



مطالعات اسلامی

فصلنامه علمی - پژوهشی

نشریه دانشکده الهیات و معارف اسلامی

شماره ۱۰۴

پیاپی ۱۳۹۵

ISSN 2008-9139

فقه و اصول



نقد و تحلیل آرای فقهی در باب حکم بیع مجهول به ضمیمه / سیدمحمد حیدری خورمیزی

اخباری کیست؟ / موسی زرقی - دکتر حسین صابری - عبدالکریم عبداللہی نژاد

بررسی تاثیر پیش فرض ها در فهم و راه های کنترل آن ها از منظر هرمنوتیک فلسفی و علوم اسلامی

دکتر علیرضا عابدی سرآسیا - سمیه ذوقی

بررسی مقایسه ای قاعده اولیه در شک از دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر

دکتر طاهر علی محمدی - دکتر عبدالجبار زرگوش نسب - حمزه نظریور

استناد به استصحاب برای اثبات جواز تقلید ابتدائی از مجتهد متوفی / دکتر محمدجواد عنایتی راد

بازخوانی تأثیر تعدی و تفریط در امانت مطالعه تطبیقی در فقه و قانون مدنی / مصطفی کربلایی آقازاده - رضا دریایی

سیر تکوین نظریه خلع در فقه امامیه / دکتر مریم السادات محقق



مطالعات اسلامی

فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۱۰۴ - بهار ۱۳۹۵ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول: حسن نقی زاده

سر دبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده ها به انگلیسی: رسول اکبری

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 فنوتانی

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.

پروانه انتشار: ۱۲۴/۱۳۷۹۵
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- پیشنهادهایی 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. دکتر علیرضا آزاد (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۲. دکتر احمد باقری (استاد دانشگاه تهران)
۳. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۴. دکتر محسن جهانگیری (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۵. دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
۶. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۷. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر علیرضا عابدی سرآسیا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر محمدرضا علمی سولا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۳. دکتر سید محمدهادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس قم دانشگاه تهران)
۱۵. سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۶. دکتر محمد محسنی دهکلانی (دانشیار دانشگاه مازندران)
۱۷. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۸. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	نقد و تحلیل آرای فقهی در باب حکم بیع مجهول به ضمیمه سیدمحمد حیدری خورمیزی
۲۵	اُخباری کیست؟ موسی زرقی - دکتر حسین صابری - عبدالکریم عبداللهی نژاد
۶۵	بررسی تاثیر پیش فرض ها در فهم و راه های کنترل آن ها از منظر هرمنوتیک فلسفی و علوم اسلامی دکتر علیرضا عابدی سرآسیا - سمیه ذوقی
۹۱	بررسی مقایسه ای قاعده اولیه در شک از دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر دکتر طاهر علی محمدی - دکتر عبدالجبار زرگوش نسب - حمزه نظرپور
۱۱۳	استناد به استصحاب برای اثبات جواز تقلید ابتدائی از مجتهد متوفی دکتر محمدجواد عنایتی راد
۱۲۹	بازخوانی تأثیر تعدی و تفریط در امانت مطالعه تطبیقی در فقه و قانون مدنی مصطفی کربلایی آقازاده - رضا دریایی
۱۵۱	سیر تکوین نظریه خلع در فقه امامیه دکتر مریم السادات محقق
۱۸۰	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۴

بهار ۱۳۹۵، ۲۴-۹

نقد و تحلیل آرای فقهی در باب حکم بیع مجهول به ضمیمه*

سید محمد حیدری خورمیزی

دانش آموخته سطح ۴ فقه و اصول حوزه علمیه قم

Email: mohamadh436@yahoo.com

چکیده

عوض - اعم از مبیع و ثمن - باید از نظر مقدار، جنس و اوصاف تأثیرگذار در قیمت معلوم باشند، شرط صحت معامله آن است که طرفین معامله نسبت به معامله‌ای که واقع می‌سازند، آگاهی کامل داشته باشند؛ پس اگر یک طرف عالم باشد و طرف دیگر جاهل، باز معامله باطل است؛ زیرا در صورت جهل به مورد معامله، آن معامله غرری است و چنین معامله‌ای مورد نهی شارع مقدس است، چنانکه در حدیث آمده است: «نهی رسول الله عن بیع الغرر». در خصوص بیع مجهول بالضمیمه در مجموع هفت روایت ذکر گردیده و بر صحت بیع مجهول به ضمیمه پای فشرده شده‌اند. ادله مخالفان صحت نیز بیان شده و بعد از بیان دیدگاه موافق و مخالف به نقد ادله مطرح شده پرداخته است و در نهایت، بطلان بیع مجهول بالضمیمه اثبات شده است.

کلیدواژه‌ها: بیع، مجهول، ضم ضمیمه، غرر.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۲/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۲/۲۴.

مقدمه

مسأله بیع و داد و ستد از دیر باز جزء مهم‌ترین دغدغه‌های بشر برای حیات بوده و از منظر فقه نیز خرید و فروش در عرصه‌های گوناگون زندگی انسان نقش اساسی دارد؛ بنابراین از مشهورات در فقه، لزوم تعیین قطعی ثمن و علم طرفین به آن در هنگام انعقاد قرارداد بیع است؛ به طوری که اگر چنین امری محقق نباشد، بیع باطل است. از سوی دیگر امروزه در بسیاری از موارد، طرفین آگاهی کاملی از عوضین ندارند یا دست کم در یکی از عوضین برای آنان یا یکی از آن‌ها ابهام وجود دارد. این ابهام و جهل در مبیع بر سه قسم است: اول آن که مبیع مجهول باشد و در واقع معین نباشد مثل فروختن یکی از این دو جنس بدون تعیین، دوم آن که جهل آن مستلزم غرر باشد و مراد از غرر آن است که محل احتمال ضرر باشد مثل خریدن کالایی که در این صندوق است و نمی‌داند جنس آن چیست. سوم آن که مبیع مکیل یا موزون یا معدود باشد و کیل یا وزن یا عدد آن مجهول باشد. پس اگر جهل در همه مبیع یا بعضی از آن به یکی از این سه نوع باشد بیع فاسد است.

مسأله قابل طرح در این پژوهش این است که در صورت جهل بعضی، آیا ضمیمه فایده دارد یا خیر؟ این مبحث معرکه آراء فقها می‌باشد، فقهاء بزرگی از قبیل شیخ طوسی، ابن حمزه، ابن جنید اسکافی و قاضی ابن برّاج و عده‌ای از متأخران از قبیل مقدس اردبیلی، فیض کاشانی و... قائل به صحت بالضمیمه شده‌اند اما در مقابل امام خمینی و... مطلقاً آن را جایز نمی‌دانند، عده‌ای دیگر از فقها از قبیل علامه در مختلف، فخرالدین، ابن فهد حلی، محقق ثانی، شهید ثانی، طرفدار تفصیل شده‌اند.

از آنجا که غالب فعالیت علمی و پروژه‌های تحقیقاتی ناشی از دغدغه ذهنی و علمی نویسندگان می‌باشد این مسأله نیز موضوعی بود که به عنوان یک سوال و مسأله فقهی برای نگارنده جذابیت خاص خود را داشت، چرا که بیع مجهول موضوعی است که مورد ابتلائی مردم و دارای ضرورت برای جامعه است.

هدف در این پژوهش علمی، بازخوانی کلمات فقها، نقد و بررسی و تحلیل دلایل مسأله از آیات و روایات و معرفی بیع مجهول به ضمیمه و همچنین روشن شدن موارد مورد ابتلا و ثمرات کاربردی آن می‌باشد. که در آن از روش پژوهش نقلی و حیانی و همچنین تلفیقی از شیوه‌های پژوهش مرسوم در حوزه فقه بهره برده است.

مفهوم بیع

کلمه بیع از اضداد است یعنی به دو معنای متضاد آمده که عبارت‌اند از فروختن و خریدن (ابن منظور، ۲۳/۸)، و رُبَمَا سَمَّى الشَّرَى بَيْعاً و المَعْنَى وَاحِدٌ (احمد بن فارس، ۳۲۷/۱). بیع دادن جنس و اخذ قیمت و شراء دادن قیمت و گرفتن جنس است. (راغب، ۱۵۵). بنابراین بیع در لغت به معنی فروختن و خریدن هر دو آمده؛ اما بیع به معنای مشهور فروش می‌باشد (یعنی دادن جنس و اخذ قیمت) در مقابل آن «شراء» می‌باشد که به معنای خرید است و گاه به خرید و فروش نیز بیع گفته می‌شود. در اصطلاح عبارت است از انتقال عین مملوکه از شخصی به دیگری به عوض مقدر و بر وجهی که طرفین راضی به آن باشند (شیخ طوسی، المبسوط، ۷۶/۲).

مفهوم غرر

«غرر» در لغت به معنای متعدد ذکر شده؛ مانند غفلت، خدعه، خطر. در لسان العرب به معنای خطر اشاره شده است (ابن منظور، ۱۳/۵). در صحاح به سه معنای غفلت و خدعه و خطر تصریح کرده است (جوهری، ۷۶۸/۲). شیخ انصاری ابتدا سخن کسی را نقل می‌کند که می‌فرماید: «غرر، آن احتمالی (ریسک) است که عرف از آن دوری می‌کند و کسی را که به آن اعتنا ندارد، سرزنش می‌کند»؛ (المکاسب، ۱۹۹/۲)؛ سپس آن را رد کرده، می‌گوید: «غرر، دائر مدار آن چه ذکر شد، نیست» (همان، ۲۰۰). حتی می‌فرمایند که «بیع غرر عبارت است از چیزی که مجهول باشد و به سبب جهالت مشتری گول و فریب خورد.» امام خمینی در یک جا از گفتار شیخ انصاری مبنی بر این که به اتفاق همه، جهل در معنای غرر دخالت دارد، تعجب کرده، می‌فرماید: این مطلب از هیچ کتاب لغوی آشکار نیست (امام خمینی، کتاب البیع، ۲۹۷/۳)، سپس در جای دیگر به همین نظر تمایل می‌یابد (همان، ۳/۳۹۲). با توجه به موارد استعمال واژه غرر، معنای اصطلاحی آن همان جهل است، و در اصطلاح به هر نوع معامله‌ای که در آن جهل باشد بیع غرری گفته می‌شود.

آرای فقهای امامیه در باب حکم بیع مجهول به ضمیمه

قول اول: شهید ثانی در شرح لمعه (الروضة البهیة، ۱/۲۸۸) و محدث بحرانی در حدائق

به مشهور نسبت داده‌اند که: بیع مجهول، مطلقاً جایز نیست و فرقی ندارد که معلومی بدان ضمیمه بشود یا نه، همچنین محدث بحرانی می‌فرماید: ضم ضمیمه از قبیل حیل شرعیه است تا ثمن در ازای مبیع مجهول، بدون عوض قرار نگیرد (بحرانی، ۱۸/ ۴۸۷-۴۹۱). بنابراین ضمیمه کردن معلومی به مجهولی باعث نمی‌شود که مجهول تبدیل به معلوم شود و مقدار صبره یا ماهیان نیزار یا شیرهای در پستان معلوم و معین گردد بلکه پس از ضمیمه هم نسبت به مجموع جهالت باقی است و معامله، غرری بوده و باطل است. البته مراد از مجهول این نیست که تمام جزء جزء آن مجهول باشد تا اشکال شود که در ما نحن فیه، همه‌ی اجزاء مجهول نیست و بعضی معلوم است، بلکه منظور این است که مجموع مبیع روی هم مجهول است و عرفاً چنین معامله‌ای غرری و باطل است.

قول دوم: عده‌ای از بزرگان مثل علامه در مختلف (۵/ ۲۴۸)، فخرالدین در شرح ارشاد (به نقل از کتاب مکاسب شیخ أنصاری، همان، ۲/ ۲۶۵)، ابن فهد حلی، (ص ۱۶۷)، محقق ثانی (۴/ ۱۱۰) و شهید ثانی (الروضة البهیة، ۱/ ۲۸۸) طرفدار تفصیل شده و سه قسم تصویر کرده‌اند:

قسم اول - اگر مجهول مقصود اصلی باشد و معلوم که ضمیمه می‌شود مقصود بالتبع باشد، چنین معامله‌ای باطل است زیرا بیع غرری عرفاً بر آن صدق می‌کند و ضمیمه‌ها هم باعث نمی‌شود که از غرری بودن درآید.

قسم دوم - هم مجهول و هم معلوم مقصود اصلی باشند و هر کدام جزء مقصود باشد باز معامله باطل است؛ زیرا نسبت به مجموع جاهل است و عرفاً غرر صدق می‌کند و وجهی برای صحّت آن نیست.

قسم سوم - و اگر مجهول مقصود تبعی باشد و معلوم مقصود اصلی باشد (مثل اساس و پایه‌ی دیوار که در دل زمین است و مشتری نمی‌داند از چه چیزی پی‌ریزی شده ولی خود دیوار و ساختمان که روی زمین است معلوم و مشاهد است) در این فرض معامله صحیح است و جهالت تابع، قاذح نیست و موجب نمی‌شود که معامله غرری باشد و گرنه نوع معاملات باید غرری و باطل باشد زیرا نوع متاع‌های معلوم که عرفاً می‌گویند مشتری علم به آن‌ها دارد، معذک برخی از اجزای غیر اصلی آن‌ها معلوم نیست و احدی هم اشکال نکرده که باید جمیع زوایای منزل یا ماشین یا فرش و... معلوم باشد و گرنه باطل است.

قول سوم: شیخ طوسی در نهاییه (النهاية، ۴۰۰ - ۴۰۱)، و ابن حمزه (ص ۲۴۶) و ابن

جنید اسکافی و قاضی ابن برّاج طبق آنچه از آن دو حکایت شده (به نقل از مختلف الشیعة، ۵/ ۲۴۷ - ۲۴۸)، طرفدار صحت شده و بیع مجهول را به ضمیمه‌ی معلوم تجویز کرده‌اند. حاصل تتبع و تفحص در کلمات بزرگان این است که مشهور متقدمان فتوی به صحت داده‌اند، همچنین ابن زهره (ابن زهره، ۲۱۲)، در خصوص مسأله‌ی بیع ماهی‌های نیزار ادعای اجماع نموده. عده‌ای از متأخرین نیز صحت را برگزیده‌اند از قبیل مقدس اردبیلی (مقدس اردبیلی، ۸/ ۱۸۵)، فیض کاشانی (فیض کاشانی، ۳/ ۵۶)، این رأی حکایت شده، پس در مسأله سه قول مطرح است.

ادله‌ی قوم سوم

طرفداران صحت بیع مجهول به ضمیمه‌ی معلوم به روایاتی چند استناد کرده‌اند:

روایت اول: مرسله بزنی از امام صادق (علیه السلام)

«سَهْلُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِذَا كَانَتْ أَجْمَةً لَيْسَ فِيهَا قَصَبٌ أَخْرَجَ شَيْءٌ مِنَ السَّمَكِ قَبِيحًا وَمَا فِي الْأَجْمَةِ» (کلینی، ۵/ ۱۹۴).

هرگاه نیزاری باشد که در آن نی وجود ندارد (تا ضمیمه‌ی ماهی‌های نیزار شود) مقداری از ماهیان نیزار را بیرون آورده و آن‌ها را (که معلوم شده‌اند) به ماهیان نیزار ضمیمه کرده و مجموع را با هم بفروشد.

سند روایت: دلالت روایت بر مدعای گروه سوم روشن است ولی دو اشکال سندی دارد: ۱ - مرسله است و سلسله‌ی سند تا امام ذکر نشده است. ۲ - حدیث از قول سهل بن زیاد نقل شده که مورد بحث است. ولی هر دو اشکال قابل جواب است؛ اما مرسله بودن: مُرْسَلِ آن احمد بن ابی نصر بزنی است که از اصحاب اجماع است و نیز از کسانی است که بزرگان با مرسله‌ی آنان به مثل مسنده‌ی دیگران معامله می‌کنند و اما سهل ابن زیاد، او از مشایخ اجازه است و مشایخ حدیث امامیه یعنی کلینی، صدوق و شیخ طوسی از او نقل حدیث می‌کنند و شیخ طوسی در رجالش او را توثیق کرده (شیخ طوسی، رجال الشیخ الطوسی، ۳۸۷).

روایت دوم: معاویه بن عمار از امام صادق علیه السلام

«الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: لَا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ الْأَجَامَ إِذَا كَانَ فِيهَا قَصَبٌ» (شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ۷/ ۱۲۶). از این روایت تعبیر به موثقه می‌شود. زیرا حسن بن محمد بن سماعه از ثقات واقفیه

می‌باشد (شیخ طوسی، الفهرست، ۵۱) محمد بن زیاد نیز ثقه است (نجاشی، ۳۲۶) معاویه بن عمار نیز ثقه است (همو، ۴۱۱). خریدن آجام و نیزارها در صورتی که در آن‌ها قَصَب و نی باشد بلامانع است. البته ظاهر حدیث، مربوط به خرید و فروش خود نیزار است ولی به قرینه‌ی حدیث قبل و حدیث بعد که خواهد آمد، مراد خریدن خود نیزار نیست بلکه معامله‌ی چیزهایی است که در نیزار است یعنی ماهیان آن‌جا. اشکال این روایت این است که ظاهرش بیع خود نیزار است.

روایت سوم: ابوبصیر از امام صادق (علیه السلام)

«الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ زَكَرِيَّا عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي شَرَاءِ الْأُجْمَةِ لَيْسَ فِيهَا قَصَبٌ إِنَّمَا هِيَ مَاءٌ قَالَ يَصِيدُ كَفًّا مِنْ سَمَكٍ يَقُولُ أَشْتَرِي مِنْكَ هَذَا السَّمَكِ وَمَا فِي هَذِهِ الْأُجْمَةِ بِكَذَا وَكَذَا» (شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ۷/۱۲۶).

این روایت به جهت ارسال ضعیف است. سؤال از خریدن نیزاری است که در آن نی وجود ندارد و تنها آب وجود دارد، امام علیه السلام فرموده: مُشتی ماهی از آن آب صید می‌کند سپس مشتری می‌گوید: این ماهی‌های صید شده را (که معلوم است) با آن‌چه در نیزار وجود دارد (که مجهول است) به فلان مبلغ خریداری می‌کنم باز سخن از جواز بیع مجهول با ضمیمه است.

روایت چهارم: روایت سماعه از امام (علیه السلام)

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَخِيهِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ اللَّبَنِ يَشْتَرَى وَهُوَ فِي الضَّرْعِ قَالَ لَا إِلَّا أَنْ يَحْلُبَ لَكَ سُكْرُجَةً فَيَقُولَ أَشْتَرِي مِنْ هَذَا اللَّبَنِ الَّذِي فِي السُّكْرُجَةِ وَمَا فِي ضُرُوعِهَا بِثَمَنِ مَسْمِي فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الضَّرْعِ شَيْءٌ كَانَ مَا فِي السُّكْرُجَةِ» (کلینی، ۵/۱۹۴).

سند روایت: روایت صحیح می‌باشد؛ زیرا همه آن‌ها ثقه می‌باشند. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى (نجاشی، ۳۵۳) عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ (همان، ۸۱)، عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ (شیخ طوسی، الفهرست، ۵۸)، عَنْ أَخِيهِ الْحَسَنِ (همان، ۵۳)، عَنْ زُرْعَةَ (نجاشی، ۱۷۶)، و سَمَاعَةَ (همان، ۱۹۳).

راجع به خریدن شیری که در پستان است (و هنوز دوشیده نشده تا مقدارش معلوم شود) سؤال کردم؟ حضرت فرمود: معامله‌اش جایز نیست مگر این که مقداری از آن‌ها را در پیاله‌ای

بدو شد و سپس بگوید: این شیری که داخل ظرف است (ضمیمه‌ی معلوم) با آن چه در پستان حیوان است (مجهول) به ثمنی که نام می‌برد می‌فروشم آن گاه اگر بعداً معلوم شد که چیزی در پستان نبوده تمام ثمن در مقابل همین شیر موجود در پیاله خواهد بود.

روایت پنجم: روایت عیص بن قاسم از امام صادق (علیه السلام)

«محمد بن یعقوب عن مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ عَيْصِ بْنِ الْقَاسِمِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ رَجُلٍ لَهُ نَعَمٌ يَبِيعُ أَلْبَانَهَا بِغَيْرِ كَيْلٍ قَالَ نَعَمْ حَتَّى تَنْقُطَ أَوْ شَيْءٌ مِنْهَا» (کلینی، ۵/ ۱۹۳).

سند روایت: روایت از جهت سند صحیح است، زیرا همه راویان حدیث ثقه می‌باشند. مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ (بندقی) (خویی، ۱۶/ ۹۰) عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ (نجاشی، ۳۰۷)، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى: صفوان بن یحیی؛ جزء سه نفری است که مرحوم شیخ ذکر کرده؛ ابن ابی عمیر و صفوان و بزندی «لا یروون و لا یرسلون الا عن ثقه» عَنْ عَيْصِ بْنِ الْقَاسِمِ (نجاشی، ۳۰۲).

سوال کردم مردی دارای انعام و چهارپایانی است و شیر آن‌ها را بدون پیمانه کردن می‌فروشد (که همین قرینه است که هنوز ندوشیده است) (آیا این صحیح است؟) امام علیه السلام فرمود: نَعَمْ حَتَّى تَنْقُطَ او شیئی منها، یعنی اگر همه‌ی آن‌ها را فروخته باید تمام آن‌ها انقطاع و انفصال و تخلص پیدا کند و چیزی در پستان نماند و اگر بخشی از آن‌ها را فروخته باید همراه با مقداری شیر دوشیده که ضمیمه شود و معامله درست بشود، البته احتمال دیگر هم هست که حتی تنقطع یعنی تا زمانی که شیرها تمام بشود که کلی و از بحث خارج می‌شود.

روایات ششم: ابراهیم کرخی از امام صادق (علیه السلام)

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ الْكَرْخِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ أَصْوَافَ مِائَةِ نَعْجَةٍ وَمَا فِي بَطُونِهَا مِنْ حَمَلٍ بَكَدًا وَكَذَا دَرَهَمًا قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَطُونِهَا حَمَلٌ كَانَ رَأْسُ مَالِهِ فِي الصَّوْفِ» (کلینی، ۵/ ۱۹۴).

سند روایت: سند روایت تا ابراهیم کرخی همه‌ی راویان امامی عدل هستند؛ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ (شیخ کلینی) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى (نجاشی، ۳۵۳)، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ (همان، ۸۱۹)، عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ (شیخ طوسی، الفهرست، ۴۶)، عَنْ إِبْرَاهِيمَ الْكَرْخِيِّ. اما ابراهیم کرخی تصریح

به وثاقت او نشده است.

کرخی می‌گوید: از امام صادق علیه‌السلام پرسیدم: مردی از مرد دیگر پشم صد گوسفند را به ضمیمه‌ی آن‌چه در شکم گوسفندان است به فلان مبلغ خریداری کرده است امام فرمود: اشکالی ندارد و اگر حیوانات حامله نبودند و چیزی در بطن آن‌ها نبود سرمایه‌ی مشتری در پشم تنها خلاصه می‌شود و پولش در مقابل پشم‌ها خواهد بود.

روایات هفتم: روایت اسماعیل بن الفضل الهاشمی از امام صادق (علیه‌السلام)

«عَنْ مُحَمَّدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ وَعَنْ حُمَيْدِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ جَمِيعاً عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ الْهَاشِمِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَتَقَبَّلُ بِجَزِيَةِ رُءُوسِ الرِّجَالِ وَبِخَرَاجِ النَّخْلِ وَالْأَجَامِ وَالطَّيْرِ وَهُوَ لَا يَذَرِي لَعَلَّهُ لَا يَكُونُ مِنْ هَذَا شَيْءٌ أَبَدًا أَوْ يَكُونُ أَشْتَرِيهِ وَفِي أَيِّ زَمَانٍ يَشْتَرِيهِ وَ يَتَقَبَّلُ مِنْهُ قَالَ إِذَا عَلِمْتَ أَنَّ مِنْ ذَلِكَ شَيْئاً وَاحِداً أَنَّهُ قَدْ أُدْرِكَ فَاشْتَرِهِ وَتَقَبَّلْ بِهِ (كلینی، ۵/ ۱۹۵).

سند روایت: این روایت به جهت مرسله بودن ضعیف است. اما دلالت روایت: امام مسلمین از کفار ذمی جزیه می‌گیرد چه جزیه‌ی سرانه که سالانه می‌گیرد و چه خراج و مالیات باغات، مزارع و نیزارها و صیدگاه‌ها و... حال مردی از حاکم مسلمین تمام این خراج‌ها را تقبل می‌کنند و می‌گوید: فلان مبلغ می‌دهم و خراج این منطقه را امسال به من واگذار کنید این معامله چه حکمی دارد؟ امام فرمود: همین که یکی از آن خراج‌ها معلوم باشد و بداند که به دستش برسد می‌تواند کل آن‌ها را تقبل کند ولو نسبت به بقیه نمی‌داند که به دست او خواهد رسید یا نه. باز سخن از انضمام معلوم به مجهول است.

نقد و بررسی

اشکال اول: برخی از روایات مذکور از مسأله اجنبی است، در این مورد دو بحث مطرح است: یکی انضمام معلوم الوجود و الحصول (که یقین به وجود و حصول آن داریم) به مجهول التحقق و الحصول (که وثوق به حصول آن نداریم) است. و دیگری انضمام معلوم المقدار و الوصف به مجهول المقدار و الوصف است (پس از این که هر دو معلوم الوجود هستند). حال مورد بحث ما از نوع ثانی است در حالی که سه روایت از هفت روایت مربوط به مسأله‌ی اول است.

در روایت سماعه (روایت چهارم) فرمود: مقداری شیر را در پیاله‌ی مخصوصی دوشیده و

آن را ضمیمه‌ی شیر در پستان کرده و می‌فروشد و اگر شیر در پستان نبود (که سخن از نبودن و جهل به حصول و عدم وثوق به وجود است) ثمن در قبال همان شیر موجود در ظرف، خواهد بود، و در روایت کرخی (روایت ششم) هم سخن از ضمیمه‌ی پشم‌ها به حمل بود که بعدش فرمود: اگر حملی نبود (باز سخن از جهل به اصل وجود است) تمام ثمن در قبال پشم است. و در روایت اسماعیل هاشمی (روایت هفتم) هم سخن از ادراک و معلوم الوجود بودن یکی از خراج‌ها بود ولو بقیه‌ی معلوم الحصول نباشند. و این مطالب باموضوع بیگانه است.

اشکال دوم: نوع روایات از جهت دیگری از ما نحن فیه اجنبی هستند زیرا بحث، در ضمیمه‌ی معلوم‌المقدار به مجهول‌المقدار است و نوع روایات موردش از نوع ضمیمه‌ی مجهول به مجهول است. توضیح اینکه در روایت سماعه (روایت چهارم) که سخن از ضمیمه‌ی شیر در پیاله بود خود شیر مکیل یا موزون است و مقدار شیر موجود در پیاله معلوم نیست. و وقتی مجهول بود بیع خود ضمیمه جایز نیست تا چه رسد به ضمیمه کردن آن به مجهول دیگر که مجوز بیع مجهول دیگر باشد. و روایت کرخی (روایت ششم) هم که سخن از ضمیمه‌ی پشم به حمل بود، خود پشم‌ها مقدارش مجهول است و بیعش فی نفسه جایز نیست پس چگونه مصحح بیع مجهول دیگری باشد؟ و روایت اسماعیل هاشمی (روایت هفتم) هم چنین بود زیرا آن خراجی که معلوم الحصول است مقدارش چقدر است؟ نمی‌دانیم و باز ضمّ مجهول به مجهول است.

دو روایت بنظری (روایت اول) و ابوبصیر (روایت سوم) و روایت معاویه بن عمار (روایت دوم): در یکی سخن از ضمیمه‌ی چیزی از ماهی نیزار بود و در دیگری سخن از ضمیمه‌ی کفّی از ماهی بود در حالی که مقدار خود این کفّ معلوم نیست زیرا ماهی موزون است و باید وزنش معلوم باشد که نیست و ضمّ مجهول است (به همین دلیل بیع ماهی به ماهی با زیاده ربا است). پس چگونه امام علیه‌السلام بیع ماهی‌های نیزار را با این ضمیمه و بدون وزن کردن تجویز کرده؟ آیا این دلیل بر موزون نبودن نیست؟ پاسخ این است که منافاتی ندارد که اصالتاً موزون باشد ولی در اثر کثرت و زیادی، وزن لازم نباشد و مشاهده و حدس کافی باشد همان‌گونه که در یک قطعه‌ی بزرگ آهن چون وزن کردنش دشوار است ساقط می‌شود و مشاهده کافی است ولی آهن کم و ناچیز را باید وزن کرد. و روایت معاویه بن عمار هم که ظاهرش بیع خود نیزار بود و به وسیله‌ی دو روایت مذکور توجیه شد و حکم آن دو را دارد. به نظر امام خمینی، انصاف این است که اصلاً به روایات عمل نشود. زیرا طرح و طرد

اینگونه روایات ساده‌تر است تا توسّل به توجیهاتی که مخالف با واقع و قواعد عقلیه و شرعیه است (و الإنصاف: أن طرح الروایات كما صنعه الحلّی، أهون من التوجیهات المخالفة للواقع، و القواعد العقلية، و العقلانية، و الشرعية). (امام خمینی، ۳/ ۵۵۲).

جمع‌بندی: اشکال برخی از روایات مبنی بر ضعف سندی و بعضی ضعف دلالتی آنها است. نتیجه این شد که قول به صحت مطلقاً به استناد هفت روایت، مردود است و روایات مزبور به علت اشکالات وارده بر سند و دلالت، قابل استدلال نیست.

ادله قول دوم

پایه‌گذار قول به تفصیل، علامه است، وی فرموده: هر مجهولی که مقصود اصلی از معامله باشد بیعش غرری بوده و صحیح نیست مطلقاً یعنی چه مجهول را مستقلاً و منفرداً بفروشد و چه به ضمیمه‌ی معلوم بفروشد (این فراز دو قسمت از تفصیل مذکور را دلالت دارد). ولی اگر مجهول مقصود اصلی نباشد بلکه تابع معلوم باشد به انضمام معلوم بیعش جایز است (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۲/ ۲۵) (این هم قسمت سوم تفصیل) عده‌ای از متأخران (فخرالدین، شهید اول، شهید ثانی، محقق ثانی و...) نیز این تفصیل را پسندیده‌اند. ولی مراد آنها از مقصود اصلی بودن و تابع بودن، روشن نیست که در چه صورت مجهول مقصود اصلی از معامله است؟ و در چه صورت تبعی است؟ معیار اصلی و تابع بودن چیست؟

الف: معیار علامه حلی در اصالت و تبعیت مجهول

منظور از مقصود اصلی بودن آن است که مجهول، یا تمام مبیع و یا لااقل جزء مبیع باشد به‌گونه‌ای که بخشی از ثمن در مقابل آن قرار بگیرد. و مراد از تابع بودن آن است که مجهول به‌صورت شرط ضمن عقد مطرح شود که ثمن در مقابل آن قرار نمی‌گیرد و آن چیز به تبع مبیع به مشتری منتقل می‌شود. مثلاً اگر شرط کند که چهارپا حامله باشد معامله صحیح است. ولی اگر چهارپا و حملش را با هم بفروشد، که حمل هم جزء مبیع باشد معامله باطل است زیرا قاعده کلی این است: هر چیزی که منفرداً و مستقلاً بیعش جایز نیست؛ مثل بچه در شکم دایه، به ضمیمه هم که جزء مبیع باشد بیعش جایز نیست ولی به نحو تابع صحیح است. که هدف اصلی خود دایه باشد و ثمن در قبال خود آن باشد و حمل هم به تبع به مشتری منتقل شود (همان، ۲/ ۹۲).

جمع‌بندی: هر چه به صورت جزء ذکر شود داخل در مبیع است و مقصود اصلی است و شروط بیع را لازم دارد که از جمله علم به مقدار باشد، و هر چه به صورت شرط ذکر شد تابع

بوده و شروط مزبور را لازم ندارد.

ب: معیار شهیدین در اصالت و تبعیت مجهول

معیار در اصالت و تبعیت، شرطیت و جزئیت در ذکر و عبارت نیست. توضیح اینکه در مسأله‌ی بیع عبد با اموالش یا کنیز با زیورآلاتش که مشتری می‌گوید: این عبد را به فلان قیمت خریدم به شرط این که اموالش هم به من منتقل شود به همان نحوی که نزد مولای اول بود. فرموده‌اند: باید مال عبد هم جامع شروط بیع باشد. یعنی معلوم باشد و ربوی نباشد (شهید اول، القواعد و الفوائد، ۱۱۱؛ شهید ثانی، ۱/ ۲۹۵).

حال سوال این است که ملاک در تبعیت چیست؟ دو احتمال قابل بررسی می‌باشد:

۱. **معیار عرف:** ملاک مراجعه به عرف است و آن چه عرفاً تابع محسوب می‌شود جهل به او قاذح نباشد، مثال: حمل عرفاً تابع مادر است، شیر تابع گوسفند است، تخم مرغ تابع مرغ است، مال عبد تابع عبد است، و مانند این‌ها از چیزهایی که عرفاً در آن‌ها بیع به خود متبوع (مادر، گوسفند، مرغ و...) نسبت داده می‌شود نه این که هر دو با هم (هم متبوع و هم تابع) نسبت داده شود.

نقد و بررسی معیار عرف

عرف نمی‌تواند منظور جماعت مزبور باشد زیرا خود آن‌ها در مسأله‌ی بیع عبد و مالش تصریح کردند که علم به مقدار مال عبد لازم است با این که عرفاً مال عبد تابع عبد است و جهالت نباید قاذح باشد ولی آن‌ها جهل را قاذح دانستند.

۲. **معیار قصد متعاقدين:** معیار در تبعیت و اصالت، قصد متعاقدين است: آنچه که در معامله مقصود اصلی طرفین است. همان اصالت دارد و آنچه که مقصود طرفین غیر آن است تبعیت دارد چه به صورت جزء بیاید یا شرط، عرفاً و واقعاً تابع باشد یا خیر، و خود این دو شعبه دارد:

شعبه یک: به حسب قصد نوع متعاقدين: مثل این که شخصی نیزاری را می‌خرد و هدف اصلی نی‌های نیزار است ولی ضمناً در میان آب‌های نیزار چندتا ماهی هم وجود دارد ولی مقصد اصلی ماهی نیست بلکه خود نیزار است. و مثل این که شخص نیزار پر از ماهی را خریداری می‌کند و هدف اصلی ماهیان نیزار است ولی ضمناً تعدادی نی هم نصیب او می‌شود که مقصود اصلی نیست. در مثال اول بر حسب قصد طرفین، ماهی‌ها تابع بودند و جهل به آن‌ها قاذح نبود و در مثال دوم طبق غرض متعاقدين، نی‌ها تابع بودند.

شعبه دو: به حسب قصد شخص متعاقدين: در این معامله چیزی اصل و چیز دیگر تابع باشد اگر چه به حسب نوع چنین نباشد، مثلاً شخصی برای نیاز ویژه‌ای مجبور می‌شود کل نیزارها را با همه‌ی نی‌هایش خریداری کند تا به چندتا ماهی برسد، که نوعاً چنین نمی‌کنند ولی این مشتری مضطر است و فروشنده هم ماهی را تنها نمی‌فروشد و لذا ناگزیر کل آن‌جا را خریداری می‌کند ولی غرض شخصی به ماهی تعلّق دارد. در این‌جا باید ماهی معلوم باشد ولی اگر نی‌ها معلوم نباشد مهم نیست و طبق قصد شخصی این‌ها تابع هستند.

از کلمات فقها استظهار می‌شود که غرض نوعی ملاک است و باید مراعات شود، و برای نمونه درباره‌ی بیع شیر در پستان با شیر دوشیده شده است که در روایت سماعه مطرح بود و امام (علیه‌السلام) فرمود: ما فی الضرع را به شیر در پیاله ضمیمه کرده و بفروشد و اگر بعداً معلوم شد که شیر در پستان نبوده رأس المال همان شیر در پیاله خواهد بود و کل ثمن در مقابل آن قرار می‌گیرد. این فرمایش امام (ع) مربوط به فرضی است که مقداری که دوشیده شده و معلوم است نزدیک به ثمن المسمی باشد (اگر فرضاً مجموع را به ده درهم فروخته‌اند، مقدار معلوم یا همین اندازه ارزش دارد و ما فی الضرع صد در صد تابع است و یا قریب به ده درهم ارزش دارد). در نتیجه، مقدار معلوم، اصل و مقدار در پستان که مجهول است فرع خواهد بود (علامه حلی، مختلف الشیعة، ۲۴۸/۵). و نوع مردم و اهل معامله اقدام بر چنین بیعی می‌کنند و به مجهول اعتنایی ندارند.

برای احتمال اول (مراعات غرض نوعی) شواهدی وجود دارد ولی برای مراعات احتمال دوم (غرض شخصی) هیچ دلیلی نداریم جز مسأله‌ی غرر که کسی بگوید: اگر غرض شخصی به مجهول (مثل ماهیان نیزار که مقدار یا عددش معلوم نیست) تعلق بگیرد غرری و باطل است. و اگر غرض شخصی به معلوم تعلق بگیرد معامله صحیح است.

ج: معیار صاحب جواهر

ملاک در تبعیت و اصالت، عرف نیست، قصد و غرض باطنی و اصلی متعاقدين هم نیست بلکه مناط، قصد و غرض عقدی آنان است بدین معنی که متعاقدين پیش از بیع با یکدیگر توافق می‌کنند که به‌جای غرض اصلی باطنی چیز دیگری را مورد معامله قرار دهند و بر بیع آن اقدام کنند و چیزی را که مقصد اصلی است ضمیمه کرده و تابع قرار دهند ولو عرفاً تبع نیست، بر حسب غرض اصلی باطنی هم همین چیز اصل است ولی در ظاهر و عبارت عقد، آن را تابع قرار داده‌اند. در میان عرف اهل بازار این شیوه رایج است که گاهی شیء

گرانیهایی را که می‌خواهد بفروشد و مقصد اصلی همین است بنا به دلایلی در ظاهر توافق می‌کنند که مبیع، فلان شیئی معلوم و کم‌ارزش باشد و آن شیئی گران‌بها را ضمیمه قرار می‌دهند تا مبادا فردا مشتری نادم شود و با ادعای جهل به مبیع، معامله را فسخ کند یا فردا قیمت بازار تنزل کرده و وی با ادعای جهالت مبیع، در صدد ردّ و فسخ معامله برآید، این کار با تراضی صورت می‌گیرد آن‌گاه اگر آن امر مجهول بعداً باشد یا نباشد ضرری به معامله نمی‌زند چرا که معامله روی شیئی معلوم انشا شده است. برای مثال ضمیمه‌ی شیئی معلوم به ماهیان نیز که باز هدف اصلی ماهی است ولی در ظاهر ضمیمه می‌کنیم تا اگر هم مقصود اصلی نبود، معامله باطل نباشد (صاحب جواهر، ۲۲/ ۴۴۵).

نقد معیار صاحب جواهر

هیچ عبارتی از عبارات فقها، قابل حمل بر این تفسیر نیست. مگر مراد صاحب جواهر همان شرط و مشروط باشد که شیئی معینی را مشروط و آن شیئی اصلی را شرط قرار دهند که به کلام علامه در قواعد و تذکره عود می‌کند که اولاً فی نفسه باطل بود و ثانیاً منظور صاحب جواهر این نیست، چرا که خود وی در جاهای مختلف به اخبار ضمیمه تمسک کرده در حالی که در اخبار ضمیمه سخن از شرط و مشروط نیست بلکه سخن از اصل ضمیمه است که با جزء بودن بیش‌تر می‌سازد تا شرط بودن.

جمع بندی: معیار صاحب جواهر قابل قبول نیست، معیار علامه هم سخن از شرط و جزء بود ردّ شد. لازم به تأکید است که: فرقی میان جزء و شرط نیست، چه مجهول را جزء قرار دهیم یا شرط. در هر صورت باید معلوم باشد و غرری نباشد. معیار قصد متعاقدين نیز اگر ملاک را غرض شخصی بگیریم مدرکی ندارد مگر مسأله‌ی غرر که آورده شد که ملاک غرر شخصی نیست و نوع ملاک است. و غرض نوعی هم به معنایی که از کلام علامه در مختلف بران استشهاد کردیم (قیمت معلوم قریب به ثمن واقعی باشد...) ناتمام است زیرا تقارب قیمت، دخالتی در رفع غرر حاصل از ضمّ مجهول به معلوم ندارد و رافع آن نیست. اما معیار مسأله‌ی عرف؛ اگر چیزی عرفاً تابع بود جهل به او موجب غرر نیست ولی باید توجه داشت که همین تابع عرفی را (حمل، باغچه‌ی منزل و...) اگر در متن عقد به صورت جزء ذکر کردیم و ثمن در مقابل مجموع واقع شده حتماً باید معلوم باشد و گرنه غرری و باطل است، ولی اگر دو چیز با هم باشد یعنی هم چیزی عرفاً تابع باشد و هم در متن عقد به صورت شرط ذکر شود نه جزء، اینجا جهالت آن قاذح نیست.

نتیجه‌گیری

از مباحث مطرح شده چنین استفاده می‌شود:

۱. نمی‌توان از اخبار یک قاعده‌ی کلی انتزاع و اقتباس کرد که همه‌جا ضمیمه‌ی معلوم به مجهول مجوز بیع باشد مگر در خصوص مورد نصوص، زیرا این‌ها نصّ خاصی دارند، البته یک قاعده‌ی مسلم و اجماعی داریم که بیع مجهول مطلقاً جایز نیست چون غرری است اما اگر از این قاعده اغماض شود مجوزی برای موارد نصوص خواهد بود. البته می‌توان با حفظ قاعده‌ی مزبور موارد مذکور را استثناء کرد زیرا هر عامی قابل تخصیص است و عموم یا اطلاق نهی نبوی از بیع غرر هم قابل استثناء است و اخبار مخصّص این عموم هستند. به علاوه مطلق دانستن روایات مبنی بر صحّت ضم ضمیمه در بیع مجهول مخالف فهم و بنای عقلا است. چون به نظر عقلای عالم، اگر در معامله مجهول ضمیمه مقصود اصلی و واقعی طرفین نباشد، در حقیقت این در حکم معامله‌ای است که مبیع آن مجهول است.

۲. تابع نیز گاهی تابع جعلی است که با جعل متعاقدين تابع می‌شود مثل تبعیت نی از ماهی یا بالعکس، و... که بدون جعل تبعیت، این‌ها تابع دیگری نیستند، موضوع در باب تبعیت راجع به این قسم بود. ولی گاهی تابع یک امر واقعی است که خود به خود داخل در مبیع است چه در متن عقد ذکر شود یا نه، به صورت شرط باشد یا جزء، طرفین معامله بدان ملتفت باشند یا از آن غافل باشند (مثل کلید منزل، اساس دیوار، ...) نسبت به این‌گونه از توابع تردیدی نیست که جهل به آن‌ها، یا غفلت از آن‌ها قاذح نیست مگر به‌گونه‌ای باشد که جهل به آن موجب غرری شدن مبیع باشد مثل اساس دیوار که در دل زمین است که اگر مستحکم نباشد به کلّ ساختمان لطمه می‌زند، در این صورت باید معلوم باشد ولی این از بحث خارج است زیرا سخن در مسأله‌ی ضمیمه از این زاویه نیست که جهل به آن سرایت کند و مبیع را هم مجهول کند، بلکه از این زاویه است که مجموع من حیث المجموع مجهول می‌شود و گرنه جزء معلوم باز هم به معلومیت خود باقی است و مجهول نشده است.

منابع

قران کریم.

ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، اول، بی‌تا.

ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، دوم، ۱۴۱۰ ق.

ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسيلة إلى نيل الفضيلة*، قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، اول ۱۴۰۸ ق.

ابن زهره، حمزه بن علی، *غنية النزوع*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، اول ۱۴۱۷ ق.
ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقائیس اللغة*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات، اول ۱۴۰۴ ق.
ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت: دار الفكر للطباعة، سوم، ۱۴۱۴ ق.
انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم: منشورات دار الذخائر، اول ۱۴۱۱ ق.
بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، اول ۱۴۰۵ ق.
خمينی، روح الله، *کتاب البيع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، اول ۱۴۲۱ ق.
خویی، ابو القاسم، *معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال*، بی تا.
راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیة، اول ۱۴۱۲ ق.

شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة*، قم: فتر انتشارات اسلامی، دوم، ۱۴۱۷ ق.
_____، *القواعد و الفوائد*، ۲ جلد، قم: کتابفروشی مفید، اول ۱۴۱۰ ق.
شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، اول ۱۴۱۲ ق.
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، هفتم، ۱۴۰۴ ق.
طوسی، محمد بن حسن، *الفهرست*، نجف اشرف، المكتبة الرضویة، اول بی تا.
_____، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، سوم، ۱۳۸۷ ق.

_____، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، بیروت: دار الكتاب العربی، دوم، ۱۴۰۰ ق.
_____، *تهذیب الأحکام*، تهران: دار الكتب الإسلامية، چهارم، ۱۴۰۷ ق.
_____، *رجال الشيخ الطوسی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، سوم، ۱۴۲۷ ق.
علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، اول ۱۴۱۴ ق.
_____، *قواعد الأحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، اول ۱۴۱۳ ق.
_____، *مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، دوم، ۱۴۱۳ ق.
فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، اول بی تا.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران: دار الكتب الإسلامية، چهارم، ۱۴۰۷ ق.
محقق حلّی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الإمامیة*، قم: مؤسسة المطبوعات الدينية، ششم،

١٤١٨ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد**، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، دوم، ١٤١٤ ق.
مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، اول، ١٤٠٣ ق.
نجاشی، احمد بن علی، **رجال النجاشی**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٧ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۴
بهار ۱۳۹۵، ص ۶۳-۲۵

اخباری کیست؟*

موسی زرقی

دانش آموخته دکتری دانشگاه فردوسی مشهد و استادیار دانشگاه حکیم سبزواری

Email: moosazarghi@yahoo.com

دکتر حسین صابری^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: saberi@um.ac.ir

عبدالکریم عبداللہی نژاد

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: abdolahi-k @um.ac.ir

چکیده

اخباریگری یکی از مهم‌ترین مسلک‌های فقهی امامیه است که از اوایل قرن یازده رواج یافت و حدود دو قرن جریان غالب برخی از حوزه‌های فقهی محسوب می‌شد. در کتب فقهی و اصول فقهی، برخی از فقها به عنوان اخباری معرفی شده‌اند. با وجود پژوهش‌های بسیاری که در زمینه اخباریان انجام شده است، اما معرفی لیست کامل فقهای اخباری تاکنون مورد توجه قرار نگرفته است. با توجه به عدم وجود تعریف منطقی دقیق از اخباریگری و همچنین عدم وجود ملاک برای شناخت فقهای اخباری، در این پژوهش با بررسی مفصل کتب تراجم رجال و کتاب شناسی، سعی در معرفی فقهای اخباری شده است. البته در مورد اخباری بودن یا نبودن برخی از این شخصیت‌ها اختلاف نظر وجود دارد، که با مراجعه به آثارشان سعی در رفع این ابهام شده است. در پایان بررسی‌ها، در این پژوهش هفتاد تن از فقهای امامیه به عنوان فقیه اخباری معرفی شده‌اند و در جدولی خلاصه این پژوهش آمده است.

کلیدواژه‌ها: اخباریگری، لیست اخباریان، ملاک تقسیم فقها.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۴/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۱۰/۲۳.

^۱. نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از مهم‌ترین مسلک‌های فقهی امامیه، که در اوایل قرن یازده با ظهور محمد امین استرآبادی قوت زیادی پیدا کرد، و در برخی از مجامع علمی امامیه مقبول واقع شد، اخباریگری است. این مسلک با ظهور وحید بهبهانی (م ۱۲۰۵) و روی کار آمدن اصولیان رو به ضعف نهاد، ولی پس از این نیز به صورت محدودتر دارای طرفدارانی بوده است. در مباحث فقهی و اصول فقهی، زیاد دیده می‌شود که به فردی نسبت اخباری می‌دهند، اما آنچه در این میان مهم به نظر می‌رسد این است که به چه کسی می‌توان گفت اخباری؟

با وجود پژوهش‌های بسیاری که در زمینه اخباریان صورت گرفته، پاسخ کاملی به این سوال داده نشده است. این پژوهش به دنبال یافتن این پاسخ، مراحلی را طی کرده است.

۱. در تعریف اخباریان آورده‌اند: فرقه‌ای از علمای شیعه که عمدتاً اخبار اهل بیت را مأخذ عقاید و احکام دانسته و دیگر مدارک را در صورتی که مورد تأیید احادیث باشد معتبر می‌دانند (تشیع، ۷/۲؛ قیصری، ۱۶۰/۷؛ بهشتی، ۳۱). این تعریف و تعاریف مشابه نمی‌تواند ملاک قطعی برای شناخت اخباریان باشد، زیرا تقریباً تمام فقهای امامیه، اخبار اهل بیت را به عنوان پرکاربردترین منبع استنباط احکام می‌شناسند و اعتبار سایر مدارک را با احادیث اهل بیت می‌سنجند. لذا این تعریف، یک تعریف شرح الاسمی است نه تعریف منطقی دقیق که به عنوان ملاک شناخت فقهای اخباری مطرح گردد.

۲. ملاک تقسیم فقها به اخباری و اصولی چیست؟ اگر این ملاک شناخته شود با استفاده از آن می‌توان فقهای اخباری را شناخت. در بررسی‌هایی که از کتب اخباریان و اصولیان به عمل آمد، هیچ ملاک قطعی و دقیقی برای تقسیم فقها به اخباریان و اصولیان ذکر نشده است. ملاک‌هایی که ممکن است برای تمیز اخباریان و اصولیان به ذهن برسند عبارت‌اند از:

أ. اظهار مسلک توسط خود فقیه

اولین ملاکی که ممکن است برای تمیز اخباری از اصولی به ذهن برسد این است که اگر فقیهی خود را اخباری بنامد جزء اخباریان است و اگر اصولی بنامد جزء اصولیان است. اشکالاتی بر این ملاک وارد است، اولاً اینکه اکثر فقها چنین تعریفی از خود ارائه نکرده‌اند، ثانیاً اگر هم ارائه کرده باشند خود این مطلب که ملاک صحت یا عدم صحت چنین تعریفی چیست جای بحث دارد، علاوه بر این مواردی وجود دارد که فقیهی به صراحت خود را جدا از طریقه اخباریان می‌داند اما وی را جزء اخباریان به شمار می‌آورند، مانند محدث بحرانی، وی در

مقدمه کتاب *حدائق* آورده است: «درابتداء از یاری دهندگان طریقه اخباری بودم» (۱۶۷/۱) و همچنین در کتاب *درر بیان* می‌کند: در ابتدا از پیروان این طریق بودم (۲۸۷/۳) که با توجه به مطالب بعدی وی، نشان دهنده این است که اکنون خود را جزء اخباریان نمی‌داند، اما برخی وی را از سران انتشار اندیشه اخباری برشمرده‌اند (امین، ۶۴/۳). مثال دیگر نعمت الله جزائری است که از وی به عنوان اخباری در دایرة المعارف‌ها و کتب یاد شده است (قیصری، ۱۶۰/۷؛ امین، ۵۱/۳؛ حسینی دشتی، ۶۹۷/۱؛ بهشتی، ۱۵۲) ولی وی صراحتاً در کتاب *منبع الحیة* بیان می‌کند حق چیزی بین طریقه اخباریان و اصولیان است. (جزائری، ۸۳). لذا با این ملاک نمی‌توان مرزبندی دقیقی بین اخباریان و اصولیان ایجاد کرد.

ب. اساتید یا شاگردان یک فقیه

ملاک دیگری که ممکن است به ذهن برسد این است که اساتید یا شاگردان یک فقیه اگر اخباری باشند خود او نیز اخباری خواهد بود و اگر اصولی باشند او نیز اصولی خواهد بود، کما اینکه این مطلب قرینه بر اخباری بودن برخی فقهاء به حساب آمده است (بهشتی، ۱۲۰؛ امین، ۴۸۸/۵). بر این ملاک نیز اشکالاتی وارد است، اولاً اینکه تشخیص اخباری یا اصولی بودن آن اساتید یا شاگردان، خود نیاز به ملاک دارد، ثانیاً موارد زیادی وجود دارد که استاد به عنوان اصولی مطرح است ولی شاگردش جزء اخباریان به حساب آمده است و برعکس، مانند استرآبادی که بنیانگذار مکتب اخباریگری است ولی شاگرد صاحب مدارک و صاحب معالم، که از اصولیان به نام هستند، بوده است (استرآبادی، ۱۳ و ۵۹) و مانند یوسف بحرانی که پدرش، استاد وی و از مجتهدان بوده (بهشتی، ۱۶۲) و بسیار به اخباریان توهین کرده است (امین، ۳۱۷/۱۰) ولی خود وی را در شمار اخباریان می‌آورند.

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

ج. تفاوت‌های ذکر شده بین اخباریان و اصولیان

آنچه شاید بتوان به عنوان ملاک تشخیص اخباریان از اصولیان مورد استفاده قرار داد تفاوت‌هایی است که بین اخباریان و اصولیان ذکر شده است. این تفاوت‌ها از جانب اخباریان و اصولیان معرفی شده، البته تعداد این تفاوت‌ها، در کتب مختلف متفاوت است. به عنوان مثال

حر عاملی ۲۳ فرق، جزائری ۱۱ فرق، سماهیتی ۴۰ فرق^۱، ماحوزی ۹ فرق^۲، زند ۲۲ فرق^۳، علی اخباری ۸ فرق^۴، سید محمد دزفولی ۸۶ فرق^۵ بین اخباریان و اصولیان ذکر کرده‌اند که در صورت قطعی بودن این فرق‌ها، می‌توان از آن‌ها به عنوان ملاک برای شناخت اخباریان استفاده نمود، ولی نتیجه بررسی این فرق‌ها، قطعی نبودن آن‌هاست^۶، به عنوان مثال مجلسی دوم، بر خلاف نسبتی که در بیان فرق‌ها به اخباریان می‌دهند، قائل به حجیت مفاهیم، (مجلسی، بحار، ۳۶۱/۷۷ و ۷/۸۶؛ همو، ملاذ/الاحیاء، ۱۶/۱ و ۱۸-۲۰) اجماع (همو، بحار، ۴۱/۸۵) و ظواهر قرآن است (همان، ۱۴۷/۸۶-۱۴۹؛ همو، ملاذ/الاحیاء، ۱۹/۱) و همچنین برخلاف اخباریان تقسیم اخبار به ۴ نوع را صحیح می‌داند (همان، ۲۱/۱). وی در صورت عدم امکان حصول علم عمل به ظن را جایز می‌شمارد (همو، مرآة العقول ۱/۱۰۰) در صورت به خطا رفتن اجتهاد مفتی را معذور می‌داند و در صورت به واقع رسیدن او را مستحق دو ثواب می‌داند (همان، ۲۰۰/۱) و ... با وجود موافقت وی با اصولیان در محورهای مهم اختلاف بین این دو گروه باز هم وی را جز اخباریان به حساب آورده‌اند (قیصری، ۱۶۱/۷؛ امین، ۴۰/۳؛ حسینی دشتی، ۶۹۶/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۲۰) و حتی برخی وی را از بارزترین پیروان مکتب استرآبادی دانسته‌اند (شاهروندی ۳۰۲/۱). لذا ملاک دقیقی نیز برای این تقسیم بندی وجود ندارد که بتوان با آن اخباریان را شناخت.

۳. حال که تعریف اخباریان در شناخت آنان راه گشا نیست، و ملاک دقیقی نیز برای شناخت آنان ذکر نشده است، باید راه دیگری برای این شناخت پیدا کرد. در این پژوهش با

۱. کتاب منیة الممارسین، اثر عبد الله بن جمعه سماهیتی بحرانی از سرشناسان منسوب به اخباریان است و نسخه چاپی ندارد. نسخه خطی این کتاب در کتابخانه مرعشی و مجلس موجود است که نسخه اخیر توسط نگارنده بررسی شد.
۲. سلیمان ماحوزی بحرانی (م ۱۱۲۱ ق)، از سران اندیشه اخباری است. (امین، ۶۴/۳) در نسخه خطی به نام مجموعه در کتابخانه مجلس شورای اسلامی قبل از ذکر فرق‌ها از کتاب منیة الممارسین به ذکر ۹ فرق بین اخباری و اصولی از زبان سلیمان بن عبدالله ماحوزی بحرانی پرداخته است.
۳. کتاب مسائل الشیرازیة اثر فتحعلی زند شاگرد میرزا محمد اخباری (آقا بزرگ، ۱۶/۳۴۴) است. این کتاب نسخه چاپی نداشته و در این مقاله از نسخه خطی این کتاب که در کتابخانه مجلس موجود است استفاده شده است.
۴. وی در کتاب سیبکة اللجین فی الفرق بین الفریقین به بیان این فرق‌ها پرداخته است که جز فایل الکترونیک این کتاب در سایت آل عصفور نسخه خطی و چاپی دیگری از آن یافت نشد. با توجه به اینکه فایل فاقد شماره گذاری صفحه به صفحه است، فقط نام نویسنده در ارجاعات ذکر خواهد شد.
۵. وی در کتاب فاروق الحق که در حاشیه کتاب حق المبین نوشته شده به بیان این فرق‌ها پرداخته که با توجه به چاپ نشدن این کتاب، به نسخه خطی کتابخانه آستانه مقدسه قم مراجعه شده است.
۶. نگارنده این مقاله در پژوهش مستقلی با عنوان «بازکاوی ملاک تقسیم فقها به اخباریان و اصولیان» به طور مفصل بررسی ملاک‌های احتمالی برای تمیز اخباریان از اصولیان پرداخته است، در تاریخ نگارش مقاله حاضر، این نوشته در مجله «فقه و اصول» در نوبت ویراستاری قرار داشته است.

