دانشگاه فردوسی مشهد

فقه و اصول

فصلنامه علمی
(مطالعات اسلامی سابق)

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

سال ۵۵- شماره -۳ شماره پیاپی ۱۳۴
پاییز ۱۴۰۲

عناوین مقالات

- **تخریج روایات داستان سمرةبن‌جندب به‌منظور استنباط قاعدهٔ لاضرر**

احمد ارشاد - عباس یعقوب زاده مجرد - صادق طهوری (نوروزی)

- **اشتراط ثبت در صحت معاملات ملکی**

رضا توکلی تولایی - دکتر بلال شاکری - مصطفی جلالی - مصطفی رفسنجانی مقدم

- **واکاوی اعتبار قاعدهٔ الحاق مشکوک به اعم اغلب**

دکتر مصطفی دهقان

- **ماهیت و مشروعیت تنزیل در فقه امامیه و مصادیق آن در بانکداری اسلامی (تنزیل در فقه امامیه)**

دکتر فتح اله رحیمی - دکتر مجتبی اصغریان - دکتر سعید منصوری - مریم نظری طالقانی

- **بازتاب و کارکردهای پدیده عموم بلوا در مسائل اصول فقه**

دکتر فاطمه ژیان

- **پژوهشی در اسناد و اعتبار حدیث رفع**

دکتر عبد الله جوان

- **واکاوی مفهوم نفی «بأس» در فقه امامیه**

دکتر علی حسینی فر - دکتر عبدالجبار زرگوش نسب - دکتر نبی سبحانی

- **مبانی فقهی مدیریت تعارض منافع**

دکتر سعید سیاه بیدی کرمانشاهی

- **مفهوم غبطه و سازوکارهای تشخیص آن در امور مولی‌علیه**

دکتر سعید نظری توکلی - سید حسن داودالموسوی

- **درنگی در شمول قاعده درأ در خصوص شبهه اختلال روانی (جنون)**

درنگی در شمول قاعده درأ در خصوص شبهه اختلال روانی (جنون)

فقه و اصول

نشریهٔ دانشکدهٔ الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ٥٥ – شماره ٣ – شماره پیاپی١٣٤ـ پاییز ١۴٠٢

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

هیئت تحریریه

دکتر جواد ایروانی

استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی

دکتر علی‌اکبر ایزدی‌فرد

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 حقوق‌اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکترسید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل قنواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

استاد جامعه المصطفی (ص) العالمیه

دکتر سیدمصطفی محقق‌داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری‌مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق‌اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

یادآوری

١ ـ نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افـزار Word از طریق سیسـتم مـدیریت مجـلات دانشـگاه فردوسـی مشهد ارسال شود.

٢ ـ مقاله ارسالی نبایـد در جـای دیگـر چـاپ شـده باشد.

٣ ـ چکیـده مقالـه بـه دو زبـان فارسـی و انگلیسـی حداکثر هر یك تا ١٠ سطر ضمیمه باشد.

٤ ـ این نشریه در ویـرایش و احیانـاً مختصـر کـردن مطالب آزاد است.

٥ ـ مقـالات منـدرج در ایـن نشـریه، بیـانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

٦ ـ زبان غالب نشریه فارسی است.

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

مترجم چکیده به انگلیسی: علیرضا کتابدار

کارشناس: شاه‌سمن شاهرخ شاهیان

ویراستار: سیده مرضیه خالقی میران

شماره ثبت پروانه انتشار: ١٧٤٤٥

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشـگاه فردوسـی مشهد، دانشکده الهیـات شـهید مطهـری (ره)، کدپسـتی ٩١٧٧٩٤٨٩٥٥

تلفن: ٣٨٨٠٣٨٦٣ ٠٥١

نشانی اینترنتی :

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

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطـلاع‌رسـانی علـوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمـی جهـاد دانشـگاهی نمایه می شود.

بسم‌الله الرّحمن الرّحیم

راهنمای نویسندگان نشریه فقه و اصول

بخش اول: ملاحظات کلی

۱. حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای، چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد.

۲. زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقاله‌های ارزندهٔ عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳. حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحهٔ طبق الگوی صفحه‌آرایی مجله و یا ۸۵۰۰ کلمه در محیط وُرد بیشتر باشد.

٤. چکیدهٔ مقاله (شامل: بیان موضوع، اهداف، روش و یافته‌های تحقیق) به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر (۱۰۰ تا ۲۰۰ واژه) ضمیمه شود و واژگان کلیدی (حداقل ٤ و حداکثر ٦ واژه) به دنبال چکیده بیاید.

٥. نام کامل نویسنده (نویسندگان)، رتبهٔ دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسهٔ متبوع و موقعیت سازمانی به دو زبان فارسی و انگلیسی درج شود، ترتیب نویسندگان و نویسنده مسئول تعیین شود و همراه با نشانی پستی، شماره‌تلفن و نشانی الکترونیکی ثبت و ارسال شود.

٦. مدیریت مجله در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.

۷. ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروف‌چینی شده و در سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد، سامانه مجله فقه و اصول، بارگذاری و با سایر اطلاعات مورد نیاز ثبت و ارسال شود.

۸. جهت پیشگیری از هرگونه سوءرفتار علمی (خواسته یا ناخواسته)، تمامی مقاله‌های ارسالی، در نخستین مرحله توسط مشابه‌یاب «سمیم»[1] برای مقالات فارسی همانندجویی می‌شود. برای مشابه‌یابی چکیده مقالات لاتین از سامانه iThenticate استفاده می‌شود. نشریه تنها آثاری را برای داوری ارسال می‌کند که میزان مشابهت کلی متن اصلی با آثار انتشاریافتهٔ پیشین اندک و قابل چشم‌پوشی (حداکثر ۱۵ درصد) باشد. توصیه می‌شود نویسندگان محترم، پیش از ارسال آثار، با مراجعه به سامانهٔ فوق، هرگونه مشابهت متن خود را با آثار منتشر شده در موضوع بررسی کنند.

۹. پذیرش اولیهٔ مقاله به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از استاندارد اولیه پژوهشی و پذیرش نهایی آن به تأیید داوران و موافقت هیئت تحریریه وابسته است.

---

[1] http://www.samimnoor.ir/view/fa/default

۱۰. مقاله‌های ارسال‌شده پس از شروع فرایند بررسی بازگردانده نمی‌شود.

بخش دوم: شیوهٔ نگارش

رعایت «دستور خط فارسی»[۲]، مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است. پیشنهاد می‌شود نویسندگان محترم از «فرهنگ املایی خط فارسی»[۳] و افزونهٔ «ویراستیار» و یا سامانهٔ برخط «ویراست لایو»[٤] استفاده کنند. عدم رعایت شیوه‌های نگارشی پیشنهادی می‌تواند موجب تأخیر در چاپ و یا بازگرداندن مقاله به نویسنده در مرحلهٔ 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 کلمهٔ بعد با فاصلهٔ کامل می‌آیند.

۱. ۲. نشانه‌های دربرگیر مانند پرانتز و گیومه «» () با درون بی‌فاصله و با بیرون با فاصلهٔ کامل می‌آیند.

۱. ۳. برای درج نشانه‌های احترام، پرانتز اول بدون فاصله با نام آن شخص می‌آید: حضرت محمد(ص).

۱. ٤. شمارهٔ ارجاع پاورقی (عدد تُک) بعد از نشانه‌ها (. ،) می‌آید نه پیش از آن‌ها.

۱. ٥. در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی، گذاردن تنوین(ـً ـٍ و ـٌ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافٌ‌الیه، بعبارةٍ اخری)، مدّ روی الف(نظیر آب، مآخذ) و یای کوتاه رویِ های غیرملفوظ (نظیر نامهٔ من) الزامی است و در بقیهٔ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است، مگر آنکه موجب ابهام شود: معین/ معیّن؛ علی/ عِلّی؛ بنا/ بنّا؛ عُرضه/عَرضه؛ حَرف/ حِرَف.

۱. ٦. پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی»، مجموعهٔ «ام، ای، ایم، اید و اند»، ترکیب اسم و حرف به‌صورت نیم‌فاصله می‌آیند: می‌روم، خسته‌ام، کتاب‌ها.

۱. ۷. استفاده از گیومهٔ غیرفارسی نظیر «» و "" ممنوع است (گیومه فارسی به این صورت «» است).

۱. ۸. برای ایجاد نیم‌فاصله باید منحصراً از کلیدهای ctrl+shift+2 استفاده کرد، البته اگر از صفحه کلید استاندارد استفاده می‌شود، می‌توان با shift+ sppac آن را درج کرد.

---

[2]. http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/D-1394.pdf

[3]. http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/F-E-1394.pdf

[4]. http://www.virastlive.com/

۲. لایه‌بندی

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

۲. ۲. بدنهٔ اصلی حاوی تعدادی عناوین اصلی است و لازم است حتی‌المقدور از فزونی تیترها خودداری شود و اگر ناگزیر، تقسیمات فرعی وجود دارد، بایستی از صورت تیتر درآمده و عنوان بولد شود و پیوسته بدان دونقطه گذاشته شود و متن در ادامه ذکر شود؛ به‌طور مثال اگر ادله‌ای مثل آیات و روایات و... ذکر می‌شود در ادامهٔ آن دلیل دو نقطه گذاشته و در ادامه توضیح بیان شود؛ مثل: ۱. آیات: ...

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

۲. ٤. عناوین و تیترهای بدنه اصلی با اعداد و در حالت ناگزیری از عناوین فرعی، با اعداد متوالی نشانه‌گذاری شود.

۲. ٥. برای شماره‌گذاری در لایهٔ تیترها فقط از نقطه استفاده شود. به طور مثال: ۱. ۲. ۳.

۳. شیوهٔ ارجاع استنادی و تنظیم منابع

ارجاعات مقاله، مطابق با نظام شیکاگو و به روش **پانوشت و منابع** پایانی تنظیم شود.

شیوهٔ ارجاعی نشریه: نظام شیکاگو «پانوشت-منابع»

در شیوهٔ «پانوشت-منابع» نویسنده باید توضیحات و ارجاعات خود را در پانوشت درج کند و اطلاعات کتاب‌شناختی آثار را در منابع پایانی اضافه کند.

استفاده از ارجاع درون‌متنی و یا یادداشت‌های پایانی و پی‌نوشت در این شیوه مجاز نیست.

۱. چگونگی ارجاع و اجزای اصلی در ساختار پانوشت:

- قسمت‌های پانوشت با ویرگول جدا شود؛
- تنها نام خانوادگی صاحب اثر درج شود؛
- نام آثار کلان (مانند کتاب و مجله) مایل‌نویسی (ایرانیک) شود؛
- نام آثار خُرد (مانند مقاله) در گیومه درج شود؛
- شمارهٔ صفحهٔ ارجاعی و احیاناً جلد درج و بین آن دو با اسلش فاصله انداخته شود.

۲. چگونگی تنظیم و اجزای اصلی در ساختار منابع

- قسمت‌های اصلی منابع با نقطه جدا می‌شود؛
- نام خانوادگی و نام کوچک صاحب اثر به‌صورت کامل درج شود؛

- نام آثار کلان (مانند کتاب و مجله) مایل‌نویسی (ایرانیک) شود؛
- نام آثار خُرد (مانند مقاله) در گیومه درج شود؛
- نام مترجم، تحقیق کننده و تصحیح کننده (در صورت وجود) به ترتیب نام کوچک و نام خانوادگی درج شود؛
- در مورد کتاب مشخصات مکان نشر و ناشر (بدون به‌کاربردن واژه ناشر) و سال نشر درج شود.
- در مورد مقاله دوره نشر، شماره نشریه، سال انتشار، صفحات آغاز و پایان مقاله درج شود.

نمونه‌های ارجاع:

توجه: اجزای اصلی پانوشت با ویرگول و اجزای اصلی در فهرست منابع با نقطه جدا می‌شود.

کتاب:

- ✓ **در پانوشت:** علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۴/۳
- ✓ **در فهرست منابع:** علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف. قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۱۳ق.

مقاله:

- ✓ **در پانوشت:** مصطفوی فرد، «حاکمیت پارادایم عدم‌حجیت اخبار آحاد بر گفتمان فقهای شیعی سده ۵تا۷»، ۱۴۰.
- ✓ **در فهرست منابع:** مصطفوی فرد، حامد. «حاکمیت پارادایم عدم‌حجیت اخبار آحاد بر گفتمان فقهای شیعی سده ۵تا۷»، فقه و اصول. دوره ۵۰، ش۱۱۳، پاییز ۱۳۹۷، ۱۳۵تا۱۵۹.

سایر ملاحظات ارجاع دهی و استناد

۳. فقط برای نویسندهٔ اول در فهرست منابع نام خانوادگی پیش از نام کوچک می‌آید. در کتاب‌ها و مقالات با دو و سه نویسنده، نویسنده دوم و سوم به ترتیب با نام کوچک و نام خانوادگی و برای بیش از سه نویسنده، نام نفر اصلی+ و دیگران درج شود.

- ✓ **نمونه:** قنواتی، جلیل، سیدحسن وحدتی شبیری، ابراهیم عبدی پور. حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول. تهران: سمت، ۱۳۷۹.

٤. در مورد تقریرات درس، لازم است در منابع پایانی اسم صاحب درس (صاحب رأی و نظر) به‌عنوان پدیدآورنده ذکر شود.

- ✓ **نمونه:** صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الاصول. مقرر: هاشمی شاهرودی.

در ارجاع پانوشت نام مقرر لازم نیست افزوده شود.

۵. ارجاع به منابع لاتین به زبان اصلی انجام شود.

نمونه:

- ✓ **در پانوشت:** Davis, *Meaning Expression and Thought* ,67.
- ✓ **در منابع:** Davis, Wayne A. *Meaning Expression and Thought*. Cambridge University Press, 2002.

٦. در ارجاع به منابع اینترنتی آدرس کامل صفحه موردنظر به همراه تاریخ دسترسی درج شود.

- ✓ **نمونه:** روش عقلانی در سیره علمی شیخ صدوق؛ https://hawzah.net/fa/Article/View/١٠٦١٣٤ (دسترسی در ١٤٠٢/٢/٢٠)

۷. عدد ارجاعات در سراسر مقاله پیوسته است و شمارهٔ پانوشت‌های هر صفحه نباید از نو آغاز شود.

۸. همهٔ اعداد توک (= بالانویسی‌شده) پس از علائم نگارشی درج شود.

۹. در ارجاعات، ترجیحاً از «همان»، «همانجا» و «همو» استفاده نشود.

۱۰. در ارجاع به آیات قرآنی در پانوشت اسم سوره و شمارهٔ آیه ذکر شود و میان آن دو، دو نقطه قرار گیرد. بقره: ۲۸۲

۱۱. برای نوشتن صفحات آغاز و پایان منبع مدنظر به هیچ وجه خط تیره نیاید: ۱۷۹تا۱۸۰.

۱۲. یادداشت‌های توضیحی بیشتری که به نظر مؤلف ضروری است، با قراردادن توک در محل، در پانوشت همان صفحه درج شود. در این یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از ضابطه مربوط به ارجاع در پانوشت پیروی شود.

۱۳. ضروری است فهرست منابع بجز کتب مقدس، به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسندگان (منطبق بر مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانهٔ ملی) تنظیم شود.

١٤. منابعی که در اصل به زبان فارسی و دارای چکیده انگلیسی هستند، بعد از برگرداندن به انگلیسی، با درج عبارت (in Persian with English abstract) در انتها مشخص شوند.

۱۵. منابعی که در اصل به زبان فارسی هستند و چکیده انگلیسی ندارند، بعد از برگرداندن به انگلیسی، با درج عبارت (in Persian) در انتها مشخص شوند.

١٦. برای مقاله‌های منتشرشده که DOI دارند، آوردن DOI در پایان هر منبع الزامی است. DOI با آدرس دقیق ذکر شود.

۱۷. نویسه‌گردانی در این نشریه، بر پایهٔ راهنمای جدول «IJMES»[5] است. توضیحات بیشتر در این صفحه[6] قابل مطالعه است. تمام منابع پایانی مقاله باید دقیقاً نویسه‌گردانی شود. نشریه مقالات پذیرفته‌شده را برون‌سپاری خواهد کرد و هزینهٔ نویسه‌گردانی بر عهدهٔ نویسنده است.

۴. تاریخ‌نویسی

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

نکته: همیشه و در همه جا در صورت لزوم ماه به حروف و چسبیده به روز و سال بیاید: ۱۲فروردین۱۳۹۰.

۵. قلم متن

توصیه می‌شود، حتی‌المقدور از قلم استاندارد «IRLotus»، تولیدشده توسط شورای عالی اطلاع‌رسانی[7]، استفاده شود.

---

[5] https://www.cambridge.org/core/services/aop-file-manager/file/57d83390f6ea5a022234b400/TransChart.pdf
[6] https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-middle-east-studies/information/author-resources/ijmes-translation-and-transliteration-guide
[7] http://earmin.com/files/Standard-IRFonts-eArmin.com.zip

مشاوران علمی این شماره

۱. حجت الاسلام مجتبی الهی خراسانی (استادیار دفتر تبلیغات اسلامی)

۲. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

۳. حسن حکیم باشی (استاد حوزه علمیه مشهد)

۴. دکتر محمدعلی راغبی (استاد دانشگاه قم)

۵. حجت الاسلام محمدحسن ربانی بیرجندی (عضو هیئت علمی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان)

۶. دکتر سید محسن سجادی (استادیار دانشگاه مفید)

۷. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

۸. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

۹. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

۱۰. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران)

۱۱. دکتر محسن ملک افضلی (استاد جامعه المصطفی العالمیه)

۱۲. دکتر حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

۱۳. حجت الاسلام حسن نقی زاده (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

۱٤. دکتر مرتضی مرتضوی کاخکی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

۱۵. دکتر مریم السادات محقق داماد (استادیار دانشگاه امام صادق (ع)

۱٦. دکتر علی محمدیان (استادیار دانشگاه بزرگمهر قائنات)

۱۷. دکتر سید احمد میرخلیلی (دانشیار دانشگاه میبد)

فهرست مندرجات

عنوان | صفحه

تخریج روایات داستان سمرهٔبن‌جندب به‌منظور استنباط قاعدهٔ لاضرر ۹
احمد ارشاد – عباس یعقوب زاده مجرد – صادق طهوری (نوروزی)

اشتراط ثبت در صحت معاملات ملکی ۳۱
رضا توکلی تولایی – دکتر بلال شاکری – مصطفی جلالی – مصطفی رفسنجانی مقدم

واکاوی اعتبار قاعدهٔ الحاق مشکوک به اعم اغلب ۴۵
دکتر مصطفی دهقان

ماهیت و مشروعیت تنزیل در فقه امامیه و مصادیق آن در بانکداری اسلامی (تنزیل در فقه امامیه) ۶۷
دکتر فتح اله رحیمی – دکتر مجتبی اصغریان – دکتر سعید منصوری – مریم نظری طالقانی

بازتاب و کارکردهای پدیده عموم بلوا در مسائل اصول فقه ۸۷
دکتر فاطمه ژیان

پژوهشی در اسناد و اعتبار حدیث رفع ۱۰۳
دکتر عبد الله جوان

واکاوی مفهوم نفی «بأس» در فقه امامیه ۱۲۳
دکتر علی حسینی فر – دکتر عبدالجبار زرگوش نسب – دکتر نبی سبحانی

مبانی فقهی مدیریت تعارض منافع ۱۴۷
دکتر سعید سیاه بیدی کرمانشاهی

مفهوم غبطه و سازوکارهای تشخیص آن در امور مولی‌علیه ۱۶۹
دکتر سعید نظری توکلی – سید حسن داودالموسوی

درنگی در شمول قاعده درأ در خصوص شبهه اختلال روانی (جنون) ۱۹۳
مونا کمیلی – دکتر محمدحسن حائری – دکتر حسین ناصری مقدم

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.9-29

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

Receive Date: 05-01-2022 Revise Date: 06-03-2022 Accept Date: 11-06-2022

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.74463.1264 Article type: Original

Takhrige (Extracting) of the narrations of the story of Samra bin Jundab in order to deduce the rule of harmlessness

Ahmad Ershad (corresponding author), Third level jurisprudence scholar of Qom seminary

Email: ershadahmad1374@gmail.com

Abbas Yaqoubzadeh Mojarrd, Third level jurisprudence scholar of Qom seminary

Sadegh Tahouri (Nowrozi), Foreign professor of jurisprudence and principles of the seminary of Qom

Abstract

The story of *Samra bin Jundb* is one of the most famous documents of the rule of "*la Zarar*" in Shia traditions. In the text of the four narrations, there are differences regarding the sentence "*La Zarar Va La Zerar*" and the provision of "*Ali Momin*" and the Takhrige of them is of particular importance for deriving the rule of "La zarar". Although, according to the opinion of famous jurists, none of the narrations of the story of Samra is authentic, in this article, the authenticity of the issue of the narrations, proof and then a correct Thakhrige of it are presented.

The result of the research is that there is surely the sentence "*La Zara Va La Zerar*" in the text of the hadith, but the presence or absence of the provision of "*Ali Mu'min*" is effective in interpreting the narrations of Samra's story; So that the presence of the provision of *"Ali Mu'min"* is compatible with the prohibition of harming others and gives a criminal aspect to the rule *"La Zarar*" and the absence of "*Ali Mu'min*" is compatible to the negation of making the law of harm and gives it a civil and legal aspect. According to the selected point of view, the said conflict is primitive and has a customary *Jam~*; But assuming that the conflict is established, prioritizing the side of excess is not acceptable due to the principle of non-excess, and the preferences of the side of littleness must be considered.

Key words: *Takhrij, Samrah bin Jundab, La zarar, "Ali Momin's"* provision, the principle of non-excess.

This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۲۹ - ۹

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۲/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.74463.1264

تخریج روایات داستان سمرةبن‌جندب به‌منظور استنباط قاعدهٔ لاضرر

احمد ارشاد (نویسنده مسئول)

دانش پژوه فقه سطح ۳ حوزه علمیه قم

Email: ershadahmad1374@gmail.com

عباس یعقوب زاده مجرد

دانش پژوه فقه سطح ۳ حوزه علمیه قم

صادق طهوري (نوروزي)

استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم

چکیده

داستان سمرةبن‌جندب از مشهورترین مستندات قاعدهٔ «لاضرر» در روایات شیعی است. در متنِ چهار روایت، راجع به جملهٔ «لاضرر و لاضرار» و قید «علی مؤمن» اختلافاتی هست که تخریج آن‌ها برای استنباط قاعدهٔ «لاضرر» اهمیت ویژه‌ای دارد. به‌رغم اینکه طبق نظر مشهور فقها، سند هیچ‌یک از روایات داستان سمره صحیح نیست، در این نوشتار صحت صدور روایات وارده، اثبات و سپس تخریج صحیحی از آن ارائه شده است. حاصل پژوهش اینکه، وجود جملهٔ «لاضرر و لاضرار» در متن حدیث مورد اطمینان است، اما بودن یا نبودنِ قید «علی مؤمن» در برداشت از روایات داستان سمره مؤثر است؛ به‌طوری که وجود قید «علی مؤمن» با نهی اضرار به غیر سازگار است و به قاعده «لاضرر» جنبهٔ کیفری می‌دهد و نبودنِ «علی مؤمن» با نفی تشریع حکم ضرری متناسب است و به آن جنبهٔ مدنی و حقوقی می‌بخشد. طبق دیدگاه برگزیده، تعارض مذکور، بدوی است و جمع عرفی دارد؛ اما با فرض مستقر بودن تعارض، تقدیم جانب زیادت، به‌دلیل اصل عدم‌زیادت پذیرفتنی نیست و بایستی مرجحات جانب نقیصه اخذ شود.

واژگان کلیدی: تخریج، سمرةبن‌جندب، لاضرر، قید «علی مؤمن»، اصل عدم‌زیادت.

مقدمه

تخریج حدیث؛ یعنی خارج‌کردن متن‌ها، موضوعات، محتواها، طرق متعدد و منابع مختلف حدیثی از مصادر آن. در تعریف دانش تخریج نیز باید گفت: قواعد و طرقی است که به‌وسیلهٔ آن دست‌یابی به متن اصیل حدیث، شناخت طرق نقل حدیث، منابع، اسناد، متون و مضامین مشابه حدیث ممکن می‌شود. دانش تخریج، مختص به سند نیست؛ بلکه محدودهٔ آن شامل منبع، متن، موضوع و محتوا نیز می‌شود.[۱] عملیات تخریج به‌طور خاص پس از دورهٔ نقل شفاهی روایات در تاریخ حدیث اهل‌سنت رواج یافت، اما ازآنجایی‌که روایات در بستر تاریخ حدیث شیعه به‌صورت کتابت منتقل شده بود، نیاز به تخریج روایات کمتر احساس می‌شد. نیاز به تخریج در مواردی لازم بود که راویان، حدیث را به‌صورت نقل به معنا انتقال داده بودند. البته نقل به معنا اصلاً به‌معنای تسامح در نقل حدیث نیست، بلکه در مواردی که راویان اطمینان به فهم مراد واقعی معصومان(ع) داشتند، برای انتقال آن معنا از تعابیر مختلفی استفاده می‌کردند که در نگاه آنان تأثیری در منظور اصلی حدیث نداشت.

نفی ضرر، از مفاهیم بنیادین در فقه و حقوق اسلامی است و دایرهٔ وسیعی از احکام فقهی و حقوقی مبتنی بر آن را در بر می‌گیرد. اصل قاعدهٔ لاضرر، قاعده‌ای فراملی و فرادینی است و امری عقلایی است که افراد بشر موظف به رعایت آن هستند و قوانین فردی و اجتماعی خود را باید بر شالودهٔ آن پی‌ریزی کنند.[۲] باوجوداینکه اصل قاعدهٔ لاضرر قاعده‌ای عقلی و عقلایی است، لکن دامنهٔ آن و موارد اصطکاک بین دو ضرر یا جعل حکم و ضمان به‌وسیلهٔ آن محتاج به ادلهٔ دیگر است و صرف عقلایی‌بودن اصل قاعده، ما را از ادلهٔ دیگر بی‌نیاز نمی‌سازد؛ زیرا ادلهٔ عقلی، دلیل لبی به شمار می‌روند و در جزئیات و فروعات می‌بایست به قدر متیقن بسنده کرد، درحالی‌که استفاده از ادلهٔ لفظی مثل روایت سمرةبن‌جندب، روایت مربوط به شفعه و منع ماء و... برای استنباط فروعات قاعدهٔ لاضرر راهگشاست؛ مثلاً براساس روایات سمره، قاعدهٔ لاضرر را در عدمیات نیز جاری دانسته‌اند.[۳] مشخص‌شدن حکم موجود در قاعده نیز مرهون مشخص‌شدن متن روایت سمره است و از این نظر، مهم و کاربردی است که چهرهٔ کیفری یا مدنی مسئله را روشن می‌کند، زیرا در صورت پذیرفتن نظریهٔ نهی اضرار به غیر، همان‌طور که شیخ الشریعة قائل است، جنبهٔ کیفری حکم ضرری ترجیح داده می‌شود و در صورت پذیرش نظریهٔ نفی تشریع حکم ضرری مثل شیخ انصاری، جنبهٔ حقوقی و مدنی آن جلوه می‌کند. ثمرهٔ آن دو این است که اگر حکمی از شارع عنوان کیفری داشته باشد، قانون‌گذار می‌تواند از شخص مضرّ جبران ضرر اضافی را طلب کند، همان‌طور که ممکن

---

۱. محمودی، «مفهوم‌شناسی و واژه‌پژوهی تخریج در دانش حدیث».

۲. طهوری، احکام و آثار ضرر در روابط و تعاملات جهان معاصر، ۵۱.

۳. قبولی درافشان و همکاران، «بررسی فقهی حکم رانت‌خواری با استناد به قاعدهٔ لاضرر»، ۱۲۰.

است در دیات چنین نظری پذیرفته شود. اما اگر لاضرر را صرف مسئولیت مدنی بدانیم، دیگر وجهی برای جعل وجوب تدارک ضرر اضافی باقی نمی‌ماند؛ بلکه فقط ضامنِ همان مقدار خسارت وارده است.[۱] پس همان‌طور که مشخص شد اکتفای به عقل و عقلا در این جزئیات نمی‌تواند مفید باشد، بلکه تخریج روایت سمره باوجود اختلافاتی که در متن آن دیده می‌شود، دخل مهمی در ترجیح دیدگاه‌های مختلف فقها دارد.

می‌توان گفت: شیخ انصاری اولین فقیهی است که قاعدهٔ لاضرر را به‌صورت رسالهٔ مستقل بررسی کرده است. قاعدهٔ لاضرر در کتب خاصه و عامه مستندات فروانی دارد، به‌طوری‌که حتی دربارهٔ آن ادعای تواتر معنوی یا لفظی شده است. داستان سمرةبن‌جندب، مشهورترین مستند قاعدهٔ لاضرر است که سه راویت در کتب شیعه و یک روایت در کتب عامه دارد. وجود مستندات دیگر برای قاعدهٔ لاضرر سبب شده است به روایات داستان سمره به‌طور ویژه توجه نشود، تاجایی‌که برخی به‌دلیل اشکالات سندی و دلالی مطرح در روایات این داستان، آن را از مستندات قاعدهٔ لاضرر خارج کرده‌اند. جالب آنکه شیخ انصاری بهترین روایت این داستان را سنداً و دلالتاً روایت دارای قید «علی مؤمن» می‌داند،[۲] درحالی‌که با مبنای ایشان که لاضرر و لاضرار را نفی تشریع حکم ضرری می‌داند، سازگار نیست. آخوند خراسانی، دو روایت ابن‌بکیر و حذاء را که خالی از قید «علی مؤمن» است، قبول کرده و سند آن دو را خالی از اشکال دانسته است.[۳]

محققان بعد از شیخ انصاری را می‌توان به دو دستهٔ کلی تقسیم کرد. شیخ الشریعة اصفهانی و امام خمینی معتقدند که روایات مربوط به داستان سمره، موثوق الصدور و صحیح‌اند، اما متن روایات نسبت به قید «علی مؤمن» تعارض دارند. برای حل این تعارض به اصل ثانویهٔ عقلایی عدم‌زیادت تمسک می‌کنند و از این طریق، وجود قید «علی مؤمن» را ثابت می‌دانند.[٤] در مقابل، شهیدصدر و آیت‌الله سیستانی فقط یک روایت (موثقهٔ عبدالله‌بن‌بکیر) را صحیح دانسته و معتقدند سایر روایات، فاقد حجیت‌اند. پس برای تخریج روایات، تعارضی وجود ندارد و موثقهٔ ابن‌بکیر که فاقد قید «علی مؤمن» است، متعین می‌شود.[٥] در میان این دو دسته، محقق نائینی روایات داستان را صحیح قلمداد می‌کند وآن‌ها را نسبت به قید «علی مؤمن» دچار تعارض می‌داند، اما معتقد است اصل عدم‌زیادت برای رفع تعارض در محل بحث جاری نیست، بلکه مرجحات جانب نقیصه برای ترجیح نبود قید «علی مؤمن» اطمینان‌آور است.[٦]

---

۱. طهوری، احکام و آثار ضرر در روابط و تعاملات جهان معاصر، ۱۲۱.

۲. انصاری، فرائد الأصول، ۴۵۷/۲.

۳. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۳۸۰.

٤. شریعت اصفهانی، قاعدة لاضرر، ۱۲تا۳۲؛ خمینی، القواعد الفقهیة، ۲۶/۱.

٥. صدر، قاعدة لاضرر و لاضرار، ۸۲تا۸۷؛ سیستانی، قاعدة لاضرر ولاضرار، ۱۳تا۹۳.

٦ نائینی، منیة الطالب، ۱۹۱تا۱۹۸.

در این نوشتار تلاش شده است در گام نخست، صدور همهٔ روایات مربوط به این داستان اثبات شود و در گام بعد، در مرحلهٔ تخریج نشان داده شود که نیازی به اجرای اصل عدم‌زیادت برای رفع تعارض مستقر نیست؛ زیرا این تعارض، تعارضی بدوی خواهد بود و در مقام استظهار عرفی، شهادت به زیادت بر شهادت دیگر مقدم می‌شود و تعارضی مستقر نمی‌شود که این تحقیق از این نظر نسبت به پیشینهٔ خود متمایز می‌شود.

۱. توضیح اجمالی راجع به داستان سمرةبن‌جندب

سمرةبن‌جندب فردی بسیار خبیث و شقیّ بود و حتی راجع به پیامبر اکرم(ص) جسارت و بی‌ادبی می‌کرد. به‌نقل از ابن‌ابی‌الحدید در شرح نهج البلاغه، در دوران حرکت امام حسین(ع) به سمت کوفه، از شرطه‌های عبیدالله‌بن‌زیاد بود و مردم را بر خروج و قتل امام(ع) تحریض می‌کرد.[۱]

اصل داستان سمرةبن‌جندب از این قرار است که سمره یک درخت خرما در داخل حیاط خانهٔ شخصی از انصار داشت و به بهانهٔ سرزدن به آن درخت، سرزده و بدون اجازه وارد خانهٔ آن شخص می‌شد. صاحب خانه در خصوص عمل سمرةبن‌جندب به رسول گرامی اسلام شکایت کرد. ایشان از سمره می‌خواهد که با اجازه وارد خانهٔ انصاری شود، اما او همچنان رفتار گذشتهٔ خودش را تکرار می‌کرد. پیامبر(ص) برای جلوگیری از رفتار سمره به او پیشنهاد می‌دهد که در قبال درخت خرمایش درختی دیگر به او بدهد، ولی سمره راضی نمی‌شود. هر مقدار که پیامبر(ص) بر تعداد درختان پیشنهادی افزود، وی آن را نمی‌پذیرفت، حتی پیشنهاد معاوضهٔ ده درخت در مقابل درخت خرمایش را قبول نکرد. لجاجت او به‌گونه‌ای بود که حتی از پیشنهاد معاوضهٔ درختش با درختی در بهشت سر باز زد. پیامبر اکرم(ص) با مشاهدهٔ رفتار سمرةبن‌جندب به مرد انصاری دستور داد که درخت خرمای سمره را قطع کن و آن را به صورتش بزن!

در خصوص داستان سمرةبن‌جندب، چهار روایت قریب‌المضمون وارد شده است که بر اساس آن، شکی دربارهٔ اصل داستان وجود نخواهد داشت. البته در الفاظ به‌کاررفته در این روایات اختلافاتی به چشم می‌خورد که بررسی می‌شود.

۲. بررسی صدور روایات مرتبط با داستان سمرةبن‌جندب

۲. ۱. موثقهٔ عبدالله‌بن‌بکیر از زراره

موثقهٔ عبدالله‌بن‌بکیر از زراره دو نقل دارد: نقلی در کتاب کافی و نقلی دیگر در کتاب من لایحضره الفقیه. نقل اول روایت زراره آن است که «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَبْنِ مُحَمَّدِبْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ

---

۱. ابن‌ابی‌الحدید، شرح نهج البلاغه، ۷۸/۴.

عَبْدِاللَّهِبْنِبُكَيْرٍ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي‌جَعْفَرٍ(ع) قَالَ: إِنَّ سَمُرَةَبْنَ‌جُنْدَبٍ كَانَ لَهُ عَذْقٌ فِي حَائِطٍ لِرَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ وَ كَانَ مَنْزِلُ الْأَنْصَارِيِّ بِبَابِ الْبُسْتَانِ وَ كَانَ يَمُرُّ بِهِ إِلَى نَخْلَتِهِ وَ لَا يَسْتَأْذِنُ فَكَلَّمَهُ الْأَنْصَارِيُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ إِذَا جَاءَ فَأَبَى سَمُرَةُ فَلَمَّا تَأَبَّى جَاءَ الْأَنْصَارِيُّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ(ص) فَشَكَا إِلَيْهِ وَ خَبَّرَهُ الْخَبَرَ فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ(ص) وَ خَبَّرَهُ بِقَوْلِ الْأَنْصَارِيِّ وَ مَا شَكَا وَ قَالَ إِنْ أَرَدْتَ الدُّخُولَ فَاسْتَأْذِنْ فَأَبَى فَلَمَّا أَبَى سَاوَمَهُ حَتَّى بَلَغَ بِهِ مِنَ الثَّمَنِ مَا شَاءَ اللَّهُ فَأَبَى أَنْ يَبِيعَ فَقَالَ لَكَ بِهَا عَذْقٌ يُمَدُّ لَكَ فِي الْجَنَّةِ فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ(ص) لِلْأَنْصَارِيِ اذْهَبْ فَاقْلَعْهَا وَ ارْمِ بِهَا إِلَيْهِ فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَار.»[۱]

به‌منظور بررسی صحت صدور سند می‌بایست وثاقت محمدبن‌خالد برقی و عبداللـه‌بن‌بکیر بررسی شود، ولی در وثاقت مابقی راویان ابهامی نیست. نجاشی، محمدبن‌خالد برقی را ضعیف در حدیث می‌داند،[۲] اما شیخ طوسی او را توثیق کرده است[۳] و رجالی دیگری دربارهٔ او خدشه‌ای ندارد. علاوه بر آن، محمدبن‌خالد برقی از مشایخ عمدهٔ بزرگان راویان، مانند احمدبن‌محمدبن‌عیسی است. پس وثاقت او اثبات‌شدنی است. اما تعبیر «ضعیف فی الحدیث» در کلام نجاشی می‌تواند به این معنا باشد که محمدبن‌خالد برقی روش متعارف محدثان را که عدم‌نقل از افراد ضعیف بوده، رعایت نمی‌کرده است؛ ازاین‌رو، دربارهٔ او بیان شده است: «یروی عن الضعفاء و یعتمد المراسیل.»[٤]

توصیف روایت به موثقه، به‌دلیل وقوع عبدالله‌بن‌بکیر در سلسلهٔ سند است. البته حضور ابن‌بکیر که فطحی‌مذهب شناخته می‌شود، ضرری به سند روایت نمی‌رساند، زیرا شیخ طوسی او را ثقه می‌داند[٥] و نیز او از اصحاب اجماع است[٦] و اساساً فطحیه فقط هفتاد روز به امامت عبدالله‌بن‌افطح اعتقاد داشتند و ازنظر آموزه‌های فقهی با شیعیان کاملاً موافق و هم‌نظر بوده‌اند.

این روایت در کتاب تهذیب نیز با سند «احمدبن‌محمدبن‌خالد عن ابیه عن عبداللـه‌بن‌بکیر عن زراره» آمده است.[۷] متن روایت در کتاب تهذیب، همان متن روایت در کتاب کافی است.

نقل دوم از موثقهٔ عبدالله‌بن‌بکیر از زراره در کتاب من لایحضره الفقیه به این صورت آمده است: «رَوَى ابْنُ‌بُكَيْرٍ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي‌جَعْفَرٍ(ع) قَالَ إِنَّ سَمُرَةَابْنَ‌جُنْدَبٍ كَانَ لَهُ عَذْقٌ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ وَ كَانَ مَنْزِلُ الْأَنْصَارِيِّ فِيهِ الطَّرِيقُ إِلَى الْحَائِطِ فَكَانَ يَأْتِيهِ فَيَدْخُلُ عَلَيْهِ وَ لَا يَسْتَأْذِنُ فَقَالَ إِنَّكَ تَجِيءُ وَ تَدْخُلُ وَ نَحْنُ فِي حَالٍ نَكْرَهُ أَنْ تَرَانَا عَلَيْهِ فَإِذَا جِئْتَ فَاسْتَأْذِنْ حَتَّى نَتَحَرَّزَ ثُمَّ نَأْذَنَ لَكَ وَ تَدْخُلَ قَالَ لَا أَفْعَلُ هُوَ مَالِي

۱. کلینی، الکافی، ۲۹۲/٥.
۲. نجاشی، رجال، ۳۳٥.
۳. طوسی، رجال، ۳٦۳.
٤. ابن‌غضائری، الرجال، ۹۳.
٥. طوسی، فهرست کتب الشیعة، ۳۰٤.
٦. کشی، رجال، ۳۷٥.
۷. طوسی، تهذیب الأحکام، ۱٤٦/۷.

أَدْخُلُ عَلَيْهِ وَ لَا أَسْتَأْذِنُ فَأَتَى الْأَنْصَارِيُّ رَسُولَ اللَّهِ(ص) فَشَكَا إِلَيْهِ وَ أَخْبَرَهُ فَبَعَثَ إِلَى سَمُرَةَ فَجَاءَهُ فَقَالَ لَهُ اسْتَأْذِنْ عَلَيْهِ فَأَبَى وَ قَالَ لَهُ مِثْلَ مَا قَالَ لِلْأَنْصَارِيِّ فَعَرَضَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ(ص) أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ بِالثَّمَنِ فَأَبَى عَلَيْهِ وَ جَعَلَ يَزِيدُهُ فَيَأْبَى أَنْ يَبِيعَ فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ(ص) قَالَ لَهُ لَكَ عَذْقٌ فِي الْجَنَّةِ فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ ذَلِكَ فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ(ص) الْأَنْصَارِيَّ أَنْ يَقْلَعَ النَّخْلَةَ فَيُلْقِيَهَا إِلَيْهِ وَ قَالَ لَا ضَرَرَ وَ لَا إِضْرَارَ.»[1] در این نقل، گفت‌وگوهای دو نفر نیز ذکر شده است؛ مثلاً مرد انصاری به سمره می‌گوید: در خانه، زنان بدون حجاب هستند و تو برای داخل‌شدن اجازه بگیر تا زنان حجاب بگیرند یا از حیاط خارج شوند و سپس داخل شو و سمره می‌گوید: درخت من است و هر زمان بخواهم وارد می‌شوم. این فقره در کافی به‌صورت «فَكَلَّمَهُ الْأَنْصَارِيُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ إِذَا جَاءَ فَأَبَى سَمُرَةُ» بیان شده است. در قسمت انتهایی حدیث نیز تفاوت‌های نقل به معنا دیده می‌شود که نکتهٔ فرعی است و تأثیری در استظهار از روایت ندارد.

۲. ۲. مرسلهٔ ابن‌مسکان از زراره

کلینی روایت را این‌طور نقل می‌کند: «عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ بُنْدَارَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُسْكَانَ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ(ع) قَالَ: إِنَّ سَمُرَةَ بْنَ جُنْدَبٍ كَانَ لَهُ عَذْقٌ وَ كَانَ طَرِيقُهُ إِلَيْهِ فِي جَوْفِ مَنْزِلِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ فَكَانَ يَجِيءُ وَ يَدْخُلُ إِلَى عَذْقِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ مِنَ الْأَنْصَارِيِّ فَقَالَ لَهُ الْأَنْصَارِيُّ يَا سَمُرَةُ لَا تَزَالُ تُفَاجِئُنَا عَلَى حَالٍ لَا نُحِبُّ أَنْ تُفَاجِئَنَا عَلَيْهَا فَإِذَا دَخَلْتَ فَاسْتَأْذِنْ فَقَالَ لَا أَسْتَأْذِنُ فِي طَرِيقٍ وَ هُوَ طَرِيقِي إِلَى عَذْقِي قَالَ فَشَكَا الْأَنْصَارِيُّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ(ص) فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ(ص) فَأَتَاهُ فَقَالَ لَهُ إِنَّ فُلَاناً قَدْ شَكَاكَ وَ زَعَمَ أَنَّكَ تَمُرُّ عَلَيْهِ وَ عَلَى أَهْلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسْتَأْذِنْ عَلَيْهِ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَدْخُلَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَسْتَأْذِنُ فِي طَرِيقِي إِلَى عَذْقِي فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ(ص) خَلِّ عَنْهُ وَ لَكَ مَكَانَهُ عَذْقٌ فِي مَكَانِ كَذَا وَ كَذَا فَقَالَ لَا قَالَ فَلَكَ اثْنَانِ قَالَ لَا أُرِيدُ فَلَمْ يَزَلْ يَزِيدُهُ حَتَّى بَلَغَ عَشَرَةَ أَعْذَاقٍ فَقَالَ لَا قَالَ فَلَكَ عَشَرَةٌ فِي مَكَانِ كَذَا وَ كَذَا فَأَبَى فَقَالَ خَلِّ عَنْهُ وَ لَكَ مَكَانَهُ عَذْقٌ فِي الْجَنَّةِ قَالَ لَا أُرِيدُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ(ص) إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ وَ لَاضَرَرَ وَ لَاضِرَارَ عَلَى مُؤْمِنٍ قَالَ ثُمَّ أَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ(ص) فَقُلِعَتْ ثُمَّ رُمِيَ بِهَا إِلَيْهِ وَ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ(ص) انْطَلِقْ فَاغْرِسْهَا حَيْثُ شِئْتَ.»[2] در این نقل، مانند نقل صدوق، گفت‌وگوهایی بین انصاری و سمره نقل شده است، ولی نقل ابن‌مسکان از زراره نکات بیشتری نسبت به نقل کتاب من لایحضره الفقیه دارد. به جای «اخبره الخبر» نیز مفاد شکایت انصاری از سمره نزد رسول الله(ص) بیان شده است. در نقل قبل نیز تنها تعبیر «ساومه» بیان شده است که به‌معنای چانه‌زنی در قیمت است، اما در این نقل نحوهٔ چانه‌زنی را بیان کرده است.

این روایت به‌دلیل وجود «بعض اصحابنا» در سندش، مرسله به شمار می‌رود. به‌دلیل مرسله‌بودن

---

۱. ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۲۳۳/۳.

۲ کلینی، الکافی، ۲۹۴/۵.

روایت، اکثر فقها حجیت این مرسله را قبول نکرده‌اند. البته برخی از محققان معتقدند: اگر دو روایت مشابه که متن آن‌ها تفاوت اندکی دارد، به‌گونه‌ای باشد که انگیزهٔ عقلایی در جعل و اضافه‌کردن این تفاوت‌ها وجود نداشته باشد، نقل ضعیف نیز اعتبار پیدا می‌کند؛ زیرا الغای احتمال خطا به‌علت اصل عقلایی ضابط‌بودن و عدم‌خطای راوی است و از این نظر، تفاوتی بین ثقه و غیرثقه در آن وجود ندارد و همان‌گونه که اصل عدم‌خطا در ثقه جریان دارد، در غیرثقه نیز جاری خواهد بود. تنها فایدهٔ ادلهٔ حجیت خبر واحد، الغای احتمال تعمد کذب است. حال اگر در موردی احتمال تعمد بر کذب ولو باتوجه‌به مقایسهٔ با روایت صحیح منتفی باشد، ازنظر عقلایی اعتبار روایت ثابت می‌شود.[1]

البته از راه دیگری نیز می‌توان روایت مذکور را توثیق کرد. محمدبن‌خالد برقی که در سند به‌صورت «ابیه» تعبیر شده است، روایت مرسله را از «بعض اصحابنا» نقل کرده است. تعبیر «بعض اصحابنا» به زیرگروه‌های امامیه اطلاق می‌شود. از سوی دیگر، شیخ طوسی در کتاب العدة فی اصول الفقه می‌فرماید: «إذا کان الراوی من فرق الشیعة مثل الفطحیة، و الواقفة، و الناووسیة و غیرهم نظر فیما یرویه: فإن کان هناک قرینة تعضده، أو خبر آخر من جهة الموثوقین بهم، وجب العمل به.»[2] این تعبیر نشان می‌دهد که اخبار صادرشده از زیرگروه‌های امامیه چنانچه با اخبار موثوق‌الصدوری موافقت داشته باشد، می‌بایست به آن اخبار عمل کرد. باوجود موثقهٔ ابن‌بکیر که در حجیت آن شکی نیست، می‌توان به مرسلهٔ عبدالله‌بن‌مسکان نیز عمل کرد؛ زیرا ازنظرِ مضمونی کاملاً به موثقهٔ عبدالله‌بن‌بکیر نزدیک است.[3] البته دو تعبیر «إنک رجل مضارّ» و «علی مؤمن» در مرسله وجود دارد که در موثقهٔ قبلی موجود نیست. توضیحات لازم در این خصوص در قسمت تخریج متن روایات خواهد آمد.

۲. ۳. صحیحهٔ ابی‌عبیده حذاء

این روایت مسند از صدوق در کتاب من لایحضره الفقیه به این صورت آمده است: «رَوَی الْحَسَنُ الصَّیْقَلُ عَنْ أَبِی‌عُبَیْدَةَ الْحَذَّاءِ قَالَ قَالَ أَبُوجَعْفَرٍ(ع) کَانَ لِسَمُرَةَبْنِ‌جُنْدَبٍ نَخْلَةٌ فِی حَائِطِ بَنِی‌فُلَانٍ فَکَانَ إِذَا جَاءَ إِلَی نَخْلَتِهِ نَظَرَ إِلَی شَیْءٍ مِنْ أَهْلِ الرَّجُلِ یَکْرَهُهُ الرَّجُلُ قَالَ فَذَهَبَ الرَّجُلُ إِلَی رَسُولِ اللَّهِ(ص) فَشَکَاهُ فَقَالَ یَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ سَمُرَةَ یَدْخُلُ عَلَیَّ بِغَیْرِ إِذْنِی فَلَوْ أَرْسَلْتَ إِلَیْهِ فَأَمَرْتَهُ أَنْ یَسْتَأْذِنَ حَتَّی تَأْخُذَ أَهْلِی حِذْرَهَا مِنْهُ فَأَرْسَلَ إِلَیْهِ رَسُولُ‌اللَّهِ(ص) فَدَعَاهُ فَقَالَ یَا سَمُرَةَ مَا شَأْنُ فُلَانٍ یَشْکُوکَ وَ یَقُولُ یَدْخُلُ بِغَیْرِ إِذْنِی فَتَرَی مِنْ أَهْلِهِ مَا یَکْرَهُ ذَلِکَ یَا سَمُرَةُ اسْتَأْذِنْ إِذَا أَنْتَ دَخَلْتَ ثُمَّ قَالَ رَسُولُ‌اللَّهِ(ص) یَسُرُّکَ أَنْ یَکُونَ لَکَ عَذْقٌ فِی الْجَنَّةِ بِنَخْلَتِکَ قَالَ لَا قَالَ لَکَ ثَلَاثَةٌ قَالَ لَا قَالَ مَا أَرَاکَ یَا سَمُرَةُ إِلَّا مُضَارّاً اذْهَبْ یَا فُلَانُ فَاقْطَعْهَا وَ اضْرِبْ بِهَا

---

۱. شبیری زنجانی، «درس خارج اصول».

۲. طوسی، العده فی اصوال الفقه، ۱۵۰/۱.

۳. خمینی، القواعد الفقهیة، ۲۶/۱.

وَجْهَه»،[۱] این روایت، تلخیص‌شدهٔ روایات قبلی است و به جزئیات داستان نپرداخته است.

همان‌طور که ذکر شد شیخ صدوق سند روایت را به‌صورت حسن صیقل از ابی‌عبیده الحذاء از امام باقر(ع) آورده است. نجاشی، ابوعبیده الحذاء را به وثاقت توصیف کرده است.[۲] دربارهٔ سند این روایت دو بحث وجود دارد: ۱. وثاقت الحسن‌بن‌زیاد الصیقل؛ ۲. طریق شیخ صدوق به حسن صیقل.

دربارهٔ وثاقت الحسن‌بن‌زیاد الصیقل در منابع رجالی اطلاعاتی وجود ندارد. محدث نوری تلاش می‌کند به دو دلیل وثاقت او را اثبات کند.[۳] شیخ الشریعه، این دو دلیل را توسعه می‌دهد. دلیل اول آن است که پنج نفر از اصحاب اجماع از حسن صیقل روایت نقل کرده‌اند. این پنج نفر عبارت‌اند از: عبدالله‌بن‌مسکان، حمادبن‌عثمان، ابان‌بن‌عثمان از طبقهٔ دوم اصحاب اجماع و یونس‌بن‌عبدالرحمن و فضالةبن‌ایوب از طبقهٔ سوم اصحاب اجماع. دلیل دوم نیز روایت‌کردن بسیاری از بزرگان راویان از اوست که دال بر وثاقت اوست.[٤]

آیت‌الله سیستانی ادلهٔ شیخ الشریعه را به چالش کشیده و معتقد است: اثبات وثاقت راوی از طریق نقل روایت اصحاب اجماع از او مبتنی بر یکی از دو مقدمهٔ زیر است که هیچ‌کدام پذیرفتنی نیست. مقدمهٔ اول آن است که تعبیر کشی در «قد اجمعت العصابة علی تصحیح ما یصح عنهم»،[٥] باید به‌معنای صحت روایت اصحاب اجماع باشد تا به‌منزلهٔ توثیق روایت تلقی شود. این مقدمه پذیرفتنی نیست و از این عبارت فقط توثیق اصحاب اجماع استفاده می‌شود، نه صحت روایات آن‌ها. تصحیح روایات اصحاب اجماع نیز اعم از توثیق مشایخ آن‌هاست؛ یعنی بر فرض دلالت تعبیر کشی بر تصحیح روایت، این عبارت نظارتی به توثیق مشایخ آنان ندارد.

مقدمهٔ دوم آن است که نقل بزرگان اصحاب از راوی سبب کشف وثاقت او باشد؛ به این بیان که، اجلای اصحاب از راوی ضعیف روایت نمی‌کنند. این مقدمه نیز به‌صورت قاعدهٔ کلی ثابت نشده و تنها در حق صفوان، ابن‌ابی‌عمیر و بزنطی این مطلب پذیرفتنی است.[٦] البته از تعبیر کشی در اصحاب اجماع، سه برداشت مختلف وجود دارد. آیت‌الله سیستانی این تعبیر را فقط دالّ بر وثاقت اصحاب اجماع می‌داند؛ اما برخی مثل محدث نوری بیان می‌کند: منشأ تصحیح احادیث اصحاب اجماع، وثاقت به معنی‌الأعم راویان است؛ به این معنا که، وثاقت راویان از روایت اصحاب اجماع به دست می‌آید، لیکن امامی‌بودن آنان اثبات

---

۱. ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۱۰۳/۳.
۲. نجاشی، رجال، ۱۷۰.
۳. نوری، خاتمة مستدرك الوسائل، ۲۴۰/۴.
٤. شریعت اصفهانی، قاعدة لاضرر، ۳۴.
٥. کشی، رجال، ۳۷۵/۱.
٦. سیستانی، قاعدة لاضرر و لاضرار، ۱۹.

نمی‌شود.[۱]

سیدمحمدجواد شبیری معتقد است: حتی درصورتی‌که از عبارت کشی، توثیق مشایخ اصحاب اجماع استفاده نشود، باز هم ممکن است بتوان از سخن شیخ‌الشریعه وثاقت حسن صیقل را اثبات کرد؛ توضیح آنکه، ممکن است نظر ایشان دربارهٔ حسن صیقل این باشد که نقل پنج نفر از اصحاب اجماع از یک راوی سبب توثیق اوست، زیرا اعتماد پنج نفر از اصحاب اجماع بر یک راوی به‌علت قرائن خارجی بعید است. پس تعدد اصحاب اجماع در نقل از یک راوی، قرینه بر اعتماد به یک راوی است.

ایشان دربارهٔ دلیل دوم شیخ‌الشریعة هم می‌فرماید: هرچند نفس نقل روایت بزرگان از راوی سبب توثیق راوی نیست، اما ممکن است محدث نوری و شیخ‌الشریعه به قاعدهٔ دیگری برای توثیق حسن صیقل تمسک کرده باشند. ایشان معتقد است اکثر روایت اجلاء، کاشف از وثاقت مروی‌عنه است و مبنای توثیق روات با اکثار اجلاء، متفاوت از توثیق روات با نقل روایت اصحاب اجماع و جلیل است. مطابق این احتمال، اشاره به نقل اصحاب اجماع از حسن صیقل در کلام این بزرگان نیز به‌دلیل صغرای اکثار اجلاست، نه آنکه به قاعدهٔ توثیق مشایخ اصحاب اجماع تمسک کرده باشند.[۲]

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: چنانچه از قرائنی پی بردیم استادی که اجلاء از او فراوان روایت داشته‌اند، از راویانی بوده است که صرفاً آثار سایرین را انتقال داده است، نمی‌توان به وثاقت او حکم کرد؛ زیرا غرض اصلی فقط انتقال اصل کتاب به نسل‌های آینده بوده است تا در بستر آن، اعتبارسنجی کتاب برای سایر دانشمندان فراهم باقی بماند. بنابراین، ذکر نام راوی طریقی در سلسلهٔ سند صرفاً برای آن است که سند حدیث مسند بماند و سلسله راویان قطع نشود، وگرنه توثیق یا تضعیف راوی طریقی، اثر مستقیمی در اعتبار مجموعه احادیث منتقل شده ندارد؛ چراکه اعتبارسنجی کتاب منتقل‌شده به شاگردان با قرائن نسخه‌شناسی اتفاق می‌افتاد و این‌طور نبوده است که وثاقت یا ضعف شیخ، اجازه، اثری در اعتبار کتاب داشته باشد، زیرا غالباً نسخه‌های دیگر آن کتاب توسط افراد دیگر نوشته می‌شد و مقایسه با نسخه‌های دیگر آن کتاب، این امکان را فراهم می‌کرد که صحت انتساب آن کتاب به نویسنده‌اش روشن شود. در همین راستا، مجلسی اول در بررسی سند «کلینی عن عدة من اصحابنا عن سهل‌بن‌زیاد عن ابن‌ابی‌نجران عن مثنی الحناط عن ابی‌بصیر» می‌گوید: «و الظاهر اخذه من کتاب ابن‌ابی نجران او کتاب ابی‌بصیر، فلایضرُّ ضعف سهل‌بن‌زیاد، لانه من مشایخ الإجازة.»[۳]

بنابراین، بزرگان فقها تلاش کردند تا وثاقت حسن صیقل را به روش‌های متعددی اثبات کنند، اما نظر

---

۱. نوری، خاتمة مستدرك الوسائل، ۲۷/۷.

۲. شبیری زنجانی، «درس خارج اصول».

۳. مجلسی، روضة المتقین، ۵۱۴/۴.

مختار در بحث آن است که می‌توان صحت صدور این سند را بدون نیاز به اثبات وثاقت حسن صیقل به‌طور دیگر نتیجه گرفت؛ زیرا قرائنی وجود دارد که نشان می‌دهد حسن صیقل صاحب کتاب نبوده است، بلکه در طریق کتب راویان دیگر قرار دارد. یکی از قرائن بر صاحب کتاب‌نبودن حسن صیقل، ترجمه‌نشدن او در فهرست نجاشی و فهرست شیخ است که در این دو کتاب، اسماء مصنفان گردآوری شده است. صرف کثرت روایت حسن صیقل نیز قرینه بر صاحب کتاب‌بودن او نیست. زرارةبن‌اعین که در طبقهٔ اول راویان قرار دارد، باوجود روایات کثیری که از او در ابواب مختلف نقل شده است، تنها یک کتاب در استطاعه و جبر دارد.[1] در طبقه‌های بعدی نیز امکان دارد راویان فقط طریق به کتب باشد و به همین دلیل، روایات کثیری از آن‌ها نقل شده باشد، درحالی‌که خود، صاحب کتاب نباشند.

البته شیخ صدوق در ابتدای کتاب من لایحضره الفقیه شهادت می‌دهد: «من تنها صرفاً به نقل همهٔ روایات روایان حدیث اکتفا نکردم، بلکه روایاتی را در کتاب نقل می‌کنم که براساس آن فتوا می‌دهم و آن‌ها را صحیح می‌دانم و معتقدم که این روایات، حجت من نزد پروردگارم است و همهٔ روایاتی که نقل می‌کنم از کتب روایی مشهوره استخراج کردم که درخورِ اعتماد هستند»،[2] اما دربارهٔ شهادت شیخ صدوق باید گفت: نه راویان واقع‌شده در ابتدای اسناد کتاب، همگی صاحب کتاب‌اند و نه اعتبار همه‌جانبهٔ منابع کتاب را می‌رساند؛ بلکه شهادت شیخ صدوق، تنها درصدد بیان اعتبار نسبی و فی‌الجمله منابع خود است، نه اعتبار بالجمله و صددرصدی آن‌ها. ازاین‌رو، نمی‌توان حکم شیخ صدوق را در مقدمهٔ کتاب مبنی‌بر مرجع و مورداعتمادبودن کتاب‌ها، بر صاحب تألیف‌بودن و وثاقت افراد ابتدای اسناد حمل کرد.[3] بنابراین، باتوجه‌به قرائن مذکور می‌توان گفت: حسن صیقل، طریق به کتاب ابوعبیدة الحذاء بوده است و از این نظر نیاز به اثبات وثاقت او نیست.

اما دربارهٔ طریق شیخ صدوق به روایت حسن صیقل نیز مباحثی مطرح است. شیخ صدوق در مشیخه می‌گوید: «و ما کان فیه عن الحسن الصیقل فقد رویته عن محمدبن‌موسی‌بن‌المتوکل، رضی‌الله عنه، عن علی‌بن‌الحسین السعدآبادی، عن احمدبن‌ابی‌عبداللّه البرقی عن أبیه، عن یونس‌بن‌عبدالرحمن، عن الحسن‌بن‌زیاد الصیقل الکوفی»،[4] همان‌طور که قبلاً ذکر شد شیخ صدوق تصریح می‌کند که تمام روایات الفقیه از کتب مشهوره اخذ شده است. ازآنجایی‌که حسن صیقل صاحب کتاب نیست، قاعدتاً شیخ صدوق می‌بایست روایت را از کتب یکی دیگر از افراد واقع در سند اخذ کرده باشد. از بین راویان موجود در مشیخه، محمدبن‌موسی‌بن‌المتوکل و علی‌بن‌الحسین السعدآبادی نیز صاحب کتاب نیستند. پس این روایت

۱. نجاشی، رجال، ۱۷۵.

۲. ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۳/۱.

۳. حسینی شیرازی، «واکاوی نظریهٔ وقوع در مشیخه من لایحضره الفقیه و دلالت آن بر وثاقت مؤلف با تأکید بر کتاب «النّوادر» ابراهیم‌بن‌هاشم قمی»، ۲۱.

۴. ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۴۹۶/۴.

یا از کتاب احمدبن‌ابی‌عبدالله برقی یا از کتاب محمدبن‌خالد یا از کتاب یونس‌بن‌عبدالرحمن اخذ شده است. محمدبن‌موسی‌بن‌المتوکل و علی‌بن‌الحسین السعدآبادی در طریق به کتاب هستند، لذا نیازی به بررسی سندی طریق به کتب نیست و درنتیجه نیازی به اثبات وثاقت این دو راوی وجود ندارد. شیخ‌الشریعه می‌گوید: سعدآبادی نیاز به تنصیص عدالت و وثاقت ندارد، زیرا او شیخ اجازۀ کتب برقی بوده است و ازآنجایی‌که کتب برقی متواتر است، حتی ضعف سعدآبادی هم لطمه‌ای به سند روایت نمی‌زند.[1]

امکان دارد روایت از کتاب احمدبن‌ابی‌عبدالله برقی یا کتاب یونس نیز اخذ نشده و نوعی تعویض سند در آن رخ داده باشد، مثلاً اصل روایت از کتاب کافی اخذ شده باشد که طریق کلینی به آن این‌طور است: «علی‌بن‌ابراهیم عن ابیه عن اسماعیل‌بن‌مرار عن یونس‌بن‌عبدالرحمن» و شیخ صدوق، روایت را از کتاب کافی اخذ کرده و طریق خود به یونس‌بن‌عبدالرحمن را جایگزین کرده است. با این احتمال نمی‌توان گفت محمدبن‌موسی‌بن‌المتوکل و علی‌بن‌الحسین السعدآبادی، طریق به کتاب باشند، اما برای اثبات صحت طریق مشیخه می‌توان گفت: تعویض سند در مواردی به کار می‌رفته که سند شناخته‌شده باشد و بحثی در وثاقت آن وجود نداشته باشد. بنابراین، با جمع بین دو بیان می‌توان گفت: یا در سند مورد بحث، تعویض سند رخ نداده است که در این صورت، روایت از کتاب یکی از افراد واقع در مشیخه اخذ شده و دیگر نیازی به بررسی وثاقت محمدبن‌موسی‌بن‌المتوکل و علی‌بن‌الحسین السعدآبادی نیست یا تعویض سند رخ داده است که در این صورت، طریق ظاهرالوثاقه‌ای وجود داشته که شیخ صدوق طریق سند را با طریق خود تعویض کرده است و در این صورت نیز نیازی به بررسی وثاقت محمدبن‌موسی‌بن‌المتوکل و علی‌بن‌الحسین السعدآبادی نیست.[2]

دربارۀ احمدبن‌محمدبن‌خالد برقی و یونس‌بن‌عبدالرحمن هم شکی ازنظرِ وثاقت وجود ندارد. در خصوص وثاقت محمدبن‌خالد برقی نیز قبلاً توضیحاتی ذکر شد. پس با توضیحاتی که دربارۀ راویان حدیث بیان شد، می‌توان گفت: این روایت، مسند و صحیح است و خدشه‌ای در سند آن وجود ندارد. حتی چنانچه ضعفی دربارۀ راویان حدیث وجود داشته باشد، ازآنجاکه این روایت متعاضد با روایات قبلی داستان سمرةبن‌جندب است، می‌توان همچنان به صحت آن حکم کرد.

۲. ۴. نقل روایات عامه

داستان سمره در منابع اهل‌سنت به‌نقل از ابوداود سلیمان‌بن‌الأشعث السجستانی از واصل مولی ابی‌عیینة به‌نقل از امام باقر(ع) به این صورت آمده است: «قَالَ سَمِعْتُ أَبَاجَعْفَرٍ مُحَمَّدَبْنَ‌عَلِيٍّ يُحَدِّثُ عَنْ سَمُرَةَبْنِ‌جُنْدُبٍ أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ عَضُدٌ مِنْ نَخْلٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ قَالَ وَ مَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ قَالَ فَكَانَ

---

۱. شریعت اصفهانی، قاعدۀ لاضرر، ۳۲تا۳۳.

۲. شبیری زنجانی، «درس خارج اصول».

سَمُرَةُ یَدْخُلُ إِلَی نَخْلِهِ فَیَتَأَذَّی بِهِ وَیَشُقُّ عَلَیْهِ فَطَلَبَ إِلَیْهِ أَنْ یَبِیعَهُ فَأَبَی فَطَلَبَ إِلَیْهِ أَنْ یُنَاقِلَهُ فَأَبَی فَأَتَی النَّبِیَّ(ص) فَذَکَرَ ذَلِکَ لَهُ فَطَلَبَ إِلَیْهِ النَّبِیُّ(ص) أَنْ یَبِیعَهُ فَأَبَی فَطَلَبَ إِلَیْهِ أَنْ یُنَاقِلَهُ فَأَبَی. قَالَ «فَهَبْهُ لَهُ و لَکَ کَذَا وَ کَذَا». أَمْرًا رَغَّبَهُ فِیهِ فَأَبَی فَقَالَ «أَنْتَ مُضَارٌّ». فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ(ص) لِلانصارِیّ اذْهَبْ فَاقْلَعْ نَخْله.»[1]

در نقل شرح نهج‌البلاغه، اثر ابن‌ابی‌الحدید، روایت از واصل از جعفربن‌محمدبن‌علی(ع) نقل شده است،[2] اما تعبیر «لاضرر و لاضرار» و صغرای آن در این نقل بیان نشده است. البته ظاهراً روایت از امام صادق(ع) نباشد، زیرا در تمام نقل‌ها از امام باقر(ع) روایت شده است. نکتهٔ مهمی که در همهٔ روایات اهل‌سنت وجود دارد آن است که در هیچ‌کدام، جملهٔ «لاضرر و لاضرار» وجود ندارد.

۳. تخریج روایت سمره برای استناد قاعدهٔ لاضرر

دربارهٔ داستان سمره چهار روایت مطرح شد که شامل صحیحهٔ حذاء، مرسلهٔ ابن‌مسکان، موثقهٔ ابن‌بکیر و یک روایت از عامه بود. از مجموع این روایات، اطمینان به وجود داستان سمره حاصل می‌شود، اما اینکه متن روایت برای استناد قاعدهٔ لاضرر کدام باشد، نیاز به بحث دارد. هر چهار روایت، منقول از امام باقر(ع) و ازلحاظ مضمون یکی است، اما در خصوص برخی قیود با هم اختلاف دارند. بنابراین، لازم است متن روایت ازنظرِ دو قید «لاضرر و لاضرار» و «علی مؤمن» بررسی شود تا روایت به‌منظور استناد قاعدهٔ لاضرر تخریج شده باشد.

۳. ۱. بررسی جملهٔ «لاضرر و لاضرار»

راویان همواره سعی می‌کردند معانی و مفاهیم کلام معصومان(ع) را به‌گونه‌ای نقل کنند که در حفظ الفاظ روایات، رعایت امانت حاصل شود. هرچند در روایتگری برخی از داستان‌های مربوط به احکام شریعت، برخی از جزئیات داستان به‌منظور اختصار کلام ذکر نمی‌شد و سبب می‌شد که الفاظ متفاوتی در نقل قضیه و داستانی استفاده شود، اما این خلاصه‌نویسی در اعتقاد راوی به‌گونه‌ای نبود که به اصل کلام معصوم(ع) آسیبی وارد کند.

البته ناگفته نماند که ائمه(ع) برای جلوگیری از خطا و اشتباه تأثیرگذار، فرهنگ نگارش کتب حدیثی را ترویج دادند و فرایند سماع و قرائت را به‌عنوان یکی از مطمئن‌ترین راه‌های انتقال حدیث نهادینه کردند. فرایند سماع و قرائت، سیره‌ای مستمره بین محدثان بوده که در طول تاریخ حدیث شیعه ترک نشده و تا حد زیادی در بین اصحاب متداول بوده است. سماع و قرائت نزد اصحاب به‌گونه‌ای بود که در صورت برداشت متفاوت راوی از روایت، مورد تصحیح استادش قرار می‌گرفت. شواهد زیادی برای این سیره ذکرشدنی

---

۱. ابوداود، سنن ابی‌داود، ۳۱۵/۳.

۲. ابن‌ابی‌الحدید، شرح نهج البلاغه لابن‌ابی‌الحدید، ۷۸/۴.

است که ازجمله می‌توان به این مورد اشاره کرد: علی‌بن‌الحسن‌بن‌فضال که از چهره‌های بسیار سرشناس راویان کوفه به شمار می‌رود، ۳۶ کتاب دارد که همهٔ این کتب توسط دو شاگردش ابن‌زبیر و ابن‌عقده به نسل‌های بعدی منتقل شده است. اصحاب، ۳۵ کتاب او را قبول دارند، ولی کتاب اصفیاء امیرالمؤمنین علیه السلام را نپذیرفتند؛ زیرا شاگردان ابن‌زبیر و ابن‌عقده فرایند سماع و قرائت را دربارهٔ این کتاب طی نکرده‌اند.[1] البته شواهدی زیادی بر وجود فرایند سماع و قرائت وجود دارد که در گسترهٔ این نوشتار نمی‌گنجد.

همان‌طور که قبلاً تبیین شد هر چهار روایت مذکور صادر هستند، اما جملهٔ لاضرر و لاضرار فقط در موثقهٔ عبدالله‌بن‌بکیر و مرسلهٔ ابن‌مسکان وجود دارد و در صحیحهٔ حذاء و روایات عامه ذکر نشده است. در روایت ابوعبیدهٔ حذاء، جزئیات بیشتری از داستان به‌دلیل اختصار نیامده است. مقایسهٔ روایت ابوعبیده حذاء با سایر روایات این داستان نشان می‌دهد راوی در مقام خلاصه‌گویی بوده و قصد ذکر جزئیات را نداشته است. ذکرنکردن جملهٔ لاضرر و لاضرار در متن این دو روایت به این دلیل بوده که راوی فکر می‌کرده است همین مقدار تعبیر در رساندن مقصود امام(ع) کافی است و نیازی به اضافه‌کردن این جمله نیست.

به نظر مختار، جملهٔ لاضرر و لاضرار در داستان سمره وجود دارد. هرچند این جمله در روایت ابی‌عبیده حذاء و روایات عامه نیامده است، اما به ضرری‌بودن کار سمره تصریح شده است؛ به این صورت که در حدیث سمره، پیامبر اکرم(ص) سمره را رجل مضار توصیف کرده‌اند. تعبیر مضارّ در صحیحهٔ ابوعبیده حذاء به‌صورت «قَالَ مَا أَرَاکَ یَا سَمُرَةُ إِلَّا مُضَارّاً» و در مرسلهٔ ابن‌مسکان به‌صورت «فَقَالَ لَهُ رَسُولُ‌اللَّهِ(ص) إِنَّکَ رَجُلٌ مُضَارٌّ» به کار رفته است. در روایات عامه نیز تعبیر «فَقَالَ أَنْتَ مُضَارٌّ» استعمال شده است. کلمهٔ مضارّ از باب مفاعله است و مصدر آن به‌صورت ضِرار استعمال می‌شود. بنابراین، قید ضرری‌بودن در همهٔ روایات به‌نوعی تصریح شده و می‌توان به اطمینان رسید که قید «لاضرر و لاضرار» در تخریج روایت ملحوظ بوده است.

۳. ۲. بررسی قید «علی مؤمن»

همان‌طور که گذشت فقط در نقل ابن‌مسکان از زراره قید «علی مؤمن» وجود دارد، ولی در نقل ابن‌بکیر از زراره، حدیث بدون این قید نقل شده است. روایات داستان سمره همگی به امام باقر(ع) بر می‌گردد و باتوجه‌به اختلافی که در متن روایات دیده می‌شود، به نظر می‌رسد راویان مختلف، روایت را از زراره شنیدند و سپس همگی یک مضمون را به صورت‌های مختلف روایت کردند. باتوجه‌به اختلاف قید «علی مؤمن» در متن این روایات، محل بحث آن است که آیا قید «علی مؤمن» را باید در تخریج نهایی روایات در نظر گرفت یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال می‌توان در سه سطح مختلف از آن بحث کرد: ۱. آیا

---

۱. نجاشی، رجال، ۲۵۸.

اساساً بودن یا نبودن قید «علی مؤمن» سبب تعارض در روایات می‌شود؟ ۲. در صورت تعارض بین روایات، آیا جمع عرفی بین آن‌ها برقرار است یا تعارض مستقر خواهد بود؟ ۳. در صورت تعارض مستقر، آیا مرجحی برای تقدیم یکی بر دیگری وجود دارد یا باید سراغ قواعد دیگر رفت؟

صورت‌بندی شهید صدر، زمینهٔ مناسبی را برای پاسخ به سؤال اول فراهم می‌کند که آیا بودن یا نبودن قید «علی مؤمن» سبب تعارض در روایات می‌شود یا خیر؟ ایشان در تحریر محل بحث، سه صورت را تصویر می‌کند: گاهی اوقات، وجود زیادت و عدم‌آن، در فهم معنای باقی عبارات، اثرگذار است و گاهی اثرگذار نیست و گاهی هم تردید داریم که عدم‌آن قید، در مابقی عبارت اثر دارد یا خیر؟

در صورت دوم، بین دو نقل تهافتی نیست و تعارضی هم شکل نمی‌گیرد. در صورت سوم، هرچند وجود قید زائد معنایی در عبارت دارد، اما اینکه نبود قید هم در معنا اثرگذار باشد، محل‌تردید است. ذکرنکردن زیادت توسط راوی زمانی شهادت به عدم‌آن قید به شمار می‌رود که عدم‌نقل او، اِخبار از نبودن آن قید باشد، درحالی‌که این مطلب روشن نیست و چه‌بسا راوی نقیصه، آن قید را به‌سبب کم‌اهمیتی آن ذکر نکرده باشد، نه از آن نظر که دنبال شهادت به عدم‌قید بوده است. پس شهادت به عدم‌احراز نمی‌شود تا با شهادت به زیادت تعارضی حاصل شود. تا جایی هم که تعارض احراز نشود، قول راوی زیاده پذیرفته می‌شود. اما در صورت اول که وجود زیادت یا نبودن آن مؤثر در معناست، داخل بحث تعارض می‌شود. چون راوی نقیصه، شهادت به نبودن زیادت مغیر معنا می‌دهد و راوی زیادت هم شهادت به وجود قید زائد می‌دهد که نتیجهٔ آن، تعارض بین دو شهادت است.[1]

پاسخ به سؤال اول آن است که وجود یا نبودن قید «علی مؤمن» در برداشت از روایت سمره مؤثر است. وجود قید «علی مؤمن» با نهی از حرمت اضرار به غیر سازگار است که مسئولیت کیفری را به دنبال دارد. اما نبود قید «علی مؤمن» با نفی تشریع حکم ضرری تناسب دارد که مسئولیتی مدنی و حقوقی است. متن قاعدهٔ لاضرر نیز نسبت به قید «فی الإسلام» محل اختلاف است و این قید می‌تواند در برداشت از روایت مؤثر باشد، اما ازآنجایی‌که در روایات مربوط به داستان سمره، قید «فی‌الإسلام» وجود ندارد؛ تخریج این قید در حدیث لاضرر از موضوع این تحقیق بیرون است و بررسی نمی‌شود. لازمهٔ مسئولیت مدنی آن است که منوط به قصد و علم و اختیار نیست، برخلاف کیفری‌بودن. تفاوت دیگر آن است که در مسئولیت کیفری، جریمه‌ای که قانون وضع می‌کند توسط قاضی افزایش‌یافتنی است، لکن اگر به‌عنوان مسئولیت مدنی باشد درخورِ افزایش نیست، چون شارع با لحاظ ضرر وارده به‌عنوان مسئولیتی مدنی حکم به جبران کرده و قاضی حق ندارد بر آن بیفزاید.[2] البته به نظر می‌رسد راوی، همین مقدار از الفاظ را در رساندن

---

۱. صدر، قاعدة لاضرر و لاضرار، ۱۰۱تا۱۰۲.

۲. طهوری، احکام و آثار ضرر در روابط و تعاملات جهان معاصر، ۱۹۶.

مقصود امام(ع) کافی می‌دانسته و همین امر سبب شده است که قید «علی مؤمن» را حذف کند. شاهد بر این مدعا آن است که در بستر فرایند سماع و قرائت وقتی روایت ابن‌مسکان یا ابن‌بکیر بر زراره قرائت می‌شود، زراره تفاوتی در اصل معنا بین دو نقل برداشت نکرده و هر دو را تأیید کرده است. پس تعارضی بین آن دو نقل نزد زراره نبوده است، اما به‌مرور زمان، معنای حدیث از این نظر دچار اجمال شده و برداشت‌های متفاوتی برای فقها شکل گرفته است.

در این حالت، بین دو روایت تعارض برقرار است؛ به این‌گونه که عبارت «لاضرر و لاضرار» دلالت بر نفی تشریع احکام ضرری دارد و عبارت «لاضرر و لاضرار علی مؤمن» به‌معنای حرمت اضرار به غیر است. در این حالت، سؤال دوم آن است که آیا می‌توان بین آن دو جمع عرفی کرد و تعارض را برطرف کرد؟ آیت‌الله سیدموسی شبیری زنجانی معتقد است: این تعارضی بدوی است و می‌توان بین دو شهادت جمع عرفی کرد؛ توضیح آنکه، هرچند ظاهر کلام هر دو راوی، شهادت است، ولی عرف به قرینهٔ شهادتِ اثباتی، از ظهور کلام در شهادت به عدم، رفع ید می‌کند؛ یعنی کلام راوی نقیصه هرچند ممکن است شهادت بر عدم به شمار آید، ولی به قرینهٔ روایت دیگر می‌بایست آن را حمل بر عدم‌شهادت کرد و درنهایت، روایتِ دارای قید زائد را بر روایت نقیصه مقدم کرد؛ مثلاً دو نفر از یک سخنرانی گزارش می‌دهند که یکی ده صفحه و دیگری دوازده صفحه است. ابتدا با دیدن نقل ده‌صفحه‌ای خیال می‌کنیم در مقام بیان کامل بحث است، ولی با دیدن نقل دوازده‌صفحه‌ای می‌فهمیم نقل ده‌صفحه‌ای با اینکه در مقام اختصار کامل نیست، ولی فی‌الجمله اختصاری داشته و برخی نکات نه‌چندان مهم را حذف کرده است.[1] در تأیید این نظر می‌توان گفت: نقل متضمن «علی مؤمن» نقل مفصل‌تری است. مراجعه به متن دو حدیث روشن می‌کند حدیث ابن‌مسکان که متضمن زیادت است نسبت به حدیث ابن‌بکیر که زیادت «علی مؤمن» را ندارد، مفصل‌تر است. پس معلوم می‌شود مبنای راوی در نقل ابن‌بکیر بر تلخیص است و طبیعی است قید «علی مؤمن» را نقل نکند، چون کسی که در مقام تلخیص است نکات مهم و برجستهٔ حدیث را نقل می‌کند.

البته آیت‌الله سیستانی در نقد این مطلب می‌فرمایند: تلخیص در مقدمات قضیه وجود دارد، ولی در اصل قضیه تلخیص نخواهیم داشت. بین بخش‌های حدیث که مقدمات کلام است و اصل مطلب که حکم شرعی است باید تفاوت قائل شد. در مطلب اصلی خیلی تلخیص نیست، خصوصاً که «علی مؤمن» دو کلمه بیشتر نیست و در حدیثی که چند خط است، دو کلمه نقش مهمی ندارد که بخواهد تلخیص شود.[2] در پاسخ باید گفت: ابن‌بکیر درصدد بیان اصل مطلبی بوده است که آن را فرا گرفته بود. بنابراین، گزارش داستان را خلاصه کرده اما در قسمت پایانی و نهایی حدیث نیز قیودی را که مهم بوده، ذکر کرده است، ولی

۱. شبیری زنجانی، «درس خارج اصول».

۲. سیستانی، قاعدهٔ لاضرر و لاضرار، ۱۰۰تا۱۰۱.

در نظر ایشان قید «علی مؤمن» اهمیت به‌سزایی در محتوا نداشته است تا بخواهد آن را منعکس کند.

سؤال سوم آن است که چنانچه تعارض بین دو روایت، تعارض مستقر فرض شود؛ بدین‌گونه که راوی قید زائد، شهادت بر زیادت قید و راوی نقیصه، شهادت بر نقصان دهد، در این صورت به چه قاعده‌ای می‌بایست تمسک کرد؟

در همهٔ تعارضات بین ادله، قاعدهٔ عمومی آن است که چنانچه مرجحی در مقام موجود نباشد، اصل تساقط ادله است. برخی از فقها در محل بحث به اصل ثانوی عدم‌زیادت تمسک کرده و از این نظر قائل به تقدیم جانب زیادت بر جانب نقیصه شده‌اند. دو احتمال اصلی دربارهٔ اصل عدم‌زیادت وجود دارد: احتمال اول آنکه، این اصل، تطبیقی برای ترجیح صدوری باشد، نه اصلی مستقل؛ توضیح آنکه، اصل عدم‌زیادت کاشف از مزیتی نوعیه در طرف زیادت است که سبب اقربیت صدور طرف زائد بر جانب نقیصه می‌شود. احتمال دوم از اصل عدم‌زیادت آن است که این قاعده اصلی مستقل باشد، نه آنکه مصداقی برای مرجحات باب تعارض.[1] شیخ‌الشریعه معتقد است این قاعده اصلی مسلّم و رایج است. محقق نائینی نیز آن را تأیید می‌کند.[2] برای اثبات اصل عدم‌زیادت به دو وجه می‌توان استدلال کرد:

أ. احتمال غفلت در جانب زیادت نسبت به احتمال غفلت در جانب نقیصه احتمال ضعیف‌تری است؛ زیرا غفلت به‌معنای ازیادبردن متناسب با ترک قید است و نه زیادت آن. بر این استدلال می‌توان اشکال کرد که محور ترجیح فقط بر اساس احتمال غفلت نیست، زیرا برای زیادت و نقصان می‌توان منشأهای دیگری نیز در نظر گرفت؛ مثلاً تحقق زیادت ممکن است بر اساس نقل به‌معنای راوی باشد که باتوجه‌به فهمی که از قرائن روایت داشته است، قیدی را اضافه کرده باشد و تحقق نقیصه هم می‌تواند ناشی از اختصار نقل راوی باشد.

ب: تنها توجیهی که برای زیادت قید وجود دارد عبارت است از آنکه راوی ثقه دچار غفلت شده است که این احتمال با اصل عدم‌غفلت منتفی است. اما برای جهت نقیصه می‌توان توجیهات بیشتری ارائه کرد؛ مثل رعایت اختصار، فهم اشتباه در تساوی معنا در فرض وجود یا عدم‌وجود قید. این استدلال نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اولاً، علت زیادت همان‌طور که گذشت منحصر در غفلت راوی نیست، بلکه می‌تواند ناشی از نقل به‌معنای راوی باشد که بر اساس قرائن محتوایی به‌دلیل تناسبات حکم و موضوع یا قرائن مقامیه شکل گرفته باشد؛ ثانیاً، صرف وجود محتملات کمتر به‌تنهایی معیار مناسبی نیست، بلکه درجهٔ احتمال در هر طرف هم اهمیت به‌سزایی دارد.

آیت‌الله سیستانی نیز معتقد است: اولاً، اصل عقلایی برای تقدیم جانب زیادت وجود ندارد، زیرا معیار

---

۱. سیستانی، قاعدهٔ لاضرر و لاضرار، ۹۶تا۹۹.

۲. شریعت اصفهانی، قاعدهٔ لاضرر، ۱۲؛ نائینی، منیة الطالب، ۱۹۱.

نزد عقلا رسیدن به وثوق و اطمینان است و در موارد مختلفی ممکن است جانب نقیصه مقدم باشد و این‌طور نیست که بتوان ادعا کرد در تمامی موارد، اطمینان به وجود قید زائد حاصل می‌شود؛ ثانیاً، چنین اصلی در میان علمای اهل‌سنت و شیعه اجماعی نیست. الزیلعی، از علمای اهل‌سنت این قاعده را اجماعی نمی‌داند. محقق نائینی نیز این قاعده را درصورتی نمی‌پذیرد که راوی قید زائد، یک نفر و راویان نقیصه، متعدد باشد؛[1] زیرا در مواردی که راوی نقیصه متعدد باشد، این احتمال که همۀ راویان به‌دلیل اختصار، قید زائد را ذکر نکرده باشند احتمال بعیدی است، بلکه به‌عکس، تقدیم روایت همراه با قید زائد، منجر به تصرف در ظهور روایت‌های متعدد می‌شود. نظیر این بحث در جایی مطرح می‌شود که عام‌های متعدد در مقابل خاصی قرار گیرد. در این حالت بعید است با خاصی بتوان همۀ عام‌ها را تخصیص زد، بلکه برعکس، در صدور آن خاص تردید می‌شود. پس تقدیم روایت با قید زائد را به‌نحو موجبۀ کلیه نمی‌توان قبول کرد.

