماع در حکم ارث بردن زوجه از حق خیار معاملات زوج با قول مشهور فقیهان در حکم اختلافی ارث و عدم ارث بردن زوجه از حق خیار معاملات زوج متعارض است.

تحقیق حاضر نظریه خود را در مرحله ارائه راه حل مشکلات مذکور بر این قضیه بنا نهاد که: «موجب محرومیت از اصل مال موجب محرومیت از حقوق آن در قلمرو ارث خیار نیز است». ادله خاص ارث خیار برای زوجه از معاملات زوج، این قضیه را با قیاس اولویت اثبات نمود. بدین بیان که ادله خاص ارث زوجه، خود اموال غیرمنقول زوج را قابل ارث برای زوجه نمی داند چه بماند حقوق آن و از آنجایی که ارث خیار از نوع ارث حقوق است، لذا طبق قیاس اولویت که از این قاعده مستفاد است، زوجه چنین خیاری را به ارث نخواهد برد.

همچنین تحقیق، مستند خود را در ارزیابی اقوال فقیهان در مسئله همین قاعده دانست و به این نتیجه رسید که دلیل ارث بردن و نبردن خیار اموال غیرمنقول برای زوجه، عقیده‌ای است که فقیهان در ممنوعیت و عدم ممنوعیت ارث بردن زوجه در اصل اموال غیرمنقول مطرح کرده‌اند. طبق این عقیده هر فقهی که ارث بردن زوجه را از اصل اموال غیرمنقول زوجه ممنوع دانسته، ارث او را از حقوق و از جمله حق خیار در این گونه اموال نیز ممنوع اعلام کرده است و فقهی که ارث بردن زوجه را از اصل اموال غیرمنقول زوجه ممنوع نکرده، ارث او را از حقوق و از جمله حق خیار در این گونه اموال نیز ممنوع اعلام ندانسته است و برخی از فقیهان دو قول دیگر در بین دو قول مذکور به صورت تفصیل مطرح نموده‌اند و به این ترتیب اقوال چهارگانه در مسئله پدید آمده است که معیار نقد و ارزیابی صحت و بطلان آن‌ها نیز نظریه تحقیق اعلام شد.

بر اساس یافته‌های مذکور و به منظور ارتفاع تعارض موجود در میان اقوال فقیهان و نیز مواد قانون مدنی در قلمرو ارث خیار پیشنهادات تحقیق عبارت‌اند از: اولاً، اقوال مخالف قاعده فوق کنار گذاشته شوند؛ ثانیاً، مواد قانونی مخالف قاعده مذکور مورد اصلاح قرار گیرند، لذا اصلاح ماده ۹۴۶ قانون مدنی در سال ۱۳۸۷ از سوی قانون‌گذار ایرانی امری مطلوب ارزیابی می‌شود؛ ثالثاً، باید ماده ۴۴۵ قانون مدنی مطابق قاعده فوق تفسیر شود. به این روش که مفاد ماده ۹۴۶ ق.م.ا.ص. نسبت به ارث زوجه از اموال غیرمنقول زوج از موارد مفاد ماده ۴۴۵ ق.م.ا.ص. یا تخصیص تلقی گردد. به این استدلال که: موجب محرومیت از اصل مال موجب

محرومیت از حقوق آن در قلمرو خيارات نیز است. طبق این تفسیر تکلیف قضات دادگاه‌های دادگستری در عمل به دستور اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده سوم آئین دادرسی در امور مدنی بر رسیدگی به دعاوی موافق قوانین تا اصلاح قانون مدنی معلوم خواهد شد، زیرا اصل و ماده مذکور در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد قاضی را مکلف می‌کند حکم قضیه را با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال و یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعا و صدور حکم امتناع ورزند؛ رابعاً، قانون‌گذار در زمان مقتضی ماده واحده‌ای را به منظور تکمیل مواد مربوط به ارث خيارات به ویژه مواد ۴۴۵ و ۹۴۶ فعلی با این محتوا به تصویب برساند: «موجب محرومیت از اصل مال موجب محرومیت از حقوق آن در قلمرو خيارات نیز است؛ بنابراین، مواد ۴۴۵ و ۹۴۶ قانون مدنی باید بر این اساس این ماده تفسیر شود» تا تکلیف قضات دادگستری در مسئله ارث خيار برای زوجه از معاملات زوج به طور صریح معلوم شود.

منابع

قرآن کریم.

- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، النجف الاشرف، الحیدریه، ۱۳۷۸ ق.
- ابن زهره، حمزه بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، موسسه الامام الصادق، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ ق.
- اعرجی، عبدالمطلب بن محمد، *کنز الفوائد*، قم، النشر الاسلامیه، الطبعة الاولى، ۱۴۱۶ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، تنظیم گروه تحقیق آثار شیخ انصاری، قم، مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة الاولى [ط.ج.]، ۱۴۲۰ ق.
- _____، *فرائد الاصول*، تحقیق و تعلیق عبدالله نورانی، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- بنی هاشم خمینی، محمدحسن، *توضیح المسائل مراجع تقلید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۷
- حراغملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل المسائل الشریعة*، تصحیح محمد رازی، بیروت،

احیاء دار التراث، ۱۳۸۷ ق.

خمینی، روح الله، *تحریر الوسيله*، نجف، مطبعة الآداب، الطبعة الثانية، ۱۳۹۲ ق.

_____، *رسالة عملیه*، تهران، دار القرآن الکریم اسماعیلیان، بی تا.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تعلیق محمد کلانتری، بیروت، دار العالم الاسلامی، بی تا.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق و تعلیق محمد القوچانی، بیروت، دار الإحیاء التراث العربیة، الطبعة السابعة، ۱۹۸۱ م.

طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسة آل البيت، چاپ سنگی، ۱۴۰۴ ق.

طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام فی شرح المقننة*، تحقیق سید محمدحسن موسوی خراسانی و تصحیح محمد آخوندی، تهران، دار الکتب الاسلامیة، الطبعة الرابعة، ۱۳۶۵.

عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه*، تحقیق محمدباقر خالصی، قم، النشر الاسلامی الطابعة لجامعة المدرسین، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، المكتبة الرضویة لاحیاء التراث الجعفریة، الطبعة الحجریة.

_____، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی الطابعة لجامعة المدرسین، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، الطبعة الاولى، ۱۳۸۸ ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، *فروع الکافی*، دار التعارف، بیروت، ۱۴۰۱ ق.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام*، بیروت، المؤسسة المعارف الاسلامیة، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، تحقیق و نشر مؤسسه آل البيت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۸ ق.

مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، نشر دانش اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، تحقیق مجتبی عراقی و علی پناه اشتهااردی و حسین یزدی اصفهانی، النشر الاسلامی الطابعة لجامعة المدرسین، الطبعة الاولى، ۱۴۰۳ ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدي، *مستند الشیعة*، نهران، المكتبة المرتضوية، ١٣٦٩ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۳
زمستان ۱۳۹۴، ص ۹۵-۱۱۷

موضوع‌شناسی عته*

کاوه قبادی

دانش آموخته دکتری دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghobadighobadi93@gmail.com

دکتر محمد رضا علمی

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: elmisola@um.ac.ir

چکیده

از آنجا که میزان تنسيق احكام نسبت مستقيمي با تنقيح موضوعات دارد؛ ترسيم گستره يكي از عارضه‌هاي عقلي به نام عته به عنوان هدف اين نوشتار انتخاب شده است تا بتوان از اين منظر به تفكيك قابل قبولي بين اين موضوع و ساير عارضه‌هاي رواني در فقه دست يافت.

ارزيابي روايات، مقايسه احكام فقهی صادر شده در مورد مبتلايان به عارضه‌هاي عقلي در ابواب مختلف فقه و استفاده از روش‌هايي چون تجميع الفاظ و تفريق معاني، شاکله دست‌يافتن به هدف فوق بوده که در کنار آن بررسي معاني لغوي و اصطلاحی و خطاهای مفهوم به مصداق نیز به‌عنوان تعيين محل بحث، ناگزير بوده است.

اين تحقيق نشان می‌دهد که يکي از مهم‌ترين عوامل صدور احكام مبهم و غير کارآمد در مورد بيماران رواني عدم درک صحيح نسبت به اختلالات رواني و حد و مرز آنان است. لذا پيشنهاد می‌نمايد که برای بررسي و صدور احكام، نخست هر عارضه رواني با مفاهيم مجاور خود مقايسه گردد تا علاوه بر درک صحيح تر نسبت به موضوع، از آميختگي عناوين و صدور احكام بلامحل نیز جلوگيري شود و ديگر آنکه با برقراري پيوند بين عارضه‌هاي عقلي در فقه و اختلالات رواني در روانشناسي ضمن تقريب انگاره‌هاي دو علم به مسئله کارآمد بودن احكام فقهی نیز توجه گردد.

کلیدواژه‌ها: عته، جنه، بيماران رواني، زوال عقل، نقصان عقل

*. تاريخ وصول: ۱۳۹۲/۱۲/۱۰؛ تاريخ تصويب نهايي: ۱۳۹۳/۰۸/۱۸.

مقدمه

تعیین حد و مرز موضوعات فقهی همواره یکی از مسائل چالش برانگیزی بوده که احکام و قوانین حقوقی و کیفری را تحت تأثیر خود قرار داده است. از سوی دیگر چون مرز نگاری مفاهیم و عناوین مانند مرز نگاری جغرافیایی ترسیم خط پایا و معینی نبوده و استنباط یک نحله، استنکاف و استنکال گروه‌های دیگر را در پی داشته، معمولاً سعی شده است تا با استعانت از ملاک‌ها و معیارهای مسلم و مقبول، گستره یک مفهوم و حد و مرز آن با سایر عناوین مشخص گردد. در فقه نیز چون سایر علوم معیارهایی چون لغت، عرف و روایات به مناسبت منزلت خود گستره واژگان و عناوین فقهی را مشخص نموده‌اند.

عَته یکی از موضوعات فقهی است که در کنار سایر عارضه‌های عقلی مطرح می‌شود و به دلیل عدم شفافیت گستره آن، طیف وسیعی از نظرات را از مشابهت حکم و موضوع با سایر عارضه‌های عقلی تا تفاوت‌های اساسی، که گاهی آن را به عقلاً ملحق نموده است، را به خود اختصاص می‌دهد. در مرز نگاری این عارضه، بزرگ‌ترین مناقشه تعیین و تشخیص مرز آن با جنون خاص است. قرار گرفتن این دو واژه در کنار یکدیگر از آن جهت است که در اختلال عقلی دارای نقطه اشتراک هستند و حداقل می‌توان تفاوتی بین فرد سالم که شکی در مکلف بودن آن (از جمیع جهات) وجود ندارد و بین منسوبین به این مفاهیم قائل شد؛ اما از سوی دیگر سلب تکالیف از معتوه چنان‌که در مجنون مسلم پنداشته می‌شود، محل تأمل است.

این مقاله تلاش نموده تا با استفاده از مفاهیم لغوی، بررسی گفتار فقها و اشارات روایی، به مقایسه‌ای در چارچوب ضوابط فقهی بپردازد و مرز نگاری قابل قبولی را برای عَته در پیوند با جَنّه و برخی مفاهیم مجاور عته ارائه نماید و هرچند مختصر پیامدهای ابتلای به این عارضه را در فقه مشخص نماید.

معنای لغوی عَته

بسیاری از کتب لغت، عَته را نوعی نقصان عقلی می‌دانند که با جنون متفاوت است. در صحاح واژه «المعتوه» به معنی ناقص‌العقل و ابله آمده (۲۲۳۹/۶) و العین، معتوه را «مدهوش من غیر مسّ و جنون» معرفی کرده است. (۱۰۴/۱) تعداد زیادی از کتبی نیز که درصدد بیان مفهوم اصطلاحی این کلمه در کنار معنای لغوی آن برآمده‌اند به همین معانی با الفاظ مشابه و متفاوت اشاره نموده‌اند؛ (عبدالرحمان، ۴۷۳/۲؛ ابوجیب، ۲۴۲) برخی از تعبیری چون ضعیف

العقل، سفیه عرفی یا احمق و غیر آن استفاده کرده (شاه‌رودی، ۱۷۳/۲ و ۳۶۲/۴) و برخی دیگر با توضیح و تأکید بیشتر بر جدایی این مفهوم از جنون اصرار ورزیده‌اند. به‌عنوان نمونه رحمان ستایش با تأکید بر این مطلب که عته به معنای ذاهب‌العقل نیست با استناد به کتب لغت ناقص‌العقل را تأیید نموده (۳۴۰) و قندهاری آن را مرحله‌ای نزدیک به جنون می‌داند و اصرار می‌ورزد که این نزدیکی به معنای الحاق به جنون نیست. (قندهاری، ۶۴/۲)

اما از سوی دیگر کتب لغتی نیز که این کلمه را واژه‌ای مترادف با جُنّه دانسته‌اند و به معنای متفاوتی با آنچه در صدر گذشت اشاره نموده‌اند؛ نیز اندک نیستند. تاج‌العروس (۶۱/۱۹) با اشاره به معنای فقدان عقل، العین (۱۰۴/۱)، صحاح (۲۲۳۹/۶) و لسان‌العرب (۵۱۲/۱۳) با بیان مفهوم تجنن، النهایه (۱۸۱/۳) با عبارت «هو المجنون المصاب بعقله»، به‌عنوان شواهدی بر این ادعا محسوب می‌شوند. علاوه بر آنکه برخی کتب با استناد به کلام معصوم به‌عنوان فصل الخطاب صریحاً معتوه را همان مجنون می‌دانند. (ابن منظور، ۵۱۲/۱۳؛ جزری، ۱۸۱/۳؛ واسطی، ۶۱/۱۹) بر همین اساس این اعتقاد نیز وجود دارد که می‌توان معتوه را همان مجنون یا قسمی از آن محسوب نمود. (یاسین، ۴۰۲/۱)

از سوی دیگر به نظر می‌رسد تفحص بسیاری از فقها برای یافتن معنای این کلمه از دقت لازم برخوردار نبوده است به‌عنوان نمونه صاحب‌جواهر بعد از بیان این نکته که مراد از معتوه ناقص‌العقل است و قطعاً این معنایی متفاوت از جنون است، برای اثبات ادعای خود کتاب‌هایی چون مصباح‌المنیر، تهذیب و قاموس را به‌عنوان شواهدی برای بیان معنای لغوی این کلمه معرفی می‌نماید. (۷/۳۲) درحالی‌که هرچند مصباح‌المنیر و تهذیب، معتوه را ناقص‌العقل و مدهوش می‌دانند و به‌صراحت عنوان می‌نمایند که این نقصان مفهومی غیر از معنای مصطلح جنون است؛ اما شاهد سوم یعنی قاموس همان مفاهیم پیش‌گفته را به اضافه کلمه «فقد» که تا حدودی چالش‌برانگیز است در مقابل کلمه معتوه قرار می‌دهد که دلالت انحصاری آن را بر معنای مورد نظر با اشکال مواجه می‌سازد. افزون بر آن‌که اگر کتب لغت بیشتری به‌عنوان مآخذ تحقیق منظور می‌گردید، دست یافتن به نتیجه‌ای متفاوت دور از دسترس نبود.

همچنین اظهار این نکته که دائماً معتوه در کتب لغت به مفهوم ناقص‌العقل و در روایات ضرورتاً به معنای ذاهب‌العقل است؛ سخنی استوار نیست و طبیعتاً کسانی که گمان نموده‌اند، تفاوت آشکاری در ظاهر معنای این کلمه در اخبار (کلینی، ۱۲۵/۶؛ طوسی، التهذیب، ۷۳/۸ و

۷۵؛ عاملی، ۴۰۹/۱۸) و آنچه از سوی اهل لغت مطرح گردیده، وجود دارد می‌توانند با گسترش موارد استنادی به نتیجه‌ای دیگر دست یابند.

معنای اصطلاحی عتّه و اشتباه مفهوم به مصداق

مسلم است در فقه زمانی که حکمی برای یک موضوع بیان می‌شود تنها نظر به مفهوم نیست بلکه به چیزی فراتر از مفهوم و آنچه در ورای مفهوم است یعنی مصداق نظر می‌شود؛ به عبارت منطقی در فقه موضوعات به حمل شایع مورد حکم واقع می‌شوند و نه حمل اولی؛ اما در این رابطه تنگاتنگ بین مفهوم و مصداق گاهی فراموش می‌شود که یک معنوی (مصداق) از جهات مختلف می‌تواند تحت عناوین (تعاریف) متعدد مندرج گردد. همچنین این اختلاط بین مفهوم و مصداق باعث می‌شود که هدف و وظیفه تعریف که شناساندن مفهوم و جدا ساختن آن از امور دیگر است به بررسی خصوصیات و صفات مصداق منحرف شود.

در مورد واژه عتّه نیز همین مطلب صادق است؛ یعنی زمانی که معنوی را در معرض صدور حکم قرار می‌دهیم به وسیله این مفهوم به افراد خارجی آن اشاره می‌نماییم و اساساً لحاظ مفهوم در حکم، و موضوع قرار دادن آن تنها برای دستیابی به حکم افراد است. اما در تعریف اصطلاحی این واژه نباید مصداق در جایگاه مفهوم بررسی شود و بر اساس آن به تبعیت از معنای لغوی، معنوی را همان معنوی یا غیر آن تعریف نماییم. واضح است که هر مصداقی از عتّه می‌تواند از جهات متعدد متصف به صفات دیگری باشد و به عنوان مثال ابله، مجنون، مذکر، آب و آخ نیز باشد.

نگارنده در خصوص مفهوم اصطلاحی عتّه معتقد است که عتّه شاخه‌ای از عارضه‌های عقلی و دارای مفهومی نزدیک به آنچه در روان‌شناسی از آن تعبیر به عقب‌ماندگی ذهنی می‌کنند است. این عارضه همچنین دارای ریشه وراثتی است و نسبت آن در بررسی مصداقی، با سایر عارضه‌های عقلی می‌تواند عموم و خصوص من وجه باشد و بسته به شدت و نوع آن به لحاظ عدم اراده، عدم درک بدیهیات، ناتوانی در امور اقتصادی، تشخیص ضعیف حسن و قبح، با تقسیمات دیگر مطلق جنون (عارضه‌های عقلی) از جمله بله، سفه، لَمَم، جنون خاص و سایر عارضه‌ها اشتراک مصداقی داشته باشد.

دلایل و مستندات این ادعا را می‌توان در جایگاه‌های مختلفی جستجو نمود. به عنوان نمونه از واژه «خُلْفَه» (عقب‌ماندگی) به «عتّه» تعبیر شده است. (واسطی، ۹۷/۶) المعجم القانوني

(۱۸۳) عتّه را وقفه یا نقصان در نمو طبیعی قوای عقلی دانسته است. از جرجانی نقل گردیده که ایشان عتّه را آفتی وراثتی معرفی نموده است که موجب خلل در عقل می‌شود و از نشانه‌های آن این است که بیمار مختلط العقل برخی از سخنانش شبیه کلام عقلا و برخی گفتارش مانند کلام دیوانگان است. (عبدالرحمان، ۴۷۳۲/۲) در فرهنگ‌نامه‌های معاصر نیز این واژه به مفهوم عقب‌ماندگی ذهنی آمده و در توضیح آن گفته شده که دستگاه عقلی فرد از رشد باز می‌ماند و یا دچار نقصان می‌گردد. این حالت خاستگاه سرشتی دارد و با عوارض و علائم جسمی و ظاهری محسوس و آشفتگی و پریشانی گفتاری همراه است و فرد بر امور خود مدیریت و کنترل ندارد.

مفهوم عتّه در آئینه روایات

یکی از راه‌های دستیابی به معنای واژگان فقهی، بررسی روایات با رویکرد تعیین و ترسیم حد و مرز موضوعات، بر مبنای تلقی معصوم (ع) و عرف محل صدور روایات است. در این رویکرد به چند شیوه می‌توان عمل نمود؛ یک روش آن است که صرفاً احادیثی جستجو شود که محتوای آن حاکی از ورود معصوم به دایره موضوعات و توضیح و تفسیر آن‌ها بر حسب جنس، نوع، صنف و یا مورد مشخص باشد. روش دیگر جستجوی احکام صادر شده در روایات برای موضوع مورد نظر و دست یافتن به گستره آن موضوع از طریق برهان انی است؛ و روش سوم که مشخصاً در تفکیک و ترسیم مرز نگاری واژه‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد، جستجوی روایاتی است که می‌توان قاعده تجمیع الفاظ و تفریق معانی را در مورد آن‌ها اجرا نمود.

در تعیین گستره موضوعات قطعاً شیوه اول اولویت دارد و چنانچه بتوان از آن بهره گرفت، قاعدتاً نیازی به استفاده از روش‌های دیگر نیست؛ اما با توجه به اینکه بین امام به عنوان احدی از عرف و پرسشگر به مناسبت مشابهت تبادل ذهنی، نوعی توافق نانوشته در مورد حدود موضوعات وجود داشته است، عموماً امام در ترسیم گستره اکثر موضوعات فقهی ورود ننموده‌اند. این در حالی است که با فاصله گرفتن از عرف زمان صدور روایات، متشرعین با سؤالات متعددی در خصوص گستره موضوعات روبرو شدند که نه عرف منقطع پاسخ قابل ملاحظه‌ای برای آن داشت و نه در روایات موجود جوابی برای آن یافت می‌شد. لذا استفاده از

روش‌های دیگر به‌عنوان شیوه‌های عام دستیابی به گستره موضوعات، ضروری و لازم گردید. با این توضیح، این قسمت از نوشتار به بررسی مفهوم عته در قالب دو شیوه اخیر می‌پردازد.

آ- موضوع شناسی عته با استناد به احکام فقهی

یکی از باب‌هایی که می‌تواند کمک قابل ملاحظه‌ای در این خصوص نماید، باب طلاق است؛ زیرا از یک‌سوی احادیث مختلفی در خصوص معتوه در این باب وجود دارد و از سوی دیگر چون حکم مجنون و فرد سالم در مورد طلاق مشخص است بیان حکم طلاق معتوه از سوی معصوم، تلقی ایشان از این واژه را حداقل تا حدودی مشخص خواهد ساخت. البته در بررسی احادیثی که در خصوص ناقص‌العقل و معتوه در این باب مطرح شده است با دو چالش اساسی نیز روبرو هستیم.

۱- در یک نگاه کلی با دو دسته احادیثی مواجه خواهیم شد که در ظاهر احکام متفاوتی را در مورد طلاق معتوه مطرح می‌کنند.

دسته اول صحیحہ ابی خالد و دیگر احادیثی (حر عاملی، ۸۱/۲۲ - ۸۴) که طلاق خود معتوه را صحیح نمی‌دانند؛ بلکه طلاق از جانب ولی را مطرح می‌کنند. بر اساس این روایات الحاق حکمی معتوه به مجنون تقویت می‌شود. یا شاید به گمان برخی بتوان اساساً نظریه مترادف مفهوم عته با جنّه را طرح نمود. دسته دیگر خبر ابوبصیر^۱ و دیگر اخباری است که طلاق معتوه را صحیح دانسته‌اند؛ و طبیعتاً برخلاف دسته اول باید معتوه را متفاوت با مجنون از نظر مفهوم، مصداق و حکم محسوب نمود.

۲- مسئله دیگر عدم وضوح دلالت برخی از این احادیث مانند صحیحہ ابی خالد^۲ است. منشأ این ابهام آن است که پرسشگر زوج را با وصف ذاهب‌العقل توصیف می‌نماید؛ سپس با اینکه ظاهراً مسلم است که ذاهب‌العقل با توجه به اینکه اهلیتی برای تصرف ندارد و نمی‌تواند در امر طلاق مباشرت داشته باشد، امام در کمال تعجب می‌فرماید: «و لم لا یطلق؟» در ادامه سؤال‌کننده این‌گونه تعلیل می‌آورد که ممکن است این شخص طلاق را انکار کند و یا

۱- «عن أبي عبد الله عليه السلام «أنه سئل عن المعتوه أ يجوز طلاقه؟ فقال: ما هو؟ فقلت: الأحمق الذاهب العقل، فقال: نعم» (حر عاملی، ۸۳/۲۲)

۲- «صحیح ابی خالد القمط «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل الأحمق الذاهب العقل أ يجوز طلاق وليه عليه؟ قال: و لم لا يطلق؟ قلت: لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غدا لم أطلق أو لا يحسن أن يطلق، قال: ما أرى وليه إلا بمنزلة السلطان» (همان، ۸۴)

حدودش را نشناسد و امام تنها بعد از این توصیف و تعلیل است که جواب نهایی را ارائه می‌نماید و می‌فرماید که ولی به منزله سلطان است.

برخی (نجفی، ۷/۳۲) برای برون‌رفت از دو مسئله مطرح شده عبارت «سفیه در طلاق» را جعل و آن را مترادف معتوه قرار داده‌اند و سپس در تبیین این عبارت گفته‌اند که بعید نیست که مراد از معتوه کسی باشد که عقل کاملی ندارد (نه کسی که اساساً عقل ندارد) لذا صحیح است که (برخلاف مجنون) در امر طلاق با اذن ولی‌اش مباشرت داشته باشد؛ زیرا مانند سفیه در مال محسوب می‌گردد و بنابراین اشکالی در نصوص مذکوره نیست. بلکه چه‌بسا این تعلیل بتواند موجب جمع بین احادیثی که در خصوص معتوه می‌گوید «لا طلاق له» و بین آن دسته از احادیث که طلاق را جایز می‌دانند، باشد. به این صورت که جایی که طلاق با اذن ولی را صحیح می‌داند به این خاطر است که عبارات و گفته‌های معتوه به علت مجنون نبودنش معتبر است و عدم صحت طلاق نیز مخصوص موردی هست که اذن ولی در کار نبوده است. پس می‌توان معتوه را یک نوع سفیه در طلاق محسوب نمود.

از نگاه صاحب جواهر این مفهوم هرچند تفسیر مناسب و مورد پذیرشی است؛ اما علاوه بر آنکه در کلام اصحاب تصریحی بر آن یافت نمی‌شود؛ ظاهر کلام بعضی از متأخرین بلکه کلام آن‌ها این است که از مثل چنین متنی تعبیر به فاسد العقل نموده‌اند و فاسد العقل را این‌گونه توضیح داده‌اند که شخصی است غیر مجنون. (همان) لذا تنها مشکل این تفسیر و جعل عنوان برای معتوه عدم تأیید آن از سوی سایر فقهاست.

نگارنده معتقد است:

اولاً: واژه سفیه در امور غیر مالی آن‌گونه نبوده که به‌طور کلی تأییدی از سوی فقها نداشته و اولین بار توسط خود صاحب جواهر مطرح گردیده باشد؛ بلکه در گذشته در کلام اصحاب بدان تصریح گشته است. به‌عنوان نمونه محمد بن علی بن حمزه طوسی در قرن ششم یعنی حدود هفت قرن قبل از صاحب جواهر در کتاب الوسیله الی نیل الفضیله در بیان حکم جزیه بدان تصریح نموده است.^۳ لذا با رفع مشکل فوق، عنوان سفیه به عنوان واژه‌ای قابل تقسیم به افساد در مال و افساد در دین شاید در مباحث مرتبط با جنون، همان‌گونه که برخی از معاصران

۳- «هذا الفصل يحتاج إلى بيان خمسة أشياء... الثاني من اجتماع فيه خمس خصال الحرية و الذکورة و البلوغ و کمال العقل و انتفاء السفه عنه بإفساد دینه أو ماله.» (۲۰۴)

نیز بدان اشاره نموده‌اند (قندهاری، ۶۶) به عنوان واژه‌ای مناسب که با پوشش بسیاری از واژه‌ها از جمله معتوه در برخی مواضع، به وضوح بحث کمک می‌کند، قابل بررسی باشد.

ثانیاً: در مرز نگاری عته به شیوه برهان‌انی نه تنها با دو نوع حکم متفاوت برای موضوع واحد و یا دو دسته از احادیث متناقض روبرو نیستیم بلکه هیچ ابهامی نیز در نحوه پاسخ امام وجود ندارد. ابهام، تفاوت و تناقض زمانی ایجاد می‌شود که محقق از ابتدا با پیش فرضی نادرست به بررسی روایات می‌پردازد و گمان می‌نماید که واژه معتوه فارغ از هر نوع صفتی، مصادیق آن باید تنها دارای یک حکم مشخص و معین باشند. این در حالی است که عته نوعی عارضه عقلی هست که مصادیق آن با توجه به بروز حالاتی از شدت و خفت در معرض صدور حکم شرعی قرار می‌گیرند و اساساً صفت مذکور برای معتوه، مشخص کننده حکم آن است؛ به عبارت دیگر حکم شرعی به واسطه آن که به کدام یک از موضوعات معتوه ذاهب العقل، معتوه ناقص العقل و یا به طور عام به معتوه تعلق می‌گیرد، متفاوت است. حتی در موردی مانند صحیح‌ه ابی خالد با وجود اینکه سائل صفت ذاهب العقل را بیان نموده است باز امام برای اینکه نسبت به معهود ذهنی و مقصود دقیق پرسشگر اطمینان حاصل نماید با طرح پرسشی وی را در موقعیتی قرار داده‌اند که در خصوص مقصود خود توضیحاتی ارائه نماید.

مستند این گفته، روایاتی است که معصوم از سؤال کننده حکم عته در خصوص معنای معتوه پرسش نموده‌اند و تنها زمانی به سؤال پاسخ داده‌اند که معنای مورد اراده پرسشگر مشخص شده است.^۴ این روش برخورد ائمه (ع) همان گونه که برخی از فقها به آن اشاره نموده‌اند (بحرانی، ۱۵۸/۲۵) نشانگر آن است که منحصر نمودن مفهوم و مصادیق عته در جنون خاص و یا متضاد با آن وجهی ندارد؛ زیرا اگر معتوه مندرج در روایات فقط دارای یک معنای واحد بود و تغایر مصداقی وجود نداشت، اصولاً جایی نیز برای استیضاح معنای کلمه‌ای که تمامی مصادیق آن حکم واحد دارند، وجود نداشت. لذا این کلمه در عرف زمان ائمه (ع) و نزد آن بزرگواران قطعاً دارای مصادیق متعدد با احکام مختلف بوده است که برخی از آن‌ها احکامی مشابه با جنون خاص و دسته‌ای احکامی متفاوت با آن داشته‌اند و این حکم یا بر اساس قرائن حالیه و معهودات ذهنی بین پرسشگر و امام، طبیعتاً بدون استیضاح حال و یا در غیر آن بعد از اخذ شرح حال مختصر یا مفصل، صادر می‌شده است.

۴- «قال: و سألته عن طلاق المعتوه، فقال: و ما هو؟ قلت: الأحقق الذاهب عقله، قال (ع): ...» (شیخ صدوق، ۳/۳۲۶؛ شیخ طوسی، ۸/۷۵؛ حرعاملی، ۱۵/۳۲۸)

این نگاه بسیاری از احتمالات، اختلافات و ابهاماتی که در باب‌های مختلف در خصوص چرایی احکام متفاوت و متناقض در مورد عته وجود دارد را برطرف می‌کند. به‌عنوان نمونه وقتی در بحث بطلان یا صحت عقد، امام بیع و صدقه زن معتوه را صحیح نمی‌داند، طرح احتمالات و پرسش‌های متعدد مبنی بر اینکه چرا معصوم (ع) مانند برخی مواضع معتوه را در ردیف سفیه، مذحول و مدھوش قرار نداده بلکه ملحق به مجنون دانسته است، جایگاهی ندارد؛ زیرا تصریح بر صفت ذاهبة العقل در روایت^۵، بیان یک حکم مشخص و خالی از هرگونه احتمال و ابهام است. البته آن‌چنان‌که برخی (حائری، ۱۷۴/۲) تصور نموده‌اند منظور از معتوه ذاهب العقل، مجنون خاص نیست؛ بلکه این دو واژه هر یک مفهوم ویژه و گستره موضوعی مشخص به خود را دارند اما برخی مصادیق این دو مفهوم دارای حکمی مشابه هستند. لذا در مباحث فقهی می‌توان گفت که معتوه ذاهب العقل از نظر حکمی ملحق به مجنون خاص است ولی طرح این‌همانی یا مترادف صحیح نیست.

ب- موضوع‌شناسی عته به شیوه تجمیع الفاظ و تفریق معانی

یکی دیگر از راه‌های تعیین گستره موضوعاتی با معانی نزدیک به هم، جستجوی روایاتی است که آن واژگان را در کنار و یا در جایگاه یکدیگر استفاده نموده‌اند. در این حالت با توجه به تجمیع الفاظ، استناد به قواعدی چون مغایرت معطوف و معطوف الیه، جایگزینی کلمات مترادف و حکمی که برای آن‌ها در روایت منظور شده است، می‌توان به تفاوت یا تشابه حکمی مصادیق و یا تباین و مترادف مفاهیم دست یافت.

درخصوص جزیه از امام صادق (ع) روایت شده که ایشان فرمودند: «سنت بر این جاری شده است که از معتوه و المغلوب علی عقله جزیه گرفته نمی‌شود.»^۶ (حرعاملی، ۶۵/۱۵)

با توجه به اینکه ظاهر در عطف، مغایرت است و در مورد مفهوم واژه «المغلوب علی عقله» نیز این توافق و تسالم بین فقها وجود دارد که مقصود از آن همان مجنون است. برخی از فقها به استناد این موارد واژه کم‌خرد را برای معتوه در مقابل معنای بی‌خرد برای مجنون انتخاب نموده‌اند. (منتظری، ۱۷۴/۷) برخی دیگر افزون بر آن تکرار لفظ «لا» در روایت را نیز

۵- «عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن المرأة المعتوهة الذاهبة العقل أ يجوز بيعها و صدقتها؟ قال: لا» (عاملی، ۴۰۹/۱۸) و همچنین در کافی با اضافه جمله «وَعَنْ طَلَّاقِ السُّكْرَانِ وَعَتَقَهُ؟ قَالَ: لَا يَجُوزُ.» (۱۹۱/۶)

۶- علاوه بر این حدیث می‌توان به احادیثی که صریحاً در آن‌ها واژه مجنون و معتوه نیز بیان شده است مراجعه نمود به عنوان نمونه بنگرید به: مجلسی، ۸۸/۷۶

مؤید دوگانگی و یکسان نبودن معطوف و معطوف الیه دانسته و برای ترجمه معتوه در زبان فارسی واژه «خل» را پیشنهاد نموده‌اند. ایشان معتقدند که این واژه در فارسی به کسی اطلاق می‌شود که از نگاه عرف به حد جنون نرسیده اما با این وجود از عقل کاملی نیز برخوردار نیست. (مومن، ۴۰۳/۲) بعضی از فقها (نجفی، ۲۳۷/۲۱) نیز با عنایت به نظرانی که اشعار به یکسانی این دو واژه در این حدیث دارد. (جزری، ۱۸۱/۳) در مورد کلمه معتوه در روایت چهار احتمال کثرت بلاهت (چنان‌که در مبسوط و نهایه و وسیله و سرایر آمده است)، بی‌خرد، کم‌خرد و سفیه را مطرح نموده و نهایتاً با استفاده از قاعده تباین معنایی در عطف و تفاسیر دیگر این حدیث را اساساً شاهی بر مفهوم متفاوت جنه و عته دانسته‌اند.

از آنچه گفته شد، معلوم گردید که عته و جنه دو مفهوم مختلف با مصادیق متفاوت هستند که در برخی موارد، احکام مشابهی نیز دارند؛ اما کسانی با این تصور که همواره عته و جنه احکامی یکسان دارند، سعی نموده‌اند با استفاده از این مشابهت حکمی، از طریق برهان انی به اتحاد مفهومی عته و جنه دست یابند. ایشان برای کلیت بخشیدن به این گزاره و تعمیم آن به مواردی اشاره نموده‌اند که گاه معتوه در کنار مجنون و گاه مستقل از آن ذکر شده (عاملی، ۳۸۸/۱۸؛ ۳۰۷/۱۹؛ صدوق، ۱۴/۴) ولی در هر صورت برای معتوه کیفری مشابه با مجنون در نظر گرفته شده است.

به نظر می‌رسد در این‌گونه استدلال‌ها موازین منطقی آن‌چنان‌که باید رعایت نگردیده است؛ زیرا اولاً با یک نگاه گذرا در کتب روایی و فقهی موارد متعددی را خواهیم یافت که عته و جنه احکام متفاوتی را دارند که اگر چنین نبود فقها نیز آن‌چنان فرصتی نداشتند که صرفاً به مباحث الفاظی ورود نمایند که هیچ ثمره فقهی بر آن مترتب نیست. ثانیاً: مترادف بودن الفاظ تشابه احکام را در پی دارد نه آنکه تشابه احکام دلیلی برای همانندی واژه‌ها باشد.

عارضه‌های روانی در فقه و جایگاه عته

به‌طور کلی می‌توان عارضه‌های روانی در فقه را بر اساس منشأ به دو دسته تقسیم نمود:

- ۱- عارضه‌های عقلی: عبارت است از کلیه عارضه‌هایی که به دلیل اختلالی در عقل ایجاد شده است؛ صرف نظر از این‌که اختلال به چه میزان شدت داشته باشد، اصالتاً یک بیماری عقلی چون جنون خاص، عته، بله و... قلمداد شود یا چون برصام عارضه دیگری باشد که بر

عقل تأثیر گذارده؛ ساختاری و وراثتی بوده و یا حادث شده باشد و یا اینکه تحت عنوان فساد یا خفت عقل در آمده باشد.

۲- سایر عارضه‌ها: کلیه عارضه‌هایی که منشأ آن‌ها در فقه خبث طینت، انحراف اخلاقی و یا عجز در نظر گرفته شده و اساساً در فقه ارتباطی با عقل برای آن‌ها منظور نشده است. بسیاری از آنچه ما آن‌ها را امروزه در زمره بیماری‌های روانی محسوب می‌نماییم و به طریقی درصدد ربط آن‌ها به تربیت خانوادگی یا تجارب اولیه زندگی هستیم، در فقه به طینت، سرشت و ذات فرد منسوب می‌شده‌اند.

بر این اساس در فقه عارضه‌های روانی دارای مفهومی گسترده‌تر از عارضه‌های عقلی است؛ زیرا عارضه‌های عقلی اعم از فساد عقل (مانند جنون خاص)، خفت عقل (مانند سفه) یا سایر تباهی‌های ذهنی (مانند عته و بله) تنها به رفتارهای غیر منطقی اشاره دارد درحالی‌که عارضه‌های روانی علاوه بر آنکه شامل اختلالاتی است که رفتار غیر منطقی از آثار آن است، تمایلات غیرطبیعی که عارضه‌های روانی دیگری هستند را نیز شامل می‌شود. در این تقسیم‌بندی عته بر اساس نمودار ترسیمی (۱) جزء عارضه‌های روانی و در شاخه بیماری‌های عقلی و به‌عنوان قسیم جنون خاص در کنار عارضه‌هایی چون بله، حمق، خبل و... بررسی می‌شود.

نگاهی به برخی مفاهیم مجاور عته در فقه

تا اینجا به تفاوت این عارضه با جنون خاص اشاره گردید؛ در این قسمت به تفاوت این عارضه با سایر اختلالات خواهیم پرداخت. به‌طور کلی از میان اختلالات عقلی مطرح شده در فقه بعد از جنون خاص، بله، خبل، لمم، حمق و خرف و از مهم‌ترین اختلالات عقلی هستند که ذیلاً ضمن تعریفی از این اختلالات به تفاوت آن‌ها با عته خواهیم پرداخت.

