



فصلنامه علمی
(مطالعات اسلامی سابق)

انفکhor

ISSN-Print: 2008-8139
ISSN-Online: 2536-3882

سال ۵۵- شماره ۱- شماره پیاپی ۱۳۲
بهار ۱۴۰۲



عناوین مقالات

- تحلیل انتقادی مشروعیت عقد بر صغیره به منظور ایجاد حریمت
دکتر سید مهدی احمدی نیک
- تأثیر وجود یا فقدان قید «فی الاسلام» در روایت «لا ضرر و لا ضرار» در استنباط مسائل فقهی
دکتر حیدر باقری اصل
- وضعیت فقهی و حقوقی معاملات در افراد شیدایی (مانیا)
زهره بقیع - دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر علی اکبر جهانی
- بررسی و نقد نظریه‌های ارزش مبادلی یا تأکید بر تمایز ارزش شأنی و فعلی
دکتر محمد علی راغبی - محمد نقی تولمی
- بررسی فقهی نقش رشوه در تحقق جرم رانت‌خواری از منظر فقه امامیه
دکتر محمد علی شیخ الاسلامی - دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان - دکتر محمد تقی فخرعلی
- حکم ازدواج زن باردار از رابطه نامشروع از منظر فقه و حقوق ایران با نگاهی به بارداری مضاعف
دکتر عبدالصمد علی آبادی
- بررسی نسبت واژه تسالم با مفاهیم مشابه آن
دکتر فاطمه فلاح نقتی
- ماهیت ستجی اعمال حقوقی احسانی با تحلیل مفهوم قبول و رضایت
دکتر جلیل فتوائی - دکتر سید علی علوی قزوینی - دکتر سید محسن سلطانی
- بازپژوهی در شناخت شئون شارع و کاربرد آن در استنباط احکام شرعی
همایون توانی
- واکاوی «مالعیت تعارض» در حجیت اصل مثبت
دکتر زهرا وطنی - دکتر احمد محمدی - دکتر جنود سلطانی فرد



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۵ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۳۲ - بهار ۱۴۰۲

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.

کارشناس: شاهمن شاهرخ شاهیان

مترجم چکیده به انگلیسی: علیرضا کتابدار

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 منحصرأً 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 جواد ایروانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۲. دکتر علی الهی خراسانی (استادیار پژوهشکده مطالعات اسلامی و علوم انسانی)
۳. امین امیرحسینی (دانشجوی دکتری دانشگاه شهید بهشتی (ره))
۴. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. دکتر سید محمد حسینی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
۶. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. سید رضا شیرازی (استادیار پژوهشکده علوم اسلامی رضوی)
۸. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر محمدرضا علمی سولا (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (دانشیار دانشگاه فرهنگیان)
۱۱. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران)
۱۳. دکتر محسن ملک افضلی (استاد جامعه المصطفی العالمیه)
۱۴. دکتر حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۵. حجت الاسلام حسن آقا نظری (استاد پژوهشگاه حوزه و دانشگاه)
۱۶. دکتر غلامرضا یزدانی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

فهرست مندرجات

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۹	تحلیل انتقادی مشروعیت عقد بر صغیره به منظور ایجاد محرمیت دکتر سیدمهدی احمدی نیک
۳۱	تأثیر وجود یا فقدان قید «فی الاسلام» در روایت «لا ضرر و لا ضرار» در استنباط مسائل فقهی دکتر حیدر باقری اصل
۵۳	وضعیت فقهی و حقوقی معاملات در افراد شیدایی (مانیا) زهره بقیعی - دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر علی اکبر جهانی
۷۵	بررسی و نقد نظریه‌های ارزش مبادلی با تأکید بر تمایز ارزش شأنی و فعلی دکتر محمد علی راغبی - محمد تقی تولمی
۹۷	بررسی فقهی نقش رشوه در تحقق جرم رانت‌خواری از منظر فقه امامیه دکتر محمدعلی شیخ الاسلامی - دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان - دکتر محمدتقی فخلعی
۱۱۷	حکم ازدواج زن باردار از رابطه نامشروع از منظر فقه و حقوق ایران با نگاهی به بارداری مضاعف دکتر عبدالصمد علی آبادی
۱۳۷	بررسی نسبت واژه تسالم با مفاهیم مشابه آن دکتر فاطمه فلاح تفتی
۱۵۹	ماهیت سنجی اعمال حقوقی احسانی با تحلیل مفهوم قبول و رضایت دکتر جلیل قنواتی - دکتر سید علی علوی قزوینی - دکتر سید محسن سلطانی
۱۷۹	بازی‌توهمی در شناخت شئون شارع و کاربرد آن در استنباط احکام شرعی همایون نوائی
۲۱۱	واکاوی «مانعیت تعارضی» در حجیت اصل مثبت دکتر زهرا وطنی - دکتر احمد محمدی - دکتر جواد سلطانی فرد



A critical analysis of the legitimacy of marrying a minor in order to create privacy

Dr. Seyed Mehdi Ahmadi Nik , Professor of Higher Levels of Holy Mashhad Seminary and Assistant Professor of Jurisprudence and Principles Department of Razavi University of Islamic Sciences, Email: Sm.ahmadinik@gmail.com

Abstract

One of the important and practical topics in Imamiyyah jurisprudence is the discussion of Sharia tricks including the temporary marriage of a minor or infant girl in order to create privacy with her mother, without any serious intention of marriage, neither by the minor's guardian nor by the person who wants to become "mahram" with the minor's mother. In this regard, opinions have been raised by jurists. Famous jurists have considered it as valid, permissible, and effective, and have issued a fatwa for the realization of privacy, and for this reason, it is popular among religious people and is easily performed. Famous jurists have considered it as valid, permissible, and effective, and have issued a fatwa for the realization of "Mahramiat", and for this reason, it is popular among religious people and is easily performed. However, some jurists, doubting its authenticity, have considered such a contract to be a problem and ruled that the marriage is not fulfilled. The writer has investigated this issue by descriptive and analytical method and using library tools and by analyzing the evidence and stating the problems of the popular view, he has come to the conclusion that the use of such an incorrect trick and the realization of privacy with it are faced with serious and fundamental doubts.

Key words: marrying a minor, establishing "Mahramiat", minor's mother, sharia trick





تحلیل انتقادی مشروعیت عقد بر صغیره به منظور ایجاد محرمیت



دکتر سیدمهدی احمدی نیک

استاد سطوح عالی حوزه علمیه مشهد مقدس و استادیار گروه فقه و اصول دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: Sm.ahmadinik@gmail.com

چکیده

یکی از مباحث مهم و کاربردی در فقه امامیه، بحث از حیله‌های شرعی؛ از جمله عقد موقت بر دختر صغیره غیرقابل التذاذ یا شیرخوار به منظور ایجاد محرمیت با مادر اوست، آن هم بدون قصد جدی بر ازدواج نه از سوی ولی صغیره و نه از سوی کسی که می‌خواهد با مادر آن صغیره محرم شود. در این باره دیدگاه‌هایی از سوی فقها مطرح شده است. مشهور فقها آن را صحیح و جایز و دارای اثر دانسته و فتوا به تحقق محرمیت داده‌اند و به این خاطر در میان متدینان رواج دارد و به راحتی انجام می‌شود، اما برخی از فقها با تردید در صحت آن، چنین عقدی را محل اشکال دانسته و حکم به عدم تحقق محرمیت کرده‌اند. نگارنده به روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از ابزار کتابخانه‌ای به بررسی این مسئله پرداخته و با تحلیل ادله و بیان اشکالات دیدگاه مشهور به این نتیجه دست یافته است که به کارگیری چنین حیله‌ای غیر صحیح و تحقق محرمیت با آن با تردید جدی و اساسی مواجه است.

واژگان کلیدی: عقد بر صغیره، ایجاد محرمیت، مادر صغیره، حیله شرعی

مقدمه

مسئله حيله از زمان‌های دور به گونه‌های مختلفی در جوامع بشری مطرح بوده است و در زمان‌های قدیم در روم باستان برخی به‌طور کلی آن را نوعی تدلیس و فریب می‌دانستند (کیهانی، ۳۸/۱). بر اساس آنچه نقل شده است در گذشته قوانین روم با وضع مجازات‌هایی جلوی حيله‌ها را گرفت (کاشانی، ۱۵). در آلمان، ایتالیا و روسیه نیز قوانینی در منع حيله تدوین شده بود (ذهنی بک، ۹۰ تا ۹۵).

در اسلام قدیمی‌ترین نصی که بر اساس گفتار اندیشمندان مسلمان به موضوع حيله اشاره کرده است قرآن کریم در داستان اصحاب سبت (بقره: ۶۵ تا ۶۶؛ نساء: ۱۵۴؛ اعراف: ۱۶۳ تا ۱۶۶) است (طبرسی، ۷۵۷/۴؛ طباطبائی، محمدحسین، ۳۰۱/۸؛ زمخشری، ۱۷۰/۲؛ فخر رازی، ۵۴۰/۳؛ ۳۹۰/۱۵؛ قرطبی، ۳۰۵/۷). در زمان‌های گذشته در ایران نیز استفاده از حيله‌ها و چاره‌جویی‌های شرعی و قانونی رواج داشته است. برخی نوشته‌اند: استفاده از آن‌ها در بین مردم متعارف بوده است (مقدس اردبیلی، ۴۳۷). در زمان ناصرالدین شاه حيله‌گری آن‌قدر میان مردم به‌ویژه در خصوص بیع شرط رواج داشته است که شاه برای جلوگیری از آن فرمانی صادر کرد (امامی، ۵۶۷/۱).

فقه‌ها نیز به دلیل اهمیت، حيله‌های شرعی را در ابواب مختلف فقه مطرح و بررسی کرده‌اند (طوسی، المبسوط، ۹۵/۵؛ علم‌الهدی، الانتصار، ۸۳؛ محقق حلی، ۲۰/۳؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲۰۳/۹؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۳۳۳/۳؛ صاحب‌جواهر، ۲۰۴/۳۲؛ بحرانی، الحقائق الناصرة، ۳۷۹/۲۵). در پژوهش‌های جدید نیز چند تألیف در این باره وجود دارد (مکارم شیرازی، ۱۳-۱۷). از دیرباز تاکنون عقد بر صغیره به‌منظور حریمیت با مادر او در فقه مطرح شده است (علم‌الهدی، المسائل الناصریات، ۳۱۷؛ ابن‌زهره، ۳۴۲؛ حلی، یحیی‌بن‌سعید، ۴۳۹؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۵۸۴؛ شهید ثانی، الروضة، ۱۷۷/۵؛ اصفهانی، ابوالحسن، ۱۸۳/۳؛ گلپایگانی، ۴۱۳، ۲۴۳۸م؛ فیض کاشانی، الوافی، ۱۷۰/۲۱؛ موسوی عاملی، ۱۳۳/۱؛ سیستانی، توضیح المسائل، ۴۸۵، ۲۳۸۸م) و در مجلاتی نیز در قالب مقالاتی از جمله «نقد‌های اخلاقی به نکاح صغیره از منظر اصول زندگی فردی و اجتماعی» در مجله اخلاق زیستی (زمانی و دیگران، ۱۰/۱) به بیان نقد‌های اخلاقی وارد بر ازدواج با صغیره پرداخته و هیچ بحثی از تحقق یا عدم تحقق حریمیت با مادر صغیره به میان نیاورده است. مقاله «مبانی ممنوعیت استمتاع از زوجه نابالغ در فقه امامیه» در مجله مطالعات راهبردی زنان (علمی سولا و محمدیان) که متمرکز بر بیان مبانی عدم جواز استمتاع از زوجه نابالغ است و مقاله «بررسی جرم ازدواج با کودک» در کتاب مجموعه مقالات (عظیم‌زاده اردبیلی و طوقانی‌پور) که به بررسی تزویج صغیره از سوی ولی او پرداخته است در قالب استفتائات و غیر این‌ها بررسی کرده است، اما حسب بررسی نگارنده هیچ‌کدام به بررسی تحلیلی عقد بر صغیره به‌منظور

ایجاد محرمیت با مادر او نپرداخته است و تاکنون پژوهشی به صورت مستقل و جامع مبتنی بر منابع فقهی و تفسیری همراه با تحلیل ادله و با رویکرد بیان نقدها و اشکالات دیدگاه رایج و مشهور در موضوع بحث و رد آن و اثبات عدم تحقق محرمیت با مادر صغیره با عقد بر صغیره صورت نگرفته است. نوشتار حاضر از نظر جامعیت و گستردگی، تبیع و تحلیل ادله و بیان نقدهای وارد بر دیدگاه مشهور و بر فرازی عدم تحقق محرمیت با مادر صغیره به صرف عقد بستن بر صغیره دارای نوآوری است.

۱. مفهوم شناسی

أ. مفهوم لغوی حيله: واژه نگاران درباره حيله گفته اند: حيل جمع حيله و از ماده حول به معنای دگرگونی و تغییر است (نک: ابن منظور، ۱۸۵/۱۱) و نیز گفته شده است: رَجُلٌ حَوْلٌ: دُوجِلٌ؛ یعنی کسی که مهارت و قدرت بر تصرف دارد یا حيله همان چاره است، اما باید شکل پنهانی داشته باشد و غالباً حيله بار منفی دارد و گاهی هم در موارد مثبت به کار می رود، به همین دلیل در وصف خداوند متعال گفته شده است: «وَهُوَ شَدِيدُ الْمِحَالِ» (رعد: ۱۳) (نک: راغب اصفهانی، ۲۶۷) و نیز گفته شده است: «هو تحرک فی دور»؛ به معنای حرکت دورانی داشتن، عرب سال را به همین دلیل که دارای دوران است، حول می گوید (نک: ابن فارس، ۱۲۱/۲).

ب. مفهوم اصطلاحی حيله: درباره معنای اصطلاحی آن گفته شده است: «الحيلة هي حفظ ظواهر قوانين الشرع و ان كانت روحها غير موجودة» (مکارم شیرازی، بررسی طرق فرار از ربا، ۱۴)؛ حيله عبارت است از حفظ ظاهر قوانین شرع، اگرچه روح قانون موجود نباشد.

ج. مفهوم شناسی صغیره، عقد و نکاح: برخی از دانشیان درباره صغیره گفته اند: مؤنث صغیر است و دختر بچه ای است که به سن نه سالگی نرسیده باشد و «الصغير خلاف الكبير» (نک: ابوحیب، ۲۱۲) و نیز گفته شده است: صغیر از ریشه صغر، ضد کبر به معنای کوچک و خردسال است (نک: ابن منظور، ۴۵۸/۴؛ مقرئ، ۳۴۰/۱) و درباره معنای اصطلاحی آن هم گفته شده است: به کسی می گویند که به سن بلوغ شرعی نرسیده است (نک: جعفری لنگرودی، ۴۰۶).

درباره واژه عقد هم برخی از لغت شناسان ابتدا این فراز از آیه شریفه سوره مائده که می فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) را آورده و سپس گفته اند: عقود جمع عقد به معنای قرارداد یا توافق بر امری است (نک: طریحی، ۱۰۳/۳) و نیز گفته شده است: «أَنَّ أَصْلَ الْعَقْدِ تَقْيِضُ الْحَلِّ» (نک: مرتضی زبیدی، ۱۱۵/۵)؛ عقد تقیض حل است یا «اصل واحد يدل على شد و شدة وثوق... و عقد قلبه على كذا فلا ينزع عنه» (مصطفوی، ۱۸۸/۸). درباره نکاح گفته شده است: اصل نکاح برای عقد زناشویی است و

برای جماع استعاره شده است و محال است که اصل آن برای مقاربت بوده و بعداً برای عقد به کار رفته باشد؛ زیرا اسامی وضع شده برای جماع همه کنایه است؛ به دلیل اینکه استعمال صریح آن قبیح است و محال است کسی که قصد فحشا نداشته باشد واژه نکاح را به معنای جماع یعنی اسمی که ناپسند شمرده شده است برای اسم نیکوی آن استعاره بگیرد و به معنای مباشرت و عقد نکاح هم است و در شرع، نکاح عقدی است لفظی که سبب تملک بر وطی و مباشرت می شود (نک: راغب اصفهانی، ۸۲۳؛ طریحی، ۱۰۲/۳).

۲. حیل‌های شرعی، احکام، اقسام و دیدگاه‌ها

برخی گفته‌اند: در صورتی که حیل فی نفسه مباح باشد استفاده از آن جایز است و اثر نیز بر آن بار می‌شود، ولی اگر فی نفسه حرام باشد اگرچه به کارگیری آن ممنوع و مستلزم گناه است، اما در صورتی که به کار گرفته شود اثر دارد (نک: محقق حلی، ۲۰/۳؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۷۹/۴؛ شهید ثانی، مسالک الألفهام، ۲۰۳/۹؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۳۳۳/۳؛ آل‌عصفور، ۵۳۱/۱۴ تا ۵۳۷).

برخی از فقهای معاصر برای حیل دو تقسیم بیان کرده‌اند: ۱. حیل واقعی مثبت و مشروع، حیل واقعی منفی و مذموم و حیل صوری؛ ۲. حیل‌ای که با مقدمه حلال و مباح به مطلوب حلال مدّ نظر منتهی می‌شود و حیل‌ای که حیل‌کننده با مقدمه حرام و غیر مشروع، خود را به مطلوب حلال می‌رساند (نک: مکارم شیرازی، حیل‌های شرعی، ۱۸). بر اساس مطالب پیش گفته حیل بنفسه نه به طور مطلق حلال است و نه حرام و در بیان معیار شناخت حیل جایز از غیر آن می‌توانیم بگوییم: هر روش مشروعی که با آن اهداف شریعت همانند عبودیت خداوند، پرهیز از نواهی آن یا احقاق حقوق ستمدیده یا انتقام از ستمگران محقق شود، جایز و دارای ثواب است، ولی هر شیوه‌ای که به بازیچه قرار گرفتن اهداف شریعت همانند اسقاط واجب یا تحلیل حرام یا احیای باطلی بینجامد، بدون تردید جایز نیست.

درباره به کارگیری حیل‌های شرعی دیدگاه‌هایی وجود دارد:

۱. برخی از فقها به کارگیری آن را با صرف نظر از مصادیق، فی الجمله جایز شمرده و به آیاتی از قرآن و نیز روایاتی استناد کرده‌اند (نک: طوسی، المبسوط، ۹۵/۵). برخی، روایاتی را مبنی بر جواز به کارگیری حیل‌های شرعی نقل کرده (نک: ابن بابویه، ۱۷/۳ تا ۲۸) و برخی دیگر ضمن شرح روایات فوق، روایات دیگری را نیز بر آن‌ها افزوده‌اند (نک: مجلسی، ۵۹/۶).

۲. برخی به کارگیری حیل‌های منصوب را مجاز و غیر منصوب را ممنوع دانسته‌اند (نک: بحرانی، الحدائق، ۳۷۵/۲۵).

۳. برخی هم قائل اند که چاره جویی با حیله های مباح جایز و با حیله های حرام گرچه جایز نیست، اما اگر به کار گرفته شود صرفاً سبب گناه می شود، ولی حیله و چاره جویی، صحیح و دارای اثر است (نک: محقق حلی، ۲۰/۳؛ علامه حلی، نهایة الأحکام، ۵۶۶/۲؛ حلی، محمدبن حسن، ۴۶/۴).

۴. به کارگیری حیله های شرعی مشروط به آن است که سبب نقض غرض شارع نباشد؛ برای مثال، اگر مردی به غرض محروم کردن همسر خود از ارث در مرضی که منتهی به فوتش می شود او را طلاق دهد، شارع حکم به بطلان چنین طلاقی می دهد و اثری بر آن بار نمی شود و همسر او از وی ارث می برد (نک: صاحب جواهر، ۲۰۳/۳۲؛ کاشف الغطاء، ۱۸۰).

۳. عقد موقت بر صغیره غیر قابل التذاذ به منظور ایجاد محرمیت با مادر او

یکی از حیله هایی که امروزه در بین مردم رایج و به منظور محرمیت انجام می گیرد این است که فردی دختر خردسال و صغیره غیر قابل التذاذ یا شیرخواری را که می خواهد با مادر او محرم شود با اجازه ولی او به عقد موقت خود در می آورد، با آنکه هیچ گونه قصد جدی از سوی متعاقدان و نه ولی صغیره بر نکاح وجود ندارد. آیا به کارگیری چنین حیله ای برای ایجاد محرمیت صحیح است؟ دیدگاه های مختلفی در بین فقها وجود دارد. بسیاری از آنان اعم از متقدمان، متأخران و معاصران، حکم به جواز داده و تحقق محرمیت را پذیرفته یا به صراحت استناد به مشهور داده اند (نک: مفید، ۵۰۲؛ علم الهدی، المسائل الناضریات، ۳۱۷؛ طوسی، الخلاف، ۲۷۵/۷؛ ابن زهره، ۳۴۲؛ حلی، یحیی بن سعید، ۴۳۹؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۵۸۴؛ ابن فهد حلی، ۲۳۳/۳؛ صیمری، ۴۹/۳؛ شهید ثانی، رسائل، ۱۱۹۶/۲؛ همو، الروضة البهیة، ۱۷۷/۵؛ موسوی عاملی، ۱۳۲/۱؛ فیض کاشانی، الوافی، ۲۶۵/۲؛ فاضل هندی، ۱۷۵/۷؛ بحرانی، الحقائق الناضرة، ۳۸۳/۲۵؛ همو، همان، ۴۴۵/۲۳ تا ۴۵۴؛ همو، الدرر النجفیة، ۲۳۲/۲؛ طباطبائی، علی بن محمد، ۱۷۳/۱۱؛ اصفهانی، ابوالحسن، ۱۸۳/۳؛ گلپایگانی، ۴۱۳، م ۲۴۳۸؛ خویی، منهاج الصالحین، ۲۷۴/۲؛ روحانی، ۲۳۳/۲۱؛ وجدانی فرخ، ۶۰۵/۹؛ فاضل لنکرانی، توضیح المسائل، ۴۲۵ م ۲۲۸۳؛ همو، تفصیل الشریعة، ۲۲۳؛ سیستانی، منهاج الصالحین، ۵۷/۲ م ۱۵۷؛ شریفی اشکوری، ۳۹۰/۱). برخی دیگر هم اصل متعه صغیره را تجویز کرده اند و گفته اند: متعه کردن صغیره جایز است، ولی اگر مدت کم باشد به اندازه ای که استمتاع ممکن نباشد اشکال دارد و احتیاط در ترک است (نک: خویی، منهاج الصالحین، ۲۷۴/۲) و برخی نیز از قول فقیه دقیق اما غیر معروف جناب ابن ابی عقیل آورده اند: حرمت مادر زنی که بر او عقد بسته شده مشروط به عمل زناشویی با آن زن است (نک: موسوی عاملی، ۱۳۲/۱).

برخی از فقها در صحت عقد اشکال کرده و محرمیت را نیز منتفی دانسته‌اند (نک: اصفهانی، ابوالحسن، ۱۸۳/۳؛ گلپایگانی، ۴۱۳، م ۲۴۳۸). برخی فرموده‌اند: احتیاط به این است که مادر او حرام اما نظر محرمانه هم به او جایز نیست (نک: خمینی، تحریر الوسیلة، ۲۴۸/۲؛ همو، توضیح المسائل، ۳۵۵، م ۲۴۲۹). برخی نیز با اشاره به بحث‌هایی در مفروض بحث با تردید از آن گذشته‌اند (نک: فیض کاشانی، الوافی، ۱۷۰/۲۱). یا نوشته‌اند: و المسئلة قویة الاشکال (نک: موسوی عاملی، ۱۳۳/۱) و برخی هم گفته‌اند اگر دختر قابلیت تلذذ را نداشته باشد، صحت عقد محل اشکال است (نک: سیستانی، توضیح المسائل، ۴۸۵، م ۲۳۸۸).

۴. ادله مشهور

برای قول مشهور مجموعاً به سه دلیل استناد شده است، اما با توجه به اشکالات وارده هیچ کدام از آن‌ها پذیرفتنی نیست.

أ. آیه شریفه: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ» (نساء: ۲۳).

در استدلال به آیه چنین گفته شده است که بر مادر صغیره‌ای که فردی عقد محرمیت با صغیره بسته است، ام‌الزوجه صدق می‌کند و بر اساس آیه شریفه «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ»، ام‌الزوجه (مادرزن) بر انسان محرم و نیز ازدواج با او حرام است، چه دخول به بنت صورت گرفته یا نگرفته باشد (نک: علم الهدی، المسائل الناضریات، ۳۱۷؛ طوسی، الخلاف، ۲۷۵/۷؛ علامه حلی، قواعد، ۴۸/۷؛ ابن فهد حلی، ۲۳۳/۳؛ صیمری، ۴۹/۳؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۷۷/۵؛ نراقی، مستند الشیعة، ۳۰۲/۱۶؛ صاحب جواهر، ۳۵۰/۲۹؛ حکیم، ۱۸۳/۱۴؛ مغنیه، ۴۵۷/۲؛ مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۳۲۹/۳). این استدلال اشکالاتی به شرح زیر دارد:

۱. برخی استدلال فوق به این آیه را به استناد اینکه جمله «مِن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ» را قید برای حکم مستفاد از حرمت در اول آیه می‌دانند (شیرازی، ۴۶۴/۸) به صراحت رد کرده و محرمیت مادرزن را متوقف بر دخول به زن دانسته‌اند.

۲. باتوجه به اینکه در چنین عقدی قصد ازدواج از سوی هیچ کدام نه زوج و نه ولی صغیره وجود ندارد، ما شک داریم که زوجیتی تحقق یافته یا نه؟ اصل تحقق نیافتن زوجیت است و با عدم تحقق زوجیت، ام

الزوجه بر مادر صغیره صدق نمی‌کند؛ در نتیجه موضوع محرمیت منتقی و استدلال به آیه صحیح نیست.

۳. باتوجه به روایات صحیح‌های که به صراحت محرمیت و حرمت مادرزن متوقف بر دخول به زن شده است؛ از جمله روایت جمیل بن دراج که سند آن بر اساس نقل شیخ صدوق (ابن بابویه، ۲۶۲/۳) صحیح و بر اساس نقل کلینی (۴۲۱/۵) حسن است (مجلسی، ۲۵۲/۸). برخی نیز هر دو نقل را صحیح دانسته‌اند (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۵۱/۷) و نیز باتوجه به دو روایت صحیح حماد بن عثمان و منصور بن حازم (کلینی، ۴۲۲/۵؛ طوسی، الخلاف، ۲۷۴/۷؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۵۱/۷)، استدلال به اطلاق آیه صحیح نیست (مجلسی، ۲۵۲/۸).

۴. برای تحقق محرمیت مادرزن، اشتراط دخول به زن، به اهل بیت پیامبر (ص) استناد داده شده است و در منابعی این اشتراط مستند به روایت هم شده است (کلینی، ۴۲۱/۵؛ طوسی، الخلاف، ۲۷۳/۷؛ نوری، ۴۰۱/۱۴). برخی هم گفته‌اند: همان طور که در خصوص ربیبه، تحقق محرمیت او متوقف بر دخول به مادر ربیبه است، درباره مادر زن نیز تحقق محرمیت متوقف بر دخول به دختر او است (ابن ابی عقیل بر اساس نقل علامه، نک: علامه حلی، قواعد الأحکام، ۴۹/۷).

۵. برخی استدلال به آیه را برای تحقق محرمیت به مجرد عقد و بدون دخول به زن مجمل دانسته‌اند (مجلسی، ۲۵۲/۸؛ شبیری زنجانی، ۴۷۴/۸). بنابراین، آیه ظهوری در تحقق محرمیت مادر صغیره به صرف عقد بر صغیره ندارد (مجلسی، ۲۵۲/۸) و لذا با عدم دخول به زن، آیه دلالت بر محرمیت مادرزن ندارد و نمی‌توان به آن استدلال کرد.

۶. برخی از فقهای معاصر در تفسیر آیه مذکور صرف عقد بستن را سبب حصول محرمیت دانسته‌اند (نک: مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۳۲۹/۳)؛ اما در فقه با استدلال (چنان‌که در ادامه خواهد آمد)، تحقق محرمیت را نپذیرفته‌اند (همو، کتاب النکاح، ۴۸/۵).

ب. روایات: برای محرمیت به چند روایت نیز استناد شده است؛ روایت اسحاق بن عمار، روایت ابی بصیر، روایت غیاث بن ابراهیم و روایت ابی حمزه (طوسی، الخلاف، ۲۷۳/۷؛ حر عاملی، ۳۵۷/۱۴؛ علامه حلی، مسالک الأفهام، ۴۹/۷؛ صاحب‌جواهر، ۳۵۰/۲۹؛ نراقی، مستند الشیعه، ۳۰۲/۱۶؛ حکیم، ۱۸۳/۱۴؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۲۲۰) و چنان‌که برخی گفته‌اند (مجلسی، ۲۵۲/۸) این روایات برخی مرسل و برخی موثق است و دارای اشکالاتی به شرح زیر است:

۱. محرمیت در این روایات برای مادرزن ثابت شده است و در موضوع بحث که عقد بر صغیره صرفاً به منظور ایجاد محرمیت با مادر او بوده است، ما شک داریم که زوجیت تحقق یافته یا نه؟ اصل اقتضا می‌کند عدم تحقق زوجیت را و در نتیجه با انتفای زوجیت، موضوع محرمیت (مادرزن) منتفی است، پس این

روایات اساساً انصراف از مورد بحث دارد و به برای استدلال مفید کاربرد ندارد.

۲. چنان که در بحث اشکالات و نقدها بیان خواهد شد، این روایات، معارض با روایات صحیحیه‌ای است که تحقق محرمیت مادرزن را مشروط به مباشرت با زن کرده است (کلینی، ۴۲۱/۵؛ ابن بابویه، ۲۶۲/۳) و در صورت تعارض، ترجیح با روایات صحیحیه است و با عدم ترجیح و قول به تساقط هم اصل اقتضا می‌کند عدم محرمیت را.

۳. چنان که برخی گفته‌اند: مشهور بین عامه این است که به مجرد عقد، محرمیت تحقق پیدا می‌کند؛ (حکیم، ۱۸۷/۱۴) از این رو، این روایات موافق عامه است و از باب «خذ بما خالف العامه» استناد به این روایات صحیح نیست.

ج. اجماع: برخی برای اثبات محرمیت مادرزن در خصوص بحث، تمسک به اجماع کرده‌اند (علم‌الهدی، المسائل الناضریات، ۳۱۷؛ ابن زهره، ۳۳۶/۱؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۴۹/۷)، اما باتوجه به اشکالاتی این دلیل نیز چندان درخور اعتماد نیست.

۱. اساساً برخی از فقها وجود چنین عقدی (عقد بر صغیره غیرقابل التذاذ) را در عصر معصومان (ع) انکار کرده و از مسائل نوپیدا دانسته‌اند و بنابراین چنین اجماعی کاشف از رأی معصوم (ع) نیست و فاقد ملاک حجیت است (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۶/۳).

۲. احتمال دارد که مستند مجمعین، ادله فوق باشد و در نتیجه اجماع محتمل المدرك است و چنین اجماعی حجیت ندارد (خویی، محاضرات فی الأصول، ۴۲۹۷/۳).

۳. با صرف نظر از دو اشکال گذشته، اجماع یادشده ناظر به محرمیت مادرزن است و درباره بحث، با عدم قصد واقعی بر زوجیت شک داریم که زوجیت تحقق یافته یا نه؟ اصل اقتضا می‌کند عدم آن را، بنابراین راجع به بحث، موضوع محرمیت (مادرزن) تحقق پیدا نکرده است تا برای حکم آن (محرمیت) به اجماع تمسک شود.

نگارنده، عقد موقت بستن بر صغیره غیرقابل التذاذ به منظور ایجاد محرمیت با مادر او که از سوی مشهور فقها به استناد دلائل یادشده مجاز و حکم به تحقق محرمیت داده شده است و در بین بسیاری از مردم نیز رایج شده است را واکاوی کرده است، علی‌رغم شهرت فتوائیه در این باره، نظر به مقتضای عقد و نیز اشکالات وارد بر مشهور و قرائنی چند، تحقق محرمیت را مواجه با تردید جدی و اساسی دانسته است.

۵. مقتضای عقد، ماهیت و قوام عقد نکاح

بر اساس کلام برخی از اندیشمندان، مقتضای ذات هر عقدی نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به

قصد حصول آن، عقد را منعقد می‌کنند؛ مثلاً مقتضای عقد بیع، ملکیت و نقل و انتقال است. مقتضای عقد، موضوع و مضمون اصلی عقد را تشکیل می‌دهد و مقصود اصلی متعاقدين است و به گفته برخی: مقتضای ذات عقد چنان به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که اگر به وسیله شرط گرفته شود، جوهر عقد نیز از دست می‌رود و از نگاه عرف موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند؛ از این رو، برخی از فقها بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد و به دنبال آن بطلان مشروط را پذیرفته‌اند و مورد اتفاق علمای امامیه و استماتع در نکاح را مقتضای ذات و ماهیت نکاح و مرجع در تشخیص مقتضای عقد را عرف دانسته‌اند (نک: مراغی، ۲/۲۴۸). درباره معنای مقتضا نیز برخی چنین گفته‌اند که هرگاه گفته شود مقتضای آتش حرارت است؛ یعنی اثرش حرارت است و همچنین شوری و شیرینی، اثر یا مقتضای نمک و شکر است و نیز اثر السیف؛ ضربه (نک: شهیدی، ۴/۱۱؛ فراهیدی، ۸/۲۳۷).

بر این اساس، از یک سو قوام نکاح در عرف به تمتعات و ماهیت نکاح به قابلیت تمتع است و از سوی دیگر، مسئله نکاح امری عرفی عقلایی است که شارع آن را امضا کرده و در نگاه عرف، نکاح برای جایی است که امکان تمتع باشد ولو شوهر نخواهد و در فرض بحث امکان تمتع نیست، بنابراین چنین عقدی که صرفاً به منظور تحقق محرمیت و نه استماتع بسته می‌شود در عرف بر آن نکاح اطلاق نمی‌شود و اگر کسی اشکال کند و بگوید: یکی از آثار نکاح محرمیت است و این‌ها تمتع نمی‌خواهند بلکه محرمیت می‌خواهند و همین به عنوان اثر برای نکاح کافی است، در پاسخ گفته می‌شود: هیچ وقت حکم موضوع خود را درست نمی‌کند، چون دور لازم می‌آید؛ زیرا ابتدا باید موضوع باشد تا احکام بر آن جاری شود و مصاهره و محرمیت از احکام است، پس باید اول ماهیت نکاح حاصل شود تا احکام مترتب شود و اگر بخواهد حکم موضوع خود را درست کند، لازم می‌آید که حکم قبل از موضوع باشد و محلی که صالح تمتع نیست، ماهیت نکاح در آنجا معقول نیست و در این صورت موضوعی برای حکم نداریم تا محرمیت تحقق یابد (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۵/۴۸). برخی نوشته‌اند: فلو لم يقصد من العقد حصول الزوجية الدائمة أو المنقطعة ولا التحليل، بل كان المقصود مجرد محرمة الأم - كما يتفق كثيرا - لم يصح العقد (نک: نراقی، مستند الشیعة، ۱۶/۳۰۷)، در نتیجه چنین عقدی از اساس صحیح نیست تا اثری بر آن بار شود.

۶. اشکالات و نقدها

باتوجه به آنچه بیان شد و نظر به مقتضای عقد و اشکالات عدیده جدی و اساسی که بر نظریه مشهور بیان می‌شود، این نظریه با تردید مواجه است و به آسانی پذیرفتنی نیست.

۱. برخی در تحقق عقود شریطی را معتبر می‌دانند؛ ازجمله قصد اثری را که شارع آن اثر را بالإصالة مسبب از عقد می‌داند و در نکاح، استمتاع و التذاذ مقصود بالإصالة و مسبب از عقد است. بر این اساس، در عقد بر صغیره که صرفاً قصد محرمیت با مادر صغیره شده، مقصود بالإصالة از نکاح قصد نشده است؛ در نتیجه چنین نکاحی محل اشکال و به تصریح برخی از فقها چنین عقدی سبب شرعی برای تحقق زوجیت نیست و باطل است (میرزای قمی، رسائل، ۳۱۱؛ همو، جامع الشتات، ۴/۴۶۲؛ نراقی، مشارق الأحکام، ۱۱۲ تا ۱۱۳).

۲. درباره برخی از عقود مانند نکاح ممکن نیست که انسان تنها قصد ترتب یک اثر در خصوص بحث (محرمیت با مادر صغیره) را داشته باشد و نه سایر آثار آن را؛ زیرا نکاح از عقود است که در خصوص آثار خود تجزیه‌بردار نیست (نراقی، مشارق الأحکام، ۸۰) و درباره بحث زوج قصد ترتب تنها یک اثر (محرمیت) را دارد و در حقیقت به دنبال تجزیه آثار عقد است، از این رو چنین نکاحی محل اشکال است.

۳. قدر متیقن از ترتب اثر بر موضوع در جایی است که موضوع احراز شود. در فرض بحث که صرفاً یکی از آثار مترتب بر عقد نکاح (محرمیت با مادر او) قصد شده است نه سایر آثار، شک داریم که آیا موضوع محرمیت (ام‌الزوجه بودن مادر صغیره با چنین عقدی) تحقق پیدا کرده یا نه؟ اصل عدم تحقق موضوع است، در نتیجه محرمیت هم بر آن بار نمی‌شود.

۴. قدر متیقن از صحت عقد و انشا نیز زمانی است که معنای الفاظ به کاررفته در آن عقد قصد شود و در خصوص بحث، از سوی زوج و عاقد معنای الفاظ؛ یعنی استمتاع و عمل زناشویی قصد نشده است، چنان‌که برخی به این مطلب تصریح کرده و نوشته‌اند: معانی عبارة العقود لابد أن تكون مقصودة، وإلا لكانت فاسدة مثل عقود الغافلين و الهازلین، و معنی متعتک بنتی: جعلتها متعتک، و معنی متعتک: ما يتمتع به، تتمتع بها شرعاً، و لم يقصد الأب نوعاً من أنواع التمتع أصلاً (نک: بهبهانی، ۲۳۵)، در نتیجه با توجه به عدم قصد تمتع نه از سوی عقدکننده و نه پدر صغیره به عنوان ولی و طرف عقد، شک داریم که چنین عقدی صحیح است یا نه؟ اصل عدم صحت آن است و روشن است که اگر عقد صحیح نباشد نه زوجیتی و نه محرمیتی تحقق پیدا نمی‌کند.

۵. روشن است که تفکیک بین آثار مترتب بر موضوع جایز نیست و نمی‌توان با قصد ترتب یکی از آثار مترتب بر عقد، فقط آن اثر را مترتب کرد و نه سایر آثار آن را، زیرا تفکیک بین آثار مترتب بر موضوع در اختیار کسی نیست؛ چراکه ترتب اثر بر موضوع تابع تحقق موضوع است، در نتیجه اگر موضوع تحقق یابد تمام آثار بر آن بار می‌شود والا هیچ کدام، از این رو نیز چنین عقدی اشکال دارد.

۶. قصد مقتضای عقد و اثر بارز آن از شروط صحت هر عقدی ازجمله عقد متعه است و مقتضای

متعّه، حلیت استمتاع است ولی به دلیل آنکه در خصوص بحث، زوج هیچ قصدی راجع به مقتضای عقد متعّه که بارزترین اثر آن حلیت استمتاع است ندارد، پس شرط صحت منتفی است و چنانکه فقها در جای دیگری گفته‌اند: اذا انتفی الشرط ینتفی المشروط لقاعدة انتفاء المشروط بانتفاء الشرط (نک: سبزواری، ۹۰/۲۵). از این رو، به دلیل عدم قصد مقتضای عقد و در نتیجه انتفاء شرط صحت، مشروط یعنی زوجیت هم منتفی می‌شود و با انتفاء زوجیت محرمیتی هم با مادر معقوده پیدا نمی‌شود.

۷. برخی در اشکال بر چنین عقدی نوشته‌اند: الأصل بقاء ما کان علی ما کان حتی یثبت خلافه (نک: بهبهانی، ۲۳۳). قبل از عقد یقیناً مادر صغیره برای چنین مردی محرم نبوده و الان به دلیل عدم قصد مقتضای عقد و نیز معانی الفاظ عقد شک در تحقق محرمیت داریم، استصحاب عدم محرمیت مانع از تحقق محرمیت می‌شود (نک: میرزای قمی، رسائل، ۳۱۲/۱).

۸. مذاق شارع در خصوص بانوان بر پاسداری از حریم عفاف و مستوریت آنان است و برخی از فقهای نامدار به مناسبتی به آن اشاره و آن را معلوم من عند الشارع کمعلومیه عدم البعلین للامراة الواحدة دانسته‌اند (نک: صاحب جواهر، ۳۱۰/۳۰). بنابراین، اگر در فرض بحث، حکم به محرمیت مادر صغیره شود و چنین بایی گشوده شود، پیداست که برخی از آن سوءاستفاده می‌کنند و حریم عفاف و مستوریت بانوان شکسته می‌شود، لذا چنین حیل‌های از این رو مخالف با مذاق شارع است و مخالفت با مذاق شارع هم صحیح نیست.

۹. روایاتی وجود دارد که حکم به حرمت و محرمیت مادرزن را متوقف بر دخول به زن می‌کند و برخی آن‌ها را پذیرفته یا توقف را برگزیده‌اند (نک: ابن بابویه، ۴۱۵/۳؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۴۹/۷ تا ۵۳؛ ابن ابی عقیل به نقل از علامه حلی؛ صیمری، ۵۰/۳). این روایات می‌تواند شاهی بر عدم تحقق محرمیت با مادرزن به صرف عقد بر دختر صغیره او باشد. برخی از این روایات عبارت‌اند از:

أ. صحیحہ جمیل بن دراج و حماد بن عثمان از امام صادق (ع) که فرموده است: مادر و دخترش از نظر محرمیت یا حلیت نکاح تا زمانی که دخول تحقق نیافته است، یکسان‌اند. اگر یکی از این دو را تزویج کرد و سپس قبل از دخول طلاق داد با هر کدام که بخواهد می‌تواند ازدواج کند (حرعاملی، ۳۵۶/۷، ح ۳؛ صاحب جواهر، ۳۵۰/۲۹).

باتوجه به اینکه روایت صحیحیه است و به صراحت می‌گوید بعد از طلاق در صورتی که دخول نکرده باشد با هر کدام که بخواهد می‌تواند ازدواج کند، در نتیجه در فرض بحث به صرف عقد، محرمیت محقق نشده است.

ب. صحیحہ دیگر جمیل بن دراج در این روایت جمیل از امام صادق (ع) درباره مردی که با زنی عقد

ازدواج بسته و قبل از عمل زناشویی او را طلاق داده است، سؤال کرد که آیا می‌تواند با دختر او ازدواج کند؟ امام(ع) در پاسخ فرمود: مادر و دختر در این جهت یکسان‌اند تا هنگامی که عمل زناشویی با یکی از آن‌ها انجام نداده است با دیگری می‌تواند ازدواج کند (حر عاملی، ۳۵۶/۱۴، ح ۶؛ طوسی، الإستبصار، ۱۵۶/۳ تا ۱۵۹).

این روایت نیز همانند روایت قبلی تحقق حرمت را مبتنی بر دخول دانسته و درباره صغیره دخولی صورت نمی‌گیرد، پس محرمیتی هم تحقق پیدا نمی‌کند.

ج. موثقه اسحاق بن عمار؛ اسحاق بن عمار می‌گوید: به او (امام صادق یا امام باقر(ع)) عرض کردم مردی با زنی ازدواج و با او نزدیکی کرده است و پس از نزدیکی، آن زن فوت کرده است، آیا این مرد می‌تواند با مادر او ازدواج کند؟ در پاسخ فرمود: سبحان الله چگونه پس از دخول می‌تواند با مادر او ازدواج کند؟! عرض کردم: مردی با زنی ازدواج کرده است، قبل از عمل زناشویی با او آن زن فوت کرده است، آیا می‌تواند با مادر او ازدواج کند؟ فرمود: اگر عمل زناشویی انجام نداده، اشکالی ندارد (طوسی، الإستبصار، ۱۵۸/۳؛ همو، الخلاف، ۲۷۵/۷؛ حر عاملی، ۳۵۶/۱۴). ذیل این روایت نیز به صراحت دلالت بر عدم تحقق حرمت در صورت عدم دخول دارد و از آنجاکه درباره عقد بر صغیره دخول منتفی است، پس به سبب روایت ازدواج با مادر صغیره برای عاقد جایز و عدم حرمت می‌تواند شاهی بر عدم حریمیت باشد؛ زیرا که در صورت محرمیت، ازدواج با مادر صغیره نیز حرام است.

د. در روایتی از امام(ع) سؤال شده است که اگر مردی با خانمی عقد بست و خانم قبل از عمل زناشویی فوت کرد، آیا زوج می‌تواند با مادر او ازدواج کند؟ امام(ع) در پاسخ فرموده است: مانعی ندارد (حر عاملی، ۳۵۶/۷).

این روایات می‌تواند شاهد و مؤیدی بر عدم تحقق محرمیت باشد، زیرا جواز ازدواج با مادر صغیره در صورت عدم دخول کاشف از عدم تحقق محرمیت است.

ناگفته نماند که برخی از فقها و محدثان بر این روایات اشکال کرده و گفته‌اند: این روایات مخالف با کتاب است و حمل بر تقیه می‌شود و درباره مخالفت با کتاب چنین گفته‌اند: این گونه روایات مخالف با ظاهر آیه ۲۳ نساء است که در بیان محارم به طور مطلق می‌فرماید: (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) و دخول در بنت را شرط نکرده است (نک: صاحب‌جواهر، ۳۵۰/۲۹؛ طوسی، الخلاف، ۲۷۵/۷؛ ابن‌زهره، ۳۳۶؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۴۵۵/۲۳).

اما برخی دیگر اشکال مذکور مبنی بر مخالفت روایات با کتاب را وارد ندانسته و در جواب نوشته‌اند: این روایات هیچ گونه مخالفتی با قرآن کریم ندارد، زیرا جمله «مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» در آیه فوق

را قید برای حکم مستفاد از حرمت در اول آیه می‌دانند (شبیری زنجانی، ۴۶۴/۸) و بنابراین حرمت مادرزن متوقف بر دخول به زن است و در این صورت، روایات مذکور هیچ‌گونه مخالفتی با ظاهر قرآن ندارد. گفته شده است ماهیت زوجیت قابلیت تمتع است (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۷/۳)، بر این اساس در اینجا که قابلیت تمتع نیست زوجیتی هم نیست؛ در نتیجه «امهات نساء کم» هم مصداق پیدا نمی‌کند و مخالفت با کتاب هم پیش نمی‌آید.

علاوه بر این‌ها در جواب از اشکال مخالفت با کتاب می‌توان گفت: با شک در تحقق زوجیت، اصل عدم آن است. بنابراین، موضوع حرمت که ام‌الزوجه است اساساً تحقق نیافته است تا مشمول امهات نساء کم باشد و مخالفت با کتاب پیش آید، در نتیجه از آنجا که حکم نمی‌تواند برای خود موضوع بسازد؛ با چنین حیل‌ای حرمت ایجاد نمی‌شود.

۱۰. تنقیح مناط نیز تحقق حرمت را با مشکل مواجه می‌کند؛ با این بیان که عقد بر کبیره به شرط عدم استمتاع، اعم از دخول، لمس، نظر و... صحیح نیست، همانند آن است که کسی بیع خانه یا هر کالای دیگری را مشروط کند به عدم تصرف مشتری، در چنین موردی همه می‌گویند: چنین شرطی خلاف مقتضای عقد است و باطل. بنابراین، به تنقیح مناط در جایی هم که قابلیت استمتاع نباشد، اعم از دخول، لمس، نظر و... و قصد هم نشود همانند عقد بر صغیره غیر قابل التذاذ نکاح باطل است؛ زیرا مقتضای عقد متعه شرعاً و عرفاً و عقلاً استمتاع است و درباره صغیره استماعی وجود ندارد (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۷/۳).

۱۱. عقد بر صغیره به منظور حرمت با مادر او در عصر معصومان (ع) احراز شدنی نیست و مشکوک است، بلکه به دلیل نبودن اثری از آن در اخبار باب چنان‌که برخی از فقها گفته‌اند معلوم‌العدم و از مسائل نوپیدا است (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۶/۳)، تحقق حرمت با مادرزن به صرف عقد بر دختر صغیره او اگرچه مشهور فقها به آن فتوا داده‌اند اما چنین شهرتی به دلیل نوپیدا بودن و مرسوم نبودن آن در عصر معصومان (ع) و احراز نشدن موافقت معصوم (ع) حجیت ندارد (نک: آخوند خراسانی؛ ۲۹۲؛ مظفر، ۱۵۲/۲) یا لاقبل حجیت آن مواجه با شک و تردید است و اصل در هر مشکوک الحجیتی هم حجیت نداشتن آن است (نک: اصفهانی، محمدحسین، ۱۵۸/۳؛ ایروانی، الإجتهد و التقليد، ۴۶۸؛ شیرازی، ۱۴)، بنابراین چنین شهرتی چندان درخور اعتماد نیست.

۱۲. باتوجه به حاکم بودن اصالة الفساد در چنین عقدی که شک در صحت و فساد آن داریم (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۷/۳) و نیز اشکالات عدیده از سوی برخی از فقها، چنان‌که برخی تحقق حرمت را در فرض بحث دارای اشکال قوی می‌دانند (نک: موسوی عاملی، ۱۳۳/۱) و برخی با

وارد دانستن اشکال امام خمینی (ره) آن را قوی و بالاتر از احتیاط دانسته‌اند (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۶/۳) و برخی دیگر صحت چنین عقدی را محل اشکال دانسته‌اند (نک: سیستانی، توضیح المسائل، ۴۸۵ م ۲۳۸۸؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۲۲۰)، نمی‌توان صحت چنین عقدی را پذیرفت.

۱۳. مهر و صدیقی که از سوی زوج برای چنین متعه‌ای که هیچ بهره‌ای از آن نمی‌برد قرار می‌گیرد و در حقیقت مابه‌ازائی ندارد نیز سبب غرر است، چنان‌که برخی به این مطلب تصریح کرده و نوشته‌اند: الزوج [أعطی] هذا الدرهم بغير شيء يجعل في العقد باؤه، فيكون مبنياً على الغرر والضرر، وعدم تحقق الذكر فيه (نک: بهیانی، ۲۳۵).

۱۴. در برخی از روایات، متعه به عین مستأجره تشبیه شده است (کلینی، ۴۶۰/۵) و برخی از فقها نیز عقد بر صغیره غیر قابل استمتاع را با استفاده از روایات به اجاره تشبیه کرده و گفته‌اند: همچنان‌که در اجاره نباید زمان به‌طوری طولانی باشد که می‌دانیم موجر و مستأجر در آن زمان باقی نیست و مورد غیر قابل استفاده می‌ماند (یا زمانش نباید آن مقداری کم باشد) که امکان انتفاع از آن وجود نداشته باشد، زیرا در این صورت عقد سفهی خواهد بود، پس همچنین در خصوص متعه‌ای که قابلیت استمتاع نداشته باشد (صاحب‌جواهر، ۱۷۵/۳۰)، در فرض بحث، تملیک بضعی در قبال صدق صورت نمی‌گیرد، همانند قرارگرفتن مال الاجاره در برابر اجاره‌ای است که به دلیل کم بودن مدت هیچ استفاده از آن نمی‌شود، در نتیجه چنان‌که چنین اجاره‌ای باطل است؛ به تنقیح مناط چنین عقدی نیز باطل و بدون اثر است.

۱۵. برخی از فقها در مقام ذکر مؤید برای عدم تحقق محرمیت در این باره آورده‌اند: چرا در مسئله جنین کسی قائل به ملکیت نیست (یعنی جنین مالک نمی‌شود) و در تقسیم ارث سهم ارث او را کنار می‌گذارند. اگر زنده متولد شد، سهم او را می‌دهند. آیا (در صورت تشخیص جنین) می‌شود جنین را برای کسی به اجازه ولی عقد کنند؟ در اینجا کسی اجازه نمی‌دهد چون از موضوع خارج است؛ چراکه قوام موضوع نکاح متوقف است بر تمتعات که هیچ‌یک در جنین ممکن نیست (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۶/۳)، پس در عقد بر صغیره غیر قابل التذاذ نیز همین گونه است فلا یترب علیه الاثر.

۱۶. قدر متیقن از صحت متعه از روایات متعه (نک: کلینی، ۴۵۵/۵؛ نوری، ۴۶۱/۱۴ تا ۴۶۴) آنجاست که تمتع یا بالفعل یا بالقوه وجود داشته باشد و از آنجاکه در فرض بحث، تمتع منتفی است؛ پس زوجیت منتفی است. برخی از فقها نیز به همین مطلب تصریح کرده و در عقد بر صغیره گفته‌اند: باید مدت محرمیت را به قدری طولانی در نظر گرفت تا صغیره به حد تمتع برسد ولو تمتع به غیر دخول باشد که در این صورت عقد صحیح می‌شود (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۶/۳) و برخی نیز گفته‌اند: «آنچه از

ادله به دست می‌آید این است که حداقل زمان در متعه باید مقداری باشد که در آن قابلیت تمتع وجود داشته باشد، حتی اگر ثمره‌ای همچون محرمیت یا جواز نظر برای آن متصور باشد. پس اگر عقد بر صغیره را برای مدت چند سال قرار دهند که تا آن زمان قابل تمتع شود، بلااشکال کافی خواهد بود» (صاحب‌جواهر، ۱۷۶/۳۰). بنابراین، به دلیل اینکه درباره بحث چنین مدتی که رسیدن به حد قابلیت استمتاع باشد منظور نمی‌شود، بلکه برای مدتی اندک مثلاً یک یا دو ساعت یا یک یا دو روز یا یک یا دو هفته است، پس احتمال تحقق استمتاع برای آینده و در نتیجه صحت نیز منتفی است؛ در نتیجه زوجیتی تحقق نمی‌یابد تا اثری بر آن بار شود.

۱۷. یکی دیگر از شواهد و قرائن علیه نظریه مشهور روایاتی است که در باب تزویج صغیره به وسیله پدر یا ولی او انجام گرفته است اما صغیره بعد از بلوغ راضی به ازدواج با آن مرد نیست که از پیامبر اسلام (ص) از حکم چنین تزویجی سؤال می‌شود، پیامبر اسلام (ص) می‌فرماید: بعد از رسیدن به سن بلوغ اختیار با خود اوست اگر خواست قبول می‌کند والا رد و در حقیقت همین خواست او معیار صحت ازدواج است و در صغیره غیر قابل التذاذ رضایت صغیره احرازشدنی نیست (نک: ابن‌زهره، ۳۴۳).

۱۸. برخی از مفسران و فقیهان در آیه ۲۴ سورة نساء با نقل روایتی آن را دلیل بر متعه یا ناظر به متعه می‌دانند (نک: قمی، تفسیر القمی، ۱۳۶/۱؛ عیاشی، ۲۳۳/۱؛ طبرانی، ۲۰۰۸: ۲۱۸؛ مقاتل بن سلیمان، ۳۶۷/۱؛ طوسی، تبیان، بی‌تا: ۱۶۳/۳) و به گفته برخی مراد از متعه همان التذاذ است (طبرسی، ۵۲/۳؛ علم‌الهدی، الانتصار، ۲۶۸-۲۷۰). بر این اساس، بسیاری از اندیشمندان آیه را ناظر به عقد متعه می‌دانند و اصل و بنیاد متعه را هم بر تمتع می‌دانند. از این رو، برخی از فقها با تردید در تحقق محرمیت حتی در صورت اشتراط مدت زمانی که قابلیت استمتاع بیابد بدون فعلیت داشتن تمتع، گفته‌اند: لاریب فی أن الأحوط عدم الاكتفاء فی جریان أحكام المصاهرة ونحوها بمثل هذا العقد كما هو واضح (نک: صاحب‌جواهر، ۱۷۶/۳۰). برخی هم گفته‌اند: آیه، ظهور در فعلیت استمتاع دارد و در خصوص بحث، فعلیت استمتاع از صغیره منتفی است؛ پس عقد متعه هم صحیح نیست (نک: بهبهانی، ۲۳۴). برخی از فقهای معاصر نیز در موردی که دختر قابلیت تلذذ را نداشته باشد، در صحت عقد اشکال کرده‌اند (نک: سیستانی، توضیح المسائل، ۴۸۵ م ۲۳۸۸؛ گلپایگانی، ۴۱۳، م ۲۴۳۸). بر اساس ظهور آیه شریفه، التذاذ از ارکان اساسی عقد متعه است و اگر التذاذ امکان نداشته باشد، زوجیت و نیز محرمیت هم خودبه‌خود منتفی است.

۱۹. برخی درباره عقد بر صغیره به منظور محرمیت با مادر او گفته‌اند: در روایات، احکام زوجیت بر لفظ (انکحت و زوجت) مترتب نشده است تا اگر اجل (مدت) یک دقیقه هم باشد کفایت کند و آن احکام

مترتب شود، بلکه احکام مذکور بر نفس زوجیت مترتب می‌شود، لذا برای ترتیب این آثار باید ازدواجی هر چند انقطاعی که آن نیز از مصادیق زوجیت است صورت گیرد و چون در عقد بر صغیره به مدت یک لحظه عرفاً زوجیت صدق نمی‌کند، لذا احکام آن مثل محرمیت ام‌الزوجه نیز مترتب نمی‌شود (شیری زنجانی، ۱۷۴/۱۹).

۲۰. بدون شک، صحت عقد حکمی است شرعی و حکم شرعی متوقف بر دلیل است و بنا بر اشکالات مذکور دلیلی قانع‌کننده بر صحت چنین عقدی وجود ندارد. افزون بر اینکه، صحت عبارت است از ترتب اثر شرعی و در صورت شک در ترتب اثر شرعی، اصل عدم ترتب اثر است (نک: بهبهانی، ۲۳۳). باتوجه به نکات پیش گفته، دیدگاه مشهور اشکالات گوناگون و اساسی دارد و پذیرش آن با تردید جدی مواجه است.

نتیجه‌گیری

بحث از حیل‌های شرعی در ابواب متعددی از فقه مطرح است، اما فقها در استفاده از آن‌ها دیدگاه واحدی ندارند و در کاربرد آن اختلاف نظر دارند.

یکی از این حیل‌ها عقدبستن بر صغیره غیرقابل التذاذ یا شیرخوار به منظور محرمیت با مادر اوست. مشهور فقها فتوا به جواز آن داده‌اند و در میان متدینان نیز به منظور فرار از برخی از تنگناهای رعایت پوشش و راحتی بیشتر در مراوده با افراد مدّ نظر رایج و مرسوم شده است.

اما باتوجه به اینکه از یک سو در چنین عقدی تنها قصد تحقق محرمیت می‌شود و نه مقتضای عقد (زوجیت) و نه معانی الفاظ که استمتاع است و از سویی دیگر آیه متعه (نساء: ۲۴) و روایات مربوطه ظهور در موردی دارند که امکان استمتاع وجود داشته باشد و نیز عدم حجیت شهرت فتواییه باتوجه به عدم وجود چنین عقدی در زمان ائمه موصومان (ع) چنان‌که برخی از فقها به آن تصریح کرده‌اند و نیز عدم تحقق زوجیت و همچنین مقتضای اصالة الفساد به دلیل شک در صحت و استصحاب عدم محرمیت و مذاق شریعت بر مستوریت بانوان و عدم اختلاط آنان با مردان و سایر اشکالات بیان‌شده؛ تحقق محرمیت با چنین عقدی با اشکالات عدیده روبه‌رو و منتفی است و بر این اساس اجتناب از آن شایسته و مورد انتظار است.

منابع

قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الأصول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- آل عصفور، حسین بن محمد، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع، قم: مجمع البحوث العلمیة، بی تا.
- ابن بابویه، محمد بن علی، کتاب من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۰۷ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، بی جا: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، المذهب الباری فی شرح المختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
- ابو حبیب، سعدی، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً دمشق: دار الفکر، ۱۴۰۸ق.
- احمدی نیک، سید مهدی، الربا، نشأته و تطوره، مفاسده و حیل، رساله سطح چهار حوزه علمیه، به راهنمایی آیت الله محمد هادی معرفت (ره)، ۱۳۷۸.
- اصفهانى، ابوالحسن، وسیلة النجاة، قم: مهر، ۱۳۹۳.
- اصفهانى، محمد حسین، الاجتهاد و التقليد: بحوث فی الأصول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران: کتاب فروشی اسلامی، بی تا.
- ایروانی، علی، الاجتهاد و التقليد، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- _____، الدرر النجفیة من الملتقطات الیوسفیة، بیروت: دار المصطفی لاحیاء التراث العربی، ۱۴۲۳ق.
- بحیری، محمد عبدالوهاب، حیلہ های شرعی ناسازگار با فلسفه فقه، ترجمه حسین صابری، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی، ۱۳۷۶.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، الرسائل الفقهیة، قم: مؤسسه علامه وحید بهبهانی، ۱۴۱۹ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
- حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، بیروت: دار احیاء التراث، ۱۴۰۳ق.
- حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم: دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
- حلّی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
- حلّی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیة، ۱۴۰۵ق.
- خمینی، روح الله، توضیح المسائل، قم: مؤسسه فرهنگی قدر ولایت، ۱۳۷۵.
- _____، تحریر الوسیله، قم: نشر اسلامی، ۱۴۲۴ق.

- خویی، ابوالقاسم، محاضرات فی الأصول، بی جا: انصاریان، ۱۴۱۷ق.
- _____، منهاج الصالحین، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- ذهنی بک، عبدالسلام، الحیل، المحظور منها و المشروع، مصر: شركة مساهمة مصرية، ۱۹۴۶م.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، لبنان: دار العلم، ۱۴۱۲ق.
- روحانی، صادق، فقه الصادق، قم: دار الکتاب، ۱۴۱۲ق.
- زمانی، رسول و دیگران، «نقد های اخلاقی به نکاح صغیره از منظر اصول زندگی فردی و اجتماعی»، مجله اخلاق زیستی، دوره ۱۰، ش ۱، ۱۳۹۹، صص ۳۱۱ تا ۳۲۲. <https://doi.org/10.22037/bioeth.v10i1.31611>
- زمخشری، محمود بن عمر، الكشف عن حقایق غوامض التنزیل، بیروت: دار الکتاب العربی، ۱۴۰۶ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الأحکام، نجف: آداب، ۱۳۹۶.
- سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، قم: دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۱۶ق.
- _____، توضیح المسائل، قم: دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۲۸ق.
- شیرازی، زنجانی، موسی، کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ق.
- شریفی اشکوری، الیاس، منتخب فقرات فقهیه، قم: بیت آیت الله الیاس شریفی اشکوری، ۱۳۸۹.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، شرح کلانتر، قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- _____، رسائل، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
- _____، مسالک الأفهام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، تهران: مجد، ۱۳۸۶.
- شیرازی، کاظم، شرح العروة الوثقی، به تقریر علی کاشف الغطاء، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۳۶۳.
- صیمری، مفلح بن حسن، غایة المرام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار الهادی، ۱۴۲۰ق.
- طباطبائی، محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- طباطبائی، علی بن محمد، ریاض المسائل، قم: آل البيت، ۱۴۱۸ق.
- طبرانی، سلیمان بن احمد، التفسیر الکبیر: تفسیر القرآن العظیم (الطبرانی)، دار الکتاب الثقافی - اردن - اربد، ۲۰۰۸م.
- طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران: ناصر خسرو، ۱۳۷۲.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، تهران: کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.

- _____، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: مرتضوی، ۱۳۸۷.
- _____، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- _____، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، بیروت: دار صعب، ۱۳۹۰ق.
- _____، التبیان فی تفسیر القرآن، دار احیاء التراث العربی - لبنان - بیروت، بی تا.
- عظیم زاده اردبیلی، فائزه و فاطمه طوقانی پور، «بررسی جرم ازدواج با کودک»، اندیشه های راهبردی زن و خانواده (مجموعه مقالات)، ۱۳۹۱، صص ۵۵۳ تا ۵۶۶.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، تحریر الأحکام الشرعیة، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.
- _____، تذکره الفقهاء، قم: آل البيت (ع)، ۱۳۸۸.
- _____، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم: مکتب الاعلام الإسلامی، ۱۳۷۵.
- _____، نهاية الأحکام، قم: آل البيت، ۱۴۱۹ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، الانتصار، قم: شریف رضی، بی تا.
- _____، المسائل الناصریات، تهران: رابطه الثقافة و العلاقات الإسلامیه، ۱۴۱۷ق.
- علمی سولا، محمدرضا و علی محمدیان، «مبانی ممنوعیت استمتاع از زوجه نابالغ در فقه امامیه»، مطالعات راهبردی زنان، س ۱۶، ش ۶۲، ۱۳۹۲، صص ۱۷۶ تا ۲۱۷.
- عیاشی، محمد بن مسعود، التفسیر، تهران: مکتبه العلمیه الإسلامیه، ۱۳۸۰.
- فاضل لنکرانی، محمد، توضیح المسائل، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۷۴.
- _____، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة النکاح، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۱ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- فخر رازی، محمد بن عمر، مفاتیح الغیب، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم: هجرت، ۱۴۱۰ق.
- فیض کاشانی، ملا محسن، الوافی، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۶ق.
- _____، مفاتیح الشرایع، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بی تا.
- قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لأحكام القرآن، مصر: دار الکتب المصریه، ۱۳۵۴.
- قمی، علی بن ابراهیم، تفسیر القمی، قم: دار الکتب، ۱۳۶۳.
- کاشانی، سید محمود، تقلب نسبت به قانون، چاپ دوم، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۵۴.
- کاشف الغطاء، عباس، المعاملات المصرفیه، بی جا: مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، بیروت: دار صعب، ۱۴۰۷ق.

- کیهانی، منصور، حقوق رم (تعهدات)، تهران: تابان، ۱۳۴۲.
- گلپایگانی، محمدرضا، توضیح المسائل، قم: دار القرآن، بی تا.
- مجلسی، محمدتقی بن مقصود علی، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: مرکز کتاب لترجمة و النشر، ۱۴۰۲ ق.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۵.
- مغنیه، محمدجواد، ترجمه تفسیر کاشف، قم: بوستان، ۱۳۷۸.
- مفید، محمد بن محمد، المقنعة، قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- مقاتل بن سلیمان، تفسیر مقاتل، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۳ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البیان فی احکام القرآن، تهران: مرتضوی، بی تا.
- مقری، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم: دار الرضی، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، بررسی طرق فرار از ربا، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۵.
- _____، تفسیر نمونه، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۷۱.
- _____، حیلہ های شرعی و چاره جوئی های صحیح، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ ق.
- _____، کتاب النکاح، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴ ق.
- موسوی عاملی، محمد بن علی، نهاية المرام فی شرح مختصر شرایع الإسلام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ ق.
- _____، رسائل المیرزا القمی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
- نائینی، محمد حسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران: محمدی، ۱۳۷۳.
- نراقی، محمد بن احمد، مشارق الأحکام، قم: کنگره نراقیین، ۱۴۲۲ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- _____، مستند الشیعة فی احکام الشریعة، قم: آل البیت (ع)، ۱۴۱۵ ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت: آل البیت (ع)، ۱۴۰۸ ق.
- وجدانی فرخ، قدرت الله، الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة، قم: سماء قلم، ۱۴۲۶ ق.



The effect of the condition "in Islam" in the tradition of "Lazarar and Lazerar"(no harm and no damage) in deducing jurisprudential issues

Dr. Heydar Bagheri Asl , University of Tabriz Professor

Email: bagheriasl@tabrizu.ac.ir

Abstract

One of the problems of the tradition of "Lazarar and Lazerar" is to plan and examine the effect of the presence or absence of the phrase "in Islam" in deducing its jurisprudential issues. In this regard, a comprehensive and independent research has not been done, and the present research is trying to do this and answer this main question and the related sub-questions by analytical reference and library method in such a way that the presence or absence of the phrase in Islam has a direct effect on the inference of the jurisprudential issues of this tradition..

This article has sought the effect of the presence of the phrase "in Islam" in the narration of "Lazarar and Laazarar" in the establishing nature of the verdict that is deduced from the tradition, as well as the negation of harm from the legal harmful relations between people, as well as compliance with the Shari'a rulings. Such a ruling is unprecedented in human legal schools.

Key words: Harm, damage, Negation of Harmful Judgment, Prohibition of Harm.





تأثیر وجود یا فقدان قید «فی الاسلام» در روایت «لا ضرر و لا ضرار» در استنباط مسائل فقهی

دکتر حیدر باقری اصل



استاد دانشگاه تبریز

Email: bagheriasl@tabrizu.ac.ir

چکیده

یکی از مسائل روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»، طرح و بررسی تأثیر وجود یا فقدان عبارت «فِي الْإِسْلَامِ» در استنباط مسائل فقهی آن است. در این خصوص، پژوهش جامع و مستقلى انجام نگرفته است و جستار حاضر درصدد انجام این کار و پاسخ‌گویی به این سؤال اصلی و سؤالات فرعی مرتبط با آن به‌روش تحلیلی استنادی و کتابخانه‌ای است بدین‌گونه که وجود یا فقدان عبارت «فِي الْإِسْلَامِ» تأثیر مستقیم در استنباط مسائل فقهی این روایت دارد. این نوشتار، اثر وجود عبارت «فِي الْإِسْلَامِ» در روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» را در تأسیسی بودن ماهیت حکم مستفاد از روایت و نیز نفی ضرر از روابط حقوقی ضرری بین مردم و نیز انطباق بر احکام شرعی ضرری پی‌جویی کرده است. چنین حکم ضرری در مکاتب حقوقی بشری بی‌سابقه است.

کلید واژگان: ضرر، ضرار، نفی حکم ضرری، نفی از اضرار.

مقدمه

روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» یکی از روایات مشهور است و کاربرد گسترده‌ای در حقوق ایران و اسلام دارد، به‌طوری‌که مدرک اصلی قاعده نفی ضرر (طباطبایی، ۳۷/۲؛ نایینی، ۱۹۹/۲؛ نراقی، عوائد الایام، ۱۸؛ موسوی بجنوردی، ۳۷/۲) در قلمرو عبادات، عقود، ایقاعات و احکام (محقق حلی، ۵/۱) و مبنای برخی مواد قانونی تلقی می‌شود. از این رو، محققان اهمیت ویژه‌ای برای این روایت قائل شده و راجع به مفاد آن بحث‌هایی را انجام داده‌اند (انصاری، مکاسب، ۲۴۸/۲؛ آخوند خراسانی، کفایه، ۲۶۸/۲؛ خمینی، الرسائل، ۲۸) و یکی از مباحث مهم آن، طرح و بررسی مسئله تأثیر هر کدام از وجود و فقدان عبارت «فی الاسلام» در استنباط مسائل فقهی آن است.

معنای فقدان عبارت «فی الاسلام» در این روایت، اثبات وجود عبارت «فی الناس» برای آن است. وجود هر کدام از دو عبارت «فی الاسلام» و «فی الناس» در روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» (ابن بابویه، ۵۹/۳؛ حر عاملی، ۳۴۰/۱۷)، یا قید برای خود حکم یا قید برای موضوع حکم خواهد بود (حیدری، ۹۴؛ مظفر، ۱۲۴/۱ تا ۱۲۵).

سؤال اصلی تحقیق در خصوص این قید روایت مزبور آن است که تأثیر وجود و فقدان عبارت «فی الاسلام» یا «فی الناس» در استنباط مسائل فقهی روایت لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ چیست؟

سؤالات فرعی مربوط به این سؤال اصلی نیز در این تحقیق وجود دارد که تحقیق حاضر پاسخ این سؤالات را ضمن طرح نظریه‌های محققان در این خصوص بررسی و نظریه مختار را از منابع فقهی با روش تحلیلی و استنادی، تحصیل و ارائه کرده است.

تنها دو اثر به بحث عبارت «فی الاسلام» در لابه‌لای مباحث قاعده لا ضرر تصریح کرده‌اند: رساله لا ضرر، شریعت اصفهانی (۲۵) و بدائع الدرر فی قاعده نفی الضرر، امام خمینی (۵۶)، لیکن در این دو نوشتار نیز به سؤالات اصلی و فرعی این تحقیق پرداخته نشده است، به‌طوری‌که می‌توان گفت: تاکنون تحقیقی جامع و مستقل راجع به مسئله تأثیر وجود و فقدان عبارت «فی الاسلام» یا «فی الناس» در استنباط مسائل فقهی این روایت و نیز سایر سؤالات فرعی این سؤال اصلی انجام نگرفته است و این خلأ علمی در مسئله، ضرورت انجام تحقیق را نشان می‌دهد.

۱. وجود و فقدان عبارت «فی الاسلام» در صدور روایت

بررسی روایات نفی ضرر اثبات می‌کند که حدود ۸۰ روایت در خصوص «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» در جوامع روایی: کافی (کلینی، ۳/۱، ۴۱۴، ۵/۹، ۲۹۳ تا ۲۹۴) و تهذیب (طوسی، ۱۴۶/۷) و کتاب من

لایحضره الفقیه (ابن بابویه، ۱۴۷/۳) به طرق مختلف محل نقل مشایخ ثلاثه (کلینی، صدوق و شیخ طوسی) واقع شده است و عبارت «فِی الْإِسْلَام» تنها در نقل کتاب من لایحضره الفقه، شیخ صدوق از روایت پیامبر اسلام موجود است. شیخ صدوق در این روایت نقل کرده است: «قَالَ نَبِيُّ اللَّهِ (ص): الْإِسْلَامُ يَزِيدُ وَلَا يَنْقُصُ قَالَ قَالَ: لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ فَأَلِإِسْلَامُ يَزِيدُ الْمُسْلِمَ خَيْرًا وَلَا يَزِيدُهُ شَرًّا قَالَ قَالَ: الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَيُغْلَى عَلَيْهِ»؛ نبی الله فرمود: اسلام می افزاید و نمی کاهد. راوی می گوید: حضرت فرمود: در اسلام، ضرر و ضرار نیست، زیرا اسلام خیر را برای مسلمان می رساند و شر را بر او نمی افزاید. راوی می گوید: آن حضرت فرمود: اسلام برتر از همه چیز است و هیچ چیز برتر از اسلام نیست (۲۴۳/۴).

البته قضیه سمرقن جندب در النهایة اثر ابن اثیر (۸۱/۳) و تهذیب اللغة اثر ازهری (۳۱۴/۱۱) و کتاب مجمع البحرین اثر طریحی (۳۷۳/۳) نیز با «فِی الْإِسْلَام» نقل شده است که مؤید وجود عبارت «فِی الْإِسْلَام» در روایت صدوق است.

طریحی نیز حدیث را با عبارت «فِی الْإِسْلَام» استناد کرده است: «قَالَ النَّبِيُّ: لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَام» (۳۷۳).

شیخ طوسی نیز در باب خیار غبن در کتاب خلاف، روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» را بدون عبارت «فِی الْإِسْلَام» (۴۲/۳: مسئله ۶۰ کتاب البیوع) و در باب خیار شفعه آن کتاب با عبارت «فِی الْإِسْلَام» (همان، مسئله ۱۴ کتاب الشفعه) آورده است.

عبارت اخیر شیخ طوسی نیز نشانه آن است که وی وجود عبارت مزبور را در روایت پذیرفته است و این مطلب مؤید وجود عبارت «فِی الْإِسْلَام» در این روایت است.

علامه حلی نیز در بحث خیار غبن در تذکرة، روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» را با عبارت «فِی الْإِسْلَام» استناد کرده و نوشته است: «الْغَبْنُ سَبَبُ الْخِيَارِ لِلْمَغْبُونِ عِنْدَ عِلْمَانِيَا وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَ أَحْمَدُ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَام» (۶۸/۱۴).

این استناد علامه به روایت مزبور نشانه قبول این مفاد روایت و عبارت مزبور در روایت نزد فقیهان امامیه و عامه است؛ به این استدلال که وی بیان داشته است: «نزد علمای امامیه، غبن سبب خیار می شود. مالک و احمد نیز بر همین اعتقاد است، زیرا رسول خدا (ص) فرمود: ضرر و ضرار در اسلام وجود ندارد» (همان).

۲. اعتبار سند روایت لَاضَرَرَ وَ لَاضِرَارَ فِي الْإِسْلَام

روایات «لَاضَرَرَ وَ لَاضِرَارَ» به یکی از این سه صورت نقل شده است: «لَاضَرَرَ وَ لَاضِرَارَ عَلَى الْمُؤْمِنِ»

(حر عاملی، ۳۴۱/۱۷)، «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» (ابن بابویه، ۲۴۳/۴) و «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (حر عاملی، ۳۶۴/۱۲)؛ ولی حقیقت این است که از نقل بیش از ۸۰ روایت در «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» تنها یک روایت عبارت «فِي الْإِسْلَامِ» در منبع اصلی روایت؛ یعنی کتاب من لایحضره الفقیه (ابن بابویه، ۲۴۳/۴) دارد و آن هم مرسل است (مکارم شیرازی، ۲۹/۱).

بنابراین هرچند علمای امامیه راجع به مفاد «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» این روایت ادعای تواتر کرده‌اند (حلی، ۴۸/۲؛ نایینی، ۲۰۹/۲؛ نراقی، مشارق الأحکام، ۱۸۵؛ مکارم شیرازی، ۱۷۶/۱) و خبر متواتر عبارت از خبر جماعت زیادی از محدثان در هر حلقه روایت از سلسله سند روایت است (شیخ بهایی، ۲) که امکان تبانی آنان در اتفاق بر کذب و روایت‌سازی محال عرفی و عادی باشد و چنین روایتی سبب اطمینان فقیه بر صحت مفاد آن روایت می‌شود (قمی، ۴۲۰/۱ تا ۴۲۱)؛ ولیکن باید تواتر این روایات را تنها ناظر به عبارت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» از بین انواع سه‌گانه نقل روایات مزبور اعلام کرد، زیرا تواتر تنها قدر متیقن و مشترک این روایات را شامل می‌شود که همان «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» باشد و قدر مشکوک روایت، یعنی عبارت «فِي الْإِسْلَامِ» را اثبات نمی‌کند. بنابراین، وجود و فقدان عبارت مزبور محل تردید است و داخل تواتر قرار نمی‌گیرد؛ توضیح اینکه، خبر متواتر یا لفظی است یا معنوی. خبر متواتر لفظی آن خبری است که الفاظ آن بدون هیچ تغییر و اختلافی به استناد راویان متعدد و به حدی که مفید یقین باشد به معصوم برسد (سبحانی، ۲۸ تا ۲۹)؛ برای مثال، روایت «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ» (طوسی، تهذیب، ۴۰۵/۱؛ حر عاملی، ۳۴۱ تا ۳۵) بر این اوصاف است و بر تبعیت عمل از قصد دلالت مطابقی دارد و نیز متن روایت نفی ضرر با نقل «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» متواتر لفظی است. خبر متواتر معنوی آن خبری است که با الفاظ مختلف متواتر نقل شود و همه آن‌ها مفید یقین به معنای واحد باشد (صدر، الحلقات، ۲۷۳/۲؛ سبحانی، ۳۱ تا ۳۲) و مثال آن، سه نوع نقل: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (حر عاملی، ۳۶۴/۱۲ و ۳۴۱/۱۷)، «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ عَلَى الْمُؤْمِنِ» (همان) و «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» (ابن بابویه، ۲۴۳/۴) است که تنها در «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» بر نفی ضرر و ضرار دلالت التزامی دارند نه بیش از این مفاد.

نتیجه جمع‌بندی روایات نفی ضرر تنها امکان ادعای تواتر و انتساب عبارت «وَلَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» به فقهای امامیه است، نه بیش از آن. آنگاه این جمع‌بندی تقویت پیدا می‌کند که توجه داشته باشیم مشایخ ثلاثه که تدوین‌کنندگان کتب اربعه شیعه هستند و برخی از نقل‌های این روایت را به طرق مختلف نقل کرده‌اند؛ اما راجع به سایر نقل‌های آنان و از جمله نقل این روایت با عبارت «فِي الْإِسْلَامِ» جای تردید وجود دارد، به خصوص که اصل روایت صدوق و سند علمای امامیه مرسل است و نقل عامه نیز بر زیادکردن این عبارت در روایت استوار است. از این رو، شریعت اصفهانی در خصوص عبارت «فِي الْإِسْلَامِ» در نقل عامه

نوشته است: «کتب عامه را تفحص و تتبع کردم و آن‌ها را به‌دقت از نظر گذراندم، دیدم که این روایت تنها از ابن عباس و عباد بن صامت نقل شده و (آن دو نیز) عبارت فی الاسلام را نیاورده‌اند؛ اما نمی‌دانم این اثر در نهایت (۸۱/۳) این عبارت زیاده را از کجا آورده است» (۲۵).

امام خمینی نیز به نقل عبارت «فی الاسلام» تشکیک کرده و نوشته است: «این عبارت را تنها در مرسله صدوق، علامه حلی و ابن اثیر یافتیم، ولی بعید نیست که علامه از صدوق گرفته باشد و شاید بعضی از نویسندگان [نسخ روایی] این کلمه را [به روایت مزبور] افزوده باشند، به این ترتیب که منشأ اشتباه کلمه فالاسلام [در متن روایت] بوده است؛ زیرا بسیار اتفاق می‌افتد که نویسنده [نسخ روایی] نظرش به کلمه‌ای می‌افتد و دوباره آن را تکراری می‌نویسد؛ سپس مصححان در پی تصحیح این اشتباه و تکرار فالاسلام برآمدند و حرف «فی» را به جای حرف «فا» جایگزین کردند و (دیگران نیز) متوجه نبودند که این کار غلط به علت تکرار فالاسلام بوده است. جای تعجب از طریحی در مجمع البحرین است، زیرا وی این حدیث را از جوامع روایی ما اخذ کرده است (طریحی، ۳۷۳) و چنانچه عین همین حدیث در کافی موجود است و عبارت فی الاسلام در آن [مانند سایر جوامع ما] نیامده است، لذا وی طبق مرتکز ذهنی خود این عبارت را اضافه کرده است و شیخ طوسی این عبارت را در خیار شفعه کتاب خلاف به دنبال حدیث آورده است، ولی همو این حدیث را در خیار غبن همان کتاب بدون این عبارت آورده است. با این احتمالات نمی‌توان به عبارت فی الاسلام اعتماد کرد؛ چراکه احتمال سهو و اشتباه [در زیاده بودن آن] می‌رود. از این رو، به نظر می‌رسد: [فی الاسلام] توسط راوی به هنگام نقل به معنای روایت اضافه شده است؛ چراکه مناسبت حکم و موضوع و ملاحظه شبهه آن مانند: «لَا رُهْبَانِيَّةَ فِي الْإِسْلَامِ» و «لَا أَحْصَاءَ فِي الْإِسْلَامِ» این ذهنیت را برای راوی ایجاد کرده است» (خمینی، بدائع الدرر، ۵۶).

۳. اصل در تردید وجود و فقدان قیدی از قیود روایت

محققان علم اصول و درایه دو نظریه در وجود قیدی در یک روایت معتبر و فقدان همان قید در روایات معتبر دیگر دارند: یکی، اصل عدم زیاده است و دیگری، اصل عدم نقضیه (شریعت اصفهانی، ۱۵). مقصود از اصل عدم زیاده این است که هرگاه قیدی در روایتی معتبر باشد و همان قید در سایر روایات معتبر دیگر نباشد، اصل بر عدم زیاده آن قید است. در حقیقت، اصل عدم زیاده قید به اصل وجود عبارت بازگشت می‌کند؛ یعنی باید اصل را بر وجود قید در هر دو روایت بگذاریم. محققان علم اصول و درایه، روایت راوی را در وجود قید چنین توجیه کرده‌اند: امام معصوم (ع) عبارت مزبور را در هر دو روایت فرموده است؛ به این استدلال که راوی عادل چیزی را که معصوم نفرموده است به روایت اضافه نمی‌کند. پس این

قید در عبارت معصوم بوده است که راوی عادل آن را بیان کرده است (همان، ۱۶). محققان علم اصول و درایه نیز روایت راوی را در فقدان قید چنین توجیه کرده‌اند: راوی‌ای که قید را در روایت نیاورده است سبب فسق او نمی‌شود؛ به این استدلال که او فکر می‌کرده است با بیان اصل مطلب نیازی به این قید نیست یا اینکه حواس او پرت شده و این قید را نشنیده است (همان). مطابق این نظریه وجود قید «فی الاسلام» در روایات معتبر فاقد این عبارت نیز ثابت می‌شود.

مقصود از اصل عدم نقصیه این است که هرگاه قیدی در روایتی معتبر باشد و همان قید در سایر روایات معتبر دیگر نباشد: اصل بر عدم نقصیه آن عبارت است (همان). بنابراین، روایت راوی فقدان قید درست است و توجیه روایت راوی وجود قید این است که او عبارت مزبور را از باب توضیح روایت آورده و پیش دیگران با فرمایش امام مخلوط شده است.

نظریه مختار ما از میان دو نظریه مذکور، مطابق نظریه عدم زیاده قید است؛ به این استدلال که راوی عادل چیزی را از خودش به روایت اضافه نمی‌کند (خمینی، بدائع الدرر، ۵۶؛ شریعت اصفهانی، ۱۵)؛ ولیکن این قاعده در موردی جریان می‌یابد که وجود قید در روایت معتبر ثابت شود و جریان آن قید در سایر روایات معتبر محل تردید باشد و از آنجایی که وجود قید «فی الاسلام» در اصل روایت مرسل صدوق مشکوک است، لذا تمسک به این قاعده برای اثبات وجود قید «فی الاسلام» در سایر روایات معتبر، همان تمسک به عام در شبهه مصداقی مخصص است که طبق قول مشهور اصولیان، برخلاف قول منتسب به متقدمان باطل است (مظفر، ۱۳۸/۱ تا ۱۴۴).

۴. نظریه مختار در تقدیر عبارت روایت

نظریه مختار تحقیق راجع به تقدیر عبارت روایت این است که حتی اگر قید «فی الاسلام» یا «فی الناس» در تقدیر عبارت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» شارع نباشد، قرینه معنوی، وجود قید «فی الاسلام» یا «فی الناس» را در تقدیر عبارت روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» اثبات می‌کند.