باتوجه‌به اشکالات مطرح‌شده نمی‌توان اصل عدم‌زیادت را خواه اصلی مستقل باشد و خواه مرجحی برای رفع تعارض، به‌عنوان اصلی ثانوی در تعارض ادله قبول کرد. پس می‌بایست به قواعد عمومی در تعارض، ترجیح و تساقط رجوع کرد.

محقق نائینی مرجحاتی را برای ترجیح روایت فاقد زیاده ارائه می‌دهد که عبارت‌اند از: ویژگی اول، تعدد روات نقیصه و وحدت راوی زیادت است. ویژگی دوم اینکه، محتمل است راوی زیادت، به تناسب حکم و موضوع این قید را افزوده باشد؛ به این بیان که، این قاعدۀ امتنانی است و امتنان با مؤمن سازگار است، نه کافر که باید با او شدت ورزید. شهید صدر دو ویژگی مذکور را تمام نمی‌داند. دربارۀ تعدد روات می‌گوید: اگر مراد از تعدد، مطلق نقل‌های حدیث لاضرر است که ربطی به حدیث سمره ندارد و قرینه برای آن به شمار نمی‌رود و اگر منظور، نقل‌های قضیۀ سمره است که این زیادت در نقلی وجود دارد و در نقلی دیگر وجود ندارد. در باقی روایت‌ها هم عبارت «لاضرر و لاضرار» نیست. ایشان دربارۀ دلیل دوم محقق نائینی این‌طور توضیح می‌دهد که اگر مراد ایشان این است که قید «علی مؤمن» به‌سبب شدت ارتباط کلام با آن از باب تداعی معانی افزوده شده باشد، طبیعی است چنین تداعی معانی به این روشنی وجود ندارد و چنین برداشتی از منظور محقق نائینی نیز بعید است. اما اگر مراد این است که مناسبات حکم و موضوع که مرتکز در ذهن عرف و متشرعان است سبب انصراف مطلق به مقید می‌شود، باز هم صحیح نیست؛ زیرا عکس این حالت هم ممکن است که پیامبر(ص) مقید فرموده باشند و راوی به‌دلیل اتکای بر انصراف مطلق به مقید، آن را به‌صورت مطلق ذکر کرده باشد. شهید صدر احتمال سومی را نیز از کلام محقق نائینی ارائه می‌دهد که راوی به‌سبب تناسب امتنان شارع برتفی ضرر برای مؤمن، به‌طور طبیعی مایل به اضافه‌کردن

---

۱ سیستانی، قاعدۀ لاضرر و لاضرار، ۹۹.

قید «علی مؤمن» برای لاضرر بوده است و می‌پنداشته شارع هم بر طبق میل او حکم کرده است. بنـابراین، ممکن است عبارت حدیث، مطلق باشد و به‌دلیل فهم ارتکازی راوی، مقید نقل شده باشد.

شهید صدر معتقد است این احتمال سوم در کنار مرجحات دیگـر می‌توانـد احتمـال طـرف نقیصـه را تقویت کند؛ ازاین‌رو، ایشان مرجحاتی برای ترجیح روایت نقیصه ارائه می‌کند که عبارت‌اند از: ۱. در خبـر ابن‌مسکان، شش واسطه و در خبر ابن‌بکیر، پنج واسطه قرار دارد. بنابراین، احتمال اشتباه در خبر ابن‌مسکان بیشتر است. ۲. در وسائط خبر ابن‌بکیر، تعبیر «عدة من اصحابنا» به چشم می‌خورد که در میان آنـان علـی بن‌ابراهیم از اجلای راویان است. با این توصـیف، احتمـال اشـتباه در «عـدة مـن اصـحابنا» خیلـی کمتـر می‌شود. ۳. نقل ابن‌بکیر از زراره سندی دیگر هم در فقیه دارد که در آن قید «علی مؤمن» وجـود نـدارد. ۴. در خبر ابن‌مسکان، عبارت «بعض اصحابنا» است که سبب ارسال روایت شده است. هرچند قبلاً خبر ابن مسکان را تصحیح کردیم؛ ولی نمی‌توان گفت درجهٔ اعتبار بالایی دارد و ممکن است از سوی برخی از آنان غفلت رخ داده باشد.[1]

از مرجحات دیگر طرف نقیصه، ذکرنکردن قید علی مؤمن در مابقی روایات مربوط بـه قاعـدهٔ لاضـرر است. ازآنجایی‌که مفاد لاضرر، متضمن حکم عقلی و عقلایی است و در این حکم عقلی، حیثیت مـذهب و عقیده دخیل نیست و مسلمان و کافر نمی‌شناسد و اضرار بدون موجـب شـرعی و قـانونی مصـداق ظلـم است، این نیز مرجحی برای طرف نقیصه به شمار می‌رود. بنـابراین، می‌تـوان گفـت: در صـورت تعـارض مستقر بین دو دلیل، احتمال اقربیت طرف نقیصه بیشتر است.

نتیجه‌گیری

احادیث مربوط به داستان سمرةبن‌جندب شامل چهار روایت است که عبارت‌اند از: موثقهٔ عبداللـه‌بـن بکیر از زراره، مرسلهٔ عبدالله‌بن‌مسکان از زراره، صحیحهٔ ابی‌عبیده الحذاء و روایتی از منابع اهـل‌سـنت. در متن این احادیث، نسبت به دو قیـد «لاضـرر و لاضـرار» و «علـی مـؤمن» اختلافـاتی مشـاهده می‌شـود و استنباط قاعدهٔ لاضرر نیاز به تخریج در دو بخش صدور و متن دارد. در گـام نخسـت می‌تـوان بـه صـحت روایات حکم کرد، زیرا چنانچه ضعفی در وثاقت برخی راویان باشد یا روایت مرسـله بیایـد، اولاً بـه‌علـت تعاضد و پشتیبانی روایات آنان با اخبار صحیحه می‌توان صحت صدور آن‌ها را اثبـات کـرد و ثانیـاً ضـعف راویان طریقی به کتب دیگران، ضربه‌ای به صحت صدور سند وارد نمی‌کند. در گام دوم در بخـش تخـریج متن نیز باید گفت: هرچند جملهٔ «لاضرر و لاضرار» در برخی روایات وجود ندارد، ولـی تعبیـر بـه «إنـک رجلٌ مضارّ» در روایت ابن‌مسکان و «أنتَ مُضَارٌّ» در روایات عامه اطمینان به وجود این جمله می‌آورد. اما

---

۱ شهید صدر، قاعدهٔ لاضرر و لاضرار، ۱۰۹تا۱۱۳.

در تخریج نسبت به قید «علی مؤمن» به نظر می‌رسد بودن یا نبودن قید «علی مؤمن» سبب برداشت مختلف و تعارض‌گونه از روایت است؛ چراکه وجود قید «علی مؤمن» با نهی حرمت اضرار به غیر سازگار است و نبودن قید «علی مؤمن» با نفی تشریع احکام ضرری. به نظر می‌رسد تعارض مذکور، تعارضی بدوی خواهد بود و می‌توان بین دو شهادت جمع عرفی کرد. ظاهر کلام هر دو راوی، شهادت است؛ ولی عرف به قرینۀ شهادتِ اثباتی از ظهور کلام در شهادت به عدم، رفع ید می‌کند و درنهایت، روایت دارای قید زائد بر روایت نقیصه مقدم می‌شود. درنهایت، اگر تعارض به‌صورت مستقر فرض شود، ترجیح جانب زیادت به‌دلیل اصل عدم‌زیادت پذیرفته نیست و در این حالت، بایستی مرجحات طرف نقیصه را اخذ کرد.

منابع

آخوند خراسانی، محمدکاظم‌بن‌حسین. کفایة الأصول. قم: آل‌البیت(ع). ۱۴۰۹ق.

ابن‌ابی‌الحدید، عبدالحمیدبن‌هبةالله. شرح نهج البلاغة لابن‌ابی‌الحدید. قم: مکتبة آیت‌الله مرعشی نجفی. ۱۴۰۴ق.

ابن‌بابویه، محمدبن‌علی. کتاب من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ‌دوم، ۱۴۱۳ق.

ابن‌غضائری، احمدبن‌حسین. الرجال. قم: دار الحدیث. ۱۳۶۴.

ابوداود، سلیمان‌بن‌اشعث. سنن ابی‌داود. بیروت: المکتبة العصریة. بی‌تا.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین. فرائد الأصول. قم: مجمع الفکر الإسلامی. ۱۴۳۷ق.

حسینی شیرازی، سیدعلیرضا. «واکاوی نظریۀ وقوع در مشیخه من لایحضره الفقیه و دلالت آن بر وثاقت مؤلف با تأکید بر کتاب النّوادر ابراهیم‌بن‌هاشم قمی»، مجلۀ دانش‌ها و آموزه‌های قرآن و حدیث. س۳، ش۹، ۱۳۹۹، ۱۳تا۳۷.

خمینی، روح‌الله. القواعد الفقهیة و الأجتهاد و التقلید: الرسائل. قم: اسماعیلیان. بی‌تا.

سیستانی، سیدعلی. قاعدۀ لاضرر و لاضرار. قم: دفتر آیت‌الله سیستانی. ۱۴۱۴ق.

شبیری زنجانی، محمدجواد. «درس خارج اصول». ۱۳۹۸. *https://taghrir. ismc.ir/teacher/40*

شریعت اصفهانی. فتح‌الله‌بن‌محمدجواد. قاعدۀ لاضرر. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ۱۴۱۰ق.

صدر، سیدمحمدباقر. قاعدۀ لاضرر و لاضرار. قم: دار الصادقین. ۱۴۲۰ق.

طهوری، صادق. احکام و آثار ضرر در روابط و تعاملات جهان معاصر. قم: سپهرآذین. ۱۳۹۶.

طوسی، محمدبن‌حسن. رجال الطوسی. قم: مؤسسۀ نشر اسلامی. چاپ‌سوم، ۱۳۷۳.

ـــــــــــــــــــ. فهرست کتب الشیعه و اصولهم و اسماء المصنفین و اصحاب الأصول. قم: مکتبة المحقق الطباطبایی. ۱۴۲۰ق.

ـــــــــــــــــــ. تهذیب الأحکام، محقق: خرسان. تهران: دار الکتب الإسلامیة. چاپ‌چهارم، ۱۴۰۷ق.

ـــــــــــــــــــــــــــــ. العدة فی اصول الفقه. قم: محمدتقی علاقبندیان. ۱۴۱۷ق.

قبولی درافشان، سیدمحمدتقی، محمدتقی فخلعی، محمدعلی شیخ الإسلامی. «بررسی فقهی حکم رانت‌خواری با استناد به قاعدهٔ لاضرر»، مجلهٔ فقه و اصول. دورهٔ۵۳، ش۱۰۵، ۱۴۰۰، ۱۲۵تا۱۲۵. DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v53i2.70298

کشی، محمدبن‌عمر. رجال: اختیار معرفة الرجال. مشهد: مؤسسهٔ نشر دانشگاه مشهد. ۱۴۰۹ق.

کلینی، محمدبن‌یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه. چاپ‌چهارم، ۱۴۰۷ق.

مجلسی، محمدتقی‌بن‌مقصودعلی. روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسهٔ فرهنگی اسلامی کوشانبور. چاپ‌دوم، ۱۴۰۶ق.

محمودی، عباس. «مفهوم‌شناسی و واژه‌پژوهی تخریج در دانش حدیث». ۱۳۹۵. *https://sid.ir/paper/886456/fa*

نائینی، محمدحسین. منیة الطالب فی حاشیة المکاسب به ضمیمهٔ رسالهٔ قاعدهٔ لاضرر. مقرر: موسی خوانساری. تهران: المکتبة المحمدیة. ۱۳۷۳ق.

نجاشی، احمدبن‌علی. رجال النجاشی، قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی. چاپ‌ششم، ۱۳۶۵.

نوری، حسین‌بن‌محمدتقی. خاتمهٔ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: آل‌البیت(ع). ۱۴۰۸ق.

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.31-44

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

Receive Date: 09-03-2022 Revise Date: 11-06-2022 Accept Date: 11-06-2022

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75753.1328 Article type: Original

Requirement of registering in the correctness of real estate transactions

Dr. Reza Tavakoli Tavallai, Graduated with a doctorate in Jurisprudence and Principles of Law, Razavi University of Islamic Sciences **(corresponding author)**

Email: r.tavakoli.mohamad.a1370@gmail.com

Dr. Belal Shakri, Professor of higher levels of Mashhad Seminary

Mustafa Jalali, Professor of higher levels of Mashhad Seminary

Mostafa Rafsanjani Moghadam, A graduate of Mashhad Seminary, assistant professor of Tabran Institute of Higher Education

Abstract

Some of the harms of real estate and land transactions relying on property ownership and normal documents are: land grabbing, shrinking of agricultural land, threat to food security, weakness in managing crises and natural disasters, increase in administrative and judicial corruption, occurrence of fraud, bribery, forgery and etc.

In order to solve these harms, the theory of real estate and land registration in the registration system has been proposed. Regarding this theory, there are two challenges of "the legitimacy of the system" and "the monopolization of real estate and land transactions in the system". In this essay, with a descriptive and analytical method, the belief has been strengthened that based on jurisprudential rules and principles, the registration system in question is legitimate and in the assumption that three conditions are met: the existence of a system that leads to certainty of ownership, the accusation of the market and the disruption of people's livelihood in the assumption of referring to the *Amarat*, real estate and land transactions based on the *Amarat* of property are void, and in order to accurately identify the owners, the buyer and seller should only refer to the registration system.

Therefore, it is necessary to make the transaction of real estate and land according to the registration system become a law, and in the event of a conflict, this system takes precedence over all the property *Amarat*.

Key words: real estate and lands, ownership Amarat, registration problems, registration system, legitimacy of registration system, monopoly of registration system.

This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۴۴ - ۳۱

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۸ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75753.1328

اشتراط ثبت در صحت معاملات ملکی[1]

دکتر رضا توکلی تولایی (نویسنده مسئول)

دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: r.tavakoli.mohamad.a1370@gmail.com

دکتر بلال شاکری

استاد سطوح عالی حوزه علمیه مشهد

مصطفی جلالی

استاد سطوح عالی حوزه علمیه مشهد

مصطفی رفسنجانی مقدم

دانش آموخته حوزه علمیه مشهد، استادیار موسسه آموزش عالی تابران

چکیده

بخشی از آسیب‌های معاملهٔ املاک و اراضی با تکیه بر امارات ملکیت و اسناد عادی عبارت‌اند از: زمین‌خواری، خُردشدن اراضی کشاورزی، تهدید امنیت غذایی، ضعف در مدیریت بحران‌ها و بلاهای طبیعی، افزایش فساد اداری و قضایی، وقوع جرم کلاه‌برداری، رشوه، جعل و غیره. به‌منظور حل این آسیب‌ها، نظریهٔ ثبت املاک و اراضی در سامانهٔ ثبتی مطرح شده است، راجع به این نظریه دو چالش «مشروعیت سامانه» و «انحصاری شدن معامله املاک و اراضی در سامانه» وجود دارد. در این جستار با روش توصیفی و تحلیلی، این باور تقویت شده که بر پایه قواعد و مبانی فقهی، سامانهٔ ثبتی مزبور، مشروع است و در فرض گردآمدن سه شرط: وجود سامانه‌ای که به مالکیت علم‌آور باشد، اتهامی‌بودن بازار و اخلال معیشت مردم در فرض رجوع به امارات، معاملات املاک و اراضی به استناد امارات ملکیت، باطل است و به‌منظور شناسایی دقیق مالکان، خریدار و فروشنده بایستی صرفاً به سامانهٔ ثبتی مراجعه کنند. بنابراین ضروری است معاملهٔ املاک و اراضی طبق سامانهٔ ثبتی، تبدیل به قانون شود و در مقام تعارض، این سامانه بر تمامی امارات ملکیت مقدم شود.

واژگان کلیدی: املاک و اراضی، امارات ملکیت، معضلات ثبتی، سامانهٔ ثبتی، مشروعیت سامانهٔ ثبتی، انحصار سامانهٔ ثبتی.

---

۱. نوشتار حاضر در راستای طرح قوهٔ قضاییه راجع به حل معضل ثبتی املاک و اراضی است.

مقدمه

دانش فقه به‌سبب ویژگی پویایی که دارد، در زمان‌های مختلف توانسته پاسخ‌گوی مسائل جدید فراوانی باشد. ازجمله مسائل نو که در عصر حاضر وجود دارد، مسئلهٔ شناسایی مالکیت است. در فقه راهکارهایی برای شناسایی مالک ارائه شده است، لکن این راهکارها مشکلات متعددی در معاملهٔ اموال، به‌ویژه معاملهٔ املاک و اراضی به وجود آورده است.[1] یکی از راه‌های مطرح در راستای حل معضلات معاملهٔ املاک و اراضی، سامانهٔ ثبت املاک است. در سامانهٔ ثبتی، مالک املاک و اراضی و همچنین وضعیت آن ملک و اراضی ازنظرِ وقفی و عدم‌وقفی معین می‌شود و هریک از خریدار و فروشنده در حین انجام معامله می‌توانند با رجوع به این سامانه، مالک و وضعیت آن املاک و اراضی را احراز کنند.

چالش‌های اساسی در برابر این سامانهٔ ثبتی، در مرحلهٔ اول، مشروعیت آن و در مرحلهٔ دوم، جایگزینی این سامانه به‌جای امارات ملکیت است. فرضیهٔ تحقیق آن است که اولاً، سامانهٔ ثبتی مشروعیت دارد و ثانیاً، در فرض جمع‌شدن سه شرط (وجود سامانه‌ای اطمینان‌آور به مالکیت فروشنده، اتهامی‌بودن بازار و اخلال معیشت مردم در فرض رجوع به امارات ملکیت) در معاملهٔ املاک و اراضی، رجوع به امارات ملکیت صحیح نیست و معاملهٔ انجام‌شده به‌دلیل این امارات، محکوم به بطلان است.

ازاین‌رو، در گام نخست با بهره گیری از قواعد و مبانی فقهی، مشروعیت سامانهٔ ثبتی اثبات می‌شود و در گام دوم با بهره گیری از مبانی موجود در حجیت امارات، شرط احراز مالکیت خریدار و فروشنده و قاعدهٔ حرمت اخلال نظام و قاعدهٔ وجوب حفظ نظام، به بررسی تحلیلی مسئلهٔ محل نزاع می‌پردازیم.

پرسش‌های اساسی این نوشتار عبارت‌اند از: آیا جهت شناسایی مالکیت املاک و اراضی، سامانهٔ ثبتی مشروعیت دارد؟ در فرض مشروعیت و جمع‌شدن سه شرط (وجود سامانه‌ای اطمینان‌آور به مالکیت فروشنده، اتهامی‌بودن بازار و اخلال معیشت مردم در فرض رجوع امارات ملکیت)، انجام معاملهٔ املاک و اراضی بر اساس امارات ملکیت چه حکمی دارد؟

راجع به معضلات ثبتی پژوهش‌هایی انجام شده است، اما اکثر پژوهش‌های این حوزه مربوط به تعارض اسناد عادی و اسناد رسمی است، لذا بر اساس جست‌وجوهای انجام‌شده تاکنون هیچ اثر علمی به‌صورت مسئلهٔ مطرح‌شده در این نوشتار تدوین نشده است و این نوشتار، نخستین پژوهشی است که دراین‌باره به رشتهٔ تحریر در آمده است. این نکته شایان‌ذکر است که نوشتار حاضر در راستای طرح معاونت راهبردی قوهٔ قضاییه در خصوص حل معضلات ثبتی معاملهٔ املاک و اراضی به رشتهٔ تحریر درآمده است. این طرح، توسط مجلس شورای اسلامی تصویب شد، لکن شورای محترم نگهبان در خصوص مشروعیت سامانهٔ ثبتی اشکال وارد کردند. مشروعیت یک مسئله نیازمند آن است که دارای مبانی فقهی باشد و در

۱. نک: مرکز آمار سال ۹۶ معاونت راهبردی قوهٔ قضائیه.

صورت داشتن مبنای فقهی مشروع است و قابلیت قانون‌گذاری را دارد. ازاین‌رو، درصدد هستیم اولاً، مبانی فقهی اثبات‌کنندهٔ مشروعیت سامانه را بیان کنیم و ثانیاً، انحصار معاملهٔ املاک و اراضی، بر اساس مبانی فقهی اثبات شود و درصدد ارزیابی مبانی فقهی مطرح‌شده نیستیم.

بایستی این نکته را یادآور شد که ازآنجایی‌که معضلات موجود، در املاک و اراضی نمود بیشتری دارد، صرفاً املاک و اراضی مدِّنظر است، هرچند ادله‌ای که به آن‌ها استدلال می‌شود اعم است و اموال دیگر را نیز فرا می‌گیرد.

۱. مشروعیت سامانهٔ ثبتی

طبق اصل ۴ قانون اساسی، در نظام جمهوری اسلامی ایران یک مسئله زمانی می‌تواند به‌عنوان قانون تصویب شود و مردم ملزم به رعایت آن شوند که آن مسئله منطبق با موازین شرعی باشد و طبق اصل ۹۶ قانون اساسی، تشخیص عدم‌مغایرت مصوبه‌ای با احکام اسلامی برعهدهٔ شورای نگهبان است.

در راستای مشروع‌بودن مسئله‌ای، نیازمند وجود مبنای فقهی یا قواعد فقهی برای آن مسئله هستیم. نخستین چالش پیش‌روی مسئلهٔ سامانهٔ ثبتی، وجود مبنا و قواعد فقهی بر طبق این سامانه هست تا بتوان به واسطهٔ آن، مبانی و قواعد فقهی مشروعیت سامانهٔ ثبتی را اثبات و حتی آن را تبدیل به قانون کرد.

دربارهٔ اینکه نتیجهٔ رجوع به سامانهٔ ادعایی، قطع به مالکیت است یا اطمینان یا ظن، سه احتمال وجود دارد: ۱. درصورتی‌که سامانهٔ مذکور سبب قطع شود، مشروعیت رجوع به آن طبق حجیت ذاتی قطع، ثابت و پذیرفتنی است؛ ۲. اگر این سامانه سبب اطمینان شود، باتوجه‌به اعتبار عقلایی اطمینان نیز اعتبار رجوع به سامانه محل تأمل نخواهد بود؛ ۳. اما اگر نتیجهٔ رجوع به سامانه، حصول ظن به مالکیت اشخاص باشد، دو حالت متصور است: اول آنکه، اگر اصل اولی در ظنون را اعتبار و حجت بدانیم، همچنان مشروعیت آن از باب حجیت ظنون خواهد بود؛ دوم آنکه، اگر اصل اولی در ظنون را عدم‌حجیت بدانیم، اثبات مشروعیت رجوع به سامانهٔ مذکور محتاج دلیل است.

برای اثبات مشروعیت استفاده از سامانهٔ ثبتی در صورت دوم می‌توان از دو طریق بهره برد:

طریق اول: اگر در حجیت امارات و ظنون خصوصاً در امارات، احراز ملکیت را عقلایی بدانیم، می‌توان بر اساس سیرهٔ عقلایی و ملاک پذیرش سایر امارات ملکیت نزد ایشان، قائل به اعتبار چنین سامانه ای از نگاه عقلا در کنار سایر امارات احراز ملکیت شد. درحقیقت، در چنین نگاهی، امارات ملکیت، منحصر در موارد خاص نیست؛ بلکه بر اساس زمان‌ها و شرایط مختلف ممکن است به‌لحاظ مصداقی از نگاه عقلا دارای تغییراتی شود؛ یعنی بر تعداد این امارات افزوده یا از تعداد آن کاسته شود. همچنین ممکن است بر اساس مبنای مذکور، به جای اینکه سامانهٔ ثبتی را در عرض سایر امارات ملکیت به شمار آورد، آن

را به‌عنوان مصداقی از مصادیق یکی از امارات ملکیت، یعنی قاعدهٔ ید به شمار آورد؛ توضیح اینکه، در تعریف ید آمده است: «سلطه و اقتدار شخص بر شیء، به‌گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلای او باشد و بتواند هرگونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد.»[1] بنابراین، عرف در تعریف ید نقش مهمی دارد و صدق عنصر استیلا و سلطه، منوط به تشخیص عرف است. صاحب عروه دراین‌باره می‌فرماید: «و المراد بها السلطنة العرفية و الاستيلاء على الشيء المختلفة بحسب الموارد.»[2] از سویی، این قاعده جزء امارات معتبر موضوعی است و مستند اصلی این قاعده، همان بنای عقلاست. روایاتی هم که برخی فقها به‌عنوان مدرک قاعدهٔ ید بیان کرده‌اند، در واقع اشاره به همان ارتکاز عقلایی دارد. بنابراین، قاعدهٔ ید اماره‌ای عقلایی است.[3] امارات عقلایی نیز تحول مصداقیه دارند و به‌مرورزمان مصادیق آن‌ها تغییر می‌کند. درنتیجه، مصادیق قاعدهٔ ید ممکن است تغییر یابد. امروزه در اموال غیرمنقول پرارزش (املاک و اراضی)، اسناد رسمی و سامانهٔ ثبتی را می‌توان مصداق قاعدهٔ ید دانست، بدین گونه که عقلا، استیلای بر املاک و اراضی را منوط به ثبت اطلاعات در سامانهٔ مذکور بدانند.

طریق دوم: درصورتی‌که حجیت امارات را تعبدی بدانیم، تنها در صورتی می‌توان قائل به اعتبار و مشروعیت سامانه شد که زیرمجموعهٔ برخی از امارات احراز ملکیت تعریف شود و قرار گیرد. چنین سامانه ای را می‌توان بر اساس مطالب بیان‌شده، به‌عنوان مصداقی از مصادیق ید دانست و بر اساس اعتبار و مشروعیت قاعدهٔ ید، سامانهٔ ثبتی را نیز معتبر دانست؛ توضیح اینکه، هرچند مبنای پذیرش امارات برای احراز ملکیت، تعبد شرعی است؛ اما تعیین مصادیق آنچه شارع ما را بدان متعبد کرده است، به عرف و عقلا واگذار شده است. چنانچه بیان شد ممکن است سامانهٔ ثبتی را از نگاه عقلا، مصداقی جدید و مستحدث برای سلطنت و استیلا دانست که همان مضمون قاعدهٔ ید است.

۲. انحصار معاملهٔ املاک و اراضی بر اساس سامانهٔ ثبتی

پس از اثبات مشروعیت سامانهٔ ثبتی و انجام معاملات املاک و اراضی بر اساس آن، این سؤال مطرح می‌شود که آیا از منظر فقه می‌توان انتقال این اموال را در سامانهٔ ثبتی منحصر کرد و انجام معامله به‌واسطهٔ امارات ملکیت و اسناد عادی را بی‌اعتبار دانست؟

برای روشن‌ترشدن زوایای مسئله و تقریر محل نزاع به‌صورت تفصیلی باید گفت: در وقوع معامله از طرف متعاقدین چند صورت متصور است.

صورت اول: برای شناسایی مالک ثمن و مثمن، راه علم منفتح نیست. در این صورت، یقیناً رجوع به

۱. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۷.

۲. طباطبایی، تکملة العروة الوثقی، ۱۱۸/۲.

۳. بجنوردی، القواعد الفقهية،۱۴۱/۲؛ فاضل لنکرانی، القواعد الفقهية، ۳۵۹.

امارات ظنیه جایز است.

صورت دوم: برای شناسایی مالک ثمن و مثمن، راه علم منفتح است. در این صورت، دو حالت متصور است: حالت اول، بازار اتهامی نیست. در این حالت، طبق اصل الصحة و قاعدۀ سوق، رجوع به امارات ظنیه جایز است. حالت دوم، بازار اتهامی است. در این حالت دو قسم متصور است: أ. رجوع به امارات ملکیت سبب اخلال در معیشت انسان‌ها نمی‌شود، در این صورت رجوع به امارات ظنیه جایز است. ب. رجوع به امارات ملکیت سبب اخلال در معیشت انسان‌ها می‌شود و آسیب‌های اجتماعی به‌وجود می‌آورد.

از بین صور مطرح‌شده، تنها یک صورت تحلیل و بررسی می‌شود و آن صورت اخیر است. بنابراین، مسئلۀ پژوهش آن است که در صورت تجمیع سه شرط (انفتاح باب علم به‌منظور کشف مالکیت خریدار و فروشنده، اتهامی‌بودن بازار و اخلال نظام در فرض رجوع به امارات ملکیت و عدم‌رجوع به راه‌های علمی یا اطمینانی)، آیا انجام معاملۀ املاک و اراضی بر اساس امارات ملکیت جایز است؟ حکم معاملات انجام شده در فرض مسئله، بر اساس امارات ملکیت چیست؟

بنابراین، می‌توان مسئلۀ محل بحث را چنین تبیین کرد: درصورتی‌که هنگام معامله، مثلاً زمینی که ارزش مالی بسیاری دارد، امکان علم یا اطمینان راجع به شناسایی مالک ثمن و مثمن از طریق سامانه‌ای وجود داشته باشد، درحالی‌که بازار، متهم به کلاهبرداری و فروش مال غیر است و رجوع به امارات ملکیت برای کشف مالکیت سبب اخلال نظام معیشت است، آیا رجوع به امارات ملکیت و عدم‌استفاده از سامانۀ ثبتی جایز است؟ آیا معاملۀ انجام‌شده به‌واسطۀ امارات ملکیت، محکوم به بطلان است؟

بیان مدعا: در فرض تجمیع سه شرط (وجود سامانه‌ای اطمینان‌آور به مالکیت فروشنده، اتهامی‌بودن بازار و اخلال معیشت مردم در فرض رجوع به امارات ملکیت)، رجوع به امارات ملکیت برای انجام معاملۀ املاک و اراضی جایز نیست و معاملۀ انجام‌شده توسط امارات ملکیت محکوم به بطلان است.

ازاین‌رو، مدعا این است که در فرض تجمیع سه شرط مذکور، معاملۀ اموال غیرمنقول پرارزش (املاک و اراضی) صرفاً توسط سامانۀ ثبتی بایستی صورت پذیرد و معاملات انجام‌شده توسط امارات ملکیت بی اعتبار است.

۳. ادلۀ انحصار معاملات املاک و اراضی در سامانۀ ثبتی

۳. ۱. استدلال از طریق عدم‌اعتبار رجوع به امارات ملکیت در فرض انفتاح باب علم

در اعتبار امارات در فرض انفتاح باب علم، دو مبنای کلی وجود دارد: ۱. امارات در فرض انفتاح باب علم حجت است؛[1] ۲. امارات در فرض انفتاح باب علم حجت نیست.[1]

---

۱. خویی، مصباح الأصول، ۴۰/۱.

امام خمینی(ره) بر این باور است که امارات، امری عقلائی است که شارع مقدس ازنظرِ غرض تسهیل، عمل به امارات را منع نکرده است، وگرنه عمل به امارات از باب جانشینی مکان قطع نیست.[۲] طبق مبنای ایشان، قطع، خود راهی عقلایی است که در هنگام نبود آن، طبق امارات عمل می‌کنند.[۳]

طبق مبنای امام خمینی(ره) که امارات را امری عقلایی می‌داند و در فرض انفتاح باب علم، رجوع به امارات ملکیت را جایز نمی‌داند، در فرض مسئلهٔ محل بحث که باب علم برای کشف مالکیت متعاقدین منفتح است، رجوع به امارات ملکیت در فرض مسئله جایز نیست و منحصراً بایستی به آن سامانهٔ علم‌آور مراجعه کرد.

۳. ۲. استدلال از طریق مبانی موجود در باب حجیت امارات

مشهور اصولیان بر این باورند که حجیت امارات ملکیت، از باب تعبد شرعی است.[٤] در مقابل این نظریه، امام خمینی(ره) و آیت‌الله بروجردی امارات ملکیت را نه از باب تعبد شرعی، بلکه از باب بنای عقلا حجت دانسته‌اند.[٥]

آیت‌الله بروجردی، دلیل حجیت امارات ظنیه از باب بنای عقلا را این‌گونه بیان می‌کند: «رسیدن به واقع، یک امر تکوینی است و نیاز به جعل شرعی ندارد.»[٦]

بر اساس هر دو مبنا، بر انحصار انتقال املاک و اراضی می‌توان استدلال کرد: بر اساس حجیت امارات از باب بنای عقلا می‌توان گفت که: اولاً، بنای عقلا آن است که در فرض امکان تحصیل علم و اطمینان در فرض مسئله، به امارات ملکیت ظنیه اعتماد نمی‌کنند؛ برای مثال، اگر فردی در خرید زمینی به شهادت دو فرد عادل بسنده کند، درحالی‌که امکان علم و اطمینان به مالکیت وجود داشته است، عقلا این فرد خریدار را سرزنش می‌کنند. ثانیاً، بر اساس این مبنا، امارات ملکیت جایگزین قطع نمی‌شوند؛ چراکه بر اساس این مبنا واقع‌نمایی برای امارات ملکیت وجود ندارد تا بتواند جایگزین علم و قطع شوند.[۷] بنابراین بر اساس این مبنا در فرض مسئله، تمسک به امارات ملکیت برای انجام معامله صحیح نیست و در صورت وقوع معامله به‌واسطهٔ امارات ملکیت، معامله محکوم به بطلان است؛ چراکه این امارات، دلیل برای وقوع معامله به صورت شرعی نیست. پس معامله منحصراً باید از طریق آن سامانهٔ علم‌آور انجام شود.

اما بر اساس حجیت امارات از باب تعبد شرعی این‌گونه می‌توان استدلال کرد که: می‌توان حجیت این

---

۱. خمینی، تهذیب الأصول، ۳۲۳/۲.
۲. خمینی، تهذیب الأصول. ۳۲۳/۲.
۳. خمینی، انوار الهدایة، ۱۰۷/۱.
٤. نائینی، فوائد الأصول، ۱۰۸/۳؛ اصفهانی، نهایة الدرایة، ۱۲۵/۲.
۱.خمینی، تهذیب الأصول، ۳۳۰/۲.
٦. بروجردی، نهایة الأصول، ۴۵۸.
۷. خمینی، انوار الهدایة، ۱۰۸/۱.

امارات ملکیت را در عرض سامانهٔ ثبتی علم‌آور قرار داد؛ چراکه این امارات ملکیت از سوی شارع حجیت دارند و در صورت تمسک به این امارات، معاملهٔ واقع‌شده صحیح است. لکن فرض مسئلهٔ ما این است که بازار اتهامی است و رجوع به این امارات ملکیت سبب اخلال در نظام معیشت شده است، در این صورت یقیناً تمسک به امارات ملکیت صحیح نیست و این امارات ملکیت از حجیت ساقط می‌شود. همچنان‌که در صورت بی‌مبالاتی مسلمان، قاعدهٔ سوق حجت نیست[1] یا بینه در فرض متهم‌بودن، حجت نخواهد بود.[2] بنابراین، طبق این مبنا هم در فرض مسئله، مراجعه به امارات ملکیت برای انجام معامله صحیح نیست و معاملهٔ واقع‌شده، محکوم به بطلان است و منحصراً بایستی معامله را در فرض مسئله از طریق سامانه انجام داد.

۳. ۳. استدلال از طریق شرط احراز مالکیت

در شرط‌بودن احراز مالکیت متعاقدین در خصوص مال مورد معامله، بین فقها دو مبنا وجود دارد: ۱. احراز مالکیت متعاقدین لازم نیست؛ ۲. احراز مالکیت متعاقدین لازم است.

خوانساری در تأیید مبنای دوم می‌فرماید: یکی از شرایط بیع، احراز مالکیت بایع و مشتری است؛ چراکه از سویی، اصل اولی در معاملات بطلان است و خروج از این اصل، دلیل قطعی می‌خواهد و با ظن و احتمال نمی‌شود از این اصل خارج شویم. این اصل برای ما حجت است تا زمانی که دلیل قطعی بر خروج داشته باشیم، یعنی بدانیم که قطعاً مبیع منتقل شده است[3] و از سوی دیگر، هنگام انشای بیع، متعاقدین باید قصد جدی تملیک و تملک داشته باشند؛ مثلاً کسی که مال محتمل السرقة را می‌خرد، طبیعتاً نمی‌تواند تملکت را به‌صورت جدی بیان کند. بنابراین، بایع و مشتری باید مالکیت طرف مقابل خود را احراز کنند.[4]

باتوجه‌به آنچه بیان شد، در فرض تهمت بازار، عرفاً جدیت تملیک و تملک از مشتری متمشی نمی‌شود، خصوصاً در جایی که موضوع از اهمیت بالایی برخوردار است، به‌ویژه زمانی که امکان علم یا اطمینان نیز وجود داشته باشد. ازاین‌رو، هر کدام از متعاملان تا وقتی از طرق معتبر، مالکیت طرف مقابل را احراز نکرده باشد، شک دارد که مالکیت به او منتقل شده است یا خیر؟ در اینجا اصل، عدم‌انتقال مالکیت و بطلان است.

اشکال: اگر احراز مالکیت متعاقدین شرط است، پس احکام بیع فضولی چه می‌شود؟

پاسخ: در بیع فضولی دو فرض متصور است: در فرض علم‌نداشتن مشتری به فضولی‌بودن بایع،

---

۱. خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ۲۶۹/۳.
۲. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۷۴/۲۷.
۳. خوانساری، جامع المدارک، ۹۸/۳.
٤. جوادی آملی، تقریرات درس خارج فقه، ۹۰.

مشتری طبق امارات مالکیت گمان می‌کرده است که بایع فضولی نیست و او را واقعاً مسلط بر مال می‌دانسته است. حال اگر راه علم راجع به احراز مالکیت باز و مال نیز پرارزش باشد و بازار هم بازار اتهامی بوده است، این اول الکلام است و فرقی در مسئله نیست و طبق بیان مذکور لازم است به طریق علم مراجعه کند و معامله هم عرفاً صحیح نیست؛ چراکه عرفاً احراز مالکیت صورت نپذیرفته است.

مشتری می‌داند بایع فضولی است و معامله را انجام می‌دهد و ثمن و مثمن مبادله می‌شود. در اینجا اگر بایع اصلی اجازه ندهد، ازنظرِ فقها اصولاً معامله‌ای انجام نشده است و ازآنجاکه عدم‌مالکیت احرازشده سبب شرعی انتقال حاصل نیست؛ بیع انجام نشده است.[1]

به‌عبارت‌دیگر، فضولی آن است که خریدار اطلاع ندارد این مالی که می‌خرد بیعی فضولی است، حال یا این فرد به سامانهٔ علم‌آور ثبتی مراجعه می‌کند و علم به مالک پیدا می‌کند یا اگر این فرد به سامانه مراجعه نکرد، در واقع سهل‌انگاری کرده و مثل کسی است که علم به فضولی‌بودن معامله دارد اما باز هم معامله را انجام داده است، بنابراین این معامله باطل است.

اشکال: مشتری از طریق اماره (ید یا بینه) تعبداً احراز مالکیت می‌کند، بنابراین اصل عدم‌انتقالِ مالکیت جاری نمی‌شود.

پاسخ: در فرض مسئله، رجوع به بینه و ید، مستلزم نقض غرض از ترخیص در مراجعه به امارات است. توضیح اینکه، در صورت انفتاح باب علم می‌توان به امارات رجوع کرد، اما در بعضی موارد چنین ترخیصی صادر نشده است. با مراجعه به موارد جواز و عدم‌جواز رجوع به امارات در صورت انفتاح باب علم و همچنین با استظهارِ روشنی که از روایات دال بر کفایت امارات وجود دارد، مانند آن دسته از روایاتی که امام معصوم در زمان حضور خود، مردم را به اصحاب مراجعه می‌داده‌اند، معلوم می‌شود شارع مقدس به‌منظور مصلحت تسهیل در امور چنین اجازه‌ای را صادر فرموده است. حال اگر خود این رجوع، سبب نوعی آسیب برای مکلفان شود، طبعاً این نقض غرض و خروج از دلالت ادلهٔ ترخیص در صورت انفتاح باب علم است. حداقل اینکه در مواردی مانند فرض مسئله برای انسان شک ایجاد می‌شود که آیا این موارد هم شامل دلیل ترخیص هست یا خیر؟ به اصل اولیه در حجیت ظنون (عدم‌اعتبار) مراجعه می‌شود. علاوه بر اینکه بیان شد در موارد شک نیز اصل در معاملات، فساد است.

اشکال: بازار در زمان پیامبر اکرم(ص) و امامان معصوم(ع) هم اتهامی بوده است، لکن باز هم معصومان مردم را به امارات ملکیت مراجعه می‌داده‌اند.

جواب: در آن زمان، سامانه یا وسیله‌ای که سبب علم به مالکیت متعاقدین شود وجود نداشته است، لذا شارع مقدس برای تسهیل، امارات ملکیت را حجت دانسته است. اگر در آن زمان راه‌هایی برای احراز

---

۱. انصاری، المکاسب، ۴۸۵/۳.

ملکیت بود، یقیناً امام مردم را به امارات ملکیت ارجاع نمی‌دادند.

۳. ۴. استدلال از طریق قاعدۀ حرمت اختلال نظام

ازجمله قواعد عقلی و شرعی پذیرفته‌شدۀ فقها، قاعدۀ حرمت اختلال نظام است.[۱] واژۀ نظام در معنا و مفاهیم مختلف به کار رفته و هر معنا دارای احکام و آثار منحصر به فرد است؛ ازجمله عبارت‌اند از: سامان داشتن زندگی و معیشت مردم، کیان کشور اسلامی و مسلمانان، حکومت یا رژیم سیاسی موجود، هریک از خرده‌نظام‌های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی.

پرکاربردترین معنای نظام، معنای اول یعنی سامان‌داشتن زندگی و معیشت مردم است. به‌عبارتی، حفظ نظام مملکت و آراستگی جامعه از هرگونه هرج‌ومرج است. فقها هر زمان لفظ نظام را به‌صورت مطلق بیان می‌کنند منظورشان همین معناست.[۲]

مراد ما از نظام در استدلال فوق، همان معنای اول؛ یعنی نظام معیشت و اجتماعی انسان است. بنابراین، بر مکلفان حرام است که در نظام معیشت انسان‌ها اختلال ایجاد کنند.

این استدلال دارای دو مقدمه است؛ صغری: رجوع به امارات ملکیت در معاملۀ املاک و اراضی سبب اخلال در نظام معیشت مردم شده است؛ کبری: اخلال در نظام معیشت مردم ممنوع و حرام است. پس رجوع به امارات ملکیت برای انجام معاملۀ املاک و اراضی، ممنوع و حرام است و از حکم حرمت می‌توان به بطلان رسید و این معاملات باطل است.

در کبرای بحث، جای هیچ اشکالی نیست و به‌تعبیر برخی، این حرمت ازجمله احکام اولیۀ اسلام است.[۳]

بحث ما صغروی است که آیا واقعاً رجوع به امارات ملکیت در معاملۀ اموال غیرمنقول پرارزش سبب اخلال در نظام معیشت مردم می‌شود؟

شاید کسانی بگوید که شأن فقیه تعیین موضوع نیست، لکن امام خمینی می‌فرمایند: کار فقیه در درجۀ اول موضوع‌شناسی است تا بعد بتواند حکم را درست استنباط کند.

در مسئلۀ محل بحث، برای اثبات اخلال نظام در فرض مراجعه به امارات ملکیت برای انجام معامله نیازمند مراجعه به محاکم قضایی هستیم.

اموال غیرمنقول ذاتاً مستعد زمینه‌سازی بسترهای فساد متعددی هستند. هنگامی‌که بتوان مالکیت ملک یا زمینی را بدون نظارت حاکمیت و به‌صرف تلاقی ارادۀ طرفین انتقال داد و این روشِ انتقال مالکیت در

---

۱. خمینی، البیع، ۶۱۹/۲.

۲. ملک افضلی اردکانی، قاعدۀ حفظ نظام، ۳۹تا۴۷.

۳. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۲۴۱/۳.

نظام حقوقی کشور و به‌تبع نزد مردم معتبر باشد، کلاه‌برداری و به‌طورکلی هر عمل غیرقانونی مرتبط با آن افزایش می‌یابد. این پدیده، علاوه بر کاهش چشمگیر امنیت معاملات و مبادلات اقتصادی، سبب بروز پدیده‌های متعدد دیگری نیز شده که ابعاد آن تاکنون برای کشور ناشناخته مانده است.

انجام معاملات املاک و اراضی به‌واسطهٔ امارات ملکیت سبب بروز آسیب های متعددی در کشور شده است؛ ازجمله آن آسیب‌ها می‌توان به امور زیر اشاره کرد:

أ. حجم بالای پرونده‌های قضائی و تشدید اطالهٔ دادرسی: طبق آمار معاونت راهبردی قوهٔ قضائیه، تعداد پرونده‌های کیفری و حقوقی مرتبط با معاملات از طریق امارات ملکیت ظنیه در سال ۱۳۹۶ بدین شرح است: تصرف عدوانی: ۱۰۶هزار پرونده، جعل: ۱۰۲هزار پرونده، خیانت در امانت: ۱۷۴هزار پرونده، کلاهبرداری: ۲۳۶هزار پرونده، تحصیل مال از طریق نامشروع: ۹۰هزار پرونده، مزاحمت ملکی: ۸۲هزار پرونده، ممانعت از حق: ۶۹هزار پرونده، انتقال مال غیر: ۲۱هزار پرونده، فروش مال غیر: ۵۱هزار پرونده، الزام به تنظیم سند رسمی (اجاره، صلح، سرقفلی، ملک): ۷۲هزار پرونده، خلع ید: ۵۰هزار پرونده، اثبات مالکیت (مالی غیرمنقول): ۲۷هزار پرونده و... .

ب. رواج معضل زمین‌خواری: رواج معاملات عادی و ناممکن‌بودن اطلاع از مالکیت واقعی، زمینهٔ سوءاستفاده و به‌تعبیری زمین‌خواری را فراهم آورده است. زمین‌خواران، زمین‌های متعلق به منابع طبیعی را تصرف می‌کنند یا کاربری زمینی را بدون مجوز قانونی تغییر می‌دهند یا زمین‌ها را به‌طور غیرقانونی تفکیک می‌کنند و سپس با احداث ملک، عموماً به‌صورت غیرمجاز آن‌ها را به‌صورت عادی معامله می‌کنند و به مردم می‌فروشند.

ج. تضعیف قدرت حکمرانی نظام به‌دلیل خلع ابزارهای سیاست‌گذاری و قاعده‌گذاری: مجهول‌بودن مالکیت بخش درخورِتوجهی از اراضی و املاک کشور که اصلی‌ترین علت آن اعتبار معاملات غیررسمی و عادی است، امکان حکمرانی و اِعمال قدرت را از نظام سلب می‌کند و عملاً توانمندی کشور را برای مدیریت حوزهٔ زمین و ملک از بین می‌برد؛ برای مثال، یکی از ابزارهای قدرتمند دولت برای کنترل بازار مسکن، وضع مالیات بر ارزش زمین، مالیات بر عائدی سرمایه و مالیات بر خانه‌های خالی است.

د. ضعف در مدیریت بحران‌ها و بلاهای طبیعی و عدم‌توانایی بر جبران خسارات ناشی از آن: وجه دیگر از ابعاد آسیب‌های رواج معاملات عادی، کاهش توان مدیریت بحران کشور است که به‌ویژه در سیل ویرانگر اخیر نمایان شد و آن، مشخص‌نبودن مرز مالکیت هر فرد پس از مفقودشدن اسناد و قولنامه‌ها و تخریب خانه‌ها و محله‌هاست. در سیل‌های اخیر، قوهٔ قضائیه به‌سرعت اعلام کرد به مالکان خانه‌ها و زمین‌ها سند المثنی داده می‌شود؛ اما املاکی که سند رسمی ندارند راه دشواری برای اثبات مالکیت

خواهند داشت، درحالی‌که اگر معـاملات به‌صـورت رسـمی و صـرفاً از طریـق ثبـت الکترونیـک صـورت می‌گرفت، نظام به‌راحتی می‌توانست با جایگزینی اسناد مالکیت، هواداری خویش از حقوق مشروع مردم را به اثبات رساند.

ه. افزایش فساد اداری و قضایی: پرونده‌های مرتبط با امـوال غیرمنقـول بـه دلایلـی از پیچیـده‌تـرین پرونده‌ها به‌لحاظ رسیدگی است که آن دلایل عبارت‌اند از: ۱. به‌علت پرارزش‌بودن اموال غیرمنقول، امکـان ارتشا و انحراف روند رسیدگی بیش از سایر پرونده‌هاست؛ ۲. به‌علت ماهیت اسناد غیررسمی، امکان جعل اصل یا جزئیات متن در آن‌هـا زیـاد اسـت؛ ۳. امکـان رهگیـری تبـادلات در معـاملات غیررسـمی عمـلاً غیرممکن است و این خود سبب می‌شود که یکی از جذاب‌ترین ابزارهای رشوه‌دادن، نقل و انتقال قولنامـه-ای املاک شود؛ موضوعی که در پرونده‌های فساد کلان اخیر نیز مصادیق آن بارها و بارها در دادگاه‌ها ذکـر شده است. بنابراین، رجوع به اسناد غیررسمی یا همان امارات ظنیه، یکی از مهم‌تـرین علـل فسـاد اداری و قضایی و درعین‌حال از مهم‌ترین ابزارهای فساد اداری و قضایی است.

باتوجه‌به نکات مذکور که صرفاً بخشی از ابعاد و تبعات پدیدهٔ نبود سامانهٔ ثبتی است، به نظر می‌رسـد معاملات املاک و اراضی بر اساس امارات ملکیت سبب اختلال نظام و تضییع حق انسان‌های زیادی شده است.

بنابراین می‌توان گفت: در فرض وجود سامانه‌ای علم‌آور به‌منظور اطمینان از مالکیت متعاقدین، رجوع به امارات جایز نیست و حتی بالاتر که حرام است؛ چراکه سبب اخلال در نظام معیشت مردم می‌شود.

اشکال: بر فرض، معاملهٔ املاک و اراضی منجر به اخلال نظام می‌شود، آیا معاملـهٔ امـلاک و اراضـی انجام‌شده به‌واسطهٔ امارات ملکیت محکوم به بطلان است؟

پاسخ: اگر مبنای کسانی که معتقدند از حکم تکلیفی می‌توان به حکم وضعی رسید را بپذیریم، در این صورت از حرمت معاملهٔ املاک و اراضی توسط امارات ملکیت می‌توان به حکم بطلان قائل شد.

۳. ۵. استدلال از طریق قاعدهٔ وجوب حفظ نظام

دلیل وجوب حفظ نظام، همچون حرمت اخلال نظام از مستقلات عقلیه اسـت کـه بـر اسـاس قاعـدهٔ ملازمه، مثبت حکم شرعی و ادلهٔ محرزهٔ اثبات حکم است. لکن امارات، طرق ظنیه معتبره از سوی شـارع هستند که برای کشف حکم واقعی، جعل و اعتبار شده‌اند. قاعدهٔ وجوب حفظ نظام ازآنجایی‌که یک دلیـل محرزهٔ عقلی قطعی است، بر مؤدای اماره (چه بر مسلک سببیت و چه بر مسـلک طریقیـت) مقـدم اسـت. شهید صدر در بحث تعارض بین ادلهٔ محرزه می‌فرماید: «فإن کان الدلیل العقلیّ قطعیّاً قُدّم علـی معارضـه علی أیّ حال لأنّه یقتضی القطع بخطإ المعارض، و کلّ دلیلٍ یقطع بخطئه یسقط عن الحجّیّة.»[1]

---

۱. صدر، دروس، ۲۲۱/۳

طبیعی است ازآنجاکه میان ادلهٔ مثبت امارات و قاعدهٔ وجوب حفظ نظام، نسبت عموم‌وخصوص من وجه برقرار است، در موارد اشتراک، دلیل امارات از حجیت ساقط می‌شود و این سقوط را می‌توان از راه ورود، حکومت یا تخصیص تقریر کرد.

ازآنجایی‌که حفظ نظام واجب است و نیز رجوع به امارات ملکیت به‌منظور انجام معاملات املاک و اراضی سبب اخلال در نظام می‌شود، لذا رجوع به امارات ملکیت صحیح نیست و حتی بایستی در فرض مسئله، این معاملات را بی‌اعتبار دانست و معاملات این اموال را صرفاً از طریق همین سامانهٔ علم‌آور انجام داد.

نتیجه‌گیری

قاعدهٔ ید، قاعده‌ای عقلایی است، لذا تحول مصداقی دارد. در عصر حاضر، این سامانهٔ ثبتی را می‌توان مصداق قاعدهٔ ید در اموال غیرمنقول، نظیر املاک و اراضی قلمداد کرد، درنتیجه این سامانه امری مشروع است.

در صورت تجمیع سه شرط (۱. سامانه‌ای علم‌آور (انفتاح باب علم) به مالکیت متعاقدین؛ ۲. اتهامی بودن بازار؛ ۳. اختلال نظام در فرض عدم‌رجوع به سامانه)، رجوع به امارات ملکیت و اسناد عادی برای کشف مالکیت متعاقدین در املاک و اراضی صحیح نیست و انجام معامله از این طریق محکوم به بطلان است. ازاین‌رو، معاملات املاک و اراضی صرفاً بایستی از طریق سامانهٔ ثبتی صورت پذیرد. دلیل بر این انحصار را می‌توان وجود مبانی فقهی دانست؛ ازجمله: مبانی موجود در حجیت امارات ظنیه و مبنای شرط احراز مالکیت متعاقدین، قاعدهٔ حرمت اخلال نظام به همراه مبنای وصول به حکم وضعی از طریق حکم تکلیفی و قاعدهٔ وجوب حفظ نظام.

در راستای رفع آسیب‌های به وجود آمده در معاملات املاک و اراضی به‌سبب رجوع به امارات ظنیه و اسناد عادی پیشنهاد می‌شود قوهٔ قضائیه سامانهٔ ثبت املاک و اراضی طراحی کند، به‌گونه‌ای که در آن سامانه، مالک املاک و اراضی ثبت شود تا متعاقدین در زمان انجام معاملهٔ املاک و اراضی به این سامانه مراجعه کنند و این سامانه دلیل بر مالکیت افراد بر املاک و اراضی باشد؛ برای مثال، فردی که می‌خواهد معامله‌ای انجام دهد، از طریق پیامک یا کد دستوری به وضعیت مالکیت مال این خانه یا زمین علم پیدا کند. در این سامانه می‌توان طی رنگ‌بندی‌هایی، وضعیت مالکیت آن ملک یا اراضی را بفهمد. حتی این سامانه بتواند وضعیت این زمین ازنظرِ وقفی یا غیروقفی‌بودنش را مشخص کند؛ برای مثال، زمینی که رنگ سبز دارد؛ یعنی معامله‌شان جایز و زمینی که با رنگ زرد مشخص شده است، مربوط به نهاد یا ارگان خاص است و امکان واگذاری و نقل و انتقال از طریق خاص وجود ندارد و صرفاً از طریق رجوع به آن ارگان خاص

فروختنی است و املاک و اراضی مشخص‌شده با رنگ قرمز؛ یعنی املاک مجهول‌المالک که تعیین وضعیت نشده یا مثلاً در طرح راه و شهرسازی است.

منابع

اصفهانی، محمدحسین. نهایة الدرایة فی شرح الکفایة. قم: سید الشهداء. چاپ‌اول، ۱۳۷۴ق.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین. المکاسب. قم: دار الذخائر. چاپ‌اول، ۱۴۱۱ق.

بجنوردی، حسن. القواعد الفقهیة. قم: الهادی. چاپ‌اول، ۱۴۱۹ق.

بروجردی، حسین. نهایة الأصول. تهران: تفکر. چاپ‌اول، ۱۴۱۵ق.

جوادی آملی، عبدالله. تقریرات درس خارج فقه. ۹۰/۱۱/۱۶. *http: //eshia. ir/*

حر عاملی، محمدبن‌حسن. وسائل الشیعة. قم: آل‌البیت(ع). چاپ‌اول، ۱۴۰۹ق.

خمینی، روح‌الله. انوار الهدایة. تهران: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). چاپ‌اول، ۱۴۱۵ق.

_____. تهذیب الأصول. تهران: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). چاپ‌اول، ۱۴۲۳ق.

_____. کتاب البیع. تهران: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). چاپ‌اول، ۱۴۲۱ق.

خوانساری، احمد. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: اسماعیلیان. چاپ‌دوم، ۱۴۰۵ق.

خویی، ابوالقاسم. مصباح الأصول. قم: داوری. چاپ‌اول، ۱۴۲۲ق.

_____. التنقیح فی شرح العروة الوثقی. قم: تحت اشراف جناب آقای لطفی. چاپ‌اول، ۱۴۱۸ق.

صدر، محمدباقر. دروس فی علم الأصول. قم: دار الهدی. چاپ‌اول، ۱۴۲۲ق.

طباطبایی، محمدکاظم. تکملة العروة الوثقی. قم: کتاب‌فروشی داوری. چاپ‌اول، ۱۴۱۴ق.

فاضل لنکرانی، محمد. القواعد الفقهیة. قم: مهر. چاپ‌اول، ۱۴۱۶ق.

محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه: بخش مدنی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ‌چهل‌وهفتم، ۱۳۹۵.

معاونت راهبردی قوۀ قضائیه. مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوۀ قضائیه، ۱۳۹۶.

مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. قم: مدرسۀ امام علی‌بن‌ابی‌طالب. چاپ‌دوم، ۱۴۲۸ق.

ملک افضلی اردکانی، محسن. قاعدۀ حفظ نظام. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشۀ اسلامی. چاپ‌اول، ۱۳۹۷.

نائینی، محمدحسین. فوائد الأصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ‌اول، ۱۳۷۶.

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.45-66

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

Receive Date: 20-01-2022 Revise Date: 17-03-2022 Accept Date: 11-06-2022

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.74840.1276 Article type: Original

Analyzing the validity of the rule "*Ilhaqe' Mashkook be A'amme' Aghlab*" – appending the questionable case to what is often more general

Dr. Mostafa Dehghan, Assistant Professor of Shiraz University and Professor of higher levels of the seminary

Email: dehghan.mostafa@ut.ac.ir

Abstract

"*Ilhaghe' Mashkook Be A'amme' Aghlab*" is one of the rules that has been cited in jurisprudential and principled works and many jurisprudential and principle rules have been extracted from it. According to this rule, when most members of a nature have a common characteristic and a person of that nature is suspected of having this characteristic, the suspected person joins the dominant members.

Regarding the validity of this rule, there are generally three views of validity, invalidity and *Tafsil* view. In this essay, the validity of the rule, as a special suspicion in the rulings and subjects, has been analyzed in an analytical and descriptive way. As a result, although the validity of the rule of "*Ilhagh*" in Sharia rulings is not proved, but the validity of the rule in the subjects of the rulings is proved based on "*Banae' Aghl*". This "*Bana*" has not been rejected by the Shariah, but it has been approved in some cases, and in cases where " *Baba*" is clear, it can be used as one of the special suspicions in the context of the issues.

Key words: rule of "*GHalabeh*" –predominance-, special suspicion, validity of suspicion, rule of *"Ilhaghe' Mashkook be 'Aamme'*

This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۶۶ - ۴۵

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۳۰ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۲/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.74840.1276

واکاوی اعتبار قاعدۀ الحاق مشکوک به اعم اغلب

دکتر مصطفی دهقان

استادیار دانشگاه شیراز و استاد سطوح عالی حوزه

Email: dehghan.mostafa@ut.ac.ir

چکیده

«الحاق مشکوک به اعم اغلب» از قواعدی است که به میزان درخورِ توجهی در آثار فقهی و اصولی مورد استناد واقع شده و احکام و قواعد فقهی و اصولی متعددی از آن استخراج شده است. طبق این قاعده آنگاه که اغلب افراد ماهیتی خصوصیت مشترکی دارند و فردی از آن ماهیت در داشتن این خصوصیت، مشکوک است، فرد مشکوک به افراد غالب، ملحق می‌شود. در باب اعتبار این قاعده، به‌طور کلی سه دیدگاه اعتبار، عدم‌اعتبار و دیدگاه تفصیلی مطرح است. در این جستار، اعتبار قاعده، به‌عنوان ظن خاص در احکام و موضوعات، به‌روش تحلیلی و توصیفی بررسی شده است. حاصل اینکه گرچه حجیت قاعدۀ الحاق در احکام شرعی ثابت نیست، لیکن اعتبار قاعده در موضوعات احکام، به پشتوانه بنای عقلا ثابت است. این بنا توسط شارع ردع نشده، بلکه در مواردی امضا شده است و در مواردی که بنای عقلا محرز است، می‌توان از آن به‌عنوان یکی از ظنون خاص در زمینه موضوعات، بهره جست.

واژگان کلیدی: قاعدۀ غلبه، ظن خاص، حجیت ظن، قاعدۀ الحاق مشکوک.

مقدمه

در موارد زیادی، افراد یک ماهیت دو حالت دارند: غالب افراد آن، یک حکم یا صفت یا خصوصیت مشترکی دارند و افراد دیگر، دارای آن حکم، صفت یا خصوصیت نیستند. هنگام شک در اینکه فردی جزء افراد غالب است یا جزء افراد نادر، بر اساس رجوع به قاعده‌ای فرد مشکوک ملحق به افراد غالب می‌شود. از این قاعده معمولاً به «الحمل علی‌الأعم الأغلب»،[1] «الحاق المشکوک بالأعم الأغلب»،[2] «الحاق المشتبه بالأعم‌الأغلب»[3] و «قاعدهٔ غلبه»[4] یاد می‌شود و در نوشتار حاضر به قاعدهٔ الحاق تعبیر می‌شود.

گسترهٔ تمسک به قاعدهٔ الحاق، بسیاری از مسائل علم اصول فقه را در بر می‌گیرد؛ مانند دلالت نهی بر فساد،[5] حجیت استصحاب،[6] حمل هیئت امر بر وجوب نفسی در صورت دوران بین وجوب نفسی و غیری،[7] حمل امر بر واجب مطلق در صورت دوران بین واجب مطلق و مشروط[8] و بعضی از قواعد مهم فقهی از قبیل؛ قاعدهٔ ید،[9] اصالة الصحة[10] و قاعدهٔ اشتراک مکلفان در تکلیف.[11]

علی‌رغم دامنهٔ وسیع کاربرد و استناد به قاعدهٔ الحاق در آثار فقهی و اصولی، بررسی مفاد و ادلهٔ آن مدِّنظر قرار نگرفته است و فقها و اصولیان در مواضع مختلف در تأیید یا رد این قاعده، نکاتی را به‌طور پراکنده بیان کرده‌اند. بنابراین، پژوهش دربارهٔ قاعدهٔ الحاق و استخراج و ارزیابی ادلهٔ اعتبار آن ضروری به نظر می‌رسد. مطالعهٔ آثار فقهی و اصولی که متعرض این قاعده شده‌اند حاکی از این واقعیت است که بین اندیشمندان فقه و اصول ازنظرِ مفهوم‌شناسی، اعتبار و گسترهٔ اعتبار این قاعده اختلاف‌نظر وجود دارد که حجیت و اعتبار قاعده به‌عنوان ظن خاص واکاوی می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی

الحاق: الحاق، مصدر باب اِفعال از ریشهٔ لَحِقَ است. لحق به‌معنای ادراک و مصدر ثلاثی مجرد آن،

---

۱. مظفر، اصول الفقه، ٤٢٣.
۲. حیدری، اصول الإستنباط، ٣٢٢.
۳. رشتی، بدائع الأفکار، ٤٢.
٤. لاری، تقریرات فی اصول الفقه، ٨٧/١.
٥. لاری، تقریرات فی اصول الفقه، ٩٤/٢.
٦. میرزای قمی، القوانین، ١٣٣/٣.
٧. خمینی، جواهر الأصول، ١٣٦/٣.
٨. طباطبائی، کتاب المناهل، ٢١تا٢٢.
٩. حاج آخوند قمی، قلائد الفرائد، ٣٩٧/٢.
١٠. میرزای قمی، جامع الشتات، ٣٧١/٤؛ حسینی مراغی، العناوین الفقهیة، ٧٤٤/٢.
١١. حسینی مراغی، العناوین الفقهیة، ٢٤/١.

لَحاق است.[۱] معمولاً لغویان، باب اِفعال این ماده را به‌معنای ثلاثی مجرد (ادراک) معنا کرده‌اند.[۲]

مشکوک: مشکوک، اسم مفعول ثلاثی مجرد از مادهٔ شکک است. در کتب لغت برای شک معانی مختلفی ذکر شده است؛ مانند ضد یقین،[۳] لنگیدن شتر[٤] و چسبیدن و ملازمت.[٥] دربارهٔ معنای اصلی این واژه، دو نظریه در بین اهل لغت مطرح شده است: ۱. معنای اصلی این واژه، تداخل است و معانی مختلفی که برای آن ذکر شده است به‌معنای تداخل برمی‌گردند؛ مثلاً شک، در مقابل یقین به کار می‌رود، به این دلیل که برای کسی که یقین ندارد، دو امر در محل واحد جمع می‌شوند که یقین به هیچ‌کدام ندارد، بنابراین به این حالت، شک اطلاق می‌شود.[٦] ۲. معنای اصلی این واژه در مقابل جدیت و قاطعیت است و به حالت تردید اطلاق می‌شود، زیرا کسی که در مسئله‌ای شک دارد، راجع به آن عقیدهٔ قاطع ندارد.[۷] به هرحال، منظور از شک در این قاعده، عدم‌یقین است و وقتی شک به‌معنای مقابل یقین به کار می‌رود لازم نیست که دو احتمال مساوی باشند، بلکه حتی اگر احتمال یک طرف بیشتر باشد، معنای لغوی شک بر آن صدق می‌کند.[۸]

اعم: اعم، بر وزن افعل از ریشهٔ «عمم» است که در کتب لغت به‌معنای شمول و عدم‌خصوصیت معنا شده است.[۹] سایر معانی که این واژه در آن‌ها استعمال می‌شود به همین معنا بر می‌گردند و معنای مستقلی نیستند؛ مثلاً به اهل‌سنت، عامه می‌گویند، به‌دلیل اینکه نسبت به شیعه بیشترند[۱۰] و عمامه را عمامه می‌گویند؛ زیرا نسبت به سر شمول و احاطه دارد.[۱۱] عمو و عمه نیز نسبت به اَب عمومیت دارند، زیرا اَب اختصاص به تأمین و تربیت اولادش دارد، برخلاف عمو و عمه که انتساب عام دارند و اختصاصی به اولاد خودشان ندارند.[۱۲]

اغلب: اغلب، بر وزن افعل از ریشهٔ غلب است که فعل آن از باب ضرب استعمال می‌شود.[۱۳] برخی از

---

۱. جوهری، الصحاح، ۱٥٤۹/٤.
۲. ابن‌منظور، لسان العرب، ۳۲۷/۱۰؛ فیومی، المصباح المنیر، ٥٥۰/۲؛ طریحی، مجمع البحرین، ۲۳۲/٥.
۳. جوهری، الصحاح، ۱٥۹٤/٤؛ فیومی، المصباح المنیر، ۳۲۰/۲.
٤. جوهری، الصحاح، ۱٥۹٤/٤.
٥. جوهری، الصحاح، ۱٥۹٤/٤.
٦. ابن‌فارس، معجم مقائیس اللغه، ۱۷۳/۳.
۷. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۰٥/٦.
۸. طریحی، مجمع البحرین، ۲٦۷/٥؛ مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۰٥/٦.
۹. فیومی، المصباح المنیر، ٤۳۰/۲؛ طریحی، مجمع البحرین، ۱۲٤/٦.
۱۰. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ٥۸٥.
۱۱. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۲۲۷/۸.
۱۲. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۲۲۷/۸.
۱۳. فیومی، المصباح المنیر، ٤٥۰/۲.

کتب لغت، قوت، قهر و شدت را به‌عنوان معنای اصلی این واژه مطرح کرده‌اند[1] و برخی دیگر تفوق و برتری با قدرت را معنای اصلی این واژه می‌دانند و قهر و شدت و استیلاء را از لوازم معنای اصلی شمرده‌اند.[2]

۲. اقوال

با اینکه قاعدهٔ الحاق در مباحث مختلف فقهی، اصولی و رجالی استناد شده است، اما به‌جز یک رسالهٔ سطح سه که در حوزهٔ علمیهٔ قم توسط نگارندهٔ این پژوهش با عنوان «قاعدهٔ الحاق مشکوک به اعم اغلب» نگارش یافته است، پژوهشی به‌طور مبسوط، اعتبار آن را بررسی نکرده است. البته فقها و اصولیان در مواضع مختلف به مناسبت، در تأیید یا رد آن نکاتی را بیان کرده‌اند.

علامه حلی، اولین فقیهی است که به این قاعده استناد کرده است[3] و بعد از ایشان استناد به این قاعده در آثار فقها و اصولیان مشاهده می‌شود[4] و به‌تدریج کاربرد و استناد به این قاعده، چنان در بین فقها مطرح شده که از آن به روش فقهای امامیه[5] و روش متداول نزد فقها و اصولیان تعبیر شده است.[6] قاعدهٔ الحاق، به طور مستقل در کتب اصولی شیعه موضوع بحث قرار نگرفته است، اما دو تا سه قرن بعد از طرح این قاعده در فقه، استناد به قاعدهٔ الحاق در علم اصول برای اولین‌بار در کتاب معالم الأصول در مسئله فور و تراخی مطرح شد.[7] البته صاحب معالم، اعتبار آن را نپذیرفت اما استناد و کاربرد آن در علم اصول فقه در عصور بعد گسترش یافت تاجایی‌که قاعدهٔ الحاق در زمرهٔ ادلهٔ اعتبار قواعد مهم اصولی؛ مانند استصحاب[8] و اصالة الظهور[9] قرار گرفت و بنابر شهادت برخی از محققان تا زمان شیخ انصاری، قاعدهٔ الحاق معمولاً نزد اصولیان متقدم معتبر بوده و به آن عمل می‌کرده‌اند، اما گروهی از محققان متأخر آن را بی‌اعتبار می‌دانند.[10]

بعد از بررسی نظریه‌های مطرح‌شده دربارهٔ قاعدهٔ الحاق، ابتدا ادلهٔ اعتبار و سپس ادلهٔ اقامه‌شده برای اثبات عدم‌اعتبار قاعدهٔ الحاق بررسی و ارزیابی می‌شود.

سه نظریه دربارهٔ اعتبار این قاعده مطرح شده است:

۲. ۱. نظریهٔ اول: اعتبار

---

۱. ابن‌فارس، معجم مقائیس اللغه، ٣٨٨/٤.

۲. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ٢٤٨/٧.

۳. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ١٢٩/٦؛ منتهی المطلب، ٣٠٥/٢.

٤. شهید اول، القواعد و الفوائد، ٢١٦/١؛ فاضل مقداد، نضد القواعد الفقهیة، ١٥٨؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ٣٠٥/١.

٥. حسینی مراغی، العناوین الفقهیة، ٢٥٥/١.

٦. قزوینی، الحاشیه علی قوانین الأصول، ١١٢/٢.

٧. ابن‌شهید ثانی، معالم الدین، ٨٠.

٨. میرزای قمی، القوانین، ١٣٣/٣.

٩. انصاری، فرائد الأصول، ١٦/٤.

١٠. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، فرهنگ‌نامهٔ اصول فقه، ٦١٩.

میرزای قمی[۱] و مراغی[۲] ازجمله فقهایی هستند که اعتبار این قاعده را پذیرفته‌اند. میرزای قمی که از قاعدهٔ الحاق مشکوک به اعم اغلب در آثار خود بسیار استفاده کرده است، این قاعده را این‌گونه توصیف می‌کند: این قاعده، قاعده‌ای ارزشمند است که بر آن به عقل و عرف و شرع استدلال شده و کسی که به حقیقت آن نرسیده است از فوائدش محروم شده است.[۳]

۲. ۲. نظریهٔ دوم: عدم‌اعتبار

صاحب معالم،[٤] نراقی،[٥] شیخ انصاری[٦] و آخوند خراسانی[۷] ازجمله مخالفان حجیت قاعدهٔ الحاق مشکوک به اعم اغلب هستند.

۲. ۳. نظریهٔ سوم: تفصیل

بعضی از بزرگان، اعتبار این قاعده را صرفاً در ابواب و موارد خاصی پذیرفته‌اند و تفصیلات مختلفی دربارهٔ آن بیان شده است که به چند مورد اشاره می‌شود.

تفصیل اول؛ اعتبار قاعده در خصوص سوق مسلمین: در خصوص خرید در بازار مسلمانان از شخصی که اسلام و کفرش مشکوک است، قاعدهٔ الحاق حجت است.[۸]

تفصیل دوم؛ تفصیل به‌حسب تعداد افراد نادر: درصورتی‌که افراد نادر به‌حدی کم باشند که ملحق به معدوم باشند، قاعدهٔ الحاق مشکوک به اعم اغلب معتبر است و در غیر این صورت، بنای عقلا بر عمل به آن محرز نیست.[۹]

۳. اصول موضوعی بحث

قاعدهٔ الحاق از ادلهٔ مفید ظن است و قبل از ذکر ادله‌ای که بر اعتبار قاعدهٔ الحاق مشکوک به اعم اغلب اقامه شده است، لازم است اصول موضوعی ذیل را مطرح کنیم.

اول: حجیت اماره و دلیل ظنی ممکن است و استحاله‌ای ندارد.

دوم: ادله و امارات ظنی ذاتاً حجت نیستند و حجیتشان نیازمند دلیل است.

---

۱. میرزای قمی، القوانین، ۱۸٤/۱.
۲. حسینی مراغی، العناوین الفقهیة، ۲۵۳/۱.
۳. میرزای قمی، القوانین، ۱۸٤/۱.
٤. ابن‌شهید ثانی، معالم الدین، ۵۸.
۵. نراقی، انیس المجتهدین، ٤۸۳/۱.
٦. انصاری، فرائد الأصول، ۹٤/۳.
۷. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۳۸.
۸. خوئی، فقه الشیعة، ٤٤۰/۲.
۹. خمینی، جواهر الأصول، ۲۳۸/۱.

واضح است که بحث از ادلهٔ اعتبار قاعدهٔ الحاق، مبتنی بر قبول دو مقدمهٔ مطرح‌شده است؛ زیرا اگر حجیت دلیل ظنی نیازمند به اقامهٔ دلیل نباشد یا حجیتش محال باشد، بحث از ادلهٔ اعتبار قاعدهٔ الحاق اغلب معنا ندارد.

سوم: در صورت عدم‌تمامیت ادلهٔ مطرح‌شده و شک در حجیت قاعدهٔ الحاق، لازم است به اصل عدم حجیت مراجعه کنیم؛ یعنی چیزی که ذاتاً حجت نیست و برای حجیت آن لازم است دلیل اقامه شود. اگر دلیل بر حجیت آن اقامه شد، متصف به حجیت می‌شود و در غیر این صورت، حجت نیست. بنابراین، اگر ادلهٔ مطرح‌شده برای اثبات حجیت قاعدهٔ الحاق کافی نبود، حکم به عدم‌حجت آن می‌شود، حتی اگر دلیلی بر عدم‌حجیت آن دلالت نکند.

سه اصل مطرح‌شده معمولاً در ابتدای بحث از حجیت امارات غیرعلمیه در علم اصول فقه توسط اصولیان بررسی می‌شوند.[1]

۴. ادلهٔ اعتبار

باتوجه‌به مقدمهٔ مذکور، ادلهٔ اعتبار قاعدهٔ الحاق بیان می‌شود.

٤. ١. دلیل اول: روایات

روایاتی که استدلال شده‌اند یا می‌توان به آن‌ها استدلال کرد به شرح ذیل است:

صحیحهٔ اسحاق‌بن‌عمار: طبق روایت اسحاق‌بن‌عمار، امام کاظم(ع) فرمودند: نمازخواندن در پوستین یمانی و چیزی که در سرزمین مسلمانان ساخته شده است، اشکالی ندارد. اسحاق از امام(ع) سؤال کرد: اگر در آن سرزمین، غیراهل اسلام نیز باشند، چطور؟ امام(ع) فرمودند: اگر غالب آن مسلمانان باشند اشکالی ندارد.[2]

وجه استدلال به روایت، پاسخ امام(ع) به سؤال عمار است؛ چراکه عمار پرسید: اگر در سرزمین مسلمانان، غیرمسلمان نیز باشد و وقتی از شخص مجهول‌الإسلام چیزی می‌خریم شک می‌کنیم که پاک است یا نجس، آیا نماز در آن اشکالی ندارد که امام(ع) فرمودند: اگر غالب افراد در آنجا مسلمانان باشد اشکالی ندارد. در واقع امام(ع) قاعدهٔ الحاق را در این مورد تطبیق داده‌اند که از آن، اعتبار این قاعده معلوم می‌شود.

راجع به دلالت این روایت بر اعتبار قاعدهٔ الحاق، دو دیدگاه در بین فقها مطرح شده است: دیدگاه

---

۱. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۷۵تا۲۸۰.

۲. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ٤٥٦/٤ ....إسحاق‌بن‌عمار عن العبدالصالح(ع) أنه قال: لا بأس بالصّلاة فی فرو یمانی و فیما صنع فی أرض الإسلام قلت فإن کان فیها غیرأهل الإسلام قال إذا کان الغالب علیها المسلمون فلا بأس.

نخست از روایت اسحاق‌بن‌عمار، حجیت قاعدهٔ الحاق را به‌طور مطلق (نه در خصوص سوق مسلمین) استنتاج کرده[1] و دیدگاه دوم، صرفاً اعتبار قاعده را در خصوص سوق مسلمین پذیرفته است. آیت‌الله خوئی در تبیین دیدگاه دوم فرموده‌اند: بر اساس صحیحهٔ اسحاق‌بن‌عمار، خرید از شخص مجهول‌الحالی که نمی‌دانیم مسلمان است یا خیر اشکالی ندارد، زیرا بر اساس این صحیحه، مشکوک ملحق به اعم اغلب می‌شود و از این صحیحه، حجیت غلبه در مقام استفاده می‌شود.[2]

روایات اوصاف دم حیض و استحاضه: روایات بیانگر اوصاف دم حیض و استحاضه[3] نیز از ادلهٔ اعتبار قاعدهٔ الحاق قلمداد شده‌اند؛ با این توضیح که غالباً دم حیض سرخ و تازه است و در این روایات، حمره علامت حیض قرار داده شده است؛ یعنی مواردی که از زن دمی با اوصاف حیض خارج می‌شود و بین حیض و استحاضه شک می‌کند، آن دم ملحق به حیض می‌شود.[4] آیت‌الله وحید بهبهانی در شرح مفاتیح الشرایع فرموده‌اند: در موارد زیادی برای مردم بین حیض و استحاضه اشتباه حاصل می‌شد و مردم برای تشخیص آن‌ها از یکدیگر مشکل داشتند و شارع برای تمییز بین آن دو، صفات غالبی حیض و استحاضه را معتبر دانسته است؛ مثلاً حیض غالباً گرم و سیاه و استحاضه غالباً زرد و سرد است و صفاتی از این قبیل و ازآنجایی‌که غلبه سبب گمان می‌شود، شارع این صفات را معتبر دانسته است، همان‌طور که ظنون و ظواهر دیگری را نیز معتبر دانسته است.[5]

بر اساس تفسیری که از روایات اوصاف حیض بیان شد، روایاتی که صفات حیض و استحاضه بیان را کرده‌اند، بر اعتبار قاعدهٔ الحاق در خصوص صفات حیض و استحاضه دلالت می‌کنند؛ زیرا دلیل اینکه شارع مثلاً سرخی را به‌عنوان صفت حیض معتبر می‌داند این است که خون حیض غالباً سرخ است و اگر خون سرخی بین حیض و استحاضه مشکوک بود، چون غالب خون‌های سرخ حیض هستند، آن خون نیز حکم حیض را دارد. باتوجه‌به اینکه صفات ذکرشده اوصاف غالبی هستند، ممکن است در مواردی نیز آن اوصاف وجود نداشته باشند اما خون محکوم به حیض باشد، مانند خونی که صفات استحاضه را داشته باشد اما در ایام عادت وقتیه و عددیه ظاهر شود. بنابراین، روایاتی که اوصاف حیض و استحاضه را بیان کرده‌اند حاکی از اعتبار قاعدهٔ الحاق است.

در مقابل تفسیر پیش‌گفته و بازگرداندن اوصاف حیض به صفات غالبی، نظریه‌ای دیگر بین فقها مطرح است و آن اینکه صفات ذکرشده در روایات برای تشخیص حیض از استحاضه تعبدی است و حکم به

---

۱. میرزای قمی، القوانین، ۹۲/۱.

۲. خوئی، فقه الشیعة، ٤۳۹/۲.

۳. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۷۵/۲.

٤. بهبهانی، مصابیح الظلام، ۱۱۱/۱؛ عاملی، مفتاح الکرامة، ۱۲۳/۳.

۵. بهبهانی، مصابیح الظلام، ۱۰۹/۱تا۱۱۱.

حیض‌بودن، متوقف بر وجود همهٔ صفات است و در غیر این صورت، خون محکوم به حیض نیست.[۱]

بسیاری از فقها، غالبی‌بودن صفات حیض را پذیرفته و در هنگام بیان صفات، تصریح بـه غـالبی‌بـودن این صفات کرده[۲] و نظریهٔ تعبدی‌بودن صفات حیض را نقد کرده‌اند.[۳]

علت استظهار غالب‌بودن صفات: باتوجه‌به این نکته که غالبی‌بودن صفات در روایات صراحتاً بیـان نشده است، استظهار غالبی‌بودن صفات باتوجه‌به دو نکته تبیین‌شدنی است.

نکتهٔ اول: توجه به مجموع روایات با غالبی‌بودن صـفات سـازگار اسـت،[٤] زیـرا بـر اسـاس روایـات، در بعضی موارد خونی که صفات استحاضه را دارد، خون حیض است؛ مانند خونی که در ایـام عـادت خـارج می‌شود.[۵]

نکتهٔ دوم: حیض از موضوعاتی است که مردم با آن آشنا بوده‌اند و از مخترعات شرعی و توقیفی نیسـت و مانند الفاظ منی، بول و غائط، در روایات به همان معنای متعارف استعمال شده است[٦] و در مواردی که بـا استحاضه مشتبه شود، اماراتی در روایات بیان شده است که شخص را به حقیقت آن خون راهنمایی می‌کند که آن خون واقعاً حیض است یا استحاضه؛ نه اینکه مراد از روایات، این باشد که هر وقت این صفات وجود داشت خون تعبداً حیض است. به تعبیر دیگـر، روایـات، ارشـاد بـه واقعیتـی خـارجی می‌کننـد و واقعیـت خارجی حیض غالباً دارای این صفات است، به همین دلیل وقتی امام(ع) صفات را برای خانمی که در ایـن مورد سؤال کرده بود بیان فرمودند، آن زن گفت: اگـر امـام یـک زن می‌بـود کامـل‌تـر از ایـن صـفات بیـان نمی‌فرمود[۷] که حاکی از این است که امام(ع) صفات واقعی حیض را بیان کرده‌اند و اگـر امـام(ع) حکمـی تعبدی بیان کرده بودند، آن زن کلام امام(ع) را این‌گونه توصیف نمی‌کرد.[۸]

روایات طلاق غائب: یکی از شروط طلاق، طهارت از حیض و نفاس و عدم‌مواقعه در آن طُهر است[۹] و اگر زوج، مدتی غائب باشد که زوجه به‌مقتضای عادت خود در مدت غیبت زوج، به طُهـر بعـدی منتقـل شده است، طلاق صحیح است، حتی اگر احتمال داشته باشد که زوجه از حیض طـاهر نباشـد.[۱۰] روایـاتی که می‌توانند مستند حکم فقهی مطرح‌شده باشند در باب۲٦ از ابواب مقدمات طلاق در وسائل الشیعة ذکر

---

۱. موسوی عاملی، مدارک الأحکام، ۳۱۳/۱.

۲. طباطبائی، ریاض المسائل، ۲٤۲/۱؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۳۷/۳؛ انصاری، کتاب الطهاره، ۱۲۱/۳.

۳. بهبهانی، الحاشیة علی مدارک الأحکام، ۳٥٤/۱؛ انصاری، کتاب الطهارة، ۱۲۲/۳.

٤. انصاری، کتاب الطهارة، ۱۲۲/۳؛ همدانی، مصباح الفقیه، ۷/٤.

۵.حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۷۹/۲.

٦. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۳۵/۳؛ انصاری، کتاب الطهارة، ۱۱۹/۳.

۷. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۷۵/۲.

۸. بهبهانی، مصابیح الظلام، ۱۰۹/۱تا۱۱۰.

۹. محقق حلی، شرایع الإسلام، ۵/۳.

۱۰. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۰/۳۲.

شده‌اند.[۱] صاحب‌جواهر، این اخبار را مبتنی بر قاعدهٔ الحاق تفسیر کرده است؛[۲] توضیح اینکه، وقتی مرد غائب می‌شود و در خصوص وضعیت همسر خود شک دارد، اما مدتی گذشته که معمولاً در آن مدت به طُهر بعدی منتقل می‌شود، احتمال دارد که در آن ایام، زوجه به مقتضای عادت به طُهر بعدی منتقل شده باشد و احتمال دارد که در ایام عادت باشد، زیرا ممکن است که ایام عادت او در آن ماه دیرتر شروع شده یا دیرتر تمام شده باشند. با اینکه وضعیت زوجه مشکوک است اما طبق روایات مطرح‌شده، زوج می‌تواند طلاق دهد؛ زیرا زوجه غالباً در این ایام به طُهر بعدی منتقل می‌شده است؛ لذا مشکوک ملحق به غالب می‌شود.