بررسی کتب تراجم و کتاب شناسی، اخباریان معرفی گردیده‌اند و در مواردی که در اخباری بودن شخصی شبهه‌ای وجود داشته با مراجعه به آثارش، در صورت موافق بودن آراءش با اکثر اخباریان، حکم به اخباری بودن وی شده است. دلیل دیگر برای اثبات اخباری بودن فقیهی، داشتن اثری در تایید طریقه اخباریان است که می‌تواند دلیل محکمی بر اخباری بودن او باشد. علاوه بر این، شواهدی نیز برای اخباری بودن افراد وجود دارد، مانند: داشتن اساتید یا شاگردان اخباری مسلک، تعریف و تمجید از اخباریان و

کتبی که در این پژوهش به عنوان مرجع برای معرفی اخباری بودن فقها مورد استفاده قرار گرفته‌اند، اعم‌اند از کتبی که توسط خود اخباریان نوشته شده‌اند، مانند *امل‌الآمل*، *لولوة البحرین*، *تتمیم‌امل‌الآمل* و ...، و کتبی که توسط غیر اخباریان اعم از شیعه و سنی نوشته شده‌اند، مانند *منتهی‌المقال*، *کشف‌الحجب* و *الاستار*، *طرائف‌المقال*، *الاعلام*، *اعیان‌الشیعه*، *الذریعه* و در پایان این پژوهش نیز جدولی برای معرفی اخباریان و کتبی که در آن به عنوان اخباری یاد شده‌اند ترسیم گردیده است تا به نوعی خلاصه‌ای سهل الوصول برای شناخت اخباریان باشد.

حال به بررسی کسانی که در این کتب به عنوان اخباری معرفی شده‌اند، و همچنین بیان شواهدی بر رد یا اثبات اخباری بودن آنان می‌پردازیم. افراد با توجه به ترتیب تاریخ وفات معرفی شده‌اند.

اخباریان قرن یازده

محمد استرآبادی (م ۱۰۲۸ ق)، محمد بن علی بن ابراهیم استرآبادی، استاد محمد امین استرآبادی و از فقهای مایل به اخباری‌گری است (حسینی دشتی، ۶۱۸/۱)، برخی وی را با صفت اخباری معرفی کرده‌اند (آقابزرگ، *الذریعه*، ۴۸/۶). بسیاری تحول محمد امین استرآبادی و شخصیت اخباری وی را متأثر از شاگردی او نزد میرزا محمد استرآبادی می‌دانند (خوانساری، ۱۲۰/۱؛ انصاری، ۴۶۸/۲؛ امین، *اسلامیه‌الشیعه*، ۳۸/۳؛ حسینی دشتی، ۶۱۸/۱؛ قیصری، ۱۶۰/۷). خود محمد امین استرآبادی نیز به این مطلب تصریح کرده است (استرآبادی، *دانش‌نامه‌شاهی*، ۸). با توجه به شواهدی که ذکر شد باید وی را جزء فقهای اخباری به حساب آورد.

محمد امین استرآبادی (۱۰۳۶ ق)، محمد امین بن محمد شریف استرآبادی را به عنوان

مؤسس مکتب اخباریه و راس اخباریان می‌شناسند (امین، *اعیان الشیعه*، ۱۳۷/۹؛ بوسنینه، ۴۵۱/۱؛ قیصری، ۱۶۰/۷؛ امین، *اسلامیه الشیعه*، ۳۸/۳؛ تشیع، ۷/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۲۰) که فقهای امامیه را به اخباری و مجتهد تقسیم نموده است (بحرانی، *لولوة*، ۱۱۳).

عماد الدین بن یونس (م بعد ۱۰۶۰ ق)، عماد الدین بن یونس الجزائری، از شاگردان ملا عبد الله شوشتری اصفهانی (۱۰۲۱ ق) از علماء عصر شاه صفی صفوی است (افندی، ۲۹۸/۴؛ آقابزرگ، *الذریعه*، ۷۷/۱۵). وی مانند استاد خود، ملا عبد الله شوشتری (بهشتی، ۱۱۸) پیرو طریقه اخباریان است (افندی، ۲۹۸/۴)، و در رساله‌ای به اثبات وجوب عینی نماز جمعه پرداخته است (افندی، ۲۹۸/۴؛ آقابزرگ، *الذریعه*، ۷۷/۱۵) که اکثر اخباریان در مورد نماز جمعه دارای این دیدگاه هستند.

علی نقی شیرازی (م ۱۰۶۰ ق)، علی نقی بن محمد هاشم شیرازی، فاضل فقیه محدث جلیل، از معاصران شیخ حر عاملی است (حرعاملی، *امل الآمل*، ۲۰۸/۲؛ زرکلی، ۳۰/۵؛ خویی، ۲۶۱/۱۳). برخی وی را با صفت اخباری معرفی کرده‌اند (کتوری، ۲۴۴) و شاهد اخباری بودن وی، رساله‌اش در تحریم توتون است که اغلب قائلان به حرمت شرب توتون اخباری‌اند. زین الدین بن محمد (م ۱۰۶۴ ق)، زین الدین بن شیخ محمد بن شیخ حسن بن شهید ثانی، که حر عاملی از وی به عنوان شیخنا الاوحد، عالم، فاضل، کامل، متبحر، محقق، ثقة، صالح، عابد، ورع، شاعر، ادیب، حافظ، جامع فنون علوم عقلی و نقلی، جلیل القدر، عظیم المنزله و بی نظیر در عصر خود یاد می‌کند (حرعاملی، *امل الآمل*، ۹۳/۱). وی به علت شدت احتیاط و خوف از شهرت کتابی تالیف نکرده است. از وی منقول است که از جدش شهید ثانی و از علامه حلی به خاطر پیرویشان از اهل سنت متعجب است و از خدا برایشان طلب عفو می‌کند. برخی به همین دلیل احتمال داده‌اند وی متمایل به طریقه اخباریان باشد زیرا اخباریان اجتهاد را برگرفته از اهل سنت می‌دانند (امین، *اعیان الشیعه*، ۱۶۰/۷؛ حرعاملی، *امل الآمل*، ۹۳/۱). برخی نیز وی را انتقال‌دهنده اندیشه اخباری از ایران به بحرین به شمار آورده‌اند (بحرانی، *لولوة*، ۱۵؛ مدرسی طباطبائی، ۵۹؛ جابری، ۳۲۴). انتقاد به طریقه مجتهدین و انتقال اندیشه اخباری به بحرین، ادله محکمی بر اخباری بودن وی محسوب می‌شود.

علی بن سلیمان (م ۱۰۶۴ ق)، شیخ زین الدین علی بن سلیمان بن درویش بن حاتم قدمی بحرانی معروف به ام الحدیث (آقا بزرگ، *الذریعه*، ۲۱۷/۱؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۲۴۷/۸)، اولین کسی است که گرایش اخباری را از ایران به بحرین برد (مدرسی طباطبائی، ۵۹) و به عنوان

اولین ناشر حدیث در بحرین معرفی شده است (تنکابنی، ۲۷۷؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۲۴۷/۸؛ امین، مستدرکات *اعیان الشیعه*، ۱۷۳/۲؛ آقابزرگ، *الذریعه*، ۵۹/۱۵). برخی از آثار وی عبارت‌اند از: *رسالة فی حرمة التقليد*، در مورد حرمت تقلید (آقابزرگ، *الذریعه*، ۱۷۲/۱۱) و *رسالة فی حرمة شرب التتن* (آقابزرگ، *الذریعه*، ۱۷۳/۱۱) *رسالة فی صلاة الجمعة*، در مورد وجوب عینی نماز جمعه در عصر غیبت (همان، ۷۶/۱۵). این سه رساله موید فتاوی اکثر اخباریان است و می‌تواند شاهی بر اخباری بودن وی باشد.

محمد تقی مجلسی (م ۱۰۷۰ ق)، فقیه، مفسر، رجالی و از بزرگان محدثین امامیه است (اردبیلی، ۷۸/۲؛ حرعاملی، *امل الامل*، ۲۵۲/۲؛ خویی، ۷۶/۱۹؛ سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۳۲۱/۱۱). برخی وی را از اخباریان معتدل به حساب آورده‌اند (امین، *اسلامیه الشیعه*، ۴۱/۳؛ قیصری، ۱۶۰/۷؛ حسینی دشتی، ۶۲۶/۱) این نسبت شاید به دلیل آراء زیادی از وی باشد که موافق با اخباریان است؛ به عنوان نمونه از جمله مهم‌ترین آراء منسوب به اخباریان، اعتقاد به تحریف قرآن (کاشف الغطاء، ۵۶) و تواتر یا محفوف به قرینه بودن تمام اخبار کتب اربعه است که محمد تقی مجلسی نیز دارای این دیدگاه‌ها است (مجلسی، *روضه المتقین*، ۲۰/۱۰) و در مقابل دارای دیدگاه‌هایی شبیه به اصولیان مانند قبول حجیت برخی از مفاهیم است (همان، ۲۶۰/۱) برخی نیز وی را از مهمترین فقهای اخباری (مکارم شیرازی، ۱۲۰) یا از بارزترین پیروان محمد امین استرآبادی قلمداد کرده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۳۰۲/۱؛ انصاری، ۵۵۸/۱). از خود وی نیز نقل شده است که اکثر آراء محمد امین استرآبادی را صحیح می‌داند (سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۳۲۲/۱۱) که دلیل دیگری بر اخباری و معتدل بودن وی است، زیرا ظاهراً برخی از آراء محمد امین استرآبادی را نمی‌پذیرد.

فاضل تونی (م ۱۰۷۱ ق)، حرعاملی وی را مولانا عبد الله بن محمد تونی بشروی، عالم فاضل فقیه صالح زاهد عابد (حرعاملی، *امل الامل*، ۶۳/۲؛ خویی، ۳۳۶/۱۱) معرفی کرده است. برخی با توجه به کتاب الوافیه که اثر اصولی فاضل تونی است وی را از اخباریان می‌دانند (خوانساری، ۲۴۴/۴؛ تنکابنی، ۲۶۹). برخی دیگر نیز وی را از اخباریان معتدل برشمرده‌اند (امین، *اسلامیه الشیعه*، ۴۱/۳؛ حسینی دشتی، ۶۹۸/۱؛ تشیع، ۱۱/۲). آیت الله سبحانی (*موسوعة طبقات الفقهاء*، ۱۷۶/۱۱) و عمر رضا کحاله (کحاله، ۱۱۳/۶) وی را به عنوان فقیه اصولی معرفی کرده‌اند؛ البته ظاهراً اصولی در کلام عمر رضا کحاله معنایی غیر از معنای اصطلاحی دارد زیرا وی محمد امین استرآبادی را نیز اصولی می‌نامد (کحاله، ۷۹/۹). آنچه از بررسی آثار

وی به دست می‌آید این است که وی شخصیتی ما بین اخباریان و اصولیان است؛ زیرا از سویی همچنان که منسوب به اخباریان است که ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع را محل نظر می‌دانند (کاشف الغطاء، ۵، دزفولی، ۴؛ قیصری، ۱۶۲/۷)، مفاهیم مخالف را حجت نمی‌دانند (حر عاملی، فوائد الطوسی، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۳؛ زند، ۲۶)، تقلید از میت را جایز می‌دانند و... وی نیز در مورد ملازمه (تونی، ۱۷۱)، مفاهیم مخالف (تونی، ۲۳۱-۲۳۶) و تقلید از میت دارای همان دیدگاه‌ها است (تونی، ۲۹۹-۳۰۸) و... و از دیگر سو برخلاف اخباریان (حر عاملی، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۳؛ ماحوزی، ۳۷۵؛ سماهیجی، ۳۹۶/۴؛ زند، ۲۶) و مانند اصولیان اجماع را حجت می‌داند (تونی، ۱۵۱)، برخلاف اخباریان که اخبار را دو نوع صحیح و ضعیف تقسیم می‌کنند (دزفولی، ۶؛ ماحوزی، ۳۷۵؛ سماهیجی، ۳۸۵/۴؛ قیصری، ۱۶۲/۷؛ تشیع، ۹/۲، حسینی دشتی، ۶۲۳/۱). وی مانند اصولیان تقسیم اخبار به چهار نوع را صحیح می‌داند (تونی، ۱۵۹)، برخلاف اخباریان که ظواهر قرآن را حجت نمی‌دانند (حر عاملی، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۳؛ سماهیجی، ۳۸۹/۴؛ زند، ۲۶؛ قیصری، ۱۶۲/۷؛ تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی دشتی، ۶۲۴/۱) وی ظواهر قرآن را حجت می‌داند (تونی، ۲۵۷-۲۶۱)، برخلاف اخباریان (حر عاملی، ۴۴۹؛ سماهیجی، ۳۸۸/۴؛ زند، ۲۷) و مانند اصولیان علم فقه را متوقف بر مقدماتی مانند اصول فقه می‌داند (تونی، ۲۵۰) و... بنابراین سخت است که بتوان وی را جزء فقهای اخباری یا اصولی برشمرد، بلکه شاید بهتر است در مورد وی بیان شود که راهی بین این دو مسلک فقهی را رفته است.

محمد حسین سبزواری (م ۱۰۷۳ ق)، شیخ محمد حسین بن کمال الدین حسین سبزواری، صاحب کتاب *زبدة الاخبار فی معرفة المذهب المختار* است که در مورد زهد و پند و اندرزهای موجود در روایات کتب معتبره می‌باشد (امین، *اعیان الشیعه*، ۲۵۳/۹؛ آقابزرگ، *الدریعه*، ۱۷/۱۲). برخی وی را به عنوان محدث اخباری معرفی کرده‌اند (کحاله، ۲۳۸/۹). علاوه بر نسبتی که به وی داده شده است، احتمال اخباری بودن وی با توجه به اینکه تنها اثر یافت شده از وی در زمینه جمع آوری اخبار است تقویت می‌شود و می‌توان وی را در زمره اخباریان آورد.

حسین عاملی کرکی (م ۱۰۷۶ ق)، شیخ حسین بن شهاب الدین بن حسین بن محمد بن حیدر عاملی کرکی حکیم، توسط شیخ حر عاملی، فردی عالم فاضل ماهر ادیب و شاعر معرفی شده است (حر عاملی، *امل الامل*، ۱-۷۱، خویی، ۲۹۶؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۳۷/۶). برخی وی را از اخباریان برشمردند (تشیع، ۱۱/۲) و برخی کتاب *هدایة الابرار* وی را در موبد طریقه

اخباریان دانسته‌اند (امین، *اسلامیة الشیعه*، ۴۱/۳؛ حسینی دشتی، ۶۹۶/۱)^۷ میرزا محمد اخباری نیز در کتاب رجال خود بر اخباری بودن وی تأکید کرده است (امین، *اعیان الشیعه*، ۳۶/۶). علاوه بر این، با بررسی کتاب *هدایة الابرار*، که از مهم‌ترین آثار وی است، پیروی وی از آراء اخباریان آشکار می‌گردد، زیرا در بسیاری از مباحث اصولی مانند مشتق (کرکی، ۲۴۸)، مدلول صیغه امر (همان، ۲۷۵)، دلالت امر بر مره یا تکرار (همان، ۲۷۶) و... توقف کرده و قائل به احتیاط شده‌اند.

محمد صالح مازندرانی (م ۱۰۸۱ ق)، مولی حسام الدین محمد صالح بن أحمد مازندرانی، از مشاهیر علماء و حاملان حدیث، و داماد محمد تقی مجلسی بوده است (حرعاملی، *امل* / *الآمل*، ۲۷۶/۲؛ خوانساری، ۱۱۸/۴؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۳۶۹/۷). برخی وی را مجتهد مسلم و از اصولیان عصر اخباریان نامیده‌اند. (جابلقی، ۴۵/۱؛ سبحانی، *ادوار الفقه الامامی*، ۲۷۵) که شاید این نسبت به دلیل حاشیه‌هایی است که وی بر معالم الاصول و زبدة الاصول نوشته است. اما شواهدی وجود دارد که امکان اخباری بودن وی را تقویت می‌کند. فتحعلی زند، که از اخباریان قرن ۱۳ است، کتاب *شرح اصول کافی* وی را در شمار کتب موید طریقه اخباریان برمی‌شمرد (زند، ۱). ابوالحسن شعرانی که حاشیه ای بر این کتاب زده است نیز در چند جا اشاره به اخباری بودن وی کرده است (مازندرانی، ۲۲۹/۲ و ۱۷۳/۴). علاوه بر این، مولی محمد صالح از محمد امین استرآبادی به عنوان فاضل یاد می‌کند (همان، ۶۲/۵؛ ۷۳/۵؛ ۸۱/۵) و آرای وی را صواب و حق صریح و مذهب صحیح می‌داند (همان، ۱۱۱/۵؛ ۳۴۷/۵). در آثار وی نیز برخی دیدگاه‌های منتسب به اخباریان، مانند عدم حجیت مفاهیم (همان، ۵۷/۱، ۹۳/۸، ۲۷۰/۱، ۳۴۷/۵) جواز تاخیر بیان از وقت حاجت (دزفولی، ۴؛ ماحوزی، ۳۷۴؛ سماهیجی، ۳۹۶؛ تشیع، ۱۰/۲، حسینی دشتی، ۶۲۵/۱) و... وجود دارد (مازندرانی، ۲۰۵/۹). با توجه به شواهدی که ذکر شد قول به اخباری بودن وی قوی تر از اصولی بودن اوست.

سلیمان بن عصفور بحرانی (م ۱۰۸۵ ق)، سلیمان بن صالح بن احمد بن عصفور البحرانی درازی، فاضل فقیه محدث ورع عابد از معاصرین شیخ حرعاملی است (حرعاملی، *امل* / *الآمل*، ۱۲۹/۲؛ جواهری، ۲۶۶؛ آقابزرگ، *الذریعه*، ۲۸۰/۶). برخی به نقل از *امل* / *الآمل* در صفات وی اخباری را نیز ذکر کرده‌اند (امین، *اعیان الشیعه*، ۲۹۸/۷) در حالیکه در این کتاب چنین صفتی به وی نسبت داده نشده است (حرعاملی، *امل* / *الآمل*، ۱۲۹/۲). تنها اثری که از وی نقل شده

۷. البته این در این دو منبع نام کتاب وی به اشتباه هدایة الانوار معرفی شده است.

است کتاب *الحائقی* است که در مورد بررسی نسب پیامبر (صلی الله علیه و آله) است. با توجه به آنچه ذکر شد دلیل محکمی بر انتساب وی به اخباریان یافت نشد.

خلیل غازی قزوینی (م ۱۰۸۹ ق)، مولی خلیل بن غازی قزوینی ملقب به برهان العلماء، از شاگردان شیخ بهایی است (اردبیلی، ۲۹۸/۱؛ خویی، ۷۸/۸). برخلاف استادش که از اصولیان است بسیاری وی را از اخباریان به حساب آورده‌اند (اردبیلی، ۲۹۸/۱؛ خوانساری، ۲۶۹/۳؛ افندی، ۲۶۲/۲؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۳۵۵/۶؛ خویی، ۷۸/۸؛ تنکابنی، ۲۶۳) برخی نیز وی را استاد اخباریان افراطی برشمرده‌اند (امین، *مستدرکات اعیان الشیعه*، ۳۰۴/۲) و بر مخالفت کامل وی با اجتهاد تصریح کرده‌اند (خوانساری، ۲۸۹/۱؛ قیصری، ۱۶۰/۷) فتحعلی زند وی را در شمار کسانی که در تایید مکتب اخباریان کتاب شرح فارسی و عربی کافی و شرح *عدة الاصول* را نوشته آورده است (زند، ۱). برخی باتوجه به اهتمام وی به مباحث فلسفی و اصولی در خبری بودن وی تردید کرده‌اند، اما در واقع اهتمام به مباحث فلسفی در میان اخباریان دیده می‌شود که نمونه‌های بارز آن فیض کاشانی و محمد امین استرآبادی هستند؛ اما در مورد اهتمام به مباحث اصولی نیز باید گفت اخباریان به اصول فقه اهتمام دارند و آنچه از آن منع می‌کنند عمل به ظن و استفاده از عقل مستقل در کشف احکام و مباحث اینچنینی است. این مطلب با رجوع به کتب اخباریان به وضوح قابل مشاهده است.^۸ علاوه بر این مطالب برخی از دیدگاه‌های اصولی وی مانند عدم حجیت اجماع (غازی، ۱۱۵)، بطلان اجتهاد و تقلید (غازی، ۱۲۶) و ... که از آراء منتسب به اخباریان است (کاشف الغطاء، ۵۴)، نیز دلیل دیگری بر خبری بودن وی است.

فیض کاشانی (م ۱۰۹۱ ق)، محمد بن شاه مرتضی بن شاه محمود معروف به ملا محسن فیض کاشانی مشهور به فیض کاشانی، از پیروان مکتب محمد امین استرآبادی و از منتسبین به اخباریان است (بغدادی، هدیه، ۳۰۱/۲؛ امین، *اسلامیه الشیعه*، ۴۰/۳؛ کحاله، ۱۲/۱۲؛ قیصری، ۱۶۰/۷؛ موسوعه الفقهاء، ۶۲/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۲۰؛ هاشمی شاهرودی، ۳۰۲/۱). برخی وی را خبری صلب یا سخت و صرف نامیده‌اند که بسیار به مجتهدان طعن وارد می‌نموده (بحرانی، *لولوة*، ۱۱۶؛ تنکابنی، ۳۲۳؛ جابلقی، ۷۵/۱؛ حسینی دشتی، ۶۲۶/۱) و کتاب *سفینه النجاة* (امین، *اسلامیه الشیعه*، ۴۰/۳؛ معاریف، ۶۹۶/۱) و اصول الاصولیه (آقابزرگ، *الذریعه*،

۸. رک: یوسف بحرانی، *حذائق الناضره*، ۴/۱-۱۷۰؛ کرکی، *هدایة الابرار*؛ حر عاملی، *فوائد الطوسیة*؛ میرزا محمد اخباری، *شجرة اصول الفقه* (آقا بزرگ، *الذریعه*، ۱۳/ ۲۸) و ...

(۱۷۸/۲) را در تایید اخباریگری نگاشته است. خود وی نیز طریقه محمد امین استرآبادی را طریق صواب می‌داند (فیض، الحق المبین، ۱۲) که دلیل دیگری بر اخباری بودن وی است. رضی الدین قزوینی (م ۱۰۹۶ ق)، حر عاملی وی را به عنوان مولی رضی الدین محمد بن حسن قزوینی، فاضل عالم محقق مدقق ماهر معرفی نموده است (حرعاملی، *امل الآمل*، ۲۶۰/۲؛ خویی، ۲۸۰/۱۶) که از شاگردان اخباری مشهور، ملا خلیل قزوینی است (سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۲۶۱/۱۱) و در صفحاتی قبل به بررسی شخصیت وی پرداخته شد، برخی خود وی را نیز از اخباریان مشهور برشمرده‌اند.^۹ از آثار معروف وی کتاب *لسان الخواص* است که در تایید طریقه اخباریان نگاشته شده است (زند، ۱؛ امین، *اسلامیة الشیعه*، ۴۱/۳؛ تشیع، ۱۱/۲؛ حسینی دشتی، ۶۲۲/۱). با بررسی این کتاب حمایت وی از آراء اخباریان مانند عدم جواز عمل به ظن (قزوینی، *لسان الخواص*، ۳۹ - ۴۰)، حجیت تمام روایات کتاب کافی (همان، ۵۴)، عدم حجیت برائت اصلیه (همان، ۷۱) و... مشهود است.

محمد طاهر قمی (م ۱۰۹۶ ق)، اردبیلی در *جامع الرواة* وی را محمد طاهر بن محمد بن حسین قمی، محقق مدقق جلیل القدر بزرگ منزلت دارای فهم دقیق ثقه سخت گیر در دین که مناقب و فضائلش قابل شمارش نیست، معرفی می‌نماید (اردبیلی، ۱۳۳/۲). حرعاملی نیز که از معاصران وی است با عباراتی مشابه وی را معرفی کرده (حرعاملی، *امل الآمل*، ۲۷۸/۲؛ خویی، ۸۴/۱۹). برخی وی را از فقهای اخباری مسلک دانسته (زند، ۱؛ خوانساری، ۴۳/۴؛ بغدادی، هدیه، ۳۰۱/۲؛ مدرس، ۳۸۹/۴) و برخی نیز در ادامه نامش صفت اخباری را ذکر کرده‌اند (بغدادی، ایضاح، ۵۵/۱؛ آقابزرگ، ۱۵۷/۱۳ و ۲۲۵/۱۵). در کتاب *اعیان الشیعه* از وی به عنوان اخباری سخت یاد شده که با زبان خود به مجتهدین و اصولیان متعرض شده است (امین، *اعیان الشیعه*، ۳۷۵/۹) ولی برخی از وی به عنوان اخباری معتدل یاد کرده‌اند (قیصری، ۱۶۰/۷) و برخی وی را از مشاهیر علماء اخباری دانسته‌اند (سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۳۳۲/۱۱). علاوه بر آنچه ذکر شد، دلیل دیگر بر اخباری بودن وی، کتاب *ملاذ الاخبار* است که وی آن را در تایید طریقه اخباریان نوشته (آقابزرگ، ۱۹۱/۲۲) و همچنین نظر وی در زمینه وجوب نماز جمعه (قمی، *رساله نماز جمعه*، ۶۱۱-۶۷۹) که از جمله آراء اغلب اخباریان است. برخی دیگر از دیدگاه‌های وی مانند منحصر دانستن منابع احکام در کتاب و سنت (قمی، *حجة الاسلام*، ۱

۹. علی فاضلی در مقدمه حاشیه علی الاصول الکافی اثر محمد امین استرآبادی، رضی الدین قزوینی را در زمره اخباریان مشهور آورده است (استرآبادی، الحاشیه علی الاصول الکافی، ۵۰).

ب)، عدم حجیت مفاهیم (همان، ۸۸ الف) و ... نیز می‌تواند دلیل دیگری بر اخباری بودن وی باشد.

سید میرزا جزائری (م ۱۰۹۸ ق)، شیخ حر عاملی وی را سید میرزا محمد بن شرف حسینی الجزائری، از فضلاء معاصر، عالم فقیه محدث حافظ عابد معرفی کرده است (حرعاملی، *امل الآمل*، ۲/۲۷۵؛ خویی، ۱۷/۱۸۶؛ جواهری، ۵۳۶). شاگرد وی، سید نعمت الله جزائری، از وی به عنوان اخباری یاد می‌کند که تمام قرآن حتی «قل هو الله احد» را متشابه دانسته و بدون تفسیر معصومین حجت نمی‌دانند (جزائری، *منبع الحیة*، ۴۸؛ خوانساری، ۴/۲۱۷) برخی وی را اخباری شدید و نقاد تند اصولیان معرفی کرده (جابلقی، ۱/۷۷) و برخی از بزرگان معاصر نیز به وی نسبت اخباری داده‌اند (سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۱۱/۲۹۳؛ حسینی اشکوری، ۱/۵۳۴). تقریباً تمام آثار وی مربوط به جمع آوری و تعلیقه نویسی بر احادیث است (حرعاملی، *امل الآمل*، ۲/۲۵۷؛ کنتوری، ۱۶۵؛ سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۱۱/۲۹۳؛ حسینی اشکوری، ۱/۵۳۴)، که شاید از این مطلب نیز بتوان به عنوان شاهی بر اخباری بودن وی استفاده کرد.

ولی الله حسینی (ق ۱۱)، سید ولی الله بن نعمة الله حسینی رضوی حائری، عالم فاضل صالح محدث و از معاصران اخباری مسلک شیخ حر عاملی بوده است (حرعاملی، *امل الآمل*، ۲/۳۳۹؛ خوانساری، ۴/۱۷۹؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۱۰/۲۸۰). برخی وی را با صفت اخباری معرفی کرده‌اند (بغدادی، *ایضاح*، ۲/۳۶۷).

جمال الدین فسایی (ق ۱۱)، حسینی در تراجم الرجال وی را جمال الدین بن شاه محمد فسائی از علماء قرن ۱۱ معرفی کرده، که با توجه به ادعای مولف این کتاب، از مجموع نوشته‌های وی تمایلش به طریقه اخباری آشکار است (حسینی اشکوری، ۱/۱۳۱).

اخباریان قرن دوازده

حر عاملی (م ۱۱۰۴ ق)، محمد بن حسن بن علی بن محمد بن حسین حر عاملی مشغری (حرعاملی، *امل الآمل*، ۱/۱۴۱) عالم فاضل محدث و از علماء اخباری مسلک است (بحرانی، *لولوة*، ۱/۱۴۱؛ کنتوری، ۲۸۹؛ تنکابنی، ۲۸۹؛ جابلقی، ۱/۷۳؛ بغدادی، هدیه، ۲/۳۰۴؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۹/۲۵۹؛ امین، *اسلامیة الشیعه*، ۳/۴۰؛ موسوعة الفقهاء، ۱/۶۲؛ محمد علی انصاری، ۱/۷۵۲) برخی نام وی را به همراه صفت اخباری آورده‌اند (خوانساری، ۷/۹۶؛

آقابزرگ، ۸۴/۲؛ سرکیس، ۱۲۶۴/۲)، برخی وی را از مهم‌ترین اخباریان برشمرده‌اند (امین، *اعیان الشیعه*، ۴۴۹/۲؛ سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۲۶۷/۱۲؛ مکارم شیرازی، ۱۲۰؛ هاشمی شاهرودی، ۳۰۲/۱)، برخی وی را اخباری صرف نامیده‌اند (امین، *اعیان الشیعه*، ۱۶۸/۹؛ حسینی دشتی، ۶۲۶/۱) و در مقابل گروهی وی را اخباری معتدل دانسته‌اند (قیصری، ۱۶۰/۷؛ حسینی دشتی، ۶۹۶/۱). علاوه بر کثرت قائلین به اخباری بودن شیخ حر عاملی و حمایت صریحش از اخباریان (حر عاملی، *وسائل الشیعه*، ۲۶۹/۳۰-۲۸۱)، برخی از دیدگاه‌های وی نشان دهنده اخباری بودن وی است، به عنوان نمونه وی عمل به ظواهر کتاب بدون تفسیر ائمه را جایز نمی‌داند (حر عاملی، *فوائد الطوسیة*، ۱۶۳) که از دیدگاه‌های منسوب به اخباریان است (حر عاملی، همان، ۴۴۸؛ جزائری، ۴۳؛ سماهیجی، ۳۸۹/۴؛ زند، ۲۶؛ قیصری، ۱۶۲/۷، تشیع، ۱۰/۲؛ حسینی دشتی، ۶۲۴/۱) اصل برائت، اصل استصحاب (حر عاملی، *فوائد الطوسیة*، ۱۹۶) و مفاهیم (همان، ۲۹۷) را حجت نمی‌داند، قائل به عدم جواز تقلید است (همان، ۳۲۶) و

هاشم بحرانی (م ۱۱۰۷ ق)، شیخ حر عاملی وی را سید هاشم بن سلیمان بن اسماعیل بن عبد الجواد حسینی بحرانی توبلی، فاضل عالم ماهر مدقق فقیه مفسر رجالی، معرفی کرده است (حر عاملی، *امل الآمل*، ۳۴۱/۲). برخی وی را در زمره محدثان و اخباریان برشمرده‌اند (بحرانی، *لؤلؤة*، ۶۰؛ خوانساری، ۱۸۱/۸؛ بهشتی، ۱۴۵) و برخی وی را از سران انتشار اندیشه اخباری معرفی کرده‌اند (*اسلامیة الشیعه*، ۶۴/۳). کثرت آثار حدیثی وی و کمرنگ بودن نظرات شخصی در آثارش به حدی است که محدث بحرانی آثار وی را بدون هیچ گونه نظر شخصی و حتی بدون ترجیح یک قول می‌داند (بحرانی، *لؤلؤة*، ۶۱) که این مطلب می‌تواند شاهی بر اخباری بودن وی باشد.

حسین عینائی (م ۱۱۱۰ ق)، شیخ حسین بن حسن بن یونس بن یوسف بن محمد بن ظهیر الدین بن علی بن زین الدین بن حسام ظهیری عاملی عینائی، استاد شیخ حر عاملی و شاگرد ملا محمد امین استرآبادی است (حر عاملی، *امل الآمل*، ۷۰/۱؛ افندی، ریاض العلماء، ۴۴/۲؛ صدر، ۱۷۹؛ آقابزرگ، *الذریعة*، ۸۹/۲). وی مانند استاد و شاگرد خود از اخباریان بوده (امین، *اعیان الشیعه*، ۴۸۸/۵) و در کتاب *جوابات المسائل الفقهیة* از ملا محمد امین تمجید بسیار کرده است که نشانه معتقد بودنش به طریقه وی است (آقابزرگ، *الذریعة*، ۲۲۹/۵). محمد باقر مجلسی (م ۱۱۱۱ ق)، بسیاری وی را در زمره اخباریان آورده‌اند (*اسلامیة*

الشیعه، ۴۰/۳؛ موسوعة الفقهاء، ۶۲/۱). گروهی وی را اخباری معتدل می‌دانند (اسلامیه الشیعه، ۴۰/۳؛ تشیع، ۱۱/۲؛ حسینی دشتی، ۶۲۶/۱) و گروهی وی را از مهم‌ترین فقهای اخباری و از بارزترین پیروان محمد امین امین استرآبادی برشمرده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۳۰۲/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۲۰). برخی پس از تلاش وی برای جمع‌آوری احادیث وی را اخباری نامیده‌اند (سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۳۵۱/۱۲). دیدگاه وی در زمینه عدم اعتبار حکم عقل، می‌تواند موید اخباری بودنش باشد (مجلسی، بحار، ۳۱۴/۲).

نعمت الله جزائری (م ۱۱۱۲ ق)، سید نعمت الله بن عبدالله موسوی شوشتری جزائری، فاضل محدث مدقق و دارای اطلاعات گسترده در زمینه اخبار امامیه است (بحرانی، لؤلؤ، ۱۰۶). بسیاری وی را به طور مطلق در شمار اخباریان آورده‌اند (تنکابنی، ۴۳۷؛ خوانساری، ۱۵۰/۸؛ سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۴۲۰/۱۲؛ هاشمی شاهرودی، ۳۰۲/۱؛ حسینی دشتی، ۶۲۲/۱) و برخی وی را اخباری معتدل دانسته‌اند (اسلامیه الشیعه، ۴۱/۳؛ قیصری، ۱۶۰/۷؛ حسینی دشتی، ۶۲۷/۱). آراء وی در مواردی متفاوت با آراء مشهور اخباریان است از جمله عدم اعتقاد به تواتر کتب اربعه، و تقسیم مردم به دو گروه مجتهد و مقلد (بهشتی، ۱۵۴ و ۱۵۵) و شاید همین اختلاف با اخباریان در چند مساله باعث شده است که برخی وی را دارای مسلکی مابین اخباریان و اصولیان به حساب آورند (جزائری، نابغه فقه و حدیث، ۷). وی در کتاب منبع الحیة به ذکر تفاوت‌های بین اخباریان و اصولیان پرداخته است و در اکثر فرق‌ها جانب اخباریان را مقدم می‌دارد ولی در مواردی نیز نظر اصولیان را برتر شناخته (جزائری، منبع الحیة، ۴۱-۸۲) و در پایان این کتاب حق را چیزی بین طریق اخباریان و اصولیان می‌داند (همان، ۸۳). با توجه به آنچه ذکر شد شاید نسبت اخباری معتدل، نسبت مناسب‌تری برای وی باشد.

عبد علی بن جمعه (م ۱۱۱۲ ق)، عبد علی بن جمعه عروسی حویزی، صاحب تفسیر نور الثقلین است. حر عاملی وی را عالم فاضل فقیه محدث ثقه ورع شاعر ادیب جامع علوم و فنون معرفی می‌کند (حرعاملی، امل الآمل، ۵۴/۲؛ امین، اعیان الشیعه، ۲۹/۱) برخی وی را از اخباریان معتدل دانسته‌اند (امین، اسلامیه الشیعه، ۴۱/۳؛ حسینی دشتی، ۶۲۶/۱). و برخی او را اخباری سخت و ظاهری خالص توصیف کرده‌اند (خوانساری، ۲۱۵/۴) برخی دیگر نیز وی را با صفت اخباری معرفی کرده‌اند (آقابزرگ، الذریعه، ۱۸۹/۲). علاوه بر این، سبک تفسیر نور الثقلین که یک تفسیر روایی محض است می‌تواند شاهد دیگری بر اخباری بودن وی باشد.

علی اصغر قزوینی (حدود ۱۱۲۰ ق)، حاج علی اصغر بن محمد بن یوسف قزوینی، عالم فاضل ماهر صالح و شاگرد ملا خلیل قزوینی و رضی الدین قزوینی است (حرعاملی، /مل /الامل، ۱۷۷/۲؛ تبریزی ۳۰۶؛ حسینی اشکوری، ۷۸۲/۲). از مهم ترین آثار وی کتاب تنقیح المرام است که حاشیه ای مفصل بر حاشیه عدة الاصول ملا خلیل قزوینی است؛ این کتاب از جمله کتبی است که در تایید طریقه اخباریان نوشته شده است (زند، ۱). برخی از نویسندگان معاصر، وی را در شمار کسانی که کمابیش دارای اندیشه اخباری هستند آورده اند (جابری، ۳۲۴). شاگردی وی نزد اخباریانی مانند ملا خلیل و آقا رضی قزوینی، که ذکرشان گذشت، نیز می تواند شاهد دیگری بر اخباری بودن وی باشد.

سلیمان بن عبدالله (م ۱۱۲۱ ق)، شیخ سلیمان بن عبدالله بن علی بن حسین بن احمد بن یوسف بن عمار بحرانی سترای، که شاگردش عبد الله سماهیجی وی را اعجوبه در حفظ، شاعر خطیب سخنور و عالم در زمینه حدیث، تاریخ و رجال معرفی می کند (بحرانی، لؤلؤ، ۹ -۱۰). در اخباری بودن وی اقوال مختلفی وجود دارد، برخی با توجه به کتاب العشرة الكاملة که از مهم ترین آثار وی است، حکم به مجتهد بودن وی کرده اند، البته همین افراد با توجه به فوائد دیگری در همین کتاب و یا کتاب فوائد النجفیة که پس از عشرة الكاملة نوشته شده است حکم به رجوع وی به اخباریگری کرده اند، که لفظ رجوع، بیانگر این است که وی قبل از کتاب العشرة الكاملة نیز دارای اندیشه اخباری بوده است (بحرانی، لؤلؤ، ۱۲؛ تنکابنی، ۲۷۶؛ خوانساری، ۱۶/۴؛ جابلقی، ۳۸۷/۲؛ بهشتی، ۱۵۷). برخی وی را از سران اندیشه استرآبادی و متصلب در دیدگاه اخباری معرفی کرده اند (سلامیه الشیعه، ۶۴/۳؛ جابری، ۳۸۰). شاهد دیگری که ممکن است اخباری بودن وی را تقویت کند، داشتن شاگردانی مانند عبدالله سماهیجی است که از اخباریان افراطی به شمار می آید (بحرانی، لؤلؤ، ۱۹؛ کنتوری، ۱۶۶).

نور الدین اخباری (م بعد ۱۱۲۷ ق)، محمد بن شاه مرتضی بن محمد مؤمن بن مرتضی بن محمود کاشانی، فقیه محدث عارف ادیب، نوه برادر ملا محسن فیض و از فقهای اخباری مسلک است که بر عقائد اصولیان زیاد حمله برده (مدرس، ۳۷۹/۴؛ حسینی، تلامذة المجلسی، ۶۵). وی به دلیل عقائدش مشهور به نورالدین اخباری است (مجلسی، بحار، ۵۸/۱۰۲؛ امین، اعیان الشیعه، ۸۲/۷؛ آقابزرگ، ۲۵۰/۱ و ۳۹۹/۱ و ۴۸۴/۲ و...؛ سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۳۴۱/۱۱).

عبدالله سماهیجی (م ۱۱۳۵ ق)، شیخ عبد الله بن حاج صالح بن جمعه بن علی بن شعبان بن احمد بن ناصر بن محمد بن عبد الله سماهیجی، از علماء سرشناس اخباری و از اخباریان تندرو و سخت گیر در طریقه اخباریان است (بحرانی، *لولوة*، ۹۴؛ کنتوری، ۱۶۶؛ تنکابنی، ۳۱۰؛ خوانساری، ۲۴۷/۴؛ جابلقی، ۷۰/۱؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۵۴/۸؛ آقابزرگ، *الذریعه*، ۵۱/۲۶؛ قیصری، ۱۶۰/۷؛ حسینی دشتی، ۶۲۲/۱) وی از بزرگان علماء اخباری و از سران انتشار اندیشه اخباریگری است (*اسلامیه الشیعه*، ۴۰/۳؛ سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۱۸۶/۱۲).

محمد رضا قزوینی (م بعد ۱۱۳۶ ق)، از فضلا و بزررگان امامیه است که آراءش متمایل به طریقه اخباریان است (قزوینی، *تتمیم امل*، ۱۵۷؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۱۵/۷؛ سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۳۷۰/۱۲).

ابو الحسن فتونی (م ۱۱۳۸ ق)، أبو الحسن بن محمد طاهر بن عبد الحمید بن موسی بن علی بن محمد بن معتوق بن عبد الحمید فتونی نباطی عاملی اصفهانی غروی، محقق مدقق ثقه صالح عادل، صاحب کتاب فوائد الغرویه در زمینه اصول فقه و اصول دین است (صدر، ۴۴۲؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۳۴۳/۷؛ بحرانی، *لولوة*، ۱۰۵). این کتاب در تایید طریقه اخباریان نوشته شده است (زند، ۱؛ امین، *اسلامیه الشیعه*، ۴۱/۳؛ تشیع، ۱۱/۲؛ حسینی دشتی، ۶۲۶/۱). برخی وی را از جمله بزرگان فقهاء اخباری برشمرده اند (معلم، ۱۸۲۶/۵). برخی از دیدگاه های وی که می تواند موید اخباری بودن وی باشد، عدم حجیت اجماع (فتونی، ۲۲۰) و عدم حجیت مفاهیم است (همان، ۲۰۰).

صدر الدین همدانی (م حدود ۱۱۶۰ ق)، سید صدرالدین بن محمد باقر رضوی قمی همدانی، از محققان بزرگ زمان خود بوده است. وی صاحب شرحی بر الوافیه فاضل تونی است. در این کتاب، تمایل وی به طریقه اخباریان آشکار است، البته در اواخر این کتاب به علت تاثیر پذیری از شاگردش، محمد باقر بهبهانی، نظریات وی به طریقه اصولیان نزدیک تر شده است (خوانساری، ۱۲۳/۴؛ امین، *اعیان الشیعه*، ۳۸۶/۷). برخی وی را از جمله اخباریان معتدل برشمرده اند (*اسلامیه الشیعه*، ۴۱/۳؛ تشیع، ۱۱/۲؛ حسینی دشتی، ۶۲۷/۱) که مقدمه تحول به سمت اصولی شدن جامعه علمی فقه شیعه را فراهم کرده اند (مدرسی طباطبائی، ۶۰).

محمد مقابی (م بعد ۱۱۶۹ ق)، شیخ محمد بن علی بن عبد النبی بن محمد بن سلیمان مقابی بحرانی، عالم عامل فاضل کامل، از فقهای اخباری مسلک است. وی در پایان کتاب *مجمع الأحکام فی معرفه مسائل الحلال والحرام* خود را خادم خادمان اساتید اخباریش معرفی

کرده (امین، *اعیان الشیعه*، ۱۱/۱۰) و کتاب *شرح وسائل الشیعه* را در تایید طریقه اخباریان نوشته است (زند، ۱)، البته وی در اوائل کتاب *نخبه الاصول* خود طریقه وسطی بین اخباریان و اصولیان را صحیح معرفی می کند (آقابزرگ، *الذریعه*، ۹۳/۲۳) لذا با توجه به سایر آثار وی شاید بتوان گفت وی اخباری معتدل است.

عبد الله جزائری (م ۱۱۷۳ ق)، سید عبد الله بن سید نورالدین بن سید نعمت الله جزائری از ادامه دهندگان طریقه اخباری است (جابری، ۳۸۵). وی را در زمره رد کنندگان طریق اجتهاد آورده اند (خوانساری، ۲۵۸/۴) که کتاب *ذخیره الباقیه و تحفه السنیه* را در تایید طریقه اخباریگری نگاشته است (زند، ۱).

محمد جعفر خراسانی (م ۱۱۷۵ ق)، محمد جعفر بن محمد طاهر خراسانی کرباسی از شاگردان علامه مجلسی (حسینی، *تلامذة المجلسی*، ۸۸) و شیخ حر عاملی^{۱۰} است. وی همانند اساتید خود، پیرو طریقه اخباریان است (قزوینی، *تتمیم امل*، ۲۲؛ آقابزرگ، *الذریعه*، ۲۸۱/۲؛ *تلامذة المجلسی*، ۸۸؛ سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۳۵۸/۱۲).

عبد علی درازی (م ۱۱۷۷ ق)، شیخ عبد علی بن أحمد بن إبراهیم درازی بحرانی، عالم فاضل فقیه محدث و برادر صاحب حدائق است (امین، *اعیان الشیعه*، ۳۱/۸؛ سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۱۶۹/۱۲). وی مانند برادر خود از جمله فقهای اخباری مسلک است (امین، *مستدرکات اعیان الشیعه*، ۱۵۹/۲). مهم ترین اثر وی کتاب *مبسوط فقهی احیاء معالم الشیعه* است که دارای مقدمه ای اصولی مانند *الحقائق الناضرة* می باشد (آقابزرگ، ۳۰۹/۱). این کتاب در تایید طریقه اخباریان نوشته شده است (اسلامیه الشیعه، ۴۱/۳؛ تشیع، ۱۱/۲؛ حسینی دشتی، ۶۲۶/۱). میرزا محمد اخباری در *منیة المرتاد* وی را از جمله رد کنندگان طریق اجتهاد برشمرده است (آقابزرگ، *الذریعه*، ۳۰۹/۱).

حسن دمستانی (م ۱۱۸۱ ق)، شیخ حسن بن محمد بن علی بن خلف بن إبراهیم بن ضیف الله بن حسن بن صدقة بحرانی دمستانی، عالم فاضل فقیه محدث رجالی محقق مدقق متوفای سال ۱۱۸۱ ق است (امین، *اعیان الشیعه*، ۲۶۰/۵؛ زرکلی، ۲۲۰/۲). وی پیرو طریقه اخباریان و اهل تحقیق و دقت بوده است (قزوینی، *تتمیم امل*، ۱۱۳؛ سبحانی، *موسوعة طبقات الفقهاء*، ۱۰۰/۱۲).

۱۰. سید جعفر حسینی اشکوری، در مقدمه *تحقیق اکلیل المنهج فی تحقیق المطلب*، که از کتب محمد جعفر کرباسی است، وی را از شاگردان شیخ حر عاملی معرفی می کند. (*اکلیل المنهج فی تحقیق المطلب*، ۹)

یوسف بحرانی (م ۱۱۸۶ ق)، شیخ یوسف بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد بن صالح بن أحمد بن عصفور درازی بحرانی، فقیه محدث رجالی و از بزرگان فقهای امامیه است. وی از جمله فقهای اخباری (تنکابنی، ۲۷۶؛ موسوعة الفقهیه، ۶۲/۱؛ جابلقی، ۶۳/۱؛ امین، اعیان الشیعه، ۳۸۵/۱۰) و بلکه از سران و بزرگان این مسلک به حساب می آید (اردبیلی، ۶/۱؛ امین، اعیان الشیعه، ۲۲۳/۳؛ سلامیه/الشیعه، ۶۴/۳؛ هاشمی شاهرودی، ۳۰۲/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۲۰). برخی وی را اخباری معتدل (سلامیه/الشیعه، ۴۱/۳؛ حسینی دشتی، ۶۹۷/۱؛ سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۳۲۳/۱۲) و برخی اخباری صرف معرفی کرده اند (خوانساری، ۲۰۴/۸) برخی نیز معتقدند وی ابتداء اخباری صرف بوده و سپس معتدل شده است (مازندرانی حائری، ۷۵/۷؛ سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۴۳۷/۱۲). برخی طریقه وی را بین اخباری و اصولی می دانند (قیصری، ۱۶۰/۷). با توجه به انتقادهایی که وی بر تندروی های برخی اخباریان دارد و اینکه خود را جدا از طریقه آنان می داند (بحرانی، حدائق، ۱۶۷/۱؛ الدرر النجفیه، ۲۸۷/۳)، شاید اخباری معتدل صفت مناسب تری برای وی باشد.

مهدی فتونی (م ۱۱۸۳ ق)، شیخ أبو صالح محمد مهدی بن شیخ بهاء الدین محمد فتونی عاملی نباطی، از فقهاء زیده و محدثین نخبه امامیه است (صدر، تکمله /مل، ۳۹۲؛ نوری، ۶۴/۲؛ سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۳۹۸/۱۲). وی از اخباریان معتدل و از زمینه سازان استیلای اصولیان بر اخباریان به حساب می آید (صدر، ۳۹۲؛ مدرسی طباطبائی، ۶۰).

موسی بن حیدر (م ۱۱۹۴ ق)، سید أبو الحسن موسی بن حیدر بن أحمد أحد، عالم فاضل محقق مدقق فقیه محدث، از اجداد سید محسن امین صاحب اعیان الشیعه است (امین، اعیان الشیعه، ۱۸۲/۱۰؛ صدر، ۴۰۱). به گفته سید محسن امین، وی مایل به طریقه اخباریان بوده است (امین، اعیان الشیعه، ۱۸۳/۱۰).

محمد حسن بحرانی (قرن ۱۲)، شیخ محمد حسن بحرانی احسائی، فقیهی بلند مرتبه و از اخباریان اهل تحقیق بوده است (قزوینی، تتمیم /مل، ۱۱۳).

داود بحرانی (قرن ۱۲)، شیخ داود بن حسن الجزائری بحرانی، از معاصران عبدالله سماهیجی است که شرح حالش گذشت. عبدالله سماهیجی وی را صالح، دین، صحیح الاعتقاد و مخلص در محبت اهل بیت معرفی کرده است (بحرانی، لؤلؤة، ۳/۱۵). در کتب تراجم کسی به طور صریح به وی نسبت اخباری نداده است، ولی تمجید عبدالله سماهیجی، که از اخباریان افراطی است، از وی و اینکه وی را دارای اعتقاد صحیح می خواند و همچنین رساله وی در

مورد تحریم تنن (بحرانی، لؤلؤة، ۳۸۶؛ جابلقی، ۷۷/۱) که از دیدگاه‌های مشهور اخباریان است، می‌تواند شاهی بر اخباری بودن وی باشد؛ علاوه بر این برخی از محققان معاصر، وی را در شمار اخباریان آورده‌اند (جابری، ۳۷۱).

محمد باقر ترشیزی (قرن ۱۲)، حاج محمد باقر ترشیزی از فقهای محدث و اخباری بوده است (صدر، تتمیم/مل، ۸۰).

محمد باقر رضوی (حدود ۱۱۴۰- قرن ۱۲ ق)، محمد باقر بن محمد تقی حسینی رضوی اصفهانی قمی، جامع علوم و از فقهای اخباری مسلک بوده است (حسینی اشکوری، ۶۰۰/۲).
عبد العظیم استرآبادی (قرن ۱۲)، سید عبد العظیم بن سید عباس استرآبادی، از فقهای اخباری مسلک امامیه است (بحرانی، لؤلؤة، ۷۳/۱۵؛ کنتوری، ۲۷۰؛ تنکابنی، ۲۸۸؛ خوانساری، ۱۸۳/۸؛ جابلقی، ۷۰/۱؛ آقابزرگ، الذریعه، ۷۳/۱۵؛ بهشتی، ۱۴۵) اثر معروف وی رساله‌ای است در مور نماز جمعه که در آن مانند سایر اخباریان وجوب عینی نماز جمعه را اختیار کرده است (آقابزرگ، الذریعه، ۷۳/۱۵).

اخباریان قرن سیزده

مرتضی کشمیری (بعد ۱۲۰۲ ق)، سید مرتضی بن سید محمد کشمیری هندی، مایل به طریقه اخباریان بوده است (کنتوری، ۱۰۴).

شیخ شیب (م بعد ۱۲۱۳ ق)، شیخ شیب بن شیخ راضی الجزائری در تفقه شیوه اخباریان و محدثان را داشته البته بنابر نقلی وی در مباحثاتی که با فرزندان شیخ جعفر کاشف الغطا داشته به طریقه آنان عدول کرده است. وی از شاگردان میرزا محمد اخباری است (امین، اعیان الشیعه، ۳۳۱/۷؛ حکیم، ۳۷۲/۵؛ آقابزرگ، طبقات اعلام الشیعه (کرام البرره)، جزء ۲/قسم ۲ (۶۱۵/۲).

حسین عصفوری (م ۱۲۱۶ ق)، حسین بن محمد بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد بن صالح بن أحمد بن عصفور عبدی درازی شاخوری بحرانی، از مشاهیر علماء امامیه و برادر زاده صاحب حدائق است. وی بزرگ اخباریان در عصر خود بوده (امین، اعیان الشیعه، ۱۴۰/۶؛ طبقات اعلام الشیعه (کرام البرره) جزء ثانی/قسم ۱ (۴۲۷/۱)؛ سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۲۲۶/۱۳؛ جابری، ۳۸۵) و کتاب محاسن النفسانية فی جواب المسائل الخراسانية را در ترجیح طریقه اخباریان نوشته است (آقابزرگ، الذریعه، ۱۲۷/۲۰).

محمد ابراهیم طبسی (م بعد ۱۲۲۴ ق)، مولی محمد ابراهیم بن محمد علی طبسی

خراسانی از شاگردان میرزا محمد اخباری است. وی چند اثر از آثار استادش را به خط خود نگاشته است (آقابزرگ، الذریعه، ۴۷/۴ و ۲۲۱/۱۴ و ۳۷۳/۱۹ و...). اما از آثار خود وی میزان السداد فی ابطال طریقه الظن و الاجتهاد است که در اثبات حجیت اخبار و ترجیح طریق اخباریان نوشته شده است (آقابزرگ، الذریعه، ۳۱۲/۲۳) که بهترین دلیل بر اخباری بودن وی است.

میرزا محمد اخباری (م ۱۲۳۲ ق)، محمد بن عبد النبی بن محمد صانع نیشابوری، عالم ادیب محدث مفسر کلامی و آشنایه علوم غریبه، از اخباریان مشهور است. بسیاری وی را باصفت اخباری معرفی کرده‌اند (کتوری، ۴۳۶؛ خوانساری، ۱۲۷/۷؛ حسینی اشکوری، ۵۲۴/۱؛ بغدادی، هدیه، ۳۶۲/۲؛ زرکلی، ۲۵۱/۶؛ بغدادی، ایضاح، ۲۴۱/۱؛ آقابزرگ، الذریعه، ۳۱۸/۲ و ۳۴۹/۲؛ کحاله، ۳۱/۹؛ حسینی دشتی، ۶۲۶/۱). میرزا محمد از سران انتشار اندیشه اخباری است (اسلامیه/الشیعه، ۶۴/۳؛ سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۴۸۰/۱۳) که تعصب زیادی در اخباریگری و مخالفت با اصولیان ورزیده (امین، اعیان/الشیعه، ۲۲۲/۳؛ اسلامیه/الشیعه، ۳۵/۳؛ قیصری، ۱۶۰/۷) که در نهایت نیز با فتوای برخی اصولیان به قتل رسیده است (امین، اعیان/الشیعه، همان). برخی از دیدگاه‌های اصولی وی که نشان از شدت اخبارگرا بودن وی است اعتقاد به بطلان قیاس اولویت (اخباری، مجموعه ۴۲۰؛ همو، مصادر الانوار، ۴۶) و عدم حجیت مفاهیم (همو، معاول العقول، ۲۶۹) است.

محمد علی قمی (م بعد ۱۲۳۳ ق)، محمد علی بن محمد رشید قمی، ملقب به لسان العارفین، صوفی، فاضل، ادیب و شاعر است. وی اعتقاد شدیدی به طریقه میرزا محمد اخباری داشته و مجموعه آثار میرزا محمد اخباری را پس از وفات وی، در سال ۱۲۲۴ ق کتابت کرده و اشعاری در مدحش سروده است. خود وی نیز از اخباریان بوده و از اصولیان به زشتی یاد کرده است (حسینی اشکوری، ۷۴۷/۲).

حسین بحرانی (م قبل ۱۲۴۰ ق)، حسین بن محمد بن علی بن عیثان بحرانی عالم فاضل ادیب شاعر و از فقهای نیمه قرن سیزده قمری است (حسینی اشکوری، ۱۸۴/۱). وی از بزرگان اخباری در عصر خود محسوب می‌شود (امین، اعیان/الشیعه، ۱۵۹/۶؛ کحاله، ۵۵/۴؛ بهشتی، ۱۷۱). برخی وی را با صفت اخباری نام برده‌اند (آقابزرگ، الذریعه، ۹۶/۲۱ و ۶۳/۲۳). رجوزه فی الاجتهاد و الاخبار، اثر شیخ حسین بحرانی است که در رد اجتهاد و اصول فقه سروده شده است و میرزا محمد اخباری تمام این کتاب را در ضمن مصادر الانوار آورده است (آقابزرگ،

الذریعه، ۴۵۱/۱؛ آقابزرگ، طبقات اعلام الشیعه (کرام البرره) جزء ۲/قسم ۱/۴۲۳). حسین علی لکهنوی (م بعد ۱۲۴۰ ق)، به عنوان اخباری فاضل شناخته می‌شود (آقابزرگ، طبقات اعلام الشیعه (کرام البرره) جزء ۲/قسم ۱/۴۳۷؛ کحاله، ۳۵/۴) برخی وی را با صفت اخباری یعنی حسین علی خان اخباری معرفی کرده‌اند (کتوری، ۶۰۰ و ۲۳۷؛ آقابزرگ، الذریعه، ۶۸/۲۵).

جواد سیاه پوش (م ۱۲۴۷ ق)، محمد جواد بن محمد زینی بن أحمد بن زین الدین حسینی نجفی بغدادی، از شاگردان میرزا محمد اخباری است (آقابزرگ، الذریعه، ۲۲۸/۲ و ۱۰۴/۱). وی را از اخباریان تندرو به شمار آورده‌اند (امین، اعیان الشیعه، ۲۸۰/۵).

حسن عصفوری (م ۱۲۶۱ ق)، شیخ حسن بن شیخ حسین بن محمد بن احمد بن ابراهیم عصفوری درازی بحرانی از مشاهیر علمای اخباری است (آقابزرگ، طبقات اعلام الشیعه (کرام البرره) جزء ۲/قسم ۱/۳۲۴). وی کتاب الفوائد را در تأیید طریقه اخباریان نوشته است (همان؛ آقابزرگ، الذریعه، ۱۶/۳۲۰).

