



انفقه و انصو

فصلنامه علمی
(مطالعات اسلامی سابق)

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

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹
تابستان ۱۴۰۱



مناوین مقالات

- تحری؛ پژوهشی در مفهوم، مشروعیت، کاربرد و احکام آن

دکتر فرزاد پارسا

- تحلیل معناشناختی و کاربردشناختی مقدمات سه گانه شیخ انصاری در حجیت خبر واحد

دکتر عبدالجبار زرگوش نسب - داوود سعیدی

- واکاوی مشروعیت شرط عدم استیلاء در نکاح از دیدگاه فقههای امامیه

فاطمه شعبانی - دکتر علی جعفری

- رویکردی انتقادی به فقه افتراضی؛ مبانی و آسیب‌ها با تمرکز بر جایگاه موضوع‌شناسی در این رویکرد فقهی

دکتر علی شفیعی - دکتر منصور امیرزاده جیرکلی - دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی

- تحلیل نقش قدر متیقن در اطلاق‌گیری و طرق کشف آن با رویکردی به آرای امام خمینی و شهید صدر

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی - دکتر منصور غریب پور - دکتر ابوالحسن بختیاری

- تحلیل و بررسی چگونگی مجزی‌بودن تأدیة زکات در فرض اجبار حاکم اسلامی

دکتر محمد رضا کینا - دکتر حمید مؤذنی بیستگانی

- اعتبار و کارایی شرط بنائی در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران

دکتر رضا مقصودی - دکتر سیدمصطفی محقق داماد - دکتر سیدمهدی علامه - دکتر علیرضا مظلوم رهنی - دکتر

هرمز اسدی کوه باد

- تبیین جایگاه قاعده فقهی لاجرح در شهرسازی اسلامی

دکتر اصغر مولائی

- واریسی اولویت‌های برآمده از متون شرعی در تشخیص اهم

دکتر میرزامحمد واعظی - دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان - دکتر محمد تقی فخلعی

- بازکاوی معناشناختی اصل مثبت

دکتر علیرضا هدائی - دکتر جواد سلطانی فرد - دکتر احمد محمدی - حسین سلطانی فرد



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

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 سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فتواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

استاد جامعه المصطفی (ص) العالمیه

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

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.

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

مترجم چکیده به انگلیسی: علیرضا کتابدار

کارشناس: شاهسمن شاهرخ شاهیان

ویراستار: سیده مرضیه خالقی میران

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

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

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و

فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی

نمایه می شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی 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 داورها در جلسات هیئت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶- نظر نهایی هیئت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.

شیوه‌نامه تدوین مقالات

بخش اول: ملاحظات کلی

۱. زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.
۲. حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه با فرمت صفحات مجله بیشتر باشد (حداکثر ۸۵۰۰ کلمه).
۳. چکیده مقاله (شامل: بیان موضوع، اهداف، روش و نتایج) به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر (حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۲۰۰ واژه) ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (حداقل ۴ و حداکثر ۶ واژه) به دنبال چکیده بیاید.
۴. نام کامل نویسنده (نویسندگان)، 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 شود.
۵. مدیریت مجله در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.
۶. ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروف چینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد، سامانه مجله فقه و اصول اقدام شود.
۷. پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن وابسته به تأیید داوران و هیئت تحریریه است.
۸. مقاله‌های ارسال شده پس از شروع فرایند بررسی بازگردانده نمی‌شود.

بخش دوم: شیوه نگارش

رعایت «دستور خط فارسی»^۱، مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است. پیشنهاد می‌شود نویسندگان محترم از «فرهنگ املائی خط فارسی»^۲ و افزونه «ویراستیار» و یا سامانه برخط «ویراست لایو»^۳ استفاده کنند. عدم رعایت شیوه‌های نگارشی پیشنهادی می‌تواند موجب تأخیر جدی در چاپ و یا بازگرداندن مقاله به نویسنده در مرحله تولید شود. نکات اهم مربوط به شیوه نگارش به شرح زیر است:

۱. علائم نگارشی و فاصله‌گذاری نشانه‌ها

- ۱.۱. نشانه‌های . ، : ... ؟ ! با قبل بی‌فاصله و با کلمه بعد با فاصله کامل می‌آیند.
- ۱.۲. نشانه‌های دربرگیر مانند پرانتز و گیومه « » () با درون بی‌فاصله و با بیرون با فاصله کامل می‌آیند.
- ۱.۳. برای درج نشانه‌های احترام، پرانتز اول بدون فاصله با نام آن شخص می‌آید: حضرت محمد(ص).
- ۱.۴. شماره ارجاع پاورقی (عدد تُک) بعد از نشانه‌ها (، ،) می‌آید نه پیش از آن‌ها.
- ۱.۵. نقطه پایان جمله بعد از پرانتز ارجاع همیشه گذاشته می‌شود: مشهور فقها معتقدند تعیین مدت در قرض الزام‌آور نیست (صاحب‌جواهر، ۳۲/۲؛ طباطبایی، ۵۴/۳).
- ۱.۶. در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی، گذاردن تنوین (کَ ـ و ـ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضاف‌الیه، بعبارة آخری)، مدّ روی الف (نظیر آب، مآخذ) و یای کوتاه روی‌های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیه موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است، مگر آنکه موجب ابهام شود: معین/ معین؛ علی/ علی؛ بنا/ بنا؛ عرضه/ عرضه؛ حرف/ حَرَف.
- ۱.۷. برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در پرانتز می‌آید و میان آن دو، دو نقطه قرار می‌گیرد: (کوثر: ۲).
- ۱.۸. پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی»، مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند»، ترکیب اسم و حرف به‌صورت نیم‌فاصله می‌آیند: می‌روم، خسته‌ام، کتاب‌ها.
- ۱.۹. استفاده از گیومه غیرفارسی نظیر «» و "" ممنوع است (گیومه فارسی به این صورت «») است).
- ۱.۱۰. برای ایجاد نیم‌فاصله باید منحصراً از کلیدهای ctrl+shift+2 استفاده کرد، البته اگر از صفحه کلید استاندارد استفاده می‌شود، می‌توان با shift+ sppac آن را درج کرد.

^۱. <http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/D-1394.pdf>

^۲. <http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/F-E-1394.pdf>

^۳. <http://www.virastlive.com/>

۲. لایه‌بندی

۱. ۲. مقاله از چند جزء اصلی تشکیل شده که شامل چکیده، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه و فهرست منابع است.

۲. ۲. بدنه اصلی حاوی تعدادی عنوان اصلی است و لازم است حتی المقدور از فزونی تیتراها خودداری شود و اگر ناگزیر، تقسیمات فرعی وجود دارد باید از صورت تیترا درآمده و عنوان بولد شود و پیوسته بدان دونقطه گذاشته شود و متن در ادامه ذکر شود؛ به طور مثال اگر ادله‌ای مثل آیات و روایات و... ذکر می‌شود در ادامه آن دلیل دو نقطه گذاشته و در ادامه توضیح بیان شود؛ مثل: ۱. آیات: ...

۲. ۳. چکیده، مقدمه، نتیجه‌گیری و منابع شماره گذاری نمی‌شود.

۲. ۴. عناوین و تیتراهای بدنه اصلی با اعداد و در صورت ناگزیری از عناوین فرعی، با اعداد متوالی نشانه‌گذاری می‌شود.

۲. ۵. برای شماره‌گذاری در لایه تیتراها فقط از نقطه استفاده می‌شود. به طور مثال: ۱. ۲. ۳.

۳. شیوه ارجاع استنادی و تنظیم کتابنامه

ارجاع به منابع، باید حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود باشد که بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان () می‌آید.

۳. ۱. شیوه درون‌متنی

در ارجاع به کتاب یا مقاله (فامیل پدیدآورنده بر اساس مستند مشاهیر^۱، شماره جلد و شماره ص و اسلش در میان آن دو):

۱. پرانتز باز با فاصله از کلمه قبل + فقط فامیل نویسنده تا دو نفر بی فاصله با پرانتز + کاما + صفحه بدون حرف ص + پرانتز بسته + نقطه پایان جمله.

۲. در صورت استفاده از جلدهای متعدد فقط شماره جلد بدون حرف ج می‌آید: (طباطبایی، ۲۵۰/۳؛ شهیدثانی، ۱۱/۲).

۳. برای نوشتن صفحات آغاز و پایان منبع مدنظر به هیچ وجه خط تیره نمی‌آید: ۱۷۹ تا ۱۸۰.

^۱. <https://www.tebyan.net/newindex.aspx?PageSize=10&PageIndex=0&PID=102833>

۴. در ارجاع به منابع لاتین، اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی می‌آید: (از نظر شلایرماخر نیز معنا به وسیله سیاق تعیین می‌یابد و از آن تأثیر می‌پذیرد Schleiermacher, 1998, p. 233).

۵. در صورتی که چند اثر از نویسنده‌ای استناد شود، با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود: (شهید اول، لمعه، ۲۲؛ همو، دروس، ۲: ۳۰) و در صورت وجود چند مؤلف با نام مشابه، اسم اثر نیز می‌آید.

۶. نام منبع در همه جا به صورت ایرانیک درج می‌شود.

۷. یادداشت‌های توضیحی و توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری است، با قراردادن توک در محل آن در پاورقی همان صفحه می‌آید. در این یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، به همان شیوه ارجاع درون‌متنی می‌آید.

۸. در منابع تقریر درس، اسم صاحب درس (صاحب رأی و نظر) لازم است به عنوان پدیدآورنده ذکر شود (به طور مثال: صدر، بحوث فی علم الاصول، مقرر: هاشمی شاهرودی؛ نائینی، اجود التقریرات، مقرر: ابوالقاسم خونی).

۲.۳. کتابنامه

ضروری است فهرست منابع جز کتب مقدس، به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی باید به شرح زیر، در کتابنامه قید شود:

کتاب: فامیل نویسنده اول، اسم نویسنده اول، عنوان کتاب (ایرانیک، غیربُلد و بی‌گیومه)، ترجمه یا به تحقیق یا به تصحیح اسم فامیل، ج عدد، چ عدد، شهر: ناشر (بدون واژه ناشر، انتشارات، مؤسسه مگر اینکه ثبت شده باشد مانند به نشر یا نشر دانشگاهی)، سال انتشار.

۱. فقط برای نویسنده اول در کتابنامه فامیل پیش از اسم می‌آید.

۲. بیش از دو نفر: نام نفر اصلی + و دیگران

۳. در پایان همه مؤلفه‌های کتابشناختی نقطه گذاشته شود.

نمونه: مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۱۰۰، چ ۳، بیروت: احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ق.

مقاله: فامیل و اسم نویسنده اول و دوم، عنوان مقاله داخل گیومه، نام نشریه به صورت ایرانیک، سال نشریه، شماره نشریه، سال انتشار، صفحات آغاز و پایان مقاله.

نمونه: حاج‌زاده، هادی، «فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات اسلامی، س ۴۷، ش ۱۰۲، ۱۳۹۴، صص ۸۷ تا ۵۹

۴. تاریخ‌نویسی

تاریخ‌های ذکرشده در مقاله اگر هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای می‌آیند، در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری، علامت اختصاری ق و برای میلادی، نشانه م می‌آید.

نکته: همیشه و در همه جا در صورت لزوم ماه به حروف و چسبیده به روز و سال می‌آید: ۱۲ فروردین ۱۳۹۰.

۵. قلم متن

توصیه می‌شود، حتی المقدور از قلم استاندارد «IRLotus»، تولیدشده توسط شورای عالی اطلاع‌رسانی^۱، استفاده شود.

^۱ <http://earmin.com/files/Standard-IRFonts-eArmin.com.zip>

مشاوران علمی این شماره

۱. دکتر عبدالسلام امامی (مدرس حوزه و دانشگاه)
۱. دکتر علی الهی خراسانی (استادیار پژوهشکده مطالعات اسلامی و علوم انسانی)
۲. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۳. بلال شاکری (استاد سطح عالی حوزه علمیه خراسان)
۴. دکتر علی شفیعی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
۵. سید رضا شیرازی (استادیار پژوهشکده علوم اسلامی رضوی)
۶. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. دکتر محمدعادل ضیائی (دانشیار دانشگاه تهران)
۸. دکتر علیرضا عابدی سرآسیا (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر محمدجواد عنایتی راد (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر محمدرضا علمی سولا (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (دانشیار دانشگاه فرهنگیان)
۱۲. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۳. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران)
۱۴. دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۵. دکتر علی محمدیان (استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه بزرگمهر قائنات)
۱۶. دکتر حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۱۱	تحریر؛ پژوهشی در مفهوم، مشروعیت، کاربرد و احکام آن دکتر فرزاد پارسا
۳۱	تحلیل معناشناختی و کاربردشناختی مقدمات سه‌گانه شیخ انصاری در حجیت خبر واحد دکتر عبدالجبار زرگوش نسب - داوود سعیدی
۵۳	واکاوی مشروعیت شرط عدم استیلا در نکاح از دیدگاه فقهای امامیه فاطمه شعبانی - دکتر علی جعفری
۷۷	رویکردی انتقادی به فقه افتراضی؛ مبانی و آسیب‌ها با تمرکز بر جایگاه موضوع‌شناسی در این رویکرد فقهی دکتر علی شفیعی - دکتر منصور امیرزاده جیرکلی - دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی
۹۷	تحلیل نقش قدر متیقن در اطلاق‌گیری و طرق کشف آن با رویکردی به آرای امام خمينی و شهید صدر دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی - دکتر منصور غریب پور - دکتر ابوالحسن بختیاری
۱۱۷	تحلیل و بررسی چگونگی مجزی بودن تأدیه زکات در فرض اجبار حاکم اسلامی دکتر محمد رضا کیخا - دکتر حمید مؤذنی بیستگانی
۱۳۷	اعتبار و کارایی شرط بنائی در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران دکتر رضا مقصودی - دکتر سیدمصطفی محقق داماد - دکتر سیدمهدی علامه - دکتر علیرضا مظلوم رهنی - دکتر هرمز اسدی کوه باد
۱۵۷	تبیین جایگاه قاعده فقهی لاجرح در شهرسازی اسلامی دکتر اصغر مولائی
۱۹۱	وارسی اولویت‌های برآمده از متون شرعی در تشخیص اهم دکتر میرزامحمد واعظی - دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان - دکتر محمد تقی فخلعی
۲۱۱	بازکاوی معناشناختی اصل مثبت دکتر علیرضا هدائی - دکتر جواد سلطانی فرد - دکتر احمد محمدی - حسین سلطانی فرد



Tahari; research in its concept, legitimacy, application and provisions

Dr. Farzad Parsa, Associate Professor, University of Kurdistan

Email: f.parsa@uok.ac.ir

Abstract

Tahari is a kind of *ijtihad* effort to repel doubts in a state of necessity by relying on evidence that can often be used in worship and sometimes in other matters. *Tahari* is related to other words such as *ijtihad*, *tavakhi* (seeking the best opinion), inspiration, supplication and examination of fact in object doubts. This method has been rejected by some due to its citation weakness and has been considered as conjecture not sufficing to prove the right, but it has often been accepted as a last resort and in case of necessity and based on the practical life of the Prophet, Imams, prophet's companions and some other narrated and rational arguments. The authority of "*tahari*" is limited to the one who does it and it is non-extensible to others, and it is not considered as a comprehensive religious reason, and depending on the subject, it includes specific *taklifi* rulings. The research method is descriptive-analytical and the result of the research is the acceptance of stimulus as a practical method in case of emergency and to avoid mistakes and only in some issues.

Keywords: *tahari*, *Ijtihad*, *tahari* function, *tahari* authority, Islamic jurisprudence.



سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۲۹ - ۱۱	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱۱	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۲/۲۵
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.68075.1024

تحری؛ پژوهشی در مفهوم، مشروعیت، کاربرد و احکام آن

دکتر فرزاد پارسا

دانشیار دانشگاه کردستان

Email: f.parsa@uok.ac.ir

چکیده

تحری، گونه‌ای تلاش اجتهادی است به منظور دفع اشتباه در حالت ضرورت با تکیه بر ادله و قرائن که غالباً در عبادات و گاهی در مسائلی دیگر امکان به‌کارگیری دارد. تحری با واژگان دیگری چون اجتهاد، توخی، الهام، التماس و فحوص از واقع در شبهات موضوعیه مربوط است. این شیوه را برخی به دلیل ضعف استنادی نپذیرفته و مفید ظن غیر مغنی از حق دانسته‌اند، اما غالباً به‌عنوان راه‌حل آخر و در حالت ضرورت و با استناد به سیره عملی رسول خدا(ص)، ائمه، صحابه و برخی دیگر از ادله نقلی و عقلی پذیرفته‌اند. حجیت تحری، محدود به متحری و غیرقابل تسری به غیر است و دلیل شرعی فراگیر محسوب نمی‌شود و بسته به موضوع، احکام خاص تکلیفی را دربردارد. روش پژوهش، توصیفی تحلیلی و حاصل پژوهش، پذیرش تحری به‌عنوان شیوه عملی در هنگامه اضطرار و برای دفع اشتباه و صرفاً در برخی مسائل است.

واژگان کلیدی: تحری، اجتهاد، کارکرد تحری، حجیت تحری، فقه اسلامی.

مقدمه

افراد گاهی در تشخیص حلال و حرام یا دیگر موضوعات فقهی چون مکان، قبله یا نجاست چیزی دچار شبهه و اشکال می‌شوند. چنین حالتی را در اصطلاح فقهی اشتباه می‌نامند. اگر ادله برای تشخیص در اختیار باشد، معمولاً موضوع از آن طریق حل می‌شود. اما گاهی دسترسی به این ادله یا ممکن نیست یا اینکه تا رسیدن به این ادله، خوف فوت واجبات پیش می‌آید، لذا از راهکار خاصی برای دفع این اشتباه و شبهه استفاده می‌شود؛ مانند استصحاب حال، استفاده از قرائن، عمل به احتیاط و قرعه‌کشی. هرکدام از این مباحث، موافقان و مخالفان و کارکردها و زمینه‌های کاربرد خاص خود را دارد که در این پژوهش بحث نمی‌شود. یکی دیگر از این ابزارها که کارکرد و زمینه استفاده خاصی دارد، تحری است. تحری مفهومی شایع در بحث عبادات است، به همین دلیل در غالب مباحث عبادی به کاربرد و موافقت یا مخالفت با آن اشاره می‌شود. در کتب فقهی و اصولی نیز اشاراتی پراکنده به مفهوم و دیگر مباحث مرتبط با آن شده است. اما به صورت تک‌نگاری، قدما چیزی در این خصوص ننوشته‌اند. در پایگاه google scholar صرفاً دو مقاله در خصوص این موضوع یافت می‌شود: ۱. عبدالفتاح بلخیر «الاجتهاد فی تحری القبلة»، مجله جامعة المدينة العالمية لعلوم الحديث-مصر، ۲۰۱۵، دوره ۱، شماره ۲۰۸. ۲. خلف، عبدالباسط محمد، «التحرى وأثره فى العبادات»، حولى كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بالقطر، ۲۰۰۹، دوره ۱، شماره ۲.

این دو مقاله جزئی‌نگر است و حاوی مباحث مرتبط با تحری به صورت جامع نیست. علاوه بر این، مرتبط با برخی مذاهب اسلامی است؛ از این رو تعیین مفهوم و معنای تحری، دیدگاه علمای مذاهب اسلامی در باب حجیت، مشروعیت و مقبولیت تحری، زمینه‌های استفاده از این ابزار فقهی و مواردی دیگر از جمله سؤالاتی است که این پژوهش به صورت توصیفی و با رویکرد تحلیلی در پی طرح، تبیین و پاسخ گویی به آن‌هاست.

۱. مفهوم تحری

تحری در لغت مشتق از «أَحْرَ به» چند معنا دارد: ۱. آهنگ و قصد چیزی را کردن؛ مانند این حدیث که می‌فرماید: «تَحَرَّوْا لَيْلَةَ الْقَدْرِ فِي الْعَشْرِ الْأَوَاخِرِ مِنْ رَمَضَانَ»؛ ۲. قصد و برگزیدن؛ مانند این آیه که می‌فرماید: «فَأُولَئِكَ تَحَرَّوْا رَشَدًا» (جن: ۱۴)؛ ۳. طلب و جستجوی امر شایسته استعمال، بنا بر ظن غالب؛ ۴. قصد و اجتهاد در طلب و عزم بر تخصیص شیء به فعل و قول؛ ۵. قصد اولی و احق (مرتضی

زبیدی، ۴۱۹/۳۷ تا ۴۲۰؛ ۶. بنا بر قولی در صورت اضافه شدن به امور، به معنای قصد و جستجوی افضل آن امور را کردن است و نیز وقتی گفته می شود: «و الشیء حراه»؛ یعنی در پی آن شیء اجتهاد و دقت کرد (مصطفی و دیگران، ۱۶۹/۱). جوهری نیز تحریر را «طلب ما هو آخری بالاستعمال فی غالب الظن» دانسته و همین تعریف در کلام ابن منظور و رازی تکرار شده است (ابن منظور، ۱۷۲/۱۴؛ رازی، ۱۹۹۵، ۱۶۷).

در مفهوم اصطلاحی تحریر، تعاریف گوناگونی وجود دارد. شهید ثانی تحریر را مترادف توخی و به مانند جوهری آن را به معنای «الاجتهاد فی طلب الاخری بالاستعمال فی غالب الظن» (۱۵۶ و ۳۵۹) دانسته و شیخ بهائی در بحث شناخت قبله، تحریر را «التفحص و بذل الجهد فی تحصیل ما یترجح کونه جهة القبلة» (۱۹۱) تعریف کرده و فاضل هندی آن را مترادف اجتهاد دانسته است (۳۷۰/۱).

ابن نجیم حنفی آن را «بذل المجهود لنیل المقصود» (۳۰۲/۱) می داند و در جایی مانند سرخسی «طلب الشیء بغالب الرأی عند تعذر الوقوف علی حقیقته» (سرخسی، المبسوط، ۳۲۱/۱۰؛ ابن نجیم، ۲۶۸/۲) می داند. طحطاوی آن را «تفریغ الوسع والجهد لتمييز الطاهر عن غيره» (۲۳) تعریف می کند و برخی هم از تحریر با عنوان «التحریر هو الاحتیاط» یاد کرده اند (بخاری، ۳/۳۴). برکتی هم در تعریفی مشابه سرخسی، تحریر را «طلب شیء من العبادات بغالب الرأی عند تعذر الوقوف علی الحقیقة» دانسته است، با این تفاوت که در تعریف وی کلمه عبادات اضافه شده است (مجددی برکتی، ۲۲۰).

مالکیه از این واژه تعریفی ارائه نداده اند، اما نووی و زکریا انصاری از شافعیه این واژه را مترادف اجتهاد و تَأَخُّی و به «بذل المجهود فی طلب المقصود» (نووی، ۳۳؛ انصاری، اسنی المطالب، ۲۲/۱) تعریف کرده اند. دیگر فقیه شافعی معتقد است که این واژه در دو معنا به کار برده می شود: گاهی به معنای «طلب آخری الأمرین، وأولاهما بالصواب»؛ یعنی احتیاط می آید، مانند وقتی که فرد در تعداد رکعات نماز خوانده شده شک می کند که در این حالت بنا را بر اقل باید بگذارد؛ گاهی دیگر این واژه به معنای یقین است، مانند استعمال آن در این آیه که می فرماید: «فَأُولَئِكَ تَحَرَّوْا رَشَدًا» (جن: ۱۴) (رویانی، ۱۴۷/۲). برخی هم تحریر را «التحریر عمل بما یقع فی القلب» (سمعانی، الاصلطام، ۱۳۷/۱) تعریف کرده اند. حنابلّه نیز تحریر را مترادف توخی و اجتهاد و به معنای «بذل المجهود فی طلب المقصود» دانسته اند (سیوطی رحیبانی، ۵۵/۱؛ بهوتی، ۵۰/۱).

برحسب تعاریف، تحریر تلاشی است در حالت ضرورت و نیاز و در نبود ادله بر صحت یک امر، اما مستند به قرائن و امارات احتمالی به منظور دفع شبهه و اشتباه و رسیدن به پاسخ صحیح در برخی مسائل فقهی.

۲. الفاظ مرتبط با تحری

در منابع فقهی و اصولی، الفاظی پیرامون تحری بیان شده است که نوع و میزان ارتباط آن‌ها با تحری بحث می‌شود.

أ. توخی: بنا بر تعاریف بیان‌شده تحری و توخی معنای یکسانی دارند، اما لفظ توخی در معاملات و تحری در عبادات استعمال می‌شود؛ زیرا رسول خدا(ص) به دو نفر که راجع به میراث اختلاف داشتند، فرمود: «اَسْتَهَمَا ثُمَّ تَوَخَّيَا الْحَقَّ ثُمَّ لِيَحْلِلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَهُ».^۱ اما در جایی دیگری در بحث عبادات فرمود: «وَإِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَتَحَرَّ الصَّوَابَ فَلْيُتِمَّ عَلَيْهِ».^۲ (سرخی، المبسوط، ۳۲۱/۱۰).

ب. الهام: سمرقندی، تحری را «العمل بالإلهام و تحکیم القلب» (۶۸۱) بیان می‌کند. در جای دیگری می‌گوید: الهام و تحری، ظاهری شبیه به هم دارند؛ چراکه هر دو چیزهایی هستند که بر قلب انسان واقع می‌شوند، اما تحری ارتباطی به الهام ندارد و از باب الهام نیست، زیرا الهام از سوی خدای متعال و در حق افراد عادل و متقی روی می‌دهد و نه در حق افراد فاسق؛ اما تحری در احکام، در حق همه مشروع است و نیز تحری عمل به شهادت قلب است و حکم بدست آمده از طریق تحری زمانی مقبول است که دیگر ادله‌ی شرعی و عقلی در کار نباشند و این حکم بر اساس نظر و مستدل باشد. هم‌چنین تحری در زمان ضرورت روی می‌دهد. تحری حجیت نسبی دارد، مثلاً در مسائل فروع استنادشدنی نیست؛ زیرا تحری گاهی به خطا و گاهی به صواب می‌رود، اما الهامی که از سوی خداوند متعال باشد، همیشه صواب و حق است و اگر باطل باشد، وسوسه‌ی شیطان و تمنای نفس است و نه الهام حقیقی (سمرقندی، ۶۸۳ تا ۶۸۴). تحری فقط در حق شخص متحری حجت است و بر سایر افراد حجیت ندارند. الهام نیز از منظر جمهور بر سایر افراد حجت نیست و فقط برای ملهم حجت است، اما صوفیه آن را مانند نظر عقلی حجت دانسته‌اند (همان، ۶۸۴؛ فناری، ۴۴۵/۲). افزون بر این‌ها می‌توان گفت: در تحری تلاش و جد و اجتهاد به کار برده می‌شود، اما الهام بدون تلاش و کسب واقع می‌شود. فقهای شیعه نیز استخبار از شخصی را که قولش مفید ظن راجح باشد یا رجوع به شخص عادل یا شخص مظنون‌الصدق را نوعی از تحری دانسته‌اند و چنان‌که مبرهن است ماهیت استخبار متفاوت و متمایز از الهام است (نک: بحرانی، ۳۹۹/۶؛ انصاری، کتاب الصلاة، ۴۶۱/۱).

ج. التماس: تحری و التماس هر دو یک معنا دارند و آن قصد و طلب است، اما چنان‌که مناوی می‌گوید: «واژه تحری بلیغ‌تر است، زیرا مقتضی جد و اجتهاد و کوشش در طلب است؛ مانند این احادیث

۱. ابن‌ابی‌شیبہ، ۲۸/۵.

۲. ابن‌ابی‌شیبہ، ۲۸۲/۷.

که می‌فرمایند: «التمسوا ليلة القدر ليلة سبع وعشرين»^۱ «تحروا ليلة القدر في السبع الأواخر»^۲ «تحروا ليلة القدر ليلة ثلاث وعشرين»^۳ (۸/۱۴۶ تا ۱۴۷).

د. **اجتهاد:** اجتهاد و تحری معنای نزدیکی دارند، اما اجتهاد در عرف شرع به معنای بذل جهد برای شناخت احکام شرعی بر اساس ادله شرعی است و تحری گاهی بر اساس دلیل و گاهی صرفاً برگرفته از شهادت و گواهی قلب^۴ و بدون بهره‌گیری از اماره است؛ لذا می‌توان گفت هر اجتهادی تحری است، اما هر تحری، اجتهاد نیست (ابن عابدین، ۴۳۳/۱؛ انصاری، الموسوعة الفقهية، ۱۸۷/۱۰). از سوی دیگر، اجتهاد بذل مجهود به منظور تحصیل علم یا ظن به احکام شرعی است، حال آنکه تحری تلاشی برای شناخت و تعیین موضوع است و در عرصه شبهات موضوعیه معنا دارد.

و. **فحص از واقع در شبهات موضوعیه:** یکی از مسائل مشهور و معروف در اصول فقه امامیه، بحث شبهات حکمیه و شبهات موضوعیه و به تبع آن، حکم فحص از واقع در شبهات موضوعیه است. فحص و تحری را در مذهب امامیه به چند دلیل می‌توان مترادف دانست: ۱. شبهات موضوعیه آن است که متعلق شک در آن‌ها، موضوع خارجی یا حکم جزئی است و امور خارجی که ارتباطی با جعل شارع ندارد، منشأ این شک است. اما اگر منشأ اشتباه و شک، فعل شخص باشد، موضوع بحث نخواهد بود. در تحری نیز چنان‌که خواهد آمد، جواز تحری مربوط به جایی است که امری مشتبّه شده باشد، اما ناشی از فعل شخص نباشد؛ مانند مشتبّه شدن جهت قبله. در صورتی که اشتباه ناشی از فعل وی باشد، تحری جایز نیست؛ ۲. چنان‌که بیان شد شیخ بهائی در بحث شناخت قبله و در شرح حدیث «يجزى التحرى أبدا إذا لم يعلم أين وجه القبلة»، تحری را التفحص (شیخ بهائی، ۱۹۱) معرفی کرده است.

در باب حکم فحص از واقع در شبهات موضوعیه، اصولیان امامیه به عدم وجوب فحص در شبهات موضوعیه قائل شده‌اند، اما در فقه در مواردی از شبهات موضوعیه؛ مانند شک در مقدار مال در بحث استطاعت حج و شک در رسیدن به نصاب معدن و شک در نوع حج واجب، به وجوب فحص قبل از تمسک به اصول مرخصه حکم کرده‌اند. برای حل این تعارض، عده‌ای درصدد اصلاح مبنای اصولی بر آمده و قول به وجوب فحص در شبهات موضوعیه را پذیرفته‌اند. البته این وجوب را مطلق نگذاشته و آن را به

۱. طبرانی، المعجم الصغير، ۱۸۰/۸.

۲. بیهقی، ۳۰۷/۴.

۳. متقی، ۵۳۷/۸.

۴. چنان‌که قبلاً ذکر شد این شهادت و گواهی قلب ارتباطی به الهام ندارد و از باب الهام نیست؛ زیرا الهام از سوی خدای متعال است و صرفاً در حق افراد عادل و متقی روی می‌دهد و نه در حق افراد فاسق، اما تحری در احکام، در حق همه مشروع است و فاسق و متقی حق استفاده از آن را دارند. در تحری نیز تلاش و جد و اجتهاد به کار برده می‌شود و به بذل جهد و اعمال فکر نیاز دارد، اما الهام بدون تلاش و کسب واقع می‌شود.

مواردی که در آن‌ها دلیل خاص بر عدم وجوب فحص صادر شده باشد، مقید کرده‌اند. برخی دیگر معتقدند که باید در فقه طبق قاعده، حکم به عدم وجوب فحص و منع عمل برخلاف مبنای اصولی داد. گروه دیگر قائل به تفصیل بین شبهه موضوعیه تحریمیه و وجوبیه شدند و در شبهات موضوعیه تحریمیه، ادعای عدم خلاف در عدم وجوب فحص را می‌کنند و اشکال و خلاف ظاهری در عدم وجوب فحص نمی‌بینند و علاوه بر آن اطلاق اخبار را دلیلی دیگر بر این عدم وجوب بیان می‌کنند. اما در خصوص شبهات موضوعیه وجوبیه معتقدند که در برخی از موارد شبهه وجوبیه، بنای عقلا بر فحص و احتیاط است. برخی هم بین فحص قلیل المؤمنه و کثیر المؤمنه قائل به تفصیل شده‌اند (نائینی، ۳۰۲/۴).

۳. مشروعیت تحری

۳. ۱. برخی عمل به تحری را منع و در این باره چنین استدلال می‌کنند: أ. تحری نوعی از ظن است و ظن انسان را از حق و حقیقت بی‌نیاز نمی‌سازد و با وجود تحری همچنان مسئله خالی از شک نیست و با شک نمی‌توان به آن عمل کرد (سرخسی، المبسوط، ۳۲۱/۱۰)؛ ب. تحری عمل به آنچه در قلب انسان قرار می‌گیرد، است و عمل به چنین چیزی باطل است؛ زیرا گاهی چنین چیزی از طرف خداوند و گاهی از طرف شیطان در قلب انسان قرار می‌گیرد، پس رجوع به چنین چیزی جایز نیست (سمعانی، الاصطلاح، ۱۳۷/۱).

۳. ۲. اغلب علما عمل به تحری را در مسائل خاصی، خواه قولی یا عملی پذیرفته (سرخسی، المبسوط، ۳۲۱/۱۰؛ مرداوی، ۷۱/۴) و معتقدند: تحری ابزاری برای دفع مشقت (علامه حلی، ۴۸۴/۲) و شبهه محتمل است (قطیفی بحرانی، ۱۱۲) و در زمان ضرورت استفاده می‌شود (شهید اول، ۱۷۱/۳) و مفید ظن است (بحرانی، ۳۹۸/۶). از نظر این گروه جواز تحری مربوط به زمانی است که امری مشتبّه شده باشد، اما ناشی از فعل شخص نباشد؛ مانند مشتبّه شدن جهت قبله. اما اگر اشتباه ناشی از فعل وی باشد، تحری جایز نیست، بلکه باید در این حالت بر اساس علم و یقین عمل کند؛ مانند کسی که تعداد رکعات نماز بر وی مشتبّه است و نمی‌داند چند رکعت نماز خوانده است. در این صورت باید بنا را بر اقل و یقین بگذارد، زیرا تحری زمانی جایز است که دلالتی دال بر صحت آن وجود داشته باشد؛ مانند جهت قبله که معمولاً دلالتی بر صحّت جهت، وجود دارد یا در خصوص تشخیص ظروف نجس می‌توان دلایلی یافت و به آن‌ها رجوع کرد (ماوردی، ۸۵/۴؛ رافعی، ۲۲۲/۷ تا ۲۲۳).

احناف افزون بر عبادات، تحری را به عنوان ابزاری برای ترجیح در زمان وقوع تعارض بین قیاس‌ها پذیرفته و معتقدند: اگر نیاز به عمل به یکی از دو قیاس شد، در این صورت قلب مجتهد به هر کدام گواهی

داد؛ یعنی تحریر کرد، عمل به آن قیاس مورد گواهی واجب است (شاشی، ۳۰۴؛ ابن‌امیرحاج، ۴/۳ تا ۵ و ۴۶۷). اما شافعی را مخالف این امر دانسته و از ایشان نقل کرده که معتقدند: تحریر واجب نیست، بلکه مجتهد به هر کدام خواست می‌تواند عمل کند، زیرا اصل قیاس را در اینجا نمی‌توان دلیل دانست و هیچ‌یک از آن دو قیاس بر دیگری راجح نیست؛ در نتیجه شخص به علت عدم تعیین یکی از دو قیاس، در انجام یکی از آن دو مخیر است (بحرالعلوم، ۳/۱۵۴). علاوه بر این، احناف معتقدند بین قیاس و قول صحابی رابطه طولی و ترتیبی وجود ندارد، بلکه در عرض هم و در مرتبه واحد قرار دارند و شخص به شرط تحریر، به هر کدام خواست می‌تواند عمل کند (تفتازانی، ۲/۲۱۷).

این علما در تأیید رأی خود به ادله زیر استناد کرده‌اند:

أ. خداوند متعال می‌فرماید: «فَأَمَّا تَحْتُوهِنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ» (ممتحنه: ۱۰). این آزمون با تحریر و غالب رأی انجام می‌پذیرد که در این آیه نام علم بر آن اطلاق شده است (سرخسی، المبسوط، ۳۲۱/۱۰).

ب. روایات مختلفی در تأیید تحریر وجود دارد:

۱. «المؤمن ينظر بنور الله».^۱ احناف با استناد به این حدیث، گواهی و شهادت قلب را در تحریر کافی دانسته‌اند، اما شافعی بر اساس نقل سرخسی از ایشان، آن را کافی ندانسته و پذیرش آن را منوط به انضمام دلیلی دیگر به آن کرده است؛ زیرا معتقدند شهادت قلب، ظن است و ظن ما را از حق بی‌نیاز نمی‌کند (شمس‌الانمّه سرخسی، ۴۰۲/۱). رسول خدا (ص) نیز فرموده است: «فراصة المؤمن لا تخطئ»؛^۲ فراست چیزی است که بدون تأمل در ادله، در قلب انسان حاصل می‌شود (سمعانی، ۳۴۹/۲).

۳. رسول خدا (ص) به وابصه فرمودند: «ضع يدك على صدرك فالإثم ما حاك في قلبك وإن أفتاك الناس» (سرخسی، المبسوط، ۳۲۱/۱۰). در روایت دیگری فرموده‌اند: «تفتيك نفسك، ضع يدك على صدرك، فإنه يسكن للحلال، ويضطرب من الحرام، دع ما يريبك إلى ما لا يريبك، وإن أفتاك المفتون، إن المؤمن يذر الصغير مخافة أن يقع في الكبير» (متقی، ۳/۴۳۱). این علما فراست مؤمن و افتای نفس را به نوعی مؤید تحریر دانسته‌اند. در جواب باید گفت که روایت دوم را نمی‌توان دلیل بر تحریر دانست، چه این روایت مؤید و دلیلی بر وجوب احتیاط است و تفاوت تحریر و احتیاط روشن است؛ زیرا تحریر چنان‌که بیان شد در زمان ضرورت و برای دفع اشتباه قابل اتکا است، اما احتیاط به معنای اهتمام مکلف است به

۱. متقی، ۱۶۵/۱.

۲. این روایت با چنین لفظی در متون حدیثی یافت نشد، اما با لفظ «احذروا فراصة المؤمن! فإنه ينظر بنور الله و ينطق بتوفيق الله» (متقی، ۱۹۸۱، ۸۸/۱۱) وجود دارد. در روایت دیگری آمده است: «اتقوا فراصة المؤمن فإنه ينظر بنور الله» (طبرانی، المعجم الكبير، ۱۰۲/۸).

موافقت قطعی با اوامر شارع و نگهداری نفس خویش از مخالفت احتمالی با آن‌ها در جایی که به تکلیف واقعی قطع ندارد، چه اماره معتبری بر آن اقامه شده باشد، چه نشده باشد و چه مورد از موارد اجرای اصل عملی باشد، چه نباشد.

۴. در روایت عبدالله بن عمر آمده است: «التحرى عند الشك» (سبکی، ۱۶۰/۶).

۵. از امام باقر (ع) نقل است که فرمود: «يجزى التحرى أبدا إذا لم يعلم أين وجه القبلة». از سماعه نیز نقل است که گفت: «سألته عن الصلاة بالليل والنهار إذا لم يري الشمس ولا القمر والنجوم؟ قال: اجتهد رأيك وتعتمد القبلة جهدا». از سلیمان بن خالد نیز نقل است که گفت: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون في قفر من الأرض في يوم غيم فيصلى لعين القبلة كيف يصنع؟ قال: إن كان في وقت فليعد صلاته وإن كان مضى الوقت فحسبه اجتهاده» (محقق سبزواری، ۲۱۸/۱).

ج. تحری متفاوت از شک و ظن است؛ زیرا شک به معنای تساوی دو طرف علم و جهل به یک موضوع و ظن به معنای رجحان یکی از این دو طرف بر دیگری بدون وجود دلیل است، اما تحری به معنای رجحان یکی از این دو طرف بر اساس غالب رأی است؛ یعنی دلیلی که با آن می‌توان به علم دست یافت، گرچه با آن نمی‌توان به موجب علم حقیقی دست یافت (سرخسی، الميسوط، ۳۲۱/۱۰؛ نک: ابن‌نجیم، ۲۶۸/۲). به عبارت دیگر، حقیقت تحری فحوص و التماس دلیل و سازوکاری برای تحصیل ظن غالب است، بنابراین از جنس ظن و شک نیست و راهی برای تحصیل ظن است. چنان‌که در روایت عبدالله بن عمر نیز آمده است: «التحرى عند الشك»؛ یعنی در صورت وجود شک، تحری روی می‌دهد، نه اینکه تحری، شک باشد.

د. اجتهاد در احکام شرعی جایز شده است تا به آن عمل شود و عمل به اجتهاد، عمل به غالب رأی است و به همین سبب به عنوان یکی از مدارک و مستندات شرعی قرار داده شده است، گرچه شرع در ابتدا با آن اثبات‌شدنی نیست. تحری نیز به همین شکل یکی از مدارک و زمینه‌سازی‌ها برای ادای عبادات است، هرچند که عبادت در ابتدا با آن اثبات‌شدنی نیست، آن‌چنان‌که واقعیت جنگ‌ها است؛ زیرا در امور جنگی عمل به غالب رأی جایز است، گرچه در این کار جان بی‌گناهان در معرض هلاکت قرار داده می‌شود (شمس‌الانتمه سرخسی، ۳۲۱/۱۰ تا ۳۲۲). پس تحری در موضوعات و اجتهاد در احکام معنا می‌یابد، گرچه مسامحتاً از تحری به اجتهاد در موضوعات هم تعبیر شده است.

۴. شرایط مشروعیت تحری

قائلان به مشروعیت تحری، مشروعیت آن را با نظر داشتن موارد زیر پذیرفته‌اند:

۱. مشروعیت تحریر مشروط به عدم تعمیم آن به غیر است؛ زیرا تحریر امری باطنی است و کسی از آن آگاه نمی‌شود، لذا بر دیگران حجت نیست و هرکس به تحریر خود عمل می‌کند (بخاری، ۵۱۸/۳؛ شمس‌الائمه سرخسی، اصول السرخسی، ۱۸۵/۲). احتجاج به ظن حاصل از تحریر علیه دیگران نیز صحیح نیست (بخاری، ۵۵۱/۳).

۲. تحریر در صورت عروض التباس و عدم امکان تحصیل علم به امر معین جاری می‌شود (محقق خوانساری، ۳۶۲/۲). به عبارت دیگر، تحریر تنها راهی برای ازاله شبهه و اشتباه در حالت ضرورت است و دلیلی از ادله شرعی محسوب نمی‌شود، لذا نمی‌توان تحریر را مبنای اجماع قرار داد (سمرقندی، ۵۲۸).

۳. تحریر در صورت وجود ضرورت و استطاعت بر انجام آن، (شنقیطی، ۳/۳۱) تحریر، به منظور تحصیل ظن، در حق شخص غیرمتمکن از حصول علم (نراقی، ۱۶۹/۴) واجب است. البته تحریر در صورت ضیق وقت، واجب مضیق و در صورت کفاف وقت، واجب موسع است (انصاری، اُسنی المطالب، ۲۲/۱ تا ۲۳)، اما در صورت عدم وجود ضرورت حرام است (مرداوی، ۱۳۷/۱). گاهی نیز مانند تحریر در خبر کودک و معتوه مبنی بر نجاست آب، علما تحریر را مستحب (حموی، ۳۱۸/۳) و گاهی آن را فقط جایز معرفی کرده‌اند (بخاری، ۲۳۲/۴؛ محقق سبزواری، ۲۱۸/۱).

۵. قواعد فقهی ناظر بر تحریر

در منابع فقهی و قواعد فقهی اهل سنت قواعدی مشاهده می‌شود که به حکم و کارکرد فقهی و جایگاه تحریر در فقه اسلامی اشاره دارد. این قواعد عبارت‌اند از: «التحریر یجوز فی کل ما جازت الضرورة» (شیبانی، ۲۲۵/۲؛ غزی، ۵۷/۱)؛ «إن کل ما لا یباح عند الضرورة لایجوز فیه التحریر» (همان، ۸۰/۱)؛ «ما تبیحه الضرورة یجوز التحریر فیه حالة الاشتباه، وما لاتبیحه الضرورة فلا» (همان، ۹۲/۱)؛ «التحریر یقوم مقام الدلیل الشرعی عند انعدام الأدلة» (همان، ۲۱۹/۲)؛ «التحریر یجوز فی کل ما جازت فیه الضرورة» (همان)؛ «التحریر إنما یجوز فیما یحل تناوله بالضرورة» (همان)؛ «التحریر فی باب الفروج لایصح» (همان)؛ «التحریر فی الفروج لایجوز بحال» (همان).

باتوجه به این قواعد، چند نکته ذکرشدنی است:

۱. تحریر، اجتهاد به منظور دستیابی به امر اولی از میان دو امر است، زمانی که حقیقت ملتبس و مشتبه شده است و به علت انعدام ادله، امکان دستیابی به حقیقت مطلوب ممکن نیست. در چنین حالتی نیاز به تأنی و تأمل است. اگر بعد از تأنی، مجتهد ظن غالب یافت به حقانیت گزینه‌ای یا نزدیکی گزینه‌ای به حق، از آن تبعیت و بدان حکم می‌کند. پس در صورت نبود دلیل واضح درباره مسئله‌ای که بیان حکم آن مطلوب

و لازم است، تحری جایگزین دلیل شرعی می شود (غزی، ۲۲۰/۲؛ نک: ابواسحاق شیرازی، ۹).

۲. تحری در تمامی مشتهات جایز نیست، بلکه تحری در مسائلی جایز است که در صورت وقوع ضرورت، انجام آن مسائل حلال و مباح شود؛ در نتیجه اگر گوسفندی ذبح شده با گوسفندی مردار مشته شود و هر دو سلاخی شده باشند، تحری برای تشخیص گوسفندی ذبح شده جایز نیست، زیرا در ذبائح، اصل بر تحریم است. اما اگر شخص در حالت ضرورت قرار گرفت و خوف هلاکش برود، می تواند از هر کدام که بخواهد بخورد تا جان خود را که در نگاه شرع ارزش بالاتری دارد، حفظ کند. لکن اگر حالت ضرورت وجود نداشت، تحری مجاز نیست (نک: غزی، ۲۲۱/۲).

۳. اگر چیزی حتی حالت ضرورت موجب تحلیل و اباحه آن نشود، تحری و اجتهاد در آن ها نیز جایز نیست (همان، ۲۲۰/۲ و ۱۴۹/۵؛ نک: ابواسحاق شیرازی، ۹؛ زرقاء، ۳۱/۱)؛ برای مثال زنا حتی در حالت ضرورت هم مباح نمی شود و در صورت وقوع اشتباه، تحری در آن ها هم مجاز نیست، خواه حالت ضرورت یا غیر ضرورت باشد، زیرا در نوامیس و به طور کلی در امور مهم اصل بر حرمت و احتیاط است (نک: انصاری، الموسوعة الفقهية، ۵۴۴).

۴. منظور از واژه ضرورت در این قواعد، حالت ضرورت است. حالتی که ضروریات خمس؛ یعنی جان، مال، ناموس، دین یا عقل افراد را در معرض خطر شدید قرار دهد (نک: زرقاء، ۱۲۰/۱). اما در بحث تحری گاهی به معنای وقت ضرورت یا وقت مضیق است؛ برای مثال شخص قبله را نداند و از وقت نماز فقط آن مقداری مانده باشد که کفاف خواندن آن نماز را فقط بکند و نتوان نماز دیگری از جنس آن را - مثلاً دو نماز ظهر - در آن وقت خواند (نک: غزی، ۴۴۹/۲).

«شهادة القلب فی التحری تکفی»؛ منظور از شهادت قلب، احساس اطمینان و آرامش قلب در خصوص نتیجه تحری است. این قاعده بیان می کند که اگر قلب راجع به نتیجه تحری احساس آرامش و اطمینان کرد، همین امر برای التزام به نتیجه تحری کفایت می کند (همان، ۱۴۹/۵).

«إذا تعذر اليقين رجعنا إلى غلبة الظن»؛ و یکی از راه های رسیدن به ظن غالب، استفاده از تحری است (عثمین، ۱۳).

«القدرة على اليقين تمنع من الشك»؛ مثلاً اگر شخصی از خواب برخاست و نمی توانست از طلوع فجر اطمینان حاصل کند، اصل و یقین این است که وی هنوز در شب قرار دارد، اما اگر بتواند تحری کند، تحری بر وی واجب است. پس تحری به عنوان راه دستیابی به یقین دانسته شده و انجام آن در چنین حالتی واجب است (شنقیطی، ۳/۳۱).

۶. کاربردهای تحری

چنان که اشاره شد غیر از بحث تعارض میان اقیسه و تعارض قیاس و قول صحابی، بیشترین کاربرد تحری در مباحث عبادات یافت می شود. از این رو دو مثال از استفاده تحری در این بخش و نوع نگاه علما به کاربرد تحری در این مباحث ذکر می شود.

۶. ۱. تحری برای شناخت قبله

اگر شناخت قبله بر کسی مشتبّه شد و راهی چون سؤال کردن از ساکنان یا افراد آگاه، استفاده از ابزار جهت یابی و... برای شناخت قبله نداشت و از شناخت قبله عاجز ماند و وقت نماز محدود بود، فقها راه چاره را چه دانسته اند؟

فقهای شیعه اظهار کرده اند که اگر کسی به جهت قبله علم داشت، تقلید برای وی جایز نیست، زیرا اجتهاد عدول از یقین است. اما اگر علم نداشت، در این صورت اگر به استناد اماره ای ظن غالب به جهت قبله یافت، تقلید برای وی جایز نیست؛ چراکه حجت و دلیل، اقوی از قول غیر است، بلکه به اجماع علما بنا را بر آن ظن غالب می گذارد و به سوی آن نماز می خواند، زیرا او مأمور به انجام داده و تکلیف از عهده او خارج می شود. امام باقر (ع) نیز فرموده است: «یجزی التحری أبداً إذا لم یعلم أين وجه القبلة». اما اگر اماره حاصل نشد و جهات بر وی مشتبّه شد، مذهب بیشتر علمای ما این است که یک نماز به چهار جهت می خواند. اما ابن ابی عقیل و ابن بابویه گفته اند در صورت خفای قبله، به هر جهت که خواست می تواند نماز بخواند و در صورت آشکار شدن خطای جهت بعد از خروج وقت نماز، لزومی به اعاده نماز نیست. فقهای شیعه همچنین گفته اند: کسی که به ادله قبله آگاه است، حق تقلید در خصوص قبله را ندارد و کسی هم که علم ندارد اما قادر به شناخت باشد، حق تقلید ندارد. شخص عامی مجاز به تقلید است (محقق حلی، ۷۰؛ علامه حلی، ۲۲/۳؛ شهید اول، ۱۷۱/۳ و ۱۸۲/۳). اما اگر اماره ای دال بر کعبه وجود نداشت و شخص عادلّی جهت قبله را به فرد گفت، برخی معتقدند بنا را بر قول وی می گذارد و به آن جهت نماز می خواند. برخی دیگر هم معتقدند به چهار جهت نماز می خواند. محقق سبزواری قول اول را اظهر دانسته است (محقق سبزواری، ۲۱۸/۱).

احناف معتقدند اگر قبله بر فردی مشتبّه شد و راهی جز تحری نداشت، تحری بر وی لازم است؛ زیرا صحابه در این موارد تحری می کرد و بر اساس نتیجه تحری نماز می خواند و رسول خدا (ص) منکر کار آنان نشدند. برخی نیز معتقدند آیه «فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ» (بقره: ۱۱۵) راجع به خواندن نماز در حالت مشتبّه شدن قبله نازل شده است. اما اگر از طریق غیر تحری امکان شناخت قبله ممکن بود، مثلاً بتوان از ساکنان آن محل که آگاه به جهت قبله هستند، خبر قبله را گرفت، تحری دیگر جایز نیست؛ زیرا استخبار بر

تحری اولویت دارد، چه خبر برای وی و دیگران الزام آور است، اما تحری فقط برای فرد الزام آور است. لذا با وجود خبر مبنی بر جهت قبله که اولی از تحری است، عمل به تحری جایز نیست. اگر منبع خبر نیز فردی غیر ساکن در آن مکان بود، حق تقلید از خبر وی را ندارد، زیرا هر دو حالت یکسانی از نظر آگاهی به قبله دارند. اگر از ساکنان محل سؤال کرد و کسی به وی جواب ندارد، می تواند از تحری استفاده کند. اگر بعد از نماز به وی جهت قبله را بگویند دیگر نیازی به اعاده نیست، حتی اگر مخطیء باشد. اگر شخص با استفاده از دانش نجوم امکان جهت یابی داشت، تحری برای وی جایز نیست (ابن نجیم، ۳۰۲/۱ تا ۳۰۳؛ عالمگیری، ۶۴/۱؛ سرخسی، أصول السرخسی، ۴۵۱/۱؛ مرغینانی، ۴۵/۱؛ کاسانی، ۱۱۸/۱).

برخی از مالکیه معتقدند در صورت مشتبّه شدن جهت قبله، فرد تحری و جهتی را انتخاب می کند. عده ای دیگر معتقدند جهتی را بر می گزیند و به سوی آن نماز می خواند. برخی هم گفته اند احتیاطاً چهار نماز به چهار جهت می خواند. اگر در اثنای نماز خطای جهت قبله مشخص شد، در نماز بر می گردد و تغییر جهت می دهد و بعد از آن اعاده بر وی لازم نیست (خرشی، ۲۶۰/۱؛ بغدادی، ۲۷).

ماوردی مکلفان را از نظر استقبال قبله به شش گروه تقسیم کرده است: ۱. کسی که امکان مشاهده کعبه را دارد، بر وی واجب است کعبه را در نماز مشاهده و به آن روی کند؛ ۲. کسی که در مکه است یا فاصله کمی از مکه دارد، اما به علت وجود مانعی امکان مشاهده کعبه را ندارد... بر چنین کسی لازم است با استفاده از اسباب موجود در خصوص قبله به یقین برسد و اگر به یقین نرسید برای وی جایز نیست نماز بخواند؛ ۳. کسی که باید درباره قبله کسب خبر کند...؛ ۴. کسی که تفویض بر وی لازم است؛ یعنی کسی که به شهر بزرگی می رود و قبله مورد تأیید آنان را استقبال می کند؛ ۵. فرد بصیر که مسافر دریا یا خشکی است یا در جایی است که امکان شناخت قبله را با سؤال کردن ندارد، بر وی واجب است که بر اساس ادله موجود اقدام به اجتهاد جهت شناخت قبله کند؛ ۶. اگر شخص، نابینا و مسافر بود از فرد بصیر برای شناخت قبله تقلید می کند، زیرا او دیدن را که ابزار تشخیص قبله می باشد، از دست داده است (ماوردی، ۷۱۷۰/۲).

حنابله معتقدند که اگر کسی در شهری بود و امکان شناخت قبله را داشت، بر وی لازم است که قبله را بشناسد وگرنه نماز او به دلیل تقریط در شناخت قبله مجزی نیست و باید اعاده کند؛ چراکه امکان شناخت عین قبله را داشته است. اما اگر در مکانی تاریک یا مسافرت بود و امکان شناخت قبله را نداشت، تحری می کند. اگر کسی همراه وی بود و می توانست از وی سؤال کند، نباید تحری کند و اگر با هم راجع به جهت قبله دچار اختلاف شدند، هر دو تحری و هریک به تحری خود عمل می کنند (خالد رباط، ۶۰/۶).

۲.۶. تحری در تشخیص ظرف طاهر

وقتی فقط دو ظرف آب وجود دارد، یکی نجس و دیگری طاهر و ظرف طاهر غیر معین است، این سؤال پیش می‌آید که مکلف برای وضو و ادای نماز چه راهی پیش روی دارد؟

فقه‌های امامیه معتقدند تحری در اوانی و ظروف جایز نیست، گرچه جهت طاهر اغلب باشد؛ زیرا خدای متعال فرموده است: «فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا» (نساء: ۴۳). منظور از «وجود» در این آیه، قدرت بر آب طاهر و امکان دست‌یافتن به آن است و کسی که چیزی را بعینه نمی‌شناسد و تمییز نمی‌دهد، درحقیقت بر آن تمکن ندارد و آن را پیدا نمی‌کند. خدای متعال نیز در این آیه امر به تحری نکرده، بلکه صرفاً امر به استعمال آب در صورت یافتن آن و استفاده از خاک در صورت نبود آب داده است. پس اگر کسی حکم به تحری کند، در واقع چیزی را بر آیه افزوده که ظاهر آیه مقتضی آن نیست (علم‌الهدی، ۸۱؛ طوسی، ۱۹۶/۱؛ ابن‌ادریس، ۸۵/۱؛ محقق حلی، ۱۰۴/۱؛ محقق کرکی، ۱۵۱/۱).

ابن‌نجیم می‌گوید: جز ابویوسف، سایر فقه‌های حنفی تحری را جایز ندانسته و معتقدند شخص باید تیمم کند، اما در ریختن آب، برخی معتقدند شخص باید آب را بریزد و بعد تیمم کند و برخی هم نیازی به ریختن آن ندیده و حکم به تیمم داده‌اند (۳۰۵/۱). سرخسی در تبیین حکم مسئله می‌گوید: اگر در یکی از ظروف، آب طاهر و در دیگری آب نجس وجود داشت و غیر از این‌ها آب دیگری همراه نداشت که طاهر باشد و آب طاهر و نجس از هم قابل تمییز نبود، در این صورت اگر غلبه با ظروف طاهر بود، بر او لازم است که تحری کند؛ زیرا حکم از آن غالب است و به اعتبار غالب لازم است آب طاهر را استعمال کند و این امید وجود دارد که باتوجه به تحری، از آب طاهر استفاده کرده باشد. اما در صورت غلبه ظروف نجس یا تساوی ظروف طاهر و نجس، از نظر ما حق تحری ندارد؛ زیرا در این حالت ضرورتی ایجاد نشده است و می‌تواند به جای آب از خاک طاهر استفاده و تیمم کند و او ناچار از استفاده از تحری نیست و امکان جایگزینی فرض وضو با تیمم را دارد (سرخسی، المبسوط، ۳۴۹/۱۰).

برخی از فقه‌های مالکیه معتقدند در صورت اشتباه طاهر با نجس، واجب است که شخص تحری کند و اگر ظن غالب بر طهارت یکی از آن دو یافت از آن وضو بگیرد. برخی هم معتقدند با یکی از آن دو وضو گرفته و نماز می‌خواند و با آن دیگری اعضای وضو را شستشو می‌دهد و سپس وضو گرفته و نماز می‌خواند. از سحنون هم نقل است که شخص تیمم و آب را ترک می‌کند (بغدادی، ۷؛ مازری، ۲۲۱/۱؛ جندی، ۷۷/۱).

برخی از شافعیه معتقدند اگر کسی دو یا چند ظرف همراه داشت و یکی نجس و دیگری طاهر بود و نتوانست طاهر را از نجس تشخیص دهد، بر او لازم است که تحری و اجتهاد کند و از ظرفی که اجتهادش

او را به طهارت آن رسانده است، استفاده کند. اما مزنی و ابو ثور معتقدند اجتهاد جایز نیست و شخص باید تیمم کند و نماز بخواند و دیگر اعاده نماز بر وی لازم نیست (ماوردی، ۳۴۴/۱؛ ابن رفعه، ۲۲۵/۱؛ رویانی، ۲۶۸/۱).

رأی صحیح در مذهب حنبلی بر این است که شخص در صورت مشتبّه شدن آب طاهر با نجس، حق تحری ندارد و باید تیمم کند. ابن قدامه می گوید: در صورت مشتبّه شدن ظروف طاهر با نجس یا تعداد ظروف طاهر و نجس مساوی یا تعداد نجس ها بیشتر است که در این دو حالت علمای حنبلی به اتفاق معتقدند تحری جایز نیست یا اینکه تعداد ظروف طاهر بیشتر است که در این حالت ابوعلی نجاد از علمای ما (حنابله) تحری را جایز دانسته است، زیرا ظاهر، اصابه طاهر است و جهت اباحه ترجیح یافته است. اما ظاهر کلام احمد بن حنبل این است که تحری در هیچ صورتی جایز نیست (ابن قدامه مقدسی، ۴۹۱ تا ۵۰؛ نک: ابن مفلح، ۳۳/۱).

نتیجه گیری

بعد از طرح و تبیین مسائل پیش گفته، نتایج زیر از این پژوهش بیان شدنی است: تحری صرفاً ابزاری مربوط به زمان ایجاد اشتباه و ضرورت و عدم امکان استفاده از ادله شرعی است، لذا بر اساس قاعده فقهی «الضرورات تقدر بقدرها» بعد از رفع ضرورت قابل استفاده نیست. در تحری لازم است قرائن و احتمالاتی دال بر صحت رأی و گزینه مختار وجود داشته باشد، لذا تحری بدون مستند و از روی میل و هوس پذیرفته نیست.

اصولیان امامیه قائل به عدم وجوب فحص از واقع در شبهات موضوعیه شده اند، اما فقههای امامیه در مواردی حکم به وجوب فحص قبل از تمسک به اصول مرخصه کرده اند. از این رو برای حل این تعارض، عده ای در صدد اصلاح مبنای اصولی برآمده و قائل به وجوب فحص از واقع در شبهات موضوعیه شده اند؛ هر چند آن را مقید به مواردی کرده اند که در آنها دلیل خاص بر عدم وجوب فحص صادر شده باشد. برخی دیگر همچنان اصرار بر عمل به قاعده اصولی در فقه داشته و عمل بر خلاف مبنای اصولی را ممنوع دانسته اند. گروه دیگر قائل به تفصیل بین شبهه موضوعیه تحریمیه و وجوبیه شده و در شبهات موضوعیه تحریمیه، ادعای عدم خلاف در عدم وجوب فحص را می کنند. اما در خصوص شبهات موضوعیه وجوبیه بر این نظرند که در برخی از موارد شبهه وجوبیه، بنای عقلا بر فحص و احتیاط است. برخی هم بین فحص قلیل المؤمنه و کثیر المؤمنه قائل به تفصیل هستند.

ایجاد اشتباه منجر به تحری نباید ناشی از قصور و فعل مکلف باشد؛ به عبارت دیگر عامل ایجاد اشتباه

نباید شخص مکلف باشد.

فارغ از اختلاف در عمل به تحری که قبلاً به آن اشاره شد، تحری مفهومی رایج و به نوعی مشترک در متون و محافل علمی مذاهب مختلف اسلامی است، گرچه امامیه آن را فحص از واقع در شبهات موضوعیه نیز نام گذاشته‌اند و غالب علما این موضوع را در آثار خود بازتاب داده و بر میزان حجیت آن اقامه دلیل و برهان کرده‌اند.

حجیت تحری نسبی است، زیرا نظر غالب علما تجویز استعمال تحری در عبادات است و چنان‌که آمد در مسائل فروج استفاده نمی‌شود.

مشروعیت تحری مقید به رعایت برخی موارد و شرایط خاص است و حجیت تحری محدود به خود متحری است، لذا تحری یک شخص بر دیگران حجت نیست.

منابع

- ابن ابی شیبہ، عبدالله بن محمد، کتاب المصنف فی الأحادیث والآثار، ریاض: رشد، ۱۴۰۹ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر، قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن امیر حاج، محمد بن محمد، التقرير والتحریر فی علم الأصول، بیروت: دار الفکر، ۱۹۹۶م.
- ابن رفعه، احمد بن محمد، کفایة النبیة فی شرح التنبیة، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۲۰۰۹م.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، حاشیة رد المختار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار، بیروت: دار الفکر، ۲۰۰۰م.
- ابن قدامه مقدسی، عبدالرحمن بن محمد، الشرح الكبير، قاهرة: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ۱۹۹۵م.
- ابن مفلح، ابراهیم بن محمد، المبدع شرح المقنع، ریاض: دار عالم الکتب، ۲۰۰۳م.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: دار صادر، ۱۹۹۸م.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بیروت: دار المعرفة، بی تا.
- ابو اسحاق شیرازی، ابراهیم بن علی، اللمع فی أصول الفقه، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۹۸۵م.
- انصاری، زکریا، أسنى المطالب فی شرح روض الطالب، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۲۰۰۰م.
- انصاری، محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب الصلاة، قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری الثنویة الثانية لمیلاد الشیخ الأنصاری، ۱۴۱۵ق.
- بحرالعلوم، عبدالعلی بن محمد، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۲۰۰۹م.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحقائق الناضرة، قم: نشر اسلامی، بی تا.

بخاری، علاءالدین عبدالعزیز بن احمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوی، بیروت: دار الكتب العلمية، ۱۹۹۷م.

بغدادی، عبدالرحمن شهاب الدین، إرشاد السالك، الشركة الإفريقية للطباعة، بی تا.

بهوتی، منصور بن یونس، كشف القناع عن متن الإفتاح، بیروت: دار الفكر، ۱۴۰۲ق.

بیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری و فی ذیلہ الجوهر النقی، حیدرآباد: مجلس دائرة المعارف النظامية، ۱۳۴۴.

تفتازانی، مسعود بن عمر، شرح التلویح علی التوضیح لمتن التفتیح فی أصول الفقه، بیروت: دار الكتب العلمية، ۱۹۹۶م.

جندی، خلیل بن اسحاق، التوضیح فی شرح المختصر الفرعی لابن الحاجب، مرکز نجیبویه للمخطوطات وخدمة التراث، ۲۰۰۸م.

حموی، احمد بن محمد، غمز عیون البصائر شرح کتاب الأشباه والنظائر. بیروت: دار الكتب العلمية، ۱۹۸۵م.

خالد رباط، سید عزت عید، الجامع لعلوم الإمام أحمد، فیوم: دار الفلاح للبحث العلمي و تحقیق التراث، ۲۰۰۹م.

خرشی، محمد، الخرشى علی مختصر سیدی خلیل، بیروت: دار الفكر، بی تا.

رازى، محمد بن ابی بکر، مختار الصحاح، بیروت: مكتبة لبنان ناشرون، ۱۹۹۵م.

رافعی، عبدالکریم بن محمد، فتح العزیر بشرح الوجیز، بیروت: دار الفكر، بی تا.

رويانى، ابوالمحاسن عبدالواحد بن اسماعیل، بحر المذهب فی فروع المذهب الشافعی، بیروت: دار الكتب العلمية، ۲۰۰۹م.

زرقاء، احمد بن شیخ محمد، شرح القواعد الفقهية، دمشق: دارالقلم، ۱۳۵۷ق.

سبکی، محمود محمد خطاب، المنهل العذب المورود شرح سنن الإمام أبی داود، قاهره: استقامت، ۱۳۵۳.

سمرقندی، محمد بن حمد، میزان الأصول فی نتائج العقول، قطر: مطابع الدوحة الحديثة، ۱۹۸۴م.

سمعانى، ابی مظفر، الاصطلاح فی الخلاف بین الإمامین الشافعی و أبی حنیفة، بی جا: دار المنار، ۱۹۹۲م.

_____، قواطع الأدلة فی الأصول، بیروت: دار الكتب العلمية، ۱۹۹۹م.

سیوطی رحیانی، مصطفی، مطالب أولى النهی فی شرح غایة المنتهی، دمشق: المكتب الإسلامی، ۱۹۶۱م.

شاشی، اسحاق بن ابراهیم، أصول الشاشی، بیروت: دار الكتاب العربی، ۱۴۰۲ق.

شمس الانمه سرخسی، محمد بن احمد، اصول السرخسی، بیروت: دار الكتاب العلمية، ۱۹۹۳م.

_____، المبسوط، بیروت: دار الفكر، ۲۰۰۰م.

شتقیطی، محمد مختار، شرح زاد المستقنع، بی جا: بی نا، بی تا.

شهید اول، محمد بن مکی، ذکرى الشیعه فی احکام الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۹ق.

- شهید ثانی، زین الدین بن علی، روض الجنان، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بی تا.
- شیبانی، محمد بن حسن، الأُصْل، بیروت: دار ابن حزم، ٢٠١٢ م.
- شیخ بهائی، محمد بن حسین، الحبل المتین، قم: منشورات مكتبة بصیرتی، بی تا.
- طبرانی، سلیمان بن احمد، الروض الدانی المعجم الصغیر، بیروت- عمان: المكتب الإسلامی، دار عمار، ١٩٨٥ م.
- _____، المعجم الكبير، موصول: مكتبة العلوم والحكم، ١٩٨٣ م.
- طحطاوی، احمد بن محمد، حاشية الطحطاوی على مراقی الفلاح شرح نور الإيضاح، مصر: المطبعة الكبرى الأميرية بیولا، ١٣١٨.
- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم: نشر اسلامی، ١٤٠٧ ق.
- عالمکیری، شیخ نظام و جماعة من علماء الهند، الفتاوی الهندیة فی مذهب الإمام الأعظم ابی حنیفة النعمان، بیروت: دار الفكر، ١٩٩١ م.
- عثیمین، محمد بن صالح، ملخص القواعد الفقهیة، بی جا: بی نا، بی تا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ١٤١٤ ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، الناصریات، قم: رابطه الثقافة والعلاقات الإسلامية مديرية الترجمة والنشر، ١٩٩٧ م.
- غزّی، ابو حارث محمد صدق بن احمد بن محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهیة، بیروت: الرسالة، ٢٠٠٣ م.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام، قم: نشر اسلامی، ١٤١٦ ق.
- فناری، محمد بن حمزه، فصول البدائع فی أصول الشرائع، بیروت: دار الكتب العلمیة، ٢٠٠٦ م.
- قطیفی بحرانی، ابراهیم بن سلیمان، السراج الوهاج، قم: نشر اسلامی، ١٤١٣ ق.
- کاسانی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت: دار الكتاب العربی، ١٩٨٢ م.
- مازری، محمد بن علی، شرح التلّقی، بیروت: دار الغرب الإسلامی، ٢٠٠٨ م.
- ماوردی، علی بن محمد، الحاوی فی فقه الشافعی، بیروت: دار الكتب العلمیة، ١٩٩٤ م.
- متقی، علی بن حسام الدین، کنز العمال فی سنن الأقوال والأفعال، الرسالة، ١٩٨١ م.
- مجددی برکتی، محمد عمیم احسان، قواعد الفقه، کراچی: صدف، ١٩٨٦ م.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، المعبر، قم: سیدالشهدا، بی تا.
- محقق خوانساری، حسین بن محمد، مشارق الشموس، قم: آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بی تا.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، ذخيرة المعاد، قم: آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بی تا.
- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، قم: آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ١٤٠٨ ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، کویت: التراث العربی، ٢٠٠١ م.
- مرداوی، علی بن سلیمان، الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف، قاهره: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان،

۱۹۹۵م.

مرغینانی، علی بن ابی بکر، الهدایة شرح بداية المبتدی، بی جا: المكتبة الإسلامية، بی تا.
مصطفی، ابراهیم و دیگران، المعجم الوسيط، قاهره: مكتبة الشروق الدولية، ۲۰۰۴م.
مناوی، محمد عبدالرؤف بن علی، فیض القدير شرح الجامع الصغیر من أحادیث البشير النذیر، بیروت: دار الکتب
العلمیة، ۱۹۹۴م.

نائینی، محمد حسین غروی، حواشی علی العروة الوثقی. بی جا، بی تا
نراقی، مهدی بن ابی ذر، مستند الشیعة، قم: آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۵ق.
نوی، یحیی بن شرف، تحریر ألفاظ التنبيه، دمشق: دار القلم، ۱۴۰۸ق.



Semantic and pragmatic analysis of Sheikh Ansari's three precepts in authority of *khavar vahed*

Dr. Abdul Jabbar Zargosh Nesab, Associate Professor of Ilam University (Corresponding Author)

Email: a.zargooshnasab@ilam.ac.ir

Dawood Saeedi, PhD student of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Ilam University

Abstract

The scientific rules and frameworks of understanding meaning are described under the title of semantics and pragmatics in different fields of linguistics. Considering that it is possible to access one of the main sources of Islam, that is, the *sunnah* of the Messenger of God (PBUH) through the oral and written traditions of the *sunnah* and the so-called *khavar kahed*, the semantic and pragmatic analysis of the premises raised by the great imami researcher of principles "Sheikh Ansari" in the topic of the authority of *khavar vahed* can illustrate the importance of these methods. In this article, an attempt has been made to explain this position by using library tools and descriptive-analytical method. The results of the analysis of the triple preliminaries of the validity of the *khavar vaheds* in Sheikh Ansari's statement indicate that it corresponds to the principles of pragmatics simultaneously and in parallel, the principles of semantics such as the principle of Grice's cooperation in creating communication, the integration of form-oriented and role-oriented linguistics in the emergence of originality, as well as the context theory in semantics.

Keywords: semantics, pragmatics, principles of jurisprudence, *khavar vahed*, preliminaries of the validity of news.



فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۵۲ - ۳۱	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۳	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۱۲/۲۶
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.68476.1041

تحلیل معناشناختی و کاربردشناختی مقدمات سه گانه شیخ انصاری در حجیت خبر واحد

دکتر عبد الجبار زرگوش نسب (نویسنده مسئول)

دانشیار دانشگاه ایلام

Email: a.zargooshnasab@ilam.ac.ir

داوود سعیدی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام

چکیده

قواعد و چهارچوب‌های علمی فهم معنا با عنوان معناشناسی و کاربردشناسی در ذیل حوزه‌های مختلف علم زبان‌شناسی بیان شده است. با توجه به اینکه دسترسی به یکی از اصلی‌ترین منابع دین اسلام، یعنی سنت رسول الله (ص) از طریق روایت گفتاری و نوشتاری سنت و به اصطلاح خبر واحد میسر است تحلیل معناشناختی و کاربردشناختی مقدمات مطرح از سوی اصولی بزرگ امامیه شیخ انصاری در مبحث حجیت خبر واحد می‌تواند جایگاه ویژه این روش‌ها را بنمایاند. در این نوشتار با به کارگیری ابزار کتابخانه‌ای و شیوه توصیفی تحلیلی، در تبیین این جایگاه کوشش شده است. نتایج تحلیل مقدمات سه گانه حجیت اخبار آحاد در بیان شیخ انصاری، از مطابقت آن با اصول کاربردشناسی به طور هم‌زمان و به موازات آن، اصول معناشناسی همچون اصل همکاری گرایس در ایجاد ارتباط، تلفیق زبان‌شناسی صورت‌گرا و نقش‌گرا در اصالة الظهور و همچنین نظریه بافت در معناشناسی حاکی است. **واژگان کلیدی:** معناشناسی، کاربردشناسی، اصول فقه، خبر واحد، مقدمات حجیت خبر.

مقدمه

گام‌های نخستین برای ورود به فهم دقیق متون دینی و استنباط احکام از آن متون قیم؛ یعنی آیات قرآن و سنت رسول‌الله (ص)، مستلزم آموختن و به‌کارگیری زبان و ادبیات عرب، اعم از لغت‌شناسی، صرف و نحو، علوم بلاغت از سطوح مقدماتی تا پیشرفته است. با توجه به همین مختصر نیز می‌توان ارزش و اهمیت مطالعه علمی زبان را برای فهم و تحلیل معانی کلام خداوند متعال دریافت. زبان‌شناسی در هر زبانی برای تحلیل و فهم معنا صرفاً به لغت‌شناسی (philology)، صرف و نحو (Syntax) و علوم بلاغی (Rhetoric)، علی‌رغم بیشترین تأکید حوزه‌های علمیه بر این دانش‌ها، متکی نبوده است. به نظر می‌رسد یادگیری علوم مرتبط با مبانی استنباط احکام مانند زبان‌شناسی و زیرمجموعه‌های آن مانند معناشناسی و کاربردشناسی، آثار بنیادین و شگرفی در شیوه و دقت علمی فقها گذاشته است و به تبع، آرای فقهی متقنی به بار خواهد نشاند. زبان‌شناسان، قواعد و چهارچوب‌های علمی‌ای را برای فهم معنا با عنوان معناشناسی و کاربردشناسی در ذیل حوزه‌های مختلف زبان‌شناسی مطرح کرده‌اند. ابعاد زبان در حوزه‌هایی همچون آواشناسی (Phonetics)، واج‌شناسی (Phonology)، معناشناسی (Semantics)، کاربردشناسی (Pragmatics)، تحلیل گفتمان (Discourse analysis)، نحو (Syntax)، هرمنوتیک (Hermeneutics) و... بررسی می‌شوند. اهمیت حجیت خبر واحد به‌عنوان یکی از متون بسیار مهم دین مبین اسلام و از منظر شیعه، بر هیچ فقیه و اصولی‌ای پوشیده نیست؛ چراکه علم قطعی به احکام شرعی تنها در خصوص احکام کلی مانند وجوب نماز و روزه و... است و اخبار رسیده از ائمه معصومان (ع) که مفید یقین و اطمینان باشند (خبر متواتر) بسیار کم است. غالب احکام شرعی با اخبار آحاد ثابت می‌شود، پس بحث از حجیت خبر واحد از اهم مباحث اصولی است (آخوند خراسانی، ۵۳/۲). متخصصان حوزه علوم حدیث نیز بر این امر تأکید ورزیده و بیان کرده‌اند: احادیثی که به ما رسیده و مدار استفاده است (به جز اندکی) در شمار اخبار آحاد است؛^۱ زیرا اولاً احادیث تا نیمه قرن دوم هجری ضبط نشده بود و پیداست که با گذشت یک قرن و نیم از زمان صدور حدیث، مدار حدیث و نقل، شفاهی بوده است؛ بدین معنا که طی این مدت، روایات سینه‌به‌سینه می‌گشت و با اتکا به حافظه راویان نقل می‌شد؛ ثانیاً ناقلان صدر اول، معدود بودند و تواتر در طبقات بعد حاصل شد؛ ثالثاً همه کسانی که حدیث را از لسان پیغمبر (ص) شنیده بودند، موفق به نقل آن برای طبقات بعدی نشده‌اند، بنابراین یک یا چند نفر معدود، حدیثی را برای یک یا چند نفر (که به حد تواتر نمی‌رسند) نقل می‌کردند؛ رابعاً جامعان و مدونان حدیث، تمام راویان را درک

۱. شهید ثانی تواتر را در هیچ حدیثی ثابت نمی‌داند و فقط خبر (من کذب علیّ مُتَعَدّاً فلیتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ) را ممکن التواتر می‌شمارد. والد شیخ بهائی، حدیث غدیر را نیز متواتر می‌داند (مدیر شانه‌چی، ۱۳۰).

نکرده‌اند.

بنا بر دلایل مذکور، احادیثی که به پیشینیان ما و از آنان به ما رسیده است، جزء اخبار آحاد، معدود است (مدیر شانه‌چی، ۱۰۰).

در نوشتار حاضر، نگارندگان سعی بر تبیین شیوه‌های معناشناختی و کاربردشناختی شیخ مرتضی انصاری در بررسی مقدمات سه‌گانه حجیت اخبار آحاد دارند. از این‌رو می‌توان پرسید، روش‌های به‌کارگرفته‌شده توسط ایشان در مقدمات ثلاثه حجیت خبر واحد، مطابق با چه نظریات یا تحلیل‌های زبان شناختی در دو حوزه معنا و کاربردشناسی است؟

۱. مفهوم‌شناسی

أ. معناشناسی (Semantics): این کلمه از اسم یونانی Sema به معنای نشانه و علامت و فعل Semaino به معنای علامت‌دادن و معنی‌دادن اخذ شده است. این کلمه یکی از بخش‌های دانش زبان‌شناسی نوین است که در سال‌های متأخر مدنظر خاص زبان‌شناسان قرار گرفته است، زیرا از یک‌سو می‌توان زبان را به شکل پدیده‌ای که دو حوزه دارد در نظر گرفت (باقری، ۱۹۷)؛ یکی حوزه لفظ و دیگری حوزه محتوا. در حوزه لفظ، زبان‌شناسی با صورت یا شکل عناصر زبانی سروکار دارد و در حوزه محتوا با معنا. برداشت اهل زبان از عالم خارج و جهان بیرون به وسیله قالب‌های زبانی صورت می‌گیرد و معناشناسی به سبب پیوند نزدیکی که با عالم خارج دارد یکی از بخش‌های مهم زبان‌شناسی را تشکیل می‌دهد (همان).

معناشناسی در زبان انگلیسی نیز نام‌های متعددی دارد که مشهورترین آن‌ها همان واژه (Semantics) است. در زبان عربی برخی آن را «علم الدلالة» و برخی «علم المعنی» (از ساخت جمع پرهیز شده است؛ چون علم معانی یکی از شاخه‌های بلاغت عربی است) می‌نامند. در اصطلاح نیز تعاریفی بیان شده است که عبارت‌اند از: بررسی معنا، دانشی که به بررسی معنا می‌پردازد یا شاخه‌ای از دانش زبان‌شناسی است که به نظریه معنا می‌پردازد (مختار عمر، ۱۹).

ب. کاربردشناسی (Pragmatics): به مطالعه ارتباط میان صورت‌های زبانی و کاربران آن‌ها، کاربردشناسی (منظورشناسی) می‌گویند. از میان نحو، معنی‌شناسی و واژگانی و کاربردشناسی، فقط کاربردشناسی است که عامل انسانی، یعنی کاربران زبان را در تحلیل‌های خود دخیل می‌داند. از امتیازات کاربردشناسی این است که تحلیل‌گر زبان می‌تواند درباره معنای مدنظر افراد، اهداف، مقاصد و تصورات آن‌ها و نیز نوع کنش‌های آن‌ها در حین گفت‌وگو بحث کند (آقا گل‌زاده، ۲۴۱).

ج. اصول فقه: علم به قواعدی است که این قواعد برای استنباط احکام شرعی (فرعی) آماده شده‌اند یا اصول فقه صناعتی است که به وسیله آن، قواعدی شناخته می‌شوند که ممکن است در راه استنباط احکام شرعی یا در مقام عمل برای استنباط احکام استفاده شوند (آخوند خراسانی، ۱۶/۱).

د. خبر واحد: خبری که متواتر نباشد را خبر واحد می‌نامند. خبر متواتر حدیثی است که تعداد روایت کنندگان آن به اندازه‌ای است که احتمال اینکه روایت کنندگان آن با هم تبانی کرده باشند و دروغ بگویند، وجود ندارد؛ به گونه‌ای که علم و یقین پیدا کنیم که این خبر از امام معصوم (ع) صادر شده است. اما در خبر واحد تعداد روایت کنندگان آن به اندازه‌ای است که احتمال اینکه با هم تبانی کرده باشند و دروغ بگویند، وجود دارد. همچنین راجع به آن علم و یقین پیدا نمی‌کنیم که از امام معصوم (ص) صادر شده است (شب‌خیز و محمدتبار، ۲۱۳ تا ۲۱۵؛ محمدی، ۱۶۷). خبر واحد را به چهار قسم صحیح، حسن، موثق و ضعیف تقسیم می‌کنند. خبر صحیح، حدیثی است که همه روایانش شیعه دوازده امامی‌اند و عدالت همه آن‌ها ثابت شده است. خبر حسن، حدیثی است که همه روایانش شیعه دوازده امامی‌اند، ولی عدالت همه یا برخی از آن‌ها ثابت نشده است. خبر موثق، حدیثی است که یک یا برخی از روایانش شیعه دوازده امامی نیستند؛ لیکن موثق و مورد اعتماد هستند. خبر ضعیف، حدیثی است که هیچ‌کدام از موارد فوق نباشد (شب‌خیز و محمدتبار، ۲۱۳ تا ۲۱۵؛ محمدی، ۱۶۷). باید دقت داشت که خبر واحد صرفاً و بنا بر ظاهر، محکی از قول شارع نیست، بلکه هم قول و هم فعل و تقریر شارع را بیان می‌کند.

به تعبیر شهید صدر (ره) سنت عبارت است از: بیان ایجابی قولی، یعنی کلامی که معصوم به آن تکلم کرده است؛ بیان ایجابی فعلی، یعنی فعلی که از معصوم (ع) صادر شده است و بیان سلبی که عبارت است از تقریر او یا همان سکوتش در قبال چیزی معین به نحوی که سکوت کاشف از رضایت وی راجع به آن وضع و بیانگر تطابق آن با شرع باشد (جباری، ترجمة المعالم الجديدة، ۲۹).

بحث‌های تطبیقی بین اصول فقه، هرمنوتیک و زبان‌شناسی پیشینه اندکی دارند. علت امر را می‌توان در اطلاع اندک و دشواری تسلط بر حوزه‌های علوم مختلف و مرتبط، شاید باورداشتن به برتری هرمنوتیک و زبان‌شناسی بر علوم دینی و نیز کم فایده دیدن این حوزه از مطالعات بین‌رشته‌ای جستجو کرد.

در زمینه تفسیر متن یا هرمنوتیک می‌توان به مطالعات سلمانپور با عنوان «رابطه مبانی فهم فقهی متون و حیانی با معناشناسی و هرمنوتیک» (۶۳)، «نقد نظریه مبانی هرمنوتیکی شلاپرماخر» از ابوالفضل ساجدی و همکاران (۲۹)، مطالعه مهدی ذاکری و جابر موسوی تحت عنوان «بررسی تطبیقی دیدگاه‌های هرمنوتیکی شلاپرماخر و علمای اصول» اشاره کرد (۶۴۵). پژوهش علیرضا آزاد و همکارانش در زمینه «مبانی مشترک اصول فقه و هرمنوتیک کلاسیک» (۹) و نیز پایان‌نامه سهیل تیموری نسب درباره «ارتباط

هرمنوتیک و اصول فقه با تأکید بر مباحث الفاظ» (۲) از مطالعات نسبتاً جدیدتر این حوزه از مطالعات بین‌رشته‌ای به شمار می‌روند. اما جدیدترین مطالعه توسط عبدالحسین خسروپناه و مهدی نجفی مقدم به بررسی مسئله اصولی احوال الفاظ و ارتباط آن با هرمنوتیک پرداخته است (۲۹).

در حوزه زبان‌شناسی و اصول فقه به غیر از مطالعه علیرضا آزاد که مشترک بین زبان‌شناسی و هرمنوتیک است، می‌توان به مطالعه مصطفی ملکیان در دو بخش جغرافیای دانش‌های زبانی به مبحث الفاظ در میان دانش‌های زبانی (ملکیان، ۷۱) و تبارشناسی مباحث لفظی علم اصول (همان، ۷۲) که به تفصیل بدان‌ها پرداخته است، اشاره کرد (همان، ۷۱ و ۷۲). حدائق رضایی در مطالعه زبان‌شناسی و اصول فقه «نگاه مقابله‌ای به بحث الفاظ در علم اصول فقه و مباحثی از علم زبان‌شناسی»، به تطبیق مشترکات این دو رویکرد نظر داشته است (۱۸۵). مهدیه سادات مستقیمی ارتباط معنایی آیات در مسئله طلاق را در سه حوزه اصول فقه، تفسیر و معناشناسی بحث و بررسی کرده است (۹۲). مصطفی جبّاری و حسین رضویان، نشانه‌ها یا ردپای زبان‌شناسی حقوقی در متون فقهی را با بیان مصادیق فقهی تحلیل و ارزیابی کرده‌اند (۴۱). به نظر می‌رسد یکی از نخستین مطالعات این بخش مربوط می‌شود به نظریه معنایی اصالة الظهور در اصول فقه، نگاشته علی افخمی که ایشان نظریه اصالة الظهور در اصول فقه شیعه را با نظریه یکی از زبان‌شناسان به نام لیچ منطبق دانسته است (۳۴۱). به نظریه وضع و نظریات گزاره‌ای معنا می‌توان به مقاله نظریات شی‌انگارانۀ معنا در فلسفه تحلیلی و علم اصول محمود مروارید اشاره کرد (صص ۱۹ تا ۳۰). در زمینه قصده‌گرایی یا معنا و تفسیر متن می‌توان به پژوهش علیرضا عابدی سرآسیا با عنوان «هرمنوتیک و اصول فقه» پرداخت (صص ۸۴ تا ۶۷).

