



فصلنامه علمی - پژوهشی

فقر و اصول

(مطالعات اسلامی سابق)

ISSN 2008-9139

شماره ۱۰۶ پاییز ۱۳۹۵



بررسی فقهی قوادی اینترنتی / دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر سید مجتبی حسین نژاد

بازخوانی حجیت اجماع مدرکی / بلال شاکری

جایگزینی اماره از قطع موضوعی / مریم صباغی ندوشن

وظایف و حقوق متقابل مالک و ضامن پس از پرداخت بدل حیلوله

دکتر ابوالفضل عیشاهی قلعه جوقی - معصومه حمیدی - دکتر ابوالحسن بختیاری

سقف مهریه در فقه امامیه / مصطفی غفوریان نژاد - دکتر عباسعلی سلطانی - دکتر حسین صابری

تبیین فقهی نظریه «وجوب شیردهی بر مادر و لزوم پرداخت هزینه‌های مرتبط با آن بر پدر»

دکتر سعید نظری توکلی - فاطمه کراچیان ثانی

تأملی در قاعده انگاری «اولویت دفع مفسده از جلب منفعت» / میرزا محمد واعظی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۱۰۶ - پاییز ۱۳۹۵ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده به انگلیسی: دکتر سیدمحمدهادی قبولی

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 قنواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

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- پیشندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.
- ۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـُ و ـٌ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارةٔ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامهٔ من) الزامی است و در بقیهٔ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ غرضه / غرضه؛ حرف / حَرَف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیأت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجة الاسلام مجتبی الهی خراسانی (استادیار دفتر تبلیغات اسلامی مشهد)
۲. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۳. دکتر محسن جهانگیری (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۴. دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
۵. دکتر علی خیاط (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۶. حجة الاسلام علی رحمانی (محقق و پژوهشگر دفتر تبلیغات اسلامی مشهد)
۷. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر علیرضا عابدی سرآسیا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر سید محمدهادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۳. دکتر محمد محسنی دهکلانی (دانشیار دانشگاه مازندران)
۱۴. دکتر محسن ملک افضلی (دانشیار دانشگاه قم)
۱۵. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۶. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	بررسی فقهی قوادی اینترنتی دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر سید مجتبی حسین نژاد
۲۷	بازخوانی حجیت اجماع مدرکی بلال شاکری
۴۹	جایگزینی اماره از قطع موضوعی مریم صباغی ندوشن
۶۹	وظایف و حقوق متقابل مالک و ضامن پس از پرداخت بدل حیلولة دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی - معصومه حمیدی - دکتر ابوالحسن بختیاری
۹۱	سقف مهریه در فقه امامیه مصطفی غفوریان نژاد - دکتر عباسعلی سلطانی - دکتر حسین صابری
۱۱۵	تبیین فقهی نظریه «وجوب شیردهی بر مادر و لزوم پرداخت هزینه‌های مرتبط با آن بر پدر» دکتر سعید نظری توکلی - فاطمه کراچیان ثانی
۱۳۷	تأملی در قاعده انگاری «أولویت دفع مفسده از جلب منفعت» میرزامحمد واعظی
۱۶۴	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۶
پاییز ۱۳۹۵، ۹-۲۵

بررسی فقهی قوادی اینترنتی*

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد دانشگاه مازندران

Email: izadifard@umz.ac.ir

دکتر سید مجتبی حسین نژاد^۱

استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی مؤسسه آموزش عالی پارسا- بابلسر

Email: mojtaba@writeme.com

چکیده

یکی از جرائمی که در جامعه امروزی با توجه به پیشرفت تکنولوژی، شیوع به سزایی دارد و چه بسا اینکه ضرر ناشی از آن به مراتب بیشتر از نوع سنتی از آن است، قوادی‌های اینترنتی است. حکم این قوادی با توجه به نو ظهور بودن آن، در میان فقها حتی در میان فقهای معاصر مورد بررسی قرار نگرفته است. نگارندگان پس از ذکر بعضی از مصادیق قوادی اینترنتی و بررسی تفصیلی این مسئله، با اثبات جرم بودن قوادی اینترنتی به خاطر دلالتی همچون بنای عقلاء و تنقیح مناط در نهایت با دلایل متقن یعنی تمسک به اطلاق روایت عبدالله بن سنان و تنقیح مناط، به این نتیجه می‌رسند که به خاطر وجود شائیت شرائط قوادی مستوجب حد در این نوع از قوادی‌ها، قوادان اینترنتی در صورتی که با قصد جمع نمودن افراد برای اعمال نامشروع زنا و یا لواط، آن‌ها را به یکدیگر برسانند، حد قوادی بر آن‌ها اجرا خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: قوادی، قوادی فیزیکی، قوادی اینترنتی، حد قوادی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۱/۰۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۱/۲۵.

۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

یکی از مهم‌ترین جرائم جنسی، قوادی است. امروزه این جرم از حد یک بزه ساده و جزئی فراتر رفته و به جرم سازمان‌یافته و بحران‌بزرگ اجتماعی تبدیل شده است که قاچاق زنان و دختران و تشکیل باندهای فساد و مراکز فحشا را به همراه دارد. قوادی می‌تواند به صورت سنتی و یا اینترنتی باشد. آنچه در این مقاله مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد، قوادی اینترنتی است که در محیط مجازی به شیوه‌های جدیدی شکل می‌گیرد. امروزه بسیاری از دلالات جنسی از طریق اینترنت برای اغفال دختران و زنان و حتی مردان استفاده می‌کنند. اطاق گفتگو^۱ یکی از این راه‌هاست.

چت به معنای گپ زدن، اختلاط، گفتگوی خودمانی یا دوستانه و صحبت است؛ و یکی از ابزارهای بسیار قوی ارتباطی در اینترنت که استقبال بسیار گسترده از آن در سراسر دنیا توجه محققان حوزه‌های جامعه‌شناسی، فرهنگ، ارتباطات و روانشناسی را به خود جلب کرده و هنوز یک اجماع کلی در مورد اثرات روانی و اجتماعی و کارکردهای آن به وجود نیامده است و یکی از حوزه‌های بسیار مناقشه‌برانگیز دنیای مجازی می‌باشد. افراد به نیت مختلف وارد چت روم‌ها می‌شوند.

دلالات جنسی از طریق چت و گفتگوی تایی یا شنیداری و دادن تصویر خود، با دختران طرح دوستی ریخته و سپس با وعده ازدواج، شغل خوب، درآمد بالا و حتی با فرستادن بلیط و ویزای ورود به کشور مورد نظر، آن‌ها را تحویل قاچاقچیان می‌دهند. (رمضان نرگسی، ۱۹)

به نمونه زیر توجه کنید:

«مریم ص، ۱۸ ساله که گاهی وقت خود را به گفت وگو با دیگران در شبکه اینترنت می‌گذارند، درباره خود چنین می‌گوید: چند وقت بود که هر روز با یک نفر که خودش می‌گفت در یکی از کشورهای اروپایی زندگی می‌کند، از راه اینترنت صحبت می‌کردم. او عکس خود را برایم فرستاد و من هم همین‌طور. بعد از آن از همدیگر خوشمان آمد و اظهار علاقه کردیم و او گفت که در صورت تمایل امکان فرستادن ویزا و بلیط برای من را دارد» خوشبختانه در این مورد خاص تلاش قاچاقچیان ناکام ماند و مریم به سبب مخالفت پدر و مادرش نتوانست به این مسافرت شوم برود، ولی چه بسا در موارد مشابه، قاچاقچیان در خارج کردن بی‌دردسر دختر بیگناهی از ایران موفق شده باشند. (روزنامه همشهری، ۱۳۸۱/۸/۹)

از مصادیق دیگر می‌توان به سایت‌ها و وبلاگ‌های دوست‌یابی سکسی و همچنین وب‌سایت‌ها و لینک‌های موجود در شبکه‌های اجتماعی همچون فیس‌بوک و توییتر اشاره کرد که علاقمندان به رابطه

جنسی می‌توانند در این سایت‌ها و شبکه‌ها البته پس از وارد نمودن نام کاربری و رمز عبور در بعض از موارد، وارد شده و شخص مورد نظر خود را پیدا کنند به طوری که در شبکه‌هایی همچون فیس بوک و توییتر شخص با دنیای مجازی پر از فیلم و عکس و پیام و نوشته و... مواجه است که توسط جستجوهای بسیار پیشرفته و حتی در بعض مواقع با تایپ بعضی از کلمات مورد نظرش به راحتی می‌تواند به مقصود خود برسد.

گاهی هم ایمیل و پست الکترونیکی افراد می‌تواند دربرگیرنده پیام‌ها و عکس‌هایی باشد که با برنامه‌ریزی برای آن‌ها ارسال شده و خواهان ارتباط جنسی است و توسط صاحبان آن‌ها از طریق این ایمیل به ایمیل افراد دیگری ارسال رایانه‌ای شود. (بای و پور قهرمانی، ۳۸۶-۳۸۷)

دیگر اینکه شخص به واسطه ورود به سامانه ارسال پیامک‌های اینترنتی^۱ و فرستادن پیامک‌های برنامه‌ریزی شده^۲ به افراد مختلف می‌تواند به غرض خود از دلالتی جنسی و قوادی برسد.

البته در هر یک از این فروض همان طوری که روشن خواهد شد، تنها در صورتی می‌توان عمل دلالت را قوادی در نظر گرفت که قصد دلالت از آن عمل ایجاد رابطه نامشروع زنا و یا لواط باشد.

ماهیت قوادی مستوجب حد

قواد بر وزن فعال از ماده قود است که در لغت به معنای کسی است که حیوان را از پشت سر می‌راند. (فراهیدی، ۱۹۶/۵؛ فیروز آبادی، ۴۸۴/۵؛ ابن منظور، ۳۷۰/۳) اما در اصطلاح، تعداد زیادی از فقها در تبیین قوادی مستوجب حد، آن را عبارت از جمع میان زن و مرد جهت حصول زنا یا جمع میان مردان برای عمل لواط می‌دانند. (عکبری بغدادی، ۷۹۱؛ علم الهدی ۵۱۶؛ طوسی، النهایة، ۷۱۰؛ محقق حلی، ۱۴۸/۴) در مقابل، تعداد دیگری از فقها نیز جمع میان زنان برای انجام مساحقه را نیز اضافه نمودند. (حلبی، ۴۱۰؛ ابن زهره، ۴۲۷؛ کیدری، ۵۱۹؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۶۴/۹) باید دانست که غرض اصلی از این تحقیق، امکان قوادی در فضای مجازی و اینترنت و مهم‌تر از آن اجرای حد بر این نوع از قوادی‌هاست. لذا از بررسی اقوال و ادله فقها در قلمرو قوادی مستوجب حد به خاطر طولانی بودن آن و حفظ رعایت کمیت مقاله پرهیز می‌کنیم. منتها در مقام نتیجه می‌توان گفت قوادی عبارت از جمع میان زن و مرد برای زنا یا جمع میان مردان برای لواط است و جمع میان زنان برای مساحقه نمی‌تواند تحت عنوان قوادی مستوجب حد قرار گیرد بلکه در این صورت تعزیر ثابت است. چنانچه قانون مجازات اسلامی

1. ITMS: internet text messaging system

2. sms & mms

مصوب ۱۳۹۲ نیز در ضمن ماده ۲۴۲ در این زمینه نگاشته است:

قوادی عبارت از به هم رساندن دو یا چند نفر برای زنا یا لواط است.

نیز توجه به این نکته لازم است که بنا بر قول اصح صدق قوادی مستوجب حد مطابق با نظر کسانی همچون فاضل، تبریزی، مکارم (مرکز تحقیقات فقهی، گنجینه آرای فقهی-قضایی، سوال ۵۷۲۷) و همچنین مطابق با تبصره ۱ ماده ۲۴۲، منوط به تحقق زنا یا لواط است.

همچنین این نکته را نیز باید در نظر داشت که شکی در اجرای حد به خاطر مضمون روایت عبدالله بن سنان (همان طوری که خواهد آمد) بر قواد در صورت ثبوت قوادی بواسطه اقرار یا بیینه نیست. به طوری که تعدادی از فقها بر آن ادعای اجماع نمودند (علم الهدی، ۵۱؛ ابن زهره، ۴۲۷؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۲۲/۱۴) و فقط اختلاف در کیفیت اجرای حد بر قواد است که بنابر قول اصح مطابق با ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی، علاوه بر اجرای هفتاد و پنج ضربه تازیانه- که اجرای آن اجماعی است (همان) و هیچ یک از فقها در آن مخالفت نکرده است (طباطبایی، ۲۸/۱۶؛ فاضل هندی ۵۰۷/۱۰؛ صاحب جواهر ۴۱/۴۰)- به تبعید از محل زندگی البته در بار دوم محکوم می شود.

جرم بودن قوادی اینترنتی (عنصر قانونی در قوادی اینترنتی)

بعضی از حقوقدانان حتی جرم بودن جرائمی که برای آن ها قانون خاصی تدوین نشده است را منتفی می دانند چنانچه در رابطه با جرم بودن جرائمی همچون سرقت رایانه ای، در نشست قضایی دادگستری فیروز آباد توسط اکثریت قضات آن این گونه مطرح شد:

با توجه به اینکه قانون خاصی در مورد سرقت اطلاعات کامپیوتری وجود ندارد و مواد عمومی قانون مجازات اسلامی راجع به سرقت نیز حکمی در خصوص مجازات سرقت اطلاعات مزبور ندارد، همچنین با التفات به تفسیر مضیق قانون جزا و تفسیر به نفع متهم، سرقت اطلاعات رایانه ای جرم نیست. (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مجموعه نشست های قضایی، ۱۲۸)

همان طوری که در نظریه فوق ملاحظه می شود، طرفداران این نظریه سرقت اینترنتی را به دلیل عدم وجود نص صریح و قانون خاص، نه تنها قائل به عدم اجرای حد در قبال این سرقت هستند بلکه حتی جرمیت آن را نیز منکر شدند. با حفظ این مطلب قوادی اینترنتی نیز از جمله جرائمی است که قانون گذار در این زمینه در خصوص این جرم سکوت را اختیار کرده و قانون خاصی را تدوین نکرده است لذا از منظر این دسته از حقوق دانان قوادی اینترنتی نیز همانند سرقت اینترنتی جرم محسوب نمی شود.

به نظر می رسد که از نظر فقهی در تبیین این نظریه می توان گفت که قوادی مزبور مجرای اصالت برائت

نیز هست؛ زیرا موضوع اصل برائت عقلی، عدم بیان از جانب شارع می‌باشد و در فرض مزبور نیز بیانی از جانب شارع به ما نرسیده است از جهت اینکه در زمان شارع که اصلاً اینترنت وجود نداشته است تا اینکه حکم قوادی از طریق آن به دست ما رسیده باشد لذا با توجه به نو ظهور بودن قوادی اینترنتی، موضوع برائت عقلیه در اینجا محقق است در نتیجه به تبع آن برائت عقلیه جاری شده و مجازات جاری نمی‌شود؛ زیرا اجرای مجازات و عقاب با بودن موضوع برائت عقلیه (فقدان بیان) قبح عقاب بدون بیان را به همراه دارد که جایز نیست. ولی باید در نظر داشت که اگرچه در نگاه ابتدایی ممکن است که صغرای قیاس فوق صحیح به نظر آید منتها با امعان نظر در آن، دلیل بر عدم صحت آن روشن می‌شود؛ زیرا هیچ‌گونه تغییری در اصل و جنس و ماهیت این جرم حاصل نشده بلکه تنها در شیوه و شکل این جرم تغییر صورت گرفته است؛ بنابراین با توجه به این مطلب نمی‌توان قوادی سنتی و غیر اینترنتی را جرم تلقی کرد و لیکن نوع اینترنتی آن جرم در نظر گرفته نشود، از جهت اینکه بنای عقلا بما هم عقلاء و ارتکازات عرفی این‌گونه از اعمال را جرم قوادی تلقی کرده و برای آن مجازات در نظر گرفته است و شارع مقدس هم که رئیس عقلاست آن را رد و انکار نکرده است در نتیجه با صدور بیان به صورت کلی از ناحیه شارع و الغای خصوصیت از موارد موجود (قوادی سنتی و فیزیکی) در آن که مقتضای بنای عقلاست و عدم ردع شارع از آن، می‌توان گفت که موضوع برائت عقلیه (عدم بیان) در اینجا منتفی است. چنانچه آقای سبحانی در کلاس درس خود در جواب از این سوال که «آیا جرائمی همچون سرقت و قوادی که نوع سنتی از آن مستوجب حد است، نوع اینترنتی از آن نیز می‌تواند مستوجب حد باشد یا نه؟» در پاسخ هر گونه شبهه‌ای را در این الحاق منتفی دانستند و معتقدند که بین این دو نوع (سنتی و اینترنتی) از جرم هیچ فرقی وجود ندارد لذا در هر دو نوع از این جرائم در صورت وجود شرائط مستوجب حد، حد بر عامل آن اجرا خواهد شد به طوری که وی در آخر کلام خود در این زمینه می‌گوید: «من فکر نمی‌کنم فقیهی در این الحاق شکی داشته باشد لذا ما نباید در این مورد هیچ‌گونه شک و تردیدی داشته باشیم.» (درس خارج فقه الحدود، زمان: ۱۳۹۰/۱/۷) بنابراین نه تنها این نوع از جرائم همانند نوع سنتی از آن جرم تلقی می‌شود بلکه در صورت داشتن شرائط اجرای حد، بر فاعل آن نیز حد جاری می‌شود.

ممکن است گفته شود از جمله شرائط حجیت بنای عقلا آن است که مورد تقریر و تایید شارع قرار گرفته شده و از ناحیه او ردعی صورت نگرفته باشد؛ زیرا بنای عقلا ذاتاً و به خودی خود فاقد حجیت است از جهت اینکه تنها قطع و یقین فی نفسه و ذاتاً حجت بوده و به تبع آن اثبات حجیت آن نیازمند به دلیل نیست اما ادله غیر قطع و یقین که از جمله آن‌ها بنای عقلاست برای اینکه حجت محسوب شوند احتیاج به پشتیبانی دلیل قطعی بر اعتبارشان می‌باشد. حال با حفظ این مطلب در صورتی که دلیل لفظی معتبری بر

تایید و امضای یک سیره عقلایی وجود داشته باشد، در این صورت در اعتبار این سیره مشکلی وجود ندارد در حالی که در مقام بحث، موضوع (قوادی اینترنتی) در زمان شارع مقدس وجود نداشته است تا بتوان اثبات نمود که سیره عقلاء مورد تأیید و عدم ردع شارع قرار می‌گیرد؟

در پاسخ باید گفت: اگرچه از جمله شرائط حجیت سیره و بنای عقلا بنا بر مبنای مشهور آن است که مورد تقریر و تأیید شارع قرار گرفته شده و از ناحیه او ردع نشده باشد. (صدر، مباحث الاصول، ۱۰۱/۲؛ امام خمینی، ۱۶۶/۲؛ نائینی، فوائد الاصول، ۱۹۳/۳-۱۹۲) منتها باید در نظر داشت که ماهیت بنای عقلا «بنای عقلا بما هم عقلاء» به عنوان یک قضیه طبیعی و بر اساس فطرت اجتماعی عقلاست لذا حجیت آن نیز بر پایه ارتکاز و طبع عقلایی می‌باشد نه همزمانی و معاصرت آن با عصر شارع مقدس. لذا شارع که دو حیثیت دارد ۱- حیثیت شارعیت ۲- حیثیت عاقلیت، از لحاظ حیثیت دوم روش او با روش و سیره عقلانی یکی است زیرا شارع به لحاظ این حیثیت از جمله عقلا و رئیس عقلاست لذا نمی‌تواند مصالح و مفاسد عقلایی را نادیده بگیرد و بر خلاف آن حکم کند؛ بنابراین اساس شارع مقدس در سیره‌های عقلایی مشارکت دارد مگر اینکه احراز شود به عنوان شارع با آن سیره مخالفت کرده است. (اصفهانی، ۳۰/ ۵-۶) در نتیجه نظر شارع مقدس که رئیس عقلا و قانون‌گذار اسلام است، بر حسب طبع و فطرت اولی موافق با نظر عقلا بوده لذا اصل بر موافقت شارع با این بناست مگر اینکه عدم موافقت احراز شود لذا در تأیید و عدم ردع سیره توسط شارع نیازی نیست که موضوع در زمان شارع وجود داشته باشد.

بنابراین مطابق با نظر مشهور اگرچه همزمانی و معاصرت بنای عقلا با عصر شارع به عنوان یکی از شروط حجیت بنای عقلا می‌باشد منتها در اثبات معاصرت مزبور باید گفت که اگر معصوم بنای عقلا را ردع کرده باشند، باید چنین ردعی به دست ما رسیده باشد و حال آنکه چنین نیست و انگهی امضایی که از سکوت معصوم به دست می‌آید، بر مبنای آن نکته ثابت عقلایی در بنای عقلا است نه بر اساس سلوک فعلی عقلا در آن عصر. از این رو ظاهر از حال معصوم (ع) این است که بنای عقلا را امضای کبروی نموده و اختصاص به زمان قرار نداده است لذا نفس وجود طبع عقلا به شرط عدم ردع از طرف شارع، برای اینکه کشف کنیم شارع مقتضای آن طبع عقلایی را امضا نموده، کفایت می‌کند؛ بنابراین اگر طبع و ارتکاز عقلایی که پایه آن رفتار است بتواند مبنا و پایه رفتارهای دیگری نیز که در زمان شارع به دلیل نداشتن موضوع یا هر دلیل دیگری وجود نداشته‌اند قرار گیرد، در این صورت آن رفتارهای دیگر نیز دارای حجیت گشته و معتبر می‌شوند چرا که پایه آن‌ها که همان ارتکاز و طبع فراگیر عقلایی بوده، در زمان شارع تأیید و تقریر شده است. (صدر، دروس فی علم الاصول، ۲۷۰؛ مجمع فقه اهل البیت، ۳۳۵-۳۳۶)

لذا مطابق با هر دو مبنا می‌توان گفت وجهی برای فقدان نص و قانون خاص و حاکمیت اصالت برائت

وجود ندارد و ماهیت این دو نوع از قوادی (قوادی سنتی و اینترنتی) یکی است و منطقی به نظر نمی‌رسد که قوادی سنتی و غیر اینترنتی را جرم بدانیم و لکن نوع اینترنتی آن را جرم نشماریم؛ زیرا طبیعی است که در اعصار مختلف به دلیل مسائل مختلفی همچون پیشرفت علم، مصادیق جرائمی همچون قوادی به صورت‌های مختلفی تغییر شکل می‌دهد.

راه دیگری که می‌توان به واسطه آن جرم بودن قوادی اینترنتی را احراز نمود، تنقیح مناط است؛ زیرا قوادی با توجه به روایات وارده در سنت به دلایل مختلفی حرام و مستوجب حد است. در روایاتی همچون صحیحہ سعد بن طریف (حر عاملی، ۱۸۸/۲۰) و روایت عمار ساباطی (همان) و ابراهیم بن زیاد کرخی (حر عاملی، ۳۵۱/۲۰) حرمت عمل قوادی و لعنت پیامبر بر قواد به خاطر جمعی است که قواد میان افراد برای اعمال نامشروع انجام می‌دهد. شکی نیست که چنین جمعی بواسطه قوادی در محیط مجازی و فضای سایبری نیز می‌تواند صورت بگیرد لذا ملاک لعن از ناحیه پیامبر و حرمت عمل در قوادی اینترنتی نیز محقق است در نتیجه از راه تنقیح مناط می‌توان جرم بودن قوادی را ثابت نمود.

اجرای حد بر قواد اینترنتی

پس از احراز جرم بودن قوادی اینترنتی، به نظر می‌رسد که در شأنیت وجود شرائط قوادی مستوجب حد در قوادی اینترنتی جای شک و شبهه‌ای نیست و وسیله در تحقق این جرم تأثیری نخواهد داشت؛ زیرا دلالت جنسی می‌تواند شخص بالغ و عاقل و مختار باشد که از راه اینترنت و در فضای مجازی همان طوری که تعدادی از مصادیق آن گذشت، با قصد جمع نمودن افراد برای اعمال نامشروع زنا و یا لواط، آن‌ها را به یکدیگر جمع نماید؛ بنابراین در احراز رکن مادی و روانی شکی نیست و می‌توان تحت ماده ۲۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که رکن قانونی جرم قوادی را تشکیل می‌دهد، مجازات این نوع از قوادی‌ها را اجرای هفتاد و پنج ضربه تازیانه و سپس تبعید از محل زندگی - البته در بار دوم - دانست.

آنچه که می‌تواند دلیل بر مطلب فوق در نظر گرفته شود اطلاق روایت عبدالله بن سنان است که در مقام تعیین مجازات قواد وارد شده است.

عبدالله بن سنان گوید: «به امام صادق علیه السلام گفتم: به من بگوئید حد قواد چیست؟ حضرت فرمود: حدی بر قواد نیست. مگر نه این است که به او پولی می‌دهند تا راهنمایی کند [تا حیوان کسی را ببرد]. گفتم: فدایت گردم! او به حرام مرد و زنی را با هم جمع می‌کند. حضرت فرمود: این کسی است که بین زن و مرد به حرام جمع می‌کند؟ گفتم: آری، فدایت شوم! منظورم این است. حضرت فرمود: سه چهارم حد زناکار؛ یعنی هفتاد و پنج تازیانه بر او زده می‌شود و از شهری که در آن است، تبعید می‌شود. (حر

عاملی، ۱۳۹۱/۲۰)

سند این روایت در هر سه طرق از نقل کافی (کلینی، ۲۶۱/۷) و کتاب من لایحضره الفقیه (ابن بابویه، ۴۷/۴) و تهذیب (طوسی، تهذیب الاحکام، ۶۴/۱۰) از جهت وقوع محمد بن سلیمان ضعیف است. منتها بعضی از فقها از جهت مشترک بودن محمد بن سلیمان بین راوی ثقة و راوی غیر ثقة، سند این روایت را ضعیف دانستند (گلپایگانی، ۹۶/۲) ولی باید دانست محمد بن سلیمان بر حسب ظاهر منصرف به محمد بن سلیمان دیلمی بصری به خاطر معروفیت و شهرتش است. (خویی، ۱۳۴/۱۶) گذشته از اینکه روایت ابراهیم بن هاشم قمی از وی نیز به عنوان قرینه بر تعیین وی در محمد بن سلیمان دیلمی بصری است. (تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۲۲۲؛ همو، درس خارج فقه الحدود و التعزیرات) همچنین محمد بن سلیمان مصری یاد شده در نقل کتاب من لایحضره الفقیه ظاهر همان محمد بن سلیمان دیلمی بصری است (خویی، ۱۳۴/۱۶)؛ زیرا اگرچه در موارد مختلفی از کتاب من لایحضره الفقیه همچون روایت مورد بحث به محمد بن سلیمان مصری یاد شده است ولی باید در نظر داشت که همین روایت با همین سند در کافی و تهذیب ذکر شده است در حالی که محمد بن سلیمان به طور مطلق نگاشته شده است از طرفی اطلاق نام محمد بن سلیمان منصرف به محمد بن سلیمان دیلمی بصری است - خصوصاً در این روایات که راوی از آن ابراهیم بن هاشم قمی است - که این می‌تواند کاشف از آن باشد که محمد بن سلیمان مصری مذکور در نقل من لایحضره الفقیه همان محمد بن سلیمان دیلمی بصری است. با حفظ این مطلب محمد بن سلیمان دیلمی بصری از راویانی است که علمای رجالی در تضعیف وی تأکید فراوانی دارند. (طوسی، رجال الطوسی، ۳۴۳ و ۳۶۳؛ نجاشی، ۱۸۲ و ۳۶۵؛ ابن غضائری، ۹۱/۱؛ ابن داوود حلی، ۲۵۰ و ۲۵۵-۲۵۶) بنابراین سند این روایت فی نفسه ضعیف است. منتها ضعف سند این روایت از جهت عمل مشهور بلکه اجماع فقها همان طور که قبلاً گذشت جبران می‌شود. عمل به مضمون این روایت از ناحیه فقها به قدری است که حتی فقهایی همچون ابن ادریس که بنابر ادعای صاحب جواهر (صاحب جواهر، ۴۱/۴۰) به خبر واحد عمل نمی‌کند، به این روایت عمل کرده است. (ابن ادریس، ۴۷۱/۳) بنابراین در نهایت می‌توان گفت که این روایت مشکلی از جهت ضعف سند ندارد؛ اما در مورد دلالت این روایت باید گفت: همان طوری که در مضمون این روایت - که تنها روایت وارده در زمینه تعیین مجازات قواد است - ملاحظه می‌شود، امام (ع) مجازات اجرای تازیانه و تبعید را بر کسی مقرر فرموده است که به عنوان دلال جنسی بین زن و مرد جمع حاصل کند و شکی نیست که این جمع کردن اختصاص به قواد سنتی ندارد بلکه همان طور که گذشت دلال جنسی از طریق اینترنت و در فضای مجازی نیز قادر به جمع بین زن و مرد است لذا اطلاق این روایت شامل قواد اینترنتی نیز می‌شود.

تبیین این مطلب از این قرار است که در روایتی مانند روایت عبدالله بن سنان، کسی که به عنوان دلال جنسی جمع بین زن و مرد برای ارتکاب زنا حاصل کند حدش اجرای هفتاد و پنج ضربه تازیانه و تبعید از شهر زندگی است. اطلاق این روایت می تواند شامل قواد اینترنتی نیز بشود زیرا سوال راوی در مورد کسی است که جمع بین زن و مرد کند و شکی نیست که قواد اینترنتی نیز همان طور که گذشت، از جمله کسانی است که جمع بین زن و مرد حاصل می کند. بدیهی است که در جمع کردن آن دو از نظر عقلاء فرقی بین شیوه های سنتی و اینترنتی نیست. لذا اطلاق این روایت شامل قواد اینترنتی نیز می شود. البته تمسک به اطلاق چه بسا اینکه ممکن است در بدو نظر مناقشاتی به شرح ذیل را به همراه داشته باشد:

مناقشه اول: یکی از مقدمات حکمت در مقام تمسک به اطلاق، احراز فقدان قدر متیقن در مقام تخاطب است بنابراین چه بسا اینکه ممکن است در روایت عبدالله بن سنان، قوادی سنتی به عنوان قدر متیقن از قوادی در مقام تخاطب بین راوی و امام (ع) باشد.

در مقام جواب از مناقشه فوق باید گفت: بله این قدر متیقن اگر در مقام تخاطب بوده و مستفاد از کلام متکلم باشد، در این صورت مناقشه مزبور وارد است؛ زیرا قدر متیقن در مقام تخاطب مانع از ظهور اطلاق است. منتها با توجه به آنچه آمد، قدر متیقن بودن قوادی فیزیکی به خاطر وجود نداشتن اینترنت در آن زمان، به عنوان یکی از افراد طولی و بدلی مطلق به ملاحظه خارج از مقام تخاطب است که از خود روایت و سخنان امام (ع) استفاده نشده است لذا این قدر متیقن از آنجایی که خارج از متن سخنان امام (ع) بوده و مستفاد از کلام او نیست. مانع از انعقاد اطلاق نیست و قرینه نمی شود که جلوی ظهور و انعقاد مطلق در اطلاق را بگیرد وگرنه چنانچه قدر متیقن خارجی، مانع اطلاق می شد، هیچ گاه اطلاقی وجود نمی داشت، زیرا هر مطلقی که فرض شود، خواه ناخواه قدر متیقن خارجی دارد. (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۲۴۷؛ همو، فوائد الاصول، ۱۱۸-۱۱۹؛ مکی عاملی، ۳۲۱)

مناقشه دوم: واژه قوادی در این روایت منصرف به قوادی سنتی و فیزیکی می باشد زیرا اکثر قوادی ها به صورت سنتی انجام می شود که در این صورت این انصراف مانع از تمسک به اطلاق می شود. در جواب از این مناقشه باید گفت: بر فرض اینکه اگر چنین بوده باشد و خدشه ای بر صغرای این قیاس استدلالی نباشد- زیرا بر حسب ظاهر قوادی اینترنتی نسبت به نوع سنتی از آن از شیوع بسزا و بیشتری برخوردار است- کبرای این قیاس نیز صحیح نیست؛ زیرا غلبه تنها در صورتی می تواند موجب انصراف شود که ناشی از کثرت انس باشد. تبیین این مطلب به صورت خیلی خلاصه از این قرار است: منشأ انصراف، ممکن است یکی از امور سه گانه ذیل باشد که عبارت اند از:

الف- غلبه وجودی: یعنی مطلق، منصرف به فرد یا جمعی شود که غلبه وجودی دارد: مثلاً اگر در نجف اشرف گفته شود «جَنَنی بماء»، با توجه به اینکه بیشتر آب نجف از فرات تأمین می‌شود، «ماء» به آب فرات انصراف پیدا می‌کند.

ب- اکملیت: این غلبه برخلاف غلبه وجودی که مربوط به کمیت بود، به کیفیت اشاره دارد؛ یعنی مطلق که افراد زیادی دارد، هنگام استعمال، به فرد اکمل و اتم (افضل) منصرف است.

ج- کثرت انس: اگر لفظی در یکی از معانی اش، استعمال بیشتری داشته باشد، این کثرت استعمال سبب می‌شود که آن معنا با لفظش انس بیشتری پیدا کند و لذا هنگام استعمال، لفظ به همان معنا انصراف پیدا می‌کند. در این صورت امکان دارد که آن معنا اولاً نادر بوده و غلبه وجودی نداشته باشد و ثانیاً فرد اکمل نباشد بلکه فرد أدنی و اسفل شمرده شود.

در علم اصول ثابت شده است که غلبه وجودی و اکملیت، منشأ انصراف نمی‌شوند و اگر انصرافی باشد، بدوی است که به زودی زایل می‌شود؛ زیرا ظهور از «انس لفظ با معنا» حاصل می‌شود و این انس فقط از طریق استعمال قابل تحقق است، به گونه‌ای که اگر استعمال لفظ در یک معنا زیاد باشد، این انس زیاد می‌شود تا جایی که لفظ، وجه و مرآة (آینه) برای معنا خواهد شد و در نتیجه ظهور هم قوی می‌شود. اما اگر استعمال کمتر باشد، انس کمتر خواهد بود و در نتیجه ظهور هم ضعیف می‌شود. پس قوت و ضعف ظهور، بستگی به قوت و ضعف انس لفظ با معنا دارد و سبب آن، استعمال است نه اکمل بودن و یا غلبه وجودی فرد، و لذا هرچه لفظ در یک معنایی بیشتر استعمال شود، انس آن بیشتر می‌شود، چه آن معنی، فرد اکمل باشد و چه نباشد و اعم از اینکه غلبه وجودی داشته باشد یا نداشته باشد. در نتیجه تنها کثرت استعمال، سبب ظهور انصرافی می‌شود و این انصراف به خلاف دو صورت قبل، بدوی نیست. (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۷۲؛ جزایری، ۴۵۳/۱-۴۵۴؛ ایروانی، ۱۰۰/۱؛ موسوی حائری، ۲۴۰؛ تستری کاظمینی ۱۵۰-۱۵۱) بنابراین از راه انصرافی که ناشی از غلبه وجودی است نمی‌توان تمسک به اطلاق را منتفی دانست.

البته ممکن است گفته شود که استعمال قوادی در قوادی سنتی زیاد است لذا واژه قوادی در روایت عبدالله بن سنان منصرف به قوادی سنتی (فیزیکی) است و به تبع آن با توجه به اینکه منشأ این انصراف کثرت استعمال است در نهایت می‌توان گفت که انصراف نیز مانع از ظهور اطلاق می‌شود.

در جواب از مناقشه نیز باید گفت که اگرچه کبرای قضیه صحیح است منتها احراز صغری و اثبات کثرت استعمال قوادی در جامعه امروزی در قوادی سنتی به صورت قطعی و یا حتی ظنی معلوم نیست. در نتیجه انصراف در تحت هر صورتی نمی‌تواند در مقام تمسک به اطلاق، هیچ جایگاهی را در خدشه به این

به تمسک دارا باشد.

مناقشه سوم: تقریب این مناقشه که به نوعی مهم تر از دو مناقشه گذشته است، از این قرار است: متبادر از تعریف قوادی، قوادی سنتی است؛ زیرا آنچه از واژه «جمع» و «تالیف» در تعریف قوادی از عبارت راوی «جعلت فداک إنما یجمع بین الذکر و الأُنثی حراماً؛ او به حرام مرد و زنی را با هم جمع می‌کند» و عبارت امام (ع) «ذاک المؤلف بین الذکر و الأُنثی حراماً؛ آن کسی است که بین زن و مرد به حرام جمع می‌کند» در روایت عبدالله بن سنان به ذهن تبادر پیدا می‌کند، جمع سنتی و فیزیکی است در حالی که در قوادی اینترنتی، جمع برای اعمال نامشروع به صورت فیزیکی نیست بلکه این جمع همان‌طور که در تبیین مصادیق این نوع از قوادی‌ها گذشت، در فضای مجازی و به واسطه الکترون‌ها صورت می‌گیرد. در نتیجه در قوادی اینترنتی کاملاً معلوم است که فرد، فعل و انفعالات فیزیکی انجام نداده، بلکه صرفاً با ابزار اشاره‌گر رایانه‌ای این عمل را مرتکب شده است. با توجه به اینکه تبادر از جمله علائم حقیقت است لذا می‌تواند به عنوان قرینه مانع از ظهور اطلاق شده و باعث تعیین واژه جمع در نوع سنتی از آن شود و به تبع آن قوادی سنتی مستوجب حد نباشد.

در جواب از مناقشه فوق می‌توان گفت:

اولاً: دلیل تبادر از امور وجدانی است و لذا هر کس برای اثبات مدعای خود می‌تواند به آن تمسک کند اما باید به وجدان مراجعه کرد و دید حق با کیست. به نظر می‌رسد که در فرض فوق با مراجعه به وجدان، معنایی اعم از جمع سنتی (فیزیکی) و مجازی (غیر فیزیکی) از واژه «جمع» به ذهن تبادر می‌کند. تبیین این مطلب از این قرار است:

قبل از هر چیزی باید دانست که با مراجعه به علم اصول روشن می‌شود جایگاه علائم حقیقت و مجاز به صورت طولی و مرتبه‌ای نیست بلکه هر کدام از علائم حقیقت و مجاز از جمله تبادر و عدم صحت سلب در عرض یکدیگر تحت عنوان علائم حقیقت و مجاز قرار می‌گیرند. از این رو در دنیای امروزی نمی‌توان عنوان جمع را به صورت مطلق و غیر مقید^۱، از جمع‌های صورت گرفته در فضای مجازی سلب

۱. زیرا تنها سلب مطلق می‌تواند به عنوان علامت مجاز در نظر گرفته شود نه سلب مقید. توضیح اینکه در صورتی که سلب مطلق از لفظی صحیح محسوب شود در این هنگام این سلب می‌تواند به عنوان علامت مجاز در نظر گرفته شود مانند: «الرجل الشجاع لیس باسدا» در این عبارت چون یک مطلق (اسد) از رجل شجاع سلب شده است. لذا استعمال اسد در رجل شجاع مجاز است. این سلب که علامت مجاز است در فرض کنونی صحیح نیست یعنی نمی‌توان گفت: «الجمع الإلکترونی لیس بجمع». اما در صورتی که سلب مقید از لفظی صحیح در نظر گرفته شود در این هنگام این سلب نمی‌تواند به عنوان علامت مجاز محسوب شود مانند: «الزنجی لیس بانسان ابیض» در این عبارت چون یک مقید (انسان ابیض) از زنجی سلب شده است. لذا استعمال انسان در زنجی مجاز نیست. این سلب در فرض کنونی اگرچه می‌تواند صحیح در نظر گرفته شود از اینکه گفته شود «الجمع الإلکترونی لیس بجمع جسمی» منتها باید در نظر داشت که نمی‌تواند علامت مجاز شمرده شود. لذا سلبی که صحیح است علامت مجاز نیست و سلبی که علامت مجاز است، صحیح نیست. (برای تبیین این مطلب، ر.ک: عراقی، ۱۳۶/۱؛ آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۴۷)

کرد لذا عدم صحت سلب می‌تواند نشانه حقیقت بودن جمع در این گونه از قوادی‌ها نیز بوده باشد؛ و چه بسا اینکه عدم صحت سلب می‌تواند- به خاطر علامت بودن تبادر و عدم صحت سلب در عرض یکدیگر به عنوان علائم حقیقت نه اینکه این دو علامت به عنوان علائم حقیقت در طول یکدیگر باشند- کاشف از آن باشد که متبادر از کلمه جمع، جمع فیزیکی نیست بلکه اعم از جمع فیزیکی و اینترتی است.

ثانیاً: با اثبات جمع‌های فیزیکی- به علت تبادر آن از کلمه جمع در تعریف قوادی- به عنوان معنای حقیقی واژه جمع در تعریف قوادی، نمی‌توان معنایی را که به ذهن تبادر پیدا نمی‌کند (جمع اینترتی) را در زمره معانی مجازی آن واژه شمرد؛ به عبارت دیگر در جایی که تبادر است، معنای حقیقی نیز است اما این طور نیست که در جایی که معنای حقیقی است تبادر هم باشد و علامت بودن تبادر برای معنای حقیقی نمی‌تواند مستلزم چنین مقتضایی باشد. لذا مرحوم آخوند در علائم حقیقت و مجاز سه علامت را ذکر می‌کند: تبادر، عدم صحت سلب، اطراد. منتها به دو قسم آخر که می‌رسد، نفی و اثباتش را متعرض می‌شود از اینکه در باب عدم صحت سلب، عدم صحت سلب را به عنوان علامت حقیقت، و صحت سلب را به عنوان علامت مجاز می‌دانند و در باب اطراد هم، اطراد را به عنوان علامت حقیقت و عدم اطراد به عنوان علامت مجاز ذکر کرده‌اند. در حالی که در باب تبادر فقط متذکر آن می‌شوند که تبادر علامت حقیقت است و متذکر آن نمی‌شوند که عدم تبادر به عنوان علامت مجازی بودن معنای غیر متبادر از واژه است. (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۸-۲۰) بنابراین اثبات مدعی متوقف بر مفروغیت عدم تبادر به عنوان علامت برای مجازی بودن معنای غیر متبادر است که اگرچه مشهور بین اصولیان قائل به بودن عدم تبادر به عنوان علامت برای مجازیت معنای غیر متبادر هستند. منتها باید در نظر داشت که مطلب فوق خالی از مناقشه نیست (برای تبیین این مطلب، ر.ک: فاضل لنکرانی، ۶۰۵/۱). لذا در صورتی که نتوان مطلب فوق را اثبات کرد باید گفت که نه تنها جمع غیر فیزیکی تحت عنوان معنای مجازی جمع اثبات نمی‌شود بلکه می‌تواند از جمله معانی حقیقی جمع نیز محسوب شود؛ زیرا چه بسا همان‌طور که در مناقشه اول گذشت در دنیای امروزی که عصر تکنولوژی و فناوری است، نمی‌توان عنوان جمع را به صورت مطلق از جمع‌های مجاز و واقع در فضای سایبری سلب کرد در نتیجه عدم صحت سلب نشانه حقیقت بودن جمع در این گونه از جمع‌ها نیز هست فارغ از آنکه عدم صحت سلب به خاطر گرفتن در عرض تبادر به عنوان علامت مجاز، می‌تواند کاشف از تبادر معنایی اعم از جمع فیزیکی و مجازی از واژه جمع باشد.

نکته‌ای که در اینجا جهت هر گونه رفع شبهه‌ای باقی می‌ماند اینکه ممکن است گفته شود که تمسک مزبور اگرچه به صورت کلی صحیح است منتها در باب حدود با توجه به حاکمیت قاعده «الحدود تدرأ بالشبهات» در هنگام شک و شبهه این تمسک صحیح نیست بلکه در هنگام شک باید به مقتضای قاعده

درء تمسک نمود و حد را از قواد ساقط نمود.

در جواب از مناقشه فوق گفته می‌شود اگرچه قاعده «الحدود تدراً بالشبهات» به عنوان قاعده اختصاصی در ابواب فقه جزایی خصوصاً باب حدود محسوب می‌شود منتها باید دانست که تمسک به مقتضای این قاعده و منتفی دانستن اجرای حد در صورتی است که هیچ شمولیتی از ناحیه اطلاق وجود نداشته باشد لذا با احراز اطلاق و شمولیت آن وجهی برای تمسک به مقتضای قاعده درء نیست (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، الحدود، ۵۳۳-۵۳۵؛ همو، درس خارج فقه الحدود؛ صاحب جواهر، ۴۹۹/۴۱) در نتیجه در مقام بحث نیز وجهی برای تمسک به این قاعده پس از شمولیت اطلاق روایت عبدالله بن سنان بر فرض مزبور نیست.

بنابراین با تمسک به اطلاق روایت صحیح عبدالله بن سنان می‌توان حد را بر قواد اینترنتی جاری نمود.

البته در اجرای حد بر قواد همان‌طور که در بیان قلمرو قوادی گذشت، اجماع اقامه شده است منتها باید دانست به واسطه تمسک به این اجماع نمی‌توان بر قواد اینترنتی حد جاری نمود؛ زیرا اولاً این اجماع بر فرض وجود آن از جهت مدرکی یا محتمل المدرکی بودنش نمی‌تواند فی نفسه به عنوان دلیل بر اجرای حد موضوعیت داشته باشد؛ زیرا اجماع تنها در صورتی حجت است و می‌تواند دارای ارزش استنادی داشته باشد که کاشف از قول معصوم باشد از آنجایی که در فرض مزبور مدرک قطعی و یا به صورت احتمالی این اجماع، دلائل لفظی همچون روایت عبدالله بن سنان است، لذا آنچه که در واقع اگر بخواهد حجت باشد، منشأ این اجماع یعنی روایات است. (جناتی، ۲۱۹) گذشته از اینکه بر فرض اینکه بر صغرای این قیاس خدشه‌ای وارد نشود و اجماع بتواند تحت عنوان دلیل مستقل موضوعیت داشته باشد، توجه به این نکته نیز لازم است که اجماع به عنوان دلیل لبی در نظر گرفته می‌شود و در علم اصول ثابت شده است که در ادله لبی باید بر قدر متیقن اکتفاء نمود. لذا نمی‌توان با اجماع در یک مسئله، حکم مسائل دیگر را استنتاج نمود بلکه باید بر قدر متیقن که همان مورد اجماع است اکتفا نمود. (طباطبایی قمی، ۲۷/۲ و ۱۱۲؛ عراقی، ۳۸۶؛ صدر، مباحث الاصول، ۵۲۱/۶) بنابر این اساس با ادعای اجماع بر اجرای حد بر قواد، نمی‌توان اجرای حد بر قواد اینترنتی را اثبات نمود.

با توجه به مطلب گفته شده وجه عدم تمسک به بنای عقلا در اجرای حد بر قواد نیز روشن می‌شود؛ زیرا بنای عقلا نیز همچون اجماع از ادله غیر لفظی و در شمار ادله لبی جای می‌گیرد لذا نمی‌توان به اطلاق این بنا تمسک کرد (نائینی، اجود التقريرات، ۹۶/۲) و حکم مورد مشکوک یعنی اجرای حد را بر قواد اینترنتی ثابت نمود بلکه در این موارد به قدر متیقن از این بنا که تنها همان جرم بودن قوادی اعم از نوع

سنتی و اینترنتی از آن است، اکتفا می‌شود.

دلیل دیگری که می‌توان به واسطه آن اجرای حد بر قواد اینترنتی را ثابت نمود، تنقیح مناط است که از جمله اصول لفظیه به شمار می‌رود؛ زیرا با مراجعه به روایت عبدالله بن سنان دانسته می‌شود که مناط جاری ساختن حد بر شخص قواد، جمع نمودن زن و مرد توسط وی برای زنا است و شکی نیست که این جمع در قوادی از راه اینترنت نیز وجود دارد لذا از راه تنقیح مناط نه تنها می‌توان جرم بودن قوادی را اثبات نمود بلکه از این راه می‌توان قواد اینترنتی را مستوجب حد دانست.

لازم به ذکر است که با معتبر بودن قصد قوادی که به عنوان رکن روانی این جرم تلقی می‌شود در صورتی که قواد اینترنتی قصد قوادی نداشته باشد اگرچه مقدمات قوادی را در فضای مجازی فراهم کرده باشد، نمی‌توان به خاطر فقدان قصد قوادی و رکن روانی بر وی حد را اجرا نمود. مثل اینکه شخصی پس از تاسیس سایت برای قوادی، از این کار منصرف و پشیمان شود منتها بنا بر دلالتی همچون فراموشی، سایت را تعطیل نکند بدون شک حد قوادی بر وی به خاطر وجود نداشتن قصد قوادی اجرا نمی‌شود همان‌طور که در نوع سنتی از قوادی نیز فقدان قصد قوادی، اجرای حد را منتفی می‌سازد. لذا در مجموع شأنیت وجود شرائط قوادی مستوجب حد در قوادی اینترنتی وجود دارد در نتیجه قوادی اینترنتی در صورتی که واجد شرائط اجرای حد باشد، مستوجب حد خواهد بود.

نکته ای که در آخر این تحقیق لازم به ذکر است اینکه قوادی از طریق اینترنت دارای زحمت کمتری برای حصول غرض جمع و در عین حال دارای بازدهی بیشتری است؛ زیرا شخص در هر یک از مصادیق قوادی اینترنتی از طریق وصل بودنش به شبکه جهانی اینترنت می‌تواند سوژه‌های زیادی را به همراه داشته باشد لذا شخصی که سائیتی را به غرض قوادی تاسیس می‌کند به خاطر وصل بودنش به شبکه جهانی اینترنتی به مراتب می‌تواند افرادی بیشتری را برای ارتکاب اعمال نامشروع جمع کند. گذشته از اینکه به خاطر مخفی بودن هویتش در بسیاری از مواقع با خیال راحت‌تری می‌تواند اغراض خود را عملی سازد. بنابر این اساس در صورتی که به عناوین مختلفی همچون کثرت قربانیانی که مورد دلالتی جنسی وی قرار می‌گیرند، موجب اختلال در آسایش عمومی مردم و نظم در جامعه شود و باعث سلب اعتماد مردم و جامعه نسبت به دولت آن کشور گردد و صدمه آن نیز قبل از آنکه متوجه افراد به‌خصوصی شود، عائد نظام اداری مملکت شود، در یک چنین صورتی چه بسا اینکه جرم مذکور با توجه اینکه مجرم در فضای سایبری در صدد از بین بردن حالت تعادل جامعه می‌باشد، به قرار گرفتیش تحت عنوان افساد فی الارض، مطابق با ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ موجب اعدام خواهد بود.

نتیجه‌گیری

اولاً: قوادی در فضای اینترنتی با در نظر گرفتن مقتضای بنای عقلاء و تنقیح مناط جرم محسوب می‌شود.

ثانیاً: در شأنیت وجود شرائط قوادی مستوجب حد در قوادی اینترنتی جای شبهه نیست و وسیله و شیوه و شکل جرم نمی‌تواند در تحقق این جرم تأثیری داشته باشد بلکه ملاک تحقق جرم قیادت است حال به هر شکلی که می‌خواهد واقع شود اعم از اینکه در عالم فیزیکی صورت گیرد و یا اینکه در محیط مجازی و اینترنتی رخ دهد. دلیل بر این مطلب آن است که اطلاق روایت عبدالله بن سنان که در مقام بیان مجازات قواد است، شامل این نوع از قوادی نیز می‌شود گذشته از اینکه از راه تنقیح مناط نیز می‌توان اجرای حد بر قواد اینترنتی را نتیجه گرفت؛ زیرا مناط جاری ساختن حد بر شخص قواد با مراجعه به روایت عبدالله بن سنان، جمع نمودن وی زن و مرد را برای زنا است که بدون شک این مناط در قوادی اینترنتی نیز وجود دارد لذا از راه تنقیح مناط علاوه بر اثبات جرم بودن قوادی اینترنتی، می‌توان اجرای حد را نیز بر قواد اینترنتی ثابت نمود.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۶ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *کتاب من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- ابن داوود حلی، حسن بن علی، *الخلاصه*، نجف اشرف، منشورات المطبعة الحیدریة، چاپ دوم، ۱۳۸۱ ق.
- ابن زهره، حمزه بن علی، *غنیة النزوع*، قم، موسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- ابن غضائری، احمد بن حسین، *رجال ابن الغضائری*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، بی‌نا، ۱۴۰۳ ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *نهایة الدرایة فی شرح الکفایه*، بی‌جا، بی‌نا، ۱۴۰۸ ق.
- ایروانی، علی، *نهایة النهایة فی شرح الکفایه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۰.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.

۲۴	فقه و اصول	شماره ۱۰۶
_____، فوائد الاصول ، وزارت ارشاد، تهران، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.		
بای، حسینعلی و بابک پور قهرمانی، بررسی فقهی حقوقی جرائم رایانه‌ای ، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸.		
تبریزی، جواد، أسس الحدود والتعزیرات ، قم، دفتر آیت الله تبریزی، ۱۴۱۷ ق.		
_____، درس خارج فقه الحدود ، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.		
تستری کاظمینی، عبد الحسین بن محمد تقی، الهدایة فی شرح الکفایة ، بغداد، مطبعة الآداب، چاپ اول، ۱۳۳۰.		
جزایری، محمد جعفر، منتهی الدراریة فی توضیح الکفایة ، قم، موسسه دارالکتاب، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ق.		
جناتی، محمد ابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی ، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۰.		
حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة ، قم، موسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.		
حکیم، محمد تقی، اصول العامة للفقہ المقارن ، قم، آل البيت (ع)، ۱۹۷۹ م.		
خمینی، روح الله، تهذیب الأصول ، مقرر: جعفر سبحانی، قم، دار الفکر، چاپ اول، ۱۳۶۷.		
خویی، ابوالقاسم، معجم رجال الحدیث ، بی جا، بی نا، بی تا.		
رمضان نرگسی، رضا، بررسی پدیده قاچاق زنان ، مرکز پژوهش‌های اسلامی، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان، بی جا، چاپ اول، بی تا.		
سبحانی، جعفر، درس خارج فقه الحدود والتعزیرات ، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.		
شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة ، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.		
_____، مسالك الافهام ، قم، موسسة المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.		
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام ، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا.		
صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الأصول ، بیروت، دار الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.		
_____، دروس فی علم الأصول ، بی جا، دار المنتظر، ۱۴۰۵ ق.		
_____، مباحث الأصول ، قم، بی نا، ۱۴۰۸ ق.		
طباطبایی قمی، تقی، آراءونا فی أصول الفقه ، قم، محلاتی، چاپ اول، ۱۳۷۱.		
طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی، ریاض المسائل ، موسسه آل البيت (ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.		
طوسی، محمد بن حسن، النهائة ، دارالکتب العربی، بیروت، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.		
_____، تهذیب الاحکام ، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.		
_____، رجال الطوسی ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۲۷ ق.		
عراقی، ضیاء الدین، الاجتهاد و التقليد ، قم، نوید اسلام، چاپ اول، ۱۳۸۸.		
_____، نهاية الافکار ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.		
علم‌الهدی، علی بن حسین، الانتصار ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.		

- فاضل موحدي لنكراني، محمد، *سیری کامل در اصول فقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۹.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *كشف اللثام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، *قاموس المحيط فی اللغة*، بیروت، دارالجل، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الكافی*، بی جا، دار الكتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، *اصباح الشیعة*، قم، موسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- گلپایگانی، محمد رضا، *الدر المنضود فی احکام الحدود*، مقرر: علی کریمی جهرمی، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق.
- مجمع فقه اهل البيت، *قواعد اصول الفقه علی مذهب الامامیه*، قم، المجمع العالمی لاهل البيت (ع)، ۱۴۲۳ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام*، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- مرکز تحقیقات فقهی، *گنجینه آرای فقهی-قضایی*، بی نا، قم، بی تا.
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، *مجموعه نشست های قضایی (مسائل قانون مجازات اسلامی (۳))*، قم، بی نا، ۱۳۸۲.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- مکی عاملی، حسین یوسف، *قواعد استنباط الأحکام*، قم، انتشارات مولف، چاپ اول، ۱۳۹۱ ق.
- موسوی حائری، مصطفی محسن، *نهاية الوصول الى كفاية الأصول*، نجف اشرف، مطبعة الآداب، چاپ اول، بی تا.
- نائینی، محمد حسین، *أجود التقريرات*، قم، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲.
- _____، *فوائد الأصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- نجاشی، أحمد بن علی، *رجال النجاشی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.

فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۶
پاییز ۱۳۹۵، ۴۷-۲۷

بازخوانی حجیت اجماع مدرکی*

بلال شاکری

پژوهشگر سطح ۴ حوزه علمیه خراسان

Email: b.shakeri@iran.ir

چکیده

از جمله مواردی که در دوران معاصر بسیار در ادبیات اصولیان مطرح می‌شود، عدم حجیت اجماع مدرکی است. در این نوشتار با بازخوانی اجماع مدرکی از ابتدای طرح مسئله اجماع نزد شیعه تا زمان حاضر، به بررسی حجیت اجماع مدرکی پرداخته شده است. با بررسی‌های صورت گرفته می‌توان گفت چنین اجماعی بر اساس تمام مبانی مطرح در حجیت اجماع (حسن، لطف، حدس و ...)، حجت بوده یا لااقل در تعیین صغرای ظهور ادله شرعی و جبران ضعف دلالتی ادله نقش بسزایی ایفا خواهد کرد، لذا نمی‌توان اجماع را به صرف مدرکی بودن بی‌اعتبار دانسته و در استنباط حکم شرعی از آن بهره نبرد.

کلیدواژه‌ها: اجماع مدرکی، محتمل المدرک، اجماع تبعدی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۷/۱۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۶/۰۹.