فتح علی زند (م ۱۲۶۱ ق)، از فضلاء اخباری و از شاگردان بزرگان اخباری مانند میرزا محمد اخباری و حسین بن محمد بن علی بن عیثان البحرانی، که شرح حالشان گذشت، بوده است (امین، اعیان الشیعه، ۱۵۹/۶؛ آقابزرگ، الذریعه، ۴۵۱/۱ و ۱۵۲/۳؛ حسینی اشکوری، ۶۲۸/۱). مواضع وی در کتاب معروفش، فوائد الشیرازیه، به خوبی نشان دهنده اندیشه اخباری و ضد اجتهادی وی است (زند، ۱ و ۱۲ و ۱۵۹ و ...).

میرزا علی اخباری (م ۱۲۷۳ ق)، میرزا علی بن میرزا محمد بن عبد النبی بن عبد الصانع نیشابوری اخباری، از نوابغ عصر خود در زمینه فقه و حدیث و علوم غریبه است (اعیان، ۳۰۸/۸). وی مانند پدرش از علماء اخباری بوده (سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۷۳۶/۱۳) و پس از پدرش ریاست معدود اخباریان باقی مانده را برعهده داشته است (جابری، ۴۱۲).

عبدالصاحب دوانی (م حدود ۱۲۷۴ ق)، عبدالصاحب بن محمد جعفر بن عبدالصاحب بن محمد جعفر خشتی دوانی فارسی، از جمله اخباریان معتدل به شمار می‌آید (آقا بزرگ، طبقات اعلام الشیعه (کرام البرره)، جزء ۲/قسم ۱/۷۳۵)، وی در ابتداء اصولی بوده و منتقد اخباریان ولی در سفر به ایران و ملاقات با علماء اخباری مایل به طریقه اخباریان شده و در بازگشتش به عراق در به طور کامل پیرو طریقه اخباریان شده است (آقا بزرگ، طبقات اعلام الشیعه (کرام البرره)، جزء ۲/قسم ۱/۷۳۵؛ حسینی اشکوری، ۲۵۹/۱). وی از شاگردان میرزا محمد اخباری و

مؤلف تحفة الحبيب فی رد دلیل الانسداد و تقویة مشرب الاخباریین است (امین، اعیان الشیعه، ۴۲۶/۳؛ آقابزرگ، الذریعه، ۴۲۶/۳) که دلیل اخباری بودن وی است.

میرزا محمد هندی (م بعد ۱۲۸۵ ق)، میرزا محمد بن کاظم هندی، مشهور به میرزا محمد اخباری است^{۱۱} (آقابزرگ، الذریعه، ۱۹۶/۱۳ و ۱۸۶/۱۶ و ۳۸۵/۲۴).

محمد نجف کرمانی (م ۱۲۹۲ ق)، عالم عارف ادیب فاضل محدث اهل عرفان و از فقهاء اخباری مسلک است (بغدادی، هدیه، ۳۸۰/۲؛ بغدادی، ایضاح، ۴۳۳/۱؛ آقابزرگ، الذریعه، ۶۲/۲ و ۲۱۵/۷؛ امین، اعیان الشیعه، ۷۹/۱۰؛ سبحانی، موسوعة طبقات الفقهاء، ۴۸۰/۱۳ و ۶۴۳/۱۳؛ صائب، ۳۴۳).

علی حسینی (م بعد ۱۲۹۷ ق)، سید علی بن اسماعیل بن زین العابدین حسینی، دارای کنیه ابی الفضائل و ملقب به محدث سنجانی، از فقهای اخباری مسلک است (آقابزرگ، الذریعه، ۲۳۵/۱۱). وی کتاب حملات اللیث را در بیان فرقهای بین اخباریان و اصولیان و رد طریقه مجتهدان نگاشته است (آقابزرگ، الذریعه، ۲۸۱/۲۶).

محمد باقر لاری (م قرن ۱۳)، شیخ محمد باقر بن محمد علی لاری دشتی، شاگرد میرزا محمد اخباری است. وی تعلیقه ای بر کتاب جامع الاحکام رضی الدین محمد شیرازی دارد که نشان دهنده فضل وی در مباحث حدیثی است (حسینی اشکوری، ۵۸۹/۲) و تالیفی به نام کلمات الحقایق فی شرح الرسالة البرهانیة دارد که در دفاع از اعتراضات وارده بر رسالة البرهانیة میرزا محمد اخباری نوشته است (آقابزرگ، الذریعه، ۹۲/۳؛ آقابزرگ، الذریعه، ۱۱۴/۱۸) این بیانگر پیروی وی از استادش و اخباری مسلک بودن وی است.

یاد علی هندی (م قرن ۱۳ ق)، سید یاد علی بن ممتاز علی حسینی واسطی باره‌ای ابرستابادی هندی، از شاگردان میرزا محمد اخباری، و از اخباریان تندرو است. وی مجتهدین را خارج از طریقه مذهب دانسته و با آنان دشمنی می‌کرده است. اثر وی تحفة الاخوان در رجم شیطان، و ملقب به کشف الحال از اهل بدعت و ضلال است (حسینی اشکوری، ۸۶۵/۲) که در این کتاب اصولیان را متهم به عدم متابعت از ائمه نموده است.

حسن علی صاحب (م حدود ۱۳۰۰ ق)، حاج حسن علی صاحب هندی حسینی جنفوری، معروف به اخباری است (آقابزرگ، الذریعه، ۴۵۷/۳). آقا بزرگ در الذریعه نام وی را با صفت اخباری نیز آورده است (همان، ۲۹۱/۱).

۱۱. وی با میرزا محمد اخباری معروف (م ۱۲۳۲) متفاوت است.

محمد حسینی (م حدود ۱۳۰۰ ق) محمد بن علی محمد بن ... امام زین العابدین (ع)، از اخباریان تند رو و نقاد اصولیون بوده است. (حسینی اشکوری، ۵۳۸/۱).

اخباریان قرن چهارده

میرزا حسین اخباری (م ۱۳۱۸ ق)، میرزا حسین بن میرزا علی بن میرزا محمد اخباری، مانند پدران خود از فقهای اخباری مسلک است (امین، *اعیان الشیعه*، ۱۲۶/۶). از جمله آثار وی در *المنظوم فی نفی تقلید غیر المعصوم* است (آقابزرگ، *الذریعه*، ۷۸/۸) که بیانگر حرمت تقلید از مجتهدان است. این مطلب یکی از عقاید اخباریان و شاهدی بر اخباری بودن وی به حساب می آید.

مایل علی تویسرکانی (م بعد ۱۳۳۰ ق)، مایل علی بن ابی القاسم تویسرکانی، فاضل، ادیب و جامع علوم اسلامی از فضلاء قرن چهاردهم است. از نوشته های وی اخباری بودنش آشکار می گردد (حسینی اشکوری، ۴۶۰/۱).

عباس ارومی (م بعد ۱۳۵۶ ق)، میرزا عباس بن ابی القاسم بن محمد بن صفی جعفر آبادی ارومی، عالم عامل فاضل کامل، از فقهای اخباری است (حسینی اشکوری، ۲۶۰/۱). محمد رضا چاله حصاری (م ۱۳۷۷ ق)، شیخ محمد رضا افضل بن حاج آخوند چاله حصاری طهرانی، معروف به اخباری است (آقابزرگ، *الذریعه*، ۳۰۵/۱۸) و برخی وی را با صفت اخباری معرفی کرده اند (آقابزرگ، *الذریعه*، ۱۴۰/۱۲؛ مشار، ۴۳۷۴/۴ و ۵۳۹۲/۵).

علی بن حبیب (ق ۱۴)، شیخ علی بن حبیب من آل شبیر خاقانی معاصر آقا بزرگ تهرانی و مشهور به محدث اخباری است (آقابزرگ، *الذریعه*، ۳۸/۷ و ۸۵/۷). وی صاحب کتابی است به نام *حق المبین* که در رد *صحیفه المجتهدین والمحدثین* اثر سید مهدی قزوینی کاظمی نوشته شده است (همان و ۲۴/۱۵)، و همچنین ردی بر *حلیه النجیب*، اثر دیگر سید مهدی قزوینی کاظمی که در عدم جواز تقلید ابتدایی از میت است نگاشته به نام *حق المصیب* (آقابزرگ، *الذریعه*، ۸۴/۷) و در آن قائل به جواز تقلید ابتدایی از میت شده، که این نیز می تواند شاهد بر اخباری بودن وی باشد.

از اخباریان قرن چهاردهم اثری در دسترس نیست تا بتوان با بررسی آن به دیدگاه های اخباریان این قرن دست پیدا کرد.

افراد دیگری نیز در برخی کتب به عنوان اخباری یا با صفت اخباری معرفی شده‌اند که با توجه به کمی اطلاعات در موردشان نمی‌توان مطمئن به اخباری بودنشان شد. این افراد عبارت‌اند از:

سید شبر اخباری نجفی (امین، *اعیان الشیعه*، ۳۳۰/۷)، مهدی بن اسدالله لاهیجی (آقابزرگ، *الذریعه*، ۷۵/۲۶)، جعفر بن محمد قطیفی اخباری (آقابزرگ، *الذریعه*، ۳۲۹/۳)، مولوی حسن یوسف اخباری (آقابزرگ، *الذریعه*، ۴۲۶/۳ و ۹۶/۲۰)، مولوی حسین یوسف اخباری (آقابزرگ، *الذریعه*، ۲۰۸/۵)، محمد بن سید صدر الدین محمد بن سید محمد نصیر مدرسی، مشهور به اخباری (آقابزرگ، *الذریعه*، ۱۹۸/۶ و ۱۱۰/۲۰)، سید صدر الدین بن نصیر الدین ابن میرزا صالح طباطبائی زواری اردکانی یزدی، معروف به اخباری (آقابزرگ، *الذریعه*، ۴۲/۶)، یوسف علی حسینی اخباری (امین، *اعیان الشیعه*، ۲۲۹/۱۰؛ آقابزرگ، *الذریعه*، ۹۴/۲ و ۲۱۳/۵؛ حسینی، فیض الاله، ۷۶)، حاج احمد میرزا لکهنوی، که از وی به عنوان ازهد المحدثین و أروع الأخباریین یاد شده است (آقابزرگ، *الذریعه*، ۷۴۰/۹ و ۲۸۱/۲۶)، شیخ احمد عصفوری اخباری (ذریعه، ۹/ق ۷۳۸/۳)، شیخ عیسی بن حسن اخباری (آقابزرگ، *الذریعه*، ۴۲/۲۴)، حسن یوسف بن أحمد میرزا بن محمد میرزا بن إبراهيم بن خیرة الله بن ملا مهدی کشمیری هندی حائری، معروف به اخباری است (آقابزرگ، *الذریعه*، ۱۵۸/۷ و ۶۵/۱۶ و ۱۴۷/۲۵).

جدول معرفی اخباریان و کتب معرفی کنه آنان به عنوان اخباری

اسامی اخباریان	حاج میرزا ابوالوا	ملی الآمال	بعلیه	کشف الحجب	طرائف العقال	روضات الجنات	هدیه العارفين	عبان الشیعه	الاسلامیه الشیعه	الذریعه	معجم المؤلفین	تراجم الرجال	دائر المعارف بزرگ اسلامی	موسوعه طبقات فقها	معارف و معارف	سبأ منابع
محمد استرآبادی ۱۰۲۸										۴۸/۳					۶۱۸/۱	

مطالعات اسلامی-فقه و اصول							شماره ۱۰۴
۱۷۹/۴	روضات	منبع الحیاة ۴۸	۵۵/۱	فوائد الشيرازيه ۱	۱۱/۲	فوائد الشيرازيه ۱	۱۲/۲
۳۶۷/۲	بصاح المكنون	۳۸۹/۴	۳۳۲/۱۱	۱۶۰/۷	۶۲۶/۱	۶۲۶/۱	۶۲۶/۱
		۲۹۳/۱۱					
			۱۶۰/۷		۱۶۰/۷		
		۵۳۴/۱					
			۱۵۷/۱۳		۱۲/۱۲		
					۱۷۸/۲		
				۴۱/۳	۴۰/۳		۴۱/۳
۲۸۰/۱۰			۳۷۵/۹			۳۵۵/۶	۳۶/۶
			۳۰۱/۲		۳۰۱/۲		
		۲۱۷/۴	۱۴۳/۴		۹۰/۶	۲۶۹/۳	
		۷۷/۱			۷۵/۱		
					۱۱۶		
						۲۸۹/۱	
۱۰۹۸	سيد ميرزا جزائري ولي الله حسيني	۱۰۹۶	۱۰۹۶	رضي الدين قزويني	۱۰۹۶	خليل غيازي	۱۰۷۶
قون ۱۱					۱۰۹۱	۱۰۸۹	۱۰۸۱

۲. مستدرکات اعيان الشيعه، ۳۰۴/۲؛ مقدمه فقه شيعه ۵۹.

۳. موسوعه الفقهيہ، ۶۲/۱؛ دائرة المعارف فقه مقارن، ۱۲۰.

۴. فوائد الشيرازيه، ۱.

جباري ٣٨٥ فوائد الشيرازيه ١	فوائد الشيرازيه ١	دائرة المعارف ١١/٢ تشيع	مكارم الأكرار ١٨٢٦/٥ فوائد الشمس ازيه ٨١	اصل الامل ١٥٦	فوائد الشيرازيه التميز ٢٢٠	مقدمه مفاتيح ٣١ ٧٣٧٩/٤ ريجانه	فكر السلفي ٣٨٠ مقدمه فقه شيعه
		٦٢٦/١	٦٢٦/١		٦٢٦/١		٥٩
				٣٧٠/١٢		٣٤١/١١	
					١٦٠		
					٥١/٢٦	٢٥٠/١	
		٤١/٣	٤١/٣		٦٤		٦٤/٣
	١١/١٠	٣٨٦/٦		١٥/١	٧/٣٥	٨/٢١	
٢٥٨/٤		١٢٣/٤			٢٧٤/٤		١٦/٤
					٧٠/١		٣٨٧/٢
					١٦٦		
					٩٤		٩
عبدالله جزائري ١١٧٣	محمد مقابي ١١٦٩	صدر الدين همداني ١١٦٠	ابوالحسن فتوني ١١٣٨	محمدرضا قزويني ١١٣٦	عبدالله سماهجي ١١٣٥	عبدالله بن عبد الله نورالدين اخباري ١١٢٧	سليمان بن عبد الله نورالدين ١١٢١

٧. بحار الانوار، ١٠٢/٥٨.

٨. دائرة المعارف تشيع، ١١/٢.

تتميم اصل الامر ٨٠			قصص العلماء ١٤٥ ٢٨٨		المفصل في تاريخ النجف اشرف ٣٧٢/٥	٣٨٥ جابري		الاعلام ٢٥١/٦ يضاح المكنون ٢٤١/١	٧٤٧/٢
								٦٢٦/١	
						٢٢٦/٣		٤٨٠/١٣	
								١٦٠/٧	
	٦٠٠/٢							٥٢٤/١	
								٣١/٩	
		٧٣/١٥				١٢٧/٢٠	٣١٢/٢٣	٣١٨/٢	
								٦٤/٣	
					٣٣١/٧	١٤٠/٦		٢٢٢/٣	
								٣٦٢/٢	
								١٢٧/٧	
		١٨٣/٨							
		٧٠/١							
		٢٧٠	١٠٤					٤٣٦	
		٦٣							
محمّد باقر محمد باقر رضوي توشه‌ي (قون ١٢) (قون ١٢)		استرآبادي قرن ١٢ ١٢٠٢	مردالاعظم ١٢٠٢	كشميري شيخ شبيب ١٢١٣	حسن عصفوري ١٢١٦	محمّد ابراهيم ١٢٢٤	محمّد ميرزا ١٢٣٢	اخباري ١٢٣٢	١٢٣٣ ق

بهار ۱۳۹۵														۵۷
اخباری کیست؟														
مایل علی	۱۳۳۰	توسر کانی											۴۶۰/۱	
عباس ارومی	۱۳۵۶	لعد											۲۶۰/۱	
محمدرضا چالاه علی	۱۳۷۷	حصاری											۱۴۰/۱۲	فهرست کتاب های چاپی فارسی ۴۳۷۴/۴
قون ۱۴		بن حبيب											۳۸/۷	
مهدی بن اسدالله		لاهیجی (قون ۱۴)											۷۵/۲۶	

نتیجه گیری

نتایجی که از این پژوهش به دست می آید عبارت اند از:

۱. از تعریف اخباریان، نمی توان به ملاک دقیقی برای شناخت موردی فقهای اخباری دست پیدا کرد؛ علاوه بر این از ملاک های احتمالی که به ذهن می رسد، مانند تعریف فقیه از خودش، اخباری بودن شاگردان یا اساتید یک فقیه و تفاوت هایی که بین اخباریان و اصولیان ذکر شده است، نیز دستیابی به ملاک قطعی برای مصداق یابی فقهای اخباری ممکن نیست. بنا بر این برای شناخت اخباریان می بایست به کتب تراجم رجال و کتاب شناسی رجوع کرد، که البته با توجه به اختلاف نظر این کتب در موردی، رجوع به آثار خود فقها نیز برای فهم اخباری بودن با نبودنشان باید صورت گیرد.

۲. با توجه به بررسی مفصلی که در کتب مذکور و کتب فقها برای یافتن شخصیت های اخباری انجام شد، هفتاد تن از فقهای امامیه، در این پژوهش به عنوان فقیه اخباری مسلک

معرفی شده‌اند، که از این تعداد هجده نفر از فقهای قرن یازده، بیست و شش نفر از فقهای قرن دوازده، بیست نفر از فقهای قرن سیزده و شش نفر از فقهای قرن چهارده هستند. این آمار می‌تواند بیانگر میزان رواج اندیشه اخباری در قرن‌های یازده تا چهارده باشد.

۳. در معرفی فقهای اخباری، معمولاً در کتب مذکور، از چند شیوه استفاده شده است، در مواردی در ذکر توانمندی‌ها و قابلیت‌های یک فقیه، از او به عنوان اخباری نیز یاد شده است مانند شیخ حر عاملی و فیض کاشانی در کتاب *طرائف المقال*، در مواردی به طور عادی برای ذکر مسلک فقهی یک فقیه وی را اخباری مسلک معرفی نموده‌اند، که شایع‌ترین شیوه معرفی یک فقیه به عنوان اخباری است. در مواردی نام فقهی با صفت اخباری همراه شده است که این نیز شیوه شایعی است، مانند علی نقی شیرازی، نورالدین اخباری، میرزا محمد اخباری، حسین بحرانی و در مواردی با بیان اینکه یک فقیه پیرو محمد امین استرآبادی است یا پیرو اخباریان است و یا بیان حمایت یا میزان ارادت او به اخباریان، به عنوان اخباری معرفی شده است یا اینگونه برداشت می‌شود مانند شیخ حر عاملی، حسین عینائی، حسین دمستانی، محمد مقابی و

۴. شواهدی برای شناخت اخباریان وجود دارد، که از آن جمله داشتن اساتید یا شاگردان اخباری است، مانند محمد استرآبادی، رضی الدین قزوینی، علی اصغر قزوینی و ...، که دارای شاگردان و اساتید اخباری هستند، مخالفت با برخی آراء مشهور اصولیان یا موافقت با برخی آراء مشهور اخباریان، مانند وجوب نماز جمعه یا حرمت شرب توتون و ... توسط فقهایی مانند عماد الدین بن یونس، زین الدین بن محمد، جمال الدین فسایی و ...، داشتن کتبی در رد اجتهاد و برخی مباحث اصول فقهی، مانند محمد ابراهیم طبسی، حسین بحرانی، زین الدین بن محمد و این موارد دلیل قطعی براخباری بودن یک فقیه نیست ولی در مواردی به عنوان شاهد می‌تواند بکار گرفته شود.

۵. برخی از اخباریان، افراطی معرفی شده‌اند، مانند عبدالله سماهیجی، جواد سیاه پوش و محمد حسینی، و برخی معتدل مانند مهدی فتونی و عبدالصاحب دوانی و بسیاری به طور مطلق اخباری شمرده شده‌اند؛ البته در مورد اعتدال یا افراط برخی از اخباریان اختلاف نظر وجود دارد مانند فیض کاشانی، محمد طاهر قمی، یوسف بحرانی و با توجه به عدم وجود ملاک قطعی در اعتدال یا افراطی بودن اخباریان، در اغلب موارد به طور حتم نمی‌توان حکم به معتدل یا افراطی بودن فقهی کرد، حتی در مواردی در اخباری یا اصولی بودن یک فقیه نیز

اختلاف نظر وجود دارد که اغلب با مراجعه به آثار او می‌توان مسلک فقهی او را تشخیص داد، مانند فاضل تونی، خلیل غازی قزوینی و سلیمان بن عبد الله.

۶. برخی از افراد به عنوان اخباری یا با صفت اخباری معرفی شده‌اند که با توجه به کافی نبودن اطلاعات در موردشان نمی‌توان حکم قطعی به اخباری بودنشان نمود مانند سید شبر اخباری نجفی، جعفر بن محمد قطیفی اخباری، مولوی حسن یوسف اخباری و... .

منابع

اخباری، علی، *سبکة اللجین فی الفرق بین الفریقین*، نسخه الکترونیک از سایت آل عصفور:

<http://www.al-asfoor.org/books/index.php?id=1235>

اخباری، میرزا محمد، *مجتهد و اخباری*، نوشته شده در ضمن یک مجموعه، موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره نسخه ۱۹۱۶/۳۰، (ص ۳۷۳ به بعد این مجموعه).

_____، *مصادر الانوار فی تحقیق الاجتهاد و الاخبار*، نوشته شده در ضمن یک مجموعه، موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره نسخه ۷۶۰۷/۳، (ص ۴۴ بعد این مجموعه).

_____، *معاول العقول فی قطع اساس الاصول*، موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره نسخه ۷۷۳۹.

اذکایی، پرویز، و دیگران، *دائرة المعارف تشیع*، زیر نظر احمد صدر حاج سیدجوادی، کامران فانی، بها الدین خرمشاهی، تهران: شهید محبی، ۱۳۷۵.

اردبیلی، محمد بن علی، *جامع الرواة و اراحة الاشتباهات عن الطرق و الاسناد*، بی‌جا، مکتبه المحمدی، ۱۳۳۱.

استرآبادی، محمد بن علی بن ابراهیم، *آیات الأحکام فی تفسیر کلام الملک العلام*، تهران: کتابفروشی معراجی، ۱۳۹۴ ق.

استرآبادی، محمد امین بن محمد شریف، *دانش نامه شاهمی*، نسخه خطی موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره ثبت ۸۶۲۷۶.

_____، *الحاشیه علی الاصول الکافی*، مصحح و محقق: مولی خلیل قزوینی و علی فاضلی، قم: دارالحديث، ۱۴۳۰ ق.

افندی اصفهانی، عبد الله بن عیسی بیگ، *ریاض العلماء و حیاض الفضلاء*، تحقیق احمد حسینی اشکوری، قم: منشورات مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۳ ق.

٦٠	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ١٠٤
	امین، حسن، <i>دائرة المعارف الاسلاميه الشيعه</i> ، بیروت: دارالتعارف، ١٣٨٠-١٣٨٤.	
	امین، محسن، <i>أعيان الشيعة</i> ، تحقیق: حسن امین، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، بی تا.	
	انصاری، محمد علی، <i>موسوعة الفقهية الميسره</i> ، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ١٤١٥ ق.	
	آقا بزرگ طهرانی، محمد محسن، <i>الذريعة الى تصانيف الشيعة</i> ، بیروت: دارالاضواء، ١٤٠٣ ق.	
	_____، <i>طبقات اعلام الشيعة (كرام البرهه)</i> ، مشهد: دارالمرتضى، ١٤٠٤ ق.	
	بحرانی، یوسف بن احمد، <i>درر النجفية من الملتقطات اليوسفية</i> ، بیروت: دار المصطفى لإحياء التراث، ١٤٢٣ ق.	
	_____، <i>الحداثق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة</i> ، محقق: محمد تقی ایروانی- سید عبد الرزاق مقرر، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٥ ق.	
	_____، <i>لولوة البحرين فى الاجازات و تراجم رجال الحديث</i> ، تحقیق: سید محمد صادق بحر العلوم، مكتبة فخر اوى، ١٤٢٩ ق.	
	بغدادی، اسماعیل، <i>ايضاح المكنون فى الذيل على كشف الظنون عن اسامى الكتب الفنون</i> ، بیروت: دارالاحياء التراث العربی، بی تا.	
	_____، <i>هدية العارفين اسماء المؤلفين وآثار المصنفين</i> ، بیروت: دارالاحياء التراث العربی، ١٩٥١ م.	
	بوسنیه، منجی، <i>موسوعة اعلام العلماء و الادباء العرب و المسلمين</i> ، بیروت: دارالجليل، ١٤٢٥ ق.	
	بهشتی، ابراهیم، <i>اخباریگری (تاریخ و عقاید)</i> ، قم: سازمان چاپ و نشر دارالحديث، ١٣٩٠.	
	تبریزی، علی بن موسی، <i>مرآة الكتب</i> ، تحقیق: محمد علی حائری، قم: مكتبة آیت الله مرعشی، ١٤١٤ ق.	
	تکابنی، محمد، <i>قصص العلماء</i> ، انتشارات علمیه اسلامی، ١٣٦٤.	
	جابری، علی حسین، <i>الفکر السلفی عند شیعة الاثنی عشری</i> ، قم: دارالاحياء، ١٤٠٩ ق.	
	جابلقی بروجردی، علی اصغر، <i>طرائف المقال فى معرفة طبقات الرجال</i> ، تحقیق: مهدی رجائی، قم: مكتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی، ١٤١٠ ق.	
	جزائری، محمد، <i>تابعه فقه و حدیث</i> ، اصفهان: انتشارات حسینیہ عماد زاده، ١٣٩٤ ق.	
	جزائری، نعمت الله بن عبدالله، <i>منبع الحیاة</i> ، بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ١٤٠١ ق.	
	جواهری، محمد، <i>المفيد من معجم رجال الحديث</i> ، قم: المحلاتی، ١٤٢٤ ق.	
	حر عاملی، محمد بن حسن، <i>امل الآمل</i> ، تحقیق: سید احمد حسینی، نجف: مطبعة الآداب، ١٣٨٥ ق.	
	_____، <i>الفوائد الطوسية</i> ، محقق: سید مهدی لاجوردی حسینی، محمد درودی، قم: چاپخانه علمیه، ١٤٠٣ ق.	
	_____، <i>وسائل الشيعة فى تحصيل احكام الشريعة</i> ، قم: مؤسسة آل البيت عليهم	

- السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
- حسینی اشکوری، احمد، *تراجم الرجال*، قم: مكتبة آيت الله العظمى مرعشي نجفی، ۱۴۱۴ ق.
- حسینی دشتی، مصطفی، *معارف و معارف*، قم: دانش، ۱۳۷۶.
- حسینی، جلال الدین، *فيض الإله في ترجمة القاضي نور الله*، بی جا، بی تا، ۱۳۶۷ ق.
- حکیم، حسن عیسی، *المفصل فی تاریخ النجف الاشرف*، قم: مطبعة الحیدریه، ۱۳۸۵.
- خوانساری، محمد باقر بن زین العابدین، *روضات الجنات فی احوال العلماء و السادات*، قم: اسماعیلیان، ۱۳۹۰ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *معجم رجال الحديث*، بی جا، بی تا، ۱۴۱۳ ق.
- زرکلی، خیرالدین، *الاعلام*، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۹۸۰ م.
- دزفولی، محمد، *فاروق الحق*، نسخه خطی نوشته شده در حاشیه کتاب حق المبین، موجود در کتابخانه آستانه مقدسه قم: شماره ثبت ۸۷۷.
- زند، فتحعلی، *فوائد الشیرازی*، نسخه خطی موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره ثبت ۸۱۰۹.
- سبحانی تبریزی، جعفر، *موسوعة طبقات الفقهاء*، قم: موسسه امام صادق علیه السلام، بی تا.
- _____، *ادوار الفقه الامامی*، قم: موسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
- سرکیس، یوسف الیان، *معجم المطبوعات العربیة والمعرّبة*، قم: مكتبة آية الله المرعشي النجفی، ۱۴۱۰ ق.
- سماهیجی، عبد الله بن صالح، *منية الممارسين*، چاپ شده در ضمن *میراث اسلامی ایران*، به کوشش رسول جعفریان، قم: کتابخانه بزرگ حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره)، ۱۳۷۷.
- صدر، حسن، *تكملة امل الامل*، تحقیق: سید احمد حسینی، قم: مكتبة آيت الله مرعشي، ۱۴۰۶ ق.
- عبد الحمید، صائب، *معجم مورخی الشیعه الامامیه - الزیدیه - الاسماعیلیه*، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
- فاضل تونی، عبد الله بن محمد، *الوافیه فی اصول الفقه*، تحقیق: محمد حسین رضوی شمیری، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *الحق المبین فی کیفیة التفقه فی الدین*، محقق: میر جلال الدین حسینی ارموی، ناشر: محقق.
- قزوینی، خلیل بن غازی، *شرح عدة الاصول*، نسخه خطی موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره ثبت ۶۱۳۸۹.
- قزوینی، رضی الدین، *لسان الخواص*، نسخه خطی موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره

ثبت ۸۹۷۳۰.

قزوینی، عبد‌النبی بن محمد تقی، *تتمیم امل الآمل*، تحقیق: سید احمد حسینی، قم: مکتبه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۷ ق.

قمی، محمد طاهر، *رساله نماز جمعه*، چاپ شده در دوازده رساله فقهی درباره نماز جمعه، به کوشش رسول جعفریان، قم: موسسه انصاریان، ۱۴۲۳ ق.

قیصری، احسان، *دائرة المعارف بزرگ اسلامی*، زیر نظر محمد کاظم موسوی بجنوردی، تهران: مرکز دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۶۷.

کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *حق المبین فی تصویب المجتهدین و تخطئة الاخباریین*، استفاده از نسخه الکترونیکی سایت مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی <http://islamicdoc.org/Multimedia/fbook/3505/index.htm>

کحاله، عمر رضا، *معجم المؤلفین*، بیروت: مکتبه المثنی - دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.

کرباسی، محمد جعفر بن محمد طاهر، *اکلیل المنهج فی تحقیق المطلب*، قم: دارالحديث، ۱۴۲۵ ق.
کرکی، حسین ابن شهاب الدین، *هدایة الابرار الی طریق الاثمة الاطهار (ع)*، مصحح: رئوف جمال الدین، بی جا، بی تا، ۱۹۷۷ م.

کتوری، اعجاز حسین بن محمد قلی، *کشف الحجب و الاستار عن اسماء الکتب و الاسفار*، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۹ ق.

ماحوزی بحرانی، سلیمان ابن عبدالله، *مجموعه*، نسخه خطی موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره ثبت ۱۹۱۶.

مازندرانی حائری، محمد بن اسماعیل، *منتهی المقال فی احوال الرجال*، قم: موسسه آل البيت، ۱۴۱۶ ق.

مازندرانی، محمد صالح بن احمد، *شرح الکافی - الاصول و الروضه*، تحقیق: ابوالحسن شعرانی، تهران: المکتبه الاسلامیه، ۱۳۸۲ ق.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الاثمة الاطهار*، بیروت: موسسه الطبع و النشر، ۱۴۱۰ ق.

_____، *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*، محقق: هاشم رسولی محلاتی، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۴ ق.

_____، *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*، محقق: مهدی رجائی، قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، *روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*، تحقیق: حسین

- موسوی کرمانی، علی پناه اشتیاردی، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ ق.
- مدرس، محمد علی، *ریحانه الادب فی تراجم المعروفین بالکنیه او اللقب*، تهران: خیام، ۱۳۶۹.
- مدرسی طباطبائی، حسین، *مقدمه ای بر فقه شیعه*، مترجم: محمد آصف فکرت، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی، ۱۳۶۸.
- مشار، خان بابا، *فهرست کتاب های چاپی فارسی*، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتب، بی تا.
- معلم حبیب آبادی، محمد علی، *مکارم الآثار در احوال رجال دو قرن ۱۳ و ۱۴*، اصفهان، کمال، ۱۳۶۲.
- مکارم شیرازی، ناصر، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.
- مؤسسه دائرة معارف الفقه الإسلامی، *موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الإسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- نباطی فتونی، ابوالحسن بن محمد طاهر، *الفوائد الغرویة*، موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره نسخه ۴۷۷ ط.
- نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، تحقیق: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۸.
- هاشمی شاهرودی، محمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۴
بهار ۱۳۹۵، ص ۹۰-۶۵

بررسی تأثیر پیش فرض‌ها در فهم و راه‌های کنترل آن‌ها از منظر هرمنوتیک فلسفی و علوم اسلامی*

دکتر علیرضا عابدی سرآسیا

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: a-abedi@um.ac.ir

سمیه ذوقی

دانش آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: smr.zo1515@gmail.com

چکیده

دست‌یابی به فهمی درست یا مطلوب، از جمله دغدغه‌های هر مفسر یا نظریه‌تفسیری است. یکی از اموری که به عنوان مانعی جدی در دست‌یابی به این مهم تلقی شده، دخالت پیش فرض‌ها است. در این نوشتار که پژوهشی توصیفی و تحلیلی و با ابزار گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای و اسنادی است، سعی شده است تا پس از بررسی ماهیت و انواع پیش فرض‌ها و نیز تأثیر پیش فرض‌ها در فهم و مخل یا ضروری بودن آن از نگاه اندیشمندان هرمنوتیک فلسفی و علوم اسلامی نظیر تفسیر و اصول فقه، به توصیف و تحلیل راه‌های ارائه شده در این علوم جهت جلوگیری یا کنترل پیش فرض‌ها و میزان موفقیت هر علم در این امر پرداخته شود. در نهایت نشان داده شده است که به کار گرفتن مزایای روش هرمنوتیکی نظیر گشودگی، دیالکتیک و دور هرمنوتیکی در کنار مزایای روش اصولی-تفسیری از جمله توجه به ظهور نوعی و قصد ظاهری و قراین و شواهد عامه‌ای همچون اصول لفظیه از یک سو و توجه به صلاحیت‌های روحی و اخلاقی مفسر از سوی دیگر، می‌تواند نقایص هر یک از این دو روش را بر طرف ساخته و تعامل مکمل گونه‌ای میان این دو علم برقرار سازد.

کلیدواژه‌ها: پیش فرض، پیش‌داوری، (پیش‌داشت، پیش‌نگرش، پیش‌برداشت)، تعدیل و کنترل پیش فرض‌ها، تفسیر به رای.

مقدمه

بدون شک دست‌یابی به فهمی درست یا مطلوب، یکی از آرزوهای مهم هر مفسر و یکی از دغدغه‌های اصلی هر نظریه‌تفسیری است. علم اصول فقه، به مثابه علمی که کشف و پی‌ریزی قواعد فهم درست شریعت را مدنظر داشته و علم هرمنوتیک به منزله علمی که نظریه فهم را مورد مطالعه قرار داده و به بررسی ماهیت، اهداف، عوامل، موانع و ضوابط فهم در ارتباط با تفسیر نشانه‌ها می‌پردازد،^۱ دو علمی هستند که ارتباط زیادی با مسئله فهم درست و عوامل و موانع رسیدن به آن دارند.

از جمله اموری که از آن به عنوان مانعی جدی در دست‌یابی به فهم درست یا مطلوب تعبیر شده است، مسئله دخالت پیش‌فرض‌ها است. اما این‌که آیا لزوماً دخالت تمامی پیش‌فرض‌ها در فهم مخل است، و آیا این دخالت اجتناب‌پذیر است یا خیر، و این‌که آیا راه‌هایی برای کنترل این پیش‌فرض‌ها وجود دارد یا خیر، از مسائل مهمی است که در این نوشتار در صدد بررسی آن از دیدگاه نظریه‌پردازان دو علم هرمنوتیک و اصول فقه هستیم.

تعریف و ماهیت پیش‌فرض‌ها

پیش‌فرض، پیش‌داوری، پیش‌فهم، پیش‌ساختار و چشم‌انداز یا نظرگاه^۲، از جمله واژگانی هستند که اغلب در معنایی نزدیک به هم به کار می‌روند. ظاهراً به سبب وضوح نسبی این مفاهیم است که معمولاً اندیشمندان به تعریف آن‌ها نمی‌پردازند.

در نگاه عرف معمولاً فهم با پیش‌فرض^۳، معادل تفسیر به‌رأی و به معنای تحمیل نظر به متن است و همراه با تعبیری نظیر تعصب و جزمیت و قضاوت عجولانه به کار برده می‌شود. در این کاربرد می‌توان گفت: پیش‌فرض‌ها عبارت‌اند از یک سلسله تصورات و تصدیقات که از منبعی بیگانه با متن اخذ شوند و بدون توجه به متن و ویژگی‌ها و شواهد تفسیری آن، بر آن تحمیل شوند.

اما در هرمنوتیک فلسفی و نظریات متأثر از آن در مفهوم پیش‌فرض نوعی توسعه داده شده و سعی شده است بار منفی این واژه خنثی شود. در این تلقی، پیش‌فرض‌ها یک سلسله باورها، انتظارات و نگرش‌هایی‌اند که فهم هر متنی، براساس آن صورت می‌گیرد.

۱- برای مشاهده تعاریف مختلف هرمنوتیک و نقد و بررسی آن‌ها نگ: عابدی، سرآسیا، بررسی امکان...، ۲۲.

2 - Perspektive=Perspective

3 - Annahme=Assumption

معنای اول را اصطلاح خاص و معنای دوم را اصطلاح عام پیش‌فرض می‌نامیم. مشابه دو اصطلاح عام و خاص را در مورد پیش‌داوری^۱ نیز مشاهده می‌کنیم. در دیکشنری کمبریج، پیش‌داوری به عنوان «یک نظر و یا احساس ناعادلانه و غیر منطقی، به‌ویژه هنگامی که بدون فکر و دانش کافی شکل گرفته باشد» تعریف شده است (Cambridge Advanced Learner's Dictionary) در دانشنامه آزاد ویکشنری، برخی معانی رایج پیش‌داوری این گونه ذکر شده است: ۱. قضاوت منفی یا نظر شکل گرفته از قبل یا بدون اطلاع از حقایق. ۲. نگرش، ترس یا نفرت خصمانه و غیر منطقی نسبت به یک چیز. ۳. هرگونه نظر یا احساس پیش‌انگاشته، اعم از مثبت یا منفی. (en.wiktionary.org) این معانی (به جز مورد اخیر) نوعی بار منفی را به همراه دارند.

اما ولف گونتر یانکوویچ^۲، فیلسوف آلمانی و معاصر و هم‌درس گادامر، تعبیر دیگری از پیش‌داوری ارائه می‌دهد. از نظر وی پیش‌داوری مجموعه‌ای از باورها، اعتقادات و رسوبات فرهنگی است که فرد از جامعه خود به ارث می‌برد. این امور سنگ بنای فهم فرد را تشکیل می‌دهند و همیشه اشتباه نیستند. از طرفی، از آنجا که خود فرد به بسیاری از تأثیر و تأثرات سنت و رسوبات فرهنگ و اجتماع آگاهی ندارد، ممکن است هیچ‌گاه به چگونگی این تأثیر و تأثرات پی نبرد. بنابراین، پیش‌داوری در بسیاری موارد به آگاهی فرد در نمی‌آید تا نوبت به عمل اخلاقی وی در قبال آن [نظیر اجتناب از آن] برسد. یانکوویچ با توجه به این نکات پیش‌داوری را به امری که در نظر فرد به طور بدیهی صادق است، تعریف می‌کند. در این معنا تمامی پیش‌فرض‌های ناآگاهانه، و داده‌ها و دانسته‌های مسلّم انگاشته‌شده که فرد آن‌ها را از بررسی نقادانه و ژرف‌اندیشی محققانه بی‌نیاز می‌بیند مصداقی از پیش‌داوری محسوب می‌شوند (Fischer, pp.16-17).

بنابراین می‌توان گفت پیش‌داوری در معنای عام حکمی است که قبل از بررسی و تایید، پذیرفته شود؛ و در معنای خاص و منفی به معنای باور خطا و نادرست و یا قضاوت عجولانه و غیر منطقی می‌باشد.

«پیش ساختار» نیز از جمله واژه‌های هم سو با پیش‌فرض می‌باشد.

از منظر مارتین هایدگر^۳ فهم دارای ساختار سه‌گانه‌ای است که تمامی موارد از قبل فهمیده

1-Vorurteil= Prejudice

2-Wolf Günther Jankowitz.

3- Martin Heidegger

شده را به صورت پیش‌فهم‌هایی در اختیار انسان قرار می‌دهد. (احمدی، ۴۲۱؛ ریخته‌گران، ۲۱۳-۲۱۴؛ Heidegger, 191-193) این ساختار سه گانه عبارت‌اند از:

۱. پیش‌داشت^۱؛ به معنای درکی کلی از زمینه موضوع.
۲. پیش‌نگرش^۲؛ چشم انداز یا دیدگاهی که در آن کنش تأویل روی می‌دهد.
۳. پیش‌برداشت یا پیش‌دریافت^۳؛ که همان انتظارهای ما از تأویل‌اند؛ انتظارهایی که پیشاپیش شکل گرفته‌اند.

واژه دیگر که برخی موارد هم ردیف با پیش‌فرض به کار می‌رود، «پیش‌دانسته» است. منظور از پیش‌دانسته‌ها، اطلاعات بیرونی مفسر و برگرفته از زمینه اجتماعی، سیاسی و فرهنگ هر عصر است؛ یعنی آگاهی از شاخه‌های مختلف علوم انسانی، انسان‌شناسی، جامعه‌شناسی، باورهای فرهنگی، دینی و حتی آداب و رسوم رایج در هر عصر، اطلاع از اختراعات و اکتشافات قوانین حاکم بر جهان، همه را در برمی‌گیرد (حق پناه، ۱۴۴). با توجه به تعاریفات فوق و با ملاحظه قرابت این اصطلاحات می‌توان گفت پیش‌فرض، مفهوم وسیعی دارد که هر یک از اصطلاحات پیش‌دآوری، پیش‌فهم، نظرگاه و پیش‌ساختار را در بر می‌گیرد و مقصود ما نیز در این تحقیق، همین معنا است. اما باید توجه داشت که همین اصطلاح نیز گاهی در یک معنای عام و مثبت به کار می‌رود و زمانی در یک معنای خاص و منفی.

پیش‌فرض‌ها در کاربرد عام و مثبت مجموعه‌ای از تصورات و تصدیقات هستند که به طور آگاهانه یا ناآگاهانه توسط مفسر، صحیح یا مطلوب فرض شده و پذیرفته شده‌اند و فهم امور معنادار، مبتنی بر آن‌ها شکل می‌گیرد. اما پیش‌فرض‌ها در کاربرد خاص و منفی، مجموعه‌ای از تصورات و تصدیقات هستند که از پیش، یعنی پیش از مواجهه با متن و شواهد تفسیری و بدون توجه به آن‌ها، توسط مفسر پذیرفته شده و به متن تحمیل می‌شوند.

اقسام پیش‌فرض‌ها

برای پیش‌فرض‌ها از جهات مختلف، تقسیمات متفاوتی ارائه شده است؛ که به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم.

1 - Voehabe = Fore having

2 - Vorsicht = Fore sight

3 - Vorgriff = Fore Conception

برخی (سبحانی، ۶۸-۷۱) پیش فرض‌ها را به سه دسته تقسیم کرده‌اند:

۱. پیش فرض‌های مشترک؛ در تفسیر هر پدیده‌ای باید یک رشته پیش فرض‌هایی محترم شمرده شود تا راه تفسیر باز گردد. باید فرض کنیم: نویسنده متن عاقل بوده است، و بر ضد غرض خود، کاری صورت نداده، بر خلاف قواعد زبان چیزی نوشته و... این نوع پیش فرض‌ها نه تنها مانع فهم حقیقت نیستند، بلکه نردبان فهم حقیقت و وسیله استنتاج و به زبان آوردن متن به‌شمار می‌روند.

۲. پیش فرض‌های غیر مشترک؛ تفسیر هر پدیده بر اثر پیشرفت علم بر پایه یک رشته اصولی استوار است که همگان آن را قبول دارند. این پیش فرض‌ها در واقع و ذهن، یکسان می‌باشند. مثلاً یک فرد ریاضی دان در حل مسائل ریاضی از چهار عمل اصلی و نظایر آن نتیجه می‌گیرد و یا مجتهدی بر اساس حجت بودن قول یک فرد ثقه، حکمی را از روایتی که او از معصوم نقل می‌کند استنباط می‌کند.

۳. پیش فرض‌های تطبیقی؛ اصولی است که با معیارهای غیر قطعی به اثبات رسیده (نظیر فرضیه داروین در مورد تکامل انسان) اما مفسر آن‌ها را واقعی تلقی می‌کند و مبنای تفسیر خود قرار می‌دهد. پیش داوری‌های تطبیقی، بسیار گمراه کننده بوده و مفسر باید از آن کاملاً پرهیز کند (پیشین، ۷۱). در حقیقت این پیش فرض‌ها در تطبیق و تحمیل معنا - نه کشف معنا- اثر می‌گذارند و موجب تفسیر به‌رأی می‌شوند (خسرو پناه، ۱۵۳).

در تقسیمی دیگر، با تأکید بر لزوم تاثیر برخی از پیش فرض‌ها، دو نوع دیگر از پیش فرض‌ها ارائه شده است (خسرو پناه، ۱۵۳):

۱. مقدمات استخراجی و استنتاجی: پیش فرض‌هایی که همچون چرخ و ریسمان نسبت به استخراج آب از چاه، به مفسر برای کشف مراد مولف کمک می‌کنند. مانند لزوم یادگیری زبان عربی برای فهم قرآن.

۲. پیش فرض‌های استفهامی یا پرسشی: پیش فرض‌هایی است که زمینه ساز طرح پرسش از متن‌اند، ولی پاسخی را به متن تحمیل نمی‌کنند.

تقسیم دیگر توسط رودلف بولتمان ارائه شده است. وی معتقد است دو نوع پیش فرض وجود دارد: یکی پیش فرض‌های مربوط به روش و دیگری پیش فرض‌های مربوط به نتایج. در مورد روش باید گفت که بدون طرح سؤال نمی‌توان متن را فهمید، هر کس با توجه به علاقه‌هایی که دارد سوالاتی را بر متن مطرح می‌سازد. از نظر وی اینکه هر مفسری ناگزیر

است تا با یک سلسله پیش فرض‌ها سراغ متن برود، مهم نیست، مهم آن است که مفسر در نتایج تفسیر خود هیچ‌گونه پیش فرضی را دخالت ندهد (نصری، ۱۸۰).

تأثیر پیش فرض‌ها در فهم از نگاه هرمنوتیک فلسفی

پیرامون نقش پیش فرض‌ها در فهم به طور یکسان موضع گیری نشده است. نظریه مشهور و قدیمی آن است که دخالت پیش فرض‌ها در فهم، جریان فهم درست را مختل کرده و منجر به سوء فهم می‌شود، اما اغلب هرمنوتیسین‌های مدرن و خصوصاً هرمنوتیسین‌های فلسفی بر این باورند که دخالت پیش فرض‌ها در فهم نه تنها مخل نیست، بلکه ضروری نیز می‌باشد و بدون آن اساساً فهمی صورت نمی‌گیرد.

بر اساس تلقی اول که می‌توان گفت تلقی رایج در مورد فهم است و هنوز نیز طرفداران زیادی دارد، انسان به عنوان یک فاعل شناسا، در برابر چیزی به عنوان موضوع شناسایی قرار می‌گیرد؛ فاعل شناسا - اگر در پی فهمی درست باشد- پیش‌داوری‌ها و پیش فرض‌های خود را کنار می‌نهد و با ذهنی خالی، به سراغ موضوع می‌رود؛ و تنها در این صورت است که می‌تواند به فهمی درست و قابل قبول دست یابد.

اما به نظر می‌رسد نظریات جدید در مورد فهم، اشکالاتی را به این تلقی سنتی وارد آورده است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها این است که اساساً کنار نهادن پیش فرض‌ها نه ممکن است و نه مطلوب. دخالت پیش فرض‌ها امری ناخودآگاه، اجتناب‌ناپذیر و ضروری است و از این رو، هر مفسری موضوع شناسایی را از زاویه دید خود و با عینک پیش فرض‌ها و پیش فهم‌های خود مشاهده می‌کند.

البته مسئله تأثیر اجتناب‌ناپذیر و بعضاً ناخودآگاه پیش فرض‌ها، در میان هرمنوتیسین‌های کلاسیک نیز مطرح بوده و برای نمونه، افرادی نظیر کلادنیوس^۱ (۱۷۱۰-۱۷۵۹) درویزن^۲ (۱۸۰۸-۱۸۸۴)، و امیلیو بتی^۳ (۱۸۹۰-۱۹۶۸) بر این نوع تأثیر صحنه گذارده‌اند، اما این گروه چندان نگران آن نبودند که این دیدگاه، آن‌ها را در وادی نسبیت آراء و عقاید دراندازد و تاویل عینی را نفی کند؛ زیرا همواره معتقد بودند که برخی فهم‌ها آشکارا نادرست‌اند؛ و از سوی دیگر، تمامی فهم‌های متفاوت را لزوماً نادرست نمی‌دیدند؛ زیرا معتقد بودند که در پس

1 - Johannes Martin Chladenius

2 - J.G.Droysen

3 - Emilio Betti

این دیدگاه‌های مختلف، امری واقعی به عنوان موضوع وجود دارد که مفسر با ذهنیت خود به سراغ جنبه‌ای از جنبه‌های متنوع آن می‌رود. (واعظی، احمد، ۴۴۹-۴۵۲؛ ریخته‌گران، ۶۳ و ۸۳-۸۴)

پس از این، نوبت به نظریه پردازان هرمنوتیک فلسفی می‌رسد. این گروه با محور قرار دادن ماهیت فهم، و نتایج به دست آمده در این زمینه، بر تاثیر پیش‌فرض‌ها تأکید بیش‌تری نهادند. هیدگر هرگونه فهم و تفسیری را مبتنی بر پیش ساختار می‌داند (هابرماس، ۸۹؛ واعظی، احمد، ۱۶۵-۱۶۶؛ ریخته‌گران، ۲۱۳-۲۱۴). به نظر وی امکان‌هایی از این پیش‌ساختارها برای انسان ممکن نیست (هابرماس، پیشین). «این پیش‌ساختار، مانع از آن است که ما موضوعی -چه شیء خارجی و چه مکتوب- را فارغ از پیش‌فرض‌ها و پیش‌داوری‌ها، فهم و تفسیر کنیم. ذهن ما در هر تفسیر، پیش‌تر مشحون از فهمی آغازین از آن موضوع است و این نکته به واقعیت "هستی-در جهان" ما باز می‌گردد» (واعظی، احمد، ۱۶۶). به اعتقاد هیدگر آدمی موجودی است واقع شده در تاریخ و به ناگزیر در زیر سیطره وضعیت و شرایط خاص آن قرار دارد. این تاریخمندی در نحوه نگرش و فهم او به امور مختلف موثر است (هوی، ۱۴۲). در نتیجه تفسیر همواره تحت تاثیر دیدگاه مفسر صورت می‌گیرد و مفسر هرگز نمی‌تواند به نقطه آغازی برسد که بلاواسطه و به دور از پیش‌داوری باشد؛ شهودی بی‌واسطه از نوعی که دکارت، در پی آن بود. (رایت...[و دیگران]، ۲۸۰)

گادامر، دیگر نظریه‌پرداز هرمنوتیک فلسفی، معتقد است پیش‌داوری و پیش‌فرض، شرط ضروری هر فهم تاریخی و غیر تاریخی است و ما تنها به اعتبار پیش‌داوری‌هایمان می‌توانیم بفهمیم و نه با کنار گذاشتن و رها شدن از قید و بند آن‌ها (نیچه...[و دیگران]، ۱۳-۱۴). به اعتقاد او دخالت پیش‌فرض‌ها نه تنها لزوماً منفی نیست؛ بلکه شرط تحقق فهم است و از این رو، مخالفت با آن‌ها، غیرممکن و نامطلوب می‌باشد (گادامر، «زبان...»، ۲۲۳؛ Gadamer, 399).

پالمر، که از مدافعان نظریه گادامر است، در راستای دفاع از تاثیر پیش‌فرض‌ها، می‌نویسد: «پیش‌داوری‌ها چیزی نیستند که ما بایست از آن‌ها چشم‌پوشیم یا می‌توانیم از آن‌ها چشم‌پوشیم. این پیش‌داوری‌ها اساس وجود ما هستند و اصلاً به واسطه همین پیش‌داوری‌هاست که ما قادر به فهم تاریخ هستیم. ... هیچ تأویل بی‌پیش‌فرضی امکان وجود ندارد.» (پالمر، ۲۰۲-۲۰۱).

پل ریکور^۴، فیلسوف فرانسوی نیز معتقد است هر خوانش از یک متن، همواره درون یک جامعه، یک سنت و یک جریان زنده اندیشه صورت می‌گیرد که همگی پیش‌فرض‌ها و الزاماتی را به همراه دارند (نیچه... [و دیگران]، ۱۱۰-۱۱۱).

کارل پوپر^۵ در نقد اندیشه فرانسیس بیکن^۶ چند مطلب را بیان می‌کند که در این زمینه بسیار مفید است:

۱. این اندیشه بیکن که باید ذهن را از همه پیش‌داوری‌ها، یعنی نظریه‌ها و اندیشه‌های پیشینی خالی ساخت، سخنی خام و نادرست است. ۲. قاعده «ذهن خود را از همه پیش‌داوری‌ها خالی ساز» این نتیجه خطرناک را برای محقق به بار می‌آورد که پس از یکی دو بار تلاش عملی برای شناسایی یک پدیده، تصور کند که به کشف حقیقت نایل آمده است و همین امر، پیش‌داوری‌ها و تعصبات شدیدتری را به طور ناخودآگاه برای محقق پیش می‌آورد. ۳. ما همواره بر مبنای نظریه‌ها به مشاهده و بررسی امور می‌پردازیم؛ هر چند اوقات از آن آگاه نیستیم. به جای حذف نظریه‌ها باید تلاش کرد تا نظریه‌های بدیل را پیدا کرد و به مقایسه یک نظریه با نظریه‌های دیگر پرداخت (ببینید: پوپر، اسطوره چارچوب، ۲۰۷-۲۰۶. به نقل از: نصری، پیشین، ۱۴۵)

در ارزیابی و جمع‌بندی مطالب فوق توجه به چند نکته ضروری است:

نکته اول: مطالب فوق در نگاه بدوی حاکی از دو موضع‌گیری متناقض و مخالف از ناحیه دو گروه می‌باشد: گروهی که تفسیر مطلوب را تفسیری می‌دانند که خالی از پیش‌فرض‌ها باشد و گروهی که خالی کردن ذهن از پیش‌فرض‌ها را سخنی خام و نادرست و حتی ناممکن و نامطلوب می‌شمارند. اما با اندکی دقت در سخنان بالا و نیز آنچه در تعریف پیش‌فرض‌ها بیان شد به خوبی دانسته می‌شود که نزاع میان دو گروه، نزاعی لفظی است و توهم وجود نزاع میان این دو دسته در حقیقت ناشی از غفلت از معنای دوگانه پیش‌فرض‌هاست. گروهی که دخالت پیش‌فرض‌ها را ضروری می‌شمارند آن را به معنای عام آن اخذ کرده‌اند و گروهی که دخالت آن را مخل می‌دانند، معنای خاص پیش‌فرض‌ها را مد نظر دارند.

نکته دوم: حقیقت آن است که دخالت پیش‌فرض‌ها، در مفهوم عام آن، امری است که معمولاً ناخودآگاه و حتی احياناً اجتناب‌ناپذیر است و وجدان خودآگاه بشری نیز شاهد

4 Paul Ricoeur

5 Karl Popper

6 Francis Bacon

دخالت ناخودآگاه پیش‌فرض‌ها است؛ همان‌گونه که اساساً برای تفاوت فهم‌ها از یک متن مشخص، نمی‌توان دلیلی موجّه‌تر از تفاوت در پیش‌فرض‌ها پیدا کرد. اما از این امر نباید این گونه نتیجه گرفت که فهم عینی یا شناخت حقیقت یا کشف نیت مولف ناممکن است. سرّ این مطلب امکان تصحیح و تعدیل پیش‌فرض‌هاست که، همان گونه که اشاره خواهد شد، حتی اندیشمندان هرمنوتیک فلسفی نیز بدان معترف‌اند.

این مطلب، نفی دخالت پیش‌فرض‌ها نیست؛ بلکه نقد سخن کسانی است که به جهت دخالت پیش‌فرض‌ها، کشف حقیقت یا شناخت نیت مؤلف یا فهم عینی را غیر ممکن می‌دانند. در حقیقت این افراد، از دخالت پیش‌فرض‌ها بیش از آنچه باید، نتیجه گرفته‌اند. آنچه محلّ به فهم اصیل است نه دخالت پیش‌فرض‌ها به طور مطلق، که تحمیل پیش‌فرض‌های بیگانه با متن است.

نکته سوم: با توجه به مفهوم عام پیش‌فرض‌ها می‌توان برای پیش‌فرض‌ها انواعی را در نظر گرفت که در مباحث قبلی مورد اشاره قرار گرفت. بدون شک دخالت همه انواع پیش‌فرض‌ها در فهم نمی‌تواند مطلوب باشد و منجر به فهمی اصیل گردد؛ و همان گونه که اشاره خواهد شد، حتی هرمنوتیسین‌های فلسفی نیز به این مطلب توجه داشته و نسبت به تحمیل پیش‌فرض‌ها و عواقب سوء آن هشدار داده‌اند.

تاثیر پیش‌فرض‌ها از نظر اصول فقه و علوم اسلامی

در ابتدا باید تذکر داد که مسئله تاثیر پیش‌فرض‌ها در فهم را با عباراتی شفاف و صریح و با ادبیات کنونی، احتمالاً نمی‌توان در میان اندیشمندان متقدم و حتی متأخر مشاهده نمود و بیشتر باید در میان اندیشمندان معاصر سراغ آن را گرفت.