بله: نکته‌ای که باید در خصوص این واژه مورد بررسی قرار گیرد این است که آیا بله همان‌گونه که برخی گفته‌اند، همان عته و واژه‌ای مترادف با آن است؛ یا دارای مفهومی متفاوت با عته هست که البته ممکن است دارای مصادیق مشترک یا احکام یکسان نیز باشند؛ و یا اساساً نسبت آن‌ها به‌گونه‌ای دیگر است.

به نظر می‌رسد فقها در این باره نظرات متفاوتی دارند برخی با قرار دادن هر دو واژه تحت یک عنوان کلی‌تر به‌عنوان سفیه در دین که پیش‌تر درباره آن گفته شد، ظاهراً معتقدند که اساساً

این دو واژه هر دو دارای مفهومی نزدیک به هم و احکامی مشابه هستند. (طوسی، ۲۰۴) گروهی دیگر آن‌ها را عبارات مختلفی از مفهومی واحد می‌دانند (حائری، ۶۲۵/۴) و دسته دیگر که قائل به تغایر موضوع و حکم در آن‌ها هستند؛ معتقدند که نقصان عقل در ابله نسبت به معتوه خفیف‌تر است؛ بدین صورت که معتوه اصولاً ضعیف و نقصانش به گونه‌ای است که به آنچه در پیرامونش اتفاق می‌افتد توجه و التفاتی ندارد اما ابله به اتفاقات توجه دارد اما نمی‌تواند تحلیل صحیحی نسبت به آن‌ها داشته باشد. (شاهرودی، موسوعه فقه، ۸۰/۳) در همین راستا برخی نیز به تحلیل و بررسی علت و سبب ایجاد این دو عارضه پرداخته و بیان داشته‌اند که سبب ایجاد هر دو عارضه توقف رشد و تکامل مخ است؛ اما تفاوت آن‌ها در زمان و مرحله‌ای است که این توقف اتفاق افتاده است به طوری که اگر این توقف در مراحل اولیه پدید آید طبیعتاً ضعیف، نقصان و زوال عقل و همچنین بروز حالات نسبت به آنچه در مراحل بعدی اتفاق می‌افتد، شدیدتر است. از این روی عتبه را نسبت به بله باید جزء عارضه‌های شدیدتر محسوب نمود؛ زیرا توقف ملکات ذهنیه قبل از رسیدن به سن تشخیص و تمیز اتفاق افتاده و چنین شخصی قدرت سخن‌گویی، آگاهی و انجام امور ضروری و روزمره خود را از دست داده و از درک حیات پیرامونش ناتوان گردیده است. برخلاف بله که توقف قبل از مرحله نضج جنسی صورت گرفته است؛ شاید از همین روست که برخی معتقدند که مصداق واژه «غیر أولى الإربة» در قرآن، کسانی است که به سبب بلاهتشان حاجت و نیازی نسبت به زنان احساس نمی‌نمایند و از امور زنان چیزی نمی‌دانند. (عبدالرحمان، ۲۵/۳) کما اینکه کسانی که مطلق ضعیف عقلی را یک عنوان مستقل و خفیف‌تر از بله می‌دانند، معتقدند که توقف رشد عقلی در این عارضه بعد از نضج جنسی و قبل از تکامل آن صورت می‌گیرد. (یاسین، ۴۰۴/۱-۴۰۵) در هر صورت ابله هرچند از ناتوانی در شناخت و آگاهی کمتری نسبت به افراد عادی رنج می‌برد، اما در عین حال قدرت نسبی بیشتری نسبت به معتوه در فراگیری و آموزش دارد. (همان)

خبل و لمم: عارضه روانی دیگری که در احادیث از آن نام برده شده است کلمه خبل است. در کلامی از نبی مکرم اسلام و سخنی مشابه از امام صادق (ع) این واژه به مفهوم جن‌زدگی و تأثیر شیاطین بر رفتار آدمی منظور شده است.^۷ که شاخصه آن انجام اعمال پر خطر

۷- «يَتَخَوَّفُ عَلَى وَلَدٍ مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ الْخَبْلُ، فَقَالَ عَلَى عَلَيْهِ السَّلَامُ: وَلَمْ ذَاكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَالَ: إِنَّ الْجِنَّ يَكْتُمُونَ غَشِيَانًا» (کلینی، ۱۴۲/۱) در نقلی دیگر تأثیر شیطان نیز مطرح گردیده است. (همان، ۱۴۰-۱۴۱)

و زیان رساننده به خود و اطرافیان است. هرچند کسانی چون شافعی و شیخ طوسی نظری مخالف دارند و معتقدند که مخبل و مجنون خاص هر دو در ذهاب عقل مشترک‌اند با این تفاوت که مجنون معترض مردم می‌شود و به آنان آسیب می‌رساند ولی مخبل تعرضی به مردم نمی‌نماید. (علامه حلی، ۶۰۷) اما این گفته‌ها علاوه بر آنکه در بین نظرات در اقلیت قرار دارد، با آنچه در احادیث و روایات در مورد این بیماری گفته شده است نیز همخوانی ندارد. لمم نیز در احادیث (مجلسی، ۱۷۴/۶۳) و سخنان فقها (شهید ثانی، ۴۴۱/۵) گونه‌ای خفیف از جنون و یا نفوذ اجنه و تأثیر آنان بر آدمی منظور شده است که می‌توان آن را همان شکل خفیف خبل قلمداد نمود.

به هر صورت آنچه در تناظر این دو عارضه با عته باید گفته شود این است که این دو عارضه در اصل نوعی از جنون است که شخص علاوه بر انجام اعمال غیرمنطقی و خارج از عرف و عادت که شاخصه اصلی مجانین است به نوعی تحول در حالات، پرخاشگری و حمله به اطرافیان نیز مبتلاست. در مقابل افراد مبتلابه عته با توجه به اینکه ضعف آن‌ها در ناحیه درک و شناخت است مانند افراد مبتلابه خبل و لمم دگرگونی احوال و بروز شخصیت‌های چندگانه را ندارند و می‌توانند تعامل بی‌خطر و قابل‌کنترلی را با محیط پیرامون داشته باشند از این رو افراد مبتلابه عته از نگاه عرفی معمولاً جزء افراد بی‌خطر محسوب می‌شوند که اغلب مورد ترحم اطرافیان نیز قرار می‌گیرند بر خلاف مبتلایان به خبل و لمم که نیاز به مراقبی جهت نگهداری دارند و علی‌الاصول با توجه به واکنش‌های لحظه‌ای و خطرناک باید از جامعه دور نگه داشته شوند.

حمق: حماقت به کاستی در تعقل یا نبود خرد و اندیشه در آنچه نیازمند تدبیر یا سخن شایسته است تعریف شده است. (طریحی، ۵۷۵/۱) در تعبیری دیگر از حماقت به «وضع الشیء فی غیر موضعه» با علم به ناپسند بودن آن، یاد گردیده است. به نظر می‌رسد یک تفاوت بنیادین بین حمق و عته وجود دارد که تا حدودی معنای این کلمه را نیز آشکار می‌سازد؛ آن تفاوت این است که حماقت اساساً مربوط به تحلیل و پردازش فکری نیست بلکه به واکنش نادرست در عمل مربوط است (صاحب بن عباد، ۱۹۵)؛ از این روست که در برخی تعاریف از حماقت، درک و علم به ناپسند بودن عمل در تعریف گنجانده شده است (ابن اثیر، ۳۲۳/۱)؛ بر خلاف عته که انجام عمل نادرست یا فریب خوردن او بر اساس تحلیل نادرستی است که از رفتار، عمل و سخن دیگران و به‌طورکلی از محیط پیرامون خود دارد. (شاهرودی، موسوعه

فقه، ۸۰/۳) به عبارت دیگر احمق ابتدا به تحلیل عمل و عواقب آن می‌پردازد؛ سپس بعد از درک درست یا نادرست بودن عمل، فعل نادرست را گزینش و با توجه به شخصیت خود آن را مرتکب می‌شود. از این روی اعمال احمق را در فقه و حقوق بر خلاف معتوه، باید در چارچوب عملکرد و شخصیت بررسی نمود برخلاف سایر عارضه‌های عقلی چون عته که عملکرد تنها معلول عدم درک یا پایین بودن شناخت است.

خرف: حالتی است مزمن ناشی از امراض دماغی و اضطراب در عملکرد قشر فوقانی مغز (یاسین، ۱۳۵) که معمولاً انتظار ظهور و بروز آن در سنین کهن‌سالی می‌رود. (همان، ۲۸۰) با توجه به اینکه ابتلای به عته عموماً مربوط به دوران کودکی و تشخیص آن نیز علی‌الاصول در دوران قبل از بلوغ اتفاق می‌افتد لذا هرچند خرف در رده مفاهیم مجاور عته بررسی می‌شود، ولی به لحاظ زمان ابتلا و تشخیص، این دو عارضه به گونه‌ای نیستند که با یکدیگر اشتباه گرفته شوند، اما از سوی دیگر باید به این مسئله نیز عنایت داشت که هرچند خرف مفهومی متفاوت از سایر قسم‌های خود دارد اما نسبت این عارضه از لحاظ مصداقی با سایر عارضه‌های عقلی دیگر عموم و خصوص من وجه است؛ با این تفصیل که فرسودگی عقلی ناشی از کهولت، می‌تواند مستقلاً خود یک عارضه با نشانه‌هایی متفاوت از سایر عارضه‌ها باشد و یا منتهی به هر یک از عارضه‌های دیگر شود. بر همین اساس اختصاص حکم نیز بدین‌صورت مشخص می‌شود که در ناحیه اشتراک با هر یک از عارضه‌های دیگر از حکم همان عارضه پیروی می‌نماید و در ناحیه افتراق مختص به خرف، از لحاظ حکم، مصادیق، ملحق به افراد سالم می‌شوند. (قندهاری، ۷۳/۲)

تطبیق عناوین فقهی و روان‌شناسی

مطرح‌شدن امراض روانی در فقه، بستری را در جهت تبیین دقیق مصادیق برای فرود مناسب احکام می‌طلبید که قاعدتاً این بستر چیزی به غیر از علم پزشکی و یا توافق اجتماعی و عرفی نبود. در ابتدا فقه‌واژگان وضع شده از سوی طبیبان و استعمال‌گردیده از سوی عرف را با بار معنایی معین، به حوزه فقاقت وارد و در بوته اجتهاد با ملاکات مشخص بارگذاری و حکم مناسب با آن را نهایتاً صادر می‌کرد. به‌عنوان نمونه فهم امام یا فقیه، طبیب و عرف از واژه جنون یکسان و یا حداقل بسیار نزدیک بود، لذا فقط کافی بود تا اجتماع، طبیب و یا هر دو، شخصی را مجنون، معتوه، ابله یا سفیه بدانند تا به احکام این عناوین در فقه مراجعه شود؛ اما با

گذشت زمان علومی که فقه به آنان به چشم علوم آلی نگاه می‌کرد دارای گستره وسیعی گردیدند و واژگانی را وضع نمودند که اساساً برای فقها ناشناخته و کلام معصومان نیز از آنان تهی بود. دیگر تشخیصی در پزشکی به نام جنون وجود نداشت. فقهای آشنا به جنون با واژگانی چون اسکیزوفرنی، دوقطبی، دلیریوم و... غریب بودند و همه این‌ها در حالی بود که استفتاء مقلدان نیز دیگر در مورد جنون نبود و پاسخ‌هایی چون «اگر مجنون باشد و اگر نباشد» چیزی بیش از حیرت بر داشته‌های مقلدان نمی‌افزود.

در این موقعیت به نظر می‌رسید عبارت «وظیفه فقیه در دایره احکام و تشخیص موضوع به عهده متخصصان»، چاره‌ساز باشد؛ اما این نیز خود چالشی بزرگ‌تر بود. پزشکی قانونی هیچ‌گاه صلاحیت نداشت تا فردی را موصوف به یکی از عناوین فقهی نماید؛ این مرجع در حیطه وظیفه خود، تنها نام بیماری و ویژگی‌های آن را تشریح می‌نمود. نامی که هیچ‌کجای فقه حکمی برای آن مشخص نشده بود. ازاینجا وجود یک‌زبان مشترک که بتواند بر مبنای ملاکات و ویژگی‌های مطرح‌شده در هر یک از دو علم پیوند و ارتباطی را بین واژگان برقرار نماید، ضروری گردید.

از سوی دیگر باید به این نکته نیز توجه نمود که در دایره مفاهیم این‌همانی بین دو عنوان در دو علم مختلف با توجه به تعدد جهت، غیرممکن است؛ از این روی نمی‌توان واژه «عته» در فقه را همان واژه «عقب ماندگی» مطرح‌شده در طبقه‌بندی اختلالات روانی دانست و یا آن‌ها را واژگانی مترادف فرض نمود؛ اما در دایره مصادیق و بررسی آن‌ها با توجه به اینکه در طبقه‌بندی اختلالات روانی برای هر طبقه ویژگی‌های مشخصی بیان‌شده و از سوی دیگر در فقه نیز قطعاً در تمامی موارد برای مصادیق زیرمجموعه یک عنوان، ملاک‌ها و مشخصاتی گفته‌شده است؛ می‌توان از مقایسه این ویژگی‌ها به پیوند، ارتباط و نسبت بین مصادیق در این دو علم دست یافت و به تقویت و تقریب انگارهای فقهی و پزشکی کمک نمود؛ اما برای دستیابی به این مهم ابتدا باید در هر دو سوی این ارتباط مرجع استواری را مشخص نمود که خصوصیات هر عارضه و اختلالی را بتوان از آن منابع استخراج نمود. در سوی فقهی قضیه که طبیعتاً روایات و کتاب‌های فقهی معتبر که بحث موضوع‌شناسی را هرچند به‌عنوان یک بحث تبعی مطرح کرده‌اند مرجع محسوب می‌شوند. در بحث روان‌شناسی نیز اساساً اختلالات روانی با توجه دو منبع ICD و DSM تحلیل می‌شوند که به دلیل اهمیت مورد اخیر عته بر اساس این متن با اختلالات روانی تطبیق می‌شود.

آ- عته و اختلالات مرتبط با آن در روان‌پزشکی

بر اساس DSM-IV-TR^۸ از بین ۱۷ طبقه و ۲۹۷ مقوله اختلالات روانی مطرح شده، عته بیش از همه در پیوند با دودسته از اختلالات قابل بررسی است: ۱- عقب‌ماندگی ذهنی ۲-

دلیریوم، زوال عقل و اختلال‌های یاد زدایشی

۱- **عقب‌ماندگی ذهنی:** ویژگی این اختلال کارکرد ذهنی است که به میزان قابل ملاحظه‌ای پایین‌تر از حد متوسط بوده و شروع آن پیش از سن هجده سالگی و با کاستی‌ها و اختلال‌هایی در عمل انطباقی همراه است. (انجمن روان‌پزشکی آمریکا، ص ۸۴) کمبودها یا اختلال‌های همزمان در کارکرد انطباقی فعلی (کارایی شخص در تحقق معیارهایی که متناسب با سن و گروه فرهنگی از او انتظار می‌رود) حداقل در دو مورد از زمینه‌های ارتباط، مراقبت از خود، زندگی خانوادگی، مهارت‌های اجتماعی بین فردی، استفاده از منابع اجتماعی، خودگردانی، مهارت‌های کارکردی تحصیلی، شغلی، اوقات فراغت، تندرستی و ایمنی، باید وجود داشته باشد. این اختلال به عقب‌ماندگی ذهنی خفیف (سطح هوش‌بهر بین ۵۰-۵۵ تا تقریباً ۷۰)، متوسط (سطح هوش‌بهر بین ۴۰-۳۵ تا ۵۰-۵۵) شدید (سطح هوش‌بهر بین ۲۵-۲۰ تا ۴۰-۳۵) عقب‌ماندگی ذهنی عمیق (سطح هوش‌بهر پایین‌تر از ۲۵ یا ۲۰) تقسیم می‌شود. (کرینگ، ۶۰۳/۲)

۲- **دلیریوم، زوال عقل و اختلال‌های یاد زدایشی:** آشفتگی بارز در این اختلال‌ها، نقص بالینی عمده در شناخت یا حافظه است که نشانگر تغییر چشمگیر نسبت به سطح کارکردی گذشته است. کاهش وضوح آگاهی نسبت به محیط، کاهش توانایی تمرکز، حفظ یا تغییر کانون توجه، نقص حافظه، اختلال در جهت‌یابی، اختلال زبان، پیدایش اختلال ادراکی را می‌توان از نشانه‌های دلیریوم برشمرد. (انجمن روانشناسی آمریکا، ۱۱۱-۱۱۲) زوال عقل نیز می‌تواند ناشی از عللی چون آلزایمر، اختلالات عروقی، بیماری‌های جسمانی، مواد یا سبب‌شناسی چندگانه باشد. از نشانه‌های آن می‌توان به اختلال حافظه (اختلال در توانایی یادگیری اطلاعات جدید یا به یاد آوردن اطلاعاتی که قبلاً فراگرفته شده است)، زبان پریشی

۸- نخستین راهنمای رسمی اختلال‌های روانی، توسط کمیته مجموعه اصلاحات و آمار انجمن روانپزشکی آمریکا در سال ۱۹۵۲ تحت عنوان DSM-I به چاپ رسید از آن زمان تاکنون این متن در موارد متعدد مورد تجدید نظر قرار گرفته است و اصلاحات مختلفی در زمینه طبقه بندی، واژه‌ها و ادبیات آن صورت گرفته است اما به هر صورت این متن معتبرترین نظام طبقه بندی رفتار ناپه‌نجا محسوب می‌شود. (انجمن روانپزشکی آمریکا، ص ۱۲ و ۱۴) البته اکنون پنجمین ویرایش آن نیز بعد از آنکه مورد مشاوره، برنامه‌ریزی و آماده‌سازی قرار گرفت به چاپ رسیده است.

(اختلال زبان)، اختلال در توانایی اجرای فعالیت‌های حرکتی با وجود سلامت کارکرد حرکتی، ناتوانی در تشخیص یا شناسایی اشیاء با وجود سلامت کارکرد حسی و اختلال در برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی، نظم، توالی و انتزاع اشاره نمود. (همان، ۱۱۵-۱۱۶)

همچنین در اختلالات یاد‌زدایشی، بروز اختلال در حافظه به‌صورت نقص در توانایی آموختن مطالب جدید یا ناتوانی در به یاد آوردن اطلاعاتی که قبلاً فراگرفته شده است جلوه‌گر می‌شود. از سوی دیگر این اختلال حافظه باعث اختلال چشمگیر در کارکرد اجتماعی یا شغلی می‌شود و در مقایسه با سطح کارکردی گذشته افت قابل ملاحظه‌ای را نشان می‌دهد. (همان، ۱۲۱)

ب-تطبیق عته با اختلالات روانی و صدور احکام

فهم اندک، اختلاط کلام (عدم درک مفهوم سخنان خود)، فساد تدبیر، قدرت تجزیه و تحلیل برخی امور، خودداری از ضرب و شتم، عدم توجه به اتفاقات پیرامون و توقف رشد مغز و ملکات ذهنیه قبل از رسیدن به سن تشخیص و تمیز، مجموعه‌ای از مشخصاتی است که فرد با دارا بودن تمام یا بخشی از آن‌ها معتوه خوانده می‌شود. ضمناً بیان گردید که عته دارای یک مصداق مشخص و واحد نیست بلکه عنوانی برای طیفی از عارضه‌ها است. از این روی معصومان (ع) نیز در مواجهه با سؤال در خصوص معتوه ابتدا به تعیین و تشخیص مصداق می‌پرداختند و بعد از آن حکم مسئله را تبیین می‌نمودند.

بر اساس آنچه پیش‌تر گفته شد و در اینجا نیز به برخی از آن‌ها اشاره شد، باید جهت صدور احکام متناسب، مبتلایان به عته را با عنایت به زمان ابتلا و زمان بروز حالات، به دو قسمت تقسیم نمود:

۱- توقف رشد ملکات ذهنیه قبل از رسیدن به سن تشخیص و تمیز: در این صورت این عارضه را باید در طبقه اختلال‌هایی که معمولاً نخستین بار در دوران شیرخوارگی، کودکی یا نوجوانی تشخیص داده می‌شوند.^۹ و در قسمت عقب‌ماندگی ذهنی^{۱۰} بررسی نمود. در این حالت شدت میزان عقب‌ماندگی ذهنی که یکی از معیارهای مهم در اختصاص احکام است را بر اساس مبنایی به نام بهره هوشی یا هوش‌بهر تعیین می‌نمایند و آن را در یکی از رده‌های

9- DISORDER USUALLY FIRST DIAGNOSED IN INFANCY CHILDHOOD OR ADOLESCENCE

10-MENTAL RETARDATION

خفیف،^{۱۱} متوسط،^{۱۲} شدید،^{۱۳} عمیق^{۱۴} و نامشخص^{۱۵} جای می‌دهند؛ و سپس جایگاه هر یک از مصادیق را در طیف عته با توجه به نشانه‌ها و معیارهای مربوط مشخص می‌نمایند. البته در برخی از موارد نیز ممکن است یک مصداق موضوعاً در طیف عته جای گیرد اما احکام سایر اختلالات روانی بر وی حاکم گردد. به عنوان نمونه یک شخص عقب‌افتاده با هوش‌بهر پایین‌تر از ۲۵ به ضمیمه ویژگی‌های دیگری چون میزان اراده و خصوصیتی که از خود بروزمی دهد، ممکن است هرچند تخصصاً با توجه به تعریف، داخل در موضوع عقب‌ماندگی ذهنی و در پیوند با عته باشد اما مشمول احکام جنون خاص شود.

۲- **ظهور و تشخیص بعد از ۱۸ سالگی:** در این حالت با توجه به مشخصات مختلفی که برای عته ذکر گردیده است آن را می‌توان در پیوند با دلیریوم، زوال عقل و اختلال‌های یادزدایشی بررسی نمود. فهم اندک، قدرت تجزیه و تحلیل پایین و فساد تدبیر که از نشانه‌های آشکار عته است را دلیریوم‌ها در قالب اختلال هوشیاری، توجه تمرکز و نقص آگاهی نسبت به زمان، مکان و یا اشخاص و در دمانس‌ها به صورت اختلال در برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی، نظم و توالی و تخریب حافظه و در اختلالات یادزدایشی نیز در تخریب حافظه و کاهش چشمگیر کارکرد اجتماعی و شغلی می‌توان مشاهده نمود. نشانه‌ی دیگر عته یعنی اختلاط کلام، در اختلالات پیش‌گفته تحت عنوان آفازی (اختلال زبانی) از نشانه‌های بارز محسوب می‌شود؛ خصوصاً در دمانس‌ها (زوال عقل) که در کنار آپراکسی و آگنوزی از ارکان این اختلال است. در بحث صدور احکام برای این افراد نیز باید به دو نکته توجه گردد

الف. شاخصه‌هایی چون خفیف، متوسط، شدید، در بهبود نسبی، در بهبود کامل و دارای سابقه قبلی را که حاکی از شدت و دوره‌های اختلال هستند، باید به دنبال تشخیص ذکر گردد؛ زیرا در تناظر بین عارضه‌های مطرح در فقه و اختلالات روانی و نهایتاً صدور احکام باید به این نکته توجه نمود که چه ترازوی از اختلال در مقابل یک عارضه فقهی قرار می‌گیرد. با این توضیح شاید برخی از این اختلالات در نگاه اول در پیوند با عته ارزیابی نگردد؛ ولی بررسی

11-MILD MENTAL RETARDATION

12-MODERATE MENTAL RETARDATION

13-SEVER MENTAL RETARDATION

14-PROFOUND MENTAL RETARDATION

15-MENTAL RETARDATION SEVERITY UNSPECIFIED

موارد یا اشکال مختلف آن اختلال دارای اوصاف یا عملکردی باشند که با ویژگی‌های مطرح‌شده درباره عته قابل تطبیق و شامل احکام آن گردد.

ب. با توجه به اینکه دمانس‌ها می‌توانند ناشی از بیماری‌های مختلفی چون HIV، ضربه مغزی، پارکینسون، هانتینگتون، پیک، ژاکوب و کروتسفلد، مواد و یا اختلالات طبی کلی مثل هیدروسفالی، کم‌کاری تیروئید، تومور مغزی، کمبود ویتامین ب ۱۲ و ... باشند؛ در بررسی احکام مربوطه به عته در پیوند با دمانس‌ها، جایگاه مصداق در طیف عارضه، قابلیت بهبودی، علت ایجاد بیماری و به تبع آن طول زمان درمان باید مشخص گردد و الا صرف تشخیص بیماری و الحاق آن به عته، محملی دقیق برای صدور حکم ایجاد نمی‌کند.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه تاکنون گفته شد می‌توان نکات زیر را در خصوص معنا و مفهوم عته این‌گونه بیان نمود:

۱- عته یکی از عارضه‌های عقلی و غالباً با ریشه وراثتی است که بنا بر آثاری که در شخص ایجاد می‌نماید احکام متفاوتی را به خود اختصاص می‌دهد.

۲- مترادف دانستن دو واژه عته و جنه یا یکسان‌پنداری موضوع له این دو واژه اساساً حاصل مجموعه‌ای از خطاهای منطقی و فقهی است.

۳- این واژه برخلاف جنون خاص نمی‌تواند بدون توصیف مشخصی از زوال یا نقصان، موضوع حکم قرار گیرد. در روایاتی نیز که واژه معتوه فاقد وصف، موضوع حکم قرار گرفته است، چنانچه قرائنی بر تشخیص وجود نداشته باشد، تنها می‌توان عدم سلامت عقلی را مطرح کرد و هرگونه اظهار نظری در خصوص گستره و تعیین مصداق، خارج از قواعد مسلم استنباط است.

۴- از نگاه مصداقی نسبت بین دو واژه عته و جنه عموم و خصوص من وجه است. از این روی با سه‌گونه مصداق روبرو هستیم.

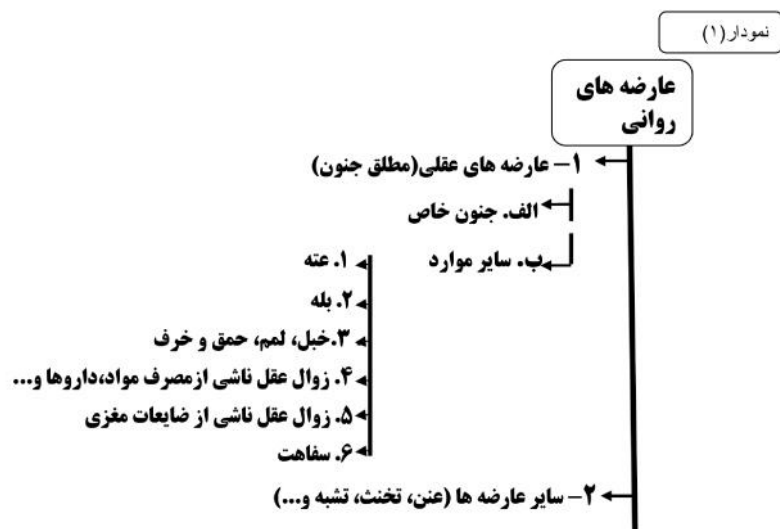
الف. عقب‌ماندگان ذهنی که یک یا چند ویژگی مختص جنون خاص را نیز دارند به‌طوری‌که تطبیق جنون خاص نیز بر آن‌ها صادق است. این افراد مصداق مشترک مجنون و معتوه را تشکیل داده‌اند و شاید اشاره برخی عبارات در یکسان‌نگاری مفاهیم عته و جنون ناشی از تمرکز نگاه بر این مصداق مشترک و چشم‌پوشی از سایر مصداق بوده است.

ب. عقب‌ماندگان ذهنی دارای اراده و درک که توان نسبی اداره زندگی را در بسیاری از امور دارا هستند. البته ممکن است در اموراتی چون انتخاب همسر یا مباحث مالی نیازمند کمک باشند. این افراد قطعاً از دایره جنون خاص خارج هستند و به هیچ وجه نمی‌توان آن‌ها را در زمره مجانین خاص موضوعاً یا حکماً محسوب نمود. هرچند ممکن است بسته به آثاری چون عدم درک بدیهیات، ناتوانی در امور اقتصادی، تشخیص ضعیف حسن و قبح که عقب‌ماندگی ایجاد نموده، با سایر عارضه‌های عقلی دارای مصادیق مشترک باشد.

ج. مجانینی که رشد عقلی آن‌ها به گونه‌ای بوده که عنوان عقب‌مانده ذهنی بر آن‌ها صادق نیست. به عنوان نمونه نگاه عرف به عقب‌ماندگی ذهنی همواره با انتظار ظهور علائمی در جسم و خصوصاً در صورت همراه است؛ بر همین اساس است که به برخی از افراد تنها مجنون اطلاق می‌شود و حتی با نگاه عرفی که از دقت کمتری نسبت به نگاه کارشناسانه برخوردار است اطلاق هر دو عنوان مجتمعاً در برخی مصادیق صحیح نیست. شاید سخن برخی بزرگان که اشاره به نبود مصداق مشترک بین این دو مفهوم داشت نیز ناشی از تمرکز نگاه بر موارد دوم و سوم، یعنی موارد افتراق باشد.

۵- در دایره مفاهیم این‌همانی بین دو عنوان در دو علم مختلف با توجه به تعدد جهت، غیرممکن است. لذا نمی‌توان برای عته واژه‌ای مترادف در روانشناسی پیدا نمود؛ اما در دایره مصادیق می‌توان از مقایسه ویژگی‌های گفته شده در هر علم، به پیوند، ارتباط و نسبت بین مصادیق در دو علم دست یافت و به تقویت و تقریب انگارهای فقهی و پزشکی کمک نمود.

۶- افراد مبتلابه عته را با توجه به زمان تشخیص و ابتلا می‌توان در پیوند با عقب‌ماندگان ذهنی یا مبتلایان به دلیریوم، زوال عقل و اختلال‌های یادزدایشی بررسی نمود. با این توضیح که طیف عته و تراز بیماری باید کاملاً با یکدیگر تطبیق داده شوند و الا صدور احکام مشابه برای مصادیق مختلف و بالعکس، آفتی ناگزیر است.



منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث و الأثر*، قم - ایران، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول بی تا.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسيلة إلى نيل الفضيلة*، قم - ایران، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت - لبنان، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- ابو جیب، سعدی، *القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا*، دمشق - سوریه، دار الفكر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- انجمن روانپزشکی آمریکا، *خلاصه متن تجدید نظر شده چهارمین راهنمای تشخیصی و آماری اختلال های روانی (DSM-IV-TR)*، مترجم محمد رضا نیکخو و هامایاک آوادیس یانس، تهران، انتشارات سخن، چاپ اول، ۱۳۸۳.

- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم- ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۰۵ ق.
- جزیری، عبد الرحمن، *الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (ع)*، بیروت - لبنان، دار الثقلمین، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت*، قم - ایران، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول ۱۴۲۶ ق.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، *معجم فقه الجواهر*، بیروت - لبنان، الغدير للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ اول ۱۴۱۷ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصاحح - تاج اللغة و صحاح العربیه*، بیروت - لبنان، دار العلم للملایین، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.
- حرعاملی، محمد بن حسن، و *وسائل الشیعة*، قم - ایران، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- حسنی، هاشم معروف، *نظرية العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت - لبنان، منشورات مكتبة هاشم، چاپ اول بی تا.
- حسینی حائری، کاظم، *فقه العقود*، قم - ایران، مجمع اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ق.
- حسینی زری، محمدجواد، کاظم مدیرشانه چی و محمدجواد مشکور، *فرهنگ فرق اسلامی*، تهران، چاپ پنجم، بی تا.
- خلیل بن احمد، *کتاب العین*، قم - ایران، نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- رحمان ستایش، محمد کاظم، *رسائل فی ولاية الفقیه*، قم - ایران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۲۵ ق.
- سلیمان فاروقی، حارث، *المعجم القانوني*، مؤسسه آیت اله میلانی، چاپ سوم، ۱۹۹۱ م.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)*، قم - ایران، کتابفروشی داوری، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، *المحیط فی اللغة*، بیروت - لبنان، عالم الكتاب، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت - لبنان، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل (ط - الحدیثة)*، قم - ایران، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.
- طریحی، فخر الدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران - ایران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.

- طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام*، تهران - ایران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق. عبد الرحمان، محمود، *معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية*، قاهره، دارالفضيلة، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء* (ط - القديمة)، قم - ایران، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۳۸۸ ق.
- کرینگ، آنم و دیگران، *آسیب شناسی روانی* (روانشناسی نابهنجاری)، ترجمه حمید شمسی پور، تهران، انتشارات ارجمند، چاپ دوم، ۱۳۹۱ .
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی* (ط - الإسلامية)، تهران - ایران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الأنوار*، بیروت - لبنان، مؤسسة الطبع و النشر، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- محسنی، محمد آصف، *الفقه و مسائل طبية*، قم - ایران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۲۴ ق.
- مرادی، عذرا، «بررسی شرط رشد در مسئولیت کیفری»، *مجله فقه اهل بیت علیهم السلام* (فارسی)، ج ۵۳، صص ۶۹-۷۲.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت - لبنان، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.
- منتظری، حسینعلی، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، مترجم: محمود صلواتی، و ابو الفضل شکوری، قم - ایران، مؤسسه کیهان، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- مومن قمی، محمد، *الولاية الإلهية الإسلامية أو الحكومة الإسلامية*، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۲۵ ق.
- میر سعیدی، منصور، *مسئولیت کیفری، قلمرو وارکان*، انتشارات فروزش، چاپ اول ۱۳۹۰.
- یاسین، محمد نعیم، *المشاورة البلدية حول تشريعات الصحة النفسية*، کویت، ۱۹۹۷ م.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۳
زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۴۱-۱۱۹

بررسی حکم فقهی حرمت حفظ کتب ضلال*

علی کشاورز

دانشجوی دکتری دانشگاه فردوسی مشهد

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

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@um.ac.ir

چکیده

در کتاب‌های فقهی از گذشته تا اکنون به حکم حرمت در خصوص حفظ برخی کتب اشاره شده است که از آن‌ها به «کتب ضلال» تعبیر می‌شود. هرچند تعریف ضلال (و هدایت) و اضلال (و اهداء) در لسان فقها چندان روشن نیست اما وقتی از حرمت حفظ (از تلف) سخن می‌گویند مرادشان جلوگیری از استماع (و اطلاع) از سایر اقوال است و ادله‌ای که در این خصوص آورده‌اند نیز با خلط بین دو مقام استماع (و اطلاع) و مقام اتباع، گویا مبتنی بر این پیش‌فرض است که بین استماع (و اطلاع) با اتباع، ملازمه جریان دارد و اگر جلوی استماع گرفته شود قطعاً جلوی اتباع نیز گرفته خواهد شد.

نتیجه اینکه اولاً ادله‌ای که ادعا شده همگی قاصر از اثبات حکمی در خصوص جلوگیری از استماع است، در ثانی خلط دو مقام، جایز نیست چراکه صرف استماع منجر به اتباع نمی‌شود و بین آن‌ها هیچ‌گونه ملازمه‌ای وجود ندارد. نهایت اینکه با توجه به وجود کتابی چون قرآن که از طرفی خود مجمع الاقوال است و انتخاب قول احسن برای اتباع را هم از میان اقوال مختلف به عهده انسان گذاشته و هیچ اکراهی در این زمینه را روا ندانسته و از طرف دیگر با وجود قول احسن (قول خدا) در آن به‌عنوان قول معیار، دیگر بحث از اتلاف کتاب یا ممنوعیت استماع قولی، بی‌معناست.

کلیدواژه‌ها: حکم فقهی، حرمت حفظ، کتب ضلال، اضلال، اتباع.

مقدمه

آنچه در این پژوهش به آن پرداخته خواهد شد بررسی یک حکم فقهی است که در آن حفظ برخی کتب ممنوع شده است، کتبی که تحت عنوان «ضلال» جای می‌گیرند. از نظر تبارشناسی این حکم فقهی، به نظر، اولین فقهی که به حرمت تکسب با کتبی تحت عنوان کتب ضلال ملتزم شده شیخ مفید است. (المقنعه، ۵۸۹) و از زمان او تاکنون این حکم فقهی در کتب فقها ذکر شده است هرچند به طور ضمنی ذیل برخی اعمال حقوقی مرتبط با کتب، اعم از کتب ضلال یا کتب کفر یا تورات و انجیل و... به آن پرداخته‌اند. به عنوان نمونه سلار اخذ اجرت بر کتب کفر را حرام می‌داند (المراسم العلویه، ۱۷۲). اینکه او به جای واژه ضلال از کفر استفاده می‌کند شاید به این دلیل باشد که در دیدگاه او، ضلال درواقع معنایی جز کفر ندارد و شیخ طوسی، کفر و ضلال را در کنار هم ذکر می‌کند و نسخه‌برداری از هر دو و تخلید آن‌ها را جایز نمی‌شمارد (نهایه، ۳۶۷)؛ اما از سایر فقها قاضی ابن‌براج، نسخه‌برداری و حفظ کتب ضلال و همچنین ایراد شبهه و تخلید آن در کتب را حرام می‌داند (المهذب، ۳۴۵/۱). ابن‌ادریس نیز علاوه بر نسخه‌برداری و حفظ، اخذ اجرت بر آن را نیز جایز نمی‌داند (السرائر، ۱۱۸/۲). محقق حلی (شرایع الاسلام، ۲/۲۶۴) و علامه (ارشاد الاذهان، ۱/۳۵۷) نیز حفظ و نسخه‌برداری را فی‌نفسه حرام می‌دانند اما علامه در جایی دیگر بعد از ذکر کتب ضلال نسخه‌برداری تورات و انجیل و تعلیم و اخذ اجرت بر آن‌ها را نیز ذکر می‌کند. (تحریر الاحکام، ۲/۲۶۰)

به نظر می‌رسد علامه تورات و انجیل را به عنوان مصادیق کتب ضلال می‌آورد. در تذکره نیز ابتدا وقف بر کتابت تورات و انجیل را ذکر می‌کند و دلیل می‌آورد که چون منسوخ و تحریف شده‌اند وقف بر آن‌ها جایز نیست و در ادامه وقف بر کتابت کتب ضلال را ذکر می‌کند (تذکره الفقهاء، ۲/۴۲۹) وی استیجار برای تعلیم این کتب (همان، ۲۹۸) و وصیت به کتابت تورات و انجیل و کتب ضلال را در جایی دیگر مشمول حکم عدم جواز می‌داند (همان، ۴۸۳). اینکه همواره تورات و انجیل با کتب ضلال ذکر شده به نظر می‌رسد به این دلیل باشد که نزد علامه، از اظهر مصادیق کتب ضلال به شمار می‌رود، از این روست که محقق کرکی در شرح قواعد علامه خاطر نشان می‌کند که تورات و انجیل از کتب ضلال بلکه از رؤوس کتب ضلال‌اند و مراد علامه از ذکر این دو کتاب آن‌هم وقتی ذکر کتب ضلال کفایت می‌کرد شاید توجه دادن به این نکته باشد که این‌ها در اصل ضلال نبوده‌اند یا اینکه منسوخ بعد از نسخ (نسخ

شریعت) از حق بودن خارج می شود. (جامع المقاصد، ۲۶/۴). شهید اول (اللمعه الدمشقیه، ۹۲) و شهید ثانی (الروضه البهیة، ۲۱۴/۳) علاوه بر حفظ و نسخه برداری، درس، قرائت، مطالعه و مذاکره را نیز اضافه می کنند. از آنچه ذکر شد این گونه برداشت می شود که تمام موارد ذکر شده اعم از تکسب، وقف، وصیت یا استیجار برای تعلیم و نسخه برداری و کتابت در واقع متفرع بر حفظ کتب ضلال هستند و در بقای آن دخیل اند؛ بنابراین اصل و عنوان بحث را می توان «حرمت حفظ کتب ضلال» نامید.