مقدمه

اجماع، یکی از ادله استنباط فقهی است که علمای اصول در حجیت آن مباحث مفصلی را مطرح کرده‌اند. از جمله این مباحث بررسی اقسام مختلف اجماع به لحاظ حجیت است. یکی از اقسامی که برای اجماع مطرح شده و به لحاظ حجیت معرکه آرای اصولیان گشته است، تقسیم آن به اجماع تبعدی یا کشفی و اجماع مدرکی است. مشهور (متأخرین) بر آن است که اگر اجماع را بتوان به عنوان یک دلیل مستقل برای استنباط شرعی محسوب کرد، تنها این حجیت مربوط به اجماع تبعدی است و بسیاری عدم حجیت اجماع مدرکی را امری مسلم دانسته‌اند؛ اما در میان اصولیان معاصر بحث اجماع مدرکی بسیار مورد توجه قرار گرفته است و نظریات مختلفی درباره حجیت آن مطرح شده است. لذا در این نوشتار در پی بررسی حجیت اجماع مدرکی خواهیم بود.

در پایان لازم به ذکر است در نوشتار پیش‌رو موارد ذیل به عنوان مبنا و پیش‌فرض لحاظ شده است:

۱. اجماع به عنوان یکی از ادله استنباط حکم شرعی پذیرفته شده و حجت است.
۲. اجماع مدرکی (به لحاظ صغروی) در این نوشتار عبارت است از: اجماعی که برای ما محرر شود تمام اجماع‌کنندگان یا اکثریت ایشان به ادله معتبر شرعی (از نظر اجماع‌کنندگان و بر اساس مبانی مورد قبول ایشان) تمسک کرده‌اند، هر چند به لحاظ نوع دلیل ذکر شده میان ایشان اختلاف باشد.

تعریف

اجماع به لحاظ روشن بودن مدرک آن به دو قسم اجماع تبعدی و اجماع مدرکی تقسیم می‌شود. در تعریف این دو قسم چنین گفته‌اند:^۱

اجماع تبعدی یا کشفی: اجماعی است که به دلیلی (مانند عموم، اطلاق یا اصلی) مستند نیست، بلکه رأی و نظر معصوم (علیه السلام) صرفاً از راه اتفاق و اجماع علما کشف می‌گردد؛ به همین جهت، به آن اجماع تبعدی گویند. (ساعدی، ۱۵۹/۴۲) یا به تعبیری اجماعی که برای آن مدرک و دلیلی (علمی یا ظنی یا احتمالی) وجود ندارد. (حسینی شیرازی، ۳۴۱/۱)

اجماع مدرکی یا مستند: اجماعی که مدرک و مستند آن معلوم است (جمعی از پژوهشگران، ۲۵۵/۱) یا ممکن است منشأ آن، مدرک و دلیلی باشد که موجود است. (ساعدی، ۱۵۹/۴۲) به تعبیری

۱ عبارات در تعریف اجماع تبعدی و مدرکی متفاوت است، اما با توجه به این که مراد از اجماع تبعدی و مدرکی در تمام آن‌ها یکسان است به ذکر آن‌ها نمی‌پردازیم. برای مطالعه بیشتر رک: مبلغی، الإجماع فی الشریعة الإسلامية دراسة مقارنة، ۹۱/۲۹؛ مرعشی‌شوشتری، ۱۸۳/۲؛ جنتانی شاهرودی، ۲۰۱.

اجماعی که همراه آن دلیل دیگری نیز بر مسئله باشد و علم یا احتمال آن هست که اتفاق کنندگان^۱ به آن دلیل یا اصل، به عنوان مدرک نظر خود استناد نموده باشند^۲ (ایروانی، الحلقة الثالثة فی اسلوبها الثانی، ۵۳/۲؛ مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۹۵).

حجیت اجماع مدرکی

درباره حجیت اجماع مدرکی اقوال مختلفی مطرح شده است که عبارت‌اند از:

۱. مشهور متأخرین: عدم حجیت مطلقاً؛^۳ (میرزای قمی، ۴۳۲/۲ و ۴۶۲؛ حائری اصفهانی (صاحب فصول)، ۴۴؛ انصاری، فرائد الأصول، ۹۲/۱؛ خراسانی، ۱۲۳؛ همدانی، ۱۷۳/۱-۱۷۴؛ خویی، ۹۸/۲-۹۹؛ هاشمی شاهرودی، علی، ۱۳۸/۳؛ صافی اصفهانی، ۳۹۳/۳؛ حکیم، ۴۳۸/۴؛ اسماعیل پور، ۱۸۵/۳؛ منتظری، ۵۴۰؛ فاضل موحّدی لنکرانی، ۴۵۴/۱؛ حسینی فیروزآبادی، مرتضی، ۱۴۰/۳-۱۴۱؛ مروج جزایری، ۶۹/۷؛ علوی، السرقه علی ضوء القرآن و السنة، ۵۸؛ همو، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ۱۶۸/۱ و ۱۷۰؛ مرتضوی لنگرودی، ۹؛ ایروانی، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه، ۱۷۴/۱؛ ایروانی، الحلقة الثالثة فی اسلوبها الثانی، ۵۴/۲)
۲. حجیت مطلقاً؛^۴ (نراقی، ۷۱۲-۷۱۷؛ حسینی فیروزآبادی، محمد، ۴۲۲؛ حسینی شیرازی، ۳۴۱/۱-۳۴۸)

۱ لازم نیست تمام اجماع کنندگان به آن دلیل تمسک کرده باشند یا چنین احتمالی را درباره همه اجماع کنندگان بدهیم، بلکه اگر گروهی از مجممین هم چنین باشند برای ما کافی است. (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۵۳/۴؛ صنقور، ۵۷/۱).

۲ اجماعی که مدرک آن معلوم باشد را اصطلاحاً اجماع مدرکی و اجماعی که احتمال مدرک در آن وجود دارد را محتمل المدرک گویند. (صنقور، ۵۷/۱).

۳ میزای قمی ابتدا تنها اجماع مرکب را مطرح می‌کند که چون مستند آن معلوم است حجت نیست (۴۳۲)، اما در جایی دیگر به صورت مطلق اجماع مدرکی را فاقد ارزش می‌داند (۴۶۲).

۴ برخی علما و نویسندگان از عبارات شهید ثانی چنین برداشت کرده‌اند که وی قائل به حجیت اجماع مدرکی است؛ و حتی چنین نسبت داده‌اند که شهید ثانی حجیت اجماع را منحصر در اجماع مدرکی دانسته است. (رک: شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۳۲/۱۳؛ حسینی روحانی قمی، ۳۰۶/۲۴؛ امامی، ۱۱۵/۶۰-۱۱۶).

از دیگر کسانی که می‌توان ایشان را نیز قائل به حجیت اجماع مدرکی دانست، قدما هستند، زیرا بسیاری از اجماعاتی را که مطرح کرده‌اند همراه با سایر ادله بوده است، اما هیچ یک به دیگری اشکال نگرفته است که این اجماع مدرکی است. (برای مطالعه بیشتر رک: امامی، ۱۱۷/۶۰-۱۱۸؛ ساعدی، ۱۷۷/۴۲).

درضمن در این باره کلماتی از قدما وجود دارد که نشان می‌دهد اجماع مدرکی نزد ایشان مطرح بوده است -البته اصطلاح آن رایج نبوده- با این وجود تفصیلی در حجیت اجماع قائل نشده‌اند. به عنوان نمونه:

سید مرتضی در این باره چنین عنوانی دارد: «فصل فی أن موافقة إجماع الأمة لمضمون خبر هل يدل علی أنهم عملوا به و من أجله». (رک: علم الهدی (سید مرتضی)، ۱۶۹/۲).

شیخ طوسی در کتاب عدة الأصول مطالبی را به صراحت بیان می‌کند که مرتبط با اجماع مدرکی است. (رک: طوسی، ۶۳۹/۲ به بعد).

علامه حلی در کتاب نهاییه خود ذیل بحث اجماع عنوان «البحث الثالث: فی الإجماع الموافق للخبر» را مطرح می‌کند که نشان از وجود این مسئله در زمان ایشان دارد. (رک: علامه حلی، ۲۵۵/۳).

۳. تفصیل؛

در این باره سه نظریه به دست آمده است:

۱- تفصیل به لحاظ زمان شکل‌گیری اجماع؛

محقق نائینی می‌گوید:^۱

اگر اجماع مدرکی از زمان صحابه تا زمان متأخران وجود داشته باشد، صحیح و کاشف از رضایت معصوم علیه‌السلام است؛ اما اگر چنین نباشد، حجت نیست.^۲

۲- تفصیل به لحاظ قطع‌آور بودن اجماع مدرکی و عدم آن؛

برخی بر این عقیده هستند که اگر اجماع مدرکی منجر به قطع شود، حجت است و گرنه حجت نمی‌باشد.^۳ (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۰/۵)

۳- تفصیل بر اساس مبانی مختلف در حجیت اجماع؛

در میان پژوهشگران معاصر، برخی با بررسی اجماع مدرکی بر اساس مبانی مختلف مطرح در حجیت

با توجه به کلمات مطرح شده از قدام این ادعا که بحث اجماع مدرکی نزد قدام مطرح نبوده است، ادعایی بی‌دلیل و نقصانی در بررسی تاریخی اجماع مدرکی است که از سوی برخی مطرح شده است. (رک: امامی، ۱۱۱/۶۰-۱۱۴).

۱ البته ایشان هر چند به لحاظ کبروی حجیت اجماع مدرکی را در فرض مذکور می‌پذیرد، اما به لحاظ صغروی تحقق چنین اجماعی را ثابت نمی‌داند. (رک: کاظمی خراسانی، ۱۵۱/۳).

اما برخی بر خلاف نائینی، مصداقی برای چنین اجماعی شناسایی کرده و می‌گویند:

البته بسیاری از اجماعات متأخران مستند به استدلال‌های آن‌ها بوده و اتصال به زمان معصوم را نمی‌توان احراز کرد، ولی مسأله استصحاب نکاح از این قبیل نیست. (رک: شبیری زنجانی، ۲/۱).

۲ البته ممکن است مراد از این تفصیل، همان تفصیل در مسأله بر اساس مبانی مختلف در حجیت اجماع باشد.

اگرچه محقق نائینی نسبت به این تفصیل توضیح بیشتری ارائه نکرده است، اما می‌توان کلام برخی علمای معاصر را که ظاهر کلامشان با محقق نائینی یکسان است، مؤید این احتمال دانست. ایشان در ضمن استدلال بر این تفصیل، مبانی اجماع تقریری را مطرح می‌کنند و بر اساس آن بر حجیت اجماع مدرکی در فرض اتصال به زمان معصومین علیهم‌السلام استدلال می‌کنند. (رک: شبیری زنجانی، ۲/۱).

البته این کلام نائینی با اجماع حدسی مطرح نزد متأخران نیز سازگاری دارد. به هر حال کلام نائینی به اجماع حدسی یا تقریری ناظر باشد، به صورت مستقل بررسی نخواهد شد زیرا همان مطالب مطرح بر اساس دو مبنا مطرح شده بر کلام ایشان نیز منطبق خواهد بود.

۳ تفصیل مطرح شده چندان مشخص نیست؛ زیرا اصل بحث حجیت اجماع در فرضی است که از اجماع قطع حاصل شود که آیا اجماع تبدیلی یا مدرکی مستلزم چنین قطعی هست یا خیر، لذا بیان چنین تفصیلی نکته جدیدی در محل بحث نیست. حصول اتفاقی قطع از اجماع مدرکی به معنای تفصیل در مسئله نیست.

البته از نویسنده مذکور و برخی دیگر از معاصران کلام دیگری درباره اجماع مدرکی بیان شده است که معنای آن چندان مشخص نیست. ایشان می‌گویند:

در مسئله‌ای که غیر از اجماع، ادله دیگری نیز مطرح شده است، اگر آن ادله را نپذیرید، دیگر اجماع مدرکی نیست تا به آن اشکالی وارد شود. (رک: علیان نژادی، ۱۱۱).

اشکال مدرکی بودن این اجماع، بر محقق ایروانی وارد نیست؛ زیرا از نظر او تمام ادله نادرست است مگر اجماع؛ پس اجماع مدرکی نیست. (رحمانی، ۱۹-۲۶۵/۲۰).

در حالی که تمام بحث در اجماع مدرکی میان علما همین است که باید مدرک و مستند موجود را بررسی کرد و اگر آن ادله ناتمام باشد، اجماع نیز حجت نخواهد بود. مگر این که این دو کلام ناظر به حجیت اجماع مدرکی باشد که در این صورت کلامشان صحیح خواهد بود.

اجماع، به نوعی جمع میان نظریه قدما -حجیت- و نظریه متأخران -عدم حجیت- در اجماع مدرکی پرداخته‌اند. در واقع ایشان حجیت و عدم حجیت اجماع مدرکی را مرتبط با مبنای مورد قبول در حجیت اجماع دانسته‌اند. (رک: امامی، ۱۱۰/۶۰ - ۱۳۲؛ ساعدی، ۱۷۸/۴۲ - ۱۷۹)

۴. مؤید بودن اجماع مدرکی.

برخی حجیت اجماع مدرکی را به عنوان یک دلیل کامل و تام نپذیرفته‌اند؛ اما آن را به عنوان یک دلیل غیر معتبر نیز از دایره استنباط خارج ندانسته‌اند؛ بلکه از نظر ایشان اجماع مدرکی می‌تواند به عنوان مؤید در استنباط حکم شرعی نقش ایفا کند (علوی، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ۳۴۲/۱؛ علوی، القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد، ۱۵/۱ و ۴۲۱؛ مکارم شیرازی، حیل‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح، ۸۷؛ مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۳۳/۲ و ۵۸؛ منتظری، ۵۴۰). برخی نیز مراعات آن را مطابق با احتیاط دانسته‌اند. (خرازی، ۴۱/۴۵)

بررسی اقوال

بررسی نظریه مشهور متأخران

بر عدم حجیت اجماع مدرکی ادله‌ای ذکر شده است:

۱. عمدۀ دلیل بر عدم حجیت اجماع مدرکی عبارت است از:

حجیت اجماع اصطلاحی به خاطر کشف قول معصوم علیه السلام یا دلیل معتبری نزد اجماع‌کنندگان است و چون مستند اجماع مدرکی (دلیل لفظی و یا غیر لفظی)، معلوم و در دسترس فقیه است، می‌تواند بدان مراجعه کند؛ تا اگر آن دلیل نزد وی معتبر باشد، طبق آن فتوا دهد وگرنه آن را رد کند.^۱ به تعبیری اجماع مدرکی دیگر کاشف از نظر معصوم علیه السلام نیست. (شیرازی، ۱۳۹۹/۵؛ مکارم شیرازی، کتاب

۱ البته کلمات علما در این باره تفاوت‌های جزئی دارد اما مضمون کلام ایشان بازگشت به مطلب ذکر شده دارد. (برخی کاشفیت از دلیل معتبر را ملاک حجیت اجماع نمی‌دانند بلکه تنها ملاک را کشف از قول معصوم علیه السلام می‌دانند. برخی هر دو را ملاک حجیت دانسته و ظاهر برخی این است که ملاک کاشفیت از دلیل معتبر می‌باشد.)

(رک: حائری اصفهانی (صاحب فصول)، ۴۴؛ انصاری، فرائد الأصول، ۹۲/۱؛ خراسانی، ۱۲۳؛ همدانی، ۱۷۳/۱ - ۱۷۴؛ کاظمی خراسانی، ۱۵۱/۳؛ خویی، ۹۸-۹۹؛ هاشمی شاهرودی، علی، ۱۳۸/۳؛ فاضل موحیدی لنگرانی، ۴۵۴/۱؛ حسینی فیروزآبادی، مرتضی، ۱۴۱/۳؛ مروج جزایری، ۶۹/۷؛ علوی، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ۱۶۸/۱؛ همو، القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد، ۴۰۱/۱؛ حسینی فیروزآبادی، محمد، ۴۲۲؛ ایروانی، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه، ۱۷۴/۱؛ همو، الحلقة الثالثة فی اسلوبها الثاني، ۵۳/۲ - ۵۴؛ جمعی از پژوهشگران، ۲۵۵/۱؛ زمانی، ۲۶۱؛ جرجانی، ۱۸۰/۲۵ - ۱۸۱؛ جناتی شاهرودی، ۲۱۹؛ منصوری، ۳۵۶/۲؛ قدسی، ۳۶۹/۲؛ نزاقی، ۷۱۳ - ۷۱۴).

البته کلمات علما در این باره مطلق است و مشخص نکرده‌اند این اشکال بر اساس کدام مبانی مطرح در اجماع است و ممکن است تمام ایشان ناظر به اجماع حدسی رایج میان متأخرین باشد که در ادامه این مسئله بررسی خواهد شد؛ اما برخی تصریح کرده‌اند که این اشکال بنابر مبانی حدس و لطف وارد است و بنابر هر دو مبنا اجماع مدرکی معتبر نخواهد بود. (رک: صنفور، محمد، ۵۷/۱).

النکاح، ۷۱/۲)

۲. اگر مدرک اجماع، روایات باشد، اجماع از حجیت ساقط است؛ زیرا حجیت اجماع در طول حجیت خبر است نه در عرض آن،^۱ (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۲۸/۴) لذا اگر خبر معتبر نباشد، اجماع نیز معتبر نخواهد بود.

۳. زمانی که اجماع مدرکی است، اجماع به معنای فهم اجماع‌کنندگان از دلیل است؛ و با توجه به این‌که فهم مجتهدی برای مجتهد دیگر حجت نیست، نمی‌توان به اجماع اعتماد کرد و باید خود دلیل را بررسی کرد؛ اگر ما هم آن‌را فهمیدیم به آن تمسک می‌کنیم و اگر فهمی بر خلاف داشتیم، به فهم خود استناد می‌کنیم. (موسوی بجنوردی، ۳۲۹/۲)

نسبت به اجماع محتمل المدرک نیز علاوه بر اشکال بالا، برخی چنین گفته‌اند: اگر اجماع محتمل المدرک نیز باشد از اعتبار ساقط است؛ زیرا در چنین موردی حجیت آن مشکوک است و هر دلیلی که مشکوک الحجیه باشد، حجیت نیست. (مرعشی شوشتری، ۱۸۳/۲)

اشکالات نظریه عدم حجیت

در برابر استدلال‌های مطرح شده، طرفداران حجیت اجماع مدرکی، اشکالاتی را مطرح کرده‌اند:

۱. مدرکی بودن اجماع، تلازمی با عدم انکشاف قول معصوم علیه‌السلام ندارد.
- در اجماع مدرکی هر چند اجماع‌کنندگان به ادله‌ای استناد کرده‌اند، اما وقتی در فتوا اتفاق نظر پیدا کردند، برای ما کشف از قول معصوم علیه‌السلام می‌کند و صرف مدرکی بودن، مانع کاشفیت آن نخواهد بود؛ بنابراین ملاک حجیت که در پی آن هستید در اجماع یقینی المدرک نیز وجود دارد. (شبیری زنجانی، ۱۴۰۱/۵ - ۱۴۰۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷/۱۱/۲۱؛ گنجی، جلسه ۱۱۷، شنبه ۹۱/۲/۲)
- در پاسخ به اشکال بالا، گفته‌اند:

این کلام طبق حجیت اجماع بر مبنای قاعده لطف صحیح است؛ اما بنابر مبنای ملازمه عادی، اجماع مدرکی و محتمل المدرک حجت نیست به این خاطر که وقتی مدرک ظاهرالصلاحی باشد که بدانیم یا احتمال دهیم مجمعی به آن استناد کرده‌اند، حتی صرف احتمال، ملازمه عادی را از بین می‌برد؛ زیرا اساس ملازمه عادی بر این استوار است که از اجماع اطمینان پیدا کنیم، این اعتقاد را از رئیسشان (معصوم علیه‌السلام) گرفته‌اند. حال اگر یک دلیل ظاهرالصلاحی بود که احتمال دادیم مستند مجمعی همین باشد، بعد از این احتمال، دیگر نمی‌توان اطمینان یافت که این حکم را از رئیس اخذ کرده‌اند. (گنجی، جلسه

۱ در برخی تعابیر آمده است که مستند اجماع مانند اصل و اجماع مانند فرع است و وقتی اصل مخدوش باشد، فرع نیز اعتباری ندارد؛ مانند شهادت که اگر مستند به دلیلی باشد و دلیل پذیرفته نشود، شهادت نیز پذیرفته نخواهد بود. (رک: شبیری زنجانی، ۶۴۱۹/۲۰).

۱۱۷، شنبه ۹۱/۲/۲)

این پاسخ به نظر قانع کننده نمی‌رسد؛ زیرا در اجماع تعبدی نیز اخذ یک اعتقاد از رئیس از طریق یک دلیل بوده است که به ما نرسیده با این حال قائل به حجیت آن هستید. در ضمن وقتی دلیل موجود باشد به معنای اخذ دلیل از معصوم علیه‌السلام است، بنابراین حکم مستفاد از دلیل نیز مأخوذ از معصوم علیه‌السلام خواهد بود و چنین حکمی نمی‌تواند -لااقل- به صورت کامل بی‌اعتبار باشد.

۲. در اجماع مدرکی، ضعف مستند، موجب ضعف نقل اجماع نمی‌شود، چون ممکن است اجماع‌کنندگان دلیل دیگری داشته‌اند که ذکر نکرده‌اند. (حائری اصفهانی (صاحب فصول)، ۴۴) در پاسخ از اشکال مذکور گفته‌اند:

این‌که علما در مقام استدلال دلیلی داشته باشند اما ذکر نکرده باشند، خلاف ظاهر مقام استدلال است؛ زیرا اگر بر ادعای خود دلیلی داشتند لازم بود در کتاب‌های خود نقل کنند، خصوصاً که اصحاب اهتمام ویژه‌ای بر جمع‌آوری ادله و اخبار داشته‌اند. در ضمن برای وثوق به وجود دلیلی که به ما نرسیده است، صرف احتمال وجود دلیل کافی نیست. (حائری اصفهانی (صاحب فصول)، ۴۴؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۴۵۳/۱ - ۴۵۴)

در برابر می‌توان گفت: در اجماع مدرکی نمی‌گوییم ممکن است اجماع‌کنندگان دلیل را ذکر نکرده باشند، بلکه همچون اجماع تعبدی، احتمال دارد دلیلی بوده و بیان شده است اما به خاطر اتفاقات خارجی به ما نرسیده باشد.

۳. در پاسخ به اشکال دوم و سوم مطرح شده نیز می‌توان گفت:

هر چند اجماع در طول خبر قرار دارد^۱ اما این بدان معنا نیست که اگر خبر ضعیف باشد، اجماع نیز از حجیت ساقط است؛ زیرا ضعف روایت ممکن است به خاطر سند باشد که بر اساس برخی مبانی، عمل مشهور جابر ضعف سند است و در محل بحث عمل تمام فقهاست که به طریق اولی جابر ضعف سند خواهد بود. یا ممکن است ضعف روایت از نظر ما در بخش دلالت باشد چون متفاهم ما از روایت، با برداشت فقهای گذشته متفاوت است. در این صورت نیز باید در این که برداشت ما مطابق با ظهور باشد شک و تردید کرد نه این که در حجیت اجماع شک کرد.

۴. اگر اجماع مدرکی یا محتمل المدرک حجت نباشد، دیگر اجماعی در فقه شیعه به عنوان دلیل باقی نخواهد ماند؛ زیرا بسیاری از اجماعات موجود مدرکی یا محتمل المدرک هستند.^۲ (نراقی، ۷۱۴؛ حسینی

۱ البته برخی معاصران مبنای اجماع عقلایی را مطرح کرده و بر این اساس اجماع را به عنوان دلیل مستقل و در عرض کتاب و سنت پذیرفته‌اند و بر اساس همین مبنا قائل به حجیت اجماع مدرکی در تمام فروع آن شده‌اند. (رک: حسینی شیرازی، ۳۱۴/۱ - ۳۲۹ و ۳۴۱ - ۳۵۱).
۲ ملا احمد نراقی این اشکال را به صورت مفصل و همراه با مثال توضیح داده است. (رک: نراقی، ۷۱۴ - ۷۱۵).

فیروزآبادی، محمد، ۴۲۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷/۱۱/۲۱؛ گنجی، جلسه ۱۱۷، شنبه ۹۱/۲/۲) به گونه‌ای که برخی تعداد مسائل فقهی را که دلیل در آن‌ها منحصر در اجماع است را ۲۵ مسئله و گاهی کمتر بیان کرده‌اند. (مروج جزایری، ۳۸۶/۴) هر چند از مرحوم بروجردی نقل شده است که پانصد مسئله در فقه وجود دارد که دلیل آن منحصر در اجماع است. (قدسی، ۳۷۱/۲)

۵. اشکال نقضی: در خبر متواتر نیز علما می‌گویند هر خبر به تنهایی احتمال صدق و کذب دارد، اما وقتی تعداد به حد تواتر رسید، یقین حاصل می‌شود، در بحث اجماع مدرکی نیز چنین است، وقتی استناد به دلیل به حد تواتر (اجماع) رسید یقین حاصل می‌شود، لذا هر آنچه در خبر متواتر می‌گویید در اجماع مدرکی نیز جاری است. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷/۱۱/۲۱)

۶. اگر بتوان با مناقشه در مدرک احتمالی یک مورد، اجماع را کنار گذاشت، در اجماعاتی که مدرک آن‌ها به دست ما نرسیده نیز می‌توان همین استدلال را نمود و فارق میان آن دو وجود ندارد؛ زیرا فقهایی که به حکم اجماعی فتوا داده‌اند، بدون دلیل فتوا نداده‌اند، بلکه فتوای آنان مسلم به استناد دلیل و مدرکی بوده است، نهایت این که آن دلیل و مدرک به دست ما نرسیده و چه بسا اگر به دست ما می‌رسید، در حجیت آن مناقشه می‌کردیم. چگونه می‌توان گفت که اگر مستند آن اجماعاتی که مدرک آن‌ها در اختیار ما نیست، به دست ما می‌رسید، حتمه آن را می‌پذیرفتیم؟ درحالی که اجماعاتی که مدارک آن به دست ما رسیده، در آن مدارک مناقشه می‌کنیم، چه فارق میان این اجماعات و اجماع‌هایی که محتمل المدرک می‌باشند، وجود دارد؟ و چگونه می‌توانیم بگوئیم مدارکی که به دست ما رسیده، قابل مناقشه است ولی همه مدارکی که از دست ما رفته قابل استناد است؟ بلکه شاید بتوان گفت منشأ آن که برخی از ادله به دست ما نرسیده این بوده که چون چندان ارزش نداشته و از اعتبار برخوردار نبوده، اهمیتی برای حفظ آن‌ها نبوده و لذا به ما نرسیده پس ادله‌ای که «خفی‌عنا» نه تنها از ادله موجود معتبرتر نیست که ضعیف‌تر است. (شیرازی زنجانی، ۱۴۰۰/۵)

بررسی نظریه حجیت مطلقا

از نظر قدما تفاوتی میان اجماع تعبیدی و مدرکی نبوده و اجماع را مطلقا حجت می‌دانسته‌اند. دلیل بر آن، عدم تفصیل در حجیت اجماع، میان اجماع مدرکی و تعبیدی است. هر چند با بررسی کلمات ایشان در ادامه مشخص خواهد شد که نه تنها ایشان در این باره سکوت نکرده‌اند؛ بلکه در کلمات برخی همچون شیخ طوسی تصریح شده است که اجماع مدرکی حجت است.

از دیگر کسانی که این نظریه به وی نسبت داده شده است، شهید ثانی است که از کلمات ایشان به دست می‌آید حجیت اجماع را منحصر در اجماع مدرکی می‌داند. (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۳۲/۱۳)

البته نسبت به نظریه قدما و شهید ثانی این نکته را باید تذکر داد که اگر چه ظاهر کلام ایشان حجیت اجماع مدرکی به صورت مطلق است؛ اما با توجه به مبانی ایشان در حجیت اجماع، می توان گفت نظریه ایشان می بایست ذیل تفصیل در حجیت اجماع مدرکی بر اساس مبانی مختلف مطرح شود؛ لذا تفصیل نظریات ایشان تحت مبانی مطرح شده در اجماع بیان می شود.

با این حال در کلمات برخی معاصران ادله ای بر حجیت اجماع مدرکی بیان شده است که این ادله را می توان بر اساس تمام مبانی تطبیق داد و نتیجه آن حجیت اجماع مدرکی به صورت مطلق خواهد بود. از جمله ادله بر حجیت اجماع مدرکی اشکال پنجم نسبت به نظریه عدم حجیت اجماع مدرکی است که به تفصیل بیان شد.

تنها کسی که به صراحت بیان کرده است اجماع مدرکی مطلقا حجت است و مبانی مختلف در آن تأثیری ندارد، مولی احمد نراقی است. ایشان بعد از فروض مختلف اجماع مدرکی، حجیت آن را بر اساس اجماع دخولی، لطفی و حدسی بررسی کرده و بر اساس هر سه مبنا بر حجیت اجماع مدرکی دلیل اقامه می کند.

ایشان در این باره می گوید: (نراقی، ۷۱۲-۷۱۳)

بر اساس اجماع دخولی، وقتی تمام علما که امام علیه السلام نیز جزء آن هاست بر حکمی اتفاق نظر داشتند، قطعه آن حکم حق خواهد بود.

بر اساس اجماع لطفی، نیز حکم مجمع علیه حق است چون وقتی اجماع محقق شد به معنای رضایت امام علیه السلام است و اگر امام علیه السلام راضی به حکم اجماعی نبود، باید ردع و نهی می کرد. بر اساس مبنای متأخران، نیز فرض بر این است که اتفاق جمیع علما کاشف از قول امام علیه السلام است، در محل بحث این اتفاق حاصل است، لذا کشف از قول معصوم علیه السلام حاصل خواهد بود.

بررسی نظریه تفصیل بر اساس مبانی مختلف در حجیت اجماع

چنانچه بیان شد برخی قائل اند حجیت اجماع مدرکی بستگی به مبنای مورد پذیرش در حجیت اجماع دارد. لذا در ادامه حجیت اجماع مدرکی بر اساس مبانی مختلف در حجیت اجماع، بررسی می شود:^۱

حجیت اجماع مدرکی بر اساس اجماع دخولی

سید مرتضی از جمله کسانی است که اجماع دخولی را مطرح کرده است و حجیت اجماع را مبتنی بر آن دانسته است. ایشان در بخشی از کتاب خود به بحث اجماع مدرکی پرداخته و قائل به حجیت آن شده

^۱ با توجه به این که میان معاصران چنین معروف است که بحث اجماع مدرکی در کلمات قدما مطرح نبوده است و به نظر ما این کلام صحیح نیست؛ کلمات قدما در این باره کمی با تفصیل بیشتر ذیل هر مبنا مطرح خواهد شد.

است. وی می‌گوید:

اجماع امت بر حکم شرعی بدون حجت قطعی جایز نیست، چون از جمله اجماع‌کنندگان شخصی است که خطا و ترک واجب بر او جایز نیست (معصوم علیه السلام). لذا اگر مطابق با نظر اجماع‌کنندگان خبر واحدی وجود داشته باشد، نمی‌توان گفت اجماع ایشان بر اساس آن خبر بوده است؛ چون خبر واحد حجت نیست؛ اما اگر مطابق نظر ایشان خبر متواتری وجود داشته باشد و غیر آن نیز دلیل دیگری وجود نداشته باشد، می‌توان گفت عمل ایشان به خاطر همان روایت بوده است. (سید مرتضی، ۱۶۹/۲)

کلام فوق به خوبی نشان می‌دهد، از نظر سید مرتضی هر چند مدرکی مطابق نظر اجماع‌کنندگان وجود داشته باشد و آن مدرک معتبر نباشد، اجماع حجت است و عدم حجیت خبر واحد مطابق با اجماع، موجب عدم حجیت آن نخواهد شد. همچنین ایشان با وجود دلیل معتبر نیز اشکالی بر حجیت اجماع مطرح نمی‌کند که نشان از حجیت اجماع در این فرض دارد.

از دیگر کسانی که اجماع مدرکی را بر اساس مبنای اجماع دخولی حجت می‌داند، شهید ثانی است. از ظاهر کلمات ایشان چنین به دست می‌آید که حجیت اجماع منحصر در اجماع مدرکی است.

با توجه به این‌که ظاهر کلمات شهید ثانی در این باره مد نظر است، عین جملات ایشان را بیان می‌کنیم: (شهید ثانی، رسائل الشهيد الثاني، ۸۳۹/۲ - ۸۴۰؛ همو، مسالك الأفهام، ۱۳۲/۱۳)

«بأن الإجماع لا بد له من مستند وهو إما الكتاب أو السنة. أما الكتاب فظاهر موافقة له إذا كان مانعاً من النقيض، أو ثبت عنهم عليهم السلام تقريره.^۲ وأما السنة فإذا ورد خبر من النبي عليه السلام و ثبت عند الأصحاب صحته فالإجماع عليه صحيح، و موافقة الإمام لهم متحققة؛ لأنه حق في نفسه، وهو عليه السلام مع الحق حيث كان. وإن كان الخبر المتفق عليه قد ورد عن الأئمة عليهم السلام فلا يخلو: إما أن يرد عنهم ما يخالفه، أولاً. ثم إما أن يمكن حمله على التقية، أولاً. فإن أمكن حمله عليها لم يتحقق الإجماع؛ لجواز أن لا يكون الواقع كذلك و الإمام الآن يعمل بخلافه. وكذا إذا كان الخبر متعدد أو بعض أفراد موافقاً للعامة بتقريب الدليل. و أما إذا كان الخبر المتحد أو بعض المتعدد مبايناً لهم بحيث يتحقق عدم التقية فيه بجميع شرائط صحته، فإن الإجماع عليه ممكن؛ للعلم بدخول المعصوم فيهم أيضاً؛ لعدم إمكان تجدد النسخ...».

در این عبارت شهید به صراحت بیان می‌کند، اجماع بر اساس سنت در چه صورتی صحیح است و در چه صورتی اجماع صحیح و حجت نیست.

دلیل بر حجیت اجماع مدرکی بر اساس اجماع دخولی:

۲ این بخش عبارت شهید می‌تواند ناظر به اجماع تقریری نیز باشد.

اگر مبنا در حجیت اجماع، دخول امام علیه السلام میان اجماع کنندگان باشد، تردید در حجیت اجماع، درست نخواهد بود؛ زیرا فرض این است که امام علیه السلام، با دخولش میان اجماع کنندگان، آن‌ها را مورد تأیید قرار داده است. (نراقی، ۷۱۳؛ ساعدی، ۱۱۹/۴۲ - ۱۲۱)

حجیت اجماع مدرکی بر اساس اجماع تشریفی

اگر مبنا در حجیت اجماع، تشرف به خدمت امام علیه السلام باشد، در این صورت، دست یافتن به حکم شرعی از این طریق، به وسیله ارتباط مستقیم با امام علیه السلام و شنیدن حکم شرعی از او خواهد بود؛ در نتیجه معنا ندارد با توجه به این که هدف امام علیه السلام تفهیم حکم شرعی به فرد است، در دلالت کلام امام علیه السلام بر مطلوب، تردید شود؛ چنان که با توجه به این که فرد، نص را به طور مستقیم از امام علیه السلام دریافت کرده است، تردید در سند نص نیز معنا ندارد؛ بلکه با توجه به این که فرد، حکم شرعی را به طور شفاهی و بدون استناد به روایات موجود در کتاب‌های حدیثی دریافت کرده و در نتیجه مجالی برای مراجعه به آن کتاب‌ها و بررسی سند و دلالت روایات یاد شده باقی نخواهد ماند، بحث از مدرک اجماع تشرفی توجیهی نخواهد داشت. (ساعدی، ۱۷۸/۴۲ - ۱۷۹)

حجیت اجماع مدرکی بر اساس اجماع لطفی

برخی معاصران^۳ در بررسی اجماع مدرکی بر اساس قاعده لطف به صورت مطلق قائل به حجیت اجماع مدرکی شده‌اند و گفته‌اند:

اگر بر اساس قاعده لطف اجماع را کاشف قطعی یا اطمینانی از رأی شارع مقدس بدانیم و بگوییم اطمینان داریم که مجمعی بر اساس رأی شارع یا وجود مدرکی، اجماع کرده‌اند و در این استنباط خطا نمی‌کنند پس کشف از رأی معصوم یا وجود دلیل معتبر شرعی می‌کند. فرقی بین مدرکی و غیر مدرکی نیست چون اگر بنا شد که مجمعی در استنباطشان خطا نکنند اجماع قطعی المدرک هم باید حجت باشد، چه رسد به محتمل المدرک و نفس استناد مجمعی کشف می‌کند که مدرک موجود قابل استناد است. (شیرازی زنجانی، ۱۳۹۹/۵) زیرا فرض این است که امام علیه السلام، به مدد قاعده لطف، آن‌ها را مورد تأیید قرار داده است؛ بنابراین، مجالی برای اشکال در حجیت اجماع مدرکی نخواهد ماند. (ساعدی، ۱۷۹/۴۲) حتی اگر مستند اجماع کنندگان غیر معتبر نیز باشد، باز هم اجماع حجت است، چون صرف عدم اعتبار مستند فتوا به معنای بطلان فتوا نیست؛ زیرا بر اساس قاعده لطف زمانی که فتوا صحیح باشد هر چند دلیل غیر معتبر باشد، اظهار بر امام علیه السلام لازم نیست. (امامی، ۱۲۱/۶۰ - ۱۲۲)

۳ محقق نراقی نیز چنین گفته است که اجماع مدرکی بر اساس قاعده لطف حجت است. ظاهر کلام ایشان نیز این است که بر اساس قاعده لطف اجماع مدرکی مطلقاً حجت است. (رک: نراقی، ۷۱۳).

اما این کلام معاصران بر خلاف تصریح شیخ طوسی است. شیخ طوسی که قائل به نظریه اجماع لطفی است، در این باره قائل به تفصیل شده است. ایشان در این باره می‌گویند: اگر در مسأله‌ای که اجماع حاصل شده است، دلیل علمی وجود داشته باشد، باید دلیل را بررسی کرد، اگر آن دلیل قطعی بر صحت نظر اجماع‌کنندگان دلالت داشت، به این نتیجه می‌رسیم که نظر معصوم علیه السلام نیز مطابق با ایشان است؛ اما اگر دلیل قطعی بر خلاف نظر اجماع‌کنندگان وجود داشته باشد، می‌فهمیم نظر اجماع‌کنندگان باطل است، چون نظر معصوم علیه السلام بر خلاف ایشان است؛ اما اگر دلیل قطعی به دست نیاید، باید گفت نظریه اجماع‌کنندگان صحیح است (طوسی، ۱۳۹۲/۲).^۴

در واقع این کلام شیخ تفصیل دیگری را نسبت به اجماع مدرکی مطرح می‌کند:

از نظر شیخ تفاوتی میان اجماع قطعی المدرک یا محتمل المدرک وجود ندارد، بکله تفاوت به لحاظ دلیل موجود است که موجب علم است یا خیر (کلام ایشان نسبت به مستند بودن یا نبودن نظر اجماع‌کنندگان به دلیل ساکت است). از نظر ایشان تنها در فرضی که دلیل علمی وجود داشته باشد اجماع، دلیل مستقلاً نخواهد بود و باید آن دلیل قطعی مورد بررسی قرار گیرد، اما اگر چنین دلیلی در اختیار نباشد (دلیلی قطعی موجود نباشد هر چند ادله دیگری که احتمال استناد اجماع‌کنندگان به آن باشد). اجماع حجت است و می‌توان به آن تمسک کرد.

لذا این گونه نیست که بنابر نظریه اجماع لطفی بتوان به صورت مطلق، اجماع مدرکی را حجت دانست، چون با وجود دلیل معتبر و علمی، امام علیه السلام وظیفه‌ای نسبت به بیان حکم نداشته و لطف بر او واجب نیست.

حجیت اجماع مدرکی بر اساس اجماع حدسی

ظاهراً اولین شخصی که اجماع حدسی را مطرح کرده و قائل به حجیت آن شده است، ملا امین استرآبادی است. (مبلغی، موسوعه الإجماع عند الإمامیه، ۸۵/۱) ایشان در این باره کلامی دارند که از آن استفاده می‌شود از نظر استرآبادی اجماع مدرکی حجت نبوده است. وی در این باره می‌گوید: اگر نزد قدما اخباری مانند صدوقین و کلینی و شیخ طوسی اجماعی محقق باشد و درباره آن حکم، دلیلی نزد ما وجود نداشته باشد و دلیلی هم بر خلاف آن اجماع وجود نداشته باشد، چنین اجماعی حجت است؛ زیرا این اجماع به صورت عادی برای ما قطع به وجود دلیل معتبر نزد ایشان حاصل می‌کند (استرآبادی و عاملی،

۴ برخی محققین به این بخش از کلام شیخ طوسی در باورقی نوشتار خود اشاره کرده‌اند، اما در متن همچون سایرین کلام شیخ طوسی را به صورت مطلق ذکر کرده‌اند. (رک: امامی، ۱۳۹۲/۶۰).

اما این نوع نقل کلام شیخ دقیق به نظر نمی‌رسد و حق این است که کلام شیخ توضیح اجماع مدرکی بر اساس قاعده لطف است به صورت کامل بیان شود تا مشخص شود، این گونه نیست که پذیرش مبنای اجماع لطفی، به معنای پذیرش مطلق حجیت اجماع مدرکی باشد.

(۲۶۸).

این کلام به صراحت نشان می‌دهد از نظر استرآبادی اجماع مدرکی بر اساس مبنای حدس، حجیت ندارد؛ اما ایشان برای عدم حجیت اجماع مدرکی دلیلی اقامه نکرده است.

اما با توجه به این که نظریه عدم حجیت اجماع مدرکی در میان متأخران رواج یافته است و مبنای ایشان عموماً اجماع حدسی است، می‌توان گفت قائلان به عدم حجیت اجماع مدرکی، بر اساس مبنای حدس این مسئله را بررسی کرده‌اند. در این باره مؤیدهای دیگری نیز وجود دارد:

از جمله مؤیدهای این که اجماع مدرکی تنها بنابر مبنای حدس مورد خدشه واقع شده است، عمده اشکال قائلان به عدم حجیت است که تنها بر اساس مبنای حدس این اشکال مطرح می‌شود و این اشکال را برخی ذیل بررسی اجماع حدسی مطرح کرده‌اند.^۵ (رک: قدسی، ۳۶۹/۲)

در برخی تعابیر، عبارات ناظر به اجماع مدرکی را مبین اجماع حدسی دانسته‌اند؛^۶ که نشان دهنده این است که بحث اجماع مدرکی بنابر این مبنا مطرح است.

برخی نیز به صراحت این مسئله را بیان کرده‌اند که نظریه عدم حجیت اجماع مدرکی بر اساس مبنای اجماع حدسی است. از جمله کسانی که به صراحت اشکال مدرکی بودن اجماع را بنابر مبنای اجماع حدسی مطرح می‌کند، امام خمینی می‌باشد. وی در این باره می‌گوید:

اجماع حدسی زمانی حجت است که همراه آن دلیل یا اصلی موافقی وجود نداشته باشد زیرا با وجود چنین دلیل یا اصلی، نمی‌توان رضایت واقعی معصوم علیه‌السلام را به دست آورد. (فاضل موحیدی لنگرانی، ۴۵۴/۱)

برخی از محققان معاصر نیز به این مسئله تصریح کرده و می‌گویند:

سخن درباره عدم حجیت اجماع مدرکی در صورتی درست است که مبنا در حجیت اجماع، به ملازمه یا حساب احتمالات مستند باشد؛ زیرا در این صورت است که بحث از ضرورت مراجعه به مدرک اجماع به جای مراجعه به خود اجماع، مطرح می‌شود. چون در هیچ‌یک از آن‌ها احراز قول معصوم علیه‌السلام جز به مقداری که اجماع از قول معصوم کشف می‌کند، در نظر گرفته نشده است و از آن‌جا که در اجماع مدرکی، منشأ کشف قول معصوم، همان مدرکی است که اجماع‌کنندگان به آن استناد کرده‌اند، باید بدون تکیه بر خود اجماع‌کنندگان به آن مدرک مراجعه کرد تا از صحت سند و میزان دلالتش بر مدعای آنان اطمینان حاصل شود؛ زیرا ممکن است اجماع‌کنندگان از اشکالات موجود در سند یا دلالت روایت غافل

۵ برخی تصریح کرده‌اند که این اشکال بنابر اجماع لطفی نیز مطرح است. (رک: سنقر، ۵۷/۱).

۶ «وإن قال: «لا أصل ولا قاعدة في هذه المسألة» فنستكشف كون المبنى على الحدس». (قدسی، ۳۷۱/۲).

باشند. (ساعدی، ۱۷۸/۴۲)

البته درباره اجماع حدسی، نظریات و مبانی مختلفی میان متأخران مطرح شده است. برخی محققان حجیت اجماع مدرکی را به صورت مفصل ذیل هر یک از مبانی مختلف بر اساس اجماع حدسی بررسی کرده‌اند؛ اما با توجه به این که بر اساس تمام این مبانی جز اجماع تقریری، قائل به عدم حجیت اجماع مدرکی شده‌اند؛ تنها حجیت اجماع مدرکی بر اساس مبنای تقریر، بررسی خواهد شد.^۷

حجیت اجماع مدرکی بر اساس اجماع تقریری

برخی علمای معاصر در این باره می‌گویند:

اجماع چه مدرکی باشد و چه نباشد، اگر اتصال آن به زمان معصوم علیه السلام ثابت شود، صلاحیت استناد دارد هر چند مدرکی بوده و حتی خود مدرک صلاحیت استناد نداشته باشد؛ و اگر اتصال به زمان معصوم علیه السلام ثابت نشود، اجماع چه تعبدی و چه مدرکی حجت نخواهد بود. (شبیری زنجانی، ۲/۱ و ۱۴۰۱/۵-۱۴۰۲)

ایشان بر ادعای خود چنین استدلال کرده‌اند:

دلیل عمده برای حجیت اجماع، تقریر معصوم علیه السلام است.^۸ یعنی مطلبی که در تمام ازمه و از جمله دوران معصوم علیه السلام محل ابتلاء بوده و ردع نشده، حجت می‌باشد و حمل بر تقیه نیز نمی‌توان کرد، زیرا تقیه در مورد یک مسأله در تمام ازمه نبوده است. (شبیری زنجانی، ۲/۱)

ایشان در جای دیگر توضیح می‌دهد: اگر ما از سؤالات راویان و آراء و انظار اصحاب امامان علیهم السلام بفهمیم که آنان به استناد فلان آیه یا روایت فتوایی داده‌اند، هر چند ما خود در سند یا دلالت آن مناقشه داشته باشیم، باید آن اجماع را قابل استناد و حجت بدانیم، زیرا از آن جاکه حسب فرض ردعی از ائمه علیهم السلام نسبت به استناد مذکور نرسیده، می‌توان گفت که از تقریر معصوم علیه السلام استفاده می‌شود که اصل آن نظریه و فتوا به نظر امام علیه السلام صحیح بوده است، حتی اگر یقین داشته باشیم که فتوای اصحاب به استناد دلیلی خاص بوده، مناقشه ما در دلالت دلیل آن فتوا، در حجیت آن خللی ایجاد نمی‌کند تا چه رسد به این که احتمال استناد آن فتوا به دلیل مزبور مطرح باشد. (شبیری زنجانی، ۱۴۰۱/۵)

به تعبیری با عدم ردع امام علیه السلام نسبت به استناد فتوا به دلیلی خاص، هر چند صحت استناد ثابت نمی‌شود، ولی صحت و درستی اصل فتوا ثابت می‌گردد.

این دلیل به خوبی نشان می‌دهد که از نظر ایشان چون مبنای حجیت اجماع، تقریر معصومین

^۷ برای مطالعه بیشتر درباره مبانی متأخران ذیل اجماع حدسی (رک: امامی، ۱۲۳/۶۰-۱۳۲).

^۸ ایشان در جای دیگر تصریح می‌کنند که تنها دلیل حجیت اجماع، تقریر معصوم علیه السلام است. (رک: شبیری زنجانی، ۶۴۲۰/۲۰).

علیهم السلام، اجماع هر چند مدرکی باشد و مدرک آن معتبر نباشد، باز هم حجت است؛ زیرا همان ملاک حجیت اجماع تعبدی در اجماع مدرکی نیز وجود دارد.

نتیجه‌گیری

با بررسی ادله مطرح شده این نتیجه حاصل می‌شود که اجماع مدرکی بنابر تمام مبانی حجت است، به جزء یک صورت که بر اساس قاعده لطف، اجماع مدرکی حجت نخواهد بود. بر حجیت اجماع مدرکی علاوه بر اشکالاتی که نسبت به نظریه مشهور متأخران مطرح شد، دلیل دیگری نیز وجود دارد که بر اساس تمام مبانی مختلف در بحث اجماع می‌تواند حجیت اجماع مدرکی را ثابت کند. علامه حلی و برخی از معاصران در این باره چنین گفته‌اند: با توجه به این که امارات، طریق به حکم شرعی هستند، هیچ مانعی وجود ندارد که نسبت به یک حکم شرعی چند راه متفاوت وجود داشته باشد؛ مانند این که نسبت به یک حکم شرعی هم می‌توان به آیات استناد کرد و هم روایات و همچنین است اجماع؛ خصوصاً اگر اجماع محتمل المدرک باشد؛ زیرا ممکن است دلیل اجماع کنندگان، غیر از ادله موجود باشد. (علامه حلی، ۲۵۶/۳؛ حسینی شیرازی، ۳۴۱/۱-۳۴۲) به تعبیر دیگر این که در مقام ثبوت حکم و معمول این ادله یکی باشد، به معنای این نیست که اگر در حوزه دلالت با مشکلی مواجه شد، دلیل دیگر نیز با مشکل مواجه شود. لذا اشکال داشتن ادله موجود به معنای اشکال در دلیل دیگر که اجماع باشد نخواهد بود.

البته اگر اجماع قطعی المدرک باشد، حجیت آن مبتنی بر یک مبنای دیگر در علم اصول است که آیا عمل مشهور جابر ضعف سند و دلالت یک روایت می‌تواند باشد یا خیر؟^۹ اگر قائل به جبران ضعف سند و دلالت یک روایت شویم می‌توان گفت اجماع نیز نقشی اساسی را در استنباط ایفا خواهد کرد زیرا می‌تواند در صورت ضعف دلیل به لحاظ سندی، دلالتی یا جهتی آن را تقویت کرده و مجموع آن‌ها به عنوان یک دلیل مستقل محاسبه شوند؛ اما اگر چنین مبنایی را نپذیریم و مشکل دلیل

۹ برخی علما به این مسئله اشاره تصریح کرده‌اند. به عنوان نمونه شیخ طوسی در این باره می‌گوید:

اگر اجماع مطابق خبری که روایت شده محقق شود می‌توان گفت خبر صحیح است، اما اگر الفاظ روایت را مخبری نقل نکند اما اجماع بر عمل به خبر او باشد، نشان می‌دهد که مضمون خبر صحیح است، اما صحت خبر در این فرض ثابت نخواهد شد. چون ممکن است اجماع مطابق مضمون به خاطر روایت دیگری غیر از روایت نقل شده توسط راوی باشد. (طوسی، ۶۴۱/۲).

شهید صدر نیز به این مسئله تصریح کرده و می‌گوید: اجماع مدرکی می‌تواند مدرک را به لحاظ سندی یا دلالتی یا جهتی تقویت کند. (هاشمی شاهرودی، محمود، ۳۱۶/۴).

برخی دیگر نیز به صراحت این مسئله را مطرح کرده‌اند و می‌گویند اگر مستند اجماع کنندگان ضعیف باشد، اجماع مدرکی، علاوه بر این که خود حجت است، موجب حجیت آن دلیل ضعیف نیز خواهد شد. (رک: حسینی شیرازی، ۳۴۲/۱؛ ایروانی، الحلقة الثالثة فی اسلوبها الثاني، ۵۴/۲).

به لحاظ سندی باشد، ممکن است قائل به عدم حجیت اجماع مدرکی شویم؛ زیرا ضعف دلیل ایشان برای ما مشخص است و قطعه دلیل دیگری نیز در مسئله وجود نخواهد داشت؛ اما اگر دلیل به لحاظ سندی با مشکلی مواجه نباشد و تنها مشکل ما در دلالت روایت باشد، می‌توان گفت اجماع مدرکی حجت است و ظهور دلیل را برای ما مشخص می‌کند زیرا ظهور عبارتست از برداشت عرفی از یک کلام و زمانی که تمام فقهای قبل، از یک دلیل مطلبی را برداشت کرده‌اند، اگر این برداشت به نظر ما نادرست باشد اما قرینه‌ای بر اثبات مدعای خود نداشته باشیم که سایرین برداشت ما را بپذیرند، باید گفت برداشت ما صحیح نیست و ظهور دلیل مطابق با اجماع شکل می‌گیرد و موجب حجیت آن دلیل و حکم مورد اتفاق خواهد بود، زیرا این برداشت به مراتب بالاتر از ظهورات دیگر است، زیرا برای ظهور فهم اکثریت ملاک است که در محل بحث فهم همه یا به تعبیری تواتر در برداشت است.

اما حجیت اجماع مدرکی بر اساس مبانی مختلف اجماع نیز به تفکیک روشن است زیرا:

۱. بنابر اجماع دخولی اگر اجماع قطعی المدرک و مورد استناد تمام اجماع‌کنندگان باشد، بدین معناست که امام علیه‌السلام نیز به این مدرک استناد کرده‌اند که در این صورت بررسی مدرک از سوی ما و یا عدم پذیرش آن بی‌معناست، زیرا وقتی دلیلی را امام علیه‌السلام بدان تمسک کرده باشند، دیگر جایی برای اشتباه بودن آن وجود ندارد.

اگر برخی از اجماع‌کنندگان به دلیل استناد کرده باشند نیز اشتباه بودن مستند آن‌ها به معنای اشتباه بودن حکم و فتوای ایشان نخواهد بود زیرا حکم مورد اجماع قطعه مورد پذیرش امام علیه‌السلام بوده است؛ لذا اجماع برای ما همچنان حجت خواهد بود. بلکه ممکن است در این فرض قائل به حجیت مستند اجماع‌کنندگان نیز بشویم زیرا با وجود امام علیه‌السلام در میان اجماع‌کنندگان و اطلاع ایشان از مستند و مدرک سایرین، می‌توان عدم ردع و نهی امام علیه‌السلام را به معنای تقریر ایشان دانست و نتیجه گرفت مدرک مورد استناد نیز مورد پذیرش ایشان بوده است.

بنابراین حجیت اجماع محتمل المدرک نیز به طریق اولی ثابت خواهد بود.

۲. بنابر اجماع تشریفی نیز بیان شد که بحث از مدرک آن توجیه و معنایی ندارد زیرا اگر مشخص شود اجماعی از قبیل اجماع تشریفی است به معنای شنیدن مستقیم حکم شرعی از معصوم علیه‌السلام است و دیگر جای بررسی نخواهد بود.

۳. اما بنابر مبنای لطف چنانچه شیخ طوسی بیان کرده بودند قطعی المدرک بودن یا محتمل المدرک بودن اجماع تأثیری در حجیت و عدم حجیت آن ندارد بلکه در فرض قطعی و مشخص بودن مدرک اجماع‌کنندگان می‌توان گفت در فرض خطا بودن مستند و فتوا بر امام علیه‌السلام بیان لازم بود و حال که

بیانی از سوی ایشان نرسیده است می‌توان به اجماع و همچنین مستند ایشان اعتماد کرد. بلکه اگر دلیلی نسبت به مسئله وجود داشته باشد که این مدرک به لحاظ حجیت تمام و بر خلاف کلام اجماع‌کنندگان باشد، نمی‌توان به چنین اجماعی تمسک کرد و بر اساس قاعده لطف حجیت چنین اجماعی ثابت نخواهد بود، زیرا ممکن است امام علیه‌السلام برای ابراز نظر خلاف خود به همین مدرک اکتفا کرده باشد. البته این سخن تنها در اجماع مدرکی مطرح نیست و اجماع تبعیدی نیز در چنین فرضی بر اساس قاعده لطف حجت نخواهد بود.

۴. بنابر مبنای اجماع حدسی نیز علاوه بر وارد نبودن اشکالات مطرح شده نسبت به حجیت اجماع مدرکی، دلیل اقامه شده از سوی علامه حلی نیز به نظر تمام می‌رسد و دلیلی بر استثنای اجماع مدرکی از اجماع تبعیدی وجود ندارد، لذا بر این اساس نیز اجماع مدرکی حجت خواهد بود.

بنابراین باید گفت اجماع مدرکی در حجیت و عدم حجیت تفاوتی با اجماع تبعیدی ندارد و حتی ممکن است بگوییم اجماع مدرکی مؤثرتر از اجماع تبعیدی باشد؛ زیرا اگر کسی حجیت اجماع تبعیدی را نپذیرد، نمی‌تواند اجماع مدرکی را از اساس غیر معتبر بداند بلکه اجماع مدرکی در دو زمینه دیگر تأثیرگذار است که اجماع تبعیدی در این دو مورد هیچ‌گونه تأثیرگذاری ندارد. اول این که بنابر پذیرش مبنای «عمل مشهور جابر ضعف سند است» اجماع مدرکی نیز می‌تواند اگر مستند آن به لحاظ سندی با مشکلی مواجه باشد، آن را تقویت کرده و به درجه حجیت برساند. دوم این که اجماع مدرکی می‌تواند در تشکیل صغرای ظهور و همچنین صغرای سیره متصل به زمان معصوم علیه‌السلام مؤثر باشد.

