فقه اهل بیت علیهم‌السلام

سال نوزدهم
تابستان ۱۳۹۲
۷۴

- صاحب امتیاز و مدیر مسئول: **سیدمحمود هاشمی شاهرودی**
- سردبیر: **عبدالرضا ایزدپناه**
- هیئت تحریریه: **عبدالرضا ایزدپناه، سیّدمرتضی تقوی، محمد زروندی رحمانی، سیّدعباس صالحی، احمد مبلّغی، رضا مختاری، محمدحسن نجفی**
- مدیر داخلی: **سیدشهاب لاجوردی**

فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت(ع) از طریق سایت‌های ذیل به صورت تمام متن قابل دسترسی است:

www.afiqh.org

www.SID.ir

www. magiran.com

www. noormags.com

نشانی:

قم، صندوق پستی ۵۵۹ / ۳۷۱۸۵

تلفن امور مشترکین: ۳۷۷۴۴۳۸۸ـ۰۲۵

نمابر: ۳۷۷۴۴۹۶۳ـ۰۲۵

همراه: ۰۹۱۲۲۵۲۰۷۹۶

حوزهٔ پژوهشی مجله:

- مسائل مستحدثهٔ فقهی؛ تبیین اجتهادی مسائل جدید.
- موضوع شناسی فقهی؛ شناسایی و تحلیل موضوعات جدید و طرح آنها در محافل فقهی برای بسترسازی ذهنی فقه پژوهان و پرداختن به موضوعات جدید.
- طرح دیدگاههای نو در دانش اصول و دیگر علوم مرتبط با فقه.
- مطالعهٔ تطبیقی مکتب فقهی اهل بیت(ع) با دیگر مذاهب و مکاتب فقهی.
- مطالعهٔ تطبیقی ساختارها و دیدگاههای حقوقی، اقتصادی، سیاسی و اجتماعی فقه با دانشهای مشابه.
- تاریخ فقه و فقها و مکاتب فقهی.
- اطلاع رسانی در حوزهٔ پژوهشهای فقهی، مراکز و مؤسسات فقهی، نرم افزارهای فقهی و ... .

.....

یادآوری:

- مجله در حوزهٔ مسائل مستحدثه، از مقالات اجتهادی فقها و در سایر حوزه ها، از مقالات فضلای حوزه و دانشگاه در صورت برخورداری از موازین علمی و پژوهشی، استقبال می کند.
- مجله در ویرایش و تلخیص نوشته ها آزاد است.
- مسئولیت مقالات برعهدهٔ نویسندگان است.
- نقل مطالب فصلنامه با ذکر مأخذ، مجاز است.
- مقالات ارسالی بازپس فرستاده نمی شود.

.....

راهنمای تهیه و پذیرش مقالات:

۱. درج نام و نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبهٔ علمی، نشانی، پست الکترونیکی و شماره تلفن نویسنده، ضروری است. (مقاله ارسالی در صورت تایید یا عدم تایید، مسترد نمی شود).

۲. مقالات به صورت تایپ شده همراه با لوح فشرده (CD) آن ارسال و یا به پست الکترونیکی مجله ارسال شود.

۳. مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه داخلی و خارجی چاپ و یا همزمان به مجله دیگری ارسال شده باشد.

۴. مقاله باید به لحاظ نوآوری و انسجام منطقی و قوت استدلال و شیوه نگارش و ارجاع به منابع دست اول، نصاب علمی لازم را در سطح مقالات منتشر شده در مجله فقه اهل بیت(ع) داشته باشد و با ساختار زیر ارائه شود:

۱ـ۴ـ عنوان، گویا و متناسب با محتوای مقاله.

۲ـ۴ـ چکیدهٔ بحث در حداکثر ۲۵۰ کلمه.

۳ـ۴ـ کلید واژه ها بین ۳ تا ۷ کلمه به منظور تسهیل در جستجوی الکترونیکی.

۴ـ۴ـ متن اصلی مقاله که متضمن تحلیل مستند و مستدل موضوع مقاله است.

۵ـ۴ـ نتیجه.

۶ـ۴ـ کتاب شناسی الفبایی با ترتیب ذیل:

نام مشهور نویسنده، نام اصلی نویسنده، نام کتاب، جلد، شهر محل چاپ، ناشر، نوبت چاپ و سال انتشار.

در مورد مقالات به جای نام و مشخصات کتاب باید عنوان کامل مقاله و نام نشریه و شماره و سال آن درج شود.

۵ـ ارجاعات و توضیحات و عبارات لاتین در پاورقی آورده شود.

.....

شیوه بررسی و چاپ مقالات:

۱. مقالات رسیده، نخست توسط سردبیر بررسی می شوند و در صورت تناسب با موضوع فصلنامه برای ارزیابی به هیئت تحریریه ارسال می شوند.

۲. هیئت تحریریه در رد یا قبول و نیز اصلاح مقالات آزاد است.

۳. مسئولیت مطالب مندرج در هر مقاله بر عهده نویسنده است.

۴. حق چاپ پس از پذیرش برای فصلنامه محفوظ است.

بسم الله الرحمن الرحیم

فهرست مطالب

خرید و فروش سهام شرکت ها.....آیت‌اللّه سیدکاظم حائری / ۵

خمس معدن.....عباس جان نثاری / ۱۱

بررسی و نقد دیدگاه تاثیر مقاصد شریعت بر اسناد استنباط.....احمد حسنی / ۳۷

اصول متلقات.....مسعود امامی / ۷۰

وضعیت ید امین پس از ترك تقصیر.....میثم اکبری دهنو؛ محمدحسین یاوری؛ هانی حاجیان / ۱۲۶

ماهیت و احکام نهاد عاقله.....سیدسجاد موسوی کرمانشاهی / ۱۵۷

بازپژوهی مفهوم غبن فاحش در فقه و حقوق ایران...سیدمحمدصادق طباطبایی؛ سیدحسین اسعدی / ۱۸۹

مبانی فقهی قتل فرزند و ضمانت اجرای آن.....محسن شریفی / ۲۱۰

چکیده عربی مقالات...../ ۲۴۰

چکیده انگلیسی مقالات...../ ۲۴۸

خرید و فروش سهام شرکت ها*

○ سید کاظم حائری

چکیده

در این مقاله در دامنهٔ مشروعیت خرید و فروش سهام شرکت ها و بانک ها بحث شده است. پس از تحلیل ماهیت شرکت، حکم خرید و فروش سهام آن در سه فرض: شخصیت حقوقی شرکت، شخصیت معنوی شرکت، شخصیت حقیقی شرکا براساس ادلّهٔ فقهی بیان شده است.

بانک نیز به لحاظ اینکه نوعی شرکت است بر مبنای فروض سه گانهٔ مذکور تحلیل و حکم خرید و فروش سهام آن بیان شده است. با این نکتهٔ افزوده که مشروعیت خرید و فروش اوراق بهادار بر مبنای نویسنده مستلزم رعایت دو شرط تساوی در بیع و تسلیم عوضین در مجلس بیع است.

کلید واژگان: سهام، شرکت، بانک، اوراق بهادار، عوضین، شخصیت حقوقی.

---

* تقریر به قلم سید مرتضی تقوی.

فروش سهام عبارت است از واگذاری آن به شخص دیگری در مقابل بها. دامنهٔ مشروعیت این معامله از دو جهت جای بحث دارد:

جهت نخست: لحاظ شرکت و ماهیت آن

می توان برای شرکت یکی از این سه حالت را فرض کرد:

فرض اول: شرکت در برابر شرکا از شخصیت حقوقی مستقل برخوردار است و شخصیت حقوقی شرکت است که مالک می شود و می فروشد و می خرد و قرض می دهد و هبه می کند و دیگر تصرفات مالی را انجام می دهد. در این فرض شرکت به طور کلی خارج از ملک شرکاست و شرکا فقط نسبت به اموال حقیقی که در شرکت دارند طلبکاران آن به شمار می آیند.

فرض دوم: شرکت به اندازهٔ سهم هر یک از شرکا، ملک آنان است، اما شخصیت معنوی آن ارزشی افزون تر از اموال حقیقی دارد که از سوی شرکا در شرکت گذاشته شده است.

فرض سوم: اموال حقیقی موجود در شرکت، مانند دیگر اموال شخصی، ملک شرکاست با این تفاوت که مال شخصی هر یک از شرکا مختص به خود اوست، اما این مال مشترك میان همهٔ شرکاست، چه شرکت قهری باشد، مانند آن که شرکا برادرانی باشند که مال مشترك را از پدرشان به ارث برده اند، و چه شرکت اختیاری باشد مانند آنکه افرادی اختیاراً در مالی شریک شده باشند. در این فرض خرید و فروش بر اموال حقیقی واقع می شود و شرکت فاقد شخصیت حقوقی و معنوی است. شرکتی که در فقه ما شناخته شده است این گونه شرکت است.

خرید و فروش سهام در فرض اول: اگر فرض اول را بتوان طبق معیارهای فقه اسلامی شرکت نامید، خرید و فروش سهام این شرکت معنای حقیقی نخواهد داشت؛ زیرا مالک سهم فقط به میزان سهم خود طلبکار شرکت است و در این

فرض گویا مقصود از فروش سهم این است که طلبکار شرکت، مالی را که در ذمهٔ این شرکت دارد به دیگری می فروشد. اشکال فقهی این معامله همان اشکالی است که بر اصل شخصیت حقوقی داشتن شرکت و ثبوت ذمه برای آن وارد است. مقتضای اصل اولی، نفی وجود این گونه شخصیت حقوقی است؛ زیرا استصحاب مقتضی عدم آن است. صرف وجود نمونه هایی از شخصیت حقوقی در فقه ما ـ که موارد متیقن آن منصب دولت یا منصب امامت است ـ دلیل بر حقانیت شخصیت حقوقی شرکت ها نخواهد بود. بنابراین، ایجاد این شخصیت حقوقی جز با اعمال ولایت ممکن نیست و از طرفی دلیلی بر ولایت فقیه در ایجاد احکام وضعی که موضوع احکام تکلیفی مانند طهارت و نجاست باشد وجود ندارد.

بلی، فقیه می تواند احکام وضعی انتزاعی را که از احکام تکلیفی انتزاع می شوند با وضع منشاء انتزاع آنها وضع کند، البته آن هم در صورتی که آن احکام تکلیفی داخل در حیطه تصرف ولی فقیه باشد. به عبارت دیگر، فقیه احکام وضعی انتزاعی را با وضع منشاء انتزاع آنها وضع می کند البته فقط در مواردی که وضع منشاء انتزاع در صلاحیت ولی فقیه باشد، اما در مواردی مثل این بحث، فرض آفرینش شخصیت حقوقی ابتدائاً از جانب ولی فقیه در نهایت اشکال است.

آری، اگر از اثبات این شخصیت حقوقی بگذریم و به احکام تکلیفی مترتب برآن بازگردیم، در این صورت خواهیم یافت که همهٔ این احکام تکلیفی در صلاحیت ولی فقیه است. فقیه این احکام تکلیفی را ایجاد می کند سپس شخصیت حقوقی را از آنها انتزاع می کنیم و در این صورت این شخصیت حقوقی، انتزاعی خواهد بود نه اصلی. مسلماً مفهوم شخصیت حقوقی شرکت در عرف غیر از این است.

خرید و فروش سهام در فرض دوم: این فرض ـ که اموال شرکت دارای شخصیت معنوی باارزش بالاتری از اموال حقیقی موجود در شرکت است ـ از

منظر فقهی ترجیحی بر فرض اول ندارد؛ زیرا پرداختن چنین شخصیت معنوی برای اموال شرکت، خلاف اصل است و ایجاد آن جز با اعمال ولایت ممکن نیست و اعمال ولایت فقیه در این مورد نیز با همان اشکالی که در فرض اول بیان شد، روبه رو است.

خرید و فروش سهام در فرض سوم: طبق فرض سوم، شرکت چیزی نیست جز عین اموالی که در آن وجود دارد و این اموال همانند دیگر اموال شخصی ملک شرکاست و همچون اموال شخصی آنان مورد خرید و فروش قرار می گیرد. گفتیم که این فرض، نزدیک ترین فرض به تصور فقهی ما از شرکت است.

ملاحظهٔ میزان مشروعیت این گونه سهام و مشروعیت خرید و فروش آن برمی گردد به ملاحظهٔ ماهیت هریک از این اموال، مثلاً اگر این اموال آمیخته از اموال حلال و اموال حرام مانند شراب و خوك باشد، فقط سهام مربوط به اموال حرام اشکال خواهد داشت. اگر برخی از این اموال از قبیل «حقوق» باشد مانند حق چاپ یاتألیف یا اختراع و امثال آن، مشروعیت یا عدم مشروعیت سهام نسبت به این حقوق بستگی به مشروعیت یا عدم مشروعیت این حقوق از نظر فقیه دارد. اگر برخی از اموال شرکت از قبیل «عمل و خدمت» باشد، مشروعیت و عدم مشروعیت سهام نسبت به این اعمال و خدمات بر می گردد به مشروعیت یا عدم مشروعیت «شرکت ابدان» از نظر فقیه.

اگر بخشی از اموال شرکت، فقط صِرف قدرت اعتباری باشد؛ بدین گونه که تاجر معتبری در ازاء اینکه در سود شرکت یا در اموال شرکت به نسبت معینی سهیم باشد، خسارت آن شرکت را تضمین می کند. در اینجا طبعاً معنای فروش سهم این شخص که همان قدرت اعتباری اوست، فروش این قدرت و اعتبار نیست؛ زیرا این اعتبار قائم به خود این شخص است و قابل انتقال نخواهد بود. فروش سهم فقط بدین معناست که این شخص بر ضمانت خود برای خسارت و پشتیبانی

اعتباری خود از این شرکت باقی خواهد ماند و ادامهٔ پشتیبانی او موجب تقویت ارزش سهام این شرکت خواهد بود و در نتیجه هر سهمی از سهام آن با قیمتی بالاتر از اموال عینی موجود در شرکت فروخته خواهد شد. در این صورت هیچ اشکالی در مشروعیت این نحو سهام و خرید و فروش آن نیست.

جهت دوم: لحاظ بانک و ماهیت آن

جا دارد از فروش سهام بانک ها نیز بحث شود. البته سهام بانک ها از اکثر اشکالات گذشته در مورد سهام شرکت ها خالی است؛ در آمیختن اموال حرام و حلال و نیز مشکلاتی مانند «حق چاپ و شرکت ابدان» در مورد بانک وجود ندارد، ولی برخی از اشکالات مذکور در مورد بانک ها نیز وجود دارد به علاوهٔ اشکالات جدیدی که اختصاص به بانک دارد و لازم است به آنها پرداخته شود:

یکم: اگر برای بانک شخصیت حقوقی یا معنوی فرض شود، همان اشکال سابق که در مورد شخصیت حقوقی یا معنوی شرکت بیان شد در اینجا نیز وارد است.

دوم: اگر فرض کنیم که شرکت بانک، شرکت معمولی است که همانند دیگر اموال شخصی ملک صاحبان آن است، اشکال سابق وارد نخواهد بود، ولی اگر بانک ربوی بوده و سهم خریداری شده یا فروخته شده شامل اموال ربوی موجود در بانک باشد، در این صورت خرید و فروش آن جزء از سهم مذکور که ربوی است حرام خواهد بود، همانند حرمت گوشت خوك یا شراب در سهام شرکت که در بحث قبل به آن اشاره شد.

سوم: اگر بانک ربوی نباشد و ملک شخصی صاحبان آن باشد بدون فرض شخصیت حقوقی و معنوی برای آن، در این صورت هیچ یک از اشکالات گذشته وارد نخواهد بود.

در خصوص فروش سهام بانک بحث دیگری براساس این مبنای ما که بیع اوراق بهادار را ملحق به بیع صرف می دانیم، قابل طرح است. بر اساس مبنای مذکور خرید و فروش اوراق بهادار در صورتی صحیح است که:

اولاً: اوراق خریداری شده و فروخته شده دارای ارزش مساوی باشند.

ثانیاً: لازم است که تسلیم عوضین در همان مجلس بیع انجام گیرد.

براین اساس، در خرید و فروش سهام بانک اگر شرط تساوی عوضین رعایت شود بی اشکال خواهد بود. با تحقق شرط تسلیم عوضین در مجلس بیع نیز از این ناحیه اشکالی در مشروعیت خرید و فروش سهام بانک پیش نخواهد آمد. تسلیم عوض از جانب مشتری به بانک تسلیم آن به شخص سهیم در بانک است؛ زیرا کارمندان در بانک وکلای شخص سهامدارند، و واریز وجه به حساب مشتری نیز تسلیم وجه به او به شمار می آید؛ زیرا کارمندان بانک در این خصوص وکلای کسانی هستند که وجه به حساب آنان واریز می شود.

نتیجه

در فرض اینکه شرکت، شخصیت حقوقی یا شخصیت معنوی مستقل از صاحبانش داشته باشد با توجه به اینکه اصل شخصیت حقوقی داشتن شرکت و ثبوت ذمه برای آن از نظر فقهی اشکال دارد به تبع آن خرید و فروش سهام شخصیت حقوقی فاقد دلیل مشروعیت است. اما در فرض اینکه شرکت ماهیتی غیر از اموال آن نداشته باشد و همانند دیگر اموال ملک شخصی صاحبان آن باشد، مشروعیت خرید و فروش سهام آن بستگی به ماهیت این اموال دارد و در مواردی جایز است و در مواردی جایز نیست. بانک ها نیز از این جهت همانند شرکت است، علاوه برآن مشروعیت خرید و فروش سهام آن مستلزم رعایت شرایط مشروعیت معامله اوراق بهادار یعنی «تساوی در بیع» و «تسلیم عوضین در مجلس بیع» است.

خمس معدن

○ عباس جان نثاری*

چکیده

هدف از این مقاله، تبیین جزئیات منبع عظیم خمس است که از آن غفلت شده است. خمس معدن، با توجه به فراوانی و تنوع معادن، می تواند پشتوانه محکمی برای ترویج و تبلیغ دین و مذهب باشد. ما در این مقاله اثبات کرده‌ایم که حتی خمس معادن دولتی هم باید پرداخت شود و زیر نظر ولی فقیه به موارد مصرف خمس برسد. همچنین به مباحثی در باره مقدار نصاب معدن و اینکه نصاب معدن قبل از کم کردن هزینه های استخراج لحاظ می شود، پرداخته‌ایم. در ادامه، اشاره کرده‌ایم که انفال بودن معادن با وجوب خمس در معادن منافاتی ندارد و خمس معادن، چه در زمین شخصی و چه در اراضی انفال استخراج گردد، باید پرداخت شود. همچنین تفاوت خمس معدن را با خمس ارباح مکاسب توضیح داده‌ایم و اثبات کرده‌ایم که اگر خمس معدن داده شود، در پایان سال، دادن خمس دیگری در معدن به عنوان ارباح مکاسب لازم نیست.

کلید واژگان: خمس، معدن، نصاب، غنیمت، انفال.

---

* مدرس دروس خارج فقه و اصول و عضو هیئت علمی مرکز مطالعات اسلامی.

مقدمه

چنان که می دانید، خمس در هفت چیز از جمله در معدن واجب است. در مباحث فقهی خمس تاکنون کمتر به این موضوع پرداخته شده است؛ در حالی که خمس معدن در مقایسه با دیگر موارد خمس از نظر مالی دارای ارزش بیشتری است. از این رو، بر آن شدیم تا در مقاله حاضر با بررسی جزئیات این موضوع، زمینه بحث بیشتر در این باره و مقدمات عمل به این واجب الهی را در تأمین منابع مالی برای اداره امور جامعه اسلامی و ترویج شریعت مقدس اسلام که تأثیر بسزایی دارد بیش از پیش مهیا کنیم.

موضوع این مقاله در باره خمس معدن است که آن را در چند عنوان بررسی می کنیم.

۱. معنای لغوی معدن

کلمه معدن از «عدن یعدن» به معنای استقرّ و ثبت، گرفته شده و در قرآن «جنات عدن» به همین معناست.[۱] معدن به هر چیزی گفته می شود که در زمین، مستقر و ثابت باشد.

کلمه «معدن» اسم مکان است؛ به معنای مکانی که در آن، سنگ های طلا و نقره یا اشیای قیمتی دیگر باشد؛ ولی در بحث ما که می گوییم: خمس معدن واجب است، مراد از معدن، چیزهایی است که از معدن استخراج می شود، نه مکان آن چیزها.

۲. معنای اصطلاحی معدن

شهید ثانی در مسالک و شرح لمعه در تعریف معدن فرموده است:

---

۱. راغب اصفهانی، مفردات، ص۳۲۶ مادهٔ «عدن»؛ طریحی، مجمع البحرین، ج۶، ص۲۸۱، ماده «عدن».

كلّ ما استخرج من الارض ممّا كان اصله منها ثمّ اشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها.[۲]

در این تعریف، شهید ثانی دو قید برای معدن ذکر کرده است: یکی اینکه از جنس زمین باشد؛ دوم اینکه دارای خصوصیتی باشد که انتفاع و ارزش زیادی داشته باشد.

علامه حلی در منتهی المطلب تصریح کرده است:

بأنّ المعدن ما كان في الأرض من غير جنسها.[۳]

البته به نظر ما قید اول در تعریف شهید ثانی در معدن شرط نیست؛ چون در روایات، نفت و نمک هم از معادن به شمار رفته اند، در حالی که از جنس زمین نیستند و تیمم و سجده بر نمک و محصولات نفتی صحیح نیست؛ اگر از جنس زمین بودند؛ باید تیمم بر آنها صحیح می بود؛ زیرا پیامبر فرموده اند:

جعلت لي الأرض مسجداً و طهوراً.[۴]

اما قید دوم مورد اتفاق است؛ یعنی شرط معدن این است که دارای ارزش و قیمت باشد. پس معدن به هر چیزی گفته می شود که از زمین استخراج می شود و دارای خصوصیت زائدی است که آن چیز را دارای ارزش و قیمت بالا می کند؛ مثل معادن طلا و نقره و مس و روی و سرب و نمک، نفت و کبریت، آهن، اورانیوم، سنگ های قیمتی، عقیق، فیروزه، یاقوت، درّ و ... .

۳. مصادیق مشکوک المعدنیه

مواردی هست که به یقین از مصداق های معدن است و مواردی هست که به یقین از

---

۲. شهید ثانی، **مسالک الافهام**، ج۱، ص۴۵۸؛ شهید ثانی، **شرح لمعه**، ج۲، ص۶۶.
۳. علامه حلی، **منتهی المطلب في تحقيق المذهب**، ج۱، ص۵۴۱.
۴. شیخ حرّ عاملی، **وسایل الشیعه**، ج۳، ص۳۵۰، ح۲و۳و۴.

مصداق های معدن نیست؛ مواری هم هست که مشکوك است؛ مثل بعضی از سنگ ها و خاك ها که معلوم نیست آیا جزء معادن هستند یا نه. در این موارد مشکوك، طبق قاعده اصولی، اصل برائت از وجوب خمس معدن جاری می شود؛ چون در شبهه مصداقیه عام، تمسک به عام جایز نیست؛ مثلاً مولی گفته است: «اکرم العلماء» و ما نمی دانیم زید عالم هست یا نیست. بنابراین، نمی توان با تمسک به «اکرم العلماء» حکم به وجوب اکرام زید کرد؛ بلکه اصل برائت از وجوب اکرام زید جاری می شود؛ چون برای تمسک به عام باید موضوع احراز شود. پس در این موارد مشکوك، خمس معدن واجب نیست، امّا از باب ارباح مکاسب باید در آخر سال اگر از مؤنه زیاد آمد، خمس آن را پرداخت کرد.

۴. وجوب خمس در تمام انواع معادن

معادن دارای اقسامی است: معادن باطنی که داخل زمین قرار دارند، مثل معدن نفت یا معادنی که نیاز به حفاری و استخراج دارند؛ معادن ظاهری مثل معدن نمک که در ظاهر و روی زمین قرار دارند. معادن منطبعه که نیاز به ذوب به وسیله آتش دارند تا مواد خالص آنها جدا شود، مثل سنگ آهن؛ معادن غیر منطبعه که نیاز به ذوب به وسیله آتش ندارد، مثل معدن عقیق و فیروزه؛ چه معادنی که در زمین شخصی باشد؛ و یا معادنی که در زمین موات باشد. طبق روایات اهل بیت(ع) در تمام اقسام معادن، خمس واجب است؛ چون کلمه معادن به صورت جمع مُحلّی به «ال» آمده است که افاده عموم می کند. در بعضی روایات هم به صورت مفرد محلّی به «ال» آمده که اطلاقش همه اقسام را در بر می گیرد.

۵. خمس معدن، حدّ نصاب آن

در این مسئله، سه قول وجود دارد: اول این که مشروط به نصاب نیست. این قول

را به قدما نسبت داده اند و حتی در خلاف و سرائر ادعای اجماع بر آن شده است.

دلیل این قول، اطلاق دلیل وجوب خمس معدن است؛ چنان که در روایات آمده است: «في المعدن خمس»[5] که اطلاق در وجوب خمس دارد؛ یعنی چه به حدّ نصاب برسد و چه نرسد و چه کم باشد و چه زیاد.

دوم: نصاب معدن، یک دینار است. این قول از حلبی نقل شده است.

سوم: نصاب معدن بیست دینار است. متأخرین این قول را انتخاب کرده اند.[6]

دلیل قول دوم: روایت ابی نصر بزنطی از امام رضا(ع):

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْخَطَّابِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِي بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ(ع)، قَالَ: سَأَلْتُهُ عَمَّا يُخْرَجُ مِنَ الْبَحْرِ مِنَ اللُّؤْلُؤِ وَ الْيَاقُوتِ وَ الزَّبَرْجَدِ وَ عَنْ مَعَادِنِ الذَّهَبِ وَ الْفِضَّةِ هَلْ (فِيهَا زَكَاةٌ)؟ فَقَالَ: **إِذَا بَلَغَ قِيمَتُهُ دِينَاراً فَفِيهِ الْخُمُسُ**.[7]

به این حدیث دو اشکال شده است: اشکال سندی که محمد بن علی بن ابی عبداللّه مجهول است (مگر اینکه به قاعده اصحاب اجماع در رجال قائل شویم؛ بدین معنی افرادی را که بین اصحاب اجماع و امام هستند، ثقه بدانیم. طبق این قاعده، چون احمد بن ابی نصر از اصحاب اجماع است، در نتیجه محمدبن علی هم توثیق می شود)؛ یکی هم اشکال دلالتی به اینکه بگوییم این روایت مربوط به غوص است؛ چون در اول روایت از چیزهایی سؤال کرده که از دریا گرفته می شود و مربوط به غوص است و امام هم جواب قسمت اول حدیث را به او داده است (یعنی حدیث، نصاب غوص را می گوید، نه نصاب معدن را) افزون بر آن، راوی

۵. همو، **وسایل الشیعه**، ج۹، باب ۳ از ابواب ما یجب فیه الخمس، ح۱، ۲، ۳، ۴، ۶و۷.
۶. طباطبایی حکیم، **مستمسک العروة الوثقی**، ج۹، ص۴۵۷.
۷. شیخ حرّ عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۹، ص۴۹۱ ـ ۴۹۳، باب وجوب الخمس في المعادن کلّها، ح۵.

از زکات معادن طلا و نقره پرسیده است، در حالی که معادن زکات ندارد. بنابراین، امام اصلاً جواب قسمت دوم سؤال را نداده اند یا اینکه راوی جواب قسمت دوم را نیاورده است و بر فرض اینکه دلالت این حدیث تام باشد، تعارض دارد با حدیث دیگری که هم صحیح السند است و هم دلالتش روشن است و نصاب معدن را بیست دینار تعیین کرده است.

دلیل قول سوم: صحیح بزنطی از امام رضا(ع):

سُئِلَ أَبُو الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلامُ عَمَّا اخْرَجَ الْمَعْدِن مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ هَلْ فِيهِ شَيء؟ قَالَ: لَيْسَ فِيهِ شَيءحَتَّى يَبْلُغَ مَا يَكُونُ فِي مِثْلِهِ الزَّكَاةُ عِشْرِينَ دِينَاراً.[8]

این روایت نیز از نظر سندی بدون اشکال است و از نظر دلالت صراحت دارد بر اینکه نصاب معدن بیست دینار است. بنابراین، این روایت تقیید می زند روایات مطلقه را که می گوید: «في المعدن خمس» که نتیجه می شود: «في المعدن خمس إذا بلغ عشرين ديناراً». بنابراین، همین قول سوم صحیح است. البته مقدار بیست دینار شرعی به حساب مثقال معمول در کشور ایران، معادل پانزده مثقال است.

ولی یک بحث اختلافی که در مسئله نصاب معدن وجود دارد، این است که گفتیم نصاب معدن بیست دینار است، آیا مراد این است که خرج در رفته، یعنی بعد از کم کردن مخارج استخراج، به بیست دینار برسد و یا خرج در نرفته، یعنی قبل از اینکه خرج های استخراج را کم کنیم هم اگر به بیست دینار برسد خمس واجب می شود؟ در این مسئله دو قول وجود دارد. مشهور علما قائل شده اند به اینکه بعد از کم کردن مخارج معدن، اگر مبلغ بیست دینار برای شخص باقی ماند، خمس آن واجب می شود. ولی صاحب مدارك و مرحوم آیت اللّه خویی و حکیم،[9] معتقدند

---

۸. شیخ حرّ عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۹، باب ۴ از ابواب ما یجب فیه الخمس، ح۱.

۹. موسوی عاملی، **مدارك الاحکام**، ج۵، ص۳۹۲؛ خویی، **کتاب الخمس**، ص۴۴؛ طباطبایی حکیم، **مستمسک العروة الوثقی**، ج۹، ص۴۵۹.

که اگر قیمت مواد معدنی استخراج شده به بیست دینار برسد، قبل از کم کردن خرج های معدن، خمس واجب می شود، یعنی خرج های معدن ربطی به نصاب ندارد؛ برای مثال، اگر ۲۵ دینار مواد معدنی استخراج کرده و ده دینار هم خرج استخراج کرده است، طبق قول اول که نصاب را خرج در رفته حساب می کرد، چون این شخص پانزده دینار سود برده، خمس ندارد؛ چرا که به حد نصاب که بیست دینار است، نمی رسد.

ولی طبق قول دوم که نصاب را خرج درنرفته حساب می کرد، این شخص چون ۲۵ دینار استخراج کرده، خمس بر او واجب است.

دلیل قول اول که مشهور است، این است که در همین مثال یاد شده، چون شک داریم به حدّ نصاب رسیده است یا خیر، اصل برائت از وجوب خمس جاری می شود. پس خمس در جایی واجب است که به یقین بدانیم به حدّ نصاب رسیده است؛ یعنی بعد از کم کردن مخارج، مبلغ بیست دینار برایش مانده باشد که همان قول اول است.

افزون بر این خمس دایر مدار غنیمت است؛ پس نصاب هم دایر مدار غنیمت است؛ یعنی باید بیست دینار غنیمت کرده باشد و این در صورتی است که بعد از کم کردن مخارج، مبلغ بیست دینار برایش بماند.

دلیل قول دوم، این است که صحیحه بزنطی ظهور دارد در اینکه: «وجب الخمس إذا بلغ مایخرج من المعدن عشرین دیناراً؛ یعنی آنچه از این صحیحه فهمیده می شود، این است که مواد خارج شده از معدن به مبلغ بیست دینار برسد»، بنابراین کاری با مخارج معدن ندارد.

دلیلی هم بر این قید مشهور که باید مواد خارج شده از معدن، بعد از کم کردن مخارج به بیست دینار برسد، وجود ندارد، چنان که آقای حکیم می گوید: حدیث مطلق است و هیچ دلیلی برای این قید وجود ندارد. بنابراین، طبق قول دوم در همین مثال، خمس واجب می شود؛ چون ۲۵ دینار استخراج کرده و به حد نصاب

رسیده است. البته چنان که در فرع نهم خوا هیم گفت، هنگام پرداخت خمس، مؤونه استخراج را کم می کنیم وخمس مابقی را می دهیم؛ یعنی در همین مثال، ده دینار مخارج را از ۲۵ دینار کم می کنیم و خمس پانزده دینار را می دهیم.

به نظر ما هم قول دوم صحیح است؛ چون طبق ظاهر صحیحه بزنطی است و در صورتی که کسی این ظهور را نپذیرد و بگوید صحیحه بزنطی مجمل است جای تمسک به اصل برائت ـ که صاحب جواهر به آن تمسک کرده ـ نیست، بلکه محل تمسک به عمومات وجوب خمس معدن است. چون عمومات می گوید: هر معدنی خمس دارد و صحیحه بزنطی به عنوان مخصص می گوید: معادنی که کمتر از بیست دینار باشد خمس ندارد و بالفرض این مخصص مجمل باشد، در مورد مشکوك آن، که همین مثال مذکور است، باید به عمومات خمس معدن تمسک کرد، چون در اصول ثابت شده که اگر مخصص مجمل بود، فقط در قدر متیقن حجت است و در مورد مشتبه باید به عام تمسک کرد که از این بحث در اصول به «تمسک به عام در شبهه مفهومیه مخصص» تعبیر می کنند.

۶. به نصاب رسیدن قیمت معدن پس از استخراج آن

ظاهر روایات خمس معدن، از جمله صحیحه بزنطی این است که در موقع استخراج باید قیمت معدن به بیست دینار برسد؛ چون وجوب خمس معدن فوری است؛ یعنی در زمان عرفی استخراج باید به اندازه نصاب برسد. بنابراین، اگر در زمان استخراج به مقدار بیست دینار نبود، گرچه بعد از یک سال به حد نصاب برسد، نمی گویند مواد معدنی به مقدار بیست دینار بود؛ بلکه می گویند به بیست دینار رسید. مرحوم کاشف الغطاء فرموده است: «لو بلغ النصاب حین الاخذ ثمّ نقصت قیمته عنه أوبالعکس فالمدار علی حین الاستنباط».[۱۰] بنابراین، اگر کسی

۱۰. کاشف الغطاء، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغرّاء، ص۳۶۰.

معدنی را استخراج کرد که به مقدار ده دینار بود، ولی بعد از یک سال قیمت معدن به بیست دینار رسید، خمس از باب معدن بر او واجب نیست؛ چنان که اگر در موقع استخراج به اندازه بیست دینار بود، ولی بعدها قیمت آن پایین آمد و از نصاب افتاد، خمس ساقط نمی شود. البته منظور از هنگام استخراج، زمان عرفی است که شامل زمان استخراج تا زمانی که عرفاً معدن به فروش می رسد؛ برای مثال اگر امروز که استخراج کرد قیمت مواد معدنی ده دینار بود ولی فردا که می خواهد بفروشد قیمت بیست دینار شد، در اینجا هم خمس دارد.

۷. شک در حدّ نصاب رسیدن خمس

این مسئله در بین علما به مسئله فحص از شبهات موضوعیه مشهور است[۱۱] و علما در علم اصول مطرح کرده اند که فحص از شبهات موضوعیه واجب نیست؛ بلکه به مجرد شک در موضوع، اصل برائت از حکم جاری می شود و نیاز به فحص نیست؛ به ویژه در مسئله طهارت و نجاست، روایات زیادی داریم مبنی برنهی از فحص ولی در بعضی از شبهات موضوعیه، علما «بالفتوی أو بالاحتیاط» قائل به لزوم فحص شده اند؛ برای مثال، در جایی که شخص نمی داند به استطاعت رسیده است یا خیر، یا شک می کند که نصاب زکات در اموال او حاصل شده است یا خیر، در این موارد علما حکم به لزوم فحص کرده اند، چون اگر شخص بخواهد اصل نرسیدن به استطاعت یا اصل نرسیدن به نصاب زکات را جاری کند، تکالیف شرعی زیر پا گذاشته می شود.

بنابراین، می توان گفت برای علم در باره رسیدن معدن به حد نصاب راهی جز فحص وجود ندارد. از این رو، در این گونه احکام که می دانیم نظر شارع این است

۱۱. شبهات موضوعیه در مقابل شبهات حکمیه؛ و شبهات مصداقیه در مقابل شبهات مفهومیه به کار می رود.

که تکالیف زیر پا گذاشته نشود، باید فحص کرد که آیا به استطاعت رسیده یا نه و یا اموال زکوی به حد نصاب رسیده یا نه و یا مقدار معدن به حد نصاب رسیده یا خیر. همچنین در بدهی به مردم، وقتی شک می کند که هزار تومان بدهکار است یا دوهزار تومان و می تواند با مقداری فحص، مطلب را روشن کند، نمی تواند در هزار تومان زائد اصل برائت را جاری کند.

۸. وجوب خمس معدن بعد یا قبل از تصفیه آن

آنچه از روایات استفاده می شود ـ چه روایاتی که به طور مطلق می گویند: «في المعدن خمس» و چه صحیحه بزنطی که می گوید: «فیما یخرج من المعدن إذا بلغ عشرین دیناراً خمس» این است که معدنی که استخراج شده، اگر پیش از تصفیه به اندازه بیست دینار باشد، خمس آن واجب است. البته اگر کسی معدن استخراج شده را تصفیه کرد، باید خمس همان تصفیه شده را بدهد؛ هر چند که اگر قبل از تصفیه هم خمس را می پرداخت، کافی بود.

اگر وجوب خمس معدن مشروط به تصفیه بود، بر کسی که معدنی را استخراج می کرد و قبل از تصفیه می فروخت خمس واجب نبود و بر خریدار هم خمس واجب نبود؛ چرا که او استخراج نکرده است و در نتیجه خمس معدن به کلی منتفی می شد؛ ولی بطلان این مطلب؛ واضح است.

کسانی که وجوب خمس معدن را مشروط به تصفیه کرده اند؛ به روایتی تمسک جسته اند که بر مقصودشان دلالت نمی کند؛ و آن روایت صحیحه زراره است:

زرارة عن أبي جعفر(ع)، قال: سألته عن المعادن ما فیها؟ فقال: **کلّ ما کان رکازاً ففیه الخمس** و قال: **ما عالجته بمالك ففیه ـ ما أخرج اللّه سبحانه منه من حجارته مصفّی ـ الخمس**.[۱۲]

۱۲. شیخ حرّ عاملی، **وسایل الشیعه**، ج۹، باب ۳ از ابواب «ما یجب فیه الخمس» ح۳.

ظاهر این روایت این است که در مصفی، یعنی تصفیه شده، خمس است. بنابراین، پیش از تصفیه، خمس واجب نیست، در حالی که مراد این روایت چیز دیگری است و می خواهد بگوید: معادن دو نوع هستند: بعضی رکازند؛ یعنی به صورت خالص در طبیعت وجود دارند و نیاز به تصفیه ندارند که خمس همان را باید پرداخت؛ بعضی از معادن هم نیاز به تصفیه دارند که خمس تصفیه شده آنها را باید پرداخت؛ نه اینکه قبل از تصفیه خمس واجب نباشد؛ چون لقب مفهوم ندارد؛ یعنی وقتی امام(ع) می فرماید: خمس تصفیه شده را بدهد، دلالت ندارد بر اینکه پیش از تصفیه خمس ندارد. بنابراین، اگر کسی معدنی را استخراج کرد و پیش از تصفیه فروخت، باید خمس آن معدن را بپردازد؛ چون اطلاقات ادله خمس معدن، شامل این مورد هم می شود و روایت زراره هم قاصر از تقیید زدن اطلاقات است.

البته صاحب حدائق و آیت اللّه خویی ـ رحمت اللّه علیهما ـ روایت را به گونه ای معنا کرده اند که هیچ ارتباطی به بحث ما پیدا نمی کند. این دو بزرگوار فرموده اند:[13] منظور از کلمه «مصفّی» در حدیث، خرج در رفته است؛ یعنی مخارج استخراج معدن را باید کم کرد و سپس خمس باقی مانده را داد. به عبارت دیگر، حدیث دلالت می کند بر اینکه خمس معدن را باید بعد از کم کردن مخارج و مؤونه استخراج، پرداخت. طبق این معنی، کلمه مصفّی به «معنای تصفیه شده» نیست تا دلالت کند بر اینکه وجوب خمس، مشروط به تصفیه است.

به نظر ما حدیث در همان احتمال اوّل ظهور دارد؛ یعنی مصفّی به معنای تصفیه شده است، ولی چنان که گفتیم، دلالت بر مشروط بودن وجوب خمس به تصفیه ندارد. روایتی هم به عنوان مؤید در باره این مطلب که قبل از تصفیه نیز خمس واجب است، وجود دارد:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ

۱۳. خویی، **کتاب الخمس**، ص۵۱.

عَمَّنْ حدثَهُ عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي الْمِقْدَامِ عَنِ الْحَارِثِ بْنِ حَصِيرَةَ الأَزْدِي، قَالَ: وَجَدَ رَجُل رِكَازاً عَلَى عَهْدِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِين(ع) فَابْتَاعَهُ أَبِي مِنْهُ بِثَلاثِمائَةِ دِرْهَمٍ وَ مِائَةِ شَاةٍ مُتْبِعٍ، فَلامَتْهُ أُمِّي وَ قَالَتْ: أَخَذْتَ هَذِهِ بِثَلاثِمائَةِ شَاةٍ أَوْلادُهَا مِائَة وَ أَنْفُسُهَا مِائَة وَ مَا فِي بُطُونِهَا مِائَة، قَالَ: فَنَدِمَ أَبِي فَانْطَلَقَ لِيَسْتَقِيلَهُ فَأَبَى عَلَيْهِ الرَّجُلُ فَقَالَ: خُذْ مِنِّي عَشْرَ شِيَاهٍ خُذْ مِنِّي عِشْرِينَ شَاةً، فَأَعْيَاهُ (وَأَعْيَاه) فَأَخَذَ أَبِي الرِّكَازَ وَ أَخْرَجَ مِنْهُ قِيمَةَ أَلْفِ شَاةٍ، فَأَتَاهُ الآخَرُ، فَقَالَ: خُذْ غَنَمَكَ وَ آتِنِي مَا شِئْتَ، فَأَبَى فَعَالَجَهُ فَأَعْيَاهُ، فَقَالَ: لأُضِرَّنَّ بِكَ فَاسْتَعْدَى أَمِيرَالْمُؤْمِنِينَ(ع) عَلَى أَبِي فَلَمَّا قَصَّ أَبِي عَلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِين(ع) أَمْرَهُ قَالَ لِصَاحِبِ الرِّكَازِ: أَدِّ خُمُسَ مَا أَخَذْتَ، فَإِنَّ الْخُمُسَ عَلَيْكَ، فَإِنَّكَ أَنْتَ الَّذِي وَجَدْتَ الرِّكَازَ وَ لَيْسَ عَلَى الآخَرِ شَيء؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَ ثَمَنَ غَنَمِه.[14]

یعنی خمس به عهده فروشنده است، هر چند پیش از اخراج و تصفیه فروخته است؛ پس قبل از تصفیه هم خمس ثابت است.

۹. خمس معدن بعد از کم کردن مؤونه استخراج آن

البته در روایات خمس ارباح مکاسب، عبارت «الخمس بعد المؤونة»[15] آمده که مراد از مؤون در آن روایات، هم مؤونه تحصیل ربح است و هم مؤونه و مخارج زندگی؛ ولی در روایات خمس معدن روایتی نداریم که صریح بگوید خمس بعد از کم کردن مؤونه استخراج است. با این حال، از آیه ۴۱ سوره انفال[16] می توان این مطلب را استفاده کرد؛ چون مراد از غنیمت، آن چیزی است که برای شخص به عنوان فایده

۱۴. شیخ حرّ عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۹، باب ۶ از ابواب «ما یجب فیه الخمس»، ح۱.
۱۵. همان، باب ۱۲ از ابواب ما یجب فیه الخمس، ص۵۰۸، ح۱و۲.
۱۶. **و اعلموا انّما غنمتم من شیء فانّ للّه خمسه و للرسول ولذي القربی و الیتامی و المساکین و ابنِ السبیلِ ان کنتم آمنتم بالله ...** .

می ماند و معلوم است کسی که ده میلیون خرج استخراج معدن می کند و در نتیجه بیست میلیون مواد معدنی استخراج می کند، در حقیقت ده میلیون غنیمت را برده است و باید خمس همین ده میلیون را بدهد، نه خمس بیست میلیون را.

۱۰. آشکار شدن معدن در پی حوادث طبیعی

آنچه از اطلاق روایات خمس معدن استفاده می شود، این است که اگر کسی از این منابع طبیعی بهره برداری کند، باید خمس آن را بدهد؛ چه خودش استخراج کند و چه خود به خود خارج شده باشد. البته در صورت اول مؤنه استخراج را کم می کند و در صورت دوم، چون خودش خارج شده، مؤنه را کم نمی کند.

در صحیحه بزنطی هم آمده است: «ما یخرَج من المعدن». اگر به حدّ نصاب برسد خمس واجب است، و این عبارت اطلاق دارد؛ یعنی چه خودش اخراج کند و چه به سبب عوامل طبیعی خارج شده باشد. خلاصه اینکه نفس اخراج نه در صدق کلمه «معدن» دخالت دارد و نه در وجوب خمس که مشروط به قید اخراج است؛ چون منظور از معدن، آن موادی است که از معدن به دست می آید، چه خودمان آن را اخراج کنیم و چه خودش بیرون ریخته باشد و فرض این است که در روایات هم وجوب خمس، مشروط به قید استخراج خود شخص نشده است.

البته بعضی از بزرگان قائل به نداشتن خمس در این مسئله شده اند و دلیل آن را صدق نکردن معدن بر موادی که از معدن بیرون ریخته شده، می دانند. آنها معتقدند معدن به چیزی گفته می شود که مستقر و ثابت در زمین باشد. بنابراین، آنچه بیرون ریخته شده، چون دیگر ثابت و مستقر در زمین نیست؛ پس معدن نیست و خمس ندارد. لذا قید اخراج در وجوب خمس دخالت دارد؛[۱۷] ولی در جواب باید گفت به این مواد، هم قبل از استخراج و هم بعد از استخراج، معدن اطلاق می شود؛

۱۷. خویی، **کتاب الخمس**، ص۵۳؛ محقق اردبیلی، **مجمع الفائدة و البرهان**، ج۴، ص۳۰۸.

چنان که در عرف می گویند معدنِ استخراج شده؛ همان طور که می گویند معدنِ استخراج نشده. افزون بر این، در روایات هم که می گوید: «في المعدن خمس»، مراد معدن خارج شده است، نه معدنی که هنوز استخراج نشده است؛ چون معدنی که هنوز استخراج نشده است، خمسی ندارد. بنابراین، منظور از معدن در روایاتی که می گوید: «في المعدن خمس» موادی است که از معدن خارج شده است؛ چه خودش آن مواد را اخراج کرده باشد و چه بر اثر زلزله یا سیل خارج شده باشد.

۱۱. شراکت در استخراج معدن

اگر سهم هر کدام از شرکا به اندازه نصاب باشد، بدون شک هر کدام باید خمس سهم خود را بدهد. محل اختلاف مربوط به جایی است که مجموعه معدن استخراج شده به اندازه نصاب هست، ولی سهم هر کدام به تنهایی به اندازه نصاب نمی رسد. در اینجا بحث این است که آیا خمس این معدن واجب است و یا چون سهم هر کدام به اندازه نصاب نمی رسد، خمس بر هیچ کدام واجب نیست؟ صاحب حدائق و صاحب عروه و آیت اللّه خویی با تمسک به اطلاق صحیحه بزنطی، خمس را واجب دانسته اند.

مرحوم آیت اللّه خویی فرموده اند:

> مقتضی اطلاق صحیح البزنطي انّ العبرة بالاخراج لا بالمخرِج و انّ المدار ببلوغ ما اخرجه المعدن حدّالنصاب سواء اکان المخرِج واحداً ام متعدّداً.[۱۸]

بر این اساس، ایشان معتقدند ملاك وجوب خمس، این است که آنچه از معدن خارج می شود به حد نصاب یعنی بیست دینار برسد و فرقی هم نمی کند که خارج کننده، یک نفر باشد یا چند نفر؛ یعنی هر چند سهم هر نفر به حدّ نصاب نرسد ولی همین که مجموع به حدّ نصاب برسد کافی است.

۱۸. خویی، **کتاب الخمس**، ص۴۷.

قول دیگر که مشهور است، این است که باید سهم هر کدام به حدّ نصاب برسد؛ چون خمس دایر مدار ملکیت است. پس هر کدام در صورتی باید خمس بدهد که سهمش به اندازه نصاب برسد. در باب زکات نیز اگر چند نفر در مالی با هم شراکت داشته باشند، در صورتی زکات به آنها تعلق می گیرد که سهم هر کدام از آنها به حد نصاب زکات برسد و در روایت بزنطی نصاب معدن به نصاب زکات تشبیه شده است.

حریز از زراره از امام باقر(ع) نقل کرده است:

زرارة عن إبي جعفر(ع): قلت له: مائتي درهم بين خمس أناس أو عشرة حال عليها الحول و هي عندهم، أيجب عليهم زكاتها؟ قال: **لا، هي بمنزلة تلك يعني ـ جوابه في الحرث ـ ليس عليهم شيء حتّى يتمّ لكلّ انسان منهم مائتا درهمٍ**... .[19]

در این حدیث، اگر چه سهم مجموع پنج نفر به حدّ نصاب؛ یعنی دویست درهم رسیده، ولی چون سهم هر کدام به اندازه نصاب نیست، زکات بر هیچ کدام واجب نیست.

از جمله طرفداران قول دوم، صاحب جواهر است که فرموده است:

لا خمس فيه و لا أعرف من صرّح بخلافه كما هو الحال فی باب الزكاة.[20]

بنابراین، طرفداران قول دوم، به دو دلیل مهم تمسک کرده اند: یکی اینکه وجوب خمس، دایر مدار غنیمت و ملکیت است. پس هر کس سهمش به اندازه نصاب نرسد، خمس بر او واجب نیست؛ دوم اینکه در صحیحه بزنطی، نصاب خمس معدن را به نصاب زکات تشبیه کرده و در باب زکات روایت داریم که سهم هر کدام از شرکا باید به حدّ نصاب برسد و اینکه مجموع سهام به حدّ نصاب برسد،

۱۹. شیخ حرّ عاملی، **وسایل الشیعه**، ج۹، باب ۵ از ابواب زکاة الذهب و الفضّة، ص۱۵۱.
۲۰. محقق نجفی، **جواهر الکلام**، ج۱۶، ص۲۰.

برای وجوب زکات کافی نیست. به نظر ما در این مسئله باید تفصیل داد؛ در جایی که افراد زیادی، مثلاً صد هزار نفر در یک شرکت استخراج معدن سهام دارند و شرکت به عنوان یک واحد حقوقی مشغول به استخراج معدن است، در این صورت خمس معدن باید از طرف شرکت داده شود، هر چند سهم هرکدام از سهامداران به اندازه نصاب نرسد؛ چون در حقیقت مالکیت از عنوان شرکت است و فرض این است که به اندازه نصاب هم استخراج کرده است؛ پس باید خمس آن را بدهد. صورت دوم جایی است که چند نفر با هم به حیازت معدن می پردازند و در نتیجه در مواد استخراج شده از معدن با هم شریک می شوند، ولی بعد از استخراج، هر کدام سهم خود را جدا می کند؛ مثل چند ماهیگیر که با هم در یک قایق مشغول ماهیگیری می شوند، ولی بعد از اتمام کار، هر کدام سهم خود را جدا می کند. در این صورت، اگر سهم هر کدام کمتر از نصاب بیست دینار باشد، خمس بر آنها واجب نیست؛ چون وجوب خمس بر هر کدام، مشروط به ملکیت نصاب است. در حقیقت، این صورت دوم مثل آن است که چند نفر با هم وارد معدنی شوند، ولی هر کدام مستقل برای خودش استخراج کند که در این صورت، مسلم است اگر سهم هر کدام به نصاب نرسد، خمس بر او واجب نیست.

بنابراین صحیحه بزنطی با این مضمون که اگر مقدار استخراج شده به حدّ نصاب برسد، خمس دارد، در جایی ظهور دارد که خارج کننده واحد باشد؛ چه واحد حقوقی، مثل شرکت و چه واحد حقیقی؛ چون خمس بر کسی واجب است که مالک نصاب باشد؛ چه واحد حقیقی باشد و چه واحد حقوقی. بر این اساس، همان طور که شرکت به عنوان شخصیتی حقوقی، دارای تکالیفی عرفی و قانونی مثل پرداخت عوارض و مالیات است که از طرف مدیر شرکت پرداخت می شود، تکالیف شرعی نیز دارد که مدیر شرکت مکلّف به ادای آنهاست. شرکت به عنوان یک شخصیت حقوقی، به نمایندگی از هزاران سهام دار، هر روز هزاران دینار مواد

معدنی استخراج می کند که سهم هر شخص به تنهایی در این مجموعه لحاظ نمی شود؛ برخلاف جایی که چند نفر با هم معدنی را استخراج، و بعد از استخراج، سهم خود را جدا کنند که در این صورت مشارکت اصالت ندارد، بلکه سهم هر کدام جداگانه لحاظ می شود؛ پس باید سهم هر کدام به حد نصاب برسد.

۱۲. استخراج از چند معدن به اندازه نصاب استخراج

مثلاً شخصی دارای دو معدن است و امروز از یکی به اندازه ده دینار، و فردا از معدن دیگر ده دینار استخراج می کند که در مجموع به اندازه نصاب می شود. در این مسئله، این بحث مطرح است که آیا در حدّ نصاب معدن وحدت المعدن شرط است یا خیر؟ یک قول این است که وحدت المعدن شرط است؛ زیرا که صاحب جواهر[۲۱] و آیت اللّه خویی این قول را پذیرفته اند و آیت اللّه خویی دلیل آن را این گونه مطرح کرده است:

> لما عرفت من ظهور الحكم في الانحلال و كون القضية حقيقية المقتضية للحاظ كلّ معدن بحياله و انفراده.[۲۲]

یعنی ظاهر ادله که می گوید: «فی المعدن خمس»، این است که هر معدنی مستقل و به تنهایی اگر به حدّ نصاب برسد خمس دارد، یعنی هر معدنی برای خودش حکم مستقل دارد. بنابر این، نمی توان چند معدن را با هم حساب کرد.

مرحوم کاشف الغطاء[۲۳] و شهید اول در دروس[۲۴] از طرفداران قول دوم هستند و معتقدند کفایت می کند مجموع چند معدن به حدّ نصاب برسد؛ چون کلمه «معدن»

---

۲۱. همان.

۲۲. خویی، **کتاب الخمس**، ص۴۹.

۲۳. کاشف الغطاء، **کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغرّاء**، ص۳۶۰.

۲۴. شهید اول، **الدروس الشرعیة في فقه الامامیه**، ج۱، ص۲۶۰.

ظهور در جنس دارد که هم بر واحد صدق می کند و هم بر متعدد. یعنی از روایات چنین استفاده می شود که اگر کسی از معدن به اندازه بیست دینار استخراج کرد، باید خمس آن را بدهد؛ چه از یک معدن باشد و چه از چند معدن. ملاك این است که «ما یخرج من جنس المعدن» به بیست دینار برسد؛ هر چند از چند معدن باشد؛ مثل اینکه از یک کوه در یک سوی شهر ده دینار فیروزه به دست آورد و از کوه آن سوی شهر ده دینار دیگر، که در این مثال نمی توان گفت که خمس ندارد.

صاحب عروه گفته است: اگر معادن از یک جنس و نزدیک هم باشند، حکم یک معدن را دارند؛ در غیر این صورت، هر معدنی حکم خودش را دارد. حکیم در مستمسک العروه، ذیل این مسئله، قید دیگری هم اضافه کرده و فرموده است: اگر معادن از یک جنس، و نزدیک به هم باشند و عرفاً یک معدن محسوب شوند، حکم یک معدن را دارند.[۲۵]

به نظر ما اگر در عرف، استخراج از چند معدن یک اخراج محسوب شود، یعنی فاصله ای بین این اخراج ها نیفتد، مثلاً در یک روز از چند کوه به اندازه بیست دینار استخراج گردد، چه از یک جنس باشد و چه از چند جنس، در این صورت این چند معدن حکم یک معدن را دارند، یعنی در مجموع اگر به اندازه نصاب رسید، باید خمس آن را پرداخت؛ چون فرقی نمی کند که از یک کوه به اندازه بیست دینار فیروزه یا عقیق یا دُرّ استخراج کند یا از چند کوه به اندازه بیست دینار استخراج کند. روایات هم اطلاق دارد و مقید به اخراج از یک معدن نیست، بلکه ملاك (ما یخرج ...) یعنی مواد خارج شده این است که باید به حدّ نصاب برسد.

براساس روایات اگر کسی از معادن به اندازه بیست دینار حیازت کرد، باید خمس آن را بدهد و فرقی نمی کند که از یک معدن باشد یا چند معدن، یا از یک جنس باشد یا چند جنس.

۲۵. طباطبایی حکیم، **مستمسک العروة الوثقی**، ج۹، ص۴۶۱.

۱۳. فرق میان خمس معدن و خمس ارباح مکاسب

وجه اشتراك این دو خمس در این است که هر دو مصداقی از آیه «**و اعلموا أنّما غنمتم من شيء ...** »[۲۶] هستند و مصرف هر دو خمس نیز یکسان است؛ یعنی به دو قسمت تقسیم می شود: سهم امام و سهم سادات که هر دو را باید به مرجع تقلید تحویل داد.

و اما فرق بین این دو خمس در چند چیز است:

اول؛ اینکه پرداخت خمس معدن فوری است و متوقف بر گذشتن سال نیست، برخلاف خمس ارباح مکاسب که پرداخت آن در آخر سال خمسی است. قرآن و روایات دلالت بر این دارند که به مجرد به دست آوردن هر غنیمتی، باید خمس آن داده شود؛ چرا که هر خمس غنیمتی، ملک صاحبان خمس است که واجب است به آنها داده شود. البته در خمس ارباح مکاسب، این ارفاق داده شده است که مخارج تا آخر سال را از این ارباح هزینه کند: «الخمس بعد المؤون». بنابراین، می تواند تا آخر سال، پرداخت خمس را به تأخیر بیندازد؛ ولی این ارفاق در خمس معدن نیست.

شیخ انصاری فرموده است:

ولا یعتبر فی خمس المعدن حول و لایخرج منه مؤونة غیر مؤونة التحصیل.[۲۷]

دوم؛ اینکه در خمس ارباح مکاسب، هم مؤونه تحصیل ربح و هم مؤونه زندگی تا آخر سال کم می شود و ما بقی خمسش را می پردازد؛ در حالی که در خمس معدن فقط مؤونة استخراج کم می شود، ولی مؤونه و مخارج زندگی کم نمی شود؛ چون در روایات خمس ارباح مکاسب آمده است: الخمس بعد المؤونة.

---

۲۶. انفال، آیه ۴۱.

