



انفقه و انصاف

فصلنامه
علمی- پژوهشی
(مطالعات اسلامی سابق)

ISSN-Print: 2008-9139
ISSN-Online: 2538-3892

سال ۵۰، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۱۳
تابستان ۱۳۹۷



عناوین مقالات

- خیار شرط در صلح
دکتر عبدالله بهمن پوری، دکتر محمد حسن حائری، دکتر محمد تقی فخلعی
- بررسی تقدیم واجب دارای بدل در مرجحات باب تزاحم و مصادیق فقهی آن
دکتر سید ابوالقاسم حسینی زیدی
- چیستی شناسی مهر در ازدواج دائم و موقت
حسین حلبیان، دکتر حسین ناصری مقدم
- تبعیض در قصاص در فقه و حقوق موضوعه ایران
دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی، فاطمه اکبریان
- بررسی اشکالات چهارگانه بردیدگاه عدم نفوذ تصرفات اعتباری منافی با تعهد قراردادی
دکتر جلیل قنواتی، دکتر سید علی علوی قزوینی، دکتر عبدالرضا علیزاده، دکتر اسفندیار صفری
- چگونگی مواجهه فقها با اخبار من بلغ و برداشتی نو از این اخبار
دکتر علی اکبر کلانتری
- مقتضای اصل عملی به هنگام شک در نفسی و غیری بودن «واجب»
دکتر حمید مسجدسرائی، حبیب اجودانی
- حاکمیت پارادایم «عدم حجیت اخبار آحاد» برگزیده فقههای شیعی سده ۵-۷
دکتر حامد مصطفوی فرد، دکتر سید کاظم طباطبائی پور، دکتر غلامرضا رئیسیان



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال ۵۰ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۱۳ - تابستان ۱۳۹۷

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده به انگلیسی: احمد رضوانی

هیئت 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.

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی مشهد 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 هیئت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

چاپ و صحافی: چاپخانه دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۳۰۰۰۰ ریال

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۷۳

نشانی اینترنتی:

<http://jfiqh.um.ac.ir/>

این نشریه در مرکز منطقه ای اطلاع رسانی 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 مشهد).
- 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 هیئت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶- نظر نهایی هیئت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.
- ۷- پس از چاپ یک نسخه از مجله به نویسندگان اهدا خواهد شد.

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. هیئت 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- هیئت 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 هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۵۰۰ 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- هیئت 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 منع 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- پیشوندهایی 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 (ـَ و ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مآخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین/ معین؛ علی/ علی؛ بنا/ بنا؛ عَرَضه/عَرَضه؛ حَرَف/ 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 هیئت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. دکتر روح ا... آخوندی (استادیار دانشگاه پیام نور)
۲. حجت الاسلام مجتبی الهی خراسانی (استادیار دفتر تبلیغات اسلامی مشهد)
۳. دکتر علی تولائی (دانشیار دانشگاه یزد)
۴. دکتر محسن جهانگیری (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۵. دکتر محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۶. دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
۷. حجت الاسلام حمید درایتی (مدرس حوزه علمیه مشهد)
۸. حجت الاسلام علی رحمانی (عضو هیئت علمی دانشگاه باقرالعلوم)
۹. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر محمد علی سعیدی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۱۱. دکتر محمد رضا علمی سولا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر محمد جواد عنایتی راد (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۳. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۵. دکتر سید محمدهادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۹	خيار شرط در صلح دکتر عبدالله بهمن پوری - دکتر محمدحسن حائری - دکتر محمدتقی فخلعی
۲۳	بررسی تقدیم واجب دارای بدل در مرجحات باب تراحم و مصادیق فقهی آن دکتر سید ابوالقاسم حسینی زیدی
۴۳	چیستی شناسی مهر در ازدواج دائم و موقت حسین حلبیان - دکتر حسین ناصری مقدم
۶۵	تبعیض در قصاص در فقه و حقوق موضوعه ایران دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی - فاطمه اکبریان
۸۳	بررسی اشکالات چهارگانه بر دیدگاه عدم نفوذ تصرفات اعتباری منافی با تعهد قراردادی دکتر جلیل قنواتی - دکتر سیدعلی علوی قزوینی - دکتر عبدالرضا علیزاده - دکتر اسفندیار صفری
۹۹	چگونگی مواجهه فقها با اخبار من بلغ و برداشتی نو از این اخبار دکتر علی اکبر کلانتری
۱۱۵	مقتضای اصل عملی به هنگام شک در نفسی و غیری بودن «واجب» دکتر حمید مسجدسرائی - حبیب اجودانی
۱۳۵	حاکمیت پارادایم «عدم حجیت اخبار آحاد» بر گفتمان فقههای شیعی سده ۵-۷ دکتر حامد مصطفوی فرد - دکتر سید کاظم طباطبایی پور - دکتر غلامرضا رئیسیان
۱۷۰	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 2, Issue 113

Summer 2018

DOI: 10.22067/jfu.v50i2.31175



انفقه و اصول

سال پنجاهم، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۱۳

تابستان ۱۳۹۷، ص ۲۱-۹

خيار شرط در صلح*

دکتر عبدالله بهمن پوری

استادیار دانشگاه یاسوج

Email: bahmanpouri10@gmail.com

دکتر محمد حسن حائری^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

دکتر محمدتقی فخلمی

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlaei@um.ac.ir

چکیده

عقد صلح به عنوان یکی از مهم‌ترین عقود در فقه و حقوق اسلام جایگاه ویژه‌ای دارد. جریان خيار شرط در این عقد با توجه به خاصیت پایان‌بخشی صلح به نزاع حاصل از معاملات، مورد تردید فقیهان امامیه واقع شده است. ایشان با این استدلال که صلح برای رفع نزاع در معاملات تشریع شده و لزوم آن حکمی است، جریان خيار را در عقد صلح ممنوع دانسته‌اند. این پژوهش با رویکردی تحلیلی به نقد ادله مانعان پرداخته و در پرتو اصولی چون حاکمیت اراده در عقود، از جریان خيار شرط در صلح حمایت می‌کند.

کلیدواژه‌ها: صلح- خيار شرط- اصل حاکمیت اراده.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۱/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۶/۱۴.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از عقود معین که در فقه و حقوق مورد بحث قرار گرفته، عقد صلح است. در فقه امامیه پاره ای از نویسندگان گفته اند که در صلح همیشه فکر پرهیز از نزاع طرفین وجود دارد و برای رسیدن به همین هدف تراضی می شود. بنا بر آن چه که فقها گفته اند، صلح عقدی است که برای رفع نزاع تشریع شده است (شهید ثانی، ۲۵۹/۴؛ بحرانی، ۸۳/۲۱). اما این تعریف به اعتقاد بسیاری از فقیهان، تنها بیان کننده حکمت تشریع عقد صلح است نه علت آن (موسوی بجنوردی، ۱۰/۵؛ بحرانی، ۸۵/۲۱). بر این اساس، مشروعیت عقد صلح، منحصر به مواردی نیست که نزاعی رخ داده یا اختلافی وجود داشته باشد، بلکه عقد صلح به عنوان عقدی مستقل در کنار سایر عقود، مشروعیت و اعتبار دارد. توجه به همین نکته باعث توسعه در مفهوم صلح گردیده است. قانون مدنی نیز همین مفهوم گسترده از صلح را پذیرفته است و در ماده ۷۵۲ اعلام می دارد: صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود.

محقق خوئی در تعریف صلح می گوید: «صلح عقدی شرعی است برای تراضی و تسالم بین دو شخص در تملیک منفعت یا عین یا اسقاط دین یا حق یا غیر این ها به صورت مجانی یا معوض و صلح عقدی مستقل است و به سایر عقود، رجوع نمی کند هر چند که فایده آن عقد را داشته باشد، پس صلح، فایده بیع را خواهد داشت اگر که صلح بر عین به عوض باشد و فایده هبه را خواهد داشت اگر که صلح بر عین بلاعوض باشد و فایده اجاره خواهد داشت اگر که بر منفعت به عوض باشد و فایده ابراء را خواهد داشت اگر که بر اسقاط حق یا دین باشد.» (خوئی، منهاج الصالحین، ۱۹۲/۲).

شیخ انصاری عقود را به سه قسم تقسیم کرده اول: آنچه که عدم دخول خیار در آن اتفاقی است مانند نکاح دوم آنچه دخول خیار در آن اتفاقی است مانند بیع سوم آنچه که اختلافی است مانند وقف و صلح. اینکه شیخ انصاری «صلح» را از موارد عدم خلاف در دخول خیار شرط، شمرده است ظاهرًا غلط در نسخه کتاب است چون که وی در قسم ثانی آن را از موارد اختلافی می داند پس ظاهرًا در قسم اول کلمه صلح زائد است (شهیدی، ۴۵۰/۳).

بر این اساس می توان عقد صلح را به دو قسمت تقسیم کرد:

اول: آنجا که صلح نتیجه ایقاع را می دهد و مفید فایده ایقاع است مانند صلح بر عتق و ابراء (صلح بر اسقاط حق یا دین)

دوم: آنجا که صلح نتیجه یکی از عقود را می دهد مانند صلح بر نقل عین به ازاء مال معین که مفید بیع است و غیره.

اقوال فقها در مورد جریان خيار شرط در صلح

چهار نظریه مشهور در این زمینه موجود است:

۱- جریان خيار شرط به صورت مطلق

شیخ انصاری در مکاسب می‌گوید: «از جمله مواردی که در جریان خيار شرط در آن اختلاف است صلح است، و ظاهر مصرح از کلام برخی مانند علامه در تذکره، دخول خيار شرط در صلح به صورت مطلق است بلکه مذهب البارع بر این امر ادعای اجماع کرده است.»^۱ برخی همین قول را متعین دانسته‌اند.^۲

این قول مورد حمایت عمومات شروط است و موانع ذکر شده برای این قول (که به آن‌ها خواهیم پرداخت قابل نقد و رد است) و آنچه مقتضی تحقیق است این است که خيار شرط مطلقاً در صلح جاری است، چون که در اینجا هیچ نص یا اعتباری برای منع از جریان خيار شرط وجود ندارد و عموم ادله نفوذ شرط و لزوم وفاء به آن بدون مانع است، و صلح عقدی است که متضمن دو التزام متقابل است و مانعی از جریان خيار شرط در صلح نیست (خوئی، محمدتقی، ۱۴۸/۲).

۲- عدم جریان خيار شرط به صورت مطلق

شیخ انصاری می‌گوید: «و ظاهر مبسوط مانند کتاب خلاف عدم دخول خيار به صورت مطلق است و در تحریر و جامع المقاصد و غایة المرام، تفصیل قائل شده‌اند که دور از حقیقت نیست.» (انصاری، ۵/۱۵۰). حتی برخی بدون توجه به عمومات، خيار شرط در صلح را فاسد دانسته‌اند: «در صلح آیا باید تفاوت گذاشت میان جایی که فایده آن ابراء است که خيار شرط در آن جایز نیست و میان جایی که فایده آن غیر از ابراء است و جایز است؟ می‌گوییم: اگر بگوییم که صلح فی نفسه عقد نیست پس مجالی برای دخول یا عدم دخول خيار شرط در آن نیست، اما اگر بگوییم که صلح فی نفسه عقد است در این صورت مجالی برای تمسک به اجماع نیست چون که اجماع معتبر بدست نمی‌آید. اما از آنجا که عموم وجوب وفاء مقتضی لزوم است پس شرط خيار مخالف تمسک کتاب است. پس چنین شرطی فاسد است.» (قمی طباطبایی، ۱۶۸/۴ - ۱۷۸).

۱- شیخ انصاری اصل بحث خيار شرط در صلح را چنین مطرح می‌کند: و مما ذكرنا في الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمن الإيقاع و لو كان عقداً كالصلح المفيد فائدة الإبراء، كما في التحرير و جامع المقاصد و في غاية المرام: أن الصلح إن وقع معاوضة دخله خيار الشرط، و إن وقع عما في الذمة مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله؛ لأن مشروعيته لقطع المنازعة فقط، و اشتراط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته، و كل شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم انتهى. (انصاری، ۱۵۱/۵).

۲- (الصلح فان الظاهر) عند المصنف (المصرح به في كلام جماعة كالعلامة في التذكرة، دخول الخيار فيه مطلقاً) «مطلقاً» مقابل التفصيل الآتي بين اقسام الصلح (بل عن المذهب البارع في باب الصلح: الاجماع على دخوله فيه بقول مطلق) و هذا القول هو المتعين لاطلاق الأدلة و عدم محذور فيه. (حسینی شیرازی، ۳۲/۱۲).

نقد: وجهی که بتوان بر آن اعتماد کرد برای این وجه وجود ندارد بلکه کسی که به این قول تصریح کرده باشد وجود ندارد.

۳- تفصیل محقق خوئی

محقق خوئی با تفصیل میان صلح در مقام قطع خصومت و صلح در مقام اسقاط دعا می‌گوید: اگر صلح برای قطع خصومت باشد اشکالی در جعل خیار در آن نیست و مرجع خیار در آن تقیید منشأ و تحدید آن به عدم فسخ است (یعنی منشأ تا زمانی است که فسخ نشده باشد) و واضح است که اشکالی نیست در اینکه قطع خصومت تا زمان خاصی باشد؛ و اگر صلح برای اسقاط دعوا باشد مانند ابراء خواهد بود و اگر مدعی حق خود را با مصالحه اسقاط کند این صلح مانند ابراء خواهد بود. بنابراین جعل خیار، منافی مقتضی صلح خواهد بود، چون که معنای اسقاط، عدم بقای حق مدعی بر مدعی علیه است در آنچه که ادعا کرده است و این حق را ساقط کرده است و شیء بعد از سقوطش به حالت اولیه‌اش باز نمی‌گردد و حاصل اینکه معنی سقوط و ابراء، فراغ ذمه «من علیه الحق» است تا ابد. پس اشتراط توقیت در آن منافی ابدی بودن است پس در صورت اشتراط توقیت دیگر ابراء و اسقاط نخواهد بود (خوئی، مصباح الفقاهه، ۶/ ۲۸۷).

۴- تفصیل میان صلح مفید معاوضه و صلح مفید قطع منازعه

تفصیل میان جایی که صلح در مقام عقود معهود است و مفید معاوضه میان طرفین است و میان جایی که فقط برای قطع منازعه است که در اولی جاری است و در دومی جاری نیست: این تفصیل نیز مورد نقد است که در ادامه بررسی می‌شود.

ادله مانعین جریان خیار در صلح

قبل از بررسی ادله مانعین جریان خیار شرط در صلح، مناسب است مقدمه‌ای ذکر شود: می‌دانیم در مورد عقود معین، قواعد عمومی قراردادها حاکم است و اصل لزوم به عنوان یکی از قواعد عمومی قراردادها در صلح نیز جاری می‌شود به این معنا که در موردی که صلح در مقام واقعی خود به کار رود و دعوایی را به پایان برساند، بی‌گمان عقدی لازم است که جز در مورد تخلف شرط یا شرط خیار، قابل فسخ نیست. علامه در قواعد می‌گوید: «صلح لازم از طرفین است و باطل نمی‌شود مگر با اتفاق هر دو طرف بر فسخ آن» (علامه حلی، ۱۷۲/۲).

صاحب شرایع می‌گوید: «صلح با استکمال شرایط آن لازم الطرفین است مگر اینکه اتفاق بر فسخ آن

کنند» (محقق حلی، ۹۹/۲). کما اینکه دیگران مثل شهید اول در دروس^۳ و شهید ثانی در مسالک^۴ و نجفی در جواهر الکلام^۵ نیز چنین گفته‌اند.

ماده ۷۶۱ ق.م بر همین مبنا است: «صلحی که در مورد تنازع یا مبتنی بر تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هیچ یک نمی‌تواند آن را فسخ کند اگر چه به ادعای غبن باشد، مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خيار.»

با مقدمه‌ای که گذشت روشن است که صلح به عنوان یکی از مصادیق عقود معین: اولاً عقدی لازم است، ثانیاً فسخ آن ممکن نیست مگر در موارد خاص از جمله با خيار شرط. با این حال بسیاری از فقها در مقام منع از جریان خيار شرط در صلح به وجوهی استناد کرده‌اند. اهم استدلال مانعین به شرح ذیل است:

دلیل اول: صلح مفید قطع منازعه است و خيار منافی آن

یکی از مهم‌ترین استدلال‌های مانعین این است که فلسفه تشریع صلح را قطع منازعه می‌دانند لذا وجود خيار را منافی این حکمت می‌دانند. شیخ انصاری در مکاسب از غایة المرام^۶ نقل می‌کند: «صلح اگر به صورت معاوضه واقع شود خيار شرط در آن داخل می‌شود اما اگر به آنچه در ذمه است واقع شود یا بر اسقاط دعوا قبل از ثبوت آن واقع شود خيار شرط در آن داخل نمی‌شود، چون که مشروعیت آن برای قطع منازعه است و اشتراط خيار برای بازگشت خصومت، منافی مشروعیت صلح است و هر شرطی که منافی مشروعیت عقد باشد، غیر لازم است» (انصاری، ۱۵۰/۵). شبیه همین کلام را دیگران نیز گفته‌اند: محکی از تذکره دخول خيار شرط در صلح است مطلقاً و مذهب البارع بر آن ادعای اجماع می‌کند اما محکی از مبسوط و خلاف عدم دخول خيار در صلح است و تحریر تفصیل داده بین جایی که صلح متعلق

۳- الصلح لازم من طرفیه لا ینفسخ، إلا بالتقایل أو ظهور الاستحقاق فی أحد العوضین، و لا یكون طلبه إقراراً لصحته مع الإنکار. (شهید اول، ۳/۳۲۹).

۴- بمعنی دخول الإقالة فیہ کما تدخل فی البیع. فإذا اتفقا علی التقایل وأوقعا صیغته انفسخ. فإطلاق استثناء «اتفاقهما علی فسخه» من «لزومه» محمول علی ما ذکرناه، لا أنهما إذا اتفقا علیه صار العقد جائزاً، بل فی قوته، حیث إن أمره بیدهما، کما أن البیع اللازم لا یطلق علیه اسم الجواز باتفاقهما علی التقایل. (شهید ثانی، ۴/۲۶۴).

۵- و کیف کان فهو ای عقد الصلح بناء علی ما قلناه من کونه أصلاً برأسه لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه بلا خلاف، لعموم «أوفوا» و غیره من أدلة اللزوم الّتی سمعتها فی غیره من العقود نعم یجیء ملحق به علی قول الشیخ الجواز فی بعض موارد، کما إذا کان فرع العاریة أو الهبة علی بعض الوجوه، بناء علی أن مراده لحوقه حکم ما أفاد فاندته، أما علی المختار فلیس إلا علی اللزوم، إلا أن یتفقا علی فسخه بالإقالة الشامل دلیلها له و لغيره، کما عرفته هناك و الله العالم. (صاحب جواهر، ۲۶/۲۱۹).

۶- و هو ثابت فی البیع و الإجارة و الصلح ان وقع معاوضة دخله خيار الشرط، و ان وقع علی ما فی الذمم مع جهالته أو علی إسقاط الدعوی، قبل ثبوتها لم یثبت فیہ خيار الشرط، لأن مشروعیه لقطع المنازعة فقط و اشتراط الخيار لعود الخصومة ینافی مشروعیه، و کل شرط ینافی مشروعیه العقد غیر جائز (صیمری، ۲/۴۴).

۷- محقق اصفهانی در نقد این کلام غایه المرام می‌گوید: و آنچه که در محکی غایه المرام آمده است غیر صحیح است چونکه صلح اگر فقط در خصوص مورد مخاصمه صحیح باشد پس صلح در غیر موارد دعوا و مخاصمه صحیح نخواهد بود پس دیگر نوبت به شرط خيار در آن نمی‌رسد و اگر در غیر مورد دعوا و مخاصمه هم صحیح باشد پس منافی خيار شرط نخواهد بود (اصفهانی، ۴/۲۲۲).

به معاوضه باشد که در آن خيار شرط داخل است و بين جایی که صلح متعلق به دعوا قبل از ثبوت دعوا است یا موضوع آن در ذمه است که در این صورت خيار شرط در صلح داخل نمی شود چون که در این موارد خيار شرط موجب نقض غرض می شود چون که صلح برای رفع تشاجر و دعاوی تشریع شده است و دخول خيار منافی این حکمت صلح است و اما صلح بر آنچه که در ذمه است در این صورت فسخ سببی برای رفع ابراء می شود پس حصول شیء بلا سبب لازم می آید، و این شبیه شرط نتیجه است و این تفصیل قوی است و اما دخول خيار شرط در قسم اول واضح است چون اصل در جمیع عقود معاوضی اقتضای دخول خيار شرط دارد (رشتی، حبیب الله، ۳۷۹).

نقد: در نقد استدلال فوق می توان گفت: اولاً همیشه صلح در مقام رفع مشاجره و خصومت نیست و همانگونه که در ابتدا گفتیم صلح ابتدایی به صورت معاوضه نیز صحیح است. ثانیاً اساس استدلال اشکال دارد چون که مقتضای این کلام شیخ انصاری، عدم دخول خيار شرط در بیع و سایر معاوضات است چون که می توان گفت مشروعیت بیع نیز برای تملیک و تملک است مثلاً، و اشتراط خيار برای عود ملک به مالک اول منافی تملیک است. این استدلال جزمله باطل است و فرقی میان صلح و بیع از این جهت (خيار شرط) نیست و آقای دخول خيار شرط در صلح است به خاطر عمومات. (شهیدی، ۴۵۱/۳).

محقق یزدی در پاسخ به شیخ انصاری چنین می نگارد: «تحقیق این است که خيار شرط در صلح جریان می یابد به خاطر عدم مانع و صرف اینکه صلح برای قطع منازعه تشریع شده است مقتضی منع نیست وگرنه این استدلال شما در صلح بر معاوضه نیز خواهد آمد.» (یزدی، ۳۳/۲).

برخی نیز اشتراط خيار در صلح را منافی مقتضای اطلاق صلح دانسته اند نه منافی مقتضای ذات صلح (حسینی شیرازی، ۳۲/۱۲). در کلام شیخ انصاری و محقق رشتی آنچه به عنوان اشکال اصلی جلوه گر است این است که اشتراط خيار موجب بازگشت خصومت می شود یا اینکه اگر صلح بر آنچه که در ذمه است، باشد در این صورت فسخ سببی برای رفع ابراء می شود پس حصول شیء بلا سبب لازم می آید. برخی محققین به این اشکال چنین پاسخ داده اند: «جریان خيار شرط در صلح، از موارد اختلافی است، برخی اصحاب گفته اند که صلح اگر به ابراء دین یا اسقاط دعوا قبل از ثبوت دعوا، تعلق بگیرد، خيار شرط در آن داخل نمی شود؛ و اگر صلح به مبادله و معاوضه تعلق گیرد شرط خيار در آن جایز است، اما ظاهر، جواز اشتراط خيار در صلح است بنا بر جواز اقاله در آن و اینکه صلح از عقود است و باید دانست که بازگشت (عود) دین به ذمه بعد از سقوط آن یا بازگشت حق دعوا بعد از سقوط آن به این اعتبار که بازگشت (عود)، اعتباری است چیز ممکن است.» (تبریزی، ۱۵۱/۴ به بعد).

تعليقة شيخ انصارى بر كلام صيمرى: شيخ انصارى به كلام صيمرى تعليق زده كه: «كبرى مذکور در كلام وی باز می‌گردد به آنچه كه ما در وجه منع خيار در ايقاعات گفتيم.» (انصارى، ۱۵۰/۵).

محقق اصفهانی در توضيح اين كلام شيخ انصارى می‌گويد: «دليل اينكه شيخ انصارى گفته كبرى مذکور در كلام صيمرى به كلام شيخ انصارى باز می‌گردد وجهش اين است كه اگر شرط خيار منافی عقدي باشد نشانگر اين است كه لزوم در آن لازم غير مفارق آن عقد است و مرجع عدم مشروعيت فسخ چیزی جز اين نيست.» (اصفهانی، ۲۲۳/۴).

اشكال محقق اصفهانی بر تعليق شيخ انصارى به كلام صيمرى: محقق اصفهانی سپس به شيخ انصارى اشكال می‌كند كه كبرای كلام غاية المرام به كلام شيخ انصارى باز نمی‌گردد يعنی به اينكه اشتراط خيار در صلح منافی حكم شارع است و لزوم صلح غير مفارق است، باز نمی‌گردد بلكه كلام غاية المرام به اين باز می‌گردد كه خيار شرط منافی حقيقت عقد و مقتضای آن است به اين جهت كه جمع میان مسالمة و اسقاط دعوا و میان ابقاء دعوا، عاقلانه نيست.

محقق اصفهانی در اين زمينه می‌گويد: «تحقيق اين است كه كلام صيمرى به كلام شيخ باز نمی‌گردد چون كه صلح اگر برای آن غايت مذکور باشد در اين صورت شرط خيار منافی حقيقت صلح خواهد بود نه به خاطر اينكه لزوم صلح حكم غير مفارق است. و اگر فرض شود كه صلح محكوم به لزوم نيست در اين صورت باز هم شرط خيار منافی حقيقت صلح خواهد بود. بلكه قصد جدی به اسقاط دعوا و ابقاء آن (با جعل خيار) قصد متنافی خواهد بود كه از عاقل محال است.» (همو).

اين كلام محقق اصفهانی خود اشكال ديگری است بر جريان خيار شرط در صلح، چرا كه ايشان فرمودند: «قصد جدی به اسقاط دعوا و ابقاء آن (با جعل خيار) قصد متنافی خواهد بود كه از عاقل، محال است.»

در پاسخ به كلام محقق اصفهانی می‌توان گفت: اشتراط خيار با قصد جدی در اسقاط دعوا، منافاتی ندارد و اعتبار اين دو (يعنی خيار و اسقاط دعوا) با يكدیگر قصد متنافی محسوب نمی‌شود چون كه معنای اشتراط خيار ابقاء دعوا بر حال فعلی خودش نيست و معنای اشتراط خيار ملك حق ابطال آنچه از وی صادر شده از اسقاط و ابراء و... می‌باشد و اين غير از ابقاء دعوا فعلاً است (چون كه ابقاء دعوا منافی اسقاط دعوا با صلح است) وگرنه اگر اين چنين باشد در تمام موارد اشتراط خيار در عقود و غير آن وارد خواهد شد، و مثلاً اشتراط خيار در بيع، دو قصد متنافی خواهد بود، چرا كه مدلول بيع بنا بر بيان محقق اصفهانی، تملك مال به غير با ابقاء آن در ملك خود مالك خواهد شد، مسلم است كه امر در بيع چنين نيست و نقل و تملك با بيع محقق می‌شود نهايت اينكه صاحب شرط حق دارد آن را ابطال كند و هر مالی

را به مالک قبلی‌اش باز گرداند. حتی گاهی گفته می‌شود: اسقاط و ابراء، قبول ابطال و رفع نمی‌کنند و اشتغال ذمه بعد از فراغ ذمه، نیاز به دلیل دارد و شرط، صلاحیت دلیل و سبب بودی بر اشتغال ذمه را ندارد. اما این گفته اجنبی از این مقام است چرا که عدم صلاحیت شرط برای دلیل واقع شدن برای اشتغال ذمه بعد از فراغ، چیزی است و عدم تعقل چنین اشتراطی فی نفسه به خاطر اینکه قصد متنافی است چیز دیگری است (خوئی، محمدتقی، ۱۵۲/۲).

تحلیل محقق ابروانی از کلام محقق اصفهانی: محقق ابروانی بنا بر تفسیر کبرای مذکور به شرط منافی حقیقت عقد، می‌گوید: «این هم ممنوع است، چون که غرض از مانند تشریع نکاح حفظ نسل انسان است و شرط عدم وطی با اینکه مخالف این غرض (یعنی حفظ نسل انسان) است، باطل نیست و مخالفت مقتضی عقد نیست. بنابراین شرط منافی غرض از چیزهایی است که دلیلی بر بطلان آن نیست.» (ابروانی، ۲۷/۲).

نقد: همه اقوالی که این افراد گفته‌اند نقاطی دارد که قابل توقف و تأمل است. اما آنچه در غایة المرام گفته است؛ در مورد آن باید گفت که عقد صلح به جمیع اقسامش و اختلاف مدالیل آن عقد واحد و حقیقت واحدی است که مفید تراضی و تسالم بر متعلق آن است و این گونه نیست که در مورد قطع منازعه و رفع خصومت یک حقیقتی داشته باشد که با جایی که صلح مفید معاوضه یا اذن است تفاوت کند. پس در واقع صلح عقد مختلفی نیست که اسم واحدی داشته باشد (بلکه یک حقیقت واحد است). بنابراین وجهی ندارد که هدف و غایت را در برخی افراد و مصادیق صلح دخیل در حقیقت و مفهوم صلح بدانیم و لو با قیاس به آن مصداق، همانا حقیقت عقد با قیاس به مصادیق و افرادش، تغییر نمی‌کند. به عبارت دیگر قطع منازعه غایتی است که در برخی موارد صلح حاصل می‌شود و شاهد اینکه فقها اتفاق دارند بر عدم اعتبار سابقه نزاع و خصومت در تحقق صلح پس وجهی برای اعتبار آن در مشروعیت صلح و اخذ آن در مفهوم و حقیقت صلح نیست (خوئی، محمدتقی، ۱۵۱/۲ به بعد).

حاصل اینکه این دو ملاک یعنی مخالفت با شرع و مخالفت با مقتضی عقد دو ملاک مختلف هستند و وجهی برای ارجاع یکی به دیگری نیست.

اما آنچه که محقق ابروانی گفته است، کلام وجیه و قابل قبولی است که با اصل حاکمیت اراده سازگارتر است تنها اشکال کلام محقق ابروانی این است که استشهد کرده به نکاح و گفته «غرض از مانند نکاح حفظ انسان است و شرط عدم وطی با اینکه مخالف این غرض است باطل نیست و مخالف مقتضی عقد نیست و شرط منافی غرض را دلیلی بر بطلان آن نیست.» (ابروانی، ۲۷/۲). چرا که مراد در غایة المرام از تعبیر به «غرض» معنی محدود آن که مساوی حکمت است، نیست بلکه مراد وی از «غرض» بنا بر

قرائن و شواهد، حقیقت عقد و واقع عقد و آنچه که عقد برای آن انشاء شده است، می‌باشد. بنابراین وجهی برای این کلام محقق ایروانی که گفت «شرط منافی غرض، از چیزهایی است که دلیلی بر آن اقامه نشده است»، نیست. کما اینکه وجهی برای قیاس این مقام (صلح) به نکاح وجود ندارد چرا که حفظ نوع جزء حقیقت نکاح نیست و علت منحصربه نکاح نیست. و همانا حکمت نوعیه‌ای است که نوعاً در نکاح محقق می‌شود بدون اینکه تخلف از این حکمت نوعیه، باعث خروج نکاح از حقیقت خودش شود. پس این کجا و صلح که حقیقتش رفع خصومت و نزاع است کجا؟

این ملاحظه محقق ایروانی هر چند که با قیاس به تفسیر عبارت غایة المرام، وجهی به نظر می‌رسد اما شکی نیست که نباید به حاقی لفظ «غرض» جمود کرد و همانا مراد غایة المرام از «غرض» آن چیزی است که عقد به خاطر آن انشاء شده است و این به معنای تغییر در نتیجه و التزام به عدم ثبوت خيار در صلح نیست (خونی، محمدتقی، ۱۵۱/۲).

بنابراین اگر بپذیریم که آنچه گفته شد یعنی خيار موجب دو قصد متنافی می‌شود با مثال نکاح نقض نمی‌شود - کما اینکه واقع حال چنین است - چون که حفظ نوع حقیقت نکاح و قوام آن نیست، اما با بیع و مانند آن نقض می‌شود چرا که بیع تملیک مال به عوض است و مبادله مال به مال حقیقت بیع است پس در این صورت چگونه اشتراط رفع ید از آن و ابطال آن ممنوع خواهد بود؟ پس اگر اشتراط خيار در صلح منافی مقتضای آن - رفع نزاع و خصومت است - باشد پس از اشتراط خيار در بیع نیز منافی مقتضای بیع - تملیک مال به غیر در ازای مال است - خواهد بود.

بنابراین از دید برخی فقها رفع خصومت و نزاع جزء حقیقت و قوام صلح است، اما واقع چنین نیست و صلح فقط در برخی موارد برای رفع خصومت و نزاع است. همانا حقیقت صلح تراضی و تسالم بر چیزی است بنابراین جعل خيار در صلح منافی مقتضا و قوام و حقیقت صلح نیست (کما اینکه در کلام شرایع و جواهر گذشت) (شهید ثانی، ۲۵۹/۴؛ صاحب جواهر، ۲۶/۲۱۰).

به نظر نگارنده حاصل کاوش در این اشکال و نقدهای آن این است که تفصیل در عقد صلح از حیث قبول یا عدم قبول خيار میان آنجا که متضمن معاوضه است و میان جایی که برای قطع نزاع است و قول به قبول خيار در اولی و عدم قبول در دومی، دارای بنیان محکم و مبنای اساسی نیست. همچنین مقتضای عموم لزوم وفاء به شرط، جریان خيار در هر دو مورد است. حتی می‌توان پا را فراتر نهاد و گفت در جایی که صلح متضمن قطع نزاع است شاید نبود خيار خود باعث نزاع دوباره‌ای شود. مثلاً کسی عجولانه در موردی که نزاع است با کسی صلح می‌کند سپس از صلح خود نادم می‌شود حال اگر خيار باشد با استناد به خيار

صلح را فسخ می‌کند اما اگر خيار نباشد ممکن است با نزاع و درگیری به قضیه خاتمه دهد و این مطلب موافق با اصل حاکمیت اراده است.

دلیل دوم: صلح و افاده ایقاع

محقق نائینی در این باره چنین می‌گوید: «اما صلح اگر در مقام معاوضه باشد خيار در آن داخل می‌شود، اما اگر در مقام ابراء باشد، خيار در آن داخل نمی‌شود چون که ایقاع است مگر اینکه به معاوضه باز گردد. همچنین اگر صلح در مقام قطع خصومت باشد خيار شرط در آن داخل نمی‌شود، نه به این خاطر که مشروعیت صلح برای قطع منازعه منافی اشتراط خيار است - چون قطع منازعه، حکمت تشریع صلح است نه علت آن - بلکه به این دلیل که از لزوم صلح شرعاً مترتب بر نفس این عنوان (صلح) است نه بر عقد آن.» (نائینی، ۵۷/۲).

محقق اصفهانی این اشکال را چنین پاسخ می‌دهد: «و این توهم که ابراء چون انحلال و رجوع در آن ممکن نیست، به واسطه صلحی که نتیجه ابراء را دارد عنوانش عوض نمی‌شود (یعنی خيار شرط در آن جاری نمی‌شود). این توهم مدفوع است: چون که ابراء صلح نیست، صلحی که عقد است بلکه صلح مفید فایده ابراء است و لذا شکی نیست که در بیع دین بر مدیون شرط خيار جاری می‌شود با اینکه متضمن فایده ابراء و سقوط مافی‌الذمه است و اعمال خيار موجب عود ساقط است (که اشکالی ندارد.)» (اصفهانی، محمد حسین، ۲۲۲/۴).

دیگر اینکه صلح بنا بر هر تقدیری از عقود است به خاطر توقف تحقق آن بر ایجاب و قبول سوای اینکه افاده معاوضه کند یا ابراء یا قطع تنازع و خصومت، و با این وجود وجهی برای عدم جریان خيار با تعلیل به ایقاع بودن آن نیست.

مگر اینکه گفته شود: «حقیقت شرط اناطه منشأ به آن است به گونه‌ای که شرط ضمیمه یکی از عوضین می‌گردد، و در ایقاعات عوضی نیست تا شرط به آن منضم شود.» (نائینی، ۵۷/۲).

اما در پاسخ باید گفت: این مبنا تمام نیست، چون که دلیلی نیست بر اینکه شرط بالذات ضمیمه عوض شود، و در صدق و تحقق شرط کافی است که الزام و التزام مرتبط باشند، به نحوی از علقه ربطیه به منشأ. (خوئی، محمدتقی، ۱۵۴/۲).

حاصل اینکه تفصیل در عقد صلح میان جایی که در مقام معاوضه است و جریان خيار در آن، و میان جایی که در مقام ابراء و قطع خصومت دست و عدم جریان خيار در آن، از چیزهایی است که دلیلی بر اثبات آن نیست و مقتضی عمومات صلح و عمومات شرط، جریان خيار شرط در هر دو قسم به صورت مساوی است.

تفصیل میان صلح مفید ایقاع و صلح متضمن ایقاع: برخی با توجه به اثر و نتیجه عقد صلح، میان صلح متضمن ابراء و بین صلح مفید فایده ابراء تفصیل قائل شده‌اند و قائل به عدم جریان خيار در اولی و جریان خيار در دومی شده‌اند. «... از آنچه گفتیم حال عقد متضمن ایقاع مانند صلح روشن می‌شود اگر که مصالح بر ابراء باشد، مثلاً بگوید: صالحتک علی ابراء ذمتک فی مقابل کذا و یا صلح متضمن اسقاط مثلاً بگوید صالحتک علی اسقاط دعوی فی مقابل کذا، اینجا مصالح بر نفس ابراء و اسقاط است، پس اعدام ابراء و اسقاط، فرع بر اعتبار وجود آن‌ها بعد از عقد است و دانستید که در وجود آن‌ها بعد از عقد اشکال است. اما عقد مفید فایده ابراء یا اسقاط مانند صلح بر مافی الذمه که موجب ابراء ذمه بعد از تحقق صلح می‌شود، ظاهر جواز اشتراط خيار در آن است چرا که مانند سایر عقود و مانند سایر موارد صلح است. و در کلام شیخ انصاری و برخی دیگر، خلط واقع شده بین عقد مشتمل بر ایقاع و عقدی که مفید فایده ایقاع است.» (خمینی، روح الله، ۴/ ۲۶۰).

نقد و بررسی این استدلال: اولاً: قول به دخول خيار در عقود به خاطر اینکه عقلاء بقاء اعتباری برای آن‌ها قائل‌اند و عدم دخول خيار در ایقاعات به خاطر عدم اعتبار وجود اعتباری برای آن‌ها، فاقد شاهد است و دلیلی بر آن نیست.

ثانیاً: مبنا و اساس این کلام یعنی عدم جریان خيار در مصالح بر ابراء چون که ایقاع است، دفع می‌شود به اینکه این از باب تداخل عقد و منشأ است و ابراء اگر به نفسه و به عنوان مستقل انشاء شود حتملاً ایقاع است اما اگر ابراء در عقد متضمن ایجاب و قبول انشاء شود، در این صورت عقد، خاصیت عقد بودنش را از دست نمی‌دهد با این بهانه که متضمن ابراء است (خوئی، محمدتقی، ۲/ ۱۵۴).

به عبارت دیگر: تفصیل میان عقد و ایقاع به لحاظ منشأ و نتیجه نیست، بلکه به لحاظ آن چیزی است که مطلوب ما انشاء می‌شود و مطلوب ما یا با فعل طرف واحد محقق می‌شود یا اینکه مقوم به فعل دو طرف است، بنابراین چون تحقق صلح متوقف بر فعل دو طرف است یعنی طرف ایجاب و قبول، پس صلح از عقود است خواه مفاد آن ابراء باشد یا اسقاط یا معاوضه و ...

ادله جریان خيار شرط در صلح

همان‌گونه که گذشت و برخی فقها نیز اشاره کردند ادله جریان خيار در صلح، اطلاقات و عمومات وفای به شروط از یک طرف و عدم محذور از طرف دیگر است. به فرموده کتاب ایصال الطالب: «لاطلاق الأدلة و عدم محذور فیه» (حسینی شیرازی، ایصال الطالب إلى المكاسب، ۱۲/ ۳۲) یا به فرموده محقق شهیدی: «أقوی دخول خيار شرط در صلح است به خاطر عمومات.» (شهیدی، ۳/ ۴۵۱).

استدلال به اصل حاکمیت اراده در جریان خیار شرط

اراده یکی از عناصر تشکیل دهنده شخصیت انسان و احترام به اراده انسان احترام به شخصیت اوست. ظهور کمال شخصیت هر فرد به این است که آزادی اراده داشته به اشد زیرا در سایه آزادی اراده است که هر فرد می تواند کمالات خود را ظاهر سازد. پس برای اینکه به شخصیت انسانی احترام گذاشته شود باید به اراده او احترام نهاد و قانون فقط وظیفه دارد که جلو تعارض اراده ها را بگیرد، بنابراین نباید تکلیفی بر انسان تحمیل کرد مگر این که خود او آن تکلیف را بخواهد و چنین تکلیفی با قانون طبیعت وفق داشته باشد. پس اساس حق و تکلیف مطلقه اراده افراد است؛ بنابراین قانون در خدمت اراده افراد است و وظیفه آن دفع برخورد اراده هاست (جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، شماره ۲۵). اصل حاکمیت اراده در فقه با قواعدی چون «الناس مسلطون علی اموالهم» و یا قاعده اقدام و یا قاعده احترام قابل تطبیق است.

نتیجه گیری

از آنچه گذشت به دست می آید عقد صلح در تمام صور و اقسام آن عقد واحدی است که حقیقت آن تراضی و تسالم بر چیزی است و حق با قائلین جریان خیار در آن به صورت مطلق است چه مفاد آن معاوضه باشد چه ابراء و اسقاط و... و مجرد اینکه برخی موارد مفید فایده ایقاع است، موجب سلب خاصیت عقد بودن از صلح نمی شود و آنچه که جواز اشتراط خیار به صورت مطلق در صلح را تأیید می کند این است که بسیاری از فقها قائل به صحت تقابیل در صلح به صورت مطلق شده اند. خصوصاً اگر مطابق نظر شیخ انصاری صحت تقابیل را ملاک برای شرط خیار قرار دهیم.

منابع

- اصفهانی، محمد حسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، محقق عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
 انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
 ایروانی، علی، *حاشیه المکاسب*، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
 بجنوردی، محمد حسن، *القواعد الفقهیه*، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
 بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، محقق محمدتقی ایروانی - سید عبد الرزاق مقرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
 تبریزی، جواد بن علی، *ارشاد الطالب إلى التعليق علی المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.

- حسینی شیرازی، محمد، *ایصال الطالب الى المكاسب*، تهران، منشورات اعلمی، چاپ اول، بی تا.
- خمینی، روح الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- خوئی، ابو القاسم، *مصباح الفقاهة*، بی جا، بی تا.
- _____، *منهاج الصالحین*، قم، نشر مدینه العلم، چاپ بیستم و هشتم، ۱۴۱۰ ق.
- خوئی، محمدتقی، *الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود*، دار المؤرخ العربی، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- رشتی، حبیب الله بن محمد علی، *فقه الامامیه (قسم الاختیارات)*، قم، کتابفروشی دآوری، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- شهیدی، میرفتاح، *هدایة الطالب الى اسرار المكاسب*، قم، مؤسسه مطبوعات دارالکتاب، ۱۳۷۵.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، محقق عباس قوچانی - علی آخوندی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.
- صیمری، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام*، تحقیق جعفر کوثرانی، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *حاشیة المكاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- قمی طباطبایی، تقی، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، مقرر علی مروجی قزوینی، قم، مطبعة الخيام، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، محقق عبد الحسین محمد علی بقال، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- نائینی، محمد حسین، *منیة الطالب فی حاشیة المكاسب*، مقرر موسی بن محمد خوانساری، تهران، المکتبة المحمدية، چاپ اول، ۱۳۷۳ ق.



بررسی تقدیم واجب دارای بدل در مرجحات باب تراحم و مصادیق فقهی آن*

دکتر سید ابوالقاسم حسینی زیدی

استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: abolphasem.6558@yahoo.com

چکیده

از مرجحات مطرح شده در باب تراحم این است که واجبی که دارای بدل نیست بر واجب دارای بدل مقدم می‌گردد. در مورد اثبات این کبرای کلی دلایل و وجوهی در علم اصول مطرح شده است و برای این کبرا و ضابطه کلی، دو مصداق به عنوان تطبیق بر این قاعده بیان شده است. در این جستار با واکاوی چهار دلیل از وجوهی که برای اثبات کبرا بیان شده و سپس بررسی دو مصداقی که مطرح گردیده است، به این نتیجه رسیده‌ایم که اگر واجب، دارای بدل عرضی باشد، اصلاً تراحمی پدید نخواهد آمد و موضوعه از محل بحث خارج است و اگر واجب، دارای بدل طولی باشد، در دو مقام باید بحث شود:

الف) در مورد اثبات کبرا در باب مرجحات باب تراحم باید گفت: این مورد به عنوان ضابطه‌ای مستقل در مرجحات با تراحم قابل قبول نیست بلکه باید در هر موردی مسأله به صورت مستقل مورد بررسی قرار گیرد و تمام ادله و وجوهی که برای تقریب این ضابطه کلی بیان شده‌اند، دچار خدشه هستند.

ب) در مورد دوران امر بین طهارت خبیثه و طهارت حدیثیه باید گفت: نمی‌توان به روشنی از ادله استفاده نمود که در طهارت مائیه، قدرت شرعی اخذ گردیده است و لذا نمی‌توان از باب این ضابطه بر تقدم طهارت خبیثه بر طهارت حدیثیه حکم نمود بلکه باید به دلیل دیگری تمسک نمود؛ در مورد دوران امر بین درک تمام نماز با تیمم در وقت و ادراک یک رکعت از نماز با وضو در وقت هم تنها به دلیل آن که درک کردن تمام نماز در وقت اهم است، تیمم کردن بر وضو گرفتن مقدم خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: واجب دارای بدل، واجب بدون بدل، ترجیح، قدرت عقلی، قدرت شرعی، مرجحات تراحم.

مقدمه

یکی از ابواب مهم در علم اصول، باب تعادل و ترجیح است که در این باب، از تعارض و تراحم بحث می‌شود. وقتی دو واجب - در مقام امثال مکلف - با هم تنافی داشته و مکلف تنها قدرت بر انجام یکی از دو واجب را هم‌زمان داشته باشد، تراحم نام دارد که برای انتخاب یکی از دو واجب در علم اصول مرجحاتی بیان شده است.

البته قانون کلی در تقدیم یکی از دو حکم متزاحم بر دیگری، اولویت داشتن آن نزد شارع است که این اولویت در موارد مختلف، متفاوت است. برخی از این مرجحات عبارت‌اند از: مؤکد بودن و شدت حکم، تقدم حق الناس بر حق الله، تقدم فريضه بر سنت، تقدم محتمل الأهمیه، تقدم واجب کفایی بر واجب عینی، تقدم زمانی داشتن یکی از واجب‌ها و

یکی از مرجحات بیان شده در باب تراحم بدل داشتن یکی از دو واجب و بدون بدل بودن واجب دیگر است که در این جا واجبی که بدل ندارد بر طرف دیگر مقدم می‌گردد. برای مثال اگر مکلفی هم محدث است و هم لباسش نجس است و مقداری آب دارد که یا باید در طهارت حدثیه استفاده نماید یا در طهارت خبثیه؛ در این جا گفته شده است: به دلیل آن که طهارت حدثیه بدل (تیمم) دارد اما طهارت خبثیه بدون بدل است، باید آب در طهارت خبثیه صرف گردد و نماز هم با تیمم خوانده شود.

در این جستار برآنیم تا اولاً بررسی نماییم که آیا این کبرای کلی به عنوان ضابطه قابل اثبات است که در صورت تراحم هر واجبی که دارای بدل نیست، بر واجبی که بدل دارد، مقدم خواهد بود؟ و ثانیاً بر فرض اثبات این کبرا و ضابطه کلی، دو مصداقی را که برای تطبیق با این قاعده و ضابطه بیان شده است مورد واکاوی و بررسی قرار گیرد.

اقسام ترجیح به واجب بدون بدل

این مرجح به دو قسم تقسیم می‌گردد:

قسم اول) واجب، بدل عرضی داشته باشد

قسم اول آن است که بدل در عرض واجب باشد؛ مانند این که اطعام شصت مسکین بدل روزه شصت روز است. حال اگر امر دائر گردد بین اتفاق زوجه (که بدلی برای آن نیست) و اطعام شصت مسکین - که یکی از خصال‌های کفاره است - برخی از اصولیان گفته‌اند: در این جا به دلیل آن که اتفاق زوجه دارای بدل نمی‌باشد، باید تقدیم گردد و اطعام شصت مسکین به دلیل بدل داشتن به نوع دیگر منتقل می‌گردد (ر. ک: نائینی، اجود التقریرات ۴/ ۲۷۶؛ حکیم، محمدتقی، ۳۶۷؛ حکیم، محمدسعید، ۶/ ۲۷۸؛ مظفر، ۲/

حال بحث در این است که آیا چنین دورانی سبب می‌گردد که این بحث داخل در باب تزاحم باشد؟ و اگر در باب تزاحم داخل گردد، وجه ترجیح چیست؟

مبانی مختلف در بدل عرضی

آقای خویی در محاضرات می‌فرماید: این مورد اصلاً داخل در باب تزاحم نیست زیرا آن‌چه که با واجب تعیینی (اتفاق) مزاحمت ایجاد کرده است، یکی از افراد واجب تخییری است و در واجب تخییری تنها جامع انتزاعی (أحد الافراد) و امری کلی که از افراد انتزاع می‌گردد، واجب است. بنابراین «جامع» واجب بوده و این جامع هم هیچ مزاحمتی با واجب تعیینی ندارد زیرا تزاحم به معنای عدم تمکن داشتن مکلف از امثال دو تکلیف است و حال آن‌که برای مکلف این امکان وجود دارد که میان تکالیف جمع نماید به این ترتیب که مکلف در واجب تخییری فرد دیگری را انتخاب نماید. بنابراین آن‌چه تزاحم می‌کند، واجب نیست و آن‌چه واجب است، تزاحم نمی‌کند (خوئی، محاضرات فی اصول الفقه، ۳/ ۲۸؛ هم‌چنین ر.ک: نائینی ۱/ ۲۳۲).

این فرمایش بنابر این مبنا که واجب، در واجب تخییری جامع است، تمام می‌باشد؛ اما بنا بر مسلکی که متعلق وجوب، کل فرد است و لکن در ترک یکی از افراد ترخیص داده شده است به شرط آن‌که بدل آن انجام پذیرد، آن‌چه مزاحم با واجب تعیینی است همان فرد است (طوسی، العدة فی اصول الفقه، ۱/ ۲۲۰؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰؛ نیز ر.ک: خمینی، أنوار الهدایة ۲/ ۱۵۱؛ فاضل لنکرانی، ۲/ ۴۹۳)؛ و لذا در این مسلک باید به این مطلب قائل گردیم که اقوی بودن وجوب تعیینی بر وجوب تخییری سبب تقدم می‌گردد.

مبنای سوم در این باب آن است که متعلق واجب در وجوب تخییری، «کل واحد من الأفراد» است و مکلف مختار است که هر کدام از آن متعلق واجب را اختیار نماید و با انجام گرفتن یک فرد واجب تخییری، باقی افراد از عهده مکلف ساقط می‌گردد (علم الهدی، ۱/ ۸۸) بنا بر این مسلک هم ظاهراً وجوب تعیینی به دلیل اقوی بودن بر وجوب تخییری مقدم خواهد بود.

قسم دوم) واجب، بدل طولی داشته باشد

نوع دوم آن است که بدل واجب در طول بدل دیگر باشد مانند تیمم نسبت به وضو؛ حال اگر امر میان واجبی که بدل ندارد با واجبی که دارای بدل طولی است، دوران داشته باشد، برخی از اصولیان فرموده‌اند:

وظیفه آن است که واجب بلا بدل مقدم شود و در واجب دارای بدل، باید بدل دیگر اتیان گردد (ر.ک: نائینی ۷۰۹/۴؛ روحانی، ۳۴۶/۲؛ مشکینی اردبیلی، ۱۰۹/۱).

مرحوم نائینی نیز این کبرا و قاعده کلی را بر دو مورد (صغرا) تطبیق نموده است:

الف) دوران امر بین طهارت خبیثه و طهارت حدثیه که طهارت خبیثه به دلیل نداشتن بدل، بر طهارت حدثیه مقدم خواهد بود.

ب) تراحم بین درک نمودن تمام رکعات نماز در وقت با تیمم و درک کردن یک رکعت از نماز در وقت با وضو. در این جا به دلیل آن که نماز در وقت دارای بدل نیست، بر نماز با وضو که بدل (تیمم) دارد، مقدم می گردد (ر.ک: خوئی، محاضرات، ۲۶/۳؛ صدر، بحوث، ۶۸/۷).

بنابراین باید بحث در دو مقام پی گیری شود: اثبات کبرا و قاعده کلی (دلیل بر ترجیح واجب بدون بدل بر واجب دارای بدل) و تطبیق کبرا نسبت به مصادیق محل بحث.

مقام اول: اثبات کبرا (دلیل بر ترجیح)

می توان وجوهی را برای ترجیح واجب بدون بدل بر واجب دارای بدل بیان نمود که از میان آن ها چهار دلیل از بقیه مهم تر است؛ آن چهار وجه عبارت اند از:

وجه اول برای اثبات کبرا

واجبی که بدل دارد مشروط به قدرت شرعی است و واجب بدون بدل، مشروط به قدرت عقلی است و این مطلب در جای خودش تقریر شده است که واجب مشروط به قدرت عقلی، بر واجب مشروط به قدرت شرعی مقدم خواهد بود (نائینی، اجود التقريرات ۵۰۴/۲).

بررسی وجه اول

بنا بر این وجه، بحث در این است که اگر دو واجب با یکدیگر تراحم نمودند که یکی از واجبات به قدرت عقلی مشروط بود و واجب دیگر مشروط به قدرت شرعی باشد، مشروط به قدرت عقلی مقدم می گردد و به محض آن که مزاحم برای واجب به وجود بیاید، قدرت شرعی نفی می گردد. در نتیجه باید در ابتدا معلوم گردد آیا واجبی که مشروط به قدرت عقلی است بر واجب مشروط به قدرت شرعی مقدم است؟

۱. تفاوت بین قدرت عقلی و قدرت شرعی

قبل از شروع بحث باید به عنوان مقدمه بیان گردد که از چند جهت بین قدرت شرعی و قدرت عقلی تفاوت وجود دارد که این دو جهت از باقی جهات مهم تر هستند:

۱. در قدرت شرعی علاوه بر این که تمکن عقلی شرط است، عدم مزاحمت با تکلیف دیگر هم در آن لحاظ شده است بر خلاف قدرت عقلی که تنها مشروط به تمکن عقلی است؛ این مطلب سبب گردیده است محدوده قدرت شرعی کوچک تر از محدوده قدرت عقلی باشد (بحرانی، المعجم الاصولی، ۲/ ۳۷۸).

۲. قدرت شرعی دخیل در ملاک است، و حال آن که قدرت عقلی تنها در خطاب دخالت دارد؛ به این معنا که در قدرت شرعی، شارع مقدس خودش قدرت را در موضوع خطایش قرار داده است مانند «لله علی الفاس حج البیت من استطاع إلیه سبیلاً» (آل عمران: ۹۷) بر خلاف قدرت عقلی محض که در خطاب دخالتی ندارد به دلیل آن که قدرت و عدم قدرت مکلف، ربطی به محبوب بودن و عدم محبوبیت تکلیف در نزد مولا ندارد و تنها به دلیل آن که تکلیف به عاجز قبیح است، قدرت عقلی در خطاب دخالت دارد (ر.ک: هاشمی شاهرودی، بحوث، ۷/ ۹۵؛ مظفر، ۱/ ۳۰۵).

۲. اشکال بر ترجیح قدرت عقلی بر قدرت شرعی

ظاهر کلمات بعضی از علماء این است که تزام را پذیرفته و قائل به تقدم واجب مشروط به قدرت عقلی بر واجب مشروط به قدرت شرعی شده اند (ر.ک: عراقی، ۴/ ۱۳۲؛ اعتمادی، ۳/ ۴۱۴). ولی باید گفت: در این جا اصلاً تزامی میان این دو واجب مطرح نیست تا بخواهیم یکی از واجبات را بر دیگری ترجیح دهیم، بلکه این مورد موضوعه از مسأله تزام خارج است (ر.ک: روحانی، ۲/ ۳۴۹؛ حسینی فیروزآبادی، ۲/ ۴۱؛ هاشمی شاهرودی، ۳/ ۳۹۲؛ مدرسی یزدی، ۳/ ۷۳).

تزام عبارت از تنافی داشتن دو حکم - بنا بر مسالکی که در این مسأله بین اصولیان مطرح می باشد - در مرحله انشاء یا در مرحله فعلیت یا در مرحله تنجز است^۱ اما بنا بر هر یک از مسالک بین دو حکم تنافی وجود دارد؛ و حال آن که میان دو حکمی که یکی از آن ها به قدرت عقلی مشروط است و دیگری مشروط به

۱. در پاسخ به این سؤال که تنافی در باب تزام در کدام یک از مراحل سه گانه حکم است، سه مسلک عمده در بین اصولیین شکل گرفته است:

الف) نبود قدرت بر جمع بین امثالین مؤثر در مرحله انشاء است و اگر چنین قدرتی نباشد، اصلاً تکلیف انشاء نمی شود (آخوند خراسانی، محمدکاظم، کفایه الاصول، ۱۵۵؛ صدر، محمدباقر، دروس، ۷/ ۶۴).

ب) اگر کسی قدرت ندارد، در حقیقت هیچ حکمی در حق او فعلیت نمی یابد و به طریق اولی منجز نمی گردد (نائینی، اجود التقریرات ۲/ ۵۰۲؛ حسینی سیستانی، علی، ۱/ ۲۹).

ج) جمعی از محققین قائل اند قدرت محدد مرحله تنجز است و در دو مرحله سابق اثری ندارد. (حلی، حسین، ۳/ ۱۷۴؛ خمینی، روح الله، تهذیب الاصول، ۱/ ۲۴۴؛ همو، مناهج الوصول إلى علم الاصول، ۲/ ۲۳؛ تهرانی نجفی، ۲/ ۱۸۳).

قدرت شرعی می‌باشد در هیچ مرحله‌ای تنافی مطرح نیست چراکه موضوع حکم اول (یعنی همان واجب عقلی) از باب ورود^۲ موضوع حکم دوم (یعنی واجب شرعی) را رفع می‌نماید.

دلیل بر ورود آن است که موضوع حکمی که در آن قدرت شرعی اخذ گردیده است، عدم مزاحمت با حکم دیگر می‌باشد و در نتیجه با موجود بودن حکم مزاحم - که البته واجب عقلی است (فرقی ندارد که مزاحم اهم باشد و یا مساوی باشد و یا اضعف باشد) موضوع حکمی که مأخوذ به قدرت شرعی است، از نظر تکوینی مرفوع می‌گردد.

به عبارت دیگر با موجود بودن حکم مزاحم، اصلاً تکلیفی که مأخوذ به قدرت شرعی است نه دارای ملاک و نه دارای خطاب است؛ و در نتیجه با وجود نداشتن ملاک دیگر ملاحظه نمودن اهم و مهم بین دو تکلیف هیچ معنایی نخواهد داشت (ر.ک: صدر، بحوث، ۱۵۳/۷؛ فیاض حسین عاملی، شرح الحلقة الثالثة، ۷۰/۳؛ حکیم، محمدسعید، ۲۷۹/۶؛ صدر، مباحث الاصول، ۱۶۱/۳).

۳. اشکال به وجه اول

حال - بعد از بررسی نمودن ترجیح واجبی که مشروط به قدرت عقلی است در مقایسه با واجبی که در آن قدرت شرعی مأخوذ شده است - باید در مقام مناقشه به وجه اول بیان گردد:

اولاً اگر تزامم بین واجب دارای بدل و واجب بدون بدل به مبحث قدرت عقلی و قدرت شرعی برگردد، اصلاً بین این دو واجب تزاممی وجود ندارد و همان‌گونه که توضیح آن گذشت از محل بحث خارج خواهد بود.