توضیح واژگان بحث

مراد از حرمت: مراد از حرمت، حکم تکلیفی است و از آنجا که حرمت تکسب با فعلی در صورتی وجیه است که خود فعل حرام نفسی باشد می توان گفت در صورت اثبات آن نوبت به حکم وضعی می رسد که بحث اخیر بعد از بررسی ادله و تمام بودن آن ها متصور است. علاوه بر اینکه ظاهراً مراد از حرمت حفظ، نزد برخی وجوب اتلاف است. (الروضه البهیة، ۲۱۴/۳؛ جواهر الکلام، ۵۶/۲۲).

مراد از حفظ: همان طور که در لغت هم به معنای به خاطر سپردن (نقبض نسیان) آمده و هم به معنی حفظ و حراست (از تلف) (لسان العرب، ۴۱۷/۷) فقها نیز هر دو معنا را ذکر کرده اند و گویا حفظ معنای اصطلاحی ندارد بلکه مراد از آن همان معنای لغوی است. محقق کرکی می نویسد حفظ کتب ضلال یعنی حفظ آن ها در سینه (از برکردن) یا حفظ آن ها به معنی صیانت آن ها از اسباب تلف (جامع المقاصد، ۲۶/۴) اما محقق اردبیلی حفظ به معنی صیانت از اسباب تلف را اظهر می داند (مجمع الفائده، ۷۵/۸) و محقق نراقی مراد از حفظ را تنها به حفظ از فرسوده شدن محدود می کند (مستند الشیعه، ۱۵۷/۱۴). محقق ایروانی نیز سه احتمال را در مورد معنای حفظ ذکر می کند مبنی بر اینکه یا مراد از حفظ، عدم تعرض برای اتلاف است که این از عبارت بعید است یا مراد از حفظ، اثبات ید بر آن و حفظ آن است و یا مراد از حفظ چنانکه از ظاهر آن برمی آید، حفظ از تلف است. پس مورد آن خصوص موقعیتی است که کتاب در معرض تلف باشد و آب و آتش متوجه آن شود و فرد آن را از تلف حفظ کند مثل حفظ نفس محترمه از تلف که همین طور است و گرنه صرف مهمان کردن کسی و دعوت کردن او به خانه اگر در خارج خانه بلا و آفتی متوجه او نباشد حفظ او محسوب

نمی‌شود. (حاشیه المکاسب، ۲۵/۱).

مراد از کتب ضلال

ضلال در لغت ضد هدی و رشاد و اضلال ضد اهتداء و ارشاد است و ضاله، حیوانی است که برای او صاحبی (ربی) نمی‌شناسند، ضلّ الشیء یعنی «خفی و غاب» و اصل معنای ضلال یعنی «غیبوبه» چنانکه گفته می‌شود: «ضلّ الماء فی اللبن اذا غاب و ضلّ الکافر اذا غاب عنه الحجة و ضلّ الناسی اذا غاب عنه حفظه» و همچنین به آبی که زیر صخره‌ای جریان دارد و نور خورشید به آن نمی‌رسد «ضَلَّ» می‌گویند. (لسان العرب، ۳۹۰/۱۱-۳۹۶).

محقق اردبیلی مراد از کتب ضلال را این‌گونه بیان می‌کند که شاید مراد از آن اعم از کتب ادیان منسوخه و کتب مخالف با حق (امامیه) چه در اصول و فروع و همچنین کتب احادیثی که معلوم است جعل شده‌اند باشد نه احادیثی که ضعیف‌اند به دلیل مذهب یا فسق راویان آنها با اینکه احتمال صدور هم می‌رود بنابراین حفظ صحاح سته جائز است مثل احادیثی که در کتب ماست علی‌رغم اینکه راویان آنها به دلیل زیدی، فطحی یا واقفی بودن، ضعیف‌اند پس شایسته نیست که از اخبار نبوی که عامه روایت کرده‌اند اعراض کنیم. خلاصه ظاهر این است که آنچه ممنوع است فقط ضلال است نه تصنیفات مخالفان در مذهب (غیر از امامیه) هرچند موافق حق باشد (امامیه). پس تفاسیر مخالفان ممنوع نیست مگر مواضعی که بطلان و فساد آن معلوم باشد و اصول فقه آنها هم مگر در موارد نادر بلا اشکال است زیرا حق در اصول فقه با دلیل اثبات می‌شود و در دین چیزی مقرر نشده که با آن مخالفت شود بلکه کتاب‌های آنها در اصول فقه در نقل خلاف و اختیار آنچه مبرهن و حق است مثل کتاب‌های ما هستند. (مجمع الفائده، ۷۵-۷۶/۸).

اما محقق بحرانی این تفریعات و تخریجات را در واقع تیری در تاریکی می‌داند و می‌گوید اختصاص منع به ضلال اگر دلیلی داشت خوب بود هرچند اشکال به آن وارد است که شاید مراد از کتب ضلال کتب اهل ضلال باشد و این مجاز شایعی در کلام است و به این ترتیب آنچه محقق اردبیلی در مورد تخصیص به ضلال ذکر کرده منتفی می‌شود و به‌طور مطلق همه مصنفات اهل ضلال را در برمی‌گیرد و این با نهی وارد شده در خصوص هم‌نشینی با آنها و استماع کلامشان حتی برای رد، از ترس شمول عذاب نیز مناسبت دارد. (الحدائق الناضرة، ۱۴۳/۱۸).

اما صاحب مفتاح الکرامه برخلاف نظر بحرانی در خصوص کاربرد مجازی بیان می‌کند که ظاهر کلام اصحاب این است که کتاب ضلال کتابی است که همه مطالبش ضلال باشد و این اقتضای اصل حقیقت در الفاظ نیز هست و مثال می‌زند به تورات و انجیل، کتاب‌های حکمای قدیم که قائل به قدم عالم و عدم معاد بودند، کتب عبادت بت‌ها و منکران خداوند، کتب بدعت مثل کتب جبر و کتبی که در خصوص خلفای سه‌گانه و خوارج چه اصول دینشان چه فروع و فتاوی آن‌هاست اما کتبی که همه مطالبشان ضلال نیست بلکه مشتمل بر ضلال است درحالی‌که پر از مطالبی است که موافق با مکتب کلامی عدلیه است مثل کتب معتزله و بعضی کتب اشاعره و تفاسیر آن‌ها و اصول فقه آن‌ها و صحاح سته، حفظ آن‌ها حرام نیست. وی در ادامه ملاک را دایره مدار اغراض و مقاصد و ترتب مصالح و مفاسد می‌داند و سه صورت برای آن متصور می‌شود. صورت اول کتاب‌هایی که برای تقویت ضلال اسلامی یا ضلال مخالفت با حکم شرعی ثابت به دلیل قطعی به آن استدلال شود که واجب الاتلاف است. صورت دوم کتبی که به آن احتجاج نمی‌شود مثل اخبار و فتاوی غیر اصحاب امامیه که حفظ و نسخه‌برداری آن‌ها حرام است ولی اتلاف آن‌ها واجب نیست و صورت سوم کتبی که نوشته شده تا به کمک آن بر معانی کتاب و سنت استدلال شود مثل کتب اصول فقه که بلا اشکال است. (۲۰۹/۱۲-۲۰۷)

البته صاحب جواهر هم این تفصیل که کتب ضلال یا همه‌اش ضلال است یا مشتمل بر ضلال است را بر نمی‌تابد و قائل است که در لسان دلیل، فرقی میان معد و غیر معد، کل یا بعض، اصلی یا فرعی وقتی معلوم الضلال باشد نیست هرچند در ادامه می‌گوید غالب کتب مخالفین و ملل فاسد، امروزه از کتب ضلال خارج‌اند چون به دلیل وقوع نقض و افساد مطالب آن‌ها توسط اصحاب ما دیگر مثل این است که از بین رفته‌اند و امروزه دیگر اتلاف آن‌ها به معنی نابودکردن آن‌ها از عرصه وجود، واجب نیست. (جواهر الکلام، ۵۹/۲۲-۵۸).

اما کسی که سعی می‌کند عنوان بحث را و در واقع مراد از ضلال را به صورت منقح بیان سازد شیخ انصاری است. وی در مکاسب مراد از ضلال را به دو شکل بررسی می‌کند. به نظر او یا مراد از ضلال چیزی است که فی نفسه باطل باشد که در این صورت کتب ضلال، کتب مشتمل بر مطالب باطل است یا اینکه مراد از ضلال، معنای مقابل هدایت باشد که در این صورت دو احتمال است:

احتمال اول (در مجموع احتمال دوم) اینکه کتب ضلال کتبی است که به قصد حصول

ضلال نوشته شده است.

احتمال دوم (در مجموع احتمال سوم) درواقع کتابی است که موجب ضلال شود هرچند مطالبش حق باشد مثل بعضی از کتب عرفا و حکما که مشتمل بر ظواهر منکری است که ادعا می‌کنند غیر از ظاهر آنها را اراده کرده‌اند.

اما شیخ انصاری قبل از اینکه درواقع نظر مختار خود را بیان کند توضیح می‌دهد که کتاب‌های آسمانی منسوخ و تحریف نشده داخل در کتاب‌های ضلال نیستند اما کتاب‌های آسمانی تحریف شده مثل تورات و انجیل داخل در کتب ضلال‌اند به معنای اول (کتب مشتمل بر مطالب باطل) نسبت به ما چراکه دیگر بعد از بداهت نسخ آن کتب برای مسلمانان، موجب ضلال نمی‌شوند (۲۳۵/۱)

در ادامه شیخ از بین سه احتمال که ذکر کرد یعنی کتب مشتمل بر مطالب باطل، کتبی که به قصد حصول ضلال نوشته شده و کتبی که موجب ضلال باشد هرچند مطالبش حق باشد، احتمال اخیر را ظاهر از دلیل «نفی خلاف» می‌داند. (همان، ۲۳۶).

محقق ايروانی نیز در صورت تمامیت ادله همین احتمال سوم را مناسب می‌داند (حاشیه المکاسب، ۲۵/۱) و سید یزدی نیز احتمال سوم را متنها در صورتی که شان آن اضلال باشد و به عبارتی نوعاً موجب ضلال شود می‌پذیرد و معتقد است کتابی به صرف اینکه مشتمل بر مطالب باطل باشد کتاب ضلال محسوب نمی‌شود مانند کتب اشعار عاشقانه و مانند آن‌که از کتب ضلال نیستند و همچنین کتب داستان‌های غیر واقعی و کاذب خصوصاً اگر به غرض پند و اندرز نوشته شده باشند مثل کتاب انوار سهیلی و مانند آن و همچنین کتبی که از نظر ادبی سودمندند مثل کتاب مقامات حریری و بدائعی و مانند آن‌ها. (حاشیه المکاسب، ۲۳/۱).

منتظری نیز در دراسات همین احتمال سوم را اظهر می‌داند ولی نه به این معنی که موجب ضلال شود ولو برای یک نفر به دلیل جهل و ساده‌لوحی‌اش آن‌هم به‌ندرت و گرنه لازم می‌آید که همه کتاب‌ها حتی مثل قرآن کریم و کتب حدیث، کتب ضلال باشند بلکه به این معنی که برای کثیری از افراد معمولی خالی‌الذهن که به آن مراجعه می‌کنند موجب ضلال شود. (۹۹/۳)

اما خوئی در شرح خود بر مکاسب شیخ، مراد از کتب ضلال را مجموع احتمالات دوم و سوم می‌داند آنجا که می‌گوید مراد از کتب ضلال هر آن‌چیزی است که به قصد اضلال و اغوای مردم نوشته شده و موجب ضلالت و گمراهی در اعتقادات و فروع شود. (مصباح الفقاهه، ۴۰۲/۱-۴۰۱).

در این میان تنها سید محمد صادق روحانی است که از بین سه احتمالی که شیخ انصاری ذکر کرده احتمال دوم را انتخاب می‌کند یعنی کتبی که به قصد حصول ضلال نوشته شود حتی اگر مطالبش حق باشد. (فقه الصادق، ۲۶۸/۱۸؛ منهاج الفقاهه، ۳۴۳/۱).

حال بعد از گزارش نسبتاً مبسوطی از اقوال فقها در مورد معانی کتب ضلال پرسش این است که بالاخره با وجود این همه اختلاف نظر، مراد از کتب ضلال چیست؟ این پرسش از این رو همچنان باقی است که برخی صرفاً بر اساس پیش‌فرض‌های اعتقادی، فرقه‌ای یا کلامی برای عنوانی که اختراع شده یعنی «کتب ضلال» معنا تراشیده و مصداق آورده‌اند و رهبران و علمای مذهبی و غیر مذهبی هر فرقه‌ای که با هر عقائدی خود را هدایت یافته می‌دانند (اعراف/۳۰) نیز می‌توانند نسبت به آنچه مخالف عقایدشان است همین دیدگاه را داشته باشند (فرقان/۴۲) و این روش کمکی به فهم مسئله نمی‌کند. نگارنده از این رو لازم می‌بیند ضلال و اضلال را با توجه به سیاق آیات قرآن، بازتعریف کند.

ابتدا باید گفت در قرآن، خداوند به‌طور عام می‌گوید هرکه را بخواهد هدایت می‌کند و هرکه را بخواهد گمراه می‌کند (به‌طور نمونه: بقره/۲۷۲؛ نحل/۹۳؛ فاطر/۸) و علاوه بر اینکه کسی که او گمراه کند دیگری نمی‌تواند او را هدایت کند (...وَمَنْ يَضِلُّ اللَّهُ فَمَا لَهُ مِنْ هَادٍ) و کسی که او هدایت کند دیگری نمی‌تواند او را گمراه کند (وَمَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَمَا لَهُ مِنْ مُضِلٍّ...) (زمر/۳۶، ۳۷) که با توجه به سیاق آیات قرآن اساساً این آیات به‌منظور بیان مطلب دیگری نازل شده‌اند و آن، تذکر دادن این مطلب به پیامبر است که وی مسئول هدایت انسان‌ها نیست بلکه تنها وظیفه او بلاغ و انذار است.^۱

از این رو به نظر می‌رسد بحث‌های کلامی شکل گرفته پیرامون آیات اضلال خداوند، محصول شرایط بعد از عصر نزول است و گرنه در گفتمان قرآنی و سیاق آیات، چنان نگرشی نه اراده شده نه دیده می‌شود.

۱- «كَذَّبَ بِهِ قَوْمُكَ وَهُوَ الْحَقُّ قُلْ لَسْتُ عَلَيْكُمْ بِوَكِيلٍ» (انعام/۶۶)، «وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ مَا أَشْرَكُوا وَمَا جَعَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا وَمَا أَنتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ» (انعام/۱۰۷)، «قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنِ اهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَمَا أَنَا عَلَيْكُمْ بِوَكِيلٍ» (يونس/۱۰۸)، «إِنَّا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ لِلنَّاسِ بِالْحَقِّ فَمَنِ اهْتَدَىٰ فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَمَا أَنَا عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ» (زمر/۴۱)، «وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ اللَّهُ حَفِيظٌ عَلَيْهِمْ وَمَا أَنتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ» (شوری/۶)، «وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرَهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ * وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تُؤْمِنَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ...» (يونس/۹۹-۱۰۰)، «فَلَعَلَّكَ نَارِكُ بَعْضٌ مَّا يُوحَىٰ إِلَيْكَ وَضَائِقٌ بِهِ صَدْرُكَ أَنْ يَقُولُوا لَوْلَا أُنْزِلَ عَلَيْهِ كُتُبٌ أَوْ جَاءَ مَعَهُ مَلَكٌ إِنَّمَا أَنتَ نَذِيرٌ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ» (هود/۱۲).

از طرفی به طور خاص از کسانی که هدایت نمی‌کند به عنوان نمونه ظالم (بقره/۲۵۸؛ مائده/۵۱)، کافر (بقره/۲۶۴؛ مائده/۶۷) و فاسق (مائده/۱۰۸) نام می‌برد که در ادامه ذکر خواهد شد که این افراد همه زیرمجموعه یک حکم کلی قرار می‌گیرند.

از طرف دیگر می‌گوید: «وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ...» (توبه/۱۱۵) که در ادامه باید دید چه کسانی را هدایت کرده است.

اما توضیح کسانی که هدایت نمی‌کند و کسانی که هدایت می‌کند:

برای گروه اول یعنی کسانی که هدایت نمی‌کند (گمراه می‌کند) می‌توان به قاعده و قانونی که خداوند مقرر داشته آن‌هم به نحو یک رابطه علی و معلولی اشاره کرد یعنی آیات سه و چهار سوره حج: «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَجَادِلُ فِي اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّبِعُ كُلَّ شَيْطَانٍ مَرِيدٍ (۳) كَتَبَ عَلَيْهِ أَنَّهُ مَنْ تَوَلَّاهُ فَأَنَّهُ يُضِلُّهُ وَيَهْدِيهِ إِلَى عَذَابِ السَّعِيرِ (۴)» که با توجه به آیات دیگر^۲ به خوبی معلوم می‌شود که مراد از دعوت شیطان و تبعیت از او یا تبعیت از سنت‌های آباء و اجدادی و به دنبال آن هدایت نشدن به عدم تعقل و تدبیر نسبت به «ما انزل الله» و عدم اتباع از آن باز می‌گردد و طبق این قانون اگر الف اتفاق بیافتد، ب نیز اتفاق خواهد افتاد و از این رو معنای اضلال خداوند نیز (به دور از نگاه کلامی) واضح است چرا که خداوند علت را آفریده و بیان می‌کند و معلول یعنی ضلالت دائر مدار علت یعنی عدم تعقل و تدبیر در اقوال (اعم از قول خدا و غیر خدا) و اتباع از غیر علم (غیر ما انزل الله) است.

اما گروه دوم یعنی کسانی که خداوند آن‌ها را هدایت می‌کند:

در یک جا به طور مختصر می‌گوید که «...يَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ أَنَابَ» (رعد/۲۷) و در جای دیگر می‌گوید: «...يَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يَنِيبُ» (شوری/۱۳) تا اینکه در آیات هفده و هجده سوره زمر به طور تفصیلی بیان می‌کند: «وَالَّذِينَ اجْتَنَبُوا الطَّاغُوتَ أَنْ يَعْبُدُوهَا وَأَنَابُوا إِلَى اللَّهِ لَهُمُ الْبُشْرَى فَبَشِّرْ عِبَادَ (۱۷) الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُو الْأَلْبَابِ (۱۸)» و در چند آیه بعد مناسب با این سیاق آمده: «قُلْ يَا عِبَادِيَ الَّذِينَ أَسْرَفُوا عَلَى أَنْفُسِهِمْ لَا تَقْنَطُوا مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعًا إِنَّهُ هُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ (۵۳) وَأَنبِئُوا إِلَىٰ رَبِّكُمْ وَأَسْلِمُوا لَهُ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَكُمُ الْعَذَابُ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ (۵۴) وَأَتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ

۲- (ابراهم/۲۲؛ نور/۲۱؛ نمل/۲۴) علی الخصوص آیات بیست و بیست و یک سوره لقمان «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَجَادِلُ فِي اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَلَا هُدًى وَلَا كِتَابٍ مُبِينٍ (۲۰) وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ اتَّبِعُوا مَا أَنزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا وَجَدْنَا عَلَيْهِ آبَاءُنَا أَوْ كُفُوا بِالنَّاسِطِينَ (۲۱)» و آیه صد و هفتاد سوره بقره: «وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ اتَّبِعُوا مَا أَنزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَفْقَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءُنَا أَوْ كُفُوا بِأَبَائِهِمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ (۱۷۰)»

إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَكُمْ الْعَذَابُ بُعْتَةً وَأَنْتُمْ لَا تَشْعُرُونَ (۵۵)».

شاید بدون اغراق بتوان گفت آیات ۱۷ و ۱۸ سوره زمر تنها آیاتی است که خداوند به صراحت مشخص کرده چه کسانی را هدایت می‌کند. اولین نکته‌ای که از این آیات استنتاج می‌شود این است که خطاب در این آیات به عباد و سیاق نیز مربوط به ایمان (و اسلام در تقابل با شرک) است. نکته دوم اینکه با توجه به سیاق آیات، خداوند خواسته که از «أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ» اتباع شود و به کسانی که «يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ» نیز بشارت داده بنابراین در یک کلام یعنی «يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ مِنْ الْقَوْلِ»؛ اما شاید به ذهن برسد که معنای اتباع از احسن چیست و چگونه ممکن است از بهترین قولی که در قرآن آمده تبعیت کرد درحالی که خدا خود آن را «احسن الحدیث» (زمر/۲۳) می‌نامد؟

نگاهی دقیق‌تر به آیات قرآن ما را به جواب می‌رساند و آن اینکه قرآن خود مجمع الاقوال نیز هست. هرچند تماماً قول خداست اما بسیاری از آیات با توجه به اینکه منطبق قرآن، منطق گفتگوست؛ نقل قول است. به عبارت رساتر مراد از «قول» قول خدا و اقوال غیر خداست که خدا نقل کرده است.

به‌عنوان نمونه می‌توان به این موارد اشاره کرد: قول شیطان در تکبر و ورزیدن (اعراف/۱۲)، قول مشرکان در مجنون خواندن پیامبر و اسطوره خواندن آیات قرآن (حجر/۶؛ انعام/۲۵؛ انفال/۳۱)، قول کافران در ساحر کذاب خواندن پیامبر (ص/۴)، قول بعضی یهودیان و مسیحیان که می‌گفتند عزیر و مسیح پسر خدا هستند (توبه/۳۰) و قول بعضی دیگر که می‌گفتند مسیح، خداست (مائده/۱۷) و قول بعضی دیگر که قائل به تثلیث بودند (مائده/۷۳)، قول دهری‌ها و منکران معاد (جاثیه/۲۴)، قول فرعون در خدا خواندن خود (نازعات/۲۴) و اقوال دیگر که بسیارند و در کنار این اقوال البته خدا از زبان رسولانش قول خود را نیز در سیاقی مناسب نقل کرده است.^۳

بنابراین اساساً اگر خداوند سایر اقوال را نقل نمی‌کرد دیگر اتباع از احسن، معنا نداشت و عقلاً ممکن هم نبود چراکه مقدمه عقلی اتباع از احسن، شنیدن جمیع اقوال و تعقل و تدبر در آن‌ها و بررسی بینه و دلیل هرکدام از آن‌هاست و گر نه چطور می‌توان فهمید که کدام قول

۳- خداوند خود با یک پرسش دعوت به تفکر می‌کند: «وَمَنْ أَحْسَنُ قَوْلًا مِمَّنْ دَعَا إِلَى اللَّهِ وَعَمِلَ صَالِحًا وَقَالَ إِنَّنِي مِنَ الْمُسْلِمِينَ» (فصلت/۳۳) و این‌گونه تذکر می‌دهد که قول احسن، قول خداست که به وسیله وحی بر زبان رسولانش جاری ساخته است و اتباع از قول احسن (ما انزل الله) منجر به هدایت است.

احسن است؟ بنابراین واضح است که تا وقتی کسی خود شخصاً جمیع اقوال و دلائل آن‌ها را نشود و در آن‌ها تدبر و تفکر نکند ممکن نیست که بتواند بعد از انتخاب، از احسن تبعیت کند و از ضلال خارج و هدایت شود.

لذا به عنوان نتیجه، کسی در ضلال است که اولاً اقوال را استماع و ثانیاً از احسن آن‌ها اتباع نکند و بنابراین اضلال نیز به همین ترتیب یعنی جلوگیری از استماع اقوال جهت تدبر و اتباع از احسن آن‌ها^۲ و این تعریف با اصل معنای لغوی آن که «غیبوبه» بود نیز تناسب دارد چنانکه قبل هم اشاره شد عرب به آبی که زیر صخره‌ای جریان دارد درحالی که صخره مانع رسیدن نور خورشید به آن می‌شود «ضلل» می‌گویند.

در اینجا لازم است به این نکته نیز اشاره شود که هدایت و ضلالت قائم به دو رکن است یعنی باید دو مقام را از هم تفکیک کرد: یکی مقام استماع (به‌طور کلی اطلاع) است و دیگری مقام اتباع.

در مقام استماع، آزادانه می‌توان اقوال را شنید چه قول خدا چه غیر خدا باشد اما در مقام اتباع، این قول خدا (در قرآن) است که برای مسلمان شایسته پیروی است. قبل از بررسی ادله اقامه شده این نکته قابل ذکر است که با توجه به اقوال فقها تا حدی واضح شد که مراد ایشان از بحث حفظ کتاب ضلال «ممنوع من السمع» و ممنوع از نشر (نسخه‌برداری) است یعنی مقام استماع، حال باید ادله‌ای که اقامه شده را بررسی کرد.

ادله مطرح شده بر حرمت حفظ کتب ضلال

دلیل اول: آیات

به نظر می‌رسد اولین فقیهی که به دلیل کتاب و برخی آیات آن البته به اجمال اشاره کرده صاحب جواهر است. وی می‌نویسد حرمت حفظ کتب ضلال از آنچه که دلالت بر وجوب اجتناب از قول زور و لهو الحدیث و کذب و افترا بر خدا دارند نیز استفاده می‌شود. (۵۶/۲۲)

۲- گاه این جلوگیری توسط خود فرد صورت می‌گیرد و در این حالت خود فرد، خود را اضلال کرده فی المثل به دلالتی چون هواپرستی، تعصب نسبت به سنت‌های جاهلانه آباء و اجدادی و... اقوال را نمی‌شنود و یا تدبر نمی‌کند و منطقی است که از احسن آن‌ها نیز نمی‌تواند پیروی کند تا هدایت شود و گاه این جلوگیری توسط فرد دیگری صورت می‌گیرد مثل فرعون و سامری (طه/۷۹-۹۸)، بعضی اهل کتاب (بقره/۱۷۴-۱۷۵؛ مائده/۱۰۵)، رهبران و بزرگان (احزاب/۶۶-۶۷) و بعضی دیگر (لقمان/۶-۷) که برخی یا مشغول کردن سایرین به اقوالی دیگر غیر از قول خدا مثل سامری، احبار اهل کتاب، رهبران و بزرگان و نصر بن حارث باعث می‌شدند که قول خدا شنیده و اتباع نشود یا مثل برخی چون فرعون با استفاده از زور و تهدید و شکنجه.

اما شیخ انصاری تصریحاً ذم مستفاد از آیه ۶ سوره لقمان و امر به اجتناب از قول زور در آیه ۳۰ سوره حج را از ادله حرمت حفظ برمی‌شمارد. (المکاسب، ۲۳۳/۱). سید احمد خونساری تنها به ذکر ذم مستفاد از آیه لهو الحدیث (جامع المدارک، ۲۱/۳) و سید یزدی تنها به ذکر استدلال به آیه «واجتنبوا قول الزور» بسنده می‌کنند (حاشیه، ۲۳/۱)؛ بنابراین اجمالاً می‌توان گفت به ۲ آیه استدلال شده است.

آیه نخست: «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ» (لقمان: ۶) تقریب استدلال: آقای خویی در مصباح الفقاهه می‌نویسد در تفسیر این آیه گفته شده کتابی که در آن لهو الحدیث باشد منظور است پس شامل حفظ کتب ضلال هم می‌شود (۴۰۳/۱) و منتظری نیز در تقریب استدلال به این آیه می‌نویسد مستفاد از این آیه، حرمت هر آن چیزی است که در طریق اضلال واقع شود و حفظ کتب ضلال نیز از آن جمله است. (دراسات، ۹۳/۳).

نقد و بررسی

خویی ۳ اشکال را بر دلالت این آیه مطرح می‌کند. اول اینکه معلوم نیست حفظ کتب ضلال موجب اضلال شود. دوم اینکه بر فرض که بپذیریم مستفاد از آیه، حرمت اشتراء کتب ضلال است دیگر دلالتی بر حرمت ابقاء و حفظ آن بعد از شراء ندارد مثل اینکه تصویر، حرام است اما نگهداری از آن حرام نیست یا زنا حرام است اما تربیت اولاد زنا حرام نیست. سوم اینکه شان نزول آیه مربوط به قضیه نضر بن حارث بن کلدیه است که در واقع کتبی می‌خرد که در آن داستان‌های پارسیان علی‌الخصوص قصه رستم و اسفندیار بوده و با آن مردم را سرگرم می‌کرده تا به سخن قرآن گوش ندهند. (مصباح الفقاهه، ۴۰۳/۱).

محقق ایروانی نیز در نقد استدلال به این آیه مراد از اشتراء را تعاطی و تحدث به حدیث لهو به قصد اضلال می‌داند و بی‌شک اضلال حرام است اما این خارج از بحث ما در حرمت حفظ و اعدام کتب ضلال است که موجب اضلال می‌شوند (حاشیه، ۲۵/۱). اما منتظری در رد نظر ایروانی معتقد است حمل لفظ اشتراء به تحدث و سخن گفتن مخالف با ظاهر آیه است پس بهتر است آیه را حمل به ظاهرش کنیم مطابق با شأن نزول آن که در واقع مورد آیه می‌شود اشتراء کتب اباطیل و نشر آن به قصد جلوگیری از استماع قرآن. (دراسات، ۹۳/۳).

آیه دوم: «...وَأَجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» (حج: ۳۰)

تقریب استدلال: در تقریب استدلال این آیه آمده قول زور به کذب تفسیر شده بنابراین آیه

دلالت می‌کند بر نابودی کتب ضلال چراکه این کتب از اظهر مصادیق کذب بلکه کذب به خدا و رسول اوست (مصباح الفقاهه، ۴۰۴/۱) و نیز گفته شده قول زور گرچه در تکلم به باطل ظهور دارد اما بعد از اینکه آیه شریفه در اخبار وارده به استماع غنا تفسیر شده معلوم می‌شود مراد از قول زور اعم از تکلم به آن توسط خود شخص یا دیگری است بنابراین مستفاد از آیه، اجتناب مطلق از باطل است به نحو قول باشد یا کتابت. (فقه الصادق، ۲۶۴/۱۴).

نقد و بررسی

در نقد استدلال به این آیه گفته شده غایت آنچه از این آیه استفاده می‌شود وجوب اجتناب از تکلم به کذب است و حتی دیگر دلالتی بر اعدام کذب ندارد چه برسد به اتلاف کتب ضلال و گرنه اعدام همه کتبی که در آن کذب بود واجب می‌شد مثل اکثر تواریخ و مانند آن و کسی از محصلین فقه به این مطلب ملتزم نمی‌شود چه برسد به فقها. (مصباح الفقاهه، ۴۰۴/۱؛ دراسات، ۹۴/۳)

ایروانی نیز اشکالاتی را مطرح می‌کند، اول اینکه امر به اجتناب از قول زور مثل امر به اجتناب از غیبت و بهتان و مانند آن از سایر محرمات است. دوم اینکه مراد از آن ترک ایجاد است نه ترک موجود خواه با فرار و دوری از آن یا با اعدام آن و سوم اینکه صدق قول بر کتابت معلوم نیست تا کتابت و نسخ کذب نیز شامل قول زور شود و چهارم اینکه احدی ملتزم به حرمت اثبات ید یا وجوب اتلاف اکاذیب مکتوب نشده است. (حاشیه، ۲۵/۱)

نتیجه اینکه این آیه نیز مثل آیه قبل هیچ دلالتی بر مدعا ندارند و در مقام بیان مطلب دیگری هستند یعنی تقبیح قائل به کذب (خواه مطلق کذب خواه کذب به خدا که در آیات بسیاری نیز تاکید شده است) و تقبیح کسی که مانع استماع اقوال (اعم از قول خدا) و به دنبال آن اتباع از قول احسن (قول خدا) می‌شود.

دلیل دوم: روایات

صاحب حدائق اعلام می‌کند که هیچ روایتی در خصوص این مسئله یعنی حرمت حفظ کتب ضلال نیافته است (الحدائق الناضرة، ۱۴۱/۱۸) اما با این وجود به چند روایت اجمالاً استدلال شده است.

روایت اول

علامه در نهایه الاحکام به ذکر روایتی می‌پردازد که در آن حضرت علی (ع) روزی در راه مسجد در دست عمر ورقی از تورات می‌بیند و به او دستور می‌دهد که آن را نابود کند و در

ادامه می‌گوید اگر موسی و عیسی علیهما السلام زنده بودند چاره‌ای جز پیروی از من نداشتند. (۴۷۱/۲).

نقد و بررسی

نگارنده اصلاً چنین روایتی را در هیچ کتاب حدیثی نیافت جدا از اینکه متن حدیث، غلوآمیز است و احتمالاً از ساخته‌های غلات است که به کتاب علامه راه یافته لکن مشابه این حدیث در مورد پیامبر (ص) را شیخ صدوق در معانی الاخبار به شکل مرسل^۵ و گویا از غریب الحدیث ابوعبید، این گونه نقل می‌کند: که عمر نزد رسول خدا می‌آید و می‌گوید ما احادیثی از یهود می‌شنویم که تعجب ما را برمی‌انگیزد آیا صلاح می‌دانی که بعضی از آن‌ها را یادداشت کنیم؟ پیامبر (ص) در پاسخ می‌گوید: آیا متحیرید همان‌طور که یهود و نصارا متحیر شدند؟ به یقین برای شما «بیضاء نقیه» آورده‌ام و اگر موسی زنده بود جز پیروی از من چاره‌ای نداشت. شارح توضیح می‌دهد که درواقع پیامبر می‌گوید آیا در اسلام متحیرید و دین خود را نمی‌شناسید که می‌خواهید آن را از یهود و نصارا اخذ کنید؟ (معانی الاخبار، ۲۸۲).

اولاً قبل از هر چیز می‌توان گفت مراد از احادیث یهود، تورات کتابی که بر موسی نازل شد نیست بلکه مثنات (میشنا) است چراکه وقتی یهود کتاب خدا را به کناری نهادند (آل عمران/۱۸۷) در دینشان متحیر شدند لذا بجای کتاب خدا از احادیثی که اhabارشان می‌ساختند و به خدا و رسول نسبت می‌دادند و نقل می‌کردند (آل عمران/۷۹-۷۸؛ بقره/۷۹-۷۸) تبعیت کردند^۶ و این مطلب از مسئله پیروی از پیامبر و آنچه آورده یعنی «بیضاء نقیه» که در روایت به آن اشاره شده و روایات مشابه نیز فهمیده می‌شود چرا که با توجه به آیات مخصوصاً آیه ۱۵۷ سوره اعراف و این قسمت از آن «وَاتَّبِعُوا النُّورَ الَّذِي أُنْزِلَ مَعَهُ» می‌توان فهمید که مراد پیامبر از تبعیت کردن از وی، تبعیت از قرآن، کلام خداست. در نتیجه اساساً میان این حدیث و موارد مشابه با بحث حاضر ارتباطی نیست چراکه اتباع از احادیث یهود قطعاً جایز نیست چون باوجود علم یعنی قرآن دیگر تمسک به غیر قرآن هرچه باشد اعم از احادیث یهود معنا ندارد.

۵- این حدیث و توضیحات بعدی آن در غریب الحدیث ابوعبید، قاسم بن سلام (۲۲۴ ق) به این ترتیب است: «وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: فِي حَدِيثِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ حِينَ أَتَاهُ عُمَرُ فَقَالَ: إِنَّا نَسْمَعُ أَحَادِيثَ مِنْ يَهُودٍ تَعْجِبُنَا أَفْتَرَى أَنْ نَكْتُبَ بَعْضُهَا فَقَالَ: أَمْتَهُوْكَونَ أَنْتُمْ كَمَا تَهُوْكَتُ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى لَقَدْ جِئْتُكُمْ بِهَا بَيْضَاءُ نَقِيَّةٌ لَوْ كَانَ مُوسَى حَيًّا مَا وَسَّعَهُ إِلَّا اتِّبَاعِي. وَتَفْسِيرُ هَذَا الْحَرْفِ فِي حَدِيثٍ آخَرَ مَرْفُوعٍ قَالَ ابْنُ عَوْنٍ: قُلْتُ لِلْحَسَنِ: مَا مَتَهُوْكَونَ قَالَ: مَتَحَيَّرُونَ. قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: يَقُولُ أَمْتَحَيَّرُونَ أَنْتُمْ فِي الْإِسْلَامِ لَأَ تَعْرِفُونَ دِينَكُمْ حَتَّى تَأْخُذُوهُ مِنَ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى [قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: -] فَمَعْنَاهُ أَنَّهُ كَرِهَ أَخْذَ الْعِلْمِ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ. وَأَمَّا قَوْلُهُ: لَقَدْ جِئْتُكُمْ بِهَا بَيْضَاءُ نَقِيَّةٍ فَإِنَّهُ أَرَادَ أَلْمَلَّةَ الْحَنِيفِيَّةَ فَلِذَلِكَ جَاءَ التَّائِيثُ كَقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَذَلِكِ دِينُ الْقِيَمَةِ} إِنَّمَا هِيَ فِيمَا يَفْسُرُ أَلْمَلَّةَ الْحَنِيفِيَّةَ. (۲۸/۳).

۶- برای شرح بیشتر این حدیث نک: نور الدین الملا الهروی القاری، مرقاة المفاتیح شرح مشکاة المصابیح، ۲۶۳/۱.

از اینجا نکته دیگری نیز دریافت می‌شود و آن این است که با توجه به متن حدیث (به فرض صحت انتساب این گفتگو به عمر که خود از مخالفان سرسخت حدیث و علی‌الخصوص کعب الاحبار بوده) می‌فهمیم شنیدن سایر اقوال در زمان پیامبر امر معمول و همه‌گیری بوده و اتفاقاً آنچه مورد تذکر حضرت واقع می‌شود استماع اقوال غیر نیست بلکه هشدار نسبت به اتباع از غیر قرآن و درعین حال معرفی معیاری جهت تشخیص صحیح از ناصحیح (علم از ظن) است و این روایت و روایات مشابه^۷ «لَا تَسْأَلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ» به فرض صحت در مقابل «وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رَجُلًا نُوحِيَ إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» * بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ (نحل/۴-۴۳)» معنا پیدا می‌کند.

روایت دوم

درواقع روایت دوم، روایت تحف العقول (ابن شعبه حرانی) است و ابتدا صاحب مفتاح الکرامه متعرض بعضی مواضع آن شده است. (۲۰۶/۱۲-۲۰۷).