۲۷. شیخ انصاری، **کتاب الخمس**، ص۲۷ـ۳۶.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِه عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِی جَعْفَرٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَارَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الأَشْعَرِيِّ، قَالَ: كَتَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِلَى أَبِي جَعْفَرٍ الثَّانِي(ع) أَخْبِرْنِي عَنِ الْخُمُسِ، اعَلَى جَمِيعِ مَا يَسْتَفِيدُ الرَّجُلُ مِنْ قَلِيلٍ وَ كَثِيرٍ مِنْ جَمِيعِ الضُّرُوبِ وَ عَلَى الصُّنَّاعِ؟ وَ كَيْفَ ذَلِكَ؟ فَكَتَبَ بِخَطِّهِ: **الْخُمُسُ بَعْدَ الْمَؤُونَةِ**.[28]

وَ عَنْهُ قَالَ: كَتَبَ إِلَيْهِ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْهَمَذَانِي: أَقْرَأَنِي عَلِيٌّ كِتَابَ أَبِيكَ فِيمَا أَوْجَبَهُ عَلَى أَصْحَابِ الضِّيَاعِ أَنَّهُ أَوْجَبَ عَلَيْهِمْ نِصْفَ السُّدُسِ بَعْدَ الْمَؤُونَةِ وَ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى مَنْ لَمْ تَقُمْ ضَيْعَتُهُ بِمَؤُونَتِه نِصْفُ السُّدُسِ وَ لاغَيْرُ ذَلِكَ، فَاخْتَلَفَ مَنْ قِبَلَنَا فِی ذَلِكَ فَقَالُوا: يَجِبُ عَلَى الضِّيَاعِ الْخُمُسُ بَعْدَ الْمَؤُونَةِ مَؤُونَةِ الضَّيْعَةِ وَ خَرَاجِهَا لامَؤُونَةِ الرَّجُلِ وَ عِيَالِه. فَكَتَبَ ـ وَ قَرَأَهُ عَلِيّ بْنُ مَهْزِيَارَ ـ عَلَيْهِ الْخُمُسُ بَعْدَ مَؤُونَتِه وَ مَؤُونَةِ عِيَالِه وَ بَعْدَ خَرَاجِ السُّلْطَانِ.[29]

در این روایت، مؤونه را به مخارج شخص و خانواده و همچنین مخارج و هزینه های کسب، تفسیر کرده اند؛ اما در روایات خمس معدن هیچ صحبتی از کم کردن این مخارج نشده است. البته کم کردن هزینه های استخراج امری مسلّم است؛ چرا که همه موارد خمس، زیر مجموعه غنیمت در آیه خمس هستند و غنیمت، مقدار مالی است که بعد از کم کردن هزینه های استخراج برای شخص می ماند؛ یعنی کسی که صد دینار معدن استخراج کرده و پنجاه دینار هم خرج کرده، در حقیقت پنجاه دینار غنیمت برده است.

سوم؛ اینکه خمس معدن مورد اتفاق همه مسلمین است؛ برخلاف خمس ارباح مکاسب که مختص به مذهب شیعه است؛ زیرا که اهل بیت(ع) غنیمت در آیه

۲۸. شیخ حرّ عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۹، باب ۸ از ابواب ما یجب فیه الخمس، ص۴۹۹ـ۵۰۰، ح۱.
۲۹. همان، ص۵۰۰ـ۵۰۱، ح۴.

خمس را به مطلق فایده معنا کرده اند که هر ربحی را شامل می شود و مختص به غنیمت جنگی نیست. خود اهل سنت نیز خمس در معدن و گنج را واجب می دانند. این امر، قرینه بر این است که غنیمت در آیه، مختص به غنیمت جنگی نیست، بلکه هر فایده ای را چه از راه معدن و چه از راه گنج و چه از راه ارباح مکاسب، شامل می شود.

چهارم؛ اینکه خمس معدن، مشروط به حد نصاب است که در صحیحه بزنطی به آن اشاره شده است، ولی خمس ارباح مکاسب مشروط به نصاب نیست و قلیل و کثیر آن خمس دارد. اگر خمس معدن را نپرداخت و سپس معدن را خالص، و تبدیل به زیور آلات یا سکه یا آهن آلات و فلزات دیگر کرد، کافی است خمس همان ماده خام را بپردازد و لازم نیست خمس قیمت زیور آلات یا سکه یا آهن را بدهد؛ چون کارهایی که روی این مواد شده است جزء معدن نیست تا خمسش از باب معدن واجب باشد، بلکه خمس همان ماده اولیه را که بپردازد، کافی است. البته کارهای جدیدی که انجام شده است، جزء ارباح مکاسب می شود و از آن باب، خمس پیدا می کند.

۱۴. براساس این حدیث که می فرماید: «**المال لایخمّس مرّتین**؛[۳۰] یعنی یک مال دو بار خمس داده نمی شود» با پرداخت خمس معدن، نیاز نیست خمس دیگری به عنوان خمس ارباح مکاسب بدهد.

البته قول دیگری هم در این مسئله هست که می گوید باید دو خمس بدهد؛ یکی از باب معدن و یکی هم از باب ارباح مکاسب. برای این قول، دو دلیل داریم؛ یک دلیل می گوید خمس معدن واجب است، و دلیل دیگری که می گوید ارباح مکاسب خمس دارد. این رو دو سبب برای خمس وجود دارد و هر سببی یک مسبّب

۳۰. ابن شعبه حرّانی، **تحف العقول**، ص۴۱۸. متن حدیث این است: «انّ الخمس في جميع المال مرة واحدة».

دارد. بنابراین، باید دو خمس بدهد. دلیل «المال لایخمّس مرّتین» را نیز حمل کرده‌اند بر اینکه مال از یک جهت، دو بار تخمیس نمی‌شود؛ مثلاً در باره معدن، دادن یک بار خمس کافی است، در حالی که مسئله ما مربوط به دو جنبه است: یکی از باب معدن و یکی از باب ارباح مکاسب. از این دلیل جواب داده‌اند که تمام مواردی که خمس در آنها واجب است، مصداق غنیمت هستند؛ یعنی برای وجوب خمس، یک سبب بیشتر نداریم که همان غنیمت و فایده است و خمس هر فایده‌ای را باید پرداخت. پس در واقع مسئله تعدد اسباب مطرح نیست تا گفته شود هر سببی یک مسببی می‌خواهد. دلیل «المال لایخمس مرّتین» نیز به این معناست که در هر فایده‌ای پرداخت یک بار خمس کافی است و چون یک بار خمس فایده معدن را پرداخت، دیگر خمس دیگری به عنوان ارباح مکاسب واجب نیست. صاحب عروه نیز در مسئله ۸۲ خمس، همان قول اول را انتخاب کرده و فرموده است:

لو جعل الغوص أو المعدن مكسباً له كفاه اخراج خمسهما أوّلاً و لايجب عليه خمس آخر من باب ربح المكسب بعد إخراج مؤونة سنته.

حکیم نیز در حاشیه، همین نظر را انتخاب کرده و فرموده است:

و العمدة فيه: ظهور نصوص ثبوت الخمس في العناوين الخاصة في عدم خمس آخر فيها.[۳۱]

بنابراین، روایاتی که خمس را در عناوینی مثل معدن یا گنج و غوص واجب کرده، ظهور دارند در این معنا که خمس دیگری به عنوان ارباح مکاسب در این موارد نیست، در نتیجه، روایات خمس ارباح مکاسب، بر مکاسبی غیر از معدن و گنج و غوص حمل می‌شود؛ یعنی این مکاسب، غیر از خمس معدن و گنج و غوص خمس دیگری به عنوان ارباح مکاسب ندارد.[۳۲]

۳۱. طباطبایی حیکم، **مستمسک العروة الوثقی**، ج۹، ص۵۶۳، ذیل مسئله ۸۲.
۳۲. همان.

شیخ انصاری و آیت اللّه خویی نیز همین نظر را انتخاب کرده اند و ظاهراً همین نظر صحیح است. البته اگر کسی غیر از معدن شغل و درآمد دیگری هم داشته باشد، باید در آخر سال آن درآمدهای دیگر را تخمیس کند.

۱۵. وجوب خمس معدن چه در زمین شخصی، چه در انفال

خمس معدن واجب است، چه معدن در زمین شخصی باشد و چه در زمین های انفال. استفاده از معادنی که در زمین های انفالی هستند مثل زمین های موات یا دره ها یا کوه ها یا دریاها، برای شیعیان حلال شده است. البته استخراج از معادنی که در زمین های انفال است باید با اجازه حکومت اسلامی باشد.

در هر حال، معدنی که استخراج شد، چه در زمین شخصی باشد و چه در زمین های انفالی باید خمس داده شود، چون ادله خمس معدن عمومیت دارد و شامل هر معدنی می شود، به ویژه آن که بیشتر معادن در زمین های انفالی است و ائمه فرموده اند: خمس این معادن را باید بدهند. از این مطلب استفاده می شود که امام(ع) اجازه استخراج از معادن واقع در زمین های انفال را داده اند. از اینکه ائمه فرموده اند: خمس آن را باید بپردازند نیز استفاده می شود که چهار پنجم مابقی ملک صاحب معدن می شود؛ البته مالک حقیقی اصل معدن و سایر زمین های انفال، امام معصوم(ع) است که در وقت ظهور، حق هر تصرفی را در ملک خود دارند.

بنابراین، منافاتی ندارد که معادن موجود در زمین های انفال جزء انفال و ملک امام باشد و از طرفی استخراج از این معادن جایز است و فقط باید خمس آن را پرداخت. دلیل منافات نداشتن این مطالب هم این است که ائمه استفاده از انفال را برای شیعیان جایز کرده اند[۳۳].

۳۳. شیخ حرّ عاملی، **وسایل الشیعه**، ج۹، باب ۴ از ابواب انفال، ح۱۲ و ۱۴.

۱۶. وجوب پرداخت خمس معدن بر شرکت‌ها و مؤسسات خصوصی و عمومی

خمس معادن نفت و گاز و دیگر معادنی که شرکت های دولتی آنها را استخراج می کنند نیز باید پرداخت شود؛ چون ادله خمس معدن عمومیت دارد و بین معدن استخراج شده توسط شخص یا شرکت خصوصی یا شرکت دولتی، تفاوتی نیست. خمس این معادن در اختیار ولی فقیه قرار می گیرد تا به مصارف خمس برسد و این گونه معادن که معمولاً در زمین های انفال واقع شده اند، همچون موارد دیگر انفال، زیر نظر حکومت اسلامی و در رأس آن ولی فقیه، قرار دارند.

امام خمینی در کتاب بیع آورده اند:

> یکون الفقیه في عصر الغیبة ولیّاً للأمر و لجمیع ما کان الإمام (علیه السّلام) ولیّاً له، و منه الخمس، من غیر فرق بین سهم الإمام و سهم السادة، بل له الولایة علی الأنفال و الفيء.[۳۴]

بنابراین، خمس این معادن هم باید در اختیار ولیّ فقیه قرار گیرد و چون مصرف خمس از مصرف بیت المال اخصّ است، یعنی خمس را باید زیر نظر مرجع به مصارف ویژه رسانید. خمس معادن باید زیر نظر ولیّ فقیه ـ که مرجع جامع الشرایط است ـ به نحو عادلانه به مصارف خمس برسد. بر این اساس، شرکت های دولتی هم که استخراج معدن می کنند، باید خمس آن را در اختیار ولیّ فقیه بگذارند تا به مصارف خمس برساند و چهار پنجم دیگر را به خزینه دولت واریز کنند تا به مصارف دولت برسد. پرداخت خمس به این صورت از طرف شرکت های دولتی، معقول و واجب است. امامان معصوم(ع) هم در زمان حضور خود به پرداخت خمس معدن امر کرده اند که معمولاً بسیاری از این معادن در زمین های انفال بوده است و اینکه همه انفال در اختیار امام(ع) یا ولیّ فقیه باشد، منافاتی با جدا کردن خمس آن ندارد؛ چون مورد مصرف خمس، اخص از مورد مصرف انفال است.

---

۳۴. امام خمینی، **کتاب البیع**، ج۲، ص۶۶۴.

منابع و مآخذ

۱. اردبیلی(مقدس اردبیلی)، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان**، انتشارات جامعه مدرسین قم، اول، ۱۴۰۳.

۲. امام خمینی، سید روح اللّه، **کتاب البیع**، ج۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، اول، ۱۳۷۹هـ. ش ـ ۱۴۲۴هـ. ق.

۳. حرّانی، ابو محمد الحسن بن علی بن الحسین بن شعبة، **تحف العقول عن آل الرسول(ص)**، انتشارات جامعه مدرسین، قم، اول، ۱۴۲۴ هـ . ق ـ ۱۳۸۲ هـ. ش.

۴. حر عاملی، محمد بن الحسن، **وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، قم، مؤسسة آل البیت(ع)، اول، ۱۴۱۱ هـ . ق.

۵. راغب اصفهانی، ابوالقاسم الحسین بن محمد بن المفضّل، **المفردات في غریب القرآن**، دفتر نشر الکتاب، مصر، چاپخانه میمنیه، اول، ۱۳۲۴ و چاپخانه خدمات چاپی، دوم، ۱۴۰۴ هـ . ق.

۶. شهید اول(عاملی)، شمس الدین محمد بن مکی، **الدروس الشرعیة في فقه الامامیه**، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین قم، اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.

۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الاسلام**، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیة، اول، ۱۴۱۳ هـ . ق.

۸. طباطبایی حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، قم، مؤسسه دارالتفسیر، اول، ۱۴۱۶ هـ. ق.

۹. طریحی، فخر الدین، **مجمع البحرین**، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۴۰۸.

۱۰. کاشف الغطاء نجفی، جعفر بن خضر، **کشف الغطاء**، چاپ قدیم، اصفهان، انتشارات مهدی، اول، بی تا.

۱۱ . موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **موسوعة الامام الخوئي**، کتاب الخمس، ج۲۵، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئي، قم، ۱۴۲۸ هـ. ق ـ ۲۰۰۷ م.
۱۲ . موسوی عاملی، سید محمد بن علی، **مدارك الاحكام**، بیروت، مؤسسه آل البیت(ع)، اول، ۱۴۱۴ .
۱۳ . نجفی، محمد حسن، **جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام**، بیروت، دار احیاء التراث العربي، اول، ۱۹۸۱م.

بررسی و نقد دیدگاه

تأثیر مقاصد شریعت بر اسناد استنباط

○ احمد حسنی*

چکیده

در این مقاله، ضمن ارزیابی دیدگاه «تأثیر مقاصد شریعت بر اسناد استنباط»، شواهدی هم که برای تثبیت این دیدگاه به کار رفته، بررسی شده است. این دیدگاه، اندیشه‌ها و عملیات فقهی موجود درباره موقعیت مقاصد شریعت در استنباط را به پنج دسته تقسیم می کند و پس از بررسی و نقد آنها، نظریه مختار را که نظریه پنجم است، مستدل می سازد. پیش تر، این دیدگاه در کتاب «فقه و عقل» مطرح گشته و در شمارهٔ ۴۱ مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، در مقاله‌ای با عنوان «فقه و مقاصد شریعت» بر اساس این تقسیم پنج گانه توضیح داده شده و نیز در کتاب «فقه و مصلحت» بر همین اساس با بسط بیشتری عرضه گردیده است. مقاله حاضر بر اساس تبیین این اندیشه در کتاب «فقه و مصلحت» نگارش یافته است.

کلید واژگان: استنباط، مقاصد شریعت، عملیات فقهی.

* دانش آموخته حوزه علمیه قم.

مقدمه

دیدگاه «تأثیر مقاصد شریعت بر اسناد استنباط» که در کتاب «فقه و عقل» به آن اشاره شده، در کتاب «فقه و مصلحت» به تفصیل توضیح داده شده و برای تبیین بهتر آن، از شواهدی بهره گرفته شده است. این دیدگاه معتقد است: «شریعت به معنای اخص آن، یعنی مجموعه احکام را اهدافی اولیه و میانه و نهایی محدود ساخته و خداوند متعال شریعتی جعل فرموده که تأمین کننده این اهداف است؛ مثلاً قوانین اقتصادی اسلام چنان تنظیم گردیده که تأمین کننده قسط و عدل در جامعه باشد (هدف اولی)، با اجرای عدالت اقتصادی و اجتماعی، استعدادها شکوفا و زمینه ها آماده شود و موانع رشد و تعالی برطرف گردد(غایت میانه) و در نهایت، بشر به تکامل نهایی و مقصد واپسین، یعنی معرفت خداوند و پرستش آگاهانه وی، دست یابد.

فقیه، در استنباط احکام از ادله، نباید اهداف و مقاصد شریعت را نادیده بگیرد و با غفلت از اصل(مقصد)، ادله را بررسی، و فرع را استنباط کند.[1]

در بخش اول این مقاله، ابتداء اصل دیدگاه بیان، و سپس نقد و بررسی می شود. در بخش دوم، شواهد ذکر شده، ملاحظه و ارزیابی می گردد.

بیان دیدگاه و بررسی آن

پی جویی در متون فقهی و اصولی عالمان امامیه و عامّه، جست و جوگر را به پنج اندیشه یا عمل فقهی درباره مسئله مورد بحث می رساند که عبارتند از:

۱. نص بَسَند؛

۲. نص محور باگرایش به مقاصد؛

۳. نص پذیر و مقاصدمحور؛

۱. **فقه و عقل**، ص۱۳۰.

۴. مقاصدبسند؛

۵. نص بسند با نظارت بر مقاصد.[۲]

در این کتاب، هر یک از این اندیشه و رویه ها توضیح داده شده اند. در این مقاله، اندیشه و روش اول (اندیشه و رویه عموم فقهای امامیه)، و اندیشه دوم (اندیشه و رویه جمع کثیری از فقهای اهل سنت که در کتاب یاد شده، این رویه به دو نفر از فقهای امامیه در دو اثر معروفشان نیز نسبت داده شده)، و اندیشه پنجم را که دیدگاه صاحب کتاب است، ذکر می کنیم. مورد سوم را با توجه به اینکه کسی از فقهای امامیه بدان معتقد نیست و مورد چهارم را با عنایت به خروج آن از عرصه فقاهت، وا می گذاریم.

اندیشه و رویه یکم: نص بَسَند:

... فقیهان بزرگی از هر دو گروه امامیه و عامّه، در اصدار فتاوا بر این باور مشی کرده و می کنند. این گروه با بسند به اسناد و عدم لحاظ مقاصد کلی و علل شرایع، نصوص دینی را فهم کرده، بر اساس آن فتوا می دهند؛ هرچند جریان این فتوا اهداف کلی شرع را تأمین نکند. البته گاه با تعبیرهایی چون اصول مذهب، ذوق فقهی و شمّ الفقاهه به مقاصد اشاره ای می کنند، اما ندرت این موارد و عدم انضباط و تحدید دقیقِ این مفاهیم در کلمات این گروه و به خدمت نگرفتن آنها به انگیزه تفسیر نصوص، باعث گردیده تامقاصد الشریعه نقشی مؤثر در اجتهاد این گروه نداشته باشد، و گاه راحت از کنار آن بگذرند. در واقع، نقطه منفی در این شیوه اجتهاد، همین است. چنانکه نقطه مثبت این شیوه، انضباط و قاعده گرایی و شفافیت آن است؛ زیرا تکیه بر اسناد شرعی از قبیل قرآن، حدیث و اجماع، از اجتهادات ظنی

۲. فقه و مصلحت، ص ۳۶۲.

و سلیقه ای پیشگیری می کند و اجتهاد را در چهارچوب اسناد معتبر پیش می برد. شاید اقبال جمعی از فقیهان از این روش، به دلیل همین نکته مثبت باشد.[۳]

اندیشه و رویه دوم: نص محور با گرایش به مقاصد

استنباط احکام از نصوص مبین احکام با گرایش به مقاصد و نصوص مبین مقاصد، اندیشه و شیوه دیگری است که کم و بیش طرفدارانی داشته و دارد. در این شیوه، فقیه با وجود محور قرار دادن ادله و اسناد، مقاصد عام شریعت از قبیل: ایجاد عدالت، آزادی تأسیس نظام احسن، تزکیه و تقوا، قرب انسان ها به خداوند را ـ که روح و جوهر و لبّ پیام همه رسولان الهی است ـ در نظر می گیرد و با توجه به اقتضای فطرت و خرد آدمیان و شرایط زمان و مکان و سهولت شریعت، به استنباط احکام می پردازد. این گروه با اینکه به مقاصد کلی شریعت در اجتهاد توجه دارند، حتی در مواردی نصوص مبین آن را اساس فتوا قرار می دهند، لکن از اسناد و ادله به عنوان محور اجتهاد غافل نیستند و همانند صاحبان اندیشه اول در برخورد با یک مساله، ابتداء از ادله شرعی چون قرآن، اجماع و حدیث سراغ می گیرند و با وجود سندی معتبر بر حکم هرگز از اقتضای آن دست برنمی دارند؛ هرچند با نبودن سند معتبر، از مقاصد شرع و نصوص مبین آن نیز بهره می برند و با آن معامله سند می نمایند. این گروه در واقع، در حرکتی مطابق با هنجار و عرف اجتهاد، ادله و مدارك شرعی را مفسِّر مقاصد می شمارند. از این رو، هرگاه نصّی از قرآن یا اجماع و حدیث معتبر، دالّ بر حکم وجود داشته باشد، هرگز به نام مقاصد شرع، حکمی جدا از ادلّه، استنباط نمی کنند. با

۳. همان، ص۳۶۴.

این همه، در اجتهاد این گروه، برخی نصوص که مبین مقاصد شریعت است و به همین دلیل در اجتهاد صاحبان دیدگاه اول حضور ندارد، حاضر است. اعتماد به مقاصد کلی شریعت و گاه سندانگاری نصوص آن در اجتهاد این گروه، باعث گردیده است تا نظرها و اندیشه های فقهی ایشان در موارد زیادی از صاحبان اندیشه اول جداگردد و اگر در نتیجه و نهایت هم متفاوت نبود، در نحوه استدلال و ادله ای که به آن استشهاد می کنند، متفاوت است. به عنوان نمایندگان این گروه از فقیهان شیعه می توان ابن ادریس حلّی و محقق اردبیلی را نام برد که در دو کتاب فقهی معروف خویش، یعنی السرائر و مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان این روش را پی گرفته اند.[۴]

اندیشه پنجم: نص بَسَند با نظارت بر مقاصد

دیدگاه دیگری که درباره ارتباط مقاصد کلی شریعت با استنباط احکام وجود دارد، این است که مقاصد شریعت و نصوص مبیّن آن، نمی تواند قاعده، سند و دلیل برای فقیه در استنباط احکام قرار گیرد. منابع استنباط، تنها ادلّه ای است که مبیّن حکم شرعی است، لکن توجه دقیق و دائمی فقیه به مقاصد در استنباط و کشف احکام از ادلّه و منابع معتبر، ضروری است؛ چرا که این توجه باعث می شود در موارد بسیاری، فهم فقیه از ادلّه غیر از برداشتی باشد که بدون این توجّه صورت می گیرد. نگارنده معتقد است اندیشه صحیح دراین باره، بَسَند به نصوص مبیّن حکم در اجتهاد در همه موارد است و این نصوصِ مبیّن حکم است که در همه جا باید مستند فقیه در افتا قرار گیرد؛ لکن توجّه فقیه به مقاصد و تفسیر نصوص مبیّن حکم در سایه مقاصد، برداشت وی را از ادلّه شکل می دهد؛ همان گونه که لحاظ و فهم

۴. همان، ص۳۶۷.

مجموعه ادلّه و اسناد شرعی، در فهم و تفسیر نصوص مبیّن حکم تأثیر بسزا دارد. توجه متکفل استنباط به مقاصد کلان شرعی، گاه به طور مستقیم، در فهم واژه های دلیل مبیّن حکم اثر می گذارد و معنایی از دلیل برای او آشکار می شود که در گام نخست و در تنگنای فهم واژه ها، بدون توجّه به مقاصد، هرگز هویدا نمی شد. الغای خصوصیت و تعمیم حکم مذکور در دلیل به موضوع غیر مذکور در آن، گاه به دلیل توجه مذکور است؛ چنان که فهم مضیق و برخلاف اطلاق یا عموم واژگان یک دلیل نیز اثر این التفات و تنبّه است. اثر التفات و تنبّه به مقاصد شریعت، تنها در فهم واژگان و زبان دلیل یا جلوگیری از انعقاد اطلاق یا عموم آن، ظاهر نمی شود، بلکه گاه عرصه را بر دلیل تنگ می کند و صدور آن را از شارع، محل شک و تردید قرار می دهد و به تعبیری که در گذشته به کار بردیم، معیار حجیت قرار می گیرد، بر اساس آن داوری می شود و دلیلی رد یا مردد می شود.[5]

نگارنده در پاسخ به سؤال از ماهیت مبنا، علت و ضابطه تأثیر مقاصد بر اَسناد استنباط، می فرماید:

توجه به مقاصد از دو ناحیه بر اسناد تأثیر می گذارد و مبنای تأثیر، یکی از این دو چیز است:

۱. ساختن یا شکستن ظهور سند

آشنایان به مبانی شناخته شده اجتهاد، می دانند که مرجع در تعیین مفاهیم تصوری واژگان نصوص و مفاد تصدیق آن، عرف عام است. معنای این سخن، آن است که چون مخاطبان نصوص شرعی، مکلفان و مردم کوچه و بازار هستند، برداشتی که ایشان از نصوص شرعی می کنند، حجّت است؛ اعم از اینکه دلالت نصوص در معنا و مقصود، صریح و روشن باشد و یا

۵. همان، ص۳۷۹.

ظاهر. این نکته نیز تردیدناپذیر است که مخاطبان نصوص شرعی، در تعیین مفاد آن، علاوه بر ملاحظه دلالت واژگانِ به کار رفته در دلیل، قراین حالیه و مقالیه آن دلیل را نیز در نظر می گیرند که از آن جمله، مقاصد و اهداف مورد نظر شارع است. از این رو، گاه نصّی که با بَسَند به واژگان به کار رفته در آن در معنایی ظهور دارد، با توجّه به مقاصد شریعت، آن ظهور شکسته می شود و به تعبیر دیگر، آن ظهور به وجود نمی آید و ظهور در معنایی دیگر می یابد، حتی گاه ظهور اول آن شکسته می شود، بدون اینکه در معنای دیگری ظهور یابد.[۶]

۲. زمینه سازی برای حضور عقل در کنار نص

توجه به مقاصد شریعت، گاه بر مفاد نص تأثیری ندارد؛ لکن با عبور از مفاد نص و التفات به مقاصد، زمینه برای حضور درك عقل که خود یکی از اسناد معتبر است و تشکیل قیاسی منطقی و عقلی، آماده می شود. در اینجاست که باید از مفاد نص چشم پوشی کرد و به اقتضای درك قطعی عقل ـ که با توجّه به مقاصد پیدا شده است و در تعارض با مفاد نص بر آن مقدم است، ـ فتوا داد. در این وجه گفت و گو از حضور دلیل عقلی با توجّه به مقاصد در کنار نصّ منقول و ملفوظ است؛ که به دلیل ناسازگاری با مفاد نص ترك، و به اقتضای درك عقل، عمل می شود.[۷]

«ادلّه لزوم توجّه به مقاصد در فهم نصوص»، عنوان دیگری است که در ذیل آن آمده است:

گرچه با توجه به مباحثی که گذشت، به نظر می رسد ادعای لزوم توجه فقیه به مقاصد در فهم نصوص، نیازمند اثبات نیست و تصور آن با تصدیقش

۶. همان، ص۳۸۵.

۷. همان، ص۳۸۶.

قرین است، لکن جهت تأکید و تثبیت بیشتر و برخی ملاحظات دیگر، به ادله این ادعا اشاره می نماییم. ادله این ادعا را می توان از عقل، عقلا و شرع قرار داد و گفت: از آنجا که تلاش مستنبِط باید در کشف هرچه دقیق تر احکام شرعی باشد و با توجه به تأثیری که توجه به مقاصد در فهم نصوص مبیّن احکام شرعی دارد، لازم است متکفل استنباط در برداشت از نصوص به مقاصد اهتمام ورزد. این روش در فهم و استنباط، به اجتهاد در احکام شرعی اختصاص ندارد؛ بلکه کاملاً عقلایی و جاری در فهم همه متون و قوانین است.[8]

در قسمت بعد برای مقایسه اندیشه پنجم ـ که اندیشه صاحب کتاب است ـ با سایر اندیشه ها آمده است:

نتیجه مباحث گذشته، این خواهد بود: اندیشه هایی که در گذشته مورد بحث قرارگرفت، به جز اندیشه پنجم، هیچ کدام خالی از ملاحظه و مناقشه نیست. اندیشه اول هرچند با بسند به نص در اجتهاد، اجتهاد را منضبط و مدارك آن را سالم و محفوظ از آمیخته شدن به مثل استحسانات و سلایق شخصی ـ به نام مقاصد الشریعه و امثال آن ـ می نماید، لکن در تفسیر این نصوص، بدون توجه به مقاصد قطعی کلان شریعت، راهی به صواب نرفته است! بلکه در نگاهی دقیق تر، اندیشه اول در اجتهاد احکام، نه فقط به مقاصد توجه نکرده، بلکه در بین منابع و مدارك اجتهاد هم تنها به مدارك نقلی، یعنی قرآن، روایت و اجماع اکتفا نموده و از عقل ـ که از منابع مهم مورد قبول همگان است، ـ غفلت کرده است.

در اندیشه دوم، هرچند گرایش به مقاصد وجود دارد، اما حدّ و مرز آن بیان نگردیده است. از این رو، در وقت نبودن نص مبیّن حکم، استفاده سندی از

۸. همان، ص۳۸۸.

آن می شود و معتَمد فقیه در افتا قرار می گیرد. البته می توان نظر نهایی صاحبان این اندیشه را به اندیشه پنجم که نگارنده به آن معتقد است، برگرداند و آن را دیدگاه مستقلی به حساب نیاورد. برخی کلمات محقق اردبیلی و ابن ادریس حلی نیز در کتاب های فقهی آنان، می تواند گواه این توجیه و ارجاع قرار گیرد... .

لکن دیدگاه پنجم با بسند به نصِّ مبیّن حکم در استنباط، و عدم اعتماد به نصوص مبیّن مقاصد در اجتهاد، ضمن عدم خروج از انضباط فقهی و راه ندادن به منابع غیر معتبر در اجتهاد، با نظارت بر مقاصد در تفسیر نصوص و اهتمام به نقش عقل قطعی که خود از اسناد معتبر است، از مشکلاتی که سایر دیدگاه ها داشت، در امان است.[9]

صاحب کتاب برای فهم بهتر تمایزها و برتری های دیدگاه پنجم، از یک مثال استفاده می کند:

مقارنه دقیق و موردی دیدگاه اخیر با دیدگاه های گذشته، راه دیگری است که به شفاف سازی و سندسازی برای این اندیشه کمک می کند؛ به عنوان مثال، عدالت، چون از مقاصد است، و نصّ مبیّن آن، از قبیل «اعدلوا هو اقرب للتقوی» از نصوص مبیّن مقاصد می باشد، در دیدگاه اول مورد عنایت و توجّه قرار نمی گیرد؛ زیرا آنچه در اجتهاد باید سند قرار گیرد، نصّ مبیّن حکم است، نه مبیّن مقاصد؛ چنان که مطابق دیدگاه دوم، نصّ فوق وقتی مورد توجه قرار می گیرد که نصی دیگر که مبیّن حکم شرعی است، نداشته باشیم؛ ... در حالی که در دیدگاه پنجم، ضمن توجه به این نص و قرار دادن آن در جایگاه خودش که نظارت بر نصّ قطعی مبیّن حکم باشد، به یکی از دو راه می رسد:

۱. در صورت امکان، نصّ قطعی را با توجه به این مقصد تفسیر می کند و آن

۹. همان، ص۳۹۱.

را از اول، محدود و مقید تفسیر می کند؛

۲. با استناد به درك قطعی عقل، به سند لبّی می رسد که صلاحیت تعارض با نصّ نقلی را داشته باشد.

پر واضح است که راه اول، مبتنی بر ظهور و فهم عرفی است و این داوری مخاطب دلیل است که باید نصّ معتبر را با توجه به مقاصد شرعی تفسیر کند و ظهور آن را تعیین کند؛ و راه دوم مبتنی بر درك قطعی عقل است؛ و گرنه بدون سامان یافتن این دو راه، باید به مقتضای نص مبیّن حکم و اطلاق یا عموم آن عمل کرد و حرمت قانون و نصّ مبیّن آن را بر همه چیز مقدّم نمود.[۱۰]

بررسی

۱. بررسی وجود یا فقدان اندیشه یا روش دوم در میان فقهای امامیه

ظاهراً اندیشه و روش دوم را نمی توان به هیچ یک از فقهای امامیه نسبت داد و به نظر می رسد تمام فقهای امامیه در دسته اول(به تعبیر کتاب، نص بسند) قرار می گیرند. از هر یک از دو کتاب سرائر و مجمع الفائدة و البرهان از دو فقیه ارجمند، ابن ادریس حلّی و محقق اردبیلی ـ رحمهما الله ـ دو مورد به عنوان شاهد مثال برای اثبات اینکه روش فقهی ایشان، اندیشه و روش دوم است، ذکر شده است. با دو مثال از دو فقیه، نمی توان رویه ای ثابت کرد ضمن اینکه ـ همان طور که به تفصیل خواهد آمد ـ تمام آنچه به عنوان شاهد ذکر شده، مخدوش است. جالب آنکه یکی از نمونه هایی که نگارنده ـ در چند صفحه بعد ـ به عنوان «گواه مدّعای» خویش بر لزوم تأثیرگذاری مقاصد شریعت بر اَسناد آورده اند و به نحوی به صاحب فتوا به دلیل بی توجهی به مقصد شریعت ایراد دارد، دیدگاهی از محقق اردبیلی در کتاب زبدة البیان درباره امکان اجرای قصاص بدون اذن حاکم شرع

۱۰. همان، ص۳۹۲.

است که در باره آن متذکر می شود: بدون تردید، بسند به فهم واژگان به کار رفته در این دو آیه و توقّف در آن، اندیشه این فقیه را ثابت می کند. لکن عبور از این مرحله و ورود به حوزه مقاصد شریعت و برگشتن دوباره به این دو آیه، نتیجه دیگری خواهد داشت.[11]

۲. بررسی دیدگاه پنجم (دیدگاه صاحب کتاب)

پیش از بررسی، لازم است متذکر این نکته شویم که علت و حکمت ذکرشده برای هر یک از احکام، از مقاصد شریعت جداست و تعبیر مقاصد شریعت را نباید شامل آن دانست، بلکه این دو را باید از هم جدا کرد؛ چرا که کسانی که به تعبیر کتاب، نص بسند هستند و مقاصد شریعت نقش مؤثری در اجتهاد آنان ندارد، علت (و یا علت و حکمت) حکم را در استنباط دخیل می کنند. به نظر می رسد این جداسازی، در برخی از شواهدی که در کتاب ذکر شده، رخ نداده است. تفصیل این موارد در ادامه خواهد آمد. به هر حال، اگر منظور صاحب کتاب از مقاصد، شامل علت ها و حکمت های مخصوص هر یک از احکام نیست و فقط مواردی مثل عدالت را مقاصد شریعت می داند و علت های هر یک از احکام، مثل اسکار در «لاتشرب الخمر؛ لأنّه مسکر» را خارج از تعریف مقاصد لحاظ می کند، تعریف مقاصد در این مقاله با تعریف صاحب کتاب یکی است. همچنین اگر منظور صاحب کتاب از مقاصد، اعم از علت ها و حکمت های ذکر شده در نصوص است، تعریف مقاصد در این مقاله، با آن دسته از مقاصدی که مؤلف کتاب، درصدد اثبات اثرگذاری آنها بر نصوص است، یکی است؛ چرا که مناقشه ای که در تعمیم علت ذکرشده در نصوص، نیست. با این حساب، احیاناً تفاوت در تعریف، مشکل ایجاد نمی کند.

صاحب دیدگاه پنجم، مبنا، علت و ضابطه نظریه خویش، یعنی تأثیر مقاصد

۱۱. همان، ص۳۸۳.

بر اَسناد استنباط را دو امر دانسته بود: ۱. ساختن یا شکستن ظهور سند، ۲. زمینه سازی برای حضور عقل در کنار نصّ که توضیحات کتاب در مورد هر یک ذکر شد. حال نکته هایی در مورد آنها عرضه می گردد:

۱. بررسی تاثیر مقاصد بر ادلّه، از منظر فهم عرف

چنان که گذشت، نویسنده محترم، عرف عام را در تعیین مفاهیم تصوری واژگان نصوص و مفاد تصدیقی آن، مرجع دانسته و از آنجا که مخاطبان نصوص شرعی، مکلّفان و مردم کوچه و بازار هستند، فهم ایشان از نصوص را حجت تلقّی می کند. سپس تأکید می کند: «مخاطبان نصوص شرعی در تعیین مفاد آن، علاوه بر ملاحظه دلالت واژگان به کاررفته در دلیل، قرائن حالیه و مقالیه آن دلیل را نیز در نظر می گیرند». معنای این جمله این است که معنایی که عرف از دلیل لفظی شرعی(و به طور کلی هر کلامی) می فهمد، متکی به دلالت واژگان و قرائن حالیه و مقالیه آن است. این نکته، کلامی روشن و صحیح است.

مطلب در خور تأمل، این است که ایشان در ادامه، «مقاصد و اهداف مورد نظر شارع» را از جمله این قرائن می داند.

در واقع ایشان درصدد است تا مبنا و علت نظریه خویش را در برابر دیدگاه عمومی فقهای امامیه بیان دارد. لازمه کلام ایشان در چنین مجالی، این است که قاطبه فقهای امامیه در فهم معنای عرفی اشتباه کرده و «مقاصد و اهداف مورد نظر شارع» را که از جمله قرائن حالیه و مقالیه ادلّه لفظیه است، نادیده گرفته اند. صحت نداشتن این قضیه، از جمله موارد«قیاساتها معها» است؛ چرا که برای فهم تلقی عرف، به شهادت افراد مختلف مراجعه می شود و عموم فقهای عصرها و شهر های گوناگون، با توجه به اینکه کسانی هستند که آیات و روایات مربوط به مقاصد کلان شریعت را دیده و شنیده اند، بهترین شاهدان برای فهم معنای عرف در

این زمینه هستند و چنانچه مقاصد شریعت، قرینیت حالیه یا مقالیه ای برای نصوص ایجاد می کرد، آن را فهم می کردند و ظهوری که برای آن ها شکل می گرفت، مبتنی بر مقاصد بود.

ایشان در ادامه، این نکته را که مقاصد مورد نظر شارع، از جمله قرائن حالیه و مقالیه است، توضیح می دهد: از اینرو، گاه نصّی که با بَسَند به واژگان به کار رفته در آن، در معنایی ظهور دارد، با توجه به مقاصد شریعت، آن ظهور شکسته می شود و به تعبیر دیگر، آن ظهور به وجود نمی آید و ظهور در معنایی دیگر می یابد، حتی گاه ظهور اول شکسته می شود، بدون اینکه در معنای دیگری ظهور یابد. آیا منظور ایشان از نص بسند بودن، توجه به واژگان به کار رفته در دلیل، و توجه نداشتن به قرائن حالیه و مقالیه (که مقاصد شریعت را از آن جمله می دانند) است؟ آیا این توضیح، بالملازمه مبین آن است که عموم فقها که ایشان آنان را نصّ‌بسند خوانده است، تنها به واژگان به کار رفته در دلیل توجه می کردند و قرائن حالیه و مقالیه کلام را نادیده می گرفتند؟ یا اینکه تمام فقها به یک قرینه حالیه و مقالیه خاص(مقاصد شریعت) بی توجه بوده اند؟ هیچ کدام از این نسبت ها صحیح نیست؛ چرا که ظهور هر کلامی، مبتنی بر قرینه حالیه یا مقالیه ای است که در آن کلام احساس می شود. تنها مطلبی که می توان گفت، این است که عموم فقها مقاصد شریعت، مثل عدالت و ... را جزء قرائن حالیه یا مقالیه ادله لفظیه نمی دیدند.

این مطلب، مسلّم است که فضای خاصی که ادله مختلف درباره یک موضوع، در ذهن پدید می آورد، می تواند موجب انصراف یا تقویت اطلاق در یک دلیل وارد شده درباره آن موضوع گردد. همچنین شکی نیست که این انصراف یا تقویت اطلاق، علاوه بر آن فضای خاص، گاهی متکی به فضای عامی است که از مجموعه ادلّه لفظیه واردشده در شرع با انواع گوناگون آن حاصل شده است. این

نیز پذیرفتنی است که ممکن است و احتمال دارد ادلّه مقاصد شریعت در کنار عموم ادلّه، در نحوه برداشت از دلیل چنین تأثیراتی را ایجاد کند. اما آنچه باید بدان توجه شود، این است که اولاً، شکل گیری این انصراف ها یا تقویت اطلاق ها در یک دلیل، فقط و فقط منوط به فهم عرف است(با فرض اینکه عرف تمام ادله را دیده یا شنیده است) و تأکید باید فقط بر فهم عرف از چنین موقعیتی باشد، نه چیز دیگر؛ ثانیاً، مگر عموم فقها ـ که نص بسند خوانده شدند ـ روشی غیر از این داشته اند و مگر فهم آنها متکی به فضای خاصه و یا عامه ادله نبوده است؟

به یقین، این فضاهای شکل گرفته در ذهن فقها، در بررسی هر دلیل و شکل گیری ظهور از آن، مؤثر بوده و باعث اطلاق یا انصراف گردیده است و اگر حضور مقاصد شریعت در شکل دادن به این اطلاقات یا انصرافات را در فقه عموم فقهای امامیه نمی بینیم، به دلیل تأثیرگذار نبودن این مقاصد در ظهورسازی از دلیل و از آن جمله انصراف یا تقویت اطلاق بوده است؛ چنان که گذشت چنین برداشتی از عموم فقها در گستره ای به وسعت تاریخ فقه، بهترین شاهد برای فهم معنای عرفی در این زمینه است.

باید متوجه این نکته نیز بود که فهم معنای عرف از قبیل «کشف و فهم هست ها» است و باید و نبایدی در اینجا وجود ندارد. تنها بایدی که در اینجا هست، این است که فهم فقیه باید طبق برداشت عرف از دلیل، باشد، امااین را که مفاد این فهم چه باشد یا چگونه باشد، عرف تعیین می کند.

بررسی استظهار عرفی در موارد مشابه نصوص شرعی و تأثیر یا عدم تأثیر مقاصد در آنها:

اما برای بررسی این کلام که «این روش در فهم و استنباط، روش مبتنی بر توجه به مقاصد در فهم نصوص، به اجتهاد در احکام شرعی اختصاص ندارد؛ بلکه کاملاً عقلایی و جاری در فهم همه متون و قوانین است»، لازم است در یک

بررسی تحلیلی، سیره عقلا در فهم نصوص و تأثیر یا عدم تأثیر مقاصد در این فهم ـ و به تعبیر مناسب این بخش، استظهار عرفی از نصوص بشری و تأثیر یا عدم تأثیر مقاصد در این استظهار ـ را در وضعیتی مشابه وضعیت ادلّه شرعی به دست آوریم.

نکته مهمی که باید بدان توجه شود، این است که چون معمولاً قوانین و مقررات بشری وضع شده برای جوامع، به گونه ای است که تقریباً در تمام موارد، علت جعل قانون و رابطه این قوانین و مقاصد کلان قانون گذاران، قابل فهم و یا در دسترس فهم است، نمی توانیم این گونه از متون و قوانین را مشابه وضعیت ادلّه شرعی بدانیم و برای کشف سیره عقلا و استظهار عرفی از وضعیتی مشابه نصوص شرعی، از این قوانین استفاده کنیم؛ زیرا بنای شارع در بسیاری از امور، تعبد است و در بسیاری از امور غیر تعبدی نیز تصویر روشنی از علت حکم یا ارتباط علت حکم و مقاصد شریعت، ارائه نمی کند.

وضعیت مشابه نصوص شرعی را باید در احکامی جست و جو کنیم که در آنها علت حکم و رابطه حکم و مقاصد، نامعلوم است و مخاطبان این احکام، با وجود این جهل، به آن گردن نهاده اند و حتی این مجهول گذاردن را دارای مصلحت می بینند. احکام نظامی مثال مناسبی در این زمینه است. افسران و سربازان از علت بسیاری از دستورهای مافوق و رابطه آنها با اهداف کلان نظامی، آگاهی ندارند، ولی به این دستورها پایبندند و ناآگاهی در این زمینه ها را برای حفظ و حراست اطلاعات در برابر دشمن می دانند. در ادامه، به تحلیل سیره افسران و سربازان در برخورد با دستورهای نظامی و تأثیر یا عدم تأثیر مقاصد نظامی و مقاصد نظام در فهم این دستورها ـ به عنوان یک نمونه ـ می پردازیم. برای آنکه به فضای شریعت نزدیک تر شویم، فرض می کنیم که مقام مافوق، شخصی صالح، آگاه و مسلط بر امور نظامی است و دستورهایش از چند طریق دریافت می شود که این واسطه ها

مورد تأیید مافوق هستند و یا خود او برای رساندن دستور، این واسطه ها را قرار داده است.

به افسران و سربازان، دستورهای متنوعی می رسد که از علت بعضی آگاهند و علت بعضی دیگر را نمی دانند. دستورهایی که از علت آن ناآگاهند نیز متنوع است؛ در بعضی از آنها ممکن است صورت دستور، به گونه ای باشد که از دید افراد غیر نظامی، خلاف مقاصد امور نظامی یا خلاف مقاصد عامه کشور باشد؛ اما نظامیان به این دستورها مطابق ظهوری که نزد همگان دارد، عمل کرده، مقاصد را در نوع فهم از دلیل دخالت نمی دهند و به تفسیر و توجیه آن نمی پردازند؛ چرا که می دانند در عمل به این دستور، نتایجی وجود دارد که مقاصد امور نظامی و مقاصد عامه کشور را تأمین می کند و همان طور که در بخش بعدی توضیح مفصل تری خواهد آمد، اطمینان به مخالفت دستور رسیده با مقاصد مختلف، برای ایشان بعید است؛ چرا که مقام مافوق را صالح، آگاه و حکیم می دانند و از واسطه های مورد تأیید این مقام آگاه و حکیم کسب دستور می کنند، و به مصلحت ناآگاهی از علت بعضی دستورها، از جمله دستورهایی که ظاهر آنها مخالفت با مقاصد است، واقفند.

۲. بررسی زمینه ساز بودن توجه به مقاصد برای حضور عقل در کنار نص و گاهی کنار زدن نص

توجه به مقاصد شریعت، گاه بر مفاد نصّ تأثیری ندارد؛ ولی با عبور از مفاد نص و التفات به مقاصد، زمینه برای حضور درك عقل ـ که خود یکی از اسناد معتبر استنباط است ـ و تشکیل قیاسی منطقی و عقلی، آماده می شود. اینجاست که باید از مفاد نص چشم پوشید و به اقتضای درك قطعی عقل ـ که با توجه به مقاصد پیدا شده و در تعارض با مفاد نص، بر آن مقدم است ـ فتوا داد.

توضیح این عبارت، مراحل ذیل است:

۱. توجه به مقاصد در کنار توجه به نص؛

۲. حکم عقل به خلافِ مقاصد بودن نص در برخی موارد؛

۳. تشکیل قیاس منطقی و عقلی با این نتیجه که «این نصِّ خلاف مقاصد باید ترك شود» (این نص، مخالف مقاصد است؛ مقاصد شارع باید مراعات گردد و نصوص مخالف آن باید کنار گذاشته شود؛ پس این نصِّ مخالف باید کنار گذاشته شود)؛

۴. مقدّم شدن این مطلب که «نص مخالف مقاصد باید ترك شود» بر این مطلب که «نص شرعی معتبر باید اخذ شود به دلیل تقدم دلیل قطعی عقلی بر دلیل نقلی».

پیش از مرحله دوم (مرحله قطع به خلاف مقاصد بودن بعضی از نصوص) مرحله‌ای وجود دارد که برای بررسی، لازم است آن مرحله را در نظر بگیریم. آن مرحله، این است که گاهی پس از توجه به مقاصد در کنار توجه به نص، به مواردی از نصوص برمی‌خوریم که ظاهرشان با مقاصد شریعت متعارض است و دچار تردید می‌شویم:

۱. توجه به مقاصد در کنار توجه به نص؛

۲. گاهی تعارض ظاهر نص با مقاصد، و تردید مجتهد در مورد نص؛

۳) گاهی حکم عقل به خلافِ مقاصد بودن نص؛

این مرحله(مرحله تردید)، مرحله مهمی است که میزان شناخت مستنبط از ضوابط و مقدمات اجتهاد و استفاده به هنگام از آن و همچنین نوع نگرش وی به فقه و احکام شرعی، در وصول یا عدم وصول او به مرحله قطع به خلافِ مقاصد بودنِ نص، مؤثر است.

تعارض ظاهر نص با مقاصد و مقام تردید

برای رفع تردید و رسیدن به یک نتیجه روشن و صحیح در جایی که ظاهر نص با مقاصد شریعت همخوانی ندارد، لازم است دو دسته بررسی انجام شود:

دسته اول: بررسی های مربوط به صدور، دلالت و جهت صدور

در این مرحله، نص یا نصوصی را که ظاهر آنها با مقاصد شریعت در تعارض است، از جهت سندی و دلالی دقیق تر بررسی می کنیم. اگر از نظر سندی مشکل خاصی دیده نشد و از جهت دلالی، محمل صحیح و دارای شواهدی وجود نداشت، دلیل را از جهت تقیه می سنجیم.

دسته دوم: احتمالات مربوط به روابط پیچیده تکوین و تشریع (احتمالات نظام ساز)

اگر در سند آن مشکلی دیده نشد و از نظر دلالی نیز محتوا صاف و روشن و مؤکَّد به روایات متعدد بود و همچنین دلیلی برای تقیه پیدا نشد، دو احتمال مطرح می شود:

احتمال اول: اینکه نظام های پیچیده ای در عالم تکوین وجود دارد که با وجود آنها، در صورت عمل به نص، مقصد شارع تأمین می شود؛

احتمال دوم: وجود ملاکات یا مقاصد متعدد شارع (اعم از مصالح متعدد، مفسده های متعدد و یا ترکیبی از مصلحت و مفسده) در موضوع حکم و کسر و انکسار آنها بر اساس میزان اهمیت در مرحله تشریع حکم. صحیحه ابان بن تغلب در باره قطع چهار انگشت زن توسط مرد، از جمله موارد کسر و انکسار مصلحت هاست. نتیجه کسر و انکسار ملاکات این شده است که دیه زن و مرد تا ثلث دیه با یکدیگر برابر است و بیش از ثلث دیه، نصف خواهد بود.[۱۲]

۱۲. علی بن ابراهیم عن أبیه و محمد بن اسماعیل عن الفضل بن شاذان جمیعاً عن ابن ابي عمیر عن عبدالرحمن بن الحجاج عن أبان بن تغلب، قال: قلت لأبي عبدالله(ع): ما تقول في

وجود این احتمالات، برای اخذ نص و عمل به آن در مواردی که تعارضی بین نص و مقصد شارع احساس می شود، کفایت می کند و باعث می شود استنباط کننده، به مخالفت نص با مقصد شارع اطمینان پیدا نکند و موضوعی برای فرضی که نویسنده کتاب مطرح کرده است (حکم قطعی عقل به ناسازگاری مفاد نص با مقصد شارع و ترك مفاد نص) باقی نماند.

تشریع بنا بر دیدگاه عدلیه، مبتنی بر تکوین است و عالم تکوین، عالمی پیچیده و با تأثیر و تأثرات در هم تنیده و عمیق است که بخش ناچیزی از آن برای ما شناخته شده است. این عالم تکوین، پایین ترین عوالم، یعنی عالم ماده را در بر می گیرد و تا عرش الهی و تا قاب قوسین امتداد دارد. حال که تشریع مبتنی بر تکوین است و شارع مقدس، آن را با آگاهی کامل از تمام خصوصیات و جزئیات عالم تکوین جعل فرموده است، از همان پیچیدگی، عمق و عظمت برخوردار است و اگر در موارد وجود تعارض بین ظاهر نص و مقصد شریعت، تصور شود که نظامات پیچیده ای بین عمل به نص و تحقق مقصد وجود ندارد و مقصد شریعت تأمین نمی شود و یا کسر و انکسار ملاکات متعدد در کار نیست، در این صورت، به عالم تکوین و واقعیات، با نگاه عمیقی نگریسته نشده است.

برای تبیین این بحث، از یک مثال بهره می گیریم: یکی از اهداف حکومت ها برقراری سلامت در جامعه است. پس سلامت انسان ها هدفی است که قوانین

< رجل قطع إصبعاً من أصابع المرأة كم فيها؟ قال: عشر من الابل، قلت: قطع اثنين؟ قال: عشرون، قلت: قطع ثلاثاً؟ قال: ثلاثون، قلت: قطع أربعاً؟ قال: عشرون، قلت: سبحان الله يقطع ثلاثاً فيكون عليه ثلاثون و يقطع أربعاً فيكون عليه عشرون. ان هذا كان يبلغنا و نحن بالعراق فنبرء ممّن قاله و نقول: الذي جاء به شيطان، فقال: مهلاً يا أبان هكذا حكم رسول الله(ص) انّ المرأة تقابل الرجل إلى ثلث الدية فإذا بلغت الثلث رجعت إلى النصف. يا أبان إنّك أخذتني بالقياس و السنة إذا قيست محق الدين(کلینی رازی، الفروع من الكافي، ج۷، ص۲۹۹، ح۶.)

بسیاری برای تأمین آن تنظیم می شود. شناخت صحیح درباره ملزومات سلامت، ایجاب می کند که دو هدف میانی در نظر گرفته شود: اول، پیشگیری؛ و دوم، درمان. شناخت بیشتر درباره پیشگیری، دو هدف جزئی تر را ایجاد می کند: بهداشت محیط و واکسیناسیون. واکسیناسیون، یعنی ایجاد بیماری به طور خفیف، برای تولید پادزهر آن بیماری در بدن انسان و مقاوم سازی وی در برابر آن بیماری. برای هر یک از این اهداف کلان، متوسط و خرد، می توان یک نظام در نظر گرفت؛ مثلاً نظام سلامت، نظام درمان، نظام واکسیناسیون. طبیعتاً هر یک از این نظام ها شامل یک سری ضوابط و قوانین است که متناسب با نیازها امکاناتی به کار گرفته می شود و هدف مورد نظر تأمین می گردد. حال اگر فرض شود به شخصی که آشنایی جزئی با امور پزشکی دارد و از خواص واکسیناسیون بی اطلاع است، اما مصدر قواعد و قوانین و دستورهای صادر شده پزشکی را حکیم می داند، گفته شود که فلان ماده را به فلان شخص تزریق کن، و وی در بررسی، متوجه بیماری زا بودن آن ماده شود؛ در این وضعیت، او نباید بگوید که به حکم عقل این کار خلاف مقاصد پزشکی و سلامت است! چرا که آگاهی ناچیزی درباره پزشکی و ملزومات سلامت دارد و فرض این است که قواعد و قوانین را حکیمانه می داند. درست است که چنین شخصی ابتدا دچار تردید درباره این حکم می شود، سرانجام با فرض گرفتن یک سری احتمالات توجیه گر این عمل، بدان اقدام می کند.

نویسنده محترم، دو شاهد از فتوای فقها برای این بحث(حکم قطعی عقل به ناسازگاری مفاد نص با مقصد شارع و ترك مفاد نص) ذکر می کند. مطلبی که جلب توجه می کند، این است که آنچه ایشان به عنوان شاهد استفاده فقها از حکم عقل و به اطمینان رسیدن آنان در ناسازگاری نصّ شرعی با مقصد و مقدّم کردن حکم قطعی عقل ذکر می کند، در حقیقت شاهد آن است که فقها به حکم قطعی عقل

بی توجه نبوده اند؛ بلکه موارد تحقق اطمینان به مخالفت نصّ شرعی با مقصد شریعت در کل فقه از دیدگاه آنها بسیار نادر بوده است؛ یعنی در مواردی که تعارض بدوی بین نصوص شرعی و مقصد شریعت احساس می کردند این تعارض و تردید را با بررسی های فقیهانه یا احتمالات متدبّرانه حل و رفع می کردند.

حال اگر موارد متعدد دیگری از اطمینان به مخالفت مقاصد شریعت با نصوص یافت می شود؛ در حدّی که لازم است ضابطه تحلیلی آن را بیان داریم، ظاهراً باید خود را به دلیل اطمینان به مخالفت، خارج از متعارف بدانیم؛ نه اینکه فقهای امامیه را در کاربرد عقل و بررسی های عقل گرایانه لازم در اجتهاد، دچار غفلت تلقی کنیم.

توجه به این نکته لازم است که مصداق های جدید از اطمینان به مخالفت مقاصد شریعت با نصوص، از قبیل مسائل مستحدثه نیست که موضوعات نو و بررسی های جدید در باره آنها، در مواردی باعث صدور احکامی بدیع در باره آنها گردد؛ بلکه نصوص شرعی همان نصوص شرعی است و مقاصد شریعت هم همان مقاصد؛ تنها چیزی که متفاوت است، نحوه نگرش به شریعت برای رسیدن از موارد ظاهر المعارضه به موارد مقطوع المعارضه است.

در پایان، به نظر می رسد عنوانی که صاحب دیدگاه پنجم برای نظریه خویش برگزیده است با آنچه در تبیین آن عرضه کرده، مطابقت ندارد. تعبیر نص بسند با نظارت بر مقاصد در جایی که به حکم عقل، نص ترك می شود صادق نیست. همچنین تفسیر نصوص بر اساس مقاصد نیز بسند به نص(بسند به نص با تمام قرائن حالیه و مقالیه اش) نیست.

۳. بررسی نقد وارد شده به اندیشه و رویه اول (اندیشه و رویه عموم فقهای امامیه)

«اندیشه اول، اندیشه و رویه عموم فقهای امامیه در اجتهاد احکام، نه فقط به مقاصد توجه نکرد، بلکه در بین منابع و مدارك اجتهاد هم تنها به مدارك نقلی،

یعنی قرآن، روایت و اجماع اکتفا نموده و از عقل که از منابع مهم مورد قبول همگان است، غفلت کرده است»[۱۳].

در اینجا دو اشکال به اندیشه و رویه اول وارد شده است؛ یکی توجه نکردن این اندیشه و رویه به مقاصد شریعت، و دیگری غفلت از عقل به عنوان یکی از منابع مهم.