ثانیاً - بر فرض وجود تزامم - این دلیل اخص از مدعا است؛ وقتی این وجه کامل خواهد بود که تلازم دائمی بین واجب دارای بدل با قدرت شرعی وجود داشته باشد و حال آن‌که این‌گونه نیست که هر واجبی که بدل داشته باشد حتماً مشروط به قدرت شرعی باشد بلکه میان بدل داشتن و مشروط به قدرت شرعی بودن رابطه عام و خاص من وجه برقرار است و حال آن‌که ادعا این بود که هر واجبی که برای آن بدل هست، مأخوذ به قدرت شرعی است.

تصویر عموم و خصوص من وجه این‌گونه است که محل اجتماع در جایی است که قدرتی که در وضو اخذ گردیده قدرت خاصی است که در آن غیر از قدرت عقلی، عدم مزاحمت (یعنی قدرت شرعی) هم - بنا بر آن‌چه که مستفاد از آیات و روایات است - شرط شده است.

اما در برخی از موارد تنها قدرت شرعی لحاظ شده است ولیکن بدلی برای آن واجب وجود ندارد مانند

۲. ورود، به معنای خروج حقیقی یک شیء از موضوع حکم دیگر است که منشأ این خروج، تعبد شرعی است (ر.ک: نائینی، اجود التقريرات ۵۱۱/۲؛ منتظری، حسینعلی ۴۸۹؛ حکیم، محسن، حقائق الاصول، ۵۳۲/۲) شهید صدر در تحقیقی مفصل، ورود را به پنج نوع تقسیم‌بندی نموده‌اند (ر.ک: هاشمی شاهرودی، محمود، أضواء و آراء، ۱۵/۷).

حج که مشروط به قدرت شرعی بوده و دارای بدل نیست؛ و گاهی در واجب، قدرت عقلی أخذ شده است ولی دارای بدل هم هست همانند کفاره‌های مرتبه که مثلاً عتق رقبه دارای بدل (شصت روز، روزه گرفتن) است با وجود آن‌که خودش مشروط به قدرت عقلی است.

وجه دوم برای اثبات کبرا

وجه دیگری که از کلمات بعضی از علماء قابل استفاده است این است که: تقدیم واجبی که دارای بدل نمی‌باشد، موجب می‌گردد علاوه بر آن که بعضی از مصلحت مبدل به دست بیاید، همه مصلحت واجب دیگر نیز استیفاء گردد.

به عبارت دیگر هر چند با ترک کردن مبدل، واجب اصلی ترک می‌شود ولی با انجام دادن بدل مقداری از مصلحت فائده به دست خواهد آمد، علاوه بر این که همه مصلحت واجب مقابل (أحد المتزاحمین) نیز استیفاء می‌گردد؛ اما اگر واجبی که دارای بدل است، مقدم گردد همه مصلحت واجب دیگر از بین خواهد رفت؛ در نتیجه عقل حکم می‌کند به دست آوردن مقداری از مصلحت یک واجب و تمام مصلحت واجب دیگر، بر استیفاء تمام مصلحت یک واجب فقط (بدون درک نمودن هیچ مصلحتی از واجب مقابل) مقدم گردد. (بجنوردی، ۷۱۶/۲).

اشکال به وجه دوم

این دلیل موجب دور می‌شود؛ تیمم بدل طولی و اضطراری است و در صورتی واجب است که مکلف به دلیل نبود آب یا مضر بودن آب معذور باشد. پس بدلیت تیمم، توقف بر مضطر و معذور بودن از وضو دارد و حال آن‌که در این استدلال معذور بودن از وضو توقف بر بدل‌دار بودن وضو گردید زیرا مستدل در این مقام بود که اثبات کند مکلف در ترک وضو به دلیل داشتن بدل معذور است و لذا خود این بدلیت را یک عذر به حساب آورد همان‌گونه که در بالا شد که مکلف در انجام ندادن وضو به دلیل انجام واجب مزاحم دیگر معذور است؛ در نتیجه بدلیت توقف بر اضطرار دارد و مضطر بودن مکلف هم متوقف بر بدلیت دارد. به عبارت دیگر آیا به دلیل معذور بودن مکلف از وضو، تیمم بدل از آن شده است و یا به دلیل آن‌که تیمم بدل از وضو است، مکلف معذور به تیمم گرفتن است؟ فرض اول درست است زیرا ابتدا باید عذر ثابت بشود تا تیمم بدل شود در حالی که مستدل می‌گفت: شارع مکلف را به دلیل وجود بدل برای وضو، مکلف را در ترک وضو معذور داشته است.

وجه سوم برای اثبات کبرا

روایاتی در مورد دائر بودن امر میان خوردن میته و صید نمودن در حال احرام وارد شده است که در آن روایات امر به خوردن از صید و ترک کردن خوردن میته داده شده است؛ از باب نمونه: «حلبی از امام صادق

«علیه السلام» نقل می‌کند که در مورد شخص محرمی از امام سؤال کردم که مضطر شده و تنها گوشت میت و گوشت صید در اختیار دارد! از کدام یک می‌تواند تناول نماید؟ ... حضرت فرمودند: از صید تناول نموده و کفاره‌اش را پرداخت نماید» (کلینی، ۳۸۳/۴؛ ابن بابویه، ۳۷۳/۲؛ طوسی، الاستبصار، ۲/۲۰۹).

دلیلی که در أمثال این احادیث (برای دیدن روایات کامل این باب ر.ک: حر عاملی، ۱۳/۸۵) می‌تواند مورد استناد قرار بگیرد این است که در صید، بدل (یعنی فدیة) موجود است اما برای خوردن میت به بدلی وجود ندارد؛ در نتیجه بعد از این که بگوییم: در این امر که بدل در انجام حرام بوده باشد یا در ترک واجب، تفاوتی وجود ندارد، می‌توان با توجه حکم موجود در این روایات برداشت نمود که واجب بدون بدل بر واجب دارای بدل مقدم می‌گردد.

اشکال به وجه سوم

اولاً مورد این روایات خاص است و استفاده نمودن چنین کبرای کلی از این روایت استحسان عقلی بوده و اعتباری ندارد مگر آن‌که از باب قیاس اولویت یا قیاس منصوص العله قائل به سرایت حکم به دیگر موارد شویم که هر دو در فرض مسأله منتفی است.

ثانیاً چنین قیاسی مع الفارق است و نمی‌توان فدیة را به عنوان بدل صید به حساب آورد؛ فدیة رفع کننده حکم تکلیفی نیست به این معنا که اگر شخصی از روی عمد و بدون داشتن هیچ عذری، اقدام به صید نماید، دادن فدیة برطرف کننده و رافع حکم حرمت آن نیست بلکه ظاهر آن است که وجوب پرداخت فدیة به لحاظ حکم وضعی است و حرمت سر جای خودش باقی است.

در واقع این مورد، شبیه بدل در باب ضمانات است که از باب کفاره، بدل لازم است؛ برای نمونه اگر امر دائر بین تصرف در ظرف طلا یا تصرف در ظرف غیر بدون اذن صاحبش گردد، مکلف نمی‌تواند بگوید: من در ظرف غیر تصرف می‌کنم و بعد حق صاحبش را می‌دهم؛ زیرا لزوم پرداخت نمودن حق غیر (انجام بدل) یکی از احکام وضعی است و بر طرف کننده حکم تکلیفی (حرام بودن تصرف نمودن در اموال دیگری بدون اجازه صاحب آن) نیست؛ و در نتیجه وقتی بین حکم تکلیفی و وضعی تفاوت حاصل شد دیگر نمی‌توان برای اثبات کبرا از این مسأله استفاده نمود.

وجه چهارم برای اثبات کبرا

مزاحمی که دارای بدل است اقتضای آن را ندارد که حتماً خصوص فرد مزاحم اتیان گردد بلکه آن‌چه که اقتضا دارد، انجام جامع بین آن فرد مزاحم و بدلش است؛ اما آن مزاحمی که بدل ندارد، اقتضا دارد خصوص همان فرد مزاحم اتیان گردد.

به حکم عقل آن چیزی که در آن اقتضای وجوب، وجود ندارد نمی‌تواند با چیزی که در آن اقتضای

وجوب وجود دارد، مزاحمت نماید؛ در نتیجه واجبی که بدل ندارد بر واجب دارای بدل مقدم می‌گردد (خونی، محاضرات، ۲۸/۳).

اشکال به وجه چهارم

اولاً این دلیل تنها در جایی کارایی دارد که دارای بدل عرضی باشند و شامل محل بحث که متزاحمین دارای بدل طولی هستند، نمی‌شود زیرا آن مزاحمی که بدل طولی دارد در آن اقتضای اتیان وجود دارد و از محل بحث خارج است (صدر، مباحث الاصول، ۱۶۱/۳).

ثانیاً در جایی که بدل، عرضی هم باشد، این دلیل درست نبوده و از محل بحث خارج خواهد بود زیرا در چنین موردی که اقتضای وجوب وجود ندارد، اصلاً مزاحمت با چیزی که اقتضای وجوب را دارد، معنا ندارد و حال آن که محل بحث در جایی است که در ابتدا تزاحم وجود داشته باشد و بعد به دنبال مرجحی برای ترجیح أحد المتزاحمین باشیم و در این مورد که اصلاً تزاحمی وجود ندارد، موضوع منتفی است و در نتیجه بین جامع و فرد مزاحم با یکی از افراد جامع تزاحمی وجود ندارد.

نتیجه آن چه تاکنون عرض شد این است که نمی‌توان به صورت کلی قائل به تقدیم «ما لیس له البدل» بر «ما له البدل» گردید بلکه باید در هر موردی مسأله به صورت مستقل مورد بررسی قرار گیرد.

مقام دوم: تطبیق کبرا بر مصادیق

جهت دوم بحث، تطبیق کبرا بر موارد و مصادیق است؛ این کبرا بر دو مورد تطبیق داده شده است:

مورد اول) دوران امر بین طهارت خبیثه و طهارت حدثیه

تزاحم طهارت حدثیه با طهارت خبیثه به دو نحو قابل تصور است:

الف) گاهی طهارات مائیه (وضو و غسل) با واجبات نفسی^۳ تزاحم می‌نماید؛ مثال آن در جایی است که آب به مقداری است که یا باید برای وضو و غسل به کار رود یا برای تطهیر مسجد استعمال گردد که در این جا به دلیل آن که تطهیر مسجد دارای بدل نیست بر وضو گرفتن مقدم می‌شود و این شخص باید تیمم نموده و با آبی که در دسترس دارد مسجد را تطهیر نماید.

ب) گاهی طهارات مائیه با واجبات غیری متزاحم می‌گردند؛ مثال آن در جایی است که آب به مقداری است که یا باید برای وضو و غسل به کار رود یا برای تطهیر لباس یا بدن استعمال گردد؛ در این جا هم برخی از علماء قائل به تزاحم و ترجیح تطهیر لباس و بدن شده‌اند به دلیل آن که طهارت لباس یا بدن دارای بدل

۳. واجبی که برای خودش واجب شده باشد نه به منظور رسیدن به یک واجب دیگر، واجب نفسی نام دارد و واجب غیری به واجبی گفته می‌شود که خودش به نفسه و به طور مستقیم دارای مصلحت نیست بلکه مصلحت در غیر آن است (ر ک: عراقی، ۳۲۴/۱؛ حائری اصفهانی، ۸۰/۱؛ طباطبائی قمی، تقی، ۱/۱۵۴).

نمی‌باشد و طهارت مائیه بدل دارد؛ در نتیجه مکلف باید آب موجود را برای تطهیر لباس یا بدن خود صرف کند و برای نمازش تیمم ننماید.

مرحوم علامه در کتاب منتهی به این مورد اشاره فرموده و بر آن ادعای اجماع و عدم خلاف نموده‌اند: «مسألة: و لو كان على بدنه نجاسة و معه من الماء ما يكفي أحدهما صرفه إلى الإزالة لا إلى الطهارة لأن الطهارة واجب لها بدل بخلاف إزالة النجاسة و لا تعرف فيه خلافا» (علامه حلی، ۱۳۱/۳).

صاحب عروه هم در بحث تیمم مسأله را این چنین مطرح می‌کند: «اگر استفاده نمودن از آب به منظور وضو و غسل با واجب اهمی مانند بر طرف کردن نجاست خبیثه معارضه نماید به دلیل آن که وضو و غسل بدل دارد، باید آب موجود، در رفع نجاست خبیثه به کار گرفته شود» (طباطبایی یزدی، ۱/۴۷۷).

شیخ انصاری در کتاب الطهارة نقل می‌کند: در بعضی از اخبار بیان شده است که باقی تکالیف باید بر طهارت مائیه تقدیم گردد چرا که خداوند متعال برای آب بدل قرار داده است (انصاری، ۱/۲۸۶).
مرحوم نائینی (خوئی، محاضرات، ۳/۳۰) و حکیم (مستمسک، ۶/۱۳۱) هم این مورد را در باب تراحم ذکر کرده و نماز با تیمم و لباس پاک را بر نماز با لباس نجس به همراه وضو ترجیح داده‌اند.

بررسی تقدیم طهارت خبیثه بر طهارت حدثیه

در مورد تقدیم طهارت خبیثه بر طهارت حدثیه باید گفت: ریشه و اصل این مسأله به این مطلب برمی‌گردد که آیا در طهارت مائیه، قدرت شرعی (به معنای عدم تراحم با واجب دیگر) لحاظ شده است؟
در مورد أخذ قدرت شرعیه در طهارت مائیه دو بیان مطرح شده است:

۴. وجه اول برای اثبات قدرت شرعی در طهارت مائیه

مرحوم نائینی ادعا کرده‌اند: در طهارت مائیه عدم وجود مزاحمت با واجب دیگر مأخوذ است (ر.ک: آملی، ۱/۳۵۴) برای این ادعا دو دلیل مطرح شده است:

الف) در خود آیه شریفه ۶ سوره مائده عدم وجود آب برای تیمم اخذ شده است زیرا وجدان و عدم وجدان کنایه از عذر و عدم عذر است. در مستمسک در تقریر این ادعا آمده است: اگر بگوییم مراد از وجدان، وجدان تکوینی است لازمه اش این است که اگر کسی آبی از غیر هم در دستش امانت باشد و اذن استفاده از آن آب را نداشته باشد، واجد آب محسوب می‌گردد و بر او وضو واجب و لازم است؛ لکن این معنا از این آیه شریفه استفاده نمی‌گردد (حکیم، مستمسک، ۴/۳۵۰).

ب) از تطبیق عدم وجدان بر مریض (ان کنتم مرضی أو علی سفر...) به دست می‌آید که اگرچه مریض تکویناً واجد آب است اما به دلیل آن که آب برایش ضرر دارد، از استعمال آن منع شده است و به منزله کسی که آب ندارد، اعتبار شده است. بنابراین از آیه شریفه یک قاعده کلی برداشت می‌گردد که هر شخصی که از

استعمال آب ممنوع باشد، به لحاظ تکلیف دیگری که به او متوجه شده است، به منزله غیر واجد آب بوده و باید تیمم بنماید (ر.ک: طباطبایی، ۵/۲۲۶).

اشکال به وجه اول

نسبت به دلیل اول باید بیان گردد:

اولاً آن چه مرحوم حکیم ذکر نمودند نیاز اثبات دارد و اثبات آن به این صورت است که آیه کریمه در مقام بیان نمودن تمام مسوغات تیمم بوده باشد؛ در حالی که محتمل است آیه ششم سوره مائده در مقام بیان احوالاتی باشد که برای هر مکلفی عارض می گردد یعنی اگر در این احوالی که در آیه بیان شده است، آب پیدا نشد می توان تیمم نمود. در نتیجه این مطلب که وجدان و عدم وجدان آب را کنایه از عذر و عدم عذر تفسیر نماییم خیلی واضح نیست.

ثانیاً مثالی را که مرحوم حکیم مطرح نمودند خصوصیت دارد، یعنی به مناسبت حکم و موضوع به دست می آید که منظور از وجدان، آبی است که در اختیار مکلف بوده و صلاحیت این که بتواند با آن وضو بگیرد، وجود داشته باشد؛ اما این که این مورد شامل وجدان نمی شود، دلیل بر این نیست که مراد از عدم وجدان وجود هر گونه عذری است.

اما نسبت به دلیل دوم سه اشکال وجود دارد:

۱. این که «لم تجدوا» را بر مریض تطبیق بدهیم معلوم نیست زیرا این احتمال وجود دارد که مریضی مسوغي جداگانه است و «لم تجدوا» به سفر ارتباط داشته باشد.

۲. علاوه بر این، ضرر رساندن به نفس بطور مطلق حرام نیست؛ برخی از ضررها با وجود آن که مجوز تیمم است ولی حرام نیست چراکه امکان دارد ضرر معتنا نباشد. بنابراین نمی توان از آیه برداشت نمود که هر فردی که از استعمال آب ممنوع است به منزله غیر واجد می گردد.

۳. بر فرض بپذیریم که عدم دسترسی به آب بر مریض منطبق گردد و هر ضرر رساندنی بر نفس نیز حرام باشد، باز هم این کلام تمام نیست زیرا این احتمال وجود دارد که شارع مقدس حفظ نفس را به دلیل اهمیت آن بر طهارت مائیه مقدم کرده است، در حالی که ادعا این بود که مطلق مزاحمت با هر تکلیفی سبب مرفوع بودن موضوع وضو می گردد (ر.ک: طوسی، التبیان، ۳/۴۵۷؛ طبرسی، ۳/۸۱).

۵. وجه دوم برای اثبات قدرت شرعی در طهارت مائیه

مرحوم امام برای اثبات قدرت شرعی در طهارت مائیه به برخی از روایات استدلال نموده اند به این صورت که صرف موجود بودن تکلیف مزاحم، سبب می گردد موضوع طهارت مائیه برطرف شود؛ از جمله: صحیحۀ محمد بن مسلم از امام صادق (علیه السلام) که راوی می گوید: «از امام در مورد شخصی سؤال

نمودم که در مسافرت جنب شده است و جز برف و یخ، آبی برای وضو ندارد؟ حضرت فرمودند: این امر به منزله ضرورت محسوب شده و باید آن شخص تیمم نماید» (کلینی، ۳/۶۷؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۱/۱۹۲).

مرحوم امام بعد از بیان چند روایات به عنوان مؤید، می‌فرمایند: «و الإنصاف أن الخدشة لو أمكنت في كل واحد مما ذكر لكن من مجموع ما ذكر تطمئن النفس بأن المحذور الشرعی مطلقاً یوجب التبديل» (خمینی، کتاب الطهارة، ۲/۴۶).

تأمل در وجه دوم

خود مرحوم امام معترف به این مطلب هستند که احتمال اشکال کردن در هر کدام از احادیث موجود در این مسأله امکان دارد؛ برای نمونه نسبت به روایتی که بیان شد ابتدا باید بررسی گردد که در چه مواقعی ضرورت صادق است؟ آیا می‌توان مدعی شد که در تراحم تکالیفی که از نظر اهمیت، کمتر یا برابر با طهارت مائیه هستند باز هم ضرورت صدق می‌نماید؟

شاهد بر عدم تمامیت این گفتار، این روایت است که: «حسن تفلیسی می‌گوید از امام کاظم (علیه‌السلام) در مورد جایی سؤال نمودم که شخص میت و شخص جنبی با هم در جایی جمع شده‌اند و تنها برای یک غسل آب وجود دارد؛ وظیفه چیست؟ حضرت در جواب فرمودند: هنگامی که سنت و فریضه با هم جمع شدند، باید فرض مقدم گردد» (مجلسی، ۲/۲۷۸) در این حدیث در عین آن که تکلیفی در برابر طهارت مائیه قرار گرفته است، ولی امام حکم به مقدم بودن طهارت مائیه داده‌اند و حال آن که اگر بر طبق گفتار امام قرار بود هر عذر مسوغ برای تیمم باشد باید حکم به وجوب تیمم می‌شد.^۴

بنابراین خلاصه مطلب در قسم اول این است که از ادله نمی‌توان به روشنی استفاده نمود که در طهارت مائیه، قدرت شرعی داشتن (یعنی تراحم نداشتن با واجب دیگر) مأخوذ شده است؛ البته اگر از روایات خاصه این مطلب استفاده گردید فهو المطلوب و الا مسأله به ترجیح اهم بر مهم و ضوابط آن بازگشت می‌کند.

۶. اشکالات بر تقدیم طهارت خبثیه

در محاضرات در مورد مقدم بودن طهارت خبثیه دو اشکال مطرح شده است که خلاصه‌اش چنین است:

الف) تراحم میان دو امر ارشادی هیچ معنایی ندارد چراکه در مخالفت با اوامر ارشادی استحقاق عقوبت وجود ندارد و اصلاً ملتزم شدن به امر ارشادی واجب نیست تا تراحمی در کار باشد؛ بر فرض حتی

۴. البته ممکن است بگوییم: چون در این روایت هر دو تکلیف دارای بدل هستند حکم به تقدیم طهارت مائیه شده است.

در صورتی که مزاحمت هم باشد بین نماز با طهارت از حدث و نماز با طهارت از خبث است و برای هر یک از این دو، بدل وجود دارد: بدل نماز با طهارت مائیه، تیمم است و بدل نماز با طهارت خبثیه نیز نماز با لباس یا بدن نجس یا نماز بدون لباس یا عریان است.

ب) اساساً واقع شدن تزاحم در واجبات ارتباطی به لحاظ اجزاء و شروط آن واجب جریان ندارد چراکه در صورت دائر بودن بین اجزاء و شرائط به دلیل آن که یک امر وجود دارد و آن امر هم به مرکب تعلق گرفته است با ساقط شدن یک جزء، بطور کلی امر به تمام واجب مرکب کاملاً ساقط می‌گردد (ر.ک: حلی، حسین، ۳/ ۲۷۴)؛ ولی از آن جایی که دلیل خاص داریم که «الصلاة لا تترك علی کل حال» (کلینی، ۳/ ۲۸۸؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۲/ ۱۷۲) علم داریم که نماز برای هر مکلفی جعل شده است ولی تردید داریم که کدام نماز واجب شده است؛ در نتیجه این شک به مرحله جعل بازگشت دارد و لذا این مورد از تزاحم (که مرحله امثال است) خارج خواهد بود (خوئی، محاضرات، ۳/ ۲۹).

البته این نکته قابل تأمل است که این دو اشکال از یک مطلب نشأت می‌گیرد و آن این که: ارتباطی بودن در باب نماز عبارت است از وحدت بین اجزاء و شرائط که از وحدت امر نشأت می‌گیرد و لذا به سقوط یک جزء اصل تکلیف ساقط می‌گردد. در نتیجه اگر این مبنا ثابت گردد دو خدشه به ایشان وارد است.

بنا بر این اشکالی که آقای خویی بیان نمودند و این فرع فقهی را به باب تعارض برگرداندند، قاعده اقتضای تخییر دارد زیرا با تعارض دو دلیل و عدم مرجح حکم به تساقط یا تخییر می‌شود (ر.ک: آخوند خراسانی، ۴۳۹؛ مظفر، ۲/ ۲۰۴؛ سبحانی، المحصول، ۴/ ۴۶۶؛ ایروانی، ۴/ ۳۸۷) و ایشان قائل به تخییر هستند (ر.ک: خوئی، مصباح الاصول، ۳/ ۴۲۳)؛ ولی با این وجود در مقام افتاء تصریح دارند که احتیاط در این است که تیمم کند و با آب قلیل لباس یا بدن نجسش را تطهیر کند و هم چنین احتیاط در آن است که ابتدا آب را صرف تطهیر لباس کند و بعد تیمم نماید (همو، موسوعة الإمام الخوئی، ۱۰/ ۱۴۴). دلیل ایشان آن است که مراعات شهرت - بلکه اجماع منقول - را کرده و لذا دو احتیاط را مطرح می‌کنند.

مورد دوم) دوران امر بین درک تمام نماز با تیمم در وقت و ادراک یک رکعت از نماز با وضو در

وقت

محل بحث آن است که اگر امر دائر شود بین تحصیل طهارت مائیه ولی با این عمل بیش از یک رکعت از وقت را درک نمی‌کند و بین طهارت ترابیه و این که تمام نماز در وقت درک شود، بیان شده است که به دلیل این که وقت بدل ندارد اهم بوده و در نتیجه مقدم می‌گردد.

دلیل برای مرجح بودن درک تمام نماز با تیمم

دلیل بر ترجیح درک کردن تمام نماز با تیمم آن است که وقت دارای بدل دارد و آن هم قاعده «من أدرك»^۵ می باشد و مرجحی بین این دو متزاحم وجود ندارد و لذا باید قائل به تخییر شویم: «همان گونه که برای نماز با طهارت مائیه بدل وجود دارد - که همان طهارت ترابیه و تیمم است - به همان ترتیب برای ادراک تمام نماز در وقت نیز بدل وجود دارد و آن هم درک کردن یک رکعت از نماز در وقت است و لذا این بحث قابل تطبیق بر کبرای بیان شده نیست»^۶ (خونی، محاضرات، ۳/ ۳۳).

۷. تأمل در دلیل

این دلیل چندان قابلیت دفاع ندارد زیرا اگرچه این قاعده مشهور است^۷ ولی دلیلی محکمی بر این قاعده وجود ندارد چراکه یک دلیل روایتی است که شهید اول در ذکری به صورت مرسل آورده است^۸؛ بعدی روایت أصبغ بن نباته^۹ است که اگرچه دلالت روایت کامل است ولی ابی جمیل در سند روایت توثیق نشده است.^{۱۰}

تنها روایتی که از نظر سند قابلیت استناد را دارد، موثقه عمار از امام صادق^{۱۱} «علیه السلام» است لکن دلالت بر مطلوب دلالت ندارد زیرا این روایت قاعده مزبور را بیان نمی کند بلکه تنها دلالت دارد که با خواندن یک رکعت اگر خورشید طلوع کند اشکالی وجود ندارد و نیازی به تغییر نیت نماز از ادا به قضا نیست^{۱۲} و صحبتی از این که تمام نماز در وقت خوانده شده است، ندارد و در نتیجه منافاتی ندارد که به صورت قضا واقع شده باشد.

۵. مفاد قاعده این است که «من أدرك ركعة في الوقت فقد أدرك الصلاة في الوقت» که در مورد منبع آن در ادامه بحث خواهد شد.

۶. البته ممکن است بیان گردد که این کلام برای بیان کیفیت تزاحم مطرح شده است نه برای بیان دلیل ترجیح، اما باید گفت: این کلام برای بحث مرجحات هم مورد استناد قرار گیرد.

۷. بسیاری از فقها از جمله شیخ (طوسی، الخلاف، ۱/ ۲۶۸)، صاحب مدارک (عاملی، مدارک الأحکام، ۳/ ۹۲)، صاحب مفتاح الکرامه (عاملی، مفتاح الکرامه، ۱/ ۳۸۴) و کاشف اللثام (فاضل هندی، ۳/ ۸۱) این قاعده را اجماعی دانسته اند.

۸. «روی عن النبي: من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح و من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر؛ و كذلك روی عن أنمتنا» (شهید اول، ۲/ ۳۵۵).

۹. «قال أمير المؤمنين: من أدرك من الغداة ركعة قبل طلوع الشمس فقد أدرك الغداة تامه» (طوسی، الإستبصار، ۱/ ۲۷۶؛ تهذیب الأحکام، ۲/ ۳۸).

۱۰. چند روایت دیگر هم در این زمینه وجود دارد که همه از نظر سند دچار اشکال هستند و لذا از باب اختصار بیان نشده است؛ بروجردی در مقام دفع اشکال سندی بر این باور است که این روایات برخوردار از شهرت اند و لذا نیازی به پاسخ از اشکالات سندی نیست. ایشان در این باره می نویسد: «و بالجملة فاشتهار هذه الأخبار يغني عن البحث في سندها و الخدشة فيها بإرسال أو ضعف أو غيرها كما هو دأب المتأخرين فلا مجال للإشكال في هذه القاعدة من حيث السند» (بروجردی، حسین، نهاية التقرير، ۲/ ۴۲؛ نیز رک: حائری یزدی، ۱۷).

۱۱. «فإن صلى من الغداة ركعة ثم طلعت الشمس فليتم الصلاة و قد جازت صلاته» (حر عاملی، ۴/ ۲۱۷).

۱۲. صحت نماز هم به دلیل روایت دیگری از خود عمار است: «و إن طلعت الشمس قبل أن يصلي ركعة فليقطع الصلاة و لا يصلي حتى تطلع الشمس و يذهب شعاعها» این روایت دلالت دارد که اگر هنوز یک رکعت به پایان نرسیده است نمازش را قطع کند. پس از نماز هنگام طلوع شمس نهی کرده است.

بنابراین در نتیجه با توجه به این اشکالات اگر امر دائر بین تیمم کردن به همراه درک تمام نماز در وقت و بین وضو گرفتن به همراه ادراک یک رکعت از نماز در وقت باشد، تنها به دلیل آن که درک کردن تمام نماز در وقت اهم است، تیمم کردن بر وضو گرفتن مقدم خواهد بود نه به دلیل آن که درک کردن تمام نماز در وقت بدل ندارد.

در مورد اهم بودن نماز در وقت روایات فراوانی وارد شده است که به دلیل اختصار تنها به یک مورد اشاره می‌گردد:

«امام صادق (علیه السلام) فرموده‌اند: «إن العبد إذا صلى الصلاة في وقتها و حافظ عليها إرتفعت بيضاء نقيه تقول: حفظتني حفظك الله و إذا لم يصلها لوقتها و لم يحافظ عليها إرتفعت سوداء مظلمة تقول: ضيعتني ضيعك الله؛ هنگامی که انسان نماز را در اول وقت خواند، نوری سفید و پاکیزه به آسمان می‌رود و می‌گوید: خدا تو را حفظ کند که مرا حفظ کردی و برعکس اگر نسبت به وقت نماز مراقبت نکند، سیاهی تاریک بالا رفته و می‌گوید: مرا ضایع کردی، خدا تو را ضایع کند» (کلینی، ۳/۲۶۸؛ عروسی حویزی، ۱/۲۳۹).

نتیجه‌گیری

بدل داشتن در واجب دارای بدل به دو صورت قابل ترسیم است:

الف) واجب، دارای بدل عرضی باشد: به نظر ما در این صورت اصلاً تراحمی پدید نخواهد آمد زیرا آن چه که در واجبات تخییری واجب هستند امری کلی (یکی از افراد) هستند که از اطراف واجب تخییری منتزع شده‌اند.

ب) واجب، دارای بدل طولی باشد: در این صورت باید در دو مقام بحث شود:

۱. اثبات کبرا و ضابطه کلی: در باب مرجحات باب تراحم جز به صورت موجهه جزیه نمی‌توان قائل به تقدم واجب بدون بدل بر واجب دارای بدل شد و لذا این مورد به عنوان ضابطه‌ای مستقل در مرجحات باب تراحم قابل قبول نیست بلکه باید در هر موردی مسأله به صورت مستقل مورد بررسی قرار گیرد و تمام ادله و جوهی که برای تقریب این ضابطه کلی در این جستار بیان شده است - که مهم‌ترین ادله بیان شده به واسطه اصولیان است - دچار خدشه هستند.

۲. تطبیق کبرا با محل بحث: در مورد دوران امر بین طهارت خبثیه و طهارت حدثیه باید گفت: از ادله نمی‌توان به روشنی استفاده نمود که در طهارت مائیه، قدرت شرعی (به معنای عدم وجود مطلق مزاحم)

اخذ گردیده است و لذا نمی توان به طور کلی حکم بر تقدم طهارت خبثیه بر طهارت حدثیه نمود بلکه باید به دلیل دیگری مانند روایت خاص، اجماع، شهرت و ... تمسک نمود.

در مورد دوران امر بین درک تمام نماز با تیمم در وقت و ادراک یک رکعت از نماز با وضو در وقت هم اگر قاعده «من أدرك» قابل پذیرش باشد، بحثی در تطبیق با کبرا بر فرض پذیرش نخواهد داشت ولی با توجه به قبول نکردن قاعده «من أدرك»، تنها به دلیل آن که درک کردن تمام نماز در وقت - به دلیل وجود روایات فراوانی در این زمینه - اهم است، تیمم کردن بر وضو گرفتن مقدم خواهد بود.

منابع

قرآن کریم.

ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، تصحیح و تعلیق: علی أكبر غفاری، منشورات جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق.

اصفهانى، محمد حسین، *الفصول الغروية فی الأصول الفقهية*، قم، دار إحياء العلوم الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.

اعتمادی، مصطفی، *شرح الرسائل*، قم، نشر شفق، چاپ دوم، ۱۳۸۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب الطهارة*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ أعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

ایروانی، محمدباقر، *الحلقة الثالثة فی اسلوبها الثانی*، تهران، قلم، چاپ اول، ۲۰۰۷ م. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.

آملی، هاشم، *مجمع الأفكار و مطرح الأنظار*، قم، المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۳۹۵ ق. بجنوردی، حسن، *منتهی الاصول*، قم، کتابفروشی بصیرتی، چاپ دوم، بی تا. بحرانی، محمد صنقور علی، *المعجم الاصولی*، منشورات نقش، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ اول، بی تا.

بروجردی، حسین، *نهایة التقرير*، مقرر: محمد فاضل لنکرانی، بی تا. تهرانی نجفی، هادی بن محمد امین، *محجة العلماء*، تهران، بی نا، چاپ اول، ۱۳۲۰. حائری یزدی، عبد الکریم، *کتاب الصلاة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.

حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، تصحیح: عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

حکیم، محسن، *حقائق الاصول*، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۳۷۲.

_____، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، چاپ چهارم، ۱۴۰۴ ق.

حکیم، محمدتقی، *الاصول العامة للفقهاء المقارن*، قم، مجمع جهانی اهل بیت، چاپ دوم، ۱۴۱۸ ه ق.

حکیم، محمدسعید، *المحكم فی اصول الفقه*، قم، مؤسسه المنار، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

حلی، حسین، *اصول الفقه*، قم، مکتبه الفقه و الاصول المختصه، چاپ اول، ۱۴۳۲ ق.

خمینی، روح الله، *أنوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایه*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق.

_____، *تهذیب الاصول*، مقرر: جعفر سبحانی، قم، دارالفکر، چاپ اول، ۱۳۸۲.

_____، *کتاب الطهارة*، قم، حکمت، چاپ اول، ۱۳۷۶ ق.

_____، *مناهج الوصول إلى علم الأصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

خوئی، أبوالقاسم، *محاضرات فی اصول الفقه*، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

_____، *مصباح الاصول*، قم، مکتبه الداوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.

_____، *موسوعة الإمام الخوئی*، مؤسسه الخوئی الإسلامية، بی تا.

روحانی، محمدصادق، *زبدة الاصول*، قم، مدرسه الامام الصادق (علیه السلام)، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

سبحانی، جعفر، *المحصول فی علم الاصول*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

سیستانی، علی، *الرافد فی علم الاصول*، قم، مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۴ ق.

شهید اول، محمد بن مکی، *ذکری الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

صدر، محمدباقر، *بحوث فی علم الاصول*، مقرر: سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دایره المعارف الفقه الاسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.

_____، *دروس فی علم الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۸ ق.

_____، *مباحث الاصول*، مقرر: سید کاظم حائری، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی فیما تعم به البلوی*، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

شماره ۱۱۳	فقه و اصول	۴۰
	طباطبایی، محمدحسین، <i>المیزان فی تفسیر القرآن</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.	
	طباطبائی قمی، تقی، <i>آراؤنا فی اصول الفقه</i> ، قم، المحلاتی (المفید)، چاپ اول، ۱۳۷۱.	
	طبرسی، فضل بن حسن، <i>مجمع البیان فی تفسیر القرآن</i> ، ایران، ناصر خسرو، چاپ سوم، ۱۳۷۲ ق.	
	طوسی، محمد بن حسن، <i>الإستبصار فی ما اختلف من الأخبار</i> ، تحقیق و تعلیق: سید حسن موسوی خراسان، تهران، دارالکتب الإسلامية، بی تا.	
	_____، <i>التبیان فی تفسیر القرآن</i> ، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ اول، بی تا.	
	_____، <i>الخلاف</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.	
	_____، <i>العدة فی اصول الفقه</i> ، قم، محمدتقی علاقبندیان، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.	
	_____، <i>تهذیب الأحکام</i> ، تحقیق و تعلیق: سید حسن موسوی خراسان، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.	
	عاملی، محمد بن علی، <i>مدارک الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام</i> ، بیروت، مؤسسه آل البيت «علیهم السلام»، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.	
	عاملی غروی، جواد بن محمد، <i>مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة</i> ، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ اول، بی تا.	
	عراقی، ضیاء الدین، <i>نهاية الأفكار</i> ، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۳۶۲.	
	عروسی حویزی، عبد علی بن جمعه، <i>تفسیر نورالثقلین</i> ، تصحیح و تعلیق: سید هاشم رسولی محلاتی، قم، ۱۴۱۲ ق.	
	علامه حلی، حسن بن یوسف، <i>منتهی المطلب فی تحقیق المذهب</i> ، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.	
	علم الهدی، علی بن حسین، <i>الذریعة إلى أصول الشريعة</i> ، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.	
	فاضل لنکرانی، محمد، <i>ایضاح الکفایه</i> ، قم، نوح، ۱۳۸۵.	
	فاضل هندی، محمد بن حسن، <i>کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق.	
	فیاض حسین عاملی، حسن محمد، <i>شرح الحلقة الثالثة</i> ، بیروت، شرکه المصطفی لایحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۲۸ ق.	

فیروزآبادی، مرتضی، *عناية الأصول في شرح كفاية الأصول*، قم، کتاب فروشی فیروز آبادی، چاپ چهارم، ۱۴۰۰ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تصحیح و تعلیق: علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الإسلامية، چاپ سوم، ۱۳۶۷.

مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، *بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار*، بیروت، مؤسسة الوفاء (دار إحياء التراث العربي)، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ق.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام*، قم، استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

مدرسسی یزدی، عباس، *نماذج الأصول في شرح مقالات الأصول*، قم، داوری، چاپ اول، ۱۳۸۳.

مشکینی اردبیلی، علی، *إصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها*، قم، دفتر نشر الهادی، چاپ پنجم، ۱۴۱۳ ق.

مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ چهارم، ۱۳۷۰.

منتظری، حسین علی، *نهاية الأصول*، قم، انتشارات القدس، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

نائینی، محمدحسین، *أجود التقريرات*، قم، مطبعة العرفان، چاپ اول، ۱۳۵۲.

_____، *فوائد الأصول*، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۳۷۶.

هاشمی شاهرودی، محمود، *أضواء و آراء: تعليقات على كتابنا «بحوث في علم الأصول»*، قم، موسسه دایره المعارف الفقه الإسلامی، بی تا.



چیستی شناسی مهر در ازدواج دائم و موقت *

حسین حلبیان^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد

Email: halabian.hosseini@mail.um.ac.ir

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@um.ac.ir

چکیده

درباره چیستی «مهر» دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. برخی «مهر» را عوض و برخی هدیه دانسته‌اند. این مقاله با رویکردی تحلیلی و اجتهادی و با توجه به نظریات حقوقی در پی تبیین واقع بینانه این مقوله هماهنگ با منطق قرآن، روایات و موازین فقه و حقوق اسلامی است. نخست با توجه به مترادف‌های واژه «مهر» در لغت و کتاب و سنت، تصویری ابتدایی از «مهر» به ذهن مخاطب می‌بخشد و سپس با بحث عمیق و استدلالی در باب ماهیت عقد نکاح به پاسخ به این سؤال اساسی می‌پردازد که آیا نکاح یک عقد معاوضی است تا «مهر» رنگ و بوی عوض پیدا کند و یا عقدی غیر معاوضی؟ سپس با رجوع به منابع فقه اسلامی بویژه قرآن و روایات اهل بیت (علیهم السلام) وارد بحث چیستی شناسی «مهر» می‌شود و وجوه گوناگون این نهاد چند وجهی را بیان می‌کند و به نقد و بررسی آنها می‌پردازد و پس از واکاوی این معنا به اختصار به ماهیت «مهر» در نکاح موقت که مشروع و مورد امضای پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله) است، می‌پردازد. بحث از ماهیت «مهر» علاوه بر ثمره نظری، ثمره عملی نیز در بردارد که در بحث کیفیت تقسیم یک مهر برای دو همسر ظاهر می‌شود.

کلیدواژه‌ها: جهاد ابتدایی، جهاد دفاعی، صلح، هرمونتیک، سنت نبوی، نسخ.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۱۱/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۸/۲۳

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

مهر ملک زن است که پیش از اسلام نیز بوده و اسلام آن را امضا کرده است. سؤالاتی که ضرورت پاسخگویی به آن‌ها سبب تدوین این مقاله شده از این قرار است: نهاد مهریه چیست؟ آیا فرقی بین مهر در نکاح دائم و موقت وجود دارد؟ آیا ماهیت عقد نکاح معاوضی است و مهریه عوض است یا اینکه مهر هدیه است یا اینکه ماهیتی چند وجهی است؟ ثمره بحث از ماهیت مهر کجا ظاهر می‌شود؟ نوشتار حاضر بحثی است در رابطه با شناخت دقیق ماهیت و اسباب مهر در ازدواج دائم و موقت در فقه شیعه تا با شناختی درست از چیستی مهر، زمینه برای بررسی احکام آن، فراهم آید.

در این مقاله با تبیین ماهیت چند وجهی مهریه به تأثیر شناخت دقیق این ماهیت در موردی از احکام می‌پردازیم تا با شناختی دقیق از آن به دور از شعار زدگی و ادعاهای غیر مستدل با روشن بینی کافی با پرتو افکنی قرآن کریم و عترت طاهرين (علیهم السلام)، در فقه و حقوق بتوانیم فتوا داده و قضاوت کنیم.

مهر در لغت و اصطلاح

الفاظ مترادف مهر در لغت: «مهر» در لغت اشاره به همو حق مالی معروف و مشهور دارد که زنان به واسطه ازدواج از آن بهره‌مند می‌شوند، زنی که دارای مهر باشد را مهوره خوانند و زن صاحب مهر سنگین را مهریه نامند (فراهیدی، ۵۰/۴). برای واژه مهر مترادف‌هایی بیان شده است:

الأجر: اجر به معنای جزای عمل است (فراهیدی، ۱۷۳/۶) و در قرآن کریم این واژه در مورد مهر به کار رفته که می‌توان به آیه ۲۴ سوره نساء و آیه ۱۰ سوره ممتحنه اشاره کرد. الحباء: حباء عطایی است بدون منت و یا اینکه پاداش باشد (فراهیدی، ۳۰۹/۳). محقق بحرانی به نقل از مسالک، حباء را از اسماء مهر دانسته‌اند (بحرانی، ۴۱۸/۲۴). الصدّاق، الصدقة و الصدقة. خلیل بن احمد این سه واژه را به معنای «مهر» می‌داند (فراهیدی، ۵۶/۵).

راغب صدّاق و صدّاق و الصدقة را به معنای مهری که به زن عطا می‌شود می‌داند (اصفهانی، ۴۸۱). قرآن کریم فرموده است: «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً». (النساء: ۴). العقر: «دیه فرج المرأة اذا غصبت». (فراهیدی، ۱۵۰/۱). مهر را نیز از معانی عقر دانسته‌اند (صاحب بن عباد، ۱۵۹/۱). پس از برای عقر دو معنا می‌توان یاد کرد: ۱- دیه فرجی که به زور دخول شده؛ ۲- مهر زن. العلائق، العلیقة. از پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله) نقل است که: «ازدواج کنید و علائق را بپردازد.» گفته شد: یا رسول الله علائق چیست؟ پیامبر (صلی الله علیه وآله) فرمودند: چیزی که اهل خانواده‌ها با هم توافق کرده‌اند و گاهی تراضی می‌کنند بر یک درهم یا دو درهم». (ر.ک: طوسی، الخلاف، ۳۶۵/۴؛ دارقطنی، ۲۴۴/۳).

الفریضة: «فأتوهن لجورهن فريضة» (نساء: ۲۴). النحلة: «أتوا النساء صدقاتهن نحلة». (نساء: ۴). الطول: لفظ «طول» هم مترادف مهر بیان شده است (حرعاملی، ۵۰۸/۲۰).

مهر در اصطلاح: برخی فقها مهر را عوض بضع دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۷۸/۱) و یا مهر را اینگونه تعریف کرده: «مالی که در مقابل بضع زن یا استیفای بضع از او - بدون زنا - باشد» (مشکینی، ۵۲۵).

در تعریف اجمالی آن می‌توان گفت: «مالی است که زن بر اثر ازدواج مالک آن می‌گردد و مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود» (صفایی و امامی، ۱۴۸). تعریف یاد شده شامل مهر المسمی، مهر المثل، مهر مفوض و مهر المتعه و حتی نفقه نیز می‌شود. ولی باید توجه داشت که مهر چیزی علاوه بر نفقه و مخارج عمومی زن در زندگی زناشویی است (حلبیان، احکام مهریه در فقه شیعه، ۵). همچنین پرواضح است که ارث زن از تعریف خارج است چه این که ارث به موجب فوت زوج برای زن لازم می‌شود و نه به موجب صرف عقد نکاح.

ماهیت عقد نکاح

از آن جا که موضوع مهریه موضوعی است که در دل عقد نکاح مطرح می‌شود و با شناسایی درست و دقیق نکاح ارتباط وثیق دارد؛ لازم است به بحث و بررسی ماهیت و تعریف عقد نکاح بپردازیم. عقد نکاح که از آن تعبیر به عقد ازدواج، زوج، تزویج، پیمان زناشویی می‌شود در حقیقت نهادی اجتماعی دارای احکام فقهی - حقوقی خاص و آداب و رسوم گوناگون در نزد ملل مختلف است، «فإن لكل قوم نکاحه» (حرعاملی، ۲۰۰/۲۱).

دکتر امامی می‌نویسد: «نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می‌گردد و به آن‌ها مقامی می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند. تعریفی که حقوق دانان جدید از نکاح می‌نمایند به آن که: نکاح رابطه‌ای است بین زن و مرد برای تشکیل خانواده، می‌تواند تعریف نکاح دائم که در قوانین کشورهای دیگر شناخته شده است قرار گیرد، ولی شامل نکاح منقطع که یکی از اقسام نکاح در حقوق مدنی ایران است نمی‌شود، بدین جهت از تعریف مشهور صرف نظر گردید. نکاح در حقوق موضوعه کشوری یک عقد مدنی به شمار می‌رود و به اعتبار جنبه عمومی که در بردارد دست آزادی اراده تا حدودی که منافات با مصالح عمومی دارد کوتاه گردیده است. ولی از نظر افکار عمومی موقعیت مذهبی خود را که در قرون متمادی دارا بوده از دست نداده است. در حقوق مدنی نکاح از [عقود] غیر تشریفاتی به شمار می‌رود و به ایجاب و قبول زوجین که دلایلی بر قصد و رضای آنان بنماید منعقد می‌شود و هم ثبت آن در دفتر ازدواج چنانچه بعداً بیان می‌گردد تأثیر در انعقاد نکاح ندارد» (امامی، ۲۶۸/۴).

محقق داماد نکاح را چنین تعریف می‌کند: «نکاح رابطه‌ای است حقوقی - عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است» (محقق داماد، ۲۲).

نکته قابل توجه که در ارتباط مستقیم با موضوع این مقاله و جایگاه نهاد مهریه در عقد نکاح است معاوضی بودن و یا غیر معاوضی بودن عقد نکاح است. به نظر می‌رسد عقد نکاح، آمیزه‌ای از تعهدات طرفین و حقوق و وظایف طرفین نسبت به هم است که به لحاظ مهریه معاوضه‌ای را نیز در بر دارد، لذا تمام احکام معاوضات و سخت‌گیری‌هایی که در طبع معاوضات نسبت به ثمن و مضمن وجود دارد در نکاح لازم نیست؛ زیرا نکاح معاوضه محض نیست (ر.ک: شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲/ ۳۳۴). اکنون با این پیش فرض که در «عقود معاوضی» عدم تعیین عوض مساوی است با عدم تشکیل عقد به بررسی معاوضی بودن و یا نبودن عقد نکاح در روایات می‌پردازیم.

ادله روایی معاوضی بودن عقد نکاح

۱ - حلبی روایت می‌کند از امام صادق (علیه السلام) که حضرت - در مورد زنی که خودش را به مردی اهدا می‌کند تا با او بدون مهر ازدواج کند- فرمودند: این عمل تنها برای پیامبر جایز است ولی برای غیر ایشان جایز نیست [ازدواج] تا اینکه چیزی را به عنوان «عوض» به زن تقدیم کند قبل از دخول، خواه آن شیء کم باشد یا زیاد ولو پیراهنی و یا درهمی و فرمودند: یک درهم کفایت می‌کند.^۱

این روایت تصریح دارد که در نکاح، معاوضه‌ای در کار است.

۲ - روایت محمد بن سنان از امام رضا (علیه السلام) که درباره علت مهریه در جواب نامه‌ای نوشته‌اند: زن فروشنده خویش است و مرد، خریدار اوست.^۲

۳ - روایت سکونی از امام صادق (علیه السلام) که حضرت فرمودند: هم اکنون در اسلام جایز نیست ازدواج با اجیر شدن [داماد] به این صورت که بگوید: در نزد تو به مدت چند سال معین کار می‌کنم تا اینکه دخترت یا خواهرت را به ازدواج من درآوری و فرمودند: این صورت حرام است زیرا مهر ثمن زن است و خود او احق به آن است.^۳

و در این دو روایت نکاح تشبیه به بیع شده که عقدی معاوضی است و دلیل یا مویده معاوضی بودن عقد نکاح است.

۱. «فلا یصلح هذا حتی یعوضها شیئاً یقدم إليها» (حرعاملی، ۲۱/ ۲۵۵).

۲. «المرأة بائعة نفسها والرجل مشتری» (همو، ۲۶۷ - ۲۶۸).

۳. «حرام لأنه ثمن رقبتها وهي أحق بمهرها» (همو، ۲۸۱).

۴ - محمد بن مسلم می گوید: سؤال کردم از حضرت ابوجعفر (علیه السلام) درباره مردی که می خواهد با زنی ازدواج کند، آیا به او نگاه کند؟ حضرت فرمودند: بله، همو او را به گران ترین ثمن بخرد.^۴

۵ - عبدالله بن سنان از حضرت ابوعبدالله (علیه السلام) نقل می کند که به حضرت گفتم: مردی می خواهد با زنی ازدواج کند، آیا به موی او نگاه می کند؟ حضرت فرمودند: بله، همو می خواهد او را به گران ترین ثمن بخرد.^۵

ادله روایی معاوضی نبودن عقد نکاح

عقد معاوضی شکل نمی گیرد مگر اینکه عوضین با شرایط در عقد ذکر شود و عدم ذکر یکی از دو عوض به هنگام عقد باعث بطلان و محقق نشدن معاوضه می شود. و این ملاک معاوضی بودن عقد است. حال آیا عقد نکاح دارای این ملاک است؟ آیا در نکاح هم عدم تعیین مهر مساوی با بطلان و عدم شکل گیری عقد نکاح است؟ روایاتی موجود است که نکاح را فاقد چنین ملاکی می داند.

۱- روایت منصور بن حازم از امام صادق (علیه السلام) نقل می کند - که در مورد مردی که ازدواج کرده بود و برایش مهر معین نکرده بود- فرمودند: مهری برای زن نیست و اگر دخول کرده باشد مانند مهر زنان همشان او به او پرداخت می شود.^۶

۲- روایت ابی جعفر احول از امام صادق (علیه السلام) که می گوید: به حضرت گفتم: مردی ازدواج می کند و تعیین مهر را بر عهده زن قرار می دهد و زن قبل از تعیین مهر می میرد [حکم مساله چیست؟]: حضرت فرمودند: مهر ندارد و ارث می برد.^۷

۳- عبید بن زراره می گوید: از امام صادق (علیه السلام) پرسیدم درباره زنی که مرده و دخول به او نشده است، حضرت فرمودند: حق ارث دارد و باید عده کامل نگهدارد و اگر مهر برایش معین شده نصف مهر را استحقاق دارد و اگر مهر برایش معین نشده باشد چیزی (مهری) برای او نیست.^۸

از این احادیث استفاده می شود که عقد نکاح، فی حد نفسه مشروط و موقوف بر عوض (مهر) نیست و بدون آن هم صحیح واقع می شود.

نظریه برگزیده

۴. «إنما يشترىها بأغلى الثمن» (همو، ۸۷/۲۰ - ۸۸).

۵. «إنما يريد أن يشترىها بأغلى الثمن» (همو، ۸۹/۲۰).

۶. «لا شيء لها من الصداق فإن كان دخل بها فلها مهر نساها» (همو، ۲۶۹/۲۱).

۷. «ليس لها صداق وهي ترث» (همو، ۲۷۹).

۸. «إن لم يكن سمى لها مهر فلا شيء لها» (همو، ۳۲۷).

در جمع بین این دو دسته از روایات با توجه به ماهیت نکاح و نتیجه‌گیری فقهی می‌توان گفت: عقد نکاح فی‌نفسه معاوضی نیست و یک عقد عهدی است و نه تملیکی و به تعبیری اصلاً عقدی شخصی است و نه مالی، ولی بالعرض و بالغیر رنگ معاوضی به خود می‌گیرد به این معناکه در اکثر موارد همراه با مهر می‌شود و همین همراهی - که ممکن است اختیاری یا قهری باشد - باعث می‌شود که بالعرض و بالغیر به نوعی معاوضی می‌شود.

لذا روایاتی که مؤید معاوضی نبودن مهر هستند مطابق با اصل بوده و به ماهیت اصلی عقد نکاح اشاره دارند و روایاتی که در پی تشبیه عقد نکاح به بیع و توجیه «حق مهر» برای زن با این تشبیه و معاوضی بودن نکاح هستند، به حالت نکاح همراه با مهر اشاره دارند و درصدد توجیه و بیان حکمت وضع مهر - با تنظیم به معاوضه - هستند.

ماهیت مهر

گرچه در مورد تعریف این نهاد حقوقی و تمیز آن از سایر امور مالی مربوط به نکاح مطالبی بیان شد ولی هم اکنون به بررسی بیشتر این نهاد در ارتباط با عقد نکاح و بیان نظرات مختلف در رابطه با ماهیت و جایگاه مهریه و کارکردهای حقوقی آن می‌پردازیم. در سه مرحله ما به بحث و بررسی می‌پردازیم. مرحله اول تبیین حقوقی این نهاد و مرحله دوم تبیین ماهیت حقوقی عمل تعیین مهر و مرحله سوم بیان اسباب مهر.

ماهیت مهر (به معنای اسم مصدری)

در این بخش از مقاله، مراد تبیین ماهیت مهر به صورت یک ماهیت نظام یافته حاصل از توافقات و معین شده حین عقد نکاح است.

تبیین حقوقی نهاد مهر

اینجا چند دیدگاه مطرح وجود دارد: دیدگاه اول: مهر به عنوان عوض در معامله‌ای معاوضی؛ دیدگاه دوم: مهر به عنوان اجرت و عوض از منافع؛ و دیدگاه سوم: مهر به عنوان هدیه و هبه؛ دیدگاه چهارم: مهر به عنوان حق. استدلال‌ها و توجیهاتی در تأیید هر کدام از این دیدگاه‌ها وجود دارد.

دیدگاه اول: عوض بودن مهر

صاحب‌جواهر بیان داشته: «مهر چون عوض است لذا مالک آن کسی خواهد بود که در عقد معاوضه صاحب معوض باشد» (۲۸/۳۱) سید محمد کاظم طباطبائی در حاشیه مکاسب فرموده: «المهر فی النکاح فإنه عوض البضع و يمكن ان يكون على غير الزوج» (۷۸/۱). این تحلیل از ماهیت حقوقی مهر با معاوضی دانستن نکاح سازگاری بیشتر دارد. احادیث و روایاتی هم که در بحث معاوضی بودن عقد نکاح

بیان شد می‌تواند مؤید خوبی برای این نظر باشد. برای تأیید این نظر می‌توان به استدلال‌هایی از قرار زیر اشاره نمود.

- ۱- لزوم رعایت شرایط عوضین در مورد مهر از قبیل مالیت داشتن و مجهول نبودن.
- ۲- حق حبس که برای متعاملین در معاملات معاوضی محفوظ است و مطابق ماده ۳۷۷ قانون مدنی «هریک از بایع و مشتری حق دارد، از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود». و مطابق ماده ۱۰۸۵ نیز «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مستقط حق نفقه نخواهد بود».
- ۳- تعلق گرفتن مهر به زن با این توجیه که او مالک معوض (بضع) است.
- ۴- وجود شرط خیار در مورد مهریه که شرط خیار یکی از خصوصیات معاملات معاوضی است (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲/ ۲۷۷).

ولی این نظریه مخالفانی هم دارد و استدلال‌هایی جهت تضعیف عوض بودن مهر بیان کرده‌اند. عمده دلیل شاید آیه شریفه «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً» (النساء: ۴) باشد. استدلال دیگر در تضعیف این نظر اینکه: در معاوضات عوض را کسی پرداخت می‌کند که معوض را در اختیار می‌گیرد و حال آنکه بر نکاح می‌تواند مهر را کس دیگری غیر از زوج پرداخت کند. مطلب دیگر که در تضعیف عوض بودن مهر می‌توان گفت این که در اندازه‌گیری مهریه تسامحاتی هست که شاید در معاوضات معمولی روا نباشد. نکته دیگری که در ارتباط با حق حبس می‌توان متذکر شد اینکه شاید حق حبس اختصاص به عقد معاوضی و تملیکی نداشته باشد و در عقود عهدی هم چنین حقی برای طرفین باشد و وجود حق حبس با وجود عوض تلازم نداشته باشد.

اما سؤال اساسی این است: بر فرض که قائل شویم مهر عوض است، عوض چه چیزی باشد؟ با توجه به روایات و کلمات فقها می‌توان مواردی را بیان داشت:

- ۱- جان زن: در دو روایت که قبلاً در بحث ادله معاوضی بودن عقد نکاح گذشت با تعبیری از قبیل «بائعة نفسها» (حرعاملی، ۲۱/ ۲۶۷ - ۲۶۸) و «ثمن رقبتها» (همو، ۲۸۱) مواجه بودیم که ظهور داشت در این معانی که زن نفس خود را می‌فروشد و مهرش ثمن و بهای زن است. ولی ما به ناچار از این ظهور دست می‌برداریم چه اینکه:

اولاً: در اسلام فروختن انسان آزاد حرام است؛

ثانیاً: به هیچ عنوان نه در نزد فقها و نه متشرعین در بحث نکاح و اعطای مهر، مسأله خرید و فروش زن مطرح نیست و اینطور نیست که با اعطای مهر به زن او بنده و برده و رقی گردد. بلکه شاید مراد این روایات

از لفظ بیع و شراء این معنا باشد که زن وقتی تن به ازدواج می‌دهد و مسؤولیت وظایف سنگین زوجیت را می‌پذیرد و خود را در اختیار زوج می‌گذارد مانند این است که خود را فروخته و مراد معنای حقیقی کلمه فروش نیست و مهر نیز مانند عوض و ثمن است نه اینکه حقیقتاً ثمن باشد و بهای زن باشد. در واقع این دو روایت در مقام بیان حکمت وضع مهر و حکمت مالکیت زن نسبت به مهر می‌باشد و در مقام تشبیه است و نه اینکه ماهیت نکاح را یک ماهیت معاوضی صرف و مهر را عوض صرف بدانند.

۲- ازاله بکارت: یکی از مواردی که شاید بتوان تصور کرد که در مقابل مهر واقع می‌شود و عوض مهر محسوب شود، ازاله بکارت زن است. در این زمینه روایتی نقل شد از سکونی از امام صادق (علیه السلام) از امام باقر (علیه السلام) که فرموده‌اند: امیرالمؤمنین علی بن ابی طالب (علیهما السلام) در مورد دعوای دو جاریه (دختر یا کنیز) که داخل حمام شده بودند و یکی پرده بکارت دیگری را پاره کرده بود حکم کردند که: مرتکب این عمل باید «عقر» بپردازد (حرعاملی، ۳۰۳/۲۱). این قول نیز با اشکالاتی مواجه است: اولاً به مجرد خواندن صیغه عقد دائم حداقل نصف مهر در ملک زن استقرار پیدا می‌کند و حال آنکه هنوز ازاله بکارت نیست (حلبیان، احکام مهریه در فقه شیعه، ۴۶).