دلیل ادعای مذکور، استناد به قرینه سیاق روایت است؛ به این بیان که عبارت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» بدون تقدیر یکی از دو عبارت مزبور، معنای معقولی نخواهد داشت و معنای دلالت سیاقی نیز همین است (مظفر، ۱۲۱/۱ تا ۱۲۲؛ صدر، دروس فی علم الاصول، ۱۰۳/۱). بنابراین، چنان‌که از سیاق عبارت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» عبارت مُقَدَّر کلمه حکم یا وصف غیر متدارک مستفاد است و این استنباط عقلی بر اساس دلالت سیاقی روایت به شمار می‌رود و اصل روایت یا چنین است: «لَا حُكْمَ ضَرَرٍ وَلَا حُكْمَ ضِرَارٍ»؛ یعنی حکم ضرری و ضراری نیست (انصاری، رسائل، ۵۳۳/۲ تا ۵۴۰؛ همو، مکاسب، ۲۴۷) یا چنین است:

«لَا ضَرَرَ غَيْرُ مُتَدَارِكٍ وَلَا ضِرَارَ غَيْرُ مُتَدَارِكٍ» و جبران ضرر، تدارک شده است (نراقی، عوائد الایام، ۱۸) یا ضرر و ضرار نباید باشد (آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲/۲۶۷؛ همو، حاشیه رسائل، ۱۷۲). معنای ادعای مذکور این است که معنای «لا»ی نافی یا ناهیه، مجازی باشد نه حقیقی، زیرا عبارت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» بدون این تقدیر مواجه با کذب است؛ به این بیان که در عالم خارج، ضرر و ضرار وجود دارد و مسلمانان نیز - مانند سایر ملل - به یکدیگر ضرر می‌زنند (انصاری، رسائل، ۲/۵۳۳ تا ۵۴۰؛ همو، مکاسب، ۲۴۷)، پس همان طوری که کلمه مناسبی چون حکم یا غیر متدارک در تقدیر عبارت روایت با استناد به قرینه معنوی و سیاق گرفته می‌شود تا جلوی تالی فاسد معنای غیر معقول روایت مسدود شود، همین‌طور عبارت «فِي الْإِسْلَامِ» یا «فِي النَّاسِ» در روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» با استناد به قرینه دلالت سیاق در تقدیر گرفته می‌شود تا معنای روایت غیر معقول نشود؛ به این بیان که وقتی شارع مقرر می‌دارد: ضرر و ضرار نیست یا نباید ضرار و ضرار باشد! سؤال پیش می‌آید که معنای این بیان او چیست؟ چاره‌ای جز در تقدیر گرفتن مُقَدَّرِی نداریم. این تقدیر یکی از دو امر است: یا «فِي النَّاسِ» است که تنها ضرر و ضرار ناشی از روابط حقوقی بین مردم را نفی یا نهی می‌کند یا «فِي الْإِسْلَامِ» است که هرگونه ضرر را نفی یا نهی می‌کند، خواه ضرر ناشی از جعل احکام اولی شارع باشد و خواه ضرر ناشی از عمل مردم در خصوص یکدیگر؛ به این استدلال که روایت بدون تقدیر یکی از این دو عبارت، معنای معقولی نخواهد داشت و با ابهام مواجه و متشابه خواهد شد. برابر توضیح مزبور، وقتی شارع مقرر می‌دارد: ضرر و ضرار در اسلام نیست، ضرر ناشی از مردم با یکدیگر و نیز ضرر ناشی از جعل احکام اولیه شارع راجع به مردم را نفی می‌کند یا شارع وقتی مقرر می‌دارد: نباید ضرار و ضرار در اسلام باشد، ضرر ناشی از مردم به یکدیگر یا ضرر ناشی از جعل احکام اولیه شارع را نهی می‌کند و به این ترتیب، قاعده‌ای کلی در نظام حقوق اسلامی هم در جعل احکام ضرری و هم در روابط ضرری مردم در خصوص یکدیگر جعل می‌کند و ضرر را در هر دو قلمرو نفی و نهی می‌کند. بنابراین، اگر اثبات شود که عبارت «فِي الْإِسْلَامِ» یا «فِي النَّاسِ» در یکی از روایات مزبور، مانند روایت مرسل صدوق وجود دارد، این قید تأکید لفظی به عبارت معنوی عقلی مذکور تلقی خواهد شد و وجود یکی از این دو عبارت در همه روایت با مفاد «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» اثبات خواهد شد.

نتیجه این بیان آن است که قرینه معنوی و دلالت سیاق قید «فِي الْإِسْلَامِ» یا «فِي النَّاسِ» را در عبارت روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» اثبات و به شارع منتسب می‌کند؛ به این استدلال که سیاق به‌عنوان تنها قرینه پیوسته، عبارت از ساختار کلی است که بر مجموعه‌ای از کلمات و جملات سایه افکنده و بر فهم مراد گوینده از معنای آن‌ها اثر می‌گذارد. البته قرینه سیاق در مواردی مبنای تفسیر کلام قرار می‌گیرد که

نادیده گرفتن آن سبب از بین رفتن هماهنگی و تناسب میان معانی اراده شده از کلمات و جملات و ناسازگاری آن‌ها با یکدیگر شود (رجبی، ۹۴؛ باقری اصل، ۳۱۱).

۵. تأثیر فقهی وجود قید «فی الاسلام» در عبارت روایت

نخستین تأثیر فقهی وجود قید «فی الاسلام» در ماهیت حکم این روایت است؛ به این بیان که وجود عبارت مزبور در روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» تأیید این عقیده است که: ماهیت حکم نفی ضرر در این روایت حکمی تأسیسی باشد؛ توضیح اینکه هر چند نفی ضرر از مردم راجع به یکدیگر چنانچه در سیستم‌های حقوق عرفی قاعده‌ای کلی تلقی می‌شود، در حقوق اسلامی نیز پذیرفته شده است؛ اما باید توجه داشت که نفی ضرر در حقوق اسلامی با نفی ضرر در مکاتب حقوق عرفی تفاوت دارد و این تفاوت ناظر بر گستره نفی ضرر است و علاوه بر روابط حقوقی ضرری بین مردم، بر احکام ضرری شارع نیز جریان دارد و روایت از این نظر در خصوص این گونه نفی ضررها، حکمی کلی و قاعده‌تأسیسی به شمار می‌رود؛ به این معنا که چنین حکم کلی نفی ضرری در مکاتب حقوق عرفی سابقه نداشته و شارع آن را تأسیس کرده است و معنای حکم تأسیسی نیز همین است (جعفری لنگرودی، ۱۳۳)؛ با این توضیح که احکام شرعی به احکام تأسیسی و احکام امضایی تقسیم شده است و احکام تأسیسی عبارت از احکامی است که پیش از آمدن اسلام وجود نداشته و شارع مقدس آن‌ها را تأسیس کرده است و احکام امضایی احکامی است که بین مردم متعارف بوده و شارع آن‌ها را امضا فرموده است.

دومین تأثیر فقهی وجود عبارت «فی الاسلام» در روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» به فاعل ضرر مربوط می‌شود و سبب تأیید این نظریه است که در حقوق اسلامی، فاعل ضرر تنها مردم نسبت به یکدیگر نیستند؛ بلکه علاوه بر آنان شارع مقدس نیز است. بنابراین، روایت مزبور نفی ضرر شارع به مردم را مانند نفی مردم نسبت به یکدیگر توجیه می‌کند؛ به این بیان که ارتفاع ضرر شارع از مردم با نفی جعل احکام اولی ضرری است؛ مانند ارتفاع حکم حج و وضوی ضرری از مکلف؛ چنانچه ارتفاع ضرر مردم از یکدیگر با نفی روابط حقوقی ضرری است. توضیح بیشتر اینکه نفی ضرر شارع از مردم با نفی حکم اولی ضرری تحقق می‌یابد و نفی ضرر شارع با جعل حکم ثانوی مبنی بر رفع ضرر از حکم اولی ضرری شارع محقق می‌شود و نیز نفی ضرر مردم از یکدیگر با جعل جبران خسارت و تدارک آن ضرر وارده تحقق می‌یابد، مانند قراردادهای ضرری لازم بین مردم که با جعل حق فسخ برای زیان دیده جبران و تدارک می‌شود.

۶. تأثیر فقهی وجود قید «فی الناس» در عبارت روایت

در نظریه مختار تحقیق ثابت شد که حتی اگر قید «فِی الْإِسْلَام» یا «فِی النَّاسِ» در تقدیر عبارت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» شارع نباشد، قرینه معنوی و سیاق عبارت، وجود قید «فِی الْإِسْلَام» یا «فِی النَّاسِ» را در تقدیر عبارت روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» اثبات می‌کند و دلیل این ادعا عبارت از این مسئله دانسته شد که بدون تقدیر یکی از دو عبارت مزبور، معنای معقولی برای این روایت وجود نخواهد داشت. بنابراین، اگر قید «فِی الْإِسْلَام» در تقدیر عبارت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» شارع نباشد، باید قید «فِی النَّاسِ» در تقدیر عبارت این روایت با استناد به قرینه معنوی و سیاق باشد.

نخستین تأثیر فقهی فقدان قید «فِی الْإِسْلَام» و وجود عبارت «فِی النَّاسِ» در عبارت روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» به ماهیت حکم مربوط است و سبب تأیید این عقیده می‌تواند باشد که ماهیت حکم نفی ضرر و ضرار، یک حکم ارشادی شارع است؛ یعنی نفی ضرر و ضرار از مردم راجع به یکدیگر چنانچه در سیستم‌های حقوق عرفی قاعده‌ای کلی تلقی می‌شود، در حقوق اسلامی نیز پذیرفته شده است و صدور روایت مزبور، ارشاد شارع به تأیید حکم سیستم‌های حقوق عرفی مزبور است. دومین تأثیر فقهی فقدان قید «فِی الْإِسْلَام» و وجود قید «فِی النَّاسِ» در عبارت روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» به فاعل ضرر مربوط می‌شود و سبب تأیید این نظریه می‌تواند باشد که فاعل ضرر و ضرار تنها مردم نسبت به یکدیگر است.

۷. دلایل ترجیح تقدیر عبارت روایت در نظریه مختار

این نوشتار، وجود یکی از دو عبارت «فِی الْإِسْلَام» یا «فِی النَّاسِ» را در تقدیر روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» نظریه مختار اعلام کرد. حال سؤال در این خصوص آن است که کدام یک از دو تقدیر مزبور مناسبت بیشتری در این روایت دارد؟

نظریه مختار آن است که عبارت «فِی الْإِسْلَام» بر عبارت «فِی النَّاسِ» در روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» ترجیح دارد. دلایل این ترجیح به شرح ادامه بحث عبارت‌اند از:

دلیل نخست: توجیه ادبی و ترکیب نحوی «لا»ی روایت است؛ توضیح این که «لا»ی این روایت دو احتمال وجود دارد: نافی جنس و ناهیه جنس.

ادیبان، لای نفی جنس را از نظر عاملیت اعرابی شبیه به حروف مشبیه فعل چون «إِنَّ» دانسته‌اند؛ زیرا مانند حروف مشبیه فعل، اسم و خبر می‌گیرد و آن دو را به ترتیب منصوب و مرفوع می‌کند (شرتونی، ۱۱۷/۴)، مگر اینکه لای نفی جنس مانند «لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ» در جمله، تکرار و نیز نکره باشد؛ در این صورت، اعمال نصب یا الغای نصب با اعمال رفع هر دو اسم و خبر یا یکی از آن دو (نصب و دیگری،

رفع) جایز خواهد بود (جمعی از مؤلفان، ۶۵/۲ تا ۶۶؛ شرتونی، ۱۲۰/۴؛ مجمع‌العلمی الاسلامی، ۸۱ تا ۸۲). وجه تسمیه آن به نفی جنس این است که جنس، مدخول نکره خودش را به صورت استغراقی نفی می‌کند (شرتونی، ۵۴/۴).

ادیبان، لای نهی جنس را از نظر عاملیت اعرابی شبیه به افعال ناقصه چون «لیس» دانسته‌اند (سیوطی، ۵۶)، زیرا مانند افعال ناقصه اسم و خبر می‌گیرد و آن دو را عکس لای نافی، به ترتیب مرفوع و منصوب می‌کند (شرتونی، ۱۱۷/۴). وجه تسمیه آن به نهی جنس این است که معنای آن مانند فعل ناقصه «لیس» است و جنس مدخول نکره خودش را نهی می‌کند (همان، ۵۴).

از آنجایی که اعراب اسم این روایت، منصوب از معصوم نقل شده است نه مرفوع، لذا «لا» در این روایت به معنای نفی جنس و با وجود عبارت «فی الاسلام» مناسبت دارد نه لای نهی جنس و با وجود عبارت «فی النَّاسِ»؛ به این استدلال که اسم لای ناهیه، مرفوع است نه منصوب.

مطابق این استدلال، وجود عبارت «فی الاسلام» در روایت، «لا» را در بیان نحوی روایت، به معنای استغراق نفی جنس شبیه به حروف مشبّه به فعل خواهد کرد (محقق داماد، ۱۴۶؛ عمید زنجانی، ۱۰۹) و کلمه ضرر، منصوب و اسم لای نفی جنس خواهد شد و ضارّ عطف به اسم مزبور خواهد بود (شرتونی، ۱۱۷/۴) و فی الاسلام، خبر عاملِ مُقَدَّر خواهد شد و همان عاملِ مُقَدَّر، مبتدای فی الاسلام خواهد بود و هر دوی این مبتدا و خبر، روی هم، خبر برای لای نفی جنس تلقی خواهند شد. در ادبیات عربی، عامل محذوف یکی از عوامل عام است. عوامل عام در ادبیات عربی وارد، وجود، ثابت، کائن و مانند آن‌ها از کلمات مناسب جمله است (جمعی از مؤلفان، ۹۶/۱ و ۲۳۱/۲) و جمله ثابت فی الاسلام در محل رفع قرار گرفته و کل این جمله، محلاً مرفوع و خبر برای لای نفی جنس خواهد شد (شرتونی، ۱۱۷/۴ تا ۱۲۱؛ مجمع‌العلمی الاسلامی، ۸۱ تا ۸۲) و نیز «لا» و «ضرر» روی هم مبنی بر فتح در محل رفع به عنوان مبتدای جمله مذکورند (شرتونی، ۱۱۸/۴). طبق این ترکیب نحوی، اصل روایت چنین بوده است: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ ثَابِتٌ فِي الْإِسْلَامِ» و مناسبت معنای لای استغراق نفی جنس با نفی عموم ضرر از سوی هرکسی نسبت به غیر است؛ خواه فاعل ضرر، شارع در مقام جعل احکام اولی و ثانوی باشد و خواه فاعل ضرر، مردم نسبت به یکدیگر در مقام عمل باشند و خواه فاعل ضرر، خود شخص بر خودش باشد (انصاری، مکاسب، ۲۴۶/۲؛ محقق داماد، ۱۴۷ تا ۱۴۸) و چنین حکمی در مکاتب حقوق عرفی سابقه نداشته است و به این دلیل، تأسیسی به شمار خواهد رفت (جعفری لنگرودی، ۱۳۳)؛

دلیل دوم: وجود قرینه خاص بر این ترجیح است. قرینه خاص بر ترجیح عبارت فی الاسلام بر عبارت فی النَّاسِ در این روایت، همان ترسیم یک خط مشی کلی است که ضرر را هم در قلمرو تشریع احکام

اولی و ثانوی و هم در قلمرو هرگونه اقدام زیان بار افراد به یکدیگر ممنوع می سازد و عامل رفتار زیان بار را به جبران خسارت و تدارک نتیجه آن عمل زیان بار، محکوم می کند (محقق داماد، ۱۵۷؛ آخوند خراسانی، کفایه، ۱/۳۲۰ تا ۳۲۴؛ حیدری، ۹۳ تا ۹۴). استدلال مزبور شامل عبارت «فِی النَّاسِ» در این روایت نیز می شود و در نتیجه، اصالت عموم در هر دو عبارت جریان دارد؛ ولی قلمرو جریان اصالت عموم در عبارت «فِی الْإِسْلَامِ» نسبت به جریان اصالت عموم در عبارت «فِی النَّاسِ» بیشتر است، به طوری که اصالت عموم ناشی از عبارت «فِی النَّاسِ»، تخصیص بر اصالت عموم ناشی از عبارت «فِی الْإِسْلَامِ» به شمار می رود، زیرا مقتضای اصالت عموم ناشی از عبارت «فِی الْإِسْلَامِ» این است که تمام ضررها منتفی است، خواه این ضرر از ناحیه مردم به یکدیگر در مقام عمل باشد؛ خواه از سوی شارع در مقام جعل احکام اولی و ثانوی (مکارم شیرازی، ۶۰/۱؛ مظفر، ۱۳۱/۱)؛ اما مقتضای اصالت عمومی ناشی از عبارت «فِی النَّاسِ» این است که تنها ضرر رفتار زیان بار مردم نسبت به یکدیگر نفی شده است. بنابراین، تا زمانی که اصل لفظی یقینی دیگری برخلاف اصالت عموم ناشی از عبارت «فِی الْإِسْلَامِ» نباشد، اصل یادشده لازم الاتباع خواهد بود (عمید زنجانی، ۱۱۸) و ادعای تقدیر عبارت «فِی النَّاسِ» در روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» برخلاف اصل عموم ناشی از عبارت «فِی الْإِسْلَامِ» تلقی خواهد شد و به دلیل خاص یقینی نیاز خواهد داشت و تا زمانی که چنین دلیل خاص یقینی ارائه نشده است، از عموم اصل ناشی از عبارت «فِی الْإِسْلَامِ» تبعیت خواهد شد.

دلیل سوم: ترجیح عبارت «فِی الْإِسْلَامِ» بر عبارت «فِی النَّاسِ» در روایت این است که طبق نظر ادیبان نحوی: اولاً، خبر لای نفی جنس در غالب موارد مُقَدَّر است (شرتونی، ۱۱۹/۴)، مشروط به اینکه قرینه ای بر تقدیر آن دلالت کند (مجمع العلمی الاسلامی، ۸۲) و ثانیاً، لای نفی جنس اگر به دلیل عطف تکرار شود، مانند لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ، همیشه اسم آن نکره خواهد بود (مجمع العلمی الاسلامی، ۸۲) و دلالت بر عموم استغراق نفی مدخول خودش خواهد کرد و اصالت عموم را اثبات خواهد کرد (شرتونی، ۱۱۷/۴ تا ۱۲۱؛ مجمع العلمی الاسلامی، ۸۱ تا ۸۲) و از آنجایی که هر دو حالت مزبور در لای روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» موجود است؛ به این بیان که اولاً، خبر لا در روایت نیز به دلیل وجود قرینه (به توضیح دلیل قبلی) مُقَدَّر است و خبر مُقَدَّر طبق قرینه مناسبت حکم و موضوع و قرینه سیاق عبارت «فِی الْإِسْلَامِ» است و ثانیاً، حرف لای نفی جنس تکرار شده و اسم آن نیز نکره است؛ لذا طبق استدلال ادیبان نحوی (سیوطی، ۵۸؛ شرتونی، ۱۱۷/۴ تا ۱۲۱؛ مجمع العلمی الاسلامی، ۸۱ تا ۸۲) و اصولیان (مظفر، ۱۳۱/۱) وقوع نکره در سیاق نفی بر عموم استغراق سلب جمیع افراد نکره دلالت عقلی خواهد داشت (جمعی از مؤلفان، ۴۰۳/۲ تا ۴۰۴)، زیرا عدم وقوع طبیعت با عدم وقوع جمیع افرادش است و مقتضای اصالت عموم

در روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِی الْإِسْلَامِ» این است که تمام ضررها منتفی است.

دلیل چهارم: ترجیح عبارت «فِی الْإِسْلَامِ» بر عبارت «فِی النَّاسِ» در روایت، توجه به تفاوت بین لای نفی جنس که عمل آن شبیه عمل حروف مشبّهة به فعل و چون «إِنَّ» است و بین «ما» و «لا»ی نافیه که عمل آن دو شبیه افعال ناقصه و چون «لیس» است؛ به این بیان که لای نفی جنس به نفی زمان گذشته، حال و آینده دلالت دارد، ولی «ما» و «لا»ی ناهیه مانند «لیس» تنها به نفی زمان حال و آینده دلالت دارند (همان، ۵۱۴/۱ و ۵۶۹؛ ۲/۲۳۱). نتیجه تطبیق این مطلب در روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِی الْإِسْلَامِ» آن است که هم ضرر و ضرار زمان گذشته و هم زمان حال و آینده نفی شود و این مطلب، دلیل دیگری برای اثبات اصالت عموم است که از مقایسه مزبور مستفاد است. این تفاوت در خصوص شارع در نفی ضرر گذشته و حال و آینده به معنای عدم جعل حکم اولی ضرری و جبران آن با جعل حکم ثانوی است و نفی ضرر از زمان گذشته و حال مردم نسبت به یکدیگر به معنای جبران و تدارک ضرر گذشته و حال است و نفی ضرر از زمان آینده مردم نسبت به یکدیگر به معنای پیشگیری از وقوع ضرر با هشدار به ضررزننده و اعلام به الزام او بر جبران و تدارک ضرر در صورت وقوع آن است.

دلیل پنجم: ترجیح عبارت «فِی الْإِسْلَامِ» بر عبارت «فِی النَّاسِ» در روایت به ترجیح قول مشهور بر قول نادر در معنای لای نافیه بر ناهیه این روایت است؛ به این بیان که قول نادر محققان در معنای لای این روایت بر ناهیه بودن آن است (شریعت اصفهانی، ۲۵؛ خمینی، الرسائل، ۵۰ تا ۵۱؛ محقق داماد، ۱۵۵)؛ ولی قول مشهور محققان در معنای لای روایت بر نافیه بودن آن است (انصاری، رسائل، ۲/۵۳۳ تا ۵۴۰؛ همو، مکاسب، ۲۴۷؛ آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲/۲۶۷؛ همو، حاشیة رسائل، ۱۷۲) و قول مشهور بر قول نادر ترجیح دارد، زیرا استدلال قول مشهور قوی است؛ به این توضیح که همیشه معنای لای نافیه، خبری است و معنای لای ناهیه، انشایی. «لا» در معنای خبری، خبر از چیزی می دهد و در معنای انشایی، از چیزی نفی می کند. قول نادر اصولیان معنای «لا»ی در روایت مزبور را ناهیه دانسته اند (شریعت اصفهانی، ۲۵؛ خمینی، الرسائل، ۵۰ تا ۵۱؛ محقق داماد، ۱۵۵)؛ ولی معنای نفی شارع راجع به خودش معقول تلقی نمی شود، بلکه حتی لغو است؛ چراکه شارع اقدام به صدور حکم ضرری بر کسی نمی زند و در نتیجه، نیازی به نفی خودش از ضرر غیر ندارد (مکارم شیرازی، ۱/۶۰). از این رو، بعضی از همان کسانی که معنای «لا» را ناهیه گرفته اند، تصریح کرده اند که خطاب نفی شارع تنها به مردم است و به اصطلاح نفی حکومتی و اجرایی حاکم است (خمینی، الرسائل، ۵۰ تا ۵۱).

دلیل ششم: معنای حقیقی و مجازی مدخول «لا» در جمله «لَا ضَرَرَ وَ ضِرَارَ فِی الْإِسْلَامِ» است؛ توضیح اینکه مدخول «لا» گاهی به معنای حقیقی دلالت دارد و گاهی به معنای مجازی. مقصود از معنای

حقیقی مدخول «لا» معنایی است که بر عالم خارج و حقیقت ناظر است و مراد از معنای مجازی مدخول «لا» معنایی است که بر عالم مجاز ناظر است. خود مجاز نیز دو نوع می‌تواند باشد: یکی، مجاز در اسناد الفاظ روایت؛ چنان‌که در جمله لَا رَجُلٌ فِي الدَّارِ هیچ مردی در خانه نیست، معنای رجل را در معنای حقیقی به مرد و در معنای مجازی به مرد شجاع حمل می‌کنند و دیگری، مجاز در تقدیر کلمه است؛ به این معنا که واژه‌ای از روایت، محذوف باشد و باید آن واژه را با لحاظ مناسبت حکم و موضوع پیدا کرد و در تقدیر حدیث گرفت و در معنای روایت لحاظ کرد. مجاز این روایت از نوع مجاز در تقدیر است نه مجاز در استعمال کلمه حقیقی در معنای مجازی.

تطبیق معنای حقیقی «لَا ضَرَرَ وَ ضِرَارٌ فِي الْإِسْلَامِ» در لای نافی‌ه این است که در عالم خارج، هیچ‌گونه ضرر و زیانی در اسلام نیست و در لای نافی‌ه این است که در عالم خارج نباید ضرر و زیان در اسلام باشد. تطبیق معنای مجازی «لَا ضَرَرَ وَ ضِرَارٌ فِي الْإِسْلَامِ» در لای نافی‌ه و نافی‌ه این است که معنای مزبور را به امر مُقَدَّر نسبت دهیم؛ برای مثال، امر مُقَدَّر را حکم یا غیرمتدارک بگیریم و در معنای لای نافی‌ه، خبری قائل شویم، هیچ‌گونه حکم ضرری و زیانی در اسلام نیست یا هیچ‌گونه ضرر و زیانی غیرمتدارک در اسلام نیست و در معنای لای نافی‌ه، انشایی قائل شویم، نباید ضرری و زیانی در اسلام باشد یا نباید ضرر و زیان غیرمتدارک در اسلام باشد و در نتیجه، در هر دو صورت عبارت روایت چنین خواهد شد: «لَا حُكْمَ ضَرَرٍ وَ لَا حُكْمَ ضِرَارٍ فِي الْإِسْلَامِ» یا «لَا ضَرَرَ غَيْرَ مُتَدَارِكٍ وَ لَا ضِرَارَ غَيْرَ مُتَدَارِكٍ فِي الْإِسْلَامِ».

اینجا معنای مجازی مدخول «لا» بر معنای حقیقی آن ترجیح دارد؛ به این استدلال که ضرر و ضرار در خارج و عالم واقع تحقق دارد و هر دو معنای نافی‌ه خبری یا نافی‌ه انشایی را باید مجازی دانست؛ ولیکن اینجا سؤال این است که کدام مجاز از بین دو مجاز لای نافی‌ه یا نافی‌ه مناسب این حدیث با لحاظ مناسبت حکم و موضوع یا قرینه دلالت سیاق روایت است؟

پاسخ سؤال، مجاز به معنای لای نافی‌ه بر مجازی به معنای لای نافی‌ه ترجیح دارد و اقرب به نظر شارع به واقع است؛ به این استدلال که مجاز به معنای لای نافی‌ه، برخلاف مجاز به معنای لای نافی‌ه، تالی فاسد دارد: زیرا اولاً، اگر طبق نظریه شریعت اصفهانی، معنای لای این روایت، نافی‌ه انشایی تلقی شود (شریعت اصفهانی، ۲۵) و مفاد لای این حدیث مانند لای آیه: «فَلَا زِفَتْ وَ لَا فُسُوقٌ وَ لَا جِدَالٌ فِي الْحَقِّ» (بقره: ۱۹۷) و به معنای نهی از ۱. بدکاری، ۲. آمیزش با زنان، ۳. ستیزه‌جویی در حج باشد؛ یعنی مفاد روایت، این امور را در موسم حج با لسان انشا نهی می‌کند. ایراد این گفتار آن است که در علم نحو «لا» در جمله اسمیه به معنای نفی استعمال شده است. از این رو، استعمال «لا» در جمله اسمیه به معنای نهی خلاف فصاحت است و باید از آن اجتناب کرد (آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲/۲۶۸؛ انصاری، مکاسب، ۲۴۷؛ همو،

رسائل، ۵۳۳/۲ تا ۵۴۰).

ثانیاً، اگر طبق نظریه آخوند خراسانی «لا» و مفاد روایت به معنای نفی حکم ضرری به لسان نفی موضوع ضرری (آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲/۲۶۷؛ همو، حاشیه رسائل، ۱۷۲) و نظیر: «لَا شَكَّ لِكَثِيرِ الشَّكِّ» (کسی که زیاد شک می‌کند، شک او شک نیست) باشد؛ یعنی موضوعاتی که احکام دارند، اگر عناوین اولیه آن احکام باعث ضرر شوند، به جای برداشتن حکم، موضوع آن برداشته می‌شود و آخوند خراسانی این نوع برداشتن را به برداشتن حکم ضرر به لسان برداشتن موضوع ضرری تعبیر کرده است و در نتیجه، به جای رفع حکم ضرری، دفع حکم ضرری پدید می‌آید، زیرا وقتی موضوع ضرری مرتفع شود، حکم ضرری به طریق اولی برداشته و دفع شده است؛ برای مثال، در جمله حج واجب است، حج، موضوع و وجوب، حکم آن است. وجوب که حکم اولیه عنوان موضوع است اگر موجب ضرر شود، همراه موضوع (خود حج) برداشته می‌شود، پس نهی نفس احکام ضرری کنایه از نفی موضوع ضرری است (همان). ایراد و لازمه قبول نظریه آخوند خراسانی این است که دو نوبت مجاز در مفاد روایت مزبور رخ داده باشد؛ یکی، در تقدیرگرفتن واژه حکم یا غیرمتدارک در روایت و دیگری، ادعای نهی حکم ضرری به لسان نهی موضوع. هرچند پذیرش مجاز نخست مرسوم باشد، ولی مجاز دوم غریب است و سخن غریب در علوم ادبی ایجاد دشواری برای فهم سخن می‌کند و به این دلیل باید نظریه آخوند خراسانی را کنار گذاشت.

ثالثاً، اگر طبق نظریه امام خمینی، «لا» و مفاد این روایت، نهی اجرایی حکومتی پیامبر (ص) دانسته شود؛ به این توضیح که وی سه نوع دستور در سه مقام داشت: أ. دستور الهی در مقام نبوت؛ ب. دستور ریاستی و حکومتی در مقام اجرای احکام الهی؛ ج. دستور قضائیتی در مقام رفع تخاصم و از آنجایی مفاد روایت لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ پیامبر، یک دستور الهی در مقام نبوت نیست و نیز یک دستور رفع خصومت در مقام قضاوت هم نیست، زیرا اصل درخت یا زمین آن مورد نزاع نبود (در مالکیت خصومت نبود)؛ بلکه مسئله مزاحمت بود، لذا بیان حضرت رسول اکرم در مفاد «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» حکمی حکومتی بود که ثمره‌بن جندب را از ایراد ضرر و خسارت به صاحب باغ منع فرموده است (کلینی، ۲۸۲/۵، ح ۱؛ طوسی، تهذیب، ۱۴۶/۷، ح ۳۶؛ ابن بابویه، ۱۴۷/۳، ح ۱۸) و در نتیجه، قلمرو نهی ضرر این روایت تنها با قاعده تسلط: «الْأَنَاسُ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» معارضه دارد و با سایر احکام اولیه معارضه‌ای ندارد (خمینی، الرسائل، ۶۳/۱). ایراد این سخن آن است که مفاد روایت را از حکم کلی می‌اندازد و آن را به مسئله‌ای فقهی تنزل می‌دهد؛ به این استدلال که احکام حکومتی عموم و اطلاق ندارند، لذا تنها به همان واقعه ناظرند و به سایر موارد ضرر جاری نمی‌شوند (همان، ۵۱).

دلیل هفتم: وجود مشابهت بین روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» با سایر روایات مشابه آن در اظهار و تقدیر

عبارت «فی الاسلام» است؛ برای مثال، عبارت «فی الاسلام» در روایات چون «لَا رُهْبَانِيَّةَ فِي الْإِسْلَامِ» و «لَا إِخْصَاءَ فِي الْإِسْلَامِ» اظهار شده است و وجود عبارت «فی الاسلام» در ملاحظه اشباه مزبور روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» و ملاحظه سیاق مناسبت حکم و موضوع، این ذهنیت را ایجاد کرده است که برخی از محققان بر این نظر باشند که کلمه محذوف و مقدر مناسب در این روایت نیز همین عبارت «فی الاسلام» است (خمینی، بدائع الدرر، ۵۶).

دلیل هشتم: امکان و عدم امکان ورود استثنا بر لای نافیه جنس و لای ناهیه جنس است؛ به این بیان که اگر لا، ناهیه جنس باشد؛ برای مثال، گفته شود: لا رجلٌ فی الدار؛ نباید مردی در خانه باشد. بعد از آن می توان گفت: بلکه باید دو مرد در خانه باشد (همان، ۱۱۷). اما اگر لا، نافیه جنس باشد؛ برای مثال، گفته شود: لا رجلٌ فی الدار؛ هیچ مردی در خانه نیست، بعد از آن نمی توان گفت: بلکه دو مرد در خانه هست، زیرا همیشه لای نافیه جنس، جنس نکره مدخول خود را به صورت استغراقی نفی و اصالت عموم نفی را در مدخول خود ایجاد می کند، ولی لای نهی جنس ممکن است چنین باشد (جمعی از مؤلفان، ۶۳/۲ تا ۴۶۵؛ سیوطی، ۵۸) و نیز ممکن است برای نهی واحد باشد (شرتونی، ۱۰۲/۴). معنای این تفاوت آن است که اولاً، همیشه لای نافیه برخلاف لای ناهیه، بر نفی جنس وقوع طبیعت مدخول نکره خود دلالت دارد و عدم وقوع طبیعت با عدم وقوع جمیع افرادش است (مظفر، ۱۳۱/۱) و ثانیاً، لای ناهیه برخلاف لای نافیه دو احتمال دارد: یکی، برای نهی جنس مدخول نکره خود و دیگری، برای نهی واحد مدخول خود. احتمال نهی جنس مدخول «لا» شایسته تر از احتمال نهی واحد مدخول آن است، زیرا بعد از لای نهی جنس نیز اسم نکره واقع شده است و نکره در سیاق نهی بر نهی جنس مدخول خود دلالت دارد تا نهی واحد مدخول خود (شرتونی، ۱۰۲/۴)؛ ولی این اولویت در نهی جنس به معنای ترجیح یکی از آن دو معنا بر دیگری نیست؛ چراکه هر دو احتمال مذکور برابر در معنای آن می رود (همو، ۱۰۲/۴ و ۱۱۷)، درحالی که همیشه احتمال استغراق نفی جنس مدخول لای نافیه بر احتمال نفی واحد مدخول خود ترجیح دارد، به طوری که این ترجیح به عنوان اصالت عموم در مسئله تلقی می شود. بنابراین، اگر لای روایت را نافیه بگیریم، اصالت عموم نفی ضرر اثبات خواهد شد و نفی ضرر جعل احکام شارع و نیز افعال مردم نسبت به یکدیگر اثبات خواهد شد و نتیجه آن، اثبات و سازگار با وجود «فی الاسلام» در روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» و نیز اثبات تأسیسی بودن مفاد روایت خواهد شد؛ اما اگر لای روایت را ناهیه تلقی کنیم، هر دو احتمال نهی جنس و نهی واحد مساوی خواهد بود. این است که برخی از ادیبان نحوی تصریح کرده اند: «اگر لا، نافیه و شبیه به آن باشد، در معنای استغراق نفی جنس خواهد بود و مانند آن اسم خودش را منصوب و خبرش را مرفوع خواهد ساخت. برخلاف لای ناهیه شبیه به لیس» (جمعی از مؤلفان، ۵۱۶/۱ و ۲۳۰/۲ تا ۲۳۱ و

۴۶۳ تا ۴۶۵) که «دو احتمال نهی جنس و نهی واحد در آن برابر خواهد بود و هیچ کدام از دو معنا بر دیگری ترجیح نخواهد داشت» (شرتونی، ۱۰۲/۴ و ۱۱۷).

۸. ایرادات نظریه تحقیق

نظریه مختار، در تقدیر عبارت روایت این شد که عبارت «فی الاسلام» بر عبارت «فی الناس» در روایت «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» ترجیح دارد. نظریه تحقیق با ادله به شرح فوق اثبات شد، ولی ممکن است کسی بخواهد ایراداتی به نظریه تحقیق وارد سازد. این ایرادات چنین کسی به بیان ذیل می تواند باشد:

نخستین ایرادی که ممکن است به نظریه تحقیق وارد شود و تقدیر عبارت «فی الناس» را در روایت نسبت به تقدیر عبارت «فی الاسلام» ترجیح دهد، معنای ضرر و اضرار است؛ توضیح اینکه لغت شناسان معنای ضرر را با تبعیت از زبان عرفی به ضد نفع معنا کرده اند (فیروزآبادی، ۷۷/۲؛ جوهری، ۷۱۹/۲؛ ابن اثیر، ۸۲/۳) که ناشی از اراده است (مقری، ۹۲/۲) و اگر قهری باشد به ضرر، به معنای سوء حال تعبیر می شود (راغب اصفهانی، ۳۰۲). ضرر، مصدر باب مفاعله و مشتق از ضرار است. باب مفاعله بر عمل طرفینی دلالت می کند. از این رو، معنای ضرار با ضرر تفاوت دارد، زیرا ضرار به معنای وارد کردن ضرر دو طرف بر یکدیگر است، ولی ضرر به معنای وارد کردن ضرر از یک طرف بر طرف دیگری است (همو، ۳۰۲ تا ۳۰۳). نایینی در تفاوت آن دو بر این عقیده است که ضرار، شامل اضرار عمدی و ضرر، مشتمل بر اضرار عمدی و غیر عمدی است و اگر ضرر و ضرار مقابل هم قرار گیرند، ضرر، زیان زدن غیر ارادی و ضرار، ضرر زدن ارادی است (موسوی بجنوردی، ۱۷۸/۱). با این وصف، آخوند خراسانی، ضرر و ضرار را در معنای واحد می داند (کفایة الأصول، ۲۶۶/۲) که دومی تأکید بر معنای اولی است و موسوی بجنوردی ضرار را به معنای ضرر زدن به طور مکرر دانسته است (۱۷۸/۱).

نظریه مختار تحقیق این است که معنای ضرر و ضرار این روایت مانند معنای فقیر و مسکین است که «اگر در یک عبارت جمع شوند، معنای جداگانه ای دارند و اگر هر کدام در عبارت مستقل بیایند، معنای واحد خواهد داشت» (باقری اصل، ۳۷۳ تا ۴۱۷). این نظریه از سوی نایینی نیز تأیید شده است (موسوی بجنوردی، ۱۷۸/۱). بنابراین، در روایت هم که ضرر و ضرار جمع شده است باید معنای متفاوتی داشته باشند، البته هر کدام از معانی مزبور محققان را برای ضرر و ضرار بپذیریم، قدر متیقن این است که حداقل یکی از آن دو، ضرر زدن ارادی است و ضرر رساندن ارادی شارع بر مردم معنای معقولی ندارد، زیرا تصور ایجاد ضرر عمدی از شارع به دلیل فقدان سوء نیت شارع صحیح نیست و تنها افرادند که مرتکب ضرر و اضرار عمدی به غیر می شوند (محمدی، قواعد فقه، ۱۷۷)، لذا باید عبارت مُقَدَّر روایت را «فی الناس»

گرفت تا شارع، فاعل ضرر تلقی نشود؛ بلکه تنها مردم فاعل ضرر باشند و ماهیت حکم در روایت نیز ارشادی تلقی شود؛

دومین ایرادی که ممکن است به نظریه تحقیق وارد شود و تقدیر عبارت «فِي النَّاسِ» را در روایت نسبت به عبارت «فِي الْأَسْلَامِ» ترجیح دهد، معنای «لا» است. هرچند معنای «لا» هم با نفی جنس و هم با نفی جنس سازگار است (شرتونی، ۱۰۲/۴ و ۱۱۷)، زیرا ضرر و ضرار اسم نکره‌ای است که بعد از آن واقع شده است و چنین اسمی هم با معنای نفی و هم با معنای نفی سازگاری دارد؛ چراکه ادیبان نحوی (شرتونی، ۱۰۲/۴ و ۱۱۷) و اصولیان (مظفر، ۱۳۱/۱) دلالت نکره در سیاق نفی و نفی را بر عموم سلب جمیع افراد نکره دلالت عقلی می‌دانند. بنابراین، هم شارع، فاعل ضرر در جعل احکام می‌تواند باشد و هم مردم نسبت به یکدیگر در ارتکاب اعمال ضرر، ولیکن معنای نفی جنس سبب تخصیص اکثر خواهد شد؛ به این بیان که بسیاری از احکام شرعی که در آن‌ها نوعی ضرر است نظیر حدود، دیات، قصاص، تعزیرات، روزه، حج، جهاد و زکات ضرری تخصیص بخورند و تخصیص اکثر، مستهجن و قبیح است (عمید زنجانی، ۱۰۹). بنابراین، باید «لا» را ناهیه تلقی کرد، نه نافی و لای ناهیه با تقدیر عبارت «فِي النَّاسِ» در روایت سازگار است نه با تقدیر عبارت «فِي الْأَسْلَامِ» و در نتیجه، روایت با تقدیر عبارت «فِي النَّاسِ» ترجیح بر عبارت «فِي الْأَسْلَامِ» دارد؛ نه عکس آن که در نظریه تحقیق ادعا شد؛ در این صورت، ایرادی هم بر روایت وارد نخواهد شد. به این دلیل است کاری که برخی از اصولیان در تفسیر «لا» اتخاذ کرده و گفته‌اند: «منظور از لا در روایت، ناهیه است» (شریعت اصفهانی، ۲۵؛ خمینی، الرسائل، ۵۰ تا ۵۱). بر این اساس، اگر معنای ادبی و ترکیب نحوی «لا»، ناهیه باشد، شارع، فاعل ضرر و ضرار نیست، زیرا نفی کردن شارع خودش را از ایجاد ضرر و ضرار به غیر بی‌معنا و نیز لغو خواهد شد؛ چراکه شارع دست به این کار نمی‌زند و نیازی به نفی خودش از ضرر غیر ندارد (مکارم شیرازی، ۶۰/۱). بنابراین، اگر معنای «لا» ناهیه باشد، تنها عبارت «فِي النَّاسِ» در روایت اثبات خواهد شد و فاعل ضرر تنها مردم خواهند شد و روایت تنها ضرر مردم نسبت به یکدیگر را در روابط حقوقی نفی خواهد کرد و در نتیجه به این حکم موجود در حقوق عرفی ارشاد خواهد داشت و آن حکم حقوق عرفی را با این بیان روایت امضا خواهد کرد و معنای حکم ارشادی نیز همین است، زیرا حکم ارشادی شارع به معنای شناسایی و پیروی عرف از طرف شارع اسلام است (جعفری لنگرودی، ۸۱).

۹. پاسخ ایرادات وارده مزبور بر نظریه تحقیق

پاسخ ایراد نخست بر نظریه تحقیق این است که عمدی بودن همیشه مساوی سوءنیت داشتن نیست و

حتی اگر در خصوص مردم گاهی چنین باشد اما درباره شارع چنین نیست. بنابراین، ایرادی ندارد که ضرر از جعل احکام شارع ناشی شود و شارع ضرر جعل احکام را با این بیان مرتفع سازد. علاوه بر این، اولاً چگونه می توان پذیرفت که شارع ضرر ناشی از فعل کسی به دیگری را نفی کند، ولی ضرر ناشی از احکام اولی و ثانوی خود را به مردم تنفیذ کند و ثانیاً، تأسیس قاعده نفی ضرر، بر اساس امتنان شارع بوده است (عمید زنجانی، ۱۱۹) و این امتنان بر مردم وقتی کامل می شود که در خصوص احکام اولی، ضرری شارع هم جریان داشته باشد و شارع احکام ضرری احکام اولیه را با جعل نفی ضرر در روایت مروت بحث بردارد. پاسخ ایراد دوم بر نظریه تحقیق این است که شارع در جاهایی لازم می داند کارهایی نظیر حدود، دیات، قصاص، تعزیرات، روزه، حج، جهاد و زکات را از مردم به عنوان تکلیف بخواهد. عرف این امور در ظاهر به ضرر مردم را با جمع کسر و انکسار در واقع، به نفع خود مردم و دارای فواید بی شماری می داند و ضرر نمی داند تا داخل نفی ضرر شود و خروج آن سبب استهجان شود (همان؛ محمدی، قواعد فقه، ۱۷۹ تا ۱۸۰)؛ آنگاه این گفتار کامل می شود که توجه داشته باشیم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» در موارد تعارض با ادله اولی و ثانوی احکام دیگر بر آن ها از باب حکومت یا تخصُّص مقدم می شود (خمینی، الرسائل، ۶۳؛ محقق داماد، ۱۱۸ تا ۱۲۱ و ۱۵۷ تا ۱۶۳). این گفتار به معنای آن است که خود نفی ضرر تخصیص زدن نیست (جمعی از مؤلفان، ۴۰۳/۲ تا ۴۰۴)، زیرا نسبت این روایت با احکام اولی یا تخصُّص است یا حاکم و محکوم؛ یعنی این روایت بر احکام اولی حکومت دارد (مشکینی، ۱۹۷).

نتیجه گیری

۱. وجود و فقدان عبارت «فی الاسلام» در روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» تأثیر دارد؛ چراکه اگر عبارت «فی الاسلام» در روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» وجود داشته باشد، ماهیت حکم مستفاد از این روایت تأسیسی خواهد شد و اثر دیگر وجود عبارت مزبور این است که نفی ضرر علاوه بر روابط حقوقی ضرری بین مردم، بر احکام ضرری شارع نیز جریان پیدا خواهد کرد و چنین حکم ضرری در مکاتب حقوقی بشری سابقه نداشته است و معنای حکم تأسیسی نیز همین است. اما اگر عبارت «فی الاسلام» در روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» وجود نداشته باشد، عبارت «فی النَّاسِ» در آن اثبات خواهد شد؛ در این صورت، ماهیت حکم مستفاد از این روایت، حکمی ارشادی خواهد شد و نهی ضرر مطابق سیره عرفی و عقلایی بشری تفسیر خواهد شد. اثر دیگر فقهی این عقیده آن خواهد شد که تنها ضرر و ضرار مردم نسبت به یکدیگر رفع شده است.

۲. نوشتار حاضر، ضمن رد دلایل قول وجود عبارت «فی النَّاسِ» و آثار آن، وجود عبارت «فی

۵۰/ نشریه فقه و اصول، سال پنجاه و پنجم، شماره ۱، شماره پیاپی ۱۳۲

الإِسْلَام» و آثار آن را در روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» با ارائه دلایل متعددی اثبات کرد و معلوم ساخت که چنین حکم ضرری در مکاتب حقوقی بشری سابقه نداشته است و قلمرو اثباتی نفی ضرر در حقوق اسلام مطابق نظریه تحقیق فراتر از قلمرو اثباتی نفی ضرر در مکاتب حقوق عرفی است.

۳. پیشنهاد این است که قوانینی که بر پایه حقوق اسلامی و مستند به روایت «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» تأسیس شده‌اند، باید با لحاظ وجود عبارت «فی الإِسْلَام» در این روایت و مطابق یافته‌های این تحقیق تفسیر شوند.

منابع

قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی، چاپ اول، قم: مدرسه امیرالمؤمنین، ۱۳۷۴.
آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، محشی ابوالحسن مشکینی، چاپ نهم، بی‌جا: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۶.

_____، حاشیه علی فرائد الاصول، قم: اسماعیلیان، بی‌تا.
ابن اثیر، علی بن محمد، النهاية فی غریب الحديث و الاثر، به تحقیق: ظاهر احمد زاوی و محمود محمد طنّاحی، چاپ دوم، بیروت: علمی، ۱۳۹۹ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، کتاب من لا یحضره الفقیه، نجف: حیدری، ۱۳۷۸ق.
ازهری، محمد بن احمد، تهذیب اللغة، اشراف نعمد عوض مرعب و به تعلیق محمد سلامی و عبدالکریم حامد، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الاصول، چاپ اول، قم: نشر اسلامی، ۱۴۰۷ق.
_____، المکاسب، به تنظیم گروه تحقیق آثار شیخ انصاری، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ق.

باقری اصل، حیدر، اصول مفردات قرآن کریم، چاپ اول، تبریز: انتشارات دانشگاه تبریز، ۱۳۹۱.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۲.
جمعی از مؤلفان، جامع المقدمات، به تصحیح و تعلیق مدرس افغانی، چاپ دوم، قم: هجرت، ۱۳۶۷.
جوهری، اسماعیل بن حماد، صحاح اللغة و صحاح العربیة، بیروت: دار العلم للملایین، بی‌تا.
حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل المسائل الشریعة، به تصحیح محمد رازی، بیروت: احیاء دار التراث، ۱۳۸۷.

حلی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، چاپ اول، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۸.
حیدری، علی نقی، اصول الاستنباط، چاپ اول، قم: مفید، ۱۳۷۹ق.

خمینی، روح الله، بدائع الدرر فی قاعدة نفی لاضرر، چاپ سوم، قم: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ق. _____ الرسائل، قم: مهر، بی تا.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المعجم لمفردات الفاظ القرآن، به تحقیق نذیم مرعشی، تهران: مرتضوی، بی تا.
رجبی، محمود، روش تفسیر قرآن، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۵.
سبحانی، جعفر، اصول الحدیث و احکامه فی الدراية، چاپ اول، قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۲ق.
سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، البهجة المرضیة فی شرح الألفیه، با حواشی ابوطالب و دیگران، تهران: اسلامی، بی تا.

شرتونی، رشید، مبادئ العربية، به تنقیح حمید محمدی، چاپ اول، بی جا: دار الفکر، ۱۴۱۷ق.
شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد، رسالة لاضرر، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
شیخ بهایی، محمد بن حسین، الوجیزة فی الدراية، تهران: بی نا، ۱۳۹۷ق.
صدر، محمد باقر، حلقات: دروس فی علم الاصول، ترجمه نصرالله حکمت، چاپ دوم، قم: دار العلم، ۱۳۹۴.
_____ دروس فی علم الاصول، چاپ دوم، بیروت: دار الکتب اللبنانی مکتبة المدرسه، ۱۴۰۶ق.
طباطبایی، محمد کاظم، حاشیة المکاسب، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۸ق.
طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، تهران: مرتضوی، ۱۳۶۲.
طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة، به تحقیق سید محمد حسن موسوی خراسانی و تصحیح محمد آخوندی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیة، ۱۳۶۵.
_____ الخلاف، تصحیح محمد آخوندی، به تحقیق سید علی خراسانی و دیگران، چاپ اول، قم: دفتر نشر اسلامی، ۱۳۹۰.

عمید زنجانی، عباس علی، قواعد فقه؛ بخش حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: سمت، ۱۳۸۶.
فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، قاموس المحيط، بیروت: طاهر احمد زاوی، ۱۳۹۹ق.
قمی، ابوالقاسم، قوانین الاصول، تبریز: چاپ سنگی، ۱۳۱۶.
کلینی، محمد بن یعقوب، اصول الکافی، بیروت: دار التعارف، ۱۴۰۱ق.
_____ فروع الکافی، بیروت: دار التعارف، ۱۴۰۱ق.
مجمع العلمی الاسلامی، کتاب الهدایة فی النحو، اعداد لجنة تنظیم الکتب الدراسیة، چاپ هفتم، قم: افست اتحاد، قم، ۱۴۰۸ق.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام، چاپ اول، بیروت: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۵ق.
محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه؛ بخش مدنی، چاپ سوم، تهران: بی نا، ۱۳۷۰.
محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، چاپ پنجم، تهران: یلدا، ۱۳۷۳.

_____، مبانی استنباط در حقوق امامیه، چاپ سوم، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۸.

مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول، حکمت، چاپ دوم، قم: حکمت، ۱۳۴۸.

مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ دوم، نجف: معارف اسلامی، ۱۳۸۶ق.

مقری، احمد بن محمد، مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۳۰ق.

مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، بی جا: مدرسه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱ق.

موسوی بجنوردی، محمد، القواعد الفقهیه، به تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسین درایتی، چاپ اول، قم: هادی، ۱۴۱۹ق.

نایینی، محمدحسین، منیه الطالب فی شرح المکاسب، چاپ اول، تهران: محمدی، ۱۳۷۳ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام، چاپ دوم، قم: بصیرتی، ۱۴۰۸ق.

_____، مشارق الاحکام، به تحقیق حسن وحدتی شبیری، بی جا: کنگره بزرگداشت محققان ملا محمد و ملا احمد نراقی، ۱۴۲۲ق.



Jurisprudence and legal status of transactions in mania

Zohreh Baghiee , PhD student of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law of Mazandaran University (Responsible author)

Email: z.baghiee03@umail.ac.ir

Dr. Ali Akbar Izadi Fard, Professor at Mazandaran University

Dr. Ali Akbar Jahani, Assistant Professor of Mazandaran University

Abstract

Every legal act requires distinction and will, and someone can have the will to perform legal acts that can distinguish different things from each other. Today, many mental disorders are spreading, which have a direct effect on people's will and discernment and affect their social and economic activities.

The basic question raised in this article is, what is the state of growth and, accordingly, the state of transactions of mania? Are the deals of these people "Safhi" (naïve) or not?

The result of this research, using a descriptive-analytical method and library tools, is that mania in crucial degrees (mania) creates a disorder and the affected person loses his power of recognition and distinguishing in the state of mania and turns to harmful transactions or irrational indulgences. ; Therefore, according to experts' verification of the lack of growth of those affected in the state of mania, the transactions of this category of people in this state are invalid, and if this disease exists before the time of puberty and continues after that, the permission of the guardian is necessary, and if it happens after the time of maturity, it is necessary to determine and appoint a guardian by the court to protect his rights.

Keywords: delusional dealings, mania, hypomania, bipolar.





فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۵ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۳۲ - بهار ۱۴۰۲، ص ۷۳ - ۵۳

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۱۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۱/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۱۷

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75154.1293>

نوع مقاله: پژوهشی

وضعیت فقهی و حقوقی معاملات در افراد شیدایی (مانیا)



زهره باغیعی (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

Email: z.baghiee03@umail.ac.ir

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد دانشگاه مازندران

دکتر علی اکبر جهانی

استادیار دانشگاه مازندران

چکیده

هر عمل حقوقی نیازمند تمییز و اراده است و کسی می‌تواند اراده انجام اعمال حقوقی را داشته باشد که بتواند امور مختلف را از یکدیگر تمییز دهد. امروزه اختلالات روانی زیادی در حال گسترش است که اثر مستقیمی بر اراده و قوه تمییز در افراد به‌جای می‌گذارد و فعالیت‌های اجتماعی و اقتصادی آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

سؤال اساسی مطرح شده در این نوشتار این است که وضعیت رشد و به تبع آن وضعیت معاملات افراد شیدایی (مانیا) چگونه است؟ آیا معاملات این افراد سفهی است یا خیر؟ حاصل این جستار به‌روش توصیفی تحلیلی و با ابزار کتابخانه‌ای عبارت است از اینکه شیدایی در درجات حاد (مانیا)، ایجاد اختلال می‌کند و فرد مبتلا قدرت تشخیص و تمییز خود را در حالت مانیا از دست می‌دهد و به معاملات ضرری یا بذل و بخشش‌های غیرعقلایی روی می‌آورد؛ لذا با توجه به احراز عدم رشد مبتلایان در حالت مانیا توسط کارشناسان، معاملات این دسته از افراد در این حالت غیرنافذ است و اگر این بیماری قبل از زمان بلوغ وجود دارد و بعد از آن نیز ادامه پیدا کند، اجازه ولی قهری لازم است و چنانچه بعد از زمان بلوغ ایجاد شود، تعیین و نصب قیم از سوی دادگاه برای حفظ و صیانت از حقوق وی ضروری است.

کلیدواژه: معاملات سفهی، شیدایی، مانیا، هیپومانیا، دوقطبی.

مقدمه

در اندیشه‌های فقهی و حقوقی، اراده طرفین زیربنای انشای معاملات و قراردادهاست. به عبارتی، انجام هر عمل حقوقی مستلزم آگاهی وجدان از آن چیزی است که طرفین آن را اراده می‌کنند. امروزه اختلالات روانی بسیار گسترده‌ای شناسایی شده است که هر کدام اثر مستقیمی بر درک و رفتار افراد می‌گذارد. اختلالات خلقی نیز دسته‌ای از اختلالات روانی است که همیشه باعث مختل شدن یا پایین آمدن کیفیت عملکرد اجتماعی، فردی، شغلی یا تحصیلی می‌شود.

یکی از اپیزودهای مهم در اختلالات خلقی، اپیزود مانیک است. در این حالت، طی دوره مشخصی که حداقل یک هفته طول می‌کشد و حداکثر تا چند ماه ادامه دارد، خلق به صورت غیرطبیعی و مداوم بالا، گشاده یا تحریک پذیر می‌شود. فعالیت هدفمند یا انرژی فرد به شکلی ناهنجار و مداوم افزایش می‌یابد و این حالات در اکثر اوقات شبانه روز و تقریباً در تمام روزها دیده می‌شود. فرد در حالت مانیا اشتغال مفرط به فعالیت‌هایی دارد که می‌تواند پیامدهای دردناک زیادی برای وی داشته باشد که از جمله آن می‌توان به ولخرجی‌های بی‌حد و حصر، بی‌مبالاتی‌های جنسی، سرمایه‌گذاری‌های تجاری سفیهانه اشاره کرد. در این حالت، اختلال خلق آن قدر شدید است که سبب افت بارز کارکرد اجتماعی یا شغلی فرد می‌شود و ضرورت بستری شدن وی برای پیشگیری از آسیب‌های جدی به خود یا دیگران بسیار افزایش می‌یابد (انجمن روان پزشکی آمریکا، ۱۶۶).

باتوجه به شیوع و گستردگی اختلالات روانی و به ویژه اختلالات دوقطبی در میان افراد جامعه و همچنین به دلیل آسیب پذیر بودن مبتلایان در دوره شیدایی (مانیا) و ضرورت بررسی میزان تأثیر آن بر اعمال حقوقی و بالأخص معاملات و قراردادهای مالی آن‌ها بر آن شدیم تا با هدف حفظ و صیانت از حقوق فردی و اجتماعی مبتلایان و سایر افراد جامعه، این مسئله را در این نوشتار کنکاش و ارزیابی کنیم. یکی از جنبه‌های نوآوری در این نوشتار این است که در این زمینه تاکنون پژوهش چشمگیری صورت نگرفته است؛ به طور نمونه، مقاله‌ای با عنوان «بررسی تطبیقی جنون از منظر فقه و روانشناسی» به صورت کلی تمامی اختلالات را بررسی کرده و در نهایت افراد شیدایی را ملحق به مجانین دانسته است و تمام اعمال حقوقی ایشان را باطل می‌داند. در حالی که در این نوشتار سؤقه و عدم رشد این افراد صرفاً در امور مالی وی اثبات می‌شود و غیرنافذ است و سایر اعمال حقوقی وی مانند نکاح صحیح است.

در این راستا سؤالات بسیاری مطرح می‌شود؛ از جمله اینکه آیا افراد مبتلا به مانیای شدید به سفها ملحق می‌شوند و احکام سفیه در موردشان جاری است؟ در صورت عدم الحاق، آیا معاملات این دسته از

افراد، سفتهی به شمار می‌رود و محکوم به بطلان است؟ یا به سبب اختلال در قصد، منجر به غرری شدن معاملات می‌شود؟ در جستار حاضر به بررسی مسائل فوق‌الذکر می‌پردازیم.

۱. مفاهیم بنیادی

خُلُق: به حالت عاطفی گفته می‌شود که روی رفتار انسان تأثیر می‌گذارد، برخلاف احساس که ممکن است فقط چند دقیقه طول بکشد.

اختلالات خلقی: دسته‌ای از بیماری‌های روان‌پزشکی است که بر حالات عاطفی فرد تأثیر دارند و در DSM-V این اختلال بر اساس قطبیت تقسیم شده است.

DSM^۱: استاندارد یا راهنمای تشخیص و آماری اختلالات روانی است که از معتبرترین و به‌روزترین مجموعه‌های طبقه‌بندی اختلالات روانی در مجامع علمی دنیا به شمار می‌رود و به‌روزترین آن نسخه پنجم آن یعنی DSM-V است.

مانیا:^۲ اپیزود مانیک، دوره‌ای متمایز از خلق شاد و پرنشاط یا خلقی غمگین و تحریک‌پذیر است که حداقل یک هفته طول می‌کشد و در صورت نیاز فرد باید بستری شود (سادوک، ۸۷/۲).

هیپومانیا:^۳ اپیزود هیپومانیک حداقل چهار روز طول می‌کشد و از هر لحاظ شبیه به اپیزود مانیک است، با این استثناء که به اندازه کافی شدید نیست که باعث اختلال یا کاهش کیفیت عملکرد اجتماعی یا شغلی فرد شود و هیچ‌کدام از ویژگی‌های سایکوتیک^۴ (هذیان و توهم) در آن نیست (همان، ۸۶).

تک‌قطبی‌ها: این اختلال که به آن افسردگی عمده، اپیزود منفرد یا تک‌اپیزودی نیز گفته می‌شود، بدون هیچ سابقه ابتلا به مانیا یا هیپومانیا یا میکس روی می‌دهد و فرد برخلاف دوقطبی‌ها، تنها در یک خلق افسرده قرار دارد.

اختلال دوقطبی: به عنوان اختلالی خلقی که در آن یک یا چند اپیزود مانیک و گاهی اپیزودهای افسردگی عمده وجود دارد.

اختلال دوقطبی: اختلالی است که در آن اپیزودهای هیپومانیک و اپیزودهای افسردگی عمده روی می‌دهد.

سیکلوتیمیا:^۱ نمونه خفیف‌تری از اختلال دوقطبی است (انجمن روان‌پزشکی آمریکا، ۱۷۳).

1. Diagnosis And Statistical Manual Of Mental Disorders = DSM.

2. Manic episode.

3. Hypomania.

۴. نوعی بیماری روانی که فرد ارتباط خود را با واقعیت از دست می‌دهد و اغلب دچار هذیان و توهم می‌شود.

معاملات: ماده ۱۸۳ قانون مدنی، عقود و تعهدات را به صورت کلی چنین تعریف می‌کند: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند که مورد قبول آن‌ها باشد.» طبق این تعریف، توافق یا تراضی، اعم از عقد است (طاهری، ۱۱/۲). معامله نیز کلمه‌ای مترادف با عقد است، با این تفاوت که اخص از آن است و فقط شامل عقود مالی و معوض می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۱۳/۱). این قسم از معامله منحصر در عقود است و شامل ایقاعات نمی‌شود. منظور از معاملات در این نوشتار نیز معنای اخص آن است.

۲. توجیه فرضیه

عقد مفهومی اجتماعی است و با تراضی دو شخص درباره موضوع خاصی واقع می‌شود. تراضی این دو در صورتی اعتبار دارد که در دیدگاه حقوق، قابلیت انجام عمل حقوقی را داشته باشد. این صلاحیت در مرحله نخست منوط بر این است که طرفین صلاحیت دارا بودن حق و توان تصرف در آن را داشته باشند و در اصطلاح آن را اهلیت می‌نامند که با شخصیت و تکامل قوای دماغی و شعور اشخاص ارتباط کامل دارد و شرط وجود و سلامت اراده نیز هست (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲/۱). رشد و عقل ارتباط مستقیمی با یکدیگر دارند؛ از این رو، برخی از فقها سفیه را ناقص العقل یا سبک عقل می‌دانند (نراقی، ۵۲۳).

مقصود از رشد این است که شخص توانایی اداره اموالش را به نحو عقلایی داشته باشد. برخی فقیهان در تعریف آن گفته‌اند: رشد ملکه‌ای نفسانی است که مقتضی اصلاح مال و افساد آن است؛ یعنی وجود چنین صفتی در شخص سبب بهره‌برداری درست از مال و مانع صرف مال در راه‌های غیرعقلایی می‌شود (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۴۸/۴؛ محقق حلی، ۸۵/۲؛ مقدس اردبیلی، ۱۹۴/۹؛ صاحب‌جوهر، ۴۹/۲۶؛ طباطبایی، علی‌بن محمد، ۲۴۶/۹؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۲۰۱/۱۴؛ محقق کرکی، ۱۸۳/۵؛ شهید ثانی، حاشیه شرایع الإسلام، ۴۱۳؛ خوانساری، ۳۶۷/۳). ملکه به صفت راسخ بر نفس گفته می‌شود که حالت دائمی دارد، اتفاقی و زودگذر نیست؛ برای مثال، هرگاه شخصی برحسب اتفاق یک یا چند بار کار عقلایی از خود نشان بدهد و آنگاه به کارهای غیرعقلایی بپردازد، رشید به شمار نمی‌رود؛ بلکه کارهای عقلایی باید چندان تکرار شود تا به صورت عادت و ملکه درآید (صفایی و قاسم‌زاده، ۲۳۴).

فقها اجماع دارند که واژه رشید متضاد واژه سفیه است و سفیه کسی است که اموالش را در غیراغراض عقلایی و صحیح صرف می‌کند، به نحوی که عرف غالباً او را سرزنش می‌کند (نراقی، ۵۲۳). علامه در قواعد الاحکام در تعریف رشد می‌نویسد: کیفی نفسانی است که مانع از تباه کردن مال و مصرف آن در امور

غیر عقلایی می شود و در صورتی که عرف تشخیص دهد که فرد دچار مغاینه نمی شود و در حفظ مالی که کسب کرده تواناست، حکم به رشد وی می دهد (۱۳۴/۲). مفهوم مخالف این عبارت این است که اگر عرف خلاف آن را تشخیص دهد حکم به سفاهت فرد می شود و اگر معامله یا هبه ای انجام دهد یا اقرار به مالی کند صحیح نخواهد بود (علامه حلی، شرایع الإسلام، ۸۶/۲) و منوط به اذن ولی اوست (نراقی، ۵۲۲).

شیخ طوسی مبذر را سفیه می داند و دفع مال از وی را به منظور جلوگیری از تضییع آن واجب دانسته است (الخلاف، ۲۸۷/۳) و فاضل مقداد در التتقیح در تعریف رشد می نویسد: رشید کسی است که در معاملات فریب نخورد (۱۸۱/۲). بنابراین، کسی که اموال خود را به طور متعارف و به شیوه عقلای مصرف نمی کند و در معاملاتش به سود و زیان و نیرنگ و فریب توجه ندارد و اموال خود را در راه های ناشایسته صرف می کند، سفیه یا غیر رشید نامیده می شود (صفایی و قاسم زاده، ۲۳۹).

معامله ای که سفیه انجام می دهد چون در مسیر اغراض عقلایی واقع نمی شود، چنین فعلی به دلیل اتصاف بالفعل فاعل آن به سفاهت بی اعتبار است. امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله می نویسد: سفیه کسی است که فاقد توانایی حفظ مال است، مال را در غیر جای خود صرف و در غیر محلش تلف می کند و معاملاتش مبنی بر کسب و حفظ از غبن و ضرر نیست، باکی ندارد که در معامله فریب بخورد، باتوجه به اینکه اهل عرف و عقلا رفتار فرد را راجع به اموالش از نظر تحصیل و ضرر آن خارج از رفتار و روش عقلا می یابند، بنا بر وجدان به سفاهت وی حکم می کنند (۲۷/۳).

تشخیص رشید از غیر رشید با معیارهای پذیرفته شده در عرف امکان پذیر است و قاضی باید در این باره به عرف رجوع کند. قانون مدنی به پیروی از فقه غیر رشید را چنین تعریف کرده است: «غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد» (ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی). در این زمینه طی استفتائی که از مراجع تقلید در خصوص وضعیت معاملات افراد مانپایی شد، آیات عظام: نوری همدانی،^۱ مدرسی،^۲ علوی گرگانی،^۳ دوزدوزانی تبریزی،^۱ خامنه ای،^۲ محمدعلی گرامی،^۳ صافی

۱. به صورت کلی اگر حالات مذکور منجر به حد سفاهت بشود، احکام سفاهت بر آن مترتب است و باید با مراجعه به حاکم تعیین تکلیف شود (۱۴۰۰/۳/۱۰).

۲. درست نبودن تصرفات سفیه به معنای بطلان آن در هر حال نیست، بلکه تصرفات او اگر با اذن یا اجازه ولی باشد صحیح است. به نظر می رسد که رسیدن به رشد عقلی شرط صحت هرگونه قرارداد و تعهدی است، اما سفاهت و نبود رشد عقلی همیشه در یک درجه و در همه زمینه ها نیست، چون ممکن است شخصی در زمینه ای عاقل و رشید و در زمینه ای دیگر سفیه باشد. بنابراین، اگر عرف کسی را در موردی معین سفیه بداند، تصرف او در همین مورد خاص نادرست است؛ مثلاً اگر سفاهت شخصی شامل اموری مانند ازدواج و طلاق باشد، ازدواج و طلاق از سوی او صحیح نخواهد بود و همچنین است در سایر موارد، اموال سفیه تحت تصرف و در اختیار او قرار نمی گیرد، مگر بعد از اطمینان از رشد عقلی او (۱۴۰۰/۳/۱۳).

۳. اگر این حالت به گونه ای وخیم شود که عرف رفتارهای فرد را غیر منطقی و غیر عقلایی تشخیص دهد و این حالت مکرر باشد سفاهت صدق می کند و معاملات او صحیح نخواهد بود، مگر با اجازه ولی شرعی او و ادله آن نیز همان ادله سفاهت است که در قرآن بیان شده است «و لا تؤتو السفهاء اموالهم...» و

گلپایگانی،^۴ مکارم شیرازی،^۵ حسین مظاهری،^۶ شبیری زنجانی،^۷ سیدمحمدسعید طباطبایی حکیم^۸ قائل به این مطلب بودند که تشخیص سفاهت در این دسته از افراد نیازمند تشخیص عرف است و اگر عرف این دسته از افراد را سفیه بداند و معاملاتشان را غیرعقلایی تشخیص دهد، قطعاً محجور خواهند بود و دادگاه بنا بر مصلحت برای ایشان قیم تعیین خواهد کرد.

اثبات سفاهت در فقه و حقوق اسلامی باتوجه به سن افراد متفاوت می‌شود. دربارهٔ غیررشدیدی که عدم رشد او به زمان صغر متصل باشد، به حکم حجر نیازی نیست؛ زیرا رشد امری حادث است که به اثبات و احراز نیاز دارد و در صورت عدم احراز رشد، حالت سفیه و حجر استصحاب می‌شود (صفایی و قاسم‌زاده، ۲۴۲). اما راجع به سفیهی که بعد از احراز بلوغ و رشد به سفیه مبتلا شده است و عدم رشد او به زمان کودکی متصل نیست، این بحث مطرح شده است که آیا حجر او به حکم دادگاه نیاز دارد یا خیر؟ ظاهراً حکم مشهور فقیهان بر این است که حجر این‌گونه سفیه با حکم دادگاه برقرار می‌شود (بحرانی، ۳۶۰/۲۰؛ طوسی، المبسوط، ۲۸۶/۲).

مادهٔ ۱۱۸۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد که در کلیهٔ امور مربوط به اموال و حقوق مالی، ولی نمایندهٔ قانونی مولی‌علیه خویش می‌باشد. اختیارات و وظایف قیم همان اختیارات و وظایفی است که ولی قهری برعهده دارد، به‌علاوه قیمومیت از مسائل تابعهٔ احوال شخصیه است. چنان‌که در مادهٔ ۱۲۲۷ قانون مدنی

تشخیص معنای سفاهت برعهدهٔ عرف است. می‌تواند معاملات غری هم باشد و بستگی به مورد آن دارد. اگر حالت سفاهت محقق شود معامله باطل است، مگر با اجازهٔ ولی شرعی او (۱۴۰۰/۳/۱۴).

۱. آیت‌الله دوزدوزانی تبریزی: کسی که در عرف متشرعه سفیه باشد از تصرفات در اموال خود ممنوع است و برای او قیم معین می‌شود، ولی افرادی که در فرض سؤال آمده است، عرف آنان را سفیه نمی‌داند و تصرفاتشان اشکال ندارد (۱۴۰۰/۳/۱۵).

۲. به‌طورکلی سفیه کسی است که مال خود را در کارهای بیهوده‌ای که هیچ غرض عقلایی ندارد مصرف می‌کند و تشخیص موضوع با مکلف است (۱۴۰۰/۸/۱۰).

۳. آیت‌الله محمدعلی گرامی: این اندازه مصداق سفاهت نیست، غری نیست (میزان در این‌گونه مفاهیم، معنای عرفی آن است). سفاهت معنای خطرناک‌تر از این هاست، اگر محقق شد معاملاتش بدون ولایت قیم صحیح نیست (۱۴۰۰/۳/۳۰).

۴. آیت‌الله صفایی: به‌طورکلی اگر چنانچه بیماری این افراد به‌گونه‌ای است که در معاملات صلاح و فساد خود را تشخیص نمی‌دهند، در فرض، شخص مذکور محجور است و معاملات او سفیهانه و باطل است (۱۴۰۰/۳/۲۵).

۵. اگر این اختلالات به‌نحوی است که فرد هوش و عقل کافی ندارد و نمی‌تواند مصلحت خود را تشخیص بدهد باید با اجازهٔ حاکم شرع برای او قیم تعیین کرد و به مصلحت وی در اموالش تصرف شود (۱۴۰۰/۳/۱۰).

۶. تشخیص مصداق سفیه و نظایر آن برعهدهٔ دادگاه صالحه و باتوجه به اسناد و شواهد مربوطه و نظر کارشناسان متخصص است و ربطی به پاسخ استفتا ندارد (۱۴۰۰/۳/۵).

۷. اگر فرد در چنین حالتی سفیه باشد معاملات او نافذ نیست. سفیه کسی است که متعارفاً گفته شود نمی‌تواند مصلحت معامله را تشخیص دهد (۱۴۰۰/۳/۵).

۸. هر حالت، شدت و ضعف دارد؛ بدین دلیل گاهی نمی‌شود حکم واحد داشت باشد. تشخیص معیار سفاهت در فقه به عرف موکول است، چون مخاطب در آیات و روایات عرف است. بنا بر مطلب فوق اگر سفاهت نزد عرف ثابت شد، آثار آن ازجمله غرر و نیاز معامله به امضای ولی و... ثابت می‌شود، در غیر این صورت ثابت نمی‌شود (۱۴۰۰/۵/۲۹).

تصریح شده است که: «فقط کسی را محاکم و ادارات و دفاتر اسناد رسمی به قیومیت خواهند شناخت که نصب او مطابق قانون توسط دادگاه به عمل آمده باشد» (بازگیر، ۱۱۶). در تأیید این نظر استدلال کرده‌اند به اینکه احراز حالت سفه دشوار است و بدین دلیل به رسیدگی قضایی نیاز دارد. افزون بر آن، حکم دادگاه می‌تواند اشخاص ثالث را از سفه مطلع سازد تا آنان در معاملات خود آن را در نظر بگیرند و در حفظ منافع خود اقدام کنند.

باین حال، در مواردی ممکن است اشخاص محجور به سبب عدم اطلاع دادستان از وضعیت دماغی آنان شناسایی نشوند و در نتیجه حکم حجر آنان نیز توسط مراجع ذی صلاح قضایی صادر نشده باشد و ایشان علی‌رغم عدم اهلیت، مبادرت به انجام اعمال حقوقی کنند و مورد سوءاستفاده افراد سودجو قرار گیرند، کما اینکه بسیاری از مبتلایان به اختلالات روانی به دلیل نداشتن بینش و آگاهی راجع به وضعیت خود، فریب چنین افرادی را می‌خورند و مورد سوءاستفاده قرار می‌گیرند.

در خصوص نحوه احراز سفاهت، باتوجه به اینکه برخی حتی مفهوم جنون را عرفی می‌دانند و عرف را برای تشخیص جنون و سفه کافی دانسته‌اند (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۰۱/۱۴)، ارجاع امر به کارشناسی را نمی‌پذیرند، اما این باور نمی‌تواند درست باشد؛ زیرا در برخی اختلالات روانی، فرد به ظاهر سالم است و نشانه‌ای ندارد تا عرف قادر به تشخیص این امر تخصصی باشد، درحالی‌که واقع خلاف آن را می‌رساند. بر این اساس به نظر می‌رسد ارجاع امر به کارشناس ضروری باشد.

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷/۶۵۱ مورخ ۱۳۶۰/۱۹/۰۲ بیان می‌دارد: رجوع به پزشکی قانونی از باب رجوع به خبره و قاعده عقلایی رجوع جاهل به عالم است و مانند نظر سایر کارشناسان است... نظر کارشناس، طریقت دارد نه موضوعیت؛ بنابراین تشخیص اینکه اختلال موجود در شخص به حدی رسیده است که ملکه ناتوانی در اداره امور مالی اش احراز شود، از طریق رجوع به کارشناس و خبره فن روان‌شناسی میسر است و عرف به تنهایی قادر به شناسایی همه موارد نخواهد بود (الف و کرمی، ۳۶).

برای روشن شدن مطلب این موضوع در عرف خاص؛ یعنی نظر متخصصان و کارشناسان حوزه روان پزشکی مورد مذاقه و بررسی قرار می‌گیرد.

امروزه بیماری‌های روانی بسیار زیادی در حال گسترش هستند که ارتباط مستقیمی با اراده، رشد و عقل افراد دارد و عملکرد مالی و اجتماعی افراد را تحت تأثیر قرار می‌دهد. اختلالات خلقی که گاهی اختلالات عاطفی نامیده می‌شوند طبقه‌ای مهم از بیماری‌های روانی را تشکیل می‌دهند. این اختلالات در DSM-V بر اساس قطبیت تقسیم شده است. اختلال دوقطبی I و دوقطبی II، اختلال خلق ادواری

(سیکلوتایمی)، اختلالات دوقطبی و اختلالات مرتبط ناشی از دارو/مواد، اختلال دوقطبی و اختلالات مرتبط ناشی از یک بیماری طبی دیگر و سایر اختلالات معین دوقطبی و اختلالات مرتبط نامعین در دسته اختلالات خلقی جای می‌گیرند. در تمامی این اختلالات، دوره‌ای از مانیا و هیپومانیا به چشم می‌خورد (انجمن روان‌پزشکی آمریکا، ۱۶۵).

اختلال دوقطبی یا دوقطبی شیدایی افسردگی، اختلالی روانی عمده با شیوع مادام‌العمر است که سبب تغییرات شدید در خلق و خوی فرد می‌شود که ناشی از بروز دوره‌های رفتاری متفاوت شامل دوره شیدایی و دوره افسردگی است. دوره شیدایی به زمانی اطلاق می‌شود که فرد خلق و خوی بسیار فعالی دارد برخلاف دوره افسردگی که فرد به شدت آرام و افسرده به نظر می‌رسد. این اختلال معمولاً در نوجوانی شروع می‌شود و از الگوی دوره‌های مکرر هیپومانیا، شیدایی، یوتیمیا و افسردگی یا حالت مخلوط رفتار شیدایی و خلق افسرده پیروی می‌کند (Beentjes, 97, and Poslawsky J J Goossens).

شروع اختلال دوقطبی ناگهانی است، معمولاً ظرف چند ساعت یا چند روز روی می‌دهد و عموماً بین بیست تا سی سالگی آشکار می‌شود و اولین حمله معمولاً مانیک است نه افسردگی. نود درصد افراد دوقطبی اولین حمله خود را قبل از پنجاه سالگی داشته‌اند. اختلال دوقطبی عموماً دوباره عود می‌کند و هر دوره آن از چند روز تا چند ماه ادامه می‌یابد. ظرف ده سال اول، فراوانی و شدت نشانه‌های این اختلال بیشتر می‌شود. با این حال، باکمال تعجب بیست سال بعد از شروع اولیه، دوره‌های زیادی وجود دارد. در این اختلال دوره‌های مانیا و افسردگی هر دو رخ می‌دهد، ولی چرخه منظم (مثلاً سه ماه مانیا، سپس سه ماه افسردگی و الی آخر) به ندرت اتفاق می‌افتد (سلیگمن، ۳۰۳/۱).

اختلالات دوقطبی بر اساس شدت بیماری و طول دوره در دو سطح I و II تقسیم می‌شوند. دوره مانیا مربوط به دوقطبی I و دوره هیپومانیا مربوط به دوقطبی II است. در ادامه به بررسی وضعیت فقهی حقوقی معاملات در هر دو دوره مانیا و هیپومانیا می‌پردازیم.

۲. ۱. معاملات افراد شیدایی (مانیا)

اختلالات دوقطبی I مجموعه‌ای از یک یا چند گستره شیدایی (مانیا) و یک یا چند گستره افسردگی یا گستره‌های مختلط است که در افراد مبتلا بروز می‌کند. در این نوع اختلال افراد در دور پایان‌ناپذیری از اوج وجد (مانیا) تا عمق یأس (افسردگی) قرار می‌گیرند. اوج وجد که در اصطلاح روان‌شناسی از آن به مانیا یا شیدایی تعبیر می‌شود کاملاً متضاد با گستره افسردگی (حالت افت حیاتی) قرار دارد. فرد مبتلا به مانیا دارای انبساطی نامتناهی و نامتناسب است و هر فعالیتی به ایجاد لذت وافر و شادی بی‌حصر در وی منتهی

می‌شود و همین امر باعث می‌شود کارکردهای هیجانی، انگیزشی، رفتاری و شناختی او تحت تأثیر قرار گیرد (دادستان، ۱/۳۶۵).

تحقیقات نشان داده است که افراد مبتلا به اختلال دوقطبی I در معرض خطر ویژه‌ای راجع به رفتارهای تکانشی خود در طول یک دوره مانیک هستند، زیرا میان رفتارهای تکانشی که با انگیزه‌آنی و بدون فکر قبلی صورت می‌گیرد و شدت علائم شیدایی که در طول دوره مانیک بروز می‌کند، ارتباط درخور توجهی وجود دارد؛ به‌طور مثال، مشکلات ناشی از قمار یکی از این رفتارهای تکانشی است که با پیامدهای پرخطر همراه است و منجر به مشکلات روانی، اجتماعی و اقتصادی در افراد مبتلا می‌شود (595, Jansena and Fitc IRichardson).

افرادی که مبتلا به اختلال دوقطبی I هستند، اپیزود مانیک را به‌صورت مزمن و حاد دارند. از نظر انگیزشی، افراد شیدا یا مانیا نیازمند تحریک‌پذیری دائم و هم‌نشینی با دیگران هستند، بدون آنکه خواسته‌ها یا تمایلات آن‌ها را در نظر بگیرند و متوجه شوند که سبک اجتماعی‌شان می‌تواند ناراحت‌کننده، سلطه‌جو و افراطی باشد. رفتار افراد مانیا را معمولاً دارای فعالیت افراطی یا فزون‌کنشی دانسته‌اند. آن‌ها مدام در جنب و جوش هستند. گفتارشان معمولاً بسیار سریع، شتاب‌زده و گاهی نامنسجم است؛ زیرا سعی دارند همه افکار متعدد و هیجان‌انگیز خود را به‌طور هم‌زمان بیان کنند. این ضابطه گفتار با اصطلاح «گریز افکار»^۱ توصیف می‌شود.

خودنمایی با بخشیدن مقادیر زیادی پول به غریبه‌ها، درگیر شدن در فعالیت‌های خطرناک یا پوشیدن لباس‌های نامناسب نیز از دیگر خصیصه‌های رفتاری افراد مبتلا به مانیا است. این سبک از برون‌ریزی‌های هیجانی مهارنشده در بیمار با رویدادهای کنونی زندگی وی هیچ‌گونه تناسبی ندارد. ضعف افراد آشفته از لحاظ شناختی نیز روشن است؛ زیرا احساس وجد، سرعت عمل و شتاب‌زدگی آن‌ها در دستیابی به اهدافی که برای خود تعیین می‌کنند، بیش از آن است که بتوانند پیامدهای اعمال‌شان را در نظر بگیرند. علت آن افزایش سطح حرمت خود در آن‌هاست به‌حدی که سبب خود بزرگ‌پنداری کاذب در آن‌ها می‌شود (دادستان، ۱/۳۶۵).

بیماران مبتلا به مانیا اغلب دچار باورهای هذیانی هستند؛ از جمله هذیان سلامت جسمی و روانی و استعداد فوق‌العاده، هذیان ثروت یا تبار اشرافی و هذیان کمک. افراد مانیک حتی در حالت شیدایی و اوج وجد به‌طرز غیرعادی آماده اشک‌ریختن هستند و در صورتی که ناکام شوند گریه سر می‌دهند (سلینگمن،

۳۰۱/۱) و در موارد متعددی گزارش شده است که این افراد مبالغ بسیار زیادی را به خیریه‌ها می‌بخشند یا وارد معاملات سفیهانه‌ای می‌شوند که سبب اضرار به خود می‌شوند، سپس پشیمان می‌شوند و به شدت احساس گناه می‌کنند. ضررهای مالی و پیامدهای حاصله از آن به این مسئله دامن می‌زند و منجر به خروج این افراد از حالت حاد شیدایی به حالت افسردگی مزمن می‌شود تا جایی که ممکن است برای رهایی از این حالت به اعمال خطرناک از جمله خودکشی روی‌آورد (Richardson, 9 et al). متأسفانه این افراد در دوره شیدایی به دلیل ضعف در تصمیم‌گیری و قدرت قضاوت و درک صحیح از واقعیت و تشخیص نفع و ضرر شخصی، به توصیه‌های اطرافیان درباره حفظ آرامش و متوقف کردن کسب لذت‌ها یا صرف نظر کردن از سرمایه‌گذاری‌های نابه‌جا توجهی نمی‌کنند (Olgiati, Serretti, 163).

وجه اشتراک مانیا با اختلالات جنون‌آمیزی که به زوال کامل عقل منجر می‌شود، وجود توهمات و هذیان‌های دائمی و موقت و قطع رابطه با دنیای واقعی بیرونی است که به سبب آن فرد قادر به تشخیص منافع و ضرر مالی خود نیست و اعمال و رفتار وی منطبق با تشخیص‌های عقلایی و عرفی نیست (رفیعی هنر، ۹۷). یکی از ملاک‌های اختلال، از دست رفتن قوه قضاوت و بینش است؛ بنابراین در اکثر موارد باید بپذیریم که بیمار در دوره‌های عود مانیا از نتایج رفتار خود آگاه نیست (صابری، ۳۶). فرد مبتلا به مانیا در دوره مانیک توانایی اداره اموال خود را ندارد. خرج‌های بی‌حد و حصر و تکانشی این افراد یکی از اساسی‌ترین و مشکل‌سازترین رفتارها برای مراقبان آن‌ها گزارش شده است که ضرورت وجود قیم و سرپرست در امور مالی را بیش از پیش پررنگ‌تر می‌کند (J J Goossens and Beentjes, 5, Poslawsky).

محرک‌های پیرامونی نیز به شدت افراد آشفته (مانیا) را تحت تأثیر قرار می‌دهند و به خصوص در زمان‌های حاد شیدایی، مهار فکری با آن‌چنان مشکلاتی مواجه می‌شود که به ازهم‌پاشیدگی و عدم انسجام می‌انجامد و حتی قطع رابطه با واقعیت را در پی دارد. عارضه‌های ناشی از این اختلال گاهی به اندازه‌ای وخیم است که حمایت از فرد در برابر پیامدهای اعمالی که ناشی از ضعف قضاوت هستند؛ مانند زیان‌های مالی، فعالیت‌های غیرقانونی، دست‌زدن به رفتارهای تهدیدآمیز و... بستری کردن وی را در بیمارستان الزامی می‌سازد (دادستان، ۳۶۷/۱).

به دلیل شاخصه انکار مانیا و فراوانی ماهیت سایکوتیک دوره‌ها، پزشکان باید به صورت روتین اطلاعات تشخیصی درباره دوره‌های قبلی را از نزدیکان بیمار به دست آورند. همچنین به دلیل فقدان بصیرت آنان، بستری کردن بیمار باید به صورت غیرداوطلبانه انجام گیرد.

پرواضح است که ویژگی‌های روانی و خلقی که بر مبتلایان به مانیای شدید حاکم است، مسبب بخشش‌های سفیهانه یا اقدامات مالی غیرعقلایی است که در این دوره توسط ایشان صورت می‌گیرد. این مسئله، نشان‌دهندهٔ اخلال در عنصر اراده و تمیز در این افراد است. عدم توانایی تفکر و تشخیص مصالح خود و دیگران و همچنین ضعف شدید و ناتوانی در ادارهٔ اموال سبب می‌شود که توسط افراد سودجو مورد سوءاستفاده‌های مالی قرار بگیرند.