همه این مطالعات را در دو دسته‌بندی می‌توان جای داد: یکی بحث‌های جامع و کلی بین دو رویکرد مانند مطالعه مصطفی ملکیان و دیگری مطالعات تطبیقی مصادیقی جزئی که مطالعه رضایی، افخمی و جبّاری از این دسته‌اند. نوشتار حاضر همین رویکرد دوم را صرفاً در بحث مقدمات سه‌گانه شیخ انصاری بر حجیت خبر واحد با تکیه بر تحلیل‌های معناشناختی و کاربردشناختی بررسی می‌کند.

۲. تحلیل مقدمات سه‌گانه شیخ انصاری

شیخ انصاری خبر واحد را از جمله ظنونی معرفی می‌کند که به دلیل خاص از اصل حرمت عمل به غیر علم خارج شده است. ایشان در مقدمه بحث، اثبات حکم شرعی با اخبار روایت‌شده از سوی معصومان (ع) را موقوف بر مقدمات سه‌گانه دانسته است: «اولی: کون الکلام صادراً عن الحجه؛ الثانیه: کون صدوره لبیان حکم الله، لا علی وجه آخر، من التقیه أو غیرها؛ الثالثه: ثبوت دلالت‌ه علی الحکم

المدعی. و هذا يتوقف أولاً: على تعيين اوضاع الفاظ الرواية؛ ثانياً: على تعيين المراد منها، وأن المراد مقتضى وضعها أو غيره» (انصاری، فرائد الاصول، ۲۳۷/۱ و ۲۳۸)؛ مقدمه نخست، کلام از معصوم صادر شده باشد؛ مقدمه دوم، صدور کلام برای بیان حکم خدا باشد، نه به‌گونه‌ای دیگر برای تقيه یا غیر آن؛ مقدمه سوم، دلالت کلام بر حکم ادعاشده، ثابت باشد و این متوقف است بر: اول، تعیین و تشخیص وضع الفاظ روایت؛ دوم، معین کردن مراد از الفاظ و اینکه مراد متکلم، مقتضای وضع الفاظ بوده یا غیر وضع الفاظ.

تحلیل معناشناختی و کاربردشناختی هریک از مقدمات می‌تواند جایگاه ویژه به‌کارگیری این دانش‌ها را نزد اصولیان یا به‌تعبیر نوشتار ما، زبان‌شناسان فقهی، بیش‌ازپیش آشکار سازد.

۲. ۱. مقدمه اول

«المقدمة الاولى: كون الكلام صادراً عن الحجة.» در ابتدا باید ثابت کرد که کلام از معصوم (ع) صادر شده باشد؛ یعنی دروغ یا اشتباهی نباشد (عباسی، ۴۰۴/۱). دروغ و اشتباهی بودن خبر واحد، اشاره به مسئله جعل احادیث دارد. شروع جعل حدیث به زمان حیات رسول خدا (ص) برمی‌گردد تا جایی که آن حضرت فرمودند: «من كذب عليّ فليتأ مقعده من النار»؛ هرکس راجع به من دروغی ببندد جایگاهش را در جهنم حفظ کند. آشکار است که دروغ‌بستن بر معصوم پس از رحلت ایشان و اصحابش، آسان‌تر بوده است. برای نمونه‌های احادیث جعلی می‌توان از این روایت یاد کرد: ابن جوزی با سند خود از ابوهیره نقل کرده است که پیامبر فرموده‌اند: «اللهم إنما محمدٌ بشرٌ يغضب كما يغضب البشر وإني قد اتخذت عهداً لم تخلفينيهِ فأَيُّما عبدٌ آذيتُهُ أو سبَّبتُهُ أو لَعنتُهُ فإجعلها كفارةً و قربةً تقرب بها اليك»؛ خدایا محمد بشر است و چنان‌که بشر به خشم می‌آید، او نیز به خشم می‌آید و من با تو پیمانی ناشکستی بسته‌ام که هر بنده‌ای را بیازارم یا دشنام دهم یا نفرین کنم یا تازیانه زنم، آن را (وسیله) جبران (گناه) و نزدیکی اش به تو بگردانی. انگیزه جعل این‌گونه احادیث آن بوده که نفرین رسول خدا (ص) درباره برخی از صحابه مانند معاویه را بی‌اهمیت کنند؛ از قبیل حدیثی که آن حضرت درباره معاویه فرمود: «اللهم لا تشيع بطنه» (مدیر شانه‌چی، ۱۱۵؛ غروی نائینی، ۶۶). بنا بر آنچه گفته شد دروغ‌نبودن یا جعلی‌نبودن خبر واحد، مساوی با صدور خبر از معصوم (ع) است. صدور کلام از فرد یا به‌تعبیر زبان‌شناختی، کاربر ویژه و خاص؛ یعنی معصوم (ع)، معناشناسی را با کاربردشناسی پیوند می‌زند. طبق برخی نظرات (و به‌زعم نگارندگان)، معناشناسی بدون ارتباط با کاربران آن تصورشدنی نیست و لذا زبان‌شناسانی مانند فوکونیه^۱ معنی‌شناسی را بدون در نظر گرفتن

شناخت کاربران، درخور تصور نمی‌دانند. بدین بیان صرفاً در تقسیم‌بندی سنتی در زبان‌کاوی، کاربردشناسی در تقابل با نحو و معناشناسی قرار می‌گیرد. نحو عبارت است از مطالعه روابط میان صورت‌های زبانی، نحوه آرایش این صورت‌ها در پی هم و ترتیب صحیح توالی آن‌ها. معمولاً، این نوع مطالعه بدون در نظر گرفتن عالم ارجاع یا کاربران صورت‌های زبانی انجام می‌گیرد (مثل اینکه در روایت و اخبار آحاد، گوینده و روات آن حدیث، اهمیتی نداشته باشند یا در نظر گرفته نشوند). معناشناسی، روابط میان صورت‌های زبانی و پدیده‌های هستی را بررسی می‌کند؛ یعنی چگونه کلمات عیناً به اشیا پیوند می‌یابند. معناکاوی همچنین می‌کوشد تا صحت و سقم روابط موجود بین توصیف‌های زبانی و وضعیت امور در جهان خارج را بدون در نظر گرفتن گوینده کلام بیابد. کاربردشناسی، مطالعه ارتباط میان صورت‌های زبانی و کاربران آن‌هاست (چیزی که در اینجا محل بحث است البته نه همه کاربران، بلکه صرفاً معصوم مراد و مدنظر بوده است و روایت‌گران کلام معصومان تا عصر حاضر). در این تمایز سه‌گانه، مطابق تقسیم‌بندی سنتی تنها کاربردشناسی است که عنصر انسان را در تحلیل‌های خود وارد می‌سازد. مزیت مطالعه کاربردشناسی زبان این است که تحلیل‌گر می‌تواند درباره معنای مدنظر افراد، اهداف، مقاصد و تصورات آنان و نیز نوع کنش‌های آن‌ها (به‌زعم نگارندگان اوامر و نواهی شارع)، به‌هنگام گفتار بحث کند (عموزاده مهدیرچی و دیگران، ۱۲).

پیوستگی معناشناسی و کاربردشناسی در بررسی حجیت اخبار آحاد: از کلام برخی معناشناسان این استفاده را می‌توان کرد که تفکیک بین معناشناسی و کاربردشناسی، مشکلات عدیده‌ای را برای درک معنا و منظور متکلم ایجاد خواهد کرد. در حجیت خبر واحد، تفکیک معناشناسی از کاربردشناسی به این معنا که مهم نباشد گوینده کلام که باشد یا بررسی گوینده کلام جدا از متن خبر، سبب از اعتبار ساقط شدن این اخبار می‌شود.

از مشکلاتی که در مطالعه معنا در مقابل متخصص قرار دارد، تمایز میان معناشناسی و کاربردشناسی است؛ زیرا در هر دوی این شاخه‌های زبان‌شناسی، مسئله معنا و انتقال آن از طریق زبان مطرح است. به نظر می‌رسد برای نخستین بار چالز موریس^۱ و پس از او رودلف کارناب^۲ به وجود دانشی به نام کاربردشناسی قائل شده باشند. به اعتقاد معناشناسانی مثل کارناب، کاربردشناسی مطالعه معنا باتوجه‌به گوینده و شنونده است و معناشناسی، مطالعه معنای مستقل از گوینده و شنونده به حساب می‌آید. در سنت مطالعات معناشناختی، امتیاز قائل شدن تمایز میان این دو، به معنای آن است که معناشناس صرفاً به مطالعه

1. Morice

2. Carnap

معنای درون‌زبانی می‌پردازد و بررسی رابطه دوسویه میان دانش درون‌زبانی و دانش برون‌زبانی^۱ را به کاربردشناس محول می‌کند. تمایز میان معناشناسی و کاربردشناسی تأییدشده تمامی معناشناسان نیست. برخی معناشناسان از جمله لیکاف^۲ و لنگاکر^۳ این نوع مرزبندی‌ها را مخل مطالعه جامع معنا می‌دانند و معتقدند که حذف بافت غیرزبانی، نوعی ساده‌اندیشی در مطالعه معنا است. فضاهای ذهنی، یکی از ساخت‌های مفهومی بنیادین در آرای معناشناسان شناختی^۴ است که توسط فوکونیه بحث و بررسی شده است. وی، ساخت‌های بنیادین فضاهای ذهنی را با این هدف معرفی کرده است که معلوم کند اهل زبان از طریق اسامی، وصف‌های معرف و ضمائر، چگونه به مصداقی در جهان خارج ارجاع می‌دهند. به اعتقاد فوکونیه، مطالعه معنای زبان، در اصل چیزی جز مطالعه روشی نیست که زبان برای بیان ناقص مجموعه‌ای از روال‌های شناختی پیچیده فراهم می‌آورد. بر اساس این گفته فوکونیه، معنا در خود زبان نیست، بلکه زبان چیزی شبیه به نوعی دستورالعمل برای ساخت و شکل‌بخشی به معنا است. از آنچه فوکونیه درباره مطالعه معنا مدنظر دارد می‌توان به دو نکته عمده پی برد؛ نخست اینکه در مطالعات معناشناسان شناختی، همان گونه که گفته شد، جداکردن معنی‌شناسی از کاربردشناسی بی‌معنا است و افزون بر این، مطالعه معنی بدون توجه به دلالت مصداقی، نمی‌تواند راهگشا باشد (صفوی، درآمدی بر معناشناسی، ۴۰ تا ۴۳ و ۳۷۹). براین تحلیل مزبور این است که در مقدمه نخست، صدور کلام از کاربران ویژه یعنی پیامبر و ائمه (ص) و انتقال آن به وسیله راویان معتبر مراد و مقصود بوده است و به همین دلیل دیگر معنی‌شناسی، صرفاً واکاوی صحت و سقم روابط موجود بین الفاظ اخبار آحاد و امور خارج، منهای کاربران (انسان‌های معصوم) تعریف نمی‌شود. لذا در تحلیل مقدمه اول رابطه میان کلام و استعمال‌کننده آن در حجیت خبر واحد مدنظر قرار دارد و اگر شخصی به غیر از معصوم یا به بیان دقیق‌تر فردی به نقل از غیر معصومان (ع) قول،

۱. فرض کنید کسی از ما بپرسد که گالش چیست؟ برای پاسخ‌دادن به این پرسش دو امکان پیش روی ما قرار دارد: یکی استفاده از زبان و دیگری اشاره به چیزی در جهان خارج از زبان. اگر به کمک واژه‌هایی معنی گالش را برای او توضیح دهیم و مثلاً بگوییم که گالش چکمه لاستیکی ای است که آب به درون آن نفوذ نمی‌کند، این توضیح را دانش درون‌زبانی گویند. اما اگر یک چکمه پلاستیکی را به او نشان دهیم و بگوییم گالش یعنی همان شیء خارجی. این روش، دانش برون‌زبانی یا دلالت برون‌زبانی است (صفوی، آشنایی با معناشناسی، ۲۶ تا ۲۵).

2. Lakoff

3. Langacker

۴. نگرش‌های مسلط در زبان‌شناسی امروز عبارت‌اند از: زبان‌شناسی صورت‌گرا، زبان‌شناسی نقش‌گرا و زبان‌شناسی شناختی. در دستور شناختی، زبان به عنوان نظامی ذهنی و شناختی در نظر گرفته می‌شود و بنابراین مسئله استقلال زبان از دیگر قوای شناختی مطرح نیست و درک جامع نظام زبان بدون درک و شناخت کامل نظام شناختی میسر نیست. استقلال حوزه‌های زبان نیز مردود است و منظور از معنی‌شناسی نیز معنای تحت‌لفظی یا زبان‌شناختی که اصطلاحاً به معنی فرهنگ‌وار، معروف است و نیز قائل‌بودن به مشخصه‌های معنایی، نیست؛ بلکه تحت‌لفظی و غیر تحت‌لفظی، مجازی، استعاری و متکی بر بافت که اصطلاحاً معنی دانه‌المعارف‌وار نامیده می‌شود. به عبارتی دیگر، در اینجا تفکیک و تمایزی بین معناشناسی و کاربردشناسی زبان مطرح نیست (دبیر مقدم، صص ۶۵ تا ۶۶).

فعل یا تقریری را بیان کند یا انتقال دهد، از دایره مقدمه نخست خارج می‌شود. به تعبیر متخصصان علوم حدیث، اخبار جعلی و راویان غیرمعتبر با استفاده از مقدمه عنوان شده از حوزه بحث حجیت اخبار آحاد باید خارج شوند.

۲.۲. مقدمه دوم

«کون صدوره لیان حکم الله، لا علی وجه آخر، من التقیه أو غیرها.» پس از اثبات صدور کلام از معصوم (ع) در گام دوم باید ثابت کرد که صدور کلام از معصوم برای بیان حکم خدا باشد، نه به گونه‌ای دیگر؛ مثلاً از روی تقیه یا امتحان یا غیر آن (عباسی، ۴۰۴/۱). در مقدمه نخست، اخبار جعلی از دایره شمول مقدمات حجیت اخبار آحاد خارج شد. در این مقدمه یک گام جلوتر آمده و با اضافه کردن آن به مقدمه اول، شمول اخباری واحد که در مقام تقیه صادر شده‌اند، از حوزه این اخبار خارج می‌شوند. این نکته که تقیه برای حفظ جان اصحاب و شیعیان بوده است، در بسیاری از روایات آمده است؛ از جمله این روایت: «عن زراره عن أبي جعفر (ع) قال: سألتُهُ عن مسئلَةٍ فأجابني. قال: ثم جاء رجلٌ فسأله عنها فأجابهُ بخلافٍ ما أجباني وأجاب صاحبي. فلما خَرَجَ الرجلان، قلتُ: يا ابن رسول الله! رجلان من أهل العراق من شيعتك، قديما يسألان، فأجبت كل واحدٍ منهما بغير ما أجبْتُ به الآخر؟ قال: فقال: يا زراره! إن هذا خيرٌ لنا وأبقى لنا ولكم. ولو اجتمعتم على أمرٍ واحدٍ، لقدكم الناس. و لكان أقلَّ لبقائنا و بقائكم.» زراره می‌گوید: از حضرت باقر (ع) از مسئله‌ای سؤال کردم، آن حضرت پاسخ مرا داد. آنگاه مرد دیگری آمد. پس امام (ع) جواب او را به خلاف آنچه به من پاسخ داده بود داد. وقتی که آن دو مرد از خانه خارج شدند، گفتم: یابن رسول الله! دو مرد از اهل عراق بر شما وارد شدند و از شما سؤال کردند و هریک را پاسخی دادی غیر از پاسخی که به دیگری دادی. امام (ع) فرمودند: ای زراره! این اختلاف بهتر است برای شما و موجب بقای ما و شماست و اگر اجتماع کردید بر یک امر، هر آینه مردم شما را قصد می‌کردند و موجب نابودی ما و شما می‌شد» (ربانی، ۱۶۱). بنابراین منظور از در مقام بیان بودن اینکه گوینده قصد اجمال، اجمال یا ابهام نداشته است. روایات تقیه‌آمیز هم اجمال و ابهام دارند. مقصود در اینجا ابهام و اجمالی است که به وسیله قرائن، تنها مقام بیان بودن را منصرف می‌شوند؛ نه ابهام و اجمالی منظور باشد که بعد از تشخیص در مقام بیان بودن متکلم همچنان وجود داشته و توسط به کارگیری انواع قرائن یا بافت‌هایی که در خود متن این اخبار برای فهم معنا از آن‌ها بهره گرفته می‌شود. در مقام بیان، متکلم کلام را می‌گوید تا شنونده مقصود او را بداند و به مقصود شارع جامعه عمل پوشاند. اجمال‌گویی یا ابهام‌گویی در جایی است که مصلحت (تقیه در حفظ جان، مال یا عرض) در سربسته گفتن کلام باشد، اما اجمال‌گویی در جایی است که مصلحت نه در بی‌پرده سخن گفتن باشد و نه در سربسته سخن گفتن. در صورت مجمل یا مهمل بودن کلام شارع، نمی‌توان به

اطلاق کلام او دست پیدا کرد. پس در مقام اجمال یا ابهام و مقام اجمال نمی‌توان از بیان مولا استفاده‌ای برد. اجمال و اجمال در مراد استعمالی مطرح است، نه در مراد جدی متکلم و هر دو در این مشترک هستند که مولا در مقام بیان مراد استعمالی نیست. در اجمال یا همان ابهام، غرض مولا به این تعلق گرفته است که حکم به صورت پوشیده گفته شود. اما در اجمال، یعنی عدم تعلق غرض نه به بیان تمام مراد است و نه به بیان به‌صورت اجمال و ابهام.

مقام بیان حکم‌الله به دو صورت متصور است: اول اینکه، متکلم اصل حکم را تشریح کرده و قصد تبیین ویژگی‌ها را ندارد؛ در این خصوص اصطلاحاً نمی‌توان به اطلاق کلام شارع متمسک شد و راجع به خصوصیات به اطلاق کلام او، چه در آیات و چه در حجیت اخبار آحاد استفاده‌ای برد. مثلاً در خبر واحدی آمده است که: «عن عبدالله ابن ابی یعفور عن ابی عبد‌الله (ع) قال: إن الله لم يخلق خلقاً أنجس من الكلب»؛ عبدالله ابن ابی یعفور از امام صادق (ع) نقل می‌کند: همانا خداوند نیافرید خلقی را که نجس‌تر از سگ باشد (حرعاملی، ۱/۲۲۷). در این خبر، امام صادق (ع) صرفاً در مقام تبیین نجاست سگ‌هاست و از اطلاق آن در نجاست، نمی‌توان به عدم جواز خریدوفروش همه انواع سگ‌ها و نجاسات، استفاده‌ای کرد.

دوم اینکه، گوینده در مقام بیان خصوصیات و اجزای یک تکلیف باشد؛ در این مقام، شارع یا قانون‌گذار برای اینکه مکلفان بتوانند به احکام یا قوانین عمل کنند درصدد تبیین جزئیات احکام قرار دارد؛ مثلاً خبر واحدی در مقام بیان شرایط خریدوفروش نجاسات وارد شده و با داشتن اطلاقاتی بدون اشاره به موردی خاص به ما رسیده باشد. روایات دعائم الإسلام و نبوی مشهور در مکاسب محرمة از این دسته‌اند. چنان‌که گفته شده است: «عن الصادق (ع): إن الحلال من التیوع کل ما کان حلالاً من المأكول و المشروب و غیر ذلک مما هو قوام للناس و یباح لهم الإنتفاع، و ما کان محرماً أصله منهياً عنه لم یجز بیعه و لا شراؤه». یا نبوی مشهور که فرموده‌اند: «إن الله إذا حرم شیئاً حرم ثمنه» (انصاری، المکاسب، ۱/۳)؛ از امام صادق (ع) روایت شده است که فرموده: بیع‌های حلال عبارت‌اند از: خریدوفروش خوردنی‌ها و نوشیدنی‌های حلال و غیر این‌ها از اموری که قوام مردم به آن است و انتفاع از آن برای ایشان مباح شمرده شده و آنچه از اصل حرام است، مورد نهی واقع شده، خریدوفروشش جایز نیست. در حدیث نبوی مشهور آمده است: هرگاه خداوند چیزی را حرام کرده باشد، ثمن آن نیز حرام است.

در این حالت می‌توان به اطلاق کلام شارع متمسک شد. حال باید پرسید منظور از بیان حکم‌الله در بیان شیخ کدام یک است؟ آیا هر دو صورت را شامل است؟ یا صرفاً یکی از آن دو حالت؟ اصولیان منظور از بیان حکم‌الله در مقدم دوم را صرفاً صورت بیان خصوصیات و اجزا می‌دانند. به نظر می‌رسد از منظر کاربردشناسی نیز، در حوزه زبان باتوجه به اصل همکاری گرایس، همین نظر تأیید شود.

تطبیق مقام بیان با اصل همکاری گرایس در کاربردشناسی: مقدمه دوم شیخ انصاری را می‌توان با روش و اصل همکاری در ایجاد ارتباط در کاربردشناسی یکسان دانست. معمولاً به‌هنگام تحلیل کلام، به ملاک‌هایی توجه می‌شود که شکل آرمانی ارتباط کلامی میان گوینده و شنونده را معلوم می‌کند. این ملاک‌ها برای نخستین بار از سوی هربرت پاول گرایس^۱ تحت نام اندرزه‌ای همکاری^۲ معرفی شده‌اند. به باور او، ارتباط کلامی سالم و کامل، مبتنی بر چهار شرط اصلی است که تخطی از هریک می‌تواند وضعیت ارتباط سالم و کامل را مخدوش یا نشان‌دار سازد: ۱. اندرزه‌ای کمیت: ۳ گفته‌های ما باید در حد انتظار باشند و نه کمتر. مثلاً در خبری آمده که: ثمن الکل سحت. این خبر خیلی کلی است و به وجود استثنائات آن اشاره‌ای ندارد. گفته‌های ما نباید اطلاعاتی بیش از حد مدنظر به دست دهند؛ و منها: مفهوم روایة عبدالرحمن بن ابی‌عبدالله، عن ابی‌عبدالله (ع) قال: ثمن الکل الذی لایصید سحت، و لا بأس بثمان الهرة (آیتی، ۲۴/۱)؛ ثمن و قیمت سگی که شکاری نیست حرام است و ثمن گربه اشکال ندارد. در اینجا بیع نجاسات مراد و منظور است، پس سخن از ثمن الهرة یعنی گربه به قول فقهی، ارشادی است؛ ب. اندرزه‌ای کیفیت: ۴ گفته‌های ما باید صادق (و نه دروغ) باشند یا دست‌کم خودمان به صدقشان باور داشته باشیم. گفته‌های ما باید مستند باشند (خبر واحد ما جعلی نباشد)؛ ج. اندرز ربط: ۵ گفته‌های ما باید مرتبط با موضوع گفت‌وگو (بیان حکم‌الله با اجزا و شرایط آن) باشند؛ د. اندرزه‌ای شیوه بیان: ۶ گفته‌های ما باید نظم و ترتیب داشته باشند. گفته‌های ما باید درک‌شدنی باشند. گفته‌های ما نباید مبهم باشند (از باب تقیه نباشد) (صفوی، آشنائی با زبان‌شناسی، ۳۰۱ تا ۳۰۲؛ Grice 1989 26-30). در یک مقایسه به نظر می‌رسد منظور از حکیم‌بودن شارع همان است که گرایس در زبان‌شناسی تحت‌عنوان اصول همکاری مطرح کرده است. از دیدگاه گرایس هر نوع ارتباط (گفتاری و نوشتاری) نیاز به مشارکت و همکاری بین گوینده و شنونده یا نویسنده و خواننده دارد. به عبارت دیگر طرفین گفت‌وگو، در همکاری دائمی با یکدیگر قرار دارند و در صورت تخطی از همکاری، ارتباط دچار خدشه و انقطاع می‌شود، در نتیجه فهم آن نیاز به توضیح و تفسیر دارد. گرایس، ارتباط سالم، کامل و فهمیدنی را مبتنی بر راهبردهای چهارگانه می‌داند؛ کمیت (گوینده و نویسنده بایستی به اندازه نیاز و نه کمتر یا بیشتر، اطلاعات بدهد)، کیفیت (سخنان طرفین

1. H.P. Grice (1913-1988)

2. Cooperative principles

3. maxims of quantity

4. maxims of quality

5. maxims of relevance

6. maxim of manner

بایستی بر اساس واقعیت و راستی باشد و طرفین بر اساس مدارک مستند اقدام به گفت‌وگو کنند)، ربط (طرفین، مرتبط با موضوع صحبت کنند) و شیوه یا روش (سخنان بایستی واضح، درک‌شدنی و مختصر و عبارات، پیوستگی و نظم داشته باشند). آنچه شهید صدر درباره ویژگی ابهام‌نداشتن و غلط‌اندازی سخن حکیم می‌گوید، چیزی است که در راهبرد کیفیت مدنظر گرایس است (امیری، ۱۹).

۳.۲. مقدمه سوم

«ثبوت دلالت علی الحکم المدعی». در گام سوم و پس از اثبات دو مقدمه اول، باید ثابت شود که این خبر بر حکم ادعا شده ما دلالت می‌کند یا خیر؟ خود مقدمه سوم نیز متوقف بر اثبات دو مقدمه است:

اولاً: علی تعیین اوضاع الفاظ الروایة: بحث صغروی؛ آیا فلان لفظ، ظهور در فلان معنا دارد یا نه؟ فلان کلمه در این حدیث بر فلان معنا وضع شده یا خیر؟ (محمدی خراسانی، ۱۰/۲).

اصالة الظهور، قول لغوی و وضع، سه بحث از مباحث الفاظ در اصول فقه است که از آن‌ها به‌وفور در کتب اصولی سخن گفته شده است، اما چون بحث ما شناسایی و معرفی مختصر تحلیل‌های معناشناختی و کاربردشناختی این قضایا است، صرفاً به همان‌ها پرداخته می‌شود. به بیان دیگر، تا لغتی وضع نشده باشد و این وضع در معاجم، توسط لغت‌شناس و به‌اصلاح امروزی مورد تأیید کارشناسان لغت قرار نگرفته باشد و در گام نهایی و سوم ما، ظهور یا نمودی در معنایی نداشته باشد، نمی‌تواند برای فهم صحیح و دقیق اخبار آحاد استفاده شود. به این مراحل سه‌گانه، اصولیان شاخصی همچون شهید صدر به‌دقت توجه کرده و طی مباحثی به تجزیه و تحلیل آن‌ها پرداخته است. استدلال از دلیل لفظی (مثل خبر واحد) بر حکم شرعی، با ساختار عمومی نحوه دلالت زبان ارتباط دارد. در هر زبان (به‌دلیل وضع) مجموعه‌ای از الفاظ با مجموعه‌ای از معانی، ارتباط دارند (جباری، ۸۶). شهید صدر در این حوزه، نظریه قرن اکید را مطرح کرده است و می‌فرماید: اعتبار واضع، راهی برای ایجاد قرن اکید است و حقیقت وضع که باعث حصول دلالت است، مقارنت مخصوص و محکمی میان تصور لفظ و تصور معناست تا اینکه وجود یکی (لفظ)، دیگری (معنا) را در ذهن انسان برانگیزد (نک: صدر، ۸۱/۱). دلیل لفظی همان کلامی است که از معصوم صادر می‌شود و آن کلام از کلمات و جملات تشکیل می‌شود. فهم حکم شرعی از دلیل لفظی منوط است به آگاهی به رابطه زبانی که میان الفاظ دلیل و معانی در زبان عرب وجود دارد و نیز در هنگام وجود معانی متعدد، شناخت آن معنا که قوی‌ترین رابطه با لفظ را دارد. این کار به آن سبب است تا بتوانیم ظهور لفظی دلیل را مشخص کنیم. وقتی ظهور لفظی دلیل مشخص شد، نوبت آن است که از حجیت ظهور و اینکه می‌توان آن حجیت را به‌عنوان پایه‌ای برای تفسیر دلیل لفظی و فهم حکم شرعی از آن تلقی کرد، بحث کنیم (همان، ۹۸). به تناسب تقدم وضع و قول لغوی بر اصالة الظهور ابتدا مبحث وضع و قول لغوی بررسی می‌شود.

ثانیاً: علی تعیین المراد منها، و أنّ المراد مقتضی وضعها او غیره: بحث کبروی؛ یعنی پس از اثبات اصالة الظهور و الوضع، باید ثابت کنیم که آیا معصوم (ع) هم همین ظاهر را اراده کرده است یا توسط قرآنی این ظاهر مراد نیست؟ (محمّدی خراسانی، ۱۰/۲). تحلیل زبان‌شناختی اصالة الظهور در بخش قبلی گذشت. بحث از وجود قرینه در معناشناسی و کاربردشناسی با عناوین بافت^۱ معرفی شده‌اند. به مناسبت بحث، در مقدمه پایانی به این موضوع به تفصیل پرداخته می‌شود. یکی از ابزارهای رایج و مهم در تفسیر و تحلیل متن بافت است. عمدتاً بافت به محیط یا شرایطی اطلاق می‌شود که زبان در آن استفاده می‌شود. نقش بافت (وجود یا فقدان قرائن به تعبیر اصولی) آن قدر مهم است که بسیاری از تحلیلگران کلام معتقدند معنای واژگان (و جملات) در بافت معلوم می‌شود (عزیزی و مؤمنی، ۲۴۵). زبان‌شناسان و دانشمندان علم اصول در جهان اسلام، قرن‌ها قبل از اینکه زبان‌شناسان غرب نظریه بافت را پیش بکشند، از این مطلب آگاهی داشته و به آن توجه کرده‌اند. شأن نزول آیات و سوره‌های قرآن که از سوی مفسران و دانشمندان اصول مطرح شده است در زمره بافت غیرزبانی متن قرار می‌گیرد. شأن نزول درحقیقت همان شرایط و احوالی است که با متن قرآن کریم همراه و با آگاهی از آن فهم آیات قرآن آسان‌تر می‌شود، ضمن اینکه مکی یا مدنی بودن سوره‌ها و ترتیب زمانی نزول آیات را نیز آشکار می‌سازد (مزبان، ۶۲). تبعاً یکی از منابع لازم در شرح روایات هم (مانند اخبار واحد) توجه به تاریخ، برای دستیابی به سبب و فضای صدور روایات است. آشنایی با این دو امر یکی از راه‌های پی‌بردن به مقصود معصومان (معناشناسی) است. فیض کاشانی در وافی هم از سبب صدور و هم از فضای صدور آن‌ها استفاده کرده است. مقصود از سبب صدور حادثه خاصی است که اتفاق افتاده و به دنبال آن حدیثی از معصوم صادر شده است یا سؤالی است که راوی یا دیگری از معصوم کرده و حضرت به آن پاسخ داده است، ولی مراد از فضای صدور، شرایط خاص اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و... موجود در عصر صدور روایات است (میرجلیلی، ۲۷۰). به نظر شهید صدر، موضوع حجیت ظهور، موضوعی در زمان صدور کلام و نص است نه زمان رسیدن خبر؛ زیرا اصالة ظهور امری تعبدی نیست، بلکه اصلی عقلایی مبنی بر ظاهر حال متکلم در کشف از مراد است (صدر، ۲۹۳/۴).

۳. بافت و مؤلفه‌های آن در خبر واحد

همان طور که گفته شد بافت به شرایطی گفته می‌شود که زبان در آن شرایط به کار گرفته می‌شود. اینکه خبر واحد در چه شرایط و موقعیتی عرضه شده است نیز به‌طور مسلّم در برداشت‌های معانی از آن مؤثر

خواهد بود. برخی زبان‌شناسان در زمینه بافت می‌گویند: «تحلیلگران با تکیه بر بخش‌های معنا که حاصل دانش دنیای فیزیکی و اجتماعی، عوامل روانی اجتماعی است و همچنین دانش در مورد زمان و مکانی که واژگان در آن تولید شده‌اند، متون مختلف را تفسیر می‌کنند.» باید اضافه کرد که بافت‌ها یا همان قرائن، مؤلفه‌های گوناگون دارند که عبارت‌اند از:

برای تطبیق و فهم دقیق مسئله مؤلفه‌های بافتی، خبری از اخبار در مکاسب محرره آورده و مؤلفه‌های گوناگون بافتی آن تحلیل می‌شود:

روایه الصیقل، قال: «کتبوا إلى الرجل: جعلنا الله فداك، إِنَّا نَعْمَلُ السَّيُوفَ، و ليست لنا معيشة ولا تجارة غيرها، و نحن مضطرون إلى ها، إِنَّمَا غَلَاظُهَا من جلود الميته من البغال و الحمير الأهلية، لايجوز في اعمالنا غيرها، فيحل لنا عملها شراؤها و بيعها و مسها بأيدينا ثيابنا و نحن نُصلي، في ثيابنا؟ فكتب(ع): اجعلوا ثوباً في الصلاة (انصاری، المكاسب، ۱/ ۳۲)؛ در این روایت آمده جماعتی به امام نامه نوشتند که خداوند ما را فدای شما قرار دهد، ما مردمی هستیم که شمشیر می‌سازیم و کسب معیشت غیر از این کار نداریم و ناچار از انجام آن هستیم، ولی غلاف و نیام این شمشیرها از پوست میته قاطر و الاغ اهلی است، استفاده از غیر این‌ها امکان ندارد. آیا ساخت، خرید و فروش و تماس دست و لباس ما با این پوست‌ها حلال است، با لباس‌هایمان (لباس کار) نماز می‌خوانیم. امام(ع) در جواب نوشت: برای نماز یک دست لباس جداگانه داشته باشید.

۱. تولیدکننده متن^۱ (عمدتاً گوینده یا نویسنده): در این روایت امام معصوم(ع) تبیین‌کننده قول خدا و پیغمبر(ص) یعنی شارع مقدس است.

۲. مخاطب متن^۲ (عمدتاً شنونده یا خواننده): مخاطب این متن مردی است که با دیگر افراد آن شهر، شغلشان شمشیرسازی است. البته اگر علتی ثابت شود، آن علت، تعمیم و تخصیص می‌یابد؛ یعنی شامل همه مکلفان، چه مشافهان، چه عالم و چه جاهل به حکم، تا روز قیامت می‌شود.

۳. شنونده^۳ (فردی ممکن است به طور اتفاقی درگیر مکالمه شود): فردی در نزد امام(ع) حضور داشته یا از کنار ایشان عبور می‌کرده است و سخنان ایشان را شنیده باشد.

۴. موضوع^۴ (شرکت‌کنندگان درگیر چه موضوعی هستند): حلیت خرید و فروش غلاف شمشیری که از

1. addressor

2. addressee

3. audience

4. topic

پوست مردار تهیه شده است، موضوع این خبر در نظر گرفته می‌شود.

۵. مکان و زمان^۱ (رویداد ارتباطی در چه زمان و مکانی رخ می‌دهد): مکان به آن محلی اشاره دارد که امام آن سخن را فرموده است؛ یعنی بازار یا مجلس درس یا مجالس حضور حکام و... مسئله زمان هم به عصر خلفای اموی یا عباسی می‌تواند اشاره داشته باشد که هر کدام می‌تواند در برداشت و فهم معانی تقیه‌ای یا غیر آن، تأثیرگذار باشد.

۶. کانال ارتباطی^۲ (چگونه یک ارتباط بین شرکت‌کنندگان حفظ می‌شود): به‌طورمثال از طریق نوشتار این قول امام (یا فعل یا تقریر آنان) به ما انتقال یافته است. بررسی بافت در خبر واحد با محدودیتی مواجه است و آن اینکه اخبار به‌وسیله نوشتار به ما منتقل شده‌اند.

۷. کُد^۳ (چه زبان، گویش یا سبک زبانی استفاده می‌شود): زبان عربی؛ مثلاً گویش‌های اهل حجاز یا مدینه، کد این خبر محسوب می‌شود.

۸. صورت پیام^۴ (چه صورتی از پیام مدنظر است؛ برای مثال گفت‌وگو، مناظره، خطابه و...): مثلاً همین خبر با عبارت کتبوا حکایت از نامه‌نگاری بین مردی شمشیرساز و امام (ع) دارد.

۹. رویداد^۵ (ماهیت یک رویداد ارتباطی که در آن یک موضوع درج شده است): این کلام امام (ع) در شرایطی صادر شده است که عده‌ای از مردان یک شهر، شغل شمشیرسازی داشته و با پوست استران مردار، غلافی برای شمشیرها تهیه و سپس اقدام به فروش آن می‌کرده‌اند. ماهیت این رویداد، خرید و فروش غلاف شمشیرهایی است که از مردار تهیه شده است.

۱۰. کلید^۶ (شامل ارزیابی است؛ به‌طورمثال آیا خطابه خوب بوده و تأثیربرانگیز): آیا این کلام امام (ع) در فرض پاسخ‌گویی به شخص سؤال‌کننده، توانسته است احتیاج پرسشگر را برطرف سازد یا نیازمند توضیح بیشتر از سوی امام (ع) بوده است. ظاهراً راجع به عبارت پایانی «اجعلوا ثوباً فی الصلوة» و حمل آن بر جواز بیع این اشیا، اختلاف وجود دارد. همان‌طور که در بخش زمان و مکان گفته شد برخی آن را حمل بر تقیه کرده‌اند.

1.setting

2.channel

3.cod

4.message-form

5.event

6.key

۱۱. هدف^۱ (بنا بر نیت شرکت‌کنندگان چه نتایجی از یک رویداد ارتباطی حاصل شود): حکم حلیت خرید و فروش این غلاف‌ها از جواب امام برداشت می‌شود. اما با توجه به عبارت پایانی، صحت نماز منوط به تعویض لباس هاست. فَكَتَبَ (ع): اجعلوا ثوباً فی الصلاة.

۱۲. بافت موقعیتی^۲: دانش گویندگان راجع به چیزی که اطراف خود می‌بینند. بافت موقعیتی که همان حضور بلافصل و فیزیکی است (و در زمان غیبت ممکن نیست)؛ یعنی موقعیتی است که در آن تعامل در زمان گفت‌وگو رخ داده است. این عبارات نگارنده نامه؛ یعنی «لیست لنا معیشه و لا تجارة غیرها، و نحن مضطرون الیها، إنما غلافها من جلود المیتة من البغال و الحمیر الأهلیه، لایجوز فی اعمالنا غیرها، فیحل لنا عملها شراؤها و بیعها و مسها بأبدینا ثیابنا و نحن نُصلی، فی ثیابنا؟» حکایت از دانش فرد سؤال‌کننده از اطراف خویش دارد.

۱۳. بافت دانش زمینه‌ای^۳: دانش گویندگان درباره یکدیگر و جهان است. بافت دانش زمینه‌ای که خود به دو دسته دانش فرهنگی؛ یعنی دانشی که بیشتر مردم راجع به حوزه زندگی دارند و دانش بین فردی تقسیم می‌شود. دانش بین فردی به دانش خصوصی بین گویندگان کلام گفته می‌شود. امام با فردی عامی در حال گفت‌وگو بوده است یا با یکی از شاگردان برجسته‌شان که عبارات این خبر، حکایت از مکاتبه با مردی عامی دارد.

۱۴. بافت هم‌متنی^۴: دانش گویندگان درباره چیزی که می‌گویند. این نوع بافت را همان انسجام‌های متنی (دستوری و واژگانی) معرفی می‌کنند که در تحلیل و درک متن به ما کمک می‌کند (عزیزی و مؤمنی، ۱۳۹۷: ۲۴۵). اما مهمترین بافتی که در زمینه اخبار آحاد کارکرد و کاربرد داشته است، بافت هم‌متنی است؛ چراکه این اخبار به وسیله متن یا نوشته و توسط راویان مختلف به ما رسیده است. اجعلوا ثوباً فی الصلوة... . آیا این پاسخ امام به صورت تلویحی حاکی از جواز بیع غلاف شمشیر امام نزد مرد پرسشگر است یا خیر؟ در این خبر، بافت هم‌متنی به وسیله نوشتار و مکاتبه بین مرد شمشیرساز و امام صورت گرفته است.

۴. برداشت‌های قطعی و بافتی در اخبار العذره

یکی از مباحثی که در مکاسب محرمة شیخ انصاری مطرح شده و نظرات مختلفی پیرامون آن شکل گرفته است، حکم بیع العذره است. به تناسب بحث و در تَمَمَّه مباحث، تحلیل‌های وارد شده توسط فقها به

1. purpose

2. situational context

3. background knowledge context

4. co-textual context

عنوان زبان‌شناسان برجسته متون روایی و فقهی در فهم معنای اخبار متعارض (خبر واحد)، نقد و بررسی می‌شود.

«يُحْرَمُ بَيْعُ الْعَذْرَةِ النَّجِسَةِ مِنْ كُلِّ حَيَوَانٍ عَلَى الْمَشْهُورِ، كَمَا عَنِ الْخِلَافِ: - الإجماع على تحريم بيع السرجين النجس، يدل عليه روايه يعقوب بن شُعَيْب: ثَمَنُ الْعَذْرَةِ مِنَ السُّحْتِ. نعم، في روايه مُحَمَّدِ بْنِ الْمُضَارِبِ: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْعَذْرَةِ وَجَمْعُ الشَّيْخِ بَيْنَهُمَا بِحَمَلِ أَوَّلِ عَلَى عَذْرَةِ الْإِنْسَانِ وَالثَّانِي عَلَى عَذْرَةِ الْبَهَائِمِ. وَلَعَلَّهُ لِأَنَّ الْأَوَّلَ نَصٌّ فِي عَذْرَةِ الْإِنْسَانِ، ظَاهِرٌ فِي غَيْرِهَا، بَعْكَسٍ. الْخَبَرُ الثَّانِي فَيَطْرُقُ ظَاهِرٌ كُلِّ مِنْهُمَا بِنَصِّ الْآخِرِ (انصاری، المكاسب، ۱/۲۳ تا ۲۴)؛ خرید و فروش عذرة انسان، از هر حیوانی که باشد، بنا بر نظر مشهور حرام است، بلکه همان گونه که از کتاب خلاف نقل شده است، بر حرمت بیع سرگین نجس اجماع است. بر این حرمت، روایت یعقوب بن شعيب دلالت دارد که در آن امام فرمود: ثمنی که در مقابل عذره گرفته می‌شود، حرام است. بله در روایت محمد بن المضارب آمده که امام فرمودند: خرید و فروش عذره اشکالی ندارد. شیخ طوسی بین دو روایت جمع کرده است به این صورت که روایت اول بر عذرة انسان و دومی بر عذرة حیوانات حمل می‌شود. شاید علت این باشد که روایت اول، نص در عذره انسان است و ظاهر در عذرة غیرانسان برعکس روایت دوم. پس از ظاهر هر دو روایت دست برداشته و آن را به دلیل نص دیگری رها می‌کنیم.

برداشت‌های قطعی: نص در مقابل ظاهر، مساوی است با همان برداشت قطعی در مقابل برداشت‌های غیرقطعی هر چند با احتمال قوی؛ چراکه نص، قطعی و یقینی و به اصطلاح صد در صدی است، اما ظاهر از پنجاه درصد به بالا تا نود و نه درصد است، لذا گمان آور و ظنی محسوب می‌شود. در تقابل این دو برداشت، برداشت قطعی مقدم می‌شود. روایت یعقوب بن شعيب، نص در حرمت بیع عذرة انسان و ظاهر در حرمت بیع عذرة حیوان است و روایت محمد بن مضارب نص در جواز بیع عذرة حیوان و ظاهر در جواز بیع عذرة انسان است. با تقدم هریک از نصوص در مقابل طرح ظاهر روایت مخالف، جمع تبرعی شیخ طوسی شکل می‌گیرد.

بافت: صدور دو روایت از دو نفر، یکی از یعقوب بن شعيب و دیگری از محمد بن مضارب درباره یک بیع؛ یعنی العذره، نشان از وجود بافت‌های متنی متعارض و متباین دارد. لذا جستجو برای مرجحات (چه مرجحات سندیه؛ مثل عدالت، وثاقت و...، چه مرجحات خارجیه؛ مانند موافق کتاب، مخالف عامه و...) را طلب می‌کند، تا بدین وسیله یکی از بافت‌های متنی بر دیگری مقدم شود.

روایت سماعه این گونه جمع را نزدیک به ذهن می‌گرداند. سماعه می‌گوید: مردی از امام صادق (ع) از بیع عذره پرسید. آن مرد گفت: من عذره می‌فروشم، نظر شما چیست؟ حضرت فرمود: فروش و ثمن آن

حرام است، سپس فرمود: بیع عذر اشکالی ندارد. همین جمع امام (ع) بین دو حکم در یک کلام و برای یک مخاطب، دلالت دارد بر اینکه تعارض دو روایت امام هم فقط از نظر دلالت است، پس دلیلی برای رجوع به مرجحات سندی یا خارج نیست. بنا بر آنچه که گفتیم تعارض این دو روایت تعارض بر حسب دلالت است و رفع می‌شود؛ ایرادی که وارد شده و آن این است که اگر دو خبر با هم تنافی کلی بین (لابأس و سحت) داشته باشند، رجوع به مرجحات خارجی و سپس تخییر یا توقف راهکار است، نه اینکه دست از ظهور برداریم. به همین سبب، کسی که این ایراد را بیان کرده در تعارض بین امر و نهی، بر کسی که امر را بر اباحه و نهی را بر کراهت حمل و بین آن‌ها جمع کرده، اشکال کرده است. سبزواری احتمال داده است که خبر منع، محمول بر کراهت باشد، ولی این حرف به اندازه‌ای بعید است که بر کسی پوشیده نیست. از حمل سبزواری بعیدتر، حمل نقل شده از مجلسی است که عبارت است از اینکه خبر منع را حمل بر بلادی کنیم که در آن‌ها عذر قابل انتفاع نیست و خبر جواز را بر غیر این بلاد حمل می‌کنیم. مانند حمل مجلسی که خیلی بعید است حمل خبر منع بر تقیه است؛ زیرا موافق مذهب اکثر اهل تسنن است. ظاهرترین و بهترین این جمع‌ها، جمعی است که شیخ طوسی فرموده؛ البته اگر منظور شیخ طوسی از حمل، جمع دلالتی بین دو روایت باشد که واژه‌ی عذر را در روایت اول بر عذر انسان و در روایت دوم بر عذر حیوان حمل کرده است؛ چون جمع دلالتی (جمع تبرعی) سزاوارتر از برکنار گذاشتن روایت جواز بیع عذر است. در غیر این صورت روایت جواز از چند جهت، قابلیت تمسک و عمل ندارد. (انصاری، المکاسب، ۲۴/۱ تا ۲۵).

برداشت‌های قطعی: روایت سماعه بیانگر این مطلب است که دو خبر متعارض نبودند. بنابراین نص یا برداشت قطعی در مقابل ظاهر یا برداشت غیرقطعی، مانند مورد اول جریان دارد؛ با این تفاوت که ظهور دو حکم به نفع نصوص آن دو ملغی نمی‌شود. حمل حکم منع بر کراهت یا حکم جواز بر اباحه، به دلیل مخالفت با برداشت‌هایی قطعی، منتفی می‌شوند. به بیان دیگر، برداشت قطعی در اینجا حاوی دو حکم است که یکی نص در حرمت و دیگری نص در جواز است. پس کراهت و اباحه که برداشت‌هایی غیرقطعی‌اند یا با احتمال کمتر از نص‌اند، خودبه‌خود کنار می‌روند. برداشت قطعی تساوی مردم در مقابل حکم خداوند، حمل حکم منع بر شهرهایی که مردم آن از عذر استفاده‌ای نمی‌برند و حکم جواز بر شهرهایی که از آن منتفع‌اند را مردود می‌سازد. احتمال حمل حکم منع بر تقیه با کشف مذهب اکثر عامه، یعنی منع بر بیع عذر که برداشتی اقوی است، کنار گذاشته می‌شود. البته در مواردی که تعارض باشد، امکان جمع عرفی به صورتی وجود دارد؛ مثلاً در مانند (لابأس بیع العذر) و (ثمن العذر سحت) می‌توان گفت: موضوع در هر کدام از دو دلیل تخصیص زده شود، ولی نه به موضوعی که در دیگری است (صدر،

بافت: صدور دو حکم متنافی از یک راوی در یک کلام واحد توسط سماعه از امام معصوم، حاکی از فقدان بافت متنی متعارض و متباین است. به همین دلیل تمسک به مرجحات خارجی و سندیه برای تقدم یکی از آن دو موضوعیت نمی‌یابد. رجوع به مرجحات سندیه، سپس تخییر و توقف هم منتفی می‌شود.

نتیجه‌گیری

مقدمه نخست شیخ انصاری مطابق با پیوند معناشناسی و کاربردشناسی بر اساس نظریه زبان‌شناسانی همچون فوکونیه است که تصور یکی را بدون دیگری بی معنا تلقی کرده است. براینکه آن را می‌توان تحلیل صدور کلام از کاربر ویژه یعنی معصومان(ع) تحلیل کرد. با استناد به همین مقدمه، اخبار جعلی از دایره بحث حجیت اخبار آحاد خارج می‌شوند.

در مقدمه دوم ایشان از تعبیر «لبیان حکم الله» مطابق با اصول همکاری‌گرایی بهره می‌برد. با ضمیمه شدن این مقدمه به مقدمه ابتدایی، نه تنها اخبار مجعول، بلکه اخبار تقیه‌ای نیز به دلیل ابهام و اجمالشان از حوزه بحث این اخبار خارج می‌شوند.

در سومین مقدمه در صغرای قیاس، بحث وضع با نظریه شم یا برنامه‌ریزی زبانی و همچنین مسئله اصالة الظهور با نظریه زبان‌شناسی به نام «لیچ» که برای کشف معنا، تلفیقی از زبان‌شناسی صورت‌گرا و زبان‌شناسی نقش‌گرا را به کار گرفته است، هم‌پوشانی دارد. با الحاق مقدمه سوم که خود به دو بخش تعیین اوضاع الفاظ و ظهور آن‌ها و اراده کردن همین ظواهر توسط معصوم مربوط است، برداشت‌های قطعی از متون روایی تأیید و برداشت‌های غیرقطعی یا مخالف با نصوص و ظواهر در اخبار واحد، رد می‌شوند. افزون بر اینکه اراده کردن این ظاهر منوط به فقدان قرائن یا بافت‌هایی است که به فهم معانی قطعی، خدشه ای وارد نسازند.

وجود قرائن برای رفع ابهام کلام با نظریه بافت در معناشناسی هم‌خوانی و هم‌پوشانی می‌یابد. در تحلیل بافتی خبر واحد، باید بین دو بافت یا قریب تفکیک قائل شد: بافت یا قرائنی که اگر نباشند حجیت خبر واحد زیر سؤال می‌رود؛ مثل تولیدکننده خبر یعنی صدور اخبار از معصومان(ع) و قرائن یا بافت‌هایی که در تحلیل معانی دقیق تأثیرگذار بوده و هستند؛ مثل مخاطب متن خبر، شنونده و... .

در پایان، این نکته را باید در نظر داشت که بافت‌های بیرون‌متنی در خصوص اخبار آحاد، سالبه به انتفای موضوع‌اند؛ چراکه همه این قرائن یا بافت‌ها در عصر غیبت از طریق نوشتار، در کتب و اسناد حدیثی به ما منتقل شده‌اند، لذا همین بافت‌های غیرزبانی یا بیرون‌متنی مذکور نیز از طریق متن به ما واصل شده‌اند.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، قم: نشر حقوق اسلامی، ۱۴۴۰ق.
- آقا گل‌زاده، فردوس، زبان‌شناسی حقوقی (نظری و کاربردی)، تهران: علم، ۱۳۹۱.
- آزاد، علیرضا و دیگران، «مبانی مشترک اصول فقه و هرمنوتیک کلاسیک در فهم متن»، فصلنامه فقه و اصول دانشگاه فردوسی، س ۴۸، ش ۱۰۵، ۱۳۹۵، ۲۸ تا ۹.
- آیتی، محمدرضا، تحریر المکاسب، تهران: سمت، ۱۳۹۵.
- افخمی، علی، «نظریه معنایی اصالت ظهور در اصول فقه شیعه»، مجله علوم قرآنی و ادبیات عرب دانشکده ادبیات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- امیری، میلاد، «زبان‌شناسی در اصول فقه»، فصلنامه حقوقی انجمن علمی بخش حقوق دانشگاه شیراز، س ۲، ش ۳، ۱۳۹۵، ۳۴ تا ۱۸.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، فرائد الاصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۴ق.
- _____، المکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۴ق.
- باقری، مهری، مقدمات زبان‌شناسی، چاپ دهم، تهران: قطره، ۱۳۸۶.
- تیموری نسب، سهیل، «ارتباط هرمنوتیک و اصول فقه با تأکید بر مباحث الفاظ»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز، ۱۳۹۵.
- جباری، مصطفی، ترجمة المعالم الجديدة للأصول، چاپ اول، سمنان: انتشارات دانشگاه سمنان، ۱۳۸۷.
- جباری، مصطفی؛ حسین رضویان، «ردپای زبان‌شناسی حقوقی در متون فقهی»، مجله فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، س ۷، ش ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۹۴، ۴۱ تا ۶۴.
- حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، قم: آل البيت، ۱۴۲۴ق.
- خسروپناه، عبدالحسین؛ مهدی نجفی مقدم، «بررسی اصولی احوال الفاظ و ارتباط آن با هرمنوتیک»، فصلنامه علمی پژوهشی کلام اسلامی، س ۲۶، ش ۸۳، ۱۳۹۶، صص ۱۰۱ تا ۱۲۷.
- دبیرمقدم، محمد، «زبان‌شناسی نظری، پیدایش و تکوین دستور زایشی»، تهران: سمت، ۱۳۸۳.
- ذاکری، مهدی؛ سیدجبار موسوی، «بررسی تطبیقی دیدگاه‌های هرمنوتیکی شلایرماخر و علمای اصول»، مجله فلسفه دین، س ۱۱، ش ۴، ۱۳۹۳، صص ۶۴۵ تا ۶۶۴.
- ربانی، محمدحسن، اصول و قواعد فقه الحديث، قم: بوستان کتاب قم، ۱۳۸۳.
- رضایی، حدائق، «زبان‌شناسی و علم اصول فقه؛ نگاهی مقابله‌ای به بحث الفاظ در علم اصول فقه و مباحثی از علم اصول فقه»، مجله پژوهش‌های زبان‌های خارجی، نشریه دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تبریز، س ۴۹، ش ۲۰۰، ۱۳۸۵، صص ۱۸۵ تا ۱۹۸.

ساجدی، ابوالفضل و دیگران، «نقد مبنایی هرمنوتیکی شلاپرماخر»، فصلنامه علمی پژوهشی کلام اسلامی، س ۲۱، ش ۸۳، ۱۳۹۱، صص ۵۹ تا ۲۹.

سلمانیپور، محمدجواد، «رابطه مبانی فهم فقهی متون و حیانی با معناشناسی و هرمنوتیک»، فصلنامه اندیشه دینی دانشگاه شیراز، س ۴، ش ۱۳۸۳، ۱۰، صص ۸۴ تا ۶۳.

شب خیز، محمدرضا؛ عباد محمدتبار، اصول فقه دانشگاهی، تهران: آوا، ۱۳۹۳.

صدر، محمدباقر، بحوث فی علم الاصول، به تقریر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم: دائرة المعارف الفقه الاسلامی، ۱۴۲۶ ق.

صفوی، کورش، درآمدی بر معناشناسی، تهران: سوره مهر، ۱۳۹۲.

_____، آشنایی با زبان‌شناسی در مطالعات ادب فارسی، تهران: علمی، ۱۳۹۱.

_____، آشنایی با معنی‌شناسی، تهران: پژواک کیهان، ۱۳۸۶.

عابدی سر آسیا، علیرضا و همکاران، «هرمنوتیک و اصول فقه: نگاهی به انواع قصدی‌گرایی در غرب و مقایسه آن با دیدگاه تفسیری اصولیان شیعه»، مطالعات اسلامی؛ فقه و اصول، س ۴۲، ش ۸۵، ۱۳۸۹، صص ۸۴ تا ۶۷.

عباسی، محمدمسعود، ترجمه و شرح رسائل، قم: دار العلم، ۱۳۹۲.

عزیزی، سیروس؛ نگار مؤمنی، زبان‌شناسی حقوقی؛ درآمدی بر زبان، جرم و قانون، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۱.

عموزاده مهدیرچی، محمد و منوچهر توانگر، کاربردشناسی جورج یول، تهران: سمت، ۱۳۹۵.

غروی نائینی، نهل، فقه الحدیث و روش‌های نقد متن، تهران: دفتر نشر آثار علمی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۹.

محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.

محمدی خراسانی، علی، شرح رسائل، قم: دار الفکر، ۱۳۹۱.

مختار عمر، احمد، معناشناسی، ترجمه سیدحسین سیدی، مشهد: انتشارات دانشگاه فردوسی، ۱۳۸۵.

مدیر شانه‌چی، کاظم، علم الحدیث، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۹۰.

مروارید، محمود، «نظریات شی‌انگاران معنا در فلسفه تحلیلی و علم اصول»، مجله نقد و نظر، س ۱۰، ش ۳۹ و ۴۰، ۱۳۸۴، صص ۸۳ تا ۱۳۱.

مزبان، علی حسن، درآمدی بر معناشناسی در عربی، ترجمه فرشید ترکاشوند، تهران: سمت، ۱۳۹۷.

ملکیان، مصطفی، «مباحث الفاظ اصول فقه در میان دانش‌های زبانی؛ جغرافیای دانش‌های زبانی»، مجله نقد و نظر، س ۱۰، ش ۳۷ و ۳۸، ۱۳۸۴، صص ۸۵ تا ۷۰.

میرجلیلی، علی محمد، روش و مبانی فقه الحدیث، یزد: انتشارات دانشگاه یزد، ۱۳۹۵.

Grice, Paul, (1989), "Studies in the Way of Words", Logic and Conversation, Harvard University Pres.



Analyzing the legitimacy of the condition of not having children in marriage from the point of view of Imami jurists

Fatemeh Shabani, Graduate of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran.333 (Corresponding Author)

Email: Fatemeeshabani75@gmail.com

Dr. Ali Jafari, Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran.

Abstract

One of the conditions that couples, under the influence of the current socio-economic situation, are willing to include in marriage is the condition of not having children, while the legitimacy of this condition is a challenging issue in jurisprudence. In the present study, we are trying to answer the question of the legitimacy of the condition of not having children by descriptive-analytical method. The result of the research is that the legitimacy and obligation of the mentioned condition from the point of view of certain jurists is not a license to commit a forbidden act or to use illegitimate methods in order to fulfill it, and in case of disturbing the obligatory obedience of the couple, the condition is not permissible. Also, if procreation becomes necessary in the society under certain conditions, the secondary ruling of having children is obligatory, and in this case, the condition of not having children in the marriage contract is certainly not legitimate and obligatory.

Keywords: not having children, legitimacy, not having children condition, prevention, secondary ruling, condition binding.



افقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۷۵ - ۵۳	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۹/۲۹	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۱/۰۱
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.67736.1010

واکاوی مشروعیت شرط عدم استیلا در نکاح از دیدگاه فقهای امامیه

فاطمه شعبانی (نویسنده مسئول)

دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران.

Email: Fatemeeshabani75@gmail.com

دکتر علی جعفری

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران.

چکیده

از جمله شروطی که زوجین تحت تأثیر وضعیت اجتماعی اقتصادی کنونی، مایل به گنجاندن آن ضمن عقد نکاح هستند شرط عدم استیلا است و این در حالی است که مشروعیت این شرط مسئله‌ای چالش برانگیز در فقه است. در پژوهش پیش رو با روش توصیفی تحلیلی در صدد پاسخ گویی به سؤال از مشروعیت شرط عدم استیلا هستیم؟ حاصل پژوهش اینکه مشروعیت و تعهدآور بودن شرط مذکور از دیدگاه جمعی از فقها، مجوز ارتکاب فعل حرام یا به کارگیری روش‌های نامشروع به منظور وفای به آن نیست و در صورت اخلاص در تمکین واجب زوجین، عمل به شرط جایز نیست. نیز اگر تحت شرایطی فرزندآوری در جامعه ضرورت یابد، حکم ثانوی استیلا، وجوب است و در این حال اشتراط عدم استیلا در ضمن عقد یقیناً مشروع و الزام‌آور نیست.

واژگان کلیدی: شرط عدم استیلا، مشروعیت شرط عدم استیلا، پیشگیری، حکم ثانوی، الزام‌آوری شرط.

مقدمه

در میان عقود، عقد نکاح همواره به سبب برخورداری از جنبه عبادی و اهمیت بسزای آن در بقای نوع انسانی و استمرار نسل آدمی امتیازات ویژه‌ای داشته است. در قرآن و احادیث اسلامی نیز گزاره‌های فراوانی در خصوص ارزشمندی استیلا و تشویق به تکثیر نسل وجود دارد، ولی در جامعه امروزی به دلیل تغییرات عمیق فرهنگی و تحول در شیوه زندگی، تمایل به فرزندآوری نسبت به گذشته کاهش یافته و شاهد آن وجود فزاینده خانواده‌های تک‌فرزند یا بدون فرزند است؛ چراکه امروزه زوجین برخلاف اهمیت بسیار فرزندآوری در آموزه‌های دینی، اعتقاد دارند این امر مانع آزادی و رشد و پیشرفت فردی ایشان خواهد بود. پرهیزینه‌بودن فرزندآوری، سخت‌شدن رفاه و توانایی نداشتن برای تربیت شایسته فرزند در شرایط اجتماعی اقتصادی کنونی نیز از جمله عوامل بازدارنده‌ای است که اشتیاق به فرزنددارشدن را از آنان گرفته است و اهمیت این امر برای ایشان تا حدی است که برای اطمینان از واقع‌نشدن آن، زوجین مایل‌اند این امر را ضمن عقد نکاح شرط کنند تا پایبندی طرف مقابل درباره آن را دارای پشتوانه قانونی گردانند.

مطابق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی نیز به طرفین عقد ازدواج این حق داده شده است که هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بگذارند و باتوجه به ادله وفای به شرط نظیر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده: ۱) و «المؤمنون عند شروطهم»، این شروط لازم‌الاتباع خواهد بود. نکته اساسی در این خصوص آن است که وضع شرط در ضمن عقد به صورت صحیح و مطابق با ملاک‌های شرع باشد. این مسئله در ماده ۲۳۲ قانون مدنی نیز اشاره شده و ذیل شروط باطل غیرمفسد عقد، یکی از این شروط را شرط نامشروع بیان داشته است. براین اساس چنانچه شرط، مخالف شرع یا متضمن امری باشد که شرع مقدس آن را ممنوع کرده است، باطل خواهد بود. قانون نیز مشروط‌علیه این‌گونه شروط را ملزم به ایفای آن نمی‌کند.

در پژوهش پیش رو درصدد بررسی این مقوله برآمدیم که استیلا حکمی الهی است که پس از انعقاد عقد نکاح، مقدمات آن فراهم شده و بر زوجین لازم است که اقدام به فرزندآوری کنند؛ لذا اشتراط نبودن آن ضمن عقد نکاح، نامشروع و باطل تلقی می‌شود یا آنکه در لسان شارع، حکم الزامی متوجه آن نیست و حقی است برای زوجین که اختیار استیفا یا عدم استیفای فعلی آن در نکاح به ایشان سپرده شده است؟ در صورت حکم به مشروعیت شرط عدم استیلا، آیا این حکم، تام و دربردارنده تمامی زمان‌ها و مکان‌ها و مجوز به کارگیری انواع و اقسام روش‌های پیشگیری است؟

نظر به اهمیت شرعی و اجتماعی مسئله استیلا در میان خانواده‌های مسلمان و به دلیل تغییر نگرش زوجین نسبت به فرزندآوری در عصر کنونی، این موضوع به یکی از جدی‌ترین چالش‌های ایشان تبدیل

شده است و برخی از زوجین عقد را متبایناً بر عدم استیلا منعقد کرده یا مایل اند که با اشتراط آن ضمن عقد ازدواج، آن را به الزامی ضمانت‌آور تبدیل کنند. باتوجه به ارائه آمارهای غیررسمی مبنی بر افزایش ازدواج با شرط ضمنی و بنایی عدم استیلا در میان افراد مسن، عقیم، و ناتوان جنسی، بیماران نخاعی و... و نبود پژوهش و بررسی جامع و کامل درباره این موضوع نیز به نظر می‌رسد که بررسی صحت یا عدم صحت این شرط در نکاح با نظر به رویکردها و نیاز جامعه و جدید بودن آن، لازم و ضروری است، به‌ویژه که موضوع استیلا و شروط راجع به آن باتوجه به نقش مهم و تأثیرگذاری که در نهاد خانواده ایفا می‌کند، بسیار مغفول واقع شده است. براین اساس در پژوهش پیش رو به‌طور مستقل و منسجم ابعاد این مسئله را بررسی و ادله مشروعیت یا مشروعیت‌نداشتن شرط مذکور را بیان می‌کنیم.

مقالاتی نظیر «شرط فرزندآوری یا عدم آن» اثر محقق داماد و «وضعیت فقهی حقوقی شروط راجع به فرزندآوری یا عدم فرزندآوری در نکاح» اثر نیک‌نژاد، صرفاً به بررسی ماهیت فرزندآوری و چستی ارتباط آن با عقد نکاح به‌عنوان مقتضای ذات، اطلاق یا شرط ارتکازی عقد نکاح و بیان ادله به‌منظور اثبات مدعای خویش پرداخته‌اند و محوریت بحث عمدتاً پیرامون ماهیت اشتراط استیلا به‌عنوان حق زوج، زوجه یا زوجین بوده است. وجه تمایز مقاله حاضر با مقالاتی نظیر این‌ها در این است که توجه نگارندگان معطوف به بیان وضعیت مشروعیت شرط عدم استیلا به‌طور خاص است و نظر به تفاوت مفهوم مشروعیت نزد فقها و حقوق‌دانان، ابتدا مفهوم و ضابطه مشروعیت از دیدگاه فقه‌ای امامیه که موضوع بحث است، بیان و سپس با ارائه ادله، به تبیین وضعیت صحت یا بطلان شرط عدم استیلا به‌دلیل مخالفت با آنچه فقه‌ای امامیه برای مشروعیت یک شرط لازم می‌دانند، پرداخته می‌شود.

نوآوری مقاله حاضر افزون بر دیدگاهی متفاوت در بررسی شرط عدم استیلا، بررسی و بیان نقش عوامل فرعی مؤثر در صحت و مشروعیت نفس اشتراط یا عمل به شرط عدم استیلا است. عواملی چون ابزار و روش‌های نوین پیشگیری از بارداری و تأثیر آن‌ها در صحت عمل به شرط مذکور از رهگذر به‌کارگیری این ابزار، برخورد و جوب وفای به شرط با تمکین واجب زوجین و صدمه به آن به‌دلیل عواملی چون نداشتن ابزار پیشگیری یا خروج بدون اجازه زوجه از منزل برای تهیه این ابزار و نیز چگونگی تأثیر قواعدی چون عدم اختلال نظام در حکم به مشروعیت شرط عدم استیلا، به تفصیل بحث و بررسی شده اند تا در نهایت به شناختی کامل و همه‌جانبه از وضعیت مشروعیت شرط عدم استیلا و مسائل پیرامون آن از دیدگاه فقه‌ای امامیه دست یابیم.

پژوهش حاضر به روش توصیفی تحلیلی است. تجزیه و تحلیل اطلاعات نیز با روشی عقلانی و بررسی مفاهیم و اسناد و متون فقهی حقوقی و تحلیل استنباطی آن‌ها است و نتایج پژوهش نیز کاربردی و

تصمیم‌گرا می‌باشد.

۱. مفهوم استیلا

در لغت، استیلا به معنای طلب فرزند آمده است.^۱ این کلمه به معنای توانایی و استعداد باروری نیز به کار می‌رود.^۲

در اصطلاح فقه استیلا یا ام ولد اصطلاحی است درباره کنیزی که از مالک خود باردار شود (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۹۵/۲؛ هاشمی شاهرودی و همکاران، المعجم الفقهی، ۲۸۴/۱). فقها در فقه معمولاً از اصطلاح استیلا برای بیان مفهوم فرزندآوری و تولید مثل استفاده می‌کنند (شیرازی زنجانی، ۱۳۵۰/۴ و ۱۳۶۰؛ محقق کرکی، ۳۱۵/۱۳).

در این پژوهش نیز استیلا در معنای اخیر به کار برده شده است و مقصود از شرط عدم استیلا نیز تعهد بر اقدام نکردن به بارداری است که نوعی شرط فعل سلبی (منفی)^۳ در ضمن عقد نکاح می‌باشد؛ به این صورت که گفته شود: «به شرطی با توازدواج می‌کنم که از بارداری و فرزندآوری خودداری کنی. مثلاً با یکی از راه‌های پیشگیری، مانع تولید فرزند شوی».

۲. مشروعیت و ضابطه مخالفت شرط با آن از دیدگاه فقها

راجع به مفهوم مشروعیت، نزد فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. در این پژوهش به تناسب موضوع، مفهوم مشروعیت نزد فقها بررسی می‌شود.

۱. ۲. مفهوم مشروعیت نزد فقها

باتوجه به عبارات فقهای امامیه می‌توان این تعریف را برای شرط نامشروع استنباط کرد: شرط نامشروع شرطی است که حداقل یکی از عناوین زیر بر آن منطبق باشد:

أ. شرطی که مخالف کتاب و سنت باشد (طوسی، ۲۹۷/۱؛ محقق حلی، الرسائل، ۱۳۶/۲؛ قمی سبزواری، ۲۵۹؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۴۶/۱۰ و ۲۶۲؛ محقق کرکی، ۳۱/۱۳؛ طباطبایی حکیم، ۲۵۲/۱۲)؛

۱. «الاستیلا لغة هو طلب الولد و شرعاً هو تصيير الجارية ام ولد» (عبدالناصر، ۲۱۴/۸).

۲. «استیلا لغة: مصدر استولد، يقال: استولد الرجل المرأة، أي احبلها. فالاستیلا هو الاحبال... یاتی الاستیلا فی کلمات الفقهاء بمعنیه: اول بمعنی قابلية الاحبال، فیکون مقابلاً للعقم... الثاني: بمعنی الاحبال فعلاً...» (انصاری، کتاب النکاح، ۱۶۵/۳).

۳. مطابق ماده ۲۳۴ قانون مدنی: «... شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.» به قرینه «اثباتا یا نفیاً» مذکور در ماده ۲۳۷ قانون مدنی، شرط فعل اعم است از شرط انجام عمل (ایجابی-مثبت) و شرط ترک عمل (سلبی-منفی) و متعلق شرط فعل نیز ممکن است عمل حقوقی یا مادی باشد.

ب. حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند (نراقی، عوائد، ۱۴۷/۱ و ۱۴۸؛ بحرانی، ۳۲/۱۹)؛

ج. شرطی که فی نفسه جایز نباشد (انصاری، المکاسب، ۲۵/۶).

عنوان سوم، تعریفی است که شیخ انصاری برای شرط نامشروع در نظر گرفته و برخی دیگر نیز به تبع ایشان قائل به آن هستند. اضافه شدن مفهوم جایز بودن شرط فی نفسه در تعریف شرط نامشروع انتقادات را به همراه داشته است؛ از جمله سید در حاشیه مکاسب این ایراد را به شیخ وارد کرده است که شرط مزبور در واقع به همان شرط اول؛ یعنی شرط مخالفت نداشتن با کتاب و سنت بازگشت می کند (طباطبایی یزدی، حاشیه، ۱۰۹/۲). به نظر نویسنده بعید نیست که چنین اشکالی صحیح باشد؛ چراکه معنای جایز بودن فی نفسه این است که چیزی را که شرعاً جایز نیست نمی توان شرط قرار داد و چنین معنایی به این بر می گردد که شرط مدنظر، ارتکاب فعل حرام یا ترک فعل واجب نباشد. لازمه این مفهوم آن است که شرط مدنظر در کتاب و سنت، فعل واجبی نباشد که ترک آن حرام است، یا فعل حرامی نباشد که ارتکاب آن جایز نیست. در مجموع می توان گفت از نظر فقها شرط نامشروع همان شرط خلاف کتاب و سنت یا شرطی است که مستلزم تحریم حلال یا تحلیل حرام باشد.

۲. ۱. ۱. شرط خلاف کتاب و سنت

ضابطه مخالفت با کتاب و سنت این است که شرط با آنچه شارع ثابت کرده است، نافی باشد یا با آنچه شارع آن را نفی کرده است، موافق باشد؛ در واقع ارتکاب حرام یا ترک واجبی شرط شود. مسلماً چنین شرطی مخالف کتاب و سنت است و چون ملتزم را به انجام امر غیر مشروع مکلف می کند، فاسد است. نتیجه فساد چنین شرطی، عدم الزام مشروط علیه به انجام آن است. اما در صورت شرط ترک فعلی که واجب نیست یا انجام فعلی که حرام نیست (فرقی نمی کند که مباح باشد یا مکروه یا مستحب)، چنین شرطی با کتاب و سنت مخالفتی ندارد (احسانگر، ۳۹)؛ زیرا در خصوص احکام غیرالزامیه، بدون اشتراط هم این موارد را می توان انجام داد یا ترک کرد و خود شارع این اجازه را داده است؛ پس هرگاه فعل یا ترک امور مذکور در عقد شرط شود، وفای به آن شرط بر مشروع علیه واجب می شود (اسدی نیان، ۴۷).

در دیدگاه امامیه با توجه به تصریح نشدن بر حکم استیلا و وجود مبانی کشف مقاصد شریعت و با نظر به منابع امامیه اعم از دلیل عقلی و نقلی، لازم است مسئله استیلا بررسی شود و حکم آن با مراجعه به کتاب و سنت کشف شود تا آثار و نتایج مربوط به آن به درستی مترتب شود؛ زیرا چنان که گفته شد هر شرط متضمن ترک امر مباح یا مستحب را نمی توان از مصادیق مخالفت با حکم شارع یا تحریم حلال دانست و در نتیجه آن را باطل و بدون اثر اعلام کرد.

۲.۱.۲. شرط مستلزم تحریم حلال و تحلیل حرام

هرگاه طرفین بر شرطی توافق کنند که براساس آن حکم حرامی مانند حرمت شرب خمر، حلال یا حکم واجبی مانند وجوب اقامه نماز، حرام شمرده شود، یقیناً این شرط باطل و بدون اثر است، بلکه به اعتقاد بعضی از فقها این امر نامقدور و ناممکن است؛ زیرا تحریم حلال و تحریم حرام در محدوده اختیارات انسان نیست و این امر در اختیار شارع است. بنابراین اگر به حسب حکم شرعی، امری حرام شده باشد، ولی به واسطه شرط ضمن عقد، امر مدنظر بخواهد حلال یا امر حلالی بخواهد حرام شود؛ در چنین وضعیتی چون شرط و حکم آن موضوع متعارض هستند،^۱ شرط مقدور و لازم الوفا نیست.

۳. بررسی مشروعیت شرط عدم استیلا از دیدگاه فقها

پیرامون حکم شرعی استیلا از دیدگاه فقها می توان چنین گفت که در نگاه اول به ظاهر آیات و روایات این باب چنین به نظر می رسد که تکثیر نسل، عملی بسیار پسندیده و مطلوب شارع است. بنابراین نمی توان گفت مسئله استیلا از موضوعات منطقة الفراغ محمدباقر صدر است (صدر، ۳۷۹) و شارع راجع به آن سکوت کرده است؛ چراکه مطابق آیات و روایات موجود، در دین مبین اسلام، فرزندداشتن و باقی گذاردن نسل بر هر مسلمان امری راجح و مطلوب است، اما این آیات و روایات در بیان حکم الزامی و وجوب عینی استیلا صریح نیستند و عموماً حکایت از فضیلت و استحباب استیلا دارند.

شایان ذکر است که در برخی مسائل، استحباب و وجوب کفایی جمع شدنی است؛ به این بیان که تا وقتی که عملی واجب عینی نشده است، مستحب باشد. چنان که ممکن است شغلی مانند قصابی مکروه باشد اما وجوب کفایی داشته باشد و گاهی برای اختلال نیافتن نظام واجب عینی شود، لذا به نظر می رسد استیلا نیز از چنین وضعیتی برخوردار است. پذیرش وجوب کفایی استیلا نیز منافاتی با مشروعیت اولیه شرط عدم استیلا ندارد و اگر شرایط به نحوی بود که فرزندآوری واجب عینی شد، شرط مذکور از نظر دیگری حرام است که به این مطلب نیز به طور مفصل می پردازیم.

شارع نیز ضمانت اجرای تأمین مقصد حفظ نسل به عنوان یکی از مقاصد مهم شریعت را، ضمانت اجرای تکوینی قرار داده است که حتی وجوب عینی استیلا نیز نمی تواند در تحقق بقای نسل با آن مقابله کند؛ به بیان دیگر هرچند لازمه مهمل داشتن و موضوعیت پیدا کردن شریعت، وجود مخلوقات و وجود مخلوقات مستلزم فرزندآوری است و این امر تنها از طریق وقوع نکاح صحیح میان مرد و زن ممکن است،

۱. تحقق تعارض به این صورت است که از یک سو با حکم وجوب وفای به شرط که مستفاد از احادیث وارد است مواجه هستیم و از سوی دیگر با حکم لزوم اجتناب از ارتکاب فعل حرام.

اما شایسته نیست که نکاح و حتی استیلا بر افراد واجب شود، بلکه شارع با تدابیر حکیمانه اش مقدمات الزام تکوینی را مهیا کرده است. تکوین غریزه جنسی، تمایل به جنس مخالف و ایجاد رابطه و ترتیب اثر غالبی ایجاد رابطه به امر تولید مثل، تمایل روحی و روانی زن و مرد به استیلا و مقررکردن حس مادری و بسیاری از این امور تکوینی، همگی ضمانت اجرایی بر تحقق هدف غایی هستند.

در راستای تقویت دیدگاه مذکور و راجع به مشروعیت شرط عدم استیلا، دلایل درخور توجهی وجود دارد: نخست آنکه اغراض شارع از نکاح، منحصر در استیلا نیست (نراقی، مستند، ۷۶/۱۶) و این امر را می‌توان از نگاهی به آیه ۲۱ سوره روم،^۱ روایتی از امام رضا(ع) در تبیین فلسفه ازدواج^۲ و نیز روایتی از امام صادق(ع) در بیان حکمت‌های نکاح^۳ دریافت که در آن‌ها استیلا و تکثیر نسل، تنها یکی از اهداف و دلایل رغبت به نکاح بیان شده است. حقوق‌دانان نیز استیلا را مقتضای ذات عقد نکاح ندانسته و حتی در اینکه این امر مقتضای اطلاق نکاح نیز باشد، تردید کرده‌اند (محقق داماد، ۱۷ به بعد)؛ یعنی از نظر ایشان باروری همچون علقه زوجیت نیست که ذات و جوهره عقد نکاح باشد، در نتیجه نادیده گرفتن آن در زندگی زناشویی موجب بطلان عقد نکاح نمی‌شود (قنبرپور، ۲۲۰). بنابراین رابطه استیلا و نکاح از نوعی نیست که با انتفای استیلا، غرض شارع از جعل نکاح معطل بماند، بلکه استیلا از حقوقی است که با توافق و تراضی زوجین و با استفاده از شرط ضمن عقد، اسقاط‌شدنی است.

باتوجه به جواز و صحت نکاح زنان عقیم و پیرزنان از نظر فقهای امامیه درحالی که فاقد قابلیت باروری اند، روشن می‌شود هرچند فقها در باب همسرگزینی به صفت (ولوده)^۴ و زیابودن زن توجه بسیاری داشته اند؛ آن را در زمره احکام استجابی اختیار زوجه بیان کرده‌اند، نه وجوب (محقق داماد، ۲۰).

افزون بر آن هیچ‌یک از آیات و روایات، تصریحی به حکم اولی وجوب استیلا ندارند و روایت نبوی

۱. «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ» (روم: ۲۱).

۲. امام رضا(ع) در جایی ضمن تبیین فلسفه ازدواج و تشویق به آن می‌فرماید: «ولو لم يكن في المناكحة والمصاهرة آية محكمة ولا سنة متبعة ولا أثر مستفيض لكان فيما جعل الله من بر القريب وتقريب البعيد وتأليف القلوب وتشبيك الحقوق وتكثير العدد وتوفير الولد لنواب الدهر وحوادث الامور ما يرغب في دونه العاقل اللبيب ويسارع اليه الموفق المصيب ويحرص عليه الاديب الارب»؛ اگر درباره ازدواج و وصلت، آیه‌ای روشن (از قرآن) و سنتی پیروی‌شده (از پیامبر) و اخبار فراوان نبود، باز هم (آثار و برکاتی چون) نیکی کردن به خویشاوند، نزدیک‌ساختن افراد دور (به یکدیگر)، الفت‌بخشیدن میان دل‌ها، درهم‌تنیدن حقوق، افزودن بر جمعیت و اندوختن فرزند برای (زیاروی با) سختی‌های روزگار و پیامدهای زمانه، کافی بود که خردمند دانا به این کار رغبت کند و انسان رهیافته دوراندیش برای آن بشتابد (کلینی، ۷۰۰/۱۰).

۳. «و خلق للرجال النساء ليأنسوا ويسكنوا اليهن و يكن موضع شهواتهم و امهات اولادهم»؛ همانگونه که مشاهده می‌شود، حضرت آرامش روانی و نیاز جنسی را در کنار استیلا بر شمرده است (حر عاملی، ۳۵۰/۲۰ و ۳۵۱).

۴. جابر بن عبدالله می‌گوید: «نزد نبی اکرم بودیم که آن حضرت فرمودند: ان خير نساكنم الولود العفيفة العزیزة في اهلها الذليلة مع بعلاها...»؛ همانا بهترین زنان شما زنان زاینده بچه‌آوردند که دوست‌داشتنی، پاک‌دامن، عزیز در نزد خانواده خویش و در برابر شوهر فروتن باشند...؛ (حرعاملی، ۲۸/۲۰ و ۲۹). همچنین از رسول اکرم روایت شده: «تزوجوا بکرا ولودا و لاتزوجوا حسناء جميلة عاقراً فانی اباهی بکم الامم يوم القيامة»؛ با زنان بکر و زایا ازدواج کنید و با زنان زیباروی نازا ازدواج نکنید که من در روز قیامت به (زیادی) امت شما فخر می‌کنم؛ (همان، ۵۴/۲۰).

«تَنَاقَحُوا تَكَثُرُوا...»^۱ نیز ظهوری در وجوب ازدواج از باب مقدمه واجب برای تحقق استیلا ندارد و به تعبیر محقق داماد (۱۳) بنا بر تصریح همه فقیهان، ازدواج در نفس الامر مستحب مؤکد و استیلا و افزایش نسل مسلمانان از اهداف و حکمت بنیادی عقد نکاح است (غزالی، ۳۰۲) و نباید با ماهیت شرعی آن اشتباه یا خلط شود. در خصوص اینکه در برخی آیات، همچون آیه ۱۲ سوره نوح فرزند امداد الهی خوانده شده است^۲ نیز باید گفت که امداد الهی خواندن فرزند منافاتی با مشروعیت شرط عدم استیلا ندارد، مگر آنکه با دلایل مشخص، نامشروع بودن شرط مشخص باشد؛ چراکه هر مطلوبی واجب نیست. در پاسخ به برخی از مفسران که در تفسیر آیه ۲۰۵ سوره بقره^۳ هلاکت نسل را نوعی فساد و افساد فی الارض را حرام معرفی می کنند نیز می گوئیم که اساساً موضوع محل بحث از مقوله هلاکت نسل نیست. هلاکت نسل ناظر به نسل موجود است. لازمه این تفسیر موسع از هلاکت نسل این است که اگر بدون شرط، زوجین مبادرت به فرزندآوری نکنند حرام باشد؛ درحالی که چنین حرمتی نداریم.

قول مشهور فقهای امامیه به جواز عزل (انزال نطفه خارج از رحم زن) (نراقی، مستند، ۷۵/۱۶) که تنها در صورت رضایت نداشتن یا اشتراط با زن قائل به کراهت آن هستند نیز حکمی تنزیهی است و دلالتی بر نامشروع بودن شرط خلاف استیلا ندارد؛ زیرا نتیجه و اثر عزل، عدم توالد و تناسل است که از نظر فقهای متقدم در صورت رضایت زوجه و شرط کردن با وی جایز شمرده شده است. به قیاس اولویت می توان گفت که شرط عدم استیلا نیز از نظر ایشان شرطی صحیح است و هرچند در گذشته عزل تنها راه جلوگیری بوده است، تناسب حکم و موضوع ایجاب می کند که مصادیق دیگر جلوگیری از انعقاد نطفه مانند قرص و کاندوم و... حکمی مشابه عزل داشته باشند. دلیل عمده قائلان به جواز، روایات متعددی است که به طور مطلق بر جواز عزل دلالت دارند^۴ و همین مطلق بودن روایات جواز عزل نیز دلیل بر عدم وجوب عینی استیلا است؛ زیرا در غیر این صورت باید در این روایات، قیدی می آمد. همچنین به قرینه روایات قول به

۱. «تَنَاقَحُوا تَكَثُرُوا فَانَّى ابَاهِي بَكَمِ الْاَمَمِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَوْ بِالسَّقَطِ»؛ ازدواج کنید و (با فرزندآوری) زیاد شوید که من به خاطر (فزون) شما در قیامت بر (دیگر) امت ها مباحات می کنم، حتی به وسیله فرزندان سقط شده شما؛ (مجلسی، ۲۲۰/۱۰۰).

۲. «وَيُغْنِيكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ» (نوح: ۱۲).

۳. «وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ».

۴. محمدبن مسلم می گوید از امام صادق (ع) درباره عزل پرسیدم. امام فرمودند: «ذَاكَ إِلَى الرَّجُلِ يَصْرِفُهُ حَيْثُ شَاءَ»؛ امر آن به دست مرد است، هرگونه که بخواهد آن را اعمال می کند (کلینی، ۱۵۴/۱۱). امام باقر (ع) در پاسخ به این سؤال که آیا مرد می تواند از زن آزاده خود عزل نماید، فرمودند: «ذَاكَ إِلَيْهِ، إِنْ شَاءَ عَزَلَ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَعَزَلْ»؛ امر آن به دست مرد است، اگر بخواهد عزل می کند و اگر بخواهد عزل نمی کند (قحف، ۵۴۰/۱). در نقل دیگری محمدبن مسلم از ابی جعفر (ع) می گوید که ایشان فرمودند: «لَا يَأْسُ بِالْعَزْلِ عَنِ الْأَمْرَةِ الْحَرَّةِ إِنْ أَحَبَّ صَاحِبُهَا وَإِنْ كَرِهَتْ لَيْسَ لَهَا مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ»؛ اشکالی در عزل نمودن زن آزاده - هرچند زن نسبت به آن کراهت داشته باشد نیست، اگر شوهر وی بدان تمایل داشته باشد و در این مورد برای زن چیزی نیست (حقی ندارد) (کلینی، ۱۵۴/۱۱).