توضیح مطلب:

ظهور یعنی آنچه عرف از یک کلام می‌فهمند. حال اگر تمام علما از یک دلیل لفظی مطلبی را بفهمند، این فهم از بالاترین درجات ظهور است؛ زیرا در بحث ظواهر بیان شده است که اگر از یک کلام فهم‌های مختلف (مساوی) وجود داشته باشد، ممکن است بگوییم هیچ‌کدام ظاهر کلام نبوده و چنین کلامی در واقع ظهور نداشته و مجمل است؛ اما وقتی همه یا اکثریت یک مطلب را برداشت کنند می‌شود مصداق ظهور. بلکه ممکن است متأخران برداشتی از دلیل لفظی داشته باشند که گذشتگان چنین برداشت و فهمی نداشته‌اند؛ اما زمانی می‌توان این برداشت متأخر را مصداق ظهور برای کلام دانست که با عرضه این متفاهم جدید به عرف، پذیرشی از ناحیه ایشان نیز صورت پذیرد.

با این بیان حتی می‌توان بسیاری از اجماعات متعارض در کلمات فقها را توجیه کرد؛ زیرا ممکن است در زمان متأخر دقت‌هایی صورت گرفته باشد که موجب فهم عرفی جدیدی از کلام شود؛ لذا برداشت فقها از یک روایت در گذشته به گونه‌ای و پس از آن به گونه دیگری باشد. به عنوان نمونه می‌توان به فتوای فقها

درباره آب چاه مثال زد که تا قبل از علامه حلی متفاهم از ادله شرعی حکم به نجاست آن در اثر ملاقات با نجاست بوده است، اما این برداشت پس از علامه حلی و با دقت‌هایی که ایشان نشان داد متفاوت شده و این برداشت جدید مورد پذیرش عرف فقهای بعد نیز قرار گرفت.

اما اگر دلیل مطابق با اجماع مدرکی، سیره باشد، باز اجماع این مسئله را تقویت کرده و ثابت می‌کند، چنین سیره‌ای از قدیم میان عقلا یا متشرعه وجود داشته و متصل به زمان معصوم علیه السلام بوده است؛ زیرا هیچ‌یک از علما در این سیره اشکال نکرده‌اند.

بله در یک صورت ممکن است بگوییم اجماع مدرکی دیگر این تأثیرگذاری را نداشته باشد و آن زمانی است که مستند اجماع‌کنندگان دلیل عقل باشد که در این صورت می‌توان گفت دقت‌های عقلی متأخرین می‌تواند بهتر و کامل‌تر از گذشتگان خود باشد زیرا ایشان با بررسی ادله عقلی گذشته، متوجه اشکالاتی در آن شده لذا آن را نپذیرفته‌اند.

تمام سخن تا بدینجا در اجماع قطعی المدرک بود؛ اما نسبت به اجماع محتمل المدرک نیز می‌توان به آن در حد قرینه برای برداشت از ادله و تشکیل صغرای ظهور نیز اعتماد کرد.

لذا به نظر می‌رسد اجماع مدرکی به لحاظ تأثیرگذاری در درجه‌ای بالاتر از اجماع تبعیدی نیز قرار داشته باشد.

شاید گرایش برخی از علما به ارائه نظریه مؤید بودن اجماع مدرکی یا مطابق احتیاط بودن آن بر اساس نکات بیان شده باشد.

منابع

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *درر الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد*، تهران، مؤسسه الطبع و النشر التابعه لوزارة الثقافة و الارشاد الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

استرآبادی، محمد امین و عاملی، نور الدین موسوی، *الفوائد المدنیة و بذیلہ الشواهد المکیة*، محقق: رحمت الله رحمتی اراکی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.

اسماعیل پور، محمد علی، *مجمع الأفكار و مطرح الأنظار*، قم، المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۳۹۵ ق.

امامی، مسعود، «اجماع مدرکی»، *فصلنامه فقه اهل بیت علیهم السلام*، شماره ۶۰، ۱۳۸۸، صص ۱۱۰-۱۳۲.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الأصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ نهم، ۱۴۲۸ ق.

_____، *کتاب المکاسب*، حاشیه: سید محمد کلانتر، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.

ایروانی، باقر، *الحلقه الثالثة فی اسلوبها الثانی*، تهران، قلم، چاپ اول، ۲۰۰۷ م.

- _____، *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ سوم، ۱۴۲۶ ق.
- جرجانی، محسن، «نظریه المحقق النراقی قدس سره فی حجیة أخبار الآحاد (عرض و نقد)»، *مجله فقه اهل البيت عليهم السلام*، شماره ۲۵، ۱۳۸۰، صص ۱۶۱-۱۹۰.
- جمعی از پژوهشگران، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام*، محقق: محققان مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.
- جناتی، محمد ابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، بی تا.
- حائری اصفهانی، محمد حسین بن عبدالرحیم، *الفصول الغرویة فی الأصول الفقهیة*، قم، دار احیاء العلوم الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- حسینی شیرازی، صادق، *بیان الأصول*، قم، دار الانصار، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.
- حسینی فیروزآبادی، محمد، *منتهی العنایة فی شرح الکفایة*، فیروزآبادی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- حسینی فیروزآبادی، مرتضی، *عنایة الأصول فی شرح کفایة الأصول*، قم، کتاب فروشی فیروزآبادی، چاپ چهارم، ۱۴۰۰ ق.
- حکیم، عبدالصاحب، *منتقى الأصول*، قم، دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- خرازی، محسن، «پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن (۳)»، *فصلنامه فقه اهل بیت عليهم السلام*، شماره ۴۵، ۱۳۸۵، صص ۲۷-۵۴.
- خویی، ابوالقاسم، *أجود التقريرات*، قم، مطبعة العرفان، چاپ اول، ۱۳۵۲.
- رحمانی، محمد، «بدل حیلولة از نگاه امام خمینی ره»، *فصلنامه فقه اهل بیت عليهم السلام*، شماره ۱۹-۲۰، ۱۳۷۸، صص ۲۴۷-۲۸۲.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتاب- مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- زمانی، محمد حسن، *طهارت و نجاست اهل کتاب و مشرکان در فقه اسلامی*، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
- ساعدی، جعفر، «اجماع در اندیشه شیعی»، *فصلنامه فقه اهل بیت*، شماره ۴۲، ۱۳۸۴، صص ۱۵۰-۱۹۹.
- شبییری زنجانی، موسی، *کتاب نکاح*، محقق: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *رسائل الشهيد الثاني*، محقق: رضا مختاری و حسین شفیعی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- _____، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، محقق: گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

۴۶	فقه و اصول	شماره ۱۰۶
	صافی اصفهانی، حسن، <i>الهدایة فی الأصول</i> ، قم، مؤسسه صاحب الامر (عج)، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.	
	صنقور، محمد، <i>المعجم الأصولی</i> ، قم، منشورات الطیار، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.	
	طوسی، محمد بن حسن، <i>العدة فی أصول الفقه</i> ، قم، محمد تقی علائقندیان، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.	
	علامه حلی، حسن بن یوسف، <i>نهاية الوصول الى علم الأصول</i> ، قم، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.	
	علم الهدی، علی بن حسین، <i>الذریعة إلى أصول الشریعة</i> ، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۶ .	
	علوی، عادل، <i>السرقه علی ضوء القرآن و السنة</i> ، قم، انتشارات کتابخانه و چاپخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.	
	_____، <i>القصاص علی ضوء القرآن و السنة</i> ، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.	
	_____، <i>القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد</i> ، قم، کتابخانه حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره)، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.	
	علیان نژادی، ابوالقاسم، <i>ربا و بانکداری اسلامی</i> ، قم، چاپ اول، بی تا.	
	فاضل لنکرانی، محمد جواد، <i>تقریرات درس خارج اصول فقه</i> ، (۱۳۸۷/۱۱/۲۱)	
	فاضل موحدی لنکرانی، محمد، <i>معمد الأصول</i> ، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.	
	قدسی، احمد، <i>انوار الأصول</i> ، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.	
	کاظمی خراسانی، محمد علی، <i>فوائد الاصول</i> ، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۷۶.	
	گنجی، مهدی، <i>تقریرات درس خارج اصول</i> ، جلسه ۱۱۷. (۹۱/۲/۲).	
	مبلغی، احمد، «الإجماع فی الشریعة الإسلامية دراسة مقارنة»، <i>مجلة فقه أهل البيت علیهم السلام</i> ، شماره ۲۹، ۱۳۸۲، صص ۶۴-۱۰۲.	
	_____، <i>موسوعة الإجماع عند الإمامیة</i> ، قم، بوستان کتاب قم، ۱۳۸۳.	
	مرتضوی لنگرودی، محمد حسن، <i>لب اللباب فی طهارة أهل الكتاب</i> ، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.	
	مرعشی شوشتری، محمد حسن، <i>دیدگاه های نو در حقوق</i> ، محقق: عباس شیری، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.	
	مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، <i>فرهنگ نامه اصول فقه</i> ، بی تا.	
	مروج جزایری، محمدجعفر، <i>منتهی الدرایة فی توضیح الکفایة</i> ، قم، مؤسسه دار الکتاب، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ق.	

- مکارم شیرازی، ناصر، *حیله‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح*، محقق: ابو القاسم علیان نژادی، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *کتاب النکاح*، محقق: محمد رضا حامدی- مسعود مکارم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- منتظری، حسین علی، *نهایة الأصول*، تهران، نشر تفکر، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- منصوری، ایاد، *البيان المفید فی شرح الحلقه الثالثة من حلقات علم الأصول*، قم، حسنین علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۷ ق.
- موسوی بجنوردی، محمد، *قواعد فقهیه*، تهران، مؤسسه عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *القوانین المحکمة فی الأصول*، قم، احیاء الکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۳۰ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- هاشمی شاهرودی، علی، *دراسات فی علم الأصول*، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود، *بحوث فی علم الأصول*، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.
- همدانی، آقا رضا، *مصباح الفقیه*، محقق: محمد باقری و نورعلی نوری و محمد میرزائی و سید نور الدین جعفریان، قم، موسسه الجعفریه لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۶
پاییز ۱۳۹۵، ۶۸-۴۹

جایگزینی اماره از قطع موضوعی*

مریم صباغی ندوشن

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: m-sabbaghi@mail.um.ac.ir

چکیده

با وجود طرح عدم امکان ثبوتی جایگزینی اماره از قطع موضوعی از سوی محقق خراسانی به لحاظ محذور اجتماع در لحاظ؛ شیخ انصاری گرچه تنزیل را در خصوص قطع وصفی نمی‌پذیرد، لکن نسبت به قطع کشفی معتقد به جانشینی می‌شود. عده‌ای نیز با توجه به مبنای مورد اختیار در باب حجیت اماره، قول به تفصیل را بر می‌گزینند. در این میان امام خمینی با التفات به عقلایی بودن امارات، بحث تنزیل را سالبه به انتفاء موضوع می‌داند. در حالی که چنین نگره‌ای مبتنی بر آن است که عنایت به دلیل حجیت اماره باشد، اما اگر محور بحث دلیلی باشد که قطع در آن اخذ شده، باید نحوه کیفیت قطع مأخوذ در موضوع مورد لحاظ قرار گیرد؛ و از آنجا که قطع به عنوان کاشف تام یعنی علم وجدانی به ندرت محقق می‌شود، قلت تحقق آن نزد عقلا منجر به الحاق ظن اطمینانی به علم وجدانی شده که ثمره‌ی آن نیز جایگزینی اماره از قطع صفتی افزون بر قطع موضوعی است.

کلیدواژه‌ها: قطع وصفی، قطع کشفی، تنزیل اماره، بنای عقلا.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۴/۲۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۱۳.

مقدمه

قطع، ذاتاً طریق به متعلق خود و کاشف از آن است و نمی‌توان این خصیصه ذاتی را از آن سلب کرد؛ اما در عین حال قطع نسبت به حکم از دو حال خارج نیست یا صرفاً کاشف از حکم است یا در فعلیت و ثبوت حکم دخیل است. به همین دلیل است که در یک تقسیم اساسی قطع به دو قسم منقسم می‌شود قطع طریقی و موضوعی. قطع طریقی قطعی است که نسبت به حکم یا موضوع صرفاً نقش یک کاشف و راهنما را ایفا می‌کند و در تحقق حکم تأثیری ندارد؛ که گاه به جعل حکم تعلق می‌گیرد و گاه به موضوع حکم؛ چنانکه گاه به عدم جعل و گاه به عدم موضوع متعلق است. از همین رو قطع به حرمت خمر، قطع به خمر بودن فلان مایع و یا خمر نبودن آن همه قطع طریقی محسوب می‌شوند؛ و چنین قطعی حجیت ذاتی دارد، اما قطع موضوعی، قطعی است که در موضوع حکم أخذ شده و به مثابه موضوع برای اثبات حکم است. این قطع مولد و محقق موضوع است؛ و تفاوتی ندارد که وجود آن در موضوع حکم أخذ شده باشد یا عدم آن؛ بنابراین چه مولی بگوید هر آنچه به خمریت آن قطع داری، حرام است؛ و چه بگوید مادامی که قطع به خمریت مایع نیافتی، نوشیدن آن حلال است؛ قطع به خمریت، موضوعی است و در هر دو صورت، قطع در فعلیت حکم دخیل است؛ و فارق بین این دو تنها لحاظ جنبه سلبی یا ایجابی قطع در موضوع حلیت است که در یکی قطع در ثبوت فعلیت و در دیگری در سقوط آن مدخلیت دارد.

در خصوص قطع طریقی اختلافی میان اصولیان نیست که اماره معتبر جایگزین آن واقع می‌شود. چرا که حکمت جعل امارات این است که در صورت فقدان قطع، ملاک عمل واقع شوند؛ و اگر امارات چنین خاصیتی را نداشته باشند جعل آن‌ها لغو می‌شود؛ اما در خصوص جایگزینی ظنون معتبر مقام قطع موضوعی، محل اختلاف است که آیا امارات قائم مقام قطع موضوعی می‌شوند، به گونه‌ای که تمام آثار عقلی و شرعی قطع، بر اماره نیز مترتب گردد؟ و آیا اماره می‌تواند نقش قطع موضوعی را خواه تمام موضوع باشد یا جزء موضوع، ایفا کند و موجب فعلیت یا سقوط تکلیفی شود که قطع در موضوع آن أخذ شده است؟

از آنجا که أخذ قطع به موضوع، در موضوع حکم در شریعت به وفور یافت می‌شود: مواردی مانند حرمت روزه، در صورت قطع به ضرر یا تمام بودن نماز در سفر در صورت قطع به اقامه ده روز، یا مبطل بودن شک در دو رکعت اول نماز و در طواف واجب که به دلیل دخالت قطع در موضوع حکم است؛ تعیین مبنای مختار در این خصوص می‌تواند منجر به توسعه یا عدم توسعه موضوع یا حکم، به مواردی شود که به جای قطع مأخوذ در لسان دلیل، اماره قائم شود و دایره احکام را در موارد قیام اماره در صورت اعتقاد به جایگزینی وسعت بخشد. چنانچه در خصوص استصحاب که قطع به عنوان یکی از مقومات در اثبات

حکم یا موضوع ذی حکم مطرح است، یکی از مباحث مطروحه آن است که آیا ظن معتبر می‌تواند جایگزین یقین به عنوان یکی از ارکان استصحاب واقع شود؟ و به عبارت دیگر در صورت قیام اماره بر اثبات حکمی، آیا می‌توان در صورت شک در بقاء، آن را مستصحب قرار داد؟

وفور موارد قطع در موضوع حکم یا مدخلیت قطع در اثبات حکم یا موضوع ذی حکم حاکی از ضرورت و اهمیت بحث مذکور است و تعیین مبنای مختار در خصوص جایگزینی متعقب به توسیع آثار احکام شرعی در موارد قیام اماره یا عدم آن خواهد شد و نتایج ثمری را به بار خواهد آورد. به منظور تبیین ابعاد بحث و جوانب موضوع، مبحث فوق در دو مقام ثبوت و اثبات دنبال می‌شود.

مقام ثبوت

در مرحله ثبوتی بحث از استحاله یا امکان جانشینی اماره از قطع موضوعی است که از معبر دریافت‌های اصولی چهار قول بدست می‌آید:

۱- عدم امکان قیام طرق و امارات از قطع موضوعی مطلقاً خواه طریقی باشد یا صفتی^۱ (آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ۲۶۴).

۲- تفکیک بین قطع موضوعی طریقی و صفتی و امکان جایگزینی در قطع طریقی و عدم آن در قطع صفتی (شیخ انصاری، ۳۴/۱؛ میرزای نائینی، ۲۱/۳؛ همو، اجود التقریرات، ۲۸/۳).

۳- عدم امکان قیام نسبت به قطع وصفی و قول به تفصیل بر اساس مبنای مورد اختیار در باب جعل حجیت امارات و اختیار عدم قیام در صورتی که مجعول در امارات، جعل منجزیت و معذرت یا تتمیم کشف باشد (خویی، مصباح الاصول، ۳۹/۱؛ روحانی، منتقى الاصول، ۷۹/۴).

۴- تفکیک بین شرعی و عقلایی بودن دلیل حجیت امارات و قول به قیام در صورت شرعی بودن و عدم قیام در صورتی که دلیل بر حجیت، سیره عقلاییه بوده و ادله شرعیه، امضاء این سیره باشد (امام خمینی،

۱. قطع موضوعی وصفی آن است که در موضوع خطاب «بما أنه صفة من صفات النفس» مأخوذ و خصوصیت داشته باشد و قطع موضوعی کشفی یا طریقی آن است که در موضوع دلیل به نحو طریقی و کاشفیت اخذ شده و هیچ خصوصیتی نداشته باشد (موسوی بجنوردی، علم الاصول، ۲۲۷-۲۲۸) بلکه از باب کنایه کاشف که قطع است در دلیل آمده ولی منکشف از آن اراده می‌شود (ملکی اصفهانی، فرهنگ اصطلاحات اصول، ۶۹/۱). به عبارتی قطعی که شارع در موضوع حکم شرعی اخذ نموده از دو لحاظ قابل بررسی است، یکی از لحاظ صفت نفسانی بودنش و دیگری به لحاظ کاشفیت آن از واقع. در نظر گرفتن لحاظ صفتی قطع بدین معنی است که قطع یکی از صفات نفسانی است که در نفس قاطع به وجود می‌آید. این صفت نفسانی یک صفت حقیقی در مقابل اوصاف اعتباری و انتزاعی است و از آنجا که صفت حقیقی ذات اضافه است، همچنان که رابطه با قاطع دارد با مقطوع نیز مرتبط است. حال اگر قطع به لحاظ رابطه‌ای که با قاطع دارد، در موضوع اخذ شود به آن قطع موضوعی وصفی و اگر به لحاظ رابطه‌ای که با مقطوع دارد در نظر گرفته شود به آن قطع موضوعی طریقی گفته می‌شود (فرهنگ نامه اصول فقه، ۶۴۴). قطع موضوعی وصفی مانند قطع به ضرر در روزه که منشأ حرمت و بطلان روزه است که قطع در آن به عنوان صفتی حقیقی ملحوظ نظر واقع شده است و قطع موضوعی طریقی نظیر آنکه لسان چنین باشد: «إذا قطعت بخمیره شیء حرم علیک» که قطع در آن مجرد طریق و کاشف باشد.

انوار الهدایه، ۱/ ۱۰۶-۱۰۷).

۵- تنزیل اماره به منزله قطع موضوعی مطلقه خواه وصفی باشد یا کشفی (نجم آبادی، الاصول، ۲ / ۲۸).

بررسی و نقد اقوال

قول اول: مرحوم آخوند با گرایش به این قول معتقد است قیام اماره مقام قطع موضوعی، مستتبع محذور عقلی و ثبوتی است که جمع بین دو لحاظ آلی و استقلال نسبت به ملحوظ واحد و لاحظ واحد و در آن واحد است؛ یعنی لازم می آید در آن واحد، شخص واحد قطع را دو گونه لحاظ کند هم آلیه و هم استقلال که استحاله عقلی را در پی دارد.

توضیح آنکه قائم مقامی متضمن تشبیه و تنزیل اماره به قطع است و در تنزیل با توجه به اینکه یک فعل اختیاری است، سه امر لازم می نماید. لحاظ منزل و منزل علیه و برای اینکه تنزیل لغو نباشد، جهتی هم باید ملحوظ نظر واقع شود که عبارت از وجه تنزیل است؛ و در خصوص مقام اگر منزل بخواهد قطع را مطلقه تنزیل کند، از جهت اینکه قطع موضوعی است باید قطع را مستقلاً لحاظ کند و خبر ثقه را به جای آن قرار دهد و از جهت اینکه قطع طریقی است باید قطع را آلیه مورد نظر قرار دهد و خبر ثقه را جایگزین آن قرار دهد و چون منزل علیه دو جنبه دارد، هر دو جنبه ضرورتاً باید مورد لحاظ واقع شوند، همان طور که نسبت به منزل یعنی خبر ثقه هم باید این دو لحاظ صورت پذیرد. در حالیکه جمع بین دو لحاظ در آن واحد برای شخص واحد عقلاً غیر ممکن است.

البته اگر عنوان جامعی در کار بود که ناظر به هر دو جنبه قطع بود، به گونه ای که شارع اماره را به لحاظ آن عنوان جامع، قطع می دانست، مشکل قابل حل بود ولی نمی توان عنوانی را یافت که هر دو لحاظ را تحت پوشش قرار دهد؛ و با فقدان چنین عنوانی استعمال لفظ در دو معنی لازم می آید که محال است. نتیجه آنکه امارات قابلیت تنزیل نسبت به هر دو نوع قطع را ندارند. لذا امارات فقط جایگزین قطع طریقی محض که مورد وفاق است، می شوند؛ زیرا آنچه قدر متیقن است جایگزینی نسبت به قطع طریقی محض است و غیر آن نیاز به قرینه دارد.

اشکال بر قول اول

مشکل جمع بین دو لحاظ آلی و استقلال در صورتی محکم است که در تنزیل امارات به منزله قطع، طریقت و موضوعیت مورد لحاظ شارع واقع شده باشد، در حالیکه اولاً شارع بدون نظر به آلیت و استقلالیت، به نحو قضیه حقیقه امارات را به جای قطع قرار داده است؛ بنابراین طریقت و موضوعیت در

جعل مدخلیت ندارند و این مکلف است که گاهی اماره را به جای قطع طریقی استعمال می‌کند، چنانچه گاهی آنرا به جای قطع موضوعی به کار می‌برد؛ و در نتیجه آلیت و استقلالیت مربوط به مقام استعمال است نه مقام جعل؛ و ثانیاً اشکال مرحوم آخوند ناظر به خلط بین قطع مفهومی و قطع خارجی است و آنچه محذور بین دو لحاظ در آن قابل تصور است، قطع خارجی است و در خصوص قطع مفهومی چنین منعی متصور نیست؛ زیرا شارع مفهوم قطع آلی و استقلال را با در نظر گرفتن قابلیت نیابت اماره به جای هر دو ملحوظ نظر قرار داده و اماره را بدون آنکه نظر به قطع خارجی داشته باشد، جایگزین آن قرار می‌دهد. چنانچه در تشریح حکم وجوب حج نظر به مستطیع خارجی ندارد؛ به عبارت دیگر مقنن در مقام تشریح و وضع که مفاهیم را مورد لحاظ قرار می‌دهد، مفهومی را به جای مفهوم دیگر قرار می‌دهد، بدون آنکه مستتب هیچ محذوری باشد؛ و لذا قطع موضوعی و طریقی را تصور می‌کند و قابلیت نیابت اماره را به جای هر دو در نظر می‌گیرد و آن را به منزله قطع موضوعی و طریقی قرار می‌دهد.

به دیگر سخن آنچه در قطع طریقی محض نظر به آن آلی است، نسبت به قاطع است، در حالیکه بحث ما در جعل است. آنچه آلی است مصداق قطع است و آنچه جاعل می‌آورد، مفهوم قطع است و همان در مقام جعل مورد اهتمام است. شارع مفهوم قطع-که هم شامل قطع طریقی محض و هم شامل قطعی که به مثابه موضوع برای اثبات حکم است، می‌شود- را ملحوظ نظر خود قرار داده و آن را به جای اماره جعل می‌نماید، بدون آنکه جمع بین دو لحاظ از آن لازم آید. لذا اشکال مزبور برخاسته از خلط بین مصداق و مفهوم قطع است.

ثالثاً بر فرض تنزل و پذیرش جمع بین دو لحاظ، ممنوعیت آن مورد پذیرش نیست؛ زیرا جمع بین دو لحاظ در صورتی مستلزم محال است که استعمال لفظ در بیش از یک معنا نیز مستحیل باشد. در حالی که چنین استعمالی از نظرگاه بسیاری از اصولیان (امام خمینی، جواهر الاصول، ۱۹/۲؛ روحانی، زبدة الاصول، ۱/۲۲۵؛ سبحانی، المحصول فی علم الاصول، ۱/۲۱۷)^۲ جایز، بلکه از محسنات کلام است (حائری یزدی، درر الفوائد، ۵۵) و در کلمات فصیح واقع شده است و «أدل دلیل علی امکان شیء وقوعه». چنانکه اخبار دال بر وجود بطون متعدد برای قرآن می‌تواند از همین باب قلمداد شود.

قول دوم: شیخ انصاری با نفی محذور ثبوتی با تفصیل بین قطع وصفی و طریقی در ضمن انتفاء امکان جایگزینی در خصوص قطع صفتی، امکان نیابت را تنها نسبت به طریقی متعین می‌داند؛ زیرا قطع طریقی خواه در موضوع اخذ شود یا اخذ نشود، کاشف بوده و در حکم مدخلیت ندارد. اماره هم با توجه به

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک: کمره‌ای، اصول الفوائد الغرویه، ۵۴/۱؛ مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۱/۱۵۰؛ محقق داماد، المحاضرات، ۱/۹۶؛ حسینی میلانی، تحقیق الاصول، ۱/۲۳۰؛ فاضل لنگرانی، دراسات فی الاصول، ۱/۳۵۱؛ بهجت، مباحث الاصول، ۱/۱۷۲.

جنبه کاشفیت آن، قائم مقام چنین قطعی واقع می‌شود؛ و از این جهت فرقی بین قطع و اماره نیست، بلکه فارق از جهت احتیاج یا عدم احتیاج به جعل حجیت است که قطع در این خصوص مستغنی است لکن اماره نیازمند به جعل جاعل؛ زیرا کاشفیت اماره ناقص است و همین نقصان، عاملی جهت لزوم تصریح مولی به حجیت آن می‌شود. شیخ اعظم که با تعبیر فوق: «... فانه [الظن] و إن فارق العلم فی کیفیه الطریقیه حیث أن العلم طریق بنفسه و الظن المعتبر طریق بجعل الشارع...» (۳۵/۱) اشاره به همین مطلب می‌کند؛ ملاک را در نیابت، طریقی بودن عنوان می‌کند و به لحاظ وجود همین ملاک در اماره نیابت آن را می‌پذیرد، چرا که اماره هم طریق به واقع است، اما اگر قطع در موضوع به عنوان صفتی نفسانی مأخوذ باشد، در این حال معتقد است که اماره نمی‌تواند نقش قطع وصفی را ایفا نماید (همان، ۳۴)؛ زیرا بین اماره و این قطع، وجه اشتراکی وجود ندارد. چه، اماره از صفات نفس نیست بلکه قول راوی است، در حالیکه قطع همان است که در نفس شکل می‌گیرد و قوام می‌یابد. در نتیجه به لحاظ وجود جهت مشترک طریقت در هر دو، نیابت اماره از قطع متعقب به هیچ مشکل ثبوتی نخواهد بود. چنانکه محقق نائینی با تعبیر «هذا هو الأقوی» (فراند الاصول، ۲۱/۳) همین قول را تقویت می‌نماید.

اشکال قول دوم

محقق خراسانی که نهایت اقتضاء ادله اعتبار امارات را قائم مقامی آن‌ها مقام قطع طریقی محض دانسته و نیابت را در خصوص قطع موضوعی منتفی می‌داند، با خرده به کلام شیخ اعظم در صدد تثبیت مطلب خود بر می‌آید. با این بیان که جایگزینی امارات نسبت به قطع به لحاظ طریقت آن‌ها به واقع است و همانطور که با تحقق قطع اثر واقع بر مقطوع مترتب می‌شود، همچنان است وقتی اماره بر چیزی قائم شود؛ اما از این حیث که قطع در موضوع حکمی أخذ شود، ادله امارات ناظر به آن نبوده و حکم قطع مأخوذ در موضوع، حکم سایر اجزاء موضوع است که جایگزینی اماره به جای آن به مثابه جایگزینی موضوعی به جای موضوع دیگر است که جایز نیست (کفایة الاصول، ۲۶۴). در توضیح بیشتر می‌توان گفت مفاد اماره، تعبد به مؤدی است نه تعبد به علم به مؤدی و آثار آن؛ و در جایی که دلیل اماره آن را به منزله علم قرار می‌دهد، در واقع مکلف را متعبد به عالم بودن می‌کند به لحاظ آنچه علم به آن اثر طریقی دارد که عبارت از علم از حیث کاشفیت آن از واقعیت خارجی و مؤدی است؛ اما دلیل اماره این اقتضاء را ندارد که هر کجا علم نباشد، جای علم را بگیرد. بنابر این دلیل اماره فقط ناظر به اثر علم «بما هو طریق» است؛ نه اثر علم «بما هو علم»؛ و از اینرو اماره جایگزین قطع موضوعی صفتی نمی‌شود. و به همین لحاظ جایگزین قطع موضوعی طریقی نیز نخواهد شد.

قول سوم: محقق خویی با التفات به محذور مطرح از جانب محقق خراسانی، در صورت قول به قیام

اماره مقام قطع موضوعی، قول به تفصیل را بر اساس مبنای مورد پذیرش در باب حجیت اماره بر می‌گزیند. با این بیان که اگر حجیت اماره به معنای معذرت و منجزیت باشد، طریق قائم مقام قطع طریقی مطلقه واقع می‌شود (مصباح الاصول، ۱/ ۳۸). تفصیلی که مورد اقبال شاگرد وی نیز واقع می‌شود (روحانی، منتقى الاصول، ۴/ ۷۹).

در توضیح باید گفت در باب حجیت اماره سه مبنای مهم وجود دارد:

۱- مراد از حجیت اماره جعل مؤدی به منزله واقع است که از آن تعبیر به حکم مماثل می‌شود (اصفهانى، نهاية الدرايه، ۲/ ۶۷؛ ایروانی، نهاية النهایه، ۲/ ۲۷؛ مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۲/ ۲۷۵). مطابق این نظریه اماره به جای قطع نمی‌نشیند بلکه حکمی که مؤدی اماره است به جای حکم واقعی قرار می‌گیرد؛ یعنی شارع بر اساس مفاد و مؤادی اماره، حکمی مماثل و هم طراز با حکم واقعی بر عهده مکلف جعل می‌کند که مسمی به حکم ظاهری است؛ و مکلفی که قطع به حجیت شرعی اماره‌ای دارد، لاجرم قطع به این نیز خواهد داشت که شارع حکم مدلول این اماره را بر عهده او جعل کرده است. محقق خراسانی در حاشیه‌اش بر فرائد به این نظریه متمایل گشته است (درر الفوائد، ۳۱).

۲- حجیت اماره به معنای معذرت و منجزیت است. چنانچه در قطع به همین معنا است. رهیافت محقق خراسانی به حجیت در کفایه همین مبنای مذکور است (کفایه الاصول، ۲/ ۲۸۲).

۳- حجیت، الغاء احتمال خلاف در اماره است؛ یعنی شارع کاشفیت اماره را تتمیم کرده و نقصان آن را ملغی نموده است که از آن تعبیر به مسلک جعل طریقت نیز می‌شود (نائینی، ۳/ ۱۷؛ خویی، دراسات فی علم الاصول، ۳/ ۵۶؛ بجنوردی، منتهی الاصول، ۲/ ۳۱).^۳

بعد از تبیین مبانی مختلف در خصوص حجیت امارات اعم از اینکه مجعولات شرعیه باشند چنانکه به کثیری از متقدمان و متأخرانی چون ابن ادریس، علامه حلی، سید بحر العلوم و صاحب جواهر نسبت داده شده است (حسینی شیرازی، بیان الاصول، ۴/ ۹۷)، یا مجعولات عقلاییه و امضائیات شرعیه باشند، چنانکه شیخ انصاری و محقق خراسانی و محقق نائینی برآند (همان)؛ برداشت می‌گردد که اشکال مرحوم آخوند طبق مبنای اول محکم است؛ زیرا هنگام جعل موضوع اگر قطع «بما هو قطع» موضوع باشد - هر

۳. دو مسلک دیگر نیز در خصوص ملاک حجیت اماره وجود دارد که یکی مسلک تنزیل است؛ که به موجب آن اماره و نه مؤدی آن، به جای قطع قرار می‌گیرد همانند طواف که شارع مقدس آن را با خطاب «الطواف بالبيت صلوة» به منزله نماز قرار داده است و با این تنزیل آثار قطع بر اماره نیز مترتب می‌شود (حائری، درر الفوائد، ۳۳۱)؛ و دیگری مسلک اهتمام شارع به حفظ حکم واقعی مشکوک است، به گونه‌ای که تقویت حکم واقعی بر فرض ثبوت را مرضی شارع نمی‌داند (شهید صدر، دروس فی علم الاصول، ۱۶۲)؛ که از ذکر دومی به دلیل عدم تناسفی آن با مسلک‌های سه گانه فوق که متعرض نحوه بیان این اهتمام شده‌اند، صرف نظر می‌شود. چنانکه از ذکر اولی نیز به دلیل اشکال وارد بر آن یعنی خروج چنین توسیع و تنزیلی از محدوده اختیارات شارع، ممانعت به عمل می‌آید؛ زیرا تعدیر و تنجیز، اثر عقلی است نه شرعی؛ و شارع در موضع شارعیت نمی‌تواند حکمی که به حوزه عقل مربوط می‌شود را به اماره تعمیم دهد.

چند به لحاظ جنبه کاشفیت آن - لحاظ، استقلالی خواهد بود و در صورتی که قطع «بما هو کاشف» موضوع باشد؛ لحاظ، آلی خواهد بود؛ و اگر اماره، نازل منزله قطع به لحاظ کاشفیت باشد تنزیل، آلی و اگر اماره نازل منزله قطع به لحاظ خود قطع و آثار آن باشد تنزیل، استقلالی است؛ که اجتماع دو لحاظ مزبور در تنزیل، اجتماع دو لحاظ آلی و استقلالی است که با یکدیگر در تضادند.

بنابراین محذور مورد اشاره در صورتی مطرح است که حجیت امارات از باب تنزیل مؤدی به منزله واقع باشد، اما اگر حجیت به معنای معذرت و منجزیت باشد، اماره قائم مقام طریقی مطلقاً واقع می‌شود چه موضوع باشد و چه موضوع نباشد؛ و جمع بین دو لحاظ نیز لازم نیاید؛ زیرا اماره و قطع هر دو مستقلاً لحاظ شده و اماره به جای قطع تنزیل می‌شود و با تنزیل اماره اثر عقلی تجبیز و تعذیر قهرراً بر اماره‌ی منزل، جاری می‌شود. چنانکه اثر شرعی نیز در صورت اخذ قطع در موضوع حکم شرعی، بر آن مترتب می‌شود. همچنین اگر حجیت به معنای تتمیم کشف باشد نیز اشکال جمع بین دو لحاظ لازم نیاید؛ زیرا طریق در کاشفیت قائم مقام قطع واقع شده است و شارع با الغای احتمال خلاف آن را کاشف تام اعتبار نموده است؛ بنابراین اماره در این صورت نیز آثار قطع را در بر خواهد داشت؛ و به بیان دیگر اطلاق دلیل تنزیل که خبر را نازل منزله قطع قرار می‌دهد، حاکی از ترتب تمام آثار عقلی و شرعی قطع بر اماره خواهد بود. بلکه بعد از اعتبار کاشفیت تام در خصوص اماره از جانب شارع، آثار واقع ناگزیر مترتب خواهد شد؛ زیرا واقع با تعبد شرعی منکشف شده است؛ و با تعبد شرعی انکشاف واقع، آثار مقطوع بر مؤادی اماره جاری می‌شود که در نتیجه آثار قطع مأخوذ در موضوع، به طریق اولی مترتب خواهد شد. چون ترتیب آثار مقطوع بر مؤادی اماره صرفاً به سبب تنزیل اماره به منزله قطع است. لذا اثر خود قطع به سبب این تنزیل با قیاس اولویت قابل اثبات است. این بیانی است که محقق خویی در تعریض به محقق خراسانی در خصوص راه برون‌رفت از معضل جمع بین دو لحاظ به آن ملتزم گشته است (مصباح الاصول، ۱/ ۳۹-۳۸). حاصل آنکه حجیت به معنای جعل مؤدی، مستتبع اشکال مذکور است، اما مبانی دیگر یعنی معذرت و منجزیت یا تتمیم کشف چنین محذوری را در پی ندارد؛ که از نظر این محقق ژرف اندیش، مسلک جعل مؤدی نیز به دلیل وجه ملازمه‌ای که بین آن و تصویب وجود دارد، ثبوتاً و اثباتاً محکوم به فساد می‌شود؛ زیرا در چنین حالتی با وجود مؤدی، واقع محقق شده و با فقدان آن واقع هم منتفی می‌گردد. این از نظر ثبوتی اما بطلان آن اثباتاً نیز به لحاظ آن است که ادله حجیت امارات که عمده در آن، سیره عقلا است، دلالتی بر جعل حکم مطابق مؤدای امارات ندارد (همان)؛ اما مسلک جعل منجزیت و معذرت نیز در دیدگاه اصولی ایشان به دلیل آنکه مستلزم تخصیص حکم عقل است، فاقد اعتبار است، زیرا قبح عقاب بدون بیان واصل از مستقلات عقلیه محسوب می‌شود؛ و زمانی که اماره بر تکلیفی اقامه شود، بدون تردید در حق مکلف منجز بوده و در

صورت مخالفت، استحقاق عقاب مطرح است. حال اگر این تنجیز تکلیف به خاطر تصرف شارع در موضوع حکم عقل به قبح عقاب فاقد بیان باشد، به اینکه اماره طریق و بیان باشد؛ حکم عقل به قبح عقاب بدون بیان با انتفاء موضوعش منتفی خواهد بود؛ و لذا اماره بر حکم عقل تقدم ورودی دارد؛ که عبارت از انتفاء حکم به سبب انتفاء موضوع به لحاظ تعبد شرعی است؛ و در نتیجه عقل حکم به تنجیز می‌کند بدون آنکه احتیاج به جعل تنجیز باشد. چنانکه اگر شارع در موضوع حکم عقل تصرف نکند و اعتبار اماره را به عنوان بیان نپذیرد، بلکه اماره را منجز تکلیف جعل نماید؛ با این توضیح که مجعول، استحقاق عقاب در صورت مخالفت باشد، تخصیص در حکم عقل لازم می‌آید. گویا چنین گفته شده است: عقاب فاقد بیان قبیح است مگر در صورتی که اماره بر تکلیف قائم شود که عقاب بدون بیان در این مورد قبیح نخواهد بود. چنین التزامی مساوق با تخصیص احکام عقلیه است. در حالیکه خصوصیت احکام عقلی به کلیت و غیر قابل تخصیص بودن آن‌ها است (همان، ۳۹-۴۰).

چنانکه مشهود است ایشان ابتدا با رد مسلک جعل مؤدی و منجزیت و معذرت، مسلک طریقت را بر می‌گزینند؛ و سپس با استفاده از اطلاق دلیل تنزیل، نظارت آن را به ترتب تمام آثار عقلی و شرعی قطع بر اماره اثبات می‌نمایند، چراکه واقع تعبد منکشف شده است؛ که به تبع آن، آثار واقع منکشف نیز بر اماره جاری شده و با ترتب آثار واقع مقطوع، ترتب آثار خود قطع به طریق اولی محقق است. لذا از نظرگاه وی اماره این قابلیت را دارد که به نیابت از قطع موضوعی به نحو طریقت واقع شود؛ اما امکان جایگزینی از قطع موضوعی صفتی به دلیل أخذ در موضوع به عنوان صفتی نفسانی و عدم ملاحظه جنبه کاشفیت آن منتفی است (همان، ۳۷). تعلیل این مطلب مطابق بیان صاحب منتقى الأصول چنین است که مفاد ادله اعتبار امارات- خواه جعل مؤدی باشد یا جعل منجزیت و معذرت یا جعل طریقت باشد- هیچ ارتباطی با قطع ملحوظ در موضوع به عنوان صفتی خاص به اعتبار الغاء جهت کاشفیت آن، یا به ضمیمه خصوصیت کاشفیت، ندارد؛ زیرا جعل مؤدی به طور کلی اجنبی از تنزیل اماره به منزله قطع است و جعل کاشفیت یا جعل منجزیت و حجیت نیز بعد از فرض الغاء جهت کشف در قطع صفتی یا با فرض اعتبار آن به ضمیمه خصوصیتی دیگر نافع نخواهد بود (روحانی، ۷۱/۴). و لذا قطع مأخوذ در موضوع به نحو وصفیت مانند سایر موضوعات احکام است که مفاد دلیل اعتبار اماره به هر نحوی که باشد، نظارت به آن ندارد.

قول چهارم: با بیان عدم حجیت ذاتی اماره بسان قطع و احتیاج آن به جعل یا از ناحیه شارع و یا از ناحیه عقلا، مصحح قائم مقامی را تنها در صورتی محقق می‌داند که جاعل حجیت، شارع باشد؛ اما اگر حجیت از ناحیه عقلا باشد، مصححی برای بحث مزبور نمی‌یابد. چنانکه در صورت اول نیز با تفصیل بین

نظر شارع و قاطع اشکال جمع بین دو لحاظ را در قطع موضوعی طریقی در صورتی وارد می‌داند که قاطع اماره را به منزله قطع لحاظ کند.^۴ اما اگر ملاک، نظر شارع باشد، اشکال را منتفی می‌داند؛ زیرا نظر شارع به ظن و قطع مکلف، به نحو استقلالی است، کما اینکه نظرش به واقع مقطوع یا مظنون نیز چنان است؛ بنابراین نظر شخص حاکم منزل که ظن را نازل منزله قطع قرار می‌دهد، به قطع و ظن نه آلی بلکه استقلالی است و با انتفاء لحاظ آلی محذور جمع بین دو لحاظ لازم نخواهد آمد (امام خمینی، انوار الهدایه، ۱/ ۱۰۶-۱۰۲)؛ زیرا معنا و مفهوم حجیت شرعی آن است که اماره قائم مقام قطع قرار گیرد و جایگزینی در حیطة مسئولیت شارع است نه قاطع؛ و شارع قطع و اماره را مستقلاً لحاظ می‌کند خواه طریقی باشد یا موضوعی یا هر دو. لذا جمع بین لحاظ آلی و استقلالی لازم نیاید، بلکه هر دو ملحوظ نظر استقلالی واقع می‌شود.

اشکال قول چهارم

تعدد لحاظ در صورتی است که معنای حجیت جعل مؤدی به منزله واقع باشد؛ اما بر مبنای تنجیز و تمسیم یک لحاظ بیشتر وجود ندارد که تنزیل اماره به منزله قطع به اعتبار تمام آثار عقلیه و شرعیه می‌باشد. افزون بر آنکه تعدد لحاظ با وحدت زمان و وحدت لاخت ممکن نیست. خواه هر دو لحاظ از یک نوع باشند، یا از یک نوع نباشند.

قول پنجم و اشکال وارد بر آن

قول دیگر موجود در مسأله که عبارت از تنزیل به نحو مطلق است و دلیل حجیت امارات را مقتضی چنین اطلاقی می‌داند، بدون آنکه متعقب به محذوری باشد (نائینی، الاصول، ۲/ ۲۸-۲۹)؛ این قابلیت را دارد که مورد اشکال واقع شود. با این بیان که قول به اطلاق مستلزم پذیرش قائم مقامی نسبت به قطع موضوعی صفتی نیز می‌باشد، در حالیکه با فرض اینکه موضوع حکم، قطع به لحاظ صفتی نفسانی باشد، ممکن نیست که شارع چیز دیگری غیر از این صفت را قائم مقام آن قرار دهد، زیرا خلاف فرض بوده و مرجع آن تناقض است؛ زیرا لازمه أخذ قطع «بما هو صفة خاصه» در موضوع، این است که چیز دیگری جایگزین آن نشود. از طرف دیگر لازمه قیام غیر قطع به جای آن، این است که قطع «بما هو صفة» موضوع حکم نباشد. پس هم قطع «بما هو صفة» موضوع است و هم «بما هو صفة» موضوع نیست که تناقض است.

پاسخ به اشکال

اشکال فوق از طریق توسعه مفهوم قطع به گونه‌ای که اطمینان را هم در برگیرد، قابل حل است؛ زیرا

۴. با این بیان که اگر قطع هم طریقی باشد، هم موضوعی، لازمه‌اش جمع بین دو لحاظ است.

قطع که در لغت به معنای بریدن (قرشی، ۲۱/۶) و جدایی چیزی از چیز دیگر (ابن فارس، ۱۰۱/۵) است، از آن جهت به آن حالت ادراکی اطلاق می‌شود که قاطع نسبت به یک طرف قضیه مساوی الطرفین، تمایل پیدا کرده و نسبت به طرف مقابل، آن را بریده و از طرفیت خارج می‌کند. چنانکه صاحب التحقيق در تأکید بر عدم انحراف قطع اصطلاحی از معنای لغوی چنین ابراز می‌دارد: «و اصل القطع المصطلح بمعنی الیقین: مأخوذ من هذا المعنی و هو قطع شیء و فصله من الأمور و الأشياء» (مصطفوی، ۲۹۵/۹)؛ و این قطع و فصل طرف مقابل می‌تواند به هر طریقی حاصل شود؛ به عبارت دیگر وقتی نسبت به یک قضیه‌ای که احتمال صدق و کذب در آن به یک میزان موجود است، یک طرف ثابت شود، طرف دیگر نسبت خود را در ذهن از دست می‌دهد، خواه ثبوت یک طرف با عدم احتمال خلاف در مسأله محقق شود که به ندرت اتفاق می‌افتد یا تحقق آن با عدم اعتناء به احتمال خلاف ضعیف باشد که در صورت اول یقین و در صورت دوم مسمی به اطمینان است؛ و در هر دو صورت طرف دیگر نسبتش از ذهن بریده و منقطع می‌گردد.

بنابراین مستبعد نیست که با توسعه در مفهوم علم چنین ادعا شود که مراد از علم و قطع مأخوذ در موضوع در حالت ترتب حکم بر موضوع معلوم یا مقطوع، آن چیزی است که وثوق و اطمینان را هم در برگیرد. محقق اصفهانی با التفات به همین امر است که خاطر نشان می‌سازد: «... الحکم إن کان مرتباً علی الموضوع المعلوم صح أن يدعی أن المراد من العلم و المعرفة عرفاً ما یعم الوثوق و الاطمینان ...» (الاجتهاد و التقلید/ ۱۴۵)؛ و لذا قیام امارات مقام قطع به نحو مطلق در صورت افاده اطمینان، عاری از محذور ثبوتی است؛ و این امر نه از باب جایگزینی موضوعی به جای موضوع دیگر، بلکه از باب شمول موضوع نسبت به تمام مصادیق زیر مجموعه آن است.

مقام اثبات

بعد از فراغ از بحث امکان ثبوتی قائم مقامی اماره نوبت به بحث از مقام اثبات می‌رسد؛ و این سؤال مطرح می‌شود که آیا ادله حجیت طرق و امارات افزون بر دلالت بر حجیت آن‌ها دلالت بر قیام امارات مقام قطع نیز می‌نمایند؟

قبل از خوض در اصل مطلب ذکر دو مقدمه ضروری می‌نماید:

مقدمه اول: قطع در عین بساطت و عدم ترکیب دارای چند جهت است که عبارت‌اند از:

۱- قطع صفتی قائم به نفس و رافع تحیر و اضطراب است.

۲- قطع کاشف از واقع و طریق به آن و احراز کننده واقع منکشف است^۵ (خویی، دراسات فی علم الأصول، ۵۶/۳؛ شهید صدر، بحوث فی علم الأصول، ۱۷۵/۸). کثیری از اصولیان جهت سومی را نیز برای آن قائل اند:

۳- قطع منشأ عقد قلبی و بنای عملی است؛ یعنی قاطع مطابق قطع خود حرکت کرده و مقطوع را پیگیری می کند (نائینی، فوائد الاصول، ۱۷/۳؛ عراقی، منهاج الاصول، ۴۲/۳؛ اصفهانی، ابوالحسن، وسیله الوصول، ۴۳۷/۱). البته این حرکت بر طبق واقع نیست بلکه بر طبق قطع قاطع است؛ زیرا قطع از واقعیت تخلف پذیر است.

از بین جهات مذکور آنچه اماره قائم مقام آن می شود جهت دوم است. چنانکه در موارد اطمینان آوری اماره می توان نیابت آن را به جهت اول نیز تعمیم داد. و دلیل این تسری افزون بر مطالب پیش گفته، عرف عقلا است که اطمینان نزد آنان به منزله علم است (خوئی، موسوعه، ۲۴۳/۱؛ مکارم شیرازی، العروه الوثقی مع التعليقات، ۳۷۸/۱؛ مرتضوی، الدرر النضید، ۳۷۵/۱)؛ که از آن تعبیر به علم عادی می شود؛ و چون علم وجدانی نزد آنان از قلت تحقق برخوردار است، علم عادی یا اطمینان نیز به لحاظ آنکه مرتبه ای از ادراک است که نفس به آن سکون می یابد، ملحق به علم وجدانی می شود؛ و به دیگر سخن بنای عقلا در معامله با وثوق و اطمینان، معامله علم حقیقی است؛ و چون از این سیره در شریعت ردعی به عمل نیامده است (سبحانی، ضیاء الناظر، ۳۷) حجیت آن متیقن است.

مقدمه دوم: قوام اماره شرعیه مطابق بیان امام خمینی سه امر است:

۱- کشف و طریقت اماره، نظیر کاشفیت خبر ثقه از مفاد خودش به خلاف خبر شخص کاذب که کاشفیتی ندارد.

۲- عنایت در جعل اماره به عنوان حجت همان جنبه کاشفیت آن است و الا در صورت عدم کاشفیت، حجیت مفقود است.

۳- اماره «بنفسها» اماره عقلیه یا عقلاییه نباشد، زیرا در این صورت جعل اماریت شرعاً برای آن لغو و تحصیل حاصل است (انوار الهدایه، ۱۰۵-۱۰۹).

به تعبیر دیگر جعل حجیت برای اماره از سوی شارع مقدس در صورتی وجیه است که اماره مزبور، واجد صلاحیت برای جعل حجیت باشد. و این مهم در گرو ثبوت کاشفیت ذاتی ولو فی الجملة برای اماره

۵. کاشفیت قطع نیز یا به نحو کاشفیت تام است به گونه ای که با وجود آن هیچ احتمال خلافی نیست و یا به نحو اهمال است که در این صورت ظن نیز با آن مشترک است (حسینی شیرازی، بیان الاصول، ۸۷/۱).

۶. برای مطالعه بیشتر ر.ک: بجنوردی، منتهی الاصول، ۳۶۷/۱؛ امامی خوانساری، تسدید القواعد، ۳۲؛ مروجی، تمهید الوسائل، ۵۱/۱؛ حسینی میلانی، تحقیق الاصول، ۸۷/۱.

است که همان به عنوان اساس حجیت واقع شود. افزون بر آنکه شیئی که اراده‌ی جعل اماریت برای آن شده است، لازم است که از منظر عقل یا عقلا نیز فاقد حجیت باشد. چراکه در صورت عقلانی یا عقلایی بودن طریق و اماره، جعل حجیت برای آن از قبیل تحصیل حاصل و ایجاد موجود است که مستتبع لغویت است.

سطح دلالت ادله حجیت امارات

با حفظ این مقدمات به سراغ تعبیر ارباب فن در این خصوص می‌رویم:

محقق خراسانی: ایشان در کفایه می‌فرماید شارع مقدس طریق را قائم مقام قطع طریقی محض قرارداده است؛ و از دلیل حجیت استفاده نمی‌شود که قائم مقام قطع موضوعی مطلقاً باشد. خواه قطع موضوعی به لحاظ صفتی نفسانی در موضوع اخذ شده باشد و خواه به لحاظ طریقت مأخوذ در موضوع باشد.

بنابراین در مقام اثبات مفاد ادله حجیت طرق و امارات این است که شارع اماره را صرفه قائم مقام قطع طریقی محض نموده است؛ و اگر طریق بخواهد جای قطع موضوعی از نوع صفتی آن قرار گیرد، دلیل دیگری بر تنزیل لازم است و از خود دلیل حجیت اماره چنین استفاده‌ای نمی‌شود. چنانکه قائم مقامی در خصوص قطع موضوعی طریقی نیز منتفی است؛ زیرا دلیل حجیت دلالت بر قیام در مقام قطع موضوعی از حیث جنبه‌ی کاشفیت ندارد (۲۶۳ و ۲۶۴).

شیخ انصاری: تعبیر وی نیز در این جهت که یکی از خاصیت‌های قطع طریقی جایگزینی اماره شرعی از آن است، با محقق خراسانی همسان است؛ اما فارق میان دو تعبیر، خصوص قطع موضوعی است که به نحو طریقت در موضوع اخذ شده باشد؛ که برخلاف نظر آخوند خراسانی مرحوم شیخ را نظر بر آن است که اماره جانشین این قسم از قطع نیز می‌شود (فرائد الاصول، ۱/۳۳).

محقق خویی: بعد از هم‌نوا شدن با شیخ و پذیرش قائم مقامی طرق از قطع طریقی محض به همان دلیل حجیتشان و عدم قیام طرق مقام قطع صفتی، به دلیل عدم استفاده از ادله حجیت می‌فرماید: مفاد ادله حجیت طرق که صرفه تنزیل مؤدی به منزله واقع و الغاء احتمال خلاف در مؤادی طرق است، موجب تنزیل آن‌ها به منزله صفات نفسانی نمی‌شود، زیرا تحیر نفسانی بعد از قیام طریق همچنان استمرار داشته و با تعبد زایل نمی‌شود؛ اما نسبت به قطع مأخوذ در موضوع به نحو کاشفیت قائم مقامی در صورتی مطرح است که مبنا در خصوص حجیت، اعتبار طریقت و تتمیم کشف باشد؛ اما اگر مبنا جعل مؤدی باشد، أجنبی از مفاد ادله حجیت خواهد بود؛ زیرا به حسب ظاهر در بین ادله حجیت امارات دلیلی وجود ندارد که دلالت بر جعل مؤدی به منزله واقع کند. بلکه نهایت چیزی که از ادله‌ای مثل قول امام (ع): «العمری و

ابنه حجتان فما أدیا الیک عنی فعنی یؤدیان» (وسائل الشیعه، ۱۳۸/۲۷) و «لا عذر لأحد من موالینا فی التشکیک فیما یؤدیه عنا ثقاتنا» (همان / ۱۵۰)، به مناسبت حکم و موضوع یا قرائن داخلیه و خارجیه استفاده می شود این است که اخبار مشکوک از جانب ثقات، تصدیق و مورد عمل واقع می شود و هیچ نظارتی به این جهت یعنی جعل مؤدی ندارند (دراسات فی علم الأصول، ۵۲/۳-۵۹)؛ اما اگر مبنا منجزیت و معذرت باشد نیز در نظر ایشان به دلیل ملازمه آن با تخصیص حکم عقلی قبح عقاب فاقد بیان که امری محال است، محکوم به عدم صحت است (همان، ۵۶)؛ و در نتیجه مجالی برای طرح این بحث در صورت اختیار این مبنا باقی نخواهد ماند. لذا تنها مبنای تتمیم کشف باقی می ماند که در این صورت نیز اماره قائم مقام قطع طریقی خواه مأخوذ در موضوع باشد یا خیر، می شود؛ و بدین ترتیب آثار واقع بر مؤدی مترتب می شود.

محقق نائینی: نگرش ایشان نیز بسان شیخ انصاری به قائم مقامی امارات مقام قطع طریقی به نحو مطلق است؛ و از آنجا که مبنای مختار ایشان در خصوص مجعول در باب امارات، نفس کاشفیت و محرزیت است؛ معتقد است واقع نزد کسی که اماره بر او قائم شده است، محرز است. کما اینکه در صورت علم امر چنین است؛ و چون مفروض این است که اثر بر واقع محرز مترتب می شود و ترتب اثر بر واقع محرز، لازمه أخذ علم در موضوع از حیث کاشفیت است و با دلیل حجیت امارات واقع محرز می باشد؛ بنابراین قائم مقامی در اینجا بدون احتیاج به هیچ دلیل دیگری ثابت و محقق است (فوائد الاصول، ۲۱/۳). از منظر ایشان در قطع موضوعی کشفی دو عنوان موجود است. یکی واقع و دیگری احراز واقع و علم به واقع؛ و کسی که قطع موضوعی کشفی برای او حاصل شده، واقع برای او محرز و معلوم است؛ زیرا وقتی می گوئیم دلیل امارات از باب کاشفیت اماره را معتبر می کند، بدان معنا است که با اماره واقع محرز می شود؛ و آنچه در قطع موضوعی کشفی لازم است احراز واقع است که با اماره محقق شده است؛ و همین دلیل بر این است که اماره جانشین قطع موضوعی کشفی می شود. البته نحوه ی احراز واقع در قطع موضوعی کشفی با نحوه ی احراز اماره متفاوت است. چرا که در اولی احراز، وجدانی است اما احراز واقع در اماره، تعبدی است.