نتیجهٔ بررسی روایات: نگارنده بر این باور است که صحیحهٔ اسحاق‌بن‌عمار، روایات صفات حیض و استحاضه و روایات صحت طلاق غائب، فقط در خصوص خود، دلالت بر امضای قاعدهٔ غلبه می‌کند و دلالتی بر اعتبار قاعدهٔ الحاق در بقیه موضوعات ندارد، مگر به الغای خصوصیت و تعدی از مورد روایات. باتوجه‌به اینکه خصوصیتی در موارد مطرح‌شده در روایات به نظر نمی‌رسد و برحسب مورد، ائمه(ع) قاعدهٔ الحاق را بر این موارد تطبیق کرده‌اند، الغای خصوصیت و استنتاج اعتبار قاعدهٔ الحاق در همهٔ موضوعات بعید به نظر نمی‌رسد و از فهم عرفی روایات دور نیست. افزون بر اینکه، اگر روایات پیش‌گفته در مقام تأیید بنای عقلا باشد، الغای خصوصیت روشن‌تر است؛ زیرا در بنای عقلا سه موردِ مطرح‌شده در روایات موضوعیتی ندارند. البته درصورتی‌که بنای عقلا به‌عنوان دلیلی مستقل پذیرفته شود، نیازی به الغای خصوصیت نیست. درادامه، دلالت بنای عقلا بر قاعدهٔ الحاق بررسی می‌شود.

روایات مطرح‌شده نیز دلالت بر اعتبار قاعدهٔ الحاق در شبهات موضوعیه می‌کند و مورد همهٔ آن‌ها، شک در موضوع حکم شرعی است؛ چراکه صحیحهٔ اسحاق‌بن‌عمار در خصوص شک در تذکیهٔ حیوان و روایات صفات حیض دربارهٔ شک در حیض‌بودن خون و روایات طلاق غائب دربارهٔ شک در طهارت زوجه در هنگام طلاق وارد شده و اعتبار قاعدهٔ الحاق در این موارد را تأیید کرده‌اند. بنابراین، استنتاج اعتبار قاعدهٔ الحاق در شبهات حکمیه متوقف بر الغای خصوصیت از مورد روایات است.

٤. ۲. دلیل دوم: بنای عقلا

دلیلی که در صورت پذیرش می‌تواند اعتبار قاعدهٔ الحاق را فراتر سوق مسلمین و صفات دم حیض اثبات کند، بنای عقلاست که در آثار برخی از فقها به‌عنوان یکی از ادلهٔ اعتبار این قاعده ذکر شده است.[۳] میرزای قمی برای اثبات اعتبار قاعدهٔ الحاق، به عرف تمسک کرده است[٤] و بعید نیست که مراد

۱. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۵٦/۲۲تا۵۸.
۲. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ٤۰/۳۲.
۳. حسینی مراغی، العناوین الفقهیة، ۲۵۵/۱.
٤. میرزای قمی، القوانین، ۹۲/۱.

ایشان از عرف، بنای عقلا باشد؛ همان‌طور که آیت‌الله نائینی فرموده‌اند: گاهی از بنای عقلا به بنـای عـرف تعبیر می‌شود و منظور همان سیره و طریق عقلاست.[۱]

برای استدلال به بنای عقلا باید دو مقدمه ثابت شود: ۱. احراز بنای عقلا، ۲. عدم‌ردع از بنای عقلا.

بنابراین لازم است بحث از این دلیل را طبق دو مقدمهٔ مذکور مطرح کنیم.

٤. ۲. ۱. مقدمه اول: احراز سیرهٔ عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب

بنای عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب، در مواردی در کتب فقه و اصول بحث شده است که به چند مورد اشاره می‌شود.

أ. قاعدهٔ ید: قاعدهٔ ید، از مصادیق بنای عقلا بر الحاق مشکوک به اعـم اغلـب شـمرده شـده اسـت و برخی از فقها، بنای عقلا بر ترتب آثار ملک بر ذوالید را از باب قاعدهٔ الحاق تبیین کرده‌اند؛ توضیح اینکـه، مشهور میان فقها این است که قاعدهٔ ید از امارات و کاشف از ملک است و صرف تعبد شرعی یا عقلایی بر ترتب آثار ملک بر ذوالید نیست، اما در علت کشف ید از ملکیت اختلاف‌نظر وجود دارد و بعضی از فقهـا آن را مستند به غلبه می‌دانند؛ یعنی در غالب موارد، ذوالید مالک است و به همین دلیل، عقلا ید مشکوک را نیز ملحق به موارد غالب و آثار ملک را مترتب می‌کنند و روایاتی که بر اعتبار آن دلالت می‌کنند، در واقع در مقام تقریر و امضای بنای عقلاست.[۲]صاحب قلائد الفرائد دربارهٔ قاعدهٔ ید می‌فرمایـد: قاعـدهٔ یـد از بـاب بنای عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب معتبر است؛ به این تقریر که با تتبع در می‌یابیم که اکثـر مـواردی که بر اعیان، سلطه وجود دارد، ناشی از ملکیت است. بنابراین، اگر موردی مشکوک دیدیم، آن را ملحق بـه موارد غالب می‌کنیم و ادله‌ای که بر اعتبار قاعده دلالت می‌کنند دلیل امضایی هستند، نـه تأسیسـی؛ یعنـی درصدد تأیید همان بنای عقلاست.[۳]

بررسی: به نظر می‌رسد ابتنای قاعدهٔ ید بر قاعدهٔ الحاق مناقشه‌پذیر باشد و به تعبیر دیگر، بنای عقلا بر اعتبار ید ناشی از قاعدهٔ الحاق نیست؛ بلکه ظاهر حال ید و استیلا، ملکیت اسـت و بـه احتمـال خـلاف، اعتنا نمی‌شود؛ زیرا وقتی کسی بر مالی ید دارد، عقلا در مالک‌بودن او شک نمی‌کنند تا به‌دلیل اینکه غالـب موارد ید، همراه ملکیت است، ید مشکوک را نیز حاکی از ملک بدانند؛ بلکه اگر در مالک‌بودن ذوالید شک کنند از معامله خودداری می‌کنند و اگر هم معامله انجام دهند، گمان بـه مالـک‌بـودن ذوالیـد ندارنـد و بـه عبارت‌دیگر، در مواقع کشف ید از ملک، شکی وجود ندارد و در مواقع شک، ید کاشف نیست.

ب. اصالة الظهور: یکی از اصول عقلایی مورد تقریر و امضای شـارع، اصـالة الظهـور اسـت؛ یعنـی

---

۱. نائینی، فوائد الأصول، ۱۹۲/۳.

۲. نائینی، فوائد الأصول، ٦۰۳/٤؛ عراقی، نهایة الأفکار، ۲۱/٤؛ بجنوردی، القواعد الفقهیة، ۱٤۲/۱.

۳. حاج آخوند قمی، قلائد الفرائد، ۳۷۹/۲.

اصل این است که ظاهر کلام، مرادِ متکلم است و به احتمال ارادهٔ خلاف ظاهر، اعتنایی نمی‌شود، مگر اینکه قرینه‌ای بر ارادهٔ خلاف ظاهر دلالت کند.[1] دربارهٔ علت بنای عقلا بر اصالة الظهور، بین اصولیان نظریه‌های گوناگونی مطرح شده است.

برخی از فقها، غلبه را به‌عنوان یکی از احتمالات برای منشأ اصالة الظهور بیان کرده‌اند؛[2] یعنی در غالب موارد، ظاهر کلام، مراد متکلم است. بنابراین، در صورت شک و تردید در ارادهٔ ظاهر کلام توسط متکلم، سیرهٔ عقلا بر این است که مورد مشکوک را حمل بر غالب می‌کنند؛ یعنی تا زمانی که قرینه‌ای برخلاف ارادهٔ ظاهر کلام اقامه نشود، دربارهٔ مشکوک نیز حکم می‌کنند که ظاهر کلام، مراد متکلم است.

ج. کشف مقتضای حقیقت شیء: یکی از مباحث مهم در مباحث فقه و حقوقی معاملات و قراردادها، خیار عیب است. عیب در آثار فقهی، به نقص از حقیقت شیء و تعابیر مشابه آن تفسیر شده است.[3] سؤالی که باتوجه‌به این تفسیر مطرح می‌شود این است که مقتضای حقیقت شیء چگونه کشف می‌شود؟

شیخ انصاری قاعدهٔ الحاق را به‌عنوان یکی از روش‌های کشف حقیقت شیء مطرح کرده و در توضیح آن و بنای عقلا بر عمل به قاعده، فرموده‌اند: مقتضای حقیقت شیء گاهی از ملاحظهٔ اغلب افراد معلوم می‌شود؛ یعنی وقتی صفتی در اغلب افراد وجود داشته باشد، کشف می‌کنیم که مقتضای حقیقت شیء است و همان‌طور که بنای عرف و عادت بر این است که حقیقت را از حال اغلب افراد کشف کنند، عادت بر این است که از ملاحظهٔ اغلب افراد، ظن به ثبوت صفتی برای فردی حاصل می‌شود؛ زیرا وقتی اغلب افراد یک صفت داشته باشند، کشف می‌کنیم که آن صفت مقتضای حقیقت آن شیء است و معلوم می‌شود که فرد مشکوک هم دارای آن صفت است، وگرنه چنانچه حقیقت شیء کشف نشود نمی‌توان از حال بعضی افراد بر حال فرد دیگر استدلال کرد.[4]

شیخ انصاری با اینکه از مخالفان اعتبار قاعدهٔ الحاق است، اما بنای عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب را پذیرفته است.

شواهدی که از عبارات فقها در خصوص پذیرش بنای عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب اشاره شد، هرچند مربوط به موارد خاصی مانند قاعدهٔ ید، اصالة الظهور و کشف حقیقیت شیء است، اما نگارنده بر این باور است که بنای عقلا منحصر به این موارد نیست و در هر جا افراد غالبی و فرد مشکوکی وجود داشته باشد، آن را ملحق به افراد غالب می‌کنند و موارد مطرح‌شده خصوصیتی ندارند تا بنای عقلا منحصر

---

۱. مشکینی، اصطلاحات الأصول، ۵۷.

۲. انصاری، فرائد الأصول، ۱٦/٤.

۳. انصاری، المکاسب، ۳۵۵/۵؛ مشکینی، مصطلحات الفقه، ۳۸۲.

٤. انصاری، المکاسب، ۳۵۵/۵تا۳۵٦.

به آن‌ها باشد.

٤. ۲. ۲. مقدمهٔ دوم: اعتبار بنای عقلا

نخست باید معلوم شود که آیا برای اعتبار سیره، عدم‌ردع کافی است یا لازم است به اعتبار آن تصریح شود؟

سیرهٔ عقلا گاهی برای اثبات یا کشف موضوع حکم شرعی استفاده می‌شود؛ مانند استفاده از سیرهٔ بر الحاق مشکوک به غالب برای تعیین مالک در قاعدهٔ ید[1] یا برای تعیین قرشی یا غیرقرشی‌بودن زنی که در قرشی‌بودن او شک داریم و گاهی از سیره برای اثبات حکم شرعی کلی استفاده می‌شود؛ مثل استدلال به قاعدهٔ الحاق برای اثبات غیری‌بودن جزء واجب.[2] در نوع اول، عدم‌ردع از سیره کفایت می‌کند و حتی معاصرت سیره با زمان معصوم نیز لازم نیست اما در نوع دوم، صرف عدم‌ردع کفایت نمی‌کند؛ بلکه باید احراز شود شارع به عمل به سیره و کشف حکم شرعی از آن رضایت دارد.[3]

باتوجه‌به مقدمه‌ای که ذکر شد، برای تکمیل استدلال به سیره باید این بحث مطرح شود که آیا شارع بنای عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب را امضا کرده است یا خیر؟ و اگر پاسخ به این سؤال منفی است باید به این سؤال پاسخ داد که آیا از عمل به قاعدهٔ الحاق ردع کرده است یا خیر؟

أ. امضای سیرهٔ عقلا: دلیلی بر امضای سیرهٔ عقلا به‌طور مطلق وارد نشده است و تنها در بعضی موارد خاص، برای احراز موضوع حکم شرعی، قاعدهٔ الحاق امضا شده است؛ مانند صحیحهٔ اسحاق‌بن‌عمار، روایات صفات خون حیض و روایات طلاق غائب که در احراز اسلام فروشنده، تشخیص خون حیض و احراز طهارت زوجه در هنگام طلاق، قاعدهٔ الحاق را تأیید کرده‌اند. بنابراین، فقط در سه مورد مرتبط با احراز موضوع حکم شرعی، امضای قاعدهٔ الحاق محرز است و به عقیدهٔ نگارنده بعید نیست که در خصوص بقیهٔ مواردِ شبهات موضوعیه نیز با الغای خصوصیت بتوان امضای شارع را احراز کرد، هرچند برای اثبات اعتبار قاعده در اثبات موضوع حکم شرعی همان‌طور که گفته شد نیازی به امضا نیست و صرف عدم‌ردع کفایت می‌کند، لیکن دلیلی نداریم بر اینکه شارع قاعدهٔ الحاق را امضا کرده و به عمل به آن برای اثبات حکم شرعی راضی است و درنتیجه، حجیت قاعدهٔ الحاق راجع به اثبات حکم کلی شرعی ثابت نمی‌شود.

ب. عدم‌ردع از بنای عقلا: ردع از بنای عقلا بر الحاق مشکوک به غالب می‌تواند به‌صورت ردع از خصوص قاعدهٔ الحاق محقق شود و ممکن است به‌صورت ردع از عنوان عامی که شامل قاعدهٔ الحاق نیز

---

۱. حاج آخوند قمی، قلائد الفرائد، ۳۷۹/۲.

۲. جابلقی بروجردی، القواعد الشریفة، ۳۳۷/۲.

۳. صدر، بحوث فی علم الأصول، ۲۳٤/٤تا۲۳٦؛ لجنة الفقه المعاصر، الفائق فی الأصول، ۱۹.

می‌شود، واقع شود.

در خصوص این قاعده و بنای عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب، نه‌تنها ردعی به ما نرسیده است؛ بلکه همان‌طور که مطرح شد در بعضی موارد خاص مثل سوق مسلیمن، الحاق مشکوک به اعم اغلب توسط شارع تأیید و امضا شده است. بنابراین، باید بررسی شود عناوین عامی که توسط شارع ردع شده است شامل سیرهٔ عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب می‌شود یا خیر؟

مهم‌ترین عنوانی که ممکن است بر قاعدهٔ الحاق منطبق شود، عنوان ظن است و ممکن است بنای عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب، مشمول ادلهٔ بازدارنده از عمل به ظن یا غیرعلم باشد؛ مانند آیات شریفهٔ: «وَ لاتَقْفُ ما لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ»[1] و «إِنَّ الظَّنَّ لایُغْنی مِنَ الْحَقِّ شَیْئاً»[2] که مضمون هر دو آیه، عدم اعتبار ظن و گمان است.

آیات ناهیه از عمل به ظن به دلایلی نمی‌توانند رادع از سیره بر الحاق مشکوک به اعم اغلب باشند.

دلیل اول: طبق نظر برخی از مفسران، کلمهٔ ظن در آیهٔ ۲۸ سورهٔ نجم به‌معنای ظن اصطلاحی[3] نیست؛ بلکه باتوجه‌به مضمون کل آیه و سیاق این آیات که در مقام نفی قول مشرکان مبنی‌بر مؤنث‌بودن ملائکه هستند، مراد از آن شک است. علامه طباطبایی دربارهٔ معنای ظن در آیهٔ شریفه فرموده‌اند: همان‌طور که مشرکان بر مؤنث‌بودن ملائکه دلیل علمی نداشتند، دلیل ظنی نیز نداشتند، اما چون مؤنث‌بودن فرشتگان مطابق هوای نفسشان بود، ملائکه را مؤنث می‌پنداشتند و به این دلیل پندار آنان در آیه، ظن نامیده شده است.[4]

بنابراین، عنوان ظن در آیهٔ مذکور به‌معنای اعتقاد راجح نیست و منطبق بر ظن حاصل از الحاق مشکوک به اعم اغلب و سایر ظنونی نمی‌شود که در علم اصول بحث می‌شوند.

دلیل دوم: آیات مذکوره در مقام ارشاد به عدم‌اعتبار ظن در اصول دین است[5] و ظن حاصل از الحاق مشکوک به اعم اغلب که در احکام شرعیه کاربرد دارد، تخصصاً از موضوع آیات ناهیه خارج است. همان‌طور که در دلیل اول توضیح داده شد موضوع بحث در آیات ناهیه، مباحث اعتقادی و بطلان ادعای مشرکان است و ارتباطی به گمان در مسائل فقهی ندارد.

دلیل سوم: رادعیتِ آیات مذکوره از سیرهٔ عقلا دوری است، زیرا رادع‌بودن آیات از سیرهٔ عقلا بر عمل به الحاق مشکوک به اعم اغلب متوقف بر این است که سیرهٔ مذکور مخصص این آیات نباشد و عدم

---

۱. اسراء: ۳٦.

۲. نجم: ۲۸.

۳. اعتقاد راجح غیرمانع از نقیض.

٤. طباطبایی، المیزان، ٤۰/۱۹.

۵. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۳۰۳؛ نائینی، فوائد الأصول، ۱٦۰/۳.

تخصیص نیز بر رادعیت متوقف است؛ زیرا اگر آیات، رادع نباشند با سیره تخصیص خواهند خورد. پس رادعیت متوقف است بر عدم‌تخصیص و عدم‌تخصیص نیز متوقف است بر رادعیت و این دور صریح است. این اشکال در کتب اصولی دربارهٔ رادعیت آیات از سیرهٔ عقلا بر عمل به خبر واحد مطرح شده است.[۱]

بنابراین، آیات بازدارنده از عمل به ظن و غیرعلم نمی‌توانند رادع از سیرهٔ عقلا بر عمل به الحاق مشکوک به اعم اغلب باشند و همان‌طور که محقق نائینی تصریح کرده است: همهٔ موارد سیره‌های عقلائیه، تخصصاً از آیات ناهیه از عمل به غیرعلم خارج است.[۲]

در پایان بحث از دلیل دوم لازم است سه نکته ذکر شود:

اول: ثبوت اعتبار قاعدهٔ الحاق در موضوعات به سیرهٔ عقلا محدود به مواردی می‌شود که بنای عقلا در آن موارد محرز شود؛ ازاین‌رو، در موادری که یقین به عدم‌بنای عقلا داریم و همچنین در مواردی که سیرهٔ عقلا مشکوک است نمی‌توان به قاعدهٔ الحاق عمل کرد؛ زیرا بنای عقلا دلیل لبی است و بر اساس قواعد اصولی اگر در سعه و ضیق آن شک کردیم باید به قدر متیقن اخذ کنیم؛ چراکه دلیل لبی اطلاق یا عموم ندارد تا موقع شک به اطلاق یا عموم آن تمسک شود.

دوم: عدم‌ردع از سیرهٔ عقلا[۳] مبتنی بر این است که موضوعاً قاعدهٔ الحاق مغایر با قیاس باشد، اما درصورتی‌که این قاعده با قیاس متحد باشد، همان ادلهٔ رادع از قیاس، رادع از این قاعده نیز خواهند بود. اتحاد و مغایرت قیاس و قاعدهٔ الحاق در ضمن بررسی ادلهٔ عدم‌اعتبار قاعدهٔ الحاق بررسی خواهد شد.

سوم: در مواردی که شارع برای اثبات موضوع روش خاصی را معیار قرار داده است، نمی‌توان با قاعدهٔ الحاق، آن موضوع را احراز کرد؛ مانند کارهایی از قبیل سرقت که سبب حد می‌شوند و روش‌های خاصی برای اثبات این موضوعات از قبیل بینه و قسم معتبر هستند.

۵. ادلهٔ عدم‌اعتبار

حجیت امارات ظنی نیازمند دلیل است و در صورت نیافتن دلیل بر حجیت، حکم به عدم‌حجیت اماره می‌شود. بنابراین، عدم‌حجیت اماره نیاز به دلیل خاصی ندارد. البته ممکن است در مواردی در خصوص بعضی ظنون، دلیل بر عدم‌حجیت نیز داشته باشیم، اما عدم‌دلیل بر حجیت کفایت می‌کند؛ زیرا وقتی دلیلی بر حجیت یافت نشد و شک در اعتبار اماره داشتیم، به اصالة عدم‌الحجیة رجوع می‌کنیم و همان‌طور

---

۱. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۳۰۳؛ نائینی، فوائد الأصول، ۱۶۰/۳.

۲. نائینی، فوائد الأصول، ۳۳۳/٤.

۳. عدم‌ردع از سیرهٔ عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب.

که اندیشمندان علم اصول گفته‌اند، ظنونی که بر اعتبار آن‌ها دلیلی قائم شود از تحت این اصل خارج می‌شوند.[۱] در این بخش، ادلۀ عدم‌حجیت قاعدۀ الحاق ارزیابی می‌شود.

۵. ۱. دلیل اول: عدم‌حصول ظن و اولویت

وقتی اکثر افراد ماهیتی حکمی داشته باشند و بعضی افراد، دارای حکمی متفاوت باشند، اساساً گمانی به الحاق مشکوک به اعم اغلب حاصل نمی‌شود تا دربارۀ حجیت آن ظن بحث شود؛ زیرا حصول ظن، متوقف بر تشکیل قیاس ظنی است و تشکیل قیاس، متوقف بر کبرای کلی است و باتوجه‌به اینکه افراد ماهیت، حکم یکسانی ندارند قضیۀ کلی نداریم تا کبرای قیاس قرار گیرد[۲] و درنتیجه، قاعدۀ الحاق نسبت به استقرا از ارزش کمتری برخوردار است و باتوجه‌به اینکه استقرای ناقص حجت نیست، به‌طریق اولی قاعدۀ الحاق نیز حجت نیست.

آیت‌الله خویی در توضیح استدلال مذکور فرموده‌اند: استقرای ناقص یعنی افراد طبیعت شیئی را در حد مقدور تتبع کنیم تا اینکه گمان پیدا کنیم بقیۀ افراد نیز مانند افراد سابق هستند و نتیجه‌ای کلی حاصل می‌شود که مثلاً همۀ حیوانات موقع جویدن، فک پایین را حرکت می‌دهند. سپس موقعی که شک داریم حیوانی موقع جویدن، فک پایین را حرکت می‌دهد یا فک بالا را، آن حیوان را در صغرا قرار می‌دهیم و نتیجۀ استقرا را کبرا قرار می‌دهیم و مثلاً می‌گوییم: پنگوئن حیوان است و هر حیوانی موقع جویدن، فک پایین را حرکت می‌دهد، پس پنگوئن موقع جویدن فک پایین را حرکت می‌دهد. قیاس مذکور چون دارای کبرای ظنی است، نتیجه‌اش نیز ظنی است و اعتبار ندارد. بنابراین، قیاسی که با تکیه بر استقرای ناقص تشکیل می‌شود اعتبار ندارد، پس به‌طریق اولیٰ قاعدۀ غلبه حجت نیست، زیرا بر اساس غلبه حتی نمی‌توان قیاس تشکیل داد؛ چراکه همۀ افراد یک حالت ندارند، بلکه افراد طبیعت، دو نوع هستند: نوعی غالب و نوعی دیگر نادر، پس حتی وهم به قضیۀ کلی نداریم تا چه برسد به ظن که بتوانیم قیاس تشکیل دهیم.[۳]

استدلال مطرح‌شده از چند جهت مناقشه‌پذیر است:

اولاً: در قاعدۀ الحاق، وجود افراد نادر مانع از استنتاج قضیۀ کلی می‌شود؛ زیرا یقین داریم که بعضی از افراد نسبت به افراد دیگر حکم متفاوتی دارند، اما وجود افراد نادر مانع حصول ظن به الحاق مشکوک به اغلب نمی‌شود؛ توضیح اینکه، صرف وجود افراد غالب و نادر سبب ظن به الحاق مشکوک به اعم اغلب می‌شود و نیازی به وجود قضیۀ کلی نیست؛[٤] زیرا اگر ۹۰درصد افراد حکمی دارند و ۱۰درصد حکمی دیگر، احتمال اینکه فرد مشکوک جزء افراد غالب باشد ۹ برابر الحاق به افراد نادر است؛ مثلاً اگر در

۱. انصاری، فرائد الأصول، ۱۳٤/۱.
۲. قزوینی، تعلیقة علی معالم الأصول، ٤۸/۱تا٤۹.
۳. خوئی، مصباح الفقاهة، ۱۹/٤.
٤. اصفهانی، حاشیة کتاب المکاسب، ۳۵/۵تا۳٦.

کیسه‌ای ۱۰۰عدد کاغذ قرار بدهند که ۹۰عدد سفید و ۱۰عدد سیاه است و یک نفر با چشم بسته کاغذی از آن بیرون آورد، احتمال اینکه کاغذ سفید باشد به مراتب بیشتر از این است که کاغذ سیاه باشد.

ثانیاً: از ملاحظهٔ غالب افراد، ظن به این حقیقت حاصل می‌شود که فلان حکم، مقتضای ماهیت این شیء است و تخلف آن در بعضی افراد به‌دلیل مانعی بوده است.[1] ازاین‌رو، حتی در صورت صرف‌نظر از اشکال اول و پذیرش اینکه حصول ظن لزوماً متوقف بر وجود قضیهٔ کلی و تشکیل قیاس است، اشکال مطرح‌شده پاسخ داده می‌شود.

ثالثاً: به نظر می‌رسد که بین عدم‌حجیت استقرا و عدم‌حجیت قاعدهٔ الحاق، تلازم و اولویتی وجود ندارد. اعتبار گمان، متفرع بر وجود دلیل بر حجیت است، نه مقایسهٔ درجهٔ قوت ظنون با یکدیگر؛ مثلاً اگر ظن حاصل از خبر واحد ضعیف‌تر از ظن حاصل از قیاس باشد، نمی‌توان استنتاج کرد که خبر واحد حجت نیست؛ زیرا ظن حاصل از خبر واحد ضعیف‌تر از ظن حاصل از قیاس است و از عدم‌حجیت قیاس معلوم می‌شود خبر واحد به‌طریق اولیٰ حجت نیست.

۵. ۲. دلیل دوم: اصل عدم‌حجیت ظن

نبود دلیل بر حجیت، مهم‌ترین و شایع‌ترین دلیلی است که برای اثبات عدم‌اعتبار قاعدهٔ الحاق ذکر شده است. برخی از اندیشمندان فقه و اصول مانند شیخ انصاری،[2] صاحب کفایه،[3] آیت‌الله شاهرودی[4] و آیت‌الله اشتهاردی[5] که حجیت قاعدهٔ الحاق را نپذیرفته‌اند، بی‌اعتباری این قاعده را به نبودن دلیل بر اعتبار مستند کرده‌اند و باتوجه‌به اینکه اصل، عدم‌اعتبار ظن است، حکم به عدم‌اعتبار این قاعده کرده‌اند.

بدیهی است که صحت استدلال مطرح‌شده و تمسک به اصل عدم‌حجیت ظن متوقف بر این است که ادلهٔ مطرح‌شده بر اعتبار این قاعده پذیرفته نشوند. بنابراین، اگر دلیلی از ادلهٔ اعتبار این قاعده که در بحث قبل مطرح شد پذیرفته شود دیگر نمی‌توان به این دلیل تمسک کرد؛ زیرا موضوع اصل عدم‌حجیت ظن، ظنی است که دلیلی بر اعتبار آن قائم نشده باشد، پس اگر دلیلی بر اعتبار آن اقامه شود، موضوع اصل مذکور مرتفع می‌شود. همان‌طور که بیان شد شیخ انصاری بنای عقلا بر الحاق مشکوک به اغلب را پذیرفته و رادع‌نبودن آیات نسبت به بنای عقلا نیز توسط ایشان و صاحب کفایه پذیرفته شده است. بنابراین، احتمال دارد منظور ایشان از عدم‌حجیت قاعدهٔ الحاق، انکار کلیت اعتبار قاعدهٔ الحاق است؛ یعنی اعتبار قاعدهٔ الحاق در همهٔ موارد را قبول ندارد، بلکه حجیت آن را منحصر به موارد خاصی دانسته که بنای عقلا محرز

---

۱. انصاری، المکاسب، ۳۵۵/۵.
۲. انصاری، فرائد الأصول، ۹٤/۳.
۳. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۳۸.
٤. هاشمی شاهرودی، کتاب الحج، ۸۵/٤.
۵. اشتهاردی، مدارك العروة، ۱۱۱/۲.

شده است.

۵. ۳. دلیل سوم: ادلهٔ عدم‌حجیت قیاس

بعضی از اصولیان، ادلهٔ بطلان قیاس را به‌عنوان دلیل بر عدم‌اعتبار قاعدهٔ الحاق ذکر کرده‌اند؛[۱] زیرا در قاعدهٔ الحاق، مشکوک را قیاس بر اغلب می‌کنیم و حکم اکثر را به مشکوک سرایت می‌دهیم و قیاس، بنابر مبانی اصولی شیعه حجیت ندارد.

بررسی اتحاد یا مغایرت قاعدهٔ الحاق و قیاس نیازمند پژوهشی مستقل دربارهٔ مفهوم و شرایط قاعدهٔ الحاق است، اما به‌طورکلی می‌توان گفت: نظریهٔ اتحاد قیاس و قاعدهٔ الحاق ازنظر بسیاری از فقها حتی کسانی که حجیت قاعدهٔ الحاق را نپذیرفته‌اند، مقبول نیست. نکتهٔ درخورِ توجه این است که فقط تعداد اندکی از علما مانند صاحب معالم و نراقی، ادلهٔ عدم‌حجیت قیاس را شامل قاعدهٔ الحاق می‌دانند و سایر فقها که دربارهٔ این قاعده اظهارنظر کرده‌اند آن را قبول ندارند؛ زیرا همان‌طور که گذشت ادلهٔ دیگری از قبیل اصل عدم‌حجیت ظن را برای اثبات عدم‌اعتبار قاعدهٔ الحاق مطرح کرده‌اند؛ درحالی‌که اگر ازنظر آنان این قاعده از مصادیق قیاس بود، عدم‌حجیت آن را مستند به ادلهٔ نهی از قیاس می‌کردند، نه به نبودِ دلیل بر حجیت قاعدهٔ الحاق.

افزون بر آن، قیاس اصولی همان تمثیل منطقی است که قسیم استقرا و قیاس منطقی است و قاعدهٔ الحاق را می‌توان از مصادیق استقرا یا قیاس منطقی شمرد که قسیم تمثیل هستند. میرزای قمی، قاعدهٔ الحاق را در بحث استقرا مطرح کرده و بعد از توضیح قاعده و ذکر چند مثال و تصریح به حجیت آن فرموده است: قاعدهٔ الحاق از باب قیاس نیست تا مشمول ادلهٔ حرمت قیاس باشد.[۲] قزوینی در توضیح کلام میرزای قمی فرموده‌اند: الحاق مورد شک به غالب به‌دلیل قیاس منطقی است، نه قیاس اصولی و کسی که توهم کرده است که قاعدهٔ الحاق از موارد قیاس اصولی است، واقعیت بر او مشتبه شده است.[۳]

در پایان بررسی ادلهٔ عدم‌اعتبار قاعدهٔ الحاق، ذکر این نکته لازم است که باتوجه‌به اینکه اعتبار قاعدهٔ الحاق در مواردی مانند صحیحهٔ اسحاق‌بن‌عمار که از مهم‌ترین ادلهٔ قاعدهٔ سوق مسلمین است، تأیید شده است و از طرفی، بنای عقلا بر الحاق مشکوک به اعم اغلب و عدم‌درع از این بنا توسط بسیاری از بزرگان حتی مخالفان حجیت قاعدهٔ الحاق پذیرفته شده است و نیز موارد زیادی از استناد به این قاعده در آثار فقهی و اصولی اندیشمندان فقه و اصول مشاهده می‌شود و درنهایت، باتوجه‌به شهادت برخی از بزرگان مبنی‌بر اینکه عمل به قاعدهٔ الحاق بین فقهای شیعه متداول بوده است،[٤] می‌توان نتیجه گرفت که اصل

---

۱. ابن‌شهید ثانی، معالم الدین، ۸۰؛ نراقی، انیس المجتهدین، ٤۸۳/۱؛ کاشانی، مستقصی مدارک القواعد، ۱۲۸.

۲. میرزای قمی، القوانین، ۱۷۸/۳.

۳. قزوینی، تعلیقه علی معالم الأصول، ۱۱۲/۲تا۱۱۳.

٤. قزوینی، تعلیقه علی معالم الأصول، ۱۱۲/۲.

حجیت و اعتبار قاعدهٔ الحاق، مشهور میان فقهاست و اختلاف بین فقها در سعه و ضیق اعتبار قاعده است، نه در اصل اعتبار آن؛ مثلاً آیت‌الله خویی که در کتاب مصباح الفقاهه از عدم‌حجیت استقرا استنتاج کرده اند که قاعدهٔ الحاق به‌طریق اولیٰ حجت نیست،[1] در قاعدهٔ سوق مسلمین تصریح کرده‌اند که قاعدهٔ الحاق در خصوص سوق مسلمین معتبر است.[2] بنابراین، اصل اعتبار این قاعده نزد ایشان ثابت است اما اعتبار آن را مختص به سوق مسلمین می‌دانند؛ درنتیجه غالب فقها قاعدهٔ الحاق را حجت می‌دانند، اما ازنظر برخی به‌طور مطلق حجت است و ازنظر برخی دیگر با شرایط خاص یا در موارد خاص.

نتیجه‌گیری

به‌طورکلی نظرات مطرح‌شده دربارهٔ اعتبار قاعدهٔ الحاق را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد که عبارت‌اند از: حجیت، عدم‌حجیت و تفصیل در حجیت به‌حسب موارد.

حجیت قاعدهٔ الحاق در اثبات حکم شرعی ثابت نیست، به‌دلیل اینکه دلیلی بر اعتبار آن نیافتیم.

قاعدهٔ الحاق در اثبات موضوعات احکام شرعی حجت است و می‌توان با استناد به آن، موضوع را احراز و حکم شرعی را بر آن مترتب کرد.

مهم‌ترین دلیل اعتبار این قاعده بنای عقلاست و هرچند در موارد خاصی مانند الحاق مشکوک به غالب در سوق مسلمین، قاعدهٔ ید، صفات حیض و طلاق غائب نیز روایاتی وارد شده است، اما باتوجه‌به ثبوت بنای عقلا، آن روایات در مقام بیان حکم تأسیسی نیستند، بلکه این روایات در موارد خاصی بنای عقلا بر الحاق مشکوک به غالب را تأیید کرده و از ادلهٔ امضایی تلقی می‌شوند.

باتوجه‌به اینکه بنای عقلا که مهم‌ترین دلیل اعتبار قاعدهٔ الحاق در موضوعات است، دلیل لبی می‌باشد و اطلاق و عموم ندارد حجیت قاعدهٔ الحاق به‌دلیل بنای عقلا محدود به مواردی می‌شود که بنای عقلا بر الحاق مشکوک به غالب در آن موارد محرز باشد و در صورت شک در بنای عقلا نمی‌توان به قاعدهٔ الحاق استناد کرد.

در مواردی مانند حدود که برای اثبات موجبات آن، شرعاً راه‌های خاصی از قبیل بینه و اقرار معتبر است، قاعدهٔ الحاق کاربرد ندارد.

---

۱. خوئی، مصباح الفقاهة، ١٩/٤.

۲. خوئی، فقه الشیعة، ٤٤٠/٢.

منابع

قرآن کریم

ابن‌شهید ثانی، حسن‌بن‌زین‌الدین. معالم الدین و ملاذ المجتهدین. قم: قدس. ۱۳۷٦.

ابن‌فارس، احمدبن‌فارس. معجم مقائیس اللغه. قم: دفتر تبلیغات اسلامی. ۱٤۰٤ق.

ابن‌منظور، محمدبن‌مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. ۱٤۱٤ق.

اشتهاردی، علی‌پناه. مدارک العروة. تهران: دار الأسوة. ۱٤۱۷ق.

اصفهانی، محمدحسین. حاشیۀ کتاب المکاسب. قم: پایۀ دانش. ۱٤۲٥ق.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین. المکاسب. قم: مجمع فکر اسلامی. ۱٤۲٥ق.

_____. فرائد الأصول. قم: مجمع فکر اسلامی. ۱٤۲٤ق.

_____. کتاب الطهارة. قم: کنگرۀ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. ۱٤۱٥ق.

آخوند خراسانی، محمدکاظم‌بن‌حسین. کفایة الأصول. قم: آل‌البیت(ع). ۱٤۰۹ق.

بجنوردی، حسن. القواعد الفقهیة. قم: الهادی. ۱٤۱۹ق.

بهبهانی، محمدباقربن‌محمداکمل. الحاشیة علی مدارک الأحکام. قم: آل‌البیت(ع). ۱٤۱۹ق.

_____. مصابیح الظلام. قم: مؤسسة العلامه المجدد الوحید البهبهانی. ۱٤۲٤ق.

پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. فرهنگ نامۀ اصول فقه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی. ۱۳۸۹.

جابلقی بروجردی، علی‌اصغربن‌محمدشفیع. القواعد الشریفة. قم: مؤلف. بی‌تا.

جوهری، اسماعیل‌بن‌حماد. الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم. ۱٤۱۰ق.

حاج آخوند قمی، غلامرضابن‌رجبعلی. قلائد الفرائد. قم: میراث نبوت. ۱٤۲۸ق.

حر عاملی، محمدبن‌حسن. تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل‌البیت(ع). ۱٤۰۹ق.

حسینی مراغی، عبدالفتاح‌بن‌علی. العناوین الفقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ۱٤۲٥ق.

حیدری، علی‌نقی. اصول الإستنباط. قم: لجنة ادارۀ الحوزة العلمیة. ۱٤۱۲ق.

خمینی، روح‌الله. جواهر الأصول. تهران: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). مقرر: مرتضوی لنگرودی. ۱۳۷٦.

خوئی، ابوالقاسم. فقه الشیعة: کتاب الطهارة. قم: آفاق. ۱٤۱۸ق.

_____. مصباح الفقاهة. قم: داوری. مقرر: محمدعلی توحیدی. بی‌تا.

راغب اصفهانی، حسین‌بن‌محمد. مفردات الفاظ القرآن. لبنان: دار العلم. ۱٤۱۲ق.

رشتی، حبیب‌الله‌بن‌محمدعلی. بدائع الأفکار. قم: آل‌البیت(ع). بی‌تا.

شهید اول، محمدبن‌مکی. القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربیة. قم: کتاب‌فروشی مفید. ١٤٠٠ق.
صاحب‌جواهر، محمدحسن‌بن‌باقر. جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ١٤٠٤ق.
صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. قم: مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع). مقرر: سیدمحمود هاشمی شاهرودی. ١٤١٧ق.
طباطبائی، علی‌بن‌محمد. ریاض المسائل. قم: آل‌البیت(ع). ١٤١٨ق.
طباطبائی، محمدبن‌علی. کتاب المناهل. قم: آل‌البیت(ع). بی‌تا.
طباطبائی، محمدحسین. المیزان فی تفسیر القرآن. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ١٤١٧ق.
طریحی، فخرالدین. مجمع البحرین. تهران: کتاب‌فروشی مرتضوی. ١٤١٦ق.
عاملی، سیدجواد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ١٤١٩ق.
عراقی، ضیاءالدین. نهایة الأفکار. قم: دفتر انتشارات اسلامی. مقرر: محمدتقی بروجردی. ١٤١٧ق.
علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل‌البیت(ع). ١٤١٤ق.
_____. منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة. ١٤١٢ق.
فاضل مقداد، مقدادبن‌عبدالله. نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة. قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی(ره). ١٤٠٣ق.
فیومی، احمدبن‌محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی. قم: دار الرضی. بی‌تا.
قزوینی، علی‌بن‌اسماعیل. الحاشیة علی قوانین الأصول. بی‌جا: چاپخانهٔ حاجی علی قزوینی. ١٢٩٩ق.
_____. تعلیقة علی معالم الأصول. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ١٤٢٧ق.
کاشانی، حبیب‌الله‌بن‌علی‌مدد. مستقصی مدارک القواعد و منتهی ضوابط الفوائد. قم: چاپخانهٔ علمیه. ١٤٠٤ق.
لاری، عبدالحسین. تقریرات فی اصول الفقه. قم: اللجنة العلمیة. ١٤١٨ق.
لجنة الفقه المعاصر. الفائق فی الأصول. قم: مرکز ادارة الحوزات العلمیة. ١٤٤١ق.
محقق حلی، جعفربن‌حسن. شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان. ١٤٠٨ق.
مشکینی، علی. اصطلاحات الأصول و معظم ابوابها. قم: الهادی. ١٤٢٧ق.
_____. مصطلحات الفقه. قم: بی‌نا. بی‌تا.
مصطفوی، حسن. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز الکتاب. ١٤٠٢ق.
مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: بوستان کتاب. ١٤٢٦ق.
موسوی عاملی، محمدبن‌علی. مدارک الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام. بیروت: آل‌البیت(ع). ١٤١١ق.
میرزای قمی، ابوالقاسم‌بن‌محمدحسن. القوانین المحکمة فی الأصول. قم: احیاء الکتب الإسلامیة. ١٤٣٠ق.

_____. جامع الشتات فی اجوبه المسائل. تهران: کیهان. ۱٤۱۳ق.

نائینی، محمدحسین. فوائد الأصول. قم: مؤسسۀ نشر اسلامی. مقرر: کاظمی خراسانی. ۱٤۲٤ق.

نراقی، احمدبن‌محمدمهدی. انیس المجتهدین فی علم الأصول. قم: بوستان کتاب. ۱۳۸۸.

هاشمی شاهرودی، محمود. کتاب الحج. قم: انصاریان. ۱٤۰۲ق.

همدانی، رضابن‌محمدهادی. مصباح الفقیه. قم: مؤسسة الجعفریة لإحیاء التراث و مؤسسة النشر الإسلامی. ۱٤۱٦ق.

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.67-86

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

Receive Date: 16-12-2021 Revise Date: 27-02-2022 Accept Date: 11-06-2022

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.73496.1215 Article type: Original

The nature and legitimacy of *Tanzil* in Imami jurisprudence and its examples in Islamic banking (Tanzil in Imami jurisprudence)

Maryam Nazari Taleghani, PhD student, Department of Law, Islamic Azad University, Kish International Branch, Kish Island, Iran

Dr. Fathullah Rahimi (corresponding author),Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran

Email: fattolahrahimii@gmail.com

Dr. Mojtaba Asgharian, Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Khwarazmi University, Tehran, Iran

Dr. Saeed Mansouri, Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran

Abstract

"*Tanzil*" is the assignment of a long-term monetary credit before due date at a price lower than its nominal amount, the legitimacy of which is disputed in *Imamiyyah* and *Ameh* jurisprudence and the governing laws and regulations. Its origin is the difference in how to explain the legal nature of Tanzil. The almost all majority of *Imami* jurists have interpreted the nature of *Tanzil* as the contract of sale, or in more precise terms, "the sale of debt", and considered *Tanzil* in the nature of a debt to be included in the sanctity of usury, and in the nature of a sale, it is outside the title of usury.

In this essay, the legal nature of *Tanzil* and its examples in Islamic banking have been explained in a descriptive and analytical way by inferring from both *Imamiyyah* and *Ammeh* jurisprudence opinions, andit has been concljded thatt sale of debt can be recognized as a suitable format for analyzing the nature of *Tanzil* of commercial documents in the Islamic banking system.

Key words: *Tanzil*, sale of debt, usury, *Imami* jurisprudence, Islamic banking.

This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۸۶ - ۶۷

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۲۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۲/۰۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.73496.1215

ماهیت و مشروعیت تنزیل در فقه امامیه و مصادیق آن در بانکداری اسلامی (تنزیل در فقه امامیه)

مریم نظری طالقانی

دانشجوی دکتری، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بین الملل کیش، جزیره کیش، ایران

دکتر فتح اله رحیمی(نویسنده مسئول)

استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، تهران، ایران

Email: fattolahrahimii@gmail.com

دکتر مجتبی اصغریان

استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

دکتر سعید منصوری

استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران

چکیده

«تنزیل»، واگذاری طلب پولی مدت‌دار پیش از سررسید به قیمت کمتر از مبلغ اسمی آن است که مشروعیت آن در فقه امامیه و عامه و قوانین و مقررات حاکم، محل اختلافِ‌نظر است. منشأ آن نیز اختلاف در چگونگی تبیین ماهیت حقوقی تنزیل است. اکثر قریب به اتفاق فقهای امامیه ماهیت تنزیل را بر عقد بیع، یا به‌عبارت دقیق‌تر «بیع دین» حمل کرده‌اند و تنزیل در ماهیت قرض را مشمول دلیل حرمت ربا و در ماهیت بیع، خارج از عنوان ربا دانسته‌اند. در این جستار به‌روش توصیفی‌تحلیلی با استنباط از مجموع آرای فقهی امامیه و عامه، ماهیت حقوقی تنزیل و مصادیق آن در بانکداری اسلامی تبیین شده، این نتیجه به دست آمده است که «بیع دین» می‌تواند به‌عنوان قالب مناسبی برای تحلیل ماهیت تنزیل اسناد تجاری در نظام بانکی شناخته شود.

واژگان کلیدی: تنزیل، بیع دین، ربا، فقه امامیه، بانکداری اسلامی.

مقدمه

تنزیل در لغت از ریشهٔ «ن ز ل» به‌معنای پایین‌آوردن، کاستن و جایگزین‌کردن است[۱] که معنای اول با بحث ما متناسب است. به سودی که به پول وام داده‌شده تعلق می‌گیرد و نیز به پولی که برای پرداخت وجه برات یا سفته قبل از سررسید کسر کنند[۲و۳] نیز تنزیل می‌گویند و این کاربرد در زبان فارسی به مفهوم اصطلاحی و اقتصادی تنزیل که قصد بررسی آن را داریم نزدیک است.

در فقه اسلامی، «بیع دین» نیز ازجمله واژه‌هایی است که ماهیتی یکسان با تنزیل دارد و در بانکداری اسلامی از آن به فروش یا خرید دین یاد می‌شود. بیع دین به‌معنای فروش دِین مدت‌دار به مبلغی کمتر است. به عبارت روشن‌تر، بیع دین عبارت است از تنزیل اسناد و اوراق تجاری که سررسید آن‌ها در آینده است؛ به این‌صورت که مثلاً دارندهٔ سفته با مراجعه به بانک قبل از سررسید، طلب خود را نقداً و با مبلغی کمتر دریافت می‌کند.

تاکنون تنزیل و پیشینهٔ آن در مجموعهٔ مباحث اقتصادی و در چهارچوب علم اقتصاد مطرح شد. از آغاز تفکر بانکداری غیرربوی و رویکرد اسلامی به موضوع بانک و بانکداری و به‌طورکلی اقتصاد نیز از تنزیل در دو موضع سخن به میان آمده است: ۱. در سیاست تنزیل یا تنزیل مجدد به‌عنوان ابزاری از ابزارهای بانک مرکزی برای سیاست‌گذاری پولی؛ ۲. به‌عنوان یکی از عقود اسلامی در بانکداری بدون ربا به‌منظور تخصیص منابع که معمولاً با عنوان بیع دین یا خرید دین مطرح می‌شود.[٤]

بر اساس اهمیت این موضوع، به بررسی ابعاد مختلف فقهی تنزیل با تأکید بر فقه امامیه می‌پردازیم و مصادیق آن را در بانکداری اسلامی تبیین می‌کنیم. اهمیت بررسی این موضوع در آن است که اگر این مسئله به‌خوبی از جنبه‌های مختلف فقهی، حقوقی و متناسب با نظام بانکی کشور بررسی و حدود شرعی این شیوهٔ اعطای تسهیلات به‌خوبی معین شود، می‌توان به سهولت در گستره‌ای وسیع از آن بهره برد.

نوشتار حاضر با روش توصیفی‌تحلیلی به بحث و بررسی مسئله‌ای حقوقی می‌پردازد.

۱. ماهیت تنزیل در فقه اسلامی

واژهٔ تنزیل در مفهوم اصطلاحی آن در متون فقهی و منابع دینی به چشم نمی‌خورد؛ اما یکی از مفاهیمی که در فقه اسلامی وجود دارد و با تنزیل، ماهیت یکسانی دارد و می‌توان تنزیل را بر اساس آن توجیه و تفسیر کرد، واژهٔ بیع دین است که در بانکداری اسلامی از آن به خرید دین یاد می‌شود. در واقع در

۱. بندرریگی، المنجد، ۱۹۱۳/۱.

۲. عمید، فرهنگ عمید، ۳۲۲

۳. معین، فرهنگ فارسی، ۱۱۵۱/۱.

٤. خان و میرآخور، چارچوب کلی و کاربرد بانکداری اسلامی، ۲٥٤.

معاملهٔ بیع دین، داین (طلبکار) دین مؤجل خود را ممکن است به مبلغی کمتر بفروشد و در صحت آن در فقه اسلامی ایرادی وجود ندارد. بنابراین، تنزیل اسناد و اوراق تجاری که سررسید آن‌ها در زمان آینده است اشکالی ندارد؛ به این صورت که مثلاً فروشنده‌ای در برابر کالای خود، سفته دریافت و به بانک مراجعه می‌کند و طلب خود را نقداً به مبلغی کمتر دریافت می‌کند.

ماهیت تنزیل و بیع دین در فقه اسلامی از چند جهت با هم متفاوت‌اند:

۱. در بیع دین فقط عقد بیع مطرح است، ولی در تنزیل می‌توان از عقود دیگری مثل صلح بهره گرفت.

۲. به‌طور معمول، تنزیل در بدهی پولی مطرح است، ولی بیع دین هم در بدهی پولی و هم در بدهی کالایی مطرح می‌شود.

۳. ازنظر شرعی، در بیع دین محدودیت‌هایی چون واقعی‌بودن دین وجود دارد، درحالی‌که تنزیل، اصطلاحی عام است.

٤. برای تنزیل ازنظر اقتصادی قیودی چون کوتاه‌مدت‌بودن سررسید مطرح است، درحالی‌که بیع دین عام است.

نوسیندگان حقوقی در متون حقوقی به مبحث تنزیل و تبیین قالب حقوقی این عقد نپرداخته‌اند، به‌گونه ای که تنها در قولی آمده است: «... با وجودی که اسناد براتی در عملیات تنزیل به دادن وام قابل تعبیر می‌باشند... .»،[1] همان‌طور که در ماهیت بسیط (واحد)، تنزیل را وام (قرض) پنداشته‌اند. افزون بر این، در برخی از اندیشه‌های حقوقی از ماهیت تنریل به‌ویژه در جایی که به‌صورت خدمات اعتبار در حساب جاری است، به ترکیبی از قرض و رهن تعبیر شده است،[2] لیکن با دقت در برخی از آرای حقوقی می‌توان گفت: اگرچه نویسندگان حقوقی تاکنون به‌صراحت در ماهیت تنزیل اظهارنظری نکرده‌اند، اما از رویکرد برخی از آن‌ها در خصوص تعریف و تبیین ماهیت نهادهایی چون بیع دین و انتقال طلب چنین استنباط می‌شود که نظر مقبول در ماهیت حقوقی تنزیل، ناظر بر عقد بیع است، به‌گونه‌ای که به اعتبار ماهیت موضوع مورد دادوستد در این عقد آن را مصداقی از بیع دین نامیده‌اند. چنان‌که در نظری آمده است: «بیع دین (بیع طلب قبل از سررسید) خریدار در بیع سلف، مبیع را که به‌صورت کلی در ذمه است پیش از سررسید به ثالث می‌فروشد، این قدر متیقنِ بیع دین است. خود بیع سلف را نباید بیع دین شمرد. انتقال طلب به‌صورت بیع دین است.»[3]

در نظر دیگری نیز آمده است: «در قانون مدنی قرارداد ویژه‌ای برای انتقال طلب پیش‌بینی نشده است.

---

۱. صقری، حقوق بازرگانی، ۱۳ تا ۱۴.

۲. اخلاقی، «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، ۲۱.

۳. جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۹۷۱/٤.

بنابراین، ماهیت قرارداد انتقال طلب تابع عقدی است که سبب این انتقال می‌شود: درصورتی‌که انتقال طلب به‌شکل معامله و در برابر پول انجام پذیرد، قراردادی که واقع می‌شود بیع است؛ فروشنده ضمان درک طلب است و خیار مجلس و تأخیر ثمن در آن راه می‌یابد. در موردی هم که پیمان انتقال مبتنی بر تسالم و تسامح باشد، ماهیت قرارداد به تفاوت موارد صلح یا هبه است.

۲. دیدگاه‌های فقه امامیه در خصوص مشروعیت تنزیل

بررسی دیدگاه‌های مختلف فقهی نشان می‌دهد فقها در استنباط حکم شرعی تنزیل بر مبنای مختلف بیع دین اختلاف‌نظر دارند، به‌گونه‌ای که برخی در هریک از آن حالت‌ها مناقشاتی کرده‌اند. هریک از دیدگاه‌ها، موافقان و مخالفانی را به همراه دارد که هرکدام دلایلی را در مبانی فکری خویش ارائه داده‌اند. ازاین‌رو، حکم شرعی تنزیل نیز بسته به مورد مناقشه تحت‌تأثیر اقوال مطرح‌شده در باب بیع دین، متمایز خواهد بود.

ابتدا دیدگاه‌های فقه امامیه در شرایط مشروعیت تنزیل اسناد تجاری در سه حوزه بررسی می‌شود که عبارت‌اند از: قائلان به عدم‌مشروعیت تنزیل به‌طور مطلق، قائلان به تفصیل در مشروعیت تنزیل و قائلان به مشروعیت تنزیل به‌طور مطلق. سپس آرای فقهی هر بخش به تناسب تنوع موضوعی اختلاف دیدگاه‌ها باتوجه‌به اشکالات وارد بر تنزیل، در صورت لزوم تقسیم‌بندی می‌شود و در نهایت، نتایج حاصل از بررسی مجموع آرای فقهی بیان می‌شود.

۲. ۱. قائلان به عدم‌مشروعیت تنزیل به‌طور مطلق

قائلان به عدم‌مشروعیت تنزیل به‌طور مطلق شامل عده‌ای خواهد بود که به‌طورکلی مشروعیت تنزیل را در ماهیت بیع دین به‌طور مطلق قبول ندارند و تنزیل را به‌تبع بطلان اصل صحت بیع دین، باطل می‌دانند. تنها قول استنادشده در این مورد نظری است که شیخ طوسی به شافعی نسبت داده است.[۱] غیر از آن، با تحقیق در اقوال فقها در فقه امامیه مخالفی در این زمینه دیده نشده است؛ چراکه در اصل صحت بیع دین در فقه امامیه کمتر تردید شده است؛ چنان‌که مشهور، بیع دین را جایز می‌دانند.[۲]

۲. ۲. قائلان به تفصیل در مشروعیت تنزیل

قائلان به تفصیل در مشروعیت تنزیل کسانی هستند که در جواز تنزیل بر مبنای بیع دین با استناد به ادلهٔ اصل صحت بیع دین[۳] نظر موافق دارند و اصل را بر مشروعیت تنزیل می‌دانند. اما این گروه به‌تبع

---

۱. طوسی، الخلاف، ۹۷/۳.
۲. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۳۹۶/۵.
۳. کلینی، الکافی، ۱۰۰/۵.

اشکالات وارد بر تنزیل و مناقشات آن، آرای مختلفی در حکم مشروعیت هریک از صورِ بیان‌شده دارند؛ چنان‌که هرکدام شرایطی برای مشروعیت تنزیل قائل‌اند. ازاین‌رو، دیدگاه‌های این گروه بر مبنای اشکالات وارد بر تنزیل تقسیم‌بندی می‌شود. در اینجا ترتیب بیان مطالب به‌تبعیت از تعریف تنزیل خواهد بود.

۲. ۳. جواز بیع دین مؤجل پیش از سررسید

یکی از مبانی اختلاف در حکم شرعی تنزیل، جواز بیع دین مؤجل است. برخی از فقها در جواز بیع دین مؤجل تردید کرده‌اند؛ چنان‌که بیع دین را قبل از حلول اجل آن مطلقاً، نه به مدیون و نه غیرمدیون جایز ندانسته و صرفاً بیع دین حال را مجاز شمرده‌اند.[۱] ازاین‌رو، ابتدا به بررسی دیدگاه‌های فقهی در خصوص جواز بیع دین مؤجل در مقابل بیع دین حال می‌پردازیم تا حکم بیع چنین دینی نسبت به زمان مشخص شود. ادلۀ این گروه، اجماعی است که در بیع سلف وجود دارد؛ همان‌طور که مبیع را در بیع سلم نمی‌توان قبل از حلول اجل به فروش رسانید، زیرا طلبکار پیش از حلول اجل مالک چیزی نمی‌شود تا بتواند آن را بفروشد. در مقابل، عدۀ کثیری قائل به جواز بیع دین مؤجل مانند بیع دین حال هستند؛ به‌گونه‌ای که معتقدند دین مؤجل، حق مالی است؛ ازاین‌رو، بیع آن جایز است.[۲] علاوه بر متقدمان، بسیاری از فقهای معاصر[۳] که قائل به جواز تنزیل اسناد تجاری هستند، در شمار قائلان به جواز بیع دین مؤجل‌اند. ازاین‌رو، تعدی از مورد اجماع به مورد دیگر درست نیست و طلبکار به اعتبار حق مالی که در ذمۀ مدیون است، مالک دین است. در صورت نبودن دلیل معتبری بر منع، عمومات صحت بیع از معارض سالم خواهد ماند و شامل این مورد نیز می‌شود.[٤] افزون بر این، در جواز بیع دین مؤجل به دو روایتی که بر این مطلب دلالت می‌کند نیز استناد شده است.[٥] درنتیجه می‌توان گفت: دیدگاه نظر مشهور در فقه بر جواز بیع دین مؤجل مانند بیع دین حال است؛ همان‌طور که تنزیل دین پولی مدت‌دار نیز از این نظر جایز است.

۲. ۴. جواز بیع دین به مدیون یا غیرمدیون

پس از روشن‌شدن دیدگاه مشهور در جواز بیع دین مؤجل، محل دیگر اختلاف در جواز فروش دین مؤجل به مدیون یا غیرمدیون است؛ به‌عبارت‌دیگر، در اینجا اختلاف در شخصیت طرف خریدار دین است؛ به این معنا که چه کسانی حق خرید دین را دارند و می‌توانند طرف معاملۀ طلبکار قرار گیرند و طلب وی از مدیون را در قالب عقد بیع به خود منتقل سازند. در این میان، شخص مدیون و شخص ثالث (غیرمدیون) گزینه‌های این اختلاف هستند؛ چنان‌که صرفاً مدیون، حق خرید دین را خواهد داشت یا

---

۱. شهید اول، ابن‌ادریس، علامه، صاحب حدائق، شهید در دروس، محقق در شرایع، بیع دین حال را جایز ندانسته‌اند.

۲. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۲۱/۵.

۳. از معاصران، اراکی، گلپایگانی، صای، زنجانی، خوئی، تبریزی، سیستانی، مکارم، فاضل.

٤. موسوی خویی، منهاج الصالحین، ۴۱۸/۱.

٥. کلینی، الکافی، ۱۰۰/۵.

شخص ثالث، حق خرید طلب طلبکار را دارد یا اینکه شخصیت طرف خریدار دین، مؤثر در حکم شرعی تنزیل نیست و مانعی در خرید دین وجود ندارد؛ خواه از سوی مدیون و خواه غیرمدیون. با بررسی آرای فقهی، سه نظر در این زمینه مشاهده شده است؛ به این ترتیب که: در نظر نخست، عده‌ای از فقها به شرطی نظر بر مشروعیت تنزیل دارند که دین فقط به مدیون فروخته شود. همان‌طور که در کلام برخی از فقهای معاصر آمده است: « فروش مبلغ چک مدت‌دار یا سفته به‌طور نقدی به قیمت کمتر توسط شخص طلبکار به بدهکار اشکال ندارد، ولی فروش آن به شخص ثالث به قیمت کمتر صحیح نیست.»[۱] در میان متقدمان، ابن‌ادریس در سرائر قائل به این نظر است. در برخی آرای دیگر نیز آمده است: «اگر چک یا سفته در دست داری اما مدتش به سر نیامده تا بتوانی وصول کنی، البته جایز است مبلغی کم کنی و از خود او نقد بگیری و اگر او نخواهد و ندهد و تو بخواهی چک و سفته؛ یعنی طلب خود را به شخص ثالث بفروشی، جایز نیست.»[۲] این عده، فروش دین به غیرمدیون را قبول ندارند. در مقابل، برخی دیگر در مقام پاسخ به این عده برآمده و ادلهٔ استنادی ایشان را در عدم‌جواز فروش دین به غیرمدیون ضعیف دانسته‌اند.[۳] اما قائلان به نظر نخست در اقلیت هستند و عدهٔ کثیری از فقهای متقدم و معاصر، بیع دین به غیرمدیون را جایز و صحیح می‌دانند،[٤] به‌گونه‌ای که برخی آن را به مشهور نسبت می‌دهند[٥] و عده‌ای، شهرت را نزدیک به اجماع می‌دانند[٦] و برخی دیگر، از آن به دیدگاه علمای امامیه تعبیر کرده‌اند.[۷]

در نظر دوم، برخی دیگر فروش دین به مدیون را جایز ندانسته و اشکالاتی بر بیع دین به مدیون وارد ساخته‌اند. منشأ اشکال در امکان تملک انسان نسبت به چیزهایی است که در ذمه‌اش است، به‌گونه‌ای که آمده است: در مواردی که حقی قبول نقل نکند، بیع آن جایز نیست؛ همان‌طور که در بیع دین به مدیون هیچ انتقالی صورت نمی‌گیرد؛ ازاین‌رو، بیع دین به مدیون صحیح نیست.[۸] حال آنکه گفته شده: «در اینجا بین جنبهٔ ثبوتی و اثباتی قضیه خلط شده است؛ زیرا انتقالی که در بیع لازم است، انتقال در مرحلهٔ ثبوت است، نه انتقال در مرحلهٔ اثبات.»

۲. ۵. جواز بیع دین به ثمن کمتر از مبلغ اسمی

گروه دیگر از قائلان به تفصیل در مشروعیت تنزیل عده‌ای هستند که در چگونگی اخذ ثمن معامله

---

۱. خمینی، توضیح المسائل، ۸۵۷/۲ تا ۸۵۸.
۲. شعرانی، تبصرة المتعلمین، ۳۸۸/۲ تا ۳۸۹.
۳. کلینی، الکافی، ۵۹۹/۹ تا ۶۰۰.
٤. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۲۱/۵.
٥. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۹/۴ تا ۲۳.
٦. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۴/۲۲ تا ۳۴۸.
۷. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۳۹۶.
۸. حسینی شیرازی، إیصال الطالب، ۱۴/۵.

ازنظرِ مقدار ثمن و میزان حق رجوع خریدار دین (طلب) به مدیون، در سررسید مناقشه دارند. ازآنجایی‌که تنزیل، فروش دین پولی مدت‌دار (مؤجل) در مقابل پول نقد کمتر از مبلغ اسمی دین است، ابتدا جواز بیع دین به ثمن کمتر و سپس در صورت جواز، مسئلهٔ حق رجوع خریدار طلب به مدیون نسبت به میزانی از مبلغ دین که در سررسید مطالبه‌شدنی است، بررسی می‌شود.

برای رسیدن به حکم شرعی تنزیل ازنظرِ مقدار ثمن معامله؛ یعنی امکان فروش به مبلغ کمتر از مبلغ اسمی دین، لازم است تا حکم این مسئله در حکم شرعی بیع دین به اقل بررسی شود و نیز بایستی شرایط صحت بیع دین ازنظرِ مقدار ثمن مشخص شود. در تعریف بیع دین آورده شده است: «بیع دین (بیع طلب قبل از سررسید) خریدار در بیع سلف، مبیع را که به‌صورت کلی در ذمه است پیش از سررسید به ثالث می‌فروشد. این، قدر متیقنِ بیع دین است. خود بیع سلف را نباید بیع دین شمرد.»[۱]

در تعریف بیع دین به اقل نیز گفته شده است: «کسی که کالایی را به‌صورت کلی در ذمه است از دیگری طلب دارد، همان‌طور که در سلف دیده می‌شود، پیش از فرا رسیدن موعد تسلیم، آن را به ثالثی به کمتر از ثمن خریداری خودش می‌فروشد، این است بیع دین (طلب جنسی) به قبل از ثمن‌المسمی. اگر مبیع از اجناس ربوی باشد و تعریف و شامل آن گردد، بیع باطل است.» نکته‌ای که از این تعریف استفاده می‌شود امکان وجود شبههٔ ربا در بیع دین به اقل است؛ یعنی درصورتی‌که اگر مبیع از اجناس ربوی باشد مشمول عنوان بیع ربوی است که منجر به بطلان بیع خواهد شد.

مشهور فقها پول را از اموال مثلی[۲] می‌دانند؛[۳] به‌گونه‌ای که اثر آن در فرض اخیر، قائل‌بودن به تساوی عوضین در مثلیات است،[٤] هرچند امروزه در نظریه‌های جدید[٥] باتوجه‌به واقعیات عصر حاضر مسائلی چون افزایش تورم، کاهش ارزش پول، جبران کاهش ارزش پول و حفظ قدرت خرید پول، در بحث ماهیت پول مطرح است؛ همان‌طور که سبب تغییر نگرش در مثلیت پول شده است، به‌گونه‌ای که در بیانی آمده است: «به نظر ما پول، نه مثلی است و نه قیمی، هرچند مال است؛ زیرا ضابطهٔ مثلی و قیمی که فقها بیان می‌کنند مربوط به اموال و کالاهایی است که ارزش ذاتی دارند. فقهای ما کالا را به دو قسم قیمی و مثلی تقسیم کرده‌اند، ولی اسکناسی که صرفاً مال اعتباری است این تقسیم در آن راه ندارد و به تعبیر اصطلاحی، پول تخصصاً و موضوعاً از بحث قیمی و مثلی خارج است؛ زیرا امروز کسی پول را کالا نمی‌داند، بلکه آن را تنها نشانهٔ خرید به شمار می‌آورد نه چیز دیگر. این مسئله‌ای کارشناسی است که باید ببینیم آن‌ها پول را

---

۱. جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۹۷۱/٤.

۲. «آیا پول‌های امروزی (اسکناس) مثلی است یا قیمی؟ جواب: بی‌شک، مثلی است.»

۳. مکارم شیرازی، ربا و بانکداری اسلامی، ۱۴۴.

٤.حکیم، منهاج الصالحین، ۷۵.

٥. عباسی حسین‌آبادی و ولی‌زاده، «تأثیر عملکرد عرف در حکم فقهی نظریهٔ جبران کاهش ارزش پول»، ۲۷۳ تا ۲۹۸.

چه می‌دانند.»

بسیاری از فقها به جواز فروش دین پولی به مبلغ کمتر قائل‌اند،[۱] همان‌طور که در دلیل جواز فروش دین به مبلغ کمتر در دیون پولی گفته شده است: «خود سفته و چک قابل خریدوفروش نیست، بلکه لازم است چیزی که در ذمهٔ مدیون است فروخته شود. پس اگر آنچه در ذمه است پول نقره یا طلا باشد، فروختن آن به طور سلف به نقره و طلا جایز نیست، لیکن اگر اسکناس باشد مانعی ندارد و مقصود از اثمان که گفته می‌شود «لایجوز اسلاف الأثمان فی الأثمان»، تقدین است.»

می‌توان گفت: دلیل جواز بیع پول با پول به مبلغ کمتر، در ماهیت پول‌های امروزی است که ماهیت اعتباری دارند و مانند پول‌هایی از جنس طلا و نقره که فی‌نفسه ارزش ذاتی دارند، در زمرهٔ اجناس ربوی مکیل و موزون به شمار نمی‌روند؛ درنتیجه، احکام دیگر بیع صرف ازجمله شرط قبض در مجلس نیز در آن راه ندارد. پول جزء معدودات است و بنابر نظر بسیاری از فقها، ربای معاملی در این اجناس جاری نیست.

۲. ۶. قائلان به مشروعیت تنزیل به‌طور مطلق

پس از طرح اشکالات وارد بر تنزیل و بررسی تفصیلی آرای فقهی مرتبط، گروه آخر، قائلان به مشروعیت تنزیل به‌طور مطلق هستند که معتقدند در تنزیل، فروش دین به مدیون یا غیرمدیون بلااشکال است و همچنین مدیون ملزم به پرداخت مبلغ اسمی دین در سررسید است.[۲]

از بررسی مجموع آرای فقهی در جوانب مختلف تنزیل چنین حاصل شده است که اکثریت قریب‌به اتفاق فقها، نظر بر مشروعیت تنزیل دیون پولی به‌طور مطلق دارند و قائل به جواز آن در بیع به مدیون با غیرمدیون هستند و نیز مدیون را ملزم به پرداخت مبلغ اسمی دین در سررسید می‌دانند. افزون‌براین، مشخص شد که به‌رغم اختلاف دیدگاه‌های بیان‌شده، حصول شروط مشترکی در کلیت مشروعیت تنزیل مورد تأکید فقها در اقوال ایشان است، همان‌طور که می‌توان آن‌ها را تحت‌عنوان شروط مشروعیت تنزیل بررسی کرد. شناسایی این شروط، مستنبط از محتوای کلام فقها در باب بیع دین به‌خصوص در تنزیل است، به‌گونه‌ای که با دقت در آرای فقهی، نقاط مشترکی در این اقوال مشاهده می‌شود که به نظر موافقان[۳] یا قائلان به تفصیل،[۴] در فروض مختلف تنزیل اختصاص ندارد. ازاین‌رو، چنین استنباط می‌شود که فقها فارغ از اختلاف‌نظر در اشکالات وارد بر تنزیل، مواردی را از شرایط مشروعیت تنزیل در تمامی فروض آن می‌دانند. این شروط عبارت‌اند از: حقیقی‌بودن دین، فروش دین به ثمن نقد و شرط ثابت‌بودن دین در ذمهٔ مدیون. در این نوشتار افزون بر این سه شرط که هریک به‌نوعی در اقوال فقها وارد شده است، شرط چهارمی

---

۱. موسوی خویی، منهاج الصالحین، ۴۱۸.

۲. مکارم شیرازی، رسالهٔ توضیح المسائل، ۱۴۴.

۳. تبریزی، استفتائات جدید، ۲۳۶/۱ تا ۲۳۷.

۴. شعرانی، تبصرة المتعلمین، ۳۸۸/۲.

نیز تحت‌عنوان شرط منجزبودن دین در مشروعیت تنزیل تعریف می‌شود.

۲. ۷. شرط حقیقی‌بودن دین

یکی از شروطی که فقها در کلیت جواز حکم شرعی تنزیل قائل شده‌اند، عبارت است از: حقیقی‌بودن دین دربارهٔ معامله؛ به این صورت که با تقسیم اسناد تجاری به دو قسم حقیقی و صوری (مجامله)،[۱] حکم بر بطلان تنزیل اسناد تجاری صوری داده‌اند.[۲] در بیان علت بطلان چنین آمده است که: «... اما نوع دوم که سفتهٔ صوری باشد، جایز نیست صاحب سفته آن را به دیگری بفروشد، چون در واقع طلبی در ذمهٔ امضاکنندهٔ آن سفته ندارد... .»[۳] دلیل این گروه از بطلان تنزیل اسناد طلب صوری، مطابق با اصول حقوقی است؛ چراکه نبودن قصد حقیقی و نبودن موضوع مورد معامله در زمان انعقاد عقد به‌دلیل نبودن دین واقعی، منجر به بطلان معامله می‌شود. به‌عبارت‌دیگر، شرایط مادهٔ ۱۹۰ق.م با عدم‌وجود موضوع مورد معامله به خصوص در عقد بیع در زمان انعقاد قرارداد جمع‌شدنی نیست و معامله محکوم به بطلان می‌شود. فقها ماهیت آنچه را که در بیع سفتهٔ صوری رخ می‌دهد، در واقع قرض از بانک دانسته و ماهیت تحویل سفته را به بانک حواله شمرده‌اند؛ درنتیجه، تفاضل قیمت میان دین محیل به محتال را با مبلغ حواله‌شده به مدیون که در اینجا محال‌علیه خواهد بود را مشمول حرمت ربا دانسته‌اند.[٤] در اینجا ذکر این نکته لازم است که تأکید بر حقیقی‌بودن دین و بطلان معاملهٔ اسناد صوری در آرای فقها، تأکید بر شرایط اساسی صحت هر معامله‌ای است. اگرچه فقها برای اباحهٔ تنزیل اسناد تجاری صوری نیز استدلال کرده‌اند و با حمل‌کردن ماهیت عمل بر عقود دیگر درصدد توجیه آن برآمده‌اند،[٥] اما همچنان مشکل عدم‌مشروعیت چنین عملی ازنظرِ ساختار حقوقی و فقهی در قالب عقد بیع باقی است.

۲. ۸. شرط فروش دین به ثمن نقد

از دیگر شروط مشروعیت تنزیل، فروش دین به ثمن نقد است. اکثریت قریب‌به‌اتفاق فقها در اقوال خود به این مسئله صراحتاً اذعان دارند و بر شرط نقدبودن ثمن معاملهٔ تنزیل معتقدند، به‌گونه‌ای که در غیر صورت اخیر، حکم بر بطلان داده و آن را از مصادیق بیع دین شمرده‌اند. در حکم بیع[٦] دین به دین آمده است: «بیع دین به دین فی‌الجمله و به‌طورکلی به‌دلیل اجماع و نص جایز نیست.»[۷] مستند جکم دربارهٔ بیع دین به دین، روایت طلحةبن‌زید از اباعبداللّه(ع) است که نقل شده ایشان فرمود: پیامبر(ص) فرموده است:

---

۱. عاملی، الاصطلاحات الفقهیة، ۳۲۲.

۲. حلی، بحوث فقهیة، ۱۱۹.

۳. خمینی، توضیح المسائل، ۸۵۷/۲ تا ۸۵۸.

٤. موسوی خویی، منهاج الصالحین، ۴۱۸/۱.

٥. خمینی، توضیح المسائل، ۸۵۷/۲ تا ۸۵۸.

٦. تبریزی، استفتائات جدید، ۲۳۶/۱ تا ۲۳۷.

۷. موسوی سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۸/۲۱ تا ۱۹.

«لایباع الدین بالدین.» شبیه همین روایت از طریق عامه نیز وارد شده که پیامبر(ص) فرموده است: «بیع کالی‌به‌کالی جایز نیست.»[۱] همان‌طور که در تعریف آن آمده است: «بیع کالی‌به‌کالی عبارت است از بیع دین به دین که زمان هر دو مؤخر باشد و این قسم از بیع در شریعت مطهره محرم و باطل است و صیغهٔ این بیع آن است که بایع می‌گوید: «یعتک دینی الفلانی بدینک الفلانی» یا می‌گوید: «بیتک دینی الفلانی یعشرهٔ دراهم مؤجَلهُ إلی شهرٍ» و مشتری می‌گوید: قبلت. همان‌طور که جایز است بیع دین مؤجل را به مضمون حالّ؛ زیرا که مضمون حالّ، دین محسوب نیست، پس ظاهر صحت آن است که اگر هر دو مؤجل باشند، جایز نیست.»[۲] همچنین در بیانی دیگر آمده است که بیع دین به دین یعنی: «فروختن کلی در ذمه در برابر کلی در ذمه. در تفسیر عنوان یادشده بین فقها از دو جهت اختلاف است: نخست از این نظر که آیا حقیقت بیع دین به دین، بیع کلی در ذمه در برابر کلی در ذمه‌ای است که هر دو بیش از عقد به بیعی دیگر بر ذمه آمده باشند یا شامل بیع کلی‌ای که به‌سبب عقد فعلی بر ذمه آمده نیز می‌شود؟ بنابر قول اول، بیع دین به دین تنها در دو دین ثابت قبل از عقد تحقق‌پذیر است، نه دو دین حاصل از عقد بیع. برخلاف قول دوم که در دو دین ثابت به‌سبب عقد نیز معنا پیدا می‌کند. مشهور قول دوم است.

جهت دوم اختلاف این است که آیا در صدق دین بر کلی در ذمه، مدت‌داربودن آن دخیل است یا نه؟ بنابر دخیل‌بودن، حقیقت دین، کلی در ذمه‌ای است که مدت‌دار (مؤجل) باشد. درنتیجه، کلی در ذمه‌ای که در اصل مدت‌دار نبوده (نقد بوده است) یا مدت‌دار بوده لیکن هنگام معامله مدتش پایان پذیرفته است (حال و معجَل شده است) دین به شمار نمی‌رود. بیع این نوع کلی در ذمه در برابر کلی در ذمه، مصداق بیع دین به دین نخواهد بود. بنابر عدم‌دخیل‌بودن، بیع دین به دین شامل همهٔ انواع بیع کلی در ذمه در برابر کلی در ذمه می‌شود؛ خواه هر دو حال باشند یا مدت‌دار یا مختلف.»[۳] «به‌هرحال باتوجه‌به بحث‌هایی که دربارهٔ این روایت و نیز اجماع مربوط و منقول وجود دارد، اختلاف‌نظرهایی نیز دربارهٔ حکم بیع دین به دین بروز کرده است، اما موضوع اصلی که سبب بروز اختلاف‌نظر شده،... موضوع برداشت از کلمهٔ دین است.»؛ به این صورت که در تعیین مصداق بیع دین به دین، میان دو حالتی که هریک از ثمن و مثمن از قبل دین باشند یا به‌واسطهٔ عقد، دین شوند و به اصطلاح مضمون مؤجل باشند، اختلاف شده است. همان‌طور که مقابل هم قرارگرفتن ثمن و مثمن در هریک از دو حالت، احتمالات متعددی را در فروض بیع دین به دین سبب شود. در جمع‌بندی مناقشات موجود می‌توان به قولی در این زمینه استناد کرد: «بیع دین به دین در جایی که هر دو مدت‌دار باشند، اگرچه وقتشان رسیده باشد، بنابر اقویٰ جایز نیست و در غیر آن بنابر احتیاط (جایز

---

۱. بحرانی، الحدائق الناضرة، ۲۰۱/۲۰.

۲. انصاری، صیغ العقود و الإیقاعات، ۴۱ تا ۴۲.

۳. هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(ع)، ۱۷۹.

نیست)؛ به اینکه عوض و معوض، هردو قبل از بیع، دین باشند؛ مثل اینکه برای یکی از آن‌ها به ذمهٔ دیگری طعامی باشد، مانند یک وزنهٔ گندم و برای دیگری به ذمهٔ او طعام دیگری باشد، مانند یک وزنهٔ جو، پس جو را به گندم بفروشد یا برای یکی از آن‌ها به ذمهٔ شخصی طعامی باشد و برای دیگری به ذمهٔ این شخص طعام دیگری باشد. پس آنچه را که برای او به ذمهٔ آن شخص است به آنچه را کـه بـرای دیگـری بـه ذمـهٔ اوسـت، بفروشد یا برای یکی از آن دو به ذمهٔ شخصی طعامی باشد و برای دیگری طعامی به ذمـهٔ شـخص دیگـری باشد، پس یکی از آن دو طعام به طعام دیگر فروخته شود و اما وقتی که عوض و معوض، هردو قبـل از بیـع دین نباشند، اگرچه یکی از آن‌ها یا هردو به‌سبب بیع، دین شوند؛ مانند اینکه آنچه را برای او در ذمهٔ دیگـری است مثلاً به ثمنی در ذمهٔ همان شخص به‌نحو نسیه بفروشد، پس شقوق و صورت‌های زیادی دارد که ایـن مختصر گنجایش آن را ندارد.»[1] اما در مسئلهٔ تنزیل و شرط نقدبودن ثمن در آن باتوجه‌به آرای آورده‌شـده در این زمینه این‌گونه استنباط می‌شود که فقها در لزوم این شرط در تنزیل، تردید و مناقشه‌ای نداشته‌اند و متفق القول قائل به نقدبودن ثمن معامله در تنزیل هستند. از سوی دیگر، ازآنجایی‌که تنزیل از مسـائل مسـتحدثه است، غرض از دین در اینجا اختصاصاً دین پولی است. ازاین‌رو، تعبیر اصطلاحات نیز بایستی بـر مفـاهیم امروزی بار شوند، درنتیجه مقصود از واژهٔ نقد در لـسان فقهای معاصـر فـارغ از مناقشـات مفهـوم دیـن در روایت «لایباع الدین به الدین» خواهد بود، به‌گونه‌ای که تلقی عرف از پول نقد در معاملات عصر حاضـر، متفاوت از مفهوم پول نسیه و پولی که از قبل به‌صورت دین است، می‌باشد. همان‌طور که مفهوم نقد در این عبارات در معنای واقعی لفظ استعمال شده و صراحت در معنـای واقعـی دارد. ازایـن‌رو، سـایر امکان‌هـای وضعیت ثمن معامله را منتفی می‌سازد.

۲. ۹. شرط ثابت‌بودن دین در ذمهٔ مدیون

شرط ثابت‌بودن دین در ذمهٔ مدیون مسئله‌ای است که می‌تواند در حکم مشروعیت تنزیل مؤثر باشـد و کمتر بحث شده است.[2] «حق ثابت که گاه حق مستمر نیز نامیده می‌شود، حقی است که هـیچ‌کـس بـدون رضای صاحبش نمی‌تواند آن را از بین ببرد؛ برای مثال، حقی که وارث بعد از فوت او بر اموال او دارد و جز با رضای صاحب حق از بین نمی‌رود یا حقی که مالک بر اموال خود دارد با ارادهٔ هیچ‌کس زایل نمی‌شود.» در مقابل، «حق متزلزل امتیازی است که به وجود آمده است، ولی شخص دیگری می‌توانـد آن را تـا مـدت معینی ساقط کند.» چنان‌که به موجب مادهٔ۳۹۷ق.م تا زمانی که خریدار و فروشنده از مجلس عقد خـارج نشده‌اند، اختیار برهم‌زدن آن را دارند. از دیگر موارد حق متزلزل از بیع شرط و مـوردی کـه طـرفین معاملـه حادثه‌ای را سبب انحلال عقد قرار می‌دهند، عبارت است از: «حقی که آنان به‌محـض وقـوع معاملـه پیـدا

---

۱. خمینی، تحریر الوسیلة، ۲۷۴/۲ و ۶۳۱.

۲. یجوز خصم الکمبیالة التی تحتوی علی دین حقیقی ثابت لحامل الورقة فی ذمة المدین (الموقع فی الورقة).

کرده‌اند تا هنگام جداشدن از یکدیگر متزلزل است، زیرا طرف قرارداد می‌تواند آن را ساقط کند. از بحث شرط ثابت‌بودن دین در ذمهٔ مدیون در تنزیل چنین استنباط می‌شود که دین پولیِ موضوع تنزیل بایستی بدون هیچ‌گونه قید و شرطی که سبب تزلزل دین باشد در ذمهٔ مدیون مستقر شده باشد، به‌گونه‌ای که سبب خیارات با شروط ضمن عقد موجب در قراردادِ سبب ایجاد دین، حق حامل ورقه، در معرض خطر فسخ یا انفساخ قرار نگیرد. اما نکتهٔ درخورتوجه این است که بایستی دید حق فسخ یا انفساخ به‌نفع کدام‌یک از طرفین قرارداد موجد دین، سبب تزلزل حق مطالبهٔ دین پولی در سررسید خواهد بود. باتوجه‌به تعریف حق ثابت می‌توان نتیجه گرفت: ازآنجایی‌که طلب پولی حقی است که به‌نفع طلبکار ایجاد شده و به‌عنوان مالی از اموال وی محل دادوستد قرار می‌گیرد، در تنزیل، این حق نبایستی به ضرر طلبکار متزلزل باشد و حق فسخی به سود مدیون وجود داشته باشد. در جایی که حق فسخ به‌نفع طلبکار است، این امر مانع از انتقال حق از سوی او نخواهد بود؛ چراکه حق فسخی که به سود طلبکار است، ضرری به خریدار نخواهد رساند. چنان‌که طلبکار با دخل تصرف در حق مطالبهٔ خود و فروش طلب به خریدار، به‌نوعی خود را ملزم به قرارداد موجد دین کرده است، به‌گونه‌ای که می‌توان گفت: طلبکار با متعلق حق غیر قراردادن طلب، از حق فسخ خود صرف‌نظر کرده است؛ چراکه با حق فسخ به سود طلبکار درصورتی‌که این حق وابسته به شخصیت وی نباشد، در شمار توابع دفاعیات تضمینات طلب به خریدار منتقل شود.

۲. ۱۰. شرط منجزبودن دین

مفهوم حق منجز در مقابل مفهوم حق معلق قرار می‌گیرد. دراین‌باره آمده است: «حق منجز، حقی است که وجود آن منوط به امر دیگری نباشد و حق معلق، حقی است که به‌وجودآمدن آن وابسته به تحقق امری در خارج باشد»؛[1] چنان‌که در صورت تحقق معلق‌علیه و ایجاد حق «اثر حادثه‌ای که ایجاد حق منوط به آن شده ناظر به آینده است و نسبت به گذشته اثری ندارد»، باید توجه داشت که منجزبودن دین، ملازمه ای با استقرار دین نخواهد داشت، چه‌بسا دینی منجز باشد اما به‌واسطهٔ وجود حق فسخ به ضرر طلبکار متزلزل باشد. ازاین‌رو، دیون معلق را به این دلیل که هنوز کامل نشده و پیش از تحقق شرط، وضع آن روشن نیست، نمی‌توان مبیع در بیع دین پولی قرار داد؛ چراکه زمان انعقاد قرارداد موجود نیست و هنوز معلق به شرط احتمالی در اصل موجودیت است. اگرچه اسباب دین نیز فراهم باشد؛ اما هنوز دینی در ذمهٔ مدیون موجود نشده است، همان‌طور که ملاک وجود دین به‌هنگام انعقاد عقد است؛ به‌خصوص در عقد بیع که در زمرهٔ عقود احسانی به شمار نمی‌رود و نبودن دین در ذمه در حکم بیع معدوم خواهد بود. ازاین‌رو، در این نوشتار عقیده بر موجودبودن دین در ذمهٔ مدیون است. در استدلال بر این نظر این‌گونه پاسخ داده می‌شود که از منظر حقوق، کسی که به‌هنگام تنزیل در دین پولی دخل و تصرف می‌کند طلبکار است، چنان‌که عنوان

---

۱. خمینی، تحریر الوسیله، ۲۷۴/۲ و ۶۳۱.