جواز، هر روایت دیگری که ظهور در حرمت داشته باشد، بر کراهت حمل خواهد شد و نهی آن‌ها نهی تنزیهی و اخلاقی به شمار می‌آید، به خصوص اینکه روایات دال بر جواز، مطابق با قول مشهور به جواز عزل و اصاله الحلیه است؛ لذا در کنار روایات حرمت، ترجیح با جواز است. اما وجود روایات دال بر کراهت سبب می‌شود حکم عزل را در موردی که زوجه رضایت ندارد، جواز همراه با کراهت بیان داریم.

باتوجه به جواز و صحت شرط عدم نزدیکی از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان در عقد نکاح (طوسی، نهاییه، ۴۷۴؛ شهیدثانی، ۲۴۷/۸ تا ۲۴۸؛ محقق حلی، قواعد، ۳۸/۲؛ انصاری، کتاب النکاح، ۲۸۱؛ خمینی، ۴۳۹/۲)، شرط عدم استیلا نیز به قیاس اولویت چنین وضعیتی دارد؛ چراکه اگر شرط عدم استیلا خلاف کتاب و سنت و نامشروع بود، منطقی به نظر نمی‌رسید که شرط عدم نزدیکی از باب تقدم و ملازمه با استیلا و از آنجاکه با انتفای وطی، استیلا نیز منتفی خواهد بود، از نظر فقها جایز باشد. اگر استیلا در عقد نکاح ضرورت داشت، نزدیکی نیز از باب وجوب مقدمه واجب باید الزام می‌شد، نه اینکه حکم به صحت و جواز شرط عدم آن به طور مطلق داده شود. آنچه تا حدودی مؤید این استدلال است اصطلاحات به کاررفته در متن روایات مستند این نظر و عباراتی است که فقها در بیان مطلب استفاده کرده‌اند: در متن روایات و عبارات اکثر فقها از اصطلاح اقتضا (اقتضا) استفاده شده است (طوسی، نهاییه، ۴۷۴؛ شهیدثانی، ۲۴۷/۸؛ انصاری، کتاب النکاح، ۲۸۱). این اصطلاح به معنای ازاله بکارت کردن است، از این رو وقتی شرط عدم ازاله بکارت از نظر این فقها صحیح است، در واقع به طور ضمنی شرط عدم استیلا هم شده است؛ چراکه حتی در صورتی که امکان فرزندآوری بدون نزدیکی طبیعی هم وجود داشته باشد با وضع حمل، بکارت زن زائل می‌شود. ممکن است گفته شود زایمان طبیعی تنها راه وضع حمل نیست و امکان زایمان با عمل جراحی نیز وجود دارد یا اینکه باتوجه به روش‌های جدید باروری مصنوعی اصلاً نیازی به حامله شدن زن هم ممکن است نباشد! ولی در هر حال باید توجه داشت که مقنن معمولاً برای موارد غالب، قاعده وضع می‌کند و نمی‌توان با موارد استثنایی قاعده را بر هم زد.

تصریح فقها به اینکه زن می‌تواند حتی بدون اجازه شوهر در صورتی که به حقوق زناشویی لطمه وارد نشود و برای خود او ضرر بسیار نداشته باشد، وسایل پیشگیری از بارداری موقت را به کار بندد و مرد نباید او را به فرزندآوری مجبور کند (خویی، منهاج، ۲۸۴/۲؛ خویی، منیه، ۱۲۱/۱؛ گلپایگانی، ۱۷۳/۲) نیز بیانگر آن است که استیلا نه از نظر فقهای متقدم و نه طبق دیدگاه فقهای متأخر، حکم الزامی ندارد تا اشتراط خلاف آن نامشروع تلقی شود. از ادله جواز پیشگیری نیز می‌توان به اصل اباحه و قاعده سلطنت اشاره کرد؛ چراکه اصل بر مباح بودن چنین عملی است. اصالت اباحه قاعده‌ای مشهور میان اصولیان در شبهات حکمیه است که فقیه به یکی از این دو معنا آن را به کار می‌گیرد: معنای اول اثبات اباحه ظاهری در

سطح یک اصل عملی در موارد شک و جایی که فقیه بعد از جست و جو کردن، به دلیل منع کننده ای دست نیابد. در چنین مسئله ای فقیه به مقتضای اصول عملیه مراجعه می کند که یا استصحاب اباحه ای است که قبل از شرع بوده است یا اصاله البرائة شرعی یا عقلی؛ معنای دوم اثبات اباحه واقعی با بعضی از عمومات قرآنی و روایاتی که دلالت دارند همه چیز مباح است مگر عناوینی که حرمت شرعی شان با ادله دیگر اثبات شده باشد مثل خمر. بنابراین هرگاه در حلال یا حرام بودن امری تردید کنیم، اصل اباحه را جاری و حکم به عدم حرمت آن امر می کنیم؛ زیرا آنچه نیازمند نص است الزامات قانونی است و گرنه نبود الزامات قانونی احتیاجی به نص ندارد. پس اصل در اشیا قبل از ورود شرح اباحه است؛ زیرا هیچ گونه دلیلی دلالت ندارد که این عمل ضرر دنیوی دارد و برای اثبات ضرر اخروی نیز باید دلیل شرعی اقامه شود. فرض ما بر این است که فاقد دلیل شرعی هستیم، زیرا در صورت وجود عقاب، لازم بود خداوند به ما اعلام فرماید. نتیجه می گیریم هر دو ضرر دنیوی و اخروی منتفی است؛ بنابراین اباحه حاکم است و منعی برای پیشگیری وجود ندارد.

به استناد قاعده سلطنت، زوج مالک نطفه و زوجه مالک رحم خویش است و اصل سلطه انسان بر نفس خود اقتضا می کند که اختیار انعقاد نطفه یا عدم آن به دست همسران باشد. به نظر می رسد این، قاعده سلطنت در اموال را در بر می گیرد؛^۱ ولی تسلط انسان بر نفس و حقوق خویش امری است که حسب بنای عقلا و الغای خصوصیت از باب مناسبت حکم و موضوع ثابت است (مکارم شیرازی، القواعد، ۳۷/۲). انسان به طریق اولی بر حقوق، منافع، اعضا و جوارح خود نیز سلطه دارد؛ از این رو در خصوص استیلا نیز می توان گفت زوج این حق را دارد مطابق قاعده تسلیط، به طریقی از انعقاد نطفه خویش در رحم زن امتناع ورزد. برای زوجه نیز چنین حقی ثابت است، مگر اینکه شرط ضمن عقد یا تبانی بر عدم آن صورت گرفته باشد (قنبرپور، ۸۳).

مقتضای اصل عملی به هنگام شک در وجوب استیلا بر یکی از همسران نیز واجب نبودن است؛ زیرا بی گمان در آغاز ازدواج بر همسران واجب نیست که فوراً صاحب فرزند شوند و هر زمان پس از آن شک شود که آیا چنین وجوبی آمده یا نه؟ مقتضای استصحاب واجب نبودن استیلا و فرزندآوری است. اگر به هر دلیل استصحاب جاری نشود، شک در وجوب زائد است و اصل برائت جاری می شود (موسوی، ۱۲۷). صحیح است اگر گفته شود کثرت جمعیت، مطلوب اولی شارع است، ولی شارع بنا بر مصلحت جمع آن را واجب اعلام نکرده است؛ چراکه انسان موجودی است اجتماعی و شرایط اجتماع و زمان و مکان در

۱. الناس مسلطون علی اموالهم.

این مسئله بسیار دخالت دارد. لذا مصلحت جامعه باید در تصمیم‌گیری برای استیلا لحاظ شود و شاید شارع نیز به همین دلیل آزادی اراده افراد در امر استیلا را پذیرفته است و نمی‌پسندد که طرفین صرفاً به دلیل الزام شرعی اقدام به فرزندآوری کنند، درحالی‌که شاید آمادگی روحی و جسمی پذیرش مسئولیت‌های ناشی از آن را نداشته باشند و شرایط جامعه نیز برای پذیرش و پرورش کودک مهیا نباشد. براین اساس شارع نمی‌پسندد که این امر مقدس درنهایت منجر به تباهی زندگی، آینده فرزند و حتی شکست در عقد نکاح زوجین شود و بنای عقلا و هر عقل سلیمی نیز چنین استدلالی را می‌پذیرد.

بر اساس آنچه گذشت روشن می‌شود که اشتراط عدم استیلا در نکاح مشروع است و منافاتی ندارد با آنچه در کتاب و سنت در خصوص استیلا آمده است.

عده‌ای دیگر شرط عدم استیلا را از آن‌رو نامشروع می‌دانند که شرط مذکور، حلیت استیلا را از بین می‌برد و موجب تحریم آن می‌شود؛ به این بیان که پس از انعقاد عقد نکاح، نزدیکی بر طرفین مباح می‌شود و ایشان می‌توانند امر استیلا را محقق سازند. بنابراین اگر شرطی بگوید که اقدام به باروری و استیلا جایز نباشد، این شرط نامشروع و باطل خواهد بود.

چنان‌که گذشت متعلق این شرط، ترک عمل واجب یا فعل حرام نیست، پس چنین شرطی صحیح است و مشمول مستثنای قاعدة المومنون عند شروطهم نیست؛ زیرا آنچه از این حدیث استثنا و نهی شده است، تحریم حلال یا تحریم مباح و مستحب است که به دلیل مخالفت با کتاب و سنت فاسد است. ولی فعل امر مباح یا مستحبی که قبل از وجود شرط نیز می‌توان آن را ترک کرد یا انجام داد، اگر به سبب شرط بخواهیم انجام و ترکش را بر مشروط علیه الزام کنیم، صحیح و مشمول این قاعده است؛ چراکه شرط مذکور حلیت استیلا را از بین نمی‌برد، بلکه جلوی فعلیت آن را می‌گیرد و به صورت شرط فعل سلبی، طرفین ضمن عقد نکاح بر یکدیگر شرط می‌کنند که حق خود را استیفا نکنند، درحالی‌که اصل جواز استیلا زیر سؤال نمی‌رود و طرفین نیز آن را قبول دارند.

۴. نقش روش‌ها و ابزار پیشگیری نوین در مشروعیت شرط عدم استیلا

مسئله بحث ما با موضوع پیشگیری از بارداری گره خورده است و تا حد بسیاری به هم مرتبط‌اند؛ از این نظر که معمولاً بچه‌دارنشدن با پیشگیری همراه است.

در صورتی‌که پیشگیری به دلیل ارتکاب یک سری افعال، حرام باشد؛ معلوم است که پابندی به شرط عدم استیلا نیز از رهگذر ملازمه با ارتکاب آن افعال جایز نخواهد بود، لذا برای عمل به شرط مذکور باید روشی از پیشگیری را مرتکب شد که در نظر شرع حرام نباشد.

امروزه به منظور جلوگیری از داشتن فرزند، وسایل پزشکی، داروها و جراحی‌های گوناگونی برای پیشگیری از بارداری استفاده می‌شود. روش‌های نوین ضدباروری که به طور گسترده استفاده می‌شوند سبب ناهنجاری‌هایی در قلمرو زیست خانوادگی شده است. از جمله آن‌ها که منجر به عقیم‌شدن دائمی می‌شود، بستن لوله است. بستن لوله گاهی به صورت موقت و از طریق گذاشتن مانع داخل رحم صورت می‌گیرد و زمانی هم به صورت دائمی و از طریق عمل وازکتومی^۱ و توبکتومی^۲ انجام می‌گیرد.

غالب فقها از جمله آیات عظام خمینی، مکارم، فاضل، بهجت، صافی، نوری و وحید با وجود پذیرش اصل پیشگیری، عقیم‌سازی به گونه‌ای که فرد دیگر نتواند فرزند بیاورد را نپذیرفته‌اند و حکم به حرمت آن داده‌اند (اکبری، ۴۸)؛ بدین استدلال که عقیم‌سازی گونه‌ای زیان‌رساندن به نفس محسوب می‌شود و اضرار به نفس نیز از نظر شرعی حرام است.

«وازکتومی در صورتی که طبق نظر متخصصان مورد اعتماد، ضرورت فردی یا اجتماعی اقتضا کند، مانعی ندارد والا جایز نیست و عمل توبکتومی اگر موجب عقیم‌شدن دائمی شود اشکال دارد؛ ولی در صورتی که خطری از ناحیه بارداری متوجه مادر باشد، مانعی ندارد» (مکارم‌شیرازی، احکام پزشکی، ۱/ ۶۷).

برای این مسئله این اشکال نیز ذکر شده است که اگر این عمل مستلزم حرام شود، اکثر علما قائل به حرمت هستند؛ از جمله آیات عظام خامنه‌ای و سیستانی این کار را به شرطی که باعث زیان جدی چون نقص عضو و نگاه و لمس حرام نشود، جایز می‌دانند (اکبری، ۴۹). به عقیده برخی دیگر اضرار به نفس در جایی که انگیزه عقلایی وجود داشته باشد، حرام نیست؛ مخصوصاً اگر نازاسازی پس از زادن چند فرزند باشد که نیازشان از این نظر مرتفع شده است و اقدام به نازاسازی دائم، مصداق اضرار به نفس نخواهد بود (طلعتی، ۲۴۷). در مواردی که به تشخیص اهل خبره کنترل جمعیت ضرورت داشته باشد نیز برای جلوگیری از انعقاد نطفه استفاده از هر وسیله مشروعی که بی‌ضرر باشد و باعث نقص بدنی زوج و زوجه نشود، ذاتاً مجاز است (مکارم‌شیرازی، احکام پزشکی، ۱/ ۶۵).

۱. (Vasectomy): وازکتومی به بستن لوله‌های منی (اسپرم) در مردان گفته می‌شود که یک روش جلوگیری از فرزندآوری دائمی است. عمل بازگرداندن وازکتومی، وازوآوستومی (Vasovasostomy) نام دارد که نیاز به بیهوشی عمومی یا بی‌حسی نخاعی دارد و حدود ۲ تا ۳ ساعت طول می‌کشد و جراحی دقیق و حساب‌شده‌ای است.

۲. (Tubectomy): توبکتومی بستن لوله‌های رحمی در زنان است، در این عمل طی بیهوشی عمومی یا بی‌حسی موضعی لوله‌های رحمی بسته می‌شود تا از رسیدن اسپرم و تخمک به یکدیگر و تشکیل سلول تخم جلوگیری شود. عمل توبکتومی از وازکتومی مشکل‌تر است و یک روش جلوگیری از حاملگی دائمی محسوب می‌شود.

راجع به خوردن دارویی که مانع انعقاد نطفه می‌شود، استفاده از این روش را فقها به دو شرط مضر نبودن (خویی و تبریزی، احکام جامع، ۲۴۰ و ۲۴۲) و رضایت همسر جایز دانسته‌اند: «استفاده از داروهایی که از طریق عضلانی تزریق می‌شوند و برای مدت معینی اثرات ضد حاملگی دارند، در صورتی که ضرر قابل ملاحظه‌ای نداشته باشند و همسر راضی باشد، مانعی ندارد» (مکارم شیرازی، احکام پزشکی، ۱/ ۶۷). آیت الله بهجت نیز جلوگیری موقت از بارداری را اگر مستلزم لمس یا نظر حرام نباشد، جایز دانسته است (بهجت، ۷۰).

برخی نیز استفاده از ابزار و دستگاه‌هایی که در طب نوین برای پیشگیری در نظر گرفته شده و آن‌ها را در رحم کار می‌گذارند تا موجب انسداد دریچه رحم شود یا مواد فعال در منی را نابود کند؛ در صورتی که مباشر این عمل، زوج یا زوجه باشند و مستلزم نظر و لمس حرام نباشد، بلامانع می‌دانند (خویی و تبریزی، احکام جامع، ۲۴۷).

امتناع زوجه از بارداری مانند اینکه قرص یا دارویی، مصرف یا آمپولی تزریق کند که از انعقاد نطفه ممانعت کند یا عملی انجام دهد که مانع انزال در زن و لقاح با نطفه مرد شود، با رضایت شوهر مجاز است. همچنین اگر ضمن عقد شرط کرده باشند یا اینکه به سبب یکی از عناوین ثانویه از مرض یا حرج و مانند آن از فرزندآوری امتناع کند، اما اقدام به عملی که موجب عقیم شدن یا ممانعت دائمی از باروری شود بدون اینکه بیماری یا اضطراری وجود داشته باشد، حرام است؛ زیرا مصداق جنایت وارد کردن یا نقص بر نفس است (هاشمی شاهرودی و همکاران، موسوعه، ۲۳/۶).

با بررسی نظرات فقها پیرامون مسئله پیشگیری روشن می‌شود که غالب ایشان بر لزوم وجود رضایت تأکید داشته‌اند. نکته درخور توجه در مبحث مدنظر ما این است که در فرض پژوهش پیش‌رو، زوجین عدم استیلا را ضمن عقد نکاح با یکدیگر شرط کرده‌اند و این اشتراط بیانگر رضایت دو طرف راجع به جلوگیری از باروری است. نکات دیگری که فقها بر آن تأکید داشته‌اند، عدم جواز استفاده از داروها و ابزاری است که منجر به نقص، فساد عضو یا ورود ضرر به بدن شود یا مستلزم لمس یا نظر بر عورت توسط کسی باشد که برای وی این امور جایز نیست. ایشان همچنین عقیم‌سازی را از آن‌رو جایز نمی‌دانند که مصداق اضرار به نفس و بازگشت‌ناپذیر است. براین اساس اگر ضمن عقد نکاح عدم استیلا شرط شود، این شرط فی نفسه شرطی است مشروع و مشمول قاعده (المومنون عند شروطهم)، ولی چنانچه طرفین برای عمل به این شرط از روش‌ها و ابزاری که استفاده از آن‌ها جایز نیست، بهره ببرند؛ عمل به شرط مذکور نیز از این رهگذر و به دلیل ملازمه‌اش با ارتکاب حرام، جایز نخواهد بود.

۵. نقش تمکین در مشروعیت شرط عدم استیلا

از نخستین وظایف زن در برابر شوهرش تمکین جنسی است. البته این حق طرفینی است؛ یعنی بر مرد نیز واجب است که نیاز جنسی زن را برآورده کند. از این رو بحث در هر دو مقام دنبال می‌شود.

۱. ۵. ۱. تمکین زن

حق مرد بر زن این است که زن در هر زمان و مکانی که منع شرعی یا عرفی وجود نداشته باشد، خود را در اختیار مرد بگذارد تا از او بهره جنسی ببرد. آنچه از کلام فقها به دست می‌آید نیز این است که تمکین به صورت کامل و بدون قید و شرط خاصی بر زن واجب است. بنابراین می‌توان تمکین نکردن را دارای دو مصداق دانست: تمکین نکردن به طور کلی و تمکین به طور ناقص.

بدیهی است که مصداق آشکار تمکین نکردن، تمکین نکردن به طور کلی است که با بحث ما ارتباطی ندارد. تمکین ناقص با بحث مدنظر ما مرتبط است و این ارتباط، آن جایی است که به دلیل اشتراط عدم استیلا صدمه‌ای به تمکین زن وارد شود؛ مانند آنکه زن تمکین را به حالت خاص یا زمان خاصی مشروط کند یا عملی مرتکب شود که سبب کاهش لذت جنسی یا عوارض روحی و جسمی شود. این حالت می‌تواند مصادیق فراوانی داشته باشد. برخی از این مصادیق مرتبط با بحث ما عبارت‌اند از: ۱. در زمانی که مرد درخواست تمکین کند، زن به سبب نداشتن وسایل پیشگیری تمکین نکند و آن را به وقت دیگری موکول کند؛ ۲. زن از وسیله‌ای برای پیشگیری استفاده کند که باعث لذت نبردن یا کاهش لذت مرد شود؛ ۳. زن از لوازمی برای پیشگیری استفاده کند که دوران قاعدگی را نامنظم کند و وجود خون‌ریزی و ترشحات هرچند شرعاً باعث حرمت نزدیکی نباشد، باعث تنفر مرد شود (سیستانی، ۵۲)؛ ۴. زن برخی لوازم پیشگیری مانند قرص مصرف کند که موجب افسردگی و تغییر روحیه او شود و او را از حالت عادی خارج کند (همان، ۵۱ و ۵۳)؛ ۵. استفاده از لوازم پیشگیری، نیازمند خروج زن از منزل بدون رضایت شوهر باشد.

باتوجه به روایات و سخنان فقها روشن می‌شود که همه این حالت‌ها نیز حرام است. در این باره می‌توان به آیه ۲۳۳ سوره بقره تمسک کرد: «لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بَوْلِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ»؛ زیرا بنا بر روایات معتبر، مراد از نهی از مضاره در این آیه، نهی از ترک جماع است.

در روایت صحیح‌ه‌ای آمده که ابوالصباح کنانی از امام صادق (ع) معنای این آیه را پرسید. حضرت در پاسخ فرمود: «دایه‌هایی بودند که هرگاه شوهرشان قصد نزدیکی با آنان می‌کرد، زن دستش را به سوی شوهر می‌گرفت و می‌گفت: نمی‌گذارم (با من آمیزش کنی)؛ زیرا می‌ترسم باردار شوم و به بچه‌ای که شیرش می‌دهم آسیب برسد و گاه نیز مرد او می‌گفت: با تو آمیزش نمی‌کنم؛ زیرا می‌ترسم باردار باشی و من باعث قتل فرزندم بشوم. از این رو خداوند نهی کرد که مبادا زن به مرد یا مرد به زن زیان برساند» (شبییری زنجانی،

چنان‌که مشاهده می‌شود روایت تصریح می‌کند که زن یا مرد حق ندارند به سبب عذری مانند داشتن فرزند شیرخوار و نگرانی از اذیت شدن او، از مباشرت خودداری کنند؛ به طریق اولی جایی که اصلاً عذری وجود نداشته باشد، ترک مباشرت حرام خواهد بود. بنابراین عمل به شرط عدم استیلا در نباید به تمکین زوجه صدمه‌ای وارد کند و مستلزم ارتکاب حرام در این خصوص شود.

۲. ۵. ۲. تمکین مرد

معروف این است که حق جنسی زن بر مرد فقط نزدیکی کردن در هر چهار ماه یک بار است. محقق حلی در شرایع عدم جواز ترک وطی بیش از چهار ماه را یادآور شده است (۲/۲۱۴) و به تبع ایشان بسیاری از علما همین را نقل کرده‌اند. شهید ثانی این حکم را محل اتفاق دانسته است (شهید ثانی، ۶۶/۷). برخی از مواردی که می‌توان عمل مرد را در راستای عمل به شرط عدم استیلا در باره صدمه به تمکین وی حرام دانست، عبارت‌اند از: ۱. مرد به سبب نداشتن وسیله پیشگیری از بارداری، نزدیکی را آن‌قدر به تأخیر بیندازد که زن تحت فشار قرار گیرد؛ ۲. مرد از وسیله‌ای مانند کاندوم استفاده کند که سبب ضرر جسمی به زن مانند سوزش و خارش شود.^۱

۶. حکم ثانوی استیلا

اعلام وضعیت مشروعیت شرط عدم استیلا و صحت یا بطلان آن، بستگی تام به اوضاع هر دوره زمانی و هر منطقه دارد؛ چراکه استیلا افزون بر جنبه فردی آن در روابط زوجین و خانواده، جنبه اجتماعی نیز دارد و چه بسا بعد اجتماعی حائز اهمیت بیشتری است. براین اساس هرچند حکم فقهی استیلا در شرایط عادی جامعه از احکام الزامی نیست؛ تحت شرایط خاصی افزودن نسل و فرزندآوری در جامعه واجب می‌شود. لذا اظهار نظر کلی برای تمام کشورها و در تمام زمان‌ها راجع به صحت و بطلان شرط عدم استیلا صحیح نیست؛ به عبارت دیگر حکم غیرالزامی مذکور، حکمی مطلق نیست که همه زمان‌ها و مکان‌ها را در بر گیرد.

در ادامه مواردی بیان می‌شود که در صورت تحقق آن‌ها، حکم غیرالزامی استیلا تغییر و استیلا و فرزندآوری در چنین شرایطی ضرورت می‌یابد. یقیناً اشتراط عدم استیلا یا پابندی به آن در این شرایط جایز نخواهد بود.

[در چکیده بیان شد که اگر تحت شرایطی فرزندآوری در جامعه ضرورت یابد، حکم ثانوی استیلا

۱. سیستمی این بحث را مطرح کرده است که زن می‌تواند با استفاده از وسایل پیشگیری، در صورت ایجاد سوزش و خارش از تمکین خودداری کند (۲۵).

وجوب و الزام خواهد بود. در این قسمت نیز شرایطی که در صورت وقوع آن‌ها، جامعه به استیلا و فرزندآوری ملزم خواهد بود و حکم اولیه غیرالزامی استیلا به حکم ثانوی الزام و وجوب تبدیل خواهد شد، بیان شده است. در چنین شرایطی که حکم شرعی استیلا وجوب است، اشتراط عدم استیلا یقیناً مصداق مخالفت با شرع خواهد بود.

۳. ۶. ۱. حفظ نظام

از آنجاکه حفظ حکومت اسلامی، موجودیت و کيان مسلمانان واجب است، از صدر اسلام تاکنون رهبران و اندیشوران اسلامی به ممنوعیت آنچه موجب اختلال نظام می‌شود حکم داده‌اند و در مقابل، حفظ نظام و مقدمات ضروری آن را واجب دانسته‌اند. طبق مقتضای قاعده وجوب مقدمه واجب، مقدمات آن نیز از هر نوع و سنخی که باشند واجب خواهند بود. بدیهی است که استیلا و تکثیر نسل از مقدمات واضح حفظ نظام است. بنابراین استیلا که در آموزه‌های اسلام امری ممدوح است، در شرایط کاهش جمعیت و بیم تضعیف نظام، از باب مقدمه واجب ضرورت می‌یابد و واجب می‌شود و این اقتضای قاعده (ضرورت حفظ نظام) است؛ چراکه حفظ مملکت اسلامی ممکن نمی‌شود، مگر به واسطه حفظ نسل بشر از اضمحلال و تکثیر آن (جعفریان، ۱۹۹/۱). این قاعده صرفاً به نظام حکومتی اشاره ندارد، بلکه نظر آن بیشتر به عدم اختلال نظام عام اجتماعی است که نظام سیاسی و حکومتی را هم شامل می‌شود.

۴. ۶. ۲. لاضرر

بنا بر قاعده لاضرر و لاضرار فی الاسلام، حکم ضرری در شرع اسلام منتفی است و با وقوع عنوان ضرر، حکم اولی مرتفع و حکم دیگری جایگزین آن می‌شود. این قاعده علاوه بر ضرر شخصی، ضرر نوعی را هم شامل می‌شود؛ چراکه در احکام اولیه اسلام به‌طور کلی این اصل؛ یعنی عدم زیان عامه و تقدم مصالح جمعی بر مصالح افراد رعایت شده است. ضرر عمومی را در سالمندشدن جمعیت کشور و آثار سوء سیاسی، نظامی، اقتصادی و اجتماعی کاهش جمعیت می‌توان یافت. از این‌رو بر مبنای قاعده لاضرر، در چنین شرایطی استیلا ضرورت می‌یابد و واجب می‌شود؛ لذا همگان باید ملزم به استیلا شوند تا جامعه از چنین وضعی نجات یابد.

۵. ۶. ۳. نفی سبیل

تعداد جمعیت ملت‌ها از عوامل اقتدار و حاکمیت سیاسی آنان محسوب می‌شود. بر اساس قاعده نفی سبیل اگر تعداد جمعیت مسلمانان در یک سرزمین اسلامی نسبت به سایر ادیان موجود، کاهش یابد و بیم غالب‌شدن جمعیت کفار بر مسلمانان و تغییر حکومت اسلامی برود، بر حکومت و مسلمانان واجب است که اهداف و برنامه‌های خود را در راستای حفظ نظام اسلامی و جلوگیری از سلطه کفار بر مسلمانان قرار دهند

(حاجی‌هادی و دیگران، ۱۷۱). براین اساس اگر مسلمانان در اقلیت قرار بگیرد و شمار دشمنان و کفار پیش بگیرد، استیلا و تکثیر نسل واجب خواهد بود.

۶. ۶. ۴. نفی عسرو حرج

عسرو حرج رافع تکلیف، آن است که مستلزم مشقت شدید باشد و مردم بر حسب عادت نمی‌توانند آن را تحمل کنند. البته شایان ذکر است که قید تحمل ناپذیر بودن، امری عرفی و معادل عبارت لایتحمل عاده، در متون فقهی است و در دین مبین اسلام، عسرو حرج خواه جسمی و خواه روحی نفی شده است (مصطفوی، ۲۹۸؛ مکارم‌شیرازی، احکام النساء، ۲۲۵/۱). راجع به شرط عدم استیلا در نکاح، چنانچه طبق توافق زوجین مشخص شد که مشروطه و مشروط‌علیه کیست، طبق توافق آن‌ها این امر مشخص می‌شود و در صورت انصراف مشروط‌علیه از شرط خود و خواستن فرزند، می‌تواند آن شرط را اسقاط کند. ولی در غیر این حالت و در حالتی که از مفاد توافق زوجین این امر مشخص نباشد، هر دو به یک اعتبار مشروطه و به یک اعتبار مشروط‌علیه خواهند بود و در صورتی که یکی از ایشان از شرط منصرف شود و آن را از جانب خود اسقاط کند، مفاد شرط به نفع طرف دیگر وجود دارد و اسقاط‌کننده ملتزم به مفاد آن خواهد بود؛ زیرا در شرایطی که شرط به سود طرفین باشد، سقوط آن تنها به تراضی امکان دارد. به نظر می‌رسد در چنین شرایطی طرفی که از شرط منصرف و خواستار فرزند باشد، اگر پابندی به آن شرط و نداشتن فرزند سبب اعسار و مشقت شدید وی شده باشد، به حکم ثانوی طرف مقابل دیگر حق امتناع ندارد؛ زیرا در شریعت مقدس اسلام حرج نفی شده است.

نتیجه‌گیری

مطابق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند و باتوجه به ادله وفای به شرط نظیر «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم»، این شروط لازم‌الاتباع خواهند بود. نکته اساسی در این خصوص آن است که وضع شرط در ضمن عقد به صورت صحیح و مطابق با ملاک‌های شرع باشد. این مسئله در ماده ۲۳۲ قانون مدنی نیز اشاره و ذیل شروط باطل غیر مفسد عقد، یکی از این شروط، شرط نامشروع بیان شده است. بنابراین چنانچه شرط، مخالف شرع یا متضمن امری باشد که شرع مقدس آن را ممنوع کرده است، باطل خواهد بود. هر چند در مفهوم شرط نامشروع میان فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر مشاهده می‌شود؛ شرط نامشروع از دیدگاه فقهای امامیه که به طور خاص موضوع بحث واقع شد، شرطی است که به مخالفت با کتاب و سنت بینجامد یا مستلزم تحریم حلال و تحلیل حرام باشد. بر اساس پژوهش صورت گرفته

روشن شد که شرط عدم استیلا ذیل هیچ یک از این عناوین قرار ندارد و از دیدگاه فقها شرطی مشروع است؛ چراکه هر چند در نگاه اول به آیات و روایات پیرامون استیلا چنین به نظر می‌رسد که در اسلام، فرزندداشتن و باقی‌گذارن نسل بر هر مسلمان امری راجح و مطلوب است، اما آیات و روایات موجود در بیان حکم الزامی و وجوب استیلا صریح نیستند و حکایت از فضیلت و استحباب استیلا دارند. لازم به ذکر است که در برخی مسائل، استحباب و وجوب کفایی جمع‌شدنی است؛ به این بیان که تا وقتی که عملی واجب عینی نشده است، مستحب باشد. به نظر می‌رسد استیلا نیز از چنین وضعیتی برخوردار است. ضمن اینکه پذیرش وجوب کفایی استیلا منافاتی با مشروعیت اولیه شرط عدم استیلا ندارد و اگر شرایط به صورتی بود که فرزندآوری واجب عینی شد، شرط مذکور از نظر دیگری حرام است. همچنین استیلا تنها یکی از اهداف متعدد شارع از جعل نکاح است، نه تنها هدف منحصر به فرد آن. در مقتضای ذات عقد نکاح نیز استیلا لحاظ نشده است و برخی حقوق دانان حتی در اینکه این امر مقتضای اطلاق نکاح باشد، تردید کرده‌اند. لذا رابطه استیلا و نکاح چنین نیست که با انتفای استیلا، غرض شارع از جعل نکاح معطل بماند، بلکه استیلا از حقوقی است که با توافق اراده زوجین و از طریق شرط ضمن عقد، اسقاط‌شدنی است.

با نظر به جواز و صحت نکاح زنان عقیم و پیرزنان از نظر فقهای امامیه در حالی که فاقد قابلیت باروری‌اند نیز روشن می‌شود که فقها در باب همسرگزینی به صفت (ولوده) و زیابودن زن توجه بسیاری داشته‌اند؛ اما آن را در زمره احکام استجابی اختیار زوجه بیان کرده‌اند، نه وجوب. روایت نبوی (تساکحوا تکثروا...) هم ظهوری در وجوب ازدواج از باب مقدمه برای تحقق استیلا ندارد؛ زیرا بنا بر تصریح همه فقیهان، ازدواج در نفس الامر مستحب مؤکد است و استیلا و افزایش نسل مسلمانان از اهداف و حکمت بنیادی عقد نکاح است و نباید با ماهیت شرعی آن اشتباه یا خلط شود.

علاوه بر آن نظر به قول مشهور فقهای متقدم به جواز عزل در صورت اشتراط با زوجه یا اذن وی، به قیاس اولویت می‌توان گفت شرط عدم استیلا نیز از نظر ایشان صحیح و نافذ است؛ زیرا نتیجه و اثر عزل، عدم توالد و تناسل است که از منظر فقها در صورت شرط کردن با زوجه، جایز شمرده شده است. مطلق بودن روایاتی که دلیل عمده قائلان به جواز عزل قرار گرفته‌اند نیز مؤید دیگری بر عدم وجوب استیلا است؛ زیرا در غیر این صورت باید در آن روایات قیدی می‌آمد. همچنین تناسب حکم و موضوع ایجاب می‌کند که مصادیق دیگر جلوگیری از انعقاد نطفه مانند قرص و کاندوم و... حکمی مشابه عزل داشته باشند.

تصریح فقها به اینکه زن می‌تواند حتی بدون اجازه شوهر در صورتی که به حقوق زناشویی لطمه وارد

نشود و برای خود او ضرر بسیار نداشته باشد، وسایل پیشگیری از بارداری موقت را به کار بندد و مرد نباید او را به فرزندآوری مجبور کند نیز مؤید دیگری بر مطلب است. از دلایل جواز پیشگیری نیز می‌توان به اصل اباحه و قاعده سلطنت اشاره کرد؛ چراکه اصل بر مباح بودن چنین عملی است و به استناد قاعده سلطنت، زوج مالک نطفه و زوجه مالک رحم خویش هستند و اصل سلطه انسان بر نفس خود اقتضا می‌کند که اختیار انعقاد نطفه یا عدم آن به دست همسران باشد.

فقها اتفاق نظر دارند که شرط عدم وطی و تمتع جنسی جایز است، درحالی‌که اگر ظهور آیات و روایات نزد ایشان در وجوب استیلا بود، قول به صحت شرط عدم نزدیکی از باب اینکه وطی لازمه و مقدمه استیلا است و با انتفاء نزدیکی، استیلا نیز منتفی خواهد شد، منطقی نبود. اصطلاحات به کار رفته در متن روایات مستند این نظر و عباراتی که فقها در بیان مطلب استفاده کرده‌اند نیز تا حدودی مؤید این استدلال است؛ چراکه در آن‌ها از اصطلاح اقتضا (اقتضا) استفاده شده است. این اصطلاح به معنای ازاله بکارت کردن است. از این رو وقتی شرط عدم ازاله بکارت از نظر این فقها صحیح است، در واقع به طور ضمنی شرط عدم استیلا هم شده است؛ چراکه حتی در صورتی که امکان فرزندآوری بدون نزدیکی طبیعی هم وجود داشته باشد با وضع حمل، بکارت زن زائل می‌شود. ممکن است گفته شود زایمان طبیعی تنها راه وضع حمل نیست و امکان زایمان با عمل جراحی نیز وجود دارد یا اینکه با توجه به روش‌های جدید باروری مصنوعی اصلاً نیازی به حامله شدن زن هم ممکن است نباشد! ولی در هر حال باید توجه داشت که مقنن معمولاً برای موارد غالب، قاعده وضع می‌کند و نمی‌توان با موارد استثنایی قاعده را بر هم زد. مقتضای اصل عملی نیز عدم وجوب استیلا است.

از نظر تحلیل حرام و تحریم حلال نیز باید گفت: شرط مذکور حلیت استیلا را از بین نمی‌برد، بلکه جلوی فعلیت آن را می‌گیرد و به صورت شرط فعل سلبی، طرفین ضمن عقد نکاح بر یکدیگر شرط می‌کنند که حق خود را استیفا نکنند؛ درحالی‌که اصل جواز استیلا با برجا است. در نهایت هر چند شرط عدم استیلا شرطی صحیح، مشروع و لازم‌الاتباع است؛ در شرایطی اگر به دلیل وجود این شرط به تمکین واجب زوجین صدمه‌ای وارد شود یا پیشگیری از بارداری به وسیله ابزارهای متعدد، مستلزم ارتکاب حرامی چون اضرار به نفس، فساد عضو، لمس و نظر حرام یا عقیمی دائمی شود، عمل به شرط از این رهگذر جایز نخواهد بود. در شرایطی که حفظ نظام، نفی سبیل، لاضرر و نفی عسرو حرج اقتضای فرزندآوری داشته باشد نیز حکم ثانوی امر استیلا، وجوب خواهد بود و در چنین شرایطی اشتراط عدم استیلا در ضمن عقد و عمل به آن یقیناً جایز نخواهد بود.

منابع

قرآن کریم

احسانگر، نورا، «بررسی فقهی و حقوقی شروط باطل و تأثیر آن در عقود»، راه وکالت، ش ۱۰، ۱۳۹۲، صص ۵۱ تا ۲۹.

اسدی‌نیا، معصومه، «شرط نامشروع از نگاه علما و قانون»، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، ش ۳/۱، ۱۳۹۶، صص ۵۳ تا ۴۲.

اکبری، محمود، احکام پزشکی، قم: فقیان، ۱۳۹۳.

انصاری، مرتضی‌بن محمدامین، المکاسب، بی‌جا: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۷ق.

_____، کتاب النکاح، به تصحیح کمیته تحقیق کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق.

بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۹.

بهجت، محمدتقی، استفتانات، بی‌جا: دفتر آیت‌الله محمدتقی بهجت، ۱۴۲۶ق.

جعفریان، رسول، رسائل مجابیه، قم: دلیل ما، ۱۴۲۸ق.

حاجی‌هادی، منیره؛ هادی و حسن قاسمی مقدم، «چرایی و چگونگی مداخله حاکمیت و حکومت در تنظیم جمعیت»، فصلنامه حکومت اسلامی، ش ۷۱، ۱۳۹۳، صص ۱۶۵ تا ۱۹۰.

حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.

خمینی، روح‌الله، تحریرالوسیله، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶.

خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.

_____، منیه السائل، بیروت: دارالمجتبی، ۱۴۱۲ق.

_____ و جواد تبریزی، احکام جامع مسایل پزشکی، قم: دارالصدیقه الشهیده، ۱۳۹۰.

سیستانی، سیدمحمدرضا، وسائل المنع من الانجاب، ج ۲، بیروت: دارالمورخ العربی، ۱۴۲۸ق.

شبیری زنجانی، موسی، کتاب نکاح، تقریرات درس آیت‌الله شبیری زنجانی بر مبنای عروة الوثقای سیدمحمدکاظم یزدی، قم: رأی‌پرداز، ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۳.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام الى تنقیح شرایع السلام، چاپ سوم، قم: معارف اسلامی، ۱۴۲۵ق.

صدر، محمدباقر، اقتصادنا، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵.

طباطبایی حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم: مکتب آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم، حاشیه المکاسب، چاپ چهارم، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۸.

طلعتی، محمدهادی، رشد جمعیت، تنظیم خانواده و سقط جنین (آرا و مبانی فقهی حقوقی)، چاپ اول، قم: دفتر

تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۳.

طوسی، محمدبن حسن، النهایة، چاپ دوم، لبنان: دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ق.

عبدالناصر، جمال، موسوعة الفقه الاسلامی، مصر: جمهوری مصر العربیة، ۱۳۹۸.

علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیة، مشهد: مؤسسه آل البيت، بی تا.

_____، تذکرة الفقهاء، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۲۰ق.

غزالی، محمد بن محمد، کیمیای سعادت، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۱.

قحف، محمد منذر، النصوص الاقتصادية من القرآن و السنة، نویسنده: محمدرضا مبلغی، زیر نظر محمد علی

تسخیری، تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامية، ۱۴۲۸ق.

قمی سبزواری، علی بن محمد، جامع الخلاف و الوفاق، قم: پاسدار اسلام، بی تا.

قنبرپور، بهنام، «پژوهشی بر قلمرو اختیار حکومت اسلامی و تدابیر آن در جلوگیری از کاهش نسل»، فصلنامه

شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، ش ۶۸، ۱۳۹۴، صص ۲۱۵ تا ۲۴۰.

کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی (فروع)، قم: دار الحديث، ۱۴۲۹ق.

گلپایگانی، محمدرضا، مجمع المسائل، قم: دار القرآن الکریم، ۱۳۶۴.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، بحار الانوار، چاپ دوم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، الرسائل التسع، به تحقیق رضا استادی، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی،

۱۴۱۳ق.

_____، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

_____، قواعد الاحکام فی المسائل الحلال و الحرام، تهران: استقلال، ۱۴۰۹ق.

محقق داماد، مصطفی، «شرط فرزندآوری و عدم آن»، فقه پزشکی، ش ۲، ۱۳۸۹، صص ۱۱ تا ۲۴.

محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۲۹ق.

مصطفوی، محمد کاظم، مائة قاعدة فقهية، قم: اسلامی، ۱۴۲۱ق.

مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهية، چاپ چهارم، قم: مدرسه امیرالمؤمنین امام علی (ع)، ۱۴۱۶ق.

_____، احکام النساء، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۳۷۴.

_____، احکام پزشکی، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۳۸۷.

موسوی، سید حسن، «وجوب فرزندآوری از دریچه فقه»، تا اجتهاد، ش ۳، ۱۳۹۷، صص ۱۰۱ تا ۱۳۲.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم: دفتر تبلیغات

اسلامی، ۱۳۷۵.

_____، مستند الشيعة فی احکام الشريعة، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۲۹ق.

شعبانی و جعفری؛ واکاوی مشروعیت شرط عدم استیلا در نکاح از دیدگاه فقهای امامیه / ۷۵

هاشمی شاهرودی، محمود و همکاران، موسوعة الفقه الاسلامی طبقا لمذهب اهل البيت، قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی، ۱۴۲۳ق.

_____، المعجم الفقهي لكتب الشيخ الطوسي، بی جا: بی نا، ۱۳۸۳.



A critical approach to hypothetical jurisprudence; Basics and harms focusing on the place of thematics in this jurisprudential approach

Dr. Ali Shafi'I, Ph.D. Graduate of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Department, Torbat Heydarieh branch, Islamic Azad University, Torbat Heydarieh, Iran

Dr. Mansour Amirzadeh Jirkoli, Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Torbat Heydarieh branch, Islamic Azad University, Torbat Heydarieh, Iran (Corresponding Author)

Email: amirzadehj@yahoo.com

Dr. Mohammadreza Kazemi Glovardi, Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran

Abstract

hypothetical jurisprudence, which with a little leniency can be called jurisprudence in vacuum, is a product of foundations, methods, causes and factors, which due to its strong presence in the background and present of the institution of jurisprudence, requires a critical look in order to be more precise and objective with it. Paying attention to hypothetical jurisprudence as a jurisprudential approach is due to the fact that jurisprudence and jurists have distanced themselves from social realities and the objective challenges of the obligees on the one hand, they are boycotted from the government and marginalized on the other hand, has had consequences that in this article, while pointing to some of its foundations and harms, have been tried to be addressed on a case-by-case basis as a result of the lack of attention to thematics, an issue that has been considered by thinkers and those concerned about making jurisprudence more efficient in these decades.

In this essay, the mentioned problem has been researched with a descriptive, analytical method and with a critical approach, and the hypothesis has been strengthened that the lack of attention to jurisprudential thematics and the decline of its place in the operation of inference is mainly the result of the rule of the hypothetical approach to jurisprudence.

Keywords: critical approach, hypothetical jurisprudence, real jurisprudence, pathology of jurisprudential approaches, thematics.



فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۹۵ - ۷۷	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۲۱	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۵/۱۱
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.87634

رویکردی انتقادی به فقه افتراضی؛

مبانی و آسیب‌ها با تمرکز بر جایگاه موضوع‌شناسی در این رویکرد فقهی

دکتر علی شفیعی

دانش‌آموخته دکتری گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران.

دکتر منصور امیرزاده جبرگلی (نویسنده مسئول)

استادیار گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران.

Email: amirzadehj@yahoo.com

دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی

استادیار گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

چکیده

فقه افتراضی که با اندکی تسامح می‌توان آن را فقه در خلأ نیز نام نهاد، محصول مبانی، روش‌ها، علل و عواملی است که باتوجه به حضور پررنگ و پر حجم آن در پیشینه و حال نهاد فقاہت، نیازمند نگاهی انتقادی است تا بتوان دقیق‌تر و عینی‌تر با آن روبه‌رو شد.

توجه به فقه افتراضی به مثابه رویکردی فقهی که از جمله معلول فاصله‌گرفتن فقه و فقیهان از واقعیت‌های اجتماعی و چالش‌های عینی مکلفان از یک سو و مطرود گشتن فقیهان از حکومت و حاشیه‌نشینی ایشان از سوی دیگر است، پیامدهایی به دنبال داشته که در این مقاله ضمن اشاره به پاره‌ای از مبانی و آسیب‌های آن تلاش شده است به صورت موردی به پیامد کم‌توجهی به موضوع‌شناسی پرداخته شود، مسئله‌ای که در این چند دهه بیش از پیش مدّ نظر اصحاب اندیشه و دغدغه‌مندان کارآمدتر کردن فقه بوده است.

در این جستار به روش توصیفی تحلیلی و با رویکرد انتقادی مسئله مورد اشاره مورد تحقیق واقع شده و این گمانه تقویت شده که کم‌توجهی به موضوع‌شناسی فقهی و تقلیل جایگاه آن در عملیات استنباط، عمده‌تاً معلول حاکمیت رویکرد افتراضی به فقه است.

واژگان کلیدی: رویکرد انتقادی، فقه افتراضی، فقه واقعی، آسیب‌شناسی رویکردهای فقهی، موضوع‌شناسی.

مقدمه

فقه به‌عنوان دانشی که در جغرافیای دین شکل گرفته و رشد یافته است، گونه‌ها و رویکردهای مختلفی دارد که از جمله می‌توان به فقه افتراضی، فقه مقاصدی، فقه تنزیلی، فقه اجتماعی و... اشاره کرد. این رویکردها و گونه‌های مختلف فقه از یک سو محصول روش‌های متفاوت فقهی و از دیگر سو پیامد مبانی و منابع آن همانند بهره‌گیری حداکثری^۱ یا حداقلی^۲ از قرآن، روایات، عقل، عرف و دیگر منابع است. این دانش سترگ که نه تنها حضوری حداکثری در زندگی انسان‌ها داشته و دارد، بلکه طرفداران رویکرد فقه محوری مدعی ظرفیت‌های فراوانی هستند که هنوز ناپیموده باقی مانده‌اند. باتوجه به موقعیت‌های جدیدی که در جهان معاصر پیدا کرده است،^۳ از زوایای مختلفی نیازمند بحث و بررسی است. فقه افتراضی یا استشراف فقهی یا فقه اریادی و...^۴ گونه‌ای از فقه است که حضوری دراز و پرهیمانه در دستگاه فقهات داشته (حجوی ثعالبی، ۱۹/۴؛ کمال‌الدین امام ۱۴۵؛ محمید، ۵؛ حب‌الله، ۲۶۲) و دارد که در اهمیت آن می‌توان به رأی یکی از فقیهان اشاره کرد که معتقد است: «یکی از اسرار عظمت اسلام و خلود آن همین فقه افتراضی است» (حسنی، ۱۰۳/۱).

فقه افتراضی چیست؟ مبانی آن کدام‌اند؟ علل و عوامل شکل‌گیری آن در فقه چیست؟ ره‌آوردها و آسیب‌های آن کدام‌اند؟ این پرسش‌ها به‌عنوان نمونه در برابر این رویکرد فقهی همانند رویکردهای دیگر فقهی مطرح است که پاسخ به آن‌ها می‌تواند مقالات چندی را به‌دنبال داشته باشد.

در این پژوهش تلاش شده است تا تقریری مختصر از مفهوم‌شناسی؛ مبانی و آسیب‌های آن ارائه شود و به یکی از پیامدهای تاریخی آن در جهان جدید که خودنمایی بیشتری دارد؛ یعنی نحیف و ضعیف‌شدن توجه به موضوع‌شناسی فقهی کمی به تفصیل اشاره شود.

۱. مفاهیم و کلیات

پیش از ورود به بحث اصلی و مسئله گفت‌وگو، ابتدا تلاش شده است تا ضمن تبیین مفاهیم دخیل در بحث یعنی؛ فقه افتراضی، رویکرد انتقادی و موضوع‌شناسی، به پیشینه‌شناسی فقه افتراضی و علل و عوامل شکل‌گیری این رویکرد فقهی نیز پرداخته شود.

۱.۱. مفهوم‌شناسی فقه افتراضی و نسبت آن با برخی مفاهیم

۱. مثلاً افزودن عرف، سیره عقل یا قیاس و سبذرائع و...

۲. همانند بی‌توجهی به عقل حتی به‌عنوان ابزار فهم...

۳. همانند حضور در قدرت سیاسی و نقش مهم یافتن در ساختار اجتماعی که چند دهه است بدان دست یافته است.

۴. برخی از نویسندگان معاصر از فقه الافتراضی به استشراف الفقهی، فقه الاستثنائی، فقه الاسقاط، فقه العواقب، فقه الاریادی و... یاد می‌کنند (نک: مهران، ص ۶۳۵؛ عبدالفتاح همام، «الفقه المستقبلی تاصیل و آفاق»، مجلة الوعي الاسلامی، ش ۵۶۰، ۲۰۱۲...).

فقه در لغت و اصطلاح معانی مختلفی دارد؛ گاهی به معنای بینائی (مازندارنی، ۲۹/۲؛ سیستانی، ۱۹) که معنایی عام‌تر و فربه‌تر از دانائی است و گاهی دیگر به معنای فهم می‌آید. این تقریر، فقه را از جنس فهم می‌داند و نه علم. تفقه را نیز فهمیدن می‌داند و معتقد است این فهم نیز تنها به گزاره‌های تکلیفی تعلق نمی‌گیرد، بلکه مطلق آموزه‌های دینی را شامل می‌شود (مصطفی و همکاران، باب الفاء).

از قرن دوم به بعد که سرآغاز تخصصی شدن دانش هاست، فقه نیز معنایی ویژه پیدا کرد و از مطلق فهم یا مطلق علم، به معنای علمی محدود شد که کار ویژه‌اش تنظیم و مدیریت رفتارهای بیرونی مکلفان است (همایی، ۲۱۸ و ۲۲۹، هدایتی، ۱۳۹۵، ۴۶ و ۴۹).

فقه افتراضی را برخی این‌گونه تعریف کرده‌اند: «تلاش و اجتهاد فقیه در تبیین حکم شرعی حوادثی است که واقع نشده‌اند و موضوعاتی که تقدیری‌اند» (ابوزه‌رهه، ۱۹۹۸، ۳۷۷). برخی دیگر معتقدند: «افزودن و الحاق حکم شرعی جدیدی که الان اتفاق نیفتاده و قابل تصور نیست، ولی توقع حدوث آن در آینده می‌رود، به نص یا حکم اصلی که وجود دارد» (سید قطان، ۲۰/۱).

به‌عنوان مثال می‌توان از رأی فقیهان درباره صورت‌های فقهی فروعی یاد کرد که امکان وقوعشان بسیار بعید است، هرچند امکان عقلی و ذهنی آن‌ها پذیرفتنی است که عبارت‌اند از: ۱. فرض ازدواج انسانی با زنی از جنیان و تأثر آن در تعدد زوجات (حب‌الله، ۲۶۲)؛ ۲. حکم به تیمم دادن زنی که مرده است و هیچ زنی یا هیچ محرمی با وی نیست یا مردی که مرده است و با وی هیچ مردی یا محرمی نیست؛ ۳. حکم ارث فرزندی که بر اثر مجامعت شخص خنثی (دوجنسیتی) با خودش متولد شده است (مقری، ۴۲۲/۱). به نظر می‌رسد بتوان فقه افتراضی را این‌چنین معنا کرد: اجتهاد و افتا در مسائلی که واقع نشده‌اند و وقوع آن مسائل تنها به صورت عقلی فرض گرفته می‌شوند.

فقه افتراضی با اصطلاحاتی چون فقه التوقع و افتراض فقهی، قرابت‌های معنایی دارد؛ ولی متفاوت است و نسبت این اصطلاحات این‌همانی نیست. مثلاً در تفاوت بین فقه افتراضی و فقه توقع می‌توان گفت: در فقه توقع ما با مقدمات وقوعی یک مسئله و واقعه مواجه هستیم و قرائنی بر وقوع آن واقعه خاص بروز و ظهور یافته‌اند، ولی در فقه افتراضی این‌گونه نیست؛ یعنی تماماً موضوع مطالعه، تقدیری و فرضی است و لذا بسیار اتفاق می‌افتد که هیچ‌وقت این مسئله، لباس تحقق نمی‌پوشد و در حد همان گمانه باقی می‌ماند. یکی از صاحب‌نظران در تبیین این تفاوت می‌گوید: «سخن‌گفتن یا بحث علمی از حکم چیزی که خیالی است و وجود خارجی ندارد مثل ماهی که در خشکی راه می‌رود این‌گونه فقه، فقه افتراضی است. اما سخن‌گفتن یا تبیین علمی حکم چیزی که واقع شده و در بازار وجود دارد که احتمال آثار سلبی و ایجابی در زندگی انسان‌ها دارد، فقه التوقع است» (خالد عبدالله المزینی، <http://ijtihadnet.net>).

در تفاوت میان فقه افتراضی و افتراض فقهی نیز می‌توان گفت: «افتراض فقهی، روبه‌رو شدن و مواجهه با قضیه‌ای که هست و تلاش بسیار برای فهم واقع؛ درحالی‌که فقه افتراضی یعنی تلاش برای استخراج ظرفیت و استعداد در مواجهه با قضیه‌ای که هنوز واقع نشده و متوقع است...» (همان)

همین نویسنده به‌عنوان مثال از قاعده: «لا تركة إلا بعد سداد الديون» یاد کرده است و می‌نویسد: «این قاعده در جایی است که درحقیقت کسی که از او ارث برده می‌شود مرده است که قاعده، مخالف این حقیقت و واقعیت میت را زنده فرض کرده و برایش ملکیت اعتباری قائل شده است و لذا می‌گوید: تركة میت تنها پس از پرداخت دیون قابل تصرف است» (همان). حقیقت آن است که مورث مرده است اما قاعده، وی را زنده می‌داند و دارای ملکیت اعتباری بر آنچه که از خود بر جای گذاشته است.

۲.۱. مفهوم‌شناسی رویکرد انتقادی

نگاه انتقادی که محصول عقلانیت^۱ انتقادی است،^۲ روشی ویژه در مواجهه با مسائل و موضوعات علمی است. برخی فیلسوفان، علم آن را «نوعی آمادگی برای استماع استدلال‌های نقادانه، جستجو برای یافتن اشتباهات خود و درس‌آموختن از آن‌ها» دانسته‌اند (کارل پوپر، ۱۳۸۹، ۳۱). این نگاه بر معرفت‌شناسی ویژه‌ای مبتنی است که فروتنانه حتی به نقادی خویشتن نیز توجه نشان می‌دهد. نوعی اشتیاق برای فهم دقیق‌تر و علمی‌تر با بهره‌گیری از عقل و تجربه است.

از آنجاکه روش انتقادی اساساً یک شیوه تفکر و حتی یک شیوه زیست (همان) اجتماعی است، در تعامل با دیگران است که رشد و معنا پیدا می‌کند. به‌گفته پوپر، تفکر انتقادی یا تفکر نقادانه (Critical thinking) حتی درباره بهترین نظریه‌ها همواره مسائل تازه‌ای را آشکار می‌سازد (همان، ۲۹۲).

این تفکر به معنای انتقاد یا عیب‌جویی کردن نیست، بلکه به معنای «پیروی از شریعت عقل یا پیروی از مجموعه «ارزش‌ها» و «هنجارهایی» است که از عقل سرچشمه می‌گیرند» (فنائی، ۱۳۸۹، ۲۰۴) که مهم‌ترین شاخصه‌های آن عبارت‌اند از: ۱. قدرت آنالیز و تجزیه و تحلیل مباحث؛ ۲. قدرت تمایز و تفکیک مباحث از مشابهات؛ ۳. جستجوی حداکثری منابع و داده‌های مرتبط با یک موضوع؛ ۴. توان نتیجه‌گیری و جمع‌بندی بر اساس شواهد به‌دست‌آمده؛ ۵. قدرت پیش‌بینی پیامدهای یک نظریه؛ ۶. تلاش در ارتقای یک بحث از طریق نوآوری یا نوسازی آن.^۳

۱. عقلانیت (rationality)؛ عقل‌ورزی، خردورزی و پایبندی به مقتضیات عقل است.

۲. عقلانیت انتقادی مکتبی فکری است که نماینده مهم آن کارل پوپر است. جوزف آگاسی (Josef Agassi)، هانس آلبرت (Hans Albert)، ویلیام دبلیو، بارتلی (William Bartley)، یان جاروی (Ian Jarvie)، نورتا کوئرته (Noretta Koertge)، آلن ماسگریو (Alan Musgrave)، دیوید میلر (David Miller) و جان واتکینز (John Watkins) شماری دیگر از فیلسوفانی هستند که در آن سهم دارند.... ترجمه قسمتی از مقاله "critical rationalism" نوشته "Gürol Irzik" است که در کتاب "The Routledge companion to philosophy of science" آمده است.

۳. نک: کارل پوپر، اسطوره چارچوب (در دفاع از علم و عقلانیت)؛ مصطفی ملکیان، راهی به رهایی؛ ابوالقاسم فنایی، اخلاق دین‌شناسی و...

۳.۱. مفهوم‌شناسی موضوع و تفاوت آن با مصداق

از جمله مفاهیم دیگر که هر چند به اجمال باید بدان اشاره شود، موضوع و نسبت آن با مصداق است. موضوع چیست؟ موضوع در لغت به معانی همچون: راهوار، بر ساخته، بر بسته و... بیان شده است که مترادف آن را سوژه، نهاده، گذارده، وضع شده و... دانسته‌اند (نک: لغت‌نامه دهخدا و معین) که به تناسب دانش‌های مختلف، تعاریفی متفاوت از آن ارائه شده است. اصولیان و فقیهان نیز در ضمن پرداختن به حکم و مباحث آن به عنوان یک اصطلاح، تعاریفی ارائه کرده‌اند که متفاوت است.

میرزای نائینی در تعریف موضوع حکم می‌نویسد: منظور از موضوع، آن چیزی است که در متعلق حکم به عنوان مفروض الوجود اخذ می‌شود؛ مثل عاقل بالغ مستطیع یعنی مکلف مستطیع که از او فعل و ترک به همراه قیود و شرایط طلب شده است (۱/۱۴۵). تعریف دیگر را می‌توان از قول سید محمدباقر صدر نقل کرد که می‌گوید: موضوع حکم، اصطلاحی اصولی است که منظور از آن مجموع چیزهایی است که فعلیت حکم مجعول، بر آن توقف دارد (۱/۱۵۶).

تفاوت این دو تعریف و تأثیر هریک از آن دو بر نوع نگاه به موضوع‌شناسی فقهی را برخی صاحب‌نظران بحث کرده‌اند (برجی، ۷۳) که به اجمال می‌توان گفت در تعریف شهید صدر از موضوع و نقش موضوع‌شناسی در اجتهاد، اهمیت روشن‌تر دارد؛ چراکه وی تمام آنچه را که فعلیت حکمی بر آن متوقف باشد، موضوع می‌داند که این نگاه نه تنها اهمیت موضوع‌شناسی را دو چندان می‌کند، بلکه لزوم سلطه مجتهد و مستنبط حکم را نیز تأکید می‌کند.

یکی از صاحب‌نظران به درستی معتقد است که نمی‌توان از این همانی موضوع و مصداق سخن گفت، بلکه این دو با هم تفاوت دارند که بر اثر بی‌توجهی به این نکته، پاره‌ای از عالمان و صاحب‌نظران دچار آمیختگی و تسامح در داوری راجع به رابطه فقیه و موضوع‌شناسی شده‌اند (علیدوست، ۱۳۸۴، ۳۵۹).

به نظر می‌رسد در تعریف موضوع می‌توان دو ویژگی را لحاظ کرد تا روشن‌تر شود: ۱. موضوع و متعلق حکم توسط قانون‌گذار و شارع برای حکم تعیین می‌شود؛ ۲. موضوع و متعلق حکم متأثر از زمان و مکان نیست و لذا تغییرناپذیر است. مصادیق حکم تغییرپذیر است (همان، ۳۸۵). نتیجه این دو ویژگی در تعریف موضوع این است که برای شناخت آن باید به فقیه مراجعه کرد و فقیه نیز باید به اسناد معتبر؛ یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل مراجعه کند (همان).

۳.۲. اهمیت موضوع‌شناسی و نقش آن در اجتهاد

توجه به اهمیت موضوع‌شناسی در فقه از دیرباز موضوع گفت‌وگوی اجمالی فقیهان بوده است. به عنوان نمونه می‌توان از فاضل مقداد یاد کرد که از جمله در بحث از هستی‌شناسی فقه می‌نویسد: و مبادی فقه یا

تصوری هستند یا تصدیقی که ازجمله مبادی تصویری فقه، شناختن موضوعات و اقسام موضوعات فقهی است (۵).

پاره‌ای از فقیهان معاصر هم در اهتمام به موضوع‌شناسی و هم در توسع قلمرو آن در فقه بیش از گذشتگان توجه نشان داده و می‌گویند: «موضوع‌شناسی از ضروریات کار فقیه است و تا او موضوع را کاملاً تشخیص ندهد و تمام ابعاد، زوایا و خصوصیاتش را به دست نیاورد، نمی‌تواند موضوع را تحت قواعد عام قرار دهد» (فرحناک، ۱۳۹۰، ۳۳۳). وی آنگاه سخن از نکته‌ای می‌گوید که با فقه افتراضی دست‌نیافتنی است و لذاست که آنجا نمی‌توان انتظار این سنخ از موضوع‌شناسی را داشت. ایشان معتقدند: معنای به متن واقع رفتن این است که فقیه باید نزد کارشناس برود. مقصود رجوع به بازار؛ رجوع به مشتری نیست، بلکه از تاجری می‌پرسد که چکار می‌کنی؟ علامه برای شناختن انواع شرکت به متن بازار رفت و در آنجا سه نوع شرکت را به دست آورد: ۱. شرکت اموال، ۲. شرکت ابدان، ۳. شرکت وجوه. بعد این‌ها را به مدرسه و کتابخانه آورد بر قواعد عرضه کرد، دید که دوتای از این‌ها اکل مال به باطل است و فقط یکی از این‌ها مشمول تجارة عن تراض است (همان، ۳۳۰).

در اهمیت موضوع‌شناسی و نقش آن در اجتهاد می‌توان به سخنان یکی از فقیهان معاصر که اتفاقاً از نظر جایگاه سیاسی و اجتماعی‌اش نگاهی کاربردی به فقه دارد استناد و بدان اکتفا کرد که می‌گوید: یک رکن مهم برای فتوا، اطلاع از موضوع است. اگر فقیه، موضوع را نشناسد، نخواهد توانست آنچنان که شایسته است، از دلیل شرعی، حکم فقهی را استنباط کند (خامنه‌ای، سخنرانی در ابتدای درس خارج). ایشان در جای دیگر نیز بر این نکته تأکید کرده و می‌گویند: فقیه در مقام استنباط با دو عنصر موضوع و حکم روبه‌رو است. موضوع، در مرتبه پیش از حکم و به منزله علت آن است. تا فقیه، موضوع را به‌درستی نشناسد و اقسام آن را تشخیص ندهد، روا نیست حکمی را بر آن بار کند. هرچه دامنه آگاهی‌های فقیه گسترده‌تر و آشنایی وی با دانش‌های رایج زمان خود بیشتر باشد، موضوع‌ها و رخدادهای زمان را بهتر تشخیص می‌دهد و دریافتن حکم آن‌ها تواناتر خواهد بود (همو، سخنرانی در جمع روحانیون حوزه علمیه اهواز).

۱.۳. عرصه‌های موضوع‌شناسی

موضوع‌شناسی دو ساحت یا دو عرصه کلان دارد که عبارت‌اند از: أ. ساحت فقاهت و اجتهاد؛ ب. ساحت عمل و رفتار یا ساحت تئوری و ساحت تطبیق.

موضوع‌شناسی به معنای بهره‌گیری از موضوع در ساحت عمل فردی و تطبیق فروع است که البته عملی غیرفقیهانه است و به قلمرو مکلف مرتبط است و این است آنچه که می‌توان آن را از دایره وظیفه مجتهد بیرون دانست. اما گاه نیز موضوع‌شناسی در ساحت اجتهاد و در مقام تئوری است که خود این سنخ

موضوع‌شناسی در چند مرحله مطرح و بحث می‌شود: مرحله اول، نقش و جایگاه موضوع‌شناسی در فقهات؛ مرحله دوم، ملاک‌ها و شیوه‌های بهره‌گیری از موضوع‌شناسی در اجتهاد؛ مرحله سوم، تطبیق قواعد کلی موضوع‌شناسی بر کلیات مصادیق.

این رویه را برخی از فقیهان در آرای خود نشان داده‌اند که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. در صدقِ مصداق ابزار شرعی ذبح بر استیل گفته‌اند (فرحناک، ۱۰۴). در این بحث دو رویکرد وجود دارد: رویکردی که آن را احاله به اهل فن و به آنان واگذار کرده است (بهجت، ۱۶۵) و رویکردی که مستقیماً ورود و صریحاً اعلام می‌کند که «استیل جزء آهن است و مانعی از ذبح با آن نیست» (خوئی، ۱۷۶)؛ ۲. فتوای فقیه صاحب‌نامی مثل سید محمدکاظم یزدی به نجس نبودن قاتلان به جسم‌بودن خداوند یا جبر و عدم اختیار انسان یا معتقدان به وحدت وجود که خود را ملزم به احکام اسلام می‌دانند.

این تفاوت‌های نظری و تطبیقی از یک سو به رویکرد فقیهان در خصوص اهمیت موضوع‌شناسی و از سوی دیگر همان گونه که یکی از صاحب‌نظران گفته است به خلط یا تسامح ایشان در نسبت موضوع و مصداق (علیدوست، ۱۳۸۴، ۳۵۹) برمی‌گردد. اینکه فقیهان یا صاحب‌نظرانی معتقد باشند: «شناخت موضوع، شأن مجتهد نیست تا چه برسد به اینکه از معصوم در این باره سؤال شود» (بهبهانی، ۷۹/۱) یا «موضوع‌شناسی اصلاً کار فقها نیست» (کدیور، ۱۳۷۹، ۱۸۱)، به صورت طبیعی نشان می‌دهد که ایشان فقیهان را در ساحت استنباط نیازمند به مقوله‌ای به نام موضوع‌شناسی نمی‌دانند که به نظر می‌رسد نقدشدنی و تامل‌برانگیز است.

۴.۱. پیشینه‌شناسی و خاستگاه شکل‌گیری فقه افتراضی

فقه افتراضی به اذعان بسیاری از صاحب‌نظران، اولاً محصول قرن دوم به بعد است؛ ثانیاً خاستگاه شکل‌گیری آن مکتب فقهی عراق است؛ ثالثاً در آن، دو تقریر وجود دارد: ا. تقریر سنی از فقه افتراضی که آن را رهاورد اندیشه‌های فقهی ابوحنیفه می‌داند (ابوزهره، ابوحنیفه، حیات و عصره، ۲۵۹ تا ۲۶۱؛ حجوی ثعالبی، ۴۱۹/۱)؛ ب. تقریر شیعی که آن را محصول اندیشه‌های امام باقر یا امام صادق می‌داند (اسدی، ۳۶؛ حسنی، ۱۰۲/۱).

یکی از نویسندگان عرب در اشاره به فقه حنفی با اشاره به اینکه فقه افتراضی محصول اندیشه‌های ابوحنیفه است، می‌نویسد: «فقه در زمان پیامبر، حکم‌کردن یا پاسخ‌دادن به مسائل مبتلابه و عینی مردم بود، ولی پس از ایشان صحابه پیامبر و بزرگان از تابعین و دیگران ضمن آنکه پاسخ‌گوی مسائل نوپیدای عینی بودند، مسائل پیشین را نیز حفظ می‌کردند که این عاملی شد برای ازدیاد فروع فقهی. اما ابوحنیفه با تمسک به قیاس از یک سو و گنجاندن فروع جدید در ذیل عمومات پیشین از سوی دیگر، به حکم‌دادن درباره

مسائلی پرداخت که هنوز واقع نشده بودند که این خود عاملی برای حجیم‌شدن فقه نسبت به گذشته شد» (حجوی ثعالبی، ۱۳۹۲/۴).

در پاره‌ای منابع اهل سنت به‌عنوان پیشینه آن گفته‌اند: قتاده وارد کوفه می‌شود و ابوحنیفه به دیدنش می‌رود و یک فرع فقهی را از وی سؤال می‌کند که فرضی است. قتاده به وی می‌گوید: چنین مسئله‌ای پیش آمده است؟ ابوحنیفه گفت: خیر! قتاده گفت: چرا از آنچه اتفاق نیفتاده است از من می‌پرسید؟ ابوحنیفه پاسخ داد: ما قبل از نزول بلا، خود را برای آن آماده می‌کنیم تا چون پیش آید راه مواجهه درست با آن و راه خلاصی از آن را بدانیم (ابوحیان توحیدی، ۸۱/۶؛ خطیب بغدادی، ۳۴۸/۱۳).

فقه حنفی چنان با این رویکرد گره خورد که به‌تعبیر برخی: «فقه در نزد حنفی‌ها تغییر ماهیت داده و به علم افتراضی تبدیل شده است، به‌گونه‌ای که بهره‌گیری آن از افتراض و فرض‌گیری بیشتر از بهره‌گیری آنان از واقعیت‌ها و عینیت هاست...» (زرقا، المدخل الفقهي العام، ۱۲۵ تا ۱۲۶).

در اینکه خاستگاه شکل‌گیری این رویکرد فقهی، دستگاه فقاها اهل سنت است نوعی شهرت نظری وجود دارد، اما این مانع از آن نشده است که برخی عالمان و نویسندگان معاصر شیعی سخن از خاستگاه این فقه در آموزه‌های شیعی بگویند.

پاره‌ای از ایشان معتقدند: «سنی‌ها معتقدند فقه فرضی را ابوحنیفه پایه‌گذاری کرده است، اما درحقیقت این رشته فقهی را حضرت امام باقر (حسنی، ۱۳۸۵، ۱۰۲/۱) یا امام صادق (اسدی، ۳۰) بنیاد نهاد.» این سخن از چند زاویه می‌تواند نقد شود که تنها به دو نکته اشاره می‌شود:

أ. در برابر این دیدگاه، یکی از شاگردان آیت‌الله بروجردی با ذکر دیدگاه استادش به نقلی از ائمه اشاره می‌کند که با صراحت نسبت خویش را با فرضی‌نگری در مسائل فقهی روشن کرده‌اند. ایشان به نقل از بروجردی می‌گوید: «یک بار دیگر هم در تاریخ اسلامی روحیه «مسئله‌سازی» و دنبال مسائل فرضی رفتن پدید آمده و آن در قرن دوم هجری یعنی هنگامی است که در عراق مکتب رأی و قیاس به‌وسیله ابوحنیفه، پیشوای معروف یکی از فرقه‌های اهل تسنن پایه‌گذاری شد و برای قبول و سندیت حدیث شرایط زیادی قائل شدند و میدان فعالیت به‌دست رأی و قیاس افتاد. در حجاز گذشته از ائمه اهل بیت (ع) که عمل به قیاس را باطل می‌دانستند، فقهای عامه از قبیل مالک بن انس و شاگردانش نیز با قیاس میانه خوبی نداشتند و چون فقهای عراقی؛ یعنی ابوحنیفه و اتباعش در مسائل فرضی خویش با کلمه «أرأیت» شروع می‌کردند، فقهای حجاز آن‌ها را «أرأیتون» می‌خواندند. در بعضی از احادیث ما نیز اشاره به این جریان هست و بعضی از ائمه فرموده‌اند: ما اهل رأیت نیستیم» (واعظ‌زاده خراسانی، ۲۸۹).

ب. نقد دیگر این سخن، نقد محتوایی است؛ چراکه فقه افتراضی مصطلح، مبانی و لوازمی دارد که

به راحتی نمی توان آن را در دستگاه فکری شیعی تعبیه کرد. یکی از مبانی مهم فقه افتراضی بهره گیری آن از قیاس است که در رویکرد مشهور^۱ در دستگاه فقاهت شیعی حجیت آن مورد انکار و پرسش جدی است.

۵. ۱. علل شکل گیری فقه افتراضی

شکل گیری و تداوم حیات فقه افتراضی به مثابه هر دانش دیگری معلول علل و عواملی است که شاید پاره ای از آن ها مدیریت شدنی هم نیست، اما برای هویت یابی این رویکرد به تحلیل آن ها نیازمندیم. **أ. نقش محیط زیست فقهی در شکل گیری این رویکرد فقهی:** به تقریر مشهور پژوهشگران تاریخ فقه، این رویکرد فقهی در کوفه شکل گرفته است. کوفه به عنوان زیستگاه فقیهان پایه گذار فقه افتراضی ویژگی های چندی دارد که از آن جمله رواج روحیه عقل گرایی و کم توجهی یا سخت گیری در پذیرش رویکرد روایت محوری است.

برخی صاحب نظران در توضیح جایگاه حدیث در مکتب فکری و فقهی کوفه نوشته اند: «معمولاً مدرسه حدیث کوفه در مقابل مدرسه حدیث مدینه لحاظ می شود؛ بدین ترتیب که مدرسه مدینه چون مشتمل بر صحابه و تابعانی بوده که سعی در ترویج احادیث نبوی داشته اند، لذا به مدرسه اهل الحدیث موصوف گشته و مدرسه کوفه نیز به لحاظ اشتمالش بر گروندگان به رأی و اجتهاد به مدرسه اهل الرأی شهرت یافته است... اوج این گرایش در نیمه اول قرن دوم توسط ابوحنیفه ظاهر شد و کوفه به عنوان مرکز فعالیت اهل رأی مطرح گشت» (جباران، ۶۰).

این وضعیت فرهنگی محیط زیست فقیهانی مثل ابوحنیفه، یکی از عوامل زمینه سازی روی آوردن به فقه افتراضی بود؛ چراکه به صورت طبیعی در زمانه کم رنگ شدن رویکرد روایی یا کم رونقی مکتب حدیث محوری، آنچه رشد پیدا می کند در ساحت دانش های مثل فقه، رویکرد فقه افتراضی است که بر رأی و عقل گرایی استوار است. برخی در شیوه تعامل مکتب کوفه با حدیث نوشته اند: «در گذاری تحلیلی بر شیوه های اصحاب رأی و به طور خاص نظام فقهی ابوحنیفه باید گفت که ابوحنیفه در احکام تبعدی و سنن نبوی، سخت گیری ویژه ای داشت و اخبار ضعیف و غیر ثابت در اصطلاح خود را در اثبات سنت نبوی کافی نمی دانست» (پاکتچی، ۴۴۳/۸ تا ۴۴۴).

ب. حاشیه نشینی فقیهان و فقه افتراضی: یکی دیگر از عوامل تأثیرگذار در پیدایش فقه افتراضی یا رویکرد افتراضی به فقه، فاصله گرفتن فقیهان از حکومت ها است. یکی از نویسندگان در ترسیم آنچه در سال دوم هجری و در دوران حکومت معاویه اتفاق افتاد می نویسد: «فقه در دوره تابعین روش فرض مسائل

۱. البته پاره ای از فقیهان همانند آقای معرفت معتقد است که قیاس در میان فقیهان شیعی نیز حضور داشته است که مواردی را نیز ایشان گزارش می کند (نک: محمد هادی معرفت؛ مجله نقد و نظر؛ شماره ۱؛ زمستان ۱۳۷۳، صص ۷-۱۰۷).

را به‌عنوان رویکرد انتخاب کرد؛ چراکه فقیهان حاشیه‌نشین شده بودند و بین آن‌ها و حاکمان اموی جدایی و فاصله افتاده بود. این جدایی، فقیهان و حکومت فقها را به این سمت برد که برای آنکه حیات دانش فقه که گره خورده به اجتماع و مسائل واقعی به مخاطره نیفتد، از نمونه‌ها و مسائل فرضی برای حفظ حیات فقه استفاده کنند» (دسوقی، التجدید فی الفقه الاسلامی، ۲۷؛ عبدالقادر، ۱۴۷)

یکی دیگر از صاحب‌نظران در تحلیلی نزدیک به آنچه آمد با اشاره به اینکه «معاویه حکومتش را به روش پیشینیان که مبتنی بر حکومت شورائی بود پایه‌گذاری نکرد، بلکه پایه حکومت معاویه بر قبیله‌گرایی و پادشاهی بود...» (حجوی ثعالبی، ۳۳۱) به تأثیر این رویکرد بر فقه پرداخته و می‌نویسد: «تغییر الفقه عماکان علیه من قبل. ان وقوع الاستبداد اثر علی الفقه کثیراً...»؛ این رویکرد حکومت معاویه سبب شد که فقه متفاوت شد با آنچه که تا پیش از این بود ... استبداد در فقه تأثیر بسیاری گذاشت (همان، ۳۳۱).

کمترین زیستن فقه و فقیهان در سایه استبداد این است که فقه به‌سمت افتراض و فرض‌گرایی سوق پیدا می‌کند که در درازمدت می‌تواند اوهام و خیالات را قالبی فقهی دهد و به آن چیزی برسد که در ادامه از آن به نقش قیاس در شکل‌گیری فقه افتراضی یاد کرده‌اند.

ج. قیاس عاملی مهم در شکل‌گیری فقه افتراضی: عامل دیگر را برخی قیاس‌گرایی دانسته‌اند که بر نوعی توسعه تخیل استوار است: «در قرن دوم صاحبان مذاهب فقه هیچ‌یک به‌اندازه ابوحنیفه و اصحابش به تکثیر فروع فقهی و افتراض‌های فقهی و فتوا دادن بر همین فرض‌گرایی توجه نشان نداده است. این روش ابوحنیفه تدوام رویکردی است که وی در بهره‌گیری فراوان از قیاس داشته و آن را، قیاس را، به‌عنوان اساس و بنای اندیشه‌اش برگزیده است...» (بلتاجی، ۲۸۲)

همین تحلیل را یکی دیگر از نویسندگان اینگونه می‌نویسد: «فقیهان عراق فراوان بر قوه تخیل اعتماد کرده‌اند و همین بهره‌گیری فراوان آنان از خیال‌گرایی سبب شده که هزاران مسئله را آنان برای مردم ارائه کنند. هزاران مسئله‌ای که برخی شان ممکن‌الوجودند و برخی دیگر هم با گذشت زمان‌های بسیاری معلوم شد که محقق نمی‌شوند...» (خضری، ۲۷۸)

نگاهی به تاریخ فقه مذاهب به‌خوبی نشان می‌دهد میزان حضور قیاس در دستگاه فکری یک مذهب با فراوانی مصادیق افتراضی فقه گره خورده است هرچند این را نباید در حکم یک تلازم عقلی دانست؛ چراکه فقه افتراضی حتی در مذاهبی که در ساحت نظریه قیاس را حجت نمی‌دانند نیز حضور داشته است.^۱

۱. نک: استفتانات فراوانی که در حوزه مباحث پزشکی و غیرپزشکی به‌صورت «فرضی» و «اگری» از فقیهان شیعی و سنی شده است.

۲. پاره‌ای از مبانی فقه افتراضی

ا. فقه افتراضی و آینده‌نگری: یکی از مبانی مهم فقیهان معتقد به فقه افتراضی، آینده‌نگری است. این فقیهان در تلاش‌اند تا فقه را از حالت انفعالی به حالت فعال در آورند و پیش از وقوع حادثه به پاسخ آن اقدام کنند. یکی از نقدهایی که در جهان پیرامونی ما راجع به فقه و از سوی پاره‌ای نواندیشان دینی مطرح و متوجه است، انفعال فقه موجود در برابر تحولات عصری و مقوله توسعه و زندگی فناورانه انسان‌ها است.

نگاه افتراضی به فقه البته در اینکه می‌تواند پاسخ‌گوی ساحت‌های فنی و تکنیکی زندگی انسان‌ها باشد یا خیر؛ همانند دیگر رویکردهای فقهی است، اما این تفاوت را با دیگر رویکردها دارد که هرچند به صورت احتمالی، ظرفیت همراهی‌اش با تحولات زندگی و کاستن از چالش‌های زیست انسانی بیشتر است. مثلاً سخن‌گفتن از عبادات در زندگی فرضی و احتمالی انسان‌ها در دیگر منظومه‌های جهان‌آفرینش یا حکم تماس انسان‌ها در آن منظومه‌ها یا اینکه فقهی تلاش دارد تا از فقه الفضا سخن بگوید، نمونه‌هایی از نوعی تلاش برای خروج فقه از حالت انفعالی است که در رویکرد افتراضی به فقه توجیه‌شدنی است.

ب. فقه افتراضی و عقل‌گرایی: در ویژگی عقلانی‌بودن شریعت تردیدی نیست، هرچند این امتیاز شریعت در رویکردهای مختلف فقهی دچار فراز و فرود بوده است؛ ولی در فقه افتراضی که یکی از رویکردهای فقهی است تلاش شده است تا به عقل به عنوان یک مبنای مهم بهره‌گیری پرحجم‌تر در دو ساحت تفریع فروع و مسئله‌سازی از یک سو و پاسخ‌دادن‌های مبتنی بر قیاس به فروع و مسائل از سوی دیگر، توجه شود.

بین عقلانی‌بودن شریعت و بهره‌گیری از عقل در سامانه استنباط، تلازمی نیست؛ ولی این ظرفیت سبب شده است تا عقل بتواند در ساحت‌های مختلفی به فقه به صورت عام کمک کند که در فقه افتراضی علاوه بر آن‌ها، ساحت‌های ویژه‌ای از رابطه فقه و عقل تبیین‌شدنی هستند. در مجموع، ساحت‌های متصور، چه در رویکرد عمومی و چه رویکرد فقه افتراضی را برای بهره‌دهی عقل به دستگاه فقاهت می‌توان این‌گونه به تصویر کشید: ۱. ساحت تنقیح و تصحیح مبانی فقه؛ ۲. ساحت فرجام‌شناسی آرای فقهی، امری که متأسفانه در دستگاه فقاهت غایب است؛ ۳. ساحت استخراج و استنباط حکم به عنوان منبعی در کنار دیگر منابع؛ ۴. ساحت مسئله‌سازی یا تفریع فروع که ویژه رویکرد فقه افتراضی است.

ساحت مسئله‌سازی، عرصه‌ای است که هرچه حضور عقل در آن پرحجم‌تر باشد، فقه چالش برانگیزتر و از هویت خویش دورتر است. فقه دانشی است که مسائلی را از پیرامونش می‌گیرد و نباید گذاشت رابطه فقه و واقع کم‌رنگ‌تر شود. همان‌گونه که بسیاری از صاحب‌نظران گفته‌اند: فهم نصوص گاه به واقعیت‌های پیرامونی نص گره می‌خورد و دیگر گاه به واقعیت‌های پیرامونی فقهی که مسئله مبتلا به عصر خویش را

می‌خواهد استنباط کند (حصوه، ۳۴). مسئله‌سازی در فقه با هر روش و ابزاری اتفاق می‌افتد می‌تواند این دو ساحت را با چالش مواجه کند.

ج. فقه افتراضی و قاعده‌گرایی: جریان فکری که پایه‌گذار فقه افتراضی است را برخی صاحب‌نظران به‌درستی پایه‌گذار قاعده‌گرایی فقهی نیز دانسته‌اند (زرقاء، شرح القواعد الفقهية، ۳۷/۱؛ دوسری، ۳۶). قاعده‌گرایی و بهره‌گیری از روش قاعده‌محور، در استنباط ظرفیتی را در اختیار فقیه قرار می‌دهد که وی بتواند به‌صورتی فرضی و تقدیری و با مشابَهت‌سازی بین دو واقعه به صدور حکم بپردازد. قاعده فقهی بر ایند آرای موجود و محقق‌شده فقهی است که توسط فقیهان ابراز شده است؛ ولی این مانع از آن نیست که اگر مسئله‌ای نوپیدا متصور باشد که با آنچه حکمش صادر شده هم‌سویی و افق مشترکی داشته باشد، مفاد این قاعده فقهی آن مسئله را نیز پوشش دهد.

یکی از محققانی که جامع المقاصد را تحقیق کرده است، در مقدمه‌اش بر این کتاب توجه احناف به قاعده فقهی را بی‌ارتباط با نگاه افتراضی ایشان به فقه ندانسته است و می‌نویسد: «بیشترین توجه به قواعد فقهی توسط فقیهان حنفی بوده و آنان زودتر از دیگران به قواعد فقهی توجه کرده و قواعد را سامان داده‌اند و به آن‌ها احتجاج می‌کردند. این رویکرد به ماهیت فقه حنفی‌ها برمی‌گردد که اولاً، به رأی توجه جدی نشان می‌دهند و ثانیاً، بین آن‌ها فقه افتراضی ساری و جاری است و ثالثاً، فروع فقهی را بسیار توسعه داده‌اند...» (محقق کرکی، ۴/۱).

۳. آسیب‌شناسی فقه افتراضی با تمرکز بر چالش موضوع‌شناسی

همان‌گونه که اشاره شد فقه افتراضی ره‌آوردهای شایان توجهی داشته است؛ اما هم‌زمان آسیب‌هایی را نیز به‌دنبال داشته است که نمی‌توان از آن‌ها گذشت. به نظر می‌رسد در نگاهی مبتنی بر سنجش سود و هزینه‌های ره‌آوردهای علمی، نمی‌توان از رویکرد فقه افتراضی به‌عنوان امری منطقی دفاع کرد. ازجمله آسیب‌های این رویکرد فقهی را می‌توان به‌اجمال این موارد دانست: ۱. مدوری فقه از ساحت زیست عینی مؤمنان؛ ۲. تجریدی و ذهنی‌شدن فقه و فروعات فقهی؛ ۳. به‌دنبال این دو آسیب، کم‌رنگ‌شدن حضور فقه در ساحت زندگی انسان‌ها و جایگزین‌شدن آن با رقیبانی چون قوانین عرفی و... (حب‌الله، ۲۶۲). از میان همه چالش‌ها و آسیب مهم رویکرد افتراضی به فقه، کم‌رنگ‌شدن جایگاه موضوع‌شناسی در اجتهاد و استنباط است که در ادامه به آن می‌پردازیم.