موضع اول:...انما حرم الله صناعه التي يجي منها الفساد محضا

تقریب استدلال: گفته شده شکی نیست که کتب کفر و خوارج منجر به فساد می‌شود (مفتاح الکرامه، ۲۰۷/۱۲) و نیز گفته شده مفهوم حصر دلالت می‌کند جمیع منافع صناعت محرم، حرام باشد و حفظ از جمله منافع است. (مصباح الفقاهه، ۴۰۴/۱)

نقد و بررسی

گذشته از اینکه خبر تحف، مرسل و ضعیف است خویی در رد استدلال به این موضع از روایت آورده است حرمت صناعت با حرمت ابقاء مصنوع هیچ تلازمی ندارد بنابراین نهایت چیزی که این موضع بر آن دلالت دارد این است که تألیف کتب ضلال از محرمات است چراکه صناعت بر آن صدق می‌شود اما دلالتی بر حرمت ابقا ندارد. (مصباح الفقاهه، ۴۰۵/۱)

ایروانی نیز مورد این موضع را صنعت می‌داند و اگر مناط عامی از آن استفاده شود، از صنعت به موارد غیر صنعتی که در علت منع یعنی منشأیت فساد، مشترک باشند نیز تعدی می‌کند نه به حفظ مصنوع یا موجود بلکه اگر از علت منع، مبعوضیت حتی به وجود فساد استفاده شود آن وقت اعدام و اتلاف آن مطلوب خواهد بود. (حاشیه، ۲۵/۱)

۷- بطور نمونه «...وَلَا تَسْأَلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ عَنْ شَيْءٍ فَإِنَّهُمْ قَدْ طَالُوا عَلَيْهِمُ الْأَمَدُ فَقَسَتْ قُلُوبُهُمْ، وَابْتَدَعُوا فِي دِينِهِمْ، فَإِنْ كُنْتُمْ لَّا مَحَالَةَ بِسَائِلِهِمْ فَمَا وَافَقَ كِتَابَكُمْ فَخُذُوهُ، وَمَا خَالَفَهُ فَأَهْدُوا عَنْهُ وَاسْكُتُوا» (جامع معمر بن راشد، ۱۵۹/۱۱) و «قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: تَسْأَلُونَ أَهْلَ الْكِتَابِ عَنْ كُتُبِهِمْ، وَعِنْدَكُمْ كِتَابُ اللَّهِ أَقْرَبُ الْكُتُبِ عَهْدًا بِاللَّهِ، وَتَقْرَأُونَهُ مُحَضًّا لَمْ يَشَبْ» (مصنف ابی شیبہ، ۳۱۳/۵) روایات دیگر مرتبط با خواندن سایر کتب بطور نمونه نک: مصنف عبدالرزاق، ۱۱۳/۶-۱۱۲

جز اینکه کتب ضلال غالباً در فساد محض متمرکز و محدود نمی‌شود. (دراسات، ۹۶/۳)

موضع دوم: و مایکون منه و فیه الفساد و لایکون فیه شی من وجوه الصلاح محرم تعلیمه و تعلمه و علمه به و اخذ الاجر علیه و جمیع التقلب من جمیع الوجوه الحركات كلها...

تقریب استدلال: یکی از موارد تقلب، حفظ است نتیجه اینکه حفظ کتب ضلال که خالی از وجوه صلاح‌اند حرام است.

نقد و بررسی

صدق تقلب بر حفظ، ممنوع است خصوصاً اگر غرض حافظ این باشد که کتاب، دست مردم نیافتد تا موجب اضلال آن‌ها نشود. (مصباح الفقاهه، ۴۰۵/۱)

موضع سوم: ... و یقوی به الکفر و الشرک فی جمیع الوجوه او المعاصی او باب یوهن به الحق فهو حرام محرم بیعه و شرائه و امساکه ...

تقریب استدلال: حفظ کتب ضلال موجب تقویت کفر و شرک است نتیجه اینکه حفظ کتب ضلال حرام است.

نقد و بررسی

اولاً مورد روایت، کفر و شرک است و سایر موارد ضلال را شامل نمی‌شود (فقه الصادق، ۲۶۵/۱۴) و ثانیاً حفظ موجب تقویت کفر و اهانت به حق نیست (مصباح الفقاهه، ۴۰۵/۱)

چراکه بین حفظ کتب ضلال و تقویت کفر عموم من وجه است، هر حفظی موجب تقویت کفر نمی‌شود مگر اینکه حفظ به قصد تقویت و علم به حصول تقویت انجام شود (دراسات، ۹۵/۳).

خلاصه اینکه بعد از ذکر مواضع مورد نظر باید گفت به‌طور کلی روایت تحف العقول از حیث سند ضعیف است و چیزی هم جابر ضعف آن نیست بنابراین صلاحیت ندارد تا مستند حکمی از احکام شرعی واقع شود. (مصباح الفقاهه، ۴۰۵/۱).

روایت سوم

روایت ابو عبیده حذاء: «... من علم باب ضلال کان علیه مثل اوزار من عمل به و لا ینقص اولئک من اوزارهم شیئاً». (کافی، ۳۵/۱)

محقق نراقی تنها کسی است که این روایت را در کنار روایت تحف به‌عنوان ادله حرمت حفظ ذکر می‌کند. (مستند، ۱۵۷/۱۴).

نقد و بررسی

با توجه به آیه: «وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ مَاذَا أُنْزِلَ رَبُّكُمْ قَالُوا أَطِيرُ الْأَوَّلِينَ * لِيَحْمِلُوا أَوْزَارَهُمْ كَامِلَةً

يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمِنْ أَوْزَارِ الَّذِينَ يُضِلُّونَهُمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ أَلَا سَاءَ مَا يَزُرُونَ» (نحل/۲۵-۲۴) این روایت نیز هیچ دلالتی بر مدعا ندارد بلکه صرفاً تطبیقی است بر آنچه در مورد معنای هدایت و ضلال (اهتدا و اضلال) بیان شد در خصوص حالتی که جلوگیری از استماع اقوال و اتباع از قول احسن توسط غیر باشد که به وضوح بار مسئولیت وی سنگین تر است.

روایت چهارم: حدیث عبدالملک بن اعین

شیخ انصاری این روایت را جزء ادله برمی شمارد. در این روایت عبدالملک خدمت امام صادق (ع) می رسد و شکایت می کند از حالش که مبتلا به نگاه کردن به ستاره ها شده است. حضرت می پرسد آیا حکم می کنی؟ وی پاسخ می دهد آری. حضرت دستور می دهد که کتاب های را بسوزان. (المکاسب، ۲۳۴/۱)

تقریب استدلال امر دلالت دارد بر وجوب و مورد که کتب نجوم است خصوصیت ندارد و کتب ضلال را هم شامل می شود.

نقد و بررسی

اول اینکه به قرینه مناسبت میان سؤال و جواب، امر دلالت بر ارشاد می کند چراکه عبدالملک از امام می خواهد راهی به او نشان دهد تا از آن ابتلا خلاصی یابد و امام درواقع مناسب با این سؤال او را ارشاد می کند به راهی که از ابتلا خلاص شود. ثانیاً از تفصیلی که در روایت آمده فهمیده می شود که امر به احراق از باب مقدمه برای ترک القضا و حکم دادن است به عبارتی نگاه کردن به ستاره ها به عنوان آیات و نشانه های الهی و تدبیر در نظام خلقت یا مطالعه جایگاه ستاره ها فی نفسه اشکال که ندارد هیچ بلکه مطلوب نیز هست «وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ النُّجُومَ لِتَهْتَدُوا بِهَا فِي ظُلُمَاتِ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ» (انعام/۹۷) نهایت اینکه آنچه مذموم است حکم کردن و طالع بینی و پیش بینی و این گونه ادعاهای خرافی در خصوص آینده بر اساس جایگاه ستاره ها و صورت فلکی است بنابراین مورد روایت نه استماع بلکه اتباع است و از این نظر ارتباطی با محل بحث ندارد. سایرین نیز (المکاسب، ۲۳۴/۱؛ مصباح الفقاهه، ۴۰۵/۱؛ دراسات، ۹۶/۳) تصریح کرده اند که بدون حکم کردن، حفظ کتب جایز است و ایروانی (حاشیه، ۲۵/۱) و سید یزدی (حاشیه، ۲۳/۱) نیز اشاره کرده اند که مقدمه حرام حرام نیست و آنچه واجب است ترک القضا است ولی احراق حتی از باب مقدمه هم واجب نیست.

دلیل سوم: اجماع

علامه در منتهی المطلب تنها به ذکر عدم خلاف می‌پردازد (ط.ق، ۱۰۱۳/۲) ولی محقق اردبیلی از عدم خلافتی که او ذکر کرده، اجماع فهمیده است (مجمع الفائده، ۷۶/۸). محقق بحرانی نیز می‌گوید ظاهر منتهی می‌رساند که قضیه اجماعی است (الحدائق الناضره، ۱۴۱/۱۸). صاحب ریاض نیز آورده که عدم قول بالفرق بین طائفه و عدم خلاف بل چنانچه از ظاهر منتهی بر می‌آید اجماع قائم شده است (ریاض المسائل، ۶۹/۸).

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد اول اینکه چنین عدم خلاف یا اجماعی ثابت نباشد چراکه چنانکه گذشت صاحب حدائق مخالفت ورزیده (الحدائق الناضره، ۱۴۱/۱۸؛ یزدی، حاشیه، ۲۳/۱) و جوهری که فقها ذکر کرده‌اند را تخمینی اعتباری و برای اثبات احکام شرعی توقیفی، غیر قابل اعتماد دانسته است. دوم اینکه به فرض که اجماع محقق باشد اجماع تبعیدی نیست چراکه احتمال دارد مستند آن همین آیات و روایاتی باشد که ذکر شد و بعد از نقد آن‌ها دیگر به طریق اولی اجماع، غیر قابل اعتناست.

دلیل چهارم: عقل

شیخ انصاری به حکم عقل به وجوب قطع ماده فساد استناد می‌کند و البته از ظاهر کلام شیخ چنین برمی‌آید که تنها دلیل قابل اعتنا نزد وی همین حکم عقل است و چون عقل به مصالح و مفاسد نگاه می‌کند در ادامه مناط را روی ترتب مفسده می‌برد و اذعان می‌دارد که حفظ کتب ضلال حرام نیست مگر از حیث ترتب مفسده ضلالت به نحو قطع یا احتمال قوی و اگر چنین نبود یا حتی مفسده محقق شده یا متوقع، معارض با مصلحت اقوا یا قریب الوقوع تر از مفسده متوقع بود دلیلی بر حرمت نیست (المکاسب، ۲۳۴/۱). به نظر خوانساری نیز عمده دلیل، حکم عقل است و حتی ظاهر روایات را ارشاد به حکم عقل به وجوب قطع ماده فساد می‌داند و تصریح می‌کند که در صورت وجود مصلحت غالبه همین عقل به جواز حفظ بل به وجوب آن حکم می‌کند. (جامع المدارک، ۲۱/۳).

نقد و بررسی

خوبی در رد استدلال به حکم عقل می‌نویسد اگر مدرک حکم عقل، حسن عدل و قبح ظلم باشد به این ادعا که قلع ماده فساد، حسن و حفظ آن، ظلم و هتک شارع است این ادعا مورد اشکال است چراکه دلیلی بر وجوب دفع ظلم در جمیع موارد نیست و گرنه باید بر خدا و انبیا

و اوصیا ممانعت تکوینی از ظلم واجب می‌بود باینکه خدا کسی است که انسان را قادر بر عمل خیر و شر کرده و راه را به او نشان داده اما شاکرا و اما کفورا (یا شکر می‌کند یا کفران می‌ورزد) و اما اگر مدرک حکم عقل وجوب اطاعت و حرمت معصیت امر خدا به قلع ماده فساد باشد بازهم جز در موارد خاصی مثل شکستن بت‌ها صلیب‌ها و سایر هیاکل عبادت، دلیل نیست و وجوب شرعی در مورد خاص، ارتباطی به حکم عقل به قلع ماده فساد ندارد. (مصباح الفقاهه، ۴۰۲/۱).

روحانی نیز می‌گوید حفظ کتب ضلال که ظلم نیست تا قبیح باشد. نهایت اینکه عقل مستقل حکم می‌کند به قبح القاء فساد و حرمت تألیف کتب ضلال (فقه الصادق، ۲۶۳/۱۴). ایروانی نیز این‌گونه می‌نویسد که اگر عقل چنین حکمی کند باید با همان ملاک حکم کند به وجوب قتل کافر بلکه به‌طور مطلق هرکس که موجب گمراهی از راه خدا شود. لکن حکم عقل بدین‌صورت ممنوع است و عقل چنین حکمی نمی‌کند نهایت اینکه قدر متقین از حکم عقل، حکم به قبح القای فساد است و مصداق آن در اینجا تألیف کتب ضلال است نه حفظ آنچه تألیف شده یا عدم اتلاف آن یا اثبات ید بر آن. (حاشیه، ۲۵/۱). البته قبح تألیف کتب ضلال خارج از بحث حاضر است چراکه صرف تألیف و حتی نشر و مطالعه و استماع هیچ ملازمه‌ای با اتباع ندارد تا ضلال محقق شود.

گذشته از اینکه به نظر می‌رسد اولاً حفظ و نشر حتی به قصد اسماع و شنوندن از قبیل ظلم نیست چراکه در قرآن همان‌طور که گذشت اقوال بسیاری نقل و حفظ شده و اگر صرف حفظ این اقوال ظلمی به عباد بود به حکم ملازمه، خداوند و رسولش نیز نباید آن‌ها را نقل و حفظ می‌کردند. در ثانی قبح ظلم از احکام عقلیه ایست که بدون هیچ قید و شرطی می‌رود روی موضوعات خود و به حکم ملازمه، حفظ نیز بدون قید و شرط حرام می‌شود اما ظاهراً نزد خود شیخ نیز حفظ، ظلم نیست چراکه وی حرمت حفظ را مقید به ترتب مفسده ضلالت (یعنی اتباع) کرده و این تقیید وجهی ندارد جز اینکه ادعا شود بین حفظ (یا استماع) و ترتب مفسده ضلالت (یا اتباع) هم ملازمه جریان دارد که معلوم است چنین ملازمه‌ای وجود ندارد. سوم اینکه احکام عقلی، آبی از تخصیص‌اند اما فقها مواردی را از حکم حرمت حفظ، استثنا کرده‌اند مثل نقض و تحصیل ملکه بحث و که درمجموع نشان می‌دهد تمسک به دلیل عقل نیز برای اثبات مدعا جایز نیست.

جدا از این ادله که همگی قاصر از اثبات مدعا بودند به مویداتی نیز استناد شده است:

مؤیدات

مؤید اول

محقق اردبیلی آورده است که حفظ و نسخ از رضایت به عمل و اعتقاد خبر می‌دهد و این ممنوع است (مجمع الفائدة، ۷۶/۸)

نقد و بررسی

واضح است که صرف آگاهی موجب اعتقاد قلبی نمی‌شود چه برسد به حفظ چنانکه فی‌المثل فردی بی‌دین که به جمع‌آوری عتیقه علاقه‌مند است اگر قرآنی خطی قدیمی هم داشته باشد به این معنی نیست که مسلمان شده و از اعتقاد او به اسلام خبر دهد. گذشته از اینکه همان‌طور که اشاره شد مقام استماع غیر از مقام اتباع است.

مؤید دوم

محقق اردبیلی (مجمع الفائدة، ۷۶/۸) سید محمد جواد عاملی (مفتاح الکرامه، ۲۰۷/۱۲) و سید علی طباطبایی (ریاض المسائل، ۶۹/۸) اشاره کرده‌اند که کتب ضلال مشتمل بر بدعت است و بدعت از باب نهی از منکر واجب‌الدفع است و حفظ منافی وجوب دفع است.

نقد و بررسی

در این مورد هم آنچه ممنوع است اتباع از بدعت است نه استماع آن و خلط این دو جایز نیست.

مؤید سوم

گفته شده در حفظ کتب ضلال نوعی اعانه بر اثم است و شامل نهی «لا تعاونوا علی الاثم» می‌شود (مفتاح الکرامه، ۲۰۷/۱۲؛ ریاض المسائل، ۶۹/۸)

نقد و بررسی

همان‌طور که محقق نراقی نیز اشاره می‌کند تمسک به حرمت معاونت بر اثم در اینجا غیر مطرد است (مستند الشیعه، ۱۵۷/۱۴). چراکه اگر حتی اختلاف مبانی در صدق مفهوم اعانه را در نظر بگیریم آنچه ممنوع است اتباع است اما استماع نهایتاً بتواند به‌عنوان مقدمه اتباع مطرح شود بنابراین حفظ، اعانه بر استماع است نه اعانه بر اتباع و مقدمه حرام نیست تا اعانه بر آن، اعانه بر حرام باشد.

مؤید چهارم

صاحب جواهر آورده است که از ادله وجوب جهاد با اهل ضلال و اضعاف آن‌ها به هر

طریق ممکن استفاده می‌شود که مراد از جهاد، تدمیر و نابودی مذهب آن‌ها از طریق نابودی اهل آن مذهب است پس به طریق اولی دلالت می‌کند بر نابودی آنچه موجب تقویت آن‌ها می‌شود. (جواهر الکلام، ۵۷/۲۲) و کتب ضلال هم موجب تقویت آن‌ها می‌شود پس به قیاس اولویت تدمیر کتب ضلال هم واجب است.

نقد و بررسی

گذشته از اینکه تلقی صاحب جواهر از مسئله جهاد تأمل‌برانگیز است در رد این ادعا گفته شده اولاً نفس وجود کتب، موجب تقویت مذهب آن‌ها نیست در ثانی مراد از اهل ضلال هرکسی نیست که عقیده باطلی داشته باشد و سوم اینکه قیاس اولویت باطل است. (فقه الصاق، ۲۶۶/۱۴).

مؤید پنجم

برخی به وجوب دفع ضرر محتمل تمسک کرده‌اند (ریاض المسائل، ۶۹/۸)

نقد و بررسی

تمسک به وجوب دفع ضرر محتمل یا مظنون، ضعیف است چرا که اگر دفع تنها منحصر به ائتلاف کتب ضلال می‌شد مفید به‌فایده بود لکن این‌گونه نیست زیرا دفع ضرر می‌تواند با عدم رجوع یا تلاش برای دفع شبهه نیز محقق شود (مستند الشیعه، ۱۵۷/۱۴) و حتی در این اعصار که وسائل طبع و نشر گسترده شده چه‌بسا ائتلاف نسخه یا نسخی از کتب موجب محو آن یا محو آثارش نشود بلکه چه‌بسا با ائتلاف (یا جلوگیری از نشر) آن کتاب، توجه مردم به آن، میل و انگیزه نسبت به آن بیشتر هم شود و برعکس، حفظ و نشر آن موجب وضوح بطلان و ضلالت آن شود بنابراین ساده‌ترین راه برای دفع ضرر و دفع اضرار این کتب، اتفاقاً حفظ و نشر آن است. (دراسات، ۱۰۴/۳).

نتیجه‌گیری

پس از بررسی آراء و نظرات و ادله ادعایی در خصوص حکم فقهی حرمت حفظ کتب ضلال می‌توان به این نتایج اشاره کرد:

۱- با توجه به سیاق آیات و بازتعریف معنای ضلال و اضلال، با توجه به بحث حاضر کسی در ضلال است که اقوال را نشنود و در آن‌ها تدبیر نکند و بعد از احسن آن اقوال پیروی نکند و در مقابل کسی هدایت می‌یابد که جمیع اقوال را می‌شنود و به دور از هواهای نفسانی و

تعصب نسبت به سنت‌های جاهلانه آباء و اجدادی در آن‌ها تدبر و از احسن آن‌ها که همانا قول خداوند است پیروی می‌کند. اضلال نیز به همین ترتیب یعنی جلوگیری از شنیدن اقوال (اعم از قول خدا) و تدبر و مقایسه میان آن‌ها و بررسی دلایلشان جهت اتباع از قول احسن (قول خدا).

۲- همان‌طور که هدایت در دو مقام مورد نظر است یکی استماع اقوال و دیگری اتباع از قول احسن، به این معنی که تا شخصی جمیع اقوال را نشنیده باشد انتخاب و اتباع از احسن ممکن نیست و نمی‌داند که از احسن آن‌ها تبعیت می‌کند یا نه و از طرفی صرف استماع تا وقتی به اتباع از احسن ضمیمه نشود به هدایت نمی‌انجامد به همین ترتیب ضلالت نیز با صرف شنیدن اقوال تا وقتی اتباعی در بین نباشد محقق نخواهد شد هرچند قصد ناقل، کاتب، حافظ یا ناشر تحقق ضلالت یعنی اتباع از غیر احسن باشد.

۳- آنچه فقها در مورد حرمت حفظ کتاب به اصطلاح ضلال عنوان کرده‌اند مبتنی بر این پیش‌فرض که استماع لزوماً به اتباع می‌انجامد اولاً ناظر به جلوگیری از سماع و استماع اقوال است درحالی‌که این ادعا در تقابل جدی با سیاق آیات قرآن و روش هدایت انسان است در ثانی ترکیب کتاب ضلال از اساس ترکیبی نادرست است چراکه خواندن کتابی و به‌طورکلی استماع قولی نه موجب هدایت است نه موجب ضلالت چون هر دو نیاز به اتباع دارند با این تفاوت که مانع شدن از استماع اقوال قطعاً به هدایت (اتباع از احسن) ضربه می‌زند اما استماع با توجه به آیات قرآن به‌خودی‌خود علت تامه جهت اتباع از احسن نیست.

۴- ادله ادعا شده گذشته از تمام نقدهایی که به آن‌ها وارد است در برابر سیاق آیات قرآن علی‌الخصوص آیات ۱۷ و ۱۸ سوره زمر، هیچ‌کدام قادر به اثبات حکمی در خصوص جلوگیری از استماع اقوال (حرمت نشر و حفظ از تلف) نیستند و از طرفی آن‌گونه که فقها خلط کرده‌اند بین استماع و اتباع هیچ‌گونه ملازمه‌ای وجود ندارد و صرف استماع به اتباع نمی‌انجامد خلاصه اینکه می‌توان گفت با وجود داشتن معیاری چون قرآن دیگر خواندن هیچ کتابی و استماع هیچ قولی برای مسلمانان نمی‌تواند منجر به اتباع از غیر احسن شود.

منابع

قرآن کریم

ابن ادریس، محمدبن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق.

مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۱۰۳	۱۴۰
ابن بابویه، محمد بن علی، معانی الاخبار ، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۱.		
ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب ، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۱۶ ق.		
ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، المهذب ، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ ق.		
أبو بکر بن أبی شیبہ، عبد الله بن محمد، الكتاب المصنف فی الأحادیث والآثار ، الرياض، مكتبة الرشد، ۱۴۰۹ ق.		
ابوعبید، قاسم بن سلام، غریب الحديث ، حیدر آباد- الدکن، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، ۱۳۸۴ ق.		
أبو الحسن نور الدین، علی بن (سلطان) محمد، مرقاة المفاتیح شرح مشکاة المصابیح ، دار الفکر، بیروت - لبنان، ۱۴۲۲ ق.		
انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب ، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.		
ایروانی، علی، حاشیة کتاب المکاسب ، قم، دارذوی القربی، ۱۴۲۱ ق.		
بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة ، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳.		
خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه ، قم، انتشارات داوری، ۱۳۷۷.		
راشد الأزدی، معمر بن أبی عمرو، الجامع ، المجلس العلمی بپاکستان، توزیع المکتب الإسلامی بیروت، ۱۴۰۳ ق.		
روحانی، محمدصادق، فقه الصادق ، قم، موسسه دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق.		
_____، منهاج الفقاهه ، قم، چاپخانه علمیه، ۱۳۷۶.		
سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، المراسم العلویة فی الاحکام النبویه ، قم، ناشر معونت فرهنگی مجمع جهانی اهل بیت (ع)، ۱۴۱۴ ق.		
شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة ، قم، منشورات دارالفکر، ۱۴۱۱ ق.		
شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة ، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ ق.		
_____، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام ، قم، موسسه معارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.		
صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام ، طهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.		
طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام الشرع بالدلائل ، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.		
طوسی، محمد بن حسن، النهایه ، قم، انتشارات قدس محمدی، بی تا.		
عاملی غروی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه ، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۹ ق.		

- عبد الرزاق الصنعانی، أبو بكر، *المصنف*، هند، المجلس العلمی، ۱۴۰۳ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *ارشاد الاذهان الى احكام الايمان*، قم، موسسه نشر اسلامي، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *تحریر الاحكام الشرعية على مذهب الامامية*، قم، موسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
- _____، *تذكرة الفقهاء*، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
- _____، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
- _____، *نهاية الاحكام فی معرفه الاحكام*، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، طهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مومن، *کفایة الاحكام*، قم، موسسه نشر اسلامي، ۱۴۲۳ ق.
- مفید، محمد بن محمد، *المقننه*، قم، موسسه نشر اسلامي، ۱۴۱۰ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، منشورات جامعه مدرسین، بی تا.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی مکاسب المحرمه*، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ ق.
- موسوی خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، طهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه مکاسب*، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۳
زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۵۷-۱۴۳

بررسی چستی اقاله از منظر دانشیان فقه و حقوق شیعه*

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

چکیده

اقاله، یکی از نهادهای انحلال قرارداد در فقه و حقوق شیعه است. از نخستین پرسش‌ها درباره هر چیزی، پرسش از ماهیت و چستی آن چیز است. اگرچه از دیرباز فقیهان شیعه، با رویکردی تطبیقی و نگاهی انتقادی نسبت به دیدگاه رایج فقیهان اهل سنت درباره ماهیت اقاله، سخن می‌راندند، ولی نوعاً با نگاهی صرفاً چستی‌شناختی، از منظر فقه شیعه، به این نهاد انحلال قرارداد، نمی‌نگریستند. نوشتار حاضر، با رصد نمودن دیدگاه‌های موجود نزد دانشیان فقه و حقوق شیعه، در پژوهشی بنیادی نظری، به روش توصیفی تحلیلی، چستی این نهاد فقهی حقوقی انحلال قرارداد را از منظر دانشیان فقه و حقوق شیعه، به بررسی می‌نشیند تا در پی بیان و بررسی دیدگاه‌ها و دلایل آن‌ها، استواری فرضیه عقد بودن ماهیت اقاله، تبیین گردد.

کلیدواژه‌ها: انحلال قرارداد، فسخ، اقاله، ماهیت اقاله.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۲/۰۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۱/۱۹.

مقدمه

عقد یکی از مهم‌ترین پدیده‌های اعتباری جامعه بشری است. امروزه، گستردگی تأثیر این پدیده در زندگی اجتماعی آدمیان تا به آن اندازه است که نمی‌توان وابستگی بسیاری از روابط اجتماعی را به آن، نادیده انگاشت.

نگاه به موجودات عالم امکان، جریان وجودی مستمر را برای هر یک از موجودات این عالم، فرا روی می‌نهد. قرارداد نیز همانند دیگر پدیده‌های عالم امکان، از جریان چنین وجودی مستمر، بهره‌مند است. قرارداد، با انعقاد بین اشخاص حقیقی و حقوقی، وجود اعتباری می‌یابد. اگرچه در عالم فقه و حقوق، اصل در عقود، لزوم و عدم گسست آن است، لیک، در کنار تحقق نهادهای قهری انفساخ و انحلال، متعاقدان نیز می‌توانند با تحقق بخشیدن و اعمال نهادهای ارادی انحلال، به این وجود اعتباری و اثر آن، پایان دهند.

إقاله، یکی از نهادهای ارادی انحلال قرارداد است که تحقق آن به رضایت دو طرف قرارداد وابسته است. اینکه عمل فقهی حقوقی إقاله، در بخش معاملات فقه و حقوق جای دارد و عقد دانستن یا فسخ پنداشتن آن، احکام، الزامات و آثار متفاوتی به دنبال می‌آورد که به‌نوبه خود در سرنوشت قراردادها تأثیرگذار است، آدمی را بر آن می‌دارد تا درباره ماهیت و چیستی نهاد فقهی حقوقی إقاله پرسان گردد که آیا ماهیت إقاله، فسخ است یا عقد؟ و این همان پرسش اصلی پژوهشی بنیادی نظری را سامان می‌دهد که با بیان فرضیه عقد دانستن ماهیت إقاله، به مطالعات کتابخانه‌ای در گستره متون فقهی حقوقی شیعه متکی است و از روش پژوهش توصیفی تحلیلی بهره می‌برد و نوشتار حاضر نیز به گزارش پژوهش مذکور، اهتمام دارد تا از این رو، اندکی در سیر تعالی و رشد فقه و حقوق شیعه نیز سهیم افتد.

تعریف إقاله

إقاله، مصدر ثلاثی مزید باب إفعال از ریشه «قِل» است؛ أَقالَ، يُقِلُّ، إقاله؛ قیل، در لغت، به معنای نقض، ترک، إسقاط، إزاله، رفع، عفو و صفح، به کار رفته است. این واژه، در نوشته‌های لغت پژوهان زبان تازی، به هنگام استعمال برای بیع، به فسخ بیع معنی شده است؛ قلته البیع قیلاً و أقلته؛ بیع را فسخ کردم؛ بنابراین، اندک تورق در کتب لغت عرب، به‌وضوح گواهی می‌دهد که إقاله، در آغاز، به معنای فسخ کردن یک‌طرفه بود و بعدها، این واژه، برای تفاسخ و تقایل به کار رفت و در گذر فراوانی استعمال معنای مصطلح فقهی، برای آن شایع

گردید (ازهری، ۲۳۳/۹؛ زبیدی ۶۴۴/۱۵؛ ابن منظور، ۳۷۵/۱۱؛ فیومی ۷۱۶/۲؛ ابن زهره، ۲۲۸/۲؛ طوسی، الخلاف، ۲۰۵/۳؛ طریحی ۴۵۹/۵).

در معنای اصطلاحی، دانشیان فقه و حقوق شیعه، نوعاً، اقاله را فسخ عقد به تراضی، تفاسخ و بر هم زدن عقد به تراضی طرفین معامله و یا تراضی متعاقدان بر انحلال قرارداد و زوال آثار آن در آینده، تعریف می‌کنند (صاحب جواهر، ۳۵۷/۲۴؛ حسینی مراغی، ۳۸۴/۲؛ اصفهانی، ۹؛ شهیدی، ۱۲۱؛ کاتوزیان، ۱۷/۵، ۳۳؛ امامی، ۳۲۶/۱).

توجه به تعریف مذکور، آشکار می‌سازد که تراضی، رکن اساسی نهاد فقهی حقوقی اقاله را سامان می‌دهد و همین رکن اساسی است که این نهاد امضایی انحلال قرارداد را از خیار فسخ عقد، دیگر نهاد انحلال قرارداد، متمایز می‌گرداند؛ هرچند که هر دوی اقاله و فسخ، در بسیاری موارد، مشابه و همانند به نظر می‌آیند.

دیدگاه‌ها

اگرچه از دیرباز، نوعاً، در باب بیع سلم و یا در خاتمه کتاب متاجر و نیز گاه، به ندرت، در کتاب شفعه نوشته‌های فقهی دانشیان فقه شیعه، این نکته دیده می‌شود که نهاد اقاله، فسخ معرفی می‌گردد، لیک، نوعاً، ماهیت این نهاد انحلال قرار داد، مستقیماً و مستقلاً با نگاهی چستی شناختی، محل بحث و سخن نبوده است. نوع دانشیان پیشین فقه شیعه، با رویکرد تطبیقی و نگاهی انتقادی و در مقام مواجهه با دیدگاه‌های رایج اهل سنت، درباره ماهیت اقاله، سخن می‌رانند؛ البته، در این میان، نمی‌توان تأثیر اموری همچون: تکیه بیش از اندازه بر فسخ پنداشتن اقاله، در پرتو التفات به معنای لغوی واژه اقاله، اعتقاد به حصری بودن قالب‌های عقود و اهتمام به لزوم دارا بودن اثر مثبت و ایجابی قرارداد را در تحقق این روند، نادیده انگاشت. اکنون، با توجه به نیازمندی اقاله به رضایت دو طرف قرارداد که همگان به آن اذعان دارند، در تبیین چستی اقاله، گمانه‌هایی چند، خودنمایی می‌کند. در هماهنگی با معنای لغوی اقاله که به فسخ یک‌سویه تعریف می‌گردد، گمانه فسخ بودن اقاله قرار دارد. در این‌گمانه، ماهیت اقاله را به دو صورت می‌توان تحلیل نمود:

صورت نخست، اینکه ماهیت اقاله را ایقاع فسخی مستقل دانست که تحقق اثر آن به اذن، قبول و رضای طرف دیگر قرارداد منوط است؛ (طباطبائی یزدی، ۱۹۱؛ حسینی شیرازی، ۳۹۷؛ موسوی سبزواری، ۱۸/۱۱۸-۱۱۹) بدین‌گونه که وقتی یکی از متعاقدان، قرارداد را استقاله

می‌نماید، اقدام او به فسخ، تنها با ملحق شدن إذن، رضا و قبول طرف دیگر عقد، به انحلال و فسخ قرارداد منتهی می‌گردد؛ یعنی: اعلام قبول فسخ و إذن و رضا و اعطای اجازه از سوی طرف دیگر معامله، برای اقدام به فسخ، اثر انحلال عقد را به بار می‌آورد؛ به دیگر سخن، شرط تحقق و اعمال و اثر فسخ از سوی یک طرف قرارداد، به إذن، رضا و قبول صادره از سوی طرف دیگر قرارداد وابسته است؛ یعنی: در این فرض، تنها یک ایقاع مشروط، واقع می‌شود.

صورت دوم، اینکه ماهیت إقاله، به دو ایقاع وابسته به هم پیوسته، تبیین گردد؛ بدین بیان که وقتی یکی از دو طرف قرارداد، به استقاله عقد روی می‌نهد، با اقدام او به فسخ، عقد، از سوی او به تزلزل دچار می‌شود و این به نوبه خود، متقابلاً، حق فسخ را برای طرف دیگر قرارداد، ایجاد می‌کند تا او نیز به طور یک جانبه، قرارداد را فسخ و منحل سازد و به ایقاع فسخ قرارداد، اقدام نماید؛ اثر ایقاع فسخ عقد از سوی یکی از دو طرف قرارداد، به استقاله و اثر ایقاع فسخ از سوی طرف دیگر قرارداد، وابسته و پیوسته می‌گردد؛ به گونه‌ای که إقاله و انحلال قرارداد، حاصل اثر مجموع دو ایقاع دانسته می‌شود.

توجه و التفات به تراضی و قصد انشای دو طرف قرارداد که تحقق إقاله، به آن وابسته است، این گمانه را تقویت می‌کند که اگرچه اثر اصلی إقاله، فسخ و انحلال قرارداد است، لیک، ماهیت إقاله، چیزی فراتر از ایقاع فسخ است و باید آن را نوعی عقد دانست؛ چنان‌که توجه به برخی از تأملات، در خصوص هر یک از گمانه‌های ایقاع پنداشتن و عقد دانستن إقاله، می‌تواند این گمانه را باعث گردد که اقاله، نه ایقاع فسخ پنداشته شود و نه عقد انحلال به شمار آید، بلکه عمل فقهی حقوقی‌ای دانسته شود که دارای ماهیت خاصی است و در هیچ یک از دو قالب عقد و ایقاع نمی‌گنجد؛ چنان‌که برخی از دانشیان معاصر حقوق ایران، از آن، سخن می‌رانند (شهیدی، ۱۱۵-۱۱۳).

از این رو، با توجه به گمانه‌های مطروحه، می‌توان از وجود دو دیدگاه برجسته، درباره ماهیت و چیستی إقاله، میان دانشیان فقه و حقوق شیعه، سخن به زبان آورد:

۱- دیدگاه ایقاع پنداشتن إقاله؛

۲- دیدگاه عقد دانستن إقاله.

دیدگاه فسخ پنداشتن اقاله

اکثر دانشیان فقه و حقوق شیعه، اقاله را مطلقاً - چه نسبت به دو طرف قرارداد و چه نسبت به اشخاص ثالث - فسخ می‌پندارند (ابن زهره، ۲۲۸/۲؛ طوسی، المبسوط، ۱۸۶/۲، الخلاف، ۲۰۵/۳؛ ابن ادریس، ۳۱۸/۲؛ محقق حلی، ۶۰/۲؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۴۴۰/۲؛ تذکره الفقهاء، ۱۱۸/۱۲؛ شهید اول، ۲۲۴/۳؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۳۶/۳؛ الروضة البهیة، ۱۰۲/۲؛ محقق کرکی، ۴۵۴/۴؛ بحرانی، ۹۰/۲۰؛ صاحب جواهر، ۳۵۲/۲۴؛ حسینی عاملی، ۷۶۷/۴؛ حسینی مراغی، ۳۸۴/۲).

گذشته از این واقعیت که فسخ پنداشتن اقاله، می‌تواند این کژتابی را در ذهن، به بار آورد که ظاهراً، مشهور فقیهان شیعه، بین اثر اقاله با ماهیت آن، به خلط دچار آمده‌اند، شاید امروزه، چنین پنداشته شود که سخن اصلی فقیهان، درباره ماهیت قراردادی اقاله نیست، بلکه مراد مشهور دانشیان فقه شیعه، از فسخ خواندن اقاله، توجه به اثر سلبی و منفی این نهاد فقهی حقوقی - یعنی: انحلال قرارداد- است. فقیهان شیعه، در واقع، اقاله را نه ایقاع فسخ، بلکه عقدی می‌شمارند که بر خلاف عموم عقود رایج، دارای اثر سلبی و منفی است؛ چنان‌که طرح نمودن فسخ بودن اقاله، در مواجهه با دیدگاه‌های اهل سنت و به‌منظور نفی بیع بودن اقاله، خود، قرینه‌ای بر تأیید این امر است؛ اما باید گفت: اگرچه ادعای مذکور، امری محتمل می‌نماید، لیک، درنگ در عبارات این دسته از دانشیان فقه و حقوق شیعه، مساعد به این معنا نیست. آنچه از ظاهر نوشته‌های فقیهان و دانشیان حقوق پیرو فسخ پنداشتن اقاله، فرا روی، خودنمایی می‌کند، ایقاع بودن اقاله است؛ افزون بر اینکه برخی از اینان، بر عقد نبودن اقاله، بلکه از سنخ ایقاع پنداشتن آن، تصریح دارند (صاحب جواهر، ۳۵۴/۲۴-۳۵۵؛ حسینی شیرازی، ۳۹۷؛ موسوی سبزواری، ۱۱۸/۱۸؛ امامی، ۳۲۶/۱) چنان‌که تصویر ایقاع مشروط و مأذون پنداشتن اقاله، با ظاهر گفته این گروه از دانشیان فقه و حقوق شیعه، هماهنگ‌تر می‌نماید تا تصویر دو ایقاعی که وابسته به هم‌پیوسته می‌باشند که البته کسی به‌صراحت از آن، سخن نرانده است.

از این رو، ظاهراً، این دسته از دانشیان فقه و حقوق شیعه، با نظر داشت یکسانی نتیجه اقاله و فسخ، گویی اقاله را یکی از گونه‌های فسخ می‌پندارند که تنها در وجود تراضی و عدم انحصار به یکی از دو طرف قرارداد، از فسخ، تمایز می‌یابد (صاحب جواهر، ۳۵۵/۲۴؛ حسینی

شیرازی، ۳۹۷؛ موسوی سبزواری، ۱۱۸/۱۸؛ امامی، ۳۳۱/۱.