مؤید این مطلب می‌توان به رأیی که در شعبهٔ ۳ دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۹۲/۰۹/۲۶ به شمارهٔ ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۲۹۰ صادر شده است، اشاره کرد. این رأی از سامانهٔ ملی آرای قضایی اخذ شده است. «در این پرونده، مادر مدعی علیه (الف. الف)، تقاضای صدور حکم حجر فرزندش (ع. ن) را دارد و به اتفاق فرزند دیگرش آمادگی خود را برای قیمومیت وی اعلام داشته‌اند. دادسرا شخص موردنظر را به پزشکی قانونی معرفی می‌نماید. پزشکی قانونی خراسان رضوی به شمارهٔ ۲۰۰/۱۱۲۴/ص ۹۰/۱/۱۰ پاسخ می‌دهد که نامبرده... دچار اختلال خلقی دوقطبی (جنون ادواری) می‌باشد که منجر به حداقل چهار نوبت بستری در بخش روان‌پزشکی گردیده است. تاریخ شروع بیماری حداقل از ۷۱/۱/۲۵ می‌باشد. در حال حاضر با درمان‌های دارویی علائم جنون وی بهبودی بارزی یافته است، لیکن احتمال عود بیماری منتفی نیست و در موارد عود، قادر به ادارهٔ امور مهم مالی خود نخواهد بود.»

دادگاه مرجوعه، پرونده را برای تحقیق بیشتر به دادسرا اعاده می‌کند و دادسرا پس از انجام تحقیقات آن را با بررسی در اطراف موارد استناد دادگاه گزارش کرده است، به شرح دادنامهٔ شمارهٔ ۹۰۰۹۹۷۵۱۱۰۱۳۵۳ - ۱۳۹۰/۸/۱۲ شعبهٔ اول دادگاه عمومی حقوقی مشهد با استدلالی که به عمل آورده است حکم بر رد درخواست حجر صادر و اعلام داشته است آقای ع. ن. شخصاً نسبت به دادنامهٔ صادره تجدیدنظرخواهی کرده و درخواست نقض آن را به لحاظ بیماری کرده است.

پرونده در شعبهٔ ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی مطرح و شعبهٔ مرجوعه ادامهٔ تحقیقات در زمینهٔ حجر و عدم حجر شخص مدّ نظر را برعهده گرفته و استعلام مجدد از پزشکی قانونی کرده و خواستار تشکیل هیئت مجدد شده است و کمیسیون پزشکی قانونی مرکب از چهار نفر متخصص اعصاب و روان و یک نفر متخصص پزشکی قانونی تشکیل شده و به شرح نظریهٔ شمارهٔ ۹۰/۵۱۱/۷/۵۲۲ - ۹۱/۴/۲۶ چنین نتیجه‌گیری اعلام شده است «... از نامبرده در معیت خواهرش ... مصاحبهٔ روان‌پزشکی به عمل آمد. مدارک پزشکی و نتیجهٔ کمیسیون‌های قبلی این مرکز بررسی شد. وی به علت اختلال خلقی دوقطبی واجد علائم جنون (جنون ادواری) از سال ۷۱ سابقهٔ چندین نوبت بستری در بیمارستان روان‌پزشکی را داشته (تاریخ‌های ۷۱/۰۱/۲۵ و ۷۷/۰۳/۱۳ و ۷۸/۰۹/۱۰) که با وجود مصرف داروها علائم بیماری به طور کامل

بهبودی نداشته است. در حال حاضر نیز درجاتی از علائم اختلال مذکور، ازجمله افکار بزرگ‌منشی و اعتمادبه‌نفس بالا در وی وجود دارد که می‌تواند قضاوت اجتماعی و تصمیم‌گیری‌های مالی وی را تحت تأثیر قرار دهد. مجدداً اعلام می‌گردد باتوجه به مدارک موجود و شرح حال‌های اخذشده از نامبرده و بستگان از سال ۱۳۷۱ بیماری در وی مستقر بوده و هیچ‌گاه فاز افاقه کامل نبوده است.»

سپس دادگاه بر طبق دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۵۱۳۵۹۰۰۶۶۳، ۱۳۹۱/۵/۷ چنین رأی صادر و اعلام کرده است: «... در خصوص تجدیدنظرخواهی ۱. آقای ع. ن. فرزند غ. ۲. خانم الف. ن. فرزند غ. با وکالت الف. الف. نسبت به دادنامه شماره ۵۱۱۰۱۰۱۳۵۳، ۱۳۹۰/۸/۱۲ صادرشده از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی مشهد که به موجب آن درخواست اداره سرپرستی امور صغار و محجورین دایر به صدور حکم حجر آقای ع. ن. محکوم به رد شده است، باتوجه به اینکه نظریات پزشکی قانونی به‌ویژه نظریه مورخ ۹۱/۴/۲۶ به‌طور صریح و قاطع دلالت بر استقرار جنون ندارد و حتی به این نکته اشاره شده است که باوجود مصرف داروها علائم بیماری به‌طور کامل بهبودی نداشته است و این نحوه بیان حاکی از بهبودی نسبی بیمار در طول سال‌هایی است که مدعی حجر وی شده‌اند و نظر به اینکه مجموع محتویات پرونده و تحقیقات انجام‌شده مفید این است که مستدعی علیه حجر در مراودات و ارتباطات اجتماعی و اقتصادی خود به حفظ نسبی مصالح خود توجه داشته است و غلبه برخی از حالات روانی و رفتاری در اشخاص را نمی‌توان از مصادیق جنون تصور کرد، بنابراین رأی تجدیدنظر خواسته صحیح و مطابق با موازین قانونی است و تجدیدنظرخواهی با هیچ‌یک از جهات مندرج در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مطابقت ندارد. ضمن رد تجدیدنظرخواهی با استناد به ماده ۳۵۸ قانون پیش‌گفته رأی تجدیدنظر خواسته تأیید می‌گردد...» این دادنامه در تاریخ ۱۳۹۱/۰۵/۲۲ به ع. ن. ابلاغ شده است. در همین تاریخ نیز به الف. الف. ابلاغ شده و نامبرده با ارائه وکالت‌نامه برای مرحله فرجام‌خواهی به وکالت از ع. ن. و الف. ن. فرزندان غ. در تاریخ ۹۱/۰۶/۰۸ و فرجه قانونی مبادرت به فرجام‌خواهی کرده است. ماحصل درخواست رسیدگی مجدد این است که دادنامه صادره با موازین شرعی و مقررات قانونی انطباق ندارد، زیرا با نظریات بدوی و سه‌گانه و پنج‌نفره و هفت‌نفره کارشناسان پزشکی قانونی مشهد منطبق نیست و دلایل و مدارک گردآوری‌شده مؤید آن است که آقای ع. ن. دارای جنون است که توسط کارشناسان تأیید شده است و آقای ع. ن. دارای هدف عقلایی در زندگی نیست و عقل امرارمعاش ندارد و دادگاه محترم به بعضی از واقعیات موجود در پرونده اصلاً رسیدگی نکرده است و استدلال به اینکه نظریه کمیسیون هفت نفره پزشکی قانونی به‌طور صریح و قاطع دلالت بر استمرار جنون ندارد، برخلاف مندرجات نظریه تخصصی و ظواهر امر است، چون رأی بر اساس ظن و گمان و تردید صادر شده است. برای حفظ حقوق

فردی ناتوان، تقاضای نقض و رسیدگی مجدد کرده است. دفتر دادگاه صادرکننده حکم، تبادل لوایح را انجام داده و پس از وصول پاسخ فرجام‌خوانده مبنی بر اتخاذ تصمیم شایسته، پرونده را به دبیرخانه دیوان عالی کشور ارسال کرده است که به کلاسۀ بالا ثبت و در دستور کار این شعبه قرار گرفته است. اوراق لازم از پرونده و لوایح فرجامی هنگام شور قرائت می‌شود. هیئت شعبه در تاریخ بالا تشکیل شد. پس از قرائت گزارش عضو ممیز و ملاحظه اوراق پرونده، مشاوره کرده است و چنین رأی می‌دهد:

رأی دیوان: اختلال حواس و مشاعر و خلق دارای درجات و مراتبی است که در تمامی موارد سبب حجر نیست و تشخیص و احراز حجر و تاریخ آن هم امری قضایی است که باتوجه به ادله و اوضاع و احوال موجود و قرائن و امارات محقق می‌شود، در نتیجه استنباط و استنتاج دادگاه از آنچه از پرونده و دلایل و مدارک آن احراز کرده یا از مصاحبه و معاینه شخص مدّ نظر برداشت کرده است، محمول بر نظر قضایی و قابل خدشه نیست؛ لذا اعتراضات فرجامی که عمدتاً به اساس ادله و رسیدگی ماهوی مربوط است مؤثر در مقام نیست. مستنداً به بند الف ماده ۳۶۸ و ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن رد فرجام‌خواهی دادنامه صادره ابرام می‌شود (<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7510>).

در این پرونده چند مسئله تأمل برانگیز است:

۱. استعمال لفظ جنون ادواری در نظریه پزشکی قانونی فاقد معنای حقوقی است و دارا بودن حالات جنون مانند افکار بزرگ‌منشانه و اعتماد به نفس بالا و مؤثر در امور مالی که توسط هیئت پزشکی تبیین شده است، اشاره به فاز مانیک با درجات حاد در اختلالات دوقطبی دارد که ناظر به اختلال دوقطبی I است.
۲. اطلاق جنون بر دوقطبی‌ها امری صحیح نیست و لذا اثبات حجر مستند به آن نیز دشوار خواهد بود؛ چراکه مانیا در حد جنون نیست که قصد و اراده فرد را تحت تأثیر قرار دهد و آن را مخدوش کند، بلکه در این دوره فرد به صورت ارادی و مختار قصد معامله می‌کند؛ لذا نمی‌توان وی را ملحق به مجانین کرد. در واقع آنچه باعث اخلال در عملکرد اجتماعی و اقتصادی این افراد می‌شود، مسئله عدم قصد و اراده نیست؛ بلکه فقدان رشد و تمیز است (طریقتی، ۱۸۹) که در دوره مانیا فرد را گرفتار می‌کند و بدون توجه به عواقب آن بلافاصله تصمیم به انجام معاملات سفیهانه، بذل و بخشش‌های نامتعارف و غیرعقلایی می‌گیرند. لذا الحاق افراد مبتلا به دوقطبی I به سفها در دوره مانیا با علانم حاد با ادله فقهی و قانونی سازگارتر است و لذا اثبات حجر مالی این افراد تنها در دوره مانیک و اثبات وقوع معاملات و بذل و بخشش‌های غیرعقلایی در این دوره به حفظ حقوق و صیانت از ایشان کمک درخور توجهی می‌کند و مانع از این است که مورد سوءاستفاده و فریب افراد فریبکار قرار بگیرند.

۳. مهمترین و عمده‌ترین دلیل ما برای اثبات سفاهت این دسته از افراد، نظر تخصصی و کارشناسانه‌ای است که در متن پرونده فوق‌الذکر موجود است. همان طور که در متن خلاصه پرونده ذکر شد، مسئله اختلال دوقطبی و ناتوانایی مدیریت مالی فرد در سه نوبت توسط سه هیئت سه نفره، پنج نفره و هفت نفره، معاینه، ارزیابی و سنجش می‌شود. این هیئت کارشناسی که متشکل از متخصصان اعصاب و روان و کارشناسان پزشکی قانونی است، باتوجه به سابقه بستری فرد در بیمارستان روان پزشکی به علت بیماری مذکور و همچنین نظر به مصاحبه و معاینات و مدارک روان پزشکی و نتیجه کمسیون‌های قبلی روان پزشکی در خصوص بیمار، استقرار و استمرار علائم مانیایی یا شیدایی که باعث اختلال در عملکرد اجتماعی و امور مالی وی بود را محرز و محقق دانسته‌اند و طبق مستندات، فرد را فاقد عقل معاش در دوره شیدایی معرفی کرده‌اند. لذا باتوجه به تحقیقات قبلی و تحلیل پرونده فوق می‌توان چنین نتیجه گرفت که نظر قاطع کارشناسی پزشکی قانونی و متخصصان اعصاب و روان بر فقدان عقل معاش مربوط به مبتلایان به اختلال دوقطبی I در فاز مانیای شدید است. این امر توسط سنجش‌های مالی و غیرمالی، معاینات و مصاحبه‌های تخصصی و همچنین سابقه بستری شدن فرد در بیمارستان مستند به اختلال مذکور و مدارک پزشکی وی صادر شده است که اثبات‌کننده عدم رشد در افراد شیدایی است. لذا با اثبات سفاهت، مسئله نصب قیم برای حفاظت از حقوق مالی این افراد امری ضروری خواهد بود.

۴. عدم درمان قطعی این دسته از بیماران یکی دیگر از مسائل مهم در خصوص این افراد است. همان طور که نظریه کمسیون پزشکی قانونی و متخصصان اعصاب و روان بر آن استوار بود و روان‌شناسان نیز در موارد مختلفی به آن اشاره کرده‌اند، تنها با تجویز دارو می‌توان وضعیت بیماری را تا حدودی کنترل کرد. این داروها که منفرد و ترکیبی استفاده می‌شوند، به صورت موقت بیمار را از اوج به پایین می‌آورد که البته ثبات و دوامی نخواهد داشت. علاوه بر این، پایداری به دارو معمولاً یک مشکل به شمار می‌رود؛ زیرا بیماران مبتلا به مانیا معمولاً درباره بیماری خود بینشی ندارند و حملات مانیا نیز ناگهانی صورت می‌گیرد و همچنین در بسیاری از موارد از مصرف دارو سر باز می‌زنند (سادوک، ۱۳۵)، لذا این مسئله می‌تواند برای افراد مبتلا نگران‌کننده باشد و حسب صریح ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی، مواظبت و مراقبت از محجور برعهده قیم است. لذا نصب قیم در امور مالی به مدیریت این مشکل کمک شایانی خواهد کرد.

۵. ازجمله نکاتی که باید در گواهی پزشکی قانونی رعایت شود تشخیص نوع بیماری، تعیین قدرت اداره امور توسط فرد معرفی شده یا بیمار است و روان‌پزشک عموماً به درخواست مقام قضایی نظر خود را باید درباره آینده بیمار به صورت ارشادی ارائه کند (اشرفیان بناب، ۱۴۳). واضح است که بر اساس نظر فوق، نظر قاطع کمسیون پزشکی و کارشناسی دلیل کاملی برای رسیدن به حکم حجر نیست؛ چراکه نظر

کارشناسی و احراز عدم‌رشد توسط متخصصان صرفاً به‌عنوان اماره‌ای قضایی مطرح است و لذا قاضی می‌تواند با بررسی تمام ادله و نظر کارشناسی برخلاف اماره قضایی عمل کند و حکمی خلاف آن صادر کند. این مسئله نیز خود یکی از چالش‌های مهم در نادیده‌گرفتن حقوق این دسته از بیماران است و چه‌بسا حکمی ناصواب سبب تباهی یک فرد شود؛ زیرا همان‌طور که قبلاً نیز اشاره شد افراد دوقطبی و بالأخص دوقطبی I که دوره شیدایی را به‌صورت حاد تجربه می‌کنند، در دور پایان‌ناپذیری از اوج وجد تا عمق یأس قرار می‌گیرند و چه‌بسا مورد سوءاستفاده افراد سودجو واقع شوند و این مسئله باعث تغییر سریع خلق از قطب شیدایی به فاز افسردگی شود و آن‌ها برای رهایی از عواقب رفتارهای تکانشی و پشیمانی از سرمایه‌گذاری‌های سفیهانه یا بذل و بخشش‌های بی‌حدو حصر خود، دست به اعمال جبران‌ناپذیری مانند خودکشی بزنند و وضعیت آن‌ها را از مسئله‌ای کنترل‌شدنی به مسئله‌ای بحرانی تبدیل کند. به نظر می‌رسد نظر متخصصان فن که در عرف خاص با قوانین علمی ثابت شده است در واقع به‌عنوان «بناء عقلا بماهم عقلا» اولاً، همچون قطع حجیت ذاتی دارد و مورد تأیید شارع مقدس است؛ ثانیاً، نیازی به کشف آن و واسطه در اثبات از طریق دیگر مانند شهادت شهود و سایر امارات و قرائن نیست (اصفهانی، ۱۲/۳ و ۲۲۰/۲ تا ۲۳۳، طباطبایی، محمدحسین، ۲۰۵/۲، خمینی، الرسائل، ۱۳۰/۲)؛ ثالثاً دلیل مستقل به شمار می‌رود و قاضی نمی‌تواند برخلاف آن عمل کند. لذا توجه به نظریه کارشناسی مبنی بر سفاکت این افراد، نصب قیم را به‌منظور برقراری عدالت و حفظ حقوق ایشان ضروری می‌کند.

ممکن است گفته شود بنای عقلا در صورتی حجت است که مورد تقریر و تأیید شارع قرار گیرد و از ناحیه او ردعی صورت نپذیرد (مظفر، ۱۷۷/۳)، درحالی‌که در مقام بحث، موضوع معاملات افراد شیدایی در زمان شارع مقدس وجود نداشته است تا بتوان اثبات کرد که سیره عقلا مورد تأیید و عدم‌ردع شارع است. به نظر می‌رسد در صورت وجود بنای عقلا بماهم عقلا که بر اساس حسن و قبح عملی است، رضایت شارع نیز مسلم است و نیازی به کشف رضایت او و واسطه در اثبات حجیت آن از طریق دلیل دیگر نیست، بلکه بنای عقلا همچون قطع حجیت ذاتی دارد و به‌تعبیر علامه طباطبایی مبتنی بر فطرت انسان و ضرورت نظام اجتماعی است (طباطبایی، محمدحسین، ۲۰۵/۲). محقق اصفهانی گوید: آنچه در حجیتِ روش عقلا لازم است این است که ردع و منع شارع از آن ثابت نباشد و دیگر در اثبات عدم‌ردع نیازی به احراز امضای آن روش نیست تا لازم باشد در صورت جهل به عدم‌ردع یا علم به امضای شارع، بنا را بر عدم حجیت این سیره بگذاریم (۱۲/۳). به نظر ایشان بنای عقلا بر اساس مصالح و مفاسد است و شارع مقدس به‌لحاظ حیثیت عاقلیت نمی‌تواند مصالح و مفاسد عقلایی را نادیده بگیرد و برخلاف آن حکم کند، مگر اینکه احراز شود شارع مقدس با آن سیره مخالفت کرده است (اصفهانی، ۲۳۳/۲ و ۳۲۰).

۱۲/۳ و ۶/۳). امام خمینی (ره) نیز قائل به حجیت ذاتی بنای عقلاست و آن را در صورت عدم احراز ردع حجت می‌داند (الرسائل، ۱۳۰/۲ تا ۱۳۱). بر اساس نظر حضرت امام (ره) هر سیره عقلایی که جامعه در هر موضوعی در میان خود رایج کرده‌اند؛ چه به زمان معصوم متصل باشد یا منفصل، حجیت دارد و به‌عنوان دلیل شرعی معتبر است.

۶. ششمین نکته که مؤید گفتار ماست، وجود درجات مختلف اختلال با آثار متفاوت حقوقی است. اختلال دوقطبی I تنها در دوره شیدایی به‌صورت حاد، مخلّ عنصر رشد خواهد بود، بنابراین رأی دیوان عالی کشور مبتنی بر اینکه «اختلال خلق و مشاعر دارای مراتب و درجاتی است که در تمامی موارد موجب حجر نیست» نشان‌دهنده وجود حکم حجر در پاره‌ای از اختلالات خلقی است. باید خاطرنشان کرد که اختلال خلق در درجات خفیف‌تر مانند دوقطبی II که شامل فاز خفیف مانیا؛ یعنی هیپومانیا و دوره‌های خفیف افسردگی است، سبب برهم‌زدن عنصر رشد در افراد نخواهد بود و لذا حکم حجر تنها در حالات شدید ثابت است.

لازم به ذکر است بنا بر فرضی که نتوان سفاقت این افراد را به حکم دادگاه ثابت کرد، چنین معاملاتی که بدون غرض عقلایی و مبتنی بر اضرار و عدم موازنه منطقی و عرفی میان ثمن و مثن صورت می‌گیرد، مصداق بارز غرر است و بنا بر نظر بسیاری از فقها محکوم به بطلان است (حسینی مراغی، ۳۶۷/۲؛ شهید اول، ۱۲۱؛ مصطفوی، ۴۴) و حتی برخی از فقها نه تنها معامله، بلکه شرط سفهی را نیز خارج از اغراض عقلایی می‌دانند و معامله و عقد مشروط به آن را نیز فاسد و باطل اعلام کرده‌اند (گیلانی، ۲۱۱).

۲.۲. معاملات افراد نیمه‌شیدایی (هیپومانیا)

اختلالات دوقطبی (I و II) مسئولیت اجتماعی و اقتصادی درخور توجهی را به همراه دارد و به‌عنوان شرایط رفتاری بسیار پرهزینه شناخته می‌شوند و کیفیت زندگی افراد را با خطر مواجه می‌سازد. اختلال دوقطبی II که با دوره‌های مکرر افسردگی و هیپومانیا مشخص می‌شود نسبت به گذشته شیوع بیشتری پیدا کرده است. این اختلال که به‌عنوان شکلی خفیف اختلال دوقطبی مطرح است با دوره‌ای مزمن با علائم افسردگی مکرر مشخص می‌شود و به سطوح مشابهی از ناتوانی و خطر خودکشی کمک می‌کند که در اختلال دوقطبی I تعیین شده است (Fletcher, 1, et al). معیارهای تشخیصی برای یک دوره هیپومانیا، شامل علائم اعتمادبه‌نفس متورم، افزایش پرحرفی، رفتار هدفمند، شرکت در رفتارهای خطرناک، افکار مسابقه‌ای، حواس پرتی و کاهش نیاز به خواب است (Jansena and Fitch, Richardson, 3). رفتارهای تکانشی و مهارنشده؛ به‌عنوان مثال، خریدهای افراطی یا قمار ممکن است در طول دوره‌های هیپومانیا رخ دهد که منجر به مشکلات روانی، اجتماعی و اقتصادی شود و پیامدهای منفی را به دنبال دارد.

معمولاً این رفتارها ناشی از شکست مقاومت در برابر امری ناخوشایند یا ناشی از وسوسه‌های آنی در مقابل انجام کاری خوشایند و مورد تمایل فرد است. شواهد حاکی از آن است که خریدهای کنترل‌نشده بیشترین هزینه را برای فرد در برداشته است (Glenda & Stefanie, Marvi, 424).

محققان و روان‌شناسان معتقدند که میزان آسیب‌پذیری مادام‌العمر در دوره هیپومانیا برخلاف مانیا بسیار کم‌تر و درمان و کنترل آن بسیار راحت‌تر است. باتوجه به اینکه این افراد در حالت ملایم و خفیف مانیا قرار دارند، در بیشتر مواقع افرادی پارانوئی، خوش‌فکر و متجدد هستند و غالباً می‌توانند ساعت‌های طولانی با کمی خواب کار کنند و پروژه‌های متعدد و تعهدات اجتماعی را به‌خوبی کنترل کنند (Eckblad, 214 Chapman). بنابراین، دوره هیپومانیا برخلاف دوره مانیا پرخطر نیست و فرد به‌تنهایی می‌تواند باتوجه به نفع و ضرر و با معیارهای عقلایی و عرفی معامله کند، لذا معاملات این دسته از افراد صحیح خواهد بود.

نتیجه‌گیری

در فقه و حقوق اسلامی کسی که قوه تمیز نفع و ضرر خود را در امور مالی ندارد و به اصطلاح رشید نیست، سفیه می‌نامند و محجور است و تصرفات مالی او به‌نحو مستقل صحیح نخواهد بود و دادگاه به مصلحت وی برای او قیم تعیین خواهد کرد، لذا تمامی معاملات وی غیرنافذ است و با اجازه قیم تنفیذ می‌شود. طبق بررسی‌های به‌عمل آمده، افراد مبتلا به اختلال دوقطبی I اپیزود مانیک را به‌صورت حاد تجربه می‌کنند و عرف و عقلا، افراد مبتلا به مانیای حاد را به‌دلیل عدم احراز ملکه رشد در زمره سفها به شمار می‌آورد. در این دوره فرد به‌دلیل فقدان ثبات خلقی و ناپایداری آن و ثبات و شیوع رفتارهای سفیهانه در وی، وارد اعمال پرخطر با پیامدهای منفی می‌شود که محافظت از آن‌ها امری ضروری است و تعیین قیم به حفظ حقوق این افراد کمک شایانی خواهد کرد؛ اما اختلالات دوقطبی II که افراد اپیزود هیپومانیا (درجات خفیف مانیا) را تجربه می‌کنند، به‌دلیل اینکه این اپیزود در حد اپیزود مانیک سبب اختلال در قوه تمیز نمی‌شود و فرد قدرت کنترل و مدیریت اموال خود را به‌نحو صحیح از دست نمی‌دهد، لذا سبب حجر نیز نخواهد بود و مستقلاً می‌توانند امور مالی خود را به دست بگیرند. بررسی کارشناسی درباره اینکه یک بیمار مبتلا به اختلال دوقطبی در حالت مانیا، هیپومانیا، افسردگی یا مختلط آن‌ها، اقدام به عقد قرارداد مالی کرده است، یکی از مهمترین موضوعات مورد سؤال از سوی دادگاه است و روشن‌شدن این مطلب توسط متخصص و روان‌پزشک صورت می‌گیرد. بدیهی است روان‌پزشک نیز برای تشخیص اینکه عمل

سفیهانه در دوره مانیا بوده است یا خیر، به شرح حالی دقیق، مطالعه جزئیات مندرج در پرونده بالینی و انجام مصاحبه و معاینات روان پزشکی با بیمار نیاز خواهد داشت.

منابع

- اشرفیان بناب، مازیار، ضروریات پزشکی قانونی، چاپ اول، تهران: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی تیمورزاده، ۱۳۸۰.
- اصفهان، محمدحسین، نه‌ایة الدرایة فی شرح الکفایة، قم: سید الشهداء، ۱۳۷۴.
- انجمن روان پزشکی آمریکا، راهنمای تشخیصی آماری اختلال‌های روانی DSM5، ترجمه فرزین رضاعی و دیگران، چاپ چهارم، تهران: ارجمند، ۱۳۹۷.
- بازگیر، یدالله، موازین حقوقی امور حسبی در آرای دیوان عالی کشور، چاپ اول، تهران: دانش‌نگار، ۱۳۸۰.
- بحرانی، یوسف بن‌احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- خمینی، روح‌الله، الرسائل، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- _____، تحریر الوسيلة، ترجمه علی اسلامی، چاپ بیست و یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ق.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- دادستان، پریخ، روانشناسی مرضی تحولی از کودکی تا بزرگسالی، چاپ نهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، ۱۳۸۷.
- رفیعی هنر، حمید، «بررسی تطبیقی جنون در فقه و روانشناسی»، نشریه تا اجتهاد، س ۳، ش ۱۲، ۱۳۹۷، صص ۷۷ تا ۱۰۰.
- سادوک، بنجامین، خلاصه روانشناسی کاپلان و سادوک DSM5، ترجمه مهدی گنجی، چاپ اول، تهران: ساوالان، ۱۳۹۳.
- سلیگمن، مارتین و دیگران، آسیب‌شناسی روانی، ترجمه رضا رستمی، چاپ دوم، تهران: ارجمند، ۱۳۹۱.
- شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، چاپ اول، بیروت: دار التراث، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، مسالک الأفهام الی تنقیح شرایع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، حاشیه شرایع الإسلام، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ق.
- صابری، سیدمهدی، قانون و روان پزشکی، چاپ اول، تهران: مرکز پزشکی قانونی، ۱۳۹۴.
- صاحب‌جواهر، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

- صفایی، حسین و مرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، چاپ دوازدهم، تهران: سمت، ۱۳۸۰.
- طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- طباطبایی، علی‌بن محمد، ریاض المسائل، چاپ اول، قم: آل‌البيت (ع)، ۱۴۱۸ق.
- طباطبایی، محمدحسین، حاشیه الكفاية، قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، بی‌تا.
- طریقتی، شکرالله، روانشناسی و روان‌پزشکی کیفری، تهران: دهخدا، ۱۳۵۵.
- طوسی، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، تهران: مرتضوی، ۱۳۸۷.
- _____، الخلاف، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلی، حسن‌بن یوسف، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، تذکرة الفقهاء، چاپ اول، قم: آل‌البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
- فاضل مقداد، مقدادبن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
- الفت، نعمت‌الله و زهرا کرمی، «بررسی میزان اختلالات روانی بر اعمال حقوقی»، نشریه حقوق پزشکی، ۹، ش ۳۵، ۱۳۹۴، صص ۵۲ تا ۳۰.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، تهران: به‌نشر، ۱۳۶۴.
- _____، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۹.
- گیلانی، میرزا حبیب‌الله، کتاب الإجارة، بی‌جا: بی‌نا، ۱۳۱۱.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- محقق کرکی، علی‌بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم: آل‌البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
- مصطفوی، محمدکاظم، فقه المعاملات، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- Alessandro Serretti, Paolo Olgiati. 2005. Profiles of "manic" symptoms in bipolar I, bipolar II and major depressive disorders. *Journal of Affective Disorders*. 84(2-3): 159-166
- Eckblad, Mark. Chapman, Loren. J. (1986). Development and validation of a scale for

hypomanic personality. *Journal of Abnormal Psychology*, 95:214-222.

Kathryn Fletcher, Gordon Parker, Amelia Paterson and Howe Synnott, 2013", High-risk behaviour in hypomanic states", *Journal of Affective Disorders*, 150(1): 50-56.

Marvi K. Cheema, Glenda M. MacQueen and Stefanie Hassel, 2015, " Assessing personal financial management in patients with bipolar disorder and its relation to impulsivity and response inhibition", *Journal of Cognitive Neuropsychiatry*, 20(5): 424-437.

Thomas Richardson, Megan Jansena and Chris Fitch, 2018, " Financial difficulties in bipolar disorder part 1: longitudinal relationships with mental health". *Journal of Mental Health* 27(6): 595-601.

Thomas Richardson, Megan Jansena, Wendy Turton and Lorraine Bell, 2017, " The Relationship between Bipolar Disorder and Financial Difficulties: A Qualitative Exploration of Client's Views ". *Clinical Psychology Forum* In Press(295): 1-14.

Thomas Richardson, Megan Jansena and Chris Fitch, 2019, "Financial difficulties in bipolar disorder part 2: psychological correlates and a proposed psychological model" *Journal of Mental Health*, 30(1): 3-11.

Titus A A Beentjes, Peter J J Goossens, Irina E Poslawsky, 2012, "Caregiver burden in bipolar hypomania and mania: a systematic review". *Journal of Perspectives in psychiatric care*, 48(4): 187-97.

Error! Hyperlink reference not valid..



Examining and criticizing theories of exchange value with an emphasis on the distinction between current and potential value

Dr. Mohammad Ali Raghebi



, Associate Professor of Qom University (Responsible author)

Email: ma.raghebi@qom.ac.ir

Mohammad Taghi Tolmi, PhD student of jurisprudence and law at Qom University

Abstract

Exchange value is one of the most important issues in economics, which is also considered in jurisprudence under the title of being property by jurists, and in both sciences, various theories about its origin have been presented. The study of common theories of value shows that in these theories, exchange value is looked at with a static view and it is referred to as a point result that is due to causes and factors that are the origin of value at a point in time.

In this article, we are trying to prove that the value of exchange is the result of a dynamic, linear and flowing process, which reaches actuality from potentiality over time through different stages. In this regard, with the introduction of two types of property and exchange value, potential and current, and as a result, the distinction between potential and current property, it is clear that the neglect of the types of value on the one hand and the lack of accurate analysis of the process of value formation on the other hand, have become the source of differences and mistakes in value theories.

Key words: theory, exchange value, potential, current, Islamic economy.





بررسی و نقد نظریه‌های ارزش مبادلی با تأکید بر تمایز ارزش شأنی و فعلی

دکتر محمد علی راغبی (نویسنده مسئول)



دانشیار دانشگاه قم

Email: ma.raghebi@qom.ac.ir

محمد تقی تولمی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه قم

چکیده

ارزش مبادلی از جمله مهمترین موضوعات مطرح در علم اقتصاد است که در فقه نیز تحت عنوان مالیت مدّ نظر فقیهان قرار گرفته است و در هر دو علم نظریه‌های گوناگونی راجع به منشأ آن ارائه شده است. مطالعه نظریه‌های رایج ارزش نشانگر آن است که در این نظریات با نگاهی ایستا به ارزش مبادلی نظر شده است و از آن به عنوان برای پندی نقطه‌ای یاد شده که معلول علل و عواملی است که در مقطعی از زمان، منشأ ایجاد ارزش می‌شوند.

در این نوشتار به روش توصیفی تحلیلی درصدد اثبات این موضوع هستیم که ارزش مبادلی، معلول فرایندی پویا، خطی و جریان‌مند است که در طول زمان با طی مراحل مختلف از شأنیّت به فعلیت می‌رسد. در این راستا، با معرفی دو قسم مالیت و ارزش مبادلی شأنی و فعلی و در نتیجه تمایز مال شأنی و فعلی مشخص می‌شود که غفلت از اقسام ارزش از سویی و عدم تحلیل دقیق فرایند شکل‌گیری ارزش از سوی دیگر، منشأ اختلافات و اشتباهات در نظریه‌های ارزش شده است.

واژگان کلیدی: نظریه، ارزش مبادلی، شأنی، فعلی، اقتصاد اسلامی

مقدمه

راجع به ارزش مبادلی نظریه‌های مختلفی در دو علم اقتصاد و فقه بیان شده است که در آن‌ها به دنبال پاسخ به این مسئله‌اند که منشأ ارزش و مالیت اشیا چیست؟ غرض اقتصاددانان و فقها در ارائه این نظریه‌ها مختلف است؛ برای مثال، در میان اقتصاددانان، آدام اسمیت به دلیل اهمیتی که برای بازار به مثابه عامل تعیین‌کننده تقسیم کار قائل شده است خود را ناچار می‌دید تا چگونگی تعیین ارزش اقتصادی و مبادلی کالاها در بازار را بررسی کند. وی از این کار دو فایده در نظر داشت؛ اول اینکه، تغییرات قیمت‌های بازار را فهمیدنی کند؛ دوم اینکه، تغییرات بلندمدت اقتصادی را اندازه‌گیری کند (باربر، ۲۴ تا ۲۶). بعد از وی نیز اقتصاددانان درصدد توضیح چگونگی شکل‌گیری مقدار قیمت و ارزش مبادلی و عوامل مؤثر بر آن بوده‌اند تا به این وسیله بتوانند با شناخت عملکرد بازار در شکل‌گیری قیمت‌ها، قوانینی را که قیمت فروش را تعیین می‌کنند کشف و رشد اقتصادی را بررسی کنند که تحت‌تأثیر بازار و هزینه‌ها و درآمدهای تولیدی است (قدیری اصلی، ۹۴)؛ زیرا در راستای تحقق رشد اقتصادی این مکانیزم قیمت و ارزش مبادلی است که تخصیص‌دهنده مطلوب و بهینه منابع محدود و کمیاب اقتصادی است (سبحانی، ۸). این در حالی است که هدف فقیهان از ارائه نظریات ارزش و مالیت غالباً دو امر است؛ هدف اول، تبیین عناصر دخیل در تمایز مال (شیء ارزشمند) از غیر مال (شیء غیرارزشمند) تا بتوانند در بحث قراردادهای و معاملات علاوه بر امکان تحلیل ماهیت معاملات و فعالیت‌های اقتصادی نظیر بیع به ارائه ملاکی روشن درباره موضوعاتی بپردازند که شرط صحت معامله آن‌ها مالیت موضوع مورد معامله است؛ هدف دوم، امکان بررسی دقیق احکام ضمان مال و مالیت است. بر این اساس، بسیاری از مباحث مرتبط با مال و مالیت در ضمن مسائلی نظیر بیع، مکاسب محرمه و ضمان‌ها مطرح شده است.

فارغ از این اختلاف‌غرض‌ها، در این نوشتار در پی آن هستیم تا با بررسی و نقد مهمترین نظریه‌های ارزش به ارائه نظریه‌ای کامل‌تر اقدام ورزیم.

۱. مفهوم عام ارزش

ارزش در لغت اسم مصدر ارزیدن و به معنای قیمت، بها، ارز، ارج، قدر و شایستگی است (دهخدا، ۱۱۵/۱) و به چیزی اطلاق می‌شود که مورد توجه و درخواست است و می‌تواند تلاش افراد را برای به‌دست‌آوردنش برانگیزاند (توانایان فرد، ۱۳۸۵، ۱۰۲۵).

ارزش، مفهومی فراگیر دارد که نه تنها در اقتصاد و علوم مالی، بلکه در سایر علوم و باتوجه به ابعاد گوناگون زندگی بشری باتوجه به رویکرد خاص هر حوزه بحث و بررسی می‌شود. بر این اساس، امور

متعددی از اشیای فیزیکی و غیرفیزیکی؛ مانند طلا، نفت، شجاعت، امانت‌داری، آزادی بیان، استقلال، شفافیت اطلاعات، عدالت مالیاتی، پابندی به قانون، احترام به سایر فرهنگ‌ها و قومیت‌ها، حفظ آثار باستانی، تقوا، عبادت و... از امور ارزشمند شمرده شده‌اند. به نظر می‌رسد باتوجه به گستره وسیع مباحث ارزش در علوم مختلف به‌سختی می‌توان از آن به معنای صحیح کلمه تعریفی یگانه به دست داد که منطبق بر مصادیق خود در تمام حوزه‌ها باشد. باین وجود شاهدیم که کلمه ارزش باوجود پیچیدگی مفهوم آن، در زبان توده مردم کاربرد فراوانی دارد و افراد بدون داشتن دغدغه‌ای در فهم معنایش آن را به کار می‌برند و طرفین گفت‌وگو راجع به درک معنای آن اظهار جهل و نادانی نمی‌کنند. علت این امر آن است که غالباً انسان‌ها در گفت‌وگوهای خود و دانشمندان در علوم مختلف، ارزش را نه به‌صورت منفرد و استقلالی، بلکه در کنار امور متصف به ارزش نظیر خائنه ارزشمند، شخصیت ارزشمند، قانون ارزشمند و... استعمال می‌کنند و این مفهوم را به‌عنوان وصف برای موصوفی دارای ارزش به کار می‌برند و ازاین‌رو درک مفهوم ارزش در ضمن موصوف آن صورت می‌گیرد.

باتوجه به این نکته ما قادریم ارزش را که به‌خودی خود امری فیزیکی و محسوس نیست، به‌عنوان حقیقتی که خود را در ضمن عقاید، اعمال و اشیای ارزشمند نمایان می‌سازد شناسایی و امور دارای ارزش را از امور بی‌ارزش متمایز سازیم. بر همین اساس می‌توان وجه اشتراک امور ارزشمند را در دو عنصر مرغوبیت و مطلوبیت آن‌ها دانست. به بیانی دیگر، ارزش با همه تنوعی که در کاربردها و مصادیقش وجود دارد، مفهومی پایه‌ای را در دل خود دارد و آن مرغوبیت و مطلوبیت است. در واقع امور ارزشمند مورد میل و رغبت انسان است و بشر خواهان و طالب وصول به آن‌هاست.

۲. ارزش مبادلی در اقتصاد و فقه

ارزشی که محور نظریات مختلف اقتصادی و فقهی قرار گرفته است، ارزش مبادلی است که بشر در راستای تنظیم روابط اجتماعی خود در حوزه معاملات و مبادلات اقتصادی نیازمند شناخت آن است و در برابر ارزش مصرفی قرار دارد. ارزش مبادلاتی، قیمت شیئی در مبادله است که در بازار تعیین می‌شود و به آن ارزش اقتصادی نیز گفته می‌شود، درحالی که ارزش مصرفی هر کالا همان مطلوبیت و رضایتمندی حاصل از مصرف هر کالا است که که شینی به مصرف‌کننده آن می‌رساند. با تأکید بر مسئله مبادله می‌توان ارزش مبادلی کالایی را این‌گونه تعریف کرد: مقداری از مالی است که با مال دیگر مبادله می‌شود و بیانگر قدرت خریدی است که آن کالا برای به‌دست‌آوردن سایر کالاها در اختیار صاحبش قرار می‌دهد (سبحانی، ۱۵).

در اقتصاد محاسبه میزان ارزش مبادلی از اهمیت فراوانی برخوردار است. منشأ نیاز به محاسبه ارزش را می‌توان در ضرورت ارتباط انسان‌ها با یکدیگر برای رفع مشکلات و نارسایی‌های خود دانست. نیاز انسان به حاصل کار و تولید دیگران سبب شد که مسئله مبادله کالاها در ضمن تجربه زندگی اجتماعی تحقق پذیرد. در این راستا این سؤال مطرح شد که برای مثال حاصل تلاش یک فرد که به صورت یک کیسه گندم تبلور یافته است باید با چه مقدار از گوشت تولیدشده توسط دیگری مبادله شود؟ این سؤال ساده یکی از مهمترین و بحث برانگیزترین مباحث معارف بشری را رقم زده است که نظریه‌های ارزش نیز در راستای پاسخ‌گویی به آن ارائه شده‌اند (همو، ۱۳).

محاسبه میزان این ارزش، نیازمند وجود معیاری برای سنجش است که در اقتصاد به دلیل نقش مهم پول در شکل‌گیری و گسترش روابط اقتصادی، میزان این ارزش را با پول می‌و به صورت کمیته عددی نشان می‌دهند که برابر با مقدار واحد پولی است که فعالان اقتصادی حاضرند در قبال یک کالا یا خدمت پرداخت کنند. بنابراین مقدار پولی که برای مبادله یک واحد از کالا یا خدمت پرداخت می‌شود، قیمت آن کالا یا خدمت را شکل می‌دهد. تعیین این مقدار پول که باید جهت دریافت یک کالا یا خدمت پرداخت شود ارزش‌گذاری یا قیمت‌گذاری آن کالا یا خدمت است (علینقی لنگری، ۷۹).

البته باید دقت داشت که ماهیت یک شیء متفاوت از واحد اندازه‌گیری آن است و همان‌گونه که جرم شیء که ذرات، تشکیل دهنده آن است با واحد کیلو که برای اندازه‌گیری آن است، تفاوت آشکاری دارد، به همین وضوح میان ارزش مصرفی شیء و ارزش مبادلی آن نیز تفاوت وجود دارد و نباید آن‌ها را یکسان دانست. قیمت (ارزش مبادلی) شینی در بازار معرف ناقصی از ارزش‌هایی است که شیء حامل آن‌هاست (چون ارزش مصرفی آن نیز باید مدنظر باشد) و ازاین‌رو در تحلیل علت پیدایش ارزش (مصرفی و مبادلی) یا علت پیدایش قیمت و میزان آن نباید آن‌ها را به جای یکدیگر گرفت (زاهدی‌وفا و باقری، ۶۰).

مباحث ارزش مبادلی از منظر فقهی را نیز می‌توان در ذیل عناوین فقهی نظیر مال و مالیت جستجو کرد. فقها در ابواب متعدد فقهی به‌ویژه بیع، به‌طور مفصل به تحقیق پیرامون مفهوم مال و مالیت پرداخته‌اند. از منظر ایشان هر آنچه مالیت دارد مال است و با لحاظ شرایطی دیگر از قبیل دارا بودن منفعت حلال که مقصود عقلا نیز باشد، بیع یا هرگونه معامله اقتصادی راجع به آن جایز است (علامه حلی، چاپ قدیم، ۲۹۴؛ حسینی عاملی، ۴۹/۱۲؛ انصاری، ۹/۴). از منظر ایشان مالیت داشتن شینی به آن است که عقلا حاضر باشند در ازای دریافت آن عوضی پرداخت کنند؛ ازاین‌رو، در نزد ایشان مفهوم ارزش مبادلی، معادل مفهوم مالیت است و لذا این دو اصطلاح را در موارد متعدد مترادف به کار برده‌اند (خمینی، نجاة العباد، ۲۸۷؛ گلپایگانی، ۱۴؛ تبریزی، استفتانات جدید، ۲۸۱/۱).

ارزش مبادلی در مباحث اقتصادی و مالیت در مباحث فقهی به یک مفهوم‌اند و مالیت داشتن شیئی به معنای ارزش مبادلی داشتن آن است و این دو مترادف‌اند (مطهری، ۱۳۹۲/۴؛ امامی، بی تا، ۲۰۹/۱؛ سبحانی، ۱۷۹؛ یوسفی، ۴۱).

۳. مهمترین نظریه‌های ارزش در فقه

مهمترین نظریات ارزش و مالیت در فقه را می‌توان در ذیل شش نظریه ارائه داد که به صورت مختصر به آن‌ها اشاره می‌کنیم.

۳.۱. نظریه مالیت، احتیاج و کار

دو امر در تحقق مالیت یک شیء معتبر است؛ ۱. آن شیء مورد احتیاج انسان باشد و نیازی از نیازهای مادی یا معنوی او را برطرف کند؛ ۲. دسترسی به آن نیازمند کار و تلاش باشد (ایروانی نجفی، ۱۶۵/۱). بنابراین، ارزش اشیا با توجه به میزان حاجت و همچنین مقدار کاری که برای رسیدن به آن صرف شده است مختلف خواهد بود و به همین دلیل آب در کنار رودخانه مالیت ندارد ولی به تدریج هرچه از رودخانه فاصله گرفته می‌شود، مال می‌شود و با زیاد شدن فاصله بر مالیتش افزوده می‌شود (همان)؛ چراکه هم احتیاج به آن بیشتر می‌شود و هم کاری که برای دستیابی به آن صرف می‌شود بیشتر است.

۳.۲. نظریه مالیت، منفعت عقلایی

ملاک مالیت شیئی، وجود منفعت در اشیا است. مشهور فقها موافق این نظریه‌اند (علامه حلی، ۳۵/۱۰؛ مقدس اردبیلی، ۵۳/۸؛ صاحب‌الجاهر، ۳۴۳/۲۲؛ انصاری، ۹/۴). بر این اساس، اشیایی که منفعت ندارند مالیت نداشته و مال شمرده نمی‌شوند و در نتیجه فعالیت‌های اقتصادی مانند خرید و فروش که در موضوع آن‌ها شرط مالیت اخذ شده است، در خصوص این اشیا جایز نیست؛ برای مثال، یک دانه گندم به دلیل اینکه فاقد منفعت است، مالیت ندارد و به دلیل صلاحیت نداشتن برای تقابل با مال و نداشتن ارزش مبادلی، خرید و فروش آن نیز صحیح نیست (علامه حلی، ۳۵/۱۰).

از منظر ایشان منفعتی که شرط صحت شرعی معاملات است، بایستی منفعتی مورد رغبت و قصد عقلا و تأیید شده شارع باشد که از آن به «منفعة محللة مقصودة للعقلاء» تعبیر می‌شود (انصاری، ۲۶/۱ و ۴۴).

۳.۳. نظریه مالیت، غرض عقلایی

تعلق غرض به چیزی که عرفاً مال نیست سبب عروض مالیت بر آن شیء می‌شود (خویی، ۲۴/۲) و شرط تحقق مالیت برای یک شیء آن است که عقلاً منظوری از مبادله آن داشته باشند و آن شیء موضوع

غرض عقلا واقع شود (سبزواری، ۶/۱۷). بنابراین، اگر شیئی هیچ منفعتی هم نداشته باشد اما در مبادله آن غرضی عقلایی موجود باشد که سبب خرید و فروش آن شود، باید حکم به صحت و عقلایی بودن آن معامله کرد؛ زیرا بنیان صحت معاملات بر غرض صحیح عقلایی است (خمینی، المکاسب المحرمة، ۲۴۴/۱). در راستای تبیین این نظر، گروهی غرض را به نوعی و شخصی تقسیم می‌کنند و صرفاً غرض نوعی را سبب عروض مالیت می‌دانند (خویی، ۲۴/۲)، ولی برخی دیگر اغراض را به نوعی، صنفی و شخصی تقسیم کرده و غرض نوعی و صنفی را مطلقاً مناط مالیت دانسته‌اند و غرض شخصی را در صورتی سبب مالیت می‌دانند که آن غرض توسط عرف مستنکر نباشد (سبزواری، ۶/۱۷). بنا بر این نظر هرگاه فردی به دلیل غرض شخصی حاضر شود برای تحصیل شیئی مانند دستخط یکی از اجدادش که در نزد عرف ارزش مالی ندارد بهایی بپردازد، آن شیء مالیت پیدا می‌کند و معامله در خصوص آن صحیح است (موسوی خلیلی، ۷۲۵).

۳. ۴. نظریه مالیت، رغبت عقلایی

مناط در مالیت و ارزش اشیا، رغبت و میل عقلایی به آن‌هاست (شهیدی تبریزی، ۲۴۲/۲؛ جزایری، ۲۵/۱) و عروض وصف مالیت بر اشیا ناشی از رغبتی است که به اشیا پیدا می‌شود. در واقع تمایل به یک شیء، شخص را وادار می‌دارد تا در قبال تحصیل آن عوضی را پرداخت کند که همین امر سبب تحقق ارزش مبادلی برای آن شیء است و وجه تسمیه نقود (درهم و دینار) به مال نیز ناشی از همین میل و رغبتی است که به آن‌ها وجود دارد (سند، کتاب الطهارة، ۴۰۱/۱).

۳. ۵. نظریه مالیت، عرضه و تقاضا

اصل تحقق مالیت و نیز مقدار آن وابسته به عرضه و تقاضاست (خمینی، المکاسب المحرمة، ۲۴۶/۱). از منظر موافقان این نظریه اگر برای چیزی بازار عرضه و تقاضا ایجاد شود، آن شیء مال می‌شود و مالیت پیدا خواهد کرد و به محض از بین رفتن تقاضا، مالیت خود را نیز از دست خواهد داد. مبتنی بر این نظریه اگر غرض سیاسی دولت یا سایر غرض‌های عقلایی به شیء فاقد منفعتی تعلق گیرد و رغبت و تقاضا برای آن شکل بگیرد، آن شیء مالیت و ارزش پیدا خواهد کرد و نزد عقلا ارزشمند و مال می‌شود (همو، همان، ۲۴۶/۱).

۳. ۶. نظریه مالیت، اعتبار عقلایی

مالیت، امری اعتباری عقلایی است. محقق اصفهانی معتقد است این مالیت اعتباری از اشیایی انتزاع می‌شود که انسان به آن‌ها میل و رغبت پیدا کرده و حاضر است در ازای آن‌ها چیزی پرداخت کند (۱۶/۱). مرحوم حکیم نیز مالیت را اعتباری عقلایی معرفی کرده است و نوعی کمیابی شیء را در تحقق مالیت برای

آن شرط می‌داند. وی مالیت را نشئت گرفته از اشیایی می‌داند که غرض انسان به آن‌ها تعلق گرفته است. از منظر ایشان این غرض مندی در خصوص اشیا در صورتی منشأ اعتبار مالیت می‌شود که علاوه بر رغبت، سبب ایجاد رقابت در دستیابی به آن و نزاع در تملک نیز شود (۳۲۵). از منظر ایشان به دلیل اینکه مالیت امری غیر حقیقی و صرفاً صفتی اعتباری است، غرض شخصی نیز سبب مالیت شیئی می‌شود و به این دلیل اگر غرض پادشاهی به خاکستر تعلق بگیرد و هر صاع آن را یک درهم خریداری کند، در این صورت خاکستر مالیت پیدا می‌کند (همان).

برخی دیگر از موافقان این نظریه معتقدند اگرچه نگوییم مالیت تمام اشیا، اما مالیت بسیاری از اشیا امری اعتباری است. از منظر ایشان حتی مالیت و قیمت فراوان جواهرات گران بها که برای زندگی انسان‌ها منفعت خاصی ندارند، جز از اعتبار، از چیز دیگری ناشی نمی‌شود (مکارم شیرازی، ۱۲).

۴. مهمترین نظریه‌های ارزش در اقتصاد

در میان اقتصاددانان نیز سه نظریه اصلی پیرامون منشأ ارزش وجود دارد. محور این سه نظریه را می‌توان توجه به جانب عرضه، تقاضا و تلفیق این دو دانست.

۴. ۱. نظریه ارزش-کار (هزینه تولید یا نظریه‌های عینی)

بر اساس این نظریه، عامل ارزش‌زا و منشأ ارزش مبادلی اشیا، کار است و در نتیجه شیء ارزشمند هر آن چیزی است که در تولید یا تحصیل آن کاری صورت گرفته باشد. از این رو، می‌توان گفت ارزش هر چیزی جز کار متبلور در آن نیست (دنيس، ۳۴).

اسمیت معتقد است قیمت حقیقی هر کالا هزینه حقیقی‌ای است که برای به دست آوردن آن باید شخص متحمل شود و این هزینه حقیقی چیزی جز رنج و زحمت به دست آوردن آن کالا نیست (۲۸) و بنابراین کار سرچشمه یا علت ارزش تلقی می‌شود (میگ، ۷۷). مارکس نیز تصریح می‌کند مقیاس و معیار ارزش، کار است. او معتقد بود کارفرما با خرید نیروی کار و پرداخت دستمزد، بر نیروی کار تسلط مالکانه پیدا می‌کند و محصول او را مالک می‌شود (باربر، ۱۵۱).

بر اساس این نظریه مال هر چیزی است که تولید یا تحصیل آن کار برده باشد (یوسفی، ۴۲).

۴. ۲. نظریه ارزش، مطلوبیت

پیروان این نظریه، ارزش اشیا را ناشی از مطلوبیت انواع کالاها و خدمات و ارج نهی ذهنی مصرف‌کننده یا درجه اشتیاق افراد به مصرف می‌دانند و در واقع مبنای مالیت و ارزش اشیا را مطلوبیت قرار می‌دهند (یوسفی، ۴۲).

در این دیدگاه، ارزش مبادله‌ای بر اساس مطلوبیت و سودمندی نهایی توضیح داده می‌شود و نه بر اساس کار و بدین ترتیب، توجه از شرایط تولید به خواست‌ها و نیازهای مصرف‌کنندگان تغییر می‌یابد (زاهدی‌وفا، ۶۳). بر اساس این نظریه و با تأکید بر طرف تقاضا، ارزش یک شیء و میزان آن به‌طور مستقیم از مطلوبیتی اثر می‌پذیرد که افراد مختلف از آن شیء کسب می‌کنند. هر اندازه که شینی مطلوبیت بیشتری ایجاد کند، تقاضا و رقابت برای به‌دست آوردن آن شیء افزایش پیدا می‌کند و در نتیجه ارزش آن نیز زیاد و زیادتر خواهد شد.

۴. ۳. نظریه تلفیقی ارزش (عینی، ذهنی)

این نظریه باتوجه به هر دو جانب تقاضا و عرضه از یک سو، ارزش را ناشی از میزان مطلوبیت شیء در نزد مصرف‌کننده و درجه اشتیاق وی به استفاده از آن شیء می‌داند و از سوی دیگر، کار انجام‌شده برای تولید و تحویل آن شیء را در میزان ارزش مؤثر می‌شمرد. آلفرد مارشال از پیروان اصلی این نظریه است که مطلوبیت و هزینه تولید را به دو تیغه قیچی تشبیه می‌کند و آن‌ها را لازم و ملزوم یکدیگر می‌داند (قدیری اصلی، ۲۳۳).

۵. نظریه مختار

در هریک از نظریات پیش‌گفته عاملی به‌عنوان عامل مالیت و ارزش اشیا مطرح شده است. دقت در این نظریات نشان می‌دهد برخی منشأ ارزش را در ذات اشیا یا خارجی جستجو می‌کنند (نظریه منفعت)، گروهی دیگر ویژگی‌ها، ادراکات و احساسات انسان‌ها را منشأ آن می‌دانند (نظریه احتیاج، اعتبار، مطلوبیت و رغبت)، برخی نیز منشأ آن را در رابطه تبادلی انسان‌ها با یکدیگر می‌دانند (نظریه عرضه و تقاضا) و گروهی نیز ارزش را در پیوند انسان با اشیا تعریف می‌کنند (نظریه کار و غرض). ولی توجه به سه نکته اساسی به ارائه و تبیین نظریه مختار کمک خواهد کرد:

نکته اول اینکه، ارزش مبادلی اشیا که محور بحث این نظریات است از یک سو در ارتباط تنگاتنگ با انسان و روابط اجتماعی آن‌ها با یکدیگر است و از سوی دیگر در ارتباط با اشیا و خصوصیات آن‌هاست؛ یعنی ارزش و مالیت و همچنین مراتب آن نه ذاتی اشیاست به‌معنای اینکه یک صفت واقعی شیء فی‌نفسه و قطع نظر از انسان باشد و نه اعتباری است به‌معنای اینکه قراردادی محض باشد و با حالت واقعی اشیا بی‌ارتباط باشد؛ بلکه صفتی است که از طرفی با حالت واقعی شیء مربوط است و از طرفی دیگر با انسان مرتبط است (مطهری، ۴۸۲/۲۰)؛ ازاین‌رو، نمی‌توان با نگاهی غیرجامع که بر نظریات پیش‌گفته غالب است، ارزش اشیا را صرفاً نتیجه تحقق یکی از عوامل ارزش‌زا نظیر احتیاج، کار، منفعت، رغبت، غرض،

اعتبار با عرضه و تقاضا معرفی کرد و وجود هریک از آن عنصر را سبب تحقق ارزش و مالیت در شیء دانست؛ زیرا ارزش مبادلی اشیا پدیده‌ای انسانی و اجتماعی است که در ضمن مبادله و به دلیل نیاز انسان‌ها به تبادل اشیا مختلف برای رفع احتیاجاتشان معنا پیدا می‌کند. لذا باید در تعیین منشأ مالیت و ارزش اشیا هم‌زمان سایر عناصر مرتبط با اشیا خارجی، عناصر و عوامل مرتبط با انسان، عناصر پیونددهنده رابطه اشیا با انسان‌ها و همچنین سایر عوامل اقتصادی و اجتماعی را دخیل دانست.

نکته دوم اینکه، دو مقوله اصل ارزش و میزان آن از نظر مفهومی و تحلیلی تفکیک پذیرند؛ ولی مبتنی بر واقعیات خارجی و روابط اجتماعی که ظرف تحقق ارزش مبادلی است، نمی‌توان آن‌ها را جدای از هم تلقی کرد، زیرا اصل ارزش و میزان آن ارتباط ناگسستنی با هم دارند و اساساً ارزش مبادلی در قالب کمیت‌های مبادلاتی کالاها ظهور و بروز دارد، در نتیجه نباید برای هریک عواملی جدا برشمرد و از تأثیر آن‌ها بر یکدیگر غفلت کرد؛ برای مثال، عنصری نظیر رغبت را نباید فقط مؤثر بر میزان ارزش دانست بلکه این عنصر در تحقق اصل ارزش مبادلی نیز مؤثر است (شهیدی تبریزی، ۲۴۲/۲؛ جزایری، ۲۵/۱)، چنانچه درباره عرضه و تقاضا بر این مطلب تصریح شده است و آن را منشأ ایجاد اصل ارزش و مؤثر در میزان آن دانسته‌اند (خمینی، المکاسب المحرمة، ۲۴۶/۱).

نکته سوم اینکه، ارزش برابند نقطه‌ای از عوامل ارزش‌زا نیست که در لحظه‌ای از زمان حادث یا ظاهر و در لحظه‌ای دیگر محو شود، بلکه مالیت و ارزش مبادلی اشیا پدیده‌ای است انسانی و اجتماعی که دارای فرایندی است خطی و جاری که تحت تأثیر عوامل مختلف است و در جریان انسانی و اجتماعی و در تعامل با اشیا بیرونی ظهور و بروز پیدا می‌کند. جریان تشکیل ارزش مبادلی از احتیاج انسان‌ها به اشیا مختلف، آثار و خواص اشیا، علم انسان به منافع اشیا و میزان امکان انتفاع از آن‌ها در رفع نیازهایش آغاز می‌شود و به دلیل نیاز انسان‌ها به مبادله و تحت تأثیر عوامل مختلفی نظیر کمیابی و فراوانی کالاها، مقدار کار انجام‌شده بر روی آن‌ها، میزان مطلوبیت کالا نزد افراد مختلف، درجه اشتیاق و رغبت به کالا و مبادله آن‌ها، مراحل مختلفی را طی می‌کند و در پایان با تشکیل بازار عرضه و تقاضا برای کالا، ارزش مبادلی ظهور و بروز پیدا می‌کند؛ پس در واقع تشکیل ارزش فرایندی است زنجیروار و به هم پیوسته که فقدان هر حلقه از این زنجیره، اصل مالیت و ارزش اشیا و میزان آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

۶. نقد نظریه‌های پیشین و تبیین نظر مختار

بررسی و نقد نظریه‌های ارزش و تبیین نظر مختار، از یک سو نیازمند توجه به تقسیمات گوناگون ارزش و تمایز اقسام آن است و از سوی دیگر، نیازمند التفات به سایر عناصر تأثیرگذار در فرایند تشکیل ارزش

است؛ ازاین‌رو، ابتدا به تبیین مهمترین اقسام ارزش می‌پردازیم که در سایر نظریه‌ها به آن‌ها کم‌توجهی شده است و در مرحله بعد مهمترین عناصر مؤثر در فرایند تشکیل ارزش را بر می‌شمریم و در این میان و در ذیل هر مبحث و ناظر به نقد نظریات پیش‌گفته و تبیین نظر مختار به نکاتی اساسی اشاره خواهیم کرد.

۱.۶. اقسام ارزش

أ. ارزش مبادلی شأنی و فعلی: ارزش مبادلی را می‌توان به دو نوع شأنی و فعلی تقسیم کرد که غفلت از آن‌ها سبب خطا در ارائه نظریات ارزش شده است. به تفکیک این دو ارزش کمتر توجه شده است و حال آنکه باتوجه به این تقسیم‌بندی می‌توان دو مسئله مهم را روشن کرد: ۱. مشخص شود که نظریات ارزش در خصوص منشأ ارزش شأنی یا منشأ ارزش فعلی بحث می‌کنند یا اساساً خلطی رخ داده است؟ ۲. مشخص شود تحقق ارزش مبادلی امری است دفعی یا اینکه تدریجی است و از شأنیت به فعلیت می‌رسد؟

ازاین‌رو لازم است این دو نوع ارزش تبیین شود. تمایز میان این دو را می‌توان با مقایسه سه شیء مختلف مانند گندم، یخ در زمستان و تکه پارچه پوسیده رهاشده در زباله! به‌خوبی درک کرد؛ توضیح اینکه، ارزش مبادلی فعلی، ارزش یک شیء در مبادلات است که از آن به‌عنوان قیمت یاد می‌کنند که در مبادلات پولی بر اساس واحدهای پولی و در مبادلات کالا به کالا بر اساس مقدار کالاهای تبادل‌شده برآورد می‌شود. تحقق این ارزش در صورتی است که کالا به مرحله‌ای از عرضه و تقاضا رسیده باشد که افراد مایل باشند برای دادوستد آن عوضی را پرداخت کنند؛ برای مثال، گندم دارای ارزش مبادلی فعلی است، زیرا به‌طور طبیعی در مکان‌ها و زمان‌های مختلف افراد تمایل دارند به‌ازای دریافت آن عوضی بپردازند، هرچند میزان آن متفاوت است.

اما ارزش مبادلی شأنی مخصوص اشیایی است که هرچند به‌خودی‌خود قابلیت تبادل و ارزش مبادلی را دارند ولی در شرایط زمانی و مکانی خاص به دلایل مختلفی این قابلیت تبادل به فعلیت نرسیده است و افراد فعلاً حاضر نیستند و تمایل ندارند عوضی در قبال آن پرداخت کنند. مثال رایج این نوع ارزش مبادلی را می‌توان یخ در زمستان یا یخ در مناطق قطبی دانست، هرچند در فقه از آن به‌عنوان شیئی بی‌ارزش که دارای مالیت نیست یاد می‌شود (بجنوردی، ۲/۲۸). این در حالی است که یخ در شرایط خاص زمانی (زمستان) و مکانی (قطب)، فاقد ارزش مبادلی فعلی است، ولی اگر به منطقه‌ای گرم منتقل شود دارای ارزش مبادلی فعلی بسیار زیادی می‌شود؛ به‌عبارتی دقیق‌تر، ارزش مبادلی شأنی آن به فعلیت می‌رسد. در واقع ارزش مبادلی شأنی، ارزشی نهفته در کالا است که صلاحیت ظهور و فعلیت آن در شرایط خاص مهیاست.

ارزش مبادلی شأنی در کالاهایی است که هرچند به‌خودی‌خود صلاحیت مبادله‌شدن را دارا هستند و می‌توانند با حضور در بازار عرضه و تقاضا ارزش مبادلی فعلی پیدا کنند، ولی به دلایلی عارضی نظیر

شرایط مکانی و زمانی فعلاً مبادله نمی‌شوند و ارزش مبادلی فعلی ندارند.

برای تأیید وجود این نوع ارزش در برخی اشیا می‌توان مقایسه‌ای انجام داد میان کالای دارای ارزش مبادلی شأنی با شیئی بی‌ارزش مانند تکه‌ای پارچه پوسیده رها شده در زباله یا جسد آلوده حیوانی مرده در بیابان!! که طبیعتاً هیچ منفعتی ندارد و رغبتی به آن نیست. به طور واضح میان این اشیا تفاوت است، یخ با انتقال از منطقه‌ای سردسیر به منطقه‌ای گرمسیر به طور طبیعی شأنت تبادلش به فعلیت می‌رسد ولی آن دو شیء دیگر (پارچه پوسیده و مردار آلوده) در شرایط طبیعی به دلیل فقدان منفعت و عدم رغبت به آن اساساً هیچ گونه شأنت مبادله ندارند تا با تغییر شرایط به فعلیت برسند که البته اگر شأنت تبادل را می‌داشتند، ارزش شأنی داشتن آن‌ها و فعلیت آن نیز متصور بود. در واقع بر اساس این تقسیم‌بندی باید اشیا از نظر داشتن ارزش مبادلی به جای تقسیم ثنائی، به اینکه یا ارزش مبادلی دارند یا ندارند به سه قسم تقسیم شوند:

۱. اشیای دارای ارزش مبادلی فعلی؛ ۲. اشیای دارای ارزش مبادلی شأنی؛ ۳. اشیای بی‌ارزش (نه شأنی و نه فعلی).

باتوجه به اینکه مال را با مالیت آن می‌شناسند یکی از ثمرات مهم تقسیم فوق تغییر نگاه متواظی و غیرمشکک به مال است؛ یعنی همان گونه که مالیت را به دو قسم شأنی و فعلی تقسیم کردیم مال نیز به شأنی و فعلی منقسم می‌شود؛ یعنی مالیت و مال دارای دو مرتبه شأنی و فعلی هستند و از این رو ممکن است شیئی دارای ارزش مبادلی فعلی نباشد ولی به دلیل دارا بودن ارزش مبادلی شأنی، مالی شأنی باشد؛ مانند یخ در زمستان و آب کنار رودخانه.

تقسیم فوق و شرایطی که برای به فعلیت رسیدن ارزش شأنی نیاز است، نشانی بر تدریجی بودن ظهور ارزش نیز است؛ یعنی می‌توان تحقق مالیت اشیا را دارای مراتب و امری تدریجی دانست، چنانچه مال شدن آب کنار رودخانه امری تدریجی و وابسته به دور شدن از رودخانه است، به گونه‌ای که با افزایش مسافت بر مالیت آن نیز افزوده می‌شود (ایروانی نجفی، ۱۶۵/۱).

تقسیم مال به شأنی و فعلی بر اساس تحلیل فوق در میان فقها سابقه‌ای ندارد، هر چند بر التفات برخی فقها راجع به اهمیت و نیاز به این تقسیم‌بندی قرآینی موجود است؛ برای مثال، برخی در توجیه قول به معاوضه بودن مضاربه، آن را معاوضه دو مال شأنی، ربح سرمایه مالک با عمل عامل دانسته‌اند و در توضیح مراد از شأنی بودن آن دو گفته‌اند که در آغاز مضاربه هیچ یک از ربح سرمایه و عمل عامل تحقق خارجی پیدا نکرده‌اند تا عنوان مال فعلی بر آن‌ها صادق باشد (اشتهاردی، ۳۹/۲۸). برخی دیگر، از دو نوع مال بالقوه و فعلی سخن به میان آورده‌اند؛ ایشان عمل عیدی که در خارج محقق نشده است را نوعی مال بالقوه دانسته‌اند که وقتی در خارج انجام پذیرد به فعلیت می‌رسد و مالیت پیدا می‌کند و لذا اگر کسی عیدی را به

ناحق حبس کند و سبب اتلاف عمل عبد و عدم فعلیتش شود، ضامن است؛ زیرا مال بالقوه مانند عمل عبد قبل از انجام نیز مشمول ادله ضمان است (رحمانی، ۱۱ و ۲۷۲/۱۲).

باید دقت شود که مقسم در تقسیمی که توسط این دسته از فقها بیان شده است خود اموال است و نه مالیت آن‌ها. مطابق تعریف این دسته از فقها، مال فعلی، مالی است که تحقق خارجی دارد؛ مانند یک ساعت عمل انجام‌شده عبد و مال شأنی، مالی است که تحقق بالفعل خارجی ندارد؛ مانند عمل انجام‌نشده عبد به سبب حبس شدن او، درحالی‌که در خود ارزش را می‌توان به ارزش شأنی و فعلی تقسیم کرد. این تفاوت مقسم بسیار مهم است؛ زیرا شأنی و فعلی در این دو تقسیم ملازم هم نیستند همان‌طور که با مطالب پیش‌گفته مشخص می‌شود که گاهی شیئی با اینکه فعلیت خارجی دارد اما ارزش مبادلی شأنی دارد (مانند یخ در زمستان) و بالعکس گاهی شیئی که فعلیت خارجی ندارد ولی ارزش مبادلی فعلی دارد و مبادله هم روی آن صورت می‌پذیرد (مانند مبیع‌های کلی در بیع سلف).

ب. ارزش عینی و ذهنی: ارزش عینی همان منافع و ویژگی‌هایی است که یک شیء مستقل از تصورات ذهنی انسان‌ها داراست و وجود آن به علم و آگاهی انسان‌ها بستگی ندارد؛ مانند خواص دارویی بسیاری از گیاهان بیابانی که ممکن است انسان‌ها به آن جهل داشته باشند.

ارزش ذهنی وابستگی کامل به درک و تصور ذهنی افراد راجع به شیئی دارد و ارج و جایگاهی است که یک شیء در نزد افراد پیدا کرده است. این ارزش بیانگر حالتی نفسانی و روانی از اهمیت، جایگاه و مطلوبیت یک شیء نزد شخص است که تحت تأثیر نیاز و احتیاجی است که فرد به آن شیء دارد، به گونه‌ای که تقاضای افراد برای به دست آوردن شیئی نیز متناسب با این ارزش و مطلوبیت تعیین می‌شود؛ برای مثال، میزان تقاضای مصرف دوغ یا نوشابه بستگی به میزان ارزش و مطلوبیتی دارد که افراد در خصوص مصرف هریک دارند.

باید بدانیم که غالباً این ارزش عینی است که منشأ ایجاد ارزش ذهنی می‌شود؛ یعنی افراد به دلیل آگاهی بر ارزش عینی اشیا برای آن‌ها ارجی ویژه قائل می‌شوند و هم‌زمان ارزش ذهنی نیز شکل می‌گیرد؛ هرچند گاهی به دلایل مختلفی نظیر جهل انسان به خواص اشیا، اشیائی با ارزش عینی فراوان، ارزش ذهنی پیدا نمی‌کنند و در نتیجه رغبتی که زمینه‌ساز تمایل به تبادل اشیا و شکل‌گیری ارزش مبادلی است محقق نمی‌شود.

نظریه‌هایی که منفعت اشیا را منشأ ارزش مبادلی دانسته‌اند در واقع ارزش عینی را منشأ ارزش می‌دانند و حال آنکه ارزش عینی به خودی خود تا با ارزش ذهنی که معلول علم به آن منافع است همراه نشود سبب رغبت و تقاضا به شیء نمی‌شود و در نتیجه زمینه تبادل نیز محقق نمی‌شود تا ارزش مبادلی ایجاد شود،

همچنان که نظریاتی که رغبت را منشأ ارزش مبادلی می‌دانند به ارزش ذهنی که زمینه‌ساز رغبت به کالاست توجه کرده‌اند و حال آنکه ارزش ذهنی و رغبتی که مترتب بر آن است تا به مرحله طلب و تقاضا نرسد سبب فعلیت ارزش مبادلی نمی‌شود.

در واقع منفعت یا ارزش عینی و رغبت که معلول ارزش ذهنی است، ارزش مبادلی شأنی ایجاد می‌کنند، ولی ارزش مبادلی فعلی نیازمند سایر عناصر است که در ادامه بیان خواهد شد.

ج. ارزش اعتباری و ارزش حقیقی: ارزش اعتباری به اعتبار و قرارداد معتبر وابسته است و اگر معتبر ارزش آن را سلب کند آن شیء نیز ارزش خود را از دست می‌دهد. ارزش تمیرهای نامه یا اسکناس‌های فیات امروزی نمونه‌ای از این نوع ارزش است.

اما ارزش حقیقی ارزشی متعلق به نفس شیء است که ورای اعتبار و قرارداد در شیء وجود دارد و نشانی از ارزش مصرفی آن است؛ مانند ارزش یک تکه نان تازه که گرسنگی را مرتفع می‌سازد. این دو ارزش جمع‌شدنی‌اند و برخی اشیا علاوه بر ارزش حقیقی، ارزش اعتباری نیز دارند؛ مانند پول‌های کالایی نظیر برنج، نمک و چایی که در گذشته به‌عنوان پول رواج داشته‌اند و علاوه بر داشتن ارزش حقیقی و مصرفی، به‌سبب پول‌شدن ارزشی اعتباری نیز کسب کرده‌اند.

دانستیم مبتنی بر برخی نظرات، ارزش مبادلی امری اعتباری معرفی شده است. در راستای فهم این نظر باید بدانیم اساساً چه اموری معتبر هستند؟ آیا می‌توان برای آب اعتبار زبری کرد و برای آتش اعتبار خیزی؟! یقیناً این‌گونه نیست که هر اعتباری صحیح باشد، زیرا اعتبارِ اموری برخلاف طبیعت و تکوین اشیا اساساً بی‌معناست؛ چنانچه اعتباری غیرعقلایی که عرف عقلاً آن را نمی‌پسندد و منفعتی بر آن مترتب نمی‌داند به سرانجام نمی‌رسد.

در همین راستا باید به این پرسش پاسخ داد که آیا ارزش مبادلی می‌تواند مطلقاً امری اعتباری باشد؟ و به عبارتی دیگر، اساساً نزد موافقان اعتباری بودن ارزش مبادلی، معتبر (آنچه اعتبارشده) چه چیزی است؟ اگر مراد، عملیات مبادله است که مبادله و جابه‌جایی دو شیء امری حقیقی است و ناشی از نیاز انسان به تعامل اجتماعی در رفع مشکلات خود است و اعتباری بودن آن بی‌معناست. کالاهایی هم که مبادله می‌شوند؛ مانند میوه، غذا، سنگ و... اشیائی خارجی‌اند که از منظر وجودی، وجودی تکوینی و طبیعی دارند و نیازی به اعتبار در وجود ندارند و منافع و فواید آن‌ها نیز مرتبط با ویژگی‌ها و خصوصیات وجودی آن‌هاست و اعتباربردار نیست.

اگر منظور اعتباری بودن میزان ارزش مبادلی کالاهاست که مثلاً یک کیلو پرتقال چند پولی قیمت دارد یا معادل چند کیلو سیب است، این معنا نیز نمی‌تواند مقبول باشد؛ زیرا ارزش پولی کالاها یا میزان

برابری کالایی با سایر کالاها معلول عوامل واقعی نظیر فراوانی و کمیابی کالاها، منافع و کیفیت کالاها، درجهٔ رغبت و رقابت افراد در خصوص کالاها و میزان عرضه و تقاضای آن است.

ممکن است مراد از اعتباری بودن ارزش مبادلی، اعتباری بودن پول باشد؛ یعنی چون پول امری اعتباری است، از این رو ارزش مبادلی نیز که غالباً با واحد پول اندازه‌گیری می‌شود امری اعتباری خواهد بود. اعتباری بودن پول مخصوصاً در اسکناس‌های فیات امری پذیرفتنی است؛ اما رابطهٔ ارزش مبادلی با پول رابطهٔ شیء با واحد اندازه‌گیری آن است و لذا اگر واحد اندازه‌گیری شیئی اعتباری باشد دلیلی بر آن نیست که آن شیء نیز خود اعتباری باشد؛ مانند واحد کیلوگرم برای اندازه‌گیری اجرام که امری اعتباری است ولی خود اجرام اموری حقیقی اند.

بنا بر مطالب پیش گفته می‌توان نظریهٔ اعتباری بودن مالیت را در محدودهٔ اشیایی نظیر پول، تمبر و سفته پذیرفت، ولی اعتباری بودن ارزش مبادلی کالاها را غیرپولی مانند میوه‌ها و غذاها معنای محصلی ندارد؛ یعنی هرچند در خصوص پول و خصوصاً پول کاغذی شاید بتوان گفت ارزش مبادلی اعتباری دارد، اما دربارهٔ بسیاری از اشیاء مانند میوه‌ها و غذاها نمی‌توان گفت که ارزش اعتباری دارند (مطهری، ۱۳۸۲/۲۰). با توجه به این نکته برخی ارزش مبادلی و مالیت را به دو نوع اعتباری و ذاتی تقسیم کرده‌اند و منشأ مالیت اشیای دارای منفعت مانند خوردنی‌ها و آشامیدنی‌ها که طبیعتاً انسان محتاج آن‌هاست، ذاتی اشیاء می‌دانند و منشأ ارزش پول، تمبر و امثال آن را اعتبار می‌دانند. (روحانی، ۱۳۸۶)

بنابراین باید ارزش مبادلی و مالیت اشیاء را به دو قسم اعتباری و حقیقی تقسیم کنیم و نباید مانند نظریهٔ اعتبار آن را صرفاً اعتباری معرفی کنیم یا در مقابل مانند برخی دیگر، مالیت را ذاتی اشیاء و صرفاً معلول منافع موجود در شیء بدانیم (خویی، ۱۳۱۲/۱).

۲.۶. عناصر مؤثر در فرایند تشکیل ارزش

أ. احتیاج انسان‌ها: ضعف جسمی و روحی انسان از یک سو و محدودیت‌هایی که انسان در بهره‌مندی و بهره‌برداری از سایر مخلوقات و مخصوصاً طبیعت پیرامون خود با آن مواجه است، آدمی را موجودی نیازمند قرار داده است. از اموری که با تشکیل اجتماع و گسترش روابط اجتماعی مدّ نظر بشر قرار گرفته است مسئلهٔ مبادله و معامله با دیگران به منظور تأمین نیازهاست (سبحانی، ۱۳۸۱).

مبادله، ظرف تحقق ارزش مبادلی است؛ بنابراین احتیاج انسان‌ها که خاستگاه مبادله است می‌تواند به عنوان منشأ ارزش مبادلی مدّ نظر قرار گیرد و بر همین اساس است که برخی در نظریهٔ مالیت خویش، احتیاج انسان را منشأ مالیت دانسته‌اند؛ ولی باید دانست احتیاج به شیء تا به مرحلهٔ رغبت و طلب نرسد نمی‌تواند سبب فعلیت ارزش مبادلی شود، لذا احتیاج از جمله عوامل مؤثر در فرایند تشکیل ارزش مبادلی

است به گونه‌ای که اشیای مورد احتیاج انسان شأنت آن را پیدا می‌کنند تا مبادله شوند و ارزش مبادلی فعلی پیدا کنند.

ب. منافع اشیا و علم به آن‌ها: بسیاری از اشیای پیرامون ما به دلیل دارا بودن خواص و منافع مختلف مورد انتفاع و بهره‌برداری انسان قرار می‌گیرند. همان‌گونه که گذشت این منافع همان ارزش عینی اشیاست و مستقل از درک و علم انسان‌ها در طبیعت آن‌ها نهفته است. در راستای تحلیل فرایند تشکیل ارزش باید دانست که هرچند منفعت (ارزش عینی) شرط لازم برای داشتن ارزش مصرفی است و همچنین سبب ایجاد ارزش مبادلی شأنی برای شیء می‌شود ولی نباید آن را شرط کافی یا حتی لازم برای ارزش مبادلی فعلی دانست؛ توضیح اینکه، ارزش مصرفی اشیا معلول وجود منافع یا همان ارزش عینی است؛ یعنی اگر شیء دارای منافع نباشد ارزش مصرفی داشتن برای آن بی‌معناست، زیرا دانستیم ارزش مصرفی همان مطلوبیت، بهره و لذتی است که به دلیل بهره‌مندی از منافع آن شیء برای مصرف‌کننده حاصل می‌شود.

ارزش مبادلی شأنی نیز معلول منافع شیء و ارزش عینی آن‌هاست؛ یعنی هر شیء دارای منفعت صلاحیت دارد تا مبادله شود و در قبالش عوضی به‌عنوان ثمن قرار گیرد، ولی این ارزش شأنی در صورتی به فعلیت می‌رسد که منفعت با عناصری دیگر نظیر احتیاج و رغبت به آن اشیا همراه شود. در واقع ارزش مبادلی فعلی اشیا نمی‌تواند صرفاً ناشی از منافع موجود در شیء باشد و منفعت داشتن به‌تنهایی، ایجادکننده ارزش اقتصادی یا مبادلی نیست، بلکه یک شیء برای آنکه بتواند ارزش مبادلی فعلی پیدا کند باید علاوه بر منفعی که دارد ویژگی‌های دیگری را نیز دارا باشد؛ نظیر اینکه آن شیء مورد حاجت و رغبت باشد، کمیابی نسبی داشته باشد و وافر و رایگان نباشد، قابلیت اختصاص داشته باشد و تقاضا و عرضه برای آن شکل گیرد (مطهری، ۱۳۸۰/۴۴۰؛ یوسفی، ۱۳۸۵)، پس منفعت شرط کافی ارزش مبادلی فعلی نیست.

منفعت شیء شرط لازم ارزش مبادلی هم نیست؛ زیرا گاهی شیء دارای منفعت خاص عینی نیست ولی در مبادله آن غرض و منفعتی نهفته است که موجب می‌شود تا مبادله آن عقلایی شود و در نتیجه نه تنها دارای ارزش مبادلی شأنی شود، بلکه ارزش مبادلی فعلی نیز پیدا کند؛ مانند زمانی که حکومت‌ها و دولت‌ها برای کمک به نظافت و زیبایی بیشتر شهر یا هر غرض عقلایی دیگر به خرید خاکستر یا زباله از مردم روی آورند که این کار سبب حصول ارزش مبادلی برای اشیای فاقد منفعت می‌شود (حکیم، ۱۳۲۵)، لذا مبادله اشیای فاقد منفعت نیز اگر غرضی عقلایی داشته باشد و منفعتی در مبادله آن‌ها باشد، مبادله‌ای صحیح است (خمینی، المکاسب المحرمه، ۱/۲۴۶).

علاوه بر منافع، از نقش علم به منافع در فرایند تشکیل ارزش مبادلی نیز نباید غافل شد. علم به منافع از شروط لازم در تحقق ارزش ذهنی و در نتیجه حصول رغبت به یک شیء و طلب آن است؛ یعنی تا انسان‌ها

به منفعت شیئی یا منفعت مبادله آن علم نداشته باشند ارزشی نیز برای آن شیء قائل نمی‌شوند و در نتیجه حاضر نخواهند شد آن را تبادلاً کنند و در قبالش چیزی پرداخت کنند و از این رو آن شیء فاقد ارزش مبادلی فعلی باقی خواهد بود.

ج. اغراض انسان‌ها و انواع آن: انسان برای برطرف کردن نیازهای خود از اشیای پیرامون خود بهره می‌برد و برای دستیابی به آن‌ها تلاش می‌کند. انسان‌ها از دستیابی به اشیاء، اغراض و اهداف متفاوتی دارند. چنانچه گذشت در یک دسته‌بندی کلی می‌توان اغراض را از نظر اشیائی که موضوع و متعلق غرض قرار می‌گیرند به سه قسم نوعی، صنفی و شخصی تقسیم کرد (سبزواری، ۶/۱۷؛ موسوی خلخالی، ۷۲۵). اغراض نوعی، اغراضی هستند که انتفاع از متعلق آن‌ها در نوع انسان‌ها مشترک است؛ مانند غرض انسان‌ها در رفع گرسنگی و تشنگی که در دستیابی به آب یا نان دارند. متعلق اغراض نوعی، به دلیل فراگیری نیاز به آن‌ها، در فرایند مبادلات دارای جایگاه ویژه‌ای در بهره‌مندی از ارزش مبادله‌ای است.

غرض صنفی غرضی است که انتفاع از متعلق آن‌ها ویژه صنف خاصی است. سنگ‌های فسیلی کهن، تابلوهای هنری و کتاب‌های خطی پیشینیان از این دسته اشیاء اند که اغراض گروه خاصی را تأمین می‌کنند. در غرض شخصی، غرض فرد به شیئی خاص تعلق می‌گیرد، به گونه‌ای که آن شیء صرفاً توسط فرد یا افراد معدودی تقاضا می‌شود و شخص حاضر است به دلیل غرض شخصی برای تحصیل آن شیء بهایی هنگفت بپردازد. غرض فرد در دستیابی به دستخط یکی از اجداد خویش از جمله این اغراض است (سبزواری، ۶/۱۷).

موافقان نظریه ارزش-غرض نیز معتقدند اغراض نیز در تشکیل ارزش مبادلی نقش آفرین‌اند؛ زیرا اغراض از عوامل ایجاد تقاضا هستند و تقاضا نیز به نوبه خود زمینه‌ساز تشکیل بازار عرضه و تقاضا و تحقق ارزش مبادلی است.

اما نکته مهم در این باب اینکه متعلق اغراض و اهداف انسانی غالباً اموری هستند که یکی از نیازهای مادی یا غیرمادی انسان را برطرف می‌کنند؛ اما باید مدّ نظر داشت که غرض افراد صرفاً به اشیاء و به دلیل نافع بودن آن‌ها تعلق نمی‌گیرد، بلکه گاهی غرض نه به شیء بلکه به مبادله آن تعلق می‌گیرد؛ یعنی ممکن است شیء هیچ نفعی نداشته باشد، بلکه مضرّ نیز باشد ولی برای جمع‌آوری و نابود کردن آن خرید و فروش شود؛ از این رو نباید متعلق غرض را منحصر در شیء و منافع آن دانست، بلکه اگر منفعتی بر خود مبادله نیز مترتب باشد، آن شیء عرفاً مال به شمار می‌آید (خمینی، المکاسب المحرمة، ۲۴۴/۱).

د. رغبت: رغبت از عناصر مهمی است که در تحلیل فرایند تشکیل ارزش باید مدّ نظر قرار گیرد، همچنان که در کلمات برخی فقها نیز اشاراتی به آن شده است (حکیم، ۳۲۵؛ خمینی، المکاسب

المحرمة، ۲۴۴). رغبت حالتی روانی و نفسانی است که راجع به شیئی در انسان ایجاد می‌شود و در این حالت وی گرایش و تمایل به دستیابی به شیئی پیدا می‌کند. این حالت برای شخص در خصوص هر شیئی ایجاد نمی‌شود، بلکه این منافع شیء است که سبب ایجاد رغبت می‌شوند (طباطبایی قمی، ۱۱۲/۱) و به عبارتی دیگر، هرگاه شیئی بتواند غرضی از اغراض آدمی را تأمین کند مورد رغبت وی قرار می‌گیرد (حکیم، ۳۲۵؛ خمینی، المکاسب المحرمة، ۲۴۴/۱).