توجه به موضوع‌شناسی، محصول تعامل با واقع است و حال اینکه در فقه افتراضی یا واقعی نیست یا اگر هم واقعی هست، آن واقع مفروض فقیه و در ذهن وی است. این ذهنی‌بودن واقعه عملاً از فقیه قدرت

فهم موضوع و اضلاع آن را می‌گیرد و لذا بهترین راه بلکه بدیهی‌ترین راه برای فقیه، واگذاری اصل موضوع‌شناسی و فتوا به نیازداشتن به آن است. در اجتهاد، امور بسیاری تأثیرگذارند که از جمله می‌توان به موضوع‌شناسی اشاره کرد. فقه افتراضی به چند دلیل به موضوع‌شناسی کم‌توجه است:

أ. پارادوکس فقه افتراضی و نسبت آن با واقع: فقه افتراضی به آنچه اتفاق نیفتاده است یا وجود عینی و خارجی ندارد، می‌پردازد؛ لذا به صورت روشنی هم نمی‌توان از آن انتظار توجه به موضوع‌شناسی داشت. وقایع و حوادث یا مسائل و موضوعات را حداقل می‌توان به دو گونه کلان تقسیم کرد: مسائلی که فهم دقیق آن‌ها چندان به واقعیت عینی آن‌ها گره نمی‌خورد و می‌توان بین تصور و تصدیق آن‌ها یک نوع این‌همانی دید که از تصور به تصدیق آن می‌توان رسید و برخی دیگر از مسائل این‌گونه نیستند و فهم دقیق آن‌ها نیازمند به وقوع خارجی یا عینی آن‌ها است. این دسته دوم از مسائل، حجم بسیار بیشتری از مسائل فقه را در بر می‌گیرند.

یکی از صاحب‌نظران معاصر در بحثی از اجتهاد و نسبت آن با نص، واقع و مصلحت، در ذیل بحث از الفقه بین الاجتهاد النظری و الواقع العملى می‌گوید: «مثل فقه و واقع مثل طناب درهم پیچیده شده است که دو سر آن برای اینکه به هم گره بخورن باید درهم آمیزند» (ریسونی، ۵۲). وی آنگاه با اشاره به تبعات دوری فقه از واقع می‌نویسد: «واقع وقتی از فقه دور شد، فقه نیز از واقع دور می‌شود و آنگاه است که فقه قوت و متانتش را از دست می‌دهد» (همان، ۵۳). از این رو می‌توان ادعا کرد که موضوعات فقه اگر دیدنی و در منظر و مرعی باشند می‌توان کیفیت و کمیت آن‌ها را حداقل به صورتی اجمالی تعریف و تحدید کرد، اما اگر وقایع و حوادث هنوز اتفاق نیفتاده اند حتی همین تصویر مبهم و اجمالی هم از آن نمی‌توان داشت. فقه تقدیری، به موضوعات و وقایعی می‌پردازد که این تصویر اجمالی را هم ندارد، چون این تصویر اجمالی را ندارد عملاً به سمت نفی نیاز به موضوع‌شناسی رفته است. شاید همین مسئله عامل مهم و دغدغه اصلی کسانی است که در هنگام بحث از فقه افتراضی تلاش بسیار کرده‌اند تا با ضابطه‌مند کردن آن، نسبت فقه افتراضی و واقع را بازسازی و به آن توجه کنند.

پاره‌ای از این نویسندگان با اشاره به اینکه از جمله ضوابط فقه افتراضی محتمل الوقوع بودن فرع فقهی محل گفت‌وگو است نوشته‌اند: روایت‌هایی که مستند معتقدان به فقه افتراضی است نشانه‌های روشنی دارد که این رویکرد فقهی، بر فرض محتمل الوقوع بودن آن فرع فقهی و مسئله فقهی استوار است (عصفور العجمی و سمیران، ۱۴۴۱، ۶۹۹).

باتوجه به آنچه در نسبت فقه افتراضی و عقل‌گرایی گفته شد می‌توان سخن از پارادوکسیکال بودن مبنا و روش معتقدان به این رویکرد فقهی گفت. همان گونه که به درستی پاره‌ای از صاحب‌نظران گفته‌اند: از جمله

پیامدهای عقلانی بودن شریعت، ارتباط داشتن آن با واقع و عینیت زندگی انسانی است... و به همین سبب که شریعت در تعامل با واقع پیرامونی است، بنا بر موقعیت‌ها و اختلافات ساحت‌های زیست انسانی، دچار تغییر و تحول می‌شود (عیدانی، ۷۵).

ب. **تقدم منطقی موضوع‌شناسی بر حکم‌شناسی:** همان گونه که اشاره شد (خامنه‌ای، سخنرانی در جمع روحانیون حوزه علمیه اهواز، صدر، ۱۵۸/۱) موضوع‌شناسی، تقدم منطقی یا خارجی بر حکم‌شناسی دارد؛ درحالی‌که در فقه افتراضی اتفاق مهمی که می‌افتد جابه‌جایی در منطق رابطه بین حکم و موضوع است.

فقیهانی، نسبت موضوع و حکم را نسبت سبب و مسبب (نائینی، ۳۸۹/۴) یا علت و معلولی در مقام اثبات دانسته‌اند (فرحناک، ۳۲۷) که نشانگر تقدم منطقی یا خارجی موضوع‌شناسی بر حکم‌شناسی است. کاشف الغطاء و برخی فقیهان معاصر که سخن از اهمیت جایگاه موضوع‌شناسی گفته و آن را وظیفه فقیه دانسته‌اند و معتقدند: «به جز عبادات در بقیه موارد تشخیص موضوع برعهده فقیه است اما در دامن عرف و واقع و علم؛ نه اینکه فقیه از لابه‌لای روایت موضوع را بشناسد.» (همو، ۳۳۷)؛ می‌تواند از آن‌رو باشد که موضوع‌شناسی در نگاه ایشان تقدم رتبی بر حکم‌شناسی دارد. اینکه این فقیه، فهم موضوع‌شناسی را ارجاع به عالم واقع و جهان علم می‌دهد؛ یعنی ارجاع به امری تاریخی عینی می‌دهد، می‌تواند به ضرورت توجه به نسبت موضوع‌شناسی و نقش آن در حکم‌شناسی دقیق‌تر ناظر باشد. برخی نویسندگان در اشاره به این دغدغه در بحث فقه افتراضی می‌گویند: فقه افتراضی یا فتوای افتراضی که فرایند فقه افتراضی است، نباید با ثببات علمی و عقلی که مربوط به ساحت موضوع‌شناسی هستند، در تهافت و تعارض باشند.

نقد جدی‌ای که فقیهان بر رویکرد ابوحنیفه در فقه افتراضی و پاره‌ای دیگر از فقیهان داشته‌اند، ازجمله ریشه در همین نکته دارد (ابن‌قیم جوزیه، ۲۲۱/۴ به بعد؛ نک: دسوقی، حاشیه الدسوقی علی شرح الکبیر، ۴۰۴/۱).

ج. **فراوانی و پیچیدگی موضوع‌شناسی در جهان جدید:** فقه افتراضی در جهان جدید البته با چالش‌های جدی‌تر مواجه است؛ چراکه در این برهه خاص، ظهور مسائل و موضوعات نوپیدا آن‌چنان پرشتاب و گسترده است که دیگر هرگونه همسان‌سازی بین دو جهان کهن و جدید و تسری روش‌ها و رویکردهای فقهی در جهان پیشین به جهان جدید امری نامتعارف و ناشنیدنی است. جهان جدید چنان از حرکتی شتابان و تحولات سریع برخوردار است که فقه افتراضی دیگر نمی‌تواند کاربرد حداقلی را که در جهان کهن داشت، داشته باشد. جهان کهن جهانی بسیط بود و تحولات در آن بسیار بطی و کند بود و لذا اگر هم می‌شد با فقه فرضی و تقدیری آن را مدیریت کرد در این جهان شتابان دیگر نمی‌توان امید چندانی

داشت.

تکثیر موضوعات البته یک سوی وضعیت موضوع‌شناسی در جهان جدید است که لایه دیگر آن پیچیدگی‌های خاص موضوعات در جهان جدید است. موضوعات نوپیدا چنان درهم‌تنیدگی ایجاد کرده‌اند که دیگر نه تنها از یک فقیه احتمال درک درست اضلاع یک موضوع مورد انتظار نیست، بلکه نهادهای مختلفی باید به کمک فقیه یا دستگاه فقاهاشت باشند تا فقیه بتواند درکی درست از موضوعی پیدا کند. مثلاً موضوعات یا مسائل نوپیدایی همچون: فرآورده‌های خونی، مهندسی ژنتیک-تراریخته، بانک بند ناف، شبیه‌سازی انسانی و... را آیا می‌توان بدون اشراف بر حوزه‌های دانشی متعدد پاسخ داد؟ روشن است که الان باتوجه به عینی شدن و در دسترس قرارگرفتن این‌گونه موضوعات و مسائل، فقه برای پاسخ به آن‌ها به زحمت افتاده است. آنگاه چگونه می‌توان انتظار داشت که رویکرد فقه افتراضی بتواند به درستی به درک و فهم موضوعات و مسائل نوپیدایی که هنوز عینیت خارجی نیافته است، ناائل شود.

نتیجه‌گیری

باتوجه به آنچه گفته شد نمی‌توان از دو نکته مهم غفلت کرد که همین دو نکته نیز می‌تواند از مهم‌ترین نتایج این نگارش باشد.

ا. موضوع‌شناسی باتوجه به نسبت منطقی‌اش با حکم‌شناسی از یک سو و اهمیت آن در اجتهاد از سوی دیگر، می‌تواند حداقل در دو عرصه تأثیرگذار باشد: ۱. در فهم دقیق و درست موضوع حکم برای جلوگیری از خطای در فهم؛ ۲. فهم درست متن یا گزاره دینی موضوع مراجعه؛ چراکه بسیاری مواقع این وقایع و محیط است که فهم درست گزاره‌ای را شکل می‌دهد.

ب. فقه افتراضی رویکردی است که می‌تواند ذهن فقیه را از جمود و محدودیت در موضوعات و مسائل محدود نجات دهد و پویا کند و به عبارت دیگر تمرینی برای فعال نگه داشتن ذهن فقیهان باشد؛ اما کمترین آسیب آن کم‌توجهی به موضوع‌شناسی است. از این رو اولاً باید تلاش کرد در دام فرض‌گرایی و افتراض نیفتاد و ثانیاً بر فرض نیاز باید آن را مدیریت کرد تا از آسیب‌های آن دور ماند.

ج. فقه افتراضی، تنها در ساحت مسئله‌شناسی و موضوع‌یابی است که می‌تواند با بهره‌گیری از فرضیات عقلی و توسعه قدرت خیال به تکثیر و حجیم‌شدن فروع فقهی کمک کند؛ اما در ساحت حکم‌شناسی آنچه مسلم است اینکه فقه افتراضی نیز مثل دیگر رویکردهای فقهی باید با استناد به منابع دارای حجیت، به حکم آن فرض یا فرع فقهی پردازد.

منابع

- ابن قیم جوزی، محمد بن ابی بکر، إعلام الموقعین عن رب العالمین، چاپ اول، عربستان سعودی: دار ابن الجوزی، ۱۴۲۳ق.
- ابوحیان توحیدی، علی بن محمد، البصائر والذخائر، چاپ اول، بی جا: دار صادر، ۱۴۰۸ق.
- ابوزهره، محمد، ابوحنیفه، حیات و عصره - آراء و عصره، بی جا: دار الفكر العربی، ۱۳۶۹ق.
- _____، تاریخ المذاهب الاسلامیه فی السیاسه و العقائد و تاریخ المذاهب الفقہیہ، قاهره: دار الفكر، ۱۹۹۶م.
- اسدی، حسن، الامام جعفر بن محمد الصادق والتأسيس للمنهج الافتراضي والتعليلي، بی جا: مجلة دواة، ۲۰۱۵م.
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقہیة، چاپ اول، قم: هادی، ۱۴۱۹ق.
- برجی، یعقوب علی، «نقش زمان و مکان در موضوعات احکام»، مجموعه مقالات کنگره نقش زمان و مکان در اجتهاد، بی جا: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴، صص ۶۷ تا ۱۲۹.
- بلتاجی، محمد ابراهیم، مناهج التشريع الاسلامی فی القرن الثاني الهجری، چاپ اول، مصر: دار السلام، ۱۴۲۵ق.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، الحاشیة علی مدارک الأحکام، قم: آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۹ق.
- بهجت، محمد تقی، مناسک حج، چاپ ششم، قم: دفتر حضرت آیت الله العظمی محمد تقی بهجت، ۱۳۸۷.
- پاکتچی، احمد، «اسلام» دایرة المعارف بزرگ اسلامی، تهران: مرکز دایرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۶۷.
- جباران، محمد رضا، «نگاهی به مکاتب حدیثی شیعه در سده های اولیه»، مجله شیعه شناسی، س ۱، ش ۳ و ۴، ۱۳۸۲، صص ۵۹ تا ۸۰.
- حب الله، حیدر، مسئلة المنهج فی الفكر الديني وفقات وملاحظات، چاپ اول، بیروت: الانتشار العربی، ۲۰۰۷م.
- حجوى ثعالی، محمد بن حسن، الفكر السامی فی تاریخ الفقه الاسلامی، چاپ اول، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۶ق.
- حسنی، سید حمید رضا و مهدی علی پور، جایگاه شناسی علم اصول، (گفتگو با آیت الله سید احمد مددی)، چاپ اول، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، ۱۳۸۵.
- حصوه، ماهر حسین، فقه الواقع و اثره فی الاجتهاد، چاپ اول، امریکا: المعهد العالمی للفکر الاسلامی، ۱۴۳۰ق.
- خامنه ای، سید علی، سخنرانی در جمع روحانیون حوزه علمیه اهواز، ۱۳۷۵/۱۲/۱۸.
- _____، سخنرانی در ابتدای درس خارج، ۱۳۷۱/۶/۲۹.
- خضری، محمد، تاریخ التشريع الاسلامی، چاپ دوم، قم: دار الکتب الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- خطیب بغدادی، احمد بن علی، تاریخ بغداد، بیروت: دار الکتب العلمیة، بی تا.

- خوئی، ابوالقاسم، منیه السائل، چاپ اول، قم: برگزیده، ١٤١٦ق.
- دسوقی، محمد، التجدید فی الفقه الاسلامی، چاپ اول، بیروت: دار المدار الاسلامی، ٢٠٠٦م.
- دسوقی، محمد بن احمد، حاشیه الدسوقی علی شرح الکبیر، بیروت: دار الفکر، بی تا.
- دوسری، مسلم بن محمد، الممتع فی القواعد الفقهیه، چاپ اول، ریاض: دار زدنی، ١٤٢٨ق.
- ریسونی، احمد، الاجتهاد النص؛ الواقع، المصلحه، چاپ اول، بیروت: الشیكة العربیة للابحاث و النشر، ٢٠١٢م.
- زرقاء، احمد، المدخل الفقهی العام، دمشق: مطبعة جامعة دمشق، ١٩٥٧م.
- _____، شرح القواعد الفقهیه، دمشق: دار العلم، ١٤٠٩ق.
- سید قطان، رمضان، «الفقه الافتراضی و اثره فی الاحکام المعاصرة»، مجلة الشریعة و القانون، ج ١، ش ٢٥، ١٤٣١، ص ١٥ تا ٦١.
- سیستانی، علی، الاجتهاد و التقليد و الاحتیاط، به تقریر محمدعلی ربانی، قم: بی نا، ١٣٩٤.
- صدر، محمدباقر، دروس فی علم الاصول، قم: مجمع شهید صدر، ١٤٠٨ق.
- عبدالقادر، علی حسن، نظره عامه فی تاریخ الفقه الاسلامی، چاپ دوم، قاهره: مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٥٦م.
- عصفور العجمی، مبارک سعود و محمدعلی سمیران، «ضوابط الاجتهاد فی المسائل الافتراضیه: درسه تاصیلیه»، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعیة و الدراسات الاسلامیة، امارات متحد عربی: جامعة الشارقة، ١٤٤١ق.
- عیدانی، محمود، العقل و عملية الاستنباط؛ دروس منهجیة فی دور العقل فی عملية الاستنباط عند الامامیة، چاپ اول، قم: العطار، ١٣٩٦.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الامامیة، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ١٤٠٣ق.
- فرحناک، علی رضا، موضوع شناسی در فقه، (گفتگو با آیت الله مددی)، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ١٣٩٠.
- کمال الدین امام، محمد، «الموقف من الفقه الافتراضی»، مجلة المسلم المعاصر، ش ١٤٥ و ١٤٦، ٢٠١٢م، صص ٩٥-١٢٥.
- مازندرانی، محمد صالح بن احمد، شرح الکافی، تهران: چاپ اول، بی جا: بی نا، ١٣٨٢.
- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، بیروت: آل البيت لاحیاء التراث، ١٤١١ق.
- محیمید، محمد بن عبدالله بن محمد، الفتوی الافتراضیه، مفهومها، اهمیتها و حکمها، بی جا: جامعة القصیم، ١٤٣٤ق.
- مصطفی، ابراهیم و دیگران، المعجم الوسیط، قاهره: دار الدعوة، ١٩٨٩م.
- مقری، احمد بن محمد، القواعد؛ المملكة السعودیة، بی جا: مرکز احیاء التراث الاسلامی، بی تا.
- مهران، محمود عبدالرحیم، «استشراف الفتوی تراثیة و آفاقه»، بحوث مؤتم الفتوی واستشراف المستقبل، السعودیة:

- جامعة القصیم، ۱۴۳۷ق، صص ۶۳۳-۶۹۸. (مقاله کنگره بوده مجله نبوده و بیش از این آدرسی ندارد)
- نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، به‌تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، چاپ اول، قم: نشر اسلامی، ۱۴۰۹ق.
- واعظزاده خراسانی، محمد، «سبک‌شناسی رجالی آیت‌الله بروجردی»؛ کرانه‌های اجتهاد، قم: بوستان کتاب، ۱۳۹۶.
- وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية-الكویت، موسوعة الفقهية الكويتية، کویت: بی‌نا، ۱۴۲۷ق.
- همایی، جلال‌الدین، قواعد فقه، اصطلاحات و تاریخ فقه و...، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۹۱.
- معرفت، محمد هادی، نقد و نظر، (اقتراح در باره مبانی اجتهاد)، س ۱، ش ۱؛ زمستان ۱۳۷۳، صص ۷-۱۰۷.
- کدیور، محسن، دغدغه‌های حکومت دینی، چاپ دوم، تهران: نشر نی، ۱۳۷۹.
- علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، چاپ اول، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴.
- پوپر، کارل، اسطوره چارچوب (در دفاع از علم و عقلانیت)، چاپ سوم، تهران: طرح نو، ۱۳۸۹.
- فناپی، ابوالقاسم، اخلاق دین شناسی، چاپ اول، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۸۹.
- عبدالفتاح همام، «الفقه المستقبلی تاصیل و آفاق»، مجلة الوعي الاسلامی، ش ۵۶۰، ۲۰۱۲.
- خالد عبدالله المزینی، حقیقة فقه التوقع وأهميته، پایگاه اینترنتی الاجتهاد، دفتر تبلیغات خراسان رضوی، <http://ijtihadnet.net>
- هدایتی، محمد، مناسبات فقه و اخلاق، چاپ اول، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۹۵.
- ابوزهره، محمد؛ تاریخ المذاهب الاسلامیه فی السیاسه و العقائد و تاریخ المذاهب الفقهیه؛ بیروت: دارالفکر العربی، ۱۹۸۹م.



Analyzing the role of the *qadr moteyaghan* (certain value) in its applicability and its discovery methods with an approach based on the views of Imam Khomeini and Martyr Sadr

Dr. Abolfazl Alishahi Qala Joghi, Associate Professor of Theology Department, Farhangian University, Tehran, Iran (Corresponding Author)

Email: AAlishahi@cfu.ac.ir

Dr. Mansoor Gharibpour, Assistant Professor of Theology Department of Yasouj University

Dr. Hassan Bakhtiari, Assistant Professor, Department of Islamic Studies, Yasouj University

Abstract

According to the popular opinion, the effect of the prerequisites of *hikmat* (wisdom) in *tamasok* (seeking) is one of the wide-ranging fundamental issues after the era of Sultan Ulama. According to Akhund Khorasani's point of view, one of the prerequisites of the *hikmat* is to adhere to the *etlagh* (application), *qadr moteyaghan* and methods of discovering and understanding it. *qadr moteyaghan* is a person or a part of the *motlagh* (applied) that is definitely within the scope of the ruling. By dividing *qadr moteyaghan* into two types: *qadr moteyaghan* in the position of *takhatob* (communication) that is internal and external *qadr moteyaghan*, Akhund has considered *qadr moteyaghan* in the position of *takhatob* as an obstacle to application, but some *usulists* have not made a difference between the types of *qadr moteyaghan* in regard to application. After a detailed analysis of the types of *qadr moteyaghan*, this essay aims to answer this important question: What is the necessity of researching and applying the basic rules regarding the validity and authenticity of *qadr moteyaghan*, as well as its priority to adhere to its application, and how is this *qadr moteyaghan* discovered? In this research, by analytical and descriptive method, by examining different points of view and with special reliance on the opinions of Imam Khomeini and Martyr Sadr, the conclusion has been reached that, first of all, the implementation of the principles of *hekmat* is a consensus matter for the wise. Secondly, *qadr moteyaghan* does not prevent application to both of its types, and in fact, the primacy of *qadr moteyaghan* goes back to the fact that the speaker is in the position of communicating and *qadr moteyaghan* does not prevent application until it reaches the point of apparent *enseraf* (referring to something), and as if in the statement of Akund Khorasani the meaning of the word on the bounded essence is confused with the description of a share that contains a certain attribute and the word that indicates the limitation of this attribute and its involvement in the subject of the ruling. Thirdly, knowing *qadr moteyaghan* is obtained in the customary way, with the help of the appropriateness of the ruling and the subject, and sometimes by using verbal clues.

Keywords: applicability and limitation, prerequisites of *hekmat*, *qadr moteyaghan*, position of *takhatob*, external *qadr moteyaghan*, *enseraf*



انفقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir>

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۹۷ - ۱۱۵

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۱۷

تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۱۱/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۰۹

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.62668.88950>

نوع مقاله: پژوهشی

تحلیل نقش قدر متیقن در اطلاق گیری و طرق کشف آن با رویکردی به آرای امام خمینی و شهید صدر

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه الهیات، دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران

Email: AAlishahi@cfu.ac.ir

دکتر منصور غریب پور

استادیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج

دکتر ابوالحسن بختیاری

استادیار گروه معارف اسلامی دانشگاه یاسوج

چکیده

از مسائل پرداخته اصولی پس از عصر سلطان العلماء بنا بر رأی مشهور، اثر مقدمات حکمت در تمسک به اطلاق است. طبق دیدگاه آخوند خراسانی یکی از مقدمات حکمت برای تمسک به اطلاق، قدر متیقن و طرق کشف و فهم آن است. قدر متیقن در مقابل فرد یا حصه مشکوک، فرد یا حصه ای از مطلق است که به یقین در شمول حکم قرار دارد. آخوند با تقسیم بندی قدر متیقن به دو قسم قدر متیقن در مقام تخاطب (داخلی) و قدر متیقن خارجی، قدر متیقن در مقام تخاطب را مانع اطلاق دانسته است، ولی برخی از اصولیان فرقی بین اقسام قدر متیقن در تمسک به اطلاق قائل نشده اند. این جستار پس از واکاوی دقیق اقسام قدر متیقن، درصدد پاسخ به این پرسش مهم است که مقتضای تحقیق و به کارگیری قواعد اصولی در خصوص اعتبار و حجیت قدر متیقن و نیز مقدمیت آن برای تمسک به اطلاق چیست و این قدر متیقن چگونه کشف می شود؟ در این پژوهش به روش تحلیلی توصیفی با بررسی دیدگاه های متفاوت و با تکیه ویژه بر آرای امام خمینی و شهید صدر، این نتیجه حاصل شده است که اولاً اجرای مقدمات حکمت، امر ارتکازی نزد عقلا است. ثانیاً قدر متیقن به هر دو قسم خویش مانع اطلاق نیست و در واقع، مقدمیت قدر متیقن به همان احراز در مقام بیان بودن متکلم بر می گردد و قدر متیقن تا به حد انصراف ظهوری نرسد، مُخَلّ تمسک به اطلاق نیست و گویی در بیان آخوند خراسانی، بین دلالت کلام بر ذات مقید به وصف حصه ای که مشتمل بر صفت معینی است و کلامی که دلالت می کند بر قیدیت این صفت و دخالت آن در موضوع حکم، خلط شده است. ثالثاً شناخت قدر متیقن به روش عرفی و به کمک مناسبت حکم و موضوع و گاه با استفاده از قراین لفظی به دست می آید. واژگان کلیدی: اطلاق و تقیید، مقدمات حکمت، قدر متیقن، در مقام تخاطب، قدر متیقن خارجی، انصراف.

مقدمه

بنا بر باور مشهور اصولیان، نیاز به مقدمات حکمت در اخذ به اطلاق از زمان سلطان العلماء در اثبات اطلاق مصطلح شد (ایروانی، ۴۸۷/۳). آخوند خراسانی نبود قدر متیقن را از جمله مقدمات حکمت در تمسک به اطلاق می‌داند که سبب اولویت اثبات حکم به بعضی از افراد مطلق می‌شود (۲۴۷). فهم قدر متیقن، گاهی از دلیل لفظ پدید آمده است که وضوح و شمول معینی دارد و گاهی ناشی از دلیل لبی (مانند اجماع، سیره و بنای عقلا) است که باید به همان اکتفا کرد (نجفی، ۹).

مشهور اصحاب اصولی قبل از سلطان العلماء بر این باور بودند که موضوع له الفاظ مطلق، معانی مطلق است که اطلاق، موضوع له آن می‌شد و قید اطلاق مدلول وضعی آن است که در این صورت به مقدمات حکمت نیازی نیست (ایروانی، ۴۸۷/۳).

دانشمندان پس از سلطان العلماء بر این نکته اتفاق نظر دارند که موضوع له الفاظ مطلق، ماهیت مهمله است که قابلیت دارد تمام خصوصیات اطلاق و تقیید بر آن عارض شود و خارج از قلمرو موضوع له ماهیت است (مظفر، ۱۸۱/۱؛ روحانی، ۴۵۳ تا ۴۶۱؛ ملکی اصفهانی، ۱۴۳/۱). سلطان العلماء و اصولیان مشهور پس از ایشان بر این باورند که اسمای اجناس برای دلالت بر اصل طبیعت وضع شده‌اند و دلالت این گونه الفاظ بر اطلاق و تقیید بر اساس مقدمات حکمت و به حکم عقل است و ربطی به ظهور وضعی ندارد (سمیعی، ۴۸/۴ تا ۴۹)؛ لذا مطلق همانند عموم، قابلیت صدق بر تمامی افراد خود را دارد. تمایز آن‌ها به این است که عمومیت در عام از ادات، ساختمان جمله و سیاق ترکیب کلمات جمله استنباط می‌شود (محقق داماد، ۹۸/۱ تا ۹۹) و ظهور عام در عموم به وضع است و متوقف بر چیزی نیست؛ از این رو ظهور آن تجبیزی است. اما ظهور مطلق در اطلاق خود، ظهور تعلیقی و مبتنی بر مقدمات حکمت است (موسوی بجنوردی، ۱۶۶)؛ از این رو استفاده شیوع از اطلاق، نیازمند قرینه حالیه یا مقالیه یا قرینه عقلیه است، به دلیل اینکه متکلم در صدد بیان تمام مراد خود است. وقتی قدر متیقن در مقام خطاب نبود، به دلالت قرائن ذکر شده، اشاعه در تمام افراد دارد و با تمام بودن مقدمات حکمت، عقل بر آن دلالت و حکم می‌کند (عراقی، ۴۷۲). لذا باورمندان به وضع الفاظ برای ذات معانی، برای اثبات اطلاق و شمول آن بر تمام افراد، نیازمند قرینه عامی به عنوان مقدمات حکمت هستند؛ زیرا مطلق در ذات معنای خودش دلالتی جز بر ماهیت مبهم ندارد؛ یعنی هیچ تعین و تشخیص در او لحاظ نشده و مهمل است (محمدی، شرح کفایة الاصول، ۳۵۶/۳). بنا بر مشهور، ماهیت سه نوع اعتبار دارد: ۱. ماهیت به شرط شیء، مثل انسان با قید ایمان؛ ۲. ماهیت به شرط لا؛ ۳. ماهیت لابه شرط (مظفر، ۱۷۴ تا ۱۷۵) و در ماهیت مبهم، هیچ یک از اعتبارات سه گانه لحاظ نشده است؛ بنابراین بر اساس قرینه عامه، کلام مطلق است و به مقتضای آن ظهور

در اطلاق دارد و احراز می‌شود که متکلم در مقام بیان مراد خود است (قلی‌زاده، ۱۸۶؛ فاضل موحدی لنکرانی، ایضاح الکفایه، ۳۴/۲).

نتیجه اینکه لفظ مطلق هیچ نوع دلالتی بر شیوع و ارسال ندارد، مگر باوجود قرینه خاص (حالیه و مقالیه) یا قرینه عام (آخوند خراسانی، ۲۴۷). قرینه عام که همان مقدمات حکمت است، دارای شرایط زیر است:

۱. امکان اطلاق و تقیید: به معنای آنکه متعلق و موضوع قبل از فرض تعلق حکم، قابلیت انقسام داشته باشد، لذا در غیر این صورت امکان اطلاق محال است.

۲. قرینه مشخص‌کننده بر وجود اراده جدی مراد متکلم اقامه نشده باشد؛ زیرا اگر مولا قرینه‌ای (اعم از قرائن حالی و مقالیه، متصله و منفصله) تعیین کرده باشد؛ مثل اینکه گفته: اعتق رقبة مؤمنة، در این موارد جای تمسک به اطلاق از کلام مولا نیست (صالحی مازندرانی، ۲۲۹/۴ تا ۲۳۰؛ فاضل موحدی لنکرانی، ایضاح الکفایه، ۵۵۲/۳).

۳. متکلم در مقام بیان باشد؛ یعنی درصدد بیان تمام مراد باشد اعم از اینکه مراد وی جدی باشد یا غیر آن. لذا اگر متکلم در مقام اجمال یا اهمال‌گویی باشد، برای اطلاق ظهوری منعقد نمی‌شود (آخوند خراسانی، ۲۴۷؛ مظفر، ۱۸۱/۱ تا ۱۸۵).

۴. اطلاق مشروط است بر فقدان قدر متیقن در مقام مخاطب؛ زیرا وقتی امری متیقن از ظاهر لفظ به ذهن مخاطب تبادر می‌کند، کلام در آن ظهور دارد.

پرسش‌هایی که این پژوهش درصدد واکاوی و پاسخ‌گویی به آن‌ها است، عبارت‌اند از: مصادیق قدر متیقن کدام است و اختلاف و تفاوت آن‌ها چگونه است؟ نسبت بین قدر متیقن و تمسک به اصل اطلاق و طرق کشف آن چیست؟

۱. مفاهیم کاربردی پژوهش

أ. مطلق و مقید: مطلق در لغت، رها شده (المرسل) بیان شده است و مقید، مقابل آن است (فراهیدی، ۱۰۱/۵). وقتی گفته می‌شود: «إن فلانا مطلق العنان»؛ یعنی «أنه غیر مقید» كما يقال: «أطلقت الناقة» إذا حل عقالها و «أطلق الأسير إذا خلى سبيله» (زبیدی، ۳۰/۱۳). لذا فقها آن را به همین معنای لغوی بدون قید و شرط بودن تلقی کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۹۲/۲). در اصطلاح علم اصول به معنای «ما دلّ علی شائع فی جنسه» است (آخوند خراسانی، ۳۲۴) که صلاحیت انطباق شمولی دارد، اعم از اینکه عموم آن استغراقی، بدلی و مجموعی باشد (نورانی، ۲۸۹). گاهی به اعتبار احوال در علم شخصی،

می‌توان آن را به اطلاق توصیف کرد؛ هر چند به اعتبار افراد شیوع نداشته باشد (مظفر، ۱۷۱/۱ تا ۱۷۲؛ صافی گلپایگانی، ۵۱۹/۱). در تعریف دیگری مطلق عبارت از چیزی است که قید ندارد و بهمعنای شیوع و سریان به افراد نیست (خمینی، تنقیح الاصول، ۴۳۲/۲). در تقریراتی از ایشان گفته شده است: «فتحصل ممّا ذکرنا: أنّ المطلق و المقید، غیر مرتبطین بباب دلالة اللفظ، و لیس مصبّهما مختصّاً بالماهیات الکلیّة، بل یعمّھا و الجزئیات، و الأعلام الشخصیّة، و المعانی الحرفیّة» (خمینی، جواهر الاصول، ۵۱۷/۴ و ۵۸۰). در تعریف شهید صدر آمده است: اگر معنایی تصور شود که در آن وصفی زائد یا حالتی خاص باشد، این کلام مقید است و اگر مثلاً مفهوم انسان تصور شود و چیزی به آن اضافه نشود، این اطلاق است (۱۰۰/۲). در خصوص تقابل بین اطلاق و تقیید هم آراء اختلافی است؛ برخی قائل به تقابل تضاد هستند (خویی، محاضرات فی اصول الفقه، ۱۷۳/۲ تا ۱۷۹) و عده‌ای آن را از باب تقابل عدم و ملکه می‌دانند (نائینی، ۱۰۳/۱) و گفته‌اند: اطلاق یعنی عدم تقیید در چیزی که شأن آن تقیید است. هر کجا تقیید ممکن باشد، اطلاق ممکن است و هر کجا تقیید ممکن نباشد، اطلاق نیز ممکن نخواهد بود (ملکی اصفهانی، ۱۴۰/۱). امام خمینی نیز آن را از باب تقابل ملکه و عدم می‌داند و می‌گوید: نسبت بین اطلاق و تقیید شبیه تقابل ملکه و عدم است؛ زیرا مطلق، نبودن قید در چیزی است که به اعتبار عقلایی شأنیت تقیید را دارد (جواهر الاصول، ۵۱۷/۴). عده‌ای آن را تقابل از نوع تناقض تلقی کرده‌اند: «و ذلک لان الاطلاق نرید به الخصوصیه الّتی تقضی صلاحیه المفهوم للانطباق علی جمیع الافراد و هذه الخصوصیه یکفی فیها مجرد عدم لحاظ أخذ القید الذی هو نقیض للتقید» (صدر، ۱۰۵/۲ تا ۱۰۶).

ب. قدر متیقن: قدر به معنای اندازه و قلمرو وجودی هر چیزی است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ۳۹۴ تا ۳۹۶). واژه متیقن به معنای اطمینان داشتن نفس به حکم یا اعتقاد به صحت است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ۲۷۷/۵؛ فراهیدی، ۱۱۲/۵ تا ۱۱۳) و در اصطلاح، فرد یا حصه‌ای از مطلق است که یقین به شمول و فراگیری حکم به آن فرد یا حصه‌ای از مطلق داریم و موارد دیگر، مشکوک است (فاضل موحدی لنکرانی، اصول فقه شیعه، ۵۳۵/۶؛ شیروانی، ۱۱۸؛ جمعی از محققان، ۶۲۸) و نیز گاهی در جایی به کار می‌رود که اگر در موردی حکمی برخلاف قاعده باشد، باید به همان مورد اقتصار کرد و آن را به موارد مشابه سرایت نداد؛ بلکه اشباه و نظائر آن، تابع حکم قاعده خواهد بود (منتظری، ۴۳۴/۸).

قدر متیقن بر دو قسم است: یک. قدر متیقن در غیر مقام مخاطب: هر کلی، فرد یا افراد بارز دارد. فرض قدر متیقن در غیر مقام مخاطب، همان افراد برجسته و مشخصی است که هیچ‌گونه ابهام و تردیدی در فردیت آن‌ها برای ماهیت مطرح نیست که این نوع از قدر متیقن، قدر متیقن به حسب غلبه وجود است (آخوند خراسانی، ۲۴۷؛ فاضل موحدی لنکرانی، ایضاح الکفایة، ۵۵۰/۳). در عبارت «قلد المجتهد» که

قدر متیقن آن، وجوب تقلید از مجتهد اعلم است، هرچند دلیل اطلاق دارد و می‌توان به آن تمسک کرد و تقلید از مجتهد غیراعلم را نیز جایز دانست (قلی‌زاده، ۱۵۴؛ جمعی از محققان، ۳۸۰ تا ۳۸۱؛ هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، ۵۰۴/۶).

دو. قدر متیقن در مقام (محاورة): وقتی متکلم کلامی را القا می‌کند، مخاطب از این کلام چیزی را استفاده می‌کند که به‌طور یقین مراد متکلم است (صنقور، ۳۷۱/۲). مولا با عبد خود درباره فواید گوشت گوسفند گفت‌وگو می‌کند، آن‌گاه به وی امر می‌کند: «اشتر اللحم»؛ کلام او مطلق گوشت است، ولی قدر متیقن در مقام محاوره، گوشت گوسفند است (ولایی، ۳۱۰ تا ۳۳۵؛ جمعی از محققان، ۶۲۹ تا ۷۷۱؛ هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، ۵۰۴/۶).

ج: انصراف: انصراف در لغت، از ریشه «صرف» به‌معنای «رد الشئ عن وجهه» آمده است (ابن‌منظور، ۳۲۸/۷). این واژه به‌معنای برگشتن، دست‌برداشتن و روی‌گرداندن نیز ذکر شده است (طریحی، ۸۱/۵) و در اصطلاح به‌معنای توجه ذهن به برخی از افراد طبیعت، هنگام شنیدن لفظ مطلق است (صنقور، ۳۷۷/۱)، درحالی‌که لفظ دارای معنایی فراگیر و شامل افراد متعدد است؛ مثل اینکه از شنیدن کلمه حیوان، ذهن به غیرانسان انصراف پیدا می‌کند و خود انسان به ذهن نمی‌آید، درحالی‌که حیوان، انسان را نیز شامل می‌شود یا با شنیدن جمله «امسحوا» در آیه وضو، ذهن انسان به‌سوی مسح با دست می‌رود نه چیز دیگر. منشأ، انس ذهن با فرد یا معنای خاص یا کثرت استعمال لفظ در معنای خاص یا غلبه وجودی فرد یا مصداق خاص است (مظفر، ۱۸۹/۱؛ جمعی از محققان، ۲۶۶؛ قلی‌زاده، ۶۴). البته انصراف بر دو قسم است ۱. انصراف بدوی؛ ۲. انصراف ناشی از کثرت استعمال.

انصراف بدوی مانع انعقاد اطلاق نیست، برخلاف انصراف در اثر کثرت استعمال که برخی آن را مانع انعقاد اطلاق می‌شمرند (ولایی، ۱۲۶). در تبیین این معنا شهید صدر آورده است: «و اما النحو الاول فلا يؤثر على إطلاق اللفظ شيئاً، لأنه انس ذهني بالحصّة مباشرة دون أن يؤثر في مناسبة اللفظ لها ... و اما النحو الثاني فكثرة الاستعمال المذكورة قد تبلغ إلى درجة توجب نقل اللفظ من وضعه الاول إلى الوضع للحصّة.... فلا يمكن إثبات الإطلاق بقرينة الحكمة (۲۴۷/۱). توضیح نهایی خواهد آمد.

۲. مانعیت قدر متیقن از اطلاق

اینک سؤال این است که کدام‌یک از اقسام قدر متیقن، مانع از اطلاق است؟ در این زمینه دیدگاه‌های گوناگونی ارائه شده است.

۱.۲. قرینیت قدر متیقن برای مقدمه در مقام بیان بودن متکلم

با توسعه و تسامح می‌توان اولین نظر را در خصوص رابطه اطلاق و قدر متیقن این طور ارائه داد. همان طور که گفته شد یک مطلق در خصوص حصه‌ای از آن سه صورت دارد: ۱. نبودن قدر متیقن ۲. قدر متیقن خارجی ۳. قدر متیقن در مقام مخاطب. در این زمینه نزاع این بود که اگر قدر متیقن مخاطبی باشد، عنوان در خطاب، در نظر مشهور سبب اجمال نیست و مطلق است، ولی نزد آخوند مجمل است. اما عده‌ای در این راه روش دیگری برگزیده‌اند؛ بدین بیان که نه با مشهور موافق‌اند و نه با مبنای صاحب کفایه، بلکه قدر متیقن را یکی از قرائنی می‌دانند که نشان می‌دهد که آیا متکلم در مقام بیان هست یا نیست؟ و اینکه تشخیص قرینیت آن برعهده عرف است (مددی، ۱۳۹۶، ۵۲ تا ۵۴). بنابراین عامل مؤثر در تمسک به اطلاق، در مقام بیان تمام مراد بودن متکلم است که اجمال و اجمالی در آن نیست و قدر متیقن به هر دو قسم خود نمی‌تواند مانع از انعقاد اطلاق بشود، زیرا قدر متیقن نمی‌تواند صلاحیت بیان برای تقیید باشد (صالحی مازندرانی، ۳۳۴/۲ تا ۳۳۱).

۲.۲. دیدگاه تفصیل بین قدر متیقن در مقام خطاب و خارج از آن

صاحب کفایه و برخی دیگر از اصولیان بر این باورند که قدر متیقن در مقام خطاب مانع تحقق اطلاق است، اما قدر متیقن خارج از خطاب، مانع اطلاق نیست؛ زیرا هیچ‌گاه مطلق از چنین قدر متیقنی خالی نیست و اگر این نوع از قدر متیقن مانع از ظهور اطلاق باشد، هرآینه اطلاق منعقد نخواهد شد و عرف چنین قدر متیقنی (خارجی) را مانع از انعقاد اطلاق برای اسم جنس نمی‌داند (آخوند خراسانی، ۲۴۷ تا ۲۴۸؛ فاضل موحدی لنگرانی، ایضاح الکفایه، ۵۵۰/۳؛ سبحانی تبریزی، الوسیط، ۲۳۸/۱). همان گونه که در حدیث آمده است شخصی سؤال می‌کند که با وقوع نجاست در چاه خانه‌اش، آب چاه نجس می‌شود یا نه؟ امام می‌فرماید: «ماء البئر واسع لا یفسده شیء الا ان یتغیر» (کلینی، ۲۰/۵ تا ۲۱). در اینجا چاه خانه سائل، قدر متیقن در مقام مخاطب است، اگرچه اطلاق آب چاه است یا مثلاً وقتی مولا می‌گوید: قلد المجتهد؛ قدر متیقن تقلید از مجتهد اعلم است یا احل الله البیع؛ اینجا قدر متیقن بیع به لفظ عربی و ماضی است، چون احتمال نمی‌دهیم که غیر این مراد باشد ولی این مراد نباشد (محمدی، شرح اصول فقه، ۳۶۵/۱). در نظر دیگری آمده است: اگر خطاب مشمل بر خصوصیات باشد که از نگاه عرف، به طور قطعی قابلیت دارد که حصه‌های معینی را متکلم اراده کرده است، مانع از ظهور انعقاد اطلاق است؛ زیرا به احتمال قوی، مراد جدی متکلم همان قرینه عرفی است و با وجود قرینه ذکر شده نمی‌توان اراده جدی را مطلق دانست (صنقور، ۳۷۱/۲ تا ۳۷۲).

۳.۲. عدم فرق بین اقسام قدر متیقن

بسیاری از فقیهان اصولی، فقدان قدر متیقن در مقام محاوره از مقدمات حکمت را برای اخذ و تمسک به اطلاق بی اعتبار می دانند و بر این باورند که قدر متیقن، مانع تمسک اطلاق نیست (اراکي، ۱/۴۸۶؛ فاضل موحدي لنکرانی، اصول فقه شیعه، ۵۳۶؛ خویی، اجود التقریرات، ۱/۵۳۰؛ مکارم شیرازی، ۲/۲۰۷؛ فیاض، ۶/۶۱۴؛ مؤمن قمی، ۱/۵۴۹؛ صالحی مازندرانی، ۲/۳۳۱ تا ۳۳۴). برخی معتقدند اگر وجود قدر متیقن مانع از تمسک به اطلاق است، لازم نیست این شرط در قدر متیقن در مقام مخاطب رعایت و لحاظ شود، بلکه هر قدر متیقنی اعم از اینکه از ذات لفظ یا از خارج ثابت شده باشد، می تواند مانع و قاذح اخذ به اطلاق باشد (عراقی، ۴۷۷). همین دیدگاه بنا بر ادله زیر مختار نویسندگان است که عبارت اند از:

أ. لازمه اعتبار این مقدمه (انتفاء القدر المتیقن فی مقام التخطب) برای تمسک به اطلاق، امکان نداشتن تمسک به بسیاری از اطلاقات در کتاب و سنت است، از این رو طبق آن در باب اطلاقات باید از قدر متیقن فحص و تحقیق کرد. در صورتی که سیره عملی فقها و اهل شرع برخلاف آن است که در روایات هیچ گونه اعتنایی به شأن نزول آیات و مورد سؤال در صورتی که جواب سؤال مطلق باشد، نمی کنند (مکارم شیرازی، ۲/۲۰۷).

ب. وجود قدر متیقن از قبیل قیود احترازی نیست که متکلم در کلام خود آن را اخذ می کند. نهایت چیزی که می توان انتظار داشت اثبات حکم، راجع به قدر متیقن است، اما در خصوص غیر آن ساکت است و فایده ای ندارد، در این صورت می توان به اطلاق تمسک کرد و حکم را به غیر آن سرایت داد (همو).

ج. اگر قدر متیقن مانع اطلاق است، چه فرقی بین قدر متیقن در مقام محاوره و خارج از محاوره است؟ زیرا وقتی که مولا بر حسب اعتماد بر وجود قدر متیقن، قید را ذکر نکند، در قسم دوم قدر متیقن نیز جاری است و سبب عدم جواز تمسک به اطلاق می شود، در صورتی که مخالف این نظر به آن ملتزم نیست. بنابراین، دو مقدمه از مقدمات حکمت (متکلم در مقام بیان باشد، نبود امری که سبب تعیین شود) معتبر است (همو، ۱۸۹ تا ۱۹۰).

د. برخی نیز در نقد تحلیل آخوند خراسانی گفته اند: متفرع کردن انعقاد اطلاق بر مسئله لزوم اخلاص به غرض ممنوع است و همین که متکلم در مقام بیان باشد و قرینه ای بر تقیید ذکر نکند، سبب ظهور کلام او در آن چیزی می شود که موضوع حکم قرار داده است و آن نیز تمام موضوع است. به تعبیر دیگر، مقدمات دوگانه حکمت (عدم قرینه بر تقیید، در مقام بیان بودن متکلم) برای اطلاق، قائم مقام وضع و بلکه از آن

قوی‌تر است و سبب ظهور کلام در اطلاق می‌شود. دلیل قاطع بر اخذ و تمسک به اطلاق و حجیت آن در اقسام قدر متیقن (بدون اینکه فرقی بین دو قسم قدر متیقن باشد) است که دلیل محکمی در کشف ظهور اطلاقات است، لذا وجود و نبود قدر متیقن ضرری به اطلاق نمی‌زند و جزء مقدمات حکمت نیست (مؤمن قمی، ۵۴۹/۱). در جمع‌بندی و خلاصه این نظر می‌توان گفت: صاحبان دیدگاه مذکور، قول حق را بر این مبنا می‌دانند که فرقی بین اقسام قدر متیقن در مقام تمسک به اطلاق وجود ندارد و مختار آن‌ها اعتبارنداشتن این مقدمه است و افزون بر دو مقدمه عدم احراز در مقام بیان‌بودن متکلم و نیز قرینه بر تقيید، موارد دیگری را هم به‌عنوان مانع اطلاق‌گیری بیان می‌کنند که برای تکمیل بحث به آن‌ها اشاره می‌شود.

۲.۳.۱. عدم انطباق و صدق موضوع حکم بر موردی یا شک در صدق آن

در این صورت، مجالی برای اخذ به اطلاق نیست؛ زیرا تحقق اطلاق، فرع بر صدق موضوع حکم است. برای فهم موضوع مثالی ذکر می‌شود (ربط مستقیم به اصل مسئله ندارد؛ بلکه می‌خواهیم استفاده‌نکردن از اطلاق‌گیری در شرایط محرزنبودن موضوع روشن شود): یکی از اموری که جلوی ضمان را می‌گیرد و مسقط ضمان است، قاعده اقدام خواهد بود. فقط در صورتی که غار جاهل و فاعل متضرر خود اقدام کرده است و قاعده اقدام جلوی ضمان را می‌گیرد. قدر متیقن قاعده صورتی است که غار عالم و فاعل متضرر جاهل باشد. مسلماً در جایی که غار عالم و فاعل متضرر جاهل باشد، قاعده «المغرور یرجع الی من غره» جاری می‌شود. اما اگر غار و فاعل متضرر هر دو جاهل باشند، محل شک است که آیا می‌توان به عموم یا اطلاق قاعده «المغرور یرجع الی من غره» تمسک کرد؟ ما نمی‌دانیم عنوان غار بر شخص جاهل هم صادق است یا نه؟ در اینجا نمی‌توان به عموم عام یا اطلاق تمسک کرد. اگر دلیلی وارد شد و گفت: «اکرم العلماء»؛ عالمی را اکرام کن. اگر راجع به شخصی شک کردیم که آیا عالم است یا نه؟ اگر اصلاً نتوان احراز موضوع کرد و شک در اصل عالمیت شخص بود، نمی‌توان به عموم عام یا اطلاق تمسک کرد (بجنوردی، ۱۵۴/۱ تا ۱۵۵).

۲.۳.۲. انصراف مستمر و ثابت

طبق عبارات اصولیان، انصراف مختلف است. برخی آن را دو قسم دانسته و گفته‌اند: گاهی انصراف ناشی از ظاهر بودن لفظ در مقید است؛ به این معنا که خود لفظ به سبب و کثرت استعمال آن در مقید و شایع بودن اراده مقید از آن، انصراف به مقید دارد و گاهی ناشی از این امر نیست، بلکه منشأ آن اسباب بیرونی مانند غلبه وجود یا سروکار داشتن فراوان با آن است (مظفر، ۱۸۹/۱). برخی دیگر همین مطلب را تحت عنوان بدوی و استمراری آورده‌اند (سبحانی تبریزی، المحصول فی علم الاصول، ۶۱۹/۲). یکی دیگر از اصولیان معتقد است انصراف سه قسم دارد: گاهی انصراف از غلبه وجود در خارج و گاهی از تشکیک در ماهیت بر حسب فهم عرفی ناشی می‌شود و گاهی به گونه‌ای است که عرف شک می‌کند که آیا فرد

مصدق لفظ مطلق است یا خیر و در نتیجه لفظ به غیر آن فرد انصراف دارد (نائینی، ۵۳۲/۱). اما در نگاهی جامع، برای انصراف شش قسم تصور شده است: ۱. انصراف خطوری؛ ۲. تشکیک بدوی؛ ۳. انصرافی که سبب شک ماندگار می‌شود؛ ۴. انصرافی که سبب پیدایش و ظهور جدید در کلام می‌شود؛ ۵. انصرافی که سبب پیدایش اشتراک در لفظ می‌شود؛ ۶. انصرافی که سبب نقل می‌شود (حکیم، ۵۶۱/۱).

برای تحلیل آنچه که مناسب دیدگاه اخیر (قدر متیقن را به هر دو قسم مانع اطلاق نمی‌دانست) است می‌توان باتوجه به آرائی که در خصوص انصراف وجود دارد، این طور خلاصه کرد که انصراف یا ناشی از کثرت استعمال یا به سبب فراوانی مصداق و رفتن ذهن به فرد اکمل از ماهیت یا انصراف به قدر متیقن است. صاحب کفایه در این زمینه اخیر گفته است در صورتی که لفظ مطلق به خصوص بعضی افراد یا اصناف انصراف داشته باشد، اطلاقی برای آن وجود ندارد؛ زیرا در همان بعض، ظهور دارد یا اینکه آن بعض، قدر متیقن از آن مطلق خواهد بود (آخوند خراسانی، ۳۸۸/۱).

به نظر نگارندگان در هریک مناقشاتی وجود دارد. انصراف به سبب فراوانی مصداق و رفتن ذهن به سمت فرد اکمل، انصراف بدوی تلقی شده است که مانع حجیت نیست؛ زیرا اولاً فرد اکمل، علت منحصره نیست؛ ثانیاً اگر فرض کنیم از نظر کبروی بحث، علت منحصره، اکمل افراد علیت است، دلیلی ندارد که اطلاق از این نظر انصراف به اکمل افراد آن داشته باشد، چراکه انصراف معلول یکی از دو امر است: کثرت استعمال یا کثرت وجود که این دو امر در علت منحصره منتفی است (سبحانی تبریزی، المحصول، ۷۰۳ تا ۳۵۶/۲). از سوی دیگر، انصراف ناشی از کثرت استعمال را خارج از بحث دانسته‌اند؛ زیرا لفظ در معنای جدید حقیقت پیدا کرده است و انصراف نیست (مکارم شیرازی، ۱۸۸ تا ۱۸۹).

تحلیل بیشتر این دو قسم و به خصوص قسم سوم بر اساس دیدگاه شهید صدر که مختار نگارنده نیز می‌باشد، به شرح زیر است:

أ. انصراف گاهی ناشی از غلبه وجودی برخی از افراد مطلق، به سبب انس ذهن به این حصه غالب است. این انصراف بدوی است و منشأ اثر و سبب هدم اطلاق نمی‌شود؛ زیرا این نوع از معنای خاص، مسبب و مستند به لفظ نیست تا مشمول دلیل حجیت ظهور شود، بلکه این معنا ناشی از غلبه خارجی است که دلیلی بر حجیت آن وجود ندارد. لذا ممکن است انصراف به قدر متیقن هم از این قبیل باشد.

ب. انصراف گاهی ناشی از کثرت استعمال در حصه معینی است که یا به نحو مجاز یا از باب تعدد دال و مدلول است و این انس و ارتباط بین لفظ و معنای خاصی است و ناشی از استعمال لفظ در معنایی است

که مرجع آن به وضع تعینی همانند منقول و لفظ مشترک بر می‌گردد. بنابراین اگر انصراف به این رتبه از کثرت استعمال و شدت علاقه بین معنا و لفظ رسیده باشد، سبب اجمال و تام‌نبودن اطلاق و قدر متیقن است.

ج. گاهی انصراف ناشی از مناسبات عرفی یا عقلایی است که این مناسبت عرفی و عقلایی سبب تقیید می‌شود (صدر، ۴۳۲/۳ تا ۴۳۱). این انصراف ناشی از مناسبت‌های حکم و موضوع است، لذا در صورت تغییر حکم، انصراف نیز تغییر می‌کند. این نوع از انصراف حجیت دارد و سبب نابودی و مانع مقدمات حکمت برای دلالت بر اطلاق می‌شود؛ زیرا از باب مناسبت‌های حکم و موضوع (قرائن لیبی متصلی) سبب ظهور در دلیل مقید شده است و هرگاه به سبب این قرائن، حکم ظهور در مقید می‌یابد و حجیت اطلاق خنثی می‌شود (همو، ۵۲۹/۷)، وجه ظهوریت مناسبت حکم و موضوع این‌گونه تقریر شده است که مناسبت حکم و موضوع، نوعی ظهور است که در ذهن انسباق و تبادل دارد (صغرا) و هر ظهوری حجیت است (کبرا)؛ لذا هرآنچه در ذهن به سبب مناسبت حکم و موضوع سبقت و تبادل دارد، حجت است، مگر اینکه احکام ما احکام تعبدی باشد که عرف بین حکم و موضوع ارتکاز و مناسبتی در تعمیم یا تخصیص حکم نمی‌یابد تا طبق قاعده مناسبت حکم و موضوع عمل کند (حیدری، ۱۵۶/۲ تا ۱۵۷). شایان ذکر است که این قاعده از باب قرائن لفظیه نیست، بلکه از قرائن حالیه یا مقالیه است (صنقور بحرینی، ۳۲۹/۱). در واقع این مورد همان انصراف استمراری است که در ذهن برخی اصولیان مانع اطلاق می‌شود.

بنابراین مترتب بر این دیدگاه می‌توان گفت که هرگاه انصراف ذهن به قدر متیقن، مسبب از تناسب حکم و موضوع باشد، به سبب ظهور، تمسک به اطلاق ممنوع است؛ چراکه وقتی عرف ارتباط حکم و موضوع را سنجید و تناسبات موجود میان آن را ملاحظه کرد، می‌گوید: بعضی از موارد را شامل نمی‌شود و در واقع آن را مقید می‌سازد.

برای نمود عینی و فهم بهتر این مطلب چند مثال فقهی ارائه می‌شود. در روایات آمده است: نماز در شَرَع و وَبَر «ما لایؤکل لحمه» باطل است که «ما لایؤکل» در اینجا مطلق است، ولی تناسبات حکم و موضوع سبب می‌شود ذهن شنونده از انسان منصرف شود و بگوید اگر موی انسان دیگری در لباس مصلی باشد، نماز مانعی ندارد. پس بی‌اشکال، انصراف سبب تقیید می‌شود و کسی هم منکر آن نیست یا هرگاه در محیطی که اهل کتاب برخلاف مشرکان و کفار با پرداخت جزیه جانیشان محفوظ است، بگویند: «سَنُوا بالمجوس سنة اهل الکتاب»، عرف می‌گوید منظور در همین موضوع است نه در تمام احکام که اگر مثلاً کسی نذری یا وقفی یا وصیتی برای اهل کتاب کرد، با توسعه بگوییم مجوس هم ملحق به آن‌هاست. خلاصه اینکه، در این روایات به تناسب حکم و موضوع بعید است مجوس تمام احکام اهل کتاب را داشته

باشند و ذوق عرفی مشخص آن را نمی‌پذیرد. در خصوص جزیه و امثال آن که مورد خود روایت است و تردیدی نیست اما عمومیت آن روشن نیست، به خصوص اینکه بعضی از عامه نیز نکاح آن‌ها را جایز نمی‌دانند (شیری زنجانی، ۱۶). بیان بیشتر مطلب اینکه، مطلقات که به عرف القا می‌شود، در اثر قرائن لفظی یا مقامی و تناسبات حکم و موضوع و احکام دیگر و... راجع به شمول حکم به برخی افراد یقین کرده و در توسعه حکم راجع به برخی افراد تردید می‌شود. اگر نکات منشأ تردید، قرائن متصل همچون قرائن لفظی یا ارتکازات عقلی، محفوف به کلام باشد، قدر متیقن در مقام مخاطب سبب می‌شود که به محض شنیدن مطلق در شمول، در خصوص برخی افراد تردید پدید آید و اگر نکات منشأ تردید، قرائن منفصل همچون ملاحظه احکام مشابه باشد، قدر متیقن خارجی است. مثال قدر متیقن در مقام مخاطب، روایت صحیح زراره در باب قاعدة تجاوز است: «قال قلت لأبي عبد الله (ع): رجل شك في الاذان وقد دخل في الإقامة؟ قال يمضي، قلت: رجل شك في الاذان و الإقامة وقد كبر؟ قال يمضي... قلت: شك في التكبير و قد قرأ؟ قال: يمضي، قلت: شك في القراءة و قد ركع؟ قال يمضي، قلت شك في الركوع و قد سجد قال يمضي على صلاته، ثم قال يا زرارة اذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشكك ليس بشيء». آیا این روایت بنا بر قدر متیقن در مقام مخاطب، در خصوص صلاة است یا در بقیه ابواب هم عمومیت دارد. بر اساس آنچه که گفته شد تقریر پاسخ چنین است که فرقی بین قدر متیقن در مقام مخاطب و قدر متیقن خارجی نیست؛ زیرا قرینه منفصله و قرینه متصله، اراده جدی را از بین می‌برد، باوجود قرینه منفصله، برای کلام ظهوری در اراده واقعی (نه اراده استعمالی) باقی نمی‌ماند و این کلام که قرینه منفصله مانع از ظهور نیست، بلکه لفظ را از حجیت می‌اندازد کلام ناتمامی است، ازاین‌رو فرقی بین دو نوع قدر متیقن نیست (شیری زنجانی، ۱۴۴۴ تا ۱۴۴۸).

۳. قدر متیقن در دیدگاه امام خمینی و شهید صدر

اینک با تبیین دیدگاه سوم، در همین زمینه و ذیل آن به دو دیدگاه امام خمینی و شهید صدر نگاهی اجمالی انداخته می‌شود.

۳.۱. بیان امام خمینی درباره قدر متیقن

مطلق در تعریف امام خمینی عبارت است از امری که قید ندارد. اطلاق به معنای لاقیدی و نه به معنای شیوع و سریان به سوی افراد است. در این صورت اگر متکلم در مقام بیان است و متعلق حکم را نفس طبیعت قرار داده است، لذا متعلق حکم را افراد ویژه و خاص قدر متیقن قرار نداده است (خمینی، تنقیح الاصول، ۴۳۲/۲). خلاصه تقریر ایشان در خصوص قدر متیقن و نیز لاقیدی اطلاق چنین است که اولاً

وجود قدر متیقن موکد بر اطلاق است؛ چون قدر متیقن در مقام محاوره، مورد اعتماد و اعتنا نیست و حکم، معلق بر نفس طبیعت است، لذا سبب تقویت اطلاق می‌شود و به تحقیق، حکم اعم از قدر متیقن و غیر آن است. اینکه اگر قدر متیقن به‌طور قطعی سبب انصراف کلام شود، اعتبار عدم آن محقق‌کننده اطلاق است نه از جمله شرایط اخذ به اطلاق (همو، جواهر الاصول، ۵۴۱/۴ تا ۵۴۰). در تعلیل می‌گوید: هذا کله علی المختار فی باب الإطلاق؛ من عدم کون الطبیعة مرآة للأفراد، ولا وسیلة إلى لحاظ الخصوصیات و حالاتها و عوارضها (همو، تهذیب الاصول، ۲۷۴/۲).

ایشان تنها مقدمه حکمت را احراز بودن متکلم در مقام تمام مراد، بدون اهمال و اجمال می‌داند و ضمن تحلیل مبنای خویش در باب معنای اطلاق و علت نفی بقیه مقدمات، نتیجه‌گیری می‌کند و می‌گوید: «فظهر ممّا ذکرنا: أنّ المقدمات التي ذكرها المحقق الخراسانی قدس سره فی استفادة الإطلاق، غیر محتاج إليها إلاّ المقدّمة الاولى، فبعد إحراز کون المولی فی مقام بیان تمام ما له دخل فی موضوع حکمه، لو شک فی اعتبار قید فيه لا مکن نفيه بالإطلاق، فتدبر (همو، جواهر الاصول، ۵۸۰/۴). نظر شهید صدر هم در همین دیدگاه قرار می‌گیرد و با توضیح نظریه خویش، به‌طور خلاصه می‌گوید: بر اساس آنچه گفتیم روشن می‌شود که تنها قرینه حکمت؛ یعنی ظهور کلام در اطلاق، متوقف بر قید منفصل و متصل و بر نبود قدر متیقن نیست و ظاهر حال متکلم که در مقام بیان تمام مراد خود باشد، کبرای قرینه حکمت است (۶۰۸/۲). از این‌رو گفته‌اند: وجود قدر متیقن مادامی که به حد انصراف نرسیده باشد، به اطلاق ضرری نمی‌زند (حائری یزدی، ۲۳۵). این بیان امام خمینی، نظر مختار را تأیید می‌کند.

۲.۳. بیان شهید صدر

ایشان ابتدا تقسیمی را بیان می‌کند که گاهی در کلام مولا حصه‌هایی وجود دارد که در اختصاص حکم با هم در تراحم‌اند و این به‌معنای نبود وجود قدر متیقن است. گاهی یکی از حصه و افراد مطلق، راجع به حصه دیگر اولویت دارد که از خارج کلام فهمیده می‌شود، به‌طوری که اختصاص حکم به آن محتمل است تا به غیر آن. این نوع از قدر متیقن، خارج از کلام است. سپس ایشان در مقام نتیجه‌گیری می‌گوید: وجود قدر متیقن در مقام محاوره هرچند بر اراده ذات مقید به وصف حصه‌ای که مشتمل بر صفت معینی است، دلالت می‌کند، اما این مقدار از قدر متیقن نمی‌تواند ظهور اطلاقی را بشکند و ظهور آن را خنثی کند، مادامی که وجود این نوع از صفت دلالتی بر این نداشته باشد که در مراد متکلم دخیل و عامل منحصر در موضوع حکم بوده است؛ به این معنا با نفی چنین صفتی، حکم نیز منتفی می‌شود و وظیفه متکلم است قرینه ای نصب کند و چنین قیدی مراد جدی متکلم است. گویا بر صاحب کفایه بین دلالت کلام بر ذات

مقید به وصف حصه‌ای که مشتمل بر صفت معینی است با کلامی که دلالت می‌کند بر قیدیت این صفت و دخالت آن در موضوع حکم، خلط شده است. در صورتی که آنچه موجب اختلال می‌شود، دلالت کلام بر قید بودن صفت معینی است که دخیل در موضوع حکم است (نه صرف ذات مقید به وصف حصه‌ای که مشتمل بر این صفت است) (صدر، ۲۷۷ تا ۲۷۹). بنابراین در صورتی که متکلم در صدد بیان تمام موضوع

کلی برای حکم در مقام جعل است و کلام دارای قدر متیقن مستفاد از مقام محاوره است، امکان ندارد از قدر متیقن به عنوان قرینه متصل بر اختصاص حکم به مقید استفاده کرد؛ زیرا اختصاص و ثبوت حکم برای قدر متیقن محتمل است و در مقابل آن هم احتمال اختصاص حکم به عنوان مطلق وجود دارد (احمدی بهسودی، ۳۶۸/۱ تا ۳۶۹).

۴. قرائن فهم قدر متیقن

در این خصوص به طور خلاصه به برخی ابزارهای اصولی می‌توان اشاره کرد. اصولیان که فی الجمله به نحوه احرار پرداخته‌اند، نوعاً کسانی هستند که مقدمه قدر متیقن را به همان مقدمه در مقام بیان بودن متکلم ارجاع داده‌اند و در متن هم کسانی بودند که فرقی بین قدر متیقن داخلی و خارجی قائل نبودند و ملاک اطلاق‌گیری یا مانعیت از آن را قرائن دیگری می‌دانستند.

۱. اصل عقلایی: دلیل قاطع بر اخذ و تمسک به اطلاق بدون تفاوت بین دو قسم قدر متیقن، بنای عقلا و فهم عرفی است که دلیل محکمی در کشف ظهور اطلاق‌ها است (مؤمن قمی، ۵۴۹/۱). جماعتی از علمای اصولی گفته‌اند: اگر مولا کلامی را گفت و قرینه‌ای هم بر اهمال یا اجمال نیاورد، عقلا آن کلام را بر مطلق حمل می‌کنند. پس طبق اصل عقلایی که اماره است، می‌توان به وجود قدر متیقن به عنوان قرینه بر کلام متکلم پی برد (مددی، ۴۱ تا ۴۲).

۲. ظهور حال: این بیان از شهید صدر است که از ظهور حال متکلم به صورت ظنی احرار می‌شود که متکلم در مقام بیان تمام مراد خود است و اگر این ظهور حال احرار شد، برای نسبت قدر متیقن، باید قرینه در کلام بیاورد (همان). در جای دیگری آمده است: ظاهر حال متکلم این است که وقتی مرام و مطلبی در نفس خود دارد و می‌خواهد آن را به واسطه کلام ابراز کند، باید در مقام بیان تمام مرام و مراد خود باشد و در این حالت اگر قیدی بر کلام خود نیاورد، می‌فهمیم که قیدی داخل در مرام او نیست و اگر قیدی باشد و در عین حال از بیان آن سکوت کند، این خلاف ظاهر حال او است: «لکان ذلک خلاف ظاهر حاله بانه فی مقام بیان تمام المراد بالكلام» (صدر، ۱۰۱/۱).

۳. احرار وجدانی: بدین معنا که مثلاً از خود متکلم شنیده شود و اگر احرار نشد، اصل نبود قرینه را پیاده می‌کنند که مشهور آن را یک اصل عملی عقلایی می‌دانند و شهید صدر آن را از باب شهادت سلبیه

می‌داند و از آنجاکه این شهادت و اخبار و حجیت قول ثقه ظهورساز است، لذا حجت است (مددی، ۴۷).
۴. قرائن ارتکازی: قرائن به لفظی و غیرلفظی تقسیم می‌شوند و بخشی از قرینه غیرلفظی، قرینه لبی ارتکازی است. قرینه ارتکازی نیز به شخصی و عرفی عام منقسم می‌شود. از طریق ارتکاز شخصی، ذهن مخاطب به همان عنوان مفروض خودش منحصر می‌شود و در ارتکاز عرفی، کلام متکلم منحصر به همان ارتکاز عام عرفی می‌شود و گاهی باعث اجمال کلام است (همو، ۴۹). بنابراین اگر مثلاً در روایت وارد شده است که «ماء البئر واسع لاینجسه شیء» لآنه له مادة» دلالت صریح دارد که آب، طاهر و مطهر چیزهای دیگر است و می‌توان آب چاه را از باب مثال فرض کرد و حکم را به تمام آب‌ها، اعم از چاه و غیرچاه که چشمه‌ها باشد به ارتکاز عرفی تعمیم داد (حسینی، ۲۸۳ تا ۲۸۴).

۵. حکم عقل و تناسب حکم و موضوع: قرینه‌ای که بین حکم و موضوع آن تناسب برقرار است به گونه‌ای که به ذهنیت مخاطب نیز متکی باشد و این اتکا در هریک از ابعاد عقلی، عقلایی و عرفی می‌تواند مطرح باشد. به حکم عقل و شناخت عرفی مناسبت حکم و موضوع، می‌توان قدر متیقن را به دست آورد که سبب نص صریح باشد که حکم در واقع متعلق برای بعضی افراد است (کمره‌ای، ۳۶۴/۱ تا ۳۶۵). گاهی انصراف (به قدر متیقن) که حجیت دارد و سبب نابودی و مانع مقدمات حکمت برای دلالت بر اطلاق و سبب ظهور در دلیل مقید می‌شود، از باب مناسبت‌های حکم و موضوع و قرائن لبی متصلی است (صدر، ۵۲۹/۷) و در تعلیل این معنا آورده است: «حيث ان الحكم له مناسبات و مناطات مرتکزه فی الذهن العرفی؛ بسببها ینسب الی ذهن الانسان عند سماع الدلیل، التخصیص تاره و التعمیم اخرى، و هذه الانسابات حجة؛ لانها تشكل ظهوراً للدلیل و کل ظهور حجة» (همو، بحوث فی علم الاصول، ۲۵۷/۱).

مناسبت حکم و موضوع نوعی ظهور است که در ذهن، انسباق و تبادر دارد (صغرا) و هر ظهوری حجت است (کبرا)؛ لذا آنچه در ذهن به سبب مناسبت حکم و موضوع سبقت و تبادر دارد، حجت است، مگر اینکه احکام ما احکام تعبدی باشد که عرف بین حکم و موضوع ارتکاز و مناسبتی در تعمیم یا تخصیص حکم نمی‌یابد تا طبق قاعده مناسبت حکم و موضوع عمل کند (حیدری، ۱۵۶/۲ تا ۱۵۷).

۶. وحدت سیاق: وحدت سیاقی در گفتار یا نوشتار گوینده در جایی شکل می‌گیرد که چند سیاق و چند ترکیب در کلام وجود دارد و سیاق‌ها هریک معنای مشخص و واضحی دارد، ولی در کنار هم قرارگرفتن آن‌ها مبرز معنای جدیدی است و این چینش الفاظ و معانی در مخاطب معنایی ایجاد می‌کند که مخالفت آن مناسب نیست؛ برای مثال شیخ انصاری تطبیق این مورد و استفاده از آن را در بحث خیبار مجلس استناد می‌کند (انصاری، ۲۸/۵).

۷. قرینه مورد: این قرینه به صورت شخصی در یکی از ارکان مخاطب استفاده می‌شود و در صورتی صلاحیت قرینیت دارد که متکلم متکی بر آن صحبت کند، وگرنه همان گونه که مشهور است و در متن هم

بارها اشاره شد، مورد مخصص نخواهد بود.

۸. **قرینه تعلیل:** یکی از قرینه‌های مؤثر در فهم کلام و از جمله قدر متیقن، تعلیل‌آوری در کلام متکلم است؛ علتی که گوینده کلام خود را به آن مستند کرده است که بارها در ادبیات اصولی و فقهی استفاده شده است و این استفاده از علت منصوصه، خود تابعی از قواعد عقلایی ظهور کلام است (مسعودی، ۵).

۵. حجیت قرائن و قدر متیقن مأخوذ از آنها

بعد از شمردن برخی از قرائن عقلایی و عقلی و عرفی برای فهم کلام متکلم و به خصوص در تشخیص قدر متیقن که کشف آن از مصادیق، کشف مراد استعمالی یا جدی متکلم است مختصراً به مبنای حجیت این نوع قرائن اشاره‌ای می‌شود. آنچه از مجموعه کلمات اصولیان اصطیاد می‌شود، این است که دلیل حجیت قرائن در حقیقت همان دلیل حجیت ظهور است؛ زیرا این قرائن از مصادیق ظهورند و به تعبیر دیگر ظهور سازند. دلیل حجیت ظهور هم بنای عقلاست؛ بدین معنا که اهل لسان و عقلا در مفاهیم خود از این موارد استفاده می‌کنند و شارع هم در روش و نحوه بیان مراد خود، طریق دیگر و راه جدید ابراز نکرده است. شیخ انصاری در این باب می‌گوید: «فاعتبار فی الجملة مما لا اشکال فیه و لا خلاف؛ لان المفروض کون تلك الامور معتبرة عند اهل اللسان فی محاوراتهم المقصود بها التفهیم، و من المعلوم بدیهیه أن طریق محاورات الشارع فی تفهیم مقاصد للمخاطبین لم یکن طریقاً مخترعاً مغایراً لطریق محاورات اهل اللسان فی تفهیم مقاصدهم (۱۳۷/۵).

نتیجه‌گیری

در این مقاله با جستاری اصولی در موضوع قدر متیقن، اقسام آن و اقوال موجود در خصوص مؤثر بودن آنها در اطلاق‌گیری، بحث شد و سه دیدگاه مطرح شد: نخست اینکه، برخی اصالتی برای قدر متیقن به عنوان یک مقدمه مستقل حکمت قائل نیستند و آن را قرینه احراز در مقام بیان بودن متکلم قلمداد می‌کنند؛ دوم اینکه، عده‌ای قدر متیقن در مقام مخاطب را مانع می‌دانند، ولی قدر متیقن خارجی را مضر نمی‌دانند و در دیدگاه سوم که با ادله به اثبات رسید و نظر مختار نویسندگان نیز بود، درست این است که فرقی بین اقسام قدر متیقن در تمسک به اطلاق نیست و هیچ کدام مانعیت برای تمسک به اطلاق ندارد، هر چند مقدمات حکمت، تام باشد؛ زیرا اگر وجود قدر متیقن مانع از تمسک به اطلاق است، لازم نیست این شرط در قدر متیقن در مقام مخاطب رعایت و لحاظ شود، بلکه هر قدر متیقنی اعم از اینکه از ذات لفظ یا از خارج ثابت شده باشد، می‌تواند اخذ به اطلاق را مانع و قاذح باشد؛ چراکه اگر این قدر متیقن، تمام مراد متکلم باشد که ظاهر خطاب یا غیر خطاب مقتضی آن است، در این صورت اخذ به اطلاق جایز

نیست و دلیلی موجه بر اعتبار شرط فقدان قدر متیقن در مقام تخاطب در تمسک به اطلاق باقی نمی‌ماند و می‌توان گفت که حکم شامل آن است اما منحصر به آن نیست، بلکه اعم است. سپس این فرایند طی شده، بر آرای امام خمینی و شهید صدر تطبیق داده شد. در بخش پایانی نیز قرائن فهم قدر متیقن با اصطیاد از عبارات اصولیان؛ در اصل عقلایی، ظهور حال، احراز وجدانی، ارتکازات، مناسبات حکم و موضوع خلاصه شد.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الأصول، چاپ اول، قم: آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۶ق.
- احمدی بهسودی، محمد رضا، منهاج الوصول الی دروس فی علم الأصول (شرح الحلقة الثالثة)، چاپ اول، بیروت: دار المصطفی لاحیاء التراث، ۱۴۳۰ق.
- اراکي، محسن، اصول فقه نوین، چاپ دوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۵ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، چاپ شانزدهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۵ق.
- ایروانی، باقر، کفایة الأصول فی أسلوبها الثاني، چاپ اول، نجف: احیاء التراث الشیعه، بی تا.
- بجنوردی، حسن، قواعد فقهیه، چاپ سوم، تهران: عروج، ۱۴۰۱ق.
- جمعی از محققان، فرهنگ‌نامه اصول فقه، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- حائری یزدی، عبدالکریم، دررالفوائد، چاپ ششم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- حسینی، محمد، الدلیل الفقھی تطبیقات فقهیه لمصطلحات علم الأصول، چاپ اول، دمشق: بی نا، ۲۰۰۷م.
- حکیم، محسن، حقائق الاصول، قم: بصیرتی، ۱۴۰۶ق.
- حلی، حسین، اصول الفقه، چاپ اول، قم: مکتبه الفقه و الاصول المختصه، ۱۴۳۲ق.
- حیدری، کمال، الدروس شرح الحلقة الثانية، چاپ اول، قم: دار فراق، ۱۴۲۸ق.
- خمینی، روح‌الله، تهذیب الأصول، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۳ق.
- _____، تنقیح الأصول، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- _____، جواهر الأصول، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶.
- خویی، ابوالقاسم، اجود التقریرات، چاپ دوم، قم: کتاب فروشی مصطفوی، ۱۳۶۸.
- _____، محاضرات فی اصول الفقه، قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۹ق.

- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، بی جا، دفتر نشر کتاب، ۱۴۰۴ق.
- روحانی، محمدصادق، زبدة الأصول، چاپ دوم، تهران: حدیث دل، ۱۳۸۲.
- زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ اول، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر، المحصول فی علم الاصول، قم: امام صادق (ع)، ۱۴۱۹ق.
- _____، الوسیط فی اصول الفقه، چاپ چهارم، قم: امام صادق (ع)، ۱۳۸۸.
- سمیعی، جمشید، ترجمه متن و شرح کامل رسائل شیخ انصاری، چاپ چهارم، اصفهان: بی نا، ۱۳۸۷.
- شیری زنجانی، موسی، کتاب نکاح، چاپ اول، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ق.
- شیروانی، علی، تحریر اصول فقه، قم: دار العلم، ۱۳۷۹.
- صافی گلپایگانی، لطف الله، بیان الأصول، چاپ اول، قم: دار التوجیه والارشاد الدینی، ۱۴۲۸ق.
- صالحی مازندرانی، اسماعیل، شرح کفایة الأصول، چاپ اول، قم: صالحان، ۱۴۲۴ق.
- صدر، محمدباقر، دروس فی علم الأصول، چاپ پنجم، قم: اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- صنقور بحرینی، محمد، المعجم الأصولی، چاپ دوم، قم: طیار، ۱۴۲۸ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرين، تهران: مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
- عراقی، ضیاء الدین، تحریر الأصول، به تقریر مرتضی نجفی مظاہری، چاپ اول، قم: مهر، ۱۳۶۳.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، اصول فقه شیعه، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۱.
- _____، محمد، ایضاح الکفایة، چاپ پنجم، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۵.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم: دار الهجره، ۱۴۰۹ق.
- فیاض، محمد اسحاق، المباحث الاصولیه، قم: مکتب سماحه آیت الله العظمی الحاج الشیخ محمد اسحاق فیاض، ۱۴۲۷ق.
- قلی زاده، احمد، واژه شناسی اصطلاحات اصول فقه، چاپ اول، تهران: بنیاد پژوهش های نور الاصفیاء، ۱۳۷۹.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ اول، قم: دار الحدیث، ۱۴۲۹ق.
- کمره ای، محمدباقر، اصول الفوائد الغرویه فی مسائل علم أصول الفقه الاسلامی، چاپ اول، تهران: بی نا، ۱۳۶۲.
- محقق داماد، مصطفی، مباحثی از اصول فقه، چاپ اول، تهران: مرکز نشر اسلامی، ۱۳۷۷.
- محمدی، علی، شرح اصول فقه، چاپ دهم، قم: دار الفکر، ۱۳۷۸.

- _____، شرح کفایة الأصول، چاپ چهارم، قم: بی‌نا، ۱۳۸۵.
- مددی، سید محمود، دروس خارج اصول، اصفهان، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان، ۱۳۹۶.
- مسعودی، عبدالهادی، از مفهوم تا مقصود، تهران: دار الحدیث، ۱۳۸۴.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ پنجم، قم: اسلامی، ۱۴۳۰.
- مکارم شیرازی، ناصر، انوار الاصول، چاپ دوم، قم: مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع)، ۱۴۲۸ق.
- ملکی اصفهانی، مجتبی، فرهنگ اصطلاحات اصول، چاپ اول، قم: عالمه، ۱۳۷۹.
- منتظری، حسینعلی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، مترجم: صلواتی، محمود و ابوالفضل شکوری، چاپ اول، قم: مؤسسه کیهان، ۱۴۰۹ق.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، علم اصول، چاپ اول، تهران: مجد، ۱۳۷۹.
- مؤمن قمی، محمد، تسدید الأصول، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۶.
- نجفی، بشیر حسین، بحوث فقهیه معاصره، چاپ اول، نجف: دفتر آیت الله نجفی، ۱۴۲۷ق.
- نورانی، مصطفی، قواعد الأصول، چاپ اول، قم: اسلام، ۱۳۹۳ق.
- ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، چاپ ششم، تهران: نی، ۱۳۸۷.
- هاشمی شاهرودی، محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۲ق.



Analysis and investigation of how the payment of *zakat* suffices in the assumption of compulsion by the Islamic ruler

Dr. Mohammad Reza kaykha, Associate Professor of Sistan and Baluchistan University (Corresponding Author)

Email: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

Dr. Hamid Moezani Bistgani, Ph.D. Graduate of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law at University of Sistan and Baluchistan, a graduate of the 4th level and high level teacher of Qom seminary

Abstract

Zakat is one of the obligatory acts of worship, which, according to the popular opinion, whose adequacy is conditional on pure intention and the intention of closeness to God. In the meantime, sometimes it is obligatory for the shari'ah ruler to force the obligee to pay zakat. In such an assumption, realization of the intention of closeness and also the adequacy of paying zakat is a matter of debate. The investigation about the possibility of forcing the obligee to pay and the adequacy of this payment by him depends on the investigation about the truth and nature of zakat as well as the examination of the documents of the conditionality of intention in it.

According to the findings of this research, which was carried out in a descriptive and analytical method, zakat has a transactional-religious reality and the requirement of acquiring the intention of closeness in it is due to the multiplicity of the desired and the desirability of the intention of closeness is unique in the assumption of the possibility of its fulfillment by the obligee. Therefore, assuming the impossibility of acquiring the intention of closeness, zakat still remains on the principle of its desirability, and considering that this divine duty includes a *vazae* and *takliffe* ruling, the payment of zakat by a forced taxpayer suffices and only leads to the disobedience of *takliffe* duty.

Keywords: zakat, intention, intention to be close in zakat, zakat being religious, zakat compulsion.



انفجور

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir>

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۱۳۵ - ۱۱۷

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۲۸

تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۱۰/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۲۲

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.62619.87713>

نوع مقاله: پژوهشی

تحلیل و بررسی چگونگی مجزی بودن تأدیة زکات در فرض اجبار حاکم اسلامی

دکتر محمد رضا کیخا (نویسنده مسئول)

دانشیار دانشگاه سیستان و بلوچستان

Email: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

دکتر حمید مؤذنی بیستگانی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان، دانش آموخته سطح ۴

و مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم

چکیده

زکات از واجبات عبادی است که طبق دیدگاه مشهور مجزی بودن آن، مشروط به نیت خالص و قصد قربت است. در این میان، گاه بر حاکم شرع واجب است مکلف را مجبور به پرداخت زکات کند. در چنین فرضی، چگونگی امکان تحقق قصد قربت و نیز مجزی بودن تأدیة زکات، محل بحث است. تحقیق درباره امکان اجبار مکلف به پرداخت و مجزی بودن این پرداخت از سوی وی، در گرو تحقیق درباره حقیقت و ماهیت زکات و نیز بررسی مستندات شرطیت نیت در آن است.

طبق یافته‌های این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی انجام گرفته است، زکات از حقیقتی معاملی - عبادی برخوردار است و اشتراط تحصیل قصد قربت در آن، از باب تعدد مطلوب است و مطلوبیت قصد قربت، در فرض امکان تحقق آن از سوی مکلف منحصر است. بنابراین در فرض امکان نداشتن تحصیل قصد قربت، زکات همچنان بر اصل مطلوبیت خود باقی است و باتوجه به اینکه این فریضة الهی مشتمل بر حکمی وضعی و تکلیفی است، تأدیة زکات از سوی مؤدی مجبور، مجزی است و صرفاً به عصیان امر تکلیفی می‌انجامد.

واژگان کلیدی: زکات، نیت، قصد قربت در زکات، عبادی بودن زکات، اجبار بر زکات.

مقدمه

مطابق تصریح بسیاری از فقهای امامیه و حتی فقهای عامه، زکات از واجباتی است که مشروط به ادای نیت و قصد قربت است (محقق حلی، ۳۲۷/۵). آیات و اخباری نیز به عنوان مستندات این مسئله ارائه شده است. مسئله دیگر این است که گاهی بر حاکم شرع واجب است مکلف را مجبور به پرداخت زکات کند (همو)، در اینجاست که با این پرسش روبه‌رو می‌شویم که در چنین فرضی، چگونه قصد قربت از سوی مکلف محقق می‌شود؟ در فرض اجبار، مکلف از روی میل و اراده خود اقدام به ادای زکات نمی‌کند، بلکه از سر اکراه و در کمال ناخوشایندی، مجبور به تأدیة زکات می‌شود، بنابراین چگونه می‌توان مجزی بودن زکات وی را مشروط به قصد قربت دانست؟ اساساً مجبور ساختن بر عبادت، چگونه با عبادی بودن فعل سازگار است؟ لازم است برای رسیدن به پاسخ و نتیجه مناسب برای این تحقیق، ابتدا به کلمات فقها مراجعه و سپس ادله‌ای را ارائه و بررسی کنیم که بر اشتراط ادای زکات همراه نیت، آورده شده است تا بتوانیم با بررسی میزان دلالت ادله، در نهایت به بیان مقتضای ادله در فرع محل بحث؛ یعنی امکان تحقق قصد قربت مؤدی زکات در اجبار حاکم اسلامی بپردازیم. بنابراین بررسی کلمات فقها و ادله موجود در باب اشتراط نیت در زکات، باید به یافتن پاسخی برای سه مسئله کلیدی بینجامد که تأثیر مستقیم در نتیجه پژوهش دارند: مسئله اول اینکه آیا زکات از عبادات است تا در نتیجه لازم باشد که با قصد قربت ادا شود؟ مسئله دوم اینکه اگر سخن از لزوم نیت در کلمات فقها به میان آمده، آیا مقصود از نیت الزاماً قصد قربت است؟ مسئله سوم اینکه تحقق نیت الزاماً می‌بایست از سوی مالک صورت پذیرد یا اینکه تحقق نیت از سوی غیر مالک کافی است؟ این‌ها پرسش‌های کلیدی است که حل آن‌ها ما را در رسیدن به نتیجه کمک می‌کند.