در ثانی زنی که بکارت او قبلاً زائل شده نیز مستحق مهریه است (ر.ک: همو، ۵) و اما روایتی که از امیرالمؤمنین (علیه السلام) نقل شد در آن لفظ «عقر» آمده و آن چیزی غیر از «صداق» و «مهر» است و لذا ظاهراً از باب دیه و جبران خسارت باید معادل مهر را بپردازد. طریحی در مجمع البحرین می‌نویسد: «عقر چیزی است که به جهت وطی به شبه به زن پرداخت می‌شود. عقر دیه فرج زن است هنگامی که مورد غصب واقع می‌شود و در نتیجه کثرت استعمال، به معنای مهر نیز به کار رفته است» (طریحی، ۴۱۰/۳).

۳- بضع: برخی فقها مهر را عوض بضع نام بردند (طباطبایی یزدی، ۷۸/۱؛ مشکینی، ۵۲۵). به طور خلاصه عده‌ای مهر را عوض برای این موارد زیر دانسته‌اند: بضع، تملک بضع، استیفای بضع، انتفاع از بضع، استمتاع، وطی به شبهه، وطی به زن مکروه، تقویت بضع. (پولادی، ۳۶ - ۳۷). به نظر می‌رسد سه مورد اخیر خصوصاً مورد آخر با موارد قبلی اختلاف دارد و ذکر آن در ردیف بقیه موارد خالی از مسامحه نیست.

معنای بضع: برای کلمه بضع چند معنا وجود دارد. خلیل بن احمد بضع را به معنای جماع می‌داند (فراهیدی، ۲۸۵/۱). فیومی می‌نویسد: بضع به ضم، جمع آن لبضاع است مانند قفل و اقفال و این کلمه بر فرج و جماع و عقد ازدواج اطلاق می‌شود مانند نکاح که هم بر عقد نکاح و هم بر عمل جماع اطلاق می‌شود. گفته می‌شود: مالک شد بضع زن را یعنی جماع با زن را. و بضاع بر وزن جماع و به معنای جماع

می‌باشد (فیومی، ۵۱). در القاموس المحيط چنین آمده: بضع به ضم به معنای جماع یا خود فرج و یا مهر و یا طلاق و یا عقد نکاح است که دو معنای ضد هم است. (فیروزآبادی، ۵/۳) و در المعجم الوسیط چنین آمده: بضع به معنای ازدواج، عقد ازدواج، مهر و فرج و جمع آن بضوع و ابضاع است (المعجم الوسیط، ۶۰). لذا می‌توان گفت بضع دارای این معانی است: فرج، جماع، وطی، دخول، عقد نکاح، مهر، طلاق.

همچنین بضع و استمتاع در کلمات قریب المعنا بوده که شاید به جای یکدیگر استعمال شده باشند و شاید رابطه استمتاع و بضع رابطه عام و خاص باشد به این صورت که یکی از معانی بضع استمتاع به دخول باشد. آنچه اقرب به نظر می‌رسد اینکه منظور فقها از آنچه از معانی بضع در مقابل مهر قرار می‌گیرد همین معنای استمتاع، دخول و جماع است. حال این سؤال مطرح است که آیا مهر در مقابل مطلق استمتاع است و یا در مقابل استمتاع به دخول؟ و همچنین آیا در مقابل نفس استمتاع است یا در مقابل حق استمتاع؟ چهار احتمال وجود دارد. که شاید اقرب این احتمالات این باشد که مهر در مقابل نفس استمتاع به دخول و نفس وطی باشد، ولی باز مساله خالی از تردید نیست.

اشکالات این نظر

بضع به هر معنایی که باشد این نظر با اشکالاتی مواجه است:

۱- برخی فقها استمتاع- به دخول و یا به غیر دخول- را حقی می‌دانند که به مجرد عقد نکاح لازم می‌شود،^۹ و لذا یکی از لوازم عقد نکاح محسوب می‌شود و چنین حقی متوقف بر پرداخت مهر و یا حتی تعیین مهر نیست.

۲- آنچه به نظر می‌رسد اینکه در عقد دائم نشوز و عدم تمکین زن تاثیری در مهر ندارد و کلاً یا جزءاً باعث سقوط مهریه نمی‌شود و صرفاً باعث سقوط نفقه می‌شود (ر.ک: امامی، ۲/۲۶۵).

البته؛ اولاً: این اشکال در صورتی وارد است که بضع را به معنای «نفس استمتاع» بدانیم و مهر را در مقابل «نفس استمتاع» بدانیم و نه «حق استمتاع»، چه اینکه نشوز مسقط حق استمتاع نیست؛ و ثانیاً: شاید بتوان در صورت نشوز کلی و دائمی قائل به سقوط مهر شد.

اگر کسی اصرار بر این داشته باشد که مهر در فقط برابر بضع است و بضع هم به معنای نفس استمتاع است به ناچار باید در مورد نشوز دائمی و کلی قائل به سقوط مهر باشد (ر.ک: حلبیان، تعدیل مهر از منظر فقه و حقوق، ۱۹).

۹. «الاستمتاع حق لازم بالعقد» (محقق حلی، ۲/۲۶۹).

۳- زن به مجرد عقد نکاح مالک مهر می‌گردد و می‌تواند در مهر خود تصرف مالکانه نماید (ر.ک: مامقانی، ۱۶۳ و ۱۶۷).

۴- چنانچه شوهر قبل از دخول، زن خود را طلاق دهد، پرداخت نصف مهر از طرف شوهر الزامی است. پس به استناد آنکه نتوانسته از بضع زن انتفاعی ببرد، نمی‌تواند از پرداخت مهر خودداری کند. صراحت این موضوع در خصوص فوت زوجین کاملاً روشن است (ر.ک: همو، ۱۶۳ و ۱۶۷).

۵- در نکاحی دائمی که طرفین مهر را ذکر نکرده‌اند و حتی در نکاح دائمی که شرط عدم مهر کرده‌اند- بنا بر قول به صحت آن- وطی صحیح و بی‌اشکال است (ر.ک: بقوه: ۲۳۶).

۶- مطابق ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی در صورتی که زن در مرحله اول تمیکن کند و دخول صورت بگیرد در مراحل بعدی حق امتناع ندارد و حال آنکه اگر در مقابل بضع باشد در مراحل بعدی نیز می‌تواند خودداری کند و شاید این حکم نشانگر این باشد که مهر در مقابل بضع نیست بلکه حقی است که بواسطه عقد لازم شده است (محقق حلی، ۲/۲۶۹).

۷- استمتاع و لذت جنسی برای هر دو طرف هست و پس اگر ملاک پرداخت مهر عوض استمتاع باشد هر دو باید عوض پرداخت کنند.

۸- در روایاتی که گذشت - مبنی بر معاوضی بودن نکاح و عوض بودن مهر - بضع به عنوان معاوضی بیان نشده بود.

خلاصه اینکه شاید مهر اصلاً جنبه مقابله با بضع را نداشته باشد و حق حبس زن صرفاً یک ضمانت اجرا باشد برای دریافت حقی که بواسطه عقد نکاح پیدا کرده و از این جهت که خودداری از آمیزش جنسی ضمانت اجرای پرداخت مهر است این تصور به ذهن آمده که عوض است و حق حبس زن را از قبیل حق حبس متعاملین محسوب کرده‌اند، حال آنکه حق حبس تلازمی با معامله ندارد.

ولی آیا می‌توان به کلی از جنبه معاوضی نکاح و عوض بودن مهر، چشم‌پوشی کرد؟ شاید نتوان به راحتی از این جنبه صرف نظر کرد چه اینکه بالاخره بهره جنسی از زن مطلبی مطلوب و دارای بهاست و لذا اشکال هفتم که شاید قوی‌ترین اشکال باشد به اینگونه رفع می‌شود که در عرف استمتاع از زن دارای بها می‌باشد. این بها را مرد می‌پردازد، اگر چه خود زن نیز در این میان بهره‌مند از استمتاع می‌شود. گرچه از عبارات آقای حکیم مطلبی غیر از آنچه ذکر شد استفاده می‌شود (ر.ک: طباطبایی حکیم، ۱۴/۱۵۰ - ۱۴۹). آنچه از کلمات صاحب جواهر ظاهر می‌شود جهت معاوضی داشتن مهر است، ظاهر ایشان برای

بضیع یک قیمت پایه و اولیه قائل اند که همو مهر المثل باشد^{۱۰} و اگر در بین زوجین اختلاف شد قول هر کدام با مهر المثل مخالف بود او مدعی محسوب می شود و مهر المسمی را مطلبی ثانوی و مخالف اصل به شمار می آورند، که این خود تاییدی بر در نظر داشتن جنبه معاوضی مهر است در نظر ایشان، و ظاهراً این نظر را نمی پذیرند که مهر عوض حقیقی نیست. و یا همین دیدگاه استدلال می کنند که زن مالک مهر می شود را مهر مانند عوض است در معاوضات که در ملک کسی قرار می گیرد که مالک معوض باشد.^{۱۱}

استحلال فرج: احتمال دیگری وجود دارد اینکه مهر در مقابل استحلال فرج باشد کما اینکه در روایت آمده: قال امیر المؤمنین (علیه السلام): «إِنْ أَحَقَّ الشَّرْطُ لَنْ يُوْفَى بِهِ، مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفَرْجَ». سزاوارترین شرط برای وفا، شرطی است که بواسطه آن فروج را بر خود حلال می کنید (حرعاملی، ۲۱/۲۶۷) و مهریه نیز از جمله این شروط بلکه بارزترین مصادیق این شروط است.

دیدگاه دوم: اجرت بودن مهر

شاید یکی از مناشئ این دیدگاه تعبیر قرآنی باشد و به همین دلیل قرطبی در تفسیر خود می نویسد: «در قرآن از مهر به اجرت تعبیر شده و... این نشان می دهد که مهر در مقابل بضیع است و به چیزی که در مقابل منفعت چیزی باشد اجرت می گویند» (قرطبی، ۵/۱۲۹). اجرت معنایی اخص از عوض دارد و به عوض که در مقابل منفعت باشد اجرت می گویند و شاید این دیدگاه در «مهریه نکاح منقطع» بیشتر قابلیت طرح داشته باشد. چه اینکه در آیه متعه از مهر تعبیر به اجر شده^{۱۲} و همچنین در روایات از زنانی که به ازدواج موقت در آمده اند به لفظ «مستأجرات»^{۱۳} و بصورت مفرد «مستأجرة»^{۱۴} تعبیر شده و در مورد مهر کنیزان نیز تعبیر اجر به کار رفته است.^{۱۵} در موارد دیگری نیز تعبیر «اجورهن» برای زنان مؤمن و زنان اهل کتاب (المائدة: ۵) و زنان پیامبر (الاحزاب: ۵۰) و زنان مهاجر (الممتحنة: ۱۰) بکار رفته است، که ظاهراً در این موارد اختصاصی به نکاح منقطع و یا ازدواج با کنیزان ندارد و اختصاص به گروه خاص از زنان نیز ندارد و در مورد تمام آنان است. پس ظاهراً «اجر» هم برای مهر نکاح منقطع و هم در نکاح دائم به کار رفته و نیز علامه طباطبایی در دو آیه اخیر اجر را به معانی مهر دانسته اند (طباطبایی، ۱۶/۳۳۵ و ۱۹/۲۴۱).

۱۰. «ليس للبضیع قيمة إلا مهر المثل». (صاحب جواهر، ۳۱/۲۵)؛ «قد عرفت اقتضاء اصالة احترام البضیع و ضمانه علی حسب المال ضمانه بقيمة آلتی هی مهر المثل» (همو، ۱۳۵).

۱۱. «كون المهر كالعوض الذي لا يصح أن يملكه في عقد المعاوضة غير من له المعوض». (صاحب جواهر، ۳۱/۲۷ - ۲۸).

۱۲. «فأئوهن أجورهن فريضة» (النساء: ۲۴)

۱۳. «فأئوهن مستأجرات» (حرعاملی، ۲۱/۱۸).

۱۴. «إنما هی مستأجرة» (همو، ۱۹).

۱۵. «وَأئوهن أجورهن بالمعروف» (النساء: ۲۵).

البته مفسری تمایل پیدا کرده که اجر در آیه سوره مائده اشاره به مهر در نکاح منقطع باشد و اطلاق اجر بر مهر در نکاح دائم را خلاف ظاهر دانسته‌اند (طیب، ۴/ ۳۰۵ - ۳۰۶) که این کلام خالی از تأمل نیست.

جصاص در احکام القرآن می‌نویسد: «مهر را بدین جهت اجر نامیده‌اند که در مقابل منافع واقع می‌شود، نه اعیان» (جصاص، ۲/ ۱۸۴)، ولی این دیدگاه نیز با اشکالاتی مواجه است. مهریه در مقابل کدام منفعت از زن قرار می‌گیرد؟ آیا مهریه صرفه اجرت بهره جنسی از زن محسوب می‌شود؟ ظاهر! چنین نیست. همچنین در اجاره، اجاره بها با کمی یا زیادی مدت اجاره متفاوت است و حال آنکه در ازدواج دائم در مهریه به مدت زمان دوام زندگی مشترک توجه نمی‌شود و بعد از دخول ولو یک مرتبه باید کل مهر را پرداخت کند ولو این زندگی مشترک فقط یک روز دوام داشته باشد. چه یک روز چه صد سال مهریه تغییر نمی‌یابد. همچنین حتی در صورتی که هیچ منفعت جنسی از زن نبرد باید نصف مهر را بپردازد. ولکن هیچ بعید نیست که در تشریع امضایی حکم مهریه جهت اجر بودن مهریه رعایت شده باشد اگرچه برخی احکام اجاره در نکاح جاری نباشد. شاید تعبیر قرآنی «لجورهن» اشاره به این حکمت جعل مهریه داشته باشد و این مطلب در نکاح منقطع بیشتر خودنمایی می‌کند.

دیدگاه سوم: هدیه بودن مهر

طبرسی می‌نویسد: «خداوند استمتاع را میان زن و مرد مشترک قرار داد و سپس در مقابل استمتاع، مهر را بر مرد واجب کرد، بر این اساس مهر صرفه یک عطیه الهی است» (مجمع البیان، ۳/ ۱۶). طیب می‌نویسد: «و این مهر عطیه الهی است که برای نساء قرار داده و معنای (نحله) همین است: عطیه بدون عوض، و این که معروف است که مهر به ازای بضع است، به نحو مجاز است، زیرا مهر ملک طلق زوجه است و بضع ملک زوج نمی‌شود، فقط حق استمتاع دارد و استمتاع هم طرفینی است» (طیب، ۴/ ۱۲).

مطهری در این زمینه می‌گوید: «اشتباه می‌کنند کسانی که می‌گویند مهر یعنی ثمن، یعنی بها، یعنی پول برای خرید، نه، قرآن می‌گوید: این نحله و هدیه است. وقتی شما می‌خواهید کسی را راضی کنید به شکلی که نیاز شما را رفع کند، شما به او هدیه می‌دهید نه او به شما» (مطهری، ۴/ ۹۲). و در تعبیری آمده است: ماهیت مهر عبارت از عطیه بدون عوضی است که به حکم خدای تعالی به مناسبت عقد نکاح، مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود (علی‌مرادی، ۱۳۶).

محمد عبده در تفسیر خود با اعتراض شدید به فقهایی که صداق را عوض و قیمت بضع دانسته‌اند می‌نویسد: «هرگز چنین نیست؛ زیرا ارتباط میان زن و شوهر، بسیار والاتر و شریف‌تر است از ارتباطی که میان انسان‌ها با حیوان یا کنیز مملوک وجود دارد» (محمد عبده، ۴/ ۳۷۶).

به نظر می‌رسد که این دیدگاه، نظریه‌ای قابل توجه است. چه اینکه آیه شریفه «وأتوا النساء صدقاتهن نحلة» (النساء: ۴) پشتوانه‌ای محکم برای این نظریه و یکی از منشأهای قوی این تفکر است. ولی در معنا کردن آیه و بررسی مقولات حقوقی باید از هر گونه شعار زدگی و درک ناصحیح از موضوع خودداری کرد. برای بررسی دیدگاه سوم باید آیه شریفه کاملاً بررسی شده و مخاطب آیه شریفه و معنای «نحله» و نقش ترکیبی آن در آیه شریفه بررسی شود و بدانیم اگر به معنای هدیه است. آیا هدیه از جانب حضرت حق است یا هدیه از جانب زوج؟ در معنای نحله احتمالاتی وجود دارد که در تفسیر کاشف آمده: «نحله یعنی بخشش بدون عوض و بی مطالبه، عطیه و غسل بخشی» (حجتی و بی‌آزار شیرازی، ۲۰۶/۲) و در تفسیر نمونه در مورد آیه آمده: «مهر زنان را به عنوان عطیه (الهی) و هموند یک عطیه (الهی) پردازید» (مکارم شیرازی، ۲۹۷/۳).

شیخ طوسی سه احتمال در معنای نحله بیان نموده: فريضة، دیانة و عطية على غير جهة الثامنة و به زنبور، نحل می‌گویند زیرا که خداوند به واسطه او به انسان‌ها غسل عطا فرموده است (التبيان في تفسير القرآن، ۱۰۹/۳ - ۱۱۰). زمخشری نحله را به معنی اعطا دانسته و معانی دیگر از قبیل: ملة، دیانة، دینة من الله شرعه و فرضه؛ را در ردیف بعد ذکر کرده و آیه را اینطور معنا کرده که: مهر زنان را با طیب نفس به آنان اعطا کنید (زمخشری، ۴۹۸/۱). علامه طبرسی نیز نحله را به معنای عطیه و بخشش دانسته و مهر را هدیه‌ای از جانب خداوند برای زنان دانسته است و می‌نویسد: «خداوند به زوج‌ها امر کرده که مهر را پردازند بدون اینکه زنان از آنان مطالبه کنند و یا درگیری ایجاد شود زیرا آنچه با محاکمه گرفته می‌شود نحله نیست» (مجمع البیان، ۱۶/۳). به این معنا که مهر را بزرگوارانه و هموند هدیه و بخششی به آن‌ها پردازید.

و اما در مورد نقش نحوی نحله نیز نظراتی وجود دارد:

- ۱- مفعول مطلق برای فعل محذوف انحلو نحلة به معنای اعطوا عطية؛
- ۲- حال برای مخاطبین آتوهن ناحلین؛
- ۳- مفعول له به این معنا که بخاطر دینداری به زنان مهریه پردازید زیرا یکی از معانی نحله ملت و دیانت است.
- ۴- حال برای مهریه به این معنا که مهریه را در حالی که یک هدیه است و یا یک دستور دینی مفروض و تشریع شده است پردازیم.

و در مورد اینکه مخاطب آیه چه کسانی هستند نیز دو نظر متفاوت وجود دارد:

- ۱- مخاطب ازواج هستند؛

۲- مخاطب اولیای زن هستند به این معنا که مهریه زنان را از زنان منع نکنند و یا مهر را وجه المصالحه مسائل دیگر قرار ندهند.

به نظر می‌رسد شیخ طوسی و طبرسی و زمخشری احتمال اول را برگزیده‌اند و شیخ طوسی نیز به اقوی بودن احتمال اول، تصریح نموده‌اند (طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ۱۰۹/۳ - ۱۱۰). و اما اگر نحله را، معنای عطیه و بخشش گرفتیم، این عطیه از جانب خداوند است، یا از جانب زوج؟ از عبارات طبرسی بر می‌آید که مهر را عطیه‌ای از جانب خداوند دانسته‌اند، برای زنان، ولیکن به نظر می‌رسد که قید «من الله» شاهدی نداشته باشد و زمخشری در کشف نحله را به مخاطبین آیه نسبت داده که بهتر به نظر می‌رسد.

در نقد نظریه (هدیه بودن مهر) می‌توان به مطالبی اشاره کرد:

۱- هدیه قابل پس گرفتن است و حال آنکه مهر قابل پس گرفتن نیست؛

۲- هدیه و هبه جنبه اختیاری دارد و حال آنکه مهر اجباری است.

خلاصه اینکه هبه احکام و ویژگی‌های خاص خود را دارد که مهریه فاقد آن است. شیخ طوسی در کتاب مبسوط در این رابطه می‌نویسد: «علما در پاسخ به این سؤال که چگونه خداوند از مهر به «نحله» تعبیر فرموده؛ در حالی که در عوض نکاح واقع می‌شود سه جواب داده‌اند: اول اینکه نحله از انتحال به معنای «تدین» مشتق شده است مثل اینکه در عرف گفته می‌شود: فلان شخص به فلان مذهب منتحل (منتسب) است بر این اساس معنای نحله در آیه تدین است. دوم اینکه مهر در واقع هدیه و نحله‌ای است که از طرف مرد به زن و به صورت بلاعوض پرداخت می‌شود؛ چه استمتاع امری مشترک میان زوجین بوده و هر دو از آن محظوظ می‌شوند. سوم اینکه صدق در شرایع پیشین به اولیای دختر تعلق می‌گرفت، اما در اسلام به خود دختر تعلق می‌گیرد. بنابراین تعبیر به نحله، یعنی خداوند تعالی صدق را در شریعت اسلام برای زن هدیه قراردادده است» (۲۷۱/۴).

همچنین باید در نظر داشت که در مواردی در قرآن کریم از مهر تعبیر به اجر شده و روایاتی نیز گذشت که مهر را به ثمن تشبیه کرده بودند و این با هدیه دانستن و پیشکش دانستن مهریه ناسازگار است. «هدیه‌گونه» بودن اعطای مهرها با جنبه معاوضی داشتن آن تنافی ندارد، کما اینکه می‌توانید ثمن در بیع را نیز هدیه‌گونه و به خوشی و شیرینی پرداخت کنید.

دیدگاه چهارم: حق بودن

«مهر، حقی است برای زن که شارع در عقد ازدواج صحیح یا دخول به شبهه و یا بعد از عقد فاسد، پرداخت آن را از جانب مرد واجب گردانیده است» (شیخ الاسلامی، ۱/۱۲۷). برخی درباره سبب این

حق، آنرا ناشی از الزام قانونی می‌دانند. کاتوزیان در زمینه تعریف مهر، می‌نویسد: «مهر، عبارت از مالی است که به مناسبت عقد نکاح مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود، الزام مربوط به تملیک مهر ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد» (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۱/ ۱۳۱). نکته قابل توجه این دیدگاه این‌که ریشه قراردادی را نادیده گرفته و حال آنکه نمی‌توان جنبه قراردادی مهریه را نادیده گرفت.

نظرات دیگر درباره مهریه غیر از دیدگاه‌های یادشده نیز ذکر شده و یا قابل تصور است چه در زمینه عوض مهر و چه در زمینه ماهیت آن. قرطبی در تفسیر خود می‌نویسد: «در اینکه معقود علیه در عقد نکاح چیست میان علما اختلاف نظر وجود دارد. برخی بدن زن و برخی منفعت بضع و برخی حلیت زن را معقود علیه دانسته‌اند، ولی ظاهر عقد نکاح هر سه امر را مجموعه اقتضا دارد» (قرطبی، ۵/ ۱۲۹). همچنین عده‌ای با دید «ضمانت زندگی مشترک» به مهر نگاه می‌کنند.

ماهیت تعیین مهریه به معنای مصدري

در این بحث به این مطلب پرداخته می‌شود که آیا تعیین مهریه یک عقد و یک معاوضه دارای ارکان است یا صرفاً یک شرط ضمن عقد است؟ آیا «قرارداد مهریه» و «قرار داد نکاح» دو قرارداد هستند و یا یک قرار داد؟

البته فقها بعضی عبارات دارند مبنی بر اینکه مهریه نیز عقد است (طوسی، کتاب الخلاف، ۴/ ۳۶۴؛ طبرسی، المؤلف من المختلف، ۲/ ۱۵۵). کاتوزیان هم درباره مهریه می‌نویسد: «قرارداد مالی است که به عنوان امر فرعی و تبعی با نکاح ارتباط دارد و آثار آن تابع خواست زن و شوهر است» (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی - حقوق خانواده، ۱۸۸) ولی به نظر می‌رسد که مهر توافقی زیر مجموعه عقد نکاح است.

برخی مهر را عقد تبعی می‌دانند غیر از نکاح (ر.ک: محمد علی سعیدی، «بررسی شرط عندالاستطاعة در مهریه»، ۷۰ - ۷۱) و نکاح را عقدی عهدی و غیرتملیکی و مهر را عقدی تملیکی می‌دانند، و شاهد و دلیل این مطلب را هم خیار شرط می‌دانند چه اینکه مطابق ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد».

در متون فقهی نیز چنین حکمی بیان شده است. شهید ثانی در مسالک شرط خیار را در اصل عقد نکاح صحیح نمی‌دانند زیرا: اولاً نکاح معاوضه محض نیست، درثانی در نکاح شانه عبادت است و خیار در عبادات داخل نمی‌شود، سوم اینکه فسخ نکاح باعث ابتدال زن است و این امر ضرر بر زن است (۷/

(۱۰۱) و حال آنکه در شرح لمعه می‌فرماید: «شرط خیار در مهر صحیح است و چنین شرطی داخل در عموم المؤمنون عند شروطهم است» (شهیدثانی، الروضة البهیة، ۲/ ۲۷۷). حال این صحبت مطرح است که «شرط خیار» عارضی است که احتیاج به معروض دارد و معروض آن عبارت است از «عقد مهریه». دلیل دومی که شاید جهت توجیه «عقد تبعی» قابل ارائه باشد: جواز انفکاک تعیین مهر از عقد نکاح است. در نکاح دائم و این در ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی پیش بینی شده و در عبارت فقها نیز آمده است. ولی در مقابل این نظر می‌توان به ارتکاز عمومی از مهریه و عقد نکاح استدلال کرد که عرف تعیین مهر را عقد و قرارداد حقوقی نمی‌بیند و آن را یک شرط تبعی و یا یک توافق تبعی در کنار عقد نکاح می‌بیند و این طور نیست که در عقد نکاح دائم دو عقد و در عقد نکاح منقطع سه عقد وجود داشته باشد و تعیین مهر و تعیین اجل دو عقد دیگر در کنار عقد نکاح باشند. عاقد نیز در هنگامی که صبیغه عقد نکاح همراه با مهر را انشاء می‌کند قصد انشاء بیش از یک عقد را نمی‌کند.

همچنین معروض خیار شرط لازم نیست که حتمه یک عقد باشد بلکه می‌تواند شرط ضمن العقد نیز باشد و جواز انفکاک مهر از عقد نیز دلیل براین نیست که عقدی جدای از مهر باشد، بلکه می‌توان آنرا یک توافق تبعی در نکاح دانست که اجازه داده شده که بعداً حاصل شود و یا حتی اجازه داده شده که اصلاً حاصل نشود چه اینکه حتی در صورتی که مهر هم تعیین نشود مطابق ماده ۱۰۸۷ ق.م در صورت دخول مهر المثل به زن تعلق می‌گیرد. به هر حال اینکه یک توافق درحد قرارداد حقوقی و عقد شرعی درآید احتیاج به شواهد عرفی، قانونی و حقوقی محکم دارد. لذا به نظر می‌رسد که ماهیت تعیین مهریه به یک شرط ضمن عقد و یک توافق تبعی شبیه باشد تا به یک عقد و قرارداد تبعی. بله در جایی که مهریه بعد از اصل عقد نکاح معین می‌شود - که شاید بسیار نادر باشد - شاید بتوان گفت که یک قرارداد تبعی است که به تبع عقد نکاح صورت پذیرفته و لازم الاتباع است. ولی به هر حال در هیچ موردی نمی‌توان مهریه را یک عقد و قرار داد کاملاً مستقل به حساب آورد (ر.ک: حلیان، تعدیل مهر از منظر فقه و حقوق، ۱۸۶ - ۱۹۰).

اسباب مهر

برای اینکه مهر از چه راهی و به چه سبب بر مرد واجب می‌شود، اسبابی ذکر شده از قبیل: عقد، وطی به شبهه، وطی اکراهی، لزاله بکارت، تقویت بضع. شاید بتوان این موارد را به عنوان «سبب مهر» برشمرد که البته برای تقویت بضع نیز مصادیقی ذکر شده از قبیل: شیردادن، مثل اینکه مادر شوهر به زوجه در سن صغر (فاضل اصفهانی، ۱۴۷/۷)، کذب و یا رجوع شهود، مثل اینکه شهادت بر طلاق داده‌اند و بعد کذب

آنان روشن می‌شود (شیخ بهائی، ۶۸۰)، در صورتی که پدر با زوجه پسرش وطی به شبهه کند (صاحب جواهر، ۲/۳۱)، در صورتی که پسر با زوجه پدرش وطی به شبهه کند (همو)، در صورتی که پدر کنیز پسر را وطی کند (همو)، برگشتن زن از اقرار قبلی خود به نفع زوج اول (همو).

ماهیت مهریه در نکاح منقطع

متعّه، ازدواج موقت و به تعبیر قانون مدنی نکاح منقطع، یکی از ازدواج‌های رایج و مشروع در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله بوده است. احمد حنبل در مسند با سلسله سندی که همه آن‌ها ثقه هستند از عمران بن حصین نقل می‌کند: آیه متعه نازل شد در کتاب الله و ما در زمان رسول الله (صلی الله علیه و آله) به آن عمل می‌کردیم و آیه‌ای نازل نشد که آن را نسخ کند و پیامبر نیز از آن نهی نفرمود تا اینکه وفات یافت (احمد بن حنبل، ۴/۴۳۶) و به حسب شواهد تاریخی و حدیثی در زمان پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) حلال بوده و عمر پس از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) آن را حرام نموده لذا پیروان سنت نبوی قائل به حرمت بلکه استحباب آن هستند (صاحب جواهر، ۱۵۱/۳۰) و عامه آن را حرام می‌دانند. از حضرت امام صادق (علیه السلام) روایت شده که: از ما نیست کسی که ایمان به رجعت نداشته باشد و متعه را حلال نداند.^{۱۶}

ممیزات متعه عبارت‌اند از: اجرت (مهر)، اجل (سررسید معلوم)، عقد مشتمل بر ایجاب و قبول، جدا شدن زن و مرد با انقضاء مدت یا بذل مدت توسط مرد، عده و عدم میراث (موسوی، ۱۶۹-۱۷۰). این نوع نکاح توسط قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز به رسمیت شناخته شده و ماده ۱۰۷۶ بیان می‌دارد: «مدت نکاح منقطع باید کاملاً معین شود».

مهر از ارکان نکاح منقطع است و ماده ۱۰۹۵ بیان می‌دارد: «در نکاح منقطع عدم مهر در عقد موجب بطلان است». اگر در ازدواج دائم مهر ذکر نشود خللی به عقد نمی‌رساند و فقط بر می‌گردد عنداللزوم به مهرالمثل ولی در ازدواج موقت لازم است که مهر ذکر شود و گرنه عقد باطل است.^{۱۷}

همو طور که گذشت در روایات، بر جنبه استیجار در نکاح منقطع تکیه شده و نیز تفاوت‌هایی بین احکام مهر در نکاح دائم و منقطع ذکر شده است. ولی بعید است تفاوت ماهوی چشمگیری بین مهر در نکاح دائم و مهر در نکاح منقطع باشد و شباهت بیشتر نکاح منقطع به عقد اجاره نمی‌تواند منشأ تفاوت

۱۶- «لیس منا من لم یؤمن بکرتنا ولم یستحل متعتنا» (حرعاملی، ۷/۲۱).
 ۱۷- «یشترط فی النکاح المنقطع ذکر المهر فلو اخل به بطل» (امام خمینی، ۲/۲۵۹).

ماهوی چندانی در بین این دو گونه از مهر شود برای روشن تر شدن ماهیت مهر در نکاح منقطع دو روایت ذکر می شود:

۱- روایت اسحاق بن عمار که می گوید به حضرت ابوالحسن (علیه السلام) گفتم: زن به ازدواج موقت درآمده و به نفع مرد شرط کرده که هر روز بیاید نزد او تا به شرط مرد وفا کند و یا اینکه شرط کرده در روزهای معلومی نزد مرد بیاید و عهده شکنی می کند نسبت به مرد و مطابق شرط [عمل نکرده] نزد او نمی آید، پس آیا برای مرد جایز است که به مقدار روزهایی که نیامده از [مهر] زن کم کند؟ حضرت فرمودند: «... به مقداری که زن وفا نکرده از مهر منع می شود مگر ایام حیض...» (حرعاملی، ۶۱/۲۱ - ۶۲).

۲- روایت عمر بن حنظله که می گوید به حضرت ابو عبدالله (علیه السلام) گفتم: زن را به مدت یکماه به ازدواج در می آورم به مهر مسمی و او مقداری از ماه می آید و به مقداری وفا نمی کند، حضرت فرمودند: به مقداری که از تو منع کرده از صداق او کم می شود مگر ایام حیض، پس آن ایام برای اوست». (همو، ح ۴).

فتاوی نیز مؤید همین مسأله است که در صورتی که زن به مدت وفا نکند از مهر او کاسته می شود (ر.ک: شهید اول، ۱۶۸؛ محقق حلی، ۲/۲۴۹). پس در ازدواج موقت جنبه اجرت بودن مهر بروز بیشتر دارد هر چند ماهیت آن تغییر نمی کند.

یکی از ثمرات بحث در ماهیت مهر

آیا می توان یک مهر برای دو زن تعیین کرد. برخی حقوقدانان نوشته اند: «ممکن است در یک عقد نکاح، یک مهر را برای دو زن قرار داد، مانند آنکه کسی به وکالت از دو نفر، دو زن را برای آن ها نکاح نماید، چنانکه بگوید: به نکاح درآوردم منیر را برای پرویز و ستاره را برای جمشید به یک میلیون ریال مهر و یا آنکه، دو زن را برای خود ازدواج کند و یک مهر برای آن ها قرار دهد. در چنین حالتی، مهر و عقد نکاح صحیح می باشد؛ زیرا، این مقدار آگاهی برای صحت مهر کافی است.» (امامی، ۴/۳۸۳).

بر فرض صحت چنین مطلبی این سؤال مطرح می شود که این مهریه چگونه بین آنها تقسیم و توزیع شود. یک روش تنصیف است و روش دیگر اینکه به نسبت مهرالمثل هر یک، از کل مهریه سهم ببرند. روش سومی هم هست که مصالحه کنند و بهترین روش مصالحه بر روش دوم است.

شیخ طوسی در مبسوط قائل به تقسیم مساوی بین زوجین یا ازواج شده اند و فرموده اند: اگر با چهار زن ازدواج کند در عقد واحد و با هزار درهم، عقد و مهر، صحیح است... برای هر کدام از آن ها یک چهارم

هزار درهم [۲۵۰ درهم] است (۲۹۱/۴ - ۲۹۲). مؤسس حائری قول شیخ را اقوی می‌داند و می‌نویسد: «این مطلب به این دلیل است که مهر عوض حقیقی نیست تا اینکه به ازاء معاوضی تقسیط شود مانند تقسیط ثمن در دو مبیع که هر کدام مالک جدایی دارند بلکه مهر نحله و عطیه است که زوج در عقد به آن ملتزم شده است. پس اگر شیء واحد را مهر برای دو زن قرار داد مانند این است که یک شیء را به دو شخص هدیه کرده، در این جهت که باید در هر دو مورد بین آنها بالسویه تقسیم گردد، بدون در نظر گرفتن تساوی شأن آنها یا اختلاف شأن آنها». (حائری‌یزدی، ۲۶۷).

ولی هم‌طور که توضیح داده شده چشم پوشی از نقش معاوضی مهریه صحیح به نظر نمی‌رسد و قیاس مهر دو زن، به هبه به دو نفر قیاس مع‌الفارق است.

نتیجه‌گیری

مهر، حق زوجه است و هنگامی که مهریه عین معین باشد و یا به صورت عین معین تعیین شود، حق مالی مهر در عین متبلور می‌شود. پس مهر حقی مالی است که قابلیت تبلور در عین را داراست. چشم پوشی از جنبه معاوضی در جعل و تعیین مقدار مهر و اینکه آن را صرفاً یک الزام قانونی بدانیم به نظر صحیح نمی‌رسد؛ لذا در تعیین مهر برای دو زن که یکی مهر المثل او زیادت و دیگری کمتر است، عدالت اقتضای تقسیط مهر مشخص شده به نسبت مهر المثل هر یک است و تساوی راه پذیرفته‌ای نیست. توجه به واژه‌های قرآنی مانند «أجر» و «نحله» و «فریضه» در مورد مهر و تفسیر صحیح و جامع‌نگر آن‌ها و همچنین دقت در روایات و کلمات فقها به دور از شعار زدگی می‌تواند ما را به این درک برساند که مهر ماهیتی است چند بعدی که در تحلیل آن باید جنبه معاوضی و قراردادی آن در نظر گرفته شود و هر چند که نکاح معاوضه محض نیست، اما مهر به عنوان حق و أجر زن باید هدیه وار و با خوشی و شیرینی تقدیم او شود. مهر در نکاح موقت جنبه‌ای اساسی می‌یابد و واژه «أجر» در آن نمود بیشتری دارد. تعیین مهر به معنای مصدري نیز قرارداد نیست بلکه توافق در ضمن عقد است و قرار داد دانستن آن خلاف ارتکاز است.

منابع

قرآن کریم.

ابن حنبل، احمد بن محمد، *المسند*، بیروت، دارصادر، بی‌تا.
امامی، حسن، *حقوق مدنی*، کتابفروشی اسلامیة، چاپ سیزدهم، ۱۳۷۵.

شماره ۱۱۳	فقه و اصول	۶۲
انيس، ابراهيم و عبدالحليم منتصر و عطيه صوالحي و محمد خلف الله احمد، المعجم الوسيط، دفتر نشر فرهنگ اسلامي، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۲ ق.		
بحراني، يوسف بن احمد، الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، قم، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين، بی تا.		
پولادی، ابراهيم، مهريه و تعديل آن، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۳.		
جصاص، احمد بن علي، احكام القرآن، بيروت، دارالكتب العلمية، ۱۴۱۵ ق.		
جوهری، اسماعيل بن حماد، الصحاح، بيروت، دارالعلم للملایین، چاپ سوم، ۱۴۰۴ ق.		
حائری یزدی، عبدالکریم، کتاب النکاح، میرزا محمود آشتیانی، مشهد، چاپخانه خراسان، بی تا.		
حجتی، محمدباقر، و عبدالکریم بی آزار شیرازی، تفسیر کاشف، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۷۰.		
حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة، بیروت، مؤسسة آل البيت، چاپ دوم، ۱۴۲۴ ق.		
حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.		
حلبیان، حسین، احکام مهريه در فقه شیعه، شیکاگو، چاپ اول، ۲۰۱۴ م.		
_____، تعديل مهر از منظر فقه و حقوق، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۸.		
خمینی، روح الله، تحریر الوسیلة، تهران، مکتبه الاعتماد، ۱۴۰۳ ق.		
دارقطنی، علی بن عمر، سنن الدارقطنی، بیروت، دارالکتب العلمیة، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.		
راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، لبنان و سوریه، دارالعلم و الدار الشامیة، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.		
زمخشري، محمود بن عمر، الکشاف، دارالفکر، بی تا.		
سعیدی، محمد علی، «بررسی شرط عندالاستطاعة در مهريه»، آموزه های حقوقی، شماره ۱۳، بهار ۱۳۸۹.		
شرتونی، سعید، اقرب الموارد، قم، منشورات مکتبه آية الله المرعشي صاحب جواهر، ۱۴۰۳ ق.		
شرف الدین، حسین، تبیین جامعه شناختی مهريه، چاپ اول، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، تابستان ۱۳۸۰.		
شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقية، قم، دارالفکر، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۰.		
شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، قم، مطبوعات اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۷۳.		

_____، *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

شیخ الاسلامی، سید اسعد، *احوال شخصیه*، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۷۰.
 شیخ بهائی، محمد بن حسین، *جامع عباسی*، قم، جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۴۲۹ ق.
 صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، *المحیط فی اللغة*، بیروت، عالم الكتاب، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
 صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۹۸۱ م.
 صفایی، حسین، و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، نشر دادگستر، چاپ چهارم، ۱۳۸۰.
 طباطبایی یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب*، قم، مطبوعات اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
 طباطبایی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، جامعه مدرسین، بی تا.
 طبرسی، فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف*، مشهد، بنیاد پژوهش های آستان قدس رضوی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

_____، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، نشر اعلمی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
 طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.
 طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۹ ق.
 _____، *الخلاف*، قم، جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
 _____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، المكتبة المرتضویة، چاپ دوم، ۱۳۸۸ ق.
 طیب، عبدالحسین، *اطیب البیان*، انتشارات اسلام، چاپ دوم، ۱۳۷۴.
 عبده، محمد، *تفسیر القرآن الکریم*، محمد رشید رضا، دارالمنار، چاپ سوم، بی تا.
 علیمرادی، امان الله، «بررسی ماهیت حقوقی مهریه، نوع رابطه آن با نکاح دائم در نظام حقوق خانوادگی اسلام»، *فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، سال هشتم، شماره ۲۸، تابستان ۱۳۹۱.
 فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام*، قم، منشورات جماعة المدرسین، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
 فراهیدی، خلیل بن احمد، *العین*، انتشارات هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
 فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحیط*، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.
 فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر*، قم، دارالهجرة، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
 قرطبی، محمد بن احمد، *الجامع لاحکام القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ق.
 کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی (خانواده)*، تهران، شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۰.

- _____، دوره مقدماتی حقوق مدنی (حقوق خانواده)، تهران، نشر میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
- مامقانی، عبدالله، غایة السؤل فی انتصاف المهر بموت احد الزوجین قبل الدخول، بی جا، بی نا، چاپ دوم، بی تا.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۳۷۳.
- محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، نشر علوم اسلامی، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵.
- مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، قم، نشر الهادی، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
- مطهری، مرتضی، آشنایی با قرآن، انتشارات صدرا، ۱۳۶۹.
- مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، تهران، دارالکتب اسلامی، چاپ سی و یکم، ۱۳۸۱.
- موسوی، طاهر، المتعتان بین النص والاجتهاد، مرکز الغدیر، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 2, Issue 113

Summer 2018

DOI: 10.22067/jfu.v50i2.46842



انفقه‌ور

سال پنجاهم، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۱۳

تابستان ۱۳۹۷، ص ۸۲-۶۵

تبعیض در قصاص در فقه و حقوق موضوعه ایران *

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی^۱

دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج

Email: alishahi@yu.ac.ir

فاطمه اکبریان

دانش آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه یاسوج

Email: akbarianfatemeh@yahoo.com

چکیده

در فقه اسلامی برای احقاق حقوق قربانی و متهم در جرائم مربوط به نفس و عضو، شرایطی در نظر گرفته شده است پرسش این است که آیا امکان تبعیض در قصاص عضو وجود دارد به این معنا که معنی علیه و یا ولی، نسبت به جانی، بخشی از قصاص را اجرا و بخشی دیگر را عفو یا مصالحه کند؟ در این مسئله سه دیدگاه فقهی وجود دارد: یک- تبعیض در قصاص کلاً پذیرفته شده است. دو- تبعیض در قصاص، تنها برای مرد قابل پذیرش است. سه- بر پایه قول به تفصیل در قطع چهار انگشت زن توسط مرد، زن می‌تواند دو انگشت مرد را به عنوان قصاص قطع کند و چیزی به عنوان مازاد بر دیه به مرد رد نمی‌کند، ولی وی نمی‌تواند سه انگشت مرد را قطع و یک انگشت را عفو کند. در این تحقیق با نقد دو دیدگاه اول و دوم، قول به تفصیل پذیرفته شده است.

کلیدواژه‌ها: قصاص، تبعیض در قصاص، اولیاء دم، عفو، رضایت جانی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۲/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۱۰/۲۷.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

تبعیض به معنای جزء جزء کردن است (فراهیدی، ۱/ 283؛ جوهری، 3/ 1066؛ ابن منظور، 7/ 119). از فرع‌های مهمی که در بحث قصاص عضو و قصاص نفس می‌توان مطرح کرد، تبعیض در قصاص است. تبعیض در قصاص اطراف به این معناست که بخشی از قصاص را اجرا کند و بخش دیگر را عفو نماید، مثلاً جانی دست مجنی علیه را از کتف قطع کرده است، مجنی علیه خواهان قطع دست جانی از آرنج باشد. در این صورت این سؤالات مطرح می‌شود که آیا مجنی علیه در هنگام قصاص عضو می‌تواند برای بخشی از جنایت وارده، طلب قصاص نماید و برای بخش دیگر دیه بگیرد؟ آیا می‌تواند برای قسمتی از جنایت طلب قصاص کرده و نسبت به بخش دیگر مصالحه کند؟ رضایت و عدم رضایت جانی در موارد مذکور چه تأثیری خواهد داشت؟

یکی از مواردی که در بحث تبعیض در قصاص مطرح می‌شود این است که در قصاص عضو دیه زن و مرد یکسان است تا زمانی که به ثلث برسد در این صورت دیه زن به نصف تقلیل می‌یابد، حال این سؤال مطرح است که هنگامی که دیه جنایت وارد بر زن، ثلث دیه کامل یا بیشتر از آن باشد، زن می‌تواند به قصاص نیمی از جنایت اکتفا کند و به همین جهت از پرداخت دیه اضافی خودداری ورزد؟ مثل این که مردی چهار انگشت زنی را قطع کند، آیا زن می‌تواند در قصاص به دو انگشت مرد اکتفا کند و به همین علت از پرداخت نصف دیه چهار انگشت خودداری ورزد؟ (علامه حلی، قواعد الاحکام، 3/ 594).

تبعیض در قصاص نفس نیز به این معناست که اولیای دم می‌توانند به جای قصاص نفس، عضوی از اعضاء قاتل را قطع کنند، مثلاً به جای کشتن او یکی از پاهای او را قطع نمایند؟ آیا اولیای دم می‌توانند عضوی از بدن قاتل را قطع و نسبت به مابقی طلب دیه کنند؟ آیا اولیای دم می‌توانند عضوی از بدن قاتل را قطع و نسبت به مابقی مصالحه نمایند؟ رضایت و عدم رضایت قاتل در سه حالت فوق چه تأثیری دارد؟ همچنین در این قسم از قصاص این بحث مطرح می‌شود که آیا می‌توان به جای قصاص نفس، اهدای عضو نمود؟ مسئله ازهاق نفس در اهداء چگونه است؟ با فرض پذیرش اهداء، آیا خانواده مجنی علیه، باید مازاد بر دیه قتل نفس را پرداخت کنند؟ آیا رضایت جانی نیز شرط است.

قصاص در اعضاء

قصاص از ماده «قص» به معنای پی گرفتن است و «قص الأثر» یعنی پی او را گرفت (زبیدی واسطی، 334/ 9؛ طریحی، 4/ 179). البته آن را از قص به معنای قطع نیز گفته‌اند (ابن منظور، 7/ ۷۳). قصاص در اصطلاح این گونه تعریف شده است: پی‌گیری و تعقیب جنایت محقق شده (قتل، جرح و مانند آن) توسط جانی است و مجازات کردن وی به همان اندازه که او انجام داده است، به این صورت که کشنده را

بکشند و ضارب به ضرب و جراح را به جروح تنبیه کنند (راوندی، ۳۹۶/۲؛ لنگرانی، تفصیل الشریعه، ۹؛ خمینی، ۱۲؛ معین، ۲/۲۶۷۹).

هر آسیب کمتر از قتل، مانند قطع عضو، جرح و صدمه وارد بر منافع را جنایت بر عضو گویند (ماده ۳۸۸ قانون مجازات). صراحت ماده ۳۹۰ قانون مجازات جدید در مورد اولین مسئله وارد در بحث ما که مجنی علیه خواهان قطع دست جانی از آرنج باشد، جای هیچ بحث و شبهه‌ای را بر جای نمی‌گذارد و جواب را اینگونه بیان می‌دارد: «اگر جنایت بر هر عضو دارای مراتب باشد، مجنی علیه می‌تواند با رضایت مرتکب، قسمتی از جنایت را قصاص کند مانند آنکه در جراحات موضعه به متلاحمه و در قطع دست از آرنج به قطع دست از مچ بسنده و از قصاص قسمت دیگر گذشت یا مصالحه نماید» (قانون مجازات اسلامی).

قصاص بین زن و مرد در اعضا ثابت است تا اینکه به ثلث برسد، در این صورت دیه مرد بیشتر از زن است. نظریه اداره حقوقی نیز چنین بیان می‌دارد که در قصاص عضو، زن و مرد برابری و مرد مجرم به سبب نقص عضو یا جرحی که به زن وارد نماید به قصاص عضو و مانند آن محکوم می‌شود، مگر این که نصف دیه آن عضو را به مرد بپردازد (نظریه اداره حقوقی، ۷/۴۵۸۱-۳۰/۸/۱۳۶۵-۲۷۳). در این زمینه روایاتی وجود دارد که این قول را تأیید می‌کند مانند این روایت که از امام صادق (ع) پرسیده شد که آیا جراحات مرد و زن در دیه و قصاص برابر است؟ امام فرمودند: مرد و زن در قصاص دندان مقابل دندان، شجه مقابل شجه و انگشت مقابل انگشت با یکدیگر برابرند تا آن جا که دیه جراحات به ثلث دیه کامل برسد و در صورت تجاوز از ثلث، دیه مرد در جراحات دو برابر دیه جراحات در زن خواهد شد.^۱ (حر عاملی، ۱۶۵/۲۹).

در روایت دیگری نیز چنین آمده است که، «مردی چشم زنی را کور کرده بود اگر زن و بستگانش بخواهند چشم مرد را کور کنند، یک چهارم دیه را باید به او بپردازند و اگر زن بخواهد دیه بگیرد، یک چهارم دیه را دریافت می‌نماید»^۲ (همان، ۱۶۶). اما شیخ مفید معتقد است که در جنایات و صدمات کمتر از نفس، تا آنجا که دیه صدمه به یک سوم دیه کامل مرد برسد، مرد در برابر زن قصاص می‌شود و با رسیدن دیه صدمه به یک سوم، مرد در برابر زن قصاص نمی‌شود و تنها حق دریافت دیه یا آرش را دارد (مفید،

۱- یاسناده عن الحسن بن محبوب عن ابن رناب عن الحلبي قال: سئل أبو عبد الله ع عن جراحات الرجال والنساء- في العيالات والقصاص سواء- فقال الرجل والنساء في القصاص المصنوع بالصرع- والشجة بالشجة والإصبع بالإصبع سواء- حتى تبلغ الجراحات ثلث الدية- فإذا جازت الثلث- صيرت دية الرجل في الجراحات ثلثي الدية- ودية النساء ثلث الدية.

۲- محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله ع في رجل فقلع عين امرأة فقال- إن شاءوا أن يفقدوا عينه و يؤدوا إليه ربع الدية- وإن شاءت أن تأخذ ربع الدية- و قال في امرأة فقلعت عين رجل- إنه إن شاء فقلع عينها و إلا أخذ دية عينه.

764). گفتنی است که مسئله قصاص در عضو برای کسی ثابت می‌شود که در قصاص نفس نیز قصاص نفس برای او ثابت بشود، پس چون در قصاص نفس پدر در مقابل کشتن فرزند به قصاص محکوم نمی‌شود، در قصاص عضو نیز در مقابل قطع عضو فرزند، به قصاص محکوم نمی‌شود همچنان که دست مسلمان به خاطر قطع دست کافر قطع نمی‌شود (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۲/ ۲۵۷؛ خمینی، ۲/ 536). بنابراین روشن است که تمامی فقها قائل هستند که دیه اعضا زن و مرد تا ثلث با یکدیگر برابر است و با رسیدن به ثلث و یا با گذشت از ثلث، میزان دیه زن در آن عضو به نصف تقلیل خواهد یافت. اما قسمت صدر این قاعده با این استثناء روبه رو است که به موجب ماده 483 قانون مجازات قدیم دیه جراحی که بر اثر فرو رفتن نیزه یا گلوله در دست و پا واقع شود، در صورتی که مجنی علیه مرد باشد دیه آن یکصد دینار و در صورتی که زن باشد، موجب آرش می‌شود (بازگیر، 22؛ زراعت، 326).

موارد تصصیف دیه: اگر جراحات در اثر یک ضربه و در یک عضو باشد، ملاک در ثلث مجموع صدمات خواهد بود. ولی اگر به دنبال ضربات متعدده و یا در اعضای مختلف بدن باشد، دیه هر صدمه و جراحت جداگانه در نظر گرفته می‌شود (شهید ثانی، الروضة البهیه، ۱۰/ ۲۴۶؛ لنکرانی، جامع المسائل، 1/ 512). پس جنایات مختلفی که با یک ضربه واقع می‌شوند به مقتضای صحیحه ابا ن تصصیف نمی‌شود (منتظری نجف‌آبادی، 3/ 488). اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی خود چنین آورده است: «در صورتی که جراحات‌های وارده بر زن از طرف یک نفر و در یک زمان و یا در زمان‌های که عرفاً زمان واحد محسوب می‌گردد، وارد گردد، دیه مجموع باید در نظر گرفته شود. اما اگر هر جراحت توسط یک نفر دیگر یا مجموعه توسط یک نفر در زمان‌های مختلف باشد، دیه هر کدام باید مستقلاً منظور گردد و ادله تصصیف شامل این موارد که قبلاً دیه مستقر شده، نمی‌گردد» (به نقل از زراعت، ۱/ ۱۶۸؛ ارباطی، 2/ 199).

تبعیض در قصاص عضو: با توجه به این که دیه مرد آزاد یک صد شتر است و دیه اعضای زن تا یک سوم این مقدار با مرد برابر خواهد بود، اما با گذشت از یک سوم، دیه زن به نصف مرد تقلیل می‌یابد (شهید اول، اللمعة الدمشقیه، 269، خمینی، 2/ 649)؛ بنابراین اگر مردی یک انگشت زنی را قطع کند زن می‌تواند یک انگشت را به قصاص، قطع کند و یا اینکه ده شتر از او دیه بگیرد و اگر دو انگشت زن را ببرد، زن می‌تواند دو انگشت مرد را در قصاص ببرد و یا بیست شتر دیه آن را بگیرد و اگر سه انگشت زن را ببرد، همین احکام جاری است، اما اگر چهار انگشت زن را ببرد، چون دیه آن از یک سوم فراتر می‌رود، دیه زن نصف می‌شود، یعنی بیست شتر خواهد بود، بنابراین اگر زن چهار انگشت مرد را به قصاص ببرد، باید بیست شتر را به او رد کند. حال باید این مسئله را مورد بررسی قرار داد، که تبعیض در قصاص عضو امکان‌پذیر است یا خیر؟ به این صورت که زن بدون پرداخت دیه مازاد، به قصاص نیمی از جنایت اکتفا کند.

تاریخچه بحث

فقها در مورد جنایت بر اعضای که اقتصاص از آن ممکن نیست برای حفظ حق مجنی علیه به قصاص کمتر از جنایت اکتفا کرده‌اند و معتقدند که نسبت به مازاد، می‌توان درخواست ارش نمود و یا آن را عفو کرد؛ زیرا که امکان اجرای قصاص مساوی یا مماثل وجود ندارد، بنابراین در این موارد تبعیض در قصاص را جایز شمرده‌اند و در ذیل به این موارد اشاره می‌شود:

۱- در زخم‌های مانند هاشمه^۳، منقله^۴، مأمومه^۵، دامغه^۶ و شکستگی‌های استخوان که قصاص کردن موجب تغیر^۷ به نفس می‌شود؛ و همچنین در آنچه که امکان استیفای مماثل از آن وجود ندارد، قصاص واقع نمی‌شود؛ بلکه در اینگونه موارد می‌توان به کمتر از جنایت حاصل از شجایی اکتفا کرد که امکان تغیر در آن نباشد بنابراین در قصاص از هاشمه و مانند دامغه می‌توان به کمتر از آن یعنی موضعه اکتفا کرد (محقق حلی، ۴/۲۶۰؛ فیض کاشانی، ۲/۱۳۰؛ حسینی عاملی، ۱۱/۱۸۷). چنین موردی معادل با مشروعیت قصاص است.

۱-۱ در قصاص اطراف تکافو اعضای جانی و مجنی علیه در سلامت شرط است، زمانی که جانی دست فردی را قطع نماید در حال که برخی از انگشتان وی (مجنی علیه) فلج باشد، اما انگشتان جانی سالم باشند در این صورت تحقق قصاص، بسته به مقدار سلامت عضو مجنی علیه و همچنین به مقداری که امکان قصاص دارد، است و نسبت به مقدار باقی مانده دیه یا ارش لحاظ می‌شود. بنابراین در مقابل چند انگشت فلج، قصاص صورت نمی‌گیرد بلکه دیه یا ارش این اعضاء متناسب با دیه عضو فلج محاسبه می‌شود (فخرالمحققین، ۴/۶۳۳؛ مرعشی صاحب جواهر، ۳/۶۴).

۲-۱ گاهی مجنی علیه در عضو قطع شده خود دارای نقصانی است مثلاً دست وی که توسط جانی قطع شده، سه انگشت داشته است و دو انگشت وی از قبل قطع بوده است در این صورت دست جانی را در مقابل دست مجنی علیه قطع نمی‌کنند بلکه سه انگشت جانی در مقابل سه انگشت مجنی علیه قطع می‌شود و مجنی علیه می‌تواند نسبت به کف دست و دیگر اعضای قطع شده‌اش، مطالبه دیه یا ارش نماید (صاحب

۳- زخمی است که باعث شکستن استخوان گردد (مجلسی دوم، حدود قصاص و دیات، ۱۴۵).

۴- زخمی است که باعث جابجایی استخوان گردد (همان).

۵- جراحتی است که کارد به ام الدماغ یعنی پوست غلاف دماغ و مغز برسد بدون آنکه آن را بشکافد و در آن یک ثلث دیه کامل را باید داد (مفید، ۷۶۶).

۶- جراحتی است که پرده مغز را می‌شکافد و به مغز می‌رسد (همان).

۷- غرر به معنای خطر است (راغب اصفهانی، ۶۰۴؛ فیومی، ۲/۴۴۵؛ حمیری، ۸/۴۸۷) به این معنا که جان را در معرض هلاکت قرار می‌دهد (طریحی، ۳/۴۲۳).

جواهر، ۳۹۸/۴۲؛ زیرا بر طبق «کل عضو یقاد تؤخذ الدية مع فقهه» اگر بخواهد دست مجنی علیه را قطع نماید ممکن است منجر به قطع قسمت هایی از عضو جانی شود که در واقع جنایتی در مورد آن ها صورت نگرفته است (شهید اول، غایة المراد، ۳۸۲/۴؛ شهید ثانی، مسالک، ۲۹۲/۱۵؛ شهید ثانی، حاشیة الارشاد، ۳۴۲/۴؛ علامه حلی، تلخیص المرام، ۳۴۷).

۳-۱ اگر مجنی علیه دارای چهار انگشت اصلی و یک انگشت زائد باشد و تمام انگشتان جانی اصلی باشد قصاص در ید ثابت نمی شود، بلکه در چهار انگشت قصاص می شود و در انگشت زائده باید دیه آن را بپردازد و در کف دست نیز باید حکومت پرداخت شود (خمینی، ۵۵۰/۲؛ سبزواری، ۴۳/۲۹).

۴-۱ ممکن است در اثر جنایت جانی بر دست شخص، در قسمت استخوان ساعد و بازو قطع عضو صورت گیرد، قصاص مماثل در این قسمت کار دشواری است؛ چرا که این قطع عضو بر مفصل استخوان مثل کتف یا مچ مرفق واقع نشده است، بنابراین ممکن است که منجر به جنایت بیشتری شود به همین خاطر مجنی علیه در این موارد و موارد مشابه می تواند از مفصل بعدی قصاص کند و نسبت به مابقی، طلب ارش نماید (فاضل هندی، ۱۹۹/۱۱؛ حسینی عاملی، ۱۵۲/۱۱؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائده، ۱۰۱/۱۴؛ علامه حلی، ارشاد الاذهان، ۲۰۸/۲؛ محقق حلی، ۲۲۳/۴). بنابراین در این گونه موارد می توان قائل شد که فقیهان به تبعیض در قصاص گرایش داشته اند و این بحث در مواردی سابقه داشته است.