رغبت در فرایند تشکیل ارزش نقشی اساسی دارد، زیرا قادر است منشأ طلب و تقاضای اشیا شود. در واقع رغبت مانند غرض زمینه‌ساز شکل‌گیری عنصر مهم تقاضا در بازار می‌شود. تقاضا در کنار عرضه، یکی از دو رکن اساسی در شکل‌گیری مبادله‌ای است که ارزش مبادلی در ذیل آن تعریف می‌شود و به تعبیر شهید صدر فائده استعمالی پایه رغبت و تمایل است و رغبت و تمایل به کالا سرچشمه ارزش مبادلی و مالیت است (صدر، ۱۹۷). بر این اساس منافع شیء و رغبت به آن‌ها که تضمین‌کننده ارزش مبادلی شائی کالاهاست سبب ایجاد تقاضا برای آن شیء می‌شود و اگر سایر عناصر دیگر از قبیل کمیابی نسبی و طرف عرضه نیز موجود باشند، شیء دارای ارزش مبادلی فعلی می‌شود و در غیر این صورت نمی‌توان با نظریه مالیت رغبت همراه شد و صرفاً رغبت را منشأ ایجاد ارزش مبادلی در اشیا دانست.

هـ. تقاضا و عرضه: از مهمترین عناصری که در فرایند شکل‌گیری ارزش برای شیئی باید مدنظر قرار گیرد تقاضا و طلب است. تقاضا از عناصر تأثیرگذار در روابط اقتصادی است و همراه با عرضه سبب شکل‌گیری بازار مبادلات می‌شوند. اگر تقاضا برای شیئی ایجاد نشود و کسی خواستار آن نباشد اساساً مبادله‌ای رخ نمی‌دهد تا ارزش مبادلی برای یک شیء معنا داشته باشد. به همین دلیل است که برخی مانند امام خمینی ارزش مبادلی را هم از نظر اصل وجود و هم از نظر میزان آن تابع تقاضا و عرضه آن شیء می‌دانند (خمینی، المکاسب المحرمة، ۲۴۶/۱).

بنابراین تقاضا در صورتی که با عرضه همراه شود منشأ ارزش مبادلی خواهد بود و در این صورت است که شیء ارزش فعلی مبادلی پیدا خواهد کرد. در این راستا باید بدانیم هر تقاضایی با عرضه پاسخ داده نمی‌شود، زیرا گاهی آنچه مورد تقاضاست مانند نور و هوا وافر و فراوان است و به سهولت قابل دسترسی است و عرضه برای آن بی‌معناست. برای شکل‌گیری تقاضا و عرضه باید آن شیء از کمیابی نسبی برخوردار باشد، همچنان که قابلیت مملوکی و قابلیت اختصاص نیز در شکل‌گیری عرضه مهم است؛ یعنی ممکن است شیئی تقاضا شود اما نتوان آن را به کسی اختصاص داد؛ مانند باران و نسیم که در این صورت نیز عرضه و تقاضایی به وجود نمی‌آید تا ارزش مبادلی شکل بگیرد (مطهری، ۴۴۱/۲۰).

بنابراین باید پذیرفت وجود عرضه و تقاضا، علامت و نشانی خوب بر وجود تمام عناصر و شرایط لازم

برای ظهور و فعلی شدن ارزش مبادلی است؛ یعنی هر جا تقاضا و عرضه یا بازار مبادلات به پا شود، ارزش مبادلی فعلی نیز شکل می‌گیرد. اما باید دقت کرد که نباید به اشتباه عرضه و تقاضا را منشأ ارزش مبادلی دانست، بلکه شکل‌گیری تقاضا و عرضه خود فرایندی است که معلول عوامل و عناصر متعددی است که همگی به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در شکل‌گیری ارزش مبادلی فعلی و میزان آن مؤثرند.

از مجموعه مطالب پیش‌گفته مشخص می‌شود که از سویی غفلت از تقسیمات مختلف ارزش و از سوی دیگر، توجه نکردن به عناصر مؤثر در فرایند شکل‌گیری ارزش سبب بروز اختلافات و اشتباهات در ارائه نظریات ارزش شده است و برای ارائه نظریه‌ای صحیح در این باب نیازمند توجه به این دو امر (اقسام ارزش، عناصر مؤثر در تحقق ارزش) هستیم.

نتیجه‌گیری

توجه به اقسام ارزش و تحلیل خطی از فرایند تشکیل آن، دو نکته مهم راجع به نظریه‌های ارزش نمایان می‌سازد: اول اینکه، به دلیل عدم تأکید بر تمایز اقسام ارزش، به‌ویژه ارزش شأنی و فعلی، ارزش عینی و ذهنی و همچنین ارزش اعتباری و حقیقی، میان منشأ ارزش مبادلی فعلی با منشأ سایر اقسام ارزش خلط شده است؛ دوم اینکه، در این نظریات به ارزش به‌عنوان پدیده‌ای لحظه‌ای و در نتیجه برابندی نقطه‌ای از تحقق عواملی خاص نظر شده است و حال آنکه تشکیل ارزش مبادلی در ضمن فرایندی جریان‌مند شکل می‌گیرد. این ارزش در بستر زمان و با طی مراحل مختلف و تحت تأثیر عوامل و عناصر گوناگون در هر مرحله، مرتبه‌ای از مراتبش به فعلیت می‌رسد و شرطی از شرایط بروز آن محقق می‌شود. در واقع فعلیت ارزش مبادلی شأنی معلول فرایندی خطی و تحت تأثیر عناصر متعددی نظیر احتیاج، منفعت، علم، رغبت، غرض، کمیابی، کار، عرضه و تقاضاست و نمی‌توان آن را برابندی نقطه‌ای و معلول عامل یا عوامل خاص در لحظه‌ای از زمان دانست.

بر اساس نظریه مختار نیز مشخص می‌شود که همان‌گونه که ارزش مبادلی دارای دو رتبه شأنی و فعلی است، مال نیز دارای مراتب شأنی و فعلی خواهد بود و اشیای بی‌ارزش می‌توانند در فرایندی خطی از مال نبودن به مال تبدیل شوند و با طی فرایندی مالیت و ارزش مبادلی پیدا کنند.

منابع

- اسمیت، آدام، ثروت ملل، ترجمه سیروس ابراهیم‌زاده، تهران: پیام، ۱۳۵۷.
اشتهاردی، علی‌پناه، مدارک العروة، چاپ اول، تهران: دار الأسوة، ۱۴۱۷ق.

- اصفهانى، محمدحسين، حاشیه کتاب المكاسب، چاپ اول، قم: انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
- انصارى، مرتضى بن محمدامين، كتاب المكاسب، به تحقيق محمد كلانتر، چاپ سوم، قم: مؤسسه مطبوعاتی دار الكتاب، ۱۴۱۰ق.
- _____، كتاب المكاسب، چاپ اول، قم: كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، ۱۴۱۵ق.
- امامى، سيد حسن، حقوق مدنى، ۶ جلد، تهران، انتشارات اسلاميه، بى تا
- ايروانى نجفى، محمدباقر، حاشیه المكاسب، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، ۱۴۰۶ق.
- باربر، ويليام، سير اندیشه هاى اقتصادى، ترجمه حبيب الله تيمورى، تهران: انتشارات آموزش انقلاب، ۱۳۷۰.
- بجنوردى، حسن، القواعد الفقهيّة، چاپ اول، قم: هادى، ۱۴۱۹ق.
- تبريزى، جواد، استفتانات جديد، چاپ اول، قم: دفتر آيت الله تبريزى، بى تا.
- توانايان - فرد، حسن؛ فرهنگ تشريحي اقتصادى؛ تهران: نشر الكترونيكي و اطلاع رسانی جهان رایانه؛ ۱۳۸۵
- زائرى، محمدجعفر، هدى الطالب فى شرح المكاسب، چاپ اول، قم: دار الكتاب، ۱۴۱۶ق.
- حسينى عاملى، محمدجواد بن محمد، مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۹ق.
- حكيم، سيدمحسن، نهج الفقاهة، چاپ اول، قم: ۲۲ بهمن، بى تا.
- خمينى، روح الله، المكاسب المحرمة، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى قدس سره، ۱۴۱۵ق.
- _____، نجات العباد، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى قدس سره، ۱۴۲۲ق.
- خويى، ابوالقاسم، مصباح الفقاهة: المكاسب، بى جا: توحيدى، بى تا.
- دنيس، هانرى، ارزش، ترجمه ب كيوان، تهران: نوبهار، ۱۳۵۸.
- دهخدا، على اكبر، لغت نامه، تهران، مؤسسه دهخدا، ۱۳۵۹
- رحمانى، محمد، قاعده اتلاف، مجله فقه اهل البيت عليهم السلام سال ۱۳۷۶، ش ۱۲ و ۱۱، صص ۲۴۰ تا ۲۷۹
- روحانى، صادق، المسائل المستحدثة، بى جا: بى نا، بى تا.
- زاهدی وفا، محمد هادی و باقری علی، «تحلیلی بر نظریه ارزش و توزیع در اقتصادنا»، دو فصلنامه مطالعات اقتصاد اسلامى، س ۷، ش ۱۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، صص ۵۷ تا ۸۶.
- ژيد، شارل و شارل ريست، تاريخ عقايد اقتصادى، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- سبحانى، حسن، نگرشی بر تنورى ارزش، تهران: اميرکبير، ۱۳۶۹.
- سبزواری، عبدالأعلى، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: المنار، ۱۴۱۳ق.
- سند، محمد، سند العروة الوثقى: كتاب الطهارة، چاپ اول، قم: صحفى، ۱۴۱۵ق.

- _____، سند العروة الوثقی: کتاب النکاح، چاپ اول، قم: فک، ۱۴۲۹ق.
- شهیدی تبریزی، میرفتاح، هدایة الطالب الی اسرار المکاسب، چاپ اول، تبریز: اطلاعات، ۱۳۷۵.
- صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، لبنان: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- صدر، محمدباقر، اقتصادنا، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، ۱۴۱۷ق.
- طباطبایی قمی، تقی، عمدة المطالب فی التعليق علی المکاسب، چاپ اول، قم: کتابفروشی محلاتی، ۱۴۱۳ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء (ط - القديمة)، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۳۸۸ ق
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، چاپ اول، قم: آل‌البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
- علینقی لنگری، محمدامین، الگوی مطلوب سود بانکی در نظام بانکداری اسلامی بر اساس آموزه‌های فقه امامیه، پایان‌نامه دکتری رشته مدیریت مالی به راهنمایی غلام رضا مصباحی مقدم، تهران: دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۴.
- قدیری اصلی، باقر، سیر اندیشه اقتصادی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۸.
- گلپایگانی، محمدرضا، بلغة الطالب فی التعليق علی بیع المکاسب، چاپ اول، قم: خیام، ۱۳۹۹.
- مطهری، مرتضی، مجموعه آثار شهید مطهری، تهران: صدرا، ۱۳۸۷.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهة: کتاب البیع، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۵ق.
- موسوی خلخالی، محمد مهدی، فقه الشیعة: کتاب الإجارة، چاپ اول، تهران: مرکز فرهنگی انتشارات منیر، ۱۴۲۷ق.
- میگ، رونالد، پژوهشی در نظریه ارزش-کار، ترجمه م. سوداگر، تهران: مؤسسه تحقیقاتی اقتصادی و اجتماعی پازند، ۱۳۵۸.
- یوسفی، احمد علی، خرید و فروش اسکناس، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، ۱۳۸۹.



Jurisprudential investigation of the role of bribery in realizing the crime of rent-seeking from the perspective of Imami jurisprudence

Dr. Mohammad Ali Sheikhul Islami, Graduated with a PhD in Fiqh and Fundamentals of Islamic Law from Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Seyyed Mohammad Taghi Ghoboli Darafshan



, Associate Professor of Ferdowsi

University of Mashhad (Responsible author)

Email: ghabooli@um.ac.ir

Dr. Mohammad Taghi Fakhilai, Professor at Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

Using the descriptive analytical method, the present article investigates the jurisprudential role of bribery in the realization of the crime of rent-seeking. According to the definition of bribery and the truth of its application in cases other than rulings and judgments, what a rent-seeker grants another in order to enjoy a series of privileges that he does not deserve is considered bribery and according to the consensus of jurists, it is haram. By following the words of jurists, it becomes clear that the truthfulness of bribery is valid not only for money, but also for word and deed ;

As a result, whatever the rent-seeking person does to the official in order to benefit from special privileges is a bribe. The person making the rent, who is the "Mortashi" (bribe receiver), is also required to return the bribe money and is a guarantor in this regard. The way to get rid of it is to return the property to the owner.

Key words: rent, rent-seeking, rent-making, bribery, Takliffe ruling of rent-seeking, "Vazee" ruling of rent-seeking





بررسی فقهی نقش رشوه در تحقق جرم رانت خواری از منظر فقه امامیه

دکتر محمدعلی شیخ الاسلامی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد



دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان (نویسنده مسئول)

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@um.ac.ir

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

چکیده

نوشتار حاضر با بهره‌گیری از روش تحلیلی توصیفی در پی بررسی فقهی نقش رشوه در تحقق جرم رانت خواری است. باتوجه به تعریف رشوه و صدق اطلاق آن در غیرمورد حکم و قضاوت، آنچه که رانت‌خوار به دیگری اعطا می‌کند تا از یک سری امتیازات که استحقاق آن را ندارد برخوردار شود، رشوه محسوب و بنا بر اجماع فقها حرام است. با تتبع در کلام فقها روشن می‌شود که صدق رشوه علاوه بر مال، بر قول و فعل نیز صحیح است؛ در نتیجه، هرآنچه که شخص رانت‌خوار راجع به مقام مسئول انجام می‌دهد تا از امتیازات ویژه بهره‌مند شود در حکم رشوه است. شخص رانت‌ساز که همان مرتشی است نیز ملزم به بازگرداندن مال الرشوه است و در خصوص آن ضامن. راه خلاصی از آن، عودت مال به مالک است.

واژگان کلیدی: رانت، رانت‌خواری، رانت‌سازی، رشوه، حکم تکلیفی رانت‌خواری، حکم وضعی رانت‌خواری.

مقدمه

یکی از اقسام فساد که دامن گیر جوامع امروزی شده و روندی روبه رشد در نابودی حکومت‌ها داشته است، رانت می‌باشد. رانت در وهله نخست، مفهومی اقتصادی است که به تدریج به سایر حوزه‌ها از جمله سیاست نیز سرایت کرده است (اسحاقی، ۲۱). بنابراین، رانت صرفاً فساد اقتصادی نیست، بلکه فساد اجتماعی است که یکی از اصلی‌ترین ریشه‌های آن فساد اقتصادی است. نوشتار حاضر با بررسی دقیق مفهوم رانت که با مطالعه کتب و مقالات متعدد حاصل شده است، با جمع‌بندی نظرات به تعریفی نو و ابتکاری در این زمینه رسیده است و سپس با بررسی فقهی رشوه به نقش آن در تحقق رانت خواری پرداخته و از این منظر جرم رانت خواری را بررسی کرده است. نکته درخور ذکر این است که نوشتار حاضر، حکم تکلیفی و وضعی رانت خواری را با توجه به نقش رانت در تحقق آن به صورت تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی مطالعه کرده است. با وجود اهمیت فوق‌العاده مبحث رانت و ابتلای جامعه به آن و آثار مخرب که ایجاد کرده است، تاکنون پژوهش فقهی مستقلی راجع به آن نگاشته نشده است و نوشتار حاضر، از این نظر منحصر به فرد است. روش پژوهش، گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای از طریق فیش برداری از کتب فقهی فقهای امامیه و روش تحلیلی توصیفی است.

۱. مفهوم رانت^۱

۱.۱. مفهوم لغوی رانت

رانت ریشه‌ای فرانسوی دارد که در زبان فرانسه ابتدا معادل اجاره‌بهای زمین کشاورزی آمده است، ولی امروزه در زبان‌های فرانسه و انگلیسی در لغت به معنای مطلق بهره مالکانه‌ای است که جزء درآمدهای زندگی و حاصل کار و تلاش به شمار نمی‌آید (اسحاقی، ۲۱) و برخی آن را به معنای اجاره و کرایه نیز به کار برده‌اند (همدمی، ۳۶).

۱.۲. مفهوم اصطلاحی رانت

پیدایش مفهوم رانت به دو قرن پیش بر می‌گردد که به تفاوت ارزش محصول دو زمین اطلاق شد که یکی از مرغوبیت بیشتری برخوردار است. ریکاردو، این درآمد مازاد را رانت می‌نامد که به دلیل حاصلخیزی زمین و بدون تلاش حاصل شده است (حسین‌خان، ۵۶). با الهام از رانت مصطلح نزد ریکاردو، اقتصاددانان پس از وی رانت را به درآمد مازاد بر هزینه فرصت‌های صرف شده تعریف کرده‌اند

1. Rent

(فرهنگ، ۱۰۳۸؛ حسین خان، ۳۷). بنابراین، رانت خارج از عرصه فعالیت‌های مولد اقتصادی است (Pearce، 120) و از این‌روست که برخی از رانت به درآمد غیرمولد تعبیر کرده‌اند (حسین خان، ۵۰). برخی دیگر به تعریف فوق، شرط کمیایی مطلق یا نسبی و به‌طورکلی شرایط غیررقابتی را افزوده‌اند (سبحان‌اللهی، ۳۲) که منطبق بر تعریف ابتدایی رانت طبق نظر ریکاردو است.

باتوجه به پراکندگی موجود در تعاریف رانت، تعریفی که جامع و مانع و بیانگر رانت متعارف باشد، عبارت است از: «درآمد غیرمولد مازاد بر هزینه فرصت‌های صرف‌شده یا امتیازی که در شرایط رقابت کامل محقق نیست و با سوءاستفاده از موقعیت یا از طریق رابطه غیراستحقاقی و وابستگی به مراکز قدرت و ثروت به دست می‌آید.» این تعریف قدر متیقن تمامی تعریف‌هاست؛ برای مثال، وزیری که از نوسانات نرخ ارز و بازار آگاه است، اگر به‌واسطه این آگاهی معامله‌ای انجام دهد و به درآمد بادآورده‌ای برسد، چنین درآمد مازادی مصداق رانت است؛ زیرا با سوءاستفاده از موقعیت، صاحب درآمد غیرمولد مازاد بر هزینه فرصت‌های صرف‌شده، شده است که در شرایط غیررقابتی به دست آمده است. همچنین است شخصی که به‌سبب رابطه با چنین وزیری از نوسانات بازار آگاه شود و با انجام برخی معاملات به سود هنگفتی دست یابد.

بنابراین، رانت در وهله اول به درآمد اطلاق می‌شود و در وهله بعد به هرآنچه قابل انطباق است که بالقوه درآمد به شمار می‌رود؛ مانند برخی مجوزها و امتیازات یا برخی پست‌ها و سمت‌ها و یا اطلاعات نایاب و کمیایی که با محرومیت دیگران از آن قابلیت تبدیل به سود و درآمد بادآورده را دارد. این تعریف، قدر متیقن تعریف‌هایی است که درباره رانت بیان شده است.

تعریف رانت مصطلح که بدان اشاره شد بیشتر ناظر به رانت اقتصادی است که ایجاد یک سری محدودیت‌ها در بازار از سوی تصمیم‌گیرندگان اقتصادی، امتیازات ویژه و انحصاری را برای خود آن‌ها یا گروه خاصی از اشخاص یا گروه‌ها در پی داشته باشد؛ درآمد حاصل از این امتیازات، رانت اقتصادی است (سردارآبادی، ۳۲)؛ مانند صدور پروانه یا ليسانس، امتیاز انحصاری در واردات یا صادرات کالاها و محصولات، امتیاز انحصاری تولید کالای خاص، امتیاز تأسیس کارخانه، اعتبارات، وام‌ها و... .

اگر مطابق با تعریف رانت، شخص به جایگاه یا موقعیت سیاسی دست یابد که در خصوص آن استحقاق ندارد، مصداقی از رانت سیاسی خواهد بود (درویشی، ۳۳۱) و در صورتی که امتیاز ناشی از رانت، دست‌یابی به یک سری اطلاعات انحصاری باشد که بدون رقابت با دیگران به دست آمده است، رانت اطلاعاتی بر آن اطلاق می‌شود (کاظمی، ۵۵).

۳.۱. رانت خواری

در باره رانت خواری تعاریف متعددی شده است که همگی مبتنی بر تعریفی است که از رانت ارائه شده است. برخی از اقتصاددانان غربی که رانت را درآمد حاصل از دست یابی به موقعیتی انحصاری دانسته اند، رانت خواری را به صرف منابع به منظور دست یابی به موقعیتی انحصاری تعریف کرده اند (Posner, ۸۰۹). گروهی دیگر از اقتصاددانان با پذیرش این تعریف از رانت جوایی معتقدند افراد در فرایند رانت جوایی، منابع و تلاششان را تحت تأثیر قراردادن سیاست های عمومی، صرف خواهند کرد (Mbuka, 195).

در کنار واژه رانت خواری، گاه واژه دیگری به نام رانت جوایی به کار برده می شود که گاهی از روی تسامح به جای یکدیگر نیز استعمال می شوند. تولاک و کروگر، با تأکید بر اینکه رانت منشأ قانونی و غیر قانونی دارد، رانت جوایی را تلاش های قانونی؛ مانند لابیگری و غیر قانونی مانند رشوه دهی افراد و گروه های همسودبخش خصوصی می دانند که برای تحصیل رانت هایی صورت می گیرند که به دنبال ایجاد کمیابی های طبیعی یا ساختگی توسط دولت ایجاد می شوند (Tullock, 291).

باتوجه به تعاریف فوق روشن می شود که رانت خواری و رانت جوایی عبارت است از فعالیت هدفمندی که با تلاش و به قصد ایجاد رانت صورت گرفته باشد. این ساده ترین و صحیح ترین تعریف است که البته ارتباط مستقیمی با تعریفی دارد که از رانت ارئه می شود. تنها تفاوتی که میان این دو واژه وجود دارد در این است که رانت جوایی ناظر به نتیجه نیست؛ یعنی صرفاً تلاشی است به منظور رسیدن به رانت. بنابراین، اگر این تلاش و اقدام که با قصد انجام گرفته است منجر به رانت نشود باز هم می توان عنوان رانت جوایی را بر آن اطلاق کرد؛ در حالی که رانت خواری ناظر به نتیجه است، لذا به تلاشی که برای کسب درآمد حاصل از رانت صورت می گیرد و به نتیجه می رسد، رانت خواری می گویند. البته از روی تسامح این دو تعریف به جای یکدیگر به کار می رود که باید به تفاوت آن ها دقت داشت، پس نتیجه اینکه تمام آنچه که درباره رانت جوایی گفته شد درخصوص رانت خواری نیز صادق است، فقط با این تفاوت که نیل به نتیجه در تعریف رانت خواری صادق است. بنا بر همین تعریف، رانت جو فاعل فعل رانت جوایی و رانت خوار فاعل فعل رانت خواری است.

چند مثال؛ اعمال نفوذ و پارتی بازی در خرید یک مزایده و به یک سوم بها، خریدن آن نیز رانت خواری به شمار می رود. همین طور کسانی که به قدرت سیاسی نزدیک اند و اطلاعات پشت پرده را می دانند و بر اساس آن ها اقدام اقتصادی می کنند و سودهای استثنایی به دست می آورند رانت خوارند و به اقدام و تلاش آن ها برای کسب رانت، رانت خواری گفته می شود (توانابان فرد، ۸۷۳).

۴.۱. رانت‌سازی

ضلع دومی که در ارتباط با رانت‌خوار یا رانت‌جو عمل می‌کند، رانت‌ساز است. رانت‌ساز نیز همانند رانت‌خوار می‌تواند یک شخص باشد و می‌تواند یک گروه باشد. این اصطلاح به دلیل اینکه به‌تازگی وارد ادبیات سیاسی و اقتصادی ما شده است، تعریف مدونی از آن وجود ندارد، اما به‌طور کلی به شخص یا اشخاص یا فرایندی که زمینه برای تحقق رانت‌خواری را فراهم می‌سازد، رانت‌ساز و به مجموع این فرایند، رانت‌سازی گفته می‌شود؛ مثلاً یک مسئول دولتی را در نظر بگیرید که برای کسب حمایت اصحاب رسانه، برخی امتیازات انحصاری دولتی را در اختیار آن‌ها قرار می‌دهد یا مقامی مسئول که از نوسانات پیش‌بینی شده ارزش طی هفته‌های پیش‌رو اطلاع دارد و آن را در اختیار برخی از اقوام و نزدیکان خود قرار می‌دهد؛ این مقام مسئول، رانت‌ساز نیز است؛ چراکه زمینه برخورداری عده‌ای را از رانت فراهم کرده است.

همان‌طور که گفته شد رانت‌ساز می‌تواند یک فرایند یا جریان باشد؛ مثل سازوکاری که در قانون طراحی شده است و اختیاراتی که به مقامی مسئول داده شده است، خود می‌تواند زمینه تحقق رانت را ایجاد کند. گاهی عدم شفافیت در قوانین یا عدم قاطعیت برخی مسئولان و مدیران در حوزه تحت اختیارشان، زمینه برای تحقق رانت را فراهم می‌کند یا مثلاً برخی محدودیت‌ها و انحصارات در نظام اعطای امتیازات و مجوزها هرچند ممکن است در برخی شرایط ضروری باشد؛ اما سازوکار سوءاستفاده عده‌ای را برای رانت خواری فراهم می‌آورد.

۲. ماهیت رشوه

۲.۱. تعریف رشوه

رشوه در لغت به معنای آن چیزی است که به حاکم یا غیرحاکم داده می‌شود تا به نفع او حکم کند یا حاجت او را برآورده سازد (طریحی، ۱۸۴/۱). برخی دیگر از لغویان، رشوه را مطلقاً وسیله رسیدن به حاجت دانسته‌اند که با تبانی ایجاد می‌شود (ابن‌اثیر، ۲۲۶/۲).

رشوه از نظر مشهور فقها عبارت است از مالی که شخص پرداخت می‌کند تا به نفع او حکم شود (شهید ثانی، ۷۵ تا ۷۴/۳؛ اردبیلی، ۴۸/۱۲؛ محقق کرکی، ۳۵/۴).

۲.۲. رابطه رشوه و رانت

ماهیت رانت از دو رکن اصلی رانت‌خوار و رانت‌ساز تشکیل شده است. همان‌طور که قبلاً به آن اشاره شد، رانت‌خوار شخصی است که از رانت استفاده می‌کند و به درآمد غیرمولدی می‌رسد که بدون رقابت با دیگران به دست آمده است. رانت‌ساز هم کسی است که شرایط استفاده از رانت را برای رانت‌خوار فراهم

می‌آورد؛ مانند کسی که دیگری را بدون داشتن شرایط لازم بر اساس رابطه‌ای غیر مستحقانه به سمتی دولتی منتسب می‌کند یا یک سری اطلاعات علنی نشده را در اختیار وی قرار می‌دهد. برای اثبات حکم فعلی که هریک از این افراد مرتکب شده‌اند به برخی منابع فقهی استناد می‌شود.

رابطه غیر مستحقانه‌ای که سبب استفاده اشخاص از رانت می‌شود، متعدد است. ممکن است برخی از این روابط به دلیل نسبت فامیلی، نسبت حزبی، سیاسی و... باشد. یکی از روابط غیر مستحقانه‌ای که ممکن است منجر به استفاده شخص از رانت شود، رابطه بر اساس رشوه است؛ در این صورت راشی که به دنبال استفاده از رانت است برای نیل به مقصود از رشوه دادن به مرتشی یا همان رانت‌ساز استفاده می‌کند تا با مساعدت او بتواند از امتیازات ویژه و انحصاری بهره‌مند شود. در اینجا رانت‌خوار همان راشی و رانت‌ساز همان مرتشی است. بنابراین، حکمی که برای راشی و مرتشی صادق است منطبق بر این دو عنوان نیز خواهد بود.

۲.۳. متعلق رشوه

طبق نظر مشهور فقها متعلق رشوه مال است؛ یعنی آن چیزی که در رشوه دادوستد می‌شود مال است. سؤال این است که آیا به غیر مال، قول و فعل هم می‌تواند متعلق رشوه قرار گیرد یا خیر؟ برای مثال، بر مدح از کسی یا تبلیغ قولی و فعلی برای رجلی سیاسی می‌توان عنوان رشوه را اطلاق کرد یا خیر؟ غالب فقها متعرض غیر مال نشده‌اند و در این خصوص اظهارنظری نکرده‌اند؛ اما برخی دیگر به صراحت درباره آن اظهار نظر کرده‌اند که در اینجا بررسی می‌شود.

ماهیت رشوه از سوی فقها به طور دقیق بررسی نشده است. خویی، از فقهای معاصر با صحه گذاشتن بر این نظر معتقد است که برای شناخت حقیقت و ماهیت رشوه باید به عرف و لغت و تعاریف فقها مراجعه کرد (مصباح الفقاهة، ۱/۲۶۳).

با رجوع به تعاریف متعددی که درباره رشوه از سوی فقها و لغویان آمده است متوجه این نکته می‌شویم که بعضی از تعاریف، صراحت در این دارد که رشوه مالی است که در ازای حکم به نفع شخص پرداخت می‌شود (شهید ثانی، ۳/۷۴) و برخی دیگر از تعاریف به این صورت آمده که «الرّشوة هی ما یعطیه یا ما ینذله...» و «ما» بیانگر عمومیت متعلق رشوه است که هم شامل مال و هم شامل غیر مال می‌شود (طریحی، ۱/۱۸۴؛ ابن اثیر، ۲/۲۲۶؛ صاحب‌جواهر، ۲۲/۱۴۷؛ محقق اردبیلی، ۱۲/۴۹؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۸/۴۱؛ تجلیل تبریزی، ۴۰۷؛ طباطبایی قمی، ۵۶؛ روحانی، ۱۴/۲۷۹). غالب تعاریف از نوع دوم است و در واقع غالب فقها متعرض شمول رشوه به غیر از مال نشده‌اند؛ اما در تعریفی که از آن ارائه کرده‌اند عمومیت داده‌اند و مانند شهید ثانی آن را اختصاص به مال نداده‌اند. شاید اینکه برخی فقها،

چون شهید ثانی مال را در تعریف رشوه لحاظ کرده‌اند از باب بیان مصداق غالب بوده باشد؛ نه اینکه برای مال موضوعیت قائل باشند (ایزدی‌فرد، ۱۹).

برخی از فقها در بیان ماهیت رشوه صراحت بیشتری نشان داده‌اند. بنا بر نظر بسیاری از فقهایی که متعرض بحث شده‌اند، متعلق رشوه علاوه بر مال می‌تواند اقوال و افعال را نیز در بر گیرد (صاحب‌جواهر، ۱۴۷/۲۲؛ طباطبایی، محمدکاظم، ۲۳/۲؛ خویی، مصباح‌الفقاهه، ۲۶۳/۱؛ سیفی، ۲۴۹؛ موسوی اردبیلی، فقه القضاء، ۴۲۸/۱). بر فرض هم که شمول اسمی اقوال و افعال تحت‌عنوان رشوه محل شک قرار گیرد؛ یا باید آن را ملحق به رشوه دانست (طباطبایی، محمدکاظم، ۲۳/۲) یا شمول حکمی را درباره آن صادق دانست (صاحب‌جواهر، ۱۴۷/۲۲).

باوجود اطلاق موجود در تعاریف غالب فقها و صراحت برخی دیگر در شمول رشوه در موارد غیرمالی چون اقوال و افعال، صدق رشوه بر این موارد بلاشکال است. بنابراین، برای مثال اگر شخصی برای نیل به مقصود خود در کسب انحصاری برخی اطلاعات یا رسیدن به پست و مقام شروع به مدح مقام مسئولی کند که می‌تواند خواسته او را اجابت کند یا برای او تبلیغات کند تا به نمایندگی شورا یا مجلس برسد و از این طریق خواسته شخص رانت‌خوار را عملی سازد؛ بر چنین قول و فعلی نیز عنوان رشوه صادق است یا لااقل ملحق به رشوه است و در حکم، با رشوه یکسان است.

در حکم رشوه هیچ فرقی میان اقسام مختلف رشوه در خصوص متعلقات آن نیست. بنابراین، افزون بر رشوه مالی شامل رشوه قولی و فعلی نیز می‌شود. چنین حکمی راجع به هر سه نوع رشوه مذکور از سوی فقها تصریح شده است (موسوی اردبیلی، فقه القضاء، ۴۲۸/۱). البته واضح است که در صورتی که رشوه قولی و فعلی با رضایت رانت‌ساز نباشد، حکمی متوجه آن‌ها نخواهد بود؛ چراکه برخلاف رشوه مالی، این دو نوع دیگر نیازی به قبول رانت‌ساز ندارد.

باتوجه به آنچه مطرح شد می‌توان نتیجه گرفت که نسبت میان رانت و رشوه حرام از بین نسبت‌های چهارگانه، عموم و خصوص من وجه است؛ چراکه اولاً مصادیق زیادی وجود دارد که هم رانت است و هم رشوه درباره آن صادق است، مثل موردی که شخصی برای رسیدن به یک سری امتیازات انحصاری که در خصوص آن استحقاقی ندارد، به مسئولان دولتی رشوه پرداخت می‌کند و نیز می‌توان مصادیقی را یافت که رشوه است ولی رانت درباره آن مصداقی ندارد؛ مانند اینکه شخصی برای رسیدن به حق خودش که راجع به آن استحقاق دارد رشوه پرداخت کند (البته بنا بر نظر مشهور که حکم حرمت رشوه را مطلق دانسته‌اند). می‌توان مصادیقی از رانت را نیز یافت که رشوه نباشد؛ مانند اینکه شخصی با بهره از رابطه فامیلی که با مقام مسئول دارد به یک سری امتیازات انحصاری غیراستحقاقی دست یابد. البته باتوجه به اینکه متعلق رشوه را از

رشوه مالی به رشوه قولی و فعلی تعمیم دادیم، این قسم مصادیق زیادی پیدا نمی‌کند؛ چراکه غالب مواردی که رانت بر اساس رابطه‌ای غیر مستحقانه محقق می‌شود یا رابطه مالی در آن دخیل است یا روابطی را که متکی بر برخی اقوال و افعال است؛ مانند حمایت لسانی، قلمی یا فعلی از برخی کاندیداها، مسئولان و... در ازای دریافت برخی امتیازات انحصاری که شخص در خصوص آن هیچ‌گونه استحقاقی ندارد.

۲. ۴. رشوه در غیردآوری

همان طور که اشاره رفت، بسیاری از فقها در تعریف رشوه آن را شامل مورد حکم و قضاوت دانسته‌اند، اما با مراجعه به تعاریف دیگری که از رشوه شده است در می‌یابیم که برخی فقها آن را شامل غیرحکم نیز دانسته‌اند؛ برای مثال، شیخ طوسی در تعریف رشوه چنین آورده است: «و القاضی بین المسلمین و العامل علیهم یحرم علی کل واحد منهم الرّشوة» (طوسی، المبسوط، ۱۵۱/۸). از این تعریف چنین بر می‌آید که ایشان رشوه را درباره‌ی عامل بر مسلمانان نیز صادق دانسته‌اند. در کتب لغت، عامل به کسی گفته می‌شود که عهده‌دار امور مردم در مال و ملکشان باشد و زیر نظر حکومت کار کند (ابن اثیر، ۳۰۰/۳؛ طریحی، ۴۳۱). برخی دیگر از فقها نیز رشوه را محدود به مورد قضاوت ندانسته و آن را در غیر مورد آن نیز جاری دانسته‌اند (طباطبایی، محمدکاظم، ۲۴/۲). اگر رشوه را همان طور که فقها معتقدند جزء موضوعات عرفی بیاوریم (خویی، مصباح الفقاهة، ۲۶۲/۱)، با مراجعه به تعریف مبتنی بر عرف اهل لغت می‌بینیم که آن را شامل غیرحکم نیز دانسته‌اند (طریحی، ۱۸۴/۱؛ ابن اثیر، ۲۲۶/۲).

به طور کلی باتوجه به اینکه مصادیق رشوه در غیر مورد قضاوت، بیش از گذشته بروز و ظهور یافته است، متأخران غالباً رشوه را تعمیم داده و شامل غیر مورد قضاوت نیز دانسته‌اند (انصاری، مرتضی، ۲۴۲/۱؛ لاری، ۱۳۱/۱؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۲۶۳/۱ و ۲۷۲؛ گلپایگانی، ۲۳۶/۱؛ منتظری، دراسات، ۱۵۱/۳؛ سبحانی تبریزی، ۴۶۷؛ مکارم شیرازی، الربا، ۲۰۶).

۲. ۴. ۱. الغای خصوصیت و تنقیح مناط

با نگاه به مستندات رشوه بر ما روشن می‌شود که حکم رشوه اختصاص به رشوه در حکم دارد^۱ و شاید به همین دلیل باشد که برخی از فقها رشوه را اختصاص به مقام حکم و قضاوت داده‌اند (طباطبایی، علی بن محمد، ۵۳/۱۵؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۸/۴۱)؛ اما با این وجود، همان طور که بیان شد بسیاری از فقها در تعریف رشوه آن را به غیر حکم نیز تسری داده‌اند. به نظر می‌رسد که این تعمیم از باب الغای خصوصیت در حکم باشد. حکم در این مستندات ظهور در قاضی دارد؛ اما به سبب اطلاق

۱. «و لا تأکلوا أموالکم بینهکم بالباطل و تذلوا بها إلى الحُکام لتأکلوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (بقره: ۱۸۸)؛ لعن الله الراشی و المرتشی فی الحکم (ری شهری، ۴۶۵/۴)؛ الرشا فی الحکم هو الکفر بالله (حر عاملی، ۴۰۹/۷).

خصوصیت عرفی در خصوص قاضی می‌توان آن را شامل غیرقاضی نیز دانست؛ چراکه مناط در حکم رشوه را می‌توان تصنیع حقوق دیگران دانست، در نتیجه اعطای مال در هر کاری که سبب تصنیع حق دیگری شود، رشوه خواهد بود. البته می‌توان در این الغای خصوصیت از حکم و قضاوت و تنقیح مناط آن، خدشه وارد کرد؛ به این صورت که شاید خصوصیتی در مقام قضاوت بوده که حکم بدان اختصاص یافته است، آنگاه دیگر نمی‌توان به راحتی از آن الغای خصوصیت کرد؛ زیرا اهمیت امر قضا به حدی است که نظام معاش و معاد انسان مبتنی بر آن است (اسماعیل پور قمشه‌ای، ۷/۱) و در کتب فقهی ابواب بسیاری به بیان شروط، آداب و احکام آن پرداخته شده است و به طور کلی اجرای غالب احکام جامعه اسلامی در ضمن آن معنا پیدا می‌کند.

۲. ۴. ۲. ظهور ادله لفظی

باتوجه به ایراداتی که در باب الغای خصوصیت از امر قضا بیان شد می‌توان از باب ظهور برخی ادله لفظی ذیل بحث رشوه قائل به تعمیم آن در غیر مقام قضا شد. برخی از مستندات حکم شرعی رشوه که مدنظر فقها قرار گرفته است را از این منظر بررسی می‌کنیم:

۱. آیه شریفه «سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْالُونَ لِلْسُّخْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَصْرِوْكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ»^۱

بخشی از آیه شریفه که مدنظر ماست، بخش ابتدایی آن است: «سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْالُونَ لِلْسُّخْتِ» که طبق نظر مفسران و با استناد به روایات، سُخت به معنای رشوه است (طبرسی، ۳۰۳/۳). رشوه‌خواری مذمت شده در این آیه شریفه فعلی است که علمای یهود مرتکب می‌شدند و با اخذ رشوه از مردم، حکم خدا را تغییر می‌دادند (طبرسی، ۳۰۴/۳؛ طباطبایی، محمدحسین، ۳۴۱/۵؛ فاضل مقداد، ۱۲/۲). در این آیه شریفه، تعبیر سُخت که به معنای رشوه بیان شده است، عام است و همان طور که معلوم شد شامل غیرمورد قضاوت نیز شده است.

۲. روایت صیرفی: «قال سمعتُ أبا الحسن (ع) و سأله حفصُ الأعور فقال: أن عمالَ السُّلطان يَشْتَرُونَ مِنَّا القرب و الأداوى فَيُؤْكَلُونَ الوكيلَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ مِنَّا فَرَشُوه حَتَّى لَا يَظْلِمُنَا. فقال: لا بَأْسَ ما تَصَلِّحَ به مَالُكَ. ثُمَّ سَكَتَ سَاعَةً ثُمَّ قال: إِذَا أَنْتَ رَسَوْتَهُ يَأْخُذُ أَقَلَّ مِنَ الشَّرْطِ؟ قلتُ نعم، قال: فَسَدَّتْ رِشْوَتُكَ.»^۲

۱. آن‌ها بسیار به سخنان تو گوش می‌دهند تا آن را تکذیب کنند. مال حرام فراوان می‌خورند، پس اگر نزد تو آمدند در میان آنان داوری کن یا (اگر صلاح دانستی) آن‌ها را به حال خود واگذار! و اگر از آنان صرف‌نظر کنی، به تو هیچ زیانی نمی‌رسانند و اگر میان آن‌ها داوری کنی، با عدالت داوری کن که خدا عادلان را دوست دارد (مانند: ۴۲).

۲. صیرفی می‌گوید: از امام کاظم شنیدم که حفص اعور از حضرت پرسید: دست‌نشانندگان سلطان از ما مشک و آفتابه می‌خرند و وکیل می‌فرستند که آن‌ها را ببرند و ما به آن‌ها رشوه می‌دهیم تا به ما ستم نکنند (حکمش چیست؟) حضرت فرمود: اشکالی ندارد که برای اصلاح و حفظ اموال رشوه دهی. حضرت

در روایت مذکور نسبت رشوه به عمال سلطان داده می‌شود و امام (ع) نیز بر رشوه‌نامیدن اقدام آن‌ها، حکم به فساد چنین رشوه‌ای می‌دهند. بنابراین، رشوه در باره غیر حکم و قضاوت صادق است.

۲. ۴. ۳. تعمیم حکم رشوه

بر فرض که ادله تعمیم موضوعی رشوه در غیر حالت قضاوت را نپذیریم، می‌توانیم حکم رشوه را به غیر حکم و قضا تسری دهیم؛ به این صورت که پرداخت رشوه در غیر حالت قضاوت را مصداقی از ظلم منهی در آیات و روایات بدانیم و از این نظر به وحدت حکمی برسیم.

فقه‌ها در موضوعاتی چون؛ عدم لزوم اجازه ولی در ازدواج دختر باکره و رشیده (صاحب‌جواهر، ۱۳۳/۲۹)، حرمت تصرف در ملکی که مالیت ندارد (خمینی، مصطفی، ۲۶۰/۲)، حرمت احتکار (موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۸۰۱؛ خمینی، مصطفی، ۴۵۱/۳؛ منتظری، رساله احتکار و تسعیر، ۶۳۶/۲)، به قبح ظلم استناد کرده‌اند. آنچه که مسلم است این است که فقها در موارد بسیاری به دلیل ظالمانه بودن یک عمل، حکم به حرمت تکلیفی آن داده‌اند. آنچه که لزوم اجرای عدالت و نهی از ظلم توسط فقها استناد شده است، امروزه نام قاعده عدالت به آن اطلاق می‌شود. قاعده عدالت بیانگر قاعده‌ای فراگیر در تمام ابواب فقهی است که همچون لاضرر می‌تواند در تمام ابواب فقهی در امر استنباط راهگشا باشد و حتی می‌توان از عدالت در شبهات حکمیه سود جست (الهی خراسانی، ۲۰؛ علی اکبریان، ۱۷۵).

فقه‌ها از عدالت با عنوان «وضع الشيء فی موضعه» یاد کرده‌اند و ظلم را نقطه مقابل آن؛ یعنی «وضع الشيء فی غیر موضعه» تعریف کرده‌اند (طوسی، النهایة، ۳۵۶؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۴۵۶/۱۵؛ شهید اول، ۳۷۳/۴؛ صدر، ۴۲/۱). این معنا توسط معاصران نیز پذیرفته شده است (طباطبایی، محمدحسین، ۳۳۱/۱۲ تا ۳۳۲). البته در کنار آن به اعطای حق به هر صاحب حقی نیز اطلاق شده است (خوانساری، ۴۲۷/۴؛ صافی گلپایگانی، ۶۲).

در باره حجیت قاعده عدالت به جز اجماع به دیگر ادله چهارگانه استناد شده است. در آیاتی از قرآن کریم^۱ انسان مستقیماً مخاطب اجرای عدالت و مسئول اقامه عدالت بر روی زمین دانسته شده است. در کنار این آیات، آیات دیگری نیز استناد ظلم به خداوند را نفی کرده است.^۲ فقها با استناد به این آیات، عرفی بودن عدالت را اثبات کرده‌اند (صانعی، ۱۶۶ تا ۱۷۷).

اندکی ساکت شدند. آنگاه فرمودند: آیا رشوه می‌دهید که کمتر از مقدار خریداری شده ببرند؟ حفص اعور گفت: آری. فرمود: رشوه‌ها فاسد است (طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۳۵/۷؛ حر عاملی، ۹۶/۱۸).

۱. نحل: ۹۰؛ نساء: ۱۳۵.

۲. فصلت: ۴۶؛ آل عمران: ۱۸۲؛ الانفال: ۵۱؛ الحج: ۱۰؛ ق: ۲۹.

طبق تعاریف، رانت فعلیتی غیر مولد است که نتیجه آن کسب درآمد بادآورده است (بدون اینکه خطر و ریسکی متوجه آن باشد)، درحالی که برخی فقها، فلسفه حرمت ربا را کسب درآمد بی در دسر می دانند که در نتیجه عملی مفید و مثمر به دست نیامده است و از این نظر آن را ظلم می دانند. این فلسفه در خصوص فعالیت های رانتی نیز صادق است (مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۴۱). درباره موضوع رانت، حکم اختصاصی از سوی شارع نداریم؛ اما عرف قادر به تشخیص ظالمانه بودن آن است. در خصوص رانت خواری که شخص رانت جو با سوء استفاده از موقعیت خود یا دیگری به امتیازی انحصاری دست می یابد که بدون رقابت با دیگران به دست آمده است؛ ظالمانه بودن آن قطعی است. عدالت؛ یعنی رسیدن هر چیز به آنچه که استحقاقش را دارد و در واقع امتیازات اگر بنا بر استحقاق نداشتن توزیع شود، برخلاف عدالت است. در رانت خواری موضوع ما رسیدن به یک سری امتیازات انحصاری به صورت غیراستحقاقی است. پس آنچه که مسلم است عدم تحقق عدالت در خصوص موضوع رانت خواری است که با توجه به برقراری نسبت عدم و ملکه بین عدالت و ظلم می توان نتیجه گرفت که عدم تحقق عدالت در این موضوع منجر به ظلمی می شود که منهی شارع است.

رشوه در غیر حکم و قضا که به منظور تضییع حقوق صورت می گیرد نیز می تواند مصداقی از خیانت در امانتی باشد که منهی شارع است. علاوه بر کتاب^۱ و روایات متعدد،^۲ دلیل عقل نیز با قبیح دانستن خیانت در امانت قائل به حرمت آن است (وجدانی، ۹۲/۹؛ محمدی خراسانی، ۴۲/۲). به همین دلیل است که حرمت خیانت در امانت مورد اتفاق فقهاست (علامه حلی، منتهی المطلب، ۳۹۸/۱۵؛ مجلسی، ۲۷۰/۹؛ محمدی خراسانی، ۴۲/۲) و هیچ تردیدی راجع به آن نیست.

امانت و امانت داری مفهومی عرفی است و با وجود نسبت عدم و ملکه بین امانت و خیانت، خیانت نیز مفهومی عرفی به خود گرفته است (زین الدین، ۳۸۱/۴). در بیانی کلی باید چنین گفت که امانت معنای وسیعی دارد که هرگونه سرمایه مادی و معنوی را شامل می شود (منتظری، معارف و احکام نوجوانان، ۳۳۳). با این بیان، مال و اموال، املاک، پست و مقام و حتی عرض و آبرو هم مصداقی از امانت است.

بنا بر آنچه که بیان شد پرداخت رشوه در غیر مورد حکم و قضا به منظور نیل به رانت نیز مصداقی از خیانت در امانت خواهد بود. آنجایی که شخصی با سوء استفاده از موقعیت خودش یک سری از اموال و

۱. «یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَ الرَّسُولَ وَ تَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ» (الانفال: ۲۷).

۲. عن أبي عبد الله قال أمير المؤمنين «أدوا الأمانات ولو إلى قاتل ولد الأنبياء» (فيض کاشانی، ۸۲۳/۱۸).
«عَنْ أَبِي خَفْصٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ : يَقُولُ اتَّقُوا اللَّهَ وَ عَلَيْكُمْ بِأَدَاءِ الْأَمَانَةِ إِلَى مَنْ أَمْتَنَكُمْ فَلَوْ أَنَّ قَاتِلَ عَلِيٍّ لِنَتَمَنَّى عَلَى أَمَانَةٍ لَدَيْهَا إِلَهٌ» (حر عاملی، ۲۲۱/۱۳).

امتیازات را برای خود یا دیگران بدون اینکه استحقاق داشته باشند اختصاص می‌دهد، در واقع خیانت در امانت صورت گرفته است. بنابراین، بر فرض اینکه ادله تعمیم موضوعی رشوه در غیر حکم و قضا را نپذیریم، می‌توان قائل به وحدت حکمی رانت و رشوه شد. در نتیجه اگر شخصی برای رسیدن به مقصود خود از رابطه غیر مستحقانه رشوه استفاده کند و در ازای پرداخت رشوه به دیگری سعی در اخذ یک سری امتیازات داشته باشد، عمل وی مصداقی از رشوه خواهد بود و حکم رشوه در خصوص تمامی مصادیق رانت‌خواری صادق خواهد بود؛ برای مثال، در رانت اقتصادی زمانی که در خصوص برخی اقلام صادراتی یا وارداتی محدودیت‌هایی از سوی دولت ایجاد شده باشد، ممکن است شخصی حقیقی یا حقوقی با پرداخت رشوه به مسئولان دولتی از این امتیاز انحصاری برخوردار شود.

در رانت سیاسی نیز شخصی که صلاحیت لازم برای تصدی پستی را ندارد ممکن است با پرداخت رشوه چنین جایگاهی را برای خود به دست آورد. در اینجا نیز راشی که همان رانت‌خوار است، مال‌الرشوه را در اختیار مرتشی یا همان رانت‌ساز قرار داده است تا با استفاده از قدرت و اختیار وی به آن مقام و موقعیت دست یابد. راجع به رانت اطلاعاتی نیز رشوه صادق خواهد بود. شخصی ممکن است با پرداخت مبلغی به یکی از مسئولان دولتی به یک سری اطلاعات انحصاری از فرصت‌های سرمایه‌گذاری دست یابد که عموم مردم از آن بی‌اطلاع‌اند و این شخص بدون اینکه صلاحیت لازم برای دستیابی به این اطلاعات را داشته باشد، با بهره از آن قادر خواهد بود به سود هنگفت و بادآورده‌ای برسد که رانت نام دارد.

آنچه تاکنون راجع به تعمیم رشوه در غیر حکم گفته شد درباره رانت‌خوار بوده است. درباره شخص رانت‌ساز نیز می‌توان چنین گفت که فعل شخص رانت‌ساز که همان مرتشی است در اینجا مصداقی از اعانه بر اثم خواهد بود؛ چراکه وی با عمل خویش، شخص رانت‌خوار را در رسیدن به مقصود محرم خویش، کسب آنچه که بدان استحقاق ندارد با تضييع حق دیگری، اعانه و یاری کرده است. از نظر فقها اعانه بر اثم عبارت است از: «ارتکاب مقدمات فعل حرام غیر به قصد حصول شیء (حرام)» (انصاری، مرتضی، ۱۳۳/۱) و شخص رانت‌ساز هم با اخذ رشوه، قصد ایصال رانت‌خوار (راشی) را دارد به آنچه که بدان استحقاق ندارد که همان اعانه بر اثمی خواهد بود که طبق نظر مشهور فقها حرام است (شهید ثانی، ۱۳۶/۳؛ مقدس اردبیلی، ۴۷/۸؛ خمینی، روح‌الله، ۱۹۷/۱).

۳. حکم رشوه

۳.۱. حکم تکلیفی رشوه از منظر فقه امامیه

باوجود ادله متقن و کافی در حرمت تکلیفی رشوه از جمله آیات، روایات، دلیل عقل و اجماع، جای

هیچ‌گونه شک‌ی باقی نمی‌ماند. از متقدمان تا متأخران، تمامی فقها قائل به حرمت اعطا و اخذ رشوه بوده‌اند و راشی و مرتشی را مرتکب فعل حرام دانسته‌اند (طوسی، المبسوط، ۱۵۱/۸؛ محقق حلی، ۷۰/۴؛ صاحب جواهر، ۱۳۱/۴۰؛ خمینی، روح‌الله، ۴۰۶/۲؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۲۶۳/۱) و حتی برخی در این زمینه ادعای اجماع کرده‌اند (محقق کرکی، ۳۵/۴؛ طباطبایی، علی‌بن‌محمد، ۵۳/۱۵).

البته نکته‌ای که در اینجا لازم است که بیان شود این است که در حکم حرمتی که فقها در خصوص رشوه استعمال کرده‌اند، اختلافی وجود دارد و آن این است که برخی از فقها حکم حرمت را مطلق آورده‌اند و آن را شامل تمام اقسام رشوه دانسته‌اند؛ چه اعطای رشوه به قصد حق باشد، چه باطل (طوسی، المبسوط، ۱۵۱/۸؛ آبی، کشف الرموز، ۴۹۷/۲؛ آشتیانی، ۱۳۳/۱) و حتی برخی به این عمومیت تصریح کرده‌اند (شهید ثانی، ۷۴/۳؛ محقق کرکی، ۳۵/۴؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۲۶۳/۱؛ تبریزی، ۱۴/۲).

در مقابل، فقهای دیگری هستند که قائل به تفصیل‌اند؛ به این صورت که اگر راشی رشوه را به قصد امر باطلی اعطا کند مثل اینکه قاضی به باطل به نفع او حکم کند چنین رشوه‌ای حرام است، اما اگر اعطای رشوه در زمینه حقی باشد مثل اینکه به قاضی رشوه دهد تا به حق به نفع او حکم کند، در این صورت چنین رشوه‌ای حرام نخواهد بود (محقق حلی، ۷۰/۴؛ طباطبایی، علی‌بن‌محمد، ۵۳/۱۵؛ صاحب‌جواهر، ۱۳۱/۴۰؛ خمینی، روح‌الله، ۴۰۶/۲).

در بحث مدّ نظر ما که موضوع رانت و رانت‌خواری است قاعداً این اختلاف نظر در این سطح مشکلی ایجاد نمی‌کند؛ چراکه همان‌طور که در تعریف رانت اشاره کردیم ارتباطی که در رانت بین رانت‌خوار و رانت‌ساز وجود دارد از جنس رابطه غیرمستحقانه است و شخص بدون رقابت با دیگران و در شرایطی انحصاری از یک سری امتیازات بهره‌مند می‌شود و واضح است که تطبیق این قسم از رانت با موضوع محل بحث رشوه داخل در حالتی که راشی برای یک مسئله حق، رشوه پرداخت می‌کند، محال است. بنابراین، شخص رانت‌خوار در اینجا برای رسیدن به خواسته‌ای غیرمنطقی که غالباً مستلزم تضییع حقوق دیگری نیز هست اقدام به پرداخت رشوه می‌کند و چنین رشوه‌ای هم اجماعاً بر راشی و مرتشی حرام خواهد بود و در این مسئله فرقی میان اقسام مختلف رانت نخواهد بود.

البته معدودی از اقتصاددانان، رانت را لزوماً رابطه‌ای غیرمستحقانه نمی‌دانند و قائل به قسم دیگری از رانت تحت‌عنوان رانت مثبت هستند (درازن، ۴۸۱؛ حسین‌خان، ۳۷). این دسته معتقدند حضور رانت‌ها گاهی اوقات می‌تواند نشانه اقتصادی پویا و کارآمد باشد (حسین‌خان، ۱۱) و در غالب موارد، رانت مثبت نصیب افرادی می‌شود که استحقاق و شایستگی آن را دارا هستند؛ برای مثال، تعلق یک سری امتیازات انحصاری به مخترعان یا دانش‌آموختگان تحصیلات تکمیلی نه تنها رانت منفی نیست، بلکه تشویق به

علم آموزی و خلاقیت است که دیگران را ترغیب می کند برای کسب این امتیازات مدارج علمی را طی کنند (حسین خان، ۳۷).

با نگاه به آثار اقتصاددانان کمتر کسی است که به رانت مثبت اشاره کرده باشد و حتی مثال هایی که درباره رانت به کار می برند حاکی از این نوع نگاه است. از این روست که در تعریف هایشان به جنبه منفی رانت اشاره داشته و از آن به امتیازات همراه با بهره برداری از منابع و اموال عمومی نام برده اند (یوسفی نژاد، ۱۴۸؛ سبحان اللهی، ۳۲). آنچه که امروزه رانت نامیده می شود، همان رابطه غیراستحقاقی در اخذ امتیازات انحصاری است که همان طور که در تعریف اصطلاحی رانت مطرح شد، رانت مثبت درباره آن صدق نمی کند. بر فرض هم که قائل به رانت مثبت باشیم، با توجه به آثار مثبتی که برای اقتصاد کشور خواهد داشت، حکم آن محل بحث نخواهد بود؛ زیرا اختلافی وجود ندارد که رانت مثبت در جامعه با توجه به اینکه تبعیضی نیست و مفید برای اقتصاد است، اشکالی بر آن مترتب نیست و حتی ممکن است راجع به شرایطی که فاقد چنین رانتی است ارجحیت هم داشته باشد. تعریفی که ما از رانت ارائه دادیم جامع تمامی تعاریفی است که درباره آن آمده است.

در موضوع رانت، هدیه نیز مصداق پیدا می کند؛ چراکه ممکن است شخص رانت خوار بخواند از طریق هدیه خود را به مقصود برساند. قبل از اینکه وارد حکم هدیه شویم متذکر می شویم که تفاوت رشوه و هدیه در این است که پرداخت رشوه به این منظور است که مرتشی به نفع ما حکم کند یا ما را به خواسته مان برساند، در حالی که هدف از اعطای هدیه این است که محبت خود را در دل مرتشی بکاریم تا عامل محرکه ای شود برای اینکه به نفع ما حکم کند یا خواسته ما را برآورده سازد (انصاری، مرتضی، ۲۴۶/۱).

بنا بر نظر فقها، اگر بر هدیه عنوان رشوه اطلاق شود ملحق به حکم رشوه خواهد بود، اما اگر رشوه نبود و با آن قصد، نیل به باطل نشود، شکی در حلیت آن نیست. بنابراین، اطلاق روایاتی که هدیه را غلول و سحت نامیده اند حمل بر موردی می شود که قصد حرام و رسیدن به باطل از آن شده باشد (صاحب جواهر، ۱۳۱/۴۰؛ انصاری، مرتضی، ۲۴۸/۱).

برای اینکه نسبت بین رشوه و رانت و تداخل موضوعی این دو به طور شفاف فهم شود، لازم است که پس از تعریف رانت و حدود ثغور آن و تعریف رشوه و حکم تکلیفی آن، به این دو سؤال پاسخ داده شود: آیا رشوه مختص به مقام حکم و قضاست یا در غیر آن نیز موضوعیت دارد؟ آیا قول و فعل نیز علاوه بر مال می تواند متعلق رشوه قرار گیرد؟

مسئله ای که پیش از همه باید بررسی شود این است که با توجه به تعریف ابتدایی رشوه از سوی فقها، آیا رشوه تنها درباره قضاوت مصداق می یابد یا در غیر حکم و قضاوت نیز صادق است. در صورتی که رشوه

تنها در قضاوت صادق باشد، بحث از آن در خصوص رانت موضوعیت ندارد؛ چراکه چنین تعریفی از رشوه با تعریفی که از رانت داشتیم تطبیق و همخوانی ندارد، جز راجع به رانت قضایی که البته جز تعداد محدودی از اقتصاددانان این نوع رانت را قبول ندارند.

۲.۳. حکم وضعی رشوه از منظر فقه امامیه

از نظر فقهای امامیه هرآنچه که گرفتن آن به عنوان رشوه حرام باشد در ملکیت شخص مقابل در نمی آید و مرتشی راجع به آن ضامن است، در نتیجه بر مرتشی واجب است که آن را باز گرداند و در صورتی که تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را برگرداند (شهید ثانی، ۷۴/۳؛ انصاری، مرتضی، ۲۴۶/۱؛ آشتیانی، ۱۳۳/۱)، حتی اگر مال الرشوه ضمن عقد هبه یا بیع محاباتی^۱ یا وقف و مانند آن اعطا شده باشد شکی در فساد چنین عقود نیست (صاحب جواهر، ۱۳۱/۴۰).

از منظر اعانه بر اثم نیز مال الرشوه به ملکیت مرتشی در نمی آید؛ چراکه طبق نظر فقها معامله مبتنی بر اعانه بر اثم به دلیل مشتمل بر مفسده بودن، باطل و فاسد خواهد بود (محقق حلی، ۳/۲؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۲۲/۵). بر فرض هم که مانند برخی از فقها (ایروانی، ۱۵/۱) آیات و روایات باب را مفید فساد چنین معامله ای ندانیم، با توجه به نظریه ملازمه، حکم تکلیفی و حکم وضعی، با اثبات حرمت تکلیفی اعانه بر اثم، بطلان معامله متکی بر آن اثبات می شود (شهید اول، ۱۶۶/۳؛ محقق کرکی، ۱۸۱۷/۴)، بنابراین مرتشی که با اعانه بر اثم راشی به حرام، مال الرشوه را از وی اخذ کرده است مالک آن نمی شود.

بنابراین، مالی که در رشوه از راشی به مرتشی منتقل می شود به ملکیت مرتشی در نمی آید و لازم است که مرتشی، یعنی رانت ساز آن را به راشی، یعنی رانت خوار برگرداند و راجع به آن ضامن است. البته درباره هدیه، شیخ انصاری قیدی آورده است و آن عبارت است از اینکه اگر هدیه از طرف رانت خوار بدون قصد مقابله پرداخت شود و تنها برای این باشد که انگیزه ای برای طرف مقابل (قاضی، عامل یا...) باشد و محبت معطی در دل او رسوخ کند تا بر روی او تأثیر بگذارد و خواسته اش را برآورده سازد، گیرنده هدیه در خصوص آن ضامن نخواهد بود؛ چراکه به دلیل اینکه داعی و انگیزه، عوض به شمار نمی آید، هبه غیر معوضه خواهد بود و در نتیجه طبق قاعده «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» در خصوص آن هدیه ضامن نخواهد بود (۲۴۶/۱)، البته این منافاتی با بقای حرمت تکلیفی چنین اقدامی ندارد (همان).

۱. بیع محاباتی: «معامله محاباتی به این معناست که بایع چیزی را بفروشد یا اجاره دهد به کمتر از ثمن المثل یا اجرة المثل یا هبه کند...» (بجنوردی، ۲۴۷/۷). از نظر شیخ انصاری، چنین معامله ای از اقسام رشوه یا لافل ملحق به رشوه است و در نتیجه هم حرام است و هم فاسد و به ملکیت مرتشی در نمی آید (کتاب المکاسب، ۲۴۶/۱).

حکم وضعی، درباره رشوه مالی صادق خواهد بود، اما در رشوه قولی و فعلی تنها باید به حرمت تکلیفی آن بسنده کرد، مگر اینکه معاملات مبتنی بر رشوه همچون معامله محاباتی را جزء رشوه عملی بگیریم که در این صورت، همان طور که قبلاً بیان شد باید قائل به بطلان و فساد چنین معامله‌ای شد. نتیجه اینکه در رانتی که مبتنی بر رشوه باشد، نه تنها حرمت تکلیفی متوجه رانت خوار و رانت ساز است؛ بلکه مال الرشوه به ملکیت رانت ساز در نخواهد آمد و حرمت وضعی نیز متوجه آن خواهد بود و نتیجه آن ضامن بودن مرتشی یا همان رانت ساز در خصوص آن خواهد بود.

نتیجه گیری

رانت به درآمد یا امتیاز غیر مولدی اطلاق می شود که شخص انحصاراً و فارغ از رقابت و بدون استحقاق بدان دست یافته است. رانت خوار نیز کسی است که به قصد کسب رانت اقدام تلاشمندانه‌ای انجام می دهد. شخص رانت خوار ممکن است به قصد کسب رانت، مالی به مقام مسئول اعطا کند که باتوجه به صدق اطلاق رانت در غیر از حکم و قضاوت، آن مال مصداق رشوه و حرام است. بر فرض هم که قول به تعمیم موضوعی رشوه به غیر حکم و قضا را نپذیریم، با ادله دیگری چون ادله حرمت ظلم و خیانت می توان قائل به وحدت حکمی رانت و رشوه شد. ضمن اینکه فقها رشوه را منطبق بر فعل و قول نیز دانسته اند. بنابراین، آنچه که شخص رانت خوار (راشی) برای رانت ساز (مرتشی) انجام می دهد تا از یک سری امتیازات انحصاری بهره مند شود، در حکم رشوه است و در نتیجه حرام است. ضمن اینکه مرتشی، مالک مال الرشوه نیست و در خصوص آن ضامن خواهد بود و راه تخلص از آن، عودت آن به مالکش است.

منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهاية فی غریب الحديث و الاثر، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا
- اسحاقی، سیدحسین، «نگاهی به پدیده رانت و رانت جویی در ایران»، رواق اندیشه، ش ۴۵، شهریور ۱۳۸۴، صص ۳۱ تا ۳۱.
- اسماعیل پور قمشه‌ای، محمدعلی، البراهین الواضحات، قم: بی نا، بی تا.
- الهی خراسانی، علی، قاعدة فقهی عدالت، مشهد: انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۹۲.
- انصاری، زکریابن محمد، اسنی المطالب فی شرح روض الطالب، بی جا: دار الکتب الاسلامی، بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- ایروانی، علی، حاشیه المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ایزدی فرد، علی اکبر، «رشوه غیر مالی»، مقالات و بررسی ها، ش ۷۵، بهار و تابستان ۱۳۸۳، صص ۲۸ تا ۲۸.

- آبی، حسن بن ابی طالب، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- آشتیانی، محمد حسن بن جعفر، کتاب القضاء، قم: زهیر، کنگره علامه آشتیانی (ره)، ۱۴۲۵ق.
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهية، قم: هادی، ۱۴۱۹ق.
- تبریزی، جواد، منهاج الصالحین، قم: مجمع الإمام المهدی، ۱۴۲۶ق.
- تجلیل تبریزی، ابوطالب، التعليقة الاستدلالية على تحرير الوسيلة، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ق.
- توانایان فرد، حسن، فرهنگ تشریحی اقتصاد، تهران: جهان رایانه، ۱۳۸۶.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ق.
- حسین خان، مشتاق، رانت ها، رانت جویی و توسعه اقتصادی، ترجمه محمد خضری، تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۶.
- خمینی، سید مصطفی، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۱۸ق.
- خمینی، روح الله، تحرير الوسيلة، قم: دار العلم، ۱۴۰۹ق.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- خویی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- _____، مصباح الفقاهة، بی جا: بی نا، بی تا.
- درازن، آلن، اقتصاد سیاسی، اقتصاد کلان، ترجمه دکتر جعفر خیرخواهان، تهران: مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، ۱۳۹۰.
- درویشی، فرهاد، «انقلاب اسلامی و رانت سیاسی»، علوم اجتماعی، ش ۴۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، صص ۳۲۷ تا ۳۶۲.
- روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق علیه السلام، قم: دار الکتاب، ۱۴۱۲ق.
- ری شهری، محمد، میزان الحکمة، قم: دار الحدیث، ۱۴۲۷ق.
- زین الدین، محمد امین، کلمة التقوی، قم: سید جواد وداعی، ۱۴۱۳ق.
- سبحان اللهی، محمد علی، «رانت و بهره‌وری»، مدیریت دولتی، ش ۱، ۱۳۷۵، صص ۳۲ تا ۴۰.
- سبحانی تبریزی، جعفر، المواهب فی تحرير احکام المكاسب، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۴ق.
- سردار آبادی، خلیل، «قدرت و رانت جویی سیاسی»، گزارش، ش ۱۶۷، شهریور و مهر ۱۳۸۴، صص ۳۰ تا ۳۳.
- سیفی، علی اکبر، دلیل تحرير الوسيلة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، غایة المراد، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: ثامن الحجج، ۱۴۲۶ق.

شیخ الاسلامی و دیگران؛ بررسی فقهی نقش رشوه در تحقق جرم رانت خواری از منظر فقه امامیه / ۱۱۵

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۲.

صافی گلپایگانی، لطف الله، ثلاث رسائل فقهیه، بی جا: بی نا، ۱۴۱۶ق.

صانعی، یوسف، فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسيلة، کتاب القصاص، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۲.

صدر، محمد باقر، ماوراء الفقه، بیروت: دار الأضواء، ۱۴۲۰ق.

طباطبایی، علی بن محمد، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ق.

طباطبایی، محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

طباطبایی، محمد کاظم، تکملة العروة الوثقی، قم: کتاب فروشی داورى، ۱۴۱۴ق.

طباطبایی قمی، تقی، هداية الأعلام الى مدارك شرائع الاسلام، قم: محلاتی، ۱۴۲۵ق.

طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت: اعلمی، ۱۴۱۵ق.

طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، تهران: کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.

طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: مرتضوی، ۱۳۸۷ق.

_____، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى، بیروت: دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ق.

_____، تهذیب الأحکام، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم: اسلامی، ۱۴۱۳ق.

_____، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه، ۱۴۱۲ق.

علی اکبریان، حسنعلی، قاعدة عدالت در فقه امامیه: گفت و گو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، قم: پژوهشگاه فرهنگ و هنر، ۱۳۸۶.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، به تحقیق سید محمد قاضی، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۲ق.

فرهنگ، منوچهر، فرهنگ علوم اقتصادی، چاپ یازدهم، تهران: ذهن آویز، ۱۳۸۸.

کاظمی، مهین دخت، «رانت: با نگاهی به این معضل در ایران»، تازه های اقتصاد، ش ۱۰۳، خرداد ۱۳۸۳، صص ۵۳ تا ۶۵.

گلپایگانی، سید محمد رضا، کتاب القضاء، قم: خیام، ۱۴۰۱ق.

لاری، سید عبدالحسین، التعليقة على المكاسب، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۳۱۸ق.

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶ق.

- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
- محمّدی خراسانی، علی، شرح تبصرة المتعلمین، بی جا: بی نا، بی تا.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، الربا و البنک الإسلامی، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۲ق.
- _____، أنوار الفقاهة، کتاب البیع، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۵ق.
- منتظری، حسینعلی، دراسات فی المكاسب المحرمة، قم: تفکر، ۱۴۱۵ق.
- _____، رساله احتکار و تسعیر، تهران: سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۶۴.
- _____، معارف و احکام نوجوانان، قم: سرایی، ۱۴۲۳ق.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید (ره)، ۱۴۲۷ق.
- _____، فقه القضاء، قم: بی نا، ۱۴۲۳ق.
- وجدانی، قدرت الله، الجواهر الفخرية فی شرح الروضة البهية، قم: سماء قلم، ۱۴۲۶ق.
- همدمی خطبه سرا، ابوالفضل، فساد مالی: علل، زمینه ها و راهبردهای مبارزه با آن، تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۴.
- یوسفی نژاد، علی، «رانت خواهی و فساد مالی در اقتصاد ایران»، مصباح، ش ۶۴، مرداد و شهریور ۱۳۸۵، صص ۱۴۵ تا ۱۶۷.
- Tullock, *The welfare costs of tariffs, monopolies and theft* Western Economic. Journal, 5:3, June 1967.
- Pearce David w. *Macmillan Dictionary of Modern Economic*, Third edition, 1989.
- Kruger Anne, *The Political Economy of Rent- Seeking Society*, American Economic Review. Jon 1974.
- Mbaku, John, *Bureaucratic Corruption in Africa: Causes, Consequences, and Cleanups*. Lanham, MD, 2007.
- Posner, *The Social Costs of Monopoly and Regulation* Journal of Political Economy, Vol. 93, No. 2 (Apr, 1985), pp. 410-416.



The ruling on the marriage of a pregnant woman from an illegitimate relationship from the perspective of Iranian jurisprudence and law with a view on double pregnancy



Dr. Abdul Samad Ali Abadi

Assistant professor of jurisprudence and law at the Tehran University of Islamic Religions, Email: a.aliabadi@mazaheb.ac.ir

Abstract

From the perspective of Imami jurisprudence and Iranian law, a pregnant woman whose husband has died or divorced her cannot marry anyone other than her ex-husband during pregnancy and must wait until childbirth; However, it has been seen in some cases that a woman without a husband who got pregnant through illegitimate means was married to an adulterer or none adulterer at the time of pregnancy; Even in some cases, the couple finds out after marriage that the woman is pregnant by someone else. The verdict of these examples is not very clear. The question of the verdict of marrying a pregnant woman from an illegitimate relationship from the point of view of jurisprudence and Iranian law is an issue that needs to be explored until reaching a suitable answer. There are three opinions about the marriage of a pregnant adulteress: famous jurists believe that it is permissible, some jurists believe that it is not permissible, and some others believe "Tafsil" that is differentiating. In this way, marriage is considered permissible, but intercourse and cohabitation during pregnancy are not permissible. This research shows in a descriptive and analytical way that the famous evidence is incomplete and the "tafsil" view based on the principle of innocence is a problem, because despite the generality of the chapter, it does not come to the flow of the principle. As a result, according to the weakness of the evidence of the first and third views, using the generality of the evidences of the obligation of Idah (a period of time that a woman cannot marry after divorce or her husband's death) and in order to preserve "Miah" (sperms) and lineage from mixing, marriage during pregnancy is not permissible. From the medical point of view, there is also the possibility of a pregnant woman getting pregnant again during pregnancy, which is called double pregnancy.

Key words: marriage of a pregnant woman, marrying a pregnant, pregnant marriage, adultery, double pregnancy .





حکم ازدواج زن باردار از رابطه نامشروع از منظر فقه و حقوق ایران با نگاهی به بارداری مضاعف

دکتر عبدالصمد علی آبادی



استادیار فقه و حقوق دانشگاه مذاهب اسلامی تهران

Email: a.aliabadi@mazaheb.ac.ir

چکیده

از منظر فقه امامیه و حقوق ایران، زن بارداری که همسر وی فوت کرده یا او را طلاق داده است، در زمان بارداری نمی‌تواند با شخصی جز همسر سابق خود ازدواج کند و باید تا وضع حمل صبر کند؛ اما در مواردی دیده شده است که زن فاقد شوهر که از راه نامشروع باردار شده، در زمان بارداری با زانی یا غیرزانی ازدواج کرده است؛ حتی در نمونه‌هایی زوج بعد از ازدواج می‌فهمد که آن زن از شخص دیگری باردار است. حکم این نمونه‌ها چندان هویدا نیست. پرسش از حکم ازدواج زن باردار از رابطه نامشروع از منظر فقه و حقوق ایران مسئله‌ای است که نیازمند کاویدن تا دستیابی به پاسخی درخور است. درباره ازدواج زانیه باردار سه دیدگاه وجود دارد: مشهور فقها قائل به جواز، برخی از فقها قائل به عدم جواز و عده‌ای قائل به تفصیل‌اند، به این صورت که نکاح را جایز دانسته اما وطی و هم‌بستری در زمان بارداری جایز ندانسته‌اند.

این پژوهش به‌روش توصیفی تحلیلی نشان می‌دهد که ادله مشهور ناتمام است و دیدگاه تفصیل نیز که بر پایه اصل برائت مطرح شده، محل اشکال است؛ چون با وجود عمومات باب عده، نوبت به جریان اصل نمی‌رسد. در نتیجه نظر به ضعف ادله دیدگاه اول و سوم، با استفاده از عمومیت ادله وجوب عده و برای حفظ میاه و انسب از اختلاط، ازدواج در زمان بارداری جایز نیست. از نظر پزشکی نیز امکان بارداری مجدد زن باردار در زمان بارداری وجود دارد که به آن بارداری مضاعف گفته می‌شود.

واژگان کلیدی: ازدواج زن حامله، تزویج الحامل، نکاح الحامل، زنا، بارداری مضاعف.

مقدمه

باردار بودن زن یکی از موانع ازدواج است. به عبارت دیگر، اگر زن به سبب طلاق یا فسخ نکاح یا بذل مدت و انقضای آن از زوج جدا شد و حامله بود نمی تواند در زمان بارداری ازدواج کند و باید تا وضع حمل صبر کند. البته در فرض طلاق، ازدواج با همسر سابق منع شرعی ندارد. اما ازدواج این زن با مرد دیگری غیر از همسر سابق جایز نیست و حرام است (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۲۷۲/۱۶)، زیرا آن زن در عده دیگری است (صاحب جواهر، ۴۵۳/۲۹).

از منظر فقهای امامیه، عده زن باردار بعد از طلاق به وضع حمل است (ابن براج، ۳۱۶/۲)؛ یعنی بعد از اینکه فرزندی که در شکم دارد به دنیا آورد عده وی تمام می شود، ولو تولد فرزند بلافاصله بعد از طلاق صورت پذیرد (محقق سبزواری، ۳۵۶/۲). عده زن باردار نیز در صورتی که همسرش فوت کند هریک از این دو؛ یعنی چهارماه و ده روز یا وضع حمل که بیشتر باشد، همان عده وی به شمار می رود (فاضل هندی، ۱۱۸/۸) و بعد از اتمام عده می تواند ازدواج کند.

تا اینجا بحثی نیست اما بحث و مناقشه در جایی است که زن فاقد شوهر به سبب زنا باردار شده باشد که در جواز یا عدم جواز ازدواج وی در زمان بارداری بین فقها اختلافاتی وجود دارد. نظر به رشد کمی روابط نامشروع میان دختران و پسران در سالهای اخیر، نهاد خانواده در بحث ازدواج با آسیب هایی متعددی مواجه شده است. یکی از آسیب ها، باردار شدن دختر در پی رابطه نامشروع است که دختر بعد از بارداری برای حفظ آبرو و در ابتدای بارداری، سریع تر اقدام به ازدواج با زانی یا غیرزانی می کند. حتی در برخی موارد، دختر بارداری خود را مخفی می کند و پسر را از این موضوع مطلع نمی کند و بعد از ازدواج و شروع زندگی مشترک، زوج متوجه بارداری زوجه قبل از ازدواج از فردی دیگری به صورت نامشروع می شود. با اینکه حکم ازدواج زن باردار از رابطه نامشروع از اهمیت زیادی برخوردار است اما تحقیق مستقلی در این خصوص صورت نگرفته است و فقط فقها در لابه لای کتب فقهی خود به صورت مختصر بدان اشاره کرده اند.

مهمترین پرسش این است که ازدواج زن حامله از رابطه نامشروع از منظر فقه امامیه و حقوق ایران چه حکمی دارد؟ در این نوشتار با روش کتابخانه ای در سایه توصیف و تحلیلی دقیق از گزاره های فقهی و بعد از طرح مفاهیم اساسی و تبیین آرا و ادله فقیهان امامیه تلاش شده است تا حدود و ثغور حکم ازدواج زنی که از راه زنا باردار شده است، مشخص شود.

۱. دیدگاه‌های حاکم بر ازدواج با زن حامله از رابطه نامشروع

فقه‌های امامیه در خصوص حکم ازدواج زنی که از راه زنا حامله شده است اختلاف نظر دارند که در ادامه بدان‌ها اشاره می‌شود.

۱.۱. جواز ازدواج زانیه حامله در زمان بارداری

أ. اقوال فقها: از نظر این دیدگاه، زنی که از راه زنا باردار شده است می‌تواند در زمان بارداری ازدواج کند (ابن ادریس، ۵۴۴/۲) و هم‌بستری با وی جایز است. در این حکم فرقی نمی‌کند که آن مرد زانی باشد یا شخص دیگری (طباطبایی، ۷۹۰/۲؛ حکیم، ۴۵۵/۱۴؛ مرعشی، ۲۱۳/۲). علامه حلی می‌نویسد: «لا تحرم الحامل من الزنا علی الزانی ولا علی غیره ولا یفتقر فی إباحة العقد علیها إلی الوضع» (تحریر، ۴۷۶/۳). مضمون قول علامه این است که ازدواج زن باردار با زانی و غیرزانی حرام نیست و برای مباح بودن ازدواج با آن زن نیازی به وضع حمل نیست؛ یعنی وضع حمل شرط اباحه ازدواج نیست، بلکه در حین بارداری می‌توانند ازدواج کنند. صاحب حدائق ادعای شهرت و عدم خلاف کرده است: «المشهور فی کلام الأصحاب بل الظاهر أنه لاخلاف فيه أنه لاعدة علی الزانیة إذا كانت ذات حمل من الزانی» (۵۰۴/۲۳). صاحب جواهر نیز می‌گوید: زنی که از راه زنا باردار شده است، ازدواج و هم‌بستری با وی جایز است؛ زیرا نطفه زانی حرمت ندارد (۲۱۲/۲۴).

فقها در خصوص زانیه غیر حامل از باب احتیاط قائل به استبراء شده‌اند؛ برای مثال، صاحب عروة می‌نویسد: «الأحوط الأولى أن یكون بعد استبراء رحمها بحیضة من مائه أو ماء غیره» (۷۹۰/۲). امام خمینی در تعلیقه گفته است: «لا یتربک حتی الإمكان» (همان) و خونی آورده است: «لا یتربک الاحتیاط فی تزویج نفس الزانی»^۱ (همان). دلیل این احتیاط آن است که از عدم بارداری وی اطمینان حاصل شود. در واقع هدف اصلی جلوگیری از اختلاط میاه و انساب است. اما در خصوص زن باردار گفته‌اند که وی نیاز به استبراء به وضع حمل ندارد، زیرا بارداری واضح است و اختلاط میاه و انساب رخ نخواهد داد (بحرانی، ۵۰۴/۲۳؛ اشتیاردی، ۲۵۷/۲۹). به عبارت دیگر، استبراء مقدمه‌ای به منظور مشتبه نشدن نطفه زانی با غیرزانی است و در زن حامل چنین اشتباهی رخ نمی‌دهد؛ زیرا نسب جنین مشخص است که از زنا یا سابق است (خویی، موسوعة، ۲۲۵/۳۲؛ شبیری زنجانی، ۲۱۵/۷).

ماده ۱۱۵۳ قانون مدنی که عده زن حامله را بیان می‌کند، راجع به عده زن باردار از راه زنا اشاره نکرده است و مثل اینکه به تبعیت از دیدگاه مشهور برای زن باردار از راه زنا عده لازم نمی‌داند. متن ماده عبارت

۱. آیت الله خویی در صورتی قائل به احتیاط شده است که زانیه بخواهد با زانی ازدواج کند و دلیل این احتیاط آن است که اگر در زمان بارداری ازدواج کنند با توجه به شباهت‌های فرزند با پدر، ولد زنا بودن وی قابل تشخیص نباشد حتی با آزمایش ژنتیک.

است از: «عدة طلاق و فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن درمورد زن حامله تا وضع حمل است.» لذا از نظر قانون، ازدواج زنی که به سبب زنا باردار شده است منعی ندارد.

ب. ادله دیدگاه مشهور: ۱. روایت: صاحبان این نظریه به روایتی از محمد بن حسن قمی استناد کرده اند (خویی، موسوعة، ۲۲۵/۳۲). راوی می گوید: با جمعی از دوستان به امام جواد (ع) نامه ای نوشتیم و از ایشان سؤال کردیم که مردی با زنی زنا کرده و پس از باردار شدن با او ازدواج می کند و زن فرزندی می آورد که از همه مردم به آن مرد شبیه تر است. امام (ع) با خط و مهر خود در جواب نوشت: «الْوَلَدُ لَغِيَّةٍ لَا يُورَثُ» (کلینی، ۱۶۳/۷؛ ابن بابویه، ۳۱۶/۴؛ طوسی، تهذیب، ۱۸۳/۸)؛ یعنی کسی از زنا زاده ارث نمی برد.

«غیة» در اینجا کنایه از زناست، (فیض کاشانی، الشافی، ۱۶۶۰/۲). نحوه استدلال به این حدیث بر جواز ازدواج زن باردار از راه زنا در زمان بارداری به این صورت است که در اینجا هر چند یک سؤال شده است، اما در سؤال فوق دو قضیه وجود دارد: ۱. ازدواج با زانیه باردار از رابطه نامشروع در زمان بارداری؛ ۲. حکم فرزندی که ولد زناست اما متعلق به زوجین است که قبل از ازدواج به سبب زنا نطفه اش منعقد شده است.

آن حضرت در پاسخ فقط قاعده ای کلی در خصوص ولد زنا بیان کرد؛ یعنی عدم توارث ولد زنا، ولی در خصوص ازدواج در زمان بارداری چیزی نفرمودند و سکوت آن حضرت نشانه جواز چنین ازدواجی است، زیرا اگر نکاح زانی با زانیه حامله اشکال داشت قطعاً به باطل بودن آن نیز اشاره می کردند.

۲. اجماع: برخی از فقها بر جواز ازدواج زانیه باردار در زمان بارداری ادعای اجماع (محقق سبزواری، ۱۱۲/۲۴) و عدم خلاف کرده اند (بحرانی، ۵۰۵/۲۳).

۳. عدم حرمت نطفه زانی: بارداری از راه زنا مانع ازدواج نیست و در صورتی که زن شوهر نداشته باشد بدون عده می تواند ازدواج کند، زیرا نطفه زانی حرمت ندارد (صاحب جواهر، ۲۱۲/۲۴).

۴. چون حاملگی زن ظاهر شده است، لذا در صورتی که ازدواج کند اختلاط انساب صورت نمی گیرد (خویی، موسوعة، ۲۲۵/۳۲)، در نتیجه عده لغو خواهد بود.

ج. تحلیل ادله: در خصوص دلیل اول، برخی دلالت حدیث فوق را بر مدعا پذیرفته اند، اما چون روایت از نظر سندی ضعیف است، استدلال به آن را نمی پذیرند و فقط آن را به عنوان مؤید قبول دارند (همو، همان، ۲۲۵/۳۲)، به دلیل اینکه در سند این روایت محمد بن حسن قمی وجود دارد که مجهول است (همو، معجم، ۲۱۷/۱۶). علامه مجلسی نیز این حدیث را مجهول می داند (مرآة العقول، ۲۴۶/۲۳) و در جای دیگری می نویسد: وی محمد الحسن بن جمهور العمی است که ضعیف می باشد (ملاذ الأخیار، ۳۵۵/۱۳).

نجاشی وی را محمدبن جمهور می نامد و می نویسد: «ضعیف فی الحديث، فاسد المذهب» (خویی، معجم، ۱۸۹/۱۶).

این روایت طریق دیگری نیز دارد که به جای «محمدبن الحسن قمی» نام «محمّدبن الحسن بن ابی خَالِدِ الْأَشْعَرِيِّ» ذکر شده است (ابن بابویه، ۳۱۶/۴؛ حر عاملی، ۲۷۴/۲۶). این احتمال نیز وجود دارد که محمدبن الحسن القمی که در سند حدیث آمده است و علامه مجلسی آن را ابن جمهور نامیده است (مجلسی، محمدباقر، ملاذ الأخیار، ۳۵۵/۱۳)، محمدبن الحسن بن ابی خالد اشعری باشد.