دلایل دیدگاه فسخ پنداشتن إقاله

بررسی و تورق نوشته‌های فقهی دانشیان فقه شیعه، این واقعیت را نمایان می‌سازد که اگرچه بسیاری از فقیهان شیعه، ماهیت إقاله را فسخ می‌پندارند، لیک، کمتر، دلیلی برای اثبات این ادعای خویش، بیان می‌دارند. این دسته از فقیهان شیعه، به تأثیر از رویکرد تطبیقی و نگاه انتقادی خود نسبت به دیدگاه رایج اهل سنت، نوعاً، به بیان دلایلی نقضی، در ردّ پندار بیع پنداشتن إقاله می‌پردازند تا ارایه دلایلی حکّی برای اثبات فسخ بودن ماهیت إقاله؛ با این همه در برخی از نوشته‌های این دو دسته از فقیهان شیعه، مستمسکات زیر، عمده‌ترین دلایل را برای اثبات دیدگاه فسخ پنداشتن إقاله، سامان می‌دهد:

۱. إجماع

شاید، رو در رو شدن با اظهارات فراوانی که إقاله را فسخ می‌خوانند، این پندار را در ذهن تقویت دارد که فقیهان شیعه، در باب فسخ پنداشتن ماهیت إقاله، به‌گونه‌ای نانوشته، دارای اجماع، اتفاق و تسالم می‌باشند.

نقد و بررسی

اینکه فقهی از فقیهان شیعه، به‌صراحت درباره فسخ بودن ماهیت إقاله، اجماع را ادعا نماید، بررسی نوشته‌های فقهی، آن را گزارش نمی‌دهد؛ آنچه در کتب فقه، به‌وضوح مشهود است، کاربرد واژه «عندنا» - یعنی: نزد ما اصحاب امامیه - و همانند آن است.

آری؛ شیخ یوسف بحرانی، از عدم خلاف در این مسأله، سخن می‌راند. او در این باره می‌نویسد: «الإقالة، عند الأصحاب، من غیر خلاف یعرف، فسخ، لا بیع» (بحرانی، ۹۰/۲۰). مقدس اردبیلی نیز عبارتی بیان می‌دارد که در نگاه نخست، پندار وجود اجماع را در ذهن می‌پروراند. او مطلب خود را چنین می‌نگارد: «الإقالة، فسخ بیع عندنا، لا بیع آخر... و هو ظاهر و مجمع علیه عند الأصحاب» (اردبیلی، ۴۶/۹).

درنگ در این عبارات، هویدا می‌سازد که مرکز و کانون اجماع و عدم خلاف فقه‌های امامیه، بر ردّ پندار رایج اهل سنت استوار است. این عبارات، بر اجماع و عدم خلاف فقیهان شیعه بر اثر سلبی إقاله و بیع نبودن آن گواهی می‌دهد و در اجماع بر ایقاع فسخ پنداشتن ماهیت إقاله، ظهور ندارد و اگر این اجماع و عدم خلاف، به ایقاع فسخ پنداشتن ماهیت إقاله، متوجه دانسته شود، گذشته از وجود مخالف که به‌نوبه خود، مانع تحقق اجماع و عدم خلاف است، مدرک

اجماع مذکور، چندان دارای وضوح است که راهی جز اذعان به مدرکی بودن و تعبیدی نبودن آن وجود ندارد.

۲. صدق لغوی فسخ بر اقاله

درنگ در معانی لغوی اقاله، تردیدی در صدق عنوان فسخ بر اقاله، بر جای نمی‌گذارد؛ (حسینی مراغی، ۳۸۵/۲) چنان‌که در کتب لغت عرب، درباره اقاله بیان می‌شود: «تقایل البیعان: تفاسخا صفقتهما، تقایلاً: إذا فسخا البیع و عاد المبیع إلى مالکة و الثمن إلى المشتري إذا كان قد ندم أحدهما أو كلاهما» (زبیدی، ۶۴۴/۱۵؛ ابن منظور، ۳۷۵/۱۱؛ طریحی، ۴۵۹/۵)؛ از این رو، از بررسی معانی لغوی اقاله، به دست می‌آید که ماهیت اقاله، فسخ یک سویه، یا همان ایقاع فسخ است.

نقد و بررسی

گذشته از عدم حجیت قول لغوی، به صرف صدق عنوان و معنای لغوی فسخ بر اقاله، نمی‌توان به فسخ بودن ماهیت اقاله حکم کرد؛ دانشیان لغت عرب، معانی دیگری نیز بر واژه اقاله صادق می‌دانند. در زبان تازی، مقایله، به معنای مبادله و معاوضه هم به کار می‌رود؛ (فیومی، ۷۱۶/۲) چنان‌که از نظر نباید دور داشت، اگرچه اقاله، در لغت، فسخ یک سویه است، ولی در اصطلاح فقهی، اقاله را فسخ به تراضی می‌دانند. این فقدان شرط تراضی در فسخ و نیز انحصار فسخ به دارنده حق فسخ و عدم انحصار اقاله، به یکی از دو طرف قرارداد، اقاله را از صدق عنوان فسخ بر آن، دور می‌دارد؛ چنان‌که نوعاً و عادتاً، در صورت فقدان خیار و حق فسخ، به اقاله روی آورده می‌شود؛ چه اینکه با بودن خیار و حق فسخ، دیگر به اعمال اقاله، نیازی نیست. بر خلاف حق فسخ و خیار که به سبب شرعی یا قراردادی، نیازمند هست، اقاله، جز به تراضی دو طرف قرارداد، به هیچ سبب خاصی، نیازمند نیست.

صدق معنای لغوی فسخ، بر اقاله، همان‌گونه که با ایقاع پنداشتن اقاله، هماهنگ است، با عقد دانستن ماهیت اقاله نیز هیچ‌گونه تنافی ندارد؛ فسخ، اثر اقاله است. اقاله، حتی اگر عقد هم دانسته شود، دارای همین اثر فسخ، رفع و ازاله است.

آنچه در استدلال به صدق عنوان فسخ، بر اقاله، مفقود می‌نماید، توجه به نوع پرسش از چیستی اقاله است؛ پرسش از چیستی اقاله، پرسشی فقه شناختی است که از ماهیت فقهی حقوقی اقاله، پرسان می‌شود؛ نه پرسشی لغت‌شناختی که به دریافت معنای لغوی اقاله، اهتمام دارد.

امضائی بودن إقاله (حسینی مراغی، ۳۸۸/۲-۳۹۰؛ طباطبائی یزدی، ۱۹۲؛ حسینی شیرازی، ۳۹۸؛ موسوی سبزواری، ۱۱۸/۱۸) نیز استدلال به صدق لغوی عنوان فسخ را بر إقاله، برای اثبات ایقاع فسخ پنداشتن ماهیت إقاله، توجیه نمی‌کند؛ زیرا در عرف نیز إقاله، به مقاوله و فسخ به تراضی معنا می‌شود و نه فسخ یک سویه؛ چنان‌که برخی از پیروان دیدگاه، فسخ پنداشتن ماهیت إقاله نیز از این حقیقت سخن می‌رانند (حسینی مراغی، ۳۹۰/۲).

۳. عدم همپوشی عنوان و احکام عقد، بر إقاله

با نظر داشت جایگاه إقاله در بخش معاملات، از آنجا که ماهیت فقهی حقوقی إقاله، از عقد یا ایقاع بودن بیرون نیست، در نتیجه، اگر إقاله، عقد دانسته شود، ناگزیر باید احکام عقود بر آن جاری گردد و عنوانی از عناوین قراردادها بر آن صادق افتد و حال اینکه هیچ عنوانی از عناوین عقود، بر إقاله، همپوشی ندارد و هیچ‌یک از احکام عقود معاوضی، بر آن جریان نمی‌یابد (همو، ۳۸۵/۲؛ صاحب جواهر، ۳۵۲/۲۴، ۳۵۵، ۳۵۷) از این رو، با عدم امکان عقد شمردن إقاله، گریزی از ایقاع فسخ پنداشتن آن، باقی نمی‌ماند.

نقد و بررسی

درنگ در استدلال مذکور، از این واقعیت، پرده بر می‌دارد که این استدلال بر دو پندار استوار است: یکی، حصری پنداشتن قالب‌های عقود؛ و دیگری، معاوضی فرض نمودن إقاله، در صورت عقد دانستن آن؛ و حال اینکه امروزه، حصری پنداشتن قالب‌های عقود، از پایگاه و جاهت علمی برخوردار نیست و دلیلی استوار، برای اثبات آن، وجود ندارد؛ چنان‌که عقد بودن ماهیت إقاله، به این امر وابسته نیست که یکی از عناوین عقود معین و مصطلح رایج در فقه و حقوق بر آن همپوشی یابد. إقاله را باید عقد مستقلی دانست که به همان عنوان اصلی إقاله، مسمی است و به جعل عنوان جدیدی نیازمند نیست.

همچنین، دلیلی بر معاوضی پنداشتن عقد إقاله وجود ندارد. هیچ‌گاه نمی‌توان إقاله را بدین جهت، عقد معاوضی دانست که در پی تحقق آن، معاوضه و مبادله مبیع با ثمن و یا دو عوض عقد إقاله شده نخستین، صورت می‌پذیرد؛ زیرا این معاوضه، از لوازم و مقتضیات انحلال قرارداد پیشین است که حتی در فرض ایقاع فسخ پنداشتن إقاله نیز انجام می‌یابد (محقق کرکی، ۴۵۴/۴ - ۴۵۵؛ اردبیلی، ۴۶/۹؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۱۹/۱۲).

عقد به شمار آمدن یک عمل فقهی حقوقی، به وجود ارکان اساسی قرارداد، در آن عمل، مشروط است. رکن اساسی عقد، تراضی و قصد انشای دو طرف قرارداد است که در إقاله نیز

محقق است. إقاله، افزون بر قواعد خاص خویش، به قواعد عمومی قراردادها نیز محکوم است و عدم جریان برخی از احکام عقود، بر إقاله، در عقد دانستن ماهیت آن، خللی به وجود نمی‌آورد؛ چنان‌که در عقود همچون نکاح، ضمان و وقف چنین است.

۴. خالی بودن قصد طرفین إقاله از ایجاد عقد

بسی روشن است که برای دریافت ماهیت یک عمل فقهی حقوقی در بخش معاملات بالمعنی الأخص، باید از قصد دو طرف معامله، سراغ گرفت؛ چرا که این قصد طرفین معامله است که چستی یک عمل فقهی حقوقی را هویدا می‌سازد. اگر در إقاله، به قصد طرفین نگریسته شود، این امر، دریافت می‌گردد که إقاله کنندگان، تنها، فسخ عقد و رفع اثر قرارداد پیشین را در قصد خویش دارند و نه ایجاد اثر و عقدی جدید؛ (حسینی مراغی، ۳۸۵/۲) از این رو، با نظرداشت جایگاه إقاله، در بخش معاملات و خالی بودن قصد طرفین إقاله، از ایجاد عقد، باید إقاله را ایقاع فسخ خواند.

نقد و بررسی

گذشته از این واقعیت که درنگ در قصد و توافق مشترک موجود بین دو طرف إقاله، به‌وضوح، بر عقد بودن ماهیت إقاله، گواهی می‌دهد، چنان‌که ارائه‌دهنده استدلال مذکور، خود نیز به وجود این توافق و قصد مشترک، اذعان می‌دارد، لیک، به نظر می‌رسد در این استدلال، اثر إقاله با ماهیت آن در هم آمیخته است؛ توافق و قصد مشترک، همان ماهیت إقاله را سامان می‌دهد و انحلال اثر سلبی ناشی از این قصد مشترک است.

در خصوص قرارداد، دلیلی استوار، بر ضرورت این امر وجود ندارد که باید عقد دارای اثری ایجابی باشد. قرارداد، همان‌گونه که می‌تواند اثر ایجابی جدیدی ایجاد کند، می‌تواند دارای اثری منفی و سلبی باشد؛ العقود تابعة للقصد. شباهت این دسته اخیر از عقود با ایقاعات، به جهت اثر سلبی آن‌ها، نباید محمل این اشتباه را فراهم آورد که این دسته از قراردادها، بیرون از دایره عقود، شمارگردند و به نادرست، از ایقاعات پنداشته شوند.

در اینجا، از بیان این نکته نباید فروگذار بود: آنچه تا کنون درباره دیدگاه فقیهان پیشین شیعه، بیان شد که إقاله را فسخ می‌خواندند، نوعاً، هماهنگ با دیدگاه آن دسته از دانشیان فقه شیعه ارائه گردید که ماهیت إقاله را ایقاع می‌پندارند و با بهره‌گیری از روش تفسیر توسیعی، دیدگاه فقیهان پیشین شیعه را برای پیشینه‌سازی پندار خود، استخدام می‌نمایند؛ اما انصاف این است، اگر رویکرد تطبیقی و نگاه انتقادی دانشیان پیشین فقه شیعه در مواجهه با دیدگاه اهل

سنت، مورد توجه قرار گیرد، بر خلاف آنچه درباره این دسته از فقیهان شیعه، در خصوص ایقاع پنداشتن إقاله ادعا می‌شود، اثبات این سخن که إقاله، تنها، انحلال قرارداد است و نمی‌توان آن را بیع و تملیک جدید شمرد، تمام آن چیزی است که در رصد اهتمام ایشان قرار دارد که البته، به نوبه خود، سخن قابل دفاعی است.

از منظر تاریخی، دقت، تأمل و تعمق در عبارات بسیاری از دانشیان پیشین فقه شیعه که إقاله را فسخ می‌خواندند، در کنار نظر داشت اموری همچون: پرهیز از پرداخت آشکار، شفاف، مستقیم و مستقل به ماهیت إقاله، عدم کاربرد صریح واژه ایقاع و بسنده نمودن به استعمال واژه فسخ، سخن راندن از تراضی و صیغه ایجاب و قبول برای إقاله و استخدام دیگر عباراتی که با عقد دانستن إقاله مساعدتر است، پذیرفتنی بودن گمانه قرار داشتن این دسته از فقیهان پیشین شیعه را در برزخ عقد دانستن یا ایقاع پنداشتن إقاله، قابل رصد و دریافت می‌نماید.

دیدگاه عقد دانستن ماهیت إقاله

در برابر آن دسته از فقیهان شیعه که ماهیت إقاله را فسخ می‌پندارند، گروهی دیگر از دانشیان فقه و حقوق شیعه به صراحت و یا به اختصار، از عقد بودن ماهیت إقاله، سخن می‌رانند (صاحب جواهر، ۳۵۵/۲۴؛ اصفهانی، ۱۰؛ طباطبائی یزدی، ۱۹۱؛ جعفری لنگرودی، ۵۱۲/۱؛ کاتوزیان، ۲۰/۵).

این گروه از دانشیان فقه و حقوق شیعه، إقاله را عقد انحلال و قطع آثار قرارداد، از هنگام تحقق إقاله می‌دانند (صاحب جواهر، ۳۵۷/۲۴؛ کاتوزیان، ۲۰/۵) که اگرچه تملیک جدیدی نیست (طباطبائی یزدی، ۱۹۲) و نوعاً، اشتغال ذمه را باعث نمی‌گردد، (صاحب جواهر، ۳۵۷/۲۴) لیک، علاوه بر اثر اصلی سلبی انحلال قرارداد - در صورتی که مفاد قرارداد، به طور کامل، انجام نیافته باشد - و قطع آثار عقد - در صورتی که مفاد عقد، تماماً، اجراء شده باشد - دارای آثار ایجابی تبعی متعددی است؛ همچون: برگشت آثار برجای مانده به محل نخستین خود (کاتوزیان، قواعد عمومی قرار داده‌ها، ۲۰/۵، ۲۷) چنان‌که اقاله عقد ضمان، عودت ذمه را به مضمون‌عنه، در پی دارد (جعفری لنگرودی، ۵۱۳/۱).

این عقد لازم رضایی غیر معاوضی (همو، ۵۱۲/۱؛ صاحب جواهر، ۳۵۴، ۳۵۷/۲۴) که به معاطات هم منعقد می‌گردد، (طباطبائی یزدی، ۱۹۱؛ صاحب جواهر، ۳۵۵/۲۴؛ شهید اول، ۲۴۴/۳؛ حسینی مراغی، ۳۹۰/۲؛ حسینی شیرازی، ۳۹۸؛ موسوی سبزواری، ۱۱۹/۱۸-۱۲۰) به

مانند برخی از عقود - همچون نکاح، ضمان و وقف - به اقتضای طبیعت خویش، احکام ویژه‌ای داراست که گاه، آن را از جریان برخی از قواعد عمومی قراردادها، دور می‌دارد. با این همه جریان قواعد عمومی قراردادها، در صورت عدم تراحم این قواعد با طبیعت و اثر اصلی اقاله، در عقد اقاله، به‌وضوح مشهود است (کاتوزیان، ۲۱/۵).

دلایل دیدگاه عقد دانستن ماهیت اقاله

اگر چه آشکار شدن عدم کفایت دلایل دیدگاهی که ماهیت اقاله را ایقاع فسخ می‌پندارد، در کنار توجه به این واقعیت که در بخش معاملات بالمعنی الأخص فقه و حقوق شیعه، اعمال فقهی حقوقی‌ای که رضایت، اراده و قصد انشاء، مقوم ذات آن‌هاست، به عقد و ایقاع محصور است، خود، دلیلی است که پذیرش عقد دانستن اقاله را هموار می‌سازد. با این همه می‌توان دلایل زیر را برای اثبات این دیدگاه، بیان داشت:

۱. دارا بودن رکن و ویژگی‌های اصلی عقد

بسی هویداست که تراضی و قصد انشای دو طرف قرارداد، رکن و جوهر اساسی قرارداد را سامان می‌دهد؛ چنان‌که تحقق و ایجاد وضعیت جدید فقهی حقوقی، محصول همین توافق و قصد مشترک است.

اندک تورق در نوشته‌های فقهی فقیهان شیعه، این واقعیت را به‌وضوح نمایان می‌سازد که تقریباً همگان اذعان می‌دارند: اقاله به تراضی واقع می‌شود. از این روست که بسیاری از دانشیان فقه و حقوق شیعه، از جمله آن دسته از فقیهانی که ماهیت اقاله را فسخ می‌پندارند، از ایجاب و قبول برای تحقق اقاله، سخن می‌رانند و صیغی همچون: تفاسخنا، تقایلنا، اقلتک و قبلت، برای آن بیان می‌دارند (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۱۷، ۹/۱۲؛ شهید اول، ۲۴۴/۳؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲۳۶/۳؛ محقق کرکی، ۴۵۴/۴؛ اردبیلی، ۴۷/۹؛ بحرانی، ۹۱/۲۰؛ صاحب جواهر، ۳۵۵/۲۴؛ طباطبائی یزدی، ۱۹۱؛ موسوی سبزواری، ۱۱۹/۱۸).

قصد، رضا، اهلیت طرفین، معلوم بودن عوضان، مشروعیت جهت، از عمده‌ترین و اصلی‌ترین ویژگی‌های یک قرارداد است که در اقاله نیز موجود و مشهود است (صاحب جواهر، ۳۵۳/۲۴ - ۳۵۵)؛ از این رو، چگونه می‌توان تحقق اقاله را به تراضی و ایجاب و قبول وابسته و نیازمند دانست، ولی در ماهیت قراردادی آن تردید روا داشت و از ایقاع پنداشتن آن، سخن راند؟!!

این تلقی که عنوان عقد را تنها بر عمل فقهی حقوقی ای می‌توان اطلاق کرد که اثر و نتیجه‌ای مثبت به بار آورد (نایینی، ۹۸/۱) و چون إقاله فاقد چنین اثر و نتیجه‌ای است، پس نمی‌توان آن را عقد دانست، سخنی است که بر دلیل استواری، مستند نیست. اندک درنگ و تفحص در گسترده عقود فقه و حقوق شیعه، این واقعیت را نمایان می‌سازد که این، تنها، إقاله نیست که دارای اثر منفی و سلبی است. اثر و نتیجه سلبی عقود همچون: ضمان، حواله و وقف را نمی‌توان نادیده انگاشت؛ چنان‌که وجود اثر و نتیجه مثبت را نیز در إقاله، نمی‌توان به انکار نشست.

درنگ در رفتار دو طرف قرارداد، به هنگام إقاله آن، تحقق قصد و توافق جدید آن دو را برای اعاده وضعیت فقهی حقوقی پیش از قرارداد و برگرداندن عوضان به حالت نخستین، نمایان می‌سازد. ایجاد این وضعیت جدید فقهی حقوقی که محصول توافق مشترک إقاله کنندگان است، اگرچه همان اعاده وضعیت پیش از عقد است، ولی در واقع، با وضعیت به وجود آمده از خود عقد، مغایر است. وجود این آثار و نتایج مثبت، واقعیتی است که حتی برخی از دانشیان فقه شیعه که ماهیت إقاله را فسخ می‌پندارند، از بیان و اذعان به آن، استنکاف ندارند (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۱۸/۱۲؛ موسوی سبزواری، ۱۲۲/۱۸).

شگفت‌تر و نپذیرفتنی‌تر از سخن پیشین، این است که قراردادی بودن ماهیت إقاله را محصول توهمی می‌پندارند که مشاهده وجود صورت عقد و نیز جریان پاره‌ای از احکام عقود در إقاله، منشأ آن است (صاحب جواهر، ۳۵۵/۲۴).

راستی، چگونه عقل و وجدان سلیم، به پذیرش این سخن گواهی می‌دهد که عملی فقهی حقوقی، از صورت عقد بهره‌مند باشد و جریان احکام عقود نیز - هرچند فی‌الجمله - در آن مشاهده گردد، ولی نباید ماهیت آن را عقد دانست؛ بلکه الزاماً، ماهیت آن را ایقاع پنداشت؟!

۲. عرف و بنای عقلاء

از آنجاکه نهاد فقهی حقوقی إقاله، معامله‌ای عرفی و عقلانی است که از امضای شارع نیز بهره‌مند است (حسینی مراغی، ۳۸۸/۲-۳۹۰؛ طباطبائی یزدی، ۱۹۲؛ اصفهانی، ۱۱؛ موسوی سبزواری، ۱۱۸/۱۸؛ حسینی شیرازی، ۳۹۸) از این رو، می‌توان حقیقت چیستی إقاله را در عرف و بنای عقلاء رصد نمود.

کاوش در عرف و بنای عقلاء، از طریق درنگ در رفتار دو طرف قرارداد، به هنگام إقاله قرارداد، إقاله را انحلال به تراضی قرارداد نشان می‌دهد و ماهیت قراردادی آن را آشکار

می‌سازد. عرف و بنای عقلاء، بر این قرار دارد: آن دو اراده‌ای که عقد را به سامان می‌آوردند، این توانایی را دارا هستند که از نو، با توافق یک‌دیگر، گره زده شده خود را باز نمایند و به حیات فقهی حقوقی عقد، پایان دهند؛ از این رو است که با لزوم تحقق اراده و تراضی دو طرف قرارداد پیشین، اقاله آن را محقق می‌بیند.

با توجه به آنچه تاکنون درباره ماهیت قراردادی اقاله گفته آمد، می‌توان این واقعیت را دریافت: چرا برخی از دانشیان پیشین فقه شیعه، صواب را در این می‌بینند که اقاله، همانند دیگر اعمال فقهی حقوقی مستقل فقه و حقوق شیعه، کتابی جداگانه و مستقل از دیگر کتب فقه دانسته شود و نه فصل و یا بابی از دیگر کتب فقه نوشته‌های فقهی شیعه (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۳۶/۳).

ماهیت اقاله در قانون مدنی ایران

درباره ماهیت اقاله در قانون مدنی ایران، می‌توان گفت: اگرچه، قانون مدنی ایران، در ماده ۲۸۳، از این سخن می‌راند که «بعد از معامله، طرفین می‌توانند به تراضی، آن را اقاله و تفاسخ کنند»، لیک، هیچ تعریفی برای اقاله، بیان نمی‌دارد؛ از این رو، نمی‌توان گفت: در قانون مدنی ایران، اقاله دارای چگونه ماهیتی است؛ اینکه قانون مدنی ایران، اقاله را عقد می‌داند و یا ایقاع فسخ می‌پندارد؛ چنان‌که نمی‌توان چستی اقاله را از درنگ در چند ماده‌ای کشف نمود که عهده‌دار بیان برخی از احکام اقاله می‌باشند و قانون مدنی ایران، آن‌ها را از فقه شیعه، برگرفته است.

شاید، این شیوه قانون مدنی ایران که چستی اقاله را به ابهام وا می‌گذارد، از روش آن دسته از دانشیان پیشین فقه شیعه، تأثیر می‌پذیرد که از پرداخت و بیان ماهیت اقاله پرهیز می‌داشتند.

نتیجه‌گیری

از درنگ در دیدگاه‌های موجود درباره ماهیت و چستی اقاله و بررسی دلایل هر یک این دیدگاه‌ها، آشکار می‌گردد که با توجه به وجود رکن و جوهره اساسی عقد، در عمل فقهی حقوقی اقاله، نمی‌توان پذیرفت ایقاع، ماهیت اقاله را به سامان آورد؛ از این رو، دیدگاه عقد دانستن اقاله، از کفایت بیشتری برخوردار است؛ چنان‌که تأمل در دلایل این دو دیدگاه و دیگر

مطالب بیان شده در نوشتار حاضر، آدمی را از نقد و بررسی این گمانه، بی‌نیاز می‌سازد که
 اقاله، ماهیتی ویژه، جدای از عقد و ایقاع، داراست.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، الرابعة، ۱۴۱۷ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع*، ابراهیم بهادری، قم، مؤسسة الامام الصادق (ع)، الأولى، ۱۴۱۷ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، علی شیری، بیروت، دار إحياء التراث العربی، الأولى، ۱۴۰۸ ق.
- أزهری، محمد بن احمد، *تهذیب اللغة*، محمد عوض مرعب، بیروت، دار إحياء التراث العربی، الأولى، ۱۴۲۱ ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *الإجارة (بحوث فى الفقه)*، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، الثانية، ۱۴۱۸ ق.
- إمامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، نوزدهم، ۱۳۷۷.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة*، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، الأولى، بی‌تا.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، چهارم، ۱۳۸۸.
- حسینی شیرازی، محمد، *الفقه (التجارة)*، بیروت، مؤسسة الرسول الأعظم (ص) للتحقیق و النشر، الأولى، ۱۴۱۷ ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین*، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، الأولى، ۱۴۱۸ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة*، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، الثانية، ۱۴۱۷ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة*، قم، مؤسسة اسماعیلیان، الاولى، ۱۴۱۵ ق.
- _____، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامیة، الثالثة، ۱۴۲۵ ق.
- شهیدی، مهدی، *سقوط تعهدات*، تهران، مجد، هشتم، ۱۳۸۶.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، علی آخوندی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، السابعة، بی‌تا.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرين*، سید احمد حسینی، تهران، مكتبة المرتضوية، الثانية، ۱۳۹۵ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، سید علی خراسانی، سید جواد شهرستانی، مهدی نجف، مجتبی عراقی، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، الأولى، ۱۴۱۱ ق.

_____، *المبسوط في فقه الامامية*، سيد محمد تقی كشفی، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، الأولى، بی تا.

عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة*، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الأولى، بی تا.
علامه حلی، حسن بن يوسف، *تحرير الاحكام الشرعية*، ابراهيم بهادری، قم، مؤسسة الامام الصادق (ع)، الأولى، ۱۴۲۰ ق.

_____، *تذكرة الفقهاء*، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، الأولى، ۱۴۲۲ ق.
فيومي، احمد بن محمد، *المصباح المنير*، قاهره، المطبعة الأميرية، السابعة، ۱۹۲۸ م.
كاتوزيان، ناصر، *قواعد عمومي قراردادها*، تهران، شركت سهامی انتشار، پنجم، ۱۳۸۷.
محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرايع الاسلام*، عبد الحسين محمد علی بقال، قم، اسماعيليان، الثالثة، ۱۳۷۳.

محقق كركی، علی بن حسين، *جامع المقاصد*، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، الثانية، ۱۴۱۴ ق.
مرتضي زبيدي، محمد بن محمد، *تاج العروس*، علی شیري، بيروت، دار الفكر، الأولى، ۱۴۱۴ ق.
مقدس اردبيلي، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاړدی، حسين يزدی، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، الأولى، ۱۴۱۲ ق.
موسوی سبزواری، عبدالأعلى، *مذهب الأحكام*، قم، دار التفسير، الأولى، ۱۴۳۰ ق.
نايینی، محمد حسين، *منية الطالب*، موسى نجفی خوانساری، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، الثانية، ۱۴۳۱ ق.

يزدي، محمد كاظم بن عبدالعظيم، *سؤال و جواب*، سيد مصطفى محقق داماد، تهران، مركز نشر علوم اسلامي، اول، ۱۳۷۶.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۳
زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۷۸-۱۵۹

نقدی بر دیدگاه «لزوم حبس مدعی اعسار در پرداخت مهریه»*

داود گوهری

دانش آموخته دکتری دانشگاه فردوسی مشهد

Email: Davood.gohari@stu.um.ac.ir

دکتر حسین ناصری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@um.ac.ir

چکیده

مهریه، نخستین دین مالی است که به صرف تحقق نکاح، بر عهده زوج استقرار می‌یابد. زوج حق دارد که این دین را از زوج طلب نموده در آن تصرف نماید. حال اگر پس از درخواست زوج، زوج چنین ادعا کند که معسر و ناتوان از پرداخت آن است، رویه قضایی در دادگاه‌های ما چنین است که به حبس زوج حکم می‌کنند تا اعسار خودش را ثابت کند. این نوشته تلاش می‌کند پس از بررسی و تحلیل موضوع اعسار مدیون به‌طور عام، ثابت کند که حبس مدیون مجهول‌الحال بدو، به‌ویژه در مورد زوج مدعی اعسار، مستند فقهی قابل قبولی ندارد؛ بنابراین، قول به ناروایی حبس زوج، به حقیقت نزدیک‌تر و بااحتیاط سازگارتر است.

کلیدواژه‌ها: اعسار، حبس، دین، مدعی، زوج، زوج، نکاح.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۶/۱۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۳/۰۸.

مقدمه

دین یا حق دینی، حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام کاری را از او بخواهد. این انجام کار ممکن است پرداخت مالی به داین باشد که به آن دین مالی گویند. علل و اسباب مختلفی برای ایجاد دین وجود دارد مانند عقد قرض، اتلاف، غصب و...؛ یکی از اسباب ایجاد دین، عقد نکاح است که باعث می‌شود دمه زوج نسبت به پرداخت مهریه، مشغول و مدیون گردد. این در صورتی است که در عقد نکاح، مهریه قرار داده شده باشد و ضمناً مؤجل نباشد که در این صورت، تمام مهریه به صرف عقد، به ملکیت زوج درآمده و با اموری^۱ از جمله دخول بر دمه زوج استقرار می‌یابد. زوج حق دارد از تمکین سرباز زند تا مهرش به او تأدیه گردد؛ اما در شرایطی، زوج ادعا می‌کند که بر اثر ناتوانی و اعسار، قدرت پرداخت مهریه را ندارد. سخن ما در این نوشتار درباره چنین فردی است. آیا باید او را حبس کرد تا اعسارش را ثابت کند یا ادعای او بدو مورد پذیرش قرار می‌گیرد؟

اخیراً یکی از مراجع محترم تقلید^۲، در آغاز درس خارج خود، به شدت، قانون حبس زوجی را که مدعی اعسار است مورد انتقاد قرار داد که واکنش‌های مختلفی را به دنبال داشت. این

۱. تبدیل مهریه از ملکیت متزلزل به ملکیت مستقر، با یکی از این امور حاصل می‌آید: دخول ارتداد فطری زوج، موت زوج و موت زوجة. (الروضة، ۳۵۳/۵)

۲. ناصر مکارم شیرازی. سؤالی این روزها جمعی از جوانان بعد از ازدواج و قبل از عروسی گرفتار مشکلات عظیمی به خاطر درخواست مهریه‌ها مخصوصاً مهریه‌های سنگین از سوی همسر خود می‌شوند و تاکنون بسیاری از آن‌ها به سبب عدم قدرت بر پرداخت مهریه به زندان رفته‌اند و بعد از آنکه عدم توانایی آن‌ها ثابت شود آن را تقسیط می‌کنند؛ مثلاً هر سه ماه باید یک سکه به علاوه نفقه بپردازد و تا تمام مهریه را نپردازد، زن تمکین نمی‌کند و به خانه شوهر نمی‌آید و اگر مهریه مثلاً ۲۰۰ سکه باشد نزدیک ۵۰ سال و اگر ۵۰۰ سکه باشد حدود ۱۲۵ سال طول می‌کشد تا زن تمکین کند آیا واقعاً اینگونه قوانین موافق شریعت اسلامی است؟ پاسخ: اولاً: هیچکس را به خاطر مهریه نمی‌توان زندانی کرد، مگر اینکه توانایی او بر ادای مهر ثابت شود و عمداً خودداری کند؛ و در موقع «شک در قدرت» اصل بر «عدم یسار» است؛ زیرا هیچکس ثروتمند از مادر متولد نمی‌شود و استصحاب «عدم یسار» ثابت است و معلوم نیست چرا تا کنون جمعی از قضات محترم عده‌ای از جوانان را به زندان انداخته‌اند تا عدم توانایی خود را اثبات کنند.

ثانیاً: هرگاه عدم توانایی زوج بر ادای مهریه ثابت شد آن را تقسیط می‌کنند و با ادای اولین قسط، زن باید تمکین کند؛ زیرا موضوع «عندالمطالبه» از صورت یکجا، به صورت اقساطی تغییر یافته و اگر زوج به وظیفه خود در پرداخت قسط اول اقدام کند زن باید تمکین نماید. همیشه در فقه با تغییر موضوع احکام نیز تغییر می‌یابد. اضافه بر این قاعده «لاضرر» و «لا حرج» در اینگونه موارد حاکم است. علاوه بر این قاعده «ما حکم به العقل حکم به الشرع» نیز جاری و ساری است. کدام عقل، قبح و زشتی حکم انتظار کشیدن ۵۰ سال یا ۱۲۰ سال را برای رفتن زن به خانه بخت درک نمی‌کند؟! این‌گونه احکام که هنوز متأسفانه در بعضی محاکم ما جاری است، فقه اسلام را زیر سؤال می‌برد و اسباب تعجب می‌شود! سزاوار است قضات محترم بنشینند و هر چه زودتر آن را اصلاح کنند. نکته دیگر این که تفاوت گذاشتن میان تعبیر «عندالقدرة و الاستطاعة» و «عند المطالبة» نیز صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا تعبیر «عندالمطالبه» نیز براساس شرایط عامه تکلیف است که یکی از آن‌ها «قدرت» می‌باشد و طبعاً مقید به آن است، مگر حکمی وجود دارد که مشروط به قدرت و استطاعت نباشد؟ سزاوار است این قیود نیز

مرجع بر این باور است که روزانه شش جوان ایرانی به دلیل اعسار از پرداخت مهریه راهی زندان می‌شوند! وی در ادامه خواستار اصلاح این قانون می‌شود.

همان‌گونه که آشکار است، موضوع اعسار زوج، یکی از صغریات باب دین است؛ برخی از فقیهان در باب ادعای اعسار در مطلق مدیونان، بر این باورند که آنان باید تا اثبات اعسارشان، حبس گردند. به‌عنوان نمونه، شهید ثانی می‌نویسد:

«بدهکار اگر ادعای اعسار کند حبس می‌شود تا آن را اثبات کند خواه بااعتراف طلبکاران و خواه با بینه‌ای که بر باطن کار او آگاه است... مفلس در صورت ادعای تنگدستی و پیش از اثبات آن تنها در صورتی زندانی می‌شود که اصل دین مال باشد مانند قرض یا آنکه عوض از مالی باشد مانند ثمن بیع؛ اما اگر هر دو منتفی باشد مانند آنکه ثبوت مال در ذمه او بواسطه جنایتی باشد که موجب دیه است و یا به‌واسطه اتلاف مال غیر باشد، به خاطر اصالت عدم مال، ادعای تنگدستی از او با قسم خوردنش پذیرفته می‌شود. پس هرگاه ادعای خود را ثابت کند آزاد می‌شود و کسب‌وکار بر او واجب نیست زیرا خداوند متعال می‌فرماید: «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة». (بقره/۲۸۰). (الروضة، ۲/ ۱۱۳)

با توجه به چنین حکمی درباره مطلق بدهکاران، طبیعی است که نظر راجع از نگاه این دسته از فقیهان، لزوم حبس زوج مدعی اعسار نیز هست.

لازم به ذکر است که در عصر حضرات معصومان (ع)، تعیین مهریه به صورت حال و نقد و طبیعتاً پرداخت آن قبل از دخول مرسوم بوده است؛ اما در جوامع کنونی، هر چند مهریه به صورت حال و نقد، قرار داده می‌شود اما یا اساساً پرداخت نمی‌گردد و یا با تأخیر و تأجیل، ادا می‌شود در حالی که همان‌گونه که گذشت، در صورتی که زوجه مهریه خود را از زوج مطالبه نماید بر زوج واجب است آن را پرداخت نماید. چنانچه زوج مدعی شود که تنگدست است و قادر به پرداخت آن نیست، زوجه می‌تواند نزاع خویش را به محکمه برده و از حاکم، تقاضای استیفای حق کند.

اینجاست که برخی از فقیهان به زندانی کردن بدهکار مدعی اعسار، در صورت درخواست صاحب حق از حاکم، فتوا داده‌اند. پس اگر فقر او معلوم شود، او را رها می‌کنند. این رأی شیخ مفید (ص ۳۲۷)، ابوالصلاح حلبی (ص ۱۴۳) و سلار (ص ۳۲) است. در میان

اهل سنت هم برخی مثل ابن قدامه (۴/ ۹۹۴) و موصلی (۲/ ۹۸) این رأی را اختیار کرده‌اند. نظام جاری در دستگاه قضا هم بر اساس همین رأی است.

سؤالی که زمینه این تحقیق را فراهم کرده، این است که در عصری که تشکیل زندگی در بین جوانان به‌سختی و با مشکلاتی صورت می‌گیرد، چنین حکمی شایسته است؟ آیا زندانی کردن زوج، موجب گسست بنیان خانواده نمی‌شود؟ مگر نه این است که قرآن کریم مهلت دادن به معسر را توصیه می‌کند؟ به نظر می‌رسد این قانون، به علل و دلایل گوناگون نیاز به بازنگری جدی دارد.^۱

حبس مدیون در فقه امامیه

روایات فراوانی درباره حبس مدیون وارد شده که لسان واحدی ندارند و از همین روی، اقوال متفاوتی در مسأله، پیدا شده است. این روایات را نخست می‌توان در دو دسته گونه‌بندی کرد: روایاتی که در رابطه با حبس ابتدایی مدیون صادر شده است و روایاتی که درباره حبس مدیون توانگر وارد گردیده است. طبیعی است که بحث حبس مدیون در جمیع حالات، زمانی مطرح می‌شود که وی عندالمطالبه، از پرداخت تعهدش به هر دلیل، استنکاف ورزد؛ اما پیش از ورود به اصل موضوع، به دو حکم تکلیفی که در باب دین، مقرر شده نظری افکنده می‌شود:

۱- تکلیف مدیون در ادای تعهد

یکی از مسلّمات فقه اسلامی، وجوب پرداخت دین است. پرداخت دین هم از منظر تکلیفی‌ات، یک واجب مؤکّد و هم از نگاه وضعیات، مُبرء ذمه و مُسقط ضمان است. معاویه بن وهب می‌گوید به امام صادق (ع) گفتم: آیا این قضیه‌ای که برای ما نقل شده است، واقعیت دارد؟ مردی از انصار از دنیا رفت و چون دو دینار قرض بر ذمه داشت، پیامبر (ص) بر او نماز نخواند و فرمود: بر دوستان نماز بخوانید تا خویشتانش دینش را بپردازند. حضرت فرمود: بله این حقیقت دارد. (حر عاملی، ۷۹/۱۳)

۱. اخیراً حبس زوج به دلیل عدم پرداخت مهریه، به صورت قانون صریح درآمده است. بر اساس این قانون، سقف کیفری مهریه، ۱۱۰ سکه‌ی طرح جدید اعلام شده است. بنا بر این، زوج در هر صورت، موظف است این مقدار را به زوجه ایفا کند و اعسار و عدم اعسار او تأثیری در این تکلیف ندارد و در صورت استنکاف، مطابق ماده‌ی ۲ محکومیت‌های مالی با او رفتار می‌شود؛ ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی: هر کس محکوم به پرداخت مالی به دیگری شود چه به صورت استرداد عین یا قیمت یا مثل آن و یا ضرر و زیان ناشی از جرم یا دیه و آن را تادیه ننماید دادگاه او را الزام به تادیه نموده و چنانچه مالی از او در دسترس باشد آن را ضبط و به میزان محکومیت از مال ضبط شده استیفا می‌نماید در غیر این صورت بنا به تقاضای محکوم له، ممتنع را در صورتی که معسر نباشد تا زمان تادیه حبس خواهد کرد.