برای نمونه، علامه طباطبایی به عنوان یکی از بزرگ‌ترین مفسران قرن اخیر، نسبت به تحمیل پیش‌فرض‌ها اظهار کرده است که نباید در تفسیر، به جای تکیه بر معلوماتی که برگرفته از خود متن و مدلول عبارات آن است، بر معلوماتی که برگرفته از نظریه‌های فلسفی، فرضیه‌های علمی، یا مکاشفات عرفانی است اتکا و رکون داشت؛ یعنی نباید آن‌ها را بر متن تحمیل کرد و به عبارت دیگر نباید متن را بر پیش‌فرض‌ها تطبیق داد. این تطبیق بدان معناست که معلومات بیرونی را مسلم انگاشته و به عنوان زیربنای بحث بپذیریم و بحث را بر آن مبتنی ساخته و عبارات متن را بر مبنای آن توجیه نماییم. (طباطبایی، ۴-۱۱)

همچنین ایشان ضمن اشاره به این که تکیه به پیش فرض‌های عادی و اولیه موجب بدفهمی می‌شود، بر ضرورت بازنگری در پیش فرض‌ها تاکید می‌کند:

«تکیه و اعتماد بر آنچه بدان انس و عادت داریم در فهم معانی آیات، مقاصد آن را پراکنده و فهم را مختل می‌سازد... و همین مسئله موجب شده که مردم به فهم‌های عادی و مصداق‌های "ذهن آشنا"ی خود در فهم معنای آیات بسنده نکنند.» (همان، ۱۱)

استاد مطهری، دیگر اندیشمند معاصر نیز در موارد متعددی این واقعیت را مورد اشاره قرار می‌دهد که فهم انسان تحت تاثیر شخصیت و روحیات خود اوست و برداشت‌های وی هر قدر که بی‌غرض باشد، باز هم خالی از تاثیر پیش فرض‌ها نیست؛ هر چند ایشان این مطلب را صددرصد قبول ندارند و معتقدند این باور منجر به نسبی دانستن تمام فهم‌ها به مفهوم بد کلمه نیست؛ زیرا برای انسان قدرت تسلط بر نفس و اصلاح پیش فرض‌ها وجود دارد. (نگ: مطهری، علل گرایش به مادیگری، ۳۲؛ همو، فلسفه تاریخ، ۱/ ۱۹۵-۱۹۷)

آیت الله جوادی آملی، فیلسوف و مفسر قرآن، در مورد لزوم دخالت پیش فرض‌ها معتقد است: «نباید هنگام تفسیر متون نقلی دین، درصدد تخلیه عقل و تجرید ذهن بود؛ زیرا چنین کاری بر فرض امکان هرگز دینی نیست؛ بلکه باید کوشید مطالب مدهون، موهون و موهوم ذهنی از مبادی مرصوص و مرصون برهانی پالایش شود تا وهم به جای عقل قرار نگیرد و چنین کاری هم ممکن و هم لازم است و هم فی الجمله واقع شده است.» (جوادی آملی، ۱۹۸/۱)

اندیشمندان اصولی نیز بحث پیش فرض‌ها را با این عنوان و تحت فصل مستقلی مورد بحث قرار نداده‌اند اما می‌توان از خلال مباحث متعدد و پراکنده اصولی به نظر ایشان در این زمینه دست یافت. از جمله این مباحث مسئله تفسیر به‌رأی، ذیل بحث حجیت ظواهر قرآن است.

اصولیان در رد دلایل اخباری مسلکان که با استناد به حدیثی از پیامبر اکرم (ص) که «تفسیر به‌رأی» را مذمت نموده‌اند،^۷ عمل به ظواهر قرآن را مصداق تفسیر به‌رأی دانستند، به تعریف تفسیر به‌رأی پرداخته‌اند. از نظر ایشان تفسیر به‌رأی که از آن نهی شده است به معنای حمل کلام بر معنای ظاهری خود نیست؛ بلکه به معنای دخالت رأی و نظر مفسر در حمل لفظ بر معنایی خلاف ظاهر و یا دخالت نظر وی در حمل لفظی که مجمل بوده و فاقد ظهور است بر

۷. «من فسر القرآن برأیه فقد افتری علی الله الکذب» (حر عاملی، ۱۹۰/۲۷).

یکی از دو احتمال معنایی‌اش می‌باشد. (انصاری، ۱۴۲/۱؛ آخوند خراسانی، ۲۴۸ - ۲۸۳؛ خوئی، مصباح‌الاصول ۱۲۵/۲؛ آل‌شیخ راضی، ۳۳۶/۵-۳۳۸)

در حقیقت، تفسیر به‌رأی آن است که انسان عبارتی را صرفاً با استناد به‌رأی و نظر شخصی خودش بر معنایی حمل کند که عرفاً هیچ‌گونه دلالت و ظهوری در آن معنا ندارد و این مصداق بارز تحمیل پیش‌فرض‌ها بر متن است.

از منظر اصولیان از آنجا که هدف، فهم سخن متکلم می‌باشد، دخالت دادن پیش‌فرض‌ها و اعتماد به آن‌ها، باعث نسبت دادن نظریات و عقاید شخصی مفسر به متکلم می‌گردد. (آل‌شیخ راضی، ۲۳۸/۵) هنگامی که مفسر مرتکب تفسیر به‌رأی می‌شود، حتی اگر برداشت از کلام متکلم صحیح باشد، باز هم مستوجب توبیخ و مجازات است؛ زیرا چنین مفسری از یک سو در استنباط مطلب، به‌رأی خود بسنده می‌کند و به ادله آن نمی‌پردازد؛ و از سوی دیگر در اسناد محتوای آن به متکلم، به پندار خویش مراجعه می‌کند، نه به شواهد عقلی و نقلی. (جوادی‌آملی، ۱۸۴/۱)

پس در این نظریه، معیار تفسیر به‌رأی و به تعبیری تحمیل پیش‌فرض آن است که خود عبارت و شواهد مرتبط بدان، ظهوری در آن معنا نداشته باشد. در واقع در تفسیر به‌رأی، مفسر به تحمیل پیش‌فرض‌ها به متن و یا تطبیق متن بر پیش‌فرض‌هایش می‌پردازد.

اما اگر بخواهیم تعبیری دقیق‌تر و جامع‌تر در ارائه نظر اصولیان و مفسران داشته باشیم، باید بگوییم که بررسی موضع‌گیری‌های ایشان در مواضع مختلف نشان می‌دهد که: تفسیر به‌رأی و تحمیل پیش‌فرض‌ها در جایی است که فهم بر مبنای پیش‌فرضی صورت گرفته باشد که بیگانه با متن است.

مقصود از پیش‌فرض بیگانه با متن آن است که از پیش‌فرض‌های اشتراکی نباشد یا برگرفته از منبعی بیگانه با متن باشد.

پیش‌فرض‌های اشتراکی-در این تعبیر- اموری هستند که بین مولف و مفسر مشترک بوده و مولف در تفهیم عبارات بدان‌ها تکیه کرده و عبارات را با توجه به آن‌ها صادر کرده است. افزودن این قید برای آن است که به اتفاق اصولیان، صاحب شریعت، برای بیان مطالب و مقاصد خود از روش جدیدی استفاده نکرده و قواعد تازه‌ای پیریزی نکرده است؛ بلکه معانی مد نظر خود را با تکیه به همان قواعد عمومی محاوره بیان کرده است. بر این اساس، پیش‌فرض‌های محاوره‌ای که برگرفته از قواعد عمومی محاورات و مبانی عقلایی مکالمات

است، نظیر حجیت ظواهر کلام در جایی که قرینه‌ای بر خلاف آن نباشد، پیش‌فرض‌های بیگانه با متن محسوب نمی‌شوند و فهم بر اساس آن‌ها نه تنها تفسیر به‌رأی و مذموم نیست، که ضروری و مطلوب است.

همچنین پیش‌فرض‌های برگرفته از علومی که در راستای شناخت ظواهر کلام و قواعد محاوره هستند، نظیر علم لغت و صرف و نحو و معانی و منطق و اصول فقه، در همین دسته جای می‌گیرند و به اتفاق اصولیان و مفسران، فراگیری آن‌ها ضروری بوده و فهم بر اساس آن‌ها، تفسیر به‌رأی محسوب نمی‌شود. (زرکشی، ۱۶/۱؛ سیوطی، ۲۱۰/۴؛ رضایی اصفهانی، ۲۴۷)

اما فید دوم، یعنی پیش‌فرض‌های برگرفته از منبعی بیگانه با متن، برای آن است که پیش‌فرض‌های برگرفته از سنت معتبر (قول و فعل و تقریر معصوم)، بیگانه با متن قرآن محسوب نمی‌شود و شاهدی درونی به حساب می‌آید (چرا که خود قرآن، رسول را مبین قرآن خوانده و امر به تبعیت از رسول و اولی الامر کرده است). این قید در مورد فهم سایر کتب نیز صادق است و بنابراین، استشهاد به سایر عبارات مولف در فصول دیگر کتاب و حتی در سایر کتب وی، و یا شواهد زندگی نامه‌ای مولف، شاهدی درونی محسوب می‌گردد و تفسیر به‌رأی و تحمیل پیش‌فرض شمرده نمی‌شود.

راه‌های جلوگیری یا کنترل پیش‌فرض‌ها از نگاه هرمنوتیک

با نگاهی دقیق به مباحث مطرح شده پیرامون پیش‌فرض و تاثیر آن در نگاه هرمنوتیسین‌ها، در می‌یابیم حتی افرادی چون هیدگر و گادامر که فهم را در گرو دخالت پیش‌فرض‌های مفسر دانسته و جلوگیری از دخالت آن را امری بیهوده خوانده‌اند نیز به صحت تمام پیش‌فرض‌ها اعتقاد ندارند، به‌گونه‌ای که نسبت به تحمیل پیش‌فرض‌ها بر متن، و مفسر محوری محض، هشدار می‌دهند (برای نمونه ببینید: هوی، ۱۴۶ و ۱۶۸-۱۶۹؛ مجتهد شبستری، ۲۹۰-۲۹۳؛ ریخته‌گران، ۲۲۴-۲۲۵؛ Gadamer, 386).

بنابراین سؤالی که مطرح می‌شود این است که چگونه می‌توان از دخالت منفی پیش‌فرض‌ها جلوگیری کرده و یا آن‌ها را تعدیل و تصحیح کرد؟

به‌طور کلی می‌توان راه حل‌های ارائه شده توسط هرمنوتیسین‌های فلسفی را ذیل چند عنوان جستجو نمود که در ادامه، به توضیح بیشتر پیرامون آن‌ها پرداخته خواهد شد. البته لازم

به تذکر است که هرمنوتیسین‌های کلاسیک نیز به این مسئله توجه داشته‌اند که مد نظر این مقاله نمی‌باشد. اما برای نمونه الگوی ارائه شده توسط بتی را -که شاید بتوان جامع‌ترین مورد در این زمینه دانست- در این فصل به طور مختصر مطرح می‌سازیم. اهمیت الگوی بتی به این جهت است که اولاً نموداری از رویکرد اندیشمندان هرمنوتیک کلاسیک است و ثانیاً می‌توان برخی روش‌های ارائه شده در هرمنوتیک فلسفی را تکامل یافته روش او دانست (نظیر دور هرمنوتیک که نسخه تکامل یافته اصل تمامیت معنا در الگوی بتی است).

۱. قواعد چهارگانه بتی

بتی، به عنوان یک هرمنوتیسین قصدی‌گرا و مولف محور، با پذیرش امکان تاثیر ذهنیت مفسر در فرآیند تفسیر متن، اصول و قواعد چهارگانه‌ای را جهت جلوگیری از این امر پیشنهاد می‌کند (ببینید: گروندن، ۲۰۲؛ واعظی، احمد، ۴۴۵-۴۴۸؛ آیت اللهی، ۵۵)

۱. اصل استقلال هرمنوتیکی؛ موضوع تفسیر نمایانگر ذهنیت صاحب اثر است. بر طبق این قانون مفسر حق ندارد اثر را به لحاظ معنایی مستقل از صاحب اثر بداند، بلکه باید آن را مستقل از ذهنیت بیرونی و با منطق تکوین خویش فهم نماید. بنابراین تناسب با ذهنیت مفسر نباید نقشی در تفسیر داشته باشد.

۲. اصل تمامیت معنا؛ مفاد این اصل تأکیدی بر ارتباط جزء و کل و لزوم توجه به نقش و تاثیر متقابل کل و جزء در فرآیند تفسیر است. معنای جزء باید با تمامیت اثر سازگار باشد و هر جزء از موضوع فقط با توجه به کلیت و تمامیت معنایی آن فهم شود.

۳. اصل فعلیت فهم؛ مطابق این قانون روند بازسازی دنیای ذهنی مولف، در اندیشه‌های مفسر صورت می‌گیرد. از نظر بتی مفسر در فرآیند فهم عنصری فعال است، اما این به معنای پذیرش دخالت ذهنیت مفسر در فهم نیست؛ بلکه تخصص و خبرویت وی در موضوع تفسیر می‌تواند به فهم بهتر و کامل‌تر موضوع کمک نماید.

۴. اصل مطابقت هرمنوتیکی معنا؛ طبق این اصل مفسر باید فعلیت ذهنی خویش را با آنچه از موضوع دریافت می‌کند، در بیش‌ترین سازگاری و تجانس قرار دهد.

۲. انعطاف پذیری

یکی از نکاتی که اندیشمندان هرمنوتیک تأکید زیادی بر آن می‌ورزند و شاید بتوان آن را اصلی‌ترین و مهم‌ترین آموزه هرمنوتیکی در خصوص کنترل و تعدیل پیش‌فرض‌ها دانست، چیزی است که از آن تعبیر به انعطاف پذیری می‌کنیم. گادامر برای اشاره به این مفهوم عبارت

«گشودگی»^۸ را به کار می‌برد: باز بودن به روی متن یا حقیقت.

«مطابق این روش اگر ما خواهان فهم معنای چیزی دیگر باشیم نمی‌توانیم کوکوران به معانی پیشینی خود در مورد اشیاء بچسبیم. البته این بدان معنا نیست که هنگامی که ما به چیزی گوش می‌دهیم یا کتابی را می‌خوانیم، باید تمامی معانی پیشینی خود در مورد موضوع و تمامی عقاید شخصی خود را فراموش کنیم. تمام آنچه خواسته شده است آن است که ما به روی معانی شخص یا متنی دیگر گشوده بمانیم» (Gadamer, 271).

در حقیقت فهم یک متن، متضمن به چالش کشیدن فهم مفسر از موضوع مورد بحث در متن است. تا آن جا که اگر حقیقت ادعایی متن با تلقی مفسر از موضوع مورد بحث سازگاری نداشته باشد، افق فهم او ابتدائاً حقیقت موضوع مورد بحث در متن را نمی‌پذیرد. سپس هنگامی که مفسر به متن اجازه می‌دهد پیش‌داوری‌های او را مورد سؤال قرار دهد و مدعی شود که حقیقت موضوع مورد بحث در متن را می‌شناسد، خود را در اختیار افقی غیر از افق خود قرار می‌دهد. افزایش خود فهمی از جانب مفسر، عموماً متضمن دگرگون شدن پیش‌داوری‌ها و حقیقت‌های ادعایی اوست؛ زیرا وی در تفسیر خود از متن چیزی می‌آموزد. با این همه، ممکن است افزایش خود فهمی، سبب شود تفسیرگر، به جهت آنکه پیش‌داوری‌هایش به چالش تن نمی‌دهند در پیش‌داوری‌های نخستین خود، جازم بماند. (رایت... [و دیگران]، ۲۸۱)

اما چگونه می‌توان این انعطاف‌پذیری و به تعبیر گادامر، باز بودن را در خود ایجاد کرد و از جازم ماندن در پیش‌داوری‌ها دوری گزید؟

یکی از اموری که در تحقق انعطاف‌پذیری نقش بسزایی دارد آموزه جهل است: جهل حکیمانه.

پذیرش قرار گرفتن در موضع جهل، تلاشی است برای تخریب پایه‌های پیش‌داوری‌های جزمی که در ساختار آموزش ادغام شده است (هوی، ۱۶۶). یکی از اثرات آموزه جهل، رفع تهدید جزمیت است (پیشین، ۱۶۷). البته قرار گرفتن در موضع مکالمه نیز خود می‌تواند منجر به انعطاف‌پذیری و قرار دادن مفسر در موضع جهل باشد که در بحث بعدی بدان می‌پردازیم.

نکته دیگر برای تحقق انعطاف‌پذیری و نفی جزمیت، توجه به متغیر بودن پیش‌فرض‌ها و پرهیز از مطلق‌انگاری آن‌ها (پالمر، ۲۵۵-۲۵۶) و در نهایت رضایت به از دست دادن افق ذهنی خود است: مواجهه هرمنوتیکی، انکار یا نفی افق خود آدمی نیست؛ (زیرا آدمی باید از

8 - Offenheit= openness.

طریق آن ببیند و اصلاً هم نمی‌تواند بدون آن ببیند؛ بلکه رضایت به از دست دادن آن، در گشوده شدن خود خواسته آن است (پیشین، ۲۶۹).

۳. گفتگو و دیالکتیک

رابطه دیالکتیکی میان خواننده و متن، از جمله راه حل‌های ارائه شده توسط گادامر است؛ گفتگو میان افق معنایی متن و افق معنایی مفسر (Ricoeur, pp.182-193). در گفتگو، آنچه رخ می‌دهد نه تبعیت محض یکی از طرفین، بلکه تأثر هر یک، از دیگری می‌باشد. گادامر متن را به‌سان طرف دیگر گفتگو در نظر می‌گیرد. از نظر وی ساختار حاکم بر این گفتگو، ساختار پرسش و پاسخ است که نه تنها ما از متن سؤال می‌کنیم، که متن نیز از ما پرسش می‌کند و در همین رابطه دو سویه پیش‌داوری‌ها، انتظارات و علائق ما محک خورده و پرسش مفسر زیر سؤال می‌رود (واعظی، احمد، ۲۴۵؛ پالمر، ۲۵۵-۲۵۶).

گادامر به دو شکل دیالوگ را مانع دخالت ذهنیت مفسر در فهم می‌داند. صورت اول این است که قرار گرفتن در موضع مکالمه، انسان را در معرض انعطاف‌پذیری و در موضع جهل قرار می‌دهد (که در بحث قبلی مورد اشاره قرار گرفت). اگر مفسر که در جایگاه رهبر مکالمه است به راستی برای حصول به حقیقت، پرس و جو می‌کند پس خود پذیرفته است که هنوز حقیقت را نشناخته است. در این صورت است که مکالمه از دانش و شناخت شخصی او فراتر رفته و توسط خود لوگوس هدایت خواهد شد. گادامر بر همین اساس نتیجه می‌گیرد که مکالمه راستین، مانع و رادع ذهنیت است (هوی، ۱۶۶؛ Gadamer, 350).

گادامر در ادامه استدلال خویش می‌گوید که مکالمه راستین، به شکلی دیگر نیز از [دخالت] ذهنیت جلوگیری می‌کند؛ یعنی به واسطه اولویت پدیده «شنیدن» (Gadamer, 438) بر خلاف تجربه دیدن که در آن، چشم بر گرفتن و پرهیز از مشاهده موضوعی خاص، امکان‌پذیر است؛ انسان هرگز نمی‌تواند «گوش برگیرد»؛ بلکه باید به ناچار گوش کند؛ مگر وقتی که زبان (گفتگو) برایش بیگانه است یا کل مکالمه صرفاً در گپ زدن خلاصه می‌شود (هوی، ۱۶۶؛ Gadamer, 350).

در واقع تأثیر مکالمه بر جلوگیری از دخالت ذهنیت زمانی رخ می‌دهد که مفسر بیش از آنکه صرفاً عقاید خود را به متن نسبت دهد، واقعاً بکوشد ناگفته‌های متن را دنبال نماید (هوی، ۱۶۸-۱۶۹؛ Gadamer, 235). در این گفتگو، پیش‌فرض‌ها در قیاس با متن و در مواجهه با آن سنجیده می‌شود و حتی ارتقاء می‌یابد؛ در واقع مفسر با عرضه پرسش‌هایش، که برآمده از

پیش فهم‌های اوست، به متن، به سنجش آن‌ها می‌پردازد و از آنجایی که وی به دنبال کشف حقیقت و نه اثبات پیش فهم‌های خود است، ناگزیر پیش فهم‌هایی را که با حقیقت انطباق ندارند یا نارسا و نا کافی هستند، تشخیص داده و کنار می‌نهد.

در فرایند خواندن، پیش فهم‌هایی که نخست با آن‌ها به متن نزدیک می‌شویم، در جریان دیالوگ خواننده با متن تایید یا تکذیب می‌شوند (هوی، ۳۰۹؛ Gadamer, xix).

۴. دور هرمنوتیکی

یکی از رایج‌ترین اشکال ارائه شده در مورد دور هرمنوتیکی^۹، دور کل و جزء است. طبق این دیدگاه شناخت کل، منجر به شناخت بهتر اجزاء است و شناخت اجزاء، موجب شناخت بهتر از کل می‌باشد. مفسر در پی رفت و بازگشت میان فهم اولیه‌اش از کل، و فهم‌های جدیدش از اجزاء و کل متن، به معنایی هماهنگ و یکپارچه از متن دست می‌یابد. خواننده در این چرخه فهم، در انتظار دستیابی به معنایی یکپارچه و همخوان با تمامیت متن است و رسیدن به کمال معنایی، مطمع نظر اوست و با همین معیار، فهم‌ها و پیش‌داوری‌های نامناسب وی به طور آگاهانه یا ناخودآگاه تصحیح و تعدیل شده و یا کنار گذاشته می‌شوند.

حتی در تحلیل هیدگر که «امکان‌رهایی از پیش ساختارها برای انسان ممکن نیست»، اما امکان تصحیح آن‌ها در چرخه رفت و برگشت با موضوع نوشتار (دور هرمنوتیکی)، و گفتگوی متقابل با آن، فراهم می‌شود (ببینید سخن هیدگر در این زمینه را در: هابرماس، ۸۹). هیدگر ضمن باور به این که تأویل‌ها می‌توانند نارسایی‌ها و نقص‌های خود را بر طرف کنند، می‌گوید وظیفه ما این است که فهم پیشین خود از موضوع را به واسطه «خود چیزها» واریسی کنیم (ببینید: هیدگر، هستی و زمان، ۱۹۵. به نقل از: هوی، «هیدگر و چرخش هرمنوتیکی»، ۳۶۱).

دور هرمنوتیکی اگرچه از طرف صاحب نظرانی نظیر هیدگر و گادامر به عنوان توصیف ماهیت فهم ارائه شده است (Heidegger, 194؛ Gadamer, 261) اما این قابلیت را دارد که به طور خودآگاه و عامدانه ادامه پیدا کند و جنبه توصیه‌ای به خود بگیرد و از این رو می‌تواند به عنوان یکی از مهم‌ترین عوامل فهم متن و پراثرترین روش‌های جلوگیری از تاثیر منفی پیش فرض‌ها محسوب گردد.

۵. متن محوری

با رواج هرمنوتیک فلسفی، موجی از قصدی ستیزی در میان مفسران شکل گرفت و نیت

۹- hermeneutic circle= hermeneutischen Zirkel.

مولف، چیزی بیگانه با معنای متن یا هدف تفسیری انگاشته شد (ببینید: عابدی سرآسیا، بررسی امکان...، ص ۷۲-۷۳). کنار نهادن قصد مولف از فرایند فهم متون، نقش بی بدیلی به مفسر و پیش‌فرض‌های او داده و تفسیر را به فرایندی «دلبخواهی» تبدیل می‌کند.

توجه به ساختار متن و متن محوری^{۱۰} در تفسیر، یکی از عواملی است که می‌تواند تاحدودی از محوریت یافتن پیش‌فرض‌ها جلوگیری کرده و مفهوم دلبخواهی تفسیر را کاهش دهد.

پل ریکور، دانشمند فرانسوی، هرمنوتیسی‌بنی متن محور است که ضمن پذیرش تاویل‌ها و فهم‌های متعدد نسبت به یک متن، اعتقاد دارد تنها راه محدود کردن این فهم‌های متکثر و متعدد، توجه به چارچوب متن می‌باشد؛ وی معتقد است توجه به ساختار متن این فایده را دارد که می‌تواند تاویل‌ها را محدود ساخته تا هر تاویلی قابل پذیرش نباشد (نصری، ۱۲۴).

ریکور می‌کوشد تا ماهیت مصنوعی و دلبخواهی مفهوم هرمنوتیکی برداشت را که توسط شلایرماخر، دیلتای و بولتمان به کارگرفته شده است، کاهش دهد. مفهوم برداشت، آن طور که در آثار این متفکران جلوه‌گر می‌شود، عموماً متضمن این تصور است که معنای متن آن چیزی است که از دید مفسر با قلمرو یا عرصه مورد علاقه شخص او مناسبت یا ربط دارد. ریکور با طرح این استدلال که توضیح و تفسیر، قطب‌های متضاد یک دوگانگی نیستند، بلکه ضرورتاً به هم پیوسته‌اند، می‌خواهد نشان دهد که برداشت لزوماً مفهومی دلبخواهی و مصنوعی نیست: «توضیح، همان آزاد کردن ساخت است؛ یعنی آزاد کردن آن روابط درونی موجد وابستگی که ایستایی متن را تشکیل می‌دهد. تفسیر کردن نیز یعنی به راه افتادن در مسیر اندیشه‌ای که توسط متن گشوده شده است، آغاز حرکت در راه مقصد متن» (ریکور، متن چیست، ۱۹۸؛ به نقل از: هوی، پیشین، ۲۰۷-۲۰۶).

راه‌های جلوگیری یا کنترل پیش‌فرض‌ها از نگاه اصول فقه و علوم اسلامی

بیان شد که در مورد تاثیر ذهنیت مفسر و راه جلوگیری از دخالت منفی آن بحث مستقلی در اصول فقه یا سایر علوم اسلامی منعقد نگشته است، اما در این علوم، یک‌سری مبانی یا مسائل وجود دارد که تاثیر مستقیمی بر تقلیل دخالت منفی پیش‌فرض‌ها داشته و به کنترل پیش‌دآوری‌ها کمک می‌کند؛ که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۱. توجه به ظهور نوعی

در یک دسته بندی، ظهور معنایی لفظ، به ظهور شخصی و نوعی تقسیم می شود؛ (۱) ظهور شخصی - که ظهور ذاتی نیز نامیده می شود- ظهور به وجود آمده نزد یک شخص معین است که به اعتبار حالات، افکار و محیط، نزد اشخاص متفاوت است (صدر، ۱۸۸/۲)، علت ایجاد ظهور ذاتی نزد مخاطب می تواند انس ذهنی وی با یکی از معانی لغت باشد؛ به عنوان مثال کسی که در سرزمین دجله و فرات ساکن است و واژه «ماء» را می شنود، معنای دجله و فرات را برای آن تصور می کند؛ زیرا به خاطر شرایط، ذهنش نسبت به این معنا انس پیدا کرده است (همان). در واقع ظهور شخصی، ظهوری نسبی است که ممکن است از فردی به فرد دیگر متفاوت باشد.

(۲) ظهور نوعی - که ظهور موضوعی نیز گفته می شود- ظهور حاصل شده نزد نوع مخاطبان، به سبب وضع و قواعد لغوی می باشد (ایروانی، ۱۶۵/۲).

توجه به ظهور شخصی، راه را برای دخالت دادن سلیقه و نظرات مفسر باز می گذارد. به عقیده اصولیان آنچه که در فهم و تفسیر حجیت داشته و مورد نیاز است، ظهور نوعی است، نه شخصی (نگ: نائینی، فوائد، ۵۴۷/۱؛ همو، اجود، ۹۴/۲؛ بروجردی، ۴۶۹)؛ به تعبیر دیگر در فهم متون شرعی-که مقام، مقام احتجاج و التزام به کلام است- هدف از فهم، دستیابی به «حجت» است و از این رو ظهور نوعی، کفایت می کند و همین اندازه که عبارت، شأیت و قابلیت افاده یک معنا را با احتمال بیشتری داشته باشد، و در نظر نوع افرادی که آشنا با آن لغت اند، چنین معنایی داشته باشد (و به تبع، همان معنا را مقصود صاحب عبارت بدانند)، کافی است و لزومی ندارد تا شخص مفسر به این مطلب که ظاهر عبارت، مقصود صاحب عبارت نیز بوده، اطمینان یا حتی گمان پیدا نماید.

در واقع متون قانونی و شرعی باید دارای ویژگی ضابطه مندی و مسدود کردن راه های قانون گریزی باشند، و از این رو نمی توان حجیت این متون را مشروط به ظهور شخصی نمود؛ زیرا چنین چیزی، امر حجیت را کاملاً شخصی کرده و بهترین راه فرار از قانون خواهد بود. پس مصلحت قانون مندی و ضابطه مندی قوانین، در گرو اعتبار بخشیدن به ظهور نوعی است، نه ظهور شخصی.

۲. آمیختگی متن محوری و مولف محوری در بحث هدف فهم

در نظریه تفسیری اندیشمندان اسلامی، می توان سه هدف تفسیری متفاوت را شناسایی

نمود که عبارت‌اند از:

- (۱) شناخت مقصود صاحب اثر بطور مطلق (چه مدلول کلام باشد یا نه).
- (۲) شناخت مدلول کلام بطور مطلق (چه مقصود صاحب اثر باشد یا نه).
- (۳) شناخت مدلولی که مقصود صاحب اثر باشد.

دانشمندان اصولی تماماً، به جز شیخ مفید که در مورد کلام الهی متن محور است، تابع نظر سوم هستند (عابدی سرآسیا، هرمنوتیک و اصول فقه، ۱۶). پذیرفتن این مطلب بدان معناست که مفسر ناچار است برای رسیدن به آن هدف تفسیری، در تمامی مراحل تفسیر، پیش فرض‌های خود را با چارچوب‌های دلالتی متن از یک سو؛ و شواهد زبانی دال بر قصد مولف از دیگر سو، محک بزند و این خود، به تعدیل خواسته یا ناخواسته پیش فرض‌ها منجر می‌شود.

۳. توجه به قصد ظاهری

همان گونه که در بحث قبلی اشاره شد، تقریباً تمامی دانشمندان اصولی هدف از فهم را کشف نیت صاحب متن می‌دانند و از این رو در شمار قصدی گرایان و مولف محوران محسوب می‌شوند.

اما از برخی عبارات دانشمندان اصول فقه (نگ: نائینی، فوائد، ۵۴۷/۱؛ همو، اجود، ۹۴/۲؛ بروجردی، ۴۶۹ و نیز ببینید: توجیه شهید صدر را در: شهید صدر، دروس، ۱۷۱/۲) به دست می‌آید که هدف از فهم متون شرعی، کشف قصد واقعی شارع نیست بلکه هدف، رسیدن به قصد ظاهری است.

مشابه این تقسیم را در غرب نیز با عنوان قصد واقعی و قصد فرضی می‌توان مشاهده کرد. قصد واقعی^{۱۱} چیزی است که مؤلف حقیقی، واقعاً قصد کرده است و در مقابل، قصد فرضی^{۱۲} چیزی است که مخاطب آرمانی، آن را به عنوان قصد مؤلف، فهم و تلقی نماید. مخاطب آرمانی کسی است که کاملاً از «ساختار درونی اثر و زمینه احاطه کننده مرتبط با آفرینش اثر» مطلع باشد (Lamarque, 186).

در اصطلاح اصولیان، در حقیقت، قصد ظاهری، همان قصد واقعی است؛ اما از نگاه عرف و اهل محاوره، و نه از نگاه خود شخص. اگر چه اصولیان در پی کشف مراد واقعی شارع

11- Actual intention.

12- Hypothetical intention.

هستند، اما این قصد را از نگاه عرف و با قواعد عقلایی تعیین می‌کنند (عابدی سرآسیا، هرمنوتیک، ۱۸).

حجت دانستن قصد ظاهری، نشان دهنده توجه اصولیان نسبت به اجتناب از برداشت‌های شخصی مفسر است و در واقع راه حلی بیرونی برای عدم دخالت ذهنیت مفسر می‌باشد.

۴. توجه به اصول لفظیه

از نگاه اصول فقه کلام بر دو نوع است؛ نص و ظاهر. «نص» عبارتی است که در آن مقصود صاحب عبارت، کاملاً واضح بوده و عرفاً در مورد آن تنها یک احتمال وجود دارد؛ در مقابل آن اصطلاح «ظاهر» است؛ یعنی عبارتی که در مورد مقصود گوینده آن، چند احتمال وجود داشته اما یک احتمال آن، بر اساس قواعد زبانی و محاوره‌ای، قوی‌تر، و آشکارتر باشد (مشکینی، ۲۳۲-۲۳۳).

در مواردی که عبارت نص نباشد، از آنجا که برای مراد گوینده چند احتمال مطرح است، راه برای برداشت شخصی و ذهنی مخاطب باز خواهد بود.

اما اصولیان برای این مسئله راه حل ارائه داده‌اند؛ در این موارد باید طبق قواعد اصولی، به جستجوی شواهد و قراین زبانی که می‌توانند تعیین کننده مقصود متکلم باشند پرداخت و در صورت عدم دسترسی به چنین شواهدی باید به اصول لفظیه مراجعه کرد.

اهم اصول لفظیه عبارت‌اند از: اصالة الحقیقه، اصالة العموم، اصالة الاطلاق، اصالة عدم التقدير، اصالة الظهور (مظفر، ۳۷/۱-۴۰؛ حکیم، محمد تقی، ۲۲۲). بسیاری از اصولیان بر این عقیده‌اند که اصول لفظیه مذکور، همگی به نحوی به اصالة الظهور بازگشت می‌کنند (مظفر، ۴۰). اصول لفظیه در حقیقت، شواهدی برگرفته از قواعد عقلانی و عادات محاوراتی‌اند، و نوعی قرارداد و تعهد نانوشته‌اند که عقلاً و عرفاً عمومی سخن‌گویان، بر اساس آن، مقاصد خود را می‌فهمانند و مقاصد دیگران را می‌فهمند (تفهیم و تفهم). در حقیقت، این اصول، نمایان‌گر پذیرفتنی‌ترین گمان‌ها و محتمل‌ترین فرض‌ها در مورد معنای مورد نظر مولف، از دید عرف عمومی عقلایند.

۵. لزوم دستیابی به شرایطی برای رسیدن به اجتهاد

اجتهاد را به‌کارگیری نیرو جهت استنباط و کشف حکم شرعی (مراد شارع) تعریف کرده‌اند (خمينی، روح الله، ۶؛ خوئی، الاجتهاد...، ۲۰؛ آخوند خراسانی، ۴۶۳)، از آنجا که دستیابی به درکی درست از مراد شارع نیازمند بهره‌گیری از پیش‌فرض‌های مشترک؛ و عدم

دخالت تحمیلی پیش فرض‌های اختصاصی و معانی و خواست‌های شخصی مجتهد در فهم می‌باشد، اصولیان و فقها کسب علوم و مهارت‌هایی را برای فردی که می‌خواهد به درجهٔ اجتهاد نائل آید، لازم دانسته‌اند.^{۱۳} در واقع آموختن این علوم و آشنایی با این مقدمات منجر به تحدید پیش فرض‌ها و ذهنیت مفسر گشته و مانع از تفسیر به رأی می‌گردد. آشنایی با زبان عربی برای درک قرآن و سنت، آشنایی با علم اصول فقه (که عمدتاً قواعد عام فهم متن‌اند)، آشنایی با علم رجال (برای تشخیص صحت استناد متن به ماتن) (خوئی، الاجتهاد...، ۲۴-۲۵)، فهم موضوعات عرفی، آشنایی با علم منطق، تکریر تفریع فروع بر اصول (خمینی، روح الله، ۹-۱۸)، آشنایی با تفسیر و علوم قرآن، مانند شناخت ناسخ و منسوخ، شناخت محکم و متشابه و...، آشنایی با علم کلام (و شناخت اموری نظیر حکیم بودن خداوند، معصوم بودن پیامبر و امامان و کلام الله بودن قرآن)، و آگاهی نسبت به شرایط تاریخی-جغرافیایی عصر نزول (رضایی اصفهانی، ۱۱۳-۱۱۴)، برخی از این علوم و مقدمات می‌باشند.

۶. توجه به صلاحیت‌های روحی- اخلاقی مفسر

تمایلات، علاقه‌ها و هوی و هوس‌ها، اموری هستند که اگر کنترل نشوند می‌توانند سرنوشت فهم را در اختیار بگیرند. حتی گاهی انسان ابزار شناخت حقیقت را در اختیار دارد و راهکار استفاده از مقدمات عقلی و بدیهی را هم می‌داند، اما تحت تاثیر این عوامل روانی نمی‌تواند از آن ابزار و راه‌های صحیح استفاده کند.

این مسئله در روان‌شناسی نیز مطرح شده که میل‌های باطنی در دیدن و شنیدن انسان اثر دارد. این تأثیر در هنگام استدلال و پیدا کردن دلیل برای یک نظر بیشتر خودنمایی می‌کند و کسی که چیزی را دوست دارد اگر با دلیلی بر ضد آن نظر برخورد کرد اصلاً آن را نمی‌بیند و به آن توجه نمی‌کند.

قرآن کریم در موارد بسیاری به صورت‌های مختلف به این واقعیت روانی اشاره کرده است؛ در بیان علت بت پرستی و اعتقاد به مذاهب مختلف خرافی می‌گوید: «إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ» (نجم: ۲۳)؛ این‌ها دنبال حقیقتی که با علم یقینی اثبات شود، نمی‌روند و به دنبال چیزی هستند که ظنی از آن پیدا بشود. دنبال دلخواهشان هستند و آن‌طور که دلشان می‌خواهد، می‌فهمند و استدلال می‌کنند.

۱۳. مشابه این مطلب را بتی تحت عنوان خبرویت مفسر بیان کرده است. بتی معتقد است زمینهٔ ذهنی مفسر و خبرویت او در دانش مربوط به موضوع اثر، در فهم عمیق آن نقش بسزایی دارد. (واعظی، احمد، ۴۴۹)

مبارزه با این آفت، نیاز به تمرین مداوم و خودسازی دارد. وقتی می‌خواهیم درباره مسئله‌ای تحقیق کنیم، باید خودمان را آماده کنیم که نفی و اثبات آن برای ما مساوی باشد و پاسخ هر چه باشد برایمان فرقی نکند. تا انسان این حالت را نداشته باشد از این آفت مصونیت پیدا نمی‌کند و ناخودآگاه وسوسه‌های هوای نفس و شیطان او را گمراه می‌کند (مصباح یزدی، درس‌های اخلاق، جلسه پنجم. باتصرف و تلخیص)

اما پدید آمدن این حالت بسیار دشوار است و به راحتی حاصل نمی‌شود و از این روست که یک مجتهد، که به منزله یک مفسر مطلوب و آرمانی شریعت مد نظر است، باید علاوه بر تخصص و خبرویت علمی (اجتهاد و فقاہت)، از صلاحیت‌های روحی و اخلاقی بالایی نظیر ایمان، عدالت، تقوا و ورع، مخالفت با هوا و هوس، و اطاعت‌پذیری از شارع، آن هم نه در حد یک حالت و رفتار زودگذر، که در حد یک ملکه و صفت پایدار درونی، برخوردار باشد^{۱۴}.

نتیجه‌گیری

دست‌یابی به فهمی درست یا مطلوب، از جمله دغدغه‌های هر مفسر یا نظریه‌تفسیری است. یکی از اموری که به عنوان مانعی جدی در دست‌یابی به این مهم تلقی شده، دخالت پیش‌فرض‌ها است. اگرچه نگاه بدوی به مسئله پیش‌فرض‌ها حاکی از دو موضع متناقض در مورد ضروری بودن یا مخل بودن دخالت آن‌ها در فهم است اما با دقت در مفاد سخنان دو گروه، می‌توان فهمید که این نزاع به نزاعی لفظی شبیه‌تر است؛ همان‌طور که هر دو گروه نسبت به تحمیل پیش‌فرض‌ها و مخل بودن آن به فهم صحیح یا مطلوب هشدار داده و راه‌کارهایی را برای جلوگیری یا کنترل پیش‌فرض‌ها ارائه کرده‌اند. راه‌کارهای اصولی اگر چه با توجه به ظهور نوعی و قصد ظاهری و قراین و شواهد عامه، نظیر اصول لفظیه از یک سو و توجه به صلاحیت‌های روحی و اخلاقی مفسر از سوی دیگر، توانسته‌اند تاحدودی از تحمیل پیش‌فرض‌های مفسر جلوگیری کنند، و این از مزایای روش اصولی بر روش هرمنوتیکی است، اما این نقیصه به قوت خود باقیست که هنوز هم این مفسر است که آن ظهور نوعی و قصد

۱۴- اهمیت عدالت در اجتهاد به میزانی است که به عنوان یکی از شرایط اصلی مجتهد مطرح است (یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی (المحشی)، ۲۶/۱) و جایگاه ورع و تقوا در اجتهاد به حدی است که در انتخاب بین چند مجتهد، می‌تواند موجب ترجیح یکی بر دیگری باشد (همان، ۶/۱). سید یزدی در کتاب عروة الوثقی می‌نویسد: «یشترط فی المجتهد أمور: البلوغ و العقل و الإیمان و العدالة... و أن یكون اعلم... و أن لا یكون مُقبلاً علی الدنیا و طالباً لها مُکباً علیها مجداً فی تحصیلها ففی الخبر: من کان من الفقهاء صائناً لنفسه حافظاً لدینہ مخالفاً لهواه مطیعاً لأمر مولاه فللعوام أن یقلدوه» (همان، ۹/۱)

ظاهری را تشخیص می‌دهد و بسیار رخ می‌دهد که یک مفسر، فهم شخصی خودش را با این استدلال که «من هم یکی از اهل عرف هستم» فهم نوعی تلقی می‌کند و بدون توجه به تمامیت متن، و بدون بررسی‌های لازم به سراغ اصول لفظیه و قراین نوعیه (که در مرحله‌ای پس از شواهد خاصه و قراین درونی هستند) می‌رود. این استدلال اصولی که «فهم شخص، دست کم بر خود وی حجت است» نیز به این مسئله دامن زده و مفسر را بی‌نیاز از بررسی‌های بیشتر و توجه به فهم دیگران نشان می‌دهد. با توجه به این نکات به خوبی می‌توان فهمید که اگر راهکارهای اصولی در کنار راه حل‌های هرمنوتیکی نظیر انعطاف‌پذیری، دیالکتیک و دور هرمنوتیکی، از مزایای روش هرمنوتیک بر روش اصولی محسوب می‌شوند، مورد توجه قرار گیرند، این نقیصه تا حد زیادی کاهش یافته و مفسر را در دستیابی به یک فهم مطلوب کمک می‌کنند. بنابراین می‌توان گفت روش هرمنوتیکی و روش اصولی نسبت به یکدیگر، نقش مکمل داشته و می‌توانند نقایص یکدیگر را تا حدود زیادی برطرف سازند.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم: موسسه آل بیت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
- آل شیخ، محمد طاهر، *بدایة الوصول فی شرح کفایة الاصول*، اسره آل شیخ راضی، بی‌جا، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.
- آیت اللهی، حمید رضا، «بررسی دیدگاه‌های هرمنوتیکی در ساحت‌های مختلف فهم»، *پژوهشنامه فرهنگستان هنر*، شماره ۱۱، زمستان ۱۳۸۷، ۴۴-۵۷.
- احمدی، بابک، *هایدگر و پرسش بنیادین*، بی‌جا، نشر مرکز، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم: مجمع فکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- ایروانی، باقر، *الحلقه الثالثة فی اسلوبها الثانی*، بی‌جا، مهر، ۱۴۵۱ ق.
- بروجردی، حسین، *نهایة الأصول*، مقرر: حسین علی منتظری، قم: قدس، ۱۴۱۵ ق.
- جوادی آملی، عبدالله، *تستیم: تفسیر قرآن کریم*، چاپ هفتم، قم: نشر اسراء، ۱۳۷۸.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه فی تحصیل احکام الشریعه*، قم: موسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- حق پناه، رضا، «نقش پیش‌دانسته‌ها در فهم قرآن»، *اندیشه حوزه*، شماره ۱۶، بهار ۱۳۷۸، ۱۳۵-۱۶۰.
- حکیم، محمد تقی، *اصول العامه للفقہ المقارن*، قم: موسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم، ۱۳۵۸.

- خسرو پناه، عبدالحسین، *کلام جدید*، قم: مرکز مطالعات و پژوهش‌های فرهنگی، ۱۳۷۹.
- خمینی، روح الله، *الاجتهاد والتقليد*، بی‌جا، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *الاجتهاد والتقليد*، بی‌جا، دار انصاریان، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *مصباح الاصول*، مقرر: بهسودی، قم: مکتبه الداوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.
- رایت...[و دیگران] (کاتلین رایت، جوئل واینسایمر، و جین گراندین)، «هانس گئورگ گادامر»، چاپ شده در: علایی، مشیت، *جستارهایی در زیبایی شناسی، مقالاتی در زیبایی شناسی، هرمنوتیک و ساختارشکنی*، تهران: نشر اختران، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- رضایی اصفهانی، محمد علی، *منطق تفسیر قرآن (۱)*، قم: جامعه المصطفی العالمیه، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- ریخته گران، محمد رضا، *منطق و مبحث علم هرمنوتیک (اصول و مبانی علم تفسیر)*، تهران: نشر کنگره، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- زرکشی، محمد بن بهادر، *البرهان فی علوم القرآن*، قاهره: دارالاحیاء کتب العربیه، چاپ اول، ۱۳۷۶ ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر، *هرمنوتیک*، موسسه امام صادق (علیه السلام)، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، *الاتقان فی علوم القرآن*، محقق: محمد ابوالفضل ابراهیم، هیئة المصریة العامة للكتاب، ۱۳۹۴ ق.
- صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، قم: موسسه نشر اسلامی، بی‌تا.
- طباطبائی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: منشورات جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة، بی‌تا، (نسخه‌ی نرم افزار کتابخانه اهل بیت علیهم السلام).
- عابدی سرآسیا، علیرضا، «بررسی امکان دسترسی به نیات مؤلف: نقدی بر هرمنوتیک قصدی‌ستیز و نظریه مرگ مؤلف»، *مطالعات اسلامی: فلسفه و کلام*، شماره ۸۵/۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۱۹۴-۱۶۹.
- _____، *بررسی نظریه‌ی قصدی‌گرایی از منظر هرمنوتیک و اصول فقه*، رساله دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، دانشکده الهیات و معارف اسلامی (شهید مطهری)، پاییز ۱۳۸۹.
- _____، «هرمنوتیک و اصول فقه: نگاهی به انواع قصدی‌گرایی در غرب و مقایسه آن با دیدگاه تفسیری اصولیان شیعه» *مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، شماره ۸۵/۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۸۴-۶۷.
- کاظمی، علی، «نقش پیش‌فرض‌های ذهنی در تفسیر متون چیست؟»، *صباح*، شماره ۲ و ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۱. قابل دسترسی در:

گروندن، ژان، *درآمدی به علم هرمنوتیک فلسفی*، ترجمه: محمد سعید حنایی کاشانی، تهران: انتشارات مینوی خرد، چاپ اول ۱۳۹۱.

مجتهد شبستری، محمد، *هرمنوتیک کتاب و سنت*، تهران: طرح نو، ۱۳۸۴.
مسعودی، جهانگیر، *هرمنوتیک و نو اندیشی دینی*، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۶.

مشکینی، علی، *اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها*، قم: الهادی، چاپ پنجم، ۱۳۷۱.
مطهری، مرتضی، *علل گرایش به مادیگری*، تهران: صدرا، ۱۳۷۰.
_____، *فلسفه تاریخ*، تهران: صدرا، ۱۳۷۰.

مصباح یزدی، محمی تقی، *درس‌های اخلاق*، سال تحصیلی ۹۲-۹۳، جلسه پنجم، قابل دسترس در:
<http://mesbahyazdi.ir/node/4867>

مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم: دارالفکر، چاپ اول ۱۳۸۳.
نائینی، محمد حسین، *اجود التقريرات*، مقرر: ابوالقاسم خوئی، مؤسسه مطبوعاتی دینی حکم، ۱۴۱۰ ق.

_____، *فوائد الأصول*، مقرر: محمد کاظمی خراسانی، قم: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۰۴ ق.

نصری، عبدالله، *راز متن: هرمنوتیک، قرائت پذیری متن و منطق فهم دین*، تهران: انتشارات سروش، چاپ اول ۱۳۸۹.

نیچه...[و دیگران]، *هرمنوتیک مدرن، گزینیه جستارها*، ترجمه بابک احمدی، تهران: مهاجر و محمد نبوی، تهران: نشر مرکز، چاپ ششم، ۱۳۸۶.

واعظی، احمد، *درآمدی بر هرمنوتیک*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
واعظی، اصغر، «پیش‌داوری و فهم در هرمنوتیک فلسفی گادامر»، *راهبرد*، شماره ۶۰، پاییز ۱۳۹۰، ص ۲۳۵-۲۵۳.

هابرماس، یورگن، *نقد حوزه‌ی عمومی*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۷۵.
هوی، دیوید کوزنز، *حلقه‌ی انتقادی: ادبیات، تاریخ و هرمنوتیک فلسفی*، ترجمه مراد فرهاد پور، تهران: نشر روشنگران و مطالعات زنان، چاپ سوم، ۱۳۸۵.

_____، «هیدگر و چرخش هرمنوتیکی» در: نیچه...[و دیگران]، *هرمنوتیک مدرن، گزینیه جستارها*، ترجمه بابک احمدی، تهران: مهاجر و محمد نبوی، تهران: نشر مرکز، چاپ ششم، ۱۳۸۶.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

_____، العروة الوثقى (المحشى)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

Cambridge University Press, *Cambridge Advanced Learner's Dictionary*, (English $\Rightarrow$ English), Version: 2.4, 2nd edition published 2005.

Fischer, Mark, *Catholic Hermeneutics: the Theology of Tradition and the Philosophy of Gadamer*, Berkeley, California, 1983.

Gadamer, Hans-Georg, *Truth and Method*, Translation revised by Joel Weinsheimer and Donald G. Mar, London & New York, Continuum Publishing Group, 2006.

Heidegger, Martin, *Being and Time*, Basil Baack Well, 1967

Lamarque, Peter, "The Intentional Fallacy", in: Patricia Waugh, *Literary Theory and Criticism: an Oxford guide*, New York, Oxford University Press Inc., 2006.

Ricoeur, Paul, *Hermeneutics and the Human Sciences*, trans. By John Thompson, Cambridge 1990.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۴
بهار ۱۳۹۵، ص ۹۱-۱۱۱

بررسی مقایسه‌ای قاعده اولیه در شک از دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر*

دکتر طاهر علی محمدی^۱

دانشیار دانشگاه ایلام

Email: tahghighat@chmail.ir

دکتر عبدالجبار زرگوش نسب

استادیار دانشگاه ایلام

حمزه نظرپور

کارشناس ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام

چکیده

به هنگام شک در تکلیف و نبودن دلیل، جای تمسک به اصل عملی است؛ اما اینکه قاعده اولیه در شک چیست، میان اصولیان اختلاف نظر است. عده‌ای از جمله محقق نائینی براءت عقلی را به عنوان قاعده اولیه پذیرفته، و برخی دیگر که در رأس آن‌ها شهید صدر قرار دارد، قائل به احتیاط عقلی هستند. محقق نائینی با استناد به قاعده «قبح عقاب بلا بیان»، در صدد برهان‌سازی نسبت به دیدگاه خود برآمده است. وی منوط بودن تحرک به وصول تکلیف را از جمله ادله‌ای دانسته که می‌توان بر آن در راستای اثبات براءت عقلی مبتنی بر قاعده «قبح عقاب بلا بیان» استناد کرد. ایشان معتقد است که عقاب بر ترک تحرک، در جایی که موجب تحرک وجود ندارد، قبح خواهد بود. در مقابل، شهید صدر با نقد و رد دیدگاه او، با ارائه نظریه حق الطاعه، به اثبات دیدگاه خود پرداخته است. در این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی انجام پذیرفته، ضمن تبیین هر دو دیدگاه و بررسی ادله و نقد آن‌ها و ذکر مبانی نظریه «حق الطاعه»، صحت نظریه شهید صدر بر کرسی اثبات نشانده شده است.

کلیدواژه‌ها: براءت عقلی، قبح عقاب بلا بیان، احتیاط عقلی، مولویت، حق الطاعه، محقق نائینی،

شهید صدر.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۰/۲۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۲/۲۰.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

هرگاه در تکلیفی شک حاصل شود و پس از رجوع به ادله، دلیلی برآن تکلیف حاصل نشود، میان اصولیان اختلاف نظر وجود دارد که آیا جای تمسک به اصل عملی برائت است یا آنکه می‌بایست مطابق اصل عملی احتیاط اقدام نمود. مشهور اصولیان معتقد به جریان اصل برائت به استناد قاعده «قیح عقاب بلا بیان» هستند، و در مقابل، شهید صدر و برخی دیگر به تبع او، قاعده اولیه را در چنین مواردی احتیاط عقلی می‌دانند. در این میان، محقق نائینی که قول مشهور را پذیرفته، با برهان‌سازی بر این قاعده، آن را قضیه‌ای از قضایای فطری دانسته که قیاس آن همراهش است.

بر خلاف مشهور و محقق نائینی، شهید صدر بنا به دلایلی مانند لزوم دفع ضرر محتمل، وجود علم اجمالی در شبهات و تمسک به اصالت حظر قائل به احتیاط عقلی شده است. افزون بر این دلایل، نظریه «حق الطاعه» که از ابتکارات شهید صدر می‌باشد، در اثبات دیدگاه او نقش اساسی‌تری ایفا می‌کند. ایشان بر خلاف نظر محقق نائینی که دایره حق اطاعت را منحصر در تکالیف قطعی و رسیده شده به مخاطب و مکلف می‌داند، قائل است که این انحصار باعث محدودیت دامنه و گستره مولویت مولا می‌شود و بدین ترتیب، گستره مولویت او را علاوه بر تکالیف مقطوع، به تکالیف مظنون، مشکوک و حتی موهوم هم می‌گستراند و این گسترش را از مدرکات اولی عقل عملی می‌داند.

با توجه به نقش متفاوتی که هر کدام از این دو نظریه در استنباط احکام ایفا می‌کنند، ضرورت انجام این تحقیق روشن می‌شود. بر این اساس، در این مقاله ضمن بررسی شأنیت حکم عقل، ابتدا دلایل محقق نائینی و همه نقدهای وارد بر دیدگاه ایشان بیان می‌شود، سپس با بیان قاعده اولی در شک از منظر شهید صدر، مبانی دیدگاه ایشان بررسی و به سه اشکال وارد بر نظریه طرح شده از سوی وی اشاره و پاسخ مقتضی به هر یک داده خواهد شد.

شأنیت حکم عقل

در باره حکم عقل به حسن و قبح دو مبنای کلی وجود دارد: ۱- عقل شأنیت برای حکم را ندارد و حکم مخصوص مولا است و عقل غیر از ادراک واقعیت هیچ شأنیتی ندارد. به عبارت دیگر نمی‌تواند ادراک کند که آیا این فعل، اقتضای حسن دارد یا قبح؟ دارای مصلحت است یا مفسده؟ بنابراین عقل همین مقدار از واقعیات افعال و اشیاء را درک می‌کند و دارای

حکم نیست. کسانی مانند محقق اصفهانی که این مبنا را می‌پذیرند، در مباحث اصول وقتی به حکم عقل اشاره می‌کنند، منظورشان بنای عقلا است (رک: اصفهانی، ۸۴/۴).

۲ - مبنای دوم آن است که عقل دارای حکم است و از حکم عقل به حسن و قبح، ملائمت و منافرت چیزی با قوه عاقله اراده می‌شود. چرا که آدمی قوای متعددی دارد که یکی از آن‌ها قوه عاقله است و این همانند دیگر قوای انسان دارای ملائمت‌ها و منافرت‌هایی است. پس آنچه که با آن ملائمت و سازگار بوده، حسن و آنچه ناسازگار و منافر با آن است، قبیح محسوب می‌شود (رک: علامه حلی، ۹۰؛ تونی، ۱۷۱؛ وحید بهبهانی، ۳۶۳؛ حائری اصفهانی، ۳۱۶).

ثمره این دو مبنا در بحث شک ظاهر می‌شود؛ به این صورت که اگر در موردی شک شود که آیا حسن است یا قبیح، طبق مبنای اول باید به بنای عقلا رجوع کرد و دید که آیا عقلا آن را حسن می‌شمارند، یا قبیح؛ ولی بر طبق مبنای دوم، حالت شک باقی و بدون علاج می‌ماند (حکیم، ۴۳۹/۴). به دیگر سخن بر اساس مبنای اول وقتی گفته شود عقل به «قبح عقاب بلا بیان» حکم می‌کند، معنایش آن است که عقلا چنین بنایی دارند؛ یعنی آن‌ها می‌گویند اگر مولا بخواهد بنده‌اش را عقاب کند بدون اینکه نسبت به تکلیف، بیانی به آن بنده رسیده باشد، این کار قبیح خواهد بود. در این میان، تفاوتی هم میان مولای عرفی و شرعی نیست و شارع نیز به عنوان یکی از عقلا و بلکه رئیس آن‌ها اگر بخواهد در تکلیفی بدون اینکه بیانی برای مکلف رسیده باشد، او را بر مخالفت آن تکلیف عقاب نماید، عقابش قبیح است؛ ولی بر حسب مبنای دوم، اتفاق و بنای عقلا اهمیت ندارد و عقل از حیث اینکه عقل است و از جهت قوه عاقله، درک می‌کند که «عقاب بلا بیان» قبیح است. تفاوت دو مبنا در تفسیر این قاعده هم ظاهر می‌شود که بر حسب مبنای اول، قاعده «قبح عقاب بلا بیان»، نوعی اجماع عقلا است ولی بر حسب مبنای دوم، نوعی حکم عقل و ادراک عقلی است.^۱

بررسی قاعده اولیه در شک از دیدگاه محقق نائینی

محقق نائینی قاعده اولی در هنگام شک در تکلیف را براءت عقلی دانسته و قائل است که

۱. میان حکم عقل و بنای عقلا دو تفاوت وجود دارد: (أ) در بنای عقلا، انسان عقل خود را بکار نمی‌برد تا ببیند که عقل چه می‌گوید؛ بلکه اجماع عقلا را مد نظر قرار می‌دهد. ولی در حکم عقل، به خود عقل مراجعه کرده و او را قاضی قرار داده و خود عقل حاکم است. (ب) بنای عقلا یک امر عملی است که همه عقلا عملاً چنین کار می‌کنند و به زبان قراردادی نبسته باشد، فی المثل تمام عقلا به خبر ثقه عمل می‌کنند ولی حکم عقل یک قضاوت است که عقل هر عاقلی حکم می‌کند به این امر و لو بسیاری از عقلا طبق حکم عقل عمل نکنند (رک: محمدی، ۲۳۳/۳).