دیدگاه ها درباره تبعیض در قصاص عضو

درباره تبعیض در قصاص عضو دیدگاه های گوناگونی ارائه گردیده است که از این قرار است:

۱- پذیرش تبعیض در قصاص

فخر المحققین حلی بر این باور است که اگر مردی ۴ انگشت زنی را قطع کند در این صورت زن می تواند به قطع دو انگشت وی اکتفا نماید، به جای اینکه ۴ انگشت جانی را از باب قصاص قطع کند و دیه دو انگشت وی را بپردازد. وی دلیل این مطلب را وجود مقتضی برای جواز و عدم وجود مانع می داند (فخر المحققین حلی، ۵۷۲/۴). از متأخر المتأخرین نیز فاضل هندی و مرحوم صاحب جواهر به تبعیض در قصاص باور دارند (فاضل هندی، ۱۹۹/۱۱؛ صاحب جواهر، ۸۹/۴۲). برخی از معاصران نیز تبعیض در قصاص عضو را امکان پذیر می دانند (اردبیلی، ۱۵۶). با این شرط که رضایت جانی نیز باشد (صانعی، ۲۴۶)؛ زیرا که قصاص بخشی از جنایت، مورد حق مجنی علیه نیست (مانند قطع دست جانی از آرنج نه کتف)، بنابراین باید رضایت جانی باشد. این گروه نظر خود را چنین بیان می دارند که زن می تواند به میزان نصف صدمه تقاضای قصاص نماید، چیزی به عنوان مازاد دیه بپردازد یا صدمه را از میزان یک سوم به بعد

عفو نماید و برای باقیمانده آن یعنی تا یک سوم صدمه تقاضای قصاص نماید، بدون اینکه نیاز به پرداخت مازاد دیه باشد (حسینی شیرازی، ۱۳۸/۸۹). این گروه به روایت حبیب سجستانی استناد کرده‌اند:

هشام بن سالم از حبیب سجستانی [آورده] است، از امام باقر (ع) در مورد مردی که دست راست دو نفر را جدا ساخته، پرسیدم؛ حضرت فرمود: ای حبیب! دست راست وی در برابر دست راستی که قطع نموده، جدا خواهد شد و دست چپ در برابر دست دیگری که پس از آن قطع نموده، جدا می‌گردد. این بدان جهت است که دست راست، پیش‌تر به عنوان قصاص جدا شده و او فاقد دست راست بوده است. به امام گفتم: امام علی (ع) همواره دست راست و پای چپ مجرمان را جدا می‌ساخت. حضرت فرمود: امام (ع) آن را نسبت به حقوق الهی انجام می‌داد. ولی ای حبیب! در مورد حقوق مسلمین می‌بایست دست در برابر دست، در صورتی که جانی دستی داشته باشد، و پا در برابر دست، آن‌جا که جانی دستی برای قصاص نداشته باشد، انجام یابد. به امام گفتم: آیا قصاص کنار گذاشته نشده و دیه بر وی واجب نمی‌گردد؟ فرمود: دیه زمانی واجب می‌شود که جانی، دست کسی را قطع کند و خود فاقد دست و پا باشد. در این فرض است که دیه واجب می‌شود، زیرا جانی به هیچ روی، عضوی که از وی قصاص شود؛ ندارد^۸ (کلینی، ۳۲۰/۷ - ۳۱۹؛ ابن بابویه، ۱۳۲/۴).

در این روایت به صراحت آمده است که دست جانی زمانی به عنوان قصاص جدا خواهد شد که وی دستی برای قصاص داشته باشد، در غیر این صورت، پای وی جایگزین دست خواهد شد. سپس حضرت به صورت مطلق فرمود: اگر جانی دست داشته باشد، دستش قطع و در غیر این صورت پای او قطع می‌شود. چنان‌که مشاهده می‌شود این روایت قصاص پا در مقابل دست را جایز می‌داند در حالی که امکان اقتصاص وجود ندارد و این قول دلیل بر مشروعیت تبعیض در قصاص است.

۲- عدم پذیرش تبعیض در قصاص

گروهی از فقها نیز تبعیض در قصاص را برای زن قبول ندارند «و لیس له أن یقتص فی الموضحة بالسماحاق و یأخذ دية الزائد لإمكان القصاص فی الجنایة» (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۲۷۶/۲) و معتقدند که یا باید قصاص کل بکند و یا دیه کل را بگیرند (بهجت، ۴۷۴/۴). ادله نیز دلالت دارند بر اینکه تنها بعد از رد نصف دیه، زن می‌تواند قصاص کند و اگر گفته شود: چون قطع دو انگشت زن موجب

۸- محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن هشام بن سالم عن حبیب المجستانی قال: سألت أبا جعفر -ع- عن رجل قطع يدين لرجلين اليمينين قال فقال يا حبیب تقطع يمينه للرجل الذي قطع يمينه أولاً و تقطع يساره للرجل الذي قطع يمينه آخر لأنه إنما قطع يد الرجل الأخير و يمينه قصاص للرجل الأول قال فقلت إن علياً كان يقطع اليد اليمنى و الرجل اليسرى قال فقال إنما كان يفعل ذلك فيما يجب من حقوق الله فأما يا حبیب حقوق المسلمين فإنه يؤخذ لهم حقوقهم في القصاص اليد باليد إذا كانت للقطاع يد و الرجل باليد إذا لم يكن للقطاع يد فقلت له أ و ما يجب عليه الدية و يترك له رجله فقال إنما يجب عليه الدية إذا قطع يد رجل و ليس للقطاع يدان و لا رجلان فثم يجب عليه الدية لأنه ليس له جراحة يقاض منها.

قطع دو انگشت مرد می‌شود، پس قطع زائد اولویت دارد (یعنی قطع چهار انگشت به طریق اولی موجب قصاص دو انگشت می‌شود) این قیاس است و در حالی که از قیاس نهی شده است (روحانی قمی، ۱۳۸۶/۲۶). رضایت جانی نیز بی‌تأثیر است و حتی با رضایت او نمی‌توان قسمتی را کمتر از حق، قصاص کرد و بقیه را عفو نمود یا دیه گرفت (یزدی، ۱۳۸۴/۳۴). یکی از مخالفان تبعیض چنین ذکر می‌کند این گروه در توجیه نظر خود چنین ذکر می‌کنند، مقتضای قانون پرداخت مازاد دیه برای قصاص در صورت رسیدن دیه صدمه به یک سوم دیه کامل این گونه است که به عنوان مثال در صورتی که مردی چهار انگشت زنی را قطع کند در هر یک از چهار انگشت مجرم، برای زن حق قصاص ایجاد می‌شود البته به شرط آنکه نصف دیه آن انگشت را بدهد به عبارت دیگر حق قصاص زن در نصف مشاع از هر انگشت است، در این صورت انتقال حق قصاص از دو انگشت به دو انگشت دیگر، به گونه‌ای که برای قطع آن نیاز به پرداخت مازاد نباشد، نیاز به دلیل دارد و چنین دلیلی وجود ندارد. در نهایت آن چه را که ادله بر آن دلالت دارند داشتن حق قصاص تمام چهار انگشت با پرداخت نصف دیه هر یک از آن‌هاست و در صورتی که زن بخواهد یک انگشت از چهار انگشت را عفو نماید و سه انگشت دیگر را بدون پرداخت مازاد دیه قصاص نماید همین وضعیت برقرار است (لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۱۳۸۶/۱۲۶).

این گروه که تبعیض در قصاص را جایز نمی‌دانند برای تأیید نظر خود به روایت ابان بن تغلب استناد کرده‌اند. «وی می‌گوید به امام صادق (ع) گفتم: چه می‌گویید درباره مردی که انگشتی از انگشتان زنی را بریده باشد؟ (چقدر دیه دارد). فرمود: ده شتر. گفتم اگر دو انگشت را بریده باشد چه؟ فرمود: بیست شتر. پرسیدم اگر سه انگشت را بریده باشد چه؟ فرمود: سی شتر. پرسیدم اگر چهار انگشت را قطع کرده باشد، چه قدر؟ فرمود: بیست شتر. گفتم خداوند منزّه است! چه گونه می‌شود که برای بریدن سه انگشت باید سی شتر بدهد و برای چهار انگشت بیست شتر؟ ما هنگامی که در عراق بودیم این سخن را می‌شنیدیم اما از آن که چنین بود بیزاری می‌جستیم و می‌گفتم این سخن از القانات شیطان است، پس امام فرمود: آرام باش ای ابان این حکم رسول خدا (ص) است. زن تا یک سوم دیه با مرد برابر است اما هنگامی که به یک سوم رسید دیه زن به نصف بر می‌گردد. ای ابان! تو مرا از راه قیاس رد کردی ولی بدان اگر سنت دینی مورد قیاس قرار بگیرد، دین نابود می‌شود^۹ (ابن بابویه، ۱۳۸۴/۴؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۸۴/۱۰؛ مجلسی، بحار الانوار، ۱۳۸۴/۱۰۵). بیان استدلال: روایت ابان چنین بیان می‌دارد که زن تنها بعد از رد مازاد دیه می‌تواند

۹- روی عبد الرحمن بن الحجاج عن أبان بن تغلب قال قلت لأبي عبد الله ع ما تقول في رجل قطع إصبعاً من أصابع المرأة كم فيها قال عشرة من الإبل قلت قطع اثنين فقال عشرون قلت قطع ثلاثة قال ثلاثون قلت قطع أربعة قال عشرون قلت سبحان الله يقطع ثلاثة فيكون عليه ثلاثون فيقطع أربعة فيكون عليه عشرون إن هذا كان يبلغنا ونحن بالعراق فنبأنا ممن قاله و نقول الذي قاله شيطان فقال مهلاً يا أبان هكذا حكم رسول الله ص إن المرأة تعاقب الرجل إلى ثلث الدية فإذا بلغت الثلث رجعت المرأة إلى العصف يا أبان إنك أخذتني بالقياس و الصفه إذا قيست محق العيون.

قصاص کند به این صورت که با رسیدن به ثلث، زن باید مازاد دیه را بپردازد تا بتواند قصاص کل کند. و چیزی بیان نشده که در صورت عدم پرداخت، می‌تواند به میزان نصف، قصاص نماید. بنابراین روایت ابان دلالتی بیش از این ندارد.

۳- دیدگاه تفصیل

برخی نیز قائل به تفصیل در تبعیض در قصاص عضو هستند. یعنی با قطع دو انگشت مرد بدون نیاز مازاد دیه موافق هستند ولی با قطع سه انگشت و عفو انگشت چهارم مخالف‌اند. و این قول جدای از بحث جواز مطلق است؛ زیرا در جواز مطلق با قطع دو انگشت بدون پرداخت مازاد دیه و همچنین با قطع سه انگشت و عفو انگشت چهارم نیز موافق است، به دیگر سخن، در قول به تفصیل، حق قصاص بدون پرداخت مازاد دیه را به میزان نصف صدمه قبول دارند. قطع دو انگشت مرد بدون پرداخت، چیزی با این اشکال روبرو است که مقتضی جواز قصاص دو انگشت بدون پرداخت چیزی وجود دارد و مانعی هم وجود ندارد، در چنین وضعیتی جواز ثابت است. اما وجود مقتضی به این جهت است که قطع دو انگشت زن موجب قصاص دو انگشت مرد می‌شود و نبود هیچ مانعی در اینجا نیز به معنای انتفاء مانع است و قطع دو انگشت دیگر زن صلاحیت برای مانع شدن را ندارد به این خاطر چنین چیزی یک نوع زیادی در جنایت می‌باشد (محقق حلی، ۵۷۲/۴؛ صاحب جواهر، ۸۸/۴۲-۹۰). نکته‌ای که وجود دارد این است که دو انگشت مقطوع زن در برابر دو انگشت مرد قرار می‌گیرد، اما در مورد سه انگشت مرد این گونه نیست؛ زیرا سه انگشت مرد بیشتر و یا احتمالاً برابر حق زن است به دلیل آنکه اگر فقط سه انگشت او قطع می‌شد او حق داشت سه انگشت مرد را قطع کند و با توجه به این که با بلوغ به یک سوم دیه شارع حکم به تصفیف داده، بنابراین قطع سه انگشت مرد در برابر چهار انگشت زن صحیح نیست (محقق حلی، ۵۷۲/۴).

این گروه که قائل به تفصیل هستند به یک دلیل عقلی استناد کرده‌اند و این دلیل عقلی را این گونه ذکر کرده‌اند، مقتضی برای قصاص موجود است و مانعی نیز وجود ندارد (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴۱/۱۰؛ همو، مسالک، ۱۱۱/۱۵؛ محقق حلی، ۵۷۲/۴). مقتضی به این معنا است که قطع دو انگشت حق زن است چون این برابر با چهار انگشتی است که از وی قطع گردیده است و اگر دو انگشت زن را قطع می‌کرد وی حق داشت که دو انگشت مرد را از باب قصاص قطع کند، حالا که چهار انگشت وی را مرد قطع کرده است به طریق اولی وی حق دارد دو انگشت مرد را قطع کند (اعرجی، ۶۸۱/۳) و عدم مانع به این معنا است که قطع دو انگشت دیگر (زائد) زیادت در قصاص است پس نمی‌تواند سبب منع حقی (قطع دو انگشت اول) گردد که به صورت اولی ثابت گردیده است (شهید ثانی، حاشیه سلطان العلماء، ۴۰۲/۲).

۴- بررسی ادله

به نظر می‌رسد استدلال به روایت برای دیدگاه نخست از استواری کافی برخوردار نباشد، زیرا روایت حبیب به بحث مماثلت در اعضا توجه ندارد، حال آنکه یکی از شرایط قصاص، مماثلت در اعضا می‌باشد و این حکم خلاف اصل است و بلکه خلاف ادله قصاص «و کتبنا علیهم فیها أن النفس بالنفس والعین بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والصرع بالصرع والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحکم بما أنزل الله فلؤلئک هم الظالمون» (مانده: 45)؛ «و بر آن‌ها [بنی اسرائیل] در آن [تورات]، مقرر داشتیم که جان در مقابل جان، و چشم در مقابل چشم، و بینی در برابر بینی، و گوش در مقابل گوش، و دندان در برابر دندان است؛ و هر زخمی، قصاص دارد؛ و اگر کسی آن را ببخشد (و از قصاص، صرف نظر کند)، کفاره (گناهان) او محسوب می‌شود؛ و هر کس به احکامی که خدا نازل کرده حکم نکند، ستمگر است.»

در تعریف قصاص نیز چنین آمده بود: قصاص آن است که از جانی همانند آنچه انجام داده، گرفته شود (طوسی، التبیان، 9/ 169). بنابراین تبعیض در قصاص به خاطر عدم مماثلت در اعضا جایز نیست، مگر اینکه جنایت بر اجزاء عرفا انحلالیه باشد، به خاطر اینکه امکان مماثلت در آن عضو نیست. بنابراین از میزان جنایت، زیادی را می‌توانند عفو کنند، اما اگر جنایت بر اجزاء عرفا عدم انحلالی باشد مثل اینکه دست را از کتف قطع کرده و مجنی علیه می‌خواهد از مرفق (آرنج) قطع کند در این صورت مجالی برای قصاص نیست. زیرا جنایت و قطع به خاطر قصاص، متباین هستند، البته در صورتی که مجنی علیه رضایت دهد به خاطر شمول ادله صلح، می‌توانند بر آن صلح کنند (دو جنایت با هم تداخل نمی‌کنند) (حکیم طباطبایی، 63-65).

البته هم در مورد مذکور و هم در بعضی موارد هر چند امکان قصاص مماثل وجود ندارد، ولی قصاص در آن جایز است مثل این مورد که جانی دست فردی را قطع کند، در حالی که برخی انگشتان دست قطع شده مجنی علیه شل باشد؛ در این فرض به میزانی که امکان قصاص از جانی باشد، قصاص می‌شود و نسبت به مابقی ارش یا دیه گرفته می‌شود و میزان دیه قطع عضو شل هم یک‌سوم دیه آن عضو است (طوسی، المبسوط، ۷/ ۸۵) و یا این که جانی دست فردی را قطع کند که فاقد دو یا چند انگشت باشد، در این صورت نیز در قبال انگشتانی که امکان قصاص وجود دارد، قصاص می‌شود و نسبت به مابقی ملزم به پرداخت دیه یا ارش خواهد شد (روحانی قمی، ۱۶۷/۲۶). بنابراین از مجموع مطالب مذکور می‌توان چنین نتیجه گرفت که این قول به صورت مطلق، در قصاص عضو نمی‌تواند قول مناسبی باشد.

درباره دیدگاه دوم می‌توان گفت: روایت ابان از جهت سندی ایراد دارد چنانکه شیخ صدوق در مشیخه فقیه از امام صادق (ع) درباره ابن الحجاج که از راویان این روایت است چنین گفته: «انه لثقيل علی

الفواد». و نیز به مذهب کیسانیه متهم شده و سپس از آن بازگشت کرده، هر چند در مورد او گفته‌اند: «انه ثقة» (علامه حلی، قواعد، ۱/۴۷۰). البته به نظر می‌رسد که عبارت «انه لثقیل علی الفواد» در مورد ابن الحجاج را کشی از عثمان بن عدیس و حسین بن ناجیه نقل کرده، عثمان بن عدیس مجهول است و حسین بن ناجیه توثیق ندارد. از طرفی نیز عبارت تحریف شده و در مورد مدح و ستایش ابن حجاج است نه طعن و سرزنش او. و به این معناست که او در قلبش عظمت و جایگاه دارد و شاهد سخنی است که کشی از امام صادق (ع) نقل کرده است (خویی، ۱۰/۳۴۵). برخی نیز روایت ابان بن تغلب را عجیب و غریب شمرده‌اند و بر این ادعایند که مفاد آن خلاف حکم عقل است و در نسبت این روایت به امام صادق (ع) دروغ گفته‌اند (فاضل مقداد، ۲/۳۵۸). همچنین نیز در مورد این روایت چنین گفته شده که این روایت هم مخالف قواعد دیه و هم مخالف حکم عقل است؛ مخالفت با قواعد دیه به این صورت معلوم می‌شود که اگر دیه زن نصف است باید در تمامی موارد، دیه زن نصف مرد می‌بود و مخالف بودن با حکم عقل نیز چنین است که از طریق مفهوم اولویت اگر دیه سه انگشت سی شتر است پس حتمه دیه چهار انگشت چهل شتر است. حتی برخی فقها قائل‌اند که روایت ابان بن تغلب حجت نیست و باید کنار گذاشته شود، چرا که بنای عقلاء این نوع روایت را حجت نمی‌داند و بهتر است این روایت را بر تقیه حمل کرد (صانعی، ۶۱).

با این وجود قانون مجازات وجوه تمایزات بین زن و مرد را در چهار مورد ذیل ذکر است: الف: زمان مسئولیت کیفری. ب: شهادت زن در دادگاه. ج: دیه. د: قصاص. اما آنچه در این پژوهش به آن نیاز است دو مورد اخیر است (دیه و قصاص) است که مستند به دلیل هستند و دلیل می‌گویند که زن و مرد تا میزان ثلث دیه با هم برابری دارند و پس از آن، دیه زن به نصف کاهش می‌یابد. با این وجود، زن بدون نیاز به پرداخت چیزی به میزان نصف صدمه حق قصاص دارد و یا حق قصاص کل صدمه را با وجود پرداخت نصف دیه صدمه را خواهد داشت.

مقتضای عمومات و اطلاقات باب قصاص

سوالی که به نظر می‌رسد نیاز به بررسی دارد و در روشن شدن دیدگاه به تبعیض بسیار کارساز است این است که آیا از اطلاقات ادله قصاص می‌توان یک قاعده و اصل را به دست آورد. صاحب جواهر که از کسانی است که تبعیض در قصاص را می‌پذیرد، بر این باور است که مانعی برای تبعیض وجود ندارد و اگر کسی گمان کند که قصاص بعض، قصاص نیست در پاسخ می‌نگارد: اطلاق در نصوص و فتاوی که قصاص در نصف را برای زن ثابت می‌داند این را می‌رساند که این حق برای زن ثابت است که در دو انگشت قصاص نماید (صاحب جواهر، ۲/۸۹). به نظر می‌رسد ایشان می‌خواهد به همین اصل و قاعده از عمومات اشاره کند و آن قاعده این است که از ادله عام می‌توان جواز تبعیض را به دست آورد. این ادله و

عمومات را می‌توان آیاتی مانند «و کتبنا علیهم فیها أن النفس بالنفس والعین بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسمع بالسمع والجووح قصاص» (مانده: ۴۹) و بر آن‌ها [بنی اسرائیل] در آن [تورات]، مقرر داشتیم که جان در مقابل جان، و چشم در مقابل چشم، و بینی در برابر بینی، و گوش در مقابل گوش، و دندان در برابر دندان است؛ و هر زخمی، قصاص دارد؛ و «و لکم فی القصاص حیاة یا أولی الألباب» (بقره: ۱۷۳)؛ و برای شما در قصاص، حیات و زندگی است، ای صاحبان خرد؛ هستند و یا اطلاق روایاتی که به قصاص طرف و عضو اشاره دارند. اگر گفته شود در برخی روایات وارد شده است که قصاص در صورت رد است (لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۱۲۶) در پاسخ می‌تواند گفت: اولاً چنین نصی در باب قصاص طرف وجود ندارد بلکه روایت در باب قصاص نفس است و بالفرض که وجود هم داشته باشد، این در فرضی است که زن بخواهد چهار انگشت را قصاص کند ولی در صورتی که فقط دو انگشت را بخواهد قصاص کند دیگر رد معنا نخواهد داشت (شوشتری، ۲۴۸/۱۱).

تبعض در قصاص نفس

در حقوق کیفری اسلام، مجازات جنایت عمدی بر ضد حیات انسان، قصاص نفس است. و حکم اولی در قتل عمدی قصاص است ولی با رضایت طرفین تبدیل به دیه می‌گردد (مجلسی اول، ۲۰۹؛ محمدی خراسانی، ۴۴۶/۲). گاهی نیز به دلیل برخی عوامل مثل فرار جانی، عدم دسترسی به او تا زمان مردنش، این مجازات تبدیل می‌شود و دیه جایگزین می‌شود (صاحب جواهر، ۳۲۹/۴۲). اما آیا این امکان نیز وجود دارد که به جای قصاص نفس، قصاص عضو شود به این معنا که به جای کشتن، قاتل را قطع عضو کرد و در این صورت با هدف آیه ۱۷۹ سوره بقره «و لکم فی القصاص حیاة یا أولی الألباب لعلکم تتقون» تناسب معنایی داشته باشد؟ در این مورد نیز فقها همانند تبعض در قصاص عضو بر چند دیدگاه هستند:

یک- گروهی از فقها به عدم جواز تبعض در این قسم تصریح کرده‌اند (یزدی، ۴۴-۴۵؛ بهجت، ۴/۴۷۴؛ روحانی، ۳۵). این گروه با در نظر گرفتن قید مماثلت و با توجه به آیه «الشهر الحرام بالشهر الحرام والحوماة قصاص فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم و اتقوا الله و اعلموا أن الله مع المتقین» (بقره: ۱۹۴)، تبعض در قصاص را قبول ندارند بنابراین اولیای دم، فقط حق قصاص دارند و از نظر آیه ۴۵ سوره مانده «و کتبنا علیهم فیها أن النفس بالنفس والعین بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسمع بالسمع والجووح قصاص» نفس واحد است و قابل تجزیه و تقسیم نیست و ارزش دیه اعضاء چیزی جدای از نفس است. با توجه به حق بودن قصاص، در صورت تعدد اولیای دم، با توافق می‌توانند قصاص کنند. بنابراین به دیه کمتر یا بیشتر می‌توانند گذشت کنند اما حق وارد کردن نقصی به عضو یا

أعضاء جانی را ندارند و اولیای دم نمی‌توانند در قصاص نفس با قطع عضو، نسبت به مابقی طلب دیه کنند؛ زیرا که قطع عضو قسمتی از نفس نیست (یزدی، ۴۴-۴۵).

دو- برخی نیز قائل هستند که می‌توان به جای کشتن او عضوی از اعضای بدن وی را (مثلاً پای او را) قطع کرد (صانعی، ۱/ ۲۴۶). البته مشروط بر این که رضایت قاتل باشد. چرا که وقتی قاتل باشیم که جان او به حکم قصاص غیر محترم است، اعضایش به طریق اولی غیر محترم لحاظ می‌شوند. و شرط بودن رضایت بدین خاطر است که قطع بعضی اعضاء به جای قصاص نفس، قانونی نبوده، لیکن از راه صلح و شروط و عقود جایز می‌شود و نافذ قلمداد می‌شود (همان). علاوه بر این، در مورد حق مجنی علیه، آن چه قصاص با آن صادق است، قصاص نسبت به کل مورد جنایت است، نه قصاص به بعضی. که در مورد بعضی دلیلی نداریم و مجبور نمودن جانی به غیر مثل جنایت بدون جلب رضایت وی، موجب می‌شود که خلاف قاعده عقلایی شرعی «الناس مسلطون علی أموالهم و أنفسهم» عمل شود (همان، ۲۴۶). اما گروه اول رضایت و عدم رضایت جانی را بی‌تأثیر دانسته‌اند و حتی معتقدند با وجود رضایت قاتل هم نمی‌توانند چنین کاری بکنند (یزدی، ۴۵).

بررسی دیدگاه‌ها

دلیلی نداریم که مثلث و همگونی جنایت و کیفر در تمامی اوصاف و خصوصیات مانند درد و رنج هم شرط شده باشد و همچنین از ادله می‌توان این عدم مماثلت در درد و رنج را بدست آورد مانند این روایت که حلبی می‌گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم مردی با عصای خود، مرد دیگر را آن قدر زد تا اینکه مرد، حال آیا قاتل به ولی سپرده می‌شود تا او را بکشد؟ امام فرمود: آری، اما قاتل را در اختیار آن نمی‌گذارند تا با شکنجه او را بکشد، ولی می‌تواند با شمشیر او را بکشد^{۱۰} (حرعاملی، ۲۹/ ۱۲۶). و یا در روایت دیگری از امام پرسیدند اسرافیه که خداوند از آن نهی کرده چیست؟ امام فرمود: نهی شده از اینکه کسی غیر از قاتل را بکشد و یا مثله کنند^{۱۱} (حرعاملی، ۲۹/ ۱۲۷). این روایت این را می‌رساند که اگر جانی هنگام جنایت حتی مثله کرده باشد و یا شکنجه کرده باشد، در قصاص به این شکل عمل نخواهد شد. برای همین است که فقها می‌گویند ابزار قصاص نباید کند باشد چون قصاص با چنین ابزاری مصداق برای عبت با جانی و اسراف خواهد بود (تبریزی، ۲۵۲) از طرفی یکی از مواردی که بر آن إحیا، صدق می‌کند عدم

۱۰- محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ائیه عن ابن ابي عمیر عن حماد عن الحلبي و عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن محمد بن إسماعیل عن محمد بن الفضیل عن ابي الصباح الکنانی جمیعاً عن ابي عبد الله ع قالاً سلنا عن رجل ضرب رجلاً بعصا- فلم یقلع عنه الضوب حتی مات- أیدفع إلی ولی المقتول فیقتله قال نعم- و لكن لا یترك یعبث به- و لكن یجیز علیه بالسیف.

۱۱- و عن علی بن محمد عن بعض أصحابه عن محمد بن سلیمان عن سیف بن عمیرة عن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله ع ما هذا الإسراف الذی نهی الله عنه- قال نهی أن یقتل غیر قاتله أو یمغل بالقاتل الحدیث.

قصاص نفس است؛ در فرضی که جانی مستحق قصاص باشد. بنابراین عفو از قصاص نفس را می‌توان یکی از مصادیق إحياء دانست (مقدس اردبیلی، زبدة البیان، ۶۶۶). قرآن کریم نیز این نکته را یادآوری کرده است «و هر کس، انسانی را از مرگ رهایی بخشد، چنان است که گویی همه مردم را زنده کرده است» (مائده: ۳۲).^{۱۲}

حقوق موضوعه و تبعیض در قصاص

ماده ۲۶۳ قانون مجازات قدیم اعلام می‌دارد: قصاص با آلت غیر برنده که موجب آزار مجرم باشد، ممنوع است و مثله او نیز جرم است. برخی با استناد به منطوق این ماده، مماثلت در رنج آوری را شرط ندانسته‌اند و بر این نظرند که، چنانچه شیوه‌های سهل تری برای اجرای قصاص ابداع شود، مانعی در جهت استفاده آن‌ها نیست و از این رو می‌توان تبعیض در قصاص را از قول این گروه برداشت کرد (میر محمد صادقی، ۱۷۹). ماده ۱۴ آیین نامه نحوه اجرای قصاص، قتل، رجم، صلیب، اعدام و شلاق مصوب ۱۳۸۲/۹/۱۳ در تشریح ماده ۲۶۳ این گونه بیان می‌دارد: اجرای قصاص نفس، قتل و اعدام ممکن است به صورت حلق آویز به چوبه دار و یا شلیک اسلحه آتشین و یا اتصال الکتریسیته و یا به نحو دیگر به تشخیص قاضی صادر کننده رأی انجام گیرد. منطوق این ماده نیز مماثلت در رنج آوری را از سوی قانون گذار مورد پذیرش قرار نداده است، زیرا روش‌های قصاص که در این ماده آمده‌اند، کمترین میزان رنج را برای مجرم به همراه دارد (آیین نامه نحوه اجرای قصاص، قتل، رجم، صلیب، اعدام و شلاق. ۱۳۸۲/۹/۱۴). در مورد اینکه آیا محکوم به قصاص می‌تواند قبل از قصاص، عضوی از اعضای خود را به افراد نیازمند بفروشد یا خیر، میان فقها اختلاف است؛ اما به نظر می‌رسد اگر منافاتی با قصاص نداشته باشد، اشکالی ندارد (نقل از زراعت، ۳۵۸) دو تبصره^{۱۳} واقع در ذیل ماده ۲۱۲ قانون مجازات قدیم نیز دال بر تبعیض در قصاص است (نقل از حجتی و باری، ۴۲۰). البته در خصوص قسمت اخیر تبصره یک لازم به ذکر است که در صورتی که ولی دم خواهان قصاص یک یا چند نفر باشند اولیای دم حق اخذ دیه از سایر شرکاء در قتل را نخواهند داشت و مابقی شرکاء باید به مقدار سهم جنایت خود، به کسانی که قصاص می‌شوند و اولیای دم آن‌ها دیه بپردازند (گلدوزیان، ۱۴۲). با این وجود گفته شده که تقاضای حبس و شلاق یا قطع عضو به جای قصاص صحیح نیست؛ زیرا مجازات‌های شرعی و قانونی جزء قواعد آمره است و جزء با اجازه قانون نمی‌توان بر خلاف آن توافق کرد (زراعت، ۳۴۳)، نظریه مشورتی شماره ۱۱/۸/۷-۲۲۲۵/۷ اداره حقوقی

۱۲- و من أحيها فكأنما أحيى الناس جميعاً.

۱۳- تبصره ۱: ولی دم برخی از شرکاء در قتل را با پرداخت دیه مذکور در این ماده قصاص نماید و از بقیه شرکاء نسبت به سهم، دیه اخذ نماید.

تبصره ۲: در صورتی که قاتلان و مقتول همگی از کفار ذمی باشند، همین حکم جاری است.

قوه قضائیه نیز بیان می‌دارد «تفکیک خواسته قصاص نفس به عضو و دیه توأماً ممکن نیست و تبدیل قصاص منحصر به دیه یا انصراف از هر دو ممکن است نه تبدیل به قطع عضو و مصالحه نسبت مابقی. رضایت جانی در موارد مذکور در مقام نیست» (نقل از حجتی و باری، ۲۵۷).

بنابراین چنانچه گفته شد قول به تبعیض عضو به صراحت در قانون بیان شده ولی در مورد تبعیض در قصاص نفس به صراحت چیزی ذکر نشده است. در حقوق موضوعه نیز نمی‌توان حکم صریحی در این خصوص یافت. از طرفی عدم تصریح را نمی‌توان دلیلی بر عدم امکان دانست، چرا که از سویی کلیت، شأن قاعده حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۵۳۰). اما به غیر از موارد مذکور، در صورتی که عفو مطلق نباشد و اولیای دم به اخذ دیه و یا مبلغی کمتر یا بیشتر از آن مایل باشند، رضایت جانی شرط است و با تراضی طرفین مبلغ دریافتی، تعیین می‌شود (همان، ۲۵۶).

نکته دیگری را نیز می‌توان به عنوان تأییدی بر دیدگاه تبعیض پذیرفت و آن مضمون ماده ۴۰۰ قانون مجازات جدید است که چنین بیان می‌دارد: اگر رعایت تساوی در طول و عرض و عمق جنایت، ممکن نباشد و قصاص به مقدار کمتر ممکن باشد مجنی علیه می‌تواند به قصاص کمتر، اکتفاء کند و مابه‌التفاوت را ارش مطالبه نماید و یا با رضایت جانی دیه جنایت را بگیرد. در این ماده پذیرفته است که در مواردی می‌توان به قصاص بعض عضو جانی اکتفا کرد و اگر قصاص بعض مشروعیت نداشت در صورت عدم امکان رعایت تساوی باید کلاً تبدیل به دیه بشود و نه اینکه به مقدار کمتر اکتفا گردد. برای حجیت تبعیض در قصاص نفس به ادله دیگری نیز می‌توان استدلال کرد که از این قرار است.

نتیجه‌گیری

قصاص در أعضاء همچون قصاص نفس یک نوع مجازات خصوصی است که اجرای آن نیازمند درخواست مجنی علیه است و پس از صدور حکم نیز می‌تواند مجرم را عفو نماید. در این نوع از قصاص (جایی که زن برای قصاص باید نصف دیه صدمه را بدهد) زن می‌تواند به جای تقاضای قصاص نسبت به کل صدمه با پرداخت مازاد دیه، نسبت به نیمی از صدمه بدون پرداخت چیزی به عنوان مازاد دیه تقاضای قصاص نماید که معادل با تفصیل در تبعیض در قصاص عضو است که در قطع چهار انگشت زن توسط مرد، زن دو انگشت مرد را قطع می‌نماید ولی چیزی به عنوان مازاد بر دیه به مرد رد نمی‌کند. اما زن نمی‌تواند سه انگشت مرد را قطع نماید ولی یک انگشت را عفو نماید. و این قول غیر از جواز مطلق است. صراحت حکم قانون‌گذار ما را به این نکته رهنمون می‌کند که در مسأله تبعیض در قصاص عضو در مورد بسنده کردن مجنی علیه به قطع دست جانی از آرنج و مصالحه یا عفو کردن بر دیه مابقی، جای هیچ ابهامی را بر جای نمی‌گذارد و این شکل از قصاص مجاز شمرده شده است. اما سزاوار است که قانون‌گذار این

صراحت را در مورد تبعیض در قصاص نفس بکار گیرد تا هیچ شبهه‌ای باقی نماند؛ چرا که شخصی که به قصاص نفس محکوم شده، هر چند خون وی در مقابل اولیای دم هدر است، ولی با این حال شارع به حفظ حرمت وی در اجرای قصاص توجه داشته و استیفاء کننده قصاص را از بکار بردن ابزار آزار دهنده و کند، چه در قصاص نفس و چه در قصاص عضو بازداشته است. و در این شیوه از قصاص به خاطر مصلحت حفظ نفس محترم و به دلیل اینکه تشفی خاطر حاصل از قصاص نیز جبران می‌شود؛ قول به تبعیض مناسب‌تر است.

منابع

قرآن کریم، ترجمه مکارم شیرازی.

ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر والتوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ ق.

اردبیلی، عبدالکریم موسوی، *فقه القصاص*، قم، انتشارات نجات، ۱۴۱۸ ق.

اعرجی، عبدالمطلب بن محمد، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، تصحیح از محی الدین واعظی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.

ایرانی ارباطی، بابک، *مجموعه نظرهای مشورتی جزائی*، مجد، تهران، ۱۳۸۷.

بازگیر، یدالله، *قصاص عضو و دیه اعضاء*، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۸۸.

بهجت، محمد تقی، *استفتائات بهجت*، قم، دفتر حضرت آیه الله بهجت، ۱۴۲۸ ق.

تبریزی، جواد بن علی، *تفحیح مبانی الاحکام - کتاب القصاص*، قم، دار الصدیقه الشهیده، ۱۴۲۶ ق.

جوهری، اسماعیل بن حماد، *تاج اللغة و صحاح العربیه*، دار العلم للملایین، بیروت، ۱۴۱۰ ق.

حجتی، مهدی و مجتبی باری، *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی* با مقدمه محمد علی اردبیلی، تهران، دادستان، ۱۳۹۰.

حر عاملی، محمد بن حسن، *تحصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.

حسینی عاملی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت، دار احیا التراث العربی. بی تا.

حسینی شیرازی، محمد، *الفقه*، بیروت، دارالعلم، ۱۴۰۹ ق.

حکیم طباطبایی، محمد سعید، *مسائل معاصره فی فقه القضاء*، نجف اشرف، دار الهلال، 1427 ق.

خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۴۲۳ ق.

خویی، ابوالقاسم، *معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال*، بی تا، بی نا.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، لبنان، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.

روحانی قمی، صادق حسینی، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ق.

روحانی، محمدصادق، *استفتائات قضایی (فارسی)*، قم، دفتر آیت الله روحانی، ۱۳۷۸.

زراعت، عباس، *شرح قانون مجازات اسلامی بخش دیات و قصاص*، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۷.

سبزواری، عبد الأعلى، *مذهب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، موسسه المنار، ۱۴۱۳ق.

شوشتری، محمد تقی، *النجعة فی شرح اللمعة*، تهران، کتابفروشی صدوق، ۱۴۰۶ق.

شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة*، بیروت، دار التراث - الدار الإسلامیة، ۱۴۱۰ق.

_____، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، انتشارات دفتر اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلا نتر)*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.

_____، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، (حاشیه سلطان العلماء)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ق.

_____، *حاشیة الارشاد*، قم، انتشارات دفتر اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.

_____، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام*، قم، موسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۳ق.

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

صانعی، یوسف، *استفتائات قضایی*، قم، انتشارات پرتو خورشید، ۱۳۸۸.

طریحی، فخر الدین بن محمد، *مجمع البحرين*، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.

طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن الکریم*، بیروت، دارالاحیاء التراث، بی تا.

_____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، مکتبه مرتضویه الاحیاء آلاثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.

_____، *تهذیب الأحکام*، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۴۰۷ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، *إرشاد الأذهان إلى الأحکام الإیمان*، قم، انتشارات دفتر اسلامی، ۱۴۱۰ق.

_____، *تحریر الأحکام علی مذهب الامامیه*، مشهد، موسسه آل البيت، بی تا.

_____، *تلخیص المرام فی معرفه الأحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ق.

_____، *قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.

عمید زنجانی، عباس علی، *فقه سیاسی*، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۴۲۱ق.

فاضل موحدي لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة (القصاص)*، قم، مرکز فقهی أئمه اطهار (ع)، ۱۴۲۱ق.

_____، *جامع المسائل*، قم، انتشارات امیر قلم، بی تا.

۸۲	فقه و اصول	شماره ۱۱۳
فاضل هندی، محمد بن حسن، <i>كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحكام</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.		
فخرالمحققین، محمد بن حسن، <i>ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷.		
فراهیدی، خلیل بن احمد، <i>کتاب العین</i> ، قم، نشر هجرت، ۱۴۱۰ ق.		
فیض کاشانی، محمد حسن بن شاه مرتضی، <i>مفاتیح الشرایح</i> ، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی صاحب جواهر، بی تا.		
فیومی، احمد بن محمد، <i>المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی</i> ، قم، منشورات دار الرازی، بی تا.		
قطب راوندی، سعید بن هبة الله، <i>فقه القرآن</i> ، تصحیح از سید احمد حسینی، قم، کتابخانه آیه الله، ۱۴۰۵ ق.		
کاتوزیان، ناصر، <i>فلسفه حقوق</i> ، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.		
کلینی، محمد بن یعقوب، <i>الکافی</i> ، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.		
گلدوزیان، ایرج، <i>محشای قانون مجازات اسلامی</i> ، تهران، مجد، ۱۳۹۱.		
مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، <i>بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار علیهم السلام</i> ، بیروت، مؤسسه الطبع و النشر، ۱۴۱۰ ق.		
_____، <i>حدود و قصاص و دیات</i> ، تهران، مؤسسه نشر آثار اسلامی، بی تا.		
مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، <i>یک دوره فقه کامل فارسی</i> ، تهران، مؤسسه انتشارات فراهانی، ۱۴۰۰ ق.		
محقق حلی، جعفر بن حسن، <i>شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.		
محمدی خراسانی، علی، <i>شرح تبصره المتعلمین</i> ، بی تا، بی تا.		
مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، <i>تاج العروس من جواهر القاموس</i> ، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.		
مرعشی صاحب جواهر، شهاب الدین، <i>القصاص علی ضوء القرآن و السنه</i> ، قم، انتشارات آیه الله مرعشی صاحب جواهر، ۱۴۱۵ ق.		
معین، محمد، <i>فرهنگ فارسی</i> ، تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۸۲.		
مفید، محمد بن محمد، <i>المقنعة</i> ، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید- رحمة الله علیه، ۱۴۱۳ ق.		
مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، <i>زبدة البیان فی أحكام القرآن</i> ، تهران، المكتبة الجعفریه لإحياء الآثار الجعفریه، بی تا.		
_____، <i>مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.		
مکارم شیرازی، ناصر، <i>استفتاءات جدید</i> ، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷ ق.		
منتظری، حسین علی، <i>رساله استفتائات</i> ، قم، بی تا، بی تا.		
میر محمد صادقی، حسین، <i>جرائم علیه اشخاص</i> ، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.		
یزدی، محمد، <i>مسائل فقهی جدید</i> ، قم، نصایح، ۱۳۸۰.		

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 2, Issue 113

Summer 2018

DOI: 10.22067/jfu.v50i2.63919



سال پنجاهم، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۱۳

تابستان ۱۳۹۷، ص ۸۳-۹۷

انفجور

بررسی اشکالات چهارگانه

بر دیدگاه عدم نفوذ تصرفات اعتباری منافی با تعهد قراردادی*

دکتر جلیل قنواتی^۱

دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران

Email: ghanavaty@ut.ac.ir

دکتر سید علی علوی فزونی

دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران

Email: saalavi@ut.ac.ir

دکتر عبدالرضا علیزاده

استادیار پردیس فارابی دانشگاه تهران

Email: alizadeha@ut.ac.ir

دکتر اسفندیار صفری

دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، پردیس فارابی دانشگاه تهران

Email: esfandiuarsafari@gmail.com

چکیده

در مواردی که شخصی طبق یک قرارداد متعهد به ترک یک تصرف اعتباری می‌شود، بعضی از فقیهان به استناد قاعده اصولی دلالت نهی بر فساد، بر این باورند که تصرفات منافی صحیح نیست، در برابر دیدگاه مذکور، تعداد زیادی از فقیهان و دانشیان اصول فقه در مجموع با استناد به چهار دلیل ادعا کرده‌اند حکم وضعی تصرفات منافی با تعهد قراردادی صحت است. در این مقاله هر چهار دلیل مذکور به صورت تحلیلی بررسی و رد شده است.

کلیدواژه‌ها: نهی، بطلان، عدم نفوذ، معامله، تصرفات منافی، قرارداد.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۲/۰۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۴/۱۰.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

در قراردادهای زیادی شخصی در برابر دیگری متعهد به انجام یا ترک یک تصرف اعتباری می‌شود، اما با انجام یک تصرف اعتباری منافی از تعهد خود تخلف می‌ورزد؛ برای مثال الف ملتزم شود ظرف شش ماه ملک معین خود را به آقای ب بفروشد؛ اما قبل از فرا رسیدن موعد تعهد، ملک مذکور را به آقای ج می‌فروشد یا زوج در برابر زوجه تعهد می‌کند؛ ازدواج مجدد نکند ولی به عهدهش پایبند نمی‌ماند. مهم‌ترین مسأله در رابطه با تصرفات اعتباری منافی با تعهد پیشین، کشف حکم وضعی آن‌هاست که در این باره به شدت در متون فقهی و حقوقی اختلاف نظر است. دارندگان دیدگاه‌ها ادله متعددی برای اثبات مدعای خود اقامه کرده‌اند که بازگویی همه آن‌ها موضوع این مقاله نیست بلکه یکی از آن‌ها را در این نوشتار مورد بررسی قرار می‌دهیم. توضیح مطلب این که بعضی از فقیهان به استناد دلالت نهی بر فساد، حکم وضعی تصرفات اعتباری منافی با تعهد پیشین را بطلان دانسته‌اند (نراقی، ۱۴/۳۷۲)، ولی دلیل یاد شده از نظر مبنایی مورد اشکال فقیهان دیگر واقع شده است (خونی، التتقیح ۵/۹۸؛ خمینی، ۵/۳۴۶ - ۳۴۷). مجموع اشکال‌ها را می‌توان در چهار دلیل گردآوری و دسته‌بندی کرد: ۱- عدم تعلق نهی تکلیفی بر تصرفات اعتباری منافی ۲- عدم تلازم بین ممنوعیت تکلیفی و عدم نفوذ ۳- عدم جامعیت ۴- عدم مقدوریت. مدعای این مقاله این است همه این اشکال‌های چهارگانه را می‌توان پاسخ داد و برخلاف نظر مشهور دانشیان فقه و اصول فقه می‌توان حکم وضعی تصرفات اعتباری منافی با تعهد پیشین را غیر نافذ دانست.

پیش از بررسی اشکال‌ها لازم است به پنج نکته کوتاه بیان شود.

نکته نخست: مبحث معروف «دلالت یا عدم دلالت نهی بر فساد معامله منهی عنه»، در بیشتر کتاب‌های اصول فقه مورد بررسی واقع شده است ولی تقریباً بیشتر دانشیان اصول فقه در مبحث مذکور مسأله «صحت یا عدم صحت تصرفات منافی با تعهد قراردادی» را که موضوع اصلی این مقاله است، به عنوان مصداقی از مبحث مذکور مورد گفتگو قرار نداده‌اند. تا جایی که نگارنده بررسی کرده، محقق نائینی نخستین دانشمند اصولی است که در مبحث یاد شده به صورت خیلی کوتاه به این مسأله پرداخته است (نائینی، فوائد الاصول، ۱/۴۷۲) و پس از ایشان نیز بعضی از دانشیان اصول فقه مطالب ایشان را اشاره وار نقد کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: خونی، محاضرات فی اصول الفقه، ۵/۴۰). در متون فقهی به صورت پراکنده به چهار اشکالی که خواهد آمد، در پاره‌ای از فروع تصرفات منافی با تعهد قراردادی اشاره شده و فقیهان نوعاً آن را با مبحث اصولی یاد شده مرتبط کرده و بدون این که به صورت عمیق و متمرکز به مسأله بپردازند، از آن عبور کرده‌اند. این نوشتار را می‌توان گام نخست شمرد که با گردآوری اشکال‌های مذکور به

صورت منسجم به بیان اشکال‌های مذکور و نقد آن‌ها می‌پردازد؛ بنابراین در مقاله‌هایی هم که در گذشته در رابطه با مبحث دلالت یا عدم دلالت نهی بر فساد نوشته شده است، موضوع محل بحث این مقاله به طور کلی مغفول مانده است (برای نمونه ر.ک: زراعت، ۷۵-۹۸؛ آیتی و گل محمدی، ۲۳-۳۴).

نکته دوم: بعضی بر این باورند تعلق نهی بر معامله می‌تواند بر چهار گونه باشد؛ به این معنا که نهی می‌تواند به سبب، مسبب، مسبب، یا اثر معامله تعلق بگیرد (خراسانی، ۲۲۵ - ۲۲۶؛ فاضل لنکرانی، ۷/ ۲۹۹-۳۱۸). توضیح و نقد این تقسیم‌بندی باید در جای خود انجام پذیرد، ولی محل بحث در این نوشتار متمرکز در حوزه نهی از سبب است که در توضیح آن می‌توان گفت: نهی وقتی که به انشای یک معامله به عنوان یک فعل اعتباری مکلف تعلق می‌گیرد، نهی به سبب محقق می‌شود (مظفر، ۳۵۸). برای نمونه اگر قانون‌گذار از انجام «تصرفات اعتباری» منافی با تعهد پیشین نهی کند، می‌توان گفت نهی به سبب تعلق گرفته است. البته بعضی از فقیهان هر چند در مبحث «دلالیت یا عدم دلالت نهی بر فساد» بارها نهی از بیع عند النداء را از مصادیق نهی تکلیفی از سبب شمرده‌اند ولی در متون فقهی در تعلق نهی تکلیفی بر تصرفات اعتباری تردید کرده‌اند. در نخستین اشکال از اشکالات چهارگانه مطرح شده این مقاله به تفصیل به این مطلب خواهیم پرداخت.

نکته سوم: عبارت «تصرفات اعتباری» را که در عنوان موضوع ذکر شده، به تسامح می‌توان معادل اصطلاح «اعمال حقوقی» در متون حقوقی دانست. با توجه به این که مکرر در متون فقهی عبارت مذکور به جای «اعمال حقوقی» به کار رفته است (برای نمونه ر.ک: طباطبایی حکیم، ۱۰/ ۲۸۹؛ خمینی، ۵/ ۴۳۲؛ خوئی، التنبیه فی شرح المکاسب، ۵/ ۷۷؛ بجنوردی، ۵/ ۲۲۳)، ترجیح داده شد از اصطلاح تصرفات اعتباری استفاده شود؛ به ویژه این که اصطلاح «اعمال حقوقی» هر چند در مواد ۹۶۲ و ۱۲۱۳ قانون مدنی به کار رفته، ولی از حقوق غرب وارد حقوق ایران شده (افتخاری، ۱۲۶) و هنوز هم در متون اصول فقه و فقه جایگاهی ندارد.

نکته چهارم: دانشیان اصول فقه در مبحث «دلالیت یا عدم دلالت نهی بر فساد» از واژه «فساد» استفاده کرده‌اند. هر چند در پاره‌ای از متون گذشته فساد به معنای اعم به کار می‌رفت؛ زیرا افزون بر بطلان به جای عدم نفوذ به معنای خاص نیز به کار می‌رفت (انصاری، کتاب المکاسب، ۴/ ۱۵۹)، اما در متون فقهی و اصولی معاصر نوعاً واژه فساد ناظر به قراردادی است که به هیچ عنوان قابلیت تنفیذ ندارد. به نظر می‌رسد با توجه به این که گونه‌های نهی تکلیفی در حوزه معاملات دست کم بر دو گونه هستند؛ بعضی از آن‌ها به جهت مفسده ذاتی داشتن مورد معامله صادر شده‌اند، برای مثال نهی از فروش شراب، در این موارد تردیدی نیست حکم وضعی معامله منهی عنه فساد خواهد بود. چنین نهی‌هایی در این نوشتار محل بحث

نیست؛ اما گاهی نهی تکلیفی صادر شده به جهت پیش‌گیری از تضییع حق دیگری است، برای نمونه نهی از معامله به قصد فرار از دین یا نهی تکلیفی از نقض تعهد پیشین با تصرف اعتباری منافی را می‌توان مثال‌هایی برای چنین نهی شمرد. در چنین مواردی نمی‌توان حکم وضعی معامله منهی‌عنه را فساد به معنای خاص دانست بلکه به فرض برخلاف نظر مشهور فقیهان ترتب حکم وضعی بر نهی تکلیفی مذکور را اثبات کنیم، در مرحله دوم با توجه به قراین و ادله دیگر می‌توان حکم وضعی مذکور را حداکثر غیرنافذ دانست (نائینی، منیه الطالب، ۳/ ۲۶۳-۲۶۵)؛ به معنا این که معامله منهی‌عنه تا حدی که حق دیگری را ضایع می‌کند، نافذ نخواهد بود ولی اگر به هر دلیلی حقی که مانع نفوذ معامله است، ساقط شود معامله نافذ خواهد بود؛ به این جهت است که در عنوان مقاله از عبارت «عدم نفوذ» استفاده شد. ناگفته نماند آنچه مهم است پذیرش تلازم عدم امضای معامله منهی‌عنه توسط قانون‌گذار به جهت نهی تکلیفی است؛ اما این که حکم وضعی ناشی از عدم امضا را در قالب اصطلاح فساد یا عدم نفوذ به معنای خاص تفسیر کنیم، مطلب ثانوی است که ارتباطی به اصل مبنا ندارد. توضیح مطلب این که فقیهانی که تصرفات اعتباری منافی با تعهد پیشین را صحیح نمی‌شمارند در واقع به نوعی بر بی‌اثری معامله منهی‌عنه بر اثر نهی تکلیفی اصرار می‌کنند؛ هر چند در تفسیر گستره این بی‌اثری اختلاف داشته باشند.

نکته پنجم: در یک تقسیم‌بندی نهی بر دو قسم منقسم می‌شود: ۱- نهی تکلیفی ۲- نهی ارشادی. توضیح این دو نهی و تفاوت‌های آن دو از هم در گستره این مقاله نمی‌گنجد. ولی کوتاه سخن این که در حوزه قراردادها بعضی از منع‌های قانونی، ناظر به ارکان و شرایط قرارداد است که از آن‌ها به نهی ارشادی تعبیر می‌شود.^۱ در دلالت نهی‌های ارشادی بر بطلان معامله منهی‌عنه اختلافی نیست. برای مثال اگر قانون‌گذار از معامله مبیعی که مالیت ندارد نهی کند، نهی ارشادی و معامله باطل است (مظفر، ۳۵۸). محل نزاع نهی تکلیفی است که به سبب معامله تعلق گیرد. برای مثال الف که ضمن قراردادی متعهد شده است مال معینی را به ج نفروشد، در این صورت به استناد ادله وفا به قرارداد، فروش مال مذکور به ج دارای نهی تکلیفی خواهد بود؛^۲ اما آیا از این نهی تکلیفی می‌توان بر عدم نفوذ معامله الف بر ج در فرض نقض عهد نیز پی برد یا نه، موضوع این مقاله است.

۱. به نظر نگارنده در صورتی که نهی ناظر بر ارکان یا شرایط معامله باشد یا در جایی صادر شود که عقل نیز ممنوعیت معامله را به طور مستقل درک می‌کند، در این صورت بر فرض صدور نهی از قانون‌گذار باید آن را ارشادی دانست. در جای خود به تفصیل قابل بحث است که آیا ارشادی بودن با مولوی (تکلیفی) بودن سازگار است یا نه؟ بعضی از فقیهان بر این نظرند امر ارشادی می‌تواند به دو گونه مولوی و غیر مولوی منقسم شود. (خونی، مصباح الفقاهة، ۶/ ۲۷) به نظر می‌رسد نهی ارشادی نیز قابلیت تقسیم به دو گونه مولوی و غیر مولوی را دارد. توضیح مطلب باید در جای خود بیان شود.

۲. البته همچنانکه در بررسی اشکال نخست به تفصیل بیان خواهد شد، بعضی تعلق نهی تکلیفی بر تصرفات اعتباری را نپذیرفته‌اند. به نظر نگارنده این اندیشه درست نیست.

بازگویی اشکال‌های دیدگاه عدم نفوذ و پاسخ از آن‌ها

گفته شد که نسبت به کشف عدم نفوذ از نهی تکلیفی در حوزه معاملات، چهار شکل مطرح شده است. هر یک از اشکال‌های مذکور را مطرح و به نقد آن‌ها می‌پردازیم.

اشکال نخست: عدم تعلق نهی تکلیفی بر تصرفات اعتباری منافی

یکی از اشکال‌هایی که بر دیدگاه عدم نفوذ تصرفات اعتباری منافی با تعهد پیشین وارد شده، این است که این دیدگاه مبتنی بر تعلق نهی تکلیفی بر تصرفات اعتباری منافی‌عنه است، در حالی که تصرفات اعتباری منافی با تعهد پیشین دارای نهی تکلیفی نیست. زیرا نه تنها عمل منافی با تعهد پیشین، از دایره حرمت بیرون است؛ بلکه حتی خود متعلق تعهد نیز مشمول وجوب نمی‌شود تا نقض آن حرام باشد؛ زیرا آنچه انجام آن واجب و نقضش حرام است، صرفاً خود تعهد بما هو تعهد است؛ برای مثال وقتی شرط شده، خریدار مبیع را به دیگری وقف کند، در این مثال آنچه واجب است صرفاً خود همان وفا به شرط است، اما وقف واجب نیست، هر چند آن متعلق شرط واقع شده است؛ زیرا موضوع وجوب، وفا به شرط است نه وفا به متعلق شرط که وقف باشد. تکلیف از یک عنوان به عنوان دیگر تجاوز نمی‌کند. بنابراین چنانچه مشروط علیه از شرط تخلف کند و مبیع را به جای وقف کردن به دیگری بفروشد، در این صورت این فروش دارای نهی تکلیفی نیست؛ زیرا منافی‌عنه صرفاً، خود نقض تعهد و تخلف از شرط است و نهی از نقض شرط، به تصرف منافی سرایت نمی‌کند، مگر این که قائل باشیم امر به شیء، (امر به وفا به شرط) مقتضی نهی از ضد خاص آن است. در این صورت می‌توان گفت امر به وفا به شرط، سبب حدوث نهی از ضد خاص آن که در مثال ما فروش باشد، می‌گردد؛ اما مبنای مذکور باطل است؛ چون در اصول ثابت شده است که امر به شیء مقتضی نهی از ضد خاص آن نیست (خمینی، ۱۳۴۵/۵ - ۳۴۶؛ خوئی، التفتیح فی شرح المکاسب، ۹۸/۵).

اگر دیدگاه مذکور را بپذیریم بحث دلالت یا عدم دلالت نهی تکلیفی بر عدم صحت تصرفات اعتباری منافی سالبه به انتفاء موضوع می‌شود؛ زیرا ممنوعیت تکلیفی از آن‌ها وجود نخواهد داشت تا سخن از دلالت یا عدم دلالت آن بر عدم نفوذ تصرفات اعتباری منافی به میان آید.

پاسخ به اشکال نخست

هر چند تا به حال موضوع تعلق نهی به انشای معامله به صورت مستقل و شایسته بررسی نشده است. (منتظری، ۱/۱۶۰؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۰-۲۸)؛ ولی به نظر می‌رسد به جهات متعدد اشکال نخست درست نیست.

اولاً؛ تفسیری که از متعلق وجوب در اشکال مذکور ارائه شده، از نظر عرفی قابل پذیرش نیست.

توضیح مطلب این که مسلم است وقتی التزامات قراردادی طرفین مانع قانونی نداشته باشد، مشمول ادله وجوب پای بندی به پیمان می شود؛ بنابراین وقتی وقف مبیع توسط الف علیه ب شرط می شود؛ آیا قصد متعاقدين این است که ب صرفاً ملتزم به شرط باشد؛ و وقف و عدم وقف ملک در خارج مقصود آن ها نیست؟! شکی نباید کرد اصلاً بدون تصور این متعلق، شرط برای آن ها مفهوم پیدا نمی کند و مقصود نهایی آن ها این است که این وقف در مقام امثال از شرط، انجام شود و گرنه صرف پای بندی یا عدم پای بندی به پیمان، معنا ندارد. نتیجه این که صرف شرط و تعهد خالی از متعلق، مصداق التزام متعاقدين و به تبع مشمول وجوب قانونی واقع نمی شود. ثانیاً؛ با دقت می توان گفت عنوان شرط به صورت صرف و خالی از متعلق، معقول نیست مشمول وجوب واقع شوند بلکه وجوب به متعلقات آن ها تعلق می گیرد. زیرا تکلیف، مربوط به متعلقات این عناوین است! و گرنه عناوین به طور مستقل مشمول وجوب نمی شود. برای مثال، وقتی گفته می شود به شرط خود (تعهد) پایبند باشید؛ یعنی آن چیزی که متعهد شده اید، آن را انجام دهید یا ترک کنید، به آن وفادار باشید. نه این که به همان التزام خود- که یک امر قلبی است- پایبند باشید و گرنه اگر مشروط علیه التزام قلبی به «مشروطه» داشته باشد و بدون تقصیر وی، متعلق شرط انجام نگیرد، باید گفت: تخلف از شرط محقق نشده است! در حالی که نمی توان به لازمه مذکور پایبند بود.