درباره غفلت از عقل، توضیح داده شد که فقهای امامیه اگر به مخالفت نصوص با مقاصد شریعت، اطمینان پیدا می کردند، به آن بی توجه نبوده اند. در اصل، اطمینان، حجیت ذاتیه دارد و هیچ عقل و قلب سلیمی نمی تواند به آن بی توجه باشد. مسئله این است که این اطمینان به مخالفت، برای فقهای امامیه حاصل نمی شده است و گاهی در موارد بسیار نادر در کل فقه، بعضی از ایشان به چنین اطمینانی رسیده اند که بسیاری دیگر در همان موارد نیز اطمینان پیدا نکرده اند و با وارد دانستن احتمالاتی، به چنین اطمینانی نرسیده اند. در باره توجه نداشتن به مقاصد نیز باید گفت که فقهای امامیه، تنها راه رسیدن به مقاصد شریعت را عمل به نصوص می دانسته اند و ترك عمل به نصوص ـ به پندارهایی که از تغایر بین نصوص و مقاصد می شود ـ یا فهم معنایی را خلاف آنچه نصوص در آن ظهور دارند باعث ترك مقاصد دانسته و برای حفاظت از مقاصد شارع، به نصوص پایبند بوده اند، نه اینکه به مقاصد بی توجه بوده باشند. این رویه با توجه به توضیحاتی که داده شد، کاملاً عقلایی است.

به نظر می رسد فقهای امامیه در طول تاریخ فقاهت، با اعتماد به مکتب اهل بیت علیهم السلام، به ظهور ادلّه پایبند بوده اند. در موارد تعارض ظاهری نیز با ژرف نگری های دینی، به خوبی حل معارضه می کردند و نگاه صحیحی به عمق رابطه مقاصد شریعت و نصوص شرعی داشته اند؛ موضوعی که باید بدان افتخار،

۱۳. فقه و مصلحت، ص۳۹۰.

و از پاسداری آنان از میراث گرانمایه اهل بیت علیهم السلام قدردانی کرد.

بخش دوم: بررسی نمونه ها و شواهد ذکر شده

در این قسمت، نمونه ها و شواهدی را که در کتاب به منظور زمینه سازی برای تبیین و اثبات اندیشه پنجم به کار رفته است، بررسی می کنیم:

۱. نمونه ها و شواهد مربوط به اندیشه و رویه نص بسند

نویسنده پیش از توضیح این اندیشه و رویه، خواننده را به چهار نمونه از فتواها توجه می دهد که وی آنها را تأمین کننده مقاصد شارع نمی داند. نمونه اول، مربوط به ابوحنیفه و سه نمونه بعد، مربوط به امامیه است.[۱۴] پس از ذکر این نمونه ها

۱۴. مورد اول (مربوط به ابوحنیفه) در ادامه متن ذکر می شود اما سه مورد دیگر بدین صورت در کتاب ذکر شده است:

«دوم؛ صاحب جواهر از برخی نقل می کند که فتوایی چنین دارند: اگر کسی را در مکان غصبی حبس کنند واجب است نماز را با همان حالت اولی که با آن حبس شده به جا آورد: اگر ایستاده بود ایستاده و اگر نشسته بود نشسته، حتی در غیر نماز هم جایز نیست از حالت اولیه خارج شود و حرکتی انجام دهد؛ زیرا این نحو حرکت تصرف در مال غیر محسوب می شود و تصرف در مال غیر جایز نیست: (ر. ك: نجفی، **جواهر الکلام**، ج۸، ص۳۰۰).

سوم؛ برخی از فقها با استناد به ظاهر برخی نصوص فروش سلاح تهاجمی را به دشمنان دین در حال قیام جنگ با مسلمانان حرام می دانند اما در بطلان آن معامله تأمّل و شبهه کرده اند: شیخ مرتضی انصاری، المکاسب المحرّمه، ص۲۰. برخی دیگر در تثبیت این شبهه چنین نگاشته اند: نهی حمل و فروش سلاح به مشرکین نظیر نهی از معامله در زمان ندا و اذان برای نماز جمعه، یک حکم تکلیفی است (قهراً نمی توان بطلان را از آن استنتاج نمود... و بر فرض که چنین معامله ای صحیح نباشد و ادله صحت آن را شامل نگردد یا تسلیم کالا به کفار ادله امضا و صحت معاملات در مورد منطبق گردید و این بیع صحیح خواهد بود: (شیخ جواد تبریزی، **ارشاد الطالب**، ج۱، ص۱۰۶).

چهارم، جمعی از فقها بر این باورند که غابن می تواند کالایی را که خریده است برای مدت طولانی اجاره دهد و اگر مغبون فسخ کرد باید صبر کند تا مدت اجاره تمام شود. در مدت

می فرماید: ما در این نوشتار، درصدد تأیید یاردّ این انظار که در این نمونه هاگذشت، نیستیم. آنچه مطمح نظر و مورد بحث ماست، ارائه نمونه هایی از فتاوایی است که در آن، به ظواهر ادله توجه شده است، نه مقاصد شریعت؛ و الّا با توجه به مقاصد کلی شارع که عدالت، مبارزه با ظلم، قرار نگرفتن بندگان در عسر و حرج، و تأمین نظام سالم اقتصادی و امنیت مردمان در معاملات، از اهداف قطعی و کلان اوست، نمی توان به فتاوایی که در این نمونه ها گذشت، رضایت داد.[15]

در باره فتوای ابوحنیفه جداگانه سخن خواهیم گفت؛ اما در مورد سه فتوای مربوط به امامیه ـ با چشم پوشی از اینکه در مورد سوم، مخالفتی با مقاصد شریعت احساس نمی شود ـ باید گفت آیا فقهایی که چنین فتواهایی نداده اند و نظرهای دیگری ابراز کرده اند، علت خطا نکردن آنها، توجه به مقاصد شریعت بوده است؟ این گونه نیست که لازمه نص بسند بودن، صدور چنین فتواهایی باشد؛ چون فقهای بسیاری که در مقام فتوادادن به چنین فتواهایی راضی نبوده اند و اظهار نظری مخالف آنها داشته اند، به اندیشه و رویه نص بسند قائل بوده و بر اساس موازین صحیح اجتهاد و به کارگیری به هنگام آنها، به نظر مخالف این فتواها رسیده اند، نه به دلیل قائل بودن به اندیشه ای مشابه اندیشه پنجم. جالب است که صاحب جواهر

> اجاره هم مال الاجاره به غابن تعلق دارد بدون این که مغبون حق اعتراضی داشته باشد. برخی فقیهان چون شیخ انصاری با استناد به: المنفعة الدائمة تابعة لمطلق الملک (منفعت دائم یک کالا تابع مطلق ملکیت است) این نظریه را پذیرفته اند.
> این نظریه با این بیان مورد نقد برخی از فقیهان قرار گرفته است: من المستبشع جداً شرعاً استیفاء منافع العین خمسین سنة و إعادتها بلا تدارك؛ قبیح و ناپذیرفتنی است که (غابن) منافع عین را به مدت ۵۰ سال مثلاً استیفا نماید: (شیخ محمد حسین اصفهانی، **حاشیة المکاسب**، ج۲، ص۶۵).

۱۵. **فقه و مصلحت**، ص۳۶۵.

پس از نقل یکی از این فتواها(مورد دوم) ـ که گوینده آن برای ما معلوم نیست و صاحب جواهر آن را شنیده است (من الغریب ما صدر من بعض متفقهة العصر، بل سمعته من بعض مشایخنا المعاصرین ...) و ظاهراً در هیچ یک از کتاب های فقهی نگاشته نشده است تا صاحب کتاب، آن را از منبع اصلی نقل کند ـ آن را خرافات خوانده، می فرماید: «أعاذ الله الفقه من أمثال هذه الخرافات»[16] و سپس نظرهای فقهای متعددی، از جمله صاحب ریاض، ارشاد، حاشیه کرکی، حاشیه ای که به فرزندش نسبت داده، البیان، ذکری الشیعه، مفاتیح الشرائع، قواعد الاحکام و جامع المقاصد را که ردّ چنین مطلبی از کلام آنها استفاده می شود، نقل می کند.

اما فتوای ابوحنیفه ـ که نگارنده از آن در مجامع مختلف، از جمله در کتاب فقه و عقل، فقه و مصلحت، و نشست راهبردی عدالت، به نحوی برای بیان قبح نصّ بسند بودن استفاده کرده ـ در ضمن حدیثی از ابوولاّد بدین صورت آمده است:

أبي ولاّد، قال: اکتریت بغلاً إلی قصر بني هبیرة ذاهباً و جائیاً بکذا و کذا و خرجت في طلب غریم لي، فلمّا صرف إلی قرب قنطرة الکوفة خبرّت أنّ صاحبی توجّه إلی النیل، فتوجّهت نحو النیل فلمّا أتیت النیل خبرّت أنّه توجّه إلی بغداد، فاتبعته فظفرت به وفرغت فیما بیني و بینه ورجعت إلی الکوفة، و کان ذهابي و مجیئي، خمسة عشر یوماً فاخبرت صاحب البغل بعذري و اردت أن أتحلل منه فیما صنعت وارضیه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبی أن یقبل فتراضینا بأبي حنیفة و اخبرته بالقصة و أخبره الرجل فقال لي: ما صنعت بالبغل فقلت: قدرجعته سلیماً، قال: نعم بعد خمسة عشر یوماً، قال: فما ترید من الرجل؟ قال: ارید کری بغلي فقد حبسه علی خمسة عشر یوماً، فقال: إنّي ما أری لک حقاً، لأنّه اکتراه إلی قصر بنی هبیرة فخالف فرکبه الی النیل وإلی بغداد فضمن قیمة البغل وسقط الکری فلمّا ردّ البغل

۱۶. نجفی، جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام، ج۸، ص۳۰۰.

سلیماً و قبضته لم یلزمه الکری، قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل یسترجع فرحمته ممّا افتی به ابوحنیفة و اعطیته شیئاً و تحلّلت منه، وحججت تلک السنة فاخبرت ابا عبدالله(ع) بما افتی به ابوحنیفة، فقال: **في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض برکتها؛**[17]

حیوانی را برای مدت کوتاهی کرایه کردم. حادثه ای پیش آمد، مسافرتم طول کشید و رفت و برگشتم پانزده روز شد. خواستم صاحب حیوان را با پانزده درهم راضی کنم، ولی راضی نشد. نزد ابوحنیفه رفتیم تا قضاوت کند. او چنین قضاوت کرد: صاحب حیوان هیچ حقی بر تو ندارد؛ زیرا تو با تخلف از قرارداد اجاره، ضامن حیوان شده ای و هر کس ضامن شد، کرایه بر او نیست! ابو ولاد می گوید: از نزد ابوحنیفه بیرون شدیم؛ در حالی که صاحب حیوان می گفت: انّا لله و انّا الیه راجعون! من او را با دادن مقداری مال راضی کردم. در همان سال به حج آمدم؛ خدمت امام صادق(ع) رسیدم و قصه را باز گفتم. امام(ع) فرمودند: **فی مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الارض برکاتها**؛ در این گونه قضاوت هاست که آسمان بارانش را و زمین برکاتش را منع می کند. سپس فرمودند: باید اجرت معمول بازار را به صاحب حیوان بپردازی.

نگارنده در ادامه می فرماید:

ظاهراً این قضاوت از ابوحنیفه، به دلیل روایتی از پیامبر اکرم(ص) است که فرموده اند: **الخراج بالضمان**؛ منافع در مقابل ضمان است؛ و هر کس ضامن است، منافع نیز از آن اوست.[18]

آیا حضرت امام صادق(ع) بدین دلیل که ابوحنیفه به مقاصد شریعت توجه

۱۷. شیخ طوسی، **تهذیب الاحکام**، ج۷، ص۲۱۵، ح۲۵.
۱۸. **فقه و مصلحت**، ص۳۶۳.

نکرده است، فرموده اند: «في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض برکتها؟» اگر چنین است که ابوحنیفه فقط به دلیل خطای در اجتهاد در بی توجهی به مقاصد شریعت چنین فتوایی داده است، آیا خطای در اجتهاد در نگاه اصولیین امامیه چنین نتیجه ای دارد؟ و آیا دیگر فتواهایی که به دلیل این خطای در اجتهاد، یعنی توجه نداشتن به مقاصد صادر شده و بعضاً شامل الزاماتی شدیدتر از فتوای ابوحنیفه است، چنین نتیجه ای به همراه دارد؟

از منظر امام صادق(ع) پذیرش امامت و مرجعیت امام در تعلیم و تبیین شریعت، اصلی است که از آن غفلت شده است و غفلت از آن اصل، نتایج ناهنجاری به همراه داشته که صدور چنین فتواهایی از جمله آنها است و این ربطی به نص بسند بودن ندارد. می توان این گونه گفت که در اصل، نصوص دیگری غیر از «الخراج بالضمان» وجود داشته که اهل بیت علیهم السلام آنها را بیان فرموده اند و ابوحنیفه به آن نصوص توجهی نکرده و اگر نصی وجود نداشته، از محضر امام در آن مورد استفتا نکرده است تا با بیان نصوص و بسند به آنها مشکل حل شود. با این بیان، نص بسند نبودن ابوحنیفه باعث صدور چنین فتواهایی از او شده است، نه نص بسند بودن وی.

۲. نمونه ها و شواهد ذکر شده از ابن ادریس حلی و محقق اردبیلی رحمهما الله برای اثبات رویه دوم برای ایشان

نگارنده از ابن ادریس حلی و محقق اردبیلی ـ رحمهماالله ـ، دو شاهد در دو کتاب معروفشان(سرائر و مجمع الفائدة و البرهان) ذکر کرده و آنها را صاحب دیدگاه دوم می داند که به تعبیر کتاب «دیدگاه گروه بی شماری» از اهل سنت است. اکنون این موارد را بررسی می کنیم:

۱. فتوای ابن ادریس حلی(ره) درباره تعلق نیافتن زکات به مال صبی یا مجنون:

به عنوان مثال، فقها تعلق وجوب زکات به مال یتیم را نپذیرفته، و در این فتوا به ادلّه‌ای چون اصل عدم وجوب و برخی نصوص تمسک کرده‌اند؛ لکن ابن ادریس با پذیرش این حکم به حکمت حکم که آیه «**خُذْمِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيهم بها** ...» متعرض آن است، تمسک می‌کند! تفاوت دیدگاه این فقیه با سایر فقیهان در سندِ فتوا و تمسک وی به نصّی که در اندیشه بسیاری از فقیهان، مبیّن مقصد و حکمت تشریع زکات است نه سند شرعی آن، باعث گردیده تا ایشان برخلاف اجماع فقیهان، پرداخت زکات را از مال یتیم مستحب هم نداند و آن را غیر مشروع اعلام کند، در حالی که دیگران استحباب آن را پذیرفته‌اند. به نظر می‌رسد ابن ادریس به تفاوت دیدگاهش با سایرین در روش استنباط واقف بوده و از پیش با تعبیر «و هذا بیّن بحمد الله لمن تدبّره و ترك تقلید ما یجده فی بعض الکتب» در ذیل همین مسئله به اعتراض احتمالی معاصران و آیندگان پاسخ داده است.[19]

نکته‌ای که در مورد استدلال مرحوم ابن ادریس وجود دارد، این است که فهم وی از این آیه، این بوده است که این آیه علت یا حکمت تشریع حکم زکات را بیان می‌کند و این علت یا حکمت، تطهیر و تزکیه انسان از گناهان بوده است؛ بدین معنی که اگر کسی گناهی کرده است، با دادن زکات، خداوند از گناهش در می‌گذرد؛ در حالی که گویا فهم نگارنده محترم از آیه شریف این است که این آیه مبیّن مقاصد شریعت است و این مقصد شریعت، احتمالاً(با توجه به توضیحی که نگارنده در تبیین اندیشه و رویه دوم داشت) عناوینی مثل تزکیه و تقوا و قرب انسان‌ها به خداوند ـ که روح و جوهر و لبّ قیام همه رسولان الهی به شمار می‌رود ـ است. از این رو، ایشان تصور فرموده که مرحوم ابن ادریس به مقاصد شریعت تمسک کرده است. شاهد این مطلب که ابن ادریس در اینجا پاك کنندگی

۱۹. همان، ص ۳۶۷.

گناهان را علت یا حکمت حکم زکات دانسته است، نه اینکه تزکیه و تقرب به خداوند را مقصد شریعت قلمداد کرده باشد، این است که ایشان در استدلال خویش پس از ذکر آیه می فرماید: «و الطفل لا ذنب له، فتکون الصدقة تطهیراً له منه، و المجنون لا جرم له، فتکون التزکیة کفارةً له عنه»[20]. تأکید ایشان بر این است که طفل گناهی ندارد تا زکات، گناه او را پاك کند و همین مطلب را درباره مجنون نیز دارد که مجنون جرمی مرتکب نشده است تا زکات، گناه و جرم او را پاك کند و کفاره آن باشد.

این احتمال هم در بیان نگارنده محترم وجود دارد که ایشان در اینجا مقاصد شریعت و علت و حکمت جعل زکات را در یک حکم واحد دانسته باشد چنان که گذشت، بین این دو تفاوت وجود دارد و کسانی که به تعبیر کتاب، نص بسند هستند و مقاصد را در استنباط دخالت نمی دهند، از علت و حکمت جعل در استنباط استفاده می کنند.

اما در باره این جمله ابن ادریس که فرموده است: «و هذا بین لمن تدبره و ترك تقلید ما یجده في بعض الکتب» نیز به صدر کلام او توجه نشده است؛ چرا که ایشان ابتداء بحث را با جمله ای از شیخ طوسی آغاز می کند: و قال بعض أصحابنا، و هو شیخنا أبو جعفر الطوسي رحمه اللّه: و شروط وجوب الزکاة من هذه الأجناس، ستة، اثنان یرجعان إلی المکلف، و أربعة ترجع إلی المال، فما یرجع إلی المکلّف: الحریة، و کمال العقل... و کمال العقل شرط في الدنانیر و الدراهم فقط، فأمّا ما عداهما، فانّه یجب فیه الزکاة، و ان کان مالکها لیس بعاقلٍ، من الأطفال و المجانین.[21] سپس بر این قسمت اخیر فرمایش شیخ طوسی اشکال می کنند که کمال عقل، در همه اجناس شرط است، نه فقط در درهم و دینار.

۲۰. ابن ادریس حلی، **السرائر الحاوي لتحریر الفتاوی**، ج۱، ص۴۳۰.
۲۱. همان، ص۴۲۹.

ایشان با توجه به اینکه فتواهای شیخ طوسی تا سال های متمادی عمل می شده و کسی مخالفتی با آن ها نمی کرده، برای تثبیت استدلال، ابتداء به قائلان دیدگاه خودش از قدمای اصحاب اشاره کرده و بعضی از آنها را به القابی طولانی مدح می کند و سپس به دو آیه شریف ـ از جمله آیه ذکر شده ـ اشاره می کند و می فرماید «و هذا بیّن لمن تدبرّه و ترك تقلید ما یجده في بعض الکتب». منظور ایشان از این جمله، ظاهراً ترك تقلید از فتوای شیخ طوسی است که تقلید از وی را رویه ای مرسوم در دوران وی می دانسته است؛ از این رو ایشان به عنوان اولین نقض کننده فتواهای شیخ طوسی (به گونه ای که فتوای شیخ را نقل و نقد کند) شناخته می شود. اما اینکه چرا وی به روایاتی که در این باب آمده تمسک نکرده و برای استدلال خود به آیه متمسک شده، ممکن است به دلیل مبنای ایشان در باب خبر واحد باشد که به همین مبنا در چند سطر بعد، در جواب از یک روایت اشاره می کند: فأوّل ما نقوله في ذلک: أنّ هذا من أخبار الآحاد التي لا توجب علماً و لا عملاً، علی ما قدّمناه[۲۲].

۲. فتوای ابن ادریس حلی (ره) درباره نصاب زکات غنم:

همچنین زمانی که تعداد گوسفندان یک شخص به سیصد رأس برسد، به نظر ابن ادریس، در هر صد رأس، یک گوسفند بیشتر به عنوان زکات لازم نیست و در این نظر به آیه «ولا یسألکم اموالکم» تمسک می کند که بدون تردید، از نصوص مبیّن خطوط کلی و ضوابط کلان بعثت و نبوت است، نه نص و سند شرعی؛ به همین دلیل، در متون فقهی به عنوان سند شناخته شده فتوا مطرح نیست. وی با استناد به همین آیه، به خمس نداشتن میراث، هدیه و بخشش، معتقد است.

برای بررسی، عین عبارات ابن ادریس در دو مورد زکات و خمس را نقل می کنیم:

۲۲. همان، ص۴۳۱.

فامّا زكاة الغنم، فلا شيء فيها حتى تبلغ أربعين، فإذا بلغتها، ففيها شاة، إلى عشرين و مائة. فإذا زادت واحدة، ففيها شاتان، إلى مائتين. فإذا زادت واحدة، ففيها ثلاث شياه، إلى ثلاثمائة، فإذا زادت على ذلک، أسقط هذا الاعتبار، و أخرج من كل مائة شاة، بالغاً ما بلغت الغنم، و حكم المعز حكم الضّان.

و قال بعض أصحابنا: إذا زادت الغنم على ثلاثمائة واحدة، ففيها أربع شياه، إلى أربعمائة. فإذا بلغت أربعمائة، أسقط هذا الاعتبار، و أخرج من كلّ مائة شاة، و هذا مذهب شيخنا أبي جعفر الطوسي رحمه اللّه، و الأوّل مذهب السيد المرتضى، و شيخنا المفيد، و سلاّر، و غيرهم من المشيخة، و هو الأظهر، و الأصح و يعضده انّ الأصل براءة الذمة، و امّا الإجماع، فغير منعقد على المسألة، بل بين أصحابنا فيها خلاف ظاهر، فما بقى إلا لزوم الأصول، من حفاظ الأموال على أربابها، و إخراجها من أيديهم يحتاج إلى دليل شرعى، و يقوّى ذلک أيضا قوله تعالى: ... **و لايَسْئَلْكُمْ أَمْوالَكُمْ**.[۲۳]

و قال بعض أصحابنا: إنّ الميراث و الهدية، و الهبة، فيه الخمس، ذكر ذلک أبو الصلاح الحلبى، في كتاب الكافي الذى صنّفه، و لم يذكره أحد من أصحابنا، إلاّ المشار إليه، و لو كان صحيحاً لنقل نقل أمثاله متواتراً، و الأصل براءة الذمة، فلا نشغلها، و نعلّق عليها شيئاً إلا بدليل، و أيضاً قوله تعالى: ... **و لا يَسْئَلْكُمْ أَمْوالَكُمْ**[۲۴].

مرحوم ابن ادریس در مورد اول برای استدلال به قول سید مرتضی، شیخ مفید، سلاّر و عده ای دیگر، ابتداء به اصل تمسک می کند و پس از آنکه تمسک به اجماع را غیر ممکن اعلام می دارد، می فرماید: «چیز دیگری برای استدلال باقی نماند، مگر لزوم مراعات اصولی مثل حفظ و باقی ماندن اموال در ملکیت صاحبان

۲۳. همان، ص۴۳۶.

۲۴. همان، ص۴۹۰.

آنها، و این که خارج کردن از تحت ملکیت آنها به دلیل شرعی احتیاج دارد» و پس از آنکه تمام توان خود را برای بیان دلیل به کار گرفت، در انتها به عنوان مؤید از آیه شریفه استفاده می کند و از تعبیر «یقوّي» برای آن بهره می گیرد. این، امر مرسومی در استدلالات فقهای گذشته بوده است که پس از چند دلیل اصلی، مؤیدات را هم ضمیمه استدلال می کردند. باید به این نکته توجه داشت که اگر فقیهی آیه ای از قرآن را در مورد مطلبی که می خواهد بدان استدلال کند، صریح بداند و بخواهد از آن برای استدلال استفاده کند، آن آیه را پیش از تمام استدلال ها ذکر می کند، نه پس از همه استدلال ها.

البته احتمال درخور توجهی وجود دارد که آیه شریف در ادامه استدلال به قبل، یعنی استناد به اصل برائت و باقی ماندن اموال در دست صاحبانشان ذکر شده باشد، بدین معنی که اموال اشخاص را خداوند مطالبه نمی کند و این عموم تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده باشد، حجت است. در موارد مشکوك زکات و خمس نیز به عموم آیه مراجعه می شود. بنابراین احتمال، آیه هیچ ارتباطی با مقاصد شریعت پیدا نمی کند.

منابع و مآخذ

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ۳ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم، ۱۴۱۰ هـ. ق.

۲. اردبیلی (مقدس)، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الاذهان**، ۱۴ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۰۳ هـ. ق.

۳. اصفهانی، محمد حسین، **حاشیة کتاب المکاسب**، ۵ جلدی، قم، مجمع

الذخائر الاسلامیه، اول، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۴. تبریزی، حاج میرزا جواد، **ارشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب**، ۴ جلدی، قم، چاپخانه مهر، دوم، ۱۴۱۱ هـ. ق، ۱۳۶۹ هـ. ش.
۵. جمعی از نویسندگان، **مجله فقه اهل بیت (ع)** (فارسی) ۷۳ شماره، قم، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، اول، فصلنامه.
۶. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، **تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة**، ۱۰ جلدی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۷. علیدوست، ابوالقاسم، **فقه و عقل**، تهران، مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، اول، بی تا.
۸. ــــــــــــ، **فقه و مصلحت**، قم، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، اول، ۱۳۸۸ هـ. ش.
۹. کلینی رازی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافي**، ۸ جلدی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۰. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام**، ۴۳ جلدی، بیروت، داراحیاء التراث العربي، هفتم، ۱۴۰۴ هـ. ق.

اصول متلقات

○ مسعود امامی*

چکیده

آثار فقهی نگارش یافته تا قرن پنجم به چهار قسم تقسیم می‌شوند که آیت‌اللّه بروجردی نام یکی از اقسام را «اصول متلقات» نهاده است. به نظر ایشان و برخی دیگر از فقهای معاصر، آرای فقهی قدما در اصول متلقات می‌تواند دارای بعضی نتایج علمی باشد؛ از جمله اینکه اجماع یا شهرت در اصول متلقات با حفظ شروطی می‌تواند کاشف از رأی معصوم(ع) باشد؛ همچنین شهرت فقها در اصول متلقات جبران ضعف سند روایت را می‌کند، چنانکه اعراض آنان از روایت صحیح موجب تضعیف آن است. در تعریف و تفسیر اصول متلقات حداقل شش قول وجود دارد که وجود این اقوال گویای ابهام در نظریه «اصول متلقات» است. این نوشتار به تفضیل به بیان هشت ویژگی مهم اصول متلقات پرداخته است که برخی از آنها گویای تأثیر فراوان اندیشه و اجتهاد نویسندگان آنها در این آثار است. همین نکته مانعی برای کشف قول معصومان(ع) از فتاوا در این آثار خواهد بود، از این‌رو کشف قول معصومان(ع) از اجماع یا شهرت در اصول متلقات که نظریه آیت‌اللّه بروجردی و همفکران اوست، بسیار دشوار و شاید ناممکن باشد.

کلید واژگان: اصول متلقات، قدما، آیت‌اللّه بروجردی، نقل به معنا، اجماع، شهرت.

* دانش‌آموخته حوزه علمیه قم. masoudimamai@yahoo.com

مقدمه

تاریخ تدوین متون فقهی شیعه با نگارش احادیث آغاز شد و به تدریج از این شیوه فاصله گرفت. آغاز این فاصله تدریجی در عصر حضور امامان معصوم(ع) بود و نخست با نوشتن توضیحاتی از بزرگان اصحاب ذیل روایات و سپس با تألیف آثار فقهی مستقل و غیر روایی توسط فقهایی در عصر حضور همچون یونس بن عبد الرحمن (متوفای اواخر قرن دوم یا اوایل قرن سوم) و فضل بن شاذان(۲۶۰ق) ادامه یافت. با پایان یافتن عصر حضور معصومان(ع) و نیز عصر غیبت صغری، روند تفکیک متون فقهی از متون روایی شدت گرفت. این روش با آغاز قرن چهارم در حوزه فقاهت شیعه گسترش یافت و به شیوه‌ای پذیرفته شده بدل گشت.

از فقهای قرن چهارم و پنجم که به «قدما» شهرت دارند، آثار فقهی ارزشمندی بر جای مانده است که با بسیاری از آثار فقهی قرون قبل و بعد تفاوت هایی دارد. مهم‌ترین ویژگی متون فقهی نگارش یافته در عصر قدما، استقلال ناقص و تدریجی آنها از متون روایی است. تدریجی بودن این حرکت رو به رشد موجب شد که آثار فقهی این دو قرن در عین تلاش نویسندگان آنها برای استقلال از متون روایی، همچنان تعلّق بسیاری به روایات داشته باشند. همچنین می توان از ناهماهنگی آشکار در شیوه تدوین این آثار که زائیده دوران گذار است به عنوان ویژگی دیگر آنها نام برد.

متأسفانه برخی از آثار فقهی مستقل و ارزشمند و نادری که در آغاز دوره جدا شدن متون فقهی از متون روایی در عصر حضور معصومان(ع) و عصر غیبت صغری تألیف شده‌اند، امروزه در دسترس ما نیستند و تنها بخش هایی از آنها به طور پراکنده در کتب فقهای قرون بعد نقل شده است. از این رو داوری دقیق در مورد نحوه ارتباط آن آثار با متون روایی، دشوار است. آثار فقهایی مانند یونس بن عبدالرحمن، فضل بن شاذان، محمد بن احمد جُعفی صابونی(متوفای قرن سوم)،

ابن ابی عقیل عُمّانی(م ۳۶۸ق) و ابن جنید اسکافی(م ۳۸۱ق) از این قسم است.

آثار فقهی این عصر را حداقل می توان به چهار بخش تقسیم کرد. «اصول متلقات» نامی است که بر یک بخش از این اقسام نهاده شده است. برای آگاهی درست نسبت به تعریف، جایگاه و شاخصه های اصول متلقات می بایست آگاهی اجمالی نسبت به اقسام دیگر پیدا کرد تا اصول متلقات از اقسام دیگر باز شناخته شود. از این رو نخست به معرفی اقسام آثار فقهی عصر قدما پرداخته و در ضمن آن، اصول متلقات را نیز تعریف می کنیم. سپس شاخصه ها و ویژگی های اصول متلقات را بیان می کنیم.

فصل اول: اقسام چهار گانه آثار فقهی در عصر قدما

با بررسی ویژگی های آثار فقهی عصر قدما و تفکیک آنها از یکدیگر می توان آنها را به چهار دسته تقسیم کرد. ملاك اصلی در تقسیم متون فقهی عصر قدما به این چهار قسم، میزان ارتباط آنها با متون روایی است. این چهار دسته هر چند به سبب داشتن برخی شاخصه های اختصاصی از یکدیگر متمایز می باشند، اما برخی شاخصه ها در آنها مشترك است. حضور شاخصه های مشترك در هر قسم نیز مساوی نیست. حضور برخی از آنها در بعضی از این اقسام بیشتر و در برخی دیگر کمتر است. این اقسام عبارتند از:

۱. فقه منقول

مقصود از فقه منقول، آثاری است که هدف اصلی نویسنده در آنها، جمع روایات بوده است. این گونه آثار که در عصر قدما، بلکه اعصار قبل و بعد از آن به جهات مختلف دارای اقسام گوناگونی می باشند، از جهتی بر دو قسم هستند. قسم اول آثاری است که روایات نقل شده در آنها هیچگونه تقسیم و تبویب موضوعی

ندارد و نویسنده هر آنچه را از ائمه معصومین(ع) شنیده است بدون نظم موضوعی خاصی نقل کرده است. به نظر می رسد بخش قابل توجهی از اصول نخستین روایی که به اصول اربعمأة شهرت دارند از این قسم باشند. شاهد بر این ادعا برخی از آثار باقی مانده از اصول اربعمأة است که به نام «الاصول الستة عشر» انتشار یافته و به همین شیوه تألیف شده اند.

قسم دوم، آثار روایی است که روایات آن بر اساس موضوع جمع آوری شده است. این قسم به دو گونه می باشد. نخست آثاری که در باره موضوع خاصی است و دوم آثاری که در باره موضوعات متنوعی است، اما چینش روایات در آن اثر بر اساس موضوع تدوین یافته است. از نام بسیاری از آثار ذکر شده در رجال نجاشی و فهرست شیخ طوسی آشکار می شود که آنها در زمره یکی از این دو قسم اخیر می باشند. بیشتر مجموعه های روایی که پس از اصول اربعمأة نگارش یافته اند و درصدد تنظیم و تبویب آنها بوده اند از این قسم می باشند. کتب اربعه نیز از جمله مهم ترین آثار روایی هستند که در آنها روایات مربوط به موضوعات مختلف، تنظیم و تبویب موضوعی شده اند.

آثار مربوط به فقه منقول از جهت دیگر نیز قابل تقسیم می باشند. قسم اول آثاری هستند که نویسنده در آنها تنها به جمع روایات پرداخته و دیدگاه خود را در قبول و رد روایات و موضوع اثر بیان نکرده است. قسم دوم، آثاری است که با مطالعه آنها می توان علاوه بر آگاهی به روایات مربوط به یک موضوع، به رأی نویسنده در هر موضوع یا در برخی از موضوعات نیز پی برد.

کتب اربعه از قسم اخیر می باشند. از مقدمه الکافی و من لایحضره الفقیه روشن می شود که هدف نویسندگان آنها جمع آوری روایات معتبر بوده است.[1]

۱. الکافی، ج۱، ص۸؛ من لایحضره الفقیه، ج۱، ص۳.

شیخ طوسی نیز اگر چه روایات غیر معتبر را کنار روایات معتبر ذکر کرده، اما در مقدمه دو کتابش تصریح کرده که بنا بر اجتهاد خود به ترجیح روایات معتبر و یا به جمع دلالی میان روایات متعارض پرداخته است.[۲]

۲. اصول متلقات

اصول متلقات نخستین آثار فقهی در دسترس می باشند که فتاوای نویسندگان آنها در قالب نقل روایات نیست، بلکه فتاوا با الفاظی تدوین شده است که آن الفاظ منسوب به نویسندگان آنها است. تالیف این آثار گامی بزرگ در جهت جدا شدن متون فقهی از متون روایی بوده است؛ هرچند پیش از این نیز گام هایی در این راستا از سوی فقهای عصر حضور یا عصر غیبت برداشته شده بود، ولی چنان که گذشت، امروزه آثار آن گروه از فقها در دسترس ما نیست. اگرچه این قسم از آثار قدما از متون روایی(فقه منقول) متمایز می باشند، ولی چون تدوین این کتب در زمره اولین گام ها برای جدا شدن تدریجی از متون روایی بوده است به همین سبب الفاظ آنها بیشترین هم خوانی را با روایات معصومین(ع) دارد.

اصول متلقات یا مسائل متلقات، اصطلاحی است که مرجع بزرگ شیعیان آیت اللّه سید حسین بروجردی(م۱۳۴۰ش) برای بعضی از فتاوای فقهای متقدم قرار داده است که بر آثاری که حاوی این فتاوا می باشند نیز اطلاق می شود. مهم ترین نتایج علمی که مترتب بر وضع چنین اصطلاحی می باشد این است که به نظر آیت اللّه بروجردی و همفکران او، اجماع یا شهرت در اصول متلقات با حفظ شروطی می تواند کاشف از رأی معصوم(ع) باشد. همچنین شهرت فقها در اصول متلقات جبران ضعف سند روایت را می کند، چنان که اعراض آنان از روایت

۲. **تهذیب الاحکام**، ج۱، ص۳؛ **الاستبصار**، ج۱، ص۳.

صحیح موجب تضعیف آن است.[۳]

سخن در مورد نتایج اصولی برخاسته از این دیدگاه و نقد و ارزیابی آن، خارج از هدف اصلی این نوشتار است؛ بلکه مقصود، تعریف و تبیین مفهوم اصول متلقات نزد نظریه پردازان و بررسی ویژگی ها و شاخصه های آن می باشد؛ هرچند با دستیابی به این هدف، ابعادی از نتایج اصولی این نظریه نیز مورد سنجش قرار خواهد گرفت.

آیت اللّه بروجردی این نظریه را در دروس خارج خود مطرح کرد. از ایشان اثر مکتوبی که در آن به تبیین این نظریه پرداخته شده باشد در دست نیست. برخی از شاگردان ایشان این نظریه را در تقریراتی که از دروس وی ارائه داده اند، تبیین کرده اند. در عین حال آنچه در این گونه تقریرات در تشریح این نظریه آمده خالی از ابهام و اجمال نیست. به نظر می رسد حداقل بخشی از این اجمال زائیده ابهام و اجمالی است که در طرح آن از سوی صاحب نظریه وجود دارد.

اینک با مراجعه به تقریرات مختلف از شاگردان آیت اللّه بروجردی و دیگران در باره اصول متلقات می کوشیم به معنای مورد نظر ایشان از این اصطلاح دست یابیم. در مراجعه به این گونه آثار به توضیحات ذیل در مورد این نظریه برمی خوریم:

۱. مسائل فقهی مطرح شده در آثار فتوایی فقهای قرن چهارم و پنجم دو قسم است. قسم اول مسائلی است که از ائمه(ع) گرفته شده است. عبارات فقها در این

۳. سبحانی، **تهذیب الاصول**، (تقریر درس های امام خمینی)، ج۲، ص۱۶۹؛ امام خمینی، **انوار الهدایة**، ج۱، ص۲۶۱؛ هاشمی شاهرودی، **بحوث فی علم الاصول**، (تقریر درس های آیت اللّه سید محمد باقر صدر)، ج۴، ص۳۱۲؛ منتظری، **مجمع الفوائد**، ص۲۲۶؛ شبیری زنجانی، **کتاب نکاح**، ج۵، درس۱۵۳ و ج۲۰، درس ۷۲۹ و ج۷، درس۲۳۹ و ج۱۹، درس۶۹۴؛ مبلغی، **موسوعة الاجماع فی فقه الامامیة**، ج۱، ص۱۱۹.

قسم شباهت فراوانی به یکدیگر دارد و این بدان جهت است که آنان می کوشیدند در بیان فتاوای خود حتی المقدور از الفاظ روایات معصومین(ع) تخطی نکنند. بنابراین اگر در این گونه آثار، اجماع یا شهرت بر فتوایی وجود داشته باشد که مستندی از کتاب و سنت برای آن نمی یابیم، می توان نتیجه گرفت که مستند این فتوا نزد آنان روایت یا روایاتی بوده است که به دست ما نرسیده است. آیت اللّه بروجردی این گونه مسائل را «اصول متلقات» می نامید. قسم دوم فروعی است که فقها با اجتهاد از قسم اول استنباط کرده اند.[۴]

۲. از توضیحات یکی از شاگردان آیت اللّه بروجردی بر می آید که سیر تدوین مباحث فقهی چهار دوره را سپری کرده است. نخست دوره «فقه مأثور» است. در این دوره فقط به نقل روایات اکتفا می شد. مرحله دوم «فقه منصوص» می باشد که فقها احکام بیان شده از سوی ائمه(ع) را در قالب فتوا عرضه می کردند. آنان علاوه بر رعایت عدم تخطی از احکام و فتاوایی که به طور روشن در روایات آمده، جانب احتیاط را رعایت می کردند و «عین الفاظ صادر از مصادر تشریع را بدون استناد به امام» در قالب فتوا عرضه می کردند. رساله الشرایع علی بن بابویه از این قسم است و به همین سبب است که این نوع از کتب فقهی و به خصوص رساله مزبور نزد قدما به منزله نص حدیث شمرده می شد و در هر مسئله که نص و روایتی نمی یافتند عبارت آن رساله را به منزله نص تلقی می کردند. آیت اللّه بروجردی این قسم از مسائل فقهی مطرح شده در آثار قدما را اصول متلقات می نامید.

فقها در مرحله سوم؛ یعنی «فقه مستنبط» به تدریج خود را از قید الفاظ روایات آزاد ساختند و پس از دقت و کنجکاوی در احادیث و عرضه برخی بر برخی دیگر، آن چه از مجموع روایات و نصوص دینی در حدود مسائل منصوص استنباط می کردند با عبارات دیگر به رشته تحریر در می آوردند.

۴. البدر الزاهر، ص۲۱.

در آخرین مرحله که «فقه تفریعی» نام دارد، فقها پا را از حدود مسائل منصوص بیرون گذارده و بر اساس قواعد کلی و نصوص عام کتاب و سنت و ادله عقلیه در مورد فروع مستحدثه و مسائل روزمره که در نصوص، مطرح نگردیده و شاید تا آن هنگام صورت وقوع به خود نگرفته بود اظهار نظر کردند و کوشیدند کلیه نیازمندی ها و مسائل را بر اساس نص، پاسخ گویند.[5]

۳. در برخی از تقریرات درس های ایشان مسائل فقهی به سه قسم تقسیم شده است. قسم اول «اصول متلقات» نام دارد و آن عبارت است از احکام بیان شده از سوی ائمه(ع) بدون تغییر و بدون آنکه کم یا زیادی در آنها صورت گرفته باشد. قسم دوم «مسائل توضیحی» است و مقصود سخنان مجملی از ائمه(ع) می باشد که با توضیحات فقها همراه شده است. قسم سوم «مسائل تفریعی» است و آن فروعاتی از احکام است که فقها با استنباط و اجتهاد از کلمات معصومین(ع) به دست آورده اند. در این میان اجماع و شهرت قدما فقط در قسم اول حجت است؛ زیرا اجتهاد و استنباط توضیحی و تفریعی فقیه در آن دخالتی ندارد. البته تشخیص این سه قسم از یکدیگر در آثار قدما کار آسانی نیست و نیازمند تتبّع و دقّت فراوان است.[6]

کلام پایانی این مقرّر محترم ظهور در این دارد که این سه دسته از مسائل فقهی در همه آثار قدما یا حداقل در برخی از آن آثار در هم آمیخته است و تفکیک آنها از

۵. واعظ زاده خراسانی، **مقدمه الجمل و العقود في العبادات**، ص۱۲.

۶. اشتهاردی، **تقریرات في اصول الفقه**، ص ۲۹۷. آیت اللّه لطف اللّه صافی گلپایگانی نیز در تقریرات درس های اصول آیت اللّه بروجردی، تقسیم سه گانه مشابهی را از مسائل فقهی ارائه داده و فقط اجماع و شهرت را در قسم اول که خالی از هرگونه اعمال نظر و استنباط از سوی فقیه است، حجت می داند. مراجعه شود به رساله بحث حجیة الشهرة، لطف اللّه صافی گلپایگانی چاپ شده در کتاب **المنهج الرجالي** تألیف سید محمد رضا حسینی جلالی، ص۲۸۶.

یکدیگر نیازمند پژوهش فراوان می باشد.

۴. یکی دیگر از شاگردان ایشان در مقام تبیین نظریه آیت اللّه بروجردی، بعد از تقسیم سه گانه مزبور و بیان حجیت اجماع و شهرت در قسم اول، تصریح می کند که فقها در اصول متلقات به «عین الفاظ روایات» فتوا می دهند.[۷]

۵. یکی از مدافعان این نظریه امام خمینی است. ایشان بدون آنکه در صدد تبیین دیدگاه آیت اللّه بروجردی باشد دو نکته مهم که در تقریرات دروس آیت اللّه بروجردی دیده نمی شود بر این نظریه افزوده است. نخست آنکه اجماع و شهرت قدما هنگامی معتبر است که موجب «حدس قطعی» به قول معصومین(ع) شود و دوم آنکه اجماع و شهرت قدما یا کاشف از «نص معتبری» نزد آنان است و یا کشف از «معروف بودن فتوا از عصر ائمه(ع) تا عصر قدما» می کند و در هر دو صورت حجت است.[۸]

روشن است که در صورتی که اجماع یا شهرت کاشف از معروف بودن فتوا از عصر ائمه(ع) است، مطابقت الفاظ فتوای قدما با الفاظ روایت یا روایات بی معنا است، چون در این فرض مستند فتوای قدما روایت نیست، بلکه معروفیت فتوا است.

۶. یکی از فضلای معاصر که آیت اللّه بروجردی را درك نکرده و متعلق به طبقه بعد از شاگردان او می باشد، تقریر دیگری از نظریه ایشان ارائه می دهد. به نظر او آن دسته از فتاوای قدما که از اصول متلقات به شمار می روند، تلقی از فتاوای فقهای نسل قبل می باشند که به طور متصل از نسل های پیشین تا نسل اصحاب ائمه(ع) و در نتیجه از خود ائمه(ع) گرفته شده اند.

---

۷. تجلیل تبریزی، «رسالة الشهرة»، چاپ شده در کتاب البیع(تقریر درس های آیت اللّه سید محمد حجت کوه کمری)، تالیف آیت اللّه ابوطالب تجلیل تبریزی، ص۴۴۱.

۸. تهذیب الاصول، ج۲، ص۱۶۹.

این تقریر از نظریه با چهار تقریر نخست که توسط شاگردان آیت اللّه بروجردی ارائه شده است تفاوت اساسی دارد. در چهار تقریر نخست، آن دسته از فتاوای قدما اصول متلقات به شمار می آیند که برگرفته از روایاتی هستند که در دسترس قدما بوده و در نزد آنان معتبر شمرده می شده و امروزه در اختیار ما نیست و به همین سبب این گونه فتاوا کاشف از روایات معتبری نزد قدما هستند.

اما بر پایه تقریر ششم، مقصود از اصول متلقات یکی از سه قسم ذیل است: قسم اول احکام ارتکازی است که قدما از فقهای طبقه قبل خویش در قالب فتوا تلقی به قبول کرده اند و آنان نیز از نسل قبل و در نهایت از ائمه(ع) اخذ نموده اند. ممکن است این احکام در مرحله نخست در قالب روایت باشد، ولی به مرور از قالب روائی خارج شده و به شکل غیر روایت به دست قدما رسیده است. همچنین ممکن است این احکام از ابتداء در غیر قالب روائی باشد و در واقع برگرفته از سیره متشرعه یا برخی از خواص ائمه(ع) بوده است.

قسم دوم روایاتی است که قدما به طور ارتکازی و متأثر از طبقه قبل و بدون اعمال قواعد علم رجال و حدیث، صدور آنها را پذیرفته و بر اساس آن فتوا داده اند و قسم سوم مواردی است که از ترکیب دو ارتکاز قبل به وجود می آید؛ یعنی قدما به طور ارتکازی صدور روایاتی را و همچنین فهم خاصی از آن روایات را تلقی به قبول کرده و بر اساس آن فتوا داده اند.[9]

چنانچه از مقایسه این شش تقریر روشن می شود، نظریه اصول متلقات در طول زمان تکامل یافته است. این نکته که اجماع و شهرت گاهی از «معروف بودن فتوا از عصر ائمه(ع) تا عصر قدما» کشف می شود و امام خمینی بر نظریه افزوده و در تقریرات دروس آیت اللّه بروجردی به وضوح دیده نمی شود، توسط مقرر ششم پرورش یافته و در کنار کشف از «نص معتبر» در سه فرض مختلف مطرح گردیده است.

۹. موسوعة الاجماع فی فقه الامامیة، ج۱، ص۱۲۶.

گزارش نخست درباره اصول متلقات مجمل است و در آن روشن نشده است که آیا در اصول متلقات، فتوا به عین الفاظ روایات است یا خیر؟ اما در سه گزارش بعد با تفکیک اصول متلقات از مسائل توضیحی و تفریعی روشن می گردد که اصول متلقات «القاء فتوا با عین الفاظ روایات» است و در آن هیچ گونه اجتهاد و استنباط توضیحی و تفریعی فقیه دخالت ندارد.

تفاوت دیگری که در این گزارش ها وجود دارد این است که آیت اللّه بروجردی ـ بنا بر نقل بعضی از تقریرات درس هایش ـ کتاب های مقنع و هدایه شیخ صدوق، مقنعه شیخ مفید، آثار سید مرتضی، کافی ابوالصلاح حلبی، مراسم سلار دیلمی، نهایه شیخ طوسی و مهذب ابن براج را از کتبی می داند که برای بیان خصوص مسائل اصول متلقات نگاشته شده است. بنابراین مسائل توضیحی و تفریعی در این کتاب ها دیده نمی شود. او آثاری را که بر پایه اصول متلقات نوشته شده منحصر در این موارد ندانسته و کتاب های مزبور را به عنوان نمونه هایی از این گونه آثار ذکر می کند. در مقابل این آثار، کتاب هایی وجود دارد که علاوه بر مسائل اصول متلقات دارای مسائل تفریعی نیز است؛ مانند مبسوط شیخ طوسی.[10]

این گزارش از منابعِ حاوی اصول متلقات با آنچه در گزارش سوم آمد منافات دارد. ظهور گزارش سوم در این است که مسائل اصول متلقات در همه یا بعضی از آثار قدما با مسائل توضیحی و تفریعی در هم آمیخته است. اما این گزارش گویای این است که آثار نام برده شده برای بیان «خصوص مسائل اصول متلقات» نگاشته شده و مسائل توضیحی و تفریعی در آنها دیده نمی شود.

ممکن است این تنافی را به این شکل برطرف کرد که مقصود از گزارش سوم، کتاب هایی مانند مبسوط و آثار پس از آن است که مسائل اصول متلقات با مسائل توضیحی و تفریعی در آنها مخلوط شده است؛ نه کتابهای نام برده شده در گزارش

۱۰. البدر الزاهر، ص ۱۹ و ۲۵۸؛ اشتهاردی، تقریر بحث السید البروجردی، ج۲، ص۴۹۰.

پایانی کـه به ادعـای گـزارش دهندگـان فـقط برای بیـان «خـصـوص مـسـائل اصـول متلقات» نگاشته شده است؛ اما این توجیه بعید به نظر می رسد، زیرا با وجود آثاری که بـرای بیان «خصـوص مسـائل اصول مـتلقات» نگاشـته شـده نیازی به تتبع و دقت فراوان در آثار دیگر مانند مبسوط شیخ طوسی نیست.

امام خمینی نیز این برداشت از سخن شیخ در مقدمـه مبسوط را که قدما پیوسته بر اسـاس الفـاظ روایـات فـتـوا می دادند نمی پذیـرد و آن را خـلاف واقع می داند.[11] پس از این روشن خـواهد شـد که هـمچنان کـه امـام خـمینی مـعـتـقد است آثـار قدمـا مطابقت همیـشگی با الفاظ روایات ندارد. همـچنین روشن خواهد شد کـه علاوه بر فتـاوای مطابق الفاظ روایـات و فتاوای مـعروف از عـصر ائمـه(ع) که در دیدگـاه امام خـمینی قسم دیگری از اصول مـتلقات شمـرده شد، مسـائل توضیحی و تفـریعی نیز کم و بیش در آثـار قـدمـا از جـمله آثار نام برده شـده وجـود دارد. پس برای کـشف اصول متلقـات از آثار قدما ـ چنانچه در گزارش سوم آمـده است ـ نیاز به دقت و تتبع فـراوان است و نمی توان ادعاء کـرد که هر اجـماع یا شـهرتی در آثار قـدما کـاشف از قول معصوم(ع) است.

ادعای مـعاصران مـبنی بر این که فـقهای قـرون چهارم و پنجم همـه یا بعضی از فـتـاوای خـود را در قـالب الفـاظ روایات عـرضـه می کـردند دارای مـؤیدات تاریخی متـعددی است و توسط فقـهای دیگری نیز در طول تـاریخ مطرح شده است. در ذیل سر فصل های بعدی به بعضی از آنها اشاره می شود.

۳. فقه تفریعی

مـقصـود از آثار فـقه تفـریعی آن قـسم آثاری است کـه نویسندگـان آنها عـلاوه بر احکام شرعی برگـرفته از مـتون روایات به طرح فـروعاتی پرداختـه اند که در روایات

۱۱. **تهذیب الاصول**، ج۲، ص۱۷۰.

وجود ندارند. این فروع غالباً برگرفته از آثار فقهی اهل سنت بوده است. کتاب مبسوط نمونه روشنی برای این قسم است در عین حال آثار دیگری مانند مقنعه شیخ مفید، آثار فقهی سید مرتضی، نهایه شیخ طوسی، کافی ابو الصلاح، مراسم سلار که غالباً به ذکر فروع برگرفته از روایات می پردازند، خالی از این گونه فروع جدید نیستند.

به عبارت دیگر، نمی توان مرز روشن و دقیقی برای آثاری که فقط به ذکر فروع بر گرفته از روایات پرداخته اند با آثاری که علاوه بر آن، فروع جدید را نیز ذکر کرده اند قرار داد؛ زیرا بیشتر آثار فقهی قدما کم و بیش دارای فروع جدید می باشند، ولی صرف ذکر فروع جدید برای قرار دادن آنها در زمره آثار فقه تفریعی کافی نیست، بلکه در صورتی در زمره آثار فقه تفریعی جای می گیرند که نویسنده آنها قصد جدی برای وارد کردن فروع جدید در فقه داشته است. در نتیجه تعداد این فروعات فراوان بوده، به گونه ای که وجود آن فروع در آن آثار نمود آشکاری دارد. از این رو مقنعه، نهایه و آثاری مانند آنها هر چند دارای فروعات جدید می باشند، اما در زمره آثار فقه تفریعی به شمار نمی آیند.

۴. فقه تفریعی استدلالی

آخرین قسم از آثار فقهی قدما، آثاری هستند که علاوه بر وجود فروع جدید در کنار فروع برگرفته از متون اخبار، استدلالات فقهی نیز در آنها به وجه چشمگیری وجود دارد. شاخص ترین نمونه برای این قسم، کتاب خلاف شیخ طوسی است. کتاب مبسوط نیز هر چند به اندازه خلاف دارای استدلال فقهی نیست، اما وجود استدلالها ی فقهی در آن قابل توجه است، برخی از آثار سید مرتضی و نیز بعضی رساله های شیخ مفید حاوی استدلال های فقهی هستند.

فصل دوم: شاخصه های اصول متلقات

۱. فتوا به الفاظ روایات

تدریجی بودن سیر گسست متون فقهی از متون روایی اقتضاء می کند که نخستین آثار فقهی غیر روایی بیشترین شباهت را با آثار فقهی روایی داشته باشند. به همین جهت قدما در آثار فقهی غیر روایی بیشترین عبارات و الفاظ کتاب خود را از روایات اخذ می کردند.

از میان آثار اصول متلقات سه کتاب فقه الرضا، مقنع و هدایه بیشترین شباهت را با آثار فقه روایی دارند. این سه کتاب از قدیمی ترین و مهم ترین متون فقهی غیر روایی عصر قدما می باشند که در دسترس ما هستند. کتاب فقه الرضا که امروزه در دسترس است پیش از مقنع و هدایه تألیف شده و در مورد مؤلف آن اختلاف نظر می باشد. برخی آن را به امام رضا(ع) نسبت داده اند.[۱۲] بر پایه این قول، این کتاب متنی روایی خواهد بود. اما بنابر نظر کسانی که این کتاب را به غیر امام معصوم(ع)، مانند علی بن بابویه قمی(م ۳۲۹)[۱۳] یا محمد بن علی شلمغانی معروف به ابن ابی العزاقر(م ۳۲۴)[۱۴] نسبت می دهند، متن این کتاب منسوب به غیر معصوم(ع) خواهد بود.[۱۵]

۱۲. مجلسی، محمد تقی، **لوامع صاحبقرانی**، ج۱، ص۶۱۳.

۱۳. **ریاض العلماء**، ج۲، ص۳۱ و ج۶، ص۴۳.

۱۴. صدر، سید حسن، **الرسائل الاربعة عشرة**، رسالة فصل القضاء في الكتاب المشتهر بفقه الرضا، ، ص۸۷؛ شوشتری، محمد تقی، **النجعة في شرح اللمعة**، ج ۶، ص۴۰۰، شبیری زنجانی، سید موسی، **کتاب نکاح**، ج۷، ص۲۱۶۷.

۱۵. به نظر می رسد با توجه به قرائن و شواهد ذکر شده از سوی صاحبان اقوال مختلف در مورد نویسنده این کتاب، قول اخیر، یعنی اتحاد این کتاب با کتاب تکلیف شلمغانی از قوت بیشتری برخوردار است. برای آگاهی از بحث های تفصیلی پیرامون اقوال مختلف در مورد نویسنده این کتاب و دلایل و قراین هر یک از اقوال، علاوه بر منابع ذکر شده، مراجعه شود به: مقدمه آقای جواد شهرستانی برچاپ اخیر این کتاب.

شیخ صدوق در مورد کتاب مقنع به این مسئله تصریح می کند که «اسناد را حذف کرده تا(سبک گردد و) حمل آن دشوار نباشد و به آسانی بتوان آن را به خاطر سپرد و خواننده خسته نگردد؛ زیرا آن چه در این کتاب آورده در کتاب های اصولی از مشایخ علماء فقها مورد اعتماد آمده است». [16] مقصود نویسنده از حذف اسناد، ذکر متن روایات بدون سند است و مقصودش از کتاب های اصولی، منابع معتبر روایی است که از برخی از آنها به اصول اربعمأة یاد می شود. فقهای دیگر نیز تصریح کرده اند که کتاب مقنع نقل متون اخبار است. [17]

هر چند کتاب هدایه شیخ صدوق شباهت بسیاری به کتاب مقنع دارد اما فقها در مورد کتاب هدایه، کمتر یادآور شده اند که عبارات آن نقل متون اخبار است. صاحب جواهر دو گزارش مختلف از دو کتاب مقنع و هدایه می دهد. گاهی غالب عبارات دو کتاب مقنع و هدایه را متون اخبار می داند[18] و گاهی دیگر می گوید: صدوق در مقنع و هدایه جز به متون اخبار فتوا نمی داده است. [19]

محدث نوری برای اثبات این که کتاب مقنع فتوا به متون اخبار می باشد، قرائن مهم دیگری غیر از آنچه در مقدمه کتاب آمده ذکر کرده است. او مواردی از متن کتاب را ذکر می کند که شیخ صدوق بعد از بیان فتوای خود با عبارت «در روایت دیگری آمده است» به بیان فتوای دیگر می پردازد. محدث نوری از این گونه عبارات نتیجه می گیرد که آنچه صدوق در بیان فتوای خود گفته همچون قول دیگر،

---

۱۶. **المقنع**، ص۵.

۱۷. **مدارك الأحكام**، ج۴، ص۲۲۸؛ ج۶، ص۵۳؛ ص۸۶؛ **ذخيرة المعاد**، ج۳، ص۴۹۷؛ **كشف اللثام**، ج۵، ص۲۷۸؛ **الحدائق الناضرة**، ج۳، ص۵۷؛ ج۹، ص۲۱۰؛ ج۱۳، ص۱۱۳؛ ج۲۰، ص۲۶۳؛ **غنائم الأيام**، ج۵، ص۱۰۵؛ ص۱۷۷؛ **مصباح الفقيه**، ج۱، ق۱، ص۲۶۱؛ امام خمینی، سید روح اللّه، **المكاسب المحرمة**، ج۲، ص۴.