البته اشکالی که اینجا مجال طرح آن وجود دارد، این است که چگونه احراز وجدانی جایگزین احراز تعبدی می شود؟ اشکالی که از نظر این اصولی محقق دور نمانده و با طرح حکومت چنین پاسخ می دهد که: ملاک جایگزینی احراز تعبدی از احراز وجدانی، حکومت ظاهری امارات بر واقع است (همان، ۲۵). توضیح آنکه چنانکه گذشت به باور این اصولی در قطع موضوعی کشفی دو جزء وجود دارد، یکی واقع که قطع کشف از آن می کند و آن دیگری احراز است؛ و ادله ی حجیت امارات- بدون هیچ تصرفی در واقع

توسیع و تضییق- در احراز واقع توسعه ایجاد می کنند و موجب تعمیم احراز از وجدان به تعبد می شوند. بنابراین نه تنها امارات به واسطه دلیل حجیتشان قائم مقام قطع مأخوذ در موضوع به نحو طریقت می شوند، بلکه قائم مقامی آن ها از لوازم حجیت امارات و حکومت آن ها بر احکام واقعی به نحو حکومت ظاهری است؛ اما قائم مقامی در خصوص قطع طریقی محض نیز به طریق اولی محقق است. چون در این صورت واقع مطلق است و مقید به قیدی نشده است و فرض این است که امارات مثبت واقع اند؛ بنابراین هیچ مانعی از نیابت آن ها وجود ندارد؛ اما در خصوص قطع مأخوذ بر وجه وصفیت نیز به دلیل اجنبی بودن مفاد حجیت طرق از افاده چنین مطلبی، قائم مقامی پذیرفته نیست.

امام خمینی: ایشان چنانکه اشاره شد قوام امارات شرعیه را در سه چیز می داند که جهت سوم نفی عقلی با عقلایی بودن اماره از ذات اماره است؛ زیرا در غیر این صورت جعل حجیت برای آن ها از قبیل تحصیل حاصل و لغو است (انوار الهدایه، ۱/ ۱۰۵)؛ بنابراین بحث از مقام اثبات و اینکه مستفاد از ادله حجیت امارات چیست، فرع بر این است که حجیت امارات، عقلایی نباشد. چون در غیر این صورت جعل حجیت از سوی شارع برای آن ها فاقد معنای محصل است. چنانکه در مورد قطع که اماره عقلیه است، امر چنان است و شارع نفی و اثبات نمی تواند در حجیت آن تصرف کند.

تحفظ بر نگره فوق است که این محقق را بر آن می دارد که اصل بحث تنزیل را زیر سؤال برده و چنین اظهار نماید که امارات متدوال در لسان محققان، همگی امارات عقلایی هستند؛ که اندیشمندان در معاملات و سیاسات و تمام امور معاش خود به آن ها عمل می نمایند به حیثی که نهی شارع از عمل به آن ها اختلال نظام اجتماع انسانی را به همراه خواهد داشت؛ بنابراین جعل حجیت برای آن ها فاقد اساس است. بلکه عقلا بدون هیچ حالت منتظره ای نسبت به جعل و تنفیذ از سوی شارع به این طرق عمل می کنند. لذا دلیلی بر حجیت آن ها جز بنای عقلا نیست؛ و شارع نیز که سرآمد عقلا است، عمل به همین امارات نموده است؛ و از بعضی از روایاتی که در خصوص حجیت خبر ثقه و قاعده ید وارد شده است، ظاهر می شود که عمل به آنها به اعتبار اماره عقلاییه است، نه اماره شرعیه؛ و هیچ یک از ادله حجیت طرق حتی ظهور ضعیفی در این ندارند که شارع اراده ی تنزیل آن ها به جای قطع، ولو قطع طریقی محض نموده باشد (همان، ۱۰۶).

نقطه عزیمت در این تعبیر بر تمرکز بر بنای عقلا در عمل به امارات استوار گشته است؛ یعنی ترتیب اثر دادن به طرق بدون آنکه تنزیلی در کار باشد. لذا به باور ایشان تنزیل مؤدی به منزله واقع، تنزیل ظن به منزله قطع، اعطاء جهت کاشفیت یا تتمیم کشف همگی خطابات بدون پایه و اساس است. تعبیر «معانی الاختراعیه و التخیلیه» (همان) مشیر به همین مطلب است که در نظر عقلا چنین تعبیری جایگاهی ندارند؛

بنابراین تعلق عمل عقلا به امارات هنگام فقدان قطع بدون هیچ عنایتی به جعل و تنزیل بلکه از باب استقلال است.

جمع‌بندی نظرات و ارائه نظریه مختار

نگره امکان جایگزینی اماره به جای قطع به لحاظ جنبه ثبوت و اثبات، بر اساس دلیل حجیت آن قابل تعقیب است. با این توضیح که دلیل حجیت اماره از دوحال خارج نیست. یا لفظی است و یا لبی. در صورت لفظی بودن و به عبارتی حجت شرعی بودن اماره، به واسطه همان دلیل حجیت، طریق قائم مقام قطع طریقی مطلقه واقع می‌شود و تمام آثار عقلی و شرعی قطع بدون تحقق هیچ محذوری بر اماره نیز مترتب می‌شود؛ زیرا در هنگام تنزیل وجه خاصی برای تنزیل بیان نشده است که تنزیل در آن وجه منحصر شود، بلکه همه آثار منزل بر منزل علیه جاری می‌شود.

اما اگر حجیت اماره عقلایی باشد که نظریه مختار نیز همین است، در این صورت نیز اثر قطع طریقی بر اماره - بدون استفاده اطلاق از سیره به دلیل لبی بودن - مترتب می‌شود. لکن ترتب آثار نه از حیث قائم مقامی از قطع، بلکه از این باب است که در عرض قطع قرار دارد. در نتیجه تمام آثار عقلی و شرعی قطع بر اماره هم که برخورد از حجیت عقلایی و واجد کاشفیت است، مترتب می‌شود.

این در حالی است که در خصوص قطع طریقی محض می‌توان موضوع تنزیل را سالبه به انتفاع موضوع دانست. با این بیان که گرچه در عالم ثبوت هیچ مانعی از آن نیست که شارع با همان دلیل حجیت اماره، آن را به جای قطع در حجیت و طریقت قرار دهد؛ اما به لحاظ اثبات در خصوص قطع طریقی محض نه نایب مطرح است و نه منوب عنه. بلکه شارع حکم را بر واقع نهاده است. وصول به این واقع مستدعی طریق است که گاه این طریق بر قطع تطبیق می‌شود و گاه بر اماره؛ اما در خصوص قطع موضوعی نیز بر خلاف ادعای مرحوم آخوند که معتقد به مشکل ثبوتی جمع بین دو لحاظ است، این امر ثبوتاً ممکن است. لکن به لحاظ اثبات، دلیل حجیت اماره مطابق تصریح امام خمینی منحصر به سیره عقلاییه است؛ زیرا در صورت شرعی بودن باید عمل بر طبق اماره اختصاص به پیروان ادیان داشته باشد. در حالیکه همه اندیشمندان عالم و بلکه عموم مردم به مؤدای اماره ترتیب اثر می‌دهند و این نشان از حجیت عقلاییه اماره دارد؛ و این بنای عقلایی بر عمل به اماره به لحاظ جنبه کاشفیت ذاتی آن است. مثلاً بنای عقلا بر آن است که بر اخبار ثقه، ترتیب اثر داده و همچون واقع معلوم با آن رفتار کنند. بنایی که نه قراردادی است و نه تعبد محض. بلکه به لحاظ همان جنبه کاشفیت است که این خاصیت را به طریق می‌بخشد. شارع هم که خود سرآمد عقلا است به لحاظ مصلحت موجود در بنای عملی عقلا، نه تنها آن‌ها را تخطئه ننموده، بلکه خود

نیز به همین شیوه ملتزم گشته و آن را تنفیذ نموده است؛ بنابراین آیات و روایات موجود در باب حجیت خبر واحد و امارات دیگر متداول بر لسان محققان، ارشادی به شمار می‌آید.

باورمندی به حجت عقلایی بودن اماره به لحاظ جنبه کاشفیت آن، متعقب به ترتب تمام آثار عقلی و شرعی قطع بر اماره می‌شود بدون آنکه مسأله نیابت مطرح باشد. لکن چون کاشفیت ذاتی اماره ناقص است محتاج به حجیت از سوی شارع است؛ و آنچه در مقام مورد اهتمام است آن است که ضمن تدقیق در بنای شارع مشخص گردد که کدام اماره را حجت قرار داده و کدام را فاقد حجت گردانیده است. این در صورتی است که تمرکز بحث بر دلیل حجیت اماره باشد. چنانکه اقوال مورد اشاره همگی ناظر به همین مطلب هستند؛ بنابراین بحث از تنزیل مؤدی و جعل منجزیت و معذرت و تتمیم کشف و یا حتی سخن از ملغی بودن جایگاه بحث تنزیل و نگره سالبه به انتفاء موضوع در صورت عقلایی بودن حجیت امارات، همگی با نظارت به دلیل حجیت اماره قابل مطرح است؛ اما از آن طرف اگر محور بحث را لسان دلیلی نهیم که قطع در موضوع آن اخذ شده باشد، مثلاً اگر لسان دلیل چنین باشد: «اذا قطعت بحدوث ضرر فی الصوم یحرم علیک الصوم»، در این صورت باید ملاحظه گردد که اخذ قطع در موضوع «بما أنه کاشف تام» است، یا «بما أنه احد الکواشف» یا «بما أنه حجه»؟ که در این صورت بحث جایگزینی به لحاظ جنبه مزبور نه تنها لغو نبوده، بلکه ذو ثمر است؛ یعنی اگر از خبر ثقة اطمینان به ضرر حاصل شود، در صورت اعتقاد به نیابت چنین اماره‌ای ملحق به قطع می‌شود به گونه‌ای که تکلیف «صوم» در حق مکلف حرام انگاشته می‌شود.

این در صورتی است که قطع مأخوذ در موضوع به عنوان یکی از کواشف یا به عنوان حجت مطرح باشد، در این صورت خبر ثقة که یکی از کواشف و حجت است، می‌تواند به جای قطع موضوعی قرار گیرد؛ اما اگر قطع به عنوان کاشف تام در موضوع اخذ شود، از آنجا که چنین کاشفیتی به نحوی که آمیخته با شک نباشد، از خواص قطع است، در این صورت خبر ثقة جانشین قطع نخواهد شد و حرمت صوم را در حق مکلف ثابت نخواهد کرد؛ اما چنانکه گذشت قطع مزبور - که از آن تعبیر به علم وجدانی نیز می‌شود - نادر الوقوع است. همین قلت تحقق علم وجدانی نزد عقلا منجر به الحاق ظن اطمینانی به علم وجدانی شده است که از آن تعبیر به علم عادی به دلیل تداول آن بین عقلا می‌شود. لذا علم عادی نیز نزد عقلا حجت است. شارع هم این حجت عقلایی را ردع ننموده بلکه آن‌ها را بر همین مشی عملی ابقاء نموده است. چرا که در غیر این صورت محذور انسداد باب احکام به خاطر عدم تحقق علم وجدانی برای غالب مردم را در پی خواهد داشت؛ به عبارت دیگر بنای شارع بر آن است که احکام شرعی را همانگونه که در بین مردم متداول است، بیان کند؛ و لذا شریعت، ملاک اطاعت و عصیان را همان قرار داده است که در بین

مردم به عنوان ملاک اطاعت و عصیان شناخته شده است. بنای مردم نیز از سلف تا خلف در تمامی مسائل بر آن استوار گشته است که به علم عادی خود عمل کنند. شارع نیز همین شیوه را برگزیده و عمل نموده است؛ و این مساوق با تنفیذ و تجویز چنین سیره عقلایی است.

امعان نظر به همین سیره مورد تجویز شارع است که مرحوم نراقی می‌فرماید: «الحججه لنا هو العلم العادی أى ما علم اعتباره فی عاده الناس» (عوائد الأيام، ۴۵۶). چنانکه رویه فقیهان در بسیاری از موارد جهت اثبات موضوع یا حکمی با استناد به حجیت ظن اطمینانی یا همان علم عادی است (خویی، موسوعه الامام الخوئی، ۱/ ۲۴۳؛ آملی، مصباح الهمدی فی شرح العروه الوثقی، ۷/ ۱۴۶؛ روحانی، المرتقی، ۲/ ۱۵۳)^۷. چنانکه در خصوص پشتوانه حجیت علم عادی، ادعای رجوع بنای عقلا به حکم عقل نیز شده است (منتظری، نظام الحکم فی الإسلام، ۲۴۴)؛ یعنی علم عادی به لحاظ آنکه نفس با تحقق آن سکون می‌یابد، نزد عقل حجت است.

بنابراین عقلا در نظام فکری خویش برآنند که هر فردی در عمل خویش بر ادراکی تکیه کند که در ضمیرش حاصل می‌شود ولو با علم اجمالی بدست آمده باشد و چنین نیست که عاقلان به علم تفصیلی که هیچ احتمال خلاقی در آن نباشد، پایبند باشند؛ بلکه به علم عادی که احتمال خلاف در آن ضعیف است نیز اکتفا می‌کنند و احتمال خلاف در آن را واقعی نمی‌نهند؛ و این سندی است بر اینکه با اماره‌ای که مفید اطمینان است، معامله قطع شود؛ و همین مصحح ادعای جایگزینی اماره از قطع صفتی نیز خواهد بود؛ زیرا مراد از قطعی که صفتی از صفات نفسانی است، همان اطمینانی است که در حالت اقامه اماره معتبر نیز در نفس رسوخ می‌یابد که همین حالت سکون و وثوق موجب آن می‌شود، صاحب ظن معتبرخود را ظنن ندانسته بلکه اظهار قطع و اطمینان کند. تصور و تصدیق این امر - چنانکه گذشت - باتوجه به شمولیت مفهوم قطع نسبت به اطمینانی که موجب سکون نفس است، میسر خواهد بود. زیرا ملاک اتصاف نفس به قطع، ثبوت حالت ادراکی در نفس به گونه‌ای است که با فقدان احتمال خلاف مقرون باشد، خواه به نحو عدم احتمال خلاف باشد، یا عدم اعتناء و الغاء آن که تنها در حالت علم عادی محقق می‌شود. خصوص آنکه قطع مورد بحث در قلمرو فقه و احکام آن مطرح است که تعلق قطع و یقین به معنای فلسفی آن از قلت تحقق برخوردار است. لذا اختصاص قطع به مصادیق کمیاب و خارج کردن علم عادی و اطمینان از تحت آن موجب اختصاص بحث به موارد بسیار نادری می‌شود که برای غالب افراد محقق نیست که بحث لغویت را نیز به دنبال خواهد داشت. غایت آنکه آنچه در مبحث قطع مورد اهتمام است

۷. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: مرتضوی، الدر النضید، ۱/ ۳۷۵؛ سبحانی، الحج فی الشریعة الإسلامية، ۴/ ۱۸۳؛ همو، ضیاء الناظر، ۳۷؛ مکرم شیرازی، العروة الوثقی مع التعليقات، ۱/ ۳۷۸؛ فاضل موحدی، تفصیل الشریعة - احکام التخلی، ۲۲۲؛ طباطبایی، مبانی منهاج الصالحین، ۵/ ۸۸؛ ترجینی عاملی، الزبدة الفقهية، ۳/ ۱۵۹.

حالت سکون و اطمینانی است که در مورد اقامه ظن معتبر نیز عارض بر نفس می شود و موجب آن می شود که اماره با قطع تعویض شود و امکان جایگزینی آن را فراهم آورد.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *درر الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد*، تهران، مؤسسة الطبع و النشر، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- آملی، محمدتقی، *مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی*، تهران، مؤلف، ۱۳۸۰.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- اصفهانى، ابوالحسن، *وسيلة الوصول الى حقائق الأصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.
- اصفهانى، محمدحسین، *الاجتهاد والتقليد (بحوث فی الأصول)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- _____، *نهاية الدراية فی شرح الكفاية*، قم، سيد الشهداء، ۱۳۷۴.
- امامی خوانساری، محمد، *تسديد القواعد فی حاشية الفرائد*، تهران، شیخ محمد قوانینی، ۱۳۵۲.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ ق.
- ایروانی، علی، *نهاية النهاية فی شرح الكفاية*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۰.
- بجنوردی، حسن، *منتهی الأصول*، تهران، مؤسسه العروج، ۱۳۸۰.
- بهجت، محمدتقی، *مباحث الأصول*، قم، شفق، ۱۳۸۸.
- ترحینی عاملی، محمدحسین، *الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية*، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
- حائری یزدی، عبدالکریم، *درر الفوائد*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی شیرازی، صادق، *بیان الأصول*، قم، دار الانتصار، ۱۴۲۷ ق.
- حسینی میلانی، علی، *تحقیق الأصول*، قم، الحقائق، ۱۴۲۸ ق.
- خمینی، امام روح الله، *انوار الهدایة فی التعليقة علی الكفاية*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار، ۱۴۱۵ ق.
- _____، *جواهر الأصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶.
- خوئی، ابوالقاسم، *اجود التقريرات*، قم، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲.
- _____، *دراسات فی علم الأصول*، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- _____، *مصباح الأصول*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
- روحانی، محمد، *المرتقی الی فقه الأرقی - کتاب الزکاه*، تهران، مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیه، ۱۴۱۸ ق.

- _____، **زبدہ الأصول**، تهران، حدیث دل، ۱۳۸۲.
- _____، **منتقى الأصول**، قم، دفتر آیت الله سید محمدحسین روحانی، ۱۴۱۳ ق.
- سبحانی، جعفر، **الحج فی الشریعہ الاسلامیہ الغراء**، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۴ ق.
- _____، **المحصل فی علم الأصول**، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- _____، **ضیاء الناظر فی احکام صلاۃ المسافر**، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ ق.
- صدر، محمدباقر، **بحوث فی علم الأصول**، بیروت، الدار الاسلامیہ، ۱۴۱۷ ق.
- _____، **دروس فی علم الأصول**، الحلقة الثالثه، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- طباطبایی قمی، تقی، **مبانی منهاج الصالحین**، قم، منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
- عراقی، ضیاء الدین، **منهاج الأصول**، بیروت، دار البلاغہ، ۱۴۱۱ ق.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعہ فی شرح تحریر الوسیلہ - احکام التخلی**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- _____، **دراسات فی الأصول**، قم، مرکز فقه الأئمة الأطهار (ع)، ۱۴۳۰ ق.
- قرشی، علی اکبر، **قاموس قرآن**، تهران، دار الکتب الإسلامیہ، ۱۴۱۲ ق.
- کمره‌ای، محمدباقر، **اصول الفوائد الغرویة فی مسائل علم اصول الفقه الاسلامی**، تهران، مطبعه فردوسی، بی تا.
- محقق داماد، محمد، **المحاضرات**، اصفهان، مبارک، ۱۳۸۲.
- مرتضوی لنگرودی، محمدحسین، **الدرر النضید فی الاجتهاد و الاحتیاط و التقليد**، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۲ ق.
- مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، **فرهنگ نامه اصول فقه**، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- مروجی، علی، **تمهید الوسائل فی شرح الرسائل**، قم، مکتب النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- مصطفوی، حسن، **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**، تهران، مرکز الکتب للترجمه و النشر، ۱۴۰۲ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الأصول**، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ ق.
- ملکی اصفهانی، مجتبی، **فرهنگ اصطلاحات اصول**، قم، عالمه، ۱۳۷۹.
- منتظری، حسینعلی، **نظام الحکم فی الإسلام**، قم، نشر سرایی، ۱۴۱۷ ق.
- موسوی بجنوردی، محمد، **علم اصول**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
- نائینی، محمدحسین، **فوائد الأصول**، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶.
- نجم آبادی، ابوالفضل، **الأصول**، قم، مؤسسه آیه الله العظمی البروجردی، ۱۳۸۰.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، **عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، **العروة الوثقی مع التعليقات**، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ ق.

فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۶
پاییز ۱۳۹۵، ۸۹-۶۹

وظایف و حقوق متقابل مالک و ضامن پس از پرداخت بدل حیلوله*

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی

دانشیار دانشگاه یاسوج

Email: alishahi@yu.ac.ir

معصومه حمیدی

دانش آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه یاسوج

Email: mojtaba@writeme.com

دکتر ابوالحسن بختیاری

استادیار گروه معارف دانشگاه یاسوج

Email: bakhteyari@yu.ac.ir

چکیده

بدل حیلوله، غرامتی است که پس از متعذر شدن عین مضمونه به مالک آن پرداخت می‌شود. قانون مدنی ایران، به پیروی از رأی مشهور فقیهان، اصل پرداخت این غرامت را پذیرفته اما در خصوص حقوق و تکالیف مالک و ضامن پس از پرداخت بدل ساکت است؛ لذا وظیفه دادرس درباره این احکام، رجوع به فتاوی معتبر خواهد بود. در نوشتار حاضر تلاش شده است که حقوق و تکالیف ضامن و مالک، از دیدگاه فقهی - حقوقی مورد ارزیابی قرار گیرند. از بررسی احکام بدل حیلوله به دست می‌آید که پرداخت بدل موجب ازاله حق مالک در مطالبه عین مضمونه نخواهد بود و با بر طرف شدن تعذر، وی حق الزام ضامن به اعاده مبدل را خواهد داشت؛ از سوی دیگر، پس از دریافت بدل، مالک عین متعذر، می‌تواند هر گونه تصرفی را در آن انجام دهد و در مقابل، حق درخواست جبران منافع مال متعذر را ندارد. در صورتی که بدل حیلوله، توسط دریافت کننده آن به دیگری منتقل شود، پس از اعاده عین اصلی، پرداخت کننده بدل، مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود و در معاوضه بدل و مبدل - بر خلاف نظر مشهور - حق حبس متعلق به ضامن است.

کلیدواژه‌ها: بدل حیلوله، تعذر عین، منافع بدل و مبدل، حق حبس.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۹/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۶/۰۹.

مقدمه

فقه‌های امامیه، غاصب را ضامن بازگرداندن مال مغضوبه و جبران منافع مربوط به دوران غصب دانسته‌اند. در صورت عدم امکان بازگرداندن عین مغضوبه، رأی مشهور بر آنست که وی موظف به پرداخت مثل یا قیمت آن خواهد بود (نک: علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۲۳۰؛ شهید اول، ۲/۴۰۵؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۲/۲۰۰؛ صاحب جواهر، ۱۳۰/۳۷). مثل یا قیمت پرداختی از جانب ضامن «بدل حیلولة» نام دارد و در قانون مدنی ایران نیز در ماده ۳۱۱ به آن اشاره شده است.^۱ بدل در لغت به معنای قائم مقام شدن شئی از شئی دیگر است (ابن فارس، ۱/۲۱۰). حیلولة نیز از ماده «حول» به معنای فاصله انداختن و جلوگیری از اتصال می‌باشد (فیومی، ۱۵۷/۲). بدل حیلولة، نوعی تاوان و غرامت است که از طرف ضامن به دلیل فاصله انداختن میان مالک و اموالش به وی داده می‌شود (عراقی، ۲۲۰؛ سبزواری، ۳۳۰/۲۱). در اموال قیمی، این بدل به صورت پرداخت قیمت و در اموال مثلی به صورت اعطای مثل خواهد بود^۲ (جمعی از پژوهشگران، ۷۹/۲). اصطلاح «تعذر عین» و اصطلاحاتی شبیه به آن اشاره به وضعیتی دارد که در آن حکم به پرداخت بدل حیلولة می‌شود^۳ (علامه حلی، إرشاد الأذهان، ۱/۴۴۶؛ انصاری، المکاسب المحشی، ۳۰۳/۷)؛ تعریف تعذر عین بدین شرح است: «هرگاه مال مضمونه، ذاتاً ممکن‌الاداء بوده اما به سبب مانعی خارجی، فعلاً ادای آن غیر ممکن باشد» (خوانساری، الحاشیه الثانیه، ۱۸۳).

برای اثبات چنین ضمانتی به ادله فراوانی نظیر قاعده ضمان ید، قاعده تسلیط، قاعده لاضرر، قاعده بنای عقلاً و... استناد شده و بر اساس آن‌ها، ماهیت بدل حیلولة به عنوان نوعی خسارت ناشی از عدم انجام تعهد یا جبران‌کننده موقتی استیلائی از دست رفته مالک بر مال مضمونه، دانسته شده است (انصاری، المکاسب، ۲۵۷/۳؛ حائری، ۴۸۷/۲؛ کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۵۴/۲). همچنین بنا بر نظر اکثر قریب به اتفاق فقها بدل حیلولة به نحو متزلزل به ملکیت دریافت‌کننده آن در خواهد آمد وی

۱. ماده ۳۱۱- غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت آنرا بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد، باید بدل آن را بدهد.

۲. ممکن است تصور شود که بدل نمی‌تواند همان مثل یا قیمت باشد چراکه در ماده مورد بحث پرداخت بدل به عنوان حکمی مستقل از پرداخت مثل و قیمت بیان شده است؛ اما با توجه به مبانی فقهی این ماده (نک: صاحب‌جواهر، ۱۲۹/۳۷) باید از ظاهر آن دست کشید؛ بدل همان مثل یا قیمتی است که در حالت تعذر عین پرداخت می‌شود اما به دلیل احکام ویژه‌ای که دارد در عرض مثل یا قیمت بیان شده است (نک: کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۵۲/۲؛ حائری‌شاهباغ، ۲۹۳/۱؛ مسجدسرای، ۱۴۶).

۳. «و کل موضع یتعذر رد العین...» و «إذا تعذر تسليم المغضوب...» و «و رد المثل إلى المالك بعد تعذر العین المضمونة...». نک: (محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۹۰/۳؛ شهید اول، ۱۱۲/۳؛ کاشف الغطاء، ۱۲۴).

۴. برای دیدن مباحث مفصل پیرامون قواعد یاد شده نک: (بجنوردی، ۲۰۹/۱ و ۲۴۲؛ همان، ۵۴/۴؛ مکارم شیرازی، ۲۸/۱ و ۹۰؛ همان، ۱۷/۲ و ۲۲۹).

اجازه همه‌گونه تصرفی را در آن- تا زمان اعاده مال اصلی- خواهد داشت. همچنان‌که مالکیت وی بر مال متعذر الوصول نیز کماکان باقی می‌ماند^۱ (صاحب جواهر، ۱۳۳/۳۷). بسیاری از حقوق‌دانان نیز به همین نظر گراییده‌اند (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۵۵/۲؛ همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۲۶۶؛ امامی، ۳۷۶/۱؛ جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، ۸۲۴/۲؛ تاجمیری، ۱۱۷). بر این اساس، هرگاه عین مغضوبه در اختیار مالک آن قرار گیرد، مالکیت وی بر بدل حیلوله نیز خاتمه خواهد یافت و وی موظف به بازگرداندن آن بدل به ضامن دانسته می‌شود (بحر العلوم، ۳۷۲/۲؛ بلاغی، ۶۴؛ نائینی، الرسائل الفقہیہ، ۵۳۸). در ادامه به صورت تفصیلی به این حقوق و وظایف متقابل پرداخته خواهد شد. نخست مسئله وجوب رد عین پس از پرداخت بدل و رفع تعذر مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ سپس به پرسش مربوط به ضمان یا عدم ضمان منافع مال متعذر پس از دریافت بدل پرداخته می‌شود؛ و سرانجام به تحقیق پیرامون تصرفات واقع بر بدل و مبدل و دارنده حق حبس در معاوضه بدل و مال اصلی پرداخته خواهد شد. اهمیت پرداختن به مسائل مذکور از آن جهت است که در قانون مدنی نسبت به آن‌ها تصریحی صورت نگرفته و کلام فقها و حقوق‌دانان نیز در این موارد مختلف بوده و نیاز به تحقیق و بررسی دارد. روش تحقیق در این نوشتار به صورت کتابخانه‌ای است؛ ابتدا اطلاعات و داده‌های مورد نیاز از کتاب‌های معتبر فقهی و حقوقی استخراج و به صورت فیش تحقیق بازنویسی شده‌اند. برای داوری میان نظریات مختلف و تعیین صحت و سقم آن‌ها، مبانی هر یک از این نظرات مشخص شده و سپس این مبانی و ادله آن‌ها با توجه به قواعد علم فقه و اصول مورد ارزیابی قرار گرفته‌اند.

وجوب رد عین

پرسش اولی که در ضمن بحث از حقوق و وظایف ضامن و مالک عین متعذر مطرح می‌شود این است که اگر غاصب به سبب زوال تعذر عین، متمکن از رد مال به مالک گردید، آیا اقدام به بازگرداندن آن مال بر او واجب است یا خیر؟ به بیان دیگر آیا رد بدل به مالک، باعث برائت ذمه غاصب برای همیشه می‌شود یا این برائت موقتی بوده و با به وجود آمدن شرایط رد عین به مالک، حکم به وجوب دستیابی و رد مال متعذر خواهد شد؟ این مساله نیز مانند دیگر مسائل مربوط به بدل حیلوله، اختلافی است و دیدگاه‌های گوناگونی از سوی فقها در این رابطه مطرح شده است. برخی با دستیابی مجدد ضامن به عین و پایان زمان تعذر،

۱. برای اطلاع بیشتر نک: (طوسی، ۴۱۲/۳؛ ابن ادریس، ۴۸۶/۲؛ کوه‌کمری، ۲۱۵/۱۴۰۹؛ قمشه‌ای، ۲۶۴/۲؛ بلاغی، ۶۵؛ تبریزی، ارشاد الطالب، ۲۰۶/۲؛ یزدی، ۱۱۱/۱؛ اردبیلی، ۵۳۸/۱۰).

۲. از گفته برخی نیز ادامه مالکیت مالک بدل بر آن و اباحه تصرف برای دریافت‌کننده آن برمی‌آید (نک: ره‌پیک، ۵۲/۱-۵۳).

حکم به وجوب رد عین به مالک و اشتغال دوباره ذمه غاصب نموده و برخی دیگر آن را انکار کرده‌اند. در ادامه به ادله مورد استناد این دو گروه اشاره خواهد شد.

دلایل قائلان به وجوب رد عین مغضوبه

بسیاری از فقیهان، پرداخت بدل حیلولة را موجب فراغت ذمه ضامن از وجوب رد مبدل پس از رفع تعذر نمی‌دانند؛ زیرا دلیلی برای این برائت وجود ندارد از این رو بر وجوب رد عین متعذر در چنین حالتی پافشاری شده است (صیمری، ۹۳/۴؛ اردبیلی، ۵۳۹/۱۰؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۵۳۵/۴؛ همو، إرشاد الأذهان، ۴۴۶/۱). البته در این صورت بدل به عنوان معاوضه دریافت نشده است (قمی، ۲۶۰/۲). در ادامه به مهم‌ترین دلایل نظر یاد شده اشاره می‌شود.

روایت علی الید: طبق روایت «علی الید»، غایت و انقضای ضمان مشروط به وقوع تأدیه مال مضمونه به مالک آن می‌باشد و تا زمان برنگشتن آن این ضمان همچنان باقی است؛ حتی اگر مدتی به واسطه تعذر، رد عین ممکن نباشد. (نایینی، منیة الطالب، ۱/ ۱۶۱؛ آخوند خراسانی، ۴۵). از این رو، رد عین بعد از رفع تعذر، واجب فوری خواهد بود؛ هر چند این رد، دارای مخارجی برای ضامن باشد (انصاری، المکاسب، ۲۶۷/۳). اگر گفته شود که پرداخت بدل، در حکم تأدیه است، می‌توان گفت که واژه تأدیه در روایت یاد شده، ظهور در ادای خود مال دارد و نه بدل آن. در صورت تردید نیز اصل بر عدم صدق عنوان تأدیه بر پرداخت بدل است.

استصحاب حکم وجوب: دلیل دوم قائلان به وجوب رد عین، استصحاب حکم وجوب تأدیه‌ای است که قبل از تعذر بر عهده ضامن بوده است. نهایت آنکه این تکلیف به واسطه خارج شدن عین از دسترس و عدم امکان رد آن به مالک ساقط شده اما بعد از رفع تعذر، وجوب نیز به حالت قبل باز می‌گردد. (نایینی، ۳۸۶/۱)؛ یعنی پس از رفع تعذر، ضامن عذری در مخالفت با وجوب رد بدل نخواهد داشت (خمینی، البیع، ۶۵۰/۱)؛ هر چند عده‌ای پرداخت غرامت از سوی ضامن را برای کننده ذمه او نسبت به عین و منافع آن می‌دانند و با از بین رفتن موضوع (اشتغال ذمه)، استصحاب امکان ندارد (انصاری؛ المکاسب، ۲۶۷/۳).

سیره عقلا: دلیل سوم قائلین به وجوب رد عین، سیره عقلایی و عرفی مردم است؛ بدین بیان که در دید مردم، پرداخت بدل تنها برای جبران استیلاي مالک بر مال متعذر است و این امر مانع از حق درخواست بازگردانده شدن عین- پس از رفع تعذر- نیست (خمینی، ۳۴۳/۲).

دلایل قائلان به عدم وجوب رد عین مغضوبه

برخی از فقها، ذمه ضامن را پس از رد بدل به مالک، بری دانسته و در صورت رفع تعذر، بازگرداندن مال به مالک را واجب نمی‌دانند. در ادامه به دلایل این دسته و نقد نظرات آن‌ها پرداخته می‌شود.

وقوع معاوضه قهری: دلیل برخی از فقیهان برای عدم وجوب بازگرداندن عین، آنست که بعد از پرداخت غرامت بین بدل و مبدل، معاوضه قهریه شرعیه رخ می‌دهد و بدل به ملکیت مالک عین و مبدل نیز در مقابل به ملکیت ضامن درخواهد آمد؛ لذا تکلیفی مبنی بر بازگرداندن عین اصلی متوجه غاصب نخواهد بود (خویی، مصباح الفقاهه، ۲۲۱/۳).

در اشکال به این سخن می‌توان گفت: نه تنها دلیلی قطعی بر وقوع معاوضه بین بدل و مبدل وارد نشده، بلکه حتی با پذیرفتن انجام این معاوضه قهریه، باز هم می‌توان به وجوب رد فوری عین به مالک قائل شد؛ زیرا بقای این معاوضه، بر عنوان تعذر مترتب است. پس با از بین رفتن تعذر، معاوضه مذکور نیز از بین خواهد رفت. (نائینی، منیة الطالب، ۱/۱۶۰)؛ در نتیجه، فقط یک مالکیت موقت برای ضامن و مالک نسبت به بدل و مبدل در پی دارد که با فراهم شدن شرایط رد عین، این مالکیت نیز منتفی می‌گردد (خوانساری، الحاشیه الثانیه، ۱۹۰؛ یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۱۰/۱).

برخی از شارحان قانون مدنی اگر چه مال مغضوب و بدل را از آن مالک عین متعذر دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۸۲۴/۲) اما از برخی عبارات آنان عدم مالکیت دریافت‌کننده بدل نسبت به آن و تنها جواز تصرف به نحو متزلزل فهمیده می‌شود (همو، الفارق، ۲۸/۲) و گاه تصریح به وقوع معاوضه قهری میان بدل و مال مغضوب داشته‌اند (همو، محشی قانون مدنی، ۲۵۰). البته در شرح این نظر گفته شده است که هر گاه بدل در دست دریافت‌کننده آن تلف شود، تعهد غاصب به رد عین از بین خواهد رفت (همان). بر این اساس، هر گاه بدل در دست دریافت‌کننده بدل آن را مورد معامله قرار دهد، معامله یاد شده متزلزل بوده و حق درخواست اعاده عین اصلی همچنان باقی می‌ماند؛ اما در صورتی که بدل تلف شود، حق مذکور نیز منعدم خواهد شد (امین، ۲۵) عده‌ای دیگر از میان رفتن حق مذکور را منوط به عدم توانایی دریافت‌کننده بدل در تهیه کردن مثل آن دانسته‌اند (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۵۶/۲). نظر اخیر صحیح‌تر به نظر می‌رسد؛ چرا که اگر تصرفات دریافت‌کننده بدل به نحو متزلزل باشد موجب می‌شود که میل به مورد معامله قرار گرفتن آن کم شده و چنین چیزی به ضرر دارنده بدل و منافعی با جبران زیان‌های وارده بر اوست؛ همچنین تصرفاتی که بدل را در حکم تلف قرار می‌دهند (استفاده از مصالح ساختمانی

۱. برخی شارحان قانون مدنی تنها بر حق مالک در درخواست عین و حق ضامن بر درخواست اعاده بدل تصریح کرده و فروعات ذکر شده را مطرح نکرده‌اند (نک: طاهری، ۳۰۳/۲؛ امامی، ۳۶۷/۱).

و... حق دریافت‌کننده بدل بوده و مانع از جریان استصحاب وجوب اعاده عین اصلی نخواهند بود. در این حال برای پیشگیری از معذور اجتماع عوض و معوض، دریافت‌کننده بدل می‌بایست مثل یا قیمت بدل را به پرداخت‌کننده آن تحویل دهد.

استصحاب رفع ضمان: از دیگر دلایل، استصحاب رفع ضمان و اصالت برائت است؛ زیرا مفهوم قاعده ید اشتغال ذمه غاصب به رد بدل، هنگام تعذر عین است اما پس از رد بدل، ضمان غصب برداشته می‌شود و نسبت عین مال به غاصب مانند سایر اموال مالک می‌گردد که غاصب هیچ ضمانتی در رساندن آن‌ها به مالک ندارد. (روحانی، ۴۶۲/۱۶) در واقع زمانی می‌توان حکم به وجوب رد عین به مالک نمود که ضامن بار دیگر بر عین وضع ید نماید و آن را تحت استیلاي خود در آورد. در آن صورت نیز، ضمان غاصب، یک ضمان جدید است نه اینکه ادامه اشتغال ذمه قبلی او باشد (ایروانی، ۱/۱۰۴).

البته این سخن قابل اشکال است؛ چرا که اولاً استصحاب حکمی که به واسطه عذر عقلی برداشته شده (وجوب رد عین در حالت تعذر)، پس از رفع عذر صحیح بوده و نمی‌توان عدم ضمان را پس از رفع عذر عقلی نیز استصحاب کرد (انصاری، المکاسب المحشی، ۳۲۲/۷). علاوه بر این، پرداخت بدل نوعی پرداخت موقت بوده که در زمان رفع تعذر نمی‌تواند مانع از جریان وجوب رد عین باشد (مکارم، ۲۰۲؛ یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۱۰/۱؛ جزائری، ۵۹۳/۳).

بنابراین، به نظر می‌رسد که دلایل قائلان به وجوب رد بدل پس از رفع تعذر، نسبت به گروه دیگر قوی‌تر است. به خصوص آنکه بر طبق مبنای مشهور فقها، ماهیت بدل حیلولة نوعی پرداخت موقت و به تعبیری انجام تکلیف میسور است که وجوب تکلیف اصلی را زائل نمی‌کند (نک: علامه حلی، قواعد الأحکام، ۲۳۰/۲؛ کرکی، ۲۷۲/۶؛ بلاغی، ۶۴).

تکلیف ضامن به جبران منافع مال متعذر

همه فقهای امامیه، منافع عین را پیش از پرداخت بدل بر عهده غاصب می‌دانند که این ضمان، هم شامل منافع متصل و منفصل و هم افزایش قیمت عین می‌گردد^۲ (ابن ادریس، ۴۷۹/۲؛ قزوینی، ۶۴۱/۲؛ بلاغی، ۶۸). به غیر از منافع، اگر پیش از پرداخت بدل، عین تلف گردد، بالا رفتن قیمت آن نیز به عهده ضامن خواهد بود. حتی برخی در فرض عدم تلف عین نیز، افزایش قیمت در این زمان را مضمون می‌دانند که غاصب یا ضامن باید آن را جبران نماید (نائینی، منیه الطالب، ۱/۱۶۱)؛ در مسأله ضمان منافع مال متعذر تا پیش از پرداخت بدل، ادعای اجماع - به هر دو صورت منقول و محصل - شده است (صاحب

۲. فقهای حنبلی با امامیه در این حکم موافقت دارند (حمد، ۱۴۲).

جواهر، ۱۳۸/۳۷؛ چراکه که بنابر روایات و فتاوی مربوط به ضمان ید، آنچه که در ید غاصب تلف شود بر عهده اوست؛ خواه عین باشد و خواه منافع عین (نک: حر عاملی، ۳۹۰/۲۵؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲۰۱/۱۲). ممکن است چنین اجماعی مدرکی شمرده شده و بر آن ایراد وارد شود؛ اما آن گونه که از بیان شهید ثانی برمی آید، مسئله یاد شده مخالفی در میان فقها ندارد و روایات نیز قابلیت دلالت بر چنین ضمانتی را دارند؛ بنابراین می توان مبنای فتوای مذکور را روایاتی دانست که دارای شهرت فتوایی بوده و حجت به شمار می آیند. در خصوص ضمان منافع عین پس از پرداخت بدل دو دیدگاه عمده از سوی فقها مطرح گردیده است:

فراغت ذمه پس از پرداخت بدل: از جمله دلایلی که پیروان این دیدگاه برای سخن خود بیان نموده اند این است که مالیت عین به اعتبار مالیت نماء و منافع آینده آن است. به همین دلیل است که عین مسلوب المنفعه مالیتی نداشته و اگر تنها مقداری از منافع از عین سلب گردد به همان نسبت از قیمت آن کاسته می شود؛ بنابراین خارج شدن از ضمان عین در صورت پرداخت بدل، در حقیقت خروج از ضمان منافع آن است و بدل عین در معاوضات و غرامات در واقع بدل منافع و نمائات ملک است (بلاغی، ۷۰؛ انصاری، المکاسب، ۲۶۶/۳).

از دید برخی از فقها مسئله فراغت یا عدم فراغت ذمه پس از پرداخت بدل، به گستره قاعده ید باز می گردد. بدین بیان که اگر گفته شود قاعده ید مطلقه منجر به ضمان منافع و توابع عین مضمونه می شود، هر چند تحت ید قرار نگرفته باشد، نتیجه این می شود که ید بر عین باعث ضمان عین و به تبع آن، توابع و منافع آن می گردد. مطابق این دیدگاه نه تنها حکم به ضمان منافع قبل از پرداخت بدل می گردد، بعد از آن نیز این ضمان همچنان باقی است؛ زیرا عین، همچنان ملک مالک و منافع آن نیز به تبع عین، بر عهده غاصب است و این ضمان فقط با بازگرداندن عین مال به مالک برطرف خواهد شد؛ اما اگر گفته شود که قاعده مذکور، ظهور در آن چیزی دارد که حقیقتاً تحت ید قرار گرفته است نه توابع آن؛ در این حالت فقط منافع زمانی که عین تحت ید غاصب بوده مضمونه است؛ چه قبل از تعذر عین و چه پس از آن؛ اما پس از خارج شدن عین از تحت ید غاصب، ضمانی بر عهده اش نخواهد بود (خمینی، البیع، ۲۴۶/۱ - ۲۴۴).

با پذیرش این تحلیل، باید گفت که بسیاری از فقها متقدم و متأخر در خصوص گستره قاعده ید نظر دوم را پذیرفته اند^۳؛ چرا که آنان حکم به فراغت ذمه ضامن نسبت به منافع غیر مستوفات به واسطه پرداخت بدل داده و عدم ضمان را در این مورد، اقوی دانسته اند (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۹۱/۳؛ علامه حلی،

۳- البته تصریحی در این زمینه وجود ندارد و چنانکه بیان خواهد شد، برخی از فقها دلیل فتوای خود را اموری غیر از عدم شمول قاعده ید نسبت به مطلق منافع دانسته اند.

قواعد الأحكام، ۲/۲۳۰؛ طوسی، المبسوط، ۳/۹۶؛ اصفهانی، ۶۴۵؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۱۸۳؛ اردبیلی، ۱۰/۵۳۹؛ صافی، ۲/۳۲۹؛ مکارم، ۲۰۱؛ گلپایگانی، ۲/۲۵۴؛ حلی، ۲/۴۱۴). البته برخی نیز در این مسئله توقف کرده‌اند (صیمری، ۴/۹۳؛ سبزواری، ۲/۶۴۸).

عدم فراغت ذمه: گروهی از فقها، پس از پرداخت بدل، همچنان ذمه ضامن را نسبت به منافع و نمائات عین مشغول دانسته‌اند. ایشان، پرداخت غرامت را به دلیل فاصله ایجاد شده بین مالک و مالش توسط غاصب می‌دانند، در حالی که حکم غصب تا زمانی که عین به مالکش رد نشود هم چنان باقی است (محقق کرکی، ۶/۲۷۳).

عده‌ای دیگر، در حکم این مساله قایل به تفصیل شده و گفته‌اند تنها در مواردی که غصب عین به صورت اختیاری از سوی غاصب صورت گرفته، حکم به ضمان منافع حتی پس از پرداخت بدل موجه بوده و می‌توان با استناد به قاعده «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال»^۴ این حکم را توجیه نمود. با پذیرش این مطلب که پرداخت بدل، برای جبران سلطنت از دست رفته مالک است و بدل به ملکیت مالک عین در نمی‌آید، باید گفت ضمانتی که در اثر قاعده ید بر عهده غاصب ثابت گردیده با رد بدل زایل نمی‌گردد؛ زیرا بدل اعطایی، غرامت عین نیست و فقط بخشی از خسارت مالک عین را که همان سلب استیلا بر مالش می‌باشد، جبران می‌نماید. در نتیجه منافع و نمائات عین همچنان در ذمه غاصب باقی می‌ماند (نائینی، ۱/۳۸۵).

بر این اساس می‌توان گفت براءت ذمه غاصب، جز به واسطه رد عین به مالک، یا انجام معاوضه نسبت به عین به نحوی که از ملکیت مالک خارج گردد ممکن نخواهد بود. با حکم به بقاء عین در ملک مالک بعد از پرداخت بدل، دلیلی برای زوال مسئولیت غاصب نسبت به عین وجود ندارد (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۲/۲۰۱).

برخی دیگر از فقها، عدم فراغت ذمه را در بحث حاضر منوط به پذیرش نظریه اباحه تصرفات بدل- نه ملکیت بر آن - دانسته‌اند. با این استدلال که در این حالت برای مالک نفع فراوانی در بدل وجود ندارد و لذا ضامن باید اجرت مال متعذر را حتی پس از پرداخت بدل نیز به عهده بگیرد (اردبیلی، ۱۰/۵۳۹)؛ اما این سخن نیز خالی از اشکال نیست؛ چرا که اباحه منافع در بدل حیلولة، به هیچ عنوان مانع از تصرفات مالک عین متعذر در بدل نبوده و طبق این نظر نیز تمام تصرفات- حتی تصرفات متوقف بر ملک- برای وی جایز است و از این حیث تفاوتی میان ملکیت و اباحه مطلقه وجود ندارد (نائینی، ۱/۳۷۶).

۴. درباره مشروعیت این قاعده و محل جریان آن اختلاف نظرها فراوان است. برای اطلاع بیشتر درباره این قاعده رک: (خدابخشی، ۱۰۷؛ علیشاهی، ۱۲۵).

نظر برگزیده: در جمع‌بندی نظرات موافقان و مخالفان ضامن می‌توان چنین گفت که نظر گروه نخست به واقع نزدیک‌تر است؛ چرا که اگر پرداخت بدل موجب فراغت از اجرت منافع نشود چه فایده‌ای بر آن مترتب بوده و تفاوت کسی که بدل را پرداخته و آنکه از این وظیفه استتکاف نموده چیست؟ بدون تردید حتی در صورتی که ضامن به مدت طولانی از پرداخت بدل خودداری کرده و پس از رفع تعذر آن را تحویل مالک دهد، برای مدت میان تعذر و رفع تعذر، مؤظف به پرداخت چیزی جز اجرت منافع نخواهد بود؛ حال اگر ضامن علی‌رغم پرداخت بدل، مکلف به جبران منافع نیز دانسته شود، تکلیفی زائدی بر دوش او گذاشته شده است؛ بنابراین بهتر است هم‌نظر با رأی مشهور فقهای امامیه، پس از پرداخت بدل، ذمه ضامن نسبت به منافع عین مغضوبه بری دانسته شود. برخی شارحان قانون مدنی نیز بر پذیرش همین نظر و دشوار بودن پذیرش نظر مخالف تصریح نموده‌اند (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۷۸/۲) و بسیاری دیگر به این مسئله اشاره‌ای نیز نداشته‌اند؛ گویی در نزد آنان فراغت از اجرت منافع پس از پرداخت بدل و ضعف نظر مخالف به قدری واضح بوده که نیازی به پرداخت به آن ندیده‌اند.

حق انتقال بدل به غیر و توابع آن

از دید مشهور فقهای امامیه، مالکیت مالک عین متعذر بر بدل یا اباحه منافع برای وی از حیث انواع تصرفات مطلق بوده و از حیث زمانی مقید به تحویل گرفته شدن عین خواهد بود (بحر العلوم، ۳۷۲/۲). حال پرسش این است که هر گاه مقتضای این دو با یکدیگر تنافی پیدا کنند، اولویت با کدامیک از آن است؟

در برخی موارد مالکیت متزلزل، حق انتقال عین به دیگران مورد مناقشه قرار گرفته است که از جمله آن‌ها می‌توان به انتقال مبیع در عقد دارای خیار از جانب غیر ذی‌الخیار اشاره داشت؛ در این مورد نظر برخی از فقهای امامیه بر عدم جواز انتقال مبیع است (ابن سعید حلّی، ۲۴۸) و برخی این قول را قول مشهور دانسته‌اند (منتظری، ۸۸/۱). عده‌ای نیز بر جواز تصرفات از جانب غیر ذی‌الخیار تأکید کرده‌اند (خمینی، البیع، ۴۳۱/۵؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۶۵/۴).

در برخی موارد دیگر مالکیت متزلزل، حق انتقال دادن عین برای مالک آن ثابت دانسته شده است: نظیر تصرفات زوجه در همه مهریه در زمان بعد از عقد و قبل از زفاف؛ در صورت زائل شدن مالکیت وی به سبب تصرفات ناقله لازم، ضامن مثل یا قیمت ثابت می‌شود (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۵۳/۵). در تصرفات جایزه اختلاف نظر بوده و برخی از فقها رجوع را در این عقود احوط برشمرده‌اند (خمینی، تحریر الوسیله، ۳۰۰/۲).

ظاهراً همین تفاوت است که موجب شده مالکیت متزلزل دو گونه دانسته شود: متزلزل مطلق و غیر مطلق. مالکیت متزلزل مطلق به گونه‌ای اطلاق می‌شود که پس از ازاله مدت آن، حتی در صورتی که تصرف ناقلی در آن صورت گرفته باشد صاحب بدل اجبار به فسخ و بازگرداندن آن خواهد شد (قمی، ۲۶۲/۲). به نظر می‌رسد که تزلزل مالکیت بر بدل نمی‌تواند به گونه مطلق باشد؛ چرا که اولاً میان ذی‌الخیار در عقود و پرداخت‌کننده بدل تفاوت وجود دارد و تصرف ناقل در بدل مغایرت با حق وی ندارد، هر چند در خصوص ذی‌الخیار این امر پذیرفته شود؛ زیرا که ضمان ناشی از تعذر عین در زمره ضمان قهری بوده و با خيارات مبتنی بر تراضی قابل مقایسه نیست؛ ثانیاً چنین امری موجب کاهش رغبت خریداران آن می‌شود که این خود با حکمت پرداخت بدل- یعنی رفع ضرر ناشی از تعذر عین- ناسازگارست. (مکارم، ۲۰۳؛ بلاغی، ۶۶). در نتیجه، اصل اولی و جوب رد بدل در هنگام تحویل داده شدن مبدل است؛ اما هر گاه حق شخص ثالثی به آن تعلق گرفته باشد- مانند حق خریدار بدل- قیمت یا مثل بدل جایگزین آن خواهد بود (محقق کرکی، ۲۷۲/۶).

در مورد تصرفات ناقله جایز (غیر لازم) نظیر هبه نیز مقتضای عموم کلمات فقهاء^۵ و نیز مقتضای اباحه جمیع تصرفات، عدم الزام دریافت‌کننده بدل نسبت به فسخ آن‌هاست؛ چرا که در غیر این صورت رغبت به دریافت آن از سوی متعاملین کاهش یافته و نیز ممکن است دریافت‌کننده بدل در صورت فسخ عقد مذکور مجبور به انجام اعمال مکروه (بازپسگیری هبه) شده یا بازگرداندن آن موجب ضرر مالی شود که این‌ها با تسلط تام وی بر بدل منافات دارد (بلاغی، ۶۷).

در باره سایر تصرفات در بدل چندان بحثی صورت نگرفته اما با توجه به تعلیل فوق به نظر می‌رسد که اگر دریافت‌کننده بدل در آن تصرفی انجام دهد که رد آن موجب مشقت فراوان یا زیان قابل ملاحظه باشد، غاصب نمی‌تواند وی را مجبور به آن کند؛ زیرا دریافت‌کننده بدل حق همه گونه تصرفی را در آن داشته و چنین الزامی مانع از تصرفات وی خواهد بود. شاید از همین روست که برخی از فقهاء اجبار مالک به اعاده بدل را مطلقاً نپذیرفته‌اند (حلی، ۴۱۴/۲) و از ظاهر سخن برخی دیگر چنین برمی‌آید که مالک علاوه بر اینکه حق عدم بازگرداندن بدل را به غاصب دارد، حتی می‌تواند از دادن مثل یا قیمت آن نیز خودداری نماید (حسینی عاملی، ۲۱۵/۱۸؛ فخر المحققین، ۱۸۱/۲).

نظر حقوق‌دانان در مسئله یاد شده یکسان نیست؛ برخی از آنان معاملات واقع بر بدل را متزلزل

۵. عجیب آنکه برخی بیان داشته‌اند که در صورت مورد معامله قرار گرفتن بدل، اگر ضامن مال اصلی را بازگرداند حتی مستحق مثل یا قیمت هم نیست و آن را با تلف شدن عین مقایسه کرده‌اند؛ (کاشف الغطاء، ۱۲۱/۲) در حالیکه این قیاس چندان صحیح به نظر نمی‌رسد و مشهور فقهاء هم چنین امری را به عنوان احتمال نیز مطرح نکرده‌اند؛ چرا که در این حالت قطعه اجتماع عوض و معوض رخ خواهد داد.

۶- عباراتی نظیر «أنه إن خرج عن ملك المصنوب منه لم يعد إجماعاً» که نسبت به عقود لازم و جایز عمومیت دارند (حر عاملی، ۲۱۴/۱۸)

دانسته‌اند؛ مگر آنکه مورد معامله از بین رفته باشد (امین، ۲۵؛ لنگرودی، الفارق، ۲۸/۲). از گفتار برخی چنین بر می‌آید که اگر بدل تلف شده باشد و دریافت‌کننده آن بتواند مثل آن را به غاصب تحویل دهد، حق درخواست مال متعذر را خواهد داشت (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۵۶/۲) اما تصریحی نشده است که آیا معاملات لازم- به ویژه در مواردی که مورد معامله عطف از دسترس خارج شده باشد- حکم تلف را خواهند داشت تا مالک موظف به اعاده مثل باشد یا آنکه وی در هر حال موظف به بازگرداندن عین بدل است؟ دلایل یاد شده برای نظرات فوق همان دلایل پیش گفته موجود در کتب فقهی است و از تکرار آن‌ها خودداری می‌شود.

در جمع‌بندی مطالب یاد شده می‌توان گفت که اباحه جمیع تصرفات- خواه مستقلاً اعتبار شود و خواه معلول مالکیت بر بدل باشند- با اجبار نمودن دریافت‌کننده بدل به فسخ تصرفات ناقله منافع دارد؛ لذا نمی‌توان مالک را مجبور به آن کرد.

تصرفات واقع بر مبدل

پرسش دیگری که مطرح می‌شود این است که اگر مالک عین متعذر آن را از طریق صلح و مانند آن به دیگری انتقال دهد و یا به طور کلی نسبت به آن اعراض نماید، چه وضعیتی پیدا خواهد شد؟

اعراض از مال متعذر: آیا مالک عین متعذر، پس از دریافت بدل می‌تواند از عین اصلی اعراض نماید؟ اعراض در لغت به معنای رویگردانی است (راغب، ۵۵۹) و در اصطلاح فقها مراد از آن رفع ید از ملک، بدون انشاء اباحه برای دیگری می‌باشد (مامقانی، ۴۳۹/۳). بدان معنا که مالک، از حق مالکیت خود چشم‌پوشی کرده و از ملک خود رفع ید نماید. از نظر حقوقی، اعراض از جمله ایقاعات بوده که برای صحت آن قصد انشاء یک طرف کافی است (امامی، ۱۶۰/۱). در خصوص اینکه پس از اعراض، آیا مال معرض عنه از ملکیت مالک خود خارج شده و در شمار مباحات قرار می‌گیرد یا آنکه علقه مالکیت وی باقی مانده و ازاله مالکیت منوط به آنست که فرد دیگری آن را تملک نماید، اختلاف نظر وجود دارد و برخی به قول نخست گراییده‌اند (لاری، ۴۸۷/۱؛ ابن ادریس، ۱۹۵/۲؛ سبزواری، ۲۰۷/۱۹). در عین حال این نظر مورد انتقاد برخی دیگر قرار گرفته و آنان اعراض را از اسباب زائل‌کننده مالکیت ندانسته‌اند (فاضل هندی، ۲۰۶/۹؛ نراقی، ۴۱۲؛ یزدی، العروة الوثقی، ۱۲۷/۵؛ محقق داماد، ۲۸۰/۱).

به هر حال بر طبق هر دو قول، در صورتی که فرد دیگری مال معرض عنه را به نیت تملک اخذ کند، اجازه همه گونه تصرفی در آن خواهد داشت و تفاوت این دو قول در جواز یا عدم جواز رجوع مالک از اعراض خود می‌باشد (روحانی، ۹۳/۲۴). گرایش برخی از فقها و حقوقدانان معاصر بر آن است که در

صورت احراز اعراض از مالکیت، مال مذکور در زمره مباحات خواهد بود (بهجت، ۵۲۵/۴؛ تبریزی، منهاج الصالحین، ۴۲۴/۲؛ امامی، ۶۴/۴؛ طاهری، ۳۴۳/۱؛ حقیقت‌پور، ۱۱۶).