ثالثاً؛ فقیهانی که تعلق حرمت بر تصرفات اعتباری منافی را نپذیرفته اند بعضی از آن ها در بحث تخلف از خيار شرط، تصرفات یاد شده را از نظر تکلیفی حرام و از نظر وضعی غیرنافذ دانسته اند (خمینی، ۴۳۹/۵ - ۴۴۰). بعضی نیز هر چند تصرفات اعتباری منافی را از نظر وضعی صحیح شمرده اند ولی از نظر تکلیفی تصریح به حرمت آن ها نموده اند (خونی، مصباح الفقاهة، ۴۷۴/۷ - ۴۷۵). برخی از فقیهان دیگر نیز افزون بر حرمت تکلیفی تصرفات اعتباری منافی، بر بطلان آن ها نیز تصریح کرده اند (کاشف الغطاء، ۶۲۹/۱). بنابراین تردیدی نیست که انجام تصرفات اعتباری منافی با تعهد قراردادی عرفاً مصداق نقض تعهد و مشمول ادله حرمت نقض پیمان خواهند بود در سقوط عدالت فردی که آگاهانه تعهد پیشین خود را با انجام تصرفات یاد شده، زیر پا گذاشته و درک عقلی وفا به پیمان را در کنار لزوم قانونی و شرعی آن نادیده گرفته است، نباید شک کرد. پس صغری که نهی تکلیفی باشد، در محل بحث وجود دارد.

اشکال دوم: عدم تلازم بین ممنوعیت تکلیفی و عدم نفوذ

اشکال دوم این است هر چند بپذیریم تصرف اعتباری مشمول حرمت تکلیفی واقع می شود، ولی تلازمی بین ممنوعیت تکلیفی یک تصرف اعتباری (نهی از سبب) با عدم نفوذ آن نیست (خراسانی، ۲۲۵؛ خمینی، ۳۴۵ - ۳۴۶؛ خونی، التتقیح فی شرح المکاسب، ۹۸/۵). ممکن است یک تصرف اعتباری از نظر تکلیفی مبغوض قانون گذار باشد، ولی از جهت حکم وضعی مورد امضای وی واقع شود.

پاسخ به اشکال دوم:

در پاسخ به اشکال دوم باید گفت: **اولاً**؛ در جایی که نهی از یک تصرف اعتباری به جهت مفسده ذاتی در متعلق مورد معامله باشد، مثل نهی از بیع خمر، بیع ربوی و نکاح در عده، اصولاً هیچ فقیهی تردیدی در فساد معامله از نظر حکم وضعی نکرده است (موسوی قزوینی، ۴/ ۶۶۹؛ جعفری لنگرودی، ۲۷۱)، نهایت این که فرایند استدلال‌ها تفاوت داشته است. برای مثال فقیهی بطلان معامله را از حکم تکلیفی کشف کرده و دیگری نهی را ارشادی دانسته (خراسانی، کفایة الاصول، ۲۲۶؛ همو، حاشیة الآخوند علی المکاسب، ۴۱۱؛ طباطبایی بروجردی، ۲۸۸) و به آن نتیجه رسیده است. در این قسم به غیر از بعضی از فقیهان حنفی - که خواهد آمد - کسی تلازم را انکار نکرده است؛ بنابراین اطلاق کلام دانشیانی که تلازم را انکار کرده‌اند، باید منصرف از این قسم دانست و چنین نهی‌هایی را باید از محل نزاع خارج ساخت چنانکه چنین نهی‌هایی از موضوع این نوشتار خارج است و در آغاز این مقاله در این باره توضیح داده شد.

ثانیاً؛ اگر به فرض بدون هیچ نوع قرینه، صرفاً یک نهی تکلیفی از یک معامله داشته باشیم، آیا در چنین مواردی می‌توان گفت نهی دلالت بر عدم صحت معامله منهی‌عنه دارد یا خیر؟ چنانکه در اشکال دوم بازگو شد، بعضی از دانشیان اصول فقه در این فرض تلازم را انکار کرده و گفته‌اند: این امکان هست قانون‌گذار با وجود حرام دانستن یک معامله آن را از نظر حکم وضعی نافذ بداند. در برابر دیدگاه یاد شده بعضی از دانشیان اصول فقه و فقه تلازم حرمت تکلیفی و فساد را پذیرفته‌اند. به نظر می‌رسد اندیشه گروه اخیر را باید پذیرفت؛ زیرا ملاک در فهم تلازم دقت عقلی نیست (اردبیلی، ۲/ ۱۱۲) بلکه برداشت عرفی از ادله است. بعضی از فقیهان قدیمی امامیه (سیدمرتضی، الانتصار، ۱۳۵ - ۱۳۴؛ همو، الذریعة، ۱/ ۱۷۹ - ۱۹۵؛ طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۲۶۴) و طبق نقلی بیشتر فقیهان اهل تسنن (زلمی، ۱۱۶ - ۱۱۷) که دلالت نهی بر فساد را پذیرفته‌اند؛ یکی از تأییدات نظرشان را فهم صحابه پیامبر (ص) و پیروان امامان (علیهم السلام) از حرام‌های شرعی دانسته‌اند، به این معنا که آن‌ها از حرام‌های بیان شده در آیات و روایات، خود به خود بطلان را نیز می‌فهمیدند. کسی تصور نمی‌کرد بین حرمت معامله و بطلان آن ملازمه نباشد و مراد از نهی تکلیفی، صرف حرام و استحقاق عذاب باشد، اما اثر مترتب بر معامله حاصل بشود! بنابراین «نمی‌توان انکار کرد که تحریم یک عمل و قرارداد در یک قانون، ملازمه عرفی با نافذ نبودن آن عمل و قرارداد در آن قانون دارد. به عنوان مثال، هرگاه قانون‌گذار عملی ... را جرم تلقی کند و فاعل آن را مستحق مجازات بداند، برداشت عموم مخاطبان این قانون آن است که قانون‌گذار چنین خرید و فروشی را به رسمیت نمی‌شناسد و آن را نافذ و صحیح نمی‌داند، مگر اینکه به خلاف این برداشت تصریح کند. بنابراین، اعلام بطلان، عدم انفاذ و به رسمیت نشناختن یک قرارداد، به بیان دیگری جز بیان تحریم، نیازمند نیست و

به رسمیت شناختن آن با فرض تحریم است که بیان زاید می‌طلبد. از این رو، نهی تکلیفی از معاملات، دالّ بر فساد است، مگر برخلاف آن، بیانی از قانون‌گذار برسد». (علیدوست، ادله عمومی قراردادها، ۶۳؛ همچنین ر.ک: همو، فقه و مصلحت، ۷۳۱). وانگهی با توجه به این که طبق مکتب کلامی امامیه، اصولاً احکام - به ویژه در حوزه معاملات - تابع مصالح و مفاسد است، چنانچه قانون‌گذار معامله‌ای که انجام آن را از نظر تکلیفی حرام شمرده است، از نظر وضعی صحیح اعلام کند، از نگاه عرفی نقض غرض تلقی می‌شود (مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الاصول، ۱/ ۵۹۱-۵۹۳ و ۵۹۶؛ محقق داماد، ۲/ ۳۹۵) که آن امری قبیح است. نتیجه این که تلازم بین حرمت تکلیفی و عدم صحت معامله منهی عنه ثابت است (طوسی، الخلاف، ۱/ ۶۳۱؛ فاضل تونی، ۱۰۷).

ثالثاً؛ افزون بر تلازم عرفی که بیان شد، در رابطه با نهی‌هایی که قرینه داریم به جهت پیش‌گیری از تضییع حق دیگری به سبب معامله تعلق گرفته است؛ برخلاف دیدگاه بعضی از فقیهان (خمینی، ۵/ ۳۴۷) می‌توان تلازم بین ممنوعیت تکلیفی و عدم نفوذ را پذیرفت؛ زیرا تضییع حق دیگری هم به درک عقلی و هم به دلیل نقلی جایز نیست (کلینی، ۷/ ۴ و ۳۹۸؛ انصاری، کتاب المکاسب، ۳/ ۱۹۰). قانون‌گذاری که به نهی از تضییع حق دیگری می‌پردازد، اگر خودش بخواهد تصرفات اعتباری منفی شخص پیمان شکن را اعتبار بخشد، فهم عرفی آن را نقض غرض و سبب تضییع حق دیگری تلقی خواهد کرد که از قانون‌گذار حکیم قبیح است.

اشکال سوم: عدم جامعیت

بعضی نوشته‌اند: بر فرض که بپذیریم در پاره‌ای از موارد تصرفات اعتباری، از نظر تکلیفی حرام و حرمت تکلیفی نیز تلازم با فساد معامله منهی عنه است، ولی با این همه این مبنا نمی‌تواند جامع همه مصادیق خود باشد و اخصّ از مدعاست. با بیان چند نمونه این اشکال را بیشتر توضیح می‌دهیم. نمونه نخست: بین شیخ انصاری و محقق تستری در رابطه با حکم فروش مال رهینه توسط راهن، اختلاف نظر است. محقق تستری معتقد بر بطلان فروش رهینه از سوی راهن است و در بعضی از فروض برای اثبات مدعای خود از مبنای «دلالت نهی بر فساد» کمک گرفته است. شیخ انصاری به جامع نبودن مبنای یاد شده اشکال کرده و در این باره چنین نوشته است: «دلالت نهی بر فساد» در صورتی که مالک در زمان فروش جاهل به رهن بودن مال باشد یا ناآگاه از حکم بطلان فروش رهینه باشد یا این که آگاه از رهن یا حکم فروش آن بوده ولی فراموش کرده باشد، کارآیی نخواهد داشت (کتاب المکاسب، ۴/ ۱۵۸). فقیه دیگری نیز در موردی که شخصی تصرفات اعتباری منفی با تعهد پیشین انجام می‌دهد، هر چند حکم تصرف یاد شده را به جهت تعلق حق پیشین متعهدله نسبت به مورد معامله (طلق نبودن مبیع)، باطل

شمرده، اما تصریح کرده است که برای رسیدن به حکم بطلان نباید از دلالت نهی بر بطلان تصرف اعتباری منافی کمک گرفت، زیرا مبنای یاد شده در رابطه با متعهد آگاه کاربرد دارد، ولی چنانچه وی در زمان تصرف اعتباری منافی، از نهی غافل باشد، مشمول مبنای مذکور نخواهد بود! (طباطبایی یزدی، ۳/ ۳۴۸؛ همچنین برای دیدن نمونه مشابه دیگر ر.ک: خوئی، مصباح الفقاهة، ۴/ ۱۰۳).

پاسخ به اشکال سوم:

به نظر می‌رسد اشکال سوم نیز درست نیست و در آن خلطی بین مرتبه انشای حکم و تنجّز آن رخ داده است. هر چند بحث تفصیلی در این باره باید در جای خود مطرح شود، اما به صورت کوتاه باید گفت: در رابطه با مراتب حکم بعضی مثل آخوند خراسانی بر این باورند حکم چهار مرتبه دارد: مرتبه اقتضا (شأنیت)، مرتبه انشا، مرتبه فعلیت و مرتبه تنجّز؛ اما بعضی مثل شیخ انصاری و امام خمینی بر این نظرند حکم دو مرتبه بیشتر ندارد که آن‌ها مرتبه شأنیت و فعلیت است. برخی نیز تنها یک مرتبه برای حکم قائل شده‌اند (نورمفیدی، ۱/ ۲۲۷ - ۲۶۷). در هر صورت مرتبه انشای حکم که شارع بر اساس مصلحت حکمی را انشا می‌کند، با مرتبه تنجّز حکم که مکلف از حکم آگاه می‌شود و با انجام یا ترک حکم الزامی مستحق ثواب یا عقاب می‌شود (مشکینی، ۱۲۰)، تفاوت بنیادین دارد؛ آنچه نیاز به آگاهی و عمد دارد، مرحله تنجّز است؛ اما انشای حکم حرمت و جعل حکم وضعی عدم نفوذ یا بطلان در عالم اعتبار برای تخلف از یک حکم تکلیفی به صورت قضیه طبیعی، ارتباطی با تنجّز آن حکم ندارد. برای توضیح بیشتر از یک مثال قانونی بهره می‌گیریم. فروش شراب جرم است، اما در صورتی که دو نفر بطری شرابی را به تصور این که ماء الشعیر است، خرید و فروش کنند، تردیدی نیست طرفین مرتکب جرم نشده‌اند، ولی آیا می‌توان گفت: به جهت ناآگاهی آن دو فرد، معامله‌شان مشمول قاعده دلالت نهی بر فساد نمی‌شود؟! دقیقاً همین بحث نسبت به موردی که شخصی ناآگاهانه تعهد پیشین خود را نقض می‌کند و برخلاف آن تصرف اعتباری منافی انجام می‌دهد، جاری است. حداکثر به جهت جهل یا فراموشی شخص مکلف، حکم حرمت نسبت به وی منجز نمی‌شود، اما تردیدی نباید کرد انشای حکم کلی حرمت نسبت به نقض پیمان در عالم اعتبار، ارتباطی با تنجّز یا عدم تنجّز حکم یاد شده نسبت اشخاص خارجی ندارد.

اشکال چهارم: عدم مقدوریت

از ابوحنیفه و شاگردش شیبانی نقل شده که به نظر آن‌ها نهی نه تنها دلالت بر فساد منهی عنه نمی‌کند بلکه دلالت بر صحت آن می‌نماید! در توضیح این استدلال می‌توان گفت: یکی از شرایط عقلایی نهی قانونی این است که مکلف توان تخلف از آن را داشته باشد؛ در صورتی که مکلف نتواند فعل منهی عنه را ایجاد کند، کشف می‌شود متعلق نهی بر وی غیر مقدور بوده، نهی از امر غیر مقدور نیز لغو و قبیح است

(انصاری، مطارح الأنظار، ۱/۷۶۳). آن‌ها این استدلال را افزون بر حوزه معاملات به حوزه عبادات نیز سرایت داده‌اند! شگفت این که نقل شده است فقیهان حنفیه به جهت عدم پذیرش دلالت نهی بر فساد، عقود حتی مثل نکاح شِغار را صحیح دانسته‌اند (زلمی، ۱۱۹)؛ چون وقتی از نکاح شِغار نهی شده، معنای آن این است که مکلف توان ایجاد نکاح شِغار را دارد و گرنه اگر ایجاد آن برای وی غیر مقدور بوده است، معنا نداشت قانون‌گذار از انشای آن نهی تکلیفی کند!

واقعیت این است از نظر فقهی بطلان این سخن با توجه به موارد نقض فراوانی که دارد، چنان روشن است که نیازی به بررسی نیست، همچنانکه بعضی از فقیهان با وجود این که خودشان دلالت نهی بر فساد را نپذیرفته‌اند، در رابطه با استدلال مذکور نوشته‌اند: بعضی اندیشه‌های نادرست در این باره ارائه شده که شایسته نقل و نقد نیست؛ به این جهت مشهور دانشمندان اعم از امامیه و اهل تسنن از این دیدگاه رویگردان شده و اجماع بر خلاف آن دارند (نراقی، انیس المجتهدین، ۲/۶۸۴ - ۶۹۸).

به نظر نگارنده این دلیل - که در واقع یکی از اشکال‌های مطرح شده بر دیدگاه دلالت نهی بر فساد است - به دو جهت لازم است مورد بررسی واقع شود؛ نخست این که دلیل مذکور در بعضی از فروض، مورد پذیرش بعضی از دانشیان اصول فقه واقع شده است (خراسانی، کفایه الأصول، ۲۲۸؛ فاضل لنکرانی، ۷/۳۴۰ - ۳۴۴). دوم این که برخی از دانشیان فقه بارها به همین دلیل برای اثبات صحت تصرفات اعتباری منافی با تعهد پیشین استناد کرده‌اند. برای نمونه امام خمینی در رابطه با حکم این مسأله، اگر شرط شود مشتری مبیع را وقف کند، ولی مشروط علیه آن را به ثالث بفروشد، نوشته است: نمی‌توان گفت تصرف منافی با شرط باطل است. بعد ایشان در ادامه نوشته است: ممکن است گفته شود تصرف منافی مشروط علیه حرمت فعلی داشته، پس آن باطل است؛ در حالی که این استدلال نیست؛ زیرا در رد آن می‌توان گفت: بر فرض، اگر وجود حرمت فعلی را بپذیریم، آن بیانگر صحت تصرف منافی خواهد بود نه بطلان آن؛ زیرا پذیرش دیدگاه بطلان منجر می‌شود به این امر که تخلف از حرمت تکلیفی مذکور از گستره توان مکلف خارج باشد! (خمینی، ۵/۳۴۷). محقق اصفهانی نیز دقیقاً به همین مبنا بارها استناد کرده و در کشف احکام فقهی از آن بهره جسته است (حاشیه المکاسب، ۵/۲۰۱). به نظر می‌رسد سرچشمه این اندیشه، همان دیدگاه اصولی یاد شده است.

پاسخ به اشکال چهارم

به نظر می‌رسد این اشکال هم به ادله گوناگون درست نیست. قبل از نقد آن، بیان یک مقدمه کوتاه لازم است. قانون‌گذار وقتی یک ماهیت قانونی مثل بیع یا اجاره یا نکاح را معتبر می‌شناسد، مصادیق اعتباری این ماهیات توسط انشای طرفین عقد در عالم اعتبار ایجاد می‌شود؛ چنانکه مصداق اعتباری ماهیت قانونی

با رعایت شرایط لازم انشا شده باشد، قهراً مشمول حکم وضعی نفوذ نیز قرار خواهد گرفت و گرنه نافذ نخواهد بود. در هر صورت مهم توجه به این نکته است که مصادیق وجود اعتباری یک ماهیت قانونی با انشای طرفین ایجاد می‌شود، ولی احکام مترتب به آن مصادیق در دست قانون‌گذار است. در مواردی که حتی اشخاص یقین دارند، حکم یک مصداق بطلان است، باز این توانایی تکوینی را دارند که آن مصداق وجود اعتباری را با انشای خود در عالم اعتبار به وجود آورند؛ چنانکه طرفین در بیع ربوی یا بیع مال مغضوب حتی با آگاهی از عدم نفوذ قانونی بیع، باز می‌توانند بیع را انشا کنند (انصاری، کتاب المکاسب، ۲۸۵/۴ و ۱۴۰/۶؛ همو، فراند الاصول، ۲/۴۲۸ - ۴۲۹). پس از مقدمه مذکور، در نقد دلیل یاد شده باید گفت:

اولاً؛ صحت و فساد از احکام وضعی است و در اختیار مکلف نیست، اما ایجاد مصداق برای یک ماهیت اعتباری مثل بیع و نکاح بدون تردید در توان مکلف است و همین ایجاد می‌تواند مورد نهی واقع شود. (خویی، دراسات فی علم الأصول، ۲/۱۸۵). بعضی نیز در این باره گفته‌اند: «ما ... ادعای ابوحنیفه را قبول نمی‌کنیم، ... می‌گوییم در مواردی که نهی به عقدهای عرفی تعلق می‌گیرد، یعنی مغبوض شرع است که در این صورت ممکن است نهی دلالت بر بطلان معامله هم داشته باشد ... چنین چیزی اشکال عقلی هم ندارد» (شبیری زنجانی، درس خارج فقه کتاب البیع، تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۷). پس متعهد این توان را دارد مصداق تصرف اعتباری منافی با تعهد پیشین را در عالم اعتبار ایجاد کند. در این صورت حتی اگر قانون‌گذار حکم وضعی مترتب بر وجود اعتباری انشا شده را عدم نفوذ یا بطلان اعلام کند، بار عرف انجام دهنده تصرف اعتباری منافی با تعهد قراردادی را پیمان شکن می‌داند؛ برای نمونه طبق بند الف ماده ۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۶۲ و بند ۱ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ یکی از مصادیقی که مؤجر می‌تواند اجاره را فسخ و تخلیه آن را بخواهد این است، مستأجر از شرط عدم اجاره تخلف کرده و ملکیت منافع ناشی از اجاره را به دیگری انتقال دهد. در این صورت، هر چند از نظر قانونی تصرف اعتباری مذکور نافذ نیست؛ اما در عین حال سبب می‌شود مؤجر بتواند اجاره را فسخ و تخلیه عین مستأجره را تقاضا کند. هیچ ذهن عرفی نمی‌پذیرد در فرض مذکور غیرنافذ شناختن اجاره دوم - که در اثر نقض تعهد ایجاد شده است -، سبب می‌شود شرط عدم اجاره، تبدیل به یک شرط غیر مقدور گردد!

ثانیاً؛ فقیهان اتفاق دارند نماز حائض و نکاح با محارم به دلیل منهی‌عنه بودن باطل هستند؛ در حالی که استدلال عقلی عدم مقدوریت که نهی کشف از صحت منهی‌عنه می‌کند، نسبت به دو مورد مذکور نیز جاری است و نمی‌توان گفت دلیل مذکور در رابطه با آن دو استثنا خورده است؛ زیرا تخصیص دلیل عقلی

پذیرفتنی نیست (قمی، ۱/ ۳۷۷). نتیجه این که این نظریه از جهت این که خلاف اتفاق فقیهان در بعضی از مصادیق است، درست نیست.

ثالثاً؛ این دیدگاه مبتنی بر پذیرش اجتماع امر و نهی نسبت به یک شیء واحد است، در حالی که طبق مبنای صحیح اجتماع امر و نهی نسبت به شیء واحد ممکن نیست (انصاری، مطارح الأنظار، ۱/ ۷۴۶). البته این اشکال مبنایی است، زیرا در برابر کسانی که اجتماع امر و نهی را نسبت به شیء واحد روا می‌دانند، کارآیی ندارد.

رابعاً؛ آنچه در صحت تعهد شرط است، قدرت بر ایفای آن است، اما این که پس از تحقق تعهدی که متعهد توان وفا به آن را دارد ولی قانون‌گذار تصرف منافی با تعهد پیشین را در عالم اعتبار نافذ نداند، نه تنها اشکالی در صحت تعهد ایجاد نمی‌کند بلکه حتی می‌توان گفت به جهت پیش‌گیری از تضییع حق متعهدله، شناسایی عدم نفوذ لازم است.

خامساً؛ باورمندان به مبنای مذکور (عدم مقدوریت) نتوانسته‌اند در همه موارد به آن پایبند باشند و در مواردی خلاف آن مبنا مشی کرده‌اند؛ که به بیان دو نمونه در این باره می‌پردازیم. **نمونه نخست:** امام خمینی یکی از فقیهانی بود که برای رد دیدگاه عدم نفوذ تصرفات اعتباری منافی با تعهد پیشین نوشته بود: با پذیرش حکم وضعی عدم نفوذ، نهی تکلیفی برای مکلف غیر مقدور خواهد بود. در نقد دیدگاه ایشان افزون بر مطالب گفته شده، یک نمونه‌ای از نوشته‌های خود ایشان، به عنوان نقض مبنای مذکور بازگو می‌شود. توضیح مطلب این که در مبحث خیار شرط نسبت به حکم تصرفات اعتباری منافی مشروط علیه اختلاف است؛ بعضی بر این باورند تصرفات مذکور صرفاً از نظر تکلیفی حرام است؛ بنابراین تصرفات اعتباری منافی با خیار شرط صحیح است. (اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ۵/ ۲۹۱ - ۲۹۲؛ خوبی، مصباح الفقاهة، ۷/ ۴۷۴ - ۴۷۵). امام خمینی در رد این دیدگاه نوشته است: به دلیل این که دارنده خیار شرط حق استرداد عین مورد معامله را دارد؛ بنابراین تصرفی که مانع از رد عین شود، جایز و نافذ نیست؛ بنابراین درست نیست گفته شود تصرف از نظر تکلیفی جایز نیست، ولی از نظر وضعی نافذ است (خمینی، ۵/ ۴۳۹ و ۴۴۰).

باید از ایشان پرسید: طبق مبنای پیشین شما در صورت عدم صحت تصرف منافی، حرمت تکلیفی امر غیر مقدور برای مشروط علیه می‌شود؛ بنابراین برای پیش‌گیری از این محذور، چاره‌ای نبود به صحت تصرفات اعتباری منافی من علیه الخیار نظر بدهید، در حالی که در اینجا پذیرفته‌اید تصرف اعتباری می‌تواند همزمان از نظر تکلیفی حرام و از نظر وضعی غیرنافذ باشد!

نمونه دوم: محقق اصفهانی نیز از فقیهانی است که بارها برای اثبات صحت تصرفات اعتباری منافی با

تعهد پیشین بیان داشته است، اگر تصرف منافی را صحیح ندانیم، سبب می‌شود تعهد پیشین غیر مقدور و باطل شود (حاشیه کتاب المکاسب، ۵/ ۲۰۱)؛ اما شگفت این که ایشان نیز نتوانسته است به این مبنا به طور مطلق پایبند بماند؛ بنابراین گاهی غیر مقدور شدن تخلف از تعهد را سبب حدوث اشکال در صحت آن ندانسته است. توضیح مطلب این که ایشان معتقد است: اگر رابطه تصرف اعتباری منافی با حقی که برای متعهده ایجاد شده است، رابطه ضد با ضد خودش باشد - برای مثال مشتری ملتزم شده است مبیع را وقف کند ولی آن را می‌فروشد؛ در اینجا رابطه بین فروش و وقف ضدین است -، چون «مُلْتَزَمٌ به» نفس وقف است؛ قدرت انجام و ترک آن برای مشروط علیه ارتباطی با قدرت وی نسبت به تصرف اعتباری منافی ندارد؛ بنابراین مشروط له که بر عهده مشروط علیه، مستحق وقف شده است، از نظر عقلی مانعی ندارد همین استحقاق سبب بطلان تصرف اعتباری منافی شود و انجام آن را از تحت قدرت مشروط علیه خارج سازد. به عبارت دیگر، ایشان می‌گویند: در این فرض که مورد تعهد، وقف است، آن حتی در زمانی که مشروط علیه می‌خواهد تصرف اعتباری منافی در عالم خارج محقق شود، در توان متعهد است که وقف را انجام دهد یا رها کند. بنابراین این ضد (حق وقف که برای متعهده ایجاد شده است) هیچ مانعی عقلاً ندارد، فروش مبیع به ثالث توسط مشروط علیه را باطل سازد و آن را از تحت قدرت متعهد خارج سازد؛ زیرا فروش مبیع به ثالث، مورد تعهد مشروط علیه نبوده است تا غیر مقدور بودن آن اشکالی ایجاد کند. البته در ادامه ایشان از راههای دیگر اثبات می‌کنند که تصرف منافی حتی در فرض ضدان نیز درست است ولی از استدلال به عدم مقدوریت پرهیز می‌کنند (اصفهانی، بحوث فی الفقه: کتاب الإجارة، ۱۱۶ - ۱۱۸).

نتیجه‌گیری

همه اشکال‌های چهارگانه‌ای که بر دیدگاه عدم نفوذ تصرفات اعتباری منافی با تعهد قراردادی بیان شده است، قابل پاسخ است؛ زیرا اولاً؛ امکان تعلق نهی تکلیفی نسبت به تصرفات اعتباری منافی وجود دارد. ثانیاً؛ از نظر عرفی لازمه ممنوعیت تکلیفی، عدم تنفیذ معامله منهی عنه است؛ به ویژه در مواردی که امضای تصرف اعتباری منهی عنه منجر به تضییع حق دیگری بشود. ثالثاً؛ خلط کردن بین مرحله انشای یک حکم تکلیفی با مرحله تنجز آن، برای نفی تلازم بین ممنوعیت تکلیفی و عدم نفوذ وضعی صحیح نیست. رابعاً؛ با توجه به این که ایجاد مصداق وجود اعتباری ماهیت، همواره مقدور متعهد در حوزه قراردادهاست، بنابراین صحیح نیست گفته شود شناسایی حکم وضعی عدم نفوذ برای تخلف از ممنوعیت تکلیفی، سبب غیر مقدور شدن تعهد می‌گردد!

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ هفتم، ۱۴۲۳ ق.
- آیتی، سید محمد رضا و هوشنگ گل محمدی، «بررسی ملازمه بین حرمت و بطلان»، *فصلنامه علمی-پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال نهم، شماره ۲۸، تابستان ۱۳۹۵.
- اصفهانی، محمد حسین، *بحوث فی الفقه: کتاب الإجارة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، أنوار الهدی، چاپ سوم، ۱۴۳۱ ق.
- افتخاری، جواد، *حقوق مدنی* (۳)، تهران، انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *کتاب المکاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *مطارح الانظار*، مُقرّر: ابوالقاسم کلانتری طهرانی، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیة*، قم، دار الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- تونی، عبدالله بن محمد، *الوافیة فی أصول الفقه*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۸۰.
- حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مؤسسه دار التفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- خمینی، روح الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- خونی، ابوالقاسم، *التنقیح فی شرح المکاسب*، مُقرّر: علی تبریزی غروی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخونی، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.
- _____، *محاضرات فی اصول الفقه*، مُقرّر: محمد اسحاق فیاض، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ چهارم، ۱۳۷۵.
- _____، *مصباح الفقاهة*، مُقرّر: محمد علی توحیدی، قم، مطبعة سیدالشهداء (ع)، چاپ دوم، بی تا.
- زراعت، عباس، «دلالت نهی بر فساد منهی عنه و نظریه بطلان»، *مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان*، شماره پیاپی ۱۲، زمستان ۱۳۸۴.
- زلمی، مصطفی ابراهیم، *خاستگاه های اختلاف در فقه مذاهب*، ترجمه: حسین صابری، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- سیدمرتضی (علم الهدی)، علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الإمامیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- _____، *الذریعة إلى أصول الشریعة*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، بی جا، ۱۳۴۶.

شیرازی زنجانی، موسی، *درس خارج فقه، کتاب البیع*، ارائه شده در تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۷؛ (قابل دسترسی در سایت مدرسه فقهات).

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب*، قم: نشر طلیعه نور، چاپ دوم، ۱۴۲۹ ق.

طوسی، محمد بن حسن، *العدة فی أصول الفقه*، قم، بی نا، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

_____، *کتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

علیدوست، ابوالقاسم، «ادله عمومی قراردادها»، *فصلنامه فقه اهل بیت*، شماره ۶۶ و ۶۷، تابستان و پاییز ۱۳۹۰.

_____، *فقه و مصلحت*، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول،

۱۳۸۸.

فاضل لنکرانی، محمد، *سیری کامل در اصول فقه*، قم، انتشارات فیضیه، چاپ دوم، زمستان ۱۳۸۴.

کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجلة*، تهران، المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامية، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

محقق داماد، مصطفی و همکاران، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۸۹.

مشکینی، علی، *اصطلاحات الأصول*، قم، انتشارات یاسر، چاپ دوم، ۱۳۴۸.

مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم، بوستان کتاب قم، چاپ سوم، ۱۳۸۴.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۲.

مکارم شیرازی، ناصر، *أنوار الاصول*، مقرر: احمد قدسی، قم، مدرسة الامام أميرالمؤمنين (ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.

_____، *أنوار الفقاهة - کتاب التجارة (المکاسب المحرمة)*، قم، مدرسة الامام أميرالمؤمنين (ع)،

چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

منتظری، حسین علی، *دراسات فی المکاسب المحرمة*، قم، نشر تفکر، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *القوانين المحکمة فی الاصول المتقنة*، بیروت، دار المرتضی، چاپ اول، ۱۴۳۰ ق.

نائینی، محمد حسین، *فوائد الاصول*، مقرر: محمد علی کاظمی خراسانی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی جا، ۱۴۰۴

ق.

_____، *منية الطالب*، مقرر: موسی کاظمی نجفی خوانساری، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ سوم،

۱۴۳۳ ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

نورمفیدی، مجتبی، *حکم: حقیقت، اقسام، قلمرو*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، چاپ اول، ۱۳۹۴.

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 2, Issue 113

Summer 2018

DOI: 10.22067/jfu.v50i2.49113



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۱۳

تابستان ۱۳۹۷، ص ۹۹-۱۱۴

چگونگی مواجهه فقها با اخبار من بلغ و برداشتی نواز این اخبار*

دکتر علی اکبر کلانتری

دانشیار دانشگاه شیراز

Email: aak1341@gmail.com

چکیده

مشهور در میان فقها آن است که می‌توان با تکیه بر «اخبار من بلغ» حکم به استحباب اموری کرد که امارات و روایاتی نا معتبر، بر مطلوبیت انجام آن‌ها دلالت کنند. ایشان با بهره‌گیری از این اخبار با رویکرد فقهی و اصولی، به این نتیجه رسیده‌اند که آن چه در روایات دلالت کننده بر احکام الزامی، شرط است، در روایات دلالت کننده بر احکام غیر الزامی شرط نیست. این در حالی است که با درنگ در سمت و سو ومفاد این اخبار و بررسی قرائن دیگر، روشن می‌شود مضامین آن‌ها، مرتبط با موضوع ثواب و پاداش الهی است و بیشتر صیغه کلامی و اعتقادی دارند و نمی‌توان آن‌ها را دلیل بر ملغا بودن شرایط حجیت اخبار دلالت کننده بر مستحبات و فضائل دانست و بر این اساس، فتوا به استحبات (و کراهت) به سان فتوا به وجوب و حرمت، نیازمند دلیل معتبر است.

کلیدواژه‌ها: اخبار من بلغ، استحباب، تسامح در ادله سنن.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۵/۲۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۲/۲۶.

مقدمه

شمار در خور توجهی از فقها، هنگام بحث از استحباب بسیاری از امور، به روایاتی استناد نموده‌اند که با عنایت به وجود عبارت «من بلغه» در بیشتر آن‌ها، به «احادیث من بلغ» اشتباه یافته‌اند. در ذیل با برخی از این روایات آشنا می‌شویم:

۱- احمد بن ابی عبدالله برقی، با سند صحیح،^۱ از امام صادق (ع) نقل می‌کند که آن حضرت فرمود: «من بلغه عن النبی (ص) شیء من الثواب فعمله کان أجو ذلک له و ان کان رسول الله (ص) لم یقله.» (برقی، ۳۵/۱؛ نیز ر. ک حر عاملی، ۶۰/۱) «هر کس از سوی پیامبر (ص) به او برسد که [انجام دادن] چیزی، دارای پاداش است و بر این اساس، اقدام به انجام آن نماید، از پاداش آن عمل، برخوردار می‌شود، هر چند پیامبر (ص) آن را نفرموده باشد.»

۲- شیخ کلینی، با سند خود از محمد بن مروان نقل می‌کند که وی گفت: «سمعت ابا جعفر (ع) یقول: من بلغه ثواب من الله علی عمل فعمل ذلک العمل إلتماس ذلک الثواب لوتیه و إن لم یکن الحدیث کما بلغه.» (کلینی ۸۷/۲؛ نیز ر. ک: حر عاملی، ۶۰/۱) «شنیدم امام باقر (ع) می‌فرمود: هر کس به او برسد که [انجام فلان] کار، پاداش الهی دارد و بنابراین، به هدف دست یابی به پاداش، کار مزبور را انجام دهد، از آن پاداش برخوردار می‌شود، هر چند حدیث مزبور، به گونه‌ای نباشد که به او رسیده.»

۳- شیخ صدوق، با سند خود از صفوان و او از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمود: «من بلغه شیء من الثواب علی شیء من الخیر فعمل به کان أجو ذلک له و ان کان رسول الله (ص) لم یقل» (ثواب الاعمال، ۱۳۲؛ نیز ر. ک: حر عاملی، ۵۹/۱)

۴- احمد بن محمد حلی با سند خود و به طور کلی از ائمه علیهم السلام نقل می‌کند که ایشان فرموده‌اند: «إن من بلغه شیء من الخیر فعمل به کان له من الثواب ما بلغه و إن لم یکن الامو کما فعله» (۱۲)

۵- سید ابن طاوس نیز به نقل از امام صادق (ع) می‌نویسد: «من بلغه شیء من الخیر فعمل به کان له ذلک و إن لم یکن الامو کما بلغه» (۵۶۶)

مشهور فقها با تکیه بر قاعدة معروف «تسامح در ادلة سنن» که از همین روایات استفاده کرده‌اند، بسیاری از امور را بی آن که مستند به آیه یا حدیثی معتبر باشد، مستحب و یا مکروه دانسته‌اند. این گروه، مفاد اخبار یاد شده را با رویکرد فقهی، ارزیابی و بررسی نموده‌اند.

و این در حالی است که بسیاری از فقهای پسین، با رویکرد اصولی، به تحلیل این روایات پرداخته‌اند،

۱- سند روایت، چنین است: احمد بن ابی عبدالله البرقی عن علی بن الحکم عن هشام بن سالم عن ابی عبدالله (ع)

هر چند نتیجه این دو رویکرد یکی و آن فراهم آمدن زمینه صدور فتوا به استحباب است. به دیگر سخن، این دو نگرش، در عرض هم و مانعه الجمع نیستند بلکه هر یک، ناظر به مرحله‌ای از مراحل استنباط جهت دست یابی به مجموعه‌ای از احکام ویژه است.

از نگاه نگارنده هیچ یک از این دو رویکرد، با مضامین اخبار من بلغ، متناسب نیست و با درنگ بیشتر در آن‌ها و با ملحوظ داشتن قرائن جانبی، معلوم می‌شود سمت و سوی این اخبار و جهت‌گیری کلی آن‌ها، تبیین امری است که بیشتر صبغة اعتقادی و کلامی دارد.

اهمیت و ضرورت بحث و بررسی در این زمینه، بیشتر بدان جهت است که اثبات حکم شرعی، هر چند استحباب یا کراهت، به گونه‌ای که بتوان آن را به شارع نسبت داد، نیازمند دلیل متقن و معتبر است، چنان که صاحب مدارک می‌نویسد: «إن الاستحباب حکم شرعی یتوقف علی الدلیل الشرعی کسائر الاحکام.» (عاملی، ۱/ ۳۱) «استحباب، حکمی است شرعی و همانند دیگر احکام، متوقف بر وجود دلیل شرعی است.»

صاحب حدائق نیز می‌گوید: «إن الاستحباب حکم شرعی یتوقف ثبوته علی الدلیل و الاکان قولاً علی الله تعالی بغیر دلیل و هو منہی عنه آیه و روایه.» (بحرانی، ۴/ ۱۹۷) «استحباب، حکمی است شرعی و ثبوت آن، منوط به وجود دلیل است. وگرنه فتوا دادن به آن، استناد دادن چیزی به خدا بدون دلیل است و این امر، از نظر قرآن و حدیث، مورد نهی است»

افزون بر این، مکروه دانستن امور، مستلزم نهی کردن مکلفان - هر چند به گونه غیر الزامی - از انجام آن‌ها است و این کار بدون برخورداری از دلیل شرعی و معتبر، نا موجه به نظر می‌رسد.

در روایات، به نقل از پیامبر (ص) می‌خوانیم: «إن الله تعالی یحب أن یؤتی وخصه کما یکره أن تؤتی معصيته» (سیوطی، الجامع الصغیر، ۱/ ۲۸۸) «خداوند دوست دارد حلال‌های او انجام شود، همان گونه که ناپسند می‌دارد معصیت او، تحقق یابد.»

چنان که اشاره گردید، فقها از دیرباز و همواره با رویکرد خاص خود، از مضامین این اخبار بهره گرفته‌اند که می‌توان در این زمینه از محقق حلی (م ۶۷۶ ق)، شهید ثانی (م ۹۶۶ ق)، محقق اردبیلی (م ۱۰۹۰ ق)، صاحب مدارک (م ۱۰۰۹ ق) شیخ بهایی (م ۱۰۳۱ ق)، محقق سبزواری (م ۱۰۹۰ ق)، محقق خوانساری (م ۱۰۹۹ ق)، فاضل هندی (م ۱۱۳۷ ق)، میرزای قمی (م ۱۲۳۱ ق)، فاضل نراقی (م ۱۲۴۵ ق)، صاحب جواهر (م ۱۲۶۶ ق) و شیخ مرتضی انصاری (م ۱۲۸۱ ق) به عنوان فقهای شاخص نام برد. در جای خود به برخی از کلمات و فتاوی این فقها اشاره خواهیم نمود ولی در آثار هیچ یک از ایشان، شاهد بررسی مفاد این اخبار با رویکردی که در این مقاله دنبال می‌شود نیستیم.

موضع اهل سنت

فقه‌های اهل سنت نیز با اندکی تفاوت در تعبیر، تسامح در احکام غیر الزامی را روا دانسته‌اند، محیی الدین نووی (م ۶۷۶ ق) این رویکرد را مورد قبول اهل علم، اعم از محدثان و غیر آنان می‌داند و می‌نویسد: «أحادیث الفضائل يتسامح فيها عند اهل العلم من المحدثين وغيرهم.» (نووی، ۱/ ۶۵۵) صاحب مغنی المحتاج (م ۹۷۷ ق) نیز می‌گوید: «إن الحديث الموصول والضعیف والموقوف يتسامح به فی فضائل الاعمال و يعمل بمقتضاه» (شربینی، ۱/ ۴۰) «در مورد حدیث مرسل، ضعیف و موقوف، چنانچه مورد آن‌ها، اعمال فاضله (و غیر الزامی) باشد، مسامحه می‌شود و به مقتضای آن‌ها، عمل می‌گردد.»

بر همین اساس است که ابن فهد حلی (م ۸۴۱ ق)، پس از نقل برخی از اخبار من بلغ و نیز حدیثی از اهل سنت در این زمینه می‌نویسد: «فصار هذا المعنى مجمعه عليه بين الفريقين» (ابن فهد ح، ۱۳). «براساس این روایات، تسامح در دلیل‌های سنن و فضایل، مورد اجماع شیعه و سنی است.» آن چه وی از اهل سنت نقل می‌کند، حدیثی است که به صورت مرفوع از جابر بن عبدالله انصاری نقل شده است و آن این‌که به گفته وی، پیامبر (ص) فرمود: «من بلغه من الله فضيلة فأخذ بها إيماناً بالله و رجاء ثوابه أعطاه الله ذلك و إن لم يكن كذلك»، (ر.ک: ابن فهد، ۱۳) «کسی که (به واسطه روایتی، فرمان به) فضیلتی از سوی خدا به او برسد و باتوجه به این که ایمان به خدا و امید به پاداش او دارد، آن را انجام دهد، خداوند پاداش مورد نظر را به او عطا می‌کند، گر چه (در واقع امر) فرمانی در کار نباشد.» پس از این توضیحات، به تبیین رویکرد غالب در میان فقها درباره مدلول این اخبار می‌پردازیم.

رویکرد فقهی

با مروری بر ابواب گوناگون فقه، به خوبی روشن می‌شود فتاوی بسیاری از فقها به استحباب اموری فراوان، مبتنی بر قاعده معروف «تسامح در ادلة سنن» است، قاعده‌ای که از اخبار من بلغ اتخاذ شده. در این زمینه، می‌توان از نمونه‌های ذیل یاد کرد: استحباب روزه بر مسافر (شهید ثانی، ۲/ ۴۸) استحباب گرفتن وضو برای طواف مستحبی (خوانساری، ۳۴)، استحباب تربیع در موقع جلوس در نماز (اردبیلی، ۳/ ۴۵)، استحباب گرفتن وضو بر کسی که به زیارت اهل قبور می‌رود (فاضل هندی، ۱/ ۷۱)، استحباب گرفتن وضو بر قاضی هنگام جلوس بر جایگاه قضاوت (ر.ک: نجفی، ۱/ ۳۱) استحباب پوشاندن سر هنگام تخلی (بحرانی، ۲/ ۵۳) استحباب مالیدن دست به خاک یا دیوار پس از مصافحه با کافر کتابی و نیز پس از لمس نمودن سگ و خوک در صورتی که جای تماس، مرطوب نباشد (خویی، التتقیح، ۳/ ۳۸۰) نیز حکم به

استحباب در موارد ذیل، بر اساس اخبار یاد شده، صادر گردیده: گرفتن وضو پیش از صرف غذا و پس از آن، گذاشتن ظرف حاوی آب وضو در سمت راست وضو گیرنده، ایستادن غسل دهنده جنازه در سمت راست آن، نگاهستن اسامی ائمه علیهم السلام بر روی کفن، غسل کردن در شب نیمه رمضان، شب عید فطر، نیمه رجب، روز مبعث و نوروز (ر.ک: سبحانی، الرسائل الاربع، الرسالة الرابعة، ۷۱).

بررسی بیشتر در متون فقهی نشان می دهد افزون بر موارد یاد شده و نمونه های دیگر، حکم به کراهت نیز در بسیاری موارد، از باب الحاق به استحباب و مبتنی بر اخبار مزبور است.

احمد نراقی، پس از نقل این فتوا از شیخ طوسی و محقق حلی و ابوالصلاح حلبی که «رکوع نمودن نماز گزار در حال قرار داشتن دستان او در زیر لباس، مکروه است» می نویسد: «لم یظهر لهم من الاخبار مستند واضح ولكن لا بأس باتباع هؤلاء الاعيان فيما يتسامح في دليله». (۵۷۸/۲) «برای این فقها در میان روایات، دلیل روشنی پیدا نشد ولی پیروی نمودن از آنان در مورد حکمی که در دلیل آن، مسامحه می شود، بی اشکال است.»

وی در موضعی دیگر به صراحت می نویسد: «لا شک أن السنن و المكروهات مما يتسامح في أدلتها» (همان، ۶۳۵) «در این که مستحبات و مکروهات، از اموری هستند که می توان در دلیل های آنها، مسامحه نمود، شک نیست.»

نیز می توان در این زمینه، از شهید ثانی، محقق خوانساری و صاحب جواهر یاد کرد که هر یک به گونه ای بر الحاق مکروهات به مستحبات در امر تسامح، تاکید کرده اند و فتاوی خود به کراهت را بر این اخبار مبتنی نموده اند (ر.ک: شهید ثانی، ۵۱۴/۱۲؛ خوانساری، ۲۸/۱؛ نجفی، ۶۹/۲ و ۷۰/۳ و ۹/۱۷ و ۴۲۶/۱۸ و ۱۸۱/۲۸ و ۴۲/۳۶ و ۴۴۵/۴۱).

رویکرد اصولی

شماری از علمای متأخر، به بررسی مفاد این اخبار از نگاه اصولی پرداخته و پیرامون آنها، به عنوان یکی از مسائل علم اصول بحث کرده اند و بدین ترتیب یکی از مبانی استنباط احکام غیر الزامی را تبیین نموده اند.

از نگاه ایشان، جهت بحث از احادیث مذکور، بدان جهت اصولی است که به موجب این اخبار و به اقتضای قاعده ای که از آنها استفاده می شود، اموری مانند مسلمان بودن و عدالت که در حجت بودن خبر واحد دلالت کننده بر وجوب و حرمت، شرط است، در خبر واحد دلالت کننده بر استحباب و کراهت شرط نیست.

شیخ انصاری، به صراحت می‌نویسد: «قاعده التسامح مسألة اصولية لانها بعد إتقانها واستنباط ما هو مراد الشارع منها يوجب اليها المجتهد في استحباب الافعال و ليست مما ينفع المقلد في شيء لان العمل بها يحتاج الى إعمال ملكة الاجتهاد.» (جمعی از فقها، ۱۸).

«قاعدة تسامح، مسأله‌ای است اصولی، زیرا پس از این که از اتقان بر خوردار شد و مقصود شارع از آن استنباط گردید، مجتهد، در زمینه حکم به استحباب افعال به آن مراجعه می‌کند و مقلد، هیچ سودی از این قاعده نمی‌برد، چرا که به کارگیری آن، نیازمند اعمال ملكة اجتهاد است.»

در تقریرات آقای نائینی نیز آمده است: «از ظاهر عنوانی که برای این قاعده، مشهور شده یعنی عنوان «التسامح فی ادله السنن» استفاده می‌شود که بحث پیرامون آن، بحثی است اصولی، به این معنا که اموری که در خبر دلالت کننده بر حکم الزامی شرط گردیده، در خبر مربوط به مستحبات شرط نیست.» (نائینی، ۲/۲۰۸).

به گفته صاحب عناوین الاصول، ظاهر لفظ «تسامح» در این باب، دلیل بر آن است که فقها در دلیل مربوط به وجوب و حرمت، دقت نظر به خرج می‌دهند به این معنا که در مورد آن‌ها، جز بر دلیل شرعی معتبر، اعتماد نمی‌کنند بر خلاف غیر وجوب و حرمت که در پیوند با آن‌ها، بر دلیل غیر معتبر از قبیل خبر ضعیف و فتوای فقیه واحد و مانند آن‌ها نیز اعتماد می‌کنند (مراغی، ۱۳۳).

همین موضع‌گیری از عبارت‌های فقهایی مانند صاحب ریاض، سید آل بحر العلوم و شیخ محمد تقی در حاشیه او بر معالم نیز قابل استفاده است (ر.ک: طباطبایی، ۹۱/۱؛ آل بحر العلوم، ۳۰۴/۴؛ شیخ محمد تقی، ۴۱۶).

باید گفت کلمات و تعبیرات برخی از اهل سنت نیز به همین امر اشاره می‌کند، از جمله بکری دمیاطی که پس از نقل حدیثی در یکی از مسائل نماز می‌نویسد: «هذا الحديث منقطع غير أنه من الفضائل التي يتسامح فيها.» (بکری، ۱۶/۲) «این حدیث، منقطع (وبه لحاظ سندی فاقد اعتبار) است ولی مربوط به فضائل است و می‌توان در آن مسامحه نمود.»

و بر اساس نقل صبحی صالح، سه تن از محدثان بزرگ اهل سنت یعنی احمد بن حنبل، عبد الرحمن بن مهدی و عبدالله بن مبارک گفته‌اند: «إذا روينا في الحلال والحرام شددنا وإذا روينا في الفضائل ونحوها تساهلنا.» (صبحی صالح، ۲۱۱) «آن گاه که در حلال و حرام روایت کنیم، سخت‌گیری می‌کنیم، ولی هنگام نقل روایت در مورد فضائل و مانند آن، آسان می‌گیریم.»

البته وی، در تفسیر سخن و بیان مقصود این سه تن و نیز کسانی که سخن مشابه آنان دارند، دچار اشتباه شده و نوشته است: عبارت شخصیت‌های یاد شده، به درستی فهمیده نشده، زیرا مقصودشان، ایجاد

تقابل میان حدیث صحیح و حدیث ضعیف نیست آن گونه که ما برداشت می‌کنیم، آنان هنگام نقل روایت در باب حلال و حرام، سخت‌گیری کرده‌اند، به این معنا که در این زمینه، تنها به روایاتی که در اعلا درجه صحت بوده‌اند، استدلال می‌کردند، ولی هنگام نقل روایت در باب فضائل و مانند آن (یعنی آن چه به حلال و حرام مربوط نمی‌شد) ضرورتی برای سخت‌گیری و بسنده کردن به حدیث صحیح نمی‌دیدند، بلکه در این باب، به حدیث درجه پایین‌تر، یعنی حدیث حسن نیز عمل می‌کردند. بنابراین باید گفت مقصود ایشان آن است که می‌توان در فضائل اعمال، به روایت حسن و نه ضعیف، عمل کرد، زیرا بی‌گمان روایت ضعیف نمی‌تواند خاستگاه حکم شرعی و مبنای فضیلت اخلاقی باشد و بی‌تردید ظن، ما را از حق بی‌نیاز نمی‌کند و فضایل (به سان احکام واجب و حرام) از پایه‌های اساسی دین هستند و روا نیست آن‌ها را بر امور واهی بنیان نهاد.»

دلیل اشتباه وی آن است که بی‌تردید، دایره تسامح در عبارات عالمان یاد شده، شامل احادیث ضعیف نیز می‌شود و با تتبع گسترده‌ای هم که انجام گرفت، به هیچ قرینه‌ای که نشان دهد تقابل در کلمات ایشان تنها میان حدیث صحیح و حسن است، دست نیافتیم، به عکس، عبارت‌های برخی، به طور صریح، گویای این واقعیت است که مسامحه مورد نظر عالمان، در بر گیرنده هر گونه حدیث غیر صحیحی است که در زمینه احکام غیر الزامی وارد شود، از جمله در یکی از مباحث فقهی محیی الدین نووی آمده است: «أن العلماء متفقون على التسامح في الأحاديث الضعيفة في فضائل الأعمال ونحوها.» (نووی، المجموع فی شرح المذهب، ۸/ ۲۶۱). «دانشمندان در این که می‌توان در احادیث ضعیف که در باب کارهای با فضیلت و مانند آن وارد می‌شود، مسامحه نمود اتفاق نظر دارد.»

نیز وی می‌گوید: «قد اتفق العلماء على أن الحديث المرسل والضعيف والموقوف يتسامح به في فضائل الأعمال ويعمل بمقتضاه» (همو، ۲/ ۵۴) «عالمان بر این امر متفق القول هستند که می‌توان در مورد حدیث مرسل، ضعیف و موقوفی که مرتبط به کارهای با فضیلت باشد، مسامحه نمود و به مقتضای آن‌ها عمل نمود.»

فشرده سخن آن که سمت و سوی بحث بر اساس این رویکرد، اصولی است و در نتیجه آن، دقت و اهتمامی که در دلایل مربوط به وجوب و حرمت لازم است، در دلایل مرتبط با استحباب و کراهت لازم نیست.

گفتنی است در این که ضابطه اصولی بودن یک مسأله چیست، دیدگاه‌های متعددی از سوی عالمان اصول مطرح شده است، ولی بر اساس همه آن‌ها، باید بحث پیرامون مفاد اخبار من بلغ را با رویکردی که از این عالمان بیان نمودیم، مسأله‌ای اصولی دانست.

توضیح آن که براساس دیدگاه برخی مانند شیخ مرتضی انصاری، به مسأله‌ای اصولی گفته می‌شود که به کارگیری و اجرای آن، اختصاص به مجتهد داشته باشد و شخص مقلد، از آن بهره‌ای نبرد (ر.ک: فرائد الاصول، ۳۲۰). برخی دیگر مانند شیخ ضیاء الدین عراقی، مسأله‌ای را اصولی می‌دانند که بتواند در ابواب گوناگون فقه، در طریق و معجری استنباط و ظایف عملی قرار گیرد و بهره برداری از آن، اختصاص به باب خاصی از ابواب فقه نداشته باشد (۲۱/۱).

این در حالی است که بر اساس تصریح یا اشاره صاحب کفایه در جاهای متعددی از این کتاب (از جمله: ۱/۱۳۹ و ۲۳۶ و ۲/۲۷۴) و نیز براساس دیدگاه امام خمینی (۵/۱) مسأله‌ای اصولی است که نتیجه آن در طریق استنباط احکام شرعی قرار گیرد.

در همین حال، برخی از عالمان معاصر، ضمن بررسی دیدگاه‌های یاد شده، مسأله‌ای را اصولی دانسته که دارای سه مشخصه زیر باشد: ۱- نتیجه آن، حکم و یا وظیفه کلی باشد. ۲- استفاده از آن، به باب خاصی از فقه، محدود نمی‌شود. ۳- متن آن، حکم شرعی نیست (ر.ک: سبحانی، المحصول فی علم الاصول، ۴۱/۱).

بیان تفاوت این دیدگاه‌ها و نقد بررسی آن‌ها، رسالت این مقاله نیست، ولی به هر حال، چنان‌که پیدا است، الغای شرایط حجیت خبر واحد در باب مستحبات و مکروهات که برداشت عالمان یاد شده از احادیث من بلغ است، براساس همه دیدگاه‌های مزبور، مبحثی اصولی محسوب می‌شود.

نقد و بررسی

تحلیل مدلول اخبار من بلغ با رویکردهایی که گذشت، و استفاده نمودن قاعده تسامح از آن‌ها. گرچه همواره مورد قبول قرار گرفته و چنان‌که دیدیم، برخی آن را مشهور بلکه مورد اتفاق دانسته‌اند ولی گاه مورد نقد واقع شده. در این زمینه می‌توان از صاحب حدائق نام برد که بر این ادعا که مدلول احادیث من بلغ، الغای شرایط حجیت خبر واحد در باب مستحبات است، اشکال می‌کند.

فشرده سخن وی چنین است:

آیه نبأ یعنی فرموده خداوند: «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا...» (حجرات: ۶) دلالت بر مردود بودن خبر فاسق در باب واجبات و مستحبات می‌کند و حال آن که مفاد احادیث من بلغ بنا بر ادعای مذکور، آن است که هر کس بر اساس روایتی از معصوم (ع) کاری انجام دهد، برخوردار از ثواب است، اعم از این که راوی، عادل باشد یا خیر و اعم از این که روایت او، با واقع مطابقت کند یا خیر و بنابراین آیه نبأ، نسبت به احادیث

مزبور، اخص است و بنابر قاعده تخصیص، لازم است مفاد این احادیث را با آیه یاد شده، تخصیص زد و نتیجه آن که خبر فاسق، به طور کلی فاقد حجیت است (ر.ک: بحرانی، ۱۹۹/۴).

برخی دیگر، در مقام اشکال بر دیدگاه مشهور و بیان نسبت میان دلیل‌های مربوط به شرایط حجیت خبر واحد و احادیث من بلغ، سخن از عموم و خصوص من وجه به میان آورده‌اند و گفته‌اند: دلیل‌های مربوط به شرایط مزبور، عام است، یعنی هم شامل روایتی می‌شود که دلالت بر وجوب کند و هم در بر گیرنده روایتی است که دلالت بر استحباب نماید و احادیث من بلغ، اگر چه به ادعای مشهور، اختصاص به خبر دلالت کننده بر استحباب دارد، ولی از سوی دیگر، اعم از این است که خبر مزبور، واجد شرایط حجیت باشد یا خیر، بنابراین در ماده اجتماع یعنی خبری که دلالت بر استحباب کند ولی فاقد شرایط حجیت باشد، تعارض رخ می‌دهد (و باید به سراغ قواعد باب تعارض رفت) و نمی‌توان به طور کلی حکم به تقدیم اخبار من بلغ بر دلیل‌های مربوط به شرایط حجیت خبر واحد (مانند آیه نبأ) نمود (ر.ک: نائینی، اجود التقریرات، ۴۱۳/۲).

البته آقای نائینی به این اشکال پاسخ می‌دهد و در مقام دفاع از مشهور می‌گوید: اخبار من بلغ، ناظر به الغای شرایط حجیت در اخبار مربوط به مستحبات هستند، بنابراین بر دلیل‌های دلالت کننده بر شرایط حجیت خبر، حکومت دارند و بنابراین نباید میان آن‌ها، نسبت سنجی (و حکم به تعارض) نمود (همان). پاسخ ما به این سخن روشن است زیرا چنان که خواهیم گفت، اخبار من بلغ، سمت و سوی دیگری دارند و به هیچ وجه نمی‌توان آن‌ها را ناظر به الغای شرایط حجیت و حاکم بر دلیل‌های مربوط به این شرایط دانست، افزون بر این که سخن از حکومت، در جایی صحیح است که لسان یک دلیل نسبت به دلیل دیگر، لسان شرح و تفسیر باشد، به گونه‌ای که در صورت فقدان دلیل محکوم، دلیل حاکم، گنگ و نامفهوم به نظر آید، مانند وضعیتی که میان دو عبارت «لاصلاه الا بطهور» و «الطواف بالبيت صلاه» و نیز دو عبارت «اذا شککت فابن علی الاکثر» و «لاشک لکثیر الشک» به چشم می‌خورد.

گفتنی است برخی از اصولیان، در تثبیت قاعده تسامح در ادله سنن، افزون بر احادیث من بلغ، به اجماع منقول نیز استناد نموده‌اند (ر.ک: جمعی از فقها، ۱۲) که این دلیل نیز با توجه به پاره‌ای اشکالات، پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد. زیرا صرف نظر از این که اجماع منقول، خود فاقد اعتبار و بدون پشتوانه علمی است، در این جا، با اشکال دیگری نیز روبه رو است و آن این که بررسی کلمات قائلان به قاعده مزبور نشان می‌دهد تکیه گاه ایشان در این زمینه، چیزی جز همان احادیث من بلغ نیست و بنابراین اجماع مفروض، مدرکی و به عنوان دلیل مستقل، فاقد اعتبار است.