حکم عقل به برائت از مواردی است که نمی‌توان آن را مخفی داشت؛ چرا که عقل مستقلاً به قبیح بودن عقاب بدون بیان واصل به مکلف پس از تلاش او نسبت به یافتن و جستجوی حکم مسأله، حکم می‌کند و در صحت مؤاخذه و استحقاق عقاب، مجرد بیان واقعی با نرسیدن بیان و حکم به مکلف کفایت نمی‌کند. در ذیل تقریرهای ایشان بیان می‌گردد:

۱ - محقق نائینی قائل است که عدم عقاب در مورد عدم بیان فقط بخاطر فوت و از بین رفتن مطلوب مولا است و مراد واقعی آن مستند به مکلف پس از اِعمال وظیفه‌اش - یعنی فحص و جستجو از دلیل - نیست، بلکه یا مستند به خود مولا است و یا به برخی اسباب دیگر که سبب مخفی ماندن منظور مولا بر مکلف می‌شود مثل پنهان کردن توسط ظالمان یا سبب آن‌ها برای تضييع احکام و برای مستند نبودنش به مکلف، عقل مستقلاً حکم به قبح مؤاخذه می‌کند (کاظمی خراسانی، ۳/ ۳۶۵).

۲ - وی در تقریری دیگر نیز تلاش بر برهانی ساختن قاعده «قبح عقاب بلا بیان» دارد که می‌توان استدلال او را به دو صورت بیان کرد: صورت اول اینکه هر تکلیف تنها در صورتی محرک عبد است که وجود علمی داشته باشد و وجود واقعی تکلیف در صورت نبود علم، محرک نیست. مثلاً شیر در صورتی که وجودش معلوم باشد، انسان را به فرار و می‌دارد و نه وجود واقعی آن. پس در صورت عدم علم، مقتضی تحرک موجود نیست و روشن است که عقاب بر ترک تحرک در صورتی که مقتضی تحرک موجود نباشد، قبیح است. صورت دوم، استشهاد به عرف‌های عقلایی است و استشهاد به این که در میان جمع عقلاً اگر شخص آمر بخواهد مأمور خود را بر مخالفت تکلیفی که به او نرسیده است، عقاب کند، نکوهش می‌شود. به همین قیاس خداوند نیز نمی‌تواند بندگان خود را بر مخالفت تکالیفی که بدان‌ها نرسیده است، عقاب کند (خویی، ۲/ ۱۸۶).

مشهور اصولیان مثل نراقی (نراقی، ۴۵)، شیخ اعظم (انصاری، ۵۶/۲)، محقق خراسانی (خراسانی، ۳۴۳)، محقق حائری (حائری یزدی، ۴۲۷)، محقق نائینی (کاظمی خراسانی، ۳۶۵/۳)، محقق عراقی (عراقی، ۱۷۶/۲؛ نیز نگ: کرباسی، ۸۹/۴ و بروجردی نجفی، ۲۳۶/۲)، محقق اصفهانی (اصفهانی، ۸۳/۴)، محقق بروجردی (منتظری، ۵۶۶)، امام خمینی (سبحانی، تهذیب الاصول، ۸۶/۳)، محقق خویی (هاشمی شاهرودی، ۲۵۸/۳)، «قاعده قبح عقاب بلا بیان» را قبول داشته و بدان استناد نموده‌اند.

بررسی قاعده اولیه در شک از دیدگاه شهید صدر

همان‌گونه که ذکر شد قاعده‌ی «قبح عقاب بلا بیان» را بیشتر دانشمندان قبول داشته و بدان

تمسک کرده‌اند و تنها روحانی (حکیم، ۴/۴۳۸) و شهید صدر (حسینی حائری، ۳/۵۸؛ نیز نگ: هاشمی شاهرودی، ۵/۲۶؛ عبدالسّاتر، ۱۱/۵۷) هستند که این قاعده را قبول ندارند. شهید صدر بر خلاف نظر مشهور اصولیان و به ویژه محقق نائینی، معتقد است که قاعده اولیه نسبت به هر تکلیف مشکوک، احتیاط عقلی است (صدر، ۱/۱۶۳). ایشان پس از بیان و تأیید ادله‌ای همانند لزوم دفع ضرر محتمل، وجود علم اجمالی در شبهات و تمسک به اصالت حضر، نظریه «حق الطاعه» را مطرح می‌نماید:

ا. دفع ضرر محتمل: شهید صدر معتقد است وقتی فرض احتمال ضرر و عقوبت وجود داشته باشد، می‌توان به قاعده لزوم دفع ضرر محتمل رسید و این فرع تنجّز تکلیف در مرحله سابق است؛ چرا که با نبود تنجّز تکلیف، قطع به عدم عقاب وجود خواهد داشت و برای همین محال است که تنجّز تکلیف ناشی از این قانون باشد. خلاصه آنکه اگر عقل به قاعده «قیح عقاب بلا بیان» حکم نماید، در این حالت رافع موضوع قانون دفع ضرر خواهد بود؛ ولی اگر عقل حکم به براءت عقلی نکرد و تکلیف احتمالی هم منجّز باشد و سپس شک در فراغ و سقوط مطرح شود، در این حالت عقاب بر مخالفت قیح نبوده و هیچ شکّی در صحیح بودن عقوبت وجود نخواهد داشت؛ خواه قاعده‌ای با عنوان لزوم دفع ضرر محتمل موجود باشد یا نباشد (هاشمی شاهرودی، ۴/۱۸۷).

در واقع شهید صدر اعتقاد دارد که قانون دفع ضرر محتمل پس از فرض احتمال ضرر و عقوبت، و همیشه فرع تنجّز تکلیف در رتبه سابق است؛ بدین معنا که تا وقتی که تکلیف منجّز نباشد، قطع به عدم عقاب نشدن خواهیم داشت، برای همین نمی‌توان گفت که این تنجّز به موجب قاعده دفع ضرر محتمل می‌باشد.

ب. وجود علم اجمالی در شبهات: این دلیل می‌گوید که چون عقل به لزوم احتیاط در اطراف علم اجمالی حکم می‌کند، بنابراین اصل اوّلی عقلی در همه شبهات احتیاط خواهد بود.

ج. اصالت حضر: شهید صدر در بیان اصل اوّلی احتیاط، این دلیل را یکی از ادله قائلان ذکر می‌کند (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۳/۳۲۷؛ نیز نگ: حسینی حائری، ۵/۷۹). این بحث در کلام اصولیان در ابتدا با عنوان «الاصل فی الاشياء هل هو الحظر او الاباحه» طرح شده که بیشتر آنان قائل‌اند که اصل در اشیا اباحه است (ر.ک: علم‌الهدی، ۲/۳۳۳؛ نیز نگ: نراقی، ۱/۳۸۷؛ نائینی، ۳/۳۷۹) و تنها شیخ طوسی به توقّف قائل است (طوسی، ۲/۷۴۲).

د. نظریه حق الطاعه: این نظریه مدّعی ثبوت مولویت تشریعی خداوند در حدّی فراتر از دایره تکالیف معلوم است (اسلامی، ۶۱). در واقع شهید صدر این نظریه را در برابر قاعده «قیح

عقاب بلا بیان» مطرح می‌سازد و اعتقاد دارد که قاعده مذکور موجب تضییق و تنگ شدن دایره و گستره حق اطاعت خداوند نسبت به خلق است و حق اطاعت خداوند فقط در مورد تکالیف قطعی اختصاص دارد. به این معنا که دایره حق اطاعت الهی شامل تکالیف ظنی و احتمالی نمی‌شود که این نظر با ادراک عقل عملی سلیم که حکم به ثبوت حق اطاعت خداوند بر ما در گستره‌ای وسیع و شمول مولویت خداوند در زمینه‌ای عظیم می‌کند، منافات دارد. تفاوتی نیز ندارد که مبنای ما بر ملاک مولویت و حق اطاعت خداوند بر خلق از نظر عقل، منعمیت خداوند باشد یا خالقیت او.

ایشان برای اینکه منظور خود را از این نظریه تبیین نماید به طرق و بیان‌های گوناگون آن را ذکر نموده است. وی قائل است که حق الطاعه قیدی دارد و آن اینکه عقل ادراک می‌کند که در دائره «حق الطاعه» هر چند احتمال وجود داشته باشد؛ منجز خواهد بود البته تا وقتی که از سوی شارع حکم ترخیص وارد نشده باشد (صدر، ۱۶۴/۱). وی همچنین می‌گوید دلیلی برای محدود کردن حق مولا وجود ندارد؛ بلکه مولویت ذاتی خدا اقتضا می‌کند در دائره تکالیف قطعی، ظنی، وهمی و احتمال ضعیف، حق الطاعه وجود داشته باشد و هیچ دلیلی برای محدودیت حق طاعت مولا در تکالیف مقطوع نیست؛ بلکه در ظن، وهم و احتمال هم گستره‌ی آن وجود دارد (رک: حسینی حائری، ۷۲/۳). ایشان در جای دیگر می‌گوید: اجرای برائت عقلی، تبعیض در گستره حق اطاعت مولای حقیقی و تحدید و تضییق دایره‌ی آن است. به عبارت دیگر فقط در بُعد تکالیف مقطوع؛ حق طاعت وجود خواهد داشت و البته وجدان عملی (عقل عملی) ما با این مطلب موافقت نمی‌کند (هاشمی شاهرودی، ۱۸۶/۴).

وی در مقام آسیب‌شناسی به خطا افتادن قائلین به برائت عقلی معتقد است آنان میان حجیت و مولویت، تفکیک قائل شده‌اند، در حالی که تفکیک بین این دو صحیح نیست؛ زیرا بحث از حجیت در واقع بحث از حدود مولویت است. به نظر ایشان مولویت عبارت است از حق الطاعه که آن هم از اموری است که عقل آن را یا به ملاک خالقیت یا به ملاک شکر منعم و یا به ملاک مالکیت درک می‌کند. سپس می‌گوید: مشهور، میان مولویت مولا و منجزیت احکام فرق گذاشته‌اند؛ بدین معنا که دو امر متغایر نزد آن‌ها وجود دارد: یکی مولویت مولای واقعی است که نزد آن‌ها مسلم بوده و نزاعی در آن ندارند و با بحث قطع و منجزیت آن ارتباط نمی‌یابد و امر دیگر منجزیت قطع و حجیت آن است که به مولویت مولا مرتبط نمی‌شود. بنابراین از دیدگاه شهید صدر این تفکیک مشهور؛ سبب اشتباه آن‌ها شده است؛ زیرا در واقع

تفکیک در حدود مولویت مولا و حق الطاعه او است که چنین چیزی صحیح نمی‌باشد؛ چرا که منجزیت در واقع از لوازم حق الطاعه مولا بر عبد است و هر نوع تبعیض عقلی در منجزیت، تبعیض در مولویت مولا است. برای همین ایشان در ادامه، احتمالات سه‌گانه‌ای برای تبیین گستره مولویت طرح نموده و در نهایت یکی از آن‌ها را می‌پذیرد:

۱ - مولویت مولا یک امر واقعی است که موضوع آن واقع تکلیف است با قطع نظر از درجه انکشاف آن. وی معتقد است بطلان این فرضیه روشن است؛ چرا که مستلزم آن است که در موارد جهل مرکب، تکلیف منجز باشد و مخالفت با آن عصیان می‌باشد که با معذرت قطع سازگاری ندارد. ۲ - مولویت مولا و حق الطاعه او در خصوص تکالیف مقطوع و واصل به مکلف است. این فرضیه در واقع روح سخن مشهور است و به معنای تبعیض در مولویت میان موارد قطع و وصول و موارد ظن و شک است. وی می‌گوید این فرضیه نیز باطل است چون مولویت مولا را از کامل‌ترین صفات ذاتی دانسته و از این جهت، حق طاعت وی بر بندگان از گسترده‌ترین و بزرگ‌ترین حقوق است از این منظر که شامل همه موارد می‌شود، چرا که از مملوکیّت و عبودیت حقیقی ناشی می‌شود. ۳ - مولویت در مواردی که قطع به عدم تکلیف نداریم ثابت است. ایشان این احتمال را پذیرفته و می‌گویند: ما این را می‌پذیریم و بر اساس آن قاعده «قیح عقاب بلا بیان» را انکار می‌کنیم (همان).

شهید صدر علاوه بر بیان گستره مولویت با این بیان که مولویت به حق الطاعه بازگشت دارد؛ به گونه‌های آن نیز اشاره کرده و می‌گوید وقتی برای فردی نسبت به فرد دیگر حق الطاعه - به شکلی از مراتب - وجود داشته باشد، آن فرد نسبت به دیگری به اندازه همان مرتبه مولا محسوب می‌شود و این مولویت سه‌گونه دارد:

۱ - مولویت ثابت در لوح واقع؛ با قطع نظر از جعل هر جا علی این مولویت ثابت است و وضعیت آن وضعیت ملازمه میان علت و معلول می‌باشد، همانطور که این ملازمه امر واقعی ثابت در لوح واقع است، مولویت ذاتی نیز همین طور است. این مولویت مختص به خداوند بوده و به حکم مالکیت آن نسبت به موجودات و هر آنچه در عالم هستی است، مولویتی حقیقی است. همچنین این مولویت حقیقی، مولویت تشریعی را بر طبق مولویت تکوینی مفروض می‌دارد و همان‌گونه که اراده وی در همه عالم هستی نافذ است، اراده تشریعی هم تکویناً نافذ است به این معنا که نسبت به هر آنچه که از آن اراده تشریع می‌شود، حق اطاعت برای او وجود دارد. مولویت فوق حتی با قطع نظر از وجوب شکر مُنعم که دانشمندان علم

کلام بر اساس آن وجوب معرفت خدا و لزوم او را استخراج نموده‌اند، ثابت است. چرا که مسأله شکر خداوند، یک مسأله است و مسأله مولویت حقیقی چیزی دیگر. ناگفته نماند که این مولویت محال است که از سوی خداوند مجعول باشد؛ زیرا در این صورت معنایش آن است که وی در مرتبه سابق بر جعل این مولویت، مولا نبوده است و در این هنگام نفوذ حکم او به مولیتش نافذ نیست چرا که فاقد شیء، نمی‌تواند معطی شیء باشد. ۲ - مولویت قراردادی از سوی مولای حقیقی؛ همانند مولویت پیامبر یا امام به همه مردم که از سوی خداوند قرار داده شده است و همچنین مثل مولویت پدر بر فرزند و وقتی که این مولویت مجعول شد، امکان دارد که فرد جاعل آن را در صورت قطع به تکلیف و ظن و شک قرار دهد. این مولویت از لوازم نبی یا امام یا پدر نیست و فقط قراردادی است و جاعل حدود آن را معین می‌کند و او نیز در گستردگی یا تنگی مقدار جعل و قرارداد، تابع جاعل است؛ البته قدر متیقن عقلایی از وجوب، همان صورت قطع است و در مثل این موارد حجیت قطع، قابل جعل است و وقتی دایره جعل شامل آن شود، حجّت است و در غیر این صورت حجّت نمی‌باشد. ۳ - مولویت قراردادی از سوی عبد بر خودش یا عقلا بر خودشان؛ مثل اینکه فردی بر خودش حق طاعت فرد دیگری را به اعتبار خبره بودن وی جعل و قرارداد کند؛ همانند موالی و سلطنت‌های اجتماعی وضعی و قراردادی که البته این مولویت هم به اندازه جعل، عقد و اتفاق عقلایی کاربرد دارد (عبد السّاتر، ۸/ ۴۳).

ایشان در نهایت نظریه خود را غیر برهانی دانسته و آن را از ادراکات اولی عقل عملی می‌داند و گستره حق اطاعت مولا را در تکالیف مقطوع منحصر ندانسته؛ بلکه همه درجات را معتبر در اتیان دانسته و دامنه حق اطاعت مولا را تا به این حدّ می‌گستراند (صدر، ۶/ ۴۴).

نقد دیدگاه محقق نائینی

در ابتدا باید گفت قاعده قبح عقاب بلا بیان بدیهی نیست؛ زیرا چنان که شهید صدر معتقد است، قاعده «قبح عقاب بلا بیان» از سوی وحید بهبهانی طرح شد و هر چند این قاعده نزد بزرگان دارای اهمیت است ولی در واقع چنین نیست؛ چرا که چگونه ممکن است این قاعده از بدیهیات عقل سلیم باشد ولی تا پیش از وحید بهبهانی کسی آن را نقل نکرده باشد؟ علاوه اینکه به صورت مشوّش ادّعا و طرح شده به گونه‌ای که با غور و بررسی می‌توان یافت که عدّه‌ای از اصولیان، برخی موارد را از دایره آن خارج کرده‌اند. این عوامل باعث شده که قاعده

مزبور، بدیهی نباشد و نهایتاً اگر صحیح باشد، صرفاً نظریه‌ای ثابت نزد برخی از علما و نه همه آن‌ها خواهد بود و آن گونه نیست که محقق عراقی گفته که اگر کسی اندک اطلاعی داشته باشد، آن را انکار نمی‌کند (بروجردی نجفی، ۱۹۹/۳). شهید صدر در پاسخ به این سؤال که چرا دانشمندان گذشته این مسأله و مباحث دیگری را چون تفاوت میان حکم ظاهری و واقعی، تفاوت میان واجب مشروط و معلق، مطلق و منجز و ... درک نکرده و به آن‌ها اشاره ننموده ولی دانشمندان متأخر آن‌ها را درک و تثبیت نموده‌اند، می‌گوید دلیل آن یکی از دو چیز است: ۱ - دقیق و عمیق بودن مسأله، ۲ - اینکه در اطراف و خصوصیات مسأله به صورت دقیق توجه نکرده‌اند تا اینکه آن را مطرح کنند (حسینی حائری، ۷۰/۳).

بعد از اینکه بدیهی بودن قاعده مذکور رد شد، در مورد تقریر اول محقق نائینی، می‌توان چنین مناقشه کرد که سخن ایشان تنها زمانی درست است که محتمل یا مدعی ترتب عقاب بر نفس، نرسیدن و عدم وصول باشد؛ زیرا گفته می‌شود عقاب بر امری است که خارج از اختیار مکلف می‌باشد، در حالی که مسأله این طور نیست؛ چرا که سخن در ترتب عقاب بر خود مخالفت تکلیف مشکوک است که برای مکلف تکلیفی اختیاری است؛ چون به آن التفات دارد و از سوی دیگر متعرض دفع احتمال ترتب عقاب بر آن نشده؛ بلکه در کلام ایشان مغفول مانده است (حکیم، ۴/۴۴۳).

به دیگر سخن اگر ترتب عقاب، معلول نرسیدن و عدم وصول حکم باشد، سخن وی صحیح می‌باشد؛ یعنی چنین گفته شود در موردی که تکلیف محتمل است؛ اگر مولا بخواهد عبد را عقاب کند، عقاب وی معلول عدم وصول است و این عدم وصول امری غیر اختیاری و خارج از قدرت مکلف خواهد بود، در نتیجه این عقاب قبیح است. با این توضیح که اگر بحث بر عدم وصول حکم متمرکز شود، عقل حکم می‌کند که عدم وصول به مکلف مرتبط نمی‌شود و مقدور او نمی‌باشد. بنابراین بخاطر امری غیر مقدور، شارع نمی‌تواند او را عقاب کند. اما روحانی قائل است که مسأله این گونه نیست؛ بلکه این است که این فرد که احتمال تکلیف واقعی را داده و در عمل توانایی احتیاط کردن داشته؛ ولی این کار را انجام نداده و در عمل با تکلیف واقعی مخالفت کرده است، عقاب بر این مخالفت، در مقام عمل است و مخالفت در مقام عمل، امری اختیاری برای مکلف است که البته این قسمت بحث در کلام محقق نائینی «مغفول عنه» است؛ زیرا وی تمام بحث را بر عدم وصول حکم متمرکز کرده و عدم وصول هم امری غیر اختیاری است و بر امر غیر اختیاری عقاب قبیح است.

روحانی در باره تقریر دوم نیز می‌نویسد: اگر منظور وی از عقاب بر مخالفت تکلیف غیر واصل، عقابی بدون اقتضا باشد، این همان مطلبی است که محقق اصفهانی بدان ملتزم شده که فعلیت تکلیف به وصول آن است و بدون وصول، تکلیفی وجود ندارد؛ البته این نکته با مسلک ایشان که می‌گوید برای تکلیف، وجودی واقعی فعلی به فعلیت موضوع آن می‌باشد - هر چند وصول نشود - تنافی دارد. از سوی دیگر اگر منظور ایشان این نیست، چرا عقاب با تحقق موضوعش که مخالفت تکلیف فعلی است، صحیح نیست؟ و اگر مقصود وی از عدم مقتضی، نبود وجه مصحح است، این خود اول کلام است که استدلال بر آن بی‌معنا بوده و در هر صورت کلام ایشان قابلیت التزام ندارد (حکیم، ۴/ ۴۴۴).

به دیگر سخن، اگر منظور محقق نائینی این باشد که «تکلیف بدون وصول به مکلف، فعلیت ندارد»، این مطلب با گفته محقق اصفهانی سازگار است؛ ولی محقق نائینی قائل به شرطیت وصول حکم به مکلف نیست. در این صورت می‌توان دو برداشت از تقریر محقق نائینی ارائه کرد: یکی اینکه اگر منظور وی آن است که «چون تکلیف وصول نیافته است، پس فعلیت ندارد»، این با مبنای خود ایشان ناسازگار است. از دیگر سوی اگر بگوید «عدم وصول تکلیف، عقاب ندارد»، در پاسخ او باید گفت که موضوع عقاب، مخالفت است و فردی که احتمال تکلیف واقعی را می‌داده و در انجام آن سستی ورزیده است، مخالفتش موضوع عقاب خواهد بود.

شهید صدر نیز در باره تقریر دوم محقق نائینی می‌نویسد: اشکال وارد بر صورت اول این است که محرک عبد آن است که از عهده حق الطاعه که برای مولا مقرر است بیرون آید. غرض شخصی عبد بیرون آمدن از عهده است نه امتثال تکلیف به عنوان تکلیف. پس ناچار باید نخست حدود این عهده مشخص و معین گردد که آیا حق الطاعه شامل تکالیف مشکوک می‌شود یا نه؟ پس اگر ادعا شود که حق الطاعه شامل تکالیف مشکوک نیست، مصادره و سخنی خارج از برهان خواهد بود و اگر از عدم شمول فراغت حاصل نشده است که برهان مذکور تمام نخواهد بود؛ زیرا چگونه فرض می‌شود که در صورت عدم علم به تکلیف، تحرک بدون مقتضی است، با آنکه مقتضی تحرک همان حق الطاعه است که به ادعای ما شامل تکالیف مشکوک نیز می‌گردد. اشکال به صورت دوم، قیاس حق الطاعه‌ای است که برای مولا ثابت است نسبت به حق الطاعه‌ای که برای آمر عقلائی ثابت است که این قیاس موجب نیست؛ زیرا حق الطاعه برای آمر عقلائی ناچار باید از سوی عقلا یا آمر بالاتری مجعول باشد. پس از

نظر سعه و ضیق تابع جعل آن است و معمولاً حق الطاعه در این موارد در حدود تکالیف مقطوع جعل می‌گردد. اما حق الطاعه‌ای که برای مولا ثابت است، حق ذاتی تکوینی و غیر مجعول است و چنان‌که واضح است از ضیق دایره آن حق مجعول ضیق دایره این حق ذاتی لازم نمی‌آید. پس آنچه در تحدید دایره این حق مورد اعتماد و تکیه است وجدان عقل عملی بوده و وجدان عقل عملی مقتضی تعمیم است. پس رأی صحیح در این حال آن است که قاعده عملی اولی به حکم عقل اصالت اشتغال است، تا زمانی که ترخیص در ترک احتیاط ثابت نشود (صدر، ۳/ ۹۷).

می‌توان به استدلال محقق نائینی به شکل دیگری نیز پاسخ داد که محرک بر دو قسم است: ۱ - محرک ذاتی یا محرک تکوینی که ناشی از وجود غرض تکوینی در آن چیز محرک است و با قوه‌ای از قوای انسان یا میلی از امیال او سازگاری دارد. ۲ - محرک مولوی یا محرک تشریعی و آن عبارت است از حکم عقل به الزامی بودن تحرک به سوی چیزی، چه در موردی که انسان غرضی درباره آن چیز داشته باشد یا نداشته باشد. اگر ایشان نظر به تحرک تکوینی دارد، پس باید بگوییم گر چه شیء به سبب وجود واقعی‌اش محرکیت تکوینی ندارد - چون تحرک کاری آگاهانه است که متوقف بر وصول است و وجود واقعی بدون وصول منشأ ایجاد غرض نفسانی به سوی شیء نمی‌گردد - ولی وصول مراتبی دارد که از جمله آن مراتب وصول احتمالی است و به حسب تفاوت درجات اهمیت شیء، محرکیت اختلاف پیدا می‌کند و می‌توان فرض کرد که محرکیت در برخی موارد تنها از احتمال وجود مطلوب پدید آید. اما اگر محرک تشریعی که مرجع آن حق الطاعه است، مد نظر باشد، باید دید حدود حق الطاعه چقدر است؟ هر کس در حالت‌های شک و عدم علم به تکلیف، به حق الطاعه معتقد است، می‌گوید: محرک مولوی در این حالات موجود است و وصول احتمالی نیز می‌تواند موجب تحرک شود (اسلامی، ۱۵۳).

از سوی دیگر همان گونه که سبحانی می‌گوید، وجود واقعی تکلیف و وجود علمی تکلیف هیچ یک، سبب تحریک عبد به سوی انجام تکلیف نیست؛ بلکه وصول تکلیف، تنها موضوع حکم عقل به وجوب اطاعت را درست می‌کند. آنچه محرک عبد به سوی انجام تکلیف است، ترس از عقاب و طمع در ثواب است. پس باید وصول تکلیف را مجازاً سبب تحریک دانست، به اعتبار آن که وصول تکلیف تنها موضوع حکم عقل به وجوب اطاعت را درست می‌کند (سبحانی، «مسلک حق الطاعه بین الرفض و القبول»، پژوهش‌های اصولی، ۱۱۹).

در مقام بررسی سخن سبحانی گفته شده است که سخن از صحت مؤاخذه، دو مرحله پس از تمام بودن موضوع حکم عقل به وجوب اطاعت است، چون بعد از ثبوت حق الطاعه به حکم عقل - چه در دایره تکالیف معلوم که مشهور گویند و چه در دایره مطلق تکالیف منکشف اعم از ظنی و احتمالی که شهید صدر می‌گوید - یا این حق مراعات، و یا پایمال می‌شود و در مرحله سوم می‌گوییم مراعات حق و نیکوکاری موجب استحقاق مثبت است و پایمال کردن حق و ستمگری موجب استحقاق عقوبت است، چه ترتب ثواب و عقاب بر اعمال از باب تجسم باشد، چه از باب وعده مولوی باشد و چه از بابی دیگر. بنابراین کسی که خوف از عقاب و طمع در ثواب را به عنوان عامل محرک عبد به سوی انجام تکلیف ملاحظه کرده است، وجود حق الطاعه را در مرحله پیشین باید پذیرفته باشد، چون روشن است که این خوف و طمع بی‌جا و بی‌جهت نیست و اگر حق الطاعه ثابت باشد، عقل مستقل در لزوم مراعات حق مولوی و قبح مخالف با آن است؛ البته وعده و وعید مولوی در تأکید محرکیت مؤثر است و این را انکار نمی‌کنیم، ولی چنین نیست که خیال شود بدون وجود وعده و وعید، هیچ‌گونه محرکیتی و هیچ‌گونه تنجیزی وجود نخواهد داشت، چون همین مقدار که عبد به دلیل ترک احتیاط در برابر تکلیف مشکوک خود را ملامت می‌کند، کافی در فراهم بودن قابلیت تحریک و کافی در تنجز عقلی تکلیف مشکوک بر او است، چه ثواب و عقابی در پی باشد یا نباشد، آری می‌پذیریم که ترتب ثواب بر فعل احتیاط و ترتب عقاب بر ترک احتیاط، منجزیت عقلی را شدت می‌بخشد. پس بر میرزای نائینی، از جهتی که مستدل گفته، اشکال وارد نیست؛ بلکه در این نزاع آنچه مهم است تعیین دایره موضوع حکم عقل به وجوب اطاعت است که آیا در خصوص تکالیف معلوم حق الطاعه ثابت است یا در مجال گسترده‌تر؟ اشکال بر میرزای نائینی آن است که تنها؛ وصول قطعی را وصول شمرده که این به معنای اخذ مدعا در دلیل و مصادره به مطلوب است (اسلامی، ۱۵۵).

نقد و پاسخ به اشکالات وارد بر نظریه حق الطاعه

نظریه «حق الطاعه» همانند دیگر نظریه‌ها - که اندیشه‌هایی درون علمی بوده و سهمی بسزا در اندیشه‌سازی در مسائل علم بر جای می‌گذارند - مورد نقد و جرح قرار گرفته است که در این قسمت به سه اشکال وارد بر این نظریه اشاره کرده و پاسخ مقتضی به هر یک داده می‌شود:

اشکال اول: شهید صدر می‌گوید: در این مسلک معتقدیم که مولویت ذاتی ثابت برای

خداوند، مختص به تکالیف قطعی نبوده؛ بلکه شامل مطلق تکالیف رسیده - هر چند بصورت احتمالی - نیز می‌شود و این از مدرکات عقلی عملی است و قابل برهان‌آوری نیست. پس همانگونه که اصل حق الطاعه برای مُنعم و خالق با عقل عملی درک می‌شود و برهانی نیست، گستره آن نیز از حیث سعه و ضیق این چنین است (صدر، ۶/ ۴۴). حال این سؤال مطرح است که اگر عقل به طور بدیهی حکم به مولویت ذاتی خداوند نسبت به تکالیف احتمالی نیز می‌کند، چرا مسأله مورد نزاع واقع شده و این حکم عقل توسط مشهور انکار شده است؟ (لاریجانی، ۱۴)

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که انکار نظریه حق الطاعه از سوی مشهور به یکی از دو جهت بوده است: اول آنکه محل نزاع به خوبی روشن نبوده است؛ مثلاً فرض عدم وصول بیان با فرض عدم صدور بیان خلط شده و یا معنای مولویت به خوبی روشن نگردیده است. بنابراین آنچه مطابق نظر مشهور اثبات می‌شود، غیر از مدعای شهید صدر است. جهت دوم آن است که قائلان به «قیح عقاب بلا بیان» مسبوق به شبهاتی بودند که راه درک حکم اولی عقلی را بر آن‌ها می‌بست. از این رو اگر قائلان به حق الطاعه در صدد پاسخگویی به ادله مشهور بر می‌آیند، به معنای آن نیست که بر مسلک خود استدلال می‌کنند؛ بلکه در صدد زدودن شبهات و ابطال براهینی هستند که مشهور را به نظریه «قیح عقاب بلا بیان» کشانده است. از جمله این براهین، استشهاد به عرف و طریقه عقلایی در اجرای «قیح عقاب بلا بیان» در محدوده غیر شرعیات است که در کلام مستقل به نحوی جدید به چشم می‌خورد و متمایز از سخن مشهور است. مشهور می‌گویند: چون حق الطاعه برای مولای عرفی مشروط به وصول قطعی تکلیف است، پس حق الطاعه برای خداوند متعال نیز مشروط به وصول قطعی تکلیف است. این سخن مشهور در صورتی درست است که وجه تعدی از مولویت‌های عرفی به مولویت خداوند روشن شود؛ مثلاً گفته شود که خداوند رئیس عقلا است و هر آنچه بر عقلا صدق می‌کند، بر او هم صدق می‌کند؛ ولی صحت این وجه تعدی؛ از دو جهت خدشه‌دار است: اول در باب مولویات عرفی، حکم عقل عملی، مشروط بودن حق الطاعه به وصول قطعی تکلیف، معلوم نیست؛ زیرا ممکن است این اشتراط نتیجه درک عقل عملی نباشد، بلکه نتیجه جعل عقلایی باشد که در این صورت، موافقت خداوند به عنوان رئیس عقلا با آن‌ها در این امر، به معنای اثبات برائت شرعی است، نه برائت عقلی. ب - بر فرض، حق الطاعه در مولای عرفی مختص به تکالیف مقطوع باشد و عقل عملی بر آن حاکم باشد، نهایت چیزی که برای وجه تعدی

می‌توان گفت آن است که خداوند رئیس عقلا است، پس با آن‌ها در این ادراک عقلی شریک است؛ یعنی ضیق دایره حق الطاعه برای مولای عرفی را که نزد عقل قابل درک است، خداوند نیز درک می‌کند؛ اما این چه ربطی به ضیق دایره حق الطاعه و مولویت خداوند متعال دارد (اسلامی، ۲۵۳).

اشکال دوم: مشکل اساسی نظریه حق الطاعه، منجر شدن به نوعی تزامم یا تنافی در مقتضیات احکام عقل عملی است و چون تنافی یا تزامم در احکام عقل عملی بالفعل معقول نیست، معلوم می‌شود که این نظریه قابل پذیرش نیست. به عبارت روشن‌تر نظریه حق الطاعه از نوعی ناسازگاری درونی رنج می‌برد. مقصود از ناسازگاری درونی، تناقض منطقی نیست؛ بلکه منجر شدن به نوعی تزامم و یا تنافی در مقتضیات احکام عقل عملی است و چون تنافی یا تزامم در احکام عقل عملی بالفعل معقول نیست، معلوم می‌شود نظریه حق الطاعه به شکلی که در کلمات شهید صدر مطرح است، قابل تأیید و پذیرش نیست. چنانکه گفته شد نظریه حق الطاعه می‌گوید دایره مولویت مولای حقیقی یعنی خداوند، موسّع است به طوری که علاوه بر تکالیف مقطوع، تکالیف مظنون و محتمل را نیز شامل می‌شود. نکته‌ای که در نظریه حق الطاعه مغفول افتاده و به کلی از دید مؤسس این نظریه و شاگردان وی به دور مانده، اینکه در موارد شبهه بدوی هم‌چنان که احتمال تکلیف اعمّ از وجوبی و تحریمی داده می‌شود، احتمال اباحه واقعی هم می‌رود و حکم عقلی به حق طاعت مولا، همان قدر که در تکالیف وجوبی و تحریمی مطرح است، در اباحه واقعی هم مطرح می‌باشد. بدین ترتیب باید گفت در شبهات وجوبی و تحریمی احتمال تکلیف و احتمال ترخیص هر دو قابل اعتنا و رعایت ملاک هر دو لازم است و فرقی میان احتمال تکلیف و احتمال ترخیص نیست و این شبهات مانند شبهاتی می‌شود که دوران میان دو محذور است؛ یعنی لزوم احتیاط در یک طرف و منافات با لزوم احتیاط در طرف دیگر (لاریجانی، ۱۴).

در مقام پاسخ می‌توان گفت که تزامم ملاک تکلیف با ملاک ترخیص به دو گونه قابل تصوّر است: أ- ملاک ترخیص مانند ملاک تکلیف منجزیت دارد و چیزی بر عهده مکلف می‌گذارد؛ یعنی اگر خداوند عملی را مباح قرار دهد، مکلف باید آن را امتثال کند، بدین گونه که در عقیده و عمل خود را آزاد قرار دهد. اما روشن است که این وجه را نمی‌توان پذیرفت؛ چون اباحه حتّی اگر از نوع اقتضایی باشد، به معنای نفی مسئولیت است که اساساً در اختیار مکلف نیست، زیرا اگر خداوند چیزی بر عهده انسان نگذارد، خود به خود چیزی بر عهده او

نخواهد بود و اگر او را به فعل یا ترک الزام نکند، خود به خود ملزم به فعل یا ترک نخواهد بود و دیگر لازم نیست مکلف برای ملزم نبودن خود کاری کند. پس اگر مکلف خود را در عقیده و عمل آزاد نداند، باز هم آزاد است و نفس این آزادی خدادادی، برای تحقق ملاک اباحه کافی است. اشکال مذکور در نهایت می‌تواند به گونه ای دیگر مطرح شود که بگویید اگر خداوند او را آزاد قرار دهد و او خود را آزاد نداند، مرتکب تشریع شده است. بنابراین ملاک ترخیص امتثال نمی‌طلبد و مکلف برای رعایت ملاک اباحه محتمل در شبهات، مؤظف به چیزی نیست. ب - ملاک اباحه، اقتضای معذرت و ملاک تکلیف، اقتضای منجزیت دارد و بدین لحاظ تراحم میان آن دو متصور است. در اینجا هم؛ چون صورت گذشته نمی‌گوییم ملاک اباحه به لحاظ التزام عبد به اطلاق عنان منجزیت دارد، بلکه می‌گوییم ملاک اباحه اقتضای عدم مسئولیت و عدم الزام به فعل یا ترک را دارد، ولی چون ملاک تکلیف، اقتضای الزام و ثبوت مسئولیت در برابر فعل یا ترک را دارد، پس به لحاظ حکم عقل به تنجیز و تعذیر، میان ملاک اباحه و ملاک تکلیف تراحم رخ می‌دهد؛ هر چند به لحاظ عالم امتثال که در گذشته محل بحث بود، تراحمی رخ نمی‌دهد.

تصویر تراحم بدین صورت نیز صحیح نیست، چون اطلاق عنان و عدم مسئولیت در برابر فعل یا ترک را که مقتضای اباحه است، به دو گونه می‌توان تفسیر کرد: اول؛ ملاک و مصلحتی که در ورای حکم به اباحه وجود دارد، آن است که مکلف در خصوص فعل مباح از جهت نفس فعل مباح، الزام مولوی به فعل یا ترک نداشته باشد. وجود ملاک اباحه بدین گونه منافاتی با آن ندارد که از جهت دیگری به غیر از جهت فعل مباح، الزامی به فعل یا ترک پیدا شود. بنابراین تفسیر، می‌توان ملاک اباحه اقتضایی را ملاک جهتی نامید؛ چون اقتضای اطلاق عنان و عدم الزام در فعل مباح از جهت خود فعل مباح است. دوم؛ ملاک و مصلحتی که در ورای حکم به اباحه وجود دارد، مطلق است؛ یعنی در متعلق اباحه هیچ گونه الزامی به فعل یا ترک وجود ندارد، نه از جهت فعل مباح و نه از جهت دیگری. از این رو، اگر تکلیفی موجب گردد که امتثال آن مستلزم از دست رفتن آزادی مکلف در خصوص برخی مباحتات باشد، بنابر تفسیر اول تراحمی میان ملاک اباحه و ملاک تکلیف نیست. در موارد شبهات نیز رعایت ملاک تکلیف موجب پایمال شدن ملاک اباحه نمی‌شود، چون ملاک اباحه جهتی است؛ یعنی از جهت خود مباح، اطلاق و عنان و آزادی از مکلف سلب نشده است و هیچ گونه الزامی وجود ندارد؛ بلکه الزام از جهت ملاک تکلیف است که رعایت آن مستلزم سلب آزادی از مکلف

است.

بر این اساس اشکال مذکور کاملاً بر طرف می‌شود، چون معتقدان به مسلک حق الطاعه می‌توانند بگویند منجزیت احتمال تکلیف در موارد شبهات و التزام به فعل یا ترک، خدشه‌ای بر ملاک اباحه محتمل وارد نمی‌کند، زیرا اگر هم عمل محتمل الوجوب یا محتمل الحرمة در واقع مباح باشد، این الزام از ناحیه ملاک اباحه نبوده است. اما بنا بر تفسیر دوم، ملاک اباحه اقتضایی هرگونه الزام را، چه از ناحیه خود مباح و یا از ناحیه دیگر، نفی می‌کند و از این رو، وجوب احتیاط بر مبنای مسلک حق الطاعه با لزوم رعایت ملاک اباحه‌ی محتمل منافات دارد. پس در مقام حفظ ملاکات میان آن دو، تراحم پدید می‌آید و ترجیح ملاک تکلیف بر ملاک اباحه وجهی می‌طلبد. اگر بر مبنای مسلک مشهور گفته شود که ترجیح ملاک تکلیف بر ملاک اباحه ترجیح بلا مرجح است، قائلان به مسلک حق الطاعه نیز می‌توانند در مقابل مشهور بگویند که ترجیح ملاک اباحه بر ملاک تکلیف بلا مرجح است. راه حل این معضل آن است که بگوییم اساساً تنجیز و تعذیر در مورد یک چیز، در عرض هم امکان ندارد تا تراحم میان آن‌ها فرض شود، چه بر مبنای مسلک مشهور که تنجیز مختص به موارد انکشاف قطعی تکلیف و موارد وجود حکم ظاهری بر تکلیف است، و چه بر مبنای مسلک حق الطاعه که تنجیز عقلی در همه موارد انکشاف تکلیف، اعم از انکشاف قطعی و ظنی و احتمالی، است. اما به لحاظ حکم عقل به تنجیز و تعذیر تراحمی پدید نمی‌آید، چون تعذیر چیزی جز عدم تنجیز نیست و در صورت تنجیز تکلیف محتمل، دیگر جایی برای تمسک به اقتضای معذرت ملاک مباح محتمل نیست. اشکال شما در نهایت می‌تواند چنین باشد که مبنای قائلان به مسلک حق الطاعه را در منجز دانستن احتمال تکلیف نپذیرید؛ اما در صحت یا عدم صحت این مبنا، وجدان عقل عملی مرجع است؛ و گر نه بر فرض صحت این مبنا اشکالی در بنا نیست که با وجود تنجیز تکلیف محتمل، جایی برای حکم عقل به تعذیر به لحاظ ملاک اباحه محتمل نیست (رک: اسلامی، ۲۹۳).

اشکال سوم: از جمله لوازم غیر قابل قبول این نظریه آن است که در همه مواردی که احتمال داده می‌شود مولا غرض لزومی دارد، باید احتیاط نمود. حال اگر یقین شود که احتمال تکلیفی در بین نباشد ولی احتمال وجود ملاک امر و نهی یا وجود غرض مولوی وجود داشته باشد، آیا در این صورت عقل دوباره حکم به احتیاط می‌کند و رعایت غرض یا ملاک احتمالی را لازم می‌داند؟ به بیان دیگر، چنانچه نظریه حق الطاعه پذیرفته شود، لازم می‌آید در همه

مواردی که احتمال می‌رود مولا غرضی لزومی داشته باشد، هر چند قطعاً امر نکرده باشد، احتیاط گردد. در حالی که این لازمه، قابل قبول نیست، نه حق الطاعه‌ای آن را می‌پذیرد و نه قبح عقابی. اثبات این لازمه متوقف بر این نکته است که مسلک حق الطاعه در لب به «حق احترام مولا» بر می‌گردد و لفظ طاعت و اطاعت که ظهور در تحقق امر از مولا دارد واقعاً با این ظهور منظور نیست. غرض از حق الطاعه این است که احترام مولا و عدم توهین به او به تمام معنا باید رعایت شود لذا به روشنی وجود «امر» شرط این احترام نیست. احترام به لحاظ اوامر مولا فرقی با احترام به لحاظ اغراض مولا ندارد؛ بلکه دایره احترام و عدم توهین به مولا از موارد غرض واقعی هم فرا تر می‌رود و در مثل انقیاد و تجرّی هم ثابت است، در حالی که در این موارد، در عالم واقع نه حکمی هست و نه غرضی. بنابراین اگر بپذیریم که مولا دارای این حق است که در همه موارد اوامر و نواهی اش - حتی مشکوک - مورد احترام قرار گیرد، در اغراض محتمل هم باید طبیعتاً همین طور باشد و لذا باید احتیاط نمود. این همان ملازمه‌ای است که بعید است مسلک حق الطاعه آن را بپذیرد (لاریجانی، ۲۵).

پاسخ این اشکال بر اساس مبانی شهید صدر روشن است. به عنوان مقدمه باید افزود که مشهور در تعریف واجب غیری گفته‌اند: «چیزی که بخاطر واجب دیگری، واجب می‌شود» (رک: مکی عاملی، ۱۲۸؛ نیز نگ: مؤمن قمی، ۱/ ۲۶۳؛ جلالی مازندرانی، ۱/ ۵۴۵). آنگاه اشکال شده است که بیشتر واجبات برای تحصیل مصالح و ملاکات لزومی خاصی واجب شده‌اند، پس همه باید واجب غیری شمرده شوند.

شهید صدر در پاسخ این اشکال می‌گوید که در واجب نفسی، الزام و مسئولیت در قبال نفس واجب است؛ ولی در واجب غیری، مولا مکلف را در برابر نفس واجب غیری مسئول قرار نداده است. سپس ایشان در توضیح این مطلب می‌افزایند که اگر تحصیل خود مصلحت بر عهده مکلف گذاشته شود و ذمه عبد بدان مشغول شود، همان مصلحت واجب نفسی می‌گردد و فعلی که مصلحت بر آن مترتب است، واجب غیری می‌شود؛ اما اگر اشتغال ذمه به نفس فعل باشد، همان فعل واجب نفسی خواهد بود و استحقاق عقاب به لحاظ ترک همان فعل است نه مصالحی که گاه مترتب بر آن است؛ البته این نکته که چرا مولا تحصیل نفس آن مصالح را بر عهده مکلف نگذاشته و به جای آن تحصیل اسباب و مقدماتش را بر عهده او آورده، خود به وجوهی چند قابل توجیه است که روشن‌ترین وجه آن است که مکلف همواره اسباب و طرق موصل به مصلحت را به خوبی نمی‌شناسد. سپس ایشان گفته که تعیین مصب حق الطاعه به

دست خود مولا است. مصبّ اراده مولا، و مصبّ جعل و اعتبار او، هر کدام از نفس فعل یا مصلحت مترتب بر آن که باشد، همان واجب نفسی است و موضوع حکم عقل به وجوب اطاعت همان است که مولا به عنوان مصبّ غرض و مصبّ اعتبار خویش تعیین کرده است (رک: هاشمی شاهرودی، ۲/ ۲۲۱).

با وجود این، گاه مصبّ اعتبار جدا از مصبّ اراده است؛ یعنی مولا اعتبار خویش را بر چیزی لحاظ کرده و اراده در همان چیز نیست؛ بلکه در امری ملازم و یا مسبّب از آن است. در این گونه موارد، مکلف باید ملاحظه کند که مولا چه چیزی را بر عهده او گذاشته است و طبیعی است که حقّ الطاعه نیز در همان چیز ثابت است. پس اگر مولا به خطابی اعتبار وجوب نماز را ابراز کند، حقّ الطاعه در همین نقطه ثابت می‌شود، هر چند ملاک و اراده در تناهی از فحشا و منکر باشد که مترتب بر نماز است (صدر، ۵۰/۴). بنابراین وجود غرض مولوی، کافی در ثبوت حقّ الطاعه نیست؛ بلکه باید مرکز حقّ الطاعه را پیدا کرد که گاه همان متعلّق غرض و گاه مقدمه یا ملازم متعلّق غرض است. بر این اساس، اشکال مذکور از اساس برداشته می‌شود و مسلک حقّ الطاعه با آنچه شهید صدر در مورد انکشاف غرض مولوی گفته‌اند، به طور کامل سازگار می‌گردد. پس چنین نیست که انکشاف غرض هیچ گاه حقّ الطاعه به دنبال نیاورد؛ بلکه اگر مولا امر و نهی نکند، ولی غرض خویش را به خطابی ابراز کند؛ مثلاً بگوید: «أريدُ منكم كذا»، حقّ الطاعه در همین متعلّق غرض ثابت است و سخن در قاعده اوّلی عقلی درباره احتمال تکلیف است که اعمّ از احتمال امر و نهی مولوی و یا احتمال غرض مولوی که مصبّ حقّ الطاعه است. به عبارت دیگر، سخن در احتمال وجود آن چیزی است که مولا از عبد خواسته و بر او منجز کرده است، چه در قالب اعتبار وجوب یا حرمت و چه در قالب ابراز اراده و غرض به عنوان مصبّ حقّ الطاعه (اسلامی، ۲۷۷).

نتیجه‌گیری

از آنچه بیان شد، نتایج ذیل به دست می‌آید:

۱ - مشهور اصولیان قاعده «قیح عقاب بلا بیان» را قاعده‌ای عقلی و صحیح می‌دانند و از جمله آنان محقق نائینی معتقد است که هر تکلیف تنها در صورتی محرک مکلف است که وجود علمی داشته باشد. وی برای اثبات ادعای خود به عرف‌های عقلایی استشهاد می‌کند و از این رهگذر سعی در برهان‌سازی برای این قاعده دارد که در نهایت با این استدلال، قاعده اوّلیه

در شک را برائت عقلی می‌داند.

۲ - به عقیده شهید صدر قاعده «قبح عقاب بلا بیان» از سوی وحید بهبهانی طرح شده و تا پیش از ایشان کسی این نکته را بیان ننموده و با بیان این مطلب در بدیهی بودن آن تشکیک کرده است.

۳ - شهید صدر دیدگاه محقق نائینی را ردّ نموده و با ارائه نظریه «حقّ الطاعة»، قاعده اولیه در شک را احتیاط عقلی می‌داند. ایشان معتقد است که قاعده «قبح عقاب بلا بیان» باعث تضییق دایره و گستره حقّ اطاعت خداوند می‌شود و می‌گوید حقّ الطاعة این قید را دارد که عقل ادراک می‌کند در دایره آن حتی احتمال هم منجز است و تا وقتی که از سوی شارع ترخیصی نیاید، تنجز پا بر جا خواهد بود.

۴ - شهید صدر در مقام آسیب‌شناسی تفکر قائلان به برائت عقلی گفته است که دلیل اصلی انحراف و به خطا رفتن آن‌ها، تفکیک میان حجّیت و مولویت است.

۵ - شهید صدر سه احتمال را برای تبیین گستره مولویت طرح کرده و این احتمال را که «مولویت در مواردی که قطع به عدم تکلیف وجود ندارد، ثابت است» انتخاب کرده و بر حسب همین احتمال قاعده «قبح عقاب بلا بیان» را انکار کرده است.

۶ - شهید صدر نظریه «حقّ الطاعة» را غیر برهانی و آن را از ادراکات اولی عقل عملی می‌داند.

۷ - از مقایسه میان نظر محقق نائینی و شهید صدر به نظر می‌رسد نظریه محقق نائینی قابل قبول و دفاع نباشد؛ زیرا اولاً، نظریه «قبح عقاب بلا بیان»، ریشه‌دار نیست و ثانیاً، ادله‌ای که طرفداران این قاعده بیان می‌کنند، بخاطر انکار اصل حقّ مولویت تشریعی خداوند تام نیستند؛ ولی در مقابل، با بررسی کامل دیدگاه شهید صدر و آسیب‌شناسی ایشان از به خطا افتادن مشهور در انحراف از حکم بدیهی عقل، جدا ساختن مولویت تشریعی و حقّ الطاعة، عدم تفکیک میان مولویت خداوند و مولویت‌های عرفی می‌توان گفت که این نظریه صحیح می‌باشد.

منابع

اسلامی، رضا، *نظریه حقّ الطاعة*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
اصفهانی، محمدحسین، *نهایة الدراية فی شرح الکفایة*، بیروت: مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث،

۱۱۰	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۱۰۴
چاپ دوم، ۱۴۲۹ ق.		
انصاری، مرتضی بن محمد امین، <i>فرائد الاصول</i> ، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ نهم، ۱۴۲۸ ق.		
آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، <i>کفایة الاصول</i> ، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.		
جلالی مازندرانی، محمود، <i>المحصل فی علم الاصول</i> (تقریرات درس آیت الله سبحانی)، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.		
حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم، <i>الفصول الغرویة فی اصول الفقهیة</i> ، قم: دار احیاء العلوم الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.		
حائری یزدی، عبدالکریم، <i>دُرر الفوائد</i> ، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.		
حسینی حائری، کاظم، <i>مباحث الاصول</i> (تقریرات درس شهید محمد باقر صدر)، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.		
حکیم، عبدالصاحب، <i>منتقى الاصول</i> (تقریرات درس آیت الله محمد روحانی)، قم: دفتر آیت الله سید محمد روحانی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.		
خویی، ابوالقاسم، <i>اجود التقریرات</i> ، (تقریرات درس آیت الله نائینی)، قم: مطبعة العرفان، چاپ اول، ۱۳۵۲.		
سبحانی، جعفر، «مسلك حق الطاعة بين الرضا والقبول»، <i>پژوهش های اصولی</i> ، شماره دوم و سوم، زمستان ۸۱ - بهار ۱۳۸۲، صص ۱۱۳ - ۱۳۳.		
_____، <i>تهذيب الاصول</i> ، (تقریرات درس امام خمینی)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.		
صدر، محمدباقر، <i>بحوث فی علم الاصول</i> مقرر حسن عبدالسّاتر، بیروت: الدّار الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.		
_____، <i>دروس فی علم الاصول</i> (تعلیقات شیخ ناجی طالب آل الفقیه العاملی)، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.		
طوسی، محمد بن حسن، <i>العدة فی اصول الفقه</i> ، محمد تقی علاقبندیان، قم: چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.		
عراقی، ضیاء الدین، <i>نهاية الافکار</i> ، مقرر محمدتقی بروجردی نجفی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.		
_____، <i>مقالات الاصول</i> ، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.		
علم الهدی، علی بن حسین، <i>الذریعة الی اصول الشریعة</i> ، تهران: دانشگاه تهران: چاپ اول، ۱۳۷۶.		
کرباسی، محمد ابراهیم، <i>منهاج الاصول</i> (تقریرات درس شیخ آغا ضیاء عراقی)، بیروت: دار البلاغ،		

چاپ اول ۱۴۱۱ ق.

لاریجانی، صادق، «نظریه حق الطاعة»، پژوهش‌های اصولی، شماره اول، پائیز ۱۳۸۱، صص ۱۱ - ۲۶.

محمدی، علی، شرح اصول فقه، قم: دار الفکر، چاپ دهم، ۱۳۸۷.

مکی عاملی، حسین یوسف، قواعد استنباط احکام، قم: مؤلف، چاپ اول ۱۳۹۱ ق.

منتظری، حسین علی، نه‌ایة الاصول (تقریرات درس آیت‌الله حسین بروجردی)، تهران: تفکر، چاپ اول

۱۴۱۵ ق.

مؤمن قمی، محمد، تسدید الاصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.

نائینی، محمد حسین، فوائد الاصول، مقرر محمدعلی کاظمی خراسانی، چاپ اول قم: جامعه مدرسین

حوزه علمیه قم: ۱۳۷۶.

نراقی، مهدی بن ابی ذر، انیس المجتهدین فی علم الاصول، قم: بوستان کتاب، چاپ اول ۱۳۸۸.

_____، جامعه الاصول، قم: کنگره بزرگداشت محققان نراقی، چاپ اول ۱۴۲۲ ق.

هاشمی شاهرودی، علی، دراسات فی علم الاصول (تقریرات درس آیت‌الله خوئی)، قم: مؤسسه دایره

المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.

هاشمی شاهرودی، محمود، بحوث فی علم الاصول (تقریرات درس شهید محمد باقر صدر)، قم:

مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۴
بهار ۱۳۹۵، ص ۱۲۷-۱۱۳

استناد به استصحاب برای اثبات جواز تقلید ابتدائی از مجتهد متوفی*

دکتر محمدجواد عنایتی راد
استادیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: enayati-m@um.ac.ir

چکیده

استصحاب به عنوان یکی از مهم ترین دلایل جواز تقلید ابتدایی از مجتهد متوفی در مسائلی که در آن فتوا دارد، به چهار تقریر گزارش شده و در نقد آن عدم بقای موضوع، تعلیقی بودن، مستصحاب نه مجعول شرعی است و نه دارای اثر شرعی و عدم حجیت مطرح شده است و در جواب انتقادات از کفایت حدوث فتوا در جواز تقلید و تنجیزی بودن استصحاب و محل تحقق شک و در نتیجه دارای اثر شرعی آن و حقیقی بودن قضایای شرعی دفاع و در نهایت با استفاده از روش تحلیل مسائل اصولی استصحاب در جواز تقلید ابتدائی معتبر شمرده شده است.

کلیدواژه‌ها: تقلید، تقلید از میت، ادله تقلید از میت، استناد به استصحاب برای تقلید از میت.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۶/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۱۲/۲۱.

مقدمه

خردمندان ضرورت رجوع به خبره را از ضروریات زندگی اجتماعی می‌دانند و یکی از موضوعات تخصصی که رجوع به متخصص در آن بایسته است فهم قاعده‌مند شریعت است که بر عهده فقیه جامع شرائط است و مکلفان عامی باید به وی در اخذ دین مراجعه نمایند. بی‌تردید جواز رجوع به مجتهد زنده همراه با تحقق شرائط دیگر، مورد اتفاق اصولیان است ولی آیا می‌توان از مجتهدی که فوت نموده و سالیان و قرن‌ها از حیات او گذشته تقلید کرد یا خیر؟ یکی از دلائل طرفداران جواز از مجتهد متوفی، استصحاب و کشاندن حجیت جواز تقلید در زمان حیات به بعد از زمان ممات است. جستار پیش رو کاوش کارشناسانه‌ای است در پاسخ به این پرسش، پس مقصود از تقلید ابتدائی از مجتهد متوفی این است که انسان از آغاز از فقیه فوت شده تقلید کند و مراد از استصحاب حکم به بقای حکم شرعی است یا موضوع حکم، که بقای آن مشکوک است. فرضی که نویسنده در صدد اثبات آن است حجیت و اعتبار استصحاب در مورد بحث است.

تاریخچه بحث تمسک به استصحاب در جواز تقلید

گویا از نخستین کسانی که دلیل استصحاب را در جواز تقلید از میت ذکر و نقد کرده است سید محمد باقر حسینی معروف به میرداماد (م ۱۰۴۱ق) داماد محقق کرکی در *شارع النجاة* فی *أحكام العبادات* (۲۵۴ - ۲۵۵) است و بعد محقق بهبهانی در *الرسائل الفقهية* (۹ - ۱۰) و سپس سید محمد مجاهد طباطبایی، (م ۱۲۴۲ ق) در *القواعد و الفوائد و الاجتهاد و التقليد* (مفاتیح الأصول، ۶۲۰) و بعد ایوان کیفی، ورامینی، محمد حسین، (م ۱۲۵۵ ق) در *الاجتهاد و التقليد* (الفصول الغروية، ۴۲۱) و سپس شیخ انصاری در رساله *اجتهاد و تقلید* (۵۳ و ۵۴) و در *مطارج الانظار* (۲۵۹) و آخوند و متاخران به تفصیل بحث نموده‌اند.