۲- نهی از تأخیر در پرداخت دین

بعد از تأکید روایات در لزوم پرداخت دین، نهی از مپاطله و امروز و فردا کردن در ادای دین، دومین مسأله مهمی است که آموزه‌های دینی بدان عنایت کرده‌اند. پیامبر (ص) می‌فرمایند: کسی که حق صاحب حقی را درحالی‌که می‌تواند پرداخت کند، ادا نکند، برای هر روز تأخیرش، بر او گناه مالیات‌بگیر ظالم نوشته می‌شود. (ابن بابویه، امالی، ۳۵۱/۱) این گزاره از پیامبر اکرم (ص) نیز مشهور است: مَطْلُ الْمُسْلِمِ الْمَوْسِرِ ظُلْمٌ لِلْمُسْلِمِينَ: امروز و فردا کردن مسلمان (بدهکار) توانگر، یک نوع ستم برای مسلمانان است. (حرعاملی، ۳۴۳/۱۸)

حبس بدوی مدیون

پس از ذکر این دو مطلب، اینک باید در باره این موضوع سخن گفت که چنانچه مدیون، از ادای دین و تعهدش ابا کند و بستانکار پس از مطالبه، شکایت خویش را به محکمه ببرد، تکلیف چیست؟

این موضوع را باید در دو افق بررسی کرد. افق اول آن است که ناداری و اعسار مدیون، معلوم باشد؛ افق دوم آن است که وضعیت اعسار و ایسار مدیون، مجهول باشد:

آ- حبس بدهکار در صورت علم به اعسار وی

ظاهراً همه فقیهان اتفاق دارند که در صورت معلوم بودن اعسار و ناداری مدیون، حبس او روا نیست. ادله آنان بر این دعوا کاملاً روشن و منطقی است:

۱- قبح تکلیف بما لا یطاق: پرواضح است که حبس مدیون معسر و مطالبه دین از او، یک نوع تکلیف به امر ناممکن است که عقلاً و شرعاً قبیح است چراکه ادای دین در گرو رهایی مدیون است و إلا با حبس کردن، مدیون قدرت بر ادا نخواهد داشت.

۲- آیه «فَنظَرَةُ إِلَى مَيْسَرَةٍ»: قرآن کریم به روشنی دستور می‌دهد به بدهکاری که ناتوان از پرداخت دینش است، مهلت داده شود تا توانایی ادا پیدا کند. علامه طباطبایی در ذیل این آیه روایتی را از کتاب کافی از امام صادق (ع) نقل می‌کند که روزی رسول اکرم (ص) به منبر رفت و حمد و ثنای الهی را بجا آورد و بر پیمبران درود فرستاد و سپس فرمود: ای مردم! حاضران به غایبان برسانند هرکس [بدهکار] تنگدستی را مهلت دهد در هرروز به اندازه مالش نزد خدا صدقه‌ای دارد تا آن را دریافت نماید. بعد حضرت صادق (ع) این آیه را تلاوت فرمود: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ...» تا «إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ» اگر بدانید که او تنگدست است و مالتان را به او تصدق

کنید آن برایتان بهتراست. (طباطبایی، ۲۸۵/۴)

۳- و روایاتی که در این باره وارد شده است که در بیان اقوال به تعدادی از آن‌ها اشاره می‌شود.

شیخ مفید می‌گوید: چنانچه حاکم کاملاً از ناتوانی و اعسار او مطلع است، حبس چنین فردی جایز نیست و اگر چنین کند، مرتکب معصیت شده است. (ص ۵۵۷)

شیخ طوسی با واسطه سکونی از امام صادق (ع) نقل می‌کند که امیر مؤمنان (ع) از حبس مرد معسری که از پرداخت نفقه زنش ناتوان بود، إبا داشت و می‌فرمود: ان مع العسر یسراً. (نهایه، ۳۵۲):

همین‌طور شیخ بر اساس روایتی بر این باور است که چنانچه بستانکار خود بر اعسار بدهکار اقرار کند، امیر مؤمنان (ع) او را حبس نمی‌کردند. (تهذیب، ۳۰۰/۶ - ۲۹۹؛ نهایه، ۳۵۲ - ۳۵۳)

همچنین ابن زهره حلبی نیز می‌نویسد: اگر اعسار مدیون با بیّنه ثابت شود یا بستانکاران او را در اعسارش تصدیق کنند، حبسش جایز نیست. (ص ۲۴۹).

ب- حبس بدهکار در صورت جهل به إعسار و إیسار وی

اما وفق دوم بحث، جایی است که اعسار و ایسار بدهکار، نامعلوم باشد. فقیهان امامیه بر اساس نوع برداشتی که از نصوص داشته‌اند، در مواجهه با این موضوع، در دو گروه جای می‌گیرند: گروهی حبس ابتدایی مدیون را لازم می‌انگارند تا زمانی که وضعیتش روشن شود؛ و دسته‌ای نیز پیش از روشن شدن حال او، حبسش را بر نمی‌تابند.

موافقان حبس ابتدایی مدیون

گروه بسیاری از فقیهان امامیه، یا نصّاً یا ظهوراً، فتوا به جواز حبس مدیون مجهول‌الحال داده‌اند. به برخی از جمله شیخ ابن بابویه، شیخ مفید، ابوالصلاح حلبی، سلّارین عبدالعزیز، محقق حلّی، علامه حلّی، شهید اول، شیخ بهایی، سید علی طباطبایی، محقق خوانساری، محقق عراقی، اشاره می‌شود.

شیخ ابن بابویه از جمله قائلان این قول است البته اگر مفاد روایتی را که می‌آید، فتوای ابن بابویه، قلمداد کنیم از این باب که روایات ابن بابویه، فتاوای او نیز هست.

ایشان به نقل از اصبع بن نباته روایت می‌کند که امیر مؤمنان (ع)، مدیون را حبس می‌فرمود تا نیازمندی و افلاسش آشکار گردد؛ در این صورت او را آزاد می‌کرد تا به دنبال تحصیل مال

برود.^۱ (من لایحضره الفقیه، ۲۸/۳)

تحلیل روایت:

این روایت، سنداً و دلالتاً قابل ایراد است؛ اما سنداً بدین لحاظ که طریق ابن بابویه به اصبح، ضعیف است هم به واسطه حسین بن علوان کلبی که عامی است و هم به خاطر عمرو بن ثابت که نه مدحش و نه توثیقش ثابت شده است.^۲ (اردبیلی، جامع الرواة، ۵۳۱/۱) اما در دلالت این روایت نیز می‌توان چنین خدشه کرد که احتمال دارد مورد روایت جایی باشد که شخص بدهکار، دارای ثروت است (ملی) ولی ادعای اعسار می‌کند.

این مضمون با طرق دیگری نیز رسیده است. روایت شده که امیر مؤمنان (ع) در مورد بدهکاری، فرد را حبس می‌کرد، پس اگر افلاس و حاجتمندی او آشکار می‌شد، او را رها می‌کرد تا مالی به دست آورد.^۳ (طوسی، تهذیب، ۱۹۶/۶) مجلسی دوم می‌گوید: این روایت، موثق است؛ والد ایشان (مجلسی اول) می‌گوید: ظاهر آن است که حبس در موردی خواهد بود که مورد دعوا مال باشد یا برای او مالی باشد مانند مهر. (مجلسی، ملاذ الأخیار، ۱۰/۱۶۶).

در بین راویان این روایت، غیاث قرار دارد که در مورد ایشان علامه محمد تقی تستری در کتاب رجال می‌گوید: «شیخ او را در رجالش در زمره کسانی قرار داده که از امامان نقل روایت نمی‌کرده... در عده هم تصریح شده که ایشان عامی است.^۴ دارقطنی هم او را تضعیف کرده است.» (۳۵۵/۸).

همین‌طور نقل شده که امیر مؤمنان (ع)، افراد را در مورد بدهی به حبس می‌انداخت، سپس بررسی می‌کرد، اگر مالی داشت، آن را به طلبکاران می‌داد و اگر مالی نداشت، او را به آن‌ها تحویل می‌داد و می‌گفت: هر کاری می‌خواهید با او بکنید، اگر خواستید او را به اجیری دهید و اگر خواستید او را به کارگیرید.^۵ (طوسی، تهذیب، ۳۰۰/۶). در خصوص این روایت باید گفت:

۱. روی الأصبع بن نباته، عن أمير المؤمنين عليه السلام...: و قضی علی علیه السلام فی الدین: أنه یحبس صاحبه فإذا تبین إفلاسه و الحاجة، فیخلی سبيله حتی یتفید مالا.

۲. طریق المصنف الی الاصبع ضعیف بحسین بن علوان الکلبی و عمرو بن ثابت کما فی الخلاصة فان الاول عامی و ان کان له میل و محبة شديدة حتی قيل انه کان مؤمناً و الثانی لم یثبت مدحه و لا توثيقه مع قول فيه بالضعف و الله العالم.

۳. عن محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن الحسين، عن محمد بن يحيى، عن غياث، عن أبيه: إن علیاً علیه السلام کان یحبس فی الدین، فإذا تبین له إفلاس و حاجة، خلّی سبيله حتی یتفید مالا.

۴. البته شیخ در عده الاصول تصریح می‌کند که در صورتی به روایت راویان عامی، عمل می‌کنیم که روایتی معتبر بر خلاف آن از طرق امامی در بین نباشد (۱۴۹/۱).

۵. محمد بن علی بن محبوب، عن ابراهيم بن هاشم، عن النوفلي، عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه: إن علیاً علیه السلام کان یحبس فی الدین، ثم ینظر، فإن کان له مال أعطی الغرماء و إن لم یکن له مال دفعه إلی الغرماء، فیقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم أجروه و إن شئتم استعملوه...

ابن ادریس بر این باور است که این روایت صحیح نیست، چراکه با اصول مذهب ما مخالف و با مفاد قرآن کریم نیز متضاد است. خداوند متعال می‌فرماید: «فإن كان ذوعسرة فنظرة إلى ميسرة...» (بقره: ۲۸۰) اگر بدهکاران تنگدست باشد، پس تا زمان گشایش، مهلتی به او بدهید... در این آیه شریفه چیزی از به کار گرفتن یا به اجیری دادن نیامده است، تنها شیخ ابوجعفر طوسی در نهاییه (۳۴۱-۳۴۰) چنین احتمالاتی را برای طرح ایراد- و نه آن‌که بدان معتقد باشد- آورده است و در مسائل کتاب خلافتش (۲۷۲/۳) از این دیدگاه برگشته است... (ابن ادریس، ۱۹۶/۲).

شیخ حرّ عاملی می‌گوید: می‌توان این روایت را بر اجیر قراردادن کسی که عادتاً خود را اجیر قرار می‌دهد، یا واداشتن شخص به کاری که معمولاً به آن کار می‌پردازد، حمل کرد چراکه مکرراً گفته شده که واجب است به فرد معسر مهلت داده شود تا آن زمان که توان پرداخت بدهی خود را پیدا کند. این را بعضی از فقیهان شیعه بیان کرده‌اند. (حرّعاملی، ۱۳/۱۴۸ ذیل ح ۳).

سید عاملی می‌نویسد: این روایت علاوه بر ضعف سندش با عقل و نقل مخالف است. اصولاً حبس کردن شخص، پیش از تحقق سبب آن امری غیرمعقول است. مسلط کردن شخص بر دیگری تا هر کاری بخواهد با او بکند، با وجود ناتوانی او از پرداخت بدهی، از اموری است که هم عقل و هم نقل آن را منع می‌کنند، مواردی مانند آیه شریفه (... فنظرة إلى ميسرة) و روایات متعدد همان‌گونه که گذشت. (عاملی، ۱۰/۷۳).

مجلسی می‌گوید: ممکن است که حبس از باب تعزیر باشد، یعنی آن حضرت می‌دانسته که مالی دارد ولی انکار می‌کرده است. باید این حدیث را چنین توجیه کرد تا با ظاهر آیه شریفه و روایات دیگر منافات نداشته باشد. (مجلسی، روضه المتقین، ۶/۸۴).

فرد موافق دیگر، شیخ مفید است. وی می‌نویسد:

«اگر طلبکار به جهت امتناع از ادای بدهی، خواستار حبس بدهکاری شود که خود به دین خود اقرار کرده است، قاضی او را حبس می‌کند، اگر پس از حبس او آشکار شد که فردی نادار و بی‌چیز است و نمی‌تواند از عهده پرداخت آنچه بدان اقرار کرده برآید، او را آزاد می‌کند و به او دستور می‌دهد که حق طرف مقابل را بپذیرد و بکوشد که از عهده پرداخت آن برآید.» (ص ۳۷۲). نیز می‌گوید: «اگر منکر پس از سوگند خوردن از انکار خود پشیمان شد و به حق دیگری اعتراف کرد، حق بر او لازم می‌شود و باید از عهده پرداخت آن برآید و اگر چنین نکرد

قاضی می‌تواند او را محبوس سازد. پس اگر ادعای اعسار یا ضرورت کند و بگوید: آن سوگند که یاد کردم از ترس حبس بود، ولی بعدها به جهت سوگند دروغ از خداوند ترسیدم و به بدهی خود اعتراف نمودم، در این صورت، چنانچه واقعاً همان‌گونه که ادعا می‌کرده بود، قاضی او را حبس نمی‌کند و به او مهلت می‌دهد، ولی اگر صحت ادعای ناداری او روشن نشود، می‌تواند او را حبس کند تا آن زمان که طرف مقابل اعلام رضایت نماید.» (همو، ۷۳۳).

ابوالصلاح حلبی نیز همین رأی را بر می‌گزیند:

«چنانچه مدیون ادعای ناداری کند و طلبکار، ناداری وی را منکر شود و شاهی هم در کار نباشد، قاضی توقف می‌کند تا یکی از جهات برای او روشن شود و به مقتضای آن حکم نماید، پس اگر ناداری او ثابت شود و او قبلاً وی را حبس کرده باشد، او را آزاد می‌نماید. (ص ۳۴۱). ایشان می‌گویند: جایز نیست برای کسی که می‌داند بدهکار او بی‌چیز است، او را حبس کند، درحالی‌که به بدهی خود اقرار دارد و او را به جهت انکارش سوگند دهد.» (همو، ۴۴۳). از سخن ایشان چنین استفاده می‌شود که چنانچه حاکم علم به ناداری مدیون داشته باشد، نمی‌تواند او را حبس کند؛ مفهوم مخالف آن است که در صورت جهل، می‌تواند او را حبس کند.

در جایی دیگر می‌گویند: «کسی که اقرار به بدهی خود کرده یا علیه او به بدهکاریش شهادت داده شده اگر ادعای ناداری کند و حاکم از صحت ادعای او آگاه باشد، یا شهادتی به آن شهادت دهند، او را حبس نمی‌کند، ولی بر او مقرر می‌کند تا از درآمدش، آنچه از مخارج خود و خانواده‌اش اضافه باشد، به طلبکار بپردازد ولی اگر ناداری او نزد قاضی معلوم نباشد و شهادتی نیز بر آن اقامه نشود، او را حبس می‌کند و به تحقیق درباره ادعای او می‌پردازد. اگر اعسار وی روشن شد او را از حبس آزاد کند و در مورد حقوقی که بر عهده دارد، به اقداماتی که ذکر آن گذشت، عمل می‌نماید.» (همو، ۴۴۷).

کلام سلاربن عبدالعزیز نیز موافق با همین رأی است:

«ازجمله واجبات این است که ادعای مدعی را بشنود و از مدعی علیه درباره موضوع مورد ادعا سؤال کند. اگر اقرار کرد و خود اقدامی برای پرداخت بدهی انجام نداد، او را به ادای دین مورد اقرار الزام می‌کند، پس اگر به وظیفه خود عمل نکرد، به طرف او امر می‌کند که او را همراهی کند تا رضایتش را جلب نماید. اگر طرف مقابل درخواست حبس او را به جهت بدهی نمود، او را حبس می‌نماید و اگر ناداری او آشکار شد آزادش می‌کند.» (ص ۲۳۰).

محقق حلّی نیز می‌فرماید:

«... و اگر مالی آشکار نداشته باشد و ادّعای ناداری بکند، اگر قاضی بینه‌ای بر ادّعای او ملاحظه کرد، بدان حکم می‌کند و اگر بینه‌ای نبود و در اصل از وی مالی شناخته شده بود یا اصل دعوا مال بود، در این صورت حبس می‌شود تا ناداری‌اش ثابت شود...» (۲/ ۹۵).

سخن علامه حلّی هم مؤید این دیدگاه است:

«اگر ناداری ثابت شود، قاضی وی را آزاد می‌کند. پس اگر طلبکاران پس از مدتی بازگشته، ادّعا کردند که مالی به دست آورده است و او انکار نمود، قولش در صورت عدم وجود بینه همراه با سوگند پذیرفته می‌شود و طلبکاران باید بینه اقامه کنند. پس اگر مدّعیان دو شاهد آوردند و آنان شهادت دادند که در دست او مالی دیده‌اند و او در آن مال تصرف می‌کرده و طلبکاران آن را از او گرفته‌اند، اگر بگوید: این مال را از فلان شخص به ودیعه و یا مضاربه گرفته‌ام و آن شخص نیز او را تصدیق کند، قاضی به نفع او حکم می‌کند و طلبکاران حقّی در آن مال نخواهند داشت. حال آیا طلبکاران می‌توانند او را سوگند دهند که با آن شخص موردنظر تبانی نکرده بوده و یا این که از روی تحقیق اقرار نموده است؟ آنچه به نظر نزدیک‌تر می‌رسد این است که نمی‌توانند، چراکه اگر او از اقرارش برگردد، از او پذیرفته نخواهد شد؛ بنابراین سوگند دادن او معنایی نخواهد داشت. ولی این احتمال هم وجود دارد که گفته شود: می‌توان او را سوگند داد چراکه به‌هرحال ممکن است تبانی واقع شده باشد. در این صورت، اگر از سوگند خوردن امتناع کرد، حبس می‌شود تا یا مال را تسلیم نماید و یا سوگند بخورد. بدان جهت که اگر اقرار به تبانی کند، با وجود تصدیق دیگری به جهت مال زندانی می‌شود.» (تذکره، ۲/ ۵۹).

شهید اوّل در این مسأله چنین می‌نویسد:

«ملاک حبس این است که احقاق حقّی متوقف بر آن باشد و در مواردی ثابت می‌شود: ... و زمانی تشخیص وضع او در موضوع عُسر و یُسّر مشکل می‌شود که خواسته و اصل مورد ادّعا مال باشد یا سابقاً از وی مالی شناخته شده باشد و ناداری او هم ثابت نشده باشد. در این صورت حبس می‌شود تا یکی از دو حال معلوم شود.» (القواعد و الفوائد، ۲/ ۱۹۲). وی در اللمعه الدمشقیه می‌گوید: «اگر ادّعای ناداری کند حبس می‌شود تا آن را ثابت کند؛ پس اگر ثابت کند آزاد می‌شود.» (الروضة البهیة، ۴/ ۳۹).

شیخ بهائی نیز بر این باور است:

«اگر مدیون اقرار به طلب طلبکار نماید، ولی مدعی شود بی چیز است... پس اگر نتواند نادراری اش را ثابت کند، حاکم او را حبس می کند تا وضع او معلوم شود.» (ص ۹۵۳).
سید علی طباطبایی هم می نویسد:

«اگر ادعای ناداری کند و البته نادر در نزد ما- همان گونه که در کنزالعرفان آمده- عبارت است از: ناتوانی بدهکار در ادای حقوقی که بر عهده اوست به جهت عدم مالکیت چیزی مازاد بر خانه، لباس متناسب با شؤون، مرکب، خادم و همین طور خوراک یک شب و روز خود و افراد تحت تکفل او که نفقه ایشان بر او واجب است. در صورت ادعای ناداری اگر از او پیش از این سابقه‌ی داشتن مالی وجود دارد یا اصل و خواسته دعوا مال است، در این صورت باید بر تلف شدن مال، بینه اقامه نماید و اگر شاهدانی بر این امر نداشته باشد، حبس می شود تا ناداری او روشن شود و البته این قول، کلام مشهور علماست و دلیل آن روایات و نصوص است که در این امر وارد شده است. در روایت موثق و غیر موثق بسیار آمده که علی علیه السلام برای بدهی حکم به زندان می نمود. ولی صحیح آن است که آن حضرت جز در سه مورد حکم به زندان نمی کرد: غاصب، آکل مال یتیم ظلماً و خائن در امانت؛ شیخ طوسی فرموده: میان این سخن با روایات حبس، تنافی ای وجود ندارد چراکه یکی از این دو توجیه را می شود مطرح کرد: نخست آن که حضرت فقط سه گروه را به جهت عقوبت، حبس می کرد. دوم آن که حضرت آن سه دسته را فقط حبس طویل‌المدت می کرد چراکه معنا ندارد که مدیون، حبس طویل‌المدت شود. ولی هر دو وجه بعید به نظر می رسد به ویژه وجه دوم. البته این مطلب اشکالی ایجاد نمی کند، چراکه ترجیح با روایات گروه اول است که روشن ترین دلیل رجحان آن است که فقیهان مطابق این روایات فتوا داده اند و به آن روایت صحیح توجه نکرده اند، زیرا منحصر بودن حبس تنها در سه مورد جداً با اجماع مخالف است.» (۴۹۳/۲).

همان گونه که ملاحظه شد، صاحب ریاض نیز علی رغم وجود اخبار صحیح، حبس را جایز می شمرد.

سید خوانساری هم در این خصوص چنین اظهار نظر می کند:

«گفته می شود: مقتضای آیه شریفه (و إن کان ذو عسرة...) و اخباری که دلالت بر حبس می کنند آن است که ناداری شرط برای وجوب مهلت دادن است، نه این که دارایی، شرط جواز حبس و اجبار باشد؛ به عبارت دیگر، این دلایل می گویند: اگر ناتوان بود باید به او مهلت داد و بر طرف دیگر قضیه دلالت ندارند که اگر توانمند بود می توان او را اجبار و یا حبس نمود. پس

چنین نتیجه گرفته می‌شود که اگر ناداری او روشن نشد، درواقع شرط مهلت دادن احراز نشده و می‌توان او را اجبار و حبس نمود حتی اگر توانمند بودن او ثابت نشده باشد. اینک، با قطع نظر از آیه شریفه و روایات می‌توان گفت که ناتوانی مانع از وجوب ادا و جواز مطالبه است و نه این که توانایی او شرط وجوب ادا و جواز مطالبه باشد. ممکن است گفته شود: از روایت موثق «لیّ الواجد یحلّ عقوبته» پس از تفسیر مجازات به حبس می‌فهمیم که توانمندی او شرط جواز مجازات و حبس وی است. در این صورت، آنگاه که هنوز عدم مانع (عدم وجود عسر و ناتوانی) را احراز نکرده‌ایم چه دلیلی برای جواز حبس داریم؟ مگر این که در شبهه مصداقیه به عموم یا اطلاق تمسک نمائیم. ولی در بعضی از اخبار و روایات آمده است که می‌توان او را تا روشن شدن ناداری حبس کرد و شاید بدین جهت است که در مال مسلمان باید جانب احتیاط را رعایت نمود. (۶/ ۲۵).

محقق عراقی:

«اگر ادعای ناداری کند أشهر دو روایت از نظر عمل فقیهان آن است که باید به او مهلت داده شود، بلکه این دیدگاه با حکم کتاب الله نیز موافق است و میدانیم که موافقت با کتاب الله، چون مخالفت با عامّه یکی از مرجّحات است. این هم در موردی است که اصولاً مدّعی ضعف سند روایت سکونی نباشیم و می‌دانیم که عمل فقیهان در این میزان نمی‌تواند جابر ضعف مذکور باشد؛ بنابراین در چنین مواردی باید او را تا زمان توانمندی رها ساخت.» (ص ۷۸).

ادله موافقان حبس مجهول الحال

۱- اقتضای آیه «ان کان ذو عسرة» این است که در صورت احراز ناداری مدیون، مهلت دادن به وی الزامی است، لکن در محل بحث، هنوز اعسار او مشخص نشده و منعی برای حبس او وجود ندارد.

می‌توان از این استدلال چنین پاسخ داد که آیه شریفه با مفهوم مخالف خود، مؤاخذه‌ی مدیون معلوم الايسار را روا می‌شمرد و در محل بحث، اعسار یا ايسار او نامعلوم است بنابراین، حبس او وجهی ندارد. به دیگر عبارت، آیه می‌فرماید اگر معسر است، به او مهلت دهید. مفهومش آن است که اگر معسر نیست، به او مهلت ندهید؛ و فرض آن است که اعسار او هنوز به اثبات نرسیده است.

۲- روایات موثق و غیر موثق که دلالت دارند که امیر مؤمنان (ع) افراد را در مورد دینشان

حبس می کرد؛ سپس اگر اعسارشان معلوم می شد به آزادی آنان حکم می فرمود. (به این روایات، اشاره شد و مورد تحلیل سندی و دلالتی قرار گرفت) از طرفی روایات صحیحی هم وجود دارد که آن حضرت حبس را تنها در سه مورد، مُجاز می دانست؛ در این تعارض، برخی مانند صاحب ریاض، روایات نخست را به واسطه عمل فقیهان، مقدم می دارد. (سید علی طباطبایی، ۳۹۴/۲)

۳- اصالت بقای مال: برخی از فقیهان، برای روا بودن حبس مدعی اعسار، به اصالت عدم تلف و اصل بقای مال (استصحاب)، تمسک کرده اند (خوانساری، ۲۴/۶). البته برخی به واسطه مثبت بودن این اصل، جریان آن را منع کرده اند (همان جا).

اما روشن است که این دو اصل در مصداقی کاربرد دارند که توانمندی مدیون، حالت سابقه داشته باشد، اعم از این که خود او اقرار به توانمندی سابق بکند یا از طریق بینه به اثبات رسیده باشد؛ اما در حالتی که حالت سابقه او نامعلوم و یا معلوم العدم (مشخص باشد که او مالی نداشته، مانند اکثر جوانانی که امروز، ازدواج می کنند) باشد، جریان این دو اصل، مشکل می نماید.

۴- محترم بودن مال انسان و لزوم احتیاط در اموال: جواز حبس بدهکار مجهول الحال، مبتنی بر اصالت الاحتیاط است. چراکه در روایت آمده است «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» (حر عاملی، ۵۹۹/۸) از این رو برای آن که در حق بستانکار ظلمی صورت نگیرد، باید مدیون را حبس کرد تا زمانی که از اعسار او اطمینان حاصل آید.

این وجه هم چندان قابل اتکا به نظر نمی رسد چراکه احتیاط در حفظ مال مسلمان با احتیاط در عرض و آزادی مسلمان دیگری، در تراحم است و روشن است که احتیاط دوم، اقوا است.

مخالفان حبس بدوی بدهکار مجهول الحال

گر چه تعداد قابل توجهی از فقیهان که سخنانشان را از نظر گذرانندیم، حبس بدوی مجهول الحال را جایز دانستند، اما در مقابل، دسته ای هم هستند که این عمل را مخالف اصول مذهب و بنیان های قطعی فقه می شمردند. یکی از این افراد، ابن ادریس حلی است که در سخنی، به شدت به جواز حبس مدیون اعتراض می کند. سخن ابن ادریس اگرچه دقیقاً بحث حاضر (بدهکار مجهول الحال) را پوشش نمی دهد اما به جهت اتحاد ملاکی، بر آن منطبق می گردد. او روایت منسوب به امیر مؤمنان (ع) را که دستور حبس و به کارگیری مدیون را

می‌دهد، نادرست و مخالف قرآن و اصول مذهب می‌شمرد. ابن ادریس، ذکر این روایت توسط شیخ را در نهاییه، تنها از باب ایراد می‌داند نه باور و اعتقاد؛ و در ادامه می‌افزاید که شیخ در مسائل آخرین کتاب خود، خلاف، صریحاً دیدگاه مخالف آن را می‌پذیرد. (۱۹۶/۲)

علامه حلی نیز، می‌نویسد: در نزد فقیهان امامیه، مطالبه، بازداشت معسر و ملازم قرار دادن برای او جایز نیست. (تذکره، ۳/۲)^۶

ادله مخالفان حبس بدوی بدهکار مجهول الحال:

باینکه در مطاوی مباحث به برخی از ادله نیز اشاره شد، ولی اکنون ادله مخالفان حبس مجهول الحال مجموعه‌ای بیان می‌شود:

۱. تنصیب قرآن کریم بر لزوم مهلت دادن به بدهکار ناتوان تا زمانی که بتواند از عهده بدهی‌اش برآید. «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (بقره: ۲۸۰)

اشکال

ممکن است چنین اشکال شود که آیه شریفه، مهلت دادن به معسر را تا زمان رفع اعسار او، واجب می‌شمارد و پرواضح است که مفاد آیه راجع به مدیونی است که اعسار او معلوم باشد؛ ولی شامل محل بحث یعنی بدهکار مجهول الحال نمی‌گردد. در حقیقت، آیه بر عدم جواز مؤاخذه مدیون معلوم الاعسار تأکید می‌کند نه مدیون مجهول الاعسار. به دیگر بیان، اگر بخواهیم با عموم آیه، اثبات معسر بودن فرد را بکنیم، از باب تمسک به عام در شبهه مصداقیه عام می‌شود که قطعاً جایز نیست.^۷ اما از این اشکال می‌توان این گونه پاسخ داد: آیه بر لزوم مهلت دادن معسر تأکید می‌کند و مفهوم آن، عدم لزوم مهلت دادن به موسر است درحالی که در ما نحن فیه، ایسار مدیون هنوز ثابت نشده است.^۸ به دیگر بیان، امر مجهول الحال دایر است میان اینکه در عموم منطوق قرار گیرد یا مشمول حکم مفهومی؛ و چون دلیل بر هیچ یک وجود ندارد، باید به سایر ادله یا اصل عملی مراجعه کرد.

۶. همانطور که در کلام ابن ادریس اشاره کردیم، سخن علامه گرچه درباره معسر است و نسبت به مجهول الحال اعم است ولی از باب اتحاد ملاکی، قابلیت در برگیری آن را دارد.

۷. به باور اکثر اصولیان، تمسک به عام در شبهه مصداقیه در خاص، جایز نیست ولی ظاهراً تمسک به عام در شبهه مصداقیه عام قطعاً جایز نخواهد بود. بنگرید: کفایة الاصول ۱/ ۲۲۱.

۸. این پاسخ، در رد ادله موافقان حبس، پیشی گرفت.

۲. روایاتی که به گونه‌ای حصری، حبس افراد را جز در سه مورد منصوص، روا نمی‌دانند. زراره از امام باقر (ع) نقل می‌کند که امیر مؤمنان (ع) درباره دین، کسی را حبس نمی‌کرد مگر سه دسته را: غاصب، خورنده مال یتیم ظلماً و کسی که در امانت، خیانت کند و امانت را بفروشد چه صاحب مال حاضر باشد یا غایب. (حر عاملی، ۲۷/۴۸۲).

از این روایت چنین استفاده می‌شود که حاکم، حق ندارد افراد را در غیر موارد سه‌گانه، حبس کند؛ و بحث حاضر از این قبیل است؛ البته مدیون توانگر، با ادله دیگر و اجماع، از این حکم استثنا شده است.

۳. در برخی روایات آمده است که: لئِ الواجد یحلّ عرضه و عقوبته (حر عاملی، ۱۳/۹۰) یعنی تأخیر در ادای دین از سوی بدهکار توانگر، مجازات و آبرو (بردن) او را جایز می‌کند. مفهوم مخالف این گزاره آن است که چنانچه فرد بدهکار، توانگر نباشد، مجازات و آبرو بردنش جایز نیست؛ بنابراین، پس از تفسیر عقوبت در روایت به حبس، می‌فهمیم که توانمندی او شرط جواز مجازات و حبس است. در این صورت، چنانچه هنوز عدم مانع (توانمندی)، احراز نشده است، چه دلیلی برای جواز حبس داریم؟ مگر این که در شبهه مصداقیه عام به عموم یا اطلاق تمسک کنیم و بعد از عدم شمول این دلیل، نوبت به سایر ادله یا اصل می‌رسد.

۴. اصالت البرائه؛ بر اساس اصل برائت، هر فردی بی‌گناه است تا زمانی که جرم او ثابت شود. این اصل که حتی ادعا شده که به قوانین حمورابی بر می‌گردد، تقریباً از سوی اغلب نظام‌های حقوقی زنده جهان، پذیرفته شده است. به موجب اصل برائت کیفری، چنانچه در مورد مجرمیت متهم، تردید ایجاد شود، تردید باید به نفع متهم، تعبیر گردد. متهم، مکلف به اثبات بی‌گناهی خود نیست. اصل برائت متهم در امور کیفری (که با اصل برائت فقهی در مقام شک در تکلیف، تفاوت بسیار دارد) دارای مبانی دینی و فقهی نیز هست که به تعدادی اشاره می‌شود:

قاعده ترجیح اشتباه دادرس در عفو بر اشتباه در کیفر: از پیامبر اکرم (ص) نقل شده که: «... فان الامام ان یخطی فی العفو خیر له من ان یخطی فی العقوبة» (بیهقی، ۸/۲۳۸) یا از امام باقر (ع) منقول است که: «الندامة علی العفو افضل و ایسر من الندامة علی العقوبة» (بحار الانوار، ۶۸/۴۰۱) همچنین در پاره‌ای از روایات وارد شده است که امیر مؤمنان (ع) می‌فرماید: من افراد جامعه را با اوهام و گمان‌ها، تحت تعقیب و مؤاخذه قرار نمی‌دهم (نه در امور سیاسی و نه در دیگر جرایم): «انی لا آخذ علی التهمة و لا اعاقب علی الظن» (بحار الانوار، ۳۳/۴۱۷)

به دیگر بیان، حبس مدیون مجهول الحال، یک نوع تعجیل عقوبت است؛ یعنی پیش از اثبات توانایی او در پرداخت دین، حکم به حبس و عقوبت او شده است؛ و تعجیل در عقوبت خلاف قاعده عدالت است. فقیهان در بسیاری از موارد، تعجیل در عقوبت را روا نشمرده‌اند؛ شهید ثانی در ذیل روایتی که از پیامبر اکرم (ص) نقل شده به این مضمون که آن جناب، مظنون به قتل را شش روز حبس می‌فرمود تا اولیای مقتول گواهان را حاضر سازند، می‌نویسد: افزون بر ضعف روایت، این کار، تعجیل عقوبتی است که سببش هنوز ثابت نشده است. (الروضة البهیة، ۷۶/۱۰)^۹

ممکن است کسی بگوید: این حبس از انواع حبس‌های کیفری نیست و تنها جنبه تأمینی و اثباتی دارد؛ اما پرواضح است که محدود کردن آزادی افراد بدون دلیل، تحت هر عنوانی غیر موجه است. امروزه نیز اگر در نظام‌های تعقیب و دادرسی، چیزی به اسم بازداشت موقت، پذیرفته شده، افزون بر استثنایی بودنش، در مواردی است که آزادی فرد برای جامعه، خطرآفرین است. اصولاً قرارهای جانشین برای همین پیش‌بینی شده‌اند تا افراد، بی‌جهت در حبس نمانند.

افزون بر همه آنچه گفته آمد، اصول و قواعدی که هم خاستگاه عقلی و عقلایی و هم شرعی دارند نیز با برائت کیفری هماهنگ هستند، قواعدی مانند اصل عدم (دارا بودن مال) و استصحاب (عدم توانگری).

۵. لزوم احترام به کرامت انسانی: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً» (اسراء: ۷۰). روشن است که کیفر دادن و به زندان انداختن مدیون، پیش از آشکارشدن توانمندی او، نمونه آشکار نقض کرامت، حیثیت و جایگاه اجتماعی اوست.

تطبیق بحث در زوج مدیون مجهول الحال

تاکنون، بحث درباره حبس مطلق مدیون بود، اعم از آن‌که دین او به واسطه مهریه باشد یا عوامل دیگر. اکنون باید دید که می‌توان در خصوص زوج، ادله دیگری را در نفی حکم حبس بدوی افزود؟

۹. همچنین رک: مسالک، ۳۸۷/۱۳؛ مجمع الفائدة، ۸۳/۱۲؛ کفایة الاحکام سبزواری، ۲۶۴؛ کشف اللثام، ۴۶۴/۲؛ جواهر، ۱۳۵/۳۱.

به نظر می‌رسد حتی اگر در مطلق مدیون، حبس را روا بدانیم، اما درباره دین زوج نسبت به مهریه، باید به گونه‌ای دیگر حکم کنیم. چند شاهد بر این مدعا ذکر می‌شود:

۱- اصولاً از منظر آموزه‌های اسلامی، ازدواج یک قرارداد و تعهد صرفاً مالی نیست تا همه قواعد باب قراردادهای مالی در آن، جاری شود. آنچه از منظر نگاه قرآنی در ازدواج (به‌ویژه ازدواج دائم) نمود و ظهور دارد، صبغه عاطفی و معنوی آن است. تعبیر قرآن کریم به این‌که زوجین نسبت به یکدیگر همانند لباس‌اند: «هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ» (بقره: ۱۸۷) و یا این‌که آرامش‌زایی و دوستی و مهربانی را غایت آفرینش همسر، ذکر می‌کند: «وَ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَ جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» (روم: ۲۱) خود گواهی راستین بر این باور است. درست است که قرآن کریم در پاره‌ای آیات، در باب مهریه و احکام آن سخن گفته است اما این امر نمی‌تواند، جایگاه و ارتباط خاص پیوند زناشویی را که بدان اشارت رفت، تحت الشعاع قرار دهد. به نظر می‌رسد، برخی از فقیهان تا آنجا در جنبه مالی نکاح پیش رفته‌اند که یکسره از بُعد مهم‌تر آن، غفلت ورزیده‌اند. آیا حبس زوج آن‌هم بر اساس توهّم وجود دارایی برای او، چیزی از جوهره و حقیقت ازدواج باقی می‌گذارد؟! آیا این مبنای راه را برای هر چه مادی‌تر شدن ازدواج‌ها باز نمی‌کند؟

۲- بر اساس جست‌وجوی جامعی که در مجامیع روایی و کتاب‌های فقهی انجام شد، تنها یک مورد وجود داشت که بحث از حبس زوج در باب مهر به میان آمده بود؛ و آن، جایی است که زوجین درباره اصل مهر پس از دخول اختلاف دارند و زوج، منکر مهر است. اینجا برخی مانند علامه در تحریر، تفصیل داده‌اند و گفته‌اند: «چنانچه زوج تعیین مهر را قبول کند، مجبور به تفسیر می‌شود اما اگر هیچ پاسخی ندهد، حبسش می‌کنند تا بیان کند» (تحریر الأحکام، کتاب النکاح، ۴۹) اما بسیاری نیز مانند صاحب جواهر، ضمن نقد جامع این دیدگاه، گفته‌اند چنین حبسی، تعجیل عقوبتی است که سبب ندارد. (صاحب جواهر، ۱۳۵/۳۱)

نکته: اگر ادله‌ای که در ناروا بودن حبس مدیون مجهول الحال اقامه شد، از سوی برخی از فقیهان، تلقی به قبول نشوند، باید به این نکته التفات داشت که حبس زوج مدعی اعسار، نمی‌تواند دراز مدت باشد و تنها باید به مقداری باشد که حال و روز او مشخص گردد. همان‌گونه که برخی از فقیهان به این موضوع اشاره کرده‌اند که مقدار حبس از چند روز (شش

یا سه روز) تجاوز نکند. حتی برخی از فقیهان، احتمال داده‌اند که مراد از حبس در روایات مدیون، تحت نظر قرار دادن او باشد (اردبیلی، ۸۳/۱۲).