هم چنین برخی در این زمینه، به حکم عقل استدلال کرده و گفته‌اند: بی‌تردید اگر شخص، عملی که

استحباب آن، مشکوک است را انجام دهد، قطع به این پیدا می‌کند که ضرری متوجه کار او نیست زیرا این کار، یا مستحب است یا مباح، بر خلاف این که آن را ترک نماید که در این صورت احتمال می‌دهد آن چه را ترک نموده، در واقع مطلوب و مورد نظر شارع بوده است و بی‌گمان در این فرض، عقل انجام دادن آن را ترجیح می‌دهد و از همین رو است که هرگاه خدمتکاران یک مولا، احتمال دهند چیزی مطلوب و انجام آن، فاقد هرگونه ضرر و زیان است، اقدام به انجام آن می‌نمایند و عقل نیز ایشان را مستحق مدح می‌داند، هر چند آن کار در متن واقع، مطلوب مولا نباشد، از طرف دیگر، هرگاه رجحان چیزی، از نظر عقل ثابت شد، این رجحان، برای حکم به استحباب آن، کفایت می‌کند (ر.ک: مراغی، ۱۳۴).

به نظر می‌رسد این استدلال نیز با اشکال جدی روبه‌رو است زیرا بنای انجام دهنده کاری که استحباب آن مشکوک است، از دو فرض بیرون نیست: یا کار خود را در صبغة احکام شرعی و به عنوان یکی از مستحبات واقعی الهی انجام می‌دهد که نادرست بودن این فرض، روشن است، زیرا چنین اقدامی، یا از مصادیق تشریع حرام است^۱ و یا مصادیق سخن نا آگاهانه در عرصه تشریع و اسناد دادن جاهلان به چیزی به شارع که در حرمت این کار نیز جای تردید نیست.

یا از این که اقدام او، براساس این احتمال است که ممکن است کار او در واقع، محبوب و مطلوب نظر شارع باشد و به دیگر سخن، فعالیت او، در چهارچوب قصد رجا و به امید درک واقع انجام می‌پذیرد، که این امر، اگر چه از نگاه شرع و به حکم عقل پسندیده است، ولی چنین کاری، از مصادیق احتیاط و انقیاد خواهد بود و به هیچ وجه نمی‌توان بر آن نام مستحب نهاد و یکی از احکام پنج گانه شرعی محسوب داشت.

ما در پیوند با دیدگاه مشهور نسبت به اخبار من بلغ، اشکالات اساسی دیگری داریم که در ادامه و ذیل عنوان رویکردی نو، به آن می‌پردازیم.

رویکردی نو

از نظر ما این ادعا که می‌توان الغای شرایط حجیت خبر واحد در اخبار مربوط به احکام غیر الزامی و تساهل شارع در این زمینه را از احادیث من بلغ استفاده نمود، مخدوش و غیر قابل پذیرش است، زیرا چنان که ملاحظه شد، لسان بیشتر این احادیث «بلوغ ثواب» و لسان برخی از آن‌ها «بلوغ خیر» است و بی تردید دو تعبیر «ثواب» و «خیر»، افزون بر عمل استحبابی، شامل عمل واجب نیز می‌باشند، چرا که از باب ذکر

۱- در صورتی که تشریع را به معنای «ادخال مالم يعلم انه من الدین فی الدین» بدانیم و آن را به «ادخال ما علم انه لیس من الدین فی الدین»، محدود نسازیم (در مورد مفهوم تشریع، ر.ک: سبحانی، الرسائل الاربع، الرسالة الرابعة، ۵۹).

مسبب و ارادة سبب، مقصود از ثواب در این احادیث، هر چیزی است که انجام دادن آن پاداش دارد و این مفهوم، در برگیرنده مستحب و واجب است، با این تفاوت که پیامد ترک واجب، استحقاق عقاب است بر خلاف ترک مستحب. بلکه شاید بتوان عنوان «ثواب» را مربوط به فعل حرام نیز دانست چرا که به حسب لغت، ثواب عبارت است از جزای عمل، خواه خیر باشد یا شر. یکی از واژه شناسان به صراحت گفته است: «الثواب ما يرجع إلى الإنسان من جزاء أعماله و الثواب يقال في الخير والشر.» (راغب اصفهانی، ۸۱) «ثواب عبارت است از جزای کردار انسان که به او برگردد و این تعبیر در خیر و شر استعمال می شود.» چنان که قرآن کریم نیز این کلمه را در هر دو زمینه استعمال کرده است، در پیوند با پاداش مؤمنان می فرماید: «فلأثابهم بما قالوا جنات» (مانده: ۸۵) «خداوند به آنان، به سبب آن چه گفتند، باغ هایی بهشتی پاداش داد.» و در ارتباط با کیفر کافران نیز می فرماید: «هل ثوب الكفاو ما كانوا يفعلون.» (مطففین: ۳۶) «آیا کافران، جزای کردارشان را دیدند.»

اما لفظ «خیر» نیز هر چند به طور فراوان در مورد مستحبات به کار می رود، ولی استعمال آن در واجبات نیز جای تردید نیست، چنان که قرآن می فرماید: «و أن تصوموا خيولکم» (بقره: ۱۸۴) «روژه گرفتن برای شما بهتر است.» و در جایی دیگر از قرآن می خوانیم: «فإن تبتم فهو خيولکم و إن تولیتم فاعلموا أنکم غیو معجزی الله.» (توبه: ۳) «پس اگر توبه کنید برای شما بهتر است و اگر اعراض نمایید بدانید که ناتوان کننده خدا نیستید.» چنان که گاه این تعبیر را در اعم از واجب و مستحب به کار برده است، مانند این آیه: «وما تقدموا لانفسکم من خیر تجدوه عندالله.» (بقره: ۱۱۰) «و هر کار خیری را که برای خود پیش می فرستید، آن را پیش خدا می یابید.»

برخی از روایات نیز تأیید کننده این مدعا است از جمله بنابر نقل شیخ صدوق از امام صادق (ع)، پیامبر فرمود: «من وعده الله علی عمل ثوابه فهو منجوه له و من أوعده علی عمل عقابا فهو فیه بالخیار.» (ابن بابویه، التوحید، ۴۰۶؛ نیز ر.ک: حوعاملی، ۶۰/۱) «خداوند به هرکس وعده پاداش بر عملی دهد، به وعده خود وفا می کند و هرکس را به خاطر انجام دادن کاری، تهدید به عقاب نماید، در عقاب کردن او مختار است.»

زیرا به قرینه ذیل این روایت، تعبیر ثواب که در آن به کار رفته، اختصاص به عمل مستحبی ندارد و به این می ماند که پیامبر (ص) در این گفتار، همه اعمال را به دو دسته تقسیم فرموده باشد: دسته نخست، اعمالی که انجام دادن آن ها، ثواب آور است یعنی واجبات و مستحبات و دسته دوم، اعمالی که ارتکاب آن ها عقاب آور است یعنی محرمات.

با این تحلیل، به خوبی روشن می شود هیچ یک از احادیث من بلغ، اختصاص به مستحبات ندارد، چه

رسد به این که مفاد آن‌ها، الغای شرایط حجیت خبر واحد نسبت به آن‌ها باشد، حتی چه بسا بتوان از این احادیث، واقعیتهای برخلاف نظر مشهور استفاده کرد، با این توضیح که حکم استنباطی نیز بسان دیگر احکام شرع، توقیفی و ثبوت آن منوط به رسیدن بیان از ناحیه شارع مقدس است به گونه‌ای که انجام دهنده آن، بتواند آن را به شارع نسبت دهد و اگر در حین امثال، از او پرسیده شود چرا این کار را می‌کنی؟ بگوید چون خواست و مطلوب شارع است انجام می‌دهم. این معیار، در تمامی مستحباتی که با دلیل‌های گویا و معتبر ثابت شده موجود است، برخلاف مستحبات مورد ادعا، یعنی اموری که التزام به استحباب آن‌ها، پشتوانه‌ای جز احادیث من بلغ ندارد زیرا تعبیر «وإن كان رسول الله (ص) لم يقله» در صحیحة هشام و نیز تعبیراتی مانند «وإن لم یکن علی ما بلغه، وإن لم یکن الامو کما نقل إلیه» در برخی دیگر از این احادیث، به روشنی، گویای عدم وجود معیار یاد شده در این گونه امور است و مترتب شدن ثواب برکاری، دلیل بر استحباب آن نمی‌شود زیرا چنان که گذشت بر انجام واجب نیز ثواب مترتب می‌گردد.

از همین جا است که بازبینی احادیث من بلغ و درنگ بیشتر در مفاد آن‌ها ضرورت خود را نشان می‌دهد.

از نظر ما، این احادیث، به هیچ روی، در مقام بیان حکم اعمال مشکوک الاستحباب و الغای شرایط حجیت خبر واحد نسبت به این اعمال نیستند، بلکه مفاد آن‌ها، تنها خبر دادن از تفضل و عنایت حق تعالی نسبت به بندگانی است که به امید دست یابی به پاداش الهی، اقدام به انجام امور می‌کنند، اموری که به حسب ظاهر و به لحاظ دلیل‌های موجود، وجوب یا استحباب آن‌ها ثابت شده ولی چه بسا که به حسب واقع، انجام آن‌ها، خواست و مطلوب شارع نباشد. به دیگر سخن، روایات رسیده از معصومان (علیهم السلام)، هر چند به حسب ظاهر و براساس قواعد علم الدرایه، برخوردار از شرایط حجیت و بلکه در اعلا درجه اعتبار و صحت باشند، ولی از آن جا که به هر حال، احتمال عدم صدور آن‌ها از معصومین (علیهم السلام) می‌رود، این امر، سبب پیدایش نوعی تشویش و اضطراب در بندگان با ایمان می‌شود و از انگیزه آنان نسبت به انجام واجبات و مستحباتی که براساس این روایات ثابت شده‌اند می‌کاهد و احادیث من بلغ، به منظور رفع این تشویش و اضطراب و به هدف ایجاد اطمینان و تقویت ایمان بندگان نسبت به فضل و کرم الهی صادر شده‌اند. روایت شیخ صدوق از پیامبر (ص) که در آن آمده بود: «من وعده الله علی عمل ثوابه فهو منجزه له»، (ابن بابویه، التوحید، ۴۰۶) نیز تأیید کننده این برداشت است، هم چنان که می‌توان این برداشت را مورد تأیید روایتی دانست که شیخ صدوق با سند خود از حمدان بن سلیمان و وی از امام رضا (ع) نقل می‌کند. براساس این روایت، وی می‌گوید: «سألت ابالحسن علی بن موسی الرضا (ع) عن قول الله عزوجل: فمن یرد الله أن یمدیه یشره صدره للإسلام، (انعام: ۱۲۵) قال: من یرد الله أن یمدیه بایمانه

فی الدنيا الى جنته و دار کرامته فی الاخره یشرح صدره للتسلیم لله و الثقة به و السکون الی ما وعده من ثوابه حتی یطمئن الیه.» (ابن بابویه، عیون اخبار الرضا (ع)، ۱/۱۳۱). از امام رضا (ع) در مورد این سخن خداوند پرسیدم که می‌فرماید: «پس هرکس را که خدا بخواهد هدایت کند، به او نسبت به [پذیرش] اسلام، شرح صدر می‌دهد.» حضرت فرمود: [معنای آن چنین است که] هر کس که خداوند اراده کند او را با ایمان آوردنش در دنیا، به بهشت و خانه کرامتش در آخرت رهنمون شود، به او شرح صدر می‌دهد که تسلیم خداوند گردد و نسبت به وعده پاداش الهی، وثوق و اطمینان و آرامش خاطر داشته باشد.

حدیث نبوی منقول از اهل سنت نیز که در آن آمده بود: «من بلغه من الله فضیلة فأخذ بها ایمانا بالله و رجاء ثوابه أعطاه الله ذلک وان لم یکن کذلک»، (ابن فهد حلی، ۱۳) قرینه دیگری است بر صحت این برداشت.

در حقیقت، لسان و مفاد کلی این احادیث، نزدیک به لسان و مضمون آیه «إنما توعدون لصادق»، (ذاریات: ۵) و آیه «إنما توعدون لواقع»، (مرسلات: ۷) و آیات مانند آن است.

گفتنی است با توضیح ما پیرامون مفاد و پیام کلی احادیث من بلغ، مخدوش بودن سخن محقق همدانی در این باب نیز روشن می‌شود. وی در پاسخ به صاحب مدارک که گفته است: «استحباب، حکمی است شرعی، بنابراین تحقق آن، منوط به وجود دلیل شرعی است» (عاملی، ۱/۱۳) سخنی دارد به این مضمون: «درستی این مدعا، مسلم است، ولی اخبار من بلغ که به لحاظ سند معتبر و به لحاظ تعدد، مستفیض هستند، برای استحباب عملی که مشمول این اخبار باشد، کفایت می‌کند.» (همدانی، ۱/۳) زیرا چنان که دیدیم اخبار من بلغ، به هیچ وجه، در مقام اثبات استحباب و الغای شرایط حجیت در مورد روایات وارد شده در این باب نیستند و به طور کلی، سمت و سوی دیگری دارند.

اهمیت این رویکرد وقتی روشن‌تر می‌شود که بدانیم گاه در عرصه مستحبات و فضایل به طور گسترده، شاهد پدیده جعل و وضع هستیم به حدی که موجب تردید جدی در اعتبار پاره‌ای از مستحبات و فضایل می‌شود.

بنابر نقل حاکم نیشابوری، از ابی عصمه (فرج بن ابی مریم مروزی) پرسیدند: بر کدام اساس از قول عکرمه و ابن عباس در مورد فضایل تک تک سوره‌های قرآن، روایت می‌کنی و حال آن که نزد اصحاب عکرمه، از این حدیث خبری نیست؟! وی در پاسخ گفت: دیدم مردم از قرآن روی گردان شده و به فقه ابی حنیفه و مغازی ابن اسحاق مشغول شده‌اند، از این رو به قصد قربت، این حدیث را وضع کردم (سیوطی، الاتقان فی علوم القرآن، ۲/۱۵۵).

نیز حاکم می‌گوید دسته‌ای از راویان مانند ابی عصمه و محمد بن عکاشه کرمانی، به منظور دعوت

مردم به فضایل، به وضع حدیث پرداختند، سپس از سهل بن سری نقل می‌کند که وی می‌گفت: احمد جویباری و محمد بن تمیم و محمد بن عکاشه، بیش از هزار حدیث بر پیامبر خدا بستند (عسقلانی، ۵/ ۲۸۸).

نتیجه‌گیری

نتیجه این رویکرد و برداشت آن است که بپذیریم احادیث من بلغ، در مقام اخبار از تفضل الهی و درباره کسانی صادر شده‌اند که در مقام عمل به او امر شرع (اعم از وجوبی و استحبابی)، تکیه بر اخبار و امارات نموده و با امید دست یابی به پاداش الهی، اقدام به انجام امور می‌کنند. به دیگر سخن، مضامین این احادیث، مرتبط با موضوع ثواب و پاداش الهی است و بیشتر صبغه کلامی و اعتقادی دارد و نمی‌توان آن‌ها را دلیل بر ملغای بودن شرایط حجیت در اخبار دلالت‌کننده بر مستحبات و فضائل دانست.

براساس این نگرش، نسبت دادن احکام استحبابی به شارع مقدس، به سان نسبت دادن احکام وجوبی به او، نیازمند دلیل‌هایی است که از اعتبار لازم و شرایط حجیت برخوردار باشند. بنابراین، تسامح در ادله سنن، هر چند به عنوان قاعده‌ای مقبول، شهرت یافته، از پشتوانه کافی علمی برخوردار نیست و نمی‌توان آن را پذیرفت.

هم چنین براساس این برداشت، امکان بهره‌برداری از احادیث من بلغ، اختصاص به مجتهد ندارد و برخلاف برداشت مشهور، غیر مجتهد نیز می‌تواند در حد فهم خود، از این روایات، به سان دیگر روایات اعتقادی، اخلاقی و... بهره‌مند شود.

منابع

قرآن کریم.

- ابن بابویه، محمد بن علی، *التوحید*، قم، نشر اسلامی، ۱۳۹۸ ق.
- _____، *ثواب الاعمال*، قم، انتشارات شریفی رضی، ۱۳۶۴.
- _____، *عیون اخبار الرضا (ع)*، قم، انتشارات جهان، ۱۳۷۸ ق.
- ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، *لسان المیزان*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۳۹۰ ق.
- ابن طاوس، علی بن موسی، *اقبال الاعمال*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *عدة الداعی*، دارالکتب الاسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، انتشارات اسماعیلیان، بی‌تا.

- ایوان کیفی، محمدتقی بن عبدالرحیم، *هدایه المسترشدين*، بی جا، بی تا.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایه الاصول*، تهران، المکتبه العلمیه الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۴ ق.
- آل بحر العلوم، محمد، *بلغة الفقیه*، تهران، مکتبه الصادق (ع)، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحقائق الناضرة*، قم، نشر اسلامی، بی تا.
- برقی، احمد بن محمد، *المحاسن*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱.
- جمعی از فقها، *مجموعه رسائل*، قم، مکتبه المفید، بی تا.
- حورعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ چهارم، ۱۳۹۱ ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *عناوین الاصول*، بی جا، بی تا.
- خطیب شربینی، محمد بن احمد، *مغنی المحتاج*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۳۷۷ ق.
- خمینی، روح الله، *تهذیب الاصول*، (تقریرات به قلم جعفر سبحانی) قم، دارالفکر، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
- خوانساری، حسین، *مشارق الشموس*، قم، مؤسسه آل بیت (ع)، بی تا.
- خویی، ابولقاسم، *التنقیح*، قم، دارالهادی، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.
- دمیاطی، محمد شطا، *اعانة الطالبین*، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت، الدارالسامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- سبحانی، جعفر، *الرسائل الاربع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- _____، *المحصل فی علم الاصول*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ ق.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، *الاتقان فی علوم القرآن*، قاهره، مطبعه حجازی، بی تا.
- _____، *الجامع الصغیر*، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- شیخ بهایی، محمد بن حسین، *الرسالة الاثنا عشریه*، قم، کتابخانه آیت الله نجفی مرعشی، ۱۴۰۹ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۶۳.
- صالح، صبحی، *علوم الحديث و مصطلحه*، بیروت، دارالمالین، چاپ هشتم، ۱۳۹۵ ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل*، چاپ سنگی، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۴ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، تهران، المطبعه الحیدریه، چاپ دوم، ۱۳۸۸ ق.
- عاملی، محمد بن علی، *مدارک الاحکام*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- عراقی، ضیاء الدین، *نهایة الافکار*، تقریرات به قلم محمد تقی بروجردی، قم، نشر اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۳۴.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الانوار*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ سوم، ۱۴۰۳ ق.

شماره ۱۱۳	فقه و اصول	۱۱۴
محقق سبزواري، محمدباقر بن محمد مؤمن، <i>ذخيرة المعاد</i>، قم، چاپ سنگی، مؤسسه آل البيت (ع)، بی تا. نائینی، محمد حسین، <i>اجود التقريرات</i>، تقریرات به قلم ابوالقاسم خویی، صیدا، مطبعة الفرقان، ۱۳۵۲ ق. نراقی، احمد بن محمد مهدی، <i>عوائد الایام</i>، چاپ سنگی، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق. نووی، یحیی بن شرف، <i>المجموع فی شرح المذهب</i>، بیروت، دارالفکر، بی تا. همدانی، رضا بن محمد هادی، <i>مصباح الفقیه</i>، چاپ سنگی، مکتبه الصدر، ۱۴۰۳ ق.		

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 2, Issue 113

Summer 2018

DOI: 110.22067/jfu.v50i2.53140



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۱۳

تابستان ۱۳۹۷، ص ۱۱۵-۱۳۳

مقتضای اصل عملی به هنگام شک در نفسی و غیری بودن «واجب»*

دکتر حمید مسجدسراپی^۱

دانشیار دانشگاه سمنان

Email: h_masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir

حبیب اجودانی

مدرس دانشگاه

Email: habib_ajodany@yahoo.com

چکیده

در خصوص اجرای اصل عملی- به هنگام شک در نفسی بودن و غیری بودن یک واجب - میان اصولیان اختلاف نظر وجود داشته و دیدگاه‌های گوناگونی مطرح است تا جایی که آخوند خراسانی تقسیم بندی دوگانه‌ای را ابداع کرده و سرانجام مرحوم نائینی، تقسیم بندی سه‌گانه‌ای را مطرح نموده که مورد پذیرش اکثریت علما قرار گرفته است. لیکن در این تحقیق، به تقسیم بندی سه‌گانه جدیدی می‌رسیم که در آرای علما مسبوق نبوده و به‌گونه‌ای حاصل تلفیق تقسیمی است که خوئی و نائینی ارائه کرده‌اند.

کلیدواژه‌ها: واجب نفسی، واجب غیری، شک در وجب نفسی و غیری، اصل برائت، اصل احتیاط.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۱۱/۱۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۴/۱۴.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از تقسیمات واجب که علمای اصول در مورد آن به بحث پرداخته‌اند، واجب نفسی و واجب غیری است و هر یک نیز از زاویه‌ای به تعریف این دو اصطلاح پرداخته‌اند، اما مهم‌ترین و مشهورترین تعریف همان است که شیخ انصاری به آن اشاره کرده است مبنی بر این که واجب نفسی، واجبی است که به خاطر خودش واجب شده است (ما أمر به لنفسه)؛ ولی واجب غیری، واجبی است که به خاطر غیر واجب شده باشد (ما أمر به لأجل غیره) (مطرح الانظار، ۱/ ۳۳۰). مثلاً نماز، واجب نفسی است چون به خاطر خودش واجب شده است نه به خاطر عمل دیگری؛ اما وضو واجب غیری است چون وضو به خاطر نماز واجب شده است.^۱

دو تفاوت عمده بین واجب نفسی و غیری عبارت است از: ۱- وجوب واجب نفسی، مستقل بوده و تابع وجوب چیز دیگری نیست. البته این بدان معنا نیست که واجب نفسی قید و شرطی ندارد بلکه واجب نفسی چه بسا ممکن است واجب مشروط باشد، مثل صلاة نسبت به وقت و حج نسبت به استطاعت. اما وجوب واجب غیری، مستقل نبوده و تابع وجوب چیز دیگر- یعنی ذی المقدمه- است. مثلاً وجوب وضو تابع وجوب صلاة است. هر وقت صلاة واجب شد وضو هم وجوب پیدا می‌کند. ۲- مخالفت با واجب نفسی، موجب استحقاق عقوبت است. ولی مخالفت با واجب غیری، موجب استحقاق عقوبت نیست بلکه چون ترک آن مستلزم ترک ذی المقدمه است، بر ترک ذی المقدمه استحقاق عقوبت مترتب است. از نظر عقل و عقلاء هم همین‌طور است. اگر مولا به «بودن بر پشت‌بام» امر کرد و «نصب نردبان» هم به عنوان واجب غیری وجوب پیدا کرد، چنانچه مکلف هر دو را ترک کند، استحقاق عقوبت فقط در ارتباط با ترک ذی المقدمه است. و حتی اگر ذی المقدمه‌ای دارای ده مقدمه باشد و مکلف همه مقدمات را همراه با ذی المقدمه ترک کرد، استحقاق عقوبت فقط بر ترک ذی المقدمه است.

حال اگر در موردی یقین داشته باشیم که فلان واجب، واجب نفسی است- مثل نماز، حج و... - به یقین خود ترتیب اثر می‌دهیم، و در مواردی که یقین کنیم فلان واجب، واجب غیری است- مثل قطع مسافت، وضو و... - تابع یقین خود خواهیم بود، اما در مواردی که درباره نفسی و غیری بودن واجب شک داشته باشیم حکم چیست؟ به عبارت دیگر، اگر وجوب یک واجبی مسلم باشد یعنی اصل وجوب واجب ثابت باشد اما مکلف شک کند که آیا واجب، عنوان واجب نفسی را دارد یا عنوان واجب غیری را دارد؟ باید بررسی شود که مقتضای اصول عملیه چیست؛ به عنوان مثال، پس از انجام طواف، دو رکعت نماز واجب است؛ ولی نمی‌دانیم که این دو رکعت نماز، یک واجب مستقل است و یا این که شرط صحت طواف

۱- مثال نماز و وضو محور اشکالاتی خواهد بود که در آینده مطرح می‌کنیم.

است؟ یا مثلاً در نماز جماعت، به متابعت از امام جماعت امر شده است؛ ولی نمی‌دانیم که آیا متابعت از امام، یک واجب نفسی است یا واجب غیری؟ به عبارت دیگر، اگر دست مکلف از اصول لفظیه کوتاه بوده و اصل لفظی در میان نباشد باید بررسی شود که به هنگام شک در نفسی و غیری بودن واجب، مقتضای اصول عملیه چیست؟ زیرا با اجرای اصل لفظی، شک از بین می‌رود؛ حال وقتی شک داریم که آیا واجب، نفسی است یا غیری، با اجرای اصالة الاطلاق لفظی، شک از بین می‌رود؛ و در نتیجه، موضوعی برای اجرای اصل عملی باقی نمی‌ماند، زیرا موضوع اصل عملی، جایی است که برای مکلف این شک مستمر باشد؛ آن هنگام باید به اصول عملیه از قبیل برائت یا احتیاط یا اصل دیگری پناه ببریم. حال اگر چنان چه دست ما از اطلاق هیئت و ماده امر کوتاه بوده و اطلاقی در میان نباشد، و یا با اجمال و ابهام و اهمال خطاب شرعی روبرو باشیم، یعنی مولی در مقام بیان به منظور عمل کردن نباشد، بلکه در مقام اهمال و یا اجمال گوئی بوده، و یا اصلاً خطاب لفظی وجود نداشته باشد و از طریق اجماع و سیره و مانند آن، وجوب واجبی از قبیل وضو را بدست آورده و شک کنیم که آیا واجب نفسی است یا غیری، چه باید کرد؟

آخوند خراسانی، بحث فوق را در کفایة الاصول و ضمن دو سطر عنوان کرده و پس از ایشان، مرحوم نائینی مسأله را سه صورت کرده و بعد از مرحوم نائینی هم در کلمات بعضی شاگردان ایشان، یک صورت دیگر اضافه شده است که ذیلاً دیدگاه‌های مطرح در این خصوص را بیان کرده و به تحلیل آن می‌پردازیم.

تحلیل دیدگاه آخوند خراسانی

اگر اصالة الاطلاق لفظی در کار نبوده و بنا بر این باشد که سراغ اصول عملیه برویم دو صورت می‌توان در نظر گرفت:

صورت اول: واجبی که شک داریم آیا نفسی است یا غیری؟ هم احتمال نفسی بودن آن وجود دارد و هم احتمال غیری بودنش وجود دارد؛ اگر واجبی که احتمال می‌دهیم ذی المقدمه برای واجب دیگری است چنان چه وجوب آن واجب، وجوب فعلی باشد، در این صورت این عمل حتمه واجب بوده و باید اتیان شود.

صورت دوم: اگر وجوب آن واجب، وجوب فعلی نباشد اصالة البرائه جاری می‌شود (خراسانی، ۱۱۰). توضیح مطلب: صورت اول این است که می‌دانیم وجوب به واجبی نظیر وضو تعلق پیدا کرده و احتمال می‌دهیم که وجوب وضو، نفسی باشد یعنی خودش واجب باشد؛ و این را هم احتمال می‌دهیم که غیری باشد؛ حال اگر غیری باشد مقدمه برای نماز است و فرض می‌کنیم که وجوب نماز الآن فعلی است، مثلاً الآن وقت نماز شده و بعد از زوال و رسیدن وقت نماز، مکلف می‌داند که وضو واجب است اما

نمی‌داند که واجب نفسی است یا واجب غیری؛ اگر غیری باشد مقدمه برای نماز بوده و وجوب نماز بعد از زوال، فعلیت دارد. در این صورت نظر مرحوم آخوند بر این است که چنین وضوئی باید انجام گیرد زیرا یا خودش واجب است و یا مقدمه برای واجب نفسی دیگر است؛ یعنی علم اجمالی داریم که وضو یا خودش وجوب نفسی دارد و یا مقدمه برای واجب نفسی است و در هر دو صورت، ترک آن عقاب دارد؛ لذا اصل اشتغال جاری می‌شود تا فراغت ذمه یقینی حاصل گردد. البته در عبارت مرحوم آخوند، تعبیری به نام «اصل اشتغال» نیامده است اما از کلام ایشان چنین استفاده‌ای می‌شود. صورت دوم این است که قبل از زوال، مکلف می‌داند وضو واجب است اما نمی‌داند که آیا واجب نفسی است یا واجب غیری؟ اگر واجب غیری باشد چون وضو مقدمه برای نماز است و فرض بر آن است که هنوز وجوب نماز فعلیت پیدا نکرده است پس وضو هم فعلاً واجب نیست؛ نتیجه این که وجوب وضو، وجوبی که طبق هر دو فرض، ثابت و منجز باشد نیست بلکه چنین وضوئی اگر واجب نفسی باشد منجز است و اگر واجب غیری باشد چون مقدمه برای نماز بوده و فرض بر این است که هنوز نماز فعلیت پیدا نکرده است پس وجوب غیری وضو هم فعلیت ندارد؛ در نتیجه نسبت به وجوب خود وضو هم برائت جاری می‌شود با این که اصل وجوب وضو، مسلم است، اما طبق بیان مرحوم آخوند، چون ذی المقدمه فعلیت ندارد بر حسب فرض، وجوب وضو هم اگر واجب نفسی باشد منجز است و اگر واجب غیری باشد وجوب وضو قبل از وقت منجز نیست؛ لذا امر وضو، دائر بین فعلیت و عدم فعلیت است و در اینجا اصالة البراهنه جاری می‌شود (خمینی، تهذیب الاصول ۵۰۸/۱؛ زارعی سبزواری، ۲۰۵/۱).

تحلیل دیدگاه مرحوم نائینی

مرحوم نائینی تقسیم‌بندی دیگری را مطرح کرده‌اند که مبنای بحث و مناقشه سایر علما قرار گرفته و از این زاویه و بر اساس این تقسیم‌بندی، بحث را ادامه داده‌اند. در همین راستا، علمای اصولی متأخر نیز به ذکر دیدگاه مرحوم نائینی و خوئی و آخوند خراسانی پرداخته و آن را به بوته نقد و تحلیل گذارده‌اند. با تتبع در آثار متأخرین می‌توان به این نتیجه رسید که این افراد اساس تقسیم‌بندی مرحوم نائینی را پذیرفته و تنها به ذکر حواشی و نکاتی چند حول آن اکتفا نموده‌اند. در هر صورت علاقه‌مندان به این موضوع می‌توانند به کتب ذیل مراجعه نمایند (طباطبائی قمی، ۱۵۵/۱؛ خمینی، تهذیب الاصول، ۵۰۷/۱؛ حلی، ۱۷۸/۲؛ عبد الساتر، ۲۲۵/۲؛ عراقی، ۳۷۴؛ حسینی میلانی، ۲۹/۳؛ مؤمن قمی، ۲۶۸/۱؛ حاج عاملی، ۳۴۹/۱؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۰۱/۲؛ تبریزی، ۷۵/۲؛ حسینی روحانی، ۱۷۲/۲؛ خرازی، ۴۹۴/۲؛ خوئی، غایة المأمول، ۳۷۷/۱؛ همو، مصابیح، ۳۵۳/۱؛ بجنوردی، ۲۹۶/۱). مرحوم نائینی در کتاب أجود

التقریرات که آقای خوئی آن را تقریر کرده‌اند، ابتداء مسأله را دو صورت کرده و سپس صورت اول را به دو صورت دیگر تقسیم نموده است اما در کتاب فوائد الاصول از همان ابتدا مسأله را به سه صورت تقسیم کرده‌اند. حال، طبق آن چه که در کتاب أجود التقریرات (۱/ ۱۶۹-۱۷۰) مطرح شده است در جایی که شک می‌کنیم واجبی نفسی یا غیری است؟ مسأله دو صورت دارد:

۱- از یک طرف، علم داریم که وجوب به یک واجبی تعلق پیدا کرده است اما نفسی بودن و غیری بودن آن مشکوک است؛ و از طرف دیگر، علم داریم که وجوب به عملی دیگر به نحو نفسی تعلق پیدا کرده است که اگر آن واجب مشکوک، واجب غیری باشد مقدمه برای این واجب نفسی خواهد بود. مثلاً از یک طرف، نفسی یا غیری بودن وضو مشکوک است و از طرف دیگر هم نماز یقیناً واجب نفسی است؛ حال اگر وضو، واجب غیری باشد مقدمه برای نماز خواهد بود. این صورت دو وجه دارد: الف) بین دو واجب، تماثل وجود داشته باشد. ب) بین دو واجب، تماثل وجود نداشته باشد.^۱

۲- نسبت به نفسی یا غیری بودن واجبی شک داریم اما نسبت به یک واجب نفسی دیگر، علمی نداریم بلکه احتمال می‌دهیم که یک واجب نفسی دیگری هم در کار باشد؛ مثلاً از یک طرف، نفسی یا غیری بودن وضو مشکوک است و از طرف دیگر، این که نماز واجب است یا خیر؟ معلوم نیست (همو، أجود التقریرات ۱/ ۱۶۹-۱۷۰؛ فوائد الاصول، ۱/ ۲۲۲).

دیدگاه مرحوم خوئی

ایشان مسأله مورد بحث را در قالب چهار صورت بیان کرده‌اند:

صورت اول- از یک طرف شک وجود داشته باشد که واجب، نفسی است یا غیری؟ و از طرف دیگر، علم داشته باشیم که اگر واجب، غیری باشد وجوب ذی المقدمه، فعلیت ندارد؛ یعنی وجوب ذی المقدمه، وجوب غیر فعلی باشد. به عنوان مثال، زن حائض اگر بداند که یک وضو بر او واجب است اما نداند که وضو به نحو نفسی (به واسطه نذر مثلاً) بر او واجب شده یا به نحو غیری (به واسطه نماز)؛ ولی می‌داند که اگر به نحو غیری باشد وجوب وضو هم مقدمه نماز بوده و وجوب نماز بر زن حائض فعلیت ندارد. در اینجا باید نسبت به این وجوب، اصالة البرائة را جاری کرد چون وجوب وضو، وجوب منجز طبق هر دو فرض نیست، بلکه اگر وجوب وضو، نفسی باشد منجز است اما اگر وجوب وضو به حسب واقع، غیری باشد منجز نیست، زیرا وجوب ذی المقدمه - یعنی نماز - فعلیت ندارد؛ پس برائت جاری می‌شود، هم برائت

۱- تماثل یعنی اگر به عنوان مثال، نماز که واجب نفسی است نسبت به یک قیدی، مطلق است وضو هم که واجب غیری است نسبت به همان قید، مطلق باشد، مثلاً اگر نماز، مشروط به زوال است وضو هم باید مشروط به زوال باشد.

عقلی هم برائت نقلی. موضوع برائت، شک بدوی است و اینجا هم درباره یک وجوب فعلی، شک بدوی داریم که اگر نفسی باشد واقعاً فعلیت دارد اما اگر وجوب وضو، غیری شد چون مقدمه برای نماز است و وجوب نماز هم فعلیت ندارد؛ پس شک ما، شک بدوی در یک تکلیف فعلی خواهد بود و اصل برائت جاری خواهد شد؛^۲ سپس مرحوم خوئی می‌افزاید: مراد مرحوم آخوند در قسم دوم که قائل شدند اصل برائت جاری می‌شود همین است (خوئی، محاضرات، ۳۸۹/۲) اما مرحوم نائینی معتقدند که مراد آخوند، قسم سوم است که بیان کردم^۳ (اجود التقریرات، ۱/۱۷۱).

صورت دوم- اگر مکلف، به وجوب عملی علم داشته باشد اما نداند که آیا این واجب، عنوان وجوب نفسی دارد یا عنوان وجوب غیری؟ لکن می‌داند که اگر این فعل، واجب غیری باشد وجوب ذی المقدمه اش فعلی است، یعنی اگر این فعل مردد، عنوان واجب غیری را داشته باشد وجوب فعلی را برای ذی المقدمه می‌داند، مثلاً کسی نذر کرده است لکن نمی‌داند که متعلق نذر او آیا وضو است و یا این که متعلق نذر او نماز است؟ و این وضو خودش مردد است بین این که آیا عنوان واجب نفسی را دارد یا عنوان واجب غیری را دارد؟ به عبارت دیگر، نمی‌داند که آیا وضو را به عنوان واجب نفسی به عنوان خودش نذر کرده و یا این که آن چه را که نذر کرده نماز است و نماز هم نیازمند وضو است، لکن وضو در این فرض، عنوان واجب غیری را پیدا می‌کند. تفاوت بین این صورت با صورت اول، در فعلی بودن وجوب ذی المقدمه یا عدم فعلیت آن است؛ به این ترتیب که در صورت اول، ذی المقدمه، وجوب فعلی ندارد ولی در صورت دوم، ذی المقدمه، وجوب فعلی دارد.

صورت سوم- به دو واجب علم تفصیلی وجود دارد و این دو واجب از حیث اطلاق و اشتراط، متماثلین هستند اما شک در تقید یک واجب نسبت به واجب دیگر است؛ مثلاً مکلف می‌داند که هم وضو بر او تفصیلاً واجب است و هم نماز تفصیلاً بر او واجب است و فرض هم بر این است که اگر نماز نسبت به «وقت»، واجب مشروط باشد وضو هم نسبت به وقت، مشروط است و اگر تحقق نماز نسبت به «مکان» اطلاق داشته باشد تحقق وضو هم نسبت به مکان اطلاق دارد اما شک در این است که آیا نماز تقید به وضو دارد یا این که مقید به وضو نیست؟ حال اگر نماز، تقید به وضو داشته باشد وضو واجب غیری خواهد بود و اگر نماز تقید به وضو نداشته باشد وضو عنوان واجب نفسی می‌گیرد و در صورتی که نماز تقید به وضو داشته و وضو واجب غیری باشد بایستی وضو را قبل از نماز انجام داد اما اگر نماز تقید به وضو نداشته باشد فرقی نمی‌کند که وضو قبل از نماز انجام بگیرد و یا بعد نماز انجام بگیرد. تفاوت میان این صورت با

۲- این صورت در کلام مرحوم نائینی وجود ندارد.

۳- با نظر به کلام مرحوم آخوند، با وضوح و قاطعیت می‌توان گفت که کلام مرحوم خوئی صحیح است.

صورت اول و دوم در آن است که از یک سو، بر خلاف این صورت، اساساً در دو صورت قبل، تماثل از حیث اطلاق و اشتراط مطرح نشد و از سوی دیگر فعلیت و عدم فعلیت وجوب ذی المقدمه در صورت اول و دوم مطرح شد حال آن که در این صورت کاری با فعلیت و عدم فعلیت نداریم.

صورت چهارم- همان فرض سوم است با این تفاوت که بین دو واجب، تماثلی نیست؛ مثلاً علم تفصیلی به وجوب وضو و نیز علم تفصیلی به وجوب نماز داریم لکن شک داریم که آیا نماز مقید به وضو است یا مقید به وضو نیست و این دو وجوب یعنی وجوب وضو و وجوب نماز، متمایزان نیستند (خوئی، محاضرات، ۲/ ۳۹۴-۳۸۹).

احکام صور ثلاثه از دیدگاه مرحوم نائینی و مرحوم خوئی^۴

۱- حکم صورت اول از دیدگاه مرحوم نائینی و مرحوم خوئی

صورت اولی که مرحوم نائینی به آن اشاره کرده در کلام مرحوم خوئی صورت سوم است، و آن بدین صورت است که نسبت به دو واجب، علم تفصیلی وجود داشته و این دو واجب، از حیث اطلاق و اشتراط متمایزین هستند؛ حال شک در این است که آیا نماز مقید به وضو دارد یا مقید به وضو نیست؟

مرحوم نائینی در اینجا مسأله انحلال را مطرح کرده و می‌گویند: شک نسبت به تقید، شک بدوی است لذا نسبت به تقید، اصل براءت جاری می‌شود؛ یعنی هنگامی که شک وجود دارد که آیا نماز مقید به وضو است یا مقید به وضو نیست؟ اصل، براءت از تقیید است و اگر اصل براءت از تقیید جاری شود نتیجه آن، اطلاق و سعه مکلف خواهد بود یعنی مکلف می‌تواند وضو را قبل از نماز اتیان کرده و می‌تواند بعد از نماز اتیان کند، و معنای این سخن آن است که وضو، عنوان واجب نفسی می‌گیرد (اجود التقريرات، ۱/ ۱۶۹).

مرحوم خوئی در این فرض با استاد خود مخالفت کرده و راه احتیاط را برگزیده‌اند. ایشان، هم در حاشیه أجود التقريرات و هم در محاضرات، بیانی بدین شرح دارند: اجرای اصل براءت از تقیید، معارض دارد و آن معارض این است که شک وجود دارد که آیا وضو، وجوب نفسی دارد یا خیر؟ اصل، براءت از وجوب نفسی است. وقتی شک می‌کنیم که آیا وجوب وضو، نفسی است یا غیری؟ در اینجا اصلی به نام براءت از وجوب نفسی وجود دارد، زیرا در اینجا آن مقداری که بدون هیچ شکی اثبات شده است وجوب وضوست؛ پس این دو اصل - اصاله البرائه عن التقیید و اصاله البرائه عن النفسیت - با هم تعارض می‌کنند و طبق قاعده «اذا تعارضتا تساقطا»، هر دو اصل ساقط شده و پس از تساقط،

۴- از آن جا که ترتیب صور ثلاثه در کلام این دو نفر متفاوت است لذا بررسی احکام صورت‌های سه گانه را مطابق ترتیبی که مرحوم نائینی بیان فرموده‌اند مطرح می‌کنیم.

نوبت به اجرای اصاله الاشتغال می‌رسد؛ لذا مرحوم خوئی معتقدند که باید اصاله الاحتیاط جاری کنیم و مقتضای احتیاط این است که مکلف ابتدا وضو بگیرد و سپس نماز بخواند (خوئی، محاضرات، ۳۹۲/۲؛ نائینی اجود التقریرات، ۱/۱۷۰).

۲- حکم صورت دوم از دیدگاه مرحوم نائینی و مرحوم خوئی

صورت دوم در کلام مرحوم نائینی، صورت چهارم در کلام مرحوم خوئی است و آن این که نسبت به دو واجب، علم تفصیلی وجود دارد اما این دو واجب، از حیث اطلاق و اشتراط، متماتلین نیستند؛ حال شک در این است که آیا نماز تقید به وضو دارد یا مقید به وضو نیست؟

مرحوم نائینی معتقدند که در چنین صورتی، مجموعه سه شک وجود دارد و در هر سه مورد، اصاله البرائنه باید جاری کرد. توضیح مطلب: الف) این نمازی که مشروط به وقت است آیا مقید به وضو هم می‌باشد یا خیر؟ در تقید نماز به وضو، شک وجود دارد لذا اصاله البرائنه جاری می‌شود. به عبارت دیگر، وجوب وضو تفصیلاً مشخص است و وجوب نماز هم تفصیلاً مشخص است؛ پس نسبت به تقید، شک بدوی داریم که آیا تقید لازم است یا لازم نیست؟ حال اصل برائت جاری می‌کنیم و نتیجه اجرای اصل برائت از تقید این است که وضو، عنوان «واجب غیری» ندارد بلکه عنوان «واجب نفسی» را پیدا می‌کند. ب) از آن جا که فرض صورت دوم این است که می‌دانیم وضو مسلماً واجب است و علم تفصیلی به وجوب آن داریم اما نمی‌دانیم که آیا مقید به وقت است و یا مقید به وقت نیست؟ در نتیجه، شک دیگری حاصل می‌شود و آن این که قبل از وقت نماز شک می‌کنیم که آیا انجام وضو، واجب است و یا واجب نیست؟ در این حالت هم اصاله البرائنه جاری می‌کنیم. در این حالت هم نسبت به اصل وجوب وضو، علم تفصیلی داریم اما این که وضو، مقید به قبل از وقت باشد شک بدوی است لذا برائت جاری می‌کنیم و در این حالت، نتیجه اجرای اصل برائت، غیری بودن وضو خواهد بود نه نفسی بودن آن؛ زیرا شک در این است که آیا وضو قبل از وقت واجب است یا واجب نیست و اصل برائت جاری می‌کنیم و نتیجه اصل برائت این است که وضو قبل از وقت، واجب نیست، و وقتی که وضو قبل از وقت واجب نباشد پس وضو را باید داخل وقت انجام داد و این همان معنای غیری بودن واجب است. ج) حال که علم تفصیلی نسبت به وجوب وضو و نسبت به وجوب نماز وجود دارد اگر کسی قبل از وقت وضو بگیرد این وضو باقی می‌ماند و تا داخل وقت استمرار پیدا می‌کند؛ حال در اینجا شک می‌کنیم که آیا اعاده وضو برای بار دوم واجب است یا خیر؟ به عبارت دیگر، کسی که وضو را در خارج وقت تحصیل کرده باشد آیا اتیان وضو برای بار دوم و در داخل وقت لازم است یا خیر؟ در اینجا هم اصل برائت جاری می‌شود، زیرا آن چه که طبق مودای علم تفصیلی لازم بوده است اتیان وضو است و الآن هم داخل وقت باید نماز را به جا آورد، اما این که وضو

حتمه مقید به داخل وقت باشد به گونه‌ای که اگر خارج از وقت انجام شود نتوان با آن نماز خواند چنین چیزی پذیرفته نیست. نتیجه شک سوم هم نفسی بودن واجب است؛ زیرا در حالتی که الزامی به اتیان وضو در داخل وقت نبوده و همان وضویی که در خارج وقت گرفته شده کافی باشد نتیجه، همان نفسی بودن واجب است، لذا مرحوم نائینی در هر سه مورد شک، اصل برائت را جاری می‌کنند لکن با این تفاوت که نتیجه اجرای اصل برائت در شک اول و سوم، نفسی بودن واجب است و نتیجه شک دوم، غیری بودن واجب خواهد بود (اجود التقريرات، ۱/ ۱۷۰).

مرحوم خوئی می‌گوید: فرض بر این است که علم تفصیلی به وجوب وضو و وجوب نماز وجود دارد اما شک در این است که آیا نماز، مقید به وضو است یا خیر؟ و از طرفی هم بین وضو و نماز تماثل نیست؛ در این صورت، سه حالت را می‌توان در نظر گرفت: اگر به وضو، عنوان واجب غیری بدهیم بی‌شک مقید به وقت می‌شود، اما اگر وضو، عنوان واجب نفسی داشته باشد دو حالت می‌توان در نظر گرفت: یا واجب نفسی مقید است و یا واجب نفسی مطلق. یعنی یک احتمال این است که وضو، واجب نفسی مقید به قبل از وقت باشد؛ یعنی قبل از این که وقت نماز برسد باید وضو را انجام داد. احتمال دوم، واجب نفسی مطلق است؛ یعنی وضو، عنوان واجب نفسی را دارد اما نه مقید به قبل از وقت، بلکه به عنوان مطلق؛ به عبارت دیگر، وضو مطلقه (چه قبل از وقت و چه داخل وقت)، عنوان واجب نفسی را دارد؛ پس باید بین این سه حالت تفکیک کرد. حال وضو مورد بین نفسی بودن و غیری بودن است؛ اگر غیری باشد حتمه مقید به وقت است یعنی همان طوری که نماز، مشروط به وقت است پس وضو هم مشروط به وقت است زیرا واجب غیری، اطلاقه و اشتراطه تابع ذی المقدمه خواهد بود. اما اگر واجب نفسی باشد دو احتمال وجود دارد: ۱- اگر وضو، واجب نفسی مقید به قبل از وقت باشد^۵ اجرای برائت، معارض دارد و معارضش این است که اگر شک شود که وضوی بعد از وقت، واجب است یا خیر؟ در مورد آن هم برائت جاری می‌شود و اجرای اصاله البرائه در قبل از وقت، معارض با اجرای برائت در وضوی بعد از وقت می‌باشد و در این صورت، از صغریات تدریجیات خواهد بود.^۶ ایشان در ادامه آورده‌اند: علم اجمالی در تدریجیات هم منجز است، لذا الآن که نمی‌دانیم وضوی قبل از وقت، واجب است یا وضوی داخل وقت درست است، تدریجی هستند یعنی زمان طرف دوم، بعد از زمان طرف اول محقق می‌شود اما این علم اجمالی هم منجز است و وقتی منجز باشد اصاله البرائه در هر کدام تعارض می‌کنند و بعد از تعارض، هر دو ساقط می‌شوند، و در نتیجه

۵- مرحوم نائینی در شک دوم، یعنی اگر شک کنیم که وضو مقید به قبل از وقت است و اتیان وضو قبل از وقت واجب است یا خیر؟ برائت جاری کرد.

۶- توضیح مطلب: علم اجمالی داریم به این که یا ظرفی که امروز در اختیار مکلف است نجس می‌باشد و یا ظرفی که فردا خواهد رسید نجس است. نزاع در این است که آیا همان طوری که علم اجمالی در دفعیات - یعنی اموری که طرفین آن الآن موجودند - تنجز دارد آیا در تدریجیات هم تنجز دارد یا تنجز ندارد؛ یعنی یک طرف علم اجمالی امروز است و طرف دیگر علم اجمالی یک روز بعد است.

باید احتیاط کرد و احتیاط چنین است که وقتی احتمال می‌دهیم وجوب نفسی وضو، مقید به قبل از وقت باشد پس باید قبل از وقت، وضو گرفت و اگر وضو تا داخل وقت هم استمرار پیدا کرد اعاده مجدد آن لازم نیست؛ البته این در فرضی است که وضو مقید باشد. به عبارت دیگر، قبل از وقت، علم اجمالی داریم به این که یا وضوی مقید به قبل از وقت، واجب است و یا وضوی بعد از وقت؛ حال که احتمال می‌دهیم مقید به قبل از وقت است علم اجمالی منعقد می‌شود؛ به این صورت که قبل از وقت، علم اجمالی وجود دارد که یا الآن وضو واجب است و یا وضوی بعد از وقت؛ و این علم اجمالی مقتضی اصالة الاحتیاط است؛ پس باید وضو گرفت تا یقین به برائت ذمه حاصل شود. ۲- اگر وضو واجب نفسی مطلق باشد اجرای برائت با دو اشکال مواجه می‌شود: الف) با فرض واجب نفسی مطلق بودن، شکی باقی نمی‌ماند تا اصل جاری شود، زیرا اجرای اصل در صورتی است که شک وجود داشته باشد. ب) اصالة البرائه یک اصل امتنانی است و برای این است که مشکل مکلف را برطرف کرده، و تکلف و تضییق را از دوش مکلف بردارد و مکلف را در توسعه قرار بدهد؛ بنابر این برائت برای این است که یک توسعه‌ای در میدان عمل به مکلف بدهد اما در اینجا با فرض این که وجوب وضو، نفسی مطلق است در نتیجه با اجرای اصل برائت، اطلاق برداشته می‌شود و رفع اطلاق نمی‌تواند مقتضای اصل برائت باشد و در صورتی می‌تواند مقتضای برائت باشد که رفع ضیق کند اما اگر اصالة البرائه را جاری کنیم تا اطلاق از بین برود و توسعه مکلف را ناپود سازد برائت جریان نخواهد داشت.

نتیجه این که ایشان سخن مرحوم نائینی را تنها در شک سوم می‌پذیرد، یعنی اگر مکلف وضو را قبل از وقت انجام داده و در داخل وقت شک کند آیا اعاده مجدد لازم است یا نه؟ - و فرض هم این است که وضو باقی است- در اینجا برائت جریان دارد؛ چون مقداری که ثابت و مشخص است این است که اگر هم در واقع نماز مقید باشد مقید به اصل وضو است، اما این که مقید به وضوی داخل وقت باشد - یعنی به وضویی که حتماً در داخل وقت انجام شده باشد - چنین چیزی نیست، لذا در این فرض، برائت جریان دارد (خونی، محاضرات، ۲/ ۳۹۳ - ۳۹۴؛ نائینی، اجود التقریرات، ۱/ ۱۷۰ - ۱۷۱).

۳- حکم صورت سوم از دیدگاه مرحوم نائینی و مرحوم خوئی

صورت سوم در کلام مرحوم نائینی، صورت دومی است که مرحوم خوئی به آن اشاره کرده‌اند و آن، این که اگر مکلف، به وجوب عملی علم دارد اما نمی‌داند که آیا این وجوب، عنوان واجب نفسی را دارد و یا عنوان واجب غیری را دارد، لکن می‌داند که اگر این فعل، واجب غیری باشد وجوب ذی المقدمه‌اش فعلی است، مثلاً شخصی نذر کرده باشد لکن نمی‌داند که آیا متعلق نذر او وضو است یا نماز است؟ و این وضو

خودش مردد است بین این که آیا عنوان واجب نفسی را دارد و یا عنوان واجب غیری را دارد (خوئی، محاضرات، ۲/ ۳۸۹ - ۳۹۰؛ نائینی، اجود التقریرات، ۱/ ۱۷۱).

مرحوم نائینی می‌گویند: حکم دو فعل بایستی روشن شود؛ یکی حکم وضو و دیگری حکم نماز. توضیح مطلب این که اگر اصل وجوب یک واجبی معلوم باشد اما نفسی بودن و غیری بودنش مردد بوده و آن ذی المقدمه عنوان فعلیت را دارا باشد در اینجا ابتدا باید تکلیف وضو و سپس حکم نماز را باید مشخص کرد. اما نسبت به وضو، علم تفصیلی داریم، برای این که یا از ابتدا متعلق نذر، خود وضو است به نحو واجب نفسی، و یا این که اگر متعلق نذر عبارت از نماز باشد وضو به نحو واجب غیری، واجب است لذا نسبت به وضو علم تفصیلی وجود دارد و با وجود علم تفصیلی اگر وضو ترک شود استحقاق عقاب دارد؛ حال این استحقاق عقاب، یا از جهت ترک خود وضو است اگر واجب نفسی باشد و یا استحقاق عقاب از جهت ترک ذی المقدمه به ترک این مقدمه است اگر واجب غیری باشد. اما شک نسبت به نماز، شک بدوی است؛ یعنی بعد از انجام وضو ما نسبت به نماز شک می‌کنیم که آیا انجام نماز بر ما واجب است و یا واجب نیست؟ و این شک ما عنوان شک بدوی دارد که مجرای برائت است (نائینی، اجود التقریرات، ۱/ ۱۷۱).

طبق بیان مرحوم نائینی، وضو در هر حال باید انجام شود؛ به عبارت دیگر، وضو واجب نفسی خواهد بود. طبق این بیان، وضو واجب غیری نیست لذا نمی‌توان گفت چون در نماز، برائت جاری شد پس ترک وضو جایز است.

سپس مرحوم نائینی می‌افزاید: صورت دومی که مرحوم آخوند در کفایة الاصول مطرح فرموده‌اند که در آن برائت جاری می‌شود همین صورتی است که بحث کردیم؛ یعنی نظر مرحوم آخوند این است که در این قسم - یعنی وجوب واجبی، مردد بین نفسی و غیری بوده و فرض این باشد که اگر غیری باشد ذی المقدمه هم وجوب فعلی دارد - برائت را حتی نسبت به وضو جاری می‌کند. به عبارت دیگر، مرحوم نائینی به مرحوم آخوند نسبت می‌دهد که برائت را نسبت به وضو هم جاری می‌کند، و سپس مرحوم نائینی در مقام اشکال به آخوند می‌افزاید که عنوانی به نام عنوان «التزام به تفکیک در تنجیز» یا التزام به توسط در تنجیز داریم و ما این قاعده را قبول داریم که تفکیک در مرحله تنجیز امکان دارد (اجود التقریرات، ۱/ ۱۷۱؛ فوائد الاصول، ۱/ ۲۲۴). توضیح مطلب چنین است: در اینجا مرحوم نائینی منظور خود را به روشنی بیان نمی‌کند، لذا با استفاده از بیان ایشان در باب مسأله اقل و اکثر ارتباطی و همچنین با بهره‌مندی از بیان سایر علما به تبیین دیدگاه مرحوم نائینی می‌پردازیم؛ در باب حکم سه مرحله وجود دارد: الف) مرحله ثبوت حکم. ب) مرحله تنجیز حکم. ج) مرحله سقوط حکم. حال مراحل ثبوت حکم و سقوط حکم، تفکیک

بردار نیست؛ به طوری که یک حکم، یا ثابت است و یا ثابت نیست؛ یک حکم، یا ساقط می‌شود و یا ساقط نمی‌شود، اما مرتبه تنجیز حکم تفکیک بردار است؛ به عبارت دیگر: ۱- گاهی اوقات، حکمی داریم که حتمه منجز نیست نظیر جایی که شک در حکمی، شک بدوی ابتدائی باشد؛ ۲- گاهی اوقات، حکم منجز است و تفکیکی هم در کار نیست مانند جایی که علم اجمالی داریم که محکم و ثابت است؛ در چنین موردی این علم اجمالی منجز است؛ ۳- یک حکمی نسبت به یک فرض و فرد، عنوان منجز دارد اما طبق فرض دیگر و نسبت به یک فرد دیگر، عنوان منجز ندارد. حال در همین قسم سوم، مرکبی که دارای اجزایی است ترک مرکب، به ترک هر یک از اجزای آن امکان دارد چرا که در باب مرکب می‌گوئیم که اگر یکی از اجزای مرکب منتفی شود مرکب هم منتفی می‌شود (اذا انتفی الجزء انتفی الكل)؛ مرکب به ترک هر یک از اجزایش منتفی می‌شود، پس اگر مرکبی ده جزء باشد هر جزئی که ترک شود سبب ترک مرکب می‌شود. در این جا ممکن است در یک موردی بگوئیم که ترک مرکب به سبب ترک بعضی از اجزاء، موجب مؤاخذه بوده، و ترک مرکب به سبب ترک بعضی از اجزای دیگر، موجب مؤاخذه نیست. مؤاخذه همان مرحله تنجیز حکم است و حکم زمانی که به مرحله تنجز برسد مرحله‌ای است که بر موافقتش، ثواب و بر مخالفتش، عقاب بار می‌شود. در باب اقل و اکثر ارتباطی نیز مسأله همین طور است؛ مثلاً نمی‌دانیم که نماز ده جزء است یا یازده جزء است؟ یا نمی‌دانیم که آیا نماز ده جزئی بر ما واجب است یا یک جزء یازدهمی به نام سوره هم واجب است؟ در این جا اگر سوره، جزء نماز باشد همان طوری که با ترک بقیه اجزای نماز، مرکب ترک می‌شود با ترک سوره هم مرکب ترک می‌گردد اما کسانی که برائت عقلی جاری می‌کنند به تفکیک در تنجیز ملتزم شده و می‌گویند که یک وجوب نماز داریم و این وجوب نماز نسبت به ده جزء، منجز است؛ یعنی هر یک از این ده جزء را که ترک کنیم و نماز به خاطر آن ترک شود استحقاق عقاب داریم، اما وجوب نماز به خاطر ترک سوره اگر هم واقعاً سوره، جزء نماز باشد منجز نیست و چنین چیزی را تفکیک در باب تنجیز گویند. حال که این مطلب روشن شد در باب اقل و اکثر ارتباطی، تفکیک در باب تنجیز را در باب اجزاء یک مرکب مطرح می‌کنند. مرحوم نائینی در اینجا توسعه داده و معتقدند که فائده التزام به تفکیک در تنجیز همان طوری که در باب اجزاء جریان دارد در باب شرائط هم جریان دارد؛ پس اگر نماز واجب باشد وضو شرط برای نماز است و در اینجا وجوب را نسبت به این شرط ثابت می‌دانیم و می‌گوئیم که آن وجوب کلی برای کسی که یا وجوب وضو و یا وجوب نماز را نذر کرده است، نسبت به این وضو ثابت است اما نسبت به نماز برائت جاری می‌کنیم و از این طرف، اگر ما برائت را نسبت به نماز جاری کنیم لازم نیست که برائت را نسبت به وضو هم جاری کنیم؛ بلکه بین این‌ها تفکیک قائل شده و اصل برائت نسبت به نماز جاری می‌شود اما نسبت به وضو اصاله البرائه جاری نمی‌شود؛ خلاصه این که

اگر ناذر، یا نماز و یا وضو را نذر کرده باشد وقتی وضو برای او علم تفصیلی دارد ترک نماز اگر مستند به ترک وضو باشد مما یوجب العقاب، و اگر مستند به خود اجزائش باشد مما لایوجب العقاب است. سپس به مرحوم آخوند اشکال کرده که چرا اصالة البرائه را در وضو جاری می‌کند؛ یعنی برداشت مرحوم نائینی از کلام آخوند این است که در جایی که علم اجمالی داریم به این که یا وضو واجب است و یا نماز، آخوند خراسانی، هم نسبت به نماز و هم نسبت به وضو برائت جاری کرده‌اند (خمینی، سید مصطفی، ۱۴۹/۳؛ حسینی میلانی، ۲۹/۳ - ۳۰؛ نائینی، فوائد الاصول، ۱۰۴ - ۱۰۵).