از ظاهر سخن فقهای که قائل اند مالک عین - در صورت عودت داده شدن عین متعذر - حق اجتناب از دریافت آن را ندارد (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۲۳۰/۲) می‌توان چنین برداشت کرد که وی حق اعراض از مال متعذر را ندارد؛ و گر نه حتی در فرض رفع تعذر نیز این حق برای او ثابت بود. کما اینکه ظاهر سخن فقهای که حق اجتناب از دریافت بدل را برای مالک قائل اند (حلی، ۴۱۴/۲)، آن است که وی حق اعراض از مال متعذر را - حتی پس از رفع تعذر از آن - دارد. به نظر می‌رسد بر مبنایی که مالکیت بر بدل حیلولة را همراه با شرط فاسخ پذیرفته‌اند، مالک حق اعراض از مال متعذر را ندارد. چراکه مالک تعهد داده است که در فرض بازگشت مبدل، بدل را تحویل دهد و لذا نمی‌تواند با انجام عمل حقوقی دیگری، این تعهد خود را از بین ببرد؛ مانند بیع شرط^۷ که در آن مشتری تعهد می‌دهد که در صورت بازگردانده شدن ثمن، مبیع را مجدداً به بایع تحویل دهد. در این حالت وی حق انجام تصرفات منافی با این تعهد را ندارد (بهبهانی، ۹۰؛ خمینی، توضیح المسائل، ۲۶۹/۲؛ خامنه‌ای، ۳۳۱؛ امامی، ۵۶۳/۱). حتی بر مبنای سایر نظریات نیز می‌توان گفت: عرفه پذیرش بدل همراه با تعهد یادشده در بالا خواهد بود؛ لذا مالک یا باید با پذیرش این تعهد، بدل را دریافت کند و به جای دریافت بدل، اجرت منافع را درخواست کند و یا در صورتی که قصد اعراض از مال متعذر را دارد، به جای دریافت بدل، اجرت منافع را درخواست کند؛ مگر آنکه ضامن به چنین اعراضی رضایت دهد. ظاهر در این صورت، بدل به ملکیت دریافت‌کننده آن درآمده و تعهد ضامن به بازگرداندن عین - در صورت رفع تعذر - نیز از بین خواهد رفت.^۸

معاملات واقع بر مال متعذر: در صورتی که مال متعذر، توسط یابندگان آن مورد معامله قرار گرفته باشد، بدون شک چنین معاملاتی تابع احکام معاملات فضولی خواهد بود؛ اما اگر خود مالک عین به نحوی آن را موضوع معامله قرار دهد، مثلاً با مصالحه آن مال را به دیگری انتقال دهد،^۹ در اینجا می‌توان میان چند دسته از تصرفات قائل به تفکیک شد:

تصرفات معوضی که ثمن واقعی عین متعذر به مالک رد می‌شود: مثال این مورد جایی است که برای

۷. برای مطالعه بیشتر نک: (حسینی عاملی، ۲۰۵/۱۴؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۰۲/۳).

۸. در استفتاء نگارنده از مکارم شیرازی و جواد لنگرانی، پیرامون جواز اعراض از مبدل، پاسخ این بزرگواران به ترتیب چنین بود: «اگر غاصب و مالک بر چنین مطلبی رضایت داشته باشند، مالکیت مالک بر بدل مستقر می‌شود و الا ملک متعلق به صاحب آن دارد تا تکلیف مال متعذر روشن شود».

۹. دریافت‌کننده بدل حیلولة حق اعراض از مال خود دارد اما این اعراض به معنای مالکیت مستقر او بر بدل نخواهد بود به عبارت دیگر بر حسب قاعده این مال عنوان بدل حیلولة را دارد؛ یعنی تا زمانی که ضامن بین مال و مالک فاصله شده است مالک حق دارد انتفاع از آن ببرد و با اعراض از مال خود نمی‌تواند ملکیت بر آن پیدا نماید»

۹. برخی از فقها صراحتاً به جواز چنین تصرفاتی در بدل اشاره داشته‌اند (نابینی، منیة الطالب، ۱۶۲/۱)

غیر مالک، امکان اخذ و تصرف در مال متعذر- ولو به صورت اجمالی- وجود دارد. مثلاً ضامن ماهی زنده متعلق به فردی را در استخر پرورش ماهی رها کند؛ در این حال اگر چه امکان بازگرداندن آن مال به مالک آن وجود ندارد، اما ممکن است مالک ماهی با صاحب استخر توافق کرده و آن را به وی بفروشد یا مصالحه کند. این حالت نظیر مواردی است که تسلیم مبیع غیر ممکن بوده اما تسلیم آن ممکن باشد و بیشتر فقها چنین بیعی را جایز می‌دانند (شهید ثانی، الروضة البهیه، ۲۵۰/۳). همچنین ممکن است که تعذر مال به گونه‌ای باشد که علم قطعی یا اطمینان آور به رفع آن در زمان آینده وجود داشته باشد؛ در این حالت نیز انجام معامله بر آن مال جایز خواهد بود (طوسی، خلاف، ۸۵؛ سبزواری، ۴۵۴/۱؛ شوشتری، ۴۴۱/۶). به نظر می‌رسد در چنین مواردی عرفاً موضوع اخذ مالک محقق شده و ضامن حق رجوع به بدل را خواهد داشت؛ چرا که در غیر این صورت، مالک عین متعذر به صورت هم‌زمان بر ثمن آن مال و بدلش استیلا دارد که جمع بین عوضین پیش خواهد آمد.

تصرفات معوضی که ثمن مال متعذر- با لحاظ تعذر- به مالک رد می‌شود: در حالاتی که رفع تعذر از مال متعذر دارای زمان مشخص و قطعی نیست، ظاهر بیع و معاملات عهده نسبت به آن را نمی‌توان جایز دانست؛ چراکه «امکان تسلیم» از شرایط صحت بیع بوده و در معاملات عهده نیز می‌بایست امکان عرفی انجام تعهد وجود داشته باشد (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۷۲/۳؛ امامی، ۲۱۱/۱)؛ اما می‌توان گفت که مال متعذر همچنان دارای نوعی مالیت است و لذا قابلیت موضوع واقع شدن در عقود نظیر مصالحه و مانند آن را دارند (ترحینی عاملی، ۶۳۳/۴؛ محقق کرکی، ۲۸۱/۲) همچنان که برخی به صحت معاوضه مبدل و بدل تصریح کرده‌اند و لذا مال متعذر به طور کلی قابلیت مورد معاوضه قرار گرفتن را دارد (یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۰۶/۱؛ حسینی عاملی، ۱۸۵/۱۸). در چنین مواردی ظاهر ضامن حق رجوع به بدل را پیدا نمی‌کند، به ویژه آنکه به طور متداول چنین مالی بسیار کمتر از قیمت اصلی خود فروخته خواهد شد. ممکن است گفته شود که در این صورت نیز جمع میان عوضین رخ می‌دهد اما این سخن قابل قبول نیست؛ چرا که امالک عین متعذر حتی پیش از مصالحه نیز مالک مالیت مال متعذر بوده (نائینی، الرسائل الفقہیة، ۶۵۵) و تنها اتفاق جدید آنست که وی ثمن آن مالیت را دریافت نموده است.

حسب تحقیق نگارنده، تفکیک یاد شده در کتب فقهی و حقوقی بدین شکل مورد توجه نبوده است.

حق حبس مالک و ضامن

حق امتناع طرفین معامله از انجام تعهد خود، برای وادار نمودن طرف دیگر به انجام تعهد، حق حبس نامیده می‌شود (امامی، ۲۲۵/۱). به واسطه این حق، شخص می‌تواند از تسلیم مالی که به دیگری تملیک

نموده خودداری کند تا ضمانت اجرایی برای تسلیم عین تملیک شده از سوی او باشد. فقها و حقوقدانان، در ضمن بحث از حق مزبور، آن را نوعی شرط ضمنی عرفی و از مقتضیات باب معاملات دانسته‌اند (محقق داماد، ۶۵/۱). طرح غالبی حق حبس در ضمن مباحث بیع، به دلیل اهمیت و کثرت این عقد در بین سایر عقود است در حالی که در تمام عقود معوض، حق حبس وجود دارد (بجنوردی، ۳۹۱/۲)؛ نظیر حق حبس اجاره بها توسط مستأجر تا زمان تسلیم مورد اجاره از سوی موجر (امامی، ۳۳/۲) و وجود این حق برای مرتهن تا زمان ادای دین از سوی راهن (خوانساری، جامع المدارک، ۳۵۳/۳). با قرار گرفتن مجدد عین در دست ضامن پس از رفع تعذر آن، این سوال مطرح می‌شود که آیا می‌توان برای ضامن یا غاصب یا هر دوی آن‌ها، حق حبس بدل و مبدل را در نظر گرفت یا خیر؟

هم مالک و هم ضامن: از دید برخی از فقها، فراهم شدن شرایط رد عین و زوال تعذر آن، به مالک و ضامن این حق را می‌دهد که برای اطمینان از دستیابی به مال خویش، عین متعلق به دیگری را نزد خود نگاه دارند. از نظر ایشان، پرداخت غرامت عین به مالک موجب انجام معاوضه بین بدل و مبدل می‌شود که لازمه آن، شناخت حق حبس برای طرفین است (نک: جزائری، ۶۰۳/۳). بر این اساس، غرامت پرداختی توسط ضامن، بدل سلطنت فائده عین نیست بلکه بدل، حقیقتاً عوض عین است و سلب سلطنت مالک در واقع علت و جهت وقوع این معاوضه است؛ اما باید دانست این یک معاوضه موقت است و با امکان تسلیم عین به مالک باید حکم به انفساخ آن نمود. در نتیجه هر یک از طرفین خواهد توانست تسلیم مال دیگری را مشروط به بازگرداندن مال خود توسط او نماید (یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۱۱/۱). این نظر بنابر فرض وقوع معاوضه قهری میان بدل و مبدل، صحیح به نظر می‌رسد.^{۱۰}

اختصاص حق حبس به مالک عین: مشهور فقها، سعی در اثبات وجود حق حبس بدل برای مالک نموده‌اند. فوریت وجوب رد عین از جمله ادله آن می‌باشد. از نظر ایشان، به محض بازگشت عین به دست ضامن، او موظف است آن را به مالک بازگرداند و حق خودداری از تسلیم آن را تا زمان دریافت بدل نخواهد داشت (انصاری، المکاسب، ۲۷۰/۳؛ نائینی، منیة الطالب، ۱۶۳/۱؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۵۳۵/۴). به بیان دیگر، بازگرداندن عین متعذر واجب فوری است (حسینی عاملی، ۱۸۸/۱۸). در حالی که این وجوب و فوریت آن، با قایل شدن به حق حبس برای غارم در این زمان، منافات خواهد داشت (نائینی، الرسائل الفقهية، ۶۵۸؛ تبریزی، التعلیقه، ۵۹۰). همچنین دلایلی که بر عدم وجود حق حبس برای ضامن قابل استدلال‌اند، برای اثبات حق حبس مالک مورد استناد قرار گرفته‌اند؛ استصحاب

۱۰- قول به وقوع معاوضه قهری میان بدل و مبدل، برای پیشگیری از ایراد جمع بین عوضین (مالکیت بر بدل و مبدل) مطرح شده است (شهید ثانی، ۲۰۰/۱۲)؛ اما اشکالات متعددی بر این نظریه وارد شده به و طرفداران اندکی دارد. نک: (همدانی، ۱۳۸؛ نائینی، منیة الطالب، ۱۵۸/۱؛ عراقی، حاشیه المکاسب، ۴۳۴؛ خمینی، کتاب البیع، ۶۴۸/۱).

بقای اثر غرامت، یکی از این ادله است. عدم مالکیت غارم بر بدل و عین متعذر نیز به همین گونه مورد استناد قرار گرفته‌اند؛ بدین بیان که بحث از وجود حق حبس در جایی مطرح می‌شود که مال هر یک از طرفین، نزد طرف دیگر باشد. در حالی که با وقوع تعذر، عین همچنان در ملکیت مالک باقیست، علاوه بر آنکه بدل نیز - هر چند به صورت متزلزل- به ملکیت او در می‌آید و زوال این ملکیت، جز در صورت تسلیم عین به مالک ممکن نخواهد بود؛ بنابراین، در اینجا مالی از ضامن نزد مالک نیست تا به واسطه آن بتوان برای او حق حبس عین را در نظر گرفت (انصاری، المکاسب، ۲۶۹/۳).

به نظر می‌رسد که این دو دلیل، توان اثبات مدعا را ندارند؛ چرا که اولاً ملازمه‌ای میان سلب حق حبس غارم و اثبات حق حبس برای مالک وجود ندارد و ممکن است که هیچ یک از آن دو حق حبس نداشته باشند. ثانیاً با قبول این نکته که بازگرداندن عین متعذر واجب فوری بوده و نیز استصحاب اثر غرامت، باز هم می‌توان گفت که این مسئله‌ای منافاتی با وجود حق حبس برای ضامن ندارد؛ چراکه می‌توان تصور کرد بازگرداندن عین متعذر واجب فوری بوده و در عین حال مقید به امری باشد؛ همانگونه که بازگردادن عاریه پس از درخواست عاریه دهنده، واجب فوری بوده و در عین حال مستعیر می‌تواند تا زمان حضور شهود، تحویل دادن آن را به تعویق بیندازد (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۹۷/۵)؛ لذا اگر دلیلی وجود داشته باشد که غارم حق حبس دارد، با تمسک به فوریت وجوب اعاده بدل نمی‌توان آن حق را انکار کرد. شاید از همین روست که برخی از فقها- علی‌رغم پذیرش فوریت وجوب رد عین- احتمال وجود حق حبس برای غاصب را بعید ندانسته‌اند (کاشف الغطاء، ۱۲۲/۲). همچنان که گفته شده است اگر ضامن بداند با تسلیم عین به مالک، او از بازگرداندن غرامت امتناع خواهد نمود؛ وجوب رد عین به مالک، پیش از بازگرداندن بدل از سوی او، حکمی ضرری است که توسط شارع برداشته می‌شود (بلاغی، ۶۷).

اختصاص حق حبس به ضامن: با توجه به اشکالات نظرات فوق، شماری از فقها تمایل به پذیرش حق حبس برای ضامن داشته‌اند. علامه حلی ضمن اشاره به این مطلب آن را دارای اشکالی دانسته که به آن نپرداخته است (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۲۲۸/۲) برخی از شارحان کتاب ایشان، این اشکال را «تنافی حق حبس با فوریت وجوب» و برخی دیگر «مغضوبه بودن مال متعذر» دانسته‌اند؛ از سویی وجه گرایش ایشان به وجود حق حبس برای غارم نیز پیشگیری از «جمع عوض و معوض^{۱۱}» و نیز «عوضیت بدل» از عین متعذر دانسته شده است (عمیدی، ۶۶۱/۱؛ فخر المحققین، ۱۷۸/۲). این وجوه مورد استناد فقهای معاصر نیز قرار گرفته، چرا که تسلط بر بدل حیلوله، خواه قائل به ملکیت و خواه اباحه مطلق منافع آن

۱۱. بدین معنا که در این حالت، مالک عین متعذر هم بر آن عین و هم بر بدل آن استیلا دارد. درباره محذور اجتماع عوضین و امکان وقوع آن در باب غرامات، اختلاف نظر است. برای دیدن آراء مختلف نک: (سبزواری، ۶۴۸/۲؛ نائینی، منیة الطالب، ۱۵۸/۱).

شویم، به جهت اختلال در استیلا مالک عین متعذر بر مال خود بوده است و اگر وی حق نگه داشتن بدل و درخواست عین خود را هم‌زمان داشته باشد، ناگزیر جمع میان عوض و معوض رخ خواهد داد؛ حتی ممکن است در بحث حاضر، ضامن با استناد به تقاض نیز حق حبس داشته باشد؛ چرا که مالی از وی تحت اختیار دیگری است و او نیز می‌تواند مال وی را تا زمان اعاده مال خویش حبس نماید (مکارم، ۲۰۲). البته استدلال اخیر مخدوش است؛ چرا که بر فرض پذیرش تقاض، این حق برای مالک نیز وجود دارد و باید گفت که هر دوی آن‌ها حق حبس دارند؛ حتی شاید این استدلال بیشتر به نفع مالک باشد، چرا که مالک عین متعذر به نحو مشروع بر آن تسلط دارد در حالیکه تسلط ضامن بر عین متعذر، ضمانی به شمار می‌آید. علاوه بر استدلال فوق، می‌توان گفت در این مورد نیز باید به عرف و سیره عقلا رجوع کرد؛ و ظاهر سیره عقلایی بر پذیرش حق حبس برای ضامن قرار گرفته است (خمينی، البیع، ۱/۶۵۴).

نتیجه‌گیری

حقوق و تکالیف متقابل مالک و ضامن پس از پرداخت بدل حیلولة آن چنان که لازم است مورد توجه و تحقیق فقهی و حقوقی قرار نگرفته است. در این نوشتار به چند مورد از مهم‌ترین این موارد پرداخته شده و فروعات آن‌ها مورد بازنگری قرار گرفته‌اند. بر اساس آنچه که گفته شد، پرداخت بدل حیلولة نمی‌تواند مسئولیت نخستین و اصلی ضامن در بازگرداندن مال متعذر را زائل کند؛ بلکه در صورت رفع تعذر، مالک می‌تواند وی را الزام به بازگرداندن آن نماید. استصحاب ضامن و بنای عقلا از دلایل مهم این سخن به شمار می‌روند در حالی که ادله طرف مقابل غیر قابل پذیرش هستند. در عین حال، بد مجدد ضامن بر مال متعذر همچنان ید ضمانی است؛ چرا که ازاله ماهیت ضمانی ید ضامن، منوط به بازگرداندن عین مال خواهد بود نه بدل آن. با توجه به سیره عقلایی، پرداخت بدل حیلولة موجب برائت ذمه ضامن از منافع غیر مستوفات در زمان تعذر عین می‌شود، چرا که در غیر این صورت فایده‌ای بر پرداخت بدل مترتب نخواهد شد. همچنین مالکیت مالک عین متعذر بر بدل به گونه مالکیت متزلزل مطلق نیست؛ لذا در صورتی که وی آن بدل را به دیگری انتقال دهد یا تصرفی در آن نماید که بازگرداندن آن را با سختی همراه سازد، مکلف به اعاده بدل حیلولة در ازای تحویل گرفتن مال اصلی نخواهد بود. مالک مال متعذر نمی‌تواند پس از دریافت بدل، با اعراض نمودن از مال اصلی، مالکیت خویش را بر بدل مستقر نماید؛ چرا که این مسئله با تعهد ضمنی و عرفی موجود در مسئله بدل حیلولة منافات دارد؛ در عین حال وی حق واقع ساختن معامله بر آن را دارد و در این صورت یا باید ضامن را مسئول بازگرداندن عین متعذر به مالک دوم و نیز دارای حق معاوضه آن با مثل یا قیمت بدل پرداختی دانست و یا اینکه هیچ یک از این دو را نپذیرفت. در مورد حق حبس در

معاوضه بدل و مال اصلی لازم است به عرف عقلایی در این مورد مراجعه کرد و به نظر می‌رسد که عقلاً در چنین صورتی حق حبس را برای ضامن ثابت می‌دانند. با توجه به سکوت قانون پیرامون این احکام و اختلاف فتاوی فقها، به نظر می‌رسد که در خصوص موارد یاد شده نیاز به وضع قانون یا الحاق تبصره وجود دارد؛ در غیر این صورت، لازم است که با بررسی‌های بیشتر و پژوهش‌های فقهی و حقوقی، ابعاد مختلف این حقوق متقابل روشن شوند. تبصره‌هایی که به رفع ابهام از قوانین مربوطه فعلی کمک می‌کنند، می‌توانند به صورت زیر نگارش شوند:

تبصره یک: چنانچه ضامن پس از پرداخت بدل نسبت به اعاده مال اصلی تمکن پیدا کند، موظف به اعاده آن بوده و در این صورت بدل پرداختی را تحویل خواهد گرفت؛ در صورتی که اعاده بدل از سوی مغضوب منه به دلیل تصرف در آن غیر ممکن یا مستوجب ضرر باشد، مثل یا قیمت آن را به غاصب بازخواهد گرداند.

تبصره دو: در معاوضه بدل و مال اصلی، ضامن دارای حق حبس خواهد بود.

منابع

قرآن کریم.

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

آل کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية، چاپ اول، ۱۳۵۹ ق.
ابن ادریس حلی، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.

ابن سعید، یحیی بن احمد، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسة سید الشهداء العلمية، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.

ابن فهد حلی، جمال الدین، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.

اصفهانى، ابو الحسن، *وسيلة النجاة مع حواشی الإمام الخمينی*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

امامی خوانساری، محمد، *الحاشیه الثانیة علی المکاسب*، قم، نشر مولف، چاپ اول، بی‌تا.

امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ اول، بی‌تا.

۸۶	فقه و اصول	شماره ۱۰۶
	امین، حسن، غصب و ضمان قهری ، روبرستون، لندن، چاپ اول، ۱۳۶۲.	
	انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب المحشی کلاتر ، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.	
	_____، کتاب المکاسب ، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.	
	ایروانی، علی بن عبد الحسین، حاشیه المکاسب ، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.	
	بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه ، مؤسسه عروج، تهران، چاپ سوم، ۱۴۰۱ ق.	
	بحر العلوم، محمد، بلغة الفقهیه ، نشرات مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ ق.	
	بلاغی، محمد جواد، الرسائل الفقهیه ، قم، مرکز العلوم و الثقافة الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۲۸ ق.	
	بهبهانی، محمد باقر، رساله عملیه متاجر وحید بهبهانی با تعلیقات میرزای شیرازی ، تهران، نشر حاج شیخ رضا تاجر تهرانی، چاپ اول، ۱۳۱۰ ق.	
	بهجت، محمد تقی، جامع المسائل ، قم، دفتر حضرت آیت الله العظمی بهجت قدس سره، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.	
	تاجمیری، امیر تیمور، مسئولیت مدنی، ضمان قهری، الزامات مدنی و غیر قراردادی ، باقری، چاپ اول، ۱۳۷۵.	
	تبریزی، ابو طالب تجلیل، التعلیق الاستدلالية علی تحریر الوسيلة ، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.	
	تبریزی، جواد، ارشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب ، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.	
	_____، منهاج الصالحین ، قم، مجمع الإمام المهدی عجل الله تعالی فرجه، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.	
	ترحینی عاملی، محمد حسین، الزبدۃ الفقهیه فی شرح الروضة البهیة ، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ چهارم، ۱۴۲۷ ق.	
	جزائری، محمد، هدی الطالب فی شرح المکاسب ، قم، مؤسسه دار الکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.	
	جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق، دائرة المعارف عمومی حقوق ، تهران، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۶.	
	_____، مبسوط در ترمینولوژی حقوق ، گنج دانش، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۹۱.	
	_____، مجموعه محشی قانون مدنی ، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹.	
	جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام ، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.	
	حائری شهاباغ، علی، شرح قانون مدنی ، تهران، پنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶.	
	حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامۃ فی شرح قواعد العلامة ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.	
	حقیقت پور، حسین و محمد رضا سید امام، «بازپژوهی اعراض از ملکیت در فقه و حقوق»، نشریه فقه و اصول ، شماره ۸۹، ۱۳۹۱، صص ۱۰۵ تا ۱۲۴.	

- حمد، عبد الجبار، *أحكام الغصب في الفقه الإسلامي*، بيروت، مؤسسة الأعلمی دار التربية، چاپ اول، ۱۳۹۵ ق.
- خامنه‌ای، علی، *أجوبة الاستفتاءات*، قم، دفتر حضرت آیت الله خامنه‌ای، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- خمینی، امام روح الله، *تحریر الوسیلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، بی‌تا.
- _____، *توضیح المسائل المحشی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ هشتم، ۱۴۲۴ ق.
- _____، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- خمینی، مصطفی، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ دوازدهم، ۱۴۱۸ ق.
- خویی، ابو القاسم، *مصباح الفقاهة*، قم، انصاریان، بی‌تا.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، سوریه، دار العلم - الدار الشامیة، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- ره پیک، حسن، *حقوق مدنی، الزامات بدون قرارداد*، تهران، بی‌تا، چاپ اول، ۱۳۷۲.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتاب مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مذهب الأحكام*، مؤسسه المنار دفتر حضرت آیه الله سبزواری، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، با حاشیه‌ی کلانتر*، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- شوشتری، محمد تقی، *النجعة فی شرح اللمعة*، تهران، کتابفروشی صدوق، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن نجفی، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.
- صافی گلپایگانی، لطف الله، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- صیمری، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار الهادی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- طاهری، حبیب الله، *حقوق مدنی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- _____، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- عراقی، آقا ضیاء الدین، *حاشیة المکاسب*، تقریرات: للنجم آبادی، قم، انتشارات غفور، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.

۸۸	فقه و اصول	شماره ۱۰۶
	_____، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.	
	علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل، «نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعده الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال و قلمرو مصداقی آن»، مجله فقه و اصول ، شماره ۸۹، ۱۳۹۱، صص ۱۲۵-۱۵۰.	
	عمیدی، عمید الدین، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.	
	فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱ ق.	
	فخر المحققین حلی، محمد، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد . مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.	
	فرطوسی حویزی، حسین، التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۶ ق.	
	فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی ، قم، منشورات دار الرضی، چاپ اول، بی تا.	
	قزوینی، علی موسوی، ینایع الأحكام فی معرفة الحلال والحرام ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.	
	قطان حلی، محمد بن شجاع، معالم الدین فی فقه آل یاسین ، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.	
	قمشه ای، محمد علی اسماعیل پور، البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء ، نشر پورقمشه ای، قم، چاپ اول، بی تا.	
	قمی، تقی، دراساتنا من الفقه الجعفری ، قم، مطبعة الخيام، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.	
	کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد ، تهران، نشر دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۶.	
	_____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی ، تهران، نشر میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۴.	
	کوه کمری، محمد، کتاب البیع ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.	
	گلپایگانی، محمد رضا، مجمع المسائل ، قم، دار القرآن الکریم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.	
	گیلانی، حبیب الله، کتاب الغصب ، تهران، احمد شیرازی، چاپ اول، بی تا.	
	لاری، عبد الحسین، التعلیقة علی المکاسب ، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.	
	مامقانی، محمد حسن بن عبدالله، غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب ، مجمع الذخائر الإسلامية، قم، چاپ اول، ۱۳۱۶ ق.	
	محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه ، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ق.	

- محقق کرکی، علی بن حسین، *رسائل المحقق الكرکی*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۹ ق.
- مسجد سربابی، حمید، *ترمینولوژی فقه*، پیک کوثر، چاپ اول، ۱۳۹۱.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۳ ق.
- مکارم، ناصر شیرازی، *أنوار الفقاهة - کتاب البیع*، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ دوازدهم، ۱۴۲۵ ق.
- منتظری، حسین علی، *کتاب الزکاة*، قم، مرکز جهانی مطالعات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- موسوی خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات فی أجوبة السؤالات*، تهران، مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- نائینی، محمد حسین و دیگران، *الرسائل الفقهية (تقریرات للنجم آبادی)*، قم، چاپ دوازدهم، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، ۱۴۲۱ ق.
- نائینی، محمد حسین، *منية الطالب فی حاشية المكاسب*، تهران، المكتبة المحمدية، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۳ ق.
- همدانی، آقا رضا، *حاشية كتاب المكاسب*، قم، نشر انصاری، چاپ دوازدهم، ۱۴۲۰ ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقى (المحشى)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- _____، *حاشية المكاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.

فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۶
پاییز ۱۳۹۵، ۹۱-۱۱۴

سقف مهریه در فقه امامیه*

مصطفی غفوریان نژاد

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: mostafaghaforiyan@yahoo.com

دکتر عباسعلی سلطانی^۱

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: soltani@um.ac.ir

دکتر حسین صابری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: saberi@um.ac.ir

چکیده

آمار روزافزون و بی حد و حصر تعیین مهریه‌های سنگین که از استطاعت زوج برای پرداخت خارج است و نتیجتاً به اجرا گذاشتن مهریه و دست آخر، طلاق، عده‌ای را به سمت تعیین سقفی مشخص برای مهریه کشاند. بر آن شدیم تا با بررسی نظریات فقهای امامیه از متقدمان تا معاصران، در پی یافتن نظریه‌ای اصلح برای حل این گره زندگی زناشویی برآییم. گرچه آرای اکثر فقها حاکی از این امر است که مهریه به تراضی واقع می‌شود اما در بین فقها وجود دارند کسانی که این تراضی را مورد هجمه قرار داده‌اند و کلامشان در بردارنده نوعی خط مشی در میزان سقف مهریه است. به نظر نگارنده بهتر است در تعیین میزان مهریه، جانب شرع یعنی مهر شرعی را بر جانب عرف یعنی مهر عرفی، مقدم داشته و در تعیین مهریه، از میزان مهرالسنه تجاوز نکنیم تا ضمن رعایت تقید شرعی، به آفت کنونی عصر حاضر یعنی تعیین مهریه‌های نجومی که غالباً قدرت بر تسلیم آن وجود ندارد دامن نزنینم.

کلیدواژه‌ها: مهر، مهرالسنه، تعیین مقدار مهر، مهر عرفی، مهر شرعی، فقه.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۵/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۷/۲۳.

۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

از دیرباز تا کنون مسئله میزان مهریه از جهت کثرت، محل مناقشات فراوان فقها و حقوق دانان اسلامی قرار گرفته، تا جایی که عده‌ای به فکر تعیین سقف از جهت زیادت برای مهریه افتاده‌اند. اولین محل مناقشه درباره میزان مهریه، بر می‌گردد به زمان عمرین خطاب که وی دستور داد مهریه زنان را بیشتر از چهل اوقیه (پانصد درهم معادل مهرالسنه) قرار ندهند و متذکر شد که هر چه بیشتر از این مقدار (میزان مهرالسنه) به عنوان مهریه قرارداد شود، زیاده را به بیت المال بازخواهد گرداند (بیهقی، ۲۳۳/۷).

طبق ماده ۱۰۸۰ قانون مدنی ایران، تعیین مهر منوط به تراضی طرفین است.

در کش و قوس‌های فراوان لایحه حمایت از خانواده که پس از چند سال برای تصویب نهایی به مجلس بازگردانده شد، در بند مربوط به مهریه، چالش‌های فراوانی درگرفت. در لایحه ارجاعی دولت آمده بود که: دولت باید از طریق دستگاه‌های فرهنگی در جهت ترویج فرهنگ ازدواج و رعایت مهریه‌های متعارف عمل کند. میزان مهریه با توجه به وضع عمومی اقتصادی، هر سه سال یک‌بار از سوی رئیس قوه قضائیه اعلام می‌شود. هرگاه مهریه در زمان وقوع عقد، به میزان متعارف باشد و زوج از پرداخت آن ممانعت کند، مشمول قانون مجازات می‌شود؛ اما اگر مهریه از میزان متعارف در سال وقوع عقد بیشتر باشد، صرفه ملالت زوج برای پرداخت، ملاک است.

این ماده که به نظر می‌آید شمه‌ای از تعیین قطعی سقف برای مهریه را در بر دارد، از سوی کمیسیون حقوقی و قضایی حذف شد؛ اما در قانون مصوب شد که هرگاه مهریه در زمان وقوع عقد تا ۱۱۰ سکه باشد، وصول آن مشمول ماده ۲ قانون محکومیت‌های مالی شود و اگر بیش از این مقدار باشد، ملالت زوج، ملاک پرداخت مقرر گردد (پایگاه اینترنتی خبرآنلاین، ۱۳۹۰/۱۲/۱۶). مقاله حاضر، به بررسی نظریات فقهای امامیه به همراه دلایل تفصیلی هر یک از آنان می‌پردازد. به همین منظور، پس از تتبع در آراء فقهای امامیه، آن‌ها را به شش نظریه تقسیم نمودیم:

نظریه اول مربوط به فقهایی است که مقدار مهریه را به اندازه مهرالسنه دانسته و معتقدند در صورتی که سقف مهریه از این مقدار تجاوز کند، مازاد، به مهرالسنه بازگردانده می‌شود.

در نظریه دوم، توصیه شده است به اینکه مهریه از میزان مهرالسنه تجاوز نکند، اما قائل‌اند که در صورت زیادت از این مقدار (مهرالسنه)، مازاد به مهرالسنه بازگشت نخواهد کرد.

قائلان به نظریه سوم، حکم به جواز مطلق عدم تعیین سقف برای مهریه داده‌اند، بدون اینکه تجاوز از میزان مهرالسنه را مکروه و نیز به میزان مهرالسنه بودن را مستحب بدانند.

پیروان نظریه چهارم، هیچ سقفی برای مهریه از جهت زیادت قائل نشده‌اند، اما معتقدند که تجاوز از

میزان مهرالسنه، مکروه بوده و همچنین قائل اند که مستحب است مقدار مهریه از مهرالسنه تجاوز ننماید. گروندگان به نظریه پنجم، سقفی برای مهریه تعیین نکرده اند، اما تجاوز از میزان مهرالسنه را مکروه می دانند.

و اما نظریه ششم و آخرین نظریه این است که مهریه از جهت زیادت، سقفی ندارد ولی مستحب است که به میزان مهرالسنه باشد.

بررسی تفصیلی نظریات شش گانه و دلایل آنها

نظریه اول: تعیین سقف برای مهریه به میزان مهرالسنه و بازگشت به این مقدار، در صورت تجاوز از مهرالسنه.

نخستین فقیه‌ای که این نظریه را اختیار نموده، صدوق (ابن بابویه، محمد بن علی، ۲۵۹) است اما به هیچ دلیلی به عنوان مستند قول خود اشاره نمی کند. البته ناگفته نماند که صدوق به صورت مستقیم برای مهریه سقفی معین نکرده و آنچه را که بدان اشاره نموده، عبارت است از میزان مهرالسنه؛ ولی در ضمن همین میزان مهرالسنه اشاره کرده که اگر مهریه‌ای بیشتر از این مقدار شود، به مهرالسنه بازگشت خواهد نمود؛ لذا به حساب آوردن ایشان در زمره این نظریه، صحیح به نظر می رسد.

سید مرتضی (علم الهدی، ۲۸۹) فقیه دیگری است که به متابعت از صدوق پرداخته. در این بین، اکثر فقها، این رأی و نظریه را به سید مرتضی نسبت می دهند و ایشان را یک‌تاز و سردمدار پیروی از این نظریه می دانند؛ اما چنان که ملاحظه شد صدوق هم به نوعی، هم رأی سید شده است.

دلایل قائلان به نظریه اول

۱. اجماع

سید مرتضی این نظریه را در بین فقهای امامیه اجماعی می داند و معتقد است بقیه فقها به غیر از امامیه، مخالفت خود را با این فکر ابراز داشته اند.

۲. فقدان دلیل شرعی

سید در دلیل دیگر خود چنین می گوید: (مهرالسنه) مهری است دارای احکام شرعی و این درحالی است که بر این اجماع داریم که مهر، احکام خاص خود را خواهد داشت منوط به اینکه عقد بر آن واقع شود. اما درباره مقدار زائد بر مهرالسنه، نه اجماعی در کار است که مهر باشد و نه دلیل شرعی (نقلی) بر آن وجود دارد؛ پس باید مازاد را نفی کرد.

نظریه دوم: توصیه به عدم تجاوز از میزان مهرالسنة به همراه عدم بازگشت به این مقدار، در صورتی که مهریه از میزان مهرالسنة تجاوز نماید.

قائلان به این نظریه توصیه می‌کنند که میزان مهریه از مهرالسنة تجاوز ننماید؛ ولی در عین حال بر این باورند که در صورت تجاوز سقف مهریه از مهرالسنة، مهریه به مقدار مهرالسنة عدول نخواهد کرد. ابن بابویه قمی از جمله رهروان این اندیشه است و آنچه را که به‌عنوان مستند قول خود می‌آورد، تأسی به فعل پیامبر (ص) در ازدواج همسران ایشان می‌داند (ابن بابویه، علی، ۲۳۴).

صدوق در یکی از آثار خود (ابن بابویه، محمد بن علی، المقنع، ۳۰۲-۳۰۳) در زمره قائلان به این رأی قرار گرفته و به روایاتی همچون روایت داوود بن حصین (طوسی، تهذیب، ۳۵۶/۷، ح ۱۳)، روایت معاویه بن وهب (همان، ۳۵۶/۷، ح ۱۴)، روایت حماد بن عیسی (کلینی، ۳۷۶/۵، ح ۵) و روایت حسین بن خالد (همان، ۳۷۶/۵، ح ۷) مبنی بر گواه ادعای خویش استناد می‌جوید. دیگر قائل به نظریه دوم، جزایری (۲۷۴) است که روایت داوود بن حصین (طوسی، تهذیب، ۳۵۶/۷، ح ۱۳) را مستند قول خود قرار داده است. ایشان مرقوم نموده که تقلیل مهریه، مستحب و تکثیر آن، مکروه است، منتها اولی این است که میزان مهریه از مهرالسنة تجاوز ننماید.

دلایل قائلان به نظریه دوم

روایت داود بن حصین: وعن عده من أصحابنا، عن سهل بن زیاد، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن داود بن الحصين، عن الفضل أبي العباس قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن الصداق هل له وقت؟ قال: لا، ثم قال: كان صداق النبي اثنتي عشرة أوقية و نشة و النش نصف الأوقية و الاوقية اربعون درهما فذلك خمسمائة درهم: (طوسی، تهذیب، ۳۵۶/۷، ح ۱۳). به این مفهوم که: از حضرت صادق (ع) در مورد صداق که آیا مقدار معینی دارد پرسیده شد؛ حضرت جواب منفی دادند، سپس فرمودند: مهری که پیامبر (ص) قرار می‌دادند دوازده اوقیه و یک نش است و هر اوقیه چهل درهم و نش هم نصف اوقیه است که مجموع آن پانصد درهم می‌شود.

روایت معاویه بن وهب: محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عیسی عن علی بن الحکم عن معاویه بن وهب قال: سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: سألت رسول الله (ص) إلى ازواجه اثني عشرة أوقية و نشة و الاوقية اربعون درهما و النش نصف الاوقية عشرون درهما فكان ذلك خمسمائة درهم، فقلت: بوزننا؟ قال: نعم: (همان، ۳۵۶/۷، ح ۱۴).

به این مفهوم که: امام صادق (ع) فرموده‌اند: پیامبر (ص) برای به ازدواج درآوردن همسرانشان، دوازده

اوقیه ونش می پرداختند (که این مقدار، معادل مهرالسنه یعنی پانصد درهم است).

روایت حماد بن عیسی: عن علی بن ابراهیم، عن ابیه، عن حماد بن عیسی عن ابی عبد الله (ع) قال: سمعته یقول: قال أبی: ما زوج رسول الله (ص) سائر بناته ولا تزوج شیئاً من نسائه علی أكثر من اثنتی عشرة اوقیه و نش و الاوقیه أربعون درهما و المش عشرون درهما (کلینی، ۳۷۶/۵، ح ۵).
به این برداشت که: امام صادق (ع) فرموده اند: از پدرم شنیدم که فرمود: پیامبر (ص) زنان و دخترانشان را به ازدواج با بیشتر از دوازده اوقیه و یک نش در نیاموردند و اوقیه، چهل درهم است و نش، بیست درهم است.

روایت حسین بن خالد: محمد بن یحیی عن احمد بن ابی نصر عن الحسن بن خالد و علی بن ابراهیم عن ابیه عن عمرو بن عثمان الخزانة عن رجل عن الحسن بن خالد: قال: فقال: إن الله تبارک و تعالی أوجب علی نفسه الا یکبره مؤمن مائة تکبیرة، و یسبحه مائة تسبیحة، و یحمده مائة تحمیدة و یهلله مائة تهلیلہ، و یصلی علی محمد و آلہ مائة مرة، ثم یقول: «اللهم زوجنی من الحور العین» إلا زوجہ الله حوراء عین و جعل ذلک مهرها، ثم أوحی الله عزوجل إلی نبیه (ص) أن سن مهر المؤمنات خمس مائة درهم ففعل ذلک رسول الله (ص)، ایما مؤمن خطب إلی أخیه حرمة فبذل له خمس مائة درهم فلم یزوجہ فقد عقه، و استحق من الله عزوجل أن لا یزوجہ حوراء (کلینی، ۳۷۶/۵، ح ۷).

مفهوم روایت این است که از امام علی (ع) سؤال شد که چگونه مهرالسنه پانصد درهم قرار داده شد؟ فرمودند: خداوند بر خودش واجب کرد که تا مؤمنی صدمرتبه او را تکبیر و تا صدمرتبه تسبیح و صد مرتبه حمد و تا صدمرتبه تهلیل نگوید و تا صدمرتبه صلوات بر پیامبر (ص) و آل ایشان نفرستد، سپس بگوید خدایا حورالعینی را به ازدواج من درآور، جز این که خداوند به ازدواج او در می آورد حورالعینی را و آن پانصد ذکر را مهریه او قرار می دهد. سپس وحی کرد که پیامبر هم مهریه زنان را پانصد درهم قرار دهد و پیامبر هم چنین عمل کرد.

روایات فوق از مستندات صدوق (ابن بابویه، المقنع، ۳۰۲-۳۰۳) است.

نظریه سوم: قائلان به این نظریه بر این باورند که مطلقاً سقفی برای مهریه از جهت زیادت وجود ندارد. قید اطلاق که در این نظریه آمده به این معنی است که این دسته از فقها، صحبتی از کراهت در تجاوز از مهرالسنه و همچنین استحباب به مقدار مهرالسنه بودن به میان نیامورده اند.

ابن ابی عقیل (عمانی، ۴۵۷) و ابن جنید (اشتہاردی، ۲۵۳) از فقهای قائل به این نظریه اند و این اندیشه را به اعظام فقهای امامیه نسبت می دهند اما دلیلی بر مدعای خود ذکر نمی کنند.

مفید (خلاصه، ۴۷-۴۸) از دیگر رهروان این رأی است و دلیل بر ادعای خود را روایت محمد بن مسلم

(طوسی، تهذیب، ۲۶۰/۷، ح ۵۲) قرار داده است. هم ایشان در جایی دیگر (مفید، رساله، ۱۷-۲۲) ضمن همراهی با این نظر و با تکیه بر روایاتی مانند روایت زراره (کلینی، ۳۷۸/۵، ح ۴) و روایتی از فضیل بن یسار (همان، ۳۷۸/۵، ح ۳) نظر خود را ابراز داشته است.

ابن حمزه (۲۵۹) از دنبال کنندگان این نظریه است، اما دلیلی نمی آورد.

ابن زهره (۳۴۶) علاوه بر همراهی با این رأی، آیات قرآن (نساء: ۴ و ۲۴؛ بقره: ۲۳۷) و اجماع طائفه را دلیلی بر قول خود می داند.

ابن ادریس (۵۷۶/۲) از دیگر فقهای است که این رأی را برگزیده و بلاخلاف بودن این نظریه را به عنوان مستند نظر خویش قرار داده است.

محقق حلی (شرائع، ۵۳۰/۲؛ المختصر، ۱۸۸) هم از گروندگان به این نظریه می باشد.

آبی (۱۵۴/۲) نیز از پیروان این اندیشه می باشد اما دلیلی ذکر نمی کند.

قمی (۴۴۳) ضمن دنباله روی از این اندیشه، آیات قرآن (نساء: ۴ و ۲۴؛ بقره: ۲۳۷) و اجماع طائفه را به عنوان دلیل خود می آورد.

علامه حلی (تبصره، ۱۸۳؛ مختلف، ۱۲۹/۷-۱۳۱) نیز با این رأی همراهی نموده و مستند قول خود را آیات کتاب خدا (نساء: ۴ و ۲۴؛ بقره: ۲۳۷) و صحیحۃ و شاء (طوسی، تهذیب، ۳۶۱/۱، ح ۱۴۶۵) قرار داده است. ایشان پس از رد اجماع مورد ادعای سیدمرتضی، می گوید: بر فرض که اجماع را هم بپذیریم لکن از نفی اجماع، نفی سایر ادله لازم نمی آید. ایشان می گوید که مهریه، نوعی معاوضه است که مقدار آن تابع اختیار متعاضین است همان طوری که بقیه معاوضات نیز این گونه می باشد. علامه در ادامه متذکر می شود که: اگر سیدمرتضی به روایت مفضل بن عمر (طوسی، تهذیب، ۳۶۱/۷، ح ۱۴۶۴) احتجاج کند، جواب این است که روایت مذکور ضعیف است چرا که در طریق آن، محمد بن سنان وجود دارد؛ ضمن اینکه شیخ طوسی آن را مورد طعن قرار داده است. علامه در آخر می گوید: ممکن است مراد از آن روایت استحباب باشد؛ یعنی در صورت زیادت از مهرالسنه، این مقدار به وسیله ابراء به میزان مهرالسنه رد شود و پس از رد کردن به وسیله ابراء، چیزی بیشتر از مهرالسنه لازم نمی آید.

فخرالمحققین ابن علامه (۱۹۳/۳) همراهی خود را با این نظریه ابراز داشته و آیات قرآن (نساء: ۴ و

۱. روایت مفضل بن عمر: و اما ما رواه محمد بن احمد یحیی عن محمد بن الحسن بن محمد بن سنان عن مفضل بن عمر قال: دخلت علی ابی عبدالله (ع) فقلت له: اخبرنی عن مهر المرأة الذی لایجوز للمؤمنین أن یجوزوه قال فقال: السنه المحمدیه خمسمائه درهم فمن زاد علی ذلک رد الی السنه و لا شیء علیه اکثر من الخمسمائه درهم... الی آخر (طوسی، تهذیب، ۳۶۱/۷، ح ۱۴۶۴): فحوای روایت این است که درباره مهریه زنان سؤال شد و حضرت فرمودند: مهریه به اندازه سنت نبوی یعنی پانصد درهم است اگر بیشتر از آن باشد، به مهرالسنه بازگشت می نماید.

۲۴؛ بقره: ۲۳۷) و شهرت بین اصحاب را به عنوان ادله خویش می آورد.

ابن طی هم همراه این اندیشه است اما دلیلی ذکر نمی کند (فقعانی، ۱۹۵).

شهیدثانی (مسالك الافهام، ۴/۴۱؛ همان، ۸/۱۶۶-۱۷۰) هم ضمن دنباله روی از این فکر، آیات قرآن (نساء: ۲۰، ۴ و ۲۴؛ بقره: ۲۳۷)، روایت محمدبن مسلم (کلینی، ۵/۴۵۷، ح ۱)، روایت فضیل بن یسار (همان، ۵/۳۷۸، ح ۳)، به همراه دو روایت از زراره (حرعاملی، ۱۵/۲، باب ۱، ح ۶ و ح ۹) را به عنوان دلیل خود آورده است. ایشان در استدلال خود می گوید: روایات فراوانی موجود است که دال بر این می باشد که در عهد صحابه و تابعین، مواردی از زیادت بر مهرالسنة اتفاق افتاده، اما احدی به آن ها خرده نگرفته است؛ و دیگر اینکه، مهریه نوعی معاوضه است پس مقدار آن همچون سایر معاوضات، تابع اختیار متعاضضین است. ایشان ادامه می دهد که: ادله شرعی که بر جواز مهریه قلیل و کثیر دلالت کند شناخته شد؛ خصوصاً باید از جهات آیات بررسی کنیم چون آیات در نظر سیدمرتضی قطعاً حجت است، اما اخبار در نزد وی فقط متواتر آن ها حجت می باشد ولی در این بحث هم خبر متواتر منتفی است و ممکن است از مبنای اصولی سید استفاده کنیم (که عموم، یک صیغه مخصوص ندارد) لذا این آیات هم ممکن است دال بر عموم یا دال بر خصوص باشد. شهیدثانی استدلال خود را با یک اشکال بر سید پی می گیرد؛ اشکال: و چون که خصوص، قدرمعینی ندارد پس نمی تواند دلالت بر نظر سید نماید چون خصوص، هم دلالت بر مقدار مهر السنة می کند و هم کمتر و بیشتر از آن؛ لذا برای وجوب اقتضار به میزان مهرالسنة، دلیلی وجود ندارد؛ پس، از آیات هم نمی توان نظر سید را استفاده نمود. و اگر آن را مستند به اجماع کردیم (اجماع این است که قدر متیقن در مهریه به اندازه مهرالسنة و کمتر از آن است) ما (شهیدثانی) تحقق چنین استنادی را قبول نداریم بلکه این آیه شریفه (نساء: ۲۰) ظاهر در هر قلیلی و کثیری می باشد، نه قدر متیقن را که به میزان مهرالسنة و کمتر از آن باشد. هم ایشان در ادامه استدلال خود اینگونه اظهار می دارد که: تعجب می کنیم از این احتجاج سید، چرا که ایشان خبر واحد را قبول ندارد اگرچه که این خبر واحد از اخبار صحیح و مشهور و موافق با اصول هم باشد پس چگونه به آن خبر احتجاج نموده؛ زیرا که اولاً خبر، نادر است؛ ثانیاً در طریق آن محمدبن سنان وجود دارد که هم ضعیف است و غالی، و هم مورد طعن قرار گرفته؛ ثالثاً اینکه مفضل بن عمر به گفته نجاشی، فاسدالمذهب است.

از دیگر فقهایی که قائل به این نظریه شده اند می توان از محمد عاملی (۱/۲۳۱) نام برد. ایشان مستند خود را آیات قرآن (نساء: ۲۰؛ بقره: ۲۳۷) و روایت ابی الصباح کنانی (حرعاملی، ۱۵/۳، باب ۱، ح ۱)، روایت زراره (همان، ۹/۹) و روایت صحیحہ و شاء (همان، ص ۱۹، باب ۹، ح ۱) قرار داده است. شیخ بهائی (۲۶۲) از دیگر گروندگان به این اندیشه است اما دلیلی بر مدعای خود نمی آورد.

فاضل هندی (۲۷۶/۷؛ ۴۰۲-۴۰۳) ضمن همراهی، آیه قرآن (نساء: ۲۰)، صحیحہ و شاء (حرام‌ملی، ۱۹/۱۵، ح ۱)، روایت محمد بن مسلم (همان، ۴۷۱/۱۴، ح ۳) روایت زراره (همان، ص ۴۷۲، ح ۹) و اصل را به عنوان ادله خود ذکر می‌کند. استدلال ایشان به این صورت است که: در کتاب انتصار و هدایه آمده است که مهریه، زائد بر پانصد درهم (معادل مهرالسنه) نمی‌باشد و اگر بیشتر بود باید به مهرالسنه برگردد؛ و چه بسا آنچه که از کتاب من لایحضر برداشت می‌شود دو دلیل است: اول، اجماع و دوم، انتفاء دلیل بر زائد مهرالسنه؛ و این دو دلیل، مردود است. رد اجماع این گونه است که چنین اجماعی نشده است؛ و رد دومی این طور است که آن چیزی که نیاز به دلیل دارد، تعیین مقدار است نه بیشتر از مهرالسنه بودن (یعنی اینکه تعیین سقف برای مهریه دلیل می‌خواهد که شمای سیدمرتضی باید دلیل بیاوری). ایشان در ادامه به دو خبر ضعیف از مفضل بن عمر و محمد بن اسحاق می‌پردازد و آن‌ها را به خاطر ضعف، رد می‌کند. ایشان در ادامه می‌گوید: اکتفا کردن به میزان مهرالسنه از باب تأسی به ائمه (علیهم‌السلام) نیکو است. ایشان در پایان متذکر شده‌اند به اینکه اگر کسی خواست زیاده بر مهرالسنه را لحاظ کند، آن را از باب نحلّه قرار دهد، نه از باب مهریه مازاد بر مهرالسنه، و این نحلّه قراردادن مازاد را به خاطر تأسی به امام جواد (ع) توصیه می‌کند چرا که در روایت (مجلسی، ۲۴/۱۰۰، ح ۳) آمده که ایشان مهریه همسرش را به میزان مهرالسنه قرارداد و مازاد بر آن را به عنوان نحلّه معین کرد.

بحرانی (۴۲۹/۲۴-۴۳۳) هم از قائلان به این رأی است و آیات قرآن (نساء: ۲۰ و ۲۴؛ بقره: ۲۳۷) و روایت و شاء (طوسی، تهذیب، ۳۶۱/۷، ح ۲۷، ش ۱۴۶۵) را به عنوان دلایل خود آورده است. وی توضیح می‌دهد که: آیات قرآن عام است نسبت به هر چیزی که مورد تراضی طرفین باشد و هم چنین روایات زیادی وجود دارد که دلالت بر تراضی طرفین در مقدار مهریه می‌کند چه اینکه کم باشد یا زیاد. ایشان در ادامه می‌گویند: سید مرتضی به اجماع تمسک نموده و این عجیب است؛ چون ما موافقی با سید نشناختیم چه رسد به اینکه ادعای اجماع کند؛ چرا که سید در انتصارش راجع به خیلی مسائل ادعای اجماع نموده، ولی موافقی برای آن‌ها نداشته است. امکان دارد استدلال سید مرتضی به روایت مفضل بن عمر باشد که روایتی ضعیف است و علامه در مختلف، آن مقدار زائد بر مهرالسنه را حمل بر استحباب نموده است؛ به این صورت که مستحب است مازاد بر مهرالسنه به وسلیه ابراء، به مهرالسنه رد شود. لذا می‌گوییم که صدر ادعای سید با عمومات کتاب و سنت، مخالف است. پس به خاطر اخبار مستفیضه مبنی بر مهرالسنه قراردادن مهریه، بهتر است به میزان مهرالسنه اکتفا شود و تا جایی در این میزان مبالغه شده که گفته شده باید همین مقدار مهرالسنه معین شود و این به دلیل تضمن روایات مبنی بر اشاره به بازگرداندن به میزان مهرالسنه است.

صاحب جواهر (۱۵/۳۱-۱۸) نیز ضمن همراهی با این اندیشه می‌گوید: مشهور بین اصحاب این است که سقفی برای مهریه از جهت کثرت وجود ندارد و این، شهرت عظیم است به گونه‌ای که می‌توان گفت اجماعی است؛ به خاطر اطلاق ادله و عمومیت کتاب (نساء: ۲۰ و ۲۴؛ بقره: ۲۳۷) و سنت (حرعاملی، ۱/۱۵)؛ و دیگر اینکه مهریه نوعی معاوضه است و مقدار آن همانند سایر معاوضات، تابع نظر متعاضین می‌باشد. ایشان می‌گویند که منظور از قنطار در آیه ۲۰ سوره نساء، مال عظیم و فراوان می‌باشد و صحیحه و شاء (حرعاملی، ۱۹/۱۵، ح ۱) و صحیح فضیل (همان، ۳۵/۱۵، ح ۱) را به عنوان دلایل خود می‌آورد. ایشان ادامه می‌دهد که از طوسی در مبسوط حکایت شده که عمر، ام‌کلثوم دختر حضرت علی (ع) را با چهل هزار درهم به ازدواج خویش درآورد و انس بن مالک، همسر خویش را به ده هزار درهم به ازدواج درآورد و همچنین حسن بن علی (ع) همسرش را به یکصد کنیز که همراه هر کنیزی هزار درهم بود به ازدواج درآورد؛ بلکه از این موارد در عهد صحابه و تابعین زیاد رخ داد و کسی به آن‌ها خرده نگرفت. ایشان ادامه می‌دهد که: سیدمرتضی از قائلان به عدم زیادت از مهرالسنة است. همین نظریه از صدوق و اسکافی حکایت شده، اما می‌گوئیم: کلام ابن جنید صراحتی در این موافقت با سید ندارد و بلکه ظهور در مخالفت با نظر سید دارد، همچنین نظر صدوق ظاهر در استحباب است بلکه بعید نیست که بگوئیم صدوق، کراهت زیادت از مهرالسنة را اراده کرده است؛ لکن اولی این است که از باب تأسی به ائمه (علیهم‌السلام) به میزان مهرالسنة اكتفا کنیم و اگر مازاد بر مهرالسنة اراده شده، آن را از جهتی به غیر از جهت مهریه، به عنوان نحله قرار دهیم کما اینکه امام جواد (ع) نیز همین کار را انجام دادند.

ایشان ادامه می‌دهد که: شأن مرتضی به دور از این است که آنچه در کتاب و سنت متواتر و عمل صحابه و تابعین و پیروان آن‌ها و آنچه که شیعه قائل به آن می‌باشد از ایشان مخفی بماند.

صاحب جواهر دو نوع اعتذار برای کلام سید مرتضی می‌آورد و سپس هر کدام را به طریقی رد می‌کند: اعتذار اول اینکه سید مرتضی بر این باور است که برای عموم، صیغه خاصی وجود ندارد، لذا قول حضرت که فرمودند: «آنچه که زوجان بر آن تراضی نمایند» دلالت بر عموم نخواهد داشت.

دفع اعتذار اول در سه مرحله صورت می‌گیرد: اولاً دلیل فقط محصور بر این حدیث نمی‌باشد؛ ثانیاً اگرچه سیدمرتضی معتقد است که صیغه عموم در لغت چیزی ندارد، اما قبول دارد که عموم در شرع، موجود است؛ ثالثاً نصوصی که در این باب ذکر شده، بعضی از آن‌ها دارای مواردی هستند که دال بر عموم می‌باشد همانند قول حضرت که فرمودند: قل و کثر.

اعتذار دوم این است که: شاید مراد سید، استحباب به میزان مهرالسنة بودن و کراهت زیادت از مهرالسنة بوده و اینکه در جایی که مازاد بر آن مقدار شرط شده، استحباب دارد که مازاد بر مهرالسنة بخشیده

شود. دفع این اعتذار بدین صورت است که: این استحباب و کراهت با ظاهر یا صراحت کلام سید مرتضی منافات دارد.