استصحاب به مثابه دلیل بر جواز تقلید ابتدائی

استصحاب که به گفته بعضی، از مهمترین دلائل جواز تقلید از میت است، به چند صورت تقریر شده است که همه‌ی آن‌ها به یک اصل بر می‌گردد. تقریر نخست: رجوع به مرجع میت در زمان حیاتش جایز بود و بعد از فوت او نمی‌دانیم رجوع به او جایز است یا نه، اصل جواز است. (در این تقریر معطوف به مجتهد و مفتی است)

تقریر دوم: مقلد اگر در زمان مجتهد زنده بود می‌توانست از او تقلید کند حال که بعداً به وجود آمده شک می‌کنیم می‌تواند از او تقلید کند یا خیر؟ جواز اخذ را استصحاب می‌کنیم. (در این تقریر عنایت به مستفتی و مقلد است.)

تقریر سوم: سابقاً فتوای مجتهد حجت بود و الآن هم اصل بر حجیت فتوای اوست (در این تقریر عنایت به فتوا است)

تقریر چهارم: سابقاً حکم ظاهری برخاسته از نظر فقیه همان بود که در زمان حیاتش فرموده بود و الآن همان حکم ظاهری را استصحاب می‌کنیم. (این تقریر معطوف به حکم ظاهری است.) (ر.ک: شیخ انصاری، الاجتهاد و التقليد، ۲۵۹؛ قزوینی، ۵۲۸؛ امام خمینی، ۱۵۷-۱۵۹) بر این تقریر یک نقد مبانی وارد است و آن این که معنای جعل حجیت حجج و امارات، جعل حکم ظاهری متناسب با آن نیست بلکه جعل حجیت یعنی جعل منجزیت در صورت مطابقت با واقع و جعل معذرت به هنگام مخالفت با واقع.

نقد اول بر استصحاب: عدم بقا موضوع

جمعی از بزرگان از قبیل شیخ انصاری و آخوند می‌فرمایند در استصحاب بقاء موضوع از نظر عرف ضروری است و در مورد بحث، به هر تقریری از استصحاب، وجود ندارد چون رأی و فتوی از نظر عرف متقوم به حیات است. از این رو رأی و فتوای مجتهد با موت او معدوم می‌شود و یا حداقل در بقاء رأی مجتهد شک می‌کنیم (ر.ک: شیخ انصاری، همان، ۲۵۹؛ آخوند خراسانی، ۴۷۷؛ قزوینی، ۵۲۹؛ حسینی استرآبادی، ۲۵۵)

سپس آخوند با طرح اشکالی به آن پاسخ می‌دهد: و آن این که درست است که به نظر عرف با مرگ شخص رأی او از بین می‌رود لکن نیازی به بقای نظر وی نیست؛ همین که فتوی در حال حیات حادث شد برای جواز تقلید پس از موت او کافی است مثل روایت همانطور که در حجیت روایت، حیات راوی شرط نیست در فتوی نیز همین گونه است. آخوند در پاسخ می‌فرماید برای جواز تقلید نیازمند بقاء رأی می‌باشیم و فرق است بین روایت و فتوی و قیاس این دو به یکدیگر، قیاس مع الفارق است و گواه آن این که اگر مجتهد صاحب فتوا پس از مدتی یکی از شرایط فتوا؛ مانند عقل و یا تبدل رأی مجتهد و یا عروض جنون؛ را از دست داد در این صورت تقلید از وی جایز نیست پس بقای رأی در جواز تقلید ضروری است. آقا ضیا نیز همین را در نهایه الافکار (۴/ ۲۵۷) تأیید و تصریح می‌کند.

پاسخ‌ها بر عدم بقاء موضوع

از نقد فوق جواب‌هایی داده شده است

پاسخ نخست از مرحوم حکیم

وقتی فتوا و رأی مجتهدی ابراز شد، حجیت آن همیشگی است مگر دلیلی بر رفع و دفع آن اثبات گردد. بنابراین حجیت فتوای مجتهد منوط به بقای او نیست و در مثل مسئله تبدیل رأی و مسئله عروض جنون که مرحوم آخوند به عنوان دلیل بر لزوم بقای حیات مجتهد در حجیت رأی او ذکر می‌کند جواب می‌دهد که در این موارد مانع پدید آمده و حجیت اولیه را طرد نموده است مثلاً در مورد تبدیل رأی مجتهد بر فقیه روشن می‌گردد که مستند فتوایش اشکال دارد. پس اعتبار نداشتن فتوای مجتهدی که تبدیل رأی پیدا کرده نه به خاطر این است که او دیگر فتوایش باقی نیست بلکه به خاطر این است که مستند فتوایش مخدوش شده است و گواه آن مساله شهادت است که تا مستند آن مخدوش نشود معتبر می‌باشد و مرگ شاهد، شهادت او را از اعتبار ساقط نمی‌کند. (حکیم، ۱۷/۱)

نقد فاضل لنکرانی بر مرحوم حکیم و جواب آن

فاضل لنکرانی در نقد سخن مرحوم حکیم، می‌نویسد همانطور که اگر فقیه، فاسق شود رای و نظرش با این که موجود است، بی اعتبار می‌شود؛ چه اشکالی دارد همین را در مورد بحث، نیز بگوئیم. (فاضل، ۱۶۰)

در نقد کلام وی می‌توان گفت در صورت دلیل، می‌توانیم حکمی را از یک موردی به مورد دیگر تسری دهیم؛ ولی به چه دلیل حکمی را که مثلاً در مورد فقدان شرط عدالت برای مجتهد ثابت شده به فقدان شرط حیات سرایت بدهیم؟ دلیل ندارد.

پاسخ دوم از مرحوم امام

ایشان می‌فرماید گرچه مدرکات جزئی مانند دیدگاه فقیه از نظر عرف با مرگ از بین می‌رود ولی موضوع در استصحاب فقط حدوث رای فقیه است نه بقای آن. توضیح بیشتر: فتوای فقیه همانند آرای متخصصان در هر رشته‌ای طریقت و اماریت به سوی واقع دارد و عمل عقلا به این آرا، بر اساس همین مناط است چه دلیل حجیت فتوای فقیه، بنای عقلاء باشد یا ادله لفظیه. اگر دلیل آن بنای عقلاء باشد، روشن است که بنای عملی عقلاء بر اخذ به فتوای فقیه به ملاک طریقت این فتوا به سوی واقع است. اگر دلیل آن ادله لفظیه باشد، باز هم ملاک همین است مثلاً آیه نفر و آیه سؤال و روایاتی که از آنها حجیت فتوای فقیه استفاده می‌شود، به

این جهت است که فتوای فقیه طریقی است برای نشان دادن حکم الله واقعی و الا خودش که موضوعیتی ندارد. بعد از آنکه فتوا حادث شد، این طریقت الی الواقع به صورت ابدی است چه فقیه حی باشد و یا میت، مگر این که تجدید نظر برای فقیه حادث شود و رأیش تغییر کند یا دچار شک و تردید شود. پس برای اعتبار و حجیت فتوا ما فقط به حدوث فتوا نیاز داریم و دیگر بقاء صاحب فتوا ملاک نیست چون ملاک اعتبار فتوای فقها، طریقت الی الواقع است. حال اگر بعد از موت صاحب فتوا شک کنیم که آیا می شود به آن فتوا عمل کرد یا نه؛ استصحاب جاری می شود چون موضوع قضیه متیقنه و مشکوکه یکی است. (امام خمینی، ۱۵۲/۲)

اشکال فاضل لنکرانی به امام :

در صورت پذیرش کلام ایشان نیازی به استصحاب نداریم چون فرض کردیم این فتوا همیشه طریق الی الواقع است و شک در بقاء حجیت رأی بعد از مردن صاحب رأی و فتوا نداریم تا استصحاب جاری کنیم نهایت این که از عدم ردع شارع، تأیید و رضایت او را استفاده می کنیم (فاضل، همان، ۱۶۱)

در پاسخ می توان گفت ممکن است کسی در جواز عمل به این فتوا به دلیل احتمال اعتبار حیات، شک کند در این صورت شک لاحق تحقق می یابد و استصحاب جاری می گردد.

مرگ مجتهد و بقا یا عدم بقای نظر او

بر اساس نظریه فلاسفه اسلامی، مقوله ادراک از شئون نفس و روح است و روح و متعلقاتش با مرگ از بین نمی رود. آیا فتوای فقیه که از مصادیق ادراک است با مرگ از بین می رود یا خیر؟ در میان اصولیان دو قول است: قول نخست معتقد به زوال رأی و نظر به هنگام مرگ است از جمله طرفداران آن شیخ انصاری (الاجتهاد و التقليد، ۲۵۹) و وحید بهبهانی هستند. وحید بهبهانی در دلیل آن می نویسد اولاً بدیهی است که با مرگ، رأی و ظن وی از بین می رود و ثانیاً رأی و ظن، صورت حاصله در ذهن است و این صورت به هنگام سختی جان کندن از بین می رود چنان که در حالت غفلت و نسیان نیز چنین است تا چه رسد به بعد از مرگ که ذهن او جماد و بی حس می گردد. (الرسائل الفقهية، ۹ - ۱۰؛ و نیز قزوینی، ۵۱۶؛ سید مجاهد، ۶۲۰)

قزوینی می نویسد از نظر شرع، اعتبار رأی مجتهد، با مرگ او از بین می رود و احکام فقیه چون مستند به ظن اوست و ظن او با مرگ از بین می رود لذا احکام او بی سند باقی می ماند و

از اعتبار شرعی ساقط می‌گردد. (همان)

قول دوم معتقد به بقای فتوا به هنگام مرگ است. فاضل تونی از طرفداران این قول است که در نقد کلام بهبهانی می‌گوید: اولاً ظنون انسان با مرگ از بین نمی‌رود. ثانیاً بر فرض از بین بروی حکم فقیه میت، بی‌سند نمی‌گردد چون حکم وی مستند به ظن سابق وی است. (الاجتهاد و التقليد، ۵۱۳؛ و نیز قزوینی، ۳۰۱)

بجنوردی در منتهی الأصول (۲/ ۶۴۰) در دفاع از قول دوم می‌نویسد: نفس و همه صور علمیه او اعم از تصورات و تصدیقات ظنی و علمی و ملکات فضیلت و رذیلت او روز قیامت محشور می‌گردد.^۱ جوادی آملی در تایید این قول می‌آورد مرگ عبارت از نابودی روح نیست، بلکه مرگ عبارت از جدایی روح از بدن است. بدن است که می‌میرد، چون سرپرست خود را از دست داده است، نه این که روح بمیرد. پس آن که صاحب رأی است نمرده و آن که مرده، صاحب رأی نبوده است. (زن در آینده جلال و جمال، ۲۵۳)

قزوینی که قول نخست را قول منصوص بعضی از فیلسوفان و منسوب به برخی از محققان و اقوی و اقرب به اعتبار می‌داند می‌گوید ذهن به معنای قوه مدرکه از اعراض مشروط به حیات است و ادعای بقای آن با از بین رفتن محل آن واهی است و معلومات و ادراکات گرچه از افعال روح و نفس ناطقه‌اند ولی فاعلیت روح و نفس مشروط به تعلق آن‌ها به بدن و وساطت قوای انسانی است و هنگامی که به واسطه مرگ این تعلق قطع گردید و قوای فانی شد همه علوم و ادراکات از بین می‌رود (همان، ۵۱۷) سپس می‌نویسد تصور جریان استصحاب علم و ادراک مجتهد بعد از مرگ او توهم است نظیر عدم جریان استصحاب ولایت پدر و جد بر صغیر سقییه که بالغ شده، در صورت شک که آیا ولایتش باقی است یا خیر زیرا یقین سابق و شک لاحق نداریم بلکه متیقن ما قطعاً زایل شده و تجدد فرد جدید مشکوک می‌باشد (همان، ۵۱۸؛ و نیز وحید بهبهانی، ۹)

مرحوم اصفهانی در الاجتهاد والتقلید می‌نویسد: قوه عاقله، از قوای نفس، مدرک کلیات و ذاتا و فعلا مجرد از ماده است و مجرد تام دارد و با مرگ بدن از بین نمی‌رود و در نقد ظاهر کلام بهبهانی که گفت ذهن پس از مرگ جماد و بی‌حس می‌گردد، می‌نویسد قوه مدرکه نه از قوای جسم است و نه جسم؛ و قضایای کلی که فقیه ادراک می‌کند اگر چه فی حد ذاته قابلیت

۱. «أن النفس كل صورة علمية حصلت لها من تصور أو تصديق أو ملكة من الملكات الفضيلة أو الرذيلة تحشر مع تلك الملكات و الصور علمية كانت أو ظنية لا تزيد و لا تنقص كما هو محقق في محله».

تجرد تام دارد و می‌تواند از افراد قوه عاقله باشد ولی تلقی اذهان متعارف، غیر از این است اذهان متعارف این گونه است که از احساس جزئیات به صور جزیی که از افراد قوه وهم و قوه خیال است منتقل می‌شوند و صور در این مرحله، تنها از ماده مجردند نه از خصوصیات و هیأت جزئیات محسوسه و بعلاوه آرای فقها غالباً ناشی مدارک جزیی و از آیات و روایات است که قائم بغیر قوه عاقله است و این آرا حجت نیست مگر این که حدوثاً و بقائاً مستند به مدارکش باشد و همانطوری که آرای قائم به مجتهد، در صورت زوال مدارک و مستندات آن در حال حیات مجتهد، از حجیت می‌افتد همین‌طور نیز در صورت زوال مستندات این آرا، به سبب از بین رفتن قوه مدرکه و فوت مجتهد؛ مگر این که تجرد برزخی قوه وهم و قوه خیال اثبات گردد که بعضی از بزرگان و ما قبول داریم ولی مشهور اهل فن قبول ندارند سپس می‌فرماید بعد از التزام به تجرد قوه خیال و وهم می‌توان گفت بر مبنای نظریه‌ای که می‌گوید آرا و ظن فقیه تولید حکم واقعی می‌کند، استصحاب حجیت نظر فقیه به بعد از فوت او جاری می‌شود زیرا بقای حکم و نظر فقیه محتمل است و انکشاف واقع در اثر مرگ، خللی به استصحاب وارد نمی‌کند چون انقلاب ظن به قطع، عبور از مرحله ضعیف به شدید است و این مخل بر جریان استصحاب نیست ولی براساس دیدگاهی که گوید آرای فقیه، حکم ظاهری تولید می‌کند استصحاب جاری نمی‌گردد نه بخاطر زوال قوه مدرکه بلکه بخاطر انکشاف واقع نفیا یا اثباتاً و دیگر شکی باقی نمی‌ماند تا به حکم ظاهری تمسک جوئیم؛ سپس می‌فرماید گرچه از نظر عقل جریان استصحاب در مورد بحث مانعی ندارد ولی عرف بین حیات و ممات فرق می‌گذارد و از نظر وی موضوع تغییر می‌کند لذا استصحاب جاری نمی‌گردد. (رک: بحوث فی الأصول، ۳/ ۲۱ - ۲۲)

دیدگاه مختار

به نظر می‌رسد اولاً ذکر این نوع مباحث در اصول خلط مباحث فلسفی و مباحث عرفی است درحالی که در فهم موضوعات فقهی، همانطور که مرحوم اصفهانی و دیگر اصولیان تصریح کرده‌اند فهم عرفی معتبر می‌باشد یعنی در این موضوعات دیدگاه عرف، معیار و مبنا است. به عبارت دیگر خطابات شارع منزل بر عرف است؛ یعنی خطابات شارع را باید بر اساس فهم عمومی جامعه معنا کرد. و ثانیاً علوم انسان در جهان ماده مرتبط به جزئیات و در فقه مرتبط به آیات، روایات، عقل و اجماعی که جزئی هستند می‌باشد و نه تنها بعد از موت، بلکه با بیماری و پیری نیز این مسائل جزئی از بین می‌رود، آن که در روح و نفس می‌ماند، بر

مبنای دیدگاه فلسفی، ملکات و مدرکات کلیه‌ای است که با قوه عاقله درک می‌شود.

نقد دوم بر استصحاب: تعلیقی بودن

اشکال دیگر بر استصحاب این که حکم جواز تقلید از مجتهد اگر به نحو قضیه‌ی خارجی باشد، (یعنی اینکه هر مکلفی که در زمان حیات مجتهد موجود باشد می‌تواند از او تقلید کند) قطعاً در مورد موجودین پس از موت مجتهد، جاری نمی‌شود و دلیل جواز تقلید، اخص از مدعی می‌شود و اگر قضیه به نحو قضیه‌ی حقیقه باشد؛ که شامل موجودین و غیر موجودین است؛ در این صورت جریان استصحاب برای موجودین تنجیزی است و حجت و برای غیرموجودین تعلیقی است و نا معتبر چون از یکسو در استصحاب یقین سابق لازم است و کسانی که الآن به دنیا آمده‌اند یقین ندارند که آیا جواز تقلید از میت برای آن‌ها ثابت است یاخیر. به دیگر بیان قضیه حقیقه، به عدد افرادش منحل می‌شود و کسی که در زمان او زنده نبوده و او را درک نکرده این قضیه شاملش نمی‌شود و از سوی دیگر این استصحاب به نحو تعلیقی است به این معنی که اگر این مکلف در زمان فلان مجتهد بود می‌توانست یقیناً از او تقلید کند. و استصحاب تعلیقی که در آن معلق علیه (شرط) امر عقلی باشد حجت نیست. در اینجا عقل می‌گوید تا وجودی نباشد حکم در مورد کسی منجز نیست.

پاسخ نقد دوم

- ۱- بدون تردید جعل قضایای احکام به صورت قضایای حقیقه است نه خارجی.
- ۲- سخن شما به استصحاب در همه احکام کلی، قابل نقض است اگر می‌گویید: نماز جمعه در زمان حضور امام (ع) «کان واجباً و الآن کماکان»، این جا هم اشکال مذکور وارد است چون فرض این است قضیه حقیقه منحل می‌شود «الی قضایا متعدده». درحالی که چنین سخنی را کسی درباره استصحاب در احکام کلی نمی‌گوید.
- ۳- پیش از توضیح، توجه به مقدمه‌ای بایسته است و آن بحثی است در باره احکام و خطابات کلی شرعی که آیا به تعداد افراد منحل می‌شود یعنی حکم به تعداد مکلفان، جعل شده است و یا یک حکم و جعل بیشتر نشده و عنوان و طبیعت مکلف، موضوع آن است. مشهور قائل به انحلال احکام و طرفدار قول نخست‌اند و جمعی از جمله مرحوم امام معتقد به عدم انحلال و طرفدار قول دوم‌اند. با توجه به این مقدمه؛ اشکال فوق بر مبنای هر دو قول نادرست است و استصحاب در هر دو تنجیزی است اما بر اساس انحلال ناصحیح است زیرا

طبق این نظریه موضوع در قضایای حقیقیه‌ای از قبیل جواز تقلید مجتهد، شامل همه مکلفان اعم از افراد محقق الوجود و مقدر الوجود است در این صورت یقین سابق به حجیت فتوای مجتهد حتی برای کسی که امروز پا به دنیا می‌گذارد ثابت است زیرا فرض کردیم قضیه حقیقیه است و بر اساس عدم انحلال نیز اشکال وارد نیست زیرا طبق این مبنا، عنوان مکلف به جعل واحد مشمول جواز تقلید مجتهد است و حکم جواز تقلید بر هر مکلفی ثابت است. (رک، امام خمینی، ۲/ ۱۵۱)

نقد سوم بر استصحاب: مستصحب نه مجعول شرعی است و نه دارای اثر شرعی

آقای حکیم می‌گوید یکی از شرایط مهم جریان استصحاب این است که مستصحب باید یا مجعول شرعی باشد و یا موضوعی که دارای اثر شرعی است و حجیت نه مجعول شرعی است و نه موضوع دارای اثر شرعی بلکه یک امر انتزاعی است که از یک دستور شرعی و یک امر الهی انتزاع شده است مثلاً عقل یا شرع دستور به تقلید از مجتهد داده، ما از این امر، حجیت قول مجتهد را انتزاع کردیم. (رک: مستمسک، ۱/ ۱۵-۱۶).

بررسی نقد سوم و اشکال آن

سه پاسخ به این اشکال شده است:

اولاً: این اشکال مبنائی است زیرا خود این مسئله که آیا حجیت قابل جعل است یا نه، محل اختلاف است. بیشتر اصولیان از جمله مرحوم امام غیر قابل جعل می‌دانند (الرسائل، ۲/ ۱۵۴) و بعضی مجعول می‌دانند (فاضل، ۱۵۸) یا بالاصالة و یا بالتبع.

ثانیاً: بر فرض که حجیت قابل جعل نباشد اما می‌تواند موضوع یک اثر شرعی باشد فی‌المثل اثر شرعی در اینجا این‌که؛ بر مبنای نیاز وجوب قضاء به امر جدید؛ قضای عملی که مقلد بر اساس فتوای مجتهد انجام داده، واجب نباشد. بلی اگر کسی معتقد باشد که وجوب قضاء محتاج امر جدید نیست، قضا واجب است چون عقل می‌گوید اشتغال ذمه، فراغ ذمه می‌خواهد.

ثالثاً: بر فرض این که قابل استصحاب نباشد ولی می‌توان مستصحب را به تقریر دیگری غیر از حجیت بیان کرد که قابلیت تعلق جعل شرعی داشته باشد مثلاً مستصحب را جواز اخذ به فتوای مجتهد میت یا جواز تقلید از مجتهد میت قرار داد که در این صورت می‌تواند جعل شرعی بر آن تعلق گیرد. بلی ممکن است کسی بگوید جواز تقلید و اخذ فتوا از مجتهد، حکم

شرعی نیست بلکه حکم عقل است و استصحاب در حکم عقل جریان ندارد. یاد آور می‌شود هر سه پاسخ فوق، مبنائی و مبتنی بر پیش فرضی است؛ پاسخ اول بر فرض قابل جعل بودن حجیت و پاسخ دوم بر فرض وجود اثر شرعی و پاسخ سوم بر فرض شرعی بودن حکم جواز تقلید از مجتهد بود.

نقد چهارم براستصحاب: مستصحاب نه یک حکم شرعی است و نه یک موضوع دارای اثر شرعی

اشکال چهارم به استصحاب، اشکالی است که امام آن را قوی می‌داند و ریشه آن در کلام آقای حکیم است که در قبل آوردیم. اشکال این است که در مورد بحث؛ مستصحاب نه یک حکم شرعی است و نه یک موضوع دارای اثر شرعی، زیرا جریان استصحاب در یک حکم شرعی از چهار صورت زیر خارج نیست و هر چهار فرض مشکل دارد: استصحاب حجیت شرعیه؛ استصحاب جواز عمل بر طبق قول مجتهد میت؛ استصحاب احکام واقعیه و یا استصحاب احکام ظاهریه؛ اما استصحاب حجیت شرعیه نمی‌توانیم جاری کنیم چون حجیت شرعیه، جعل شرعی ندارد و شارع چیزی به عنوان حجیت جعل نکرده است. همچنین فرض دوم آنچه از مجموع ادله جواز عمل به فتوای مجتهد، بدست می‌آید صرفاً تنفیذ یک امر ارتكازی عقلانی است و شارع خود، مسئله جواز رجوع به نظر صاحب نظران و فتوای مجتهد را جعل نکرده است. اما احتمال سوم که بخواهیم استصحاب احکام واقعی کنیم فی المثل نماز جمعه قبل از فوت مجتهد واجب بود بعد از فوت او شک می‌کنیم حکم واقعی و جوب نماز جمعه باقی است یا خیر؟ استصحاب می‌کنیم؛ این هم جاری نیست چون اگر حکم واقعی در حق ما ثابت شده باشد بعد از فوت مجتهد تردیدی در بقاء آن نداریم تا بخواهیم با استصحاب، بقای آن را ثابت کنیم چون شک در بقاء حکم واقعی یا به جهت شک در نسخ است یا به جهت شک در فقدان شرط مثلاً حضور امام معصوم (ع) شرط وجوب نماز جمعه باشد یا به جهت شک در حدوث مانع است و هیچ‌کدام از این‌ها تحقق ندارد لذا ما شک در بقاء حکم واقعی نداریم تا بخواهیم استصحاب جاری کنیم. پس استصحاب در احکام واقعیه هم معنی ندارد.

اما احتمال چهارم که مستصحاب را حکم ظاهریه قرار دهیم؛ به این معنی که به دنبال فتوا و رأی مجتهد یک حکم ظاهری جعل می‌شود این نیز صحیح نیست زیرا قبول نداریم که به دنبال

امارات یک حکم ظاهری جعل شود و آنچه که از ادله استفاده می‌شود این است که عاقلان، رأی و نظر هر متخصصی از جمله مجتهد را اماره و طریق الی الواقع می‌دانند و شارع این را امضا نموده است و اگر بخواهیم موضوع دارای اثر شرعی را استصحاب کنیم آن موضوع تنها حجیت عقلائیه است؛ و این استصحاب هم جریان ندارد زیرا اثر شرعی ندارد مثلاً معنای حجیت عقلائی داشتن قول طیب تنجز واقع به وسیله آن است و این اثر شرعی نیست. اثر شرعی یعنی وجوب یا حرمتی بر موضوع مترتب شود مثل وجوب نفقه که در اثر استصحاب حیات زید محقق می‌شود در حالی که اثر حجیت عقلائیه آن است که طریق و اماره به سوی واقع است و این ربطی به شرع ندارد؛ بلی یک شرط دارد و آن این که شارع باید از این امارت و طریقیت عقلائیه منع نکرده باشد و امضاء و عدم ردع شارع هم یک حکم شرعی محسوب نمی‌شود تا بخواهد استصحاب شود. (الرسائل، ۲/ ۱۵۴-۱۵۵)

در نقد کلام مرحوم امام می‌توان گفت که چرا حجیت قابل جعل شرعی نباشد؟ این همان نقد مبنایی اولی بود که در نقد کلام مرحوم حکیم قبلا ذکر کردیم، به علاوه این که امام می‌فرماید اگر مستصحب حکم واقعی باشد استصحاب جاری نمی‌گردد چون شکی وجود ندارد، محل تأمل است قبلا در نقد کلام مرحوم فاضل ذکر کردیم ممکن است کسی حیات را شرط جواز تقلید از مجتهد تصور کند و شک کند در این صورت استصحاب در حق او جریان دارد.

نقد پنجم بر استصحاب: عدم حجیت مستصحب

آقای خوئی می‌فرماید با اغماض از سه اشکال زیر، باز هم جریان استصحاب مشکل دارد یکی جریان استصحاب در احکام که ایشان قائل به عدم حجیت استصحابات حکمیه است و یکی اشکال مرحوم آخوند در عدم بقاء موضوع برای جریان استصحاب و یکی رفع ید از ظهور اخبار و روایات در حجیت قول فقیه و منذر بالفعل، که در ذیل ادله لفظیه تقلید از میت مطرح کردند و نیز قبول این فرض که مسئله‌ی جواز تقلید از مجتهد یا حجیت فتوای او قضیه‌ای است که در شرع به نحو قضیه‌ی حقیقیه جعل شده است. چرا استصحاب جاری نمی‌گردد؟ پاسخ می‌دهد زیرا مستصحب ما عبارت است از حجیت و در مورد حجیت مستصحبه دو احتمال وجود دارد یکی این که منظور حجیت فعلیه باشد و دوم اینکه مراد حجیت انشائیه باشد در هر دو مورد استصحاب جریان ندارد. اما در صورت حجیت فعلیه،

استصحاب جریان ندارد زیرا منظور از حجیت فعلیه، حجیت جواز تقلید از مجتهد حی است که ما در مورد حدوث این حجیت نسبت به موجودین در آن زمان یقین داریم ولی در مورد معدومین، اساساً حجیت فعلیه محقق نشده است پس نه تنها یقین به حدوث حجیت فعلیه نسبت به معدومین در آن زمان نداریم بلکه یقین به عدم حدوث آن داریم. پس استصحاب در باره آنان جریان ندارد. و اگر مراد از حجیت، حجیت انشائیه باشد؛ حجیت انشائیه یا به تعبیر دیگر ایشان حجیت تعلیقیه، یعنی حجیتی که از ادله استفاده شده و مفاد آیات و روایات است و بواسطه‌ی آنها اثبات و انشاء شده است. در این صورت هم موردی برای جریان استصحاب نیست چون اگرچه اصل حجیت انشائیه یقینی می‌باشد ولی نمی‌دانیم سعه و ضیق این حجیت چه مقدار است؟ آیا برای خصوص کسانی است که در عصر حیات آن مجتهد بوده‌اند یا دایره حجیت اعم از موجودین و غیر موجودین است پس سعه و ضیق حجیت انشائیه مورد تردید است؛ و چون یقین به ثبوت حجیت انشائیه برای زمان بعد از موت او نداریم، لذا استصحاب جاری نمی‌شود. سپس می‌فرماید این استصحاب حتی از استصحاب جاری در احکام هم بدتر است چون در استصحاب جاری در احکام حداقل موضوع آن محقق است و در بقاء حکم شک داریم لکن اینجا ما از اساس در سعه و ضیق تردید داریم، بدون این که حتی در یک زمان هم موضوع فعلی شده باشد. (التنقیح، الاجتهاد و التقليد، ۱۰۲-۱۰۳) فرق این اشکال با قبلی این است که اشکال قبلی در رابطه با موضوع قضیه بود که یا موضوع افراد محقق الوجود هستند و یا افراد اعم از مقدر و محقق (قضیه حقیقیه) ولی در این اشکال ما به موضوع کاری نداریم بلکه اشکال در خود حجیت و مستصحب یعنی حکم است (جواز تقلید و حجیت فتوای مجتهد) که آیا این حجیت و این حکم، سعه دارد یا ضیق دارد؟

نقد و بررسی کلام مرحوم خوئی

منظور از حجیت، حجیت انشائیه است و بعید است حجیت فعلیه مراد باشد. اشکال آقای خوئی با فرضی که ایشان بیان کردند، ناسازگار است زیرا از یک طرف ایشان فرض را بر این گذاشته است که حکم جواز تقلید میت و حجیت فتوای مجتهد به نحو قضیه حقیقیه جعل شده است. وقتی می‌گوییم قضیه حقیقیه یعنی این فتوا برای اعم از موجودین و معدومین، حجت شده است. یعنی این حجیت انشائیه برای همه انسان‌ها جعل شده است. از طرف دیگر در بیان اشکال ایشان می‌فرماید ما شک داریم این حجیت انشائیه فقط برای موجودین ثابت است یا شامل معدومین هم می‌شود و این دو مطلب با هم سازگار نیست.

فقیهان معتقد به جواز تقلید ابتدائی

فقه‌های اخباری و جمعی از فقیهان اصولی مانند میرزای قمی و محقق اردبیلی و فاضل تونی و صاحب ضوابط و شریف العلما استاد شیخ انصاری فتوا بر جواز تقلید بدوی از میت داده‌اند و نیز شیخ انصاری تقلید ابتدائی از میت اعلم در مستحبات را جائز می‌داند. (شیرازی، مجمع الرسائل (حاشیه جواهر)، مقدمه، ۲۰)

نتیجه‌گیری

در جواز تقلید ابتدائی از مجتهد متوفی می‌توان به دلیل استصحاب تمسک نمود و بر جریان استصحاب چند اشکال شده است ۱- از نظر عرف آرای فرد با مرگ از بین می‌رود در نتیجه وحدت موضوع در زمان یقین و شک، موجود نیست. جواب داده شد که حدوث رای و نه بقای آن در جریان استصحاب کافی است مگر دلیل بر خلاف آن باشد. ۲- حکم جواز تقلید از مجتهد اگر به نحو قضیه‌ی خارجیه باشد در مورد معدومین زمان حیات مجتهد جاری نیست و اگر قضیه‌ی حقیقه باشد جریان استصحاب برای موجودین تنجیزی و برای غیر موجودین تعلیقی است. دو جواب نقضی و حلی داده شد نقض به جریان استصحاب در همه احکام کلی که بر طبق سخن شما نباید استصحاب جاری گردد و حلی که استصحاب در هر دو تنجیزی است زیرا فرض کردیم قضیه حقیقه است. ۳ و ۴- مستصحب نه یک حکم شرعی است و نه یک موضوع دارای اثر شرعی زیرا اگر مستصحب حجیت جواز تقلید باشد قابلیت جعل شرعی ندارد و نیز اگر حکم واقعی باشد شکی نداریم تا استصحاب جاری کنیم و در جواب گفتیم اولاً مبنائی است و ثانیاً جای تحقق شک در بقا وجود دارد. ۵- نقد آخر این‌که در حجیت مستصحه دو احتمال حجیت فعلیه و انشائی است و در هر دو استصحاب جریان ندارد. اما در فعلیه، زیرا در مورد معدومین، حجیت فعلیه محقق نشده است و در مورد انشایی چون سعه و ضیق آن را نمی‌دانیم. این نقد با فرض این‌که ناقد قضایای شرعی را به صورت حقیقه می‌داند سازگار نمی‌باشد بنابراین استصحاب جواز تقلید از مجتهد میت، بر اساس سه تقریر نخست و بر مبنای قابلیت جعل شرعی حجیت آن، طبق تقریر چهارم جاری می‌باشد.

منابع

ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت - لبنان: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع - دار

صادر، سوم، ۱۴۱۴ ق.

اصفهانى، محمد حسين، *الاجتهاد والتقليد* (بحوث فى الأصول)، در يك جلد، قم - ايران: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم: دوم، ۱۴۱۶ ق.

انصارى، مرتضى بن محمد امين، *الاجتهاد والتقليد* (للشيخ الأنصارى)، در يك جلد، قم - ايران: كتابفروشى مفيد، اول، ۱۴۰۴ ق.

_____، *الاجتهاد والتقليد* (مطارح الأنظار)، در يك جلد، قم - ايران: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، اول، بى تا.

_____، *رساله سراج العباد* (محشّى - شيخ انصارى)، در يك جلد، قم - ايران: مؤسسه مطبوعاتی اسماعيليان، اول، ۱۴۱۵ ق.

ايوان كیفی، ورامینی، محمد حسين، *الاجتهاد والتقليد* (الفصول الغروية)، در يك جلد، قم - ايران: دار إحياء العلوم الإسلامية، اول، ۱۴۰۴ ق.

آخوند خراسانى، محمد كاظم بن حسين، *قاعدة الضرر و الاجتهاد والتقليد* (كفاية الأصول)، در يك جلد، قم - ايران: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، اول، ۱۴۰۹ ق.

بجنوردی، حسن، *الاجتهاد والتقليد* (متمهى الأصول)، در يك جلد، قم - ايران: كتابفروشى بصيرتى، دوم.

بهبهانى، محمد باقر بن محمد اكمل، *الرسائل الفقهية* (للوحد البهبهاني)، در يك جلد، بى تا. جزايرى، نعمت الله بن عبدالله، *منبع الحياة و حجية قول المجتهد من الأموات*، در يك جلد، بيروت - لبنان: مؤسسة الأعلمى للمطبوعات، دوم، ۱۴۰۱ ق.

جوادى آملی، عبدالله، *زن در آينه جلال و كمال*، قم: دار الهدى، مركز نشر اسراء، ۱۳۷۸. حكيم، محسن، *مستمسك العروة الوثقى*، قم - ايران: مؤسسة دار التفسير، اول، ۱۴۱۶ ق. خمينى، روح الله، *القواعد الفقهية و الاجتهاد والتقليد* (الرسائل للإمام الخميني)، ۲ جلد، قم - ايران: مؤسسه مطبوعاتی اسماعيليان، اول، بى تا.

خويى، ابو القاسم، *التنقيح فى شرح العروة الوثقى*، ۶ جلد، قم - ايران: اول، ۱۴۱۸ ق. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *مجمع الرسائل* (محشّى صاحب جواهر)، در يك جلد، مشهد - ايران: مؤسسه صاحب الزمان عليه السلام، اول، ۱۴۱۵ ق.

طباطبايى، محمد بن على، *القواعد و الفوائد و الاجتهاد والتقليد* (مفاتيح الأصول)، در يك جلد، قم - ايران: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، اول، ۱۲۹۶ ق.

عراقى، ضياء الدين، *نهاية الأفكار*، قم: چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق. فاضل تونى، محمد حسين، *الاجتهاد والتقليد* (الوافية فى الأصول)، در يك جلد، قم - ايران: مجمع

الفکر الإسلامی، دوم، ۱۴۱۵ ق.

فاضل موحدي لنكراني، محمد، *تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - الاجتهاد والتقليد*، در یک جلد، قم - ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: دوم، ۱۴۱۴ ق. مشکینی، علی، *اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها*، در یک جلد، قم - ایران: نشر الهادی، ششم، ۱۴۱۶ ق.

موسوی قزوینی، علی، *الاجتهاد والتقليد* (التعليقة على معالم الأصول)، در یک جلد، قم - ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: اول، ۱۴۲۷ ق.

میرداماد، محمدباقر بن محمد، *شارع النجاة في أحكام العبادات*، در یک جلد، قم - ایران: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، اول، ۱۴۲۶ ق.

یزدي، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقى* (المحشى)، ۵ جلد، قم - ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: اول، ۱۴۱۹ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۴
بهار ۱۳۹۵، ص ۱۴۹-۱۲۹

بازخوانی تأثیر تعدی و تفریط در امانت* مطالعه تطبیقی در فقه و قانون مدنی

مصطفی کربلایی آقازاده

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید

Email: karbalaeeemostafa@yahoo.com

رضا دریایی

دانش آموخته دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

Email: rezaa.dayae@yahoo.com

چکیده

حقوق امین در ارتباط با تعدی و تفریط در متعلق عقد امانت در نزد فقهای امامیه با دیدگاه‌های متفاوتی همچون نظریه مشهور عدم ارتباط مطالبه خسارت با تعدی و تفریط به استناد عموم قاعده علی‌الید و نظریه رابطه تقصیر با خسارت به استناد قواعد عمومی مسئولیت و قاعده استیمان همراه بوده است. آگاهی به این مسئله جز با بررسی پیشینه و شناخت مبانی فقهی دیدگاه مشهور عدم ارتباط مطالبه خسارت با تعدی و تفریط در میان فقیهان میسر نیست. از همین رو در این مقاله سعی شده است وضعیت امین در ارتباط با تعدی و تفریط ابتدا در فقه امامیه و سپس حقوق ایران مورد ارزیابی قرار گیرد. در این مقاله نشان داده می‌شود نظریه‌ی آن دسته از فقها که محدوده‌ی مسئولیت امین را به لحاظ دخالت رابطه سببیت به همراه تعدی و تفریط ممکن دانسته‌اند با سلطه مالکانه مالک بر مال خود و بنای عقلانی ناشی از قاعده استیمان تطابق بیشتری دارد.

کلیدواژه‌ها: تعدی، تفریط، علی‌الید، استیمان، ضمان، رابطه سببیت، خسارت.

مقدمه

از یک سو بر اساس قاعده سست و متزلزل علی‌الید، صاحب ید با مسلط شدن بر مال شخص دیگری ضامن تلف یا نقض آن مال می‌شود و از سوی دیگر بر حسب قاعده استیمن چنانچه شخصی به موجب اذن مالکانه یا شرعی مالی را در اختیار گرفته باشد تا هنگامی که مرتکب تعدی یا تفریط (تقصیر) نشود مسئول خسارت وارده و از بین رفتن آن مال نخواهد بود. مشهور فقهای امامیه به قاعده استیمن از یک طرف به عنوان استثنایی که به نحو تخصیصی بر عموم و اطلاق علی‌الید وارد است و ضمان تلف و از بین رفتن مال را از عهده امین خارج می‌کند و از طرف دیگر در اتلاف مورد امانت در رافعیت ضمان نقشی ندارد می‌نگرند.^۱

پرسش‌هایی که در نقد و بررسی این پیشینه فقهی مطرح می‌شود از این قرار است که آیا بر حسب طبیعت و ویژگی خاص ید امانی قاعده علی‌الید ساقط نمی‌شود و به سبب تعدی و تفریط موجب جدیدی برای ضمان حادث نمی‌گردد؟ نمی‌توان گفت: به علت اطلاق و کلیت قاعده استیمن سقوط ضمان ناظر به همه مصادیق و موجبات ضمان است و به سبب تعدی و تفریط التزام متفاوت و جداگانه‌ای از دیگر اسباب ضمان بر امین تحمیل می‌شود که در این حالت امین مسئول خسارت وارده است؟ یا دیگر آن که به سبب تعدی یا تفریط، استیمن که مانع علی‌الید است از بین می‌رود و ید امانی تبدیل به ید ضمانی می‌شود که امین در هر شرایطی - خواه از بین رفتن مال منسوب به او باشد یا خیر - مسئول خسارت وارده می‌گردد؟

پاسخ به این پرسش‌ها با توجه به گستردگی و شمول آن تأثیر قابل ملاحظه‌ای در حقوق و تکالیف متقابل امین و مالک ممکن می‌سازد. به اختصار می‌توان گفت: در صورتی که با تقصیر ید عدوانی وارد بر ید امانی شود هرگونه تلف یا خسارتی که بر مال عارض گردد حتی اگر مستند به فعل امین نباشد عهده‌دار آن امین خواهد بود زیرا این ضمان بر بنیاد علی‌الیدی مبتنی است که یکی از شالوده‌های اصلی حقوق مسئولیت به شمار می‌رود. در مقابل، اگر با تعدی و تفریط ضمان جدیدی بر امین حادث گردد او تنها هنگامی مسئول خسارت وارده می‌گردد که

۱. به موجب اطلاقات ادله قاعده اتلاف، در پدید آمدن نوع ضمان، به هیچ وجه عنصر تعدی و تفریط دخالت ندارد. از این رو، شخصی که با فعل خویش موجب تلف مال دیگری شده، ضامن و ملزم به جبران خسارت وارد شده است، اعم از این که تقصیر کرده باشد یا بدون تقصیر، فعلش چنین نتیجه‌ای داده باشد. به نظر ما، عدم دخالت عنصر تعدی و تفریط در پدید آمدن ضمان بدین معنا نیست که در هیچ یک از مراحل، عملی که مجوز انتساب و استناد تلف به فاعل باشد لازم نیست، بلکه بی‌گمان احراز انتساب عمل به فاعل ضروری است؛ زیرا از ارکان اصلی ضمان مورد بحث، تحقق مفهوم «اتلاف» است و بدیهی است که این مفهوم با مفهوم «تلف» فرق دارد. بنابراین، چنانچه از شخص عملی سر زده که منتهی به تلف مال شده باشد، بلکه مال در دست او به علل سماوی تلف شود، نمی‌توان اتلاف را به وی منسوب کرد و در نتیجه، ضمان محقق نخواهد شد. (محقق داماد، ۱۱۴)

خسارت ناشی از تعدی و تفریط امین باشد. اصل عدم ضمان ناشی از قاعده استیمان فقط مسؤولیت امینی را که مال در اثر تعدی و تفریط وی از بین رفته باشد عهده‌دار خسارت تداعی می‌کند چون ضمان ناشی از علی‌الید و اتلاف با ورود قاعده استیمان رخت بر بسته است.

آخرین نکته مقدماتی قبل از ورود به بحث اصلی مفهوم تعدی و تفریط است. عنوان شده است تعدی از تجاوز نسبت به اذنی که مالک به امین در مال مورد امانت داده و تفریط نیز از تضییع مال حکایت دارد. (بجنوردی، ۱۵/۲) اما به واقع باید گفت مراد از آن‌ها تجاوز از عمل شایسته چه به صورت فعلی که باید ترک شود و چه به حالتی که می‌بایست انجام گیرد ولی انجام نمی‌شود است. در فقه، غیرالحق جامع این دو است که آن را عبارت از فعل حرام و ترک واجب قلمداد می‌کنند. (مراغی، ۲/ ۴۴۹) اذن مالک یکی از ضوابط و معیارهای تعیین تقصیر به شمار می‌رود، چه این که عرف و قانون تکمیلی در مواقعی که مالک نسبت به نوع رفتار امین سکوت اختیار کند و قوانین آمره در بسیاری از موارد در تبیین و تفسیر تقصیر ضابطه به شمار می‌روند. تعدی و تفریط قاعداً نباید از حقیقت شرعیه برخوردار باشند بلکه از مفاهیم عرفی‌های هستند که بر حسب نوع امانت به اعتبار اشخاص، زمان‌ها، مکان‌ها و حتی رسوم و عادات مختلف بوده و نیاز به وجود تخصص‌های مختلف در پاره‌ای از آن‌ها به اعتبار عدم امکان تشخیص شخص متعارف لازم است.

دقت در عناصر تعدی و تفریط نشان می‌دهد در خصوص ثبوت تقصیر در امانت وجود اهلیت تمتع و استیفاء لازم است که اگر قواعد تکلیفی جمع نشود ضمان به عنوان عنصر وضعی از آن نمودار نمی‌گردد. با توجه به چنین برهانی در وجود عنصر معنوی تقصیر (بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی) نباید تردیدی به دل راه داد، بنابراین اگر عنصر مادی تقصیر بدون ملاک عنصر معنوی از اشخاص فاقد اهلیت صادر شود با عنایت به این که ضمان مورد نظر به تبع تکلیف منعقد می‌گردد نباید آن شخص را ضامن شناخت زیرا تحقق عنوان تقصیر به لحاظ ادله معنوی منتفی است و در صورت تردید در صدق عنوان تعدی و تفریط می‌توان به ادله عدم ضمان استناد نمود. با وجود این، بر فرض که در برخی احکام، به دلیل رابطه سببیت شخص مسئول خسارت وارده باشد نباید این موضوع را استثنایی بر حکم مذکور خواند. (مراغی، ۲/ ۴۴۹)

معرفی دیدگاه‌ها

فقه‌های امامیه این مسأله را در باب‌های مختلف امانت مالکانه و شرعی به خصوص ودیعه

مطرح نموده‌اند. موضوع بحث آنان بیشتر از این قرار است که مستودع مکلف است در کیفیت حفظ مال به امر مالک اعتماد کند پس هنگامی که مالک او را به وجه مخصوصی در حفظ مال متعهد نمود و مستودع از آن عدول نمود و مورد امانت تلف شد او ضامن است. (برای ملاحظه موجبات تقصیر ر ک: علامه، تذکرة الفقهاء ۱۶/ ۱۵۶ به بعد؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۷/ ۲۱۸) در این ضمان دو دیدگاه مطرح شده است:

در دیدگاه نخست که اکثر فقها بر آن پای می‌کوبند قبل از افراط و تفریط ید امانی امین تا مادامی که سبب زوال آن محقق نگردد به ید ضمانی تبدیل نمی‌شود. از باب قواعد نفی ضرر، لزوم رفع عسر و حرج و سد باب معاملات ید امین ضمانی نیست، بعد از تعدی و تفریط این امور زایل می‌شود و تحت عموم قاعده علی‌الید امین ضامن هرگونه خسارت وارده می‌گردد چه این که با تعدی و تفریط او خائن شمرده می‌شود. (مراغی، ۲/ ۴۴۷؛ بهجت، وسیلة النجاة، ۵۷۷؛ گلبایگانی، ۲/ ۳۰)

در دیدگاه دوم برخی از فقها می‌فرمایند، در فرض مورد بحث، ید امانی منقلب به ید ضمانی نمی‌شود و وصف امانت به علت وجود اذن سابق هنوز بر امین بار می‌شود ولی اگر به سبب تعدی و تفریط مال تلف شود صرفاً در این حالت است که امین ضامن خسارت است زیرا با مجرد تقصیر سبب ضمان ایجاد نمی‌گیرد بلکه تقصیری که به سببیت آن مال از بین رود موجب ضمان می‌شود. (علامه، تذکرة الفقهاء، ۱۶/ ۱۹۴؛ اردبیلی، ۱۰/ ۲۸۰؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۷/ ۲۱۹)

ادله دیدگاه نخست

مجموع ادله‌ای که گروه نخست برای اثبات ید ضمانی در صورت تقصیر امین بر می‌شمارند از قرار ذیل است:

۱- اصل اولی در تصرف مال غیر ضامن بودن شخص در مقابل مالک است، به گونه‌ای که تا هنگام رد مال به مالک این تکلیف که از آن اثر وضعی رسوخ و نفوذ پیدا می‌کند بر عهده شخص قرار دارد. در استیمان، به علت وجود اذن مالک یا شارع ید امین ضمانی نیست، لیکن قدر متقین در این خروج امانت از ضمان ناظر به حالتی است که امین بر امانت خود باقی باشد، هنگامی که امین تعدی و تفریط نمود چون خیانت او تحقق یافته است عموم علی‌الید نمودار می‌شود. (اصفهانی، الإجارة، ۲۸۲؛ سبزواری، ۱۹/ ۹۸) زیرا امین از حد متعارفی که لازمه اصل عدم ضمان امانت است خارج شده و تحت سیطره قاعده علی‌الید عهده‌دار رد مال

به مالک است. خروج امانت از قاعده علی‌الید تا مادامی که امین بر صفت امانت خود باقی باشد احوالی است، پس هنگامی که تعدی و تفریط نمود امین تحت عموم ید ازمانی ضامن خسارت وارده می‌گردد. (مراغی، ۲/ ۴۴۶؛ لنکرانی، ۳۳)

۲- اسباب ضمان واقعی به سه دسته اتلاف، ید و غرور منقسم می‌شوند. موضوع عدم ضمان امین تلف است نه اتلاف، از این رو هنگامی که امین مال مالک را از بین می‌برد قاعده استیمانی که ریشه در اذن (مالک یا شرع) و احسان دارد نمی‌تواند امین را در اتلاف مسئول خسارت وارده نکند چه این که قاعده استیمان در جهت تخصیص قاعده علی‌الید برآمده است نه اتلاف. (بجنوردی، ۲/ ۱۵؛ مراغی، ۲/ ۴۴۷؛ اصفهانی، الإجارة، ۲۸۱؛ شیرازی، ۲/ ۲۶۳؛ لنکرانی، ۲۷) و شکی نیست غروری از جانب امین نسبت به مالک صورت نگرفته است و قاعده غرور تحقق پیدا نمی‌کند؛ بنابراین، تنها فرضی که باقی می‌ماند ضمان ناشی از علی‌الیدی است که در غیر قاعده استیمان سبب ضمان واقعی (مثل یا قیمت) تلف مال غیر است که به علت وجود قاعده استیمان راهی در ید امانی امین ندارد ولی پس از تعدی و تفریط امین باز می‌گردد و امین را ضامن هر گونه خسارت می‌گرداند. (کاشف الغطاء، ۲/ ۳۲؛ صاحب جواهر، ۲۷/ ۱۲۹؛ کاشانی، ۳/ ۱۶۴؛ بجنوردی، ۲/ ۱۰؛ بحرانی، ۲۱/ ۵۱۴)

۳- امین به عنوان شخصی که در اغلب موارد برای حفظ حقوق مالک و حمایت از آن تلاش‌های گوناگونی می‌کند از هرگونه کجی و ناراستی بیزار است و تنها راه‌های صحیح و بی‌تقصیری را در جهت حفظ موضوع امانت جایز می‌شمارد، با تعدی و تفریط باب علی‌الید و ضرر را به خود باز نموده و این غرامتی است که باید امین از عهده آن برآید.

۴- قاعده استیمان حکم عقلی است که به منظور جلوگیری از انسداد باب امانت و عسر و حرج امین از سوی سیره عقلا و با تأیید شارع در عالم اعتبار برای امینی که در حفظ و نگهداری مال مورد امانت کوشش می‌کند جعل شده است. بدیهی است این وضع به همین منوال در مورد شخصی که در مورد امانت کوتاهی و تقصیر می‌کند صادق نیست.

۵- اجماع اصحاب بر وجود ید ضمانی به همراه یکی از صورتهای افراط و تفریط همچنان که در ودیعه، عاریه، مضاربه، اجاره، وکالت، وصیت، لقطه، عامل جعاله، مساقات، مزارعه، شرکت و غیر آن‌ها استناد کرده‌اند جاری است. (مراغی، ۲/ ۴۴۷؛ شیرازی، ۲/ ۲۴۹)

ادله دیدگاه دوم

مخالفان در هنگام ارزیابی و تحلیل مسأله ادله‌ای را که مغایر با دیدگاه نخست است را بیان می‌کنند تا نظر خود را با قواعد سازگار نمایند، در این بند به بررسی ادله این گروه پرداخته

خواهد شد.

۱- اصل نخستین در خصوص تصرف مال غیر در حقوق اسلامی عدم مسئولیت متصرف است. این اصل چهره‌ای از اصل برائت است. به عنوان اصل ثانوی متصرف در مال غیر به استناد علی‌البد و برخی مستندات دیگر مسئول تلف و نقص مال مورد تصرف خواهد بود. هرگاه در شمول ادله‌ی ضمان نسبت به موردی تردید شود، مقتضای اصل عدم ضمان یا برائت عدم مسئولیت متصرف است و در این مورد دلیلی بر ید ضمانی که سنگین‌ترین نوع ضمان است وجود ندارد و اصل برائت حاکم می‌شود چه این‌که صرف تعدی و تفریط موجب نمی‌شود که امین مسئول هر تلف و نقضی باشد و آنچه از آن خارج می‌شود صرفاً تلفی است که مستند به تقصیر است. (علامه، تذکره الفقهاء، ۱۶/ ۱۹۴؛ اردبیلی، ۱۰/ ۲۸۰؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۷/ ۲۱۹)

۲- در مجموع، ظاهر عبارت علی‌البد استقرار ضمان بر عهده شخصی دارد که مال دیگری را هنگام حدوث تصرف بدون اذن مالکانه یا شرعی اخذ می‌نماید و مفروض است چون تصرفات امین با اذن شارع یا مالک ادامه می‌کند استیلاهی امین هنگام تعدی و تفریط ضمانی نیست و در صورت تردید اصل عدم ید ضمانی حاکم خواهد بود. (اردبیلی، ۱۰/ ۲۸۰؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۷/ ۲۱۹)

۳- روایات عدم ضمان امین اخص از قاعده اتلاف و علی‌البد است به موجب مفاد قاعده استیمان امین ضامن اتلاف و تلف مال نخواهد بود چه این‌که اتلاف مال مورد امانت از حیث امانت و عدم ضمان امین به علت این‌که موافق قاعده است بر هر ضمانی ارجحیت دارد. (میرزا حبیب الله رشتی، کتاب الإجارة، ۳۳۲)

۴- مراد از آیات و اخبار زیادی که به صورت صحیح بیان شده تلف و نقصی است که به سبب تقصیر باشد. در صورتی که بدون استناد تقصیر امین مال تلف و نقص شود تحت عموم عدم ضمان، امین مسئول تلف یا نقص مورد امانت نخواهد بود. (علامه، قواعد الأحكام، ۲/ ۱۸۶؛ علامه، تذکره الفقهاء، ۱۶/ ۱۹۴؛ اردبیلی، ۱۰/ ۲۸۱؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۷/ ۲۱۹)

۵- بنای عقلاً بدون دخالت شارع مجرد تعدی و تفریطی که بدون سببیت آن مال تلف و نقص شود نسبت به ضمان متعدی حکمی را بیان نمی‌کند و در نصوصی که در این باب وارد شده است حکم صریحی بر خلاف آن دیده نشده است. (علامه، تذکره الفقهاء، ۱۶/ ۱۹۴؛ اردبیلی، ۱۰/ ۲۸۱؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۷/ ۲۱۹)

۶- اجماعی که کاشف از رأی معصوم باشد و دلالت بر این نماید استیلائی امین در حالت تعدی و تفریط ضمانی است اقامه نگردیده و در صورتی که اجماعی واقع گردیده باشد باید اجمالاً اشاره داشت مستند به احادیث و آیات بوده و پابندی به مفاد آن جایز نیست. (عاملی، مفتاح الکرامة، ۱۷/ ۲۱۹)

بررسی دلالت برخی نصوص در مسأله مورد نزاع

در این پرسمان فقها روایات متعددی را به عنوان مؤید استدلال خود قرار داده‌اند. از جمله روایت حسین بن سعید که از ابی عبدالله نقل می‌کند: «لَيْسَ عَلَى مُسْتَعِيرِ عَارِيَةٍ ضَمَانٌ وَصَاحِبُ الْعَارِيَةِ وَالْوَدِيعَةِ مُؤْتَمَنٌ» (طوسی، ۷/ ۱۸۲؛ حرعاملی، وسائل الشیعة، ۹۳/ ۱۹) و نیز روایت محمد بن مسلم که امام جعفر صادق (ع) می‌فرماید: «سَأَلْتُهُ عَنِ الْعَارِيَةِ يَسْتَعِيرُهَا الْإِنْسَانُ فَتَهْلِكُ أَوْ تُسْرِقُ- فَقَالَ إِنْ كَانَ أَمِينًا فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ» (حرعاملی، وسائل الشیعة، ۹۳/ ۱۹) و روایت حلبی که از ابی عبدالله (ع) نقل می‌کند: «صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ وَالْبِضَاعَةِ مُؤْتَمَنَانِ وَقَالَ إِذَا هَلَكَتِ الْعَارِيَةُ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ لَمْ يَضْمَنْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَقَالَ فِي حَدِيثٍ آخَرَ إِذَا كَانَ مُسْلِمًا عَدْلًا فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ» (کلینی، ۵/ ۲۳۸؛ مجلسی، مرآة العقول، ۱۹/ ۲۸۸) و صحیحہ عبدالله بن سنان که بیان داشته است: «غُرْمٌ عَلَى مُسْتَعِيرِ عَارِيَةٍ إِذَا هَلَكَتْ إِذَا كَانَ مَأْمُونًا» (کلینی، ۵/ ۲۳۹)

نکته بسیار مهمی که در ضامن بودن امین هنگام تعدی و تفریط به استناد این احادیث باید مورد توجه قرار گیرد این است که درون‌مایه این اخبار معنای جزء عدم ضمان امین ندارد این که ید امانی امین با تعدی و تفریط تبدیل به ید ضمانی می‌شود از این روایات نمی‌توان بهره جست، بالأخص آن که عناوین مأخوذه تعدی و تفریط در اخبار «احداث الحدث» است و آن نوع از تصرفات مصداق این عنوان هستند که موجب از بین رفتن و نقص مال شده باشد و تصرفاتی که سبب از بین رفتن یا نقصان آن نگردد مشمول این عنوان نخواهد شد. توضیح آن که ید ضمانی حکایت از نوع خاصی از اسباب ضمان دارد که علت تلف (عین یا منافع) هر چه باشد متصرف ضامن تدارک و خسارت وارده به مالک خواهد بود اما این که «احداث الحدث» دلالت می‌نماید ید امین ضمانی و او مسئول از بین رفتن منافع شود اخص از مدعا است چه این که «احداث الحدث» نمی‌تواند تصرفاتی را که علت تلف هر چه باشد و موجب اجرای قاعده علی‌الید می‌شود را شامل گردد. اسباب تعدی و تفریط (عدوان) گاهی با ضمان جمع می‌شوند و گاهی از آن منفک می‌گردند. به این صورت که در مواردی تعدی و تفریط

وجود دارد ولی ید ضمانی حاصل نمی‌گردد مانند استیلا بر منافع که امین مقصر از باب استیفا ضامن اجرت‌الثلل است بدون آن‌که ضامن منافع استیفا نشده باشد (خمینی، ۱/ ۵۹۳؛ شهید ثانی، ۵/ ۱۵۹؛ اردبیلی، ۱۰/ ۸۶) و گاهی به علت تعدی و تفریطی که صورت می‌گیرد امین ضامن منافع است مانند غصب.