نتیجه‌گیری

با توجه به اختلاف آرای فقها در خصوص حبس مدعی اعسار از پرداخت دین و وجود مخالفان جدی حبس، مثل محقق اردبیلی که می‌گوید: «چگونه می‌توان او را حبس کرد، در حالی که ممکن است به واقع نادر باشد یا مالش تلف شده باشد و شاهی هم نداشته باشد، در چنین وضعی بدون این‌که وجه و دلیل روشنی مطرح باشد او را به مجازات حبس گرفتار کرده‌ایم! بعید است که بتوان او را حبس کرد، بلکه باید سوگند یاد کند که مالی نزد او باقی نمانده است. هرچند این احتمال وجود دارد که اصولاً نیازی به سوگند هم نباشد. البته در دعوای مالی سوگند بایستی باشد» (اردبیلی ۸۳/۱۲) و نیز از آنجایی که حبس، نوعی مجازات است و تا آن زمان که مالدار بودن فرد ثابت نشده درواقع موضوع مجازات محقق نگردیده است چراکه حدیث شریف می‌فرماید «لِیَ الْوَاجِدِ یَحْلَ عَقوبته» و با توجه به اهمیت عرض و آبروی افراد مخصوصاً مؤمنان در شریعت اسلام و توجه به این نکته که حکم به حبس در این مورد چه‌بسا حکمی قبل از تحقق سبب آن بوده که پیامد آن مخدوش کردن آبروی فرد و سردتر کردن کانون خانواده و باز کردن راهی هموار به‌سوی زندان است؛ بنابراین، قول به عدم جواز حبس مدعی اعسار از پرداخت دین (مهر)، وجیه‌تر، به‌حق نزدیک‌تر و با احتیاط سازگارتر به نظر می‌رسد. در خصوص روایات دلالت‌کننده بر حبس، نیز ضمن اینکه با اشکالات سند و دلالتی مواجه‌اند، باید گفت بعید نیست که مقصود از حبس، مراقبت و تحت نظر گرفتن و رها نکردن کلی مدیون است نه چیزی که امروز تحت عنوان زندان طویل‌المدت شناخته می‌شود. البته اگر زوجه، بینه‌ای بر ایسار زوج اقامه کند و یا زوج قبلاً دارای تمکن مالی و ملائت بوده باشد، زوج حبس می‌شود تا ناداریش ثابت شود. البته شاید بتوان در مسئله، قائل به تفصیل نیز شد، به این صورت که گفته شود: فرد مجهول‌الحالی که حالت پیشین او و دارایی و ملائتش محرز است، باید تا اثبات اعسار خود، حبس گردد ولی کسی که حال گذشته‌اش نیز نامعوم است، نباید حبس شود مگر دارایی و ایسارش ثابت گردد. این تفکیک در چگونگی جریان اصل و نیز در استدلال به ادله، تأثیر خواهد گذاشت.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، المطبعة العلمية، ۱۴۲۹ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *امالی*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۲۵ ق.
- _____، *من لا یحضره الفقیه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- ابن زهره، حمزه بن علی، *غنیة النزوع*، قم، مؤسسة آل البيت، ۱۴۲۳ ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، بیروت، عالم الکتب، ۱۳۹۸ ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ ق.
- ابوالفضل موصلی، عبدالله بن محمود، *الاختیار لتعلیل المختار*، بیروت، دارالمعرفة، ۱۳۱۴ ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، بی تا.
- اردبیلی، محمد بن علی، *جامع الرواة*، مکتبه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الکبری*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۹ ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۳۸۷ ق.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، *المراسم*، نشر الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، قم، مکتبه المفید، ۱۴۲۸ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جامعة النجف، ۱۴۲۸ ق.
- _____، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۹ ق.
- شوشتری، محمد تقی، *قاموس الرجال*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۸ ق.
- شیخ بهائی، محمد بن حسین، *جامع عباسی*، تهران، مؤسسه فراهانی، ۱۳۱۲ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۱۷ ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، بیروت، ۱۴۱۸ ق.
- طباطبائی، محمد حسین، *دلیل المیزان فی تفسیر القرآن*، تهران، بیان، ۱۳۶۲ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، تهران، مطبعة تابان، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *تهذیب الأحکام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۲۳ ق.
- _____، *عدة الاصول*، قم، مطبعة ستاره، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *نهاية الاحکام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.

- عاملی غروي، جواد بن محمد، **مفتاح الكرامه**، قم، آل البيت، ١٤٢٣ ق.
- عراقی، ضیاءالدین، **شرح تبصرة المتعلمين**، قم، مطبعة مهر، ١٣٩٧ ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف، **تحرير الاحكام**، قم، مؤسسة آل البيت، ١٣١٤ ق.
- _____، **تذكرة الفقهاء**، تهران، المكتبة المرتضوية، ١٤١٣ ق.
- _____، **قواعد الاحكام**، قم، مؤسسه آل البيت، ١٤١٩ ق.
- فاضل هندي، محمد بن حسن، **كشف اللثام عن قواعد الاحكام**، تهران، نشراسلامی، ١٤١٦ ق.
- مجلسي، محمدباقر بن محمدتقي، **بحار الانوار**، بيروت، مؤسسة الوفا، ١٤٠٣ ق.
- _____، **ملاذ الأخيار**، قم، كتابخانهی آیت الله مرعشی نجفی، ١٤٠٧ ق.
- مجلسي، محمدتقي بن مقصودعلي، **روضة المتقين**، تهران، نشر بنياد، ١٤٢٣ ق.
- محقق حلي، جعفر بن حسن، **شرايع الاسلام**، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ١٢٦٧ ق.
- محقق سبزواري، محمدباقر بن محمد مؤمن، **كفاية الاحكام**، قم، دارالفكر، ١٤١٥ ق.
- مفيد، محمد بن محمد، **المقنعه**، بيروت، چاپ سنگی، ١٤١٠ ق.
- مقدس اردبيلي، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة والبرهان**، قم، دارالفكر، ١٤٢٤ ق.
- موسوي خوانساري، احمد، **جامع المدارك**، تهران، نشر مكتبة الابن بابويه، ١٤٠٥ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۳
زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۷۹-۱۹۸

پژوهشی فقهی و حقوقی در سوگند نفی علم*

دکتر همایون مافی

دانشیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

Email: hmynmafi@gmail.com

رضا رضایی مقدم

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران

چکیده

از جمله موضوعات مورد بحث در کتب فقهی، موضوع سوگند نفی علم است که از فروع تقسیمات سوگند بر مبنای موضوع است. قطع نظر از اصالت سوگند نفی علم، در تبیین احکام این نوع سوگند اختلاف نظر شدیدی در فقه به چشم می خورد که معدود نظرات حقوقدانان را نیز در این زمینه تحت تأثیر قرار داده است. در مواردی که موضوع دعوا، امری منتسب به دیگران و یا از جمله اوصاف خارجی باشد که اطلاع از آن برای نوع مردم دشوار است، مدعی در صورت عدم دسترسی به بینه، هنگامی می تواند مدعی علیه را در معرض سوگند قرار دهد که نسبت به او ادعای علم نموده باشد. مدعی علیه نیز با ادای سوگند بر نفی علم از ادای سوگند بتی بر نفی حق مدعی معاف خواهد گردید؛ بنابراین، می توان گفت که سوگند نفی علم اصولاً ماهیتی پاسخ گونه دارد که از جانب مدعی علیه در جواب ادعای علم ادا می گردد.

کلیدواژه ها: سوگند، نفی علم، مدعی علیه.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۲/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۲۲.

مقدمه

در باب اهمیت دلیل، ذکر این نکته کافی است که مدعی تضییع حق یا انکار آن می‌بایست ادعای خود را با دلیل مقتضی، اثبات نموده تا با صدور رأی و اجرای آن، دیگری به ادای حق یا شناسایی آن ملزم گردد. بدیهی است که عدم توانایی در اثبات حق، مدعی را ناگزیر به تمکین وضعیتی خواهد نمود که ممکن است در نفس الامر، ناروا شمرده شود؛ بنابراین، عملاً منفعت دارا بودن حق بسته به این موضوع است که ذی‌حق در صورت تضییع یا انکار، قادر به اثبات آن باشد. در حقیقت، اثبات حق در مراجع قضایی، مفهومی جز ارائه و طرح آن با استمداد از دلیل ندارد. در قوانین موضوعه ایران (قانون مدنی و قانون آئین دادرسی مدنی) انواع ادله احصاء گردیده و ضمن تعریف و تبیین، ضوابط و طرق به‌کارگیری آن‌ها نیز ذکر شده است. از جمله این ادله، سوگند، پدیده‌ای حقوقی است که وابستگی آن به عقاید و احساسات مذهبی و شرعی جامعه، آن را از حیث شیوه به‌کارگیری، از سایر ادله متمایز می‌سازد، هم چنین سوگند با توجه به دارا بودن قابلیت اثبات حق، اهمیت خود را به میزان قابل توجهی آشکار می‌نماید. از این رو، نظر به اهمیت همه‌جانبه این مفهوم مذهبی-حقوقی، شناخت دقیق سوگند نفی علم ضروری است. بر طبق ماده‌ی ۱۳۲۷ قانون مدنی تقاضای قسم از طرف دیگر دعوا، مشروط به این است که عمل یا موضوع دعوا منتسب به شخص طرف دعوا باشد. هنگامی که موضوع دعوا مربوط به شخص مدعی علیه باشد، مفروض این است که او از وجود حق علیه خویش آگاه است. لذا، اگر ادعای وارده را انکار نماید، مکلف به ادای سوگند بتی بر نفی حق مدعی است و در صورتی که پاسخ نمی‌داند، قول او مخالف ظاهر بوده و باید عدم علم خویش را به طریق مقتضی اثبات نماید. به لحاظ منطقی نمی‌توان از کسی چنین انتظار داشت که در مورد انجام یا عدم انجام اموری که دیگری فاعل آن بوده است، اعتقادات و باورهای خود را توثیق نموده و خداوند متعال را بر صدق اظهار خود گواه قرار دهد. لکن دست‌کم این انتظار معقول به نظر می‌رسد که شخص از اعمال و افعال دیگران یا به‌طور کلی از اموری که آگاهی بر آن‌ها دشوار است، آگاه باشد یا نباشد؛ زیرا این اعمال منسوب به غیر است اما علم به آن‌ها مربوط به خود شخص بوده و لذا سوگند بر وجود یا عدم این علم، معتبر و قابل پذیرش جلوه می‌کند.

موضوع این مقاله را در دو قسمت با عنوان مجرای سوگند نفی علم و آئین دادرسی پاسخ «نمی‌دانم» مورد بررسی و مذاقه قرار می‌دهیم.

قسمت اول: مجرای سوگند نفی علم

کاربرد سوگند نفی علم در مواردی است که علم محل نزاع باشد؛ بنابراین، یافتن پاسخ این پرسش که سوگند نفی علم در چه دعاوی امکان اقامه دارد، مستلزم این است که از لحاظ موضوعی، کدام دعاوی قابلیت این را دارند که در ضمن آن‌ها، علم مورد مناقشه قرار گیرد؛ به عبارت دیگر، باید دید چه عاملی موجب می‌شود که در برخی دعاوی ادعای عدم علم از جانب مدعی علیه مسموع باشد و در برخی دعاوی دیگر این‌گونه نباشد. سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر در دادرسی با سوگند نفی علم مواجه شویم آیا می‌توانیم برای آن ارزش اثباتی قائل شویم؟ به بیان آخری، آیا سوگند نفی علم همان‌گونه که از نام آن پیداست، تنها در مقام نفی ادا می‌شود یا در اثبات دعاوی نیز می‌توان آن را مجری دانست؟

۱- محدوده استماع ادعای عدم علم

یکی از فروضی که در چگونگی پاسخگویی مدعی علیه مطرح است این است که او علم خود را نسبت به وجود حق مدعی، نفی و سوگند بر نفی علم ادا کند. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا این امکان برای مدعی علیه وجود دارد؟ یعنی آیا مدعی علیه همواره می‌تواند سوگندی را که متوجه اوست به صورت نفی علم ادا نماید؟ در مورد معیار استماع ادعای عدم علم و امکان سوگند بر نفی علم پنج نظریه ارائه گردیده است:

۱) در فعل خویش چه نفیاً چه اثباتاً سوگند بر قطع و بت خواهد برد. در اثبات فعل غیر نیز سوگند بر قطع است، ولی در نفی فعل غیر سوگند بر نفی علم است. (علامه حلی، ۱۴۶/۲؛ طباطبائی حائری، ۱۱۲/۱۵) این نظر که مشهور فقها به آن قائل اند این‌گونه مدلل می‌گردد که وقتی شخص بر فعل خویش سوگند داده می‌شود باید سوگند بتی ادا نماید؛ زیرا در فعل خویش، علم شخص بر آنچه بر آن سوگند می‌خورد احاطه دارد و لذا به آنچه توانایی آن را دارد مکلف است. در اثبات فعل غیر نیز چنین است؛ زیرا تا نسبت به چیزی قطعیت وجود نداشته باشد آن چیز ثابت نمی‌شود؛ اما در نفی فعل غیر، علم یاد کننده سوگند آن را احاطه نمی‌نماید؛ زیرا ممکن است «غیر»، آن عمل را انجام نداده باشد یا انجام داده ولی یاد کننده سوگند آن را نداند. (طوسی، ۲۸۸/۶)

۲) سوگند در فعل خویش بر قطع و بت و در فعل غیر بر نفی علم خواهد بود. تفاوت این نظر با مورد قبلی در این است که در اینجا «فعل غیر» به طور مطلق به کار برده شده و میان نفی و اثبات آن تفکیکی وجود ندارد. این نظر، بیشتر میان حقوقدانان مطرح است که به موجب آن

علی‌الاطلاق فعل منتسب به خویش را از فعل منتسب به غیر تمیز می‌دهند. (کاتوزیان، ۱۹۳/۲-۱۹۴؛ امامی، ۲۳۵/۶) برخی از حقوقدانان، از منتسب بودن ادعا به شخص اداکننده سوگند به‌عنوان یکی از شرایط ماهوی اتیان سوگند تعبیر می‌نمایند. (جعفری لنگرودی، ۵۴۰/۴؛ شمس، ۲۶۷/۳) نظریه مذکور که بر اساس آن در سوگند بر فعل غیر چه از جنبه اثبات و چه از جنبه نفی، عدم علم مدعی علیه قابل پذیرش بوده و سوگند بر نفی علم خواهد بود در میان فقها نیز طرفدارانی دارد. (تبریزی، ۲۱۱؛ اصفهانی، ۲۵۵/۴)

۳) به نقل از صاحب مفتاح‌الکرامه از میان فقهای عامه، شعبی و نحعی معتقدند که سوگند باید همواره بر نفی علم باشد. (حسینی عاملی، ۱۱۹/۱۰) «زیرا عدم علم به حق برای عدم ثبوت حق کافی است؛ اما باید توجه داشت آنچه می‌تواند مؤثر واقع شود عدم حق است نه صرف عدم علم. نهایتاً، گاهی عدم علم به حق راهی برای عدم ثبوت حق است و گاهی علم به عدم حق راهی برای ثبوت حق است و در مورد دوم، مستند ساختن عدم حق به عدم علم، خلاف واقع است؛ زیرا درواقع علم وجود دارد و عدم علم یک اظهار کذب است.» (اسماعیل پور قمشه‌ای، ۴۵۰/۱)

۴) سوگند باید دائماً بر بت باشد. خواه در فعل خویش باشد یا در فعل غیر. این نظریه را صاحب مفتاح‌الکرامه از «ابن ابی لیلی» نقل می‌نماید. (حسینی عاملی، همان، ۱۱۹/۱۰) «این نظر به معنای تقابل بین واقع و نفی علم به آن نیست؛ زیرا کسی که نمی‌داند، نمی‌شود که عدم علم خود را نداند.» (اسماعیل پور قمشه‌ای، همان، ۴۵۰/۱) اگرچه به این اعتبار، سوگند همواره بر بت ادا می‌گردد، اما در حقیقت آنچه در موضوع بحث از آن به سوگند بتی تعبیر می‌شود، همان سوگند بر نفی حق مدعی است. روشن است که وقتی مدعی علیه نسبت به وجود حق مدعی عالم نباشد، سوگند او بر نفی حق مدعی منطقی نخواهد بود، بلکه باید بر نفی علم ادا گردد.

۵) برخی از فقها علی‌رغم نظر مشهور، در تبیین مجرای سوگند نفی علم، فعل خویش را از فعل غیر تمیز نمی‌دهند. بلکه در مواردی که اطلاع از متعلق سوگند دشوار باشد، قائل به پذیرش سوگند نفی علم می‌باشند. «زیرا انسان گرچه بصیر بر فعل خویش است اما ممکن است عمل انجام داده خود را در زمینه (اثبات و نفی) عمل فراموش کند. همچنین، ممکن است شخص بر فعل غیر نفیاً و اثباتاً آگاهی داشته باشد. پس برای تعیین نوع سوگند، محتاج مقیاس دیگری هستیم و آن فرق بین موردی است که اطلاع از واقع آسان است، پس سوگند بر بت

خواهد بود با موردی که اطلاع از واقع دشوار است، پس سوگند بر نفی علم خواهد بود.» (سبحانی، ۴۹۱/۱) به عقیده این فقها کاربرد سوگند نفی علم در مواردی که متعلق دعوا فعل غیر است از باب غلبه می باشد. (صاحب جواهر، ۲۴۶/۴۰؛ طباطبایی یزدی، تکملة العروة الوثقی، ۱۱۲/۲؛ مغنیه، ۷۹/۶) یعنی «در نفی فعل غیر غالباً امکان دستیابی به قطع وجود ندارد... اما باید توجه داشت که فعل غیر خصوصیتی ندارد. پس به عنوان نتیجه می توان گفت سوگند باید همواره بر بت باشد، مگر در موردی که غالباً امکان اطلاع از آن وجود ندارد.» (حسینی مراغی، ۶۲۶/۲) مبنای این حکم بنا به نظر برخی از فقها قاعده نفی حرج است. (اردبیلی، ۱۸۹/۱۲) از دقت در نظرات فوق ظاهراً نظریه اخیر صحیح تر به نظر می رسد. با این توضیح که اگر اطلاع از متعلق سوگند دشوار باشد آنگاه قول مدعی علیه مبنی بر عدم علم خود، از او پذیرفته می شود و سوگند او بر نفی علم خواهد بود؛ اما اگر اطلاع از متعلق دعوا آسان باشد، علم مدعی علیه مفروض است. اگر مدعی علیه بخواهد علم خود را نفی نماید درواقع نقش مدعی در دعوی درایت را خواهد داشت که باید عدم علم خود به موضوع را اثبات نماید.

۲- اجرای سوگند نفی علم در اثبات دعاوی

پرسش مهم قابل طرح در این قسمت این است که سوگند نفی علم تا چه میزان در نفی و اثبات دعوا می تواند مؤثر واقع گردد. همچنین، در برخی موارد به تبع تردید در تعلق موضوع به فعل خویش یا فعل غیر، ادای سوگند نیز مردّد میان بتی و نفی علم است. به این منظور، بحث را در دو بند تحت عنوان نقش سوگند نفی علم در اثبات دعوا و مصادیقی از دوران امر میان سوگند بتی و نفی علم پی می گیریم:

آ- نقش سوگند نفی علم در اثبات دعوا

آنچه در میان فقها محل و موضع وفاق است این است که سوگند مدعی باید مطلقاً بر جزم و بت ادا گردد (طباطبائی حائری، همان، ۱۱۷/۱۵) و این مقتضای ضابطه است. (میرزای قمی، ۷۰۳) زیرا مدعی در مقام اثبات حق است و این امر تنها به واسطه سوگند بتی میسر است. در این مورد، گفته شده است: شکی نیست که مدعی نمی تواند سوگند بر نفی علم کند. چون فایده ای ندارد و با نفی علم، حق ثابت نمی شود و حاکم نمی تواند حکم به نفع مدعی دهد و این روشن است. (حسینی حائری، ۶۹۴) لذا، مدعی فقط می تواند سوگند بتی ادا نماید؛ زیرا او اراده کرده که در مال غیر تصرف کند و فقط در صورتی این تصرف محقق می شود که علم به محق بودن خود داشته باشد. (سبحانی، همان، ۴۹۳/۱) این مسئله در مثال های برخی از فقها نیز

به وضوح قابل ملاحظه است. مثلاً اگر یکی از زوجین ادعای رضاع کرده و دیگری انکار نماید سوگند منکر بر نفی علم خواهد بود و اگر نکول کند سوگند مدعی باید به صورت بتی باشد. چون سوگند مدعی یمین مثبت است. (مقداد حلی، ۵۱۳) در این رابطه، برخی از نویسندگان حقوقی نیز تصریح نموده‌اند که سوگند نفی علم مخصوص خوانده دعوا است. (مدنی، ۲۴۳)

ب- مصادیقی از دوران امر میان سوگند بتی و نفی علم

سوگند نفی علم اصولاً توان اثبات حق را ندارد. از سوی دیگر، مقتضای اطلاق سوگند بر نفی فعل غیر این است که به صورت نفی علم ادا گردد. برخی از فقها، با عنایت به این دو اصل، مصادیقی را در قالب مثال ذکر نموده‌اند که اتیان سوگند در آن‌ها مردّد میان سوگند بتی بر نفی حق یا سوگند بر نفی علم است. ذیلاً، به برخی از این مصادیق اشاره می‌گردد:

(۱) اگر بر شخصی ادعا شود که حیوانش موجب تلف زراعت یا غیره شده و سبب ورود خسارت گردیده است و او انکار نماید، گفته شده است که سوگند باید بر بت ادا گردد؛ زیرا حیوان ذمه ندارد و نمی‌تواند طرف حق و تکلیف واقع شود. البته، مالک به دلیل فعل حیوان ضامن نیست؛ بلکه ضمان مالک به دلیل تقصیر در نگهداری از حیوان است. پس این امر متعلق به خود یاد کننده سوگند (مالک) است. (سبزواری، ۷۰۴/۲) در این مورد، اگرچه غالب فقها سوگند بتی را لازم می‌دانند، اما در حقیقت باید به این نکته توجه نمود که آیا ورود خسارت توسط حیوان، از جمله اموری است که امکان اطلاع از آن نوعاً وجود دارد یا خیر. به طوری که اگر اطلاع از آن دشوار باشد، سوگند باید بر نفی علم ادا گردد. درواقع، این مورد از اوصاف خارجی است که نه به فعل خویش مربوط است و نه به فعل غیر. ایراد دیگری که بر این نظر وارد است این است که در آن تقصیر مالک مفروض است. درحالی که با پیروی از قواعد تسبیب، این زیان دیده است که باید تقصیر مالک را اثبات نماید و در صورت عدم ارائه بینه و دشواری آگاهی یافتن از موضوع، سوگند مالک بر نفی علم خواهد بود.

(۲) اگر بر وارث ادعای موت مورثش شود و او انکار نماید، سوگند بر نفی علم یاد می‌کند. همچنان که نسبت به غصب و اتلاف مورثش نیز سوگند نفی علم می‌خورد؛ اما احتمال دارد در اینجا سوگند بر بت باشد؛ زیرا معمولاً وارثان به راحتی از آن آگاهی می‌یابند. البته محتمل است بتوان بین حضور و غیبت مورث هنگام فوت، تفاوت قائل شد. (شهید اول، ۴۲۰/۱)

(۳) اگر مشتری به وکیل بایع بگوید که مالک (بایع) به تو اذن داده در تسلیم مبیع قبل از قبض ثمن (ابطال حق حبس) و تو می‌دانی، ظاهراً مشتری سوگند بر نفی علم می‌کند؛ زیرا نفی

فعل غیر است؛ اما امکان دارد در اینجا سوگند بر بت لازم باشد؛ زیرا وکیل با این سوگند، استحقاق ثبوت ید بر مبیع تا زمان قبض ثمن را برای خود اثبات می‌کند. (درحالی‌که سوگند نفی علم یک سوگند اثباتی نیست.) اما این استدلال ضعیف به نظر می‌رسد؛ زیرا استحقاق ثبوت ید بر مبیع تا زمان قبض ثمن به حکم قاعده ید برای مشتری ثابت می‌شود و نیازی به اثبات آن با سوگند نیست. (همان، ۴۲۱/۱)

۴) اگر بایع ادعا کند که از تسلیم مبیع عاجز شده است و مشتری نسبت به آن علم دارد آنگاه سوگند مشتری بر نفی علم خواهد بود. در این مورد، ممکن است گفته شود که سوگند باید بر بت باشد؛ زیرا با سوگند مشتری، وجوب تسلیم مبیع به او بر ذمه بایع ابقاء می‌گردد. (همان‌جا) ولی در این وضعیت ظاهراً نیازی به سوگند بر بت وجود ندارد؛ زیرا وقتی می‌گوییم سوگند نفی علم توان اثباتی ندارد یعنی همواره در مقام پاسخ ادا می‌گردد و وضعیت جدیدی ایجاد نمی‌کند. در موضوع بحث نیز وضعیت جدیدی ایجاد نمی‌گردد؛ زیرا تسلیم مبیع از قبل بر بایع واجب بوده و بعد از سوگند نیز این وجوب ادامه می‌یابد. نه اینکه این وجوب در نتیجه سوگند ایجاد شده باشد؛ بنابراین، وجهی برای ادای سوگند بتی به منظور ایجاد اثر جدید وجود ندارد. به همین علت، برخی از فقها ادای سوگند بر نفی علم را در این مورد قول اقرب دانسته‌اند. (سبزواری، همان، ۷۰۵/۲)

۵) اگر شخصی که پسر دارد، بمیرد و دیگری بیاید و ادعای فرزندی متوفی و علم برادرش را نماید و پسر متوفی انکار کند، در اینجا مدعی علیه سوگند بر نفی علم می‌خورد؛ اما ممکن است گفته شود که در اینجا سوگند باید بتی باشد؛ زیرا برادری رابطه‌ای است که جامع میان هر دو مدعی و مدعی علیه هست و درواقع شخص در اینجا بر نفی فعل خویش سوگند می‌خورد. (شهید اول، همان، ۴۲۱/۱) چنین تردیدی در کلام فقها پیرامون اختلاف زوجین در وجود و عدم رضاع نیز به چشم می‌خورد. (احسائی، ۱۷۱) تشخیص فعل خویش از فعل غیر در راستای پیروی از معیاری که فقها در مورد جواز اتیان سوگند بر نفی علم ارائه می‌دهند همواره با تردیدهای فراوانی روبروست و فقها موارد فوق‌الذکر را تنها از باب تمثیل بیان نموده‌اند؛ زیرا بعضی از امور اگرچه ظاهراً فعل غیر هستند اما درنهایت به فعل خویش بازمی‌گردند و فقدان مرزهای روشن برای این دو دسته از افعال، تشخیص ماهیت آن‌ها را با دشواری مواجه می‌سازد. این امر تأکیدی دوباره بر این نکته است که معیار قابل پذیرش در جواز ادای سوگند بر نفی علم، تفکیک عرفی میان امور سهل‌الوقوف و صعب‌الوقوف است.

ج- تعارض ادله در نحوه اتیان سوگند استظهاری

می‌دانیم در دعوا بر میت در صورتی که اصل حق ثابت شده باشد، مدعی مکلف است سوگند بر بقای حق ادا نماید. این سوگند که از آن به سوگند استظهاری تعبیر می‌شود و اصلی‌ترین سند روایی آن، روایت یاسین‌الضریر از عبدالرحمن بن ابی عبدالله بصری از موسی بن جعفر (ع) است (عاملی، ۲۳۶/۲۷) در قانون مدنی (ماده‌ی ۱۳۳۳) و قانون آئین دادرسی مدنی (مواد ۲۷۸ و ۲۷۹) نیز وجود دارد. سوگند استظهاری که مدعی آن را بر بقای حق ادا می‌نماید در واقع به نفی فعل خویش برمی‌گردد؛ زیرا معنای سوگند بر بقای حق این است که مدعی یعنی صاحب حق، حق خود را اسقاط نکرده و این حق همچنان باقی است. تردیدی نیست در فرضی که مدعی، خود صاحب حق باشد، این سوگند باید به صورت بتی ادا گردد؛ زیرا شخص نسبت به نفی فعل خویش قاطع و جازم است؛ اما تردید زمانی ایجاد می‌گردد که مدعی در دعوا بر میت، وارث صاحب حق باشد نه خود صاحب حق. آنچه مسلم است این است که بر اساس اطلاق روایات وارده، مورد مذکور نیز مشمول عموم ادله روایی مربوط به سوگند استظهاری است؛ یعنی، وقتی مدعی در دعوا بر میت، وارث صاحب حق باشد باز هم اتیان سوگند استظهاری ضروری است. تعارضی که در اینجا حادث می‌شود این است که از یکسو سوگند استظهاری برای اینکه بتواند بقای حق را محرز سازد، ضروری است تا بر وجه بت ادا گردد؛ زیرا با سوگند نفی علم اصولاً چیزی اثبات نمی‌گردد. از سوی دیگر، سوگندی که وارث مدعی باید یاد کنند ناظر به نفی اسقاط حق از جانب مورث خود یا نفی ایفای تعهد از جانب خوانده است و در هر حال ناظر به نفی فعل غیر است و چون امکان احاطه علم بر آن وجود ندارد باید به صورت نفی علم ادا گردد. به همین دلیل، در زمینه شاکله سوگند استظهاری هنگامی که مدعی در دعوا بر میت، وارث صاحب حق باشد، میان فقها اختلاف نظرهای شدیدی به چشم می‌خورد. ذیلاً اقوال وارده در مورد مذکور را از نظر می‌گذرانیم:

(۱) در این حالت، از طرفی ادای سوگند استظهاری به صورت بتی، به دلیل عدم امکان احاطه علم ورثه بر اعمال مورث، ممتنع است و از طرف دیگر سوگند نفی علم هنگامی می‌تواند مفید فایده واقع شود که در سرنوشت دعوا مؤثر باشد. ولی از آنجایی که عدم علم وارث به اینکه مورثش حق خود را استیفا یا ابراء نموده است تأثیری در اثبات دعوا نخواهد داشت، بنابراین ادای سوگند استظهاری به صورت نفی علم نیز در این مورد صحیح نیست؛ زیرا

میان عدم علم وارث به بقای حق و ثبوت بقای آن هیچ گونه ملازمه و هماهنگی وجود ندارد. به این ترتیب، لازم است که فرع جاری را ولو با وجود سیره قطعی، خارج از دلالت نصوص و روایات تلقی نمائی ام و ورثه مدعی ناگزیر از اثبات بقای حق با بینه می باشند. (موسوی گلپایگانی، ۳۴۵/۱)

۲) برخی از فقها معتقدند در صورتی که دعوا بر میت را وارث مدعی به قائم مقامی او اقامه کرده باشد سوگند استظهاری باید به صورت بتی یا سوگند بتی بر بقای حق ادا گردد. در غیر این صورت، حق ثابت نمی گردد؛ یعنی «اگرچه وارث باید سوگند بر عدم اسقاط دین (نفی فعل مورث) ادا کند اما سوگند نفی علم کافی نیست.» (موحدی لنگرانی، ۲۰۲) صاحب جواهر در این مورد احتمال داده که بتوان به مقتضای استصحاب، سوگند بتی یاد نمود؛ مانند جواز سوگند به مقتضای ید؛ زیرا سقوط دعوا با وجود بینه مخالف تمایل فقه است؛ اما در نهایت اعتراف می کند که قبول سوگند استظهاری از جانب وارث را می توان مورد بحث و مناقشه قرار داد. این سوگند نمی تواند بر بت باشد زیرا فعل غیر است. پس با فرض اعتبار بت در سوگند استظهاری نتیجتاً حق باید ساقط شود. (صاحب جواهر، ۱۹۷/۴۰) در ارتباط با همین نظر آمده است: «معنی ندارد که شخص بدون اینکه بر او ادعای علم شود سوگند بر نفی علم بخورد و به فرض که بخورد فایده ای ندارد و باز هم دلیل، ناتمام است. به هر تقدیر با سوگند نفی علم، حق ثابت نمی شود.» (طباطبایی یزدی، تکملة العروة الوثقی، ۸۲/۲) سوگندی که در اینجا هست، مثل حلف خود صاحب حق است؛ یعنی همان گونه که سوگند او سوگند بتی و جزمی است شخصی هم که وارث اوست باید همان طور قسم بخورد. و الا قسم بر نفی علم و امثال ذلک کافی نیست. (موحدی لنگرانی، ۱۳۷۶/۱۲/۴) زیرا در روایت چنین سوگندی نیامده است. همچنین هنگامی که شخصی بر دیگری ادعایی مطرح می کند در واقع ثابت می شود که مدعی علمی دارد که ثابت کننده حق بر مدعی علیه یا نفی کننده حق شخص دیگری از مدعی است. (مدعی باید علم داشته باشد خواه مثبت خواه نافی) نه اینکه علم خود را نسبت به ثبوت حق نفی نماید. در حقیقت، علم وارث مدعی در اینجا مفروض است و ادعای علم بر او قابلیت استماع ندارد؛ یعنی نزاع در اشتراط علم به بقای حق است و سوگند باید بر بقای آن حق باشد نه عدم علم به عدم بقای حق؛ بنابراین، در اینجا وارث مدعی باید سوگند بتی کند و حق را بگیرد وگرنه حقی برای او به اثبات نمی رسد. (نراقی، همان، ۲۶۲/۱۷)

۳) وقتی مدعی در دعوا بر میت، وارث صاحب حق باشد، به دلیل عجز از اتیان سوگند

بتی، به سوگند نفی علم اکتفاء می‌شود. (عراقی، ۲۳۵) یعنی سوگند استظهاری در این مورد باید به صورت نفی علم ادا گردد. دلایلی که معتقدان به این نظر ارائه می‌نمایند عبارت است از: الف) سوگند استظهاری از جمله سوگندهای مثبت حق به شمار نمی‌رود، بلکه از باب احتیاط برای کمک به میت اقامه می‌گردد؛ زیرا امکان دفاع برای او وجود ندارد. پس اصل تشریع آن به این معنا نیست که در آن به طور مطلق، بتی بودن لحاظ شده است. اگر در برخی موارد شخص از اتیان سوگند بتی عاجز باشد گفته شده است که با وجود بینة حق باید ساقط گردد. با این وجود، عجز، موجب سقوط اعتبار بینة نبوده و در اینجا اکتفاء به سوگند نفی علم لازم می‌آید. (همان‌جا)

ب) حکم به سوگند استظهاری به دلیل دفع دعوای تقدیری میت (مورث خواندگان) در فرض زنده بودن اوست؛ زیرا از آنجائی که برای وارث مدعی، سوگند بر واقع دشوار است لذا اگر مورث خواندگان زنده بود، احتمالاً دعوای علم وارث مدعی را به وفای دین اقامه می‌نمود. به این ترتیب، به دلیل دفع این دعوای تقدیری، حکم به توجه یمین نفی علم به وارث مدعی می‌دهیم. (آشتیانی، ۳۷۳/۱) به موجب این استدلال نه تنها وارث بلکه اگر مدعی در دعوا بر میت، وصی یا ولی صاحب حق باشد با فرضی که اگر مورث مدعی علیهم زنده بود احتمالاً ادعای علم آن‌ها را می‌نمود، سوگند نفی علم متوجه وصی یا ولی خواهد بود. (همان، ۳۷۷/۱)

۴) برخی از فقها، در این مورد نظر تفصیلی ارائه داده‌اند که در واقع ناظر به حکمت وضع سوگند استظهاری است. به طوری که اگر منظور از آن، سوگند بر اثبات و اشتغال واقعی باشد آنگاه سوگند مدعی در جهت دفع احتمال براءت واقعی، تکمیل‌کننده بینة است و لذا نمی‌توان سوگند نفی علم یاد نمود. در این مورد، هنگامی که سوگند بتی دشوار باشد، در نهایت به دلیل نقص معیار قضاء، دعوا متوقف می‌گردد؛ اما اگر منظور از این سوگند دفع دعوای احتمالی (مورث مدعی علیهم) باشد، بر حسب محور دعوا سوگند می‌تواند بر بت یا بر عدم علم باشد. به طوری که اگر سوگند متوجه مدعی باشد به صورت بتی و در غیر این صورت اگر متوجه غیرمدعی (اعم از وارث، وصی و ...) باشد به صورت نفی علم خواهد بود. (نجفی گیلانی، ۲۴۹/۱)

هرچند توجه به اقوال فقها در موضوع مطروحه و ملاحظه ادله نسبتاً قوی که هر گروه از آن‌ها بر عقیده خود ارائه می‌دهند از یکسو و سکوت قانون‌گذار و عدم اظهار عقیده حقوقدانان از سوی دیگر، موجب دشواری اظهار نظر قطعی می‌گردد، ولی نهایتاً می‌توان گفت که اگر

قرائن و اماراتی موجود باشد که از علم وارث مدعی نسبت به بقای دین در حین موت حکایت نماید آنگاه سوگند استظهاری باید به صورت قطعی بر بقای حق ادا گردد؛ اما اگر چنین قرائنی در بین نباشد در این صورت، به نظر می‌رسد از میان نظریات موجود، نظر سوم از قابلیت پذیرش بیشتری برخوردار است؛ یعنی سوگند استظهاری در این حالت باید به صورت نفی علم ادا گردد.

قسمت دوم: آئین دادرسی پاسخ «نمی‌دانم»

از جمله احتمالاتی که در پاسخ گوئی به ادعا مطرح است این است که مدعی علیه علم خود را نسبت به حق مورد ادعای مدعی نفی نماید؛ یعنی به صورت اطلاعی ندارم یا نمی‌دانم پاسخ دهد. این جواب دارای احکام ویژه‌ای است و حتی می‌تواند مسیر دادرسی را تغییر دهد. در این قسمت، به بیان احکام مترتب بر پاسخ «نمی‌دانم» پرداخته می‌شود و مباحث مربوطه طی سه گفتار با عنوان اقسام جواب مدعی علیه، تأثیر پاسخ نمی‌دانم در تغییر جریان دادرسی و اختلاف پیرامون لزوم تطابق پاسخ با سوگند تشریح می‌گردد.