طلبکار بر کسی اطلاق می‌شود که طلبی به‌واسطهٔ سببی از اسباب در ذمهٔ مدیون وی موجود شده باشد، درنتیجه ذمهٔ مدیون در حدود طلب به مالکیت طلبکار در می‌آید و طلب (دین پولی) در زمرهٔ اموال طلبکار قرار می‌گیرد و طلبکار به اعتبار تصرف در اموال خود، طلب خود از مدیون را به دیگری واگذار می‌کند. در تنزیل اسناد تجاری، این واگذاری در قالب عقد بیع و به‌صورت تملیک است،[1] به‌گونه‌ای که در عقد بیع، موضوع مورد معامله باید به‌هنگام عقد وجود داشته باشد و فرد مالی را بفروشد که مالک آن است. در غیر این صورت، چنین بیعی به‌دلیل عدم‌جمع شرایط اساسی صحت معامله در بند ۳ مادهٔ۱۹۰ق.م باطل است.

شاید بتوان واگذاری دین غیرموجود در ذمه را که اصل وجود آن هنوز معلق به شروطی در قرارداد پایهٔ ایجاد دین است، تحت قالب‌های دیگر عقود معین، به‌ویژه عقد صلح یا عقود غیرمعین در شرایط مادهٔ ۱۰ق.م انشا کرد یا اینکه ازنظرِ شمول شرایط مادهٔ ۶۹۱ق.م در ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده است، در خصوص بیع دین نیز تأمل کرد؛ اما این بحث، بحثی فرعی بر شرط منجزبودن دین در ذمه‌بودن به‌هنگام انعقاد قرارداد تنزیل است؛ چراکه چنین بیعی افزون بر اینکه به‌دلیل عدم‌جمع شرایط اساسی صحت معامله در بند ۳ مادهٔ ۱۹۰ق.م باطل است، از جهات دیگری نیز سبب بروز اشکالاتی در صحت عقد تنزیل خواهد بود. در بخشی از تعریف تنزیل آورده شد: تنزیل، فروش دین مدت‌دار پیش از سررسید است؛ حال اگر دین معلق باشد، تاریخ سررسید دین به‌دلیل جهل در زمان ایجاد دین، مجهول خواهد ماند، به‌گونه‌ای که سررسید دین نیز در قرضی که دین معلق و مؤجل باشد، معلق به تحقق شرط در قرارداد منشأ ایجاد دین خواهد بود؛ هرچند که مدت دین در قرارداد معلق مشخص شده باشد. ازاین‌رو، اگر دین معلقی تنزیل شود از سویی، به‌هنگام تنزیل به‌دلیل اینکه هنوز دین موجود نشده است، طبیعتاً تنزیل‌کنندگان در مدت تعیین شده برای دین از تاریخ تحقق شرط قرار نگرفته‌اند تا اطلاق عنوان تنزیل در مفهوم مصطلح بر این عمل صادق باشد و از سوی دیگر، قیمت اوراق تنزیلی به‌هنگام تنزیل این اسناد، تابعی از فاصلهٔ زمانی میان تاریخ تنزیل و مدت سررسید است. بنابراین، در تعلیق در زمان ایجاد دین و جهل به آن دو، تنزیل سبب جهل به تاریخ سررسید است و منجر به جهل به عوضین خواهد شد که نهایتاً این امر از موجبات بطلان عقد خواهد بود. دلایل اخیر در فرضی مطرح شده است که عقد معلق با تحقق شرط، محقق فرض شود و آثار عقد از زمان انعقاد پیدا می‌شود. حال آنکه در دو عقد معلق اگر به هر دلیلی شرط محقق نشود، عقد تنزیل بدون موضوع خواهد ماند. چنان‌که عوض و معوض در مقابل یکدیگر قرار نگرفته است و درنتیجه از این نظر نیز در تنزیل طلب معلق به بطلان عقد بیع، طلب منجر خواهد شد.

---

۱. بصری بحرانی، کلمة التقوی، ۵۰۴/۲ تا ۵۰۵.

۳. مصادیق تنزیل در بانکداری اسلامی

تنزیل در بانکداری اسلامی کاربرد فراوانی دارد و سبب گسترش مبادلات بانکی می‌شود. در این بخش به مواردی از مصادیق تنزیل در بانکداری اسلامی اشاره می‌شود:

۳. ۱. تنزیل به‌عنوان یکی از قراردادهای مبادله‌ای در تخصیص منابع پولی

یکی از شیوه‌های تخصیص منابع دربانکداری بدون ربا، قراردادهای مبادله‌ای است و یکی از موارد آن، خرید دین است که برخی از حقوق‌دانان دراین‌باره چنین می‌نویسد: ازجمله ابزارهایی که در نظام بانکداری بدون ربا برای تأمین منابع مالی مورد نیاز واحدهای تولیدی، بازرگانی و خدماتی استفاده می‌شود، خرید دین است. خرید دین، تسهیلاتی است که به‌موجب آن بانک، سفته، برات یا هر سند مالی مدت‌داری را خریداری می‌کند که ناشی از معاملهٔ واقعی باشد.

بانک‌ها بر اساس مصوبهٔ شورای پول و اعتبار برای اشخاص حقیقی یا حقوقی تا سقف معین خط اعتبار تعیین می‌کنند و شکل استفاده از آن چنین است که اشخاص مزبور کالاهای مورد نیاز خود را خریداری و به جای پرداخت وجه نقد، سفته‌ای معادل قیمت خرید به سررسید معین به فروشندگان تحویل می‌دهند و فروشندگان کالا، سفته را به بانک محل اعتبار خریدار تنزیل می‌کنند.

عملیات مربوط به خرید دین، بر مبنای آیین‌نامهٔ موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری (خرید دین) و مقررات اجرایی آن که در جلسهٔ مورخ ۱۳۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار به تصویب رسیده و در شورای نگهبان نیز مخالف با موازین شرعی و قانون اساسی شناخته نشده است و نیز اصلاحیهٔ بعدی آیین‌نامهٔ مذکور مصوب ۱۳۶۶/۹/۲۴ شورای پول و اعتبار، انجام می‌پذیرد. مطابق مادهٔ ۴ آئین‌نامه، بانک‌ها بایستی بر حقیقی‌بودن بدهی (سفته یا برات حاکی از معامله واقعی باشد)، معتبربودن بدهکار اطمینان پیدا کنند.[۱]

۳. ۲. بازگشایی اعتبار تنزیلی در حساب جاری

یکی دیگر از مصادیق تنزیل در بانکداری این است که بانک به مشتریان موفق خود اعلام می‌کند کسانی که اسناد مالی حقیقی حاکی از معامله واقعی مدت‌دار داشته باشند، بانک برای آن‌ها اعتبار تنزیلی باز می‌کند؛ البته متناسب با عملکرد حسابشان و بعد از اینکه مشتری در بانک و مطابق با اعلامیهٔ بانک، درخواست اعتبار کرد، بانک برای او حد اعتبار تعیین می‌کند و از او می‌خواهد اسناد مالی خود مانند چک‌ها و سفته‌هایش را برای بانک بیاورد تا بانک متناسب با مبلغ اسناد، نرخ سود بانکی و مدت سفته‌ها و اسناد، اسناد او را تنزیل کند و اگر سررسید اسناد طولانی باشد و منابع مشتری نیز زیاد شود، مشتری می‌تواند دوباره به بانک مراجعه کند و تقاضای خرید سفته و اسناد تنزیل‌شده را مطرح کند تا بانک دوباره اسناد و سفته‌ها را به همان روش که خریده بود به مشتری بفروشد و این روش تا سررسید سفته چندین بار

---

۱. موسویان، بانکداری بدون ربا از نظریه تا عمل، ٦٥.

می‌تواند تکرار شود؛ البته هرچه زمان معامله به سررسید سفته و اسناد نزدیک‌تر شود ارزش فعلی سفته به ارزش اسمی آن نزدیک‌تر می‌شود تا جایی که سود آن به صفر می‌رسد.

۳. ۳. طراحی کارت اعتباری بر اساس بیع نسیه و خرید دین

یکی دیگر از مصادیق تنزیل در بانکداری بدون ربا، استفاده از بیع نسیه و قرارداد خرید دین است که دکتر سیدعباس موسویان در مقالهٔ فقه معاملات بانکی (ویرایش قدیم‌تر) آن را چنین بیان می‌کند: در این روش، مراکز تجاری و خدماتی پذیرندهٔ کارت، کالاها و خدمات موردنیاز دارندگان کارت را با افزودن نرخ نسیه به‌صورت نسیهٔ مدت‌دار (برای مثال شش‌ماهه) می‌فروشند و سپس دارندهٔ کارت با قراردادن کارت اعتباری در دستگاه مربوط، فروشنده را برای دریافت قیمت کالاها و خدمات به بانک حواله می‌دهد. بانک، بدهی مشتری را به‌صورت نقد می‌پردازد و سپس تا سررسید مقرر، از مشتری دریافت می‌کند. در این روش نیز بانک با مشتری قرار می‌گذارد درصورتی‌که مشتری تا یک ماه بدهی را بپردازد، کل نرخ نسیه و درصورتی‌که زودتر از سررسید بپردازد، به تناسب از بخشی از نرخ نسیه تخفیف داده خواهد شد. در این روش، بانک نرخ بالایی را به‌صورت کارمزدِ فروش از مراکز تجاری و خدماتی دریافت می‌کند؛ به‌طوری‌که این نرخ، افزون بر نرخ نسیه خواهد بود؛ برای مثال، بانک با آن دسته مراکز تجاری و خدماتی قرارداد می‌بندد که همهٔ بدهی‌های ناشی از خرید کالا و خدمت دارندگان کارت اعتباری را بعد از کسر ۱۲درصد به‌صورت کارمزد فروش به‌صورت نقد تصفیه کند. در این روش، فروشگاه کالا را با افزایش ۱۰درصد نرخ نسیه به‌صورت شش‌ماهه به مشتری می‌فروشد و با کسر ۱۲درصد به‌صورت کارمزد فروش، وجه کالا را به صورت نقد از بانک دریافت می‌کند و سپس مشتری چند گزینه پیش‌رو دارد:

أ. در فرصت تنفس، بدهی خود را با بانک تصفیه کند و از تخفیف کل نرخ نسیه بهره‌مند شود و کالا به قیمت نقد به دست او برسد؛

ب. بدهی را به‌صورت اقساط ماهانه به بانک بپردازد و از تخفیف پنجاه درصدی نرخ نسیه بهره‌مند شود؛

ج. بدهی را در پایان شش ماه تصفیه کند و رقم اسمی معامله را بپردازد.[۱]

۳. ۴. تنزیل مجدد

یکی دیگر از مصادیق بیع دین و تنزیل در معاملات بانکی، تنزیل مجدد است که بر اساس آن اسناد که توسط بانک‌های تجاری از مشتریان تنزیل شده، بار دیگر توسط بانک مرکزی با نرخی که بانک مرکزی معین کرده است، تنزیل می‌شود. عبدالحمید ثابت دراین‌باره می‌گوید: امروزه سیاست پولی بانک مرکزی (کنترل و تعدیل حجم اعتبارات) باتوجه‌به احتیاج واقعی اقتصاد، از مهم‌ترین وظایف بانک مرکزی شناخته

۱. موسویان، بانکداري بدون ربا از نظریه تا عمل، ٦٥.

می‌شود و یکی از ابزارهای متداول این کار، تنزیل مجدد است. در تنزیل مجدد اوراق و اسناد بهادار که توسط دارندگان آن با نرخ بهرهٔ متداول بانکی نزد بانک‌های تجاری تنزیل شده‌اند، برای بار دوم با نرخی که تحت‌عنوان تنزیل مجدد توسط بانک مرکزی تعیین می‌شود، از سوی بانک‌های تجاری نزد بانک مرکزی تنزیل می‌شوند. تعیین و تغییر نرخ تنزیل مجدد از ابزارهای مهم سیاست پولی است و بانک مرکزی از این راه حجم پول در گردش و اعتبارات را کنترل می‌کند.

نتیجه‌گیری

بررسی آرای فقهی خصوصاً فقه امامیه بیانگر آن است که بیع دین می‌تواند به‌عنوان قالب مناسبی برای تحلیل ماهیت تنزیل اسناد تجاری در نظام بانکی شناخته شود. اکثر قریب‌به‌اتفاق فقهای امامیه در اقوال خود، ماهیت تنزیل را بر عقد بیع یا به عبارت دقیق‌تر، بیع دین حمل کرده‌اند که تنزیل در ماهیت قرض، مشمول حرمت ربا و در ماهیت بیع، خارج از عنوان ربا تلقی شده است. دیدگاهی که قول مشهور فقهای امامیه نیز آن را تأیید می‌کنند.

فقها در تبیین ماهیت تنزیل دو رویکرد کلی دارند: گروهی، ماهیتی مرکب برای تنزیل در نظر گرفته‌اند و در مقابل، عدهٔ کثیری از فقها در تبیین ماهیت تنزیل، آن را دارای ماهیت بسیط دانسته‌اند. به‌طور عمده، عقود مورد مناقشه در ماهیت بسیط را می‌توان قرض، بیع و حواله دانست و از عقود مورد مناقشه در ماهیت مرکب می‌توان به این موارد اشاره کرد: قرض و حواله، قرض و وکالت، قرض و رهن، قرض و ضمان، قرض و جعاله و ابرا و اسقاط.

موضع اختلاف فقهای عامه در بیان مشروعیت تنزیل میان دو حالت است: سند به مدیون دین واگذار می‌شود یا به غیرمدیون. فقهای عامه، حالت اول را از فروعات کلام در مسائل «ضع و تعجل» شمرده‌اند. قول مرجح در نزد علمای عامه مبنی‌بر جواز ضع و تعجل است.

حالت دوم تنزیل در جایی است که اسناد تجاری نزد غیرمدیون به مبلغ کمتر واگذار می‌شود. در این حالت، دیدگاه‌های فقه عامه در ماهیت تنزیل به‌طور عمده دایر بر سه ماهیت، قرض، بیع و حواله است. این دیدگاه‌ها ازنظر نوع عقودی که تنزیل مردد میان آن‌هاست، نزدیک به دیدگاه‌های فقه امامیه است؛ لکن نظر غالب در فقه عامه بر عدم‌جواز تنزیل در هر سه ماهیت قرض، بیع و حواله است.

فقه امامیه کمتر قائل به ماهیت مرکب در تنزیل بوده است. اگرچه برخی از فقها به فرض ماهیت ترکیب قرض و حواله اشاره کرده‌اند؛ اما حکم به حرمت تنزیل بر این مبنا داده شده است. گروهی در فقه عامه، ماهیتی مرکب برای تنزیل در نظر گرفته‌اند. هدف از این نوع تعابیر در ماهیت تنزیل، ایجاد تعدیلاتی در صیغهٔ عقد تنزیل است و عوضی را که بانک در مقابل تنزیل می‌گیرد به‌عنوان پاداشی به یکی

از اسباب شرعی قلمداد کرده و از این طریق سعی در گشودن راهی به‌منظور اباحۀ تنزیل داشته‌اند. عرف، تنزیل را بیع می‌داند و از خریدوفروش سند یا به‌عبارتی‌دیگر، از خرید وفروش دین سخن به میان می‌آید. با استناد به وحدت ملاک در میان بیع دین، انتقال طلب و تنزیل می‌توان گفت: نظر غالب در ماهیت تنزیل، تلقی بیع از این عمل حقوقی در اندیشه‌های حقوقی است. موضوع مورد معامله در این دادوستد، طلب پولی خواهد بود. مفاد عمل حقوقی تنزیل بر ماهیت عقد بیع در طرفین معامله و موضوع مورد معامله انطباق دارد. در تنزیل اسناد تجاری با مفاهیمی چون فروشندۀ دین، خریدار دین، ثمن معامله و موضوع مورد معامله (مبیع) که طلب پولی است، سروکار داریم و سخن از تملیک دین و انتقال مالکیت است. در قابلیت مبیع واقع‌شدن طلب و تبیین واژۀ عین نیز می‌توان از دیدگاه آن عده از فقهایی در فقه امامیه بهره جست که عین را در مقابل منفعت قرار داده‌اند. اعیان نیز به دو قسم تقسیم می‌شوند: عین شخصی (معین) و عین کلی. ازاین‌رو، عین در هر حال می‌تواند مبیع قرار گیرد؛ خواه شخصی باشد یا کلی و خواه کلی در ذمه باشد یا مشاع یا در معین، مبیع باید یکی از همین اعیان باشد.

مصادیق تنزیل در بانکداری اسلامی متعدد است؛ ازجمله تنزیل به‌عنوان یکی از قراردادهای مبادله‌ای در تخصیص منابع پولی، بازگشایی اعتبار تنزیلی در حساب جاری، طراحی کارت اعتباری بر اساس بیع نسیه و خرید دین و تنزیل مجدد. ابزارهای تنزیل مجدد و خریدوفروش اوراق قرضه در نظام غیرربوی اجراشدنی نیست. البته استفاده از این دو ابزار در محدودۀ دولت و بانک‌های دولتی و بانک مرکزی امکان‌پذیر است؛ یعنی دولت و بانک‌های دولتی می‌توانند اسناد طلب خود را از مردم نزد بانک مرکزی تنزیل کنند و نیز اوراق قرضۀ دولتی را بین خود خریدوفروش کنند. بهطورکلی باتوجه‌به اینکه شرایط پیش گفته برای تحقق شرعیت تنزیل عملاً امکان‌پذیر نیست، نمی‌توانیم آن را به‌عنوان ابزاری شرعی بپذیریم، مگر آنکه در معاملۀ حقیقی (و نه صوری) صورت گرفته باشد و در غیر این صورت، شکل ربا به خود می‌گیرد گرچه تفاوت‌هایی را در صورت و ظاهر امر نشان بدهد.

منابع

اخلاقی، بهروز. «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، مجله‌حقوق و علوم سیاسی. دورۀ۲۴، شماره صفر، ۱۳۶۸، ۱تا۲۳.

انصاری، مرتضی بن‌محمد امین. صیغ العقود و الإیقاعات. قم: مجمع اندیشۀ اسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۲۱ق.

بحرانی، یوسف‌بن‌احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی‌نا، جلد۲۰، چاپ سوم، ۱۴۱۱ق.

بندرریگی، محمد المنجد. تهران: انتشارات ایران. جلد۱، چاپ‌اول، ۱۳۷۵.

تبریزی، جواد بن‌علی. استفتائات جدید. قم: بی‌تا. جلد۱، چاپ‌اول، ۱۴۲۷ق.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش. جلد۴، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.

حسن عباسی حسین‌آبادی، محمدجواد ولی‌زاده. «تأثیر عملکرد عرف در حکم فقهی نظریهٔ جبران کاهش ارزش پول»، مجلهٔ حقوق اسلامی. دوره نهم، شماره دوم، پاییز و زمستان، ۱۳۸۷، ۲۷۳ تا ۲۹۸.

حسینی شیرازی، محمد. إیصال الطالب إلی المکاسب. تهران: منشورات اعلمی. جلد ۵، چاپ‌اول، ۱۴۲۷ق.

حسینی عاملی، محمدجوادبن‌محمد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار إحیاء التراث العربی. جلد ۵، چاپ اول، ۱۳۲۶.

حکیم، سید محسن. منهاج الصالحین (المحشّی الحکیم). بیروت: دارالتعارف المطبوعات. ۱۴۱۰ق.

حلی، حسین. بحوث فقهیة. قم: مؤسسه المنار. چاپ‌چهارم، ۱۴۱۵ق.

خمینی، روح‌الله. تحریر الوسیلة. ترجمهٔ علی اسلامی. قم: دفتر انتشارات اسلامی. جلد ۲، چاپ داوزدهم، ۱۴۲۵ق.

---------- توضیح المسائل. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(س). جلد۲، چاپ دوم، ۱۳۶۴.

موسوی خویی، سیدابوالقاسم. منهاج الصالحین. قم: مدینة العلم. جلد ۱، چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ق.

بصری بحرانی، زین‌الدین، محمدامین. کلمة التقوی. قم: بی‌نا، جلد۲۰، ۱۴۱۳ق.

موسوی سبزواری، سید عبدالأعلی. مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: مؤسسه المنار. جلد۲۱، چاپ‌چهارم، ۱۴۱۶ق.

شعرانی، ابوالحسن. تبصرة المتعلمین فی أحکام الدین (ترجمه و شرح). تهران: منشورات اسلامیه. جلد۲، چاپ هفتم، ۱۴۱۹ق.

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. تعلیق: محمد کلانتر. بیروت: دار احیاء التراث العربی. جلد۴، ۱۴۰۳ق.

صاحب جواهر، محمدحسن‌بن‌باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیا التراث العربی. جلد۲۲، چاپ‌هفتم، ۱۴۰۴ق.

صقری، محمد. حقوق بازرگانی: اسناد. تهران: شرکت سهامی انتشار. چاپ سوم، ۱۳۸۷.

طوسی، محمدبن‌حسن. الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی. جلد۳، چاپ‌اول، ۱۴۰۷ق.

عاملی، یاسین عیسی. الإصطلاحات الفقهیة فی الرسائل العملیة. بیروت: دار البلاغة. چاپ‌اول، ۱۴۱۳ق.

حلی، حسن‌بن‌یوسف بن مطهر. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. قم: مکتب الإعلام الإسلامی ، جلد ۵،

چاپ‌اول، ۱۴۱۶ق.

عمید، حسن. فرهنگ عمید. تهران: انتشارات جاویدان. چاپ ۱۰، ۱۳۵۵.

کلینی، محمدبن‌یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیة. جلد۵، چاپ‌چهارم، ۱۴۰۷ق.

_____. الکافی. قم: دار الحدیث. جلد۵، چاپ‌اول، ۱۴۰۹ق.

_____. الکافی. تهران: قدس. جلد۹، چاپ چهارم، ۱۴۳۶ق.

س.خان، محسن و میرآخور، عباس. مطالعات نظری در بانکداری و مالیۀ اسلامی، تهران: مؤسسۀ بانکداری‌اسلام. چاپ‌اول، ۱۳٦۸.

معین، محمد. فرهنگ فارسی. تهران: امیرکبیر. جلد ۱، چاپ چهاردهم، ۱۳٦۰.

مکارم شیرازی، ناصر. ربا و بانکداری اسلامی. قم. بی‌جا. چاپ اول، ۱۳۸۰.

_____. رسالۀ توضیح المسائل. قم: مدرسۀ امام علی‌بن‌ابیطالب(ع). چاپ پنجاه و دوم، ۱۴۲۹ق.

موسویان، عباس. بانکداری بدون ربا از نظریه تا عمل. تهران: پژوهشکدۀ پولی و بانکی. ۱۳۸۰.

هاشمی شاهرودی، محمود. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(ع). قم: مؤسسۀ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع). چاپ‌اول، ۱۴۲۶ق.

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.87-102

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

Receive Date: 06-03-2022 Revise Date: 06-06-2022 Accept Date: 11-06-2022

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75669.1323 Article type: Original

The reflection and functions of the public *Balva*-involvements- phenomenon in the issues of principles of jurisprudence

Dr. Fatemeh Zhian Assistant Professor, Department of Quranic and Hadith Sciences, Masoumeh University, Qom, Iran

Email: f.zhian@hmu.ac.ir

Abstract

Shariah rulings are not on the same level in terms of being involved; Some of them affect all or most of the religious people, and some others affect specific people, or even if they affect most people, it is limited to a certain period of time. The phenomenon of public *Balva* has been reflected in many issues related to the science of principles of jurisprudence. The importance and sensitivity of common law issues and the strong need for them have caused more severity and double precision in the application of the evidence of rulings.

In this article, the general *Ibtela* (involvement) and the size of its involvement in various fields of the principles of jurisprudence have been explained in a descriptive and analytical way. Being generally involved is reflected in the criterion of the authenticity of evidence such as tradition and *Akhbar*; So that most researchers believe that *Am al-Balva* narrations should cause knowledge or at least they are more famous and spread than other narrations. On the other hand, being *Am al-Balva* is effective in establishing the subject of *Sireh* and implementing the principle of *Beraat*, and in addition to the absence of legal prohibition, It is considered as a proof of the lack of prohibition, and as a result, it leads to the validity of the wise's *Sireh*.

Key words: Am al-Balva, principles of jurisprudence, general Ibtela(involvement), validity of evidence.

This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۱۰۲ - ۸۷

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۳/۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75669.1323

بازتاب و کارکردهای پدیده عموم بلوا در مسائل اصول فقه

دکتر فاطمه ژیان

استادیار گروه علوم قرآن و حدیث دانشگاه حضرت معصومه، قم، ایران

Email: f.zhian@hmu.ac.ir

چکیده

احکام شرعی ازنظر مورد ابتلا بودن، در یک درجه قرار ندارند؛ بعضی محل ابتلای همگان یا اکثر متشرعان و برخی دیگر محل ابتلای افرادی خاص است و یا حتی اگر اغلب را مبتلا سازد، محدود به مدت زمان خاصی است. پدیدهٔ عموم بلوا در بسیاری از مسائل مرتبط با علم اصول فقه بازتاب داشته است. اهمیت و حساسیت مسائل عام‌البلوی و نیاز شدید به آن‌ها سبب سخت‌گیری و دقت نظر فزون‌تر در به‌کارگیری ادلهٔ احکام شده است. در این نوشتار، ابتلای عمومی و میزان دخالت آن در عرصه‌های گوناگون اصول فقه به‌روش توصیفی‌تحلیلی تبیین شده است. عام‌البلوی‌بودن در ملاک حجیت ادله‌ای چون سنت و اخبار منعکس شده است؛ به‌طوری که اکثر محققان معتقدند که روایات عام‌البلوی بایستی علم‌آور باشد یا دست‌کم از شهرت و شیوعی بیش از سایر روایات برخوردار باشد. از سوی دیگر، عام‌البلوی‌بودن در تثبیت موضوع سیره و اجرای اصل برائت اثرگذار است و به ضمیمهٔ نرسیدن ردع شارع، دلیل بر احراز عدم‌ردع محسوب می‌شود و درنتیجه حجیت سیرهٔ عقلا را در پی دارد.

واژگان کلیدی: عام‌البلوی، اصول فقه، ابتلای همگانی، حجیت ادله.

مقدمه

میزان ابتلا و درگیری متشرعان به همهٔ احکام شرعی یکسان نیست. برخی از احکـام، ازجملـه کلیـات احکام مرتبط با طهارت، نماز و روزه، بیش از سایر احکام و در زمان‌های طولانی‌تر، عمـوم مـردم را درگیـر می‌سازد و درنتیجه نیاز به آگاهی از آن‌ها و پرسش و پاسخ از آن‌ها همواره در جوامع اسلامی بیش از سـایر مسائل بوده است، اما پاره‌ای از احکام تنها گـروه خاصـی را مبـتلا می‌سـازد یـا گروهـی دیگـر از مسـائل، زمان‌های بسیار محدودی مورد ابتلای مکلفان هستند و لذا پی‌جویی از احکام آن‌ها کمتر از گروه نخسـت است. به گروه نخست از مسائل شرعی، احکام عام‌البلوی گفته می‌شود؛ «بلوی»، اسـم از مـادهٔ «بلـو» بـه مفهوم آزمایش، مصیبت، سختی و گرفتاری است[1] و در اصطلاح فقها، عمـوم‌البلـوی چنـین تعریـف شـده است: «شیوع الأمر و انتشاره علما أو عملاً مع الإضطرار إلیه»؛ شایع‌شدن و انتشار علمی یا عملـی امـری و نسبت به آن اضطرار وجود دارد[2] و به تعبیری دیگر، مسائل و احکام مورد ابتلای عموم مردم «عـام‌البلـوی» خوانده می‌شود.[3] احکام عام‌البلوی خود به دو گونه تقسیم می‌شود: عام‌البلوایی که همواره مورد ابتلاسـت و عام‌البلوایی که گاه مورد ابتلای مردم است.[4] از گروه اول به نمازهای واجب و احکام طهارت و از گـروه دوم به مسائل و احکام حج می‌توان اشاره کرد.

اشاره به مسئلهٔ عام‌البلوی در بسیاری از مسائل و موضوعات مطروح در علم اصول دیده می‌شود و لـذا در جای‌جای نوشتارهای اصولی از ادلهٔ اجتهادی و ادلهٔ فقاهتی گرفته تا مباحث الفاظ، ردپایی از توجـه بـه این امر مشهود است. در کلام صاحب‌نظـران، فقهـا و محققـان، میـان حجیـت ادلـه (اعـم از اجتهـادی و فقاهتی) و سایر مباحث آن‌ها در مسائل عام‌البلوی و غیرعام‌البلوی اختلافاتی نیز به چشم می‌خورد، اما این اعتنا و توجه به شایع‌بودن و فراگیری برخی احکام غالباً در حـد اشـارت‌هایی پراکنـده بـاقی مانـده و توجـه درخوری بدان نشده است و همین توجه ناکافی و گاه‌به‌گاه بـه اثرگـذاری ایـن عامـل، سـبب اختلافـاتی در پذیرش ادلهٔ شرعی و درنتیجه دیدگاه‌ها و فتاوای فقها شده است.

این نوشتار با روشی توصیفی‌تحلیلی، کارکرد پدیدهٔ عام‌البلوی را در مسائل اصـولی ازجملـه اعتبـار یـا بی‌اعتباری، حجیت یا عدم‌حجیت و... ادلهٔ اجتهادی و ادلهٔ فقاهتی بررسی و نمایـان می‌کنـد و در روشـن داشتن این سؤال می‌کوشد که آیا عام‌البلوی‌بودن در ادله و ملاک حجیـت، موضـوع و اجـرای ادلـه و سـایر مسائل اصولی اثرگذار است یا خیر؟ و درنهایت، با ارائهٔ کارکردهای گوناگون پدیدهٔ عـام‌البلـوی در مسـائل اصولی، این عامل را به‌عنوان یکی از عوامل سرنوشت‌ساز در پذیرش ادلهٔ مورد استفاده در فقه شیعی معرفی

۱. نک: ابن‌منظور، لسان العرب، ۸۴/۱۴؛ فیومی، المصباح المنیر، ۶۲/۲.
۲. قلعه‌چی، معجم لغة الفقهاء، ۱۱۰.
۳. هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(ع)، ۳۰۱/۵.
٤. ابن‌براج، المهذب، ۱۸/۱.

می‌کند.

نگاه ویژه به مسائل عام‌البلوی و تفاوت برخی احکام جاری بر آن‌ها با امور غیرعام‌البلوی به‌صورت پراکنده و گاه‌گاه، از گذشتهٔ کهن مدِّنظر فقها بوده است؛ همان‌طور که سیدمرتضی، شیخ طوسی و دیگران در لابه‌لای مباحث اصولی و فقهی بدان پرداخته‌اند و شاید بتوان گفت که دارای پیشینه‌ای دیرینه در قرن سوم و چهارم است. تعداد اندکی از تألیفات نیز با این عنوان به چشم می‌خورند که غالباً به بیان مسائل و احکام شرعی پرداخته‌اند که نسبت به سایر احکام عمومیت، بیشتر مورد ابتلای عموم است؛ همچون «رسالهٔ فیما تعم به البلوی»، نوشتهٔ جمال‌الدین احمدبن‌عبدالله‌بن‌محمد بحرانی، معروف به ابن‌متوج از علمای سدهٔ هشتم و نهم هجری[1] که سیدمحسن امین از این کتاب با عنوان «رسالة وجیزة فیما تعم به البلوی» یاد می‌کند[2] و نیز علی‌بن‌احمد کرکی در قرن دهم هجری تألیفی تحت‌عنوان «الفوائد فیما یعم به البلوی من الأحکام الفرعیة» به نگارش درآورده است.[3] سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، نام تألیف فقهی مشهور خویش را «العروة الوثقی فی ما تعمّ بهِ البلوی» نام نهاد.[4] مقاله‌ای نیز تحت‌عنوان «سیدمرتضی و عدم‌حجیت خبر واحد در مسائل عام‌البلوی» توسط سیدضیاء مرتضوی در کنگرهٔ بزرگداشت سیدمرتضی منتشر شد.[5] باوجوداین، هیچ‌یک از نوشتارها به جایگاه، تأثیر و کارکرد ابتلای عمومی و شیوع همگانی به احکام در مسائل اصولی نپرداخته‌اند.

پدیدهٔ عام‌البلوی گرچه بازتاب گسترده‌ای در موضوعات علم اصول فقه داشته است، اما این انعکاس در بیان برخی احکام شرعی نیز راه یافته است؛ برای نمونه، در مقدمهٔ مباحث تقلید در مسئلهٔ وجوب آگاهی مکلف از احکام که برخی بر وجوب فراگیری این‌گونه مسائل حکم کرده‌اند و می‌گویند: «یعتبر ان یکون عارفاً باحکام الطهارة و الصلاة و شرائطها و احکام الخلل و الشکوک و یلتزم ان یکون مستحضراً لکل ما هو عام‌البلوی من تلک المسائل اجتهاداً او تقلیداً؛ فرد باید بر احکام طهارت و نماز و احکام خلل و شکها و هرآنچه عام‌البلوی است یا از طریق اجتهاد یا از طریق تقلید آگاه باشد.»[6] در مقابل، عده‌ای معتقدند که فراگیری این‌گونه مسائل درصورتی‌که فرد از عدم‌تعارض اعمالش با احکام شرعی مطمئن باشد، واجب نیست: «تجب تعلم ما یعم به البلوی من أحکام الشک و السهو، بل قد یقال ببطلان صلاة من لا یعرفها، لکن الظاهر عدم‌الوجوب إذا کان مطمئناً بعدم‌عروضها له؛ فراگیری احکامی که عام‌البلوی است،

---

۱. نک: آقابزرگ طهرانی، الذریعة، ۳۶/۱۹.

۲. امین، اعیان الشیعة، ۱۴/۳.

۳. نک: آقابزرگ طهرانی، الذریعة، ۳۲۰/۱۶.

٤. طباطبایی، العروة الوثقی.

٥. نک: مرتضوی، «سیدمرتضی و عدم‌حجیت خبر واحد در مسائل عام‌البلوی.»

٦. آل کاشف‌الغطاء، سؤال و جواب، ۸۹/۱.

همچون شک و سهو در نماز واجب است؛ بلکه گفته شده که نماز آن کس که از این احکـام اطـلاع نـدارد باطل است، اما ظاهراً فراگیری آن واجب نباشد هنگامی‌که مکلف مطمئن باشد که عمل او معارض با حکم این‌گونه مسائل نیست؛[1] بنابراین عام‌البلوی‌بودن احکام در نزد اکثر فقها در وجـوب فراگیـری آنـان اثرگـذار است.

۱. اثرگذاری پدیدهٔ عام‌البلوی در ملاک حجیت ادله

بیشترین بحث از احکام عام‌البلوی، در دلیل سنت یا به تعبیر دیگر، در بهره‌گیری از روایات مطرح شده است، همان‌طور که سایر مسائل مرتبط با روایات و احادیث، ازجمله حجیت یا عدم‌حجیت اخبـار آحـاد، مدرک حجیت و شرط پذیرش آن‌ها و... نیز معرکهٔ آرا و اختلاف‌نظر میان فقهاست و مباحـث دامنـه‌داری را در علم اصول فقه به خود اختصاص داده است.

اکثر صاحب‌نظران، ملاک حجیت اخبار در مسائل عموم‌البلوی را علم‌آوری یا اشتهار این‌گونه روایـات دانسته‌اند و لذا می‌توان ادعا کرد که عام‌البلوی‌بودن در ملاک حجیت روایات اثرگذار اسـت. سیدمرتضـی، خصوصاً در کتاب ناصریات[2] بارها به شرط‌بودن علم‌آوری و تظافر اخبار عام‌البلوی در حجیت آن‌ها اشـاره کرده[3] و در مواردی نیز متواتربودن روایات عام‌البلوی را از ارکان حجیت و اعتبار آن‌ها دانسته است.[4]

شیخ طوسی نیز معتقد است که اخبار در مسائل عام‌البلوی درصورتی‌که مانعی برای انتشـار آن وجـود نداشته باشد باید به‌گونه‌ای علم‌آور نقل شده باشند؛ «و اما یعم البلوی به او ما وقع فی الاصـل شـائعاً ذائعـاً فیجب نقله علی وجه یوجب العلم ما لم یعرض فیه ما یمنع من نقله فمتی لم یعرض هناک ما یمنع من نقله و کان فی الأصل شائعاً ذائعاً علم انه باطل؛ اخباری که در احکام، شایع و عام‌البلوی است بایـد از طریقـی علم‌آور نقل شوند تا زمانی که مانعی برای انتشار آن‌ها وجود نداشته باشد و اگر مانعی برای انتشار آن وجود نداشت و موضوع روایت، عام‌البلوی بود [و روایت به‌گونه‌ای علم‌آور نقل نشـده بـود]، باطـل‌بـودن روایـت مشخص می‌شود.»[5] شیخ با آوردن عبارت «مـا لـم یعـرض فیـه مـا یمنـع مـن نقلـه»، در واقـع بـه وجـود انکارناپذیر موانع متعدد بر سر راه انتشار روایات، خصوصاً روایاتی اشاره دارد که محتوایی مخـالف بـا رأی حاکم در جامعه دارد و این امر نکتهٔ درخوری است که باید بدان توجه ویژه داشت و در نظـر آورد کـه عـدم

---

۱. طباطبایی، العروة الوثقی، ۳۲۱/۳؛ خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۱۰۵/۱۹.

۲. سیدمرتضی در سایر نوشتارهای خود بر عدم‌حجیت اخبار آحاد (بدون تفاوت قائل‌شدن میان مسائل عام‌البلوی و مسائل غیرعام‌البلوی) تصریح کرده و معتقد است که عمل به اخبار زمانی جایز است که اخبار علم‌آور باشند و چنین علمی در خبر واحد وجود ندارد (علم‌الهدی، الذریعة، ۵۳۰/۲).

۳. نک: علم‌الهدی، الناصریات، ۹۳؛ علم‌الهدی، الناصریات، ۱۰۸؛ علم‌الهدی، الناصریات، ۱۳۷تا۱۳۸؛ علم‌الهدی، الناصریات، ۱۷۹.

٤. علم‌الهدی، الناصریات، ۱۶۶.

٥. طوسی، العدة فی الأصول، ۹۳/۱.

امکان انتشار وسیع تمامی روایات، حتی روایات عام‌البلوی، امری انکارناشدنی است. شیخ ضمن تأکید بر لزوم علم‌آوری اخبار عام‌البلوی[1] اذعان می‌کند که تنها راه علم‌آوری احکام، منحصر به نقل متواتر یا متظافر آن‌ها نیست؛ بلکه این علم می‌تواند از طرق گوناگون، ازجمله اجماع فقها یا ظهور آیات نیز به دست آید. وی به حکم گروهی از علمای سنی‌مذهب بر عدم‌حرمت برخی مسکرات اعتراض می‌کند و می‌نویسد: برخی در استنباط عدم‌حرمت مسکراتی غیر از خمر چنین استدلال کرده‌اند که نوشیدن این‌گونه مسکرات از امور عام‌البلوی است و لذا در صورت حرمت، باید حکم آن به‌صورت معلوم و واضح از سوی شارع بیان شده باشد، درحالی‌که چنین وضوحی در کلام شارع مشهود نیست. شیخ در پاسخ به این گروه می‌گوید: بله، حکم و نظر شارع دربارۀ مسکرات غیرخمر معلوم است و علم به حرمت در این مورد با اجماع شیعیان و ظهور قرآن به دست می‌آید.[2] بنابراین، شیخ ضمن تأیید بر لزوم علمی‌بودن دلایل احکام در مسائل عام‌البلوی، راه دستیابی به این علم را منحصر به اخبار متواتر و متظافر نمی‌داند.

باتوجه‌به گفتار سیدمرتضی و شیخ که ادلۀ معتبر در عموم‌البلوی را ادلۀ علم‌آور می‌دانند و ازآنجاکه در میان روایات، تنها اخبار متواتر و محفوف به قرائن قطعی علم‌آورند و این دو قسم از روایات، تعداد اندکی از روایات را شامل می‌شوند، سؤالی که خودنمایی می‌کند آن است که آیا هیچ قسم از اقسام اخبار آحاد در امور عام‌البلوی حجیت نیستند؟

علامه حلی عدم‌حجیت اخبار آحاد در مسائل عام‌البلوی را به حنفی‌مذهبان نسبت داده[3] و درصدد پاسخ‌گویی بدان‌ها و رد این نظریه برآمده است. ایشان، اخبار آحاد و مشهورات و متواترات را در تفصیل مسائل دینی حجت دانسته است؛ خواه عام‌البلوی و خواه غیرعام‌البلوی و برای اثبات رأی خویش به عموم آیۀ نبأ، آیۀ نفر و سیرۀ صحابه در عمل به خبر واحد در جمیع امور استدلال کرده است.[4] همچنین علامه می‌نویسد: «و قال بعض الناس: المجمل فیما یعمّ به البلوی کأوقات الصلاة، و کیفیتها، و عدد رکعاتها، و مقادیر الرکعات، و جنسها، لا یجوز أن یبیّن إلّا بطریق قاطع و اما ما لا یعمّ به البلوی، کقطع ید السّارق، و ما یجب علی الأمّة فی الحدود، و أحکام المکاتب، و المدبّر، فیجوز أن یبیّن بخبر الواحد، و سیأتی بیان التساوی؛ بعضی معتقدند که مجمل در امور عام‌البلوی همچون اوقات نماز، کیفیت نماز، عدد رکعات، مقادیر رکعات، باید به‌طریقی قاطع و علم‌آور بیان شود، اما دربارۀ غیرعام‌البلوی مثل قطع دستان سارق و حدود و احکام مکاتب و مدبر جایز است که با خبر واحد نیز بیان شود، درحالی‌که در آینده خواهد آمد که

---

۱. طوسی، العدة فی الأصول، ۹۳/۱.

۲. طوسی، العدة فی الأصول، ۴۸۳/۵.

۳. دکتر محمدانس سرمینی از اساتید دانشگاه استامبول مقاله‌ای در این زمینه تحت‌عنوان«الخبر الآحاد في سیاق عموم البلوی، تحریر المسئله و تأصیلها عند متقدمی الحنفیة» به نگارش درآورده است (نک: سرمینی، «الخبر الآحاد في سیاق عموم البلوی»).

٤. علامه حلی، نهایة الوصول، ۴۵۹/۳.

تفاوتی میان عام‌البلوی و غیر آن (در حجیت اخبار آحاد) وجود ندارد.[۱]

بنا بر ظاهر کلام علامه چنین به نظر می‌رسد که او تفاوتی میان اخبار آحاد در عام‌البلوی و غیرعام البلوی ازنظرِ حجیت قائل نشده است و ازاین‌روست که برخی چنین تصور کرده‌اند که باتوجه‌به ادلهٔ ذکرشده توسط علامه در رد نظر حنفیان می‌توان گفت: ازآنجاکه مبنای علامه در حجیت اخبار آحاد، حجیت تعبدی است، لذا او قائل بر حجیت خبر واحد در مسائل عمومی شده است، اما دیگرانی که ملاک حجیت خبر واحد را طریق و سیرهٔ عقلا می‌دانند، احکام عام‌البلوی را با استناد به اخبار منفرد اثبات‌شدنی نمی‌دانند.[۲] شایسته است که بدانیم علامه، اخبار آحاد را در جمیع موارد حجت ندانسته و خود در موارد متعدد، روایات آحاد منفرد را در امور عام‌البلوی مردود دانسته است؛ برای نمونه، روایتی از امسلمه در مسئلهٔ ذبح قربانی را غیرقابل استناد می‌داند و می‌نویسد: «أنّه خبر واحد فیما یعمّ به البلوی، فلا یقبل، و مع ذلک فهو معارض بما رواه الجمهور.»[۳] بر این اساس است که مشخص می‌شود مراد شیخ از اثبات حجیت اخبار آحاد در مسائل عام‌البلوی، حجیت به‌طور مطلق نیست و وی، تنها در مقام رد عدم‌حجیت جمیع اخبار آحاد در مسائل عموم‌الابتلاست. همان‌طور که زمانی که صحبت از حجیت اخبار واحد در مسائل غیرعام‌البلوی به میان می‌آید نیز مراد، حجیت تمامی اخبار آحاد نیست و حجیت آن‌ها مشروط به شرایطی است و چه‌بسا علامه حلی همچون اکثر قریب‌به‌اتفاق صاحب‌نظران، حجیت اخبار آحاد در موضوعات عام‌البلوی را مشروط به مشهوربودن و شایع‌بودن روایت کرده باشد، همانند محقق حلی که در نقد استدلال اهل تسنن به روایتی که تنها راوی آن «سبرةبن‌معد جهنی» است، برای اثبات حرمت متعه، پس از بیان اشکالات متعدد سندی و متنی روایت می‌نویسد: این روایت اگر حقیقت داشت، ازآنجاکه از مسائل عام‌البلوی است باید توسط دیگران نیز نقل می‌شد.[۵،۶] فرد دیگری که به شرط‌بودن شهرت و کثرت روایات در عام‌البلوی تصریح کرده، ابن‌ابی‌الجمهور است. او دربارهٔ روایتی در اخفا و اظهار صدا در نماز می‌گوید: اگر امر چنین بود در میان مسلمانان مخفی نمی‌ماند و مشهور می‌شد و انفراد راوی در نقل امور عام‌البلوی صحیح نیست.[۷]

---

۱. علامه حلی، نهایة الوصول، ۴۳۸/۲.

۲. نک: مرتضوی، «سیدمرتضی و عدم‌حجیت خبر واحد در مسائل عام‌البلوی»، ۱۷۶تا۱۷۷.

۳. علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۱/ ۲۸۸.

٤. نک: علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۸۷/۳؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۴۱۰/۴؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۳۸۲/۴؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۲۶۱/۱.

۵. محقق حلی، الرسائل التسع، ۱۷۱.

٦. نک: در محقق حلی، الرسائل التسع، ۱۷۸؛ محقق حلی، المعتبر، ۱۲۷/۱؛ محقق حلی، المعتبر، ۲۲۴/۲.

۷. ابن‌ابی‌الجمهور، عوالی اللئالی، ۸۸/۳.

وحید بهبهانی نیز معتقد است که اقتضای مسائل عام‌البلوی، شیوع و اشتهار احکام آن‌هاست.[۱] وی در کتاب مصابیح الظلام ضمن تأیید و تأکید بر این شرط در سبب شرط‌بودن شهرت اخبار در این مسائل می‌افزاید: احکامی که محل ابتلای عموم جامعه است، به‌محض آنکه از معصوم(ع) صادر شود در جامعه انتشار می‌یابد و نقل آن مشهور می‌شود. علت و انگیزهٔ این انتشار گسترده، شدت نیاز مردم به آگاهی از این گونه احکام است و عادت و سیرهٔ عرف مردم در مسائلی از این دست همواره چنین است و هرآنچه زمان بگذرد، اشتهار و شیوع این احادیث بیشتر از پیش خواهد شد.[۲]

دیگرانی نظیر سبحانی بر همین نظرند. وی در نقد روایتی در مسئلهٔ ارث می‌نویسد: «این از مسائل عام البلوی در عصر نبوی بوده است و اگر چنین امری تشریع شده بود، مخفی نمی‌ماند و دیگران نیز باید آن را نقل می‌کردند، درحالی‌که این روایت را تنها عبدالله‌بن‌طاووس نقل کرده است.»[۳]

اما آیت‌الله خویی بر نظر مشهور انتقادی وارد کرده است. وی، در مسئلهٔ حرمت خلف‌وعده در ابتدا نظر مشهور را طرح کرده است و می‌نویسد: مشهور معتقدند که اگر خلف‌وعده حرام بود، روایات آن مشهور می‌شد؛ چراکه از امور عام‌البلوی در جمیع طبقات و جمیع ازمنه است، درحالی‌که دیده می‌شود که همواره به استحباب وفای به وعده و کراهت خلف‌وعده فتوا داده شده است و حتی صاحب وسائل و صاحب مستدرک باوجود آنکه از اخباریان هستند به استحباب فتوا داده‌اند و بر ظاهر روایاتی که دال بر وجوب وفای به عهد است، انتقاد وارد کرده‌اند. ایشان در ادامه می‌افزایند: بااین‌وجود، مسئله آن است که همان‌گونه که در علم اصول طرح شد، اعراض از روایت صحیح، سبب وهن به روایت و عمل به روایت ضعیف، سبب اعتبار آن نخواهد شد، مگر آنکه کشف شود که علت اعراض علما، وجود ضعفی در روایت و سبب عملشان به محتوای روایت، اعتبار روایت بوده است و لذا وجهی برای اعراض از ظاهر این روایات باقی نمی‌ماند، اما سیرهٔ متشرعه بر جواز خلف‌وعده مستقر شده است.[٤] بنابراین، ایشان عدم‌شهرت روایات عام‌البلوی را تا زمانی که دلیلی دیگر در تعارض با آن قرار نگیرد، سبب وهن روایت نمی‌دانند و در مسئلهٔ مذکور به‌دلیل آنکه سیرهٔ متشرعه برخلاف روایت واحد عام‌البلوی قرار گرفته است، حکم به عدم‌وجوب وفای به عهد کرده‌اند.

۲. اثرگذاری پدیدهٔ عام‌البلوی در تثبیت موضوع سیره

ابتلای عمومی به برخی از احکام در تثبیت موضوع سیرهٔ متشرعه خودنمایی دارد. وحید بهبهانی بر آن

۱. بهبهانی، مصابیح الظلام، ۴۲/۵.
۲. بهبهاني، مصابيح الظلام، ۶۰/۱تا۶۱.
۳. سبحانی، نظام الإرث فی الشریعة، ۱۴۲.
٤. خویی، کتاب المساقاة، ۳۹۳.

است که امور عام‌البلوی در سیرهٔ متشرعان انعکاس می‌یابد. وی، در رد وجوب غسل جمعه می‌گوید: اگر غسل جمعه واجب بود، باید در عمل و گفتار مردان و زنان رایج شود؛ درحالی‌که همگان بر استحباب آن اتفاق کرده‌اند و حتی صالحان نیز همواره به آن پایبند نشده و گاه آن را ترک کرده‌اند: «مع أنّه لو کان واجباً علی الرجال و النساء، کما هو مقتضی ما نسب إلی مدعیه و اقتضاه أدلّته، لکان ممّا یعمّ به البلوی، و یکثر الحاجة إلی ذکر وجوبه و الأمر به... و ظهر اتّفاق القدماء و المتأخّرین علی البناء علی الإستحباب فعلاً، حتّی أنّ صلحاء الشیعة ما التزموا به فضلاً عن غیرهم»[1]؛ لذا باتوجه‌به کلام محقق بهبهانی، یکی از مهم ترین منابع در استخراج حکم مسائل عام‌البلوی، رجوع به سیرهٔ متشرعه است. آیت‌الله خویی نیز ضمن تأیید این مطلب تصریح می‌کند که از مسائل عام‌البلوی می‌توان سیرهٔ متشرعه را استخراج کرد.[2]

صاحب‌جواهر نیز در مسئلهٔ مذکور معتقد است که اگر غسل جمعه واجب بود شهرت آن اظهر من الشمس بود؛ چراکه نسبت به امور عام‌البلوای دیگر همچون غسل جنابت و حیض عمومیت بیشتری دارد؛ چراکه ممکن است برخی به مناسبت جنسیت یا امور دیگر این موارد را درک نکنند یا گاهی مورد ابتلای آنان باشد، اما جمعه در هر هفته واقع می‌شود و بر زن و مرد نیز یکسان است: «لو وجب لاشتهر اشتهار الشمس فی رابعة النهار لعموم البلوی به حینئذ، إذ هو أعظم من غسل الجنابة و الحیض و غیرهما، لملازمة إدراک الجمعة لکل أحد دونهما.»[3]

بنابراین در مسائل عام‌البلوی، رجوع به سیرهٔ متشرعان، خود رهنمودی برای کشف نظر شارع در این موارد به شمار می‌رود و عدم‌مطابقت یا به تعبیر بهتر، تعارض سیرهٔ متشرعه با حکمی از احکام عام‌البلوی نشانهٔ ابطال آن حکم است و سیرهٔ متشرعه می‌تواند بازگوکنندهٔ حکم این‌گونه مسائل باشد.

۳. اثرگذاری پدیدهٔ عام‌البلوی در دلیل حجیت سیرهٔ عقلا و اجماع

حجیت سیرهٔ عقلا که در گفتار بسیاری از فقها از ادلهٔ اثبات احکام به شمار رفته است، همواره مشروط به عدم‌ردع شارع است و درواقع عدم‌ردع شارع، مدرک و دلیل حجیت سیرهٔ عقلا به شمار می‌رود. برخی، سیرهٔ عقلا را به دو قسم عام‌البلوی و غیرعام‌البلوی تقسیم‌شدنی می‌دانند و مسلماً عدم‌ردع شارع که حجیت بخش به سیرهٔ عقلاست، در مسائل عام‌البلوی کارایی دارد، وگرنه در موارد غیرعام‌البلوی، عدم‌ردع شارع نمی‌تواند نشانهٔ رضایت و امضای او به شمار رود؛ چراکه چه‌بسا ردعی از سوی شارع در موارد غیرعام البلوی بوده اما به‌دلیل آنکه به‌ندرت، مردم به آن موضوع مبتلا و درنتیجه به حکم آن نیازمند می‌شدند، عدم

---

۱. بهبهانی، مصابیح الظلام، ۹۴/۱تا۹۵.
۲. خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ۴۴.
۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳/۵.

رضایت و منع شارع منتشر نشده و به ما نرسیده باشد.[۱] بنابراین، عموم بلوا به ضمیمهٔ عدم‌وصول ردع شارع، دلیل بر احراز عدم‌ردع اوست و سیرهٔ عقلا نیز در مسائل عام‌البلوی در عصر حضور ائمه(ع) حجت است، نه اموری که به‌ندرت مورد ابتلای عموم مردم قرار می‌گیرد.

فقها نیز معتقدند که اگر اجماعی در مسائل عام‌البلوی به دست آید، این اجماع بر قطعیت صحت آن حکم دلالت دارد. وحید بهبهانی پس از آنکه مسئلهٔ انتشار اخبار در عام‌البلوی را طرح می‌کند، می‌نویسد: « وإذا کان ممّا یعمّ، فلا شکّ فی أنّه بمجرّد صدوره عن الشارع ینشر و یشیع، لعموم البلوی به، و کثرة الحاجة... فإذا أجمع مثل من أشرنا إلیه من الفقهاء علی حکم ذلک، فلا شکّ و لا شبهة فیکونه حقّا، إذ محال أن یکون خلافه حقّاً و هو واضح؛ اگر از امور عام‌البلوی باشد، شکی نیست که به مجرد صدورش از شارع به‌دلیل عموم‌البلوی‌بودن و نیاز فراوان بدان، منتشر و مشهور می‌شد... اگر فقها در حکم چنین مسائلی اجماع کنند، بدون هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای حق‌بودن آن مسئله ثابت می‌شود؛ چراکه محال است که خلاف آن حق باشد و این مسئله واضح است.»[۲] وی، در مسئلهٔ وجوب خمس می‌گوید: به‌دلیل آنکه خمس از امور عام‌البلوی است و مردم بدان نیازمندند و عامهٔ مردم از پرداخت آن حتی بیش از زکات گریزان هستند، اگر پرداخت خمس مستحب و احادیث دال بر عفو آن صحیح بود، چنین حکمی اشتهار می‌یافت، درحالی‌که اجماع بر وجوب آن وجود دارد و این اجماع مطابق با روایات و آیات است.[۳] بنابراین، در مسئلهٔ وجوب خمس و سایر مسائل عام‌البلوی، از طرفی عدم‌شیوع اخبار قول معارض و از طرف دیگر، اجماع علما برخلاف آن، نشانهٔ قطعیت و عدم‌تردید در حکم دانسته شده است. بنابراین می‌توان گفت که همچون سیرهٔ عقلا، عام‌البلوی‌بودن، دلیل حجیت یا به تعبیری دیگر، حجیت‌بخش به اجماع است.

گاهی علاوه بر اجماع در صدور فتاوای فقها، اجماع دیگری تحت‌عنوان «اجماع سکوتی» نیز در سخنان صاحب‌نظران به چشم می‌خورد؛ اگر تمامی علما از بیان حکمی سکوت کنند که مورد ابتلای آن عموم مردم است، این‌گونه از اجماع را اجماع سکوتی می‌نامند. گرچه در حجیت اجماع سکوتی و شرایط لحاظ‌شده برای حجت‌قراردادن آن اختلافاتی در آرای علما دیده می‌شود، اما گروهی شرط کرده‌اند که در صورتی اجماع سکوتی می‌تواند حجت باشد که سکوت در مسائل عام‌البلوی تکرار شود و در عادت و عرفِ فقها چنین سکوتی از رضایت آنان حکایت کند.[٤] بنابراین می‌توان گفت که شرط حجیت اجماع سکوتی نیز وقوع آن در مسائل عام‌البلوی است. شایان توجه است که این احتمال نیز می‌رود که بازگشت اجماع سکوتی به اصل برائت یا اصل اباحه باشد؛ با این تقریر که، عدم‌وصول فتاوای فقها همچون عدم

۱. نک: محمدی، «درس خارج فقه».
۲. بهبهانی، مصابیح الظلام، ۶۱/۱.
۳. بهبهانی، مصابیح الظلام، ۴۵/۱۱تا۴۶.
٤. یوسفی مقدم، درآمدی بر اجتهاد از منظر قرآن، ۱۳۲.

وصول نظر شارع که جایگاه اجرای اصل برائت است، تصور شود و اجماع سکوتی گرچه در ظاهر اجماع است اما در واقع، مجرای اجرای اصل برائت است که در مبحث بعدی بدان می‌پردازیم و در این صورت، پدیدهٔ عام‌البلوی در اجرای ادلهٔ اثرگذار خواهد بود.

۴. اثرگذاری پدیدهٔ عام‌البلوی به‌مثابهٔ شرط اجرای اصل

موضع دیگری که در مبحث مسائل عام‌البلوی مدِّنظر اصولیان قرار گرفته است، در اجرای برخی ادلهٔ فقاهتی خصوصاً اصل برائت است. محقق حلی گرچه اصل برائت را پذیرفته است،[۱] اما اعتبار آن را ویژهٔ مسائل عام‌البلوی می‌داند؛ ازین‌رو اصل برائت را در مسائلی که گاهی مکلفان بدان نیازمندند، جاری نمی‌داند.[۲] استرآبادی در توضیح کلام محقق حلی می‌گوید: اگر در روایات، حکمی مخالف اصل وجود داشته باشد و مسئله از امور عام‌البلوی باشد، آن روایت مشهور می‌شود و دست‌نیافتن محدثان به چنین روایتی نشانگر عدم‌وجود آن است؛ چراکه جمع زیادی از علما و فضلا که تنها تعداد چهارهزار عدد آن‌ها از اصحاب امام صادق(ع) و ملازمان ائمه(ع) بودند، تمام تلاش خود را در راستای اظهار دین و مذهب شیعه به کار بسته‌اند.[۳]

بنابراین، نیافتن ادله در این‌گونه احکام نشانهٔ آن است که از سوی شارع، حکمی در آن مسئله صادر نشده است و لذا حکم به برائت ذمهٔ مکلف از تکلیف داده می‌شود، اما امور غیرعام‌البلوی چنین نیست و نیافتن دلیل در مسئله، نشان بر نبودن حکم نخواهد بود.[٤] شیخ حر عاملی نیز معتقد است که اگر مسئله‌ای از امور عام‌البلوی باشد به شرط آنکه در زمان اهل بیت(ع) موجود باشد، در این صورت تقریر و عدم‌نهی آن‌ها بعد از تتبع کافی نشانهٔ اباحه است، اما سکوت معصوم در امور غیرعام‌البلوی نشانگر مباح‌بودن آن مسئله نیست.[٥] شیخ یوسف بحرانی نیز با نظر محقق حلی موافق است و علت چنین رأیی را وجود جمع کثیر تلامیذ اهل بیت(ع)، تعداد فراوان روات حدیث خصوصاً در عصرامام صادق(ع) و اهتمام فراوانشان برای اظهار دین و ترویج شیعه می‌داند.[٦] مکارم شیرازی نیز در مسئلهٔ مباح‌بودن لباس نمازگزار به عام‌البلوی بودن این مسئله و عدم‌وجود نص بر آن استدلال کرده و نتیجه گرفته است که مباح‌بودن لباس نمازگزار، شرط در صحت نماز او نیست. وی می‌گوید: اگر این امر شرط بود، باوجود تمام مواظبتی که اصحاب

---

۱. «أن الأصل خلو الذمة عن الشواغل الشرعية، فإذا ادعى مدع حكما شرعياً، جاز لخصمه أن يتمسك في انتفائه بالبراءة الأصلية» محقق حلی، معارج الأصول، ۲۱۲.

۲. نک: محقق حلی، المعتبر، ۳۲/۱.

۳. استرآبادی، الفوائد المدنیّة، ۲۸۳.

٤. محقق حلی، المعتبر، ۳۲/۱.

٥. نک: حر عاملی، فوائد الطوسیة، ٤۹۱.

٦. بحرانی، الدرر النجفیة، ۱۶۳/۱.

ائمه(ع) بر این‌گونه مسائل داشتند، در کلمات و روایات ائمه(ع) ترک نمی‌شد.[۱]

میرزای قمی نیز پس از بیان کلام محقق حلی در اجرای اصل برائت در امور عام‌البلوی و نقل این سخن محقق که می‌گوید: «فیحصل الظنّ من عدم‌الوجدان بعدم‌الوجود»، می‌نویسد: «این کلام با زمان غیبت و شبیه به آن تناسب دارد، نه در زمان صدور شرع؛ چراکه بنابر مذهب ما تمامی احکام از پیامبر(ص) صادر شده و در نزد ائمه(ع) مخزون بوده است، بلکه مراد محقق آن است که در امور عام‌البلوی، حکم اباحه است؛ این حکم یا به‌وسیلهٔ تصریحی است از پیامبر(ص) که به‌دلیل موافقت آن با اصل، نیازی به نقل آن نبوده است یا به‌وسیلهٔ تقریری از ایشان است که به‌دلیل مقتضای اصل نیازی به واگویهٔ آن نبوده است. برخلاف اموری که عام‌البلوی نیستند که ممکن است که حکم آن مخالف با اصل باشد اما نقل آن به دلیل کم‌بودن انگیزهٔ نقل آن به ما نرسیده باشد.[۲] میرزای قمی معتقد است که امور عام‌البلوایی که پیوسته محل ابتلای مکلفان است، همچون وجوب نماز و نجاست بول و غائط از ضروریات و بدیهیات دین به شمار می‌رود،[۳] گرچه برخی از فقها با نظر محقق حلی موافق نبوده و معتقدند که در مواردی که حکمی خلاف اصل یافت نشود، اصل برائت جاری خواهد شد و تفاوتی میان عام‌البلوی و غیرعام‌البلوی وجود ندارد.[٤]

۵. اثرگذاری پدیدهٔ عام‌البلوی در فهم نصوص دینی

به‌وضوح نمایان است که در دلالت برخی از آیات الأحکام و روایات مرتبط با احکام شرعی، تردیدها، اختلافات و شبهاتی وجود دارد که منشأ بسیاری از اخلافات فقهی است، اما به جرأت می‌توان گفت که متون و نصوص دینی که حاوی مسائل عام‌البلوی باشند عموماً از وضوح بیشتری در دلالت برخوردارند؛ چراکه در صورت وجود ابهام در این‌گونه نصوص، به‌دلیل ابتلای عمومی و شدت نیاز به فهم آن‌ها، مکرراً توسط صحابهٔ معصومان(ع) سؤال می‌شد و در صورت وجود ابهام در آن توسط سایر منقولات روایی ابهام‌زدایی می‌شد.

نتیجه‌گیری

۱. شیوع و همه‌گیری ابتلا به دسته‌ای از احکام که به عام‌البلوی موسوم است، سبب شده تا فقها ادلهٔ اثبات‌کنندهٔ احکام آن‌ها را با حساسیت بیشتری پیگیری کنند و البته هرقدر ابتلای به مسئله‌ای، عمومی‌تر

---

۱. مکارم شیرازی، تعلیقات عروة الوثقی، ۴۵۷/۱.

۲. میرزای قمی، قوانین المحکمة، ۴۵/۳.

۳. میرزای قمی، قوانین المحکمة، ۲۴۷/۲.

٤. نک: انصاری، مطارح الأنظار، ۹۳/۲تا۹۸؛ ایوان کیفی، هدایة المسترشدین، ۴۴۴؛ میرزای قمی، قوانین المحکمة، ۴۶/۳؛ بحرانی، الدرر النجفیة، ۲۹۵/۵.

باشد، سخت‌گیری‌ها در اخذ ادلهٔ مرتبط با آن بیشتر خواهد بود. گرچه جملگی فقها در شرایط اخذ و حجیت این‌گونه ادله هم‌داستان نیستند؛ گروهی از صاحب‌نظران معتقدند که ادلهٔ استخراج احکام عام‌البلوی باید علم‌آور باشد و لذا بسیاری از ادلهٔ مرتبط با امور عام‌البلوی را نقد کرده‌اند. گروهی دیگر، سخت‌گیریشان همچون گروه نخست نیست، اما آنان نیز تسامح و تساهل در اخذ ادلهٔ احکام عام‌البلوی را روا ندانسته و به‌صراحت اعلام کرده‌اند که این‌گونه ادله باید از شهرت کافی برخوردار باشد و درنتیجه، ادلهٔ شاذ را از دایرهٔ ادلهٔ معتبر در اثبات احکام عام‌البلوی خارج کرده‌اند.

۲. بیشترین انعکاس پدیدهٔ عام‌البلوی در کلام عالمان اصولی در حجیت اخبار خودنمایی کرده است؛ امثال شیخ طوسی و سیدمرتضی بر علم‌آوری، تواتر یا تظافر روایات در موضوعات عام‌البلوی اصرار می ورزند و گروه کثیری از علمای متأخر، خبر واحد را در مسائل عام‌البلوی پذیرفته اما آن را مشروط به شیوع و شهرت آن‌ها کرده‌اند. گروهی نیز تفاوتی میان مسائل عام‌البلوی و غیرعام‌البلوی قائل نشده یا تنها در موارد وجود معارض، روایت مشهور را ارجح از روایت شاذ می‌دانند و در مواردی که روایت، موافق مکتب اهل بیت(ع) نباشد، به عام‌البلوی‌بودنِ مسئله و عدم‌شیوع آن در مردوددانستن روایت استناد کرده‌اند. بنابراین می‌توان ادعا کرد که کارکرد پدیدهٔ عام‌البلوی در ملاک حجیت اخبار واحد و مشروط‌دانستن حجیت این گونه اخبار منعکس شده است.

۳. وجود موانع متعدد بر سر راه نقل روایات همچون حکومت خلفای غیرشیعی یا به تعبیر دیگر شیعی ستیز، حصار عقیدتی و در اقلیت قرارداشتن شیعیان، ازجمله عوامل مسبب کاهش شیوع برخی از روایات است. گرچه روایات مرتبط با مسائل عام‌البلوی به‌دلیل ابتلای همگانی و شدت نیاز به آگاهی از آن‌ها غالباً شایع و در دسترس شیعیان قرار می‌گرفت، اما توجه به این موانع نقل، سبب شده است تا شیخ طوسی و هم‌مسلکانش که بر علم‌آوری اخبار عام‌البلوی باورمندند، قطعیت و علم‌آوری این ادله را مشروط به نبودن مانع برای انتشار روایات آن‌ها کنند و از سویی، به‌علت تعداد زیاد ناقلان و شاگردان معصومان و تلاش و مجاهدت‌های فراوان در راه انتقال روایات، مشهوربودن اخبار عام‌االبلوی را ضروری بدانند.

۴. ازآنجاکه مسائل عام‌البلوی همواره محل ابتلای متشرعان است و نیز آنان همواره در پی انطباق اعمالشان با نظر شارع و در جست‌وجوی رأی و نظر او هستند، طبیعتاً یکی از محکم‌ترین و قابل اعتمادترین مستندات در استباط احکام محل ابتلای عموم، رجوع به سیرهٔ متشرعان است و هرآنچه این سیره در عصر معصوم(ع) شایع‌تر باشد، علم‌آورتر خواهد بود و ازاین‌روست که عام‌البلوی‌بودن مسائل، در تثبیت موضوع سیرهٔ متشرعه نقش‌آفرین است.

۵. عدم‌ردع و منع شارع که حجیت‌بخش سیرهٔ عقلاست، در موارد ابتلای عمومی مردمان عصر حضور معصومان(ع) و سکوت و عدم‌اعتراض معصوم به آن‌ها محل استناد است و لذا می‌توان گفت که موارد

حجیت سیرهٔ عقلا منحصر به مسائل عام‌البلوی است، والا در مواردی که شیوع و ابتلای به مسئله‌ای نادر و اندک بوده است، چه‌بسا شارع عدم‌رضایت خود را اعلام داشته اما به‌دلیل عـدم‌نیـاز و ضـرورت در جامعـه منتشر نشده باشد. بنابراین، شیوع ابتلا به همراه عدم‌وصول ردع شارع، دلیل بر احراز عدم‌ردع او و درنتیجه، حجیت سیرهٔ عقلا خواهد بود.

۶. سکوت و عدم‌اعلام نظر فقها در بیان حکم مسئله‌ای که بـه اجمـاع سـکوتی مشـهور اسـت نیـز در صورت ابتلای عموم مردم به آن، حجت و نشانهٔ حکم به اباحه است و در غیر این صورت، چه‌بسا آن مسئلهٔ فقهی ازنظر فقیه مخفی مانده باشد یا از او در آن مسئله سؤال نشده باشد. در واقع، اجماع سکوتی مجـرای اجرای اصل برائت است و گروهی از فقها، عدم‌صدور هیچ گونه روایت از سوی معصوم(ع) و عـدم‌وصـول به ادلهٔ شرعی در مسائل عام‌البلوی را دلیل بر رضایت و مباح‌بودن حکم آن مسئله در نظر شارع دانسته‌اند و در چنین مواردی اصل برائت را جاری می‌دانند، نه در مسائل غیرعام‌البلوی.

۷. نصوص دینی، اعم از روایات و آیاتی که به ذکر حکم مسائل عام‌البلوی پرداخته‌اند، همواره وضـوح بیشتر دلالی نسبت به نصوص خاص‌البلوی دارند.

منابع

ابن‌ابی‌جمهور، محمدبن‌علی. عوالی اللئالی العزیزیة فی الاحادیث الدینیة. قم: سیدالشهدا. ۱۴۰۳ق.

ابن‌براج، عبدالعزیزبن‌نحریر. المهذب. قم: مؤسسة النشر الإسلامیة. ١٤٠٦ق.

ابن‌منظور، محمدبن‌مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الصادر. ۱۴۱۴ق.

استرآبادی، محمدامین‌بن‌محمدشریف. الفوائد المدنیّة. قم: مؤسسة النشر الإسلامیة. ۱۴۲۶ق.

امین، محسن. اعیان الشیعة. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین. مطارح الأنظار. قم: آل‌البیت(ع). ۱۴۰۴ق.

ایوان کیفی، محمدتقی‌بن‌عبدالرحیم. هدایة المسترشدین. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

آقابزرگ طهرانی، محمدمحسن. الذریعة الی تصانیف الشیعة. قم: اسماعیلیان. ۱۴۰۸ق.

آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین. سؤال و جواب. قم: کاشف‌الغطاء. بی‌تا.

بحرانی، یوسف‌بن‌احمد. الدرر النجفیة. بیروت: دار المصطفی لإحیاء التراث. ۱۴۲۳ق.

بهبهانی، محمدباقربن‌محمداکمل. مصابیح الظلام فی شرح مفاتیح الشرایع. بی‌جا: مؤسسة العلامة المجدد الوحیـد البهبهانی. بی‌تا.

حر عاملی، محمدبن‌حسن. فوائد الطوسیة. بی‌جا: محلاتی. ١٤٢٣ق.

خویی، ابوالقاسم. التنقیح فی شرح العروة الوثقی. قم: دار الهادی. ۱۴۱۰ق.

ـــــــ

هاشمی شاهرودی، محمود و همکاران. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(ع). قم: مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه اسلامی. ۱۳۸۷.

یوسفی مقدم، محمدصادق. درآمدی بر اجتهاد از منظر قرآن. قم: دفتر تبلیغات اسلامی. ۱۳۸۷.

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.103-121

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

Receive Date: 14-12-2021 Revise Date: 20-04-2022 Accept Date: 11-06-2022

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.73959.1239 Article type: Original

A research on the documents and validity of Hadith Raf~

Dr. Abdollah Javan , Assistant Professor of Tehran University and Seminary Researcher

Email: a.javan@ut.ac.ir

Abstract

Raf~ hadith is one of the most important hadiths that is cited in the principles of jurisprudence to prove the principle of *Bera'at Shar'ee* and has a wide application in jurisprudence. Some contemporary jurists have raised some problems regarding the documentary validity of this hadith and the ability to cite it.

In this essay, by using the descriptive and analytical method, while criticizing and reviewing the views, we try to prove the documentary validity of the quotes that contain the phrase *"Rofe'a ma la ya'almun"*, based on different bases in the validity of traditions and documents. In this regard, we have opened paths for the general and specific verification of the narrators and trust in issuing the theme of *"Rofe'a Ma La Ya'almun"* due to the reliability and multiplicity of narrations.

Key words: hadith *Raf~*, validity, document, narrator, verification.

/ This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۱۲۱ - ۱۰۳

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۳ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۱/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.73959.1239

پژوهشی در اسناد و اعتبار حدیث رفع

دکتر عبد الله جوان

استادیار دانشگاه تهران و پژوهشگر حوزوی

Email: a.javan@ut.ac.ir

چکیده

حدیث رفع را می توان یکی از مهمترین احادیثی دانست که در اصول فقه برای اثبات اصل برائت شرعی بدان استناد شده و در فقه به کار گرفته می‌شود. برخی از بزرگان معاصر اشکالاتی را در اعتبار سندی این حدیث و امکان استناد به آن مطرح نموده اند و مباحثاتی در این باره میان فقها و اصولیان شکل گرفته است. ما در این مقاله ضمن طرح و نقد و بررسی دیدگاه‌های بزرگان کوشیده‌ایم که با تتبع در متون و جمع آوری و مقارنه شواهد، اعتبار سندی احادیثی که بر رفع ما لا یعلمون مشتمل است را بر اساس مبانی مختلف در اعتبار اخبار و اسناد نشان دهیم. در این راستا مسیرهایی برای توثیق عام و خاص راویان و وثوق به صدور مضمون رفع ما لا یعلمون با توجه به استفاضه و کثرت نقل را پی جسته‌ایم.

واژگان کلیدی: حدیث رفع، اعتبار، سند، راوی، توثیق

مقدمه

یکی از مهم‌ترین احادیث که به‌ویژه در علم اصول فقه از آن بحث می‌شود و برای اثبات برائت شرعی به‌عنوان یکی از پرکاربردترین اصول عملیه بدان استناد می‌شود، حدیث رفع است. این حدیث، بر رفع تکلیف در شرایطی ازجمله عدم‌علم دلالت دارد که همین فقره مورد استناد اصولیان برای اثبات اصل برائت قرار گرفته است و البته موارد دیگری چون اضطرار، اکراه، خطا و نسیان نیز در این حدیث وجود دارد که مدِّنظر فقها و اصولیان است. به‌جز حدیث رفع معروف که بر رفع موارد نُه‌گانه دلالت دارد، رفع برخی از این موارد نیز در روایاتی بیان شده است، اما در این نوشتار تنها به روایاتی اشاره می‌کنیم که مشتمل بر رفع «ما لایعلمون» است.

بیشتر اصولیان در بحث از برائت به نقل حدیث رفع معروف که مشتمل بر امور نه‌گانه است و شیخ صدوق آن را در کتاب خصال و توحید با ذکر سند نقل کرده است، اکتفا کرده و با تکرار عبارت شیخ انصاری در فرائد الأصول که سند این روایت را صحیح دانسته‌اند، بررسی سندی را دربارهٔ آن لازم ندیده‌اند. اما حدیث دیگری نیز با مضمون رفع موارد شش‌گانه، ازجمله ما لایعلمون، به‌صورت مسند وجود دارد که تعداد معدودی از اصولیان معاصر در بحث برائت بدان اشاره کرده و به‌ویژه باتوجه‌به برخی از اشکالاتی که در سند حدیث رفع معروف مطرح شده است، بررسی سند این حدیث را مدِّنظر قرار داده‌اند.

اشکالات مطرح‌شده دربارهٔ سند حدیث رفع عمدتاً ناظر به مبنای حجیت خبر شخص ثقه است که بر اساس آن روایاتی حجیت دارد که تمامی راویان آن ثقه باشند و برای اعتبار یک روایت باید تک‌تک راویان آن دارای توثیق خاص یا عام باشند. اما به‌ندرت اشکالاتی هم از سوی قائلان به مبنای حجیت خبر موثوق‌به بر این مبنا مطرح شده است، مانند آنکه شهید مصطفی خمینی در اشکال بر اعتبار حدیث رفع، به جای بررسی اشخاص و راویان، به عدم‌ذکر این روایت به‌صورت مسند در کتاب‌هایی مانند کتب اربعه که استنادشان به نویسندهٔ معروف و مسلم بوده و نیز اختلاف در متن احادیث مشتمل بر رفع برخی امور از امت پیامبر(ص) یا نامعقول‌بودن برخی فقرات و اموری از این قبیل اشاره کرده و بدین جهت، حصول وثوق به صدور حدیث رفع معروف را زیر سؤال برده‌اند[1] که این اشکال ناظر به اسناد روایت نیست.

در این نوشتار می‌کوشیم ضمن طرح مهم‌ترین دیدگاه‌ها دربارهٔ سند حدیث رفع، دیدگاه‌ها و اشکالاتی که در این زمینه مطرح شده است را ارزیابی کنیم و با تتبع و دقت در متون و کتب روایی و رجالی، هم وثاقت راویان این حدیث و هم وثوق به صدور مضمون «رفع مالایعلمون» را نشان دهیم. در این راستا، علاوه بر جمع قرائن و شواهد، عبارتی از شیخ طوسی را مدِّنظر قرار خواهیم داد که به نظر می‌رسد می‌توان توثیق خاص احمدبن‌محمدبن‌عطار قمی را از آن برداشت کرد، اما سابقهٔ استناد به آن دراین‌باره را در

۱. نک: خمینی، تحریرات فی الأصول، ۴۲/۷تا۴۳.

تحقیقات پیشینیان نیافتیم. افزون بر آن، اعتبار سندی حدیث دیگری با مضمون «رفع مالایعلمون» را بررسی می‌کنیم و باتوجه‌به نقل‌های گوناگون، نوعی از استفاضهٔ مضمونی را برای حدیث رفع نشان می‌دهیم که اعتبار مضمون آن را با صرف‌نظر از اسناد موجب خواهد شد.

هرچند از گذشته بزرگانی مانند علامه، شهید ثانی، شیخ بهایی، صاحب مدارک و... دربارهٔ اعتبار یا عدم‌اعتبار روایات راویانی، مانند احمدبن‌محمدبن‌عطار اشاراتی داشته و رجالیان معاصر؛ مانند مامقانی و تفرشی و... نیز مباحثی داشته‌اند، اما به نظر می‌رسد بحث سندی در خصوص حدیث رفع مربوط به معاصران است، به‌ویژه پس از نپذیرفتن وثاقت ایشان توسط محقق خویی در کتاب معجم رجال الحدیث، برخی از شاگردان ایشان در بحث‌ها و کتاب‌های اصول فقه به بررسی اسناد حدیث رفع پرداختند که در این زمینه بیشترین مباحث توسط شهید صدر و برخی از شاگردان و مقرران درس ایشان؛ مانند آیات عظام سیدکاظم حائری و هاشمی شاهرودی و اسحاق فیاض و نیز آیت‌الله سبحانی در کتاب‌هایشان صورت پذیرفته است، ولی کتاب یا مقاله‌ای که به‌صورت مستقل به بررسی سندی حدیث رفع پرداخته باشد، نیافتیم. با بهره‌گیری و درنظرگرفتن دیدگاه‌های دانشمندان و تحقیقات پیشین کوشیده‌ایم که ضمن نقد برخی از دیدگاه‌ها، مستندات جدیدی را در راستای اثبات اعتبار حدیث رفع پِی جوییم.

۱. حدیث رفع مشهور

شیخ صدوق در دو کتاب خصال و توحید از احمدبن‌محمدبن‌یحیی از سعدبن‌عبدالله از یعقوب‌بن‌یزید از حمادبن‌عیسی از حریزبن‌عبدالله از امام صادق(ع) نقل می‌کند که فرمود: «قال رسول‌الله(ص): رفع عن امّتی تسعة الخطاء و النسیان و ما اکرهوا علیه و ما لایعلمون و ما لایطیقون و ما اضطرّوا الیه و الحسد و الطیرة و التفکّر فی الوسوسة فی الخلق ما لم ینطق بشفةٍ.»[۱]

چنان‌که دانستیم شیخ انصاری در کتاب فرائد الأصول در بحث برائت، از سند این حدیث به سند صحیح تعبیر کرده است[۲] و بسیاری از اصولیان بعد از شیخ نیز همین تعبیر شیخ را در بحث‌های خود تکرار کرده و تلویحاً صحت حدیث را از بحث بی‌نیاز دانسته‌اند.[۳] برخی نیز علاوه بر بیان صحت سند، اضافه کرده‌اند که باتوجه‌به عمل علما به این روایت و اعتمادشان به آن، سند آن از بررسی بی‌نیاز است.[٤] در

۱. حر عاملی، تفصیل وسایل الشیعة، ۳۶۹/۱۵. شیخ حر عاملی در کتاب الفصول المهمّة، همین حدیث صدوق را از خصال نقل می‌کند، اما به جای «رفع» کلمهٔ «وضع» دارد و به جای احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار، پدر صدوق را در سند ذکر می‌کند (نک: حر عاملی، الفصول المهمة، ٦٤٨/١). البته باتوجه‌به اینکه خود ایشان در وسائل الشیعة حدیث را از خصال به همان صورت که در خصال وجود دارد نقل کرده است، به نظر می‌رسد در الفصول اشتباهاً این تغییرات رخ داده است.

۲. نک: انصاری، فرائد الاصول، ۳۲۰/۱.

۳. نک: خمینی، تهذیب الأصول، ۲۶/۳؛ روحانی، زبدة الأصول، ۳۱۹/۴.

٤. نک: بجنوردی، منتهی الأصول، ۲۳۵/۲.

مقابل، عدهٔ دیگری از اصولیان در کتاب‌های خود صحت این روایت را زیر سؤال برده‌اند.[۱] مشکل سند حدیث رفعِ معروف این است که باوجودآنکه احمدبن‌محمدبن‌یحیی از اساتید اجازهٔ شیخ صدوق بوده، در کتاب‌های رجال، توثیقی برایش ذکر نشده است.

۱ . ۱. بررسی دیدگاه محقق خویی و شهید صدر

آیت‌الله خویی در کتاب معجم رجال الحدیث، به وجود اختلاف‌نظر دربارهٔ وثاقت ایشان اشاره کرده و احتمال داده‌اند که اعتماد به ایشان مشهورتر باشد. در ادامه، چهار دلیل برای اعتماد علما به احمدبن محمدبن‌یحیی بیان داشته و هر چهار دلیل را پاسخ گفته‌اند:

اول آنکه، ایشان از مشایخ اجازه است و صدوق و تلعکبری از ایشان روایت کرده و گفته شده که از مشایخ نجاشی نیز به شمار می‌رود. محقق خویی در پاسخ، ضمن نفی اینکه ایشان استاد اجازهٔ نجاشی بوده، بیان می‌کند که شیخ اجازه‌بودن را توثیق عام نمی‌داند و این عنوان وثاقت و حتی حسن را اثبات نمی‌کند.

دوم آنکه، علامه حلی طریق صدوق به عبدالرحمان‌بن‌حجاج و عبدالله‌ابن‌یعفور را صحیح می‌داند، درحالی‌که ایشان در این طریق حضور دارد. محقق خویی پاسخ می‌دهند که ظاهراً تصحیح علامه بر مبنای اصالة العدالة و نیز توثیق عام مشایخ، اجازه بوده است که ما این دو مبنا را نمی‌پذیریم.

سوم آنکه، بزرگانی مانند شهید ثانی در کتاب درایه و سماهیجی و شیخ بهایی، ایشان را توثیق کرده‌اند. محقق خویی در پاسخ می‌گوید: منشأ این توثیق قطعاً حسی نیست، بلکه این توثیق ناشی از اجتهاد و استنباط و اموری مثل توثیق مشایخ، اجازه است؛ چنان‌که شیخ بهایی در برخی از کتاب‌هایش به این امر تصریح کرده و در برخی دیگر، روایاتی را به‌دلیل مجهول‌بودن احمدبن‌محمدبن‌یحیی ضعیف قلمداد کرده است.

چهارم آنکه، کلام احمدبن‌علی‌بن نوح سیرافی است که به نجاشی نوشته طریقی که به کتاب‌های حسین‌بن‌سعید اهوازی تأییدشدهٔ اصحاب و درخورِ اعتماد است، طریق احمدبن‌محمدبن‌عیسی است و احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار را نیز در این طریق نام می‌برد.[۲] محقق خویی در پاسخ به این دلیل که محقق مامقانی آن را بیان داشته، می‌گوید: اولاً، ممکن است اعتماد قدما بر اساس اصالة العدالة بوده باشد؛ ثانیاً،

---

۱. نک: صدر، بحوث، ۵۹/۵؛ طباطبایی قمی، آرائنا فی اصول الفقه، ۱۶۱/۲؛ مروجی، تمهید الوسائل، ۲۴۸/۴؛ خویی، محاضرات فی اصول الفقه، ۳۴/۴ (پاورقی آیت‌الله فیاض).