۱۸. **جواهر الكلام**، ج۵، ص۲۰۸.

۱۹. **جواهر الكلام**، ج۶، ص۱۳۸.

متن روایات بوده است. او شیوه علامه مجلسی در بحار الانوار را که عبارات کتاب مقنع را در کنار روایات نقل می کند بر همین اساس می داند. البته تصریح می کند که مجلسی کتاب هدایه شیخ صدوق را نیز همچون مقنع می داند و در مورد آن نیز به همین شیوه عمل کرده است، ولی می گوید: اما من به کتاب هدایه چنین اعتمادی ندارم، زیرا دلیلی بر این اعتماد نیافتم. از این رو فقط به نقل آنچه در کتاب هدایه به طور روشن به امام معصوم(ع) نسبت داده شده اکتفا کردم.[۲۰]

در سه کتاب فقه الرضا، مقنع و هدایه علاوه بر عباراتی که مستند به نویسنده است و مقصود فقها از نقل متون اخبار همین عبارات می باشد به روایاتی برمی خوریم که نویسنده به طور مستقیم از معصومین(ع) نقل کرده است. علامه مجلسی در کتاب بحارالانوار، متن هر سه کتاب را اعم از آنچه مستند به امام معصوم(ع) شده یا آنچه کلام نویسنده است، در کنار روایات معصومین(ع) نقل کرده است. شیخ حر عاملی در کتاب وسائل الشیعة فقط به نقل عباراتی از مقنع پرداخته که به طور مستقیم مستند به امام معصوم(ع) است. او هیچ متنی از کتاب فقه الرضا و هدایه نقل نکرده است. اما محدث نوری در کتاب مستدرك الوسائل عبارات نویسندگان دو کتاب فقه الرضا و مقنع را در کنار روایات آورده، ولی در مورد کتاب هدایه فقط به نقل عباراتی پرداخته که به طور مستقیم مستند به امام معصوم(ع) است.

پس مواجهه سه محدث بزرگ قرون اخیر با این سه کتاب و دیدگاه آنان در مورد تطابق متن آنها با متون روایات یکسان نیست. این در حالی است که این سه محدث پیرو مکتب اخباری بوده یا به آن نزدیک بوده اند و اقتضای این مکتب، سهل گیری در قبول روایات و عمل به آنها است. در بررسی های پیش رو نیز برخی از تفاوت های میان این سه کتاب از جمله برتری کتاب مقنع نسبت به هدایه در نقل مستقیم روایات

۲۰. خاتمة المستدرك، ج۱، ص۱۹۰.

آشکار خواهد شد. پس در حالی که با وجود بیشترین تشابه میان این سه کتاب، شاهد تفاوتهای مهمی میان آنها هستیم، طبیعی خواهد بود که این سه کتاب با آثار فقهایی مانند سید مرتضی و شیخ مفید تفاوت های چشمگیرتری داشته باشند.

شیخ طوسی(م ۴۶۰) نیز در مقدمه مبسوط به همین روش فقهای عصر خویش مبنی بر فتوا به الفاظ روایات، اشاره ای دارد.[۲۱] قبل از شیخ صدوق، پدرش علی بن بابویه(م ۳۲۹) با تألیف کتاب شرایع این شیوه را در تدوین متون فقهی پی گرفت. شهید اول(م ۷۸۶) در مورد کتاب ابن بابویه ادعا می کند که «فقهای امامیه هنگام فقدان نص به کتاب شرایع علی بن بابویه استناد می کنند؛ زیرا به او اعتماد دارند و فتوای او را مانند روایتش می شمارند».[۲۲] پس از شهید نیز بسیاری از فقها این سخن را در باره ابن بابویه و پسرش گفته اند.[۲۳] بنابر نظر کسانی که فقه الرضا را همان شرایع ابن بابویه می پندارند، کتاب شرایع امروزه در اختیار ماست و می تواند در هنگام فقدان نص ـ بنا بر نظر شهید و برخی دیگر ـ مورد توجه و اعتماد قرار گیرد.

از گزارش شهید اول به دست می آید که فتاوای ابن بابویه در حد نصوص روایی نیست، بلکه در مرتبه پایین تر قرار دارد و هنگام فقدان نص ارزشمند می باشد. برخی از فقها نیز متن فقه الرضا یا همان شرایع ابن بابویه را فقط در حد یک مؤید برای ادله فقهی ذکر کرده اند. صاحب جواهر در بحث تعداد واجب تسبیحات اربع

۲۱. **المبسوط**، ج۱، ص۲.

۲۲. **ذکری الشیعة في أحکام الشریعة**، ج۱، ص ۵۱.

۲۳. شیخ بهائی، **الحبل المتین**، ص ۱۸۸؛ **بحار الانوار**، ج۱۰، ص۴۰۵؛ اصفهانی، **الفصول الغروية**، ص۳۱۱؛ **قوانین الأصول**، ص۳۷۳؛ **جواهر الکلام**، ج۶، ص۱۳۶؛ ج۳، ص۲۴۱؛ ج۵، ص۲۰۸؛ **فرائد الأصول**، ج۱، ص۳۳۹؛ ج۲، ص۴۴۸؛ **مصباح الفقیه**، ج۱، ق۱، ص۲۶۱؛ **خاتمة المستدرك**، ج۱، ص۲۶۵؛ بجنوردی، **القواعد الفقهية**، ج۵، ص۳۴۹؛ مقدس، **تقریرات البیع**، (تقریر بحث آیت اللّه سید محمد رضا گلپایگانی)، ج۱، ص۳۱۹.

در رکعت سوم و چهارم نماز، فتوای ابن بابویه در رساله شرایع و شیخ صدوق در مقنع و شیخ طوسی در نهایه را که فقط بر اساس متون اخبار فتوا می دهند، موید قول به وجوب تکرار سه مرتبه تسبیحات قرار داده است.[۲۴] ملا امین استرآبادی نیز در مورد فتاوای برخی از قدما دیدگاهی مشابه دارد. به نظر او «فتوای بعضی از اخباریان مانند شیخ صدوق، پدرش و کلینی، بلکه شیخ طوسی ـ که بنابر قول تحقیق و بر خلاف گمان علامه حلّی در زمره آنان است ـ بر حکمی که مستند روایی آن برای ما معلوم نیست و مستند دیگری برخلاف آن نمی باشد، معتبر است؛ زیرا چنین اجماعی دلالت قطعی عادی بر دست یافتن آنان به دلیلی معتبر دارد».[۲۵]

۲. نقل به معنا

برای دست یابی به میزان تطابق متون آثار فقهی قدما با الفاظ روایات، توجه به شیوه های مرسوم در نقل کلام، اعم از روایت و غیر روایت لازم است. یکی از این شیوه ها، نقل به معنا است که در مقابل نقل به لفظ قرار دارد. نقل به معنا یعنی نقل پیام و معنای کلام متکلم با الفاظی غیر از الفاظ به کار گرفته شده توسط او. ترجمه کلام کسی به زبان دیگر و استناد الفاظ در زبان دوم به متکلم نیز می تواند یکی از مصادیق نقل به معنا شمرده شود.

به اجماع علمای شیعه نقل به معنا در روایات با رعایت شروطی جایز است.[۲۶]

---

۲۴. **جواهر الکلام**، ج۱۰، ص۲۷.

۲۵. **الفوائد المدنیة**، ص۲۶۵.

۲۶. **عدة الأصول**، ج۱، ص۱۵۲؛ **معارج الأصول**، ص۱۵۳؛ **مبادیء الوصول**، ص۲۰۸؛ **المعالم**، ص۲۱۲؛ مازندرانی، محمد صالح، **شرح أصول الكافي**، ج۲، ص۲۱۲؛ فیض کاشانی، **الأصول الأصيلة**، ص۱۰۴؛ **قوانين الأصول**، ص۴۷۹؛ **رجال الخاقاني**، ص۳۳۲؛ صدر، سید حسن، **نهاية الدراية**، ص۴۸۸؛ غفاری، علی اکبر، **دراسات في علم الدراية**، ص۱۹۰.

بیشتر دانشمندان اهل سنت نیز همین نظر را دارند.[۲۷] بناء عقلا نیز بر جواز نقل به معنا است و چنین نقلی میان آنان شایع می باشد. علت جواز نقل به معنا در سیره عقلاء این است که در تکلم، الفاظ مقصود نیست، بلکه القاء معنا در ذهن مخاطب مراد است و الفاظ فقط وسیله ای برای رسیدن به این هدف می باشند، پس اگر ناقل بتواند با الفاظی غیر از الفاظ به کار گرفته شده توسط متکلم، معنای مراد او را در ذهن مخاطب ایجاد کند به آنچه مقصود متکلم بوده نائل شده است. این سیره نه تنها مورد ردع شارع قرار نگرفته، بلکه تأیید نیز شده است. تردیدی نیست که در صدر اسلام و در عصر حضور معصومین(ع) نیز این سیره میان مردم شیوع داشته و در عین حال نهی از این سیره در کتاب و سنت دیده نمی شود و همین گویای تقریر این سیره از سوی شارع مقدس است. علامه مجلسی در مقام استدلال برای صحت نقل به معنا در روایات، به رواج این شیوه در نقل روایات معصومین(ع) و عدم ردع از آن استناد می کند.[۲۸] واقع بینی در سیر تاریخی نقل حدیث، اقتضا می کند که بپذیریم بخشی از مراحل نقل و تدوین احادیث بخصوص نخستین و مهم ترین مرحله آن که پس از استماع از پیامبر(ص) یا امام معصوم(ع) است به شکل نقل شفاهی بوده و نقل شفاهی چنانچه علامه مجلسی و دیگران تصریح کرده اند به طور عادی به شیوه نقل به معنا بوده است[۲۹] بنابراین نقل به معنا در منابع روایی موجود ـ چنانچه برخی فقها تصریح کرده اند ـ شایع است.[۳۰]

این واقعیت غیر قابل انکار در دانش حدیث شناسی می تواند دارای نتایج بسیار مهمی در علوم وابسته به آن از جمله فقه باشد. شاید بتوان از جمله این نتایج به این

۲۷. **اصول السرخسی**، ج۱، ص۳۵۵؛ ابوریه، محمود، **اضواء علی السنة المحمدیة**، ص۷۷.
۲۸. **بحار الانوار**، ج۲، ص۱۶۴.
۲۹. همان.
۳۰. **جواهر الکلام**، ج۳، ص۳۸۱.

نکته اشاره کرد که با پذیرش این واقعیت، استناد عین الفاظ بسیاری از روایات به حضرات معصومین(ع) مبتنی بر یک بینش علمی و واقع گرا نیست و فقاهت مبتنی بر دقت فراوان در الفاظ بسیاری از روایات منقول ـ چنانچه شیوه برخی از فقهای معاصر می باشد ـ اطمینان بخش نمی باشد و قابل دفاع علمی نیست.[۳۱]

به علاوه قرآن کریم در موارد متعدد که به نقل سخنان بعضی پرداخته پای بند به نقل عین الفاظ نیست و از شیوه نقل به معنا بهره گرفته است. شاهد بر این مدعا داستانهایی از زندگانی پیامبران در قرآن کریم است که شخصیت های در آن داستانها به زبانهای غیر عربی سخن می گفتند و قرآن سخنان آنان را به زبان عربی نقل کرده است. به علاوه بعضی از عبارات منقول در این داستانها در سوره های مختلف تکرار شده و در هر سوره ای با الفاظ متفاوتی آمده است. روایات معتبری در منابع امامیه نیز دلالت بر جواز نقل به معنا دارد.[۳۲] همچنین در منابع روایی اهل سنت نیز احادیثی وجود دارد که بر جواز نقل به معنا دلالت می کند.[۳۳]

---

۳۱. علامه میرزا ابوالحسن شعرانی در تعلیقه بر شرح اصول کافی نوشته مولی محمد صالح مازندرانی می نویسد: آنچه میان فقهای متأخر به خصوص فقهای بعد از شیخ انصاری شایع است که احکام شرعی را با دقت بسیار از الفاظ روایات استنباط می کنند مبتنی بر اساس درستی نیست؛ به خصوص که آنها ادعا می کنند که ظن اطمینانی به صدور روایات در دسترس وجود دارد و حجیت روایات بر پایه تعبد به آیه نبأ و مانند آن نیست، بلکه به جهت حصول اطمینان است و اطمینان علم عرفی است. حق این است که اگر آنها ادعا کنند که اطمینان به صدور این روایات با خصوصیات الفاظ آنها وجود دارد، چنانچه در فقه نیز به همین شکل استدلال می کنند، در پاسخ خواهیم گفت که ما علم قطعی داریم که روایات به این شکل صادر نشده اند و خصوصیات الفاظ صادر از معصومین(ع) در طول تاریخ حفظ نشده است و نه تنها اطمینان و ظن به صدور روایات با خصوص این الفاظ تحقق ندارد، بلکه وهم نیز وجود ندارد: (ر. ك: مازندرانی، محمد صالح، **شرح اصول الکافی**، ج۲، ص۲۱۴)

۳۲. **الکافی**، ج ۱، ص۵۱؛ **السرائر**، ج۳، ص۵۷۰؛ **وسائل الشیعة**، ج۲۷، ص۱۰۵.

۳۳. **کنز العمال**، ج۱۰، ص۲۲۳، حدیث۲۹۱۷۹؛ ص۲۳۱، حدیث۲۹۲۱۶.

تردیدی نیست که اگر ضرورتی وجود نداشته باشد، نقل الفاظ روایات بر نقل معنا رجحان دارد؛ زیرا در نقل به معنا این احتمال وجود دارد که راوی به همه زوایای معنای حدیث دست نیابد و در انتقال درست و دقیق معنا خطا کند. به همین جهت دانشمندان اصول در بیان اسباب ترجیح روایات هنگام تعارض آنها با یکدیگر، نقل لفظ را بر نقل به معنا مقدم می دارند.[۳۴] اینک با توجه به این مقدمه در باب جواز نقل به معنا و ضرورت آن در نقل روایات منسوب به معصومین(ع)، تردیدی نیست که حکم جواز نقل به معنا و نیز ضرورت آن در متنی فتوایی که به طور مستقیم به معصومین(ع) نسبت داده نشده به طریق اولی ثابت خواهد بود.

بی شک تبدیل یک متن روایی به یک متن فتوایی بدون نقل به معنا در بسیاری از موارد بلکه بیشتر موارد ممکن نیست؛ زیرا همه یا بخشی از موضوع مسئله فقهی در بسیاری از روایات در سوال راوی آمده و امام(ع) با پاسخ کوتاه خود که گاهی در حد یک کلمه آری یا خیر است حکم مسئله را روشن کرده است. در این صورت فتوا بر اساس متن روایت اقتضاء می کند که عبارت در پرسش راوی در متن فتوا جای گیرد و این جز با نقل به معنا ممکن نیست.

همچنین متن بسیاری از روایات در قالب یک قضیه شخصیه و یا خطاب به فرد خاصی می باشد و تبدیل این گونه موارد نیز به یک متن فتوایی که قالبی کلی و به صورت قضیه حقیقیه است جز با نقل به معنا ممکن نمی باشد. بنابراین جای هیچ تردیدی نیست که در همه آثار فقهی قرن چهارم و پنجم، حداقل این گونه موارد نقل به معنا به طور فراوان وجود دارد. یکی از معاصران در مقدمه کتابی که بر اساس شیوه فقه منصوص نگاشته است اذعان می دارد که شیوه قدما در کتاب هایی همچون مقنعه، هدایه و فقه الرضا و آثار دیگر مرسوم در عصر قدما، نقل معانی روایات بوده، نه الفاظ آن و آنها این معانی را با عبارت هایی که خود ابداع کرده

۳۴. فرائد الأصول، ج۴، ص۷۸.

بودند و در قالبی که ساخته خودشان بود قرار می دادند.[۳۵]

بهره گیری قدما از شیوه نقل به معنا که با مروری کوتاه در متن این گونه آثار و مقایسه آنها با روایات روشن می شود، منافاتی با آنچه شیخ طوسی در مورد آثار فقهی قدما گفته است، ندارد. او می گوید: فقهای امامیه در آثار فقهی خود به بیان صریح الفاظ روایات پرداخته اند.[۳۶] بی تردید مقصود شیخ از «صریح الفاظ» نفی هر گونه نقل به معنا نیست؛ زیرا او بیش از ما با این گونه کتاب ها و آثار آشنا بوده و به روشنی می دیده که نه تنها نویسندگان این کتاب ها پرهیزی از این مقدار نقل به معنا ندارند، بلکه امکان چنین کاری برای آنها وجود ندارد.

با توجه به جواز و رواج شیوه نقل به معنا، می توان گفت که قدما در بیان آرای فقهی خود علاوه بر بهره گیری از عین الفاظ روایات به نقل معانی روایات در قالب فتوا نیز می پرداختند و در عین حال این شیوه را القاء فتوا بر پایه نقل روایات می دانستند؛ زیرا در نگاه واقع بینانه و عرفی آنان، نقل معنای روایات در قالب الفاظ دیگر، بیان فتوا با بهره گیری از متون روایی و فقه منقول به شمار می رفته است.

در عین حال فقهای این عصر می کوشیدند در بیان فتوای خود حتی المقدور از الفاظ مهم و کلیدی در روایات که به نظر آنها تأثیر گذار در فهم روایت و صدور فتوا می باشند استفاده کنند و آنها را تغییر ندهند. به نظر می رسد مقصود شیخ طوسی از عدم تغییر «صریح الفاظ» توسط فقهای امامیه نیز همین گونه الفاظ است. پس بنابر گزارش شیخ طوسی، شیوه مرسوم فقهای آن عصر در تدوین متون فقهی غیر روایی، القاء فتوا در محدوده مسائل مطرح شده در روایات با استفاده از ضرورت های نقل به معنا و التزام به الفاظ مهم و کلیدی در روایات بوده است.

---

۳۵. مشکینی، علی، **الفقه المأثور**، ص ۸.

۳۶. **المبسوط**، ج ۱، ص۳.

فقها نیز با این که اعتماد بسیاری به آثاری مانند رساله شرایع علی بن بابویه داشتند، ولی در عین حال این آثار را هم پایه متون روایی قرار نمی دادند و فقط هنگام «فقدان نص» به این آثار مراجعه می کردند[۳۷] و این گویای این است که این آثار به دلیل وجود نقل به معنا، در عرض منابع روایی که در آنها بنا بر نقل الفاظ از اصول و منابع نخستین مکتوب است، نمی باشند و با وجود منابع روایی که از شیوه نقل الفاظ بهره می گیرد به منابعی که از شیوه نقل به معنا استفاده می کند نمی توان استناد کرد.

نقل به معنا در آثار مربوط به آثار فقهی قدما در بیش از موارد ضروری نیز یافت می شود. با اندك تأملی در متن این آثار و مقایسه آن با متون روایات روشن می شود که نقل به معنا در موارد فراوانی در آنها با تغییر در مواد مفردات الفاظ یا هیئت آنها یا هیئت ترکیب مفردات، صورت گرفته است در حالی که تغییر در هر یک از سه مورد مذکور می تواند موجب تغییر در ظهور روایت شود. یکی از فقهای معاصر نیز همین نکته را دلیل بر ضعف نظریه اصول متلقات قرار داده است.[۳۸] اینک به شواهدی از نقل به معنا در متون فقهی قدما که برخی از آنها متأثر از فهم خاص فقیه از نص می باشد اشاره می کنیم:

۱. در کتاب فقه الرضا این عبارت آمده است:

---

۳۷. **ذکری الشیعة فی أحکام الشریعة**، ج۱، ص ۵۱؛ **الحبل المتین**، ص ۱۸۸؛ **بحار الانوار**، ج۱۰، ص۴۰۵؛ **الفصول الغرویة**، ص۳۱۱؛ **قوانین الأصول**، ص۳۷۳؛ **جواهر الکلام**، ج۶، ص۱۳۶؛ ج۳، ص۲۴۱؛ ج۵، ص۲۰۸؛ **فرائد الأصول**، ج۱، ص۳۳۹؛ ج۲، ص۴۴۸؛ **مصباح الفقیه**، ج۱، ق۱، ص۲۶۱؛ **خاتمة المستدرك**، ج۱، ص۲۶۵؛ بجنوردی، **القواعد الفقهیة**، ج۵، ص۳۴۹؛ مقدس، **تقریرات البیع**، (تقریر بحث آیت اللّه سید محمد رضا گلپایگانی)، ج۱، ص۳۱۹.

۳۸. تجلیل، ابوطالب، **رسالة الشهرة**، ملحق به **کتاب البیع**(تقریرات درس آیت اللّه سید محمد حجت کوه کمری)، ص۴۴۲

و اعلم رحمك اللّه ان الصوم حجاب ضربه اللّه عزّ و جلّ على الألسن و الأسماع و الأبصار و سائر الجوارح لما له في عادة من سره و طهارة تلك الحقيقة حتى يستر به من النار.[39]

این عبارت برگرفته از بخشی از روایت امام زین العابدین(ع) معروف به رساله حقوق است. روایت مزبور در منابع روایی به این شکل نقل شده است:

حَقُّ الصَّوْمِ أَنْ تَعْلَمَ أَنَّهُ حِجَاب ضَرَبَهُ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ عَلَى لِسَانِكَ وَ سَمْعِكَ وَ بَصَرِكَ وَ بَطْنِكَ وَ فَرْجِكَ لِيَسْتُرَكَ بِهِ مِنَ النَّارِ.[40]

با مقایسه این دو عبارت روشن می شود که نویسنده فقه الرضا تا چه حد در الفاظ و حتی معانی این حدیث تصرف کرده است. روشن است که تعلیل «لما له فی عادة من سره و طهارة تلک الحقیقة» در متن روایت امام زین العابدین(ع) نیست و برداشت نویسنده فقه الرضا است.

۲. کتاب نهایه شیخ طوسی از مهم ترین متون فقهی قرن چهارم و پنجم است. بسیاری از فقها این کتاب را ناقل «متون اخبار» می دانند. در این میان برخی تصریح کرده اند که این کتاب «غالباً» این گونه است.[41] این تردید در مقدمه شیخ طوسی در مبسوط نیز دیده می شود. او در توصیف کتاب نهایه می گوید که همه مسائل یا بیشتر مسائل کتاب نهایه را با همان الفاظ منقول آوردم تا دیگران از آنچه نگاشته ام وحشت نکنند.[42] برخی از فقها در مورد کتاب مقنعه نیز همین تعبیر را به کار برده اند.[43] بنابراین با استناد به کلام شیخ طوسی و سایر فقهاء می توان ادعا کرد

۳۹. فقه الرضا، ص۲۰۲.
۴۰. من لایحضره الفقیه، ج۲، ص۶۲۰.
۴۱. الحدائق الناضرة، ج۵، ص۹۲؛ ج۱۶، ص۶۰، ریاض المسائل(ط. ق)، ج۲، ص۳۵۰؛ جواهر الکلام، ج۳، ص۲۴۱؛ ج۳۲، ص۶۲.
۴۲. المبسوط، ج ۱، ص۳.
۴۳. جواهر الکلام، ج۲۸، ص۴۱.

که بیشتر آنچه در کتاب نهایه و مقنعه آمده است مطابق الفاظ روایات است و مقصود از این مطابقت، نقل به معنای روایات است، زیرا کمتر می توان جملاتی در این دو کتاب یافت که نقل دقیق و بی کم و کاست الفاظ روایات باشد.

شیخ مفید در کتاب مقنعه و بیش از او شیخ طوسی در کتاب نهایه می کوشند احکام استنباط شده از روایات را با نظم و ترتیب مناسب و منطقی بیان کنند و پیام و معنای دریافت شده از روایات را در قالب الفاظ مناسب با یک متن فتوایی عرضه دارند. آن دو غالباً از الفاظی مطابق یا نزدیک به مفردات الفاظ روایات بهره می گیرند. اما برای ارائه یک متن فتوایی چاره ای جز تغییر در ترکیب الفاظ مفردات و هیئت آنها و بعضاً ماده مفردات ندارند. بی تردید بیشتر عبارات آن دو در این دو کتاب در نزدیکترین حالت به متن روایات، چیزی جز نقل به معنا نخواهد بود. آن دو بیش از شیخ صدوق در دو کتاب مقنع و هدایه به تصرف در ماده و هیئت الفاظ روایات و ترکیب آنها با یکدیگر پرداخته اند تا علاوه بر ایجاد نظم و ارتباط منطقی میان فروع، به متنی فتوایی دست یابند.

تردیدی نیست که اجتهاد و استنباط این دو فقیه در به کارگیری الفاظی که در روایات دیده نمی شود نقش اساسی دارد به عنوان مثال، در این دو کتاب ـ و بخصوص کتاب نهایه ـ پیوسته از مشتقات وجوب، حرمت، استحباب، کراهت، جواز، اشتراط، اخلال، نقض، اجزاء، صحت و بطلان برای بیان احکام تکلیفی و وضعی استفاده شده است، در حالی که در بسیاری از روایات این الفاظ دیده نمی شود و به کارگیری آنها نتیجه استنباط فقهی نویسنده از روایات است.

شیخ مفید و شیخ طوسی معمولاً در الفاظ کلیدی روایات که نقش اساسی در فهم حکم دارند تصرف نمی کنند؛ مثلاً شیخ طوسی در مورد قاتلی که فرار کرده است و مالی نیز ندارد می گوید: دیه از «الأقرب فالأقرب» از کسانی که از او ارث

می برند گرفته می شود.[۴۴] عبارت «الأقرب فالأقرب» دقیقاً برگرفته از روایات است[۴۵] ولی همین عبارت را هم تفسیر می کند به کسانی که از او ارث می برند، در حالی که این تفسیر در روایات وجود ندارد.

۳. یکی از نکات قابل توجه در آثار قدما، بهره گیری آنان از شیوه نقل به معنا در نقل روایاتی است که به طور صریح و مستقیم به امامان معصوم(ع) نسبت داده اند. در کتاب هدایه روایاتی وجود دارد که به طور مستقیم به امام معصوم(ع) نسبت داده شده است. با بررسی بعضی از این روایات به این نتیجه می رسیم که شیخ صدوق در نقل این گونه روایات از شیوه نقل به معنا استفاده کرده است. برای بررسی این موضوع، بخشی از کتاب را انتخاب کرده و به بررسی روایات آن می پردازیم. شانزده باب نخست از ابواب صوم در کتاب هدایه را مورد پژوهش قرار می دهیم.[۴۶] در این شانزده باب، بیست و دو روایت نقل شده است که نُه روایت آن در کتب اربعه یا منابع مقدم بر هدایه بدون تغییری در الفاظ و یا با کمترین تغییر که در حد اختلافات جزئی در نسخ می باشد، آمده است. گزارش در مورد سایر روایات بدین قرار است:

متن روایت اول این گونه است:

قال الصادق(ع): **الصوم للرؤية و الفطر للرؤية، و ليس بالرأى و لا التظنى، و ليس الرؤية أن يراه واحد و لا اثنان و لا خمسون.**[۴۷]

با مقایسه این روایت با روایات منقول در کتاب من لایحضره الفقیه[۴۸] این نتیجه به دست می آید که نویسنده دو روایت مختلف در کتاب من لایحضره الفقیه را که

۴۴. **النهاية و نكتها**، ج۳، ص۳۶۵.
۴۵. **وسائل الشيعة**، ج۲۹، ص۳۹۵.
۴۶. **الهدايه**، ص۱۸۳ ـ ۱۹۶.
۴۷. **الهدايه**، ص۱۸۳.
۴۸. **من لايحضره الفقيه**، ج۲، ص۱۲۳.

یکی از امام صادق(ع) و دیگری از امام باقر(ع) است، با یکدیگر تلفیق کرده و جمله «و لیس بالرأی و لا التظني» را که در روایت امام باقر(ع) است، میان روایت امام صادق(ع) داخل نموده و به عنوان روایت واحدی به امام صادق(ع) نسبت داده است.

روایت پنجم،[۴۹] ششم،[۵۰] دوازدهم،[۵۱] چهاردهم[۵۲] و هجدهم[۵۳] نسبت به آنچه در من لایحضره الفقیه و دیگر آثار آمده است تفاوت در الفاظ دارند، هر چند در معنا با آنها ثابت است. روایت هفتم از امام صادق(ع) درباره دعای هنگام رؤیت هلال است.[۵۴] عبارات منقول در این روایت در هیچ کتاب دیگری به امام معصوم(ع) نسبت داده نشده است. اما همین عبارات در فقه الرضا و مقنع بدون استناد به شخص خاصی ذکر شده[۵۵] و شیخ صدوق آن را در من لایحضره الفقیه به پدرش نسبت داده است.[۵۶] جای تعجب است که شیخ صدوق این عبارات را در هدایه به امام صادق(ع) و در من لایحضره الفقیه به پدرش نسبت می دهد! روایت یازدهم بدین قرار است:

قال الصادق(ع): **إذا صمت فليصم سمعك و بصرك و فرجك و لسانك، و تغضّ بصرك عمّا لايحلّ النظر اليه، و السمع عمّا لايحلّ استماعه إليه، و**

۴۹. **الهدایه**، ص۱۸۴؛ **من لایحضره الفقیه**، ج۲، ص۱۲۵؛ **المقنع**، ص۱۸۷؛ **الکافی**، ج۴، ص۸۰، ۸۱.
۵۰. **الهدایه**، ص۱۸۵؛ **المقنع**، ص۱۸۳؛ **تهذیب الاحکام**، ج۴، ص۱۵۹.
۵۱. **الهدایه**، ص۱۸۹؛ **من لایحضره الفقیه**، ج۲، ص۱۱۸.
۵۲. **الهدایه**، ص۱۹۱؛ **الکافی**، ج۴، ص۱۱۰.
۵۳. **الهدایه**، ص۱۹۴؛ **الکافی**، ج۴، ص۱۰۷
۵۴. **الهدایه**، ص۱۸۷.
۵۵. **فقه الرضا**، ص۲۰۶؛ **المقنع**، ص۱۸۵.
۵۶. **من لایحضره الفقیه**، ج۲، ص۱۰۰.

اللسان من الکذب و الفحش. [57]

شیخ صدوق این روایت را در کتاب من لایحضره الفقیه این گونه نقل کرده است:

إذا صُمْتَ فَلْیَصُمْ سَمْعُكَ وَ بَصَرُكَ وَ شَعْرُكَ وَ جِلْدُكَ ـ وَ عَدَّدَ أَشْیَاءَ غَیْرَ هَذَا وَ قَالَ: ـ لایَکُونُ یَوْمُ صَوْمِكَ کَیَوْمِ فِطْرِكَ. [58]

این روایت در سایر منابع روایی نیز مانند من لا یحضره الفقیه نقل شده است.[59] سه جمله ای که در پایان روایت آمده و از نظر معنا در ادامه روایت می باشد در هیچ منبع روایی یافت نمی شود و به نظر می رسد که توضیح شیخ صدوق است که با روایت در هم آمیخته است. به علاوه شیخ صدوق کلماتی را قبل از این سه جمله بر متن روایت و در جهت توضیح آن افزوده و کلماتی را نیز کاسته است. روایت سیزدهم عبارت است از:

قال الصادق(ع): لا بأس أن یشمّ الصائم الطیب، إلاّ المسحوق منه، لأنّه یصعد منه إلی دماغه. [60]

در منابع دیگر روایی مستثنا و تعلیل بعد از آن نیامده و ظاهراً توضیح شیخ صدوق است.[61] روایت پانزدهم پاسخ منفی امام صادق(ع) به سؤال در مورد جواز سعوط و احتقان برای روزه دار است که شیخ صدوق آن را حمل بر کراهت کرده است[62] در حالی که در منابع روایی دو روایت مختلف در این مورد وارد شده است. یک روایت از امام رضا(ع) در مورد عدم جواز احتقان برای روزه دار و

۵۷. **الهدایه**، ص۱۸۹.
۵۸. **من لایحضره الفقیه**، ج۲، ص۱۰۸.
۵۹. **الکافی**، ج۴، ص۸۷؛ **تهذیب الاحکام**، ج۴، ص۱۹۴؛ **مقنعه**، ص۳۱۰.
۶۰. **الهدایه**، ص۱۹۱.
۶۱. **من لایحضره الفقیه**، ج۲، ص۱۱۲؛ **الکافی**، ج۴، ص۱۱۳.
۶۲. **الهدایه**، ص۱۹۲.

روایت دیگری از امام صادق(ع) در مورد کراهت سعوط برای روزه دار.[۶۳] گویا شیخ صدوق دو روایت را به هم ضمیمه کرده و نتیجه را به امام صادق(ع) نسبت داده است.

روایت هفدهم در مورد جواز سرمه کشیدن برای روزه دار به دو داروی «صَبِر» و «حُضَض» و عدم جواز به «مسک» است.[۶۴] در حالی که حکم «حُضَض» و «مسک» در روایات جداگانه آمده و حکم جواز سرمه کشیدن به «صَبِر» فقط در روایتی در مورد شخص مُحرم آمده است؛ نه شخص روزه دار.[۶۵] روایت بیست و دوم نقل به معنا از چند روایت مختلف است و برخی از الفاظ آن در هیچ روایت مربوط به موضوع آن دیده نمی شود.[۶۶]

با توجه به این که شیخ صدوق در این کتاب، در نقل روایاتی که به طور مستقیم به امام معصوم(ع) نسبت داده است اینچنین دست خود را باز می دیده و با چنین تصرفاتی به نقل روایات می پرداخته است، می توان انتظار داشت که تصرفات او در آن بخش از کتاب که منتسب به امام معصوم(ع) نیست بسیار بیش از این باشد. چنانچه آشکار شد روایات منقول در کتاب هدایه وضعیت آشفته ای دارند. اما کتاب مقنع شیخ صدوق که شباهت فراوانی در ظاهر به هدایه دارد در چنین وضعیتی نیست. برای بررسی این موضوع بخشی از کتاب مقنع را مورد پژوهش قرار می دهیم.

---

۶۳. **من لایحضره الفقیه**، ج۲، ص۱۱۱؛ **الکافی**، ج۴، ص۱۱۰؛ **تهذیب الاحکام**، ج۴، ص۲۰۴، ۲۱۴.

۶۴. **الهدایه**، ص۱۹۳.

۶۵. **من لایحضره الفقیه**، ج۲، ص۱۱۰؛ **الکافی**، ج۴، ص۱۱۱و ۳۵۷؛ **الاستبصار**، ج۲، ص۸۹؛ **تهذیب الاحکام**، ج۴، ص۲۵۸.

۶۶. **الهدایه**، ص۱۹۵؛ **من لایحضره الفقیه**، ج۲، ص۱۳۰؛ **الکافی**، ج۴، ص۹۶؛ **تهذیب الاحکام**، ج۴، ص۱۸۴، ۲۶۸.

در بخش نخست باب حج از کتاب مقنع، نوزده روایت به طور مستقیم به امام معصوم(ع) نسبت داده شده است.[۶۷] از مقایسه این روایات با روایات منقول در کتب اربعه به این نتیجه می رسیم که شیخ صدوق در نقل روایات در کتاب مقنع روش متفاوتی نسبت به کتاب هدایه دارد. او در مقنع از نقل به معنای روایات پرهیز می کند و به نقل الفاظ روایات بر اساس منابع مکتوب روایی می پردازد. به همین جهت روایات منقول در این بخش بدون اختلاف قابل توجه ای در کتب اربعه یافت می شود و اختلافات در حد اختلاف جزئی نسخ است که میان کتب اربعه با یکدیگر نیز دیده می شود.

پس بی جهت نیست که توجه و اهتمام فقها و محدثان به کتاب مقنع بیش از کتاب هدایه بوده است؛ زیرا کتاب مقنع حداقل در نقل روایات از دقت بسیار بیشتری برخوردار است. احتمال دارد که کتاب هدایه در موقعیتی مانند سفر تألیف شده که شیخ صدوق دسترسی به بسیاری از منابع مکتوب نداشته و در نقل روایات از حافظه خود بهره می گرفته است.

بنابراین می توان گفت که آثار فقهی قدما در موقعیت یکسانی نیستند و در مورد اعتماد نویسندگان آنان برای بیان فتاوای خود به الفاظ روایات نمی توان به داوری یکسانی رسید؛ بلکه هر کتابی می بایست در این زمینه به طور جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

۳. فتاوای بدون مستند روایی

گاهی در آثار قدما فتاوایی وجود دارد که هیچ مستند روایی برای آن یافت نمی شود. این ادعا که در این گونه موارد قدما مستند روایی در اختیار داشته اند که به دست ما نرسیده است، ادعایی بعید است؛ زیرا مقصود ما از قدما کسانی مانند

۶۷. المقنع، ص۲۱۵ـ۲۶۹.

علی بن بابویه، شیخ صدوق، شیخ مفید، سید مرتضی، شیخ طوسی و فقهای مانند آنها در آن عصر می باشند. آثار این گروه از فقها در دسترس ما است و مجامع روایی بزرگ شیعه؛ یعنی کتب اربعه توسط برخی از همین فقها و حتی کلینی که قبل از آنان می زیسته نگاشته شده است. در این صورت بعید است که فتوایی میان این گروه از فقها شکل گیرد که دارای مستند روایی بوده و آنان به استناد آن روایت یا روایات فتوا داده اند، ولی هیچیک از آنان در منابع و مجامع روایی و فقهی خود به نقل آن نپرداخته اند!

شاهد بر ضعف احتمال فوق این است که فقهای متأخر در قبال موارد متعددی از این گونه فتاوای قدما، مطالبه دلیل کرده و فقدان مستند را دلیل بر ضعف فتوا قرار داده اند. آنان در این گونه موارد مدعی نمی شوند که قدما مستند روایی در اختیار داشته اند که به دست ما نرسیده است. برخی از این موارد بدین قرار است:

۱. محقق حلی به فتوای شیخ مفید و شیخ طوسی به تغلیظ دیه در حرم مکه اشکال می کند که تغلیظ دیه در ماه حرام منصوص است، ولی من برای تغلیظ دیه در حرم مستندی نیافتم و آنها نیز برای فتوای خود مستندی ذکر نکرده اند، از این رو از آنان مطالبه دلیل می کنیم.[۶۸] او در موارد دیگری نیز مستندی برای فتاوای شیخ در نهایه نمی یابد و از او مطالبه دلیل می کند.[۶۹]

۲. صاحب حدائق نیز اشکال بند قبل را در مورد فتوای دیگری از شیخ مطرح کرده و اشاره می کند که موارد دیگری نیز از فتاوای شیخ در کتاب نهایه وجود دارد که مستند روایی برای آنها نیست و ما در جای خود به آنها تصریح کرده ایم. سپس می گوید: محتمل است شیخ در این گونه موارد نصی در اختیار داشته که به دست ما نرسیده است، ولی این احتمال بعید است و نمی توان بر این اساس به این گونه

۶۸. **النهایة و نکتها**، ج۳، ص۴۰۵.

۶۹. **النهایة و نکتها**، ج۲، ص۳۶۳، ص۴۵۶؛ ج۳، ص۶۶، ص۴۱۱، ص۴۵۵.

فتاوا اعتماد کرد.[۷۰]

گاهی برخی فقهای متاخر در قبال فتاوای فاقد مستند روایی از سوی قدما، موضع دیگری اتخاذ کرده اند و مدعی شده اند که آنان نصی در اختیار داشته اند که ما به آن دسترسی نداریم. نمونه ای از این گونه موضع گیری را صاحب حدائق به ابن ادریس نسبت می دهد و آن را مردود می شمارد. او می گوید: ابن ادریس پنداشته است که فتاوای فاقد مستند شیخ طوسی در کتاب نهایه که نقل متون اخبار است برگرفته از روایاتی است که به دست دیگران نرسیده است، البته ابن ادریس اینگونه روایات را خبر واحد و بی اعتبار تلقی کرده و خود بر اساس آنها فتوا نمی دهد.[۷۱]

آیت اللّه بروجردی در مورد فتوای شیخ مفید و شیخ طوسی به حرمت پوشیدن نعل سندی و شُمشک در نماز، همین ادعا را مطرح کرده و خود نیز به اعتماد نصی که در اختیار این دو فقیه بوده و از دسترس ما دور مانده است، فتوا به حرمت می دهد. او مدعی است که محقق حلی نیز در کتاب معتبر از فتوای این دو فقیه استکشاف نص کرده و بر همین اساس فتوا به حرمت داده است،[۷۲] در حالی که سخن محقق حلی در کتابش پیام دیگری دارد. او بعد از ذکر فتوا، به فعل پیامبر(ص) و صحابه و تابعین در عدم استفاده از این دو در نماز استناد می کند. محقق می گوید: «نماز در آنچه روی پا را می پوشاند و دارای ساق نیست مانند نعل سندی و شمشک جایز نمی باشد. این سخن را شیخان در مقنعه و نهایه گفته اند و مستند آن فعل پیامبر(ص) و عمل صحابه و تابعین است».[۷۳]

---

۷۰. **الحدائق الناضره**، ج۲۲، ص۶۳۷.

۷۱. همان.

۷۲. **تقریر بحث السید البروجردی**، ج۱، ص۲۸۸.

۷۳. **المعتبر**، ج۲، ص۹۳.

البته آیت‌اللّه بروجردی نیز از جمله ادله مطرح شده برای فتوا به حرمت را فعل پیامبر(ص) و عمل صحابه و تابعین ذکر می‌کند ولی این ادله را رد می‌کند. در تقریرات دیگری از دروس آیت‌اللّه بروجردی ضمن نقل فتوای محقق حلی، مبنای استکشاف نص به او نسبت داده نشده است.[۷۴]

مواردی یافت می‌شود که قدما فتوایی بدون مستند روایی داده‌اند، ولی این احتمال وجود دارد که مستند آنها در واقع دلیل عقلی یا قاعده فقهی و یا اصل عملی باشد. به برخی از این موارد اشاره می‌کنیم:

۱. محقق حلی در مورد فتوای مهم و شاذ شیخ مفید به رجوع عاقله به قاتل برای گرفتن دیه که شیخ مفید برای آن مستندی ذکر نکرده است،[۷۵] احتمال وجود دلیلی از قواعد عقلی و فقهی می‌دهد. به نظر او «گویا نظر شیخ بر این بوده که چون عاقله با پرداخت دیه دچار خسارت شده است می‌تواند به قاتل رجوع کند». ولی محقق این دلیل را ضعیف می‌شمارد.[۷۶]

۲. محقق حلی در ذیل مسئله قبل به بررسی فتوایی از شیخ طوسی می‌پردازد. شیخ فتوا می‌دهد که اگر عاقله مالی نداشت و قاتل دارای مال بود، دیه از مال قاتل پرداخت می‌شود. محقق در توضیح دلیل شیخ می‌گوید که چون جانی سبب اتلاف بوده است پس اصل در ضمان دیه، ذمه اوست و عدول به عاقله خلاف اصل است و در صورت تعذر استیفاء دیه از عاقله به اصل اولی رجوع می‌شود.[۷۷]

---

۷۴. **نهایة التقریر**، ج۱، ص۳۹۶.

۷۵. **المقنعه**، ص ۷۳۷. در موارد جنایت خطا، مسئول پرداخت دیه عاقله جانی است. این فتوا مورد اتفاق فقها است. شیخ مفید بر خلاف سایر فقها معتقد است که عاقله پس ازپرداخت دیه می‌توانند به جانی مراجعه کنند و دیه را از او بگیرند.

۷۶. **النهایة و نکتها**، ج۳، ص۳۶۶.

۷۷. همان، ص۳۶۷.

این استدلال در کلام فقهای معاصر نیز تکرار شده است.[۷۸]

۳. شیخ مفید فتوا به بطلان نماز در لباس و مکان غصبی و وجوب اعاده آن داده است.[۷۹] سید مرتضی و شیخ طوسی نیز همین گونه فتوا می دهند.[۸۰] دلیل منقولی که دلالت صریح بر این فتوا داشته باشد وجود ندارد. شیخ طوسی نیز در توضیح کلام شیخ مفید به قاعده اصولی «دلالت نهی بر فساد» و عدم امکان قصد قربت در چنین نمازی استناد می کند.[۸۱]

روشن شد که قدما همیشه به استناد روایات فتوا نمی دادند، بلکه گاهی مستند آنها قواعد فقهی و اصولی بوده است. از این رو نمی توان پیوسته از فقدان مستند روایی برای فتوایی به این نتیجه رسید که مستند آنها روایتی بوده است که به دست ما نرسیده است.

۴. فتاوای خلاف اجماع

در مهم ترین منابع فقهی قدما فتاوایی وجود دارد که مخالف اجماع فقهای امامیه است. وجود این فتاوا دلیل بر این است که همه آنچه در این آثار آمده برگرفته از روایات معتبر نیست. ممکن است مستند برخی از این موارد روایتی شاذ و متروك بوده و یا فهم نادرست نویسنده از کتاب و سنت موجب فتوا شده باشد. اینک به برخی از این موارد اشاره می شود:

۱. در کتاب فقه الرضا فتاوایی وجود دارد که خلاف اجماع فقهای امامیه است و فاقد مستند روایی است یا مستند روایی معتبری ندارد؛ مانند این که نویسنده

۷۸. مبانی تکملة المنهاج، ج۲، ص۴۵۰.
۷۹. المقنعه، ص۱۴۹.
۸۰. النهایه، ص۹۴؛ جمل العلم و العمل، ص۶۴.
۸۱. تهذیب الاحکام، ج۲، ص۲۰۲.

برای تشخیص کرّ بودن آب برکه می گوید: سنگی در وسط آن انداخته شود، اگر امواج آب به اطراف برکه رسید، کرّ نیست و اگر نرسید کرّ است.[۸۲] او دبّاغی پوست میته حیوان را موجب طهارت آن می داند.[۸۳] همچنین حضور دو شاهد در عقد نکاح دائم را لازم می شمارد.[۸۴] به نظر او دو سوره پایانی قرآن کریم از قرآن نیست و دیگران داخل قرآن کرده اند.[۸۵]

نویسنده فقه الرضا در بحث وضو فتوای غریبی دارد. او می گوید: اگر کسی دو پایش را در وضو شست و فراموش کرد که مسح بکشد وضویش صحیح است؛ زیرا بیش از آنچه بر او واجب بوده انجام داده است. سپس استدلال می کند که قرآن کریم در وضو شستن پا را هم مانند مسح پا جایز می داند، زیرا کلمه «اَرْجُلَکُمْ» در آیه شریفه به نصب و جر قرائت شده و در صورت اول غسل و در صورت دوم مسح جایز خواهد بود.[۸۶] پس هرچند جواز شستن پا در صدر فتوای نویسنده مختص به موردی است که مسح را فراموش کرده است ولی تعلیل او به این که وضو گیرنده بیش از آنچه بر او واجب بوده انجام داده است و نیز استدلال او به دو قرائت در آیه شریفه، این نتیجه را در پی خواهد داشت که مشروعیت شستن پا در وضو مقید به فرض فراموشی مسح نیست.

البته روایات معدودی وجود دارد که دلالت بر جواز شستن پا می کند،[۸۷] ولی فقها این روایات را حمل بر تقیه کرده اند. به علاوه تعلیل و استدلال نویسنده فقه الرضا در این روایات نیامده و برداشت او از قرآن کریم و احکام وضو است. این

۸۲. **فقه الرضا**، ص۹۱.
۸۳. همان، ص۳۰۲.
۸۴. همان، ص۲۳۲.
۸۵. همان، ص۱۱۳.
۸۶. همان، ص۷۹.
۸۷. **تهذیب الاحکام**، ج۱، ص۶۴، ۶۶.

فتوا و استدلال نویسنده برآن به روشنی گویای این است که نویسنده فقه الرضا که از اقدم قدما است و کتاب او بیشترین شباهت را به متون روایی دارد فقط بر اساس دلالت صریح الفاظ روایات فتوا نمی داده، بلکه گاهی مستند او در فتوا، استنباط و اجتهاد خاصش از قرآن و روایات بوده است.

۲. شیخ صدوق باب خمس در کتاب هدایه را با این جمله آغاز می کند:

کل شيء تبلغ قيمته ديناراً ففيه الخمس؛[۸۸] هر آنچه قیمتش به یک دینار برسد خمس دارد.

اطلاق این جمله شامل هر گونه مالی می شود؛ اعم از آن که در زمره موارد وجوب خمس باشد یا خیر. در حالیکه نصاب یک دینار در روایات برای ذخایر دریایی و معادن قرار داده شده است[۸۹] و شیخ صدوق موضوع این روایت را نه تنها به همه موارد وجوب خمس توسعه داده است، بلکه اطلاق کلام او شامل هر گونه مالی نیز می شود.

۳. یکی دیگر از فتاوای مخالف اجماع همه علمای اسلام در کتاب هدایه، فتوا به تقدیم نماز بر خطبه در نماز جمعه است. شیخ صدوق می گوید: اولین کسی که خطبه های جمعه را قبل از نماز خواند عثمان بود، زیرا مردم بعد از دیدن عملکرد او در حکومت، میلی به شنیدن خطبه های او نداشتند.[۹۰] او در آثار دیگرش نیز این فتوا را تکرار کرده[۹۱] و در من لایحضره الفقیه روایتی مرسل از امام صادق(ع) نقل می کند که اولین کسی که خطبه را در روز جمعه بر نماز مقدم کرد عثمان بود.[۹۲]

---

۸۸. **الهدایه**، ص۱۷۷.

۸۹. **وسائل الشیعة**، ج۹، ص۴۹۹.

۹۰. **الهدایه**، ص۱۴۶.

۹۱. **عیون اخبار الرضا**، ج۱، ص۱۱۸؛ **علل الشرایع**، ج۱، ص۲۶۵.

۹۲. **من لایحضره الفقیه**، ج۱، ص۴۳۲.

در حالی که شیخ کلینی روایت مسند و معتبری از امام صادق(ع) در مورد نماز عید فطر و عید قربان نقل می کند که در این دو نماز خطبه بعد از نماز است و عثمان بود که خطبه را قبل از نماز خواند.[۹۳] شیخ طوسی نیز این روایت را از کلینی نقل کرده است.[۹۴] او روایت صحیح دیگری نیز از محمد بن مسلم از امام باقر(ع) یا امام صادق(ع) در مورد نماز عیدین نقل می کند که آن حضرت تصریح کرد که نماز قبل از دو خطبه است و اولین کسی که نماز را بعد از خطبه خواند عثمان بود.[۹۵] فقها نیز در مبحث نماز عید ضمن بیان این که خطبه بعد از نماز است به این دو روایت اشاره کرده اند که عثمان اولین کسی بود که خطبه را قبل از نماز عید خواند.[۹۶]

بنابراین مطابق روایات معتبر در کافی و تهذیب، عثمان خطبه های نماز عید را بر نماز مقدم کرد در حالی که به اجماع شیعه و سنی خطبه ها در نماز عیدین بعد از نماز است.[۹۷] اما شیخ صدوق روایت تقدیم خطبه توسط عثمان را در مورد نماز جمعه نقل کرده است و در نتیجه فتوا به تأخیر خطبه از نماز داده است؛ در حالی که تردیدی نزد فقهای شیعه و سنی در تقدیم خطبه بر نماز در نماز جمعه نیست.

شیخ حر عاملی احتمال داده است که لفظ جمعه در روایت صدوق، اشتباهی از راوی یا ناسخ باشد و اصل آن، نماز روز عید باشد. همچنین احتمال داده است که نماز عیدی که عثمان خطبه های آن را قبل از نماز خوانده در روز جمعه بوده باشد.[۹۸] روشن است که هر دو احتمال صاحب وسائل در مورد روایت شیخ

۹۳. **الکافی**، ج۳، ص۴۶۰.
۹۴. **تهذیب الاحکام**، ج۳، ص۱۲۹.
۹۵. همان، ج۳، ص۲۸۷.
۹۶. **المقنعه**، ص۲۰۲؛ **المعتبر**، ج۲، ص۳۲۴؛ **تذکرة الفقهاء**، ج۴، ص۱۳۶؛ **معتصم الشیعة**، ج۱، ص۱۷۷.
۹۷. **الخلاف**، ج۱، ص۶۶۳؛ **تذکرة الفقهاء**، ج۴، ص۱۳۶.
۹۸. **وسائل الشیعة**، ج۷، ص۳۳۳.

صدوق در کتاب من لایحضره الفقیه با توجه به فتوای صریح او در کتاب هدایه، مردود است؛ زیرا او در کتاب هدایه به صراحت می گوید که دو رکعت نماز جمعه بر خطبه مقدم است و حتی در بیان علت این حکم می گوید چون نماز جمعه جانشین نماز ظهر است و دو خطبه به جای دو رکعت آخر نماز می باشد پس می بایست بعد از نماز خوانده شود. به علاوه در روایات اهل سنت نیز آمده است که بنی امیه از جمله مروان بن حکم بر خلاف سنت پیامبر(ص) خطبه را در نماز عید مقدم می کردند تا مردم مجبور به شنیدن خطبه باشند.[۹۹]

به نظر مجلسی اول، شیخ صدوق روایات مربوط به بدعت عثمان در مقدم کردن خطبه را عام پنداشته و گمان کرده که شامل نماز جمعه هم می شود، از این رو فتوا داده که خطبه ها در نماز جمعه و عیدین بعد از نماز است و مقدم کردن آنها بدعت عثمان است.[۱۰۰] این توضیح برای فتوای شیخ صدوق پسندیده است و بر مبنای آن می توان گفت که این فتوای شیخ در کتاب هدایه و سایر آثارش مبتنی بر فهم منحصر به فرد او از روایات در این مورد است.

نکته مهم دیگری که از بررسی این موضوع می توان نتیجه گرفت این است که نه تنها شیخ صدوق فهم خاص خود از روایات را در بیان فتوایش تاثیر داده، بلکه گویا در نقل مستقیم روایت از امام معصوم(ع) نیز به نقل به معنا پرداخته و معنای خاصی را که خود از روایت فهمیده با الفاظی صریح در آن معنای خاص به امام معصوم(ع) نسبت داده است. گویا او در نقل روایت مرسل از امام صادق(ع) لفظ «یوم الجمعة» را افزوده است، زیرا بعید است که این روایت غیر از دو روایت نقل

۹۹. صحیح بخاری، ج۲، ص۴؛ مسند احمد، ج۳، ص۴۹؛ المحلّی، ج۵، ص۸۲؛ المغنی، ج۲، ص۲۴۴، المبسوط، سرخسی، ج۲، ص۳۷؛ بدائع الصنائع، ج۱، ص۲۷۴.

۱۰۰. روضة المتقین، ج۲، ص۶۰۸؛ لوامع صاحبقرانی، ج۴، ص۵۸۸.

شده در کافی و تهذیب باشد. در این صورت دامنه نقل به معنا بنابر فهم خاص ناقل، از محدوده القای فتوا به نقل مستقیم روایات توسعه می یابد.

۵. اختلاف آراء میان قدما

قدما در فتاوای بسیاری با هم اختلاف دارند و این اختلاف ها در بیشتر موارد به جهت وجود روایات معارض یا اجمال و ابهام در روایات است که موجب فهم متفاوت آنان در حل تعارض روایات یا ترجیح بعضی روایات بر بعضی دیگر و یا تفسیر روایات مجمل شده است. بنابراین نمی توان ادعا کرد که همه فتاوای آنان در کتابهایشان دقیقاً الفاظ روایات است، بلکه در اینگونه موارد، فتاوای ایشان نتیجه فهم خاص آنها از روایات می باشد. اینک به برخی از این موارد اشاره می شود:

۱. روایات متعدد و مختلفی در مورد وضو، غسل و تیمم با برف و یخ(الثلج) وارد شده است.[۱۰۱] شیخ مفید و شیخ طوسی در مورد وضو و غسل با برف و یخ فتوا می دهند که اگر کسی در سرزمینی از برف و یخ بود و دسترسی به آب برای وضو و غسل، و خاك برای تیمم نداشت، دست خود را روی برف و یخ گذارد و رطوبت آن را بر صورت و دستها کشد و اعمال وضو و غسل را بدین طریق انجام دهد. آنان در بیان این حکم به تشریح هر یک از اعمال وضو پرداخته اند.[۱۰۲] بعضی دیگر از فقها نیز این قول را برگزیده اند.[۱۰۳]

سلاّر دیلمی در چنین موردی به تیمم با برف و یخ به جای وضو و غسل با رطوبت برف و یخ فتوا داده است.[۱۰۴] این قول به سید مرتضی و ابن جنید نیز

۱۰۱. وسائل الشیعه، ج۳، ص۳۵۳.
۱۰۲. **المقنعه**، ص۳۸؛ **النهایة و نکتها**، ج۱، ص۲۲۶؛ **المبسوط**، ج۱، ص۳۱.
۱۰۳. **المهذب**، ج۱، ص۴۵.
۱۰۴. **المراسم**، ص۵۳.

منسوب است.[۱۰۵] ابن ادریس رأی سومی دارد. به نظر او در چنین مواردی، تیمم با برف و یخ، و وضو و غسل با رطوبت آن جایز نیست و مکلف فاقد الطهورین است و تکلیف به نماز از او ساقط می باشد.[۱۰۶] محقق حلی نیز فتوای شیخ مفید و شیخ طوسی مبنی بر وضو و غسل با کشیدن رطوبت برف و یخ بر اعضا را نمی پذیرد و معتقد است آبی که برای وضو و غسل استعمال می شود باید به قدری باشد که صدق غَسل کند و بر اعضا جاری شود.[۱۰۷] پس از او نیز بعضی از فقهاء رأی او را برگزیده اند.[۱۰۸]

اختلاف فقهاء در مشروعیت وضو و غُسل با رطوبت برف و یخ به قدری که صدق غَسل نکند و نیز مشروعیت تیمم بر برف و یخ، ناشی از اختلاف روایات و در نتیجه اختلاف فقهاء در حل تعارض روایات است؛ چنانچه فقهای متاخر به این نکته تصریح کرده اند.[۱۰۹]

۲. بنابر روایتی از امام صادق(ع) یکی از آداب مستحبی بعد از دخول به کعبه، اقامه دو رکعت نماز میان دو اسطوانه و روی رخامه حمراء است. در رکعت اول سوره حم سجده خوانده می شود و در رکعت دوم به عدد آیات آن از قرآن قرائت می شود. متن روایت بدین قرار است:

تَقْرَاءَ فِي الرَّكْعَةِ الأُولَى حم السَّجْدَةَ وَ فِي الثَّانِيَةِ عَدَدَ آيَاتِهَا مِنَ الْقُرآنِ؛[۱۱۰]

در رکعت نخست سوره حم سجده را می خوانی و در رکعت دوم به تعداد آیات آن از قرآن قرائت می کنی.

---

۱۰۵. **مختلف الشیعه**، ج۱، ص۴۲۳؛ **ذکری الشیعه**، ج۱، ص۱۸۱.

۱۰۶. **السرائر**، ج۱، ص۱۳۸.