۱. دیدگاه فقها پیرامون لزوم نیت در ادای زکات

شیخ طوسی در این باره می‌نویسد: نیت، شرط زکات است و این، مذهب جمیع فقها-غیر از اوزاعی- است که زکات را متوقف بر قصد قربت نمی‌دانست (طوسی، الخلاف ۴۹/۲). می‌بینیم که شیخ طوسی، تصریح به منتسب بودن اجماع به فقهای شیعه نمی‌کند، بلکه صرفاً از تعبیر مذهب فقها بهره می‌جوید که به باور برخی از محققان معمولاً چنین تعبیری در کلمات شیخ، ناظر به اجماع فقهای اهل سنت است (منتظری، ۲۳۲/۴). برخلاف شیخ طوسی، علامه حلی در تذکره صریحاً اجماع را به فقهای امامیه نسبت می‌دهد و می‌نویسد: به اجماع علمای ما، ادای زکات بدون نیت صحیح نیست (۳۲۷/۵). محقق حلی ضمن اشاره به اشتراط نیت در تحقق زکات، به بیان حقیقت نیت می‌پردازد و می‌نویسد: حقیقت نیت،

قصد قربت است و تعیین وجوب و ندب آن و نیز زکات مال یا زکات فطره بودن آن (محقق حلی، شرایع الاسلام ۱/۱۵۷). علاوه بر فقهای شیعی، مشروط بودن زکات به نیت توسط فقهای عامه نیز تأکید شده است. ابن قدامه در شرحی که بر مختصر ابی قاسم خرقی دارد پس از نقل کلام ابی قاسم مبنی بر اینکه اخراج زکات بدون نیت جایز نیست، می نویسد: مذهب تمام فقها بر این است که نیت، شرط ادای زکات است، مگر آنچه از اوزاعی حکایت شده است که گفته برای زکات، نیت واجب نیست (۴۳/۱). علامه حلی نیز بر اتفاقی بودن لزوم نیت در زکات نزد علمای هر دو فرقه تأکید می ورزد. ایشان پس از آنکه لزوم نیت در زکات را به اجماع علمای شیعه منتسب می سازد، بلافاصله می افزاید: لزوم نیت در زکات، دیدگاه تمام اهل علم است (۳۲۷/۵).

۲. بررسی ادله اشتراط نیت

لازم است ادله ای که بر اشتراط ادای زکات به نیت آورده شده است را ارائه و بررسی کنیم تا بتوانیم با بررسی میزان دلالت ادله، درنهایت به بیان مقتضای ادله در فرع محل بحث پردازیم.

۲. ۱. آیات قرآن

اولین دلیل استنادشده بر عبادی بودن زکات و لزوم نیت در آن، قرآن است. آیاتی که به نحوی دال بر لزوم نیت و قصد قربت در زکات است بر دو قسم اعم و عام هستند. از آنجایی که هیچ آیه ای به صورت خاص و مستقیم، بحث قصد قربت در زکات را مطرح نکرده است، ما نیز سخن از آیات و نصوص خاصه را به میان نمی آوریم، بلکه آیات را ذیل دو عنوان آیات اعم و آیات عام می آوریم. دلیل اینکه این آیات را با عنوان اعم و عام دنبال می کنیم این است که در آیات اعم، سخن از جایگاه نیت و لزوم آن در مطلق اعمال به میان آمده است، بی آنکه عنوان صدقه یا زکات به طور خاص محل بحث باشد. در آیات عام، سخن از خصوص صدقه و نقش نیت در آن به میان آمده است که باز اعم از زکات است. بنابراین در واقع، جهت یافتن آیه به عنوان مهم ترین دلیل نقلی بر حکم محل بحث، سه شکل از دلیل درخور جستجو خواهد بود: ۱. دلیل اعم که ناظر به لزوم نیت در مطلق اعمال است؛ ۲. دلیل عام که ناظر به لزوم نیت در مطلق صدقات است؛ ۳. دلیل خاص که ناظر به لزوم نیت در خصوص زکات باشد.

از آنجایی که دست ما خالی است از قسم سوم یعنی آیاتی که به عنوان دلیل خاص در بحث پیش رو باشد، در ادامه صرفاً به بررسی آیات قسم اول و دوم خواهیم پرداخت.

آیات اعم: دسته اول از آیاتی که مستند این بحث قرار گرفته یا می تواند قرار بگیرد، آیاتی است که به صورت کلی، بحث از اصل عبادی بودن اعمال و لزوم نیت در مطلق اعمال را به میان آورده اند. این دسته

از آیات عبارت‌اند از:

آیه اول: مهم‌ترین آیه‌ای که به‌عنوان مستند این مسئله به آن تمسک شده است، آیه ۵ سورة بینه است. خداوند در این آیه می‌فرماید: «وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ»^۱ شیخ طوسی در کتاب خلاف، تنها آیه‌ای را که به‌عنوان مستند این مسئله ذکر کرده است، همین آیه است (۴۹/۲). علامه حلی نیز در تذکره، پس از مفروض دانستن عبادی بودن زکات به این آیه تمسک کرده تا لزوم نیت در زکات را اثبات کند. وی در این باره می‌نویسد: «زکات، عبادت است پس نیازمند نیت است و مستند مسئله را همین آیه قرار می‌دهد (۳۲۷/۵). اما هیچ‌یک از شیخ طوسی و علامه، تقریب استدلال به آیه مذکور را بیان نکرده‌اند، لکن آنچه در مقام تبیین کیفیت استدلال به این آیه می‌توان گفت این است که لام در لِيَعْبُدُوا برای غایت است و معنای آیه چنین است که غرض و غایت از اوامری که متوجه اهل کتاب شده این است که خداوند سبحان را عبادت کنند و به او تقرب یابند. حال که غایت در اوامر، تعبد است؛ پس می‌توان مدعی شد که اصل در اوامر، تعبدی بودن است، بلکه ظاهر حصر مستفاد از آیه این است که اساساً امر توصیلی وجود ندارد (سبحانی، ۴۴۳/۲).

نقد: برخلاف آنچه در تقریب مذکور بیان شد، به نظر می‌رسد لام در آیه مذکور به معنای باء باشد؛ بنابراین لِيَعْبُدُوا در مقام بیان غایت انجام مأموریه‌ها نیست، بلکه خودش مأموریه است؛ یعنی اهل کتاب - که موضوع این آیه هستند - امر به توحید شده‌اند. دو دلیل و شاهد بر مطلب مذکور وجود دارد:

دلیل اول: اولین شاهد و دلیلی که می‌توان بر حمل نکردن لام بر معنای غایت آورد، عطف دو فراز «و يُقِيمُوا الصَّلَاةَ» و نیز «و يُؤْتُوا الزَّكَاةَ» بر آن است. استشهاد به عطف این دو فراز بدان جهت است که معنا ندارد اقامه نماز و ادای زکات را غایت سایر واجبات بدانیم، بلکه خودشان واجب و مأموریه الهی هستند. بنابراین معنای آیه چنین می‌شوند که اهل کتاب، امر به توحید و اقامه نماز و ادای زکات شده‌اند (همان، ۴۴۳/۲).

دلیل دوم: شاهد و دلیل دیگری که می‌توان برای حمل نکردن لام بر غایت آورد این است که اگر قرار باشد لام را به معنای غایت بدانیم تا اصل عبادی بودن عبادات را از آن استفاده کنیم، مستلزم تخصیص اکثر خواهد بود که به لحاظ ادبی، مستهجن و عرفاً قبیح است (صدر، ۳۹۲/۴)؛ چراکه تردیدی در فراوانی اوامر توصیلی در شریعت نیست (میلانی، ۲۲۴/۲).

بنابراین، آیه مذکور هرگز در مقام بیان اصل عبادی بودن اوامر و مشروط بودن دستورات الهی به قصد

۱. «و به آن‌ها دستوری داده نشده بود، جز اینکه خدا را پرستند، درحالی‌که دین خود را برای او خالص کنند» (بینه: ۴ و ۵).

قربت نیست، بلکه مساق آیه نظیر مساق آیاتی همچون «قُلْ إِنِّي أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُدَ اللَّهَ مُخْلِصاً لَهُ الدِّينَ» و نیز آیه «قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئاً» است. در نتیجه تمسک به این آیه برای اثبات وجوب نیت در زکات، درست به نظر نمی‌رسد. بنابراین همان طور که گفتیم مهم‌ترین آیه‌ای که برای اثبات عبادی بودن زکات به آن تمسک شده همین آیه است که اساساً برخی فقها مستند قرآنی دیگری غیر از آن ذکر نکرده‌اند. در این میان، آیات دیگری نیز وجود دارد که ممکن است به عنوان مستند عبادی بودن زکات به آن‌ها تمسک شود. در ادامه به این آیات اشاره می‌کنیم.

آیه دوم: خداوند در سوره بقره می‌فرماید: «وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ».^۱ تقریبی که برای استدلال به این آیه ممکن است ارائه شود این است که نظر به آنکه خداوند در این آیه، ادای زکات را مشروط به «علی حبه» کرد، دانسته می‌شود که پرداخت زکات باید برای دوست داشتن پروردگار باشد و این همان قصد قربت است.

نقد: به نظر می‌رسد دلالت این آیه بر عبادی بودن زکات و وجوب نیت در آن تمام نباشد؛ زیرا اولاً، احتمال می‌رود که ضمیر در حبه به مال برگردد نه به خداوند (زمخشری، ۲۱۸/۱)؛ ثانیاً، گویا مراد خداوند از ایتاء مال چیزی غیر از ادای زکات باشد؛ چراکه ادای زکات به طور خاص در ادامه اشاره شده است؛ ثالثاً، آنچه آیه بر آن دلالت دارد غیر از آن چیزی است که مطلوب استدلال‌کنندگان به آن برای اثبات عبادی بودن زکات است. بر فرض که مراد از ایتاء مال در آیه را زکات بدانیم و نیز ضمیر در علی حبه را به خداوند برگردانیم، آیه مذکور ظهور در آن دارد که ترتب اجر و پاداش متوقف بر آن است که این فریضه الهی برای خداوند انجام گیرد. این در حالی است که مقتضای عبادی بودن زکات آن است که اگر زکات بدون قصد قربت انجام شود، اساساً معجزی نیست (منتظری، ۲۳۸/۴).

آیه سوم: آیه دیگری که برای اثبات لزوم قصد قربت در زکات به آن تمسک شده است، آیه ۳۹ سوره روم است که خداوند در آن می‌فرماید: «وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ».^۲ فاضل مقداد در کنز العرفان، این آیه را دال بر وجوب نیت و لزوم واقع ساختن آن بر وجه اخلاص می‌داند (۲۳۳/۵). قطب راوندی نیز ذیل آیه مذکور می‌نویسد: آیه مذکور، دلالت بر وجوب نیت در زکات دارد؛ زیرا پرداخت مال، بر چندین وجه می‌تواند واقع شود. می‌تواند به عنوان صدقه، هدیه، صله، ودیعه، قضای

۱. بقره: ۱۷۷؛ بلکه نیکی (و نیکوکار) کسی است که به خدا و روز رستاخیز و فرشتگان و کتاب (آسمانی) و پیامبران ایمان آورده و مال (خود) را با همه علاقه‌ای که به آن دارد، به خویشاوندان و یتیمان و مسکینان و واماندگان در راه و سائلان و بردگان اتفاق می‌کند.

۲. روم: ۳۹؛ آنچه را به عنوان زکات می‌پردازید و تنها رضای خدا را می‌طلبید (مایه برکت است و) کسانی که چنین می‌کنند دارای پاداش مضاعف‌اند.

دین، قرض، زکات، نذر یا هر مورد دیگری انجام پذیرد و به وسیله نیت است که برخی از مقاصد از برخی دیگر تمیز می‌یابند (۲۲۲/۱).

نقد: آیه مذکور، دال بر لزوم قصد قربت در زکات نیست، بلکه صرفاً دال بر این است که اجر و پاداش، تنها از آن کسانی است که کار برای خدا انجام دهند. بنابراین همان طور که در مقام نقد تمسک به آیه پیشین بیان شد، آنچه محل بحث است، اثبات عبادی بودن زکات به گونه ای است که اگر بدون قصد قربت انجام شود، مجزی نباشد و این مطلوب، از آیه مذکور استفاده نمی‌شود. ضمناً آنچه قطب راوندی در مقام تعلیل لزوم نیت در زکات بیان کرده است ربطی به نیت به عنوان قصد قربت - که رکن مقوم در عبادات است - ندارد، بلکه اشاره به قصد و تمیز فعل دارد که البته از ارکان هر عنوان قصدی است، از این رو گفته می‌شود اعتبار اصل نیت در زکات قطعی است؛ چرا که زکات از عناوین قصدی است و از آنجایی که صورت فعل، مشترک بین وجوه متعدد است، تنها با قصد است که عنوان زکات بر فعل منطبق می‌شود و این ربطی به عبادی بودن فعل ندارد، بلکه اعم از عبادی بودن است (منتظری، ۲۳۹/۴).

آیه چهارم: یکی دیگر از آیات، آیه ۲۷۲ سوره بقره است که خداوند می‌فرماید: «وَمَا تُنْفِقُونَ إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ»^۱. مقدس اردبیلی، آن را مفید وجوب قصد قربت و اخلاص در انفاق دانسته است؛ زیرا نفی در آیه مذکور به معنای نهی است (۱۹۳).

نقد: در آیه مذکور سخنی از زکات به میان نیامده است، بلکه بحث از انفاق مطرح است که اعم از زکات است. اگر قرار باشد نفی در آیه را به معنای نهی و ظاهر در حرمت بدانیم، مستلزم این خواهد بود که مطلق انفاق بدون قصد قربت حرام باشد، حال آنکه التزام به این لازمه مشکل است. بنابراین به نظر می‌رسد که واو در آیه مذکور، حالیه باشد که گویای حال مخاطبان در عصر نزول است (طباطبایی، ۳۹۹/۲). در نتیجه نفی در آیه مذکور، همان معنای اخباری را دارد و به معنای نهی نیست. طبرسی در مجمع البیان می‌نویسد: آیه مذکور از سوی خداوند، خبر از صفت انفاق مؤمنان مخلصی می‌کند که دعوت خدا و رسول را استجابت کردند و جز برای رضای خداوند به انفاق نپرداختند. وی حمل معنای نفی بر نهی را با عنوان «قیل» بیان کرده است که حکایت از ضعف این دیدگاه از منظر وی دارد (۶۶۴/۲).

آیات عام: دسته دوم از آیاتی که مستند این مسئله واقع شده‌اند، آیاتی است که بحث از لزوم نیت در صدقات را به میان آورده‌اند. استدلال به این آیات از آن روست که صدقه مصطلح بودن زکات، مفروض انگاشته شده لذا مشمول آیات مذکور خواهند شد.

۱. بقره: ۲۷۲؛ آنچه را از اموال انفاق می‌کنید، برای خودتان است.

برخی از محققان که دلالت آیات قبلی را مردود می‌دانند و تمسک به این دسته آیات را به‌عنوان مستند این مسئله مقبول می‌دانند (سبحانی، ۴۴۵/۲)، به دو آیه ذیل تمسک جسته‌اند:

آیه اول: آیه ۱۰۳ سوره توبه که خداوند می‌فرماید: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَ صَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ»؛ از اموال آن‌ها، صدقه‌ای (به‌عنوان زکات) بگیر تا به‌وسیله آن، آن‌ها را پاک‌سازی و پرورش دهی! و (به‌هنگام گرفتن زکات) به آن‌ها دعا کن که دعای تو مایه آرامش آن‌هاست. تقریب استدلال به آیه مذکور به این بیان است که ضمیر مفعولی در تُطَهِّرُهُمْ و نیز در تُزَكِّيهِمْ به پرداخت‌کنندگان زکات برمی‌گردد. عملی که به‌قصد قربت انجام نشده باشد، چگونه سبب رسیدن به چنین غایت بالایی می‌شود؟ (همان، ۴۴۵/۲).

آیه دوم: آیه ۱۰۴ سوره توبه که خداوند می‌فرماید: «أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَ يَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ»؛ آیا نمی‌دانستند که فقط خداوند توبه را از بندگان می‌پذیرد و صدقات را می‌گیرد. استدلال به این آیه بدین تقریب است که دریافت صدقه از سوی خداوند، کنایه از قبول خداوند است و قبول از سوی خداوند، فرع بر این است که عمل به محضر او تقدیم شود (همان، ۴۴۵/۲).

بررسی آیات دسته دوم: تحلیل و ارزیابی این دسته از آیات، در مقام ارائه دیدگاه مختار بیان می‌شود.

۲.۲. اخبار

دومین دلیل بر عبادی بودن زکات و لزوم نیت در آن، اخبار است. اخبار این باب نیز همانند آیات بر دو قسم اعم و عام هستند؛ یعنی هیچ خبری وجود ندارد که به‌صورت خاص، بحث قصد قربت در زکات را مطرح کرده باشد. از این‌رو ما نیز سخن از اخبار خاصه به میان نمی‌آوریم، بلکه اخبار را ذیل دو عنوان اخبار اعم و اخبار عام می‌آوریم؛ زیرا در اخبار اعم، سخن از جایگاه نیت و لزوم آن در مطلق اعمال به میان آمده است، بی‌آنکه عنوان صدقه یا زکات به‌طور خاص محل بحث باشد. در اخبار عام، سخن از خصوص صدقه و نقش نیت در آن به میان آمده است که باز اعم از زکات است. در ادامه، این دو دسته اخبار را بررسی می‌کنیم.

دسته اول: اخبار اعم

مطابق برخی روایات، ارزش مطلق اعمال به نیت دانسته شده و بدین ترتیب عملی که فاقد نیت باشد، فاقد ارزش دانسته می‌شود. برخی از این اخبار عبارت‌اند از:

خبر اول: حدیث نبوی «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ» (طوسی، الخلاف ۸۳/۱). برخی فقها نظیر شیخ طوسی، الخلاف ۸۳/۱ و علامه حلی ۳۲۷/۵، به خبر مذکور برای اثبات وجوب نیت در زکات تمسک کرده‌اند. مستفاد از حدیث مذکور آن است که منحصرأً ارزش عمل به نیت است، پس در جایی که مکلف

نیت نداشته باشد، عملی انجام نداده است. نتیجه آنکه زکات بی نیت، عمل شمرده نمی شود و گویا که مؤدی زکات هیچ کاری انجام نداده است.

نقد: حدیث مذکور، بخشی از حدیثی مفصل تر است و کل متن حدیث از این قرار است که «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَ لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى، فَمَنْ غَزَا ابْتِغَاءَ مَا عِنْدَ اللَّهِ فَقَدْ وَفَّقَ أَجْرَهُ عَلَى اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ، وَ مَنْ غَزَا يَرِيدَ عَرْضَ الدُّنْيَا أَوْ نَوَى عَقَالاً لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مَا نَوَى»؛ اعمال، تنها به نیت است. برای هرکس، همان است که نیت کرده باشد. پس هرکه در پی آنچه نزد خداوند است رهسپار جنگ شود، اجرش برعهده خداوند عزوجل است و هر آنکه در پی متاع دنیا و پول به جنگ رود، چیزی جز همان چه نیت کرده عائدش نخواهد شد (حر عاملی، ۴۹/۱).

اشکال وارده بر تمسک به این حدیث برای اثبات مشروط بودن زکات بر قصد قربت این است که این خبر، صرفاً در مقام بیان این مطلب است که اجر اخروی در گرو آن است که اعمال، رنگ خدایی داشته باشد و هرکس که اعمالش چنین نباشد، نصیب اخروی نخواهد داشت. بنابراین خبر مذکور، ربطی به مجزی نبودن زکات فاقد قصد قربت ندارد. به عبارت دیگر، همان طور که در مقام اشکال به تمسک به برخی آیات بیان کردیم، آنچه این آیات درصدد بیان آن هستند، غیر از آن چیزی است که فقیه از پس اشتراط قصد قربت در زکات دنبال می کند (سبحانی، ۴۴۵/۲).

خبر دوم: «لَا عَمَلَ إِلَّا بِنِيَّةٍ» (کلینی، ۸۴/۲). تمسک به این خبر نیز مشابه تمسک به خبر پیشین است. بنا بر مفاد این خبر، عملی که فاقد نیت باشد، عمل شمرده نمی شود؛ در نتیجه زکات فاقد نیت ارزشی ندارد و گویی پرداخت کننده آن، هیچ عملی انجام نداده است (اشتهاردی، ۱۷۶/۲۶).

نقد: این حدیث در برخی مجامع روایی به همین شکل وارد شده است، لکن در برخی دیگر از منابع، در سیاق فقرات دیگری نقل شده است که ظهور در نفی کمال پیدا می کند؛ در نتیجه ربطی به نفی صحت نخواهد داشت (منتظری، ۲۴۱/۴)؛ برای مثال، در امالی شیخ طوسی آمده است که «لَا حَسَبَ إِلَّا بِالتَّوَّاضُعِ، وَ لَا كَرَمَ إِلَّا بِالتَّقْوَى، وَ لَا عَمَلَ إِلَّا بِالنِّيَّةِ» (۵۹۰).

بنابراین تمسک به هر دو خبر مذکور برای اثبات مجزی نبودن زکات در فرض فقدان قصد قربت، ناتمام است. به نظر می رسد هر دوی این اخبار و نیز اخبار دیگری که به همین سیاق صادر شده اند، درصدد بیان این مطلب باشند که امور قصدی، تابع قصد هستند و تمیز عناوین در آنها، صرفاً به نیت حاصل می شود و البته که این نیت، غیر از آن چیزی است که شرط خاص اعمال عبادی است و تحت عنوان لزوم قصد قربت مطرح می شود. نیتی که در امور قصدی مطرح است، صرفاً برای آن است که عنوان فعل را از عناوین دیگر متمایز سازد. بنابراین مالی که به عنوان زکات داده می شود متمایز از مالی می شود که

به عنوان هدیه، صله و... پرداخت می شود. از این رو این دسته از اخبار، هیچ ربطی به قصد قربت ندارند، بلکه یا ناظر به شرط عمومی در افعال قصدی هستند یا اینکه ناظر به حسن و قبح فاعلی در اعمال هستند؛ به این معنا که حسن فاعلی، تابع نیت نیک فاعل است و قبح فاعلی، تابع نیت نادرست فاعل است و ربطی به حسن و قبح فعلی ندارند. زکات نیز فعلی است که توقف حسن و قبح فعلی آن بر نیت، از این اخبار استفاده نمی شود (میلانی، ۲/۲۲۴).

دسته دوم: اخبار عام

قسم دوم از اخبار مستند این مسئله، اخباری است که به صورت کلی لزوم نیت در صدقات را مطرح ساخته است و از آنجایی که زکات نیز از مصادیق صدقه است می بایست با قصد قربت ادا شود. برخی از این اخبار عبارت اند از:

خبر اول: مطابق موثقه جمیل از امام صادق (ع) پرسیده شد آیا شخصی که صدقه ای را به فرزندان صغیر خود داده است، می تواند آن را پس بگیرد؟ امام فرمودند: خیر! صدقه برای خداوند است (بروجردی، ۲۴/۲۵۸). می بینیم که مطابق موثقه مذکور، صدقات از جمله زکات، به طور کلی برای خداوند هستند و برای خداوند بودن، فرع بر آن است که دهنده صدقه آن را تقدیم محضر پروردگار کند نه دیگری (سبحانی، ۲/۴۴۶).

خبر دوم: صدوق نقل می کند که شخصی به امام صادق (ع) عرض کرد: پدرم خانه ای را به من صدقه داد، سپس نظرش عوض شده و می خواهد آن را پس بگیرد. قضات به نفع من حکم کرده اند. امام در واکنش به این مطلب فرمودند: خوب حکمی را قضات، ارائه کرده اند و بد کاری را پدرت نکرده است. صدقه برای خداوند است و آنچه برای خداوند قرار داده شود قابل پس گرفتن نیست. البته اگر با پدرت به مخاصمه پرداختی صدایت را بر او بلند نسازی! (ابن بابویه، ۴/۲۴۷).

خبر سوم: حماد بن عثمان از امام صادق (ع) نقل می کند که آن حضرت فرمود: صدقه و آزاد کردن نیست، مگر آنکه برای خداوند باشد (طوسی، الخلاف ۹/۱۳۹).

بررسی اخبار دسته دوم: تحلیل و ارزیابی این دسته از اخبار، در مقام ارائه دیدگاه مختار صورت خواهد پذیرفت.

۳. اجماع

برخی از فقها لزوم نیت در زکات را اجماعی دانسته اند. صاحب مدارک، ذیل فرموده صاحب شرایع مبنی بر لزوم نیت در زکات می نویسد: اصحاب اجماع دارند بر اینکه در ادای زکات، نیت شرط است

(موسوی عاملی، ۲۹۹/۵). صاحب‌جواهر نیز در ذیل عبارت صاحب شرایع می‌نویسد: اختلافی در اعتبار نیت در زکات نیست، بلکه هر دو قسم اجماع بر این مطلب وجود دارد؛ گویا مورد اجماع بین تمامی مسلمانان باشد (۴۷۱/۱۵). فقهای دیگری نیز از متقدمان و متأخران، بر این مطلب ادعای اجماع را بیان کرده‌اند که قبلاً به آن‌ها اشاره شد (طوسی، الخلاف ۴۹/۲؛ منتظری، ۲۳/۴؛ علامه حلی، ۱۵۷/۱). حتی اجماعی بودن این مطلب نزد علمای اهل سنت نیز تصریح شده است (ابن‌قدامة، ۴۳/۱). از ظاهر عبارات برخی از فقها برمی‌آید که هیچ‌یک از ادله پیشین، دلالتشان بر لزوم نیت در زکات تمام نیست و تنها دلیل بر اعتبار نیت در زکات، اجماع فقها است (طباطبایی، ۳۴۵/۹). برخی دیگر تصریح به این مطلب دارند، آیت‌الله میلانی در محاضرات، پس از تصریح به این مطلب که هیچ دلیل خاصی بر لزوم نیت در زکات وجود ندارد (۲۲۲/۲)، پس از مباحث مفصلی که در این زمینه ارائه می‌کند می‌نویسد: حاصل آنکه دلیل بر عبادیت زکات، منحصر در تسالم اصحاب است (۲۲۵/۲).

ارزیابی دلیل اجماع: در مقام بررسی و ارزیابی اجماع به‌عنوان سومین دلیل بر لزوم نیت در زکات، به چند اشکال باید اشاره شود:

اشکال اول: اجماعات نقل شده در این زمینه، همگی مربوط به متأخران است. پیش از علامه حلی، کسی مدعی اجماع در این زمینه نشده است. تنها فقیه‌ای که سخن از اجماع به میان آورده است شیخ طوسی است. وی نیز با تعبیر اتفاق فقها به این مطلب اشاره کرده که بنا بر باور برخی از محققان، این‌گونه تعبیر در عبارات وی ناظر به اتفاق فقهای عامه است (منتظری، ۲۳۲/۴). شاید وجه نقل نکردن اجماع فقهای شیعه توسط وی این باشد که اساساً این فرع، از فروع مأثوره در کلمات اهل بیت (ع) نیست و کتب هیچ‌یک از متقدمان - نظیر مقنعه، المقنع، هدایه، غنیه و امثال آن - متعرض چنین فرعی نشده‌اند. خود شیخ نیز در کتاب نه‌ایه سخنی از این فرع به میان نیاورده و صرفاً در خلاف و مبسوط، متعرض آن شده است. بنابراین وجهی برای ادعای اجماع اصحاب در این مسئله و استدلال به اجماع وجود ندارد؛ زیرا اجماع متأخران در مسائل تفریعی استنباطی از قبیل اجماع در مسائل عقلی است که کاشف از قول معصوم نیست (همان، ۲۳۲/۴).

اشکال دوم: بر فرض که فقها اجماع بر لزوم نیت در زکات داشته باشند، این امری متفاوت از لزوم قصد قربت در زکات است. نیت، اعم از قصد قربت است: هریک از عناوین قصدی که متعلق امر قرار گیرد، مقتضای قاعده آن است که مکلف نمی‌تواند امثال کرده باشد مگر آنکه با فعل خود، قصد حصول آن عنوان مخصوص را کرده باشد (هاشمی شاهرودی، ۳۶۴/۵).

بنابراین نیت گاهی اطلاق می‌شود و از آن اراده قصد قربت می‌شود، لکن گاهی نیز از اطلاق آن اراده

قصد عنوان در عناوین قصدیه مثل عنوان نماز ظهر و عصر می شود که تنها فارق آن ها قصد است و نیز نظیر نماز صبح و نافله آن که تنها فارق میان آن ها قصد فرض و نقل است (یزدی، ۱/۲۵۳). آنچه سبب عبادی شدن عملی می شود، لزوم قصد قربت است. حتی اموری نظیر ادای دین، قوامشان به این است که پرداخت کننده دین، قصد و نیت مشخص داشته باشد اما این به معنای عبادی بودن ادای دین نخواهد بود. چه بسا ادای زکات، خمس، کفاره و نذورات نیز به همین منوال باشند که چون به لحاظ شکل و صورت، یکسان هستند، تمییز آن ها از یکدیگر متوقف بر نیت مؤدی باشد. بنابراین اجماع فقها مبنی بر لزوم نیت در زکات، مفید عبادی بودن زکات و لزوم قصد قربت در آن نخواهد بود.

عبارات برخی از فقها به نیکی گواه این مطلب است که مقصود ایشان از نیت، صرفاً تمییز در عناوین قصدی است. قطب راوندی ذیل آیه ۳۹ سوره روم که قبلاً گذشت می نویسد: آیه مذکور، دلالت بر وجوب نیت در زکات دارد؛ زیرا پرداخت مال بر چندین وجه می تواند واقع شود. می تواند به عنوان صدقه، هدیه، صلّه، ودیعه، قضای دین، قرض، زکات، نذر یا هر مورد دیگری انجام پذیرد و به وسیله نیت است که برخی از مقاصد از برخی دیگر تمییز می یابند (۱/۲۲۲). بنابراین مقصود وی از نیت، قصد قربت نیست؛ بلکه صرفاً تمییز زکات از نظائر و امثال آن است. ادله ای نیز که بر این مطلب اقامه کرده اند برخی دال بر اعتبار اصل نیت و برخی دال بر لزوم قصد قربت است. آیات و اخباری که تحت عنوان ادله اعم ارائه کردیم، دال بر لزوم اصل نیت بودند که نقد و ارزیابی شدند و دیدیم که دلالت هیچ کدام از آن ها تمام نبود. اما آیات و اخبار دسته دوم که تحت عنوان ادله عام نقل کردیم، دال بر لزوم قصد قربت بودند که البته در ادامه تحلیل و ارزیابی می شود...

۴. اصل عدم اجزاء و لزوم اکتفا به قدر متیقن

از ادله دلیل چهارمی که از کلام شیخ طوسی استخراج کرده ایم، این است که اگر مکلف، زکات را بدون نیت انجام دهد، مجزی بودن آن مشکوک خواهد بود. نظر به فقدان دلیل بر اجزاء در این فرض، حکم به عدم اجزاء می شود. شیخ طوسی در خلاف می نویسد: هیچ اختلافی نیست که اگر مکلف نیت زکات کند، ادای زکات توسط وی مجزی خواهد بود؛ اما دلیلی نداریم بر اینکه در فرض فقدان نیت هم مجزی باشد (۲/۴۹).

نقد دلیل چهارم: در مقام نقد تمسک به این اصل می گوئیم همان طور که اصولیان تصریح کرده اند، اصل سببی مقدم بر اصل مسببی است (بجنوردی، ۲/۶۹۹). در اینجا دو اصل در تعارض با هم قرار می گیرند. اصل اول، اصل عدم اجزاء و اصل دوم، اصل توصلی بودن و نبود لزوم قصد قربت است

(خویی، ۲۷۴/۱؛ خمینی، ۲۰۴/۲). به مقتضای اصل اول، گفته می‌شود زکات فاقد نیت نمی‌تواند مجزی باشد و سبب برائت ذمه شود. مطابق اصل دوم، در جایی که شک در عبادی بودن عملی کنیم، مقتضای اصل توصیلی بودن آن است که پس از اجرای اصل و حکم به انتفای لزوم قصد قربت، حکم به اجزاء عمل فاقد نیت شود. نظر به اینکه اصل دوم، سببی است و با اجرای آن، موردی برای اجرای اصل اول باقی نخواهد ماند، حکم به تقدیم آن می‌شود؛ لذا چنانچه فرض را بر فقدان هرگونه دلیل اجتهادی بدانیم و قرار باشد به اصل عملی مراجعه شود، فرع محل بحث، مجرای اصل عدم لزوم قصد قربت خواهد بود.

۵. تحلیل نظر مختار

پس از ارائه مجموع مستندات مسئله و بررسی آن‌ها دانسته شد که ادله‌ای که مستمسک فقها برای اثبات لزوم نیت در زکات قرار گرفته است بر دو قسم است: برخی لزوم اصل نیت را ثابت می‌کردند که نقد شدند؛ اما دسته‌ای دیگر، آیات و اخباری بودند که دال بر لزوم قصد قربت در مطلق صدقات بودند و از آنجایی که زکات، از مصادیق صدقه واجب است مشمول این نصوص می‌شود. همان طور که در بالا گفته شد، در اینجا به نقد و بررسی آن‌ها می‌پردازیم. پرسشی که باید در اینجا پاسخ داد این است که مطلوبیت قصد قربت در زکات، به چه کیفیت است؟ آیا مطلوبیت آن به نحو عنصر مقوم در حقیقت زکات است؛ به گونه‌ای که مجموع زکات و قصد قربت، مطلوب واحد هستند که با انتفای قصد قربت، حقیقت زکات منتفی می‌شود و ادای زکات منهای قصد قربت، متصف به مطلوبیت نمی‌شود یا اینکه مطلوبیت آن از باب تعدد مطلوب است؛ بدین معنا که اصل ادای زکات منهای قصد قربت مطلوبیت دارد، لکن ادای آن با قصد قربت، مطلوبیت دومی را به همراه دارد؟

اگر زکات و قصد قربت را از باب تعدد مطلوب بدانیم، در جایی که قصد قربت محقق نیست؛ اصل زکات بر مطلوبیت خود باقی است و اساساً مطلوب ثانی در جایی بر صفت مطلوبیت باقی است که امکان تحصیل آن باشد و گرنه چنانچه امکان تحصیل مطلوب ثانی یعنی قصد قربت نباشد، متعلق وجوب قرار نخواهد گرفت. آنچه در پاسخ به این پرسش صحیح به نظر می‌رسد آن است که مطلوبیت قصد قربت، از باب تعدد مطلوب است؛ به این بیان که زکات، در اصل و حقیقت اولیه اش صدقه نیست، چراکه اساساً متعلق زکات، ملک مکلف مؤدی نیست تا بخواهد آن را از باب صدقه ادا کند، بلکه ملک مستحقان زکات است که در اموال مکلف قرار دارد. بنابراین زکات، ابتدائاً محکوم به حکم وضعی است. حکم وضعی این است که مستحق، به میزان استحقاق و سهم خود، شریک در اموال مکلف است. البته این حکم وضعی از سوی شارع، مؤکد به حکمی تکلیفی نیز شده است. از این رو چنانچه سخن از

صدقه بودن زکات به میان می‌آید، از باب همان وجوب تکلیفی است که در امتداد حکم وضعی صادر شده است.^۱ برخی از ادله‌ای که می‌توانند دلیل بر مالک بودن مستحقان و وضعی بودن حکم به لزوم اخراج زکات کند، عبارت‌اند از:

دلیل اول: صحیحہ عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) که مطابق آن امام می‌فرماید: خداوند زکات را واجب کرده همچنان که نماز را واجب کرده است. اگر مردی زکات را علنی پرداخت کند عیبی ندارد؛ چرا که خداوند برای فقرا، حقی را در اموال اغنیا واجب کرده است (ابن بابویه، ۳/۲).

دلیل دوم: موثقه ابی المغراء از امام صادق (ع) که آن حضرت فرمودند: «خداوند تبارک و تعالی، اغنیا و فقرا را شریک یکدیگر در اموال قرار داده است، پس نمی‌توان مال خود را صرف غیر شریک کرد (حر عاملی، ۲۱۵/۹).

از این ادله برمی‌آید که سهم زکات، مال خود مستحق است و مستحق، طلبکار این مال است. البته شاید تصویر مالکیت مستحقان با استبعاد مواجه شود؛ چرا که قطعاً این مالکیت به شکل مالکیت معین نخواهد بود و طرح مدعای مالکیت مشاع جمیع مستحقان هم با عدم امکان تأدیه به جمیع و مجزی بودن تأدیه به برخی از مستحقان در چالش است. اما برای دفع این استبعاد باید توجه را به این مطلب معطوف ساخت که متعلق مالکیت، گاهی کلی و عنوان است که پس از انطباق عنوان بر معنوی خود، تعیین شخصی می‌یابد. این انطباق می‌تواند بر هریک از افراد آن عنوان کلی به شکل انطباق کلی فی المعین بر یکی از مصادیقش تحقق یابد. ضمناً این هرگز منافاتی ندارد که تا پیش از تعیین و انطباق بر معنوی، مملوک و تحت ملکیت باشد. این شکل از مالکیت را در مبحث خمس نیز سراغ داریم. در مبحث خمس گفته می‌شود: «ظاهر ادله غنائم و نیز آیه خمس آن است که به محض اغتنام [غنیمت گرفتن] غنیمت به ملکیت مسلمین در می‌آید، لکن تا زمانی که تقسیم نشده است ملک کلی رزمنده و نه شخص رزمنده - است».

مالکیت در خمس و زکات نیز دقیقاً به همین شکل است؛ یعنی پیش از آنکه به دست مستحق برسند، تحت ملکیت کلی سادات و فقرا است و پس از تقسیم و ادا، ملک شخصی مستحق می‌شوند. غنائم جنگی نیز قبل از تقسیم، ملک کلی رزمنده هستند و بعد از تقسیم سهام، ملک شخص رزمنده می‌شوند و گرنه غنیمت در فاصله زمانی به غنیمت درآمدن و تقسیم، بدون مالک خواهند بود؛ چرا که به محض اغتنام، از ملکیت کفار درآمده و چون هنوز تقسیم نشده‌اند به ملکیت مستحقان در نیامده است، در نتیجه در این

۱. مطلب مذکور، بدان معنا نیست که حکم تکلیفی از حکم وضعی انتزاع شده باشد و هیچ ربطی به بحث معروف اصولیان در باب انتزاعی بودن احکام وضعی ندارد، بلکه سخن بر سر وجود دو حکم در امتداد و در عرض یکدیگر است که یکی پس از دیگری بر تأدیه زکات مترتب می‌شود.

فاصله زمانی بدون مالک خواهند بود.^۱

حال که دانستیم سهم زکات، مال خود مستحق است، تردیدی باقی نخواهد ماند که ادای دین به طلبکار، متوقف بر قصد قربت نیست، بلکه دفع آن بر مکلف لازم است و چنانچه در این زمینه قصور کند بر حاکم است که از باب ولایت راجع به این مهم اقدام کند. البته تفاوتی که زکات با دیگر بدهی‌ها دارد این است که این حکم وضعی به لزوم اخراج، مقارن با حکمی تکلیفی عبادی؛ یعنی دفع آن با قصد قربت هم شده است. آیات و اخبار دال بر صدقه بودن زکات، ناظر به همین نظر بودند. نظر به وجود دو جهت مذکور در فریضة زکات است که برخی از فقها در عبادی یا معاملی بودن آن تردید کرده‌اند. محقق آشتیانی از استاد خود شیخ اعظم نقل می‌کند که وی دو مبنا را درباره زکات محتمل می‌دانست. یک مبنا اینکه زکات، حق فقرا و مال آنان باشد که در ضمن اموال اغنیا قرار دارد؛ به گونه‌ای که شارع مقدس، فقرا را شریک در اموال یا ذمه اغنیا قرار داده است و حقیقتاً فقرا، مالک هستند، گرچه شارع از باب لطف، حکمی تکلیفی نیز به آن ضمیمه کرده تا مبادا حقوق فقرا تضییع شود. مبنای دوم اینکه سهم زکات، در اصل ملک مالک است که شارع، تصدق کردن آن بر فقرا و به مکلیت فقرا در آوردن آن را واجب کرده است؛ گرچه به تبع آن، حکمی وضعی نیز مبنی بر حق مطالبه فقرا جعل شده است (آشتیانی، ۱۳۹۱).

سپس خود آشتیانی به طرح این اشکال می‌پردازد که چنانچه زکات را حق فقرا بدانیم لازمه‌اش این است که همچون دیگر دیون، احکام معاملات بر آن جاری شود؛ پس وجهی برای اشتراط قصد قربت در آن وجود ندارد، ضمن اینکه اگر آن را از عبادات بدانیم احکام معاملات نظیر توکیل و... در آن جاری نخواهد شد. آنگاه در مقام دفع این اشکال می‌نویسد: زکات، نه عبادت محض و نه معامله محض است، بلکه برزخ بین الأمرین است...؛ زیرا ملک فقرا که در اموال اغنیا قرار دارد، لکن شارع امر به ادای آن بر وجه صدقه کرده است... شاید جهت لزوم قصد قربت این باشد که اغنیا، وکلای الهی برای تفقد حال فقرا دانسته شده‌اند و آنجا که وکیل از سوی موکل خود و برای او کار را انجام ندهد، به مقتضای توکیل عمل نشده است (۱۳۱/۱).

۶. جایگاه قصد قربت در فرض اجبار بر زکات

پس از بیان اقوال فقها و نیز ارائه ادله و مستندات ایشان و بررسی و تحلیل آن‌ها به پرسش اصلی تحقیق باز می‌گردیم تا ببینیم در فرضی که مکلف به اختیار خود، ادای زکات نمی‌کند تکلیف چیست؟ اجبار وی بر ادای زکات، چگونه ممکن است؟ اگر قصد قربت در تأدیة زکات شرط است، چگونه با اجبار

۱. خلیفائی، سیدمحمد مهدی موسوی، فقه الشیعة؛ کتاب الخمس و الأنفال، ج ۱، ص ۱۱۶، قم: دار البشیر، ۱۴۲۷ق.

از سوی حاکم جمع می‌شود؟ برخی در پاسخ به این پرسش، حکم به لزوم نیت توسط حاکم و نیابت وی از مالک در امر نیت را مطرح ساخته‌اند (طوسی، المبسوط ۱/۲۳۲؛ یزدی، ۳۳۲/۲). این در حالی است که اگر مقصود از نیت نیابتی حاکم، قصد قربت باشد، بی‌تردید ممتنع و نامعقول است؛ زیرا قصد قربت، قابلیت نیابت ندارد (سبحانی، ۴۶۵/۲). ضمن اینکه اگر قصد قربت، طریق برای تحصیل تزکیه و تظهير مال است -آن‌چنان‌که در ضمن استدلال‌ها به آن اشاره شد- این مطلوب تنها در صورتی حاصل می‌شود که قصد قربت، توسط خود مالک صورت پذیرد، نه اینکه حاکمی که اصلاً خطاب و جوب ایتاء زکات متوجه وی نیست، قصد قربت کند. اگر هم مقصود، اصل نیت در فعل قصدی -بدون تحقق قصد قربت- باشد، باز هم با اشکال مواجه است؛ زیرا نائب چیزی را نیت می‌کند که از سوی منوب‌عنه از او خواسته شده است، لذا نیابت در اصل نیت هم معنا ندارد همچنان‌که نیابت در قصد قربت معنا ندارد (میلانی، ۲۲۶/۲).

نظر به اشکالات مذکور، آنچه صحیح به نظر می‌رسد این است که؛ اولاً، در فرض امتناع مکلف، حاکم شرع می‌تواند بلکه می‌بایست وی را ملزم و مجبور به ادای زکات کند، زیرا به مقتضای ادله‌ای که سهم زکات را حق مستحق در میان اموال مکلف دانست، بر حاکم اسلامی است که نظر به ولایت خویش -خواه بر مکلف خواه بر مستحق- راجع به احقاق حق مستحق و ادای دین مکلف مبادرت ورزد؛ ثانیاً، عدم امکان تحقق قصد قربت از سوی مکلف، مانعی جهت اجبار وی نخواهد بود. چرایی مطلب، باتوجه به مطالبی که در گذشته بیان شد، دانسته می‌شود و آن اینکه ادله‌ای که بر لزوم اصل نیت در زکات آورده شد هیچ‌کدام دال بر اشتراط قصد قربت نبودند و دلالت همگی مخدوش بود. ادله‌ای نیز که بر اعتبار قصد قربت در زکات برای صدقه‌بودن آن آورده شد، از منظر برخی از فقها دلالت همین دسته از اخبار نیز مخدوش بود؛ لذا تنها دلیل این مسئله را اجماع می‌دانستند. افزون بر اینکه بر فرض که دلالت آن‌ها را تمام بدانیم، از باب تعدد مطلوب، دلالت بر مطلوبیت قصد قربت می‌کنند؛ به این معنا که در فرض امکان تحصیل هر دو مطلوب، می‌بایست هر دو مطلوب اتیان شوند، اما چنانچه تحقق قصد قربت به‌عنوان یکی از مطلوبات شارع میسر نبود، منعی برای تحصیل مطلوب دیگر وجود ندارد. بنابراین اگر مکلف به اختیار خودش با قصد قربت تأدیه زکات کند که هر دو مطلوب را محقق ساخته است، وگرنه حاکم شرع از باب ولایتی که دارد -خواه بر مستحق خواه بر مؤدی- در خصوص اخذ زکات اقدام می‌کند و نیازی به قصد قربت یا حتی نیت از سوی حاکم وجود ندارد. البته ادای زکات در این فرض برای مؤدی مجزی خواهد بود، گرچه برای تخلف از امر تکلیفی، مرتکب معصیت شده است. این مطلب، نظایری نیز در فقه اسلامی دارد. بحث اجبار صبی به نمازخواندن در فرضی که عبادات وی را شرعی -و نه تمرینی- بدانیم و

نیز بحث غسل میت مسلمان توسط کافر در فرض فقدان غسل دهنده مسلمان مماثل، برخی از نظایر این مسئله هستند.

نتیجه گیری

هیچ یک از قداما، تصریح به لزوم قصد قربت در زکات نکرده اند، جز شیخ طوسی در برخی کتب خود که همراه با ادعای اتفاق از سوی فقها است که به نظر می رسد مقصود وی، اتفاق فقهای عامه باشد. هیچ دلیل خاصی نیز بر لزوم قصد قربت در خصوص زکات وجود ندارد. از این رو برخی از فقها تنها دلیل این مسئله را اجماع می دانند که البته نظر به منتسب بودن آن به متأخران، فاقد کاشفیت از قول معصوم و در نتیجه فاقد حجیت است. آیات و اخباری نیز که مستندات این مسئله قرار گرفته است، برخی به نحو اعم اشاره به لزوم نیت در مطلق اوامر و برخی به نحو عام اشاره به لزوم نیت در صدقات دارند. دلالت آیات و اخبار اعم، همگی مخدوش و ناتمام است و اما آیات و اخبار عام، اشاره به جنبه عبادی زکات دارند. بنابراین به نظر می رسد زکات از ماهیت و حقیقتی معاملی عبادی برخوردار است که مشتمل بر دو حکم وضعی و تکلیفی است. از سویی سهم زکات، حق مستحقان است که به نحو مشاع یا معین در مال مکلف قرار دارد و به لحاظ حقوقی، ملک مستحق محسوب می شود که مکلف باید در خصوص ادای آن مبادرت ورزد، وگرنه بر حاکم اسلامی است که قهراً آن را از مکلف بستاند و به مستحق تحویل دهد. از سوی دیگر، شارع مقدس -از باب لطف و به منظور نزدیک شدن مکلف به طاعت- با صدقه شمردن آن و صدور یک حکم تکلیفی مبنی بر لزوم قصد قربت در آن، این حکم وضعی ابتدایی را تأکید کرده است. مطلوبیت نیت در زکات نیز از باب تعدد مطلوب است که صرفاً مربوط به فرض امکان تحصیل آن از سوی مکلف است، وگرنه در فرض متمشی نبودن آن از سوی مکلف، اصل ادای زکات، مجزی ولی معصیت حکم تکلیفی است. نظر به مطالب مذکور در فرض منع مکلف از ادای زکات، هیچ منعی برای اجبار مکلف از سوی حاکم نیست، همان طور که نیازی به تحقق نیت یا قصد قربت از سوی حاکم شرع نیست.

منابع

قرآن کریم

آشتیانی، محمدحسن بن جعفر، کتاب الزکاة، چاپ اول، قم: زهیر، ۱۴۲۶ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، کتاب من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.

ابن قدامة، عبدالله بن احمد، المغنی، بیروت: دار الکتاب العربی، ۱۳۹۲.

اشتہاردی، علی پناه، مدارک العروة، چاپ اول، تهران: دار الأسوة، ۱۴۱۷ق.

- بجنوردی، حسن، منتهی الأصول، چاپ اول، تهران: بی نا، ۱۳۸۰.
- بروجردی، حسین، جامع احادیث الشیعة، چاپ اول، تهران: فرهنگ سبز، ۱۳۸۶.
- حر عاملی، محمدبن حسن، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، چاپ اول، قم: آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، چاپ اول، قم: دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
- خمينی، روح الله، جواهر الأصول، چاپ اول، تهران: بی نا، ۱۳۷۶.
- خویی، ابوالقاسم، غایة المأمول، چاپ اول، قم: بی نا، ۱۴۲۸ق.
- زمخشري، محمودبن عمر، الكشف عن حقائق غوامض التنزيل، چاپ سوم، بیروت: دار الكتاب العربی، ۱۴۰۷ق.
- سبحانی، جعفر، الزکاة فی الشریعة الإسلامية الغراء، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی، بی نا.
- صدر، محمدباقر، بحوث فی علم الأصول، چاپ اول، بیروت: بی نا، ۱۴۱۷ق.
- طباطبای، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ پنجم، بی جا: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ سوم، تهران: انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۷۲.
- طوسی، محمدبن حسن، الأمالی، چاپ اول، قم: دار الثقافة، ۱۴۱۴ق.
- _____، الخلاف، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- _____، المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق.
- _____، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی نا.
- فاضل مقداد، مقدادبن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، چاپ اول، قم: بی نا، بی نا.
- قطب راوندی، سعیدبن هبة الله، فقه القرآن، چاپ دوم، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.
- کلینی، محمدبن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- _____، المعتبر فی شرح المختصر، چاپ اول، قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام، ۱۴۰۷ق.
- محقق داماد، محمد، کتاب الحج، چاپ اول، قم: چاپخانه مهر، ۱۴۰۱ق.
- مقدس اردبیلی، احمدبن محمد، زبدة البیان فی أحكام القرآن، چاپ اول، تهران: المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار

الجعفریة، بی تا.

منتظری، حسینعلی، کتاب الزکاة، چاپ دوم، قم: مرکز جهانی مطالعات اسلامی، ۱۴۰۹ق.

موسوی عاملی، محمدبن علی، چاپ اول، بیروت: مدارک الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۱ق.

میلانی، محمدهادی، محاضرات فی فقه الإمامیة؛ کتاب الزکاة، چاپ اول، مشهد: مؤسسة چاپ و نشر دانشگاه فردوسی، ۱۳۹۵ق.

هاشمی شاهرودی، محمود، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام، باهمکاری جمعی از نویسندگان، چاپ اول، قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳ق.

یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت: اعلمی، ۱۴۰۹ق.



Validity and effectiveness of *banaee* condition (condition agreed upon before the contract but not mentioned in it) in Iranian jurisprudence and civil law

Reza Maqsoodi, Ph.D. Graduate of private law, Isfahan Branch (Khorasgan), Islamic Azad University, Isfahan, Iran

Dr. Seyed Mostafi Mohaghegh Damad, Professor of Law Department, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author)

Email: m_mohaghegh@sbu.ac.ir

Dr. Seyed Mehdi Allameh, Assistant Professor, Department of Law, Isfahan Branch (Khorasgan), Islamic Azad University, Isfahan, Iran

Dr. Alireza Mazloun Rahani, Assistant Professor, Department of Law, Quds City Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Dr. Hormuz Asadi koohbad, Assistant Professor, Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Department, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran

Abstract

Before drafting the contract, following preliminary negotiations or on the basis of Islamic business practice and custom, the parties may accept some requirements and make the contract based on it, but do not specify it in the contract or do not need to repeat it in the text of the contract. A dispute has arisen in the validation and identification of the condition agreed before the contract, which is also called *banaee*, *tabani* or *tavati* condition, and the extent of the effect and influence of the condition included in the contract to such conditions.

Since the *tabani* condition is not in the scope of composition and is a preliminary condition, the validity and origin of its effect and the extension of the effect and influence of the condition in the contract to this type of agreement which is neither explicit (conformity) nor implied (implicit) is not mentioned in the text of the contract, it is not easily possible and its acceptance faces harmful legal consequences and serious obstacles at the stage of *soboot* (as something is in reality) and *esbat* (as we think something is).

Keywords: *tabani* condition, *banaee* condition, implicit condition, compositional commitment, spiritual condition.



انفصـول

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۱۵۶ - ۱۳۷	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۹/۰۷	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۱/۱۵
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.67107.89806

اعتبار و کارایی شرط بنائی در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران

دکتر رضا مقصودی

دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران

دکتر سید مصطفی محقق داماد (نویسنده مسئول)

استاد گروه حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

Email: m_mohaghegh@sbu.ac.ir

دکتر سید مهدی علامه

استادیار گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران

دکتر علیرضا مظلوم رهنی

استادیار گروه حقوق، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

دکتر هرمز اسدی کوه باد

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران

چکیده

عاقدان قبل از انشای قرارداد در پی مذاکرات مقدماتی یا برپایه عادت و رویه مسلم تجاری ممکن است الزاماتی را بپذیرند و عقد را مبتنی بر آن جاری سازند، ولی در ضمن عقد به آن تصریح نکنند یا به تکرار آن در متن قرارداد، لزومی نیابند. در اعتباربخشی و شناسایی شرط توافق شده قبل از عقد که آن را شرط تبانی، بنائی یا توافقی نیز نامیده‌اند و تسری اثر و نفوذ شرط ضمن عقد به این گونه شروط، اختلاف پدید آمده است. شرط تبانی از این رو توسط فقیهان بزرگی پذیرفته شده است که آن را نه بیگانه از عقد که مرتبط یا قید معنوی عقد و ملحق به شروط ضمن عقد دانسته‌اند. از نظر مشهور فقها، شرط معتبر آن است که با عقد گره خورد و با آن درگیر شود و به تعبیر دیگر در صلب عقد، انشا شود. در طرح پیش رو با روش توصیفی تحلیلی، اعتبار شروط بنائی بررسی شده است. از آنجاکه شرط تبانی در قلمرو انشا قرار ندارد و در حکم شرط ابتدایی است، اعتباربخشی و منشأ اثر یافتن آن و تسری اثر و نفوذ شرط ضمن عقد به این نوع توافق که نه به صراحت (دلالت مطابقی) و نه اشاره (دلالت التزامی) در متن عقد ذکر نشده است به آسانی ممکن نیست و پذیرش آن، در مرحله ثبوت و اثبات با تبعات زیان بار حقوقی و موانع جدی روبه‌رو است.

واژگان کلیدی: شرط تبانی، شرط ضمن عقد، شرط ضمنی، التزام انشایی، قید معنوی.

مقدمه

اهمیت پرداختن به حلقه‌های مفقوده شرط و فایده و اثر یافته‌های پژوهش حاضر به سبب آن است که انگیزه‌ها و مقاصد متعاقدين، اعم از سلب‌ها و منع‌ها، تحمیل‌ها و تحصیل‌ها، الزامات و التزامات، تحدیدها و اضافات و نیز کاستن یا افزودن آثار و نتایج عقد، همگی محصول عاملی به نام شرط است. تحولات نوین در قراردادها، اهمیت و ضرورت پرداختن به این موضوع را مضاعف کرده است؛ چراکه به نظر می‌رسد دایره مواردی که مراد مشترک طرفین به شرط تعلق گرفته و عقد به عنوان قالب یا پوسته‌ای برای لزوم بخشی به شرط متعلق قصد واقع می‌شود، رو به تزایدی چشمگیر است. در واقع در بسیاری از موارد، نقش شرط در قصد مشترک طرفین از تأثیر قرارداد در روابط متعاقدين، بیشتر و مهمتر جلوه می‌کند؛ به خصوص در عقود موسوم به مغاینه یا مخاطره که برتری جویی و مزیت طلبی در گرفتن امتیازات و افزودن حقوق یا تحمیل خواسته‌ها و تحدید مسئولیت‌ها از طریق شرط حاصل می‌شود. پس در این تحول، نگاه سنتی به شرط، فرعی و تبعی تلقی کردن آن یا تبعیت محض شرط از عقد در صحت و فساد و نیز تسری فساد از شرط به عقد، مورد چالش و تردید جدی قرار می‌گیرد. امروزه با پیشرفت و پیچیدگی روابط اجتماعی، دامنه تعهدات و التزامات، وسعت و عمق چشمگیری یافته است. پیدایش عناوین و پدیده‌های نوظهور بر اهمیت شروط ضمن عقد افزوده است. در این رهگذر، کمتر قراردادی را می‌توان یافت که مصون از درج شرط در ضمن آن بماند و این، حکایت از نیازی اجتماعی دارد که با توسعه روابط اجتماعی و قراردادی تشدید شده است. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها نیز این امکان را برای متعاقدين تسهیل و در درج شروط مطلوب از حمایت قانونی بهره‌مند ساخته است.

از طرفی قرارداد، جریان به هم پیوسته است و از چندین نشست و مذاکره تشکیل می‌شود؛ در نتیجه، نگاه به معامله و اراده سازندگان آن نباید از مقدمات و مبانی قرارداد گسسته شود. از سوی دیگر عاقدان، جزئیات مذاکرات و تفصیل مسائل و قرارهای تبادل شده را در عقد ذکر نمی‌کنند و این خود می‌تواند منشأ اختلاف شود. آیا ایفای شروط تبانی که طرفین خود را بی‌نیاز از تصریح بدان در متن عقد دانسته یا محل غفلت و تسامح واقع شده‌اند؛ مانند شرط ضمن عقد لازم است؟ یا ذکر نکردن قرار یا توافق در متن عقد به منزله انصراف است و این گونه مسائل از دایره تعریف شرط خارج‌اند؟ یا از قاعده لزوم وفای به شرط تبعیت نمی‌کنند؟ در حالی که برخی تحقیقات (مقاله: «ماهیت شرط بنایی از نظر فقه امامیه و حقوق مدنی») نوشته: علیرضا صابریان)، شرطی که حاصل مذاکرات پیش از عقد است و در متن عقد تصریح نمی‌شود، معتبر شناخته و به آن در برابر شرط ضمنی عرفی، شرط ضمنی بنایی اطلاق گفته می‌شود و آن را نیز مدلول التزامی عقد و نافذ شمرده‌اند، در بعضی آثار حقوقی (نظریه عمومی شروط و التزامات دکتر سیدمصطفی

محقق داماد)، شرط بنایی قبل از عقد را به ضرورت صحیح و لازم‌الوفا می‌داند و مشکل اثبات چنین شرطی را برعهده مشروط‌له می‌گذارد که مدعی محسوب می‌شود.

۱. معنای شرط

شناسایی اعتبار شرط بنایی و موضوع تسری احکام شروط ضمن عقد به آن، وابسته به معنای مراد از شرط و تفسیری است که از شرط ضمن عقد وجود دارد. قانون مدنی، فصل چهارم از باب اول کتاب مربوط به معاملات و تعهدات را به بیان شروط ضمن عقد اختصاص داده و در پانزده ماده اقسام و احکام این شروط را ذکر کرده، اما تعریفی از شرط ضمن عقد ارائه نکرده است. معنای شرط در آثار حقوقی به پیروی از مشهور فقیهان به‌ویژه شیخ انصاری و برخی شارحان مکاسب با ارجاع به تعریف اهل لغت یا استناد به فهم عرفی، الزام و التزام (تابع یا مستقل) نامیده شده است (انصاری، مکاسب، ۱۳۵/۶).

۱.۱. ایراد به نظریه الزام و التزام

مرجع شناسایی معنای شرط، تفاهم عرفی است؛ چراکه مقررات حقوق مدنی در عناوین موضوعات، تابع عرف‌ها و مبتنی بر آداب و رسوم مردمان است. بنابراین حکم شرع و رسم قانونگذاران، بر امضای عرف و عادات است. پس باید آنچه عرف مردمان و رفتار شهروندان در مواجهه با شرط ضمن عقد دریافت می‌کنند، مدنظر و استنباط دقیق و درست قرار گیرد تا معنای مطابقی شرط از معنای لازم آن تفکیک شود. اما تبادر عرفی از واژگان در گذر زمان و تطور تاریخ، در نتیجه عوامل تأثیرگذار لغوی، فکری و اجتماعی، دچار دگرگونی می‌شود؛ ازاین‌رو در حوزه استنباط، تبیین مقصود از واژه‌ها نقش محوری دارد و از اصول روش تحقیق به شمار می‌آید.

اراده انشایی، شرط را می‌آفریند تا در حل نیازها و گشایش اموری به کار رود که به‌طور طبیعی از توان عقد خارج است. تفسیر شرط در تفاهم عرفی، علاوه بر حفظ مبانی و انضباط حقوقی، محتاج انعطاف و پرهیز از جمود و تصلبی است که در دیگر قواعد حقوقی دیده می‌شود. لذا بازخوانی و ارزیابی نظراتی که تاکنون در کالبدشناسی و تفسیر معنای عرفی شرط ارائه شده است، می‌تواند ضمن طرح راهکار مناسب برای حفظ حقوق مشروط‌له در رویه قضائی، پژوهنده را از افتادن در نتایج اشتباه مصون دارد. حق آن است که الزام و التزام نتیجه شرط است، نه معنای خود شرط. الزام و اجبار، مدلول التزامی شرط است نه معنای مطابقی آن. معنای التزامی؛ یعنی لازمه معنایی که واژه برای آن لوازم وضع نشده است. تعاریفی که در کتب فقهی و لغوی از معنای شرط شده، نوعی خلط بین معنای مطابقی شرط با مدلول التزامی آن است. انسان‌ها در حریم درونی خویش، دریافت‌های مشترکی دارند که انکارشدنی نیست و از آن به وجدانیات عام تعبیر

می‌شود. اگر حقیقت عرفی را مستند درک و فهم معنای شرط بدانیم، در دریافت عمومی وجدان عرف، معنای مطابقی شرط الزام و اجبار نیست.

۲.۱. معنای منتخب از شرط

باید بین شرط نظری که حاصل انتزاع ماهیت حقوقی و دلالت التزامیه شرط است با شرط عملی که فهم رایج عرف مردمان و دلالت مطابقیه شرط است، تفاوت گذاشت. وقتی کسی می‌گوید: این کالا را به تو می‌فروشم به شرط آنکه فلان کار را برای من انجام بدهی، نتیجه مقصود طرفین آن است که اگر به این شرط عمل نکردی با توسل به قوای عمومی و دادگستری، تو را الزام بر عمل به مفاد شرط می‌کنم. معنای شرط آن است که اگر به مدلول آن عمل نشود، ضمانت اجرایی از نوع الزام دارد. به عبارت دیگر، الزام و التزام از احکام و آثار شرط است، نه معنای شرط و لذا مفروض گرفتن معنای الزام و التزام برای شرط، خلط بین شیء و لازم شیء است (عابدی، دروس خارج فقه، ۳۸).

پس، شرط معنایی است که در صورت وفانکردن سبب تزلزل در عقد می‌شود؛ یعنی یکی از دو طرف می‌تواند آن را به هم بزند و بقیه معانی، مترتب بر تزلزل است. شرط تابع، نوعی شرط ضمنی عرفی در مقابل شرط صریح است؛ یعنی معنای شرط ضمن عقد آن است که طرفین با زبان بی‌زبانی می‌گویند اگر به شرط عمل نشود، پایبندی و التزام مشروطه به لزوم عقد نیز برداشته می‌شود و این خود، یک شرط ضمنی ضمن العقد یا به عبارت دیگر شرط ضمن العقد، خود شرطی ضمنی است. عقد در صورت تصریح نکردن و بیان نکردن، انصراف به چنین شرط ضمنی عرفی دارد.

در حقیقت، عاقدان در یک عقد لازم دو پیام مخابره می‌کنند: پیام اول، در حوزه انعقاد و پیام دوم، در مرحله اجرا؛ مثلاً در عقد بیع، بایع در ظرف اعتبار با انشای واحد دو پیام منتقل می‌کند: یکی صریح که می‌گوید: مبیع را تملیک و ثمن را تملک کردم و مشتری هم می‌گوید: این ثمن را تملیک و کالا را تملک کردم. این قراری معاملی در حوزه تملیک و تملک است. دیگری ضمنی که به این قرار ملتزم هستم و روی آن می‌ایستم (اصل لزوم). این پیام دوم، تعهدی است که عقد لازم به دلالت التزامی بر آن شهادت می‌دهد. این دو التزام مانند دو پادشاه در اقلیم عقد گنجانده شده‌اند.

۲. اعتبار شرط بنایی

با این تحلیل از ماهیت شرط و دریافت فهم عرفی از شرط ضمن عقد، شناسایی و الحاق شرط بنایی به شروط لازم الوفا، محل تردید جدی و سبب اشکالات مبنایی در مقام ثبوت و اثبات است.

۱.۲. برهان علمی (مقام ثبوت)

ا. میرزای نائینی شروط را از نظر جایگاه و اعتبار، بدین شکل طبقه‌بندی می‌کند:

۱. شرطی که در متن عقد درج شده است. این شرط به اقتضای حکم وضعی و تکلیفی لازم‌الوفا است.

۲. شرطی که در ضمن عقد نیامده که خود دو گونه است:

ا. مفاد شرط، صرف تعهد و التزام یک جانبه‌ای است که عقد و معاوضه‌ای به دنبال ندارد که به آن شرط ابتدایی گفته می‌شود و تردیدی در اعتبار آن نیست.

ب. شرطی که دو طرف قبل از عقد بر آن توافق و توافقی کرده‌اند، اما این تبانی در متن عقد درج نشده است. طبق نظر مشهور، این قسم لازم‌الوفا نیست و فی الجمله محل اشکال است. نهایت اثر توافقی بر شرط، ایجاد انگیزه و رغبت بر انشای عقد است و تخلف از داعی مانند سایر موارد به صحت و نفوذ عقد آسیبی نمی‌رساند. در غیر این صورت اگر قصد طرفین منوط به وجود شرط باشد، لازمه تخلف شرط، بطلان عقد است، نه ایجاد حق فسخ که مورد ادعاست.

شارح نامدار مکاسب سپس قیاس شرط تبانی با تعاهد عرفی را این‌گونه رد می‌کند که ممکن است گفته شود بین شرط عرفی ضمنی با شرط تبانی تفاوتی نیست و هر دو در اینکه عقد مبتنی بر آن واقع شده مشترک هستند، مگر اینکه دلیل نفوذ شرط ضمنی، عرف و عادت است که در فرض غفلت یا حتی ناآگاهی طرفین از عرف نیز حاکم بر روابط حقوقی آن‌هاست، اما نفوذ و اعتبار شرط بنایی وقتی است که محل غفلت یا فراموشی دو طرف واقع نشود تا ابتدای عقد بر آن صدق کند

پاسخ این است که اعتبار شرط ضمنی به لحاظ دلالت التزامی عقد بر آن است. بین شرط ضمنی و الفاظ عقد، تلازم ذهنی از نوع بین به معنای اخص برقرار است که به محض تصور لفظ، معنا نیز بدون نیاز به قراردادن واسطه دیگری به ذهن می‌آید. این شرط به سبب تعاهد و تفاهم نزد عرف از مدلولات عرفی لفظ است، خواه متعاقدان آن را بخواهند یا خیر؛ اما بدیهی است که شرط تبانی، توافقی است تنها بین دو طرف قرارداد که عرفاً از الفاظ عقد با هیچ دلالتی فهمیده نمی‌شود و هرگز مدلول التزامی الفاظ عقد قرار نمی‌گیرد (نائینی، ۲۳۴/۳).

ب. معنای خیار چیزی جز توانایی فسخ و قدرت بر انحلال عقد نیست. کاربرد واژه فسخ و انحلال تنها بین دو التزام مرتبط با یکدیگر درست و ممکن است؛ لذا اختیار و سلطه بر فسخ جز در متن عقد ممکن نیست. محقق اصفهانی با ذکر این ایراد در شرح خود بر مکاسب به آن پاسخ داده است (اصفهانی، ۲۱۹/۳).

ج. آیت الله خمینی، شرط را قراری مستقل، ضمن قرار بیع می‌داند که برای تحقق عنوان، نیازمند درج

ضمن عقد بدون هیچ ارتباط تقییدی با عقد (نه در عوضین، نه انشا و نه منشا) است. بر این اساس، توافقی قبل از عقد را انشایی مستقل شمرده که در قلمرو تعریف شرط نمی‌گنجد (کتاب البیع، ۲۰۵/۵) و در تقسیمی دیگر بر آن اند که اگر ماهیت عقد را التزام انشایی بدانیم، شرط تبانی از آن نظر که لازمه قهری دلالت مطابقی نیست، مدلول التزامی الفاظ عقد نیست و از مدار اعتبار بیرون است. اما اگر عقد را التزام نفسانی به شمار آوریم، توافقی قبل از عقد را می‌توان به لحاظ قرینه عرفی و نه دلالت التزامی لفظ عقد، معتبر شناخت (همان، ۱۱۳/۵).

د. شاید بتوان مدلول ماده ۳۵۷ ق. م را شاهی بر اعتبار شرط ضمن عقد از نگاه قانونگذار دانست. گفتیم خاصیت شرط آن است که امر غیرتابع را تابع عقد می‌کند. طبق ماده ۳۵۷ این کارکرد با ذکر صریح در متن عقد حاصل می‌شود. ماده ۳۵۷ ق. م: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود، داخل در بیع نمی‌شود؛ مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد.»

۲.۲. برهان عینی (مقام اثبات)

۲.۲.۱. دلایل نقضی

شواهد، مسائل و مثال‌های مهمی از اعتبارنداشتن شرط تبانی در احکام و آرای فقهی وجود دارد که ثابت می‌کند شرط غیر مذکور در متن عقد حتی در شمایل شرط بنایی باطل است و بلکه اصلاً شرط نیست و وجوب وفا هم ندارد.

۱. اگر کسی بخواهد طلای شکسته را با طلای سالم معامله کند، با دو محذور مواجه است: اگر در ازای طلای شکسته بخواهد مبلغی اضافه پرداخت کند، مشمول ربا می‌شود و از طرفی بدون پرداخت اضافه چون ارزش دو کالا یکسان نیست، توافق حاصل نخواهد شد. در باب ربا آمده است که در چنین حالتی طرفین می‌توانند بر پرداخت مبلغ اضافه پیش از عقد گفت‌وگو و تراضی کنند و عقد را مبنی بر این شرط منعقد سازند، بی‌آنکه شرط را در متن عقد درج کنند. این مثال یکی از مصادیق حیله‌های ریاست (مکارم شیرازی، ۱۱۰). کسانی مانند شیخ انصاری که حیله‌های ربا را قبول دارند، چنین معامله‌ای که شرط پرداخت مبلغ اضافی در متن عقد نیامده است را صحیح می‌دانند. معنای قول به صحت و اعتبار چنین شرطی که عقد مبنی بر آن واقع شده، آن است که معامله صحیح است و حال آنکه اگر شرط بنایی دارای اعتبار و ملحق به شرط ضمن عقد بود، معامله به دلیل ربوی بودن می‌بایست باطل می‌بود. اینکه بیع باطل نیست، یعنی شرط ولو شرط تبانی بیرون عقد که ضمن عقد نبوده است، وجوب وفا ندارد، وگرنه سبب ربوی شدن و بطلان قرارداد می‌شد (تبریزی، ۴۴۲/۳).

۲. در مسئله اخبار به رأس المال یا اعلان قیمت خرید کالا، گاهی فروشنده می‌خواهد قیمت خرید

خود را بیشتر اعلام کند و ضمن فریب مشتری از دروغ نیز پرهیز کند. با فرض اینکه فرشی را که یک میلیون تومان خریده است، با تبانی و هماهنگی و همدستی مثلاً شاگردش یک میلیون و پانصد هزار تومان به او می‌فروشد، با این شرط بنایی که شاگرد کالا را مجدد به همان قیمت یک میلیون و پانصد هزار تومان به خود او بفروشد. سپس فروشنده اصلی به خریدار واقعی، قیمت خرید را یک میلیون و پانصد هزار تومان اعلام می‌کند و با بیع مباحه به وی می‌فروشد. چنین بیعی را فقها صحیح می‌دانند. حال آنکه طبق نقل شیخ انصاری از علامه در تذکره: «اگر در بیعی شرط شود که مشتری مبیع را به بایع بفروشد، چنین شرطی مستلزم دور است. در تذکره آمده است: اگر چیزی را بفروشد به شرط اینکه مشتری همان را به بایع بفروشد، چنین بیعی صحیح نیست، چه ثمن همان باشد و چه تغییر کند، در غیر این صورت دور لازم می‌آید؛ زیرا اگر مشتری بخواهد آن را بفروشد، متوقف بر این است که مشتری مالک باشد و مالکیت مشتری هم متوقف بر بیع است، پس دور است» (انصاری، مکاسب، ۵۶/۶).

مطابق این استدلال، شرط فروش مجدد مبیع به بایع در متن عقد از آن نظر دور و باطل است که کالا همچنان در مالکیت فروشنده باقی است و تا از آن خلع ملکیت نکند، به مالکیت مشتری در نمی‌آید تا بتواند آن را مجدد به تملک بایع درآورد. برخی نیز بطلان را مستند به تحصیل حاصل و محال‌بودن آن دانسته‌اند. به‌هردلیل چنین شرطی را باطل می‌دانند.

ایراد بر اعتبار شرط بنایی آن است که باوجود بطلان چنین شرطی، چگونه در فرض مسئله، معامله را صحیح می‌دانند و حال آنکه اگر شرط تبانی واجد اثر و دارای حکم شرط ضمن عقد محسوب می‌شد، فتوا بر باطل شمردن عقد، ارجح و به صواب نزدیک‌تر بود. پس چنین توافقی که به‌شکل شرط بنایی، پیش از عقد حاصل شده است، فاسد است و شرط فاسد، لزوم وفا ندارد. پس باوجود فساد شرط، عقد درست است؛ هرچند مبنی بر شرط فاسد منعقد شده است. این مثال نیز شاهد دیگری است بر اینکه اگر شرطی باطل بود، ولی در متن عقد تصریح نشد، به عقد ضرری نمی‌زند؛ یعنی شرط فاسد خارج عقد، مفسد نیست.

۳. نمونه دیگر، عقد نکاح موقت است. اگر زوجین بنای بر عقد منقطع داشتند، اما ذکر شرط مدت را در متن عقد نیاوردند، طبق نظر مشهور فقها، عقد موقت به نکاح دائم منقلب می‌شود؛ یعنی عقد موقت باطل و به‌خودی‌خود به عقد دائم تبدیل می‌شود. در بطلان عقد موقت بین فقها اتفاق نظر وجود دارد و اختلاف تنها در سرنوشت بعدی عقد است که آیا تبدیل به دائم می‌شود یا خیر؟ مبنای این نظر آن است که قاعده «العقود تابعة للقصد» در اینجا کارساز نیست و شرط مدتی که خارج از متن، عقد مبنی بر آن واقع شده است، تأثیر و اعتبار ندارد. فتوای امام خمینی (در مسئله ۹ از باب نکاح منقطع کتاب تحریر الوسيلة)

چنین است: «يُسْتَرَطُ فِي النِّكَاحِ الْمَنْقُوعِ ذِكْرُ الْأَجَلِ؛ فَلَوْ لَمْ يَذْكُرْهُ مَتَعَمَّداً أَوْ نِسْيَاناً بَطُلَ مَتْعَةٌ وَ انْعَقَدَ دَائِماً» (۳۱۱/۳).

خوئی شرط را عبارت از اناطه و ارتباط و شرط تبانی را دلیل لَبّی، مرتبط با عقد و صدق شرط را بر آن بی اشکال و ملحق به شروط ضمن عقد می داند: «... فاذا كان ابراز المعاملة بانياً عليه فيكون مربوطاً بها. فيكون الالتزامين-العقدي و الشرطي-مرتبطين» (۱۲۲/۳) و در موضع دیگری، مرتبه شرط بنایی را پایین تر از مدلول التزامی عقد نمی شناسد: «... فلو لم يكن أولى من الالتزامات النوعية فلا أقل من كونه مساوياً لها من حيث دخولها تحت الالتزامات» (همان، ۸۲/۳). باین حال، ایشان برخلاف نظر سید یزدی که قائل است فراموشی، مانع اعتبار و نفوذ شرط بنایی نیست و چون شرط به گونه ای بوده است که اگر یادآوری می شد طرفین بر التزام به آن تصریح می کردند، پس عقد مبتنی بر آن نافذ است (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات، ۱۸۲/۱)، در این مسئله که نیت متزوجین، عقد موقت است، ولی ذکر مدت را در متن عقد فراموش می کنند، شرط بنایی را فاقد تأثیر و فتوا بر تبدیل عقد به نکاح دائم را مطابق قاعده می داند (خوئی، ۳۲۴/۳).

۴. فقها، شرط نداشتن خیار قبل از عقد را به دلیل «اسقاط ما لم يجب» باطل می دانند؛ بلکه به طور کلی اشتراط هر امر مربوط به عقد را، اعم از شرط عدم ثبوت، عدم فسخ یا اسقاط، تنها در متن عقد درست می شناسند؛ چراکه عقد، سبب اشتغال است و قبل از آن ولو در چهره شرط بنایی بدون اثر و باطل است و دلیل شرط را منصرف از این مورد می دانند (خمینی، کتاب البیع، ۱۱۲/۵).

چنانچه شرط بنایی در حکم ذکر در متن عقد باشد، شرط اسقاط در چهره تبانی، مانند حالت ضمن العقد می باید صحیح تلقی شود؛ هرچند صحت شرط سقوط خیار پیش از وقوع عقد، طرف دارانی در بین قدامای فقها دارد (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات، ۱۹۴).

محقق اصفهانی که شرط را قید معنوی عقد شمرده است، رکن اصلی و عنصر سازنده شرط را پیوند عقد با شرط به گونه تقیید (گره زدن یا درگیر شدن و به تعبیر دقیق تر «وقع العقد علیه») می داند و حقیقت شرطیت را بیگانه از مفهوم «درج ضمن عقد» می شناسد و شرط تبانی را به دلیل دارا بودن این وصف جوهری؛ یعنی انشای قلبی معتبر می داند. ایشان به برخی از ایرادات نقضی، این گونه پاسخ داده است که منظور فقیهان شرط تبانی در باب ربا و مباحه یا انقلاب نکاح موقت به دائم در فرض تصریح نکردن به مدت در متن عقد، صرف گفت و گو و مقاوله طرفین با انگیزه و امید به تحقق عقد مطابق آن است؛ اما حالتی که بنای طرفین بر مقید کردن عقد به توافق پیشین و ایجاد ساختمان تعهدات قراردادی بر ستون مذاکرات قبلی است، از فتوای فقها بر عدم شناسایی شرط بنایی خارج است (اصفهانی، ۱۷۲/۳).

اما چنین تفصیلی از شرط بنایی در کلمات فقیهان دیده نمی‌شود و به نظر می‌رسد عبارات ایشان تاب چنین تفسیری ندارد. به نظر فقها، شرط تبانی یعنی ابتدای عقد بر توافقی که مورد گفت‌وگو و انشای مستقل واقع شده یا بر امری که در حکم تصریح است (رویه مسلّم) و به مجرد مذاکره پیش از عقد، تبانی یا تواطی گفته نمی‌شود تا مصحح چنین تفکیکی قرار گیرد. از طرفی، کمپانی بر ادعا و تفسیر خود از کلام فقها دلیلی ارائه نکرده و دلیل، عین مدعاست. شیخ انصاری نیز در مسئله ۱.۲. (اخبار به رأس المال) چنین پاسخ داده است: «و معلوم أنّ المعاملة لأجل هذا الغرض لا يكون الاّ مع التواطی و الالتزام بالنقل ثانياً» (مکاسب، ۵۶/۶).

۲.۲.۲. محذورات عملی

خوئی بر آن است که شرط به چیزی گفته می‌شود که مرتبط با عقد و در پیوند با آن باشد؛ اما اظهار شرط در مقام انشا از ارکان اصلی شرط نیست (۱۲۲/۳)؛ با وجود این، نقش محوری مرحله اثبات، انکارشدنی و درخور اغماض نیست. از یک سو، مجرد درج شرط در متن عقد برای لزوم وفا کفایت نمی‌کند. نمونه‌های عملی فراوان از شروط صوری وجود دارد که به قصد فرار مالیاتی در ضمن عقد گنجانده می‌شود یا شروطی که به سبب آن، عقد جایزی را ضمن عقد خارج لازم، درج کرده تا به این وسیله عقد جایز اثر لزوم بیابد، درحالی‌که در واقع عقد خارج لازم وجود نداشته است. اما از سوی دیگر اولاً برای تأثیر اراده و تحقق انشا، مبرز خارجی شرط است (ماده ۱۹۱ق.م) و ثانیاً در پی‌ریزی یک بنای حقوقی، از تأثیر و دشواری مقام اثبات نمی‌توان غفلت ورزید. تا زمانی که ربط شرط بنایی به عقد در چهره اناطه یا تقیید کشف نشده، همچنان در ضمیر و قصد باطنی دو طرف پوشیده است و چون الفاظ عقد به انحاء دلالت (مطابقی، التزامی) بر آن گواهی نمی‌دهد، علم به وجود و ابتدای عقد بر شرط، محصور و محدود به دو طرف دعوی است. گفته شده اثبات آن برعهده خواهان است و تا زمانی که او وجود مذاکرات و ابتدای عقد را بر شرط ثابت نکند، دادگاه ادعای وی را نمی‌پذیرد (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات، ۲۰۴)؛ اما این سخن مشکلی را حل نخواهد کرد (به اصطلاح: لا یرجع الی اصل مضبوط یُعتمد علیه)؛ چراکه امر قضا مسئله‌ای کاملاً اثباتی است. در این مقام، نیت مطرح نیست و استناد به نیت در شرط قابل خدشه است. دفتر، پیروزی در دعوی را اثبات و دلیل اثبات امضا می‌کند و تعلیق اثبات به امری که دلیلی از ظواهر عقد آن را حمایت نمی‌کند و بین خواهان و خوانده مکتوم است، خاصه در مواردی که ادعای خواهان انکارشده طرف دیگر است، این نظر را در عمل عقیم و ناکارآمد جلوه می‌دهد.

این وضعیت مانند حالتی است که زوجه در مقام مطالبه اجرت‌المثل کارهای خانه بخواهد غیرتبرعی بودن و قصد اجرت را که امری باطنی و پوشیده در نیت است، اثبات کند؛ به ویژه آنگاه که عرف جامعه

مقوم تبرع است. وانگهی، نفس شناسایی شرط بنایی در مرحله ثبوت، انضباط حقوقی در مقام اثبات را بر هم می‌زند. شرط بنایی منضبط و مضبوط نیست و شناسایی آن اولاً هر متعهدی را وسوسه می‌کند تا در تنگنای وفای به مدلول عقد به این ریسمان چنگ زند تا از التزامات قراردادی طفره رود. لذا باب ادعا و مجادله را می‌گشاید و خطر آفرین و بحث‌انگیز است؛ ثانیاً آرای قضائی را از استحکام و قوت مبانی تهی می‌کند، سلیقه و طبع شخصی، محور تنظیم روابط حقوقی دو طرف قرار می‌گیرد و منجر به تشتت و تأسیس قواعد جدید در فقه و حقوق می‌شود. این انضباط‌نداشتن سبب پیدایش موارد آشکاری از خلط و التقاط و عدول از مبانی در رویه قضائی شده است.

نمونه‌ای از این سرگشتگی و شاهی بر این انداز، مدلول رأی شعبه ۸ دیوان عالی کشور است که بین شرط بنایی که محتاج توافق و بیان یا در حکم تصریح است (مانند رویه مسلم)، با شرط ضمنی که مدلول التزامی عقد و تابع دلالت مطابقی است و علت مستقلى نمی‌خواهد، خلط و شرط حقوقی تازه‌ای در امکان الزام به تمکین تأسیس کرده است: «نظر به اینکه در عرف جامعه ما معمول و مرسوم است که دختر و پسر که با هم ازدواج می‌نمایند، زوج با انجام عروسی زوجه را به منزل خود می‌برد و معمولاً آغاز زندگی مشترک بین دختر و پسر که عقد نکاح بین آنان منعقد گردیده، متوقف بر انجام مراسم عرفی از طرف زوج می‌باشد و در این گونه موارد، انجام مراسم عروسی غالباً توافق نانوشته بین دختر و پسر به هنگام انعقاد عقد نکاح محسوب بوده و آغاز زندگی مشترک مشروط به آن می‌باشد، بنابراین تا زمانی که دلیلی برخلاف این توافق ضمنی که عرف جامعه مؤید بر وجود آن بوده، اقامه و ابراز نشده، زوج مکلف به انجام این توافق و شرط ضمنی بوده و نمی‌تواند بدون انجام مراسم عرفی عروسی، زوجه را به شروع زندگی مشترک و تمکین از خود دعوت نماید» (رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۲۷۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۰۵ شعبه ۸ دیوان عالی کشور).

در دادنامه‌ای دیگر، شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور در موضوع خواسته ابطال مناقصه به سبب بحران ارزی و افزایش بی سابقه قیمت آن چنین انشای رأی کرده است: «... در قراردادها شروط بنایی منوط بدان نیست که الزاماً در حیطه یکی از عناوین، شرط وصف یا فعل یا نتیجه مذکور افتد؛ بلکه به سبب تنوع آن و گاه خروج از حیطه اقتدار متعهد، نمی‌توان و نباید آن را محدود نمود و در نتیجه آنچه مورد ادعای خواهان واقع شده (فورس ماژور ناشی از افزایش ناگهانی قیمت ارز با کیفیتی که مطرح شده) که بر اساس مراتب فوق و قاعده عقلی به عنوان شرط بنایی قابل تصور و تصدیق بوده (ماده ۲۲۵ ق.م و قواعد: التعمین بالعرف کالتعمین بالنص، المعروف عرفاً کالمشروط شرعاً، المعروف بین التجار، کالمشروط بینهم) آنگاه که مطالبه آثار آن شود و این مطالبه مورد موافقت طرف مقابل نباشد، جواز رجوع ذی نفع را به داوری می‌دهد و دادگاه

باید در این ارتباط به دلایل خواهان رسیدگی می نمود...» (رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۰۸۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۳۱ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور).