۱- اقسام جواب مدعی علیه

از میان فقها، قدما بر این عقیده‌اند که پاسخ مدعی علیه بر سه قسم است: اقرار، انکار، سکوت. (محقق حلی، ۲۸۱/۲؛ شهید ثانی، ۴۲۲/۳؛ شهید اول، ۹۰) اما برخی از متأخران و معاصران، پاسخ نمی‌دانم را مطرح نموده و آن را قسم چهارم جواب دانسته‌اند. (سبحانی، ۴۴۷/۱؛ اسماعیل پور قمشه‌ای، ۳۹۷/۱) در مورد سه قسم اول اختلاف نظر چندانی وجود ندارد. ولی در مورد اخیر از جنبه‌های گوناگون تشتت آراء مشاهده می‌گردد که یکی از این موارد در پاسخ به این پرسش است که آیا نمی‌دانم قسم خاصی از جواب است یا خیر؟ گفته شده که علت عدم ذکر جواب نمی‌دانم توسط قدما، غفلتشان از این قسم از جواب نبوده است. بلکه، به این دلیل بوده که بر این نوع جواب اثر خاصی مترتب نیست. (آشتیانی، همان، ۲۶۵/۱) برخی از فقها نمی‌دانم را ملحق به انکار دانسته‌اند؛ زیرا «شخص در این حالت نه اقرار کرده و نه سکوت. پس ملحق به انکار است و چنین شخصی منکر محسوب می‌شود. اینکه منکر باید قطع به عدم داشته باشد منافاتی با این ندارد که اگر چنین شخصی قائل به عدم استحقاق آنچه بر او ادعا می‌شود باشد نیز منکر محسوب شود. اقتضای دعوا، حق مدعی بر مدعی علیه است و وقتی مشارالیه سوگند نفی علم به سبب دعوا می‌خورد در واقع استحقاق مزبور که روح دعوا

است را نفی می‌کند. چنین شخصی منکر است و یمین متوجه اوست.» (صاحب جواهر، ۲۱۲/۴۰-۲۱۲) بنابراین، «از دقت در متون فقهی می‌توان فهمید که انکار دو روش دارد: ۱- نفی دعوا در نفس الامر ۲- نفی آنچه بر حق مدعی مترتب می‌شود؛ مانند وجوب ادای دین و ... و آن به صورت نفی علم به سبب آن (سبب حق مدعی) است که با اصل عدم حصول حق مورد ادعای مدعی - که معیار شناسایی منکر است - مطابقت دارد.» (همان، ۲۱۶/۴۰) همچنین «انکار اعم است از نفی واقع و نفی علم ... زیرا انکار و نفی علم در تَمَرّد از حق مساوی‌اند. اولی به صورت علم به عدم حق و دومی به صورت عدم علم به وجود حق. تنها تفاوت این است که حکم انکار در مورد درخواست سوگند از مدعی علیه، بر جواب نمی‌دانم مترتب نیست. مگر اینکه مدعی ادعای علم طرف مقابل را نماید.» (نجفی گیلانی، ۱۶۱/۱-۱۶۲) همچنین، ممکن است گفته شود که جواب نمی‌دانم ملحق به سکوت است؛ زیرا سکوت ممکن است به دلیل دشمنی، جهل و غیره باشد که جواب نمی‌دانم را نیز شامل می‌شود. منظور از سکوت، یعنی سکوت از تعرّض به حق مدعی که بر او ادعا شده است؛ زیرا جواب باید ناظر به نفس مدعی به باشد و آن حق مدعی است نه چیز دیگر. به این ترتیب، وقتی شخص علم خود را نفی نماید در واقع نسبت به دعوا یا نفس مدعی به سکوت کرده است. (همان، ۱۶۲/۱) یکی از فقها با پیروی از همین دیدگاه پاسخ‌های مدعی علیه را به چهار قسم تقسیم نموده که عبارت‌اند از: اقرار، انکار، سکوت و تکذیب مدعی. در این دسته‌بندی پاسخ نمی‌دانم ملحق به سکوت دانسته شده است. (سبزواری، ۷۰/۲۷) لازم به ذکر است که تفاوت بین تکذیب و انکار این است که انکار به معنی نفی آن چیزی است که مدعی ادعا می‌کند اما تکذیب به معنی اثبات شیء علیه مدعی است و تفاوت آن با انکار این است که انکار یک امر عدمی و تکذیب یک امر ثبوتی است. (همان، ۱۱۱/۲۷) در میان نویسندگان حقوقی اگرچه نسبت به پاسخ نمی‌دانم کمتر اظهار نظر شده است، لکن، برخی از اساتید حقوق بدون تصریح به اینکه آیا نمی‌دانم قسم خاصی از جواب است یا خیر، حکم آن را از حیث رعایت اصول مشابه حکم رد درخواست و نکول دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۹۳/۲)

نهایتاً آنچه صحیح به نظر می‌رسد این است که نمی‌دانم انکار محسوب نمی‌شود. (کاشف الغطاء، ۳۹) بلکه قسم چهارم جواب است؛ زیرا منکر عالم به نفی است نه نافی علم. (قمشهای، ۳۷۹/۱؛ میرزای قمی، ۳۷۱/۱) لذا جواب نمی‌دانم نه اقرار محسوب می‌شود، نه انکار و نه سکوت. بلکه ادعای عدم علم به صحت آنچه مدعی ادعا می‌کند است. (سبحانی، ۴۴۷/۱)

همچنین، پاسخ نمی‌دانم را نمی‌توان سکوت دانست؛ زیرا هنگامی که شخص حقیقتاً سکوت می‌نماید و حرفی نمی‌زند، اگرچه ممکن است این سکوت در اثر جهل او باشد اما این امر احتمال عناد و لجاجت را منتفی نمی‌سازد؛ بنابراین، الزام ساکت به جواب، دارای وجه خواهد بود. لکن، وقتی که شخص پاسخ نمی‌دانم می‌دهد و صراحتاً از جهل خود اخبار می‌نماید آنگاه علی‌الاطلاق چگونه می‌توان او را ساکت تلقی نموده و ملزم به پاسخگویی نمود؟

۲- تأثیر پاسخ نمی‌دانم در تغییر جریان دادرسی (طواری پاسخ نمی‌دانم)

از جمله فروض پیش‌بینی شده در مجموعه پاسخ‌های احتمالی مدعی علیه این است که او علم خود را نسبت به حق مورد ادعای مدعی نفی نماید. حال پرسشی که به ذهن متبادر می‌گردد این است که در این وضعیت دعوا باید چگونه ادامه یابد؟ به عبارت دیگر، اگر مدعی علیه پاسخ دهد نمی‌دانم چه تأثیری بر جریان دعوا خواهد داشت و سرنوشت دعوا به کجا خواهد رسید؟ قبل از ورود به بحث لازم است تا دو موضوع را از یکدیگر تفکیک نمائیم: هنگامی که مدعی علیه پاسخ نمی‌دانم می‌دهد ممکن است مدعی ادای علم او را نماید و نیز ممکن است چنین ادعائی نکند، اگر مدعی، ادعای علم مدعی علیه را نماید می‌تواند او را بر نفی علم سوگند دهد. (خمینی، ۴۲۶/۲؛ نراقی، ۱۵۲/۱۶) به عبارت دیگر، اگر مدعی علیه بگوید اطلاعی ندارم آنگاه قاضی باید از مدعی بپرسد که آیا مدعی علیه را در ادعای جهلش تصدیق می‌کنی یا تکذیب؟... اگر تکذیب کند، منکر باید بر نفی علم سوگند یا نماید. (مغنیه، ۷۹/۶) در این حالت، آثاری که متعاقباً بر دعوا مترتب می‌گردد در واقع آثار اتیان سوگند نفی علم یا نکول از آن است. اگر مدعی، مدعی علیه را در مورد جهلش تصدیق نماید تکلیف چیست؟ به عبارت دیگر، در صورتی که اولاً مدعی، بینه نداشته باشد ثانیاً مدعی علیه پاسخ نمی‌دانم دهد و ثالثاً مدعی ادعای علم مدعی علیه را ننماید چه تصمیمی باید اتخاذ گردد؟ با این توضیح ذیلاً اقوال فقها را در پاسخ به سؤال مذکور بررسی می‌نمائیم:

۱- برخی از فقها معتقدند که احتمالاً در این موارد مدعی علیه می‌تواند سوگند بر نفی علم یاد نماید و «اکتفا به سوگند نفی علم بعید نیست؛ زیرا ظاهراً تا زمانی که شخص علم به دین نداشته باشد ایفای آن واجب نیست.» (طباطبایی حائری، ریاض المسائل، ۱۱۳/۱۵؛ سبزواری، ۷۰۳/۲) همچنین مطابق نص و فتاوی، سوگند وظیفه مدعی علیه است خواه سوگند بتی باشد خواه نفی علم. کیفیت سوگند تابع کیفیت انکار است پس اگر منکر، استحقاق واقعی را نفی کند سوگند او بر بت و اگر استحقاق ظاهری را نفی کند سوگند وی بر نفی علم خواهد بود.

(نجفی گیلانی، ۱/۲۵۹) این دیدگاه، در کلام فقهایی که آن را طرح نموده‌اند در قالب امکان و احتمال بیان شده است. تنها معدودی از صاحب‌نظران با تقسیم سوگند منکر به سوگند بر نفی ادعای مدعی و سوگند بر نفی علم و با عنایت به اینکه در مورد بحث، بین‌ای بر ثبوت حق به‌طور جزم و قطع گواهی نمی‌دهد و همچنین با اتکا بر اصل عدم ثبوت حق در ذمه، تمایل بیشتری به نظریه مذکور نشان داده‌اند. (اردبیلی، ۱۲/۱۹۱) این نظریه که به‌نوعی اساس آن را دخالت نافی علم در مجموعه افراد منکر تشکیل می‌دهد، مصون از تعرض به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در موضوع بحث سوگند نفی علم با ملاحظه عدم ادعای علم بر مدعی‌علیه، موردی نخواهد داشت. (طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۲/۹۳) به عبارت دیگر، از آنجایی که مجرد نفی، انکار محسوب نمی‌شود و عنوان مدعی و منکر در طرفین وجود ندارد سوگند بر نفی علم مجاز نیست؛ زیرا مدعی ادعای حق می‌کند و منکر علم به حق را نفی می‌نماید. (مدنی کاشانی، ۱۷۹) همچنین باید توجه داشت که روایت «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ» (محمول بر مورد غالب است و آن در جایی است که امکان سوگند برای منکر وجود داشته باشد). (میرزای قمی، ۱/۳۷۱) یعنی روایت مذکور منصرف به موردی است که متعلق ادعا و انکار شیء واحدی باشد. پس منکر باید نفس آنچه ادعا می‌شود را انکار کند نه چیز دیگر. وقتی بر شخصی که علم خود را نفی می‌کند ادعای علم نشود، هیچ سوگندی متوجه او نخواهد بود. (مدنی کاشانی، ۱۷۹)

۲- با شخصی که پاسخ نمی‌دهد مانند ناکل رفتار شده و حق از او گرفته می‌شود یا بعد از رد یمین به مدعی و سوگند مدعی، حق گرفته می‌شود و اگر مدعی علیه سوگند را به مدعی رد ننماید، حاکم سوگند را رد می‌کند. «به احتمال فراوان در اینجا بر اساس نکول حکم نمی‌شود؛ بلکه واجب است که سوگند به مدعی رد شود». (اردبیلی، ۱۲/۱۹۱) زیرا در این حالت مدعی شاهد ندارد و یمین نیز متوجه منکر نیست و امکان اینکه هر یک از آن دو به انجام وظیفه دیگری مبادرت ورزد وجود ندارد و دعوا به اثبات نخواهد رسید مگر با سوگند مدعی پس از رد. (طباطبایی حائری، الشرح الصغیر، ۳/۲۷۶) یعنی در این موارد ناگزیر از رد یمین به مدعی هستیم و بدون آن قطع دعوا اجتناب‌ناپذیر است. پس اگر مدعی سوگند بخورد حَقُّش ثابت می‌شود و اَلَّا حَقِّی نخواهد داشت. (صاحب جواهر، ۴۰/۲۱۶؛ طباطبایی حائری، ریاض المسائل، ۱۵/۱۱۶؛ روحانی قمی، ۲۵/۱۷۱)

۳- عده‌ای از فقها در این مورد قائل به توقف دعوا شده‌اند؛ یعنی هنگامی که منکر جواب

نمی‌دانم می‌دهد و مدعی ادعای علم او را نمی‌نماید، حکم متوقف می‌شود. (تبریزی، ۳۳۰/۴) این توقف تا زمان اقامه بینه (سبحانی، ۴۵۰/۱؛ قمشه‌ای، ۴۰۰/۱) یا علاوه بر آن تا تکذیب جهل مدعی علیه (خمینی، ۴۲۶/۲) ادامه خواهد داشت. استماع دعوا منوط به تحقق عنوان خصومت بر آن است، اما در اینجا متعلق دعوا و انکار، دو امر مختلف است؛ بنابراین، معیاری برای حکم نمودن موجود نبوده و مانند سایر موارد مشابه، چاره‌ای جز توقف دعوا وجود ندارد. (آقا ضیاء عراقی، ۲۵۱) به این نظریه نیز این گونه ایراد شده که اگر در مطلب مورد بحث، دعوا متوقف شود، موجب ضرر (طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۹۳/۲) و تضییع حقوق الناس (مدنی کاشانی، ۱۷۹؛ کمپانی اصفهانی، ۲۵۵/۴) خواهد بود. ظاهراً، مراد از تباهی حق اعم از تضییع حق مدعی و حق مدعی علیه است. البته، برخی از فقها در مسئله مذکور بر این باورند که از باب احتیاط باید مصالحه صورت گیرد. (بهجت گیلانی، ۵۵۳/۲)

۴- برخی از فقها در این مورد احتمال داده‌اند که مدعی علیه می‌تواند سوگند بر نفی استحقاق مدعی یاد نماید؛ زیرا وجوب ایفای حق منوط به علم به آن است. (طباطبایی حائری، همان، ۱۱۳/۱۵؛ سبزواری، همان، ۷۰۳/۲) لکن، از یک سو در این حالت مدعی علیه، منکر محسوب نمی‌شود؛ لذا سوگند بر نفی استحقاق مجاز نیست. (مدنی کاشانی، همان، ۱۷۹) به تعبیر دیگر، در مسأله مذکور، مدعی علیه پاسخ نمی‌داند داده و متعلق نفی او متمایز از متعلق ادعای مدعی است و چنین شخصی منکر محسوب نمی‌شود. درحالی که شخص هنگامی می‌تواند بر عدم استحقاق مدعی سوگند ادا نماید که حق مورد ادعای مشارالیه را عموماً یا خصوصاً، انکار کرده باشد. از سوی دیگر، بعضی از فقها علت نادرستی نظر مذکور را استقرار آن بر پایه جواز سوگند به استناد اصل عنوان نموده‌اند. (سبحانی، همان، ۴۴۸/۱) یعنی، اعتقاد به حق ادای سوگند بر نفی استحقاق برای مدعی علیه بر مبنای صحت سوگند به استناد اصل براءت یا عدم، ایجاد گردیده است. درحالی که به شرح پیش گفته ادای سوگند به استناد اصول، جایز نیست. همچنین آنچه از مطلق نفی استحقاق متبادر می‌شود، فی نفسه نفی استحقاق واقعی را نیز شامل می‌شود. درحالی که با عدم علم فقط می‌توان بر عدم تکلیف ظاهری به ایفای دین سوگند یاد نمود نه بر نفی استحقاق واقعی و بین این دو تفاوت آشکاری است. (صاحب جواهر، ۲۱۴/۴۰) به عبارت دیگر، عدم اشتغال ذمه منکر قبل از علم به دین، مستلزم نفی استحقاق مدعی در نفس الامر نیست. (میرزای قمی، ۳۶۹/۱)

۵- اگر مدعی، ادعای علم منکر را ننماید و بینه نیز نداشته باشد، برای مطالبه حق خود

هیچ گونه تسلطی بر مدعی علیه ندارد و لذا دعوایش ساقط خواهد شد؛ زیرا به حکم شارع فقط بینه و یمین، مثبت حق مدعی است. درحالی که این دو مورد در وضعیت جاری مفقود است. لذا، اصل بر عدم تحقق مقتضای دعوا بوده و چنین دعوایی محکوم به سقوط است. از طرف دیگر، اگرچه اصل بر عدم انقطاع دعوی مسموعه بدون بینه و یمین است، لکن اصل عدم توجه یمین به مدعی و نیز اصل عدم اشتغال و عدم وجود دلیل شرعی برای صدور حکمی که دال بر انقطاع دعوا باشد، زایل کننده اصل سابق خواهد بود. (نراقی، ۲۸۶/۱۷) درواقع، در این موارد وقتی مدعی حق مطالبه ندارد، مدعی علیه نیز بر اساس اصل برائت مکلف به ادا نیست. (موسوی گلپایگانی، همان، ۳۶۱/۱) در حقیقت، از آنجایی که جواب نفی علم به منزله انکار است، وقتی مدعی بینه ندارد و درخواست سوگند مدعی علیه را نمی نماید دعوی او ساقط خواهد شد (همان، ۴۰۷/۱) و بر این وضعیت عنوان منازعه صدق نمی کند. عدم وجود بینه و عدم امکان یمین موجب می شود که این دعوا غیر مسموع بوده و پذیرفته نشود. نظریه فوق الذکر نیز به نوبه خود مصون از انتقاد نیست؛ زیرا مسأله بینه و یمین از شرایط استماع دعوا نیست؛ بلکه مؤخر بر آن هاست؛ یعنی ابتدا شرایط استماع دعوا باید تحقق داشته باشد بعد به سراغ مسأله بینه و یمین رفت. اگر دعوا مسموع نباشد دیگر نوبت به بینه و یمین و فصل خصومت و امثال ذلک نمی رسد. (موحدی لنگرانی، ۷۶/۱۲/۲۳) لذا، مناقشه در مورد وجود بینه و امکان یمین را در مورد بحث می توان گواهی بر مسموع بودن دعوا دانست. از میان پنج نظریه ای که بیان گردید، ظاهراً نظریه اخیر از قابلیت پذیرش بیشتری برخوردار است. ایراد مطروحه در مورد آن را نیز می توان این گونه پاسخ داد که منظور از سقوط دعوا یا عدم استماع آن، دخالت اقامه بینه و امکان ادای سوگند در مجموعه شروط لازم برای استماع دعوا نیست. بلکه از آنجایی که از یکسو اثبات دعوا بر عهده مدعی بوده و او هیچ دلیلی در اثبات دعوا ندارد و از سوی دیگر برای مدعی علیه امکان اقامه سوگند متصور نیست، لذا چنین حقی در دادگاه قابلیت مطالبه ندارد. چراکه بسیاری از حقوق در نفس الامر و عالم ثبوت وجود دارند، اما نظر به اینکه ادله شرعیه در اثبات آن ها مفقود است، در مرحله اثبات در دادگاه و به اصطلاح نزد حاکم به شکست می انجامند؛ بنابراین، داشتن بینه و یا امکان ادای سوگند از شرایط استماع دعوا نیست، بلکه از جمله شروط مطالبه حق و از مقدمات رسیدگی است. به هر وجه آنچه از روایاتی که در اثبات این نظریه مستند قرار گرفته اند، استفاده می شود این است که اسقاط دعوا و عدم استماع آن در موضوع بحث امری دائمی به شمار نمی رود، به طوری که متعاقب دسترسی

به بینه امکان طرح مجدد دعوا و رسیدگی به آن خالی از اشکال است.

نتیجه‌گیری

هنگامی که مدعی روند دادرسی را به زیان خود می‌بیند و در اموری که اطلاع از آن برای نوع مردم با دشواری مواجه است و بینه‌ای بر اثبات دعوایش ندارد، با طرح ادعای علم مدعی علیه به موضوع مورد اختلاف به عنوان یک دلیل، نه تنها خاطر دادرس را مبنی بر حقانیت خویش در نفس الامر می‌آزارد بلکه مدعی علیه را نیز در معرض ادای سوگند بر نفی علم قرار می‌دهد. لازمه ادای هر سوگندی قطع و یقین به موضوع آن است و یقین مزبور با استمداد از اصول و امارات محقق نمی‌گردد. حال، در اموری که آگاهی بر آن دشوار است خاصه مواردی که ناظر به نفی فعل غیر است، از آنجا که امکان قطعیت نسبت به آن میسر نیست، مدعی می‌تواند با اثبات علم طرف مقابل از طریق ایجاد یک اماره قضایی، به مطلوب خویش در دعوی اصلی نایل گردد. در این حالت، مدعی علیه در مقام پاسخ می‌تواند به درخواست مدعی با ادای سوگند نفی علم، ادعای علم علیه خویش را خنثی نماید. به تعبیر دیگر، اگرچه سوگند نفی علم، ماهیتاً یک سوگند بتی است و اثر مستقیم در سقوط ادعای علم دارد؛ لکن در مواردی که امکان احاطه علم بر موضوع مورد اختلاف و مؤثر در دعوی اصلی نوعاً امکان‌پذیر نیست، در راستای تأسی از قاعده عقلی «قیح تکلیف ما لایطاق» ادای آن موجه است. لزوم رعایت خصایص حاکم بر این نوع سوگند بعضاً تعارضاتی را نیز به دنبال خواهد داشت. مثلاً در دعوا بر میت هنگامی که مدعی، وارث صاحب حق باشد، از یکسو ادای سوگند استظهاری به منظور اثبات بقای حق بوده و از سوی دیگر موضوع، ناظر به نفی فعل غیر است. لذا ادای سوگند استظهاری با ملاحظه عدم توان اثباتی سوگند نفی علم در مورد بحث موضع تردید واقع می‌گردد که بنا به دلایل سابق‌الذکر سوگند استظهاری در چنین وضعیتی باید به صورت نفی علم ادا گردد. آنچه در ادای سوگند بر نفی علم ضرورت دارد، مسبوق بودن به سه عامل است: عامل اول ادعای علم مدعی علیه است که به عنوان یک دلیل در مقاطع گوناگون دادرسی حتی مرحله تجدیدنظر- قابلیت طرح دارد. عامل دوم پاسخ نمی‌دانم از جانب مدعی علیه به ادعای علم است. عامل سوم عدم اثبات علم مدعی علیه با سایر طرق است. پاسخ نمی‌دانم قسم چهارم جواب بوده و در ما نحن فیه عامل احراز نزاع در علم پاسخ دهنده است. در حقیقت سوگند نفی علم از این حیث مشمول حکم ماده‌ی ۱۳۳۵ قانون مدنی بوده و همانند سوگند

بتی، آخرین راه در تعیین سرنوشت دعوای علم است. اگرچه سوگند نفی علم کم‌وبیش آثار مشترکی با سایر اقسام سوگندها دارد که از آن جمله می‌توان به عدم پذیرش اظهار منافی با سوگند و نسبت اثر سوگند میان طرفین اشاره نمود، لکن آثار اختصاصی آن را نیز نمی‌توان در اقلیت دانست. خصیصه بارزی که وجه افتراق سوگند نفی علم از سایر اقسام سوگند هست این است که این نوع سوگند در اصل فاقد توان اثباتی بوده و قاطع دعوای اصلی نیست. به‌گونه‌ای که پس از آن، بینه بر دعوای اصلی قابلیت استماع دارد. لکن اقامه بینه دارای مهلتی است که بسته به نظر دادگاه بوده و در صورت عدم توفیق مدعی در این امر، حکم به بی‌حقی او داده خواهد شد.

منابع

- احسائی، احمد بن زین‌الدین، *الأقطاب الفقهية على مذهب الإمامية - درر الالکی العمادیه فی الأحادیث الفقهیه*، در یک مجلد، قم، انتشارات کتابخانه‌ی آیت الله مرعشی نجفی قدس سره، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.
- اسماعیل‌پور قمش‌های، محمدعلی، *البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء*، بی‌نا، چاپ اول بی‌تا.
- آشتیانی، محمد حسن بن جعفر، *کتاب القضاء*، قم، انتشارات زهیر - کنگره‌ی علامه آشتیانی قدس سره، چاپ اول ۱۴۲۵ ق.
- اصفهان‌ی، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، انتشارات أنوارالهدی، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۷.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *القضاء و الشهادات*، در یک مجلد، قم، نشر کنگره‌ی جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- بهجت، محمدتقی، *جامع المسائل*، قم، انتشارات شفق، چاپ اول ۱۳۸۴.
- تبریزی، جواد بن علی، *أسس القضاء و الشهادة*، در یک مجلد، قم، نشر دفتر مؤلف، چاپ اول بی‌تا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دانشنامه حقوقی*، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ دوم، ۱۳۵۶.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه‌ی آل‌البیت علیهم السلام، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- حسینی شیرازی، محمد، *إیصال الطالب إلى المکاسب*، تهران، منشورات اعلمی، چاپ اول بی‌تا.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چاپ اول ۱۴۱۷ ق.

- خمینی، روح الله، *تحریر الوسيلة*، قم، مؤسسه‌ی اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۰۸ ق.
- رشتی، حبیب الله بن محمدعلی، *کتاب القضاء*، قم، نشر دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۰۱ ق.
- روحانی، محمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، نشر دارالکتاب - مدرسه‌ی امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- سبحانی، جعفر، *نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء*، قم، مؤسسه‌ی امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- شمس، عبدالله، *آئین دادرسی مدنی*، تهران، انتشارات دراک، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.
- شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، قم، کتابفروشی مفید، چاپ اول، بی تا.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع (حدیقه المؤمنین)*، قم، انتشارات کتابخانه‌ی آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه‌ی آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - القديمة)*، بیروت، دار الإحياء التراث العربی، چاپ اول، بی تا.
- عراقی، ضیاءالدین، *حاشیه المکاسب (تقریرات نجم آبادی)*، در یک مجلد، قم، انتشارات غفور، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- علامه حائری، علی، *علم قاضی در دادرسی های حقوقی و کیفری*، در یک مجلد، گیلان، انتشارات خاقانی با همکاری نشر تابان، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية*، در یک مجلد، قم، انتشارات کتابخانه‌ی آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- قطان حلی، محمد بن شجاع، *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسه‌ی امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، تهران، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، *أنوار الفقاهة - کتاب القضاء*، در یک مجلد، نجف اشرف، مؤسسه‌ی کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

- گلپایگانی، محمدرضا، **کتاب القضاء**، قم، نشر دارالقرآن الکریم، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، **المختصر النافع فی فقه الإمامیة**، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.
- محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ق.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، **کفایة الأحکام**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، چاپ اول ۱۴۲۳ ق.
- مدنی کاشانی، آقا رضا، **تعلیقة شریفة علی بحث الخیارات والشروط من کتاب المتاجر للشیخ**، در یک مجلد، قم، مکتبة آية الله المدنی الکاشانی، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- مدنی، جلالالدین، **ادلهی اثبات دعوی**، در یک مجلد، تهران، انتشارات پایدار، چاپ پنجم، ۱۳۷۹.
- مغنیه، محمدجواد، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، قم، مؤسسهی انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **رسائل المیزان القمی**، دفتر تبلیغات اسلامی شعبهی خراسان، چاپ اول ۱۴۲۷ ق.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، **مستند الشیعة فی أحكام الشریعة**، قم، مؤسسهی آل البيت علیهم السلام، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، **تکملة العروة الوثقی**، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.
- _____، **حاشیة المکاسب**، قم، مؤسسهی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.

تقریرات

- جوادی آملی، عبدالله، **تقریرات درس خارج فقه**، مبحث بیع، ۱۳۹۰/۱۱/۱۶، ۱۳۹۰/۱۱/۱۷ و ۱۳۹۰/۱۲/۱۳.
- فاضل موحیدی لنکرانی، محمد، **تقریرات درس خارج فقه**، بحث عدم لزوم ادای سوگند/استظهاری، ۱۳۷۶/۱۱/۲۱، بحث فروع ادعای علیه میت، ۱۳۷۶/۱۲/۴، بحث پاسخ «لأدری»، ۱۳۷۶/۱۲/۲۳ و ۱۳۷۶/۱۲/۲۴، بحث شهادت به استناد امارات و اصول شرعی، جلسهی چهلیم، ۱۳۷۸.

wife, marriage.

A jurisprudential and legal research into the oath of knowledge denial

Homayoun Mafi, Associate Professor, University of Judicial Sciences and Administrative Services

Among the topics discussed in books of jurisprudence is denial of knowledge, which is considered as a subdivision of taking oath based on issue. Regardless of the originality of oath on denying knowledge, substantial disagreement is discernible in jurisprudence as regards the establishment of legal provisions on this type oath-taking, very few of which opinions have influenced jurists in this field. In cases where the subject of dispute is an issue attributed to others or includes external features - knowledge of which is difficult for ordinary people - and in the inaccessibility to reasons, the claimant can only take the defendant under oath when he has claimed knowledge in that relation. By taking the oath of knowledge denial, the defendant will also be exempted from taking a strong (*batti*) oath on denying the right of the claimant; therefore, it can be said that a knowledge denial oath is essentially responsive by nature and uttered by the defendant in response to claims of knowledge.

Keywords: oath, knowledge denial, the defendant.

toward the common views of Sunni jurists about the nature of annulment, they have not typically looked at the nature of contract annulment from the perspective of Shia jurisprudence. The present article explores the nature of ‘annulment of contracts’ as a legal and jurisprudential institution from the perspective of scholars of Shiite jurisprudence and law by observing their major views. Thus, the paper aims to review and investigate their opinions and provided reasons in order to clarify the strength of their hypotheses and theories regarding the nature of contract annulment.

Keywords: contract cancellation of, termination, annulment, annulment nature.

A critical view of ‘the necessity of imprisonment of the insolvent in paying the dower’

Davood Gohari, PhD from Ferdowsi University of Mashhad

Hossein Naseri Moghadam, Associate Professor of Ferdowsi University of Mashhad

The dower is the first financial debt which established incumbent upon the husband after the realization of marriage. The wife has the right to demand the debt from the husband and then obtain its possession. If after the request of the wife, the husband claims to be insolvent and unable to pay the debt, the legal procedure of Iranian courts is that the husband is sentenced to imprisonment so that he will prove his solvency. The present article aims to analyze in general the issue of solvency of the indebted, and then to prove that the primary imprisonment of the indebted person whose conditions are unclear - especially in the case of the husband claiming insolvency - there are no jurisprudential acceptable documents; therefore, understanding the imprisonment of the husband as unjust is closer to the truth and is more compatible with notions of caution.

Keywords: insolvency, imprisonment, debt, claimant, the husband, the

guidance) in the language of jurists is not so clear; however, when speaking about the prohibition of keeping (or of its destruction), they mean prevention from hearing (and getting informed) of other sayings; and the evidence raised in this regard also combines the two positions of hearing (and getting informed) and following, apparently based on the assumption that there is an association between hearing (and getting informed) and following, and if hearing is prevented, following will certainly be abandoned in consequence.

As a result, firstly, the claimed evidences fail to prove a mandate relating to prevention from hearing; secondly, mixing the two positions is not permitted since mere hearing does not lead to following and there is no association between them. Finally, because of the existence of the Qur'an itself as a 'congregation of words' scripture, leaving to humans the task of selecting and following the best among the different sayings, with no coercion in this field, and due to the existence of 'the best of words' (God's word) in the Qur'an as the standard criterion, discussion of destruction of the book or of the prohibition of its literal hearing would be meaningless.

Keywords: jurisprudential ruling, prohibition of keeping, book of deviation, misguidance, following.

A study into annulment (*iqālah*) from the perspective of Shiite jurisprudence and law

Seyyed Ali Jabbar Gol-Baghi Masouleh, Islamic Azad University of Lahijan Branch

Annulment is one of the institutions of contract cancellation in Shiite jurisprudence and law. One of the primary questions about every phenomenon is the question of the nature and character. Although traditionally Shiite jurists have held comparative and critical approaches

of jurisprudence. Evaluation of narratives, comparing jurisprudential rulings issued in the case of people with mental disorders in various chapters of jurisprudence, and the use of methods such as lexical aggregation and subtraction of meanings, form the basis of achieving that objective. In addition, examining literal and technical meanings, as well as the errors of case-sensitive meanings pertaining to identification of the issue have been perceived as inevitable. The study shows that one of the most important factors involved in the making of ambiguous and ineffective rulings in the case of psychiatric patients is the lack of proper understanding of mental disorders and their definitional boundaries. Therefore, it is suggested that before any investigation and articulation of rulings, every mental disorder should be compared with neighboring concepts; so that in addition to a clear understanding of the subject, the intermingling of titles and the articulation of non-efficient rulings can be avoided. Moreover, by drawing a link between mental disorders in jurisprudence and the ones in psychology, an approximation to the images of the two sciences will be made and the question of efficiency of jurisprudential rulings shall also be considered.

Keywords: dementia, jinnah, mental patients, mental deficiencies.

Examining the jurisprudential ruling on the prohibition of keeping books of deviation

Ali Keshavarz, PhD Candidate in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Mohammad Taghi Fakhlaee, Professor at Ferdowsi University of Mashhad

The prohibition of keeping some books referred to as 'books of deviation' has been included in books of jurisprudence since the past to the present. The definition of deviation (and conformity) and misguidance (and

credential-right by the wife from the husband's trades. Unfortunately, Iranian statute law has not specified this verdict, and Article 445 of Civil Law merely states that: 'Each of the credentials, after death, is transferred to the heir.' Although the ruling is applicable to the mentioned article regarding the inheritance of credential-right by the wife from the spouse's trading, any acceptance of the verdict is in conflict with the provisions of article 946 Civil Law, since credential inheritance is of the rights-inheritance type and this article, whether before or after the reform of 1387 (2008), does not consider even the immovable property of the spouse as inheritable to the wife, let alone his rights (here, the credentials). This situation also occurs in the words of jurists, because on the one hand, they acclaim a consensus on the inheritance of all credentials, and on the other hand, they differ in terms of the inheritance of some, including the inheritance of credential-rights from the trades of the husband. Hence, both in the articles 445 and 946 and in the words of jurists pertaining to the inheritance of credential-right by the wife from the spouse's trading, contradictions have emerged. This research is aimed at resolving the conflict with reference to Imamiyah law.

Keywords: inheritance, the inheritance of credential-right, the wife, the husband, the husband's trading.

Identifying dementia as an issue

Kaveh Ghobadi, PhD from Ferdowsi University of Mashhad

Mohammadreza Elmi, Assistant Professor at Ferdowsi University of Mashhad

Since the formulation of rulings is directly related to the refinement of issues, the present paper aims at outlining the extent of a mental disorder namely dementia, so that from this perspective an acceptable separation between this and other psychiatric disorders can be achieved in the realm

In accordance with the definitions each of these streams of thought provided for legislation and its scope in Islam, various positions were held against the Constitutional Movement having law and legislation as part of its main principles. In this article, the views of Sheikh Fazlollah Nouri and Mirza Mohammad Hussein Naini as representatives of two important currents that were at odds with each other are discussed. And in response to the question of permissibility and non-permissibility of legislation and its territory in the views of these two scholars of the Constitutional Era, a number of issues are mentioned as the reasons for the variety of opinions. These issues include difference of opinions in the range of human legislation, being minimum or maximum (the conventional and the non-authoritative), jurisprudential differences in different understandings of religious texts (different understandings of the political system during the Ghaybah or the Occultation), differences in principles and the methodology of using evidences to infer rules, difference in perspectives towards man and religion.

As a result, both views acknowledge the possibility of legislation for human society, where this legislation is based on canonical reasons and fulfilled through Ijtihad of 'sovereign ruler' or 'the National Assembly' in an identifiable territory and under certain terms and conditions (not being incompatible with Islam or being consistent with Islam).

Keywords: legislation, scholars of the Persian Constitutional Era, Sheikh Fazlollah Nouri and Mirza Mohammad Hussein Naini.

A study into the inheritance of credential-right by the wife from the husband's transactions

Bagheri Asl, Associate Professor at the Department of Law, University of Tabriz

One of the issues in the field of inheritance is the inheritance of

An examination of selling forbidden meat to unbelievers

Akbar Ahmadpour, Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad

The question has long been asked whether the meat of animals not purified in accordance with Islamic law and thus considered 'dead' can be sold to non-Muslims who do not adhere to Islamic legal purification. Can the profits of such a trade be earned and enjoyed, or will it be unlawful and prohibited? In fact, selling 'the dead' in terms of their non-food advantages, whether to Muslims or unbelievers, has been considered as permissible by a number of jurists. Nevertheless, as regards their trade for edible consumption, most jurists favor the jurisprudential theory advancing the prohibition of selling 'the dead' even to non-Muslims. The present article, however, is in favor of selling forbidden meat to unbelievers. Hence, this study analyzes and critiques the reasons proposed by those who consider this trade as prohibited. In addition, a number of reasons supporting the notion of permissibility will be provided.

Keywords: forbidden meat, selling, permissibility, non-Muslim, dead, Islamic market.

A comparative study of legislation in the views of 'Sheikh Fazlollah Nouri' and 'Mirza Mohammad Hussein Naini'

Narjes Abolqasemi Dehaghani, PhD Student of Shiite Studies, University of Religions and Denominations

Seyed Javad Varaei, Faculty Member, Research Institute of Hawzah and University

Legislation was one of the concepts and issues of intense debate among different political and religious currents in the Persian Constitutional Era

ABSTRACT

**A comparative study of the similarities and differences between
'assisting' and 'causing' within two rules: the prohibition of
'assistance with sins' and 'causation'**

*Ehsan Ahangari, PhD Candidate in Jurisprudence and Principles of
Islamic Law, University of Tehran*

Asghar Agha Mahdavi, Associate Professor, Imam Sadiq University

'Assistance with sins' and 'causation' are two important jurisprudential rules with crucial implications. 'Assisting' and 'causing' as derived from those rules have a lot in common. At the same time, what their differences are seems to be an important issue. The subtle differences between the two sometimes lead to confused identifications and examples of each might be mistaken with the other. We have examined the differences between the two within five areas. These are as follows: discussion of centrality or non-centrality of each, sobriety of the assistant as condition or non-condition, intention as a condition for the truth of the two issues, inclusion of the two rules in the context of abandonment or non-abandonment (continuity), and expression of obligatory and situational rulings on 'assisting' and 'causing.'

Keywords: assistance, assisting, causation, causing

.

Table of Contents

A comparative study of the similarities and differences between ‘assisting’ and ‘causing’ within two rules: the prohibition of ‘assistance with sins’ and ‘causation’	9
Ehsan Ahangari- Asghar Agha Mahdavi	
An examination of selling forbidden meat to unbelievers	31
Akbar Ahmadpour	
A comparative study of legislation in the views of ‘Sheikh Fazlollah Nouri’ and ‘Mirza Mohammad Hussein Naini’	55
Narjes Abolqasemi Dehaghani- Seyed Javad Varatee	
A study into the inheritance of credential-right by the wife from the husband’s transactions	73
Bagheri Asl	
Identifying dementia as an issue	95
Kaveh Ghobadi- Mohammadreza Elmi	
Examining the jurisprudential ruling on the prohibition of keeping books of deviation	119
Ali Keshavarz- Mohammad Taghi Fakhlaee	
A study into annulment (iqālah) from the perspective of Shiite jurisprudence and law	143
Seyyed Ali Jabbar Gol-Baghi Masouleh	
A critical view of ‘the necessity of imprisonment of the insolvent in paying the dower’	159
Davood Gohari- Hossein Naseri Moghadam	
A jurisprudential and legal research into the oath of knowledge denial	179
Homayoun Mafi	

In the Name of Allah



Islamic Studies

A Quarterly Research Journal of
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 103, winter 2016

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

A. Rezwani

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



ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES
Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 102, Winter 2016