۱۰۷. **المعتبر**، ج۱، ص۳۸.

۱۰۸. **تحریر الاحکام**، ج۱، ص۵۵؛

۱۰۹. **جامع المقاصد**، ج۱، ص۴۸۵؛ **الحدائق الناضرة**، ج۴، ص۳۰۸؛ **جواهر الکلام**، ج۵، ص۱۵۰.

۱۱۰. **وسائل الشیعة**؛ ج۱۳، ص۲۷۵.

ضمیر در «آیَاتِهَا» ممکن است به حم سجده(فصلت) برگردد. در این صورت، مقصود تعداد آیات این سوره ؛ یعنی ۵۴ آیه است و ممکن است به سجده برگردد و در این صورت، مقصود تعداد آیات سجده واجب در قرآن؛ یعنی۴ آیه می باشد.

به نظر می رسد ظهور روایت در وجه اول بیشتر است. اما بیشتر فقها از همان تعبیر در روایت استفاده کرده اند و اجمال آن را برطرف نکرده اند.[۱۱۱] شیخ مفید، سلاّر دیلمی و ابن برّاج به صراحت وجه دوم را برگزیده و گفته اند: «به عدد آیات سجده در قرآن».[۱۱۲] شهید اول، شهید ثانی و برخی دیگر از فقها وجه اول را برگزیده و گفته اند مقصود ۵۴ آیه است.[۱۱۳] بنابراین فتوای شیخ مفید، سلاّر دیلمی و ابن براج که از قدما می باشند، نتیجه فهم خاص آنان از روایت است.

۳. با مراجعه به کتاب مختلف الشیعه می توان به موارد بسیاری از اختلاف آراء قدما دست یافت که ناشی از اختلاف روایات یا اختلاف فقها در فهم روایات یا فقدان مستندی روایی برای بعضی از اقوال است. برای بررسی این موضوع ۲۹ مسئله از آغاز این کتاب را که مربوط به سه فصل نخستین از ابواب آبها از کتاب طهارت است، بر می گزینیم. از میان این ۲۹ مسئله، اختلاف قدما در ۱۱ مسئله ناشی از اختلاف و تعارض روایات و در ۶ مسئله به جهت اختلاف در فهم روایات است. علامه حلی، ۷ قول از آرای قدما را در بین این ۲۹ مسئله به فقدان مستند

۱۱۱. **المقنع**، ص۲۹۰؛ **المبسوط**، ج۱، ص۳۸۱؛ **النهایة و نکتها**، ج۱، ص۵۴۲؛ **السرائر**، ج۱، ص۶۱۴؛ **شرایع الاسلام**، ج۱، ص۲۵۲؛ **قواعد الاحکام**، ج۱، ص۴۴۹؛ **مفاتیح الشرایع**، ج۱، ص۳۸۱.

۱۱۲. **المقنعه**، ص۴۲۴؛ **المراسم**، ص۱۱۶؛ **المهذب**، ج۱، ص۲۶۳.

۱۱۳. **الدروس الشرعیه**، ج۱، ص۴۶۵؛ **جامع المقاصد**، ج۳، ص۲۷۲؛ شهید ثانی، **حاشیة الارشاد**، ج۱، ص۴۵۷؛ **الروضة البهیة**، ج۲، ص۳۲۶؛ خویی، سید ابوالقاسم، **مناسک الحج**، ص۲۸۰.

روایی نسبت می‌دهد. او در هیچ یک از این موارد مدعی نمی‌شود که قدما به روایتی دسترسی داشته‌اند که از دسترس ما دور مانده است.

۶. عدم افتا به حکم منقول

برخی از فقهای متأخر مدعی هستند که کتاب نهایه شیخ طوسی کتاب فتوا نیست، بلکه کتابی برای نقل متون اخبار است.[۱۱۴] بنابراین نمی‌توان ادعا کرد که هر حکمی که در این کتاب نقل شده است مورد فتوای شیخ بوده است. چه بسا فتوای شیخ در موارد تعارض روایات، ترجیح یک روایت یا جمع خاصی میان روایات باشد، اما در کتاب نهایه که بنابر نقل متون اخبار است به نقل روایت مرجوح و یا نقل روایت معارض بدون بیان وجه جمع میان روایات متعارض پرداخته باشد.

گویا ابن ادریس نخستین کسی است که این ادعا را در مورد کتاب نهایه مطرح کرده است. او می‌گوید: «کتاب نهایه کتاب نقل اخبار است، نه کتاب بحث و نظر».[۱۱۵] ابن ادریس در قریب به چهل مورد در کتابش این جمله را در رابطه با فتاوای شیخ در نهایه آورده است که: «إنما أورده إیراداً لا اعتقاداً»؛ یعنی «شیخ طوسی این حکم را از سر اعتقاد نیاورده است، بلکه فقط خواسته آن را مطرح کند» و در برخی از این موارد توضیح داده است که به همین جهت شیخ در آثار دیگرش مانند مبسوط و خلاف حکم دیگری برای این موضوع آورده که در واقع آن حکم، فتوای او است. ابن ادریس بدین طریق تعارض فتاوای شیخ در نهایه با دیگر آثارش

۱۱۴. **جواهر الکلام**، ج۳۲، ص۶۲؛ ج۴۰، ص۴۲۸؛ شیخ انصاری، **کتاب الصلاة**(ط. ق)، ص۴۱۸؛ **مستمسک العروة الوثقی**، ج۱، ص۳۷۴؛ گلپایگانی، سید محمد رضا، **کتاب الحج**، ج۲، ص۱۰۳.

۱۱۵. **السرائر**، ج۱، ص۳۰۴.

را حل کرده است.[۱۱۶]

علامه حلی موارد متعددی از این سخن ابن ادریس را در رابطه با فروع مختلف نقل کرده[۱۱۷] ولی در خصوص ادعای او در مورد کتاب نهایه تنها یک بار اظهار نظری می کند که ظهور در مخالفت دارد.[۱۱۸] محقق حلی نیز گاهی همچون ابن ادریس چنین ادعایی را در مورد کتاب نهایه مطرح کرده است. او در کتاب نکت النهایه که با هدف پاسخ به اشکالات بر کتاب نهایه نوشته شده در موارد متعددی بر این نکته تأکید می کند.[۱۱۹] از عبارات او برداشت می شود که او احکام کتاب مقنعه را نیز مانند نهایه، پیوسته مطابق فتوای نویسنده اش نمی داند، بلکه بر این باور است که او نیز گاهی بدون آن که فتوا دهد فقط در صدد نقل متون اخبار بوده است.[۱۲۰]

این ویژگی در همه یا برخی از کتب قدما گویای نوعی آشفتگی در تدوین کتب فقهی غیر روایی در آن عصر بوده است. به نظر می رسد این آشفتگی زائیده تدریجی بودن گسست متون فقهی از متون روایی در آن عصر می باشد. فقها از سویی در صدد بیان فتاوای خود در قالبی جدید؛ یعنی بیان فتوا بدون نقل روایت بودند و از سوی دیگر نمی توانستند و یا نمی خواستند به طور کامل از نقل روایات، از جمله روایاتی که به آنها فتوا نمی دهند پرهیز کنند. از این رو در قالب بیان فتوا به نقل روایاتی می پرداختند که مطابق فتوای آنها نبود و بدین طریق آثار خویش را در ظاهر گرفتار فتاوای متعارض می کردند.

۱۱۶. **السرائر**، ج۱، ص۱۱۰، ۲۴۶، ۲۶۹، ۳۰۴، ۳۴۱، ۳۴۳، ۳۹۴، ۴۶۱، ۴۷۱و ... .
۱۱۷. **مختلف الشیعه**، ج۲، ص۹۱؛ ج۶، ص۲۴۳، ۳۰۹، ۳۹۹؛ ج۷، ص۲۰۳؛ ۳۵۶؛ ج۸، ص۵۵، ۹۷، ۱۷۰، ۲۵۰، ۳۰۴، ۳۲۲، ۳۵۷و۳۶۱.
۱۱۸. **مختلف الشیعة**، ج۶، ص۳۱۰
۱۱۹. **نکت النهایة**، ج۱، ص۲۰۱ـ۲۰۵و۲۱۰.
۱۲۰. **نکت النهایة**، ج۱، ص۲۰۲.

۷. اجتهادات قدما

قدما در آثار فقهی خود فقط به نقل صریح الفاظ روایات یا نقل به معنا از آنها نمی پرداختند، بلکه در موارد فراوان به استنباط و اجتهاد در قرآن و روایات پرداخته و فتاوایی بر پایه اجتهادات خویش عرضه می کردند. هر چند ـ چنانچه گذشت ـ در نقل به معنا نیز اعمال مرتبه ای از اجتهاد مشهود است. چنین شیوه ای نه تنها در قسم چهارم از آثار قدما؛ یعنی کتاب هایی مانند خلاف و مبسوط دیده می شود، بلکه در قسم سوم و دوم نیز وجود دارد.

علاوه بر آنچه ذیل سرفصل های پیشین دلالت بر افتای قدما بر اساس اجتهادات خاص دارد، شواهد دیگری ذیلاً مطرح می شود:

۱. شیخ مفید از جمله مواردی را که مسافر نمازش تمام است و روزه اش را نیز باید بگیرد کسی ذکر می کند که سفرش بیش از حَضَرش باشد(من کان سفره اکثر من حضره).[۱۲۱] پس از او بیشتر قدما از همین تعبیر استفاده کرده اند.[۱۲۲] ولی این عبارت و مانند آن در روایات نیامده و آنچه در روایات وارد شده است تنها ذکر کسانی است که شغلشان اقتضای مسافرت دارد، مانند: مکاری، کری، راعی، اشتقان، ملاح، جمال و تاجر.[۱۲۳]

محقق حلی و برخی از فقهای بعد از او بر قدما خرده گرفته اند که این تعبیر در روایات نیامده و نتیجه استنباط قدما از مصادیق متعددی است که در روایات وارد شده است، ولی این استنباط غلط است و با آنچه از روایات فهمیده می شود سازگار نیست.[۱۲۴] آیت اللّه بروجردی نیز بعد از رد نظر قدما به این نکته تصریح

۱۲۱. المقنعه، ص۳۴۹.

۱۲۲. الانتصار، ص ۱۶۴؛ الکافي في الفقه، ص ۱۱۶؛ المراسم العلویة، ص ۷۴؛ المبسوط، ج۱، ص ۱۴۱؛ النهایة، ص ۱۲۲؛ المهذب، ج۱، ص ۱۰۶.

۱۲۳. وسائل الشیعة، ج۸، ص۴۸۴.

۱۲۴. المعتبر، ج۲، ص۴۷۲؛ الحدائق الناظرة، ج۲، ص۳۹۰؛ جواهر الکلام، ج۱۴، ص ۲۷۵.

کرده است که این تعبیر در روایات نیست و نتیجه استنباط فقها از تعلیل وارد شده در دو روایت، بعد از الغای خصوصیت از آن است.[۱۲۵]

۲. شیخ مفید و شیخ طوسی یکی از موارد نقض وضو را «المرض المانع من الذُکر» قرار داده اند.[۱۲۶] در حالی که این عبارت در روایات نیامده و آنچه در روایات ذکر شده است خوابی است که موجب از کار افتادن عقل یا نشنیدن صدا می شود.[۱۲۷] شیخ طوسی نیز در شرح این عبارت مقنعه به همین روایات استناد می کند.[۱۲۸]

محقق حلی می پذیرد که روایات دلالت صریحی بر این مدعا ندارند و می کوشد برای رفع اتهام قیاس به شیخین، از مفهوم اولویت در روایات بهره گیرد.[۱۲۹] صاحب وسائل نیز بر شیخ خرده می گیرد که این روایات دلالت صریحی بر مدعای شیخ ندارد و اطلاق روایات حصر نواقض وضو که خالی از این مورد می باشند دلالت بر عدم نقض وضو به آن دارند.[۱۳۰]

۸. نقل روایات در متون فتوایی

قدما در متون فقهی غیر روایی، فتوای خود را در غیر قالب نقل روایت بیان می کردند و همین وجه تمایز میان متون فقهی غیر روایی از متون فقهی روایی بوده است. در عین حال در همین آثار علاوه بر نقل روایت برای ذکر مستند و استدلال بر

۱۲۵. **البدر الزاهر في صلاة الجمعة و المسافر**، ص۱۶۴؛ صافی گلپایگانی، علی، **تبیان الصلاة**، ج۱، ص۲۵۹؛ اشتهاردی، **تقریر بحث السید البروجردی**، ج۲، ص۴۱۱.
۱۲۶. **المقنعه**، ص۳۸؛ **النهایه و نکتها**، ج۱، ص۲۲۶.
۱۲۷. **وسائل الشیعه**، ج۱، ص۲۵۲.
۱۲۸. **تهذیب الاحکام**، ج۱، ص۹.
۱۲۹. **المعتبر**، ج۱، ص۱۱۱.
۱۳۰. **وسائل الشیعه**، ج۱، ص۲۵۷.

فتوایی، گاهی نیز به شیوه آثار فقهی ـ روایی، فتوای خود را با بیان یک روایت القا می کردند.

شیوه اخیر یعنی القای فتوا با ذکر روایت در نخستین منابع فقهی غیر روایی مانند فقه الرضا، مقنع و هدایه رواج بیشتری دارد و به تدریج در کتاب های بعدی مانند آثار شیخ مفید، سید مرتضی و شیخ طوسی از آن کاسته می شود.

به کار گیری این شیوه در منابع فقهی غیر روایی موجب ناهماهنگی در شیوه نگارش این متون و در نتیجه ایجاد ابهام برای خوانندگان در فهم نظر نویسنده می شد. علت اصلی این دوگانگی در متون فقهی قدما، عدم گسست کامل آنان از به کارگیری شیوه های پیشین در نگارش آثار فقهی بوده است. به همین جهت با گذشت زمان به تدریج از آن کاسته می شد. در عین حال موارد نادری از به کارگیری این شیوه همچنان در آثار متأخران باقی ماند.[۱۳۱]

محقق حلی علت انتخاب این شیوه توسط فقیهان گذشته را یکی از پنج امر ذیل می داند که عبارتند از: سلیقه نویسنده، گویاتر بودن روایت در بیان مقصود، عدم افتای نویسنده به روایت و ذکر آن برای حفظ روایت مخالف فتوای خودش، دور بودن پیام روایت از قواعد و اصول و ذکر آن برای روشن شدن مستند فتوا، استناد به مفهوم روایت ـ نه منطوق آن ـ و ذکر روایت به جهت رفع ابهام در مستند حکم.[۱۳۲]

شهید اول و شهید ثانی این سؤال و جواب را از محقق حلی نقل کرده اند و در نقل آنها وجه ششمی نیز وجود دارد که در نسخه مطبوع نکت النهایة نیست. وجه ششم عبارت است از این که «نویسنده مستند فتوا را ذکر می کند تا خواننده به اعتبار

۱۳۱. **شرایع الاسلام**، ج۴، ص۲۳۴ و ۲۳۵؛ **تحریر الاحکام**، ج۵، ص۵۳۷.
۱۳۲. **نکت النهایة**، ج۳، ص۴۰۱.
۱۳۳. **غایة المراد**، ج۴، ص۴۶۲؛ **مسالک الافهام**، ج۱۵، ص۳۵۳.

یا عدم اعتبار فتوا پی ببرد». [۱۳۳] ابن فهد حلی نیز چهار وجه از این وجوه شش گانه را در مقام پاسخ به پرسش مذکور و بدون استناد به محقق حلی ذکر کرده است. [۱۳۴]

نتیجه

آثار فقهی قدما همچون آثار فقهی فقهای دیگر، محصول درك آنها از منابع شریعت بوده است. در جای جای این آثار می توان نظاره گر شواهدی از اجتهاد و استنباط نویسنده از متون قرآن و سنت بود. از سوی دیگر این آثار از یکدیگر نیز تأثیر می پذیرفتند، چنانچه در آثار فقهای دیگر نیز شاهد این گونه تأثیرات هستیم. پس هر اثر فقهی از قدما، دستاوردی از اندیشه خاص نویسنده آن و تأثیراتی است که از اندیشه فقیهان گذشته پذیرفته است و در این جهت تفاوتی میان آثار فقهی قدما با آثار فقهی فقهای دیگر نیست.

این آثار هرچند در آغاز عصر گسست متون فقهی از متون روایی به وجود آمده اند و از این جهت قرابت بیشتری نسبت به آثار فقهای متأخر به متون روایی دارند و همین می تواند زمینه ای برای انعکاس متون روایی و قول معصومین(ع) در آنها برای خوانندگان آنها باشد، ولی اندیشه و فهم نویسندگان آنها که بعضاً متأثر از اندیشه فقهای گذشته نیز بوده است، واسطه ای میان خوانندگان این آثار با قول معصومین(ع) ایجاد می کند؛ واسطه ای که موجب سلب اطمینان از انعکاس دقیق قول معصومین(ع) در این آثار برای خواننده می شود.

نقل به معنا، استناد نویسنده در فتوا به اصل عملی یا قاعده فقهی یا عقلی و نیز تکیه بر فهم خاص از کتاب و سنت که بعضاً ممکن است خلاف فهم بیشتر یا سایر فقها باشد، بعضی از عواملی است که موجب سلب اطمینان برای خواننده در

۱۳۴. المهذب البارع، ج۵، ۲۸۶.

کشف قول معصومین(ع) از فتاوای در این آثار است.

به علاوه آثار قدما دچار ابهام ها و پیچیدگی های دیگری نیز است که در آثار فقهای متأخر دیده نمی شود و یا کمتر وجود دارد. این ابهام ها و پیچیدگی ها زاییده دوران گذار از متون فقهی روایی به متون فقهی غیر روایی است. عدم افتاء نویسنده به حکم نقل شده در کتاب و نقل روایات در مقام افتاء، برخی از این ابهامات می باشد که ممکن است مانع از کشف مراد نویسنده شود. در پایان می توان گفت که کشف قول معصومان(ع) از اجماع یا شهرت در اصول متلقات که نظریه آیت اللّه بروجردی و هم فکران او است، اگر ناممکن نباشد لااقل بسیار دشوار است.

منابع و مآخذ

۱. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ۳ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، دوم، ۱۴۱۰هـ. ق.

۲. ابن براج، قاضی عبد العزیز، **المهذب**، ۲ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، اول، ۱۴۰۶هـ. ق.

۳. ابن حزم اندلسی، علی بن احمد، **المحلّی**، دار الفکر، بیروت.

۴. ابن قدامه، عبداللّه، **المغنی**، دار الکتاب العربي، بیروت.

۵. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد، **المهذب البارع في شرح المختصر النافع**، ۵ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، اول، ۱۴۰۷هـ. ق.

۶. ابوریه، محمود، **أضواء علی السنة المحمدیة**، نشر البطحاء، قم، پنجم، بی تا.

۷. احمد، ابن حنبل، **مسند احمد**، دار صادر، بیروت، بی تا.

۸ . افندی، عبداللّه، **ریاض العلماء**، کتابخانه آیت اللّه مرعشی، قم، ۱۴۰۳هـ. ق.
۹ . امام خمینی، سید روح اللّه، **المکاسب المحرمة**، ۲ جلدی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۵هـ. ق.
۱۰ . انصاری، مرتضی بن محمد امین، ، **کتاب الصلاة**، ۳ جلدی، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۵هـ. ق.
۱۱ . ـــــــــــ، **فرائد الأصول**، مجمع الفکر الإسلامی، قم، اول، ۱۴۱۹ق.
۱۲ . بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، **القواعد الفقهیة**، ۷ جلدی، نشر الهادی، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۹هـ. ق.
۱۳ . بحرانی، آل عصفور یوسف بن احمد بن ابراهیم، **الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة**، ۲۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، اول، ۱۴۰۵هـ. ق.
۱۴ . بخاری، محمد بن اسماعیل، **صحیح بخاری**، دار الفکر، بیروت، ۱۴۰۱هـ. ق.
۱۵ . بروجردی، آقا حسین طباطبایی، **البدر الزاهر فی صلاة الجمعة و المسافر**، در یک جلد، دفتر حضرت آیة اللّه، قم ـ ایران، سوم، ۱۴۱۶هـ. ق.
۱۶ . ـــــــــــ، **تبیان الصلاة**، ۸ جلدی، تقریر علی صافی گلپایگانی، گنج عرفان للطباعة و النشر، قم ـ ایران، اول، ۱۴۲۶هـ. ق.
۱۷ . ـــــــــــ، **تقریر بحث السید البروجردی**، ۲ جلدی، تقریر شیخ علی پناه اشتهاردی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۶هـ. ق.
۱۸ . ـــــــــــ، **نهایة التقریر**، ۳ جلدی، تقریر محمدفاضل موحدی لنکرانی، قم، مکتب الاعلام الاسلامي، سوم، ۱۴۲۰هـ. ق.

۱۹ . حائری، محمد حسین، **الفصول الغروية في الأصول الفقهية**، دار إحیاء العلوم الإسلامية، قم، ۱۴۰۴هـ. ق.
۲۰ . حرّ عاملی، محمد بن الحسن، **وسائل الشيعة**، ۲۹ جلدی، مؤسسه آل البيت(ع)، قم ـ ایران، اول، ۱۴۰۹هـ. ق.
۲۱ . حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، ۱۴ جلدی، مؤسسة دار التفسير، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۶هـ. ق.
۲۲ . حلبی، ابو الصلاح تقی الدين بن نجم الدين، **الكافي في الفقه**، در یک جلد، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنين(ع)، اصفهان ـ ایران، اول، ۱۴۰۳هـ. ق.
۲۳ . خاقانی، علی، **رجال خاقانی**، مكتب الإعلام الإسلامی، قم، دوم، ۱۴۰۴هـ. ق
۲۴ . خویی، سید ابو القاسم، مبانی تکملة المنهاج، ۲ جلدی، نجف اشرف، مطبعة الآداب، بی تا.
۲۵ . ــــــــــــ، **مناسک الحج**، در یک جلد، چاپخانه مهر، قم ـ ایران، یازدهم، ۱۴۱۱هـ. ق.
۲۶ . دیلمی، سلاّر حمزة بن عبد العزيز، **المراسم العلوية في الأحكام النبوية**، در یک جلد، منشورات الحرمين، قم ـ ایران، اول، ۱۴۰۴هـ. ق.
۲۷ . رازی، محمد تقی، **هداية المسترشدين**، مؤسسهٔ نشر اسلامی، قم.
۲۸ . سبزواری، محقق محمد باقر بن محمد مؤمن، **ذخيرة المعاد في شرح الإرشاد**، ۲ جلدی، مؤسسه آل البيت(ع)، قم ـ ایران، اول، ۱۲۴۷هـ. ق.
۲۹ . سرخسی، ابو بکر، **أصول السرخسی**، دار الكتب العلمية، بيروت، اول، ۱۴۱۴هـ. ق.

۳۰. ـــــــــــــ، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، ۱۴۰۶هـ. ق.
۳۱. سيد مرتضى، علي بن الحسين، **الانتصار في انفرادات الإمامية**، در يک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم ـ ايران، اول، ۱۴۱۵هـ. ق.
۳۲. ـــــــــــــ، **جمل العلم و العمل**، در يک جلد، مطبعة الآداب، نجف اشرف ـ عراق، اول، ۱۳۸۷هـ. ق.
۳۳. شوشتری، محمد تقی، **النجعة في شرح اللمعة**، ۱۱ جلدی، کتابفروشی صدوق، تهران ـ ايران، اول، ۱۴۰۶هـ. ق.
۳۴. شبيری زنجانی، سيد موسی، **کتاب نکاح**، ۲۳ جلدی، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، قم ـ ايران، اول، ۱۴۱۹هـ. ق.
۳۵. شهيد اول، محمد بن مکی، **الدروس الشرعية في فقه الإمامية**، ۳ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم ـ ايران، دوم، ۱۴۱۷هـ. ق.
۳۶. ـــــــــــــ، **ذکری الشيعة في أحکام الشريعة**، ۴ جلدی، مؤسسه آل البيت(ع)، قم ـ ايران، اول، ۱۴۱۹هـ. ق.
۳۷. ـــــــــــــ، **غاية المراد في شرح نکت الإرشاد**، ۴ جلدی، انتشارات دفتر تبليغات اسلامی حوزه علميه قم، قم ـ ايران، اول، ۱۴۱۴هـ. ق.
۳۸. شهيد ثانی، زين الدين بن علی، **الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية** (ط ـ الحديثة)، ۱۰ جلدی، کتابفروشی داوری، قم ـ ايران، اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۳۹. ـــــــــــــ، **حاشيه الارشاد**، ۴ جلدی، انتشارات دفتر تبليغات اسلامی حوزه علميه قم، قم، ايران، اول ۱۴۱۴هـ. ق.

۴۰ . ـــــــــــ، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، ۱۵ جلدی، مؤسسة المعارف الإسلامیة، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۳هـ. ق.
۴۱ . صدر، سید حسن، **الرسائل الاربعة عشر**، رسالة حول کتاب «فقه الرضا»، قم، مؤسسهٔ نشر اسلامی، اول، ۱۴۱۵هـ. ق.
۴۲ . ـــــــــــ، **نهایة الدرایة**، نشر مشعر، قم.
۴۳ . صدوق، محمّد بن علی بن بابویه، **المقنع**، در یک جلد، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۵هـ. ق.
۴۴ . ـــــــــــ، **الهدایة فی الأصول و الفروع**، در یک جلد، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۸هـ. ق.
۴۵ . ـــــــــــ، علل **الشرائع**، ۲ جلدی، کتابفروشی داوری، قم ـ ایران، بی تا.
۴۶ . ـــــــــــ، **من لا یحضره الفقیه**، ۴ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، دوم، ۱۴۱۳هـ. ق.
۴۷ . ـــــــــــ، **عیون أخبار الرضا(ع)**، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۴هـ. ق.
۴۸ . طباطبایی، سید علی بن محمد، **ریاض المسائل**(ط ـ القدیمة)، ۲ جلدی، مؤسسه آل البیت(ع)، قم ـ ایران، اول، هـ. ق.
۴۹ . طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، **الاستبصار فیما اختلف من الأخبار**، ۴ جلدی، دار الکتب الإسلامیة، تهران ـ ایران، اول، ۱۳۹۰هـ. ق.
۵۰ . ـــــــــــ، **الخلاف**، ۶ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، اول، ۱۴۰۷هـ. ق.
۵۱ . ـــــــــــ، **المبسوط في فقه الإمامیة**، ۸ جلدی، المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، تهران ـ ایران، سوم، ۱۳۸۷هـ. ق.

۵۲. ـــــــــــــ، **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى**، در یک جلد، دار الکتاب العربي، بیروت ـ لبنان، دوم، ۱۴۰۰هـ. ق.
۵۳. ـــــــــــــ، **تهذیب الأحکام**، ۱۰ جلدی، دار الکتب الإسلامیة، تهران ـ ایران، چهارم، ۱۴۰۷هـ. ق.
۵۴. ـــــــــــــ، **عدة الأصول**(ط. ج)، ستاره، قم، اول، ۱۴۱۷هـ. ق.
۵۵. عاملی، بهاء الدین محمد بن الحسین، **الحبل المتین في أحکام الدین**، در یک جلد، کتابفروشی بصیرتی، قم ـ ایران، اول، ۱۳۹۰هـ. ق.
۵۶. عاملی، محمد بن علی، **مدارك الأحکام في شرح شرائع الإسلام**، ۸ جلدی، مؤسسه آل البیت(ع)، بیروت ـ لبنان، اول، ۱۴۱۱هـ. ق.
۵۷. علامه حلّی اسدی، الحسن بن یوسف بن مطهر، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة**(ط ـ الحدیثة)، ۶ جلدی، مؤسسه امام صادق(ع)، قم ـ ایران، اول، ۱۴۲۰هـ. ق.
۵۸. ـــــــــــــ، **قواعد الأحکام في معرفة الحلال و الحرام**، ۳ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۳هـ. ق.
۵۹. ـــــــــــــ، **تذکرة الفقهاء**، (ط. جدید) ۱۴ جلدی، موسسه آل البیت(ع)، قم، ایران، اول،
۶۰. ـــــــــــــ، **مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة**، ۹ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، دوم، ۱۴۱۳هـ. ق.
۶۱. ـــــــــــــ، **مبادی الوصول**، مکتب الإعلام الإسلامی، قم، سوم، ۱۴۰۴هـ. ق.

۶۲. غفاری، علی اکبر، **دراسات في علم الدراية**، جامعة الإمام الصادق(ع)، تهران، اول، ۱۳۶۹هـ. ش.

۶۳. فاضل هندی، محمد بن الحسن، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام**، ۱۱ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۶هـ. ق.

۶۴. فیض کاشانی، محسن، **الأصول الأصيلة**، سازمان چاپ دانشگاه، تهران، اول، ۱۳۹۰هـ. ق.

۶۵. ــــــــــــ، **مفاتيح الشرائع**، ۳ جلدی، کتابخانه آیة اللّه مرعشی نجفی ـ ره، قم ـ ایران، اول، هـ. ق.

۶۶. کاشانی، ابو بکر، **بدائع الصنائع**، المکتبة الحبيبية، پاکستان، اول، ۱۴۰۹هـ. ق.

۶۷. کرکی(محقق ثانی)، علي بن الحسين، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ۱۳ جلدی، مؤسسه آل البیت(ع)، قم ـ ایران، دوم، ۱۴۱۴هـ. ق.

۶۸. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، **الكافي**(ط ـ الإسلامية)، ۸ جلدی، دار الکتب الإسلامية، تهران ـ ایران، چهارم، ۱۴۰۷هـ. ق.

۶۹. کوه کمری، سید محمد بن علی حجت، **کتاب البيع**، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، دوم، ۱۴۰۹هـ. ق.

۷۰. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، **کتاب الحج**، ۲ جلدی، قم ـ ایران، هـ. ق.

۷۱. ــــــــــــ، **تقريرات البيع**، مقرر محمدهادی مقدس نجفی، نسخه خطی.

۷۲. مازندرانی، مولی محمد صالح، **شرح أصول الكافي**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، اول، ۱۴۲۱هـ. ق.
۷۳. متقی هندی، **کنز العمال**، مؤسسة الرسالة، بیروت، ۱۴۰۹هـ. ق.
۷۴. مجلسی اول، محمد تقی، **روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه**، ۱۳ جلدی، مؤسسه فرهنگی اسلامی، محمد حسین کوشانپور، قم ـ ایران، دوم، ۱۴۰۶هـ. ق.
۷۵. ـــــــــــ، **لوامع صاحبقرانی**، ۸ جلدی، مؤسسه اسماعیلیان، قم ـ ایران، دوم، ۱۴۱۴هـ. ق.
۷۶. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، **بحار الأنوار**، ۲۶ جلدی، مؤسسة الطبع و النشر، بیروت ـ لبنان، اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۷۷. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، **المعتبر في شرح المختصر**، ۲ جلدی، مؤسسه سید الشهداء(ع)، قم ـ ایران، اول، ۱۴۰۷هـ. ق.
۷۸. ـــــــــــ، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال** و الحرام، ۴ جلدی، مؤسسه اسماعیلیان، قم ـ ایران، دوم، ۱۴۰۸هـ. ق.
۷۹. ـــــــــــ، **نکت النهایة**، ۳ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۲هـ. ق.
۸۰. ـــــــــــ، **معارج الأصول**، مؤسسة آل البیت(ع) للطباعة والنشر، قم، اول، ۱۴۰۳هـ. ق.
۸۱. مشکینی، میرزا علی، **الفقه المأثور**، در یک جلد، نشر الهادی، قم ـ ایران، دوم، ۱۴۱۸هـ. ق.
۸۲. مفید، محمّد بن محمد بن نعمان عکبری، **المقنعة**، در یک جلد، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید ـ رحمة اللّه علیه، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۳هـ. ق.

۸۳. میرزای قمّی، ابو القاسم بن محمد حسن، **غنائم الأیّام في مسائل الحلال و الحرام**، ۶ جلدی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم ـ ایران، اول، ۱۴۱۷هـ. ق.
۸۴. ـــــــــــ **قوانین الاصول**، چاپ سنگی.
۸۵. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ۴۳ جلدی، دارإحیاء التراث العربی، بیروت ـ لبنان، هفتم، بی تا.
۸۶. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر، **معتمد الشیعة فی أحکام الشریعة**، در یک جلد، قم، مؤسسه نشر اسلامی، اول، ۱۴۲۲هـ. ق.
۸۷. نوری، حسین، **خاتمة المستدرك**، مؤسسة آل البیت(ع) لإحیاء التراث، قم، اول، ۱۴۱۵هـ. ق.
۸۸. همدانی، رضا، **مصباح الفقیه**(ط. ق)، منشورات مکتبة الصدر، طهران، بی تا.

وضعیت ید امین پس از ترک تقصیر

○ میثم اکبری دهنو*
○ محمدحسین یاوری**
○ هانی حاجیان***

چکیده

با ارتکاب تعدّی یا تفریط امین، ید امانی وی به ید ضمانی تبدیل می شود و دیگر مجال بهره‌مندی از ثمرات ید امانی، برای وی وجود نخواهد داشت. به همین دلیل، تا هنگامی که امین، در حال تعدّی یا تفریط در باره مال امانت است، مجازات مدنی او به وسیله نفی آثار امانی و حمل آثار ضمانی، مشروع و موجه خواهد بود. اما آنچه باید در باره آن به مداقه پرداخت، این است که اگر امین، از تقصیر خویش پشیمان شود و تعدّی و تفریط سابق را ترک کند و دو باره به نگهداری مال امانتی مبادرت کند، می توان ضمن منتفی کردن مجازات مدنی وی، باز گشت ید امانی را برای وی متصور شد؟

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسؤول).
** دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی.
*** دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی.

دیدگاههای فقهایی که به این بحث ورود یافته‌اند، در یک تقسیم بندی مرسوم، در سه دیدگاه خلاصه می شود: جمعی بازگشت و جمعی دیگر بازنگشتن ید امانی را ترجیح داده‌اند. عده‌ای نیز با در پیش گرفتن راه میانه، در مواردی قائل به بازگشت ید امانی و در موارد دیگر قائل به بازنگشتن ید امانی به امین تارک تقصیر، شده‌اند.

در این مقاله، ضمن تحلیل نظرهای مطرح شده، تقسیم بندی بدیعی در این حوزه عرضه می گردد و همچنین رهیافتی مناسب به ویژه در باب بازگشت قهری ید امانی به امین تارک از تقصیر، ارائه می شود.

واژگان کلیدی: امین، امین مقصرّ، تعدّی و تفریط، ید امانی، یدضمانی، بازگشت ید امانی

مقدمه

جمهور فقها با تکیه بر روایات،[1] معتقدند که مقتضای اولیه تصرف در مال دیگری یا

۱. مراد، حدیث پیامبر اکرم(ص) است: «علی الید ما اخذت حتّی تؤدّیه»: (محدث نوری، **مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل**، ج۱۷، ص۸۸؛ ابن ابی جمهور احسایی، **عوالي اللئالي العزيزية**، ج۱، ص۲۲۴ و ج۲، ص۳۴۵؛ شیخ طوسی، **الخلاف**، ج۳، ص۴۰۷؛ متقی هندی، **كنز العمّال في سنن الأقوال و الأفعال**، ج۵، ص۳۲۷، ح۵۷۱۳. این روایت در منابع فقهی شیعه به گونه مرسل نقل شده، ولی در کتب حدیثی اهل سنت، مستند است. برخی از فقهای امامیه با عنایت به ضعف سند، این روایت را معتبر نمی دانند: (موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهة في المعاملات**، ج۳، ص۸۷). ولی بسیاری از فقهای امامیه مفاد حدیث را معتبر می دانند. محقق نراقی در این زمینه چنین می نگارد: حجیت روایت هرچند از راه سند ممکن نیست؛ زیرا روایت از رسول خدا(ص) مرسل نقل شده، لیکن شهرت آن میان فقها و رواج آن در کتاب های آنان و استدلال زیاد بدان، ضعف سند را جبران می کند و ما را از بحث سندی بی نیاز می گرداند (نراقی، مولی احمد، **عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام**، ج۱، ص۳۱۵). همچنین صاحب عناوین در این باره چنین می نویسد: «من جملة ما جعل في الشرع للضمان اليد و الأصل في ذلك: الخبر النبوی المنجبر بالشهرة»: (مراغی، سید میر عبد الفتاح (میرفتاح)، **العناوين الفقهية**، ج۲، ص۴۱۶).

استیلا بر آن ضامن بودن متصرف در مقابل مالک است. این قاعده که از آن با عنوان «ضمان علی الید» تعبیر می شود متصرف را از یک سو، به بازگرداندن عین مال و نیز جبران خسارت (البته در صورت تلف یا نقص مال)، مکلّف می کند (حکم تکلیفی) و از سوی دیگر، وی را در برابر مالک ضامن قرار می دهد[2] (حکم وضعی).

با استناد به روایات[3] و آیات[4] دیگری، استثنای مهمی به قاعده «ضمان ید» وارد آمده که با عنوان قاعده «استیمان» مطرح می شود. مفاد این قاعده به طور خلاصه مؤید این مطلب است که چنانچه شخصی با «ید امانی» بر مال دیگری استیلا یابد، ضامن آن مال نخواهد بود. در تعریف ید امانی می توان گفت که هرگاه مالک (یا نماینده او)، مال خویش را به صورت امانت به دیگری تحویل داده باشد، ید گیرنده امانی محسوب می شود و از این رو (در صورت تعدّی یا تفریط نکردن) ضامن خسارت وارد آمده به آن مال نخواهد بود.

این قاعده نیز با تمام پشتوانه خود، به وسیله قاعده «ضمان ناشی از تقصیر امین» محدود شده است. مفاد این قاعده بر این امر دلالت دارد که تعدّی و تفریط

---

۲. انصاری، شیخ مرتضی، **المکاسب**، ج۷، ص۱۴۱.

۳. از مهم ترین این روایات می توان به این روایت از حضرت امیر علیه السلام اشاره کرد که فرمود: «لیس علی المؤتمن ضمان»: (محدث نوری، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، ج۱۴، ص۱۶؛ و همچنین روایت «لاغُرْمَ عَلَی مُسْتَعِیرِ عَارِیَّةٍ إِذَا هَلَکَتْ إِذَا کَانَ مَأْمُوناً»: (کلینی، **الفروع من الکافی**، ج۵، ص۲۳، ح۵)؛ و نیز روایت مشهور «لیس علی الامین الاّ الیمین»: (همان، ص۲۸۴).

۴. گفتنی است که برخی از فقها برای توجیه مطلوب مبانی قاعده استیمان به آیه «ما علی المحسنین من سبیل»(توبه/ ۹۱) تمسّک کرده اند: (طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، **ریاض المسائل**، ج۱۰، ص۳۳۴؛ موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، **قواعد فقهیه**، ج۲، ص۱۲؛ حسینی شیرازی، سیدمحمد، **الفقه، القواعد الفقهیة**، ج۱، ص۲۱۹؛ محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه**، ج۱، ص۹۱).

امین، دیگر مجالی برای تمسک وی به ید امانی اش باقی نمی گذارد تا خود را از خسارات وارد آمده به مال مالک تبرئه کند[5] به بیان دیگر، تا زمانی که امین مرتکب تقصیر نشده ید او بر مال امانی به شمار می رود و نمی توان وی را ضامن خسارت وارد آمده دانست؛ اما به محض ارتکاب تقصیر از ناحیه وی، ید امانی جای خود را به ید ضمانی می دهد و در این حالت، وی ضامن خساراتی است که به هر شکلی به مال امانتی وارد می آید. از این امر به «انقلاب ید امین» یاد می شود.

با این مقدمه، پرسشی که مقاله حاضر را بر مدار آن تدوین کرده ایم، این گونه مطرح می کنیم که هرگاه امین به واسطه تقصیر خویش، موجبات تبدیل ید خود را از امانی به ضمانی فراهم آورده باشد، آیا ترك تقصیر وی به واسطه پشیمانی اش، خواهد توانست دو باره موجبات اعاده ید امانی (یا تبدیل ید از ضمانی به امانی) را برای وی فراهم آورد؟ پس از پشیمانی امین، «ید و تصرف» وی در این مقطع را چگونه باید ارزیابی کرد؟ به بیان دیگر، تقصیر امین موجب از میان رفتن ید امانی وی می شود یا معلق شدن آن به ترك تقصیر؟ بدیهی است که در حالت اول، بازگشتی برای ید امانی متصور نیست؛ لیکن در حالت دوم، رفع تقصیر، بازگشت ید امانی را ممکن می گرداند.[6]

می توان ثمرات بحث و همچنین یافتن رهیافت مناسب برای این ابهام را به شرح ذیل جویا شد:

در فرض تلف سماوی و خارج از اراده مال امانتی، بسته به «امانی» یا «ضمانی» بودن ید امین، مسئولیت وی در برابر مالک نیز متفاوت خواهد بود.

---

۵. شهید ثانی، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، ج۵، ص۱۰۱.

۶. مرحوم کاشف الغطاء، آن فقیه سترگ، در ابتدای احتجاجات خویش در پاسخ به این مسئله، این بحث را این گونه توصیف می کند «... المسالة جد مشکلة ...»: (نجفی، محمدحسین، (کاشف الغطاء)، **تحریر المجلة**، ج۲، ص۳۴).

چنانچه ید امین را همچنان ضمانی بدانیم، با وجود تلف سماوی، مسئولیت به عهده امین است؛ اما اگر پشیمانی امین[7] را موجب اعاده ید امانی به وی بدانیم، چنین مسئولیتی بر عهده وی نخواهد بود.

با ضمانی گشتن ید امین، وی باید اجرت المثل ایام استیلای ضامنانه خویش بر مال امانتی را به مالک بپردازد؛[8] حال در صورتی که قائل به بازگشت صفت امانت به امین پشیمان از تقصیر باشیم، تنها اجرت المثل ایام تقصیر محاسبه خواهد شد و به طور متقابل در صورت قائل نشدن به این بازگشت، باید تا زمان رد مال امانتی (و یا به طور کلی، هر امری که به زوال وصف ضمانی از امین بینجامد)، اجرت المثل محاسبه شود.

از دیگر ثمرات مترقی این بحث، می توان به قبول یا رد سخن امین در باره تلف و نقص مال امانتی اشاره کرد؛ با این توضیح که چنانچه پشیمانی امین را برای زوال آثار ضمانی تقصیر پیشین او کافی بدانیم باید به حکم قاعده «لیس علی الأمین إلاّ الیمین» اظهار او در زمینه تلف و نقص مال، پذیرفته شود و این مالک است که باید قول خلاف امین را ثابت کند؛ اما چنانچه پشیمانی امین از تقصیر گذشته را برای اعاده ید امین به وی کافی ندانیم، در هر صورت ضامن خواهد بود. به بیان دیگر، قول او در زمینه تلف و یا نقص مال (هر چند به آفات سماوی) پذیرفتنی نخواهد بود.

سرانجام، توجه به اینکه بخش چشمگیری از عقود معین،[9] دائر مدار احکام مترتب بر ید امانی است، اهمیت بحث به نحو مضاعف متجلّی می گردد؛ بدین

۷. بدیهی است مراد از پشیمانی امین، برطرف کردن تعدّی یا تفریط است.

۸. علامه حلی، **تذکرة الفقهاء**، ج۱۶، ص۲۲۳ و۲۸۶؛ حسینی عاملی، سید محمد جواد، **مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلاّمة**، ج۱۷، ص۳۳۵؛ امام خمینی، سید روح اللّه، **تحریر الوسیلة**، ج۱، ص۵۹۳.

۹. نظیر ودیعه، عاریه، اجاره، مضاربه، مزارعه، مساقات، وکالت، رهن.

توضیح که در این دسته از عقود، به واسطه اذن مالک برای دیگری، احکام ید امانی جاری می شود. در نتیجه می توان مباحث پیش گفته و یافتن رهیافتی مناسب برای این ابهام را در این دسته از عقود نیز جاری دانست.

با عنایت به ثمرات مترقی این بحث، هدف نگارنده از این مقاله آن بوده که با نگاهی ژرف به آراء و دیدگاه های فقها و حقوق دانان در این زمینه، رهیافتی مناسب و البته همسو با قواعد فقهی ـ حقوقی در باب «اعاده ید امانی به امین مقصر» مطرح کند.

۱. پیشینه موضوع در فقه

هر چند مبحث ید امانی و مسائل مرتبط با آن، از مباحث مشترك در میان عقود مختلف است؛ با این حال اکثر فقها، در باب ودیعه و پس از طرح اسباب ضمان امین، این مسئله را مطرح کرده اند که ودعی با تعدّی،[۱۰] مال امانتی را از حرز بیرون آورد و سپس بدون وارد آوردن آسیبی، آن را به حرز بازگرداند، آنها در قالب این مسئله امکان بازگشت ید امانی به امین پشیمان از تقصیر را بررسی کرده اند.

اصولاً در مورد نوع تصرف امین به هنگام ارتکاب تقصیر، مشکل خاصی پیش

۱۰. بیشتر فقها برای بیان تقصیر امین از عنوان «تعدّی» استفاده می کنند؛ حال آنکه برای انقلاب ید امانی به ضمانی، میان تعدّی یا تفریط امین تفاوتی وجود ندارد. در کلام فقها تعدّی و تفریط، این گونه تعریف شده است: «التفریط: فکان یطرحهما فیما لیس بحرز أو یترك سقی الدابة أو علفها ... (محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن)، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ج۲، ص۱۳۱). مرحوم صاحب جواهر در شرح آن می افزاید: «فأمر عدمي، و هو ترك ما یجب فعله من الحفظ» (نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام**، ج۲۷، ص۱۲۸) و «التعدّی: مثل أن یلبس الثوب أو یرکب الدابة أو یخرجها من حرزها لینتفع بها»: (**شرائع الإسلام**، ج۲، ص۳۱). یکی از نویسندگان، تفاوت این دو را این گونه متذکر شده است: در تعدّی، عنصر خیانت و عمد وجود دارد وجنبه فاعلی دارد؛ لیکن تفریط بیشتر جنبه غیر عامدانه و غیر خائنانه دارد (لطفی، اسدالله، **قاعده استیمان در سقوط ضمان**، ص۹۹).

نخواهد آمد؛ چرا که با توجه به روایات عدیده در این بحث،[11] و نیز با استناد به ید ضمانی امین، وی ضامن مطلق خسارات وارد شده در این بازه زمانی خواهد بود؛ لیکن در باب وضعیت ید امین پس از ترك تقصیر، چنین صراحت و شفافیت روایی وجود ندارد. از همین رو فقها به مدد دانش فقهی خویش و نیز با تمسک به اصول و قواعد فقهی، سعی در استنباط حکم و رفع ابهام کرده اند.

در این رهگذر، گاه فقیهی با استناد به اصل استصحاب، ید امین را ضمانی توصیف کرده و فقیهی دیگر با تکیه بر قاعده احسان و اصل برائت، امین را مبرّا از ید ضمانی می داند. برخی با اختلاط شالوده این دو دیدگاه، راه میانه را در پیش گرفته و در مواردی قائل به بازگشت ید امانی و در موارد دیگر قائل به بازنگشتن ید امانی به امین تارك تقصیر شده اند. پس باوجود اتفاق نظر فقها در باب کیفیت ید امین در حین تقصیر، در باب نوع تصرفات امین پس از رفع تقصیر، نظرهای مختلفی مطرح شده است.

۲. طرح بحث

نگارنده با التفات به همه نظرهای مطرح شده در این قضیه، نخستین بار تقسیم بندی را بیان می کند که جامع تمام نظرهای فقهاست؛ بدین معنا که دسته ای از فقها تنها اراده مالک را موجب اعاده ید امانی می دانند و گروهی دیگر، گامی جلوتر نهاده، قهراً پشیمانی امین از تقصیر سابق را موجب اعاده ید امانی به وی می دانند. عده اندکی نیز (البته هرکدام به نحوی) در مواردی قائل به اعاده ارادی و در مواردی دیگر قائل به اعاده قهری ید امانی به امین پشیمان شده اند.

از این رو، بجاست مطالب را به اعاده ارادی ید امانی و نیز اعاده قهری ید

---

۱۱. تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد، **دعائم الإسلام**، ج۲، ص۴۸۹؛ شیخ صدوق، محمّد بن علی، (با تحقیق: علی اکبر غفاری)، **من لا یحضره الفقیه**، ج۴، ص۴۱۲.

امانی، اختصاص دهیم. از سوی دیگر جامعیت پژوهش حاضر اقتضای آن را دارد که دیدگاه میانه نیز تحلیل شود.

در پایان، ضمن طرح نظر مختار در صورت لزوم به تعدیل آن همت می گماریم.

۲ـ۱. اعاده ارادی ید امانی

بیشتر فقهایی که در این حوزه نظر داده اند، با این استدلال که پس از تقصیر ودعی، ودیعه مضمونه شکل می گیرد، معتقدند که تقصیر امین موجب از میان رفتن ید امانی می شود.[۱۲] در نتیجه، لازم است مالک (و یا ماذون از جانب وی) یک بار دیگر ید امانی را برای ودعیّ به دست آورد.[۱۳]

معتقدان به این دیدگاه، افزون بر دلیل یاد شده دلایل دیگری نیز برای اثبات مدعای خویش برشمرده اند؛ از جمله:

۱. اجماعی که عده ای از فقها متذکر آن شده اند؛[۱۴]

۱۲. علامه حلی در تذکره معتقد است که به واسطه تقصیر ید ضمانی امین باطل می شود: (علامه حلّی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تذکرة الفقهاء**، ج۲، ص۱۹۸).

۱۳. از جمله قائلان به این دیدگاه، می توان به این افراد اشاره کرد: محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ج۲، ص۱۳۳؛ فخر المحققین، محمد بن الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **إیضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد**، ج۲، ص۱۱۴؛ کاشف الغطاء، نجفی، احمد بن علی، **سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات**، ج۴، ص۴۹؛ حسینی شیرازی، سیدصادق، **التعلیقات علی شرائع الإسلام**، ج۱، ص۴۱۷؛ مغنیه، محمد جواد، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، ج۴، ص۲۰۵؛ شهید ثانی، زین الدین بن علی، حاشیة الإرشاد، ج۴، ص۱۴؛ علامه حلی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة**، ج۳، ص۱۹۳؛ شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، **المبسوط في فقه الإمامیة**، ج۴، ص۱۳۴؛ امام خمینی، سید روح اللّه، **تحریر الوسیلة**، ج۱، ص۶۰۴.

۱۴. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، **ریاض المسائل**، ج۱، ص۶۲۲؛ علامه حلّی،

۲ . استصحاب ید ضمانی امین، از دیگر ادله قائلان به این دیدگاه است؛ چه آنکه با تقصیر امین، در باره ضمانی گشتن ید وی یقین حاصل می شود؛ حال با پیدایش شک به اعاده ید امانی که از ترك تقصیر او ناشی می شود، به اقتضای اصل عملی استصحاب، یقین سابق را بر شک لاحق مرجّح دانسته با استمرار ید ضمانی امین، در این مقطع نیز ید امین را همچون ضمانی به حساب می آوریم.[۱۵]

به هر حال صاحبان این نظر معتقدند که مالک باید با لحاظ کردن اراده خویش از طریق استیمان و یا ابراء دوباره اسباب اعاده ید امانی را برای امین پشیمان، فراهم آورد.

۲ـ۱ـ۱ . استیمان مجدد مالک

اصولاً استیمان مجدد مالک، از دو راه می تواند به اعاده ید امانی به امین تارك تقصیر منجر شود؛ بدین صورت که مالک یا بدون ردّ مال از سوی امین،[۱۶] و یا پس از ردّ مال، ید امانی را برای امین انجام دهد.

بیشتر فقهای قائل به این دیدگاه، هر دو راه را برای اعاده ید امانی پذیرفته اند،[۱۷]

الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تذکرة الفقهاء**، ج۲، ص۱۹۸؛ حسینی عاملی، سید محمد جواد، **مفتاح الکرامة في شرح قواعدالعلاّمة**، ج۱۷، ص۲۲۰؛ ابن ادریس حلّی، **السرائر الحاوي لتحریر الفتاوی**، ج۲، ص۴۳۵؛ شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، **المبسوط في فقه الإمامیة**، ج۴، ص۱۳۴.

۱۵ . محقق نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ج۲۷، ص۱۴۵؛ طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، **ریاض المسائل**، ج۱، ص۶۲۱؛ حسینی عاملی، سید محمد جواد، **مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلاّمة**، ج۱۷، ص۲۲۰؛ شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، ج۵، ص۱۱۵.

۱۶ . «بأن یقول له: أذنت لک في حفظها، أو أودعتکها، أو استأمنتک علیها، و نحو ذلک»: (شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، ج۵، ص۱۱۵).

۱۷ . مرحوم صاحب ریاض در باب شق اول چنین می فرماید: «و لو جدد المالک له الاستیمان بعد الرد» (طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، **ریاض المسائل**، ج۱، ص۶۲۲).

اما برخی از آنها فقط راه دوم را برای اعاده ید امانی شناسایی کرده اند،[18] چه آن که تقصیر امین، به انحلال عقد امانی منجر نمی شود؛ پس، از یک سو عقد امانی هر چند به نحو مضمونه برقرار است و از سوی دیگر با ضمانی گشتن عقد، چنان که گذشت، نمی توان برگشتی برای ید امانی متصور شد. از این رو، با رد مال که دلالت بر فسخ دارد، به این عقد خاتمه داده می شود.[19]

وانگه، در مقام داوری میان این دو دیدگاه، به نظر می رسد که باید با آن دسته از فقها هم عقیده شد که مطلق استیمان[20] را برای اعاده ید امانی کافی دانسته اند. به بیان دیگر، نظر فقهایی مرجح است که برای اعاده ارادی ید امانی، لزوم رد مال را لازم ندانسته اند:[21] چرا که (با فرض عدم اعاده قهری ید امانی، پس از ترك تقصیر) تفاوت ظریفی که میان ید ضمانی غاصب و امین مقصر وجود دارد، در آغاز استیلا بر مال است؛ وانگه شروع استیلای غاصب، مذموم و نامشروع؛ و آغاز به استیلای ودعیّ ممدوح و مشروع است. افزون بر این، رد مال از جانب امین، حق مالک است که البته از جانب مالک اسقاط شدنی است.[22]

۱۸. مغنیه، محمد جواد، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، ج۴، ص۱۹۹؛ علامه حلی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **إرشاد الأذهان إلی أحکام الإیمان**، ج۱، ص۴۳۸؛ محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، **المختصر النافع في فقه الإمامیة**، ج۱، ص۱۵۰؛ ابن برّاج طرابلسی، عبدالعزیز، **جواهر الفقه**، ج۱، ص۱۰۳؛ ابن حمزه طوسی، محمد بن علی بن حمزه، **الوسیلة إلی نیل الفضیلة**، ج۱، ص۲۷۵.

۱۹. محقق نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ج۲۷، ص۱۴۶.

۲۰. باری، مراد از مطلق استیمان، استیمان مالک بعد از ردّ مال و استیمان مالک بدون نیاز به ردّ مال است.

۲۱. شهید ثانی (ره) در **مسالک**، هرچند با ارتکاب تقصیر، امین را به منزله غاصب قلمداد می کند، ردّ مال را برای اعاده ید امانی لازم نمی دانند؛ (شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، ج۵، ص۱۱۵)؛ در حالی که کلام این فقیه نامی

<

آن دسته از فقهایی که پس از غاصب دانستن امین مقصر، رد مال را برای استیمان مجدّد وی لازم دانسته اند، گویی چنین پنداشته اند که ید ودعیّ همانند غاصب ضمانی شده و در نتیجه همان گونه که استیمان مالک در مورد غاصب (دست کم بدون ردّ مال) بی فایده است، در این مطلب نیز همین بحث جاری است و استیمان امین مقصر هم بدون ردّ مال بی فایده است.[۲۳] اما این تحلیل، پذیرفتنی نیست؛ چه آنکه مشهور، استیمان غاصب را پذیرفته و آن را برای انقلاب ید ضمانی غاصب به امانی، کافی دانسته اند.[۲۴]

۲ـ۱ـ۲. ابراء مالک

از دیگر مواردی که بنا به اراده مالک، موجب حدوث مجدد ید امانی برای

در حاشیة الارشاد، به گونه ای است که گویی فقط رد به مالک را منجر به برائت امین می داند (همو، حاشیة الارشاد، ج۲، ص۳۷۰). البته طرح مجدد نظر ایشان در شرح لمعه، حاکی از اعتقاد ایشان به نظر مطرح شده در مسالک است (همو، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام** ج۴، ص۲۵۰).

۲۲. محقق ثانی (کرکی)، با تحمیل پاسخ منفی به این پرسش که آیا استیمان مالک بدون دفع مال ممکن است، چنین استدلال می آورد: «... لأنّ التضمین لحق المالک و قد رضی بسقوطه»: (محقق ثانی (کرکی)، علی بن الحسین، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج۶، ص۱۴).

۲۳. مرحوم ابن حمزه، صاحب الوسیله، به گزارش صاحب مفتاح: (حسینی عاملی، سید محمد جواد، **مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلاّمة**، ج۶، ص۱۲) در مقابل قول مشهور فقها در زمینه زوال ضمان در پی ایداع به غاصب، معتقد به عدم زوال ضمان است. با مراجعه به الوسیله و مواجه شدن با جمله «لم یزل الضمان إلاّ بالرد» (ابن حمزه طوسی، محمد بن علی بن حمزه، **الوسیلة إلی نیل الفضیلة**، ج۱، ص۲۷۵) گزارش صاحب مفتاح تقویت می شود.

۲۴. صاحب مفتاح در این زمینه چنین می نگارد: «انّ زوال الضمان في إیداع الغاصب مختار جماعة کثیرین بل استظهرنا انّه لیس محل خلاف» (همان) همچنین ر. ك: (محقق ثانی (کرکی)، علی بن الحسین، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج ۵، ص ۹۸؛ شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، **المبسوط في فقه الإمامیة**، ج۲، ص۲۰۴).