این دادنامه، اولاً برای موضوع شرط بنایی، وجه چهارمی تصور کرده که از عداد شرط فعل، صفت و نتیجه خارج است؛ یعنی تفاوت در کیفیت ابراز را با مفاد شرط خلط کرده است؛ ثانیاً بین شرط ضمنی که محصول تعاهد عرفی و مدلول التزامی الفاظ عقد و معتبر است با شرط بنایی که در دایره التزام انشایی واقع نمی شود، الثقاط آشکاری صورت داده که منجر به نتیجه ای نادرست شده است؛ ثالثاً به سبب تنوع اقسام شرط بنایی، برای آن هیچ محدوده و حریمی قائل نشده و دامنه شمول این شرط را بی نهایت توسعه یافتنی پنداشته است؛ یعنی خواننده که خود را در تنگنای الزام به ایفای تعهد می بیند، در هر زمان و حالت می تواند به وجود شرطی بنایی موهوم متوسل شود و جریان دادرسی را معطل یا منحرف سازد. این تفسیر، بدعتی خطرناک است که باید از آن پرهیز کرد؛ چراکه مبانی را مختل و به بهانه عدالت، احقاق حق را ناموزون و نامنضبط می سازد.

پذیرش شرط بنایی که رد پای آن در متن عقد دیده نمی شود، ممکن است سبب عدم توافق اراده های باطنی عاقدان (که عنصر سازنده عقد است) شود و عقد را باطل سازد. اگر در مذاکرات پیش از فروش یک باب آپارتمان، مالک به خریدار اظهار دارد که فروش آپارتمان موکول به موافقت بانک با وام درخواستی ظرف یک ماه است و یک هفته بعد، ایجاب و قبول بیع بدون ذکر شرط مذکور واقع شود؛ درحالی که فروشنده ادعا می کند اراده او بر ایجاب عقد معلق بر موافقت بانک واقع شده است و خریدار اظهار می دارد اراده قبول عقد بدون تعلیق را انشا کرده است و سه روز بعد از ایجاب و قبول، بانک نیز با وام مزبور موافقت کند، در ظاهر بین ایجاب و قبول مطابقت وجود دارد؛ ولی اراده ها در بُعد قصد باطنی در خصوص ماهیت عقد (مطلق یا مشروط) با هم موافق نیست و در نتیجه عقد باطل است. لزوم تجلی اراده باطنی طرفین در متن عقد، سبب نمایش تلاقی و توافق خواسته مشترک طرفین در مقام اثبات می شود و از طرح ادعاهای بحث برانگیز و مخاطره آمیز راجع به اشتباه اساسی و تطابق نداشتن اراده ها جلوگیری می کند.

شرط بنایی حاصل گفت و گو و مذاکرات پیش از عقد است. پس، حتی اگر رویه و عادت مسلم را نیز مصداق دیگر شروط تبانی بدانیم، از حوزه نیت و قصد قلبی عبور می کند و به قلمرو اراده و بیان وارد می شود. به این سبب ابتنای عقد بر آن محتاج دلیل است و لازمه عقد نیست. به تعبیر دکتر جعفری لنگرودی: «بنای عقلا در عقود آن است که شروط و التزامات ناشی از عقد را در حین عقد، مورد تصریح قرار می دهند. باتوجه به این امر، وقتی متعاقدين پیش از عقد، راجع به امری از امور راجع به عقد توافق داشته اند و مع ذلک، در حین قصد انشای عقد، از یادآوری آن خودداری کرده اند، این امر، ظهور در عدول

از مطلب مورد توافق قبلی دارد یا لا اقل اگر هم ظهور در آن نداشته باشد، مانع دلالت ایجاب و قبول بر آن امر می‌شود. این نظر بین فقها مشهور است» (تأثیر اراده در حقوق مدنی، ۲۰۴).

عبارات مشهور فقیهان در لازم الوفاء بودن شرط تبانی، مطلق است؛ یعنی بین شروطی که دو طرف بدون توجه و حتی با فراموش کردن مذاکرات قبلی مقرر کرده‌اند و شروطی که عقد را با توجه به آن واقع ساخته‌اند، تمکیکی انجام نشده است. پس، این شروط مطابق تفاهم عرف، از قلمرو انشا خارج است و این ادعا که شرط بنایی از اقسام شرط ضمنی است، پذیرفتنی نیست؛ چراکه شرط ضمنی عرفی از لوازم بدیهی و متعارف عقود است؛ مانند تساوی ارزش مالی و سالم بودن و نقد بودن عوضین در عقد بیع، لذا این امور اگر به هر دلیل از جمله آشنابودن به قانون، قصد صریح عاقدان هم قرار نگیرد، بنا بر تفاهم عرف داخل قلمرو قصد انشا و قصد ضمنی ایشان است؛ چراکه عاقد «سربسته و یک کاسه عقد متعارف را مورد قصد خود قرار داده است و قصد نمودن عقد متعارف، با قصد نمودن امور مذکور ملازمه دارد» (همان، ۲۰۴). اما شرط تبانی، از این دلالت عرفی محروم و از قلمرو انشا خارج است؛ زیرا در تعاهد عرفی، مدلول ایجاب و قبول بر شروط مذکور دلالتی ندارد. اگر عقد به دلالت التزامی بر شرط بنایی گواهی می‌داد، به علت وجودی مستقل که همان جعل انشا یا آنچه در حکم آن است، وابسته نبود؛ طرف داران شرط بنایی آن را با نظریه قید معنوی یا التزام نفسانی طرح و تقویت می‌سازند.

حاصل آنکه، شناسایی شرط بنایی، وابسته به کیفیت فهم معنای شرط است. اگر عنصر سازنده شرط را چون محقق اصفهانی، التزام نفسانی یا به تعبیر سید یزدی قید معنوی عقد بدانیم، گریزی از پذیرش شرط تبانی نیست؛ اما بنا بر مبنای بزرگانی چون محقق نائینی و امام خمینی که عقد را التزام انشایی می‌دانند، امری که الفاظ عقد به دلالت مطابقی یا التزامی بر آن گواهی ندهد، از حوزه صدق شرط و مدار اعتبار بیرون است. شرط بنایی جز با قرینه عرفی شناسایی نمی‌شود و مدلول لفظ عقد واقع نمی‌شود.

بنا بر ماده ۱۹۱ قانون مدنی که می‌گوید: «عقد واقع می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»، چون قصد امری باطنی است، نیاز به ظهور و تجلی خارجی دارد و برای تقابل دو قصد و تحقق عقد، وسیله انشا که کشف از قصد انشا می‌کند، لازم است؛ از این رو به نظر می‌رسد مبنای پذیرفته شده قانون مدنی ایران، التزام انشایی است که مجال ظهور و کشف از اراده یافته است. با وحدت ملاک می‌توان سکوت عاقدان راجع به ذکر شرط بنایی در متن عقد را به سکوت مالک در مجلس عقد فضولی قیاس کرد که اعم از رضا و خواست باطنی است و عام (سکوت) به هیچ یک از اقسام دلالت‌های منطقی بر خاص (رضایت) گواهی نمی‌دهد. «ماده ۲۴۹ ق. م»

در ماده ۲۳۰ قانون مدنی نیز الزام شخص به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه در صورتی جایز شناخته

شده است که وجه التزام ضمن معامله شرط شده باشد. «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است، محکوم کند.»

برخی دادرسان به استناد همین مقررۀ قانونی، مطالبۀ خسارت تأخیر تأدیه را (که طی توافق جداگانه‌ای خواندگان متعهد گردیده‌اند در صورت عدم کارسازی سفته‌ها در سررسید، روزانه مبلغ پانصد هزار ریال بابت خسارت پرداخت نمایند) شرط ابتدایی و نامعتبر تلقی کرده‌اند و خواهان را مستحق آن ندانسته‌اند (دادنامه شماره ۱۷۴۸/۵۱۰۱۷۶۸۰۹۷۶۸۰۹۷۶۸ مورخ ۱۳۹۷/۰۹/۰۳ شعبۀ ۵۱ شورای حل اختلاف اصفهان).

مستشار شعبۀ ۲۶ دیوان عالی کشور نیز قید عدم ازدواج قبلی زوجۀ را بدون درج در متن عقد معتبر نشناخته است. «... به حکایت قرائن و امارات پرونده، زوج قبل از اجراء عقد فی الجمله از ازدواج قبلی زوجۀ اطلاع یافته و بر این اساس زوجۀ جهت جلب اطمینان بیشتر زوج در خصوص اینکه با همسر قبلی در عقد بوده و رابطه زناشویی نداشته و باکره است، به اخذ گواهی راجع به باکره بودن خود در زمان ازدواج بعدی اقدام می‌کند. دادگاه صرف مطرح نکردن ازدواج قبلی را توسط زوجۀ در مجلس بله‌برون موجب تحقق حق فسخ برای زوج ندانسته و ذکر ازدواج قبلی را با فرض باکره بودن زوجۀ، شرط ضمنی عرفی نیز تلقی نکرده است؛ بلکه مطرح نکردن آن را امری متعارف شناخته که طرفین نخواستۀ آنستگان از این موضوع مطلع باشند؛ در نتیجه، اعتبار شرط وابسته به اندراج آن در متن عقد است.»

مطابق نظریۀ حاضر، هرچند لزوم عقد به شرط پیوند خورده و از این دریچۀ، شرط، قید عقد و انشای قلبی است، اما لازمة تعلیق وفاداری به لزوم معامله بر التزام مشروط‌علیه، ادخال شرط در متن عقد است و این ادخال به معنای ظرفیت نیست. پس اثربخشی شرط، محتاج نوعی التزام انشایی است؛ چراکه دو سنگ ستون اصلی این سازه، یعنی شرط عرفی ضمنی و نظریۀ انحلال عقد واحد به عقود متعدد جز با التزام انشایی (صریح یا ضمنی) توجیه‌شدنی و تحقق‌یافتنی نیست. بنابراین برای اعتباربخشی، شرط تبانی باید حداقل در متن عقد اشاره شود؛ مانند آنکه پیش از عقد نکاح راجع به مهریۀ توافق شود و آنگاه شرط بنایی را با عبارتی نظیر «علی الصّدق المعلوم» به متن عقد پیوند زنند. در این گونه موارد که قرارداد به شرط تبانی تعلق خاطر می‌یابد، ارادۀ دو طرف پوشیده نیست؛ بلکه شرط، حلقه‌ای به نشان الفت و دلالت در کالبد قرارداد به یادگار گذاشته که اثری از ارادۀ خواستن و تابع عقد است. در نتیجه، عقد التزام انشایی است. پس روح قرارداد و قصد مشترک دو طرف بدون واسطی که چون ریسمان، خواستۀ پنهان و ناگفته را به عقد پیوند زند و با زبان بی‌زبانی آن نیت را از سیاق عبارات به دست دهد و بین عقد و شرط الفتی برقرار سازد، معتبر نیست. این فرایند همان مبرز خارجی است که گرچه نه به تصریح الفاظ عقد، بلکه به دلالت ضمنی عرفی

مشعر بر قصد است. منشأ قضاوت عرف نیز دلالت عقلی التزامی است. وانگهی، خواسته مشترک بدون مدلول التزامی احرازشدنی و اثباتشدنی نیست. معنای شرط ضمنی عرفی این است که گاهی باوجود تصریح نکردن، وجدان بیدار عرف معنایی از عقد دریافت می‌کند که لازمه توافق و شرط عدالت معاوضی و مانند دلالت مطابقی حاکم بر روابط قراردادی است. بنابراین، حاکمیت اراده باطنی، تنها با این ضمیمه قابل دفاع است.

تلازم و انس ذهنی میان مدلول التزامی با معنای مطابقی الفاظ عقد به گونه‌ای است که می‌توان شرط ضمنی را به مثابه مفهوم یا منطوق غیرصریح کلام، شناسایی کرد. مفهوم نه داخل جمله است به نحوی که با الفاظ ممزوج شده باشد و نه از الفاظ خارج است به گونه‌ای که بین جمله و مفهوم مفارقت باشد. پس شرط ضمنی، مصداق این عبارت است: «داخل فی الأشياء لا بالممازجة و خارج عن ها لا بالمباينة».

۳.۲. شناسایی شرط بنایی به عنوان ثانوی

همه شرایط را نیز نمی‌توان یکسان نگریست. شروط تبانی همه از یک سنخ و طیف نیستند. در مواردی نادیده انگاشتن شرط بنایی، توازن و تعادل اقتصادی، قرارداد را بر هم می‌زند؛ به گونه‌ای که آنچه آشکار مانده است به برخورد دو اراده آزاد و سودجو نمی‌ماند. این چیرگی منفعت به یک سوی با هم بستگی اجتماعی منافات دارد که عرف آن را نمی‌پذیرد و قانون را در اجرای عدالت به یاری می‌طلبد. وظیفه دادرس تنها فصل خصومت نیست؛ او باید قضیه را حل و فصل کند و قناعت وجدان تنها با احقاق حق حاصل می‌شود. «... و به این دلیل به قاضی، فتاح نیز می‌گویند؛ زیرا کلید گشایش گره نزد اوست» (جعفری تبار، ۱۳۲). بنابراین، عدل که مبنای همه عقود و فلسفه وجودی احکامی چون خیار غبن شمرده می‌شود، در شرایط مشابه از باب عنوان ثانوی، مصحح شرط بنایی نیز واقع می‌شود. طرح و تقویت این تفصیل در شروط بنایی سبب می‌شود در موارد مهم که قرارداد جریانی به هم پیوسته بوده و از چندین نشست و مذاکره تشکیل می‌شود، نگاه به معامله و اراده سازندگان آن از مقدمات و مبانی قرارداد گسسته نشود.

در مواردی که شناسایی شرط بنایی سبب برقراری موازنه حقوق متعاقدان، لازمه طبیعت معاوضه و مقتضای اصل عدالت معاوضی یا در راستای اعمال یک قاعده عالی باشد، همچنان طبق مبنای منتخب، از مدار تعریف شرط خارج است؛ اما بنا بر اسبابی چون حکومت یا ورود عناوین ثانوی بر دلیل اولی یا به تعبیر نوین کنترل قواعد فرودست به وسیله قواعد برتری مانند نفی ضرر و نفی عسرو حرج، اعتدال، اخلاق حسنه، نظم عمومی، کرامت انسانی و سنت‌های اجتماعی، نمی‌توان شرط بنایی را نادیده انگاشت. گاهی علم حقوق با عقل حقوق در ستیز است و منطق عرف اجتماع، جانب دومی را ترجیح می‌دهد. «اصل حقوق آن است که متعارف مردم و عرف قاضیان فهم می‌کنند (عقل حقوق)؛ نه آنچه قانون یا

صاحب‌نظران حقوق می‌گویند. (جعفری تبار، ۴۷)؛ جایی که زوجه قبل از پیمان زناشویی به شغل پرستاری یا تحصیلات دانشگاهی مبادرت داشته و مراودات، مناسبات و تحقیقات، حاکی از آگاهی زوج بر این امر است. این نوع شروط هرچند با فهم دقیق حقوقی در متن عقد نکاح ذکر نشده و رضایت بر این وضع بین دو طرف عقد محفوظ است، اما فهم عرفی، نقض این عهد نانوشته را عادلانه نمی‌بیند و در صورت اراده بر منع از جانب شوهر، منطق زن را که «قبل از ازدواج به این شغل یا تحصیل مبادرت داشتم و می‌دانستی و با این وصف پیمان زناشویی بسته‌ایم» می‌پذیرد. این تفسیر در رویه قضایی نیز راه یافته است. در پرونده‌ای، دادگاه بدوی، دعوای زوجه مبنی بر صدور اجازه خروج از کشور را رد و زوجه از این تصمیم اعتراض می‌کند. مستشاران شعبه ۴۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با این استدلال، دادخواست تجدیدنظرخواهی زوجه را پذیرفته و حکم به قبولی خواسته و خروج از کشور صرفاً در محدوده کاری را صادر کرده‌اند: «... زوجه به شغل مهمان‌داری هواپیما اشتغال داشته و شغل مهمان‌داری ایجاب می‌کند که در پروازهای خارجی که مستلزم خروج از کشور است، مأموریت داشته باشد و زوج نیز به‌هنگام اجرای عقد نکاح، عالم به این موضوع بوده و اذن به ادامه اشتغال همسرش در شرکت هواپیمایی را داده است و عدول از اذن در حال حاضر توجیهی ندارد...» (رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۲۰۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۰۹).

عدالت، ضابطی همگانی و جهان‌شمول است و دخالت‌دادن آن در قضاوت، دغدغه اصلی حقوق دانانی است که برخی قواعد جامد را برای نشان دادن حق بر مسند خود کافی نمی‌دانند. دکتر سنه‌وری نیز با شمردن نمونه‌های تمثیلی کوشیده است جایی را که تعهدی در چهارچوب تعریف و شمول حکم شرط ضمن عقد قرار نمی‌گیرد ولی نادیده‌انگاشتن آن با عدالت قضایی ناسازگار است، ملحق به شروط ضمن عقد کند و اثر شرط را به آن تسری دهد. نمونه‌هایی از این موارد ذکر می‌شود:

أ. تعهد بایع تنها به انجام هرآنچه برای نقل مبیع به مشتری ضروری است، منحصر نمی‌شود؛ بلکه او متعهد است از هر اقدامی که رسیدن مشتری به این حق را ممتنع یا دشوار کند، بپرهیزد. این التزام، مقتضای عدالت است؛ هرچند به صورت شرط در ضمن عقد درج نشده باشد.

ب. فروشنده ملک تجاری در مقابل مشتری ملتزم است که از رقابت با او به نحوی که منجر به کسادی کسب‌وکار و از رونق افتادن شغل وی شود، امتناع کند.

ج. تکنسین فنی که در کارخانه فعالیت می‌کند، ملتزم است اسرار صنعتی را که به واسطه کار بر آن وقوف یافته است، حفظ و از افشای آن به رقیب خودداری کند. بنابراین، شرط محرمانگی هرچند در قرارداد نیامده، مقتضای عدالت و طبیعت عمل موصوف است.

د. عاملی که اجیر شده تا محصولی بسازد، مکلف به حفظ و عدم افشای فرمول اختراعی است که برای کارفرما انجام داده است؛ هرچند در عقد بدان شرط تصریح نشده باشد.

ه. بیمه‌گذار در قرارداد بیمه عمر، متعهد است بیماری خطیری که حیات او را تهدید می‌کند با بیمه‌گر مطرح و او را بر این امر آگاه سازد؛ در صورتی که این امر در قرارداد بیمه و میزان تعهدات بیمه‌گر تأثیرگذار باشد (سنه‌وری، ۶۹۴/۳).

برخی مواردی که به‌عنوان شروط غیر مصرّح توسط این دانشمند حقوق برشمرده شده است، همان شرط ضمنی عرفی است که در پژوهش حاضر به‌عنوان مبنای اعتبار اشتراط شناسایی شد؛ اما محور بحث دکتر سنه‌وری، ارشاد قاضی به قواعد عادلانه در استكمال شروط عقد و تحدید دامنه آن است و اصل عدل، انگیزه او برای طرح و تقویت این تئوری بوده است. دیگر نکته حائز اهمیت این است که شرط بنایی را علی‌رغم شباهت نمی‌توان با شرط ضمنی عرفی یکی دانست؛ چراکه دومی تعاهدی عرفی، به‌خودی‌خود مدلول التزامی عقد و محصول قضاوت نوعی عرف است و از این رو علم و جهل طرفین بر عرف، تأثیری در حکومت شرط ندارد؛ اما در فرض حاضر، توافق بر شرط، بین دو طرف محصور است، عقد بر آن گواهی نداده و بدون مبرز خارجی بی‌اثر است. لذا آگاهی شوهر، عنصر سازنده نفوذ آن قرار می‌گیرد؛ هرچند قرینه عرفی می‌تواند بار اثبات دلیل را برای زن آسان کند. در فرض مثال، اثر شناسایی شرط تبانی، نامشروع بودن و ممتنع شمردن منع زوج است، نه حق فسخ؛ چراکه خیار فسخ در نکاح راه ندارد.

شناسایی شرط بنایی در موارد مذکور، با نظریه اداره عقد نیز سازگاری دارد. دکتر جعفری لنگرودی بر این اندیشه است که اگر عقدی بسته شد که یا فاقد شرایط لازم بود یا با موازین پذیرفته قانونگذار یا مصلحت یک طرف معامله موافق نبود، قانونگذاران بر آن اند تا آنجا که ممکن است حکم به بطلان ندهند؛ بلکه راه‌هایی بیابند که عقود را تحت اداره قانون قرار دهند تا کشتی شکسته عقد به ساحل نجات برسد (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۲۹۶). مصلحت ملزمه‌ای که محور نظریه اداره عقد را تشکیل می‌دهد، شبیه همان عناوین ثانویه است که مرکز مطالعه در این بخش واقع شد.

بنابراین، شرط بنایی از دایره تعریف شرط یا لزوم وفای به شرط خارج است و موضوع حاضر، ناظر به شرط با قطع نظر از هر عنوان دیگر است و باوجود اینکه انگیزه دستیابی به عدالت نباید مجوز نادیده‌گرفتن قانون یا عدول از مبانی شود؛ اما اعتقاد به اجرای قانون به روش منجمد و متصلب که گاهی منجر به نتایج ناعادلانه می‌شود نیز پسندیده و مطابق ذوق و نفس سلیم نیست. بنابراین در مواردی که نادیده‌انگاشتن شرط تبانی سبب حادثه‌ای ناعادلانه و پیش‌آمدی مانند عسر، حرج یا ضرری ناروا بر طرف دیگر قرارداد شود یا با اصول کلی حاکم بر احکام، معارض باشد؛ به‌نحوی که موازنه حقوق متعاقدان را بر هم زند، با طبیعت

معاوضه و اصل عدالت معاوضی ناسازگار باشد و تعادل معاملی را مختل کند یا سبب جمع عوضین در دارایی یکی از دو طرف قرارداد شود، دادرس با پذیرش شرط بنایی در مقام ثبوت، ناگزیر از توجه به عنوان ثانوی و برقراری عدالت در چهره تعدیل قضایی است. این تأسیس در فرض قصور مدلول مطابقی و التزامی عبارات قرارداد از کشف اراده طرفین به کار می‌رود. امکانی که استفاده از آن در رویه قضایی برای توازن حقوق متعاقدان و برقراری عدالت معاوضی دیده می‌شود.^۱ بدیهی است بار اثبات شرط بنایی برعهده خواهان آن است.

این نظریه در حقوق داخلی و در چهره تعدیل قضایی تحت عناوینی چون تعدیل قرارداد در صورت دشوارشدن اجرا، تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی، تعدیل قضایی قرارداد در صورت تغییر اوضاع و احوال، راهبردهای حقوقی جبران کاهش ارزش پول در قراردادها و تعادل و توازن اقتصادی قرارداد، مورد توجه نویسندگان حقوق قرار گرفته است.

در نظام حقوق بین‌الملل نیز شناسایی پیش‌آمدهای غیرمنتظره و تغییر اوضاع و احوال که سبب اختلال توازن اقتصادی قرارداد و عسرو حرج شده و در نتیجه، اجرای قرارداد را برای یک طرف مشقت‌بار و برای طرف دیگر سودآور می‌سازند، با تأسیسات نوین حقوقی مانند «هارد شپ» حمایت شده است که نوعی تعدیل قراردادی است. از این اصطلاح با تعبیری مشابهی چون شرط مذاکره مجدد، شرط عدم پیش‌بینی، شرط بازبینی و شرط انصاف نیز یاد شده است.

نتیجه‌گیری

مذاکرات متعاقدان پیش از اقدام به عقد که مورد توافق آن‌ها است اما در قالب قصد انشا وارد نمی‌شود، در اصطلاح فقهی به شروط تبانی یا شروط بنایی معروف است. نظر مشهور فقیهان آن است که این‌گونه شروط از قلمرو قصد انشا خارج است. در تفاهم عرفی نیز ایجاب و قبول نه به دلالت مطابقی و نه التزامی، این قبیل شروط را شامل نمی‌شود. شرط ضمنی مدلول التزامی عقد و در وجود و حجیت، تابع دلالت مطابقی است. بنابر مبنای برگزیده در تعریف شرط، مشروط‌له به سبب یک شرط ضمنی عرفی و با زبان بی‌زبانی، وفاداری خود به اصل لزوم را در عقد لازم به تحقق شرط پیوند می‌زند. پس شرط به معنای تعلیق التزام شارب به لزوم عقد است. لذا شرط ضمنی یکی از عناصر تشکیل‌دهنده تعریف شرط و دلیل اعتبار

۱. نظریه حقوقی شماره ۷/۹۸/۷۸۰ مورخ ۹۸/۰۶/۲۶ که در مقام تعدیل مقررات ماده ۲۳۰ ق.م. ماهیت وجه التزام گزاف و نامتعارف مطابق قصد طرفین را گاهی نه پیش‌بینی خسارت، بلکه تنبیه عهدشکن دانسته است. «... در ماده ۲۳۰ ق.م. ایران، قابل تغییر نبودن خسارات قراردادی پیش‌بینی شده است؛ اما در مورد وجه مقرر برای تنبیه عهدشکن چنین حکمی وجود ندارد و چه بسا اساساً چنین شرطی خلاف نظم عمومی باشد. از جمله قرائن مهم که بر اساس آن شرطی صرفاً برای تنبیه و جزا در قرارداد گنجانده شده است، غیرمتعارف و گزاف بودن آن است.»

بسیاری از تأسیسات و ماهیات حقوقی نظیر خیار عیب، خیار غبن، خیار تأخیر ثمن، خیار تخلف وصف و حق فسخ حاصل در مواردی چون خیار رؤیت و بیع از روی نمونه است. شروط بنایی از دایره شمول شرط ضمنی خارج و شرط ضمنی نامیدن آن خطای آشکار است.

در این پژوهش ایرادات ثبوتی و اثباتی شروط تبانی احصا و مدلل شد. اعتباربخشی به این گونه شروط، انضباط حقوقی را در مقام اثبات مختل کرده، باب ادعا و مجادله را گشوده و خطر آفرین و بحث انگیز است. رویه قضایی می بایست از تشتت و سرگشتگی مصون بماند و جز مواردی که طرفین صریحاً یا به سبب تعاهد عرفی مقصود خود را در قرارداد گنجانده اند، راه گریز از ایفاء تعهدات و التزامات را با طرح ادعاهایی مسدود سازد که دلیل صریح یا ضمنی، آن را تأیید نمی کند.

اما در مواردی، عناوین ثانوی خود دلیل اعتبار برخی احکام قرار می گیرد. در طرح پیش روی، آنجا که شناسایی شرط بنایی سبب برقراری موازنه حقوق متعاقدان، لازمه طبیعت معاوضه و مقتضای اصل عدالت معاوضی یا در راستای اعمال یک قاعده عالی باشد، هر چند طبق مبنای منتخب، از مدار تعریف شرط خارج است، اما بنا بر اسبابی چون حکومت یا ورود عناوین ثانوی بر دلیل اولی یا به تعبیر نوین کنترل قواعد فرو دست به وسیله قواعد برتری مانند نفی ضرر و نفی عسرو حرج، اعتدال، اخلاق حسنه، نظم عمومی، کرامت انسانی و سنت های اجتماعی نمی توان چشم بر این حقایق بست و شرط بنایی را نادیده انگاشت.

منابع

- اصفهانى، محمدحسین، حاشیه مکاسب، ج ۳، قم: ذوی القربی، ۱۴۳۱ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، مکاسب، ج ۶، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۴ق.
- تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، ج ۳، قم: دارالصدیقه الشهیده، ۱۳۸۵.
- جعفری تبار، حسن، دیو در شیشه، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۰.
- خمینی، روح الله، کتاب البیع، ج ۵، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۸.
- خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۳، قم: داوری، ۱۳۷۷.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، ج ۳، بیروت: حلبی، ۲۰۰۰م.
- عابدی، احمد، دروس خارج فقه، قم: بی نا، ۱۳۹۷.

- محقق داماد، مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات، ج ۱ و ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸.
- مکارم شیرازی، ناصر، بررسی طرق فرار از ربا، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۹.
- نائینی، محمدحسین، منیة الطالب، به تقریر موسی بن محمد خوانساری، ج ۳، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۳ق.



Explaining the position of the jurisprudential rule of *la-haraj* (the fall of unbearable hard task according to habit) in Islamic urban planning

Dr. Asghar Molaei, Assistant Professor, Faculty of Architecture and Urban Planning, Tabriz University of Islamic Arts, Tabriz, Iran

Email: a.molaei@tabriziau.ac.ir

Abstract

The rule of *la-haraj* is one of the facilitative jurisprudence rules in Islamic jurisprudence and one of its practical fields is urban life issues. Harassment and hardship in the city can manifest in physical, mental, social and financial forms. The study of this rule in urban life includes issues such as difficulty in commuting due to long distances, lack of pedestrian orientation, traffic disruption, lack of public transportation, difficulty of using spaces for disabled people, noise pollution, congestion, urban floods. The results of the research show that in the Islamic city, the ground for the implementation of divine commandments should be provided and the planning and measures should provide the comfort and peace of Muslims. In the Islamic city, urban problems should be anticipated and taken into account in the process of urban planning, design and management. The application of this rule can have results in facilitating commuting, especially for the underprivileged, the efficiency and comfort of using urban furniture, transit spaces, access and stopping, etc. Also, the ease and well-being mentioned should be a specific achievement for all ages, social groups such as women, children, elderly, etc.

Keywords: rule of *la-harj*, Islamic city, urban life, urban issues, urban spaces, ease of living in the city.



فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir>

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۱۸۹ - ۱۵۷

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۳/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۲۹

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.68337.1036>

نوع مقاله: پژوهشی

تبیین جایگاه قاعده فقهی لاجرج در شهرسازی اسلامی

دکتر اصغر مولائی

استادیار دانشکده معماری و شهرسازی، دانشگاه هنر اسلامی تبریز، تبریز، ایران

Email: a.molaei@tabriziau.ac.ir

چکیده

قاعده لاجرج از جمله قواعد فقهی تسهیل کننده در فقه اسلامی و از جمله زمینه های کاربردی آن، مسائل زندگی شهری است. حرج و مشقت در شهر می تواند در گونه های جسمانی، روحی و روانی، اجتماعی و مالی جلوه گر شود. مطالعه این قاعده در زندگی شهری، مسائلی همچون صعوبت و دشواری در رفت و آمد به دلیل مسافت های زیاد، عدم پیاده مداری، اختلال در ترافیک، کمبود حمل و نقل عمومی، دشواری استفاده فضاها برای افراد کم توان و معلولان، آلودگی صوتی، ازدحام، سیلاب های شهری را شامل می شود. این جستار در پی تبیین ابعاد و مصادیق قاعده لاجرج در زندگی شهری و جستجوی راهکارهای معطوف به شهرسازی اسلامی است که با روش تحلیل محتوای متن و استدلال منطقی با رویکرد مطالعه بین رشته ای و با به کارگیری شیوه کتابخانه ای و اسنادی انجام شده است. نتایج پژوهش نشان می دهد که در شهر اسلامی بایستی زمینه عمل به احکام الهی فراهم شود و برنامه ریزی ها و اقدامات آسایش و آرامش مسلمانان را فراهم کند. در شهر اسلامی حرج های شهری باید در فرایند برنامه ریزی، طراحی و مدیریت شهری پیش بینی و مدنظر قرار گیرند. کاربری این قاعده می تواند در تسهیل رفت و آمد به ویژه برای اقشار کم توان، کارایی و راحتی استفاده از مبلمان شهری، فضاهای عبوری، دسترسی و توقف و... نتایجی دربرداشته باشد. نیز سهولت و رفاه مذکور باید برای تمامی سنین، گروه های اجتماعی نظیر زنان، کودکان، سالخوردگان و... دستاورد مشخصی دربرداشته باشد.

واژگان کلیدی: قاعده لاجرج، شهر اسلامی، زندگی شهری، مسائل شهری، فضاهای شهری، سهولت زندگی

در شهر.

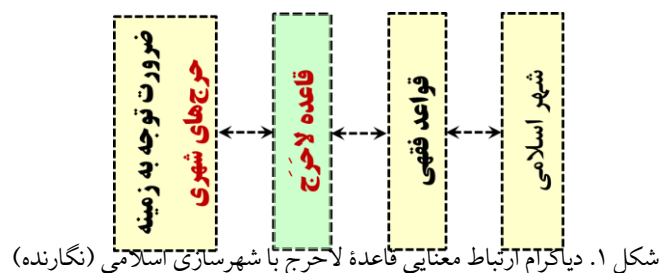
مقدمه

رشد و گسترش شهرها و تبدیل آن به شهرهای پرجمعیت و چندمیلیونی عاملی شد تا بسیاری از مسائل و مشکلات شهری؛ از قبیل مسکن، حاشیه‌نشینی و سکونتگاه‌های غیررسمی، جرائم شهری، خشونت و ناآرامی شهری، اعتیاد، مهاجرت و... به صورت حاد پدیدار شوند (محسنی، ۲۵). قاعده عسرو حرج از قوانین اسلامی است و این قانون مانند تمام قوانین دیگر برای رفاه بشر است. بر اساس این قانون، در اسلام هیچ‌گونه سختی و دشواری نیست و دین مبین اسلام برای بشر قوانینی مدون کرده است که افراد در رفاه و آسایش باشند. این موضوع توسط پیامبر و ائمه در احادیث متعدد تأکید و توسط علما، صاحب‌نظران متعدد نیز تفسیر شده است. بررسی این قاعده در زندگی شهری و نمونه موردی شهر تبریز و عوامل مخل آن و نمودهای آسایش در ابعاد مختلف می‌تواند ابعاد طراحی شهری ایرانی-اسلامی را روشن‌تر کند. ضرورت و اهمیت این تحقیق از آنجاست که استناد به مبانی نظری بومی و تلاش به منظور کاربردی کردن آن‌ها می‌تواند موفقیت و تحقق‌پذیری اصول مربوطه را در جامعه افزایش دهد؛ چراکه مبانی بومی با اتصال به احساسات، اندیشه‌ها و اعتقادات ایرانی و اسلامی از نوعی پشتوانه حس و منطق دینی-ملی برخوردار است. از این‌رو راهکارها و دستورالعمل‌های مستخرج از این مبانی در بین اعضای جامعه، پذیرش و مقبولیت بالاتری در عمل دارد. در این راستا سؤال‌های تحقیق بدین صورت مطرح می‌شوند: رابطه قاعده نفی عسرو حرج و کیفیات محیطی و زندگی شهری چیست؟ جایگاه قاعده نفی عسرو حرج در کیفیات محیطی شهر تبریز چگونه است؟

ابتدا، آیات و احادیث مربوط به قاعده نفی عسرو حرج مطالعه شده است و سپس نظریات علمای اسلام و صاحب‌نظران خارجی و ایرانی درباره کیفیت آسایش و راحتی تحلیل می‌شود. در ادامه با تمرکز موضوع مذکور در مسائل و زندگی شهری و مصادیق و انواع آن در شهر و فضاهای شهری... کیفیت مناسب این مصادیق تعیین می‌شود. در بخش نمونه موردی، تحلیل‌ها و استنتاجات قبلی درباره شهر تبریز اعمال شده است تا با محک اسلامی، وضعیت، علل و راهکارهای مبتنی بر قاعده نفی عسرو حرج ارائه شود.

بررسی پژوهش‌ها نشان می‌دهد که تاکنون مطالعه مستقیم و جامعی در خصوص قاعده نفی عسرو حرج در مسائل شهری انجام نشده است. روش تحقیق مقاله حاضر، تحلیل محتوای متن و استدلال منطقی و پژوهش میان‌رشته‌ای است. فرض اولیه تحقیق چنین است شهر اسلامی باید بر اساس احکام و اخلاق اسلامی برنامه‌ریزی، طراحی و احداث شود، به طوری که این عمل بر مبنای احکام، موجبات زندگی توأم با آسایش و آرامش مسلمانان را فراهم آورد. به عبارتی دیگر، شهر ساخته شده (که می‌بایست بر مبنای احکام و اخلاق الهی احداث می‌شد) نباید سبب مشقت، سختی و ضرر مسلمانان باشد که اگر این وضعیت مشقت‌آور پدید آید، با قواعد فقهی، از جمله با قاعده فقهی لاجرح انطباق ندارد. این ضرورت در

دیاگرام شکل یک دیده می‌شود، به‌طوری‌که قاعده لاجرح به‌عنوان یکی از قواعد فقهی در شهر اسلامی می‌تواند با ضرورت توجه به مصادیق و زمینه‌های شهری بررسی، مطالعه و تبیین شود.



۱. مفهوم‌شناسی قاعده لاجرح

حرج در لغت به‌معنای تنگی، مشقت و ضیق است. اصل حرج و جراح، انباشته‌شدن و گردآمدن چیزی است، لذا معنای تنگی، سختی و فشار میان اجزای آن چیز مترکّم است که تصور می‌شود، سپس هر سختی و گناه را نیز حرج گفته‌اند. خدای تعالی می‌فرماید: «ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرْجًا» (نساء: ۶۵)؛ سپس در دل‌هایشان احساس ناراحتی نکنند (راغب اصفهانی، ۲۲۶ تا ۲۲۷).

عسر نیز به‌معنای سختی، معیشت و نقطه مقابل آن یسر است. خدای تعالی فرمود: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» (انشراح: ۵)؛ پس [بدان که] با دشواری آسانی است. عُسْره؛ سختی و تنگ‌دلی از نداشتن مال است (راغب اصفهانی، ۵۶۶). معنای فقهی حرج، شدیدتر از عسر است و نسبت میان آن دو، عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر حرجی، عسر است؛ ولی هر عسری حرج نیست. ملاک، عسرو حرجی است که شدید و عادتاً تحمل‌ناپذیر باشد. یسر نیز واژه مرتبلی است که معنای لغوی آن آسانی، توانگری و راحتی (مقابل عسر) است و معنای فقهی آن ملاک، عسرو حرج شخصی (عسرو حرجی که شخص خاص نتواند آن را تحمل کند) است، نه عسرو حرج نوعی (عسرو حرجی که نوع مردم نتواند آن را تحمل کنند) که تکلیف مالایطاق است.

جدول ۱. معنای لغوی و فقهی عسرو حرج (یافته‌های تحقیق)

واژه	معنی لغوی	معنی فقهی	مثال / توضیح
حرج	انباشته‌شدن و گردآمدن چیزی؛ تنگی، سختی و فشار میان اجزای آن چیز	هرگاه تکلیفی مشقت و دشواری شدیدی داشته باشد که تحمل آن عادتاً برای	غسل کردن در سرمای شدید یا روزه ماه رمضان در حق مریض یا پیر

	متراکم است تصور می شود، سپس هر سختی و گناه را نیز حَرَج گفته اند.	مكلف سخت است، آن تكليف ساقط می شود. سقوط تكليف شاقّ تحمّل ناپذیر به حسب عادت	در صورتی که از تحمل عادی آن ها فراتر باشد، واجب نیست.
عسر	عسر نیز به معنای سختی، معیشت و نقطه مقابل آن یسر است	خرج شدیدتر از عسر است و نسبت میان آن دو، عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر خرجی عسر است، ولی هر عسری خرج نیست. ملاک، عسر و خرجی است که شدید و عادتاً تحمل نشدنی باشد.	دارای مشقت زیاد است، به گونه ای که از نظر عرف تحمل شدنی نیست.
یسر	آسانی، گشایش، سهولت	ملاک، عسر و خرج شخصی (عسر و خرجی که شخص خاص نتواند آن را تحمل کند) است، نه عسر و خرج نوعی (عسر و خرجی که نوع مردم نتوانند آن را تحمل کنند).	گاهی کاری مقدور است و موجب به هم ریختن نظام هم نیست، ولی سبب ضرر و زیان می شود؛ این گونه کارها مشمول قاعده لاضرر است.

بدون تردید یکی از کارآمدترین و مهمترین قواعد فقهی به لحاظ کاربرد فراوان آن در ابواب مختلف فقه، قاعده نفی خرج است (علوی گنابادی و حبیبی مهر، ۷۵). منظور از فعل خرجی، عمل مشقت زایی است که اولاً از حد توان مكلف خارج نباشد؛ ثانیاً سبب اختلال نظام نشود؛ ثالثاً سبب وارد شدن ضرر بدنی و مالی نشود (مکارم شیرازی، ۱/۱۶۰). بر اساس قاعده نفی خرج، هر حکمی در شریعت که امتثال آن سبب سختی و مشقت فراوان برای مكلف شود، برداشته شده است (بجنوردی، ۱/۲۵۰؛ به نقل از علوی گنابادی و حبیبی مهر، ۷۵). خرج مفهومی گسترده دارد و سایر واژه های مشابه را در بر می گیرد. به همین دلیل، قواعد

فقهی ضرورت، اضطراب و ضرر نیز از زیرمجموعه‌های قاعده نفی عسرو حرج خواهند بود (شاهین فرد و دیگران، گستره مفهومی قاعده نفی عسرو حرج، ۶۳).

بر اساس این قاعده، هیچ حکمی در میان احکام الهی وجود ندارد که انجام آن باعث دشواری و سختی مکلف شود، بدین معنا که احکام به عنوان قضایای حقیقی و در معنای کلی، سبب عسرو حرج برای مکلف نمی‌شود، لکن ممکن است به صورت مصداقی برای افراد موجب حرج شود (همو، شمول‌پذیری قاعده لاجرح، ۲۲۷). فقها در ابواب و موضوعات گوناگون فقهی همچون عبادات، معاملات، خانواده، امور کیفری و مسائل مرتبط با حقوق عمومی به قاعده لاجرح استناد کرده‌اند. کاربرد وسیع استناد به این قاعده در کنار گزارش معنانشناختی واژگان مشابه نظیر ضرر و ضرورت و اضطراب؛ تحلیل مفهومی کاربرست‌های گسترده این قاعده و در پی آن، تبیین ارتباط مفهومی حرج با مفاهیم همسوی با آن را ضروری می‌سازد (همو، گستره مفهومی قاعده نفی عسرو حرج، ۴۸). قاعده لاجرح نه تنها در موارد حرج جسمانی کاربرد دارد، بلکه در حرج‌های غیر جسمانی مثل حرج روحی روانی، حرج اجتماعی، حرج اقتصادی و حرج حیثیتی و... نیز کاربرد دارد (همو، شمول‌پذیری قاعده لاجرح، ۲۲۶).

۲. قاعده نفی عسرو حرج: مبانی قرآنی و احادیث

شریعت اسلامی بر حالت یسره «وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره: ۱۸۵)؛ برای شما دشواری نمی‌خواهد و نفی حرج «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج: ۷۸)؛ در دین بر شما سختی قرار نداده است، مبتنی است. بر این اساس، اراده خداوند بر آن است که زندگی انسانی بنا بر اصل راحت و بی‌مشکل باشد. خداوند در آیه ۷۸ سوره حج، آیه ۱۸۵ سوره بقره و آیه ۶ سوره مائده بر آسانی در تکالیف و نفی دشواری، نفی سختی در زندگی برای انسان‌ها و تنگ‌نگرفتن بر انسان‌ها تأکید می‌کند.

جدول ۲. آیات مربوط به قاعده نفی عسرو حرج

مشخصات	متن عربی	ترجمه فارسی	کلید واژه
بقره: ۱۸۵	شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...	ماه رمضان [همان ماه] است که در آن قرآن فرو فرستاده شده است... خدا برای شما آسانی می‌خواهد و برای شما دشواری نمی‌خواهد تا شماره	آسانی در تکالیف و نفی دشواری برای انسان‌ها از طرف خداوند

		[مقرر] را تکمیل کنید و خدا را به پاس آنکه شما را هدایت کرده است به بزرگی بستایید و باشد که شکرگزاری کنید.	
تکلیف به اندازه توان انسان	خداوند هیچ کس را جز به اندازه توانایی اش تکلیف نمی کند.	لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا	بقره: ۲۸۶
نفی سختی در زندگی برای انسان ها از طرف خداوند	و در راه خدا چنان که حق جهاد [در راه] اوست، جهاد کنید. اوست که شما را [برای خود] برگزیده و در دین بر شما سختی قرار نداده است. آیین پدرتان ابراهیم [نیز چنین بوده است]... .	وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِلَّةَ	حج: ۷۸
تنگ نگرستن خداوند بر انسان ها	خدا نمی خواهد بر شما تنگ بگیرد، لیکن می خواهد شما را پاک و نعمتش را بر شما تمام گرداند. باشد که سپاس [او] بدارید.	" مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ	مائده: ۶
دعا بر آسانی امورات	و کارم را برآیم آسان ساز	وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي	طه: ۲۶
دشواری با آسانی	پس [بدان که] با دشواری آسانی است (۵) آری با دشواری آسانی است (۶)	فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا (۵) إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا (۶)	انشراح: ۵ و ۶

واقعۀ: ۸۹	فَرُوحٌ وَرَیْحَانٌ وَجَنَّتْ نَعِیمٌ	[در] آسایش و راحت و بهشت پر نعمت [خواهد بود]	آسایش و راحتی در بهشت
-----------	---------------------------------------	---	-----------------------------

با مطالعه کتاب نهج البلاغه که مجموعه خطبه‌ها، سخنان و نامه‌های امام علی (ع) است، می‌توان اشاره‌ها و نکاتی مربوط به آسایش و راحتی را ملاحظه کرد. در حکمت ۳۱۸، آسایش و راحتی در قبال اکتفا، به مقدار نیاز بیان شده است که زمینه‌ساز گشایش و آرامش است. امام علی (ع) در خطبه ۱۳۱ نیز اصلاح در شهرها را به عنوان مقصد و هدفی والا برای حکومت از طرف خداوند می‌فرماید. در نامه ۵۳، خطاب به مالک اشتر به آباد کردن شهر بیشتر از ستاندن خراج و آسوده کردن و اطمینان بخشی به مردم در راستای عدالت تأکید شده است. در این بیانات که گستره‌ای وسیع در ابعاد فردی، اجتماعی، مدیریتی و حکومتی را شامل می‌شود، تحقق آسایش و راحتی فردی و اجتماعی از یک طرف وظیفه‌ای برای تمامی انسان‌ها و از طرف دیگر وظیفه حکومت است. در جدول ۴ که خلاصه این موضوع را ارائه می‌کند، می‌توان برای طراحی شهری چنین استنتاج کرد: رعایت حقوق شهروندی در زندگی شهری توسط مردم (همچون استفاده از خودروی شخصی، مصرف انرژی، خرید و مصرف کالا و تولید زباله و...) و آبادانی شهری توسط مدیریت شهری (همچون ارتقای کیفیت فضاهای عمومی و سبز شهری، پیاده‌مداری و تأمین رضایتمندی مردم) (تابنده، ۱۲).

جدول ۳. بررسی موضوع نفی حرج در نهج البلاغه

مشخصات	متن عربی	ترجمه فارسی	کلید واژه/ ارتباط با طراحی شهری
نهج البلاغه، حکمت ۳۱۸	«من اقتصر علی بلغه الکفاف فقد انتظم الراحة، و تبوا خفض الدعه»	هر که به مقدار نیاز اکتفا کند، آسایش و راحتی خود را فراهم آورد و گشایش و آرامش را به دست آورد.	فراهم آوردن رفاه و آسایش و تحقق گشایش و آرامش (آسایش و راحتی

زمینه‌ساز آرامش و گشایش): رعایت حقوق شهروندی در زندگی شهری (همچون استفاده از خودروی شخصی، مصرف انرژی، خرید و مصرف کالا و تولید زباله و...)			
امنیت یکی از پایه‌های شهر اسلامی	بدترین شهر، شهری است که در آن امنیت نباشد.	سَرُّ الْبِلَادِ بَلَدٌ لَا أَمْنَ فِيهِ.	خطبه عیون الحکم و المواعظ
اصلاح در شهرها؛ عمران و آبادی سرزمین‌ها و تأمین شرافتمندانه و	مقصد ما آن است که <u>اصلاح را</u> در شهرهای تو (ای خدا) آشکار نماییم.	«... و نظهر الإصلاح فی بلادک»	نهج البلاغه: خطبه ۱۳۱

کرامت مدارانه مردمان به عنوان اهداف حکومت: اصلاح و هدایت شهرها و مردمان آن			
آبادسازی شهرها و آسوده کردن مردم و به دست آوردن اطمینان آن‌ها: آبادانی شهری توسط مدیریت شهری (همچون ارتقای کیفیت فضاهای عمومی و تأمین رضایتمندی مردم)	باید نگرستن به آبادانی زمین بیشتر از ستاندن خراج باشد که ستاندن خراج جز به آبادانی میسر نشود و آن که خراج خواهد و به آبادانی نپردازد، شهرها را ویران کند... از آسوده ساختن خاطر آنان و به دست آوردن اطمینان که به عدالت تو خو گرفته اند و...	نامه ۵۳ عهدنامه مالک اشتر	

موضوع نفی عسرو حرج در احادیث پیامبران و امامان شیعه نیز توصیه‌های مؤکدی داشته است. روایات متعددی از پیامبر اکرم (ص) و امامان معصوم دلالت بر نفی احکام حرجی از عهده مسلمانان دارد. امام جعفر صادق (ع) به نقل از رسول اکرم (ص) می‌فرماید: «... ان الله تعالى كان اذا بعث نبيا قال له

اجتهد فی دینک و لاجرج علیک و أَنَّ الله تعالی اعطی امتی ذلک حیث یقول ما جعل علیکم فی الدین من حرج». حدیث دیگر حدیث رفع است که «ما لایطیقون» را از عهده امت برداشته است (کلینی، ۲۰۴). این امر همان طوری که در جدول شماره ۴ بیان شده است. پیامبر اسلام، دین اسلام را به عنوان آیین سهل و آسان معرفی می نماید. امام صادق(ع) و امام باقر(ع) نیز در پاسخ به سؤالاتی مربوط به شرایط سخت و دشوار، احکام دینی را به سهولت و آسانی برای مسلمانان تبیین می کنند (تابنده، ۱۴).

جدول ۴. بررسی موضوع نفی حرج در احادیث گزیده پیامبر و امامان (موسوی، ۳۴ تا ۵۰)

کلید واژه	متن عربی/فارسی	
آئین سهل و آسانی	«بُعِثْتُ عَلَى الشَّرِيعَةِ السَّهْلَةِ» (من مبعوث به آئین سهل و آسانی شده‌ام)	پیامبر اسلام(ص)
تنگ‌نگرفتن در دین؛ دایره وسیع‌تر دین اسلام	صحیحه بزنطی: امام باقر(ع) فرمودند: همانا گروه خوارج از روی نادانی که داشتند بر خودشان تنگ گرفتند، دین وسیع‌تر از آن است و حدیث مشهور نبوی: «بُعِثْتُ بِالْحَنِيفَةِ السَّامَةِ السَّهْلَةِ»؛ یعنی مبعوث شدم به دین حنیف سهل و آسان.	امام باقر(ع)
نفی حرج در دین اسلام	(روایت عبدالاعلی مولى آل سام). در این روایت راوی به امام صادق(ع) می گوید: کسی به زمین خورده و ناخن وی جدا شده و انگشت خود را با پارچه بسته است، حال چگونه باید وضو بگیرد، امام(ع) می فرماید: حکم این قضیه و نظایر آن، از کتاب خدا روشن می شود؛ زیرا خداوند فرموده است: در دین برای شما حرجی قرار داده نشده است، پس بر آن مسح کن. ابوبصیر می گوید: از امام صادق(ع) درباره شخص جنبی پرسیدم که دست در ظرف پوستی (شاید مشک) یا سنگی فرو می برد، فرمود: اگر دستش نجس بوده باید آب را بریزد و اگر نجس نبوده با آن غسل کند. چنین مسائلی از کلام خدا «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» فهمیده می شود.	امام صادق(ع)

	روایت فضل بن یسار: از امام صادق(ع) درباره شخصی چنین سؤال شد که آب غسل او به درون ظرف آب، ترشح می کند، حضرت فرمود: مانعی نیست (خداوند در دین حرجی بر شما قرار نداده است). روایت ابوبصیر از امام صادق(ع) که حضرت در جواب پرسشی درباره چگونگی استفاده از برکه ای که آب زیادی در آن جمع شده است و پلیدی هایی در آن ریخته شده است، فرمود: "... اخرج الماء بیدک ثم توضأ، فان الدین لیس بمضیق، فان الله یقول: ما جعل علیکم فی الدین من حرج؛ سطح آب را با دست باز کن، آب را بیرون بیاور و وضو بگیر، زیرا اسلام سخت نمی گیرد و خداوند می فرماید: در دین، حرجی بر شما قرار داده نشده است.	
--	---	--

۳. دیدگاه مراجع تقلید درباره اصل نفی حرج

موضوع نفی عسرو حرج در احادیث پیامبران و امامان شیعه نیز توصیه های مؤکدی داشته است. این امر همان طوری که در جدول شماره ۶ بیان شده است. پیامبر اسلام، دین اسلام را به عنوان آیین سهل و آسانی معرفی می نماید. امام صادق(ع) و امام باقر(ع) نیز در پاسخ به سؤالاتی مربوط به شرایط سخت و دشوار احکامی دینی را به سهولت و آسانی برای مسلمانان تبیین می نمایند: (موسوی، ۳۴ تا ۵۰) و (مکارم شیرازی).

جدول ۵. بررسی موضوع نفی حرج از دیدگاه مراجع و علمای اسلامی (همو، همان؛ مکارم شیرازی)

صاحب نظر	نظریه / اندیشه	کلید واژه
حر عاملی	قاعده نفی عسرو حرج قاعده ای عقلی است و بنای عقلا نیز مؤید آن است؛ چراکه تکلیف به هر چیزی که سبب مشقت باشد عقلاً محال است، زیرا انگیزه تکالیف، اطاعت و انقیاد است.	تکلیف به هر چیز مشقت آور عقلاً محال است.

شیخ مرتضیٰ انصاری	منظور، عدم تشریع حکم ضرری و حرجی است؛ یعنی در اسلام، قانونگذار احکامی را که سبب شود افراد به سختی و تنگنا دچار شوند، وضع نکرده است (فوائد الأصول (رسائل)، ۱/۱۹۶).	نفی سختی و تنگنا در احکام اسلامی
میرزای نائینی	چنین عبادتی باطل است، بنابراین همچنان که اتیان حکم ضرری، حرام است؛ اتیان حکم حرجی نیز منفی و حرام است.	اتیان حکم حرجی نیز منفی و حرام است.
آخوند خراسانی	یعنی اینکه با دلیل نفی حرج، ادعای نفی حقیقی موضوع حرجی شده است و در نتیجه، حکم مترتب بر آن نیز نفی می شود. در حقیقت موضوع، به طریق ادعایی نفی شده و به طور غیر مستقیم، نفی حکم که اثر و نتیجه آن است، اراده می شود.	نفی حکم که اثر و نتیجه آن نفی موضوع
بجنوردی	حق در مقام این است که مفاد قاعده لاجرح همانند قاعده لاضرر، نفی نفس حکم حرجی است؛ چه حکم تکلیفی باشد و چه حکم وضعی... پس در احکام و قوانین اسلام، حکم حرجی نیست. اگر عباداتی نظیر غسل یا وضو در سرمای شدید که مستلزم عسرو حرج است، مورد امتنان مکلف قرار گیرد، آیا این عبادات صحیح هستند؟ چنین عبادتی صحیح است؛ زیرا اولاً قاعده حرج همچنان که بیان شد، در مقام امتنان بر مکلفان است و شارع مقدس، از باب لطف، تکلیف حرجی را منفی و مرفوع اعلام کرده است.	در احکام و قوانین اسلام، حکم حرجی نیست. نفی سختی و تنگنا در احکام اسلامی
امام خمینی	منظور از مفاد لاضرر و نفی حرج، نهی سلطانی یا حکومتی و به منظور اداره جامعه است و مراد از آن نهی شرعی نیست.	نهی سلطانی یا حکومتی به منظور اداره جامعه

در خصوص توسعه مصداقی عسرو حرج در حوزه شهر و شهرسازی و حرج‌های شهری از چند نفر از فقهای شیعه استفتا شده است که پاسخ ارائه شده در این زمینه و تأیید فرض مسئله، شایان توجه است. البته برخی از فقها، استفتاء ارسالی را پاسخ نداده‌اند. سؤال ارسالی^۱ عبارت است از: با آرزوی سلامتی، در خصوص قاعده عسرو حرج و انواع حرج (مانند حرج‌های جسمانی، غیرجسمانی، اجتماعی، روحی و روانی، مالی) در حوزه شهر و شهرسازی و مسائل شهری (مانند مسائل مختلف قابل توسعه می‌باشد؟ اما در این زمینه پاسخ ارسالی از حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی حائز اهمیت است: «مطلب صحیح همان است که نوشته‌اید و لازم است در امر شهر و ساختمان‌سازی، تمام اصول و قواعدی که در جهت رفاه حال شهروندان است در چهارچوب موازین شرعی رعایت شود». بنابراین می‌توان با فرض سؤال و مسئله تحقیق که تعمیم قاعده لاجرح به حرج‌های شهری است، به توسعه مصداقی آن در حوزه شهر و شهرسازی پرداخت. آیه‌الله صافی گلپایگانی نیز ضمن تأیید توسعه مصداقی قاعده لاجرح در شهرسازی اسلامی، در پاسخ به استفتاء مذکور فرموده‌اند: «روشن است که ملاحظه قاعده مذکور در طراحی و مدیریت شهر در مملکت اسلامی امری راجح است». همچنین آیه‌الله علوی گرگانی با تأیید این امر فرموده‌اند: «در موضوع شهرسازی و روابط اجتماعی هر گونه برنامه و یا روابطی که موجب ایجاد عسر و حرج و یا مزاحمت برای عموم مردم شود می‌تواند مصداقی از قاعده عسر و حرج باشد و باید قوانین منطقی شهرسازی رعایت شود»^۲.

۴. گونه‌شناسی حرج و انواع آن

دسته‌ای از قوانین در قلمرو اختیار انسان قرار دارد و انسان مخیر است از حقوقی که این قوانین برای او ایجاد می‌کند، بهره‌برد یا به اختیار خود از آن منصرف شود. این قوانین با این هدف وضع نشده است که الزاماتی بر انسان تحمیل کند که در هر حال مکلف به رعایت آن باشد، بلکه بیشتر برای ایجاد توسعه و

۱. توضیح بیشتر در خصوص استفتاء ارسالی برای فقها: شهر اسلامی محل تجلی و کاربست قواعد فقهی و از جمله قاعده لاجرح می‌باشد، به طوری که مطابق قاعده لاجرح، در شهر اسلامی باید زمینه عمل به احکام الهی فراهم شود و برنامه‌ها و طرح‌ها و اقدامات باید آسایش و آرامش مسلمانان را فراهم کند. بنابراین شهر اسلامی حامل قاعده لاجرح بوده و حرج‌های شهری باید در فرایند برنامه‌ریزی، طراحی و مدیریت شهری پیش‌بینی و در نظر گرفته شوند. این اصل می‌تواند در تسهیل رفت‌وآمد به‌ویژه برای اقشار کم‌توان، کارایی و راحتی استفاده از مبلان شهری، فضاها عبوری، دسترسی و توقف و... در نظر گرفته شود. همچنین کارایی و راحتی مذکور باید برای تمامی سنین، گروه‌های اجتماعی نظیر زنان، کودکان، سالخوردگان و... لحاظ شود. به عبارتی دیگر، می‌توان گفت که شهر اسلامی علاوه بر برخورداری از روح و معنا و اخلاق انسانی، محل تجلی احکام الهی و قواعد فقهی نیز بوده و برای مسلمانان، حرج و مشقتی در ابعاد مختلف ایجاد نشود. از منظر قاعده فقهی لاجرح، مشقت‌ها و حرج‌های شهری بهتر است در فرایند برنامه‌ریزی، طراحی و مدیریت در نظر گرفته شود.

۲- پاسخ استفتاء از آیه‌الله صافی گلپایگانی (ره) در تاریخ ۱۴۰۰/۳/۲۰ و همچنین پاسخ استفتاء از آیه‌الله صافی علوی گرگانی (ره) در تاریخ ۱۴۰۰/۴/۱۰ صادر شده است که از خداوند متعال برایشان رحمت و مغفرت آرزو نمودیم.

تسهیل در کار فرد و جامعه وضع می‌شود. در اصطلاح به این گروه از قوانین، احکام ترخیصی یا به‌طور خلاصه رخصت گفته می‌شود.

نوع دیگری از قوانین نیز وجود دارد که اراده قانونگذار باتوجه به مصالحی از جمله نظم عمومی، به آن تعلق گرفته است که حریم آن‌ها باید در همه حال رعایت شود و تحت هیچ شرایطی نمی‌توان از زیر بار آن‌ها شانه خالی کرد. این دسته از قوانین، قوانین امری هستند. به عبارت دیگر، آن قوانینی الزامی و امری نامیده می‌شوند که مراعات آن‌ها بر فرد لازم است و نمی‌توان برخلاف آن توافق کرد و در اصطلاح به آن‌ها عزیمت گفته می‌شود. در غیر عبادات، قاعده نفی عسرو حرج از نوع رخصت است؛ زیرا مفاد این قاعده در واقع نوعی ترخیص برای شخص واجد این عنوان است تا در صورت تمایل بتواند به استناد این رخصت شرعی و قانونی از حق خود استفاده کرده، ضیق و حرجی را که با آن مواجه است، از دوش خود بردارد و در غیر این صورت، با انصراف از اعمال این حق، ضیق و حرج را تحمل کند. به عبارت دیگر این قاعده، لزوم تحمل حرج را از سوی شخص مرتفع می‌کند؛ اما به این معنا نیست که او با قصد تحمل حرج نتواند از اعمال آن خودداری کند.

جوامع بشری به موازات افزایش جمعیت، پیچیدگی قوانین، رشد علم و دانش‌های مختلف اجتماعی و ارتباطی، دارای ارتباطات وسیع‌تر و پیچیده‌تری نیز می‌شوند. ارتباطات یادشده در جوامع اسلامی به دلیل پابندی به دین، از ویژگی خاصی برخوردار است؛ بدین معنا که فقه، احکام و قواعد فقهی نیز وارد این ارتباطات می‌شود که جوامع دینی را با چنین خصوصیتی از سایر جوامع و ملت‌ها متمایز می‌کند (احمدزاده و دیگران، ۱۳۹۰ تا ۱۳۹۷).

قاعده لاجرج، از جمله قواعدی است که ائمه معصوم (ع) در موارد متعدد نه تنها به آن استدلال کرده‌اند، بلکه اصحابشان را هم در استدلال به این قاعده ترغیب کرده و فرموده‌اند که «يعرف هذا و اشباهه من قول الله عزوجل ما جعل عليكم في الدين من حرج». (شاهین فرد و دیگران، شمول‌پذیری قاعده لاجرج، ۲۲۸). در ادامه به انواع حرج اشاره می‌شود.

حرج جسمانی: حرج جسمانی، یعنی مطلق ضیق و سختی و مشقت. همچنین باتوجه به اطلاق و عمومیتی که ادله نفی حرج دارند، استفاده می‌شود که حرج می‌تواند جسمانی باشد، همان طور که می‌تواند غیرجسمانی باشد. حرج‌های جسمانی عبارتند از اموری که سختی‌ها و مشقت‌هایی را برای جسم انسان به همراه دارد. این نوع حرج در فقه بسیار کاربرد دارد، خصوصاً در بخش عبادات که هر مکلفی در ابواب مختلفی از این بخش از قبیل طهارت، نماز، روزه، حج، جهاد با آن‌ها مواجه است (همو، همان،

۶ تا ۲۴۵). حرج و مشقت منحصر به حرج جسمانی نیست و شامل حرج‌های غیرجسمانی اعم از روحی، روانی، مالی و... می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۰۱۶ق؛ نراقی، ۱۴۱۷ق).

حرج غیرجسمانی: حق، تکلیف و مسئولیت سه عنوان برجسته‌ای است که انسان در ارتباط با خود، دین و جامعه از پذیرفتن آن ناگزیر است. اما خداوند از روی لطف و تفضل، احکام حرجی، سخت و مشقت‌بار را از امت اسلام برداشته است؛ یعنی از آیات و روایات استفاده می‌شود که تکلیف و اجبار به اعمالی که عسرو حرج و مشقت دارد، از سوی خداوند حکیم در سطح فرد و جامعه منتفی است و به این مسئله اصطلاحاً قاعده نفی عسرو حرج اطلاق می‌شود (احمدزاده و دیگران، ۱۱۸).

حرج غیرجسمانی آن دسته از سختی‌ها و مشقت‌هایی است که مربوط به جسم و بدن شخص نباشد که خود بر چند دسته است: حرج مالی، حرج روانی، حرج حیثیتی، حرج اجتماعی (شاهین فرد و دیگران، ۲۴۷). باتوجه به ماهیت تنوع‌پذیری قاعده حرج و شمولیت آن در خصوص حرج‌های غیرجسمانی و اینکه فقها در موارد مختلفی از حرج‌های غیرجسمانی به قاعده حرج استناد کرده‌اند و برای برون‌رفت از مشقت‌های جوانحی از این قاعده مدد گرفته‌اند و از آنجایی که آسیب‌های حرج‌های غیرجسمانی در جامعه کنونی کمتر از آسیب‌های جسمانی نیست و چه بسا به مراتب تحمل‌ناپذیرتر باشد و فرد را دچار پیامدهای سوء جبران‌ناپذیری کند؛ با استناد به این قاعده در تمام انواع حرج‌ها می‌توان درصدد به‌دست‌آوردن حکم شرعی برآمد و از احکام تکلیفی و جوبی یا تحریمی اولی به واسطه وجود انواع حرج دست کشید و حکمی متناسب با شرایط عسرو حرج را استنباط کرد (همان، ۲۲۵).

حرج‌های اجتماعی: بدیهی است در مواردی که اقدامات و تصرفات مالکانه شخصی در ملک خود سبب ایجاد حرج مالکان مجاور باشد، تا هنگامی که مالک آسیب‌دیده از این اقدام، مبادرت به اعتراض و طرح موضوع در محکمه نکرده است، نمی‌توان فقط به استناد حرجی بودن تصرف مالکانه شخص مذکور، به‌الغای آثار تصرف او و رفع امور حرجی حکم کرد.

باتوجه به اطلاق و شمولی که از ادله حرج به دست می‌آید، حرج می‌تواند جسمانی و غیرجسمانی باشد و در بین حرج‌های غیرجسمانی، حرج اجتماعی یکی از حرج‌هایی است که در برخی موارد دامن مکلف را می‌گیرد که برای رهایی از سختی و مشقت آن باید به قاعده لاجرج تمسک جست. حرج اجتماعی آن دسته از سختی‌ها و مشقت‌هایی است که انسان را از نظر اجتماعی در مضیقه قرار دهد و برای او ایجاد عسرو حرج می‌کند (همان، ۲۵۲).

خرج روحی روانی: باتوجه به عمومیت و شمول و اطلاقی که از ادله نفی عسروخرج از آیات و روایات استفاده می شود، می توان به اقسام خرج غیر جسمانی، خرج روحی روانی را نیز ملحق کرد؛ زیرا چه بسا برخی از مکلفان در مواردی از تکالیف شرعی به لحاظ روحی و روانی در مشقت و سختی و تنگنا قرار می گیرند که جز قاعده لاجرح چیز دیگری نمی تواند برطرف کننده این مشقت و سختی باشد. منظور از خرج روحی روانی آن دسته از اموری است که سبب می شود انسان به لحاظ روحی روانی در مشقت و فشار و سختی قرار بگیرد که قاعده لاجرح می تواند باعث رفع این سختی ها و فشارهای روحی روانی شود؛ مانند جواز اخذ به شفعه به دلیل رفع عسروخرج از شفیع (همان، ۹ تا ۲۴۸). برخی از امور، اعم از فعل یا ترک فعل سبب به وجود آمدن خرج روحی و روانی می شود و انسان در این گونه موارد در مضیقه و سختی قرار می گیرد که در همه این موارد، خرج ناشی از تحمل شرایط نامطلوب است و به کمک قاعده نفی خرج این گونه سختی ها نیز مرتفع می شود (همان، ۲۵۱).

خرج های مالی: خرج در برخی موارد، خرج مالی است؛ بدین معنا که انجام برخی از تکالیف، سبب می شود مکلف در مضیقه و سختی مالی قرار بگیرد و از نظر مالی به عسروخرج بیفتد که در این صورت با استفاده از عموم قاعده خرج آن سختی و مشقت مالی برداشته می شود. منظور از خرج مالی اموری است که سبب می شود مکلف با انجام دادن آن ها در مضیقه و مشقت مالی قرار بگیرد یا به تعبیری ضرر مالی به او برسد و از این نظر دچار عسروخرج شود. در فقه نمونه هایی از خرج مالی وجود دارد که به کمک قاعده لاجرح، این مشقت ها و سختی های مادی و مالی از مکلف برداشته می شود (همان، ۲۴۷).

یکی از مصادیق این خرج، روابط استیجاری است. در مواردی که دادگاه تخلیه ملک اجاره شده را به لحاظ کمبود مسکن سبب عسروخرج مستأجر بداند و معارض با عسروخرج موجه نباشد، می تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد. قانونگذار در این مورد، مسئله عسروخرج مستأجر را به تصمیمات اجراننده قبلی دادگاه ها که پیش از تصویب این ماده اتخاذ شده نیز تسری داده است و در تبصره ماده مذکور، شورای عالی قضایی را مکلف کرده است که در اولین فرصت، دادگاه های ویژه ای تشکیل دهد، تمامی احکام تخلیه را که از طرف دادگاه ها یا اداره ثبت صادر شده و هنوز اجرا نشده است را تجدیدنظر کند و چنانچه تخلیه منزل مستلزم عسروخرج برای مستأجر باشد، آن حکم را متوقف سازد. به دنبال این حکم در سال ۱۳۶۴، قانونگذار اجرای مفاد قاعده عسروخرج را به امکان استیجاری آموزشی نیز تعمیم داد و به موجب ماده واحده قانون الحاق یک تبصره به عنوان تبصره یک به ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر در ۱۳۶۴ / ۶ / ۲۸ مقرر داشت: «در مواردی که دادگاه، صدور حکم تخلیه اماکن آموزشی را به علت کمبود

جای مناسب موجب عسرو حرج تشخیص دهد، دادگاه مکلف است تارفع عسرو حرج، به مدت پنج سال از صدور حکم خودداری کند و این قانون از تاریخ تصویب لازم الاجرا است» (محقق داماد، ۱۰۳ تا ۱۰۴).

۵. حرج‌های شهری از منظر فقهی

معماری و شهرسازی نیز که نوعی برنامه‌ریزی برای فضای کالبدی مردم است از این اصل مستثنی نیست؛ برای مثال، توجه به مسئله امنیت و احساس آرامش و راحتی در طراحی محلات باید به خوبی لحاظ شود. همچنین در جامعه اسلامی، انجام دادن تکالیف مذهبی نباید سخت باشد و باید مدل شهرسازی و شکل معماری به انجام دادن تکالیف شرعی کمک کند. این اصل می‌تواند در کارایی و راحتی استفاده از مبلمان شهری، فضاهای عبوری و نشیمن و... در نظر گرفته شود. همچنین کارایی و راحتی مذکور باید برای تمامی سنین، گروه‌های اجتماعی نظیر زنان، کودکان، سالخوردگان و... لحاظ شود. بدین ترتیب می‌توان گفت: شهر اسلامی علاوه بر برخورداری از روح و معنا و اخلاق انسانی، محل تجلی احکام الهی و قواعد فقهی نیز است و برای مسلمانان حرج و مشقتی در ابعاد مختلف ایجاد نشود. از منظر قاعده فقهی لاجرح، مشقت‌ها و حرج‌های شهری بهتر است در فرایند برنامه‌ریزی، طراحی و مدیریت در نظر گرفته شود.



شکل ۲. دیاگرام ارتباط معنایی قاعده لاجرح با شهرسازی اسلامی (نگارنده)

شهر به عنوان بستر زندگی فردی و جمعی شهروندان، نیازمند آسایش و آرامش در ابعاد کالبدی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، حرکت و دسترسی، روحی و روانی و زیست محیطی است. مسائل شهری تأثیر بالایی در رضایتمندی، رفاه و کیفیت زندگی انسان‌ها دارند. شهرهای معاصر ایران مملو از مسائلی در

ابعاد مختلف هستند که آسایش و آرامش را به شدت تضعیف کرده است؛ مسائلی از قبیل آلودگی هوا و صدا، اختلالات ترافیکی، اغتشاش و آشفتگی سیما و منظر شهری، شلوغی و ازدحام بیش از حد در مراکز شهری، آسیب‌های اجتماعی، وجود فضاهای بی‌دفاع و ناامن، بی‌عدالتی در توزیع امکانات و خدمات شهری، نامناسب بودن فضاهای شهری برای گروه‌های کم‌توان و معلولان که انسان به‌طور روزمره با آن‌ها درگیر است و مانع پیشروی آسایش و آرامش جسمی و روحی اوست.

شهرنشینی در دوران اخیر به‌سرعت در حال افزایش است. انقلاب صنعتی و روابط صنعتی منجر به رشد و توسعه شهری توأم با مسائل متعددی شده است. این مسائل و مشکلات، با ساختار و کارکرد نابسامان شهری ملازمه دارد. هرچند شهر همیشه دارای کارکرد مثبت نیست، شهرهایی که رشد نامتوازن و ساختار ناسالم دارند، کارکردهایی را در حوزه‌های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، محیطی، کالبدی و سیاسی تجربه می‌کنند، در چنین شرایطی شهر حالت بیمارگونه به خود می‌گیرد (محسنی، ۲۵). چنانچه برخی از مسائل شهری در حال حاضر از مشکل به معضل و از معضل به بحران تبدیل شده‌اند. معضلات اجتماعی، ترافیکی، زیست‌محیطی و کالبدی شهرها رفته‌رفته حیات شهری را با اختلال مواجه کرده و مسائل دیگری را در ابعاد سلامت جسمی و روحی شهروندان، آسیب‌های اجتماعی و آسیب‌پذیری بیش‌ازپیش شهر را رقم زده است.

مسائل شهری را می‌توان در ابعاد اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، زیست‌محیطی، کالبدی، کارکردی و مدیریتی دسته‌بندی کرد. مسائل اجتماعی شامل آسیب‌هایی از قبیل اعتیاد، سرقت، ناامنی و نبودن اعتماد و ازبین‌رفتن سرمایه اجتماعی و... است. مسائل فرهنگی شامل الگوبرداری از فرهنگ بیگانه، مصرف‌گرایی، تضعیف فرهنگ بومی و کم‌توجهی به سنت‌ها و آیین‌های بومی در سبک زندگی شهروندان است. مسائل زیست‌محیطی شامل آلودگی‌های آب‌وهوا و صدا و مصرف بیش از حد انرژی است. مسائل کالبدی شامل آشفتگی ساختمان‌ها از نظر تراکم، ارتفاع، حریم، سطح اشغال، فضاهای عمومی، مبلمان شهری است. مسائل کارکردی شامل توزیع ناعادلانه خدمات شهری، کم‌توجهی به زیرساخت‌های شهری، عدم محله‌محوری در برنامه‌ریزی کاربری زمین است. مسائل مدیریتی شامل کم‌توجهی به تخصص‌های دخیل در مدیریت شهری، ناآشنایی به احکام اسلامی در تصمیم‌گیری و تصمیم‌سازی است. در شهرهای اسلامی ایرانی، استفاده از احکام اسلامی در تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری و برنامه‌ریزی و طراحی و مدیریت شهرها امری ضروری و بدیهی است. همان‌طوری که احکام دین اسلام شامل قواعد فقهی جامع و متعددی است که می‌تواند در تعالی شهر و شهروندان راهگشا باشد، یکی از این قواعد فقهی قاعده نفی عسرو حرج در امورات مربوط به انسان است که می‌تواند در تبیین اصول و راهکارهای حل مسائل شهری مؤثر باشد.

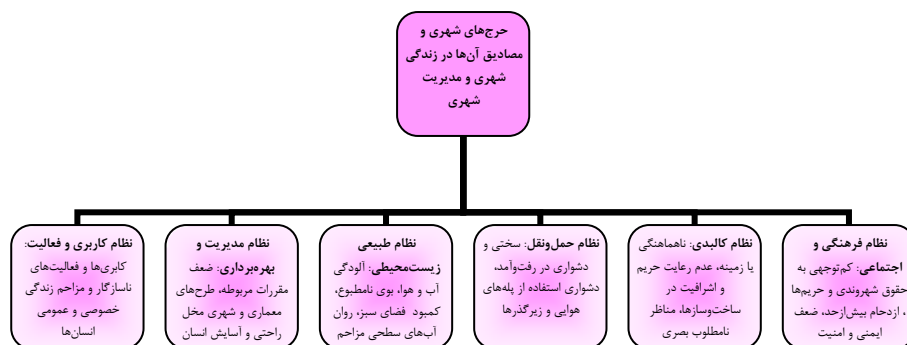
یکی دیگر از موارد تأکید شده در معماری و شهرسازی اسلامی، اصل مسئولیت افراد راجع به حقوق خداوند و مخلوقات (قاعده لاضرر) است. تمام افراد نسبت به یکدیگر در قبال خسارت‌های احتمالی مسئولیت دارند و ساخت‌وسازها نباید به دیگران خسارتی وارد کند. مطابق با اصل مسلم عقلایی تأیید شده شرع مقدس، هرگونه مباشرت در ائتلاف و نیز تثبیت در آن موجب ضمان است، حتی اگر این ائتلاف غیر آگاهانه و غیر عمدی باشد. مدیریت ساخت‌وسازها اعم از مراحل طراحی، اجرا و بهره‌برداری یا نظارت بر این مراحل نباید حقوق عمومی آحاد شهروندان را تضییع کند. مسئولیت انسان در شهر، به‌ویژه در فضاهای شهری می‌تواند در سه بُعد تبیین شود: ۱. مسئولیت انسان راجع به خداوند: انجام فرائض دینی و انسانی شامل عبادات، اخلاق دینی و انسانی و...؛ ۲. مسئولیت انسان راجع به سایر انسان‌ها: رعایت حقوق شهروندی، مسئولیت‌پذیری انسان‌ها در امور اجتماعی و...؛ ۳. مسئولیت انسان در خصوص سایر مخلوقات (حیوانات، گیاهان، عناصر طبیعی و...): متعهد بودن راجع به محیط زیست، منابع طبیعی و... توجه به این امر در برنامه‌ریزی/طراحی/مدیریت شهری می‌تواند موجبات آسایش و راحتی شهروندان را فراهم کند.

کتاب درآمدی بر هویت اسلامی در معماری و شهرسازی نیز مهمترین اصول در معماری و شهرسازی دوران اسلامی را در چهار اصل این چنین توصیف می‌کند: ۱. اصل عدالت محوری؛ ۲. اصل سیر از کثرت به وحدت: اصل محوربندی فضایی، اصل مرکزگرایی، اصل سلسله مراتب فضایی، اصل استقلال فضاها در عین وحدت آن‌ها، اصل سامان‌بندی حرکت در درون فضا (سیالیت)، اصل تقدم درون‌گرایی بر برون‌گرایی، اصل سیر از هندسه آفاقی در شهر به هندسه انفسی در معماری؛ ۳. اصل سیر از ظاهر به باطن: اصل انتزاع‌گرایی، اصل نشانه‌گرایی، اصل برتری فضا بر توده ساختمان، اصل سامان‌بندی چشم‌انداز، اصل تعامل مکمل میان معماری و طبیعت؛ ۴. اصل رده‌بندی اهداف کمی و کیفی: اهداف ساختاری (رعایت دستاوردهای فنی و مهندسی)، اهداف کارکردی (چندگانگی در کارکرد)، اهداف زیبایی‌شناسانه (بهره‌گیری از تزئینات)، اهداف هویت‌ساز، اصل لزوم تهذیب نفس معماران و شهرسازان (نقره‌کار، صص ۶۰ تا ۶۱۸).

می‌توان چنین استنباط کرد که در نظر گرفتن ملاحظات فرهنگی، اجتماعی و مذهبی نیز می‌تواند در ارزیابی و ارتقای کیفیت آسایش و راحتی مؤثر باشد؛ برای مثال رعایت حریم‌ها در طراحی شهری در جامعه اسلامی، آسایش و راحتی ساکنان و کاربران را درون فضاهای خصوصی و نیمه‌عمومی یا نیمه‌خصوصی به دنبال داشته باشد یا تأکید بر اصل رعایت حقوق خداوند و مخلوقات (قاعده لاضرر) در امر شهرسازی می‌تواند به نهادینه شدن این اصول و کیفیت‌ها کمک وافری کند.

نمونه موردی؛ شهر تبریز: آسایش و راحتی معطوف به طراحی شهری می‌تواند در ابعاد حمل و نقل،

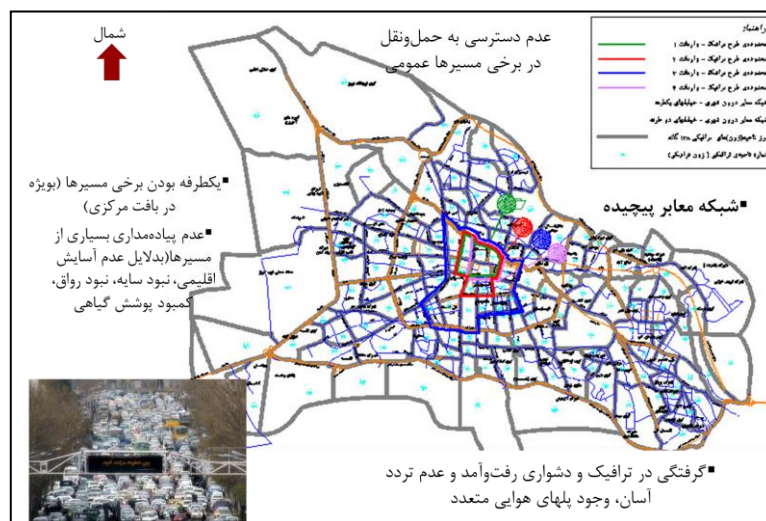
- زیست محیطی، کالبدی، اجتماعی و فرهنگی، خدمات و زیرساخت‌ها و... مطالعه شود. این ابعاد خود شامل مصداق‌ها، کیفیت‌ها و موارد متعددی است (شکل ۲). در زیر به برخی نمونه‌ها اشاره می‌شود:
۱. سختی و دشواری در رفت‌وآمد به دلیل فاصله زیاد، عدم پیاده‌مداری، یک‌طرفه‌بودن مسیرها، کمبود حمل‌ونقل عمومی، نامناسب بودن فضاها برای معلولان، سالخوردگان و...
 ۲. تأمین نشدن نیازهای حداقلی در شعاع زندگی همسایگی و محلی (مانند تفریحی، ورزشی).
 ۳. سروصدای بیش‌ازحد و مزاحم؛ ازدحام اتومبیل‌ها، استفاده بیش از وسایل نقلیه، ترافیک سنگین.
 ۴. مدیریت نشدن آب‌های سطحی و ایجاد سیلاب‌های شهری؛ اختلال در تردد، سرازیر شدن آب‌های سطحی به فضاها و خصوصی و...
 ۵. آلودگی آب‌وهوایی؛ ناراحتی جسمی (تنفسی، قلبی، کلیوی و...) به‌ویژه برای افراد آسیب‌پذیر.
 ۶. رعایت نکردن حریم و اشرافیت در ساخت‌وسازها؛ احساس ناراحتی و ناامنی در فضاها و خصوصی، نیمه‌خصوصی و نیمه‌عمومی به دلیل اشرافیت فضاها و بناها به یکدیگر.
 ۷. بوی نامطبوع به دلیل مدیریت ضعیف پسماندها، آلاینده‌های صنعتی به دلیل انباشتگی بیش‌ازحد کارخانجات صنعتی.
 ۸. ایجاد جزایر گرمایی و کمبود فضای سبز در شعاع زندگی همسایگی و محلی
 ۹. طرح‌های معماری و شهری که راحتی و آسایش را حمایت نمی‌کنند (مبلمان شهری، علائم و تابلوها، ورودی محله و مجتمع‌ها، ساخت‌وساز در تضاد با توپوگرافی و...).
 ۱۰. ناهماهنگی با زمینه‌های اقلیمی؛ آسایش اقلیمی یعنی سایه و آفتاب، باد و بارش.
 ۱۱. تغییر تدریجی اقلیم و افزایش روزهای گرم و دمای هوا و برهم خوردن تعادل اقلیمی شهر و شهروندان و افت کیفیت زندگی.
 ۱۲. اختلالات بیش‌ازحد ترافیکی و ازدحام بیش از حد ماشین و سروصدای مزاحم خودروها.



شکل ۳. حرج‌های شهری و مصادیق آن‌ها در زندگی شهری و مدیریت شهری (نگارنده)

حرج و مشقت در دسترسی و حمل و نقل: آسایش و دشواری در دسترسی و حمل و نقل، مصادیق مثبت و منفی متعددی را شامل می‌شود. این امر در دسترسی سواره و پیاده از مقیاس کلان تا خرد را شامل می‌شود. از نمونه‌ها و مصادیق مثبت آن در شهر تبریز می‌توان به این موارد اشاره کرد: شبکه حمل و نقل عمومی پذیرفتنی و در حال توسعه (اتوبوس‌های تندرو و مترو در حال ساخت)، پایین بودن میزان تصادفات رانندگی در داخل شهر و امنیت بالای ترافیکی، وجود معابر و شبکه مسیرهای پیاده‌مدار (مانند پیاده‌راه تربیت، بازار تاریخی، پیاده‌راه ولیعصر)، برخورداری از شبکه‌های مسیرهای مناسب شرقی غربی در شهر (مسیر چای‌کنار، بلوار آزادی، ۲۹ بهمن، کمربندی شهید کسایی و...)، برخورداری محلات جدید در شهر از شبکه معابر مناسب و کارا (کوی منظریه، پرواز، خیام، رشیدیه و...)، برخورداری از زیرساخت‌های حمل و نقلی بین‌شهری مناسب و کارا (اتوبان، جاده، راه ریلی و هوایی)، کاهش مشکل ترافیک با زیرگذرها و پل‌های روگذر در نقاط پرترافیک، عابرگذرهای زیرزمینی در بافت مرکزی شهر و... .

از نمونه‌ها و مصادیق منفی (نبود آسایش و راحتی در حمل و نقل) در شهر تبریز می‌توان به این موارد اشاره کرد: عدم پیاده‌مداری بسیاری از مسیرها (به دلایل نبود آسایش اقلیمی، نبود سایه، نبود رواق، کمبود پوشش گیاهی، نامناسب بودن موقعیت استقرار و متمرکز نبودن گاراژهای مسافری و باری دروازه تهران، ضعف تسهیلات و امکانات حمل و نقلی و به کار نگرفتن مناسب و به هنگام سیستم‌های هوشمند کنترل ترافیک در شهر، تراکم میان نقش عبوری و نقش شهری و اجتماعی در برخی از معابر همچون امام، آزادی و کارگر، فقدان شبکه‌های مناسب و کارای شمالی جنوبی در شهر، دشواری در پیدا کردن مسیرها و نشانی‌ها (به ویژه در بافت مرکزی و تاریخی) به ویژه برای مسافران و گردشگران و غیربومیان، عبوری شدن بسیاری از معابر فرعی محلات در بافت تاریخی و مرکزی شهر، توسعه عمودی شهر بدون تأمین شبکه‌های مورد نیاز آن به ویژه در داخل محلات، کمبود پارکینگ و گسترش تدریجی معضل مذکور با توجه به افزایش مداوم شکاف نسبت خودرو به پارکینگ، یک طرفه بودن برخی مسیرها (به ویژه در بافت مرکزی) و دسترسی نداشتن به حمل و نقل عمومی، گرفتگی در ترافیک و دشواری رفت و آمد و نبود تردد آسان، وجود پل‌های هوایی متعدد و...