در هر صورت محمدبن حسن ابی خالد القمی الأشعری نیز شخصیت مجهولی دارد و به وثاقت وی تصریح نشده است (خویی، معجم، ۲۱۶/۱۶). ولی شاید بتوان وثاقت وی را از راهی درست کرد و آن عبارت است از اینکه چون محمدبن حسن وصی سعدبن سعد اشعری است، لذا وی نیز ثقه است (مجلسی، محمدتقی، ۳۴۱/۱۱). بحرانی ضمن تصریح به صحت روایت فوق می نویسد: «قال الوحيد فی تعلیقته: إنه يظهر من غیر واحد من الأخبار كونه وصی سعدبن سعد الأشعری و هو دلیل الاعتماد و الوثوق و حسن الحال و ظاهر فی العدالة» (سند، ۱۶۱/۲). سعدبن سعد از اصحاب امام رضا (ع) و ثقه است (نجاشی، ۱۷۹؛ طوسی، رجال، ۳۵۷). حال اگر محمدبن حسن شخص فاسقی بود، سعدبن سعد او را وصی خود قرار نمی داد و وصی قرارگرفتن وی نشان از عدالت و حسن ظاهر وی دارد، شاید به همین دلیل است که برخی از فقها مثل صاحب حدائق (۱۷/۲۵) صاحب ریاض (۱۱/۱۲) این روایت را صحیح دانسته اند.

این طریق نیز برای اثبات وثاقت یک شخص صحیح نیست، همان طور که خونی در رد آن می نویسد: «أن الوصاية لا تكشف عن العدالة و لا تدل على الاعتماد و الوثوق به بما هو راو، وإنما يدل على الوثوق بأمانته و عدم خیانته» (معجم، ۲۱۷/۱۶). مفهوم قول خونی آن است که صرف وصی بودن، کشف از عدالت نمی کند و دلالتی بر اعتماد و اطمینان به عنوان راوی نیست و تنها بر امین بودن و عدم خیانت آن شخص دلالت می کند. بنابراین آنچه که از وصی بودن محمدبن حسن قمی از سعدبن سعد فهمیده می شود این است که وی امانت دار است اما عدالت یا ثقه بودن محمدبن حسن کشف نمی شود.

دلیل اجماع نیز پذیرفتنی نیست، زیرا فقهایی هستند که قائل به عدم جواز نکاح هستند (شیرازی، زنجانی، ۳۲۷/۲). بنابراین، اجماع ادعایی محقق نشده است.

اما راجع به دلیل سوم باید گفت که گرچه نطفه زانی حرمت ندارد اما نطفه مردی که با این زن ازدواج می کند حرمت دارد، لذا شرع چنین آمیختگی را نمی پذیرد.

دلیل چهارم نیز رد می شود، زیرا در روایات تعبیر به استظهار نشده و در روایات نیامده است که برای

تبدیل شک در خصوص بارداری و عدم بارداری مدتی صبر شود تا یقین حاصل شود، بلکه امام(ع) استبراء را واجب کرده است و دلیل آن برائت رحم از نطفه حرام است. در باب کنیز اگر کسی کنیز باردار خرید نیز تا وضع حمل، حق هم بستری ندارد، چون ارتباطی بین نطفه جدید و آن حمل پیدا می شود ولو نسب حمل مشخص باشد و این از نظر شرع ممنوع است (شبییری زنجانی، ۲۱۵۱/۷).

۱. ۲. عدم جواز ازدواج زانیه حامله در زمان بارداری

أ. اقوال فقها: برخی از فقهای امامیه ازدواج زن باردار را جایز نمی دانند و قائل به ثبوت عده هستند؛ برای مثال، فیض کاشانی می نویسد: «أقول الاحوط ثبوتها» (مفاتیح الشرائع، ۳۴۴/۲). کاشف الغطاء نیز می گوید: «الأظهر لزوم العدة» (۴۵). از ظاهر قول صاحب وسائل به دست می آید که وی قائل به عده زنی است که از راه زنا باردار شده است، زیرا وی تحت بابی می نویسد: «بَابُ وَجُوبِ الْعِدَّةِ عَلَى الزَّانِيَةِ إِذَا أَزَادَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَ الزَّانِي أَوْ غَيْرَهُ»؛ یعنی باب وجوب عده بر زانیه هنگامی که بخواهد با زانی یا غیرزانی ازدواج کند (حرعاملی، ۲۶۵/۲۲). از اطلاق قول وی به دست می آید که وجوب عده شامل زن زانیه باردار و غیر باردار می شود. بنابراین، زنی که از راه نامشروع باردار شده است نمی تواند ازدواج کند و باید تا وضع حمل صبر کند. شبیری زنجانی نیز ضمن رد دیدگاه کسانی که قائل به عدم استبراء در زانیه باردار هستند می نویسد: «در زانیه استبراء مطلقاً لازم است که استبراء غیر حامل با دیدن حیض و استبراء حامل با وضع حمل است» (۲۱۵۱/۷).

از نظر این دیدگاه استبراء زانیه باردار واجب است حتی در صورتی که زانیه با زانی ازدواج کند، زیرا بعد از ازدواج، زانی همسر شرعی زن است، در این صورت نطفه وی بعد از ازدواج از نظر شرع حرمت دارد و نباید در جایی قرار گیرد که قبلاً در آن نطفه حرام قرار گرفته است، افزون بر آن احتمال اختلاط نسب نامشروع با مشروع در این فرض بیشتر است، لذا شارع راضی نیست که فرزند نامشروع به عنوان فرزند مشروع به شخصی نسبت داده شود.

ب. ادله دیدگاه عدم جواز:

۱. عمومیت ادله: اولاً ادله ای که بر وجوب عده دلالت می کنند عام هستند و می گویند با دخول عده واجب می شود، این حکم شامل همه زنان مدخوله حتی زانیه باردار می شود؛ مثل این روایت: «إِذَا التَّقَى الْخِتَانَانِ وَجَبَ الْمَهْرُ وَالْعِدَّةُ وَالْغُسْلُ» (کلینی، ۱۰۹/۶).

به روایت فوق چنین استدلال شده است که این روایت در صورت «التقی الختانان» عده را واجب دانسته است و اطلاق آن شامل زانیه نیز می شود، چه زانیه باردار و چه زانیه غیر باردار.

افزون بر آن، روایت دیگری وجود دارد که مفهوم آن روایت این است که ازدواج زن زانیه بعد از استبراء

جایز است. ابن جریر از امام صادق(ع): «قُلْتُ لَهُ الرَّجُلُ يَنْجُرُ بِالْمَرْأَةِ ثُمَّ يَبْدُو لَهُ فِي تَزْوِجِهَا هَلْ يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ قَالَ نَعَمْ إِذَا هُوَ اجْتَنَبَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا بِاسْتِزَاءِ رَجِمِهَا مِنْ مَاءِ الْفُجُورِ فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا» (کلینی، ۳۵۶/۵؛ طوسی، تهذیب، ۳۲۷/۷)؛ ابن جریر می‌گوید: به امام صادق(ع) عرض کردم اگر کسی با خانمی زنا کند و بعداً بخواهد با او ازدواج کند، آیا روا خواهد بود؟ ابوعبدالله گفت: بلی، بعد از آنکه از خانم دوری کند تا عده او سرآید و پاکی رحم او روشن شود، حق دارد با او ازدواج کند.

۲. **اختلاط میاه و انساب:** هدف دین مبین اسلام یا به‌طور کلی هر دین الهی مبتنی بر حفظ پنج مقصد اساسی؛ یعنی دین، عقل، نفس، مال و نسب است (شهید اول، ۳۸/۱). تشریع احکام تکلیفی و وضعی نیز در مجموع برای حفظ این اهداف صورت گرفته است. بنابراین، اسلام برای حفظ میاه و انساب انسان‌ها از اختلاط، احکامی را وضع کرده است. فقها نیز حکمت برخی از احکام را عدم اختلاط میاه ذکر کرده‌اند؛ مثل عدم شرط دخول در عده وفات (شهید ثانی، ۲۷۱/۹)، عدم جواز ازدواج با زانیه مشهوره (محقق کرکی، ۲۷۱/۹)، حرمت ازدواج دو مرد با یک زن به‌طور هم‌زمان (علامه حلی، تذکره، ۶۳۹)، تشریع عده (خوانساری، ۵۴۴/۴)

و این اشکال که با وجود آزمایش (DNA) اختلاط در انساب پدید نمی‌آید پذیرفتنی نیست، زیرا یکی از کاربردهای آزمایش DNA به‌منظور تأیید رابطه پدر-فرزند انجام می‌گیرد، حال در فرضی که زانیه باردار با زانی ازدواج کند آزمایش DNA فایده‌ای ندارد؛ چراکه در نسب اختلافی وجود ندارد، به‌دلیل آنکه فرزند از هم‌بستری زانیه با زانی و از نطفه زانی به وجود آمده است، بلکه اختلاف در الحاق فرزند نامشروع به پدر (زانی) به‌عنوان فرزند مشروع است که آزمایش DNA نمی‌تواند مشروع یا نامشروع بودن فرزند را اثبات کند.

در فرضی که زانیه با فرد دیگری غیر از زانی ازدواج کند، هرچند با آزمایش DNA غالباً نسب فرزند مشخص می‌شود و این آزمایش نشان می‌دهد که آن فرزند برای زوج نیست، اما اولاً از نظر اکثر فقها لعان و قاعده فراش در اثبات نسب حجیت دارد و آزمایش DNA را قبول ندارند، زیرا ملاک در اثبات نسب فراش است، حال آنکه در این آزمایش اصلاً فراشی وجود ندارد، در نتیجه حجیت ندارد. همان‌طور که این آزمایش نمی‌تواند جانشین لعان شود؛ یعنی اگر مرد به زن نسبت زنا دهد مرد با آزمایش DNA نمی‌تواند حد را از خود دفع کند، بلکه با لعان ساقط می‌شود چون ملاک در سقوط حد قذف، لعان است (قائمی نجفی، جلسه ۵۱ و ۵۳؛ همو، «آزمایش‌های پزشکی اگر مفید علم و یقین باشد، حجت است»). بر همین اساس، در برخی آرای قضایی تصریح شده است که نفی ولد جز به لعان ممکن نیست و نظریه پزشکی قانونی و آزمایش‌های ژنتیکی (DNA) در این مورد حجیت ندارد (سامانه ملی آرای قضایی، «ارزش اثباتی

آزمایش DNA در دعوی نفی نسب؛ همو، دعوی لعان بعد از اقرار به رابطه بنوت»).

ج. تحلیل: در خصوص سند روایت، برخی آن را صحیح و برخی حسن می دانند (مجلسی، محمدتقی، ۱۱۹/۹؛ بحرانی، ۱۱۹/۲۴).

روایت دوم نیز طبق سندی که کلینی نقل کرده است، مرسل و ضعیف است (مجلسی، محمدباقر، مرآة العقول، ۶۳/۲۰)، اما اشکالی بر آن نیست؛ زیرا شیخ طوسی همین روایت را به طریق صحیح آورده است (خویی، موسوعة، ۲۲۰/۳۲)، در نتیجه روایت صحیح است.

از نظر دلالتی، روایت بر وجوب عدل زانیه دلالت می کند. شیخ طوسی در الهدایة با استدلال به روایت ابن جریر ازدواج بدون استبراء را جایز نمی داند: «وَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِهَا بَعْدَ الْفُجُورِ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَسْتَبْرِئَ رَحِمَهَا» (تهذیب، ۳۲۷/۷). شیخ، «لاینبغی» آورده است؛ اما لاینبغی در کلمات شیخ و بسیاری از قدماء غالباً دلالت بر حرمت می کند، خصوصاً در اینجا که شیخ به روایت اسحاق بن جریر استدلال می کند قطعاً دلالت بر حرمت می کند (شیری زنجانی، ۲۱۴۹/۷). علامه مجلسی می نویسد: «یدل علی اعتبار العدة من ماء الزنا وهو أحوط وإن لم يذكره الأكثر» (مرآة العقول، ۶۳/۲۰). علامه برخلاف دیدگاه اکثر فقهاء، دلالت این حدیث را می پذیرد بر اینکه «ماء الزنا» عده دارد. بنابراین، طبق این روایت زانیه قبل از ازدواج باید رحم خود را از ماء الفجور پاک کند.

این روایت با اطلاقی که دارد استبراء را در زانیه مطلقاً لازم می داند، چه زانیه حامله باشد یا نباشد که استبراء غیر حامل با دیدن حیض و استبراء حامل با وضع حمل است.

در خصوص دلیل دوم باید گفت که در روایات نیز به اهمیت حفظ انساب اشاره شده است؛ برای مثال، امام رضا(ع) در خصوص حرمت زنا فرمود: «خداوند زنا را حرام کرده است به دلیل فسادی که در آن پیدا می شود از کشتار یکدیگر و درآمیختن و به هم خوردن نسل و تبار و ترک تربیت فرزندان و برهم خوردن میراث و آنچه از این قبیل از اقسام فساد و تباهی است» (ابن بابویه، ۵۶۵/۳). آن حضرت نیز در خصوص علت حرمت قذف فرمودند: «خداوند تهمت و ناروا و نسبت دادن به پاکدامنان کار زشت را حرام فرموده است برای اینکه نسبها تباه می شود و فرزند از پدر واقعی خود جدا می شود و مسئله ارث و میراث به هم می خورد» (همان).

حال اگر ازدواج با زن زانیة باردار بدون استبراء (وضع حمل) جایز دانسته شود این هدف شارع تأمین نمی شود و سبب اختلاط میاه و انساب خواهد شد. بنابراین، برای جلوگیری از اختلاط میاه استبراء زن باردار لازم است.

۱.۳. قول به تفصیل (جواز نکاح و حرمت وطی)

أ. اقوال فقها: از نظر این اندیشه زنی که از راه زنا باردار شده است می‌تواند ازدواج کند اما تا زمان وضع حمل نباید وطی و هم‌بستری صورت گیرد. شیخ مفید بعد از تصریح به صحت نکاح می‌نویسد: «و إذا عقد علیها بعد الفجور بها فلا یقربها حتی یستبرئها» (۵۰۴). وی در ادامه می‌نویسد که اگر زانیه حیض می‌شود به اندازه یک حیض صبر کند و اگر حیض نمی‌شود سه ماه صبر کند؛ پس هنگامی که یقین پیدا کرد که زانیه باردار نیست، وطی جایز است: «فإذا علم أنه لا حمل بها وطیها» (همان)؛ یعنی اگر بعد از یک ماه یا سه ماه فهمید که زانیه باردار است، حق ندارد وی را وطی کند. بنابراین، از نظر شیخ مفید استبراء شرط وطی است و وطی زانیه باردار تا وضع حمل حرام است.

شیخ طوسی در مبسوط نیز استبراء را شرط وطی می‌داند: «لأعدة علی الزانیة وجوباً حائلاً کانت أو حاملاً و لكل أحد أن یتزوج بها فی العدة و بعدها حائلاً کانت أو حاملاً إلا أنه لا یطأها إن کانت حاملاً حتی تضع» (۲۰۳/۴)؛ مفهوم قول شیخ آن است که بر زانیه عده واجب نیست، چه باردار باشد یا نباشد و هر کسی می‌تواند با آن زانیه در زمان عده و بعد از اتمام عده ازدواج کند، چه حامله باشد یا نباشد، فقط وطی وی در صورتی که حامله باشد تا زمان وضع حمل جایز نیست. شیخ در الخلاف نیز بعد از اشاره به اینکه زانیه باردار و غیر باردار عده ندارد و ازدواج وی صحیح است، می‌نویسد: «غیر أنه لا ینبغی أن یطأها حتی تضع ما فی بطنها، یستبرئها بحیضة استحباباً». ظاهر قول شیخ «لا ینبغی» و قید «استحباباً» بر جواز نکاح و وطی زانیه دلالت می‌کند و از نظر وی استبراء مستحب است (۳۰۲/۴) و طبرسی نیز قولی شبیه قول شیخ در خلاف دارد (۱۳۰/۲).

بنابراین، طبق قول شیخ مفید و شیخ طوسی در المبسوط استبراء واجب است اما شیخ در خلاف و طبرسی ادعای استحباب استبراء کرده‌اند که خلاف ظاهر است، زیرا روایات بر وجوب استبراء دلالت می‌کنند (کاشف الغطاء، ۴۵).

ب. ادله دیدگاه تفصیل: روایت: استناد به آیات «وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ»^۱ (نساء: ۲۴) «فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ»^۲ (نساء: ۳). خداوند در مجموع این دو آیه می‌فرماید: هر زنی بر شما حلال است و می‌توانید با وی ازدواج کنید، مگر زنانی که نهی کردم و خداوند در خصوص ازدواج زن زانیه نهی نفرمودند، لذا می‌توان با آن‌ها ازدواج کرد و نیازی هم به عده و استبراء ندارند، چه زانیه حامله باشد یا نباشد (طبرسی، ۱۳۰/۲).

۱. هر زنی غیر آنچه ذکر شد شما را حلال است.

۲. پس با آنچه میلان باشد از زنان ازدواج کنید.

اصل برائت ذمه: درباره وجوب عده زن زانیه شک وجود دارد، اصل برائت ذمه جاری می شود و لذا ذمه زن زانیه در خصوص عده مشغول نیست و تکلیفی ندارد، زیرا وجوب عده نیاز به دلیل دارد که چنین دلیلی وارد نشده است (طوسی، الخلاف، ۳۰۱/۴).

تحلیل: نظر به وجود روایات فراوان که حتی خود شیخ در تهذیب با توجه به روایت اسحاق بن جریر فتوا به لزوم استبراء صادر کردند (۳۴۷/۷)، دیگر محلی برای جریان اصل برائت و تمسک به عمومیت آیات قرآن باقی نمی ماند.

۲. بارداری مضاعف

با دقت نظر در اقوال و ادله کسانی که ازدواج زانیه باردار را در زمان بارداری جایز می دانند این نکته به دست می آید که چون زانیه باردار است دیگر نیازی به استبراء نیست و استبراء تا زمان وضع حمل بی فایده است، زیرا بارداری زن مانع از اختلاط میاه و انسباب می شود. حال در اینجا این سؤال به ذهن می آید که آیا در دوران تثبیت حاملگی اگر زنی با زوج خود یا مرد اجنبی نزدیکی کند امکان تشکیل لقاح ثانوی (تشکیل جنین) از آن مرد است؟ به عبارت دیگر، زنی که در حال حاضر باردار تشخیص داده شده است اگر با زوج خود یا مرد اجنبی در حال بارداری هم بستر شود آیا فرزند دومی از نطفه زوج یا مرد اجنبی در رحم آن زن به وجود می آید؟

پاسخ علم پزشکی به این سؤال مثبت است و در زمان بارداری، بارداری دوم اتفاق می افتد و در اصلاح پزشکی زمانی که یک بارداری جدید در طول حاملگی اولیه رخ می دهد (کانینگهام و دیگران، ۱۰۲۶/۳) به آن حاملگی مضاعف (سوپرفتاسیون)^۱ گفته می شود (سایت دکتر فرشته دانشمند). از دیدگاه تئوریک تازمانی که حفره رحم در اثر اتصال دسیدوای کیسولی به دسیدوای واقعی محو نشده است، امکان پذیر است. به عبارت دیگر، «یک زن باردار چند هفته پس از باردارشدنش یک تخمک دیگر آزاد می کند. تخمک دوم بارور می شود و سپس او به طور هم زمان دو کودک را باردار است. این را با لقاح هم زمان اشتباه نگیرید، در لقاح هم زمان دو تخمکی که طی یک چرخه قاعدگی آزاد شده اند در زمان های جداگانه بارور می شوند» (سایت مادرشو، ۱۴۰۰).

این موارد کم اتفاق می افتد، اما موارد متعددی در این خصوص گزارش شده است؛ برای مثال، زنی در انگلستان در هفته پنجم متوجه سایه کوچکی در کنار جنین شد و در هفته هفتم مشخص شد که این جنین دومین فرزند است که سه هفته بعد نطفه بسته شده است. در واقع این زن طی سه هفته دوبار باردار شده

1. superfoetation

است (سایت اسپوتنیک ایران، ۲۰۲۱م). مورد بعدی زوجی استرالیایی است که در سال ۲۰۱۶ طی ده روز دوبار باردار شده و حتی پزشکان دو تاریخ متفاوت برای زایمان تعیین کرده بودند (سایت هارپی، ۱۳۹۹). البته این کار با روش لقاح آزمایشگاهی هم انجام شده است که با موفقیت همراه بود. زنی آمریکایی درحالی که قبلاً باردار بود باردار شد، وی موفق به حمل دوقلوها با دو مجموعه والدین مختلف شد که به عنوان بارداری مضاعف شناخته می شود. نتایج به این معنا بود که یک زن باردار می تواند باز باردار شود (سایت هلیکس، ۱۳۹۹).

شکل: بارداری مضاعف



در باره دلیل بارداری مضاعف چنین گفته شده است: «معمولاً هنگامی که زن باردار می شود چندین فرایند بیولوژیکی به وجود می آید که مانع از بارداری مجدد در دوران بارداری می شود: بدن او هورمون هایی را که جلوی آزاد شدن تخمک از تخمدان ها می شود را آزاد می کند. «پلاگین مخاط» در دهانه رحم ایجاد می شود که مانع از حرکت اسپرم به داخل رحم می شود. دیواره رحم ضخیم می شود و کار برای لانه گزینی جنین دیگر مشکل می شود. اما در وضعیت های بسیار نادر با حامله شدن باز هم تخمک گذاری می تواند ادامه یابد و تخمدان های فرد، تخمک دیگری را آزاد کنند که قابلیت باروری دارند و در نتیجه آن بارداری دوم است، اما این دو جنین با سنین حاملگی مختلف به طور معمول فقط چند هفته با هم فاصله دارند که با دوقلوهای برابر متفاوت است که در آن دو تخم به طور هم زمان بارور می شوند و جنین ها سن حاملگی

علی آبادی؛ حکم ازدواج زن باردار از رابطه نامشروع از منظر فقه و حقوق ایران با نگاهی به .../۱۲۹

یکسانی دارند و این مورد زیاد گزارش می شود که به حاملگی دوم، حاملگی مضاعف گفته می شود» (همان).

باتوجه به فاصله کم بین دو بارداری گاهی آن دو را دوقلو فرض می کنند که همین امر افراد را درگیر مسائل حقوقی پیچیده ای می کند (همان)، البته موارد نادری هم رخ داده که فاصله بین دوبارداری بسیار زیاد است؛ برای مثال، یک مورد در روم گزارش شده است که فاصله بین دو حاملگی تقریباً سه تا چهار ماه بود (همان).

۳. نظر مختار

مشهور یا اکثر فقها، ازدواج و هم بستری با زانیه باردار را علاوه بر استناد به روایتی ضعیف، از این نظر جایز می دانستند که چون زانیه باردار است لذا بارداری مجدد وی در هنگام بارداری ممکن نیست، اما ادله مشهور ناتمام است و ادله کسانی که قائل به عدم جواز ازدواج در زمان بارداری هستند از قوت بیشتری برخوردار است. از نظر پزشکی نیز امکان بارداری مجدد در زمان بارداری وجود دارد و باتوجه به فاصله کم بارداری دوم، احتمال اشتباه در تشخیص فرزند دور از انتظار نیست، خصوصاً اگر زوج همان زانی باشد؛ چرا که دو جنین از همه لحاظ یکسان هستند. این نوع بارداری کم اتفاق می افتد، اما به صورت لقاح آزمایشگاهی موارد آن فراوان خواهد بود و چون این امر سبب اختلاط میاه و انساب می شود در نتیجه شارع چنین ازدواجی را جایز نمی داند. بله، نطفه زانی حرمت ندارد، اما نطفه زوج (شخصی که با زانیه باردار ازدواج می کند) حرمت دارد و باید از اختلاط آن با حرام جلوگیری کرد.

بنا بر نظر نگارنده، قول دوم ترجیح دارد و ازدواج در زمان بارداری جایز نیست و الله العالم.

۴. استفتا از مراجع عظام تقلید

در خصوص حکم ازدواج زنی که از راه زنا باردار شده است از دفاتر مراجع عظام تقلید استفتا شده است که به شرح ذیل است (اسلام کوئست، ۱۳۹۹):

سؤال: زنی که از راه غیر مشروع باردار شده است برای ازدواج (موقت یا دائم) چقدر باید عده نگه دارد؟

پاسخ مراجع عظام تقلید چنین است:

آیت الله خامنه ای: زن مذکور عده ندارد.

آیت الله سیستانی: زنا عده ندارد.

آیت الله شبیری زنجانی: زنا عده ندارد، ولی بنا بر احتیاط باید تا وضع حمل صبر کند و بعد ازدواج

کند، در هر صورت قبل از وضع حمل نزدیکی جایز نیست.
آیت الله صافی گلپایگانی: زن زانیه حتی اگر باردار باشد، عده ندارد.
آیت الله علوی گرگانی: زن زانیه برای ازدواج عده ندارد، گرچه بهتر است به مقدار دو حیض عده نگه دارد.

آیت الله مکارم شیرازی: زنی که حامل از زناست، عده ندارد و جایز است به عقد زانی یا غیر او در آید.
آیت الله هادوی تهرانی: اگر این زن زناکار در عده دیگری بوده و مرتکب زنا شده است، باید همان عده را به پایان برساند و پس از آن می تواند ازدواج کند و اگر در عده دیگر نبوده است، عده ندارد و زنا یا حامله شدن از زنا تأثیری در عده اش ندارد.
نتیجه: آیات عظام علوی گرگانی و شبیری زنجانی قائل به احتیاط شده اند. علاوه بر آن، از نظر شبیری در صورت ازدواج، زوجین حق هم بستری ندارند.

۵. استبراء زانیة باردار

عده زن بارداری که طلاق گرفته است به وضع حمل است و با وضع حمل عده وی تمام می شود (صاحب جواهر، ۲۵۲/۳۲)، حتی با سقط بچه نیز عده تمام می شود (ابن براج، ۳۱۶/۲). البته ملاک در وضع حمل، جدا شدن تمام فرزند از مادر است (همان). برخلاف ابن وهب از فقهای مالکیه که معتقد است وقتی دو سوم فرزند از شکم مادر جدا شد، عده تمام می شود (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۳۱۶/۲۹) و بنا بر قولی، ابوحنیفه اتمام عده را خروج بیشتر فرزند از شکم مادر می داند (همان، ۳۱۷/۲۹). باتوجه به توضیحات مذکور، از نظر کسانی که استبراء زانیة باردار را واجب می دانند، استبراء به وضع حمل است (شبیری زنجانی، ۲۱۵۱/۷).

۶. سرنوشت فرزند باردار از زنا بعد از ازدواج زانیه

بنا بر فتوای مشهور که ازدواج زانیة باردار را جایز می دانند، در صورتی که زن ازدواج کند وضعیت آن فرزند نامشروع چه خواهد شد؟ این وجه دو صورت دارد: صورت اول جایی است که زانیه با زانی ازدواج می کند و صورت دومی جایی است که با غیرزانی ازدواج می کند که در ادامه به هر دو پرداخته می شود:

۶. ۱. ازدواج زانیة باردار با زانی

در خصوص الحاق یا عدم الحاق ولد زنا به زانی دو دیدگاه وجود دارد:
أ. دیدگاه عدم الحاق: از نظر این دیدگاه، اگر زانیة حامله با زانی ازدواج کند، فرزندی که حاصل از

علی آبادی؛ حکم ازدواج زن باردار از رابطه نامشروع از منظر فقه و حقوق ایران با نگاهی به .../۱۳۱

رابطه نامشروع آن‌ها در زمان قبل از ازدواج است به دلیل اینکه نطفه وی از زناست، شرعاً بدان‌ها ملحق نخواهد شد (شهید ثانی، ۳۵۳/۸؛ خویی، موسوعه، ۳۲۵/۳۲)، زیرا به سبب زنا نسب ثابت نمی‌شود و ازدواج بعد از زنا فایده‌ای ندارد و سبب الحاق فرزند نامشروع به پدر نمی‌شود (موسوی عاملی، ۴۳۶/۱ و به هیچ وجه از یکدیگر ارث نمی‌برند، حتی اگر پدر اقرار به فرزندی وی کند (بحرانی، ۴۰۴/۱۴). ولد زنا از مادر و بستگان مادری ارث نمی‌برد و عکس آن هم همین طور است (طباطبایی، علی بن محمد، ۴۲۷/۱۴).

فقها به دو روایت استناد کرده‌اند: «الولد لغية لا يورث» و «ایما رجل وقع علی ولیده قوم حراماً ثم اشتراها فادعی ولدها، فإنه لا يورث منه شیء، فإن رسول الله صلی الله علیه و آله قال: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (کلینی، تهذیب، ۱۶۳/۷؛ طوسی، الاستبصار، ۱۸۳/۴؛ همو، تهذیب، ۱۸۳/۸). مفهوم هر دو روایت آن است که فرزندی که از راه نامشروع به دنیا آمده است جزو وراثت زانی قرار نمی‌گیرد و قید روایت دوم «الولد للفراش و للعاهر الحجر»؛ یعنی ولد برای فراش است و زانی محروم از فرزند است.

در خصوص روایت اول با صرف نظر از اشکال سندی فقط در خصوص محرومیت ولد زنا از ارث است. اما روایت دوم بعد از بیان این حکم که ولد زنا از ارث محروم است قید «الولد للفراش و للعاهر الحجر» آورده است که طبق نظر فقها این فقره درباره زنی است که شوهر دارد و زنا هم انجام داده و باردار شده است، حال اگر شک شود که این بچه زوج است یا زانیه، این قاعده جاری می‌شود و فرزند را به زوج ملحق می‌کند و شامل محل بحث که زانیه شوهر ندارد، نمی‌شود (خویی، موسوعه، ۷۰/۳).

در متن قانون مدنی ایران نیز به فتوای مشهور اشاره شده است. ماده ۱۱۶۷ الحاق طفل به زانی و زانیه را منتفی می‌داند: «ماده ۱۱۶۷ طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود» و ماده ۸۸۴ نیز به نفی ارث برای فرزند نسبت به زانی و زانیه تصریح می‌کند: «ماده ۸۸۴ ولد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد، لیکن اگر حرمت رابطه که طفل ثمره آن است نسبت به یکی از ابویین ثابت و نسبت به دیگری به واسطه اکراه یا شبهه زنا نباشد فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد و بالعکس.»

به اتفاق فقهای امامیه فرزندان و زوج یا زوجة ولد زنا از وی ارث می‌برند و در صورتی که فرزند و زن نداشته باشد، وارث وی امام است (طباطبایی، علی بن محمد، ۴۲۸/۱۴). ماده ۸۸۴ قانون مجازات اسلامی در خصوص وارث دیه ولد زنا برگرفته از همین فتواست: «ماده ۵۵۳ وارث دیه شخص متولد از زنا در صورتی که فرزند و همسر نداشته باشد و زنا از هر دو طرف با رضایت صورت گرفته باشد، مقام رهبری است و چنانچه یکی از طرفین شبهه داشته یا اکراه شده باشد، همان طرف یا اقوام او وارث دیه می‌باشند.» ازدواج ولد زنا با زانی و زانیه نیز جایز نیست هر چند ولد شرعی به شمار نمی‌رود، اما این حرمت ذاتی

است و مشروط به اثبات نسب شرعی نیست (صاحب‌جواهر، ۲۵۷/۲۹). به‌طورکلی همه محرمات ازدواج در خصوص ولد زنا جاری است (همان، ۲۵۸ تا ۲۵۹) و در ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی آمده است: «در موانع نکاح ماده ۱۰۴۵ نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگرچه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد: ۱. نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات هر قدر که بالا برود؛ ۲. نکاح با اولاد هر قدر که پایین برود؛ ۳. نکاح با برادر و خواهر و اولاد آنها تا هر قدر که پایین برود؛ ۴. نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات.»

ب. دیدگاه الحاق: در مقابل قول مشهور قول دیگری وجود دارد که برخی از فقها قائل به آن هستند و آن اینکه ولد زنا همه احکام ولد شرعی را دارد و فقط رابطه توارث بین ولد زنا و والدین وجود ندارد. مامقانی اولین فقیهی است که این قول را مطرح کرده است (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۱۷/۲). از معاصران، امام خمینی (۵۱۱) و خویی (موسوعة، ۷۰/۳)، مکارم شیرازی (الفتاوی الجدیدة، ۳۳۲/۱)، سبحانی (نظام النکاح، ۲۴۹/۱؛ همو، الحج، ۲۲۷/۲) موافق این دیدگاه هستند.

ادله: دلیلی که این اندیشه می‌آورد آن است که شخصی که از زنا به دنیا آمده است از نظر لغت، عرف و شرع ولد زانی و زانیه به شمار می‌رود (خویی، موسوعة، ۷۰/۳؛ طباطبایی، علی‌بن محمد، ۳۷۵/۲). **تحلیل:** با بررسی کتب اهل لغت، آنها ولد را چنین معنا کرده‌اند: «كُلُّ مَا وَلَدَهُ شَيْءٌ» (مقری، ۶۷۱/۲؛ طریحی، ۱۶۵/۳). باتوجه به معنای فوق چون ولد زنا محصول دو نفر است و از آنها به دنیا می‌آید فرزند آنهاست. همچنین به پدر و مادر طبیعی که انسان از آنها به وجود آمده است، به ترتیب والد و والده گفته می‌شود (قرشی بنابی، ۲۴۳/۷). بنابراین، فرزندی که از رابطه دو نفر به وجود می‌آید به آنها ملحق می‌شود و در این امر فرقی بین ولد زنا و ولد شرعی نیست.

عرف نیز وقتی ببیند که فرزندی توسط زنی با مشارکت مردی به دنیا آمد، قطعاً فرزند را به والدین حقیقی آنها نسبت می‌دهد؛ زیرا برای عرف فرقی نمی‌کند که این فرزند حاصل از نکاح است یا زنا، همان طور که این فقها تصریح به ولد عرفی می‌کنند (سبحانی، نظام النکاح، ۲۴۹/۱؛ همو، الحج، ۲۲۷/۲). شرع نیز به کسی که از راه زنا آمده باشد، ولد می‌گوید؛ ازاین‌روست که در روایات و اقوال فقها «ولد زنا» کاربرد دارد و همه فقها ولد بودن شخص متولد از زنا را قبول دارند، اما وی را ولد شرعی نمی‌دانند؛ زیرا از پدر شرعی به دنیا نیامده است تا ولد شرعی باشد. باین‌وجود در اصل حکم خللی ایجاد نمی‌شود، زیرا بسیاری از احکام روی عنوان ولد رفته است (ولد بما هو ولد)؛ مثل ارث، حضانت، ولایت، عدم قصاص پدر به سبب قتل ولد و... بدون اینکه فرقی بین ولد شرعی با ولد زنا شده است.

شاید به همین دلیل باشد که برخی گفته‌اند ولد زنا در حکم ولد شرعی است و فقط در مسئله ارث

علی آبادی؛ حکم ازدواج زن باردار از رابطه نامشروع از منظر فقه و حقوق ایران با نگاهی به .../۱۳۳

چون نص وجود دارد شامل ولد زنا نمی شود (همان، ۲/۲۲۷).

با اینکه ماده ۱۱۶۷ الحاق ولد زنا به زانی و زانیه را نفی می کند، اما طبق رأی وحدت رویه ۶۱۷ دیوان عالی کشور در خصوص اثبات نسب و اخذ شناسنامه (۴۷۶) نقل از شماره ۱۵۲۹۳، ۱۰/۶/۱۳۷۶ روزنامه رسمی، شماره ۱۹۲۰ ق، ۱۴/۵/۱۳۷۶ و با استناد به فتوای امام خمینی، حکم اشتراک ولد زنا با ولد شرعی کرده است و فقط رابطه توارث را نفی کرده است.

نتیجه آنکه از دیدگاه مشهور فقها بین ولد زنا و زانیان هیچ گونه رابطه نسبی وجود ندارد و فقط نکاح استثنا شده است، اما بنا بر رأی وحدت رویه که لازم الاجراست، بین ولد زنا با زانیان رابطه نسبی برقرار است و فقط توارث بین آنها وجود ندارد.

۲.۶. ازدواج زانیه باردار با غیرزانی

شیخ طوسی در المبسوط می نویسد: ازدواج زانیه باردار در زمان بارداری جایز است، اما وطی و هم بستری زن جایز نیست و باید تا وضع حمل صبر کند؛ حال اگر ازدواج انجام شد و زوج وطی انجام داد، در این صورت اگر فاصله بین هم بستری تا تولد فرزند کمتر از شش ماه باشد، به اتفاق فقها فرزند به زوج ملحق نمی شود و نیازی به لعان نیست. اما در صورتی که فاصله هم بستری تا وضع حمل بیشتر از شش ماه شد و زوج دچار شک و شبهه شد که آیا آن فرزند متعلق به وی است یا خیر، در این صورت اگر ظن دارد که متعلق به وی نیست با لعان فرزند را از خود نفی کند، اما اگر ظن دارد که فرزند خودش است و قبول کند، فرزند به وی ملحق می شود (۲/۲۰۳).

نتیجه گیری

۱. در خصوص جواز یا عدم جواز ازدواج زانیه باردار از رابطه نامشروع در زمان بارداری سه نظر وجود دارد: ۱. مشهور فقها قائل به جواز ازدواج زانیه حامل حامل با زانی یا غیرزانی هستند؛ ۲. برخی از فقها قائل به عدم جواز ازدواج زانیه حامل هستند؛ ۳. ازدواج جایز است و وطی جایز نیست.
۲. از نظر مشهور فقها، ازدواج زنی که شوهر ندارد و از راه نامشروع باردار شده است در زمان بارداری جایز است، اما ادله آن ها ناتمام است. حقوق ایران نیز از رأی مشهور تبعیت کرده است.
۳. در مقابل، مانعان ازدواج در زمان بارداری علاوه بر تمسک به عمومات باب عده معتقدند که هر چند نطفه زانی محترم نیست اما نطفه مردی که قصد دارد با وی ازدواج کند محترم هست و برای حفظ میاه و انساب از اختلاط چنین ازدواجی جایز نیست.
۳. قول سوم قائل به تفصیل شده اند؛ یعنی ازدواج در زمان بارداری جایز می دانند اما وطی و هم بستری

را جایز نمی‌دانند. دلیل این‌ها اصل برائت ذمه است که باتوجه به روایات دال بر وجب استبراء نوبت به اصل عملی نمی‌رسد.

۴. بنا بر نظر نگارنده، دیدگاه کسانی که ازدواج در زمان بارداری را جایز نمی‌دانند ترجیح دارد، چون برای شارع حفظ انساب مهم است و در صورت ازدواج ممکن است زن دوباره باردار شود که این امر سبب اختلاط میاه و انساب می‌شود و از نظر علم پزشکی زنی که بارداری وی ثابت شده است در صورت نزدیکی با همسر یا مرد دیگری امکان بارداری مجدد وی وجود دارد که به آن بارداری مضاعف یا سوپرفتاسیون گفته می‌شود و در موارد متعددی نیز رخ داده است.

۵. اما سرنوشت فرزند باردار بعد از ازدواج زانی به این صورت است که اگر زانیه با زانی ازدواج می‌کند مشهور می‌گوید: فرزند به زانی ملحق نمی‌شود، اما معاصران به جز ارث، در بقیه حقوق قائل به اشتراک ولد زنا با ولد شرعی هستند و در صورت ازدواج با غیر زانیه فرزند به زوج ملحق نمی‌شود.

منابع

قرآن کریم

- ابن‌ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن‌بابویه، محمد بن علی، کتاب من لایحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ابن‌براج، عبدالعزیز بن‌نحیر، المذهب، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- اشتهاردی، علی‌پناه، مدارک العروة، تهران: دار الأسوة، ۱۴۱۷ق.
- اکرامیان، مریم، «آیا ممکن است در هنگام بارداری دوباره حامله شویم؟»، ۱۷ مرداد ۱۳۹۹، healxapp.com.
- بحرانی، یوسف بن‌احمد، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، قم: آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم: دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
- خمینی، روح‌الله، موانع ارث، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۹۲.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- خویی، ابوالقاسم، معجم رجال الحديث، قم: مؤسسه الخونی الإسلامية، ۱۴۰۹ق.
- _____، موسوعة الإمام الخونی، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخونی، ۱۴۱۸ق.
- دانشمند، فرشته، «بارداری مضاعف چیست؟»، بی‌تا، drfereshtedaneshmand.ir.
- سبحانی تبریزی، جعفر، الحج فی الشریعة الإسلامية الغراء، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۴ق.
- _____، نظام النکاح فی الشریعة الإسلامية الغراء، قم: مؤسسه امام الصادق (ع)، بی‌تا.

علی آبادی ؛ حکم ازدواج زن باردار از رابطه نامشروع از منظر فقه و حقوق ایران با نگاهی به .../۱۳۵

- سند، محمد، سند العروة الوثقی: کتاب النکاح، قم: فدک، ۱۴۲۹ق.
- شبیروی زنجانی، موسی، کتاب نکاح، قم: رأی پرداز، ۱۴۱۹ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، قم: کتاب فروشی مفید، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- طباطبایی، علی بن محمد، ریاض المسائل، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ق.
- طباطبایی، محمد کاظم، العروة الوثقی مع التعليقات، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۰ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، تهران: کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
- طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۳۹۰ق.
- _____، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- _____، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: مرتضوی، ۱۳۸۷ق.
- _____، تهذیب الأحکام، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
- _____، رجال، قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۵ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم: آل البيت (ع)، ۱۳۸۸ق.
- _____، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، مفاتیح الشرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بی تا.
- _____، الشافی فی العقائد و الأخلاق و الأحکام، تهران: دار نشر اللوح المحفوظ، ۱۴۲۵ق.
- قائمی نجفی، محمد، «آزمایش های پزشکی اگر مفید علم و یقین باشد، حجت است»، ۲ دی ۱۳۹۹، <http://meftaah.com>.
- _____، درس خارج فقه پزشکی، ۱۳۹۹، qaeninajafi.ir.
- قرشی بنابی، علی اکبر، قاموس قرآن، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۴۱۲ق.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، انوار الفقاهة: کتاب الطلاق، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.
- کانینگهام، افگری و دیگران، بارداری و زایمان و یلیامز، ترجمه بهرام قاضی جهانی، تهران: گلبان، ۱۳۹۷ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق.

_____، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۴ق.
مجلسی، محمدتقی بن مقصود علی، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶ق.

محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الأحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
مرعشی، شهاب الدین، منهاج المؤمنین، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق.
مفید، محمد بن محمد، المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
مقری، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم: دار الرضی، بی تا.
مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴ق.
_____، الفتاوی الجديدة، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷ق.
موسوی عاملی، محمد بن علی، نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ق.
نجاشی، احمد بن علی، رجال النجاشی، به تحقیق سید موسی شبیری زنجانی، قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۶ق.
وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية-الکویت، الموسوعة الفقهية الكويتية، کویت: دار السلاسل، ۱۴۰۴ق.
«بارداری مضاعف چیست؟»، ۱۳ اردیبهشت ۱۳۹۹، harpy.ir.

<https://www.news-24.com/life/archive/can-you-fall-pregnant-when-youre-already-pregnant-20180508>

۲۰۱۸۰۵۰۸pregnant-

«زنی طی سه هفته دوبار باردار شد و دو پسر به دنیا آورد»، ۸ آوریل ۲۰۲۱م، <https://sptnkne.ws/FSD3>.
«زنی که از راه غیر مشروع باردار شده است، جهت ازدواج (موقت یا دائم) چقدر باید عده نگه دارد؟»، ۲۱ آبان ۱۳۹۹، www.islamquest.net.

سامانه ملی آرای قضایی، «ارزش اثباتی آزمایش DNA در دعوی نفی نسب»، ۲۰ مهر ۱۳۹۲، www.islamquest.net.
Hyperlink reference not valid.

سامانه ملی آرای قضایی، «دعوی لعان بعد از اقرار به رابطه بنوت»، ۱۳ آذر ۱۳۹۲، <http://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/>.

«عجیب اما واقعی: بارداری مضاعف یا باردارشدن مجدد همزمان با بارداری چیست؟»، سایت مادرشو، ۱ اسفند، ۱۴۰۰، <https://madarsho.com/article/getting-pregnant-when-you-are-already-pregnant>



Investigating the relationship between the word "Tasalom" and similar concepts



Dr. Fateme Fallah Tafti

Assistant Professor of Islamic Jurisprudence and Law Department, Allame Tabataba'i University, Tehran, Iran, **Email:** f.fallah@atu.ac.ir

Abstract

Conceptology and the correct understanding of words is a scientific discussion because understanding concepts plays a major role in judging scientific evaluations. The word "Tasalom" is one of the most widely used words in contemporary jurisprudential texts that identifying its position and how to use it can play an important role in understanding jurisprudential content and valuing it. In this article, in a descriptive and analytical way, we have tried to identify this concept and examine its relationship with other similar concepts such as consensus, non-contradiction, agreement, fatwa reputation, and necessity. According to research findings, "Tasalom" in terms of burden of jurisprudential concept is different from all seemingly similar words.

Consensus requires the discovery of the infallible's opinion, and whether or not there is proof of the consensus is effective in its validity. Agreement and non-contradiction are either lower levels than consensus in the words of jurists, or a word synonymous with consensus that must meet the conditions of consensus. Fatwa reputation is also out of comparison with "Tasalom" due to the fact that its validity is lower than non-contradiction. The relationship between peace and jurisprudential necessity is also different, despite being more similar than others; Including in terms of comparative detail and inclusiveness in relation to all branches, the fact that the issue is certain in the eyes of the jurist who claimed "tasalom", and also its inclusiveness in relation to principle issues of principle in addition to jurisprudence. As a result, "tasalom" has no semantic affinity or synonymy with any of the mentioned concepts

Key words: Tasalom, consensus, agreement, non-contradiction, necessity, fatwa reputation





بررسی نسبت واژه تسالم با مفاهیم مشابه آن



دکتر فاطمه فلاح نقتی

استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، عضو هیات علمی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، جمهوری اسلامی ایران

Email: f.fallah@atu.ac.ir

چکیده

مفهوم‌شناسی درست و فهم صحیح از لفظ، بحثی علمی است؛ از آن‌رو که شناخت مفاهیم، نقش اصلی در ارزش‌یابی‌های علمی دارد. واژه تسالم از کلمات پرکاربرد در متون فقهی معاصر است که شناسایی جایگاه و چگونگی کاربری آن می‌تواند نقش مهمی در فهم مطالب فقهی و ارزش‌گذاری راجع به آن داشته باشد. در این نوشتار به شیوه توصیفی تحلیلی به بازشناسی این مفهوم و بررسی نسبت آن با مفاهیم مشابه دیگر نظیر اجماع، عدم خلاف، اتفاق، شهرت فتوایی و ضرورت پرداخته‌ایم. یافته‌ها بیانگر آن است که تسالم از نظر بار مفهومی فقهی با تمام کلمات به ظاهر مشابه متفاوت است. اجماع نیاز به کاشفیت از رأی معصوم دارد و مدرکی بودن یا نبودن اجماع در حجیت آن مؤثر است. از اتفاق و عدم خلاف نیز یا مراتب پایین‌تر از اجماع در کلمات فقها اراده شده است یا کلمه‌ای هم‌معنای اجماع که می‌بایست شرایط اجماع را داشته باشد. شهرت فتوایی نیز به دلیل اینکه اعتبارش از عدم خلاف پایین‌تر است از مقایسه با تسالم خارج می‌شود. نسبت تسالم با ضرورت فقهی نیز با وجود شباهت بیشتر نسبت به بقیه تفاوت دارد؛ از جمله از نظر جزئیت تطبیقی و شمول نسبت به همه فروع، مسلم بودن مسئله نزد خود فقیه‌ای که ادعای تسالم کرده و نیز شمول آن نسبت به مسائل اصولی افزون بر فقهی. در نتیجه تسالم با هیچ‌کدام از مفاهیم یادشده قرابت معنایی یا ترادف ندارد.

واژگان کلیدی: تسالم، اجماع، اتفاق، عدم خلاف، ضرورت، شهرت فتوایی.

مقدمه

هر علمی دارای موضوعی است و موضوع یا موضوعات علمی نیازمند واژه‌هایی هستند که معرف آن‌ها باشد. علاوه بر این، در هر علمی واژگان در انتقال مفاهیم و اندیشه‌ها نقش اساسی دارند، به‌طوری‌که بدون استفاده از آن‌ها گفتگو ممکن نیست و انتقال میراث علمی و فرهنگی در پهنه زمان غیرممکن می‌شود. در علم فقه نیز واژگانی وجود دارد که بازشناسی آن‌ها از یکدیگر و بیان حیطه و گستره آن‌ها در استنباط احکام می‌تواند کمک شایانی به فهم و استنباط احکام شرعی کند.

واژه تسالم از واژگانی است که به‌طور مکرر در متون فقهی خصوصاً متون معاصر به کار برده شده است و همیشه این سؤال در ذهن دانش‌پژوهان مطرح است که واژه تسالم چه بار معنایی را در بر دارد و تا چه حد می‌تواند در شمار ادله استنباط احکام قرار بگیرد؟ تفاوت آن با واژه اجماع چیست و مفاهیم مشابه دیگر چقدر با دلیل تسالم هم‌پوشانی دارد یا اینکه آیا تسالم کاملاً با آن‌ها متفاوت است یا خیر؟ این سؤالات و سؤالات مشابه دیگر معلول آن است که این مفهوم به‌گونه‌ای نارسا تعریف شده و از مفاهیم مشابه بازشناسی نشده است. درحالی‌که تعریف باید به‌گونه‌ای باشد که فضای مفهوم به‌طور پایدار تثبیت شود تا همه افراد از آن مفهوم فقط یک مطلب را بفهمند و امکان تغییر مفهوم و تعبیرهای گوناگون از آن وجود نداشته باشد.

این نوشتار به‌شیوه توصیفی تحلیلی درصدد شناسایی مفهوم تسالم و بازشناسی آن از مفاهیم مشابه است. درباره این موضوع تنها یک مقاله با عنوان «ادله و مبانی تسالم فقیهان»، نوشته ابوالفضل علیشاهی و دیگران در مجله مطالعات اصول فقه امامیه، شماره دوازدهم به چاپ رسیده است. در این مقاله به تعریف، پیشینه تاریخی و تفاوت تسالم با اجماع، عدم خلاف و شهرت پرداخته شده است و تسالم فقیهان را با تسالم اصحاب متفاوت دانسته و درنهایت نتیجه گرفته است که حجیت تسالم فقیهان از تمام موارد ذکرشده بالاتر است و هیچ تفاوتی با ضرورت فقهی ندارد. البته بحث تسالم در درس خارج برخی از مراجع نیز به صورت بسیار مختصر آمده و به‌طور مشخص در درس خارج آیت‌الله مصطفوی و آیت‌الله زنجانی تفاوت این اصطلاح با اصطلاحات دیگر هرچند مختصر بیان شده است. به نظر می‌رسد نقطه عزیمت نویسندگان مقاله مذکور عمدتاً نظرات آیت‌الله مصطفوی در دروس خارجشان است که مطالعه این دروس این معنا را روشن می‌سازد.

بررسی تسالم و بازشناسی از مفاهیم مشابه آن مانند اجماع، اتفاق، عدم خلاف، شهرت فتوایی و ضرورت بحثی است که باید به‌طور کامل ابعاد آن روشن شود؛ هرچند که برخی از این موارد نیز در مقاله فوق نیامده است و نتایج گرفته‌شده نیز در مقاله حاضر متفاوت است. بدین منظور در این نوشتار ابتدا

مفاهیم مشابه واژه تسالم مانند اجماع، اتفاق، عدم خلاف، شهرت فتوایی و ضرورت به طور کامل بررسی می شود و کاربرد آن ها در متون فقهی مورد مذاقه قرار می گیرد و در نهایت به بحث تسالم، حجیت آن و تفاوت این اصطلاح با اصطلاحات مذکور پرداخته می شود.

۱. مفاهیم مشابه تسالم

برای روشن شدن معنای اصطلاحی تسالم که در کلمات فقها به کار می رود ابتدا باید این کلمه از معانی مشابه خود بازشناسی شود تا جایگاه و کاربرد هر یک مشخص شود. لازم به ذکر است پس از بررسی مفاهیم، تفاوت ها و شباهت های این واژگان با تسالم بیان می شود. این مفاهیم عبارت اند از: اجماع، اتفاق، عدم خلاف، شهرت فتوایی و ضرورت.

۱.۱. اجماع

لغویان برای اجماع معانی متعددی ذکر کرده اند؛ از جمله عزم، اتفاق، آماده کردن، سبک گردانیدن، الفت دادن، خشک کردن، راندن شتر به سوی جاده امن از دزدها، سامان دادن کاری و معانی دیگر. اما صاحب التحقیق بیان می کند که اجماع در اصل یک معنا دارد و آن همان گردآوردن و پیوند دادن اشیای مختلف است و بقیه معانی به نحوی قابل ارجاع به این معناست (مصطفوی، ۱۰۸/۲).

اما از نظر اصطلاح، تعاریف متعدد و متفاوتی از مکتب خلفا و مکتب اهل بیت بین قدما و متأخران وجود دارد و این ناشی از اختلاف در شرایط حجیت اجماع است. در میان اهل سنت می توان به این تعاریف اشاره کرد: اتفاق بزرگان و علمای اسلام در هر عصری بر حکمی از احکام اجماع است، اگر مردم عادی را دخیل ندانیم وگرنه اجماع است اگر همه امت بر حکمی از احکام در هر عصری اتفاق کنند (آمدی، ۶۸/۱)؛ مراد ما از اجماع، اتفاق امت محمد است بر امری از امور (غزالی، ۱۲۷)؛ اتفاق فقهای امت پیامبر اسلام (ص) بعد از ارتحال آن حضرت در عصری از عصور بر حکمی از احکام شرعیه (زحیلی، ۴۹۰/۱)؛ اتفاق مهاجرین و انصار و همچنین اتفاق علمای اهل سنت در همه شهرها و در عصر خودشان در مسئله ای (خوارزمی، ۲۰)؛ اجماع همه مجتهدان در عصر خودشان (حسن، ۲۵) و... .

اهل سنت علی رغم اختلاف تعبیری که در توضیح و تفسیر اصطلاحی اجماع دارند، در حجیت اجماع اتفاق دارند و اجماع را در ردیف سایر ادله و منابع استنباط احکام قرار می دهند و آن را یکی از منابع مستقل برای رسیدن به حکم شرعی می دانند و حتی برخی پا را فراتر گذاشته و در مقام تعارض اجماع و کتاب و سنت، اجماع را مقدم دانسته و حتی مخالف آن را گمراه و کافر دانسته اند (شوکانی، ۷۴/۲). ولی علمای شیعه اجماع را دلیل مستقلی در عرض کتاب و سنت نمی دانند. ایشان اجماع را تنها به این دلیل که

کشف از قول معصوم می‌کند حجت می‌دانند. درحقیقت، حجیت مربوط به سنت است که اجماع کاشف از آن است؛ ازاین‌رو، شیعه اجماع را بر اتفاق جماعت اندک نیز اطلاق می‌کند، هرچند در اصطلاح چنین اتفاقی را اجماع نگویند و اجماعی را که کشف از قول معصوم نکند اجماع نمی‌گویند، هرچند تعداد اجماع‌کنندگان هم زیاد باشد و در اصطلاح نیز به آن اجماع گویند. این مطلب اساس اختلاف شیعه و سنی در خصوص اجماع است (مظفر، ۸۷/۲).

بنابراین، در باب حجیت اجماع دو مبنای اساسی وجود دارد: أ. مبنای استقلالی که مبنای اهل سنت است. بر این اساس، اجماع یکی از ادله اربعه است؛ ب. مبنای کشفی که مبنای شیعه امامیه است و بر این اساس، اجماع یکی از ادله اربعه نیست؛ زیرا طبق این مبنا تابع سنت و کاشف از آن است. به عبارت دیگر، اجماع در ردیف دلایل چهارگانه شمرده شده است، لیکن دلیل مستقلی نیست؛ بلکه قول معصوم (ع) حجت است و اجماع در صورتی حجت است که کاشف قطعی از قول معصوم باشد. ازاین‌رو، طرح آن در فقه در کنار کتاب و سنت، جنبه صوری و ظاهری دارد. صاحب‌نظران اصولی شیعه راه‌هایی برای کشف اجماع ذکر کرده‌اند که مهمترین آن‌ها عبارت‌اند از: راه لطف، حس، حدس و تقریر (هاشمی شاهرودی، ۲۵۳/۱).

۲.۱. اتفاق

اتفاق از ریشه وفق به معنای نزدیک شدن و اجتماع کردن بر امر واحد (مرتضی زبیدی، ۴۸۶/۱۳) و مطابقت دو چیز بر هم (راغب اصفهانی، ۸۷۷) و موافقت کردن با یکدیگر (ابن منظور، ۳۸۲/۱۰؛ فیومی، ۶۶۷/۲) است.

درباره معنای اصطلاحی این واژه باید گفت: با تتبع در آرای فقها و اصولیان قدیم و معاصر می‌توان دریافت که واژه اتفاق به دو معنا به کار برده شده است:

۱. معنای لغوی؛ به معنای وفاق تمام است که هیچ مخالفی وجود ندارد و در آن نیازی به کاشفیت از رأی معصوم نیست. در این معنا اتفاق نظرهای عقلایی و عرفی وجود دارد و لذا در اصول فقه هرگاه می‌خواهند از نظر تمام اصولیان بر مطلبی خبر دهند از واژه اتفاق استفاده می‌کنند (نائینی، فوائد الاصول، ۹۰/۱؛ انصاری، فوائد الاصول، ۲۵/۱؛ آخوند خراسانی، ۵۷؛ خویی، ابوالقاسم، الهدایة، ۳۰/۴ و...) و نیز در کلمات فقها این معنا به کار رفته است؛ ازجمله آنکه امام خمینی (ره) می‌فرماید: «وَمَا اتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ، بَأَنَّ الْبَيْعَ تَمْلِيكَ الْأَعْيَانِ، وَالْإِجَارَةَ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ» (خمینی، البیع، ۴۲/۱)؛ فقها در فرق بین بیع و اجاره اتفاق نظر دارند که بیع تملیک اعیان است و اجاره تملیک منافع و... که همان طور که ملاحظه می‌شود معنای لغوی اراده شده است و در واقع بیانگر نوعی وفاق بین تمام

فقه‌است.

۲. معنای دیگر اتفاق، معنایی است که مترادف با معنای اجماع به کار رفته است و با این وصف، این واژه اصطلاح خاصی در مقابل اجماع نیست و فقها برای تعریف اجماع از این واژه استفاده کرده‌اند و می‌توان گفت: غالب مواردی که کلمه اتفاق در کلمات فقها به کار رفته است به معنای اجماع مصطلح است؛ از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: «أن اتفاق جميع الفقهاء يستلزم القطع بقول الإمام عليه السلام عادة» (انصاری، فرائد الاصول، ۵۰۷/۱)؛ «بل اتفق الفقهاء فيها في كونها إجماعياً و كونها حجة كما لا يخفى على المطلع بأحواله» (بهبهانی، تعلیقه علی ذخیره المعاد، ۴۸۶/۱). در برخی عبارات نیز صریحاً این دو واژه به جای هم به کار برده شده و بیانگر معنایی مترادف با معنای اجماع است: «قال: الأصل الثالث الإجماع و هو اتفاق علماء الطائفة على أمر في عصر» (ابن بابویه، ۵) یا عبارت «و أيضا فقد أجمعنا و اتفقنا على نجاسة مائها فيحتاج طهارته إلى إجماع و اتفاق» (ابن ادریس، ۸۲/۱)؛ «و فقيه آخر لا يرى استكشاف رأي المعصوم إلا من اتفاق علماء جميع الأعصار» (خویی، الهدایة، ۱۶۳/۴۷) و نیز عبارت «أنه لا يمكن انكار وجود الإجماع و الاتفاق على عدم جواز هتك ما هو من المحترقات في الدين، بل ربما عدّ بعضهم هذا من ضروريات الدين، و الفقيه المستمع يجد هذا الاتفاق في موارد كثيرة من صغريات هذه القاعدة من غير تكبر من أحد» (بجنوردی، حسن، ۲۹۵/۵) و ...

باتوجه به آنچه گفته شد می‌توان به این جمع‌بندی رسید که بنا بر معنای اول، اتفاق و اجماع دو واژه جداگانه‌اند و به نظر می‌رسد که واژه اتفاق قلمرویی وسیع‌تر از اجماع دارد؛ بدین معنا که زمانی از واژه اتفاق استفاده می‌شود که علما بر مطلبی اتفاق نظر داشته باشند؛ خواه کاشف از رأی معصوم باشد یا نباشد، ولی در استفاده از واژه اجماع تنها کشف مهم است، حال اتفاق نظری بین فقها باشد یا خیر. بر این اساس، اتفاقی که کاشف از رأی معصوم نباشد پایین‌تر از اجماع است. اما بنا بر اطلاق دوم این دو واژه، دو واژه جداگانه از هم نیستند و به یک معنا به کار می‌روند و موارد کاربرد آن هم در جایی است که واژه اجماع و اتفاق با هم در یک عبارت به کار برده شود، در نتیجه همان خصوصیات اجماع را خواهد داشت و در باب حجیت آن، هر آنچه در باب اجماع می‌آید اینجا نیز یکسان است. بنابراین، ادعای اینکه همیشه واژه اجماع و اتفاق دو واژه جداگانه هستند یا اینکه بار معنایی اتفاق درجه‌ای پایین‌تر از اجماع است (ساعدی، ۱۵۳) صحیح به نظر نمی‌رسد.

۳.۱. عدم خلاف

خلاف از ریشه خلف به ضم خاء، به معنای مخالف بودن (صاحب‌بن‌عباد، ۳۴۷/۴) و مخالفت کردن دو نفر با یکدیگر است (مرتضی زبیدی، ۱۹۹/۱۲؛ فیومی، ۱۷۹/۲). برخی از اهل لغت آن را به معنای

ضدیت دو نفر با یکدیگر معنا کرده‌اند (ابن منظور، ۸۶/۹) اما راغب می‌نویسد: خلاف، اعم از ضد است و به عبارتی هر نوع مخالفتی به معنای ضدیت دو چیز با هم نیست و چون گاهی اوقات این اختلاف به منازعه و مجادله و ضدیت دو چیز به هم می‌انجامد، برخی از خلاف معنای ضدیت را فهمیده‌اند (۲۹۴). بر این اساس، عدم خلاف از نظر لغوی یعنی مخالفت نکردن با مسئله‌ای است.

برای فهم معنای اصطلاحی ابتدا باید کاربرد این عبارت در کلام فقها بررسی شود. لازم به ذکر است که تعبیر عدم خلاف و بلاخلاف غالباً در کلمات فقها یکسان به کار برده شده است. با تتبع در آرای فقها می‌توان در مجموع معانی زیر را استخراج کرد:

۱. هرگاه بلاخلاف به کار رود و بعد از آن عدم وجدان یا لم اجده به کار رود به معنای آن است که نویسنده فقط مطلب مخالفی با نظر خود نیافته است و البته این درباره کسانی است که به نحوی متعرض مسئله شده‌اند، وگرنه از سکوت نمی‌توان احراز کرد که فقه‌های دیگر آن مسئله را قبول دارند. محقق اردبیلی در زبدة البیان در موارد متعدد عدم خلاف را به کار برده است و مرادش نیافتن مورد مخالف در مسئله است و عبارات «الظاهر عدم خلاف فیه»؛ «شرط اعتقاد عدم الوجدان فی محلّه، و الظاهر عدم خلاف فیه» (مقدس اردبیلی، ۲۵۹) «و الأصل فی الحکم بعد عدم خلاف فیه أجده» (طباطبایی، ۱۶۴/۶) دلالت بر این مطلب دارد. بر این اساس، بلاخلاف عبارت است از اینکه آن‌هایی که مسئله را عنوان کرده‌اند نسبت به حکم آن اختلافی ندارند. بنابراین، ممکن است اکثر فقها متعرض مسئله نشده باشند اما آن کسانی که مسئله را مطرح کرده‌اند راجع به حکم آن اتفاق نظر دارند (شیری زنجانی، ۹۴/۱۰/۷). بر اساس این معنا از بلاخلاف که چند نفر مسئله‌ای را عنوان کرده و به آن فتوا داده باشند نمی‌توان حجیت لایخلاف را پذیرفت و جزء ظنون است که دلیلی بر اعتبار آن نداریم.

۲. برخی فقها از عدم الخلاف تعبیر به اجماع می‌کنند و به تعبیر بهتر آن را لازم و ملزوم یکدیگر می‌دانند، چنانچه صاحب جواهر بر این عقیده است: «و علیه فتوی العلماء کما فی منظومة الطباطبائی، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه لما ستعرف من عدم خلاف من ظن خلافه فی ذلک» (۱۹۹/۱۰). در این عبارت، صاحب جواهر شرط تحصیل اجماع را عدم خلاف می‌داند. البته شاید در اینجا بتوان گفت ایشان عدم الخلاف را از شرایط اجماع می‌داند اما میرزای قمی به طور صریح علت اجماع را در مسئله مدّ نظر عدم خلاف می‌داند: «و ظاهر این است که دلیل در مسئله اجماع ایشان باشد. چون خلافتی در مسئله نقل نکرده‌اند و...» (۱۴۵/۳) یا جناب بهبهانی واژه اتفاق که به معنای اجماع است را با عدم خلاف با هم آورده و می‌نویسد: «رأیت فی «التذکرة» أنّه ادّعی علی ذلک إجماع جمیع العلماء و عدم خلاف منهم» (مصباح الظلام، ۴۱۷/۸). شهید ثانی نیز در باب مشروعیت قاضی تحکیم بیان می‌کند که مورد پذیرش مشهور

فقه‌ها قرار گرفته و دلیل‌هایی از کتاب، سنت و اجماع بر آن اقامه کرده‌اند و درباره آن ادعای اجماع و عدم خلاف شده است (۲۸۳/۲) یا این عبارات: «گروهی از فقها ادعای عدم خلاف و اجماع کرده و مقدم کردن مباشر را بر سبب از بدیهیات دانسته‌اند» (بجنوردی، حسن، ۱۷/۱). «در صورت بخشیدن مدت قبل از دخول، نصف مبلغ مقرر را متعه تسلط دارد نه بیشتر و اگر بیشتر داده باشد استرداد می‌کند... و ظاهر کلام بعضی دیگر، اجماع و عدم خلاف است (نراقی، رسائل و مسائل، ۷۰/۱) و... اگر این معنا در کلمات فقها اراده شود، همان بحث حجیت اجماع و شرایط آن می‌آید و بحث مستقلاً درباره حجیت آن مطرح نیست. ۳. برخی از فقها نیز آن را مرتبه پایین‌تر از اجماع می‌دانند. عبارت‌های زیر بیانگر این معنا از عدم خلاف است:

«مضافاً إلى عدم خلاف من الأصحاب فيما ذكرنا، بل دعوى الإجماع من صاحب الجواهر قدس سره بقسمیه فی الصورتین...» (بجنوردی، حسن، ۱۱۱/۶)؛ «اللّٰهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ إِجْمَاعٌ كَمَا نَقَلَ عَنْ الْغَنِيَّةِ أَوْ عَدَمَ خِلَافٍ يَسْتَكْشِفُ مِنْهُ ذَلِكَ.» (گلپایگانی، ۱۶۲/۲)؛ «قد مرَّ عدم خلاف الأصحاب بل إجماعهم على قتل المفعول مطلقاً...» (موسوی اردبیلی، ۶۶/۲)؛ «بنابراین، ما معتقدیم عموماً اولات الاحمال متعه را شامل نیست... واهمه‌ای از اجماع نداریم؛ چون اجماع نیست، بلکه عدم خلاف است» (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۷۸/۵). درباره این معنا از عدم خلاف می‌توان گفت حجیت ندارد؛ زیرا جزء ظنونی است که دلیلی بر حجیت آن نیست.

۴. برخی از فقها عدم خلاف را مستند به شهرت می‌کنند و به عبارتی دلیل شهرت، عدم خلاف می‌شود. به نمونه‌هایی از این نوع معنا در کتب فقها اشاره می‌شود. محقق سبزواری می‌فرماید: «... هذه الأخبار واضحة الدلالة على المدعى مع كون أكثرها معتبرة صالحة للحجّة واعتضاها بالشهرة بين الطائفة وعدم خلاف متحقق فلا وجه لتوقف بعض المتأخرين في الحكم المذكور» (محقق سبزواری، ۴۲۲/۲). در این عبارت، پشتوانه روایات را در مسئله ادعاشده شهرت است و در نتیجه عدم خلاف ثابت می‌شود. در عبارت جامع المدارک شهرت و عدم خلاف درخور توجه، عمده دلیل حکم شمرده شده است و این دو لازم و ملزوم یکدیگر قلمداد شده است: «فيه إشكال لأن اختصاص الحكم في الإبل بصورة عدم التحرك لا يوجب الاختصاص فيما نحن فيه كما لا يخفى و العمدة الشهرة و عدم خلاف معتد به» (موسوی خوانساری، ۵۸۶/۲). صاحب ریاض در معرفی کسانی که ولی کسی هستند که وصی ندارد به عدم خلاف در خصوص افراد مطرح شده استناد می‌کند و قوی‌ترین مؤید آن را شهرت می‌داند: «و من لا وصی له فالحاکم ولی ترکتہ بلاخلاف فيه و... و نحو ذلك من المؤیدات القویة التي أعظمها الشهرة العظيمة التي كادت تكون إجماعاً» (۳۴۸/۱۰). امام خمینی (ره) درباره حکم استحاضه قلیله قائل به عدم خلاف شده است و دلیل آن را شهرت

قطعی می‌داند: «بلاخلاف صریح أجده فيه كما في الجواهر وعن شرح الإرشاد لفخر الإسلام إجماع المسلمين عليه و تدلّ عليه الشهرة القطعية الكاشفة عن معروفية الحكم من لدن زمن الأئمة عليهم السلام في الاستحاضة القليلة...» (خمینی، روح‌الله، کتاب الطهارة، ۱/۲۴۹) یا در جای دیگر از بلاخلاف و شهرت یک معنا برداشت شده است؛ «و من ناحية الصورة الثانية يحسن أن نعطيها بعض الكلام. قال الشيخ الأنصاري قدس سره: إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله بلاخلاف إلا ما يحكى من ظاهر الإسكافي. أقول: وهذا يعني أن الشهرة حاصلة بشكل يعتبر خلافها شذوذاً (صدر، محمد، ۳/۳۶۸). بر اساس این معنا، حجیت عدم‌خلاف باید به حجیت شهرت فتوایی ارجاع داده شود و اگر در بحث شهرت فتوایی آن را حجیت دانستیم، عدم‌خلاف نیز حجت خواهد بود.

۱. ۴. شهرت فتوایی

از لفظ شهرت معمولاً معروف و مشهوربودن، ظاهر و آشکارشدن، فاش‌گشتن و علنی‌شدن به ذهن ما خطوط می‌کند که با معنای حقیقی آن کاملاً هماهنگ و متناسب است. صاحب لسان العرب در معنای شهرت می‌نویسد: «الشهرة ظهور الشئ في شئعه حتى يشهره الناس» (ابن‌منظور، ۴/۴۳۱). در تاج العروس نیز همین معنا آمده است (۷/۶۶) و صاحب مجمع البحرین می‌نویسد: «شهر سیفه‌ای سله یعنی شمشیرش را آشکار کرد» (۳/۳۵۶). دیگر اهل لغت نیز همین معنا را با عباراتی نظیر وضوح الامر و... آورده‌اند.

میان معنای لغوی و معنای اصطلاحی شهرت در علم اصول تناسب و هماهنگی کامل مشهود است؛ زیرا در اصطلاح اصولی آن شهرت به سه قسم آمده است؛ ۱. شهرت روایی که عبارت است از شیوع نقل خبر از سوی شماری از راویان به‌گونه‌ای که به حد تواتر نرسد. بر این اساس، روایت مشهور به روایتی گفته می‌شود که از سوی راویان متعدد نقل شده است و نقل آن میان روات و ارباب حدیث اشتهاار دارد (سبحانی تبریزی، ۲/۵۹). ۲. شهرت عملی که عبارت است از استناد شمار بسیاری از فقیهان به روایتی در خصوص حکمی شرعی؛ به عبارت دیگر، هرگاه تعداد زیادی از فقها با استناد به روایتی درباره مسئله‌ای به شکلی واحد فتوا بدهند، شهرت عملی محقق می‌شود (مظفر، ۳/۱۶۹). معمولاً فقها این نوع از شهرت را سبب جبران ضعف سند روایت و احیاناً دلالت آن می‌دانند؛ ۳. شهرت فتوایی که عبارت است از شیوع و اشتهاار فتوایی در میان فقها با فرض معلوم‌نبودن مستند فتوای مشهور؛ یعنی معلوم نباشد مشهور فقیهان بر اساس چه مدرک و مستندی فتوا داده‌اند یا اساساً خبری وجود نداشته باشد (انصاری، فرائد الاصول، ۱/۱۰۵؛ مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۲/۴۱۷).

دو مبحث اجماع و شهرت قرابت و نزدیکی زیادی به یکدیگر دارند و در مواردی بحث‌های آن‌ها به

یکدیگر مرتبط می‌شود، مهمترین وجه اشتراک اجماع و شهرت، کاشفیت آن دوست؛ به این صورت که فقها و اصولیان امامیه برای اجماع و شهرت حجیت ذاتی و اصلی قائل نیستند، بلکه هویت آن‌ها منوط به کاشفیت از قول و نظر معصوم (ع) است. شهرت فتوایی فقها نیز در صورتی حجیت دارد که کاشف از قول معصوم باشد. بنابراین، برای احراز کاشفیت در اجماع و همچنین در شهرت، تفحص و بررسی آرا و نظریات فقها لازم و ضروری است. در اجماع معمولاً به آرا و نظریات تمام فقها توجه می‌شود؛ اما در شهرت، اتفاق جمع کثیری از آن‌ها کفایت می‌کند. به تعبیر شهید محمدباقر صدر، تواتر دلیل استقرائی مباشر است، اما اجماع و شهرت دلیل استقرائی غیرمباشر است (۱۶۵). تفاوتی که میان آن دو از نظر کاشفیت وجود دارد از این روست که اجماع وجود مستندی است که دلالت آن نزد همگان کامل است و حجیت قطعی دارد؛ لذا مخالفت با اجماع‌کنندگان در فتوا جایز نیست، برخلاف شهرت که کاشف از وجود حجت قطعی نزد همگان نیست؛ بلکه نهایت چیزی که از آن استفاده می‌شود آن است که استناد مشهور به چیزی می‌باشد که نزد آن‌ها حجت است و این وجوب، متابعت و پیروی از آن‌ها را اقتضا نمی‌کند (نائینی، فوائد الاصول، ۷۸۸/۴). بر این اساس، شهرت مرتبه پایین‌تر از اجماع و اتفاق نظر فقهاست. باین وجود، نمی‌توان شهرت فتوایی را عین تسالم یا زیر مجموعه‌ای از آن قلمداد کرد. درباره حجیت شهرت فتوایی نیز باید گفت که هیچ دلیل معتبری بر اعتبار این نوع از شهرت وجود ندارد. در مسیر استنباط احکام شرعی از ادله ظن‌آور نمی‌توان استفاده کرد، جز آنکه دلیل قطعی و معتبر بر اعتبار آن وجود داشته باشد؛ بنابراین، چنان‌که غالب اصولیان گفته‌اند شهرت فتوایی به عنوان منبع استنباط بی اعتبار است (انصاری، فوائد الاصول، ۱۰۵/۱؛ آخوند خراسانی، ۳۳۶؛ حکیم، ۲۲۴؛ مظفر، ۱۴۶/۲).

۵.۱. ضرورت

ضرورت از ریشه ضرر و اسم برای مصدر اضطرار است. برخی ارباب لغت آن را به معنای حاجت و نیاز تعریف کرده‌اند (ابن منظور، ۴۸۳/۴؛ جوهری، ۷۲۰/۲؛ فیومی، ۳۶۰/۲؛ فراهیدی، ۷/۷). صاحب التحقيق درباره اصل این کلمه که «ضر» باشد گفته است: ضر، شری است که متوجه چیزی می‌شود و سبب نقصان در آن یا متعلقاتش می‌شود (مصطفوی، ۲۵/۷) و از این رو ضرورت که اسم است را به معنای حالت نقصان و عروض شر معنا می‌کند (همان، ۲۷/۷). اما کلمه ضروری را برخی از لغت‌نویسان بدل ضرورت آورده‌اند و در معنای آن بیان کرده‌اند که ضروری سه گونه است: ۱. ناچاری و الزامی و مقابل کلمه اختیار؛ ۲. نیاز و احتیاجی که باید به واسطه امری برطرف شود؛ ۳. چیزی که خلاف آن امکان ندارد (راغب اصفهانی، ۵۰۵) و صاحب مجمع البحرین نیز ضروری را مرادف با بدیهی و قطعی و یقینی آورده است (۳۷۴/۳).

این لغت در علوم مختلفی مانند منطق، فلسفه، فقه و اصول کاربرد دارد. در اصطلاح منطقی و فلسفی آن در جایی به کار می‌رود که محمولی مثل «الف» از موضوعی مثل «ب» جدایی ناپذیر و انفکاک ناپذیر باشد. در این صورت می‌گویند الف برای ب ضروری است. ضرورت هنگامی که به وجود اضافه شود (یعنی ضرورت وجود برای چیزی)، وجوب و هنگامی که به عدم اضافه شود (یعنی ضرورت عدم برای چیزی) امتناع نامیده می‌شود (صدرالدین شیرازی، ۳۰).

اما در اصطلاح فقهی و اصولی و با تتبع در کلمات فقها می‌توان دریافت که در چهار معنا به کار رفته است:

۱. ضرورت و بدهت دینی و مذهبی: این معنا را عموماً فقها زمانی به کار می‌برند که مسئله‌ای درباره اعتقادات است و قصد ارتباطی با مباحث فقهی را دارند. مراد از ضروری دین آن بخش از آموزه‌های دینی، اعم از اصول و فروع است که ثبوت آن در دین، مسلم و بدیهی است و نیازی به استدلال ندارد و هر مسلمانی، اعم از خواص و عوام آن را می‌داند، مانند معاد، وجوب نماز، روزه و حج و مراد از ضروری مذهب، اصول و فروع بدیهی و مسلم شیعۀ دوازده امامی است؛ از قبیل امامت امامان معصوم (ع)، مشروعیت متعه (ازدواج موقت) و حرمت قیاس (هاشمی شاهرودی، ۱۴۴/۵). فقیهانی همچون صاحب جواهر، ضروری مذهب را برای کسی که دارای آن مذهب است، مساوی ضروری دین دانسته‌اند (۶۰۲/۴۱)؛ برای نمونه، فقها در ملاک حکم مرتد، انکار بدیهیات و ضروریاتی مانند الوهیت و رسالت و... را لازم دانسته‌اند (علم‌الهدی، ۳۴۰/۱) و نیز تحریم مسکرات (همان، ۱۶۰/۱) و خصوصاً خمر (علامه حلی، مختلف الشیعة، ۳۵۹/۸)، وجوب نمازهای پنج‌گانه، حرمت تنجیم (انصاری، کتاب المکاسب، ۲۱۱/۱) و... کلمۀ ضرورت را به کار برده و از آن اراده ضروری دین یا مذهب را کرده‌اند. لازم به ذکر است که این معنا را علمای علم کلام هم به کار می‌برند.

۲. به معنای اضطرار و در مقابل اختیار: با تتبع و بررسی در آثار فقهای متقدم، متأخر و معاصر می‌توان فهمید که در برخی موارد با کاربرست واژه ضرورت در ادبیات فقهی، معنای اضطرار اراده شده است؛ مانند جواز اکل از باغ غیر در حال عبور، چه در حالت ضرورت یا اختیار (علامه حلی، مختلف الشیعة، ۳۵۹/۸)، جواز مسح با برخی انگشتان در حال ضرورت (همو، منتهی المطلب، ۴۸/۲)، جواز تأخیر نماز از اول وقت در وقت سرما (همو، همان، ۱۱۷/۴)، جواز نیابت قرارداد دادن امام شخص دیگری را به جای خود در حالت ضرورت (شهید ثانی، ۳۱۷/۱)، جواز تعلیم به زن اجنبی به سبب ضرورت (شهید ثانی، ۲۳۹/۸) و موارد دیگر از احکامی که فقها واژه ضرورت را به کار برده‌اند، اما مرادشان اضطرار است. هرچند برخی از حقوق‌دانان معاصر (محسنی، ۲۵۸/۳؛ باهری، ۳۴۸؛ گلدوزیان، ۲۰۸/۲) اصرار بر تفاوت این دو واژه

به معنای فوق را دارند و بر اساس عوامل بیرونی و درونی بین اضطرار و ضرورت قائل به تفکیک شده‌اند، اما بررسی فقهی نشان از ترادف این واژگان دارد.

۳. بدهت فقهی: سومین کاربرد ضرورت به معنای ضرورت فقهی است که ضرورت فقه آن است که حکمی بین محققان و مبتدنان واضح و روشن باشد. این نوع از ضرورت، رکن فقه است و فقه بدون آن‌ها شکل نمی‌گیرد. فرق بین ضروری و نظری در اصطلاح منطق و فقه آن است که در فقه ضرورت در برابر مفهوم و مطلبی قرار می‌گیرد که نیاز به استدلال دارد که به آن می‌گوییم امور اجتهادی، لذا آن احکامی که ضروری است نیاز به فحص ندارد و اجتهادی نیست؛ مانند ضمان غاصب (صاحب‌جواهر، ۱۳۶/۳۷)، عدم ملکیت خمر (انصاری، کتاب الکاسب، ۲۰۰/۳)، بطلان معامله بدون تراضی طرفین (همو، همان، ۳۶۴/۳)، نفی ارث‌بری کافر (همو، همان، ۵۹۵/۳) و... که در موارد فوق واژه ضرورت به کار رفته است و مراد، بدهت این مسائل نزد فقهاست که نیازی به استدلال ندارد.

۴. لزوم و وجوب: این معنا بیشتر در کلمات فقها معاصر به کار رفته و همان معنای عامیانه از ضرورت که به معنای وجوب و لزوم امری است، اراده شده است؛ مانند ضرورت عقد نکاح (مکارم شیرازی، الربا و البنک الإسلامی، ۱۲۷)، ضرورت وجود حکومت و...

۲. مفهوم‌شناسی تسالم

پس از بررسی و مذاقه در مفاهیم مشابه تسالم لازم است این واژه هم مفهوم‌شناسی کامل شود تا مشخص شود جایگاه و کاربرد این واژه کجاست. چند سؤال اساسی که مطرح است و باید به آن پاسخ داده شود این است که اولاً فقها آن را به چه معنایی به کار برده‌اند و آیا اساساً برای آن تعریفی شده است یا خیر؟ ثانیاً واژه تسالم از چه زمانی به معنای منبعی برای استنباط احکام در کلمات فقها استعمال شده است؟ ثالثاً حجیت تسالم در نزد فقها چگونه است؟ برای یافتن پاسخ این پرسش‌ها ابتدا معنای لغوی این واژه بررسی و سپس به سؤالات فوق پاسخ داده می‌شود.

۲.۱. واژه تسالم در لغت و اصطلاح فقها

تسالم از ریشه سلم به کسر سین به معنای صلح (فیومی، ۲۸۶)، ضد جنگ (فراهیدی، ۲۶۵/۷)، از بیماری ظاهری و باطنی مصون‌بودن (راغب اصفهانی، ۴۲۱) به کار رفته است. ابن‌منظور در معنای لغوی تسالم، با یکدیگر صلح کردن را می‌آورد (۲۹۳) و صاحب مجمع آن را به یکدیگر دست‌دادن ترجمه کرده است (طریحی، ۹۱/۶).

صاحب کتاب التحقيق فی کلمات القرآن الکریم درباره ریشه این کلمه این‌گونه توضیح می‌دهد: اصل

اولی در این ماده عبارت است از آنچه مقابل دشمنی است و آن موافقت کامل در ظاهر و باطن است، به گونه‌ای که هیچ‌گونه خلافی در بین نباشد و از لوازم این معنا مفاهیمی مانند فرمان‌برداری، صلح و رضایت است (۲۲۷/۵ و ۲۲۹) و به عبارتی دیگر، با نظر به «ما دل سلم» عنصر وفاق و رفع اختلاف را می‌توان برداشت کرد.

شاید بتوان ادعا کرد در میان فقها تنها کسی که به تعریف هرچند مختصر از تسالم پرداخته است آیت الله بجنوردی در کتاب القواعد الفقهية باشد. ایشان در ضمن بیان تفاوت اجماع و تسالم، در تعریف تسالم می‌آورد: آن چیزی که ما حجیت آن را مسلم می‌شماریم و عبارت است از اتفاق همه فقها بر مطلبی بدون آن که مستندی در بین باشد که در این صورت این‌گونه از اتفاق کاشف از آن است که آن‌ها حکم را از امام معصوم (ع) دریافت کرده‌اند (۱۱۰/۲). در درس‌های خارج فقه نیز از فقهای معاصر، آیت الله مصطفوی که فرق واژگان را در دروسشان متذکر می‌شود در تعریف اصطلاحی آن بیان می‌دارد: «یعنی اختلاف بین فقها به‌طوری که عادتاً ناممکن است، ارسال مسلم است؛ یعنی به‌عنوان مطلب مسلم بین کل فقها ثبت شده است. همه فقهای حاضر و غائب و گذشته و آینده به‌عنوان ارسال مسلم که هیچ اختلافی در آن نیست تا به آن برمی‌خورد دیگر تحقیق نمی‌خواهد از مسلمات معتبر است این می‌شود مورد تسالم.» لازم به ذکر است از آنجایی که معنای اصطلاحی این واژه در بیانات فقها صراحتاً نیامده است برای فهم معنای اصلی این واژه نیاز به تتبع در کلمات فقها در باب حجیت تسالم و کاربرد آن در بیاناتشان دارد که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۲.۲. حجیت تسالم در کلمات فقها

در باب حجیت تسالم نظرات فقها تأمل‌برانگیز است؛ برخی آن را کاشف از قطعیت حکم می‌دانند و از آن به‌عنوان سند محکم در استدلالات فقهی یاد می‌کنند (سیفی مازندرانی، ۱۳۸). برخی آن را امر مسلمی می‌دانند که هیچ اشکالی در آن نمی‌توان وارد کرد (آل طوق قطیفی بحرانی، ۱۰۶/۲). آیت الله خوئی تسالم را عموماً همراه با اینکه هیچ اختلافی در آن وجود ندارد بیان می‌کنند. (موسوعة الإمام الخوئی، ۳۷۷/۴؛ ۲۸۱/۴؛ ۹/۳؛ ۳۷۶/۵؛ ۶۶/۶ و...) و بعضی از فقها آن را سبب حصول وثوق به مضمون روایت از سوی معصوم (ع) دانسته‌اند (کوه کمری، ۴۵۵). سیدمحسن حکیم آنچه را اصحاب امامیه بر آن تسالم کرده‌اند را رفع‌شدنی نمی‌داند (۲۴۴/۳). ایشان باوجود تسالم مجالی برای فقیه در توقف در حکم‌دادن نمی‌دانند (همان، ۵۳/۹). آیت الله شاهرودی اثبات وجود تسالم بین فقها را باعث رفع ید از ظاهر و جوب یا حرمت روایت و سبب حمل بر استحباب یا کراهت می‌داند و این دلالت بر اقوابودن تسالم نسبت به ظواهر دارد (۳۶۹/۳ و ۳۷۵ و ۳۶۳ و ۴۱۳ و ۴۱۷). سیدحسن بجنوردی در القواعد الفقهية هر امری که مورد تسالم

فقه‌ها قرار بگیرد را امری مفروغ‌ عنه نزد فقها یاد می‌کند (۳۶۵/۱). امام خمینی (ره) نیز تسالم اصحاب را هم عرض با عدم انکار از طرف همه فقها می‌دانند (الاجتهاد و التقليد، ۶۴۶/۴) و میرزا هاشم آملی به طور صریح تسالم فقها را معادل مسلمات دین شمرده است (۲۱۴/۱). از آنچه ذکر شد مشخص می‌شود که تسالم از نظر فقها با اختلاف تعابیر، امر مسلم و انکارناپذیر است و در نتیجه در حجیت آن بحثی نیست.