۲. «کتب إلي به ابوالعباس أحمدبن‌علي‌بن‌نوح السيرافي، رحمه الله، في جواب كتابي إليه: و الذي سألت تعريفه من الطرق إلى كتب الحسين‌بن‌سعيد الأهوازي رضي‌الله عنه، فقد روى عنه .... فأما ما عليه أصحابنا و المعول عليه ما رواه عنهما أحمدبن‌محمدبن‌عيسى، أخبرنا الشيخ الفاضل أبوعبدالله الحسين‌بن‌علي‌بن‌سفيان البزوفري فيما كتب إلي في شعبان سنة اثنتين و خمسين و ثلاثمائة قال: حدثنا أبوعلي الأشعري أحمدبن‌إدريس‌بن‌أحمد القمي قال: حدثنا احمدبن‌محمدبن‌عيسى، عن الحسين‌بن‌سعيد بكتبه الثلاثين كتاباً. و أخبرنا ابوعلى احمدبن‌محمدبن‌يحيى العطار القمى قال: حدثنا أبى و عبدالله‌بن‌جعفر الحميرى و سعدبن‌عبدالله جميعاً عن احمدبن‌محمدبن‌عيسى» (نجاشی، رجال، ۱۵۹).

ایشان در این نوشته دو طریق به احمدبن‌محمدبن‌عیسی ذکر کرده که دومی مربوط به احمدبن‌محمدبن یحیی است و امکان دارد این طریق را به‌عنوان مؤید برای طریق معتبر اول آورده است و نه طریقی که به صورت مستقل، واجد اعتبار است. محقق خویی در پایان می‌گوید: ایشان مجهول به شمار می‌آید،[۱] همان طور که صاحب مدارک نیز به این مطلب تصریح کرده است.[۲] همچنین در حاشیهٔ برخی از مباحث فقهی آیت‌الله خویی به مناسبتی از سند حدیث رفع بحث شده و ایشان ضمن نقد تعبیر شیخ انصاری که حاکی از صحت سند حدیث رفع معروف است، این حدیث را به‌دلیل وجود احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار ضعیف دانسته‌اند، هرچند این احتمال نیز وجود دارد که این مطلب را مقرر به مباحث اضافه کرده باشد.[۳]

البته عجیب است که باوجود تصریح آیت‌الله خویی در رجال به عدم‌اثبات وثاقت احمدبن‌محمدبن یحیی العطار، در تقریرات اصول فقه ایشان، همان تعبیر شیخ انصاری در فرائد الأصول که سند حدیث رفع را صحیح دانسته‌اند، تکرار شده است[٤] که این با مبنای ایشان سازگار نیست و مورد اعتراض برخی از شاگردانشان قرار گرفته است.[٥] برخی از شاگردان ایشان، مانند آیت‌الله سیداحمد مددی نیز این احتمال را مطرح می‌کنند که دیدگاه ایشان در کتاب‌هایی مانند مصباح الأصول بعداً تغییر پیدا کرده است و تصریح می‌کنند که آیت‌الله خویی در نظر اخیر و نهایی خود، سند این حدیث را ضعیف می‌دانستند، چنان‌که خود ایشان نیز همین دیدگاه را تأیید می‌کنند.[٦]

شهید صدر نیز مانند استادشان آیت‌الله خویی معتقدند: حدیث رفع به‌دلیل عدم‌توثیق احمدبن محمدبن‌یحیی العطار با اشکال سندی مواجه است.[۷] البته در تقریر دیگری که از درس‌های اصول شهید صدر نگاشته شده است، ایشان کوشیده‌اند با ابداع راه‌حلی که آن را تعویض سند نامیده و برای تصحیح بسیاری از اسناد دارای کاربرد دانسته‌اند، سند دیگری برای این حدیث پیدا کنند که تمامی افراد آن توثیق شده‌اند؛ به این ترتیب که، اولاً می‌دانیم که احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار این حدیث را از سعدبن‌عبدالله نقل کرده است. ثانیاً، شیخ طوسی می‌گوید: تمامی کتب و روایات سعدبن‌عبدالله را از عده‌ای از اصحاب از شیخ صدوق از پدرش و محمدبن‌حسن از سعدبن‌عبدالله نقل می‌کنم که طریقی صحیح است و قاعدتاً مراد ایشان از تمامی کتب و روایات، همهٔ کتاب‌ها و روایاتی است که از سعدبن‌عبدالله به شیخ طوسی

---

۱. محقق سبحانی دربارهٔ این تعبیر اشکال می‌کند و می‌گوید: اصطلاح مجهول دربارهٔ احمدبن‌محمدبن‌یحیی صحیح نیست و باید دربارهٔ ایشان از اصطلاح مهمل استفاده کرد (نک: سبحانی، المحصول فی علم الأصول، ۲۵۲/۲).

۲. نک: خویی، معجم رجال الحدیث، ۳۲۷/۲تا۳۳۰.

۳. نک: خویی، التنقیح،۳۴۵/۳.

٤. نک: خویی، مصباح الأصول، ۲۹۸/۱.

٥. نک: طباطبایی قمی، آراننا فی اصول الفقه، ۱۶۱/۲.

٦. نک: مددی الموسوی، درس خارج اصول فقه.

۷. نک: صدر، بحوث، ۵۹/۵.

رسیده است. ثالثاً، حدیث رفع نیز به شیخ طوسی رسیده است؛ زیرا می‌دانیم شیخ طوسی کتاب خصال و توحید را که مشتمل بر این حدیث است از شیخ صدوق نقل کرده است. درنتیجه می‌توان گفت که شیخ طوسی حدیث رفع را هم که جزو روایات سعدبن‌عبدالله به شمار می‌آید، به همان طریق صحیح که با سندی که در خصال و توحید آمده است، دریافت کرده و آن سند را می‌توان به‌عنوان سندی جایگزین برای حدیث رفع به شمار آورد. چنان‌که شیخ صدوق نیز تصریح می‌کند که من همهٔ احادیث سعدبن‌عبدالله را از طریق پدرم و محمدبن‌حسن روایت می‌کنم، پس می‌توان این تعویض سند را با استناد به همین کلام صدوق هم صورت داد که در این صورت، اثبات وصول این حدیث به شیخ طوسی هم لازم نیست و به این ترتیب، مشکل سند حدیث رفع مرتفع می‌شود.[۱]

۱. ۲. ملاحظاتی در خصوص دیدگاه محقق خویی و شهید صدر

راجع به دیدگاه محقق خویی و شهید صدر ملاحظاتی وجود دارد که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌کنیم.

۱. این نحوهٔ مواجهه با اعتبار حدیث رفع و اصرار بر پی‌جویی از توثیق تمامی راویان، از سویی مبتنی بر مبنای این دو بزرگوار در حجیت خبر؛ یعنی حجیت تعبدی خبر شخص ثقه و از سوی دیگر، مبتنی بر مبنای رایج در اثبات توثیق راویان مبنی‌بر لزوم شهادت یا اِخبار عالمان رجال راجع به وثاقت راوی است که نگارنده هر دو مبنا را درخورِ نقد می‌داند. اما اگر مبنای ما در حجیت خبر، حجیت خبر موثوق‌به باشد، می‌توان با جمع‌آوری قرائن و شواهد گوناگون دربارهٔ روایت، اعم از قرائنی که به راویان مربوط می‌شود و قرائن و شواهد متنی، میزان اعتنای علما و عمل اصحاب به روایت و تعداد نقل یک مضمون و مانند آن، اعتبار روایت را بررسی کرد. همچنین به نظر می‌رسد قراردادن اظهارنظرهای رجالیان دربارهٔ وثاقت یا ضعف راویان در چهارچوب‌هایی مانند اِخبار و شهادت، با محدودیت‌هایی مانند لزوم تعدد و حسی‌بودن و مانند آن مواجه است و با دشواری‌های گوناگون روبه‌روست. اما اگر مبنای حجیت قول رجالیان را چیزی بدانیم که نگارنده از آن به «حجیت ظنون عقلایی» تعبیر کرده، به‌معنای حجیت ظنونی که به درجه‌ای برسد که عقلا بدان عمل می‌کنند بدون آنکه برای منشأ و طریق حصول ظن، موضوعیت قائل شویم؛ می‌توان با جمع قرائن نیز به ظن عقلایی معتبر راجع به وثاقت راوی دست یافت. البته این مبنا دربارهٔ حجیت تمامی امارات، ازجمله خبر نیز منطبق است، اما نگارنده آن را در خصوص اعتبار قول رجالیان در مقاله‌ای به تفصیل تبیین کرده است.[۲]

درادامه، شواهد و قرائنی را برای اثبات اعتبار احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار و نیز اعتبار روایت بیان خواهیم کرد.

---

۱. نک: صدر، مباحث الأصول، ۲۵۷/۳تا۲۶۱.

۲. نک: جوان، «اعتبار آراء رجالیان از منظر حجیت ظنون عقلایی»، ۸۷تا۹۴.

۲. برخلاف دیدگاه محقق خویی و شهید صدر که استادی و شیخ اجازه‌بودن را سبب توثیق راوی نمی‌دانند، برخی معتقدند این مطلب از توثیقات عامه و ملازم با وثاقت و حسن است، بلکه مشایخ در بالاترین درجهٔ عدالت و وثاقت قرار دارند.[۱] از طرفی، عدم‌تصریح به وثاقت بزرگانی که معاصر یا نزدیک عصر نویسندگان کتب رجال، مانند نجاشی و شیخ طوسی بوده‌اند، امر عجیبی نیست؛ زیرا اولاً، نزدیک بودن و معروفیت این اساتید آن‌ها را از توصیف بی‌نیاز می‌کرده است و ثانیاً، قصد اولیه و اصلی نجاشی و شیخ اشاره به صاحبان تصنیف بوده، نه همهٔ راویان و ثالثاً، همان‌طور که محقق سبحانی گفته است: این عدم‌تصریح، نظایر زیادی دارد.[۲] باتوجه‌به آنچه گفتیم به نظر می‌رسد حتی اگر وثاقت مشایخ اجازه را به طورکلی نپذیریم، این مطلب دست‌کم دربارهٔ مشایخ معروف و به‌ویژه مشایخ بزرگانی که در اخذ و نقل حدیث دارای دقت زیادی هستند، مانند مشایخ صدوق و نجاشی صحیح است و معقول نیست که یکی از مشایخ اجازه معروف، ضعیف باشد اما بزرگان هم از او اخذ اجازه کنند و هم به ضعف او اشاره نکنند.

۳. اینکه محقق خویی احتمال داده است که تصحیح علامه یا قدما، مانند احمدبن‌علی‌بن‌نوح سیرافی بر اساس اصالة العدالة باشد، احتمال بعیدی است و اساساً وجود چنین اصلی نزد علما اثبات نشده است. اگر واقعاً چنین اصلی وجود داشت باید علامه یا سایران، سند تمامی احادیثی که بر افراد مجهول مشتمل است را تصحیح می‌کردند، درحالی‌که چنین نیست و چنین روالی را از علمای قدیم هم سراغ نداریم. البته واضح است که به‌دلیل وجود چند قرن فاصله میان علامه و احمدبن‌محمدبن‌یحیی، تصحیح علامه یا توثیق علمای بعد از ایشان، مانند شهید ثانی و شیخ بهایی و... مبتنی بر قرائن و استنباط است و اِخبار و شهادت، حسی یا قریب به حس نیست.

۴. اگرچه برخی از اصولیان توثیق مامقانی در مورد احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار را با استناد به عبارت احمدبن محمدبن‌علی‌بن‌نوح سیرافی پذیرفته و معتقدند ظاهر عبارت ایشان نشان از اعتماد اصحاب به هر دو طریق است،[۳] اما به نظر می‌رسد این استظهار، احتمالی را که محقق خویی بیان کرده است را نفی نمی‌کند و نهایتاً این عبارت را هم می‌توان در شمار قرائن و مؤیدات وثاقت احمدبن‌محمد به شمار آورد، نه دلیل بر وثاقت.

۵. راهکاری که شهید صدر تحت‌عنوان «تعویض سند» مطرح کرده است نیز از اتقان کافی برخوردار نیست، زیرا اینکه شیخ طوسی یا صدوق بگوید همهٔ روایات و کتب را از سعدبن‌عبدالله به فلان طریق نقل

---

۱. نک: سبحانی، المحصول فی علم الأصول، ۲۵۲/۲.

۲. نک: سبحانی، المحصول فی علم الأصول، ۲۵۲/۲ در تقریرات درس آیت‌الله سبحانی به‌عنوان شاهدی بر عدم‌تصریح به وثاقت بزرگان چنین آمده: «... مثلاً برای ابن‌ولید (پسر) که از مشایخ (مشهور) صدوق است و صدوق می‌گوید: در جرح و تعدیل راویان به نظر او اعتماد می‌کند، در کتاب‌های رجالی توثیقی بیان نشده است» (سبحانی، المحصول فی علم الأصول، ۲۵۲/۲)

۳. نک: جزایری، منتهی الدرایة، ۱۸۳/۵.

می‌کنند، عامی است که امکان تخصیص آن وجود دارد و احتمال دارد هنگامی‌که در یک روایت به سند دیگری از سعدبن‌عبدالله نقل می‌کنند، تصریح به طریق دیگر در نظر ایشان به‌مثابهٔ مخصص آن عام بوده باشد. آیت‌الله حائری نیز در پاورقی تقریرات درس شهید صدر احتمال داده‌اند که بیان شیخ طوسی یا صدوق مبنی‌بر اینکه هر چه از سعد نقل می‌کنم به فلان طریق است، تنها ناظر به طریق ایشان به کتاب‌های سعد بوده و نه روایاتی که به‌صورت انفرادی و شفاهی از سعد به ایشان رسیده است، پس نمی‌توان حدیث رفع را هم مشمول این بیان دانست و آن طریق را جایگزین سند حدیث کرد.[۱]

۱ . ۳. بررسی شواهدی بر وثاقت احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار

آیت‌الله سیدکاظم حائری در پاورقی تقریر درس اصول شهید صدر، شاهد درخورِ تأملی بر وثاقت احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار بیان کرده‌اند و آن این است که شیخ طوسی در کتاب استبصار در سند روایات زیادی می‌گوید: «اخبرنا الحسین‌بن‌عبیدالله عن احمدبن‌محمدبن‌یحیی عن ابیه...» درحالی‌که ایشان به پدر احمد، یعنی محمدبن‌یحیی العطار که از بزرگان و مورد توثیق است، طریق صحیح دیگری دارد که در مشیخه آورده و آن طریق به‌واسطهٔ کلینی به محمدبن‌یحیی العطار است. اما اینکه ایشان در متن استبصار به جای استفاده از طریق دوم، طریق اول را انتخاب می‌کند، شاهد معتبری است بر اینکه حسین‌بن عبدالله غضائری و احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار نزد ایشان دارای وثاقت و اعتبار بوده‌اند، وگرنه روایت را به جای آنکه با سندی ضعیف نقل کند با سند صحیح و از طریق کلینی نقل می‌کرد.[۲]

علاوه بر این شاهد موجه و مؤیداتی که در نقد مطالب محقق خویی بدان اشاره شد، نکات دیگری نیز به‌عنوان شواهد و مؤیدات وثاقت احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار درخورِ توجه است. گفتیم که ایشان از مشایخ اجازهٔ تعدادی از بزرگان است که بسیاری از کتب و روایات را از او نقل می‌کنند و می‌دانیم بسیاری از فقها و رجالیان، استاد اجازه‌بودن را دال بر توثیق و جلالت شأن فرد و مشایخ را بی‌نیاز از توثیق می‌دانند، خصوصاً دربارهٔ اساتید اجازهٔ معروف بزرگان و اساتید اجازه‌ای که صحت استناد کتاب‌ها به صاحبشان متوقف بر نظر ایشان بوده است.[۳] حتی اگر این مطلب را به‌صورت کلی نپذیریم، درصورتی‌که به‌دلیل جمع قرائن در خصوص فردی اطمینان به وثاقت ایجاد شد، این اطمینان طریقی عقلایی به شمار می‌آید و ادعای حصول این اطمینان دربارهٔ ایشان بعید نیست.

یکی از این شواهد یا دلایل که گاهی از توثیقات عامه شمرده می‌شود، کثرت نقل ثقات از شخصی است که می‌تواند نشانگر وثاقت او دانسته شود؛ چراکه کثرت نقل شخص از ضعفا نزد قدما عیب بوده

---

۱. نک: صدر، مباحث الأصول، ۲۶۱/۳.

۲. نک: صدر، مباحث الأصول، ۲۲۳/۳.

۳. نک: سبحانی، کلیات فی علم الرجال، ۳۳۲تا۳۳۵.

است؛ برای نمونه، احمدبن‌محمدبن‌عیسی دو نفر از محدثان را به‌دلیل کثرت نقل از ضعفا از قم اخراج کرد.[۱] دربارهٔ احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار، هر دو ضابطه؛ یعنی شیخ اجازه‌بودن و کثرت نقل ثقات از ایشان صدق می‌کند؛ برای نمونه، احمدبن‌محمدبن‌یحیی استاد اجازهٔ شیخ صدوق است که در موارد فراوانی صدوق در کتاب من لایحضره الفقیه از ایشان نقل روایت کرده است[۲] و می‌دانیم که شیخ صدوق در مقدمهٔ این کتاب می‌گوید: در این کتاب قصد جمع احادیث را ندارد، بلکه تنها احادیثی را ذکر می‌کند که به صحت آن‌ها معتقد است و بر مبنای آن‌ها فتوا می‌دهد.[۳] درادامه نیز عبارتی را از فهرست شیخ طوسی نقل خواهیم کرد که نشانگر دقت صدوق در عدم‌نقل از افراد غیرموثق است. علاوه بر کثرت نقل صدوق از ایشان که به‌دلیل شناخت مستقیم صدوق از او نشانه‌ای بر وثاقت استاد است، صدوق در بیشتر مواردی که در اسناد روایات نام ایشان را می‌برد، تعبیرش چنین است: «حدثنا احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار رحمة الله... یا رضی‌الله عنه...» ازجمله در همین روایت که در توحید، «ترحیم» و در خصال، «ترضیه» دارد[٤] که همه نشان از بزرگی و جلالت شأن استاد در نظر صدوق است.

تعدادی از اساتید و مشایخ بزرگ نیز از احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار زیاد روایت کرده‌اند که بعضی به سخت‌گیری و وسواس زیاد در نقل معروف بوده‌اند؛ مانند حسین‌بن‌عبیدالله غضائری، ابوالحسین‌بن‌ابی جید قمی (هر دو از اساتید نجاشی و شیخ طوسی)، ابوعبدالله محمدبن‌علی‌بن‌شاذان قمی و ابوالعباس احمدبن‌علی‌بن‌نوح السیرافی (هر دو از اساتید نجاشی). برای نمونه، ابن‌نوح شخصی است که نجاشی و دیگران برای شناخت احوال رجال حدیث به او رجوع می‌کردند[٥] و نجاشی دربارهٔ او می‌گوید: «انه کان ثقة فی حدیثه، متقناً لما یرویه، فقیهاً بصیراً بالحدیث و الروایة و هو استادنا و شیخنا و من استفدنا منه.»[٦]

نجاشی نیز در رجال، طریق خود به کتاب‌های بیش از یکصدوبیست نفر از اصحاب را با یک واسطه (یعنی ابن‌نوح یا غضائری یا ابن‌شاذان) از احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار نقل می‌کند.[۷] از بیانات مختلف نجاشی استفاده می‌شود که ایشان در نقل، دقت بسیاری دارد و از روایت از مشایخ غیرثقه خودداری می‌کند

---

۱. نک: سبحانی، المحصول فی علم الأصول، ۲۵۲/۲.

۲. شیخ صدوق در مشیخه من لایحضره می‌گوید: تمام روایاتی را که از عبدالله‌بن‌ابی‌یعفور آورده‌ام، محمدبن‌احمدبن‌یحیی العطار از... برایم نقل کرده و همین مطلب را دربارهٔ طریقش به عبدالرحمن‌بن‌حجاج، میمون‌بن‌مهران، عمروبن‌سعید ساباطی، محمدبن‌علی‌بن‌محبوب و امیةبن‌عمرو از الشعیری هم بیان می‌کند (نک: ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ٤٢٧/٤ و ٤٤٧ و ٤٩٢ و ٥٠٨ و ٥٢٣ و ٥٢٨).

۳. «و لم اقصد فیه قصد المصنفین فی ایراد جمیع ما رووه بل قصدتُ الی ایراد ما افتی به و احکم بصحّته و اعتقد فیه انه حجّة فیما بینی و بین ربّی تقدّس ذکره و تعالت قدرته و جمیع ما فیه مستخرج من کتب مشهورة علیها المعوّل و الیها المرجع» (ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۳/۱)

٤. نک: ابن‌بابویه، التوحید، ۳۵۳؛ ابن‌بابویه، الخصال، ۴۱۷/۲.

٥. نک: نوری، خاتمة المستدرک، ۳۹۰/٤.

٦. نجاشی، رجال، ٨٦.

۷. نک: نجاشی، رجال، شماره‌های ۲۵، ۳۰، ۳۱، ۴۳، ٤٥، ٥٨، ٦٢، ٦٦، ٧٢، ٨٠، ١١٦، ١٩٣، ١٩٨، ٢١٥، ٢٢٥، ٣٤٥، ٨٤٤ و... .

تا جایی که در کتاب‌های رجال، عنوان مشایخ نجاشی جزو توثیقات عامه شمرده می‌شود.[۱] اگرچه احمد از مشایخ بی‌واسطهٔ نجاشی نیست، اما کثرت نقل شخصی مثل نجاشی نشانهٔ اعتماد و وثاقت اوست.

شیخ طوسی نیز در تهذیب و استبصار، روایات زیادی را با واسطهٔ حسین‌بن‌عبیدالله غضائری از احمد نقل می‌کند و در فهرست، سند خود را به کتاب‌های بیش از بیست نفر از اصحاب با واسطهٔ غضائری و گاهی ابن‌ابی‌الجید از احمد نقل می‌کند.[۲] به نظر می‌رسد کثرت نقل اساتید مسلّم حدیث و رجالیان تراز اول، بدون آنکه نقدی بر ایشان مطرح کرده باشند، دلیل محکمی بر اعتماد بر ایشان است. چنان‌که فقهای بعدی نیز باتوجه‌به همین اعتماد بزرگان، احمد را توثیق کرده‌اند؛ مثلاً علامه، اسنادی که ایشان در آن بوده را تصحیح کرده و شهید ثانی، شیخ بهایی، میرداماد و دیگران به وثاقت ایشان نظر داده‌اند.[۳]

۱. ٤. بررسی عبارتی از شیخ طوسی

گذشته از قرائن دال بر اعتماد بزرگان به احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار، حتی اگر توثیق لفظی و خاص رجالیانی مانند شیخ طوسی را برای اعتبار راویان لازم بدانیم نیز به نظر می‌توان باتوجه‌به عبارتی در فهرست شیخ، توثیق خاص ایشان توسط شیخ طوسی را استفاده کرد. همچنین این عبارت، دقت شیخ صدوق در احتراز از نقل از اساتید غیرموثق را نشان می‌دهد و می‌دانیم که احمد از مشایخ بی‌واسطهٔ صدوق است.

شیخ طوسی در نقل طریقش به کتاب‌های سعدبن‌عبدالله چنین می‌گوید: «سعدبن‌عبدالله القمی جلیل القدر... اخبرنا بجمیع کتبه و روایاته عدة من اصحابنا عن محمدبن‌علی‌بن‌الحسین (بن‌بابویه) عن ابیه و محمدبن‌الحسن عن سعدبن‌عبدالله عن رجاله. قال محمدبن‌علی‌بن‌الحسین الاّ کتاب المنتخبات، فانّی لم اروها عن محمدبن‌الحسن الاّ اجزاءً قرأتها علیه و أعلمت علی الأحادیث التی رواها محمدبن موسی الهمدانی. و قد رویت عنه کل ما فی کتب المنتخبات ممّا أعرف طریقه من الرجال الثقات و أخبرنا الحسین‌بن‌عبیدالله و ابن‌ابی‌الجید عن احمدبن‌محمدبن‌یحیی عن ابیه عن سعدبن‌عبدالله.»[٤]

صدوق می‌گوید: من تنها بخشی از کتاب المنتخبات سعدبن‌عبدالله را روایت کرده‌ام و در آن بخش هم روایاتی را مشخص می‌کنم که محمدبن‌موسی الهمدانی نقل می‌کند؛ توضیح آنکه، محمدبن‌موسی الهمدانی از کسانی است که محمدبن‌حسن‌بن‌ولید استاد شیخ صدوق، روایات او را نمی‌پذیرد و از اصل پذیرش روایات کتاب نوادر الحکمة استثنا کرده و به این راوی اعتماد ندارد[٥] و همین، کمال دقت صدوق در اعتمادنکردن بر راویان غیرموثق را نشان می‌دهد.

---

۱. نک: نجاشی، رجال، شماره‌های ۲۰۷، ۳۱۳، ۱۰۵۹؛ سبحانی، کلیات فی علم الرجال، ۲۸۱.

۲. نک: طوسی، فهرست، شماره‌های ۳۳، ٦۲، ٦٦، ٦۷، ۷۰، ۷٦، ۷۸، ۱۰۸، ۱۳۱، ۱۵۳ و... .

۳. نک: نوری، خاتمة المستدرک، ۳۸۹/٤تا۳۹۸.

٤. طوسی، فهرست، ۲۱۵.

٥. نک: نجاشی، رجال، ۳٤۸، شمارهٔ ۹۳۹.

به نظر می‌رسد اینجا کلام صدوق پایان یافته است و شیخ طوسی می‌گوید که اما من تمام کتاب منتخبات را از سعد روایت می‌کنم؛ چراکه طریق آن به‌دلیل نقل افراد ثقه برای من شناخته شده است و غضائری و ابن‌ابی‌الجید از احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار از پدرش از سعدبن‌عبدالله آن را نقل کرده‌اند. درنتیجه، او این واسطه‌ها را ثقه تلقی می‌کند و به این ترتیب، توثیق شیخ طوسی برای احمد نیز اثبات می شود. پس مجموعاً به نظر می‌رسد احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار فردی موثق بوده و سند حدیث رفع معروف، صحیح است که در خصال و توحید صدوق ذکر شده است.

نکتهٔ دیگر آنکه، صدوق روایت دیگری را در کتاب من لایحضره الفقیه نقل می‌کند که با حدیث رفع مذکور در خصال و توحید کمی متفاوت است؛ مثلاً در آن به جای «رفع»، «وضع» آمده و به جای «ما اضطروا الیه»، «سهو» از مرفوعات نه‌گانه شمرده شده است.[۱]

شهید صدر، این دو را یک حدیث با یک متن به شمار آورده است که صدوق در کتاب من لایحضره الفقیه برخلاف خصال، سند آن را ذکر نکرده و به‌دلیل عدم‌ذکر واسطه‌ها و ارسال، از اعتبار ساقط است.[۲]

اما به نظر می‌رسد تفاوت‌های جدی در متن وجود دارد و تفاوت ذکرشده در متن دو حدیث، احتمال اینکه روایتی مستقل باشد را تقویت می‌کند. رد اعتبار این حدیث هم بحث‌شدنی است، زیرا برخی از فقها و رجالیان باتوجه‌به آنچه پیش‌تر از مقدمهٔ من‌لایحضر ذکر شد مبنی‌بر شهادت صدوق به اعتبار روایات من‌لایحضر، معتقدند: مرسلات صدوق همانند مرسلات مشایخی چون ابن‌ابی‌عمیر معتبر است، خصوصاً اگر صدوق به‌صورت جزمی روایتی را به معصوم(ع) اسناد دهد.[۳]

محقق نائینی و امام خمینی هم در اعتبار مراسیل صدوق در جایی که نسبت غیرجزمی می‌دهد، مثلاً می‌گوید «رُوی عن الصادق(ع)» تردید می‌کنند، اما اعتبار را در جایی که نسبت جزمی است؛ مثل «قال الصادق(ع)» می‌پذیرند.[٤] در حدیث من‌لایحضر هم نسبت جزمی است و صدوق می‌گوید: «قال النبی(ص) وضع عن امتی تسعة اشیاء.» درنتیجه، حتی اگر این همان حدیث قبل باشد، اِسناد جزمی صدوق، اعتبار روایت و اعتماد صدوق به راویان آن را می‌رساند و اگر هم روایتی مستقل باشد، چه‌بسا بتوان آن را به‌عنوان دلیلی جداگانه پذیرفت.

۲. روایت دوم (با مضمون رفع امور شش‌گانه)

صاحب وسایل نقل می‌کند از نوادر احمدبن‌محمدبن‌عیسی از اسماعیل جعفی از ابی‌عبدالله(ع) قال:

---

۱. ابن‌بابویه، کتاب من‌لایحضره الفقیه، ۵۹/۱.

۲. نک: صدر، بحوث فی علم الأصول، ۵۸/۵.

۳. نک: حسینی قزوینی، المدخل الی علم الرجال و الدرایة، ۱٤۵.

٤. نک: نائینی، کتاب الصلاة، ۲۶۲/۲؛ خمینی، کتاب البیع، ۴۶۸/۲.

سمعته یقول «وضع عن هذه الامّة ستة الخصال: الخطأ و النسیان و ما استکرهوا علیه و ما لایعلمون و ما لایطیقون و ما اضطروا الیه.»[۱]

به گفتهٔ شهید صدر مشکل این روایت این است که منظور از اسماعیل جُعفی مشخص نیست؛ زیرا این نام و مشخصات بر افرادی منطبق است که برخی از ایشان توثیق صریحی ندارند. البته صفوان‌بن‌یحیی از اسماعیل‌بن‌جابر جعفی و اسماعیل‌بن‌عبدالرحمن جعفی روایت نقل کرده و در علم رجال ذکر شده است که مشایخی مانند صفوان، تنها از افراد ثقه روایت نقل می‌کنند. اما مشکل اینجاست که دربارهٔ اسماعیل‌بن عبدالرحمن جعفی، نقل صفوان از او به‌واسطهٔ محمدبن‌سنان روایت شده است که خود او هم توثیق ندارد. مشکل دیگر این روایت هم این است که میان اسماعیل‌بن‌عبدالرحمن جعفی که از امام باقر و امام صادق(ع) روایت نقل می‌کند و صاحب کتاب نوادر، حدود صد سال فاصله است و بی‌تردید، صاحب نوادر نمی‌تواند بدون واسطه از او روایت نقل کند، پس واسطه‌هایی وجود دارد که حذف شده‌اند و روایت در این صورت مرسل خواهد بود.[۲]

قرائنی وجود دارد که در کتاب نوادر، مراد از اسماعیل جعفی، همان اسماعیل‌بن‌جابر جعفی است،[۳] اما حتی در صورت اشتراک بین اسماعیل‌بن‌جابر جعفی و اسماعیل‌بن‌عبدالرحمن جعفی، هر دو قابل‌توثیق هستند. درادامه، این مطلب را توضیح خواهیم داد.

۲. ۱. بررسی وثاقت اسماعیل‌بن‌جابر جعفی

دربارهٔ فرد اول، یعنی اسماعیل‌بن‌جابر جعفی قرائن فراوانی وجود دارد که او همان شخصی است که در رجال شیخ طوسی با نام اسماعیل‌بن‌جابر خثعمی ضبط شده و شیخ فرموده است: ایشان ثقه و ممدوح و دارای کتاب‌هایی است که صفوان‌بن‌یحیی از او روایت کرده است،[٤] مانند اشتراک در سلسله راویان کتاب هر دو و قرائن دیگری که سبب شده خود شهید صدر هم تلویحاً این اتحاد را بپذیرد.[٥] حتی ابن‌داوود در رجالش به این اتحاد تصریح می‌کند[٦] و علامه در رجالش اوصاف و توثیق خثعمی را دربارهٔ اسماعیل‌بن

---

۱. حر عاملی، وسایل الشیعة، ۲۳۷/۲۳.

۲. نک: صدر، بحوث، ۵۹/۵تا۶۲.

۳. ممکن است اثبات این مطلب که به‌صورت کلی در روایات، مراد از اسماعیل جعفی، اسماعیل‌بن‌جابر است مشکل باشد، خصوصاً که شیخ صدوق در الفقیه از اسماعیل‌بن‌عبدالرحمن به اسماعیل جعفی تعبیر می‌کند. اگرچه به نظر در بیشتر روایات مراد از اسماعیل جعفی، اسماعیل‌بن‌جابر است، اما در خصوص نوادر اشعری، احتمال این مطلب قوی‌تر است؛ زیرا در نوادر سه مورد روایت از اسماعیل جعفی نقل شده است که در یکی به تصریح و در دوتای دیگر بنابر عطف به سند قبل، فضالةبن‌ایوب واسطه است و بررسی اسناد روایات نشان می‌دهد که در سایر کتاب‌ها فضاله از ابن‌جابر روایت می‌کند اما روایت او از ابن عبدالرحمن را نیافتیم (نک: اشعری قمی، النوادر، ٦١ و ٧٣؛ کلینی، الکافی، ١٨٨/١)

٤. نک: طوسی، رجال، ١٢٤، شمارة ١٢٤٦.

٥. نک: صدر، بحوث، ٦١/٥.

٦. «اسماعیل‌بن‌جابرالخثعمّی الکوفی ابومحمد القرشی ثقة ممدوح له اصول، نجاشی عوّض الخثعمّی الجعفی» (تقی‌الدین حلی، الرجال، ٥٥). البته ابومحمد القرشی، لقب عبدالرحمن‌بن‌جابر است و ظاهراً ابن‌داوود دراین‌باره اشتباه کرده است.

جابر جعفی ذکر می‌کند،[۱] بلکه اساساً صحت و اصالت عنوان «خثعمی» محل تردید است.[۲]

درنهایت هم اگر در این اتحاد تردید داشته باشیم همان‌طور که شهید صدر تصریح کرده است، روایت صفوان که از بزرگان سه‌گانه قاعدهٔ مشایخ الثقات است، وثاقت اسماعیل‌بن‌جابر جعفی را اثبات می‌کند؛ چراکه نجاشی و شیخ می‌گویند: ایشان کتاب داشته که صفوان‌بن‌یحیی آن را روایت کرده است.[۳] حتی در صورت نبودن نقل نجاشی نیز رجوع به کتاب‌های حدیث نشان می‌دهد از مشایخ سه‌گانه، صفوان و بزنطی بدون واسطه و ابن‌ابی‌عمیر با یک واسطه از اسماعیل‌بن‌جابر جعفی روایت کرده‌اند.[٤]

به‌علاوه، ایشان از راویان کتاب کامل الزیارات است[٥] که این هم خود از توثیقات عامهٔ رجالی به شمار می‌رود. پس معلوم شد که وثاقت اسماعیل‌بن‌جابر جعفی از چند طریق اثبات‌شدنی است و شهید صدر هم دست‌کم به‌منظور روایت مشایخ سه‌گانه این را می‌پذیرد که نشانگر پذیرش مبنای مشایخ الثقات از سوی ایشان است.

۲. ۲. بررسی وثاقت اسماعیل‌بن‌عبدالرحمن جعفی

به نظر می‌رسد اشکال اصلی در اثبات وثاقت اسماعیل جعفی از دید شهید صدر، ناشی از عدم‌توثیق نفر دوم، یعنی اسماعیل‌بن‌عبدالرحمن جعفی است که خودش توثیق ندارد و روایتگری صفوان از او را هم محمدبن‌سنان نقل می‌کند که خود او توثیقش ثابت نیست. پس نمی‌توان به دلیل نقل صفوان که یکی از مشایخ سه‌گانه است، اسماعیل‌بن‌عبدالرحمن را توثیق کرد.

پاسخ این اشکال این است که مراجعه به متن سند شیخ صدوق تا اسماعیل نشان می‌دهد که محمدبن سنان واسطهٔ نقل از صفوان نیست، بلکه او و صفوان هر دو از جابر روایت می‌کنند. در مشیخه الفقیه چنین آمده: «و ما کان فیه عن اسماعیل الجعفی فقد رویته عن محمدبن‌علی ماجیلویه عن عمه محمدبن‌ابی القاسم عن احمدبن‌محمدبن‌خالد عن ابیه عن محمدبن‌سنان و صفوان‌بن‌یحیی عن اسماعیل‌بن‌عبدالرحمن

---

۱. «اسماعیل‌بن‌جابرالجعفی الکوفی ثقة ممدوح...» (علامه حلی، رجال، ۸).

۲. اسماعیل‌بن‌جابر با عنوان خثعمی، تنها در کتاب رجال شیخ ذکر شده و در سایر کتاب‌های دست اول رجالی مانند رجال کشی، نجاشی و برقی تنها اسماعیل بن‌جابر جعفی ذکر شده است. حتی بررسی‌های نگارنده نشان می‌دهد که در اسناد روایات هم عنوان اسماعیل‌بن‌جابر خثعمی یافت نمی‌شود، درحالی‌که شیخ طوسی در رجال می‌گوید او ثقه، ممدوح و دارای کتاب‌هایی بوده که شخص سرشناسی مانند صفوان‌بن‌یحیی آن را نقل کرده است و اینکه در سایر کتاب‌های رجال و روایات، نامی از چنین شخصی پیدا نشود بسیار بعید است. حتی خود شیخ در کتاب فهرست که برای معرفی اصحاب دارای کتاب نوشته است، نامی از خثعمی نمی‌برد، درحالی‌که اسماعیل‌بن‌جابر را دارای کتاب معرفی می‌کند و دقیقاً همان واسطه‌هایی را که نجاشی بین خودش تا کتاب اسماعیل‌بن‌جابر جعفی ذکر کرده است که آخری آن‌ها صفوان است، برای کتاب اسماعیل‌بن‌جابر بیان می کند. برعکس در کتاب رجال که خثعمی را ذکر کرده، نامی از اسماعیل‌بن جابرجعفی نیست، درحالی‌که این نام در رجال کشی و نجاشی و برقی جزو راویان ذکر شده است. باتوجه‌به این شواهد به نظر می‌رسد به احتمال قوی در نسخهٔ رجال شیخ، تصحیف یا اشتباهی صورت گرفته و جعفی به خثعمی تبدیل شده است.

۳. نک: نجاشی، رجال، ۳۲، شمارهٔ ۷۱؛ طوسی، فهرست، ۳۷، شمارهٔ ٤۹.

٤. نک: کلینی، الکافی، ۲٦٤/٦؛ ۳۰۷/۸؛ کشّی، رجال، ۱۰/۱.

٥. نک: ابن‌قولویه قمی، کامل الزیارات، ۷۸ و ۱٦۷ و ۲٤۹.

الجعفی الکوفی.»[۱] البته صاحب وسایل همین طریق را چنین آورده است: «محمدبن‌سنان عن صفوان‌بن یحیی... .»[۲] که ظاهراً شهید صدر این را ملاحظه کرده و به طریق شیخ صدوق توجه پیدا نکرده است.

رجوع به اسناد روایات نیز نشان می‌دهد سایر مشایخ سه‌گانه، یعنی بزنطی و ابن‌ابی‌عمیر هم با یک واسطه از اسماعیل‌بن‌عبدالرحمن جعفی روایت کرده‌اند و در موارد زیادی هم بزرگانی از اصحاب اجماع، مانند جمیل‌بن‌دراج، حمادبن‌عثمان و ابان‌بن‌عثمان از او بدون واسطه نقل روایت دارند.[۳] پس اگر روایت مشایخ الثقات یا اصحاب اجماع از شخص را سبب توثیق او بدانیم که شهید صدر چنین می‌داند، با رجوع به اسناد روایات، این مطلب اثبات‌شدنی است.

گذشته از این، رجالیان دربارهٔ اسماعیل‌بن‌عبدالرحمن جعفی تعابیری دارند که نشان از شخصیت علمی و جایگاه او در میان شیعیان دارد و اعتماد به روایات او را ممکن می‌سازد. شیخ طوسی در رجالش دربارهٔ او می‌گوید: «... مات فی حیاة ابی‌عبدالله و کان فقیهاً...»[٤] و نجاشی در ترجمهٔ برادرزادهٔ ایشان، یعنی بسطام‌بن‌الحصین‌بن‌عبدالرحمن الجعفی می‌گوید: «ابن‌اخی خیثمة و اسماعیل، کان وجهاً فی اصحابنا، و ابوه و عمومته، و کان اوجههم اسماعیل.»[٥]

همچنین پسر ایشان روایت می‌کند که بعد از وفاتش به ملاقات امام صادق(ع) رفته و حضرت برای پدرش طلب آمرزش و رحمت کرده‌اند.[٦]

ظاهراً وجود شواهدی از این دست سبب شده که علامه حلی روایات ایشان را درخورِ اعتماد دانسته است.[۷]

۲. ۳. بررسی اشکال وجود فاصلهٔ زمانی میان اسماعیل جعفی و احمدبن‌محمدبن‌عیسی

در توجیه فاصلهٔ زمانی بین اسماعیل جعفی (که حدیث را از امام صادق(ع) روایت می‌کند) و احمدبن محمدبن‌عیسی[۸] صاحب کتاب نوادر (متوفای قرن سوم)، آیت‌الله هاشمی شاهرودی چنین بیان می‌کند که اسماعیل‌بن‌جابر جعفی دارای کتابی معروف بوده و این کتاب احتمالاً به دست صاحب نوادر رسیده است،

---

۱. ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ٤٦٥/٤.

۲. حر عاملی، وسایل الشیعة، ۳۲۰/۳.

۳. نک: طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۸٤/۹ و ۳۰۵؛ ابن‌بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۲٤۹/٤ و ۲٦۹؛ نوری، خاتمة المستدرک، ۱٥٤/٤.

٤. طوسی، رجال، ۱٥۹، شمارهٔ ۱۷۸۰.

٥. نجاشی، رجال، ۱۱۰، شمارهٔ ۲۸۱.

٦. مفید، الإختصاص، ۸٥.

۷. «اسماعیل‌بن عبدالرحمن الجعفی کوفی تابعی من اصحاب ابی‌عبدالله الصادق(ع)، سمع ابی‌الطفیل و مات فی حیاة ابی‌عبدالله(ع) و روی عن ابی‌جعفر الباقر(ع) ایضاً و نقل ابن‌عقدة انّ الصادق(ع) ترّحم علیه و حکی عن ابن‌نمیر انه قال انّه ثقة و بالجملة انّ حدیثه اعتمد علیه» (علامه حلی، رجال، ۸).

۸. مناسب است اینجا اشاره کنیم که از شرح حال احمدبن‌محمدبن‌عیسی (صاحب نوادر) استفاده می‌شود که ایشان راجع به نقل از افراد ضعیف یا مورد سوء ظن، حساسیت زیادی داشته و همین باعث شده برخی علما مانند وحید بهبهانی، نقل روایت توسط ایشان از یک راوی را نشانه‌ای بر وثاقت آن راوی به شمار آورده‌اند (نک: حسینی قزوینی، المدخل الی علم الرجال و الدرایة، ۱۰۷).

به‌صورتی‌که او به صحت انتساب کتاب به اسماعیل علم داشته؛ لذا روایات را به او نسبت داده است. تحصیل این علم به‌صورت حسی برای کسانی که نزدیک به زمان مؤلفان بوده‌اند ممکن بوده و برای سایران هم حجت است.[۱]

با اینکه این احتمال درخورِ توجه است، اما به نظر می‌رسد صاحب کتاب نوادر در نقل از اسماعیل واسطه‌هایی داشته است؛ چراکه در یکی دیگر از روایات کتاب نوادر، سند را چنین ذکر می‌کند: «فضالةبن ایوب و القاسم‌بن‌محمد عن ابان عن اسماعیل الجعفی عن ابی‌جعفر(ع)... .»[۲] با مراجعه به روایت محل بحث (حدیث رفع) نیز این احتمال تقویت می‌شود که صاحب نوادر با تعلیق روایت به سند مذکور در روایات قبلی ارجاع داده است؛ چراکه اول، روایتی را با این سند ذکر می‌کند: «فضالة عن سیف‌بن‌عمیرة عن ابی‌بکر الحضرمی قال قلت لابی‌عبدالله(ع)... .» و روایت بعدی: «عن اسماعیل الجعفی قال قلت لابی جعفر(ع)» و روایت بعد از آن: «و عنه عن ابی‌عبدالله(ع) قال سمعته یقول وضع عن هذه الأمة ستّ...»[۳] که اگر به سند روایت قبل برگردد فضاله وسیف‌بن‌عمیره، واسطهٔ بین صاحب کتاب و اسماعیل خواهند بود که هر دو توثیق شده‌اند. با قطع‌نظر از این استظهار، علامه مجلسی که گویا نسخه‌ای از کتاب نوادر و کتاب حسین‌بن‌سعید اهوازی را در اختیار داشته است همین روایت را در بحار الأنوار با ذکر سند چنین نقل می کند: «کتاب حسین‌بن‌سعید و النوادر: فضالة عن سیف‌بن‌عمیرة عن اسماعیل الجعفی عن ابی‌عبدالله(ع) قال سمعته یقول وضع عن هذه الأمة ستّة ...»[٤] این امر احتمال تلخیص و تعلیق در نسخهٔ چاپ‌شده از کتاب نوادر که مطابق با نسخهٔ صاحب وسایل الشیعة (معاصر با علامه مجلسی) است را تقویت می‌کند.

البته در اینکه وصول کتاب نوادر یا کتاب حسین‌بن‌سعید اهوازی به علمایی مثل صاحب وسایل و علامه مجلسی در قرن یازدهم به چه صورتی بوده و آیا از اعتبار کافی برخوردار است یا نه، بحث‌های دیگری مطرح است. به‌هرحال به نظر می‌رسد باتوجه‌به استظهاری که گفتیم و قرائن و حداقل با استناد به نقل علامه مجلسی می‌توان واسطه‌های روایی بین احمدبن‌محمدبن‌عیسی (صاحب نوادر) و اسماعیل جعفی را شناسایی کرد و اشکالی که شهید صدر از این جهت مطرح کرده‌اند را پاسخ گفت.

۳. کثرت نقل احادیث مشتمل بر «رفع ما لایعلمون»

مسیر دیگری که می‌توان برای اثبات اعتبار حدیث رفع، مشتمل بر فقرهٔ «ما لایعلمون» به آن توجه کرد، ملاحظهٔ کثرت نقل این حدیث با مضامین مختلف و مشابه در کتاب‌های دست اول حدیثی است که

۱. نک: صدر، بحوث فی علم الأصول، ٦٢/٥، پاورقی آیت‌الله هاشمی شاهرودی.

۲. اشعری قمی، النوادر، ٦١.

۳. اشعری قمی، النوادر، ۷۳، شمارهٔ ۱۵۵تا۱۵۷.

٤. مجلسی، بحار الأنوار، ۳۰٤/٥.

می‌تواند سبب وثوق به صدور این مضمون از ناحیهٔ معصوم(ع) شود. برخلاف گفتهٔ شهید صدر، حدیث مشتمل بر رفع فقرهٔ «ما لایعلمون» منحصر به همین دو حدیث؛ یعنی روایتی که شیخ صدوق در توحید و خصال نقل کرده و روایت کتاب نوادر نیست.

اولاً، همان‌طور که سابقاً اشاره شد روایت شیخ صدوق در الفقیه را به‌دلیل تفاوت‌هایی که در متن و مضمون با حدیث مذکور در توحید و خصال دارد، می‌توان مستقل به شمار آورد، چنان‌که دیدیم روایت ذکرشده در کتاب نوادر را علامه مجلسی از کتاب حسین‌بن‌سعید اهوازی هم نقل می‌کند. ثانیاً، روایات دیگری هم با این مضمون در کتاب‌های معتبر و دست اول موجود است؛ مانند روایتی که کلینی در کافی به‌صورت مرفوع نقل می‌کند با مضمون رفع نه‌گانه[1] و نیز روایت تحف العقول با حذف اسناد و با همین مضمون[2] و همچنین روایتی که شیخ مفید در اختصاص با حذف اسناد نقل می‌کند و آن را با تعبیر «قال ابوعبدالله الصادق(ع)...» به امام صادق(ع) اسناد می‌دهد با مضمون رفع شش‌گانه.[3]

اگرچه هیچ‌کدام از این روایات به‌صورت مُسند نقل نشده‌اند، اما کثرت نقل یک مضمون و شهرت روایی در میان علمای نزدیک به عصر معصومان(ع)، خود از موجبات وثوق به صدور روایت است و بسیاری از فقها، روایتی که به‌صورت مستفیض در منابع حدیثی دست اول نقل شده باشد را از بررسی سندی بی‌نیاز می‌دانند.

نتیجه‌گیری

با آنچه گفتیم و از خلال نقد و بررسی آرا و تتبع در کتب حدیثی و رجالی روشن شد که اولاً، سند حدیث رفعِ معروف که مشتمل بر احمدبن‌محمدبن‌یحیی العطار است، حتی بر فرض اکتفانکردن به قرائن یا توثیقات عامه و لزوم توثیق خاص، پذیرفتنی است؛ ثانیاً، در روایت دیگری که با مضمون رفع شش‌گانه مطرح شده است، اسماعیل جعفی قابل‌اعتماد بوده و نقل مشایخ سه‌گانه نیز که بسیاری آن را موجب توثیق راوی می‌دانند، از ایشان ثابت است و فاصلهٔ میان ایشان و صاحب کتاب سبب اخلال در سند نیست؛ ثالثاً، با صرف‌نظر از اثبات وثاقت راویان و باتوجه‌به کثرت نقل مضامین مشتمل بر «رفع مالایعلمون» و وجود این روایات در کتاب‌های عالمان نزدیک به عصر معصومان(ع) و اینکه برخی از ایشان، مانند شیخ صدوق،

---

۱. «الحسین‌بن‌محمد عن محمدبن‌احمد النهدی رفعه عن ابی‌عبدالله(ع) قال رسول الله(ص): وضع عن امّتی تسع خصال الخطا و النسیان و ما لایعلمون و ما لایطیقون و ما اضطّروا الیه و ما استکرهوا علیه و الطیرة و الوسوسة فی التفکر فی الخلق و الحسد ما لم یظهر بلسان أو ید» (کلینی، الکافی، ۲/ ٤٦٣).

۲. «و قال(ص): رفع عن امّتی تسع الخطا و النسیان و ما اکرهوا علیه و ما لایعلمون و ما لایطیقون و ما اضطرو الیه و الحسد و الطیرة و التّفکر فی الوسوسة فی الخلق مالم ینطق بشفة و لالسان» (ابن‌شعبه حرانی، تحف العقول، ۵۰).

۳. «قال ابوعبدالله الصادق(ع): رفع عن هذه الأمة ستّ الخطا و النسیان و ما اکرهوا علیه و ما لایعلمون و ما لایطیقون و ما اضطروا الیه» (مفید، الإختصاص، ۳۱).

شیخ مفید و صاحب تحف‌العقول روایت را به‌صورت جزمی به معصوم(ع) نسبت می‌دهند، به نظر می‌رسد می‌توان این مضمون را موثوق‌الصدور دانست.

منابع

ابن‌بابویه، محمدبن‌علی. التوحید. قم: مؤسسة النشر الإسلامیة. چاپ‌اول، ۱۳۹۸ق.

_____. الخصال. قم: مؤسسة النشر الإسلامیة. چاپ‌اول، ۱۳۶۲.

_____. کتاب من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ‌دوم، ۱۴۱۳ق.

ابن‌شعبه، حسن‌بن‌علی. تحف العقول. قم: مؤسسة النشر الإسلامیة. چاپ‌دوم، ۱۴۰۴ق.

ابن‌قولویه قمی، جعفربن‌محمد. کامل الزیارات. نجف: دار المرتضویه. چاپ‌اول، ۱۳۶۵.

اشعری قمی، احمدبن‌محمدبن‌عیسی. النوادر. قم: مدرسۀ امام مهدی(عج). چاپ‌اول، ۱۴۰۸ق.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین. فرائد الأصول. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ‌پنجم، ۱۴۱۶ق.

بجنوردی، حسن. منتهی الأصول. تهران: العروج. چاپ‌اول، ۱۳۸۰.

برقی، احمدبن‌محمد. المحاسن. تهران: دار الکتب الإسلامیة. چاپ‌دوم، ۱۳۷۱ق.

_____. رجال البرقی: الطبقات. تهران: دانشگاه تهران. چاپ‌اول، ۱۳۴۲.

تقی‌الدین حلی، حسن‌بن‌علی. الرجال. تهران: دانشگاه تهران. چاپ‌اول، ۱۳۴۲.

جزایری، محمدجعفر. منتهی الدرایة فی توضیح الکفایة. قم: دار الکتاب. چاپ‌چهارم، ۱۴۱۵ق.

جوان، عبدالله. «اعتبار آراء رجالیان از منظر حجیت ظنون عقلایی»، دو فصلنامۀ فقۀ و مبانی حقوق اسلامی. ش۱، ۱۳۹۳، ۷۷تا۹۴. Doi : ۱۰/۲۲۰۵۹/jjfil/۲۰۱۴/۵۲۴۳۳

حر عاملی، محمدبن‌حسن. الفصول المهمة فی اصول الأئمة. قم: امام رضا(ع). چاپ‌اول، ۱۴۱۸ق.

_____. تفصیل وسایل الشیعة الی مسائل الشریعة. قم: آل‌البیت(ع). چاپ‌اول، ۱۴۰۹ق.

حسینی قزوینی، محمد. المدخل الی علم الرجال و الدرایة. قم: ولی‌عصر(عج). چاپ‌اول، ۱۴۲۴ق.

خمینی، روح‌الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام. چاپ‌اول، ۱۴۲۱ق.

_____. تهذیب الأصول. مقرر: جعفر سبحانی. تهران: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). چاپ‌اول، ۱۴۲۳ق.

خمینی، سیدمصطفی. تحریرات فی الأصول. قم: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ‌اول، ۱۴۱۸ق.

خویی، ابوالقاسم. التنقیح فی شرح العروة الوثقی. مقرر: میرزاعلی غروی تبریزی. قم: لطفی. چاپ‌اول، ۱۴۱۸ق.

_____. محاضرات فی اصول الفقه. مقرر: محمداسحاق فیاض. قم: مؤسسۀ احیاء آثار امام خویی(ره). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

ـــــــــــــــــ. مصباح الأصول. مقرر: سیدمحمد سرورحسینی بهسودی. قم: داوری. چاپ‌ششم، ۱۴۲۰ق.

ـــــــــــــــــ. معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواة. تهران: مرکز نشر فرهنگ اسلامی. چاپ‌سوم، ۱۴۱۷ق.

روحانی، محمدصادق. زبدة الأصول. تهران: حدیث دل. چاپ‌دوم، ۱۳۸۲.

سبحانی، جعفر. المحصول فی علم الأصول. مقرر: محمود جلالی مازندرانی. قم: امام صادق(ع). چاپ‌اول، ۱۴۱۴ق.

ـــــــــــــــــ. کلیات فی علم الرجال. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ‌سوم، ۱۴۱۴ق.

صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. مقرر: سیدمحمود هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه اسلامی. چاپ‌سوم، ۱۴۱۷ق.

ـــــــــــــــــ. مباحث الأصول. مقرر: سیدکاظم حائری. قم: مکتب الإعلام الإسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۰۸.

طباطبایی قمی، تقی. آرائنا فی اصول الفقه. قم: محلاتی. چاپ‌اول، ۱۳۷۱.

طوسی، محمدبن‌حسن. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیة. چاپ‌چهارم، ۱۴۰۷ق.

ـــــــــــــــــ. رجال. قم: مؤسسة النشر الإسلامیة. چاپ‌ششم، ۱۳۷۳.

ـــــــــــــــــ. فهرست کتب الشیعة و اصولهم. قم: محقق طباطبایی. چاپ‌اول، ۱۴۲۰ق.

علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف. رجال. نجف: دار الذخائر. چاپ‌دوم، بی‌تا.

کشی، محمدبن‌عمر. رجال: اختیار معرفة الرجال. مشهد: دانشگاه مشهد. چاپ‌اول، ۱۴۰۹ق.

کلینی، محمدبن‌یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیة. چاپ‌چهارم، ۱۴۰۷ق.

مجلسی، محمدباقربن‌محمدتقی. بحار الأنوار. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ‌دوم، ۱۴۰۳ق.

مددی الموسوی، سیداحمد. «درس خارج اصول فقه». پایگاه اطلاع رسانی معظم‌له. ۲مهرماه ۱۳۹۳.

مروجی، علی. تمهید الوسائل فی شرح الرسائل. قم: مؤسسة النشر الإسلامیة. چاپ‌اول، ۱۴۱۰ق.

مفید، محمدبن‌محمد. الإختصاص. قم: کنگرهٔ هزارهٔ شیخ مفید. چاپ‌اول، ۱۴۱۳ق.

نائینی، محمدحسین. کتاب الصلاة. مقرر: محمدعلی کاظمی. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۱۱ق.

نجاشی، احمدبن‌علی. رجال. قم: مؤسسة النشر الإسلامیة. چاپ‌اول، ۱۳۶۵.

نوری، حسین. خاتمة المستدرک. قم: آل‌البیت(ع). چاپ‌اول، ۱۴۱۷ق.

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.123-145

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

Receive Date: 28-02-2022 Revise Date: 11-05-2022 Accept Date: 11-06-2022

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75494.1309 Article type: Original

Analyzing the concept of negation of "*Ba~s*" in Imami jurisprudence

Ali Hosseini Far , PhD candidate in Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Ilam University

Dr. Abdolgabar Zargoosh Nasab , Associate Professor of Ilam University **(corresponding author)**
Email: a.zargooshnasab@ilam.ac.ir

Dr. Nabi Sobhani, Assistant Professor of Ilam University

Abstract

A large number of hadiths in Shia narrative texts contain the word "*Nafi-e- ba~s*". In jurisprudence and principles courses, Imami jurists have provided explanations regarding the meaning of this phrase; But there is no independent research about discovering the semantic truth of this phraze. Identifying the concept of "*Nafi*"(negation) and the scope of its implications play a significant role in explaining the contents of these narrations and choosing the correct ruling in the inference position. By looking at the literal meaning of *"Ba~s"*, the Qur'anic usage of this word and the statements of Imami jurists about it, it is concluded that the meaning of "negation of *B~as*" is the exclusion of Tahrimi prohibition and punishment in the area where they are suspected to exist.

Key words: *Ba~s, Na'fi-e-bas, Ba~s existence, La Ba~s Fi"he', Taklifi ruling, Vazee ruling.*

This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۱۴۵ - ۱۲۳

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۹ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75494.1309

واکاوی مفهوم نفی «بأس» در فقه امامیه

دکتر علی حسینی فر

دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام

دکتر عبدالجبار زرگوش نسب(نویسنده مسئول)

دانشیار دانشگاه ایلام

Email: a.zargooshnasab@ilam.ac.ir

دکتر نبی سبحانی

استادیار دانشگاه ایلام

چکیده

شمار فراوانی از روایات در متون روایی شیعه مشتمل بر واژه «نفی بأس» است. فقیهان امامیه در ضمن مباحث فقهی و اصولی، در خصوص معنا و مفهوم این تعبیر، توضیحاتی ارائه کرده‌اند؛ اما پژوهش مستقلی دربارهٔ کشف حقیقت معنایی این تعبیر وجود ندارد. شناسایی مفهوم «نفی بأس» و دامنهٔ دلالت آن نقش بسزایی در تبیین مفاد این روایات و گزینش حکم صحیح در مقام استنباط دارد. با نظر در معنای لغوی بأس، درنگ در کاربست‌های قرآنی این واژه و گفته‌های فقیهان امامیه راجع به آن، این نتیجه به دست می‌آید که مدلول «نفی بأس» عبارت است از: منتفی بودن نهی تحریمی و عقاب در مجالی که گمان به وجود آن دو می‌رود.

واژگان کلیدی: بأس، نفی بأس، ثبوت بأس، لا بأس فیه، حکم تکلیفی، حکم وضعی.

مقدمه

نفی بأس، مفهومی است که با تعبیرات مختلفی از اهل بیت(ع) در روایات منقول از ایشان به کار رفته است. گسترهٔ کاربردی متعلقات گوناگون نفی بأس و نقش مهم این مفهوم در مسیر استنباط احکام شرعی، ضرورتِ واکاوی و ارزیابی مفهوم آن را می‌نمایاند. فهم دقیق دامنهٔ کاربردی این واژه در منابع روایی و وسعت دایرهٔ آن در مقام استنباط، سبب درک این امر خواهد شد که اهمیت پردازش این موضوع کمتر از برخی موضوعات متداول در کتب اصول فقه و قواعد فقه نیست.

ازجمله موضوعاتی که پژوهش مستقل و جامعی دربارهٔ آن در دسترس نیست عبارت‌اند از: مدلول و مفاد نفی بأس در احکام تکلیفی، مفهوم آن در احکام وضعی، کم‌وکیفِ حجیت مفهوم نفی بأس مقارن شرط و وصف بر ثبوت بأس و دامنهٔ مفهومی ثبوت آن.

رسالهٔ «نفی البأس فی الأحادیث الفقهیة»، نوشتهٔ عبدالله اشکانی به ذکر چهل‌وهشت روایت مشتمل بر نفی بأس از ابواب مختلف فقهی می‌پردازد و سپس توضیحی پیرامون مفاد آن ارائه می‌کند، اما به نظر می‌رسد در این رسالهٔ مختصر، نگارنده در پی یافتن مفاد نفی بأس و تبیین ضابطه‌ای در این خصوص نبوده است، بلکه با اتکای بر قرائن در روایات مذکور در این رساله به تشریح و تبیین معنای بأسِ نفی‌شده در این روایات پرداخته است. بنابراین، هدف نوشتار حاضر اعم از هدف نگارنده در آن رساله و روش تحقیق نیز متفاوت است. البته نراقی در عوائد الأیام متعرض این بحث شده و از زوایایی آن را بررسی کرده است[1] و دیگر فقیهان امامی نیز به‌صورت پراکنده بدان اشاراتی داشته‌اند؛ اما گستردگی کاربرد و اختلافاتی که دربارهٔ مفاد و مدلول آن در میان است، بررسی موضوع و نگاهی دوباره به حدود و ثغور مفهومی آن را با نگاهی کاربردی و نوآورانه ضروری می‌سازد.

این نوشتار می‌کوشد با غبارروبی از معنای لغوی واژهٔ بأس، تدبر در کاربست‌های قرآنی آن و ملاحظهٔ قرائن و مناشئ ظهور، به متفاهم عرفی تعبیر نفی بأس در عصر تشریع دست یابد و با اتخاذ مبنایی صحیح دراین‌باره، فهم معنای آن در کاربردهای روایی تسهیل شود.

۱. مفهوم‌شناسی واژهٔ بأس

بأس، اسم فعل ثلاثی مجرد (بَؤُسَ‌یبْؤُسُ) است.[2] این اسمِ مهموزالعین در لغت به این معانی به کار رفته است: جنگ،[3] خوف،[4] شجاعت،[1] عذاب،[2] گرم‌شدن آتش جنگ،[3] سلاح جنگی،[4] مهیاکردن ابزار و

۱. نراقی، عوائد الأیام، ٦٧تا٧٠.
۲. آذرنوش، فرهنگ معاصر عربی‌فارسی، ۲۵.
۳. فراهیدی، کتاب العین، ۲/۱۱.
٤. ابن‌درید، جمهرة اللغة، ۱۰۲۲/۲.

ادوات جنگی،[۵] کراهت،[٦] شدت و سختی،[۷] تنگدستی و نیازمندی،[۸] ترس شدید،[۹] قدرت،[۱۰] گناه[۱۱] و آسیب و گزند.[۱۲] اهل لغت، عبارت «لا بأس علیک» را به‌معنای «لا خوف علیک» گرفته‌اند.[۱۳] ازهری، نفی بأس از دشمن را به‌معنای تأمین دانسته است.[۱٤] عسکری پس از آنکه معنای حقیقی بأس را آمادگی جنگی شناسانده، معنای مجازی آن را مفهوم خوف و ترس تبیین کرده است. ایشان «لا بأس علیک» را به‌معنای «لا خوف علیک» و «لا بأس فی هذا الفعل» را به‌معنای «لا کراهة فیه» اخذ کرده[۱۵] و عبارت «لا بأس فیه» و «لا إثم فیه» را نیز دارای معنایی یکسان شمرده است.[۱٦] ابن‌اثیر نیز معنای «لاحرج» را در برخی از روایات، همان معنای «لا بأس» و «لا إثم» دانسته است.[۱۷] این کلمه بیست‌وچهار مرتبه در قرآن آمده و معانی مختلفی از آن اراده شده است.[۱۸] واژهٔ بأس در هیچ‌کدام از کاربردهای قرآنیِ آن دربارهٔ احکام تکلیفی یا وضعی نیست. برخی، اصل این مادهٔ لغوی و جامع بین افراد آن را شدت دانسته‌اند.[۱۹] شاید بتوان گفت که افزودن وصف شدید در برخی کاربست‌های قرآنی این واژه (مانند اسراء: ۵؛ کهف: ۲؛ نمل: ۳۳؛ فتح: ۱٦؛ حدید: ۲۵؛ حشر: ۱٤) با اصالت شدت در این مادهٔ لغوی، متنافی باشد؛ هرچند ارادهٔ تأکید شدت

---

۱. ابن‌درید، جمهرة اللغة، ۱۰۲۲/۲.
۲. جوهری، الصحاح، ۹۰٦/۳.
۳. جوهری، الصحاح، ۹۰٦/۳.
٤. حمیری، شمس العلوم، ۳۳۳۲/٦.
۵. عسکری، الفروق فی اللغة، ۲۳۸.
٦. عسکری، الفروق فی اللغة، ۲۳۸.
۷. ابن‌فارس، معجم مقاییس اللغة، ۳۲۸/۱.
۸. ابن‌اثیر، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، ۸۹/۱.
۹. ابن‌منظور، لسان العرب، ۲۰/٦.
۱۰. قرشی بنابی، قاموس قرآن، ۱۵۸/۱.
۱۱. عسکری، الفروق فی اللغة، ۱۹۲.
۱۲. آذرنوش، فرهنگ معاصر عربی‌فارسی، ۲۵.
۱۳. ابن‌درید، جمهرة اللغة، ۱۰۲۲/۲.
۱٤. ازهری، تهذیب اللغة، ۷٤/۱۳.
۱۵. عسکری، الفروق فی اللغة، ۲۳۸.
۱٦. عسکری، الفروق فی اللغة، ۱۹۲.
۱۷. ابن‌اثیر، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، ۳٦۱/۱.
۱۸. معانی مختلف واژهٔ «بأس» در کاربردهای قرآنی آن عبارت است از: ۱. جنگ (بقره: ۱۷۷)؛ ۲. قدرت: (نساء: ۸٤)؛ ۳. مجازات (انعام: ٤۳)؛ ٤. جنگ (انعام: ٦۵)؛ ۵. مجازات (انعام: ۱٤۷)؛ ٦. کیفر (انعام: ۱٤۸)؛ ۷. عذاب (اعراف: ٤)؛ ۸. عذاب (اعراف: ۵)؛ ۹. عذاب (اعراف: ۹۷)؛ ۱۰. عذاب (اعراف: ۹۸)؛ ۱۱. مجازات و عذاب (یوسف: ۱۱۰)؛ 12. جنگ: (نحل: ۸۱)؛ ۱۳. پیکارجویی (اسراء: ۵)؛ 14. عذاب (کهف: ۲)؛ ۱۵. عذاب (انبیاء: ۱۲)؛ ۱٦. جنگ: (انبیاء: ۸۰)؛ ۱۷. قدرت جنگی (نمل: ۳۳)؛ ۱۸. پیکار (احزاب: ۱۸)؛ ۱۹. عذاب (غافر: ۲۹)؛ ۲۰. عذاب (غافر: ۸٤)؛ ۲۱. عذاب (غافر: ۸۵)؛ ۲۲. نیرومندی و جنگ‌جویی (فتح: ۱٦)؛ ۲۳. نیرو (حدید: ۲۵)؛ ۲٤. پیکار (حشر: ۱٤) (معانی مذکور ـ بدون تصرف ـ از قرآن کریم، ترجمهٔ آیت‌الله مکارم شیرازی برگرفته شده است.)
۱۹. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۲۲۵/۱.

دور از ذهن نیست. با تأمل در کاربردهای قرآنی این واژه و قول لغویان به نظر می‌رسد کـه معنـای حقیقـی بأس، جنگ و پیکار است و مجازاً در مدالیل التزامی جنگ؛ مانند تـرس، شـدت، عـذاب، نیـرو، دلاوری، جنگاوری، سلاح، کراهت، مجازات و... استعمال شده است. تأنی در اقوال اهل لغـت نشـان می‌دهـد کـه معانی مجازیِ خوف، عذاب، کیفر، گزند، کراهت و شدت، متناسب با کاربرد این واژه در حوزهٔ رفتارهـای اختیاری آدمیان است. عرضهٔ این معانیِ محتمل دربارهٔ کلمهٔ بـأس بـه فرهنـگ قـرآن و دقـت در آیـاتی کـه مشتمل بر این واژه است، دلالت آن در زبان تشریع بر عذاب، عقاب و کیفر را تقویت می‌کند. بیـان مفهـوم تأمین در توضیح مفاد نفی بأس در «تهذیب اللغة»، «لسان العرب» و «تاج العـروس» شـاهدی بـر همـین معناست، زیرا روشن است که ثبوت تأمین از سوی خداوند مساوق بـا نفـی عـذاب و عقـاب از سـوی وی راجع به مکلف است.[۱] شاید بتوان افزون بر شواهد قرآنی که از ذکر تفصیلی آن به‌دلیل اختصار احتراز شـده است، یکی از شواهد روایی بر وضع نخستین این واژه در زبان تشریع در مفهوم عذاب را تعبیری دانست که امام علی(ع) در وصف خودشان بیان فرموده‌اند: «أَنَا قَابِضُ الْأَرْوَاحِ وَ بَأْسُ اللَّـهِ الَّـذِی لَا یَـرُدُّهُ عَـنِ الْقَـوْمِ الْمُجْرِمِین؛ من گیرندهٔ روح مردمان و عذاب الهی هستم که خداوند مجرمان را از آن رهایی نمی‌بخشـد.»[۲] این تعبیر به‌صراحت، مفهوم تعذیبِ نهفته در مفاد بأس را می‌رساند و می‌تواند مؤیدی بر آن باشد.

۲. قالب‌های کاربرد واژهٔ بأس در سنت

با تتبع در منابع روایی شیعه در می‌یابیم که این واژه در قالـب جمـلات مختلفـی بـه کـار رفتـه اسـت؛ ازجمله: «لا بأس بذلک»،[۳] «لیس علیک بأس»،[٤] «لا بأس علیک»،[٥] «مـا بـأس»،[٦] «لا بـأس»،[۷] «لا بـأس به»،[۸] «ما کان به بأس»،[۹] «لیس به بأس»،[۱۰] «لم یکن به بأس»[۱۱] و «ما به بأس».[۱۲] با ملاحظهٔ روایات اهـل بیت(ع) چنین به نظر می‌رسد که کاربرد غالب و شاید انحصاریِ این مادهٔ لغوی، در جملات منفی اسـت.

---

۱. نک: ازهری، تهذیب اللغة، ۷٤/۱۳؛ ابن‌منظور، لسان العرب، ۸۳/۲؛ مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۱۹۵/۸.
۲. ابن‌بابویه، معانی الأخبار، ۵۸.
۳. کلینی، کافی، ٦٥/۷؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۰٤/۱.
٤. کلینی، کافی، ۳۳۱/٥؛ مجلسی، بحار الأنوار، ٥۲/۱۰.
٥. کلینی، کافی، ٥۳۱/۲؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۰٦/۱۷.
٦. کلینی، کافی، ٦۲۷/۱۲؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ٤۳/۲.
۷. کلینی، کافی، ٤۱۰/۳؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۳٦/۱.
۸. کلینی، کافی، ٥٤/۱؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱٤۳/۱.
۹. کلینی، کافی، ٤٤/٥؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱٤٤/۱.
۱۰. کلینی، کافی، ۱٦۲/٥؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱٤۷/۱.
۱۱. کلینی، کافی، ۱۳٤/٦؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ٤۲۷/٥.
۱۲. کلینی، کافی، ٦۰٥/۸؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۷۳/۱۳.

این نکته جلوه‌ای است از تحقق مفاد آیهٔ «ما جَعَلَ عَلَیکُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَج؛ در دین [اسلام] کار سنگین و سختی بر شما قرار ندارد.»[۱] و شاهدی است بر حدیث نبوی «بَعَثَنِی بِالْحَنِیفِیةِ السَّهْلَةِ السَّمْحَةِ؛ خداوند مرا به پیامبری دینی راستین، سهل و آسان برگزید»،[۲] اما ازآنجاکه نفی بأس گاهی در جملات شرطیه به کار رفته است که دال بر انتفای حکم در صورت انتفای شرط است، بحث از اثبات بأس نیز موضوعیت می‌یابد؛ مثلاً در روایتی عمار ساباطی نقل می‌کند که کسی از امام صادق(ع) پرسید مردی بر می‌خیزد که نماز بخواند، درحالی‌که زنی در مقابل او در حال خواندن نماز است؟ امام(ع) فرمود: تا زمانی که این مرد ده ذراع فاصله نگرفته، نباید نماز بخواند. سپس امام(ع) از قرارگرفتن زن در پشت سر مرد، نفی بأس کرده و پس از آن فرموده است: «وَ إِنْ کَانَتِ الْمَرْأَةُ قَاعِدَةً أَوْ نَائِمَةً أَوْ قَائِمَةً فِی غَیرِ صَلَاةٍ فَلَا بَأْسَ حَیثُ کَانَتْ؛ اما اگر زن نشسته، خوابیده یا ایستاده باشد و در حال خواندن نماز نباشد، هر جایی که قرار گرفته باشد، اشکالی متوجه نماز مرد نخواهد شد.»[۳] برخی از فقیهان امامی، مفهوم این روایت را که در قالب جملهٔ شرطیه بیان شده است، اثبات بأس دربارهٔ محاذات زن و مرد در نماز و پیش‌تر قرارگرفتن زن دانسته و به بررسی مفهوم آن پرداخته‌اند.[٤] در برخی از روایات نیز نفی بأس از موضوعی که موصوف است، در صورت پذیرش حجیت مفهوم وصف، دال بر انتفای حکم در فرض انتفای وصف تلقی شده است؛ برای مثال، در روایتی عبدالله‌بن‌سنان از امام صادق(ع) چنین نقل می‌کند: «عَنْ أَبِی‌عَبْدِاللَّهِ(ع) قَالَ: لَابَأْسَ أَنْ تَتَوَضَّأَ مِمَّا شَرِبَ مِنْهُ مَا یؤْکَلُ لَحْمُهُ؛ امام صادق(ع) فرمود: گزندی نیست که از آبی که حیوان حلال‌گوشت از آن نوشیده، وضو گرفته شود.»[٥] در این روایت، موضوع نفی بأس، سؤر مأکول‌اللحم دانسته شده و حجیت مفهوم وصف، دلیل بر ثبوت بأس در سؤر غیرمأکول‌اللحم شمرده شده است.[٦] البته در برخی مواضع، نفی بأس اعم از ثبوت بأس دانسته شده و ملازمهٔ میان نفی بأس در منطوق کلام و اثبات بأس در مفهوم آن پذیرفته نشده است.[۷] نباید از نظر دور داشت که توجه عذاب، عقاب و مجازات راجع به احکام تکلیفی صحیح است، اما امر احکام وضعی دائر میان صحت و بطلانی است که منشأ ترتب آثار شرعی و عرفی شمرده می‌شود.[۸] تذکر این نکته نیز لازم است که برای فهم مفاد قالب‌هایی که مشتمل بر واژهٔ بأس است،

---

۱. حج: ۷۸.

۲. کلینی، کافی، ۱۳۱/۱۱.

۳. طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۳۱/۲.

٤. نک: طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۰/۳.

٥. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۳۱/۱.

٦. نک: خویی، فی شرح العروة الوثقی، ۳٦۷/۲؛ نک: علامه حلی، مختلف الشیعة، ۱۷۷/۱؛ شهید اول، ذکری الشیعة، ۳٥٥/۱.

۷. نک: علامه حلی، منتهی المطلب، ٦۷/۲.

۸. خوانساری، تسدید القواعد، ۳۹۸.

دقت در سؤال سائل و استفهامی که روایت ناظر به آن است ضروری خواهد بود.[۱]

۳. مفاد نفی بأس در کلمات فقها

علامه حلی، مستظهر از نفی بأس را انتفای تحریم دانسته است.[۲] ایشان در برخی مواضع، نفی وجوب را از نفی بأس استفاده کرده است که به نظر می‌رسد چنین استظهاری بر پایهٔ قرائن صورت گرفته است.[۳] شهید اول در برخی مواضع، نفی بأس را ظاهر در جواز دانسته و[٤] در برخی مواضع دیگر، مفاد آن را نفی تحریم شمرده است.[٥] محقق کرکی در برخی از فروع فقهی، جواز را از نفی بأس استفاده کرده است.[٦] شهید ثانی مراد از نفی بأس را نفی تحریم و مدلول آن را جواز به‌معنای عام دانسته است.[۷] استفادهٔ حکم وجوب از تعبیر نفی بأس در برخی موارد کاربرد آن نشان‌دهندهٔ آن است که فقیهان امامی، جواز مستفاد از نفی بأس را شامل وجوب نیز دانسته‌اند.[۸] ظاهر کلمات محقق اردبیلی نشان می‌دهد که ایشان استفادهٔ جواز از نفی بأس را منحصر به کاربرد آن در افعال اختیاری دانسته و در صورت تعلق آن به اعیان، حکم به اجمال این تعبیر کرده است.[۹] مجلسی اول در تبیین روایتی از ائمه(ع)، نفی بأس را دال بر انتفای تحریم و کراهت شمرده است که در جای خود تأمل‌برانگیز است.[۱۰] این بیان نشان‌دهندهٔ آن است که نفی مطلق مبغوضیت، در احصای معانی کاربست‌های روایی و فقهی نفی بأس نیز بایستی در شمار آید. سیدمهدی بحرالعلوم نیز نفی بأس را نفی حرمت و کراهت دانسته و به‌تبع آن ثبوت بأس را مثبت صِرف حرمت نشمرده است.[۱۱] علامه مجلسی برخلاف مجلسی اول، نفی بأس را متنافی با کراهت ندانسته است.[۱۲] فیض کاشانی، نفی بأس را مفید نفی حظر و منع از متعلق آن برشمرده است.[۱۳] خوانساری، نفی بأس را ظاهر در نفی تحریم شمرده و دلیل آن را تبادر دانسته است.[۱٤] مازندرانی،[۱] محدث بحرانی،[۲] عاملی،[۳] کاشف‌الغطاء،[٤] همدانی[٥] و

---

۱. نک: عراقی، شرح تبصرة المتعلمین، ۱۷۱/۳؛ بجنوردی، القواعد الفقهیة، ۲۳/٥.
۲. علامه حلی، منتهی المطلب، ۳۱۰/۱.
۳. علامه حلی، منتهی المطلب، ۲٦۲/٦.
٤. شهید اول، غایة المراد، ۳۱۰/۱.
٥. شهید اول، غایة المراد، ۸۱/۳.
٦. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۲٦۹/۱.
۷. شهید ثانی، رسائل، ۸٥/۱؛ شهید ثانی، روض الجنان، ٦٥۲/۲؛ شهید ثانی، فوائد القواعد، ۳۱٦؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۹۹/۸.
۸. طوسی، المبسوط، ۱٤٤/۱؛ شهید ثانی، رسائل، ۲۲۳/۱.
۹. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۲۲٦/۱۱.
۱۰. مجلسی، روضة المتقین، ۳۸۲/۱.
۱۱. بحرالعلوم، مصابیح الأحکام، ۱۱٥/۱.
۱۲. مجلسی، بحار الأنوار، ۱۷۸/٦۲؛ ملاذ الأخیار، ٥۰/۷.
۱۳. فیض کاشانی، الوافی، ۲۰۹/۱۱ و ۱۸۳/۱۹.
۱٤. محقق خوانساری، مشارق الشموس، ۲۸٥/۲.

همدانی[۵] و نایینی[٦] نیز بر دلالت نفی بأس بر جواز و فقدان منع و حظر شرعی صحه نهاده‌اند. شیخ انصاری، دلالت نفی بأس را بر معنای عام مرجوحیت که کراهت را نیز شامل می‌شود، ممنوع دانسته است.[۷] نراقی نفی بأس را به‌معنای نفی حرمت و اثبات آن را مفید اثبات حرمت شمرده است.[۸] وی با عنایت به‌معنای لغوی واژهٔ بأس و با این استدلال که نفی بأس، نفی عذاب است و منافاتی با کراهت ندارد، بر این استظهار تأکید کرده است.[۹] صاحب‌جواهر، نفی بأس را دال بر رخصت شرعی برشمرده و به اختلاف معنای موارد استعمال آن در ادلهٔ شرعی اشاره کرده است.[۱۰] وی دراین‌باره می‌نویسد: «إنّ غایتها الرخصة و نفی البأس عنه الواردان فی مقام توهّم الحظر، و لا یفیدان سوی الإباحة بالمعنی الأعمّ الشامل للکراهة؛ غایت مدلول لا بأس، رخصت و نفی بأسی است که در قالب آن، توهمِ حظر زدوده می‌شود و این تعبیر، فراتر از اباحهٔ به‌معنای عام، دلالتی ندارد که کراهت را نیز در بر می‌گیرد.»[۱۱] وی نیز در مواضعی، عدم‌تنافی نفی بأس و کراهت را متذکر شده و نسبت منطقیِ میان این دو مفهوم را، عام‌وخاص مطلق بیان کرده است.[۱۲] با تتبع در کلمات فقیهان امامی روشن می‌شود که قول مشهور دربارهٔ مفاد نفی بأس، همان نفی تحریم و دفع توهم حظر است و برخلاف انظار عالمانی همچون مجلسی اول و بحرالعلوم، با کراهت نیز جمع‌شدنی است. دلیل بر این معنا چنان‌که در کلمات نراقی نیز بدان اشاره شد، توجه به معنای لغوی بأس و اشتمال آن بر عذاب و عقوبتی است که کراهت مشتمل بر آن نیست.

۴. مفاد ثبوت بأس در کلمات فقها

شهید اول ثبوت بأس را اعم از تحریم دانسته و استفادهٔ صرف نهی تحریمی را از آن نپذیرفته است.[۱۳] البته ایشان در مواضع دیگری، مستظهر از اثبات بأس را عدم‌جواز قلمداد کرده است.[۱٤] شیخ بهایی[۱] و

---

۱. مازندرانی، شرح فروع الکافي، ۱۵۰/۲.
۲. بحرانی، الحدائق الناضرة، ٤۷/۲۳.
۳. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ٤۰۳/۱۲.
٤. کاشف الغطاء، شرح طهارة قواعد الأحکام، ۱۲۸.
۵. همدانی، مصباح الفقیه، ٦۵/۵.
٦. نایینی، کتاب الصلاة، ٤۰٤/۱.
۷. انصاری، کتاب الصلاة، ۱۰۹/۱.
۸. نراقی، عوائد الأیام، ٦۹.
۹. نراقی، مستند الشیعة، ۳۹۹/۱ و ۳۷۸/٤؛ نراقی، عوائد الأیام، ٦۸.
۱۰. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۸۳/۱.
۱۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۵۹/۳٦.
۱۲. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۱۹/۱٤.
۱۳. شهید اول، ذکری الشیعة، ۸۸/۳.
۱٤. شهید اول، ذکری الشیعة، ۳۵۵/۱.

عاملی[۲] نیز همین مبنا را در ثبوت بأس برگزیده‌اند. محقق سبزواری، تحریم را بـا معنـای لغـویِ واژهٔ بـأس مناسب‌تر دانسته، اما در مقام استنباط، استفادهٔ صِرف تحریم را از ثبوت بأس نپذیرفتـه و مفـاد آن را اعـم از تحریم شمرده است.[۳] علامه مجلسی،[٤] محدث بحرانی،[٥] صاحب ریاض،[٦] میرزای قمی،[۷] صاحب‌جـواهر[۸] و سبزواری[۹] نیز به اعم‌بودن ثبوت بأس در خصوص تحریم تصریح کرده و آن را شامل کراهـت نیـز دانسـته اند. فاضل سیوری، ثبوت بأس را امارهٔ تحریم دانسته است.[۱۰] کـاظمی، ثبـوت بـأس را حجـت در تحـریم دانسته و عدم‌جواز نکاح حر با اَمه را در فرض استغنا و عدم‌ریبه از آن استفاده کرده اسـت.[۱۱] نراقـی، معنـای حقیقی اثبات بأس را نهی تحریمی دانسته است؛ بـااین‌وجـود، وی می‌نویسـد: «و قـد یسـتعمل فـی غیـره بضرب من المجاز، کما فی المکروه، فإنه قد ورد فی بعض الأحادیث إثبات البأس للمکروه، فیکون مجازا، و لا یصار إلیه إلّا مع قرینة دالّة علیه؛ [اگرچه معنای حقیقی اثبات بأس، نهی تحریمی است، اما] در برخی از روایات، راجع به مکروه، اثباتِ بأس شده است که باید آن را تجـوز شـمرد. اثبـات بـأس، مسـتلزم نهـی تنزیهی نیست، مگر آنکه قرینه‌ای دال بر آن باشد.»[۱۲] وی در مواضع متعددی، نفی بأس در جملات شرطیه را دال بر اثبات بأس در فرض انتفای شرط دانسته و مفاد اثبات بأس در صورتی تحریم شده است که مانعی از استنباط بر پایهٔ آن نباشد.[۱۳] البته در برخی مواضع، وجود قرینه‌ای بـر جـواز و عـدم‌منـع، وی را از حمـل مفهوم چنین جملات شرطیه‌ای بر عدم‌جواز باز داشته است.[۱٤] وی دراین‌باره می‌نویسد: «البأس حقیقة فـی الشدّة و العذاب و هما فی غیر الحرام منفیان؛ بأس عبارت است از شـدت و عـذاب کـه ایـن دو مفهـوم در غیرحرام از سایر احکام تکلیفی وجود ندارند.»[۱٥] ظاهر کلمات شیخ انصاری آن است که ایشان نیز تحریم را از ثبوت بأس استفاده کرده است.[۱٦] ایروانی نیز در حاشیهٔ مکاسب همـین مبنـا را در اثبـات بـأس اختیـار

۱. شیخ بهایی، الحبل المتین، ۲۲٤.
۲. عاملی، استقصاء الإعتبار، ۳٥۰/٦.
۳. محقق سبزواری، ذخیرة المعاد، ۲۷۰/۲.
٤. مجلسی، بحار الأنوار، ۱۲/۸۲.
٥. بحرانی، اجوبة المسائل البهبهانیة، ۳۹؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۲۲/۸.
٦. طباطبایی، ریاض المسائل، ۱٥٤/۸.
۷. میرزای قمی، جامع الشتات، ۳٤۲/۲.
۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۹/۸ و ۳۷۱/۱.
۹. سبزواری، مهذب الأحکام، ٤۲٤/٦.
۱۰. فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ٥۰۲/۱.
۱۱. فاضل جواد، مسالک الأفهام، ۲۰۸/۳.
۱۲. نراقی، عواند الأیام، ۷۰.
۱۳. نراقی، مستند الشیعة، ٤۹٦/۲؛ ۱۰۰/٦؛ ۳٥۷/۱۱؛ ۲۱/۱۲؛ ۳۳۰/۱٤؛ ۳۳٦/۱٥.
۱٤. نک: نراقی، مستند الشیعة، ۸۹/۱۳.
۱٥. نراقی، مستند الشیعة، ۱۰٦/۱٤.
۱٦. انصاری، کتاب صلاة، ۸٥/۱.