چگونگی تحقق صفت امانت

در این‌که چرا امین ضامن خسارت وارده به مالک نیست وجوه متعددی می‌توان بیان کرد که هر یک به‌نوعی بر عدم ضمان وی دلالت دارند که عبارت‌اند از:

۱- اخبار: روایات مستند و متعددی در آثار فقها دیده می‌شود که در آن‌ها حکم به این شده است که امین ضامن خسارت وارده به مالک نیست که برخی به‌طور خاص و دسته‌ای به‌طور عام بر این موضوع دلالت می‌کنند.

آ: از علی (ع) نقل شده است: «لیس علی مؤتمن ضمان» بر امین ضمانی نیست.

(بروجردی، ۲۳/ ۱۱۰۸؛ مغربی، ۲/ ۴۹۱)

ب: ابان بن عثمان از امام باقر (ع) سؤال نمودند: اگر مال در دست کسی که با آن کار می‌کند تلف شود آیا آن شخص ضامن است یا خیر امام فرمودند: «لَیسَ عَلَیْهِ غُرْمٌ بَعْدَ أَنْ یَكُونَ الرَّجُلُ أَمِینًا» اگر آن شخص امین بوده باشد بر او پرداخت خسارت لازم نیست. (حرعاملی، وسائل الشیعة، ۱۹/ ۲۱؛ طوسی، ۷/ ۱۸۴؛ کلینی، ۵/ ۲۳۹)

ج: یکی از آن‌ها خبر معروفی است که بیان می‌دارد بر امین جز سوگند چیزی نیست^۱ و همانا دلالت بر این دارد که امین ضامن خسارت وارده نیست به‌طوری‌که اخذ غرامت هنگام از بین رفتن مال منافات با مدلول خبر است. (نوری، ۳۸؛ کاشف الغطاء، ۱/ ۸۹)

۲- اجماع اصحاب متقدم: فقها به استناد احادیث در موارد متعددی بدون این‌که تردیدی به خود راه دهند بر این نظر اتفاق دارند که بر امین ضمانی بار نمی‌شود. (مراغی، ۲/ ۴۸۵؛ بجنوردی، ۲/ ۱۱)

۳- احسان: هنگامی‌که در جهت مصلحت مالک امین مالی را قبض می‌کند داخل در جمله ما عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِيلِ (التوبة: ۹۱) قرار می‌گیرد و بنا بر قاعده احسان او از هرگونه مسؤولیتی معاف می‌شود.

۱ لیس علی الأمین إلا الیمین

۴- انسداد باب امانت: ضامن قرار دادن امین موجب انسداد باب استیمان و برهم خوردن آن تعادل و توازن لازم در اجتماع می‌شود زیرا لازمه آن عسر و حرج عظیمی است که به موجب آیات و روایات متعددی نفی شده است. مالک احتیاج دارد مال خود را به جهت مصالحی به تصرف دیگران قرار دهد پس هنگامی که به سبب علی‌الید امین ضامن خسارت وارده قرار می‌گیرد هر شخصی از دریافت مال مورد امانت روی برمی‌گرداند.

۵- لاضرر: در تمام مواردی که امین به صرف تصرف ضامن و عهده‌دار خسارت است هرگونه خسارتی که به مال وارد می‌گردد حتی بدون این که هیچ نقشی در انتساب آن داشته باشد مکلف می‌شود آن را جبران کند امری که رعایت آن در شرع توصیه نمی‌شود.

۶- اذن: هنگامی که امین برحسب اذن مالک یا شارع مالی را در جهت مصلحت مالک قبض کند تا مادامی که علت تلف خارجی باشد این اذن رافع ضمان حاصل از ید است و بر عدم ضمان امین دلالت می‌کند. (با این حال اگر امین مال را اتلاف کند مسوول خسارت وارده است.)

اشکال اخبار و روایات صحیحی که به دست ما رسیده است به همراه قواعد و دلایلی چون لاضرر، احسان و انسداد باب استیمان این است که نمی‌تواند مستند امانت قرار گیرد زیرا از یک سو حداقل قدرت تحمل احتمالات دیگر را می‌دهند و از سوی دیگر این که در چه مواردی صاحب ید مؤتمن است نمی‌تواند راهگشا باشد زیرا این از واضحات است که از اثر نمی‌توان پی به علت برد و لازم است صغرا به طریق دیگری کشف شود. (شیرازی، ۲/ ۲۵۲) به خصوص این که اجماع ادعا شده از سوی اصحاب بیش از آن که کاشف از رأی معصوم باشد مدرک آن مستند به احادیث بوده و ارزشی ندارد.

از ظاهر عبارت برخی از فقها به طور ضمنی برداشت می‌شود که تصرف در مال دیگری به اذن مالک ضمان آور نیست. به طوری که برخی تصرف با اذن مالک را تخصصاً یا تخصیصاً از قاعده علی‌الید خارج دانسته‌اند و حتی عده‌ای بر امانی بودن ید مأذون ادعای اجماع نمودند و در مقابل گروهی دیگر به ضمانی بودن ید مأذون نظر داشته‌اند. (به نقل از: شهیدی، اصول قراردادهای و تعهدات، ۲/ ۱۰۵)

در بین این دو احتمال با در نظر گرفتن جهات تحلیلی به نظر می‌رسد احتمال دوم قوی‌تر باشد، اذن مالک به تنهایی موجب امانی شدن ید متصرف نمی‌شود و به غیر از اباحه تصرف مأذون نمی‌توان حکم دیگری را به اذن دهنده نسبت داد چه این که وصف امانی بودن را

نمی‌توان در حقیقت قید تصرف مأذون دانست؛ بنابراین این‌که مأذون امین باشد لازم است ید امانی برحسب بنای عقلانی در عنصر متصرف به اذن که در حقیقت اجزاء تشکیل‌دهنده هیات امانت است مستتر باشد. (شیرازی، ۲/ ۲۶۷) در نتیجه استقراء از موارد متعدد که در بخشی از آن موضوعات به امانی بودن ید متصرف حکم می‌شود می‌توان پی برد مالی که صرفاً به مصلحت مالک و یا مجاناً در تصرف شخص دیگری قرار گرفته باشد ید آن شخص مشمول قاعده استیمان می‌گردد.^۲ (خویی، المستند فی شرح العروة الوثقی، ۲۲۳؛ خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۳۳/ ۲۲۰؛ محقق داماد، ۹۴/۲)

رابطه تعدی و تفريط با ضمان

بدون تردید آنچه سبب تحقق ضمان در مسأله می‌شود بدون آن‌که نقشی در انفساخ عقد داشته باشد مستند فقهی تعدی و تفريط است. مقتضی عموم عدم ضمان امین دلالت بر این دارد امین مادامی ضامن خسارت وارده است که در حال تعدی و تفريط باشد زیرا غایت امر صرفاً دلالت بر خروج این وضعیت و قرار گرفتن باقی تحت عموم جواز و عدم ضمان بعد خروج بعضی از اجزا می‌کند. (یزدی، حاشیه المکاسب، ۳۴/۱)

ایراد شده در اخبار از عنوان‌های تعدی و تفريط از این جهت که موضوعشان متعلق حکم شرعی باشد نامی برده نشده است (بجنوردی، ۲/ ۱۰؛ شیرازی، ۲/ ۲۷۸) باید گفت آنچه در این روایات وارد است عناوین دیگری از قبیل استهلاك، مخالفت با شرط، قرار دادن در اختیار دیگری یا جنایت است که فقها این دو عنوان را از روایات اصطیاد نمود^۳ و نظر به اجماع فقها و عقلانی بودن آن نمی‌توان در این موضوع تردید نمود.

۲ تدلّ علیه أيضاً الروایات الكثيرة الناطقة بعدم ضمان الأمين الواردة في الحَمَال و الجَمَال و القَصَار و صاحب السفينة التي الأموال و نحو ذلك مما يستفاد منه أن المؤمن على الشيء لا يضمن، و منه العين المستأجرة، حيث إن المالك أودعها عند المستأجر ليستوفي منها المنفعة و يردّها بعدئذ إلى المالك، فهو طبعاً أمين من قبل المالك، أي مجاز في إبقاء المال عنده مجاناً إذ الأجرة إنما هي بإزاء المنفعة لأذات العين و لا تعني بالأمانة إلّا هذا.

۳ «كُتِبَتْ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ رَجُلٌ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ وَدِيعَةً فَوَضَعَهَا فِي مَنْزِلٍ جَارِهِ فَضَاعَتْ. هَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ إِذَا خَالَفَ أَمْرَهُ وَ أَخْرَجَهَا عَنْ مَلِكِهِ. فَوَقَّعَ هُوَ ضَامِنٌ لَهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ» (حرعاملی، وسائل الشیعة، ۱۹/ ۸۲؛ طوسی، ۷/ ۱۸۰)، «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً فَأَعْطَاهَا غَيْرَهُ فَتَفَقَّتْ مَا عَلَيْهِ. قَالَ إِنْ كَانَ شَرْطُ أَنْ لَا يَرْكَبَهَا غَيْرُهُ. فَهُوَ ضَامِنٌ لَهَا وَ إِنْ لَمْ يَسَمَّ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ» (حرعاملی، وسائل الشیعة، ۱۹/ ۱۸۸)، «إِذَا أَحْرَزَ الرَّجُلُ الْوَدِيعَةَ حَيْثُ يَجِبُ أَنْ تَحْرُزَ الْوَدَائِعُ ثُمَّ تَلَفَتْ أَوْ سَقَطَتْ مِنْهُ مِنْ قِبَلَانٍ يَحْرُزُهَا أَوْ ضَلَّتْ أَوْ نَسِيَهَا أَوْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ جَنَايَةٍ مِنْهُ عَلَيْهَا (در بعضی از کتب بجای واژه غیر جنایة کلمه غیر خیانة بکار رفته است) و لا استهلاك لها فلا ضمان عليه» (بروجردی، ۲۳/ ۱۱۱۰؛ مغربی، ۲/ ۴۹۱؛ نوری، ۱۴/ ۱۵)، «صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ وَ الْبِضَاعَةِ مُؤْتَمَنٌ وَ قَالَ إِذَا هَلَكَتِ الْعَارِيَةُ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ لَمْ يَضْمَنْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ اشْتَرِطَ عَلَيْهِ وَ قَالَ فِي حَدِيثٍ آخَرَ إِذَا كَانَ

اما در این‌که چرا امین ضامن خسارت است سه احتمال قابل طرح است: ۱- اجماع اصحاب بر ضمان امین در حالت تعدی و تفریط ۲- وجود اخباری که بر ضمان امین دلالت می‌کند ۳- ضمان ید.

در بین سه احتمال هر چند ادعا شده قاعده علی‌الید و اجماع فقها دلیل ضمان امین است ولی آنچه به نظر می‌رسد محتمل‌تر باشد وجود اخباری است که در آن‌ها امین با تعدی و تفریط ضامن خسارت وارده می‌شود چه این‌که در اخبار از باب تعدی و تفریط نه علی‌الید است که امین ضامن خسارت می‌گردد؛ بنابراین ضمان ناشی از تعدی و تفریط مستند به خروج از استثنای اصل عدم ضمان و بازگشت به عموم دلیل ضمان علی‌الید نیست (نظر مخالف ر ک: مراغی، ۴۴۷/۲) زیرا ضمان حاصل از علی‌الید با ورود قاعده استیمان از بین می‌رود و آنچه صرفاً از مستثنی‌منه (عدم ضمان) خارج می‌گردد خود سبب جدیدی برای مسئولیت است. نظر به دلیل لبی و عقلی قاعده به دلیل آن‌که استثناء حالت تعدی و تفریط متصل به مستثنی‌منه بوده و تخصیص بردار نخواهد بود می‌توان گفت عمومیت عدم ضمان امین منصرف به علی‌الید نمی‌گردد. در نتیجه، تقصیر خود مستقلاً بدون توجه به موجبات دیگر ضمان مقتضی مسئولیت امین را ایجاد می‌کند.

بررسی تفاوت ماهوی بین ضمان ید و ضمان ناشی از تعدی و تفریط (عدوان) حکایت از حکم جدیدی برای ضمان دارد چه این‌که کمیت و کیفیت‌های تصرف به نحو افراط و تفریط در حفظ و نگهداری بوده که موجب جدیدی برای ضمان حادث گردیده است (کرکی، ۵/۱۱۲) که خود صرف نظر از ادله ضمان ید، ائتلاف و غرور که در استیمان برطرف شده است صرفاً در قدر متقین و آن‌هم در تقصیر امین ایجاد ضمان می‌کند و الا اسباب عسر و حرج و ضرری ناروا به متعدی فراهم می‌گردد.

تحریر محل نزاع در فرض مساله

این‌که اصل اولی در ید، ضمان است یا عدم ضمان، باید دید مصداق پرسمان بر کدام‌یک از ادله‌ای که حاکم بر آن است صدق می‌کند: قاعده علی‌الید و یا عدم ضمان. با عنایت به این‌که ادله حاکم بر موضوع چیزی فراتر از قاعده عرفی و عقلانی نمی‌باشند که به‌صورت

مُسْلِمًا عَدْلًا فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ: به طوری که حر عاملی صاحب کتاب وسائل الشیعه بر این باور است که کلمه عدل در حدیث مستند، معنایی جزء عدم تفریط در عاریه ندارد (حرعاملی، وسائل الشیعه، ۹۲/۱۹)

مجموعه‌ای منسجم و منظم در قواعد فقهی متبلور شده است بنابراین باید بررسی نمود عرف متصرف را در فرض مورد بحث ضامن خسارت وارده در هر حالتی می‌داند یا خیر؟

بی‌گمان در غیر موارد استیمان متلف متصرف ضامن خسارت وارده خواهد بود و قواعد مربوط به ضمان قهری بر آن حکومت می‌کند ولی این‌که متصرف در غیر موارد اتلاف ضامن هرگونه خسارتی است ممکن است چنین استدلال شود مطابق احادیث معتبر مال مؤمن محترم است و احترام مال او مانند احترام مال خون اوست و قاعده احترام ایجاب می‌کند متصرف ضامن هرگونه خسارتی باشد؛ اما این استدلال خالی از اشکال نیست برفرض که قاعده احترام حکم وضعی ایجاد کند ظاهر احادیث لزوم احترام مال مؤمن ایجاب می‌کند هیچ شخصی مجاز نباشد مال دیگری را بدون اذن وی اتلاف کند اما این‌که در صورت تصرف عهده‌دار تلف یا نقص وارده به مال در هر شرایطی باشد احادیث بر این موضوع دلالتی ندارند. به نظر ما این‌که متصرف مال غیر به علت علی‌الید مسئول تدارک و خسارت وارده به مالک است، نمی‌تواند دلیلی جزء نظم عمومی و اجتماعی داشته باشد زیرا بنای عقلا این ضمان را که از آن اثر تکلیفی و وضعی تولید می‌شود به غاصبانه بودن ید متصرف مستند می‌کنند. توضیح این‌که شاید برحسب ظاهر و در بادی امر اطلاق و عموم قاعده «علی‌الید ما اخذت حتی تودیّه» هر شخصی که مال دیگری را در هر صورت در اختیار گیرد تا هنگامی که آن را به صاحبش باز پس دهد مسئول خسارت است و تنها شخصی که از شمول قاعده خارج می‌شود ید امین است؛ اما قبل از هر چیز به پرسشی که در این باره مطرح می‌شود باید پاسخ داد که خروج ید مؤتمن از قاعده علی‌الید به موجب تخصیصی است که ادله عدم ضمان امین از قبیل روایت «الامین لایضمن» بر آن وارد می‌کنند و یا آن‌که خروج آن از قاعده علی‌الید تخصیصی است یعنی اساساً ید امانی مشمول قاعده علی‌الید نمی‌شود؟

در پاسخ به این سؤال مشهور فقهای امامیه معتقدند قاعده علی‌الید نسبت به کلیه ایادی که بر ملک غیر استقرار یافته باشد عمومیت دارد و قرینه‌ای بر اختصاص آن به ید عدوانی و موارد مشابه وجود ندارد. به عقیده این گروه ید امانی به استناد ادله مخصص از تحت شمول قاعده علی‌الید خارج می‌شود. لیکن حقیقت این است که می‌توان در عموم قاعده علی‌الید تردید نمود روایت علی‌الید حدیثی نبوی است که از طرق عامه نقل شده و در کتب و عبارات فقهای شیعه نیز با آن‌که در سند آن خدشه وارد است انعکاس یافته است و بر فرض که ضعف آن با عمل مشهور فقها جبران شود، بسیار بعید است که رسول اکرم ارتجالاً و بدون هیچ صدر و ذیلی به

بیان این مطلب مبادرت نموده باشد. تتبع در احادیث و روایات صادره از معصومین نشان می‌دهد که صدور احادیث ارتجالی در نهایت ندرت است بنابراین مضمون این است که فرمایش پیامبر مسبوق به سؤالی و یا مذیل به ذیلی بوده که به جهات مختلفی به دست ما نرسیده است و با این احتمال ظهور حدیث در شمول کلیه ایادی بالأخص ید امانی موهون شده و با این وهن چاره‌ای نیست جز آن‌که به قدر متیقن از شمول آن بسنده شود که قدر متیقن همان ایادی غاصبانه است. (اردبیلی، ۱۰ / ۲۸۱؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۷ / ۲۱۹؛ صادقی، ۱۹؛ باریکلو، ۶۴) علاوه بر این قرائنی وجود دارد که شمول حدیث را نسبت به ید مؤتمن مورد تردید قرار می‌دهد به‌طوری‌که باوجود آن قرائن دیگر ظهور قابل استنادی در شمولت قاعده علی‌الید بر ید امین باقی نمی‌ماند. یکی از آن قرائن لحن زجری حدیث است چه این‌که بقای عین و استمرار آن در دست غیر مالک بر ضرر متصرف است و این ضرر تا مادامی‌که مال به صاحبش باز پس داده نشود ادامه و استمرار دارد این لحن مناسب موارد غصب است. قرینه دیگر آن‌که شارع در صورتی‌که بخواهد برخلاف سیره عقلا و ارتکازشان قانونی وضع کرده و آن روش و ارتکاز را رد نماید ناچار است با تأکید و تصریح آن را بیان خواهد نمود و در رد خود به‌مجرد ظهور اکتفا نخواهد کرد زیرا در چنین وضعی ظهور به آن روش و ارتکاز عرف و عقلی انصراف خواهد یافت (صادقی، ۱۹) و از آنجا که بنای عقلا و ارتکاز عرف بر عدم ضمان در امانات مالکی و شرعی برگزار گردیده است از این رو به نظر می‌رسد از دید عرف قاعده علی‌الید منصرف از موارد امانات مالکی و شرعی بوده و به ایادی غاصبانه و موارد مشابه اختصاص خواهد یافت؛ به عبارت دیگر در مواردی که مال غیر با مجوز شرعی یا مالکی تحت قاعده استیمان در اختیار متصرف، به‌طور مطلق قرار می‌گیرد، شکی در عدم ضمان متصرف نیست و طبق سیره عقلا قاعده علی‌الید از این‌گونه موارد منصرف است. (همدانی، ۱۴ / ۵۶۹)

بنا بر آنچه گذشت ظهور شمولت قاعده علی‌الید نسبت به ید امین مخدوش و غیر قابل استناد است در نتیجه عدم اقتضای ضمان ید امانی بر طبق ارتکاز عقلا اساساً مشمول قاعده علی‌الید نشده تا آن‌که گفته شود به‌وسیله ادله عدم ضمان امین از قبیل «الامین لایضمن» ذهن عقلا اقتضای ضمان وجود دارد. (صادقی، ۱۹) بنابراین اصل براءت حاکم بر موضوع متلف متصرفی را که در حالت عادی ضامن خسارت وارده است در اتلاف مسئول خسارت نمی‌شمارد و به‌عنوان استثنا، امین را ضامن خسارت وارده بر مال مورد متصرفی می‌داند که مستند به تقصیر او باشد. (اردبیلی، ۱۰ / ۲۸۱)

ارزیابی استدلال‌های دیدگاه مشهور

مشهور فقهای امامیه معتقدند با تعدی و تفریط ید امانی شخص تبدیل به ید عدوانی و غاصبانه می‌شود برای اثبات ادعای خود ادله‌ای را ارائه می‌کنند. این ادله به همراه نقد آن به شرح ذیل است:

۱- ایجاد حکم ضمانی به وسیله قاعده نفی ضرر در صورت تقصیر امین

هنگامی که امین به موجب اذن مالک یا شارع بر مال مسلط می‌شود لزوم رفع ضرر از او اقتضاء می‌کند مادامی که امین تعدی و تفریط ننموده است عهده‌دار خسارت وارده بر مال مالک نباشد؛ اما کوتاهی و قصور امین در متعلق امانت سبب می‌گردد لاضرری که در ابتدا حکم به عدم مسئولیت او می‌نمود برای جلوگیری از ادامه تصرفات عدوانی و جبران خسارت به مالک حکم به ید ضمانی امین کند.

در نقد این استدلال باید گفت:

اولاً: این که با تعدی و تفریط امین به حکم قاعده لاضرر ید ضمانی وارد بر ید امانی می‌شود خود ادعای است که نیاز به پذیرش دارد و پذیرش این منطق باید احراز گردد. بدیهی است صرف تعدی و تفریط از نظر قاعده لاضرر بر تحقق و اجرای ید ضمانی دلالتی ندارد، بلکه از نظر طرفین و عقلاً تعدی و تفریط ابزاری است تا به وسیله آن خسارتی که به ناحق وارد شده است جبران شود نه این که امین مسئول هر خسارتی گردد. ضمن این که عادلانه هم نیست خسارتی که هیچ گونه ارتباطی با لغزش و کوتاهی امین ندارد بر عهده امین قرار گیرد.

ثانیاً: لزوم تدارک ضرر از فروعات و آثار تعدی و تفریط است. بر همین اساس هدف اصلی مسئولیت ناشی از تعدی و تفریط مجازات فعل من غیر الحق صورت گرفته از جانب امین است. لاضرر به عنوان یکی از وسایل جبران ضرر تنها می‌تواند بر پایه استناد تعدی و تفریط با ورود خسارت امین را مسئول خسارت گرداند و آن که در همه موارد و مصادیق امین را ضامن جبران خسارت کنند موضوعی است که لاضرر نمی‌تواند حکم به آن کند زیرا هدف مسئولیت مدنی جبران خسارتی است که ناروا وارد شده است و هیچ کس منکر این نیست که همه ضررها را نمی‌توان و نباید جبران نمود.

ثالثاً: حدیث لاضرر حکمی امتنانی است نه زجری، آن که در جایگاه امتنان بر امت اسلامی و در مقام تسهیل بر اشخاص آمده است نمی‌تواند در باب مسئولیت مدنی حکم به ضمان علی‌البدی نماید که از سنگین‌ترین اسباب ضمان و برخلاف امتنان بر متعدی است، هر چند

نسبت به زیان دیده، تسهیل و موجب منت باشد.

۲- از جمله قاعده‌های فقهی که در باب استیمان جریان دارد و به آن استناد می‌شود قاعده نفی حرج است. آن هنگامی که امین در جهت حفظ مال دیگری است اجرای قاعده علی‌البد امتثالش بر او لازم نیست چه این که ایجاد ضمان بر او موجب زحمت و مشقت بسیاری می‌شود؛ اما به لحاظ تعدی و تفریط امین لزوم پابندی به اجرای قاعده استیمان همچون سابق ناعدلانه است و معافیتی که از ضمان حوادث غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل کنترل برای امین ملحوظ گردیده بود زائل می‌شود به‌طوری که امین در هر شرایطی باید مسئول تعرض و تغییرات حاصله نسبت به مال باشد.

ناگفته پیداست قول به سببیت ایجاد ضمان به وسیله قاعده لاجرح موضوعی است که از شمول عموماً این قاعده خارج است چه این که ثبوت و نحوه ایجاد ضمان ربطی به قاعده لاجرح ندارد و آن تنها مانع اجرای قاعده استیمان است. ضمن این که قلمرو ایجاد ضمان در ارتباط با قاعده لاجرح با توجه به لزوم عقلانی، سائن و مقدور بودن اجرای تعهد و تکلیف اقتضاء می‌کند امین به عنوان شخصی که مسئول خسارت است تنها مرتبه خاصی از جبران خسارت را که مستند به تقصیر اوست پذیرا گردد نه این که ضامن خسارت ناشی از قوه قهریه و آفات سماوی باشد.

۳- عدم انسداد باب استیمان با لحاظ تقصیر امین

مالک نیاز دارد مال خود را در جهت حفظ و نگهداری یا هر امر دیگر در اختیار امین قرار دهد و اگر مراد این باشد بدون هیچ گونه تعدی یا تفریطی امین مسئول کل خسارت وارده گردد هیچ شخصی در مقابل مالک مال او را به عنوان امانت نمی‌پذیرد و اسباب انسداد قاعده استیمان فراهم می‌گردد. حال آن که قول به ضمان امین به سبب تعدی و تفریط موجبات انسداد قاعده استیمان محقق نمی‌گردد چه این که در موارد تخلف و کوتاهی امین امانت استمرار و جریان ندارد و او باید در این حالت عهده‌دار هرگونه خسارت وارده باشد.

در نقد این نظر باید گفت این که امین به سبب تعدی و تفریط با توجه به ادله ذکر شده مسئول هر خسارتی است امری است که تعهد گزاف و غیرعقلانی بر عهده امین بار می‌کند و به هدف اصلی امانت لطمه وارد می‌گردد و موجبات انسداد امانت را فراهم می‌کند زیرا چنانچه بدون سوءنیت و به صرف یک تقصیر سبک چنین ضمان سنگینی بر امین بار شود متعلق عمل حقوقی امانت را امین قبول نخواهد کرد.

۳-امین با روی آوردن به تعدی و تفریط آن حمایت‌های که از او در تلف و نقص مال می‌شود را نادیده می‌گیرد و به ضرر خود باب هرگونه مسئولیت جبران خسارت را باز می‌کند که او مسئول هر خسارتی به مالک در تلف و نقص مال باشد.

با اندک تأملی در این استدلال می‌توان گفت اولاً: در پذیرش قاعده اقدام به‌عنوان سبب ضمان بین فقها اختلاف وجود دارد و فقهایی که نسبت به پذیرش قاعده اعتقاد دارند اندکی بیش نیستند. (کاظمی، ۱۴۹) ثانیاً: بر فرض که امین با تعدی و تفریط اقدام به پذیرش خسارت کند، حال آن‌که استعمال اقدام، به‌عنوان روشی برای چگونگی و نحوه ایجاد ضمان از متعلق قاعده خارج است. ثالثاً: بر فرض که امین نسبت به جبران خسارت ناشی از تعدی و تفریط اقدام نموده باشد این‌که او مسئول جبران خسارت در هر شرایط و مواردی باشد به لحاظ قرائن و امارات قابل پذیرش نیست و قاعده بر ضمان حاصل از تعدی و تفریط صرفاً اختصاص دارد.

۴- ادعا شده اجماع منقول بر ثبوت ضمان علی‌الید بر امینی که تعدی و تفریط نموده است وجود دارد. نکاتی که در مورد این دلیل به نظر می‌رسد این است که اولاً: افزون بر عدم حجت اجماع منقول در نزد اصولیان، این اجماع مانند اکثر موارد اجماع در فقه دلیل مستقلاً نبوده است زیرا با وجود استناد مشهور به علی‌الید چنین اجماعی مظنون به مدرک است ثانیاً: در برابر مشهور، گروهی از فقیهان با نقد دلایل بالا به مخالف با آنان پرداخته‌اند، از این رو با عنایت به اقوال گوناگون، تحقق هرگونه اجماعی مورد تردید است.

۵-مهم‌ترین دلیلی که در این موضوع استناد شده، جریان قاعده علی‌الید است زیرا سببیت تعدی و تفریط از باب خروج مورد از قاعده استیمان (مستثنا) و دخول آن در تحت عموم اصالة الضمان (مستثنی منه) است که سبب شده امین مسئول هر خسارتی باشد. نکته‌ای که در مورد این تحلیل به نظر می‌رسد این است که مقتضی عدم جریان ضمان است نه اصالة الضمان، چون با تحقق قاعده استیمان مقتضی برای جریان ضمان ید از این جهت که معدوم یا مشکوک الوجود است وجود ندارد زیرا به لحاظ وجود قاعده استیمان تمام زمینه‌های ضمان ید و اتلاف از بین می‌رود (رشتی، کتاب الإجارة، ۳۳۲) و حکم جدیدی جایگزین آن می‌شود و برای این‌که شخص مسئول خسارت وارد گردد باید این ضمان در اثر فعل یا ترک فعل وی باشد مگر این‌که مالک مطالبه نماید و امین با وجود امکان در رد از تسلیم آن خودداری نماید.

جایگاه بحث در حقوق موضوعه

در مورد مسئولیت امینی که مال غیر در دست او از بین می‌رود نسبت به خسارت وارده باید از بین احکام قواعد عمومی وفای عهد مانند ماده ۲۷۸ ق.م. و منطوق صریح مواد ۵۲ و ۶۶۶ ق.م. از یک طرف و موادی نظیر ۴۹۳ و ۴۱۴ و ۶۳۱ و ۶۴۰ ق.م. از طرف دیگر حکم آن را به دست آورد. مطابق منطوق صریح مواد ۲۷۸ و ۵۲ و ۶۶۶ ق.م. شخص در صورتی مسئول خسارت وارده بر مال می‌شود که خسارت وارده ناشی از تعدی و تفریط امین شده باشد و هرگاه تعدی و تفریط منشأ خسارت نباشد با تسلیم عین مورد امانت برائت او حاصل می‌شود. درحالی‌که مطابق ظاهر ماده ۴۹۳ ق.م. پس از تعدی و تفریط مستأجر در عین مستأجره اگرچه نقصان و خسارت در نتیجه تفریط و تعدی او نباشد و دیگر مواد قانون مدنی نظیر مفهوم مواد ۶۱۴ در مورد تعهدات امین و ۶۳۱ در مورد تصرف مال غیر و سایر مواد دیگر، امین ضامن تلف یا نقص مال دیگری در صورت تعدی و تفریط است اعم از این‌که منشأ از بین رفتن مال تعدی و تفریط باشد یا خیر. (شهیدی، سقوط تعهدات، ۴/ ۹۹)

استدلال شده اهمال امین در نگهداری باعث می‌شود تا او ضامن تلف مال قرار گیرد، ارتکاب تعدی و تفریط همراه با از بین رفتن مال باعث دگرگونی وضع حقوقی امین می‌شود و او را در حکم غاصب می‌گرداند. از این رو امین ضامن هرگونه تلف و نقضی که در مال مورد ودیعه حادث شود می‌گردد به‌طوری‌که علت تلف هر چه باشد حتی در مواردی که احتراز ناپذیر و خارجی است امین مسئول زیان وارده است. (کاتوزیان، ۵۶)

ولی آنچه باید مورد بحث قرار گیرد این است که اگر امین دست به تعدی و تفریط بزند آیا با ارتکاب تقصیر در شمار غاصبان قرار می‌گیرد و تا زمانی که مورد امانت را بازنگرداند ضامن از بین رفتن عین و منافع - خواه تلف به دست او یا به سبب آفات سماوی باشد- می‌شود یا فراتر از شخصی که در حالت عادی مسئول خسارت ناشی از تعدی و تفریط افعال غیرتولیدیه است باید به علت کوتاهی که نموده مسئول خسارت وارده ناشی از افعال تولیدیه نیز باشد؟^۴

۴ افعال تولیدیه عبارت‌اند از اعمالی که شخص اسباب آن‌ها را فراهم می‌سازد و مسببات آن نیز به او نسبت داده می‌شود و بین مقدمه و ذی مقدمه چیزی حائل می‌شود. در مقابل افعال غیر تولیدیه اعمالی هستند که فاعل مسبب را بدون واسطه، بلکه به صرف اراده انجام می‌دهد (کاشف الغطاء، ۱۰۶/۲) به عبارت دیگر به مجرد وجود سبب نتیجه انتزاع پیدا می‌کند. بیشتر افعال اشخاص در امور واقعی از این قبیل است. بدیهی است در بادی امر قناعت عرفی بر مسوول دانستن افعال تولیدیه برخلاف غیر تولیدیه حاصل نمی‌شود. بنابراین شارع خواسته با حکم به این موضوع سهولت احراز رابطه میان خسارت و فعل یا ترک فعل عامل را به رسمیت بشناسد.

قانون مدنی پاسخ روشنی به این پرسش نمی‌دهد، ولی اکثریت قاطع نظر داده‌اند علت تلف هرچه باشد امین باید آثار آن را تحمل کند. این گفته با همه شهرتی که بین نویسندگان دارد را نمی‌توان با ظاهر این نحو استعمال از قانون مدنی پذیرفت؛ زیرا تعدی و تفریط امین موجب مسئولیت مطلق او نمی‌شود بلکه به همراه وجود یکی از اسباب تقصیر است که امین ضمان خسارت وارده می‌گردد و مادامی که تعدی و تفریط منتفی شود ضمانی موجود نمی‌شود. با وجود این هنگامی که امین از وجه مخصوصی در امانت به طریقی دیگر عدول کند و تلف به جهت آنچه مأمور به آن بود اتفاق افتد او ضامن است زیرا اگر به آن شیوه معمول عمل می‌نمود تلف محقق نمی‌گردید. (علامه، تذکره الفقهاء، ۱۶/ ۱۵۶ و ۱۹۴) این همان چیزی است که مقنن در مقام بیان آن بوده است بدون آن که تلف و نقصان ارتباط مستقیمی با تقصیر داشته باشد. به بیان دیگر تعدی و تفریط همچون سببی است که به‌طور مجزا از دیگر اسباب ضمان امین را مسئول خسارت وارده می‌گرداند خواه تعدی و تفریط مقدمه نقصان و از بین رفتن مال (تولیدیه) و یا نتیجه آن (غیرتولیدیه) باشد.

قرینه‌های متعددی در قانون مدنی بر این همراهی تعدی و تفریط با ضمان وجود دارد زیرا اولاً: با این که مقنن در مقام بیان مسئولیت امین تنها در صورت قطع اذن با مطالبه مالک وضع حقوقی امین را دگرگون می‌کند و او را در حکم غاصب قرار می‌دهد با وجود این تعدی و تفریط را بدون در نظر گرفتن دخالت علی‌الید سبب ضمان می‌داند ثانیاً: دقت بیشتر در قاعده استیمان دلالت بر از بین رفتن تمام زمینه‌های اسباب ضمان از جمله علی‌الید و اتلاف را نشان می‌دهد (رشتی، کتاب الإجارة، ۳۳۲) زیرا هیچ مالک و امینی تصور به چنین ضمانی را نخواهد کرد و بی‌گمان جنبه‌های منطقی قاعده استیمان و ماده ۲۷۸ ق.م. به‌عنوان قاعده عمومی در عقود به همراه منطوق صریح مواد ۵۲ و ۶۶۶ ق.م که دلالت بر تأثیر تعدی و تفریط در تلف یا نقصان عین می‌کند بر هر مفهوم و ظهور مواد دیگری ارجحیت دارد.

نتیجه‌گیری

از نظر فقهی مشهور فقهای امامیه برآنند به لحاظ تعدی و تفریط امین در شمار غاصبان قرار می‌گیرد و ید امانی وی تبدیل به ید ضمانی می‌شود. با این همه باید با آن دسته از فقها همدستان شد که تعدی و تفریط سبب نمی‌گیرد که ید امین ضمانی شود چه این که تا مادامی که عمل حقوقی استیمان باقی است اذن نیز به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد نباید این دو را

جدای از یکدیگر تلقی نمود. تعدی و تفریط به اذن لطمه نمی‌زند بلکه سبب می‌گردد امینی که در حالت عادی مسئول خسارت وارده ناشی از اتلاف نیست ضامن خسارت وارده در حالت تعدی و تفریط گردد بدون این‌که ید وی ضمانی گردد. ضمان حاصل از قاعده علی‌الید از طرق استثنایی ضمانی است که برخلاف قاعده استیمان و براءت مسؤولیت شخصی که عهده‌دار خسارت وارده بر مال مالک نیست را می‌نگارد از این رو می‌بایست حتی‌الامکان قائل به تفسیر مضیق آن شد و از توسعه ضمان نسبت به موارد مشکوک خودداری نمود چه این‌که مطابق مطالب پیش‌گفته ید امانی امین نه‌تنها شامل حالتی می‌گردد که امین مطابق امانت رفتار کند بلکه فرضی را که تعدی و تفریط هم نماید را شامل می‌شود و تنها استثنایی که وارد بر آن است این است که در اثر کوتاهی و قصوری امین مال مورد امانت تلف و ناقص شود.

از نظر حقوقی قانون مدنی نظر مشخصی در این باره ندارد به‌طوری‌که از برخی نصوص این به دست می‌آید که بدون سببیت تعدی و تفریط امین ضامن خسارت وارد نمی‌گردد و از ظاهر دیگر مواد این‌گونه استنباط می‌گردد که با تعدی و تفریط ید امین ضمانی می‌شود. با وجود این در متون حقوقی اشاره صریحی به ید ضمانی نشده است و بعید به نظر می‌رسد مقررهای چنین مودای داشته باشد زیرا پذیرش چنین ضمانی با چنین آثار و احکامی قابل تأمل و توجیه‌پذیر نیست این‌که امین از وجه مخصوصی در امانت به طریقی دیگر عدول کند و ضامن خسارت وارده است دلالت بر ید ضمانی امین نمی‌کند. باین حال اثر چنین امری در جایی محقق می‌گردد که تلف به جهت آنچه مأمور به آن بود اتفاق افتد زیرا اگر امین به آن شیوه معمول و معهود عمل می‌نمود تلف محقق نمی‌گردید این همان چیزی است که مقنن در مقام بیان آن بوده است بدون آن‌که تلف و نقص مال ارتباط مستقیمی با تعدی و تفریط داشته باشد خواه تعدی و تفریط مقدمه نقصان و از بین رفتن مال (تولیدیه) و یا نتیجه آن (غیرتولیدیه) باشد.

منابع

- ابن حیون، نعمان بن محمد، *دعائم الاسلام*، قم - ایران: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۳۸۵ ق.
- اصفهان‌ی، محمد حسین، *الاجارة*، قم - ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، المکتبة المرتضویة، نجف اشرف - عراق: چاپ اول،

۱۳۵۹ ق.

باریکلو، علیرضا، «شرط ضمان امین در فقه امامیه»، *مجله مطالعات اسلامی*، شماره ۶۷، بهار ۱۳۸۴.
 بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهية*، قم - ایران: نشر الهادی، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
 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.
 بروجردی، حسین، *جامع أحادیث الشيعة*، تهران - ایران: انتشارات فرهنگ سبز، چاپ اول ۱۴۲۹ ق.
 بهجت، محمدتقی، *وسيلة النجاة*، قم - ایران: انتشارات شفق، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ق.
 حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشيعة*، قم - ایران: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.

حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوين الفقهية*، قم - ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۷ ق.
 خمینی، روح الله، *تحریر الوسيلة*، قم - ایران: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول بی تا.
 خویی، ابو القاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقى*، الاجاره، بی تا.
 _____، *موسوعة الإمام الخوئی*، قم - ایران: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول ۱۴۱۸ ق.

رشتی، حبیب الله بن محمدعلی، *کتاب الإجارة*، بی تا.
 سبزواری، عبدالاعلی، *مهذب الأحكام*، قم - ایران: مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.
 شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، قم - ایران: مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول ۱۴۱۳ ق.

شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۳.
 _____، *سقوط تعهدات*، انتشارات مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۳.

صاحب الجواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلم فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت - لبنان: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا.
 صادقی، علی اکبر، «شرط ضمان مستأجر»، *تحقیقات حقوقی*، پاییز ۱۳۷۲ تا تابستان ۱۳۷۳، شماره ۱۳ و ۱۴.

صافی گلپایگانی، لطف الله، *هدایة العباد*، قم - ایران: دار القرآن الکریم، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.
 طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحكام*، تهران - ایران: دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
 عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العالمة* (ط - الحدیثة)، قم - ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء* (ط - الحديثة)، قم - ایران: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، بی تا.

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

فاضل موحّدی لنکرانی، محمد، *القواعد الفقهية*، در یک جلد، بی تا.

فضل الله نوری، *رسالة فی قاعده ضمان الید*، در یک جلد، قم - ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۱۴ ق.

فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم - ایران: کتابخانه آیه الله مرعشی صاحب جواهر، چاپ اول، بی تا.

کاتوزیان، ناصر، *عقود اذنی - وثیقه های دین*، سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.

کاظمی، محمود، «اقدام به عنوان یکی از منابع مسوولیت مدنی در اسلام»، *مجله حقوق تطبیقی*، شماره ۲، سال اول ۱۳۹۰.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی* (ط - الإسلامية)، تهران - ایران: دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*، تهران - ایران: دار الکتب الإسلامية، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق.

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

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

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم - ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: چاپ اول ۱۴۰۳ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهية*، قم - ایران: مدرسه امام امیر المؤمنین - علیه السلام، چاپ سوم، ۱۴۱۱ ق.

همدانی، رضا بن محمد هادی، *مصباح الفقيه*، قم - ایران: مؤسسة الجعفریة لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامية، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *حاشية المكاسب*، قم - ایران: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول ۱۴۱۰ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۴
بهار ۱۳۹۵، ص ۱۷۳-۱۵۱

سیر تکوین نظریه خلع در فقه امامیه*

دکتر مریم السادات محقق

استادیار دانشگاه امام صادق پردیس خواهران

Email: mohaghegh_maryam@yahoo.com

چکیده

در این نوشتار سعی شده، با نگرشی دقیق به روند تاریخی «خلع» در دو فراز قبل از اسلام در عربستان و بعد از اسلام، چگونگی آفرینش نظریه‌های پی‌درپی و تکوین «نهاد خلع» به شکل کنونی را که پشتوانه قانون‌گذاری ایران قرار گرفته، به دست آوریم. در ضمن بیان دیدگاه‌های فقها به دو جریان فکری در حوزه انحلال نکاح از ناحیه زوجه برخوردیم که نشانگر جرقه‌ی فکر جدیدی در این نهاد حقوقی و فاصله‌گیری از نظرگاه فقهای متقدم (ابن بابویه، شیخ صدوق، سید مرتضی) بود. اولین فکر با عنوان «وجوب خلع»، توسط ابوالصلاح حلبی پایه‌گذاری و توسط علامه حلی مستدل گردید، اما دیدگاه‌های آنان در این زمینه مجرای جریان انحرافی شد و «خلع» از ابتدای این دوره به پیروی از سلا، از اقسام طلاق و از جانب زوج قرار گرفت و مبدع ایده دوم با نام «خلع معوض» شهید ثانی و سپس میرزای قمی بود، پس از استخراج این دو نظریه، به نظر می‌رسد می‌توان، با الهام از دیدگاه فقهای متقدم، در «نهاد خلع کنونی» بازنگری کرده و نظریه‌ی نوینی را پایه‌گذاری کرد.

کلیدواژه‌ها: طلاق، خلع، خلع واجب، خلع معوض.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۱/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۲/۱۸.

مقدمه

پیشینه جدایی به ازدواج برمی گردد. مرد و زن پیوند ازدواج می بندند تا در کانون گرم خانواده در کنار یکدیگر به آرامش برسند؛ اما بنا به ضرورت، برای همان حفظ آرامش، در مواردی، نمی توانند به این زندگی ادامه دهند و یکی از آنان یا هر دو جدایی را اراده می کند. در زمینه اراده زوجه برای جدایی، مسایل و مشکلاتی در جامعه ما وجود دارد که از نحوه نگرش مجری قانون نسبت به ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی که «طلاق خلع» را تعریف می کند و فتاوا و دیدگاه های فقها به عنوان منبع قانون گذاری در زمینه خلع به وجود آمده است. «خلع کنونی» با جلب رضایت زوج برای «طلاق» و «نسبت به میزان فدیة» محقق می شود.

پژوهش حاضر تلاشی است برای پاسخ به این پرسش: آیا نظریه خلع از ابتدای تشریع همین گونه بوده یا درطول زمان دستخوش تغییراتی شده است؟

در این راستا، حوزه عربستان را در قبل از اسلام و در دوره تشریع، عصر انتقال فقه از عصر ائمه (علیهم السلام) به عصر فقیهان، دوره اجتهاد و گسترش فقه، عصر ابوالصلاح حلبی تا علامه حلی و عصر علامه حلی تا میرزای قمی و عصر حاضر ترسیم کرده ایم.

واژه طلاق

در اکثر کتاب های لغت، طلاق زنان دارای دو معناست؛ الف. انحلال عقد نکاح؛ ب. رهایی، ترک کردن و جدا شدن (ابن منظور، ۲۲۶/۱۰؛ طریحی، ۵۷/۲؛ الزبیدی، ۳۰۱/۱۳؛ الجوهری، ۴/۱۵۱۹).

معنای مجازی دیگری در تاج العروس آمده است: «طلقت المرأة من زوجها: زن از همسر خود طلاق گرفت و جدا شد.» در این معنا، عمل طلاق برای زن هم به طور مجاز استفاده شده است. (زبیدی، ۳۰۱/۱۳)

در اصطلاح، واژه «طلاق» گاه به عنوان «مقسم» مورد توجه قرار گرفته و گاه به عنوان «قسم» و «نوع» ارزیابی شده است. واژه «طلاق» اگر به عنوان مقسم مورد نظر باشد، به معنای «مطلق جدایی» است و اگر به عنوان قسم و نوع مورد نظر باشد، به معنای «جدا شدن یکجانبه مرد از همسر دائمی خویش» است.

واژه خلع

واژه «خلع» از واژه های کلیدی است که برای نیل به مقصود، لازم است در لغت و اصطلاح

به آن پرداخته شود

جوهری می‌نویسد: «*خالعت المرأة بعلمها*»؛ زن خواهان جدایی از زوج خویش است. در این هنگام، زن، خالع یعنی جداکننده یا به تعبیری درآورنده حقوق زوجیت از عهده خویش است. (جوهری، ۳/ ۱۲۰۵-۱۲۰۶)

از بررسی معنای لغوی خلع، دو نکته برداشت می‌شود: ۱- خلع هم به مرد نسبت داده شده و هم به زن؛ بدین معنا که خلع، عمل طرفینی است و وقتی انجام می‌شود، هم زن خالع است و هم مرد؛ (ابن منظور، ۷۶/۸؛ طریحی، ۱/ ۶۸۲-۶۸۴؛ زبیدی، ۱۱/ ۹۹-۱۰۰). ۲- کاربرد خلع برای عمل انحلال نکاح، برگرفته از آیه قرآن است؛ که نشان می‌دهد واژه «خلع» که قبل از اسلام در این معنا به کار نمی‌رفته است. همه کتاب‌های لغت، دلیل این نام‌گذاری را آیه قرآن دانسته‌اند؛ لذا به نظر می‌رسد که «خلع»، اصطلاح و حقیقت شرعیه ۱ است و اینکه ارباب لغت به آن اشاره کرده‌اند تحت تأثیر قرآن و روایات بوده است.

از آن جایی که واژه خلع واجب و خلع معوض در پایان مقاله روشن می‌شود لذا از بیان آن در این قسمت خودداری می‌کنیم.

طلاق به عنوان «نهاد حقوقی جدایی» از ابتدای تمدن بشری پایه‌ریزی گردیده است. در این نوشتار، پیشینه «نهاد خلع» را از رهگذر طلاق نگریسته و به قوانینی درباره طلاق به صورت مختصر اشاره کرده‌ایم.

قبل از اسلام

از آن‌جا که خاستگاه اصلی بحث، عصر جاهلیت و اقوام عربستان است، برای تحلیل پیشینه اختیار جدایی زن در فقه امامیه، فرهنگ حقوقی زمان نزول و بعضی قوانین حاکم در بستر آن زمان را بررسی می‌کنیم.

اختیار طلاق زوجه در حوزه عربستان

طلاق از جمله قوانین قدیمی میان اعراب جاهلی است که مراد از آن، عبارت بود از رفع تمامی حقوقی که مرد بر عهده زن داشته و ترک کردن زن.

۱- در بحث الفاظ اصول فقه عنوان شد که شارع مقدس بعد از اسلام، بعضی از الفاظ را برای مقاصد خاص شرعی خود در غیر آنچه تا آن موقع استعمال می‌شده به کار گرفته است که به آن مصطلح شرعی یا حقیقت شرعیه اطلاق می‌شود. (محقق داماد، ۵۶/۱)

انواع طلاق در جاهلیت

۱. سه طلاقه

طلاقى که در زمان ظهور اسلام در میان اعراب مکه رایج بوده، طلاق سه گانه (سه طلاقه) بوده است که البته به صورت جدا (سه طلاقه ولى نه در یک مجلس) اجرا مى شد. در اخبار، پایه گذاری این سنت به اسماعیل بن ابراهیم مى رسد. این طلاق بدین شکل اتفاق مى افتاد که اگر مردی، زن خود را طلاق مى داد، در رجوع به همسر خود، از دیگر مردها سزاوارتر بوده است و در صورت تمایل، اگر به همسر خود رجوع مى کرد و مجدداً برای بار دوم او را طلاق مى داد و باز هم به زن سابق خود رجوع مى کرد و برای بار سوم او را به حباله نکاح خود درمی آورد، دیگر راهی برای رجوع مجدد وجود نداشت و اگر زن را طلاق مى داد، طلاق سوم، بائن محسوب مى شد. در تاریخ برای چنین طلاقى نیز داستانی ذکر شده که مربوط است به أعشى که خاندان همسرش نزد او رفتند و خواستار طلاق همسرش شدند، در حالی که طلاق آن زن را تا زمانی که به سه طلاق نرسید قبول نکردند و وقتی سه طلاق واقع شد ایشان قانع شده و پذیرفتند. در طلاق سوم بود که طلاق را بائن شمردند و دیگر امکان رجوع برایش نداشتند.

اعراب جاهلی برای این مشکل (عدم امکان ازدواج مجدد بعد از سه طلاق) نیز راه حلی در نظر گرفتند و قانونی وضع کردند تا مرد بتواند حتی بعد از سه طلاق (طلاق بائن) به همسر سابق خود رجوع کند؛ بدین صورت که زن بعد از طلاق سوم به نکاح مرد دیگری درآید و بعد از نزدیکی، شوهر دومش او را طلاق دهد. در این هنگام است که همسر اول زن مى تواند مجدداً با صیغه نکاح جدیدی با او ازدواج مجدد کند. به مردی که با چنین زن مطلقه ای ازدواج مى کند تا بتواند وی را مجدداً برای همسر اول خود حلال گرداند، «محلل» مى گویند. (جوادعلی، ۵/۵۴۸)

۲.ظهار

نوع دیگری از طلاق نیز در آن دوره رایج بود که آن را «ظهار» مى نامیدند. وجه تسمیه آن، این بود که مرد، زن خود را مستقیماً یا با الفاظی که اشاره به وی داشت، به چیزی که بر مرد حرام بود تشبیه مى کرد تا بدین وسیله همسر خود را تنبیه کند؛ مثلاً مرد به زن خود مى گفت: «انت علی کظهر امی او کبطنها، او کفخذها او کفرجها او کظهر اخی او عمی»، یا به الفاظی مشابه چنین مضمونی و چنین بود که ظاهر حاصل مى شد. در قرآن نیز به آن اشاره شده است:

کسانی که از شما نسبت به همسرانشان «ظهار» می‌کنند (می‌گویند: «انت علیّ کظهر امّی = تو نسبت به من به منزله مادرم هستی») آنان هرگز مادرانشان نیستند؛ مادرانشان تنها کسانی‌اند که آنان را به دنیا آورده‌اند. آنان سخنی زشت و باطل می‌گویند و خداوند بخشنده و آمرزنده است. (مجادله: ۲)

این گونه طلاق بین اعراب جاهلی به دلیل عصبانیت، خشم و عدم توانایی اعراب در کنترل رفتارها و انفعالات روحی، بسیار رایج و معمول بوده است.

ظهار، رایج‌ترین نوع طلاق بین اعراب جاهلی و باعث شدیدترین نوع حرمت بین زن و مرد می‌بود. زمانی که مرد می‌خواست زن خود راظهار کند، به او می‌گفت: «انت علیّ کظهر امّی» و زن بر مرد حرام می‌شد و طلاق حاصل می‌گشت. در صدر اسلام نیز زمانی که اوس بن الصامت (برادر عباده بن الصامت) همسر خود، خوله بنت ثعلبه بن مالک راظهار کرد، آیه نازل گردید و کفاره برایظهار مقرر گشت؛ نه این‌که به وسیلهظهار بتوان زنی را طلاق داد. این عمل اوس به‌خاطر فرهنگ به‌جا مانده از دوره جاهلیت در آن دوره بوده است.

مردها در دوره جاهلیت هرگاه با همسران خود یا با خویشان ایشان درگیری پیدا می‌کردند، سوگندظهار را بیان می‌کردند. این نوع از سوگند از نمونه‌های فرهنگ خاص دوره جاهلیت است. برای این نوع از عمل اعراب نیز بابی در کتب فقهی و حدیثی در ضمن احکام طلاق وجود دارد که به وسیله آیات یک تا چهار سوره مجادله لغو گردیده است که بیانگر حرمت این عمل در اسلام و قرار دادن کفاره برایظهار (زوج) است.

۳. ایلاء

در تاریخ، نوع دیگری از طلاق برای اعراب جاهلی ذکر گردیده که «ایلاء» نامیده شده است. ایلاء عبارت است از سوگندی که بر اساس آن مرد، برای مدتی «مثلاً» چند ماه یا یک سال یا دو سال یا حتی چند سال همسر خود را ترک می‌کند و در این مدت با وی هیچ‌گونه تماس و نزدیکی برقرار نمی‌سازد. این نوع از طلاق در حدیثی از ابن عباس نیز منقول است. در کتب حدیثی و فقهی، باب «ایلاء» در ضمن باب طلاق در نظر گرفته شده است. در اسلام، با نزول آیات ۲۲۶ - ۲۲۷ سوره بقره، از این عمل منع شد و مرد تنها چهار ماه مجاز به ترک بستر همسر خود شد. این نوع طلاق را طلاق مدت‌دار می‌نامند؛ زیرا پس از پایان چهار ماه، اگر مرد از همسر خود تمکین نکند، حاکم طلاق زن را می‌ستاند. (جوادعلی، ۵/۵۴۸)

۴. طلاق به وکالت از شوهر یا با واگذاری این حق از طرف شوهر

طلاق از نظر بیان و اجرا تنها در دستان مردان بود و زنان عده نگه می داشتند؛ اما برخی از زنان اشراف و قدرتمند هنگام ازدواج شرط می کردند که اختیارشان در دست خودشان باشد؛ بدین شکل که اگر خواستند در نکاح مرد باقی بمانند و اگر طالب جدایی بودند شوهر خود را ترک کنند و طلاق واقع شود. سلمی بنت عمرو بن زید بن لبید بن خدش الخزرجیه، فاطمه بنت الخرشب الأنماریه، أم خارجة، ماریه بنت الجعید، عاتکه بنت مره و السوا بنت الأعبس از زنان اشراف و با نفوذ عرب بودند که هنگام ازدواج شرط کردند که حق طلاق داشته باشند.

شیوه طلاق زنان از مردان در دوره جاهلیت - که به دست زنان با شرط واقع می شد و در واقع زن، مرد را طلاق می داد- شیوه ای عجیب بود که در آن هیچ سخنی در میان نبود. طلاق این زنان که میان قبایل چادر نشین بود، بدین صورت بود که اگر در ورودی چادر محل زندگی شان به سمت مشرق بود، زن آن را به سمت مغرب می گرداند یا اگر به سمت جنوب بود آن را به سمت شمال تغییر جهت می داد. وقتی مرد متوجه انجام این حرکت از سوی زن خود می شد، می فهمید که زن طلاق گرفته است و به خانه بازمی گشت. این، شیوه اهل الوبر (منطقه ای در عربستان که محل اقامت صحرائشینان است) در طلاق بوده است. هنگامی که زن، شوهر خود را طلاق می داد، خانه او را ترک می کرد و به سوی خانواده خود می رفت و این گونه طلاق می گرفت. (همو، ۵/۴۸۵) ماویه، زن حاتم طایی، به علت بذل و بخشش های بی حساب شوهرش، به خانه پدرش رفت و قصیده ای برای همسرش سرود و فرستاد. (الهالی، ۴۹)

ابوهلال نام های برخی زنان عرب، از جمله مادر عبدالمطلب را برمی شمرد که این گونه جدا شده اند: «اذا تزوجت الواحده منهن رجلا و اصبحت عنده، کان امرها الیها». و بدین نحو که صبح روز ازدواج اگر غذا درست نمی کردند، نشانگر عدم رضایت و کراهت زن بوده و در نتیجه، اعلام جدایی محسوب می شده است. به نظر او، این نوع جدایی، مخصوص غیر بادیه نشین ها بوده و نوع قبلی برای بادیه نشین ها بوده است. (وافی، ۱۳۲) عمر کحاله ضمن نقل مورد اخیر جدایی، بیان می دارد: «کانوا یخلعون نساءهم ایضا و الخلع فراق الزوجه علی مال ماخوذ من خلع الثوب لان المراه لباس الرجل». (کحاله، ۳۴)

اکثر نویسندگان، این نمونه را جزء طلاق خلع تلقی کرده اند (پیشوایی، ۳) ولی نگارنده، استنباط می کند که می توان با طلاق وکالت از شوهر مقایسه کرد؛ در غیر این صورت،

می‌بایست چنین معتقد شویم که زوج حق طلاق خویش را به زوجه در ابتدای نکاح واگذار می‌کرده است.