شکل ۴. نمونه‌هایی از موارد نبود آسایش و راحتی در زندگی شهری در بُعد حمل و نقل و دسترسی (یافته‌های تحقیق)

حرج و مشقت در مسائل زیست محیطی: آسایش و دشواری در بُعد طبیعی و زیست محیطی، مصادیق مثبت و منفی متعددی را شامل می‌شود. این امر در دسترسی سواره و پیاده از مقیاس کلان تا خرد شامل را می‌شود. از نمونه‌ها و مصادیق مثبت در شهر تبریز عبارت‌اند از: وجود پارک‌های جدیدالاحداث (باغ‌لر باغی، پارک مشروطه، پارک طالقانی، بوستان‌های ناحیه‌ای، فضای سبز دانشگاه تبریز-وجود باغ‌های ارزشمند تاریخی (باغ ائل‌گلی، باغ شمال، باغ فتح‌آباد، خلعت‌پوشان و...)- وجود الگوهای اقلیمی بومی مسکونی و تجاری در معماری و طراحی شهری گذشته تبریز (خانه‌های قاجاری با حیاط باغی)، شهر تبریز در گذشته باغشهر، ترکیبی از باغ‌ها و محله‌ها بوده است (باغ‌ها جداکننده محله‌ها و مرزی سبز بین آن‌ها) (باغ‌میشه، باغ شمال، شنب‌غازان، ربع رشیدی، شتربان، ششگلان، سرخاب، مه‌ادمین، چهارمنار، گجیل و...)، پوشش گیاهی بومی، مصالح بومی (درخت تبریزی، سنگ‌های ماسه آهکی، آجرهای قرمز و...)، پروژه در حال انجام سبزکردن تپه عینالی (کوه عون‌بن‌علی) در شمال تبریز و فواید مثبت آن بر محیط زیست شهر-اقلیم سرد کوهستانی، شرایط زندگی مطلوب و راحتی را در فصول گرم بر شهروندان و گردشگران فراهم می‌کند. رعایت اقتصاد در مصرف و تلاش مضاعف در تولید و مصرف (انرژی، کالا، طبیعت) برای تقویت محیط زیست است. فرهنگ زیست محیطی: پاکیزگی شهر و فضاهای شهری، فرهنگ بومی تولید و مصرف محصولات بومی، تولید زباله‌های خانگی مضر را کاهش می‌دهد.

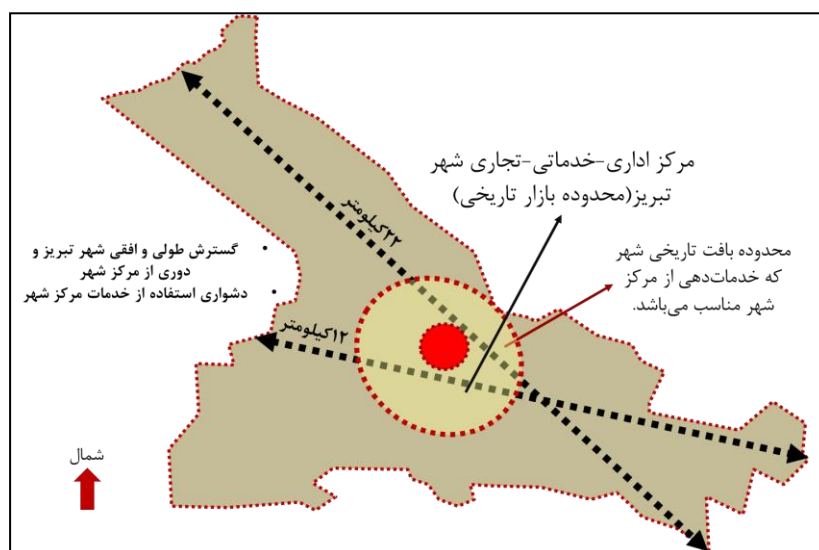
بافت مرکزی و تاریخی به‌ویژه بازار تبریز، با مسیرهای سرپوشیده، محیطی مساعد و راحت برای کار و فعالیت را فراهم می‌کند و...

از نمونه‌ها و مصادیق منفی (نبود آسایش و راحتی در بُعد زیست محیطی) در شهر تبریز عبارت‌اند از: نبودن تعادل بین بارگذاری صنعتی-جمعیتی با توان‌های زیست محیطی منطقه تبریز، کمبود فضاهای سبز و باز شهری (پارک، بوستان، تخریب باغات به‌مرور زمان)، بی‌توجهی به الگوهای اقلیمی-بومی در ساخت‌وساز واحدهای سکونت، تجاری، فرهنگی و... (مانند پروژه عتیق در بافت تاریخی، برج‌های محدوده پل آب‌رسانی و...)، تأثیرپذیری شهر از پیامدهای منفی و نامطلوب خشک شدن دریاچه ارومیه با افزایش ریزگردها و ذرات نمک، گسترش اراضی بایر و بی‌ارزش در منطقه به‌واسطه خشک شدن تدریجی دریاچه ارومیه، سیل‌خیزی اراضی غرب و جنوب شهر (مارالان، خطیب و...)، آلودگی جریان‌های سطحی داخل شهر مهران‌رود (قوری چای) و دفع نامناسب فاضلاب‌ها و پساب‌های خانگی و معابر شهری به بستر رودخانه، واقع شدن برخی از محلات و مجتمع‌های مسکونی در حریم پروازی فرودگاه (آلودگی صوتی)، کمبود آب (شرب و صنعتی) و استفاده از رودخانه‌های زرينه‌رود و سيمينه‌رود و تبعات زیست محیطی آن، بسط هسته جزیره حرارتی شهر و ایجاد هسته‌های جدید حرارتی در بافت‌های صنعتی-کارگاهی حاشیه شهر که سبب بیماری‌ها و امراض قلبی و ریوی و شرایط نامناسب زیست برای سالمندان و کودکان را می‌شود، ناپایداری دامنه‌ها در بافت‌های حاشیه نشین و خودرو در شمال شهر تبریز و نشت فاضلاب‌ها و پساب‌ها به منازل پایین‌دست و...



شکل ۵. مشکل سیل‌خیزی شهر تبریز؛ توپوگرافی شهر در شمال و جنوب شهر؛ روان‌آب‌های سطحی در بارش‌های تابستان ۱۳۹۱ که آسایش زندگی خصوصی و عمومی را برهم زد (یافته‌های تحقیق)

در نقشه شماره ۵ همان طوری که مشاهده می‌شود توزیع فضاهای سبز در محدوده مرکزی شهر کم و ناکافی است. با توجه به تراکم فعلیتی و ازدحام بیش از حد در محدوده مرکزی شهر، آسایش و راحتی در این محدوده پایین است.



شکل ۶. کمیت پایین فضای سبز به ویژه در محدوده مرکز شهر تبریز؛ آسایش و راحتی زندگی را تضعیف می‌کند (یافته‌های تحقیق)

حرج و مشقت در مسائل خدماتی (تأسیسات و تجهیزات شهری): آسایش شهروندان در بُعد خدمات، مصادیق مثبت و منفی متعددی را شامل می‌شود. این امر در پاسخ‌دهی تأسیسات و تجهیزات شهری از مقیاس کلان تا خرد، موارد متعددی را شامل می‌شود. از نمونه‌ها و مصادیق مثبت در شهر تبریز عبارت‌اند از: شعاع مناسب محدوده بافت تاریخی شهر تبریز از مرکز خدماتی شهر که دسترسی آسان را فراهم می‌کند (شکل ۱۲)، احداث پل بازارهای کارآمد و پاسخ‌ده در گذشته که قسمت شمال مهران‌رود را به مرکز خدماتی شهر ممکن می‌کند، وجود واحدهای پذیرایی، مهمان‌پذیرها و هتل‌های کافی در سطح شهر برای مسافران و گردشگران (واحدهای پذیرایی و اقامتی خیابان فردوسی، ۱۷ شهریور و...)، وجود واحدهای تجاری با تولیدات بومی و با شعاع دسترسی مطلوب، وجود ایستگاه‌های آتش‌نشانی به تعداد کافی، فضاهای آموزشی دانشگاهی متعدد، وجود مسجد به تعداد کافی و در شعاع دسترسی راحتی، وجود خدمات درمانی و بهداشتی و خدمات‌دهی به تبریز و سایر شهرهای اطراف و

از طرف دیگر عوامل و نمونه‌های مخل آسایش و راحتی، مواردی به این شرح به چشم می‌خورد: کشیدگی و گسترش نامناسب شهر تبریز در راستای شمال شرقی و جنوب غربی و دوری از مرکز خدماتی شهر برای خدمات‌دهی (شکل ۱۲)، سرانه ناکافی تأسیسات و تجهیزات شهری، نبود تناسب تراکم جمعیتی و خدمات موجود، کمبود سرویس‌های بهداشتی در سطح شهر و کیفیت پایین آن‌ها، وجود پهنه‌های وسیع صنعتی در شهر و حومه آن (برهم‌زدن سهولت ارائه خدمات موردنیاز محدوده مربوطه)، وجود پهنه‌های وسیع نظامی فراوان در داخل و حومه شهر، کمبود فضاهای ورزشی و تفریحی و شعاع نامطلوب آن‌ها، کمبود فضاهای فرهنگی و تفریحی در سطح شهر، کمبود فضاهای آموزشی محلی و شعاع نامطلوب آن‌ها، تغییر الگوی معماری و طراحی شهری واحدهای خدماتی از بومی به غیربومی (مجموع‌های تجاری، پاساژها و...).



شکل ۷. گسترش نامناسب شهر تبریز در راستای شمال غربی، جنوب شرقی و دوری از مرکز شهر،

دشواری استفاده از خدمات مرکز شهر (نگارنده)

در منطقه ۸ شهر تبریز-بافت تاریخی و محدوده بازار تبریز- مرکز تجاری، اداری و خدماتی شهر است که با تراکم بالای فعالیتی، کاربری و تردد سواره و پیاده مواجه است. عملکردهای مهم این منطقه عبارت‌اند از: بازار تاریخی تبریز با عملکرد فراشهری، پاساژها، محورها و مراکز تجاری نوین، اداره‌های پر مراجعه (به‌ویژه دارایی، استانداری، بانک‌ها، شهرداری و...)، مراکز فرهنگی و مذهبی (مسجد جامع و مساجد شهری و ناحیه‌ای، مصلا و موزه‌ها) و مراکز خدماتی (هتل‌ها، مهمان‌پذیرها، رستوران‌ها و محورها)

خدماتی؛ مانند فردوسی، تربیت، بازار، جمهوری، چای کنار و...، مراکز ترافیکی (پایانه دورن‌شهری محقق، پارکینگ‌های طبقاتی، ایستگاه‌های اتوبوس و تاکسی).

این محدوده علی‌رغم نقاط قوت متعدد، از نظر غنای کالبدی و عملکردی و خودکفابودن در پاسخ‌دهی به نیازهای مراجعان، نقاط ضعف متعددی دارد (جدول شماره ۵): آلودگی صوتی، آلودگی آب‌وهوا و کمبود پارکینگ و کمبود مبلمان شهری و مکان‌های استراحت موقت برای مراجعان در این محدوده بسیار مشهود است. در طرح کاربری پیشنهادی این منطقه به فضای سبز و باز که سرزندگی و آسایش و راحتی را تقویت می‌کنند کم‌توجهی شده است. در بُعد خدماتی، به واحدهای خدماتی ریزدانه که می‌تواند در محدوده تاریخی با پیچیدگی‌های خاص راهگشا باشد، توجه نشده است. شبکه پیاده‌راهی که می‌تواند در این محدوده تاریخی سهولت تردد پیاده‌ها را افزایش دهد، وجود ندارد. این پیاده‌راه‌ها در خیابان‌های مقصودیه، راسته کوچه، کبود، دارایی، بازار، گجیل و... می‌تواند برنامه‌ریزی و طراحی شود. تغییرات در این طرح، محدود به فلکه بیضوی در چهارراه منصور (معروف به پروژه عتیق) است که با تخریب بافت تاریخی_ با هدف نوسازی بافت فرسوده و تسهیل حرکت سواره و بی‌توجهی به پیاده_ در این محدوده انجام شده است؛ احداث برج در جنوب فلکه، گودال باغچه با بناهای تجاری مدرن در پیرامون و... در این طرح به احیای روخانه مهران‌رود و نقش آن در تأمین آسایش و راحتی شهروندان توجه چندانی نشده است.

جدول ۶. مشکلات منطقه ۸ تبریز، محدوده بازار تاریخی از نظر کیفیت آسایش و راحتی (نگارنده)

ابعاد	سرانه	نمودهای آسایش و راحتی	موانع آسایش و راحتی
دسترسی و حمل‌ونقل	۲۲٪	مسیرهای سرپوشیده پیاده‌مدار بازار تاریخی	مسیرهای یک‌طرفه، کمبود پارکینگ، تراکم ماشین‌ها و گرفتگی ترافیکی
		وجود پیاده‌راه تربیت	پلهای هوایی پیاده و سواره، سروصدای مزاحم و آزاردهنده، دشواری تردد برای گروه‌های کم‌توان
طبیعی و	۸۳٪	تعادل دمایی و آسایش	کمبود فضاهای سبز و باز شهری، سرانه

زیست محیطی	اقلیمی در بازار تاریخی	پایین فضای سبز، نیاز مبرم به فضاهای سبز
	استفاده از مصالح بومی و طبیعی	مشکل آسایش اقلیمی در فضاهای سر باز، احساس ناراحتی به دلیل کمبود گیاه و آب
		آلودگی صوتی آزاردهنده
خدمات شهری	۱۴٪ / ۹۵	خودکفایی مجموعه بازار تاریخی از نظر خدمات (مذهبی و بهداشتی و...)
		تراکم فعالیتی بالا، سرانه پایین تأسیسات و تجهیزات شهری، کمبود سرویس بهداشتی در محدوده، کمبود مبلمان شهری در محدوده
اجتماعی و فرهنگی	۲۸٪	وجود تعداد زیاد مساجد در محدوده
	حس مکان و حس تعلق خاطر قوی	نپذیرفتن فرهنگ ها و زبان های دیگر از سوی مردم؛ کم توجهی به گردشگران و غیربومیان
	حس همبستگی اجتماعی	کاهش تدریجی شأن اجتماعی محلات قدیمی و تاریخی شهر

حرج و مشقت در مسائل فرهنگی و اجتماعی: آسایش و دشواری در بُعد فرهنگی و اجتماعی، مصادیق مثبت و منفی متعددی را شامل می شود. از نمونه ها و مصادیق مثبت در شهر تبریز می توان به این موارد اشاره کرد: حس مکان قوی در شهر و محل زندگی خود توسط شهروندان، همبستگی اجتماعی و بافت اجتماعی همگن، آیین ها و مراسم قوی مذهبی، قومی و فرهنگی، کمبود فضاهای آموزشی محلی و شعاع نامطلوب آن ها، توجه وافر به زبان آذری به عنوان یکی از مهمترین ابعاد هویت اجتماعی و فرهنگی، توانایی های مثال زدنی شهروندان در ابعاد مختلف زندگی فردی و اجتماعی (روابط اجتماعی، آشپزی، خانه داری، تلاش و کوشش و...).

از طرفی دیگر، عوامل و نمونه های مخل آسایش و راحتی مواردی به این شرح به چشم می خورد:

نپذیرفتن فرهنگ‌ها و زبان‌های دیگر از سوی مردم (بیگانه‌گزیزی و شکل‌نگرفتن تبریز به‌عنوان شهر چند فرهنگی)، کاهش تدریجی شأن اجتماعی محلات قدیمی و تاریخی شهر و تمایل جمعیت بومی به خروج از آن‌ها و جایگزینی اقشار فرودست و بدون تعلق خاطر به این محلات، کمبود فضاهای شهری ایمن و امن و سرزنده متناسب با نیازهای جمعیتی شهر تبریز، گسترش حاشیه‌نشینی و محلات فقیرنشین در شهر و پایین‌بودن سطح و سرانه خدمات عمومی و رفاهی در آن‌ها، دوقطبی‌شدن شهر و دو نیمه‌شدن آن به‌لحاظ سطح توسعه‌یافتگی و شکل‌گیری تبریز نو در شرق و تبریز کهنه در غرب، رشد تدریجی آسیب‌های اجتماعی به‌ویژه در محلات فقیرنشین شهر و وجود محلات بحرانی از نظر خریدوفروش و مصرف مواد مخدر.

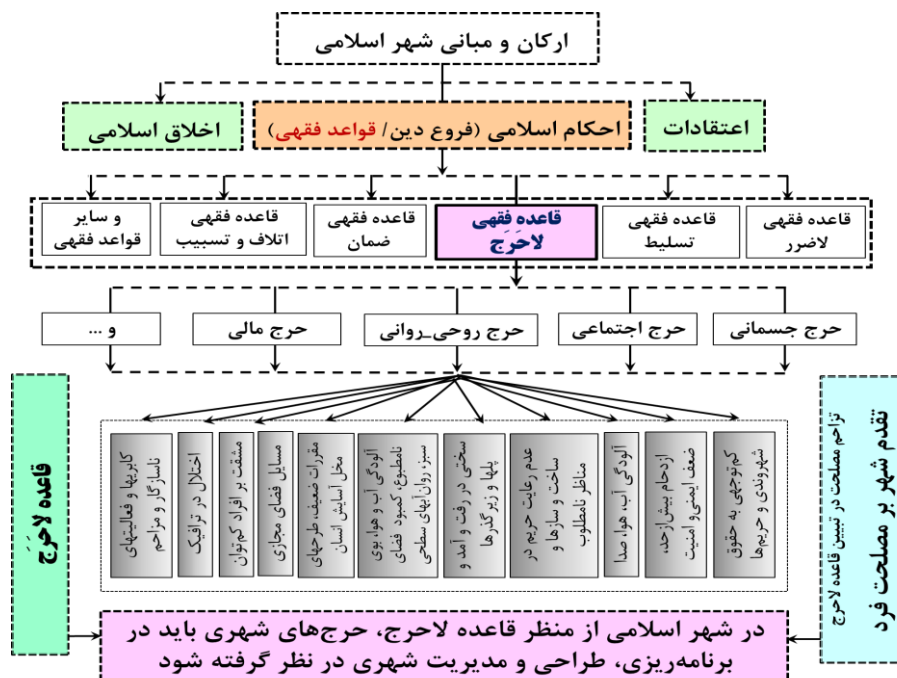
۶. تراحم مصلحت و نفی حرج در شهر و مدیریت شهری

ازجمله موارد باب تراحم، مواردی است که مصلحت فرد (یعنی حکمی که به‌دلیل مصلحت فرد است) با مصلحت اجتماع تراحم و تعارض پیدا می‌کند. البته در همه موارد این‌طور نیست، ولی گاهی پیش می‌آید که مصلحت فرد با مصلحت جمع تعارض پیدا می‌کند. خیلی واضح است که برای اسلام همه افراد یکسان هستند، ولی وقتی که پای [ترجیح] مصلحت یک فرد یا مصلحت جمع در میان است، بدیهی است که آن جمع، همین فرد است به‌علاوه هزارها یا میلیون‌ها نفر افراد دیگر؛ یعنی مصلحت فرد در آنجا هزارها یا میلیون‌ها برابر شده است. [در اینجا] فرد را فدای جمع می‌کند (مطهری، ۱۷). یافته‌های جدید دانش اصول حاکی است که تنها مرجع مطمئن در تراحم، احکام قانون اهم و مهم است. قانون اهم و مهم که مبتنی بر مصالح احکام است، بیان می‌کند که اگر در نزد شارع مالک یکی از دو حکم، از مالک حکم دیگر قوی‌تر باشد، همان حکم بر حکم دیگر مقدم می‌شود. یکی از مصادیق قانون اهم و مهم همان قانون دفع افسد به فاسد است که چیزی جز اهمیت‌سنجی اعمال حرام نیست. بنابراین ماهیت قانون اهم و مهم همان تشخیص مصلحت و مفسده موجود در احکام و سنجش آن‌ها با یکدیگر است (جزایری و عشایری منفرد، ۲۶). حق گاهی با یک حکم صرفاً شرعی که در بردارنده حق الناس نیست و گاهی هم با یک حق دیگر تنافی می‌یابد که حالات مختلف آن عبارت‌اند از: الف. تقدیم حق الناس بر حق الله، ب. تقدیم حق الله بر حق الناس، ج. تفصیل بین موارد (همان، ۳۲ تا ۳۳). تراحم مصلحت در باب حرج‌های شهری می‌تواند در همان انواع حرج‌های شهری و مصادیق آن‌ها در قالب تقدم مصلحت اجتماع بر مصلحت فرد تبیین شود که در قالب جدول شماره ۷ درخور ملاحظه است.

جدول ۷. تزامم مصلحت در مقیاس زندگی شهری و مدیریت شهری (نگارنده)

ابعاد خرج	مصادیق خرج در مقیاس زندگی شهری و مدیریت شهری	تزامم مصلحت
خرج اجتماعی	اختلال در ترافیک سواره، ازدحام پیادگان، بوروکراسی، مسائل فضای مجازی، تضییع حقوق شهروندی، مشقت برای معلولان	تقدم حمل و نقل عمومی بر خصوصی تقدم حقوق افراد کم توان
خرج جسمانی	شیوع بیماری های همه گیر، ناایمن بودن بناهای عمومی به ویژه در سوانح و بحران ها (سیل، زلزله، طوفان و...)، آلودگی آب و هوا و صدا	محدودیت های حضور در فضاهای عمومی، ایمن سازی بناها و فضاهای، تدابیر ویژه رفع آلودگی ها
خرج روحی روانی	ترس و ناامنی در بناها و فضاهای عمومی، استرس های محیطی	کنترل و اتخاذ مقررات و محدودیت های لازم
خرج مالی	دلالی و بی نظمی اقتصادی، اتلاف سرمایه عمومی، واسطه گرایی	سامان دهی، تقدم راحتی اجتماع بر فرد

به طور کلی باتوجه به تحلیل مبانی، مصادیق و ابعاد مختلف خرج های شهری و جایگاه آن در شهر می توان گفت که شهر اسلامی محل تجلی احکام الهی و قواعد فقهی است. یکی از این قواعد، قاعده لاجرح است که به خرج های جسمانی، روحی و روانی، اجتماعی، مالی و... می پردازد. در شهر اسلامی از منظر قاعده لاجرح، خرج های شهری باید در برنامه ریزی، طراحی و مدیریت شهری در نظر گرفته شود؛ چنان که اولاً خرج های شهری زمینه نقش احکام الهی و سایر قواعد فقهی نباشند؛ ثانیاً خرج های شهری مانع انجام تکالیف شرعی نباشند. در کنار این مسائل و خرج های شهری، مسئله تزامم مصلحت و نفی خرج در زندگی شهری و مدیریت شهری هم ایجاب می کند که مصلحت اجتماع بر مصلحت فرد مقدم است. همچنین مرجع تشخیص قواعد فقهی در شهر و شهرسازی و خرج های شهری بایستی توسط متخصص معماری و شهرسازی مسلط به قواعد فقهی باشد. البته تربیت معماران و شهرسازان مسلط به قواعد فقهی نیازمند آموزش نزد فقیهان آشنا به معماری و شهرسازی هست و ارتباط دوطرفه دانشگاه و حوزه در این خصوص ضروری است.



شکل ۸. ابعاد و مصادیق حرج‌های شهری در مقیاس زندگی شهری و مدیریت شهری (نگارنده)

نتیجه‌گیری

قاعده عسرو حرج از قوانین اسلامی است و این قانون مانند تمام قوانین دیگر برای رفاه بشر است. این موضوع در آیات متعدد قرآن کریم در نفی دشواری و سختی برای انسان و نیز روایات متعدد بر آن تأکید شده است. در معماری و شهرسازی اسلامی علاوه بر کیفیت‌های عام و خاص طراحی شهری، بر رعایت حریم و اشرافیت، رعایت حقوق خداوند و مخلوقات (قاعده لاضرر) و... تأکید می‌شود. در حوزه طراحی شهری می‌توان در نمونه‌های موردی، ضمن محک اسلامی و آزمون قاعده نفی عسرو حرج در شهر، محله، فضای شهری به ارزیابی و تحلیل آن پرداخت و در راستای ارتقای کیفیت مذکور اقدام کرد. در نمونه موردی شهر تبریز، برای امر کیفیت آسایش و راحتی، نقاط قوت و ضعف متعددی مشاهده شد که در ابعاد کالبدی، حمل و نقل، محیط زیست، کاربری و فعالیت، فرهنگی و اجتماعی، مدیریت شهری، خدمات و زیرساخت‌های شهری به آن پرداخته شد.

به‌طور کلی می‌توان گفت قاعده لاجرح در شهرسازی اسلامی می‌تواند حرج‌های جسمانی، اجتماعی،

روحی و روانی، مالی و... را شامل شود. آزمون این قاعده در هر فضایی می‌تواند به روشن شدن وضعیت آن و ارائه راهکارهای عملی راهگشا باشد. راهبردهای معطوف به قاعده نفی عسرو حرج در برنامه‌ریزی و طراحی شهرهای ایرانی اسلامی عبارت‌اند از: توجه به آسایش و راحتی شهروندان در برنامه‌ریزی و طراحی خانه‌ها و محلات مسکونی (پرهیز از احداث آپارتمان‌های بدون پارکینگ، آسانسور، حیاط و فضای سبز و...)، پرهیز از ایجاد شهرک‌های مسکونی در فاصله دور از مرکز شهر و مراکز کار و تحصیل و اشتغال شهروندان، رعایت فاصله مناسب بین خانه و کار و تحصیل، توجه به راحتی، آسایش و آرامش اقشار سنی و جنسی کم‌توان (زنان، کودکان، معلولان، سالمندان، بیماران) در طراحی فضاهای شهری و مبلمان شهری و خدمات رفاهی، توجه به آسایش و آرامش شهروندان در برنامه‌ریزی و طراحی بناها و فضاهای عمومی (نظیر بازارها، پارک‌ها، مراکز بهداشتی و درمانی، ادارات و مدارس)، ایجاد فضاهای شهری آرامش‌بخش با استفاده از الگوی باغ ایرانی، حضور آب و گیاه، رنگ‌های آرامش‌بخش (مسئله آلودگی صوتی فضاهای شهری سواره‌مدار و استرس‌زا با رویکرد نفی عسرو حرج حل شود)، جلوگیری از رشد بیش از حد شهرها و حومه آن‌ها به دلیل دشواری خدمات‌رسانی، مدیریت و تردد به آن بافت‌ها، بازنگری در مبانی و مقررات برنامه‌ریزی و طراحی شهری، طرح‌های شهری با رویکرد آسایش و آرامش‌بخشی و تحقق قاعده نفی عسرو حرج، بازنگری در مقررات ملی ساختمان و قوانین شهرداری‌ها با هدف ارتقای آسایش و آرامش در بناها و فضاهای تحقق قاعده نفی عسرو حرج در کالبد شهری، بازشناسی آسیب‌های اجتماعی (به‌ویژه حاشیه‌نشینی، فقر و بیکاری و فضاهای ناامن) با هدف حل ریشه‌ای این مسائل و جلوگیری از بازتولید مسائل دیگر شهری.

منابع

- قرآن کریم، ترجمه محمد مهدی فولادوند
- احمدزاده، عبدالمطلب و دیگران، «کاربرد قواعد فقهی (نظیر قاعده نفی حرج و قاعده غرور) در عصر ارتباطات»، فصلنامه علوم خبری، س ۴، ش ۱۴، ۱۳۹۴، صص ۱۱۷ تا ۱۵۰.
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهية، قم: اسماعیلیان، بی‌تا.
- تابنده، زهرا، «بررسی قاعده عسرو حرج از دیدگاه قرآن و حدیث»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد علوم قرآنی، تهران: دانشکده اصول‌الدین تهران، ۱۳۹۰.
- جزایری، سیدحمید؛ محمد عشایری منفرد، «قلمرو مصلحت و عدالت در تراحم احکام و حقوق زنان»، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، س ۱۴، ش ۵۴، ۱۳۹۰، صص ۵۸ تا ۷۵.

- حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- شریف الرضی، محمدبن حسین، نهج البلاغه، ترجمه محمد دشتی، چاپ اول، تهران: سنا، ۱۳۸۸.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن، لبنان: دار العلم، ۱۴۱۲ق.
- شاهین فرد، خاطره و دیگران، «شمول پذیری قاعده لاجرح نسبت به حرج های غیر جسمانی و پیامدهای فقهی آن»، نشریه فقه پزشکی، س ۸، ش ۲۶ و ۲۷، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، صص ۲۲۵ تا ۲۶۱.
- _____، «گستره مفهومی قاعده نفی عسرو حرج در ابواب فقهی و نسبت آن با واژه های مشابه»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، س ۱۰، ش ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، صص ۴۳ تا ۶۷.
- علوی گنابادی، سیدجعفر؛ علی اکبر حبیبی مهر، «کاوشی در حلّ نسبت تعارض نمایی قاعده الحرج با اعمال حرجی اسلام پاسخ ها و تحلیل ها»، نشریه فقه و اصول، س ۵۲، ش ۳، ۱۳۹۹، صص ۷۳ تا ۹۱.
- کلینی، محمدبن یعقوب، اصول کافی، ترجمه سیدجواد مصطفوی، تهران: دفتر نشر فرهنگ اهل بیت علیه السلام، ۱۳۶۳.
- محسنی، رضا علی، «اولویت بندی آسیب ها و مسائل شهری در ایران: مطالعه موردی شهر گرگان»، پژوهش نامه علوم اجتماعی، س ۳، ش ۳، ۱۳۸۸، صص ۲۳ تا ۴۲.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقهی، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- مطهری، مرتضی، اسلام و نیازهای زمان، ج ۲، تهران: صدرا، ۱۳۹۱.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهية، چاپ چهارم، قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب، ۱۰۱۶ق.
- موسوی، سید ابراهیم، «قاعده نفی عسرو حرج»، فصلنامه علمی پژوهشی حقوقی و قضایی دادگستری، س ۶۵، ش ۳۴، ۱۳۸۰، صص ۳۳ تا ۵۰.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- نقره کار، عبدالحمید، درآمدی بر هویت اسلامی در معماری و شهرسازی، چاپ اول، بی جا: وزارت راه و شهرسازی، ۱۳۸۷.



Reviewing the priorities derived from Shari'ah texts in the recognizing of *aham* (the matter which is more important)

Dr. Mirza Mohammad Vaezi, Ph.D. Graduate of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law at Ferdowsi University of Mashhad and 4th level student of Mashhad seminary

Dr. Seyyed Mohammad Taghi Ghobuli Darafshan, Associate Professor of Ferdowsi University of Mashhad (Corresponding Author)

Email: Ghabooli@um.ac.ir

Dr. Mohammad Taghi Fakhlaei, Professor at Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

Recognizing criteria of *aham* in *tazahom* chapter is one of the valuable topics that have not been accurately identified and verified so far. In this article, attention has been paid to one of the criteria of preference in the recognition of *aham*, the origin and source of which is the consideration and assertions of the holy law; That is, the priorities of those who use Sharia'h texts from the perspective of preference. In a descriptive and analytical research, after stating the proof of the rule of *aham* and *mohem* (the matter which is important) the priority of determination over *takheer* (adopting either one) in possible *mohem*, the method of reconciling some conflicting traditions in determining the *mohem* is mentioned, and finally in the conflict between some of the rulings according to the verses and traditions showing preference as a definite or possible *morajah* (prioritizing reasons) of *aham*, the position of concrete and practical criteria such as strengthening the foundations of religion, paying attention to the quality of the *motezahem* (conflicting reason), confronting of the rights and getting rid of the corrupt when in doubt have been identified. Despite this, it is clear that in order to determine the definite or possible *aham*, the mind must observe all the criteria and their *kasr* and *enkesars*, and by considering the condition of *tazahom*, reach the definite or probable *aham*.

Keywords: the important and the more important, criterion of importance, prioritizing reason of conflict, verses showing preference, traditions showing preference.



افق

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir>

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۱۹۱ - ۲۰۹

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۹/۱۴

تاریخ بازنگری: ۱۳۹۷/۰۷/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۴/۱۳

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.73910>

نوع مقاله: پژوهشی

وارسی اولویت‌های برآمده از متون شرعی در تشخیص اهم

دکتر میرزامحمد واعظی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد و طلبه سطح چهار حوزه علمیه مشهد

دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان (نویسنده مسئول)

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@um.ac.ir

دکتر محمد تقی فخرلی

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

چکیده

سنجه‌های تشخیص اهم در باب تراحم از جمله مباحث ارزشمندی است که تاکنون به صورت دقیق شناسایی و واریسی نشده است. در این نوشتار به یکی از سنجه‌های ترجیح در تشخیص اهم توجه شده که خاستگاه و آبخور آن توجه و تنصیف شارع مقدس است؛ یعنی اولویت‌های مستفاد از متون شرعی از زاویه مرجحیت. در پژوهشی توصیفی تحلیلی پس از بیان مدرک قاعده اهم و مهم، اولویت تعیین بر تخیر در اهم محتمل، چگونگی جمع میان بعضی از روایات متعارض در تعیین اهم ذکر شده است و سرانجام در تراحم میان پاره‌ای از احکام باتوجه به آیات و روایات مبین ترجیح به مثابه مرجح قطعی یا احتمالی اهم، موقعیت سنجه‌هایی ملموس و کاربردی نظیر تقویت پایه‌های دین، توجه به کیفیت متراحم، تقابل حقوق و دفع مفسده به هنگام شک، شناسایی شده است. باوجود این، روشن است که برای تعیین اهم قطعی یا احتمالی، عقل باید تمامی سنجه‌ها و کسر و انکسار آن‌ها را رصد کند و با درنظر گرفتن شرایط تراحم، به اهم قطعی یا احتمالی دست یازد.

واژگان کلیدی: اهم و مهم، سنجه اهمیت، مرجح تراحم، آیات مبین ترجیح، روایات مبین ترجیح.

مقدمه

قوانین و قواعد بسیاری که به‌عنوان مستند برای فرعی از فروع فقہی لحاظ می‌شود مستفاد از قاعدهٔ اهم و مهم است؛ نظیر «الضرورات تنقذ بقدرها»، «ما لا یُدرک کَلَّه لا یُترک کَلَّه»، «المیسور لایسقط بالمعسور»، «ترجیح راجح بر مرجوح»، «اولویت دفع مفسده نسبت به جلب منفعت»، «دفع افسد به فاسد» و «عدم اختلال نظام».

شیخ مفید در مسئلهٔ تقیه و رعایت مرجحات، به اهم و مهم استناد کرده است (اوائل المقالات، ۳۷۲). همچنین در احکام لقطه (شهید ثانی، ۳۷۲/۱۳؛ طباطبائی، ۳۸۹/۲؛ صاحب‌جواهر، ۷۷/۴۰)، در علم به فساد اتیان یکی از کفارات در صورت غیرمتعین بودن و عدم تمکن جمیع (کاشف الغطاء، ۴۶۶/۲)، در نهی از قنوت به دلیل تقیه (همدانی، ۲۸۸/۲)، در تراحم حقوق اخوان (خوئی، مصباح الفقاهه، ۳۶۸/۱)، در ارجح بودن دفع زکات و تعارض جهات (یزدی، ۳۱۹/۲)، در تراحم امر به معروف با هلاکت نفس (روحانی، فقه الصادق علیه السلام، ۲۶۴/۱۳) از جمله مصادیق محدودی است که در نظرات فقیهان موج می‌زند و به قاعدهٔ الأهم فالهمم استناد شده است.

در تشخیص اهم، سنجه‌های تشخیص اهم، معیارهای تعیین اولویت است که مستفاد از ادله‌ای معتبر و شامل تمام مواردی است که یکی از دو حکم متزاحم را به‌عنوان اهم تعیین خواهد کرد که البته به اختلاف مبنا، این اولویت به‌صورتی قطعی یا احتمالی مقتضی ترجیح را در بر خواهد داشت. بر اساس تتبع نگارنده در خصوص سنجه‌های تشخیص اهم از مهم، تألیف مستقلاً در آثار فقه‌پژوهان یافت نشد. در بعضی از تألیفات، از این مسئله با عنوان طرح پژوهشی اهم و مهم یاد (مهریزی، ۱۴۵/۱ تا ۱۶۴) یا مطالبی از قانون اهم و مهم و مصادیق آن ایراد شده است (علیدوست، ۴۴۰). اصولیان در منابع اصولی با عناوینی مانند مرجحات باب تراحم، اجتماع امر و نهی، تعادل و ترجیح و تخیر، در این مسئله ورود پیدا کرده‌اند که البته تمرکزگاه اصولیان در مواردی نظیر ترجیح حکم بدون بدل بر حکم دارای بدل (مظفر، ۳۷۷/۲)، تقدیم وجوب عینی بر کفائی به دلیل داشتن بدل افرادی، تقدیم واجب مضیق بر موسع به دلیل داشتن بدل زمانی و تقدیم واجب عینی بر واجب تخیری به دلیل داشتن بدل عرضی و مصداقی است. تقدیم فعلی که دارای مفسدهٔ کمتری است و تقدیم حکمی که مصلحت آن بیشتر از حکم دیگر است، از دیگر نمودها و نمونه‌های قطعی ترجیح است. دربارهٔ سنجه‌های احتمالی تقدیم، به مواردی مثل اولویت دفع مفسده در خصوص جلب مصلحت و تقدیم حق الناس بر حق الله می‌توان اشاره کرد.

در اینکه چگونه می‌توان فهمید که طبقه‌بندی اولویت‌ها بر طبق اسلوبی صحیح و معیاری درست انجام شده و بهترین انتخاب صورت گرفته است، سؤالات زیادی در ذهن فقه‌پژوهان پدیدار می‌شود،

پاسخیابی عمیق و کامل به این پرسش‌ها به ره‌آوردی مناسب در حل مسئله مذکور منجر می‌شود. ازجمله معیارهایی که جزء سنجه‌های قطعی است، متون شرعی است و آنچه که در این زمینه راه‌گشاست، غور در آیات و روایات است؛ با این توضیح که در دوران میان تکالیف، حقوق و احکام، رجوع به ساختار افعال تفصیل در آیات و روایات از زمره مواردی است که در تشخیص اهم، مثر ثمر است و می‌تواند به‌عنوان یک سنجه برای تعیین اهم ارزیابی شود.

فقهایی که در باب تراحم نیز ورود پیدا کرده‌اند، تمسک به قرآن و سنت را برای یافتن اهم از مهم یادآور شده‌اند و اصولاً بهترین راه برای پی‌جویی اهم و رفع تراحم، تمسک به متونی است که بدون واسطه مورد تأیید شارع است؛ یعنی قرآن و سنت، چراکه برای امثال مهمترین تکالیف، به سراغ جاعل تکالیف رفتن، ما را سریع‌تر و بهتر به مقصد می‌رساند. در میان آثار فقیهان نیز در مرجحات مستفاد از آیات و روایات در تقابل و تراحم میان احکام اعم از عبادی و غیرعبادی، شخصی و نوعی، الزامی و غیرالزامی، دارای مصلحت یا مفسده، منقطع یا تدریجی و...، مصادیق و نکاتی مطرح شده است. اما جستجوگر را به این باور می‌رساند که نگاه فقها به قرآن و سنت بیشتر از دریچه استنباط حکم شرعی بوده است و به آیات و روایات کمتر از زاویه تحصیل اهم و رفع تراحم تمسک شده است و نگارنده درصدد تبیین سنجه‌هایی است که در تراحم امتثالی سنجش می‌شود که نتیجه آن را بر اولویت‌های الزامی و غیرالزامی (استحبابی و نظیر آن) می‌توان تعمیم داد. هنگام دوران میان تعیین و تخییر اگر قائل به اولویت تعیین باشیم. باتوجه به اینکه هریک از متزاحمین به‌صورت جداگانه حجیت دارند. نیز می‌توان با توسل به اهم محتمل که مستفاد از تصریح شارع است، از بن‌بست تخییر در انجام تکالیف در زمان واحد خارج شد.

آنچه در این نوشتار کاوش می‌شود، تعیین اولویت‌های مستفاد از قرآن و سنت در تشخیص اهم است که به‌عنوان ضرورتی اجتناب‌ناپذیر برای جستجوگران سنجه‌های تشخیص، اهم قلمداد می‌شود تا بتوان در مقام تراحم از این ملاک به‌عنوان یک سنجه و معیار برای تشخیص اهم استفاده کرد، البته تعیین اهم در صورتی میسر است که این سنجه در کنار دیگر سنجه‌ها، سنجش و ارزیابی شود. ورود به این بحث را با ذکر چند نکته مقدماتی میسر می‌کنیم:

۱. آیات و روایات همان‌طور که به‌عنوان مهمترین ادله در استنباط احکام هستند، در هنگام دوران میان دو حکم شرعی نیز می‌توان با استناد به آن‌ها اهم را معین کرد و این تعیین علاوه بر رفع تراحم در میان دو حکم الزامی شامل دو حکم غیرالزامی نیز می‌شود.

۲. همان‌طور که بیان شد، رجوع به متون شرعی بهترین سنجه برای تشخیص اهم از مهم است. بااین وجود در تعیین اهم توجه به سایر سنجه‌ها نیز ضروری است و در هنگام تراحم سنجه‌ها، کسر و انکسار

مصالص موجود در هریک از سنجها توسط عقل لازم است.

۳. استقصاء تمامی سنجهاى ترجیح که برآمده از آیات و روایات باشند، نیازمند تحقیقی مبسوط و مستقل است و در اینجا به بیان نمونه‌ها و شواهدی از تراحم در احکام از دریچه مرجع باب تراحم نگاه شده است.

۴. در این نوشتار پس از تبیین مدرک قاعده اهم و مهم، شواهد و نمونه‌هایی از سنجهاى احتمالی و قطعی مستفاد از قرآن و سنت در تعیین اهم بدون نظرداشت به اقسام تراحم، ارائه می‌شود.

۱. مدرک قاعده اهم و مهم^۱

تقدیم اهم بر مهم که از آن به قانون یا قاعده اهم و مهم یاد می‌شود، از شهرت درخور ملاحظه‌ای برخوردار است و هیچ فقیهی با آن مخالفت نکرده است و امامیه و غیرایشان بر قبول آن اتفاق نظر دارند (نک: مطهری، ۸۶/۱)، هرچند که مستند آن نوعاً بیان نشده است. مستندات و مصادیق این قاعده را می‌توان در آیات قرآن^۲ و روایات^۳ و سیره عملی اهل بیت (ع)^۴ دنبال کرد. بالاین وجود، به نظر می‌رسد که دلیل عمده مدرک قاعده، حکم عقل است و مستندات نقلی و بنای عقلا نیز مؤید حکم عقل است، چنانچه این قاعده جزء مسائلی شمرده شده است که دلیل آن‌ها در خودشان نهفته شده است (خوئی، مصباح الاصول، ۶۷/۱) و داوری کردن در تقدیم اهم را به عقل نسبت می‌دهند (نائینی، ۳۳۵/۱). همچنان که بیان

۱. باتوجه به اینکه اثبات قاعده اهم و مهم از حوزه رسالت این مقاله خارج است؛ لذا فی الجمله به بعضی از مصادیق و مستندات در پاورقی پرداخته خواهد شد.
۲. از جمله آیاتی که فی الجمله مؤید قاعده اهم و مهم است، آیه شریفه: «...يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا...» (بقره: ۱۷۲) است که در آن، ضمن تصریح به منافع خمر و میسر، اثم آن‌ها را بیشتر دانسته است و در نتیجه در تقابل میان منافع و مفسدات آن، به دلیل اهمیت دفع مفسده و اعمال قاعده اهم و مهم، حکم به حرمت خمر و میسر شده است. همچنین طبق آیه شریفه: «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنَازِيرِ وَ مَا أَهْلٌ بِهِ لَعْنَةُ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ...» (بقره: ۱۷۳)، انسان اگر در موقعیت اضطرار با رعایت ضوابطی قرار گیرد، با عنایت به اهمیت حفظ نفس، جواز آنچه ممنوع است، صادر می‌شود که حکایت از رعایت قانون اهم و مهم در نزد شارع می‌کند (نک: بقره: ۱۹۱؛ نساء: ۱۱، ۱۲، ۸۳ و ۱۴۸؛ کهف: ۷۱ و ۷۹؛ توبه: ۶۰؛ زخرف: ۳۳؛ نحل: ۱۰۶).

۳. روایت «لَيْسَ الْعَاقِلُ مَنْ يَعْرِفُ الْخَيْرَ مِنَ الشَّرِّ وَلَكِنَّ الْعَاقِلَ مَنْ يَعْرِفُ خَيْرَ الشَّرِّينِ» (مجلسی، بحار الانوار، ۶/۷۵)، از جمله روایاتی است که می‌تواند مستند این قاعده قرار گیرد و ضابطه عاقل بودن را فقط در تمیز بین خیر و شر کافی نمی‌داند؛ بلکه رعایت مراتب شرور و تقدیم شر ضعیف بر شر اقوی در زمان تراحم، دال بر پذیرش قاعده اهم و مهم است که تشخیص بد و بدتر را ملاک عاقل بودن معرفی می‌کند. همچنین روایت «لَا قُوَّةَ بِاللَّوَالِ إِذَا أَضْرَّتْ بِالْفَرَانِضِ» (شریف الرضی، حکمت ۳۹؛ لیسى واسطی، ۵۳۳) از جمله مصادیق مؤید این قاعده است؛ با این توضیح که در این روایات به صورت نفی جنس بیان می‌کند که اتیان عبادت‌های مستحقی در صورتی که به انجام واجبات ضرر برسانند، هیچ قرب و نزدیکی به خداوند نخواهد داشت؛ چراکه اهم، انجام واجب به صورت کامل است و نباید آن را فدای غیراھم کرد.

۴. از جمله مصادیق این قاعده در سیره عملی حضرت علی علیه السلام مشاهده می‌شود که در ماجرای غصب حق خلافت، از حق مسلم خود چشم‌پوشی کردند و ترس از ارتداد مردم را به عنوان دلیل این چشم‌پوشی بیان کردند که باتوجه به تقابل دو امر و اهمیت بیشتر خطر ارتداد، حضرت امر ارجح و اهم را رعایت کردند (مجلسی، بحار الانوار، ۱۷۱/۴۳). همچنین امام حسن علیه السلام دلیل صلح با معاویه را چنین بازگو می‌کند که اگر این کار را نمی‌کردم، هیچ شیعه‌ای بر روی زمین باقی نمی‌ماند، مگر آنکه کشته می‌شد (ابن بابویه، علل الشرائع، ۲۱۱).

شده است که عقل تفویت اهم و تحصیل غرض مهم را قبیح می‌داند؛ زیرا ترجیح راجح بر مرجوح می‌شود و این قبیح است (روحانی، منتقى الأصول، ۶۸/۳)، تاجایی که حتی آن‌هایی که عقل را از درک مصالح و مفاسد مدنظر شارع عاجز می‌دانند، در زمان تراحم ملاکات و احکام، عقل را در تشخیص اهم و تمیز آن از مهم حاکم و قادر می‌دانند (خونی، محاضرات فی اصول الفقه، ۷۰/۳ و ۲۷۰). بنابراین عمده دلیل برای قاعده مند بودن اهم و مهم و رعایت آن، حکم عقل است و دیگر مستندات، ارشاد به حکم عقل دارند و مؤید آن هستند.

۲. تقدیم یا عدم تقدیم اهم محتمل

یکی از مباحث درخور توجه در تعیین اهم، ترجیح در هنگامی است که یک آیه یا روایت به صورت احتمالی مبین اهم بودن یکی از متزاحمین باشد که تقدیم متزاحم دارای سنجۀ احتمالی در رفع تردیدها در باب تراحم از اهمیت ویژه‌ای برخوردار خواهد بود. راجع به تشخیص اهم و ترجیح یا عدم ترجیح اهم محتمل، نظرات مختلفی بیان شده است که جمعی قائل به تقدیم و بعضی قائل به عدم تقدیم شده‌اند. عمده دلایل تقدیم به شرح زیر است:

۱. در صورت اشتغال یقینی به تکلیف، قطع به انجام تکلیف و برائت در فرض تخییر حاصل نمی‌شود. اما با اخذ به قدر متیقن و تقدیم توأم با تعیین، برائت و قطع به انجام تکلیف محرز می‌شود (عراقی، ۳۳۶).
۲. احتیاط اقتضا می‌کند که اهم محتمل مقدم شود و منشأ آن حکم عقل است و این احتیاط در دوران میان تعیین و تخییر نیز جاری است (مظفر، ۲۱۶/۳).

۳. در صورت علم به اهمیت یکی از متزاحمین، علم به سقوط اطلاق از دیگری حاصل می‌شود، اما در احتمال اهمیت یکی از متزاحمین، سقوط اطلاق اهم محتمل احراز نمی‌شود و لذا اخذ به آن موجه و معین است (صدر، ۹۰/۷).

۴. در هنگام شک در تقدیم یا تخییر اهم محتمل، عقل به صورت مستقل حکم به تعیین می‌کند؛ چراکه در تعیین، تخییر نیز اعمال شده است، ولی در تخییر جانب تعیین رعایت نشده است. همان طور که در هنگام شک در تعیین یا تخییر حجیت فتوای اعلم و غیراعلم، حکم به تعیین حجیت فتوای اعلم، جانب تخییر نیز لحاظ می‌شود (جزایری، ۵۶۱).

عمده دلایل عدم تقدیم اهم محتمل عبارت‌اند از:

۱. عقل به قبح تساوی راجح و مرجوح و همچنین ترجیح یکی از دو حکم متساوی، حکم می‌کند. اما تطبیق این کبرای عقلی بر اهم محتمل، محل تردید است و حجیت ندارد (اصفهانی، ۲۲۴/۴).

۲. در صورتی که مکلف عاجز از امتثال چند تکلیف باشد، تقدیم محتمل‌الاهمیه موجه نیست؛ زیرا علم اجمالی تبدیل به علم تفصیلی نمی‌شود و تنجز تقدیم حاصل نیست، پس تخییر ثابت است (خوئی، مصباح‌الاصول، ۳۲۷/۱).

۳. احتمال اهم‌بودن، در اهم محتمل نظیر احتمال اهم‌بودن در غیراهم محتمل است و هیچ‌کدام منجز نیست؛ چراکه از نظر تمکن موافقت قطعی یا ترک مخالفت قطعی در یک حد هستند (اصفهانی، ۲۲۵/۴). به نظر می‌رسد که در صورت شک تقدیم اهم محتمل، می‌توان از اصل برائت از تکلیف زائد استفاده کرد؛ با این توضیح که در هنگام تراحم، حکم اولی تثبیت تخییر توسط عقل است و احتمال اهمیت، احتمال احتیاط را تقویت می‌کند و تقدیم تعیین بر تخییر، نوعی تحمیل تکلیف زائد است که اصل بر برائت از تکلیف زائد است، البته در صورتی که بتوان شک در اصل تکلیف را محرز دانست. از طرف دیگر شاید چنین به نظر رسد که شک در مکلف‌به منعقد می‌شود؛ چراکه اجمالاً می‌دانیم که در عالم واقع یکی از متزاحمین، اهم است؛ هرچند که علم تفصیلی نداریم. اما این علم اجمالی ارتباطی با برائت از تکلیف زائد مبنی بر تعین اهم محتمل ندارد؛ چراکه علم اجمالی فقط راجع به اصل تکلیف به اطراف تراحم است و صرف‌الاحتمال‌بودن، دلیلی بر اهم مقطوع و معلوم نخواهد بود و با صرف احتمال، دلیلی برای اخذ به تعیین وجود ندارد، مگر اینکه این احتمال از نظری آن‌قدر تقویت شود که در نزد عقل موجه شود و به اصطلاح، احتمال ترجیح توسط عقل سلیم نوعی یا شخصی تأیید شود، در آنجا به نظر تقدیم اهم محتمل متعین می‌شود.

به‌زعم نگارنده در مجموع به نظر می‌رسد که در صورت پذیرش تقدیم اهم محتمل، نمودهای بسیاری از متزاحمین را می‌توان مشمول تقدم دانست. با این وجود رصدکردن کمیت و کیفیت احتمال هریک از متزاحمین، میزان سازگاری آن‌ها با مقاصد شریعت، میزان مصلحت و مفسده موجود در هریک، توجه به شخصی‌بودن یا نوعی‌بودن و حق‌الله یا حق‌الناس بودن متزاحمین از جمله مؤلفه‌هایی است که نیاز است در این خصوص مدنظر قرار داده شوند و چه‌بسا در هریک از متزاحمین به‌طور جداگانه سنجه‌های قطعی برای ترجیح موجود باشد که نتیجه آن، از ترجیح قطعی به ترجیح احتمالی تنزل یابد و در همه مواردی که احتمال اهمیت حاصل می‌شود، این عقل است که در منصب داوری و قضاوت پس از کسر و انکسار ملاک‌های ترجیح احتمالی به اولویت یکی از متزاحمین حکم خواهد کرد، هرچند که در ارزیابی به اولویت یقینی نرسد؛ بلکه ترجیح با احتمال عقلانی نیز کفایت می‌کند. مثلاً در صورتی که از ادله قرعه فقط احتمال عقلایی تقدیم یکی از متزاحمین به دست آید، در اینجا در صورت پذیرش تقدم اهم محتمل، تعیین بر تخییر مقدم خواهد بود یا اگر هنگام دوران میان صدق و کذب به‌سبب وجود مصالح و مفسد در هریک

از آن‌ها پس از مترصد شدن سنجه‌های ترجیح به احتمال عقلایی وجود مصلحت بیشتر در کذب برسیم، با پذیرش این مطلب می‌توان حکم به ترجیح کذب کرد. اما در صورت نپذیرفتن تقدیم اهم محتمل، در مثال اول تخییر حاکم خواهد بود و در مثال دوم حرمت کذب باقی خواهد ماند؛ چراکه اقتضای حرمت برای کذب موجود است و مانع نیز مفقود است.

۳. وجه جمع میان بعضی از روایات متعارض در تعیین اهم

در تشخیص اهم، در پاره‌ای از اوقات به نظر می‌رسد که بعضی از روایات بر فرض صحت سندشان، از نظر دلالت با هم ناسازگاری دارند؛ با این تقریر که در بعضی از تکالیف محول شده باتوجه به روایات، تراحم صورت می‌گیرد؛ به گونه‌ای که تکلیفی مطابق با روایتی و تکلیف دیگر با روایت دیگری مطابقت دارد. به طور نمونه اگر امثال ذی‌المقدمه‌ای تکلیف شده باشد که اتیان آن از دو طریق میسر باشد که هریک از مقدمات با روایتی همخوانی داشته باشد و قابلیت جمع میان آن‌ها از نظر ظاهری منتفی باشد، در اینجا نیاز است که وجه جمع میان روایاتی که متعارض نما هستند، بیان شود؛ مثلاً روایت «... أَفْضَلُ الْأَعْمَالِ أَحْمَرُهَا...» (مجلسی، روضة المتقین، ۴۰/۲؛ همو، مرآة العقول، ۸۴/۷) با دو روایت «... خَيْرُ الْأُمُورِ أَوْسَطُهَا...» (کلبی، ۵۴۱/۶) و «... بَعْثَنِي بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّهْلَةِ السَّمْحَةِ...» (همو، ۴۹۴/۵) از نظر ظاهری متعارض است؛ با این توضیح که در روایت اول سخت‌ترین کارها بافضیلت‌ترین آن‌ها توصیف می‌شود و در روایت دوم خیر را امری میانه معرفی می‌کند. در روایت سوم نیز پیامبر اکرم (ص) یکی از اهداف خویش را مبعوث شدن برای سهل‌گیری و آسان‌گرفتن بیان می‌کنند.

در وجه جمع میان روایت اول با دوم چنین به نظر می‌رسد که انجام کارهای سخت و دشوار برای فرد تا زمانی فضیلت و برتری بیشتری نسبت به کار آسان‌تر دارد که نتیجه و خروجی آن از کیفیت بالاتری برخوردار باشد و علاوه بر آن فرد را باتوجه به ظرفیت‌هایی که داراست از حوزه تعادل خارج نسازد؛ چراکه فضائل اخلاقی در مرز افراط و تفریط هستند؛ مثلاً شجاعت، مرز میان بزدلی و جسارت است و در صورتی که شخص به یک جهت گرایش پیدا کند، از حالت تعادل خارج و ملبس به افراط یا تفریط می‌شود که دیگر اصل کار او از ارزشمندی خارج می‌شود، در حالی که افضل بودن در هنگامی می‌تواند مدنظر قرار گیرد که اصل کار از نظر ممدوح بودن زیر سؤال نرود و این اصل مادی حفظ می‌شود که شخص را از حوزه تعادل در امور ساقط نکند.

در وجه جمع میان روایت اول با سوم به نظر می‌رسد که روایت اول انصراف به افراد دارد و روایت دوم انصراف به انواع دارد؛ با این توضیح که هر شخص راجع به خود باید در اجرای فرامین و دستورات الهی

سخت‌گیر باشد، اما در چگونگی عمل کردن دیگران با وسعت و سهل‌گیری برخورد کند. شاهد آن روایتی دیگر است که هشت خصیصه برای مؤمن بر شمرده است؛ از جمله اینکه بدن مؤمن در رنج و زحمت است، اما مردم از او در راحتی و آسودگی هستند (ابن بابویه، امالی، ۵۹۲). رسول اکرم (ص) هم راجع به خود اهل مذاقه بودند و درباره دیگران با تساهل و تسامح برخورد می‌کردند. البته ناگفته نماند که تساهل راجع به دیگران همیشه ممدوح نیست و در صورتی صحیح است که مسئولیتی متوجه یک فرد یا جمعی به صورت تکلیفی عینی راجع به دیگران نباشد، وگرنه در مواردی نظیر امر تربیت فرزند و متعلم، نظارت بر مصرف بیت‌المال و اجرای حدود الهی، آسان‌گرفتن غلط و مذموم است و بالعکس نیاز به دقت و مذاقه دارد تا حق آن ادا شود.

بنابراین به نظر می‌رسد که روایت اول ناظر به مصالح شخصی است و دو روایت دیگر بیانگر مصالح نوعی است که در تشریعات اسلامی معمولاً به‌عنوان راهبردهای کلی در قانونگذاری‌ها استفاده می‌شود، همچنان‌که علی (ع) برای برتری عدل بر جود دلایلی را بیان فرموده‌اند که به این مطلب اذعان دارد (مجلسی، بحار الانوار، ۳۵۰/۷۲).

۴. سنجه‌های مستفاد از آیات و روایات در تقویت اصول اعتقادی

یکی از معیارهایی که می‌تواند در زمان تراحم به‌عنوان یکی از سنجه‌های ترجیح مطرح شود، توجه به این نکته است که رهاورد کدام یک از متزاحمین، تقویت و عدم تضعیف اصول اعتقادی است که باتوجه‌به مؤلفه‌هایی نظیر شخصیت فرد و مقتضیات زمانی و مکانی نیز متفاوت خواهد بود.

در این زمینه آیات و روایاتی وارد شده است؛ مثلاً «خَيْرُ الْأَعْمَالِ مَا أَصْلَحَ الدِّينَ» (لثی و اسطی، ۲۳۷) و «... وَ لَا مَنَّةَ مُؤْمِنَةٍ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَ لَوْ أَعْجَبَتْكُمْ... وَ لَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَ لَوْ أَعْجَبَكُمْ...»^۱ (بقره: ۲۲۱) یا در باب نکاح، ازدواج با زن یهودی و نصرانی افضل و بهتر از ازدواج با زن ناصبی شمرده شده است (کلینی، ۳۵۱/۵) که به نظر می‌رسد ازدواج با زن یهودی در تقابل با زن ناصبی، نوعی دفع افسد به فاسد است؛ هرچند که دلیل خیربودن آن بیان نشده است اما می‌توان دریافت که همسر یهودی نوعاً مفسده کمتری در تضعیف اصول اعتقادی شخص و فرزندانش نسبت به زن ناصبی دارد. در روایتی دیگر، خرج کردن درهمی در راه حج، بهتر از خرج کردن یک میلیون درهم در غیر حج شمرده شده است و بالاتر از آن، رساندن یک درهم به امام، افضل از خرج کردن یک میلیون درهم در راه حج است (ابن بابویه، الفقیه،

۱. «کنیز با ایمان از زن آزاد بت‌پرست بهتر است؛ هرچند [زیبایی یا ثروت یا موقعیت او] شما را به شگفتی آورد... یک غلام با ایمان از یک مرد آزاد بت‌پرست بهتر است، هرچند [مال و موقعیت و زیبایی او] شما را به شگفتی آورد...» (مکارم شیرازی، ۳۵).

۲/۲۲۵). به نظر می‌رسد دلیل تفاوت شگرف هزینه‌کردن مال در راه حج در مقابل غیرحج، عنوانی نظیر تقویت شعائر دینی باشد و حفظ این تفاوت در رساندن مال به دست معصوم نسبت به خرج آن در راه حج نیز به این دلیل است که بالاترین جایگاه دینی برای امام است و او بهتر می‌داند چگونه با این مال، دین و شعائر دینی را تقویت کند! همچنین بعضی از روایات، سلامت دین و صحت بدن را بهتر از مال دانسته‌اند (کلینی، ۲/۲۱۶؛ مجلسی، مرآة العقول، ۹/۱۶۳)؛ یعنی مال را برای دین‌دارشدن خرج کنیم و نه بالعکس یا گناه در دین را بهتر از حسنه در غیردین برشمرده است (کلینی، ۲/۴۶۴).

در مجموع از مضمون روایاتی که از باب نمونه مطرح شد، چنین برداشت می‌شود که در دوران میان دو متزاحم، آنکه سبب تقویت دین و دین‌داری می‌شود مقدم است و ممکن است بیان شود که چنین روایاتی در میان دو متزاحم الزامی، سالبه به انتفاع موضوع است و فقط در میان متزاحمین غیرالزامی، جاری است. اما توجه به این مؤلفه در هنگام دوران میان دو امر الزامی هم با عنایت به آینده‌نگری و سنجش پیامدهای متفرع بر هریک از متزاحمین توسط فرد در تعیین اهم، بسیار راهگشا است؛ مثلاً یکی از واجبات شرعی مرد عیال‌وار، تأمین نفقه است. حال اگر شخص در پذیرش یکی از دو شغل مخیر باشد که هر دو فی‌نفسه مباح باشند، اما باتوجه به مقتضیات مختلفی مثل فردی، زمانی و مکانی، یکی از شغل‌ها هرچند که درآمد بیشتری داشته باشد ممکن است به‌صورت تدریجی دین‌داری او را تضعیف کند و شغل دیگر دین‌مداری او را تقویت کند یا شخص احتمال عقلایی بدهد که چنین نتیجه‌ای بر آن بار می‌شود، در اینجا با کمک از این سنجه، اهم متعین خواهد شد.

۵. سنجه‌های مستفاد از آیات و روایات در کیفیت عمل

از دیگر معیارهایی که می‌تواند در تعیین اهم مدنظر قرار گیرد، توجه به کیفیت هریک از متزاحمین است؛ با این توضیح که فرد مکلف مؤلفه‌هایی را که از محتوای عمیق‌تر و دقیق‌تری برخوردار است به‌عنوان سنجه و ملاک برای اهم مورد سنجش قرار دهد. البته استقصاء تمام سنجه‌های کیفیت، خارج از حوصله این نوشتار است. همچنین نمونه‌ها و شواهد مبین کیفیت در عمل نیز متفاوت‌اند. بعضی از شواهد روایی که تبیین‌گر اهمیت کیفیت عمل و اولویت آن است عبارت‌اند از:

۱. اولویت^۱ متزاحم توأم با استمرار زمانی نسبت به فعل غیرمستمر: روایاتی نظیر «أَحَبُّ الْأَعْمَالِ إِلَى اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ مَا دَاوَمَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ وَإِنْ قَلَّ» (کلینی، ۲/۸۲؛ حر عاملی، ۳/۸۸) و «قَلِيلٌ يَدْوُمُ خَيْرٌ مِنْ

۱. نگارنده از تعبیر اولویت استفاده کرده است؛ زیرا اهم‌بودن هنگامی مشهود خواهد بود که این سنجه در کنار دیگر سنجه‌ها واریسی شود و درنهایت عقل با نظر داشت تمامی سنجه‌ها، به اهم مقطوع یا احتمالی دست یازد.

کثیر منقطع» (لیثی واسطی، ۳۷۰) مؤید این است که عمل اندک مستمر، دوست‌داشتنی‌تر و محبوب‌تر در نزد باری تعالی نسبت به دیگر اعمال است. به نظر می‌رسد که در دوران میان دو متزاحم، عمل دارای استمرار نسبت به فعل منقطع و غیرمستمر اولویت دارد. البته ممکن است این استمرار، مرتبط به خود عمل یا دستور شارع باشد یا به شرایط مکلف برگردد، به گونه‌ای که مثلاً مکلفی یکی از طرفین تزاحم را بتواند به صورت مستمر انجام دهد و مکلف دیگر، متزاحم دیگر را.

۲. اولویت متزاحم نشاط‌آور نسبت به فعل ملال‌آور: شخصی که به روایت «قَلِيلٌ مَدُومٌ عَلَيْهِ خَيْرٌ مِنْ كَثِيرٍ مَمْلُوءٍ مِنْهُ» (حر عاملی، ۱۱۸/۱) توجه نداشته باشد، ممکن است در نگاه اول چنین به نظر برسد که از نظر کمی، فعل کثیر به صورت مطلق اهمیت بیشتری از فعل قلیل دارد و یکی از ترفندهای شیطان رجیم این است که افراد را به فعلی بزرگ که دفعی و منقطع انجام می‌شود، متمایل می‌سازد تا آن‌ها را از فعلی کوچک که در بازه‌های زمانی مختلف انجام می‌شود بازدارد؛ درحالی‌که این روایت با تعیین دو ضابطه استمرار و نشاط، فعل صغیر دارای استمرار و نشاط را بهتر و اهم از فعل کثیر منقطع و ملال‌آور لحاظ می‌کند.

۳. اولویت متزاحم مخفی نسبت به فعل علنی: آیات و روایات زیادی مؤید این مطلب است؛ از جمله: «...وَإِنْ تُخْفُوها وَتُؤْتُوها الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ...»^۱ (بقره: ۲۷۱)؛ «ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً...»^۲ (اعراف: ۵۵)؛ «...يَا عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ قُلْ لِي قُلُوبٌ وَ أَكْثَرُ ذِكْرِى فِي الْخَلْقِ...» (کلینی، ۵۰۲/۲)؛ «أَعْظَمُ الْعِبَادَةِ أَجْرًا أَخْفَاهَا» (همو، ۷۹/۱)؛ «الْمُؤْمِنُ يَدْعُو لِأَخِيهِ بِطَهَرِ الْغَيْبِ يَقُولُ لَهُ الْمَلِكُ آمِينَ» (همو، ۵۰۷/۲)؛ «...الصَّدَقَةُ فِي السِّرِّ وَاللَّهُ أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ فِي الْعَلَانِيَةِ...» (همو، ۳۳۳/۱). دلیل آن، نزدیک تربودن به اخلاص و دوربودن از ریا بیان شده است (مجلسی، مرآة العقول، ۲۱/۴) و در نتیجه عمل خیر در صورتی که مخفی باشد، کیفیت آن بیشتر حفظ می‌شود و از دستبرد نفس و رذایل اخلاقی، بهتر در امان می‌ماند؛ ولی کار نیکی که در منظر دیگران باشد ممکن است با رذایلی چون ریا و عجب حبط شود و شیاطین انسی نیز می‌توانند مانع تحقق آن شوند. البته به نظر می‌رسد که انجام مخفیانه اعمال صالح، همیشه هم اولویت ندارد؛ مثلاً انجام تکالیف عبادی و اجتماعی واجب اگر در اغلب اوقات در خفا انجام شود، ممکن است شائبه حاصل شود و شخص را در معرض تهمت قرار دهد. همچنین مخفیانه‌بودن بعضی از عبادات، سالبه به انتفاع موضوع است. بعضی نیز بیان داشته‌اند که انجام کارهای خیر مخفیانه اعم از واجبات و مندوبات در هنگام خوف ریا، احسن است و در صورت عدم خوف ریا، اظهار کار خیر

۱. «... و اگر اتفاق‌ها را مخفی ساخته و به نیازمندان بدهید، برای شما بهتر است...» (مکارم شیرازی، ۴۶).

۲. «پروردگار خود را از روی تضرع و در پنهانی بخوانید...» (مکارم شیرازی، ۱۵۷).

احسن است؛ چراکه تأسی به خیر است و دیگران را به کار صالح ترغیب و تشویق می‌کند (مجلسی، روضة المتقین، ۵/۵۱۰)، هر چند که به دلیل پیچیدگی و جلوه‌نمایی نفس باتوجه به مراتب آن، احراز خوف‌نداشتن از ریا دشوار است.

۴. اولویت متزاحم برخوردار از نتایج اخروی نسبت به فعل دیگر: در روایاتی نظیر «لِكُلِّ عَمَلٍ جَزَاءٌ فَاجْعَلُوا عَمَلَكُمْ لِمَا يَنْقَى وَ ذَرُوا مَا يَفْنَى (لیشی واسطی، ۴۰۱)؛ «خَيْرُ الاسْتِعْدَادِ مَا اُصْلِحَ بِهِ الْعَمَاد» (آمدی، ۳۵۷)، توجه به فعلی شده است که انجام آن توأم با بقا است و در نتیجه در هنگام دوران امر بین دو فعل که یکی جنبه اخروی آن پررنگ‌تر است، اولویت دارد که تلاش شخص در فعلی مصروف شود که از این زاویه، قوت و شدت بیشتری دارد و در صورت تزاحم در دو امر الزامی با مددگرفتن از این سنجه می‌توان اهم را تعیین کرد؛ چراکه حداقل دلالت این روایت بر استحباب است و متزاحم دارای این خصیصه علاوه بر الزامی بودن، فی نفسه قیدی دیگر از اولویت را دارا است. همچنین روایت «سَوْدَاءُ وَلَوْ خَيْرٌ مِنْ حَسَنَاءَ عَقِيمٍ [لاتلد...]» (پابنده، ۵۲۶؛ تاج‌الدین، ۱۰۱)، مؤیدی دیگر است که به صورت غیرمستقیم به رونق بخشی امر آخرت اشاره دارد و در انتخاب، فرد را تشویق و ترغیب به سیاه‌روی و لود می‌کند؛ چراکه از نظر نتیجه و عاقبت سنجی معمولاً همسر مؤمن و لود پرونده اعمال متأخر فرد را پس از مرگ تقویت می‌کند، اما همسر مؤمن زیار و عقیم نوعاً جنبه دنیایی آن ملحوظ‌تر است.

۵. اولویت متزاحم معرفت‌بخش تفصیلی نسبت به فعل دیگر: بعضی از روایات نظیر «شَمَّةٌ مِنَ الْمَعْرِفَةِ خَيْرٌ مِنْ كَثِيرِ الْعَمَلِ» (طبرسی، ۷۶)؛ «إِتْمَامُ الْمَعْرُوفِ خَيْرٌ مِنْ اِبْتِدَائِهِ» (لیشی واسطی، ۱۲۶، ۱۳۷۶)؛ «قَلِيلُ الْعَمَلِ مَعَ كَثِيرِ الْعِلْمِ خَيْرٌ مِنْ كَثِيرِ الْعَمَلِ مَعَ قَلِيلِ الْعِلْمِ وَ الشُّكِّ وَ الشُّبْهَةِ» (مفید، الاختصاص، ۲۴۵)، به اهمیت انجام عمل توأم با علم و معرفت دلالت دارند. شاید چنین به نظر برسد که در صورت تزاحم، شخص علم به تکلیف دارد اما نمی‌داند کدام اهم است، ولی با توجه به این روایات می‌توان علم را به دو صورت بسیط و مرکب تقسیم کرد؛ با این توضیح که ممکن است شخص راجع به اتیان و اتمام یکی از متزاحمین، علم اجمالی و در خصوص دیگر متزاحم از نظر ورود و خروج انجام کار و جزئیات آن علم تفصیلی داشته باشد که در نتیجه با استفاده از این سنجه، متزاحم متلبس به علم تفصیلی دارای اولویت است و می‌تواند به‌عنوان اهم، متعین شود و این معرفت تفصیلی می‌تواند راجع به اصل عمل، مقدمات عمل، اجرایی کردن عمل و دیگر موارد، ملاک و معیار سنجش باشد.

۶. اولویت متزاحم برخوردار از موضوع مطلوب شارع نسبت به فعل دیگر: در پاره‌ای از اوقات، مکلف در دوران میان چند موضوع متزاحم، مجبور است که دست به گزینش زند و اهم را مشخص کند؛ مثلاً در صورتی که تحصیل مال یا تحصیل علم، وجوب عینی نداشته باشد و متلبس به انواع دیگر وجوب

باشد، باتوجه به روایات «لَا مُصِيبَةَ أَعْظَمُ مِنَ الْجَهْلِ» (مفید، الاختصاص، ۲۴۶) و «إِنَّ طَلَبَ الْعِلْمِ أَوْجَبُ عَلَيْكُمْ مِنْ طَلَبِ الْمَالِ» (کلینی، ۳۰/۱) می‌توان موضوع علم را در صورتی که با دیگر سنج‌ها تداخل نداشته باشد، اهم دانست. همچنین ممکن است مثلاً به استادی چند جلسه به صورت الزامی پیشنهاد شود که از نظر زمانی مقارن باشد و موضوع و محتوای یکی از جلسات عالمانه‌تر و مخاطبان آن عالم‌تر باشند و در دیگر جلسات افرادی سرشناس مخاطب باشند، اما مباحث غیرعلمی آن مشهودتر باشد یا اینکه همه جلسات عالمانه باشد، اما خروجی یکی از آن‌ها معرفت به حلال و حرام باشد، در صورتی که ملاک و معیار دیگری جهت ترجیح یکی از این جلسات مدنظر نباشد، باتوجه به روایت «الْجُلُوسُ سَاعَةً عِنْدَ مُذَاكِرَةِ الْعِلْمِ أَحَبُّ إِلَيَّ اللَّهُ مِنْ قِيَامِ أَلْفِ لَيْلَةٍ يُصَلِّي فِي كُلِّ لَيْلَةٍ أَلْفَ رُكْعَةٍ وَ الْجُلُوسُ سَاعَةً عِنْدَ مُذَاكِرَةِ الْعِلْمِ أَحَبُّ إِلَيَّ اللَّهُ مِنْ أَلْفِ غَزْوَةٍ وَ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ كُلِّهِ قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ مُذَاكِرَةُ الْعِلْمِ خَيْرٌ مِنْ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ كُلِّهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ يَا أَبَا ذَرٍّ الْجُلُوسُ سَاعَةً عِنْدَ مُذَاكِرَةِ الْعِلْمِ أَحَبُّ إِلَيَّ اللَّهُ مِنْ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ كُلِّهِ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ مَرَّةٍ عَلَيْكُمْ بِمُذَاكِرَةِ الْعِلْمِ فَإِنَّ بِالْعِلْمِ تَعْرِفُونَ الْحَلَالَ مِنَ الْحَرَامِ يَا أَبَا ذَرٍّ الْجُلُوسُ سَاعَةً عِنْدَ مُذَاكِرَةِ الْعِلْمِ خَيْرٌ لَكَ مِنْ عِبَادَةِ سَنَةِ صِيَامٍ نَهَايَهَا وَ قِيَامِ لَيْلِهَا وَ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْعَالِمِ خَيْرٌ لَكَ مِنْ عِقِّ أَلْفِ رَقَبَةٍ» (مجلسی، بحار الانوار، ۲۰۱/۱) می‌توان اهم را تعیین کرد که در صدر حدیث ارزش علم آموزی مطرح شده است و در ذیل آن به علمی که سبب معرفت به حلال و حرام شود توجه شده است که در هنگام تراحم میان دو چند کار آنچه که صبغه علمی داشته باشد یا علمی بودن آن پررنگ‌تر باشد، اولویت دارد و در صورت تراحم میان دو علم، آنچه که در نزد شارع نافع‌تر معرفی می‌شود، علمی است که حلال و حرام خدا را تبیین کند. همچنین روایت «حَدِيثٌ فِي حَلَالٍ وَ حَرَامٍ تَأْخُذُهُ مِنْ صَادِقٍ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَ مَا فِيهَا مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ» (کلینی، ۷/۱)، مؤید دیگری است که علاوه بر توجه به ضرورت صحت و استناد کلام به معصوم (ع) ما را به این مطلب ارشاد می‌کند که در هنگام دوران امر بین یادگیری علوم مختلف باتوجه به کثرت معارف، تعلّم روایتی صادق در تمییز حلال و حرام، اهمیتی توصیف‌نشده با دیگر یادگیری‌ها دارد که این اولویت با قسم جلاله از ناحیه معصوم (ع) تأکید شده است.

۷. اولویت متزاحم توأم با عناوین محتوابخش نسبت به فعل دیگر: عناوینی نظیر نیت، تقوا، تفکر و اخلاص از جمله مواردی است که محتوای عمل را رونق می‌بخشد و مکلف می‌تواند در انتخاب اهم از آنچه که عمق بهتری از نظر کیفی دارد، کمک بگیرد؛ مثلاً بیان شده است که: «...إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ» (مانده: ۲۷) یا «...إِنَّ قَلِيلَ الْعَمَلِ مَعَ التَّقْوَى خَيْرٌ مِنْ كَثِيرِ الْعَمَلِ بِلاَ تَقْوَى...» (کلینی، ۷۶/۲) که قبولی اعمال به صورت انحصاری، منوط به تقوا است و اگر دوران بین دو امر باشد که در یکی از آن دو، احتمال عقلایی در اتیان آن بدون رعایت تقوا باشد ولو آنکه از نظر کمیت بسیار باشد، امر دیگر اولویت دارد.

همچنین روایات «يَتَّبِعُ الْمُؤْمِنُ خَيْرَ مَنْ عَمَلِهِ وَ يَتَّبِعُ الْكَافِرُ شَرَّ مَنْ عَمَلِهِ وَ كُلُّ عَامِلٍ يَعْمَلُ عَلَى نِيَّتِهِ» (کلینی، ۸۴/۲) و «خَيْرُ الْعَمَلِ مَا صَحِبَهُ الْإِخْلَاصُ» (لیثی واسطی، ۲۳۹) ما را به این نکته رهنمود می‌کند که اگر دو عمل باشد که یکی از آن دو از نظر نیت شخص، پرمیمانه‌تر باشد و اخلاص بیشتر در آن موج بزند، آن اولویت دارد.^۱

۶. سنجه‌های اهم در دفع مفسده هنگام شک

تزام می‌تواند در میان دو حکم الزامی یا غیرالزامی باشد که هریک از آن‌ها ممکن است مفسده یا مصلحت داشته باشد و اگر دو متزام دارای مفسده باشند، باتوجه به کسر و انکسار مفاسد موجود در هریک، باید دفع افسد به فاسد کرد و در صورتی که یکی مفسده الزامی و دیگری مفسده غیرالزامی داشته باشد، ترجیح واضح است.

یکی دیگر از صور این مسئله، تقابل متزام دارای مصلحت با متزام دارای مفسده است که به صورت الزامی یا غیرالزامی است؛ نظیر تقابل حکمی حرام در مقابل واجب یا مستحب در مقابل مکروه. در صورتی که اولویت دفع مفسده یا جلب مصلحت در هریک از طرفین با دلیلی احراز شود، مسئله حل شده تلقی می‌شود. اما سخن در جایی است که پس از اعمال سنجه‌های مختلف، کماکان ترجیح هریک از طرفین محتمل باشد. در اینجا به دلیل فقدان اصول لفظی و باتوجه به اصول عملیه، حکم به تخییر در انتخاب هریک از متزامین می‌شود.

به نظر می‌رسد که باتوجه به روایات موجود، در صورتی که سنجه‌ای موجود نباشد، دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت در صورت شک، اولی باشد؛ مثلاً در روایتی وارد شده است که: عبدالله مقتول باش و عبدالله قاتل مباش؛ یعنی بنده خدایی باش که تو را کشته باشند، نه آنکه بنده خدایی باشی که دیگری را کشته باشی (ابن بابویه، التوحید، ۲۲۷) که در دوران بین قاتل شدن که نوعی فعل است و مقتول شدن که ترک فعل است، به اولویت مقتول شدن حکم شده است و به نظر می‌رسد که دلیل اولویت از ظالم شدن و مظلوم بودن سرچشمه می‌گیرد؛ با این توضیح که شخص اگر در آن واحد مجبور باشد که یا متلبس به ظالم شدن یا مظلوم بودن شود، مظلوم بودن اولویت دارد و نوعاً قاتل از مصادیق ظالم و مقتول از مصادیق مظلوم است و این روایت به نوعی با اقدام نکردن و دفع مفسده همخوانی دارد. در روایتی دیگر بیان شده است که: «يَا بُنَيَّ دَعْ الْقَوْلَ فِيمَا لَا تَعْرِفُ وَ الْخِطَابَ فِيمَا لَا تُكَلِّفُ وَ أَمْسِكْ عَنْ طَرِيقِ إِذَا خِفْتَ ضَلَالَتَهُ فَإِنَّ الْكَفَّ عِنْدَ خَيْرِ الصَّلَاةِ خَيْرٌ مِنْ رُكُوبِ الْأَهْوَالِ...» (حر عاملی، ۱۶۰/۲۷) که کف و اقدام نکردن به کاری را تا هنگام

۱. نک: جعفرین محمد، مصباح الشریعة، ۱۱۴؛ مؤمن جیلانی، ۲۴۵/۲.

معرفت و خروج از حیرت، اولی دانسته است. همچنین عباراتی نظیر «...الْوُقُوفُ عِنْدَ الشُّبُهَةِ خَيْرٌ مِنَ الْإِقْتِحَامِ فِي الْهَلَكَةِ» (برقی، ۲۱۵/۱)؛ «...الْوُقُوفُ عِنْدَ الشُّبُهَاتِ خَيْرٌ مِنَ الْإِقْتِحَامِ فِي الْهَلَكَاتِ» (کلینی، ۶۸/۱) و «السَّبْتُ خَيْرٌ مِنَ الْعَجَلَةِ إِلَّا فِي فُرْصِ الْبِرِّ» (لیثی واسطی، ۵۸)، در مجموع به این نکته ارشاد می‌کند که در صورت شک میان به‌تربودن اقدام به فعلی که مصلحت دارد یا ترک فعلی که انجام آن مفسده دارد، اقدام نکردن و صبرکردن اولی است، مگر اینکه با سنجه‌ای از دیگر سنجه‌ها اقدام اولویت یابد. البته ممکن است چنین بیان شود که این روایات شامل حالتی است که ما علم به تکلیف بودن یکی از طرفین نداشته باشیم که در خصوص فرض ما سالبه به انتفاء موضوع است. اما هرچند که ما علم به تکلیف بودن هریک از متزاحمین داریم، ولی به اهم بودن یکی از متزاحمین علم نداریم و این احتمال به‌صورت عقلایی می‌تواند مطرح شود که با توجه به اطلاق این روایات، قابلیت تعمیم به این موارد صادق باشد و همین احتمال بنا بر مبنایی که ذکر شد می‌تواند به‌عنوان سنجه‌ای برای ترجیح دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت در هنگام شک مطرح شود.

۷. سنجه‌های اهم در تقابل حقوق مستفاد از آیات و روایات

تقابل حقوق از جهات گوناگون می‌تواند مدنظر قرار گیرد؛ مواردی نظیر حق شخص در مقابل حق افراد، حق افراد در دوران با حق خدا و حق اشخاص در تقابل با یکدیگر. اهمیت حق الناس تا جایی است که مثلاً در حالت عادی، شکستن نماز واجب، حرام است؛ اما فقها در هنگام سررسید دین در صورتی که تنها راه ادای دین منحصر در شکستن نماز موسع باشد، نه تنها حکم به جواز؛ بلکه حکم به وجوب شکستن کرده‌اند، به‌طوری‌که مکلف در صورت تمام کردن نماز معصیت کرده است (مسلمی‌زاده، ۴۲۷).
تقدیم ادای دین بر حج (خمینی، ۳۴۳/۱)، تقدیم قتل از نظر قصاص بر تقدیم قتل به دلیل ارتداد، جواز محل شدن به هنگام صد و احصار و تقدیم جواز کفرگویی در هنگام اکراه (شهید اول، ۳۲۹/۱) نیز از دیگر نمونه‌های تقدیم حق الناس بر حق الله است. با این وجود تقدیم حق الناس به‌صورت موجبۀ کلیه، صحیح نیست و در پاره‌ای از اوقات حق الله مقدم است؛ نظیر تقدیم حکم بطلان بیع غرری حتی در صورت توافق و تراضی متبایعان بر غرر و تقدیم حد زنا به اکراه حتی در صورت گذشت مزنی بها (شهید اول، ۳۲۹/۱) از جمله موارد تقدیم حق الله است.

اما به نظر می‌رسد که با مددگرفتن و تعمیم دادن روایات فراوانی که درباره اهمیت قضای حاجات مسلمانان وارد شده است، در صورت شک تقدیم حق الله بر حق الناس به دلیل فقدان نص، از مجموع این روایات به‌عنوان معیار و سنجه‌ای برای تقدیم حق الناس بر حق الله در صورت شک استناد کرد؛ هرچند که

این روایات فقط در خصوص خودش بیان شده است، ولی قابلیت تعمیم را دارا خواهد بود؛^۱ به طور مثال در سیره عملی امام حسن (ع) مشاهده می شود که اعتکاف را برای حاجت یک برادر دینی رها کردند و وقتی راوی به امام متذکر شدند که آیا یادشان رفته که معتکف هستند؟! امام در پاسخ فرمودند: «... أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الْمُسَى فِي حَاجَةِ أَخِيهِ الْمُؤْمِنِ خَيْرٌ مِنْ اعْتِكَافِ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ» (نوری، ۴۱۲/۱۲) و در روایتی دیگر قضای حاجت مؤمن با قسم جلاله مؤکد شده است با مضمون: «وَاللَّهِ لَقَضَاءُ حَاجَةِ الْمُؤْمِنِ خَيْرٌ مِنْ صِيَامِ شَهْرٍ وَاعْتِكَافِهِ» (حر عاملی، ۳۴۵/۱۶) و حتی برای سعی و تلاش کردن در برآوردن حاجت مسلمانی، اعم از اینکه به نتیجه برسد یا نرسد، چنان پاداشی در نظر گرفته شده است که از نظر عقول عادی ممکن است ناصواب باشد؛ مثل روایت «مَنْ سَعَى فِي حَاجَةِ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ فَكَأَنَّمَا عَبَدَ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ تِسْعَةَ آلَافِ سَنَةٍ صَائِمًا نَهَارًا قَائِمًا لَيْلَةً» (ابن بابویه، الفقیه، ۱۹۰/۲؛ مجلسی، روضة المتقین، ۵۰۶/۳) و نیز روایت «... فَقَرَّ مَعَ وَالِدَيْكَ فَوَ الدِّي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَنْسُهُمَا بِكَ يَوْمًا وَلَيْلَةً خَيْرٌ مِنْ جِهَادِ سَنَةٍ» (کلینی، ۱۶۰/۲) به عنوان سنجه ای برای اولویت حق والدین در صورت تراحم میان جهاد و حقوق والدین است.^۲

نتیجه گیری

قاعده اهم و مهم از جمله قواعدی است که از شهرت درخور ملاحظه ای برخوردار است. سنجه های مختلفی می تواند در تشخیص اهم، ارزیابی شود که یکی از این سنجه ها، اولویت های برآمده از متون شرعی است که در این نوشتار پس از تبیین قاعده اهم و مهم، تقدیم اهم محتمل و وجه جمع میان بعضی از روایات، به نمونه ها و شواهدی از سنجه ها و معیارهای مستفاد از آیات و روایات تصریح شده است. یکی از ره آورده های این تحقیق در ترجیح دو امر متزاحم که از مصادیق مدنظر شارع است، تقویت یا تضعیف اصول اعتقادی است که با عنایت به این مؤلفه در هنگام دوران میان دو امر الزامی باتوجه به آینده نگری و سنجش پیامدهای متفرع بر هریک از متزاحمین توسط فرد در تعیین اهم بسیار راهگشاست. از دیگر معیارهایی که می تواند در تعیین اهم در این زمینه مدنظر قرار گیرد، توجه به کیفیت هریک از متزاحمین است که در مواردی نظیر اولویت متزاحم دارای استمرار زمانی، اولویت مخفی بودن نسبت به علنی بودن فعل، پررنگ تر بودن جنبه اخروی یک عمل، معرفت تفصیلی به متزاحم، توجه به موضوع متزاحم و عمق کیفیت مطمح نظر است.