اما مرحوم خوئی معتقد است که عبارت آخوند در فرضی که می‌گوید برائت جاری است در جایی است که ذی المقدمه، فعلی نباشد یعنی همان صورت اولی که در کلام مرحوم خوئی بیان شد؛ یعنی در جایی که ذی المقدمه، فعلیت ندارد باید برائت جاری شود اما در جایی که ذی المقدمه، فعلی است اما فعلی علی تقدیر است - یعنی اگر وضو عنوان غیری را داشته باشد این نماز به عنوان غیری مطرح است - مرحوم آخوند اصلاً برائت را مطرح نکرده‌اند (خوئی، محاضرات، ۳۸۹/۲).

مرحوم خوئی همین نظر را داشته و معتقد است که در اینجا انحلال را قبول می‌کنیم و علم اجمالی‌ای که ابتدا داشتیم به یک علم تفصیلی و شک بدوی انحلال پیدا می‌کند (همو، ۳۹۰/۲ - ۳۸۹). حال، برخی از علما به نظر مرحوم نائینی - که فرمود علم اجمالی، به یک علم تفصیلی و شک بدوی انحلال پیدا کرده و در نتیجه، کسی که نذر کرده و نمی‌داند که متعلق نذر او وضو است یا نماز؟ فقط بر او وضو واجب است و نسبت به نماز، اصل برائت جاری می‌شود - و به تبع ایشان به دیدگاه مرحوم خوئی اشکالاتی را وارد کرده‌اند که در این جا چند اشکال را بیان می‌کنیم:

۴- اشکالات وارد بر نظر مرحوم خوئی و نائینی در صورت سوم

اشکال اول: انحلال در جایی است که معلوم بالاجمال، قابل انطباق بر معلوم تفصیلی باشد. توضیح مطلب این است که در اینجا یک معلوم تفصیلی به نام وجوب وضو داریم و یک معلوم اجمالی به نام وجوب نفسی داریم و نمی‌دانیم کسی که نذر کرده است آیا مقدمه نذرش نماز است که عنوان واجب نفسی را دارد و یا متعلق نذرش وضو به تنهایی است یعنی بدون این که مقدمه نماز بشود که آن هم عنوان واجب نفسی را پیدا می‌کند؟ پس دوران بین وضو و نماز است؛ لکن اگر به حسب واقع، متعلق نذر نماز باشد وضو هم به عنوان واجب غیری باید انجام بشود. مرحوم نائینی فرمودند که نتیجه این می‌شود که نسبت به وجوب وضو، علم تفصیلی داریم یعنی وجوب وضو، معلوم بالتفصیل می‌شود، و وجوب نفسی نماز، معلوم بالاجمال می‌شود؛ حال معلوم بالاجمال، قابل انطباق بر معلوم بالتفصیل نیست در حالی که در دوران بین اقل و اکثر، اقل، معلوم بالتفصیل بوده و اکثر، مشکوک می‌باشد اما عنوان اکثر، قابل انطباق بر

عنوان اقل است؛ یعنی نماز ده جزئی، قابل انطباق بر نماز نه جزئی هم هست، لذا در انحلال باید معلوم بالاجمال، قابل انطباق بر معلوم بالتفصیل باشد ولی در ما نحن فیه چنین نیست، چرا که در اینجا معلوم بالاجمال، وجوب نفسی است و معلوم بالتفصیل، وجوب کلی است، زیرا با وجود علم تفصیلی پیدا کردن نمی توان گفت که وجوب وضو، نفسی است یا غیری؛ پس معلوم بالتفصیل، قدر جامع بین نفسی و غیری است؛ یعنی علم تفصیلی به وجوب وضو دارید؛ حال این وجوب، چه نوعی است نفسی یا غیری؟ معلوم نیست؛ در نتیجه، معلوم بالاجمال که عبارت از وجوب نفسی باشد قابل انطباق بر معلوم بالتفصیل نیست و اگر قابل انطباق نباشد انحلال به وجود نمی آید (خرازی، ۴۹۸/۲؛ عراقی، ۳۷۴).

اشکال دوم: مرحوم نائینی همان انحلالی را که در اقل و اکثر نسبت به اجزای یک مرکب جاری کردند همان انحلال را در باب شرائط هم آورده اند. به تعبیری که خودشان گفته اند در فوائد، در انحلال بین المقامین که یک مقام ما نحن فیه و مقدمه خارجی است و اقل و اکثر که در باب اجزاء و مقدمه داخلیه است فرق وجود ندارد پس ایشان در باب اقل و اکثر ارتباطی، انحلال را که مشهور در باب مقدمه داخلیه قائل هستند نسبت به مقدمه خارجی - وضو - هم تعمیم داده اند؛ حال اشکال این است که ما نمی توانیم به این مطلب التزام پیدا کنیم؛ چرا که در اقل و اکثر، یک وجوب داریم که این وجوب تنها، یا به اقل متعلق است و یا به اکثر متعلق می باشد؛ و می توانیم بگوئیم که نسبت به اقل، یقینی بوده و نسبت به اقل، علم تفصیلی داریم؛ ولی نسبت به اکثر، شک وجود دارد؛ لذا در اکثر، برائت جاری شود؛ بنابراین در اقل و اکثر چون یک وجوب داریم این وجوب تنها، یا متعلق به اقل است و یا متعلق به اکثر؛ اما در باب شرائط، یک وجوب مستقل غیری وجود دارد و وجوبی که به وضو تعلق پیدا می کند خودش یک انشاء مستقل دارد اما این انشاء مستقل، انشائی است غیری؛ لکن یک وجوب مستقلی است، لذا اگر وجوب در باب مقدمات خارجی مستقل شود یک وجوب دومی می شود و در جانی که دو وجوب مطرح باشد در آنجا مسأله انحلال در کار نیست (خرازی، ۵۰۰/۲؛ خمینی، روح الله، ۳۷۶/۱؛ سبحانی، ۱۹۴/۱؛ فاضل لنکرانی، ۶۳/۱؛ مرتضوی لنگرودی، ۱۴۲/۳) به علاوه در مورد شک در شرطیت و عدم آن در اقل و اکثر ارتباطی، جریان اصاله البرائه مورد اتفاق نیست؛ چه آن که شیخ انصاری به اصاله البرائه قائل شده است، چون به نظر ایشان علم اجمالی، به علم تفصیلی و شک بدوی منحل خواهد شد. (فوائد الاصول، ۴۵۹-۴۶۲) و مرحوم آخوند معتقد است که در اقل و اکثر ارتباطی نمی توان اصاله البرائه را پیاده کرد و انحلالی که مرحوم شیخ انصاری مطرح کرده اند مستلزم محال است (آخوند خراسانی، ۳۶۴) ولی به قول حضرت امام خمینی (منهاج الوصول، ۳۷۶/۱) آن چه تعجب آور است این است که خود مرحوم نائینی (فوائد الاصول، ۴/۱۴۳) در بحث اقل و اکثر ارتباطی قائل به تفصیل شده و می گوید: اگر شک در اقل و اکثر ارتباطی، در

مورد جزئیت باشد اصاله البرائنه جاری شده، اما اگر در مورد شرایط باشد اصاله البرائنه جاری نمی‌شود. بنابراین طبق مبنای خود ایشان نمی‌توانیم اصاله البرائنه را جاری کنیم بلکه مجرای اصاله الاشتغال است، زیرا خود ایشان چنین موردی را از قبیل شک در شرطیت می‌داند.

اشکال سوم: مرحوم نائینی در اینجا عنوانی را تحت «تفکیک در تنجیز» یا توسط در تنجیز بیان نمودند؛ به این معنا که حکم در مرحله تنجیز که مرحله ثواب و عقاب است قابل تفکیک است؛ یعنی ترک یک حکمی نسبت به ترک بعضی از اجزای آن استحقاق عقاب می‌آورد اما نسبت به ترک اجزای دیگر، استحقاق عقاب نمی‌آورد که از آن به «تفکیک در تنجیز» تعبیر کرده که در باب اقل و اکثر، هم در مقدمات داخلیه و هم مقدمه خارجیه مثل وضو جریان دارد، حال باید بررسی کرد که آیا اساساً التزام به تفکیک در تنجیز صحیح است یا خیر؟ شکی نیست که حکم در مرحله ثبوت یا در مرحله سقوط، قابل تفکیک نیست اما این که در مرحله ثواب و عقاب، به تفکیک در تنجیز قائل شویم مبنای صحیحی ندارد، زیرا در جایی که حکم به یک امر مرکب تعلق بگیرد اگر یک جزئی از اجزای مرکب ترک شود ترک این جزء، موجب ترک کل می‌شود و ترک کل، مستند به ترک این جزء است. اگر در باب مرکب، برای ترک هر جزئی یک استحقاق عقاب خاصی را قائل شویم این سخن درست است؛ به این صورت که بگوئیم نماز، مرکبی است که اگر کسی نماز را نخواند برای ترک قیام و برای ترک رکوع و برای ترک سجده عقاب می‌شود و اگر کسی نماز نخواند شارع می‌تواند ترک نماز را که مستند به ترک بعضی از اجزاء است مستحق عقاب قرار دهد و اگر مستند به ترک بعضی اجزای دیگر باشد مستحق عقاب قرار ندهد. این بیان مرحوم نائینی در فرضی درست است که برای ترک هر جزئی، به یک استحقاق عقاب خاصی قائل شویم اما اگر بگوئیم که شارع گفته است کسی که نماز را ترک کند استحقاق عقاب دارد در اینجا اگر کسی همه نماز را خوانده اما رکوع را انجام ندهد نماز ترک شده است و ترک نماز، مستند به ترک رکوع است و اگر فرض کنیم که یک جزء دیگر را هم ترک کرده است دیگر به او استنادی ندارد و معلول آن نیست و نمی‌شود گفت که ترک نماز، دو علت دارد: یکی ترک رکوع و یکی ترک سجده؛ زیرا اگر یک جزئی ترک شود نماز ترک می‌شود و شارع هم فرمود اگر نماز ترک شود عقاب هست و وقتی عقاب آمد در این جا تفکیک در تنجیز معنا ندارد که بگوئیم از نظر شارع اگر ترک نماز مستند به ترک این اجزاء باشد عقاب دارد و اگر ترک نماز مستند به ترک اجزاء دیگر باشد عقاب ندارد. به عبارت دیگر، نمی‌دانیم که نماز نه جزئی است یا ده جزئی؟ نمی‌دانیم که سوره به عنوان جزء دهم واجب است یا نه؟ می‌گوئیم که اقل و اکثر ارتباطی است و مشهور و مرحوم نائینی در اکثر برائت جاری می‌کنند و اگر سوره واقعاً جزء نماز باشد نماز ترک شده است؛ پس ترک نماز اگر معلول ترک اقل باشد استحقاق عقاب می‌آید و ترک نماز اگر معلول ترک اکثر باشد عقاب نیست در حالی که در اینجا یا ترک نماز هست و یا نیست و نمی‌شود گفت کسی که نه جزء را انجام داده است نسبت به نه جزء، ترک نماز نکرده

است و نسبت به جزء دهم ترک نماز شده است و وقتی که اصاله البرائه را درباره جزء دهم جاری می‌کنید یعنی ظاهر/سوره جزء نماز نیست و ظاهر/این شخص نماز را ترک نکرده و به حسب ظاهر نماز را انجام داده است نمی‌شود گفت که به حسب ظاهر، هم ترک کرده و هم انجام داده است؛ با قطع نظر از این عقلا هم نمی‌توان پذیرفت بلکه عقلا یا این حکم به مرحله تنجز می‌رسد و یا نمی‌رسد و اگر بگوئیم در مرحله تنجز نسبت به برخی اجزاء تفکیکی پیدا می‌کند این قابل تصویر صحیحی نیست؛ خلاصه این که تفکیک اولاً- فقط در جایی تصویر می‌شود که اجزائی باشد و ثانیاً- برای هر جزء و ترک جزئی، عقاب و ثوابی باشد (حسینی روحانی، ۱۲۲/۵؛ حسینی شاهرودی، ۱۳۱/۵؛ مرتضوی لنگرودی، ۱۴۳/۳؛ سید مصطفی خمینی، ۱۵۱/۳؛ عبد الساتر، ۱۶۰/۵).

اشکال چهارم: مرحوم نائینی برای این که اصاله البرائه را در نماز جاری کنند از راه انحلال وارد شده و در جایی که نذر، یا به وضو و یا به نماز تعلق پیدا کرده باشد معتقد شدند که نسبت به وجوب وضو، علم تفصیلی داریم و وضو بالاخره باید انجام شود، چون یا در واقع، خود وضو متعلق نذر بوده است پس باید اتیان شود؛ و یا این که نماز، متعلق نذر بوده و وضو، مقدمه برای نماز بوده است؛ پس نسبت به وجوب وضو علم تفصیلی داشته، و نسبت به وجوب نماز، شک بدوی داریم لذا نسبت به نماز اصاله البرائه باید جاری کنیم؛ بنابراین دیدگاه مرحوم نائینی مبتنی بر چنین انحلالی است. حال اشکال این است که انحلال در اینجا صحیح نیست، برای این که از اول علم اجمالی داریم که وضو یا نماز، هر کدام به نحو واجب نفسی واجب‌اند؛ به عبارت دیگر، در اینجا یک طرف علم اجمالی وجوب نفسی، وضو بوده و طرف دیگر علم اجمالی وجوب نفسی، نماز است و وضو و نماز، دو طرف علم اجمالی‌اند؛ و حال آن که بیان مرحوم نائینی برای انحلال این است که ما به وجوب وضو - به نحو قدر جامع بین نفسی و غیره - علم داریم در حالی که علم به وجوب وضو به نحو قدر جامع بین نفسی و غیره، طرف علم اجمالی نیست و معنای انحلال در علم اجمالی این است که یک طرف، از اجمال بیرون آمده و تفصیلی می‌شود و اگر علم تفصیلی به وجوب نفسی وضو پیدا کنیم در اینجا انحلال محقق می‌شود در حالی که چنین علم تفصیلی نداریم چون می‌گوئید الآن کسی که نذر کرده است نمی‌داند که متعلق نذرش آیا وضو است یا نماز، پس به اصل وجوب وضو علم دارد و علم به اصل وجوب وضو یعنی قدر جامع نفسی و غیره؛ لکن چنین چیزی که طرف علم اجمالی نیست بلکه یک طرف علم اجمالی، وجوب نفسی وضو است و طرف دیگر هم، وجوب نفسی نماز است و نسبت به هیچ یک علم تفصیلی نداریم لذا اصاله البرائه، هم نسبت به وجوب نفسی نماز جریان داشته و هم نسبت به وجوب نفسی وضو جریان دارد و این دو اصاله البرائه با هم تعارض می‌کنند.

دیدگاه امام خمینی

امام خمینی در تمام این اقسام چهار گانه احتیاطی شده‌اند، اما یک نکته اساسی در گفته ایشان است و آن این که خصوصاً در قسم سوم و چهارم، وقتی شک می‌کنیم که آیا نماز مقید به وضو هست و یا مقید نیست؟ علم اجمالی درست می‌شود. بیان مطلب چنین است که علم اجمالی داریم به این که یا وضو به نحو نفسی، واجب است و یا نماز مقید به وضو واجب است که در این صورت، وضو واجب غیری می‌شود؛ یعنی امام خمینی معتقدند که یک طرف علم اجمالی را خود تقید قرار می‌دهیم و می‌گوئیم الآن که شک داریم نماز مقید به وضو واجب است یا خیر؟ علم اجمالی درست می‌شود و این علم اجمالی منجز است و تنجزش اقتضای احتیاط دارد، لذا باید احتیاط کرد؛ یعنی در صورت چهارم، وضو را قبل از وقت بگیریم و حفظ کنیم و اگر داخل وقت بود اعاده لازم ندارد (خمینی، روح الله، ۱/ ۳۷۵).

نظریه تحقیق در مقتضای اصل عملی

مطلبی که در تحلیل صورت اول و دوم به آن اشاره نشد این است که با وجود اجرای اصل در شک سببی، نوبت به اجرای اصل در شک مسببی نمی‌رسد. با این توضیح که فرض مسأله این است که علم تفصیلی به وضو و نماز وجود دارد اما شک در این است که آیا نماز مقید به وضو است یا خیر؟ و یقین هم وجود دارد که نماز، مشروط به وقت است اما در این که وضو، مشروط به وقت باشد یا مشروط به وقت نباشد شک است. حال از آن جا که شک نسبت به تقید، شک بدوی است برائت جاری شده، و با اجرای اصل برائت، تقید از بین می‌رود؛ در نتیجه با نبودن تقید، نوبت به شک‌های بعدی نمی‌رسد؛ پس شکی باقی نمی‌ماند تا گفته شود که آیا وضو قبل از وقت واجب است یا خیر؛ و چنانچه مکلف قبل از وقت وضو بگیرد آیا بعد از هم وقت باید اعاده کند یا اعاده لازم نیست، لذا بین صورت اول (که علم به تماثل وجود دارد) و صورت دوم (که علم به تماثل وجود ندارد) تفاوتی نیست، زیرا عدم علم به تماثل و علم به تماثل نمی‌تواند فارق باشد و در اینجا حکم هر دو روشن است؛ شک در تقیید، عنوان شک بدوی دارد و باید برائت را جاری کنیم و نتیجه‌اش این است که نماز، مقید به وضو نیست و وضو عنوان واجب غیری ندارد و وقتی واجب غیری نبود وضو را می‌توان هم قبل از وقت به جا آورد و هم بعد از وقت؛ و اگر هم بعد از وقت اتیان شود هم می‌توان وضو را قبل از نماز انجام داد و هم بعد از نماز. در مورد صورت سوم هم با توجه به اشکالاتی که بر جریان اصالة البرائه وجود داشت قاعده اشتغال و اصالة الاحتیاط جاری می‌شود، لذا در اینجا که کسی نذر کرده و نمی‌داند که متعلق نذر او وضو هست یا نماز؟ هم باید وضو و هم باید نماز را انجام دهد.

نتیجه‌گیری

در نهایت با در نظر گرفتن جمیع نظرات می‌توان تقسیم بندی جدیدی را ارائه داد و آن این که مقتضای اصول عملیه هنگام شک در نفسیت و غیریت سه صورت پیدا می‌کند: ۱- همان صورت اولی که مرحوم خوئی به آن اشاره کرد و مجرای اصل برائت است، ۲- صورت اول و دومی که مرحوم نائینی به آن اشاره داشتند، بدون این که تفاوتی میان تماثل یا عدم تماثل باشد و اصل برائت جاری می‌شود، ۳- صورت سومی که مرحوم نائینی به آن اشاره کردند با این تفاوت که در اینجا اصل احتیاط جاری می‌شود.

منابع

- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ ق.
- _____، *مطرح الانظار* (طبع جدید)، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، تعلیقه عباسعلی زارعی سبزواری، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ ششم، ۱۴۳۰ ق.
- _____، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- بجنوردی، حسن، *منتهی الاصول*، تهران، مؤسسه العروج، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- تبریزی، جواد، *دروس فی مسائل علم الاصول*، قم، دار الصدیقه الشهیده (س)، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- حاج عاملی، محمد حسین، *ارشاد العقول الی مباحث الاصول*، تقریرات درس جعفر سبحانی، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- حسینی روحانی، سیدمحمد، *منتقى الاصول*، مقرر: عبد الصاحب حکیم، قم، دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- حسینی شاهرودی، محمود، *نتائج الافکار فی الاصول*، تقریرات محمدجعفر جزائری، قم، آل مرتضی (ع)، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- حسینی میلانی، علی، *تحقیق الاصول*، قم، الحقائق، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.
- حلی، حسین، *اصول الفقه*، قم، انتشارات مکتبه الفقه و الاصول المختصه، چاپ اول، ۱۴۳۲ ق.
- خرازی، محسن، *عمدة الاصول*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- خمینی، روح الله، *تهذیب الاصول*، مقرر: جعفر سبحانی، قم، دار الفکر، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- _____، *مناهج الوصول الی علم الاصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

- تابستان ۱۳۹۷ مقتضای اصل عملی به هنگام شکّ در نفسی و غیری بودن «واجب» ۱۳۳
- خوئی، ابوالقاسم، *غایة المامول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۸ ق.
- _____، *محاضرات فی اصول الفقه*، مقرر: محمداسحاق فیاض، قم، دار الهمادى للمطبوعات، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *مصابیح الاصول*، مقرر: علاء الدین بحر العلوم، تهران، مرکز نشر الکتاب، چاپ اول، ۱۳۰۰.
- روحانی، محمد صادق، *زبدۃ الاصول*، تهران، حدیث دل، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- صدر، محمدباقر، *بحوث فی علم الاصول*، مقرر: سید محمود هاشمی، بیروت، الدار الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- طباطبائی قمی، تقی، *آراونا فی اصول الفقه*، قم، ناشر محلاتی، چاپ اول، ۱۳۷۱.
- عراقی، ضیاء الدین، *بدائع الافکار فی اصول*، مقرر: میرزا هاشم آملی، نجف اشرف، المطبعة العلمیه، چاپ اول، ۱۳۷۰ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *معتمد الاصول*، تقریرات درس امام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- مرتضوی لنگرودی، محمد حسن، *جواهر الاصول*، تقریرات درس امام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- موسوی، صمدعلی، *دراسات فی الاصول*، تقریرات درس آیه الله فاضل لنکرانی، قم، مرکز فقه ائمه اطهار، چاپ اول، ۱۴۳۰ ق.
- مؤمن قمی، محمد، *تسلید الاصول*، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- نائینی، محمدحسین، *أجود التقریرات*، مقرر: ابوالقاسم خوئی، قم، مطبعة العرفان، چاپ اول، ۱۳۵۲.
- _____، *فوائد الاصول*، مقرر: محمدعلی کاظمی خراسانی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۶.



حاکمیت پارادایم «عدم حجیت اخبار آحاد» بر گفتمان فقهای شیعی سده ۵-۷*

دکتر حامد مصطفوی فرد

عضو هیئت علمی دانشگاه ولیعصر رفسنجان

Email: hamed_amf@yahoo.com

دکتر سید کاظم طباطبائی پور^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: tabatabaei@um.ac.ir

دکتر غلامرضا رئیسیان

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: raeisian@um.ac.ir

چکیده

ساختارگرایان، از جمله توماس کوهن، به نقش ساختارها در تولید علم معتقدند و تاریخ علم را تاریخ دوره‌هایی می‌دانند که از هم کاملاً گسسته هستند و شاخصه هر دوره‌ای از تاریخ علم، ظهور پارادایمی جدید است که نظریه‌های علمی درون آن تولید شده و ظهور پیدا می‌کند. طبق این رویکرد، پیشرفت علم در قالب زنجیره‌ای خاص صورت می‌گیرد که حلقه اول آن را پیش علم (شبه علم) تشکیل می‌دهد؛ حلقه دوم را کارکرد علم متعارف، حلقه سوم را بحران علم متعارف، حلقه چهارم را انقلاب علمی و در نتیجه حلقه پنجم یعنی بروز علم متعارف جدید صورت می‌گیرد. مبتنی بر این مدل می‌توان چرایی مواجهه علمای شیعه با اخبار آحاد را در ادوار مختلف تاریخ تشیع مورد ارزیابی قرار داد. به عنوان مثال سده پنجم تا هفتم را باید عصر حاکمیت پارادایم «اصالت قرائن» دانست. این پارادایم فقط در دو برهه، یکی آغاز پیدایش خود (مرحله پیش علم) و دیگری دوران اضمحلال خود (مرحله بحران علم متعارف) دارای مخالفینی بود و در بین این دو مقطع ما شاهد حاکمیت بلامنازع پارادایم «اصالت قرائن» هستیم و هیچ عالمی را نمی‌یابیم که قائل به حجیت اخبار آحاد باشد؛ تا اینکه با فعالیت‌های علامه حلی و حلقه فکری ایشان، یک انقلاب علمی (تغییر پارادایم) صورت می‌گیرد و پارادایم «اصالت سند» بر فضای علمی مسلط و حاکم می‌شود و تا زمان ظهور اخباری‌گری این سلطه را حفظ می‌کند.

کلیدواژه‌ها: پارادایم، شیخ مفید، سیدمرتضی، خبر واحد، اصالت قرائن.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۴/۰۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۳/۱۲.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

اغلب صاحب نظران از وجود سه موج در تاریخ علم سخن می گویند: پوزیتیویسم به عنوان موج اول فلسفه علم در قرن نوزدهم، شکل و در قرن بیستم اوج گرفت. موج دوم تاریخ علم با فلسفه نگاتیویسم (ابطال گرایی) از سر گرفته شد. کارل پوپر را می توان نماینده اصلی این موج دانست. موج سوم فلسفه علم، یعنی توجه به جنبه های تاریخی علم با کارهای توماس کوهن شناخته می شود. وی اولین کسی بود که در دهه ۱۹۶۰ و در کتاب «ساختار انقلاب های علمی»، از اصطلاح پارادایم (دارای ریشه یونانی، به معنای الگو) استفاده کرد. کوهن علم را به مثابه یک ساختار در نظر می گرفت. بر خلاف دو موج اول فلسفه علم که علم را متفرق و تکه تکه می انگاشتند، فیلسوفان علمی چون لاکاتوش و کوهن اعتقاد داشتند که تبیین های مناسب تر، مستلزم این است که نظریه ها را به مثابه نوعی کل های ساختاری، تلقی کنیم.

اثبات گرایان منطقی و ابطال گرایان پیشرفت علم را به صورت انباشتی و تدریجی می دانستند و لذا بر این عقیده بودند که دانشمندان، علم را بر اساس دستاوردهای اخلاف خود بنا می کنند. اما فلاسفه علم قرن بیستم همچون لاکاتوش و کوهن به رویکرد ساختارگرایی گرایش پیدا کردند و تکوین علم را بر مبنای قبول یک ساختار دانستند. ساختارگرایان تاریخ علم را تاریخ دوره هایی می دانند که از هم کاملاً گسسته هستند و شاخصه هر دوره ای از تاریخ علم، ظهور پارادایمی جدید است که نظریه های علمی درون هر یک از آن ها تولید شده و ظهور پیدا می کنند.

طبق این رویکرد، پیشرفت و تکامل علم در قالب زنجیره ای خاص صورت می گیرد. حلقه اول این زنجیره را پیش علم یا شبه علم تشکیل می دهد. حلقه دوم مربوط به کارکرد علم متعارف، حلقه سوم را بحران علم متعارف و حلقه چهارم را انقلاب علمی تشکیل می دهد که نتیجه و حاصل آن حلقه پنجم یعنی بروز علم متعارف جدید است. علم متعارف (عادی) موضوعات علم را بر اساس مفاهیم و مفروضات بنیادین پارادایم تبیین می کند. در پژوهش های عادی درباره این مفروضات تردید نمی شود. ناهنجاری ها یا نادیده گرفته می شوند یا به کمک تبصره هایی تعدیل و سازگار می شوند و لذا پارادایم یک علم تا مدت های مدید تغییر نمی کند و دانشمندان در چارچوب مفهومی آن به حل مسائل خود سرگرم هستند. البته یک ناهنجاری به تنهایی برای تغییر پارادایم کافی نیست؛ اما هنگامی که علم عادی به شمار متعددی از ناهنجاری ها برمی خورد که در برابر راه حل ها مقاوم هستند، نوعی بحران پیش می آید و جامعه علمی ناگزیر می شود در مفروضات اساسی خود بازنگری کند و در پی جانشین هایی دیگر برآید. پس از مدتی ممکن است پارادایم تازه ای ظهور کند و پیش فرض های مسلط را به چالش بگیرد. دگرگونی عمیق پارادایم چنان پردامنه است که به انقلاب علمی می انجامد (رک: کوهن، سراسر کتاب).

نظریه کوهن که روند تولید علم را به صورت پارادایم محور توصیف می‌کند، با تاریخ حدیث شیعه بسیار هماهنگ است. به تعبیر بهتر، با نگاهی گذرا به ادوار مختلف تاریخ حدیث شیعه می‌توان به این حقیقت دست یافت که بعد از عصر حضور، در هر برهه یک پارادایم و الگوی علمی حاکم بوده است و عالمان در چارچوب این الگو به نظریه پردازی می‌پرداختند؛ در دوره‌ای مکتب محدثان، در دوره‌ای دیگر مکتب متکلمان (مکتب اصالت قرائن)، در مقطعی مکتب حله، در برهه‌ای مکتب اخباری‌گری، در زمانی مکتب اصول‌گرایی و در عصر اخیر نیز الگویی جدید در حال شکل‌گیری است که ما از آن با عنوان مکتب واقع‌گرا یاد می‌کنیم. پرداختن به هر یک از این ادوار از طاققت این مقاله خارج است. در این مختصر ما مبتنی بر الگوی ارائه شده از جانب کوهن، سیر تطور «مکتب اصالت قرائن» و به تعبیر دیگر «مکتب یقین» (عدم حجیت اخبار آحاد) را مورد واکاوی قرار می‌دهیم؛ مکتبی که با تلاش‌های علمی شیخ مفید (م ۴۱۳) شکل گرفت و با ظهور احمد بن طاووس و بعد از وی تلاش‌های شاگردش، علامه حلی (م ۷۲۶)، جای خود را به مکتب «اصالت سند» (حجیت خبر واحد) داد. در این مقطع تاریخی (از زمان شیخ مفید تا علامه حلی) ما شاهد حاکمیت بلامنازع مکتب متکلمان هستیم و حتی هیچ مخالفی را هم در این دوره سراغ نداریم، مگر در دو مقطع، یکی آغازین روزهای پیدایش و دیگری آخرین روزهای حیات این جریان فکری.

البته پیش‌تر از مفید و مرتضی، برخی افراد مثل ابن قبة و ابن ابی عقیل عمانی نیز قول به عدم حجیت اخبار آحاد را برگزیده بودند، اما این هرگز به معنای این نیست که شیخ مفید راهی را پیموده که آغازگرش این دو بودند؛ زیرا ابن قبة رازی که پیش‌تر پیشنهادی اعتزالی داشت، قول به عدم حجیت اخبار آحاد را برگزید و دو دلیل برای نظریه خود بیان کرده است: (۱) اگر در فروع دین، تعبد به خبر واحد ممکن باشد، لازم می‌آید در اصول دین هم تعبد به خبر واحد ممکن باشد؛ (۲) اگر خبر واحد یا هر اماره ظنی دیگر حجت باشد، تحلیل حرام و تحریم حلال لازم می‌آید (میرزای قمی، ۴۰۲/۲). از دلیلی که از ابن قبة در مبحث استحاله عمل به خبر واحد نقل شده، چنین نمودار می‌شود که منع و استحاله عمل، نسبت به مطلق ظن بوده و اختصاصی به خبر واحد ندارد؛ زیرا دلیل دوم ایشان اختصاص به خبر واحد نداشته، بلکه در مطلق اماره غیرعلمی جاری است. بنابراین نوع مواجهه وی با اخبار آحاد کاملاً متفاوت با آن چیزی است که شیخ مفید و سیدمرتضی پیموده‌اند. ابن ابی عقیل عمانی نیز اگرچه آنگونه که محمدتقی شوشتری آورده، اخبار آحاد را در فقه خود حجت نمی‌شمرد (رک: پاکتچی، مقالات و بررسی‌ها، ۷۶؛ مدرسی طباطبایی، ۴۰)، اما به تصریح برخی از معاصران (رک: خامنه‌ای) از آنجا که آراء وی غالباً در شمار شدوژات فقهی و متروک است (و شاید به همین جهت هم از کتاب او جز نامی برای اعصار بعد از علامه و

محقق باقی نمانده است)، می‌توان حدس زد که وی نمی‌تواند سلف جریان فقهی بعد از خود باشد و فقاهت او دارای عیبی بوده است.

بنابراین مکتبی که شیخ مفید بنا نهاد، غیر از مکتب فکری‌ای است که ابن جنید و ابن ابی عقیل عمانی در آن تنفس می‌کردند و از آنجا که در درون هر مکتب انبوهی از نظریه‌ها تولید می‌شوند، یکی از این نظریات برخاسته از این مکتب، نظریه عدم حجیت اخبار آحاد است که ممکن است در دیگر مکاتب فکری نیز مشابه آن یافت شود؛ چنانکه فاضل تونی از کتاب «الغیبه» صدوق گزارش داده است که او نیز قائل به عدم حجیت اخبار آحاد بوده (تونی، ۱۵۸)، حال اینکه بر کسی پوشیده نیست که صدوق از مکتب محدثان و بلکه رئیس آنان است.

پیدایش مکتب یقین

همانگونه که در تبیین نظریه کوهن گذشت، وی مراحل را که علوم از آن‌ها گذر می‌کنند را چهار مرحله می‌داند: «پیش علم»، «علم عادی»، «بحران علمی» و در نهایت «انقلاب علمی». منطبق بر این مدل، اولین مرحله، «مرحله پیش از پارادایم» است که مکتب‌های نظری از هیچ پایبندی جامعه علمی برخوردار نیست و جامعه علمی بعد از گذر از این مرحله است که وارد «مرحله پارادایمی» می‌شود که در این مرحله، پارادایم مورد تأیید علمی قرار گرفته و به عنوان الگوی اصلی حل مسائل دانشمندان تلقی می‌شود و عالمان در چارچوب آن به حل مسئله‌های علمی خود می‌پردازند. بنابراین کاملاً طبیعی است که پیش از شکل‌گیری پارادایم و سلطه حاکمیت مطلق آن بر جامعه علمی، ما شاهد مرحله‌ای باشیم که در آن برخی فعالیت‌های پراکنده و گوناگون صورت گیرد که نهایتاً پس از اینکه پارادایم مورد پذیرش جامعه‌ای علمی بر فضای علمی مسلط و حاکم شد، تمامی رفتارها منظم و هدفدار شده و عالمان در چارچوب پارادایم به رفع منازعات و کشمکش‌های علمی خود می‌پردازند.

در این برهه از تاریخ حدیث شیعه که از آن با عنوان حاکمیت «پارادایم اصالت قرائن» و به تعبیر دیگر «مکتب اصالت قرائن» یاد می‌کنیم نیز وضع به همین گونه است و وقتی که شیخ مفید و سیدمرتضی سعی بر ترویج الگویی دیگر در درون گفتمان شیعی دارند (که واکاوی انگیزه این دو از این رفتار مجالی دیگر را می‌طلبد)، در ابتدای راه شاهد برخی مخالفت‌ها و دیدگاه‌های مخالف درباره نوع مواجهه این دو با الگوی ارائه شده درباره پذیرش اخبار هستیم و از آنجا که پارادایم هنوز خود را بر جامعه علمی مسلط نکرده است، وجود برخی از اختلافات کاملاً طبیعی است. اما با گذر از این مرحله و ورود به «مرحله پارادایمی» و حاکمیت «علم عادی»، پارادایم حاکمیتی بلامنازع پیدا می‌کند و لذا ما شاهدیم تا قرن هفتم و پیدایش

خلاء و کاستی‌هایی در درون این مکتب و در نتیجه پیدایش مکتب حله، شاهد هیچ مخالفتی از طرف جامعه علمی با این پارادایم نیستیم و همانگونه که فاضل تونی گفته است: «نحن لم نجد قائلًا صريحًا بحجية خبر الواحد ممن تقدم على العلامة». (تونی، ۱۵۸). البته اگرچه تمامیت این گفتار فاضل تونی را نمی‌توان پذیرفت، اما حداقل حکایت از آن دارد که این مکتب بر جامعه علمی امامیه تسلط داشته است. علاوه بر این، بعید نیست که مراد فاضل تونی از زمان شیخ طوسی تا زمان علامه حلی باشد.

با این مقدمه باید گفت: در زمان حیات مفید و مرتضی که از آن با نام مرحله «پیش علم» یاد می‌کنیم، این دو دست به تأسیس الگویی جدید برای تعیین اعتبار روایات می‌زنند، دو نفر از معاصران ایشان (سیدرضی و شیخ طوسی) را شاهدیم که نظری مخالف با استاد خود (شیخ مفید) دارند، اما مخالفت ایشان راه به جایی نمی‌برد و نظریه شیخ مفید که به وسیله بزرگ‌ترین شاگرد و جانشین ایشان در کتابی اصولی به گونه‌ای مفصل بسط داده می‌شود، بر جامعه علمی سیطره پیدا می‌کند و پارادایم «اصالت قرآن» شکل می‌گیرد. در اینجا به ذکر دیدگاه سیدرضی و شیخ طوسی در مرحله پیش از پارادایم می‌پردازیم و بعد وارد مرحله پارادایمی و بیان دیدگاه عالمان این دوره می‌شویم:

سید رضی (م ۴۰۶)

سیدرضی در کتاب «المجازات النبویه» درباره اخبار آحاد و حجیت آن‌ها آورده است: «وإنما نعمل بأخبار الآحاد في فروع الدين وما يصح أن يتبع العمل به غالب الظن». (سیدرضی، ۴۸). بنابراین باید ایشان را در شمار قائلان به حجیت اخبار آحاد قرار داد. برخی از معاصران (پاکتچی، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۰۴۶/۳) بر این عقیده‌اند که شریف رضی از فقیهان متکلم بغداد از فقه ابن جنید تأثیر پذیرفته است؛ چراکه از نظر مسلک فقهی، وی قرابت زیادی با ابن جنید دارد و در بسیاری موارد از جمله حجیت خبر واحد و قیاس مستنبط با وی همراه است.

شیخ طوسی (م ۴۶۰)

از ظواهر مجموع گفتارهای شیخ طوسی آشکار می‌شود که از جانب وی دو نظر و دیدگاه درباره مسئله حجیت اخبار آحاد ارائه شده است، بدین صورت که وی در کتاب «الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار» و «العدة فی أصول الفقه» نظریه حجیت اخبار آحاد را برگزیده است؛ اما در دیگر کتب خود و حتی برخی از عبارات همین دو کتاب ذکر شده، قول به عدم حجیت اخبار آحاد را اختیار کرده است. در اینجا به تبیین نظریه شیخ در باب حجیت اخبار آحاد می‌پردازیم و رویکرد دیگر وی در ادامه خواهد آمد:

نظریه شیخ در الاستبصار:

شیخ طوسی در ابتدای کتاب «الاستبصار» اخبار را دو دسته می‌داند: متواتر و غیر متواتر. ایشان اخبار

متواتر را موجب علم می‌داند و همچنین اخبار غیر متواتر محفوف به قرائن موجب علم را نیز ملحق به قسم نخست دانسته و تنها اخبار غیر متواتر خالی از قرینه را در صورت احراز برخی از شرایط دارای حجیت می‌داند و این دسته را خبر واحد می‌نامد (طوسی، الاستبصار، ۴/۱).

نظریه شیخ در العده:

شیخ طوسی در کتاب «العده فی أصول الفقه» نظریه مختار خود را اینگونه تبیین می‌کند: «أن خبر الواحد لا یوجب العلم، و أنه کان یجوز أن ترد العبادة بالعمل به عقلا، و قد ورد جواز العمل به فی الشرع، إلا أن ذلک موقوف علی طریق مخصوص و هو ما یرویه من کان من الطائفة المحقة، و یختص بروایته، و یكون علی صفة یجوز معها قبول خبره من العدالة و غیرها.» (همو، العده، ۱/۱۰۰). سپس شیخ طوسی به نقد استدلال‌های صاحبان دیگر رویکردها نسبت به خبر واحد می‌پردازد و حتی درباره حجیت خبر واحد ادعای اجماع نیز کرده است (همان، ۱/۱۲۶).

سیر تطور مکتب اصالت قرائن

محدثان بر محیط علمی و مذهبی شیعه در نیمه دوم قرن سوم و قسمت عمده قرن چهارم استیلاء داشتند (مدرسی طباطبایی، ۴۰). اصحاب حدیث دنباله رو و استمرار گرایش سنت‌گرای دوره حضور بوده و همت خود را بر جمع‌آوری احادیث و ضبط و حفظ آن صرف می‌کرده است. هواداران این مکتب عموماً با اجتهاد به صورت یک عمل و کوشش فکری بر اساس استنباط عقلی میانه‌ای نداشتند و حتی استدلال‌ات عقلی کلامی را که برای تقویت مذهب و در حمایت از نقطه نظرهای شیعی به کار می‌رفت، محکوم می‌کردند. گروهی از این جریان هر روایتی را با هر کیفیت و وضع نمی‌پذیرفتند و آنان را با اصول درست علم رجال و علم حدیث نقادی می‌نمودند، اما هرگز به فکر جداکردن فقه از حدیث و تدوین و ترتیب کتاب‌های فقهی مستقل برنیاوردند و نوشته‌های فقهی این گروه از محدثان مجموعه‌ای از متون روایات بود. محدثانی چون محمد بن یعقوب کلینی (م ۳۲۹)، محمد بن حسن بن أحمد بن ولید (م ۳۴۳) و محمد بن علی بن بابویه قمی (صدوق) (م ۳۸۱) از این گروه بوده‌اند. البته در میان برخی از آنان مثل صدوق اول و یا ابن قولویه، اجتهاد به شکل استخراج احکام جزئی‌تر از قواعد عمومی حدیثی، یا انتخاب یکی از دو طرف یا چند طرف در مورد تعارض اخبار با یکدیگر انجام می‌گرفت. گروه دیگر طرفدار پیروی بی‌قید و شرط از احادیث بوده و با مبانی اصول فقه و قواعد جرح و تعدیل حدیثی یک سر بیگانه، و از قوانین استدلال و آداب بحث به کلی بی‌اطلاع بوده‌اند و به خاطر عدم وجود استدلال و مبنای اجتهادی در این مکتب، و نبودن هیچ‌گونه فکر نو و تازه‌ای در میان آنان، آراء و انظار فقهی هواداران این روش، ارزش فقهی

مستقل نیافته و در متون و مآخذ مربوط بدان اعتنا نشده است.

مکتب محدثان در روزگار غیبت صغری اندک اندک بر مراکز علمی و محیط فکری شیعی چیره گردید و گرایش عقلی کلامی و فقهی را که بر اساس اجتهاد و استدلال متکی بود، بالکل مغلوب ساخت. مرکز علمی قم که در آن هنگام بزرگ‌ترین و مهم‌ترین مجمع مذهبی شیعی بود به طور کامل در اختیار این مکتب قرار داشت و فقهای قم همگی از محدثان، و مخالف با هرگونه استدلال و اجتهاد و تفکر عقلانی در جامعه شیعی بودند. اکثریت قاطع فقهاء شیعی در این دوره تا اواخر قرن چهارم جزء پیروان این مکتب قرار داشته‌اند. این مکتب در اواخر قرن چهارم و اوایل قرن پنجم با کوشش و تلاش شیخ مفید و شاگردش شریف مرتضی درهم کوبیده شد (همو، ۳۷). برخی از دلایل تغییر پارادایم و کنار رفتن مکتب محدثان و حاکمیت مکتب متکلمان به ریاست شیخ مفید از این قرار هستند:

۱. ما درون گفت‌وگوهای شیعی در مواجهه با اخبار آحاد شاهد دو نوع رویکرد افراطی و تفریطی بودیم که شیخ مفید و سیدمرتضی سعی کردند تا راه میانه این دو را بیمایند و بدین صورت هم از ضعف‌ها و کاستی‌های مکتب محدثان (صدوق، کلینی و...) در امان باشند و هم دچار افراطی‌گری متکلمان اعتزال‌گرا (ابن قبة، نوبختیان و...) نشوند و راهی میان عقل‌گرایی افراطی (نص‌گریزی) و نص‌گرایی افراطی (عقل‌گریزی) بیمایند.

۲. جایگاه علمی شیخ مفید در بین امامیه.

اما چرا شیخ مفید چنین الگویی را پیشنهاد داد. ریشه این رویکرد را باید در انگیزه‌های کلامی جستجو کرد (معارف، ۵۲۳). شیخ مفید حرکتی را آغاز کردند تا با ایجاد اصلاحات در اندیشه پیشینیان به پی‌ریزی و تنقیح مبانی فکری تشیع مبادرت بورزند. در این بین ایشان باید الگویی ارائه می‌دادند تا مبتنی بر آن بتوانند به تصفیه متون روایی شیعه پرداخته و انبوهی از روایات در حوزه تحریف، جبر، تشبیه، غلو و... که وارد مصادر روایی شیعه شده‌اند، و اصالت‌سنی هستند، را کنار زنند. از طرف دیگر تکیه بر نظریه حجیت خبر واحد نیز راهگشا نبود، چراکه به گفته سیدمرتضی «کسانی که قائل به وجوب عمل به خبر واحد در شریعت‌اند، همگی بر این عقیده‌اند که راوی آن باید عادل باشد» (مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۳/ ۳۱۰) و شرط عدالت راوی خود باعث از دست رفتن انبوهی از روایات موجود در مصادر روایی شیعه می‌شد. از این رو الگویی را ارائه دادند تا این خلاء رفع شود؛ از یکسو به تصفیه احادیث شیعه بپردازند و از سوی دیگر مانع این شوند تا انبوهی از روایات صادره از معصومین (ع) که در کتب معتبره امامیه (و محفوف به قرآن) موجودند، صرفاً به دلیل ضعف سندی کنار زده شوند. در اینجا به بیان دیدگاه پیروان مکتب اصالت قرآن نسبت به اخبار آحاد می‌پردازیم:

شيخ مفيد (م ٤١٣)

شیخ مفید در کتاب «التذکره باصول الفقه» می‌گوید: «و لایجوز تخصیص العام بخبر الواحد لانه لایوجب علما و لا عملا و إنما یخصه من الأخبار ما انقطع العذر بصحته عن النبی (ص) و عن أحد الأئمة (ع)». (مفید، التذکره، ۳۸). چنانکه ملاحظه می‌شود، ایشان خبر واحد را علاوه بر اینکه مفید علم نمی‌دانند، مفید عمل نیز نمی‌دانند (و نیز رک: همو، تصحیح الاعتقاد، ۱۲۳؛ همو، الفصول المختارة، ۳۰۷). ایشان در همین اثر در مقام بیان ویژگی خبر دارای حجیت می‌فرمایند: «و الحجة فی الأخبار ما أوجبہ العلم من جهة النظر فیها بصحة مخبرها و نفی الشک فیہ و الارتیاب و کل خبر لا یوصل بالاعتبار إلى صحة مخبره فلیس بحجة فی الدین و لایلزم به عمل علی حال.» (همو، التذکره، ۴۴). وقتی ایشان قید «نفی شک و ارتیاب» را اضافه می‌کنند، معلوم می‌شود که ایشان خبری را حجت می‌دانند که معلوم الصدور و یقینی باشد و دو دسته از اخبار را دارای این ویژگی ذکر می‌کند؛ یکی متواتر و دیگری مقترن به قرائن (همانجا، ۴۴). اما ایشان در جای دیگر، سه دسته اخبار را علم‌آور دانسته، یکی متواتر، دیگری همراه قرینه و در نهایت مرسل‌های که مورد عمل اصحاب امامیه است (همانجا، ۲۸). همچنین مفید در کتاب «أوائل المقالات» نظریه عدم حجیت اخبار آحاد را به جمهور شیعه و بسیاری از معتزله و محکمه و طایفه‌ای از مرحنه (بر خلاف عامه و اصحاب رأی) نسبت داده‌اند (همو، أوائل المقالات، ۱۲۲).

سید مرتضیٰ (م ۴۳۶)

در اندیشه سیدمرتضی ورود عبادت به سبب عمل به اخبار آحاد عقلا جایز است، اما وارد نشده است و ما به آن بندگی و عمل نمی‌کنیم، اگرچه جایز است (مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۲/ ۳۰). بنابراین آنچه اصحاب ما مخالف حرف ما درباره اخبار آحاد روایت کرده‌اند، به آن تعبد نمی‌شود؛ زیرا حجت نیست و موجب علم نمی‌شود (همانجا، ۲/ ۳۵۱). از این منظر، عمل به خبر واحد که داللتی بر صدقش مناقشه قرار می‌دهد (همو، الذریعة، ۲/ ۵۳۱-۵۵۱). از این منظر، عمل به خبر واحد که داللتی بر صدقش و بر وجوب عمل به آن اقامه نشده است، صحیح نیست (همو، رسائل الشریف المرتضی، ۱/ ۲۱). به عقیده ایشان در احکام شرعی باید از طریق علم عمل کرد، زیرا اگر به حکم علم نداشتن باشیم و با علم، قطع پیدا نکنیم که آن برای ما مصلحت است، جواز مفسده را داده‌ایم و این اقدام ما قبیح است (همانجا، ۱/ ۲۰۱).

از منظر سیدمرتضی اخبار آحاد علم‌آور نیستند و در بهترین حالت ظن‌آوردند (همو، الانتصار، ۱۱۱؛ همو، الذریعة، ۲/ ۷۱۴) و احکام شرعی به وسیله آنچه که ظنی است، ثابت نمی‌شود (همو، الانتصار، ۴۵۱ و ۴۶۳). ایشان بارها در نقد اخبار آحاد آورده است: «هذا خبر واحد لا یوجب علما» (همانجا، ۲۱۶ و ۳۵۱ و ۳۹۱؛ همو، رسائل الشریف المرتضی، ۳/ ۱۵۵ و ۱/ ۲۳۶ و ۱/ ۴۰۳ و ۳/ ۱۲۵ و ۳/ ۱۵۵ و ۲/

(۳۳۱) و یا در مواضع متعددی با عبارتی مشابه «أن أخبار الآحاد لا يعمل عليها في الشريعة» به عدم عمل کردن به خبر واحد اشاره کرده است (رک: همو، الانتصار، ۱۲۰ و ۱۸۲ و ۲۶۹ و ۳۰۵ و ۳۴۴ و ۴۰۸ و ۴۳۲ و ۴۳۵ و ۱۱۷؛ همو، تنزیه الأنبياء، ۱۶۹).

علاوه بر این، ایشان در موارد متعدد دیگری با صراحت بیشتری به موجب علم و عمل نشدن خبر واحد اشاره کرده و بیان می‌کنند: «أن أخبار الآحاد لا توجب عملاً كما لا توجب علماً» (رک: همو، الانتصار، ۱۳۸ و ۱۴۹ و ۲۳۵ و ۳۰۳ و ۳۱۱ و ۴۲۲ و ۴۶۴ و ۴۸۳ و ۴۹۲ و ۵۰۲ و ۵۱۹ و ۵۴۱ و ۵۴۷؛ همو، رسائل الشریف المرتضی، ۲۳۶/۱ و ۲۶۱/۱ و ۴۷/۲ و ۶۰/۲ و ۱۲۹/۲؛ همو، الشافی، ۲۳۶/۱). سیدمرتضی در «الذریعه» با برشمردن مجموع ادله شرعی، به رد حجیت اخبار آحاد و قیاس پرداخته و می‌گوید: «أن خبر الواحد ليس بدليل شرعى...» (همو، الذریعه، ۶۵۷/۲). سیدمرتضی درباره اینکه با عدم پذیرش اخبار آحاد، در فقه بر چه چیزی اعتماد می‌کند؟، می‌گوید: در معظم فقه، ما به وسیله اخبار متواتر، علم ضروری به روش ائمه (ع) در آن داریم... و در غیر این‌ها که بسیار کم است به إجماع إمامیه اعتماد می‌کنیم (همو، رسائل الشریف المرتضی، ۳/۳۱۲).

سیدمرتضی این رویکرد را به اصحاب امامیه (خواه متقدم و خواه متأخر) نیز منتسب کرده است (همانجا، ۲۰۳/۱) و قبح اتهام عمل به اخبار آحاد به شیعه را تا بدانجا می‌داند که بیان می‌کند: اتهام عمل به اخبار آحاد در شریعت به شیعه مانند این می‌ماند که گفته شود: شیعه قیاس در شریعت را باطل نمی‌داند و یا اینکه نص بر امامت امام علی (ع) را معتقد نیست (همانجا، ۲۴/۱). به عقیده ایشان برای هر موافق و مخالف امامیه علم ضروری حاصل است که شیعه در شریعت به خبری که موجب علم نشود (همچون قیاس)، عمل نمی‌کند و این تبدیل به علامتی شده است که ایشان با آن شناخته می‌شوند (همانجا، ۳/۳۰۹).

ابوالصلاح حلبی (م ۴۴۷)

ابوالصلاح حلبی در کتاب «تقریب المعارف» در نقد رویکرد اهل سنت به مسئله خلافت تصریح می‌کند که خبر واحد نه موجب علم است و نه عمل بر اساس آن صحیح است (أبوالصلاح حلبی، ۳۰۸). علاوه بر این وی در نقد روایت مشهور به «عشره مبشره» می‌آورد: «أنه خبر واحد لا يجوز العمل به عندنا في شيء، ولا عند الكل فيما طريقه العلم.» (أبوالصلاح حلبی، ۳۹۷ و ۳۹۹).

سلار دیلمی (م ۴۴۸)

به سلار دیلمی نسبت داده شده است که با شیخ مفید و سیدمرتضی درباره عدم حجیت اخبار آحاد هم‌رأی بوده است (رک: حب الله، ۹۶ به نقل از: کرکی در هدایه الابرار).

أبوالفتح کراجکی (م ۴۴۹)

أبوالفتح کراجکی نیز در کتاب «کنز الفوائد» پنج رساله را گردآوری کرده و از بین این رسائل با اینکه چهار رساله متعلق به خود وی است، ایشان رساله اصول فقه خود را خلاصه‌ای از مطالب شیخ مفید قرار داده است و در آن خلاصه‌ای از گفتارهای شیخ مفید در کتاب «التذکرة بأصول الفقه» که حکایت از عدم حجیت اخبار آحاد دارد را آورده است (رک: کراجکی، کنز الفوائد، ۱۹۰ و ۱۹۳). وی این کتاب را برای برخی از برادرانش گردآوری کرده است. اگرچه وی تصریح به پذیرش معتقدات شیخ مفید نکرده است، اما سبک بیان وی مشعر به این مطلب است که نظریات شیخ مفید را در کتاب التذکره تلقی به قبول کرده است. علاوه بر این، ایشان در کتاب «التعجب من أغلاط العامة فی مسألة الإمامة» با انتقاد از سیره عملی پیروان مکتب خلفا در مواجهه با روایات اهل سنت را شماتت می‌کند که چگونه قائل به وجوب عمل به اخبار آحادند، اما نسبت به روایات ائمه معصومین (ع) اهمیتی ندارند. البته عبارات کراجکی تصریحی به عدم حجیت اخبار آحاد در نزد امامیه ندارد، اما با توجه به تفسیرپذیری متن در چارچوب پارادایم، اعتقاد وی به این مطلب دور از ذهن نیست (همو، التعجب من أغلاط العامة، ۱۵۱).

شیخ طوسی (م ۴۶۰)

التبیان: شیخ طوسی در تفسیر آیه «و لا تقف ما لیس لک به علم» می‌آورد: «به این آیه استدلال شده است بر اینکه عمل به قیاس و خبر واحد جایز نیست، زیرا این دو موجب علم نمی‌شوند و خداوند نهی کرده است از اینکه انسان از چیزی که به آن علم ندارد، پیروی کند.» (طوسی، التبیان، ۶/ ۴۷۷) و نیز در تفسیر آیه نبأ می‌گوید: «در آیه دلالتی است بر اینکه خبر واحد نه موجب علم می‌شود و نه عمل. زیرا آیه دستور می‌دهد که باید درباره خبری که از کذب بودن در امان نیست، توقف کرد و این تعلیل در خبر عادل نیز موجود است.» (همانجا، ۹/ ۳۴۳) و نیز در تفسیر آیه نفر (همانجا، ۵/ ۳۲۲) و کتمان (همانجا، ۲/ ۴۶) و نیز رک: همو، العدة، ۱/ ۱۰۹ و ۱/ ۱۱۱) استدلال قائلان به وجوب عمل به خبر عادل را رد کرده است. علاوه بر این، شیخ طوسی در مقدمه تبیان (همو، التبیان، ۱/ ۶) تقلید از مفسران در تفسیر قرآن را باطل دانسته و ادله صحیح را منحصر در ادله عقلی و ادله شرعی (اجماع و نقل متواتر) می‌داند و در ادامه اضافه کرده است: «لا یقبل فی ذلک خبر واحد، خاصة إذا کان مما طریقہ العلم». از این عبارت وی آشکار می‌گردد که به عقیده شیخ نه تنها در مواضعی که طریق به آن‌ها باید علم و یقین باشد (عقائدیات)، اخبار آحاد که ظن آورند، پذیرفته نمی‌شوند، بلکه اخبار آحاد به دلیل عدم علم‌آوری، در شرعیات نیز فاقد اعتبارند. همچنین وی در همین مقدمه با رد زیادت و نقصان در قرآن می‌گوید: «رویت روایات کثیره ... طریقها الآحاد التي لا توجب علما ولا عملا.» (همانجا، ۳/ ۱).

الخلافا: از بیان شیخ طوسی در مقدمه الخلاف آشکار می‌شود که از شیخ اینگونه درخواست شده تا به ادله موجب علم از قرآن، سنت و ... احتجاج کند و عدم رد شیخ نیز گواه بر این است که شیخ خود را ملتزم به طریق علمی و نه ظنی می‌داند؛ اگرچه در این کتاب شیخ به منظور اسکات و الزام خصم ناچار است تا ادله و روایات مخالفان را نیز ذکر کند (همو، الخلاف، ۱/ ۴۵). علاوه بر این، شیخ در این کتاب با صراحت برخی از اخبار را به دلیل خبر واحد بودن موجب عمل نمی‌داند (همو، الخلاف، ۴/ ۴۴۸ و ۴/ ۳۴۱).

المبسوط: شیخ طوسی در المبسوط عبارتی دارد که نشان می‌دهد ایشان فتاوی فقهای شیعه را بر اساس ادله موجب علم می‌داند (همو، المبسوط، ۲/ ۱). همچنین وی در موضعی با رد اخبار دال بر اباحه غنا می‌گوید: «عندنا أن هذه أخبار آحاد لا يلتفت إليها» (همانجا، ۸/ ۲۲۳). همچنین شیخ طوسی در بیان شرایط قاضی علت لزوم آگاهی قاضی به متواتر و آحاد را این می‌داند که «تا به متواتر - و نه آحاد - عمل شود» (همانجا، ۸/ ۱۰۰).

الاستبصار: شیخ طوسی در الاستبصار بارها به این مطلب اشاره می‌کند که اخبار آحاد نه موجب علم می‌شوند و نه عمل (برای نمونه رک: همو، الاستبصار، ۲/ ۶۹؛ ۲/ ۷۲؛ ۲/ ۷۶؛ ۲/ ۶۶) و یا حتی برخی از اخبار را به دلیل خبر واحد بودن فاقد توان معارضه با دیگر اخبار می‌داند (رک: همانجا، ۱/ ۹۲). به عقیده شیخ طوسی، خبر واحد باید علم‌آور باشد و لذا وی به اخبار آحادی که محفوف به قرائن علم‌آور نباشند، عمل نکرده و لذا در نقد روایتی بیان می‌کند: «هذا الخبر من أخبار الآحاد آلتی لا یوجب العلم ولا العمل فلا یجب العمل به» (همانجا، ۱/ ۱۱۲).