کرده است.[۱] عراقی، قدر متیقن از اثبات بأس در احکام تکلیفی را نهی تنزیهی شمرده و اثبات صرف تحریم را از آن نپذیرفته است.[۲] موسوی در مدارک، مطلق مبغوضیت را از ثبوت بأس استفاده کرده و آن را دال بر مبغوضیت الزامی ندانسته است.[۳] اما وی در نهایة، ثبوت بأس را مقتضی تحریم قلمداد کرده است.[٤] امام خمینی نیز اثبات بأس را اعم از حرمت دانسته است.[٥] آیت‌الله خویی، در مواردی ثبوت بأس را اعم از تحریم تلقی کرده[٦] و در برخی مواضع دیگر، ثبوت بأس را ظاهر در تحریم دانسته است که نشان‌دهندۀ اتکای وی بر قرائن در استنباط ترک الزامی است.[۷] آیت‌الله سیدمحمد صدر در مقام رد گفتار قائلان به ظهور ثبوت بأس در اعم از تحریم اظهار داشته است: «و قد یناقش بأن ثبوت البأس أعم من الحرمة، فتحمل علی الکراهة، إلا أن المفهوم عرفا أن لا بأس به دال علی الجواز فیدل ضده أو مفهومه علی ارتفاع الجواز، و هو الحرمة و الکراهة لا تعنی ارتفاع الجواز علی أی حال، فتأمل؛ گاهی در مقام مناقشه گفته می‌شود که ثبوت بأس اعم از حرمت است و ازاین‌رو، بر کراهت حمل می‌شود. [اما باید توجه داشت] آنچه که عرفاً از نفی بأس فهمیده می‌شود، جواز است. بنابراین، لازم است که ضد این تعبیر [ثبوت بأس] دال بر عدم‌جواز و ارتفاع آن باشد و روشن است که حکم کراهت، مرتفِع جواز نیست، پس [دراین‌باره] نیک بیاندیش.»[۸] برخی از علمای دانش اصول نیز به همین تناقض در بیان مفاد ثبوت بأس اشاره و به آن اعتراض کرده‌اند.[۹] با دقت در گفتار فقهای امامیه دربارۀ مفاد ثبوت بأس چنین به نظر می‌رسد که معنای آن تحریم و توجه حظر شرعی است. دلیل بر این مدعا، اشتمال مفهوم لغویِ بأس بر معنای عذاب و عقاب است که پیش‌تر در کلمات محقق نراقی بدان اشاره شد. از سوی دیگر، گنجاندن کراهت در دایرۀ مفهومی ثبوت بأس با دیدگاه مشهور فقهای امامیه دربارۀ نفی بأس تنافی دارد؛ زیرا همان‌گونه که در بیان برخی فقها و اصولیان گفته شد، تباین و تناقض نفی و ثبوت مستلزم آن است که دایرۀ مفهومی آن دو، تصادق و تصادفی نداشته باشد. به تعبیر دیگر، انضمام کراهت در حوزۀ معنایی نفی بأس با انضمام آن در حوزۀ معنایی ثبوت بأس سازگاری ندارد؛ ازاین‌رو، بایستی نفی بأس را دال بر جواز تکلیفی و ثبوت بأس را دال بر عدم‌جواز تکلیفی دانست. مؤید این تحدید در دایرۀ مفهومی نفی و ثبوت بأس، معنای لغوی آن خواهد بود.

---

۱. ایروانی، حاشیة المکاسب، ۲۱/۱.

۲. عراقی، شرح تبصرة المتعلمین، ۱۸۱/۳.

۳. موسوی عاملی، مدارک الأحکام، ۳۵۱/۳.

٤. موسوی عاملی، نهایة المرام، ۱۵۹/۱.

٥. خمینی، المکاسب المحرمة، ۷۲/۱ و ۲۱٦/۱.

٦. خویی، فی شرح العروة الوثقی، ۳۵۲/۱۳؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۲۳۸/۱.

۷. خویی، فقه الشیعة، ۲٦٦/۲.

۸. صدر، ماوراء الفقه، ۱۳۹/۳.

۹. طباطبایی، وسیلة الوسائل، ۳۹٤.

۵. استفادهٔ حکم وضعی از نفی بأس در کلمات فقها

فقیهان امامی در مواضع فراوانی، نفی بأس را مستند اثبات احکام وضعی قرار داده‌اند.[۱] البته ایشان در برخی مواضع، استفادهٔ حکم وضعی از نفی بأس را نپذیرفته و دلالت آن را منحصر به جواز تکلیفی دانسته‌اند.[۲] در برخی مواردِ کاربست این تعبیر نیز تردید در تبیین مفاد آن و تزلزل در امکان استفادهٔ حکم وضعی از آن مشهود است.[۳] با تتبع در اقوال فقیهان امامی پیرامون کاربست‌های روایی این واژه و توجه به اقوال فقهای امامیه دراین‌باره به نظر می‌رسد عدم‌استفادهٔ حکم وضعی از این تعبیر یا توقف دراین‌باره، ناشی از قرائنی است که ایشان را از آن بازداشته است. همدانی، استعمال نفی بأس را در موارد توهم نجاست، دالّ بر حکم وضعی طهارت دانسته، دلیل این دلالت را فهم عرف شمرده است. فراتر از این، وی اثبات نجاست از راه ثبوت بأس را سیرهٔ فقهای امامیه بر شمرده است.[٤] آقاضیاء عراقی، استفادهٔ حکم وضعی از اثبات بأس را منوط به قرائن کرده است. وی دراین‌باره می‌نویسد: «معلوم أن البأس فی باب المعاملات منصرف إلی ما هو مرتکز ذهن السائل من حیث الصحة و الفساد؛ اثبات بأس در معاملات، راجع به همان امری است که سائل در پی پاسخ آن است و آن عبارت است از صحت و بطلان.»[٥] ایشان در بیانی دیگر اظهار داشته است: «المعهود من لسان نفی البأس فی کلام الامام، المتوجه الی ما فی ذهن السائل، من حیث الوضع و التکلیف؛ تعبیر نفی بأس در کلمات ائمه(ع) ازنظرِ اشاره به احکام وضعی و تکلیفی، دایرمدارِ سؤالی است که در ذهن سائل بوده است.»[٦] وی، در برخی موارد کاربست این واژه در فرهنگ روایی شیعه به‌دلیل تمرکز سائل بر جهت تکلیفی، استفادهٔ حکم وضعی از این تعبیر را بر نتابیده است.[۷]

۶. تعلق نفی بأس به ذوات

در برخی مواضع نیز علمای رجال دربارهٔ بعضی از راویان حدیث، عبارت نفی بأس را به کار برده‌اند که

---

۱. علامه حلی، مختلف الشیعة، ٤٥٩/١؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ٢٧٩/١ و ٣٥٨/١؛ ابن‌شهید ثانی، معالم الدین، ٤٨٥/٢؛ علوی عاملی، مناهج الأخیار، ٤٤/١؛ محقق سبزواری، ذخیرة المعاد، ٤٦٩/٢؛ مجلسی، بحار الأنوار، ٣٧/٧٧؛ جزائری، کشف الأسرار، ١٥٣/٢؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ١٨٨/٥؛ انصاری، کتاب الطهارة، ٢٩٩/٥؛ عراقی، شرح تبصرة المتعلمین، ٣٢/٢؛ خمینی، کتاب البیع، ٣٩٤/٣؛ خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ١٢٨/٢؛ صدر، بحوث فی شرح العروة الوثقی، ٣٤١/٣؛ تبریزی، ارشاد الطالب، ٥٦٩/٤.

۲. نک: علامه حلی، مختلف الشیعة، ٣١١/٥؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ٥٧١/٢؛ شهید ثانی، رسائل، ٨٥/١؛ شهید ثانی، روض الجنان، ٣٦٢/١؛ فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ٤٩/٤؛ علوی عاملی، مناهج الأخیار، ٧٣/١؛ محقق خوانساری، مشارق الشموس، ٣٧٦/٣؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ٢١٠/٥؛ بهبهانی، مصابیح الظلام، ١٠١/٥ و ٤٢٩/٤؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ٣٢٠/١ و ١١١/٢٣؛ مامقانی، نهایة المقال، ٢١٥؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ٢٣.

۳. نک: شیخ بهایی، الحبل المتین، ١٠٣؛ محقق سبزواری، ذخیرة المعاد، ٥٦٩/٢؛ فیض کاشانی، الوافی، ٢٢٢/٦؛ محقق خوانساری، مشارق الشموس، ٢٠٩/٤؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ٧٧/١٨؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ٧٢/٢.

٤. همدانی، مصباح الفقیه، ٣٢٩/١.

٥. عراقی، شرح تبصرة المتعلمین، ٢٤٧/٥.

٦. عراقی، شرح تبصرة المتعلمین، ١٧١/٣.

٧. عراقی، شرح تبصرة المتعلمین، ٣١/٢.

به نظر می‌رسد چنین تعبیری دال بر جواز عمل به روایات آن راوی باشد.[۱] شهید ثانی استفادهٔ توثیق از چنین تعبیری را نپذیرفته و نهایت دلالت آن را اثبات ایمان راوی بر شمرده است.[۲] تعلق نفی بأس به ذوات آدمیان در برخی از سؤالاتی که از ائمه(ع) شده است نیز در جای خود درخورِ توجه است.[۳] فیض کاشانی، مفاد چنین تعبیری را حُسن اعتقاد دانسته است.[٤] پیش‌تر نیز به توقف محقق اردبیلی در این مواضع و قول وی به اجمال اشاره شد.[٥]

۷. مفهوم‌شناسی نفی بأس در تعابیر روایی (نظریهٔ مختار)

به نظر می‌رسد که نفی بأس در تعابیر روایی، مفید جواز و عدم‌الزام است. برای اثبات این ادعا (دلالت نفی بأس بر جواز و عدم‌امکان استفادهٔ الزام از آن) می‌توان به ادلهٔ زیر تمسک کرد:

أ. با نظرداشت کاربست‌های قرآنی بأس، معنای لغوی آن و ظهور نفی آن در نفی عذاب و عقاب و کیفر، به نظر می‌رسد مفاد نفی بأس و مستظهر از استعمال آن در تعابیر روایی، بیان عدم‌توجه نهی شرعی به آن امری است که بأس از آن نفی شده و فراتر از این، دلالتی در این تعبیر نیست؛ بیان معنای تأمین و نفی عذاب در تبیین مفاد نفی بأس از سوی اهل لغت، شاهدی وثیق بر این معناست. به بیان دیگر، نفی بأس، جواز شرعیِ موضوع را می‌رساند و اینکه ترک آن موضوع از سوی شارع مقدس الزامی شمرده نشده است. ازاین‌رو، مدلول این عبارت، نفی حظر و منع شرعی دربارهٔ «ما نفی عنه البأس» است.

ب. ظهور این مفهوم در عدم‌الزام، بیشتر از ظهور آن در الزام است و صدور تعبیر نفی بأس برای بیان وجوب از سوی شارع پسندیده نیست؛ لذا نمی‌توان وجوب را از مدالیل آن تلقی کرد. به بیان روشن‌تر، منع شرعی، متوجه وجوب نیست و بلکه فعل آن الزامی است؛ اما اینکه شارع در پاسخ سؤال کسی که شبهه در توجه حظر شارع به رفتاری اختیاری دارد، صرفاً به بیان فقدان آن حظر و منع اکتفا کند و متعرض بیان وجوب نشود، بعید به نظر می‌رسد. دفع توهم حظر در مظانّ وجودِ آن لازم است، اما افزون بر این، بر شارع با لحاظ حیثیت ربوبیت تشریعی او لازم است که مکلفِ جاهل به الزام فعل را بدان راهنمایی و ارشاد کند. ازاین‌رو، از باب تقدیم اظهر بر ظاهر در مقام استظهار، وجوب از مدالیل این مفهوم کنار نهاده می‌شود.

ج. افزون بر این، تعبیر به نفی بأس در مقام استفهام از امری الزامی، عقلایی نیست. فیض کاشانی، استفادهٔ افضلیت را از تعبیر نفی بأس نپذیرفته و سؤال از بأس و توهم منع را قرینهٔ بر عدم‌امکان اخذ آن در

---

۱. نک: نجاشی، رجال النجاشی، ۱۸٦.

۲. شهید ثانی، رسائل، ۹۹۰/۲.

۳. نک: طوسی، تهذیب الأحکام، ٤٤۷/٥.

٤. فیض کاشانی، الوافی، ۳۳۰/۱۲.

٥. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۲۲٦/۱۱.

مفهوم نفی بأس تلقی کرده است.[۱] نراقی نیز در بیانی مشابه بر همین نکته تأکید کرده است.[۲] آیت‌الله حکیم نیز جواز مستفاد از نفی بأس را غیرالزامی شمرده است.[۳]

د. مشهور علمای اصول فقه امامیه، ظهور صیغهٔ امر را درصورتی‌که عقیب حظر یا توهم آن واقع شده باشد، در وجوب نپذیرفته و تعقب حظر یا توهم آن را مانع استظهار وجوب از این صیغه دانسته‌اند.[٤] اگر صیغهٔ امری که قدرت آن در افادهٔ وجوب بسی بیشتر از تعبیر لا بأس است، نتواند پس از حظر یا توهم آن وجوب را برساند؛ به‌طریق اولیٰ تعبیر به نفی بأس، در مقام دفع توهم حظر و منعی که پندار سائل بوده، در این زمینه افاده و ظهوری نخواهد داشت.

ازاین‌رو، مفهوم نفی بأس در احکام تکلیفی مساوق است با استحباب، کراهت یا اباحه و ظهوری در هیچ‌کدام از این احکام سه‌گانه ندارد، بلکه صرفاً رافع حظر و منع دربارهٔ موضوع است. به‌عبارت‌دیگر، همان‌گونه که امر عقیبِ حظر دلالتی بر الزام ندارد و صرفاً رافع حظر و منعی است که سائل راجع به آن متوهم بوده است، نفی بأس از موضوعی که سائل توهم عدم‌جواز شرعی آن را دارد نیز همین‌گونه است و نمی‌تواند دلالتی بر وجوب داشته باشد.

۸. مفهوم‌شناسی ثبوت بأس در تعابیر روایی (نظریهٔ مختار)

پس از تبیین مفاد نفی بأس، مفاد ثبوت بأس نیز روشن می‌شود که با عنایت به معنای لغوی بأس و شمول آن بر مفهوم عقاب و نیز تبادری که در کلمات برخی فقها بدان اشاره شده است[٥] و تباین و تناقض، نفی و ثبوتِ[٦] عدم‌جواز و تحریم است و دلالت آن بر مطلق مرجوحیت و اشتمال آن بر کراهت، پذیرفتنی نیست.

۹. استفادهٔ حکم وضعی از نفی و ثبوت بأس (نظریهٔ مختار)

به نظر می‌رسد دامنهٔ مفهومی نفی بأس به گستردگی جملگی احکام تکلیفی و وضعی نیست، بلکه این تعبیر تنها در حوزهٔ احکام تکلیفی قابلیت و صلاحیتِ دلالت دارد. در احکام وضعی که مجتهد در پی یافتن حکم صحت و فساد، طهارت و نجاست و محمولاتی از این قبیل است، نمی‌تواند نفی بأس را دال بر

---

۱. فیض کاشانی، الوافی، ۳۰۵/۷.

۲. نراقی، مستند الشیعة، ۲۹٤/۱۲.

۳. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۵۷۱/۷.

٤. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۷۷.

۵. محقق خوانساری، مشارق الشموس، ۲۸۵/۲.

٦. صدر، ماوراء الفقه، ۱۳۹/۳؛ طباطبایی، وسیلة الوسائل، ۳۹٤.

این احکام قرار دهد. البته ممکن است در جایی به‌دلیل مبانی مختار از سوی مجتهد در بحث اقتضا یا عدم اقتضای نهی دربارهٔ فساد و بطلان معامله، با اثبات بأس راجع به امری، این توجه نیز حظر و منع مقتضی فساد آن قلمداد شود؛ ولی روشن است که فهم این حکم وضعی از راه ثبوت بأس صورت نگرفته است، بلکه لازمهٔ ثبوت بأس است و نمی‌توان صحت را مفهوم بلاواسطهٔ نفی بأس تلقی کرد. به تعبیر دیگر، ثبوت بأس، منهی‌عنه‌بودنِ آن رفتار را ثابت می‌کند و اگر آن نهی، مقتضی بطلان شمرده شود، می‌توان از این راه فساد را نیز استفاده کرد. به بیان رساتر، مفهوم مطابقیِ ثبوت بأس، همان توجه حظر و منع شارع مقدس است و مفهوم التزامی و مع‌الواسطهٔ آن، در فرض ثبوت مفهوم در تعبیر مشتمل بر نفی بأس، پذیرش حجیت مفهوم و دلالت نهی بر فساد، فساد و بطلان است. لذا به نظر می‌رسد فقهای امامیه در مقام استفادهٔ حکم وضعی از نفی بأس، لوازم میانی را نادیده گرفته و بدون احراز آن، حکم وضعی را استفاده کرده‌اند، اگرچه در برخی موارد به‌دلیل ثبوت آن لوازم و عدم‌توجه به آن، در این رأی صائب بوده‌اند. توجه به این نکته در حوزهٔ افادهٔ مفهومی نفی بأس و ثبوت بأس، بسیاری از نزاع‌های موجود در متون فقهی را که پیرامون استفادهٔ از این تعبیر در کلمات ائمه(ع) صورت گرفته است، مرتفع خواهد کرد. بنابراین، نفی بأس در احکام وضعی صرفاً مفید عدم‌ردع شرعی دربارهٔ آن احکام است و تعرضی به مفاهیمی نظیر صحت و بطلان و طهارت و نجاست ندارد. دلائلی چند را می‌توان در مقام استدلال بر این مدعا ذکر کرد:

۱. دلیل اول، توجه به‌معنای لغوی این ماده است. با دقت در معنای لغوی این ماده، تناسبی میان معنای مزبور و تشریع در حوزهٔ احکام وضعی یافت نمی‌شود که توجه مجازاتی دربارهٔ آن منتفی است. مفهوم عذاب، عقاب و کیفرِ مستفاد از این مادهٔ لغوی، تنها در حوزهٔ تشریع احکام تکلیفی قابل تصور و تصادق است.

۲. دلیل دوم بر این ادعا که مؤید اعتبار معنای لغوی آن نیز است، کاربست‌های این مادهٔ لغوی در کتاب الهی است. هیچ‌کدام از این استعمالات، مربوط به دانش فقه و حوزهٔ رفتارهای اختیاری انسان نیست؛ اما چنین کاربردهایی نشان‌دهندهٔ آن است که متفاهم عرفی از این مادهٔ لغوی در عصر تشریع همان معنای عذاب، عقاب و مجازات بوده است و درصورتی‌که فراتر از این امر، در افادهٔ مطلوب دیگری به کار رفته است، از باب لازمهٔ مفهوم و معنای آن بوده است، نه اینکه مفهوم مطابقی آن باشد.

۳. دلیل سوم بر این ادعا، تعارض مستقر در روایاتی که مشتمل بر نفی بأس بوده و از سوی فقهای امامیه دال بر احکام وضعی قلمداد شده است با روایاتی است که با تعبیری غیر از نفی بأس، ظهور در بطلان وضعی دارد و این معنا از آن به‌روشنی استفاده می‌شود. از دیگر سوی، تناسب مبنای مزبور در افادهٔ مفهومی نفی بأس، منطبق بر ضابطهٔ «الجمع مهما أمکن أولی من الطرح» است و این تعارض بدوی در روایاتِ صحیح را خواهد زدود، هرچند که ممکن است با نظرداشت مفهوم التزامیِ نفی بأس، بروز تعارض

در منطوق و مفهوم، اجتناب‌نشدنی باشد؛ اما با دقت در لوازم ظهور نفی بأس در تحکیم وضعی، این امر در همهٔ موارد پیش نخواهد آمد.

٤. توسعهٔ مفهومی نفی بأس و تسری آن به نفی احکام وضعی، ادعایی بدون دلیل است. افزون بر آن، مدلول لغوی این واژه و کاربردهای قرآنی آن با این ادعا تنافی دارد. به تعبیر دیگر، قدر متیقن از استعمال این تعبیر، نفی توهم حظر و عزیمت است و دلالت آن بر ورای این معنا نیازمند دلیلی است که نشانی از آن نیست.

٥. شاید بتوان تبادرِ معنای رخصت فعلی و عملی از تعبیر نفی بأس را به‌عنوان دلیلی دیگر بر این مدعا بر شمرد. به‌عبارت‌دیگر، با ملاحظهٔ کاربست‌های عرفی نفی بأس چنین به نظر می‌رسد که عقلا این تعبیر را در مقام توهم حظر و منع، در خصوص افعال و رفتارهای اختیاری به کار می‌برند، هرچند که ممکن است با اتکای بر قرائن، آن را در مواضع دیگر نیز استعمال کنند. ازاین‌رو، لازم است که متعلق نفی بأس، رفتاری اختیاری شمرده و مفاد آن جواز تکلیفی دانسته شود؛ البته اگر در موردی از کاربست‌های این خطاب شرعی مجالی برای حمل آن بر حکم تکلیفی نباشد، این امر قرینه‌ای بر استعمال آن در غیر موضوع‌له است و می‌توان در چنین موردی نفی بأس را مبنای استفادهٔ حکم وضعی قرار داد. نکتهٔ دیگر آنکه، دلالت نفی بأس بر احکام وضعی منوط به آن است که امکان تعلق جعل تشریعی به این دسته از احکام پذیرفته شود و در این زمینه مبنایی مانند مبنای فاضل تونی که قائل به اعتباری‌بودن احکام وضعی است[1] یا نظریهٔ شیخ انصاری که انتزاعی‌بودن احکام وضعی را برگزیده است،[2] اختیار شود. در غیر این صورت، چنانچه مبنای آخوند خراسانی مبنی‌بر تفصیل در مسئله و غیراعتباری‌بودن پاره‌ای از احکام وضعی[3] گزینش شود، مجالی برای حمل آن بر حکم وضعی در آن دسته از احکام نخواهد ماند.

البته باید توجه داشت که استفادهٔ معانی پیش‌گفته از این مفهوم واژه، افزون بر کشف موضوع‌له لغوی، کثرت استعمال (انصراف)، دقت در مدلول کاربردهای قرآنی و کلمات فقیهان شیعی، منوط بر ملاحظهٔ دیگر مناشئ ظهور از قبیل مقدمات حکمت، قرینهٔ سؤال، قرینهٔ سیاق و قرائن خاص است و چنان‌که روشن است امکان حمل آن بر معنایی دیگر با لحاظ قرائن، دور از ذهن و ممتنع نیست. اما درصورتی‌که چنین توانی در قرینه نباشد یا حمل آن بر معنایی غیر از معنای وضعی و مستظهر اولیه، مستلزم تالی فاسد باشد، استفادهٔ معانی پیش‌گفته از آن ضروری است.

---

۱. تونی، الوافیة، ۲۰۲.

۲. انصاری، فرائد الأصول، ۱۲٦/۳.

۳. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ٤۰۰.

۱۰. تطبیق نظریهٔ مختار بر برخی از روایات

در روایات فراوانی از اهل بیت(ع) توهم لزوم اجتناب از اعیانی زدوده شده که احتمال نجاست آن می‌رود و به نفی بأس از آن پرداخته شده است. برای نمونه به چند روایت دراین‌باره اشاره می‌شود:

۱۰. ۱. فُضیل می‌گوید: «سُئِلَ أَبوعَبْدِاللَّهِ(ع) عَنِ الْجُنُبِ یغْتَسِلُ فَیَنْتَضِحُ مِنَ الْأَرْضِ فِی الْإِنَاءِ فَقَالَ لَا بَأْسَ هَذَا مِمَّا قَالَ اللَّهُ تَعَالَی ما جَعَلَ عَلَیکُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ؛[1] از امام صادق(ع) دربارهٔ جُنُبی سؤال شد که در حال غسل‌کردن است و مقداری از آبی که بر تن خویش می‌ریزد به ظرفی که از آن غسل می‌کند تراوش می‌کند. امام(ع) پاسخ دادند: زیانی نخواهد رساند، این مورد مصداقی از گفتار خدای متعال است که در دین [اسلام] کار سنگین و سختی بر شما قرار ندارد.»[2] تعبیر «لا بأس» در این روایت و روایاتی دیگر که به نفی بأس ناشی از توهم نجاست پرداخته شده است، دال بر عدم‌لزوم اجتناب است و استدلال امام(ع) به آیهٔ هفتادوهشتم سورهٔ حج مؤید آن است که امام(ع) در مقام تبیین حکم وضعی (طهارت یا نجاست واقعی) نیست؛ بلکه مراد وی، تبیین حکم تکلیفی و جوازی است که رافع تحیر مکلف در مقام عمل است. به نظر می‌رسد آیت‌الله خویی، اگرچه در مواضع متعددی نفی بأس را مستند حکم وضعی طهارت قرار داده است، در استفادهٔ از این روایت در مقام استنباط، به عدم‌منع شرعی دربارهٔ استفاده از چنین آبی در وضو و غسل اکتفا کرده و متعرض استفادهٔ طهارت از آن نشده است که ممکن است ناشی از استدلال امام(ع) به آیهٔ نفی حَرَج باشد.[3]

۱۰. ۲. در روایتی نیز احول می‌گوید: «قَالَ لِأَبِی‌عَبْدِاللَّهِ(ع) فِی حَدِیثٍ الرَّجُلُ یسْتَنْجِی فَیَقَعُ ثَوْبُهُ فِی الْمَاءِ الَّذِی اسْتَنْجَی بِهِ فَقَالَ لَا بَأْسَ فَسَکَتَ فَقَالَ أَ وَ تَدْرِی لِمَ صَارَ لَا بَأْسَ بِهِ قَالَ قُلْتُ لَا وَ اللَّهِ فَقَالَ إِنَّ الْمَاءَ أَکْثَرُ مِنَ الْقَذَرِ؛ راوی از امام صادق(ع) دربارهٔ مردی که در حال استنجا لباسش در آب استنجا می‌افتد، سؤال کرد. امام(ع) فرمود: زیانی از آن حاصل نمی‌شود. سپس امام(ع) درنگی کرد و پس از آن فرمود: آیا می‌دانی چرا گزندی از آن نمی‌رسد؟ راوی گفت: سوگند به خدا که نمی‌دانم. امام(ع) فرمود: زیرا در آب استنجا، آب غالب بر عین نجاست است.»[4] امام(ع) در این روایت، توهم نجاست حاصل از تلاقی لباس و آب استنجا را زدوده و در تعلیل نفی بأس، به غلبهٔ آب بر عین نجس اشاره کرده است. تعلیل موجود در گفتار امام صادق(ع) مشعر به این معناست که وی در مقام تعلیم وظیفهٔ عملی مکلف در هنگام شک بوده و قصدی برای تعرض به حکم طهارت یا نجاست آب استنجا نداشته است. آیت‌الله خویی نیز به‌دلیل

---

۱. حج: ۷۸.
۲. طوسی، تهذیب الأحکام، ۸٦/۱.
۳. خویی، فی شرح العروة الوثقی، ۳۰۰/۲.
٤. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۲/۱.

تعلیل مذکور در ذیل روایت، روایت مزبور را در بیان طهارت یا نجاست آب ساکت دانسته است.[۱] به نظر می‌رسد اینکه مفهوم این تعلیل را منحصر در این مورد خاص بدانیم و آن را اشاره‌ای به مفاد نفی بأس نشمریم، با گزینش حکیمانهٔ امام(ع) در انتخاب چنین تعبیری سازگار نباشد. ازاین‌رو، بایستی مفاد روایاتی از این قبیل در باب طهارت را تعلیم اصل طهارت و جواز استعمال عینی که شک در طهارت آن شده است دانسته شود و قائل به تعرضی به حکم وضعی در آن نشود. پرواضح است که اصل عملی طهارت محرز واقع نیست و فراتر از جواز تکلیفی، به‌دلیل فقدان واقع‌نمایی نمی‌تواند دال بر طهارت واقعی قلمداد شود. از سوی دیگر، خوانساری به‌دلیل احتمال ارادهٔ عفو نجاست در این دسته از اخبار، استفادهٔ صِرف طهارت را ممنوع دانسته است.[۲] محدث بحرانی نیز نفی بأس در چنین روایاتی را اعم از طهارت دانسته و بر لزوم استناد بر قرائن دیگر در اثبات طهارت تأکید کرده است.[۳] سیدمصطفی خمینی نیز در برخی از فروع فقهی با اشارهٔ به همین احتمال از حمل نفی بأس بر طهارت اجتناب کرده است.[٤] وی در برخی مواضع کاربرد بأس، مفاد آن را لزوم اجتناب شمرده که حکمی تکلیفی است و لازمهٔ ثبوت این حکم تکلیفی را نجاست دانسته است.[٥] البته امام خمینی این احتمال را مردود دانسته و ظهور چنین اخباری در نجاست معفو را خلاف متفاهم عرفی و ظاهر روایات شمرده است.[٦]

۱۰. ۳. حسین‌بن‌منذر نیز در روایتی نقل می‌کند: «قُلْتُ لِأَبِی‌عَبْدِاللَّهِ(ع) یجِیئُنِی الرَّجُلُ، فَیطْلُبُ الْعِینَةَ،[۷] فَأَشْتَرِی لَهُ الْمَتَاعَ مُرَابَحَةً، ثُمَّ أَبِیعُهُ إِیاهُ، ثُمَّ أَشْتَرِیهِ مِنْهُ مَکَانِی. قَالَ فَقَالَ إِذَا کَانَ بِالْخِیارِ إِنْ شَاءَ بَاعَ وَ إِنْ شَاءَ لَمْ یبِعْ، وَ کُنْتَ أَنْتَ أَیضاً بِالْخِیارِ إِنْ شِئْتَ اشْتَرَیتَ وَ إِنْ شِئْتَ لَمْ تَشْتَرِ، فَلَا بَأْسَ. قَالَ قُلْتُ فَإِنَّ أَهْلَ الْمَسْجِدِ یزْعُمُونَ أَنَّ هذَا فَاسِدٌ، وَ یقُولُونَ إِنْ جَاءَ بِهِ بَعْدَ أَشْهُرٍ صَلَحَ؟ فَقَالَ إِنَّمَا هذَا تَقْدِیمٌ وَ تَأْخِیرٌ، فَلَا بَأْسَ بِهِ؛ به امام صادق(ع) عرضه داشتم که مردی نزد من آمده و طالب کالای معینی است. من آن کالا را به‌قصد مرابحه برای او خریدم و سپس به او فروختم. سپس او در جایگاه بایع قرار گرفت و من به‌عنوان مشتری، کالا را از او خریدم. راوی می‌گوید امام صادق(ع) فرمود: اگر تو اختیار داشته باشی که آن کالا را بفروشی یا نفروشی و همچنین تو در خریداری آن کالا مختار باشی، در این معامله منعی نیست. راوی می‌گوید به امام(ع) عرض کردم: اهل مسجد این معامله را فاسد می‌پندارند و می‌گویند چنین معامله‌ای تنها در صورتی

---

۱. خویی، فی شرح العروة الوثقی، ۳۰۲/۲.

۲. محقق خوانساری، مشارق الشموس، ۳۷۷/۳ و ٦۷/٤.

۳. بحرانی، الحدائق الناضرة، ٤۷٤/۱.

٤. خمینی، مصطفی، کتاب الطهارة، ۱۳۱/۲.

٥. خمینی، مصطفی، کتاب الطهارة، ۳۳۲/۲.

٦. خمینی، کتاب الطهارة، ۳٤۹/٤.

۱۲۹. بیع عینه به خرید کالا به‌صورت نسیه و فروش نقدی آن به بهای کمتر گفته می‌شود. این نوع از بیع، یکی از حیل فرار از ربا شمرده شده است (نک: خویی، مصباح الفقاهة، ٥۳۱/٥).

صحیح است که خریدار، کالا را پس از چند ماه برای فروش بازگرداند؟ امام(ع) فرمود: این امر تنها تقدیم و تأخیری در بیع متعاقب است و اثری در صحت و فساد ندارد.»[۱] شیخ انصاری در توضیح مضمون این روایت می‌نویسد: «مراد از خیار در این روایت، اختیار عرفی در مقابل اشتراط است. ازاین‌رو، روایت، دال بر ثبوت بأس در فرضی است که یکی از متعاملین به‌دلیل التزام به بیع یا شراء، اختیار را از خویش سلب کرده باشد. اگر ثبوت بأس در این روایت راجع به بیع نخست باشد، مطلوب ثابت است، اما اگر ثبوت بأس ناظر به بیع دوم باشد، این بطلان وجهی نخواهد داشت و مستفاد از آن همان بطلان بیع نخست است، زیرا اگر بیع نخست صحیح باشد، بیع دوم نیز که بر آن مترتب شده، صحیح خواهد بود و بأسی به آن توجه نخواهد یافت؛ بلکه به مقتضای تحقق شرط، لازم خواهد شد. برخی از فقها، استفادهٔ این معنا از روایت را به‌دلیل عدم‌دلالت بأس بر بطلان ممنوع دانسته‌اند که فساد آن روشن است.»[۲] فقیهی که شیخ انصاری در کلامش به وی اعتراض کرده، صاحب‌جواهر است، زیرا وی در استفادهٔ بطلان از این روایت تشکیک کرده است.[۳] اگر در این روایت، مفهوم نفی بأس و واژهٔ فاسد را حمل بر جواز و عدم‌جواز تکلیفی کنیم، نزاع مزبور منتفی خواهد شد، زیرا بیع عینه درصورتی‌که معاملهٔ نخست مشروط به انجام معاملهٔ دوم نشود، جایز و مشروع است و ربوی شمرده نمی‌شود و راجع به معاملهٔ دوم الزامی بر متعاملین نیست و اگر مشروط شود، به‌گونه‌ای که خریدار ملزم به فروختن و فروشنده ملزم به خریدن باشد، معامله صحیح نیست.

۱۰. ٤. دربارهٔ روایت محمدبن‌مضارب از امام صادق(ع): «لَا بَأْسَ بِبَيعِ الْعَذِرَةِ؛ در فروش مدفوع انسان گزندی نیست»[٤] و روایت یعقوب‌بن‌شعیب از ایشان: «ثَمَنُ الْعَذِرَةِ مِنَ السُّحْتِ؛ مالی که از فروش مدفوع انسان حاصل می‌شود نامشروع است» نیز[٥] با اتخاذ مبنای مزبور روشن می‌شود که مدلول روایت نخست، جواز تکلیفی است و لذا نمی‌توان آن را با مدلول روایت دوم که دال بر عدم‌جواز وضعی در صورت پذیرش استفادهٔ حکم وضعی بطلان از سُحت‌بودن ثمن است،[٦] متعارض دانست. البته ممکن است گفته شود جواز تکلیفی مستفاد از نفی بأسی که به فعل مکلف تعلق گرفته است را می‌توان مبنای فهم جواز وضعی و صحت قرار داد، اما باید توجه داشت که جواز تکلیفی معامله‌ای خاص به‌معنای صحت جملگی مصادیق آن نیست و ممکن است در موردی به‌دلیل عدم‌توجه قصد به منفعت حلال، حکم به بطلان و سُحت‌بودن ثمن شود. به تعبیر دیگر، مستفاد از روایت محمدبن‌مظاهر، جواز تکلیفی چنین معامله‌ای

---

۱. کلینی، کافی، ۱۸۰/۱۰.

۲. انصاری، کتاب المکاسب، ۲۳۵/٦.

۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۱۱/۲۳.

٤. کلینی، کافی، ۲٥٦/۱۰.

٥. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۷۲/٦.

۱۳٥. برخی فقهای امامیه نهی متعلق به آثار معاملات را مفید فساد ندانسته‌اند (نک: خمینی، تحریرات فی الأصول، ۳۷۰/٤).

است و آنچه از روایت یعقوب‌بن‌شعیب استفاده می‌شود بطلان و فساد در موردی خاص است.

۱۰. ۵. در روایتی که سعدان‌بن‌مسلم از امام صادق(ع) نقل کرده است: «لَا بَأْسَ بِتَزْوِيجِ الْبِكْرِ إِذَا رَضِيتْ مِنْ غَيرِ إِذْنِ أَبِيهَا؛ در ازدواج با دختر باکره درصورتی‌که وی راضی باشد، بدون استیذان از ولی زیانی حاصل نخواهد شد»،[1] حمل نفی بأس بر جواز تکلیفی، نافی لزوم استیذان از ولی نخواهد بود. ازاین‌رو، هنگامی‌که مانعی بر سر راه حمل نفی بأس بر جواز تکلیفی نیست، حمل آن بر حکم وضعی شایسته نیست و عنایت به این امر می‌تواند برخی مجالات تعارض و تنافی روایات صحیح را امحا کند.

نتیجه‌گیری

مفاد نفی بأس صرفاً انتفای حظر، منع و عقاب در احکام تکلیفی است و این تعبیر روایی دلالتی بر جواز در احکام وضعی ندارد. در مقام استدلال بر این مدعا می‌توان به گفتار اهل لغت، کاربست‌های قرآنی مادهٔ بأس، تعارض حاصل از توسعهٔ مدلول نفی بأس و رفع پاره‌ای از موارد آن از راه تضییق این دایرهٔ مفهومی و فقدان دلیل دربارهٔ توسعهٔ مدلول نفی بأس اشاره کرد. البته در مواضعی که گریزی از استفادهٔ حکم وضعی از آن نباشد، می‌توان همین امر را قرینه‌ای بر کاربرد آن در حوزهٔ اباحهٔ وضعی قلمداد کرد. در حوزهٔ احکام تکلیفی، نفی بأس دال بر رخصت و جواز غیرالزامی است که با استحباب، اباحه و کراهت مساوق است و وجوب در گسترهٔ معنایی آن جایی ندارد، زیرا فهم عدم‌الزام از آن اظهر است و دفع توهم حظر بدون اشارهٔ به الزام، با حکمت و حیثیت ربوبی مصدر تشریع متنافی است.

منابع

قرآن کریم

ابن‌اثیر، مبارک‌بن‌محمد. النهایة فی غریب الحدیث و الأثر. قم: اسماعیلیان. چاپ‌چهارم، ۱۳۶۷.

_____. معانی الأخبار. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۰۳ق.

ابن‌درید، محمدبن‌حسن. جمهرة اللغة. بیروت: دار العلم. چاپ‌اول، ۱۹۸۸م.

ابن‌شهید ثانی، حسن‌بن‌زین‌الدین. معالم الدین و ملاذ المجتهدین: قسم الفقه. قم: مؤسسة الفقه. چاپ‌اول، ۱۴۱۸ق.

ابن‌فارس، احمدبن‌فارس. معجم مقاییس اللغة. قم: مکتب الإعلام الإسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۰۴ق.

ابن‌منظور، محمدبن‌مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الصادر. چاپ‌سوم، ۱۴۱۴ق.

ازهری، محمدبن‌احمد. تهذیب اللغة. بیروت: دار إحیاء التراث العربی. چاپ‌اول، ۱۴۲۱ق.

---

۱. طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۸۰/۷.

اشکنانی، عبدالله. نفی البأس فی الأحادیث الفقهیة. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین. فرائد الأصول. قم: مجمع الفکر الإسلامی. چاپ‌نهم، ۱۴۲۸ق.

_____. کتاب الصلاة. قم: کنگرۀ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. چاپ‌اول، ۱۴۱۵ق.

_____. کتاب الطهارة. قم: کنگرۀ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. چاپ‌اول، ۱۴۱۵ق.

_____. کتاب المکاسب. قم: کنگرۀ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. چاپ‌اول، ۱۴۱۵ق.

ایروانی، علی. حاشیة المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۰۶ق.

آخوند خراسانی، محمدکاظم‌بن‌حسین. کفایة الأصول. قم: آل‌البیت. چاپ‌پنجم، ۱۴۲۹ق.

آذرنوش، آذرتاش. فرهنگ معاصر عربی‌فارسی. تهران: نی. چاپ‌پنجم، ۱۳۸۴.

بجنوردی، حسن. القواعد الفقهیة. قم: هادی. چاپ‌اول، ۱۴۱۹ق.

بحرالعلوم، محمدمهدی‌بن‌مرتضی. مصابیح الأحکام. قم: میثم تمار. چاپ‌اول، ۱۴۲۷ق.

بحرانی، یوسف‌بن‌احمد. اجوبة المسائل البهبهانیة. قم: دار إحیاء الأحیاء لعلماء البحرین و القطیف و الأحساء. چاپ‌اول، ۱۴۰۶ق.

_____. الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۰۵ق.

بهبهانی، محمدباقربن‌محمداکمل. مصابیح الظلام. قم: مؤسسۀ علامه وحید بهبهانی. چاپ‌اول، ۱۴۲۴ق.

تبریزی، جواد. ارشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب. قم: اسماعیلیان. چاپ‌سوم، ۱۴۱۶ق.

تونی، عبدالله‌بن‌محمد. الوافیة فی أصول الفقه. قم: مجمع الفکر الإسلامی. چاپ‌سوم، ۱۴۱۵ق.

جزائری، سیدنعمت‌الله. کشف الأسرار فی شرح الإستبصار. قم: دار الکتاب. چاپ‌اول، ۱۴۰۸ق.

جوهری، اسماعیل‌بن‌حماد. الصحاح. بیروت: دار العلم. چاپ‌اول، ۱۳۷۶ق.

حر عاملی، محمدبن‌حسن. وسائل الشیعة. قم: آل‌البیت. چاپ‌اول، ۱۴۰۹ق.

حسینی عاملی، محمدجوادبن‌محمد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۱۹ق.

حکیم، سیدمحسن. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر. چاپ‌اول، ۱۴۱۶ق.

حمیری، نشوان‌بن‌سعید. شمس العلوم. دمشق: دار الفکر. چاپ‌اول، ۱۴۲۰ق.

خمینی، روح‌الله. المکاسب المحرمة. قم: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ‌اول، ۱۴۱۵ق.

ـــــــــــــــــــ. کتاب البیع. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ‌اول، ۱۴۲۱ق.

ـــــــــــــــــــ. کتاب الطهارة. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ‌اول، ۱۴۲۱ق.

خمینی، مصطفی. تحریرات فی الأصول. قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ‌اول، ۱۴۱۸ق.

ـــــــــــــــــــ. کتاب الطهارة. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ‌اول، ۱۴۱۸ق.

خوانساری، محمد. تسدید القواعد فی حاشیة الفرائد. تهران: شیخ محمد قوانینی. چاپ‌اول، ۱۳۵۲.

خویی، سیدابوالقاسم. التنقیح فی شرح العروة الوثقی. قم: مؤسسهٔ احیاء آثار امام خویی. چاپ‌اول، ۱۴۱۸ق.

ـــــــــــــــــــ. مصباح الفقاهة من المعاملات. قم: انصاریان. چاپ‌اول، ۱۴۱۷ق.

ـــــــــــــــــــ. فقه الشیعة: کتاب الطهارة. قم: آفاق. چاپ‌سوم، ۱۴۱۸ق.

سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار. چاپ‌چهارم، ۱۴۱۳ق.

شهید اول، محمدبن‌مکی. ذکری الشیعة فی أحکام الشریعة. قم: آل‌البیت. چاپ‌اول، ۱۴۱۹ق.

ـــــــــــــــــــ. غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیه. چاپ‌اول، ۱۴۱۴ق.

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی. رسائل. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیه. چاپ‌اول، ۱۴۲۱ق.

ـــــــــــــــــــ. روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیه. چاپ اول، ۱۴۰۲ق.

ـــــــــــــــــــ. فوائد القواعد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیه. چاپ‌اول، ۱۴۱۹ق.

ـــــــــــــــــــ. مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسهٔ معارف اسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۱۳ق.

شیخ بهایی، محمدبن‌حسین. الحبل المتین فی أحکام الدین. قم: کتاب‌فروشی بصیرتی. چاپ‌اول، ۱۳۹۰ق.

صاحب‌جواهر، محمدحسن‌بن‌باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

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

صدر، محمدباقر. بحوث فی شرح العروة الوثقی. قم: مجمع الشهید آیت‌الله الصدر العلمی. چاپ‌دوم، ۱۴۰۸ق.

طباطبایی، علی‌بن‌محمد. ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: آل‌البیت. چاپ‌اول، ۱۴۱۸ق.

طباطبایی، محمدباقر. وسیلة الوسائل فی شرح الرسائل. قم: بی‌نا. بی‌تا.

طوسی، محمدبن‌حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة. چاپ‌سوم، ۱۳۸۷ق.

ـــــــــــــــــــ. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیة. چاپ‌چهارم، ۱۴۰۷ق.

عاملی، محمدبن‌حسن. إستقصاء الإعتبار فی شرح الإستبصار. قم: آل‌البیت. چاپ‌اول، ۱۴۱۹ق.

عراقی، ضیاءالدین. شرح تبصرة المتعلمین. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۱۴ق.

عسکری، حسن‌بن‌عبدالله. الفروق فی اللغة. بیروت: دار الآفاق الجدیدة. چاپ‌اول، ۱۴۰۰ق.

علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف. مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ‌دوم، ۱۴۱۳ق.

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

علوی عاملی، احمدبن‌زین‌الدین. مناهج الأخیار فی شرح الاستبصار. قم: اسماعیلیان. بی‌تا.

فاضل جواد، جوادبن‌سعید. مسالک الأفهام إلی آیات الأحکام. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

فاضل مقداد، مقدادبن‌عبدالله. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانۀ آیت‌الله مرعشی نجفی. چاپ‌اول، ۱۴۰۴ق.

فراهیدی، خلیل‌بن‌احمد. کتاب العین. قم: هجرت. چاپ‌دوم، ۱۴۰۹ق.

فیض کاشانی، محمدبن‌شاه‌مرتضی. الوافی. اصفهان: کتابخانۀ امام امیرالمؤمنین علی(ع). ۱۴۰۶ق.

قرشی بنابی، علی‌اکبر. قاموس قرآن. تهران: دار الکتب الإسلامیة. چاپ‌ششم، ۱۳۷۱.

کاشف‌الغطاء، جعفربن‌خضر. شرح طهارة قواعد الأحکام. بی‌جا: کاشف الغطاء. بی‌تا.

کلینی، محمدبن‌یعقوب. کافی. قم: دار الحدیث. چاپ‌اول، ۱۴۲۹ق.

مازندرانی، محمدهادی‌بن‌محمدصالح. شرح فروع الکافی. بی‌جا: دار الحدیث. چاپ‌اول، ۱۴۲۹ق.

مامقانی، عبدالله‌بن‌محمدحسن. نهایة المقال فی تکملة غایة الآمال. قم: مجمع الذخائر الإسلامیة. چاپ‌اول، ۱۳۵۰ق.

مجلسی، محمدباقربن‌محمدتقی. بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار. بیروت: مؤسسة الطبع و النشر. چاپ‌اول، ۱۴۱۰ق.

_____. ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: کتابخانۀ آیت‌الله مرعشی نجفی. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.

مجلسی، محمدتقی‌بن‌مقصودعلی. روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه. بی‌جا: مؤسسۀ فرهنگی‌اسلامی کوشان‌پور. چاپ‌دوم، ۱۴۰۶ق.

محقق خوانساری، حسین‌بن‌محمد. مشارق الشموس فی شرح الدروس. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

محقق سبزواری، محمدباقربن‌محمدمؤمن. ذخیرة المعاد فی شرح الإرشاد. قم: آل‌البیت. چاپ‌اول، ۱۲۴۷ق.

محقق کرکی، علی‌بن‌حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: آل‌البیت. چاپ‌دوم، ۱۴۱۴ق.

مرتضی زبیدی، محمدبن‌محمد. تاج العروس. بیروت: دار الفکر. چاپ‌اول، ۱۴۱۴ق.

مصطفوی، حسن. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. لندن: دار الکتب العلمیة، مرکز نشر آثار علامه مصطفوی. چاپ‌سوم، ۱۴۳۰ق.

مقدس اردبیلی، احمدبن‌محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

مکارم شیرازی، ناصر. أنوار الفقاهة: کتاب التجارة. قم: مدرسهٔ امام علی‌بن‌ابی‌طالب(ع). چاپ‌اول، ۱۴۲۶ق.

موسوی عاملی، محمدبن‌علی. مدارک الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام. بیروت: آل‌البیت. چاپ‌اول، ۱۴۱۱ق.

ـــــــــــــــــــــــ. نهایة المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ‌اول، ۱۴۱۱ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم‌بن‌محمدحسن. جامع الشتات فی اجوبة السؤالات. تهران: کیهان. چاپ‌اول، ۱۴۱۳ق.

نایینی، محمدحسین. کتاب الصلاة. قم: مؤسسة النشر الإسلامیة. چاپ‌اول، ۱۴۱۱ق.

نجاشی، احمدبن‌علی. رجال النجاشی. قم: مؤسسة النشر الإسلامیة. ۱۴۰۷ق.

نراقی، احمدبن‌محمدمهدی. عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیه. چاپ‌اول، ۱۴۱۷ق.

ـــــــــــــــــــــــ. مستند الشیعة فی أحکام الشریعة. قم: آل‌البیت. چاپ‌اول، ۱۴۱۵ق.

همدانی، رضابن‌محمدهادی. مصباح الفقیه. قم: مؤسسة الجعفریة لإحیاء التراث و مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.147-167

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

Receive Date: 13-05-2022 Revise Date: 04-06-2022 Accept Date: 11-06-2022

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.76668.1372 Article type: Original

Jurisprudential foundations of conflict of interests management

Dr. Saeed Siah Bidi Kermanshahi, Graduated with a doctorate in private law from the University of Tehran and a university lecturer

Email: siahbidisaeed@gmail.com

Abstract

Conflict of interests is a situation in which a person sees his personal interests in conflict with the interests he is responsible for; These situations exist in different fields of legal relations, and their lack of management will cause a series of corruptions; Therefore, the ruler is obliged to identify these situations and to manage them and in order to avoid corruption or compensate them, he must make regulations. Now the question is, what are the jurisprudential foundations of solving the problem of conflict of interests and the need to manage it?

There are several jurisprudential rules as the basis and documentation of the rulers' intervening and lawmaking in the field of conflict of interest management, which include: the obligation to avoid possible harm, the priority of the more important over the important, the priority of avoiding the corrupt over the gaining of benefits, the *Shari'a* function of *Hasbah*, and the obligation to avoid the evil. Considering that situations of conflict of interests are considered as important sources of corruption, the first three rules are solid documents for intervening and lawmaking in the field of prevention of these situations and also the need to get out of them. The rule of *Hasbah* as well as the obligation to dispose of evil is also worthy of use from the perspective of prevention (removal) and elimination (remedial) of the grounds for committing evil, which are situations of conflict of interest.

Key words: conflict of interests, legal management, more important and important, possible loss, *Hasbah*.

This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۱۶۷ - ۱۴۷

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

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۲۳ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۳/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.76668.1372

مبانی فقهی مدیریت تعارض منافع

دکتر سعید سیاه بیدی کرمانشاهی

دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران و مدرس دانشگاه

Email: siahbidisaeed@gmail.com

چکیده

تعارض منافع، وضعیتی است که فرد در آن منافع شخصیِ خود را با منافعی که مسئول آن‌هاست در تعارض می‌بیند؛ این موقعیت‌ها در حوزه‌های مختلفِ روابط حقوقی وجود دارد و عدم‌مدیریت آن‌ها سبب بروز تالی فاسدهایی خواهد شد؛ ازین‌رو حاکم موظف به شناسایی این موقعیت‌هاست و برای مدیریت آن‌ها و در راستای پرهیز از مفاسد یا جبران آن‌ها باید مقرره‌گذاری کند. اکنون سؤال این است که مبانی فقهی حل مسئله تعارض منافع و لزوم مدیریت آن چیست؟ قواعد فقهی متعددی به‌عنوان مبنا و مستند دخالت و مقرره‌گذاری حاکم در زمینهٔ مدیریت تعارض منافع وجود دارد که عبارت‌اند از: وجوب دفع ضرر محتمل، تقدم اهم بر مهم، اولویت دفع مفسده بر جلب منفعت، کارکرد شرعی حسبه و وجوب دفع منکر. باتوجه‌به اینکه موقعیت‌های تعارض منافع، از بسترهای مهم فساد به شمار می‌رود، سه قاعدهٔ نخست، مستندات محکمی برای دخالت و مقرره‌گذاری در زمینهٔ پیشگیری از این موقعیت‌ها و نیز لزوم خروج از آن‌هاست. قاعدهٔ حسبه و نیز وجوب دفع منکر نیز از منظر پیشگیری (دفع) و ازبین‌بردن (رفع) زمینهٔ ارتکاب منکر که همان موقعیت‌های تعارض منافع‌اند، درخورِ استفاده است.

واژگان کلیدی: تعارض منافع، مدیریت حقوقی، اهم و مهم، ضرر محتمل، حسبه.

مقدمه

از مفهوم تعارض منافع، تعاریف مختلفی ارائه شده که جوهرهٔ آن‌ها مشترک است. برخی، تعارض منافع را به این صورت تعریف کرده‌اند: «تعارض منافع، مجموعه شرایطی است که این خطر را ایجاد می‌کند که تصمیم (رأی) یا اقدامات حرفه‌ای [شخص] در ارتباط با منفعت اولیه به‌صورت ناروا تحت‌تأثیر یک منفعت ثانویه قرار گیرد.»[1] در این تعریف، منظور از منفعت اولیه، اهداف بنیادین حرفه یا فعالیت مزبور؛ نظیر حمایت از منوب‌عنه، سلامتی افراد یا حفظ اعتماد عمومی در انجام وظایف مأموران رسمی است و منظور از منفعت ثانویه، منافع شخصی کسی است که تصمیم یا اقدام حرفه‌ای را انجام می‌دهد. برخی دیگر گفته‌اند: «تعارض منافع زمانی وجود دارد که منافع خصوصی شخص با وظایف رسمی وی، مشتمل بر تکلیف عمومی به اجرای اقدامات رسمی به روشی غیرمغرضانه در تعارض است.»[2] اگرچه بیشتر تعاریف ارائه‌شده از مفهوم تعارض منافع با حوزهٔ عمومی (Public Sector) سنخیت دارد؛ لیکن تعارض منافع مختص این حوزه و حقوق عمومی نیست و در حقوق خصوصی نیز کاربرد فراوانی دارد و تعاریف متناسب با عمومیت این مفهوم نیز در میان پژوهش‌ها یافت می‌شود؛ برای مثال، برخی معتقدند که تعارض منافع «وضعیتی است که در آن یک شخص، منافع شخصی خود را با منافعی که مسئول آن‌هاست در تعارض می‌بیند.»[3] این تعریف ازنظرِ عدم‌اختصاص به حوزهٔ عمومی مفید است، ولی باید توجه داشت که در بررسی موقعیت‌های دارای تعارض منافع، ملاک احراز تحقق تعارض منافع، عرفی است و وابسته به تشخیص خود فرد نیست؛ به‌عبارت‌دیگر، خواه شخصی موقعیت دارای تعارض منافع خود را افشا کند و خواه این کار را انجام ندهد، درصورتی‌که عرفاً موقعیت وی دارای تعارض منافع باشد، لازم است راهبردهای مدیریت تعارض منافع دربارهٔ آن اعمال شود.

موضوع تعارض منافع و ضرورت مدیریت آن از مباحثی است که در بسیاری از علوم؛ ازجمله حقوق، پزشکی و روش تحقیق مدِّنظر قرار گرفته است. در مباحث حقوقی، موضوع تعارض منافع در دو عرصهٔ حقوق عمومی و حقوق خصوصی بررسی می‌شود. بحث تعارض منافع در حقوق خصوصی کاربرد فراوانی دارد و تحقیقات متعددی در این زمینه انجام شده است[4] و حوزه‌های متعددی نظیر؛ تعارض منافع دادرس، تعارض منافع داور، تعارض منافع شاهد، تعارض منافع قیم، تعارض منافع وکیل، تعارض منافع مدیر

---

1. Institute of Medicine, *Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice*, 46.

2 . Davids, *Conflict of Interest in Policing: Problems, Practices, and Principles*, 37.

3 . Joël, *Dè finir les conflits d intè rê ts*, 3.

4 . Davis & Stark, *Conflict of Interest in the Professions*, 73-158; Thè venoz & Bahar, *Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Markets*, 1-29, Moore et al, *Conflicts of Interest: Challenges and Solutions in Business*, 13-131; Douville, *Les conflits d intè rê ts en droit privè* , 1-652.

شرکت تجاری، تعارض منافع بازرس شرکت تجاری و تعارض منافع در حِرف مختلف را در بر می‌گیرد.

در حقوق عمومی نیز بحث تعارض منافع در حقوق عمومی از اهمیت به‌سزایی برخوردار بوده و تحقیقات بسیاری در این زمینه انجام شده است.[1] این امر به‌دلیل بالابردن شفافیت فضای انجام اعمال و ارائهٔ خدمات عمومی، ارتقای نظام سلامت اداری و جلوگیری از فساد است و هدف غایی آن جلوگیری از مخدوش‌شدن اعتماد مردم نسبت به دولت است. در واقع، تعارض منافع رابطهٔ مستقیمی با فساد دارد. در تعریف فساد گفته‌اند که فساد عبارت است از: سوءاستفاده از قدرت سپرده‌شده به یک فرد درراستای کسب منافع شخصی.[2] همچنین در تعریف فساد آورده‌اند که فساد به‌معنای استفادهٔ غیرمجاز از قدرت عمومی برای منافع خصوصی است.[3] تعاریف مذکور نشان می‌دهد که دو مفهوم «تعارض منافع» و «فساد» ارتباط نزدیکی با هم دارند؛ تعارض منافع این بیم را ایجاد می‌کند که در آن منفعت شخصی فرد بر منافعی که مسئولیت حمایت از آن‌ها را برعهده دارد مقدم شود و یکی از موقعیت‌هایی است که شخص را در معرض فساد قرار می‌دهد.

به‌رغم اهمیت موضوع حاضر، بنابر تتبع به‌عمل‌آمده، تاکنون در خصوص مبانی فقهی مسئلهٔ تعارض منافع مطلبی به رشتهٔ تحریر در نیامده است، لذا این مهم، ضرورت بررسی فقهی این مسئله را به‌خوبی نشان می‌دهد؛ بر این مبنا سؤال اصلی نوشتار حاضر آن است که حاکم اسلامی مبتنی بر کدام اصول و مبانی می‌تواند مواضع تعارض منافع را شناسایی و برای مدیریت آن‌ها و اجتناب از مفاسد این امر، اقدام به مقرره‌گذاری کند؟

برای پاسخ به سؤال مذکور، قواعد فقهی متعددی که هریک به‌نوعی با مسئلهٔ تعارض منافع مرتبط است، بررسی می‌شود و نحوهٔ ارتباط این قواعد و کیفیت بهره‌گیری از آن‌ها برای مداخلهٔ حاکم اسلامی و مقرره‌گذاری در این زمینه تبیین می‌شود.

۱. قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل

۱. ۱. مفاد قاعده

---

1 . OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Sector A Toolkit*: *A Toolkit*, 94-110; Auby, Breen & Perroud, *Corruption and Conflicts of Interest*: *A Comparative Law Approach*, 3-15; OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service OECD Guidelines and Country Experiences*: *OECD Guidelines and Country Experiences*, 22-39; Stark, *Conflict of Interest in American Public Life*, 1-20.

2 . Ganahl, *Corruption, Good Governance, and the African State*: *A Critical Analysis of the Political-Economic Foundations of Corruption in Sub-Saharan Africa*, 57; Bainbridge, *Research Handbook on Insider Trading*, 174; StachowiczStanusch, *Organizational Immunity to Corruption*: *Building Theoretical and Research Foundations*, 132.

3 . Morris, *Corruption & politics in contemporary Mexico*, 23.

این قاعده یکی از قواعد عقلی است که در مباحثی نظیر حجیت مطلق ظن و اصل احتیاط بحث شده است؛ به این بیان که، ظن به حکم شرعی با ظن به ضرر ملازمه دارد و ازآنجاکه عقلاً دفع ضرر مظنون واجب است، عمل به ظن نیز واجب است و نیز این قاعده یکی از مبانی اصل احتیاط است، زیرا عقل حکم به دفع ضرر محتمل می‌کند؛ بدین صورت که، هرگاه دربارهٔ انجام یا ترک کاری احتمال ضرر وجود داشته باشد، عقل حکم به احتیاط می‌کند و دفع ضرر را واجب می‌داند.[۱] البته علاوه بر این موارد، فقها در موارد متعدد دیگری به این قاعده استناد کرده‌اند؛ ازجمله تسریع در ازدواج به‌دلیل پیشگیری از ارتکاب گناه،[۲] عمل به استخاره و اجتناب از مخالفت با آن،[۳] تقلید از مجتهد اعلم،[٤] افطار مریض در موارد ظن به ضرر،[٥] انجام تیمم به جای غسل در موارد خوف ضرر جانی،[٦] اثبات وجود صانع[۷] و وجوب توبه؛[۸] لذا معنای این قاعده به‌طور خلاصه عبارت است از اینکه اگر در عملی احتمال ضرر وجود داشت، دفع این ضرر واجب است.[۹]

وجوب دفع ضرر از مستقلات عقلی است و وجوب آن ارشادی است؛[۱۰] یعنی از موارد وجوب مولوی که شارع به آن امر فرموده باشد نیست، بلکه عقل انسان مستقلاً و بدون استمداد از شرع، به وجوب دفع ضرر محتمل حکم کرده است.

ضرر ازنظرِ لغوی معانی متعددی دارد. برخی مؤلفان، معانی مختلف واژهٔ ضرر را جمع‌آوری کرده اند.[۱۱] جوهری در الصحاح، ضرر را خلاف نفع دانسته است.[۱۲] فیومی در مصباح المنیر، ضرر را به‌معنای عمل ناپسند راجع به یک شخص می‌داند.[۱۳] در مفردات راغب اصفهانی، ضرر به‌معنای سوءحال آمده است، خواه این سوءحال در نفس شخص به‌سبب کم‌بودن علم، فضل یا عفت باشد و خواه سوءحال در بدن وی به‌سبب فقدان عضوی باشد و خواه سوءحال در حالت ظاهری او به‌سبب کمبود مال و آبرو باشد.[۱٤]

---

۱. لطفی، «قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آیین دادرسی مدنی»، ۲۰٦.
۲. روحانی، المسائل المستحدثة، ۲۱۳.
۳. جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الإسلامی، ۲۸۶/۱۱.
٤. کاشف الغطاء، النور الساطع، ۴۷۶/۲.
٥. مغنیه، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ۳۷/۲.
٦. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۱۴/۵.
۷. آل کاشف‌الغطاء، مبادئ الإیمان، ۲۶.
۸. لطفی، «قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آیین دادرسی مدنی»، ۲۱۳.
۹. مصطفوی، مائة قاعدة فقهیة، ۳۰۶.
۱۰. مصطفوی، مائة قاعدة فقهیة، ۳۰۷.
۱۱. محقق داماد، قواعد فقه، ۱۳۱/۱.
۱۲. جوهری، الصحاح، ۷۱۹/۲.
۱۳. فیومی، المصباح المنیر، ۳٦۰/۲.
۱٤. راغب اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ۵۰۳.

در قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل بحث این است که وجوب دفع، مربوط به ضرر اخروی است یا ضرر دنیوی را نیز در بر می‌گیرد. برخی فقها معتقدند که این ضرر، ضرر اخروی است،[۱] زیرا دلیلی برای شمول این قاعده بر ضرر دنیوی وجود ندارد.[۲]

همان‌گونه که ملاحظه شد فقها در موارد متعددی از امور دنیوی، نظیر افطار مریض در موارد ظن به ضرر[۳] و انجام تیمم به جای غسل در موارد خوف ضرر جانی[٤] استناد کرده‌اند. شیخ انصاری نیز در فرائد الأصول می‌فرماید: انصاف آن است که حکم عقل، الزام به دفع ضرر مشکوک است، همان‌گونه که به دفع ضرر متیقن حکم می‌کند؛[٥] لذا به نظر می‌رسد این قاعدهٔ اختصاصی شاید همهٔ ضررهای دنیوی را در بر نگیرد (انسان‌ها برخی ضررها را به‌دلیل مصلحت بالاتر می‌پذیرند؛ مثلاً هبه به دیگری مصداق بارز ضرر است، اما به‌دلیل مصلحت بالاتر انسان‌ها نسبت به آن اقدام می‌کنند)، اما این قاعده می‌تواند در مواردی به کار گرفته شود که احتمال عقلایی بر ضرر وجود دارد و پذیرش این ضرر نیز دارای مصلحت نیست.

برخی نویسندگان حقوقی نیز معتقدند که اگر انسان دربارهٔ چیزی احتمال ضرر بدهد، ازنظر عقل، دفع آن ضرر محتمل واجب است؛ چه اینکه آن ضرر، ضرر دنیوی باشد یا ضرر اخروی که منظور عقاب و کیفر الهی است. اگر مراد از ضرر، ضرر واقعی دنیوی باشد، عقل حکم به دفع ضرر محتمل می‌دهد و می‌گوید: به‌دلیل مفسده‌ای که در این فعل وجود دارد، ترک آن عمل واجب است.[٦]

۱. ۲. ارتباط قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل با مسئلهٔ تعارض منافع

برخی نویسندگان به موارد کاربرد این قاعده در حقوق موضوعه پرداخته و موارد تأمین خسارت احتمالی در آیین دادرسی مدنی؛ نظیر اخذ تأمین در تأمین خواسته، اخذ تأمین در دستور موقت، اخذ تأمین از خواهان در دعوای واهی، اخذ تأمین از اتباع خارجی، اخذ تأمین در اجرای حکم غیابی و اخذ تأمین در اعادهٔ دادرسی را ذیل این قاعده بحث کرده‌اند؛[۷] لیکن هیچ نویسندهٔ حقوقی تاکنون ارتباط این قاعده با مسئلهٔ تعارض منافع را بررسی نکرده است. به نظر می‌رسد این قاعده از دو جهت با مسئلهٔ تعارض منافع ارتباط دارد:

أ. این قاعده می‌تواند راجع به شخص در معرض منافع اجرا شود؛ به این صورت که، شخص در معرض منافع می‌داند که اگر در این حالت اقدام به تصمیم‌گیری کند، در مظان اتهام است و ممکن است

---

۱. مصطفوی، مائة قاعدة فقهیة، ۳۰۶؛ بجنوردی، القواعد الفقهیة، ۳۳۳/۷.

۲. مصطفوی، مائة قاعدة فقهیة، ۳۰۶.

۳. مغنیه، فقه الإمام الصادق(ع)، ۳۷/۲.

٤. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۱۴/۵.

٥. انصاری، فرائد الأصول، ۳۷۰.

٦. لطفی، «قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آیین دادرسی مدنی»، ۲۱۰تا۲۱۱.

۷. لطفی، «قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آیین دادرسی مدنی»، ۲۱۶.

دیگران در وی گمان بد ببرند که نفع خود را بر دیگران ترجیح داده است، طبیعتاً این امر برای وی، یک مفسدهٔ آبرویی در پی خواهد داشت؛ لذا لازم است این شخص برای دفع این مفسدهٔ آبرویی احتمالی از خود، از موقعیت تعارض منافع خارج شود؛ برای مثال، یک قاضی که در پرونده‌ای درگیر تعارض منافع است، برای اینکه از مفسدهٔ آبرویی در امان بماند از رسیدگی امتناع می‌کند. در بحث معانی ضرر دیدیم که یکی از اقسام ضرر، ضرر به عرض و آبروی اشخاص است، لذا مفسدهٔ آبرویی نیز ضرری است که شخص به حکم این قاعده باید از خود برطرف کند.

ب. جنبهٔ دیگری که از این قاعده در بحث تعارض منافع می‌توان استفاده کرد، لزوم مدیریت تعارض منافع توسط مقنن است؛ بدین صورت که، این احتمال عقلایی وجود دارد که شخص درگیر تعارض منافع، منفعت خود را بر دیگران ترجیح دهد و دیدیم که نادیده‌گرفتن منافع دیگران نیز خود نوعی ضرر به شمار می‌رود؛ لذا اگر این ضرر قطعی باشد، مقنن باید به حکم قاعدهٔ لاضرر از آن جلوگیری کند، ولی در جایی که ضرر احتمالی است؛ مانند تصمیمات شخص درگیر تعارض منافع، مقنن باید به حکم قاعدهٔ «وجوب دفع ضرر احتمالی» مانع از تصمیم‌گیری توسط شخص درگیر تعارض منافع شود یا چنانچه تصمیم اخذ شده است این تصمیم را بی‌اعتبار سازد.

۲. قاعدهٔ اهم و مهم

۲. ۱. مفاد قاعده

یکی از قواعد فقهی که می‌تواند با بحث لزوم قاعده‌مندکردن مسئلهٔ تعارض منافع در ارتباط باشد، قاعدهٔ اهم و مهم است. مفاد این قاعده به‌طور مختصر لزوم تقدیم امر اهم بر امر مهم است.[۱]

در بحث تعارض منافع در حالتی که منفعت ثانویه بتواند منفعت اولیه را در معرض خطر قرار دهد، از تعبیر تعارض استفاده می‌شود. در مقام مشابه‌سازی با ادبیات حقوقی می‌توان گفت: باتوجه‌به اینکه این دو منفعت در موقع ایجادشان با هم تعارضی ندارند، بلکه در برخی حالات و موقعیت‌های خاص با هم جمع‌شدنی نیستند؛ لذا بیشتر به تزاحم منافع شبیه‌اند تا تعارض منافع.

در موارد تزاحم حقوق، ترجیح‌دادن حق اهم بر حق مهم، اصلی عقلی و عقلایی است که همهٔ انسان‌ها و جوامع با هر دین و مسلک و مکتبی آن را مدِّنظر قرار می‌دهند و به آن عمل می‌کنند.[۲] برای موارد رخصت در موارد وجود غرض اهم، مصادیق متعددی ذکر شده است؛ برای مثال، شیخ انصاری در خصوص استثنائات غیبت به‌دلیل وجود غرض مهم‌تر، مثال‌های متعددی نظیر نصح مستشیر، استفتا، قصد منع

---

۱. حسینی شیرازی، الفقه، ۲۱۰.

۲. منتظری، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، ۷۸.

شخص غیبت‌کننده از فعل منکری که مرتکب می‌شود، جرح شهود و دفع ضرر از شخصی که از وی غیبت می‌شود ذکر کرده‌اند.[۱]

علاوه بر مواردی که گذشت و بیشتر جنبهٔ محدود و فردبه‌فرد دارد، برخی مصالح را در سطح کلی‌تر و در سطح جامعه نیز مطرح کرده و معتقدند: شکی نیست که تزاحم بین منافع و مصالح در حیات اجتماعی امری‌گریزناپذیر است. یک اجتماع انسانی هم افراد ضعیف دارد و هم افراد قوی و صاحبان شهرت و مواهب و به‌لحاظ عقلی و نفسی مختلف‌اند و افراد قوی‌تر دائماً سعی در بهره‌برداری از هر چیز دارند و از همین باب است که تزاحم در مصالح به وجود می‌آید و لاجرم منشأ برخورد منافع در اجتماع می‌شود. قانونی که در این مورد امکان استفاده از آن وجود دارد، همان قانون «اهم و مهم» است که به‌مقتضای آن لازم است اهم بر مهم مقدم شود؛ بر این اساس، در صورت تزاحم میان مصالح اکثریت و اقلیت، مقدم کردن مصالح اکثریت واجب است؛ زیرا رعایت حال اکثریت مهم‌تر از اقلیت است.[۲] شاهد مثال این امر نیز نامهٔ امیرالمؤمنین(ع) به مالک اشتر(ره) است که می‌فرمایند: باید دوست‌داشتنی‌ترین چیزها نزد تو، در حق میانه‌ترین و در عدل فراگیرترین و در جلب رضایت مردم گسترده‌ترین باشد که همانا خشم عمومی مردم، رضایت خواص را از بین می‌برد؛ اما خشم خواص را رضای عامه بی‌اثر می‌کند.[۳]

حضرت امیر(ع) با آنکه به مالک اشتر پیروی از عدل را وصیت می‌کند، در همان زمان، جمع آن را با رضایت مردم می‌خواهد.

از جمع بین این دو امر، رعایت حق و رعایت اکثریت مردم به نتیجهٔ دیگری می‌رسیم که همان مقدم کردن مصالح عامه بر مصالح خاصه و مصالح اقلیت در موارد تزاحم است، به‌دلیل اهمیت اکثریت و نیز به این دلیل که در هر اجتماع آنچه اجتماع را شکل می‌دهد همان اکثریت مردم است و لازم است اقلیت از اکثریت پیروی کنند و شک نیست که اقلیت نیز در ضمن اکثریت منتفع خواهند شد.

۲. ۲. ارتباط قاعدهٔ اهم و مهم با مسئلهٔ تعارض منافع

می‌دانیم که قاعده‌مندکردن مسئلهٔ تعارض منافع سبب محدودیت آزادی عمل اشخاص می‌شود؛ برای مثال، شخص درگیر تعارض منافع در برخی موارد ملزم است که اطلاعاتی را در خصوص خود افشا کند که چه‌بسا این اطلاعات در زمرهٔ حریم خصوصی وی قرار می‌گیرند. در برخی موارد، شخص درگیر تعارض منافع باید از اقدام به یک فعل خودداری کند (مثلاً قاضی از رسیدگی به پرونده خودداری کند)، درحالی‌که در شرایط عادی این الزام وجود ندارد و حتی در برخی موارد لازم است فعل شخص را برخلاف اصل

---

۱. انصاری، کتاب المکاسب، ۳۱۵/۱.

۲. خلخالی، الحاکمیة فی الإسلام، ۱۲۰تا۱۲۱.

۳. شریف الرضی، نهج البلاغة، ۳۶۸.

صحت، ناصحیح تلقی کرد و حتی برای آن ضمانت اجرای تنبیهی قرار داد. این موارد و مواردی از این دست، این سؤال را در ذهن ایجاد می‌کند که امری تا این حد مهم است که بتواند تا این حد آزادی‌های افراد را محدود کند، آزادی‌هایی که هرکدام از آن‌ها مبتنی بر مصالح گوناگون به وجود آمده‌اند.

پرداختن به مسئلهٔ تعارض منافع و لزوم قاعده‌مندکردن آن به مسئلهٔ اصلی و مهمی به نام «حفظ اعتماد در جامعه» باز می‌گردد. نقطهٔ محوری مسئلهٔ تعارض منافع، مسئلهٔ اعتماد است، به‌گونه‌ای که گاهی این اعتماد به امانت‌داری یک شخص است و گاهی نیز متعلق اعتماد، بی‌طرفی یک شخص است. چنانچه مسئلهٔ تعارض منافع رها شود و قاعده‌مند نشود، این امر سبب می‌شود که اشخاص درگیر تعارض منافع به راحتی تصمیمات خود را اخذ کنند و در موارد متعددی منفعت خود را بر شخص اعتمادکننده ترجیح دهند و از این طریق اعتماد خدشه‌دار می‌شود و این امری است که مطلوب هیچ جامعه‌ای نیست. فرض کنیم شخص درگیر تعارض منافع در موقعیتی که لازم است بی‌طرف باشد جانب یکی از طرفین را به‌منظور منفعت شخصی ترجیح دهد یا شخصی که برای انجام کاری امین قرار داده شده است، برای حفظ منفعت شخصی تصمیمی اتخاذ کند که برخلاف مصلحت منوب‌عنه باشد، در چنین شرایطی به اعتماد خیانت شده است. در بسیاری از کشورها برای چنین اعمالی که سبب خیانت به اعتماد است ضمانت اجرا وضع شده است؛ لیکن مسئلهٔ مدیریت تعارض منافع تنها بحث برخورد با این مسئله نیست؛ بلکه مسئلهٔ مهم‌تر، پیشگیری از سلب اعتماد است. با توضیحات مزبور مشخص می‌شود که مصلحت حفظ اعتماد عمومی، مصلحتی بسیار مهم است که می‌تواند بر بسیاری از قواعد دیگر مقدم شود.

۳. قاعدهٔ اولویت دفع مفسده بر جلب منفعت (درء المفاسد اولی من جلب المصالح)

۳. ۱. مفاد قاعده

این قاعده بیشتر در کتب فقهی اهل‌سنت اشاره و استناد شده است.[۱] مادهٔ ۳۰ مجلهٔ الأحکام العدلیه به این قاعده پرداخته و مقرر کرده است که دفع مفاسد بر جلب منافع اولویت دارد. علی حیدر در شرح این ماده گفته است: هنگامی که مفسده و مصلحت با هم تعارض داشته باشند، دفع مفسده بر جلب مصلحت مقدم می‌شود؛ پس درصورتی‌که شخصی بخواهد کاری انجام دهد که درنتیجهٔ آن منفعتی عاید او می‌شود و لیکن این عمل از جهت دیگری مستلزم ضرری مساوی با آن منفعت با آن منفعت یا بزرگ‌تر از آن باشد، لازم است از انجام آن فعل خودداری شود.[۲] کاشف الغطاء در تحریر المجلة ذیل مادهٔ مزبور می‌فرماید که این قاعده، مشابه یکی از قواعد مشهور نزد اصولیان امامیه است که مقرر می‌دارد دفع مفسده اولیٰ بر جلب

۱. زحیلی، القواعد الفقهیة و تطبیقاتها، ۷۷۶/۲؛ غزی، موسوعة القواعد الفقهیة، ۳۱۵/۴؛ زرقا، شرح القواعد الفقهیة، ۲۰۵.
۲. افندی، درر الحکام، ۴/۱.

مصلحت است.[۱] این قاعده در بسیاری از کتب اصولی مطرح شده و محل بحث و مناقشه قرار گرفته است.[۲]

«درء»، در لغت به‌معنای دفع‌کردن است.[۳] برخی معتقدند: مراد از درء مفاسد در این قاعده، دفع مفاسد، رفع و ازالهٔ آن‌هاست.[٤] مفاسد جمع مفسده است و از فساد مشتق شده است. ابن‌منظور می‌گوید: فساد نقیض صلاح است.[٥] راغب اصفهانی معتقد است: فساد، خارج‌شدن شیء از اعتدال است؛ اعم از آنکه کم باشد یا زیاد و متضاد آن صلاح است و مفسده، خلاف مصلحت است.[٦] برخی معتقدند: مفاسد دو دسته‌اند؛ دستهٔ نخست، مفاسد حقیقی است که همان غم‌ها و دردهاست و دستهٔ دوم، مجازی است که همان اسباب مفاسد حقیقی است[۷] که به دو دستهٔ دنیوی و اخروی تقسیم می‌شوند.[۸] غزالی معتقد است که مفسده بر آنچه با مقصود شرع از خلق منافات دارد، اطلاق می‌شود.[۹] باتوجه‌به آنچه گذشت در تعریف مفاسد می‌توان گفت: «چیزهایی که سبب ازبین‌رفتن مصالح مربوط به مقاصد شرع دین، نفس، عقل، نسل یا مال می‌گردد، مفاسد نام دارد، به‌گونه‌ای که دفع این مفاسد، خود از مصادیق مصلحت است.» [۱۰]

واژهٔ اولیٰ به‌معنای سزاوارتر بودن است[۱۱] و منظور از جلب، آوردن چیزی از جایی به جای دیگر است.[۱۲] منظور از مصالح نیز باتوجه‌به آنچه در تعریف مفاسد بیان شد تا اندازه‌ای مشخص شد و به‌طور خلاصه در تعریف آن گفته‌اند: منظور از مصلحت در لسان شریعت اسلامی جلب منفعت و دفع ضرر در محدودهٔ محافظت از مقاصد شریعت است. البته کشف مصلحت، تنها توسط کسانی ممکن است که در امور شرعی تبحر داشته باشند تا بتوانند اعتبار شرع در آن مورد را تبیین کنند.[۱۳] البته طبیعتاً منظور از این مصالح، مصالح معتبر است؛ یعنی مصالحی که اساس برخی از احکام شرعی قرار گرفته و از سوی شرع،

---

۱. آل کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ۲۷/۱.

۲. صنقور، المعجم الأصولی، ۹۹/۲؛ حکیم، المحکم فی اصول الفقه، ۱۷۱/۴؛ ایروانی، کفایة الأصول، ۲۵۹/۳؛ حکیم، الأصول العامة، ۵۲۵؛ آل فقیه عاملی، دروس فی علم الأصول، ۲۸۲/۳.

۳. فراهیدی، کتاب العین، ۶۰/۸؛ مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۸۸/۳.

٤. غزی، موسوعه القواعد الفقهیة، ۳۱۵/۴.

٥. ابن‌منظور، لسان العرب، ۳۳۵/۳.

٦. راغب اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ۶۳۶.

۷. سلطان‌العلماء، قواعد الأحکام، ۱۴.

۸. سلطان‌العلماء، قواعد الأحکام، ۱۲.

۹. وزیری و سعیدیانی، «قاعدة درء المفاسد اولی من جلب المصالح و تأثیرات آن بر فقه اسلامی»، ۱۰۴.

۱۰. جمعی از نویسندگان، فرهنگ نامهٔ اصول فقه، ۷۶۱/۱.

۱۱. ابن‌منظور، لسان العرب، ۴۰۷/۱۵.

۱۲. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۹۳/۲.

۱۳. مدکور، المدخل للفقه الاسلامی، ۲۵۴.

دلیلی بر اعتبار آن آمده است.[۱]

باتوجه‌به مطالب مذکور، مفاد این قاعده به‌طور خلاصه عبارت است از: «هرگاه نزد مکلف، مفسده و مصلحت در امری از امور دینی یا دنیایی تعارض کرد، اصل در حق مکلف، دفع مفسده است؛ چراکه دفع مفسده، مقدم بر طلب تحصیل مصلحت است؛ یعنی ازمیان‌بردن مفسده مهم‌تر است از جلب مصلحت.»[۲] برای اثبات این قاعده به ادلهٔ چهارگانه استناد کرده‌اند.[۳] البته باید دانست که اطلاق این قاعده صحیح نیست؛[٤] زیرا در بحث قاعدهٔ اهم و مهم، موارد متعددی مطرح می‌شود که به‌دلیل مصالح عالی، انجام برخی افعال که دارای مفسده‌اند جایز و بلکه واجب است؛ لذا برخی نویسندگان به‌درستی سه حالت اجتماع مفسده و مصلحت را از یکدیگر تفکیک کرده‌اند:[۵]

حالت نخست: حالتی که مصلحت، مهم‌تر از مفسده باشد. در اینجا به مقتضای قاعدهٔ اهم و مهم مصلحت مقدم می‌شود؛ مانند جواز دروغ برای اصلاح ذات‌البین.

حالت دوم: حالتی که مفسده، مهم‌تر از مصلحت باشد که در این صورت نیز مطابق قاعدهٔ اهم و مهم، مفسده مقدم می‌شود.

همان‌طور که مشخص است در موارد فوق نیازی به اجرای این قاعده وجود ندارد. شاید به همین دلیل باشد که برخی نویسندگان، قاعده را به این صورت مطرح کرده‌اند که هنگاهی که مصالح یا مفاسد تزاحم داشتند، مصلحت یا مفسدهٔ اعلی رعایت می‌شود.[٦]

حالت سوم: حالت تساوی مصلحت و مفسده است که به نظر می‌رسد باتوجه‌به اینکه در این حالت قاعدهٔ اهم و مهم یا سایر قواعد فقهی قابلیت اِعمال ندارند، مجرای قاعدهٔ محل بحث است و لازم است به‌منظور دفع مفسده از ارتکاب فعلی که دارای مصلحت است امتناع کرد.

۳. ۲. ارتباط قاعدهٔ اولویت دفع مفسده بر جلب منفعت با مسئلهٔ تعارض منافع

اعمال و تصمیمات شخص درگیر تعارض منافع در تمام موارد، دارای مصلحت است و خیر و منفعتی را برای خود شخص درگیر تعارض منافع یا دیگران در پی دارد؛ برای مثال، وکیل یا حق‌العمل‌کار با انجام موضوع قرارداد، مستحق دریافت حق‌الزحمه می‌شود، مدیر شرکت تجاری با انجام وظایف خود سبب پیشبرد اهداف شرکت می‌شود، قاضی یا داور با صدور رأی خود سبب فصل خصومت می‌شود؛ اما در همهٔ

---

۱. جمعی از نویسندگان، فرهنگ‌نامهٔ اصول فقه، ۷۸۳/۱.

۲. وزیری و سعیدیانی، «قاعدة درء المفاسد اولی من جلب المصالح و تأثیرات آن بر فقه اسلامی»، ۱۰۵.

۳. وزیری و سعیدیانی، «قاعدة درء المفاسد اولی من جلب المصالح و تأثیرات آن بر فقه اسلامی»، ۹ به‌بعد.

٤. آل کاشف‌الغطاء، مبادئ الإیمان، ۲۷.

۵. وزیری و سعیدیانی، «قاعدة درء المفاسد اولی من جلب المصالح و تأثیرات آن بر فقه اسلامی»، ۱۰۶-۱۰۷.

٦. عبداللطیف، القواعد و الضوابط الفقهیة، ۸۹/۱.