۳.۲. کاربرد تسالم در عبارات فقها

شاید بتوان گفت اولین فقیه‌ای که واژه تسالم را به کار برد صاحب مفتاح الکرامه، سید محمدحسین حسینی عاملی در قرن ۱۳ هجری قمری بود. ایشان تسالم را با عباراتی نظیر تسالم الاصحاب (۵۶۱/۷)؛ ۳۲۴/۱۶؛ ۵۹۸/۲۲)، تسالم المطلقون و المفصلون (۸۵/۱۶) و تسالم المتأخرون (همان، ۵۷۳/۲۳) آورده‌اند که همگی بیانگر تسالم فقها در مسئله‌ای است. این واژه در همین قرن ۱۳ هجری قمری در میان فقها رواج داشت و برخی فقها در این دوره و دوره‌های بعد با اصطلاحات دیگری نظیر ارسال المسلمات (نراقی، عوائد الایام، ۳۰۴؛ حسینی مراغی، ۲۴۷/۱ و...)، ارسال المسلم (طباطبایی یزدی، ۱۴۳/۲؛ شریعت اصفهانی، ۷۹؛ مامقانی، حاشیه علی رساله، ۳۲۵؛ خمینی، مصطفی، کتاب البیع، ۴۳۴/۲)، امر متسالم علیه (خوئی، موسوعة الإمام الخوئی، ۶۷/۷؛ همان، ۳۴۶/۸؛ تبریزی، ۳۰۵/۲) و المسلمات المرسله (مصطفوی، محمدکاظم، فقه المعاملات، ۱۸۵؛ همو، مائة قاعدة فقهية، ۷۰) این معنا را به کار برده‌اند.

یکی از فقهایی که به طور گسترده از تسالم استفاده کرده و به خصوص عبارت تسالم الاصحاب را به کار برده است، آیت الله شیخ محمدحسن نجفی صاحب کتاب گران قدر جواهر الکلام است. ایشان در موارد متعدد از این واژه استفاده کرده و آن را مستندی برای احکام ذکر کرده‌اند (۲۸۲/۵؛ ۴۸/۶؛ ۲۳۵/۶؛ ۳۳۱/۷ و...).

اما اولین فقیه‌ای که تسالم فقها را به کار برد، جناب کاشف الغطاء است. ایشان می‌نویسد: «لا یجب ذکر موضع التسليم فی غیر السلم من العقود الحاله أو المؤجله کلیاً کان المبیع أو عیناً للأصل و لخلو الأخبار عن ذکر هذا الشرط و تسالم الفقهاء علی عدمه...» (۳۰۳). البته باتوجه به بررسی در کتب و دروس خارج به نظر می‌رسد تفاوتی در تسالم الاصحاب و تسالم الفقها وجود ندارد و تنها در برخی موارد مراد از اصحاب امامیه، اصحاب بلاواسطه ائمه مراد هست که آن هم مشخص شده است (جوادی آملی، ۹۵/۱۲/۷؛ اشرفی شاهرودی، ۹۱/۸/۱۶؛ مقتدایی، ۹۶/۷/۳۰؛ مظاهری، ۹۰/۱/۱۵). البته برخی از فقها ادعا دارند که «تسالم اصحاب با تسالم فقها فرق می‌کند. آن تسالمی که ما گفتیم که بالاتر از اجماع است عبارت است از تسالم فقها، اما تسالم اصحاب در حد یک شهرت و مشهور هم قابل صدق است. تسالم

اصحاب یعنی توافق بین مشهوری از فقها» (آیت الله مصطفوی، ۹۰/۱۰/۱۷). اما باین وجود، خود ایشان در مواضع متعدد تسالم اصحاب را به معنای تسالم فقها به کار برده اند (همو، ۹۱/۱۰/۲۷؛ ۹۰/۱۰/۱۳؛ ۹۷/۹/۱۹؛ ۹۵/۶/۲۸ و...). به عنوان نمونه می توان به این مطلب اشاره کرد: «... برای اینکه آن قسمت بندی یا تقسیم اصلی احکام و ابواب فقهی برای فقها یک امر مسلمی است که می گوییم ابواب عبادات و ابواب معاملات و تعبدیات و توصلیات این ابواب از پیش تعیین شده و تقسیم بندی بر اساس فهم فقهی خود اصحاب یعنی فهم فقهایی تعیین شده است جای تردید نیست» (همو، ۹۸/۱/۲۸).

در باب کاربرد این کلمه در عبارات فقها باید گفت که کلمات متعددی به واژه تسالم و مشتقات آن اضافه می شود؛ از جمله فقها: «قد تسالم علیه فقهائنا» (مامقانی، غایة الآمال، ۱۶۹/۲) و... (نانینی، منیة الطالب، ۲۰۰/۱؛ بروجردی، ۵۸/۱؛ حکیم، ۳۶۱/۴؛ مغنیه، ۵۸/۲)؛ مردم «فقد تسالم الناس» (حسینی عاملی، ۱۴۸/۳؛ همو، ۴۴۴/۱۵)؛ عقلا «مما تسالم العقلاء» (خوئی، محمدتقی، ۹۶/۲)؛ عامه «تسالم العامة» (اصفهانی، ۴۱۴/۵؛ بروجردی، ۹۳/۳)؛ عرف «تسالم العرف» (طباطبایی حکیم، ۳۰۹/۱)؛ اصحاب «وقد تسالم الأصحاب» (حسینی عاملی، ۵۶۱/۷؛ صاحب جواهر، ۲۳۵/۶، همان، ۲۸۲/۵؛ حکیم، ۱۲۶/۲؛ حسینی شاهرودی، ۱۰۵/۳)؛ فریقین «نسلم تسالم الفریقین» (انصاری، الاجتهاد و التقليد، ۲۸۱)؛ متأخران «تسالم علیه المتأخرون» (حسینی عاملی، ۵۷۳/۲۳)؛ جمیع أرباب المذاهب و الأديان «تسالم علیه جمیع أرباب المذاهب و الأديان» (ایوان کیفی، ۳۹۰)؛ العلما «تسالم العلماء» (همدانی، ۳۶۵)؛ المشهور «تسالم علیه المشهور» (نانینی، منیة الطالب، ۱۵۳/۱)؛ المسلمین «و یستفاد من ذلك تسالم المسلمین» (بروجردی، ۱۳۶/۱) و...

۴.۲. بحث و بررسی

با تتبع و بررسی موارد فوق می توان برای فهم معنای تسالم به این نتیجه رسید که اولاً مفهوم تسالم و مشتقات آن هرگاه در کلمات فقها به کار رود برای موردی است که مسئله جزء مطالب مسلم بین فقهاست و در باب حجیت آن هیچ گونه اختلافی وجود ندارد و هرگاه تسالم با واژگان دیگری نیز به کار رود این معنا از آن اراده شده است؛ مثلاً هرگاه تسالم عامه مطرح می شود، مراد آن است که مطلبی نزد اهل سنت به عنوان مطلب مسلم گرفته شده است یا اگر تسالم فریقین مطرح شود، یعنی آن مسئله جزء مطالب و مسائل بدیهی میان دو گروه است و همچنین بقیه موارد. ثانیاً این امر مورد تسالم برای خود فقیهی که آرا را بررسی کرده و به گمان او این مطلب مسلم است به کار برده می شود؛ به عبارت دیگر، ممکن است مطلبی از نظر فقیهی مسلم باشد و دلیل آن را تسالم ذکر کند، ولی فقیهی دیگر آن را مسئله ای اختلافی یا حد یک مسئله عادی فقهی که به واسطه ادله اربعه اثبات می شود بداند و حتی فقیهی ممکن است نظر مخالف داشته باشد. نمونه

های زیر می‌تواند این مطلب را اثبات کند:

ا. در باب بیع سلم از نظر کاشف الغطاء ذکر موضع تسلیم در آن مطلبی است که فقها بر آن تسالم دارند (۳۰۳)، ولی ابن عقیل ذکر آن را واجب نمی‌داند (۱۱۶).

ب. عبارت صریح صاحب مفتاح الکرامه که صدوقین را مخالف مسئله می‌داند: «وقد تسالم الأصحاب ما عدا الصدوقین علی أنّه إذا کان علی یساره أحد یسلم تسلیمتین فقط و إنّما اختلفوا فی کیفیتہ کما عرفت» (حسینی عاملی، ۵۶۱/۷).

ج. در باب شهادت تبرعی، فقیهی ادعای تسالم بر جواز آن مطلقاً کرده است (موسوی قزوینی، ۲۷۶/۲) اما فقیه دیگر، شواهدی را از فقها مبنی بر تفصیل در این حکم بین حق الله و حق الناس آورده است (ایروانی، ۸۱/۳).

د. سید محمد کاظم یزدی به طور صریح تفصیل بین ارث‌بری زوجه و وراثت دیگر در صورت دین داشتن مورث را دارای اشکال دانسته و به قول صاحب مکاسب ایراد وارد کرده است که این مسئله را جزء موارد تسالم دانستن، هیچ وجهی ندارد (۱۴۳/۲) و ...

ثالثاً مفهوم تسالم نزد فقها ممکن است در مسئله‌ای فقهی باشد که بیشتر موارد ذکر شده از این قبیل بود و ممکن است در مسئله‌ای اصولی باشد؛ مانند «حیث تسالم فقهاء الإمامیة علی أنّه إذا تعارض الظاهر مع الأصل یقدم الأصل» (مغنیه، ۱۸۴/۵)، «تسالم فقهاء الإمامیة علی أن لله فی کل واقعة حکماً یصیبها من أصاب، و یخطئها من أخطأ، و للمخطئ أجر، و للمصیب أجران» (همان، ۶۷/۶)، «و هذا هو الحق الذی تستدعیہ القواعد الشرعیة، حیث تسالم فقهاء الإمامیة علی انه إذا تعارض الظاهر مع الأصل یقدم الأصل» (همان، ۳۰۴/۲).

نتیجه‌گیری

برآیند تحقیق حاضر عبارت است از اینکه اجماع به عنوان مستند و یکی از منابع استنباط احکام بررسی می‌شود. بنابراین، باید شرایط حجیت را که همان کاشفیت از قول معصوم باشد، داشته باشد. از نظر تعداد افراد مجمعی، تعداد کم یا زیاد تأثیری در حجیت یا عدم حجیت آن ندارد و میزان، همان کاشفیت از رأی معصوم است؛ در نتیجه با تسالم فقها نسبتی ندارد، نه از نظر مدرک بودن نه از نظر تعداد افراد. لازم به ذکر است که اگر اجماع مدرکی باشد دیگر حجیت ندارد؛ زیرا یکی از شرایط حجیت اجماع عدم استناد یا احتمال استناد مجمعی به مدرک شرعی یا عقلی است و با وجود استناد یا احتمال استناد به دلیل، حیثیت کشف از قول معصوم ضعیف می‌شود و دلیل مجمعی را منحصر در مدارک قطعی یا احتمالی می‌کند و

باوجود آن مدارک نوبت به خود اجماع نمی‌رسد. به عبارت دیگر، از آنجایی که فلسفه حجیت اجماع، کاشفیت آن از دلیل و مأخذ معتبری است که به دست ما نرسیده است، اگر دلیل معلوم و معتبری باشد باید به مفاد آن دلیل فتوا داد نه اجماع و اگر دلیل آن ظنی باشد که از اعتبار ساقط است. بنابراین، اجماع مدرکی حجت نیست اما درباره تسالم، مهم نیست این تسالم از چه راهی حاصل شده است؛ خواه مدرکی در بین باشد یا خیر.

اتفاق اگر به معنای اتفاق نظر فقها در نظر گرفته شود تعداد کسانی که بر حکمی اتفاق نظر دارند، اهمیت دارد و شخصی که چنین ادعایی درباره حکمی دارد باید خود جستجو کند و آرا را دیده باشد. به عبارتی، در اتفاق، افراد موضوعیت دارند نه خود حکم؛ ضمن آنکه در حد همان مقداری که از آرا جستجو شده، اعتبار دارد؛ درحالی که در تسالم، حکم مورد تسالم موضوعیت داشته که نزد فقها قطعی است. البته در اینکه فقیه بدون جستجو و دیدن آرای فقها نمی‌تواند تسالم را دریابد شکی نیست اما مهم آن است که حکمی که مورد تسالم واقع شد، بدیهی است و نزد آنان حجیت دارد و اگر اتفاق را نیز هم معنای اجماع بگیریم، باز سخن همان است که در اجماع گذشت.

عدم خلاف اگر به معنای نیافتن مخالف در مسئله باشد، فقط در حد بررسی و تحقیق برای خود فقیه کاربرد دارد و نمی‌توان بر اساس آن حکم را صادر کرد؛ زیرا جزء ظنون است که دلیلی بر حجیت آن وجود ندارد و تفاوت تسالم با این معنا از عدم خلاف آن است که عدم خلاف جنبه سلبی دارد اما تسالم جنبه اثباتی و خصوصاً آنکه تنها از نظر نیافتن مخالف در مسئله، عنوان عدم خلاف به کار رفته است اما در تسالم، بدیهی بودن آن نزد فقها دلیل حجیت آن است. اگر مراد از آن معنایی است که لازم ملزوم با اجماع باشد، همان طور که در تعبیر برخی از فقها وجود دارد، همان شرایط حجیت اجماع و رابطه آن با تسالم اینجا نیز می‌آید و اگر آن را مرتبه پایین‌تر از اجماع بدانیم با توجه به آنچه که قبلاً گفته شد، از آنجایی که دلیلی بر حجیت آن وجود ندارد نمی‌توان به آن استناد کرد و به هیچ وجه قیاس شدنی با تسالم نیست. اگر فقها عدم خلاف را مستند به شهرت کنند و به عبارتی دلیل شهرت عدم خلاف شود، در این صورت حجیت عدم خلاف با حجیت شهرت فتوایی گره می‌خورد و درباره رابطه آن با تسالم در بحث شهرت فتوایی می‌آید. درباره شهرت فتوایی نیز باید گفت: پایین‌تر از اتفاق و اجماع است و در حدی است که حکمی را اکثریت تأیید می‌کنند، ولی از آنجایی که دلیل قطعی و معتبر بر اعتبار آن وجود ندارد نمی‌توان آن را به عنوان منبع استنباط پذیرفت. بنابراین، قابل قیاس با تسالم نخواهد بود.

درباره نسبت تسالم با ضرورت فقهی نیز به نظر می‌رسد شباهت بیشتری از بقیه با ضرورت فقهی دارد و به نوعی بدهت و مسلم بودن مسئله‌ای را نزد فقیه بیان می‌کند اما حداقل سه تفاوت عمده بین این دو می

توان شمرد؛ ۱. در ضرورت فقهی، موضوعی که ضرورت و بداعت دارد مسئله‌ای کلی و به عبارتی عنوان فقهی عامی است که فروع زیادی بر آن مترتب می‌شود، اما تسالم همه مسائل و فروع را شامل می‌شود و رد پای تسالم را در کلمات فقها و در هر مسئله جزئی می‌توان یافت؛ ۲. مسئله‌ای که ضرورت دارد نزد همه فقهای مذهب بدیهی است و به عبارتی مسئله بین فقها عمومیت دارد و همه به آن اذعان می‌کنند، ولی در تسالم امکان نظر مخالف همان طور که گذشت وجود دارد و این نشان می‌دهد فقهی که ادعای تسالم کرده است، خود آن را مسلم پنداشته است و ممکن است از نظر فقیه دیگری آن مسئله مسلم نباشد؛ ۳. ضرورت فقهی مربوط به مسائل فقهی است، اما تسالم فقها هم در خصوص مسائل فقهی ممکن است ادعا شود و هم در مسائل اصولی؛ در نتیجه تسالم با هیچ کدام از مفاهیم یادشده قرابت معنایی یا ترادف ندارد.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الأصول، چاپ اول، قم: آل البیت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- آل طوق قطیفی بحرانی، احمد بن صالح، الرسائل الأحمديّة، چاپ اول، قم: دار المصطفی لإحياء التراث، ۱۴۱۹ق.
- آمدی، علی بن محمد، الأحكام فی اصول الأحکام، چاپ دوم، دمشق: مکتب اسلامی، ۱۴۰۲ق.
- املی، هاشم، المعالم المأثورة، چاپ اول، قم: مؤلف الكتاب، ۱۴۰۶ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، علی بن حسین، مجموعه فتاوی ابن بابویه، چاپ اول، قم: بی نا، بی تا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
- اشرفی شاهرودی، مصطفی، درس خارج فقه، ۹۱/۸/۱۶، <https://www.eshia.ir>
- اصفهانى، محمد حسین، حاشیة کتاب المکاسب، چاپ اول، قم: انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، الاجتهاد و التقليد: مطارح الأنظار، چاپ اول، قم: آل البیت (ع)، بی تا.
- _____، فراند الاصول، چاپ پنجم، قم: اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- _____، کتاب المکاسب المحرمة و البیع و الخيارات، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، چاپ دوم، قم: بی نا، ۱۴۲۷ق.
- ایوان کیفی، محمد تقی بن عبدالرحیم، الاجتهاد و التقليد: الفصول الغریبة، چاپ اول، قم: دار احیاء العلوم الإسلامية، بی تا.
- باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی (تقریرات)، چاپ اول، تهران: مجد، ۱۳۸۰.

- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهية، چاپ اول، قم: هادی، ۱۴۱۹ق.
- بروجردی، حسین، تبيان الصلاة، چاپ اول، قم: گنج عرفان، ۱۴۱۶ق.
- بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل، تعلیقه علی ذخیره المعاد، چاپ اول، کربلا: مرکز احیاء التراث، ۱۴۳۷ق.
- _____، مصابیح الظلام، چاپ اول، قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، ۱۴۲۴ق.
- تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب، چاپ سوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، چاپ اول، بیروت: دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
- جوادی آملی، عبدالله، درس خارج فقه، ۹۵/۱۲/۷، <https://www.eshia.ir>
- حسن، خالد رمضان، معجم اصول الفقه، چاپ اول، قاهره: المدني، ۱۴۱۸ق.
- حسینی شاهرودی، سید محمود بن علی، کتاب الحج، چاپ اول، قم: انصاریان، ۱۴۰۲ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوين الفقهية، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، چاپ اول، قم: دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
- خمینی، روح الله، الاجتهاد و التقليد: تنقیح الأصول، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، ۱۴۱۸ق.
- _____، البیع، به تقریر حسن طاهری خرم آبادی، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، ۱۴۲۸ق.
- _____، کتاب الطهارة، چاپ اول، قم: حکمت، ۱۳۷۶ق.
- خمینی، سید مصطفی، کتاب البیع، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، ۱۴۱۸ق.
- خوارزمی، محمد بن احمد، مفاتیح العلوم، چاپ اول، بیروت: دار المناهل، ۱۴۲۸ق.
- خویی، ابوالقاسم، موسوعة الإمام الخوئی، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۱۸ق.
- _____، الهدایة فی الأصول، چاپ اول، قم: صاحب الامر (عج)، ۱۴۱۷ق.
- خویی، محمد تقی، الشروط و الالتزامات التبعیة فی العقود، چاپ اول، بیروت: دار المورخ العربی، ۱۴۱۴ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، چاپ اول، سوریه: دار العلم، ۱۴۱۲ق.
- زحیلی، وهبه، اصول الفقه الاسلامی، چاپ اول، دمشق: دار الفکر، ۱۴۰۶ق.
- ساعدی، جعفر، «اجماع در اندیشه شیعی»، فصلنامه فقه اهل بیت (ع)، ش ۴۲، ۱۳۸۴، صص ۱۵۰ تا ۱۹۹.
- سبحانی تبریزی، جعفر، الوسیط فی اصول فقه، چاپ چهارم، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸.

- سیفی مازندرانی، علی اکبر، دلیل تحریر الوسيلة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ق.
- شبیروی زنجانی، سید موسی، ۱۳۹۴/۱۰/۷، <https://www.eshia.ir>
- شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد، ابانة المختار فی ارث الزوجة من ثمن العقار، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
- شوکانی، محمد، ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الأصول، چاپ اول، دمشق: دار الكتاب العربی، ۱۴۱۹ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغة، چاپ اول، بیروت: عالم الكتاب، ۱۴۱۴ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی، بی تا.
- صدر، محمد، ما وراء الفقه، چاپ اول، بیروت: دار الأضواء، ۱۴۲۰ق.
- صدر، محمد باقر، المعالم الجديدة للأصول، چاپ دوم، تهران: النجاح، ۱۳۹۵ق.
- صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم، الحاشیة علی الإلهیات، چاپ اول، قم: بیدار، بی تا.
- طباطبای حکیم، محمد سعید، مصباح المنهاج: کتاب الطهارة، چاپ اول، قم: المنار، بی تا.
- طباطبای یزدی، محمد کاظم، حاشیة المکاسب، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
- طباطبای، علی بن محمد، ریاض المسائل، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرين، چاپ سوم، تهران: کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، چاپ اول، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۲ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، رسائل، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
- غزالی، محمد بن محمد، المستصفی فی علم الاصول، چاپ اول، بیروت: دار الارقم، بی تا.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم: هجرت، ۱۴۱۰ق.
- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، چاپ اول، قم: دار الرضی، ۱۴۱۸ق.
- کاشف الغطاء نجفی، حسن بن جعفر، انوار الفقاهة: کتاب البیع، چاپ اول، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.
- کوه کمری، سید محمد بن علی حجت، کتاب البیع، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ق.
- گلپایگانی، محمد رضا، الدر المنضود فی احکام الحدود، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ق.
- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، چاپ چهارم، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۶.

فلاح تفتی؛ بررسی نسبت واژه تسالم با مفاهیم مشابه آن / ۱۵۷

مامقانی، محمدحسن بن عبدالله، حاشیه علی رساله فی قاعدة من ملک، چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۵۰ق.

_____، غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب، چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۱۶ق.

محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، مسئولیت کیفری، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶.
محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۲۷ق.
مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ اول، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
مصطفوی، حسن، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
مصطفوی، محمد کاظم، فقه المعاملات، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
_____، مائة قاعدة فقهية، چاپ چهارم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
مصطفوی، سید کاظم، درس خارج فقه، 88/07/20؛ ۹۰/۱۰/۱۷؛ ۹۱/۱۰/۲۷؛ ۹۰/۱۰/۱۳؛ ۹۷/۹/۱۹؛ ۹۵/۶/۲۸؛
<https://www.eshia.ir>، ۹۸/۱/۲۸
مظاهری، درس خارج فقه، ۹۰/۱/۱۵.

مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ پنجم، قم: نشر اسلامی، ۱۴۳۰ق.
مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق (ع)، چاپ دوم، قم: انصاریان، ۱۴۲۱ق.
مقتدایی، مرتضی، درس خارج فقه، ۹۶/۷/۳۰، <https://www.eshia.ir>.
مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البیان فی احکام القرآن، چاپ اول، تهران: المكتبة الجعفرية، بی تا.
مکارم شیرازی، ناصر، انوار الاصول، به تقریر احمد قدسی، چاپ دوم، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ق.

_____، کتاب النکاح، چاپ اول، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴ق.
_____، الربا و البنك الإسلامی، چاپ اول، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۲ق.
موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم: مؤسسة النشر لجامعة المفید (ره)، ۱۴۲۷ق.
موسوی بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه، چاپ سوم، تهران: عروج، ۱۴۰۱ق.
موسوی خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
موسوی قزوینی، علی، ینایع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ق.
میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، چاپ اول، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ق.
نائینی، محمد حسین، فوائد الاصول، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۳۷۶.
_____، منية الطالب فی حاشية المکاسب، چاپ اول، تهران: محمدی، ۱۳۷۳ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الأحکام، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

_____، رسائل و مسائل، چاپ اول، قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد، ۱۴۲۲ق.

هاشمی شاهرودی، محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة

المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۶ق.

همدانی، رضابن محمد هادی، حاشیه کتاب المكاسب، چاپ اول، قم: جناب مؤلف، ۱۴۲۰ق.



"Ihsani" assessment of the nature of legal actions by analyzing the concept of acceptance and consent

Dr. Jalil Qanawati, Associate Professor of Farabi Campus University

Dr. Seyed Ali Alavi Qazvini, Associate Professor of Farabi Campus University

Dr. Seyyed Mohsen Soltani



, Ph.D. Graduate, Private Law, Farabi Campus University

(Responsible author)

Email: mohsen.soltani62@gmail.com

Abstract

The legal literature regarding "Ehsani" (benevolence) legal acts is not very strong and there is no complete definition about them, and their nature is not properly identified. In this article, by stating the elements of benevolence of a legal act, it has been concluded that benevolent legal acts are a group of legal acts that bring benefits to the other party without any consideration or guarantee. It seems that the right way to know the nature of legal acts is to analyze the nature of offer and acceptance. Offer and acceptance in a bargain (exchange contract), involves the transfer of the ownership of considerations. Therefore, most of jurists have considered offer and acceptance as "Insha'ee" (creative) . But acceptance in benevolence legal acts is simply the possession of the property from the other party. In these acts, acceptance does not involve the transfer of ownership and it is only consent to the requirements of the offer; As a result, benevolence legal actions consist of a request and consent to it. Consent to a legal act is a legal event that is realized without the need for an "Insha" and with silence and non-refusal; Therefore, the nature of benevolence legal acts is the offer based on none refusal.

Key words: Benevolence legal acts, acceptance, consent, offer based on none refusal.





سال ۵۵ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۳۲ - بهار ۱۴۰۲، ص ۱۷۸ - ۱۵۹	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۱۷	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۷/۲۶
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.72297.1175

ماهیت سنجی اعمال حقوقی احسانی با تحلیل مفهوم قبول و رضایت

دکتر جلیل فتواتی

دانشیار دانشگاه پردیس فارابی

دکتر سید علی علوی قزوینی

دانشیار دانشگاه پردیس فارابی



دکتر سید محسن سلطانی (نویسنده مسئول)

دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پردیس فارابی

Email: mohsen.soltani62@gmail.com

چکیده

ادبیات حقوقی در خصوص اعمال حقوقی احسانی از قوت زیادی برخوردار نیست، تعریف کاملی راجع به آن‌ها وجود ندارد و ماهیت آن‌ها نیز به درستی شناسایی نشده است. در نوشتار حاضر، با شمردن عناصر احسانی بودن عمل حقوقی این نتیجه به دست آمده است که اعمال حقوقی احسانی دسته‌ای از اعمال حقوقی است که بدون هیچ‌گونه عوّض و تضمینی سبب رسیدن نفعی به طرف مقابل می‌شود. به نظر می‌رسد راه درست برای شناخت ماهیت اعمال حقوقی، تحلیل ماهیت ایجاب و قبول است. ایجاب و قبول در اعمال حقوقی معوّض، متضمن انتقال مالکیت معوّض در قبال انتقال مالکیت عوض است. از این رو، مشهور فقیهان ایجاب و قبول را عمل انشایی دانسته‌اند؛ اما قبول در اعمال حقوقی احسانی صرفاً تملک مال طرف مقابل است. در این اعمال، قبول متضمن انتقال مال نیست و فقط رضایت به مفاد ایجاب است؛ در نتیجه، اعمال حقوقی احسانی متشکل از یک ایجاب و رضایت به آن است. رضایت به عمل حقوقی، واقعه‌ای حقوقی است که بدون نیاز به انشا و با سکوت و عدم ردع نیز محقق می‌شود؛ لذا ماهیت اعمال حقوقی احسانی، ایجاب متوقف بر عدم ردع است.

واژگان کلیدی: اعمال حقوقی احسانی، قبول، رضایت، ایجاب متوقف بر عدم ردع.

مقدمه

یکی از نیازهای اجتماعی انسان نیکی کردن و احسان به دیگران است. در سیستم‌های حقوقی مختلف از جمله سیستم حقوقی اسلام، عقدهای معینی برای این منظور پیش بینی شده است. از عناوینی همچون «مواهب و عطایا» برای اشاره به عقودی که به منظور کمک و دستگیری از دیگران است، استفاده شده است؛ اما عناصر، تعداد و ماهیت این عقود به صورت کلان و عمومی مورد دقت و بحث واقع نشده است. در این تحقیق که به شیوه تحلیلی و توصیفی به نگارش در آمده است در مرحله نخست به دنبال پاسخ دادن به این سوال هستیم که ویژگی‌ها و مصادیق عقدهای احسانی کدام است؟ و در ادامه با تحلیل و تجزیه مفهوم قبول و رضایت به پاسخ این پرسش خواهیم پرداخت که ماهیت حقوقی این عقود چیست؟

مفهوم شناسی

۱. احسان در لغت ضد اسائه و بدی کردن است (ابن منظور، ۱۱۷/۱۳). در تعریف اصطلاحی احسان گفته شده است: «الاحسان هو ایصال النفع الی الغير لیتنفع به مع تعریه من وجوه القبح»؛ احسان عبارت است از نفع رساندن به دیگری با قصد اینکه او منتفع شود و با عملی که خالی از قبح و زشتی باشد (طوسی، ۲۷۹/۵). بر اساس قاعده احسان در صورتی که عمل احسانی سبب ورود خسارت و آسیب به محسن‌الیه شود، شخص احسان‌کننده ضامن نیست؛ برای مثال، اگر برای نجات فردی که در آتش گرفتار شده است دیوار منزل او را خراب یا لباس او را پاره کنند، فرد کمک‌کننده (محسن) ضامن خسارت وارد شده نیست.

۲. فقیهان درباره شروط و عناصر قاعده احسان مباحث فراوانی را ارائه کرده‌اند. طبق نظر مشهور، جریان قاعده احسان متوقف بر وجود چند شرط است:

اول. عمل انجام‌شده توسط محسن به نیت احسان و کمک به دیگری انجام شود و در واقع نیز کمک و احسان باشد. بنابراین، اگر فردی برای نجات چهارپای متعلق به دیگری غذایی را به او بدهد که در واقع مضر به حالش باشد، ضامن ضرر وارد شده خواهد بود (حسینی مراغی، ۴۷۸/۲؛ بجنوردی، ۱۴/۴؛ فاضل لنکرانی، ۲۸۸؛ زارعی سبزواری، ۳۷۳/۲)؛

دوم. عمل محسن رایگان و بدون اجرت باشد (خمینی، کتاب البیع، ۴۶۱/۲؛ مکارم شیرازی، ۲۵۱/۲). از این رو، اگر فردی برای تعمیر ماشین دیگری اجیر شده باشد اما به اشتباه آن را خراب کند، ضامن است (طباطبایی، العروة الوثقی، ۱۲۷/۵)؛

سوم. رفتار احسان‌کننده با خطر دفع‌شده تناسب داشته باشد. بنابراین، اگر برای خاموش کردن آتشی که

در آپارتمان دیگری به وجود آمده است به وسایلی صدمه بزند که برای خاموش کردن آتش ضرورت ندارد، از نظر عرف احسان صادق نیست و قاعده احسان جاری نخواهد شد (هاشمی شاهرودی، ۴۰/۷؛ فرحی، ۳۶).

چهارم. عدم نهی مالک عنصری است که برای جریان قاعده احسان مطرح شده است. بر این اساس، اگر محسن با علم به عدم رضایت مالک برای حفظ و نجات اموال دیگری دخالت کند و اتفاقاً از این نظر ضرری به مالک برسد، ضامن است (زارعی سبزواری، ۳۷۴/۲).

پنجم. علاوه بر عدم نهی مالک، رضایت محسن الیه به تصرف در اموالش نیز لازم است. البته رضایت محسن الیه لازم نیست به صورت صریح بیان شده باشد، اگر رضایت نوعی یا به تعبیر برخی (جعفری لنگرودی، الفارق، ۱۶۱/۱) زمینه رضایت وجود داشته باشد، کافی است (فرحی، ۳۴؛ زارعی سبزواری، ۳۷۴/۲ و ۳۷۹؛ فاضل لنگرانی، ۲۹۰).

ششم. عنصری که برای اجرای قاعده احسان بیان شده است واجب نبودن عمل انجام شده توسط فرد احسان کننده است. بر این اساس، اگر انجام عمل توسط فردی از وظایف قانونی یا قراردادی او باشد و از این نظر خسارتی به دیگری وارد شود، قاعده احسان جاری نیست (جعفری لنگرودی، الفارق، ۱۶۲/۱؛ زارعی سبزواری، ۳۷۳/۲).

در صورت جمع شدن عناصر فوق، مسئولیت مدنی و ضمان متوجه فرد احسان کننده نخواهد بود.

۳. موضوع نوشتار حاضر تحلیل ماهیت حقوقی معاملات و اعمال حقوقی مبتنی بر احسان است. دسته بندی کردن قراردادهای مختلف و گردآوری معامله های مشابه در کنار هم علاوه بر اینکه سبب تسهیل در آموزش می شود، در شناخت درست ماهیت و احکام آن ها بسیار مؤثر است. ملاحظه تقسیم های فقیهان و حقوق دانان درباره عقد نشان می دهد در هیچ یک از تقسیم بندی های ارائه شده احسان ملاک تقسیم نبوده است، شاید به همین دلیل است که درباره اعمال حقوقی احسانی ادبیات زیادی وجود ندارد. در این نوشتار سعی شده است به عنوان نخستین گام برای جبران این کمبود، انواع و تعریف اعمال حقوقی احسانی و ماهیت ویژه آن ها نقد و بررسی شود.

یکی از حقوق دانان در آثار خود به عقود احسانی اشاره کرده است. ایشان در آثار مختلف خود از خانواده عقود احسانی نام برده و عناصر احسانی بودن یک عمل حقوقی را شمارش کرده است اما در هر تألفی برخی از عناصر تشکیل دهنده احسان را بیان کرده است. ایشان در جایی از سه عنصر (جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی، ۲۳۶؛ همو، همان، ۳۵) و در جایی دیگر از چهار عنصر (همو، اندیشه و ارتقا، ۱۹۰) نام می برد. لنگرودی در یکی از جدیدترین نوشته های خود نه ویژگی برای احسان احصا کرده

است (الفارق، ۱۶۱/۱ به بعد) که این عناصر عبارت‌اند از: ۱. فعل یا ترک فعل مانند ابراء؛ ۲. فعل ستودنی (رهن تبرع چون ستودنی نیست، پس احسان هم نخواهد بود)؛ ۳. قصد نفع‌رساندن به دیگری؛ ۴. عدم وجوب فعل یا ترک فعل بر فاعل (حسبه چون شرعاً واجب است احسانی نخواهد بود)؛ ۵. قصد نتیجه داشتن فاعل؛ ۶. نبود اندیشه توقع عوض؛ ۷. وجود زمینه رضای محسن‌الیه؛ ۸. عدم اناطه رضای احسان‌کننده به رضایت طرف مقابل؛ ۹. فقدان مخاطره و ریسک.

در صورتی که مقصود از شمارش عناصر احسان بیان شروط جریان قاعده احسان باشد، مطالب فوق درخور تأمل و به نوعی پذیرفتنی است؛ اما تصریح شده است که عناصر فوق برای شناخت خانواده قراردادهای احسانی کارایی دارد و با در نظر گرفتن آن‌ها می‌توان ماهیت اعمال حقوقی همچون وقف، هبه، وصیت تملیکی و... را شناخت (جعفری لنگرودی، الفارق، ۱۶۴/۱؛ همو، اندیشه و ارتقا، ۱۰۶). بر این اساس، چند نکته را در توضیح و نقد عناصر ارائه‌شده بیان خواهیم کرد.

۱. نخستین مطلبی که در ملاحظه عناصر نه‌گانه جلب توجه می‌کند، تعارض عناصر مذکور با یکدیگر است؛ برای نمونه، ایشان عقد ضمان را یک عقد مخاطره می‌داند (همو، فرهنگ عناصرشناسی، ۲۳۶) و طبق ویژگی نهم نباید جزو عقود احسانی باشد، اما در برخی از آثار خود تصریح کرده‌اند که ضمان احسانی است (همو، اندیشه و ارتقا، ۱۹۱). طبق ویژگی چهارم نیز امور حسبه احسانی نیستند اما در برخی از نوشته‌های خود امور حسبه را نیز احسانی دانسته‌اند (همو، همان، ۱۹۱؛ همو، فرهنگ عناصرشناسی، ۱۳۵).

۲. طبق ویژگی و عنصر دوم، ستودنی بودن فعل حقوقی نشانه احسانی بودن آن دانسته شده و بر این اساس چون در رهن تبرعی (رهن دادن مال از طرف مدیون بدون آنکه شرط شده باشد) قصد رهن تحکیم روابط اقتصادی با مرتهن دانسته شده است (همو، همان، ۲۳۶)، رهن را احسانی ندانسته‌اند. به نظر می‌رسد نیت درونی و شخصی افراد تأثیری در احکام و آثار عمل حقوقی ندارد. در رهن ممکن است رهن هیچ نیتی به غیر از خدمت و تضمین بیشتر برای مرتهن نداشته باشد و امکان دارد در هبه، نیت واهب متعهدکردن اخلاقی و به اصطلاح نمک‌گیرکردن موهوب‌له به منظور انجام کاری برای واهب باشد، اما این امور تأثیری در احکام و آثار عمل حقوقی نخواهد داشت. بر همین اساس می‌توان از سومین و پنجمین ویژگی؛ یعنی قصد یا عدم قصد نفع‌رسانی به دیگری و قصد نتیجه احسان نیز انتقاد کرد، زیرا اگر منظور از قصد نفع‌رسانی، نیت و قصد شخصی باشد که در حیطه حقوق قراردادهای جایگاهی ندارد (شهیدی، ۱۷۰؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۴۵۴/۱؛ رهپیک، ۷۲) و اگر مراد قصد نوعی باشد ششمین ویژگی یعنی نداشتن عوض بیانگر آن خواهد بود.

۳. در خصوص ویژگی چهارم (عدم وجوب فعل یا ترک فعل) هم باید توجه داشت که لزوم حقوقی یا وجوب شرعی عمل، مانع از احسانی بودن آن عمل در حقوق قراردادها نخواهد بود. فرض کنید در ضمن عقدی شرط شود طرف مقابل مقدار معینی از مال خود را وقف یا به دیگری هبه کند، در این صورت وقف یا هبه مال تعیین شده بر وی واجب است، اما نمی توان ادعا کرد وقف یا هبه شرط شده مشمول مقررات عقود احسانی نیست.

۴. ششمین ویژگی؛ یعنی نبودن عوض در عمل احسانی، مطلب صحیحی است؛ البته با این توضیح که امکان دارد در عمل احسانی، شرط عوض به عنوان تعهدی فرعی وجود داشته باشد.

۵. علت شرط کردن ویژگی هفتم و هشتم یعنی زمینه رضای نوعی محسن الیه و منوط نبودن رضایت احسان کننده به رضایت طرف مقابل آن است که نظریه پرداز فوق تمام احسان ها را ایقاع می داند و برای رهایی از قبح تملیک قهری یا خلاف قاعده بودن آن، رضایت نوعی یا زمینه رضایت محسن الیه را مطرح می کند. این موضوع درخور بحث و بررسی است که متعاقباً به آن خواهیم پرداخت.

به طور خلاصه به نظر می رسد به جز عنصر ششم، سایر عناصر تأثیری در شناسایی اعمال احسانی نخواهند داشت و نمی توان آن ها را ویژگی اعمال حقوقی احسانی دانست.

همان طور که بیان شد تاکنون نظریه پردازی درخور توجهی در خصوص احسان در حقوق قراردادها صورت نگرفته است. نظریه حقوق دان مذکور نیز مورد انتقادهای جدی است. از این رو، مناسب است احسان را در دو سطح تقسیم و ویژگی های آن را بیان کنیم و به تعریف آن بپردازیم.

أ. اولین سطح از احسان، احسان به معنای عام است. احسان به معنای عام دارای سه عنصر به شرح ذیل است:

۱. عمل حقوقی، بنابراین عمل مادی که سبب احسان و خیر رساندن به دیگران باشد از موضوع بحث خارج است. بر این اساس، نهادهایی مثل قیوموت، حضانت و اداره مال غیر محل بحث قرار نمی گیرند.

۲. شخص مورد احسان (محسن الیه) هیچ عوضی در مقابل مال یا عمل دریافتی پرداخت نکند یا عوضی که توسط او پرداخت می شود کمتر از عوضی باشد که به طور متعارف در موارد مشابه پرداخت می شود (عمل حقوقی محاباتی).

۳. ممکن است فرد مورد احسان، طرف مقابل عمل حقوقی احسانی یا شخص ثالثی باشد که در انعقاد آن هیچ نقشی نداشته است؛ برای مثال، در بیمه عمر، ذی نفع آن شخص مورد احسانی است که در تشکیل عقد بیمه نقشی ندارد.

بر اساس عناصر سه گانه فوق، احسان به معنای عام را می توان این گونه تعریف کرد: هر عمل حقوقی که

سبب رسیدن نفع و خیری به دیگران بشود؛ اعم از اینکه بدون عوض یا کمتر از عوض المثل باشد. همچنین تفاوتی نمی‌کند که محسن الیه ضامن مثل مال مورد احسان باشد یا ضمانی وجود نداشته باشد؛ لذا بیع محاباتی و قرض، احسانی هستند. افزون بر آن فرقی نمی‌کند احسان به نفع طرف مخاطب عمل حقوقی باشد یا به نفع شخص ثالث؛ از این رو، ضمان تبرعی و بیمه عمر عمل احسانی تلقی می‌شوند.

ب. دومین سطح از احسان، احسان به معنای خاص است. عناصر احسان به معنای خاص عبارت‌اند

از:

۱. عمل حقوقی، بنابراین عمل مادی که سبب احسان و خیررساندن به دیگران باشد از موضوع بحث خارج است. بر این اساس، نهادهایی مثل قیمومت، حضانت و اداره مال غیر مورد بحث نیستند.

۲. نداشتن عوض و تضمین در عمل حقوقی، لذا عقود معوض هرچند عوض بسیار کم باشد و عقد دارای ضمانت هرچند مقدار ضمانت مثل همان مال اخذشده باشد، مثل عقد قرض بدون بهره، از محدوده احسان به معنای خاص خارج می‌شوند. به نظر می‌رسد این عنصر مهمترین عنصر در احسانی بودن عملی حقوقی است.

۳. مخاطب احسان بایستی طرف مقابل عقد باشد. بنابراین، اگر عملی حقوقی منجر شود که شخص ثالثی بدون پرداخت عوض نفعی ببرد، عمل انجام‌شده احسانی نخواهد بود. بنابراین، عقد ضمان (هرچند ضمان تبرعی)، بیمه عمر و تعهد به نفع ثالث احسانی نیستند، اگرچه عقد ضمان نسبت به شخص ثالثی که از او ضمانت شده است، احسانی است. بیمه یا تعهد به نفع ثالث نیز سبب خواهد شد برای ذی نفع بیمه و فردی که در تشکیل عقد حضور ندارد نفع خالص به وجود بیاید؛ اما در این بحث به طور خاص احسانی محسوب نمی‌شوند.

بر این اساس، در تعریف احسان به معنای خاص می‌توان گفت: عمل حقوقی بدون عوض و بدون تضمینی که موجب رسیدن نفع و خیری به طرف مقابل (محسن الیه) می‌شود. منظور از اعمال حقوقی احسانی در این تحقیق همین معنای دوم از احسان است.

باتوجه به تعریف بالا می‌توان گفت که مصادیق اعمال حقوقی احسانی عبارت‌اند از: ۱. هبه؛ ۲. ابراء؛ ۳. وصیت تملیکی؛ ۴. وقف؛ ۵. عمری، رقبی، سکنی، حبس مطلق؛ ۶. وکالت؛ ۷. ودیعه؛ ۸. عاریه؛ ۹. کفالت؛ ۱۰. ضمان ضم ذمه به ذمه؛ ۱۱. رهن.

۱. ماهیت اعمال حقوقی احسانی

حقوق دانان در خصوص عقد یا ایقاع بودن اعمال حقوقی احسانی کمتر به بررسی و تحلیل پرداخته‌اند.

یکی از اندیشمندان حقوقی که با طرح تئوری احسان، عقود احسانی را به صورت یک مجموعه و با احکام مشترک و شبیه به هم شناسایی کرده و فضیلت سبقت در این رابطه را به نام خود ثبت کرده است، می گوید: اعمال حقوقی مبتنی بر احسان، ایقاع مملک هستند. به عقیده ایشان در اعمال احسانی، تراضی به معنای خاص خود وجود ندارد؛ بلکه این اعمال متکی به رضایت نوعی شخص مورد احسان (محسن الیه) است (جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی، ۲۵۲)؛ به این معنا که نوع مردم وقتی مورد احسان قرار می گیرند از آن استقبال می کنند و راضی به آن خواهند بود، فرد مورد احسان نیز این حق را دارد که از پذیرفتن احسان امتناع و از ورود مال مورد احسان به دارایی خود جلوگیری کند، اما در نظر گرفتن حق رد برای طرف مقابل احسان در ماهیت اعمال حقوقی احسانی دخیل نیست؛ بلکه صرفاً به دلیل اطمینان خاطر و مصلحت اندیشی شرط شده است (همو، همان، ۵۹).

به نظر می رسد هرچند ایشان اولین بار اقدام به شناسایی و تبیین ماهیت اعمال احسانی کرده و از این نظر درخور ستایش است، اما نظریه ارائه شده خالی از ابهام و ایراد نیست؛ زیرا نظریه ارائه شده مبتنی بر این بحث مبنایی است که آیا تملیک قهری و یک جانبه صحیح است یا خیر؟ و آیا رضایت نوعی می تواند کاشف از رضایت شخصی برای تملیک مال غیر باشد یا خیر؟ در صورتی که مبنا پذیرفته نشود، بنا نیز ناتمام خواهد بود.

افزون بر آن، جعفری لنگرودی در خصوص توجیه ضرورت قبول متهب در هبه می گوید: شرط قبول طرف احسان در هبه فقط به دلیل رعایت مصلحت است، اما بدون قبول و قبض هم ماهیت هبه و تملیک محقق شده است (همو، همان، ۶۲). همان طور که ملاحظه می شود ایشان حق رد برای طرف مقابل احسان، قبول و قبض او را به دلیل رعایت مصلحت می داند و دخیل در ماهیت عمل حقوقی احسانی نمی داند، اما اثبات این مطلب خود نیاز به دلیل دارد.

به نظر می رسد بهترین راه برای پی بردن به ماهیت اعمال حقوقی احسانی این است که ماهیت قبول را بررسی کرد تا ملاحظه شود قبول در اعمال حقوقی احسانی چه تفاوتی با سایر اعمال حقوقی دارد.

۲. ماهیت قبول

فقیهان به صورت مستقل و مجزا به تبیین ماهیت قبول پرداخته اند، اما از لایه لای کلام آن ها در خصوص امکان تقدم ایجاب بر قبول می توان نظر آن ها را درباره چستی قبول به دست آورد. نظر فقیهان درباره ماهیت قبول را می توان در سه دیدگاه دسته بندی کرد: برخی قبول را مطلقاً عملی حقوقی و انشا می دانند؛ برخی تمام اقسام قبول را صرف رضایت به مفاد ایجاب می دانند و بالاخره گروه سومی معتقد به

تفصیل هستند. در ادامه به توضیح هریک از این نظریه‌ها می‌پردازیم.

۱. بسیاری از فقیهان قبول را در همه موارد انشا می‌دانند (انصاری، المکاسب، ۱۴۴/۳؛ آخوند خراسانی، ۲۷؛ مامقانی، ۲۴۵/۲) و برای استدلال به عدم جواز مقدم شدن قبول بر ایجاب گفته‌اند: «ان القبول الذی هو أحد رکنی عقد المعاوضه فرع الإیجاب، فلا یعقل تقدمه علیه... المراد منه (قبول) الرضا بالإیجاب علی وجه يتضمن إنشاء نقل ماله فی الحال إلى الموجب علی وجه العوضیه»؛ قبول، انشای انتقال مال مشتری به بایع در عوض انشای انتقال مال بایع به مشتری است. بنابراین، تا زمانی که ایجابی نباشد معنا ندارد چیزی قبول شود (انصاری، المکاسب، ۱۴۴/۳).

انشایی بودن قبول را بسیاری از حقوق‌دانان نیز پذیرفته‌اند (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۱۴۲؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳۲۴/۱؛ همو، ایقاع، ۲۳). احتمال دارد از ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز استفاده شود که قانونگذار قبول را انشا دانسته است. در این ماده مقرر شده است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» باتوجه به اینکه در این ماده عقد به معنای اسم مصدری مدنظر است، مراد از انشا، انشای ایجاب و قبول است والا به صرف انشای ایجاب، عقد تحقق خارجی نخواهد یافت.

۲. برخی از فقیهان قبول را در تمام عقود، صرف رضایت به ایجاب و تأیید آن دانسته‌اند. از نگاه این گروه، شأن قبول در عقد، شأن رضایت مالک در عقد فضولی است. تمام آنچه برای عقد لازم است؛ یعنی انشای نقل مبیع از بایع به مشتری و انتقال ثمن از مشتری به بایع در ایجاب شکل گرفته و تمام شده است، اما برای مؤثر بودن و کامل شدن انشای بایع نیاز به تنفیذ آن توسط مشتری است. بنابراین حتی می‌توان گفت: اگر مخاطب ایجاب در پاسخ موجب بدون آنکه قصد انشای نقل و انتقال داشته باشد، فقط بگوید: «آفرین، مرحبا، دست مریزاد» که دلالت بر رضایت او بکند، کافی است (اصفهانی، ۲۷۸/۲، شهیدی، هدایة الطالب، ۱۹۲/۲؛ طباطبایی، حاشیة مکاسب، ۸۸/۱، حکیم، نهج الفقاهة، ۹۹؛ خمینی، کتاب البیع، ۳۳۳/۱ و ۳۳۴؛ قنواتی، ۳۵۹).

این دسته از فقیهان دلیل رضایی بودن قبول را این‌گونه توضیح داده‌اند: آنچه عرف از قبول می‌فهمد چیزی بیشتر از رضایت به آنچه موجب انشا کرده است، نیست. در غیر این صورت، عقد مرکب از دو ایجاب مستقل و غیر مرتبط خواهد بود؛ بایع ایجاب تملیک مبیع در مقابل ثمن را انشا می‌کند و مشتری ایجاب تملک مبیع در مقابل ثمن را انشا خواهد کرد، درحالی‌که قطعاً ترکیب عقد از دو انشای مستقل

صحیح نیست، بنابراین چاره‌ای جز رضایت‌دانستن ایجاب باقی نمی‌ماند (جزایری، ۱۳۹۲/۲).^۱

۳. برخی فقیهان پس از تقسیم عقود، ماهیت قبول در هر دسته‌ای از عقود را متفاوت با دسته دیگر دانسته‌اند. شیخ انصاری در یک تقسیم‌بندی، عقود را به چهار دسته تقسیم می‌کند: ۱. عقود معاوضی مانند بیع و اجاره؛ ۲. عقد صلح؛ ۳. عقود یک تعهدی مثل رهن و هبه؛ ۴. عقود اذنی مثل وکالت و عاریه. ایشان قبول در قسم اول را التزامی مغایر با التزام در ایجاب می‌داند و قبول در قسم دوم را التزامی موافق با ایجاب معنا می‌کند. در نگاه ایشان قبول در قسم سوم مطاوعه و پذیرفتن مفاد و اثر ایجاب، قبول در نوع چهارم صرفاً رضایت به ایجاب است (انصاری، المکاسب، ۱۵۶/۳).

برخی نیز عقود را به سه دسته تقسیم کرده‌اند: ۱. معاوضی مثل بیع و اجاره؛ ۲. اعطای یک طرفی مثل رهن و هبه؛ ۳. اذنی مثل وکالت و عاریه. ایشان قبول در عقود معاوضی را انشائی می‌دانند که دو منشأ دارد؛ یکی از آن‌ها مطابقی و دیگری التزامی است. منشأ مطابقی قبول، تملیک ثمن به بایع و منشأ التزامی آن، مالک‌شدن (تملک) مبیع است. اما قبول در قسم دوم و سوم، صرف رضایت به ایجاب و مطاوعه بر آن است (نائینی، ۲۴۸/۱).

در تقسیم دیگری عقود را به دو دسته اذنی و عهدی تقسیم کرده‌اند. قبول در عقود اذنی، صرف رضایت به مفاد ایجاب دانسته شده است، اما قبول در عقود عهدی (مثل بیع و اجاره) انشای تملک مبیع در برابر ثمن تلقی شده است (خویی، ۴۸/۳ و ۴۹).

برخی از حقوق‌دانان نیز در بعضی از آثار خود قبول را در همه موارد، انشا می‌دانند و قبول رضائی یا به تعبیر ایشان قبول اعلامی (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۱۳۶۷/۴) را پذیرفته‌اند (همو، اندیشه و ارتقاء، ۹۶)؛ اما در بعضی دیگر از آثار خود قبول در عقود همچون ضمان، رهن، کفالت و وصیت تملیکی را رضایتی ساده معرفی کرده و قبول رضائی را پذیرفته‌اند (همو، فلسفه حقوق مدنی، ۱۳۸۰، ۱۳۷/۵۲).

۳. نقد نظریه‌ها

به نظر می‌رسد نظریه انشایی بودن قبول و رضایی دانستن آن به طور مطلق صحیح نیست و نظریه تفصیل از قوت بیشتری برخوردار است، اما تفصیلی که باید داده شود تفصیل بین عقود معوض و عقود رایگان است. پس از نقد دیدگاه انشایی و رضایی دانستن مطلق قبول به توضیح و تبیین تفصیل منتخب خواهیم

۱. «فلیس شأن القبول إنشاء نقل مثلاً فی قبال إنشاء الموجب، و آلا كان العقد مرکباً من إيجابین، لا إيجاب و قبول، كما إذا قال المشتري بعد قول البائع: بعثک هذا المتاع بدینار: «نقلت الدینار إلیک بهذا المتاع» فإن هذا الکلام من المشتري إيجاب لا قبول.»

پرداخت.

۱. دیدگاه انشایی بودن قبول انتقادشدنی است، زیرا نیاز به انشا در مواردی است که به دنبال ایجاد موجودی اعتباری باشیم. اگر در موردی موجود اعتباری ایجاد شده باشد از وجود دوباره آن بی نیاز خواهیم بود. در محل بحث، با انشای ایجاب موجود اعتباری، بیع به معنای مصدری محقق می شود؛ یعنی انتقال مبیع از بایع به مشتری و انتقال ثمن از مشتری به بایع هردو انشا شده است، پس ایجاد مجدد آن لغو خواهد بود و حتی در مواردی می تواند مشکل ساز شود، زیرا انشای یک عمل حقوقی، در مقایسه با رضایت به یک عمل حقوقی انشاشده مشکلات بیشتری دارد؛ برای مثال، احتمال دارد در چگونگی ابراز انشا شرایطی؛ از قبیل لفظ صریح، تنجیز، ترتیب، موالات و... ضروری باشد، درحالی که در ابراز رضایت این موارد لازم نیست.

۲. ازسوی دیگر رضایی دانستن قبول در عقود معاوضی با این ایراد مواجه است که انشاکننده ایجاب علاوه بر انتقال مال خود به مخاطب ایجاب، نمی تواند مال او را نیز به خویش منتقل کند؛ زیرا طبق قاعده سلطنت هرکس فقط بر دارایی و اموال خود سلطه دارد. با دقت در تعبیر کسانی که معتقد به رضایی بودن قبول در عقود معاوضی هستند می توان این گونه استنباط کرد که آن ها موجب را وکیل یا فضول در تصرف اموال قابل پنداشته اند. این مطلب نقدشدنی است، زیرا التزام به وجود وکالت یا معامله فضولی در ضمن هر عقد معاوضی آسان نیست، هرچند برخی از طرفداران رضایی بودن قبول به این لازمه باطل تصریح و آن را پذیرفته اند! (نک: خمینی، کتاب البیع، ۳۰۴/۲).

این گروه دلیل بر رضایی دانستن قبول را این گونه اعلام کرده اند که اگر قبول انشائی باشد لازم می آید دو ایجاب کنار یکدیگر جمع شوند و با جمع دو ایجاب هیچگاه عقد شکل نخواهد گرفت. دلیل ارائه شده درخور انتقاد است، زیرا اولاً، انشای قبول به معنای انتقال مال خریدار به فروشنده و پذیرفتن ایجابی است که خریدار بیان کرده است، لذا ایجاب و قبول با یکدیگر مرتبط اند؛ ثانیاً، آنچه عرفاً برای درستی عقد معاوضی ضرورت دارد، وجود دو شخصی است که بین آن ها بر الزام و التزام برای نقل و انتقال مالی توافق شده باشد، بنابراین اینکه یکی از آن ها موجب باشد و دیگری قابل یا هردو موجب باشند، ضرری به شکل گیری صورت عرفی عقد وارد نمی کند (خویی، ۴۷/۳).

اشکال دیگر این است که لازمه رضایی دانستن قبول این است که قبول به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر رضایت بکند واقع شود و هیچ لفظ خاصی در آن شرط نباشد، اما برخی از طرفداران رضایی بودن قبول این لازمه را نپذیرفته و انشای قبول با لفظ امضا و اجازه و مانند آن را صحیح ندانسته اند (نک: اصفهانی، ۲۷۳/۱).

۳. به نظر می‌رسد باید درباره ماهیت قبول دیدگاه تفصیلی را پذیرفت. واضح است که تفصیل بین عقود مختلف نیازمند تبیین و توضیح علت تفاوت‌گذاری بین عقود گوناگون است. در ادامه، ضمن بیان تفصیل برگزیده به توضیح علت تفکیک بین عقود مختلف می‌پردازیم.

قبل از هر چیز برای شناخت ماهیت قبول باید عقود معوض و غیر معوض را متمایز دانست. در عقود معوض، مال یا عملی از طرف هرکدام از موجب و قابل به دیگری تملیک می‌شود. بنابراین، کاملاً طبیعی است که موجب به صرف رضایت و بدون اراده انشایی طرف مقابل نمی‌تواند چیزی از دارایی او بکاهد و به دارایی خود اضافه کند. رضایت برعکس انشا، مطاوعه و پذیرش است. ماهیت حقوقی یا نقل و انتقال اعتباری را نمی‌توان با رضایت صرف ایجاد کرد. به عبارت دیگر، برای تصرف در اموال طرف مقابل و انتقال مالی از دارایی او به دارایی موجب، اراده خود او باید وجود داشته باشد. اراده‌ای که بتواند خلاق باشد و این نقل و انتقال اعتباری را انجام دهد؛ رضایت گرچه عمل ارادی است اما چون جنبه انشایی ندارد از قدرت لازم برای نقل و انتقال برخوردار نیست (قنوتی، ۳۵۰). همان طور که در نقد نظریه رضایی بودن قبول بیان شد، اراده انشایی موجب فقط برای نقل مال خود او می‌تواند به کار آید اما برای تصرف در اموال دیگران نمی‌توان از آن استفاده کرد.

در نقطه مقابل، عقود غیر معوض است که در آن‌ها فقط یک طرف به نفع طرف دیگر ایجاب عمل حقوقی را انشا می‌کند. قابل در این عقود هیچ تعهد و وظیفه‌ای برعهده نخواهد داشت؛ فقط با پذیرفتن آنچه به نفع او انشا شده است، اجازه ورود مال یا عملی را به حیطه دارایی خود می‌دهد. قبول‌کننده عقد بلاعوض با این اجازه، هیچ نقل و انتقالی را انجام نمی‌دهد و فقط مانع تصرف در اموال و دارایی خود را برمی‌دارد، حتی اگر تملیک قهری مطابق با قاعده باشد، احتمال دارد نیاز به رضایت را منتفی بدانیم. به نظر می‌رسد تفصیل‌های ارائه شده پیشین نیز به نوعی برگشت به همین تفاوت دارد.

اکنون که معلوم شد قبول در عقود رایگان، صرف رضایت است، بررسی ماهیت دقیق رضایت و تفاوت آن با انشا ضروری است.

۴. ماهیت رضایت

عالمان فقه به صورت مستقل به بررسی ماهیت رضایت پرداخته‌اند، اما از بررسی کلام آن‌ها در اجازه عقد فضولی و چگونگی ابراز آن می‌توان ماهیت حقوقی رضایت را به دست آورد. به طور کلی می‌توان گفت سه دیدگاه درباره ماهیت رضایت وجود دارد. برخی آن را ایقاع، گروهی عقد و برخی دیگر نه عقد و نه ایقاع، بلکه آن را عمل مادی دارای اثر حقوقی (واقعه حقوقی) می‌دانند. در ادامه، به بررسی هرکدام از این

دیدگاه‌ها می‌پردازیم و نظر انتخابی خود را بیان و در پایان چگونگی ابراز رضایت را تبیین می‌کنیم.

۱. دلیل اصلی کسانی که اجازه را عمل انشایی می‌دانند آن است که حکم به لزوم پابندی به عقد زمانی است که عقد منتسب به مالک باشد و تا زمانی که عقد منسوب به او نباشد حکم به لازم‌الوفاء بودن نیز جریان نخواهد داشت. به تعبیر فقیهان، آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» به معنای اوفوا بعقودکم است، والا عقدهایی که ربطی به اشخاص نداشته باشند، لزوم وفایی هم برای آن‌ها مطرح نمی‌شود. انتساب عقد به شخص بدون قصد و اراده انشایی او میسر نیست؛ به همین دلیل، بدون قصد انشایی مالک، عقد فضولی هیچ استنادی به او نخواهد داشت. این فقیهان از وجود قصد انشا در اجازه نتیجه می‌گیرند، به دلیل نیازمندی انشا به مبرز خارجی (قول یا فعل)، اجازه نیز باید ابراز شود و صرف رضایت درونی مالک، عقد فضولی را نافذ نخواهد کرد (آخوند خراسانی، ۶۵ و ۶۶؛ طباطبایی، حاشیه مکاسب، ۱۵۸/۱؛ نائینی، ۸۹/۲ و ۹۰/۳؛ خویی، ۲۰۹/۴؛ حکیم، نهج الفقاهة، ۲۰۸ و ۲۰۹).^۱

برخی از حقوق‌دانان نیز بدون آنکه استدلال خاصی ارائه دهند، اجازه را ایقاعی تملیکی یا عهدی دانسته‌اند (کاتوزیان، ایقاع، ۶۵ و ۶۶). احتمال دارد از ماده ۲۴۷ قانون مدنی که مقرر می‌کند: «معامله به مال غیر، جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست، ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد...» استنباط کرد که رضایت باطنی مالک برای تصحیح عقد فضولی کافی نیست و اجازه دارای ماهیتی انشایی است (صفار، ۱۸۱).

۲. یکی از اقسام معامله فضولی آن است که فضول، معامله را برای خود منعقد می‌کند. تنفیذ عقد با اجازه بعدی مالک در صورتی میسر است که او همان چیزی را اجازه دهد که فضول انشا کرده است؛ درحالی که چنین امری خلاف قصد مالک است. برای توجیه این مطلب که چگونه اجازه مالک به معنای وقوع عقد سابق برای خود مالک است و نه فضول، چند راهکار بیان شده است؛ یکی از آن‌ها این است که اجازه مالک به معنای انعقاد قراردادی جدید بین مالک و اصیل تلقی شود (آبی، ۴۴۵/۱ و ۴۴۶؛ قمی، ۲۷۶/۲ و ۲۷۷). بر این اساس، ماهیت اجازه، انشای عقد جدید بین مالک و اصیل است.

۳. بسیاری از محققان بر این باورند که اجازه در عقد فضولی، عمل ارادی و مادی است و نیازمند قصد انشا نیست؛ توضیح آنکه قصد انشا در جایی ضرورت دارد که ایجاد و خلق موجود اعتباری در نظر باشد، درحالی که در عقد فضولی این موجود اعتباری توسط فضول و اصیل به وجود آمده است، اما با توجه به اینکه

۱. یکی از عبارات‌های فقهی برای بیان این نظریه، کلام نائینی است. ایشان گفته‌اند: «الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من إيجابهما إما باللفظ أو بالفعل فلا الكراهة الباطنية ردّ ولا الرضا الباطني إجازة بل كلّ منهما يحتاج إلى كاشف»؛ عجیب اینجاست که آخوند خراسانی با اینکه اجازه را انشایی می‌داند اما تنفیذ عقد با اجازه باطنی را ممکن دانسته است، گویا از نظر ایشان، انشا نیاز به ابراز ندارد!

یکی از ارکان آن؛ یعنی رضایت مالک وجود ندارد، هر زمان این رکن محقق شود عقد نیز تأثیر خود را خواهد گذاشت. به عبارت دیگر، برای تحقق ساختمان اصلی قرارداد نیاز به انشای طرفین است. این مهم (ایجاد ماهیت اعتباری عقد) توسط اصیل و فضول انجام شده است. تنها نقصی که در انشای طرفین وجود دارد، فقدان رضایت مالک است. بنابراین، اجازه مالک، موجد و خالق ماهیت نیست و انشادانستن آن خطاست. به تعبیر برخی از فقیهان، اجازه مالک، مانع مؤثر بودن عقد فضولی را بر می دارد و بعد از برداشتن مانع عقد اثر خود را خواهد گذاشت (شهید ثانی، ۱۵۸/۳). بنابراین، نقش اجازه، برطرف کردن مانع است نه ایجاد ماهیت جدید. از نصوص شرعی نیز نمی توان بیشتر از این استفاده کرد که برای کامل شدن عقد، صرف رضایت کافی است (انصاری، المکاسب، ۴۲۴/۳ و ۴۲۵).

از مهمترین لوازم پذیرفتن واقعه حقوقی و رضایت دانستن اجازه آن است که رضایت باطنی مالک برای تنفیذ عقد کافی است، زیرا رضایت یک کیف نفسانی و پنهان در ضمیر افراد است که بدون ابراز خارجی نیز به وجود می آید؛ از این رو می توان ادعا کرد تمام کسانی که رضایت باطنی مالک را برای تنفیذ معامله فضولی کافی دانسته اند (صاحب جواهر، ۲۹۴/۲۲؛ انصاری، المکاسب، ۳۴۷/۳؛ خمینی، کتاب البیع، ۱۳۲/۲)، بر این باورند که اجازه، واقعه حقوقی است.

۴. به نظر می رسد ایقاع دانستن ماهیت رضایت نادرست است، زیرا برای انتساب عقد به مالک نیازی به انشای او وجود ندارد و به صرف رضایت مالک به عقد انشاشده، عقد منتسب به او خواهد شد و در نتیجه لازم الوفاء خواهد بود. همچنان که نمی توان معتقد بود اجازه، عقد جدید است؛ زیرا پذیرش این سخن که اجازه هم جای ایجاب باشد و هم جایگزین قبول، نه تنها خلاف عرف، بلکه خلاف اجماع و بنای عقلاست (انصاری، المکاسب، ۳۷۹/۳).

در نقد انشایی بودن اجازه می توان گفت: رضایت، کیف نفسانی و امر واقعی و خارجی است، نه امر اعتباری و از این رو، قابلیت انشا ندارد و انشای آن محال است (نقیبی و مغزی نجف آبادی، ۱۳۶). از این گذشته، تنفیذ و تصحیح یک معامله، حکمی وضعی است و احکام وضعی همانند احکام تکلیفی قابل انشا توسط شارع و قانونگذارند (محقق داماد و همکاران، ۳۳۶/۲).

بنابراین، واقعه حقوقی و غیرانشایی دانستن اجازه نسبت به سایر دیدگاه ها از مبانی مستحکم تری برخوردار و با تحلیل ذهنی منطبق تر است، اما صرف رضایت باطنی اگرچه ابراز نشده باشد، تنفیذکننده عقد فضولی نخواهد بود؛ زیرا برای انتساب و التزام به عقد، صرف رضایت باطنی کافی است، اما این رضایت فقط در عالم ثبوت کارایی دارد؛ یعنی اگر مالک در نفس خود حالت رضایت به معامله انجام شده را داشته باشد، باید بین خود و خدای خود به معامله انجام شده و تمام آثار آن ملتزم باشد (صاحب جواهر،

۲۹۴/۲۲). اما در عالم اثبات و علم حقوق صرف رضایت درونی کافی نیست و باید مبرز خارجی برای آن وجود داشته باشد، به همین سبب علم قاضی نیز تاحدی حجت است که مستند به امور واقعی و خارجی باشد. حقوق دان یا قاضی فقط بر اساس اموری که در عالم اثبات و واقع وجود دارد حکم خواهد داد. بنابراین، می توان گفت: از نظر حقوقی رضایت فقط زمانی می تواند سبب کامل شدن و تنفیذ عقد فضولی شود که ابراز شده باشد؛ از این روست که ماده ۲۴۷ قانون مدنی برای نفوذ عقد فضولی، رضایت باطنی مالک را کافی نمی داند و از این ماده نمی توان استفاده کرد که از نظر قانونگذار مدنی، ماهیت اجازه انشاء است.

۵. باید توجه داشت که در خصوص ابراز رضایت و اجازه، سخت گیری لازم برای انشای ایجاب و قبول ضرورت ندارد. کسانی که اجازه را انشا می دانند نیز این مطلب را می پذیرند که برای انشای اجازه از هر فعل یا لفظی که دلالت بر تنفیذ کند می توان استفاده کرد، حتی در صورتی که مالک پس از اطلاع از عقد فضولی سکوت کند، صرف سکوت و عدم ردع او می تواند با کمک قرائن و اوضاع و احوال عرفاً به معنای اجازه دادن تلقی شود. بنابراین، ماده ۲۴۸ قانون مدنی که سکوت مالک را دلیل بر رضایت ندانسته است به این معناست که سکوت ساده و خالی از قرینه مخالف دلالتی بر رضایت ندارد (محقق داماد و همکاران، ۲۸۹/۱).

۶. با پذیرش این امر که ماهیت قبول در اعمال حقوقی احسانی، صرف رضایت است و نه انشا و اینکه رضایت، عمل مادی دارای آثار حقوقی است می توان ادعا کرد: ماهیت اعمال حقوقی احسانی، ایجاب همراه ابراز رضایت است. نحوه ابراز رضایت در این اعمال از ابراز اجازه در عقد فضولی هم آسان تر است، زیرا هیچ مالی از دارایی قبول کننده عمل احسانی خارج نمی شود؛ به همین دلیل عرف، صرف سکوت و عدم ردع را به عنوان قبول تلقی می کند. جمله «نیکی و پرسش؟» و مانند آن که در عرف رایج است، دلالت بر این حقیقت دارند که عرف مردم عادی بدون نیاز به ابراز خارجی قبول، از دریافت مال یا عمل رایگان به نفع خودشان استقبال می کنند. قرینه بر این مطلب که عرف و حتی بنای عقلا سکوت و عدم ردع را در این اعمال کافی می دانند، قوانین سایر کشورهاست که قبول مصطلح را در این اعمال شرط نمی دانند. تذکر این نکته نیز مهم است که عدم ردع، حقیقتی خارجی است که باید احراز شود؛ به این معنا که اگر سکوت به دلیل عدم توجه به ایجاب یا به علت ممکن نبودن ابراز عدم رضایت باشد، قطعاً برای به دست آوردن رضایت کافی نیست.

۷. در قوانین بسیاری از کشورها صرف عدم ردع برای انعقاد عمل حقوقی احسانی پذیرفته شده است؛ برای مثال، در بند ۲ ماده ۹۸ قانون مدنی مصر و به تبع آن ماده ۹۹ قانون مدنی سوریه، ماده ۹۵ قانون مدنی

اردن، ماده ۹۸ قانون مدنی لیبی، ماده ۸۱ قانون مدنی عراق و ماده ۱۸۰ قانون مدنی لبنان آمده است: «يعتبر السكوت عن الرد قبولاً اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين و اتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعه من وجه اليه»؛ سکوت و عدم رد در مقابل ایجابی که صرفاً به نفع قابل باشد، قبول ایجاب محسوب می شود. همچنین رویه قضایی فرانسه در جایی که ایجاب منحصر به سود مخاطب آن باشد، سکوت طرف مقابل را به معنای رضایت به آن دانسته است (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۲۰۷). در ماده ۴:۳۰۳ DCFR^۱ نیز ایقاع مملک به شرط عدم رد پذیرفته شده است.^۲

همین مطلب سبب شده است که درباره عقد بودن یکی از مهمترین عقود احسانی؛ یعنی هبه، تردید جدی شود. در ماده ۸۹۴ قانون مدنی فرانسه^۳ و به تبع آن، ماده ۲۳۹ قانون تعهدات سوئیس^۴ و ماده ۵۰۴ قانون مدنی لبنان، در تعریف هبه از کلمه عقد استفاده نشده است، بلکه کلمه تصرف و عمل حقوقی^۵ به کار رفته است. این تعریف قانونی باعث شده است در میان حقوق دانان نیز درباره عقد بودن هبه، تردید جدی وجود داشته باشد (سنهوری، ۴/۵ و ۲۹، ناصیف، ۹/۱۱). در خصوص وصیت نیز در حقوق فرانسه اگرچه وصیت ایقاع است و نیاز به قبول موصی له ندارد، اما او می تواند وصیت را رد کند (کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ۵۰). همان طور که ملاحظه می شود در حقوق بسیاری از کشورهای دیگر نیز قبول به معنایی که در تمام قراردادها مطرح است در اعمال حقوقی احسانی وجود ندارد و صرف عدم رد را به معنای قبول تلقی کرده اند.

۸. آخرین پرسشی که باید به آن پاسخ گفت این است که آیا ایجاب همراه با عدم رد، عقد است یا

1. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

2. II. - 4:303: Right or benefit may be rejected Where a unilateral juridical act confers a right or benefit on the person to whom it is addressed, that person may reject it by notice to the maker of the act, provided that is done without undue delay and before the right or benefit has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued.

کتاب دوم. ماده ۴:۳۰۳: شخصی که حق یا منفعتی برای او به صورت عمل حقوقی یک طرفه در نظر گرفته شده است می تواند با دادن اخطار به طرف مقابل از پذیرفتن آن امتناع کند، مشروط به اینکه این اخطار بدون هرگونه تأخیر غیرموجه باشد و قبل از رد حق یا منفعت، صریحاً یا تلویحاً آن را قبول نکرده باشد.

3. Article 894: La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte.

هبه میان زندگان عملی است که به سبب آن واهب در زمان حال ملکیت خود را به طور غیرقابل رجوع از چیزی بر می دارد و آن را به متهب منتقل می کند و او آن را می پذیرد.

4. Art 239: A gift is any inter vivos disposition in which a person uses his assets to enrich another without receiving an equivalent consideration.

هبه میان زندگان تصرفی است که به سبب آن شخصی اموال خود را بدون دریافت عوض متعادل به دیگری می دهد.

5. transaction.

ایقاع یا هیچ کدام؟ اصطلاح عقد و ایقاع در نصوص شرعی وجود ندارد و در کلام فقیهان به کار رفته است. در تعریف عقد گفته اند: عقد عملی است که نیاز به ایجاب و قبول دارد، ولی ایقاع نیاز به قبول ندارد (شهید اول، ۲۷۱/۲، انصاری، صیغ العقد و الإیقاعات، ۲۴ و ۲۵) یا اینکه عقد عملی است که ایجاد آن متوقف بر تصرف در حیطة سلطنت شخص دیگر است، اما تحقق ایقاع متوقف بر تصرف در حیطة سلطنت دیگری نیست؛ مثل طلاق و وقف بر جهات عام که تصرف فقط در حیطة اختیارات خود شخص است (بروجردی، ۹؛ خمینی، الرسائل العشرة، ۲۱۱). گروهی دیگر در تبیین ملاک عقد یا ایقاع بودن عمل حقوقی گفته اند: ملاک عقد این است که ولایت بر انجام کار در دست دو نفر باشد و ملاک ایقاع این است که ولایت در انجام عمل در اختیار یک نفر باشد، بنابراین اگر شخصی از جانب طرفین عقد، ولایت و اختیار در تصرف داشته باشد، عمل مزبور ایقاع خواهد بود (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۲۴۰/۱۲؛ ۳۴۶/۱۴؛ خمینی، کتاب البیع، ۳۲۵/۱). برخی، عقد را نتیجه توافق دو اراده دانسته اند، به گونه ای که به وجود آمدن عقد نتیجه ارتباط و تلازم بین آن دوست و در مقابل آن، ایقاع عملی است که با یک اراده انجام می شود (مشکینی، ۹۷ و ۳۷۷؛ کاتوزیان، ایقاع، ۱۹، جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۷۶۲/۱؛ همو، ۲۵۵۷/۴).

به نظر می رسد برای فهم معنای دقیق عقد و ایقاع باید به میزان دخالت اراده افراد دقت شود. عقد، عمل حقوقی است که انعقاد آن نیاز به دو اراده انشایی دارد، اما ایقاع با یک اراده انشایی واقع می شود. اگر عمل حقوقی با یک اراده انشایی و رضایت واقع شود، نه می توان به آن عقد گفت و نه می توان آن را ایقاع نامید. بنابراین، اعمال حقوقی احسانی ماهیت ویژه خود را دارند که می توان آن را ایجاب متوقف بر عدم ردع نامید. دو گونه عقد و ایقاع جنبه تبعدی ندارد و محدود کردن ذهن به اینکه هر عمل انشایی بایستی در قالب یکی از این دو ماهیت باشد، صحیح نیست. بسیاری از فقیهان نیز ماهیت برخی از اعمال حقوقی احسانی مثل وصیت، وقف و ضمان ضم ذمه به ذمه را ایجاب متوقف بر عدم ردع، ایقاع شبیه عقد یا برزخ بین عقد و ایقاع دانسته اند (طباطبایی، العروة الوثقی، ۶۵۴/۵، حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۵۳۸/۱۴؛ سبزواری، ۱۳/۲۲؛ خمینی، الرسائل العشرة، ۲۱۱، خویی، ۴۸/۳؛ نووی، ۲۸۹/۲).

نتیجه گیری

۱. اعمال حقوقی احسانی به معنای خاص عبارت اند از: اعمال حقوقی بدون عوض و بدون تضمینی که سبب رسیدن نفع و خیری به طرف مقابل (محسن الیه) می شوند. بر این اساس، هبه، ابراء، وصیت تملیکی، وقف، عمری، رقبی، سکنی، حبس مطلق، وکالت، ودیعه، عاریه، کفالت، ضمان ضم ذمه به ذمه و رهن،

اعمال احسانی به شمار می‌روند.

۲. ماهیت قبول در اعمال حقوقی معوض، انشا است، اما قبول در اعمال حقوقی بدون عوض، صرف رضایت به مفاد ایجاب است؛ بنابراین اعمال حقوقی احسانی، از ایجاب به علاوه رضایت به ایجاب تشکیل شده است.

۳. عقد متوقف بر دو انشا؛ یعنی انشای ایجاب و انشای قبول است و ایقاع متوقف بر یک انشا است؛ از آنجایی که اعمال حقوقی احسانی تشکیل شده از انشا و رضایت به انشا هستند و رضایت بدون نیاز به مبرز خارجی و با عدم ردع نیز محقق می‌شود، این اعمال، عقد یا ایقاع اصطلاحی به شمار نمی‌رود، بلکه ایجاب متوقف بر عدم ردع هستند.

۴. باتوجه به اینکه اعمال احسانی عقد به معنای اصطلاحی نیستند پیشنهاد می‌شود همچنان که قانونگذار در تعریف وقف (م ۵۵)، عمری، رقبی و سکنی (م ۴۱، ۴۲ و ۴۳) و وصیت تملیکی (م ۸۴۱) از کلمه عقد استفاده نکرده است در سایر اعمال احسانی نیز این کلمه حذف شود.

منابع

- آبی، حسن بن ابی طالب، کشف الرموز، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه مکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه مکاسب، قم: انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، صیغ العقود و الإیقات، قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۱ق.
- _____، المکاسب، قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق.
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهية، قم: هادی، ۱۴۱۹ق.
- بروجردی، حسین، تقریرات ثلاث، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- جزایری، محمدجعفر، هدی الطالب، قم: دار الکتاب، ۱۴۱۸ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
- _____، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
- _____، فرهنگ عناصر شناسی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، فلسفه حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.
- _____، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱.

- _____، الفارق، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- حکیم، محسن، نهج الفقاهة، قم: انتشارات بیست و دوم بهمن، بی تا.
- _____، مستمسک العروة الوثقی، قم: دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
- خمینی، روح الله، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
- _____، الرسائل العشرة، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۰ق.
- خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، بی جا: بی نا، بی تا.
- رهپیک، حسن، نظریه جهت در اعمال حقوقی، تهران: اطلاعات، ۱۳۷۶.
- زارعی سبزواری، عباسعلی، قواعد الفقهية، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۰ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، مذهب الأحكام، چاپ چهارم، قم: المنار، ۱۴۱۳ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، چاپ سوم، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۰۰م.
- شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، چاپ اول، قم: کتاب فروشی مفید، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای تعهدات، چاپ دهم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۳.
- شهیدی، میرزا فتح، هداية الطالب، تبریز: اطلاعات، ۱۳۷۵.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت: دار الحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- صفار، محمد جواد، «تحلیل و توصیف ماهیت حقوقی تنفیذ عقد غیر نافذ»، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان، یادنامه دکتر شهیدی (بدون شماره)، ۱۳۸۴صص ۱۷۳ تا ۲۰۴.
- طباطبایی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- _____، حاشیه مکاسب، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
- طوسی، محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، قم: مکتب الإعلام الإسلامی، ۱۴۰۹ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، القواعد الفقهية، قم: مهر، ۱۴۱۶.
- فرحی، سیدعلی، تحقیق فی القواعد الفقهية، چاپ دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۱ق.
- قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ق.
- قنواتی، جلیل، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- _____، وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.

_____، ایقاع، تهران: یلدا، ۱۳۷۰.

مامقانی، محمدحسن بن عبدالله، غایة الآمال، قم: مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۱۶ق.

محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹.

مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، بی جا: بی نا، بی تا.

مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهية، قم: مدرسة امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۱۱ق.

ناصیف، الیاس، موسوعة العقود المدنية و التجارية، چاپ دوم، بی جا: بی نا، ۲۰۱۱م.

نائینی، محمدحسین، منية الطالب، تهران: محمدی، ۱۳۷۳.

نقیبی، سیدابوالقاسم و الهام مغزی نجف آبادی، «نظریه واقعه حقوقی بودن ماهیت تنفیذ در فقه و حقوق ایران»، مجله

آموزه های فقه مدنی، ش ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۸، صص ۱۱۹ تا ۱۳۸.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2019.13>

نوی، یحیی بن شرف، روضة الطالبین، بیروت: دار المعرفة، ۱۴۲۷ق.

هاشمی شاهرودی، سید محمود، موسوعة الفقه الإسلامي، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳ق.



Researching the knowledge of Sho'un (affairs) of shar' and its application in inferring Shari'ah rulings



Homayoun Nawai

Master's degree in private law at the University of Judicial Sciences

Email: esprez.hn@gmail.com

Abstract

The most important and widely used source of inference of Shari'a rulings is "Sunnah". In the definition of "Sunnah" the three forms of the word, the act and *taghrir* of infallible Imam are acceptable to the scholars of jurisprudence and principles. However, some have characterized and restricted these three forms as "abnormal". Such a restriction is to avoid some aspects of the life of the Infallibles (as), which are referred to as "sho'un". The number and names of these aspects or "sho'un" are usually discussed. On the other hand, we must find the "Sunnah" of the infallibles from the traditions. But not all traditions express "Sunnah". These traditions indicate the various "sho'un" of the Shar' or the Infallibles. Therefore, in order to deduce the fixed and permanent rules of Sharia, we must separate the traditions containing these rules from others. One of the ways to separate the traditions containing the rulings of shar' from others than that is to recognize the status of the basis of that traditions. The most important solution to this is to get help from contexts and evidence. In this article, an attempt has been made to state the "sho'un" of the Shar' based on the verses of the Qur'an. And also to present the various evidences in distinguishing the "sho'un" of the Shar' by mentioning examples from the jurists. Also, we try to answer these two questions: if the evidence does not help us, how do we find the "sho'un" of the basis of the tradition? Also, what is the validity and authenticity of these tradition?

Key words: the "shan" of preaching, the "sho'un" of "*Tashri*" (legislation). Shar'i rulings, evidence, the principle of "*Tashri*"





بازپژوهی در شناخت شئون شارع و کاربرد آن در استنباط احکام شرعی



همایون نوائی

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی

Email: esprez.hn@gmail.com

چکیده

مهمترین و پرکاربردترین منبع استنباط احکام شرعی «سنت» است. در تعریف سنت سه شاکله قول، فعل و تقریر معصوم، مقبول دانشمندان فقه و اصول است. برخی سه شاکله یادشده را به قید غیرعادی، متصف و مقید کرده‌اند؛ چنین قیدی برای احتراز از برخی جنبه‌های زندگی معصومان (ع) است که از این جنبه‌ها به شئون یاد شده است. تعداد و نام‌های این جنبه‌ها یا شئون، محل بحث و گفت‌وگوست. از سوی دیگر، سنت معصومان را باید از روایات نقل شده بیاییم، ولی همه روایات بیانگر سنت نیست. این روایات حاکی از شئون گوناگون شارع یا همان معصومان (ع) است. بنابراین، برای استنباط احکام ثابت و دائم شرع باید روایات دربردارنده این احکام را از غیر آن جداسازی کنیم. یکی از راه‌های تفکیک روایات حاوی احکام شرعی از غیر آن، تشخیص شأن مبنای آن روایت است که مهمترین راه حل این مهم، کمک گرفتن از قرائن و نشانه‌هاست.

در این نوشتار سعی شده است شئون شارع بر مبنای آیات قرآن برشمرده و اقسام قرائن در تشخیص شئون شارع با ذکر مثال‌هایی از فقها مطرح شود و در پی پاسخ‌گویی به این دو سؤال هستیم که اعتبار و حجیت این قرائن تا چه اندازه است؟ و در صورت کمک نکردن قرائن، چگونه شأن مبنای روایت را بیاییم؟

واژگان کلیدی: شأن تبلیغ، شأن تشریع، احکام شرعی، قرائن، اصل تشریع.

مقدمه

دو منبع مهم استنباط احکام شرعی، حکم قطعی عقل و متون دینی یا همان نقل است. احکام عقلی به صورت مصداقی و کاربردی محل بحث و اختلاف است و چندان نقش به‌سزایی در ساختار فقه نداشته است. مهمترین و پرکاربردترین منبع و مستند فقهی، متون دینی شامل آیات قرآنی و روایات بوده که با وجود این، در آیات قرآن کمتر تفصیل و جزئیات قوانین شرعی بیان شده است؛ ازاین‌رو کارآمدترین و بیشترین منبع استفاده‌شده در استنباط و استخراج احکام شرعی، سنت است که روایات بیانگر آن هستند. امام خمینی پایه و اساس اجتهاد و استنباط احکام را روایات می‌داند و انس با روایات را از مهمترین لوازم اجتهاد بر می‌شمرد که یک مجتهد باید از آن برخوردار باشد^۱ (خمینی، ۹۸/۲).