امین پشیمان از تقصیر می شود، «ابراء مالک» است؛ بدین صورت که مالک با بری کردن امین از ید ضمانی، موجبات انقلاب ید را فراهم می آورد.[25] شایان ذکر است که در این مورد نیز برخی از فقها، ضمن نادرست دانستن تأثیر ابراء امین مقصر در تجدید ید امانی، به مناقشه در باره آن پرداخته اند؛ بدین معنا که آنچه در طی برائت ساقط می شود، همانا ذمّه ضامن است. البته ذمه امین، تنها در صورتی در مقابل مالک مشغول می شود که امین در حالت ید ضمانی، مرتکب نقص یا تلف مال شده باشد. در غیر این صورت برائت مالک از مصادیق «ضمان مالم یجب» محسوب شده و بی تأثیر خواهد بود[26]. در مقابل، عده ای از فقها با تعبیر کردن ید ضمانی امینِ مقصر به مقتضی و سبب ضمان، و نیز کفایت سبب ضمان در حدوث برائت، این مناقشه را مخدوش، و ابراء مالک را برای اعاده ید امانی کافی دانسته اند[27]. با التفات به این دلیل و نیز کاشف دانستن ابراء در قصد مالک به منظور

۲۵. قائلین به این دیدگاه عبارتند از: (حسینی شیرازی، سیدصادق، **التعلیقات علی شرائع الإسلام**، ج۱، ص۴۱۷؛ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، ج ۲، ص۱۳۳؛ امام خمینی، **تحریر الوسیلة**، ج۱، ص۶۰۴؛ علامه حلی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة**، ج۳، ص۱۹۳؛ محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ج۲، ص۱۳۳؛ کاشف الغطاء نجفی، احمد بن علی، **سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات**، ج۴، ص۴۹؛ شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، ج۵، ص۱۰۵).

۲۶. محقق نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ج۲۷، ص۱۴۶؛ بهجت «گیلانی فومنی»، محمد تقی، **وسیلة النجاة**، ج۱، ص۵۷۸.

۲۷. محقق ثانی(کرکی)، علی بن الحسین، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج۵، ص ۹۹؛ طباطبایی حائری، سید محمد مجاهد، **کتاب المناهل**، ج۱، ص۲۴۵؛ بحرانی، آل عصفور، **الأنوار اللوامع في شرح مفاتیح الشرائع**، ج۱۳، ص۱۹.

استیمان مجدد امین،[۲۸] گویا نظر این دسته رجحان دارد.

۲ـ۲. اعاده قهری ید امانی

صرف نظر از اختلاف های فقها در باره راه های اعاده ارادی ید امانی به امین مقصر، اختلافی در باب نفس آن وجود نداشت؛ چه همان اراده ای که ابتداء ید امانی را برای امین حاصل گردانید، یک بار دیگر، خواهد توانست ید امانی را برای امین پشیمان از تقصیر برقرار کند.

حال، تمام بحث بر سر این است که آیا می توان بدون دخالت اراده مالک، به صرف عدول از تقصیر سابق، اعاده ید امانی را برای امین پشیمان، به صورت قهری تصویر کرد[۲۹].

بیان مشهور فقها دراین باره، گویای مخالفت آنها با این شیوه است. به دیگر سخن؛ مشهور فقها ضمن مخالفت با برائت قهری امین مقصر از ید ضمانی، تنها اراده سازنده مالک را برای ایجاد مجدد ید امانی، مناط قرار داده اند.

با وجود شهرت این دیدگاه، عده ای از فقها با طرح ادله ای، چنین نظر داده اند که با ترك تقصیر از سوی امین، قهراً ید امانی، بدون نیاز به دخالت اراده مالک برای

۲۸. به بیان دیگر، قصد و نیت نهایی مالک از ابراء کردن ذمه ضامن، محو کردن ید ضمانی پیشین و استقرار ید امانی جدید به جای آن است. گفتنی است که ثبوت ید ضمانی پس از تقصیر، به دلیل بهره مندی مالک از آثار آن است، که البته همانگونه که گذشت، این حق از جانب مالک، اسقاط شدنی است.

۲۹. در این نوشتار ما چنین اعاده ای را قهری نامیدیم. برای اثبات ادعای درستی این نامگذاری، به انقلاب قهری ید امین از امانی به ضمانی به هنگام تقصیر امین (صرف نظر از شرط عدم ضمان امین) تمسک می جوییم. به بیان دیگر همان گونه که، در آن مورد انقلاب قهری را می پذیرفتیم، در اینجا نیز در جریانی مشابه، از همان عنوان می توان مدد گرفت.

امین اعاده می شود.[30]

ادله قائلان به این دیدگاه را، به دو دسته می توان تقسیم کرد: ادله ای که در رد دیدگاه اعاده ارادی ید امانی است[31] (ادله نقضی)؛ و ادله ای که در راستای اثبات اعاده قهری ید امانی است (ادله حلّی).

الف) ادله نقضی

اولاً، احتجاج آنها به زوال ید امانی با بقای اذن کلی مالک و انحلال نیافتن عقد، پذیرفتنی نیست؛

ثانیاً، اجماع مورد ادعا، اجماعی مدرکی است که نمی توان قائل به حجیت آن شد[32]؛ چه آنکه از یک سو، قولی از معصوم در این زمینه نرسیده است، و از سوی دیگر، منبع و مدرك مدعیان اجماع، همان عموم ادله ای است که برای اثبات ید ضمانی بدان متمسک گردیده اند؛

ثالثاً، استناد به استصحاب در شبهات حکمی، صحیح نیست[33].

---

۳۰. از قائلین به این دیدگاه، می توان از: (طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **العروة الوثقی**، ج۲، ص۶۶۷؛ محقق اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان**، ج۱۰، صص۲۸۲و۲۸۳؛ طباطبایی حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، ج۱۲، ص۳۵۱ـ۳۵۲ و از میان فقهای معاصر می توان از: حسینی سیستانی، سید علی، **منهاج الصالحین**، ج۲، ص۲۲۱؛ محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه**، ج۱، ص۱۰۰ـ۱۰۳) نام برد.

۳۱. منظور، دیدگاهی است که فقط اراده مالک را برای بازگشت ید امانی می پذیرد.

۳۲. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، **قواعد فقهیه**، ج۱، ص۱۴۴. هرگاه در موردی که ادعای اجماع شده است، روایتی وجود داشته باشد که به احتمال زیاد، مدرك و مستند اجماع کنندگان همان روایت بوده باشد، چنین اجماعی را اجماع مدرکی یا مستند می نامند: (حسین قافی و سعید شریعتی، **اصول فقه کاربردی**، ج۲، ص۱۳۳).

۳۳. صدر، سید محمد باقر، **القواعد الفقهية**، ج۲، ص۴۶۸.

ب) ادله حلّی

اولاً، اذن کلی مالک با وجود ارتکاب تعدّی از ناحیه امین هنوز باقی است؛ چه آنکه در غیر این صورت، تقصیر امین می بایست به انحلال عقد امانی منجر می شد؛ در حالی که از فقهای امامیه کسی قائل به این امر نشده است.[۳۴] به بیان دیگر، انحلال نیافتن عقد به واسطه تقصیر امین، خود می تواند گواه بر این مطلب باشد که اذن کلی مالک برای نگهداری مال نزد امین، هنوز برقرار است. از این رو، پس از ترك تقصیر، دو باره وصف امانت به امین اعاده می یابد؛ چه آنکه به نظر می رسد وجود سبب اذن مالک، محقق شدن اثر ید امانی مختص به خود را اقتضا می کند.[۳۵]

ثانیاً، انگیزه احسان ودعی در عقد ودیعه، موجب می شود وی یکی از مصادیق محسنین در آیه «ما علی المحسنین من سبیل»[۳۶] به شمار رود. از این رو، بجاست که مفاد قاعده احسان، مفاد قاعده ضمان ید را به دوران ارتکاب تقصیر امین محدود کند و با عنایت به مفاد این قاعده، ید امین پس از ترك تقصیر، امانی محسوب شود.[۳۷]

---

۳۴. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، تکملة العروة الوثقی، ج۱، ص۱۴۶؛ شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة، ج۴، ص۲۱۹؛ شهید ثانی چنین می فرماید: «... و معهما (تعدّی و تفریط) یبقی العقد»؛ محقق نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ج۲۷، ص۴۲۸.

۳۵. عبارت اخیر نگارنده برای توجیه مطلوب این دلیل است؛ چه آنکه در سرتاسر مدت عقد امانی، اذن کلی مالک موجود است و از لوازم اصلی این امر، استقرار ید امانی برای امین است. در زمان ارتکاب تقصیر، با اینکه همچنان اذن مالک برقرار است، قاعده علی الید مانع از جاری گشتن لوازم آن می شود. پس از رفع تقصیر باید مجدداً با استناد اذن کلی مالک، ید امین امانی محسوب شود.

۳۶. توبه: ۹۱.

۳۷. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، **ریاض المسائل**، ج۱، ص۶۲۱؛ طباطبایی

با وجود قوت این دلیل، باید مفاد این دلیل را فقط در عقد ودیعه جویا شد؛ چه آنکه در دیگر عقود امانی، برخلاف ودیعه، مصلحت امین نیز در کنار مصلحت مالک مدنظر قرار می گیرد. از این رو، استناد به این دلیل برای اثبات ید امانی امین پس از ترك تقصیر در سایر عقود امانی توجیهی ندارد.

ثالثاً، مرحوم سید محمد کاظم یزدی، از سردمداران این دیدگاه، معتقد است براساس عموم ادله ای که بر نفی ضمان امین دلالت دارند، تا هنگامی که عقد امانی برقرار است، ید امانی و آثار آن نیز برقرار است. آنچه به عنوان مخصص، عموم این ادله را تخصیص و محدود می کند، ادله مربوط به ضمانی گشتن ید امین به واسطه تقصیر است که البته آن هم فقط مختص به آن بازه زمانی است و پس از برطرف شدن تقصیر باید با استناد به عموم ادله بهره مندی ضمان امین، دو باره ید امین را امانی به شمار آوریم[۳۸].

رابعاً، ضمان امین فقط با ارتکاب تقصیر از جانب وی محقق می شود. در نتیجه، هنگامی که تقصیری از امین سر نزده است، استناد به ید ضمانی او مصداق ندارد.[۳۹] به دیگر سخن، حکم (ضمانی گشتن ید امین) با انتفای موضوع (تقصیر سابق امین) منتفی می شود[۴۰].

در ادامه بحث، با انتخاب این نظر به عنوان دیدگاه مختار، بیشتر به شرح آن خواهیم پرداخت.

< حائری، سید محمد مجاهد، کتاب المناهل، ج۱، ص۲۴۱؛ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **حاشیة المکاسب**، ج۱، ص۳۳؛ کاشف الغطاء نجفی، محمدحسین بن علی، **تحریر المجلة**، ج۲، ص۳۴.

۳۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **حاشیة المکاسب**، ج۱، ص۳۵.

۳۹. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان**، ج۱۰، ص۲۸۲.

۴۰. مرحوم مقدس اردبیلی چنین می فرمایند: «... و لو انتفی التقصیر فلا ضمان»: (همان).

۲ـ۳ . دیدگاه میانه در باره اعاده ید امانی

عده‌ای از فقها با برگزیدن دیدگاه میانه، در مواردی قائل به اعاده امانی و در موارد دیگر قائل به عدم اعاده ید امانی شده‌اند. آنچه بر نگارنده این سطور واضح شده این است که در همین دیدگاه نیز میان فقها اتفاق نظر وجود ندارد. در ادامه به اختلاف نظرها اشارت می‌رود:

۱. مرحوم کاشف الغطاء، در امانت‌هایی که به مصلحت مالک منعقد شده است (مانند ودیعه و وکالت تبرعی)، پس از پشیمانی امین از تقصیر پیشین، قائل به رفع ضمان شده است و در مورد امانت‌هایی که به مصلحت امین و یا هردوی آنها وضع شده (مانند اغلب عقود امانی مثل اجاره، وکالت غیر تبرعی، عاریه، و...) قائل به بازنگشتن ید امانی است.[۴۱] عمده دلیل این فقیه بزرگ در مورد بازگشت ید امانی، قاعده احسان (صورت اول)؛ و در مورد بازنگشتن ید امانی، همان استصحاب ید ضمانی و قاعده «الزائل لا یعود»[۴۲] است.

۲. در مبسوط، دیدگاه میانه دیگری استنباط می‌شود؛ بدین صورت که ملاك را برای اعاده ید امانی، نفس کیفیت تقصیر امین می‌داند؛ یعنی در صورتی که نوع تعدّی انجام شده در باره مال امانت، در راستای منفعت امین بوده باشد (مانند پوشیدن لباس)، پس از ترك تقصیر، نمی‌توان بازگشتی را برای ید امانی متصور شد و متقابلاً در صورت بهره‌مند نشدن امین از تقصیر در مال امانتی (مانند خروج حیوان از حرز)، ید امانی باز می‌گردد.[۴۳]

---

۴۱. کاشف الغطاء نجفی، محمدحسین بن علی، **تحریر المجلة**، ج۳، ص۳۳ـ۳۴.

۴۲. برای مطالعه چگونگی استفاده از مفاد این قاعده، ر. ك: (آملی، میرزا محمدتقی، **مصباح الهدی في شرح العروة الوثقی**، ج۱، ص۱۴).

۴۳. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، **المبسوط في فقه الإمامیة**، ج۴، ص۱۳۴ـ۱۳۵.

۳. دیدگاه ابوحنیفه در باب این مسئله نیز در این تقسیم بندی جای می گیرد؛ چه آنکه این فقیه عامه، اصولاً پشیمانی امین از تقصیر پیشین را برای اعاده ید امانی کافی می داند، مگر در سه مورد:

یک. هنگامی که امین، منکر مال امانت نزد خود باشد و سپس بدان اقرار کند؛

دو. هنگامی کـه مـالک، مـال خـویـش را از امـین مطالبـه کـند و امـین از رد آن امتناع ورزد؛

سه. و سرانجام هنگامی کـه امین با تقصیر خویش، مـوجبـات ممزوج گـشتن مال امانت را با اموال دیگر فراهم آورده باشد[۴۴].

۳. دیدگاه مختار

از مجموع سـه دیدگاه گفته شده در باره اعاده قهـری ید امانی، مناسب ترین دیدگاه، همـان دیدگـاه دوم است کـه ترك تقـصیـر امـین را برای اعـاده امـانی به وی کـافی می داند. علاوه بر دلایل یاد شده، دلایل ذیل نیز بدان افزوده می شود:

می توان مفـاد قـاعـده «إذا زال المـانـع عـاد المـمنوع» را برای صـحت ادعـای بازگشت قهـری ید امـانی به امـین، در نظر گـرفت؛ چه آنکه به مـوجب این قاعـده، هنگامی که مانع احتساب ید امانی برای امین از بین رود (تقصیر)، ممنوع (همان ید امانی) اعاده می یابد.[۴۵]

۴۴. انصاری، شیخ مرتضی، **المکاسب**، ج۴، ص۱۷۳.

۴۵. مرحوم کاشف الغطاء در **تحریر المجلّه**، این قاعده را معروف می داند. ایشان در بحثی این گونه از این قـاعده برای اثبات مـدعای خویش بهـره می برند: «... علی قاعـدة إذا زال المانع عاد الممنوع و کان السفـه هو المانع من صحة التصرفات فإذا زال عادت الصـحة کما في سائر العقلاء»: (کـاشف الغطاء، محمدحسین بن علی، **تحریر المجلة**، ج۲، ص۱۷۱). ایـن فـقیـه بزرگ در مـوارد دیگری نیـز از این قـاعده اسـتفاده کـرده است (همـان، ج۱، ص۸۳ و ج۲، ص۱۶۵. همچنین ر. ك: (آملی، میـرزا محمد تقی، **مصباح الهدی في شرح العروة الوثقی**، ج۱۲، ص۲۵).

در نقطه مقابل، ممکن است با استناد به قاعده «المعدوم لا یعود»، گفته شود که با زوال ید ضمانی امین به واسطه تقصیر وی، دیگر مجالی برای بازگشت آن متصور نیست. اما این شائبه باید از ذهن برطرف شود؛ چه آنکه استناد به این قاعده در این بحث صحیح نیست؛ چنان که گفته شد با وجود تقصیر، اذن کلی مالک همچنان پابرجاست. در نتیجه، قائل شدن به زوال ید امانی در حالی که منبع اصلی آن (اذن مالک) هنوز پابرجاست، ناموجه است. افزون بر آن، با توجه به آنکه ضمان امین، امری استثنائی و خلاف قاعده است، باید به حکم قاعده[۴۶] تا حد امکان قائل به تفسیر مضیق آن شد. در نتیجه توسعه ضمان امین در مواردی که در نوع ید امین در آن موارد مشکوکیم[۴۷]، امری خلاف قاعده و ناپسند است که باید از آن پرهیز کرد.

از دیگر دلایلی که می توان برای اثبات این نظر برشمرد «جمع بین حقین» است؛ بدین معنا که چنانچه ترك تقصیر را برای بازگشت ید امانی به امین کافی ندانیم، حکمی را به ضرر امین وضع کرده ایم، در حالی که با حکم به بازگشت ید امانی، حق مالک و حق امین را دراین باره جمع کرده ایم.[۴۸]

پس از انتخاب دیدگاه برگزیده خویش در این مقاله، مناسب دیده شد که ابتداء دیدگاه مختار خویش را در اقسام مختلف ید امین پیش از ارتکاب تقصیر بررسی کنیم و سپس به تعدیل آن همت گماریم.

---

۴۶. فیما یخالف الاصل یقتصر علی موضع المتیقن.

۴۷. مراد نوع ید امین در دوران بعد از تقصیر است.

۴۸. در باب استناد فقها به این دلیل (جمع بین حقین)، ر. ك: فخر المحققین، محمد بن الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **إیضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد**، ج۲، ص۳۹؛ محقق ثانی (کرکی) علی بن الحسین، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج۹، ص۷۶؛ حسینی عاملی، سید محمد جواد، **مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلاّمة**، ج۱۸، ص۲۷۳؛ میرزای قمی، **جامع الشتات في اجوبة السؤالات**، ج۲، ص۱۱۹.

۳ـ۱ . اقسام ید امین، پیش از ارتکاب تقصیر[۴۹]

در بیشتر مواردی که امین بر مال دیگری استیلا می یابد،[۵۰] ید امین امانی است. باوجود این، گاه می توان امانت هایی را تصویر کرد که ید امین، خلاف قاعده ضمانی است. به بیان دیگر، می توان در یک تقسیم بندی، انواع ید امین را به ید امانی ابتدایی و ید ضمانی ابتدایی، تقسیم کرد.

مناسب است دیدگاه برگزیده خویش را با در نظر گرفتن این نوع تقسیم بندی مطرح کنیم.

۳ـ۱ـ۱ . ید امانی ابتدایی

تمام مطالب پیش گفته در باره اثبات بازگشت قهری ید امانی (دیدگاه برگزیده)، به این مورد اختصاص دارد. به دیگر سخن در تمام مواردی که ید امین از ابتداء امانی است، پس از پشیمان شدن امین از تقصیر و کنار نهادن تقصیر، یک بار دیگر ید امانی برای امین حاصل می آید.

به طور کلی، ثمرات تمایز میان ید امانی و ید ضمانی امین را می توان در سه امر خلاصه کرد:

۱. مسئولیت امین در زمینه تلف و نقص مال مورد امانت؛

۲. ادعای وی در زمینه تلف و نقص مال مورد امانت؛

۳. وجوب پرداخت اجرت المثل به مالک (البته فقط برای ایام بعد از تقصیر).

به موجب دیدگاه بازگشت قهری ید امانی، در صورتی که ید امانی ابتداء برای امین حاصل شده باشد، وی می تواند پیش از ارتکاب تقصیر و نیز در صورت ارتکاب تقصیر، پس از ترک آن، از تمام مزایای یاد شده بهره مند شود.

---

۴۹. به دیگر سخن، اقسام ید امین در ابتدای شروع ید امانی.

۵۰. خواه از بابت امانات مالکانه و یا از بابت امانات شارعانه.

۳ـ۱ـ۲ . ید ضمانی ابتدایی

در بیشتر مواردی که عقد امان‌آوری، استیلای دیگری را بر مال مالک تجویز می‌کند، اقتضای ایجاد ید امانی برای مستولی (امین)، از همان ابتدای شکل گیری عقد است، به دیگر سخن، اینکه با وجود شکل‌گیری عقد امان‌آور، ید مستولی و امین همچنان ضمانی باشد، امری خلاف قاعده خواهد بود که باید محدود به مورد منصوص خود شود.

با جست و جو در تألیفات صاحب‌نظران، این امر خلاف قاعده را تنها در دو مورد می‌یابیم:

۱ . در مواردی که به موجب توافق خصوصی طرفین، شرط ضمان برای امین در نظر گرفته شده است (البته در صورتی که قائل به صحت شرط ضمان بر امین باشیم).[۵۱]

۲ . گاه نفس امانت به صورت مضمونه منعقد می‌شود، مانند عاریه طلا و نقره.

حال، این پرسش مطرح است که آیا در این حالت، دیدگاه بازگشت قهری می‌تواند مصداق داشته باشد؟

ممکن است در پاسخی گذرا به این سؤال، چنین نظر داده شود که با وجود ید ضمانی ابتدایی امین، چگونه پس از ترك تقصیر، می‌توان بازگشت قهری ید امانی را برای او تصور کرد! به دیگر سخن، مگر می‌توان امری را که امین از ابتداء نداشته است، پس از ترك تقصیر، برای وی در نظر گرفت.

---

۵۱ . در مورد قائلان به صحت این شرط، ر. ك: محقق اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان**، ج۱۰، ص۶۹؛ میرزای قمی، **جامع الشتات في أجوبة السؤالات**، ج۳، ص۴۰۱؛ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **سؤال و جواب**، ج۱، ص۳۰۷.

اما با اندکی درنگ و تأمل در ثمرات گفته شده در باب تمایز ید امانی و ضمانی، می توان به واقعیت دست یافت؛ بدین توضیح که با ضمانی گشتن ید امین در ابتدای شکل گیری عقد امانی، اولاً امین، مسئول هر تلف و نقصی است که به مال امانتی وارد می شود.

ثانیاً، قول امین نیز در این زمینه (تلف و نقص) مقدم نخواهد بود.

با وجود این، شائبه ضمانی محسوب شدن ید امین[۵۲]، نباید تصور الزام وی به پرداخت اجرت المثل ایام تصرف ضامنانه بر مال امانتی به مالک را پدید آورد[۵۳]. با عنایت به این بحث، می توان چنین نظر داد که امین ضامن پس از ارتکاب تقصیر، موظف است اجرت المثل ایام استیلای خویش بر مال امانتی را به مالک بپردازد؛ چه آنکه امین با ارتکاب تقصیر در برابر مالک، در حکم غاصب است.

به مدد این مقدمه، می توان به ثمره بازگشت قهری ید امانی به امین، پس از ترك تقصیر نائل آمد؛ بدین معنا که در مورد دو ثمره اول در بحث ما (یعنی جایی که در ابتداء، ید امین ضمانی است)، میان قبل، حین و بعد از تقصیر تفاوتی وجود ندارد؛ یعنی امین، هم ضامن مطلق خسارات وارد آمده به مال امانتی است و هم قول مالک در این زمینه مقدم است[۵۴].

اما به نظر می رسد که تنها نتیجه تقصیر امین در این بحث، الزام وی به پرداخت اجرت المثل است. به بیان دیگر، ارتکاب تقصیر از سوی امینی که از اساس و ابتداء ید وی ضمانی است، به ثبوت اجرت المثل منجر می شود؛ در

۵۲. بدیهی است که مراد از ضمانی محسوب شدن ید امین، این است که در ابتدای شکل گیری عقد امانی، بر خلاف قاعده و در محدوده دو مورد گفته شده (عاریه مضمونه و شرط ضمان)، ید ضمانی برای امین پدید آید.

۵۳. در واقع، تفاوت ید ضمانی امین و ید ضمانی غاصب نیز در همین نکته است که بر امین ضامن برخلاف غاصب ضامن، پرداخت اجرت المثل ایام استیلا، موجبی ندارد.

۵۴. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، **قواعد فقهیه**، ج۲، ص۳۲.

حالی که این الزام پیش از ارتکاب تقصیر وجود نداشت. حال چنانچه بازگشت ید امانی را برای امین، پس از ترك تقصیرش بشناسیم، لزوم پرداخت اجرت المثل نیز از میان می رود؛ زیرا این الزام به زمان تقصیر اختصاص داشت. پس در این حالت، دست کم می توان قائل به ثمره بازگشت ید امانی برای امین شد.

ایرادی که طرح آن، در تقریب مسئله به ذهن مفید خواهد بود، این است که عقود امان‌آور نیز ممکن است معوّضاً[55] منعقد شود. به بیان دیگر پیش از ارتکاب تقصیر نیز امین موظف بود اجرت استیلا بر مال مورد امانت را به مالک بپردازد(دقیقاً مانند اجاره مضمونه)[56].

در مقام رفع این ایراد، می توان گفت که در این موارد، ثمره بحث به مازاد بودن اجرت المثل بر اجرت المسمی بر می گردد. بنابراین، چنانچه در اجاره مضمونه، مستأجر مرتکب تقصیر شود، باید در ایام استیلای ضامنانه، در صورت بالا بودن اجرت المثل نسبت به اجرت المسمی، تفاوت آن را به موجر بپردازد در حالی که این الزام پیش و بعد از ارتکاب تقصیر، بر عهده امین نبود. همچنین پس از ارتکاب تقصیر، امین در برابر مالک در حکم غاصب است و یکی از الزامات غاصب و اشخاصی که در حکم آن هستند (امین پس از ارتکاب تقصیر)، این است که اجرت المثل ایام استیلای خویش بر مال را به مالک بپردازند[57].

۳ـ۲. تعدیل دیدگاه مختار

در نقطه مقابل، با عنایت به نپذیرفتن مطلق این نظر، مناسب است که از دو جهت، دیدگاه مختار را تعدیل کنیم:

---

۵۵. مراد از «معوضاً» این است که در مقابل اجرت باشد.

۵۶. محقق ثانی(کرکی) علی بن الحسین، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج۷، ص۲۴۰.

۵۷. حسینی عاملی، سید محمد جواد، **مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلاّمة**، ج۶، ص۸۴.

۱ . صرف ادعای امین مقصر در این زمینه که از تقصیر خویش پشیمان شده و مجدداً درصدد انجام دادن اقداماتی برای مراعات کردن مصلحت مال مورد امانت است، پذیرفتنی نیست؛ چه آنکه صرف نظر از دشواری اثبات این اعا، به عنوان قاعده، انقلاب ید (از ضمانی به امانی و بالعکس) به صرف نیت و انگیزه نمی تواند مصداق داشته باشد.[۵۸] پس همان گونه که به صرف نیت و انگیزه خیانت و تقصیر نمی توان به ضمانی بودن ید امین حکم داد، به همان شیوه نیز نمی توان به صرف نیت و انگیزه رعایت مجدد مصلحت مالک، به امانی گشتن ید ضمانی وی حکم داد.

چنانچه از زاویه دیگر به این موضوع نگریسته شود، همین تفسیر، به صورت مطلوبتری درك می شود، بدین صورت که می توان نوع تقصیر امین را به تقصیر آنی و تقصیر مستمر تقسیم کرد. در تقصیر آنی، به واسطه فعل آنی امین، مانند بیرون آوردن حیوان امانتی از حرز، ید ضمانی برای وی حاصل می آید. در این گونه موارد، اقدام امین به ترك تقصیر و نگهداری مجدد امانی از مال مورد امانت (البته با شرط اثبات) می تواند موجب بازگشت ید امانی به وی شود.

در مورد تقصیرات مستمر نیز (مانند آنکه ودعی بدون ضرورت، مال مورد امانت را به مسافرت ببرد)، که در سرتاسر مدت ید امین ضمانی است، به شرط ترك تقصیر و نگهداری مجدد مال مورد امانت، می توان ید امانی را برای امین در نظر گرفت.

---

۵۸. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، **العروة الوثقی**، ج۵، ص۲۰۶؛ مغنیه، محمدجواد، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، ج۴، ص۲۰۵. گویی مرحوم کاشف الغطاء (حسن)، صرف نیت را برای تحقق خیانت امین و انقلاب وی کافی می داند. ایشان در این زمینه می نویسد: «لو قبض المستودع الوديعة ابتداءً بقصد الخيانة أو قصد الخيانة في الاثناء احتمل القول بلزوم الضمان مطلقاً لعموم على اليد» (کاشف الغطاء نجفی، حسن بن جعفر، **أنوار الفقاهة ـ کتاب الودیعة**، ج۱، ص۱۶).

با توجه به مراتب یاد شده، می توان چنین نتیجه گرفت که پشیمانی امین از تقصیرات پیشین خود، باید با اعمالی همراه باشد که گواه پشیمانی او است؛ از یک سو و به لحاظ سلبی، امین باید از تقصیر سابق عدول کند و از سوی دیگر و به لحاظ ایجابی، امین باید دوباره به نگهداری مال مورد امانت مبادرت کند، بنابراین، ادعای خلاف چنین اعمالی از امین، نمی تواند پذیرفتنی باشد.

۲. در پاره ای از عقود امانی نظیر وکالت و ودیعه، که ثبات و استمرار امین در رعایت کردن مصلحت مالک، یکی از عوامل اصلی انتخاب اوست، تقصیر امین موجبات اعاده ید امانی را فراهم نمی آورد؛ چرا که در غیر این صورت، با انگیزه های ابتدایی و اولیه مالک از مأمون قرار دادن دیگری (که در نهایت منجر به انتخاب امین شده است)، در تغایر خواهد بود و در واقع در این گونه موارد، تقصیر امین موجبات مخدوش شدن اساس تصمیم مالک در زمینه امین قراردادن دیگری می شود.[۵۹]

نتیجه

۱. در این مقاله با رویکردی بدیع، راه های بازگشت ید امانی به امین، پس از ترك تقصیر، تحلیل شد. به لحاظ حقوقی گفته شد که در قانون مدنی از این موضوع بحثی به میان نیامده است. از یک سو، می توان چنین گفت که از منظر قانون گذار، صرفاً آنچه باعث ثبوت ید ضمانی برای امین می شود، اشتغال به تعدّی و تفریط است، نه اینکه پس ترك تقصیر نیز این حالت ضمانی برای امین همچنان استمرار یابد. در نقطه مقابل، ممکن است گفته شود با بیان نکردن حکم مسئله، به حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی، از طریق فقه باید پاسخی برای فرض مسئله تدارك دید.

گفته شد که مشهور فقها معتقدند که حتی با عدول امین از تعدّی و تفریط،

---

۵۹. در واقع در اینگونه موارد، استمرار در رعایت نمودن مصلحت، به حالت «وحدت مطلوب»، مورد نظر مالک است.

دیگر نمی توان بازگشتی برای سمت امانت به امین متصور شد؛ چه آنکه در این حالت، امین در شمار غاصبان در می آید.

۲. با این همه، باید با آن دسته از فقها همداستان شد که ترك تقصیر امین را به عنوان راه بازگشت ید امانی پذیرفته اند، چه آنکه تا زمانی که عقد باقی است، اذن نیز باقی است و نباید این دو امر را جدای از یکدیگر دانست. تعدّی و تفریط به اذن لطمه نمی زند؛ بلکه مانند حائلی در راه نفوذ اذن باقی می ماند و مانع از ایجاد اثر می گردد. اما هر گاه مانع از بین برود، منبع ایجاد کننده امانت؛ یعنی همان اذن، برمی گردد. همچنین باتوجه به آنکه ضمان امین، امری استثنایی و خلاف قاعده است، به حکم قاعده باید تا حد امکان قائل به تفسیر مضیق آن شد. در نتیجه، توسعه ضمان امین در آن مواردی که در نوع ید امین در آن موارد مشکوکیم، امری خلاف قاعده و ناپسند است که باید از آن اجتناب کرد.

۳. با وجود این، لزوم قرین گشتن اعمالی که گواه ترك تقصیر باشد، نکته ای است که نظر پیش گفته را تعدیل می کند. به لحاظ سلبی، این اعمال باید بر ترك تقصیر امین حمل شود، و به لحاظ ایجابی نیز بر نگهداری مجدد مال امانی.

۴. گاه در هنگام انعقاد عقد امانی، استمرار بدون وقفه در رعایت مصلحت توسط امین، مورد نظر مالک بوده است. در این گونه موارد، بازگشت ید امانی به امین (هر چند پس از ترك تقصیر) با اساس انگیزه های مالک در تضاد خواهد بود.

۵. مطالب این مقاله هم حالتی را که ید امین، از ابتداء (مطابق قاعده) امانی است و هم فرضی را که ید امین از ابتداء در عقد امانی، ضمانی است، شامل می شود (مانند عاریه طلا و نقره و یا جعل شرط ضمان بر امین). در این موارد، ثمره بحث اعاده ید امانی به امین پشیمان از تقصیر، به الزام وی به پرداخت اجرت المثل به مالک، در ازای تسلط بر مال مورد امانت در ایام استیلای ضامنانه (ایامی که پس از تقصیر ید امین، ضمانی گردیده است) برمی گردد.

منابع و مآخذ

الف)منابع فارسی

۱. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، **قواعد فقهیه**، ج۱و۲، تهران، مؤسسه عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ هـ. ق.

۲. صدوق، محمّد بن علی (با تحقیق: علی اکبر غفاری)، **من لا یحضره الفقیه**، ج۴، تهران، نشر صدوق، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ. ق.

۳. قافی، حسین و شریعتی، سعید، **اصول فقه کاربردی**، ج۲، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۹۰.

۴. لطفی، اسداللّه، «قاعده استیمان در سقوط ضمان»، **فصلنامه حقوق دانشگاه تهران**، شماره ۴۴، ۱۳۷۸.

۵. محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه**، ج۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰هـ. ق.

۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **سؤال و جواب**، در یک جلد، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.

ب) منابع عربی

۱. آملی، میرزا محمد تقی، **مصباح الهدی في شرح العروة الوثقی**، ج۱و۱۲، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۰ هـ. ق.

۲. احسایی، ابن ابی جمهور، **عوالي اللئالي العزیزیّة**، ج۱، قم، دار سید الشهداء للنشر، چاپ اول، ۱۴۰۵ هـ. ق.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، **المکاسب**، ج۴و۷، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۰ هـ. ق.

۴. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی بن حمزه، **الوسیلة إلی نیل الفضیلة**، در یک جلد، قم، انتشارات کتابخانه آیت اللّه مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸هـ. ق.

۵. ابن ادریس حلّی، ابی جعفربن منصوربن احمد، **السرائر الحاوي لتحریر**

الفتاوی، ج۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰هـ. ق.

۶. امام خمینی، سید روح اللّه، **تحریر الوسیلة**، ج۱، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار العلم، چاپ اول، بی تا.

۷. بحرانی، آل عصفور، **الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع**، ج۳، قم، مجمع البحوث العلمیه، چاپ اول، بی تا.

۸. حسینی سیستانی، سید علی، **منهاج الصالحین**، ج۲، قم، دفتر آیت اللّه سیستانی، چاپ پنجم، ۱۴۱۷هـ. ق.

۹. حسینی شیرازی، سیدمحمد، **الفقه، القواعد الفقهية**، یک جلد، مؤسسه امام رضا علیه السلام، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.

۱۰. حسینی شیرازی، سید صادق، **التعليقات على شرائع الإسلام**، ج۱، قم، انتشارات استقلال، چاپ ششم، ۱۴۲۵هـ. ق.

۱۱. حرّ عاملی، محمد بن الحسن، **تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة**، ۳۰ جلد، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹هـ. ق.

۱۲. حسینی عاملی، سید محمد جواد، **مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلاّمة**، ج۶، ۱۷و۱۸، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ. ق.

۱۳. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، **الخلاف**، ج۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷هـ. ق.

۱۴. ــــــــــــ، **المبسوط في فقه الإمامية**، ج۲و۴، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷هـ. ق.

۱۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ج ۴ و ۵، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.

۱۶ . ـــــــــــــ، **حاشية الإرشاد**، ج۲و۴، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴هـ. ق.
۱۷ . ـــــــــــــ، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، ج۴، قـــم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۱۸ . صدر، سید محمد باقر، **القواعد الفقهية**، ج۲، قم، دفتر جناب مقرر، چاپ اول، ۱۴۰۸هـ. ق.
۱۹ . طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **تکملة العروة الوثقی**، ج۱، قـــم، کتابفروشی داوری، اول، ۱۴۱۴هـ. ق.
۲۰ . ـــــــــــــ، **العروة الوثقی**، ج۲و۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۲۱ . ـــــــــــــ، **حاشية المكاسب**، ج۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۲۲ . طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، **رياض المسائل**، ج۱و۱۰، قـــم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸هـ. ق.
۲۳ . طباطبایی حائری، سید محمد مجاهد، **کتاب المناهل**، در یک جلد، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، بی تا.
۲۴ . طباطبایی حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، ج۱۰، قـــم، مؤسسة دار التفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶هـ . ق.
۲۵ . علامه حلّی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان**، ج۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۲۶ . ـــــــــــــ، **تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية**، ج۳، قـــم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰هـ. ق.
۲۷ . ـــــــــــــ، **تذكرة الفقهاء**، ج۲و۱۶، قم، مؤسسه آل البیت علیهم

السلام، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ . ق .
۲۸ . فخرالمحققین، محمد بن الحسن بن یوسف، **إیضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد**، ج۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ هـ. ق .
۲۹ . قاضی ابن برّاج، عبدالعزیز، **جواهر الفقه ـ الرسالة الجعفریة**، در یک جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۱ هـ. ق .
۳۰ . کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الفروع من الکافی**، ج۵، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷هـ. ق .
۳۱ . گیلانی فومنی (بهجت)، محمدتقی، **وسیلة النجاة**، یک جلد، قم، انتشارات شفق، چاپ دوم، ۱۴۲۳هـ. ق .
۳۲ . محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، **المختصر النافع في فقه الإمامیة**، ج۱، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸ هـ. ق .
۳۳ . ــــــــــ، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ج۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸هـ. ق .
۳۴ . محدث نوری، میرزا حسین، **مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل**، ج۱۴و۱۷، بیروت، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۸هـ. ق .
۳۵ . مراغی، سید میر عبدالفتاح، **العناوین الفقهیة**، ج۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷هـ. ق .
۳۶ . مغربی تمیمی، ابوحنیفه نعمان بن محمد، **دعائم الإسلام**، ج۲، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۳۸۵هـ. ق .
۳۷ . مغنیه، محمدجواد، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، ج۴، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۲۱هـ. ق .
۳۸ . مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان**، ج۱۰، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه

علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۳۹. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **جامع الشتات في أجوبة السؤالات**، ج۲و۳، تهران، مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.
۴۰. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، **قواعد فقهیه**، ج۲، تهران، مؤسسه عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ هـ. ق.
۴۱. محقق ثانی، علی بن الحسین (کرکی)، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج۵، ۶، ۷ و ۹، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴هـ. ق.
۴۲. موسوی خویی، سید ابو القاسم، **منهاج الصالحین**، ج۱، قم، نشر مدینة العلم، ۱۴۱۰هـ. ق.
۴۳. ــــــــــــ، **مصباح الفقاهة في المعاملات**، ج۳، قم، مؤسسهٔ انصاریان، اول، ۱۴۱۷هـ. ق.
۴۴. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ج۲۷، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴هـ. ق.
۴۵. نجفی(کاشف الغطاء)، محمدحسین بن علی، **تحریر المجلّة**، ج۲و۳، نجف، المکتبة المرتضویة، چاپ اول، ۱۳۵۹هـ. ق.
۴۶. نجفی (کاشف الغطاء)، احمد بن علی، **سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات**، ج۴، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۳هـ. ق.
۴۷. نجفی (کاشف الغطاء)، حسن بن جعفر، **انوار الفقاهة ـ کتاب الودیعة**، در یک جلد، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۴۸. نراقی، مولی احمد، **عوائد الأیام في بیان قواعد الأحکام**، در یک جلد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷هـ. ق.
۴۹. هندی، علاء الدین متقی بن حسام الدین، **کنز العمّال في سنن الأقوال و الأفعال**، تصحیح: صفوة السقاء، ج۵، بیروت، مکتبة التراث الاسلامي، چاپ اول، ۱۳۸۹هـ. ق.

ماهیت و احکام نهاد عاقله

○ سیدسجاد موسوی کرمانشاهی*

چکیده

عاقله یکی از نهادهایی است که قبل از اسلام از مؤثرترین عناصر جامعه بوده و نقش بسزایی در حل اختلافات و پرداخت خسارات افراد زیر مجموعه آن داشته است. اسلام نیز این نهاد را به رسمیت شناخته و مسئولیت پرداخت دیه بعضی از جنایات، مانند خطای محض و جنایاتی که شخص جانی در آنها متواری می شود را به آنها واگذار کرده است. از این رو در این اثر پس از بیان ماهیت عاقله و اعضای آن به بررسی وضعی یا تکلیفی بودن عهده عاقله در پرداخت خسارت و بازپس گرفتن خسارت پرداخت شده جانی پرداخته و خواهیم گفت که در جنایات خطائی هم جانی و هم عاقله از لحاظ وضعی موظف به پرداخت می باشند. با این تفاوت که با وجود عاقله، جانی از لحاظ تکلیفی موظف به پرداخت نمی باشد و فقط عاقله مکلف به پرداخت است.

کلید واژگان: نهاد عاقله، جانی، خطای محض، جنایت، خسارت.

---

* سطح چهار حوزه علمیه قم.

مقدمه

یکی از نهادهایی که در میان قبایل پیش از اسلام، نقش بسیار مهمی در ایجاد امنیت و آرامش جوامع انسانی برعهده داشته، نهاد عاقله و جمعیت خویشان شخص جانی بوده است. یکی از مسئولیت های اصلی این نهاد ـ که اجمالاً شامل اقوام نزدیک و طایفه هر شخصی می شد ـ دفاع از اشخاص قبیله در مقابل هجمه های بیگانگان، و پرداخت بدهی ها و خون بهایی بوده است که شخص به بار می آورده و از پرداخت آن عاجز بوده است. در این موارد، عاقله اشخاص پرداخت این تعهدات مالی را می پذیرفتند تا از درگیری های احتمالی اولیای مقتول و شخص جانی و خانواده او جلوگیری کرده باشند.

اسلام نیز به همین دلیل، این اصل را در بعضی موارد، مانند خطای محض پذیرفته و به آن مشروعیت بخشیده است. در این زمینه و در باره مسئولیت عاقله در پرداخت دیه، روایات بسیاری از معصومین(ع) وارد شده که مورد اتفاق همه فقها(شیعه و سنّی) است. اما با توجه به اینکه این حکم، از احکام امضایی اسلام است و واژه عاقله نیز یک حقیقت شرعی نیست تا برای تبیین آن، تنها به بررسی نصوص و روایات بپردازیم، بلکه در کلمات شارع به همان معنای عرفی و لغوی خود در عصر جاهلیت به کار رفته است، پرسشهای مهمی درباره حدود و تعریف آن و احکام و آثار مترتب بر این نهاد، مطرح می شود که برای پاسخ به آنها ابتدا به شناخت موضوعی عاقله می پردازیم:

مبحث اول: بررسی موضوعی عاقله

ـ عاقله در لغت و کلمات فقها

۱ـ عاقله در کتاب های لغت بر عصبه اشخاص اطلاق شده است.

جوهری در صحاح[1] و ابن اثیر در نهایة[2] در این باره چنین می نویسند:

العَاقِلَة: هي العصبة و الأقارب من قبل الأب الذين يعطون دية قتيل الخطأ؛

عاقله، عصبه و نزدیکان پدری هستند که دیه کشته به خطا را می پردازند.

مشهور فقهای امامیه نیز این معنا را پذیرفته و عاقله را مترادف با عصبه می دانند.

شیخ مفید(ره) در کتاب شریف مقنعة می فرماید:

و تؤخذ من عاقلة القاتل و هم عصبته الرجال دون النساء و لا يؤخذ من إخوته لأمّه منها شيء و لا من أخواله؛ لأنّه لو قتل و أخذت ديته ما استحق إخوته و أخواله منها شيئاً فلذلک لم يكن عليهم منها شيء ...؛[3]

(دیه) از عاقله قاتل گرفته می شود و آنها مردان از عصبه جانی اند، نه زنان؛ و از برادران مادری او و دایی های او چیزی گرفته نمی شود؛ زیرا اگر این شخص کشته شود و دیه او گرفته شود، برادران مادری و دایی های او، استحقاق دیه را ندارند. به همین دلیل در پرداخت دیه جانی، بر عهده آنها چیزی نیست.

شیخ طوسی(ره) نیز در کتاب الخلاف[4] و ابوالصلاح حلبی در الكافي في الفقه[5] این نظر را پذیرفته و عصبه شخص را عاقله او معرفی می کنند.

به نظر نگارنده، این نظریه، متین و مستدل است؛ زیرا علاوه بر اینکه موافق با نظر لغویون در معنای عاقله است، در تأیید آن، دو روایت معتبر از محمد بن قیس از امام باقر(ع) وجود دارد که ظاهر آنها شاهدی است بر این که عاقله مترادف با عصبه است:

۱. الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، ج۵، ص۱۷۷۱.
۲. ابن اثیر جزری، النهاية في غريب الحديث والاثر، ج۳، ص۲۷۸.
۳. شیخ مفید، المقنعة، ص۷۳۵.
۴. شیخ طوسی، کتاب الخلاف، ج۵، ص۲۷۷.
۵. ابوالصلاح حلبي، الكافي في الفقه، ص۳۹۲.

۱ . قال: قضى أمير المؤمنين(ع) على امرأة أعتقت رجلاً و اشترطت ولائه و لها ابن: فالحق ولائه بعصبتها الذين يعقلون عنه دون ولدها[۶]؛

امیرالمؤمنین(ع) در مورد زنی که دارای یک پسر است و مردی را آزاد کرده و ولای(ارث بردن) او را شرط کرده است، حکم کرد به ولای مرد آزاد شده برای عصبه ای که عاقله زن هستند، غیر از فرزندش.

۲ . قال: قضى في رجل حرّر رجلاً فاشترط ولائه [ولاه]فتوفّى الذي أعتق، و ليس له ولد إلاّ النساء ثمّ توفّي المولى و ترك مالاً وله عصبة، ... فقضى بميراثه للعصبة الذين يعقلون عنه إذا أحدث حدثاً يكون فيه عقل؛[۷]

امیرالمؤمنین(ع) در مورد مردی که مرد دیگری را آزاد، و ولای او را شرط کرد و مرد آزاد کننده فوت کرد در حالی که غیر از چند دختر، فرزندی نداشت؛ سپس آزاد شده از دنیا رفت و مالی را به جای گذاشت، فرمود: میراث آزاد شده برای عصبه مرد(آزاد کننده) است که عاقله اویند و اگر اتفاقی بیفتد، دور او را می گیرند.

اشکال: در صورتی طبق این دو روایت، عاقله مترادف با عصبه خواهد بود که عبارت «الذين يعقلون ... » را وصف مساوی برای عصبه بدانیم؛ حال اینکه احتمال دارد این عبارت قید برای عصبه باشد، نه وصف آن؛ در این صورت، نمی توان عصبه را مترادف عاقله شمرد؛ زیرا معنای آن این است که ولاء برای عصبه ای که از عاقله اند، ثابت است نه مطلق عصبه. پس مطلق عصبه، عاقله نیستند.

جواب: احتمال اینکه تنها قسمی از عصبه، عاقله باشند، احداث قول ثالث در مقابل اجماع مرکب است؛ چرا که فقها از دو قول تعدی نکرده اند: یا مطلق عصبه را عاقله می دانند، یا عنوان وارث را. به همین دلیل قید یاد شده (الذين

۶. حرّ عاملی، **وسائل الشيعة**، ج۲۳، ص۷۰، ح۱.
۷. همان، ص۷۱، ح۱.

یعقلون ...) را وصف مساوی می دانیم .

در مقابل این نظریه ، دو نظریه دیگر وجود دارد :

۲ . عاقله ، مطلق ورثه است و (اعم از کسانی که بالتسمیه (به تصریح قرآن) ارث می برند و کسانی که بالفرض (به تصریح روایات) ارث می برند) .

شیخ طوسی در کتاب نهایة ، اولین فقیهی است که این نظریه را اختیار کرده و چنین می فرماید :

«و امّا دیة قتل الخطإ ، فإنّها تلزم العاقلة الّذین یرثون دیة القاتل إن لو قتل ، و لا یلزم من لا یرث من دیته شیئاً علی حال ؛[۸]

و اما دیه قتل خطایی ، بر عاقله که اگر قاتل کشته شود ، از او ارث می برند ، لازم است و بر کسی که به هیچ وجه از او ارث نمی برد ، لازم نیست .

پس از ایشان ، ابن برّاج و ابن حمزه نیز در کتاب های فقهی خود ، یعنی مهذب ،[۹] و الوسیلة ،[۱۰] این نظر را مطرح کرده و مطلق ورثه را عاقله می دانند .

نقد نظریه دوم

چنان که گفته شد ، اولین کسی که به این قول تصریح می کند ، شیخ طوسی(ره) در کتاب نهایة است . در نقد این نظریه ، صاحب کشف اللثام چنین می نویسد :

و عبارة النهایة کذا (امّا دیة قتل الخطإ ؛ فإنّها تلزم العاقلة الّذین یرثون دیة القاتل إن لو قتل ، و لا یلزم من لا یرث من دیته شیئاً علی حال .) و هي توهمّ العموم لکلّ من یرث الدیة و لیست صریحة فیه ، فإنّ الوصف یجوز أن یکون

۸ . شیخ طوسی ، **النهایة في مجرّد الفقه و الفتاوی** ، ص۷۳۷ .
۹ . ابن براج طرابلسی ، **المهذّب** ، ج۲ ، ص۴۵۷ .
۱۰ . ابن حمزه طوسی ، **الوسیلة الی نیل الفضیلة** ، ص۴۳۶ .

للتعليل دون التفسير؛[11]

اگر چه ظاهر عبارت شیخ در نهایة این توهم را پدید می‌آورد که عاقله شامل همه کسانی است که ارث می‌برند، ولی صریح در این مطلب نیست؛ چرا که ممکن است وصف مذکور در کلام شیخ (الذین یرثون دیة القاتل ...) تعلیل برای ارث بردن عاقله باشد، نه تفسیر آن. در نتیجه، مانند کلام مرحوم مفید خواهد بود که فرمود: عاقله همان عصبه قاتل است؛ زیرا از او ارث می‌برند. (این توجیه نسبت به کلام قائلین دیگر این نظریه (ابن براج و ابن حمزه) محتمل است.

این تحلیل کاشف اللثام، با توجه به اینکه دلیلی بر این نظریه از لغت و روایات وجود ندارد و شیخ در خلاف و مبسوط نیز، غیر از آن را ادعا می‌کند، پذیرفتنی به نظر می‌رسد؛ به ویژه آن که شیخ، نهایة را در تبیین عقاید استادش مرحوم مفید نوشته است و گفتیم که ایشان در مقنعة، نظریه اول را صحیح می‌داند.

۳. عاقله، کسانی‌اند که بالتسمیة ارث می‌برند و در صورت نبودن آنها، همه کسانی که بالفرض ارث می‌برند، عاقله‌اند.

علامه(ره) در مختلف الشیعة این قول را به ابن جنید نسبت داده و دلیل آن را روایت ضعیفی از سلمة بن کهیل از امیرالمؤمنین(ع) بیان می‌کند:

و قال ابن الجنید: العاقلة هم المستحقّون لمیراث القاتل من الرجال العقلاء، سواء کانوا من قبل أبیه أو أمّه، فإن تساوت القرابتان کالإخوة للأب و الإخوة للامّ، کان علی الإخوة للأب الثلثان، و علی الإخوة للامّ الثلث ... .[12]

در این روایت مفصل آمده است که قاتلی را از موصل به خدمت امیرالمؤمنین(ع) آوردند تا درباره پرداخت دیه او حکم کند. ایشان نامه‌ای به حاکم موصل نوشت و

۱۱. فاضل هندی، **کشف اللثام**، ج۱۱، ص۴۹۹.
۱۲. علاّمه حلّی، **مختلف الشیعة**، ج۹، ص۳۰۱.

او را امر کرد تا نزدیکان قاتل را بیابد و از میان آنها، مرد وارثی را که در قرآن کریم برای او سهم الارث معین شده است، موظف به پرداخت دیه کند. و اگر چنین شخصی وجود نداشت و همه ورثه قاتل، بالفرض ارث می بردند، دیه را بین مردان مسلمان آنها تقسیم کرده، بر نزدیکان پدری او دوسوم دیه و بر نزدیکان مادری او یک سوم قرار دهد.[۱۳]

صاحب کشف اللثام هم این قول را ذکر، و دلیل آن را روایت بزنطی و ابی بصیر و مرسله یونس بیان می کند. در دو روایت اول، امام صادق و امام باقر(ع) در جواب این مسئله که اگر در قتل عمد، قاتل فرار کرد و تا پایان عمرش نیز پیدا نشد، چه باید کرد، می فرمایند: دیه از اموال برجا مانده او کم می شود و اگر مالی نبود، از نزدیک ترین اقوام او گرفته می شود. در روایت یونس بن عبدالرحمن هم امام درباره قتل خطایی که قاتل پیش از پرداخت دیه می میرد، می فرماید:

انّ الدية على ورثته، فإن لم يكن له عاقلة فعلى الوالي من بيت المال؛[۱۴]

دیه بر ورثه او واجب است و اگر عاقله ای نداشته باشد، بر حاکم است که از بیت المال بپردازد.

نقد نظریه سوم

مرحوم صاحب جواهر در نقد این نظریه می فرماید: اولاً، ظاهر کلام نقل شده از ابن جنید، غیر از مفاد نظریه یاد شده است و بنا بر صحت استناد این کلام به ابن جنید، یک نظریه مستقل است: و هو کما تری لا توافق القول المزبور بل هو قول مستقل برأسه»؛ ثانیاً، هیچ یک از مستندات این نظریه که در کلام علامه(روایت سلمة بن کهیل) و فاضل هندی در کشف اللثام(روایت ابی بصیر و

۱۳. حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۹، ص۳۹۲.

۱۴. فاضل هندی، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام**، ج۱۱، ص۴۹۹.

ابی نصر بزنطی و یونس بن عبدالرحمن) آمده است، شایسته استناد نیست؛ زیرا در روایت اول، سلمة بن کهیل وجود دارد که ضعیف است. مورد روایات کشف اللثام نیز مغایر با موضوع بحث ما؛ یعنی عاقله در خطای محض است؛ چرا که دو روایت ابی بصیر و بزنطی مربوط به قتل عمد است و روایت یونس نیز ممکن است مربوط به قتل شبه عمد باشد که ادای دیه ابتداء بر شخص جانی واجب است، نه عاقله؛ زیرا در این روایت آمده است که سؤال در مورد شخصی است که قبل از اینکه دیه را به اولیای مقتول بدهد، از دنیا می رود.

عن أحدهما(ع) أنه قال في الرجل إذا قتل رجلاً خطأً فمات قبل أن يخرج إلى أولياء المقتول من الدية: **أنّ الدية على ورثته، فإن لم يكن له عاقلة فعلى الوالي من بيت المال**[15] ... .

(پس این روایات تعبدی و خلاف قواعد بحث عاقله است و نمی توان گفت مراد از اقارب و ورثه در آنها، عاقله در خطای محض است).[16]

توضیح بیشتر:

اینکه صاحب جواهر فرموده کلام ابن جنید مغایر با فهم علامه و نظریه سوم است و یک نظریه جدید به شمار می رود، سخن صحیحی است؛ زیرا در عبارت ابن جنید آمده است که عاقله همان مستحقان ارث قاتل از مردان هستند؛ حال اینکه در متن این نظریه، تفاوتی بین ورثه از جهت مرد یا زن بودن بیان نشده است. علاوه بر این، در این عبارت سخنی از تفصیل بین ورثه بالتسمیه و بالفرض نیست و ظاهر کلام ابن جنید عمومیت عاقله نسبت به مطلق ورثه است؛ اما نه به این صورت که دیه بین همه مساوی تقسیم شود.

---

۱۵. حر عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۹، ص۳۹۷.

۱۶. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام**؛ ج۴۳، ص۴۱۸.

آنچه از مجموع بحث های گذشته به دست آمد، این است که طبق نظریه صحیح که همان نظریه مشهور فقها هم هست، عاقله عبارت از عصبه اشخاص است.

در معنای عصبه و اشخاصی که زیر مجموعه این عنوان قرار می گیرند، دو نظریه در بین لغوی ها وجود دارد:

۱. عصبه کسانی هستند که از بُعد و کلاله(نسبت دور) ارث می برند:

والعَصَبَة: ورثة الرجل عن كلالة من غير ولد و لا والد. فأما فی الفرائض فكل من لم يكن له فريضة مسمّاة فهو عَصَبَة.[۱۷]

۲. عصبه به مطلق ورثه پدری شخص که او را احاطه کرده اند، گفته می شود:

عَصَبَة الرجل: بنوه و قرابته لأبيه، و إنَّما سمّوا عصبةً؛ لأنَّهم عَصَبوا به، أي أحاطوا به؛

عصبه انسان، پسران و خویشان پدری اوست و تنها به این جهت عصبه نامیده شدند که دور انسان را گرفته اند.[۱۸]

و العَصَبَة: الأقارب من جهة الأب؛ لأنّهم يُعَصِّبونَه و يَعْتَصِبُ بهم: أي يحيطون به و يشتدّ به[۱۹]؛

عصبه نزدیکان پدری هستند؛ زیرا آنها شخص را احاطه، وبه او کمک می کنند.

قال الأزهری: عَصَبَةُ الرجلِ أولياؤُه الذكور من ورَثَته، سُمّوا عَصَبَةً؛ لأنهم عَصَبُوا بنَسبه أي اسْتَكَفّوا به، فالأَبُ طَرَفٌ، و الابن طَرَفٌ، و العَمّ جانبٌ، و الأَخُ جانِبٌ، و الجمع العَصَبَاتُ؛[۲۰]

۱۷. فراهیدی، **کتاب العین**، ج۱، ص۳۰۹.
۱۸. جوهری، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية**، ج۱، ص۱۸۲.
۱۹. ابن اثیر جزری، **النهاية في غريب الحديث و الأثر**، ج۳، ص۲۴۵.
۲۰. ابن منظور مصری، **لسان العرب**، ج۱، ص۶۰۵.

ازهری گفته است: عصبه انسان، نزدیکان مذکراو از ورثه اش هستند و به این جهت عصبه نامیده شدند که نَسَب انسان را احاطه کرده اند. پس پدر در یک طرف عصبه و پسر در طرفی و عمو و برادر در طرف دیگرند.

به این ترتیب این دو معنا از دو جهت با یکدیگر متفاوت اند: یکی اینکه طبق معنای اول، با توجه به اینکه کلالة به معنای نسبت دور است، عصبه شامل پدر و فرزند نمی شود؛ دیگری اینکه معنای دوم، تنها نزدیکان پدری را در برمی گیرد، اما طبق معنای اول، حتی نزدیکان مادری نیز که از ورثه شخص هستند، از عصبه به شمار می روند. بنابراین، موضوعاً معنای عاقله و عصبه مجمل خواهد بود و برای حل مسئله و شمول عاقله بر بعضی نزدیکان اشخاص که صدق عاقله بر آنها مشکوك است، باید به اصول عملیه مراجعه کرد.