این موارد، امری مشترک وجود دارد و آن این است که اتخاذ تصمیم و انجام فعل توسط شخص درگیر تعارض منافع سبب می‌شود که وی در معرض اتهام خیانت به اعتماد قرار گیرد؛ زیرا وقتی شخصی در موقعیت تعارض منافع قرار می‌گیرد، در مظان این اتهام قرار می‌گیرد که منفعت شخصی خود را بر منافع فرد یا افرادی که وی مسئولیت حمایت از منافع آن‌هاست ترجیح می‌دهد، حتی اگر در عمل چنین اتفاقی رخ ندهد؛ لذا موقعیت تعارض منافع در اصطلاح فقهی یکی از مواضع تهمت است. مسئلهٔ ممنوعیت یا کراهت قراردادن خود در موضع تهمت، در روایات متعددی اشاره شده است و حتی در کتاب وسایل الشیعة، بابی تحت‌عنوان «بَابُ كَرَاهَةِ دُخُولِ مَوْضِعِ التُّهَمَةِ» آورده شده است.[۱] برخی روایات مربوط به این بحث عبارت‌اند از:

أ. روایت ابن‌ابی‌جارود از امام باقر(ع) مبنی‌بر اینکه امیرالمؤمنین فرموده‌اند: «مَنْ وَقَفَ بِنَفْسِهِ مَوْقِفَ التُّهَمَةِ فَلَايَلُومَنَّ مَنْ أَسَاءَ بِهِ الظَّنَّ»؛[۲] یعنی کسی که خود را در موضع اتهام قرار دهد، نباید کسی که به او بدگمان شود را ملامت کند. همچنین سکونی از امام صادق(ع) روایتی مشابه نقل می‌کند مبنی‌بر اینکه امیرالمؤمنین فرموده‌اند: «مَنْ عَرَّضَ نَفْسَهُ لِلتُّهَمَةِ فَلَايَلُومَنَّ مَنْ أَسَاءَ بِهِ الظَّنَّ».[۳] مشابه این روایت از سیدرضی در نهج‌البلاغة (حکمت، ۱۵۱) نقل شده است که حضرت فرموده‌اند: «مَنْ وَضَعَ نَفْسَهُ مَوَاضِعَ التُّهَمَةِ- فَلَايَلُومَنَّ مَنْ أَسَاءَ بِهِ الظَّنَّ»؛[٤] بدین معنا که کسی که خود را در معرض اتهام و بدگمانی قرار دهد، نباید آن کس را که به او گمان بد برد سرزنش کند.

ب. افزون بر احادیث مذکور، روایت دیگری نیز ذیل باب ۳۸ از ابواب امربه‌معروف و نهی از منکر در وسایل الشیعة از امیرالمؤمنین نقل شده است: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الآخِرِ فَلَايَقُومُ مَكَانَ رِيبَةٍ»؛[٥] یعنی کسی که به خدا و روز جزا ایمان دارد، نباید در جای شک‌برانگیز بایستد.

اما در خصوص حدیث «اتقوا من مواضع التهم» که آن را منسوب به پیامبر می‌دانند همان‌گونه که مصححان کتاب القضا و الشهادات، شیخ انصاری نیز اشاره کرده‌اند، این حدیث به این صورت در منابع معتبر یافت نشده، اگرچه مؤدای آن در احادیث دیگر ذکر شده است.[٦]

باتوجه‌به مطالب مذکور، نظر به آنکه در تمام موقعیت‌های تعارض منافع، برای شخص درگیر تعارض منافع، مفسدهٔ آبرویی وجود دارد؛ لذا مطابق قاعدهٔ فوق‌الذکر، شخص مزبور برای پرهیز از بروز مفسده، از

---

۱. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۶/۱۲.
۲. حر عاملی، وسائل الشیعة.
۳. کلینی، الکافی، ۱۵۲/۸.
٤. شریف الرضی، نهج البلاغة، ۴۳۷.
٥. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶۲/۱۶.
٦. انصاری، القضاء و الشهادات، ۱۸۲.

انجام رفتارهای دارای مصلحت نیز صرف‌نظر کند.

۴. قاعدهٔ حسبه و امربه‌معروف و نهی از منکر

٤. ١. مفاد قاعده

واژهٔ «حِسْبَه» از فعل حَسَبَ گرفته شده و اسمی از مصدر احتساب[۱] و به‌معنای طلب اجر است.[۲] طریحی معتقد است که حِسبه با کسره به‌معنای اجر است و جمع آن «حسب» است.[۳] جوهری در صحاح اللغة آورده است که «احتسبت علیه کذا، إذا أنکرته علیه»؛ یعنی اینکه بر وی محاسبه کردم؛ بدان معناست که او را از کاری که انجام داد، نهی کردم و بدان اعتراض کردم.[٤]

«حسبه» در اهل‌سنت، معادل امربه‌معروف و نهی از منکر است. ابویعلی در احکام السلطانیه آورده است که حسبه، امربه‌معروف است هنگامی که ترک آن ظاهر شود و نهی از منکر است هنگامی که انجام منکر ظاهر شود.[٥] در مقدمهٔ ابن‌خلدون آمده است که حسبه وظیفه‌ای دینی است از باب امربه‌معروف و نهی از منکر. کسی که قیام به امور مسلمانان وظیفهٔ اوست، برای این امر کسی را که شایستهٔ آن ببیند تعیین می‌کند و برای این مهم یارانی بر می‌گزیند و به جست‌وجوی منکرات می‌رود و به میزان منکرات، فاعلان آن‌ها را تعزیر و تأدیب می‌کند و مردم را در شهرها بر مصالح عمومی وا می‌دارد؛ مانند جلوگیری از آزار و اذیت در خیابان‌ها، منع‌کردن باربران و کشتیرانان از زیاده بارزدن و ازبین‌بردن چیزهایی که ممکن است به عابران زیان وارد کند.[٦]

وهبة الزحیلی پس از بیان نظر ابن‌قیم در کتاب الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة، مبنی‌بر اینکه ولایت حسبه مربوط به امربه‌معروف و نهی از منکر است؛ زیرا از خصائص والیان و قضات نیست، بیان می‌دارد از آنچه گذشت روشن می‌شود حسبه متوقف بر آن نیست که یکی از طرفین مخاصمه، طرح دعوی کند و صحیح است که هریک از مردم، محتسب را از وجود منکر در زمان و مکان معین آگاه کند، همان گونه که محتسب باید خودش متصدی امربه‌معروف و نهی از منکر شود بدون آنکه منتظر طرح دعوی باشد.[۷]

در تشیع، شهید اول در کتاب دروس برای اولین‌بار، باب امربه‌معروف و نهی از منکر را تحت‌عنوان

---

۱. ابن‌اثیر، النهایة، ۳۸۲/۱.
۲. ابن‌منظور، لسان العرب، ۱۶۴/۳.
۳. طریحی، مجمع البحرین، ۴۱/۲.
٤. جوهری، الصحاح، ۱۱۰/۱.
٥. ابن‌فراء، الأحکام السلطانیة، ۲۸۴.
٦. ابن‌خلدون، مقدمة ابن‌خلدون: کتاب العبر، ۲۲۵/۱.
۷. زحیلی، الفقه الإسلامی وأدلته، ۶۲۵۸/۸تا۶۲۵۹.

«کتاب‌الحسبه» آورده است و پس از وی فقهای بزرگی نظیر سید بحرالعلوم در کتاب بلغة الفقهیة، دو جلد از کتاب خود را به فقه حکومتی اختصاص داده و در بابی مستقل، تحت‌عنوان ولایت حسبه دامنهٔ آن را گسترش داده است. به‌علاوه صاحب‌جواهر، نائینی و ملااحمد نراقی نیز از امور حسبیه و دامنهٔ آن سخن به میان آورده‌اند.[۱]

برخی فقها در خصوص رابطهٔ حسبه با امربه‌معروف و نهی از منکر گفته‌اند: «حسبه، تمام مراتب امربه معروف و نهی از منکر را شامل می‌شود و ممکن است حتی یک چیزهایی فراتر از امربه‌معروف و نهی از منکر نیز در آن باشد؛ مثلاً قیمت‌گذاری، تعیین قیمت‌ها و چیزهایی از این قبیل، حتی جعل قوانین و مقررات نیز می‌تواند در حسبه باشد، ولی یک بخش عمدهٔ آن، وظایف امر به معروفی و نهی از منکری در تمام مراتب است ... حسبه، مفهومی حاکمیتی-نهادی و شامل همهٔ انواع امربه‌معروف و نهی از منکر و بعضی از چیزهای دیگر است که در عصر جدید در انواع فعالیت‌های اداری و سازمانی و نهادی پخش شده است. این تصویری خیلی موجز و مجمل از مقولهٔ حسبه است. بنابراین، رابطهٔ مبحث حسبه با امربه معروف و نهی از منکر تقریباً عموم‌وخصوص من‌وجه است.»[۲]

٤. ۲. ارتباط حسبه یا امربه‌معروف و نهی از منکر با مسئلهٔ تعارض منافع

با عنایت به آنچه گذشت، امربه‌معروف و نهی از منکر یا جنبهٔ نظام‌مند آن؛ یعنی نهاد حسبه به‌دنبال آن هستند که معروف، منتشر و منکر، محو و بازداشته شود. حال باید دید این نهادها چه ارتباطی با مقرره گذاری در زمینهٔ تعارض منافع یا اصطلاحاً مدیریت حقوقی این وضعیت دارند.

برای شناخت این مهم لازم است اقسام امربه‌معروف و نهی از منکر بازشناخته شود. برخی محققان اهل‌سنت، اقسام مختلفی برای امربه‌معروف و نهی از منکر معرفی کرده‌اند. ابن‌الأخوة از فقهای شافعی معتقد است که هریک از امربه‌معروف و نهی از منکر بر سه قسم‌اند: [۳]

أ. ناظر به حقوق خدای متعال؛ مانند امر به نماز جمعه یا نهی از ترک آن؛

ب. ناظر به حقوق انسان‌ها؛ مانند امر به پرداخت نفقهٔ اقارب؛

ج. ناظر به آنچه مشترک میان خدای متعال و انسان‌هاست؛ مانند امر به نگه‌داشتن عده توسط زنان یا امرکردن به اولیا در خصوص ازدواج مجردان.

سپس ذیل عنوان «فَصْلٌ النَّهْیُ عَنْ الْمُنْکَرِ فِیمَا تَعَلَّقَ بِالْمَحْظُورَاتِ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَی» بیان می‌دارد که آنچه به محظورات تعلق دارد، منع مردم از جایگاه‌های شک (مَوَاقِفِ الرِّیَبِ) و در معرض تهمت

---

۱. مؤمن، «نهاد حکومتی حسبه در فقه مقارن و حقوق ایران»، ۱۶۵.

۲. اعرافی، علیرضا، «درس خارج فقه تربیتی»، ۱۳۹۲/۰۳/۰۳.

۳. قرشی، معالم القربة، ۲۲تا۲۷.

قرارگرفتن (مَظِنَّاتِ التُّهَمِ) است.[۱]

از پیامبر(ص) نقل شده است که «دَعْ مَا یُرِیبُکَ إِلَی مَا لَایُرِیبُکَ»؛[۲] بدین معنا که آنچه مشکوک است را رها کن و آنچه را که شکی در آن نیست اخذ نما. اگرچه این حدیث ذیل عنوان «بَابُ وُجُوبِ التَّوَقُّفِ وَ الِاحْتِیَاطِ فِی الْقَضَاءِ وَ الْفَتْوَی وَ الْعَمَلِ فِی کُلِّ مَسْئَلَةٍ نَظَرِیَّةٍ لَمْ یُعْلَمْ حُکْمُهَا بِنَصٍّ مِنْهُمْ(ع)» نقل شده است، ولی روشن است که این تبویب، تأثیری در معنا و قلمروِ حدیث ندارد و در مواضع متعددی؛ اعم از حکمی و موضوعی درخورِ استفاده است، زیرا این حدیث، ارشاد به حکم عقل است که همان ترسی عقلانی است که آنچه احتمال حرمت دارد مرتکب نشو تا اطمینان بیابی که مرتکب حرام واقعی نشده‌ای.[۳]

با عنایت به آنچه گذشت موقعیت‌های تعارض منافع، از موقعیت‌های مظنون یا مواضع تهمت است؛ لذا مقنِّن می‌تواند با مشخص‌کردن این مواضع، افراد را از قرارگیری در این موقعیت‌ها به استناد نهی از منکر منع کند.

۵. قاعدهٔ وجوب دفع منکر

۵. ۱. مفاد قاعده

در کتب فقهی، چنین جمله‌ای به‌صورت متعدد و در مباحث مختلف نقل شده است: «دفع المنکر کرفعه واجب»؛[٤] برخی نویسندگان گفته‌اند: دفع منکر همانند رفع آن واجب است اگر مقدمات انجام آن از هر جهت فراهم باشد، به‌نحوی که اگر نهی صورت نپذیرد فعل حرامی در خارج واقع شود.[٥] تفاوت رفع منکر و دفع منکر در این است که در رفع منکر ابتدا باید منکری در عالم خارج محقق شود تا بتوان اقدام به رفع آن کرد و رفع شیء غیرموجود ممکن نیست؛ یعنی رفع منکر، جنبهٔ پسینی دارد، البته از این نظر که مانع ادامهٔ منکر می‌شود، نسبت به آینده جنبهٔ پیشینی دارد؛ اما در دفع منکر اساساً تلاش برای این است که منکری در عالم خارج محقق نشود، لذا چه‌بسا از رفع منکر دارای اهمیت بیشتری است.

قاعدهٔ وجوب دفع منکر اقتضا دارد که اقدام مکلف به پیشگیری از ارتکاب منکر توسط سایرین واجب باشد. این جنبه از قاعده نسبت به جنبهٔ سلبی، قرابت بیشتری با قاعدهٔ امربه‌معروف و نهی از منکر دارد، ولی وجوه افتراق متعددی میان قاعدهٔ وجوب دفع منکر و قاعدهٔ وجوب امربه‌معروف و نهی از منکر می‌توان ذکر کرد:

---

۱. قرشی، معالم القربة، ۳۰.

۲. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۷۳/۲۷.

۳. مدرسی یزدی، نموذج فی الفقه الجعفری، ۳۰.

٤. نک: منتظری، مجمع الفوائد، ۳۷۶؛ تبریزی، تحلیل الکلام، ۹۴؛ روحانی، المسائل المستحدثة، ۲۵۳.

٥. سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۶۵/۱۵.

۱. ازنظرِ پیشینی یا پسینی‌بودن قواعد: رفع منکر، مربوط به نهی از عمل شخصی است که منکری را مرتکب شده است و مراد از آن، بازداشتن فاعل از استمرار ارتکاب منکر است؛ درحالی‌که دفع منکر، ناظر بر پیشگیری از وقوع منکر است؛ منکری که هنوز ارتکاب نیافته یا منکری که اراده‌ای بر تحقق آن از سوی دیگران وجود ندارد و احتمال ارتکاب آن نیز بعید است یا منکری که بنای بر ارتکاب آن وجود دارد یا منکری که مقدمات ارتکاب منکر فراهم شده و هنوز وارد مرحلهٔ اجرا نشده است.[۱]

۲. ازنظرِ مستندات قواعد: در اینکه ادلهٔ وجوب نهی از منکر صرفاً شامل رفع است یا دفع منکر را نیز در بر می‌گیرد، اختلاف‌نظر وجود دارد. برخی فقها، ادلهٔ مزبور را شامل هر دو حالت می‌دانند.[۲] امام خمینی در این زمینه می‌فرمایند: «اگر بنا را بر این بگذاریم که وجوب نهی از منکر، شرعی است، پس اشکالی بر شمول ادله نسبت به دفع [منکر] نیز وجود ندارد، البته اگر نگوییم که واجب همان دفع است و رفع [منکر] درحقیقت به دفع آن باز می‌گردد. بنابراین، نهی عبارت است از زجر [منع] از اتیان منکر و این مهم به امر موجود [منکر محقق شده] تعلق نمی‌گیرد، مگر به اعتبار آنچه موجود نشده است [منکر محقق نشده]؛ لذا زجر [منع] از ایجاد موجود عقلاً و عرفاً محال است. به این ترتیب، ادلهٔ نهی از منکر شامل زجر [منع] از اصل تحقق و استمرار آن [منکر] می‌شود.»[۳]

۵. ۲. ارتباط قاعدهٔ وجوب دفع منکر و مسئلهٔ تعارض منافع

همان‌طور که مشخص است قاعدهٔ مزبور در واقع مکمل قاعدهٔ امربه‌معروف و نهی از منکر است و سعی بر آن دارد که تا جای ممکن از وقوع منکر جلوگیری به عمل آورد؛ لذا یکی از قواعدی که در بحث مدیریت حقوقی تعارض منافع می‌تواند مستند عمل قانون‌گذار برای ورود و مقرره‌گذاری در بحث مدیریت تعارض منافع باشد، قاعدهٔ وجوب دفع منکر است. در بحث تعارض منافع نیز هنوز منکر (ترجیح نفع شخصی بر نفع شخصی که به ما اعتماد کرده است) محقق نشده است، ولی قانون‌گذار با مقرره‌گذاری در این زمینه و ازبین‌بردن احتمال تحقق منکر، مانع تحقق این امر می‌شود. مشابه این شیوهٔ قانون‌گذاری در زمینه‌های دیگری نیز دیده می‌شود؛ برای مثال، حمل سلاح به‌خودی‌خود یک منکر محسوب نمی‌شود، ولی باتوجه‌به اینکه حمل سلاح، احتمال تحقق منکر (نظیر جرح یا قتل) را بالا می‌برد، قانون‌گذار با ممنوع‌کردن حمل سلاح سعی کرده است از ارتکاب منکر جلوگیری به عمل آورد. در واقع، همان‌طور که برخی فقها بیان کرده‌اند: غرض شارع از تشریع امربه‌معروف و نهی از منکر، همان دفع منکر و انجام معروف است؛ به این صورت که، اصلاً معروف ترک نشود و منکر ارتکاب نیابد و نیل به این هدف، با امر و نهی قبل از انجام

---

۱. سبزواری، مهذب الأحکام، ۷۸/۱؛ نک: تبریزی، إرشاد الطالب، ۹۷/۱.

۲. لاری، التعلیقة علی المکاسب، ۷۱؛ حسینی حائری، فقه العقود، ۳۸۷/۱.

۳. خمینی، المکاسب المحرمة، ۲۰۵/۱تا۲۰۶.

منکر و ترک معروف یا در حین ارتکاب آن‌ها ممکن است، نه بعد از آن.[۱]

علاوه بر این، موقعیت‌های تعارض منافع از موقعیت‌های مظنون یا مواضع تهمت است؛ لذا مقنن می‌تواند با مشخص‌کردن این مواضع، افراد را از قرارگیری در این موقعیت‌ها به استناد نهی از منکر منع کند.

نتیجه‌گیری

موقعیت‌های تعارض منافع در اصطلاح فقهی، یکی از مواضع تهمت به شمار می‌رود که از دو جنبه نیازمند مدیریت است: جنبهٔ نخست، از سوی شخص درگیر تعارض منافع و جنبهٔ دوم، از سوی حاکم جامعهٔ اسلامی. از منظر شخص درگیر تعارض منافع، این ضرورت وجود دارد که شخص به‌منظور حفظ آبروی خود و متهم‌نشدن لازم است از موقعیت‌های دارای تعارض منافع خارج شود.

منظر دوم، تکلیف حاکم جامعهٔ اسلامی است. ازآنجاکه موقعیت‌های دارای تعارض منافع، یکی از بسترهای ارتکاب فساد هستند، حاکم وظیفه دارد این موقعیت‌ها را حسب هر موضوع شناسایی و راجع به آن‌ها مقرره‌گذاری کند. این مقرره‌گذاری حسب مورد می‌تواند الزام به خروج از موقعیت تعارض منافع باشد؛ به این صورت که، شخص درگیر تعارض منافع از تصمیم‌گیری اجتناب کند یا بدین صورت باشد که شخص مزبور با اعلام و افشای وضعیت خود و اطلاع ذی‌نفعان از این مسئله، از موقعیت تعارض منافع خارج شود. همچنین لازم است حاکم ضمانت‌اجرای نقض الزامات تعیینی خود را نیز از قبل تنبیه ناقض الزامات و نیز ابطال تصمیمات وی تعیین کند.

قواعد فقهی متعددی به‌عنوان مبنا و مستند مقرره‌گذاری حاکم در زمینهٔ مدیریت تعارض منافع وجود دارد. این قواعد عبارت‌اند از: وجوب دفع ضرر محتمل، اهم و مهم، درءالمفاسد اولی من جلب المصالح، حسبه و امربه‌معروف و نهی از منکر، وجوب دفع منکر.

باتوجه‌به اینکه موقعیت‌های تعارض منافع، از بسترهای مهم فساد به شمار می‌رود، سه قاعدهٔ نخست، مستندات محکمی برای مقرره‌گذاری در زمینهٔ پیشگیری از این موقعیت‌ها و نیز لزوم خروج از آن‌هاست. قاعدهٔ حسبه و نیز وجوب دفع منکر، از منظر پیشگیری (دفع) و ازبین‌بردن (رفع) زمینهٔ ارتکاب منکر که همان موقعیت‌های تعارض منافع هستند، در زمینهٔ مدیریت تعارض منافع درخورِ استفاده هستند.

با عنایت به مراتب فوق لازم است قانون‌گذار در حوزه‌های مختلف، موقعیت‌های تعارض منافع را شناسایی و راهکارهای پیشگیری و مدیریت این موقعیت‌ها را تبیین کند. البته این بدان معنا نیست که همهٔ مصادیق تعارض منافع در یک قانون جامع تبیین شود؛ زیرا چنین امری نه ممکن است و نه ضروری؛ بلکه مراد آن است که مقنن در حوزه‌های مختلف قانون‌گذاری، به مواضع دارای تعارض منافع توجه کند و ضمن

---

۱. مازندرانی، دلیل تحریر الوسیلة، ۱۳۷.

شناسایی این موقعیت‌ها، راهکارهای مدیریت آن‌ها را نیز تعیین کند.

منابع

ابن‌اثیر، مبارک‌بن‌محمد. النهایة فی غریب الحدیث و الأثر. قم: اسماعیلیان. بی‌تا.

ابن‌خلدون، عبدالرحمان‌بن‌محمد. مقدمۀ ابن‌خلدون: کتاب العبر و دیوان المبتدا و الخبر فی ایام العرب والعجم و البربر و من عاصرهم من ذوی السلطان الأکبر. بیروت: دار إحیاء التراث العربی. بی‌تا.

ابن‌منظور، محمدبن‌مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. ۱۴۱۴ق.

ابن‌فراء، محمدبن‌حسین. الأحکام السلطانیة. بیروت: دار الکتب العلمیة. ١٤٠٦ق.

اعرافی، علیرضا، درس خارج فقه تربیتی، ۱۳۹۲/۰۳/۰۳، http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/arafi/tarbiat/92/920703/

افندی، علی‌حیدر خواجه امین. درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام. بیروت: دار الجیل. ١٤١١ق.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین. القضاء و الشهادات. قم: کنگرۀ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. ۱۴۱۵ق.

_____. فرائد الأصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۶ق.

_____. کتاب المکاسب. قم: کنگرۀ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. ۱۴۱۵ق.

ایروانی، باقر. کفایة الأصول فی اسلوبها الثانی. نجف: مؤسسۀ احیاء التراث الشیعة. ١٤٢٩ق.

آل فقیه عاملی، ناجی طالب. دروس فی علم الأصول: شرح الحلقة الثالثه. بیروت: دار الهداة المیامین. ١٤٢١ق.

آل کاشف الغطاء، محمدحسین. تحریر المجلة. نجف: المرتضویة. ۱۳۵۹ق.

_____. مبادئ الإیمان، نجف: مؤسسۀ کاشف الغطاء. بی‌تا.

بجنوردی، حسن. القواعد الفقهیة. قم: الهادی. ۱۴۱۹ق.

تبریزی، جواد. ارشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب. قم: اسماعیلیان. ١٤١٦ق.

جمعی از پژوهشگران. موسوعة الفقه الإسلامی طبقا لمذهب اهل البیت علیهم السلام. زیرنظر: سیدمحمود هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسۀ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع). ۱۴۲۳ق.

جمعی از نویسندگان. فرهنگ‌نامۀ اصول فقه. قم: معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی حوزۀ علمیه. ۱۳۸۹.

جوهری، اسماعیل‌بن‌حماد. الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم. ١٤١٠ق.

حر عاملی، محمدبن‌حسن. وسائل الشیعة. قم: آل‌البیت(ع). ١٤٠٩ق.

حسینی حائری، کاظم. فقه العقود. قم: مجمع اندیشۀ اسلامی. ١٤٢٣ق.

حسینی شیرازی، سیدمحمد. الفقه: القواعد الفقهیة. بیروت: مؤسسۀ امام رضا(ع). ١٤١٣ق.

حکیم، محمدسعید. الأصول العامة فی الفقه المقارن. قم: مجمع جهانی اهل بیت(ع). ۱٤۱۸ق.

_____. المحکم فی أصول الفقه. قم: المنار. ۱٤۱٤ق.

خمینی، روح‌الله. المکاسب المحرمة. قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). ۱٤۱٥ق.

راغب اصفهانی، حسین‌بن‌محمد. مفردات الفاظ القرآن. لبنان-سوریه: دار العلم-الدار الشامیة. ۱۴۱۲ق.

روحانی، محمدصادق. المسائل المستحدثة. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

زحیلی، محمدمصطفی. القواعد الفقهیة و تطبیقاتها فی المذاهب الأربعة. دمشق: دار الفکر. ۱۴۲۷ق.

زحیلی، وهبة. الفقه الإسلامی و ادلته. دمشق: دار الفکر. بی‌تا.

زرقا، احمدبن‌محمد. شرح القواعد الفقهیه، دمشق: دار الفکر. ۱۴۰۹ق.

سبزواری، عبدالأعلی. مهذب الأحکام. قم: المنار. ۱٤۱۳ق.

سلطان‌العلماء، عبدالعزیزبن‌عبدالسلام. قواعد الأحکام فی مصالح الأنام. قاهره: مکتبة الکلیات الأزهریة. بی‌تا.

شریف الرضی، محمدبن‌حسین. نهج البلاغة. قم: مؤسسهٔ نهج البلاغة. ۱٤۱٤ق.

صاحب‌جواهر، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی. ۱۴۰۴ق.

صنقور، محمد. المعجم الأصولی. قم: الطیار. ۱٤۲۸ق.

طریحی، فخرالدین‌بن‌محمد. مجمع البحرین. تهران: کتاب‌فروشی مرتضوی. ۱٤۱٦ق.

عبداللطیف، عبدالرحمن‌بن‌صالح. القواعد و الضوابط الفقهیة المتضمنة للتیسیر. مدینه: عماده البحث العلمی بالجامعه الإسلامیة. ۱٤۲۳ق.

غزی، محمدصدقی‌بن‌احمد. موسوعة القواعد الفقهیة. بیروت: الرسالة. ۱۴۲۴ق.

فراهیدی، خلیل‌بن‌احمد. کتاب العین. قم: هجرت. ۱۴۱۰ق.

فیومی، احمدبن‌محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی. قم: دار الرضی. بی‌تا.

قرشی، محمدبن‌محمد. معالم القربة فی طلب الحسبة. کمبریج: دار الفنون کمبردج. بی‌تا.

کلینی، محمدبن‌یعقوب. الکافی. قم: دار الحدیث. ۱٤۲۹ق.

لاری، سیدعبدالحسین. التعلیقة علی المکاسب. قم: مؤسسهٔ معارف اسلامی. ۱٤۱۸ق.

لطفی، اسدالله. «قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آیین دادرسی مدنی». فصل‌نامهٔ دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ٥۹، ۱۳۹۱، ۲۰٥ تا۲۳٤.

مازندرانی، علی‌اکبر سیفی. دلیل تحریر الوسیلة: الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ۱٤۱٥ق.

محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. ۱٤۰٦ق.

مدرسی یزدی، سیدعباس. نموذج فی الفقه الجعفری، قم: کتاب‌فروشی داوری. ۱٤۱۰ق.

مدکور، محمدسلام. المدخل للفقه الاسلامی: تاریخه و مصادره و نظریاته العامه. قاهره: دار الکتب الحدیث. ١٩٩٦م.

مصطفوی، حسن. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز الکتاب للترجمة و النشر. ۱۴۰۲ق.

مصطفوی، محمدکاظم. مائة قاعدة فقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ۱۴۲۱ق.

مغنیه، محمدجواد. فقه الإمام الصادق علیه السلام. قم: انصاریان. ۱۴۲۱ق.

منتظری، حسینعلی. مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر. قم: ارغوان دانش. ١٤٢٩ق.

منتظری، حسینعلی. مجمع الفوائد. قم: بی‌نا. بی‌تا.

موسوی خلخالی، محمدمهدی. الحاکمیة فی الإسلام. قم: مجمع اندیشۀ اسلامی. ١٤٢٥ق.

مؤمن، رقیه السادات. «نهاد حکومتی حسبه در فقه مقارن و حقوق ایران». فصلنامۀ تعالی حقوق، ش ۲، ۱۳۹۲، ۱۵۹تا۱۹۲.

کاشف الغطاء، علی‌بن‌محمدرضا. النور الساطع فی الفقه النافع. نجف: الآداب. ۱۳۸۱ق.

نجفی تبریزی، راضی. تحلیل الکلام فی فقه الإسلام. تهران: امیر قلم. ۱۴۱۳ق.

وزیری، مجید، نورالدین سعیدیانی. «قاعدۀ درء المفاسد اولی من جلب المصالح و تأثیرات آن بر فقه اسلامی». دو فصلنامۀ فقه مقارن، ش ۹، ١٣٩٦، ۱۰۱تا۱۲۳.

Auby، Jean-Bernard، Emmanuel Breen، Thomas Perroud. *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*. Edward Elgar Publishing. 2014.

Bainbridge، Stephen M. *Research Handbook on Insider Trading*. Edward Elgar Publishing. 2013.

Davids، Cindy. *Conflict of Interest in Policing: Problems، Practices، and Principles*. Institute of Criminology. 2008.

Davis، Michael، Stark، Andrew. *Conflict of Interest in the Professions*. Oxford University Press. 2001.

Douville، Thibault. *Les conflits d intérêts en droit privé* . Institut Universitaire Varenne. 2014.

Ganahl، Joseph Patrick. *Corruption، Good Governance، and the African State: A Critical Analysis of the Political-Economic Foundations of Corruption in Sub-Saharan Africa*. Vol. 2. Universitätsverlag Potsdam 2014..

Institute of Medicine، Board on Health Sciences Policy، Committee on Conflict of Interest in Medical Research، Education، and Practice. *Conflict of Interest in Medical Research، Education، and Practice*. National Academies Press. 2009.

Joël، Moret-Bailly. *Dé finir les conflits d intérêts*. Recueil Dalloz. Dalloz. 187 (16(. 2011.

Moore، Don A. Cain، Daylian M. ، Loewenstein، George، Bazerman، Max H. *Conflicts of Interest: Challenges and Solutions in Business، Law، Medicine، and Public Policy*. Cambridge University Press. 2005.

Morris، Stephen D. *Corruption & politics in contemporary Mexico*. University of Alabama Press. 1991.

OECD. *Managing Conflict of Interest in the Public Service OECD Guidelines and Country Experiences: OECD Guidelines and Country Experiences*. OECD Publishing. 2004.

OECD. *Managing Conflict of Interest in the Public Sector A Toolkit: A Toolkit*. OECD Publishing. 2005.

StachowiczStanusch، Agata. *Organizational Immunity to Corruption: Building Theoretical and Research Foundations*. IAP. 2010.

Stark، Andrew. *Conflict of Interest in American Public Life*. Harvard University Press. 2003.

Thévenoz، Luc، Rashid Bahar. *Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Markets*. Kluwer Law International. 2007.

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.169-191

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

Receive Date: 19-02-2022 Revise Date: 11-03-2022 Accept Date: 11-06-2022

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75406.1305 Article type: Original

The concept of *Qebteh* (expediency) and the mechanisms of its recognition in the affairs of Movalli Aliyyah

Dr. Saeed Nazari Tavakoli, Professor of Tehran University

Seyyed Hasan Davood al Mousavi (corresponding author), Doctoral student of jurisprudence and fundamentals of Islamic law, University of Tehran

Email: hassanm1371@gmail.com

Abstract

Regardless of the non-requirement of respecting *Qebteh* in some possessions, such as affairs related to guardian's affairs, payment of living expenses, education, etc., according to the opinion of famous jurists, the guardian's possessions in other affairs of the *Movalli Alaiih* are subject to respecting his *Qebteh*. Nevertheless, the boundary between the concept of *Qebteh* and related words and the mechanism of its recognition in jurisprudence texts is not very clear. Using the analytical and descriptive method, the present essay shows that, from the point of view of jurisprudence, *Qebteh* has a concept that is compatible with expediency and incompatible with benefit, and it is a real condition in the guardian's possession.Observance of *Qebteh* is valid in all financial and non-financial possessions of the guardian, and its recognition and application in financial affairs is the duty of the institution that has the necessary substructure for such recognition. In case of conflict between interests, priority is given to an act that guarantee's definite and long-term benefit and includes the worldly and hereafter interests of the *Movalli alaiih*. The best criterion for recognition of respecting *Qebteh* is to guarantee the preservation of his rights following the action of the guardian; Rights that can be found in religious teachings, statutes and international documents.

Key words: *Qebteh* , Guardian, *Movally Alaiih*, Expediency.

This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0

Journal of Fiqh and Usul

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

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۱۹۱ - ۱۶۹

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۳۰ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۲/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75406.1305

مفهوم غبطه و سازوکارهای تشخیص آن در امور مولی‌علیه

دکتر سعید نظری توکلی

استاد دانشگاه تهران

سید حسن داودالموسوی (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

Email: hassanm1371@gmail.com

چکیده

با صرف‌نظر از عدم‌اشتراط رعایت غبطه در برخی تصرفات، همچون امور ناظر به شئون ولی، پرداخت هزینهٔ معیشت، تحصیل و...، بنا بر نظر مشهور فقها، تصرفات ولی در سایر امور مولی‌علیه، مشروط به رعایت غبطهٔ اوست. باوجوداین، مرز میان مفهوم غبطه و واژه‌های همسو و سازوکار تشخیص آن در متون فقهی چندان روشن نیست. جستار حاضر با به‌کارگیری روش تحلیلی و توصیفی نشان می‌دهد که غبطه ازنظر فقهی، مفهومی هم‌عرض با مصلحت و ناهمسو با منفعت دارد و شرط واقعی در تصرفات ولی است. رعایت غبطه در همه تصرفات مالی و غیرمالیِ ولی معتبر است و تشخیص و تطبیق آن در امور مولی‌علیه با نهادی است که زیرساخت‌های لازم را برای چنین تشخیصی در اختیار دارد. در صورت بروز تزاحم میان مصالح، اولویت با عملی است که متضمن مصلحت قطعی و بلندمدت و دربرگیرندهٔ مصالح دنیوی و اخرویِ مولی‌علیه است. بهترین ملاک برای تشخیص رعایت غبطهٔ مولی‌علیه، تضمین حفظ حقوق وی در پی اقدام ولی است؛ حقوقی که برای آگاهی از آن‌ها می‌توان به آموزه‌های دینی، قوانین موضوعه و اسناد بین‌المللی رجوع کرد.

واژگان کلیدی: غبطه، ولیّ، مولی‌علیه، مصلحت.

مقدمه

بر اساس آموزه‌های اسلامی، به‌جز خداوند هیچ فردی بر دیگری ولایت ندارد که از آن بـه اصـل عـدم ولایت یاد می‌شود.[۱] به همین دلیل خداوند برای انجام امور اشخاصِ فاقد صلاحیت تصمیم‌گیری، ولایـت خود را به انبیا و امامان معصوم[۲] و به دیگر اشخاص؛ مانند پدر و پدربزرگ، وصی، حاکم و... تفویض کرده است.[۳] مقصود از قراردادن این مسئولیت بر عهدهٔ ولی عبارت است از: نگهداری، تربیت و مـدیریت امـور مالی و غیرمالی مولی‌علیه؛ زیرا گروه‌هایی مانند کودکان (صغار)، دیوانگان (مجانین) و سبک‌مغزان (سفها) از انجام این امور عاجزند و حقوقشان در معرض خطر است. فقهای امامیه توافق دارند که ولی در این امور، جانشین مولی‌علیه است و آثار اعمالی که به نمایندگی از او انجام می‌دهد برای مولی‌علیه است؛[٤] اما اِعمال ولایت از سوی ولی منوط به وجود مصلحت یا عدم‌مفسـده یـا عـدم‌ضـرر در تصـرفات مـالی و غیرمـالی است.[٥]

در نظام‌های حقوقی معاصر نیز این شرط برای ادارهٔ امور محجوران مدّنظر قرار گرفتـه اسـت و یکـی از اصول کنوانسیون حقوق کودک به شمار می‌رود (کنوانسـیون حقـوق کـودک، مـادهٔ ۳)، به‌گونـه‌ای کـه هـر فعالیت مستقیم یا غیرمستقیم مرتبط با کودکان مشروط به رعایت مصالح عالی[٦] کودک شده است.[۷]تحقـق این مصالح نیز در سایهٔ ولایت ولی قانونی کودک است.[۸]

در منابع حقوق بین‌الملل و نیز در متون فقهی و حقـوقی بـرای اصـطلاح غبطـه و مصـلحت، تعریـف مشخصی بیان نشده و سازوکاری جز فهم عرفی نیز برای تشخیص آن ارائـه نشـده اسـت کـه ایـن امـر نیـز مشکلات زیادی برای دستگاه قضایی ایجاد کرده است. برخی از حقـوق‌دانـان بـر ایـن باورنـد کـه فقـدان قطعیت در معنای مصالح عالی، امری ذاتی است که سـبب انعطـاف‌پـذیری در قضـاوت و صـدور حکـم می‌شود.[۹] ازاین‌رو، بحث از چیستی مصلحت و سازوکار تشخیص آن اهمیت به‌سزایی دارد.

در این نوشتار می‌کوشیم تا ضمن بازپژوهی مفهوم غبطه و مبانی فقهی آن، سـازوکارهای معینـی بـرای تشخیص غبطهٔ مولی‌علیه تعیین شود تا متولیِ تشخیص غبطهٔ مولی‌علیه چهـارچوب مشخصـی را بـرای آن

---

۱. کاشف الغطاء، انوار الفقاهه_ کتاب النکاح، ۳۹٤.

۲. احزاب: ٦؛ مائده: ٥.

۳. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۵۸٦/۲.

٤. طوسی، المبسوط، ۲۰۰/۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ١٤/٢؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۱۳۵/۲؛ محقـق کرکـی، جـامع المقاصـد، ۱۸۷/۵؛ خـویی، مصباح الفقاهة، ۵/۱۱؛ خمینی، تحریر الوسیلة، ۱۵/۲.

۵. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۵۵/۷ و ۱۷۲؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۹۸/۲۹؛ انصاری، کتاب النکاح، ١٦٨.

6. The Best benifit of child

۷. قاری، حقوق بشر در جهان معاصر، ۳٦۳.

۸. کنوانسیون حقوق کودک، مادهٔ ۱۸.

۹. کی‌خسروی و توحیدی، دستیابی به حقوق بشر کودکان، ۱۷۳.

پیدا کند. تحقیقات فقهی و حقوقی گسترده‌ای دربارهٔ غبطه شده، ولی تاکنون پژوهشی ناظر به مفهوم غبطه و مفاهیم همسوی آن در متون فقهی مذاهب اسلامی و نیز سازوکارهای تشخیص آن انجام نشده است.

۱. مفهوم‌شناسی

مفهوم‌شناسی لغوی: «غبطه» در لغت عبارت است از: حُسن حال، سرور و نعمت،[۱] آرزومند نعمتی برای خود، شبیه آنچه دیگران دارند بدون اینکه قصد سلب آن از دیگری را داشته باشد.[۲] این واژه معمولاً هم سنگ با مصلحت و در برابر مفسده قرار داده شده است. مصلحت در لغت عبارت است از: آنچه سبب صلاح، خیر، نفع و آسایش می‌شود[۳] و نقیض فساد معنا شده است.[٤]لغت‌دانان با بیان این مطلب که صلاح می‌تواند در ضرر یا سود باشد، میان منفعت و مصلحت تفاوت گذاشته‌اند.[٥]

مفهوم‌شناسی اصطلاحی: بررسی متون فقهی مذاهب اسلامی نشان می‌دهد که فقها واژهٔ غبطه را به این معانی به کار برده‌اند: مصلحت،[٦] منفعت،[۷] حظّ،[۸] اصلح و انفع،[۹] چیزی که مولی‌علیه از دیگران می‌خواهد تا به او بدهند.[۱۰] در اینکه مصلحت و منفعت به یک معنا به کار می‌روند نیز فقها اختلاف‌نظر دارند. علامه حلی مصلحت را چیزی می‌داند که با مقاصد دنیوی و اخروی انسان همسو و سبب کسب منفعت و دفع ضرر باشد.[۱۱] شیخ طوسی در ابواب بیع، رهن، حجر، نکاح و وقف، واژهٔ مصلحت را به معنای منفعت به کار برده است.[۱۲] صاحب‌جواهر نیز مصادیقی از مصلحت را بر می‌شمرد که معنای منفعت از آن به دست می‌آید.[۱۳] در مقابل، فقهایی هستند که با دوگانه‌انگاری مصلحت و منفعت، برای هریک مفهومی خاص در نظر گرفته[۱٤] و مصلحت را اعم از دفع ضرر دینی و دنیوی و کسب منفعت دینی و

---

۱. ابن‌منظور، لسان العرب، ۳۵۸/۷.
۲. فیومی، المصباح المنیر، ۴۴۲/۱.
۳. ابن‌فارس، معجم مقاییس اللغة، ۳۰۳/۳.
٤. نجار، المعجم الوسیط، ٥۲۰/۱.
٥. عسکری، الفروق اللغویة، ۱۷۲.
٦. نراقی، الحاشیة علی الروضة البهیة، ۷٦۳.
۷. کلوذانی، الهدایة علی المذهب، ۸٥.
۸. ابن‌قدامه، المغنی، ٦٦/۱۰.
۹. حماد، معجم المصطلحات المالیة، ۳٤۱.
۱۰. امام‌الحرمین، نهایة المطلب، ٤۳٦/٥.
۱۱. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۲۲۱.
۱۲. طوسی، المبسوط، ۱۹۰/۳٥؛ ۲۲٥/۳٥؛ ۹۳/۳۷؛ ۱۹۰/۳۷؛ ۱٤۳/۳۸؛ ٦۲/۱۲.
۱۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۸۰/۱٥؛ ۱۳٦/۱۹؛ ۳٥۲/۲٥؛ ٤۳۳/۳۰؛ حسینی، «حکومت و مصلحت از دیدگاه صاحب جواهر»، ٥٦.
۱٤ خویی و هاشمی، محاضرات فی الفقه الجعفری، ٤۰۹تا٤۱۰.

دنیوی به شمار آورده‌اند.[۱]

به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر موجه است و هم‌معنا قراردادن مصلحت و منفعت درست نیست؛ مصلحت در برابر مفسده و منفعت در برابر ضرر قرار دارد.[۲] بدین ترتیب، برابرقراردادن مصلحت و غبطه درست نیست و نسبت آن‌ها عام و خاص است (هر غبطه‌ای مصلحت، ولی هر مصلحتی غبطه نیست)؛ زیرا غبطه فقط در امور ناظر به ولایت به کار می‌رود، اما مصلحت اختصاص به این مورد ندارد و در غیر از مسئلهٔ ولایت نیز استفاده می‌شود.

۲. سیر تاریخی اشتراط غبطه در امور مولی‌علیه

۲. ۱. غبطه در متون فقهی مذاهب اسلامی

شرط رعایت غبطه در متون فقهی اهل‌سنت گاهی به‌صراحت و گاهی با بیان مصادیق بحث شده است. فقهای اهل‌سنت، اصطلاح غبطه را به‌صورت گسترده در مسئلهٔ ولایت مالی به کار برده‌اند. ازنظر آن‌ها ولی موظف به رعایت غبطه در امور مالی مولی‌علیه خود است،[۳] اما در خصوص امور غیرمالی اختلاف‌نظر دارند و برخی، نبودن مفسده را هم کافی می‌دانند.[٤] شافعی تنها راه جواز فروش اموال صغار را رعایت غبطه یا ضرورت راجع به احوال مولی‌علیه می‌داند.[٥] در اموال کوچک، وجود غبطهٔ اندک کافی است، ولی در فروش اموال باارزش، غبطه باید مشهود و منفعت مولی‌علیه فراوان باشد.[٦] در فقه مالکی، جواز فروش اموال صغیر به وجود غبطه برای صبی مشروط شده است.[۷] بیع اموال صغار در دو صورت صحیح است: وجود غبطه یا نیاز صغیر به فروش مال.[۸]

مذاهب اسلامی، اِعمال حق شفعه توسط ولی یا وصی را مشروط به غبطهٔ مولی‌علیه کرده و اِعمال حق شفعه در صورت وجود غبطه را بر ولی واجب دانسته‌اند.[۹]

احناف بدون اشاره به غبطه در تصرفات ولی در خصوص اموال صغیر به بیان نشانه‌های آن پرداخته‌اند؛ برای نمونه، مال صغیر باید بالاتر از ثمن‌المثل فروخته شود یا دست‌کم پایین‌تر از ثمن‌المثل فروخته نشود.[۱]

---

۱. میرزای قمی، قوانین الأصول، ۸۵/۲؛ میرزای قمی، قوانین الأصول، ۸۵/۲.

۲. علیدوست، فقه و عرف، ۹۷تا۹۸.

۳. امام‌الحرمین، نهایة المطلب، ۹۵/۱۳؛ مالک‌بن‌انس، المدونة، ۲٤۷/٤؛ ماوردی، الحاوی الکبیر، ۳٦٦/٥؛ شافعی، الأم الشافعی، ۱۱٦/۷.

٤ ابن‌قدامه، المغنی، ۳۸۱/۷.

٥. بغوی، التهذیب فی الفقه، ۳٦۹/٤؛ شافعی، الأم للشافعی، ۱٤۱/۷.

٦. رویانی، بحر المذهب، ۷٦/٥.

۷ مالک‌بن‌انس، المدونة، ۳۳٥/٤.

۸. ماوردی، الحاوی الکبیر، ۳٦٦/٥.

۹. ماوردی، الحاوی الکبیر، ۲۷٦/۷؛ شافعی، الأم للشافعی، ۱۱٦/۷.

نشود.[۱] شرط خرید مال برای صغیر، خیرداشتن یا منفعت‌داشتن برای صغیر است و فروش اموال صغیر منوط به نیاز کودک به آن است.[۲] در متون فقهی اهل‌سنت گاه از اصطلاح مصلحت هم استفاده شده است که منظور از آن منفعت است. ازنظرِ مالکی، پدر به‌عنوان ولی می‌تواند مال مولی‌علیه را برای خود بخرد به شرط این‌که این معامله به مصلحت مولی‌علیه باشد. بیع اموال صغیر به دیگران نیز مشروط به داشتن منفعت برای صغیر است.[۳] در فقه حنابله واژۀ مصلحت به‌معنای منفعت نیامده و مصادیق مصلحت، منفعت نیستند. برخی از مصادیق مصلحت در اموال صغیر عبارت‌اند از: نیاز صغیر به معامله مانند پرداخت دین، ترس از خرابی مال مولی‌علیه، زیادی درخورِ توجه ثمن، درخورِ استفاده‌نبودن مبیع برای مولی‌علیه، کالایی مورد نیاز با قیمت ارزان وجود داشته باشد که جز با فروش مال مولی‌علیه خریدنی نیست، فروش خانه‌ای که همسایه‌های آزاررسان دارند.[٤] حنابله برای ولایت در نکاح نیز از واژۀ مصلحت استفاده می‌کنند.[٥] ادارۀ مال یتیم وابسته به وجود مصلحت است؛[٦] این مصلحت باید راجح باشد و رعایت مصلحت ارجح، اولیٰ بر مصلحت غیرارجح است. شافعی و حنفی در ولایت ولی بر نکاح از لفظ نفع یا غبطه استفاده می‌کنند؛ درنتیجه این دو واژه ازنظر آن‌ها مفهوم یکسانی دارد.[۷] بدین ترتیب، واژۀ غبطه در فقه اهل‌سنت، در بیشتر موارد به‌معنای منفعت به کار رفته است. منفعتی که تنها در امور مالی نیست و اقدامات غیرمالی ولی را هم در بر می‌گیرد.

فقهای امامیه در مسئلۀ تصرفات مالی ولی، وجود غبطه را شرط دانسته‌اند،[۸] اما در مواردی به جای آن از واژۀ مصلحت استفاده کرده‌اند. کاربست‌های غبطه و واژه‌های همسوی آن به شکل زیر قابل طبقه‌بندی است:

أ. قرن چهارم و اوایل قرن پنجم: ابن‌جنید اسکافی (متوفای ۳۷۷ق) در باب ضمان و اجاره از واژه مصلحت استفاده کرده است،[۹] اما در مسئلۀ ولایت و امور مولی‌علیه از دو واژۀ غبطه و مصلحت استفاده نکرده است. ابن‌براج (متوفای ٤۸۱ق) در اِعمال حق شفعۀ صغیر از واژۀ غبطه استفاده کرده،[۱۰] اما در باب

---

۱. جزیری، الفقه علی مذاهب الأربعه، ۱۲۰/۲.
۲. جزیری، الفقه علی مذاهب الأربعة، ۳۲۱/۲.
۳. جزیری، الفقه علی مذاهب الأربعه، ۳۲۲/۲.
٤. جزیری، الفقه علی مذاهب الأربعة: ۳۲۳/۲.
٥. ابن‌قدامه، المغنی، ۳۸۱/۷.
٦. مجموعة مؤلفین، موسوعة الإجماع فی الفقه الإسلامی، ۲۱۷/۲٦.
۷. شافعی، الأم للشافعی، ۱۹/٥.
۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۳۹/۱۳؛ نراقی، الحاشیة علی الروضة البهیة، ۷٦۳؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۲۱٥/۱۰.
۹. ابن‌جنید اسکافی، مجموعة فتاوی ابن‌الجنید، ۲۱۸.
۱۰. ابواسحاق شیرازی، المهذب، ٤٥٤.

ولایت وصی و مواردی از این دست، واژهٔ مصلحت را به کار برده است.[۱]

ب. دورهٔ شیخ طوسی: شیخ طوسی بارها از واژهٔ مصلحت در ابواب مختلف فقهی، به‌ویژه ابواب مرتبط با ولایت استفاده کرده،[۲] گرچه در مسئلهٔ ولایت، واژهٔ غبطه را نیز به کار برده است.[۳] در خلال دورهٔ سیطرهٔ مکتب شیخ طوسی، فقهایی همچون ابن‌حمزه (متوفای ۵۵۰ق) از واژهٔ غبطه در موضوعات مختلفی مانند رهن، اجاره، بیع و ولایت استفاده کرده‌اند.[٤] در مقابل، ابن‌زهره (متوفای ۵۸۵ق) از این واژه استفاده نکرده و به جای آن در برخی از ابواب فقهی، همچون احیای موات و جهاد، واژهٔ مصلحت را به کار برده است.[۵]

ج. قرن ششم تا یازدهم: ابن‌ادریس حلی (متوفای ۵۹۸ق) در ابواب و مسائل مختلفی؛ مانند ادارهٔ اموال یتیم، طلاق صغیر، نکاح، ارث و ولایت حاکم، واژهٔ مصلحت را به کار برده است،[٦] هرچند محقق حلی (متوفای ٦٧٦ق) در ابواب مختلف رهن، مضاربه و... از واژهٔ غبطه استفاده کرده،[۷] اما فراوانی آن در مسئلهٔ ولایت بسیار بیشتر است.[۸] این فقیه در مواردی، غبطه و مصلحت را در کنار هم[۹] و گاه تنها از واژهٔ مصلحت استفاده کرده است.[۱۰] علامه حلی (متوفای ۷۲٦ق) و فخرالمحققین[۱۱] هرچند در موضوعات زکات، ضمان، جهاد، متاجر و...[۱۲] از واژهٔ مصلحت استفاده کرده‌اند، اما در مسئلهٔ ولایت واژهٔ غبطه را به کار برده‌اند.[۱۳] از دیگر فقهای بزرگ این دوره از شهید اول می‌توان یاد کرد که در آثار فقهی خویش، هم واژهٔ غبطه[۱٤] و هم واژهٔ مصلحت را به کار برده است.[۱۵] شهیدثانی نیز در بعضی از فروع فقهی، این دو واژه را در کنار هم استفاده کرده است.[۱٦] باید توجه داشت که غبطه تنها در مسائل مرتبط با ولی و مولی‌علیه[۱۷] و

---

۱. ابواسحاق شیرازی، المهذب، ۱۱٦/۲ و ۱۱۸؛ نک: ابواسحاق شیرازی، المهذب، ۹۲/۲ و ۲٦٦ و ۵۲۸.

۲. طوسی، المبسوط، ۱٦٦/٤ و ۳۲۹ و ٤۰۰؛ طوسی، المبسوط، ۹٦/۸ و ۱٦۷؛ طوسی، المبسوط، ۲۷۱/۷ و... .

۳. طوسی، المبسوط، ۱٦۲/۲ و ۲۷۱.

٤. ابن‌حمزه، الوسیلة، ۲۵۹ و ۲۸۰ و ۳۳٦ و ۳۷٤.

۵. ابن‌زهره، غنیة النزوع، ۱۲٤/۱ و ۲۹۳.

٦. ابن‌ادریس، موسوعة، ۳۰۱/۱۰ و ۳۳۷؛ ۲۸۹/۱۱ و ۲۹۰؛ ۲۵۳/۱۲ و ۲۸۸ و ۲۹۱ و ۳۱٤.

۷. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۷۰/۲ و ۱۱۱؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۰۳/۳.

۸. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۳/۳ و۸۷ و ۹۷ و ۲۰۱ و ۲۲۷ و... .

۹. محقق حلی، شرائع الإسلام، ٦۹/۲تا۷۱؛ ۳۰٤/۲.

۱۰. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۳۲/۷و ۳٦و ۱٤۱؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۳۵/۲و ۱۵۲و ۱٦۹و ۱۷۱و ۱۸۵؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۱۵۷.

۱۱ فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۲٤۲/۱ و ٤۸۷.

۱۲. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۱۹۷/۱و ۲۰۷ و ۳٤۱ و ۳۷٦ و ۳۸۸ و ٤۱۷.

۱۳. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۵۵/۲ و ٦۸ و ۱۵۰ و ۲۰۲؛ ۱۷/۳ و ۲۱۲ و ۵۹۲؛ ۳۷۰/٤ و ۵۵۳ و ۳۷۹.

۱٤. شهید اول، موسوعة الشهید الأول، ۱۳۱/۲و ۱٤٤؛ ۱٦۹/۳و ۲۷۳و ٤۰۸؛ ۳۱۹/۱۰ و ۳۲۰؛ ۱٦٦/۱۳و ۲۰۳و ۲۲۲/۱۵

۱۵. شهید اول، موسوعة الشهید الأول، ۲٤۸/۱۰و ۲٦٦و ۳٤٤؛ ۲۸٦/۱۱؛

۱٦. شهید اول، موسوعة الشهید الأول، ۱٤٤/۲

۱۷. شهید ثانی، حاشیة شرائع الإسلام، ۱٤۷ و ٤۰۷

مصلحت در ابواب و مسائل مختلف ازجمله ولایت، جهاد، وقف، بیع و... استفاده شده است.[۱] محقق کرکی و شهیدثانی نیز واژه‌های مصلحت و غبطه را بارها در مسئله در کنار هم یا به جای هم استفاده کرده‌اند.[۲]

د. قرن یازدهم تا چهاردهم: در این بازۀ زمانی که شامل دورۀ پیدایش اخباری‌گری (قرن۱۱تا۱۲)، افول اخباری‌گری (قرن۱۲) و عصر جدید استنباط (قرن ۱۳ و ۱٤) می‌شود نیز فقها از دو واژۀ غبطه و مصلحت استفاده کرده‌اند. بحرالعلوم، غبطه و مصلحت را با هم به کار برده[۳] و شیخ انصاری، مصلحت را هم در مسئلۀ ولایت٤ و هم در سایر ابواب و مسائل فقهی استفاده کرده است.[٥] فقهای متأخر نیز در مسئلۀ ولایت در امور غیرمالی، رعایت غبطه و مصلحت را لازم دانسته‌اند؛[٦] هرچند بنابر نظر مشهور در اِعمال ولایت پدر و جد پدری در خصوص نکاح، غبطه شرط نشده است و تنها نبود مفسده را کافی می‌دانند.[۷] شایان یادآوری است که برخی از فقهای امامیه رعایت مصلحت ارجح را در دَوَران بین چند مصلحت نیز لازم دانسته‌اند.[۸]

آن‌گونه که ملاحظه می‌شود واژۀ غبطه در متون فقهی امامیه و اهل‌سنت به یک معنا به کار نرفته است. اهل‌سنت، غبطه را به‌معنای منفعت به کار برده و در برخی از فروع فقهی نیز مصلحت را جایگزین آن کرده‌اند، ولی آن را هم‌سنگ سود (نفع) دانسته‌اند. در مقابل، فقهای امامیه واژۀ غبطه را به‌معنای منفعت به کار نبرده‌اند. واژۀ غبطه در امور مالی مرتبط با ولی و مولی‌علیه هم‌سنگ با مصلحت به کار رفته است، هرچند ازنظر مفهومی، مصلحت، مفهومی گسترده‌تر از غبطه دارد.

۲. ۲. غبطه در حقوق موضوعۀ ایران

در قوانین ایران نیز به پیروی از فقه اسلامی مفهوم غبطه به کار رفته است. در اصل ۲۱ قانون اساسی و در مسئلۀ حق مادران در خصوص قیمومیت صغار به رعایت غبطۀ کودکان اشاره شده است. در اصلاحیۀ مادۀ ۱۱۸٤ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۳/۰۱ آمده است: «هرگاه ولی قهری طفل، رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی‌علیه گردد به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به

---

۱. شهید ثانی، الروضة البهیة، ٤۰۰/۲؛ ۱۷۹/۳ و ۱۸۰ و ٥۳٤.

۲. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۲٤۰/٥و ۱۹۰و ۲٦۷؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲/ ۳٥؛ ۱۳/۹و ٤٤۳؛ ۲۸٦/۱۲؛ شهید ثانی، حاشیة شرائع الإسلام، ۱٤۷، ٤۰۸، ٤۱۰.

۳. بحرالعلوم، بلغة الفقیة، ۲۹۲/۳و ۲۹٥و ۲۹٦.

٤. انصاری، المکاسب، ۳٥۸/۱و ۳٤۸و ۲۳۷؛ ۲ /۱۱؛ ٥۹/٤و ٦٦و ٥۳۹و ٤۹۷ و ٤۷۳.

٥. انصاری، کتاب النکاح، ۱٤۹و ۱٦۸تا۱۷۱و ۲۳٥.

٦. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۳٥/۲؛ مشکینی اردبیلی، التعلیقة الإستدلالیة، ۳۹۷/۳تا٤۰۲؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۰٥.

۷. یزدی، العروة الوثقی، ۸٦٦/۲؛ خویی، موسوعة الإمام الخونی، ۲۳۰/۳۳.

۸. اصفهانی، حاشیة المکاسب، ٤۳۳/۲؛ اراکی، کتاب البیع، ٤۰/۲.

درخواست رئیس حوزهٔ قضائی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای ادارهٔ امور مالی طفل، فرد صالحی را به‌عنوان قیّم تعیین می‌نماید.» بنابر تبصرهٔ اصلاحیهٔ مادهٔ ۱۰٤۱ مصوب ۱۳۷۰/۰۸/۱٤ قانون مدنی، صحت عقد نکاح قبل از بلوغ منوط به اجازهٔ ولی و رعایت مصلحت مولی‌علیه شده است. در قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱ نیز قانونگذار به شرط غبطه در ولایت توجه دارد و در مادهٔ ٤ این قانون، رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان را در تمامی تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی می‌داند. در مادهٔ ٤٥ همین قانون و مادهٔ ۸۸ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست نیز به این مسئله اشاره شده است. در مادهٔ ۸۳ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹/۰٤/۰۲، خریدوفروش اموال غیرمنقول محجوران فقط با رعایت غبطهٔ فرد محجور ممکن است. مادهٔ ٤٤ قانون ادارهٔ تصفیهٔ امور ورشکسته مصوب ۱۳۱۸/۰٤/۲٤ مقرر کرده است: «ادارهٔ تصفیه، مکلف است شرایط فروش را با رعایت عرف و عادت و غبطهٔ بستانکاران و ورشکسته تعیین نماید.» مادهٔ ۷۱ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۰٤ آمده است: «در مواردی که تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی است، اگر بزه‌دیده طفل یا مجنون باشد و ولی قهری یا سرپرست قانونی او باوجود مصلحت مولی علیه اقدام به شکایت نکند، دادستان موضوع را تعقیب می‌کند.»

۳. چیستی غبطه

۳. ۱. واقعی یا علمی‌بودن غبطه

فقهای امامیه، مسئلهٔ واقعی یا علمی‌بودن (تشخیصی‌بودن) شرط غبطه در ادارهٔ امور مولی‌علیه را مستقلاً بحث نکرده‌اند. محقق خویی دراین‌باره نوشته است: «فقیهی را ندیدم که نسبت به این موضوع به تفصیل سخن گفته باشد.»[۱] بااین‌وجود، دو دیدگاه در متون فقهی معاصر مطرح شده است:

أ. واقعی‌بودن غبطه: طرفداران این نظریه بر این باورند که به‌دلیل اینکه مصلحت، امری واقعی است، فقدان مصلحت در اقدامات ولی کاشف از بطلان تصرف ولایی اوست؛[۲] هرچند آگاهی از نبود غبطه نداشته باشد.[۳] در میان اهل‌سنت، فقهای شافعی نیز این نظریه را پذیرفته و این شرط را شرط صحت می‌دانند.[٤]

ب. علمی‌بودن غبطه: برخی از فقها، وجود مصلحت در تصرفات ولی را شرطی تشخیصی و علمی می‌دانند؛ یعنی علم به وجود غبطه در تصرف شرط است و اگر کشف خلاف شود، تصرف او همچنان نافذ

۱. خویی، محاضرات فی الفقه الجعفری، ۲۰/۳تا۲۱.
۲. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ٤۷۰/۱٤؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۳٤۰/۱.
۳. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ٤۸/۲؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ٤۷۰/۱٤.
٤. شافعی، الأم للشافعی، ۲۰/٥.

است. امام خمینی دربارهٔ پدری که دخترش را به ازدواج کسی در می‌آورد که عیب جسمانی دارد، می‌نویسند: «اگر ولی در احراز وجود مصلحت تلاش کرده باشد و اعتقاد به وجود این شرط داشته باشد؛ اما مشخص شود که تشخیص او درست نبوده است، این ازدواج صحیح و نافذ است، مگر اینکه زوج دارای یکی از عیوب موجب فسخ باشد که در این صورت، مولی‌علیه خیار فسخ دارد.»[۱] به بیان دیگر، احراز مصلحت، رافع مسئولیت ولی است، هرچند مسقِط حق مولی‌علیه نیست.[۲]

روایی این نظریه مبتنی بر تحقق دو عنصر است: ۱. سقوط تنجز نهی «و لاتقربوا...» در صورت عدم علم ولی که نتیجهٔ آن صحت عقد است؛[۳] ۲. عدم‌صدق فساد بر تصرف ناآگاهانه و بدون مصلحت ولی، زیرا از تصرف بدون مصلحت در برخی از روایات تعبیر به فاسد شده است (و ما أحبّ له أن یأخذ من مال ابنه، إلاّ ما احتاج إلیه ممّا لا بدّله منه. إنّ اللّه لایحبّ الفساد»،[٤] مانند زنی که با علم به عدم‌رضایت همسر به سفر می‌رود، درحالی‌که زوج راضی است یا ولی قصد تصرف بدون مصلحت داشته باشد، اما مشخص شود که عمل او دارای مصلحت است.[٥]

۳. ۲. نوعی یا شخصی‌بودن غبطه

بدون تردید، غبطه در خصوص امور مختلف مالی و غیرمالی متفاوت است، اما اینکه در مقام سنجشِ غبطه باید وضعیت خود مولی‌علیه را لحاظ کرد (غبطهٔ شخصی) یا وضعیت گروه همسانان او را ملاک قرار داد (غبطهٔ نوعی) یا به مصالح عمومی جامعه توجه کرد، سه احتمال متصور است، هرچند فقها به آن اشاره نکرده‌اند. باید توجه داشت که بنابر اصل تطابق که اصلی عقلایی[٦] و با منشأ غلبه است،[۷] مصلحت شخصی منطبق بر مصلحت نوعی است، مگر قرینه‌ای بر تأثیر ویژگی‌های فردی وجود داشته باشد.[۸] بااین وجود، نادیده‌انگاری تفاوت‌های اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی افراد درست به نظر نمی‌رسد، درنتیجه در تشخیص غبطه باید وضعیت فردی خود مولی‌علیه در نظر گرفته شود،[۹] هرچند در تعارض مصلحت فردی با مصالح اجتماعی و نظم عمومی، توجه به مصالح اجتماعی اولویت دارند.[۱۰]

۳. ۳. مرتبه‌پذیری غبطه

---

۱. خمینی، تحریر الوسیلة، ۲۷۵/۲.
۲. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۱۰.
۳. بحرالعلوم، بلغة الفقیة، ۲۷۱/۳.
٤. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۶۳/۱۷.
٥. خویی، محاضرات فی الفقه الجعفری، ۲۱/۳.
٦. صدر، بحوث فی علم الأصول، ۱٦٦/۱ و ۱٦۷.
۷. فاضل لنکرانی، درس خارج اصول دورهٔ دوم، جلسهٔ ۱۲٥.
۸. اعرافی، درس خارج اصول، ۱٤۰۰/۱۹/۱۰.
۹. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲٦۹/۸؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۲۷٤/۲.
۱۰. نک: حیدری، «مبانی و ادلهٔ تقدم مصالح اجتماعی بر مصلحت فردی از دیدگاه مذاهب اسلامی»، ٥٦.

از ویژگی‌های مصلحت، مرتبه‌پذیربودن آن است.[۱] اصولیان از این مطلب با عنوان تزاحم بحث کرده‌اند که اگر رعایت و حفظ مصلحتی مانع حفظ مصلحت دیگری شود، وظیفه چیست؟ فقهای امامیه نیز در برخی موارد بر اساس قانون «تقدم اهم بر مهم» فتوا داده‌اند؛ مانند جواز دروغ‌گفتن در جنگ برای فریب دشمن[۲] یا تقدم حفظ جان بر حفظ مال[۳] یا تقدم حفظ جان بر لمس اجنبیه.[٤]

برخی از فقها بر این باورند که در دَوَران بین سودمند (مصلحت) و سودمندتر (اصلح)، انجام عملی که سود بیشتری برای یتیم دارد لازم است[٥] و درنتیجه، بسندگی به غبطه جایز نیست؛ چراکه سبب نادیده‌گرفتن بخشی از منافع مولی‌علیه می‌شود.[٦] در مقابل، برخی نیز با این دیدگاه موافق نیستند و رعایت مصلحت را کافی می‌دانند، زیرا از ظاهر روایات استفاده می‌شود که رعایت مصلحت مدِّنظر شارع است، حتی اگر مخالف با اصلح باشد.[۷]

فقهای امامیه، شناخت ترتیب مصالح پسینی (مصالح در امتثال حکم) و تشخیص آن را از وظایف خود مکلف می‌دانند.[۸] برخی نیز شناخت ترتیب و مراتب مصالح شرعی در مقام امتثال و اجرای حکم را موکول به عقل و نصوص شرعی می‌دانند.[۹] به نظر محقق نائینی، اهمیت را می‌توان از مفاد دلایل و مناسبت حکم و موضوع به دست آورد؛ برای نمونه، حفظ اصل اسلام بر سایر امور اولویت دارد یا حقوق مردم، مقدم بر دیگر مصالح است یا مصالح مربوط به جان و نوامیس مقدم بر مصالح مالی است.[۱۰]

برخی از ملاک‌های پذیرفته‌شده برای شناسایی اهمیت عبارت‌اند از: أ. اخروی، دینی و دنیوی‌بودن غبطه: هرگاه مصلحتی، هم‌زمان تأمین‌کنندهٔ مصالح دینی و نیازهای دنیوی انسان باشد، بر مصالح اخروی محض یا دنیوی محض اولویت دارد؛[۱۱] برای مثال، بر اساس آموزه‌های دینی جهاد بر روزه اولویت دارد؛[۱۲] ب. تداوم مصلحت: مصلحت دائمی بر مصلحت موقت اولویت دارد؛[۱۳] ج. یقینی‌بودن غبطه: غبطهٔ یقینی

---

۱. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۲۷/۱۲؛ علیدوست، فقه و مصلحت، ۹۰.
۲. فیض کاشانی، ۱٤۱۷ق، ۲٤٥/٥.
۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱٦/۲۱.
٤. خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ٦۳/۳۲.
٥. اصفهانی، حاشیة المکاسب، ٤۳۳/۲تا٤۳٤.
٦. شهید اول، القواعد و الفوائد، ۳۲٦/۱؛ فاضل لنکرانی، قاعدهٔ میسور، ٤۰۲.
۷. اشتهاردی، مدارک العروة، ۱٥٤/۳۰.
۸. صدر، بحوث فی علم الأصول، ٦٥/۳ و ٦٦؛ خویی، محاضرات فی اصول الفقه، ۲۰٦/۳.
۹. علیدوست، فقه و مصلحت، ٥۳۲.
۱۰. نائینی، فوائد الأصول، ۳۳٥/۱.
۱۱. جوادی آملی، مصطفی‌پور، ولایت در قرآن، ٤٦٦.
۱۲. کلینی، الکافی، ۱۱۲/٥.
۱۳. علیدوست، فقه و مصلحت، ٥٤۲.

بر غبطهٔ مشکوک اولویت دارد.[۱]

بر این اساس، در تشخیص غبطهٔ مولی‌علیه، تصرفی که دربرگیرندهٔ هم‌زمان مصالح دینی و دنیوی باشد و تصرفی که تضمین‌کنندهٔ غبطهٔ دائمی یا بلندمدت‌تر باشد، بر دیگر تصرفات اولویت پیدا می‌کند. پرواضح است که در صورت وجود تصرفی با غبطهٔ قطعی، ولی نمی‌تواند کاری انجام دهد کـه مصـلحت مشـکوک دارد.

۳. ٤. مسئولیت تشخیص غبطه

تردیدی نیست که تبیین مفاهیم به‌کاررفته در متون دینی، همچون دیگر مفاهیم برعهدهٔ عرف است؛ اما در اینکه تشخیص مصادیق این مفهوم برعهدهٔ چه کسی است احتمالات مختلفـی مطـرح اسـت: أ. فقیـه، مانند تعیین مصداق چیزی که سجده بر آن صحیح است؛[۲] ب. عرف خاص؛[۳] ج. کارشـناس (خبـره)؛[٤] د. عقل؛[٥] ه. مکلف.[٦] بر این اساس، بایستی به این پرسش پاسـخ داد کـه مرجـع تشـخیص غبطـهٔ مولی‌علیـه منحصر در ولی است یا افراد دیگری در طول یا عـرض وی می‌تواننـد در تشـخیص غبطـه مداخلـه کننـد؟ ازآنجاکه جعل ولایت برای ولی، طریقیت دارد و نه موضوعیت،[۷]تشخیص ولی در غبطهٔ مولی‌علیـه زمـانی اعتبار دارد که صلاحیت فهم موضوع را داشته باشد، وگرنه تشخیص اشخاص حقیقی یا حقوقی که بتواننـد در کنار ولی یا جدای از او برای مولی‌علیه تصمیم‌گیری کنند، معتبر خواهد بود.

۳. ٥. زمان لحاظ وجود غبطه

عمل ولی وابسته به وجود غبطه برای مولی‌علیه است؛ اما در اینکه چه زمـانی بایـد ایـن غبطـه وجـود داشته باشد، سه احتمال تصور دارد: ۱. زمان تصرف (انجام عمل)، ۲. تا زمان بلوغ مولی‌علیه، ۳. تا پس از بلوغ مولی‌علیه؛ برای مثال، اگر ازدواج کودکان را به فرض وجود مصلحت جایز بدانیم، آیا وجود مصلحت در زمان انعقاد عقد نکاح لازم است یا وجود مصلحت از زمان انعقاد عقد نکاح تا زمان بلوغ کودک یـا بـا ملاحظهٔ وجود مصلحت برای کودک حتی پس از بلوغ باید چنین عملی را انجام داد؟ به نظـر مـی‌رسـد بـه قرینهٔ مناسبت حکم و موضوع باید مصلحت مولی‌علیه تا پس از بلوغ مدِّنظر قرار گیرد. این تناسـب، امـری عقلایی است که با حکمت جعل ولایت از سوی شارع سازگار است، اما باید توجـه داشـت کـه پیـداکردن

---

۱. علیدوست، فقه و مصلحت، ٥٥٠.

۲. یزدی، العروة الوثقی، ٥٨٨/١ و ٥٩١.

۳. تبریزی، استفتائات جدید، قم: سرور، ۳۱۹.

٤. معرفت، نقد و نظر، ١٠٦.

٥. خویی، محاضرات فی اصول فقه، ۱۸۳/۳.

٦. معرفت، اقتراح، ١٠٦.

۷. علیدوست، فقه و عرف، ۳۹۰.

سازوکاری برای چنین جامع‌نگری در تشخیص مصلحت مولی‌علیه در درازمدت، امری بسیار دشوار، بلکه نشدنی است.

۴. سازوکار تشخیص غبطه

از مهم‌ترین چالش‌ها در مسئلهٔ ولایت، روش تشخیص غبطهٔ مولی‌علیه است. در متون فقهی و حقوقی برای این امر سازوکار مشخصی بیان نشده است؛ اما به نظر می‌رسد یکی از راهکارهای تشخیص غبطهٔ مولی‌علیه، حفظ حقوق اوست که بر اساس شرایط محیطی، فرهنگی، سیاسی و اجتماعی تعیین می‌شوند.

أ. حق نسب و هویت: «نسب»، به‌معنای منتهی‌شدن ولادت کودک به پدر، ازجمله حقوق اساسی کودک است که حقوق دیگری ازجمله حق حضانت را به‌دنبال دارد؛[۱] درنتیجه، هر اقدامی از سوی ولی که سبب ضعیف‌شدن پیوند خویشاوندی کودک با اعضای خانوادهٔ خود شود، خلاف غبطهٔ کودک به شمار می‌آید، مگر مصلحت جبران‌کننده یا مهم‌تری راجع به آن وجود داشته باشد.

ب. حق تعلیم و تربیت: از اساسی‌ترین حقوق کودک، بهره‌مندی از آموزش است[۲] که در اصل ٤قانون اساسی و مادهٔ ٤قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی مصوب، بر آن تأکید شده است. سلب چنین حقی از کودک، امری برخلاف غبطهٔ او به شمار می‌آید؛ برای مثال، ازدواج کودک توسط ولی سبب ازبین‌رفتن فرصت تحصیلی او می‌شود.[۳]

تربیت نیز به‌معنای فراهم‌کردن امکانات رشد و تعالی کودک توسط مربی،[٤] ازجمله حقوق مصرح کودک در قرآن کریم،[٥] آموزه‌های دینی،[٦] قوانین موضوعه[۷] و حقوق بین‌الملل[۸] است که برعهدهٔ سرپرست کودک گذاشته شده است. فقهای مسلمان نیز بر وظیفهٔ ولی در تربیت دینی کودک تأکید داشته‌اند.[۹] ازاین‌رو، هر اقدامی از سوی ولی که ناسازگار با تربیت کودک باشد، خلاف غبطه و مصلحت کودک است.[۱۰]

---

۱. نک: پیوندی، حقوق کودک، ۳۲۸تا۳۳٤.

۲. آل عمران: ٦۲.

۳. افتخارزاده، تجربهٔ زیستهٔ زنان در ازدواج زودهنگام، ۱۱۳.

٤. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، فلسفهٔ تعلیم و تربیت درآمدی بر تعلیم و تربیت اسلامی، ۳٦٦.

٥. لقمان: ۱۳.

٦. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ٤۸۰/۲۱.

۷. قانون مدنی: مواد ۱۱۰٤ و ۱۱۷۸.

۸. مادهٔ ۱۸ کنوانسیون حقوق بین‌الملل.

۹. طباطبائی، ریاض المسائل، ۱٤٤/۱۲.

۱۰. خمینی، تحریر الوسیلة، ۱۳/۲.

ج. حق برخورداری از بهداشت و رفاه: یکی از مصالح عالی کودک که در اسناد بین‌الملل مطرح و برخی از مصادیق آن هم تعیین شده، عبارت است از: ایجاد شرایط مناسب برای حفظ سلامت و بهداشت جسمی و روانی کودک.[۱] اقدامات مغایر با این حق، خلاف غبطهٔ کودک است. برای نمونه، اقدام ولی به تزویج کودک، او را در معرض خطراتی؛ همچون سقط جنین و آسیب‌های بارداری،[۲] [۳] خشونت جنسی و بدنی،[٤] افزایش احتمال نارضایتی زناشویی و طلاق[٥] و آسیب‌های روحی و روانی قرار می‌دهد که خلاف غبطه و مصلحت اوست.

د. حق برخورداری از تکریم شخصیت: ازجمله نیازهای روانی کودک، توجه به شخصیت و حیثیت معنوی اوست که بر رشدش تأثیر می‌گذارد.[٦] این حق در آموزه‌های دینی نیز مدِّنظر قرار گرفته و بر لزوم احترام به شخصیت کودک تأکید شده است.[۷] اقدامات نافی این حق از سوی ولی، خلاف غبطه و مصلحت کودک است که برخی از مصادیق آن عبارت‌اند از: خطاب نیکوکردن به کودک،[۸] سلام‌کردن به کودک،[۹] داشتن انتظارات به‌جا از کودک،[۱۰] وفای به عهد نسبت به کودک،[۱۱] عیب‌جویی‌نکردن از کودک.[۱۲]

بدین ترتیب، بهترین راه برای تشخیص غبطه و مصلحت کودک، شناخت حقوق مولی‌علیه است. حقوقی که برای آگاهی از آن‌ها می‌توان به آموزه‌های دینی، قوانین موضوعه و اسناد بین‌المللی رجوع کرد.

۵. مبانی فقهی اشتراط غبطه در امور مولی‌علیه

۵. ۱. اشتراط غبطه در امور مالی مولی‌علیه

بررسی متون فقهی نشان می‌دهد که سه دیدگاه میان فقها در ادارهٔ امور مالی مولی‌علیه وجود دارد:

أ. جواز هرگونه تصرف: برخی از فقها فرزند را هدیهٔ خداوند به والدینش معرفی کرده‌اند که مستند

---

۱. کنوانسیون حقوق کودک، مادهٔ ۲٤؛ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر، مادهٔ ۲۵؛ منشور سازمان بهداشت جهانی، ۳٤۷.

2 K. G. Santhya., 2011. Early marriage and sexual and reproductive health vulnerabilities of young women: a synthesis of recent evidence from developing countries. Current opinion in obstetrics and gynecology, 23: 335 ; UNICEF, 2007. Woman and children, the double dividend of gender equality, the state of the world`s children, 4/74

۳. ملک‌پور، «بررسی رابطهٔ سن کم مادر و میزان هوش در فرزند»، ۷۷ و ۸۰.

٤. افتخارزاده، «تجربهٔ زیستهٔ زنان در ازدواج زودهنگام، پژوهشنامهٔ مددکاری اجتماعی»، ۱۳۳ و ۱۳۸ و ۱٤۰ و ۱٤۸.

۵. صفوی و مینایی، «تجربهٔ زیستهٔ دختران نوجوان در نقش همسر: مطالعهٔ ازدواج زودهنگام دختران آران بیدگل»، ۹۹.

٦. پیوندی، حقوق کودک، ۳٦۵.

۷. ابن‌بابویه، امالی، ۳۷٤.

۸. مجلسی، بحار الأنوار، ۱٦۸/۷۳.

۹. ابن‌بابویه، امالی، ۷۲.

۱۰. کلینی، الکافی، ۵۰/٦.

۱۱. کلینی، الکافی، ۵۰/٦.

۱۲. متقی، کنز العمال، ۵۸٤/۱٦.

آن‌ها عبارت است از: آیهٔ «لِلّهِ مُلْكُ السّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ؛[1] مالکیت و فرمانروایی آسمان‌ها و زمین فقط در سیطرهٔ خداست، هرچه را بخواهد می‌آفریند، به هرکس بخواهد دختر عطا می‌کند و به هرکس بخواهد پسر می‌بخشد.» و روایات ناظر به این آیه و[2] نیز اطلاق روایات ولایت پدر و جد پدری؛[3] مانند روایت منقول از محمدبن‌مسلم.[4]

این احتمال را نیز مطرح کرده‌اند که ولی در تصرف در اموال مولی‌علیه خود هیچ محدودیتی ندارد و نبود مفسده یا وجود غبطه شرط آن نیست؛ درنتیجه، تصرف در اموال مولی‌علیه درصورت وجود مفسده برای او نیز نافذ و صحیح است[5] که درست به نظر نمی‌رسد، زیرا اصل بر استقلال افراد در امور مالی خود و عدم‌ولایت دیگران بر آن‌هاست و در خصوص موارد خلاف این اصل باید به قدرِ متیقن بسنده کرد و وجود قدر متیقن مانع از حصول اطلاق است.[6] شارع نیز در این روایات، ناظر به اصل وجود ولایت است و نه چگونگی آن؛[7] درنتیجه، استناد به اطلاق این روایات درست نیست و باید به اصل عملی احتیاط رجوع کرد.[8] افزون بر این، این اطلاق با دلایلی به رعایت غبطه یا دست‌کم مراعات نبود مفسده برای مولی‌علیه مقید شده است[9] که عبارت‌اند از: دلایل ناظر به حکمت جعل ولایت، آیهٔ «وَ لَاتَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلّا بِالّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتّى يَبْلُغَ أَشُدّهُ»[10] و برخی روایات مانند: صحیحهٔ ابی‌صباح کنانی «عن ابی‌عبداللّه(ع) فی الرجل یکون لبعض ولده جاریة و ولده صغار هل یصلح أن یطأها؟ فقال: «یقوّمها قیمة عدل ثمّ یأخذها و یکون لولده علیه ثمنها»[11]

ب. تصرف مشروط به عدم‌وجود مفسده: مشهور فقهای امامیه بر این باورند که تصرفات ولی در امور مالی مولی‌علیه مشروط به نبود مفسده است؛[12] زیرا به‌صراحتِ فهمِ عقلی، تصرفات همراه با مفسدهٔ ولی در امور مولی‌علیه، مقصود شارع در اعطای ولایت به او نبوده است.[13] افزون‌بر این، تصرفات ولی در

---

۱. شوری: ٤٩.
۲. ابن‌بابویه، عیون اخبار الرضا، ۹٦/۲.
۳. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۱۹٤/۱۲.
٤. کلینی، الکافی، ۱۳۵/۵.
٥. شهیدی تبریزی، هدایة الطالب، ۳۲۵/۲.
٦. مظفر، اصول فقه، ۱۷۰/۱.
۷. اراکی، کتاب البیع، ۱۱/۲.
۸. مظفر، اصول فقه، ۱۹۸/۱.
۹. انصاری و فاضل لنکرانی، موسوعة احکام الأطفال و ادلتها، ۲۰۵/۲.
۱۰. انعام: ۱۵۲.
۱۱. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۰۹/۲.
۱۲. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۳۲/۲۲؛ ۲۹۷/۲۸؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۲۰/۵؛ خمینی، کتاب البیع، ٤٥٦/۲.
۱۳. خمینی، کتاب البیع، ٤٥٤/۲.

چند روایت مشروط به عدم‌وجود مفسده شده است؛[۱] مانند صحیحهٔ ابوحمزهٔ ثمالی: «مَا أُحِبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ اِبْنِهِ إِلاَّ مَا اِحْتَاجَ إِلَيْهِ مِمَّا لاَبُدَّ مِنْهُ إِنَّ اَللَّهَ عَزَّوَجَلَّ لايُحِبُّ اَلْفَسادَ.»[۲] بااین‌وجود، چنین دیدگاهی پذیرفتنی نیست، زیرا نبود مفسده فقط راجع به امور ناظر به شئون ولی؛ همچون پرداخت هزینهٔ معیشت، تحصیل و... مولی‌علیه کافی است، اما در تصرفات ولی در خصوص اموال مولی‌علیه در غیر از شئون ولایتش، رعایت مصلحت الزامی است.[۳]

ج. تصرف مشروط به رعایت غبطه: برخی از بزرگان فقهای امامیه همچون شیخ طوسی، ابن‌ادریس حلی، محقق حلی، شهید اول و شهید ثانی، علامه حلی، صاحب‌جواهر و شیخ انصاری بر این باورند که تصرفات ولی در ادارهٔ امور مالی مولی‌علیه، مشروط به وجود غبطه است؛[٤] زیرا افزون بر ادعای اتفاق‌نظر فقهای امامیه (اجماع)،[٥] دلیل تشریع ولایت برای ولی در خصوص مولی‌علیه عبارت است از: اداره، حفظ، رشدونمو اموال مولی‌علیه که خود ناتوان از انجام آن است و تصرفات خالی از مصلحت، این حکمت را محقق نمی‌کند. قدر متیقن از جواز مخالفت با اصل عدم‌ولایت نیز موردی است که تصرفات ولی دارای غبطه باشد.[٦] آیهٔ «وَ لَاتَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلّا بِالّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتّى يَبْلُغَ أَشُدّهُ؛[۷] و به مال یتیم، جز به بهترین صورت (و برای اصلاح) نزدیک نشوید تا به حد رشد خود برسد!»، با استفاده از واژهٔ «احسن» که دلالت بر تفضیل و حسن ظاهری دارد، اثبات‌کنندهٔ لزوم رعایت اصلح و بسنده‌نبودن به نبود مفسده است.[۸] ادعای اختصاص این آیه به جد پدری[۹] درست نیست؛ زیرا عنوان یتیم بر کسی که مادر خود را از دست داده است، صادق است[۱۰] و درنتیجه، رعایت غبطه در خصوص اموال همهٔ افرادی که در ولایت دیگران قرار دارند، واجب است.[۱۱]

۵. ۲. اشتراط غبطه در امور غیرمالی مولی‌علیه

از مهم‌ترین امور غیرمالی که به اتفاق فقها، پدر و جد پدری نسبت به مولی‌علیه خود ولایت دارند،

---

۱. انصاری، موسوعة أحکام الأطفال و أدلتها، ۵۶۴/۱.