۵. خلع معوض (توافقی)

با این که اختیار جدایی به دست زوج بوده، در مواردی چنین اختیاری برای زن میسر بوده تا خویش را از حباله نکاح زوج خارج کند و بدین شکل با زوج بر سر طلاق خویش به توافق برسد. ۲ این امر بدین شکل صورت می‌پذیرفته است که خانواده زوجه یا ولی او یا کسی از طرف ولی زن (وکیل ولی زن) با زوج مذاکره کرده و در مقابل پرداخت مالی یا انجام کاری که در جهت منافع زوج است، مرد زن خویش را طلاق می‌داد. این گونه از طلاق را خلع می‌نامیدند. (جوادی علی، ۵/۴۸۵)

در تاریخ آمده است که اولین خلع، خلع عامر بن الظرب بوده است که دختر خود را به ازدواج پسر برادرش عامر بن الحارث بن الظرب در آورده بود که وقتی دختر پسر عموی خویش را دید از او متنفر گردید و خواهان طلاق شد. (الهلالی، ۴۹)

کتاب بلوغ الارب فی معرفه احوال العرب، این جریان را به نقل از مالی ابوبکر بن درید با لفظ «خلع» نقل کرده است: «فقال: لا اجمع عليك فراق اهلك و مالک و قد خلعتها منك بما اعطيتها». (آلوسی، ۲/۴۹)

بنابراین، خلع، طلاقى است که در مقابل اعطای مالی که زوجه یا نزدیکان زوجه در برابر جدایی زوجه به مرد می‌پردازند، صورت می‌پذیرد.

رسوم نظام جاهلی

۱. عضل

عضل، از رسوم جاهلی است. این عمل بدین صورت بود که مردی با زنی ازدواج می‌کرد اما او را به حال خود رها می‌کرد، نه طلاقش می‌داد و نه نزد او می‌رفت و این عمل را آنقدر ادامه می‌داد تا زن با دادن مالی مرد را راضی به طلاق می‌کرد و جواز ازدواج بعدی خود را می‌ستاند. عضل میان اعراب قریش وجود داشت.

۲. طلاق‌های بی‌حد و حساب و پی‌درپی

یکی از رسوم دوره جاهلیت این بود که مرد می‌توانست زن خود را سه بار یا ده بار یا حتی بیشتر از این تعداد طلاق دهد، سپس مجدداً در دوره عده به زن خود رجوع کند. تعداد

۲- این حالت قابل مقایسه با نهاد «خلع معوض» است.

این رجوع‌ها هیچ حدّ و مرزی نداشت و پس از هر بار رجوع، زن مجدداً همسر مرد قلمداد می‌شده است. در اخبار آمده که مردی از انصار از همسر خود خشمناک شد و به او گفت: نه به تو نزدیک می‌شوم و نه تو را رها می‌کنم. زن گفت: چگونه؟ مرد گفت: «تو را طلاق می‌دهم. سپس زمانی که نزدیک پایان مدت عده تو بود، به تو رجوع می‌کنم، سپس مجدداً طلاق می‌دهم و دوباره نزدیک پایان دوره عده‌ات به تو رجوع می‌کنم.» مرد زن خود را طلاق داد و تا زمانی که رجوع برای وی جایز بود، به زن رجوع کرد، سپس مجدداً او را طلاق داد تا بدین وسیله او را تحقیر کند و به وسیله رجوع قبل از پایان عده، زن را آزار دهد و این عمل را بارها تکرار کرد. سپس پروردگار طلاق را در سه طلاق محصور گرداند؛ بدین شکل که دوبار طلاق می‌دهد و پس از بار سوم: «إِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ». گفته شده که طلاق قبل از اینکه خداوند آن را در سه بار محصور گرداند، حدّی نداشت. مرد می‌توانست زن خود را صد بار طلاق دهد و قبل از این که مدت عده‌اش پایان پذیرد به او رجوع کند. اسلام این عمل مضرّ را در آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» حرام گردانید. (بقره: ۲۲۹)

چون در بیشتر موارد، طلاق در دست مردان بود، زمانی که خانواده زن خواستار طلاق او بودند، با ارباب، تهدید، یا ضرب و شتم زوج و راه‌های دیگر، وی را بر طلاق مجبور می‌کردند؛ حتی اگر زوج هیچ تمایلی برای طلاق نداشت و این نحوه از طلاق نزد ایشان کاملاً مشروع و قانونی بود. نزد برخی اعراب جاهلی، حتی طلاق اشخاص عصبانی (خارج از کنترل)، مست و حتی کسی که در حال شوخی و بدون قصد صیغه طلاق را جاری می‌سازد، دارای اعتبار بوده است؛ چون در آن عصر، همین که صیغه طلاق از جانب مرد بیان می‌شده است در اثربخشی آن کفایت می‌کرده است.

اختیار طلاق زوجه در ادیان مستقر در عربستان

ادیان موجود در عربستان عبارت بود از: مسیحیت، زرتشت و یهود.

۱. اختیار طلاق زوجه در دین مسیحیت

برآیند کلی مذاهب سه‌گانه در باب حق طلاق این است که در مذهب کاتولیک، طلاق جنبه قانونی ندارد و حق طلاق برای هیچ‌یک از زوجین متصور نیست و در مذهب پروتستان و ارتدکس، حق طلاق با زن یا مردی است که زوج یا زوجه وی به او خیانت کرده است که پس از اثبات آن، واجد این حق قانونی می‌گردد. (واحدی، ۲۹)

۲. اختیار طلاق زوجه در دین زرتشت

با استنباط از «ماتیکان هزاردستان» می‌توان گفت؛ نوعی طلاق شبیه طلاق خلع در دیانت

زرتشت وجود داشته است که زن با بخشیدن مهر خود یا هر مال دیگر می‌توانسته از شوهر خود تقاضای طلاق نماید. (همو، ۳۴) به نظر می‌رسد از بند ۸ فصل هشتم این قانون بتوان چنین استنباطی کرد: مالی را که شوهر در مدت زناشویی به زن خود ببخشد در صورتی که طلاق به رضایت زن به عمل آمده باشد زن حق تصرف در آن مال را ندارد و دو مرتبه به ملکیت شوهر در خواهد آمد.

۳. اختیار طلاق زوجه در دین یهود

در کتاب‌های دینی یهود، حقوقی در مورد طلاق برای زن شناخته نشده است؛ (همو، ۲۳)

بعد از اسلام

در بررسی تاریخی خلع، پس از طرح مباحث مقدماتی، اینک در حوزه اصلی موضوع خود به طرح پیشینه تاریخی آن می‌پردازیم.

دوره تشریع: قرآن و سنت رسول خدا

اولین دوره فقه، دوره تشریع است که از نظر امامیه، قرآن اولین مصدر تشریع احکام است. در کتاب‌های تفسیر آمده است که آیه ۲۲۹ سوره بقره ۳ در ارتباط با جریان خلع نازل شده است.

دومین مصدر تشریع احکام، سنت رسول خداست (ربانی، ۵۱) در این دوره، بین احادیث منقول از رسول خدا (ص) و امامان معصوم (علیهم‌السلام)، نمونه‌ای را در مورد موضوع خلع می‌آوریم:

رسول خدا (ص) برای نماز صبح بیرون آمد، دید حبیبه دختر سهل بر لب در خانه‌اش ایستاده است. رسول خدا (ص) فرمود: «این کیست؟ او گفت: من حبیبه دختر سهل هستم؛ نه من و نه ثابت. چون ثابت آمد، رسول خدا (ص) به او فرمود: این حبیبه که گفت آنچه خدا خواست گفته شود. حبیبه گفت: ای رسول خدا! هر چه را که به من داده نزد من است. رسول خدا (ص) به ثابت فرمود: از وی بگیر، او گرفت و حبیبه در میان خانواده‌اش نشست (از منزل

۳- «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيجٍ يُاحْشَانِ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»

شوهر به میان خانواده‌اش رفت).» ۴

دوره گذار عصر ائمه (ع) به عصر فقیهان

از این دوره به بعد، هرچه از عصر تشریع دور می‌شویم با تغییر و تحول در دیدگاه، نسبت به خلع مواجه می‌گردیم.

۱. دیدگاه ابن بابویه در «فقه الرضا» ۵

در این کتاب، ماهیت خلع این‌گونه معرفی می‌شود: «خلع، پس تحقق نمی‌یابد مگر از جانب زن. آن، عبارت است از این که زن به شوهر خود بگوید: من به هیچ سوگندی با تو پایبند نیستم و مطیع امر تو نیستم و بر فراش تو کسانی را می‌آورم که کراهت داری. هنگامی که این‌ها را گفت، برای شوهر او حلال می‌شود آنچه از او می‌گیرد گرچه از صدق بیشتر باشد و بینونت و جدایی حاصل می‌شود و پس از انقضای عده، این زن بر سایرین حلال می‌شود و مرد هم از همان لحظه می‌تواند خواهر او را به ازدواج خود درآورد» ۷.

اختلاف فقها درباره متن «فقه الرضا» که آیا تالیف امام رضا (ع) است یا تالیف ابن بابویه، می‌تواند ثابت کند که این کتاب قدیمی‌ترین اثر یک فقیه شیعی است؛ البته برخی آن را به عنوان اثر فقهی قبول نداشته و به عنوان روایت قلمداد کرده‌اند.

۲. بینش شیخ صدوق در المقنع

پس از ابن بابویه، نوبت به فرزندش، شیخ صدوق (م ۳۸۱ ق) می‌رسد که عبارات پدر را درباره خلع با شدت بیشتر نقل می‌کند؛ مانند این که زن بگوید: جنابت از ناحیه تو را غسل

۴- روی عن یحیی بن سعید عن عمرة بنت عبد الرحمن ان حبیبة بنت سهل أخبرتها كانت عند ثابت بن قیس بن شماس وان رسول الله (ص) خرج إلى صلاة الصبح فوجد حبیبة بنت سهل عند بابه فقال رسول الله (ص) من هذه فقالت أنا حبیبة بنت سهل لا أنا ولا ثابت فلما جاء ثابت قال له رسول الله (ص) هذه حبیبة قد ذكرت ما شاء الله أن يذكر فقالت حبیبة یا رسول الله كلما أعطانی عندی فقال رسول الله (ص) لثابت خذ منها فأخذ منها وجلس هی فی أهلها. (الاحسان، ۳/۳۹۲)

۵- او نخستین مؤلف کتاب فقهی عاری از ذکر سند روایت است که توانسته است کتاب فقهی را مجرد از سند روایت و مانند اثری مخصوص به مؤلف و نشان دهنده فتوا و نظر او تألیف کند و کتابی به همین سبک به نام «الشرائع» که به نام «الرساله» /بنه هم خوانده می‌شود، جهت پسر خود، صدوق، به یادگار گذاشت. ظاهر امر این است که این کتاب همان است که الفقه الرضوی هم خوانده می‌شود؛ چون در آغاز آن، قال علی بن موسی هست؛ از این رو برخی چنین پنداشته‌اند که مقصود از او، امام علی بن موسی الرضا (ع) است.

۶- ملا مهدی نراقی، علامه مجلسی، میرزا عبدالله افندی، سید مجاهد و شیخ بحرانی این کتاب را تأیید کرده‌اند و معتقدند که در سال ۲۰۰ ق. به خط امام رضا (ع) نوشته شده است. در مکه، نسخه‌ای از آن به خط کوفی موجود است. مرحوم شیخ حر عاملی، وحید بهبهانی، سید حسن صدر و آقارضا همدانی این انتساب را نمی‌پذیرند؛ و هر گروه برای خود دلایلی دارند. این کتاب در ۴۱۱ صفحه در سال ۱۴۰۶ ق. توسط کنگره امام رضا (ع) چاپ شده است.

۷- «أما الخلع: فلا یكون إلا من قبل المرأة، و هو أن تقول لزوجها: لا أبر لك قسما، و لا أطیع لك أمرا، و لأوطئن فراشک ما تکرهه، فإذا قالت هذه المقالة فقد حل لزوجها ما يأخذ منها و إن کان أكثر مما أعطاه من الصدق و قد بانث منه، و حلت للأزواج بعد انقضاء عدتها منه، فحل له أن يتزوج أختها من ساعه.» (ابن بابویه، ۲۴۴)

نخواهم کرد و غیر تو را در فراش تو قرار می‌دهم و به خانه تو کسانی را می‌آورم که تو کراحت داری و حدود الهی را اقامه نمی‌کنم؛ هنگامی که این امور را به شوهر خود گفت، برای او حلال است آنچه از زوجه می‌گیرد، گرچه بیش از صدق باشد و بلافاصله جدایی محقق است و زن می‌تواند پس از انقضای عده ازدواج کند و مرد هم می‌تواند از همان لحظه با خواهر او ازدواج کند. مرحوم صدوق این نکته را اضافه کرده‌اند که مرد با زن شرط می‌کند که اگر در هبه خود رجوع کنی، من مالک بضع تو خواهم بود؛ پس اگر مرد رجوع کند، هبه گرفته‌شده را به زن باز می‌گرداند و دو طلاق دیگر نسبت به زن ممکن است و همان خلع یک طلاق محسوب می‌شود؛ عده او عده مطلقه است و تا انقضای عده حق خروج از خانه را ندارد. (شیخ صدوق، المقنع، ۳۴۸)

نکته حائز اهمیت، جدا بودن خلع از طلاق نزد مرحوم صدوق است که علاوه بر آن همه تأکید وی بر شروع شدن خلع از جانب زن و تحقق بینونت به مجرد ادای آن کلمات و حلیت آن زن برای سایرین پس از انقضای عده، تأکید می‌کند که عده او عده مطلقه است. اگر خلع فقط یک قسم طلاق باشد و لاغیر و مختلعه فقط یک نوع مطلقه باشد، به وضوح عده او هم عده مطلقه خواهد بود و دیگر چه معنا دارد که این همه مورد تأکید قرار گیرد؟

دوره اجتهاد و گسترش فقه

۱. نگاه شیخ مفید در احکام النساء و المقنعه

شیخ مفید (م ۴۱۳ ق) در احکام النساء، خلع را کنار مبارات و طلاق، از اسباب جدایی دانسته است. وی پس از طرح مباحث طلاق و مبارات، با ورود به بحث خلع، آن را با صیغه مفاعله یعنی مخالفه به کار می‌برد و با نفی و استثناء به صورت حصری بیان می‌کند که تنها راه تحقق آن، شقاق زن و عصیان او نسبت به شوهر و ترک اطاعت خداوند است؛ از آن جهت که بودن با زوج را کراحت دارد و می‌خواهد زوج را وادار کند که دست از او بردارد. در چنین وضعی، شوهر می‌تواند از او بخواهد تمامی حقوق خود را ابراء کند و علاوه بر آن، اموال دیگری هم به او واگذار کند تا او را رها کند. سپس رجوع به مختلعه و مبارات را فقط با عقد و مهر جدید اجازه داده است؛ برخلاف مطلقه ثالثه که جز با ازدواج با مرد دیگر بر شوهر قبلی حلال نمی‌شود. (شیخ مفید، احکام النساء، ۴۳-۴۶)

شیخ مفید در المقنعه، خلع را نوعی طلاق دانسته است. با توجه به تصریح فوق، بعید نیست که در این جا طلاق در معنای عام خود یعنی بینونت و جدایی مراد باشد یا دو نوع خلع

در نظر داشته‌اند که یک نوع آن از اقسام طلاق یعنی طلاق بائن بوده است و نوع دیگر از سوی زن محقق می‌شده است.

شیخ مفید در *المقنعه*، خلع را همواره همراه با عوض دانسته است و ماهیت آن را این‌گونه توصیف کرده که زن از زوج خود کراهت دارد و جدایی از او را ترجیح می‌دهد، امر او را عصیان می‌کند و او را از خود منع می‌کند و مراوده او برای جدایی از شوهر است. آن‌گاه شوهر می‌تواند در ازای طلاق از او، درخواست مال کند؛ که در صورت موافقت زن، با او شرط می‌کند که اگر به چیزی رجوع کنی، من مالک بضع تو خواهم بود. اگر این قضیه در محضر دو شاهد عادل باشد و زن در طهر غیرموقعه باشد، بلافاصله جدا می‌گردد و مالک نفس می‌شود و مرد حق رجوع به او را ندارد. زن پس از خروج از عده می‌تواند با هرکس که بخواهد نکاح کند و اگر بخواهد با شوهر قبلی ازدواج کند، با عقد و مهر جدید جائز است و اگر قبل از خروج از عده به عوض خود رجوع کند، مرد هم می‌تواند با حق خودش رجوع کند؛ گرچه زن کارهه باشد. وی در آخر هم اشاره کرده که شرایط خلع، همان شرایط طلاق است. (همو، *المقنعه*، ۵۲۸)

در این عبارات، تبیین خلع، با آنچه که امروزه در حقوق ما بیان می‌شود، متفاوت است: اولاً، در این جا بحث شرط رجوع مطرح است که مرد با زن شرط می‌کند که «اگر به چیزی که بذل کردی رجوع کنی، من مالک بضع هستم».

ثانیاً، همین که این بزرگان، شرایط خلع را شرایط طلاق می‌دانند و تک‌تک آن شرایط را بیان می‌کنند، معنایش این است که خلع غیر از طلاق است؛ والا با این فرض که خلع یکی از اقسام طلاق است، این همه تأکید معنا ندارد.

ثالثاً، ابن بابویه در *فقه الرضا* معتقد است که خلع، نیاز به لفظ خاص خلع ندارد، بلکه با ابراز کراهت شدید از ناحیه زوجه و گفتن عباراتی چون «لا ابرلک قسما و لا اطیع لک امرا و لا وطن فراشک ما تکرهه» محقق می‌گردد و جدایی حاصل می‌شود. شیخ صدوق و شیخ مفید نیز همین اعتقاد را دارند.

۲. نظر سید مرتضی در «الناصریات»

اولین نکته‌ای که در کلام سید مرتضی (م ۴۳۶ ق) خودنمایی می‌کند، تصریح ایشان بر این مطلب است که تنها راه جدایی، طلاق نیست. وی خلع را در ردیف ارتداد و لعان، از اسباب بینونت و جدایی قرار می‌دهد و فقط از آن جهت که یکی از طلاق‌های سه‌گانه است، جاری

مجرای طلاق دانسته که سه دفعه خلع هم مثل سه طلاق نیاز به محلل دارد. (سید مرتضی، ۳۵۱ - ۳۵۴)

در بحث نیاز به لفظ طلاق و عدم نیاز به آن، این بحث قابل طرح است که آیا منظور ایشان و سایر فقها فقط یک بحث لفظی بوده که وقوع این جدایی با چه الفاظی محقق می‌شود، یا موکول بودن به اراده‌ها مطرح است که پس از تحقق خلع و مختلعه شدن یک زن، آیا اراده مرد و جاری شدن لفظ طلاق توسط او برای تحقق بینونت لازم است یا خیر که مرحوم سید مرتضی آن را لازم نمی‌داند و پیشاپیش مختلعه را باینه می‌داند.

سید مرتضی تصریح کرده که از این جهت، خلع مثل طلاق است و به تفصیل، آراء موافق و مخالف را نقل کرده است. پس این که خلع صرفاً یکی از اقسام طلاق باشد و لاغیر، امر چندان بدیهی نبوده است. افزون بر آن، سید مرتضی متعرض این نکته نشده که بر فرض قول به فسخ، آیا باید آن را فسخ از سوی مرد بدانیم یا فسخ از سوی زن؟ صدوق و دیگران تحقق خلع را منوط به صدور آن کلمات خاص از ناحیه زن دانستند و با صدور آن کلمات، زن را باینه فرض کردند و همگان قبول دارند که در خلع، کراهت فقط از جانب زن است. آیا بر فرض فسخ بودن، می‌توان آن را فسخ از سوی مرد تلقی کرد؟!

عصر ابوالصلاح حلبی تا علامه حلبی

۱. دیدگاه ابوالصلاح حلبی و تولد نظریه وجوب خلع

ابوالصلاح حلبی (م ۴۴۷ ق.) تحولاتی در نظام و سیستم خلع به وجود آورد؛ زیرا وی خلع را نیازمند صیغه دانست و خلع را از اقسام طلاق قرار داد و خلعی که تا زمان او در نظر فقهای پیشین از جانب زوجه بوده، ابوالصلاح از جانب زوج اعلام کرد و از همه مهم‌تر، نظریه وجوب خلع را برای اولین بار ارائه کرد.

به نظر می‌رسد وی اولین فقیهی باشد که برای کراهت دو درجه قائل شده و حکم هر کدام را از دیگری جدا کرده است. ابوالصلاح ابتدا به تبیین ماهیت خلع پرداخته است: خلع این است که زوجه از مرد کراهت دارد در حالی که مرد در او راغب است و زن، مرد را دعوت می‌کند که از او دست بردارد. در این هنگام، مرد می‌تواند او را اجابت کند و می‌تواند امتناع ورزد تا این که زن به او بگوید: «اگر مرا رها نکنی خدا را عصیان خواهم کرد و درباره حفظ خویشتن، مطیع خدا هم نخواهم بود و در فراش تو، غیر تو را قرار خواهم داد»، از این به بعد، برای مرد حلال نیست که زن را نگاه دارد؛ به‌خاطر این عباراتی که زن به کار برده است. در این

حالت، برای مرد جائز است که چند برابر آنچه به زن داده، از او دریافت کند. آنگاه صیغه خلع را بیان کرده که توسط مرد جاری می‌شود؛ در حالی که تمامی شرائط طلاق باید موجود باشد و پس از جریان صیغه، امر زن به دست خودش است و اگر بخواهند به زندگی برگردند، خواه در عده یا بعد از عده، فقط با عقد و مهر جدید امکان‌پذیر است؛ اما برای ازدواج با غیر شوهر باید صبر کند تا عده تمام شود. (الحلبی، ۳۰۷-۳۰۸)

نکات بدیعی که در نظرات وی به چشم می‌خورد، عبارت است از:
اولاً، وجوب خلع و درجات کراهت است که در یک مرحله طلاق بر مرد واجب نمی‌شود و در مرحله بعد طلاق بر مرد واجب است.
ثانیاً، وی اولین فقیهی است که صراحتاً تمامی دو قسم خلع را به دست مرد دانسته است؛ البته در یک قسم، وجوب را برای مرد پیش‌بینی کرده است که علی‌القاعده اگر مرد از ادای تکلیف خود استنکاف کند، حاکم می‌تواند او را وادار به طلاق کند یا به نیابت از او طلاق را جاری کند.

ثالثاً، او بینونت حاصل در اثر خلع را بینونت خاص می‌داند که تنها راه ازاله آن و برقراری زوجیت، عقد و مهریه جدید است؛ حتی اگر قبل از انقضاء عده باشد. وی از این جهت فرقی میان دو قسم خلع قائل نشده؛ یعنی چه مرد از باب وجوب، همسر خود را طلاق خلع داده باشد یا غیر وجوب، باز هم برقراری زوجیت قبل از انقضاء عده، موکول به عقد و مهریه جدید است.

رابعاً، گویا او اولین فقیهی است که صیغه خلع را برای خلع لازم دانسته و آن را در ضمن طلاق آورده و در هر دو قسم، صیغه را به این نحو بیان کرده است: «قد خلعتک علی کذا فانت طالق». از همین جا وی این ایهام را ایجاد کرد که خلع با همه اقسامش از اقسام طلاق باشد و لذا امروزه فقط به عنوان یکی از اقسام طلاق مطرح می‌شود.

۲. بینش سلار و نظریه امروزی خلع

نظریه ارائه شده از سوی سلار (م ۴۴۸ ق.). از هر جهت شبیه معنای امروزی خلع است. سلار، نظریه ابوالصلاح را برگزیده؛ با این تفاوت که وجوب خلع را معتقد نشده و کاملاً شبیه سیستم خلع متداول امروز، اجرای خلع را فقط در صورت تحصیل توافق زوجین و از جانب زوج ممکن دانسته است.

وی پس از بیان معنای «بائن» و ملحق کردن خلع و مباراة به بائن، به تبیین ماهیت خلع

پرداخته و فرموده است: اگر زن جدایی از زوج را اختیار کرده باشد یا به این صورت است که مرد چنین اراده‌ای ندارد یا مرد هم خواهان جدایی است. اگر کراهت فقط از سوی زن باشد و مرد چنین خواسته‌ای نداشته باشد، مرد می‌تواند در ازای رها کردن زن، درخواست عوض کند که این عوض می‌تواند بیش از اموالی باشد که به زن رسیده است. اگر زن اجابت کند، مرد می‌تواند صیغه خلع را جاری کند و در ضمن آن شرط می‌کند که اگر زن به عوض رجوع کند، مرد هم به او رجوع می‌کند، در نتیجه، با رجوع زن، مرد هم حق رجوع خواهد داشت. این خلع است که یک طلاق بائن حساب می‌گردد. (سلار، ۱۶۳-۱۶۴)

تعریفی که وی از خلع ارائه می‌کند از هر جهت شبیه معنای امروزی خلع است؛ جز این که مسأله رجوع را به صورت شرط ضمن طلاق مطرح می‌کند که علی‌القاعده باید ضمانت اجرای آن را عدم امکان رجوع در صورت عدم اشتراط بدانیم؛ به این معنا که در صورت عدم اشتراط، نه زن حق رجوع به عوض خود را خواهد داشت و نه مرد حق رجوع به زندگی؛ والا اگر چنین ضمانت اجرایی را نپذیریم و در صورت عدم اشتراط هم قائل به رجوع باشیم، هیچ فایده دیگری برای شرط کردن نمی‌توان فرض کرد.

نکته مهم در کلام وی، عدم تفکیک میان انواع کراهت و منوط کردن تحقق خلع به حصول توافق از ناحیه زوج است؛ چنان که نظریه غالب فقها و حقوقدانان کنونی هم همین است. وی متعرض این نکته نشده که در صورت عدم حصول توافق و وجود کراهتی در زن که حتی اطاعت خداوند را هم زیر پا می‌گذارد، چه راهکاری باید اندیشید. به نظر می‌رسد بتوان مرحوم سلار را اولین فقیهی دانست که خلع را به سبک امروزی مطرح کرده و بعد از او هم سایر فقها کما بیش تابع ایشان شدند.

۳. شیخ طوسی و نظریه توافق بر خلع

شیخ طوسی (م ۴۶۰ ق.) اجرای خلع را محتاج به حاکم ندانسته (شیخ طوسی، الخلاف، ۱۷/۳) و به آیه ۲۲۹ سوره بقره استناد کرده است که اطلاق دارد و «رفع الی الحاکم» را قید نکرده است. ایشان سپس به تفصیل، عدم امکان رجوع مرد را بحث کرده و در مسأله ۹، اشتراط رجوع را مطرح کرده است که اگر زنی خود را با هزار دینار از شوهرش مختلعه کند، با این شرط که هر وقت مبلغ را بخواهد شوهر به او مسترد کند و برای مرد هم رجوع به زندگی حلال باشد، هم خلع و هم شرط را به استناد روایت «المؤمنون عند شروطهم» صحیح می‌داند، وی در ادامه، با استناد به آیه ۲۲۹ سوره بقره، عدم امکان طلاق مختلعه را بحث کرده که اگر

میان زوجین یک مخالفه صحیح محقق شود، مرد مالک عوض است و حق رجوع ندارد و اگر بعد از آن طلاق را جاری کند، طلاق به هیچ وجه به خلع ملحق نمی‌شود، به این نحو که خدا تسریح را برای همان کسی قرار داده است که امساک هم برای اوست و اگر بعد از خلع، مالک امساک نیست، پس مالک تسریح هم نیست. (همو، ۴/۴۲۴)

شیخ طوسی در *المبسوط* پس از آن که نکاح را عقد معاوضه‌ای دانسته و تصریح کرده که مالکیت زوج بر بضع و مالکیت زوجه بر مهر در یک زمان محقق می‌شود، خلع را با صیغه باب مفاعله یعنی مخالفه به کار برده است و به صراحت اعلام کرده که مالکیت زوج بر عوض و زوال ملک او از بضع، به طور همزمان خواهد بود.

شیخ طوسی در *المبسوط* به جنبه توافقی بودن خلعی که در آن کراهت بین زوجین کراهت وجود ندارد و در کتاب *«النهایه»* به خلع واجب در صورتی که زوجه به کراهت شدید برسد که آن عبارات را ادا کند، اشاره کرده است؛ لذا نتیجه می‌گیریم که در حالت کراهت شدید، نیازی به اخذ توافق نیست. (همو، *النهایه و النکتها*، ۴۷۰)

بعضی نویسندگان طرح نظریه وجوب خلع را به شیخ طوسی نسبت داده‌اند؛ (حکمت نیا و همکاران، ۱۹۶/۳) اما همان‌طور که در این سیر تاریخی بیان شد ابوالصلاح حلبی مبتکر آن بوده است.

۴. نظر ابن‌براج

پس از شیخ طوسی، قاضی ابن‌براج، (م ۴۸۱ ق.) در *«المهذب»* (ابن‌براج، *المهذب*، ۲/۲۶۷-۲۷۴) و *«جواهر الفقه»* (همو، *جواهر الفقه*، ۱۷۸) متعرض مسأله شده است.

از بررسی کلام وی، چند نکته برداشت می‌شود: اولاً، تحقق خلع نیاز به صیغه طلاق دارد؛ ثانیاً، به نظر می‌رسد که این بزرگوار نیز به تبعیت شیخ طوسی، هم قائل به خلع توافقی باشد و هم حالتی که زن کراهت شدید داشته و به مرحله زیر پا گذاشتن حدود الهی رسیده که در این حالت نیازی به اخذ توافق زوج نیست؛ هرچند که به صراحت همانند شیخ، خلع واجب را طرح نکرده‌اند، اما صاحب جواهر نیز ایشان را در ردیف طرفداران این نظریه قرار داده است.

۵. خلع از نگاه ابن‌حمزه طوسی و نظریه اجرای صیغه خلع توسط هریک از زوجین

ابن حمزه طوسی (م ۵۶۰ ق.) درباره ماهیت خلع گفته است: خلع عبارت است از این‌که زن مالی را به شوهر خود بذل کند در قبال آزادی خودش؛ از آن جهت که از شوهر خود کراهت دارد. وی به بیان موجب خلع، کیفیت آن، اندازه فدیة و شروط خلع پرداخته است. وی

موجب خلع را همان اقوالی از جانب زن دانسته که قبلاً از سایر فقها هم نقل شد که ریشه همه آن‌ها در روایات است و کیفیت آن را به این نحو بیان کرده است که باید حتماً واجد سه شرط باشد:

۱. یکی از طرفین لفظ خلع را جاری کند، یعنی باید صیغه خلع ادا شود؛
۲. مقرون به فدیة باشد؛
۳. دیگری اجابت کند.

میزان فدیة از نظر وی، موکول به نظر دو طرف بوده و شروط هشت‌گانه‌ای مطرح می‌کند که بیشتر همان شروط طلاق است. این بزرگوار، خلع را به صورت عقد مطرح و تصریح می‌کند که هر کدام از دو طرف می‌تواند موجب باشد و طرف دیگر، قابل؛ که این امر خلع را کاملاً از ماهیت ایقاعی طلاق دور می‌کند.

۶. برداشت ابن‌زهره حلبی

ابن‌زهره حلبی (م ۵۸۵ ق.) پس از ذکر شرائط طلاق تأکید می‌کند که طلاق بر چهار قسم است: واجب، ممنوع، مستحب و مکروه. وی طلاق خلع را از طلاق‌های واجب می‌داند. وی در بیان ماهیت خلع این‌گونه توضیح داده که در خلع، کراهت فقط از جانب زوجه محقق است و مرد در جدایی از زن مخیر است؛ تا زمانی که زن بگوید اگر چنین نکنی، من خدا را عصیان خواهم کرد و معلوم باشد که او این عصیان را خواهد کرد، پس با این حالت طلاق دادن زن واجب است و برای مرد حلال است که در قبال آن عوض بگیرد، خواه زن این عوض را بذل کند یا مرد از او مطالبه عوض کند و مساوی است که به اندازه مهریه‌ای باشد که مرد به زن داده است یا بیشتر باشد. وی سپس این بحث لفظی را مطرح می‌کند که آیا به الفاظ خلع می‌توان برای جدایی اکتفا کرد یا لفظ طلاق هم باید جاری شود؟ وی در این‌جا، با استناد به اجماع، لفظ طلاق را الزامی دانسته است. (ابن‌زهره، ۳۷۲)

۷. نگاه ابن‌ادریس

ابن‌ادریس حلی، (م ۵۹۸ ق.) مسأله خلع را مطرح کرده و توکیل در آن را اجازه داده است و آن را عقد معوض دانسته و تصریح کرده است که اولی این است که آن را ایقاع معوض بدانیم. خلع از نظر وی به تنهایی موجب جدایی و بینونت میان زوجین نمی‌شود، مگر این‌که به دنبال آن طلاق جاری شود؛ هر چند، طبق مذهب برخی اصحاب، مثل سید مرتضی، خلع به تنهایی موجب بینونت و جدایی است. (ابن‌ادریس، ۸۳/۲)

۱. محقق حلی و عدم اظهار نظر

محقق حلی، (م ۶۷۶ ق.) در باب خلع و مبارات، در المختصر النافع (محقق حلی، المختصر النافع، ۲۰۳) و شرائع (همو، شرائع الإسلام، ۶۱۱)، چند مطلب اساسی، از جمله لزوم صیغه و ماهیت خلع و وجوب آن را بیان کرده و بعد از بیان نظریات سید مرتضی و شیخ طوسی، نتوانسته هیچ اظهار نظر کند؛ به طوری که در نقل قول از این بزرگان به نظر می‌رسد استنباط صحیحی نداشته، زیرا در پی طرح این سؤال که آیا به صرف صیغه، خلع جاری می‌شود یا خیر، از سید مرتضی نقل کرده که پاسخ مثبت است و از شیخ طوسی پاسخ منفی را نقل کرده است؛ تا وقتی که به دنبال خلع، صیغه طلاق هم جاری شود آن‌گاه به صیغه خلع مجرد از طلاق پرداخته که نزد سید مرتضی، طلاق محسوب می‌شود و نزد شیخ، فسخ خواهد بود؛ در حالی که سید مرتضی، برای خلع، ادای لفظ و صیغه را لازم نمی‌داند و شیخ طوسی نیز قائل به فسخ نیست بلکه معتقد است که اگر قرار باشد صیغه طلاق در پی خلع آورده نشود و بر اساس دیدگاه کسانی که این‌گونه معتقدند، خلع، فسخ است.

عصر علامه حلی تا میرزا ابوالقاسم قمی (۱۱۲۱ - ۱۱۵۱ ق)

۱. دیدگاه علامه حلی و پایان عمر نظریه وجوب خلع

منصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر حلی (م ۷۲۶ ق.) به وجوب نهی از منکر برای نظریه وجوب خلع استدلال کرده اما خود بر این استدلال ایراد وارد کرده و به صراحت نظریه وجوب خلع را به نظریه استحباب خلع تنزل داده است. در واقع، از نظر وی، دلیلی بر وجوب خلع وجود ندارد علاوه بر اینکه ادعا کرده بیشتر فقهای شیعه خلع را واجب نمی‌دانند. (مختلف الشیعه، ۷/ ۳۹۱)

۲. شهید ثانی و مبدع نظریه طلاق معوض

شیخ زین الدین بن علی بن احمد عاملی جبعی (م ۹۶۶ ق.) معروف به شهید ثانی نیز همانند علامه، نظریه وجوب خلع را حمل بر استحباب مؤکد کرده است ولی طلاق دیگری تحت عنوان «طلاق به عوض» را خلق کرده که در واقع با توجه به لزوم کراهت در خلع، طلاق است که زن و شوهر بدون داشتن کراهت، برای طلاق توافق می‌کردند؛ (شهید ثانی، ۹/ ۴۱۱) اما نظریه این فقیه، تقریباً دو قرن با بی‌اعتنایی مواجه شد تا زمان میرزای قمی که با تغییراتی مجدداً مطرح گردید.

۳. صاحب جواهر و پاسخ به استدلال شیخ طوسی در وجوب خلع

شیخ محمد حسین نجفی، معروف به صاحب جواهر الکلام (م ۱۲۶۶ ق.) دیدگاه و استدلال مرحوم شیخ را زیر سؤال برده و آن را منافات با اصول مذهب و قواعد آن دانسته، هر چند تحقق خلع را بدون لفظ محقق شمرده است. (۴/ ۳۳)

۴. میرزا ابوالقاسم قمی و پدیده «خلع بائن»

میرزا ابوالقاسم قمی خلع را از انواع طلاق به معنای خاص جدا دانسته و ضمن پذیرفتن طلاق به عوض، از پدید آوردن اصطلاح «خلع بائن» است (میرزای قمی، ۵۲۸/۱) که به طور کامل در بخش بعدی به آن می‌پردازیم.

عصر حاضر و خلع کنونی

فقه‌های معاصر (شیرازی خاقانی، ۴۴۴؛ روحانی، ۲۳/۹۳؛ امام خمینی، ۲/ ۳۴۹) معتقدند:

۱. خلع لفظ خاص لازم دارد، اما فرقی بین لفظی که از صیغه طلاق باشد و خلع نمی‌کند.

۲. انجام خلع از جانب زوج است.

جز اندکی از فقه‌های معاصر (صانعی، ۲۵/۸)، اکثر آنان، معتقد به خلع واجب نیستند و فقط خلعی که زوجه به علت کراهت از زوج با پیشنهاد فدیة، زوج را به انجام خلع راضی می‌کند و زوج هر میزان حتی بالاتر از مهریه می‌تواند مطالبه کند؛ (میرزای قمی، ۵۲۸/۱) که در واقع به پشتوانه همین نظریه، ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی تفسیر و اجرا می‌شود.

امکان استخراج نظریه نوین خلع

در مباحث پیشین، ضمن بیان دیدگاه‌های فقها، به دو جریان فکری در حوزه انحلال نکاح از ناحیه زوجه برخوردیم که نشانگر جرقه‌ی فکر جدیدی در این نهاد حقوقی و فاصله‌گیری از نظرگاه فقه‌های متقدم (ابن بایویه، شیخ صدوق، سید مرتضی) بود. اولین فکر، توسط ابوالصلاح حلبی پایه‌گذاری گردید و مستدل کردن آن توسط علامه حلی در «مختلف الشیعه» انجام شد. این بزرگان، نظریه «وجوب خلع» را مطرح کردند؛ اما دیدگاه‌های آنان در این زمینه مجرای پدید آمدن جریان انحرافی شد؛ و «خلع» از ابتدای این دوره به پیروی از سلاله، از اقسام طلاق و از جانب زوج قرار گرفت و همچنین نیازمند صیغه دانسته شد. مبدع ایده دوم، شهید ثانی و سپس میرزای قمی بودند، هر چند که در بیانات شیخ طوسی نیز به توافق بر جدایی اشاره شده بود؛ که ما تحت نظریه «خلع معوض» یا خلع قراردادی، نامگذاری می‌کنیم.

پس از بیان جریان‌شناسی انحراف نظریه خلع از شکل اولیه تا شکل امروزی، با حفظ

اشتراک در مبانی نظریه‌ی خلع واجب و با کشف دلایل اختلاط مباحث و جریان انحرافی، نظریه‌فقه‌های متقدم (قبل از قرن پنجم) را روش‌مند کرده و نظریه‌نوین خلع یکجانبه‌واز جانب زوجه که یک نوع جدایی، غیراز طلاق قابل طرح بوده و قابلیت استدلال دارد.

نتیجه‌گیری

. در اصطلاح، واژه «طلاق» گاه به عنوان «مقسم» و گاه به عنوان «قسم» و «نوع» ارزیابی می‌شود. اگر طلاق به عنوان مقسم مورد نظر باشد، با توجه به معنای لغوی حقیقی، به معنای «مطلق جدایی» است و اگر به عنوان قسم و نوع مورد نظر باشد، به معنای مجازی، «جدا شدن یک‌جانبه مرد از همسر دائمی خویش» است. در نتیجه، اگر منظور از طلاق در هنگام تعریف، مطلق انحلال باشد، می‌توان خلع را از اقسام طلاق قرار داد و در غیر این صورت، طلاق، مقسم نیست و یکی از انواع سه‌گانه انحلال نکاح است. از بررسی معنای لغوی خلع در لغت و معنای اسم مصدری آن، دو نکته برداشت می‌شود که خلع هم به مرد نسبت داده شده و هم به زن؛ بدین معنا که خلع، عمل طرفینی است و وقتی انجام می‌شود هم زن خالع است و هم مرد. . بسیاری از فرهنگ‌های جاهلی پس از ظهور اسلام رواج داشته و کم‌کم از میان برداشته می‌شده است. به نظر می‌رسد بتوان این‌گونه استنباط کرد که این الگو بعد از ظهور اسلام نیز بر تحکیم انحصاری حق طلاق به دست زوج تأثیر داشته است.

. اصطلاح خلع، قبل از اسلام نبوده؛ چون به تصریح اهل لغت و فقها، این اصطلاح بعد از اسلام و به‌خاطر آیاتی از قرآن، جعل گردیده است و اینکه در متن کتاب «المفصل» و بعضی کتب دیگر آمده که اولین خلع توسط عامر الحارث بن الظرب صورت پذیرفته است، به نظر می‌رسد که تحت فرهنگ اسلامی از این واژه استفاده شده است.

. به طور مسلم، این نوع جدایی که زوجه توافق زوج را برای طلاق، در قبال مال جلب کند مرسوم بوده و بدون این‌که اصطلاح «خلع» نامیده شود، قابل مقایسه با خلع بوده است؛ اما در بعضی از اقوام عرب، عمل جدایی از جانب زن، در صورتی که هنگام ازدواج شرط کرده بود که اختیار طلاق را داشته باشد، وجود داشته که با ابرازهای مختلف انجام می‌شده؛ که به نظر می‌رسد این مورد خارج از «خلع» بوده و با طلاق وکالتی قابل مقایسه است.

. این‌که شرط طلاق قبل از اسلام وجود داشته، بیانگر این است که طلاق حق انحصاری مردان بوده است و آلا اگر زن‌ها نیز دارای چنین حقی می‌بودند، شرط کردن برای داشتن حق

طلاق هنگام عقد چندان منطقی به نظر نمی‌رسد.

. فقهای متقدم (ابن بابویه، شیخ صدوق، سید مرتضی) معتقد بودند که «خلع»، موجب انحلال است و از جانب زوج با ادای الفاظ میرز کراحت شدید انجام می‌شود و نیازی به صیغه و لفظ خاص ندارد؛ اما دقت در این سیر تاریخی نشان می‌دهد که به تدریج در طول زمان، از دیدگاه آنان، در ماهیت و نحوه اجرای خلع چیزی باقی نمانده و کاملاً دستخوش تغییرات اساسی گردیده و وجوب صیغه برای اجرای خلع از «حلبی» برگرفته شده و لزوم توافق زوج بر میزان فدیة و عدم وجوب خلع در موارد کراحت از «سلار» اخذ شده و به صورت امروزی درآمده است.

. از بررسی انجام شده نتیجه گرفته می‌شود که در حوزه انحلال نکاح، فرای دیدگاه خلع مشهور امروزی، دو نوع نظریه می‌توان استخراج کرد، خلع واجب و خلع معوض. و نظریه سوم را با الهام از دیدگاه فقهای متقدم با نام خلع یکجانبه از ناحیه زوج، پایه‌گذاری کرد.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *المقنع*، قم: مؤسسه الإمام الهادی (ع)، ۱۴۱۵ ق.
- _____، *فقه الرضا*، مشهد المقدسه: المؤتمر العالمی للإمام الرضا (ع)، ۱۴۰۶ ق.
- _____، *من لا یحضره الفقیه*، بیروت: دارالاذباء، ۱۴۰۵ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم المشرفة: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۰۶ ق.
- _____، *جواهر الفقه*، قم المشرفة: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم: مطبعة الخيام، منشورات مكتبة آية الله المرعشي النجفی، ۱۴۰۸ ق.
- ابن حیون، نعمان بن محمد، *الدعائم الاسلام و تأویل الدعائم*، تحقیق محمد حسن الاعظمی، قاهره: دارالمعارف، ۱۹۱۴ م.
- ابن زهره، حمزه بن علی، *غنية النزوع*، قم: اعتماد، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۱۰۴	۱۷۲
ابن منظور، محمد بن مکرم، <i>لسان العرب</i> ، قم: نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.		
ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، <i>الکافی فی الفقه</i> ، اصفهان: مکتبه الإمام أميرالمؤمنین علی (ع)، ۱۴۰۰ ق.		
پیشوایی، مهدی، «تاریخ در آینه پژوهش»، <i>مجله تاریخ در آینه پژوهش</i> ، سال هفتم، سال ۱۳۸۹، ش ۳.		
جوهری، اسماعیل بن حماد، <i>الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية</i> ، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۹۵۶ م.		
حکمت نیا و همکاران، <i>فلسفه حقوق خانواده</i> ، تهران: روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ۱۳۸۶.		
خمینی، روح الله، <i>تحریر الوسیله</i> ، قم: مؤسسه دارالعلم، چاپ اول، بی تا.		
ربانی، محمد حسن، <i>فقه و فقههای امامیه در گذر زمان</i> ، شرکت چاپ و نشر بین الملل، ۱۳۸۶.		
روحانی، محمد صادق، <i>فقه الصادق</i> ، قم: مؤسسه دار الکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۲ ق.		
شیر خاقانی، محمد محمد طاهر، <i>الزواج و الطلاق فی رسالات السماء</i> ، بی جا، بی تا، ۱۴۰۰ ق.		
شکری الالوسی، محمود، <i>بلوغ الارب فی معرفه احوال العرب</i> ، قاهره: دارالمکتبه الطیب، چاپ سوم ۱۳۴۳ ق.		
شهید ثانی، زین الدین بن علی، <i>مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام</i> ، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، دارالهدی للطباعه و النشر، ۱۴۱۴ ق.		
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، <i>جواهر الکلام</i> ، تهران: مکتب الاسلامیه، بی تا، چاپ ششم.		
صانعی، یوسف، <i>فقه و زندگی</i> ، قم: انتشارات ثقلین، ۱۳۸۶.		
طریحی، فخرالدین بن محمد، <i>مجمع البحرين</i> ، قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت، ۱۴۱۶ ق.		
طوسی، محمد بن حسن، <i>الخلاف</i> ، قم: المشرقه: مطبعة مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجامعة المدرسين، ۱۴۰۷ ق.		
_____، <i>المبسوط فی الفقه الامامیه</i> ، طهران: المطبعة الحیدریه، المکتبه المرتضویه، چاپ دوم، ۱۳۸۸.		
_____، <i>تهذیب الاحکام</i> ، نجف: افست بیروت، با تصحیح حسن موسوی خراسان، ۱۹۵۸ م.		
علامه حلی، حسن بن یوسف، <i>مختلف الشیعه فی احکام الشریعه</i> ، مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه، احیاء التراث الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.		
علم الهدی، علی بن حسین، <i>مسائل الناصریات</i> ، مؤسسه الهدی، مرکز البحوث و الدراسات العلمیه، ۱۴۱۷-۱۹۹۷ م.		
علی، جواد، <i>المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام</i> ، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ دوم، ۱۹۷۰ م.		

- قابل، احمد، «*شریعت عقلانی*» سایت شخصی.
- کحاله، عمر رضا، *الطلاق*، سوریه: مؤسسه الرساله، ۱۹۷۷ م.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الفروع من الکافی*، تهران: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع*، طهران: مؤسسة البعثة، چاپ دوم، ۱۴۰۲ ق.
- _____، *شرائع الإسلام*، طهران: انتشارات استقلال ۱۴۰۹ ق.
- محقق داماد، مصطفی، *اصول فقه*. تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۶.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: دارالفکر، ۱۹۹۴ م.
- معرفت، محمد هادی، «زن در نگاه قرآن و در فرهنگ زمان نزول وحی» بخش دوم، ترجمه حسن حکیم باشی، *مجله پژوهش‌های قرآنی*، ویژه زن در قرآن ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۰، شماره ۲۷ و ۲۸.
- مفید، محمد بن محمد، *احکام النساء*، بیروت: دارالمفید للطباعة والنشر و التوزیع، ۱۴۱۴-۱۹۹۳ م.
- _____، *المقننه*، قم المشرفه: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۰ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *رسائل میرزای قمی*، قم: مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی، تحقیق مکتبه الاعلام الاسلامیه، ۱۳۸۵.
- هاللی، تقی الدین، *احکام الخلع فی الاسلام*، بیروت: دارالفکر العربی، چاپ دوم، ۱۳۷۷ ق.
- واحدی، قدرت‌الله، *مطالعه تطبیقی درباره سیستم‌های حقوقی*، انتشارات آسیا، ۱۳۴۷.
- وافی، علی عبدالواحد، *الاسره و المجتمع*، مصر: دارالاحیاء الکتب العربیه، چاپ چهارم، ۱۹۵۸ م.

involvement of a causal relationship with the abuses and wastage are more compatible with the ownership and possessive authority of the owner on his own property and the logical foundation stemming from *istīmān* rule.

Keywords: abuse, wastage, on the hand, *istīmān*, liability, causal relationship, damage.

The evolution of *Khul'* divorce theory in Shiite jurisprudence

Maryam Sadat Mohaghegh, Imam Sadiq University, the Sisters' Campus

This article aims, with a detailed insight into the historical process of *Khul'* divorce in two phases in Arabia before Islam and after Islam, to discover the creation of successive theories and the evolution of 'the *Khul'* divorce institution' to its current form as supporting Iranian legislation. While presenting the views of the jurists, we encountered two streams of thought as regards the dissolution of the marriage by the woman, and this indicates the sparkling of a new idea in this legal institution and the distancing from the point of view of early jurists (Ibn Bābawayh, Shaikh Sadūq, Seyyed Murtaza). The first idea was known as 'the necessity of *Khul'* divorce', founded by Abul-Salah Halabi and substantiated by Allameh Helli; but, their views in this regard channeled a deviant current. From the beginning of this period, and to follow Sallar Deylami, *Khul'* was categorized as a kind of divorce from the side of the husband. The second type of idea known as *swap Khul'* was originated by Mirza Qumī and the Second Martyr (*Shahīd Thānī*). After extracting these two theories and by inspiration from the views of the early jurists, it seems that we can review the current '*Khul'* divorce institution' and establish a new theory.

Keywords: divorce, *Khul'*, necessary *Khul'*, swap *Khul'*.

made and nor exerting juristic effects, and the lack of authority. In response, different points were advocated: the adequacy of the fatwa issuing for the permissibility of emulation and the definiteness (being unconditional) of continuance and the position for the actualization of doubt, and thus its having juristic effects and the reality of juristic issues. Consequently, by using the method of analysis for principle (*usūlī*) issues, continuance in the permissibility of primary emulation is considered as valid.

Keywords: emulation (*taqlīd*), emulation of a deceased, the reasons for the emulation of a deceased, reference to continuance (*istishāb*) for the emulation of a deceased.

**Reviewing the impact of abuse and wastage in the lent (trust), a comparative study
in Islamic jurisprudence and civil law**

Mostafa Karbalaee Aghazadeh, PhD Student in Private Law at Mofid University

Reza Daryaei, PhD Graduate in Private Law at Shahid Beheshti University

Imamiyah jurists have had different views regarding the rights of the trustee in terms of abuse and wastage in the lent (trust); from the known theory of the claim for damages not being associated with the abuses and wastage on the basis of the generalities of the 'on the hand' rule to the theory of the relationship between fault and damage according to the general rules of liability and *istīmān*. Awareness to this issue will not be possible except through an investigation of the background and knowledge of the jurisprudential fundamentals of the known view among the jurists with regard to a lack of relationship between a claim for damages and abuse and wastage. Therefore, it is aimed in this paper to examine the conditions of the trustee in connection with the abuses and wastage first in Imamiyah jurisprudence and then in Iranian law. In this study, it is shown that the views of those jurists who consider as possible the domain of the trustee's responsibility in terms of the

primary rule in times of doubt. Some scholars including Nāinī have accepted intellectual innocence as a primary rule, whereas others - especially Shahīd Sadr - believe in intellectual precaution. Nāinī refers to the rule 'the indecency of punishment before expression' in order to seek proof for his view. He considers the dependence of mobility upon the receipt of assignment as one of the kinds of evidence that can be referred to in order to prove intellectual innocence based on the rule of 'the indecency of punishment before expression'. He believes that punishment for the abandonment of mobility where there had been no cause for mobility will be condemned. On the contrary, Shahīd Sadr criticizes and rejects the idea of Nāinī and seeks to prove his own idea in light of 'the right of worship' theory. The present study conducted in a descriptive analytical manner aims at explaining both views, examining their evidences and arguments, and mentioning the foundations of the 'the right of worship' theory. Thus, the validity of Shahīd Sadr's theory will be proved.

Keywords: intellectual innocence, indecency of punishment before expression, intellectual precaution, legislative rulings, right of worship, Mohaghegh Nāinī, Shahīd Sadr.

Reference to continuance (*istishāb*) for proving the permissibility of primary emulation of a deceased mujtahid

Mohammad Javad Enayatirad, Assistant Professor at the Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

Continuance is one of the most important reasons for the permissibility of primary emulation of a deceased mujtahid regarding those issues for which he has a fatwa. It has been reported in four different formulations. And in its critique, various notions have been suggested: the abrogation of the matter or subject, its being suspended, the continued matter or ruling (the *mustashab*) being neither jurisprudentially

nterpreter or theory of interpretation. One of the issues seen as a major obstacle in achieving such an understanding is the interference of presuppositions. The present article, as a descriptive analytical study which applies library data and textual references, aims first to investigate the nature and types of presuppositions and their effect on understanding - either their essential or detrimental influence - from the perspective of scholars in philosophical hermeneutics and Islamic sciences (including *tafsīr* and the principles of jurisprudence). Then, it seeks to describe and analyze the methods offered in these sciences in order to prevent or control the presuppositions and the degree of success for each science in this regard. Finally, it has been shown that taking advantage of the hermeneutic methodology - such as openness, dialectic, and hermeneutic circle - together with the advantages of the principalist-interpretive method - including consideration of the typical expression and surface intention and conventional evidences like lexical principles on the one hand, and attention to the spiritual and moral competencies of the interpreter on the other hand - can overcome the shortcomings of each of these two methods and make a complementary interaction between the two sciences.

Keywords: presuppositions, prejudice, presumptions, adjustment, control the presuppositions, interpretation by reason or private judgment.

A comparative study of the primary rule for doubt from the viewpoint of

Mohaghegh Nāīnī and Shahīd Sadr

Taher Ali Mohammadi, Associate Professor at Ilam University

Abduljabbar Zargushnasab, Assistant Professor at Ilam University

Hamzeh Nazarpour, MA in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ilam University

When in doubt over duty and the absence of reason, it is the time for adhering to practical principle; but, there is disagreement among principalists as to what is the

Who are the Akhbāris?

Mousa Zarghi, Assistant Professor at Hakim Sabzevari University

Hossein Saberi, Professor at Ferdowsi University of Mashhad

Abdulkarim Abdullahinejad, Professor at Ferdowsi University of Mashhad

Akhbārism is one of the most important Shiite jurisprudential schools. It prevailed from the early eleventh century for about two hundred years as the mainstream in some jurisprudence arenas. In a number of jurisprudential books and jurisprudential principles, some jurists have been referred to as being Akhbāri. Despite the many studies that have been done in the field Akhbārism, providing a complete list of Akhbāri jurists has not been considered yet. Due to the lack of a precise logical definition for Akhbārism as well as a lack of criteria for the recognition of Akhbāri jurists, the present study aims at introducing Akhbāri jurists through a detailed investigation into the books of biography and bibliography. There is disagreement about whether or not some of these characters are Akhbāri, an ambiguity which can be resolved by reviewing the works of these people. At the end of the study, seventy Shiite jurists have been introduced as Akhbāri jurists and listed in a summarizing table.

Keywords: Akhbārism, the Akhbāri list, the criteria for categorizing jurists.

**An investigation into the effect of presuppositions in understanding and the ways
to control them from the perspective of philosophical hermeneutics and Islamic
sciences**

Alireza Abedi Sarasia, Assistant Professor at Ferdowsi University of Mashhad

Somayeh Zoghi, MA Graduate from Ferdowsi University of Mashhad

Achieving a good or desirable understanding is one of the concerns for every

ABSTRACT

A critique and analysis of jurisprudential views on the ruling for the sales of unknown with supplement

Seyyed Mohammad Heydari Khormizi, Level IV Graduate of Jurisprudence and Principles, Qom Seminary

Substitute - either the sale or the price - needs to be clearly determined in terms of amount, substance or material, and any characteristics influencing the fee. And, the condition for the validity of the deal is that the two sides completely know and be aware of the contract being negotiated. Thus, if one side is mindful (informed) of the contract but the other is ignorant (uninformed), the deal is void. This is because in the case of ignorance to the object of the deal, it will be a risky one denounced by the Legislator; as we can read in the hadith: 'The Prophet has forbidden risky sales.' In the present paper, seven narratives have been reported all in all as regards the sales of unknown with supplement, insisting on the validity the sale. A number of arguments against this validity have also been mentioned. Then, the supportive and disproving views are critically reviewed. Finally, the invalidity and nullity of the sales of unknown with supplement.

Keywords: sale, unknown, supplement, risky.

Table of Contents

A critique and analysis of jurisprudential views on the ruling for the sales of unknown with supplement	9
Seyyed Mohammad Heydari Khormizi	
Who are the Akhbāris?	25
Mousa Zarghi- Hossein Saberi- Abdulkarim Abdullahinejad	
An investigation into the effect of presuppositions in understanding and the ways to control them from the perspective of philosophical hermeneutics and Islamic sciences	65
Alireza Abedi Sarasia - Somayeh Zoghi	
A comparative study of the primary rule for doubt from the viewpoint of Mohaghegh Nāīnī and Shahīd Sadr	91
Taher Ali Mohammadi- Abduljabbar Zargushnasab- Hamzeh Nazarpour	
Reference to continuance (istishāb) for proving the permissibility of primary emulation of a deceased mujtahid	113
Mohammad Javad Enayatirad	
Reviewing the impact of abuse and wastage in the lent (trust), a comparative study in Islamic jurisprudence and civil law	129
Mostafa Karbalaee Aghazadeh - Reza Daryaei	
The evolution of Khul' divorce theory in Shiite jurisprudence	151
Maryam Sadat Mohaghegh	
Abstracts of the Papers in English Language	180

In the Name of Allah



Islamic Studies

A Quarterly Research Journal of
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 104, spring 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

Rasool Akbari

Printing & Binding: Ferdowsi University
Press

Circulation: 500

Price: Rs 30000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+9851) 38803873



Ferdowsi University of Mashhad

ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES

Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 104, spring 2016