فقه‌ها در استنباط احکام از روایات چند مرحله را طی می‌کنند: ۱. بررسی سندی روایات برای اطمینان از اعتبار آن؛ ۲. بررسی مدلول و منظور روایت برای دریافتن مفاد و حکم ذکرشده در آن؛ ۳. بررسی جهت صدور روایات به‌منظور احراز اراده جدی در بیان حکم، چه‌بسا روایت به‌سبب تقیه بوده است.

افزون بر این مراحل، توجه به شئون متفاوت شارع برای کشف حکم دائمی و ثابت شرع از دیگر احکام موقت و متغیر شارع حائز اهمیت است (ضیایی‌فر، جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد، ۵۲۶). بنابراین یکی از راه‌های کشف احکام شرعی آگاهی از شأن مبنای حکم مندرج در روایت است؛ توضیح بیشتر اینکه شارع مقدس، پیامبر اکرم (ص) و ائمه (ع) در امر دین و بیان احکام شأنی خاص ندارند و آنچه بیان کرده‌اند یا سیره عملی آن‌ها بوده یا از شئون مختلفی صادر شده است؛ ازاین‌رو احادیث و روایات صادرشده از ایشان را به‌طور مطلق نمی‌توان مبنای احکام شرعی دانست و متون روایی دربردارنده آن گفتار یا سیره را بیانگر احکام دائمی و ثابت قلمداد کرد. بنابراین استنباط‌کننده احکام باید در برخورد با یک نص بیانگر حکم از شارع، شأن صدور آن را بررسی کند تا دریابد این روایت در پی بیان حکم و قانونی همیشگی است یا برای برهه‌ای زمانی و مکانی خاص صادر شده است. یکی از بنیادی‌ترین موضوعات در استنباط احکام شرعی، توجه به شأن صدور روایت است و اینکه ساده‌انگارانه و در بیانی کلی گفته شود اصل در متون دینی، بیان احکام دائمی و همیشگی است و خلاف آن دلیل و قرینه می‌خواهد، مشکلی را حل نخواهد کرد و حداقل اشکال این سخن این است که آن دلیل و قرینه چیست؟ ضابطه آن کدام است؟ ولی به‌طور خلاصه می‌توان گفت: آنچه از شارع، پیامبر اکرم (ص) و سایر معصومان (ع) در گفتار یا رفتار ظاهر شده و متون روایی حاکی از آن است، از یکی از حیثیت‌ها و شئون ایشان صادر شده است که در این نوشتار پنج شأن بر پایه

۱. «المهم للطلاب المستنبط الأئمة بالأخبار الصادرة عن أهل البيت فإنها رحي العلم وعليها يدور الاجتهاد والإنس بلسانهم و كيفية محاوراتهم و مخاطبهم من أهم الأمور للمحصل.»

آیات قرآنی آورده می‌شود که عبارت‌اند از: شأن تبلیغ، شأن تشریع، شأن حکومت و ولایت، شأن قضاوت و فصل خصومت، شأن بشری و زندگی شخصی معصومان(ع). اما فایده آگاهی از این شئون در استنباط احکام شرعی منوط به تمییز روایات برخاسته از این شئون است. دو شأن تبلیغ و تشریع بیانگر احکام شرعی است، ولی احکام دو شأن حکومت و قضاوت می‌تواند مستند احکام ثابت و دائمی قرار گیرد. اما در روایات حاکی از شأن بشری و زندگی شخصی باید اصل را بر عدم قابلیت آن‌ها در استناد و استنباط احکام دانست. از سوی دیگر، شناخت شأن مبنای روایت امری بسیار دشوار و بحث‌برانگیز است که بهره‌بردن از قراین حالی و لفظی کمک شایانی در این مهم دارد. همچنین در صورت یأس از جست‌وجوی قراین یا ناکارایی آن‌ها باید به اثبات اصول و قواعدی برای رفع تردید پرداخته شود. امور یادشده در چهار محور بررسی می‌شود.

در خصوص پیشینه پژوهش شاید بتوان گفت از همان عصر نبوی و پیدایش دین اسلام، موضوع شئون گوناگون پیامبر اسلام مطرح بوده و در قرآن کریم به شئون متفاوت پیامبر اشاراتی رفته است، به خصوص اینکه برخی مشرکان به رفتارهای بشری پیامبر اعتراض داشته‌اند (مؤمنون: ۳۳) و قرآن بر این جنبه پیامبر در کنار جنبه وحیانی تأکید کرده است (کهف: ۱۱۰). در کلام صحابه و عالمان دین به جنبه‌های متفاوت زندگی پیامبر و ائمه اطهار به‌عنوان شارع اشاره شده است (مفید، ۶۵/۴؛ شهید اول، ۲۱۷/۱؛ شهید ثانی، ۲۴۲، خمینی، ۵۰/۱). در عصر حاضر بیش از پیش به این شئون در کشف احکام شرع توجه شده است؛ چه آنکه تمییز این شئون راهی برای کشف نظر شارع در خصوص موضوعات مستحدث است.

در خصوص تعداد و انواع شئون شارع اتفاق نظر وجود ندارد، لیکن در نوشتار حاضر شئون شارع بر اساس آیات قرآنی احصا و آیات مبنای شئون نیز ذکر شده است و سعی شده است مواردی که برخی اندیشمندان ذکر کرده‌اند در ذیل این شئون جای گیرد و هویت مستقلی که برخی پنداشته‌اند مورد نقد قرار گیرد.

راه‌های شناخت شئون نیز بر شمرده شده است که همواره راه شناخت شئون، تمسک به برخی اصول و قواعد فرض می‌شده است، حال آنکه استفاده از قواعد و اصول در جایی است که راه دیگری برای شناخت نباشد. راه‌های شناخت شئون در قالب معیارهای اولیه و ثانویه ذکر شده است که استفاده از اصول و قواعد به‌عنوان معیارهای ثانویه ذکر شده است. راه نخست و معیارهای ابتدایی به‌منظور شناخت شئون مبنای روایت، استفاده از قراین است که قراین هم به دو دسته قراین لفظی و حالی تقسیم می‌شود. در این جستار علاوه بر ذکر قراین لفظی که در متن روایت جای دارد، قراینی دیگر که حاکی از اوضاع و احوال پیرامون متن روایت است تحت‌عنوان قراین حالی آورده می‌شود. در پایان از برخی معیارها به‌عنوان معیارهای

تکمیلی در کشف احکام از شئون می‌پردازیم که راهنمای مُستنبط احکام است و به این معیارها در شناخت شئون کمتر توجه شده است ولی استفاده صحیح و قاعده‌مند از آن می‌تواند در کشف احکام جاودانه و جهان‌شمول از احکام متغیر و موقت نقش به‌سزایی داشته باشد.

۱. بازشناسی شئون شارع در صدور احکام موجود در روایات

۱.۱. شأن تبلیغ و شأن تشریع

این دو شأن منشأ صدور بسیاری از گفته‌ها و کردارهای معصومان است و روایاتِ بیانگر این اقوال و اعمال، منبع استنباط و استخراج احکام ثابت است. در شأن تبلیغ [ابلاغ]^۱ وحی، پیامبر صرفاً یک مبلغ و مبین دستورها و احکام الهی است و برای او امر و نهی و دستور مستقلاً به غیر از خواست خدا و رساندن اراده او متصور نیست. آیاتی از قرآن بر این موضوع اشاره دارد (نور: ۵۴؛ مائده: ۶۷). مخالفت با دستورهای ناشی از این شأن، مخالفت با امر و دستور الهی است (خمینی، ۵۰/۱، حب‌الله، ۱۳۳). علاوه بر این شأن برای پیامبر، شأن تشریع نیز در راستای اراده الهی نیز برای او تعریف شده است. مراد از تشریع، تشریع احکامی است که عمومیت یا اطلاق افرادی و ازمانی دارد؛ به تعبیر دیگر، احکامی که جهان‌شمول و جاودانه‌اند (ضیایی‌فر، شئون پیامبر اسلام، ۴۸). برخی این شأن را صرفاً تبیین وحی (نحل: ۴۳) دانسته و با تشریع نبوی مخالفت کرده‌اند، ولی عده‌ای علاوه بر پذیرفتن تبیین وحی از سوی پیامبر، وضع احکام شرعی را هم برای پیامبر (ص) قائل شده‌اند (نک: همان، ۴۸ تا ۵۹). بر این اساس است که فقیهان همان‌طور که از فرض‌الله یاد می‌کنند و اطاعت آن را واجب می‌دانند، از فرض‌النبی نیز یاد می‌کنند و اطاعت را لازم می‌شمارند، واژه شارع را چنان‌که بر خداوند اطلاق می‌کنند برای پیامبر نیز به کار می‌برند (علیدوست، ۴۹۶). از جمله این تشریعات نبوی که در روایات به آن اشاره شده است عبارت‌اند از: اضافه کردن یک یا دو رکعت به برخی نمازهای واجب در غیر سفر، اضافه کردن حرمت سایر مسکرات علاوه بر حرمت خمر که در قرآن آمده، تشریع نوافل نمازهای شبانه‌روز و روزه‌های مستحبی در سال (کلینی، ۲۶۶/۱، ح ۴)، تشریع ارث برای جد شخص متوفی (همو، ۲۶۷/۱، ح ۶)، دیه نفس و دیه چشم (همان، ح ۷).

شأن دریافت و تبلیغ وحی، مخصوص پیامبر است و برای امامان (ع) جعل نشده است ولی ثبوت شأن

۱. لفظ ابلاغ به جای تبلیغ شناخته شده‌تر است، ولی باید گفت: لفظ تبلیغ وحی نیز درست است؛ چراکه باب افعال و تفعلیل برای متعدی کردن فعل لازم کاربرد دارد و از این رو هر دو باب برای متعدی شدن ریشه بلاغ کاربرد دارد. به علاوه، قرآن کریم در آیه ۶۷ سوره مائده از فعل امر «بَلِّغْ» استفاده کرده که مصدر آن تبلیغ است.

تشریع به معنای خاص، غیر از تبیین دین برای ائمه معصومان (ع) همچون پیامبر محل بحث و گفت و گوست؛ توضیح بیشتر آنکه مخالفان اصل تشریع به دلایل عقلی و نقلی در رد حق تشریع برای معصومان تمسک کرده‌اند که از جمله اصل عدم ولایت است، بدین معنا که هیچ انسانی بر انسان دیگر علی‌الاصل ولایت ندارد و تقنین، نوعی ولایت بر دیگری است (شیرازی، ۱۱/۹۹ و ۱۲). از سوی دیگر، مطابق آیات قرآن کریم، قرآن تبیان هر چیزی است (نحل: ۸۹) و لازمه چنین بیانی این است که همه احکام در قرآن ذکر شود و در قرآن حق تشریع و تقنین صرفاً برای خداوند متعال ذکر شده است (یوسف: ۴۰؛ کهف: ۶۷) و برخی روایات نیز چنین امری را تأیید کرده‌اند (حر عاملی، ۸۱/۱۸). در پاسخ چنین استدلال شده است که پاره‌ای از ملاک‌ها که عقل به وسیله آن‌ها به حق ولایت حکم می‌کند نظیر منعیت در خصوص پیامبر هم وجود دارد؛ چراکه پیامبر ولی نعمت هدایت است و با این ملاک می‌توان ایشان را صاحب حق ولایت بر تشریع دانست (ضیایی‌فر، شئون پیامبر اسلام، ۱۶). آیه کریمه «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» (احزاب: ۶) نیز مطلق ولایت را ذکر کرده است که شامل ولایت در تشریع و تقنین هم می‌شود (اخلاقی امیری و هاشمی، ۴ تا ۶). اما در خصوص معنای تبیان بودن قرآن این نیست که همه چیز در قرآن به نحو مستقیم و جزئی ذکر شده است، بلکه کلیات را ذکر کرده است (طباطبایی، ۳۲۵/۱۲) که استخراج جزئیات از اصول کلی به پیامبر واگذار شده است و قرآن چنین بیان داشته است: «مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (حشر: ۷) (نک: ضیایی‌فر، شئون پیامبر اسلام، ۱۹).

تفصیل این اختلاف مجال واسعی می‌طلبد که از چهارچوب این نوشتار خارج است، لیکن به صورت خلاصه باید گفت: آنچه مردود است جعل حق تشریع برای پیامبر و ائمه به صورت مستقل و در طول حق تشریع خداوند است و معصومان در همه احوال و شئون تحت ولایت الهی و مصون از خطا و هوا هستند و هیچ دستوری خارج از خواست الهی صادر نمی‌کنند. برخی در خصوص جعل حق تشریع برای پیامبر و ائمه هم اختلاف کرده‌اند (طهرانی، ۱۴/۲) ولی در نهایت با وجود روایات و عصمت ائمه طاهرين نهايتاً توسط مشهور پذیرفته شده است (کلینی، ۱، ح ۲۶۸؛ اصفهانی، محمدحسین، ۲۱۲/۱؛ صافی گلپایگانی، ۷۹).

برخی از شأن تفریع و شأن تطبیق نیز سخن گفته‌اند. مراد از تفریع، تبدیل مفهومی کلی به مفاهیم جزئی و تطبیق بیان مصادیق یا مصادیقی برای یک مفهوم است (ضیایی‌فر، شئون پیامبر اسلام، ۶۰). تفکیک این دو شأن از هم چندان آسان نیست تا آنجا که از هر دو شأن به شأن تفریع یاد شده است (همو، شئون معصوم، ۶۴) ولی باید گفت مفهوم کلی همان حکم ثابت است و مفاهیم جزئی یا مصادیق، همان احکام متغیر است که بیان حکم کلی و ثابت ریشه در شأن تبلیغ یا شأن تشریع دارد و بیان احکام جزئی و

متغیر و مصادیق ریشه در شئون دیگر (حکومت، قضاوت، بشری) دارد، لذا شأن تفریع و تطبیق شأن مستقلی از شئون تبلیغ، تشریع، حکومت، قضاوت و بشری نیست. شئون تربیتی و اخلاقی (نک: جمعه: ۲؛ بقره: ۱۲۹) نیز برای پیامبر برشمرده‌اند (همان: ۶۷؛ ضیایی فر، شئون پیامبر اسلام، ۷۰) ولی این شئون در استنباط احکام شرعی جایگاهی ندارد، بلکه در علم اخلاق جای دارد. روایات نشئت گرفته از این شأن هم از نظر ثبات و تغییر یکسان نیست؛ برخی از این روایات، احکام ثابت و برخی احکام متغیر اخلاقی را در بردارند (همو، شئون معصوم، ۶۷).

۲.۱. شأن ولایت و حکومت

این شأن از شئون پیامبر (ص) و ائمه معصومان (ع) است که خداوند متعال به ایشان داده است. این شأن را باید در دو شاخه پیگیری کرد: ا. ولایت در امور عامه؛ ب. ولایت عامه.

ا. ولایت در امور عامه: این شأن همان امور و کارهایی است که حاکمان هر جامعه عهده‌دار آن هستند. این امور همان سیاست‌های داخلی و خارجی مردم است که حکومت‌ها موظف به تعیین و اجرای آن هستند که در زیارت جامعه کبیره تعبیر «ساسة العباد» اشاره به آن دارد. ولایت در امور عامه را می‌توان شأن حکومت هم نامید. این شأن در غیاب معصومان به فقها واگذار شده است ولی در دایره اختیارات آن میان فقها اختلاف است (تمدن و الهی خراسانی، ۱۴۲).

ب. ولایت عامه: بدین معنا که معصومان (ع) نسبت به جان‌ها و اموال مردم از خودشان اولی هستند که باید آن را در چهارچوب تصرفات معنوی و روحی دید، نظیر اعمالی که در سورة کهف بیان شده است برای آن ولی الهی که با موسی (ع) همسفر شد.

باید گفت: چنین شأنی صرفاً برای پیامبر و معصومان (ع) است (همان) که متناسب با وضعیت اشخاص یا شرایط متغیر بوده است. چنان‌که برخی از معصومان برخی افراد را از تحصیل علم کلام و غور در مسائل نهی و برخی دیگر را به آموختن آن امر می‌کردند، حال آنکه در حالت عادی آموختن علم برای همگان منعی ندارد (همان، ۱۴۶).

آیاتی از قرآن؛ از جمله «الَّتِي أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» (احزاب: ۶) و «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (نساء: ۵۹) بر هر دو قسم این شأن دلالت دارد (همان: ۱۴۳). بر اساس این شأن، خداوند متعال وظیفه و حق حاکمیت و اولویت بر تصرف در شئون انسان‌ها را بر اساس مصالح آدمیان به پیامبر (ص) و ائمه معصومان (ع) واگذار کرده است (آخوند خراسانی، ۹۳ تا ۹۵؛ اصفهانی، محمدحسین، ۲۱۲/۱ تا ۲۱۳). البته برخی این شأن حکومت یا همان ولایت در امور عامه را الهی ندانسته و متکی به رأی و انتخاب مسلمانان صدر اسلام و شیعیان دانسته‌اند و اقدام پیامبر (ص) در تشکیل حکومت را برخاسته از

شأن بشری فرض کرده‌اند. (نک: عبدالزراق، الإسلام و اصول الحکم، ۱۹۲۵). فارغ از بحث‌های کلامی درباره این موضوع، حتی بر مبنای این نظر هم بررسی شأن حکومت در استنباط احکام فقهی جای دارد؛ چراکه به لحاظ تاریخی، حکومت نبوی (ص) و علوی (ع) و زمامداری سایر ائمه بر شیعیان امری مسلم است.

وجود این شأن در پیامبر و ائمه منشأ صدور بسیاری از فرمان‌ها بوده است و بخشی از روایات معتبر، مبین این فرمان‌هاست. این فرمان‌ها (اوامر و نواهی)، گاه جزئی و خطاب به شخص یا گروه خاص بوده است، چنان‌که در برخی کتب روایی اهل سنت آمده است: هند همسر ابوسفیان به پیامبر اکرم از همسرش شکایت می‌کند که او مردی بخیل است و نفقه او و فرزندانش را نمی‌دهد و پیامبر در پاسخ به او می‌فرماید که می‌تواند به اندازه نیازش از اموال ابوسفیان برای مخارج خود و فرزندانش بردارد (بخاری، ۶۵/۷)؛ «فَقَالَ: خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَ وَلَدِي بِالْمَعْرُوفِ» و گاه این روایات، عام و ناظر به همه مکلفان است، چنان‌که روایاتی از آن حضرت درباره مالکیت زمین‌های موات برای احیاکننده آن (حرعاملی، ۳۲۷/۱۷، ح ۵ و ۶)؛ «مَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ لَهُ» و مالکیت غنائم کافر حربی برای مسلمانی که او را در جنگ به قتل می‌رساند (مالک بن انس، ۴۵۵/۲)؛ «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سِلْبُهُ» وارد شده است. البته قدر مشترک همه روایات این است که این فرمان‌ها مبین حکم الهی و ثابت نخواهد بود و شواهدی را در ادامه بخش قراین، ارائه می‌کنیم. حکم صادرشده از این شأن، مربوط به امور حکومت و اداره جامعه است و بر اساس مصالح موقت به منصف ظهور می‌رسد و طبعاً چنین دستوراتی تابع مصلحت و مفسده پدیدآورنده آن است و نمی‌توان از نصوص بیانگر چنین دستوراتی، استنباط احکام دائمی و ثابت کرد، مگر اینکه کاشف از جهت و حیثیت عامی باشند که آن هم ریشه در شأن تبلیغ یا تشریع دارد (ضیایی‌فر، شنون پیامبر اسلام، ۷۰)، چنان‌که در روایت مربوط به قضیه سمره بن جندب، پیامبر (ص) پس از اینکه به مرد انصاری دستور دادند که درخت سمره را از ریشه در آورد و پیش روی او بیندازد (و از این طریق به حسم ماده فساد و از بین بردن حق ارتفاق او پردازد)، حکم شرعی و دائمی لاضرر و لاضرار را بیان کردند (کلینی، ۲۹۳/۵ تا ۲۹۴، ح ۲). با وجود این، بیان حکم شرعی و دائمی در کنار حکم نشئت گرفته از شأن ولایی و حکومتی (قلع درخت)، هویت حکم شرعی را تغییر نمی‌دهد.^۱

۱. امام خمینی این روایت را ناشی از شأن حکومتی پیامبر دانسته‌اند و حتی برخلاف جریان فقاقت که جمله لاضرر و لاضرار را به عنوان قاعده و قانونی دائمی دانسته‌اند، قانونی ولایی و حکمی حکومتی دانسته‌اند. البته ایشان در نفی قاعده بودن این جمله چنین استدلال کرده‌اند که در مجموعه احکام الهی، حکم ضرری تشریع نشده است که نیاز به نفی آن از سوی شارع مقدس شود. به عبارت ایشان توجه کنید: «حکم (ص) بآنچه لا یضّر أحد أخاه فی حمی سلطانی و حوزه حکومتی، فلیس المقام مقام بیان حکم الله و أن الأحکام الواقعیة مما لا یضر فیها و انه تعالی لم یشرع حکماً ضرریاً أو أخبر أنه تعالی نهی عن الضرر، فان کل ذلک اجنبی عن المقام فلیس لهما شبهة حکمیة و لاموضوعیة» (خمینی، ۵۶/۱).

۳.۱. شأن قضاوت و فصل خصومت

شأن قضاوت و فصل خصومت نیز از سوی خداوند به پیامبر اعطا شده بود (نساء: ۵۹ و ۶۵ و ۱۰۵؛ مائده: ۴۸). پیامبر اکرم (ص) و پس از ایشان ائمه اطهار (ع) به خصوص امام علی (ع) در مواردی به قضاوت پرداخته‌اند؛ چراکه در مراجعه به نصوص معتبر به تعبیرهایی بر می‌خوریم که نشان‌دهنده قضاوت‌های پیامبر (ص) و ائمه (ع) است.^۱ این احکام قضایی برای طرفین دعوا الزام‌آور بوده است، همان گونه که احکام ولایی ایشان هم بر مردم لازم‌الاتباع بوده است (خمینی، ۵۱/۱).

در این قضاوت‌ها گاه به جای حکم قضایی جزئی، به قواعد و احکامی ثابت و کلی اشاره شده است که می‌تواند سند فقیه در استنباط قرار گیرد؛ برای مثال، در روایتی امام صادق (ع) پس از نقل قضاوتی از پیامبر (ص) مبنی بر وجود حق شفعه در زمین و خانه، قاعده لاضرر و لاضرار و قاعده زوال حق شفعه با تفکیک زمین و خانه را نقل می‌فرماید^۲ (حرعاملی، ۳۱۹/۱۷، ح ۱). طبیعی است که می‌توان از آن قاعده و حکم کلی به عنوان نص بیانگر حکم شرعی در همه جا بهره برد.

با بررسی برخی روایات مربوط به قضاوت‌های پیامبر و ائمه، گاه با مواردی مواجه می‌شویم که دلالت آن‌ها به احکامی دائمی محل تردید است و بهتر است آن‌ها را شیوه‌هایی اجرایی به تناسب آن عصر برای رسیدن به حکم الهی در آن موضوع دانست؛ برای مثال، امام صادق (ع) درباره شخصی که مدعی بود شنوایی یکی از گوش‌های وی در اثر ضربه کم شده، فرمودند: ابتدا گوشی که صدمه دیده به طور کامل بسته شود و مقدار شنوایی مصدوم از طریق گوش سالم از چهار طرف امتحان شود، در صورتی که مسافت تعیین شده از سوی مصدوم در قسمت جلو و پشت سر و در قسمت راست و چپ وی برابر بود، معلوم می‌شود که گفته او راجع به مقدار شنوایی گوش سالم مطابق واقع است و مصدوم در تعیین مقدار صادق است، سپس همین برنامه را در خصوص گوش صدمه‌دیده اجرا کنند و چنان‌که مقدار تعیین شده از ناحیه مصدوم کمتر از فرض اول بود، معلوم می‌شود که مصدوم در اصل ادعا صادق است که باید به همان نسبت از دیه به او داده شود (همو، ۲۷۸/۱۹، ح ۲) یا مثلاً در روایتی آمده است که پیامبر در اتهام قتل، شخص مظنون را شش روز حبس می‌کرد و اگر در این مدت اولیای دم دلیلی نمی‌آوردند متهم را آزاد می‌کرد (همو، ۱۲۱/۱۹، ح ۱) که این امور بیانگر حکمی دائمی نیست یا مثلاً آنچه در برخی نصوص مبنی بر کفاره وطی حائض به دینار و در

۱. شیخ حر عاملی در کتاب وسائل الشیعة در بحث حدود، ابوابی با عنوان مقدمات احکام عمومی حدود مطرح کرده است. از مجموع ۱۱۳ روایت این بخش

۳۹ روایت از امام علی (ع) است که بیشتر آن‌ها احکام قضایی است (۳۴۶ تا ۳۰۷/۱۸).

۲. عن ابی‌عبدالله (ع) قال: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ بِالْشَفْعَةِ الشُّرَكَاءُ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْمَسَاكِينَ وَالْأَرْزَاقَ وَالْأَرْزَاقَ، وَقَالَ: إِذَا أَرْفَتِ الْأَرْفُ وَحُدَّتِ الْخُدُودُ فَلَا شَفْعَةَ.»

بعضی از آن‌ها به نصف دینار و در برخی دیگر به اطعام مساکین آمده است اگر احکامی دائمی تلقی شوند به وجوب تخییری حمل می‌شود، ولی می‌توان آن را از باب اختیار معصوم در مشخص کردن میزان مجازات‌ها به نسبت گوناگونی اشخاص، شرایط و نوع معصیت و... حمل کرد (تمدن و الهی خراسانی، ۱۴۵).

این وضعیت در متون فقهی نیز حاکم است؛ برای مثال، عموم فقیهان امامیه و غیرامامیه در تعیین ارش جنایت بر انسان آزاد شیوه برده‌نگاری را مطرح کرده‌اند؛ چراکه شیوه اجرایی مناسب آن در جامعه‌ای که عبد و کنیز وجود دارد، عبدانگاری و کنیزانگاری است،^۱ درحالی‌که آنچه در نص معتبر آمده است مراجعه به دو شاهد عادل در این باره است (همان، ۲۹۹/۱۹، ح ۱)؛ عن ابی عبدالله (ع) قال: «وَمَا كَانَ جُرُوحاً دُونَ الإِصْطِلَامِ فَيُحْكَمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ». برخی مؤلفان دو شاهد عادل را به معنای کارشناس امین عنوان کرده‌اند (علیدوست، ۴۲۰).

۱. ۴. شأن بشری و زندگی شخصی

پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومان (ع) مثل همه انسان‌های دیگر شئونی دارند که منشأ صدور برخی اعمال و اقوال ایشان است. آیات قرآنی هم به این شأن اشاره دارند؛ «قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ يُوحَىٰ إِلَيَّ» (کهف: ۱۱۰؛ فرقان: ۲۰؛ مؤمنون: ۳۳). ثبت و ضبط سخنان و رفتارهای پیامبر اکرم (ص) و سایر معصومان (ع) مدّ نظر مسلمانان بوده است، نصوص زیادی بیانگر این گفتارها و کردارهاست. بدیهی است که دیدگاه فقیه به این شأن از زندگی پیشوایان دین و همچنین تعیین مصادیق این شأن تأثیر مهمی در استنباط احکام و کشف نظر شارع دارد. البته در این باره تفاوت‌هایی قائل شده‌اند به اینکه روایت یا حاکی از گفتار معصوم است یا رفتار و تقریر ایشان، چه آنکه گفتار دلالت بیشتری دارد و اصول لفظی و علم به ساختارهای زبانی و واژگان کمک شایانی در کشف شأن مبنای روایت و تمیز احکام ثابت از متغیر دارد (حکیم، ۲۳۲/۱) و همچنین در رفتارها هم به عبادت و غیر آن (معامله) توجه کرده‌اند، چه آنکه در عبادات قصد قربت شرط است و می‌تواند مفید وجوب یا استحباب باشد، حال آنکه در غیر عبادات، نیت تقرب و در برخی امور قصد هم شرط نیست (همو، ۲۳۳) و آنچه که می‌تواند پذیرفته شود این است که چنین افعالی نمی‌تواند مستند احکام (همو، ۲۳۴) یا دست کم مستند احکام الزامی [وجوب یا حرمت] (میرزای قمی، القوانين المحکمه، ۵۵۳/۲) قرار گیرد.^۲

۱. برای اطلاع بیشتر از شیوه‌های اجرایی در تشخیص دیات در عصر شارع، نک: منتظر قائم، ۱۷۳ تا ۱۷۵ عنوان بازتاب جنایت‌شناسی عصر شارع.

۲. مرحوم حکیم این دسته از افعال معصومان را از دید مشهور علمای شیعه واجد حکم اباحه به معنای عام (در مقابل احکام تکلیفی) دانسته است، ولی میرزای قمی پس از احتمال بارشدن حکم استحباب، اباحه یا توقف بر این افعال اباحه را بر می‌گزیند که به دلالت استحباب و توقف در کنار اباحه و باتوجه به مسلک

با وجود این، بررسی شرایط پیرامونی این روایات هم مؤثر است؛ از جمله در بررسی متون دینی، گاه به آیات و روایاتی بر می‌خوریم که در آن‌ها واقعیت‌ها (کارها و بازتاب آن‌ها) بیان شده است بدون اینکه آن متن به حکمی شرعی اشاره داشته باشد. به تعبیر دیگر، این نصوص بیانگر آن بخش از کلام الهی یا سخنان پیامبر و معصومان است که صادر از شأن تشریع، حکومتی و قضایی نیست، بلکه در مقام بیان واقعیت‌هاست. بنابراین نمی‌توان از این نصوص در استنباط احکام و کشف نظر شارع استفاده کرد. از نمونه‌های قرآنی این نوع از نصوص می‌توان به این آیه اشاره کرد: «وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا» (اسراء: ۲۹). به نظر می‌رسد بتوان از این آیه لزوم یا نیکویی میانه روی در بخشش و کراهت بخل و گشاده‌دستی افراطی در انفاق را استفاده کرد؛ اما این برداشت دال بر کراهت یا نیکویی بسط ید در انفاق، خالی از ملاحظه نیست. بهتر است دلالت این آیه را اشاره به این واقعیت بدانیم که با گشاده‌دستی در لحظه احتیاج، دست خود مُنْفِق خالی می‌ماند؛ مثل پیامبر (ص) در وقتی که نمازگزاران منتظر او هستند باید در خانه بماند؛ زیرا لباس خود را انفاق کرده و لباس دیگری ندارد که بپوشد و به مسجد برود. البته می‌توان برای استحباب میانه‌روی در انفاق به آیه «وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا» (فرقان: ۶۷) که در مقام اوصاف عباد الرحمن است استناد کرد (علیدوست، ۵۰۵).

از وجوه دیگر شأن شخصی زندگی پیامبر (ص) و سایر معصومان (ع) این بود که ایشان مرجع مردمان در پرسش‌ها، احتیاجات و مشورت‌دادن به آن‌ها بودند. مطابق نقل تاریخ، معصومان به‌ویژه پیامبر، جدا از شأن قضاوت و داوری که به آن‌ها داده شده بود، به مصالحه بین طرفین دعوا و اختلاف اقدام می‌کردند و به نزاع خاتمه می‌دادند بدون اینکه حکم حکومتی یا قضایی لازم‌الاجرا باشد (همان، ۵۰۷)؛ برای مثال، در اختلاف بین زبیر و یکی از انصار در استفاده از سیلابی در اطراف مدینه، حضرت به قصد فصل خصومت و نزاع بین آن دو به زبیر فرمودند: ابتدا تو از آب آن سیلاب استفاده کن، سپس مرد انصاری. اما انصاری این حکم خیرخواهانه و مصالحه‌جویانه را نپذیرفت. در اینجا بود که پیامبر (ص) حکم قضایی خود را ابراز کرده و فرمودند: ابتدا زبیر مزرعه خود را آبیاری کند، سپس آب را حبس کند تا آب به دیوار حوضچه برسد، آنگاه نوبت به آن انصاری می‌رسد (طوسی، الثبیان، ۲۶۶).^۱

با دقت به برخی روایات، با سخنانی از پیامبر و اهل بیت مواجه می‌شویم که جنبه موعظه و نصیحت

اخباری او که همه افعال را دارای حکمی شرعی می‌داند؛ منظور او از اباحه را باید حکم اباحه تکلیفی (یکی از احکام پنج‌گانه) بدانیم. بنابراین، بر اساس نظر اول چنین افعالی از دایره احکام تکلیفی خارج‌اند و بر اساس نظر دوم در زمره احکام تکلیفی الزامی قرار نمی‌گیرند.
۱. این روایت را شیخ طوسی به‌عنوان یکی از دو شأن نزول آیه ۶۵ سوره نساء آورده است.

دارد و نمی‌توان از آن حکم شرعی استنباط کرد؛ به‌طور مثال در حکمت ۳۱۵ نهج البلاغه، حضرت علی (ع) به کاتب خود چنین می‌فرماید: «در دوات لبقه بینداز، نوک قلم را بلند گیر، میان سطرها فاصله بینداز و حروف را نزدیک به یکدیگر بنویس که این شیوه برای زیبایی خط بهتر است»^۱ (۵۱۱)، به استصحاب زدودن دوات، درازکردن زبانه قلم، فاصله‌انداختن بین سطرها در کتابت و نوشتن حروف در کنار یکدیگر می‌توان فتوا داد؛ اما آنچه از این کلام استفاده می‌شود این است که به‌کارگرفتن این نکات، خط و نوشته انسان را زیبا می‌کند. اینکه این امور زیبایی خط مستحباتی باشند که بر انجام آن‌ها ثواب مترتب شود، دلیلی بر آن نیست و بهتر است آن را مواظبی از روی خیرخواهی به شمار آورد (علیدوست، ۵۰۶). مثال دیگر، شخصی از امام رضا (ع) سؤالی درباره معامله در شهری می‌پرسد و حضرت در پاسخ، معامله نسیه با شرط تأخیر در پرداخت ثمن تا مدت دو سال را مجاز می‌داند ولی از معامله با شرط تأخیر در پرداخت ثمن تا مدت سه سال را نهی می‌کند^۲ (حرعاملی، ۳۶۶/۱۲، ح ۳). می‌توان چنین روایاتی را حاوی حکم دانست ولی بهتر است آن را صرف یک مشاوره و راهنمایی دانست (انصاری، ۲۰۱/۶) به اینکه چنین معامله‌ای که مشتری می‌تواند ثمن کالا را تا سه سال نپردازد به صلاح فروشنده نیست؛ چه بسا در این مدت طولانی، مانع یا موانعی برای قبض ثمن پیش آید.

۲. معیارهای اولیه در شناخت شأن مبنای روایت

پس از بیان شئون و ابعاد مختلف زندگی پیامبر و ائمه اطهار و ذکر این مطلب که روایات از یک شأن صادر نشده است، بلکه از شئون مختلف نشأت گرفته‌اند در می‌یابیم که یکی از کارهای ظریف و مهم در استنباط احکام و کشف مراد شارع، تمییز و تشخیص نصوص حاکی از شأن تبلیغ و شأن تشریع از سایر نصوص مبین دستورات حکومتی و قضایی و نیز از روایات بیانگر زندگی شخصی، اخلاقی معصومان است و کار فاخر دیگر، تفکیک نصوص مبین احکام حکومتی و قضایی که قابلیت بهره‌وری در استنباط حکم را دارد از غیر آن است. چگونه می‌توان دریافت که هر روایت از چه شأنی صادر شده است و از آن مهم‌تر در صورت تردید در صدور روایت از شأن تبلیغ و شأن تشریع یا سایر شئون چه باید کرد؟

نخستین و مهمترین معیار و شاخصی که در تشخیص شأن مبنای یک روایت مؤثر است، قراین موجود

۱. الحکمة ۳۱۵: و قال (ع) لکاتبه عیبدالله بن ابی رافع: «أَلْقِ دَوَاتَكَ وَ أَطْلُ جِلْفَةَ قَلَمِكَ وَ فَزَعْ بَيْنَ السُّطُورِ وَ قَرِّمِطَ بَيْنِ الحُرُوفِ، فَإِنَّ ذَٰلِكَ أَجْدَرُ بِصَابِجَةِ الحُطِّ.»

۲. عن احمد بن محمد بن ابی بن محمد بن ابی نصر أنه قال لأبي الحسن الرضا (ع): «أَنَّ هَذَا الْجَلَّالَ قَدْ فَتَحَ عَلَي النَّاسِ مِنْهُ بَابُ رِزْقٍ، فَقَالَ: إِنْ أَرَدْتَ الخُرُوجَ فَأَخْرِجْ فَإِنَّهَا سَنَةٌ مُضْطَرِّبٌ، وَلَيْسَ لِلنَّاسِ بُدٌّ مِنْ مَعَايِشِهِمْ، فَلَا تَدْخُ الطَّلَبُ، فَقُلْتُ إِنَّهُمْ قَوْمٌ مَلَاءٌ وَ نَحْنُ نَحْتَمِلُ التَّأْخِيرَ فَبَيَّعْتُهُمْ بِتَأْخِيرِ سَنَةٍ قَالَ: يَغْفِهِمْ، قُلْتُ: سَنَتَيْنِ؟ قَالَ: يَغْفِهِمْ، قُلْتُ: ثَلَاثَ سَنَتَيْنِ؟ قَالَ: لَا يَكُونُ لَكَ شَيْءٌ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ سَنَتَيْنِ.»

در متن روایت و نیز قراین پیرامون آن است. قرینه دو قسم دارد؛ قرینه لفظی و قرینه حالی.

۱.۲. قرینه حالی یا مقامی

قرینه حالی همان اوضاع و احوالی است که روایت در بستر آن صادر شده است؛ برای مثال، دو روایتی که در شأن حکومت و ولایت بیان کردیم که پیامبر (ص) به عنوان حاکم دستور داده بودند که «هرکس زمین موتی را احیا کند، زمین مال او است» و «هرکس در جنگ دشمنی را بکشد غنیمتش از آن اوست»؛ ابن سعید حلی روایت اول و ابن جنید روایت دوم را از شأن تشریع دانسته و احکامی شرعی و ثابت به شمار آورده‌اند (نک: شهید اول، ۱/۲۱۵ تا ۲۱۷). ولی اگر اوضاع و احوال پیرامون دو روایت را در نظر بگیریم در می‌یابیم که این دو روایت بنا بر مصالحی موقت صادر شده‌اند که با وجود آن مصالح چنین حکمی معنا می‌یابد و نمی‌توان این دو را حکمی شرعی و برای همه زمان‌ها و مکان‌ها دانست؛ چراکه درباره روایت اول، این حکم در پی آن بود که هر فردی بتواند تکه زمینی را برای ساختن منزل یا برای زراعت به دست آورد ولی باتوجه به این نکته که در زمان پیامبر و امکانات آن دوره، مردم امکان حیات به اندازه‌ای متعارف و طبیعی را داشتند، اما امروزه باتوجه به پیشرفت امکانات بشری چنین حکمی سبب تصاحب زمین‌های بسیاری از سوی اشخاص متمول می‌شود و اقشار ضعیف از داشتن زمین برای ساختن منزل و کشاورزی محروم می‌شوند (جناتی، ۴۷۱ تا ۴۷۲). در خصوص روایت دوم این دستور در تمامی جنگ‌های زمان پیامبر صادر نمی‌شد (شهید اول، ۱/۲۱۷؛ شهید ثانی، ۲۴۲) تا آنجا که برخی چنین دستوری را صرفاً مربوط به جنگ چنین دانسته‌اند^۱ (مالک بن انس، ۲/۴۵۵، ح ۱۹). احتمالاً چنین دستوری برای تشویق به جنگ و قتال با دشمنان مجهز به لباس رزم یا برای آزمودن اخلاص عمل مجاهدین بوده است (شهید اول، ۱/۲۱۷؛ شهید ثانی، ۲۴۲).

از سوی دیگر، برخی قراین مقامی دلالت به شأن تبلیغ دارند که یکی از مهمترین آن‌ها قرینه مقام سؤال است که سؤال قرینه‌ای بر یادگیری حکم شریعت از سوی پرسش‌کننده است و تبعاً پاسخ معصوم هم بیان حکم شریعت است (ضیایی فر، جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد، ۴۸۳) ولی چنین قرینه‌ای همواره مُشیر و راهنما به این شأن خاص نیست، همان گونه که در خصوص بیع با شرط تأخیر که امام تا مدت دو سال آن را مجاز می‌داند ولی تا مدت سه سال را به صلاح نمی‌داند (حر عاملی، ۳۶۶/۱۲، ح ۳). با دقت به اوضاع و احوال پرسش و پاسخ متوجه می‌شویم که سخن امام به تناسب شهری خاص و وضعیت مالی مردم آن بیان

۱. «حَدَّثَنِي مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ رَجُلًا يُسْأَلُ ابْنَ عَبَّاسٍ: الْفَرَسُ مِنَ الْغَنَلِ ... قَالَ وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ قَتْلِ قَبِيلٍ مِنَ الْعَدُوِّ، أَيْكُونُ لَهُ سَلْبُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ؟ قَالَ: لَا يَكُونُ ذَلِكَ لِأَحَدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ. وَ لَا يَكُونُ ذَلِكَ مِنَ الْإِمَامِ إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْاجْتِهَادِ. وَلَمْ يُبَلِّغْنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) قَالَ (مَنْ قَتَلَ قَبِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ) إِلَّا يَوْمَ خَنْيْنٍ.»

شده است. در روایتی دیگر آمده است که مردی از پدرش به پیامبر شکایت برد و ایشان در جواب فرمودند: «أنت و مالک لأبيك؛ تو و مالک از آن پدرت هستی» (کلینی، ۱۳۶/۵). برخی این روایت را توصیه‌ای اخلاقی دانسته و درخور استناد برای برداشت حکم شرعی ندانسته‌اند (خویی، معتمد العروة، ۳۰/۲)، حال آنکه بسیاری از فقها آن را روایتی بیانگر حکم فقهی دانسته‌اند که اطلاق آیات بیانگر قصاص (بقره: ۱۷۸)، مجازات حدی سرقت (مانده: ۳۸) و حرمت ربا (آل عمران: ۱۳۰) را در رابطه پدر و فرزند تقیید زده است یا در جریان شکایت همسر ابوسفیان به پیامبر، شیخ طوسی از این روایت حکم کلی و شرعی جواز تقاص را استنباط کرده است (المبسوط، ۳/۶)، ولی برخی دیگر دستور پیامبر به تقاص از اموال را از شأن تشریع ندانسته و منوط به اذن حاکم یا قاضی کرده‌اند (ابواسحاق شیرازی، المهدب، ۳۱۷/۲؛ ابن مرتضی؛ البحر الزخار، ۳۹۶/۳؛ القرافي، الفروق، ۲۹۸/۱ به نقل از شهید اول، ۲۱۶/۱، پاورقی ۳). مثال دیگر، داستان نخل سمره و بیان قاعده لاضرر است که امام خمینی (ره) بر خلاف مشهور که آن را به‌عنوان حکم شرعی اولی و دائمی پذیرفته‌اند، حکمی حکومتی به‌شمار آورده‌اند. (۵۶/۱).

یکی از قراینی که دلالت بر صدور روایت از شئون غیر از تشریع و تبلیغ دارد نیز مخالفت آن با مسلمات و اصول پذیرفته‌شده فقهی است (صدر، اقتصادنا، ۷۲۸ تا ۷۲۶)؛ برای مثال، در این مسئله که کسی اقرار به قتل کند سپس شخص دیگری با اقرار به قتل همان مقتول، دیگری را تبرئه کند و مقر اول هم از اقرار خود رجوع کند بسیاری از فقها با استناد به روایتی از امام حسن (ع) که در این قضیه حکم به اسقاط حق قصاص و پرداخت دیه از بیت‌المال داده (حرعاملی، ۱۰۷/۱۹، ح ۱ و ۲) فتوا داده‌اند، شهید ثانی این روایت را علاوه بر تضعیف سند، مخالف اصل دانسته است که مراد از اصل، عدم‌پذیرش انکار پس از اقرار و تأثیر رجوع از اقرار برای شخص رجوع‌کننده و نه غیر از اوست، بنابراین او چنین فتوا داده است که اولیای مقتول می‌توانند هریک از دو مقر را که بخواهند قصاص کنند، چراکه هر اقرار اثر خاص خود را دارد (شهید ثانی، ۷۰/۱۰).

۲.۲. قرینه لفظی یا گفتاری

این قرینه دلالت و وضوح بیشتری نسبت به قرینه حالی دارد و در روایات دیگر یا در متن خود روایت می‌توان آن را یافت. اولین و بارزترین قرینه، وجود روایات دیگری است که دلالت صدور حکم موجود در روایت را از شأن تبلیغ یا تشریع منتفی می‌سازد. مثل روایتی از امام باقر (ع) که نهی از خوردن گوشت الاغ را مختص جنگ خیبر دانسته (حرعاملی، ۳۲۳/۱۶، ح ۱) یا حدیث «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ» که منابع اهل سنت از قول برخی صحابه مخصوص جنگ حنین دانسته‌اند (مالک بن انس، ۴۵۵/۲) و برخی با استناد به آیه «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ» (انفال: ۴۱) خروج لباس جنگ از زمره غنائم را مخالف با اطلاق آیه

دانسته‌اند (شهید اول، ۲۱۷/۱؛ شهید ثانی، ۲۴۲) یا باوجود روایات پرداخت خمس ارباح مکاسب به میزان یک‌پنجم مازاد بر درآمد یک سال (حر عاملی، ۵۰۵ تا ۴۹۹/۹، باب وجوب الخمس فیما یفضل عن مؤونة السنة) برخی با تمسک به تخفیف در میزان خمس ارباح مکاسب (مازاد بر درآمد سالیانه) به یک دوازدهم در برخی روایات (همان، روایت‌های ۱۲۵۸۲ و ۱۲۵۸۳) نتیجه گرفته‌اند که خمس ارباح مکاسب از جمله احکام ولایی است (حیدری، ۱۶) و برخی دیگر آن را از تشریعات موقت معصومان دانسته‌اند (ضیایی فر، جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد، ۴۸۵). البته مشهور این نظر را نپذیرفته و خمس را از شأن تبلیغ دانسته‌اند (نک: مؤمنی، ۱۹۲ تا ۱۹۱) و این عمل امام جواد(ع) در تخفیف میزان خمس آن هم در یک سال خاص را گذشت از حق خود و موضوعی شخصی برشمرده و از باب ولایت عامه دانسته‌اند و نه ولایت در امور عامه (نک: حر عاملی، ذیل دو روایت ۱۲۵۸۲ و ۱۲۵۸۳).

از دیگر قرائن لفظی، وجود برخی قرینه لفظی در خود متن روایت است. امام خمینی در اشاره به این قرینه بیان می‌کنند: احادیثی که از رسول خدا(ص) و امیرالمؤمنین علی(ع) با تعبیراتی چون «قضی» یا «امر» آمده است بیان حکم شرعی نیست؛ چراکه ظاهر این الفاظ و تعبیرات آن است که معصوم به‌عنوان قاضی قضاوت کرده یا به‌عنوان حاکم و زمامدار حکم کرده یا دستور داده است، نه بدین عنوان که مُبلغ حلال و حرام الهی است. ایشان در ادامه، اندک‌بودن این تعبیرات از بقیه امامان(ع) را که دارای ریاست و زمامداری ظاهری نبوده‌اند شاهی بر صحت ادعای خویش قرار می‌دهند و اضافه می‌کنند: از تتبع و تدبر در موارد استعمال و کاربرد این واژه‌ها در روایات این نکته به‌خوبی استفاده می‌شود و در پایان برخی از روایات را به‌عنوان شاهد مثال گزارش می‌دهند (۵۱/۱). ولی باید گفت: اگر این دو لفظ، گزارش از حکمی ولایی و قضایی خاص دهند دلالت بر متغیربودن حکم دارند؛ مثل «قضی رسول‌الله(ص) فی سیل وادی مهزور للزرع إلى الشراک و للنخل إلى الکعب» (حر عاملی، ۳۳۴/۱۷، ح ۱) ولی اگر از رویه معصوم خبر دهد چنین دلالتی ندارند (علی اکبریان، ۱۳۰)؛ مثل «بقضی رسول‌الله(ص) بشاهد واحد و یمین صاحب الحق و ذلک فی الدین» (کلینی، ۳۸۵/۷). روایاتی که در آن صیغه‌های فعل امر به کار رفته است نیز ظهور در بیان احکام شرعی دارند (خمینی، ۵۱/۱).

۳. معیارهای ثانویه تشخیص شأن مبنای روایت

اگر از قرائن نتوان دریافت که روایت از چه شأنی صادر شده است یا تردید حاصل شود که روایت از شأن تشریع است یا از شئون دیگر، به‌ناچار باید از معیارهای دیگری بهره برد که شک را برطرف کنند که در ادامه بیان می‌شود.

۳. ۱. اصل اولی یا اصل تشریع

ضابطه‌ای که در کلام فقهای شیعه به‌عنوان معیار در مقام رفع شک مطرح شده است، قاعده و اصل است. مفاد این معیار و ضابطه این است که هدف اصلی و اساسی بعثت پیامبران، بیان شریعت برای مردم است و هر رفتاری از پیامبر (ص) در پرتو این هدف اساسی درخور تفسیر است. بر این اساس، قاعده‌ی اولی در هر گفتار و رفتار پیامبر (ص) و به تبع ایشان ائمه (ع) این است که در مقام بیان و تبیین بخشی از شریعت است و باید هر گفتار و کردار آن‌ها را شرعی بدانیم، مگر آنکه قرینه قطعی برخلاف آن وجود داشته باشد. شهید اول با اشاره به این اصل در هنگام تردید در اینکه عملی از شأن تشریع صورت گرفته یا خیر، با ذکر چند مثال از عبادات معتقد است باید آن را از شأن تشریع دانست، چون هدف بعثت پیامبر (ص) بیان شریعت است (۲۱۱/۱). شهید ثانی نیز اصل اولی در عبادات را حمل روایت بر شأن تشریع دانسته و در غیر عبادات با استناد به حمل مشکوک بر غالب هم اصل اولی را حمل بر تبلیغ و تشریع دانسته است (شهید ثانی، ۲۴۱ تا ۲۴۲). برخی، غلبه روایات حاوی احکام شرعی بر سایر روایات را مفید ظن دانسته‌اند (علی اکبریان، ۱۱۵) اما در پاسخ باید گفت: مطلق ظن فاقد اعتبار نیست، بلکه اساساً دستیابی به قطع بسیار نادر است؛ چه آنکه در همه علوم قواعد علمی از استقرای ناقص شکل می‌گیرند، زیرا استقرای کامل با گستردگی و فراوانی موارد جزئی، دست‌نیافتنی یا دست‌کم بسیار نادر است (نک: کاتوزیان، ۱۵۷/۳ تا ۱۵۸). افزون بر آن، برخی برای اثبات اصل تشریع به ارتکاز متشرعه استناد جسته‌اند (علی اکبریان، ۱۲۷) که این ارتکاز نیز خود مفید ظن است و با مردود دانستن ظن، این دلیل هم بی اعتبار خواهد بود.

این ضابطه به‌عنوان کارآمدترین و اساسی‌ترین ضابطه در کلام فقها مطرح است و فقها در مقام استنباط عملاً قاعده‌ی اولی در گفتار و کردار معصوم را این ضابطه می‌دانند که در مقام تبیین و توضیح قانونی از قوانین شریعت است و با هر گفتار و کرداری از معصومان (ع) چنین رفتاری دارند، مگر اینکه قراین اطمینان بخشی برخلاف آن بیابند؛ خصوصاً فقهای که بر شأن تبلیغ و تشریع پیامبر (ص) و ائمه (ع) تأکید می‌کنند در مقام عمل پایبندی شدیدی در خصوص این قاعده دارند (ضیایی فر، جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد، ۴۸۵) تا آنجا که برخی به دلیل تأسی از پیامبر، عادت به پی‌درپی خواندن قرآن در نماز را منشأ حکم شرعی قرار داده‌اند حال آنکه این امر از شأن بشری و عادی پیامبر است (نک: صاحب‌جواهر، ۱۳/۱۰).

۳. ۲. قضایای حقیقیه

فقها، قوانین و فرمان‌های نقل شده در متن روایات را به صورت گزاره‌ها و قضایای منطقی می‌دانند و قضایای منطقی گاه حقیقیه‌اند و گاه خارجی. منظور از قضایای حقیقیه در دانش فقه و اصول قضایایی است

که حکم آن به زمان یا مکان خاصی اختصاص ندارد، بلکه حکم به موضوعی تعلق گرفته که این موضوع هر جا محقق شد حکم به دنبال آن می‌آید (علیدوست، ۷۳۶)؛ مثل: «لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا» (آل عمران: ۹۷) و «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) که حکم این دو آیه به شکل قضیه حقیقیه چنین است: هرکسی که توانایی انجام حج را دارد انجام این عمل بر او واجب است، فارغ از اینکه مکلفان در چه دوره زمانی و موقعیت مکانی قرار دارند و نیز هرکس در هر زمان و مکانی هرگونه پیمانی می‌بندد باید بدان وفا کند.

منظور از قضایای خارجیه قضیه‌هایی است که به مکان یا زمان خاصی اختصاص دارد و حکم آن بر افراد و مصادیقی که فعلاً به لحاظ زمانی و مکانی در خارج موجودند باز می‌گردد (علیدوست، ۷۳۶)؛ برای مثال، روایاتی داریم که احتکار در وسایل و مواد مورد نیاز مردم را منحصر به پنج یا شش کالا دانسته‌اند^۱ (حر عاملی، ۱۲/۳۱۳ تا ۳۱۴، ح ۴، ح ۷ و ح ۱۰). بسیاری از فقهای شیعه گفته‌اند: احتکار در همین اقلامی است که در روایات نام برده شده است و نگاه داشتن دیگر کالاها احتکار محسوب نمی‌شود (صاحب‌جواهر، ۴۸۱/۲۲). اما برخی از فقهای معاصر گفته‌اند که این روایات به صورت قضیه خارجیه‌اند، نه به صورت قضیه حقیقیه؛ از این رو اگر در روایات، پیامبر (ص) و سایر معصومان (ع) بیان حصری درباره کالاهای مورد نیاز مردم دارند برای بیان وضعیت خارجی است و معصومان در بیان مصادیق احتکار به دنبال بیان حکم شرعی نبوده‌اند، به عبارت دیگر گفته‌اند: آنچه الآن بیشتر مایحتاج مردم است و ممکن است احتکار شود این چند چیز است. بنابراین، این روایات را باید بیانگر اوضاع و احوال آن دوره زمانی و جامعه آن عصر بدانیم. اینکه اکثر روایات حصری منسوب به امام صادق هستند، دلیل آن فتوای برخی فقهای معاصر ایشان بوده است که آن‌ها احتکار را در همه اجناس می‌دانستند و برخی حکام وقت نیز با استفاده از این فتوا و به بهانه‌ای مبارزه با احتکار کالاهای انبارشده مردم را توقیف می‌کردند و امام صادق (ع) با بیان حصری درباره مصادیق احتکار عمل، آن‌ها را مردود اعلام می‌کردند (منتظری، ۶۴۷/۲).

فقیهان و اصولیان بر اساس این تقسیم‌بندی گفته‌اند که احکام ذکرشده در روایات، از قبیل قضایای حقیقیه‌اند و اصل بر دوام و ثبوت آن‌هاست، مگر اینکه دلیل خاصی کوتاه‌بودن زمان این احکام یا اختصاص آن‌ها را به زمان و مکانی خاص اثبات کند (ضیایی‌فر، جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد،

۱. حدیث ۴: «عن ابي عبدالله (ع) قال: لَيْسَ الْخُكْرُ إِلَّا فِي الْجِنَظَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالزَّيْبِ وَالسَّمَنِ»؛ حدیث ۷: «أَنَّ عَلِيًّا (ع) كَانَ يَنْهَى عَنِ الْخُكْرِ فِي الْأَمْصَارِ فَقَالَ: لَيْسَ الْخُكْرُ إِلَّا فِي الْجِنَظَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالزَّيْبِ وَالسَّمَنِ»؛ حدیث ۱۰: «عن النبي (ص) قال: الْخُكْرُ فِي سِتَّةِ أَشْيَاءَ: فِي الْجِنَظَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالزَّيْبِ وَالسَّمَنِ وَالزَّيْبِ».

آنچه از حلی رسیده است و همین عبارات را دارد این روایت است: «عن ابي عبدالله الا قال: سَأَلَ عَنِ الْخُكْرِ؟ فَقَالَ: إِنَّمَا الْخُكْرُ أَنْ تَشْتَرِيَ طَعَامًا وَ لَيْسَ فِي الْمَصْرِ غَيْرُهُ فَتَحْتَكِرُهُ، فَإِنْ كَانَ فِي الْمَصْرِ طَعَامٌ أَوْ مَتَاعٌ غَيْرُهُ، فَلَا بَأْسَ أَنْ تَلْتَمِسَ بِسِلْمَتِكَ الْفَضْلَ» (صاحب‌جواهر، ۴۸۱/۱۲).

۸۲۹ تا ۸۳۰). حقیقه بودن قضایای شرعی نزد برخی از اصولیان به قدری پذیرفته است که آن را بی نیاز از اقامه دلیل و برهان می دانند (نائینی، ۱۷۳/۱).

۳.۳. اطلاق مقامی

از دیگر راه حل های ارائه شده از سوی اصولیان و فقیهان، اطلاق و فراگیری احکام بیان شده در گفتار و رفتار پیامبر و سایر معصومان، اصطلاحاً شارع برای همه مکلفان در اعصار و امصار گوناگون است؛ توضیح بیشتر اینکه، اطلاق بر دو گونه است: لفظی و مقامی. اطلاق لفظی آن است که معلوم نباشد تمام مصادیق لفظ، خواست گوینده است یا برخی از آن ها. در این صورت به کمک مقدمات حکمت گفته می شود که لفظ تمام مصادیق را در بر می گیرد. (راغبی، رجبی النی، ۶۳).

اطلاق مقامی آن است که شارع در مقام بیان حکمی، شرطیت و مانعیت چیزی را بیان نکند؛ از این رو در صورت شک، به دلیل همان مقدمات حکمت می گوئیم که این مطلب را در نظر نداشته است وگرنه آن را تصریح می کرد و به اصطلاح تنقید می زد (همان، ۶۴)؛ مثلاً در مقام بیان اجزا، شرایط و موانع وضو، طمأنینه را ذکر نمی کند و می فهمیم که طمأنینه شرط نیست. برای اثبات این نوع اطلاق هم دلایل عقلی برهان لزوم نقض غرض (صدر، بحوث، ۳۰۳/۴)، قیاس استثنایی (قائصوه، ۷۴/۲)، عدم بیان (خویی، مصباح الاصول، ۱۵۷/۱) و دلایل نقلی صحیحه حماد (حر عاملی، ۶۷۴/۴) استدلال و استناد شده است. یکی از مواردی که ممکن است محل شک قرار گیرد این است که آیا محدودیت زمانی و مکانی برای حکم بیان شده است؟ بر اساس اطلاق مقامی چون شارع در مقام بیان حکم و قانون، مدت و نهایی را برای آن بیان نکرده است، پس به استمرار آن حکم و شمول آن برای مردم در همه زمان ها و مکان ها نظر می دهیم (ضیایی فر، جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد، ۸۲۸).

۳.۴. قاعده اشتراک

هنگامی که حکمی در حق فرد یا گروه خاصی از مکلفان ثابت شد و دلیلی بر اختصاص این حکم به فرد یا گروه خاص یا برهه زمانی خاصی نظیر زمان حضور پیامبر یا ائمه وجود نداشت، می گوئیم که این حکم میان تمام مکلفان از زن و مرد تا روز قیامت ثابت است. این قاعده در سراسر فقه جاری است و می توان گفت فقه مبتنی بر این قاعده است. چون در بسیاری از احکام، حکم به صورت قضیه کلی نیامده است، بلکه روایت منشأ حکم در جواب سؤال اشخاص است و تسری حکم مندرج در روایت به سایر موارد منوط به اثبات این قاعده است (فاضل لنکرانی، ۲۹۵/۱). در واقع، این قاعده نقش قاعده کلی و اصل اولی را در هنگام احتمال خصوصیت از لحاظ زمان یا افراد ایفا می کند، لذا با این قاعده احتمال خصوصیت نفی می شود و دو نوع عمومیت اثبات می شود. اول عمومیت حکم راجع به افراد مکلفان و دوم عمومیت

حکم راجع به زمان‌های مختلف که همان استمرار احکام و ثبات آن‌هاست (همان، ۸۳۱ تا ۸۳۲). در خصوص اثبات قاعده اشتراک به دلایل عقلی همچون استصحاب، ارتکاز مسلمانان، اتفاق و اجماع علمای مسلمان (نک: حب‌الله، ۷۱۶ تا ۷۲۶) و دلایل نقلی همچون روایاتی از پیامبر اسلام «حکمی علی الواحد حکمی علی الجماعه» و «حلال محمد حلال الی یوم القیامه و حرامه حرام الی یوم القیامه» استناد شده است (نک: حسینی مراغی، ۲۰/۱ تا ۲۷؛ فاضل لنکرانی، ۳۹۵/۱ تا ۲۹۵/۳).

البته باید گفت در اصل اشتراک، گفت‌وگو از تعمیم و توسعه تکلیف ثابت است، یعنی محل بحث این است که آنچه تکلیف الهی و شرعی گذشتگان (موجودان و مخاطبان عصر تشریع) بوده است تکلیف آیندگان نیز است؛ زیرا همه در تکلیف مشترک‌اند. این در حالی است که در اصل تشریع و حقیقه بودن قضایا و اطلاق مقامی سخن از این است که احکام و دستورات نقل شده در روایات از شأن تشریع و تکلیف شرعی است یا خیر؟ بنابراین، با کمک سه اصل پیشین، حکم شرعی و دائمی ثابت می‌شود و با کمک گرفتن از اصل اشتراک، توسعه و تعمیم می‌یابد. به عبارت دیگر، مجرای این اصل پس از اثبات این است که یک حکم از شأن تشریع صادر شده باشد (علیدوست، ۷۳۷).

۴. تعیین اعتبار و قلمرو حجیت معیارهای یادشده

راه‌حلی‌هایی که از سوی دانشمندان فقه و اصول در صورت تردید در صدور روایتی ابراز می‌شود را گفتیم، اما با توجه به صدور روایات از شئون مختلفی که پیامبر و امامان معصوم دارند آیا می‌توان اصل صدور روایت از شأن تشریع را اصلی مسلم و قطعی دانست یا نه؟ در صورتی که چنین اصلی ثابت باشد فقیه با شک در اینکه فلان روایت یا حدیث بیانگر گفتار و رفتار معصوم از شأن تشریع و برای بیان شریعت صادر شده است یا از شأنی دیگر، به این اصل اعتماد می‌کند و حکم مذکور در روایت را حکمی تشریعی و دائمی تلقی می‌کند و اگر چنین اصلی ثابت نباشد فقیه در زمان شک نمی‌تواند مطابق آن نص یا سیره مشکوک نظر دهد؛ چراکه او زمانی می‌تواند به استنباط حکم از روایت بپردازد که اطمینان نوعی داشته باشد به اینکه روایت از شأن تشریع و برای بیان شریعت صادر شده باشد. این موضوع درباره همه معصومان به یک شکل نیست؛ درباره پیامبر (ص) و حضرت علی (ع) که افزون بر شأن تشریع و تبلیغ سایر شئون را نیز داشته و مدتی از عمرشان در مسند حکومت و قضا قرار داشته‌اند و از این رو بسیاری از نصوص و سیره‌های ایشان با توجه به این جهات ظاهر شده است نمی‌توان با کمک اصل تشریع، حقیقه بودن قضایای شرعی و اطلاق مقامی روایات صادره ایشان را به راحتی از شأن تشریع یا شأن تبلیغ دانست. اما در خصوص امام باقر (ع) و امام صادق (ع) که از حکومت و قضاوت بی‌بهره بوده‌اند، غلبه اطمینان بخش با شأن تشریع است،

لذا آسان‌تر می‌توان قضاوت کرد و روایاتشان را حمل بر شأن تشریع کرد.

در زمینه اعتبار اصل تشریع، اطلاق مقامی و حقیقیه بودن قضایای شرعی برخی مؤلفان به اصول لفظی اشاره کرده و گفته‌اند: اصل تشریع و حقیقیه بودن قضایای شرعی و اطلاق مقامی اگر به یکی از اصول لفظی همچون اصل ظهور بر گردد، موقعیت آن نزد دانشمندان علم اصول تثبیت می‌شود؛ توضیح بیشتر آنکه، در دانش اصول فقه اصولی عقلایی چون اصل عموم، اصل اطلاق، اصل حقیقت، اصل عدم قرینه و اصل ظهور در فهم کلام شارع مطرح است. این اصول در میان اصولیان و فقها، اصولی ثابت و مستقل به شمار می‌آید؛ چراکه این اصول را عقلاً در محاورات و اعمال روزمره خود به کار می‌برند. البته در اعتبار این اصول لفظی به عنوان اصولی مستقل برخی تشکیک کرده و قائل شده‌اند آنچه که عقلاً در کشف و فهم و درک مقصود یکدیگر دارند و بدان اتکا می‌کنند این اصول نیست و حتی ممکن است که آن‌ها به این اصول آشنایی هم نداشته باشند، بلکه بنایی که عقلاً دارند و شارع هم آن را امضا کرده است اصل مراجعه به اطمینان و یقین فهمنده است، چه آنکه شارع در بیان مراد و منظور خویش از همین شیوه‌ای معمول در محاورات روزمره مردم بهره برده و چنین نتیجه گرفته است که باید چنین شیوه‌ای را در استنباط و کشف مراد او از روایات هم به کار گرفت (علیدوست، ۷۴۴ تا ۷۴۵). از این رو، فقیه نیز زمانی می‌تواند به این اصل تشریع، اطلاق مقامی، حقیقیه بودن قضایای شرعی متوسل شود که یقین و اطمینان شخصی پیدا کند روایت از شأن تشریع صادر شده و از نوع قضیه حقیقیه است، همچنان که در استناد به اصول لفظی نیز در واقع اطمینان و یقین شخصی خود را بیان می‌کند (همان، ۷۵۱).

اشکال وارد بر این سخن این است که اولاً بنای عقلای عالم بر تغلیب است و غلبه حاصل از استقرا را مفید ظن نوعی می‌دانند، هرچند برای شخص آن‌ها اطمینان حاصل نشود؛ ثانیاً بر فرض که ضرورت حصول اطمینان شخصی پذیرفته شود نباید غافل شد که اصولیان تصریح کرده‌اند که «ما مِنْ عَامٍ إِلَّا وَقَدْ خُصَّ» و «ما مِنْ ظَاهِرٍ إِلَّا وَقَدْ جُعِلَ لِخِلَافِهِ قَرِينَةٌ» و به همین دلیل تصریح کرده‌اند که امکان استناد به اصول لفظیه وجود ندارد، مگر پس از فحص و یأس و نیز تصریح کرده‌اند: «الأصلُ دليلٌ حيثُ لا دليل»؛ یعنی اصول لفظیه حجت دارند تنها در فرضی که قرینه‌ای بر خلافشان وجود نداشته باشد؛ ثالثاً همه سخن بر سر عدم حصول اطمینان است. به عبارت دیگر، در فرض عدم حصول اطمینان تکلیف چه خواهد بود؟ پاسخ این است که عقلای عالم در فرض عدم حصول اطمینان، همین اصول و قواعد را ملاک قرار می‌دهند. به بیان دیگر، بخش مهمی از عملیات استنباط احکام و کشف نظر شارع بسته به شناخت قراین و استقرای آن‌هاست. شأن نزول آیات و صدور روایات، وضعیت زمان و مکان عصر صدور، کلمات به کاررفته در روایات همگی قراینی است که در استنباط احکام از متون دینی تأثیر دارد. اهمیت شناخت قراین از این

منظر است که حتی با پذیرش اصول مذکور باز هم اولویت با قراین و حکم حاصل از استقرای آنهاست، چراکه هریک از این اصول زمانی به کار گرفته می‌شود که قرینه‌ای برخلاف شأن تشریع و تبلیغ وجود نداشته باشد.

۵. معیارهای تکمیلی در شناخت شئون شارع

بهترین راه برای رسیدن به مقررات ثابت شریعت که یکی از طرق آن تشخیص شأن مبنای صدور حکم یا بیان معصوم (ع) است، جمع‌آوری قراین و شواهد است که اصطلاحاً به آن استقرا گفته می‌شود. فقیه برای هرچه بیشتر نزدیک شدن به قوانین واقعی شریعت باید در این مسیر گام نهاده و از تحقیقات تاریخی در استنباط خویش خصوصاً در احکام و قوانین اجتماعی کمک بگیرد (ضیایی فر، جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد، ۴۸۶).

ازجمله قراینی که فقیهان در شناخت شئون به‌منظور کشف احکام باید به آن‌ها توجه تام کنند مقاصد شریعت است که از نگاه کلی به مجموعه شریعت و روایات و توجه به ابتدای احکام شرعی از مصالح و مفاسد به دست می‌آید (علیدوست، ۷۴۷).

توضیح بیشتر اینکه، آن‌ها مجموعه نظام فقهی یا همان مجموعه شریعت مانند هر نظام حقوقی و قانونی دارای اهداف کلی است و هدف از وضع هر مقررہ دستیابی به مصلحتی یا دفع مفسده‌ای است، لذا احکام نشئت گرفته از شئون به‌خصوص شأن تبلیغ و شأن تشریع درصدد جلب مصلحت یا مفسده‌ای‌اند که این احکام جزئی در پرتو اصول کلی و در ارتباط با سایر احکام و مصالح و مفاسد آن‌ها باید تفسیر شود (نوائی، ۶۲ تا ۵۹). در قوانین وضعی معاصر نیز به همین ترتیب عمل می‌شود، مثلاً گروهی که اهداف و مرام خاصی دارند آنگاه که انقلاب می‌کنند همان اهداف را به‌منزله قانون قرار نمی‌دهند، بلکه اهداف و غایات به‌منزله نظریات و نگرش‌هایی است که به فرد یا جامعه و... تعلق دارد و انقلاب نیز مبتنی بر آن‌ها انجام می‌گیرد. سپس گروهی به تدوین قانون اساسی بر اساس آن اهداف می‌پردازند که آن قانون منشأ قوانین دیگری می‌شود که با آن موافقت دارد و بدین وسیله همه قوانین دیگر در پرتو قانون اساسی تفسیر می‌شود و اصول قانون اساسی بر قوانین عادی تفوق دارد و منظور از موافقت احکام جزئی موافقت از نظر هدف و روح است، نه توافق از نظر اطلاق و عموم (تمدن و الهی خراسانی، ۹۸ تا ۱۰۰).

این مقاصد و اهداف کلی در بخشی از کبریات و قدری از احکام جزئی بروز یافته‌اند (همام، ۹۸)؛ به این معنا که یا این اهداف و مقاصد مستقلاً در یک آیه یا بیان معصوم آمده‌اند؛ مثل آیه ۷ سوره حشر «کَيِّ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ» و عبارت لا ضرر و لا ضرار در روایت مرد انصاری و درخت سمرقین جندب

(ابن بایویه، ۲۴۳/۴؛ کلینی، ۲۹۴/۵) یا در بررسی حکمی جزئی می‌توان یک هدف شریعت را از آن استخراج کرد و به سایر موارد تعمیم داد که در علم اصول مباحثی چون تخریج مناط و تنقیح مناط ناظر بر این مطلب است.

در فقه اهل سنت به خصوص در فقه مالکی سخن از مقاصد و اهداف شرع سابقه دیرینه دارد و علمای عامه از آغازین قرون اسلامی به تألیف کتاب‌هایی در بیان مقاصد شرع پرداخته‌اند و گفته شده است اولین کتاب در بیان مقاصد و علل شرایع را محمدبن علی ترمذی با عنوان الصلاة و مقاصدها در زمینه مقاصد، حکمت‌ها و علت‌های نماز نگاشته است و پس از او بزرگانی چون جوینی، غزالی و شاطبی به بحث و نگارش در باب مقاصد کلان شرع روی آورده‌اند (علیدوست، ۶۹)؛ ولی در فقه امامیه بحث و گفت‌وگو از مقاصد شرع چندان جایی ندارد و برخی فقهای شیعه در عمل به آن توجه می‌کرده‌اند. بحث نظری از مقاصد و اهداف شرع در بین فقیهان شیعه در دوران معاصر رونق بیشتری یافت (ابوالحسنی، ۴۲).

در باره تعداد و اقسام مقاصد شریعت، معروف‌ترین بیان از امام محمد غزالی است. وی مصالح و مقاصد مدنظر شارع را به اعتبار اهمیت به سه قسم ضروریات، حاجیات و تحسینات تقسیم کرده است. منظور وی از ضروریات، امور مورد احتیاجی است که نظام زندگی مردم بدون آن‌ها سامان نمی‌گیرد و مختل می‌شود، امر به معروف، مشروعیت قصاص، اجرای مجازات‌های حدی در این دسته از مقاصد قرار می‌گیرد. حاجیات اموری است که برای توسعه و رفع تنگنا و سختی‌های زندگی مردم، وجود و تشریع آن‌ها لازم است. اباحه طیبات، مضاربه و مساقات در این گروه است و تحسینات و تزئینات هرچند به پایه حاجیات نمی‌رسند ولی رعایت آن‌ها در راستای رسیدن به اخلاق و عادات پسندیده است. ازاله نجاسات، جعل طهارات و ستر عورت در این دسته از مقاصد قرار دارد (غزالی، ۴۱۶/۱؛ شاطبی، ۱۱ تا ۸).

غزالی مقصود شارع از ضروریات را منحصر در حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال آن‌ها می‌داند (۴۱۷/۱). این بیان از غزالی نه تنها از سوی گروه گسترده‌ای از عالمان اهل سنت پیروانی پیدا کرده است، بلکه عالمان بزرگی از شیعیان امامیه چون شهید اول، فاضل مقداد و میرزای قمی نیز از همین بیان بهره گرفته و به توضیح آن پرداخته‌اند (فاضل مقداد، ۱۴/۱؛ میرزای قمی، قوانین الاصول، ۹۲/۲). شهید اول پس از اینکه غرض از تشریع را حفظ مقاصد ضروری (مقاصد پنج‌گانه) می‌داند، برای هریک نمونه می‌آورد و می‌فرماید: «حفظ نفس با تشریع قصاص یا لزوم پرداخت دیه یا دفاع از خود و دیگران است؛ حفظ دین به وجوب جهاد و قتل مرتد؛ حفظ عقل با تحریم مسکرات و جعل حد بر نوشیدن آن‌ها؛ حفظ نسب و نسل با تحریم زنا، لواط و نزدیکی با حیوانات و تحریم قذف (نسبت ناروا) و تشریع حد بر آن و حفظ مال با تحریم غصب، دزدی، خیانت، راهزنی و قراردادن حد و مجازات بر ارتکاب آن‌ها» (۳۸/۱).

باوجود اقبال گسترده از بیان غزالی در تقسیم و تفسیر مقاصد شریعت، برخی به نظر او خرده گرفته و آن را جامع و کامل ندانسته‌اند. اموری چون مخالفت با کافران، عبودیت خداوند، مخالفت با نفس و شیطان، جهاد در راه خدا، تخلق به اخلاق پسندیده، اجرای عدل و جلوگیری از ظلم (نک: البدوی، مقاصد الشریعة عند ابن تیمیة، ۲۶۵ تا ۲۷۹) و نیز مقاصدی که مربوط به اجرای احکام و حکومت است؛ چون بسط عدالت در زمینه‌های مختلف زندگی اجتماعی، گسترش دانش و تعقل در جامعه و تقویت معنویت در جامعه (حسینی، سیر تطور در فقه شیعه، فصلنامه طلوع، ش ۱ ص ۸۶) در بیان غزالی غفلت شده است. در پاسخ بیان شده است که مقاصد پنج‌گانه فوق در رتبه ضروریات است و غزالی منکر سایر مقاصد نیست و از حاجیات و تحسینیات هم به‌عنوان مقاصد یاد کرده است، هرچند به لحاظ درجه ارزش و اعتبار در رتبه پایین‌تر است و امور یادشده در زمره این مقاصد جای می‌گیرد. افزون بر آن، مقاصدی چون حاجیات و تحسینیات با اینکه خود به‌عنوان مفاهیم کلی مطرح است اما خود مصادیقی از مقاصد ضروری است؛ برای مثال، مشروعیت خرید و فروش که از تحسینیات و اباحه طیبات که از حاجیات است زیرمجموعه مقصد ضروری حفظ اموال مردم است. بنابراین، اشکال وارده را نه بر عدم جامعیت مقاصد پنج‌گانه، بلکه بهتر است بر شیوه و روش غزالی و طرفدارانش در تقسیم‌بندی مقاصد دانست (علیدوست، ۷۳). مقاصد شرع برگرفته از آیات قرآن و احادیث معتبر است که منبع تفسیر آن هم آیات دیگر قرآن، احادیث و عقل است. اساساً نصوص دینی شامل آیات قرآن و روایات معتبر یا برای کلیت دین و شریعت اهداف کلی وضع می‌کنند که مقاصد پنج‌گانه برگرفته از آن‌هاست یا برای هریک از مقررات شرعی هدفی را عنوان می‌کنند. مقاصد برگرفته از چنین متونی را علل الشرایع یا مقاصد الشرایع نامیده‌اند (همان، ۲۵۴ تا ۲۵۸). هر دو دسته مقاصد راهنمای فقیه در استنباط احکام و شناخت شئون شارع است. بسا فقهی باتوجه به روایتی آن را از شأن تبلیغ و تشریع بداند و حکمی جاودان و جهان‌شمول استنباط کند ولی فقهی دیگر با نظر به مقاصد شرع و توجه به تغییر احکام به تبعیت از مصالح و مفاسد، متن روایت را برخاسته از شأن حکومتی یا بشری و حکم مندرج در روایت را مقطعی و منطقه‌ای بداند. تفسیر روایت در پرتو اهداف و مقاصد باعث می‌شود که حکمی که از آن برداشت می‌شود با ظهور نخستین و برداشت تحت‌اللفظی آن متفاوت باشد و این به معنای برداشت حکمی مخالف با ظاهر متن نیست، بلکه توجه به مقاصد و مجموعه احکام در مرحله تشکیل ظهور دخالت می‌کند و نه پس از آن. به عبارت دیگر، منظور از تشکیل ظهور این است که توجه به این قراین برای نص، ظهوری خاص غیر ظهور ابتدایی متبادر به ذهن را ایجاد کند یا مفاد یک نص را به معنایی خاص راهنمایی کند بدون اینکه ظهور خاصی بدان بدهد؛ نظیر دلالتی که برای روایتی باتوجه به روایت دیگر پیدا می‌شود، یعنی باید روایت اول را باتوجه به روایت دوم بر معنایی خاص حمل کرد و منظور

از شکستن ظهور، شکستن ظهور تعلیقی و بالقوه است نه بالفعل؛ یعنی ظهوری که اگر توجه به عناصر مزبور نبود منعقد می‌شد (علیدوست، ۷۴۷)، همان گونه که اصول قانون اساسی، عموم یا اطلاق مواد قانون عادی را از تخصیص یا تقیید نمی‌زند آن‌چنان که میان قوانین عادی مرسوم است، بلکه از ابتدا مانع تشکیل عموم، اطلاق، انحصار یا تمثیل قوانین عادی می‌شوند. برای توضیح بیشتر چند مثال در ذیل آورده می‌شود.

أ. روایاتی داریم که احتکار در وسایل و مواد مورد نیاز مردم را منحصر به پنج یا شش کالا دانسته‌اند (حر عاملی، ۳۱۳/۱۲ و ۳۱۴، ح ۴، ح ۷ و ح ۱۰). بسیاری از فقهای شیعه گفته‌اند احتکار در همین اقلامی است که در روایات نام برده شده است و نگه‌داشتن دیگر کالاها احتکار به شمار نمی‌رود. صاحب‌جواهر به نقل از فقیهان شیعه احتکار را در گندم، جو، روغن، کشمش، خرما منحصر کرده و بیان داشته است که این قول مشهور فقیهان امامیه است و حتی به نقل برخی ادعای اجماع بر این امر را هم ذکر کرده است^۱ (۴۸۱/۲۲). اما برخی از فقهای معاصر گفته‌اند که این روایات به صورت قضیه خارجی‌اند، نه به صورت قضیه حقیقیه؛ از این رو اگر در روایات پیامبر (ص) و سایر معصومان (ع) بیان حصری درباره کالاهای مورد نیاز مردم دارند برای بیان وضعیت خارجی است. به عبارت دیگر گفته‌اند: آنچه الآن بیشتر مایحتاج مردم است و ممکن است احتکار شود این چند چیز است. بنابراین، این روایات را باید بیانگر اوضاع و احوال آن دوره زمانی و جامعه آن عصر بدانیم و معصومان در بیان مصادیق احتکار به دنبال بیان حکم شرعی نبوده‌اند^۲ (منتظری، ۶۴۶ و ۶۴۷)؛ چراکه اعمال تعبد از سوی شارع مقدس در مسئله‌ای چون منع احتکار بعید است. شارع مقدس اگر از احتکار منع می‌کند برای حفظ آرامش جامعه و برقراری روابط اقتصادی سالم است. بنابراین، پذیرفتنی نیست باتوجه به مقاصدی که شارع مقدس دارد احتکار چند کالا ممنوع باشد و حبس ده‌ها کالای ضروری‌تر دیگر مجاز باشد. این مقصد شارع، ظهور ابتدایی مثال‌های روایات منع احتکار را در موضوعیت‌داشتن و انحصار آن‌ها می‌شکند و ظهور در تمثیل به آن‌ها می‌دهد (علیدوست، ۷۴۸)؛ از این رو، صاحب‌جواهر با وجود اینکه قائل به حکم کراهت احتکار در کالاهای معین

۱. «و من هنا صرح غير واحد من الأصحاب بأن الاحتكار الذي هو محل البحث إنما يكون في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن دون غيرها، بل هو المشهور فيما بينهم بل عن جماعة الإجماع عليه.»

۲. «وجوه الحمل في الأخبار الحاضرة: ... الأول: أن تكون القضية فيها خارجية للاحقية بتقريب أن الأشياء الخاصة كانت عمدة ما يحتاج إليه الناس في عصر صدور الخبر وفي تلك الظروف ولم يكن غيرهما من الأمتعة قليلة بحيث تحتكر أو كثيرة المصروف بحيث يرغب في حبسها وحكمتها أو يضربهم فقدها على فرض البحث» (منتظری، حسینعلی، دراسات في ولاية الفقيه، ۲/صص ۶۴۶ و ۶۴۷). ایشان در وجه دومی که ذکر می‌کنند باز هم این روایات را قضایای خارجی می‌دانند اما دلیل آن را فترای برخی فقهای معاصر اهل بیت دانسته‌اند که آن‌ها احتکار را در همه اجناس می‌دانستند و برخی حکام وقت نیز با استفاده از این فتوا و به بهانه‌ای مبارزه با احتکار کالاهای انباشته مردم را توقیف می‌کردند و امام صادق (ع) با بیان حصری درباره مصادیق احتکار، عمل آن‌ها را مردود اعلام می‌کردند (نک: همان، ۶۴۷).

است (صاحب‌جواهر، ۴۷۷/۲۲ و ۴۷۸) در آنجا که محتکر با نادیده‌گرفتن مصالح مسلمانان و اداره صحیح جامعه اسلامی و به قصد اضرار به آن به احتکار اقدام می‌کند، از حکم کراهت احتکار به حرمت آن و از اجناس خاص به همه کالاهای مورد نیاز می‌رسد (همو، ۴۸۱/۲۲). سیدابوالحسن اصفهانی در وسیلة النجاة حرمت احتکار در مطلق آنچه مردم بدان محتاج هستند را اثبات کرده است (۸/۲).

ب. مثالی دیگر از عبادات که اموری توقیفی است و بیش از معاملات باید جانب احتیاط را در آن رعایت کرد، در خصوص طهارت است که وقت نماز فرا رسیده است. مکلفی که جهت تطهیر به غسل نیاز دارد کنار چاه آبی ایستاده است. او برای بیرون آوردن آب از چاه ظرفی در دست ندارد؛ ولی می‌تواند داخل چاه برود، غسل کند و بیرون بیاید. در این موقعیت اگر فقیه صرفاً به آیه توجه داشته باشد: «وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا»؛ اگر بیمارید یا در مسیر مسافرت هستید یا قضای حاجت کرده‌اید یا با زنان آمیزش جنسی داشته‌اید و آب [برای وضو یا غسل نیافتید]، با خاکی پاک تیمم کنید (نساء: ۴۳)، چنین نتیجه می‌گیرد که بر اساس دستور قرآن که تیمم را در صورتی مجاز دانسته است که آب در دسترس نباشد، بنابراین مکلف باید درون چاه رود و با ورود به چاه غسل را انجام دهد. اما امام صادق در این فرض می‌فرماید: «لیس علیه أن یدخل الرکیة لأن رب الماء هو رب الأرض فلیتیمم»؛ وظیفه‌اش رفتن به داخل چاه نیست؛ زیرا خدای آب همان خدای زمین است، پس تیمم کنید (حر عاملی، ۹۶۶/۲، ح ۴). بر اساس روایت صحیح دیگر این را نیز اضافه فرمودند: «ولا تقع فی البئر ولا تفسد علی القوم مانهم»؛ داخل چاه نرو و آب مورد نیاز مردم را آلوده و فاسد نساز (همو، ۹۶۵، ح ۲).

بی‌شک، سخن امام صادق (ع) در این مسئله مبتنی بر توجه به مقاصد شارع و دیگر احکام شریعت استوار است. متن‌گرایان و ظاهرینان در چنین فرضی برای وضو و غسل اصالت قائل‌اند و حکم به انجام تیمم را صحیح نمی‌دانند. ایشان بی‌هیچ دغدغه‌ای به لزوم استفاده از آب فتوا می‌دهند و در این فتوا به آیه یادشده استناد می‌کنند، اما امام در این بیان حکیمانه به حقیقتی آموزنده اشاره می‌فرمایند: پروردگار آب، همان پروردگار زمین است؛ یعنی همان خداوندی که به وضو و غسل امر فرموده، تیمم را نیز در جای خود واجب ساخته است و از آنجا که طبیعت این کار (ورود به چاه و غسل کردن یا وضوگرفتن) حرجی است و شرع مقدس حرج ناشی از حکم را بر بندگان روا نمی‌داند، در این موقعیت حکم به تیمم را الزامی کرده است. از طرف دیگر، توجه به نیاز مردم به آب تمیز و بهداشتی نیز ضرورت دارد. شارع همه‌جانبه‌نگر در

تشریع وضو و غسل از این جهت و امثال آن غافل نیست و بدین سبب به وضو و غسلی که به بهای فاسدکردن آب مصرفی مردم محقق شود، توجه ندارد (علیدوست، ۳۸۹).

البته چنین استنتاجی با آیات دیگری از قرآن کریم تأیید می‌شود، همچون آیه ۶ سورة مائده: «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ»؛ خداوند نمی‌خواهد مشکلی برای شما ایجاد کند، بلکه در نظر دارد شما را پاک سازد و نعمتش را بر شما تمام کند، باشد که شکرش را به جای آورید.

ج. روایات ناقل شیعه و سنی درباره تحریم گوشت الاغ‌های اهلی است (کلینی، ۲۴۶/۶، ح ۱۰، ح ۱۱، ح ۱۲ و ح ۱۳؛ طوسی، تهذیب، ۲۵۱/۷؛ قشیری نیشابوری، ۱۵۳۷/۳ تا ۱۵۴۰، ح ۲۲ تا ح ۳۵؛ بخاری، ۱۳۵/۵، ح ۴۲۱۶؛ همو، ۱۲/۷، ح ۵۱۵؛ همو، ۱۳۰/۵، ح ۴۱۹۶).