تهذیب: شیخ طوسی در کتاب «تهذیب الاحکام» نیز با صراحت اخبار آحاد را نه موجب علم می‌داند و نه عمل (رک: همو، تهذیب الأحکام، ۴/ ۱۷۲؛ ۴/ ۱۷۶؛ ۴/ ۱۶۹) و حتی گاه این مطلب را به امامیه منتسب کرده است (همانجا، ۱/ ۵) و اخبار آحاد را برطرف‌کننده عذر نمی‌داند (همانجا، ۱/ ۱۷۵). شیخ درباره اینکه استدلال خود را بر چه چیزی بنا کرده است، نظریات خود را مبتنی بر ظاهر قرآن، سنت قطعی و اجماع می‌داند و بعد اضافه می‌کند ما احادیث مشهور اصحابمان را نیز بعد از این‌ها ذکر می‌کنیم (نه اینکه به آن‌ها استدلال می‌کنیم).

الاقتصاد: شیخ طوسی در کتاب «الاقتصاد الیه الی طریق الرشاد» عمل به اخبار آحاد و قیاس در نزد امامیه را رد کرده و می‌گوید ما این مطلب را در اصول فقه و دیگر کتاب‌هایمان بیان کرده‌ایم (همو، الاقتصاد، ۱۸۸).

العدة: اگرچه شیخ در کتاب «العدة فی أصول الفقه» به طور مبسوط نظریه حجیت خبر واحد را

تتویزه می‌کند، اما در انتهای همین کتاب بیانی دارد که مشعر به قول به عدم حجیت است. وی در بیان نسخ سنت به سنت می‌گوید: «و أما السنة: فإنما تنسخ بالسنة أيضا إذا تساوى في الدلالة. فإن كانت الأولى من أخبار الآحاد، فعلى مذهبنا ذلك ساقط، لأننا لا نعمل بها.» (همو، العدة، ۲/۵۳۸).

ابن البراج (م ۴۸۱)

قاضی ابن براج در بیان حکم ارث زوجه می‌گوید: نمی‌توان به خبر واحدی که هیچ قرینه‌ای آن را تقویت نمی‌کند، اعتماد کرد (ابن براج، المذهب، ۲/۱۴۱). همچنین وی با اشاره به شروط قاضی درباره لزوم آگاهی قاضی به سنت می‌گوید: «تا به متواتر و نه آحاد عمل کند» (همانجا، ۵۹۷) و از این عبارت معلوم می‌شود که وی حجیتی برای اخبار آحاد قائل نیست. همچنین وی در کتاب «جواهر الفقه» در موضعی نیز وی روایات مخالف دیدگاه خود را اخبار آحادی می‌داند که علم‌آور نیستند (ابن براج، جواهر الفقه، ۵۸).

طبرسی (م ۵۴۸)

طبرسی در تفسیر «مجمع البیان»، ذیل آیه «و لا تقف ما لیس لک به علم» (اسراء: ۳۶) می‌گوید: «استدل جماعة من أصحابنا بهذا على أن العمل بالقياس و بخبر الواحد غير جائز لأنهما لا يوجبان العلم و قد نهى الله سبحانه عن اتباع ما هو غير معلوم.» (طبرسی، ۶/۶۴۱). همچنین وی ذیل آیه نبأ (حجرات: ۶) بیان می‌کند: «فی هذا دلالة على أن خبر الواحد لا يوجب العلم و لا العمل.» (همانجا، ۹/۱۹۹). البته ممکن است گفته شود که نفی حجیت خبر واحد به دلیل آیه، منافاتی ندارد که وی آن را به گونه‌ای دیگر مثلاً از طریق اجماع اثبات کند؛ اما در این زمینه باید به چند نکته توجه داشت:

۱. این صرف یک احتمال است و صاحبان این رویکرد باید قرینه و دلیل را برای این رأی ارائه دهند.
۲. طبرسی به نفی دلالت آیه بر حجیت اکتفا نکرده، بلکه سخن از دلالت آیه بر عدم حجیت به میان آورده است.

۳. یکی از کارکردهای پارادایم این است که در چگونگی تفسیر متن نقشی مهم را ایفا می‌کند و لذا در صورت نبود قرینه، تفسیری که از متون روایی و تفسیری ارائه شود، باید در چارچوب و مبتنی بر گفتمان و پارادایم حاکم بر آن زمان باشد.

به عبارات پیشین طبرسی، باید گفتار وی ذیل آیه «ففهمناها سليمان و كلاً آتينا حكماً و علماً» (انبیاء: ۷۹) را نیز افزود، که وی می‌افزاید: «حکم به ظن و اجتهاد و قیاس، چیزی است که اصحاب ما در کتاب‌هایشان آورده‌اند که نمی‌توان در شرع به آن‌ها تعبد کرد، مگر در برخی از مواضع خاص که نص بر جواز آن وارد شده است مثل: قیمت جنس تلف شده، ارش جنایت، جزاء صید، قبله و...» (همانجا، ۷/۷).

۹۱؛ حال اگر تشریع و یا عقائدیات از این موارد خاص هستند، وی می‌بایست قبل از ذکر ارش جنایات و ... به آن اشاره می‌کرد. علاوه بر این، طبرسی این مطلب را به اصحاب امامیه نسبت می‌دهد، که اگر نگوییم دلالت بر اجماع دارد، لااقل شهرت را می‌رساند.

ابن حمزه طوسی (م قرن ۶)

به ابن حمزه طوسی نسبت داده شده است که با شیخ مفید و سیدمرتضی درباره عدم حجیت اخبار آحاد هم‌رأی بوده است (رک: حب الله، ۹۶ به نقل از: کرکی، هدایه الابرار).

ابوالفتوح رازی (م اواسط قرن ششم)

ابوالفتوح رازی نیز با اشاره به نسخ قرآن با سنت می‌گوید: «فاما نسخ قرآن بالسنة غير المقطوع عليها، بنای آن بر عمل به اخبار آحاد باشد آن کس که عمل گوید به اخبار آحاد بنزدیک او روا باشد و بنزدیک ما روا نباشد، برای آن که بنزدیک ما عمل به اختیار آحاد روا نباشد (أبوالفتوح الرازی، ۸۳/۶). علاوه بر این، ایشان ذیل آیه «ولا تقف ما ليس لك به علم» آورده است: «به این آیت استدلال کردند بر بطلان قیاس و عمل به خبر واحد، برای آن که این هر دو ایجاب علم نکند، ایجاب ظن کند.» (همانجا، ۲۲۱/۱۲). و آیه نبأ را نیز اینگونه تفسیر کرده است: «در آیت دلیل است بر آن که خبر واحد ایجاب علم و عمل نکند.» (همانجا، ۱۸/۱۸).

قطب الدین راوندی (م ۵۷۳)

قطب الدین راوندی در «فقه القرآن»، تقلید از مفسران را در تفسیر قرآن باطل دانسته و ادله صحیح را منحصر در این موارد می‌داند: ادله عقلی، ادله شرعی (اجماع و نقل متواتر) و در ادامه اضافه کرده است: «لا يقبل في ذلك خبر واحد وخاصة إذا كان مما طريقه العلم». از این عبارت وی آشکار می‌گردد که به عقیده وی نه تنها در مواضعی که طریق به آن‌ها باید علم و یقین باشد (عقائدیات)، اخبار آحاد که ظن‌آورند، پذیرفته نمی‌شوند، بلکه اخبار آحاد به دلیل عدم علم‌آوری، در شرعیات نیز فاقد اعتبارند (راوندی، ۴۲۸/۲).

ابن زهره (م ۵۸۵)

ابن زهره در «غنیة النزوع» با پیروی از مکتب استادش سیدمرتضی درباره حجیت اخبار آحاد می‌گوید: «أخبار آحاد لا يجوز العمل بها في الشريعة» (ابن زهره، ۲۰۸ و نیز رک: همانجا، ۳۵ و ۷۶ و ۲۳۵ و ۳۰۷ و ۳۱۷ و ۳۲۸ و ۴۰۱) و یا گفته است: «كانت أخبار آحاد وقد دللنا على فساد العمل بها في الشرعيات» (همانجا، ۳۲۲) و نیز آورده است: «أخبار آحاد ... لم يجز العمل في الشرع بها.» (همانجا، ۳۵۹). همچنین وی در مواضع متعددی برخی از اخبار را با این وصف که از اخبار آحاد است، تضعیف می‌کند

(همانجا، ۱۱۸ و ۱۳۵ و ۱۳۶ و ۱۶۶ و ۲۱۹ و ۲۴۱ و ۳۰۰ و ۳۳۷ و ۳۴۴ و ۳۴۵ و ۳۷۷).

ابن شهر آشوب (م ۵۸۸)

به عقیده ابن شهر آشوب، عدم حجیت خبر واحد مبنای قرآنی دارد. به تعبیر دیگر نه تنها دلیلی بر حجیت خبر واحد وجود دارد، بلکه بر عدم حجیت اخبار آحاد، نص وجود دارد. ایشان به برخی از نصوص قرآنی برای اثبات مدعای خود استناد می‌کند. به عنوان مثال وی ذیل آیه «وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ» می‌آورد: «یدل علی فساد العمل بخبر الواحد.» (ابن شهر آشوب، ۱۵۳/۲) و یا ذیل آیه «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» می‌گوید: «یدل علی أنه لا يجوز العمل بالقياس وبالخبر الواحد أيضا لأنهما لا يوجبان العلم.» (همانجا، ۱۵۳/۲).

ایشان همین رویه را در نقد هر آیه دیگری که به وجهی از آن‌ها برای اثبات حجیت اخبار آحاد بهره برده شده است، ادامه داده و استدلال‌های مخالفان را مورد مناقشه قرار داده است (برای نمونه رک: همانجا، ۲/۱۵۴). گاهی نیز در نقد برخی از روایات، یکی از وجوه نقد خود را این می‌داند که آن‌ها از اخبار آحادند (همانجا، ۲۳/۲). ایشان همچون سیدمرتضی، اعتقاد به عدم حجیت اخبار آحاد را یکی از شاخصه‌های شیعه و نقطه افتراق این مکتب با مخالفانش می‌داند (همانجا، ۵۱/۲ و ۵۴).

ابن ادریس حلی (م ۵۹۸)

ابن ادریس در مقدمه بحث خود در «السرائر» ابتدا به تبیین دیدگاه سیدمرتضی و ادله وی درباره عدم حجیت اخبار آحاد می‌پردازد (ابن ادریس، ۱۰۹-۱۱۵) و سپس با تأیید این رویکرد می‌گوید: «فعلى الأدلة المتقدمة أعمل، وبها أخذ و أفق و أدین الله تعالى ... لا أعرج على أخبار الآحاد، فهل هدم الإسلام إلا هي» (همانجا، ۱۱۵/۱). وی در کتاب السرائر بسیاری از روایات را به این دلیل که خبر واحدند کنار زده و به آن‌ها اعتنا نمی‌کند (همانجا، ۱/۳۴۳ و ۲/۱۰۴ و ۲/۱۴۳ و ۲/۳۸۶ و ۲/۴۶۳ و ۳/۷۵ و ۳/۸۱ و ۳/۱۶۹ و ۳/۲۴۳ و ۳/۲۴۷ و ۳/۳۶۱ و ۳/۴۰۵ و ۳/۴۴۸ و ۳/۴۴۹ و ۳/۴۸۶ و ۶/۱۸۱) و بیان می‌کند که عمل به اخبار آحاد در شریعت و شرعیات را جایز نمی‌داند (همانجا، ۱/۴۸۴ و ۱/۴۹۳ و ۵/۳۹۰ و ۶/۱۰۱ و ۵۷۵) و دلیل ایشان نیز بر این نوع مواجهه با اخبار آحاد -چنانکه در حدود یکصد موضع به آن اشاره کرده است- این است که خبر واحد موجب علم و عمل نمی‌شود.

ایشان در مواجهه با اخبار آحاد راه سیدمرتضی و شیخ مفید را پیموده است و همچون این دو، این دیدگاه را به امامیه نسبت داده (همانجا، ۱/۱۵۵ و ۱/۲۱۱) و گاهی نیز با صراحت ادعای اجماع کرده و می‌گوید: «أنهم مجمعون على ترك العمل بها.» (همانجا، ۱/۴۷۹). از دیدگاه ابن ادریس عمل به اخبار آحاد خلاف مذهب اهل بیت (ع) است (همانجا، ۲/۳۱ و ۲/۵۳ و ۲/۵۷) و لذا اصحاب امامیه به اخبار

آحاد اعتنا نکرده و عمل نمی‌کنند (همانجا، ۱/ ۳۹۸ و ۲/ ۳۳ و ۵/ ۲۷ و ۳/ ۲۶۵ و ۳/ ۱۳۴) و بر مفتی واجب است تا در صحت فتوایش به ادله قاطعه رجوع کند (همانجا، ۳/ ۴۴۷) و عمل به اخبار آحاد موافق مذهب مخالفان امامیه است (همانجا، ۵/ ۲۳) و بسیاری از مطالبی که در کتب اصحاب ما یافت می‌شود، از جهت روایت است و نه عمل (همانجا، ۱/ ۱۱۶).

بنابراین ایشان عمل به اخبار آحاد، اگرچه مسند باشند (همانجا، ۲/ ۴۳۲ و ۳/ ۳۹۶ و ۲/ ۴۳۲) و راویان آن ثقة باشند (همانجا، ۲/ ۲۲۳)، جایز نمی‌داند، چه برسد به مراسیل و احادیث ضعیف. وی منابع منحصر برای دستیابی به حق را اینگونه برمی‌شمارد: کتاب، سنت قطعی/متواتر، اجماع و عقل (همانجا، ۱/ ۱۰۸ و ۲/ ۲۴) و به اخبار آحاد توجه و اعتنا نمی‌کند (همانجا، ۳/ ۲۴۳ و ۴/ ۱۳۷ و ۴/ ۲۸۴ و ۵/ ۱۷۰ و ۵/ ۲۵۰ و ۶/ ۸۵)، مگر اینکه شاهی از کتاب، سنت قطعی و یا اجماع آن را تقویت کند و اگر چنین شاهی وجود نداشت به سراغ دیگر ادله می‌رویم و بر اساس اصل برائت ذمه، عمومات کتاب و ... عمل می‌کنیم (همانجا، ۳/ ۲۶۶ و ۵/ ۲۵۰ و ۶/ ۷۷). ابن ادریس این رویکرد خود را منتسب به امامیه می‌داند و بیان می‌کند که حتی مخالفان نیز در کتب و مصنفاتشان به این امر اقرار کرده‌اند (همانجا، ۵/ ۴۴۰).

سدیدالدین حمصی (م اوایل قرن ۷)

ابوالثناء سدیدالدین محمود بن علی حمصی رازی در اصول فقه اثر ارزشمندی به نام «المصادر فی اصول الفقه» داشت که ابن ادریس حلی در السرائر از این کتاب مفقود گفتاری را در رد دیدگاه شیخ طوسی مبتنی بر حجیت خبر عادل نقل کرده است، که مشعر به این مطلب است که حمصی نیز در زمره منکرین اخبار آحاد بوده است، اگرچه صراحتی در این امر ندارد (همانجا، ۵/ ۴۴۲).

خواجه نصیرالدین طوسی (م ۶۷۲)

طبق گزارش یکی از محققان معاصر «در حال حاضر یک نسخه از کتاب غنیه النزوع در مجلس شورای اسلامی وجود دارد. این نسخه را جناب خواجه طوسی نزد معین‌الدین سالم بن بدران مازنی مصری (از شاگردان بلاواسطه ابن زهره) خوانده است. جناب خواجه طوسی تحت تأثیر مازنی مصری که از شاگردان ابن زهره که ضد خبر واحد بوده است، بود. خواجه در مبحث خبر واحد در حاشیه یکی از کتاب‌هایش به خط خودش نوشته است: خبر واحد نه برای انسان علم می‌آورد و نه عمل و نه اثر و ارزش و اعتبار دارد.» (رک: محقق داماد).

محقق حلی (م ۶۷۶)

در سیره محقق حلی، ما شاهد دو رأی از ایشان هستیم. وی در کتاب «المعتبر» (و همچنین «الرسائل

التسع) اخبار آحاد را فاقد حجیت می‌داند، اما در «معارض الاصول» (که در ادامه به آن خواهیم پرداخت) با شرایطی اخبار آحاد را تلقی به قبول می‌کند. محقق حلی در مقدمه کتاب «المعتبر فی شرح المختصر» (محقق حلی، المعتبر، ۱/ ۲۸-۳۳) فصلی را به این مهم اختصاص می‌دهد که مستندات احکام کدام است؟ و سپس اینگونه پاسخ می‌دهند که در نزد ما مستندات احکام پنج تا است: کتاب، سنت، إجماع، دلیل عقل و استصحاب. محقق حلی در بحث خود درباره سنت، آن را به دو دسته تقسیم می‌کنند: یکی متواتر و دیگری خبر واحد. سپس متواتر را به این دلیل که افاده یقین می‌کند، حجت می‌داند و همچنین خبری را که اصحاب بر عمل به آن اجماع کرده‌اند، معتبر می‌داند؛ و نیز خبری را که اصحاب بر طرح آن اجماع کرده‌اند را فاقد حجیت می‌داند (همانجا، ۱/ ۲۹). سپس ایشان وارد مبحث حجیت خبر واحد شده و افراد را در مواجهه با اخبار آحاد به چند دسته تقسیم می‌کند:

۱. افراطیون در پذیرش خبر (حشویه)؛ که در مقابل هر خبری تسلیم می‌شوند.
 ۲. گروهی که از این افراط کوتاه آمده و می‌گویند: «به هر حدیث سلیم السندی عمل می‌شود». حال اینکه محقق این رویکرد را نمی‌پذیرد؛ چراکه دروغگو همیشه دروغ نمی‌گوید و فاسق گاهی راست می‌گوید و رویکردی اینگونه طعن علمای شیعه و قدح مذهب است؛ زیرا هیچ مصنفی نیست، مگر اینکه گاهی به خبر مجروح عمل می‌کند، همانگونه که به خبر واحد عادل عمل می‌کند».
 ۳. افراطیون در رد خبر؛ تا آنجا که استعمال خبر واحد را عقلا و نقلا محال می‌دانند.
 ۴. گروهی که از این افراط کوتاه آمده و می‌گویند: عقل مانع از پذیرش اخبار آحاد نیست، اما شرع به عمل به اخبار آحاد اذن نداده است.
 ۵. نظریه مختار محقق حلی: تمامی این اقوال از سنت منحرف‌اند و دیدگاه بینابین نزدیک‌ترین آن‌ها به حقیقت است. ایشان دیدگاه مختار خود را اینگونه تبیین می‌کنند: «ما قبله الأصحاب أو دلت القرائن علی صحته عمل به، و ما أعرض الأصحاب عنه أو شذ، یجب اطراحه.» (همانجا، ۱/ ۲۹).
- بنابراین محقق از اخبار آحاد دو دسته را تلقی به قبول کرده و عمل به آن‌ها را جایز می‌داند و توضیحاتی که در ادامه مباحث خود آورده، حاکی از این است که وی این دو دسته از اخبار آحاد را علم‌آور می‌داند. از این رو اخبار آحاد معتبر و وجه اعتبار آن‌ها را می‌توان از منظر محقق اینگونه تبیین کرد:
۱. «ما قبله الأصحاب»، زیرا برای وی در صورت نبود طاعن و مخالف برای خبر، یقین حاصل می‌شود که آن حق است (همانجا، ۱/ ۳۱).
 ۲. «ما دلت القرائن علی صحته» که وی قرائن را به تنهایی حجت می‌داند و موافقت خبر واحد با این قرائن دلیل بر صدق محتوای حدیث است و لذا احتجاج به حدیث در این مورد جنبه تأکید بر محتوایی را

دارد که برای ما متیقن است (همانجا، ۳۱/۱).

همچنین وی در کتاب «الرسائل التسع» در نقد یک روایت می‌آورد: «استدلاله بالروایة ضعیف، إذ لیست أزيد من كونها خبر واحد، و هو غیر مفید للیقین.» (همو، الرسائل التسع، ۷۴) و یا در کتاب «المعتبر» با بیان این مطلب که مردم یا امامی اند و یا غیر امامی، شاخصه مخالفان امامیه را عمل به قیاس و اخبار آحاد دانسته است (همو، المعبر، ۲۵/۱).

ابوالمکارم (م قرن ۷)

ابوالمکارم محمود بن محمد حسنی واعظ، در کتاب «دقائق التأویل و حقائق التنزیل» عبارتی دارد که گویای موضع ایشان درباره اخبار آحاد است. وی اینگونه می‌گوید: «اخبار بر دو قسم است: متواتر و غیر متواتر؛ و متواتر نتوان یافت الا در مسائل اندک، بلکه در هزار خبر متواتر یکی بود و اخبار آحاد موجب علم و عمل نبود بر مذهب صحیح.» (ابوالمکارم، ۷۵).

سبزواری (م حدود ۷۰۰)

شیخ علی بن محمد بن محمد قمی سبزواری در کتاب «جامع الخلاف و الوفاق» بارها به عدم تعبد خود به اخبار آحاد تصریح کرده است. وی در مواضع متعددی برخی از اخبار را صرفه به دلیل خبر واحد بودن فاقد حجیت دانسته (رک: سبزواری، ۹۰ و ۱۵۸ و ۳۷۱ و ۴۳۴ و ۴۴۲ و ۴۵۹) و به بیان عدم جواز عمل به خبر واحد در شرعیات اشاره کرده است (همانجا، ۳۸۳ و ۴۱۹ و ۵۴۸ و ۶۶ و ۶۹ و حتی آن را فسادانگیز دانسته است (همانجا، ۳۹۹).

ابوالمحسن جرجانی (م قرن ۸)

أبوالمحسن حسین بن حسن جرجانی (معاصر علامه حلی)، ذیل آیه نبأ آورده است: «در آیت دلیل است بر آنکه خبر واحد ایجاب علم و عمل نکند، برای آنکه خبر واحد خبری است که ایمن نباشند درو که قائل دروغ می‌گویند یا نه و آنچه برین صفت بود توقف واجب بود درو.» (جرجانی، ۱۶۴/۹).

علت بیان دیدگاه تک‌تک عالمان این عصر این است که برخی از پژوهشگران معاصر (مدرسی طباطبایی، ۵۱) ادعا کرده‌اند که فقهای بعد از شیخ طوسی تا یک قرن قائل به حجیت اخبار آحاد بوده‌اند و بعد از گذشت یک قرن از وفات شیخ، برخی از فقهاء در نیمه دوم قرن ششم به مخالفت با این اندیشه برخاستند و نظریه مکتب متکلمان را احیاء کرده و رجعتی به فقه مفید و مرتضی کردند، اما این رویکرد رواج و رونقی نیافت! لذا ما به تمامی آثاری که دست یافتیم، رجوع کردیم و دیدگاه آنان را نقل کردیم تا آشکار شود که این ادعا خلاف واقع است و از ایشان درخواست می‌کنیم که فقط یک مورد مثال بزنند که فقیهی در دوره مقلده قول به حجیت اخبار آحاد را برگزیده است. این ادعا در حالی است که خود وی اقرار

کرده است: «یکی دو تن از دانشمندان را که جزء پیروان شیخ نام بردیم، می‌توان به اعتبار نظر آنان در مسأله خبر واحد از هواداران مکتب مفید و مرتضی شناخت، از جمله قطب الدین راوندی و ابن شهر آشوب.» (مدرسی طباطبائی، ۵۱).

آغاز فروپاشی مکتب یقین

همانگونه که بیان شده است، مراحل که علوم از آن‌ها گذر می‌کنند عبارت‌اند از: «پیش علم»، «علم عادی»، «بحران علمی» و در نهایت «انقلاب علمی». منطبق بر این مدل، ما در ایجاد پارادایم جدید علمی، با یک «بحران علمی» روبرو هستیم که این بحران به دنبال خود «انقلاب علمی» و تغییر پارادایم را به همراه دارد. در مرحله بحران، پارادایم مسلط (که در اینجا «اصالت قرائن» است) نزد بخش مهمی از جامعه علمی با ناکامی مواجه می‌گردد و پارادایم جدیدی ابداع و احیا می‌شود و این پارادایم سلطه خود را بر جامعه علمی تثبیت می‌کند.

مطابق تعریف کوهن، در هر دوره‌ای از تاریخ علم، یک جریان منسجم و یکپارچه که از اصول و قوانین علمی نزدیک به هم بهره می‌برند، حاکم بر فضای علمی آن دوره‌اند و هرگاه این جریان منسجم به هر دلیلی توانایی خود را در تبیین و پاسخگویی به مسائل جدید و مستحدثه علمی از دست بدهد، پارادایم دیگری که توانسته است مدل منسجم و کاملی برای تبیین و توجیه نظام‌مند مسائل علمی ارائه کند، جایگزین آن خواهد شد. بنابراین کاملاً طبیعی است که پیش از شکل‌گیری پارادایم «اصالت سند» (مکتب حله) و سلطه حاکمیت مطلق آن بر جامعه علمی، ما شاهد مرحله‌ای باشیم که در آن برخی فعالیت‌های پراکنده و گوناگون صورت می‌گیرد که نهایتاً پس از اینکه پارادایم مورد پذیرش جامعه علمی بر فضای علمی مسلط و حاکم شد، تمامی رفتارها منظم و هدفدار شده و عالمان در چارچوب پارادایم به رفع منازعات و کشمکش‌های علمی خود می‌پردازند.

باری، همیشه هر پارادایم منتقدانی دارد که غالباً کنار زده شده و یا نادیده گرفته می‌شوند. اما هنگامی که تعداد مخالفان به شکل معناداری افزایش یابند، رشته‌های علمی با نوعی از بحران روبرو می‌شوند و در خلال دوره بحران، ایده‌های جدید و یا ایده‌هایی که پیش از این نادیده گرفته می‌شدند، مورد توجه قرار می‌گیرند و سرانجام پارادایم جدیدی شکل می‌گیرد که پیروان خود را خواهد داشت و نبردی بین پیروان ایده جدید و قدیم روی می‌دهد.

اما هر پارادایمی به سادگی جای خود را به پارادایم بعدی نمی‌دهد، بلکه سعی در مقاومت دارد و لذا عالمان -به جای بازنگری در مفروضات اساسی- تمام سعی خود را در جواب دادن به منتقدان می‌کنند و به

ترفندهای گوناگون می‌کوشند تا با تدوین دوباره نظریه و ایجاد تغییرات مفهومی لازم، اشکالات و خلاهای موجود را از میان ببرند. به همین دلیل است که گفته می‌شود: یکی از ویژگی‌های پارادایم‌ها کندپایی و سنگین‌گام بودن است؛ اما ظهور یک نابغه تاریخ‌ساز یا انباشت گزاره‌ها و شواهد ناسازگار با یک پارادایم و ... گاه سبب می‌شود که فردی با گذر و گذار از چارچوب‌های شناخته شده زمان خود که همان مرزهای پارادایمی است، مبانی فهم کردن در زمانه خویش را دچار تزلزل کند و یا ایجاد ابتکاری جدید، پارادایمی متفاوت را جایگزین روش اندیشیدن پیشین (پارادایم قبلی) نماید و ما شاهد یک تغییر پارادایم باشیم.

با این توضیحات، باید گفت: سده هفتم هجری را باید دوران آغاز زوال مکتب مفید و مرتضی دانست. مکتب «اصالت قرائن» که از زمان مفید و مرتضی تا سده هفتم، حاکمیتی بلامنازع داشت، بعد از ابن ادریس حلی و آغاز قرن هفتم دچار خلاءها و کاستی‌هایی شد که زمینه تغییر پارادایم (انقلاب علمی) را فراهم کرد. برخی از این کاستی‌ها از این قرارند:

۱. مفید و مرتضی روایات مصنفات امامیه را متواتر و محفوف به قرائن (برای مشاهده چپستی قرائن رک: شیخ بهایی، ۲۶۹؛ فیض کاشانی، ۲۲/۱) و خود را بی‌نیاز از تنويع روایات می‌دانستند (عاملی، ۱/۱۴). اما با مرور زمان این قرائن که موجب اطمینان به صدور حدیث می‌شدند، بسیار کم شدند و دست یافتن به چنین قرائنی به سختی ممکن بود و لذا عالمان امامیه مجبور به روی آوردن به تقسیم‌های چهارگانه‌ای کرد که مبتنی بر بررسی سند و احوال راویان حدیث است (شیخ بهایی، ۲۷۰). گفتارهای متعددی که از عالمان مکتب حله نقل شده، جملگی حکایت از آن دارد که قرائنی که روایات را در زمره اخبار متواتر و محفوف به قرائن قرار می‌داد، از بین رفته‌اند و لذا با فرض عدم حصول علم، ما ناگزیر به تمسک به ظن هستیم (رک: علامه حلی، الرسالة السعدية، ۲۹؛ همو، مختلف الشیعة، ۲/۲۳۹ و ۸/۴۹۰).

۲. اگر نظام فقه‌های مبتنی بر قرائن بنا شده باشد، طبیعی است که با از دست رفتن قرائن از یک‌سو و اصرار بر همین مدل اعتبارسنجی احادیث از سوی دیگر، ما شاهد ورود موجی از فتاوای شاذ فقهی به درون گفت‌مان فقه امامیه باشیم. هر دوی این مولفه‌ها را در حیات علمی ابن ادریس با هم شاهدیم. به تعبیر دیگر ایشان از یک طرف در شرایطی می‌زیستند که دستیابی به قرائن بسیار دشوار بود و از طرف دیگر همو پایبندی بسیاری به این مدل فقه‌ای داشت. وی با رد اخبار آحاد از یک‌سو و اقرار به خبر واحد بودن بسیاری از روایات مصنفات امامیه از سوی دیگر، برای خود محدودیت‌های زیادی را در زمینه استنباط احکام فقهی ایجاد کرد و لذا به ناچار عناصر دیگری همچون مقتضای اصول عملیه، ظواهر، عمومات کتاب و ... را جایگزینی برای پر کردن این خلاء به کار گرفت.

۳. فقهاتی که شیخ مفید و سیدمرتضی آن را بنا کردند، نسبت به فقهات متاخران دارای بساطتی دو چندان بود. مهم‌ترین دلیل این امر، قول به عدم حجیت اخبار آحاد از یک‌سو و روی آوردن به دیگر ادله همچون اجماع، عقل و اصول عملیه از سوی دیگر است (رک: مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۳/ ۳۱۲). علاوه بر این، ایشان به مباحث تعادل و تراجیح که در کتب اصولی متاخران به طور مبسوط مورد بحث قرار می‌گرفت نیز کم‌توجه بودند (رک: همانجا، ۲۰/ ۱). ارجاعات زیاد به اصول عملیه، حکم عقل، عموماً آیات و اجماع از شاخصه‌های مکتب تأسیسی مفید و مرتضی است. به عنوان مثال با نگاهی به کتاب «غنیة النزوع» ابن زهره نیز آشکار می‌شود که استناد فراوان به آیات قرآن و همچنین اجماع از ویژگی‌های بارز این کتاب است. این امر از یک طرف جوابگوی نیازهای فقهی امامیه نبود و از طرف دیگر زمینه طعن مخالفان شیعه را نیز فراهم کرد و لذا پس از ابن ادریس، موج مخالفت با خبر واحد به تدریج فروکش کرد، چه آنکه نیازهای فقهی به تدریج گسترده‌تر گردیده بود و فقها هر روز با مسائل تازه روبرو شده بودند. اهل سنت با استفاده از قیاس و استحسان، کتاب‌های مبسوط فقهی نگاشته بودند، فقه‌های شیعه هم به شدت جانب احتیاط را رعایت می‌کردند که در فتاوی خود از اجتهاد به رأی و تکیه بر معقولات دوری نمایند. این امر فقه شیعه را مختصر کرده و زمینه طعن بر شیعه را فراهم آورده بود و فقیهان را بر آن داشت تا در صدد یافتن راه حلی برای گسترش فقه شیعه بآیند.

اما از آنجا که پارادایم‌ها کندپا و سنگین گام هستند، به سادگی جای خود را به پارادایم بعدی نمی‌دهند و لذا حتی بعد از ابن ادریس و آشکار شدن کاستی‌های الگوی ارائه شده توسط مکتب مفید و مرتضی در مواجهه با اخبار آحاد (به دلیل از دست رفتن نظام قرائن)، این پارادایم توسط برخی همچون محقق حلی در کتاب «المعتبر» و «الرسائل التسع»، ابوالمکارم در «دقائق التأویل»، علی بن محمد قمی سبزواری در «جامع الخلاف والوفاق» و در نهایت جرجانی در «جلاء الاذهان» ادامه پیدا می‌کند؛ و طبیعی است که محقق حلی و همفکران وی به عنوان آخرین حلقه مکتب یقین که در مرحله بحران علمی زیست می‌کنند، گاه در آراء خود مذبذب عمل کنند و از سوی دیگر سعی کنند به جای بازنگری در مفروضات اساسی خود، با ایجاد تغییراتی مفهومی و گسترش دایره پذیرش اخبار، خلاءهای ایجاد شده را پر کنند و اینگونه به اشکالات مطرح شده پاسخ دهند. چنانکه مشابه همین آشفتگی را در زمان حیات مفید و مرتضی (مرحله پیش علم) که هنوز پارادایم بر جامعه علمی تسلط پیدا نکرده است، شاهدیم و لذا شاهد برخی مخالفت‌ها از جانب افرادی مثل سیدرضی هستیم و برخی نیز مثل شیخ طوسی آراء متناقضی را از خود ارائه داده‌اند؛ اما با تسلط پارادایم و شکل‌گیری علم عادی، تا ظهور مرحله بحران علمی هیچ مخالفتی را سراغ نداریم. اما در همین زمان که ما مرحله بحران علمی را پشت سر می‌گذاریم و هنوز پارادایم «اصالت سند» و

حاکمیت مطلق آن بر جامعه علمی شکل نگرفته است، شاهد مرحله‌ای هستیم که در آن برخی فعالیت‌های پراکنده و گوناگون صورت می‌گیرد که نهایتاً پس از اینکه پارادایم مورد پذیرش جامعه‌ای علمی (پارادایم اصالت سند) با فعالیت‌های علامه حلی و حلقه فکری ایشان بر فضای علمی مسلط و حاکم می‌شود و لذا بعد از علامه حلی تا پیدایش اخباری‌گری و پارادایم شیفتی دیگر، حاکمیت و سیطره بلامنازع خود را حفظ می‌کند. در این مختصر به بیان آراء عالمان دوران بحران علمی (قرن هفتم) زیست می‌کنند، می‌پردازیم که زمینه را برای تغییر پارادایم فراهم کرده و با ظهور علامه حلی مکتب «اصالت سند» سلطه خود را تثبیت می‌کند.

علی بن طاووس (م ۶۶۴)

سید رضی‌الدین، در کتاب «فرج المهموم» با نقد برخی از اندیشه‌های سیدمرتضی ادعا می‌کند که شیعه امامیه در امور شرعی به اخبار آحاد عمل می‌کند (ابن طاووس، فرج المهموم، ۴۲). البته این مدعا در انتساب عمل به اخبار آحاد به امامیه به دو دلیل قابل اعتنا نیست:

۱. تصریحات پیشینیان ایشان مطلبی غیر از این را نشان می‌دهد، خصوصاً اینکه برخی از پیشینیان وی با صراحت عدم حجیت اخبار آحاد را به امامیه نسبت داده‌اند.
۲. مدعای ایشان مبتنی بر مشاهده سیره عملی علمای شیعه و نه مبنای نظری ایشان است و لذا حتی سیدمرتضی را نیز در زمره کسانی قرار داده است که عامل به اخبار آحاد هستند.

فاضل آبی (م بعد از ۶۷۲)

فاضل آبی در کتاب «النافع فی مختصر الشرایع» معروف به «مختصر النافع» در نقد پاره‌ای از فتاوی‌ای محقق حلی که برخی از روایات را به دلیل اینکه خبر واحد است، نقد می‌کند، می‌آورد: «أنا متعجب من مناقضة هذا القائل، فكثيرا ما يعمل بأضعف روايات الآحاد، وإن لم يذهب إليها غير الشيخ... وتارة يقول: لا أعمل بخبر الواحد و يتمسك بأصول المذهب، و يعرض عن الروايات، وإن كانت صحيحة. و الحق التزام الروايات.» (آبی، ۱/ ۳۴۴). علاوه بر این، وی در موضعی دیگر سیره عملی محقق حلی را اینگونه نقد می‌کند: «أنت مع دعاوى ترك العمل بأخبار الآحاد، كتابك مملو منها، و لينظر في كتاب الصلاة و كتاب الحج و كتاب الحدود و الديات؛ هل وردت بجميع ذلك أخبار متواترة، أو انعقد عليه إجماع الطائفة.» (همانجا، ۲/ ۱۰۳).

احمد بن طاووس (م ۶۷۳)

سید جمال‌الدین بن طاووس نیز در کتاب «بناء المقالة الفاطمية في نقض الرسالة العثمانية» با پذیرش حجیت اخبار آحاد اینگونه آورده است: «أن خبر الواحد حجة عند المسلمين إلا من شذ منهم» (ابن

طاووس، بناء المقالة الفاطمية، ۳۲۲). از این عبارت آشکار می‌شود که وی نیز در دیدگاهی شبیه به آنچه که برادرش بیان کرده، اکثریت شیعه را قائل به حجیت اخبار آحاد می‌داند. همچنین گفته شده است که وی اولین کسی است که تقسیم معروف روایت به چهار قسم صحیح، موثق، حسن و ضعیف را عنوان کرد.

محقق حلی (م ۶۷۶)

چنانکه پیش‌تر گذشت، در سیره محقق حلی، ما شاهد دو رأی از ایشان هستیم. وی در کتاب «المعتبر» و «الرسائل التسع» اخبار آحاد را فاقد حجیت می‌داند، اما در «معارج الاصول» با شرایطی اخبار آحاد را تلقی به قبول می‌کند. وی با بیان مقدماتی درباره جواز تعبد به خبر واحد به این مطلب می‌پردازد که گاهی همراه خبر واحد قرائنی است که بر صدق مضمونش دلالت دارد (اگرچه دلالتی بر صدق خود ندارد) و این قرائن چهارتا هستند: موافقت با دلالت عقل، موافقت با نص کتاب، موافقت با سنت مقطوع بها و موافقت با اجماع. آنگاه می‌گوید: هرگاه خبری از این قرائن دال بر صدقش خالی باشد، و از طرف دیگر چیزی که بر خلاف مضمون آن دلالت کند، یافت نشود، عمل به این خبر به اعتبار شروطی نیاز دارد (محقق حلی، معارج الاصول، ۱۴۸). سپس محقق حلی ویژگی‌های راوی (شروط روایت به منظور پذیرش آن) را اینگونه برمی‌شمارد: ایمان، عدالت و ضبط (همانجا، ۱۴۹). بنابراین از گفتار محقق حلی در «معارج الاصول» می‌توان اینگونه برداشت کرد که وی دو دسته از اخبار آحاد را دارای حجیت می‌داند:

۱. اخبار آحادی که همراه با قرائنی هستند که بر صدق مضمونش دلالت دارد.
۲. اخبار آحادی که از قرائن دال بر صدقش خالی است. این اخبار برای حجیت و پذیرششان باید دو ویژگی داشته باشند: یکی اینکه چیزی که بر خلاف مضمون آن‌ها دلالت کند، یافت نشود و دیگری اینکه راوی این اخبار آحاد باید دارای شروط و ویژگی‌هایی (ایمان، عدالت و ضبط) باشد.

نتیجه‌گیری

۱. ساختارگرایان به نقش ساختارها در تولید علم معتقدند و تاریخ علم را تاریخ دوره‌هایی می‌دانند که از هم کاملاً گسسته هستند و شاخصه هر دوره‌ای از تاریخ علم، ظهور پارادایمی جدید است که نظریه‌های علمی درون آن تولید شده و ظهور پیدا می‌کند.
۲. طبق رویکرد کوهن، پیشرفت و تکامل علم در قالب زنجیره‌ای خاص صورت می‌گیرد که حلقه اول آن را پیش علم (شبه علم) تشکیل می‌دهد؛ حلقه دوم را کارکرد علم متعارف، حلقه سوم را بحران علم متعارف، حلقه چهارم را انقلاب علمی و در نتیجه حلقه پنجم یعنی بروز علم متعارف جدید صورت می‌گیرد.

۳. در زمان حیات مفید و مرتضی (مرحله پیش علم) دو نفر از معاصران ایشان (سیدرضی و شیخ طوسی) را شاهدیم که نظری مخالف با استاد خود (شیخ مفید) دارند، اما مخالفت ایشان راه به جایی نمی‌برد و نظریه شیخ مفید با تلاش‌های سیدمرتضی بر جامعه علمی سیطره پیدا کرده و پارادایم «اصالت قرائن» شکل می‌گیرد.

۴. از زمان سیدمرتضی تا اواسط قرن هفتم (دوره حیات محقق حلی)، که دوران سلطه پارادایم «اصالت قرائن» است، هیچ عالمی را نمی‌یابیم که به حجیت اخبار آحاد تصریح کرده باشد.

۵. سده هفتم هجری (دوران بعد از ابن ادریس حلی) را باید دوران آغاز زوال مکتب مفید و مرتضی (مرحله بحران علم متعارف) دانست. در این مرحله برخی فعالیت‌های پراکنده صورت می‌گیرد که نهایتاً با فعالیت‌های علامه حلی و حلقه فکری ایشان پارادایم «اصالت سند» بر فضای علمی مسلط و حاکم می‌شود.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر* (موسوعة ابن ادریس الحلّی)، نجف، مکتبة الروضة الحیدریة، ۱۴۲۹ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، *المهذب*، قم، النشر الإسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- _____، *جواهر الفقه*، قم، النشر الإسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع*، قم، الإمام الصادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
- ابن شهر آشوب، محمد بن علی، *متشابه القرآن و مختلفه*، تهران، کتابخانه مصطفوی، ۱۳۲۸.
- ابن طاووس، احمد بن موسی، *بناء المقالة الفاطمية فی نقض الرسالة العثمانية*، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۱۱ ق.
- ابن طاووس، علی بن موسی، *فرج المهموم*، قم، منشورات الرضی، ۱۳۶۳.
- ابو الصلاح حلبی، تقی بن نجم، *تقریب المعارف*، بی‌جا، بی‌نا، ۱۴۱۷ ق.
- ابوالفتوح رازی، حسین بن علی، *روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن*، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۷۱.
- پاکتچی، احمد، «ابن جنید اسکافی»، *دائرة المعارف بزرگ اسلامی*، مرکز دائرة المعارف بزرگ اسلامی، تهران، ۱۳۶۷.
- _____، «اندیشه فقهی ابن ابی عقیل و مکتب متکلمان متقدم امامیه»، *مقالات و بررسی‌ها*، ۷۶، پاییز و زمستان، ۱۳۸۳.

شماره ۱۱۳	فقه و اصول	۱۵۸
	تونى، عبدالله بن محمد، <i>الوافية فى أصول الفقه</i> ، قم، مجمع الفكر الاسلامى، ۱۴۱۵ ق.	
	جرجانى، حسين بن حسن، <i>جلاء الأذهان و جلاء الأحزان</i> ، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.	
	حب الله، حيدر، <i>نظريه السنه فى الفكر الامامى الشيعى</i> (التكون و الصيروره)، بيروت، الانتشار العربى، ۲۰۰۶ م.	
	حسنى، محمود بن محمد، <i>دقائق التأويل و حقائق التنزيل</i> ، تهران، نشر ميراث مكتوب، ۱۳۸۱.	
	خامنه‌اى، على، <i>پيام به كنكره جهانى هزاره شيخ مفيد</i> ، فرودين، ۱۳۷۲.	
	سيدمرتضى (علم الهدى)، علي بن حسين، <i>الاتصار</i> ، قم، النشر الإسلامى، ۱۴۱۵ ق.	
	_____، <i>الذريعة الى اصول الشريعة</i> ، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۶ ق.	
	_____، <i>الشافى فى الامامة</i> ، قم، إسماعيليان، ۱۴۱۰ ق.	
	_____، <i>رسائل الشريف المرتضى</i> ، قم، دارالقرآن الكريم، ۱۴۰۵ ق.	
	شريف رضى، محمد بن حسين، <i>المجازات النبوية</i> ، قم، مكتبة بصيرتى، بى تا.	
	شيخ بهانى، محمد بن حسين، <i>مشرق الشمس و إكسير السعادتين</i> ، قم، مكتبة بصيرتى، بى تا.	
	طبرسى، فضل بن حسن، <i>مجمع البيان فى تفسير القرآن</i> ، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ ق.	
	طوسى، محمد بن حسن، <i>الاستبصار فيما اختلف من الاخبار</i> ، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۳۶۳ ق.	
	_____، <i>الاقتصاد الهادى الى طريق الرشاد</i> ، تهران، مكتبة جامع چهلستون، ۱۴۰۰ ق.	
	_____، <i>التبيان فى تفسير القرآن</i> ، بيروت، دار إحياء التراث العربى، ۱۴۰۹ ق.	
	_____، <i>الخلاف</i> ، قم، النشر الإسلامى، ۱۴۰۹ ق.	
	_____، <i>العدة فى أصول الفقه</i> ، قم، تيزهوش، ۱۴۱۷ ق.	
	_____، <i>المبسوط فى الفقه الاماميه</i> ، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۱ ق.	
	_____، <i>تهذيب الأحكام</i> ، دار الكتب الإسلامية، تهران، ۱۳۶۴ ق.	
	عاملى، حسن بن زين الدين، <i>منتقى العجمان</i> ، قم، النشر الإسلامى، ۱۳۶۲ ق.	
	علامه حلى، حسن بن يوسف، <i>الرسالة السعدية</i> ، قم، كتابخانه عمومى حضرت آية الله العظمى مرعشى نجفى، ۱۴۱۰ ق.	
	_____، <i>مختلف الشيعة</i> ، قم، النشر الإسلامى، ۱۴۱۲ ق.	
	فاضل أبى، حسن بن ابى طالب، <i>كشف الرموز فى شرح المختصر النافع</i> ، قم، النشر الإسلامى، ۱۴۰۸ ق.	
	فيض كاشانى، محمد محسن بن شاه مرتضى، <i>الوافى</i> ، اصفهان، مكتبة الامام أميرالمؤمنين على (ع)، ۱۴۰۶ ق.	
	قطب راوندى، سعيد بن هبة الله، <i>فقه القرآن</i> ، قم، كتابخانه آية الله العظمى النجفى مرعشى، ۱۴۰۵ ق.	

- قمی، علی بن محمد، *جامع الخلاف و الوفاق بین الإمامیة و بین أئمة الحجاز و العراق*، قم، زمینه‌سازان ظهور امام عصر (عج)، بی‌تا.
- کراجکی، محمد بن علی، *التعجب من أغلاط العامة فی مسألة الإمامة*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
- _____، *کنز الفوائد*، قم، مکتبه المصطفوی، ۱۳۶۹ ق.
- کوهن، توماس، *ساختار انقلاب‌های علمی*، ترجمه: سعید زیباکلام، تهران، سمت، ۱۳۸۹.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *الرسائل التسع*، قم، کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *المعتبر فی شرح المختصر*، قم، سیدالشهداء (ع)، بی‌تا.
- _____، *معارج الأصول*، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۰۳ ق.
- محقق داماد، مصطفی، «خواجه طوسی و علم اصول فقه»، همایش «خواجه نصیرالدین طوسی»، تهران، مؤسسه پژوهشی حکمت و فلسفه، ۱۳۹۳.
- مدرسی طباطبایی، حسین، *مقدمه‌ای بر فقه شیعه*، ترجمه محمد آصف فکرت، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۶۸.
- معارف، مجید، *پژوهشی در تاریخ حدیث شیعه*، تهران، نشر ضریح، ۱۳۷۴.
- مفید، محمد بن محمد، *التذکره بأصول الفقه*، قم، کنگره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *الفصول المختارة*، قم، کنگره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *أوائل المقالات*، قم، کنگره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *تصحیح الاعتقاد*، قم، کنگره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *القوانین المحکمة فی الأصول*، قم، احیاء الکتب الاسلامیة، ۱۴۳۰ ق.

incidence of new conventional science. Based on this model, the reason for the Shi'a scholars' encounter with the isolated traditions can be evaluated in various periods of the history of Shi'ism. For instance, the period from fifth to seventh century should be known as the age of the sovereignty of the paradigm of "principality of evidences". This paradigm has had some opponents only in two stages, one at the beginning of its emergence (pre-science stage) and the other during its dissociation (conventional science crisis stage) and between these two stages we witness the indisputable sovereignty of "principality of evidences" and find no scholar who has believed in the validity of isolated traditions. Only then, with the scholarly activities of 'Allāma Ḥillī and his thought circle, a scientific revolution (change of paradigm) takes place and the paradigm of "principality of *sanad*" prevails and dominates over the scholarly climate and maintains this domination until the appearance of traditionalism.

Keywords: paradigm, Shaykh Mufīd, Sayyid Murtaḍā, isolated tradition, principality of evidences.

Keywords: obligatory for itself (*nafsi*), obligatory for another (*ghayri*), doubt in *nafsi* and *ghayri* obligatory, principle of exemption, precautionary principle.

Sovereignty of the Paradigm “Non-validity of Isolated

Traditions” over the Discourse of 5-7 Century Shī’a Jurists

Dr. Hamed Mustafawifard, Faculty Member, Vali Asr University of Rafsanjan

Dr. Sayyid Kazem Tabatabaeipour, (Corresponding Author),
Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Gholamreza Ra’isiyan, Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Structuralists, including Thomas Kuhn, believe in the role of structures in knowledge production and view history of science as the history of periods totally torn apart. They believe that the criterion for any period of history of science is the emergence of a new paradigm, within which the scientific theories are developed. According to this approach, science development takes place within a specific chain, whose first link consists of pre-science (pseudo-science); the second link consists of function of conventional science; the third link consists of conventional science crisis; the fourth link consists of scientific evolution; and consequently the fifth link takes place as the

punishment and are more of theological and ideological tone and cannot be proofs for cancellation of the preconditions for the authority of traditions denoting preferable religious acts and virtues; and thus, giving *fatwa* for desirability (or aversion), like giving *fatwa* for obligation or unlawfulness, requires valid proof.

Keywords: *man balagh* traditions, desirability, tolerance in proofs of traditions.

**Expedient of the Practical Principle at the Time of Doubt
whether an “Obligatory” is *Nafsī* (for itself) or *ghayrī* (for
another)**

Dr. Hamid Masjedsaraie, (Corresponding Author), Associate
Professor, Semnan University

Habib Ojodany, University Lecturer

There has been disagreement among *uṣūlīs* concerning the execution of the practical principle – at the time of doubt whether an obligatory is *nafsī* (for itself) or *ghayrī* (for another) – and various viewpoints are brought up, to the extent that Ākhūnd Khurasanī has devised a double division and finally, the late Nā’inī devised a triple division that has been approved by the majority of scholars. In this research, however, we have achieved a new triple division, which has been unprecedented in the opinions of the early scholars and is, in a way, a combination of the divisions presented by Khū’ī and Nā’inī.

corruption, that contradictory appropriations are sound. In contrast to the above viewpoint, many of the jurists and scholars of principles of jurisprudence have in general claimed with reliance on four reasons that situational ordinance of contradictory appropriation with contractual commitment are sound. In this article, all the above-mentioned four reasons are analytically studied and rejected.

Keywords: prohibition, invalidity, non-effectiveness, transaction, contradictory appropriation, contract.

How the Jurists Encounter with *Man Balagh* Traditions and a New Impression of these Traditions

Dr. Aliakbar Kalantari, Associate Professor, Shiraz University

It is popular among the jurists that by relying on *man balagh* traditions (whose origin is not clear but acting upon them is rewarding), one can make judgments on matters that some invalid ordinances and traditions denote the desirability of acting upon them. Employing these traditions with a legal and *uṣūlī* approach, they concluded that whatever is precondition in traditions denoting the obligatory ordinances are not precondition in traditions denoting the non-obligatory ordinances. In the meantime, by deliberating on the details and content of these traditions and studying other evidences, it becomes clear that their contexts are related to the Divine reward and

woman can cut of two fingers of the man as *qiṣāṣ* and does not pass on something as blood money (*dīya*) to the man. But she cannot cut off three fingers of the man and forgive one finger. In this research, the first and the second viewpoints are critiqued and the view on detail is accepted.

Keywords: *qiṣāṣ*, discrimination in *qiṣāṣ*, claimant of blood, forgiveness, criminal's consent.

Study of the Four Objections on the Viewpoint of Non-effectiveness of Conceptual Appropriations Contradicting Contractual Commitment

Dr. Jalil Qanavati, (Corresponding Author), Associate Professor, Farabi Pardis, Tehran University

Dr. Sayyid Ali Alavi Qazvini, Associate Professor, Farabi Pardis, Tehran University

Dr. Abdulreza Alizadeh, Assistant Professor, Farabi Pardis, Tehran University

Dr. Esfandyar Safari, Ph.D. Graduate of Private Law, Farabi Pardis, Tehran University

In the cases in which, according to a contract, the person is committed to abandon a conceptual appropriation, some jurists believe, according to the *uṣūlī* principle denoting prohibition of

mahr in temporary marriage, which is legitimate and endorsed by the Prophet of Islam (S.A.W.). Discussing the nature of *mahr* would yield not only theoretical but also practical benefits as well, as it appears in discussion about the quality of dividing a *mahr* for two spouses.

Keywords: *mahr*, marriage, temporary marriage, exchange, gift.

Discrimination in *Qisās* in Iranian Statutory Jurisprudence and Law

Dr. Abulfazl Alishahi Qal'ajuqi, (Corresponding Author), Associate Professor, Department of Theology, Yasuj University

Fatemeh Akbarian, M.A. Graduate, Yasuj University

In Islamic jurisprudence, some preconditions have been taken into consideration for restoring the rights of the victim and the accused in crimes related to homicide and organ defect. The question is whether there is the possibility of discrimination in *qisās* (retaliated punishment) for body organs; that is to say, can the victim or the claimant execute part of *qisās* and forgive or compromise another part in regard to the criminal? There are three legal views concerning this issue: 1. Discrimination in *qisās* is quite accepted; 2. Discrimination in *qisās* is accepted only for men; 3. According to the view on detail in cutting off four fingers of a woman by a man, the

Knowing the Quiddity of Bridal Gift (*mahr*) in Permanent and Temporary Marriage

Husayn Halabian, (Corresponding Author), Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Dr Husayn Naseri Moqaddam, Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad

There are different viewpoints concerning the quiddity of *mahr*, some have viewed *mahr* as exchange and some as gift. With an analytical and jurisprudential approach and with respect to the legal opinions, this article seeks to give a realistic explanation of this category consistent with the Qur'an, traditions, and standards of jurisprudence and Islamic law. First, with respect to the synonyms of the term *mahr* by definition and in the Qur'an and traditions, it gives the reader a preliminary portrayal of *mahr* and then with a deep and argumentative discussion of the nature of marriage contract undertakes to answer the question as to whether marriage is an exchange contract so that *mahr* would find a color of exchange or is it a non-exchange contract. Then it enters the discussion of getting to know the quiddity of *mahr* by referring to the Islamic jurisprudence sources, especially the Qur'an and traditions of Ahl al-Bayt (A.S.) and critically reviews them; after exploring into this concept, it touches upon the nature of

stands out of question; and if the obligation possesses a longitudinal substitute, two positions are to be discussed:

A. It should be said concerning the proof of major on preferences in the section of disturbance: this case is not acceptable as an independent criterion in preferences with disturbance; rather, the issue should be studied independently in every case and all the evidences and aspects that are stated for approximation of this universal criterion are discredited.

B. Concerning the vacillation between impure (*khubthiya*) purification and ritual impurity (*ḥadathiya*) purification, it should be stated that: one cannot clearly use evidences that legal authority is acquired in water purification and thus one cannot make a judgment concerning this criterion for the precedence of *khubthiya* purification over *ḥadathiya* purification; rather, one should appeal to another evidence: concerning the vacillation between full performance of on-time prayer with *tayammum* (ablution with earth or sands) and performance of one *rak'a* of on-time prayer with *wuḍū* (ablution with water), performing *tayammum* would be precedent to *wuḍū* only because full performance of on-time prayer is more important.

Keywords: obligation with substitute, obligation with no substitute, preference, rational authority, legal authority, preferences of disturbance.

approach, this article has critiqued the proofs of those maintaining prohibition and has supported the event of option of condition in compromise in the light of such principles as sovereignty of will in contracts.

Keywords: compromise, option of condition, principle of the sovereignty of will.

Studying the Precedence of Obligation with Substitute in Preferences concerning Disturbance (*tazāḥum*) and its Legal Referents

Dr. Sayyid Abolqasem Hosayni Zeidi, Assistant Professor, Razavi University of Islamic Sciences

Among the preferences brought up on *tazāḥum* (disturbance, conflict) is that the obligation that does not have a substitute becomes precedent over the obligation possessing substitute. Concerning the proof of this universal major, there are evidences and aspects brought up in methodology of Islamic jurisprudence and two referents have been brought up for this universal major and rule as verification to this principle. In this research, by exploring into four reasons for the aspects stated for proving the major and then study of the two referents that are brought up, it is concluded that if the obligation possesses latitudinal substitute, there would occur no *tazāḥum* and it

ABSTRACT

Option of Condition in Compromise

Dr. Abdullah Bahmanpouri, Assistant professor, Yasuj University

Dr. Muhammad Hasan Haeri (Corresponding Author), Professor,
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muhammad Taqi Fakhlaei, Professor, Ferdowsi University of
Mashhad

Contract by compromise has a special status as one of the most important contracts in jurisprudence and Islamic law. Given the quality of terminating compromise over the conflict resulting from transactions, the event of option of condition in this contract has been dubious to the Imāmiyya jurists. Arguing that compromise has been legislated for eliminating conflict in transactions and its necessity is preceptive, they have considered option in contract by compromise as prohibited. With an analytical

Table of Contents

Option of Condition in Compromise	9
Dr. Abdullah Bahmanpouri -Dr. Muhammad Hasan Haeri-Dr. Muhammad Taqi Fakhlaei	
Studying the Precedence of Obligation with Substitute in Preferences concerning Disturbance (tazāḥum) and its Legal Referents	23
Dr. Sayyid Abolqasem Hosayni Zeidi	
Knowing the Quiddity of Bridal Gift (mahr) in Permanent and Temporary Marriage	43
Dr. Husayn Halabian - Dr Husayn Naseri Moqaddam	
Discrimination in Qiṣāṣ in Iranian Statuary Jurisprudence and Law	65
Dr. Abulfazl Alishahi Qal'ajuqi - Fatemeh Akbarian	
Study of the Four Objections on the Viewpoint of Non-effectiveness of Conceptual Appropriations Contradicting Contractual Commitment	83
Dr. Jalil Qanavati -Dr. Sayyid Ali Alavi Qazvini - Dr. Abdulreza Alizadeh- Dr. Esfandiyar Safari	
How the Jurists Encounter with Man Balagh Traditions and a New Impression of these Traditions	99
Dr. Aliakbar Kalantari	
Expedient of the Practical Principle at the Time of Doubt whether an “Obligatory” is Nafsī (for itself) or ghayrī (for another)	115
Dr. Hamid Masjedsaraie- Habib Ojodany	
Sovereignty of the Paradigm “Non-validity of Isolated Traditions” over the Discourse of 5-7 Century Shī'a Jurists	135
Dr. Hamed Mustafawifard -Dr. Sayyid Kazem Tabatabaeipour -Dr. Gholamreza Ra'isiyan	
Abstracts of the Papers in English Language	170

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 2: Issue 113, Summer 2018

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jalīl Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Mihrpūr

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Ahmad Rezvani

Printing & Binding: Ferdowsi University of
Mashhad Press

Circulation: 500

Price: Rs 30000

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+9851) 38803873



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

Journal of Figh and Usul



**The Research Journal
of the faculty of Theology and Islamic Studies**

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 50, No. 2: Issue 113, summer 2018