نکته: یکی از شواهد مهم برای اثبات اجمال معنای لغوی و عرفی عاقله و عصبه، تصریح سید مرتضی (ره) در کتاب انتصار است.[21] شاهد دیگر این که شیخ الطائفه(ره) در کتاب نهایة،[22] فرزند و پدر را از عاقله می داند، اما در دو کتاب دیگر خود یعنی الخلاف[23] و المبسوط[24]، عاقله را غیر از آنها بیان می کند.

---

۲۱. و لیس هاهنا عرف شرعي مستقر في هذه اللفظة؛ لأن الاختلاف واقع في معناها، لأنّ في الناس من يذهب إلى أنّ العصبة إنّما هی القرابة من جهة الأب، و فيهم من يذهب فيها إلى أنّ المراد بها قرابة الميت من الرجال الذين اتصلت قرابتهم به من جهة الرجال كالأخ و العمّ دون الأخت و العمة، و لا يجعل الرجال الذين اتصلت قرابتهم من جهة النساء عصبة كاخوة الميت لأمّه، و فيهم من جعل العصبة مأخوذة من التعصب و الرايات و الديوان و النصرة، و مع هذا الاختلاف لا إجماع يستقر على معناها: (موسوی بغدادی، **الانتصار في انفرادات الإمامية**، ص ۵۵۶).

۲۲. شیخ طوسی، **النهاية في مجرّد الفقه و الفتاوی**، ص۷۳۷.

۲۳. همو، **کتاب الخلاف**، ج۵، ص۲۷۸

۲۴. همو، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج۷، ص۱۷۳

مقتضای اصل عملی:

اگر روایات و لغت را در این زمینه مجمل بدانیم و افراد عاقله، مردد بین افراد مختلف شود، دو فرض وجود دارد:

۱. امر عاقله دائر بین اقل و اکثر باشد(مثل اینکه بدانیم برادر قطعاً عاقله است و در عاقله بودن پسرعمو همراه با برادر شک داشته باشیم)؛

۲. امر عاقله دائر بین متباینین باشد(مثل اینکه اقربای جانی، منحصر در عموزاده های پدری و برادرزاده ها باشد).

در باره هر دو فرض باید گفت که این موارد، نظیر مسئله «واجدي المني في الثوب المشترك» است که هر دو شخص می توانند، اصل برائت اشتغال ذمه را، نسبت به اصل تکلیف به پرداخت دیه یا مقدار زائد (در فرض اول) جاری کنند. وجود علم اجمالی در این میان نیز مضر به جریان برائت نیست؛ چرا که این علم درباره افراد متعدد منجز نیست و محذور جریان اصول در اطراف علم اجمالی ترخیص در مخالفت قطعیه از مکلف واحد است که در اینجا لازم نمی آید؛ نظیر جایی که بعض اطراف از محل ابتلا خارج است؛ با این تفاوت که در اینجا شبهه حکمیه است نه موضوعیه.

اشکال: فتوای فقیه و حاکم به چنین حکمی(جریان برائت درباره تمام مکلفین)، مخالفت قطعیه با علم اجمالی است؛ چراکه ایشان می دانند قطعاً ذمه یکی از این دو گروه به دیه بدهکار است و حکم به اجرای برائت در حق هر دو طرف، ترخیص در مخالفت قطعیه است.

به عبارت دیگر، در مسائلی که مفاد فتوا مربوط به شخص فقیه نیست، مثل احکام خاص بانوان و اصول عملیه، به دلیل اینکه قوام این احکام به تحقق موضوع آن(مثلاً فعلیت شک و یقین در استصحاب) است ـ برخلاف احکام واقعیه که درباره عالم و جاهل یکسان است ـ در این موارد اجرای استصحاب درمورد فقیه و مفتی،

موضوع ندارد؛ زیرا یقین و شک ایشان به تکالیف مقلدین، معتبر نیست. عامی نیز ملتفت به یقین و شکش نیست تا استصحاب یا اصول دیگر در حق او حجت باشد. در «ما نحن فیه» اگرچه فقیه به اشتغال ذمه افراد مشکوك در عاقله شک دارد، چون اولاً او طرف تکلیف نیست و ثانیاً علم اجمالی به وجود حکم دارد، نمی تواند حکم به برائت بدهد. مقلد نیز پیش از جست و جو و بررسی، نمی تواند به صرف شک در تکلیف، برائت جاری کند. پس چه باید کرد؟

ـ به این سؤال سه جواب داده شده است:

جواب۱: مرحوم اصفهانی در این موارد می فرماید: یقین و شک مجتهد طبق ادله جواز تقلید، جایگزین یقین و شک مقلد می شود و به همین دلیل، فقیه در حکم مشکوك می تواند اصول را جاری کند.[۲۵]

جواب۲: فقیه می داند که حکم واقعی این شخص مثلاً حرمت است. با شک در بقای حرمت، ارکان استصحاب در حق فقیه موجود است و استصحاب حکم سابق جاری می شود. مثلاً فقیه می داند که حکم واقعی زن حائض، حرمت تمکین است، ولی درباره حکم تمکین پس از پاك شدن و قبل از غسل شک می کند؛ استصحاب جاری می شود.

این دو جواب نمی تواند مشکل مورد بحث را برطرف کند؛ زیرا برای فقیه در محل بحث، علم اجمالی وجود دارد؛ حال اینکه برائت در فرض شک جاری می شود.

جواب۳: فقیه در مواردی که عامی مسئله را نمی داند، به جای او بررسی می کند و استصحاب یا اصول دیگر قهراً جاری می شود و ارکان آنها با یقین و شک فعلی مکلف به ضمیمه فحص مجتهد تمام می گردد. در حقیقت، فحص مجتهد، به جای فحص عامی قرار می گیرد؛ البته به شرطی که ارکان اصول به غیر فحص در نزد مکلف محقق باشد. شیخ انصاری نیز در رسائل به همین نکته اشاره می کند:

۲۵. کمپانی اصفهانی، **بحوث في الأصول**، ج۳، ص۸.

نظير ذلک ما إذا اذن المفتي لكلّ واحد من واجدي المني في الثوب المشترك في دخول المسجد؛ فإنّه إنما يأذن كلاً منهما بملاحظة تكليفه في نفسه فلا يقال: إنّه يلزم من ذلک إذن الجنب في دخول المسجد و هو حرام؛ [۲۶]

نظیر مخالفت با علم اجمالی، در موردی که مجتهد به هر یک از پابندگان منی در لباس مشترکشان، اذن دخول در مسجد را بدهد. به درستی که او این اذن را با توجه به تکلیف شخصی هر یک از آنها می دهد. پس اشکال نشود که چنین فتوایی موجب اذن به ورود شخص جنب در مسجد می شود، که این نیز حرام است.

شمول عاقله بر فرزند از نظر روایات:

بعضی از فقها، بر اساس صحیحه محمد بن قیس که عبارت «دون ولدها» را قید توضیحی برای عصبه می داند، فرزند را جزء عاقله نمی دانند؛ زیرا این صحیحه بیانگر این نکته است که ولای معتَق، عصبه معتِق هستند که ولد از آنها نیست: (فالحق ولائه بعصبتها الذين يعقلون عنها دون ولدها).

اما مرحوم خویی و صاحب جواهر، عبارت «دون ولدها» را قید احترازی برای حکم ولا دانسته اند و ولد را از عاقله می شمارند؛ یعنی این روایت، بیانگر این است که ولا برای عصبه معتِق که ولد نیز از آنهاست، می باشد، ولی حکماً جزء آنها نیست. [۲۷]

مبحث دوم: بررسی حکمی عاقله

در این مبحث، درصددیم که به دو پرسش مهم از احکام عاقله بپردازیم که از گذشته

---

۲۶. انصاری دزفولی، **فرائد الاصول**، ج۲، ص۴۰۷.

۲۷. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام**، ج۴۳، ص۴۲۰؛ خوئی، **مبانی تکملة المنهاج**، ج۴۲ از **موسوعة الامام الخوئي**، ص۵۴۳.

تا کنون، مورد توجه بسیاری از فقها قرار گرفته است:

۱. آیا عاقله جانی پس از پرداخت دیه، می توانند به او رجوع کرده، دیه را از او پس بگیرند؟

۲. وظیفه عاقله در قبال پرداخت دیه، از احکام وضعی است یا تکلیفی؟

- بررسی مسئله اول:

در این مسئله دو نظریه وجود دارد:

مشهور فقهای امامیه از گذشته تا کنون، قائل به این نظریه اند که وجوب پرداخت دیه جانی بر ذمّه عاقله مستقر است و عاقله حق پس گرفتن دیه را ندارد. دلیل ایشان بر این نظریه، نبودن دلیل و اصل برائت ذمّه جانی از پرداخت دیه خطای محض است. صاحب جواهر(ره) در این باره می فرماید:

و لا ترجع العاقلة بذلک علی القاتل؛ لأنّه لا یضمن الجانی منها شیئاً للأصل و غیره، خلافاً لـلمحکيّ عن المفید و سلاّر، فحکما بالرجوع و لا نجد لهما دلیلاً، بل في السرائر إجماع الأمة علی خلافهما؛[۲۸]

عاقله(پس از پرداخت دیه) برای گرفتن دیه به قاتل رجوع نمی کند؛ زیرا جانی به دلیل اصل و غیر آن، چیزی از دیه را ضامن نیست؛ خلاف کلام نقل شده از مفید و سلاّر که به جواز رجوع عاقله حکم کرده اند و ما دلیلی بر این حکم نمی یابیم؛ بلکه (ابن ادریس) در سرائر ادعای اجماع امت برخلاف این حکم را کرده است.

بررسی نظریه شیخ مفید و سلاّر:

چنان که صاحب جواهر فرموده است، از میان قدما، مفید(ره) و شیخ سلاّر(ره) برخلاف مشهور، قائلند که کیفیت وظیفه عاقله در قبال پرداخت دیه، از

۲۸. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ج۴۳، ص۲۵.

نوع ضمـانت ضامن است که پس از ادای دیـن، حق رجوع به مضـمون عنه را دارد و در حقیقت، پرداخت عاقله نوعی ارفاق موقت به جانی است.

مرحوم مفید در این باره می نویسد:

و إذا قامت البینة علی الإنسان بأنه قتل خطأ ألزمت عاقلته الدیة علی ما بیّناه و ترجع العـاقلة علی القـاتل، فـإن کان له مـال أخـذت منه مـا أدّته عنه، و إن لم یکن له مال فلا شیء لها علیه؛[۲۹]

هنگامی که بیّنه ای بر قـتل خطایی انسانی اقامـه شد، عاقله او بنا بر آنچـه بیان کردیم، ملزم به پرداخت دیه است. و (پس از پرداخت) اگـر قاتل دارای مال است، آنچه را پرداخت کـرده پس می گیرد و اگر قاتل مـالی ندارد، چیزی بر ذمه او نیست.

مرحوم سلاّر نیز در باره فرق بین جنایت شبه عمد و خطایی فرموده است:

فإن کان القـتل خطأ شبیه العمـد فلا قود علیه، و فیـه الدیة... و أمّا قتل الخطأ المـحض فلا قـود فیـه أیضاً، و فـیه الـدیة... و بینهمـا فرق آخـر و هو: انّ دیة الخطأ المحض تسـاوی فی ثلاث سنین، و دیة شبیه العمـد في سنتین، و دیة الخطأ ترجع العاقلة بها علی مال القاتل.[۳۰]

اگر چه در کلام این دو فقیه بزرگ دلیلی برای این نظریه بیان نشده است، به دو شیوه می توان سخن ایشان را توجیه کرد:

۱. عرف عام و اطلاق مقامی:

در اینکه در عـرف عـام آن زمـان، ثابت بوده است کـه دیه را باید عـاقله بدهد، شکی وجود ندارد و اینکه از کـلام شارع برداشت می شود کـه دیه در جنایت خطایی بر عهده عاقله است، در حقیقت، امضای عرف عام زمان صدور است. حال اگر با

۲۹. شیخ مفید، **المقنعة**، ص۷۳۷.

۳۰. سلاّر دیلمی، **المراسم العلویة في الأحکام النبویة**، ص۲۳۹.

بررسی منابع تاریخی، ثابت شود که در آن زمان، رجوع عاقله به جانی نیز امری عرفی بوده است، با توجه به اطلاق مقامی که در اینجا وجود دارد، ثابت می شود که شارع همان عرف عام آن زمان را امضا کرده که عبارت از پرداخت دیه توسط عاقله و رجوع او به جانی است؛ چرا که وقتی در مورد مسئله ای عرفی، حکمی به طور مطلق جعل می شود، اطلاق مقامی اقتضا می کند که شارع تمام نظر عرف را امضا کرده باشد؛ زیرا اگر بخشی از آن را قبول نداشت می بایست بیان می کرد و ممکن است که مرحوم مفید و سلار به همین علت، حکم به رجوع داده باشند. در نتیجه، قول این دو بزرگوار طبق قاعده است، نه اینکه دلیلی بر آن وجود ندارد، بلکه خلاف این قول دلیل می خواهد.

۲. حقیقت ادای دین، ملکیت ذمه بدهکار است:

چنانچه پرداخت دیه به عنوان دین بر ذمه جانی باشد و عاقله موظف به پرداخت آن باشد، در این صورت اگر بگوییم که حقیقت ادای دین در همه موارد، ملکیت ذمه بدهکار برای پرداخت کننده دین است، هنگامی که عاقله، دیه جانی را می پردازد، در حقیقت طلبکاری ولی دم از جانی را مالک می شود. پس می تواند آنچه را که مالک شده است (مبلغ دیه)، از جانی بستاند؛ چنانچه که مرحوم شیخ در مکاسب در تبیین بیع دین بر بدهکار فرموده است که حتی در این فرض نیز می توان مدیون را مالک ذمه خویش دانست که لازمه آن سقوط دین است؛ چرا که شخص نمی تواند مالک ذمه خود باشد. اما در محل بحث مانعی وجود ندارد که عاقله با پرداخت دیه، ذمه جانی را مالک شود که لازمه آن جواز رجوع به جانی است. در این صورت نیز رجوع عاقله بر جانی، طبق قاعده خواهد بود:

و لا ینتقض ببیع الدین علی من هو علیه؛ لأنّه لا مانع من کونه تملیکاً فیسقط؛ و لذا جعل الشهید في قواعده «الإبراء» مردّداً بین الإسقاط و

التملیک. و الحاصل: أنّه یعقل أن یکون مالکاً لما فی ذمّته فیؤثّر تملیکه السقوط، و لا یعقل أن یتسلّط علی نفسه.[31]

بر این اساس، می توان نتیجه گرفت که نظریه مفید و سلاّر (رحمهماالله) بی وجه و دلیل نیست، امّا مخالف ادله ای است که بیانگر وجوب پرداخت دیه بر عاقله جانی در خطای محض است که در بحث بعدی به طور مفصّل بیان خواهیم کرد.

بررسی مسئله دوم:

در باره کیفیت وظیفه عاقله در پرداخت دیه، دو نظریه از سخنان قدما برداشت می شود:

دیدگاه اول:

ابتدا عاقله موظف به پرداخت دیه است و جانی هیچ گونه مسئولیتی درقبال پرداخت دیه خطای محض ندارد.

شیخ طوسی(ره) در کتاب خلاف در این باره می نویسد:

مسألة ۱۰۸: الدیة فی قتل الخطأ تجب ابتداءً علی العاقلة و في أصحابنا من قال: ترجع العاقلة علی القاتل بها، و لا أعرف به نصّاً.

و للشافعي فیه قولان:

أحدهما: یجب علی القاتل ابتداءً، ثم یتحملها عنه العاقلة. و به قال أبوحنیفة و الثاني مثل ما قلناه.

دلیلنا: أنّ کل خبر ورد في أنّ الدیة علی العاقلة تضمن ابتداء، و لیس في شيء منها أنّها تجب علی القاتل و تنتقل إلی العاقلة؛[32]

دیه در قتل خطایی ابتداء بر عاقله واجب است و از اصحاب ما، کسی است

۳۱. انصاری دزفولی، **کتاب المکاسب**، ج۳، ص۹.

۳۲. شیخ طوسی، **کتاب الخلاف**، ج۵، ص۲۸۵.

که گفته است: عاقله به قاتل برای گرفتن دیه رجوع می کند، ولی نصّی بر این مطلب نمی شناسم و شافعی در این مسئله دو قول دارد: یکی اینکه دیه ابتداء بر قاتل واجب است، سپس عاقله از جانب او پرداخت می کند. ابوحنیفه قائل به این نظریه است؛ و دومی مثل نظریه ای است که گفتیم. دلیل ما بر این نظریه (برائت ذمّه جانی) این است که در همه اخبار آمده که ابتداء عاقله ضامن دیه است ودر هیچ یک از آنها نیامده که دیه بر قاتل واجب است و به عاقله منتقل می شود.

به همین دلیل نیز شیخ طوسی(ره) در کتاب المبسوط[۳۳]، در مقام بیان تفاوت های ذمّی و مسلمان در پرداخت دیه خطای محض، حتی در صورت نبودن عاقله، جانی را بری الذمّه، و پرداخت دیه را از بیت المال واجب می داند.

یکی دیگر از صاحبان این نظریه، ابن ادریس(ره) است. ایشان در کتاب سرائر به پیروی از سخن پیش گفته و در مقام ردّ کلام شیخ در نهایة[۳۴] مبنی بر اینکه در صورت فقیر بودن عاقله، جانی موظف به پرداخت دیه است؛ می فرماید:

و قال شیخنا أبوجعفر في نهایته، و قال بعض أصحابنا: انّ العاقلة ترجع بها علی القاتل، إن کان له مال، فإن لم یکن له مال، فلا شيء للعاقلة علیه، و متی کان للقاتل مال و لم یکن للعاقلة شيء، ألزم فی ماله خاصة الدیة.
قال محمّد بن إدریس: هذا غیر مستقیم؛ لأنّه خلاف إجماع المسلمین علی ما قدّمناه، لأنّ القاتل لا یدخل في العقل، و لا یعقل عن نفسه أبداً.[۳۵]

دیدگاه دوم:

ابتداء عاقله موظف به پرداخت دیه است، اما در صورت فقر یا نبودن عاقله،

۳۳. همو، **المبسوط في فقه الامامیه**، ج۷، ص۱۱۲.
۳۴. شیخ طوسی، **النهایة في مجرد الفقه و الفتاوی**، ص۷۳۷.
۳۵. ابن ادریس حلّی، **سرائر**، ج ۳، ص۳۳۵.

جانی باید دیه را بپردازد.

مشهور فقهای امامیه از گذشته تا کنون، موافق با این نظریه بوده و آن را مقتضای نصوص و ادله دانسته اند.

شیخ مفید(ره) در این باره می نویسد:

و من قتل خطأ و لم تكن له عاقلة تؤدّي عنه الدية أدّاها هو من ماله، فإن لم يكن له مال و لا حيلة فيه أدّاها عنه السلطان من بيت المال؛[۳۶]

کسی که به خطا دیگری را بکشد، و عاقله ای نداشته باشد که دیه خود را بپردازد، خود قاتل از مالش می پردازد. پس اگر مال و راهی برای پرداخت ندارد، حاکم از جانب او از بیت المال می پردازد.

به تبع ایشان، سه شاگرد او، یعنی شیخ طوسی در نهایة[۳۷] و ابوالصلاح حلبی در الکافی[۳۸] و سلاّر در المراسم[۳۹]، نیز به این نظریه تصریح می کنند.

پس از ایشان، ابن زهره در کتابش این مطلب را اجماعی دانسته و چنین بیان می کند:

و تجب هذه الدية على العاقلة، بلا خلاف إلاّ من «الأصمّ» و تستادى في ثلاث سنين، بلا خلاف إلاّ من «ربيعة» فإنّه قال: في خمس، و إذا لم يكن للعاقلة مال، أو لم يكن له عاقلة، وجبت الدية في ماله، فإن لم يكن له مال، وجبت في بيت المال، بدليل إجماع الطائفة.[۴۰]

در نظریه اول، شکی نیست که قائلین آن، عاقله را هم تکلیفاً موظف به پرداخت دیه می دانند و هم وضعاً. اما در نظریه دوم، این سؤال مطرح است که

۳۶. شیخ مفید، **المقنعة**، ص ۷۴۳.
۳۷. شیخ طوسی، **النهاية في مجرّد الفقه و الفتاوى**، ص۷۳۷.
۳۸. ابوالصلاح حلبی، **الكافي في الفقه**، ص۳۹۵.
۳۹. سلاّر دیلمی، **المراسم العلوية**، ص۲۳۹.
۴۰. ابن زهره حلبی، **غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع**، ص۴۱۳.

وظیفه عـاقله در پرداخت دیه، تنها تکلیف محض است کـه در صورت ترك آن، ذمّه جانی بدهکار است، یـا علاوه بر تکلیف، وضعـاً هم ذمه عاقله بدهـکار است و تنها به دلیل روایاتی است که نقل شده مانند صحیحه حلبی از امام صادق(ع) که فرمود: جنایت انسـان نابینا خطایی است کـه باید عاقله او در طول سـه سال آن را بپـردازند و اگـر عـاقـله نداشتـه باشـد، دیه جنایت او از مـال خـودش لازم می شـود...[41] و در صـورت نبـودن عاقـله، ذمّه جـانی بدهکـار خواهد بـود. در نتیـجه، در واقع به سـه نظریه خواهیم رسید.

نتیجه گیری از این مسئله:

طبق نظریه اول، در هیچ صـورتی جـانی مـوظف به پرداخت دیه نخـواهد بود؛ اما بنا بر دو نظریه اخیر، در صورت نبودن عاقله یا فقر آنها، جانی بدهکار است، با این تفـاوت که در فـرض اولِ نظریه دوم(تکلیف محض)، حـتی با عـصیان عـاقله و ترك عـمدی و بی دلیل این تکلیف، جانی بدهکار خـواهد بود، امّا در فـرض دوم، تنهـا در صـورت نبـودن عـاقله، جـانی مـوظف به پـرداخت دیه است، ولی با وجـود عـاقله، مـانند دیون دیگر با آنهـا رفتار خـواهد شـد کـه حتـی پس از مرگ نیـز سـاقط نمی شود و از دیون واجب میت خواهد بود.

تحلیل صاحب جواهر(ره):

ایشان پس از بررسی عبـارات فقها در این بحث، به این نتیجـه می رسد که تمام فـقهـایی کـه از آنها در نظریـه دوم نام برده شد، قـائل به صـرف تکلیـفی بودن وظیفـه عاقله هسـتند و وضعاً ذمه عـاقله را بدهکار اولیای دم نمی دانند. ایشان در تبـیین این برداشت از کلام قدما، چنین می فرماید:

---

۴۱. عن ابی عـبدالله علیه السـلام: ... وَالأَعْمَی جِنَایَتُهُ خَطَأً یَلْزَمُ عَاقِلَتَهُ یُؤْخَذُونَ بِهَا فِی ثَلَاثِ سِنِینَ فِی کُلِّ سَنَةٍ نَجْماً، فَإِنْ لَمْ یَکُنْ لِلأَعْمَی عَاقِلَةٌ لَزِمَتْهُ دِیَةُ مَا جَنَی فِی مَالِهِ... . : (حـرّ عاملی، وسائل الشیعة، ج۲۹، ص۳۹۹، ح۱).

... إنّه و إن كان المغروس في الذهن ان دية الخطأ على العاقلة ابتداء إلاّ ان التدبر في النصوص و قاعدة اختصاص الجناية بالجانى دون غيره، انّها عليه و إن ادّت العاقلة عنه، إذ قد سمعت ما في خبري البقباق و غيره، بل لعلّه المنساق من الآية و لو بسبب جمع الكفارة التي لا إشكال في كونها عليه مع الدية، فالجمع حينئذ بينها و بين ما دل على انّها على العاقلة، انّها تؤدّي عنه كما سمعت التصريح به من امير المؤمنين(ع) يقول: «**انا وليّه و المؤدّي عنه**».

و لا فرق بينه و بين باقي افراد العاقلة، و هو حينئذ يكون شاهد جمع إن لم نقل إنّه المنساق على وجه لا يحتاج إلى شاهد، و لعلّه لذا مع فقر العاقلة او عجزها يرجع إليه و إلاّ فلم نجد له في النصوص اثراً... فيكون حينئذ شبه التكليف الذي يسقط بالعجز عنه؛ [42]

متبادر در ذهن این است که دیه جنایت خطایی ابتداء بر عاقله است، اما مقتضای دقت در نصوص و قاعده اختصاص جنایت به جانی، این است که اگرچه عاقله از جانب جانی پرداخت می کند، اما بر خود اوست؛ زیرا در روایت بقباق و غیر او، ضمانت جانی آمده است. حتی متبادر از آیه شریفه (و دیة مسلمة إلی اهله ...) نیز همین است؛ هرچند این تبادر به قرینه اینکه کفاره در آیه بر خود جانی بیان شده است، به دست آید. بنابراین، جمع بین آیه و روایاتی که دیه را بر عهده عاقله می دانند، این است که عاقله از جانب جانی می پردازد. به این مطلب، در کلام امیرالمؤمنین(ع) که فرمودند: «من، ولیّ جانی(که عاقله ندارد) و پرداخت کننده از طرف او هستم» تصریح شده است؛ حال اینکه فرقی بین امام و باقی افراد عاقله در این جهت نیست. بنابراین این روایت را اگر نگوییم که جمع مذکور متبادر از ادله است

۴۲. محقق نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ج۴۳، ص۴۴۴و۴۴۵.

و نیازی به شاهد ندارد، شاهد بر جمع مذکور است. شاید به همین دلیل علما گفته اند که در صورت فقر یا ناتوانی عاقله از پرداخت دیه، به جانی رجوع می شود؛ وگرنه در روایات اثری از این مطلب نیست ... پس وظیفه عاقله در پرداخت دیه، شبیه تکلیفی است که با ناتوانی او از پرداخت، از او ساقط می شود.

خویی(ره) نیز این تحلیل را پذیرفته است و تکلیفی بودن وظیفه عاقله را مقتضای جمع عرفی بین روایاتی می داند که عاقله را موظف به پرداخت دیه معرفی می کنند و ظاهر آیه شریفه«وَ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَ دِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلى أَهْلِه» و روایاتی که دیه را بر جانی واجب می شمارند؛ در نتیجه حتی در مواردی که عاقله از روی عصیان دیه را نمی پردازد، پرداخت دیه را از مال جانی واجب می داند.

فالنتيجة من ذلک: أنّه لم يثبت كون تحمّل العاقلة الدية في الجناية الخطائی وضعاً، بل هو تكليف محض. و عليه، يترتّب انّ العاقلة إذا ادّت الدية برئت ذمّة الجاني، و إلّا فذمّته مشغولة بها. فإذن لا يختصّ كون الدية في مال الجاني بصورة عدم العاقلة له أو عجزها، بل تعمّ صورة عصيانها و عدم تأديتها خارجاً.[۴۳]

تحقیق در مسئله:

برای پاسخ به این پرسش که وظیفه عاقله در پرداخت دیه جانی در خطای محض، به چه کیفیتی است، باید این مسئله را در دو مقام بررسی کرد:

۱. مقتضای قاعده اولیه؛

۲. بررسی روایات و نصوص شرعیه.

۴۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، ج۴۲ از موسوعة الامام الخوئي، ص۵۵۷.

مقام اول:

در این مقام، درصددیم که پیش از ورود به بحث، مقتضای قواعد و اصول عملیه را در باره حکم دیه در موارد مشکوك، بیان کنیم تا اگر پس از بررسی نصوص شرعی به نتیجه ای نرسیدیم، وضعیت حکم مشخص باشد.

صاحب جواهر(ره) در این باره، قاعده ای با عنوان «قاعده اختصاص جنایت به جانی» معرفی می کند که به گفته ایشان برگرفته از آیه شریفه **«ولاتزر وازرة وزر أخری»** است. ایشان در ذیل مسئله «و لا تعقل العاقلة إقراراً و لا صلحاً عن عمد أو شبهه أو خطأ لم تثبت» می نویسد:

بل و لاإشكال بعد معلومية أصالة عدم ضمان أحد جناية غيره؛ لقوله تعالى: **«ولا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرى"** و غيره، خرج منه دية الخطأ المحض و بقي غيره». [۴۴]

که از آن برداشت می شود مقتضای قاعده اولیه، ضمان مباشر و جانی است و وزر و گناه هر کسی برعهده اوست؛ هم تکلیفاً و هم وضعاً.

مستندات قاعده اختصاص جنایت با جانی

دلیل اول:

عمده دلیل این قاعده، نفس ادله جنایات است که در آنها به صراحت، خود جانی، ضامن جنایت معرفی شده است؛ مثل این روایت نبوی(ص):

كُلّ مَنْ طَرَقَ رَجُلاً بِاللَّيْلِ فَأَخْرَجَهُ مِنْ مَنْزِلِهِ فَهُوَ لَهُ ضَامِن ...؛ [۴۵]

هر کس که در شب، دیگری را از منزلش خارج کند، ضامن اوست.

و روایت امیرالمؤمنین(ع):

۴۴. محقق نجفی، محمد حسن، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، ج۴۳، ص۴۲۹.
۴۵. شیخ کلینی، **الفروع من الكافي**، ج۷، ص۲۸۸، ح۳.

مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيْطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَ إِلاَّ فَهُوَ لَهُ ضَامِن؛ [۴۶]

کسی که طبابت یا دامپزشکی کند، باید از ولیّ بیمار برائت بگیرد، وگرنه ضامن صدمات است.

و روایت امام صادق(ع):

مَنْ أَضَرَّ بِشَيءٍ مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ لَهُ ضَامِن؛ [۴۷]

کسی که به راه مسلمانان ضرری بزند، ضامن تبعات آن است و قاعده اتلاف(من اتلف مال الغیر فهو ضامن) و ... .

و اگر دلیلی از ادله جنایات، به این مطلب تصریح نداشته باشد، اطلاق مقامی آن، اقتضا می کند که خود جانی ضامن باشد؛ مانند این تعابیر روایی: «الدية في النفس ألف دينار و في الأنف ألف دينار و في قطع يد الرجل خمس مائة دينار»؛ چرا که متفاهم عرفی از این تعابیر، این است که خود جانی ضامن است یا حداقل منصرف به خود اوست؛ مگر اینکه دلیلی بر خروج از این قاعده اقامه شود. علاوه بر اینکه متفاهم عرفی از آیه شریفه«وَ مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَأً وَ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَ دِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَنْ يَصَّدَّقُوا ... »[۴۸] این است که همان کسی که کفاره بر عهده اوست، عهده دار پرداخت دیه است.

دلیل دوم:

بنای عقلا و ارتکاز عام و سیره عقلایی بر همین معنا تحقق یافته است که تا وقتی خلاف آن ثابت نشود، حتی در جنایات خطایی، خود شخص مسئول اعمالش است و باید پیامدهای اعمالش را تحمل کند؛ اگر چه گناهی مرتکب نشده باشد.

---

۴۶. همان، ص۳۶۴.

۴۷. همان، ص۳۵۰.

۴۸. نساء، آیه ۹۲.

علاوه بر این ادله عام، روایات بسیاری درباره جنایت خطایی وجود دارد که در آنها به ضامن بودن جانی در قبال خطایش تصریح شده است. در مقام دوم به بعضی از این روایت ها اشاره خواهیم کرد.

مقام دوم (بررسی روایات):

روایات این باب به دو دسته تقسیم می شوند:

روایاتی که در جنایات صبی، مجنون و معتوه، فقط عاقله را عهده دار جنایت آنها معرفی می کنند:

الف) صحیحه مُحَمَّدِ بْن مُسْلِم از امام باقر(ع): قَالَ: كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِين(ع) يَجْعَل جِنَايَةَ الْمَعْتُوهِ[49] عَلَى عَاقِلَتِهِ خَطَأً كَانَ أَوْ عَمْداً.[50]

ب) موثّقه اسحاق بن عمار از جعفر (ابی جعفر) از پدرش از علی(ع): كَانَ يَقُولُ: عَمْدُ الصِّبْيَانِ خَطَأٌ تحمله (يُحْمَلُ عَلَى) الْعَاقِلَةِ.[51]

ج) روایت عبدالله بن جعفر در قرب الاسناد از علی بن سندی از ابو البختری از امام صادق(ع) از پدرش از علی(ع): أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْمَجْنُونِ وَ الْمَعْتُوهِ الَّذِي لا يُفِيقُ وَ الصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ: عَمْدُهُمَا خَطَأٌ تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ وَ قَدْ رُفِعَ عَنْهُمَا الْقَلَم.[52]

چنان که می بینید، ظاهر این روایات بیانگر این است که تمام عواقب و لوازم جنایات صبی و مجنون و معتوه در جنایت عمدی (وضعاً و تکلیفاً) بر عهده عاقله آنهاست؛ زیرا در این روایات، اصل جنایت بر عهده عاقله قرار داده شده است:

---

۴۹. نکته: لغویون برای کلمه «معتوه» دو معنا ذکر کرده اند: یکی مترادف مجنون و دیگری به معنای مدهوش و بهت زده است. ظاهراً جمع این دو تعبیر، این است که بگوییم معتوه نیز یکی از مراتب جنون است که به سبب وحشت و ترس عارض شده است.

۵۰. حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۹، ص۴۰۰، ح۱.

۵۱. همان، ح۳.

۵۲. همان، ص۹۰، ح۲.

(یحمل علی العاقلة)، نه آثار و خسارات آن مثل پرداخت دیه.

۲. روایاتی که پرداخت دیه را در مطلق جنایات خطای محض بر عهده عاقله بیان می کنند:

الف) دعائم الاسلام از جعفر بن محمد از پدرش از پدرانش روایت کرده است: انّ علیّاً(ع) قَضَی فِي قَتْلِ الْخَطَإِ بِالدِّيَةِ عَلَی الْعَاقِلَةِ وَ قَالَ: تُؤَدَّی فِی ثَلَاثِ سِنِينَ فِی كُلِّ سَنَةٍ ثُلُث.[۵۳]

ب) موثقه أبی مَریَم از امام باقر(ع)، قَالَ: قَضَی أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ أَنْ لا يُحْمَلَ عَلَی الْعَاقِلَةِ إِلاّ الْمُوضِحَةُ فَصَاعِداً... .[۵۴]

ج) دَعَائِمُ الإِسْلَامِ، از امیر المؤمنین(ع)، انه قال: لَيْسَ عَلَی الْعَاقِلَةِ دِيَةُ الْعَمْدِ وَ إِنَّمَا عَلَيْهِمْ دِيَةُ الْخَطَإِ.[۵۵]

۳. روایاتی که ظهور در ضامن بودن خود جانی درقبال جنایات خطای محض دارد، (چه عاقله پرداخت کند و چه پرداخت نکند.)

الف) صحیحه زراره از امام صادق(ع): قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلاً خَطَأً فِي أَشْهُرِ الْحُرُمِ، فَقَالَ: عَلَيْهِ الدِّيَةُ وَ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ أَشْهُرِ الْحُرُمِ... .[۵۶]

ب) صحیحه حلبی و ابی عبیده از امام صادق(ع): قَالَ: سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ امْرَأَةً خَطَأً وَ هِيَ عَلَی رَأْسِ الْوَلَدِ تَمْخَضُ، قَالَ: عَلَيْهِ الدِّيَةُ خَمْسَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ... .[۵۷]

ج) معتبره ابی العباس از امام صادق(ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْخَطَإِ الَّذِی فِيهِ الدِّيَةُ

۵۳. تمیمی مغربی، قاضی ابوحنیفه نعمان بن محمد، **دعائم الإسلام**، ج۲، ص۴۱۴.
۵۴. شیخ حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۹، ص۳۹۶، ح۱.
۵۵. محدث نوری، **مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل**، ج۱۸، ص۴۱۵، ح۳.
۵۶. حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۹، ص۲۰۴، ح۴.
۵۷. همان، ص۲۰۶، ح۳.

وَ الْكَفَّارَةُ، أَ هُوَ أَنْ يَعْتَمِدَ ضَرْبَ رَجُلٍ وَ لَا يَعْتَمِدَ قَتْلَهُ؟ فَقَالَ: نَعَم، قُلْتُ: رَمَى شَاةً فَأَصَابَ إِنْسَاناً، قَالَ: ذَاكَ الْخَطَأُ الَّذِي لَا شَكَّ فِيه، عَلَيْهِ الدِّيَةُ وَ الْكَفَّارَة.[58]

جمع بین روایات:

چنان که مشاهده شد، بین روایات گروه اول و دوم (که پرداخت دیه را بر عهده عاقله می دانند) و روایات دسته سوم(که لزوم پرداخت دیه را تنها بر عهده جانی می دانند) در نگاه اول، تنافی و تعارض وجود دارد، اما از آنجا که لزوم پرداخت دیه بر عاقله با توجه به روایات گروه اول و دوم این روایات، و ارتکاز متشرعه آن زمان، امری روشن و مسلّم بوده و محل خلاف نیست، باید بگوییم که با وجود عاقله، روایات دسته سوم ظهوری در نفی وظیفه عاقله در پرداخت دیه نخواهد داشت و این امر به عنوان یک قرینه محفوف به کلام، مانع انعقاد ظهور روایات دسته سوم در لزوم پرداخت دیه توسط جانی خواهد بود.

بنابراین، در عین حال که طبق این روایات، ذمّه خود جانی به پرداخت دیه مشغول است، عاقله نیز موظف به پرداختن آن خواهد بود.

اما مسئله این است که آیا ذمّه عاقله مانند ذمّه جانی مشغول است یا اینکه ذمه عاقله مشغول نیست و فقط تکلیفاً موظف به پرداخت دیه است؟

چنان که در توضیح تحلیل صاحب جواهر(ره) گفته شد، ایشان و خویی(ره)، کلام مشهور را ناظر به تکلیفی بودن وظیفه عاقله، و وضعاً ذمّه عاقله را بری می دانند؛ امّا به نظر می رسد که این برداشت در مقایسه با کلام بعضی از بزرگان؛ مانند شیخ مفید و ابوالصلاح حلبی و شیخ سلاّر که فقط در صورت نبودن عاقله، جانی را موظف به پرداخت دیه می دانند، صحیح نباشد؛ زیرا ممکن است مقصود ایشان از لزوم پرداخت دیه توسط عاقله، اعم از حکم تکلیفی و وضعی

58. همان، ص۳۸، ح۹.

باشد و در موارد نبودن عاقله، به دلیل وجود روایات خاص، ذمّه جانی که گفته شد از ابتداء وضعاً بدهکار است، تکلیفاً نیز بدهکار خواهد بود؛ همانند موارد دیگری در فقه، که به نحو طولی، دو ذمه موظف به پرداخت یک بدهی هستند؛ مثل ضمانات و تعاقب ایدی در غصب.

ادله وضعی و تکلیفی بودن وظیفه عاقله

بر این مدعا دو دلیل وجود دارد:

۱. اطلاق مقامی:

آنچه از اطلاق مقامی ادله و روایات این باب استفاده می شود، این است که وظیفه عاقله در پرداخت دیه، همانند وظیفه خود جانی، در مواردی است که باید شخصاً دیه را بپردازد. در نتیجه، اگر در جنایات شبه عمد و بعضی از موارد عمد، خود جانی، هم وضعاً و هم تکلیفاً موظف به پرداخت دیه است، در خطای محض نیز که عاقله جایگزین او در ادای دیه است، از سکوت شارع استفاده می شود که مسئولیت عاقله از سنخ وظیفه جانی است و هم وضعاً و هم تکلیفاً موظف به پرداخت آن خواهد بود. بنابراین، اگر عاقله پیش از پرداخت دیه بمیرد و از روی عصیان آن را نپرداخته باشد، از ترکه او استثناء می شود.

۲. مقتضای روایات:

تعدادی از روایات، ظهور لفظی در مدیون بودن عاقله و اشتغال ذمّه او دارند. از این روایات برداشت می شود که وظیفه عاقله از نوع وظیفه کسی نیست که نذر یا شرط کرده است تا دین دیگری را پرداخت کند و به این ترتیب صرف تکلیف باشد و شخص بدهکار نشود؛ بلکه عاقله هم تکلیفاً و هم وضعاً وظیفه دارد. اینک به بعضی از این روایت ها اشاره می کنیم:

الف) موثقه ابی مریم از امام باقر(ع): قَالَ: **قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ(ع) أَنْ**

لايُحْمَلَ عَلَى الْعَاقِلَةِ إِلَّا الْمُوضِحَةُ فَصَاعِداً... .[59]

پیش از این گفته شد که عبارت«یحمل» ظهور بر این مطلب دارد که عاقله، هم تکلیفاً و هم وضعاً موظف است.

ب) موثقهٔ زید بن علی از پدرانش(ع): قَالَ: لا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ إِلاّ مَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، قَالَ: وَ أَتَاهُ رَجُل فَاعْتَرَفَ عِنْدَهُ فَجَعَلَهُ فِي مَالِهِ خَاصَّةً وَ لَمْ يَجْعَلْ عَلَى الْعَاقِلَةِ شَيْئاً.[60]

در این روایت تعقل به معنای تحمل و ضمان است.

ج) موثقه أَبی بَصِیر از امام باقر(ع): قَالَ: لاتَضْمَنُ الْعَاقِلَةُ عَمْداً، وَ لاإِقْرَاراً، وَ لاصُلْحاً.[61]

د) معتبره سکونی: نوفلی از سکونی از جعفر از پدرش: أَنَّ أَمِيرَالْمُؤْمِنِين(ع)، قَالَ: الْعَاقِلَةُ لاتَضْمَنُ عَمْداً وَ لاإِقْرَاراً وَ لاصُلْحاً.[62]

نکته: خویی(ره) دو روایت اخیر را صریح در ضمان عاقله می داند، اما به دلیل وجود علی بن ابی حمزه در روایت اول، و ضعف طریق شیخ به نوفلی به دلیل ابراهیم بن هاشم در روایت اخیر، آنها را از جهت سند ضعیف می شمارد. با وجود این، با توجه به اینکه وثاقت علی بن ابی حمزه پیش از واقفی شدن او و ابراهیم بن هاشم، در نزد بسیاری از فقها امری پذیرفته شده است، سند این دو روایت در نزد نویسنده معتبر است.

نتیجه

با توجه به آنچه گفته شد، به این نتیجه رسیدیم که در جنایت خطایی، هم جانی و

۵۹. همان، ص۳۹۶، ح۳۵۸۴۹.
۶۰. همان، ص۳۹۸، ح۳۵۸۵۵.
۶۱. همان، ص۳۹۴، ح۳۵۸۴۴.
۶۲. همان، ح۳۵۸۴۵.

هم عـاقله وضعـاً موظف به پرداخت دیه هستند؛ با این تفاوت کـه با وجود عـاقله، جانی تـکلیفاً مـوظف به پرداخت دیه نیست و فقط عـاقله تکلیف به پرداخت دارد. امـا در صـورت نـبـودن عـاقله، به دلیـل روایاتی کـه در این فـرض، دیـه را بر جـانی واجب می شمارند، جانی مکلف به پرداخت خواهد بود. بنابراین، در مواردی که عاقله به دلیل فقـر یا عصیان یا فوت، دیه را نپردازد، مـثل دیون دیگر او با وی رفتار خواهد شد.

منابع و مآخذ

۱. ابن اثیـر جـزری، مـبارك بـن محـمـد، **النهـایة في غـریب الحـدیث و الأثر**، ۵ جلدی، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چهارم، ۱۳۶۴ هـ. ش.
۲. ابن ادریس حلّی، ابی جعفـر محـمد بن منصـور بن احـمـد، **السـرائر الحـاوی لتحـریـر الفتـاوی**، ۳ جلدی، قم، دفتـر انتشـارات اسلامی وابسـتـه به جامـعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۳. ابن برّاج طرابلسی، قاضی عبد العزیز، **المهذّب**، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۴. ابن حمـزهٔ طوسی، محمد بن علی بن حـمزه، **الوسیلة إلی نیل الفـضـیلة**، یـک جلدی، قم، کتابخانه آیة اللّه مرعشی نجفی ره، اول، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۵. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی، **غنیة النزوع إلی علمي الأصول و الفروع**، یک جلدی، با تحـقیق شیخ ابراهـیم بهادری، قم، مؤسـسه امـام صادق(ع)، اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۶. ابن منظور مصری، ابوالفضل جـمال الدین محمد بن مکرّم، **لسان العرب**، ۱۵ جلدی، بیـروت، دار الفکـر للطبـاعـة و النشـر و التـوزیع، دار صـادر، سـوم، ۱۴۱۴ هـ. ق.

۷. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، **قاعدة لا ضرر و الید و الصحة و القرعة (فرائد الأصول)**، یک جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۸. ـــــــــ، **کتاب المکاسب**، ۶ جلدی، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۹. تمیمی مغربی، قاضی ابی حنیفه نعمان بن محمد، **دعائم الإسلام**، ۲ جلدی، قم، مؤسسه آل البیت(ع)، دوم، ۱۳۸۵ هـ. ق.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حمّاد، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة**، ۶جلدی، بیروت، دار العلم للملایین، اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن الحسن، **وسائل الشیعة**، ۲۹ جلدی، قم، مؤسسه آل البیت(ع)، اول، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۱۲. حلبی، ابوالصلاح تقی الدین بن نجم الدین، **الکافي في الفقه**، یک جلدی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، اول، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۱۳. سلاّر دیلمی، حمزة بن عبد العزیز، **المراسم العلویة في الأحکام النبویة**، یک جلدی، قم، منشورات الحرمین، اول، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۱۴. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، **کتاب الخلاف**، ۶ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۵. ـــــــــ، **المبسوط في فقه الإمامیة**، ۸ جلدی، تهران، المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، سوم، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۱۶. ـــــــــ، **النهایة في مجرّد الفقه و الفتاوی**، یک جلدی، بیروت، دار الکتاب العربي، دوم، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۱۷. شیخ مفید، ابی عبداللّه محمد بن محمد بن نعمان، **المقنعة**، یک جلدی،

قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید رحمة الله علیه، اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۸. علامه حلّی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **مختلف الشیعة في أحكام الشریعة**، ۹ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۹. فاضل هندی(اصفهانی)، بهاء الدین محمد بن الحسن، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام**، ۱۱ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۲۰. فراهیدی، عبدالرحمن خلیل بن احمد، **کتاب العین**، ۸جلدی، قم، نشر هجرت، دوم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲۱. کلینی رازی بغدادی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الفروع من الكافي**، ۸ جلدی، تهران، دار الكتب الإسلامية، چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۲۲. کمپانی اصفهانی، محمد حسین، **الاجتهاد و التقلید (بحوث في الأصول)**، در یک جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۲۳. محقق نجفی، محمد حسن، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، ۴۳ جلدی، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، هفتم، ۱۳۹۸ هـ. ق.
۲۴. موسوی نجفی خویی، سید ابو القاسم، **مبانی تکملة المنهاج**، ۲ جلدی از موسوعه، مؤسسه احیاء آثار آیت اللّه خویی، قم، سوم، ۱۴۲۸ هـ. ق، ۲۰۰۷ م، و ۱۴۲۲ هـ. ق.
۲۵. محدث نوری طبرسی، میرزا حسین، **مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل**، ۱۸ جلدی، بیروت، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، اول، ۱۴۰۸ هـ. ق.

بازپژوهی مفهوم غبن فاحش در فقه و حقوق ایران

○ سیدمحمدصادق طباطبایی*

○ سیدحسین اسعدی*

چکیده

پایبندی به عقودی که طبق قانون منعقد می شود، بر طرفین و قائم مقام آنها لازم است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود (ماده ۲۱۹ ق. م.). یکی از این علل قانونی، خیار غبن است که به محض بر هم خوردن تعادل عوضین و ارزش اقتصادی آنها در زمان انعقاد عقود مقابله‌ای، برای حمایت از مغبون ظهور می یابد و اصالة اللزوم را کنار می زند(ماده ۴۵۷ ق. م.)؛ مشروط بر آنکه مغبونِ جاهل به قیمت(ماده ۴۱۸ ق. م.) دچار غبن و ضرر فاحش شده باشد(ماده ۴۱۶ ق. م.). ولی منظور از غبن فاحش چیست؛ ملاک تشخیص آن کدام است؟ و ملاک های عرضه شده در فقه و حقوق موضوعه، چه معایب و مزایایی نسبت به یکدیگر دارند؟ در تحقیق حاضر، با بررسی مفهوم غبن فاحش در کلام فقها و حقوق دانان و ارزیابی مزایا و معایب معیارهای عرضه شده، می کوشیم موضع قانون گذار ایران را در این باره تبیین کنیم.

کلید واژگان: خیار، غبن فاحش، غبن افحش، عرف، جهل، معیار نوعی.

---

* استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان.

** دانش‌آموخته دانشگاه اصفهان، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول).

مقدمه

خیار، اسم مصدر اختیار است.[1] اصل آن از ماده خیر است و در عرف به معنی بازگشت به آزادی اراده و الزام نداشتن یکی از متعاملین به لزوم عقد می باشد.[2] همچنین، به معنی ترجیح یکی از دو امر بر دیگری نیز گفته شده است.[3] بعضی آن را در مقابل اکراه[4] و برخی در مقابل لزوم عقد و عدم امکان نقض و از بین بردن معامله قرار داده اند[5]. البته، خیار از اختیار حاصل نمی شود، بلکه این اختیار است که فرع بر وجود خیار است.[6] در تعریف آن گفته شده است: «الخیار حق یقتضی السلطنة علی فسخ العقد برفع مضمونه».[7] بر این اساس، منظور از خیار، توانایی و تسلط ذوالخیار بر فسخ و رد یا پذیرش عقد تعبیر شده است.[8] و مقتضای فسخ نیز بازگرداندن عوضین به طرفین عقد است.[9]

بنابراین، خیار در اصطلاح فقها دو اطلاق دارد.[10]

۱. **اطلاق عام**: تسلط شخص بر فسخ و امضای عقد؛ خواه به جهت ثبوت حق فسخ برای فسخ کننده به یکی از اسباب آن، مانند تسلط بر فسخ در عقود لازم همچون بیع خیاری؛ یا به لحاظ حکم شارع به عدم لزوم عقد، مانند تسلط بر فسخ

۱. انصاری، **کتاب المکاسب**، ج۲، ص۳۰۲.
۲. کاشف الغطاء، **تحریر المجله**، ج۱، ص۲۵.
۳. کمپانی، **حاشیه کتاب المکاسب**، ج۴، ص۹.
۴. مصطفوی، **فقه المعاملات**، ص۵۳.
۵. اصفهانی، **صیانة الابانة**، ص۱۰۱.
۶. مامقانی، **نهایة المقال في تکملة غایة الآمال**، ص۲.
۷. حکیم، **منهاج الصالحین (محشّی)**، ج۲، ص۳۸.
۸. رشتی، **فقه الامامیه**، قسم الخیارات، ص۵.
۹. یزدی، **سؤال و جواب**، ص۱۵۷.
۱۰. جمعی از پژوهشگران، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(ع)**، ج۳، ص ۵۳۹.

در عقد جایز[11](ماده ۱۸۶۳ ق. م.) و نیز تسلط مالک بر رد عقد فضولی[12](ماده ۲۵۱ ق. م.).

۲. اطلاق خاص: تسلط شخص بر امضا و فسخ عقد به دلیل ثبوت حق فسخ برای او در پی تحقق یکی از اسباب آن[13](مواد ۲۱۹ و ۴۵۷ ق. م.).

در متون فقهی متقدم، خیار در معنای اول بسیار متداول بود، ولی در کلام فقهای متأخر، منظور از خیار، معنای خاص آن است که موضوع این مقاله است. یکی از این خیارات، غبن نام دارد و قانون گذار در ماده ۴۱۶ ق. م. مقرر می دارد: «هریک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند». اکنون پرسش آن است که فاحش بودن به چه معناست؟ معیار تحقق غبن فاحش از منظر فقها و حقوق دانان کدام است؟ از سوی دیگر، آیا معیار عرف(ماده ۴۱۷ ق. م.) همان معیار عادله بودن قیمت است که در ماده ۴۱۸ ق. م. به آن اشاره شده است؟ افزون بر آن، این معیار چه مزایا و یا کاستی هایی نسبت به معیار خمس قیمت(موضوع ماده ۴۱۷ قانون سابق) دارد؟ پاسخ به این قبیل پرسش ها موضوع تحقیق حاضر است که در ادامه خواهد آمد. بدین ترتیب، لازم است ابتدا به مفهوم خیار غبن و سپس به شرایط اساسی تحقق آن پرداخته شود.

۱. مفهوم خیار غبن

غبن، یکی از اقسام خیارات در فقه امامیه است.[14] گرچه برخی از متقدمین مانند

۱۱. عقد جایز آن است که هر یک از طرفین، هر گاه بخواهد بتواند آن را فسخ کند.
۱۲. رد معامله فضلی، حاصل می شود به هر لفظ یا فعلی که بر نارضایتی از آن دلالت کند.
۱۳. هر بیع لازم است، مگر اینکه یکی از خیارات در آن ثابت شود.
۱۴. نراقی، **مستند الشیعه في احکام الشریعة**، ج۱۴، ص۳۸۸.

ابن جنید، به عدم ثبوت این خیار حکم داده اند[15] به نقل از شهید اول: [16] از این گذشته، حتی تحقق آن از امور محرمه نیز دانسته شده است. [17] روایتی هم در این زمینه از معصوم(ع) وجود دارد که غبن مؤمن را حرام می داند[18] در حالی که مذاهب حنفی و شافعی، برای شخص مغبون حتی خیاری از این جهت قائل نیستند و در صورت تحقق غبن، وی را ملتزم به عقد می دانند. [19]

غبن در لغت به معنای خدعه، فریب، مکر و نیرنگ است و با غَبَن که ضرر و خدعه در مشورت و رأی می باشد و باعث انحراف شخص از حق به سمت باطل می شود، تفاوت دارد. [20] به عبارت دیگر، غبن به معنی گول زدن در معامله آمده است؛ خواه در خرید باشد یا در فروش و اینکه به قیمت کم بخرد یا به قیمت گران بفروشد[21] و ناظر به موردی است که یکی از دو طرف معامله، مورد معامله را بیش از قیمت واقعی آن بخرد یا بفروشد. [22] غبن در اصطلاح فقها، تملیک مال با قیمت گرانتر در صورت جهل طرف معامله است، که تملیک کننده را غابن، و طرف مقابل را مغبون می گویند؛ البته ممکن است خدعه ای در کار نباشد و به صرف مبادله به غیر قیمت واقعی، خیار غبن ایجاد شود. [23] از این رو نامیدن خیار یاد شده

۱۵. علامه حلی، **مختلف الشیعة**، ج۱، ص۳۴۶.
۱۶. شهید اول، **الدروس الشرعیة في فقه الامامیه**، ج۳، ص۲۷۵.
۱۷. عاملی، **جامع عباسی و تکمیل آن**، ص۴۸۴.
۱۸. فیض کاشانی، **الشافی في العقائد و الاخلاق**، ج۲، ص۱۳۹۴.
۱۹. نجفی، **الرسائل الفقهیة**، ص ۲۷۴؛ قمی سبزواری، **جامع الخلاف والوفاق**... ، ص۲۶۴؛ امام خمینی، **کتاب البیع**، ج۴، ص۸۹۸.
۲۰. مامقانی، **غایة الآمال في شرح کتاب المکاسب**، ج۳، ص۴۹۸.
۲۱. قرشی، **قاموس قرآن**، ج۵، ص۸۷.
۲۲. شهید ثانی، **الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة**، ج۳، ص۴۶۳.
۲۳. انصاری، **کتاب المکاسب**، ج۲، ص۳۷۰.

به خیار غبن، از آن نظر است که یکی از طرفین معامله، اغلب بر اثر خدعه، دیگری را مغبون می‌کند.[۲۴] برخی از فقها نیز در تبیین مفهوم استرسال[۲۵] در باب تجارت، به روایاتی استناد کرده‌اند که در آنها، از مغبون کردن و نیرنگ زدن به کسی که در معامله به وی اطمینان می‌کند، نهی شده است[۲۶] ولی بعضی از فقها، نهی مذکور را مفید کراهت عمل[۲۷] و برخی دیگر، مفید حرمت دانسته و حتی به بطلان معامله تصریح کرده‌اند؛ هرچند صحت آن به ظاهر کلام فقها نسبت داده شده است[۲۸].

۲. شرایط اساسی تحقق خیار غبن

در این باره گفته شده است خیار غبن، فروختن مال خود به کمتر از قیمت واقعی آن و یا خریدن کالایی بیشتر از بهای واقعی، با وجود جهل مغبون به واقع است.[۲۹] مراد از کمتر یا بیشتر بودن قیمت، به لحاظ شرایط مقرر در معامله است؛ زیرا شرایط معامله جزء یکی از عوضین است و تأثیر بسزایی در قیمت دارد.[۳۰] این نکته در واقع همان تعبیر فقهی «الشرط قسط من الثمن» است.[۳۱] بنابراین، ممکن است قیمتی در عقد خیاری، موجد خیار غبن نباشد؛ در حالی که همان زیاده در عقد غیر

۲۴. امامی، **حقوق مدنی**، ج۱، ص۴۸۱.
۲۵. استرسال به مفهوم بلند و فروهشته شدن مو، اطمینان کردن به کسی و روانه شدن آمده است: جمعی از پژوهشگران، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(ع)**، ج۱، ص۴۱۱.
۲۶. حر عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۱۸، ص۳۱.
۲۷. نجفی، **جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام**، ج۲۳، ص۴۱.
۲۸. نراقی، **مستند الشیعة في احکام الشریعة**، ج۱۴، ص۳۹۶.
۲۹. امام خمینی، **کتاب البیع**، ج۴، ص۵۲۲.
۳۰. امامی، **حقوق مدنی**، ج۱، ص۴۸۲.
۳۱. خوانساری، **حاشیه الثانیة علی المکاسب**، ص۱۳۱.

خیاری، مستلزم ایجاد خیار غبن باشد؛ چه، ارزش کالای فروخته شده در بیع خیاری کمتر از ارزش آن در بیع لازم است.[۳۲]

بنابراین، ثبوت خیار به سبب غبن، منوط به تحقق دو شرط است: یکی، جهل مغبون به قیمت واقعی در زمان عقد؛ و دیگری، کاهش یا افزایش قیمت، فراتر از مقدار قابل مسامحه که به اصطلاح، فاحش بودن ثمن المسمی(عوض جعلی) نسبت به ثمن المثل(عوض واقعی) است.[۳۳]

۲ـ۱. جهل مغبون به قیمت بازار

یکی از شرایط اساسی تحقق خیار غبن، آگاه نبودن مغبون از بهای واقعی کالاست.[۳۴] در باره علم و جهل مغبون و لزوم اثبات یکی از آن دو، و به بیان دیگر، در خصوص جایگاه مدعی و مدعی علیه، گفتگوها بسیار است.[۳۵] گفته شده که

۳۲. انصاری، **کتاب المکاسب**، ج۵، ص۱۵۷.