۱. نک: کلینی، ۱۹۳ تا ۱۷۸/۲؛ طوسی، ۱۲۰/۵ به بعد؛ کراچی، ۲۳.

۲. بعضی از روایات نیز چنان صواب و اجرای را برای خدمتگزاری راجع به خانواده بیان داشته است که فرد متخیر می شود (نک: بروجردی، ۳۰۴/۲۲؛ تاج الدین، ۱۰۲).

به نظر می‌رسد که در هنگام شک در اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت نیز روایات موجود حکایت از اولویت دفع مفسده می‌کند؛ درحالی‌که فقها طبق اصول عملیه و به دلیل فقدان اصول لفظی، حکم به تخییر را در انتخاب هریک از متزاحمین موجه می‌دانند و این مطلب در تقابل حقوق در هنگام شک در تقدیم حق الله بر حق الناس نیز صادق است که از مجموع روایات مطرح شده می‌توان به عنوان سنجه‌ای برای تقدیم حق الناس بر حق الله در صورت شک استناد کرد.

با این وجود در واریسی اولویت‌های برآمده از متون شرعی در تشخیص اهم، فقط به ذکر چند نمونه بسنده شده است تا اذهان جستجوگر را به سوی بازخوانی دوباره آیات و روایات از دریچه مرجحیت در تراحم سوق دهد و نیازمند استقصاء تمامی نصوص با عنایت به تراحم مورد نظر در هر مورد به فراخور آن است و این اولویت‌ها هنگامی ما را به اهم می‌رساند که توأم با نگرش عقل به تمامی سنجه‌ها به صورت مجموعی باشد و با کسر و انکسار آن‌ها به اهم مقطوع یا احتمالی دست یازد.

منابع

- قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی، انتشارات به نشر، ۱۳۸۵.
- آمدی، عبدالواحد بن محمد، غرر الحکم، قم: دار الکتاب الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، التوحید، ترجمه محمد علی اردکانی، تهران: انتشارات علمی اسلامی، بی تا.
- _____، الامالی، تهران: نشر کتابچی، ۱۳۷۶.
- _____، علل الشرایع، قم: داوری، بی تا.
- _____، کتاب من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- اصفهانی، محمدحسین، نه‌ایة الدرایه فی شرح الکفایة، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بیروت: بی تا، ۱۴۲۹ق.
- برقی، احمد بن محمد، المحاسن، قم: دار الکتاب الاسلامیه، ۱۳۷۱ق.
- بروجردی، حسین، جامع احادیث شیعه، تهران: نشر فرهنگ سبز، ۱۳۸۶.
- پاینده، ابوالقاسم، نهج الفصاحة، تهران: دنیای دانش، ۱۳۸۲.
- جزایری، محمدجعفر، منتهی الدرایه فی توضیح الکفایة، قم: مؤسسه دار الکتاب، ۱۴۱۵ق.
- جعفرن محمد، امام جعفر صادق (ع)، مصباح الشریعة، بیروت: اعلمی، ۱۴۰۰ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۱۴ق.
- خمینی، روح الله، تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ق.
- خوئی، ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، به تقریر محمد اسحاق فیاض، قم: دار الهادی، ۱۴۱۰ق.
- _____، مصباح الاصول، به تقریر محمد سرور واعظ بهسودی، قم: داوری، ۱۴۲۲ق.

- _____، مصباح الفقاهة، به تقریر محمدعلی توحیدی، قم: نشر سید الشهداء (ع)، بی تا.
- روحانی، محمدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم: دار الکتاب، ۱۴۱۲ق.
- _____، منتقى الاصول، به تقریر سید عبدالصاحب حکیم، قم: دفتر آیت الله روحانی، ۱۴۱۳ق.
- شریف الرضی، محمدبن حسین، نهج البلاغة، تهران: نشر تألیفات فیض الاسلام، ۱۳۷۹.
- تاج الدین، محمدبن محمدبن حیدر شعیری، جامع الاخبار، نجف: نشر حیدری، بی تا.
- شهید اول، محمدبن مکی، القواعد و الفوائد، قم: مفید، ۱۴۰۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- صدر، محمدباقر، بحوث فی علم الاصول، به تقریر سید محمود هاشمی شاهرودی، بی جا: غدیر، ۱۴۱۷ق.
- طباطبائی، علی بن محمد، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۰۴ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، نثر اللالی، ترجمه حمیدرضا شیخی، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی، ۱۳۸۴.
- طوسی، محمدبن حسن، تهذیب الاحکام، تهران: دار الکتاب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- عراقی، ضیاء الدین، الاجتهاد و التقليد، قم: نوید اسلام، ۱۳۸۸.
- علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۴.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، کشف الغطاء من مهمات الشریعة الغراء، اصفهان: مهدوی، بی تا.
- کراجکی، محمدبن علی، معدن الجواهر، تهران: المکتبه مرتضویه، ۱۳۹۴ق.
- کلینی، محمدبن یعقوب، اصول کافی، تهران: مکتبه الصدوق، ۱۳۸۱ق.
- لبی و اسطی، علین محمد، عیون الحکم، قم: دار الحدیث، ۱۳۷۶.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الانوار، بیروت: مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ق.
- _____، مرآة العقول، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ق.
- مجلسی، محمدتقی بن مقصود علی، روضة المتقین، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- مسلمی زاده، توضیح المسائل شش مرجع، مشهد: هاتف، ۱۳۸۱.
- مطهری، مرتضی، اسلام و مقتضیات زمان، تهران: صدرا، ۱۳۸۰.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰ق.
- مفید، محمدبن محمد، الاختصاص، قم: نشر مؤتمر العالمی، ۱۴۱۳ق.
- _____، اوائل المقالات، بیروت: نشر دار المفید، ۱۴۱۴ق.
- مؤمن جیلانی، رفیع الدین محمدبن محمد، الذریعة الی حافظ الشریعة، تهران: انجمن اسلامی حکمت و فلسفه، ۱۳۶۰.
- مهریزی، مهدی، فقه پژوهی، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۹.

نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، به‌تقریر: محمدعلی کاظمی، قم: مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۰۹ق.

نورى، حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۸ق.

همدانی، رضابن محمدهادی، مصباح الفقيه، بی‌جا: نشر مکتب صدر، بی‌تا.

یزدى، محمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقى، بیروت: اعلمی، ۱۴۰۹ق.



Semantic analysis of the *mosbet* principle(a practical principle that has a shari'ah effect through normal or rational things)

Dr. Alireza Hodaee, Associate Professor, University of Tehran

Dr. Javad Soltani Fard, Ph.D. Graduate of jurisprudence and private law at Shahid Motahari University (RA) (Corresponding Author)

Email: j.soltani.f@gmail.com

Dr. Ahmad Mohammadi, Ph.D. Graduate of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law at Imam Khomeini Research Institute (RA)

Hossein Soltani Fard, PhD student of jurisprudence and fundamentals of Islamic law, University of Tehran

Abstract

The *mosbet* principle is an *usuli* debate with many functions, which most of the late *usulists* have raised in the considerations of the principle of *estes'hab*, and they have disagreed about its validity. *mostashab* can have non-Shari'ah (rational or normal) requirements with it, which proving each of these external matters depends on the validity of the *mosbet* principle. The opposing point of view of the *validity of mosbet* principle is that only direct Shari'ah matters can apply to *mostashab*.

Usulists do not even agree with each other in defining the *mosbet* principle; Therefore, before any discussion about the validity of the *mosbet* principle, it is necessary to define its conceptual limits precisely and after verifying the most important definitions in this field, a comprehensive definition of the said principle should be provided.

Using the analytical method, this research achieves these findings that firstly, along with rational and normal media, accidental media can also be included among the *mosbets* of *mostashab*; Secondly, in the process of the *mosbet* principle, in addition to the subject, *mostas'hab* can be a ruling, both *taklifi* and *vaz'iee*; Thirdly, the application of the *mosbet* principle is basically not exclusive to *estes'hab*, and this principle can apply to other non-verbal principles as well.

Keywords: *Mosbet* principle, Principles of *Mosbet*, *Mosbets* of principles, *Mosbets* of *estshab*, Ratiional and normal requirements of *estes'hab*.



فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۲۳۴ - ۲۱۱	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۲۳	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۱۰/۱۶
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.62605.87292

باز کاوی معناشناختی اصل مثبت

دکتر علیرضا هدائی

دانشیار دانشگاه تهران

دکتر جواد سلطانی فرد (نویسنده مسئول)

دانش آموخته دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (ره)

Email: j.soltani.f@gmail.com

دکتر احمد محمدی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی پژوهشکده امام خمینی (ره)

حسین سلطانی فرد

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

چکیده

اصل مثبت، بحثی اصولی با کارکردهای فراوان است که قریب به اتفاق اصولیان متأخر آن را در ضمن تنبیهات اصل استصحاب مطرح کرده و راجع به حجیت آن اختلاف نظر دارند. مستصحب می‌تواند با خود، لازم، ملازم و ملزومی غیرشرعی (عقلی یا عادی) داشته باشد که اثبات هریک از این امور خارجی برای آن، در گرو حجیت اصل مثبت است. دیدگاه معارض حجیت اصل مثبت بر این باور است که تنها امور شرعی بی‌واسطه می‌توانند بر مستصحب مترتب شوند.

اصولیان حتی در تعریف اصل مثبت با یکدیگر هم‌داستان نیستند؛ از این رو ضروری است پیش از هرگونه بحثی پیرامون حجیت اصل مثبت، نخست حدود مفهومی آن به‌طور دقیق مشخص و پس از راستی آزمایی مهم‌ترین تعاریف موجود در این زمینه، تعریفی جامع از اصل مزبور ارائه شود.

این پژوهش با استفاده از روش تحلیلی به این یافته‌ها دست می‌یابد که اولاً در کنار وسائط عقلی و عادی، واسطه اتفاقی نیز می‌تواند در زمره مثبتات استصحاب قرار گیرد؛ ثانیاً در جریان اصل مثبت، مستصحب علاوه بر موضوع، می‌تواند حکم، اعم از تکلیفی و وضعی باشد؛ ثالثاً جریان اصل مثبت اساساً اختصاصی به استصحاب ندارد و این اصل می‌تواند در سایر اصول غیرلفظی نیز جریان یابد.

واژگان کلیدی: اصل مثبت، اصول مثبت، مثبتات اصول، مثبتات استصحاب، لوازم عقلی و عادی مستصحب.

مقدمه

پیش از آنکه که اثری شرعی بر موضوع یا حکمی شرعی مترتب شود، باید آن موضوع یا حکم از طریق قطع، اماره معتبر یا اصل عملی احراز شود. برای هر موضوع یا حکم، سه وجه وجود دارد که به آن‌ها لازم، ملزوم و ملازم گفته می‌شود. برای مثال، وجود حیات آقای الف ملزوم است و تنفس و روییدن ریش به ترتیب از لوازم عقلی و عادی آن و تنفس نسبت به روییدن ریش ملازم هستند.

حال اگر موضوع در مثال مذکور (حیات آقای الف)، از طریق قطع احراز شود، تمام جهات فوق بر آن مترتب می‌شود؛ چراکه شکی نیست که قطع به هر چیز، مستلزم قطع به تمام لوازم آن است. بنابراین، هرکدام از جهات مزبور که اثر شرعی دارد، آن اثر مترتب خواهد شد؛ اما اگر موضوع، مشکوک باشد، جهات فوق نیز مشکوک خواهد بود؛ زیرا شک به ملزوم، مستلزم شک به لوازم آن است، همان‌گونه که قطع به ملزوم، مستلزم قطع به لوازم آن بود.

درحالی‌که موضوع مشکوک است، اگر اماره معتبری مبنی بر تحقق موضوع پیدا شود، مثل اینکه بینه‌ای بگوید که آقای الف حیات دارد؛ در این صورت نیز فی‌الجمله تمام جهات مذکور مترتب می‌شود؛ برای مثال با قیام بینه مبنی بر حیات آقای الف، هم آثار شرعی ملزوم (همچون حرمت تصرف در مال وی و حرمت ازدواج با همسر وی) ثابت خواهد شد و هم آثار شرعی مترتب بر لوازم آن؛ مثل آنکه کسی نذر کرده باشد که اگر آقای الف تنفس می‌کرد، یک درهم صدقه بدهد، این وجوب صدقه اثری است شرعی که به سبب امری عقلی یعنی تنفس ثابت شده است. مراد مشهور دانشمندان اصولی که می‌گویند: «مبثبات امارات، حجت است» (نائینی، فوائد الأصول، ۴۸۱/۴؛ نک: خونی، ۱۸۱/۲)، همین مطلب است.

حال اگر برای احراز موضوع، اماره معتبری وجود نداشت، ناگزیر باید برای رفع تحیر به اصل عملی رجوع کرد؛ مثلاً باید حیات آقای الف را استصحاب کرد. شکی نیست که با تمسک به اصل عملی، تمامی آثار شرعی مستقیم و همچنین آثار شرعی ای که واسطه شرعی دارند که از آن‌ها با عنوان آثار شرعی طولی یاد می‌شود (نائینی، اجود التقریرات، ۴۱۷/۲؛ صدر، بحوث، ۱۸۳/۶؛ نک: خمینی، ۱۵۶)، ثابت می‌شود (عراقی، ۲۳۹/۵). اما اختلاف نظری که در میان دانشمندان وجود دارد، آن است که آیا با اجرای اصل عملی استصحاب می‌توان همچون موارد وجود قطع و اماره معتبر، آثار شرعی با واسطه آثار عقلی یا عادی (همچون وجوب عمل به نذر در صورت تنفس کردن یا روییدن ریش) را بر موضوع یا حکم مترتب دانست یا خیر؟ به عبارت دیگر، بحث بر سر دایره تنزیل مؤدای اصل عملی است، بدین معنا که آیا مثبتات اصول غیرلفظی^۱ همچون مثبتات امارات که بر اساس نظر مشهور دانشمندان، تنزیل آن مطلق است، حجت است یا خیر؟

۱. اصول لفظی، قواعدی است که از سوی عقلا به هنگام شک در مراد متکلم برای تعیین معنای مدنظر وی به کار گرفته می‌شود؛ مانند اصالت ظهور، اصالت اطلاق، اصالت عموم و اصالت عدم قرینه (نک: مظفر، اصول الفقه، ۷۳/۱). از نظر مشهور، مثبتات اصول لفظیه حجت است؛ چراکه دلیل حجیت این اصول،

در کلام متأخران، از چنین اصلی که اثر شرعی مؤدای مستصحب در استصحاب به واسطه امری عقلی یا عادی بر آن مترتب می‌شود، با عنوان اصل مثبت یاد می‌شود (نک: مکارم شیرازی، ۳/۳۷۵).

بحث اصل مثبت به عنوان بحثی مستقل، اولین بار در کلام شیخ انصاری مطرح شده است، به طوری که این بحث پس از وی در شمار مباحث مهم و کاربردی اصول فقه به ویژه استصحاب به شمار آمده است. شیخ، این مسأله را در تنبیه ششم از تنبیهات استصحاب بیان کرده است (انصاری، فرائد الأصول، ۲/۶۵۹)؛ اما خود او اذعان دارد بر اینکه وی مبدع این عنوان و بحث نیست و در کتاب خود از شیخ جعفر کاشف الغطاء به عنوان اولین فقیهی که این موضوع را مطرح کرده است، نام می‌برد (همان، ۶۶۰). در کتب فقه‌های پیش از شیخ جعفر، اثری از تعبیر مثبتات دلیل یا اصل مثبت دیده نمی‌شود و این خود حاکی از جدیدبودن چنین موضوعی با ماهیتی مستقل در علم اصول است. باین وجود به نظر می‌رسد که منشأ این بحث، به تقسیم ادله به اماره و اصل عملی باز می‌گردد. در خصوص مبتکر این تقسیم، دلیل یقین‌آوری وجود ندارد، اما به کمک قرائنی می‌توان گفت که این تقسیم از زمان وحید بهبهانی شروع شده است و پیش از ایشان در کتب قدما، محقق، علامه حلی و شهیدین، اثری از این عناوین به چشم نمی‌خورد (نک: ناطقی، ۶۳). شهید صدر، وحید بهبهانی را مبدع مرحله سوم علم فقه و تاریخ آن می‌داند؛ چراکه مفهوم اصل عملی توسط او و شاگردانش (همچون محمدتقی صاحب حاشیه) بنا نهاده شده است (مباحث الأصول، ۳/۲۱).

در میان معاصران نیز تحقیق مستقل و جامعی با موضوع شناخت معنای اصل مثبت صورت نگرفته است. تنها مقاله‌ای که می‌توان در این زمینه به آن اشاره کرد، مقاله «مفهوم‌شناسی اصل مثبت» است که صرف‌نظر از اینکه تعاریف آورده شده در آن بسیار محدودتر از تعاریف احصاشده در پژوهش حاضر است، در جریان مفهوم‌شناسی اصل مزبور به مواردی همچون وسائط اتفاقی، عدم اختصاص جریان یافتن اصل مثبت به موضوع و عدم اختصاص اصل مثبت به استصحاب اشاره‌ای نشده است. همچنین تعریفی که در مقاله یادشده، از اصل مثبت ارائه شده است با تعریف پژوهش حاضر متفاوت است و برای نمونه در کنار وسائط غیرشرعی، واسطه‌های شرعی نیز مشمول تعریف دانسته شده است که ادعایی بلا دلیل است و در ادامه به نقد آن اشاره خواهد شد. دو مقاله دیگر نیز با عنوان پژوهش حاضر مشابهت دارند که یکی از آن‌ها مقاله «بررسی مسأله حجیت و عدم حجیت اصل مثبت» است که در آن به بررسی مسأله حجیت اصل مثبت (نه بررسی مفهوم آن) پرداخته شده است و دیگری، مقاله «نظریه اماره بودن استصحاب و آثار فقهی و اصولی آن» است که در آن به طور کاملاً حاشیه‌ای، آن هم مسأله حجیت اصل مثبت بررسی شده و به معنانشناختی آن پرداخته نشده است.

بنای عقلایی است که این اصول را به عنوان اماره معتبر قرار داده است (فاضل‌مجدی لنگرانی، ۴/۴۴۰؛ نک: آخوند خراسانی، ۲۲۶) و همان طور که گفته شد، قریب به اتفاق دانشمندان اصولی مثبتات امارات را حجت می‌دانند (نک: سبحانی، ارشاد العقول، ۴/۱۹۸)؛ هرچند که برخی معتقدند این طور نیست که مثبتات امارات به طور مطلق حجت باشد و در این زمینه قائل به تفصیل شده‌اند (نک: خونی، ۲/۱۸۶). با این حساب، اختلافاتی که درباره حجیت اصل مثبت در میان اصولیان وجود دارد، راجع به اصول لفظیه مطرح نمی‌شود؛ به همین دلیل است که معمولاً تعاریف صورت گرفته از اصل مثبت، ناظر به اصول عملیه است.

در میان دانشمندان علم اصول، راجع به حجیت اصل مثبت اختلاف نظر وجود دارد که به دلیل رعایت اختصار، از شرح آن صرف نظر می‌کنیم،^۱ اما نکته مهم آن است که پیش از بحث درباره حجیت یا عدم حجیت چنین اصلی، ارائه مفهوم واحدی از آن ضروری است؛ در غیر این صورت، بحث از حجیت مسأله‌ای که دانشمندان در خصوص تعریف آن هم‌داستان نیستند، راه به جایی نخواهد برد؛ توضیح آنکه گاهی در اثر برداشت‌های گوناگون از مفهوم واژه‌ای یا ارائه تعاریف مبهم از آن، اختلافات عمیقی به وجود می‌آید که سبب مترتب شدن آثار و نتایج متفاوتی می‌شود. یکی از راه‌هایی که می‌توان اختلافات و برداشت‌های گوناگون از مفاهیم را به حداقل رساند، ارائه تعریفی صحیح و منطقی از آن‌هاست. هرچند رسیدن به تعریفی دقیق از موضوعی (حد تام) بسیار مشکل بلکه ناشدنی است؛ لکن فقیهان و مجتهدان برای ارائه تعریف مفاهیم کاربردی در استنباط احکام - هرچند به شکل شرح الاسمی - کوشش بسیاری کرده‌اند که ثمره چنین تلاش‌هایی، ارائه تعاریف متفاوت و در نتیجه پدیدارشدن مفاهیم گوناگون دینی است.

اصل مثبت نیز از مفاهیمی است که از این اختلاف برداشت‌ها در امان نمانده است، به طوری که در این زمینه تنها برخی از اصولیان به مناسبت بحث از حجیت اصل مذکور به ذکر تعاریفی از آن پرداخته‌اند که گاه ناهمگون و منشأ آثار متفاوتی در علم فقه شده است. نارسایی تعاریف موجود از اصل مثبت از یک سو و فقدان پژوهش مستقلی در این زمینه از سوی دیگر، نگارندگان این جستار را بر آن داشت که به ذکر مهمترین تعاریف ارائه‌شده و سپس راستی‌آزمایی آن‌ها بپردازیم و در نهایت تعریفی واحد و جامع از اصل مثبت ارائه دهیم تا بر اساس چنین تعریفی بتوان در گامی فراتر، از حجیت یا عدم حجیت اصل مزبور سخن گفت.

۱. مفهوم‌شناسی

در ابتدا و پیش از ورود به بحث معناشناختی اصل مثبت، باید معانی واژه‌ها، مفاهیم و عناوینی روشن شود که در تعریف آن استفاده شده است:

لزوم، ملزوم، لازم و ملازم: درباره تعریف رابطه لزوم و ارکان آن، در میان دانشمندان اندک اختلافی به چشم می‌خورد.

۱. همان طور که گفته شد قریب به اتفاق دانشمندان اصولی متأخر، بحث اصل مثبت را به عنوان تنبیهی از تنبیهات استصحاب مطرح کرده‌اند. از سویی استصحاب را اصلی از اصول عملیه (نه اماره) می‌دانند و از سوی دیگر معتقدند که مثبتات اصول برخلاف مثبتات امارات، حجت نیست؛ لذا اصل مثبت را حجت نمی‌دانند (نک: ناطقی، ۶۳).

برخی معتقدند که رابطه لزوم اصطلاحی به معنای آن است که ملزوم، علت لازم باشد، همان گونه که وقتی گفته می‌شود: حرارت، لازمه آتش است؛ یعنی آتش علت حرارت است (طباطبائی، ۷۵/۱). بر اساس این معنا، مقصود از ملزوم، علت و منظور از لازم، معلول است.

در مقابل، برخی بدون تمرکز بر روی رابطه علیت، رابطه لزوم را چنین تبیین کرده‌اند: «هرگاه دو چیز را با نام‌های الف و ب در نظر بگیریم، اگر وضع آن دو به شکلی باشد که هر زمان الف وجود پیدا کرد، ب نیز موجود می‌شود، در این صورت الف را ملزوم و ب را لازم می‌نامند و این دو با یکدیگر ملازم بوده و رابطه بین آن‌ها لزوم نامیده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۵۸۴).

گروه سوم، معتقدند که تلازم میان دو چیز همیشه به این شکل نیست که میان ملزوم و لازم، رابطه علیت برقرار باشد، بلکه گاهی به این شکل است که هر دو معلول علت دیگری هستند (صدر، بحث، ۹۳/۳)؛ مانند حرارت و روشنایی که هر دو معلول آتش هستند. بر اساس اعتقاد این عده، رابطه تلازم به دو شکل متصور است؛ گاهی ملزوم علت و لازم معلول آن است و گاهی ملزوم و لازم، هر دو معلول امر سوم هستند که شاید بهتر باشد در این صورت به هریک از آن دو، ملازم اطلاق شود. تبیین اخیر را می‌توان ترکیبی از دو نظر پیشین دانست.

عده‌ای دیگر نیز معتقدند که علاوه بر دو حالت مذکور، حالت سوم نیز در رابطه تلازم وجود دارد؛ به این معنا که گاهی ملزوم، علت لازم است، گاهی ملزوم و لازم هر دو معلول علتی دیگر هستند و گاهی نیز اساساً پای رابطه علیت در میان نیست و این دو امر، اتفاقی در کنار هم قرار گرفته‌اند که از آن به ملازم اتفاقی یاد می‌شود (نک: ابن شهید ثانی، ۶۸). درباره ملازم (مقارن) اتفاقی در ادامه بیشتر صحبت خواهیم کرد.

آنچه در این جستار مدنظر قرار گرفته است عبارت از آن است که ملزوم به معنای علت و لازم به معنای معلول باشد. حال اگر این دو، معلول علت دیگری باشند، به هریک از آن دو ملازم اطلاق می‌شود. به نظر می‌رسد چنین استعمالی، با کلام اصولیان سازگارتر باشد.

معنای لغوی اصل مثبت: اصل در معنای لغوی خود به معنای ریشه و پایه هر چیز است (راغب اصفهانی، ۱۷۷/۱). ابن منظور قسمت زیرین هر چیز را اصل آن می‌داند و جمع آن اصول است (۱۶/۱۱). مثبت نیز از نظر لغوی، اسم فاعل ثلاثی مزید (باب افعال) از ریشه «ث، ب، ت» و به معنای اثبات‌کننده است (نک: فیومی، ۸۰/۱).

معنای اصطلاحی اصل مثبت: اصل در یکی از معانی اصطلاحی خود، به معنای قواعدی شرعی است که در موارد بروز شک در تعیین حکم شرعی، وظیفه عملی مکلف را روشن می‌کند (انصاری، فرائد الأصول، ۲/۱؛ مظفر، اصول الفقه، ۲۷۰/۴). اصل نیز همچون اماره، حکم ظاهری است و در موضوع آن، جهل به واقع اخذ شده است و خود چند قسم است که عبارت‌اند از: اصل عملی و لفظی، اصل شرعی و عقلی، اصل محرز

و غیر محرز و اصل مثبت و غیر مثبت (نک: مشکینی، ۵۶ به بعد؛ ملکی اصفهانی، ۱۱۸/۱).

گذشته از تعریف اصطلاحی اصل، تعریف یکسانی از اصل مثبت و اصل غیر مثبت در میان اصولیان دیده نمی شود، هر چند که مشهور آنان معتقدند که اصل مثبت، اصلی از اصول عملیه است که اثر شرعی به واسطه امر عقلی یا عادی بر مؤدای آن مترتب می شود و اگر پای وساطت امر عقلی یا عادی در میان نباشد، به آن اصل، اصل غیر مثبت می گویند (نک: مشکینی، ۶۰؛ ایروانی، ۲۲۴/۵)؛ توضیح آنکه گاهی موضوع یا حکمی که استصحاب می شود، به طور مستقیم اثر شرعی ندارد، بلکه دارای یک لازم عقلی است که آن لازم، اثر شرعی دارد؛ مانند اینکه پدری در تاریخ اول اردیبهشت ماه فوت کند و پسر وی در تاریخ سی و یکم فروردین ماه ناپدید شود و پس از چند روز، جسدش پیدا شود. در اینجا اگر با استصحاب، حیات پسر تا روز اول اردیبهشت اثبات شود، لازمه عقلی آن، تأخر فوت پسر از فوت پدر است که مثلاً اثر شرعی ارث بردن پسر از پدر را با خود همراه دارد؛ در این صورت، از طریق لازم عقلی (تأخر فوت پسر)، اثر شرعی مزبور (ارث بردن پسر از پدر) نیز اثبات خواهد شد.

گاهی مستصحب (موضوع یا حکم) دارای یک لازم عادی است؛^۱ برای مثال، رویدن موبر چهره لازمه عادی حیات کودکی است که به مدت بیست سال از نظرها غایب شده است. حال اگر پس از گذشت این مدت، در حیات او تردید شود و راجع به آن، استصحاب حیات جاری و نتیجه گرفته شود که او دارای ریش نیز بوده است، بنا بر پذیرش حجیت اصل مثبت می توان حکم به ریش داشتن وی کرد. در چنین حالتی اگر پدرش نذر کرده باشد که اگر بر چهره فرزندش موبر برود، ده فقیر را اطعام کند، پس باید به نذر خود عمل کند؛ از این رو، بر اساس جریان اصل مثبت، ریش داشتن همراه با اثری شرعی (همچون وجوب عمل به نذر) اثبات می شود (نک: ملکی اصفهانی، ۱۳۲/۱؛ مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۲۱۲).

گفتنی است که ضابطه در اصل مثبت آن است که با کمک وسائط عقلی و عادی، در نهایت اثری شرعی بر مستصحب مترتب شود، اما در صورت مترتب نشدن اثر شرعی بر مستصحب، اصل مثبت جریان پیدا نخواهد کرد؛ چراکه در این صورت تعبد استصحابی لغو خواهد بود (جزایری، ۵۶۶/۷، پاورقی ۱).

بنابراین ضروری است که در تعریف اصل مثبت، به آثار شرعی با واسطه نیز به عنوان یکی از ارکان تعریف اشاره شود. بالاین حال، برخی در تعریف اصل مثبت بدون آنکه اشاره ای به اثبات حکم شرعی با واسطه کنند،

۱. بیان این نکته ضروری است که اگر واسطه مؤدی در زمان سابق، موجود و قطعی الثبوت بود، در هنگام شک، خود واسطه را استصحاب و آثار شرعی را بر آن بار می کنیم و دیگر نیازی به استصحاب خود مؤدی نیست؛ مثلاً اگر فرد الف در زمان سابق زنده بود و در همان زمان از سایر علما اعلم بود، اعلمیت سابق را استصحاب و احکامی از قبیل وجوب تقلید را بر آن بار می کنیم و دیگر نیازی به استصحاب حیات وی و سپس احراز اعلمیت او نیست (طباطبائی یزدی، ۳۲۶). در این صورت، دیگر پای اصل مثبت به میان نخواهد آمد؛ از این روست که محقق خونی در این باره می نویسد: «لا یخفی أنّ مورد البحث ما إذا كانت الملازمة بین المستصحب و لوازمه فی البقاء فقط، لأنّه لو كانت الملازمة بینهما حدوثاً و بقاءً، کان اللازم بنفسه متعلق بالیقین و الشک، فیجری الاستصحاب فی نفسه بلا احتیاج إلى الالتزام بالأصل المثبت» (خونی، ۱۸۱/۲).

چنین تعریف کرده‌اند: «اصل مثبت، عبارت از اجرای استصحاب به منظور اثبات اثر عقلی یا عادی برای مستصحب است» (سبحانی تبریزی، الموجز، ۲۱۵). روشن است که نمی‌توان این تعریف را تعریف دقیقی از اصل مثبت به شمار آورد.

وجه تسمیه اصل مثبت: در دلیل نام‌گذاری این اصل به اصل مثبت، دانشمندان اظهارنظر چندانی نکرده‌اند. برخی آن را مجرد اصطلاح دانسته و معتقدند: «لا مشاحه فی الاصطلاح» (محمدی، ۲۹۳/۵). برخی نیز معتقدند از آنجاکه اصل یادشده، اثر غیرشرعی (عقلی و عادی) را اثبات نمی‌کند، عادتاً گفته می‌شود: «إنَّ الأصل المثبت لا یشتمل»؛ لذا به اصل مثبت مشهور شده است (حسین، ۲۷۷/۵). برخی نیز به سبب آنکه اصل مثبت، اثبات‌کننده نیست و مشهور دانشمندان آن را حجت نمی‌دانند (صدر، دروس، ۴۳۳/۱)، عنوان غیرمثبت را برای اصل مزبور مناسب‌تر دانسته‌اند (ایروانی، ۲۲۳/۵، پاورقی ۲) و برخی دیگر نیز معتقدند که اصل مثبت از الفاظ اضداد است و مراد از آن، اصلی است که شرعاً چیزی را اثبات نمی‌کند (فقیه، ۱۷۲). شاید هم بتوان در توجیه تسمیه اصل مثبت چنین گفت که چون تعداد اندکی از اصولیان این اصل را حجت می‌دانند و از نظر آنان اصل مزبور، اثبات‌کننده حکم شرعی برای مؤدی با کمک وسائط عقلی یا عادی است، به آن اصل مثبت گفته شده است.

۲. حالت‌های امر خارجی راجع به مستصحب

امر خارجی نسبت به مستصحب، چند حالت دارد:

امر خارجی، لازم مستصحب است: این حالت، به دو شکل عقلی و عادی متصور است که مثال‌های آن به ترتیب، تنفس و ریش داشتن است که در قسمت پیشین به آن اشاره شد.

امر خارجی، ملزوم مستصحب است: این حالت نیز به دو شکل ملزوم عقلی و ملزوم عادی منقسم می‌شود؛ برای مثال اگر تنفس آقای الف استصحاب شود، ملزوم عقلی آن؛ یعنی وجود حیات نیز برای وی اثبات خواهد شد. مثال اثبات ملزوم عادی مستصحب نیز آن است که ریش داشتن آقای الف، استصحاب و در نتیجه زنده‌بودن وی اثبات شود.

امر خارجی، ملازم (مقارن) مستصحب است: این صورت به سه شکل ملازم عقلی، ملازم عادی و ملازم اتفاقی^۱ متصور است. مثال ملازم عقلی آن است که با استصحاب تنفس آقای الف، تپش قلب وی نیز

۱. ناگفته نماند که برخی از دانشمندان، ملازمه را به سه شکل عقلی، عادی و اتفاقی منقسم کرده‌اند (آخوند خراسانی، ۲۹۱؛ نک: صدر، بحوث، ۳۰۹/۴)؛ بر این اساس می‌توان گفت که تعبیر ملازم اتفاقی، تعبیری صحیح است؛ اما در مقابل، برخی معتقدند که جمله شرطیه اتفاقیه در مقابل جمله شرطیه لزومیه قرار دارد (مظفر، المنطق، ۱۷۹/۲)، بر این اساس باید گفت که قضیه لزومی، قسم قضیه اتفاقی قرار می‌گیرد، به این معنا که مقارنت گاهی به صورت لزومیه و گاهی به صورت اتفاقی است، از این‌روست که برخی به جای تعبیر ملازم اتفاقی، از تعبیر مقارن اتفاقی استفاده کرده‌اند (انصاری، مطارح الأیظار، ۲۵۹/۴). شاید منشأ این اختلاف تعبیر آن باشد که برخی به دلیل تکرار وجود جزا هنگام وجود شرط در بعضی از قضایای شرطی اتفاقی، تصور کرده‌اند که یک قضیه شرطی لزومی

اثبات شود؛ چراکه تنفس و تپش قلب، ملازم عقلی یکدیگر است و از سوی دیگر هردوی این‌ها لازم عقلی وجود حیات آقای الف به شمار می‌آیند. مثال ملازم عادی نیز آن است که با استصحاب تنفس آقای الف، ریش داشتن وی را نتیجه بگیریم؛ در اینجا نیز ریش داشتن ملازم عادی تنفس به شمار می‌آید. مثال ملازم اتفاقی آن است که مثلاً علم اجمالی وجود دارد مبنی بر اینکه یا آقای الف مرده است یا آقای ب؛ در این صورت، با استصحاب بقای حیات آقای الف، مرگ آقای ب اثبات می‌شود و بالعکس (انصاری، فرائد الأصول، ۶۶۰/۲). حال میان حیات آقای الف و مرگ آقای ب هیچ‌گونه ملازمه‌ای در کار نیست؛ چراکه ممکن است هر دو حیات داشته یا هر دو مرده باشند، ولی در اثر علم اجمالی اتفاقاً و از روی تصادف، حیات آقای الف با مرگ آقای ب (به‌صورت قضیه شخصی) مقارن شده است؛ لذا در این فرض، وجوب عده نگه‌داشتن زوجۀ آقای ب نتیجه گرفته می‌شود.

۳. جریان یافتن اصل مثبت در حکم و موضوع

برخلاف نظر دانشمندانی همچون شیخ انصاری (فرائد الأصول، ۶۵۹/۲) هرآنچه برای جریان اصل مثبت در موضوع مطرح شد، راجع به حکم (چه تکلیفی و چه وضعی) نیز مطرح است؛ بدین معنا که جریان اصل مثبت در حکم نیز می‌تواند مثبت لوازم، ملزومات و ملازمات عقلی یا عادی و همچنین اتفاقی باشد؛ زیرا موضوع، خصوصیتی نداشته و از سوی دیگر، ضابطۀ کلی در اصل مثبت -که بدان اشاره شد- با حکم نیز منطبق است. برای روشن‌تر شدن مطلب، به هریک از موارد مزبور با ذکر مثال اشاره می‌کنیم.

أ. استصحاب حکمی که منجر به اثبات لازم عقلی شود؛ مانند استصحاب وجوب نماز جمعه در عصر غیبت که لازم عقلی آن، لزوم اطاعت یا استحقاق عقاب در صورت مخالفت است که وجوب وفای به نذر در صورت اطاعت یا استحقاق عقاب نیز نتیجه شرعی آن است.

ب. استصحاب حکمی که منجر به اثبات لازم عادی شود؛ مانند استصحاب وجوب نماز جمعه در عصر غیبت که خوف باطنی راجع به مخالفت با آن را در پی دارد. مثال دیگر آنکه عادت انسان مسلمان آن است که اگر در صورت وارد شدن وقت نماز، نمازش را نخوانده باشد، نگران است، حال با استصحاب بقای وجوب نماز ظهر، نگرانی آقای الف که لازم عادی وجوب نماز ظهر است، اثبات می‌شود و وجوب وفای به نذر در صورت ایجاد خوف باطنی را که حکمی شرعی است، در پی دارد.

ج. استصحاب حکمی که منجر به اثبات ملزوم عقلی شود؛ مانند استصحاب وجوب نفقه بر آقای الف که بیانگر زنده‌بودن وی، که ملزوم عقلی وجوب نفقه است، بوده و در نتیجه وجوب وفای به نذر در صورت

زنده بودن را در پی دارد.

د. استصحاب حکمی که منجر به اثبات ملزوم عادی شود؛ مانند استصحاب وجوب نفقه بر آقای الف که بیانگر ریش داشتن وی و وجوب وفای به نذر در صورت داشتن لحيه است.

ه. استصحاب حکمی که منجر به اثبات ملازم عقلی شود؛ مانند استصحاب وجوب پرداخت دین مشمول مرور زمان بر خود قرض گیرنده (نه وراث وی) که لزوم تشکر از قرض دهنده از باب شکر منعم، ملازم عقلی آن است و هر دو نیز لازم وجود حیات قرض گیرنده است و می تواند منتج به حکم شرعی وجوب وفای به نذر شود.

و. استصحاب حکمی که منجر به اثبات ملازم عادی شود؛ مانند استصحاب زوجیت برای زوج شیعه که شیعه بودن زوجه وی از ملازمات عادی آن و هر دو نیز لازم حیات زوج است که وجوب وفای به نذر را در این حالت در پی دارد.

ز. استصحاب حکمی که منجر به اثبات ملازم اتفاقی شود؛ مانند موردی که علم اجمالی وجود دارد مبنی بر اینکه یا زوجه الف ناشزه است یا زوجه ب؛ حال در این صورت اگر وجوب نفقه زوجه الف استصحاب شود، واجب النفقه نبودن زوجه ب نتیجه گرفته می شود و واضح است که میان این دو، درحقیقت رابطه لزوم وجود ندارد؛ چراکه ممکن است هر دو زوجه واجب النفقه باشند یا هیچ کدام نباشند و درنهایت، حکم شرعی وجوب وفای به نذر را در پی دارد.

۴. عدم اختصاص اصل مثبت به استصحاب

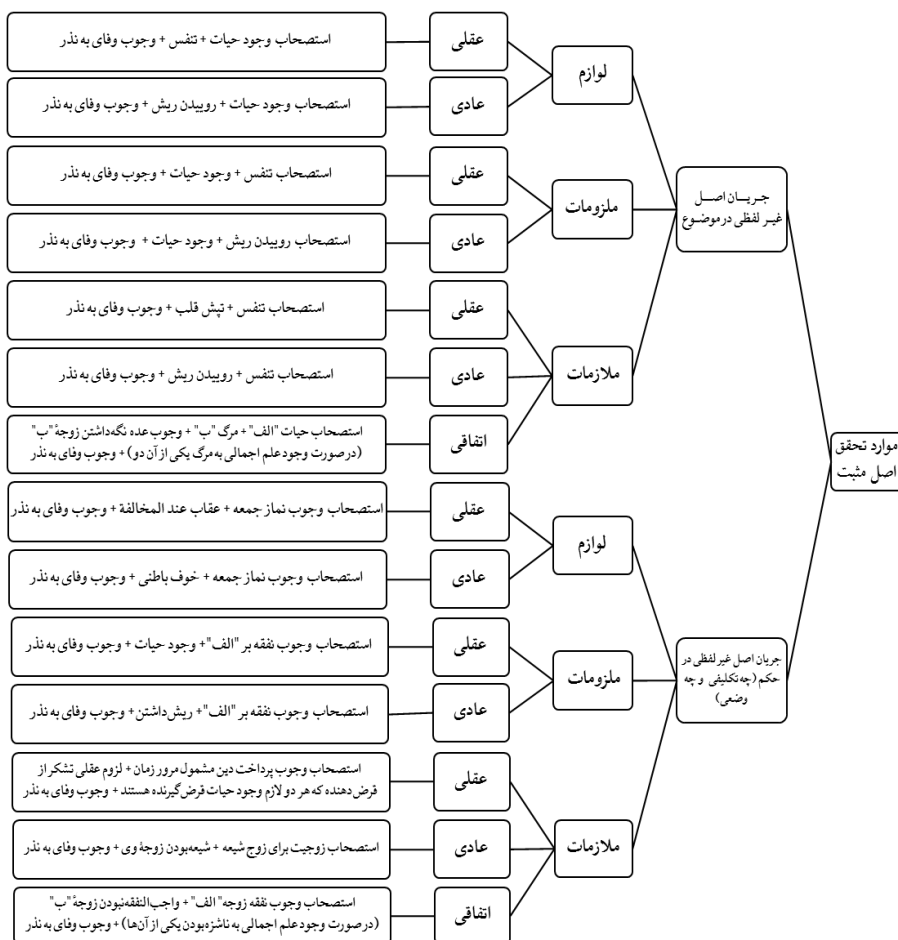
قریب به اتفاق اصولیان، بحث اصل مثبت را در باب استصحاب مطرح کرده و مثال های آنان نیز در همین حوزه است (نک: انصاری، فرائد الأصول، ۶۵۹/۲؛ آخوند خراسانی، ۴۱۴؛ بجنوردی، ۶۱۹/۲)؛ اما باید گفت که استصحاب خصوصیتی ندارد و اصل مثبت در تمامی اصول عملی اجراشدنی است. در توجیه این مطلب می توان چنین گفت که بحث از اصل مثبت در میان دانشمندان معمولاً به عنوان یکی از تنبیهات استصحاب مطرح می شود، لذا طبیعی است که تبیین اصل مزبور به همراه مثال هایی از استصحاب باشد و شاید منشأ چنین رویه ای آن است که شیخ انصاری به عنوان اولین فردی که به طور مستقل به این موضوع پرداخته، این مسأله را در تنبیه ششم از تنبیهات استصحاب بیان کرده است.

می توان برای اصل مثبت در دو اصل عملی برائت و احتیاط چنین مثال زد.

جایگاه اول (مؤدی)	جایگاه دوم (واسطه)	جایگاه سوم (حکم شرعی)
برائت از وجوب پرداخت دین	عدم اشتغال ذمه	وجوب وفای به نذر مبنی بر عدم اشتغال ذمه
وجوب اجتناب عن الإنائین	تنجّز واقع	وجوب وفای به نذر مبنی بر تنجّز واقع

۵. موارد تحقق یافتن اصل مثبت در یک نگاه

برای واضح تر شدن مطلب، می توان بر اساس آنچه گفته شد، نموداری را به شکل زیر از موارد تحقق اصل مثبت ترسیم کرد.



۶. صور تحقق یافتن اصل مثبت

بر اساس ضابطه‌ای که پیش از این راجع به اصل مثبت بیان شد، ملاک در اصل مثبت آن بود که با کمک وسائط عقلی و عادی، درنهایت اثری شرعی بر مؤدای اصل عملی مترتب شود، اما در صورت مترتب نشدن اثر شرعی بر مستصحب، اصل مثبت جریان پیدا نخواهد کرد؛ چراکه در این صورت تعبد استصحابی لغو خواهد بود (نک: جزایری، ۵۶۶/۷، پاورقی ۱).

بر این اساس، می‌توان صور تحقق یافتن اصل مثبت یا عدم آن را به شکل زیر نمایش داد.

جایگاه اول	جایگاه دوم	جایگاه سوم	اصل مثبت
جریان اصل عملی در موضوع یا حکم	اثبات حکم شرعی	—	✗
مثال:	استصحاب وجود حیات	وجوب نفقه زوجه	—
جریان اصل عملی در موضوع یا حکم	اثبات واسطه شرعی	اثبات حکم شرعی	✗
مثال:	استصحاب وجود حیات	وجوب نفقه زوجه	وجوب تمکین
جریان اصل عملی در موضوع یا حکم	اثبات امر(لازم، ملزوم یا ملازم) غیرشرعی	—	✗
مثال:	استصحاب وجود حیات	اثبات تنفس	—
جریان اصل عملی در موضوع یا حکم	اثبات امر(لازم، ملزوم یا ملازم) غیرشرعی	اثبات حکم شرعی	✓
مثال:	استصحاب وجود حیات	اثبات تنفس	وجوب وفای به نذر

۷. بررسی دیدگاه‌های دانشمندان راجع به ماهیت اصل مثبت

در تقسیم‌بندی کلی می‌توان دیدگاه‌های دانشمندان پیرامون اصل مثبت را به شیوه‌ثنائی به دیدگاه‌هایی که اصل مثبت را محدود به استصحاب می‌دانند و نظریاتی که محدود نمی‌دانند، تقسیم کرد.

۱.۷. دیدگاه‌هایی که اصل مثبت را به استصحاب محدود کرده‌اند.

گروهی، جریان اصل مثبت را محدود به استصحاب می‌دانند. از این میان، برخی در تعریف ارائه‌داده از اصل مزبور، به‌صراحت به این مطلب اشاره کرده‌اند. برخی دیگر نیز بدون آنکه در مقام تعریف اصل مثبت باشند، با دقت نظر در کلام آن‌ها می‌توان به حدود و ماهیت این اصل در نظر آنان دست یافت.

حال ضمن اشاره به هریک از این تعاریف و تبیین‌ها، مشخصات آن‌ها را نیز بیان و ارزیابی می‌کنیم. دیدگاه اول، دیدگاه شیخ انصاری: شیخ انصاری در تعریف اصل مثبت می‌نویسد: «اگر مستصحاب از مجعولات غیرشرعی (همچون موضوعات خارجی و لغوی) باشد، در زمان شک، تنها لوازم شرعی آن جعل شده و لوازم عقلی و عادی، ملزوم شرعی یا غیرشرعی و ملازم مستصحاب که [هر دو] لازم امر سومی (ملزوم) هستند، جعل نمی‌شوند. شاید این همان مراد مشهور معاصران مبنی بر نفی اصول مثبت باشد که اصل، امری را در خارج اثبات نمی‌کند تا حکم شرعی بر آن مترتب شود، بلکه مؤدای آن، امر شارع به عمل بر اساس مجرای شرعی آن است» (فرائد الأصول، ۶۵۹/۲ تا ۶۶۰).

نقد و بررسی دیدگاه اول: مشخصات این تعریف عبارت‌اند از:

اول: شیخ انصاری در تعریف خود با آوردن عبارت مجعولات غیرشرعی، اصل مثبت را تنها در موضوعات جاری می‌داند، حال آنکه پیش‌ازاین گفته شد که اصل مثبت در احکام (چه تکلیفی و چه وضعی) نیز جریان دارد.

دوم: اگر بتوان الف و لام کلمه الأصل در عبارت «أَنَّ الْأَصْلَ لَا يَثْبُتُ أَمْرًا فِي الْخَارِجِ...» (همان‌جا) را الف و لام جنس (نه عهد) تلقی کرد، می‌توان ادعا کرد که شیخ انصاری، اصل مثبت را به استصحاب محدود نکرده است، ولی کاوش در نگاشته وی بیانگر آن است که از نظر شیخ انصاری، اصل مثبت تنها در استصحاب جریان دارد؛ چراکه وی در هر جا که از اصل مثبت سخن گفته است (چه در باب استصحاب و چه در غیر آن)، در ضمن مثال‌هایی از اصل استصحاب بوده است (نک: همان، صص ۴۵۰، ۴۶۴، ۴۹۰). گذشته از این، وی کلامی دارد که محدودبودن تعریف اصل مثبت به استصحاب را تقویت می‌کند؛ او می‌نویسد: «اگر استصحاب از باب ظن حجت باشد، چاره‌ای جز التزام به اصول مثبت نداریم؛ زیرا ظن به ملزوم از ظن به لازم منفک نیست» (همان، ۶۶۱). استدلال به این عبارت شیخ بدین نحو است که وی در صورت التزام به حجیت استصحاب از باب ظن، چاره‌ای جز حجت‌دانستن اصول مثبت^۱ نمی‌بیند. این مطلب نشان می‌دهد که در دیگر اصول عملیه، اصول مثبتی وجود ندارد؛ زیرا در غیر این صورت باید تنها

۱. باتوجه به اعتقاد شیخ مبنی بر اختصاص اصل مثبت به استصحاب، بهتر بود که وی در این عبارت به جای تعبیر اصول مثبت، از تعبیر اصل مثبت استفاده می‌کرد.

اصل مثبت در استصحاب از عدم حجیت خارج می‌شد و اصل مثبت در دیگر اصول عملیه، همچنان در عدم حجیت باقی می‌ماند. افزون بر آن، در عبارتی که از شیخ ذکر شد، کلمه مستصحب به کار رفته است، درحالی که اگر شیخ اصل مثبت را مختص به استصحاب نمی‌دانست، بهتر بود به جای مستصحب از مؤدای اصل عملی یا چیزی شبیه به آنکه عمومیت دارد، استفاده می‌کرد.

سوم: شیخ در عبارت خود، تنها لوازم شرعی را از دایره مثبتات اصل مثبت خارج کرده است، حال آنکه ملازمات و ملزومات شرعی نیز اگر به صورت بی واسطه برای مؤدی اثبات شوند، اساساً در شمار مثبتات اصل مثبت قرار نمی‌گیرند، درحالی که در این تعریف به آن‌ها اشاره‌ای نشده است.

چهارم: در این تعریف، به ملزوم شرعی به عنوان یکی از مؤلفه‌های اصل مثبت اشاره شده است، حال آنکه اثبات ملزوم شرعی برای مؤدی اگر بدون واسطه باشد، از صور تحقق اصل مثبت به شمار نمی‌آید.

دیدگاه دوم، دیدگاه محقق عراقی: محقق عراقی اصل مثبت را چنین تعریف می‌کند: «آثار شرعی‌ای که به واسطه امری عقلی یا ملزوم یا ملازم آن (مستصحب) بر آن بار می‌شود را اصل مثبت می‌گویند» (۲۴۰/۵).

نقد و بررسی دیدگاه دوم: مشخصات این تعریف عبارت‌اند از:

اول: در این تعریف به جای واژه لازم (اثر) از واژه امر استفاده شده است.

دوم: مرجع ضمیر «ها» در عبارت آقا ضیاء عراقی (بواسطه ملزومه أو ملازمه)، کلمه مستصحب مذکور در عنوان تنبیه هفتم است^۱ که بر این اساس می‌توان هم حکم و هم موضوع را مشمول تعریف وی دانست.

سوم: از ظاهر کلام محقق عراقی چنین برمی‌آید که وی اصل مثبت را محدود به استصحاب می‌داند؛ چراکه در کلام خود از کلمه مستصحب استفاده کرده است، درحالی که بیان شد که اصل مثبت اختصاصی به استصحاب ندارد.

چهارم: محقق عراقی در این تعریف، نظری به امر (لازم) عادی نداشته است؛ هرچند که وی پیش از این تعریف، در کلام خود به لوازم عادی اشاره کرده است (همان، ۲۳۹).

دیدگاه سوم، دیدگاه شهید صدر: شهید صدر در تعریف اصل مثبت می‌گوید: «مراد از اصل مثبت، استصحابی است که بتوان با اجرای آن برای اثر تکوینی مستصحب، حکمی شرعی ثابت کرد» (دروس، ۴۳۴/۱).

۱. «التنبیه السابع: الآثار المترتبة على المستصحب»؛ (عراقی، ۲۳۹/۵).

نقد و بررسی دیدگاه سوم: مشخصات این تعریف عبارت‌اند از:

اول: در این تعریف، واژه مستصحب بر استصحاب حکم و موضوع دلالت دارد.

دوم: از این تعریف نیز همچون تعاریف پیشین چنین بر می‌آید که اصل مثبت به استصحاب محدود شده است.

سوم: این تعریف، شامل ملزومات و ملازمات مستصحب نمی‌شود؛ چراکه کلمه اثر بیانگر لازم مستصحب است، نه ملزوم یا ملازم آن؛ از این رو برخی به این تعریف، عبارت ملازم خارجی را افزوده‌اند (آل صفوان و مسباع، ۳۴۰/۲)، هرچند که باز ملزومات را ذکر نکرده‌اند. ناگفته نماند که شهید صدر در کتاب خویش پیش از ارائه این تعریف، عبارت ملازم خارجی را در کنار اثر تکوینی ذکر می‌کند (دروس، ۴۳۳/۱)، اما به هر حال، آن را در تعریف نهایی خود ذکر نمی‌کند. به علاوه، با اینکه اصطلاح تکوین اساساً ناظر است به آنچه در عالم خارج تحقق دارد؛ اما به نظر می‌رسد منظور از اثر تکوینی در کلام وی آثار عقلی و عادی است.

دیدگاه چهارم، دیدگاه محقق سبحانی: محقق سبحانی اصل مثبت را این گونه تعریف می‌کند: «اصل مثبت، به معنای اجرای استصحاب به منظور اثبات اثر عقلی یا عادی برای مستصحب است» (الموجز، ۲۱۵ تا ۲۱۶).^۱

نقد و بررسی دیدگاه چهارم: مشخصات این تعریف عبارت‌اند از:

اول: کلمه مستصحب علاوه بر موضوع، شامل حکم نیز می‌شود.

دوم: وجود کلمات استصحاب و مستصحب در تعریف، جریان اصل مثبت را منحصر به استصحاب کرده است.

سوم: این تعریف، تنها ناظر به لازم عادی و عقلی است و ملزومات و ملازمات را در بر نمی‌گیرد؛ زیرا کلمه اثر دال بر لازم است، نه ملزوم و ملازم. گفتنی است که محقق سبحانی در جایی دیگر به نقل از شیخ انصاری به تعریف اصل مثبت می‌پردازد که در آن به جای عبارت اثر عقلی یا عادی، از امر خارجی استفاده کرده است. سپس وی در توضیح امر خارجی، به لازم، ملزوم و ملازم اشاره می‌کند (ارشاد العقول، ۱۹۱/۴)؛ اما به هر ترتیب، وی در تعریف خود در اینجا به ملزوم و ملازم اشاره‌ای نکرده است.

چهارم: برخلاف تعاریف پیشین که هدف نهایی اصل مثبت را اثبات اثر شرعی برای مستصحب می‌دانستند، در این تعریف، اثبات اثر عقلی یا عادی به عنوان هدف نهایی بیان شده است. این در حالی

۱. محقق دیگر در تعریفی مشابه از اصل مثبت، چنین می‌گوید: «مقصود از آن، آثار عقلی و عادی مستصحب است که ادله استصحاب شامل آن‌ها نمی‌شود؛ زیرا دست جعل به آن نمی‌رسد» (فقیه، ۱۷۲).

است که پیش از این بیان شد که ضابطه در اصل مثبت، اثبات حکم شرعی با وسائط عقلی یا عادی برای مؤدای اصل عملی است.

دیدگاه پنجم، دیدگاه محقق ایروانی: محقق ایروانی در تعریف اصل مثبت می گوید: «اصل مثبت به هر اصلی می گویند که برای اثبات یک لازم غیرشرعی بر مستصحب یا یک لازم شرعی مترتب بر یک لازم غیرشرعی، جاری شود» (۲۲۴/۵).

نقد و بررسی دیدگاه پنجم: مشخصات این تعریف عبارت اند از:

اول: کلمه مستصحب در این تعریف، اصل مثبت را منحصر به استصحاب کرده است.

دوم: کلمه مستصحب هم شامل حکم می شود و هم شامل موضوع.

سوم: در این تعریف، تنها به لازم اشاره شده و ملزوم و ملازم در آن ذکر نشده است.

چهارم: قسمت اول این تعریف (اثبات یک لازم غیرشرعی بر مستصحب) به صورت سوم اشاره دارد و همان طور که پیش از این گفته شد، نمی توان این صورت را از صور تحقق یافتن اصل مثبت دانست؛ چراکه هدف نهایی از جریان یافتن اصل مثبت، اثبات حکم شرعی برای مستصحب با کمک وسائط عقلی یا عادی است، نه اثبات امری غیرشرعی برای آن.

۷. ۲. دیدگاه هایی که اصل مثبت را در استصحاب محدود نکرده اند.

در بخش پیشین، به نقد و بررسی تعاریفی از اصل مثبت پرداخته شد که گستره آن را به استصحاب محدود کرده بودند؛ حال به سراغ بررسی دیدگاه هایی می رویم که بر اساس آن ها، اصل مثبت اختصاصی به استصحاب ندارد و شامل دیگر اصول غیرلفظیه نیز می شود.

دیدگاه اول، دیدگاه محقق نائینی: محقق نائینی در بخشی از کتاب فوائد الأصول بدون آنکه نامی از اصل مثبت به میان بیاورد و تعریف واضحی از آن ارائه کند، مطالبی را پیرامون تفاوت مثبتات امارات و اصول عملیه ذکر می کند که پس از امعان نظر در آن، می توان از طریق دیدگاه وی راجع به محدوده جریان یافتن اصل مثبت در امارات و اصول، به تعریفی از اصل یادشده از نظر ایشان دست یافت.

از نظر محقق نائینی مثبتات امارات حتی اگر با واسطه عقلی یا عادی همراه باشد، معتبر خواهد بود، برخلاف اصول عملیه که تنها خود مؤدای اصل عملی یا احکام شرعی مترتب بر آن بدون واسطه عقلی یا عادی حجت اند (نک: فوائد الأصول، ۴/۴۸۷). بنابراین می توان گفت از نظر ایشان اصل مثبت در جایی جریان پیدا می کند که حکمی شرعی با واسطه ای عقلی یا عادی برای مؤدای اصل عملی اثبات شود.

نقد و بررسی دیدگاه محقق نائینی: مشخصات این تبیین عبارت‌اند از:

اول: محقق نائینی بحث مثبتات را راجع به تمامی اصول عملیه مطرح کرده و به‌طور مشخص اشاره‌ای به استصحاب نکرده است؛ لذا می‌توان گفت که از نظر ایشان، اصل مثبت، علاوه بر استصحاب، در سایر اصول عملیه نیز جریان پیدا خواهد کرد.

دوم: محقق نائینی بحث از اصل مثبت را بر روی به‌دست آوردن حکم شرعی با واسطه عقلی یا عادی متمرکز کرده است. بنابراین از نظر ایشان، صورت سوم (اثبات امور غیرشرعی فاقد آثار شرعی برای مستصحب) را نمی‌توان به‌عنوان یکی از صور تحقق یافتن اصل مثبت به شمار آورد.

سوم: در این تبیین، تنها وسائط عقلی و عادی ذکر شده و به‌واسطه اتفاقی (ملازم اتفاقی) اشاره‌ای نشده است.

دیدگاه دوم، دیدگاه محقق خراسانی: آخوند خراسانی در قسمت‌های مختلف کفایة الأصول از اصل مثبت نام برده است (نک: ۱۲۳، ۸۷، ۲۲)؛ لکن به‌صورت مستقل به تعریف آن نپرداخته است؛ باین حال می‌توان با اشاره‌هایی که وی در کتاب خود راجع به این مسأله داشته است، به اعتقاد وی در زمینه ماهیت اصل مزبور دست یافت. ایشان پس از بررسی حالت‌های مختلف مستصحب، بدون آنکه صراحتاً نامی از اصل مثبت به میان بیاورد، محل نزاع را چنین تبیین می‌کند: «اشکال تنها در آثار شرعی‌ای است که با واسطه‌ای غیرشرعی؛ خواه عادی باشد، خواه عقلی، بر مستصحب مترتب می‌شوند» (همان، ۴۱۴).

پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود، آن است که آیا این مقدار از بیان محقق خراسانی نشانگر محدود بودن اصل مثبت به استصحاب در نظر وی است؟ در پاسخ باید گفت از آنجاکه آخوند خراسانی در مقام تعریف اصل مثبت نبوده است، نمی‌توان با استناد به استعمال واژه مستصحب، محدود بودن اصل مثبت را معتقد وی دانست. افزون بر آن، وجه ذکر شدن کلمه مستصحب در این کلام آن است که بحث از اصل مثبت در میان دانشمندان معمولاً به‌عنوان یکی از تنبیهات استصحاب مطرح می‌شود، لذا طبیعی است که تبیین اصل مزبور به همراه مثال‌هایی از استصحاب باشد.

حال که نمی‌توان از این کلام، گستره جریان اصل مثبت را در نزد محقق خراسانی فهمید، باید به دنبال قرائن و شواهدی بود تا در این زمینه گره‌گشا باشند. در اینجا به دو قرینه اشاره می‌شود:

قرینه اول: محقق خراسانی در مقام تفاوت امارات و اصول عملیه در ترتب لازم، ملزوم و ملازم چنین می‌گوید: «تفاوت واضحی که بین استصحاب و سایر اصول تعبدیه و بین طرق و امارات وجود دارد، مخفی نیست؛ طریق و اماره همان‌گونه که به مؤدی اشاره می‌کند، همان‌گونه به ملزوم، لوازم و ملازمات آن نیز اشاره دارد؛ چه، مقتضای اطلاق دلیل اعتبار طریق و اماره، لزوم تصدیق آن در میزان حکایتش است و

پوشیده نیست که مقتضای چنین تصدیقی، حجیت مثبت طریق و اماره است، برخلاف دلیل استصحاب که باید به مقدار دلالتی که بر تعبد به ثبوت مؤدی دارد، اکتفا کرد» (همان، ۴۱۶).

ایشان در این کلام و در مقام مقایسه، استصحاب و دیگر اصول عملیه را در یک طرف و امارات را در طرف دیگر قرار داده است که این مطلب نشانگر آن است که از نظر وی اثبات لازم، ملزوم و ملازم در دیگر اصول عملیه نیز مطرح است.

قرینه دوم: هنگامی که آخوند خراسانی آثار واسطه‌های خفی و همچنین پرواضح را از حجیت‌نداشتن اصل مثبت مستثنا می‌کند، می‌گوید: «دلیل استصحاب تنها بر تعبد به ثبوت مشکوک به لحاظ اثر [شرعی بلاواسطه] آن دلالت دارد و بر اعتبار مثبت آن همچون سایر اصول تعبدی دلالتی ندارد، مگر در جایی که اثر واسطه، اثر مشکوک شمرده شود، به‌طوری که واسطه یا خفی باشد، یا بسیار واضح و آشکار باشد» (همان).

ایشان با عبارت «همچون سایر اصول تعبدی» به‌وضوح، مثبتات استصحاب را مانند دیگر اصول عملیه نامعتبر دانسته است. از این‌رو، صاحب منتهی الدرایه در شرح کلام محقق خراسانی در بحث اصل مثبت چنین نگاشته است: «اگر استصحابی که اثر مترتب بر واسطه‌ای غیرشرعی را ثابت می‌کند، حجت نباشد، پس به‌طریق اولی باید قائل به عدم حجیت مثبتات سایر اصول شد که فاقد جهت تنزیل و احراز هستند» (جزایری، ۵۱۱/۷).

نقد و بررسی دیدگاه محقق خراسانی: مشخصات این تبیین عبارت‌اند از:

اول: کلمه واسطه می‌تواند با لازم، ملزوم و ملازم منطبق شود. وی به این موارد در کلامی دیگر اشاره می‌کند، آنجا که پیرامون تفاوت میان مثبتات امارات و اصول تعبدی سخن گفته است (همو، ۴۱۶).

دوم: کلمه مستصحب علاوه بر موضوع، شامل حکم نیز می‌شود.

سوم: همان‌طور که توضیح آن گذشت، محقق خراسانی، جریان اصل مثبت را منحصر به استصحاب نکرده و آن را در سایر اصول عملیه نیز جاری می‌داند.

چهارم: محقق خراسانی با ذکر کلمه آثار، به لوازم اشاره کرده که در این صورت، کلام وی شامل ملزومات و ملازمات نمی‌شود.

پنجم: از کلام محقق خراسانی چنین برمی‌آید که صورت سوم مشمول تعریف اصل مثبت نمی‌شود. **دیدگاه سوم، دیدگاه محقق بجنوردی:** محقق بجنوردی اصل مثبت را این‌گونه تعریف می‌کند: «منظور از اصل مثبت آن است که مؤدایی مثل مستصحب را در صورت شک در باقی‌بودنش، از جهت مترتب‌کردن آثار، نازل منزله امر معلوم بدانیم، به‌طوری که شامل آثار شرعی بدون واسطه و همچنین با واسطه عقلی و

عادی شود» (۶۳۳/۲).

نقد و بررسی دیدگاه سوم: مشخصات این تعریف عبارت‌اند از:

اول: عبارت «مؤدایی مثل مستصحب» در تعریف محقق بجنوردی نشان می‌دهد که تعریف وی اختصاصی به استصحاب ندارد و مستصحب به‌عنوان مثال و نمونه ذکر شده است.

دوم: کلمه مستصحب و به‌طور کلی واژه مؤدی، هم شامل حکم می‌شود و هم شامل موضوع.

سوم: در این تعریف، همچون تعریف پیشین تنها وسائط عقلی و عادی ذکر شده و به‌واسطه اتفاقی (ملازم اتفاقی) اشاره‌ای نشده است.

چهارم: در این تعریف هدف نهایی از جریان اصل مثبت، رسیدن به آثار شرعی است.

پنجم: ترتب آثار شرعی بدون واسطه بر مؤدی، ارتباطی با اصل مثبت ندارد؛ لذا ذکر شدن چنین آثاری در تعریف اصل مثبت صحیح نیست.

دیدگاه چهارم، دیدگاه محقق خوئی: محقق خوئی در ابتدای بحث از اصل مثبت، پرسشی را مطرح می‌کند. او می‌نویسد: «آیا با استصحاب، آثار شرعی مترتب بر لوازم عقلی یا عادی بر متیقن بار می‌شود؟» (۱۸۱/۲) و سپس در تعریف اصل مثبت می‌نویسد: «اصل مثبت به‌معنای ترتب آثار شرعی مترتب بر لوازم عقلی و عادی است» (همو، ۱۸۷). وی در نهایت، به حجیت نداشتن اصل مثبت علی‌الإطلاق اشاره می‌کند و این مسأله را از مسائل جدیدی می‌داند که قدما به آن نپرداخته‌اند (همو، ۱۹۳).

نقد و بررسی دیدگاه محقق خوئی: مشخصات این تعریف عبارت‌اند از:

اول: می‌توان علاوه بر موضوع، حکم را نیز مشمول این تعریف دانست؛ چراکه در کلام اول وی، کلمه متیقن به‌صورت مطلق به کار رفته است، از طرفی کلام دوم وی (تعریف) نیز هر دو را به‌عنوان مؤدی برمی‌تابد.

دوم: با دقت نظر در تعریف محقق خوئی چنین فهمیده می‌شود که از نظر ایشان، جریان اصل مثبت، محدود به اصل عملی استصحاب نیست؛ زیرا وی در کلام اول خود از استصحاب سخن گفته است؛ اما مسأله آن است که او در مقام تعریف نبوده است، بلکه صرفاً به‌دلیل آنکه بحث از اصل مثبت در میان دانشمندان به‌عنوان یکی از تنبیهات استصحاب مطرح می‌شود، به آن اشاره کرده است. مؤید این مطلب آن است که وی در جای دیگری با عبارت «إِنَّ المشهور حجية مثبتات الأمارات دون مثبتات الأصول» (همو، ۱۸۱)، به حجیت مثبتات امارات برخلاف مثبتات اصول در نزد مشهور اشاره کرده است؛ این عبارت بیانگر آن است که از نظر محقق خوئی، علاوه بر اصل استصحاب، سایر اصول غیرلفظی نیز مثبتاتی دارند (نک: همو، ۵۱۰/۱).

گفتنی است که در نقطه مقابل، قرینه‌ای در کلام محقق خوئی وجود دارد که بیان‌کننده اختصاص جریان اصل مثبت به استصحاب است؛ آنجا که او می‌نویسد: «فالدی تحصّل مما ذکرناه: عدم حجیة الأصل المثبت مطلقاً، لعدم دلالة أخبار الباب علی أزيد من التعبد بما كان متیقناً و شک فی بقائه، فلا دلیل علی التعبد بآثار ما هو من لوازم المتیقن» (همو، ۱۹۳/۲). ایشان در این بیان به طور مطلق، حکم به حجیت نداشتن اصل مثبت می‌دهد و دلیل خود را محدود بودن تنزیل مستصحب بیان می‌کند. اینکه وی با تمسک به دلیلی با رنگ و بوی استصحاب به صورت کلی حجیت اصل مثبت را نفی می‌کند، قرینه‌ای بر اعتقاد به وجود محدودیت در نزد اوست.

به نظر نگارندگان، قول به محدودیت نداشتن جریان اصل مثبت به استصحاب در نزد محقق خوئی قوی‌تر است.

سوم: در این تعریف، تنها وسائط عقلی یا عادی ذکر شده و به واسطه اتفاقی (ملازم اتفاقی) اشاره‌ای نشده است.

چهارم: در این تعریف، تنها به لوازم (آثار) اشاره شده و ملزومات و ملازمات در آن ذکر نشده‌اند.

پنجم: این تعریف نیز با محوریت ترتیب آثار شرعی بر مؤدای اصل عملی صورت گرفته است.

دیدگاه پنجم، دیدگاه امام خمینی: امام خمینی در الاستصحاب پس از اشاره به اختلاف اهل تحقیق در حجیت اصل مثبت، مثبتات امارات و اصول را این موارد می‌داند: «لوازم، ملزومات و ملازمات عادی و عقلی که به یک اثر عملی شرعی ختم شود؛ بلکه ملزومات و ملازمات شرعی خواه ترتب اثر با واسطه باشد خواه بی واسطه» (۱۴۹)؛ وی سپس به بیان دلیل نظریه محقق خراسانی مبنی بر حجیت موارد فوق در امارات (نه اصول) می‌پردازد.

به نظر می‌رسد، موارد گفته شده مواردی است که از منظر خود امام خمینی ماهیت اصل مثبت را تشکیل می‌دهند، نه آنکه مواردی باشند که دانشمندانی همچون آخوند خراسانی آن‌ها را بیان کرده‌اند؛ چراکه در مواردی این مؤلفه‌ها با تعریف محقق خراسانی از اصل مثبت همسانی ندارد؛ برای مثال، در تعریف محقق خراسانی، ملزومات و ملازمات ذکر نشده است (آخوند خراسانی، ۴۱۴)، در حالی که امام خمینی به آن‌ها اشاره کرده است.

همان‌طور که از کلام امام خمینی پیداست، در آن اشاره‌ای به انحصار مثبتات به اصل استصحاب نشده است؛ بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که ایشان، اصل مثبت را در سایر اصول عملیه نیز جاری می‌داند. مؤید این مطلب آن است که وی در جای دیگری، پیرامون مثبتات اصول چنین می‌نویسد: «و أمّا الأصول: و

عمده‌تها الاستصحاب...» (خمینی، ۱۵۲)؛ به این معنا که از نظر او بیشترین کاربرد اصل مثبت، در بحث استصحاب است؛ هرچند که اختصاصی به آن ندارد.^۱

نقد و بررسی دیدگاه امام خمینی: به نظر می‌رسد تبیین امام خمینی از ماهیت اصل مثبت نسبت به دیگر تعاریف و دیدگاه‌ها، از جامعیت بیشتری برخوردار است، هرچند این تبیین نیز مبتلا به اشکالاتی است. مشخصات آن را می‌توان چنین برشمرد:

اول: همان‌طور که گفته شد بر اساس این تبیین، اصل مثبت به استصحاب محدود نیست، شامل سایر اصول عملیه نیز می‌شود.

دوم: می‌توان گفت که بر اساس این تبیین، مؤدی هم می‌تواند حکم باشد و هم موضوع.
سوم: در این تبیین، به وسائط عقلی و عادی اشاره شده و واسطهٔ اتفاقی (ملازم اتفاقی) ذکر نشده است.

چهارم: در این تبیین، هدف نهایی از جریان اصل مثبت، اثبات حکم شرعی بیان شده است.
پنجم: ملزومات و ملازمات شرعی بی‌واسطه نیز همانند لوازم (آثار) شرعی بی‌واسطه، اساساً ارتباطی با اصل مثبت ندارد و نباید به‌عنوان جزئی از ماهیت آن ذکر شوند؛ باین حال، قسمت دوم کلام امام شامل این موارد نیز می‌شود.^۲

۸. تعریف نگارندگان از اصل مثبت

مشخص شد که اولاً برای بحث از حجیت یا عدم حجیت اصل مثبت، ارائهٔ تعریفی واحد و جامع از آن ضروری است؛ ثانیاً دانشمندان راجع به تعریف اصل مثبت با یکدیگر اختلاف نظر دارند؛ ثالثاً هریک از تعاریف ارائه‌شده مبتلا به اشکالاتی است؛ ازاین‌رو باید تعریفی ارائه کرد که بتوان در آن تمامی مؤلفه‌های اصل مثبت را مشاهده کرد؛ بر همین اساس می‌توان اصل مزبور را چنین تعریف کرد: «اصل مثبت، اصلی عملی است که جریان یافتنش از طریق وسائط عقلی، عادی یا اتفاقی، به اثبات حکمی شرعی برای مؤدای آن می‌انجامد.»

۱. آشتیانی نیز در حاشیهٔ علی در الفوائد تعریفی نزدیک به تعریف امام دارد. او اصل مثبت را چنین تعریف می‌کند: «مراد از اصل مثبت، آن است که خود مؤدای اصل، اثری شرعی نداشته باشد، بلکه اثر شرعی به‌واسطهٔ یک ملزوم، لازم یا ملازم عقلی یا شرعی بر آن مترتب گردد» (۲۹۸). وی در ادامه می‌نویسد: «اصول مثبت، اقسامی دارد که نمی‌توان آن‌ها را تحت یک ضابطهٔ کلی به‌طوری‌که همه را در برگیرد، جمع نمود» (همو، ۳۰۵). گفتنی است که در پایان این نوشتار، تعریفی از اصل مثبت از سوی نگارندگان ارائه خواهد شد که جامع این اقسام و صور باشد.

۲. برخی از معاصران نیز تعریفی از اصل مثبت ارائه کرده‌اند که بر اساس آن‌ها، اصل مثبت اختصاصی به استصحاب ندارد؛ برای مثال، صاحب بیان الأصول می‌نویسد: «اثبات لوازم واقع برای حکم ظاهری را اصل مثبت گویند» (حسینی شیرازی، ۲۴۰/۷). عبارت حکم ظاهری در این تعریف، علاوه بر استصحاب، به دیگر اصول عملیه نیز اشاره کرده است؛ هرچند که ذکر نشدن ملزومات و ملازمات از مهم‌ترین اشکالات این تعریف است.

مشخصات تعریف برگزیده: مشخصات این تعریف و وجه تمایز آن نسبت به دیگر تعاریف ارائه شده

از اصل مثبت عبارت‌اند از:

۱. ترکیب اصلی عملی به این نکته اشاره دارد که اصل مثبت، اصلی مستقل از اصول عملیه نیست، بلکه اصول عملیه اگر اثبات‌کننده امری غیرشرعی باشند، مثبت نامیده می‌شوند؛ ازاین‌رو، به استصحابی که مثبت آثار غیرشرعی باشد، استصحاب مثبت گفته می‌شود (حاتری اصفهانی، ۳۶۳؛ نائینی، ۳۸۹/۲).
۲. ذکر ترکیب «اصلی عملی» در تعریف، نشانگر اختصاص نداشتن اصل مثبت به استصحاب است، بدین معنا که این اصل می‌تواند در سایر اصول غیرلفظی نیز جریان پیدا کند.
۳. اطلاق کلمه مؤدی بیانگر آن است که اصل مثبت علاوه بر موضوع، در حکم نیز می‌تواند جریان داشته باشد.

۴. همان‌طور که گفته شد، ضابطه در جریان اصل مثبت آن است که درنهایت حکمی شرعی برای مؤدی اثبات شود که عبارت «حکمی شرعی» در تعریف، بیان‌کننده همین مطلب است.
۵. کلمه وسائط، عمومیت دارد و هریک از لوازم، ملزومات و ملازمات را در بر می‌گیرد. همچنین در این تعریف علاوه بر وسائط عقلی و عادی به وسائط اتفاقی نیز اشاره شده است. ناگفته پیداست که در هیچ‌یک از تعاریف موجود در این زمینه، این عمومیت وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

نتایج حاصل از پژوهش عبارت‌اند از:

۱. اصل مثبت، بحثی بسیار کاربردی در حوزه فقه و اصول است که اولین بار شیخ جعفر کاشف الغطاء آن را مطرح کرد، سپس شیخ انصاری به صورت مستقل در ضمن تنبیهات استصحاب به بررسی آن پرداخته است.
۲. تعریف واحدی از اصل مثبت در میان دانشمندان وجود ندارد، افزون بر آن، هریک از تعاریف ارائه شده اشکالاتی دارد؛ لذا در این جستار پس از بررسی مهم‌ترین تعاریف و تبیین‌های ارائه شده، تعریفی جامع که شامل تمامی مؤلفه‌های اصل مثبت شود، ارائه شده است.
۳. برخلاف نظر دانشمندانی همچون شیخ انصاری، هرآنچه برای جریان یافتن اصل مثبت در موضوع استصحاب شده مطرح است، راجع به حکم (چه تکلیفی و چه وضعی) نیز مطرح است.
۴. جریان اصل مثبت، اختصاصی به اصل استصحاب ندارد و می‌توان آن را در سایر اصول غیرلفظی همچون برائت و احتیاط نیز مطرح کرد.

۵. اصل مثبت، اصلی مستقل و جدا از اصول عملیه نیست، بلکه اگر اصول مزبور، اثبات‌کننده امر غیرشرعی (عقلی، عادی یا اتفاقی) باشند، مثبت نامیده می‌شوند.
۶. علاوه بر وسائط عقلی و عادی، واسطه اتفاقی که در هیچ‌یک از تعاریف و تبیین‌های اصل مثبت به آن اشاره نشده است نیز باید در تعریف اصل یادشده اخذ شود. به علاوه، در این نوشتار به موارد تحقق اصل مثبت با ذکر مثال اشاره شده است.
۷. ضابطه کلی در اصل مثبت آن است که با کمک وسائط عقلی، عادی یا اتفاقی، درنهایت اثری شرعی بر مؤدای اصل عملی مترتب شود، اما در صورت عدم ترتب اثر شرعی بر مؤدی، اصل مثبت جریان پیدا نخواهد کرد؛ چراکه در این صورت تعبد استصحابی لغو خواهد بود.
۸. یکی از شروط جریان اصل مثبت آن است که خود واسطه نتواند مؤدای اصل عملی قرار گیرد، در غیر این صورت، اصل عملی راجع به همان واسطه جریان می‌یابد و دیگر نوبت به جریان اصل مثبت نمی‌رسد.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الأصول، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- آشتیانی، محمود، حاشیه علی درر الفوائد، چاپ اول، قم: بی‌نا، بی‌تا.
- آل صفوان، عبدالمعطی جعفر؛ ناصر محمد مسباع، مذاکره الأصول فی کتاب الحلقة الاولى و الثانية، چاپ اول، قم: محبین، ۱۴۲۲ق.
- ابن شهید ثانی، حسن بن زین الدین، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، چاپ نهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دار صادر، ۱۴۱۴ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، مطارح الأنظار، چاپ دوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۳.
- _____، فرائد الأصول، چاپ پنجم، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- ایروانی، باقر، کفایة الأصول فی اسلوبها الثانی، چاپ اول، نجف: مؤسسه احیاء التراث الشیعة، ۱۴۲۹ق.
- بجنوردی، حسن، منتهی الأصول، چاپ اول، تهران: عروج، ۱۳۸۰.
- جزایری، محمدجعفر، منتهی الدراية فی توضیح الکفایة، چاپ چهارم، قم: دار الکتب، ۱۴۱۵ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهاردهم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۳.
- حائری اصفهانی، محمدحسین، الفصول الغرویة فی الأصول الفقہیة، چاپ اول، قم: دار احیاء العلوم الاسلامیة، ۱۴۰۴ق.
- حسین، حسن محمد فیاض، شرح الحلقة الثالثة، چاپ اول، بیروت: شركة المصطفی لاحیاء التراث، ۱۴۲۸ق.

- حسینی شیرازی، صادق، بیان الأصول، چاپ دوم، قم: دار الانصار، ۱۴۲۷ق.
- خمینی، روح الله، الاستصحاب، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۱.
- خوئی، ابوالقاسم، مصباح الأصول، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، چاپ دوم، تهران: مرتضوی، ۱۳۷۴.
- سبحانی تبریزی، جعفر، ارشاد العقول الى مباحث الأصول، چاپ اول، قم: امام صادق (ع)، ۱۴۲۴ق.
- _____، الموجز فی أصول الفقه، چاپ چهاردهم، قم: امام صادق (ع)، ۱۳۸۷.
- صدر، محمدباقر، بحوث فی علم الأصول، به تقریر سید محمود هاشمی شاهرودی، چاپ سوم، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۱۷ق.
- _____، دروس فی علم الأصول، چاپ پنجم، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- _____، مباحث الاصول، چاپ اول، قم: مطبعة مركز النشر مكتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۸ق.
- طباطبائی، محمدحسین، نهاية الحکمه، چاپ پنجم، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۰ق.
- طباطبائی یزدی، محمدباقر، وسیلة الوسائل فی شرح الرسائل، چاپ اول، قم: بی نا، بی تا.
- عراقی، ضیاء الدین، منهاج الأصول، به تقریر محمدابراهیم کرباسی، چاپ اول، بیروت: دارالبلاغه، ۱۴۱۱ق.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، اصول فقه شیعه، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۳۸۱.
- فقیه، محمدتقی، مبانی الفقه، چاپ اول، بیروت: دار الاضواء، ۱۴۱۸ق.
- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، چاپ دوم، قم: دار الهجرة، ۱۴۱۴ق.
- محمدی، علی، شرح رسائل، چاپ هفتم، قم: دار الفکر، ۱۳۸۷.
- مركز اطلاعات و مدارک اسلامی، فرهنگ نامه اصول فقه، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- مشکینی، علی، اصطلاحات الأصول و معظم ابحاثها، چاپ ششم، قم: هادی، ۱۳۷۴.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ پنجم، قم: اسلامی، ۱۴۳۰ق.
- _____، المنطق، چاپ سوم، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۸ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، انوار الأصول، چاپ دوم، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ق.
- ملکی اصفهانی، مجتبی، فرهنگ اصطلاحات اصول، چاپ اول، قم: عالمه، ۱۳۷۹.
- ناطقی، محمد، «بررسی مسأله حجیت و عدم حجیت اصل مثبت»، مطالعات اصول فقه امامیه، س ۹۷، ش ۹، ۱۳۹۷، صص ۹۲ تا ۹۳.
- نائینی، محمدحسین، اجود التقریرات، چاپ اول، قم: عرفان، ۱۳۵۲.
- _____، فوائد الاصول، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶.

Table of Contents

Tahari; research in its concept, legitimacy, application and provisions	11
Dr. Farzad Parsa	
Semantic and pragmatic analysis of Sheikh Ansari's three precepts in authority of khabar vahed	31
Dr. Abdul Jabbar Zargosh Nesab - Dawood Saeedi	
Analyzing the legitimacy of the condition of not having children in marriage from the point of view of Imami jurists	53
Fatemeh Shabani - Dr. Ali Jafari	
A critical approach to hypothetical jurisprudence; Basics and harms focusing on the place of thematics in this jurisprudential approach	77
Dr. Ali Shafi'I - Dr. Mansour Amirzadeh Jirkoli - Dr. Mohammadreza Kazemi Golvardi	
Analyzing the role of the qadr moteyaqaan (certain value) in its applicability and its discovery methods with an approach based on the views of Imam Khomeini and Martyr Sadr	97
Dr. Abolfazl Alishahi Qala Joghi - Dr. Mansoor Gharibpour - Dr. Hassan Bakhtiari	
Analysis and investigation of how the payment of zakat suffices in the assumption of compulsion by the Islamic ruler	117
Dr. Mohammad Reza Kikha - Dr. Hamid Moezani Bistgani	
Validity and effectiveness of banaee condition (condition agreed upon before the contract but not mentioned in it) in Iranian jurisprudence and civil law	137
Reza Maqsoodi - Dr. Seyed Mostafi Mohagheg Damad - Dr. Seyed Mehdi Allameh - Dr. Alireza Mazloun Rahani - Dr. Hormuz Asadi koohbad	
Explaining the position of the jurisprudential rule of la-haraj (the fall of unbearable hard task according to habit) in Islamic urban planning	157
Dr. Asghar Molaei	
Reviewing the priorities derived from Shari'ah texts in the recognizing of ahamm (the matter which is more important)	191
Dr. Mirza Mohammad Vaezi - Dr. Seyyed Mohammad Taghi Ghobuli Darafshan - Dr. Mohammad Taghi Fakhlaei	
Semantic analysis of the mosbet principle(a practical principle that has a shari'ah effect through normal or rational things)	211
Dr. Alireza Hodaee - Dr. Javad Soltani Fard - Dr. Ahmad Mohammadi - Hossein Soltani Fard	

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 54, No. 2: Issue 129, Summer 2022

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Alireza Ketabdar

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. S M.T. Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. J. Qanavā'i

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. M. Malek Afzali Ardakani

Professor of Al-Mustafa (PBUH) International
Society

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī Moghadam

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

Journal of Figh and Usul



Faculty of Theology and Islamic Studies

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 54, No. 2: Issue 129, Summer 2022