صاحب جواهر در اینجا نوعی اعتذار از دیگران را آورده و می گوید: بله گفته شده همانا مراد سید مرتضی این است که برای مهریه، وضع شرعی وجود ندارد الا اینکه برای این مهریه، مصداقی در شرع پیدا کنیم و هر جایی هم که در شرع، لفظ مهر آمده، منظور مهر شرعی است؛ پس زمانی که برای زن از پانصد درهم بیشتر قرار داده شد همه مهریه بر زوج واجب است الا اینکه مهریه شرعی زن، پانصد درهم است و مازاد بر آن، مهر عرفی است که آن هم واجب است و اگر دوست داشتی، اسم آن مازاد را نحله بگذار و گویا این همان اشاره و عملی می باشد که امام جواد (ع) با دختر مأمون انجام داده است. لذا اگر شارع مقدس مثلاً بگوید: زن حق امتناع از زوج را دارد تا زمانی که مهریه تسلیم وی شود و درکلام، قرینه ای بر مهر عرفی نباشد، مهریه شرعی یعنی پانصد درهم برگردن زوج بار می شود؛ و شاید سیدمرتضی به سوی همین مطلب اشاره کرده است.

صاحب جواهر در رد کردن این اعتذار آخر می گوید: وجه رد کردن سید این است که ما مقدار شرعی برای مهریه را به آن صورتی که سید ذکر کرده، منع می کنیم؛ اگر چه در نصوص تعبیر به مهرالسنه شده است، لکن مراد از آن، معین کردن مقدار برای مهریه نیست به گونه ای که عنوان برای احکام شرعیه متعلق بر مهر قرار بگیرد. ظاهر این است که مهریه در عقد نکاح، صرفاً عوضی است که در مقابل بضع قرار می گیرد والله العالم.

موسوی خوانساری (۳۸۴/۴) نیز به دنباله روی از این اندیشه پرداخته و معتقد است اخبار مستفیضه دال بر این است که اقل و اکثر در مهریه به تراضی طرفین است. ایشان روایت ابی الصباح کنانی (کلینی، ۳۷۸/۵، ح ۱)، روایت فضیل بن یسار (همان، ۳۷۸/۵، ح ۳) و روایت زراره (همان، ۳۷۸/۵، ح ۴) را به عنوان مستندات خویش آورده است.

خوئی (۲۷۲/۲ و ۲۷۹)، محمد حسینی روحانی (۳۰۹/۲)، زین الدین (۱۰۶/۷) و محمدصادق حسینی روحانی (منهاج الصالحین، ۳۰۴/۲) از دیگر گروندگان به این نظریه اند اما دلیلی نمی آورند. محمدصادق حسینی روحانی در جایی دیگر (فقه الصادق، ۱۴۰/۲۲) ضمن همراهی با این نظریه، آیات قرآن (نساء: ۲۰ و ۲۴)، روایت محمدبن مسلم (حرعاملی، ۴۷۱/۱۴، ح ۳)، روایت زراره (همان، ۴۷۲، ح ۹) و بلاخلاف بودن این نظریه را به عنوان دلایل خود می آورد. ایشان این چنین می گوید: وجه اول این است که بر میزان مهرالسنه بودن مهریه از نظر سیدمرتضی اجماع وجود دارد. ایشان این وجه اول را به این صورت رد می کند که: اصحاب به سوی این نظریه و وجه اول نرفته اند تا جایی که موافقی همراه با نظر

سید دیده نمی‌شود مگر آنچه که به صدوق و اسکافی نسبت داده شده است؛ و صاحب‌جواهر هم اذعان کرده که این دو نفر، موافق با سید نیستند و به خاطر همین، صاحب‌جواهر بنابر آن چیزی که از مسالک حکایت کرده، بعد از این که ادعای اجماع سید را عجیب دانسته، می‌گوید: ما موافقی برای سیدمرتضی نیافتیم چه رسد به اینکه ادعای اجماع برای ایشان ثابت گردد. وجه دوم از نظر سیدمرتضی این است که مهرالسنه، مهری است دارای احکام شرعی و این درحالی است که بر این، اجماع داریم که مهر، احکام خاص خود را خواهد داشت، منوط به اینکه عقد بر آن واقع شود؛ اما درباره مقدار زائد بر مهرالسنه، نه اجماعی در کار است که مهر قرار بگیرد و نه دلیل شرعی (نقلی) بر آن وجود دارد، پس باید مازاد را نفی کرد.

آقای روحانی وجه دوم را این چنین رد می‌کند: آیات قرآنی در رابطه بامهریه و آیات شبیه به آن، عمومیت دارند و اگر عمومیت آیات را نپذیریم و بخواهیم خصوصیتی برایش معین کنیم، آن خصوص، آیه‌ای است که در آن قطار آمده که منظور از آن، مال فراوان می‌باشد. برای آنچه که ذکر شد مجال نمی‌ماند، اما خبر مفصل بن عمر علاوه بر اینکه به خاطر مفصل، ضعف سندی دارد، متضمن احکام غریب است و اصحاب از آن خبر اعراض کرده‌اند و این خبر، صلاحیت مقاومت در برابر نصوصی که بر جواز زیادت از مهرالسنه دلالت می‌کنند را ندارد؛ پس نظر صحیح، جواز زیادت از مهرالسنه است. در همین مقام، تعدادی نصوص وجود دارد که از آن‌ها تعیین مهر به مقدار مهرالسنه برداشت می‌شود و آن‌ها اخباری هستند که متضمن این امرند که رسول‌الله (ص) ازدواج نکردند و دخترانشان را به ازدواج درنیاوردند مگر به مقدار مهرالسنه و خداوند هم به پیغمبر امر کرد که مهریه زنان مؤمنه را به همین مقدار قرار دهد و ایشان نیز مطابق همین امر عمل کردند. آقای روحانی ادامه می‌دهد که: من به احادیثی دست نیافتم که صریحاً دلالت بر این کند که اگر میزان مهریه، زائد بر مهرالسنه بود باید به همان مقدار برگشت نماید به جز خبر مفصل بن عمر. روایات زیادی داریم که دلالت بر جواز بیشتر از مهرالسنه می‌کند که بعضی از آن‌ها گذشت و همچنین در مبسوط آمده که امام حسن (ع) صدق همسر خود را صد کنیز قرار داد که به همراه هر کنیزی هزار درهم بود و عمر، صدق دختر امیرالمؤمنین (ع) را چهل هزار درهم قرار داد. ایشان می‌افزاید: آنچه که از نصوص، متعین می‌شود این است که مهریه شرعی همین مهرالسنه است و اگر مقدار مهریه زن بیشتر از مهرالسنه قرار داده شود، همه آنبر ذمه زوج واجب می‌شود؛ با این توضیح که مهر شرعی، پانصد درهم است و مازاد بر آن، مهریه‌ای عرفی است که بر زوج، واجب شرعی است و اگر دوست داشتی اسم آن را نحلّه بگذار.

استناد آقای روحانی به این صورت است که: شاهد بر حرف ما، آن چیزی است که عیاشی در تفسیرش از عمر بن یزید روایت کرده که گفته: به امام صادق (ع) عرض کردم حکم کسی که مهریه را بیشتر

از مهرالسنة قرار دهد چیست؟ آیا جایز است؟ حضرت فرمودند: زمانی که اینگونه شد، مازاد، مهریه نیست بلکه نحله است؛ چون خداوند فرموده: ... و آیتیم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً... و در این آیه مراد خداوند نحل بوده و مهریه را قصد نکرده است. آیا نمی‌بینی وقتی زن درخواست طلاق خلع می‌کند زوج می‌تواند همه مهریه را بگیرد و آنچه را که اضافه‌تر می‌تواند بگیرد نحل است و این دلیل بر مهرالسنة بودن مهریه است.

دلایل قائلان به نظریه سوم

۱. آیات قرآن

«وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُنَّ فَكُلُوهُ هُنَيْفًا مَرِيئًا» (نساء: ۴).
 آیه می‌گوید: مهریه زنان را به‌عنوان هدیه‌ای الهی با میل و رغبت (و بدون چشم‌داشت و منت‌گذاری) به خودشان بدهید و اگر چیزی از آن را با میل و رضایت خود به شما ببخشند، آن را حلال و گوارا بخورید.
 ابن‌زهره (۴۳۶)، قمی (۴۴۳)، علامه حلی (تبصره، ۱۸۳)، ابن‌علامه (۱۹۳/۳) و شهیدثانی (مسالك، ۴۴۱/۷؛ ۱۶۶/۸) از استدلال‌کنندگان به این آیه‌اند.
 «وإن لودعتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتهم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً لتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً» (نساء: ۲۰).
 یعنی اگر خواستید همسری دیگر به جای همسر پیشین جایگزین کنید و به همسر پیشین مال فراوانی (به عنوان مهریه) پرداخته‌اید، چیزی از آن را پس نگیرید. آیا آن را با تکیه به تهمت و گناهی آشکار پس می‌گیرید؟
 شهیدثانی (مسالك، ۴۴۱/۷؛ ۱۶۶/۸-۱۷۰)، محمدعاملی (۲۲۱/۱)، فاضل‌هندی (۲۷۶/۷؛ ۴۰۲-۴۰۳)، بحرانی (۴۲۹/۲۴-۴۳۳) و محمدصادق روحانی (فقه الصادق، ۱۴۰/۲۲) از متمسکین به این آیه هستند.

«والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكح كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة إن الله كان عليماً حكيماً» (نساء: ۲۴).

آیه اذعان می‌دارد: و (ازدواج) زنان شوهردار (بر شما حرام شده) مگر زنانی که (به سبب جنگ با شوهران کافرشان از راه اسارت) مالک شده‌اید؛ (این قانون) مقرر شده خداست بر شما. و زنان دیگر غیر از این (زنانی که حرمت ازدواج با آنها بیان شد) برای شما حلال است که آنها را با (هزینه کردن) اموالتان

(به عنوان ازدواج) بخواهید در حالی که (قصد دارید با آن ازدواج) پاکدامن و مصون از زنا باشید، و از هر کدام از زنان به عقد متعه و نکاح موقت برخوردار شوید مهریه او را به عنوان واجب مالی بپردازید و در آن چه پس از تعیین مهریه (نسبت به مدت عقد یا کم یا زیاد کردن مهریه) با یکدیگر توافق کردید بر شما گناهی نیست؛ یقیناً خداوند همواره دانا و حکیم است.

ابن زهره (۴۳۶)، قمی (۴۴۳)، علامه حلی (تبصره، ۱۸۳؛ مختلف، ۱۲۹/۷-۱۳۱)، شهیدثانی (مسالك، ۴۴۱/۷)، بحرانی (۴۲۹/۲۴-۴۳۳) و محمدصادق روحانی (فقه الصادق، ۱۴۰/۲۲) از مستدلین به این آیه هستند.

«وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفو أقرب للتقوى ولا تسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير» (بقره: ۲۳۷).

یعنی اگر آنان را پیش از آمیزش جنسی طلاق دهید، در حالی که برای آن‌ها مهری تعیین کرده‌اید، پس (بر شما واجب است) نصف آنچه تعیین کرده‌اید (به آنان بپردازید) مگر آن‌که خود آنان یا کسی که پیوند ازدواج به دست اوست (مانند ولی یا وکیل) آن را ببخشند. و گذشت شما (که تمام مهریه را به زن بپردازید) به پرهیزگاری نزدیک‌تر است و فزون‌بخشی و نیکوکاری را در میان خودتان فراموش نکنید که خدا به آن چه انجام می‌دهید بیناست.

ابن زهره (۴۳۶)، قمی (۴۴۳)، علامه حلی (تبصره، ۱۸۳؛ مختلف، ۱۲۹/۷-۱۳۱)، ابن علامه (۱۹۳/۳)، شهیدثانی (مسالك، ۴۴۱/۷؛ ۱۶۶/۸-۱۷۰) و محمد عاملی (۲۳۱/۱) در زمره متمسکین به این آیه‌اند.

۲. روایات

روایت محمد بن مسلم: عده من اصحابنا عن سهل بن زیاد عن احمد بن محمد ابی نصر و عبدالرحمن بن ابی نجران عن عاصم بن حمید عن محمد بن مسلم قال: سألت ابا عبد الله (ع) كم المهر فی المتعة؟ قال: ما تراضيا علیه الى ما شاء من الأجل (طوسی، تهذیب، ۲۶۰/۷، ح ۵۲؛ کلینی، ۴۵۷/۵، ح ۱).

روایت مبین این امر است که از امام صادق (ع) سؤال شد که مقدار مهریه (در متعه) به چه میزان است؟ ایشان فرمودند: آن چه که طرفین بر آن تراضی کنند از هر چیزی که باشد.

مفید (۴۷-۴۸)، شهیدثانی (مسالك، ۴۴۱/۷؛ ۱۶۶/۸-۱۷۰)، فاضل هندی (۱۷۶/۷؛ ۴۰۲-۴۰۳) و محمد صادق روحانی (فقه الصادق، ۱۴۰/۲۲) از قائلان به این روایت‌اند.

روایت زرارہ: عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن اسماعیل بن مرار عن یونس عن النضر بن سوید عن موسی بن بکر عن زرارہ بن اعین عن ابی جعفر (ع) قال: الصداق کل شیء تراضی علیه الناس قل او کثر فی متعه او تزویج غیر متعه (کلینی، ۳۷۸/۵، ح ۴). به این مفهوم که: امام باقر (ع) فرموده‌اند: مهریه هر آن چیزی است که مردم برای آن تراضی و توافق کنند چه کم باشد و چه زیاد، چه در متعه باشد و چه در ازدواج دائم.

مفید (رساله، ۱۷-۲۲)، شهیدثانی (مسالک، ۴۴۱/۷؛ ۱۶۶/۸-۱۷۰) و محمد صادق روحانی (فقه الصادق، ۱۴۰/۲۲) از مستدلین به این روایت‌اند.

روایت فضیل بن یسار: عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابی عمیر عن عمر بن اذنیه عن فضیل بن یسار عن ابی جعفر (ع) قال: الصداق ما تراضیا علیه من قلیل او کثیر فهذا الصداق (کلینی، ۳۷۸/۵، ح ۳). برداشت از روایت این است که امام باقر (ع) فرمودند: مهریه آن چیزی است که طرفین بر آن تراضی و توافق کنند چه کم باشد و چه زیاد.

مفید (رساله، ۱۷-۲۲)، شهیدثانی (مسالک، ۴۴۱/۷؛ ۱۶۶/۸-۱۷۰) و خوانساری (۳۸۴/۴) از پیروان این روایت‌اند.

روایت دوم زرارہ: محمد بن الحسن باسناده عن علی بن الحسن بن فضال عن علی بن الحکم عن موسی بن بکر عن زرارہ عن ابی جعفر (ع) قال: الصداق ما تراضیا علیه قل او کثر (حرعاملی، ۲/۱۵، باب ۱، ح ۶). به این مفهوم که: مهریه آن چیزی است که بر آن توافق و تراضی کنند چه کم باشد و چه زیاد. شهیدثانی (مسالک، ۴۴۱/۷؛ ۱۶۶/۸-۱۷۰)، محمد عاملی (۲۳۱/۱)، فاضل هندی (۲۷۶/۷؛ ۴۰۲-۴۰۳) و خوانساری (۳۸۴/۴) از موافقان این حدیث‌اند.

روایت صحیحہ و شاء: محمد بن یعقوب عن الحسن بن محمد معلى بن محمد و عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد جمیعاً عن الوشاء عن الرضا (ع) قال: سمعته یقول لو أن رجلاً تزوج المرأة و جعل مهرها عشرين ألفاً و جعل لأبیها عشرة آلاف کان المهر جائزاً و الذی جعله لأبیها فاسداً (همان، ۱۹/۱۵، ح ۱).

به این برداشت که: از امام رضا (ع) شنیدم که فرمودند: اگر مردی با زنی ازدواج کند و برایش بیست هزار درهم قرار دهد و برای پدر زن ده‌ها هزار درهم، مهر جائز است و آنچه برای پدر زن قرار داده است، فاسد است.

علامه حلی (تبصره، ۱۸۳؛ مختلف، ۱۲۹/۷-۱۳۱)، محمد عاملی (۲۳۱/۱)، فاضل هندی (۲۷۶/۷؛ ۴۰۲-۴۰۳) و بحرانی (۴۲۹/۲۴-۴۳۳) از معتقدان به این روایت‌اند.

روایت ابی الصباح کنانی: محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن اسماعیل عن محمد بن الفضیل عن ابی الصباح الكنانی عن ابی عبدالله (ع) قال: سألت عن المهر ما هو؟ قال: ما تراضی علیه الناس (کلینی، ۳۷۸/۵، ح ۱). مفهوم روایت این است که: از امام (ع) درباره میزان مهریه سؤال شد و ایشان فرمودند: آنچه مردم بر آن تراضی نمایند.

محمد عاملی (۲۳۱/۱) و خوانساری (۳۸۴/۴) از پیروان این روایت اند.

۳. اجماع

تنها فقیه‌ای که قائل به اجماع در این نظریه شده ابن زهره (۴۳۶) است.

۴. بلاخلاف بودن این نظریه

ابن ادریس (۵۷۶/۲) و محمد صادق روحانی (فقه الصادق، ۱۴۰/۲۲) از فقهایی اند که این نظریه را بلاخلاف می‌دانند.

نظریه چهارم: عدم تعیین سقف، همراه با کراهت تجاوز از مهرالسنه و استحباب عدم تجاوز از این مقدار.

سردمدار این نظریه، علامه حلی (ارشاد الاذهان، ۱۱/۲ و ۱۵) است اما دلیلی بر ادعای نمی‌آورد. شهیدثانی (شرح اللمعة، ۲۸۵/۵، ۳۴۳-۳۴۴) نیز موافق این نظریه است و آیه قرآن (نساء: ۲۰)، صحیحۃ و شاء (طوسی، تهذیب، ۳۶۱/۷، ح ۲۷) و دیگر روایات وارده (حرعاملی، ۵/۱۵/باب ۴) را به عنوان مستندات خود می‌آورد. ایشان معتقد است که منظور از قنطار در آیه فوق، مال فراوان است. وی در ادامه، اجماع مورد ادعای سیدمرتضی را ممنوع دانسته و استناد کردن به خبر مفضل بن عمر که خبری ضعیف است را به سیدمرتضی نسبت می‌دهد و بر این باور است که این خبر، صلاحیت برای احتجاج ندارد.

انصاری (۲۵۵ و ۲۶۴) از دیگر رهروان این اندیشه است و ضمن رد نظر سید مرتضی و ضعیف دانستن آن، روایات کثیر وارده در این باب را (حرعاملی، ۱۹/۱۵-۴۴، ابواب ۹، ۲۴ و ۳۵ از ابواب المهور) به عنوان مستند ادعای خویش ذکر می‌کند.

حسینی سیستانی (۳۰۱) ضمن همراهی با این اندیشه، روایت سکونی (حرعاملی، ۱۶/۱۴، ح ۸) به همراه روایتی از امام باقر (ع) را (همان، ۱۰/۱۵، ح ۹) به عنوان مستندات خویش می‌آورد. طباطبائی حکیم (۲۳۵) نیز از دیگر موافقان این رأی است و همان دلایل سیستانی را به عنوان ادله خویش ذکر می‌کند.

دلائل قائلان به نظریه چهارم

۱. آیات قرآن

(نساء: ۲۰) مذکور در صفحات پیشین که برای جلوگیری از اطاله کلام از ذکر مجدد موارد تکراری پرهیز می‌کنیم. شهیدثانی (شرح‌اللمعة، ۲۸۵/۵، ۳۴۳-۳۴۴) تنها استناد کننده به این آیه است.

۲. روایات

روایت صحیحہ و شاء (طوسی، تهذیب، ۳۶۱/۷، ح ۲۸) مذکور در صفحات پیشین. این روایت فقط مورد استناد شهیدثانی (شرح‌اللمعة، ۲۸۵/۵، ۳۴۳-۳۴۴) قرار گرفته است. روایت سکونی: عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن النوفلی عن السکونی عن ابی عبد الله (ع) قال: قال رسول الله (ص): افضل نساء امتی اصبحهن وجها و اقلهن مهرا (حرعاملی، ۱۶/۱۴، ح ۸). به این مفهوم که: پیامبر (ص) فرموده‌اند: بهترین زنان امت من، آن‌هایی‌اند که صورتی زیباتر و مهریه‌ای کمتر داشته باشند.

سیستانی (۳۰۱) و حکیم (۲۳۵) از قائلان به این روایت‌اند.

روایتی از امام باقر (ع): محمد بن علی بن الحسین (ع) قال: روی أن من بركة المرأة قلة مهرها و من شومها كثرة مهرها (همان، ۱۰/۱۵، ح ۹). برداشت از روایت این است که: امام باقر (ع) می‌فرمایند: روایت شده که از برکات زن، کم بودن مهریه اوست و از شوم بودن زن، زیادی مهریه اوست. انصاری (۲۵۵ و ۲۶۴)، سیستانی (۳۰۱) و حکیم (۲۳۵) معتقد به این روایت‌اند. نظریه پنجم: این اندیشه بر این پایه استوار است که مهریه از جهت زیادت، سقفی ندارد؛ اما تجاوز از میزان مهرالسنة، مکروه است.

تنها فقیه‌ای که این رأی را برگزیده، شهیداول (۱۷۰) است اما مستندی بر گفته خود ذکر نمی‌کند. نظریه ششم: عدم تعیین سقف از جهت زیادت برای مهریه و استحباب اینکه میزان مهریه به مقدار مهرالسنة باشد.

مفید (المقنعه، ۵۰۹) از فقهای است که ضمن همراهی با این نظریه، روایتی از صدوق (حرعاملی، ۷۹/۱۴، ح ۴) را به عنوان دلیل قول خود آورده است.

طوسی (النهایه، ۴۸۶) نیز به دنباله روی از همین اندیشه پرداخته، اما دلیلی بر ادعای خود ذکر نکرده است. هم ایشان در جایی دیگر (المبسوط، ۲۷۲/۴-۲۷۳) بر همین قول صحه گذاشته و مستند نظر خود را آیه قرآن (نساء: ۲۴) و روایات وارده قرار داده است.

ابن براج (۱۹۸/۲) نیز ضمن همراهی، آیات قرآن (بقره: ۲۳۷؛ نساء: ۲۴) به همراه روایت ابن عباس (دارقطنی، ۱۷۲/۲-۱۷۳) را به عنوان دلایل خود آورده است.

ابن سعید (۴۳۹) از دیگر فقهای می باشد که پیروی از این رأی را برگزیده، اما دلیلی نیاورده است. از دیگر همراهان این نظریه می توان از علامه حلی (تحریر، ۵۲۷/۳) نام برد. ایشان مهریه را به تراضی طرفین می داند و معتقد است اگر مهریه از جهت کثرت هم زیادت از مهرالسنه باشد، لازم است و به قنطار که به معنی مال فراوان می باشد استناد نموده است. ایشان قول سیدمرتضی در رد مهریه بیشتر از مهرالسنه را غیر معتمد می داند.

دیگر همراه این اندیشه، طباطبائی کربلایی (۴۰۷/۱۰-۴۰۸) است. ایشان معتقد است که مهریه به تراضی واقع می شود و این را اجماعی می داند. وی آیات قرآن (نساء: ۲۰ و ۲۴) به همراه صحیح و شفاء (طوسی، تهذیب، ۳۶۱/۷، ح ۲۸) را به عنوان مستندات خویش می آورد. ایشان می گوید: اینکه سید از زیادت بر مهرالسنه منع نموده، براساس روایت ضعیفی است که صلاحیت برای احتجاج ندارد، خصوصاً در مقابل نصوصی که در مقابل آن قرار دارد. ایشان در ادامه می گوید: اگر احتیاط شود و مهریه را به اندازه مهرالسنه قرار دهیم و مازاد آن را به عنوان نحله بگیریم از باب تأسی به امام جواد (ع) که در ازدواج دختر مأمون (حرعاملی، ۲۶۴/۱۰۰، ح ۳) همین کار را انجام دادند، این نیکوست. آخرین قائل به این نظریه، منتظری (۴۵۸-۴۵۹) است که روایت سکونی (حرعاملی، ۱۶/۱۴، ح ۸) را به عنوان مستند خود می آورد.

دلائل قائلان به نظریه ششم

۱. آیات قرآن

(نساء: ۲۰) مذکور در صفحات گذشته.

طباطبائی (۴۰۷/۱۰-۴۰۸) متمسک به آیه فوق است.

(نساء: ۲۴) مذکور در صفحات پیشین.

طوسی (النهایه، ۴۸۶؛ المبسوط، ۲۷۲/۴-۲۷۳)، ابن براج (۱۹۸/۲) و طباطبائی (۴۰۷/۱۰-۴۰۸) از قائلان به این آیه اند.

(بقره: ۲۳۷) مذکور در صفحات قبل.

ابن براج (۱۹۸/۲) معتقد به این آیه است.

۲. روایات

روایت حماد بن عیسی (کلینی، ۳۷۶/۵، ح ۵) مذکور در صفحات پیشین.

مفید (المقنعه، ۵۰۹) روایت فوق را برگزیده است.

روایت ابن عباس: محمد بن مخلص نا احمد بن منصور نا عمرو بن خالد الحرانی نا صالح بن عبد الجبار عن محمد بن عبد الرحمن بن البیلمانی عن ابیه عن ابن عباس قال: قال رسول الله (ص) أنکحوا الایامی ثلاثه، قيل: ما العلائق بینهم یا رسول الله، قال: ما تراضی علیه الأهلون (دارقطنی، ۱۷۲/۳-۱۷۳).

روایت فوق مبین این امر است که آنچه به عنوان علقه و مهریه بین زن و شوهر قرار می گیرد از چیزهایی است که زوجین بر آن تراضی نمایند.

ابن براج (۱۹۸/۲) تنها فقیهی است که از میان قائلان به نظریه ششم، به این روایت استناد می کند.

روایت صحیحہ و شاء: (طوسی، تهذیب، ۳۶۱/۷، ح ۲۸) مذکور در صفحات گذشته.

طباطبایی (۴۰۷/۱۰-۴۰۸) از تمسک کنندگان به این روایت است.

روایت سکونی (حرعاملی، ۱۶/۱۴، ح ۸) مذکور در صفحات قبل.

منتظری (۴۵۸-۴۵۹) تنها فقیهی است که در میان قائلان به نظریه ششم به این روایت استناد کرده است.

روایت معروف به امام جواد (ع): «و لما تزوج الرضا (ع) ابنة المأمون خطب لنفسه فقال: ... و بذلت لها من الصداق ما بذله رسول الله (ص) لأزواجه و هو اثنتا عشرة أوقية و نش على تمام الخمسمائة، و قد نحلتها من مائة ألف درهم، زوجتني يا امير المؤمنين؟ قال: بلى، قال: قبلت و رضيت» (مجلسی، ۲۶۴/۱۰۰، ح ۳).

برداشت از روایت این است که امام رضا (ع) برای تزویج دختر مأمون، پانصد درهم یعنی مهرالسنه ای را که پیامبر (ص) برای زنان و دختران خویش به عنوان مهریه قرار می دادند، قرار داده و صد هزار درهم دیگر را به عنوان نحله برای وی قرار دادند.

طباطبایی (۴۰۷/۱۰-۴۰۸) به این روایت استناد کرده است.

تحلیل

در میان قائلان به نظریه اول، سید مرتضی این نظریه در میان فقهای امامیه را اجماعی می داند. چنین به ذهن خطور می کند که منظور جناب مرتضی از اجماع، چیز دیگری باشد؛ چرا که اگر مقصود ایشان از اجماع، اتفاق نظر فقهای امامیه باشد، چنین اتفاق نظری رخ نداده است؛ چون به غیر از خود سید و صدوق کسی را نیافتیم که با این نظر همراهی نماید و واری آن آثار فقهای امامیه، مبین این امر است که مخالفان این

نظریه فراوان اند.

سید در دلیل دیگر خود می گوید: برای اینکه مقدار مازاد بر مهرالسنه به عنوان مهریه واقع شود، نه اجماعی در کار است و نه دلیل شرعی برای آن وجود دارد؛ لذا به دلیل عدم اجماع و نیز فقدان دلیل شرعی، باید مقدار زائد بر مهرالسنه را نفی نمائیم.

به نظر می رسد آنچه که از کتاب و سنت برداشت می شود، خود بهترین دلیل شرعی باشد چراکه آیات و روایات وارده در این باب، متضمن این امر است که مهریه به تراضی واقع می شود و اینکه تراضی در تعیین میزان مهریه، ملاک عمل بسیاری از روایات قرار گرفته، خود محکم ترین دلیل برای عدم پذیرش نظر سید است.

بررسی دلائل قائلان به نظریه دوم و جمع بین روایات این دسته، مظهر این امر است که این روایات هیچ گونه الزامی مبنی بر رعایت سقف مهریه به میزان مهرالسنه ایجاد نمی کند و تنها نوعی توصیه اخلاقی را در بر می گیرد. در میان فقهای معتقد به این نظریه، جزائری بر این باور است که نظر سید در انتصار مبنی بر منع زیادت از مهرالسنه، بر پایه روایت ضعیف مفضل بن عمر است؛ لذا بعد از وارسی کتاب انتصار سید معلوم شد که ایشان هیچ استنادی به این روایت ضعیف نداشته است. اگر چه که شاید بتوان گفت روایت مفضل از نظر محتوا با نظریه سید هم خوانی و سنخیت دارد، اما ایشان هیچ اشاره ای به این روایت نداشته است.

در میان قائلان به نظریه سوم، علامه حلی معتقد است که احتجاج سید مبنی بر عدم اجماع بر زیادت از مهرالسنه، ضعیف است و می گوید: بر فرض اینکه نظر سید را بپذیریم و اجماع بر زیادت از مهرالسنه را نفی کنیم، این ملازمه با نفی سایر ادله نخواهد داشت. در این میان، علامه حلی روایت مفضل را مستقیمه به سید اسناد نداده است و می گوید اگر این روایت، مورد استناد سید باشد، اولاً ضعیف است چون در طریق آن، محمد بن سنان وجود دارد و ثانیاً مورد طعن شیخ طوسی است. ایشان در توجیه این روایت می فرماید: احتمال دارد که مراد از روایت فوق، استحباب باشد و در صورت زیادت از مهرالسنه، مستحب است که به وسیله ابراء، به مقدار مهرالسنه بازگشت نماید و بعد از رد کردن به وسیله ابراء، بیشتر از مقدار مهرالسنه لازم نمی آید.

اینگونه به ذهن می آید که تحلیل ایشان در مورد اجماع، صحیح است چرا که نفی اجماع در مورد زیادت، موجب نمی شود که سایر ادله همچون آیات و روایات وارده در این باب، کنار گذاشته شوند.

شهید ثانی به پیروی از علامه، مازاد بر مهرالسنه را به وسیله ابراء به همان مقدار رد می کند. به نظر می رسد ابراء مورد استناد علامه و شهید ثانی، دقیقاً همان نظری باشد که سید به آن معتقد است اما با نوعی

تفاوت در دلیل؛ چرا که سید به اجماع و فقدان دلیل شرعی استناد کرد، ولی اینان به استحباب روایت و ابراء.

فاضل هندی یکی از دلایل سید را انتفاء دلیل در زائد بر مهرالسنه می‌داند و می‌گوید: آن چیزی که دلیل می‌خواهد، تعیین مقدار است، نه به میزان مهرالسنه بودن، و شمای سید باید دلیل بیاوری. اولی این است که مازاد بر مهرالسنه را از باب تأسی به امام جواد (ع) به عنوان نحله قرار دهیم. اگرچه این چنین برداشت می‌شود که نحله قراردادن مازاد بر مهرالسنه، نوعی تأکید بر این امر می‌باشد که مهریه را به میزان مهرالسنه قرار دهید اما در عین این توصیه‌های فراوان، سقف قطعی و الزامی برای مهریه معین نمی‌شود.

بحرانی در رد اجماع سید بر این باور است که ادعای اجماع سید، عجیب است چون ما همراهی با سید پیدا نکردیم چه رسد به اینکه ادعای اجماع کند. ایشان می‌گوید: به خاطر اخبار مستفیضه مبنی بر مهرالسنه قراردادن مهریه، بهتر است به میزان مهرالسنه اکتفا شود، و تا جایی در این روایت بر رعایت میزان مهرالسنه در مهریه، مبالغه شده که گویا همین مقدار را معین کرده‌اند. به نظر می‌آید آنچه را که بحرانی در انتهای کلام خویش ذکر می‌کند بتوان نوعی استحباب تأکیدی لحاظ کرد؛ چرا که اگر چه میزان مهریه را به تراضی طرفین واگذار نموده‌اند؛ اما مبالغه در تعیین مهریه به میزان مهرالسنه و اصرار فراوان بر آن، را می‌توان نوعی تأکید شرعی و دستورالعمل اخلاقی بر این امر دانست.

صاحب‌جواهر معتقد است که مراد از مهرالسنه که در نصوص آمده، معین کردن مقدار برای مهریه نمی‌باشد، به گونه‌ای که عنوان برای احکام شرعی معلق بر مهر قرار گیرد؛ بلکه ظاهر این است که مهریه در عقد نکاح صرفاً عوضی است که در مقابل بضع قرار می‌گیرد.

به نظر می‌رسد که تعبیر به مهرالسنه که در نصوص به کار رفته، نوعی خط و مشی و راهنمایی به این امر است که میزان مهر را به همین اندازه لحاظ کنید و از حالت مسکوت گذاشتن مقدار مهریه، خارج شده است.

در میان قائلان به نظریه سوم، رأی محمدصادق روحانی جالب توجه است. ایشان می‌گوید: آیات قرآن عمومیت دارند و اگر عمومیت آیات را نپذیریم و بخواهیم خصوصیتی برایش معین نماییم، آن خصوص، آیه‌ای است که در آن قنطار به معنی مال زیاد آمده. وی معتقد است که مهریه شرعی، پانصد درهم یعنی معادل مهرالسنه است و زائد بر آن، مهریه عرفی است که بر زوج، واجب شرعی است و اگر خواستی نام آن را نحله بگذار. جناب روحانی مهرالسنه را مهریه شرعی نام نهاد و مقدار زائد بر آن را به عنوان مهریه عرفی و یا نحله قرار داد و شاهد مثال خود را از تفسیر عیاشی درباره قنطار و حدیثی از امام صادق (ع)

می‌آورد که حضرت در تفسیر این آیه فرموده‌اند: مراد خداوند در این آیه، نحل بوده و مهریه را قصد نکرده است؛ و آقای روحانی این را دلیل بر مهرالسنه بودن مهریه می‌داند.

اینگونه به ذهن خطور می‌کند که رای قائلان به نظریه سوم و علی‌الخصوص محمد صادق روحانی، فصل الخطابی بر تمام آرا باشد؛ یعنی تقسیم مهریه به مهر شرعی و مهر عرفی، به این صورت که مهریه شرعی، همان مهرالسنه یا پانصد درهم است و مازاد بر آن، نحله و مهریه عرفی است. از این رو بهتر است که در تعیین مهر، مبالغت بیشتری نسبت به رهنمودهای شریعت به خرج دهیم و از این همه توصیه مبنی بر رعایت میزان مهرالسنه و احتیاط در رعایت میزان مهرالسنه از باب تأسی به امام جواد (ع)، دریابیم که این تأکیدات، نوعی خط مشی و راهنمایی برای میزان مهریه است؛ فلذا بهتر است در تعیین میزان مهریه، جانب شرع یعنی مهر شرعی را بر جانب عرف یعنی مهر عرفی، مقدم داشته و در تعیین مهریه، از میزان مهرالسنه تجاوز نماییم تا ضمن رعایت تقید شرعی، به آفت کنونی عصر حاضر یعنی تعیین مهریه‌های نجومی که غالباً قدرت بر تسلیم آن وجود ندارد دامن نزنیم.

به نظر می‌آید وقتی که قائلان به نظریه چهارم، تجاوز از مهرالسنه را مکروه و عدم تجاوز از این میزان را مستحب می‌دانند بتوان برداشت کرد که این کراهت و استحباب، نوعی توصیه اخلاقی و از علائم راهنمایی کننده‌ای است که این میزان مهرالسنه را به عنوان یک اصل در شریعت قرار می‌دهد.

در نظریه پنجم که شهید اول تنها قائل آن است، عدم تعیین سقف و کراهت تجاوز از مهرالسنه بیان شده که خود نوعی التفات و توجه به میزان مهرالسنه در تعیین مهریه است.

اما در بین معتقدان به نظریه ششم، صاحب ریاض بر این باور است که نظر سید براساس روایت ضعیف مفضل است؛ اما همان‌طور که ذکر کردیم سید هیچ استنادی به این روایت نداشته است. صاحب ریاض بر این باور است که اگر احتیاط نمائیم و مهریه را از باب تأسی به امام جواد (ع) به اندازه مهرالسنه قرار دهیم و مازاد آن را به عنوان نحله بگیریم، نیکوست.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد که حکم به احتیاط مبنی بر لحاظ کردن میزان مهرالسنه به عنوان مهریه، نظر جالبی باشد؛ چرا که این کار، در بردارنده نوعی تأسی و احترام به ائمه اطهار در پیروی از اعمال آن بزرگواران به عنوان سیره عملی در زندگی است. علاوه بر این، همان‌گونه که ملاحظه شد، به استثنای نظریه اول، تمامی نظریات در بردارنده هیچ‌گونه حد و حصری در تعیین سقف قطعی از جهت زیادت برای مهریه نبودند؛ اما در ضمن این آزادی در تعیین مقدار مهریه و منوط کردن آن به تراضی طرفین، فقها یا حکم به کراهت، یا

استحباب، یا نحله قراردادن مازاد، یا عرفی محسوب کردن مازاد و یا احتیاط مبنی بر مهرالسنة قراردادن میزان مهریه داده اند؛ که این خود، نوعی توصیه بر این امر است که در تعیین مهر از میزان مهرالسنة تجاوز نشود.

منابع

قرآن کریم، ترجمه الهی قمشه ای.

آبی، حسن بن ابی طالب، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
ابن بابویه، علی، *الفقه المنسوب للإمام الرضا (ع)*، مشهد، المؤتمر العالمي للإمام الرضا (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، *المقنع*، قم، مؤسسه امام هادی (ع)، ۱۴۱۵ ق.

_____، *الهدایة*، قم، مؤسسه امام هادی (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة إلى نيل الفضيلة*، قم، آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.

ابن زهره، حمزه بن علی، *غنية النزوع إلى علمی الاصول والفروع*، قم، امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

ابن سعید، یحیی بن احمد، *الجامع للشرایع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء، ۱۴۰۵ ق.

اشتهاردی، علی پناه، *مجموعه فتاوی ابن الجبید*، بی جا، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، *النکاح*، قم، بی نا، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.

بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الکبری*، بیروت، دارالفکر، بی تا.

جزائری، عبدالله بن نورالدین، *التحفة السنية فی شرح نخبة المحسنة*، نسخه خطی میکروفیلم کتابخانه آستان قدس رضوی، بی تا.

حرعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.

حسینی سیستانی، علی، *الفتاوی المیسرة*، بی جا، مدرسه آیت الله سیستانی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.

خوئی، ابوالقاسم، *منهاج الصالحین المعاملات*، قم، مدینه العلم، چاپ بیست و ششم، ۱۴۱۰ ق.

دارقطنی، علی بن عمر، *سنن الدارقطنی*، بیروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق*، قم، دارالکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۲ ق.

_____، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.

- روحانی، محمد، *منهاج الصالحین*، بی جا، الالفین، دوم، ۱۴۱۴ ق.
- زین الدین، محمد امین، *کلمة التقوی*، بی جا، مهر، چاپ سوم، ۱۴۱۳ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقية*، قم، دار الفکر، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقية*، قم، داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- شیخ بهائی، محمد بن حسین، *جامع عباسی*، تهران، مؤسسه انتشارات فراهانی، بی تا.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۷۶.
- طباطبائی حکیم، محمد سعید، *حواریات فقهیه*، محمد سعید حکیم، بی جا، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- طباطبائی کربلانی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام الشرع بالدلائل*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، مرتضویه، ۱۳۸۷.
- _____، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، قم، قدس، بی تا.
- _____، *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید*، محمد آخوندی، بی جا، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
- عاملی، محمد بن علی، *نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *إرشاد الأذهان إلى احکام الايمان*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، بی جا، فقیه، چاپ اول، ۱۳۶۸.
- _____، *تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامیه*، بی جا، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- _____، *مختلف الشیعة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، *الانتصار*، مشهد، المؤتمر العالمی للامام الرضا (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *كشف اللثام عن قواعد الاحکام*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- فخر المحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، بی جا، بی نا، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.
- ققعانی، علی بن علی، *الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الاقاعات والعقود*، شیراز، مدرسه امام عصر (عج)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- قمی، علی بن محمد، *جامع الخلاف و الوفاق بین الإمامیه و بین الأئمة الحجاز والعراق*، قم، زمینه سازان ظهور امام عصر (عج)، چاپ اول، ۱۳۷۹.

۱۱۴	فقه و اصول	شماره ۱۰۶
کلینی، محمد بن یعقوب، <i>الاصول من الکافی</i>، بی جا، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۸۸ ق. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، <i>بحار الانوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار</i>، بیروت، مؤسسه وفاء، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ق. محقق حلی، جعفر بن حسن، <i>المختصر النافع فی فقه الامامیه</i>، تهران، بعثت، ۱۴۱۰ ق. _____، <i>شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام</i>، تهران، استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق. مركز المعجم الفقهي في الحوزة العلمية قم، <i>حياة ابن ابی عقیل العماني و فقهه</i>، شرف موسوی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق. مفید، محمد بن محمد، <i>المقنعة</i>، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق. _____، <i>خلاصة الايجاز فی المتعة</i>، بی جا، المؤتمر العالمی لافیه الشیخ المفید، بی تا. _____، <i>رسالة فی المهر</i>، بی جا، المؤتمر العالمی لافیه الشیخ المفید، بی تا. منتظری، حسین علی، <i>الاحکام الشرعیة</i>، قم، تفکر، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق. موسوی خوانساری، احمد، <i>جامع المدارک فی شرح المختصر النافع</i>، تهران، صدوق، چاپ دوم، ۱۳۵۵.		

فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۶
پاییز ۱۳۹۵، ۱۳۵-۱۱۵

تبیین فقهی نظریه

«وجوب شیردهی بر مادر و لزوم پرداخت هزینه‌های مرتبط با آن بر پدر»*

دکتر سعید نظری توکلی

دانشیار دانشگاه تهران

Email: sntavakkoli@ut.ac.ir

فاطمه کراچیان ثانی

دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی دانشگاه پیام نور تهران

Email: sa.sani86@gmail.com

چکیده

دیدگاه رایج در فقه اسلامی آن است که مادر می‌تواند برای شیر دادن به فرزند خود از شوهرش درخواست دستمزد کند، زیرا شیر دادن از وظایف زن نیست. در این مقاله بر آن هستیم با واکاوی مستندات این دیدگاه و دیدگاه رقیب، نشان دهیم رابطه‌ای معنادار میان دو عبارت «فإن أرضعن لکم فأتوهن أجورهن» و «علی المولود له رزقهن و کسوتهن» وجود داشته، اجرت مفهومی افزون بر تأمین نیازهای ضروری مادر ندارد. این پژوهش به صورت تحلیلی - توصیفی انجام و اطلاعات آن با روش کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده است. پس از توضیح مفاهیم و مبانی قرآن شناختی بحث، به واکاوی متون فقهی پرداخته، سرانجام یکی از دیدگاه‌های مطرح بر سایر دیدگاه‌ها ترجیح داده می‌شود.

نتیجه اینکه شیر دادن به کودک وظیفه‌ای است واجب که مادر ملزم به انجام آن است. مادر در دوره زناشویی مجاز به درخواست دستمزد از همسر خود برای شیر دادن به کودک نیست، مگر این که شوهر نیز به چنین کاری راضی باشد. پس از جدایی زن از شوهر، مادر هم‌چنان موظف به شیر دادن به کودک خود است، اما پدر کودک نیز در برابر این خدمت، موظف به تأمین نیازهای مادر (خوراک و پوشاک) است.

کلیدواژه‌ها: مادر، شیردهی، دستمزد

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۶/۲۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۱/۱۹.

مقدمه

کار زن در خانه از دو جهت اقتصادی و حقوقی قابل بررسی است. در این بررسی می‌بایست به این پرسش‌ها پاسخ داد: ماهیت کار زن از نظر اقتصادی چیست و چه نقشی در نظام اقتصادی رسمی یا غیر رسمی دارد، هم‌چنین دارای چه ارزش اقتصادی است؛ کار زن در نهاد خانواده دارای چه احترام حقوقی است (حکمت نیا، ۲۰۴). صرف نظر از کارکردهای اقتصادی کار زنان، یکی از اصول حاکم بر حقوق اقتصادی زنان، اصل احترام به کار است؛ بنابر این اصل، کار هر کس دارای احترام است و می‌تواند در مبادلات حقوقی قرار گیرد. کار ممکن است بر اساس عقود معین یا غیر معین موضوع قواعد قرار گرفته، در ازای آن، مالی پرداخت شود. قرارداد اجاره از جمله قراردادهایی است که موضوع آن می‌تواند کار باشد، اما به ندرت در حوزه خانواده کاربرد دارد؛ زیرا زن و شوهر هیچ‌گاه در محیط سرشار از محبت، حاضر نیستند از قراردادهای اموال خود سخن گویند؛ اما باید به یاد داشت که نبود قرارداد اجاره در زندگی زنانشویی، به معنای نبود ارزش برای کار زن نیست؛ از این رو قانون‌گذار در ماده ۳۳۶ با توجه به قاعده استیفا مقرر کرده است: «هرگاه بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عاداتاً مهبای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت خود خواهد بود؛ مگر این‌که معلوم شود که قصد تبرع داشته است». این ضابطه عمومی بر تمامی روابط مالی اشخاص، از جمله روابط خانوادگی، حاکم است (حکمت نیا، ۲۰۵).

در تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مقرر می‌دارد: «پس از طلاق [پس از عدم سازش قابل برای صدور حکم طلاق] در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه کارهایی که شرعاً بر عهده وی نبوده است، دادگاه بدو از طریق تصالح، نسبت به تأمین خواسته زوجه اقدام می‌نماید و در صورت عدم امکان تصالح، چنان‌چه ضمن عقد یا عقد خارج لازم، در خصوص امور مالی، شرطی شده باشد، طبق آن عمل می‌شود. در غیر این صورت، هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود:

الف) چنان‌چه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید».

به هر حال چه قرارداد اجاره در روابط خانوادگی بین زن و شوهر جاری باشد یا نباشد، پرسشی که در این پژوهش در صدد پاسخ گفتن به آن هستیم این است که آیا زن می‌تواند در برابر شیر دادن به فرزند خود،

از شوهرش درخواست دستمزد کند؟ این پرسش از آن‌جا ناشی می‌شود که در آیات ۲۳۳ سوره بقره و ۶ سوره طلاق، بحث هزینه‌های زندگی مادر و پرداخت دستمزد به او مطرح شده است. بنابر این، صرف نظر از جنبه عاطفی شیردهی، می‌بایست جواز یا عدم جواز الزام مادر به شیر دادن بدون دستمزد (اجرت) به کودک خود را با توجه به مضمون آیات: «والوالدات یوضعن أولادهن حولین کاملین لمن أولادهن یتیم الوضاعة وعلی المولود له روقهه وکسوتهن بالمعروف» (بقره، ۲/۲۳۳) و «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن» (طلاق، ۶/۶۵)، بررسی کنیم.

اهمیت شیر مادر

شیر مادر، بر اساس آخرین دستاوردهای علمی، بهترین و کامل‌ترین غذایی است که تمام نیازهای کودک را برآورده می‌کند. شیر مادر مایعی است حیاتی که با داشتن خاصیت «تغییر پذیری» مناسب، می‌تواند نیازهای کودک را در شرایط مختلف به نحو مطلوب فراهم می‌کند.

«حیاتی بودن» آن به خاطر وجود عوامل زنده‌ای چون گلبول سفید و مواد لازم برای حفاظت و مصون نگه داشتن نوزاد در برابر عوامل بیماری‌زا در آن است. «تغییر پذیری» شیر مادر نیز به این خاطر است که با توجه به نیاز کودک در روزهای نخست، به صورت فشرده و غلیظ (آغوز) ترشح می‌شود تا افزون بر تأمین نیاز غذایی کودک، مصونیت او را نیز برآورده سازد. شیر مادر با داشتن مواد پروتئینی، مواد چربی، مواد قندی، آب، ویتامین‌ها، املاح و مواد معدنی، میزان بروز یا شدت اسهال، عفونت دستگاه تنفسی تحتانی و عفونت دستگاه ادراری در کودک را کاهش می‌دهد. (ر.ک: نوری، ۳۸-۴۵) افزون بر این، شیر مادر دارای اثر محافظتی در مقابل سندرم مرگ ناگهانی نوزاد^۱، دیابت شیرین وابسته به انسولین، بیماری‌های آلرژیک و دیگر بیماری‌های مزمن گوارشی است (صلاحی، ۵۸-۵۹؛ ویلیامز، ۴۱۰/۱).

آغوز^۲ مایعی غلیظ و زرد رنگ است که از روز دوم بعد از زایمان از نوک پستان‌ها نمایان و به مدت پنج روز ترشح آن ادامه یافته و در طول چهار هفته بعدی به شیر کامل^۳ مبدل می‌شود. (پاک‌نژاد، ۹۴/۶) اهمیت و ارزش غذایی - بهداشتی خوراندن کلستروم به نوزادان باعث شده است که این مسأله در متون فقهی مطرح و بسیاری از فقها مادر را ملزم به خوراندن آن به کودک خود کنند، حتی اگر با گرفتن دستمزد از پدر یا برداشت از اموال کودک همراه باشد. (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۴۵۲/۵؛ فخرالمحققین، ۲۶۲/۳) اهمیت شیر آغوز تا بدان‌جا است که اگر زنی به علت ارتکاب جنایت یا عمل مجرمانه دیگری، مستحق

1 - Sudden Infancy Death Syndrome

2 - Colostrum Milk

3 - Mature Milk

کیفر قصاص یا سنگسار باشد، اجرای این حکم تا خوراندن آن به کودک به تأخیر می‌افتد. (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳/ ۶۲۸؛ طوسی، المبسوط، ۵/ ۲۲۴)

شیر مادر و اهمیت غذایی آن برای کودک مورد توجه رهبران دینی نیز قرار داشته، امامان معصوم نیز بر تغذیه کودک از آن تأکید داشته‌اند: پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله وسلم شیر مادر را چنین توصیف می‌کنند: «لیس للصبی لبن خیر من لبن امه»، برای کودک، شیری بهتر از شیر مادر نیست. (ابن بابویه، عیون اخبار الرضا، ۱/ ۳۸) هم چنین امیر المؤمنین علی علیه السلام درباره آن می‌فرماید: «ما من لبن یرضع به الصبی أعظم برکه علیه من لبن امه»، هیچ شیری برای کودک با برکت‌تر از شیر مادرش نیست. (ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۳/ ۴۷۵؛ کلینی، ۴۰/ ۶)

مفهوم شناسی

بررسی منابع فقهی نشان می‌دهد که عمده دلیل فقها برای تبیین حکم فقهی مشروعیت گرفتن دستمزد از سوی مادر برای شیردهی به فرزند خود، آیات ۲۳۳ سوره بقره و ۶ سوره طلاق است. از آن‌جا که مفسران و در پی آن‌ها، فقههای مذاهب اسلامی در مفهوم‌شناسی واژگان‌های بکار رفته در این دو آیه، به ویژه آیه نخست، اختلاف نظر فراوانی دارند؛ از این رو، برای دست‌یابی به فهمی درست و استنباطی صحیح از این دو آیه، ناگزیر هستیم ابتدا معنای واژگان‌های کلیدی آن‌ها را بازشناسی کنیم.

«الوالدات»: کلمه «والدات» از نظر معنایی محدودتر (اخص) از واژه «امهات» است، چرا که «ام» به مادران با واسطه نیز اطلاق می‌شود، ولی «والده» چنین نیست (طباطبایی، المیزان، ۲/ ۲۵۱). از آن‌جا که در زبان عربی کلمه «ولید» به کودکی اطلاق می‌شود که تازه متولد شده است (راغب اصفهانی، ۵۳۲)، بعید نیست که به همین خاطر واژه «والدات» به جای «امهات» به کار رفته است.

در این که مراد از «والدات» چه گروهی از مادران هستند، دیدگاه‌های مختلفی در میان مفسران وجود دارد: ۱- مادرانی که از شوهر خود جدا شده‌اند (بیهقی، ۷/ ۴۷۸) قبل یا بعد از طلاق، زایمان کرده‌اند (طبری، ۲/ ۶۶۴) یا شوهر آن‌ها از بین رفته است (صنعانی، ۷/ ۵۷). ۲- تمام زنانی که دارای فرزند هستند و شوهردار بودن یا شوهردار نبودن آن‌ها در این واژه هیچ دخالتی ندارد. (سبزواری، الجدید فی تفسیر القرآن، ۱/ ۲۸۶). ۳- مادرانی که پیمان زناشویی آن‌ها گسسته نشده است (قرطبی، ۳/ ۱۶۰).

«علی المولود له»: قرآن کریم برای رساندن معنای «پدر» بجای استفاده از کلمه «اب» از عبارت «علی المولود له» استفاده کرده است. مفسران در توجیه این کاربرد، چند احتمال را مطرح کرده‌اند: ۱- تعلق فرزند به پدر خود (تعلق تکوینی یا تشریعی) (میرزا خسروانی، ۱/ ۳۰۵؛ شوکانی، ۵/ ۲۴۵؛ طیب،

۲/۴۶۹. ۲- تحریک پدر بر دلسوزی کردن نسبت به فرزند خود (شیرازی، ۸۶/۲) ۳- تولد یافتن فرزند برای پدر (مشهدی، ۳۵۲/۲). ۴- قدرت جسمانی بیشتر پدر برای حفاظت از کودک (فیومی، ۳۰۸/۱). «رزقهن و کسوتهن»: «رزق» در زبان عربی به هر چیزی گفته می‌شود که سود بردن از آن ممکن است و کسی نمی‌تواند از آن جلوگیری کند. (طریحی، ۸۷/۱ و ۱۳۱). منظور از «کسوت»، لباس است (فراهیدی، ۳۹۱/۵). اگر چه بسیاری از مفسران «رزق» و «کسوه» را به خوراک و پوشاک معنا کرده‌اند، ولی بعید نیست که رزق تنها به خوراک و غذا منحصر نشده، سایر نیازمندی‌های انسان را نیز در بر گیرد (فضل الله، ۱۸۴/۴).

در متون تفسیری برای این که «رزق» و «کسوه» چه زنانی بر پدر کودک واجب است، آرای گوناگونی وجود دارد: ۱- مادران مطلقه شیرده (طبرسی، ۳۳۳/۱). ۲- تمامی مادران چه شوهر داشته باشند یا طلاق گرفته باشند (جصاص، ۴۸۹/۱). ۳- هزینه‌های کودکان، اما خداوند آن را به مادر نسبت داده، چرا که غذای کودک در دوره شیرخوارگی توسط مادر به او منتقل می‌شود (قرطبی، ۱۶۳/۳).

«بالمعروف»: منظور از خوراک و پوشاک معروف: به اندازه طاقت (خزاعی نیشابوری، ۲۸۶/۳)، بدون اسراف و تبذیر (جرجانی، ۲۹۵/۱)، مناسب حال زن (شریف لاهیجی، ۲۲۳/۱) است.

نقد و بررسی: گرچه «والدات» در معنای لغوی خود، مفهومی عام دارد که در برگرفته تمامی مادران است، چه دارای همسر باشند چه از شوهران خود جدا شده باشند و گرچه قرار گرفتن این آیه در میان آیات طلاق، دلیلی بر اختصاص مضمون آن به زنان از شوهر جدا شده، نیست، ولی با این وجود، نمی‌توان از این آیه حکمی کلی به دست آورد؛ چرا که می‌بایست علاوه بر وجود ارتباط منطقی میان این آیه و آیات قبل و بعد آن، جملات آن نیز از به هم پیوستگی معنایی برخوردار باشند. در این آیه جملاتی وجود دارد که بدون شک مربوط به زنان مطلقه است و نمی‌توانند در برگرفته همه زنان باشند؛ به عنوان نمونه به اتفاق همه مفسران، جمله «علی المولود له رزقهن و کسوتهن» تنها اختصاص به زنانی دارد که از شوهران خود جدا شده‌اند، زیرا وجوب پرداخت نفقه و تأمین هزینه‌های زن در فرض باقی بودن زوجیت، به واسطه برقراری پیمان زناشویی است و نه در مقابل شیردهی، به عبارت دیگر تأمین هزینه‌های زن بر عهده شوهر است، چه شیردهی باشد چه نباشد.

اگر این آیه شامل تمامی مادران شود، می‌بایست برای مادرانی که از شوهر خود جدا نشده و فرزندان را شیر می‌دهند، دو نفقه باشد، یکی هزینه‌هایی که به واسطه زناشویی تأمین آن‌ها بر عهده مرد است، چه شیردهی مطرح باشد و چه نباشد، دوم هزینه‌هایی که به حکم آیه و به واسطه شیردهی تأمین آن‌ها از سوی همسرانشان واجب است و حال آن که زنان در حالی که پیوند زناشویی آن‌ها باقی است، تنها مستحق

دریافت یک نفقه هستند؛ پس واژه «والدات» فقط دربرگیرنده زنانی است که به هر دلیلی فاقد همسر هستند (جصاص، ۴۸۸/۱).