مشهور فقهای اهل سنت معتقدند که این تحریم مطلق است (نوی، ۸۱، باب تحریم أكل لحم الحمر الإنسية، ح ۱۴۰۷)، زیرا پیامبر در جنگ خیبر همان گونه که جابر بن عبدالله و دیگران نقل کرده‌اند گوشت الاغ‌های اهلی را تحریم کرده است. اما در روایات ما که در آن‌ها به اشتباه عامه اشاره شده است، تصریح شده است که نهی از گوشت این‌گونه الاغ‌ها تنها در روز خیبر صادر شد آن هم به این سبب که مرکب رزمندگان مسلمان در آن روز به شمار می‌رفته است. بنابراین، نهی به عمل آمده تنها به سبب جلوگیری از گرفتارشدن مسلمانان بوده است (کلینی، ۲۴۶/۶؛ ابن بابویه، ۵۶۳/۲). چنین احکامی برای تدبیر و سیاست جامعه به کار می‌رود که نظیر آن در حکومت‌های امروزی نیز رایج است؛ مثلاً در ایام خاصی از سوی قدرت حاکم، صید ماهی یا برخی حیوانات با هدف عدم انقراض این موجودات ممنوع می‌شود^۱ (شمس‌الدین، ۱۷ تا ۱۹).

۱. آیت‌الله شمس‌الدین نیز همین مثال را برای احکام ولایی ذکر کرده است: «من الموارد الخاصة للأحكام التدييرية الواردة عن النبي والأئمة المعصومين، من قبيل: نهى رسول الله عن أكل لحم الحمر الأهلية يوم خیبر، حيث كانت حمولة المسلمين، فخشى رسول الله عليها من النفاذ، ولم يكن أكلها بحرام، ويشهد لذلك الروايات الكثيرة الواردة في ذلك، منها: ما روي عن محمد بن مسلم و زرارة عن أبي جعفر أنهما سألاه عن أكل لحوم الحمر الأهلية؟ قال: نهى رسول الله عنها و عن أكلها يوم خیبر، وإنما نهى عن أكلها في ذلك الوقت لأنها كانت حمولة الناس، وإنما الحرام ما حرم الله عز وجل في القرآن في رواية أخرى عن أبي جعفر» قال: «نهى رسول الله عن أكل لحوم الحمير، وإنما نهى عنها من أجل ظهورها مخافة أن يفنوها، وليست الحمير بحرام، ثم قرأ هذه الآية» قل لا أجد في ما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو ما ممنوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به من اض غير باغ و لا عاد فإن تك غفور رحيم (انعام: ۱۴۵). فتحریم الحمر الأهلية من قبل رسول الله لم يكن تحريمه تشريعية، وإنما هو إجراء اتخذته رسول الله في وقت معين، و هو في معركة؛ من أجل الحفاظ عليها و استخدامها لغرض الحمولة. و نستفيد من هذه الحادثة اليوم في تحريم صيد أنواع معينة من الأسماك و الطيور في أوقات خاصة، و هي أوقات تكاثرها مثلاً. و كذا من قبيل: التعليل الوارد في أدلة الاحتكار، و من قبيل: التعليلات الواردة في جواز العمل و التعامل مع الحكومات غير الشرعية. فإن التعليلات الواردة في هذه الموارد و أمثالها لا يقتصر فيها على موردها، بل هي معايير ترشد الفقيه و الخبير إلى المنهج الذي يجب اعتماده في الاجتهاد و الاستنباط في قضايا المجتمع و أنظمتهم و قضاياء، و المشاكل التي تواجهه في داخله، و في علاقاته مع الخارج المسلم و غير المسلم، و هذه التعليلات ليست أحكام شرعية إلهية، و ليست منشأ لأحكام شرعية إلهية، بل هي أسس أحكام شرعية تدييرية، يعود أمر النظر في موضوعاتها و استنباطها إلى المجتمع الإسلامي بواسطة خبراته و فقهانه، فهي مبادئ منهجية للاستنباط في هذا المجال».

بنابراین، نهی صادرشده از سوی پیامبر(ص)، نهی ولایی موقت و بر اساس مصلحت بوده است. با این وجود، عامه از آن برداشت تحریم مطلق کرده و برخی از امامیه نیز به همین سبب قائل به کراهت این نوع گوشت شده‌اند. شیخ طوسی این روایت را تقیه‌ای می‌داند و مضمونش را با مسلمات امامیه در تناقض می‌داند^۱ (الاستبصار، ۱۴۲/۳). شیخ حرعاملی نیز بر همین نظر شیخ طوسی تأکید کرده و آن را صحیح دانسته است (۴۴۱/۱۴). همه این آرا به منظور تشخیص روایت از شأن تشریع و عدم تشخیص آن از شأن ولایی پیامبر(ص) است (تمدن و الهی خراسانی، ۱۵۰). مقاصدی چون حفظ قدرت نظامی جامعه و حکومت اسلامی می‌تواند باعث چنین تحریمی به صورت موقت شود. آیه ۶۰ سورة حشر «وَأَعِذُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ» نیز چنین امری را به عنوان مقصدی شرعی تقویت می‌کند.

د. برای مثالی دیگر می‌توان به روایاتی اشاره کرد که در آن‌ها به این نکته تصریح شده است که امیرالمؤمنین(ع) بر اسبان دو دینار زکات بست (حر عاملی، ۵۱/۶) اما برخی از فقیهان مانند شیخ حر عاملی این روایات را حمل بر استحباب کرده‌اند (همان، حر عاملی عنوان باب را باب استحباب آورده است)، با وجود آنکه ظاهر این روایات دلالت بر وجوب و الزام دارد (کلینی، ۵۳۰/۳، ح ۱؛ حر عاملی، ۵۱/۶، ح ۱؛ مفید، ۲۴۶). برخی از فقهای معاصر این مورد را جزو احکام ولایی دانسته‌اند؛ با این توضیح که، اگر دولت اسلامی به برخی از اموال مردم نیازمند باشد و خمس و زکات و مالیات برای تمشیت امور کافی نباشد، امام می‌تواند مالیات‌های جدیدی را تعیین کند (تمدن و الهی خراسانی، ۱۴۶) و اساساً در خصوص مصادیق زکات روایات فراوانی در منابع امامیه وجود دارد که دلالت بر آن دارند که زکات در محصولات زراعی، مختص به غلات اربعه است و پیامبر(ص) از پرداخت زکات هر چه غیر از آن‌ها مردم را معاف داشته است (کلینی، ۵۱۰/۳ تا ۵۱۲، باب ما یزکی من الحبوب). اما روایات فراوانی دلالت بر ثبوت زکات در غیر غلات اربعه دارند (همان، ۵۱۲ تا ۵۱۳، باب أقل ما یجب فیہ الزکاة من الحرث). به نظر می‌رسد به منظور شأن ولایی معصومان(ع) بوده است (تمدن و الهی خراسانی، ۱۵۰ و ۱۵۱)؛ چراکه مقاصدی چون حفظ حکومت اسلامی و تقویت بنیه مالی آن و جلوگیری از تجمع منابع مالی در دست عده‌ای از اقشار جامعه «کی لایکون دولة بین أغنیاء منکم» (حشر: ۷) سبب تغییر مصادیق مالیات‌های شرعی در طول زمان می‌شود. همان طور که برخی دیگر در موضوع خمس هم روایت‌های مبنی بر احلال خمس در برخی سال‌ها، تکرار خمس در یک سال، اضافه شدن برخی متعلقات خمس مانند ارباح مکاسب را هم از تشریعات موقت معصومان دانسته‌اند (ضیایی فر، جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد، ۴۸۵).

۱. شیخ در استبصار چنین می‌نویسد: «فالوجه فی هذه الرواية أن تحملها علی التقیة لأنها موافقة لمذاهب العامة والأخبار الاولة موافقة لظاهر الكتاب وإجماع الفرقة المحقة علی موبکها فیجب أن یكون العمل بها دون هذه الایة الشاذة.»

نتیجه‌گیری

۱. پیامبر (ص) و سایر معصومان (ع) شئون گوناگونی دارند که آیاتی از قرآن و روایات و اقوال دانشمندان مسلمان به این شئون اشاره دارد. همه روایات حاوی احکام از یک شأن صادر نشده‌اند.
۲. روایات صادره از شأن تبلیغ و شأن تشریع، خاستگاه استنباط احکام شرعی‌اند. روایات حاکی از شأن حکومت و شأن قضاوت ممکن است بیانگر احکام ثابت و دائمی باشند یا بیانگر احکام متغیر و موقتی باشند. روایاتی که صدورشان از شأن بشری و زندگی شخصی مسلم باشند مدخلیتی در استنباط احکام شرعی ندارند.
۳. توجه به قراین کاری بایسته است که باید در شناخت شئون شارع و استنباط احکام و کشف شریعت از روایات بدان توجه ویژه شود.
۴. اگر با بررسی قراین در شناخت شئون و کشف احکام شرعی از روایات فقیه به نتیجه نرسد، باید به اصول رافع شک متوسل و متمسک شود که این اصول عبارت‌اند از: اصل تشریع، حقیقه بودن قضایای شرعی و اطلاق مقامی.
۵. اصل تشریع، حقیقه بودن قضایای شرعی و اطلاق مقامی مثل سایر اصول لفظیه معروف ریشه در اطمینان نوعی دارد، هرچند برای خود فقیه این یقین و اطمینان حاصل نشود.
۶. وضعیت گوینده نص، زمان و مکان و انگیزه صدور حکم موجود در روایت، مقاصد شریعت، نگرش جامع به مجموعه احکام و روایات بیانگر حکم، تبعیت احکام از مصالح و مفاسد و لحاظ مصالح مکلفان در سراسر فضای تشریع، بخشی از قراینی است که در شناخت شئون شارع، فهم روایات و تشخیص احکام مذکور در آنها تأثیر دارد.

منابع

- قرآن کریم
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه کتاب المکاسب، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، کتاب من لایحضره الفقیه، نجف: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۷ق.
- ابوالحسنی، حسن، «جایگاه خطابات مبین مقاصد در تفقه»، فصلنامه تخصصی دین و قانون، س ۱۳۹۴، ش ۱۰، زمستان ۱۳۹۴، صص ۳۹ تا ۶۹
- اخلاقی امیری، حسنعلی و هادی هاشمی، «نقش رسول اکرم و امامان معصوم در تشریع احکام فقهی»، فصلنامه

- علمی پژوهشی پژوهشنامه کلام، س ۲، ش ۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، صص ۷۶ تا ۸۸.
- اصفهانی، ابوالحسن، وسیلة النجاة، بیروت: اعلمی، ۱۴۱۳ ق.
- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم: مجمع الذخائر الاسلامیة، بی تا.
- البدوی، یوسف احمد محمد، مقاصد الشریعة عند ابن تیمیة، چاپ اول، عمان: دارالفائس الاردن، ۱۴۲۱ ق
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، قم: بوستان کتاب، ۱۳۹۳.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح بخاری، چاپ اول، بی جا: دار طوق نجات، ۱۴۲۲ ق.
- تمدن، حمیدرضا و علی الهی خراسانی، حکم، سنت و شریعت: خوانشی از دیدگاه های اصولی آیت الله سیستانی، چاپ اول، بی جا: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۹.
- جناتی، محمد ابراهیم، ادوار اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، چاپ اول، تهران: کیهان، ۱۳۷۲.
- حب الله، حیدر، نظریة السنة فی الفكر الإمامی الشیعی التکون و الصیوة، بیروت: مؤسسة الانتشار العربی، ۲۰۰۶
- م
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، چاپ پنجم، تهران: اسلامی، ۱۳۹۸ ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقہیة، چاپ دوم، قم: اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- حسینی، سید علی، سیر تطوّر مصلحت در فقه شیعه، مجله طلوع، س ۱، ش ۱، بی تا.
- حکیم، محمد تقی، الأصول العامة للفقہ المقارن، قم: آل البيت، بی تا.
- حیدری، سید کمال، پایگاه اطلاع رسانی آیت الله سید کمال حیدری، «سلسله دروس چند همسری از دیدگاه قرآن»، جلسه ۱۶، قم: ۸ دی ۱۳۹۸، www.alhaydari.com.
- خمینی، روح الله، کتاب الرسائل، چاپ اول، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
- خویی، ابوالقاسم، مصباح الأصول، قم: داوری، ۱۴۲۲ ق.
- _____، معتمد العروة الوثقی: کتاب الحج، به تقریر رضا خلخالی، قم: مدرسه دارالعلم، ۱۳۶۴.
- راغبی، محمد علی؛ رجبی النی، «ماهیت اطلاق مقامی و ادله آن»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، س ۱۱، ش ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، صص ۶۱ تا ۸۴. <https://doi.org/10.22075/feqh.2018.15030.1622>
- شاطبی، ابواسحاق، الموافقات فی اصول الشریعة الإسلامیة، چاپ اول، بیروت: الرسالة، بی تا.
- شریف رضی، محمد بن حسین، نهج البلاغه، ترجمه محمد دشتی، چاپ دوم، قم: حضور، ۱۳۸۳.
- شمس الدین، محمد مهدی، الاجتهاد و التجدید فی الفقه الاسلامی، بی جا: المؤسسة الدولية للدراسات و النشر، ۱۴۱۹ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربیة، چاپ اول، قم: مفید، ۱۴۰۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، نجف: جامعه النجف الدینیة،

۱۳۸۶ق.

_____، تمهید القواعد، چاپ اول، قم: اعلام اسلامی، ۱۳۶۱.

شیرازی، سید محمد، الفقه، بیروت: دارالعلوم، ۱۴۰۷ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲.

صافی گلپایگانی، لطف الله، ولایت تکوینی و ولایت تشریعی، قم: حضرت معصومه (س)، ۱۳۷۵.

صدر، محمد باقر، اقتصادنا، بیروت: دار التعارف، ۱۴۰۲ق.

_____، بحوث فی علم الأصول، به تقریر حسن عبدالساتر، بیروت: الدار الاسلامیة، ۱۴۱۷ق.

ضیایی فر، سعید، «شنون پیامبر اسلام و نقش آن در اجتهاد»، فصلنامه فقه، س ۱۴، ش ۳، زمستان ۱۳۸۶، صص ۳۶ تا ۷۸.

_____، «شنون معصوم و تأثیر آن بر شناخت تعالیم دین»، فصلنامه نقد و نظر، س ۱۶، ش ۲، تابستان ۱۳۹۰، صص ۶۱ تا ۷۴.

_____، جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد، چاپ اول، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۲.

طباطبایی، محمد حسین، المیزان فی التفسیر القرآن، چاپ سوم، قم: اسماعیلیان، ۱۳۹۳ق.

طهرانی، محمد حسین، امام شناسی، چاپ سوم، تهران: حکمت، ۱۴۰۸ق.

طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیة، به تحقیق محمد باقر بهبودی، چاپ سوم، تهران: مرتضوی، ۱۳۸۷ق.

_____، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۸۵.

_____، الاستبصار، قم: انصاریان، ۱۴۲۶ق.

_____، التبیان فی التفسیر القرآن، قم: دار احیاء التراث العربی، بی تا.

عبدالرازق، علی، الإسلام و اصول الحکم، مصر: مطبعة مصر، ۱۹۲۵م

علی اکبریان، حسنعلی، «اصول فقه احکام ثابت و متغیر در روایات»، پژوهش های اصولی، س ۳، ش ۸، ۱۳۹۰، صص ۱۱۷ تا ۱۴۲.

علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، چاپ چهارم، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶.

غزالی، محمد، المستصفی من علم الأصول، قم: الرضی، ۱۳۶۴.

فاضل لنکرانی، محمد، القواعد الفقہیة، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۳۸۳.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی،

۱۴۰۴ق.

- قاصوه، محمود، المقدمات و التنبيهات في شرح اصول الفقه، بيروت: دار المورخ العربي، بی تا.
- قشیری نیشابوری، مسلم بن الحجاج، صحیح مسلم، به شرح امام نووی، قم: دار الفکر، بی تا.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، چاپ چهارم، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، چاپ پنجم، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۳۶۳.
- مالک بن انس، الموطأ، بيروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ ق
- مفید، محمد بن محمد، تحریم ذبائح اهل الكتاب، بيروت: دار المفید، ۱۴۱۴ق.
- منتظر قائم، مهدی، «بازتاب دانش و فرهنگ عصر شارع در روایات دیات»، دیدگاه های حقوق قضایی، ش ۸۴، زمستان ۱۳۹۷، صص ۱۶۵ تا ۱۹۶.
- منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية، چاپ دوم، قم: تفکر، ۱۴۱۵ق.
- مؤمنی، عابدین، «بازخوانی انتقادی نظریه انحصار خمس در غنائم جنگی و رکاز»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، س ۵۳، ش ۱، ۱۳۹۹، صص ۱۷۵ تا ۱۹۴. <https://doi.org/10.22059/jzfil.2020.269182.668601>
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، قوانین الأصول، تهران: اسلامی، ۱۳۷۸ق.
- _____، القوانين المحكمة فی الاصول، چاپ اول، قم: احیاء الکتب الإسلامية، ۱۴۳۰ق.

- نائینی، محمد حسین، فوائد الأصول، به تقریر محمد علی کاظمی خراسانی، قم: اسلامی، ۱۴۰۴ق.
- نوائی، همایون، تأثیر مقتضیات زمان و مکان بر فقه معاملات، پایان نامه دانشگاهی به راهنمایی دکتر مهدی منتظر قائم، تهران، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تاریخ دفاع: تیرماه ۱۳۹۹.
- نووی، یحیی بن شرف، شرح صحیح مسلم، بيروت: دار الکتب العربی، ۱۴۰۷ق.



Analyzing the obstacle of conflict in the validity of the positive principle



Dr. Zahra vatani (Responsible author)

Assistant Professor of Jurisprudence and Law Department of Imam Khomeini (PBUH) and Islamic Revolution Research Institute, **Email:** vatani@ri-khomeini.ac.ir

Dr. Ahmad Mohammadi, Doctorate student of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law of Imam Khomeini Research Institute (RA)

Dr. Javad Soltani Fard, Doctorate student of Fiqh and Private Law of Shahid Motahari University (RA)

Abstract

Doubts about the "Taklife" ruling and not finding the "Amareh" is the way to adhere to the practical principle in order to remove the surprise in the position of action. Subjects of practical principles may be accompanied by necessary, accompanying or required, whether Sharee or non-Shariee and whether direct or indirect. The scope and validity of each of these are examined in the principles of jurisprudence under the title of "Mosbet" principle. Regarding the validity of the "Mosbet" principle, there is a difference of opinion among the scholars. The scholars of the principles that do not consider the "Mosbet" principle to be a proof have insisted on it for reasons, the most important of which is the existence of conflict; This means that the "Mosbet" principle can prove non-Shariee works (rational or normal works) for what it indicates, which in this case, is in conflict with the principle of the absence of said works. Some scholars do not consider the "Mosbet" principle to be valid and authentic due to the existence of such an obstacle. On the other hand, some like Sheikh Ansari believe in the "Hokumat". From his point of view, basically, there is no conflict in the issue that can be used to invalidate the "Mosbet" principle. In this article, while examining and criticizing the existing views with an analytical method, the conclusion has been reached that the issue under discussion cannot be definitively considered as an example of conflict or "Hokumat", but in a new classification, "Tafsi" must be believed; In this way, some examples of it are examples of conflict according to some bases, and some examples are examples of "Hokumat" based on other bases. Therefore, it is not possible to deny the validity of the "Mosbet" principle by insisting on the problem of conflict.

Key words: "Mosbet" principle, Mosbets of principles, conflict, Mosbets of evidence.





فقه و اصول

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۵ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۳۲ - بهار ۱۴۰۲، ص ۲۳۱ - ۲۱۱

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲



شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۲۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۷/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۱۷

DOI: DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.69471.1075>

نوع مقاله: پژوهشی

واکاوی «مانعیت تعارض» در حجیت اصل مثبت



دکتر زهرا وطنی (نویسنده مسئول)

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی

Email: vatani@ri-khomeini.ac.ir

دکتر احمد محمدی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی

دکتر جواد سلطانی فرد

استادیار گروه فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (ره)

چکیده

تردید در حکم تکلیفی و نیافتن اماره، مجرای تمسک به اصل عملی به منظور رفع حیرت در مقام عمل است. موضوعات مجرای اصول عملیه ممکن است همراه خود، لازم، ملازم یا ملزومی، خواه شرعی یا غیرشرعی (عقلی، عادی یا اتفاقی) و خواه بی واسطه یا با واسطه داشته باشند. محدوده و حجیت هریک از این‌ها در اصول فقه با عنوان «اصل مثبت» بررسی می‌شود. در خصوص حجیت اصل مثبت، در میان علما اختلاف نظر وجود دارد. اصولیانی که اصل مثبت را حجت نمی‌دانند به دلایلی تمسک کرده‌اند که مهمترینش وجود تعارض است؛ بدین معنا که اصل مثبت با جریان یافتنش می‌تواند آثار غیرشرعی را برای مؤدای اصل عملی اثبات کند که در این صورت، با اصل عدم آثار یادشده در تعارض قرار می‌گیرد. عده‌ای از علما به سبب وجود چنین مانعی، اصل مثبت را معتبر و حجت نمی‌دانند. در مقابل، برخی همچون شیخ انصاری در این مورد قائل به حکومت شده است. از نظر ایشان اساساً تعارضی در مسئله رخ نمی‌دهد که بتوان برای بی اعتبار بودن اصل مثبت به آن تمسک کرد. در این نوشتار، ضمن بررسی و نقد دیدگاه‌های موجود با روشی تحلیلی، این نتیجه به دست آمده است که نمی‌توان مسئله محل بحث را به صورت قطعی از مصادیق تعارض یا حکومت دانست، بلکه در یک تقسیم‌بندی نوین باید قائل به تفصیل شد؛ به این صورت که نمونه‌هایی از آن باتوجه به برخی مبانی، مصادیق تعارض است و نمونه‌هایی بر اساس مبانی دیگر، مصادیق حکومت به شمار می‌رود. بنابراین نمی‌توان با تمسک به مسئله تعارض، حجیت اصل مثبت را به طور مطلق نفی کرد. واژگان کلیدی: اصل مثبت، اصول مثبت، مثبتات ادله، مثبتات استصحاب، تعارض.

مقدمه

با پیشرفت‌های چشمگیری که پس از بهیمنی در حوزه اصول فقه رخ داد، این علم وارد دوران شکوفایی خود شد. در این دوران، بزرگان علم اصول بیش از قبل به مسائل جزئی اصولی ورود پیدا کرده و بر اساس مبنای اتخاذ کرده به موشکافی این مسائل پرداخته‌اند. اصل مثبت نیز یکی از این مسائل است. دانشمندان تعاریف متفاوتی از این اصل ارائه کرده‌اند که البته هر یک از آن‌ها مبتلا به اشکالاتی است (نک: هدائی، ۲۲۲)، با وجود این، می‌توان اصل مثبت را چنین تعریف کرد:

«اصل مثبت، اصلی عملی است که جریان یافتش از طریق وسائط عقلی، عادی یا اتفاقی به اثبات حکمی شرعی برای مؤدای آن می‌انجامد.» (همو، ۲۳۱)

شیخ جعفر کاشف الغطاء اولین دانشمند اصولی است که این موضوع را مطرح کرده است (آشتیانی، ۲۹۹/۶؛ جزایری، ۱۱۷/۵). عالمان اصول نیز به تبعیت از وی از این موضوع بحث کرده و در بخش اصول عملیه و استصحاب به بررسی اعتبار آن پرداخته‌اند. موافقان و مخالفان حجیت اصل مثبت هریک به نوبه خود به دنبال اقامه دلیلی برای ادعای خویش بوده‌اند. یکی از مهمترین دلایلی که مخالفان حجیت اصل مثبت بدان تمسک کرده‌اند، وجود تعارض میان اصل مثبت با استصحاب عدم است. در مقابل، عده‌ای قائل به حکومت اصل جاری در مورد لازم و اثر غیرشرعی خود شده‌اند؛ برای مثال، اگر مقتضای استصحاب زنده بودن زید، رشد ریش او - که لازمی غیرشرعی است - باشد و از طرف دیگر، استصحاب عدم رشد ریش را نیز بتوان جاری کرد، در این شرایط اگر بگوییم این دو اصل متعارض هستند باید قائل به تساقط و در نتیجه عدم حجیت اصل مثبت شد، اما اگر بگوییم با جاری شدن استصحاب حیات زید دیگر نیازی به استصحاب عدم رشد ریش نمی‌شود و اصل جاری در مستصحب، حاکم بر اصل جاری در لازم غیرشرعی است، دیگر نمی‌توان به بهانه وجود تعارض، حجیت اصل مثبت را به طور مطلق نفی کرد. برای رسیدن به برآمدی منطقی، ضمن گردآوری اقوال موجود، به واکاوی مسئله، بسط فروع، ذکر اقوال و تحلیل دلایل می‌پردازیم.

۱. مفهوم‌شناسی

أ. اصل: راغب اصفهانی معتقد است ریشه و پایه هرچیز را اصل می‌گویند (۱۷۷/۱). ابن منظور، قسمت زیرین هرچیز را اصل آن می‌داند که جمع آن اصول است و جمع مکسری جز به این شکل ندارد (۱۶/۱۱). مصطفوی در معنای اصل می‌گوید: آنچه که چیز دیگری بر آن بنا شود؛ چه در جمادات باشد، چه در نباتات یا حیوان یا معقولات یا در علوم (۹۵/۱). در اصطلاح، اصل به معنای حکمی است که برای فردی جعل شده است که در حالت شک به سر می‌برد و دسترسی به دلیل ندارد و در آن جهت کشف و

ناظریت وجود ندارد، لذا مؤدای اصل، حکم ظاهری است و در موضوع جهل به واقع جعل شده است. اصل چند قسم دارد که عبارت‌اند از: «اصل عملی و لفظی»؛ «اصل شرعی و عقلی»؛ «اصل محرز و غیر محرز» و «اصل مثبت و غیر مثبت» (نک: مشکینی اردبیلی، ۵۶ به بعد؛ ملکی اصفهانی، ۱۱۸/۱؛ هاشمی شاهرودی، ۵۱۱).

عبدالمنعم پس از پرداختن به معنای لغوی اصل در بخشی از گفتار خویش چنین می‌گوید: «اصل در اصطلاح به معنای دیگری همچون دلیل مقابل مدلول و قاعده کلی نیز آمده است که همه آن معانی، به استناد، ایجاد و ابتدای فرع به اصل بر می‌گردد (محمود، ۲۰۳/۱).

ب. مثبت: مثبت، اسم فاعل ثلاثی مزید (باب افعال) از ریشه «ث، ب، ت» و به معنای اثبات‌کننده است. ثبت به معنای استقرار و دوام آنچه هست به کار می‌رود. ثبات در مقابل زوال است (ابن منظور، ۱۹/۲؛ قرشی بنابی، ۳۰۲/۲؛ مقری، ۸۰/۲) و این معنی یا در موضوع یا در حکم یا در گفتار و نظر و... به کار می‌رود و گفته می‌شود حکم یا گفتار یا نظر او ثابت است (مصطفوی، ۵/۲) و با همزه و تضعیف متعدی می‌شود (مقری، ۸۰/۲). همانطور که گفته شد نزد اصولیان تعریف یکسانی از اصل مثبت و اصل غیر مثبت دیده نمی‌شود، هر چند که مشهور آنان معتقدند که اصل مثبت اصلی از اصول عملیه است که اثر شرعی به وساطت امر عقلی یا عادی بر مؤدای آن مترتب می‌شود و اگر پای وساطت امر عقلی یا عادی در میان نباشد، به آن اصل، اصل غیر مثبت می‌گویند (نک: مشکینی اردبیلی، ۶۰؛ ایروانی، ۲۲۴/۵)؛ توضیح آنکه، گاهی موضوع یا حکمی که استصحاب می‌شود 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؛ برای مثال، روییدن مو بر چهره، لازمه عادی حیات کودکی است که به مدت بیست سال از نظرها غایب شده است، حال اگر پس از گذشت

۱. اصل عملی: حکم ظاهری که در مقام عمل به آن نیاز داریم بدون اینکه ارتباطی به مقام الفاظ داشته باشد.

۲. اصل لفظی: حکم ظاهری که در باب الفاظ به آن عمل می‌شد و اصل لفظی عقلایی نام دارد.

۳. اصل شرعی: هر حکم ظاهری که از ناحیه شارع مقدس جعل شده است، اصل شرعی گویند؛ مانند استصحاب و برانت شرعی و... .

۴. اصل عقلی: هر چه به حکم عقل و بنای عقلا باشد، اصل عقلی است؛ مانند احتیاط.

۵. اصل محرز: همانگونه که گفته شد اصل حکمی است که برای جاهل به واقع جعل شده است و حال اگر در جعل آن احکام، حال واقع لحاظ شده باشد و لسان دلیل جعل احکام مماثل برای آن باشد، اصل محرز است؛ مانند استصحاب و در غیر این صورت، اصل غیر محرز خواهد بود؛ مانند تخیر.

این مدت، در حیات او تردید شود و راجع به آن استصحاب حیات جاری شود و نتیجه گرفته شود که او دارای ریش نیز بوده است، بنا بر پذیرش حجیت اصل مثبت می‌توان حکم به ریش داشتن وی کرد. در چنین حالتی اگر پدرش نذر کرده باشد که اگر بر چهره فرزندش مو بروید ده فقیر را اطعام کند، پس باید به نذر خود عمل کند؛ ازاین‌رو، بر اساس جریان اصل مثبت، ریش داشتن همراه با اثری شرعی (همچون وجوب عمل به نذر) اثبات می‌شود.

گفتنی است که ضابطه در اصل مثبت آن است که با کمک وسائلی در نهایت اثری شرعی بر مستصحب مترتب شود، اما در صورت عدم ترتب اثر شرعی بر مستصحب، اصل مثبت جریان پیدا نخواهد کرد؛ چه در این صورت تعبد استصحابی لغو خواهد بود (جزایری، ۵۶۶/۷، پاورقی ۱).

۲. دیدگاه اصولیان در مسئله

گفته شد که برخی با ادعای تعارض استصحاب مورد با استصحاب عدم لازم آن، به مخالفت با حجیت اصل مثبت می‌پردازند. در اینکه آیا میان استصحاب مورد و استصحاب عدم لازم آن تعارض پیش می‌آید یا خیر، میان بزرگان اصول اختلاف وجود دارد و می‌توان اقوال موجود را به سه دسته کلی تقسیم‌بندی کرد:

۲.۱. نظریه اول: تعارض و تساقط

گروهی چون صاحب فصول (حائری اصفهانی، ۳۷۷)، جعفر کاشف‌الغطاء (۲۰۱/۱)، علی کاشف‌الغطاء (۲۸ تا ۲۷/۲) و ایروانی (۴۰۳/۲) معتقدند در چنین شرایطی تعارض بین دو استصحاب اتفاق می‌افتد و هر دو از حجیت می‌افتند.

کاشف‌الغطاء در باب تعارض دو استصحاب چنین می‌نویسد: «دو استصحاب ممکن است تعارض کنند و در این صورت باید بر اساس راجح عمل کرد و در صورت فقدان راجح، اگر رتبه دو استصحاب مساوی باشد هر دو از اعتبار می‌افتند.» وی سپس به بررسی حالات مختلف استصحاب می‌پردازد و در انتها و پس از بیان احکام و مثال‌های آن می‌گوید: «آنچه از ظاهر ادله استصحاب به دست می‌آید این است که اصل در توابع و مطبوعات مطلقاً جاری می‌شود و در نتیجه معارضه اتفاق می‌افتد» (جعفر کاشف‌الغطاء، ۲۰۰/۱).

طباطبایی حکیم نیز بعد از نقل بیان شیخ انصاری که معتقد است اگر مدرک استصحاب غیر از اخبار، ظن نوعی به بقاء ما کان بر ما کان باشد، اشکالی نیست در اینکه ظن به ملزوم سبب ظن به لازم، هرچند عادی باشد، می‌گوید: «ولی این بیان، منافاتی با جریان اصل در لازم ندارد و در نتیجه، ظن به هریک از آن‌ها با ظن به دیگری تعارض می‌کند و هر دو از اعتبار می‌افتند و در چنین شرایطی ادعا شده است که باید

در هریک به مورد خودش و عدم اثبات دیگری اکتفا کرد؛ یعنی اگر بین ظن به ملزوم و ظن به لازم ملازمه وجود داشته باشد و بتوان از ظن به ملزوم ظن به لازم را نتیجه گرفت، معارضه لازم می‌آید و باید در هر اصل بر مجرای خودش اکتفا شود» (حکیم، ۳۷۲/۵).

حائری اصفهانی (صاحب فصول) که به تعبیر آملی اولین شخصی بود که سنگ بنای عدم حجیت اصل مثبت را بنا نهاد (آملی، ۱۳۳)، پس از بیان تردید علما در حکم ملاقی مستصحب النجاسة و تقویت عدم حجیت اصل مثبت، دلیل خود را بدین شکل بیان می‌کند: «اصول مثبت نمی‌توانند حادث شدن امری عادی را ثابت کنند، زیرا اصلی که در طرف ثابت قرار دارد با اصلی که در جانب مثبت است تعارض می‌کنند. همانطور که اصل، باقی بودن امر اول است، همانطور هم اصل، عدم دومی است» (۳۷۸). مروجی معتقد است که حائری اصفهانی دلیل عدم حجیت را وجود مانع و نه نبود مقتضی می‌داند (۵۱۸/۹)؛ این در حالی است که حائری اصفهانی در ادامه سخنان خود چنین می‌گوید: «در اخبار وارده در این خصوص، چیزی دال بر حجیت و ترتب لوازم عادی بر مستصحب وجود ندارد؛ زیرا این اخبار در صدد اثبات احکام شرعی اند و نظری به احکام عادی ندارند، هر چند احکام شرعی در پی داشته باشد» (۳۷۸). روشن است که این کلام وی بر نبود مقتضی و نه وجود مانع دلالت دارد.

ایروانی نیز همچون صاحب فصول، دلالت اخبار بر ترتب آثار بی واسطه و با واسطه را تمام می‌داند، ولی درباره آثار با واسطه ادعای تعارض می‌کند و در نتیجه اصول مثبت را هر چند با واسطه خفی باشد، حجت نمی‌داند (۴۰۳/۲). او در بیان معارضه می‌نویسد: «همانگونه که ذی‌الواسطه مسبوق به یقین به وجود است و اصل بر بقای آن استوار است و در نتیجه تمام آثار آن حتی آثار واسطه‌ها مترتب خواهد شد، همانگونه هم واسطه مسبوق به یقین به عدم است و استصحاب آن نفی آثار مترتب بر آن را اقتضا دارد. هر دو اصل، اصل موضوعی و در یک مرتبه هستند» (همانجا). در توضیح باید گفت که ایروانی دو ادعا دارد:

أ. مقتضی در ترتب آثار لوازم ذی‌الواسطه وجود دارد، زیرا همین که مستصحب در ترتب آثار لازمه‌اش به نحو جزء العلة دخیل است، برای ترتب آثار لوازم عقلی مستصحب کافی است و نیازی نیست که این دخالت به نحو تمام العلة باشد (همانجا). وی برای تکمیل حرف خود اضافه می‌کند که نباید کسی اشکال کند که قدر متیقن از دلیل استصحاب آثار بلاواسطه است و آثار لوازم عقلی، خارج از قدر متیقن است؛ چرا که در این صورت می‌بایست به ترتب آثار با واسطه شرعی نیز اشکال شود، از این نظر که این آثار هم خارج از قدر متیقن دلیل استصحاب هستند. پس اشکال در ترتب آثار لوازم عقلیه به دلیل عدم وجود اطلاق، مستلزم انکار ترتب آثار لوازم شرعیه است، هر دوی این‌ها خارج از قدر متیقن دلیل هستند و از همین روی قبول یا انکار هریک مستلزم قبول یا انکار دیگری است (همانجا).

ب. این مقتضی، تام است؛ ولی استصحاب نفی لازم به عنوان مانعی دائمی برای حجیت فعلی در تمام این موارد مطرح است؛ برای مثال، درباره آثار نیت لویه، استصحاب حیات، این آثار را ثابت می‌کند؛ اما استصحاب عدم نیت لویه، این آثار را نفی می‌کند. نباید توهم شود که این معارضه به دلیل وجود سببیت بین واسطه و ذی‌الواسطه و تقدم اصل سببی بر اصل مسببی مرتفع می‌شود؛ چراکه ترتب بین لازم و ملزوم، شرعی نیست.

بررسی کلام صاحب فصول: شیخ انصاری در تحلیل صدر و ذیل کلام صاحب فصول چنین می‌نویسد: «اگر مراد صاحب فصول از ذیل کلام، عدم دلالت اخبار بر ترتب لوازم غیر شرعی باشد، با ادعای تعارض ناسازگار است» (۶۶۲/۲)؛ زیرا برای اینکه صدر کلام حاصل شود باید اخبار، دلالت بر ترتب لوازم غیر شرعی بر مستصحب کنند تا اصل جاری در لازم با اصل جاری در ملزوم تعارض کنند، ولی اگر اخبار چنین دلالتی نداشته باشند و اصل جاری در مستصحب نتواند ترتب لوازم غیر شرعی بر مستصحب را ثابت کند، اصل جاری می‌شود و عدم تحقق لازم، معارضی نخواهد داشت؛ زیرا تعارض، فرع حجیت داشتن هر دو است (مروجی، ۵۲۱/۹) و اگر مراد وی تمسیم دلیل اول باشد؛ بدین گونه که اگر دلیل استصحاب غیر از اخبار باشد تعارض اتفاق می‌افتد و اگر اخبار باشد، اخبار دلالتی بر ترتب لوازم غیر شرعی بر مستصحب ندارند (انصاری ۶۶۲/۲). به تعبیر دیگر، اگر استصحاب از باب ظن حجت باشد، عدم حجیت اصل مثبت به دلیل وجود مانع، همان تعارض است و اگر استصحاب از طریق اخبار حجت باشد، عدم حجیت اصل مثبت به دلیل قصور مقتضی، عدم دلالت اخبار بر ترتب لوازم غیر شرعی بر مستصحب است (مروجی، ۵۲۳/۹). در این صورت نیز چنین اشکال می‌شود که بعد از جریان اصل در ملزوم، ظن به لازم حاصل می‌شود (همو، ۵۲۴/۹)؛ زیرا ظن به ملزوم را نمی‌توان از ظن به لازم منفک دانست (نائینی، ۴۱۸/۲؛ انصاری، ۶۶۲/۲؛ مروجی، ۵۲۴/۹) و با وجود ظن به لازم، دیگر جایی برای جریان اصل عدم لازم باقی نمی‌ماند (همانجا). بنابراین، کلام وی ابهام دارد و مراد وی روشن نیست.

اشکالات وارد شده بر کلام صاحب فصول: اگر از این ابهامی که در کلام صاحب فصول وجود دارد بگذریم، اشکالاتی بر آن وارد شده است که نیاز به بررسی دارد:

اشکال اول: اگر صاحب فصول معتقد است جریان استصحاب، لازم عادی را ثابت می‌کند، باید گفت: دیگر نوبت به استصحاب عدم تحقق لازم نمی‌رسد تا تعارضی اتفاق بیفتد (انصاری، ۶۶۱/۲؛ مروجی، ۵۱۹/۹). به بیان دیگر، اصل جاری شده در ملزوم، اصل سببی است که با اصل مسببی تعارضی

۱. «لیس فی أخبار الباب ما يدل على حجیته بالنسبة إلى ذلك لأنها كما ترى مسوقة لتفريع الأحكام الشرعية دون العادية وإن استتبع أحكاما شرعية».
۲. «أن الأصول المثبتة ليست بحجة فالوجه تنزيهه على ما ذكرناه فيكون المراد أن الأصول المثبتة لحدوث أمور عادية ليست حجة على إثباتها وذلك لتعارض الأصل في جانب الثابت والمثبت فكما أن الأصل بقاء الأول كذلك الأصل عدم الثاني».

ندارد، زیرا مقدم بر آن است (همانجا).

اشکال دوم: اگر صاحب فصول به معارضه اعتقاد دارد، باید درباره آثار شرعی نیز به آن پایبند باشد؛ زیرا تفاوتی میان این دو وجود ندارد و همگی احکام مستصحب و مسبوق به عدم هستند (انصاری، ۶۶۲/۲)؛ بدین معنی که لوازم غیر شرعی (مثل آتش گرفتن که از احکام عدم رطوبت و مسبوق به عدم است) و شرعی (مثل نجاست که از احکام عدم تذکیه و مسبوق به عدم است) در احکام مستصحب بودن، مساوی و مسبوق به عدم هستند، در حالی که صاحب فصول تنها وجود تعارض در لوازم غیر شرعی را مطرح می کند (موسوی تهرانی، ۸۴/۱۳).

اشکال سوم: صاحب فصول به تقدم و حکومت اصل جاری در ملزوم بر اصل جاری در لازم، اعتراف کرده و در نتیجه حکم به عدم تعارض أصالة الطهارة و أصالة عدم التذکية کرده است؛ زیرا شک در طهارت یا نجاست گوشت، از شک در تزکیه یا عدم آن ناشی شده است که با جریان اصالت عدم تذکیه و ثابت شدن میته بودن گوشت، از این نظر شک در طهارت یا نجاست باقی نمی ماند (انصاری، ۶۶۱/۲؛ مروجی، ۵۲۱/۹).

ارزیابی اشکالات مطرح شده درباره کلام صاحب فصول

بررسی اشکال اول: به نظر می رسد می توان با بیانی که علی کاشف الغطاء در باری جد خود در مقابل این اشکال شیخ انصاری از منظور جعفر کاشف الغطاء دارد، به اشکال اول پاسخ داد. وی می گوید: «اگر متعلق شک در شک مسیبی، اثر شرعی متعلق به شک سببی باشد، در این صورت اصل جاری نمی شود. همانطور که در طهارت لباسی که سابقاً نجس بوده و با آبی که قبلاً پاک بوده و شک در طهارت آن شده است، شسته شده باشد، چنین است و اصالت طهارت آب بر اصالت نجاست لباس حاکم خواهد بود؛ زیرا شک در نجاست لباس از شک در طهارت آب ناشی شده است، ولی در ما نحن فیه اگر ما قائل به حجیت اصل مثبت شویم، تنها آثار شرعی با واسطه یا بی واسطه بر مستصحب بار می شود و با این استصحاب نمی توان لازم عقلی یا عادی را ثابت کرد، زیرا شارع تنها ما را به آثار شرعی متعبد می کند و آثار غیر شرعی از دستان شارع، بما هو شارع خارج است. پس با این وجود، بین اصل مثبت در صورت حجیت با اصالت عدم واسطه های عقلی یا عادی تعارض اتفاق می افتد و چون شرعی نیستند، اصل مثبت نمی تواند آن ها را اثبات کند» (۲۸ تا ۲۷/۲).

آخوند قمی نیز درباره تعارضی که صاحب فصول مطرح کرده است، می نویسد: «وی چنین معارضه ای را در دو مقام دیگر مطرح می کند: ۱. در اثبات لوازم شرعی، ۲. در فروع استصحابی که در شک در مقتضی جاری می شود» (۳۳۸/۲). وی پس از تحلیل این دو مورد و ربط دادن ماجرای آن ها به مسئله محل بحث،

در توجیه و در مقام دفاع از صاحب فصول می‌گوید: «وجهی وجود دارد که ممکن است با استناد به آن بتوان از ایرادی که بر صاحب فصول وارد شده است رهایی یافت و آن اینکه علما در اصل سببی و مسببی، همان اصلی که در طرف ملزوم و لازم جاری می‌شود، سه مشرب دارند: اول، تعارض و تساقط و رجوع به اصل سوم؛ دوم، تعارض اتفاق می‌افتد و ترجیح با طرف مزیل است البته به شکل مطلق نیست، بلکه با توجه به اختلاف مفاد اخبار، مختلف است؛ گاهی با مساعدت اخبار، طرف مزیل مقدم می‌شود و گاهی این مساعدت وجود نداشته و تعارض موجود در بین آن‌ها باقی می‌ماند و حکم به تساقط می‌شود؛ سوم، بین این دو تعارضی اتفاق نمی‌افتد، بلکه اصل در طرف مزیل بالذات مقدم بر اصل در طرف مزال می‌شود. نسبت اخبار استصحاب در این دو به تخصیص یا تخصص منتهی می‌شود. مختار شیخ انصاری، مشرب اخیر است و در صورتی ایراد او بر صاحب فصول وارد است که مبنای او نیز همین مشرب باشد، ولی اگر مشرب صاحب فصول قسم دوم باشد، ایراد وارد نیست؛ زیرا گاهی با مساعدت اخبار همانگونه که در لوازم شرعی این اتفاق افتاده است، مزیل مقدم می‌شود و در غیر این صورت، تعارض به حال خویش باقی است و بعد از تساقط به اصل ثالث رجوع می‌شود» (همو، ۳۴۰/۲).

بررسی اشکال دوم: درباره اشکال دوم نیز باید گفت: طباطبایی حکیم در شرح خود بر رسائل، وجود تفاوت بین لوازم شرعی و غیرشرعی را تقویت می‌کند و می‌نویسد: «تعبد به لازم شرعی عرفاً ملازم تعبد به ملزوم است، زیرا از ظاهر حال شارع چنین بر می‌آید که به موضوعات احکام همچون خود احکام متعبد است که مستلزم الغای اصل و رفع ید عرفاً از آن‌هاست، ولی در لازم غیرشرعی این موضوع جریان ندارد، زیرا اگر از دلیل اصل در ملزوم، ترتیب لازم برتابد، دلیل الزام‌آوری برای دست‌کشیدن از اصل در آن وجود ندارد. پس نمی‌توان به طور قطع حکم به نبود تفاوت میان لازم شرعی و غیرشرعی کرد و باید بیشتر بر روی آن تأمل کرد» (حکیم، ۳۷۱/۵).

ایروانی معتقد است که واسطه غیرشرعی وجداناً و تعبداً محرز نیست و بنابراین اثر آن مترتب نمی‌شود، ولی اثر واسطه شرعی به دلیل احراز تعبدی واسطه مترتب خواهد شد. وی در ادامه می‌گوید: «اصل سببی در جایی جاری است که سببیت شرعی باشد، نه جایی که تکوینی و غیرشرعی باشد» (۴۰۳/۲).

امام خمینی نیز در تفاوتی که باعث می‌شود آثار واسطه شرعی برخلاف واسطه غیرشرعی مترتب شود، می‌گوید: «امر دیگری باعث لزوم ترتب آثار لوازم شرعی، هرچند با هزار واسطه شرعی برخلاف آثار غیرشرعی می‌شود و آن این است که اگر سلسله‌ای از لوازم و ملزومات مترتب بر همدیگر در نظر گرفته شود و مبدأ سلسله که همان ملزوم اول است، مشمول دلیل اصل باشد، باقی سلسله‌هایی که مترتب بر آن

است نیز مشمول دلیل اصل خواهد شد؛ مانند «لاینقض الیقین بالشک» که مستصحب در صغرای کبرای کلی که جعل شرعی دارد قرار گرفته است و مصداق آن با اصل محقق شده است و وقتی کبرای جعل شده بر آن منطبق شد، موضوع کبرای کلی جعل شده دیگری با آن محقق می‌شود و بعد از انطباق بر آن، موضوع کبرای مجعول سوم محقق می‌شود و این اتفاق تا آخر سلسله ادامه دارد؛ مثلاً اگر فرض کنیم عدالت زید معلوم است و شک در بقای آن داریم، دلیل «لاتنقض» تعبداً حکم به عدالت او می‌کند و این دلیل، موجب احراز مصداقی تعبدی برای «تجاوز شهادة العادل» می‌شود و... پس دلیل «لاتنقض»، تنها تعبد به تحقق مبدأ سلسله را برعهده دارد و هنگامی که سلسله لوازم و ملزومات شرعی مترتب شد، احکام تمامی سلسله، مترتب می‌شود و این مطلب نه به دلیل اصل، بلکه به دلیل کبراهایی است که مترتب شده و موجب احراز مصادیق شده‌اند. از این مطلب مشخص می‌شود که تعبد به ملزوم شرعی، تنها راجع به ترتیب آثار لازم و لازم لازمی سودمند است که تا آخر سلسله شرعی است؛ لکن تعبد به لازم نسبت به ملزوم و ملازم، نسبت به ملازم دیگرش سودمند نیست، زیرا از تعبد به لازم یا ملازم، مندرج شدن ملزوم یا ملازم در کبرای کلی لازم نمی‌آید» (خمینی، ۱۸۳/۱).

بررسی اشکال سوم: در خصوص اشکال سوم نیز باید گفت که صاحب فصول این حکومت را تنها در آثار شرعی پذیرفته است؛ زیرا او بعد از بحث از آثار شرعی و قبل از ورود به بحث آثار غیرشرعی می‌نویسد: «با این بیان دلیل برخی از محققان درباره حکومت استصحاب وارد بر استصحاب مورد مشخص می‌شود» (۳۷۷).

بنابراین، به دلیل وجود ابهامات متعدد در کلام صاحب فصول نمی‌توان از کلام وی به نتیجه مشخصی رسید، ضمن اینکه در ادامه، وجود تفصیل در این زمینه ثابت و وجود تعارض مطلق در مسئله به طور جدی رد خواهد شد.

بررسی و نقد کلام ایروانی: به نظر می‌رسد استدلال ایروانی که قائل به لازم آمدن تعارض است و اصل و لازم اصل را مسبوق به یقین و هر دو را همزمان مجرای استصحاب می‌داند، از چند نظر مبتلا به اشکال است:

اشکال اول: ملاک در ترتب آثار این نیست که مستصحب در ترتب آن آثار به نحو علیت تامه یا جزء العله مؤثر بوده باشد، بلکه صرفاً موضوع الحکم بودن (اعم از موضوع مرکبه و غیر مرکبه) مهم است. هر کجا مجرای اصل، موضوع الحکم باشد، اثر مترتب می‌شود و همین شکل از مدخلیت منشأ جریان اصل است؛ نه مطلق المدخلیه ملاک است و نه علت تامه بودن. این هم که از موضوع حکم شرعی تعبیر به علت حکم می‌شود، صرفاً از باب تشبیه و به لحاظ ملازمه این دو است، وگرنه علت حکم فقط شارع است

(قائینی).

اشکال دوم: به نظر می‌رسد ایروانی بین اسباب تکوینی و شرعی خلط نموده و گمان کرده همانطور که اثر معلول به علت آن معلول منتسب می‌شود، پس اثر یک موضوع نیز به علت آن موضوع منتسب می‌شود. این مطلب صحیح به نظر نمی‌رسد. وی می‌بایست همان مطلبی که درباره ملزومات و ملازمات بیان کرده است را درباره لوازم هم بگوید و انتساب اثر به ذی‌الواسطه در این مورد را هم نفی کند، زیرا از آنجاکه علت بودن (تمام‌العله یا جزء‌العله) در ترتب اثر دخیل نیست، اثر شرعی موضوعی به علت آن موضوع نسبت داده نمی‌شود و علت موضوع دخالتي در اثر شرعی ندارد. استناد اثر به علت فقط در تکوینیات درست است، اما در احکام صحیح نیست و احکام شرعیه فقط به موضوع خودشان منتسب می‌شوند و حتی به علت موضوع منتسب نیستند تا چه رسد به علت با هزار واسطه که ایروانی به آن اعتقاد دارد (همانجا).

اشکال سوم: اینکه این محقق گفته است در فرض اخذ به قدر متیقن دلیل می‌بایست اثر لوازم و سناط شرعیه را هم خارج از قدر متیقن دلیل استصحاب دانست، مطلب صحیحی نیست؛ چراکه اثر لوازم خفیه از باب «أثر الأثر اثر»، مترتب نشده است. اثر واسطه غیرشرعی از این نظر مترتب نمی‌شود که این واسطه نه وجداناً محرز است و نه تعبداً، لکن اثر واسطه شرعی مترتب می‌شود؛ چراکه این واسطه به شکل تعبدی احراز شده است. پس مرحوم آخوند در لوازم شرعیه به سبب حکومت و اثبات تعبدی موضوع حکم قائل به ترتب آثار واسطه شرعیه شده است، نه به دلیل «أثر الأثر اثر»؛ برای مثال، موضوع وجوب فطره، وجوب واقعی نفقه است و با استصحاب حیات تعبداً وجوب نفقه ثابت می‌شود. باید توجه کرد که استصحاب برای وجوب فطره، موضوع واقعی درست نمی‌کند و گرنه کشف خلاف معنی نمی‌داشت. موضوع وجوب فطره، وجوب واقعی نفقه است و ثبوت ظاهری این وجوب نفقه صرفاً طریق است. در اینجا اماره یا استصحابی که وجوب نفقه را ثابت می‌کند بر دلیل «من تجب نفقته تجب فطرته»، حکومت طریقی دارند نه حکومت واقعی. حکومت واقعی مثل این است که دلیل «الطواف بالبيت صلاة» واقعاً طواف را صلاة قرار داده است و کشف خلاف در آن معنی ندارد. حکومت ظاهری مثل دلیل «خبر الثقة علم» که بر دلیل حجیت علم، حکومت ظاهری دارد و کشف خلاف هم در آن معنی دارد. فایده دلیل حاکم در موارد کشف خلاف این است که مکلف در زمان انجام عمل، معذور است؛ لکن می‌بایست عملش را بعد از کشف خلاف اعاده کند. دلیل استصحاب طهارت حدی هم بر دلیل وجوب طهارت حکومت ظاهری دارد، برخلاف طهارت خبی که به دلیل شرط بودن حجت بر طهارت، به واسطه استصحاب طهارت، شرط واقعی تحصیل می‌شود و کشف خلاف ندارد و باید این نکته را افزود که حتی در موارد آثار واسطه شرعیه مانند

وجوب فطره که اثر شرعی وجوب نفقه است نیز نمی‌توان به بهانه مسانخ‌بودن واسطه و اثر شرعی، این اثر را به موضوع وجوب نفقه که حیات باشد استناد داد (قائینی).

باتوجه به اشکالاتی که در کلام ایروانی وجود دارد، نمی‌توان نظر وی را مبنی بر تعارض مطلق پذیرفت.

۲.۲. نظریه دوم: حکومت

شیخ انصاری استصحاب مورد را حاکم بر استصحاب عدم لازم آن می‌داند. وی معتقد است با دلایلی که صاحب فصول مطرح می‌کند نمی‌توان اصل مثبت را از حجیت انداخت (۶۶۱/۲). او ضمن نقد سخنان صاحب فصول دیدگاه خویش را بیان می‌کند و می‌نویسد: «اگر اصل جاری در ملزوم بتواند لازم عادی را ثابت کند، جایی برای اجرای اصالت عدم لازم نمی‌ماند، زیرا حاکم بر آن است و تعارض معنی ندارد». وی در ادامه سخنان خویش، حکومت استصحاب عدم حاجب بر استصحاب عدم غسل پوست را به عنوان نمونه‌ای از این حکومت‌ها ذکر می‌کند (۶۶۱/۲). به بیان دیگر، اصل جاری‌شده در ملزوم اصل سببی است که با اصل مسببی تعارضی ندارد؛ زیرا مقدم بر آن است (مروجی، ۵۱۹/۹). با این حساب می‌توان گفت: حکومت تنها در جایی که موردی سبب دیگری باشد متصور است؛ مانند آتش و روشن کردن آتش نه غیر آن، مانند دو امری که امر سومی سبب آن‌ها باشد، مانند مرگ زید و حیات عمرو که اجمالاً علم به حیات یکی از آن‌ها وجود دارد، زیرا در چنین موردی مجالی برای حکومت یکی از اصل‌ها به خصوصه باقی نمی‌ماند؛ چراکه مرجحی وجود ندارد، بلکه به ناچار باید به تعارض پایبند شویم یا به مفاد هریک از آن‌ها بسنده کنیم و از آن به دیگری منتقل نشویم (حکیم، ۳۷۰/۵؛ آشتیانی، ۳۳۲/۷).

محقق خویی در فرض حجیت استصحاب از باب ظن، این کلام شیخ را می‌پذیرد و معتقد است: به دلیل اینکه نمی‌توان گفت که ظن به حیات زید و به تبع نبات لحيه او وجود دارد، درعین حال ظن به عدم نبات لحيه هم حاصل است، این دو جمع‌شدنی نیست؛ چون وقتی ظن به حیات زید وجود داشته باشد، ظن به نبات لحيه او هم وجود دارد؛ از همین روی محال است که ظن به عدم نبات لحيه هم وجود داشته باشد و به همین جهت در این فرض کلام شیخ صحیح است و اصل مثبت در فرض حجیت استصحاب از باب ظن دارای معارض نخواهد بود (۱۸۸/۲).

تحلیل نگارنده: به نظر می‌رسد کلام شیخ خالی از اشکال نیست؛ زیرا اولاً، برخی از اعلام (نک: آل شیخ راضی، ۲۰۱/۸) معتقدند که اگر تعبد شرعی به خود ملزوم خورده باشد، این تعبد از آن نظر که اثر اثر، اثر به شمار می‌آید، مستلزم تعبد به تمامی آثار شیء است و در نتیجه تعارض بلاشکال است، زیرا مکلف در این شرایط دارای دو یقین است؛ یقین به وجود ملزوم سابق و یقین به عدم لازم سابق. مقتضای استصحاب ملزوم و مترتب‌شدن همه آثار با واسطه با عدم ترتیب آثار شرعی در تعارض است. ثانیاً، اشکالی

که آخوند قمی در خصوص تفاوت مبانی در حکومت یا تعارض اصل سببی و مسببی مطرح کرد، در این قسمت نیز عیناً مطرح است. بر اساس بیان وی، در برخی از مبانی تعارض اتفاق می افتد که با اطلاقی که شیخ برای حکومت اصل سببی بر مسببی قائل است تنافی دارد (حاج آخوند قمی، ۳۴۰/۲).

ثالثاً، حکومت اصل سببی بر مسببی در امور تکوینی قابل مناقشه و اشکال است.

رابعاً، حکومت استصحاب عدم حاجب بر استصحاب عدم غسل پوست را که ایشان به عنوان نمونه ای برای سخنان خویش می آورد اشکال دارد؛ زیرا تحقق غسل پوست، اثر شرعی عدم حاجب نیست؛ بلکه اثر شرعی، حکم به طهارت است که یک موضوع قریب و یک موضوع بعید دارد. موضوع قریب برای حصول طهارت، تحقق غسل است و موضوع بعید، سب الماء مع عدم الحاجب است که در موضوع بعید با جریان استصحاب عدم حاجب به ضم احراز سب الماء، تحقق طهارت اثبات می شود و اما در مقابل آن، جریان اصل در موضوع قریب که استصحاب عدم تحقق غسل پوست است، طهارت نفی می شود. بنابراین، این دو اصل تعارض خواهند داشت و حکومت یکی بر دیگری وجهی ندارد (شهیدی).

۳.۲. نظریه سوم: تفصیل

اندیشمندانی همچون عراقی (۱۸۲/۴)، حائری (۵۵۶)، طباطبایی حکیم (۳۷۲/۵)، روحانی (۴۹۴/۵) و صدر (۴۴۹/۵) در این مسئله قائل به تفصیل هستند:

أ. تفصیل محقق عراقی: محقق عراقی ضمن ارائه مبانی خود به مبنای دیگری نیز اشاره کرده است: ۱. مفاد تنزیل مطلق بودن به لحاظ جعل اثر حقیقی، هر چند با واسطه باشد که در این صورت تعارض اتفاق می افتد؛ ۲. مفاد تنزیل مجرد تعبد به وجود شیء و شمول آن از نظر موضوع بودن آن برای تعبد به اثر بی واسطه آن باشد که در این صورت حکومت اتفاق خواهد افتاد (۱۸۲/۴).

ب. تفصیل حائری یزدی: حائری یزدی در کتاب درر الفوائد به صورت اجمالی به دو مبنا اشاره کرده است؛ ۱. استصحاب از باب ظن حجت باشد که در این صورت حکومت اتفاق می افتد؛ ۲. استصحاب از باب تعبد حجت باشد که در این صورت مدلول مطابقی آن دو تعارض خواهند کرد (۵۵۶).

ج. تفصیل شهید صدر: شهید صدر و حسینی شیرازی تقسیم بندی دیگری در این زمینه ارائه کرده اند. آن ها معتقدند که تعارض اصل مثبت با اصل عدم لازم عقلی و عادی تنها با توجه به برخی مبانی متصور است:

۱. مثبتات استصحاب در سلسله معالیل و علل حجت هستند، پس همانگونه که استصحاب علت، معلول را ثابت می کند، استصحاب عدم معلول نیز عدم علت را ثابت خواهد کرد.
۲. اصل مثبت حجت است و تنها معلول را ثابت می کند.

۳. اصل مثبت حجت است و تنها لوازم شرعی را خواه واسطه عقلی یا عادی باشد، خواه نباشد، ثابت می‌کند؛ بدین گونه که گویا چنین واسطه‌ای وجود ندارد. البته به معنای این نیست که ابتدا واسطه اثبات شود و سپس با آن احکام شرعی ثابت شود، بلکه احکام شرعی با واسطه با جریان خود اصل رأساً ثابت می‌شود.

۴. اصل مثبت به دلیل ظن آوردن استصحاب حجت باشد (صدر، ۴۴۹/۵؛ شیرازی، ۲۱۸/۷).

تفصیل نگارنده: با رجوع به کتب بزرگان اصول و با کمی دقت در معنای اصل مثبت و ترکیب آن با مبانی مذکور می‌توان به چالش‌های دیگری در لازم آمدن تعارض دست یافت؛ به دیگر بیان، باتوجه به تعاریف گوناگونی که از اصل مثبت ارائه شده است، مبانی متعددی در لزوم تعارض و موانع پیش روی حجیت اصل مثبت به وجود خواهد آمد و در نتیجه افرادی که تعریف خود از اصل مثبت را ناظر بر لوازم کرده‌اند با افرادی که اصل مثبت را شامل لوازم و ملازمات و ملزومات می‌دانند، تفاوت در مبنا خواهند داشت. حتی پذیرش هریک از دو قول مقابل هم، انحصار اصل مثبت به استصحاب یا جریان اصل مثبت در تمام اصول عملی، دارای آثار و نتایج متفاوت در بحث حاضر خواهد بود:

۱. **انحصار اصل مثبت در استصحاب:** مطالب پیش گفته نشان داد در اینکه اصل مثبت را مختص به استصحاب دانسته یا در سایر اصول عملیه نیز جاری بدانیم، باید قائل به تفصیل شد. در فرض اول نیز تفصیل میان اینکه استصحاب را از باب ظن حجت بدانیم یا از باب تعبد ضروری است:

أ. استصحاب از باب ظن حجت باشد: بنا بر مبنای محقق خویی که اماره بودن استصحاب را قوی‌تر می‌داند باید گفت: اگر اصل مثبت به دلیل ظن آوردن استصحاب حجت باشد و ظن به ملزوم نیز مستلزم ظن به لازم باشد، بر این اساس تعارض دو استصحاب معنی ندارد؛ زیرا وقتی با جریان استصحاب در ملزوم، ظن به لازم به دست آید، مجالی برای استصحاب عدم لازم نمی‌ماند و امکان حصول ظن به عدم آن از استصحاب مذکور وجود ندارد؛ زیرا اجتماع ظن به شیء و ظن به عدم آن امکان ندارد و با ظن به وجود شیء، ظن به عدم آن موهوم شده است و در همان حال نمی‌تواند مظنون باشد؛ چراکه اجتماع ضدان اتفاق می‌افتد. با این وجود بر اساس ظاهر کلام محقق خویی (۱۵۷/۲) و حائری یزدی (۵۵۶) اگر ظن به امری تنها مستلزم ظن به لازم (اثر) آن باشد، تنها یک مانع بر سر راه حجیت اصل مثبت وجود خواهد داشت و آن هم تعارض جریان استصحاب با استصحاب عدم اثر است؛ حال اگر ظن به امری مستلزم ظن به همه لوازم، ملزومات و ملازمات آن، خواه شرعی خواه غیرشرعی، خواه باواسطه خواه بی‌واسطه نیز باشد، چنان که از بیان برخی همچون عراقی^۱ و حسینی شهرستانی^۲ استنتاج می‌شود، دو مانع بر سر راه حجیت اصل

۱. «دلیل حجیت مثبتات اماره، کشف ظنی آن از مودای است و شارع با ادله اعتبار آن، جهت نقص آن را کامل کرده و اماره به برکت دلیل اعتبار آن مانند علم وجدانی کاشف از واقع خواهد بود و بعد از انکشاف مؤدی، تمامی خواص و آثار مؤدی بر اساس قواعد سلسه علل و معلولات بر آن مترتب خواهد شد» (عراقی، ۱۸۶).

مثبت وجود خواهد داشت و علاوه بر تعارض اول، اگر عدم رشد موهای زید استصحاب شود و در نتیجه ظن به عدم حیات زید (ملزوم) حاصل شود، با استصحاب حیات زید تعارض خواهد کرد و بدین ترتیب بر مشکل حجیت اصل مثبت خواهد افزود و شاید بتوان آن را به عنوان قسمی دیگر مطرح کرد.

با همه این احوالات به نظر می رسد مراد محقق خویی، حجیت ظن از باب شخصی بوده است؛ زیرا در غیر این صورت آن دو ظن نوعی با یکدیگر تعارض پیدا می کنند. اگر کلام در ظن شخصی باشد نیز این مقدار از بیان ناقص است؛ زیرا همچنانکه ممکن است گفته شود ظن به حیات سبب ظن به رویدن ریش می شود و در این حال ظن به عدم رویدن ریش ممکن نیست، همانطور هم می توان گفت که ظن به عدم رویدن ریش سبب ظن به عدم حیات می شود و در این حال ظن به حیات ممکن نیست. درست است که وجود حیات، علت رویدن ریش است، ولی همانطور که علم به علت یا ظن به آن علت علم به معلول یا ظن به آن است، همانگونه هم علم به معلول یا ظن به آن معلول، علم به علت یا ظن به آن است. علت بودن حیات برای رویدن ریش سبب حکومت اماره موجود در جانب حیات بر اماره موجود در جانب رویدن ریش نمی شود. همچنانکه اگر به جای استصحاب، خبر ثقة بر حیات زید برسد و خبر ثقة دیگری بیانگر عدم رشد ریش او باشد، این دو خبر تعارض می کنند و خبری از حکومت نخواهد بود.

پس در تکمیل بحث باید چنین افزود که اگر استصحاب موجب ایجاد ظن - خواه نوعی، خواه شخصی - شود، چنین ظنی کاشف از نکته ای در طبیعت شیء است؛ یعنی همانطور که گفته می شود غلبه سیاهی در کلاغ نشانگر این است که طبیعت کلاغ اقتضای سیاه بودنش را دارد، در اینجا هم باید گفت غلبه بقای حوادث و احوالات از اقتضای آن بر بقا حکایت دارد.

این مطلب بدین معناست که در نزد ما دو کشف حاصل می شود: ا. کشف اینکه طبیعت حیات، اقتضای استمرار و بقا را دارد؛ ب. کشف از اینکه طبیعت عدم ریش اقتضای بقای آن را دارد. منافاتی بین این دو کشف وجود ندارد، ولی بین تأثیر این دو منکشف تنافی یافت می شود و طرف اقتضای طبیعت حیات بر طرف اقتضای عدم ریش مقدم می شود؛ زیرا فرض بر این است که حیات، علت رویدن ریش است و تکویناً در آن مؤثر است.

به نظر می رسد دلیل حکومت استصحاب حیات بر استصحاب عدم رشد ریش همین موضوع باشد. محل بحث شبیه موردی است که مثلاً فردی ثقة خبر از آتش گرفتن خانه زید دهد و فرد ثقة دیگری، خبر از

۱. «ظن به لازم مستلزم ظن به ملزوم است؛ مانند استصحاب طهارت آب کری که بین مطلق و مضایف بودن آن تردید وجود دارد و نجاستی در آن افتاده است. ظن به طهارت آن مستلزم ظن به مطلق بودن آن است و در خصوص ملازم نیز گاهی اوقات چنین است. در مثال مذکور ممکن است رفع حدث با وضو گرفتن با این آب حاصل شود، زیرا ظن به طهارت سبب ظن به مطلق بودن آب و آن نیز باعث ظن به رفع حدث و رفع حدث و طهارت لازم آب مطلق است و...» (حسینی شهرستانی، ۸۰).

ریخته شدن آب زیادی روی آتش در همان لحظه بدهد، در این صورت ما هر دو خبر را تصدیق می‌کنیم و تعارضی بین این دو خبر وجود ندارد و حکم به غلبه آب بر آتش و آتش نگرستن خانه می‌کنیم؛ زیرا آب زیاد بر آتش تکویناً غلبه دارد. حال اگر استصحاب، اماره تعبدی باشد و شرعاً از باب اماریت صرف حجت باشد، استصحاب حیات جاری می‌شود؛ زیرا همانند اماره تکوینی در نظر گرفته شده و فرض بر این است که به لحاظ اماریت صرف، حجت شده است و قوانین اماره تکوینی بر آن نیز جاری است (صدر، ۴۴۹/۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۹۰/۶). حائری یزدی ضمن تأیید این مبنا و پذیرش حجیت اصل مثبت بنا بر این طریق می‌نویسد: «اگر استصحاب را از باب ظن معتبر بدانیم، چاره‌ای جز اعتقاد به حجیت اصل مثبت نخواهیم داشت؛ زیرا ظن به ملزوم از ظن به لازم منفک نیست» (۵۵۶).

با وجود تشکیکاتی که در این خصوص وجود دارد به نظر می‌رسد بتوان گفت که در دایره معلول، معلول‌هایی که حالت سابقه علت آن‌ها وجودیه است، ظن شخصی یا نوعی به بقای عدم معلول وجود ندارد و این کلام پذیرفته است، ولی اساس حجیت استصحاب از باب اماریت و افاده ظن ناتمام است و از همین روی نیازی به تطویل بحث وجود ندارد.

ب. استصحاب از باب تعبد حجت باشد: در این شرایط نیز می‌توان فروض متعددی را تصور کرد و بر اساس آن به بررسی وجود موانع بر سر راه حجیت اصل مثبت با لازم آمدن تعارض پرداخت:

۱. مشکوک به همراه همه آثارش نازل منزله متیقن باشد: صاحب کفایه برای حجیت اصل مثبت دو تقریب ذکر می‌کند؛ او در تقریب اول می‌گوید: «اخبار دال بر حجیت استصحاب، مشکوک را همراه آثارش به منزله متیقن در نظر می‌گیرد و به تعبیر دیگر، مکلف باید به بقای مستصحب همراه با لازمه‌های عادی و عقلی آن متعبد شود» (آخوند خراسانی، ۴۱۴؛ حکیم، ۴۸۱؛ روحانی، ۴۹۴/۵). اگر اصل مثبت از نظر اینکه تعبد به ملزوم، مقتضی تعبد به لازم است، حجت باشد و لازم‌ها مانند ملزومات مورد تعبد شرعی باشند؛ در این صورت نیز تعارض معنی ندارد؛ زیرا بعد از اینکه تعبداً بنا بر تحقق لازم نهاده شد، شکی در آن باقی نمی‌ماند تا استصحاب در عدمش جاری شود. بر اساس این مبنا، استصحاب مثبت، حاکم بر اصل عدم لازم برای اثبات ملزوم لازم است، نه برعکس و به تعبیر دیگر، استصحاب سببی بر استصحاب مسببی حاکم است.

۲. مشکوک به همراه همه لوازم، ملزومات و ملازماتش متیقن قرار می‌گیرد: بر اساس این مبنا دو استصحاب تعارض خواهد کرد؛ استصحاب زنده بودن، رشد ریش‌ها را نیز ثابت می‌کند و استصحاب عدم

۱. یا اینکه استدلالی با دو مقدمه بیاوریم: مقدمه اول: آنچه در مقام تنزیل لحاظ شده است، همان اثر است و در هر جای اخبار این باب که اثر به خصوصی ذکر نشده است، به ناچار طبیعت اثر لحاظ شده است (آل شیخ راضی، ۲۰۱/۸)؛ مقدمه دوم: اثر اثر، اثر است (همان) که در این صورت نیز حکم به حکومت خواهیم کرد.

رشد، عدم حیات را ثابت می‌کند.

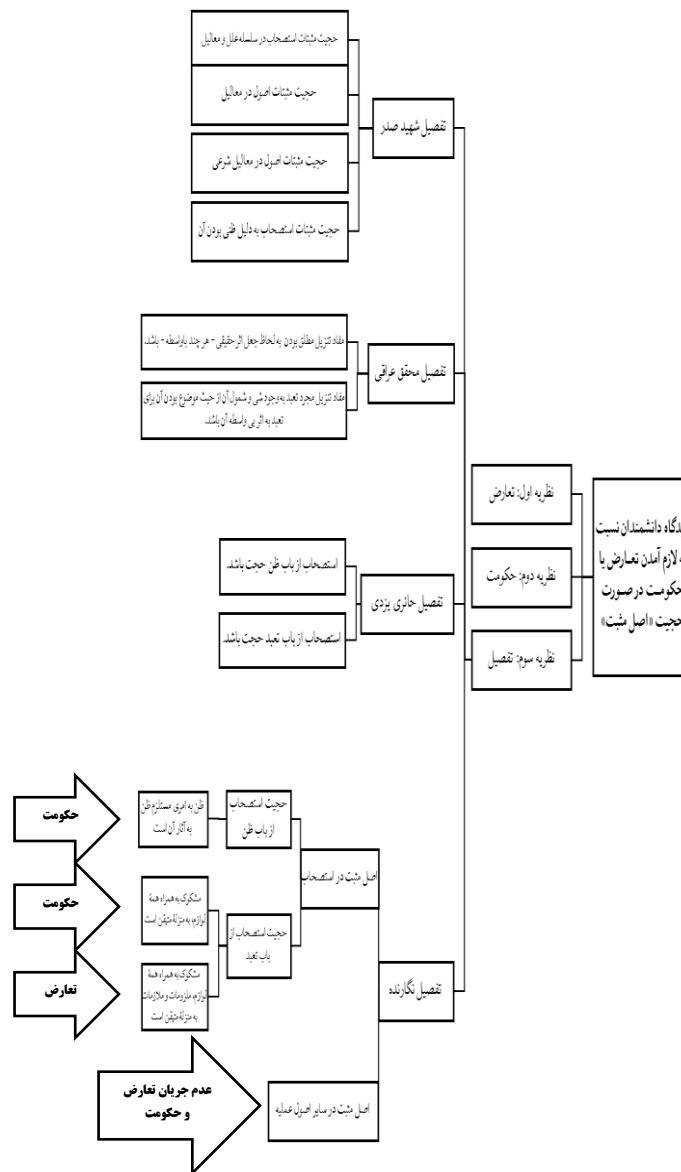
اشکال شهید صدر: شهید صدر احتمالی را مطرح کرده است که طبق آن به نتیجه این مبنا اشکال وارد خواهد شد. وی می‌گوید: «ممکن است چنین استدلال شود که استصحاب عدم رشد ریش‌ها به زنده بودن نظری ندارد و تنها به موضوع خود که همان عدم رشد ریش‌هاست، نظر دارد و با جریان خود، موضوع را نفی و در نتیجه حکم که وجوب تصدق است را نفی خواهد کرد و دلیلی وجود ندارد از موضوع خود گذار کند و بتواند حیات را نیز نفی کند. بنابراین استصحاب حیات بر استصحاب عدم رویش ریش حاکم است» (۴۴۷/۵).

نقد احتمال شهید صدر: می‌توان به اشکالی که شهید صدر مطرح کرده است، دو گونه پاسخ ارائه کرد:

پاسخ اول: فرض بر این است که بر اساس مبنای ذکرشده، استصحاب چیزی، تمامی ملازمات آن را ثابت می‌کند، پس استصحاب حیات رأساً وجوب تصدق را ثابت می‌کند؛ زیرا آن از ملازمات حیات است. اگر استصحاب حیات رأساً وجوب تصدق را بدون نیاز به اثبات رویش ریش ثابت کند، با استصحاب عدم رویش ریشی که عدم وجوب تصدق را ثابت می‌کند، تعارض و تساقط می‌کند و بنا بر متعارف در وجه تقدم استصحاب سببی بر استصحاب مسببی، یکی از استصحاب‌ها بر دیگری مقدم نمی‌شود. پس با آنچه بیان شد در اینجا تعارض اتفاق می‌افتد.

پاسخ دوم: بر اساس مبنای محقق نایینی، در استصحاب، ترتب اثر بر خود استصحاب کافی است. اگر چنین باشد هریک از دو استصحاب (لو خلی و طبعه) در اطلاق دلیل استصحاب داخل‌اند و تعارض می‌کنند و تساقط اتفاق خواهد افتاد (صدر، ۴۴۷/۵).

۲. **جریان اصل مثبت در تمام اصول عملی:** اگر همچون برخی از بزرگان علم اصول اصل مثبت را در تمامی اصول عملی جاری بدانیم (نائینی، ۴۸۷/۴؛ بجنوردی، ۶۳۳/۲؛ خمینی، ۱۴۹)، تقسیم‌بندی کمی دقیق‌تر خواهد شد؛ با این توضیح که علاوه بر شقوق مطرح‌شده، شق دیگری را نیز باید به آن افزود که آن جریان اصل مثبت در تمامی اصول عملیه است. ولی در این قسم، دیگر بحث از حکومت یا تعارض به میان نخواهد آمد؛ به‌طور مثال اگر در یکی از دو لیوان به‌طور نامعین مشروب ریخته شده باشد، بنا بر مسلک احتیاط، اجتناب از خوردن آن‌ها واجب است و با این اجتناب، واقع منجز خواهد شد که اثری عقلی است. حال اگر نذر کرده باشیم، در صورت تنجر واقع مقداری به فقرا کمک کنیم، بر ما وفای به نذر واجب خواهد بود. همانطور که در مثال کاملاً مشخص است، دیگر از احتمال حکومت یا تعارض اثری نیست.



نتیجه‌گیری

برخلاف نظر صاحب فصول نمی‌توان گفت که از اجرای اصل مثبت، با هر مبنایی تعارض به وجود می‌آید. برخلاف نظر شیخ انصاری نیز نمی‌توان به‌طور مطلق حکومت را نتیجه جریان‌یافتن اصل مثبت دانست؛ چراکه این مطلب به مبنای اتخاذشده در مسئله حجیت استصحاب بستگی دارد؛ بدین معنی که اگر مبنای حجیت استصحاب، ظن‌آوردن آن باشد، در اینجا باید قائل به حکومت شد که در این صورت جایی برای تعارض باقی نمی‌ماند؛ زیرا وقتی با جریان استصحاب در ملزوم ظن به لازم به دست آید، مجال برای استصحاب عدم لازم نمی‌ماند و امکان حصول ظن به عدم آن از استصحاب مذکور وجود ندارد؛ زیرا اجتماع ظن به شیء و ظن به عدم آن امکان ندارد و با ظن به خلاف، موهوم شده است و در همان حال نمی‌تواند مظنون باشد؛ چراکه اجتماع ضدان اتفاق می‌افتد.

از سوی دیگر، اگر مبنای حجیت استصحاب تعبدی بودن آن باشد، سه شکل متصور است:

ا. اگر حجیت استصحاب از باب تعبد باشد و تقریب دوم صاحب کفایه را مبنی بر اینکه مشکوک به همراه تمامی آثار (لوازم) آن به منزله متیقن باشد بپذیریم، در این صورت حکومت اتفاق می‌افتد؛ زیرا پس از آنکه تعبداً لازم متحقق دانسته شد، تردیدی در تحقق آن باقی نمی‌ماند تا استصحاب عدم جاری شود. بر همین اساس، استصحاب مورد، حاکم بر استصحاب عدم لازم است؛ به دیگر بیان، استصحاب سببی (استصحاب مورد) بر استصحاب مسببی (استصحاب عدم لازم مورد) از باب حکومت مقدم می‌شود. بنا بر این مبنا، تعارضی به وجود نمی‌آید تا مانعی برای حجیت اصل مثبت تلقی شود.

ب. اگر حجیت استصحاب از باب تعبد باشد و مشکوک به همراه تمامی لوازم، ملزومات و ملازمات به منزله متیقن باشد، در چنین صورتی میان استصحاب مورد - که لازمه آن رویش ریش است - با استصحاب عدم رویش ریش تعارض صورت می‌گیرد که در این حالت، مانع حجیت اصل مثبت خواهد بود.

ج. اگر اصل مثبت در سایر اصول عملیه نیز جاری باشد، در این صورت بحث از تعارض یا حکومت معنی نخواهد داشت؛ چراکه در سایر اصول عملیه احتمال تعارض و حکومت وجود ندارد. بنابراین روشن شد که نمی‌توان تعارض را به‌طور مطلق (با هر مبنایی) مانع حجیت اصل مثبت دانست، بلکه در این زمینه باید قائل به تفصیل شد.

منابع

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الأصول، چاپ اول، قم: آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ق.

- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، چاپ اول، بیروت: بی نا، ۱۴۲۹ق.
- آل شیخ راضی، محمدطاهر، بدایة الوصول فی شرح کفایة الأصول، بی جا: آداب، ۱۴۲۶ق.
- آملی، محمدتقی، منتهی الوصول الی غوامض کفایة الأصول، چاپ اول، تهران: بی نا، بی تا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دار صادر، ۱۴۱۴ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الأصول، چاپ پنجم، قم: بی نا، ۱۴۱۶ق.
- ایروانی، علی، الأصول فی علم الأصول؛ بی جا: دفتر نشر اسلامی، بی تا.
- بجنوردی، حسن، منتهی الأصول، چاپ اول، تهران: عروج، ۱۳۸۰.
- جزایری، محمدجعفر، منتهی الدراية فی توضیح الکفایة، چاپ چهارم، قم: دار الکتب، ۱۴۱۵ق.
- حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم، الفصول الغرویة فی الأصول الفقهیة، چاپ اول، قم: بی نا، ۱۴۰۴ق.
- حائری، عبدالکریم، درر الفوائد، چاپ ششم، قم: بی نا، ۱۴۱۸ق.
- حاج آخوند قمی، غلامرضا بن رجبعلی، قلاند الفرائد، چاپ اول، قم: بی نا، ۱۴۲۸ق.
- حسینی شیرازی، صادق، بیان الأصول، چاپ دوم، قم: بی نا، ۱۴۲۷ق.
- حکیم، محمدسعید، التنقیح، چاپ اول، بیروت: بی نا، ۱۴۳۱ق.
- خمینی، روح الله، الاستصحاب، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۱.
- خویی، ابوالقاسم، مصباح الأصول: مباحث حجج و امارات، چاپ پنجم، قم: داوری، ۱۴۱۷ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، چاپ دوم، تهران: بی نا، مرتضوی، ۱۳۷۴.
- روحانی، محمدصادق، زبدة الأصول، چاپ دوم، تهران: بی نا، ۱۳۸۲.
- روحانی، محمد، منتقى الأصول، چاپ اول، قم: بی نا، ۱۴۱۳ق.
- شهرستانی، محمدحسین، غایة المسؤول فی علم الأصول، چاپ اول، قم: بی نا، بی تا.
- شهیدی، محمدتقی، درس خارج اصول، ۹۵/۱۲/۱۷.
- صدر، محمدباقر، مباحث الأصول، چاپ اول، قم: بی نا، ۱۴۰۸ق.
- عراقی، ضیاء الدین، نهایة الأفكار، چاپ سوم، قم: بی نا، ۱۴۱۷ق.
- قائینی، «درس خارج»، ۹۶/۰۷/۱۹، سایت *Fa. mfeb.ir*.
- قرشی بنابی، علی اکبر، قاموس قرآن، چاپ ششم، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۴۱۲ق.
- کاشف الغطاء، علی، مصادر الحكم الشرعی و القانون المدنی، چاپ اول، نجف: بی نا، ۱۴۰۸ق.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء، چاپ اول، قم: بی نا، ۱۴۲۰ق.
- محمود، عبدالرحمن، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیة، چاپ اول، قاهره: بی نا، ۱۴۱۹ق.
- مروجی، علی، تمهیدالوسائل فی شرح الرسائل، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ق.

مشکینی اردبیلی، علی، اصطلاحات الأصول و معظم ابحاثها، چاپ ششم، قم: الهادی، ۱۳۷۴.
مصطفوی، حسن، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، چاپ اول، تهران: مرکز الکتاب، بی تا.
مقری، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، چاپ دوم، قم: دار الهجرة، ۱۴۱۴ق.
ملکی اصفهانی، مجتبی، فرهنگ اصطلاحات اصول، چاپ دوم، قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی (ص)، ۱۳۹۳.

موسوی تهرانی، رسول، الوسائل الی غوامض الرسائل، قم: محلاتی، ۱۴۳۱ق.
نائینی، محمدحسین، أجود التقریرات، چاپ اول، قم: عرفان، ۱۳۵۲.
_____، فوائد الأصول، چاپ اول، قم: بی نا، ۱۳۷۶.

هاشمی شاهرودی، سید محمود، بحوث فی علم الأصول، چاپ دوم، قم: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامية، ۱۴۱۷.
هدائی، علیرضا، سلطانی فرد، جواد، «بازکاوی معناشناختی اصل مثبت»، فقه و اصول، س ۵۴، ش ۲، ۱۴۰۱،
صص ۲۱۲ تا ۲۳۴. <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.62605.87292>

Table of Contents

A critical analysis of the legitimacy of marrying a minor in order to create privacy	9
Dr. Seyed Mehdi Ahmadi Nik	
The effect of the condition "in Islam" in the tradition of "Lazarar and Lazerar"(no harm and no damage) in deducing jurisprudential issues	31
Dr. Heydar Bagheri Asl	
Jurisprudence and legal status of transactions in mania	53
Zohreh Baghiee - Dr. Ali Akbar Izadi Fard - Dr. Ali Akbar Jahani	
Examining and criticizing theories of exchange value with an emphasis on the distinction between current and potential value	75
Dr. Mohammad Ali Raghebi - Mohammad Taghi Tolmi	
Jurisprudential investigation of the role of bribery in realizing the crime of rent-seeking from the perspective of Imami jurisprudence	97
Dr. Mohammad Ali Sheikhul Islami - Dr. Seyyed Mohammad Taghi Ghoboli Darafshan - Dr. Mohammad Taghi Fakhilai	
The ruling on the marriage of a pregnant woman from an illegitimate relationship from the perspective of Iranian jurisprudence and law with a view on double pregnancy	117
Dr. Abdul Samad Ali Abadi	
Investigating the relationship between the word "Tasalom" and similar concepts	137
Dr. Fateme Fallah Tafti	
"Ihsani" assessment of the nature of legal actions by analyzing the concept of acceptance and consent	159
Dr. Jalil Qanawati - Dr. Seyed Ali Alavi Qazvini - Dr. Seyyed Mohsen Soltani	
Researching the knowledge of Sho'un (affairs) of shar' and its application in inferring Shari'ah rulings	179
Hodayoun Nawai	
Analyzing the obstacle of conflict in the validity of the positive principle	211
Dr. Zahra vatani - Dr. Ahmad Mohammadi - Dr. Javad Soltani Fard	

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 55, No. 1: Issue 132, Spring 2023

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

Translation of Abstracts

Alireza Ketabdar

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādifard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. 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. 55, No. 1: Issue 132, Spring 2023.