۲. کلینی، الکافی، ۱۳۵/۵.

۳. خویی، مصباح الفقاهة، ۱۸/۵ و ۱۹.

٤. طوسی، المبسوط، ۲۰۰/۲؛ ابن‌ادریس، السرائر، ٤٤١/۱؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۱۳۵/۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۷۸/۲ و ۷۹ و ۱۷۱؛ شهید اول، الدروس الشرعیة، ۳۱۸/۳؛ انصاری، کتاب البیع، ۵۳۹/۳.

۵. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۸۰/۲؛ عاملی، مفتاح الکرامة، ۷۱۷/٤.

٦. شهیدی تبریزی، هدایة الطالب، ۳۲۵.

۷. انعام: ۱۵۲.

۸. طبرسی، تفسیر مجمع البیان، ۱۸۳/٤.

۹. شبیری زنجانی، کتاب النکاح، ٤۱۸۲/۱۲.

۱۰. ابن‌عربی، احکام القرآن، ۲۱۵/۱.

۱۱. طبرسی، تفسیر مجمع البیان، ۱۸۳/٤.

نکاح است؛[۱] با این تفاوت که برخی نبودن مفسده را شرط اِعمال این ولایت[۲] و برخی نیز وجود غبطه را در تزویج مولی‌علیه لازم می‌دانند.[۳]

اعتبار نبود مفسده در نکاح مولی‌علیه مستند به دلایلی است که عبارت‌اند از:

أ. اولویت امور مهمی همچون نکاح نسبت به امور مالی در لزوم نداشتن مفسده[٤] که برخی از روایات؛[٥] ازجمله روایت صحیحهٔ ابوحمزهٔ ثمالی «مَا أُحِبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ اِبْنِهِ إِلاَّ مَا اِحْتَاجَ إِلَيْهِ مِمَّا لاَبُدَّ مِنْهُ إِنَّ اَللَّهَ عَزَّوَجَلَّ لايُحِبُّ اَلْفَسادَ»[٦] و صحیحهٔ فضل‌بن‌عبدالملک «و کان الجد مرضیّاً» بر آن دلالت دارد،[۷] همچنان که مرضی‌بودن عملِ جد در روایت فضل به‌معنای نداشتن مفسده است.[۸]

ب. اتفاق‌نظر فقها بر لزوم نبودن مفسده در نکاح صغار،[۹] هرچند برخی از فقهای معاصر، منکر تحقق آن هستند.[۱۰]

ج. قاعدهٔ لاضرر، زیرا ایجاد عقد مفسده‌آمیز و لزوم تحمل وضعیت نکاح توسط کودک تا رسیدن به بلوغ سبب ضرر او می‌شود.[۱۱]

د. مناسبت حکم و موضوع؛ چراکه جعل ولایت برای ولی به‌منظور حفظ مصالح مولی‌علیه است، نه ایجاد مفسده در زندگی او.[۱۲]

ه. اجرای اصل عدم‌ولایت در صورت وجود مفسده یا ضرر در اقدام ولی.[۱۳]

اعتبار وجود مصلحت در نکاح مولی‌علیه نیز مستند به دلایلی است که عبارت‌اند از:

أ. اولویت نکاح راجع به امور مالی.[١٤]

ب. مفاد آیهٔ «وَ لَاتَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلّا بِالّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ»[١٥] در ضرورت مراعات اصلح

---

۱. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۲۷۲/۲.

۲. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۳۲/۲۲؛ ۲۹۷/۲۸؛ انصاری، کتاب النکاح، ۱٦۸؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ٤٥۳/۱٤ و ٤٥٥.

۳. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۳٥/۲.

٤. انصاری و فاضل لنکرانی، موسوعة احکام الأطفال و أدلتها، ٥٦۳/۱.

٥. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲٦۳/۱۷تا۲٦٤؛ ۲۸۹/۲۰؛ ۱۹٥/۱۲؛ ۲۱۸/۱٤؛ کلینی، الکافی، ۳۹٦/٥.

٦. کلینی، الکافی، ۱۳٥/٥.

۷. نک: شاکری، «بازخوانی اصل احتیاط در فروج»، ۳۱تا٤۸.

۸. شبیری زنجانی، کتاب النکاح: ۳۹٥۰/۱۱.

۹. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ٤٥۳/۱٤ و ٤٥٥.

۱۰. شبیری زنجانی، کتاب النکاح، ٤۱۷۸/۱۲.

۱۱. شبیری زنجانی، کتاب النکاح، ٤۱۷۹/۱۲.

۱۲. سبزواری، مهذب الأحکام، ۲٦۸/۲٤.

۱۳. انصاری، موسوعة احکام الأطفال و ادلتها، ٥٦٥/۱.

۱٤. بحرالعلوم، بلغة الفقیة، ۲۷۱/۳؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ٤٥٦/۱٤.

۱٥. انعام: ۱٥۲.

و نه استحباب آن؛ زیرا سیاق آیات پیش از آن، شمارش محرماتی ازجمله قتل و رابطهٔ نامشروع است و بعید است در خلال آن‌ها از امری مستحبی سخن گفته شده باشد.[۱]

ج. استظهار مصلحت از واژهٔ «مرضی» در روایت فضل‌بن‌عبدالملک «و کان الجد مرضیّاً.»[۲]

د. استظهار تعلیل یا حکمت، ازجمله «و کان الجد مرضیّاً» در روایت فضل‌بن‌عبدالملک.[۳]

ه. استصحاب تحقق‌نیافتن نکاح در صورت رعایت‌نکردن مصلحت مولی‌علیه.[٤]

و. انصراف عمومات ولایت اب و جد از موردی که مصلحت مولی‌علیه در نظر گرفته نشده باشد.[٥]

نتیجه‌گیری

۱. نسبت مفهوم غبطه و مفهوم مصلحت، عام و خاص است (هر غبطه‌ای مصلحت است، ولی هر مصلحتی غبطه نیست)؛ زیرا غبطه، تنها در امور ناظر به ولایت به کار می‌رود، اما مصلحت به این مورد اختصاص ندارد و در غیر از مسئلهٔ ولایت نیز استفاده می‌شود. بیشتر فقهای مذاهب اسلامی، مصلحت در باب ولایت را همسان با منفعت می‌دانند؛ اما فقهای امامیه، غبطه و مصلحت را به یک معنا به کار می‌برند.

۲. رعایت غبطه در تصرفات ولی، شرط واقعی است و درصورت اثبات خطای ولی در تشخیص غبطه، تصرف وی باطل است.

۳. غبطه بر اساس شرایط شخص مولی‌علیه در نظر گرفته می‌شود و درنظرگرفتن شرایط گروه همسانان یا هم‌سالان به‌دلیل تفاوت‌های گستردهٔ شرایط افراد درست نیست.

٤. باتوجه‌به مرتبه‌پذیربودن غبطه، درصورت تزاحم مصالح، تصرفی که متضمن مصالح قطعی، بلندمدت و دربرگیرندهٔ هم‌زمان مصالح دنیوی و اخروی مولی‌علیه است، اولویت دارد.

منابع

قرآن کریم

ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد. السرائر. قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی. ۱٤۱۰ق.

_____. موسوعة ابن‌ادریس الحلی. محقق: محمدمهدی خرسان. قم: دلیل ما. ۱۳۸۷.

ابن‌بابویه، محمدبن‌علی. امالی. بیروت: اعلمی. ۱٤۰۰ق.

۱. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۳٥/۲.

۲. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۳٥/۲.

۳. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۳٤/۲.

٤. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۰٦.

٥. مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۳۳/۲تا۳٤.

ـــــــــــــــــــــــ. عیون اخبار الرضا(ع).مصحح: مهدی لاجوردی. تهران: جهان. بی‌تا.

ابن‌جنید اسکافی، محمدبن‌احمد. مجموعة فتاوی. گردآورنده: علی‌پناه اشتهاردی. قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی. ١٤١٦ق.

ابن‌حمزه، محمدبن‌علی. الوسیلة الی نیل الفضیلة. محقق: محمود مرعشی، محمد حسون. بی‌جا: بی‌نا. ١٤٠٨ق.

ابن‌زهره، حمزةبن‌علی. غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع. محقق: ابراهیم بهادری. بی‌جا: بی‌نا. ١٤١٧ق.

ابن‌عربی، محمدبن‌عبدالله. احکام القرآن. محقق: علی‌محمد بجاوی. بیروت: دار الجیل. ۱۴۰۸ق.

ابن‌فارس، احمدبن‌فارس. معجم مقاییس اللغة. به‌کوشش: عبدالسلام هارون. قم: مکتب الإعلام الإسلامی. ۱۴۰۴ق.

ابن‌قدامه، عبدالله‌بن‌احمد. المغنی. بیروت: دار الکتب العلمیة. ١٣٤٧ق.

ابن‌منظور، محمدبن‌مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. بی‌تا.

ابواسحاق شیرازی، ابراهیم‌بن‌علی. المهذب فی الفقه الإمام شافعی. بیروت: دار الکتب العلمیة. بی‌تا.

اراکی، محمدعلی. کتاب البیع. قم: اسماعیلیان. ١٤١٥ق.

اشتهاردی، علی‌پناه. مدارک العروة. تهران: دار الأسوة. ١٤١٧ق.

اصفهانی، محمدحسین. حاشیة المکاسب. محقق: عباس آل‌سباع قطیفی. قم: ذوی القربی. ١٤٢٧ق.

اعرافی، علیرضا. درس خارج اصول. ١٤٠٠/١٩/١٠، https://taghrir.ismc.ir/taghrir/97210

افتخارزاده، سیده زهرا. «تجربهٔ زیستهٔ زنان در ازدواج زودهنگام»، پژوهشنامهٔ مددکاری اجتماعی، دوره ۱، ش۳، ١٣٩٤، ۱۰۹تا۱۵۶.

امام‌الحرمین، عبدالملک‌بن‌عبدالله. نهایة المطلب فی درایة المذهب. بی‌جا: دار المنهاج. ١٤٢٨ق.

انصاری، قدرت‌الله، محمدجواد فاضل لنکرانی. موسوعة أحکام الأطفال و أدلتها. قم: مرکز فقهی ائمهٔ اطهار(ع). ١٤٢٩ق.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین. المکاسب. قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانیة لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری. ١٤١٥ق.

ـــــــــــــــــــــــ. کتاب النکاح. قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانیة لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری. ١٤١٥ق.

بحرالعلوم، محمدبن‌محمدتقی. بلغة الفقیه. محشی: محمدتقی آل‌بحرالعلوم. مصحح: حسین بحرالعلوم. تهران: مکتبة الصادق(ع). ١٣٦٢.

بغوی، حسین‌بن‌مسعود. التهذیب فی الفقه. محقق: عادل احمد عبدالموجود، بیروت: دار الکتب العلمیة. ١٤١٨ق.

پیوندی، غلامرضا. حقوق کودک. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشۀ اسلامی. ۱۳۹۰.

تبریزی، جواد. استفتائات جدید. قم: سرور. ۱۳۷۸.

جزیری، عبدالرحمان. الفقه علی مذاهب الأربعة. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ‌دوم، ۱٤۲٤ق.

جوادی آملی، عبدالله. ولایت در قرآن، تحقیق: محمد رضا مصطفی پور، قم: اسراء. ۱۳۷۹

حر عاملی، محمدبن‌حسن. تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة. محقق: محمدرضا حسینی جلالی، قم: آل‌البیت(ع). ۱۴۱۶ق.

حسینی عاملی، محمدجوادبن‌محمد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار احیاء التراث العربی. بی‌تا.

حسینی، سیدعلی. «حکومت و مصلحت از دیدگاه صاحب جواهر»، پژوهشنامۀ حکمت و فلسفۀ اسلامی. ش۲، ۱۳۸۱، ٤٤تا۵۷.

حکیم، محسن. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر. ۱۳۷٤.

حماد، نزیه. معجم المصطلحات المالیة و الإقتصادیة فی لغة الفقهاء. دمشق: دار القلم. ۱۴۲۹ق.

صفوی، حنانه‌سادات، ماه‌گل مینایی. «تجربۀ زیستۀ دختران نوجوان در نقش همسر: مطالعۀ ازدواج زودهنگام دختران آران بیدگل»، فصلنامۀ پژوهش‌نامۀ زنان. دوره ۶، ش۲، ۱۳۹٤، ۸۷تا۱۰۶.

حیدری، موسی‌الرضا. مبانی و ادلۀ تقدم مصالح اجتماعی بر مصلحت فردی از دیدگاه مذاهب اسلامی. پایان‌نامۀ دورۀ کارشناسی ارشد، به‌راهنمایی ناصر سلمانی ایزدی ، سبزوار: دانشگاه حکیم سبزواری. ۱۳۹٦.

خمینی، روح‌الله. کتاب البیع. قم: مؤسسۀ نشر اسلامی. ۱٤۱۵ق.

_____. تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). ۱۳۹۲.

خویی، ابوالقاسم. محاضرات فی اصول الفقه. قم: دار الهادی. چاپ‌چهارم، ۱٤۱۷ق.

_____. مصباح الفقاهة. قم: نشر داوری. ۱۳۸۷.

_____. موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسۀ احیاء آثار الإمام الخوئی. ۱٤۱۸ق.

_____، محمود هاشمی. محاضرات فی الفقه الجعفری. قم: مؤسسۀ دائرة المعارف فقه اسلامی. ۱٤۲۹ق.

دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. فلسفۀ تعلیم و تربیت درآمدی بر تعلیم و تربیت اسلامی. تهران: سمت. ۱۳۷۲.

رویانی، عبدالواحد. بحر المذهب. محقق: طارق فتحی السید. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ‌اول، ۲۰۰۹م.

سبزواری، عبدالأعلی. مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: سیدعبدالأعلی سبزواری. ۱٤۱۳ق.

شاکری، بلال. «بازخوانی اصل احتیاط در فروج»، جستارهای فقهی و اصولی. دورۀ۲، ش۲ و۳، تابستان ۱۳۹۵، ۳۱تا٤۸.

شبیری زنجانی، موسی. کتاب نکاح. قم: مؤسسۀ پژوهشی رأی‌پرداز، بی‌تا.

شهید اول، محمدبن‌مکی. القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربیة. محقق:حکیم، عبدالهادی سیدمحسن. قم: مفید. بی‌تا.

_____. الدروس الشرعیة. قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی. ١٤١٤ق.

_____. موسوعة الشهید الأول. محقق: علی اوسط ناطقی و رضا مختاری. قم: مرکز العلوم و الثقافة الإسلامیة. ١٤٣٠ق.

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. محقق: محمد کلانتر. قم: داوری. ١٤١٠ق.

_____. حاشیهٔ شرائع الإسلام. محقق: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. قم: بوستان کتاب؛ مرکز النشر التابع لمکتب الإعلام الإسلامی. ١٣٨٠.

_____. مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. محقق: مؤسسة المعارف الإسلامیة. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة. ١٤١٣ق.

شهیدی تبریزی، میرزا فتاح‌بن‌محمدعلی. هدایة الطالب إلی اسرار المکاسب. قم: دار الکتاب. بی‌تا.

صاحب‌جواهر، محمدحسن‌بن‌باقر. جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. بی‌تا.

صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. قم: مؤسسهٔ دائرة معارف الفقه الإسلامی. محقق: محمود هاشمی شاهرودی. ١٤١٧ق.

طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی. ریاض المسائل (ط. الحدیثة). قم: مؤسسة آل البیت لإحیاء التراث. ١٤١٨ق.

طبرسی، فضل‌بن‌حسن. تفسیر مجمع البیان. بیروت: دار الفکر، ١٤١٤ق.

طوسی، محمدبن‌حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: مرتضوی. ١٣٨٧ق.

عسکری، ابوهلال. الفروق اللغویة. قم: بصیرتی. بی‌تا.

علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف. تبصرة المتعلمین فی احکام الدین. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. ١٤١١ق.

_____. تذکرة الفقهاء. قم: آل البیت(ع). ١٤١٤ق.

_____. قواعد الأحکام. قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی. ١٤١٣ق.

_____. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. قم: بوستان کتاب. چاپ‌دوم، ١٤٢٣ق.

علیدوست، ابوالقاسم. فقه و عرف. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ اسلامی. چاپ‌هفتم، ١٣٩٨.

_____. فقه و مصلحت. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ اسلامی. چاپ‌هفتم، ١٣٩٩.

_____. «مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق»، فصلنامهٔ حقوق اسلامی. دوره۱، ش۲، ۱۱. ۱۳۸۳،

فیومی ،محمدبن‌محمد. . المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی. قم: دار الهجرة. ۱۴۱۴ق.

فاضل لنکرانی. درس خارج اصول دورۀ دوم، جلسۀ ۱۲۵. ۱٤۰۰، https://fazellankarani.com/persian/ lessons/view/23739

فاضل لنکرانی، محمدجواد. قاعدۀ میسور. محقق: سیدمرتضی میرزاده اهری. قم: مرکز فقهی ائمۀ اطهار(ع). ۱۳۹٦.

ـــــــــــــــــــــــــــــــ. درس خارج فقه، بیع فضولی، جلسۀ ۳۸. ۱۳۹۲. https://fazellankarani.com/persian/lessons/7250/

فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة: النکاح. محقق: مرکز فقهی ائمۀ اطهار(ع). قم: مرکز فقه أئمۀ اطهار(ع). ۱٤۲۱ق.

فخرالمحققین، محمدبن‌حسن. ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد. مصحح: عبدالرحیم بروجردی، حسین موسوی کرمانی، علی‌پناه اشتهاردی. قم: بی‌نا. ۱۳۸۷ق.

فیض کاشانی، محمدبن‌شاه‌مرتضی، علی‌اکبر غفاری. المحجة البیضاء. قم: مؤسسۀ نشر اسلامی. ۱۴۱۷ق.

قاری، سیدفاطمی. حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر دوم. تهران: مؤسسۀ مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش. بی‌تا.

کاشف‌الغطاء، حسن. انوار الفقاهه - کتاب النکاح. نجف اشرف: مؤسسة کاشف الغطاء العامة، ۱۴۲۲ق.

کلوذانی، محفوظ‌بن‌احمد. الهدایة علی المذهب الإمام احمد. بی‌جا: غراس. ۱٤۳۲ق.

کلینی، محمدبن‌یعقوب. الکافی. مترجم: علی‌اکبر غفاری، محمد آخوندی. تهران: دار الکتب الإسلامیة. ۱۳۶۳تا۱۳۶۵.

کی‌خسروی، مهدی، احمدرضا توحیدی. «دستیابی به حقوق بشر کودکان از رهگذر بررسی تفصیلی مفهوم بهترین مصلحت کودک در آموزه‌های حقوقدانان بین المللی»، تحقیقات حقوقی معاهدۀ ۲دوره۲، ش ۳. تابستان ۱۳۹۷، ۱۷۱تا۱۹۱.

مالک‌بن‌انس. المدونة. لبنان: دار الکتب العلمیة. ۱٤۱۵ق.

ماوردی، علی‌بن‌محمد. الحاوی الکبیر. محقق: شیخ علی‌محمد معوض، شیخ عادل احمد الموجود، بیروت: دار الکتب العلمیة. ۱٤۱۹ق.

متقی، علی‌بن‌حسام‌الدین. کنز العمال فی سنن الأقوال و الأفعال. مصحح: بکری حیانی، صفوه سقا. بیروت: الرسالة. ۱۴۰۹ق.

مجلسی، محمدباقربن‌محمدتقی. بحار الأنوار الجامعة لدرر اخبار الأئمه. بیروت: الوفاء. چاپ‌دوم، ۱٤۰۳ق.

مجموعۀ مؤلفین. موسوعة الإجماع فی الفقه الإسلامی. ریاض: دار الفضیلة. ۱٤۳۳ق.

محقق حلی، جعفربن‌حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. محقق: عبدالحسین محمدعلی بقال. قم: اسماعیلیان. ۱٤۰۸ق.

محقق کرکی، علی‌بن‌حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: آل البیت(ع). ١٤١٤ق.

مشکینی اردبیلی، علی. التعلیقة الإستدلالیة علی تحریر الوسیلة. قم: مؤسسهٔ علمی فرهنگی دار الحدیث. ۱۳۹۰.

مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: اسماعیلیان. چاپ‌پنجم، ۱۳۷۵.

معرفت، محمدهادی. مصاحبه با ابوالقاسم گرجی و... فصلنامهٔ نقد و نظر. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، دوره۱، ش۱ زمستان۱۳۷۳. ١٤-١٠٦

مکارم شیرازی، ناصر. انوار الفقاهة فی احکام العترة الطاهرة. قم: امام علی‌بن‌ابی‌طالب(ع). ۱۳۹۰.

_____. کتاب النکاح. قم: مدرسهٔ امام علی‌بن‌ابی‌طالب(ع). ١٤٢٤ق.

ملک‌پور، مختار. «بررسی رابطهٔ سن کم مادر و میزان هوش در فرزند»، اندیشه و رفتار. ش۱ و۲، ۱۳۷٤، ٧٦تا٨١.

میرزای قمی، ابوالقاسم‌بن‌محمدحسن. قوانین الأصول، تهران: مکتبة الإسلامیة. ۱۳۷۸ق.

نائینی، محمدحسین. فوائد الأصول. بی‌جا: بی‌نا. ۱۳۷٦.

نجار، محمد علی. المعجم الوسیط. ج۲. بی‌جا: موسسة الصادق (ع). ۱۳۸۶.

نراقی، احمدبن‌محمدمهدی. الحاشیة علی الروضة البهیة. محقق: محسن احمدی، رضا استادی. قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی. ۱۳۸۳.

یزدی، محمدکاظم‌بن‌عبدالعظیم. العروة الوثقی. محشی: مراجع تقلید. بیروت: اعلمی. ١٤٠٩ق.

K. G. Santhya., 2011. Early marriage and sexual and reproductive health vulnerabilities of young women: a synthesis of recent evidence from developing countries. Current opinion in obstetrics and gynecology, 23: 334- 339.

UNICEF, 2007. Woman and children, the double dividend of gender equality, the state of the world's children

Convention on the Rights of the Child,1989.

https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text

Universal Declaration of Human Rights, 1948. United Nations.

https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights

Unicef, implemention Handbook for theconvention on the right of the child, June 2002.

https://www.unicef.org/lac/media/22071/file/Implementation%20Handbook%20for%20the%20CRC.pdf.

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.193-210

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

Receive Date: 24-12-2020 Revise Date: 20-01-2020 Accept Date: 25-09-2021

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.67831.1014 Article type: Original

Reflection on inclusion of the rule of *Dar~* (cancellation) regarding suspicion of mental disorder (insanity)

Mona Komeili, PhD Graduate of jurisprudence and fundamentals of Islamic law at Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Mohammad Hassan Haeri , Professor at Ferdowsi University of Mashhad **(corresponding author)**
Email: haeri-m@um.ac.ir

Dr. Hossein Naseri Moghadam , Professor at Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

"*Dar~* is one of the rules of interpretation in Islamic jurisprudence, which causes the punishment to be revoked from a person to whom the attribution of a criminal act or the realization of his criminal responsibility is doubtful. This rule, with or without the name of the rule, has been the focus of jurists in the chapters of criminal jurisprudence, and various topics have been discussed under it. In the meantime, the suspicion of mental disorder in the case of the perpetrator of a criminal act has been less considered; In the sense that the perpetrator claims that the criminal act was committed in a state of mental disorder (insanity) and it is possible that sometimes without such a claim being made by the perpetrator, the judge himself may have suspicion about the presence of the perpetrator's mental disorder. This article, in a descriptive and analytical way, has examined two possibilities in the position of research on the inclusion or exclusion of the *Dar~* rule regarding this kind of suspicion, and considered the flow of the Dar~ rule to be preferable in the case of the suspicion of insanity. The proofs of this statement are: the general word " suspicions ", the necessity of verifying the lack of suspicion during punishment, the principle of the necessity of mitigating the punishment, and the independent rational verdict.

Key words: rule of *Dar~*, suspicion of mental disorder, insanity, suspicion of error and obligation.

This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۲۱۰ - ۱۹۳

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

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۰۴ تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۱۱/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۰۳

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.67831.1014

درنگی در شمول قاعدهٔ درأ در خصوص شبههٔ اختلال روانی (جنون)

مونا کمیلی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدحسن حائری(نویسنده مسئول)

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

چکیده

«درأ» از قواعد تفسیری در قضای اسلامی است که سبب اسقاط مجازات از فردی که انتساب عمل مجرمانه به او یا تحقق مسئولیت جزایی او مشکوک است، جریان می‌یابد. این قاعده از دیرباز چه با نام قاعده و چه بدون آن، در ابواب فقه جزایی مورد توجه فقیهان بوده، مباحث مختلفی ذیل آن مطرح شده است. در این میان، شبههٔ اختلال روانی در مورد مرتکبِ عملِ مجرمانه کمتر مدِّنظر بوده است؛ به این معنا که فردِ مرتکبِ، ادعا می‌کند که ارتکاب عمل مجرمانه در حالت اختلال روانی (جنون) صورت گرفته و نیز ممکن است گاه بدون طرح چنین ادعایی از سوی مرتکب، خود قاضی در وجود اختلال روانیِ مرتکب، دچار شبهه و تردید شود. این نوشتار به‌روش توصیفی و تحلیلی در جایگاه تحقیق در شمول یا عدم‌شمول قاعدهٔ درأ در خصوص این‌گونه شبهه، دو احتمال را بررسی کرده و جریان قاعدهٔ درأ را در شبههٔ جنون، راجح دانسته است. ادلهٔ این قول عبارت‌اند از: عموم واژهٔ «الشبهات»، لزوم احراز فقدان شبهه در جریان مجازات، اصل لزوم تخفیف در مجازات و حکم مستقل عقلی.

واژگان کلیدی: قاعدهٔ درأ، شبههٔ اختلال روانی، جنون، شبههٔ خطا و اکراه.

مقدمه

مفاد قاعدهٔ درأ که یکی از قواعد تفسیری در باب فقه جزایی و قضایی است، انتفای جرم و مجازات در خصوص کسی است که وقوع عمل مجرمانه یا انتساب آن به وی مشکوک باشد. این قاعده که مبنای اصلی آن روایات متعدد با مضمون «ادرءوا الحدود بالشبهات»[1] در کنار برخی مبانی و ادلهٔ دیگر است، از قواعدی است که در فقه جزا و قضای اسلام مؤکداً مورد اهتمام قرار گرفته‌است[2] و در سایهٔ آن، حکم به سقوط مجازات و به تعبیر دقیق‌تر، عدم‌ثبوت جرم و مجازات شده است. فقیهان با استفاده از عموم ادرءوا الحدود بالشبهات، مصادیق مشتبه زیادی را در قلمروِ این قاعده مندرج کرده‌اند. مواردی چون نفی قصاص با شبههٔ اکراه و شبههٔ خطا، شبههٔ قاضی، شبههٔ مرتکب و... با استناد به این عمومات، در زمرهٔ این قاعده قرار گرفته‌اند،[3] اما شبهه‌ای که کمتر به آن توجه شده و شاید اصلاً مدِّنظر قرار نگرفته است، شبههٔ جنون و به عبارت دقیق‌تر، شبههٔ اختلال روانی است. در سقوط و عدم‌ثبوت مجازات در فرض ثبوت قطعی جنون و اختلال‌های روانی در حد جنون، اختلافی مشاهده نشده و مسئله ظاهراً اتفاقی است، اما در این میان از شبههٔ اختلال روانی سخنی به میان نیامده است.

شبهه گاهی از سوی شخص مرتکب است، همچنان‌که در شبههٔ خطا و اکراه نیز گاه این مورد رخ می‌دهد، مثلاً مرتکب در محکمه ادعای اکراه یا خطا کند و بدین وسیله از مجازات تبرئه شود.[4] در محل بحث نیز ممکن است مرتکب در حال افاقه ادعا کند که عمل ارتکابی در زمان جنون من اتفاق افتاده است. منشأ این ادعا از سوی مرتکب ممکن است آن باشد که امر بر خود او نیز مشتبه شده و واقعاً در اینکه آیا عمل درحال افاقه یا در حال اختلال روانی و جنون رخ داده است، مردد باشد. چنین فرضی دربارهٔ فرد، به هیچ‌وجه دور از ذهن نیست، چنان‌که این ادعا ممکن است منشأ شبهه برای قاضی نیز شود و حتی امکان دارد باتوجه‌به سابقهٔ متهم ازنظر مشکلات روانی، بدون ادعای او نیز برای قاضی، شبههٔ اختلال مرتکب در حال عمل مجرمانه حادث شود.

سؤال اصلی این است که چگونه می‌توان شبههٔ جنون را در اقسام شبهه داخل کرد؟ آیا عموم قاعدهٔ درأ، شبههٔ جنون را در بر می‌گیرد؟ مستندات و ادلهٔ آن چیست؟

در پاسخ به این سؤال باید مسئله را از دو جهت بررسی کنیم: ۱. نگاهی اجمالی به چند مسئلهٔ مهم دربارهٔ قاعدهٔ درأ که در مباحث آتی بدان‌ها نیاز است؛ ۲. تبیین ادله و مستندات دو قول شمول و عدم‌شمول قاعده.

---

۱. ابن‌بابویه، المقنع، ٤/ ٧٤؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه، ٢٨/ ٤٧.

۲. علامه حلی، مختلف الشیعه، ۹/ ۱۲۲؛ حلی، ایضاح الفوائد، ٤/ ٤٧٠.

۳. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ١٤/ ٣٢٩؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ١٩/ ٤٧٥.

٤. محقق داماد، قواعد فقه بخش جزایی، ٤/ ٥٨.

۱. سه چالش مهم در قاعدهٔ درأ

اصولاً قاعدهٔ درأ به‌مثابهٔ قاعده‌ای فقهی، چندان مدِّنظر قواعدنویسانی نظیر شهید اول و دیگران قرار نگرفته، هرچند استناد به آن و فتوا بر اساس آن از دیرباز مدِّنظر آنان بوده است.[۱] دربارهٔ معنای آن باید گفت: «مفاد اجمالی قاعده آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید و مشکوک باشد؛ به‌موجب این قاعده بایستی جرم و مجازات را منتفی دانست.»[۲]

اولین چالش مهم در خصوص این قاعده، مستند و مدرک آن است. مهم‌ترین مدرک و مستند این قاعده، حدیثی منسوب به پیامبر اکرم(ص) است که در مجامیع روایی شیعه و سنی به‌صورت مرسل روایت شده است. شیخ صدوق چنین آورده است: «وَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ(ص): ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ وَ لَاشَفَاعَةَ وَ لَاكَفَالَةَ وَ لَايَمِينَ فِي حَدٍّ.»[۳] صدوق در کتاب المقنع نیز بخشی از این نقل را می‌آورد: ادرءوا الحدود بالشبهات.[٤] افزون بر صدوق، همین مضمون در کتاب‌های تحف العقول،[٥] بحار الانوار[٦] در ضمن عهدنامهٔ علی(ع) به مالک نیز آمده است. در کتاب عوالی اللئالی نیز در چند جا این مفاد را می‌توان مشاهده کرد.[۷] نقطهٔ مشترک همهٔ این منابع، ارسال آن‌هاست. در خصوص حجیت یا عدم‌حجیت مرسلات صدوق و اصحاب اجماع؛ نظیر ابن‌ابی‌عمیر، سخن بسیار است. بسیاری؛ مانند صاحب ریاض،[۸] امام خمینی[۹] و محقق خوئی،[۱۰] تصحیح مرسلات این راویان را که از کشّی نقل شده است،[۱۱] در نقل و روایت می‌دانند، نه در مروی؛ به این معنا که آنان در نقلشان ثقه و مورد اعتماد هستند، نه اینکه هرچه نقل می‌کنند پذیرفتنی است. قول مرجح، حجیت مراسیل امثال شیخ صدوق است؛[۱۲] زیرا اولاً، مراسیل او مانند مسانید معتبرند؛

---

۱. علامه حلی، قواعد الأحکام، ۳/ ٥٤٤؛ حلی، ایضاح الفوائد، ٤/ ٥۰۲؛ شهید اول، الدروس الشرعیة، ۲/ ۱٤۳؛ شهید اول، ذکری الشیعة، ۲/ ٤۱۰؛ ابن‌فهد حلی، المهذب البارع، ٥/ ۳٤؛ کرکی، جامع المقاصد، ۱۳/ ۷۸.

۲. محقق داماد، قواعد فقه بخش جزایی، ٤/ ٤۲.

۳. ابن‌بابویه، الفقیه، ٤/ ۷٤.

٤. ابن‌بابویه، المقنع، ٤۳۷.

٥. ابن‌شعبه، تحف العقول، ۱۲۸.

٦. مجلسی، بحارالأنوار، ۷٤/ ۲٤۳.

۷. ابن‌ابی‌جمهور، عوالی، ۱/ ۲۳٦؛ ۲/ ۳٤۹؛ ۳/ ٥٤٥؛ ابن‌ابی‌جمهور در جلد نخست عوالی، این حدیث را در ضمن احادیثی می‌آورد که برخی از اصحاب آن‌ها را در بعضی کتاب‌هایشان ذکر کرده‌اند که به‌طریق خودش روایت کرده است (عوالی، ۱/ ۲۳٦)؛ در جلد دوم، آن را در ضمن احادیثی می‌آورد که از طریق فخر المحققین روایت شده است (۲/ ۳٤۹) و در جلد سوم، حدیث درأ را در خلال احادیثی ذکر می‌کند که ابن‌فهد حلی بر اساس ترتیب جعفربن‌سعید حلی روایت کرده است (۳/ ٥٤٥).

۸. طباطبایی، ریاض المسائل، ٥/ ۱٤٦.

۹. خمینی، الطهارة، ۳/ ۳۳۲.

۱۰. خوئی، معجم رجال الحدیث، ۱/ ٦۳.

۱۱. کشی، رجال کشی، ۲۳۸.

۱۲. سیستانی، قاعدة لاضرر، ۱/ ۸۷.

زیرا شخصیتی چونان صدوق وقتی سخنی را به پیامبر(ص) یا علی(ع) اسناد می‌دهد با آنکه بین او و پیامبر و امام فاصلهٔ زیادی بوده است، نشان‌دهندهٔ اعتبار راویان حذف‌شده در نزد اوست؛ ثانیاً، بسیاری از فقیهان بزرگ به مضمون این حدیث فتوا داده و عمل کرده‌اند که دال بر صحت انتساب آن است؛ مثلاً صاحب ریاض در موضعی به این حدیث تمسک و در خصوص آن چنین اظهارنظر می‌کند: «و الأولی التمسّک بعصمة الدّم الّا فی موضع الیقین عملاً بالنص المتواتر بدفع الحدّ بالشبهات.»[۱]

جالب است که صاحب ریاض دربارهٔ حدیث درأ ادعای تواتر می‌کند که به نظر درست نیست، اما به هرحال نشان‌دهندهٔ اعتماد ایشان به سند آن است. افزون بر حدیث یادشده، اتفاق فقیهان و تسالم اصحاب نیز پشتوانهٔ اعتبار این حدیث است. ابن‌ادریس حلی که مشهور است به خبر واحد عمل نمی‌کند، دربارهٔ وطی به شبههٔ جاریه، حد را به‌دلیل خبر منتفی می‌داند و درادامه، مضمون این خبر را مجمعٌ‌علیه می شمارد.[۲] وی، در بحث قذف می‌نویسد: باوجود شبهه، حد جاری نمی‌شود؛ به‌دلیل قول پیامبر(ص) که مجمع‌علیه است: «ادرءوا الحدود بالشبهات.»[۳] همچنین علامه حلی در مواضع متعددی به این حدیث استناد می‌کند[۴] و در ذیل کلام خود به اجماعی که ابن‌ادریس در عمل به حدیث درأ ادعا می‌کند نیز اشاره دارد.[۵] به‌هرحال، شخص متتبع در کلمات فقیهان بزرگ از صدر تاکنون، در مباحث جزایی یقین پیدا می‌کند که آنان در عمل به مفاد این حدیث، اتفاق و تسالم داشته‌اند، اما شاید بتوان به‌عنوان سومین دلیل برای حجیت قاعده، به‌دلیل عقل نیز تمسک کرد. در اصول ثابت شده است که حکم به‌منزلهٔ معلول و موضوع آن به‌منزلهٔ علت است و احراز موضوع نیز شرط فعلیت و تنجز حکم است. احکام جزایی زمانی فعلی و منجز می‌شوند که موضوعشان، یعنی تحقق فعل مادی به‌همراه قصد و اراده، محرز باشد.[۶] مجازات فردی که صدور فعل از او مشکوک است یا در قصد و مسئولیت جزایی او تردید وجود دارد، عقلاً قبیح است. بنابراین، درصورت وجود شبهه در اسناد عمل مجرمانه به فرد، تحقق حکم و مجازات وجهی ندارد.

چالش دیگری که در قاعدهٔ درأ وجود دارد، معنای شبهه است. شبهه در لغت به‌معنای ملتبس‌شدن حق به ناحق و درست به نادرست است و به‌معنای امر مشکوک و موهوم نیز آمده است،[۷] اما فقیهان در معنای

---

۱. طباطبایی، ریاض المسائل، ۲/ ۴۹۵.

۲. ابن‌ادریس، السرائر، ۳/ ۴۴۶؛ «و من کان له جاریة یشرکه فیها غیره، فوطأها مع علمه انه لایجوز له وطؤها، و له فیها شریك، کان علیه الحد بحساب ما لایملك منها، و یدرأ عنه الحد بحساب ما یملکه منها، فاما ان اشتبه الأمر علیه، و ادعی الشبهة علیه في ذلك، فإنه یدرأ عنه الحد، لقوله علیه السّلام ادرءوا الحدود بالشبهات و من وطئ جاریة من المغنم قبل ان تقسّم، و ادعی الشبهة في ذلك، فإنه یدرأ عنه الحد، للخبر المذکور المجمع علیه، و هو ما قدمناه.»

۳. ابن‌ادریس، السرائر، ۳/ ۵۲۰؛ «فالشبهة حینئذ حاصلة بغیر خلاف و بالشبهة لایحدّ لقوله علیه السّلام المجمع علیه، ادرءوا الحدود بالشبهات و هذا القول الواقع به الفعل من أعظم الشبهات، فلیلحظ ذلك.»

۴. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۹/ ۱۳۷؛ ۱۶۲؛ ۲۶۸.

۵. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۹/ ۲۶۸.

۶. محقق داماد، قواعد فقه بخش جزایی، ۴/ ۴۸.

۷. فراهیدی، کتاب العین، ۳/ ۴۰۴؛ جوهری، الصحاح، ۶/ ۲۲۳۶.

اصطلاحی آن دچار اختلاف شده‌اند. برخی، مراد از شبهه را جهل قصوری یا تقصیری در مقدمات عمل حرام دانسته‌اند که مرتکب در حال عمل، اعتقاد به حلیت داشته است.[۱] گروهی نیز شبهه را چیزی دانسته‌اند که سبب ظن به اباحه عمل شود،[۲] اما شهید ثانی بر این باور است که شبهات در روایت، عام است و همهٔ اقسام احتمال، ظن و شک در حلیت را در بر می‌گیرد.[۳]

به نظر می‌رسد وجه مشترک همهٔ تفاسیر آن است که مرتکب در حین انجام عمل مجرمانه، خود را مجرم نمی‌دانسته است. لازم به ذکر است که هیچ‌کدام از این معانی در محل بحث مطرح نیست؛ زیرا مرتکب عمل مجرمانه ادعا می‌کند در زمان ارتکاب عمل، مجنون و اساساً فاقد توجه و التفات به عمل و جهات مرتبط با آن بوده است؛ ازاین‌رو، معنای شبهه دربارهٔ اختلالات روانی نمی‌تواند به‌معنای شبهه در سایر موارد باشد و باید آن را یا به‌معنای شبهه در نزد قاضی گرفت (در مطلب بعدی می‌آید) یا شبهه را در محل بحث این‌گونه تفسیر کرد که مرتکب پس از ارتکاب عمل، در انتساب عمل به خود دچار اشتباه و تردید است. براین‌اساس، می‌توان مورد اختلال روانی را نیز در موضوع شبهه داخل کرد.

چالش سوم آن است که شبهه گاهی برای مرتکب عمل حرام و ممنوع و گاهی برای قاضی رسیدگی‌کنندهٔ به آن مطرح می‌شود. آیا مراد، شبههٔ عندالمرتکب است یا شبههٔ عندالقاضی؟ و آیا معنای شبهه در دو مورد، واحد است یا متفاوت؟گرچه به این موضوع کمتر پرداخته شده است، ولی به نظر می‌رسد وجود شبهه در زمینهٔ ارتکاب جرم، چه در نزد مرتکب و چه در نزد قاضی، مشمول حدیث درأ است و عموم مستفاد از جمع محلّای به الف و لام در «الشبهات» نیز مستلزم شمول حکم در خصوص همهٔ اقسام پیش‌گفتهٔ شبهه است. نتیجه آنکه، ضمن باور به صحت و اعتبار قاعدهٔ درأ ازنظرِ سندی، وجود هرگونه اشتباه و تردید دربارهٔ تحقق عمل مجرمانه یا انتساب آن به فرد، سبب جریان قاعدهٔ درأ و انتفای مجازات می‌شود، اعم از اینکه خود مرتکب، ادعای شبهه (موضوعاً یا حکماً) کند یا برای قاضی تردید حاصل آید.

۲. مستندات قول عدم‌شمول قاعده

همان‌طور که گفته شد، احتمال اول آن است که مورد شبههٔ جنون مشمول قاعدهٔ درأ نشود. در خصوص مستند دیدگاه اول می‌توان به چند دلیل استناد کرد:

دلیل اول، عدم‌تحقق موضوع قاعدهٔ درأ: دلیل اول آن است که موضوع قاعده، یعنی تحقق شبهه منتفی است؛ چراکه قبلاً نیز گفته شد که شبهه از منظر فقیهان معانی متنوعی دارد: از نگاه برخی عبارت

---

۱. خوئی، مبانی تکمله، ۱/ ۱٦۹؛ «و المراد بالشبهة الموجبة لسقوط الحد، هو الجهل عن قصور و تقصیر فی المقدمات، مع اعتقاد الحلیة حال الوطی، و اما من کان جاهلاً بالحکم عن تقصیر و ملتفتا الی جهله حال العمل، حکم بالزنا و ثبوت الحد.»

۲. شهید اول، الدروس الشرعیة، ۹/ ۵۷، طباطبایی، ریاض المسائل، ۱٦/ ۱۷۷؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۹/ ۲٤۷.

۳. شهید ثانی، الروضة، ۹/ ۱٤ و ۵۷.

است از اعتقاد مرتکب به حلیت عملی که در واقع، حرام و موجب مجازات است یا فراتر از آن، ظن مرتکب به حلیت عمل ارتکابی است[1] و از منظر گروهی، حتی درصورت شک به حلیت و حرمت نیز شبهه محقق می‌شود،[2] درحالی‌که در فرض مدِّنظر هیچ‌کدام از این صور وجود ندارد؛ زیرا مرتکب ادعا می‌کند در حال ارتکاب عمل مجرمانه مجنون بوده است و چنین حالتی اصلاً جای باور یا ظن و شک نیست؛ چراکه تقسیمات وهم، شک و ظن و اصولاً اعتقاد، مربوط به شخص مفیق و ملتفت است، نه مجنون؛ بنابراین، چنین موردی در تعریف شبهه نمی‌گنجد و درنتیجه موضوعاً از قاعدهٔ درأ خارج است و به‌دنبال آن مشمول حکم آن نیز نخواهد شد.

پاسخ دلیل اول، نقض به شبههٔ خطا و اکراه: دلیل نخست، از این نظر قابل ایراد است که به نظر می‌رسد تعریف ذکرشده برای شبهه، به‌نوعی تعریف به اخص است؛ به بیان روشن‌تر، تعریف شبهه جامع نیست؛ زیرا فقیهان در خصوص مصادیق شبهه به مواردی چون شبههٔ خطا و اکراه نیز پرداخته و با استناد به ادله، حکم به عدم‌ثبوت مجازات کرده‌اند، درحالی‌که تعریف یادشده، بر این موارد (شبههٔ خطا و شبههٔ اکراه) نیز صادق نیست؛ به بیان دیگر، در ادعای خطا و اکراه و اضطرار، باور و اعتقاد (وهماً او ظناً او شکاً) به حلیت وجود ندارد. فرد مرتکب ممکن است معترف باشد که در حین انجام عمل، یقین به حرمت داشته اما در خصوص ارتکاب آن عمل مقطوع‌الحرمه، مکرَه یا مضطر شده یا از روی خطا مرتکب شده است. درحقیقت، چنانچه در این‌گونه موارد، شبهه را جاری بدانیم، ازنظرِ حصول شبهه برای قاضی است، نه تحقق شبهه برای مرتکب عمل مجرمانه.

در فرض محل بحث نیز بدین‌گونه است: مرتکب ادعا می‌کند عمل مجرمانه‌اش در حالت عروض جنون و اختلال روانی بوده است و این ادعا برای قاضی ایجاد شبهه می‌کند و گفته شد در مواردی حتی ممکن است برای خود مرتکب نیز امر، مشبه شده و شبهه در واقع، هم شبههٔ مرتکب باشد و هم شبههٔ قاضی و درنتیجه در ذیل عموم «الشبهات» در احادیث مربوط مندرج می‌شود؛ ازاین‌رو، به نظر می‌رسد لازم است در تعریف مزبور برای شبهه تجدیدنظر کرد و شبهه را چیزی دانست که یا اعتقاد حلیت را برای مرتکب ایجاد می‌کند یا امری است که در تحقق مسئولیت جزایی مرتکب در نظر قاضی تردید ایجاد می‌کند.

از این رهگذر باور ما این است که می‌توان شبهه را با الهام‌گرفتن از معنای لغوی آن، به مطلق مشتبه شدن امر بر انسان به هر صورت که باشد گسترش داد؛ چه جهل مرکب باشد، چه اعتقاد به حلیت با جهل بسیط و چه خطا و اکراه و امثال آن‌ها. صاحب‌جواهر نیز در بیانی، تحقق شبهه را به‌مجرد ادعا، محتمل

---

۱. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۹/ ٤١٤؛ خوانساری، جامع المدارک، ۷/ ٤؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ٤١/ ٢٧٦؛ محقق داماد، قواعد فقه بخش جزایی، ۵۱.
۲. شهید ثانی، الروضة، ۹/ ۵۷.

دانسته است.[۱]

دلیل دوم، عمومات باب حدود و مجازات‌ها: دلیل دوم، تمسک بـه عمومـات واردشـده در ابـواب جزایی است. ادلهٔ درخورِ توجهی در باب حدود، تعزیرات و قصـاص مشـتمل بـر الفـاظی چـون، الزانیـه، الزانی، السارق، السارقه و مانند آن‌هاست که به‌گونه‌ای، مفیـد عمـوم اسـت؛ ماننـد عمـوم «كُتِـبَ عَلَـيْكُمُ الْقِصَاصُ»،[۲] «الزَّانِيَـةُ وَالزَّانِـي فَاجْلِـدُوا...»،[۳] «وَالسَّـارِقُ وَالسَّـارِقَةُ»،[٤] «إِنَّمَـا جَـزَاءُ الَّـذِينَ يُحَـارِبُونَ اللَّـهَ وَرَسُولَهُ...»[٥] و امثال آن‌ها. این دلیل را دو گونه می‌توان تقریر کرد:

نخست آنکه گفته شد مواردی که به‌طور مستقل از ایـن عمومـات خارج‌انـد و به‌اصـطلاح، تخصـیص خورده‌اند، مشمول حکم این عموم نخواهند بود و از این عمومات خارج شده‌اند. اما موارد مشکوک، ماننـد فرض محل بحث همچنان تحت این عمومات می‌ماند؛ چراکه در اصول فقه، لزوم تمسک به عام در اجمال مفهومی مخصص دایر بین اقل و اکثر، مورد وفاق عموم اصولیان قرار گرفته[٦] و مسئلهٔ محل بحث از همـین قبیل است؛ چون در اینجا عموماتی داریم که به آن‌ها اشاره شد؛ بخشی از موارد شبهه بی‌تردیـد تخصـیص خورده و از این عمومات، یعنی از حکم آن‌ها خارج شده‌اند اما راجع به مـورد احتمـال یـا ادعـای جنـون و اختلال روانی تردید داریم. مطابق مسئلهٔ اصولی مورد اتفاقی که اشاره شد، در خصوص این مورد یـا مـوارد مشکوک‌التخصیص، اصالة العموم و به بیان روشن‌تر، اصل عدم‌تخصیص جاری می‌شود.

دومین تقریر آن است که گفته شود عامی وارد شده و تردید در حصول شـرط یـا عـروض مـانع اسـت، وگرنه در اینکه فرد مدِّنظر، عنصر مادی جرم را انجام داده است، شکی نیست. تردید در این است که آیـا در حالت اختلال روانی مرتکب شده یا در حال افاقه؟ حال اگر افاقه را شرط جریان حکم عام بـدانیم، دربـارهٔ چنین شخصی، شک در حصول شرط است و اگر اختلال روانی را مانع بدانیم، شک در عروض مانع است و طبیعتاً عدم‌شرط با عدم‌مانع تساقط می‌کنند و نوبت به اصول عملی، مانند استصحاب عـدمی یـا برائـت می‌رسد.

پاسخ دلیل دوم: در پاسخ به این استدلال می‌توان یادآور شد که با احراز شبهه، فرض محل بحـث در عموم «الشبهات» جای می‌گیرد و درنتیجه، عموم «الشبهات» به‌مثابهٔ یک امارهٔ مخصص است که این مورد را نیز از حکم عمومات حدود و تعزیرات خارج می‌کند و دیگر اقل و اکثری نخواهد بود تا مـورد بـه‌عنـوان

---

۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ٤۱/ ۲۷٦.

۲. بقره: ۱۷۸.

۳. نور: ۲.

٤. مائده: ۳۸.

٥. مائده: ۳۳.

٦. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲/ ۱٥۲؛ نائینی، فوائد الاصول الکاظم الخراسانی، ٤/ ۱٥۱.

زاید بر قدر متیقن، مشمول اصل عدم‌تخصیص شود.

دلیل سوم، استصحاب حال افاقه: دلیل دیگری که ممکن است محل استناد طرفداران عدم‌شمول قرار گیرد، استصحاب است؛ با این بیان که، شخص مدِّنظر (علی‌الفرض) مسبوق به سابقهٔ افاقه و سلامت کامل است و در دوران سلامت، استحقاق مجازات در فرض ارتکاب جرم، متیقن است و این متیقن سابق را می‌توان استصحاب کرد تا زمان شبهه، زمانی که شبههٔ اختلال وجود دارد و درنتیجه، حکم را دربارهٔ او اجرا کرد.

پاسخ دلیل سوم: این استدلال نیز مخدوش است، زیرا اولاً اگر مراد، استصحاب موضوعی باشد؛ یعنی گفته شود مرتکب قبلاً مفیق بوده و در زمان ارتکاب، افاقهٔ او مشکوک است و با استصحاب بقای فرد بر افاقه و ترتب اثر عقلی آن، یعنی وقوع جرم در حال افاقه، اثر شرعی مع‌الواسطه‌اش که ثبوت حد است مترتب می‌شود و ازآنجاکه واسطه خفی است، اشکال عدم‌حجیت اصل مثبت نیز مطرح نیست.

این استدلال صحیح نیست؛ زیرا اولاً، در فرض شمول اماراتی چون عمومات و اطلاقات راجع به فرض مدِّنظر، دیگر نوبت به اصل عملی چون استصحاب نمی‌رسد. البته ازنظرِ کسانی که استصحاب را اماره می‌دانند ممکن است تصور تعارض، بین دو اماره مطرح شود که باز به دلایلی، ازجمله اخص‌بودن مورد امارات شمول، در خصوص مورد استحصاب می‌توان امارات شمول را بر استصحاب ترجیح داد و ثانیاً، اگر مراد از استصحاب یادشده، حکمی باشد، استصحاب تعلیقی است، زیرا فرض این است که در دوران سلامت، استحقاق بالفعل مجازات نداشته است تا ما آن را استصحاب کنیم، بلکه استحقاقش حسب‌الفرض تقدیری (تعلیقی) است و عموم اصولیان، به‌دلیل عدم‌احراز شمول ادلهٔ استصحاب در خصوص موارد تعلیقی، این استصحاب را برخوردار از اعتبار نمی‌دادند.[1]

دلیل چهارم، لزوم تعطیل حدود در گسترهٔ وسیع: دلیل چهارم آن است که اگر قرار باشد به‌مجرد ادعای اختلال روانی بخواهیم با استناد به ادلهٔ درأ، فرد را از مجازات معاف کنیم، عملاً منجر به تعطیلی حدود می‌شود، زیرا هر فرد متهم به ارتکاب جرم ممکن است و می‌تواند با ادعای اختلال روانی، خودش را از مجازات (هرچند در واقع مجرم باشد) برهاند، آن هم باتوجه‌به تأکیدات فراوانی که در متون و سیره راجع به عدم‌تعطیل و تأخیر در اجرای حدود الهی صورت گرفته است.[2]

پاسخ دلیل چهارم: چنان‌که قبلاً نیز اشاره شد اجرای هر حکمی منوط به احراز موضوع آن است. همان‌طور که اثبات و اجرای مجازات، مبتنی بر احراز موضوع آن یعنی تحقق جرم است، وگرنه حکم مجازات لغو است؛ اجرای حکم شبهه، یعنی سقوط و عدم‌ثبوت مجازات نیز منوط است به احراز تحقق

---

۱. انصاری، فرائد الأصول، ۲/ ٦٥٣؛ آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۳/ ۲۳۱.

۲. کلینی، کافی، ۷/ ۲۵۵؛ ابن‌بابویه، الفقیه،۳/ ۹۵؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۱۰/ ۱٤۷؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۱۸/ ٤۳۷.

موضوع آن که تحقق شبهه است. بنابراین، چنین نیست که به‌مجرد ادعا یا صرف شبهه‌ای بـدوی حکـم بـه سقوط مجازات شود. این حقیقت را می‌توان از روایات شبههٔ جهل با نوعی تنقیح منـاط اطمینـانی اسـتفاده کرد. در خصوص شبههٔ جهل، یعنی موردی که مرتکب ادعای جهل به حکم می‌کند مستفاد از روایات ایـن است که با صرف ادعا از او پذیرفته نمی‌شود، بلکه لازم است چنین شبهه‌ای در حق او امکان (عرفی) داشته باشد.

در روایت معتبری از امام صادق(ع) نقل شده است که فرمود: در دوران حکومت ابوبکر مـردی شـرب خمر کرد. او را نزد ابوبکر بردند، از او پرسید: خمر نوشیدی؟ گفت: آری، گفت: با آنکه خمر حـرام اسـت (چرا نوشیدی)؟ مرد گفت: من اسلام آوردم و اسلام من هم نیکو شد اما منزل من در میان قومی اسـت کـه خمر می‌نوشند و آن را حلال می‌شمارند. اگر می‌دانستم حرام است اجتناب می‌کردم (ادعای جهل حکمـی کرد). ابوبکر متوجه عمر شد و گفت: نظر تو دربارهٔ این مرد چیست؟ عمر گفت: این مشکلی است که جـز ابوالحسن؛ علی(ع) از پس آن بر نمی‌آید. (تا آنجا که فرمود) امیرالمؤمنین فرمود: او را بـه همـراه فـردی بـه مجالس مهاجر و انصار ببرید. تا کسی که آیهٔ تحریم خمر برای این مرد خوانده است شهادت دهد. همـین کار را کردند، اما کسی شهادت نداد که آیه را بر او تلاوت کرده است، پس ابوبکر او را رها کرد و گفت: اگر دوباره شرب خمر کردی حد را بر تو جاری می‌کنم.[1]

از این روایت کاملاً استفاده می‌شود که ادعای جهل و تحقق شبههٔ جهل به‌طوری که سبب سقوط حـد شود باید ممکن و محتمل باشد. نظیر همین مطلب را در شبههٔ اختلال روانی به‌دلیل وحدت مناط می‌تـوان مطرح کرد؛ یعنی ادعای این‌چنینی دربارهٔ کسی پذیرفته می‌شود که امکان و احتمال این امر دربارهٔ او میسّـر باشد، در غیر این صورت، مشمول اجرای حد خواهد بود و تحت عمومات بـاب حـدود و تعزیـرات بـاقی می‌ماند.

روشن شد که استدلالاتی که ممکن است برای ثبوت حد بر چنین مرتکبی استناد قرار گیرد، مخـدوش است.

۳. مستندات احتمال شمول قاعده

دلایلی که می‌توان برای سقوط و به‌عبارت دقیق‌تر، عدم‌ثبوت حد در شبههٔ جنون بدان‌ها استناد کـرد بـه

---

۱. کلینی، کافی، ۷/ ۲۵۵؛ ابن‌بابویه، الفقیه، ۳/ ۹۵؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۱۰/ ۱٤۷؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۱۸/ ٤۳۷؛ «عن ابی‌عبدالله قـال: شرب رجل الخمر علی عهد ابی‌بکر فرفع الی بکر فقال له: اشربت خمراً؟ قال: نعم، قال: لم و هی محرمه؟ قال: فقال الرجل: انـی اسـلمت و حسـن اسـلامی و منزلی بینی ظهر انی قوم یشربون الخمر و یستحلون، ولو علمت انها حرام اجتنبتها. فالتفت ابوبکر الی عمر فقال: ما تقول فی امر هذا الرجل؟ فقال عمر: مسـئله لیس لها إلا ابوالحسن،الی ان قال: فقال امیرالمؤمنین، ابعثوا معه من یدور به علی المهاجرین و الأنصار من کان تلی علیه آیة التحریم فلیشهد علیه ففعلـوا ذلـک به، فلم یشهد علیه أحد بأنه تلی علیه آیة التحریم، فخلی سبیله، فقال له: ان شربت بعدها اقمنا علیک الحد.»

شرح زیر است.

دلیل اول، عموم واژهٔ «الشبهات»: دلیل نخست، شمول واژهٔ الشبهات راجع به محل بحث است. در فرض تحقق عنوان شبهه در فرض یادشده، این مورد نیز تحت‌عموم عنوان شبهه و شبهات قرار خواهد گرفت. دلالت الشبهات به‌عنوان جمع مُحلّای به الف و لام بر عموم که همهٔ اصولیان پذیرفته‌اند، همهٔ موارد شبهه را در بر می‌گیرد، مگر آنکه مورد یا مواردی با دلیل خاص از این عموم خارج شود. حتی درصورتی‌که واژهٔ «الشبهه»به‌طور مفرد ذکر شده باشد، شمول و عمومیتِ آن توسط لغویان و اصولیان پذیرفته شده است؛ چه از باب دلالت مفرد محلّای به الف و لام بر عموم، چنان‌که برخی از اصولیان تصریح کرده‌اند[1] و چه از باب دلالت لفظ مزبور بر شمول و عموم از باب اطلاق، چنان‌که برخی دیگر از اصولیان بدان تصریح کرده‌اند. امام خمینی در بحث عام و خاص برای لفظ مطلق، به آیهٔ «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» استناد کرده اند.[2]

اشکال دلیل اول: نکتهٔ در خور تأمل آن است که ممکن است ایراد شود که در فرض محل بحث (شبههٔ اختلال روانی) قاعدتاً در موارد شک لازم است به سراغ عرف خاص رفت؛ یعنی مرجع در این موارد، نظر متخصصان حرفهٔ پزشکی و روان‌پزشکی است و آنان هستند که به‌عنوان کارشناسِ (خُبره) امین دراین‌باره اظهارنظر می‌کنند. ازاین‌رو، درصورت اعلام وجود این اختلال در زمان وقوع عمل، دیگر شبهه‌ای در کار نیست و حکم به سقوط و عدم‌ثبوت مجازات صادر خواهد شد و اگر نظر آنان، عدم‌تحقق اختلال باشد که باز هم مشکل و شبهه‌ای نخواهد بود و حکم به ثبوت مجازات خواهد شد. بنابراین، اصل این مسئله، موضوع خارجی ندارد و مبتلابه نیست.

پاسخ اشکال دلیل اول: اولاً، ممکن است در همهٔ موارد، نظر کارشناسان ذی‌ربط برای قاضی اطمینان‌آور نباشد و به‌رغم نظر کارشناسی آنان، شبهه همچنان برای قاضی پابرجا باشد و در این فرض، باتوجه‌به اهمیت نفس وعضو محترم و وجود سایهٔ عموم و شمول ادلهٔ شبهه، راهی جز سقوط مجازات نخواهد بود. ثانیاً، این‌چنین نیست که در همهٔ موارد، نظر کارشناس دایر بین نفی و اثبات باشد؛ به این صورت که جنون یا عدم‌جنون (اختلال) در هنگام ارتکاب از نگاه آنان محرز باشد، بلکه ممکن است در مواردی امر بر آنان نیز مشتبه باشد و نظر کارشناسان نه مثبت باشد و نه منفی، یعنی اعلام کنند که در این مورد به نتیجه‌ای نرسیده‌اند.

احتمال موارد این‌چنینی اصلاً دور از ذهن نیست، به‌ویژه آنکه طیف اختلالات روانی حاد، بسیار گسترده است، درنتیجه همچنان برای قاضی شبهه باقی می‌ماند که منشأ آن ممکن است ادعای مرتکب

---

۱. خوئی، اجود التقریرات، ۱/ ۵٦۲؛ آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲/ ۱٤٤.

۲. خمینی، مناهج الأصول، ۲/ ۲۲۹.

باشد یا منشأهای دیگری ازجمله؛ درماندگی کارشناسان در تشخیص اختلال یا عدم‌اختلال در هنگام وقوع عمل مجرمانه.

دلیل دوم، لزوم احراز عدم‌شبهه در مجازات: در علم اصول ثابت شده است که احکام به‌منزلهٔ معلول برای موضوع خودشان هستند؛ به بیان دیگر، موضوعات احکام به‌منزلهٔ[1] علت برای احکام خودشان هستند و روشن است که معالیل در صورتی محقق و مترتب می‌شوند که اجزای علت به‌طور کامل محقق باشد. در فرض عدم‌احراز همهٔ اجزای علت تامه (حتی یکی از اجزای علت)، بدون تردید، معلول محقق نخواهد شد، حتی درصورت شک در تحقق جزئی از اجزای علت تامه، باز هم معلول محقق نخواهد شد.

در مسئلهٔ محل بحث، تحقق عمل مجرمانه برای اینکه سبب (علت) مجازات برای مرتکب شود، لازم است با همهٔ اجزا و شرایطش محقق و محرز شود، وگرنه نمی‌تواند در خصوص استحقاق مجازات، علت و به بیان فنی‌تر، موضوع قرار گیرد و در فرض شک و احتمال عروض اختلال روانی در هنگام ارتکاب عمل، قطعاً این موضوع محرز نخواهد شد؛ توضیح بیشتر اینکه، باتوجه‌به همهٔ ادلهٔ شبهه، یکی از قیودی که لازم است در موضوع مجازات محرز شود، نبودِ شبهه است، چون قضات موظف به اسقاط مجازات باوجود شبهه هستند. پس احراز قید نبودِ شبهه برای تحقق جرمِ سبب استحقاق مجازات ضروری است، وگرنه همهٔ اجزای موضوع حکم محقق نیست؛ زیرا امر مرکب با انتفای حتی جزئی از آن منتفی می‌شود و با عدم‌احراز موضوع با همهٔ اجزایش، حکم آن که مجازات است نیز منتفی خواهد بود که این عبارت دیگری است از سقوط حد و مجازات در فرض شبههٔ اختلال روانی (جنون). البته ممکن است گفته شود امر عدمی (عدم شبهه) نمی‌تواند جزء موضوع قرار گیرد که بر این اساس مناسب‌تر آن است که افاقه را شرط اجرای حد بدانیم و در موضع تردید، اصل عدم‌افاقه را جاری سازیم و بر اساس آن، حکم به انتفای مجازات کنیم.

دلیل سوم، نصوص دال بر تخفیف مجازات‌ها: همهٔ دلایل و روایاتی که دلالت دارند بر اینکه حدود و مجازات‌ها مبتنی بر تخفیف‌اند، می‌توانند نافی اجرای مجازات دربارهٔ شبههٔ اختلال روانی باشند. این دلایل در موارد متعددی توسط فقها استناد شده‌اند که به نمونه‌هایی اشاره می‌شود:

۱. محقق حلی در خصوص محاکمهٔ غیابی اظهار داشته است که در حقوق‌الناس محاکمهٔ غیابی صورت می‌گیرد، اما در حقوق‌الله محاکمهٔ غیابی واقع نمی‌شود؛ زیرا حقوق خداوند مبنی‌بر تخفیف است.[2]

۲. فاضل آبی بعد از نقل قول سیدمرتضی و شیخ طوسی در خلاف مبنی‌بر اینکه قاضی می‌تواند در همهٔ حقوق (حقوق‌الناس و حقوق‌الله)بر اساس علم خودش حکم کند، دیدگاه شیخ در نهایه را اختصاص

---

۱. کاربرد واژهٔ «بمنزلة» ازاین‌روست که احکام و موضوعات آن‌ها علل و معالیل حقیقی نیستند، بلکه صرفاً اعتباری و قراردادی هستند.

۲. محقق حلی، شرایع الإسلام، ٤/ ۸۷۵.

به حقوق‌الناس و حکم در حقوق‌الله بر اساس علم قاضی را خاص امام معصوم(ع) دانسته است و (فاضل آبی)خودش دیدگاه شیخ در نهایه را اشبه به قواعد و اصول شمرده است؛ با این استدلال که، حدود الهی مبنی‌بر تخفیف است. علامه حلی نیز در مقام استدلال برای تداخل اسباب در حدود، به مبنی‌بودن حدود بر تخفیف استناد کرده است.[۱] وی، در قواعد و مختلف نیز در مقام استدلال برای اختصاص محاکمهٔ غیابی به حقوق‌الناس و عدم‌جواز آن در حقوق‌الله، به همین دلیل؛ یعنی بنای حدود بر تخفیف تمسک کرده است.[۲]

شهید اول در دروس نیز در بحث محاکمهٔ غیابی و اختصاص آن به حقوق‌الناس فرموده است: «لان حقوق‌الله تعالی مبنیة علی التخفیف.»[۳] و شهید ثانی در روضه و مسالک و ابن‌فهد حلی در بحث عدم ثبوت اقرار به زنا با کمتر از دو شاهد گفته‌اند: «لان الحدود مبنیة علی التخفیف.»[٤]

محقق اردبیلی در مسئلهٔ عارض‌شدن فسقِ شاهد قبل از صدور حکم اظهار داشته است: باوجوداینکه این عروض فسق در حقوق‌الناس مشکلی برای صدور حکم ایجاد نمی‌کند اما در حقوق‌الله تعالی با عروض فسق شاهد قبل از حکم، صدور حکم به دلایلی منتفی خواهد شد: به‌دلیل اجماع و نیز به‌دلیل اینکه حق‌الله مبنی‌بر تخفیف است. (بعید نیست که مبنای اجماع هم همین مستند باشد.)[٥]

البته موارد نقل‌شده، بخشی از دیدگاه‌ها و استنادات فراوان فقیهان در موضوع بنای حدود بر تخفیف است. بدون تردید، این مسئلهٔ محل بحث ما؛ یعنی مورد شبههٔ اختلال روانی نیز از مصادیق مسلم همین حدود است که می‌توان آن را به‌عنوان یک قاعدهٔ مهم فقهی تلقی کرد، خواه شبههٔ مزبور ناشی از ادعای مرتکب باشد و خواه ناشی از تردید قاضی به هر دلیلی در خصوص وقوع جرم در زمان افاقهٔ مرتکب. تنها مطلبی که باقی می‌ماند آن است که گفته شود این دلیل اخص از مدعاست و مجازات‌های حق‌الناسی را در بر نمی‌گیرد. اما در پاسخ می‌توان گفت: ادلهٔ تخفیف در مجازات‌ها عمومیت دارند و بسیاری از فقیهان آن را به‌طور عام و مطلق به کار گرفته‌اند.[٦]

دلیل چهارم، حکم مستقل عقل: یکی از احکام عقل مستقل، حکم به برائت در شبهات بدویه است؛ با این بیان که، عقل، عقاب شخص مرتکب شبههٔ تحریمیه و تارک شبههٔ وجوبیه را فی‌الجمله قبیح می‌شمارد. این حکم عقلی، مستند به قاعدهٔ عقلی دیگر؛ یعنی «قبح عقاب بلابیان» است که معمولاً مستند

---

۱. آبی، کشف الرموز، ۲/ ٤۹٦؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ٦/ ۸٦.

۲. علامه حلی، قواعد الأحکام،۳/ ٤٥٥؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۳/ ٤٥۳.

۳. شهید اول، الدروس الشرعیة، ۲/ ۹۱.

٤. ابن‌فهد حلی، المهذب البارع، ٥/ ۳٤؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۹/ ۹۱؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱/ ۲٥۲.

٥. مقدس اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، ۲/ ٥۲۳؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۱۲۳؛ فاضل هندی ، کشف اللثام، ۱۰/ ۳۲۰؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳/ ۲۲۸.

٦. ابن‌ادریس، السرائر، ۳/ ٤۹٤؛ محقق حلی، المعتبر، ۲/ ٦۸۰؛ آبی، کشف الرموز، ۲/ ٤۹٦ و ٥٤۹؛ علامه حلی، تذکرة، ٦/ ۸٥.

اکثر فقیهان بوده و هست.[۱] البته اشکالاتی در خصوص این قاعده وجود دارد که برخی کبروی و برخی صغروی است: در اشکال کبروی، اصل این قاعده به چالش کشیده شده و محل تردید قرار گرفته است.[۲]

در بحث صغروی، ضمن پذیرش جریان قاعده در شبهات حکمیه، در اجرای آن در موضوعات تردید شده است؛ با این استدلال که در شبهات موضوعیه، ملکف معذور نیست؛ زیرا چیزی که بر مولا لازم است، بیان حکم است و آن هم وارد شده و بر مکلف لازم است در شک در موضوع، احتیاط کند.[۳] اما بسیاری از اصولیان، قاعدهٔ قبح عقاب را در شبهات موضوعیه نیز جاری می‌دانند. محقق نائینی در این خصوص، ادله‌ای استوار بر می‌شمارد.[٤] در هر صورت، اگر صغرا و کبرای قاعدهٔ مزبور پذیرفته شود، مجازات فردی که جنونش به هنگام ارتکاب عمل مجرمانه ثابت نشده است، قبیح خواهد بود؛ زیرا اصل در چنین مواضعی، برائت از حکم است و اینجا حکم، همان مجازات و موضوع آن، فرد مرتکب جرم توأم با مسئولیت جزایی است که حسب فرض، نامعلوم است.

۴. امکان جنون در حق متهم

بنابر قول مختار، یعنی جریان قاعدهٔ درأ در خصوص شبههٔ اختلال روانی باید یادآور شد که گرچه قاعدهٔ درأ شامل شبههٔ جنون می‌شود، ولی باید توجه داشت که این شمول، مشروط به امکان حصول جنون مرتکب در حین عمل مجرمانه است. دلیل این شرطیت را باید در ادلهٔ این قول جست‌وجو کرد. در برخی روایات، عدم‌مجازات مرتکبی که ادعای جهل به تحریم می‌کند، منوط به وجود قراین و شواهد شده است. در صحیحهٔ حلبی از امام صادق(ع) آمده است: «اگر فردی اسلام آورده و به آن اقرار کرده باشد و بعد خمر بنوشد یا زنا کند یا ربا بخورد درحالی‌که حلال و حرام برای او بازگو نشده است، چنانچه جاهل باشد من بر او حد جاری نمی‌سازم، مگر شهود شهادت دهند که او سوره‌هایی که در آن‌ها حکم زنا، خمر و رباخوری آمده است را خوانده است. اما اگر این سوره‌ها و احکام را نمی‌دانست، او را آگاه می‌کردم و اگر از آن به بعد مرتکب آن امور شود، حد بر او جاری می‌کنم.»[۵]

باید پرسید علت اینکه امام چنین تفصیلی می‌دهند چیست؟ چرا بین گواهی شهود به قرائت آیات مرتبط توسط متهم با گواهی‌ندادن تفاوت‌گذاری شده است؟ به نظر می‌رسد اجرای حد بر شخصی که

---

۱. علم‌الهدی، الذریعة، ۲/ ۱۸۹؛ محقق حلی، المعتبر، ۱/ ۳۲؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱/ ٤۳.

۲. این اشکالات گاهی بر انتفای موضوع عدم‌بیان در موارد شبههٔ بدوی تأکید می‌ورزند (لاری، التعلیقه علی فرائد الأصول، ۲/ ۲۷۱) و زمانی بر وجود احتمالاتی که عدم‌بیان را توجیه می‌کند، مبتنی می‌شوند (محقق داماد، محاضرات، ۲/ ۲۳۷) و گاهی نیز آن را مغایر با حق‌الطاعة می‌پندارد (صدر، دروس فی علم الأصول، ۱/ ۱۳۲). محققان مدافع اصل «قبح عقاب بلا بیان» از همهٔ این ایرادها پاسخ داده‌اند.

۳. حیدری، اصول الإستنباط، ۲۲۵.

٤. خوئی، اجود التقریرات، ۲/ ۱۹۹تا۲۰۰.

۵. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۱۸/ ۳۲۳.

شهود بر قرائت آیات زنا و خمر توسط او گواهی دهند ازآن‌روست که به‌لحاظ عقلایی و عادی، او عـالم بـه احکام شده و مفهومش آن است که چنانچه چنین احتمال عقلایـی دربـارهٔ مرتکـب وجـود نداشـته باشـد، ادعای او تلقی به قبول می‌شود. البته این روایت و نظـایر آن، صـریح در مطلـوب نیسـتند و تنهـا می‌تواننـد شاهدی بر آن باشند. درست است که این روایت و امثال آن دربارهٔ ادعای جهل اسـت امـا بـا تنقـیح منـاط قطعی می‌توان پی برد که ملاک و معیار، امکان تحقق ادعای فرد است، چیزی که دربـارهٔ شـبههٔ جنـون نیـز وجود دارد. براین‌اساس، بسیاری از فقیهان در موارد کاربرد قاعدهٔ درأ، امکان تحقق شبهه را لازم دانسته‌انـد. شهیدین دربارهٔ سقوط حد زنا می‌نویسند: حد با ادعای جهل به تحریم یـا شـبهه سـاقط می‌شـود؛ بـه ایـن صورت که بگوید: گمان کردم آن زن با اجاره‌دادن خودش یا تحلیل و امثال آن، برای من حلال شده اسـت. البته این ادعای جهل و شبهه باید در حق او ممکن باشد. بنابراین، اگر او به‌گونه‌ای است که احتمـال جهـل در حقش نمی‌رود، ادعایش مسموع نخواهد بود.[1]

افزون بر نصوص نقلی، دلیل عقل که یکی از ادلهٔ شمول بود نیز در صورتی جریان می‌یابد که مرتکب، مسبوق به زمینه‌هایی از ناهنجاری‌های روانی بوده باشد. روشن است که برای تعیین و اثبات ایـن موضـوع، نظر کارشناسان حوزهٔ روان‌پزشکی و بررسی دقیق سابقهٔ فرد ضروری است؛ بنابراین، اگر فردی ادعای شبههٔ جنون کند که هیچ زمینهٔ اختلال روانی نداشته است و به اصطلاح، پرونـدهٔ روان‌پزشـکی او سـفید اسـت و اطرافیان او نیز شهادت به اعتدال رفتاری او در گذشـته می‌دهنـد، حکـم بـه استصـحاب افاقـهٔ او در حـین ارتکاب جرم می‌شود و اثر شرعی آن که استحقاق مجازات است بر آن مترتب می‌شود.

نتیجه‌گیری

۱. یکی از مواردی که در فقه جزا کمتر مدِّنظر فقها قرار گرفته است و مواردی از پرداختن فقیهان راجـع به آن در متون فقهی مشاهده نمی‌شود، مسئلهٔ جریان قاعدهٔ درأ در خصوص شبههٔ اخـتلال روانـی و جنـون است.

۲. دو احتمال و دیدگاه در خصوص این مسئله مطرح است: شمول و عدم‌شمول.

۳. احتمال اول آن است که قاعدهٔ درأ، شبههٔ جنون را به دلایلی در بر نمی‌گیـرد، ازجملـه: عـدم‌تحقـق موضوع قاعدهٔ درأ، عمومات باب حدود و مجازات‌ها، استصحاب حال افاقه و لزوم تعطیل حدود در گسترهٔ وسیع.

٤. همهٔ ادلهٔ احتمال عدم‌شمول، مخدوش است و قابلیت اثبات مدعا را ندارد.

٥. احتمال دوم که گزینش نگارندگان نیز هست، شمول قاعدهٔ درأ در خصوص شبههٔ جنون است. ادلهٔ

---

۱. شهید ثانی، الروضة، ۹/ ۵۷.

این قول عبارت‌اند از: عموم واژهٔ الشبهات، لزوم احراز فقدان شبهه در جریان مجازات، اصل لزوم تخفیف در مجازات و عقل مستقل.

٦. باتوجه‌به مخدوش‌بودن دلایلی که ممکن است منکران استناد کنند و نیز ارائهٔ دلایل متعددی مبنی‌بر عدم‌ثبوت حد (مجازات) در فرض مزبور، حاصل این نوشتار این است که در شبههٔ اختلال روانی با هر منشأ که باشد مجازات ثابت نمی‌شود و شخص متهم تبرئه می‌شود.

۷. البته لازم است امکان تحقق چنین شبهه‌ای در حق متهم وجود داشته باشد و این امر با مراجعه به سابقهٔ متهم و گواهی کارشناسان مربوط حاصل می‌آید.

منابع

قرآن کریم

ابن‌ابی‌جمهور، محمدبن‌زین‌الدین. عوالی اللئالی العزیزیة فی الأحادیث الدینیة. قم: سیدالشهدا. چاپ‌اول، ۱٤۰۳ق.

ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ‌دوم، ۱٤۱۰ق.

ابن‌بابویه، محمدبن‌علی. المقنع. قم: مؤسسهٔ امام هادی(ع)، ۱٤۱۵ق.

ابن‌بابویه، محمدبن‌علی. کتاب من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱٤۰٤ق.

ابن‌شعبه، حسن‌بن‌علی. تحف العقول عن آل الرسول(ص). قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ‌دوم، ۱٤۰٤ق.

ابن‌فهد حلی، احمدبن‌محمد. المهذب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱٤۱۳ق.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین. فرائد الأصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱٤۱۷ق.

آبی، حسن‌بن‌ابی‌طالب. کشف الرموز. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱٤۱۰ق.

آخوند خراسانی، محمدکاظم‌بن‌حسین. کفایة الأصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱٤۲۸ق.

بحرانی، یوسف‌بن‌احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱٤۰٤ق.

جوهری، اسماعیل‌بن‌حماد. الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم للملایین. چاپ‌اول، ۱۳۷٦ق.

حر عاملی، محمدبن‌حسن. تفصیل وسائل الشیعة. قم: آل‌البیت(ع). ۱٤۱٤ق.

حلی، محمدبن‌حسن. ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد. قم: اسماعیلیان. چاپ‌اول، ۱۳۸۹ق.

حلّی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف. ایضاح الفوائد. قم: اسماعیلیان. ۱۳۸۷.

حیدری، علی‌نقی. اصول الإستنباط. قم: شورای مدیریت حوزه. ۱٤۱۲ق.

خمینی، روح‌الله. کتاب الطهارة. بی‌جا: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). بی‌تا.

خمینی، روح‌الله. مناهج االوصول الی علم الأصول. قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۳۷۳.

خوانساری، احمد. جامع المدارک. قم: اسماعیلیان. ١٣٦٤.

خوئی، ابوالقاسم. اجود التقریرات. مقرر: محمدحسین نائینی، قم: عرفان. ١٣٥٢ق.

خوئی، ابوالقاسم. مباني تکملة المنهاج. بی‌جا: موسسه احیاء آثار امام خویی. ١٣٨٦.

خوئی، ابوالقاسم. معجم رجال الحدیث. قم: مرکز نشر آثار شیعه. ١٤١٠ق.

سیستانی، علی. قاعدهٔ لاضرر. نجف: مکتبة آیت‌الله العظمی سیستانی. ١٤١٤ق.

شهید اول، محمدبن‌مکی. الدروس الشرعیة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ١٤١٤ق.

شهید اول، محمدبن‌مکی. ذکری الشیعة. قم: آل‌البیت(ع). چاپ‌اول، ١٤١٩ق.

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی. الروضةالبهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: داوری. ١٤١٠ق.

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی. مسالک الأفهام فی شرح شرایع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة. ١٤١٧ق.

صاحب‌جواهر، محمدحسن‌بن‌باقر. جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام. تهران: دار الکتب الإسلامیة. ١٣٦٣.

صدر، محمدباقر. دروس فی علم الأصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ١٤١٨ق.

طباطبایی، علی‌بن‌محمد. ریاض المسائل. قم: آل‌البیت. چاپ‌اول، ١٤١٨ق.

طوسی، محمدبن‌حسن. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب اسلامیة. ١٣٦٥ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی ١٣٧٧.

علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل‌البیت. ١٤١٥ق.

علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف. قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ١٤١٣ق.

علم‌الهدی، علی‌بن‌حسین. الذریعة الی اصول الشریعة. تهران: مؤسسهٔ انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. ١٣٤٨.

فاضل هندی، محمدبن‌حسن. کشف اللثام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی‌تا.

فراهیدی، خلیل‌بن‌احمد. کتاب العین. قم: دار الهجره. چاپ‌دوم، ١٤٠٩ق.

کشی، محمدبن‌عمر. رجال الکشی. مشهد: دانشگاه مشهد. ١٣٤٨.

کلینی، محمد بن یعقوب، کافی. تهران: دار الکتب الإسلامیة. ١٤٠٧ ق.

لاری، عبدالحسین. التعلیقة علی فرائد الأصول. قم: اللجنة العلمی المؤتمر. ١٤١٨ق.

مجلسی، محمدباقربن‌محمدتقی. بحار الأنوار الجامعة لدرر اخبار الأئمة الأطهار(ع). بیروت: دار احیاء التراث. چاپ‌سوم، ١٤٠٣ق.

محقق حلی، المعتبر. قم: مؤسسة سید الشهداء(ع). ١٤٠٧ق.

محقق حلی، جعفربن‌حسن. شرایع الإسلام فی احکام الحلال و الحرام. تهران: استقلال. ١٤٠٩ق.

محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه بخش جزایی. تهران: مرکز نشر اسلامی. اول، ١٣٧٩.

محقق داماد، محمد. المحاضرات. اصفهان: مبارک. ١٣٨٢.

محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه: بخش جزایی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. ۱۳۸٤.

محقق کرکی، علی‌بن‌حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: آل‌البیت(ع). چاپ‌اول، ۱٤۱۱ق.

مقدس اردبیلی، احمدبن‌محمد. مجمع الفائدة و البرهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱٤۱٤ق.

موسوی عاملی، محمدبن‌علی. مدارک الأحکام. قم: آل‌البیت(ع). ۱٤۱۰ق.

نائینی، شیخ محمد علی. فوائد الاصول الکاظم الخراسانی. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۳۷٦.

Table of Contents

Takhrige (Extracting) of the narrations of the story of Samra bin Jundab in order to deduce the rule of harmlessness 9
Ahmad Ershad - Abbas Yaqoubzadeh Mojarrd - Sadegh Tahouri (Nowrozi)

Requirement of registering in the correctness of real estate transactions 31
Reza Tavakoli Tavallai - Dr. Belal Shakri - Mustafa Jalali - Mostafa Rafsanjani Moghadam

Analyzing the validity of the rule "Ilhaqe' Mashkook be A'amme' Aghlab" – appending the questionable case to what is often more general 45
Dr. Mostafa Dehghan

The nature and legitimacy of Tanzil in Imami jurisprudence and its examples in Islamic banking (Tanzil in Imami jurisprudence(67
Dr. Fathullah Rahimi - Dr. Mojtaba Asgharian - Dr. Saeed Mansouri - Maryam Nazari Taleghani

The reflection and functions of the public Balva-involvements- phenomenon in the issues of principles of jurisprudence 87
Dr. Fatemeh Zhian

A research on the documents and validity of Hadith Raf~ 103
Dr. Abdollah Javan

Analyzing the concept of negation of "Ba~s" in Imami jurisprudence 123
Ali Hosseini Far - Dr. Abdolgabar Zargoosh Nasab - Dr. Nabi Sobhani

Jurisprudential foundations of conflict of interests management 147
Dr. Saeed Siah Bidi Kermanshahi

The concept of Qebteh (expediency) and the mechanisms of its recognition in the affairs of Movalli Aliyyah 169
Dr. Saeed Nazari Tavakoli - Seyyed Hasan Davood al Mousavi

Reflection on inclusion of the rule of Dar~ (cancellation) regarding suspicion of mental disorder (insanity) 193
Mona Komeili - Dr. Mohammad Hassan Haeri - Dr. Hossein Naseri Moghadam

In the Name of Allah

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 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'ī

Translation of Abstracts

Alireza Ketabdar

Editorial Board

Dr.J. Īravanī

Prof , Razavi University of Islamic Sciences

Dr. A. A. Īzadīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. Á. 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'ī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M.T.Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. J. Qanavātī

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

Journal of Figh and Usul

Faculty of Theology and Islamic Studies

ISSN-Print: 2008-9139
ISSN-Online: 2538-3892
Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023

FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD PRESS