شیردهی مادر و تبیین حکم تکلیفی آن

جمله «والوالدات یرضعن اولادهن» جمله‌ای است اسمی. جملات اسمی هرچند در نگاه نخست، جملات خبری و بیان‌گر وقوع رخدادی در گذشت یا آینده هستند، اما این جمله نمی‌تواند خبری باشد، زیرا خبر دادن از این‌که «مادران فرزندان خود را دو سال کامل شیر می‌دهند»، خبری همیشه صادق نیست، چرا که مادران زیادی یا به فرزند خود شیر نمی‌دهند یا دستکم تا دو سال به آن‌ها شیر نمی‌دهند. (طوسی، التبیان، ۲/۲۵۵). از این رو، برای دروغ نپنداشتن مضمون کلام الهی، ناگزیر هستیم این جمله را جمله اسمی اما به مفهوم انشائی بدانیم؛ زیرا جمله اسمی، افزون بر کاربرد خبری، به معنای انشاء و طلب نیز به کار می‌رود که در این حالت به معنای الزام و امر مؤکد است. (مظفر، ۷۹؛ خویی، محاضرات فی اصول الفقه، ۱/۹۰؛ خویی، مصباح الاصول، ۱/۸۴)

بر این اساس، فقهای مسلمان در این که جمله خبری «والوالدات یرضعن اولادهن» متضمن چه حکم فقهی است، سه دیدگاه مختلف را بیان کرده‌اند:

استحباب شیر دادن: گرچه مفسران بر این مطلب اتفاق نظر دارند که جمله «یرضعن» جمله خبری است به معنای امر، ولی برخی بر این باورند که نمی‌توان از آن، استفاده وجوب کرد (جوزی، ۱/۲۴۰؛ سبزواری، مواهب الرحمن، ۴/۵۸؛ سبزواری، الجدید فی تفسیر القرآن المجید، ۱/۲۸۶)، زیرا جمله خبری اگر در مقام انشاء باشد و قرینه بر خلاف آن هم نباشد، دلالت بر وجوب دارد؛ اما در مورد بحث، قرینه بر خلاف وجود دارد. این قراین به دو دسته داخلی و خارجی تقسیم می‌شوند. قراین داخلی، جملاتی است که بعد از آن آمده است، مانند جمله: «لمن أراد أن یتیم الرضاعة»، زیرا اگر فاعل در فعل «اراد»، مادر باشد، تعلیق شیردادن بر خواست مادر با وجوب شیردهی بر او ناسازگار است (ر.ک: طیب، ۲/۴۶۹)؛ اما قرائن خارجی، روایاتی است که در این مورد رسیده است، مانند خبر سلیمان بن داود منقروی در عدم اجبار مادر آزاد بر شیر دادن: «لا تجبر الحرة علی رضاع الولد» (کلینی، ۶/۴۱). بر این اساس، آن گونه که مشهور فقیهان بر آن هستند، باید از ظاهر جمله «والوالدات یرضعن» در وجوب دست کشید و به خاطر جمع میان دلایل مختلف، آن را حمل بر استحباب کرد. (عاملی، نهایة المرام، ۱/۴۶۰؛ طباطبائی، المصنّف، ۲/۱۶۰؛ نجفی، ۳۱/۲۷۳).

اولویت مادر در شیر دادن: برخی بر این باورند که مفاد جمله «یرضعن اولادهن»، سزاوار بودن مادر

به شیر دادن به فرزندان خود است (عسقلانی، ۴۱۶/۹)؛ یعنی، شیر دادن در مدت دو سال، حق مادر است که می‌باید از سوی پدر مراعات شود، کودک را از او نگیرد و برای شیر دادن به زن دیگری نسپارد (اردبیلی، ۵۵۶-۵۵۷؛ فاضل هندی، ۱۰۵/۲). البته برای این حکم، استثناءهایی هم وجود دارد، مانند این که کودک پستان غیر مادرش را قبول نکند؛ کودک تنها با شیر مادرش زنده بوده؛ شیر غیر مادر با بدن او سازگار نباشد؛ کسی غیر از مادر پیدا نشود که کودک را شیر دهد که در این صورت، بر مادر واجب است به کودک خود شیر دهد (کاشانی، ۲۳۹/۱؛ سبزواری، الجدید فی تفسیر القرآن المجید، ۲۸۶/۱؛ شبر، ۲۳۵/۱؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴۱۲/۸؛ بحرانی، ۷۲/۲۵).

نقد و بررسی: هرچند در واکاوی متون تفسیری و فقهی به دو اصطلاح استحباب و الویت بر می‌خوریم، اما به نظر نمی‌رسد که منظور پیروان نظریه استحباب، حکم تکلیفی غیر الزامی راجحی باشد که مکلف با انجام آن مستحق پاداش الهی است (حکیم، المحکم فی اصول الفقه، ۲۰/۱)؛ بلکه بررسی عبارت عالمان دینی نشان می‌دهد که استحباب و اولویت به یک معنا بکار رفته است. شاهد بر این ادعا، تعریف واژه استحباب به سزاوارتر بودن در برخی متون تفسیری است (طبرسی، ۳۳۳/۱؛ حائری، ۷۶/۲؛ مغنیه، ۳۶۵/۱؛ سبزواری، الجدید فی تفسیر القرآن المجید، ۲۸۶/۱؛ جصاص، ۴۹۴/۱).

صرف نظر از این، طرفداران استحباب و اولویت بر این مطلب تأکید دارند که عدول از ظهور جمله اسمی «الوالدات یرضعن» در وجوب و پذیرش استحباب یا اولویت، به خاطر قرائنی است که سبب انصراف معنای این جمله از وجوب می‌شود (فاضل هندی، ۱۰۵/۲)؛ اما به نظر می‌رسد هیچ‌یک از آن قرائن کافی برای چشم پوشی از این ظهور نبوده، اثبات کننده استحباب یا اولویت نیست؛ زیرا:

- گرچه یکی از احتمال‌های مطرح در فاعل فعل «لمن اراد»، مادر است که بر اساس آن، شیردهی تعلیق برخواست مادر شده است و تعلیق با وجوب عمل ناسازگار می‌نماید؛ اما بر فرض که فاعل فعل «اراد» مادر باشد، اتمام رضاع یعنی بیست و چهار ماه (حولین کاملین) شیر دادن متوقف بر خواست مادر شده است و نه اصل وجوب رضاع، (طوسی، النهایه، ۵۰۳؛ ابن براج، ۲۶۱/۲) آن‌گونه که پس از این خواهد آمد. افزون بر این، برخی از مفسران احتمال داده‌اند که فاعل این فعل، «پدر» است؛ یعنی اگر پدر بخواهد که دوره شیردهی کامل شود، مادر دو سال کامل فرزند خود را شیر می‌دهد، این تعلیق به خواست پدر از آن جهت است که وی ملزم به پرداخت هزینه شیردهی است (سبزواری، الجدید فی تفسیر القرآن المجید، ۲۸۶/۱).

- تصور وجود ملازمه بین وجوب شیردهی و جواز اجبار مادر به شیردهی، سبب شده است برخی از فقها برای گریز از جواز اجبار مادر، حکم وجوب شیردهی را انکار کنند؛ اما همان‌گونه که پس از این

خواهد آمد، هیچ ملازمه‌ای میان وجوب و جواز اجبار نبوده، می‌شود شیردهی واجب، اما اجبار مادر به انجام آن واجب نباشد.

وجوب شیر دادن: آن گونه که پیش‌تر گذشت، جمله اسمی، افزون بر کاربرد خبری، به معنای انشاء و طلب نیز به کار می‌رود که در این حالت به معنای الزام و امر مؤکد است (نحاس، ۱/۲۱۴)، زیرا حکایت از این واقعیت دارد که گوینده چون وقوع کاری را محقق می‌دانسته، از آن خبر داده است. از این رو، جمله «والوالدات یرضعن اولادهن»، حکایت از وجوب شیردهی بر مادر دارد؛ دلالت آن بر استحباب، از آن جهت که خلاف ظاهر است، نیازمند قرینه است.

اگر دوره بارداری، آن گونه که مشهور میان فقیهان مسلمان است، بین شش (اقل حمل) تا نه ماه (اکثر حمل) در نوسان باشد و مجموع دوره بارداری و شیردهی نیز در بیشترین حالت خود، آن گونه در قرآن کریم آمده، سی ماه باشد، «وحملة و فصاله ثلاثون شهرا» (احقاف، ۱۵/۴۶)، زمان شیردهی کودک، پس از کسر مدت زمان بارداری، بین بیست و یک تا بیست و چهار ماه در تغییر خواهد بود.

بر اساس روایت معتبر عبدالله بن صباح: «الفرض فی الرضاع احد و عشرون شهرا، فما نقص عن احد و عشرين شهرا، فقد نقص الموضع، و ان اراد ان يتم الرضاعة فحولین کاملین» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۶) و روایت معتبر سماعه «الرضاع واحد و عشرون شهرا، فما نقص فهو جور علی الصبی» (کلینی، ۴۰/۶)، بر مادر واجب (فرض) است، دست کم بیست و یک ماه فرزند خود را شیر دهد تا نسبت به او ستمی (جور) روا نداشته باشد؛ اما تکمیل این دوره تا بیست و چهار ماه، واجب نبوده، مستحب است (مفید، ۵۳۱؛ طوسی، النهایه، ۵۰۳؛ ابن براج، ۲۶۱؛ ابن ادریس، ۶۴۸/۲؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۲/۲۸۹).

بدین ترتیب شیردهی در خلال بیست و یک ماه نخست تولد کودک، وظیفه مادر و شیر خوردن در این دوره از جمله حقوق طبیعی کودک است که نمی‌توان از انجام این وظیفه خودداری و کودک را از این حق طبیعی خود محروم کرد. گروهی از فقها با ستم قلمدادکردن محرومیت کودک از شیر مادر بر این حق کودک و وظیفه مادر تأکید دارند (ابن براج، ۲۶۱/۲؛ ابن ادریس حلی، ۶۴۸/۲؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۲/۲۸۹). «زمانی جایز است کودک از شیر گرفته شود که شیر خوردن او به بیست و یک ماه برسد. اگر کودک قبل از این مدت از شیر گرفته شود، به او ستم شده است» (مفید، ۵۳۱).

حق انگاری استفاده کودک از شیر مادر را می‌توان نظری غالب در میان فقهای مسلمان دانست که رابطه‌ای مستقیم با سلامت کودک دارد؛ زیرا حتی آن دسته از فقها و مفسرانی که شیر دادن به کودک را عملی مستحب برای مادر می‌دانند که هیچ تکلیف شرعی متوجه وی در انجام آن نیست، با بیان چند

استثناء بر این دیدگاه خود، بر این باورند که در پاره‌ای از موارد مادر موظف به شیردهی به کودک خود است: ۱- کودک پستان زنی غیر از مادر خود را قبول نکند، ۲- شیر غیر مادر با بدن کودک سازگار نباشد ۳- زن دیگری غیر از مادر وجود نداشته باشد که به کودک شیر دهد ۴- کودک فاقد پدر بوده و کسی حاضر به تأمین هزینه‌های شیردهی او نباشد (فیض کاشانی، ۱/ ۲۳۹؛ سبزواری، الجدید فی تفسیر القرآن المجید، ۱/ ۲۸۶؛ شبر، ۱/ ۲۳۵؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۸/ ۴۱۲؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۲/ ۱۶۰). وجوب شیردهی به کودک در این موارد، ناظر به جایی است که مادر زنده بوده، شیر داشته و قادر به شیردهی نیز باشد؛ در غیر این صورت، حکم شرعی وجوب حفظ نفس محترم، تأمین غذای کودک (شیر) را وظیفه همگانی (وجوب کفایی) کرده که در صورت انحصار در فرد خاص، این وظیفه به وجوبی عینی برای آن فرد تبدیل خواهد شد. با ملاحظه همین جهت است که گروهی از مفسران با بیان احتمال‌های مختلف در معنای جمله «لا تضاء والدۀ بولدها و لا مولود له بولده»، به این حق کودک و وظیفه مادر اشاره دارند: مادر نباید با شیر ندادن به کودک به فرزند خود آسیب بزند (صنعانی، ۷/ ۵۹، شماره ۱۲۱۷۸)؛ نباید مادر را از شیر دادن به کودک خود بازداشت، چرا که با این کار، نخستین کسی که آسیب می‌بیند، کودک است (بیهقی، ۷/ ۴۷۸؛ طبرسی، ۱/ ۳۳۳)؛ هم‌چنین مادر هم نباید از شیر دادن به کودکش خودداری کرده، کودک را نزد پدر رها کند. (طبری، ۲/ ۶۷۵، شماره ۳۳؛ طوسی، التبیان، ۲/ ۲۵۵).

بر این اساس، برخورداری زن از حق تکمیل دوره شیردهی تا بیست و چهار ماه، دلیل بر عدم وجوب شیر دادن در بیست و یک ماه نخست زندگی کودک نیست؛ بلکه آن گونه که برخی از فقیهان بیان داشته‌اند، شیردهی در بیست و یک ماه نخست زندگی کودک، بر مادر واجب است؛ هرچند مادر نسبت به تکمیل این زمان تا بیست و چهار ماه، وظیفه‌ای نداشته، در صورت درخواست پدر و تأمین هزینه‌های مادر در این دوره سه‌ماهه، مادر می‌تواند نسبت به انجام آن اقدام کند (ر.ک: مفید، ۵۳۱؛ طوسی، النهایه، ۵۰۳؛ ابن براج، ۲/ ۲۶۱؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۲/ ۲۸۹؛ محقق حلی، مختصرالنافع، ۱/ ۱۹۴؛ فاضل آبی، ۲/ ۲۰۰؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲/ ۴۳؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۱۴۳؛ فخر المحققین، ۳/ ۲۶۳؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۸/ ۴۱۶-۴۱۸).

شیردهی و عدم اجبار مادر بر انجام آن

اگر بپذیریم که بر مادر واجب است دست کم به مدت بیست و یک ماه کودک خود را شیر دهد، این با این پرسش روبرو هستیم که آیا می‌توان او را وادار به انجام این عمل واجب کرد؟ برخی از فقهای سنی چون مالک و ابوثور با پذیرش وجوب شیر دادن بر مادر به واسطه معنای انشایی جمله «والوالدات یرضعن» و

قبول وجود ملازمه میان وجوب یک کار و جواز اجبار بر انجام آن، مدعی‌اند که پدر می‌تواند همسر خود را مجبور به شیر دادن کند (قرطبی اندلسی، بدایه المجتهد، ۵۶/۲؛ ابن قدامه، ۳۱۳/۹)، در برابر، شافعی و ابو حنیفه از میان اهل سنت و بیشتر فقهای شیعه، معتقدند که نمی‌توان مادر را مجبور به شیر دادن به کودک خود کرد (ر.ک: ابن براج، ۲۶۱/۲؛ ابن ادریس حلی، ۶۴۸/۲؛ کاشانی، ۴۰/۴؛ عسقلانی، ۴۱۷/۹). طرفداران عدم جواز اجبار، برای اثبات ادعای خود از یک سو به روایت منقروی: «لا تجبر الحره علی رضاع الولد» (ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۱۳۹/۳) استدلال کرده‌اند، از سوی دیگر، مجبور کردن مادر به شیر دادن کودک خود را از مصادیق آسیب رساندن به مادر (اضرار) دانسته که ارتکاب آن به حکم جمله «لا تضار والده بولدها» (بقره، ۲۳۳/۲) حرام است.

نقد و بررسی: هرچند برخی به واسطه تصور وجود ملازمه میان وجوب و جواز اجبار، از عدم جواز اجبار مادر بر شیردهی، دست از ظهور جمله «والوالدات یرضعن» بر وجوب برداشته، معتقدند شیر دادن بر مادر کاری مستحب است (طوسی، الخلاف، ۱۳۰/۵)؛ اما به نظر می‌رسد هیچ ملازمه‌ای میان وجوب یک عمل و جواز اجبار بر آن نیست تا عدم جواز اجبار دلیل بر عدم وجوب باشد، زیرا دستکم در برخی از واجبات، همچون واجبات عبادی، گرچه انجام عمل بر مکلف واجب است، ولی اجبار او بر انجام آن جایز نیست. بر این اساس، می‌توان مدعی شد شیر دادن مادر به کودک، عملی واجب است که خودداری از آن، گناه (معصیت) به حساب آمده، موجب کیفر اخروی است؛ اما اجبار مادر توسط شوهر یا حاکم بر انجام این وظیفه (شیردهی)، از آن جهت که برای شیر مادر جایگزین وجود دارد و حیات کودک نیز متوقف بر شیر خوردن مستقیم از مادر خود نیست، جایز نباشد.

شیردهی و تأمین نیازهای مادر از سوی پدر

در برقراری رابطه استیجاری میان زن و شوهر در شیر دادن مادر به کودک خود دو دیدگاه متفاوت میان فقهای مسلمان وجود دارد:

عدم انعقاد قرارداد اجاره: طرفداران این دیدگاه برای اثبات آن به چند مطلب استناد کرده‌اند:

اول: شیردار شدن زن مشروط به بارداری از شوهر خود است و چون شوهر مالک منافع ناشی از تحقق رابطه زناشویی با همسر خود است، پس زن نمی‌تواند در برابر شیری که به کودک می‌دهد از شوهرش تقاضای دستمزد کند. (ابن ادریس حلی، ۶۴۹/۲؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۰۴/۷-۳۰۵؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴۱۳/۸).

نقد و بررسی: هرچند بسیاری از فقها با برقراری رابطه میان شیرآوری زن و بارداری (استیلا) او که

ناشی از رابطه زناشویی میان زن و شوهر است، معتقدند مرد مالک شیر همسر خود است و از این رو، به شوهر عنوان «صاحب اللبن» اطلاق کرده‌اند (طباطبایی، ریاض المسائل، ۲/ ۸۸؛ کرکی، ۲۲۲/۱۲، سبزواری، کفایة الاحکام، ۲/ ۱۱۳؛ صاحب جواهر، ۳۰۱/۲۹؛ بحرانی، ۳۷۰/۲۳؛ روحانی، ۳۸۷/۲۱)؛ اما چنین استنباطی درست به نظر نمی‌رسد، زیرا نبود رابطه دائمی میان شیرآوری و زناشویی از یک سو و مالکیت ذاتی - تکوینی هر انسان بر بدن خود، از سوی دیگر سبب می‌شود تا بتوان تنها زن را مالک شیر خود دانست.

بدون شک، شیرآوری زن در شرایط عادی ناشی از بارداری وی از شوهر خود است؛ اما امروز زنان بدون همسر هم می‌توانند تنها با تحریک مکانیسم ترشح شیر از طریق هورمون پرولاکتین یا مصرف دارو یا مواد شیمیایی مشابه به توان شیرآوری برسند، بدون این‌که با کسی رابطه زناشویی داشته و بارداری را تجربه کرده باشند. (ر.ک: همایون‌فر، ۳۵؛ وکیلی، ۵۹/۱؛ هینسون و دیگران، ۶۱؛ ساندرز، ۴۰۶).

این شیر هرچند به واسطه ظاهر برخی از روایات که متضمن عبارت «لبن الفحل» است (کلینی، ۴۴۰/۵؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۷/ ۳۱۹)، فاقد آثار محرمیت ناشی از رضاع است (خمینی، ۲۶۵/۲؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۱۴/۲۵)؛ اما تولید آن در درون بدن زن و مالکیت هر انسانی بر بدن خود، سبب می‌شود تا زن را مالک آن شیر بدانیم، چه تولید این شیر به واسطه رابطه زناشویی و بارداری باشد یا بدون آن.

شاهد بر این ادعا، اختلاف فقه‌های مذاهب اسلامی در محرم بودن شوهر زن مرضعه با کودک شیرخوار و بستگان اوست. هر چند بیشتر فقه‌های مذاهب چهارگانه اهل سنت، محرمیت شوهر زن مرضعه را پذیرفته‌اند، اما گروهی از فقه‌های اهل سنت با استناد به ظاهر آیه «أَهْلَانِکُمُ اللَّاتِیْ أَوْضَعْنَکُم» (۲۳/۴)، این محرمیت را نپذیرفته، مدعی عدم وجود رابطه میان شوهر و رضاع و در نتیجه مالکیت وی بر شیرزن شده‌اند. (علامه حلی، تبصرة المتعلمین ۲/ ۵۱۸؛ طوسی، الخلاف، ۵/ ۹۴؛ ابن حزم، ۱۰/ ۳-۶؛ نووی، ۲۱۰/۱۸؛ ابن رشد، ۳۸/۲)

افزون بر این، هستند فقیهانی که با استناد به روایت ابوعبیده همدانی مدعی‌اند زن و شوهر مالکیت مشترک نسبت به شیر دارند. (طوسی، تهذیب الاحکام، ۷/ ۳۲۰-۳۲۱؛ حرعاملی، ۳۹۱/۲۰؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۵۱۸/۲).

به هر حال مالکیت زن نسبت به شیر خود، امری مسلم است و نمی‌توان به واسطه آن، جواز واگذاری آن را به دیگری در برابر دریافت عوض انکار کرد (روحانی، ۲۹۳/۲۲).

دوم: شیر دادن کودک توسط مادر، عملی واجب است و به همین جهت نمی‌تواند متعلق قرارداد اجاره

قرار گیرد، چرا که گرفتن اجرت بر کار واجب از آن جهت که منافعی با قصد قربت است، جایز نیست. (انصاری، ۱۳۳/۲ و ۱۳۵).

نقد و بررسی: این استدلال از دو جهت قابل نقد است؛ از یک سو، منافات گرفتن دستمزد با وجوب شرعی عمل، از آن جهت که عمل واجب، عملی عبادی است و قوام عمل عبادی به قصد قربت است (ر.ک: انصاری، ۱۳۳/۲ و ۱۳۵)، بر فرض درستی، تنها در واجبات تعبدی که تنها صدور فعل از مکلف، ساقط کننده تکلیف نبوده، افزون بر آن، نیازمند قصد قربت باشد، جاری است؛ اما در واجبات توصیلی که نفس صدور فعل از مکلف، بدون توجه به انگیزه انجام آن، ساقط کننده تکلیف است، دیگر منافاتی میان وجوب عمل و گرفتن دستمزد وجود ندارد (مظفر، ۸۵، خویی، اجود التقریرات، ۹۷/۱؛ نائینی، ۱/۱۳۸). روشن است که شیر دادن به کودک، بر فرض وجوب، عملی غیر عبادی و از گونه واجبات توصیلی است و به همین خاطر نیازمند به قصد قربت نیست تا گرفتن دستمزد منافاتی با آن داشته باشد.

از سوی دیگر در واجبات تعبدی هم که قصد قربت در صحت آن‌ها شرط است، هرچند به نظر گروهی از فقها، وجوب عینی تعیینی عمل با گرفتن اجرت برای انجام آن منافات دارد (انصاری، ۱۳۵/۲)؛ اما در برابر، برخی از فقیهان شیعه نیز بر این باورند که قصد قربت ناسازگار با گرفتن دستمزد نیست، زیرا وجوب وفای به عهد ناشی از قرارداد اجاره، تأکید کننده، ضرورت انجام عمل سوی فردی است که برای انجام کار خود مزد گرفته است. (صاحب جواهر، ۱۱۶-۱۱۷، روحانی، ۲۲/۲۹۳).
سوم: شیر عینی خارجی است نه منفعت و حال آن که قرارداد اجاره، مبتنی بر مبادله منفعت در برابر عوض است (نظری توکلی، ۸۲).

نقد و بررسی: اجاره عقدی است که بر اساس آن، منفعتی معلوم در برابر عوضی معلوم قرار می‌گیرد. (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۴۰/۲؛ علامه حلی، تحریر الاحکام، ۶۷/۳؛ کرکی، ۸۰/۷) اما این منفعت گاه ناشی از بهره‌وری از یک شیء است، هم‌چون اجاره خانه به منظور استفاده مستأجر از منافع آن (اجاره عین) و گاه ناشی از بهره‌وری از انجام یک عمل است، مانند اجیر کردن یک نفر برای انجام باغبانی (اجاره عمل). بدون شک نمی‌توان شیر را اجاره دارد، زیرا شیر عینی است خارجی که با خورده شدن؛ عین آن باقی نمی‌ماند، حال آن‌که متعلق اجاره باید عینی باشد که با بهره‌وری، هم‌چنان باقی بماند (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۳۳۱/۴؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۴۱/۱۸)؛ اما شیر دادن عملی است خارجی که به واسطه امکان بهره‌مندی دیگران از منافع آن، قابل اجاره دادن است. در این فرض، مادر اجیر می‌شود تا با گرفتن دستمزد، این خدمت را به کودک ارائه کند. از این رو، گرفتن دستمزد از سوی مادر برای انجام عمل شیردادن، ناسازگار با قرارداد اجاره نیست. شاهد بر این مدعا، استفاده از واژه اجرت برای عمل ارضاع در

آیه «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن» (طلاق، ۶) است (حکیم، ۱۲۹/۱۲)

چهارم: گرفتن دستمزد در برابر شیر دادن، بر خلاف مقتضای عقد ازدواج است، زیرا شیر دادن از شؤون معاشرت و تشکیل خانواده است. (ابن براج، ۲/۲۶۲).

نقد و بررسی: بدون شک شیر دادن از جمله شؤون و لوازم تشکیل خانواده است؛ زیرا پذیرش مادری، پذیرش لوازم عقلی، شرعی و عادی آن، از جمله شیر دادن به کودک خود نیز هست؛ اما باید به این نکته نیز توجه داشت که وظیفه مادری با خوراندن شیر به فرزند نیز تحقق پیدا می‌کند، یعنی مادر می‌تواند با دوشیدن شیر خود و چکاندن آن در دهان کودک (وجور) به وظیفه مادری خود عمل کند. (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۵/۴۵۳). به همین جهت، برخی از فقها با استناد به روایت صدوق که شیر چکاندن (وجور) را هم چون شیر دادن (رضاع) به حساب آورده است (وجوو الصبی اللبن بمنزلة الرضاع) (ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۳/۴۷۹، شماره ۴۶۸۳)، مدعی شده‌اند که با چکاندن شیر در دهان کودک توسط دایه، حریم ناشی از رضاع حاصل می‌شود (طوسی، المبسوط، ۵/۲۹۵). بر این اساس، شیر دادن مستقیم مادر به کودک (شیر دادن از طریق پستان)، امری خارج از وظیفه مادری بوده، مادر می‌تواند برای انجام آن درخواست دستمزد کند؛ هر چند مادر متعهد است شیر خود را در اختیار فرزندش قرار دهد.

انعقاد قرارداد اجاره: این دیدگاه مورد تأیید بیشتر فقهای شیعه بوده (علامه حلی، تذکره الفقها، ۲/۲۹۸)، ابن ادریس مدعی است که مطابق با اصول مذهب است (ابن ادریس حلی، ۴/۴۷۲). برای اثبات این دیدگاه به مطالبی استناد شده است که مهم‌ترین آن‌ها اطلاق آیات قرآنی است. بر اساس دو جمله «وعلی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف» (بقره، ۲۳۳) و «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن» (طلاق، ۶)، هرگاه مادر فرزند خود را شیر دهد، پدر باید دستمزد او را بپردازد؛ اطلاق این دو جمله در برگیرنده همه مادرانی است که کودک خود را شیر می‌دهند، چه از شوهر خود جدا شده باشند و چه پیمان زناشویی آن‌ها هم چنان باقی باشد، (طوسی، الخلاف، ۳/۴۸۵؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۶/۱۶۰-۱۶۱).

افزون بر این، هر قراردادی که با غیر از همسر جایز باشد، با همسر نیز جایز است؛ بنابراین، چون می‌توان زن دیگری را برای شیر دادن اجیر کرد، می‌توان همسر خود را هم با تعیین دستمزد، برای این کار اجیر کرد. از سوی دیگر، هم چنان که زن می‌تواند از غیر از شوهر خود برای شیر دادن به کودکش، دستمزد بگیرد، می‌تواند از شوهر خود نیز درخواست دستمزد کند (علامه حلی، تذکره الفقها، ۲/۲۹۸).

گرفتن دستمزد و تأمین هزینه‌های زندگی: صرف نظر از دلایلی که مخالفان و موافقان گرفتن دستمزد

از سوی مادر برای شیردادن مادر به فرزند خود مطرح کرده‌اند و نقدهای آن‌ها، می‌توان به برخی از اصول عملی استناد کرد. اگر شک داشته باشیم که اجیر کردن مادر به منظور شیر دادن به کودک خود، جایز است یا نه؛ اصل جواز (حلیت) دلالت بر جایز بودن این معامله می‌کند که بر اساس آن، از یک سو، پدر دستمزد می‌پردازد و مادر از سوی دیگر، کودک خود را شیر می‌دهد (طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۶۰/۲؛ بحرانی، ۷۴/۲۵)؛ هم‌چنان که اصل صحت در معاملات، بر صحت و لزوم ترتیب اثر دادن هر یک از طرفین به مفاد چنین معامله‌ای دلالت دارد.

هم‌چنین اگر شک داشته باشیم که در صورت درخواست یک جانبه دستمزد از سوی مادر، پرداخت آن از سوی پدر واجب است یا نه؟ اصل عدم وجوب و برائت ذمه پدر، حاکی از عدم تعهد پدر به پرداخت دستمزد است. همان‌گونه که اصل برائت نیز دلالت بر عدم وجوب شیردهی بر مادر بدون گرفتن دستمزد دارد؛ بنابراین، دو مطلب را باید از هم جدا کرد: رضایت پدر و مادر برای پرداخت و دریافت دستمزد در زمانی که پیمان زناشویی میان آن‌ها پا برجا است و وجوب پرداخت دستمزد از سوی پدر، هنگامی که مادر شیر دادن خود را مشروط به دریافت آن می‌کند. اگر پدر راضی به چنین قراردادی باشد، معامله صحیح بوده، طرفین موظف به انجام تعهدات خود هستند، ولی نمی‌توان پدر را ملزم به پرداخت دستمزد کرد.

اما عدم الزام پدر به پرداخت دستمزد به این معنا نیست که پدر وظیفه‌ای در برابر هزینه‌های زندگی مادر ندارد، زیرا با توجه به مضمون جمله «وعلی المولود له رزقهن وکسوتهن بالمعروف» (بقره، ۲۳۳)، پرداخت هزینه‌های مادر بر عهده پدر است (ابن براج، ۲/۲۶۲؛ قمی سبزواری، ۵۱۰) و اگر پدر مرده باشد، با توجه به مضمون دو روایت ابن ابی یعفور و ابن ابی عمیر (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۴۴/۹)، این هزینه از مال خود کودک پرداخت می‌شود. (خوانساری، ۴/۴۶۹؛ نجفی، ۳۱/۲۷۴).

اما آن‌چه در این پژوهش مهم به نظر می‌رسد، تبیین نسبت میان دستمزد شیردهی (اجرت) و تأمین هزینه‌های خوراک و پوشاک (رزق و کسوه) مادر است. آن‌گونه که پیش‌تر گذشت، موضوع آیه دویست و سی و سه سوره بقره، زنی است که پس از زایمان، از شوهر خود طلاق گرفته و به کودک خود شیر می‌دهد؛ اما موضوع آیه ششم سوره طلاق، زنی است که در دوره حاملگی از شوهر خود جدا شده و پس از زایمان به کودک خود شیر می‌دهد. قرآن در مورد اول بر مرد واجب می‌کند که در برابر شیر دادن زن به کودک، خوراک و پوشاک او را تأمین کند؛ ولی در مورد دوم، بر مرد تکلیف می‌کند که دستمزد (اجرت) وی را بپردازد. به نظر می‌رسد عبارت «رزقهن و کسوتهن» در سوره بقره، توضیحی است برای واژه «اجورهن» در سوره طلاق، یعنی منظور از پرداخت دستمزد به مادری که در زمان جدایی شوهر، فرزند خود را شیر می‌دهد، تأمین خوراک و پوشاک یا تأمین نیازمندی‌های اوست و ذکر «رزق» و «کسوت» تنها به عنوان

مصدق متعارف این اجرت است (جصاص، ۱/ ۴۸۹) یا دستمزدی که پدر به مادر بابت شیردهی می‌پردازد می‌بایست به اندازه‌ای باشد که دستکم خوراک و پوشاک او را تأمین کند (قرشی، ۱/ ۴۳۵). بر این اساس، تغییر لحن قرآن از خوراک و پوشاک به دستمزد می‌تواند به این خاطر باشد که اگر طلاق پیش از زایمان انجام شده باشد، با زایمان، عده زن تمام شده، هیچ ارتباطی میان زن و مرد نیست؛ اما با انجام طلاق پس از زایمان تا تمام شدن عده، برخی از آثار زوجیت، هرچند به شکل متزلزل، میان زن و شوهر باقی است.

هنگام برقراری رابطه زوجیت یا پیش از تمام شدن عده طلاق، زن نمی‌تواند برای شیر دادن به فرزند خود، از شوهرش دستمزد بگیرد، بلکه بر شوهر واجب است خوراک و پوشاک او را تأمین کند. از این تفاوت تعبیر می‌توان نتیجه گرفت که ساحت ازدواج مقدس‌تر از آن است که در تنظیم روابط اقتصادی میان زن و مرد، از واژه‌های «مزد» و «اجرت» که خود به خود نشان‌گر نوعی رابطه کارگری و کارفرمایی است، کمک گرفت (نظری توکلی، ۷۷)؛ اما زنانی که پیش از زایمان از همسر خود طلاق گرفته‌اند، اگر حاضر باشند، پس از آن به کودک خود شیر دهند، پدر کودک (شوهر سابق) موظف است دستمزد شیردهی را به او پرداخت کند، چرا که با جدایی زن از مرد و پایان یافتن عده، زن در مقام فردی بیگانه نسبت به همسر سابق خود، قرار می‌گیرد (طوسی، المبسوط، ۳/ ۳۹). وجود رابطه مادری - فرزندی، میان مادر و کودک پس از جدایی مادر از شوهرش و داشتن وظیفه شیردهی به کودک در این دوره، الزاما به مفهوم مجانی بودن آن در همه شرایط نیست. شیخ طوسی در توضیح جمله «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن» می‌نویسد: «منظور زنان مطلقه است و نه زنان شوهردار، زیرا زن به شرط شیر دادن استحقاق دریافت اجرت ندارد، افزون بر این که خداوند از دستمزد مادر تعبیر به اجرت کرده است و حال آن که از نفقه (هزینه‌های زندگی) به اجرت یاد نمی‌شود» (طوسی، المبسوط، ۶/ ۳۰)؛ بنابراین، نمی‌توان از جمله «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن» استفاده کرد که برقراری رابطه استیجاری بین زن و شوهر در خصوص شیر دادن کودک، پیش از جدایی از یکدیگر صحیح است، چرا که این آیه ناظر به دوره پس از جدایی و از بین رفتن تمامی آثار زوجیت است (رستگار جویباری، ۴۷/ ۲۷۵)؛ بلکه تا پیش از جدایی یا پیش از پایان یافتن عده طلاق، مرد موظف به تأمین هزینه‌های زندگی مادر است.

به هر حال بر اساس آیه ۲۳۳ سوره بقره، هنگامی که پدر هزینه‌های خوراک و پوشاک زن را در دوره شیردهی می‌پردازد، می‌بایست به اندازه «معروف» باشد، یعنی: متناسب با توان مالی پدر باشد، زیرا قرآن از یک سو، بر این مطلب تأکید می‌ورزد که تکلیفی بر عهده انسان نمی‌گذارد مگر آن که متناسب با توان او باشد «لا تکلف نفس إلا وسعها» (بقره، ۲۳۳) و از سوی دیگر، تصریح می‌کند که مرد به اندازه توان مالی خود، اجرت شیردهی همسرش را پس از جدایی بپردازد، «فان لوضعن لکم فاتوهن اجورهن و اتموا بینکم

بمعروف... لینفق ذو سعة من سعته و من قدر علیه رؤقه فلینفق مما آتاه الله لا یكلف الله نفسه إله ما آتاهها سیجعل الله بعد عسر یسرا» (طلاق، ۶)؛ بنابراین، منظور از متعارف بودن هزینه خوراک و پوشاک مادر در دوران شیردهی، تناسب آن با وضعیت و توان مالی پدر کودک است؛ و او باید به اندازه برخورداری از ثروت به نحوی شایسته، دستمزد شیردهی مادر را پس از جدایی بپردازد و موقعیت اجتماعی و وضعیت مالی مادر در این حکم تأثیری ندارد (طبرسی، ۳۳۳/۱؛ سبزواری، الجدید فی تفسیر القرآن المجید، ۲/۲۸۶)؛ چرا که این آیه در مقام از بین بردن ستیز (نزاع) مادر و پدر در میزان دستمزد است، حال اگر شرایط اقتصادی مادر را در این مسأله شرط بدانیم و پدر نتواند متناسب با آن، هزینه مادر را بپردازد، وجود چنین شرطی خودبخود سبب افزایش تنش میان آن‌ها می‌شود. پیش‌تر این موضوع مورد بحث قرار گرفت و امکان طرح مجدد آن در این قسمت نیست

روشن به نظر می‌رسد که در صورت جواز گرفتن دستمزد برای مادر، این دستمزد تنها برای شیردهی به کودک (رضاع) است و شامل نگهداری از او (حضانت) نمی‌شود؛ زیرا رضاع و حضانت دو منفعت متغایر و غیر متلازم هستند، اجاره بر یکی، مستلزم اجاره بر دیگری نیست (کرکی، ۷/۲۴۶)، مگر این‌که در قرارداد شیردهی، شرط حضانت هم بشود (طوسی، المبسوط، ۳/۲۳۸)، چرا که اگر مادر دستمزد بیشتری از آن‌چه دیگران می‌گیرند، درخواست کند، پدر می‌تواند کودک را برای شیر خوردن، از مادر گرفته به زن دیگری بسپارد، ولی حق حضانت مادر در همین صورت از بین نمی‌رود (ابن ادریس، ۲/۶۵۲). پس می‌شود زن را هم برای شیر دادن و حضانت اجیر کرد و هم تنها برای یکی از آن‌ها به کار گرفت (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۵). بر این اساس، ادعای وجود رابطه دو سویه میان رضاع و حضانت (هرگاه مادر برای شیر دادن به کودک خود از پدر دستمزد بگیرد، ملزم به انجام خدماتی چون شستشوی لباس، حمام کردن کودک خود نیز هست؛ هم‌چنان‌که اگر برای انجام این کارها از پدر دستمزد بگیرد، می‌باید کودک خود را شیر هم بدهد؛ چرا که در شرایط عادی، یک زن عهده دار هر دو کار است)؛ هم‌چنین ادعای وجود رابطه یکسویه میان رضاع و حضانت (شیردهی مستلزم حضانت است، ولی حضانت مستلزم شیردهی نیست)، درست به نظر نمی‌رسد. (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲/۳۱۲ و ۲۹۵)

نتیجه‌گیری

۱- در تدوین این مقاله از منابع مختلف فقهی و حقوقی متقدم و متأخر استفاده شده و به طور منسجم و دقیق ضمن تبیین نظریه‌های مختلف فقهی درباره حکم تکلیفی شیردهی مادر و پیامد وضعی آن، نظریه وجوب شیردهی بر مادر و تفاوت جایگاه مادر در دوره زناشویی و دوره جدایی مورد پذیرش قرار گرفته

است.

- ۲- بر مادر واجب است بیست و یک ماه به کودک خود شیر دهد.
- ۳- مادر حق دارد در فاصله زمانی سه ماهه میان بیست و یک تا بیست و چهار ماه به کودک خود شیر بدهد یا شیر ندهد؛ هرچند بهتر است چنین کند.
- ۴- مادر را نمی‌توان مجبور به شیر دادن به کودک خود کرد.
- ۵- پدر موظف است در هنگام برقراری رابطه زناشویی، هزینه‌های متعارف مرتبط با شیردهی مادر را به اندازه توان خود تأمین کند
- ۶- پدر کودک موظف است پس از جدایی، هزینه‌های زندگی مادر را در دوره شیردهی یا تأمین یا دستمزد همسنگ با آن را پرداخت کند.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *عیون اخبار الرضا*، تهران: منشورات اعلی، ۱۳۹۰ ق.
- _____، *من لایحضره الفقیه*، قم: انتشارات جامع المدرسین، ۱۴۰۴ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، *المهذب*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۰۶ ق.
- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلی*، بیروت: دارالفکر و للطباعة و النشر و التوزیع، بی‌تا.
- ابن رشد، محمد بن احمد، *بدایة المجتهد و نهاية المقصد*، بیروت: دارالمعرفة، چاپ پنجم، ۱۴۰۱ ق.
- _____، *بدایة المجتهد و نهاية المقصد*، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۵ ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المعنی*، دارالکتب العربی، بی‌تا.
- ابوالفتح رازی، حسین بن علی، *روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن*، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۶۶.
- اشکوری، محمد بن علی، *تفسیر شریف لاهیجی*، مؤسسه مطبوعاتی علمی، ۱۳۶۳.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم، ۱۴۰۵ ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الکبری*، هند، ۱۳۵۲ ق.
- پاک‌نژاد، رضا، *اولین دانشگاه و آخرین پیامبر*، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۵۶.

۱۳۲	فقه و اصول	شماره ۱۰۶
	جرجانی، حسین بن حسن، <i>تفسیر گازر (جلد الاذهان و جلاء الاحزان)</i> ، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۳۷.	
	جصاص، احمد بن علی، <i>احکام القرآن</i> ، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.	
	جوزی، عبدالرحمان بن علی، <i>زاد المسیر فی علم التفسیر</i> ، دارالفکر، ۱۴۰۷ ق.	
	حائری، علی، <i>المقتنیات الدرر</i> ، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۳۸.	
	حکمت نیا، محمود، <i>حقوق زن و خانواده</i> ، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰.	
	حکیم، محسن، <i>مستمسک العروة الوثقی</i> ، قم، مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق.	
	حکیم، محمد سعید، <i>المحکم فی اصول الفقه</i> ، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۴ ق.	
	خلیل بن احمد، العین، قم، دارالهجره، ۱۴۰۵ ق.	
	خویی، ابوالقاسم، <i>اجود التقریرات</i> ، قم، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲.	
	_____، <i>محاضرات فی اصول الفقه</i> ، قم، دارالهادی للمطبوعات، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ق.	
	_____، <i>مصباح الاصول</i> ، قم، مکتبه الداوری، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.	
	راغب اصفهانی، حسین بن محمد، <i>المفردات فی غریب القرآن</i> ، انتشارات خدمات چاپی، ۱۴۰۴ ق.	
	رستگار جویباری، یعسوب الدین، <i>تفسیر البصائر</i> ، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۹۹ ق.	
	روحانی، محمد صادق، <i>فقه الصادق</i> ، قم، مؤسسه دارالکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۲ ق.	
	ساندرز، استفان، <i>سیستم های غدد درون ریز و تولید مثل</i> ، ترجمه: منصور ابراهیمی و محمد افضل شیری، قم، دانشگاه قم، ۱۳۸۶.	
	سبزواری، عبد الاعلی، <i>مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام</i> ، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.	
	_____، <i>مواعب الرحمان فی تفسیر القرآن</i> ، نجف، انتشارات آداب، ۱۴۰۴ ق.	
	سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، <i>کفایة الاحکام</i> ، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم، ۱۴۲۳ ق.	
	سبزواری، محمد بن حبیب الله، <i>الجديد فی تفسیر القرآن المجید</i> ، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۱۶ ق.	
	شبر، عبدالله، <i>الجواهر الثمین فی تفسیر کتاب المبین</i> ، انتشارات الفین، ۱۴۰۷ ق.	
	شوکانی، محمد، <i>فتح القدير</i> ، بیروت، دارالمعرفه، بی تا.	
	شهید ثانی، زین الدین بن علی، <i>الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة</i> ، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.	
	_____، <i>مسالك الافهام</i> ، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.	
	شیرازی، محمد حسین، <i>تقریب القرآن الی الاذهان</i> ، بیروت، مؤسسه الوفا، ۱۴۰۰ ق.	
	صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، <i>جواهر الکلام</i> ، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.	
	صلاحی، مهرداد، <i>درس نامه جامعه مامایی</i> ، انتشارات نور دانش، ۱۳۸۵.	
	صنعانی، عبدالرزاق بن همام، <i>المصنف</i> ، مجلس العلمی، بی تا.	

- طباطبایی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۹۳ ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت، بی‌تا.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، احیاء التراث العربی، ۱۳۷۹ ق.
- طبری، محمد بن جریر، *جامع البیان عن التأویل آی القرآن*، دارالفکر للطباعة و النشر، ۱۴۱۵ ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، انتشارات مرتضوی، ۱۳۶۵ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- _____، *الخلافا*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- _____، *المبسوط فی الفقه الامامیه*، تصحیح محمد تقی کشفی، انتشارات مرتضوی، ۱۳۸۷ ق.
- _____، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت، دارالکتب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.
- _____، *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه*، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- طیب، سید عبدالحسین، *اطیب البیان فی التفسیر القرآن*، کتابفروشی اسلام، بی‌تا.
- عاملی، محمد بن علی، *نهاية المرام*، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- عسقلانی، ابن حجر، *فتح الباری شرح صحیح البخاری*، بیروت، دارالمعرفه، بی‌تا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، ترجمه و شرح: ابوالحسن شعرانی، تهران، منشورات اسلامیة، چاپ پنجم، ۱۴۱۹ ق.
- _____، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- _____، *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، مشهد، مؤسسه آل البيت، ۱۴۲۰ ق.
- _____، *تذکره الفقهاء*، انتشارات رضوی، بی‌تا.
- _____، *قواعد الاحکام*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *مختلف الشیعه*، تهران، انتشارات نینوی، ۱۳۲۳ ق.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام*، قم، انتشارات سید مرعشی، ۱۴۰۵ ق.
- فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
- فضل الله، محمد حسین، *من وحی القرآن*، بیروت، دارالزهرا، ۱۴۰۵ ق.
- فیومی، احمد بن محمد، *مصباح المنیر*، ۱۳۴۷ ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *تفسیر الصافی*، بیروت، مؤسسه اعلمی، ۱۴۰۲ ق.

۱۳۴	فقه و اصول	شماره ۱۰۶
قرشی، علی اکبر، <i>تفسیر احسن الحدیث</i> ، بنیاد بعثت، ۱۳۶۶ ق.		
قرطبی، محمد بن احمد، <i>الجامع لاحکام القرآن</i> ، داراحیاء التراث، بی تا.		
قمی سبزواری، علی، <i>جامع الخلاف و الوفاق بین الامامیه و بین ائمة الحجاز و العراق</i> ، انتشارات زمینه سازان ظهور امام عصر، ۱۳۷۹.		
کاشانی، ابوبکر بن مسعود، <i>بدائع الصنائع</i> ، پاکستان، انتشارات حبیبیه، ۱۴۰۹ ق.		
کلینی، محمد بن یعقوب، <i>کافی</i> ، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.		
محقق حلی، جعفر بن حسن، <i>شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.		
_____، <i>مختصر النافع فی الفقه الامامیه</i> ، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.		
محقق کرکی، علی بن حسین، <i>جامع المقاصد فی شرح القواعد</i> ، قم، مؤسسه آل البیت، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.		
مشهدی، محمد، <i>کنز الدقائق</i> ، قم، مؤسسه النشر الاسلامیه التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۰۷ ق.		
مظفر، محمدرضا، <i>اصول الفقه</i> ، قم، بوستان کتاب، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.		
مغنیه، محمد جواد، <i>الکاشف</i> ، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۸۱ م.		
مفید، محمد بن محمد، <i>المقنعة</i> ، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.		
مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، <i>زبدة البیان فی احکام القرآن</i> ، انتشارات رضوی، بی تا.		
موسوی خوانساری، احمد، <i>جامع المدارک فی شرح المختصر النافع</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.		
میرزا خسروانی، شاهزاده علیرضا، <i>تفسیر خسروی</i> ، انتشارات اسلامیه، ۱۳۹۷ ق.		
نائینی، محمد حسین، <i>فوائد الاصول</i> ، قم، جامعه المدرسین، چاپ اول، ۱۳۷۶.		
نحاس، احمد بن محمد، <i>معانی القرآن</i> ، عربستان سعودی، دانشگاه ام القری، ۱۴۰۸ ق.		
نظری توکلی، سعید، <i>حضانت کودکان در فقه اسلامی</i> ، تهران، سمت و بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۸۵.		
نوری، محمدرضا، <i>تغذیه مادر و کودک</i> ، مشهد، انتشارات شهیدی پور، ۱۳۸۱.		
نووی، یحیی بن شرف، <i>المجموع فی شرح المذهب</i> ، بی تا.		
وکیلی، زریچهر و صمدی، عباس، <i>بیوشیمی بالینی تینزهورمون شناسی</i> ، تهران، مؤسسه فرهنگی انتشاراتی اصلانی، ۱۳۸۳.		
ویلیامز، جان ویت ریچ، <i>بارداری و زایمان ویلیامز</i> ، ترجمه ی بهرام قاضی جهانی، تهران، انتشارات گلبان، چاپ دوم، ۱۳۸۱.		
همایون فر، همایون، <i>شناخت غدد درون ریز</i> ، تهران، دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی ایران، ۱۳۷۹.		

پاییز ۱۳۹۵ تبیین فقهی نظریه «وجوب شیردهی بر مادر و لزوم پرداخت هزینه‌های مرتبط با آن بر پدر» ۱۳۵

هینسون، جوی و دیگران، *فیزیولوژی بالینی غدد درون ریز با نگرش علوم پایه و بالینی*، ترجمه: پروین بابایی، حامد اسماعیلی، لیلا صانعی، مایسا نور علی نژاد، تهران، کتاب ارجمند، ۱۳۹۰.

فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۶
پاییز ۱۳۹۵، ۱۵۶-۱۳۷

تأملی در قاعده انکاری «أولویت دفع مفسده از جلب منفعت»*

میرزا محمد واعظی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: vaezi92@um.ac.ir

چکیده

یکی از مباحث مدنظر علمای علم اصول، «أولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت» و ترجیح جانب نهی است که به صورت موجب جزئی پذیرفته شده است؛ اولویت مذکور به مثابه یک قاعده در بین فقها با نام «دفع المفسده أولى من جلب المنفعة» شهرت یافته که در مسمای آن «مفسده» با «مصلحت» یا «منفعت» تقابل یافته است. در مجموع در اولویت مذکور چهار قرائت را می توان مورد سنجش قرار داد که قرائت چهارم یعنی تقابل «منفعت» و «مفسده»، صلاحیت قاعده مندی را داراست، هر چند که فقها آن را مورد لحاظ قرار نداده اند. همچنین به زعم نگارنده قرائت اول از این اولویت نیز که مستفاد از حکم عقل است، قابلیت ضابطه مند شدن با چهار مؤلفه نوع تکلیف، نوع واجب، کمیت و کیفیت احتمال را داراست.

کلیدواژه ها: اولویت، دفع مفسده، جلب منفعت، مصلحت، ضرر، دوران بین محذورین.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۲/۰۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۲/۱۸.

مقدمه

«اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت» از زمره مسائلی است که در بعضی از مباحث اصولی مثل باب تخییر، اجتماع امر و نهی، تعارض و تراحم مطرح شده است. ضرورت پرداختن به این مسئله، تبیین نشدن «اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت» از زاویه‌های مختلف و ثمره‌ای است که در مباحث گوناگون اصولی از جمله در اصل تخییر در هنگام دوران بین محذورین، در تعارض بین اخبار و افعال مرجحات، تراحم بین تکالیف و همچنین اجتماع امر و نهی بر مبنای امتناع و تقدیم جانب حرمت، ظاهر می‌شود. به رغم این ثمرات، پرسش‌های گوناگونی درباره این مسئله مطمح نظر است که عمده آن‌ها از قرارذیل است:

«اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت» از چند زاویه و بعد قابل بررسی است؟
 مدرک و سند «اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت» چیست؟
 این مسئله به صورت یک قاعده و قانون کلی یا آنکه به صورت موجه جزئی قابل قبول است؟
 آیا مبنای اصولی فقها در رابطه با این اولویت، به همان کیفیت در نظرات فقهی هم افعال شده است؟
 خواستگاه این بحث فقط در موارد قطعی جاری می‌شود یا در موارد احتمالی هم جاری می‌شود؟
 آیا تعیین ضابطه‌ای برای این اولویت بنا بر احتمال پذیرش آن به صورت موجه جزئی نیز وجود دارد؟
 چرا در این مسئله که به قاعده «دفع المفسدة أولى من جلب المنفعة» شهرت یافته است، مفسده در مقابل منفعت قرار گرفته است، در حالی که باید در مقابل مصلحت باشد؟
 پاسخ به این پرسش‌ها می‌تواند دستاوردهای متعددی را در حوزه اصول و مسائل فقهی داشته باشد که در ترجیح جانب دفع مفسده یا ضرر در هنگام دوران با مصلحت یا منفعت ظاهر می‌شود.

پیشینه بحث

مسئله «اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت»، با این نام به عنوان یک قاعده شهرت یافته است (فاضل تونی، ۹۷؛ روحانی، زبدة الاصول، ۱۹۸/۲). فقها در استندهای فقهی خود نسبت به این قاعده، در پاره‌ای از مواقع بدان روی آورده و در بعضی از موارد به رد یا تأمل در آن پرداخته‌اند از جمله: فاضل مقداد در بحث جواز عزل حاکم در هنگام تساوی منافع و مضار، مقدم بودن دفع ضرر و منع جواز عزل نسبت به جلب منفعت و حفظ موجود نسبت به تحصیل مفقود را اولی دانسته است (فاضل مقداد، ۴۹۲). صاحب عناوین دلیل اثبات خیار موجب فسخ عقد را در هنگام ضرر، استناد به قاعده اولویت دفع

مفسده نسبت به جلب منفعت می‌داند؛ زیرا در اینجا اجتماع بین واجب که وفای به عقد باشد و حرام که اضرار باشد رخ داده است و جمع آن امکان ندارد و عقل حکم به تقدیم جانب نهی می‌کند و علاوه بر آن مفسده ترک واجب تبعی است و مفسده فعل حرام اصلی است و مفسده اصلی بر تبعی مقدم می‌شود (حسینی مراغی، ۳۹۴/۲).

صاحب ریاض در اقتصار به پوشش کمتر برای کفن به دلیل اولویت دفع مفسده، آن را محل تأمل دانسته است. (طباطبایی، ۶۰/۱ و ۱۹۴/۲)

محقق خویی در دوران امر بین خوف حیات حامل یا جنین به حفظ حیات مادر حکم نموده است، هر چند که به از بین رفتن جنین بینجامد و دلیل آن را استناد به قاعده «دفع المفسده أولى من جلب المصلحة» می‌شمارد. (کتاب الطهارة، ۱۹۳/۹)

بعضی نیز مبدأ و منشأ حجیت تقیه را دفع مهم به اهم، مقدم شدن فاسد بر افسد و أخذ به قاعده «دفع المفسد أولى من جلب المصلح» شمرده‌اند. (حسنی، هاشم معروف، ۳۳۷)

این مسئله در کتاب‌های اصول نیز در مباحثی نظیر اصل تخییر در هنگام دوران بین محذورین، در تعارض بین اخبار و اعمال مرجحات، تراحم بین تکالیف و همچنین اجتماع امر و نهی بر مبنای امتناع و تقدیم جانب حرمت، مطرح شده است.

با این وجود، مطمح نظر علما از اولویت در مباحث فقهی و اصولی، دوران بین «مصلحت» و «مفسده» بوده است، در حالی که به نظر می‌رسد قرائت‌های دیگری نیز از آن متصور باشد.

مفاد مسئله

در شهرت مسئله «أولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت»، با این نام، «منفعت» در مقابل «مفسده» به کار رفته است. در حالی که شایسته بود «مصلحت» در مقابل «مفسده» به کار رود و این مطلب نگارنده را بر آن داشت تا علاوه بر واکاوی شهرت این قاعده با این عنوان، به بررسی اولویت مزبور از زاویه‌های دیگر نیز بپردازد.

به نظر می‌رسد که این تقابل، به چهار صورت قابل ترسیم باشد که عبارت‌اند از:

۱. تقابل «منفعت» در مقابل «مفسده»؛
۲. تقابل «منفعت» در مقابل «ضرر»؛
۳. تقابل «مصلحت» در مقابل «مفسده»؛
۴. تقابل «مصلحت» در مقابل «ضرر».

با توجه به این تقابل‌ها ممکن است، کسی بگوید که «منفعت» همان «مصلحت» و «ضرر» همان «مفسده» است و در نتیجه فقط تقابل «مصلحت» با «مفسده» معنا دارد و دیگر تقابل‌ها نیز به آن ملحق می‌شود؛ لذا برای صحت یا سقم این مطلب به بررسی مفردات مسئله می‌پردازیم.

واژه «مصلحت» در کتاب‌های لغت با تعابیر نزدیک به هم تعریف شده است و در مقابل مفسده به معنای صلاح و خیر است. دهخدا مفسده را در مقابل مصلحت آورده و معانی صواب، شایستگی، صلاح، صلاح کار، نیکی، خیر خواهی و نیک اندیشی و نظیر آن را برای این کلمه بیان می‌کند و مصلحت اندیشی یا صلاح اندیشی را رعایت اقتضای حال می‌داند (دهخدا، ۱۳۶۶/۱۲)؛ و «مفسده» را در لغت، خلاف مصلحت و به معنای بدی و تباهی، زیان، فساد و هر چیز زیان‌آور بیان نموده است (همان، ۱۳۸۱/۱۳).

جوهری و صاحب‌المنجد نیز صلاح را به ضد فساد تعریف نموده‌اند (جوهری، ۳۸۳/۱؛ لوئیس معلوف، ۴۳۲). این منظور نیز اصلاح را نقیض افساد و مصلحت را به صلاح تعبیر می‌کند (۵۱۶/۲) هرچند که به نظر بعضی مصلحت و مفسده ضد یکدیگر بوده و ارتفاع هر دو قابل تصور است (علیدوست، فقه و مصلحت، ۸۵).

همچنین خیر و صلاح و مصلحت به حرکتی تعبیر شده که مطابق حکمت باشد، از این رو می‌تواند در قالب ضرر زدن یا سود رساندن تحقق یابد، نظیر مرضی که گاه صلاح انسان است. چرا که موجب تقویت ایمان وی می‌شود (عسکری، ۳۲۰).

واژه‌ی دیگری که از نظر کاربرد با کلمات مصلحت، صلاح و خیر عجین شده است، «منفعت» است که در لغت، خلاف مضرت و به معنای سود و فایده، نفع و حاصل، بهره و عائد می‌باشد (دهخدا، ۱۳۶۴/۱۳). «مضرت» نیز مأخوذ از تازی و به معنای زیان و ضرر، گزند، نقصان، خسارت، آسیب، آزار و آذیت و زحمت است (همو، ۱۳۸۴/۱۲). راغب اصفهانی نیز واژه «نفع» را به چیزی تعبیر نموده که برای رسیدن به خیر از آن بهره می‌گیرند (۵۲۳) و در مقابل «ضرر» به معنای نقصانی است که برشیء وارد می‌گردد (طوسی، التبیان، ۳۸۱/۱).

اما به نظر بعضی تتبع در متون لغوی و نصوص دینی در ارتباط با واژه‌ای مثل «مصلحت»، مثل تتبع در بسیاری از واژه‌های دیگر، حاصلی جز تثبیت همان معنا و مفهوم عرفی آن ندارد (علیدوست، فقه و مصلحت، ۸۳).

در رابطه با معنای اصطلاحی «مصلحت»، در نزد فقیهان شیعه، در لابلای بعضی از مباحث، نکاتی به چشم می‌خورد. از جمله اینکه محقق حلی بیان می‌دارد که: «مصلحت چیزی است که در مقاصد دنیوی یا آخروی انسان و یا هر دو موافق با وی است و نتیجه آن تحصیل منفعت یا دفع مضرت است» (۲۲۱).

صاحب جواهر نیز مصلحت را به فوائد دنیوی و آخروی تعبیر نموده است با این بیان که: «از اخبار و سخن فقها و ظاهر قرآن فهمیده می شود که معاملات و غیر آن برای مصالح و فوائد دنیوی و آخروی مردم است، آنچه که از نظر عرف مصلحت و فائده نامیده می شود» (صاحب جواهر، ۳۴۴/۲۲).

مرحوم حکیم می گوید که جلب منفعت یا دفع ضرر، مقاصد و مصلحت سنجی های مخلوقین است؛ اما مصلحت به معنای محافظت بر مقصود شرع می باشد و مقصود شرع حفظ دین، جان، عقل، نسل و جان افراد است، پس هر آنچه این پنج اصل را ضمانت کند، مصلحت است و هر آنچه که آن ها را تقویت نماید، مفسده و دفع مصلحت است (حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ۳۸۱).

خوبی می گوید که مصلحت و مفسده غالبا از سنخ منفعت و ضرر نیستند و به عبارت دیگر احکام شرعی تابع منافع و ضررها نمی باشند و فقط از مصالح و مفسدات در متعلقاتشان تبعیت می کنند و معلوم است که مصلحت و مفسده مساوی با ضرر و منفعت نیست. همچنان که بسیاری از واجبات مثل خمس، حج و جهاد توأم با ضررهای مالی یا بدنی است و در بعضی از محرمات، منفعت مالی یا بدنی است. پس واجبات و محرمات از مصالح و مفسدات تبعیت می کنند (خوبی محاضرات، ۴/۴-۴۰۵).

برخی نیز بیان داشته که مقصود از مصلحت، دفع ضرر و جلب نفعی برای دین و دنیا است (انصاری، محمدعلی، ۴۵۰/۲)؛ اما به اعتقاد برخی مفهوم مصلحت و سایر مفاهیم مشابه را نمی توان با تعریفی که جامع افراد و مانع اغیار باشد، تفسیر کرد؛ بلکه سخن در تبیین آن بر ابهامش می افزاید؛ بنابراین بهتر است با بیان برخی اصول، مصادیق، اقسام و خصایص مصلحت شرعی با هویت و تجسد آن و نه ماهیت و تعریف آن، آشنا تر شد (علیدوست، فقه و مصلحت، ۸۶-۸۷).

با این وجود به نظر می رسد که واژه «مصلحت» و «منفعت» از جهت معنای اصطلاحی متباین هستند و از لحاظ مصداقی رابطه ای من وجه دارند؛ و منفعت نوعا در مورد یک امر محسوس و ملموس استفاده می شود، مثلا گفته می شود فلان معامله منفعت دارد، اما مصلحت غالبا در امور غیر ملموس و از مقوله معنا کاربرد دارد، مثلا گفته می شود انجام فلان کار به مصلحت شماست و ممکن است در انجام کاری منفعت باشد اما مصلحت نباشد و یا در انجام کاری مصلحت مدنظر باشد اما ضرر هم داشته باشد مثل بیع مضطر و جهاد؛ و ممکن است انجام کاری منفعت داشته باشد ولی مفسده هم داشته باشد مثل ربای در قرض، با این وجود واژه منفعت به جای مصلحت استفاده می شود هر چند که رابطه آن دو از نظر معنایی تباین و از جهت مصداقی من وجه می باشد.

همچنین شاید بتوان در رابطه با «مصلحت» و «مفسده» این گونه تعبیر نمود که اگر از مجموع کسر و انکسارات مصالح و مفسدات یک چیز، مفسدات آن بیشتر باشد، آن را مفسده نامید؛ و اگر از مجموع کسر و

انکسارات مصالح و مفسد یک چیز، مصالح آن بیشتر باشد، آن را مصلحت نامید. لذا در کلام فقها، بیشتر مفسده در مقابل منفعت و نه مصلحت، است؛ یعنی در یک فعل، با وجود منافع و ضررهایی که داشته، پس از کسر و انکسارات، به دلیل ضررها و مفسد بیشتر، فعل مفسد و دارای مفسده می باشد و دفع آن اولی است.

مدرک و سند اولویت‌ها

مفاد مسئله حاکی از این است که مدرک و سند هر یک از تقابل‌ها با توجه به تفاوت قرائت‌هایی که از اولویت‌های چهارگانه بدست آمده است، به صورت جداگانه بررسی شود. این اولویت‌ها عبارت‌اند از:

۱. اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت؛
۲. اولویت دفع ضرر نسبت به جلب منفعت؛
۳. اولویت دفع ضرر نسبت به جلب مصلحت؛
۴. اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت.

ممکن است بیان شود که دفع مفسده از مصادیق قاعده اهم و مهم بوده و نمی‌تواند به عنوان یک قاعده مطرح گردد؛ اما در این قاعده در برخی از موارد دفع مفسده و در بعضی از مواقع جلب مصلحت مقدم می‌شود.

علاوه بر آن در صورتی که در بعضی از قرائات، دفع مفسده صلاحیت قاعده‌مندی را دارا باشد از مصادیق این قاعده نیست، چرا که دلیل آن مستفاد از حکم عقل است (روحانی، ۶۸/۳). ولی در مثل «اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت» دلیل آن مستفاد از شرع است.

مدرک و سند اولویت در قرائت تقابل «مفسده» و «مصلحت»

عمده أدله از سوی فقها، برای این نوع از اولویت ارائه شده است. در بین احادیث آنچه که از نظر مضمونی به اولویت «دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة» نزدیک است، دو روایت «اجتناب السيئات أولى من إكتساب الحسنات» (آمدی، ۸۱؛ لثی واسطی، ۱۲۵) و «أفضل من إكتساب الحسنات إجتنا ب السيئات» (آمدی، ۱۹۶؛ لثی واسطی، ۱۲۰) که در این دو روایت ترک مفسده ملزمه اولی از مصلحت مندوب و مستحب شمرده شده است، در حالی که این مورد یکی از مصادیق اولویت است و تعمیم آن به دیگر موارد - یعنی دوران امر بین حرام و واجب، واجب و مکروه - صحیح نیست و فقط به نظر می‌رسد بتوان به دوران بین مستحب و مکروه نیز آن را تعمیم داد و دلیل آن این است که با ترک حسنات تنها مصلحت غیر ملزمه و نفعی از کف مکلف رفته است ولی در مقابل، حرام و یا مکروهی از شخص سر می‌زند که مبعوض مولی است.

آیا روایات دیگری نیز وجود دارد که حالت‌های دیگر را مثل دوران بین حرام و واجب را با اولویت ترجیح جانب نهی شامل شود؟ ظاهراً فقط اخبار وعمومات توقف می‌تواند به مطلوب ما نزدیک باشد که در ذیل آن‌ها عباراتی نظیر «الوقوف عند الشبهة خیر من الاقتحام فی الهلکة» (برقی، ۲۱۵/۱) و «الوقوف عند الشبهات خیر من الاقتحام فی الهلکات» (کلینی، ۶۸/۱) آمده است.

اما این اخبار به قرینه تعلیلی که در ذیل اکثر آن‌ها آمده است، ظهور در باب شبهات تحریمیه دارند که دوران بین حرمت و غیر وجوب است و شامل دوران بین محذورین نمی‌شوند؛ زیرا در ذیل روایات وقوف، ترک شبهه را بهتر از افتادن در هلاکت به واسطه اقدام دانسته است و اقدام و انجام فقط در شبهه تحریمیه مطرح است، چون در دوران بین محذورین هر کدام از فعل یا ترک به طور مساوی ممکن است سبب افتادن در هلاکت شود (انصاری، ۱۸۸/۲).

باتوجه به آنکه قاعده بودن این اولویت توسط روایات ثابت نشد، باید دید که آیا دیگر أدله می‌توانند به عنوان مستند، صلاحیت قاعده‌مند شدن «اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت» را اثبات کنند. دلیل عقل از دیگر أدله‌ای است که می‌تواند مستند این اولویت باشد. با این توجیه که عقل هر عاقلی حکم می‌کند که دفع مفسده از جلب مصلحت بهتر است یعنی هرگاه امر دایر شد میان اینکه کاری کنیم تا به مصلحتی برسیم یا کاری کنیم که از مفسده نجات یابیم، عقل می‌گوید کاری بکن که در مفسده نیفتی و رسیدن به مصلحت مهم نیست.

بر اساس همین اصل، گفته می‌شود همیشه در جانب امر مصلحت وجود دارد و در جانب نهی مفسده؛ و در هنگام دوران دفع مفسده اولی است؛ یعنی اگر احتمال می‌دهید نماز در مکان غصبی واجب و دارای مصلحت باشد و یا حرام و دارای مفسده باشد و در صورت ارتکاب به حرام بیفتید در اینجا کاری کنید که در حرام واقع نشوید، یعنی دفع مفسده کنید و به دنبال جلب منفعت نباشید و معنای ترجیح نهی هم همین است.

با این وجود به این دلیل ایراداتی وارد شده است که بعضی به صورت کلی و کبروی مطرح است و بعضی به صورت صغروی و یا از باب تطبیق بر مسئله اجتماع امر و نهی مطرح می‌شود که با توجه به عدم حوصله این نوشتار به بعضی از آن‌ها می‌پردازیم.

اشکالات

اشکال اول: قضیه «دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة» کلیت و عمومیت ندارد و چنین نیست که دفع هر مفسده‌ای از جلب هر منفعتی بهتر باشد؛ بلکه گاهی مطلب بعکس است، یعنی جلب منفعت اولی و أرجح است؛ زیرا منافع و مفاصد به حسب قلت و کثرت مختلف هستند و چه بسا که جلب نفعی از

دفع مفسده‌ای، اولی باشد و بر فرض تساوی منفعت و مفسده از جهت قلت و کثرت، برهانی بر اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت اقامه نشده است و بنای عقلاء نیز بر آن ظهور ندارد (نائینی، ۴۵۱/۳)؛ مثلاً در دوران بین غصب و انقاذ غریق، کسی حکم به اولویت دفع مفسده نداده است.

اشکال دوم: از جمله اشکالات، ایراد محقق قمی بر قاعده اولویت است که آن را به طور مطلق و موجبه کلیه قبول ندارد بلکه آن را به صورت موجبه جزئی در بعضی از موارد می‌پذیرد و در بعضی از موارد نمی‌پذیرد و می‌گوید قبول داریم که در دوران امر میان استحباب و حرمت، دفع مفسده از جلب منفعت اولی است و باید مستحب را فدای حرام کرد و از آن عمل اجتناب نمود. همچنین در دوران امر میان حرام تعیینی و واجب تخییری هم دفع مفسده اولی از جلب منفعت است؛ زیرا واجب تخییری عدل و بدل دارد و می‌توان آن را در فرد دیگر هم امثال کرد، لذا انگیزه‌ای نداریم که ماده اجتماع را اختیار کنیم و خود را در احتمال حرام و مفسده بیندازیم.

اما در دوران امر میان حرام تعیینی و واجب تعیینی، مثل نماز در مکان غصبی بنابراین که نماز هم منحصر در همین فرد است و فعلاً بدلی ندارد و امر دایر است که این نماز واجب باشد یا حرام، در اینجا جای قاعده مذکور نیست؛ زیرا اگر نماز واجب باشد، ترکش دارای مفسده و حرام است. آن گاه دوران امر میان دو مفسده است با این توضیح که اگر این نماز واجب باشد، ترک آن مفسده دارد و اگر حرام باشد، فعل آن مفسده دارد و در دوران امر میان دو مفسده جای قاعده مزبور نیست، بلکه جای قاعده دیگری است، یعنی اگر یکی از آن دو مفسده‌اش بیشتر بود، باید دیگری را مرتکب شویم و دفع افسد به فاسد نماییم؛ و بحث ما مثلاً در اجتماع وجوب و حرمت در شیء واحد اعم از این بود که وجوب و تحریم هر دو تعیینی و یا تخییری و یا مختلفین باشند، ولی این قاعده فرض تعیینی بودن هر دو را شامل نشد، پس ناتمام است. (قمی، ۱۵۳/۱)

مرحوم نائینی نیز در ترک واجبات مجرد فوت منفعت را ممنوع می‌شمارد و فوت منفعت را تزام با مفسده می‌داند (۴۵۱/۳).

همچنین شیخ انصاری صرف مصلحت ملزمه را در واجبات نمی‌پذیرد، بلکه قائل به وجود مفسده ملزمه در ترک واجبات نیز می‌باشد و دو دلیل برای سخن خود اقامه می‌کند که عبارت‌اند از: ۱. اگر در واجبات ترک آن دارای مفسده نبود و حرام نمی‌شد لازمه‌اش این بود که این عمل واجب و الزامی نباشد، چون صرف فوات منفعت سبب الزام نیست آن گاه خیلی از مردم می‌گویند ما نمی‌خواهیم به ثواب‌های بهشتی برسیم و هیچ یک از واجبات را انجام نمی‌دهند.

۲. اگر انجام واجبات فقط دارای مصلحت بود و ترکشان مفسده نبود لازمه‌اش این است که

کوچک‌ترین محرمات از بزرگ‌ترین واجبات مهم‌تر باشد چون ارتکاب آن حرام سبب عقوبت می‌شود ولی ترک این واجب مهم دارای عقوبت نیست بلکه صرفاً عدم النفع است در حالی که کسی به آن قائل نیست و مثلاً ترک نماز از بزرگ‌ترین گناهان است. (انصاری، ۱۸۸/۲).

اما مرحوم آخوند بیان داشته که واجب چه تعیینی باشد و چه تخییری، ویژگی این است که فقط در جانب فعلش مصلحت ملزمه است اما در جانب ترک، مفسده ملزمه نیست، چون مستلزم این است که هر تکلیفی دو تکلیف باشد و دو ثواب و دو عقاب داشته باشد که یکی برای از دست دادن مصلحت ملزمه و دیگری برای رسیدن به مفسده ملزمه است، یعنی یک عقاب بر ترک واجب و یک عقاب بر انجام حرام باشد در حالی که احدی آن را نگفته و ملتزم نمی‌باشد. کما اینکه در باب محرمات هم یک مفسده ملزمه بیشتر نیست که در ناحیه فعل حرام است و به خاطر وجود این مفسده مولی از آن منع کرده است؛ در نتیجه چه دوران امر میان واجب و حرام تعیینی باشد و چه میان واجب تخییری و حرام تعیینی، به هر حال دوران امر میان مصلحت و مفسده است و قاعده مزبور از این ناحیه مشکلی ندارد و اشکال محقق قمی وارد نیست. (خراسانی، ۱۷۷)

بعضی از معاصران نیز با صاحب قوانین همراه شده و سخن مرحوم آخوند را نپذیرفته‌اند؛ زیرا در موارد متعددی ترک واجب، منشأ مفاسد بسیاری می‌شود مثلاً ترک زکات سبب گرسنگی فقراء و فقرشان و آن نیز منشأ مفاسد فردی و اجتماعی بسیار می‌شود (مکارم، ۵۹۲/۱).

اشکال سوم: در این قاعده، کلمه مفسده و منفعت آمده است و باتوجه به اینکه الفاظ برای معانی واقعی و نفس الامری وضع شده‌اند و منظور این است که مفسده‌ای برای ما وجود دارد که محرز است، چه اینکه منفعت هم محرز است و مفسده و مصلحت محتمل را شامل نمی‌شود و کسی نگفته است که دفع مفسده محتمله بر جلب منفعت محتمله اولویت دارد، در حالی که این قاعده در دوران امر میان یک واجب مسلم الوجوب با یک حرام مسلم الحرمة مطرح می‌شود و در نتیجه در مواردی مثل اجتماع امر و نهی (بر مبنای امتناع) در ماده اجتماع، واجب و حرام مسلمی نداریم؛ بلکه تنها احتمال وجود دارد، یعنی یا وجوب و یا حرمت از میان این دو محتمل باید بماند در حالی که قاعده فقط مصلحت و مفسده محرز را شامل می‌شود. (خراسانی، ۱۷۷)

شیخ انصاری نیز فرموده که مقتضای دوران بین وجوب و تحریم، تخییر یا ترجیح جانب تحریم مبنی بر اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت است. ولی [در هنگام احتمال] دوران منع می‌شود؛ زیرا عدم علم به وجوب در ثبوت حرمت کفایت می‌کند و تعبد به آنچه وجوب آن معلوم نشده، جایز نیست؛ و هنگامی که امر دائر بین رجحان عبادتی و حرمت آن باشد، عدم ثبوت رجحان در ثبوت حرمت آن کفایت

می‌کند (انصاری، ۱۲۹/۱).

همچنین مرحوم خوئی رعایت اولویت را در صورتی که در جانب مفسده و مصلحت، مجرد احتمال باشد، مسلم نمی‌داند، همانطور که در دوران بین حرمت و غیر واجب، هیچ وجهی برای لزوم رعایت مفسده با وجود احتمال مصلحت قائل نیست (خوئی، مصباح الاصول، ۳۲۹/۲).

اشکال چهارم: ایراد دیگر آن است که اولویت گاهی قطعی و گاهی ظنی است؛ در حالی که آنچه ارزشمند می‌باشد اولویت قطعی است وگرنه اولویت ظنی اعتباری ندارد و خودش نیازمند دلیل حجیت است (خراسانی، ۱۷۸).

ارزیابی اشکالات

به نظر نگارنده اشکال اول که اشکالی کلی و کبروی است، کاملاً وارد است و گریزی از آن نیست، اما در رابطه با ایرادات صغروی نکاتی چند قابل توجه می‌باشد که عبارت‌اند از:

۱. در مورد اشکال محقق قمی و اشکال مرحوم آخوند به ایشان و ایرادات وارد بر صاحب کفایه می‌توان گفت که ترک «مصلحت» ممکن است که دارای «مفسده» نیز باشد، اما این بدان معنا نیست که دوعقاب جداگانه داشته باشد و همچنین بدین معنا هم نمی‌باشد که مسئله به دوران بین دو «مفسده» برگردد؛ زیرا دلالت مطابقی امر واجب، ایجاد مصلحت می‌باشد و دلالت مطابقی کارحرام ایجاد مفسده می‌باشد و در دوران، دلالت مطابقی هر یک از آن‌ها لحاظ می‌گردد و داشتن مفسده برای ترک واجب به دلالت التزامی بمعنی الأخص امری ثابت نشده است؛ بلکه نهایتاً این دلالت به وجه بین بمعنی الأعم در ترک واجبات لحاظ می‌شود.

علاوه بر آن می‌توان گفت که برای ترک مصلحت ملزمه بدون لحاظ مفسده، عقاب معین گردد تا اشکال شیخ انصاری نیز وارد نباشد؛ زیرا عقاب برای کسی است که به دستورات ملزمه شارع پای‌بند نباشد حال این الزام می‌تواند به صورت امر به انجام کار و یا نهی از آن باشد.

۲. اشکال سوم و چهارم که در رابطه با مفسده و منفعت محتمل و اولویت ظنی مطرح می‌شود بیشتر از باب تطبیق بر مسئله اجتماع امر و نهی بر مبنای امتناع اجتماع است و در نتیجه در مورد تزاحم یا تعارض و یا تعیین بدل از تأخیر جاری نمی‌شود و از طرف دیگر ایراد اشکال دوم و سوم عدم حجیت مفسده و منفعت محتمل و اولویت ظنی به دلیل عدم العلم بودن آن است، در حالی که اگر عقل به امر محتملی و یا اولویت مظنونی بها دهد، آن امر و اولویت از عدم العلم و حجیت نداشتن خارج می‌شود چرا که حجیت حکم عقل ذاتی می‌باشد و مثلاً اگر شخص احتمال عقلایی بدهد که سرطان دارد ممکن است

میلیون ها تومان خرج کند تا وضعیتش معلوم گردد.

امکان ضابطه‌مندی ترجیح دفع مفسده در دوران بین «مفسده» و «مصلحت»

همان‌طور که بیان شد پذیرش این قاعده به صورت کلی با اشکال مواجه می‌باشد، اما در قبول آن به صورت جزئی مناقشه‌ای نیست. حال این سؤال مطرح می‌شود که امکان قراردادن ملاک و ضابطه وجود دارد؟ به نظر نگارنده با توجه به عقلی بودن مستند این قاعده، این امکان وجود دارد و برای ترجیح جانب «مفسده» یا «مصلحت» چهار مؤلفه مؤثر می‌باشد که عبارت‌اند از:

۱. نوع تکلیفی که در جانب هر یک از طرفین «مفسده» و «مصلحت» است.
با توجه به آن که مصادیق مصلحت، تمامی اعمال واجب و مستحب و مصادیق مفسده تمامی اعمال حرام و مکروه است، در نتیجه «اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت» در چهار مورد مجرا پیدا می‌کند که عبارت‌اند از:

۱. دوران بین حرمت و وجوب؛

۲. دوران بین حرمت و استحباب؛

۳. دوران بین کراهت و استحباب؛

۴. دوران بین کراهت و وجوب.

بقیه موارد نیز از محل بحث خارج است. حال اگر مثلاً دوران بین حرمت و استحباب باشد، عقل حکم به ترجیح دفع مفسده می‌کند همان‌طور که فاضل تونی تمامیت اهم بودن دفع مفسده در تعارض بین عمل مندوب و محرم را محرز می‌داند. (فاضل تونی، ۹۷) و در مورد دوران بین کراهت و وجوب، جلب مصلحت اولویت دارد. اما در مورد دوران بین «حرمت و وجوب» و دوران بین «کراهت و استحباب»، باید نکات دیگری را مد نظر قرار داد.

۲. نوع واجبی که در دوران با حرام است.

با توجه به این که واجب اقسام گوناگونی دارد، نوع واجب مؤثر در ترجیح جانب نهی می‌باشد، مثلاً اگر واجب تأخیری باشد، دفع مفسده حرام نزد عقل نسبت به جلب مصلحت واجب اولویت دارد.

ترجیح نهی نسبت به نوع واجبات در بعضی از موارد به صورت بالجمله و در برخی مواقع به صورت فی‌الجمله می‌باشد؛ مثلاً در دوران حرام و واجب تأخیری، واجب غیر فوری، واجب موسع، واجب معلق (بنا بر قبول آن)، واجب مشروط و واجب کفایی، دفع جانب نهی نسبت به جلب جانب امر بالجمله اولویت دارد، اما در دوران حرام و واجب تعینی، واجب فوری، واجب توصلی، واجب مضیق، واجب

مطلق و واجب منجز باید به مؤلفه‌های دیگری نیز توجه شود. پس در دوران بین انقاذ غریق و دفن مسلمان که مصادیقی از واجب توصیلی هستند با غصب و یا شستن لباس و بدن نجس با غصب، ترجیح مفسده یا مصلحت متفاوت خواهد بود.

۳. کمیت احتمال هر یک از طرفین «مفسده» و «مصلحت».

مؤلفه سوم بر طبق مبنای بعضی قابل پذیرش نمی‌باشد (انصاری، ۱۲۹/۱؛ خراسانی، ۱۷۷ و خویی، مصباح‌الاصول، ۳۲۹/۲)؛ و با توجه به مبنای اصولیانی که آن را پذیرفته‌اند، قابل طرح است؛ و همچنین دخالت کمیت احتمال در هنگامی است که عقل به آن احتمال توجه کند و ترتیب اثر دهد؛ در نتیجه علاوه بر موارد مسلم المفسده و المصلحه، مصادیقی که محتمل المفسده و المصلحه عقلانی نیز باشند، قابل قبول می‌باشند. پس مثلاً اگر در یکی از طرفین دوران احتمال عقلایی بیشتری باشد، آن مقدم می‌شود.

۴. کیفیت و اهمیت هر یک از طرفین «مفسده» و «مصلحت».

منظور از این مؤلفه، اهمیت هر یک از طرفین دوران در نزد شارع است؛ مثلاً اگر امر دائر باشد بین لمس نامحرم و انقاذ غریق و یا دروغ و حفظ آبروی یک مؤمن، اهمیت نجات جان افراد و آبروی آن‌ها اهمیت بیشتری نزد شارع دارد.

حال اگر به جای یک مؤلفه همه آن‌ها بر موردی صادق باشند تکلیف چیست؟ آیا به صورت مستقل موثرند یا اینکه تاثیر آن‌ها به صورت مجموعی مورد سنجش قرار می‌گیرد؟

در پاسخ به این پرسش به نظر می‌رسد که در پاره‌ای از موارد، یک مؤلفه به صورت مستقل تاثیر خود را می‌گذارد و نوبت به دیگر مؤلفه‌ها نمی‌رسد مثلاً اگر دوران بین واجب تخییری یا موسع و نظیر آن با حرام تعیینی باشد، به حکم عقل و شرع دفع مفسده اولویت دارد و همچنین در دوران بین حرمت و استحباب که هر چند ممکن است مثلاً احتمال جانب استحباب بیشتر باشد (کمیت احتمال) و یا مقدار اجر و پاداش آن زیاد باشد (کیفیت احتمال) ولی با این وجود ترجیح جانب نهی اولویت دارد؛ زیرا نهایت امر این است که یک مستحب از کف مکلف خارج شده است، اما در مقابل امری حرام ممکن است محقق شود و در اینجا احتیاط عقلی و شرعی حکم می‌کنند که دفع مفسده اولی نسبت به جلب مصلحت است.

اما در پاره‌ای از موارد باید مجموع مؤلفه‌ها مورد سنجش قرار گیرند، مثلاً هنگامی که دوران بین واجب تعیینی و حرام تعیینی است مؤلفه اول (نوع تکلیف) و دوم (نوع واجب) کارایی ندارند و آنچه که می‌تواند کارگشا باشد مؤلفه‌های سوم (کمیت احتمال) و چهارم (کیفیت احتمال) هستند و در اینجا به کمک عقل و شرع یا به این نتیجه می‌رسیم که ترجیح یکی اولویت دارد مثلاً اگر در یک بازه زمانی دوران بین احتمال وقوع حرامی تعیینی چون لمس نامحرم و واجبی تعیینی چون انقاذ غریق باشد به دلیل اهمیت بیشتر نجات

غریق در نزد شرع (کیفیت احتمال) جلب مصلحت به دفع مفسده اولویت دارد.

همچنین در برخی موارد ممکن است «احتمال کمیت» بر «احتمال کیفیت» ترجیح داده شود و گاهی نیز عکس آن، مثلاً جایی که میزان کمیت به صورت حداکثری و میزان کیفیت به صورت حداقلی تعریف شود، مولفه سوم (احتمال کمیت) مقدم می‌شود و در حالت عکس آن مولفه چهارم (احتمال کیفیت) مقدم می‌شود.

حال اگر از مجموع کسر و انکسارات در این مولفه‌ها به تساوی رسیدیم، مثلاً اگر بین خوردن و نخوردن دارویی دوران باشد و تمامی ضوابط یاد شده ما را به ترجیح یکی ارشاد نکند، بحث مبنایی می‌شود که بعضی قائل به توقف و ترجیح جانب نهي و برخی قائل به تخییر مطلق می‌شوند؛ و چون ترجیح جانب نهي هر دو نظر را تأمین می‌کند، بهتر است هر چند که الزامی نیست.

با این وجود هدف نگارنده از طرح این ضوابط باز نمودن افقی جدید برای تحقیقات بعدی است؛ و بحثی عمیق و دقیق از مجموع این مولفه‌ها و کسر و انکسارات آن‌ها برای ترجیح یکی از طرفین، از حوصله این نوشتار خارج است.

مدرک و سند اولویت در قرائت تقابل «ضرر» و «منفعت»

قرائت دوم از اولویت، ترجیح دفع ضرر نسبت به جلب منفعت است. آن‌چنان که بعضی این گونه انگاشته‌اند و بیان داشته که اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت فقط در دوران بین منفعت و ضرر جریان دارد و در دوران بین مصلحت و مفسده جریان ندارد (خویی، محاضرات، ۴/۴۰۴).

اگر «اولویت» را به این معنا تعبیر کنیم، یعنی در دوران امر میان ضرر و منفعت دنیوی، دفع ضرر را مقدم بدانیم و می‌تواند دلیل آن این باشد که در جانب منفعت مجرد عدم النفع است ولی ضرری نیست. (اما در قرائت اول در جانب مصلحتی مثل وجوب، مجرد عدم النفع نیست، بلکه مفسده و ضرر نیز دارد) و این تعبیر در جای خود می‌تواند محل کنکاش باشد، ولی از حوزه تکفل فقه و اصول خارج می‌شود و صلاحیت خود را به عنوان یک بحث اصولی و فقهی از دست می‌دهد؛ زیرا آنچه در فقه و اصول و استنباط احکام شرعی محوریت دارد «مصلحت» است و نه «منفعت»، «مفسده» است و نه «ضرر»، و منفعت و ضرر تا به مصلحت و مفسده برنگردد، مناط حکم واقع نمی‌شود (علیدوست، درس خارج، جلسه ۱۱۴).

در نتیجه به نظر می‌رسد که استعمال «منفعت» را در کلمات فقها، باید به یکی از این چهار جهت توجیه نمود: ۱. معنای لغوی ۲. بگوئیم در این موارد منفعت به مصلحت ختم می‌شود ۳. تسامح در تعبیر نموده‌اند و منظورشان از منفعت همان مصلحت است ۴. منفعت هم می‌تواند در حوزه فقه و اصول مطرح

شود.

ابتدا به نظر می‌رسد که جهت چهارم خلاف فرض است؛ زیرا احکام فقهی در مدار مصلحت و منفعت می‌چرخد، مثل اینکه گفته شده که فکر تاجر همواره جلب منافع و راه‌های رسیدن به آن و دفع مضار و راه‌های احتراز از آن است (فیض کاشانی ۲۲۴).

اما با توجه به کلمات فقها و تأثیر مستقیم «منفعت» و «ضرر» در استنباط احکام می‌توان گفت که علاوه بر بقیه توجیهات، جهت چهارم نیز فی‌الجمله صحیح است که به چند نمونه به عنوان شاهد بسنده می‌شود از جمله: مرحوم خویی مؤونه را در باب خمس، هر آنچه که انسان در جلب منفعت یا دفع ضرر نیاز دارد، تعریف می‌کند (خویی، کتاب الخمس، ۲۴۸/۱)؛ که منفعت در این تعریف به معنای لغوی و در حدود و ثغور حقیقت مؤونه برای تعیین خمس مؤثر است.

همچنین جعل ولایت برای پدر و جد نسبت به طفل، به دلیل جلب منفعت و دفع ضرر از او است که در اینجا واژه‌های دفع ضرر و جلب منفعت در واقع به مصلحت طفل برمی‌گردد. (همو، مصباح الفقاهة، ۲۴/۵)

با این وجود قواعد و مسائلی در فقه مطرح می‌شود که دفع ضرر یا جلب منفعت در آن نمود بیشتری دارد؛ مثلاً گفته شده است که معامله اگر به خاطر جلب منفعت، یا نه جلب منفعت و نه دفع ضرر و یا به خاطر دفع ضرر مترتب بر شیء دیگر مثل اضطرار باشد، در صحت آن اشکالی نیست ولی اگر معامله به خاطر ترتب ضرر مترتب بر ترک معامله مثل اکراه باشد، صحت آن اشکال دارد که در اینجا صحت معامله بر روی منفعت و ضرر بار شده است. (روحانی، منهاج الفقاهة، ۴۲۵/۳)

همچنین اسقاط حق اجازه از اصیل پس از تأخیر در اعمال حق، به خاطر دوران بین جلب منفعت و دفع ضرر که در اینجا یک حکم شرعی از دوران بین منفعت و ضرر و نه مصلحت و مفسده، استخراج شده است. (خمینی، مصطفی، ۲۱۷/۲) و صدق احسان در قاعده احسان برای محسن در جلب منفعت و یا دفع ضرر از دیگران (انصاری محمدعلی، ۳۲۶/۱) و در موارد دیگری نیز مثل قلمروی قاعده «لاضرر» و اثبات حق شفعه برای شریک و اثبات حق خیار برای متعاملین یا یکی از آنها، واژه‌های منفعت و ضرر در استنباط حکم شرعی دخیل هستند.

پس از پذیرش نقش تقابل «ضرر» و «منفعت» این سؤال طرح می‌شود که اولویت دفع ضرر نسبت به جلب منفعت به صورت حد اکثری مقبول است یا اینکه مثل قرائت اول به صورت موجبه جزئیه پذیرفتنی است؟

به نظر می‌رسد که مدرک این قرائت حکم عقل است و مستندی در آیات و روایات ندارد؛ و اگر چنین

باشد، عقل در مواردی هم به عکس این أولویت حکم می‌کند؛ مثلاً می‌توان به انواع تجارت استناد نمود که در کنار آن پاره‌ای از کالاها فاسد یا ارزان‌تر می‌شود و موجب زیان شخص می‌گردد. ولی منافع فراوانی نیز نصیب بازرگان می‌شود. در اینجا هم احدی نمی‌گوید برای فرار از زیان کم از منافع فراوان چشم‌پوشی کن؛ بلکه روش عقلاً نیز مؤید حکم عقل است و برای رسیدن به منافع بیشتر، ضرر کمتر را متحمل می‌شوند. پس نمی‌توان گفت دفع هر مفسده‌ای اولی از جلب هر مصلحتی است.

مدرک و سند أولویت در قرائت تقابل «ضرر» و «مصلحت»

قرائت سوم از أولویت، ترجیح دفع ضرر نسبت به جلب مصلحت است، هر چند که مکلف ناگزیر است که یا ضرر را از خود دفع کند و به تبع آن از جلب مصلحت نیز محروم شود و یا در کنار مقدم نمودن مصلحت، ضرر را نیز جلب کند.

تعبیر به «أولویت» از این معنا به صورت موجهی جزئیة مقبول است. ولی عکس آن نیز در منطق شرع، در پاره‌ای از موارد ساری و جاری است؛ مثلاً در رابطه با وضو یا روزه در صورتی که به بدن ضرر برسانند، دفع ضرر نسبت به جلب مصلحتی که از وضو یا روزه عائد شخص می‌شود، أولویت دارد. اما وجوب جهاد ابتدایی با وجود ضررهای بسیار و ایجاد جراحات و قطع نسل است و دلیل آن، اهم بودن مصالح جهاد نسبت به مفساد آن است و نظیر این مورد در تمامی مواردی است که به خاطر مصلحت مهم‌تر، ضررهای بدنی و مالی بسیار را باید متحمل شد (مکارم، ۵۹۲/۱).

در نتیجه به نظر می‌رسد این قرائت نیز مثل قرائت اول و دوم به صورت یک قاعده مورد پذیرش نمی‌باشد؛ بلکه در بعضی از موارد ترجیح جانب ضرر أولویت دارد و در برخی مصادیق ترجیح جانب مصلحت اولی است.

مدرک و سند أولویت در قرائت تقابل «مفسده» و «منفعت»

در این قرائت أولویت دفع مفسده با صرف نظر نمودن از جلب منفعت مطرح می‌شود. همان‌طور که در کلام علما با عنوان «أولوية دفع المفسدة من جلب المنفعة» مشهور شده است. این شهرت در دو واژه «مفسده» و «منفعت» منحصر شده است، اما علما بدین گونه آن را لحاظ ننموده‌اند؛ بلکه یا «منفعت» را به مصلحت معنا نموده‌اند و یا «مفسده» را به ضرر تعبیر کرده‌اند و به عبارت دیگر در یکی از این دو واژه تصرف معنایی نموده‌اند.

أولویت مذکور با توجه به واژه‌های موجود در آن، یعنی «مفسده» و «منفعت» مورد سنجش

قرار می‌گیرد که «منفعت» را به معنای سود و نفع قرار داده و «مفسده» را به معنای حرام و مکروه می‌انگاریم؛ یعنی هر جا که دوران بین منفعت مادی و مفسده اعم از حرمت و کراهت بود اولویت با ترک عمل است.

حال اگر این تعبیر مد نظر قرار داده شود، این اولویت می‌تواند مناط و ملاک حکم شرعی واقع شود؛ زیرا یکی از طرفین آن «مفسده» است و در مجموع می‌توان گفت که مفسده به هر معنایی که باشد (کراهت یا حرمت) در حوزه تکالیف قرار می‌گیرد، هر چند که این بحث با حوزه اخلاق نیز مرتبط است.

در اینجا سؤال دیگری نیز مطرح می‌شود که آیا اولویت مزبور با این تعبیر به صورت موجبه کلیه قابل پذیرش است یا نه؟ که به نظر می‌رسد به صورت کلی قابل قبول باشد؛ زیرا در سیره معصومین علیهم السلام اینچنین بوده است که هرگاه امر میان منفعت بسیار و حرمت و حتی کراهت دائر باشد، آن‌ها از امر مکروه خودداری می‌نمودند و در باب کراهت سوگند روایتی بدین مضمون است که امام باقر علیه السلام فرمودند: که پدرشان زنی از خوارج داشت، یکی از افراد بنی حنیفه به ایشان عرضه داشت که زن شما از جدتان تبوی نموده است. پس پدرم او را طلاق داد و آن زن [به دروغ] ادعای مهریه‌اش را نمود و حضرت [زین العابدین علیه السلام] را نزد امیر مدینه آورد و از او طلب قصاوت نمود.

امیر مدینه به حضرت عرضه داشت که یا باید قسم بخوری و یا باید حق [مهریه] زن را پردازی. پس به من فرمود که بلند شوم و چهارصد دینار به آن زن بدهم. به پدرم گفتم، فدایت شوم. آیا محق نیستید؟ فرمودند: بله ولی خداوند را بزرگ‌تر از این دانستم که به او قسم راست بخورم^۱ (کلینی، ۴۳۵/۷؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۸۳/۸).

در این روایت حضرت زین العابدین علیه السلام در دوران بین قسم خوردن راست و از دست دادن منفعت بسیار - که چهار صد دینار بوده - اجتناب از قسم را ترجیح دادند؛ و در روایات دیگر نیز کراهت قسم راست ثابت شده است، از جمله اینکه در یکی از آیات شریفه، عبارت «و لا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا و تتقوا و تصلحوا بین الناس والله سمیع علیم» (بقره، ۲۲۴) بیان شده که حتی در انجام کارهای نیک، تقوا و اصلاح میان مردم از سوگند خوردن منع شده است که حداقل دلالت نهی حمل بر کراهت است. همچنین در در بعضی از منابع بابی تحت عنوان کراهت سوگند راست بیان شده است (حرعاملی، ۱۹۷/۲۳).

۱. «أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن علي بن أبي حمزة عن أبي بصير قال حدثني أبو جعفر عليه السلام أن أبا له كان عند امرأة من الخوارج أظنه قال من بنى حنیفة فقال له مولى له یا ابن رسول الله إن عندک امرأة تبرأ من جدک فقصی لأبی أنه طلقها فادعت علیه صداقها فجأت به إلى أمير المدينة تستعديه فقال له أمير المدينة یا علی إما أن تحلف و إما أن تعطیها [حقها] فقال لی قم یا بنی فأعطها أوبعمانة دینار فقلت له یا أبة جعلت فداک أ لست محققاً قال بلی یا بنی و لکنی أجملت الله أن أحلف به یمن صبر.»

در نتیجه در دوران بین دفع مکروه و جلب منفعت، خودداری از مکروه اولویت دارد؛ که قدر متیقن از این روایت این است که در صورت دوران بین مکروهی همچون سوگند با منفعت کثیر، دفع مفسده نسبت به جلب منفعت، ترجیح داده می‌شود؛ و در صورت دوران بین حرام با منفعت که مفسده آن بیشتر است و یا در دوران بین مکروهی چون سوگند با جلب منفعت کم، بالفحوی به اولویت حکم می‌شود. همچنین در صورتی که بتوان از سوگند خوردن إلغاء خصوصیت نمود، قابلیت تعمیم به همه‌ی مکروهات را دارد. به نظر می‌رسد که امکان این إلغاء نیز وجود دارد؛ زیرا امامیه معتقد است که حضرات معصومین علیهم السلام حتی از مکروه هم پرهیز می‌نمودند هر چند که در دوران با منفعت و سود زیاد باشد و با توجه به اینکه سیره حضرات معصومین علیهم السلام مختص به آن‌ها نیست و به عنوان الگوی جامعه، حجت بر دیگر افراد و قابل تعمیم است؛ و در هر جا شک کردیم، اصل بر اشتراک در احکام است؛ لذا برای ما هم اولویت دارد، هر چند که حکم تکلیفی آن از نوع احکام الزامی نباشد. مثل هنگامی که منفعت دوران با امری مکروه داشته باشد.

نتیجه‌گیری

ثمره «أولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت» در مرجحات باب تعارض و باب تراحم، تعیین تکلیف و عدم تأخیر در دوران بین محذورین و اجتماع امر و نهی (بر مبنای امتناع) ظاهر می‌شود؛ و می‌توان این اولویت را - با توجه به آن که مصلحت و مفسده از سنخ منفعت و ضرر نیستند؛ بلکه از جهت معنایی متباین و از جهت مصداقی رابطه‌ای من وجه دارند - از چهار بعد و زاویه مورد کنکاش قرار داد که بعضی از ابعاد آن مور سنجش قرار نگرفته است.

در نگاه اول اولویت مذکور را آنچنان که مصطلح شده، قرائت می‌گردد؛ یعنی «أولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت». در این نگاه روایات بر مدعای ما دلالت ندارد و فقط سیره عقلا و حکم عقل بر این اولویت، به صورت موجبه جزئیه دلالت دارند و به زعم نگارنده قابلیت ضابطه‌مند شدن با چهار مؤلفه نوع تکلیف، نوع واجب، کمیت و کیفیت احتمال، در این نگاه وجود دارد.

در نگاه دوم اولویت مزبور اینگونه تعبیر می‌شود که «منفعت» را در تقابل با «ضرر» قرار داده؛ یعنی «أولویت دفع ضرر نسبت به جلب منفعت»؛ و این تعبیر را هر چند بعضی از حوزه تکفل فقه و اصول خارج می‌دانند؛ زیرا آنچه در فقه و اصول و استنباط احکام شرعی محوریت دارد «مصلحت» است و نه «منفعت»، «مفسده» است و نه «ضرر»، ولی خود منفعت و ضرر در پاره‌ای از موارد در استنباط حکم شرعی دخیل اند و در بعضی مواقع به نحوی به مصلحت و مفسده برمی‌گردند و یا مقدمه استنباط حکم

شرعی قرار می‌گیرند. هر چند که ترجیح دفع ضرر در این نگاه فی‌الجمله مقبولیت دارد. در نگاه سوم نیز اولویت مذکور به صورت موجبه جزئیه مقبول است؛ اما در نگاه چهارم که به صورت دوران بین «مفسده» و «منفعت» قرائت می‌شود؛ یعنی «اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت»؛ و مفسده در این نگاه به معنای حرام و یا مکروه انگاشته می‌شود و از منفعت نیز تلقی سود و نظیر آن می‌گردد؛ و به نظر می‌رسد که این قرائت به صورت کلی و به عنوان یک قاعده مورد پذیرش باشد، همچنان که به این نام شهرت یافته، هرچند که مسمای آن مورد سنجش واقع نشده است؛ و مستند این پذیرش، مستفاد از روایتی از حضرت زین العابدین علیه السلام است؛ و علاوه بر آن مبنای کلامی امامیه در سیره معصومین علیه السلام نیز مؤید این استناد است.

در نتیجه در میان قرائت‌های چهارگانه از این اولویت فقط قرائت چهارم صلاحیت قاعده‌مند شدن را دارد و در بقیه قرائت‌ها در پاره‌ای از موارد جانب مفسده یا ضرر و در برخی مصادیق جانب مصلحت یا منفعت ترجیح داده می‌شود.

منابع

قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت، بی‌تا.
- آمدی، عبدالواحد بن محمد، *غرر الحکم و درر الکلم*، تصحیح سید مهدی رجائی، قم، دار الکتب الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، به کوشش احمد فارس، بیروت، نشر دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.
- انصاری، محمد علی، *الموسوعة الفقهية الميسرة*، قم، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- برقی، أحمد بن محمد، *المحاسن*، تصحیح جلال الدین محدث، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح*، بیروت، نشر دارالعلم، ۱۹۹۰ م.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
- حسنی، هاشم معروف، *دراسات فی الحديث والمحدثین*، بیروت، دار التعارف، ۱۳۹۸ ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهية*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- حکیم، عبد الصاحب، *منتقى الاصول*، تقریرات درس محمد روحانی، نشرهادی، ۱۴۱۶ ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقه المقارن*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۳۹۰ ق.
- خمینی، مصطفی، *البیع*، مؤسسه عروج، ۱۴۱۸ ق.

- خویی، ابوالقاسم، *کتاب الخمس*، قم، انتشارات لطفی، ۱۴۰۷ ق.
- _____، *کتاب الطهارة*، انتشارات لطفی، قم، ۱۴۱۴ ق.
- _____، *مصباح الفقاهة*، انتشارات وجدانی، ۱۳۶۸.
- _____، *مصباح الاصول*، محمد سرور واعظ حسینی، قم، مکتب الداوری، ۱۴۱۷ ق.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه دهخدا*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *معجم مفردات الفاظ قرآن*، بی جا، دار الکتاب العربی، بی تا.
- روحانی، محمد صادق، *زبدة الاصول*، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
- _____، *منهاج الفقاهة*، نشر یاران، ۱۴۱۸ ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، به کوشش احمد حبیب قصیر عاملی، بی تا.
- _____، *تهذیب الاحکام*، تصحیح محمد آخوندی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- عسکری، حسن بن عبدالله، *معجم الفروق اللغویه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، جامعه مدرسین، ۱۴۱۲ ق.
- علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و مصلحت*، تهران، نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
- _____، *پایگاه اطلاع رسانی رسمی*، درس خارج، جلسه ۱۱۴، ۱۳۹۱/۰۲/۲۴.
- فاضل تونی، محمد حسین، *الوافیه فی الاصول الفقهیه*، با تحقیق محمد حسین رضوی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *نضد القواعد الفقهیه*، با تحقیق سید عبد اللطیف کوه کمره ای، قم، نشر مکتب آیت الله مرعشی، ۱۴۰۳ ق.
- فیاض، محمد اسحاق، *محاضرات فی اصول الفقه*، تقریرات درس آیت الله خویی، قم، انتشارات دار الهادی، ۱۴۱۰ ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *التحفة السنیة فی شرح نخبة المحسنیة*، با شرح عبد الله جزائری، مخطوط، کتابخانه آستان قدس، ۱۱۷۰ ق.
- کاظمی، محمد علی، *فوائد الاصول*، تقریرات اصولی محمد حسین نائینی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ ق.
- لیثی واسطی، علی بن محمد، *عیون الحکم و المواعظ*، تصحیح حسین حسینی بیرجندی، قم، دارالحديث، ۱۳۷۶.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *معارج الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
- معلوف، لونیس، *المنجد*، نشر دارالمشرق، بیروت، بی تا.

شماره ۱۰۶	فقه و اصول	۱۵۶
مکارم شیرازی، ناصر، <i>أنوار الاصول</i>، قم، انتشارات نسل جوان، ۱۴۱۶ ق. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، <i>قوانین الاصول</i>، چاپ سنگی. نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، <i>جواهر الکلام</i>، تهران، دار الکتب اسلامی، ۱۳۶۷.		

Reflections on competence of “priority of preventing an evil over
securing a benefit” as a rule

Mirza Mohammad Vaezi

PhD student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law at
Ferdowsi University of Mashhad

“Preventing an evil takes priority over securing an interest” and preferring the prohibition side is among discussions raised by Usuli scholars and has been accepted as particular affirmative proposition; the said priority is known among Islamic jurists as “preventing an evil takes priority over securing a benefit” in whose ... is the contrast of evil and benefit. Four interpretations of the said priority may be analyzed, the fourth of which i.e. the contrast of benefit and evil, despite being ignored by Islamic jurists, is qualified to be regulated. Furthermore, in the author’s eyes, the first interpretation of this priority deducted from the rule of reason is also qualified to be regulated provided the four following elements are present: type of duty, type of obligation, quantity and quality of probability.

Keywords: preventing an evil, priority of preventing an evil, securing a benefit, securing an interest

Explanation of the theory of “the obligation of breastfeeding by mother and the necessity of paying its related costs by father” from the perspective of Islamic jurisprudence

Saeed Nazari Tavakoli

Associate Professor at University of Tehran

Fatemeh Kerachian Sani

PhD student of Jurisprudence and Islamic Law at University of Tehran

According to the prevailing view in the Islamic jurisprudence since breastfeeding is not mother's duty, she is entitled to demand wage from her husband for breastfeeding her child. In this article, the authors intend to prove, through reviewing the evidences of this view and the alternative one, that there is a meaningful relationship between the following phrases: “if they breastfeed for you, pay their wage” and “ their maintenance and clothing must be borne by father” and that wage has no meaning other than meeting mother’s essential needs.

This study has been performed in an analytical-descriptive method and the information was collected in library research method.

After explaining the Quranology concepts and bases of the discussion, the Islamic jurisprudence texts will be analyzed and finally one of the raised views will be preferred over others.

The conclusion is that breastfeeding is mother’s duty. During the marriage, mother is not permitted to demand wage from her husband in return of breastfeeding, unless the husband has consented to breastfeeding. After separation, mother is still obliged to breastfeed her child, but child’s father is bound to satisfy mother’s needs (food and clothing) in exchange for this service.

Keywords: breastfeeding, wage for breastfeeding, hire for breastfeeding

The maximum of dowry in Imamia jurisprudence

Mostafa Ghafourian Nejad

PhD student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law at Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Abbas Ali Soltani

Associate Professor at Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Hossein Saberi

Professor at Ferdowsi University of Mashhad

The increasing and unlimited cases of burdensome dowries beyond the husband's solvency, leading finally to the enforcement of dowry and divorce, had led some commentators to fix a certain maximum for dowry. The authors, in this article, intend to find a proper theory to resolve this matrimonial problem through reviewing the earlier and later Islamic jurists' opinions. Although according to the majority of Islamic jurists' viewpoints, dowry is determined by agreement, there are Islamic jurists who have objected to such agreement and their opinions involve some sort of strategy in fixing the dowry maximum. The author believes that in fixing the dowry maximum, it is better to prefer the sharia's side i.e. sharia dowry, over the custom side i.e. customary dowry and in fixing the dowry, respect the level of Mahr al Sunna, so that while obeying the sharia's orders, the dilemma of this age i.e. determining overwhelming dowries often beyond the husbands ability to deliver is contained.

Keywords: Dowry, Mahr Al Sunna, determination of dowry amount, customary dowry, sharia dowry, Islamic Jurisprudence

**Reciprocal duties and rights of owner and usurper after delivering
the alternate of usurped property**

Dr. Abolfazl Alishahi Ghal'e Jugh

Associate Professor at University of Yasuj

Ma'soumeh Hamidi

M.A from University of Yasuj

Dr. Abolhasan Bakhtiyari

Assistant Professor of Islamic Sciences at University of Yasuj

Alternate of the usurped property is a compensation paid to the owner after unavailability of usurped property. The Iranian Civil Code, following the Islamic scholars' famous view, has principally accepted the payment of this compensation but is silent as far as duties and rights of owner and usurper are concerned; hence the judge's obligation to refer to valid verdicts (fatawa) in this regard. In this article, the authors have attempted to analyze the duties and rights of usurper and owner from the perspective of law and Islamic jurisprudence. A review of the rules on the alternate of usurped property indicates that delivering the said alternate does not extinguish the owner's right to demand the usurped property and after the removal of unavailability, he is entitled to demand the usurper to return the usurped property. On the other hand, after receiving the alternate, the owner of usurped property may exploit it in any way and, in return, is may not demand compensation for usurped property benefits. In case the alternate is transferred by owner to a third party, the usurper is, after restituting the usurped property, entitled to receive its just mean or price and in the exchange of the usurped property and its alternate, despite the famous view, the right of lien belongs to the usurper.

Keywords: alternate of usurped property, unavailability of usurped property , benefits of usurped property and its alternate, right of lien

**Replacement of certitude as to subject by
authorized conjectural proof (amara)**

Maryam Sabbaghi Nadooshan

PhD student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law at
Ferdowsi University of Mashhad

Although Mohaghegh Khorasani has raised the impossibility of replacement of certitude as to subject by authorized conjectural proof (amara) due to the impediment of conjunction in consideration; Sheikh Ansari, while rejecting the replacement of certitude as to attribute, has accepted the replacement of declaratory certitude. Some Islamic scholars believe in classification, according to the basis they have adopted about the authority of authorized conjectural proof (amara). However, in Imam Khomeini's view, since the authorized conjectural proofs (amarat) are intellectual, their replacement is negative proposition with empty subject. Such an opinion is based on taking into account the proof of authority (hodjia) of authorized conjectural proof (amara), but if the discussion is focused on a proof in which certitude is an element, the quality of taking into account of the certitude in the subject must be considered. Since certitude rarely occurs as a perfect manifestation i.e. sentimental knowledge, the rareness of its occurrence in the eyes of the wise, leads to the joining of conventional knowledge to perfect knowledge whose consequence is replacement of, in addition to certitude as to subject, certitude as to attribute by authorized conjectural proof (amara).

Keywords: certitude as to attribute, declaratory certitude, replacement by authorized conjectural proof (amara), the conduct of wise

panderism) are satisfied in such panderism, internet procurers will be punished by prescribed punishment (had) of panderism, if they bring individuals together with the intention that they commit illegitimate acts of adultery and sodomy.

Keywords: panderism, internet panderism, basis emendation of panderism proofs

Revisiting the authority of “alidjma almadraki” (idjma with known origins)

Balal Shakeri

Researcher at Khorasan Seminary, Level IV Seminarian

Non-authority of “alidjma almadraki” (idjma with known origins) is a topic frequently raised in the Usulis’ contemporary literature. In this paper, the authority of “alidjma almadraki” has been studied through revisiting this idjma since the introduction of idjma in general by Shia scholars up to the present. The results of this study show that based on all foundations raised to prove the authority of idjma (hiss (intuition), lutf (benign), hads (surmise), etc.), one may assert that such idjma has authority or at least plays an important role in determining the minor premise of apparent meaning of sharia evidences and compensating for imperfection of their indication. Therefore, one may not consider idjma invalid and exclude it in deducting sharia percepts merely because its origins are known.

Keywords: “Alidjma almadraki” (idjma with known origins), with probable evidence, alidjma al-ta‘abbudi (external obedience).

ABSTRACT

Internet panderism from the perspective of Islamic jurisprudence

Dr. Ali Akbar Izadifard

Professor at the University of Mazandaran

Dr. Seyed Mojtaba Hossein Nejad

Professor of advanced levels at Qom Seminary, Level IV Seminarian

Internet panderism, in today's society, is a crime which, due to technological advances, has spread significantly and perhaps, in comparison to traditional panderism, it causes far more losses. Since it is unprecedented, the ruling of internet panderism has not been considered even by contemporary Islamic jurists. After mentioning some examples of internet panderism and a detailed review, the authors have relied on arguments such as the conduct of wise and basis emendation to prove that internet panderism is a crime. They have, finally, invoked the absoluteness of Abd Alla Ibn Sanan tradition and basis emendation and concluded that since the requirements of panderism with prescribed punishment (haddi

Table of Contents

Internet panderism from the perspective of Islamic jurisprudence	9
Dr. Ali Akbar Izadifard- Dr. Seyed Mojtaba Hossein Nejad	
Revisiting the authority of “alidjma almadraki” (idjma with known origins)	27
Balal Shakeri	
Replacement of certitude as to subject by authorized conjectural proof (amara)	49
Maryam Sabbaghi Nadooshan	
Reciprocal duties and rights of owner and usurper after delivering the alternate of usurped property	69
Dr. Abolfazl Alishahi Ghal'e Jughi- Ma'soumeh Hamidi- Dr. Abolhasan Bakhtiyari	
The maximum of dowry in Imamia jurisprudence	91
Mostafa Ghafourian Nejad- Dr. Abbas Ali Soltani- Dr. Hossein Saberi	
Explanation of the theory of “the obligation of breastfeeding by mother and the necessity of paying its related costs by father” from the perspective of Islamic jurisprudence	115
Saeed Nazari Tavakoli- Fatemeh Kerachian Sani	
Reflections on competence of “priority of preventing an evil over securing a benefit” as a rule	137
Mirza Mohammad Vaezi	
Abstracts of the Papers in English Language	164

In the Name of Allah



Islamic Jurisprudence
& Its Principles

Issue 106, Autumn 2016

ISSN 2008-9139

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzadifard

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 Qanavā'i

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

sayyed mohammad Hadi Ghabooli Dorafshan

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

Islamic Jurisprudence & Its Principles

ISSN: 2008-9139

The Research Journal
of the faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 106, Autumn 2016