۳۳. علامه حلی، **تذکرة الفقهاء**، ج۱۱، ص۶۹؛ نجفی، **جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام**، ج۲۳، ص۴۲؛ کرکی، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج۵، ص۱۱۹؛ شهید اول، **الدروس الشرعیة في فقه الامامیه**، ج۳، ص ۲۷۵؛ شهید ثانی، **الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة**، ج۴، ص۱۸۰؛ انصاری، **کتاب المکاسب**، ج۲، ص۳۷۰؛ آخوند خراسانی، **حاشیة المکاسب**، ص۱۸۳؛ رشتی، **فقه الامامیه**، ص۴۱۶؛ طباطبایی یزدی، **حاشیة المکاسب**، ج۲، ص۳۴؛ کمپانی، **حاشیة کتاب المکاسب**، ج۴، ص۲۵۰؛ کاشف الغطاء، **تحریر المجلّه**، ج۱، ص ۹۸؛ موسوی بجنوردی، **قواعد الفقهیه**، ج۱، ص۲۶۵؛ اراکی، **الخیارات**، ص ۱۸۳؛ امام خمینی، **کتاب البیع**، ج۴، ص۴۲۰، امامی، **حقوق مدنی**، ج۱، ص۴۸۲؛ اعتضاد، خیار غبن، **مجله کانون وکلاء**، ش۸، ص۲۳؛ کاتوزیان، **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، ج۵، ص۹۵۸؛ صفایی، **حقوق مدنی**، ج۷، ص۲۸۰.

۳۴. کاتوزیان، **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، ج۵، ص۹۶۴.

۳۵. همان، ص۹۶۶ـ۹۶۴.

اصل بر عدم آگاهی است[۳۶] و در نتیجه، مغبون از آوردن دلیل و اثبات جهل خود بی نیاز است. در این زمینه، برخی از حقوق‌دانان معتقدند ادعای جهل به قیمت عادله مبیع از طرف مغبون، بدون دلیل پذیرفته می شود و طرف او می تواند به وسیله ادله و یا قرائن و اوضاع و احوال خارج، ثابت کند که مدعی در حین معامله، قیمت عادله مبیع را می دانسته است.[۳۷] البته به نظر می رسد به کار بردن عبارت «ادعای جهل به قیمت»، خالی از ایراد نیست؛ چه، ادعا امری است که نیازمند اثبات است[۳۸]، در حالی که جهل، امر عدمی است و اثبات امر عدمی، تحصیل حاصل است؛ اگر نگوییم تکلیف بما لایطاق می باشد. بنابراین، می توان قول مغبون را از این جهت نوعی اظهار صرف دانست. در این راستاست که ماده ۴۱۸ قانون مدنی نیز از لحاظ فن اصولی به درستی نگارش یافته است: اگر مغبون در حین معامله، عالم به قیمت عادله بوده است، خیار فسخ نخواهد داشت؛ یعنی علم و آگاهی وی باید اثبات شود، زیرا راه یافتن به ضمیر مغبون، اقدامی است که حقوق وسیله و توان آن را ندارد و ناچار باید به اماره های خارجی روی آورد.[۳۹] پس اگر اماره خارجی و مبرز بیرونی موجود نباشد، ناگزیر از تمسک به قاعده «لا یعلم الا من قبله» و پذیرش قول مغبون در پناه اصل عدم خواهیم بود. بر این اساس، مغبون در جایگاه منکر، تحت عمومات «والیمین علی من انکر» و نیز «کل من یسمع قوله فعلیه الیمین» قرار گرفته و باید به درخواست طرف مقابل سوگند یاد کند[۴۰و۴۱].

۳۶. قمی، **جامع الشتات في اجوبة السؤالات**، ج۲، ص۱۱۶.
۳۷. امامی، **حقوق مدنی**، ج۱، ص ۴۸۲ـ۴۸۳.
۳۸. اراکی، **الخیارات**، ص۱۹۳.
۳۹. کاتوزیان، **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، ج۵، ص۹۶۴.
۴۰. ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی در امور مدنی؛ شمس، **آیین دادرسی مدنی**، ج۳، ص۹۳؛ مهاجری، **مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، ص۲۶۶.
۴۱. ماده ۱۹۷: اصل برائت است. بنابراین، اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد، باید آن را اثبات کند؛ در غیر این صورت، با سوگند خوانده حکم برائت صادر خواهد شد.

با وجود این، ممکن است گفته شود اظهارات مغبون مبنی بر جهل به قیمت، ادعایی است که ادله مثبِت را که همانا اصل ناآگاهی است با خود به همراه دارد و نامبرده را از ارائه دلایل دیگر بی نیاز می کند؛ چنان که از مفهوم مخالف قسمت اخیر ماده ۱۲۵۷ ق. م. نیز همین معنی استفاده می شود؛ زیرا در این ماده آمده است: «... مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج دلیل باشد، اثبات امر بر عهده اوست». البته استناد به این اصل، در جایی امکان دارد که ظاهر برخلاف واقع نباشد؛ زیرا ظهور از امارات است و بر اصل عملی حکومت دارد.[۴۲] چنان که ثابت شود مدعی از اهل خبره و کارشناس این نوع اموال است و یا کسی است که به وضعیت بازار اینگونه معاملات آشنایی کامل دارد.[۴۳] به هر حال، جایگاه مدعی و منکر در یک دعوی، لزوماً ثابت نیست و انقلاب دعوی اجتناب ناپذیر است. با این همه، باید توجه داشت از آنجا که مغبون با اثبات تحقق غبن درصدد فسخ معامله بر آمده و برخلاف اصل لزوم سخن می راند، در اصل قضیه مدعی به شمار می رود؛ چنان که ماده ۷۶۱ ق. م.[۴۴] نیز عبارت «ادعای غبن» را به کار برده است.

۲ـ۲. فاحش بودن ثمن المسمّی(عوض جعلی)

غبن در صورتی موجد خیار است که فاحش باشد(ماده ۴۱۶ ق. م.).[۴۵] پس

۴۲. قمی، جامع الشتات في أجوبة السؤالات، ج۴، ص۷۸؛ کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج۵، ص۹۶۴؛ همو، ص۶۹.)

۴۳. نراقی، انیس التجار (محشی)، ص۱۲۲؛ امامی، حقوق مدنی، ج۱، ص۴۸۳.

۴۴. صلحی که در مورد تنازع یا مبنی بر تسامح باشد، قاطع بین طرفین است و هیچ یک نمی تواند آن را فسخ کند؛ اگر چه به ادعای غبن باشد؛ مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار.

۴۵. هر یک از دو طرف معامله که در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند.

فاحش بودن، ملاك تحقق خيار است نه ايجاد غبن. به بيان ديگر، به صرف وقوع معامله بر مقدار مازاد، غبن محقق می گردد، ولی اين وضعيت ملازمه ای با ايجاد خيار برای مغبون جاهل ندارد.[۴۶] همچنين، معامله نيز بايد مبتنی بر مماكسه و مقابله باشد[۴۷] نه بر پايه مغابنه و مباحات.[۴۸] بنابراين، نكته اصلی، پرداختن به مفهوم فاحش بودن عوض است و بايد ديد ملاك تحقق آن چيست؟

گفته شده هر چيزی كه از اندازه و حد خود تجاوز كند، فاحش است[۴۹]. فاحش بودن به معنای قابل مسامحه و اغماض نبودن است[۵۰] و مشهور فقها ملاك تحقق آن را تشخيص عرف می دانند[۵۱] كه اشخاص در مانند آن معاملات، غالباً[۵۲] فريفته نمی شوند.[۵۳] در واقع، غبن زمانی فاحش است كه از آنچه معمولاً برای به دست آوردن مثل آن پرداخته می شود، تجاوز كند[۵۴]. پس اگر اندك زيادتی و نقصانی باشد كه در عرف، آن را زياده و نقصان نگويند، اختيار فسخی نيست.[۵۵]

۴۶. طباطبايی يزدی، **حاشية المكاسب**، ج۲، ص۴۰.

۴۷. جوانمردی، غبن طرفينی، **پژوهش حقوق و سياست**، ش۷، ص۱۳۱.

۴۸. كرمانشاهی، **مقامع الفضل**، ج۱، ص۳۴.

۴۹. جوهری، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية**، ج۳، ص۱۰۱۴.

۵۰. بهجت، استفتائات، ج۳، ص۲۷۱.

۵۱. دارابی، **مقامات السالكين**، ص۱۱۳؛ قمی، **رسائل**، ج۲، ص۸۱۵؛ انصاری، **كتاب المكاسب**، ج۵، ص۱۷۰.

۵۲. شهيد اول، **لمعه**، ص۱۱۹.

۵۳. علامه حلی، **تذكرة الفقهاء**، ج۱۱، ص۷۰.

۵۴. ابن حمزهٔ طوسی، **الوسيلة الی نيل الفضيلة**، ص۲۳۷؛ ابن زهره، **غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع**، ص۲۲۴؛ علامه حلی، **تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الاماميه**، ج۳، ص۶۲؛ عبد الرحمان، **معجم المصطلحات**، ج۳، ص۲۹.

۵۵. عاملی، **جامع عباسی و تكميل آن (محشّی)**، ص۵۰۲؛ بهبهانی، **رساله عمليه متاجر وحيد بهبهانی با تعليقات ميرزای شيرازی**، ص۷۵.

البته منظور، فاحش بودن قیمت در عرف بلد است[۵۶]؛ یعنی در عرف محل وقوع معامله(ماده ۹۶۸ ق. م.) باید غیر قابل تسامح باشد.

در مقابل، برخی از فقها معتقدند غبن در یک سوم قیمت، فاحش نیست؛ بلکه در بیشتر از آن خیار ثابت است[۵۷]. بر این دیدگاه، ایراد شده است که چنین ضابطه ای در شرع وجود ندارد[۵۸] و حتی غبن در یک چهارم را نیز می توان فاحش و غیر قابل تسامح به شمار آورد[۵۹]. بعضی از ایشان نیز ملاك تحقق فاحش بودن را زمانی می دانند که به خمس قیمت برسد[۶۰]. البته به ملاك یک پنجم نیز اشکال و ایراد وارد شده، ولی دعوای عدم مسامحه در آن، بعید دانسته نشده است.[۶۱] در حقیقت، همان طور که برخی از فقها تصریح کرده اند، حق آن است که غبن حد معینی ندارد و کافی است که کمی و فزونی بیش از اندازه عادت باشد.[۶۲]

گفتنی است که در کنار عبارت غبن فاحش، برخی فقها از عبارت دیگری به نام «غبن افحش» یاد کرده اند.[۶۳] واژه «افحش» که صفت تفضیلی را می رساند، ناظر به حالتی است که قابل مسامحه نبودن مازاد قیمت، به مراتب شدیدتر از وضعیت غبن فاحش است. در بیان آثاری مختصر که بر این تفکیک بار می شود،

۵۶. کاشف الغطاء، **منهل الغمام في شرح شرائع الاسلام**، ج۱، ص۲۰۶.
۵۷. ابن قدامه حنبلی، **مغنی**، ج۴، ص۹۴.
۵۸. علامه حلی، **تذکرة الفقهاء**، ج۱۱، ص۷۰.
۵۹. همان، انصاری، **کتاب المکاسب**، ج۵، ص۱۷۰.
۶۰. صدوق، **من لایحضره الفقیه**، ج۴، ص۸۲؛ طوسی، **تهذیب الاحکام**، ج۱۰، ص۲۹۹؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج۴۳، ص۳۴۴.
۶۱. انصاری، **کتاب المکاسب**، ج۵، ص۱۷۰.
۶۲. علامه حلی، **تذکرة الفقهاء**، ج۱۱، ص۷۰؛ محقق حلی، **شرایع الاسلام**، ج۲، ص۱۶؛ شعرانی، **تبصرة المتعلمین في أحکام الدین**، ج۱، ص ۲۵۳.
۶۳. انصاری، **کتاب المکاسب**، ج۵، ص۱۸۰.

می توان به مفروض بودن سوءنیت و خدعه در غبن افحش اشاره کرد؛ زیرا نامتعارف و غیرمنطقی است که کسی مالی را به چند برابر قیمت انتقال دهد و با وجود این منکر فریب کاری خویش گردد. اثر دیگر آن، در بحث اسقاط خیار غبن آشکار می شود؛ آنجا که بعد از عقد، معلوم گردد غبن اسقاط شده چندین برابر و به اصطلاح فقها، افحش بوده است. دراین باره بعضی فقها معتقدند از آنجا که خیار غبن ساقط شده است، باید به عقد ملتزم ماند و حتی افحش بودن آن تأثیری ندارد؛[۶۴] زیرا، غبن دارای یک مفهوم است و ترتب در آن راه ندارد. همچنین، فاحش و افحش بودن، به طور جداگانه موجد خیار نیستند، بلکه با اسقاط خیار، غبن واحد ساقط می شود.[۶۵]

با این حال، به نظر می رسد که در این خصوص باید قائل به تمایز شد:

اگر بنای طرفین با صراحت بر اسقاط خیار غبن بدون شرط باشد، در این صورت خیاری ثابت نیست، گرچه غبن افحش باشد؛[۶۶] چه، مغبون عالمانه به ضرر خود اقدام کرده است. اما اگر صرفاً غبن فاحش را اسقاط کنند و سپس معلوم شود که غبن، افحش بوده است، می توان خیار غبن را ثابت دانست؛[۶۷] زیرا بنای طرفین بر این بوده است که غبن فاحش را ساقط کنند؛ حال که مشخص شده غبن افحش بوده است، در صورت تردید، بقای آن استصحاب می شود. ممکن است گفته شود با فرض سقوط غبن فاحش، مقدار باقی مانده نیز افحش نیست؛ بلکه یا قابل تسامح است یا اگر فاحش است به موجب شرط سابق، ساقط شده است در حالی که اصل بر عدم تجزیه است و نمی توان به استناد تراضی طرفین، غبن را

۶۴. همان.
۶۵. رشتی، **فقه الامامیه**، ص۴۲۹.
۶۶. مامقانی، **نهایة المقال في تکملة غایة الآمال**، ص۷۹.
۶۷. همان، امامی، **حقوق مدنی**، ج۱، ص۴۸۵.

نسبت به مقدار فاحش ساقط شده دانست و در مقدار باقی مانده نیز گفت که قابل تسامح است و یا حتی اگر قابل تسامح نیست، همان غبن فاحشی است که طرفین در ضمن عقد، آن را ساقط کرده بودند. به بیان دیگر، دو طرف معامله صرفاً اسقاط غبن فاحش را اراده کرده اند؛[۶۸] یعنی غبن افحش، امری است که داخل در قصد آنها نبوده است و لزوم اتحاد قصد و واقع در اینجا مفقود است. این وضعیت، مصداق بارز قاعده «ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع» می باشد. علاوه بر آن، منطقی نیست که اسقاط خیار را هم ناظر به غبن فاحش و هم افحش بدانیم؛ چه، معقول نیست بپذیریم که دلیلی واحد بر معانی مختلف دلالت دارد.[۶۹] همچنین، فقها تراضی طرفین را مبنی بر ایجاد مرتبه به عنوان ملاك اسقاط یا بقای خیار غبن پذیرفته اند[۷۰] و می توان گفت: هدف از تفکیک بین غبن فاحش و افحش نیز، عرضه معیار و مرتبه ای در راستای تحقق همان منظور است. از این رو، آثاری بر این تراضی از این جهت بار نیست. این حکم حتی در مواردی هم که طرفین، اسقاط خیار غبن را به سکوت برگزار کنند، جاری است؛ زیرا به ظاهر آنان آنچه را که عرف موجد خیار غبن می داند ساقط کرده اند(ماده ۲۲۵ ق. م.)[۷۱] و چون معیار متعارف ثبوت خیار نیز فاحش بودن غبن است، غبن افحش ساقط نمی شود.

قانون مدنی ایران نیز پیش از اعمال اصلاحات، دو ملاك را برگزیده بود؛ یکی معیار اصلی و فرض قانونی در معاملات در نظر گرفته می شد و آن، غبن به مقدار خمس قیمت و یا بیشتر از آن بود؛ دیگری، عدم تسامح عرفی بود که به عنوان

۶۸. کاتوزیان، **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، ج۵، ص۲۵۲.

۶۹. مصطفی خمینی، **کتاب البیع**، ج۲، ص۴۵۲.

۷۰. اصفهانی، **وسیلة النجاة**، ص۳۵۰.

۷۱. متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است.

شاخص فرعی در مقدار کمتر از خمس به کار می رفت. در این راستا ماده ۴۱۷ مقرر می داشت: «اگر غبن به مقدار خمس قیمت یا بیشتر باشد فاحش است و در کمتر از مقدار مزبور، در صورتی فاحش است که عرفاً قابل تسامح نباشد». برخی از حقوق دانان در تبیین مفهوم غبن فاحش گفته اند: یعنی ضرری که عرف، تحمل آن را برخلاف عدالت و انصاف بداند و ضرری که عرف مسامحه می کند، قابل تحمل شناخته می شود و اختیار بر هم زدن معامله را به متضرر نمی دهد.[۷۲]

لیکن ماده ۴۱۷ اصلاحی مصوب ۱۳۶۱، این ضابطه را که از نظر برخی، به لحاظ اثبات دعوی سودمند بود و کار خواهان و قاضی را در اثبات و احراز غبن فاحش آسان می کرد، حذف کرد[۷۳] و مقرر داشت غبن در صورتی فاحش است که در عرف، قابل مسامحه نباشد. به زعم برخی از حقوق دانان، مزیت حکم جدید در این است که اگر عرف در معامله ای تفاوت بیش از یک پنجم قیمت را غبن فاحش نداند، خیار فسخ در آن نمی آید؛ در حالی که ماده ۴۱۷ سابق، غبن بیش از خمس قیمت را در هر حال فاحش می دانست.[۷۴] افزون بر آن، معیار عرفی به لحاظ امکان تورم و تنزل ارزش اقتصادی عوضین، کارایی بیشتر و بهتری دارد و پیامد فاسد ایستایی و منعطف نبودن معیار قبلی را ندارد. همچنین، پذیرش معیار یک پنجم و یا هر فرض قانونی دیگر، ممکن است واقعاً با مفهوم غبن فاحش همخوانی نداشته باشد و حتی در بعضی موارد، با آن در تعارض قرار گیرد؛ مانند معاملات عمده و کلانی که سودا گران و سرمایه داران و یا صرافان انجام می دهند. با وجود این، چون در نهایت، تشخیص دیدگاه عرف با دادگاه است، ممکن است نظر شخصی و سلیقه دادرس نیز در تصمیم گیری دخیل باشد.

۷۲. امامی، **حقوق مدنی**، ج۱، ص۴۸۳.
۷۳. صفایی، **حقوق مدنی**، ج۲، ص۲۸۰.
۷۴. کاتوزیان، **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، ج۵، ص۲۱۳.

بنابراین، معیار کنونی در تمیز نابرابری فاحش، عرف است. پس اگر عرف، آن قیمت را قابل تسامح بداند، در واقع بدان معناست که طرفین به طور ضمنی بر آن قیمت توافق کرده‌اند؛ گرچه هر یک از آنها، خود را مغبون بداند(مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ق. م.)[۷۵]. حال ممکن است در مواردی، ناگزیر از رجوع به عرف خاص شویم(مانند معامله صرافان) و یا اینکه مانند اغلب موارد، عرف عام را ملاك نظر قرار دهیم. با اینکه عرف، جنبه پویا و شناور و انعطاف پذیری دارد، معیار ثابتی را ارائه نمی‌دهد. به همین دلیل، برخی از حقوق‌دانان معتقدند بهترین راه حل، این است که قانون‌گذار اماره‌ای برای تعیین غبن فاحش در نظر بگیرد و اثبات وجود عرف مخالف را به عهده مدعی آن قرار دهد.[۷۶]

بدین ترتیب، معیار عرفی که در زمان حکومت قانون سابق جنبه فرعی داشت، در حقوق کنونی به عنوان معیار و ملاك اصلی تحقق غبن پذیرفته شد. به هر حال، هر دو معیار سابق و لاحق جنبه نوعی دارند. ولی برخی از حقوق‌دانان معتقدند نباید چنین پنداشت که عوامل شخصی و ویژه معامله مورد نزاع، در این تمیز سهمی ندارند؛ بلکه باید پذیرفت که معیار تمیز غبن، هر دو چهره نوعی و شخصی را دارد.[۷۷] با وجود این، به نظر می‌رسد که غبن در هر صورت، چهره نوعی دارد. اگر قانون‌گذار به شرایط معامله و وضعیت طرفین اشاره می‌کند و این عوامل شخصی را در تحقق غبن فاحش دخیل می‌داند، باید دانست که این عوامل اختصاصی در قالب نوعی و عرفی مورد توجه قرار می‌گیرند و باید دید قضاوت

---

۷۵. عقود، نه تنها طرفین معامله را به اجرای آنچه بر آن تصریح شده است ملزم می‌کند، بلکه آنها به تمام نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌شوند.

۷۶. کاتوزیان، **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، ج۵، ص۲۱۳.

۷۷. همان، ص۲۱۶.

عـرف در باره معـامله در آن شـرایط چیـست و انسـان متعـارف چگونه می اندیشـد و اجتمـاع چه واکنشـی به آن وضعیت نشـان می دهد؟ به بیـان دیگر، به مـعـامله ای با اوضاع و احوال ویژه و در وضـعیت خاص، از بیرون و از نگـاه عرف(اعم از خاص یا عام) و نوع انسان ها توجه می شود و این همان مفهوم نوعی غبن فاحش است.

نتیجه

چنان که بیان شد، خیار غـبن یکی از اقسـام خیارات در فـقه امـامیه اسـت. ایجاد و اعمال این خیار، منوط به حصول شرایطی است که اساسی ترین آنها، جهل مغبون به قیمت عادله و فاحش بودن قیمت است. بـرای تشخیص قابل تسامح نبودن غبن، فـقهـا ملاك های متـفاوتی مطرح کـرده اند. برخی کـوشیـده اند برای تشـخیص غـبن فاحش، مـعیاری ثابـت و متقن ارائه دهند و یک فـرض شرعی ایجـاد کنند ولی خود نیز مـصون از انشـقاق نماندند و هر گـروه، معـیاری را پیشنهـاد می کرد. در مـقابل، عده ای دیگر که در اکثریت بودند با داعیه نبودن معیـار شرعی، آن را رد می کردند و در ارائه ملاك عرفی مصمم بودند. از سوی دیگر، در کنار غبن فاحش، مفهومی به نام غبن افحش نیز در تألیفات بعضی از بزرگان ملاحظه شد و مشخص گردید که در صورت اسقاط غبن فاحش، غبن افـحش در صورت جمع شرایط و وجود اوضاع و احوالی که شرح آن به تفصیل از نظر گذشت، ساقط نیست، بلکه ثابت است.

قانون مـدنی ایران نیز پیش از اصـلاحات، واجد هر دو مـعیار مـذکور بود ولی غلبـه با معـیار ثـابت بود. در حقـیقت، قـانون گـذار سابق با تلـفیق هر دو مـعیـار، به نوعی در جـهت آشتی فـقهـا گام برداشت. ولی با اعـمال اصـلاحات سـال ۱۳۶۱، قانون گـذار معـاصر، مـقهـور دیدگاه مـشهـور شد و ملاك عـرفی را پذیرفت؛ کـه گاه منظور، اشاره به صنـفی خاص است و گاه، همـان عرف عام مـقصود است کـه غلبه نیز با قسم اخیر است. این معیار، همسو با تغییر و تحولات اقتصادی، مفهومی نو

از عدم تسامح مطرح می‌کند و برخلاف ملاك یک پنجم یا هر فرض قانونی دیگر، جنبه ایستا و راکد ندارد. با این حال، ممکن است از نظر شخصی و سلیقه‌ای دادرس مصون نماند. به علاوه با وجود نظر مخالف، معیار نوعی به عنوان ملاك انسب برای تفهیم غبن فاحش برگزیده شد.

منابع و مآخذ

الف) فارسی

۱. اعتضاد، محمد، خیار غبن، **مجله کانون وکلا**، شماره ۸، ۱۳۲۷.

۲. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج۱، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۵.

۳. جوانمردی، ناهید، غبن طرفینی، **پژوهش حقوق و سیاست**، شماره ۷، ۱۳۸۱.

۴. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی**، دوره پیشرفته، ج۳، چاپ هشتم، تهران، دراك، ۱۳۸۹.

۵. صفایی، سید حسین، **حقوق مدنی**، ج۲، قواعد عمومی قراردادها، تهران، میزان، ۱۳۸۵.

۶. کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات**، ج۱، قواعد عمومی اثبات، اقرار و سند، تهران، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.

۷. ــــــــــــ، **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، ج۵(انحلال قرارداد ـ خیارات)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.

۸. مهاجری، علی، **مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، ج۲، تهران، فکرسازان، چاپ دوم، ۱۳۸۹.

ب) عربی

۱. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی، **غنیة النزوع إلی علمي الأصول و الفروع**،

قم، مؤسسه امام صادق (ع)، اول، ۱۴۱۷ .
۲ . آل کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر، **شرح خیارات اللمعة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۲۲ .
۳ . آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، **حاشیة کتاب المکاسب**، قم، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، اول، ۱۴۰۶ .
۴ . اصفهانی، سید ابوالحسن، **وسیلة النجاة(همراه با حواشی امام خمینی)**، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ .
۵ . اصفهانی، فتح الله بن محمدجواد نمازی، **صیانة الإبانة**، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ .
۶ . اراکی، محمدعلی، **الخیارات**، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۴ .
۷ . انصاری دزفولی، شیخ مرتضی بن محمد امین، **کتاب المکاسب**، ج۲، قم، منشورات دارالذخائر، ۱۴۱۱ .
۸ . ــــــــــــ، **کتاب المکاسب**(ط . الحدیثة)، ج۵، قم، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ .
۹ . امام خمینی، سید روح الله، **کتاب البیع**، ج۴، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا .
۱۰ . ــــــــــــ . **تحریر الوسیلة**، ج۱، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، اول، بی تا .
۱۱ . بهبهانی، محمدباقر بن محمد، **رساله عملیه متاجر وحید بهبهانی با تعلیقات میرزای شیرازی**، تهران، حاج شیخ رضا تاجر تهرانی، ۱۳۱۰ .
۱۲ . بهجت، محمدتقی، **استفتائات**، قم، دفتر آیة اللّه بهجت، ۱۳۱۰ .
۱۳ . جمعی از پژوهشگران، زیر آیة اللّه نظر سید محمود شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(ع)، ج۳، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی

بر مذهب اهل بیت(ع)، ۱۴۲۶ .
۱۴ . جوهری، اسماعیل بن حمّاد، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة**، ج۳، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ .
۱۵ . حلی (محقق)، جعفر بن الحسن، **شرایع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ج۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ .
۱۶ . حلّی، حسن بن علی بن داود، **الجوهرة في نظم التبصرة**، قم، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ .
۱۷ . حرّ عاملی، محمد بن الحسن، **وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، ج۱۸، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ .
۱۸ . خمینی، سید مصطفی، **کتاب البیع**، ج۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ .
۱۹ . خوانساری، محمد، **حاشیة الثانیة علی المکاسب**، چاپ اول، بی تا .
۲۰ . دارابی، محمد بن محمد، **مقامات السالکین**، در یک جلد، قم، مرصاد، ۱۴۱۸ .
۲۱ . رشتی، میرزا حبیب الله، **فقه الامامیه**، قسم الخیارات، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۰۷ .
۲۲ . شهید اول، محمد بن مکی عاملی، **الدروس الشرعیة في فقه الامامیة**، ج۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ .
۲۳ . شعرانی، ابو الحسن، **ترجمه و شرح تبصرة المتعلمین في أحکام الدین**، جلد اول، تهران، منشورات اسلامیة، ۱۴۱۹ .
۲۴ . شهید ثانی، زین الدین بن علی، **الروضة البهیة في شرح اللمعه الدمشقیة**، ج۳ و ۴، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ .

۲۵ . صدوق، ابی جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، **من لا يحضره الفقيه**، ج۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۱۳ .

۲۶ . طباطبایی حکیم، سید محسن، **منهاج الصالحين**(محشّی)، ج۲، قم، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ .

۲۷ . طوسی(شیخ الطائفه)، ابوجعفر محمد بن الحسن، **تهذيب الاحكام في شرح المقنعه**، ج۱۰، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ .

۲۸ . طوسی(ابن حمزه)، محمد بن علی بن حمزه، **الوسيلة إلى نيل الفضيلة**، قم، کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ .

۲۹ . طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **حاشية كتاب المكاسب**، ج۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ .

۳۰ . ــــــــــــ، **سؤال و جواب**، قم، مركز نشر العلوم الاسلامي، ۱۴۱۵ .

۳۱ . ــــــــــــ، **العروة الوثقى مع التعليقات**، ج۲، قم، مدرسه امام علی(ع)، ۱۴۲۸ .

۳۲ . عاملی(شیخ بهایی)، بهاء الدين محمد، **جامع عباسی (رساله عمليه) و تكميل آن**(محشّی)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۲۹ .

۳۳ . عبدالرحمان عبدالمنعم، محمود، **معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهية**، ج۳، مصر، دارالفضيلة للنشر و التوزيع و التصدير، بی تا .

۳۴ . علامه حلی، الحسن بن يوسف بن مطهر اسدی، **تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية**، ج۳، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۰ .

۳۵ . ــــــــــــ، **تذكرة الفقهاء**، ج۱۱، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی تا .

۳۶. فیض کاشانی، مولی محمد محسن ابن شاه مرتضی، **الشافي في العقائد و الأخلاق و الأحكام**، ج۲، قم، دار نشر اللوح المحفوظ، ۱۴۲۵.
۳۷. قمی سبزواری، علی بن محمد بن محمد، **جامع الخلاف و الوفاق بين الإمامية و بين ائمة الحجاز و العراق**، قم، زمینه سازان ظهور امام عصر(ع)، اول، ۱۴۲۱.
۳۸. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **جامع الشتات في أجوبة السؤالات**، ج۲، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳.
۳۹ ـــــــــــ، رسائل، ج۲، قم، دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، ۱۴۲۷.
۴۰. قرشی، سید علی اکبر، **قاموس قرآن**، ج۵، قم، دارالکتب الاسلامیة، ۱۴۱۲.
۴۱. کاشف الغطاء نجفی، عباس بن حسن بن جعفر، **منهل الغمام في شرح شرائع الاسلام**، ج۱، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۴.
۴۲. کرکی(محقق ثانی)، علی بن الحسین، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج۵، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴.
۴۳. کمپانی اصفهانی، محمد حسین، **حاشية كتاب المكاسب**، ج۴، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸.
۴۴. کرمانشاهی، آقا محمد علی بن وحید بهبهانی، **مقامع الفضل**، ج۱، قم، مؤسسه علامه مجدد وحید بهبهانی، اول، ۱۴۲۱.
۴۵. کاشف الغطاء نجفی، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، **تحرير المجلة**، ج۱، قم، المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹.
۴۶. مامقانی، ملا عبدالله بن محمد حسن، **نهاية المقال في تكملة غاية الآمال**، قم، مجمع الذخائر الاسلامية، ۱۳۵۰.

۴۷. مامقانی، محمد حسن بن ملا عبدالله، **غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب**، ج۳، قم، مجمع الذخائر الاسلامية، ۱۳۱۶.
۴۸. مصطفوی، سید محمد کاظم، **فقه المعاملات**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳.
۴۹. موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، **قواعد الفقهیه**، ج۱، قم، مؤسسه عروج، ۱۴۱۵.
۵۰. نجفی بلاغی، محمد جواد بن حسن، **الرسائل الفقهية**، قم، مرکز العلوم و الثقافة الاسلامية، ۱۴۲۸.
۵۱. نجفی، محمد حسن، **جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام**، ج۲۳ و ۴۳، بیروت، دار إحیا التراث العربي، بی تا.
۵۲. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، **مستند الشيعة في أحكام الشريعة**، ج۱۴، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۵.
۵۳. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر، **أنيس التجار** (محشّی)، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۵.

مبانی فقهی قتل فرزند و ضمانت اجرای آن

○ محسن شریفی*

چکیده

یکی از شرایط قصاص، انتفای ابوت است که این مسئله در ماده «۳۰۱» قانون مجازات اسلامی بر گرفته از فقه امامیه، منعکس شده است. بر این اساس، پدر در قتل فرزند قصاص نمی شود، بلکه قصاص به دیه و تعزیر تبدیل می گردد. شیوه و انگیزه قتل نیز تأثیری در این حکم ندارد. دلیل قصاص نشدن پدر از منظر فقهای امامیه، روایات، اجماع و شهرت است. البته این حکم در بین فقهای عامّه مورد اختلاف است؛ گروهی موافق و گروهی مخالفند؛ گروهی نیز قائل به تفصیل شده‌اند. در خصوص الحاق مادر و اجداد پدری و مادری، فقهای عامه چون ملاک حکم را ولادت می دانند، به مقتضای معنای والد، مادر و اجداد پدری و مادری را نیز مشمول حکم دانسته‌اند. ولی فقهای امامیه به مورد نص اکتفا کرده‌اند. البته بنا به صدق عرفی و اجماع فقها، جد پدری نیز در حکم پدر است. در مورد قصاص مادر نیز فقهای جدید احتیاط می کنند.

کلید واژگان: قتل فرزند، قصاص، انتفای ابوت، رابطه بنوت، پدر، مادر.

---

* عضو هیئت علمی مؤسسه آموزش عالی طبرستان و دانشجوی دکتری دانشگاه تربیت مدرس.

مقدمه

یکی از اندیشه های فقهی که بعد از انقلاب اسلامی به قوانین جزایی راه یافت، حکم کشتن فرزند است. از دیدگاه اکثر فقهای اسلامی، حکم مردی که فرزند خود را به قتل برساند، با یک درجه تخفیف، از قصاص نفس ـ که حکم کلی در قتل عمدی است و در قرآن کریم نیز بر آن تاکید شده است ـ به پرداخت دیه و تعزیر تقلیل یافته است. برای این حکم در فقه اسلامی دلایل متعددی ذکر گردیده و به روایاتی نیز استناد شده است، که از نظر اصولی از اعتبار زیادی برخوردارند. تا پیش از انقلاب اسلامی، از آنجا که این حکم سابقه ای در قوانین جزایی ما نداشت، بحث های زیادی نیز درباره آن صورت نگرفت؛ چرا که جولانگاه حکم، تنها در میان فقها بود که به صورت نظر موافق یا مخالف مطرح می شد.

دیدگاه فقهای اسلامی در مورد این حکم متفاوت است؛ عده ای از فقها که اکثریت فقهای امامیه، شافعی، حنبلی، و حنفی را شامل می شوند، با حکم معافیت پدر موافق بوده، مبنای موافقت خود را دو حدیث از امامان معصوم علیهم السلام، و البته بعضاً دلایل عقلی برای حکم بیان می دارند. از سوی دیگر، مخالفان نیز با استناد به حکم کلی قصاص در قتل عمد، پدر و جد پدری را مصداقی از حکم کلی می دانند و به قصاص ایشان حکم می دهند. آنها جهت گیری روایات را به سمت و سویی دیگر، و آن را مقتضای جامعه صدر اسلام دانسته اند. آنچه در این میان بسیار موضوع بحث قرار گرفته و در کتاب های فقهی نیز بیشتر به صورت کلیشه ای، فقهای ما را به نظریه پردازی واداشته است، تسرّی حکم به مادر، جد پدری و جد مادری است. در این موارد نیز نظرهای موافق و مخالف مطرح شده است. موافقان، مادر را مصداق لفظ والد، و وی را مشمول حکم معافیت می دانند و مخالفان مجدداً موضع خود را، حکم کلی قصاص اعلام کرده، در استثنائات به قدر متیقن اکتفا می کنند. از سوی دیگر، موافقان تسرّی حکم به

جد پدری، معتقدند که لفظ «ابن»، فرزند فرزند را نیز در برمی‌گیرد و از این رو جد پدری در صورت قتل نوه خود، از قصاص معاف است.

به موجب اصل چهارم از قانون اساسی، همه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و... باید براساس موازین اسلامی باشد. ازاین رو، لازم است که مبنای فقهی هر یک از احکام قانونی، بررسی شود.

براین اساس، در این تحقیق ما با بررسی حکم مورد بحث از دیدگاه فقه اسلامی، می‌کوشیم جنبه‌های مختلف آن را روشن سازیم. در این میان، به نظرهای موافق و مخالف در مورد الحاق یا عدم الحاق مادر و جد پدری نیز به اختصار اشاره خواهیم کرد.

۱. مبنای مانعیت ابوت از قصاص

با توجه به اینکه در حکم یادشده، ادعای شرعی بودن شده است، باید تلاش کرد که، ریشه و مبنای آن را در کتب فقهی یافت. با نگاهی به کتب فقهی، به دو رویکرد متفاوت دست می‌یابیم که هر کدام مبنایی دارند. این مبانی، روایاتی هستند که آن را از قول امامان معصوم نقل می‌کنند. به طور کلی، قائلان به حکم عدم قصاص پدر در برابر فرزند، دو حدیث را به عنوان دلیل در دست دارند و مخالفان این حکم، در پاسخ، تنها به حکم و قاعده کلی قصاص در برابر قتل عمد استناد می‌کنند. در ادامه، به ترتیب به بررسی نظرهای موافقان و مخالفان و مبانی آنها خواهیم پرداخت.

۱-۱. قرآن و حکم کلی قصاص

در این قسمت آیات اختصاصی مربوط به قتل عمد و حکم قصاص را بیان و بررسی می‌کنیم:

در این زمینه می توان به آیه ۱۷۸ سوره بقره اشاره کرد:

یا ایّهاالذین آمنواکتب علیکم القصاص في القتل الحرّ بالحرّ و العبد بالعبد و الانثی بالانثی ... ؛

ای مؤمنان (از طرف خداوند) قانون قصاص در مورد کشته هایتان [این گونه] نوشته شده است که آزاد در برابر آزاد، برده در برابر برده و زن در برابر زن و ... .

در این آیه، خداوند متعال از قصاص سخن می گوید، یعنی همان کاری که قاتل انجام داده، با وی انجام دهیم. به عبارت دیگر، می توان وی را به قتل رساند؛ اما این قتل، قتلی قانونی است که خداوند مجوز آن را صادر کرده است.

همچنین آیات متعدد دیگری در این زمینه، یعنی حکم قصاص در قتل عمد نازل شده که خود مؤید اهمیت موضوع از دیدگاه شارع مقدس است؛ از جمله می توان به آیات ۳۲ سوره مائده، ۱۷۹ سوره بقره، ۳۳ سوره اسراء، ۹۳ سوره نساء و ۴۵ سوره مائده اشاره کرد.

با توجه به این آیات، می توان چنین نتیجه گرفت که قتل و آدم کشی از جمله گناهان کبیره است که بر حرمت آن تأکید شده و شارع مقدس، مجازات دنیوی قصاص را برای آن در نظر گرفته است.

مخالفان قصاص نشدن پدر، به این آیات استناد می کنند و می فرمایند حکم قصاص به صورت مطلق بیان گردیده و در هیچ جای دیگری از کتاب، به این استثناء، یعنی قصاص نشدن والد اشاره ای نشده است. البته ما در جواب آنها می گوییم که در این زمینه روایاتی وجود دارد که حکم عام این آیه را تخصیص می زند و در بخش بعدی به تحلیل و بررسی این روایات خواهیم پرداخت.

۱-۲. فقه اسلامی

در ذیل این قسمت، مبانی فقهی حکم مانعیت ابوت را از دیدگاه فقهای اسلامی بررسی خواهیم کرد.

۱ـ۲ـ۱ . رویکرد موافق

موافقان حکم مانعیت ابوّت، شامل تعداد بسیار زیادی از فقهای اسلامی، اعم از امامیه و عامه اند که از میان نظرهای ایشان می توان به این موارد اشاره کرد:

محمد بن ادریس شافعی، امام و پیشوای شافعیه، در این خصوص می گوید: از گروهی از اهل علم که ملاقاتشان کردم، به یاد دارم که والد به سبب قتل فرزند کشته نمی شود و من هم آن را می گویم.[۱] همچنین یکی دیگر از فقهای شافعیه می گوید: قصاص پدر به خاطر کشتن فرزندش واجب نیست؛ چرا که از عمربن الخطاب ـ خدا از او راضی باشد ـ روایت شده است که پیامبر ـ درود و سلام خدا بر او باد ـ فرمود: پدر به خاطر فرزندش قصاص نمی شود.[۲] از نظر این گروه از فقهای اسلامی، شرط چهارم از شرایط قصاص، این است که مقتول از فرزندان قاتل نباشد.

به عقیده حنابله، چهارمین شرط از شرایط وجوب قصاص، آن است که قاتل، پدر مقتول نباشد. بنابراین، والد با قتل فرزندش کشته نمی شود؛ هرچه پایین رود.[۳] این خبر مستفیض و مشهور است که عمر بن الخطاب در حضور صحابه به آن حکم کرد و هیچ یک از آنان با او مخالفت نکردند. بر این اساس، خبر یادشده همانند خبر متواتر است.[۴]

سرخسی از فقهای مذهب حنفی معتقد است: در نزد ما بر پدر و مادر و اجداد و جدات از طرف پدران و مادران، قصاص نیست.[۵]

با مرور نظرات فقهای امامیه، به این نتیجه می رسیم که از قواعد مسلم نزد

---

۱. شافعی، **کتاب الأم**، ج۶، ص ۳۴.
۲. شیرازی، **المهذب**، ج۲، ص۲۸۴.
۳. ابن قدامه، **المغنی علی مختصر خرقی**، ج۹، ص ۲۵۵.
۴. رازی جصّاص، **احکام القران**، ج۱، ص ۱۶۸.
۵. سرخسی، **المبسوط**، ج۲۶، ص ۹۰.

آنها، این است که پدر هیچ گاه به سبب قتل فرزندش کشته نمی شود و حتی ادعای اجماع در این باره نیز شده است.[۶] در تحریرالوسیله آمده است:

شرط سوم از شرایط قصاص در میان نبودن رابطه پدر و فرزندی است. بنابراین، هیچ پدری به جرم کشتن فرزندش کشته نمی شود.[۷]

شیخ مفید در کتاب المقنعه در این باره بیان می دارد:

اگر پدر، فرزندش را از روی خطا بکشد، دیه فرزند، از اموال پدر بر عهده او خواهد بود که در مقابل میراثش از فرزند تقاص می کند و بقیه اموال (فرزند) از آن ورثه او خواهد بود... و کفاره در قتل فرزند آن چنان که بیان شد، بر عهده پدر است و اگر فرزند را به عمد بکشد، حاکم او را مجازات سختی می کند و ملزم به پرداخت دیه کامل به وراث فرزند ـ جز پدر قاتل، بنا بر توضیحی که داده شد ـ خواهد کرد.[۸]

وی در این عبارت، ضمن بررسی تکلیف دیه مقتول، بیان می کند که پدر در هیچ صورتی محکوم به قصاص نخواهد بود و از جمله «حاکم، او را مجازات سختی می کند»، از این رو به تعزیر فرد قاتل پی می بریم که در ماده «۳۰۱» قانون مجازات اسلامی و ماده «۶۱۲» تعزیرات قانون یاد شده نیز به آن اشاره شده است.

علامه حلّی در کتاب قواعد خود انتفای ابوّت را در قصاص شرط دانسته، می فرماید: پدر ـ هرچه بالا رود ـ، به سبب قتل فرزند ـ هرچه پایین رود ـ، کشته نمی شود.[۹] وی در این عبارت کوتاه، به حکم جد پدری نیز اشاره کرده، جد را به پدر ملحق می کند. وی همچنین مفهوم ولد را توسعه داده و فرزند فرزند... را نیز

۶. نجفی، **جواهر الکلام**، ج۴۲، ص ۱۶۹.
۷. امام خمینی، **تحریرالوسیله**، ج۲، ص ۴۲۰.
۸. مفید، **المقنعه**، ص۴۶.
۹. **قواعد الاحکام**، ج۳، ص۶۰۸.

به فرزند بلافصل ملحق می کند.

شهید اوّل در کتاب لمعه، انتفای ابوت را در قصاص شرط دانسته، می نویسد: والد هرچه بالا رود، به سبب قتل پسرش کشته نمی شود و تعزیر می شود و کفاره می دهد و پرداختن دیه بر وی واجب می گردد.[10] از دیدگاه ایشان، پدر، علاوه بر پرداختن کفاره و دیه، تعزیر نیز می شود.

فقیه بزرگ شیعه، صاحب جواهر در این باره می نویسد:

> شرط سوم از شرایط قصاص، آن است که قاتل، پدر مقتول نباشد. بنابراین، اگر پدر، فرزندش را به قتل رساند، قصاص نمی شود. این مطلب بدون خلاف بوده و اجماع به دو قسمش بر آن قائم است؛ مضافاً به اینکه نصوص از طرف امامیه و عامه نیز موجود است.[11]

درفقه امامیه، برای مبنای این حکم، به چند دلیل از ادله شرعیه استناد شده است:

اول. روایات و نصوص این احادیث: در کتب روایی شیعه نقل شده است. در وسائل الشیعه تعداد ده حدیث از راویان موثق همچون حمران، حلبی(دو روایت)، فضیل بن یسار، علاء بن الفضیل، ابوبصیر، اسحاق بن عمّار، جابر، ظریف، حمّاد بن عمرو و انس بن محمد نقل شده است.[12] همچنین در کتاب

---

۱۰. شهید اول، **اللمعة الدمشقیة**، ص ۶۴.

۱۱. نجفی، **جواهرالکلام**، ج۴۲، ص۱۶۹.

۱۲. روایت صحیحه حمران از امام صادق یا امام باقر(علیهما السلام) قال: لا یقاد والد بولده ...؛ روایت صحیحه حلبی از امام صادق(ع) قال: سألته عن الرجل یقتل إبنه، أیقتل به؟ قال: لا.؛ روایت معتبره اسحاق بن عمار، از جعفر از پدرش: أنّ علیاً (ع) کان یقول: لا یقتل والد بولده إذا قتله ...؛ روایت صحیحه ظریف از امیر المؤمنین(ع)، قال: وقضی أنّه لا قود لرجل أصابه والده في أمر یعیب علیه فیه فأصابه عیب من قطع و غیره و یکون له الدیّة ولا یقاد، روایت جابر از ابی جعفر(ع) در باره مردی که فرزند یا برده خود را بکشد، فرمود: لایقتل به ولکن یضرب ضرباً شدیداً و ینفی عن مسقط رأسه (حر عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۱۹، باب ۳۲ از ابواب قصاص نفس، ص۵۸ ـ ۵۶.

مستدرك الوسائل شش حدیث به ترتیب از دعائم الاسلام، فقه الرضا(ع)، بحار الانوار، مقنع صدوق، کتاب ظریف بن ناصح در کتاب دیات، و غوالي اللئالی نقل شده است.[۱۳]

فقهای عامه نیز به حدیثی از حضرت رسول(ص) استناد می کنند که فرموده اند: «لایقاد الوالد بولده» عبدالرحمن جزیری می گوید:

> این حدیث مشهوری است که امت، آن را قبول دارند و مخصص عموم آیه وجوب قصاص در قتل می باشد... در ثانی عمر نیز در مورد قاتل فرزند، حکم به دیه نمود و کسی منکر او نشد.[۱۴]

عبدالقادر عوده، ضمن بیان این حدیث و اشاره به صراحت آن در منع قصاص از پدر، حدیث دیگری نیز از حضرت رسول (ص) نقل می کند: «**انت و مالک لابیک**» و ادامه می دهد:

> اگرچه این حدیث صریح در منع قصاص نیست، نص آن مانع قصاص است؛ چرا که مالکیت پدر در باره فرزند، اگرچه ملکیت حقیقی نیست، ایجاد شبهه ای می کند که بنا به قاعده «درء» قصاص منتفی خواهد شد.[۱۵]

صاحب کتاب الفقه الاسلامی و ادلته نیز می نویسد:

> با وجود حدیث «أنت و مالک لأبیک» در ثبوت قصاص شبهه ایجاد می شود و لذا قصاص منتفی می گردد.[۱۶]

امام رضا(ع) در تحلیل مال فرزند برای پدرش می فرمایند:

> علت حلال بودن مال فرزند برای پدر بدون اذن فرزند و حلال نبودن مال پدر

---

۱۳. نوری طبرسی، **مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل**، ج۱۸، ص۲۳۸ ـ ۲۳۹.
۱۴. سرخسی، **المبسوط**، ج۲۶، ص۹۱.
۱۵. عوده، **التشریع الجنائي الاسلامي**، ج۲، ص۱۱۵.
۱۶. وهبة الزحیلی، **الفقه الاسلامي و أدلّته**، ج۶، ص۲۶۸.

بدون اذن پدرش برای فرزند، این است که فرزند در کلام خداوند متعال، به عنوان هدیه ای به پدر معرفی شده است؛ آنجا که خداوند می فرماید: «و به هر کس اراده کند دختر می بخشد و به هر کس بخواهد پسر».

پدر، مسئول مخارج فرزند است، چه کوچک، چه بزرگ؛ چنان که فرزند را به وی نسبت داده اند و خداوند متعال در قرآن، او را برای پدر می خواند:

«آن پسر خوانده ها را به نام پدران بخوانید که این کار نزد خدا عادلانه تر است». همچنین سخن پیامبر (ص): «**انت و مالک لأبیک**؛ تو و مالت برای پدرت هستید» و مادر این چنین نیست و در مال فرزندش بدون اذن او یا اذن پدرش(پدر فرزند) تصرف نمی کند؛ چرا که پدر مسئول نفقه فرزندش است.[۱۷]

چنان که مشاهده شد، امام رضا(ع) ذیل تحلیل موضوع، به روایت پیش گفته نیز استناد می فرمایند و درواقع تحلیل ایشان، همان تحلیل روایت است. ایشان برای اثبات موضوع به دو آیه از کلام الله اشاره می فرمایند: آیه اول، فرزند را هدیه و موهبتی از طرف خداوند می داند. در این تحلیل نیز دوبار به وظیفه و مسئولیت پدر درقبال فرزندش اشاره شده است؛ آیه دوم نیز می فرماید که نام فرزند همیشه باید همراه با نام پدرش باشد، در واقع نام پدر، نشانه ای است که همیشه بر پیشانی فرزند می درخشد. به طور کلی، در این روایت به پدر توجه خاصی شده است و رابطه وی با فرزندش را متفاوت با دیگران می داند؛ رابطه ای که مثالش را در هیچ جا نمی یابیم. با توجه به این تحلیل، از فحوای این روایت می توان نتیجه گرفت که برای قصاص نشدن والد، می توان به آن استناد کرد.

البته استناد به این حدیث، ایرادی را متوجه فقها می کند و آن اینکه اگر پدر، مالک فرزند است و با قتل او قصاص نمی شود، پس پدر با دختر نیز حداقل همان

۱۷. محقق حلی، **شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ج۲، ص۴۲۴.

شبهـه را ایجاد می کند و نباید حد بـر پدر جاری شود. شمس الدین سـرخسی ضمن بیان اصل مسئله به این ایراد چنین پاسخ می دهد:

ظاهر این اضـافـه (اضـافـه تملیکیـه در «انت و مـالک لأبیک») مـملوك بودن فـرزند را می رسـاند. از آنجـا کـه حـقـیـقت ملک، مـانع از وجـوب قـصـاص است، شبهـه ملک به اعتبار ظاهر نیـز مانع قصاص خواهـد بود. البته ایرادی کـه در اینـجـا مطرح مـی شـود آن است کـه بـه اعـتـبـار این ظاهر، اگـر پدر با دخـتـرش زنا کند، نـبـاید حـد بر او لازم بیـاید. ولی مـا نبـاید حکم حـد را با قـصاص قـیـاس کنیم؛ چرا کـه حـد صرفـاً حق الله است و مـجازات ارتکاب حـرام خـداست و وصـف «ولد» مـوجب ازدیاد مـعنای حـرمت می شـود، نه سـقـوط حـد. امـا اگـر پدر جـاریه فـرزند را وطی کند، اضـافـه جـاریه به او با ملکیت است و حـقیقت مـلک به ظاهر اضافـه، موجب حلیت می شـود و نیز موجب شبهه هـم هست که تدرأ الحدود بالشبهات.[18]

به عـبـارت دیگر، این ایراد براسـاس یک قـیـاس مع الفـارق است؛ چرا کـه یک اختلاف مـهـم بین حد زنا و قصاص یا حد سـرقت وجود دارد و آن فارق، حق الناس بودن سـرقت و قـصـاص در برابر حق الله بودن زنـا و لواط است، پس این ایراد وارد نیست.

دوم. اجـمـاع: صاحـب جواهر در خـصوص این بحث، ادعـای اجمـاع کـرده اســت[19]؛ هم اجمـاع منقول و هم اجماع مـحصل[20]. شـیخ طوسی نیـز دلیل حکم

۱۸. سرخسی، **المبسوط**، ج۲۶، ص۹۱.

۱۹. نجفی، **جواهرالکلام**، ج۴۲، ص۱۶۹.

۲۰. اجماع منقول، این است که مجتهـد محقق، از طریق علمای دیگرکه موثق و عادل باشند، از وجود اجماع آگاه شـود. اجماع محصل آن است که مجتهـد محقق، با بررسی آرا و فتواهای علمای دیگر، اتفاق عـلما را در یک مسئله در یابد؛ هر چند به کمـک قرائن باشد (به نقل از: ابوالحسن محمدی، **اصول استنباط حقوق اسلامی**، ص۱۸۲.)

مسئله را اجماع فرقه و اخبار می داند.[۲۱]

سوم. فقهای مشهور امامیه به شهرت فراوان این حکم معتقدند.[۲۲]

۱ـ۲ـ۲. رویکرد مخالف

در میان فقهای اسلامی، مالکیان از موضع مخالف سخن گفته و پدر را به سبب قتل فرزند مستوجب قصاص نفس دانسته اند؛ با این توضیح که در مورد حکم قائل به تفصیل گردیده اند؛ به این شرح که اگر پدر کاری انجام دهد که مؤید اراده او در ارتکاب قتل عمد باشد، وی نیز همچون بقیه قصاص می شود و در غیر این صورت، خیر.

قرطبی، از مفسران بزرگ مالکی، عقیده مالکیه را درباره قتل فرزند به دست پدر، این گونه بیان می کند:

> بنابر نظر مذهب مالکی، در صورتی که مردی، دانسته و خواسته فرزندش را به قتل برساند، همانند اینکه او را سر ببرد یا حبس کند (و با طناب ببندد و سپس به او تیراندازی کند تا کشته شود)، از جمله مواردی است که عذری از او پذیرفته نمی شود. در این صورت، همگان بدون هیچ گونه اختلافی، پدر را به قصاص دربرابر قتل فرزند، محکوم می کنند. ولی اگر پدر به منظور تأدیب فرزندش مرتکب قتل شده باشد، دو قول در این مذهب هست: گروهی قائل به قصاص و گروهی قائل به عدم قصاص و تغلیظ دیه هستند.[۲۳]

در واقع، این نظر همان مبانی عام قتل است و تفاوتی میان پدر و سایر افراد،

---

۲۱. شیخ طوسی، **کتاب خلاف**، ج۵، ص۱۵۲ـ۱۵۱.

۲۲. همان.

۲۳. همان؛ انصاری قرطبی، ابی عبدالله محمدبن احمد، **الجامع لاحکام القرآن**، ج۲، ص۲۵۰.

در قتل فرزند وجود ندارد؛ زیرا در صورتی که پدری به عمد و با فعل کشنده، فرزند خود را به قتل برساند، قتلِ عمدیِ مستوجبِ قصاص تلقی می گردد؛ در غیر این صورت، قتل غیرعمدی، و به تبع مستوجب دیه است. این همان نظریه کلی است که در مورد قتل بیان شده است و تفاوتی میان پدر یا غیر پدر بودن قاتل وجود ندارد. تنها مزیتی که در مذهب مالک درباره پدر در نظر گرفته شده، این است که مهر و محبت پدری را اماره ای بر عدم قصد قتل در نظر گرفته اند.

اگر پدری فرزندش را با شمشیر به قتل برساند (لو حذفه بالسیف)، از آنجا که در این حالت احتمال قصد قتل و عدم آن می رود و همچنین شفقت و مهربانی پدری، شبهه ای است که در مقام موجود بوده و شاهد برعدم قصد قتل است. در نتیجه قصاص ساقط می شود؛ ولی اگر او را شکنجه کند، قصدش آشکار می گردد و به اصلش ملحق می شود[۲۴]. ابن منذر می گوید:

> بر اساس ظاهر کتاب و سنت، قاتل به قتل والد هستیم؛ و اما ظاهر کتاب، قول خداوند است که می فرماید: «بر شما قصاص (خونخواهی) در مورد کشتگان واجب شده است؛ آزاد در برابر آزاد و بنده در برابر بنده». نیز با توجه به کلام رسول خدا(ص) که می فرماید: خون (جان) مؤمنان با هم برابر است و ما خبر ثابت شده ای را که در آن، استثنای پدر از شمول آیه واجب شده باشد، نمی شناسیم.[۲۵]

شیخ طوسی در پاسخ به این نظر می گوید:

> پدر به سبب قتل فرزند کشته نمی شود؛ خواه او را با شمشیر به قتل رسانده باشد یا به هر نحو دیگری. بسیاری از اصحاب، از جمله عمر بن الخطاب، و از فقها ربیعه، اوزاعی، ثوری و ابوحنیفه و پیروانش و شافعی و احمد و

۲۴. ابن عربی، **احکام القرآن**، ج۱، ص ۹۰.
۲۵. همان.

اسحاق، بر این باورند. مالک گفت: که اگر پدر، فرزندش را با شمشیر به صورت غیرعمدی بکشد، قصاص نمی شود؛ اما اگر او را عمداً بکشد و یا او را شقه کند، قصاص می شود... و عمرو بن شعیب از پدرش از جدش از عمربن الخطاب روایت می کند که پیامبر(ص) فرمود: پدر به سبب قتل فرزندش کشته نمی شود. و عمرو بن دینار از طاووس از ابن عباس روایت می کند که پیامبر(ص) فرمود: حدود در مساجد اجرا نمی شود و پدر به سبب قتل فرزندش کشته نمی شود.[۲۶]

آنچه در دو بخش قبل بررسی شد، نظر موافقان و مخالفان اجرای حکم قصاص والد در برابر قتل فرزندش، از منظر فقها و مذاهب مختلف اسلامی بود.

خلاصه مطلب این است که فقهای مشهور امامیه، قصاص پدر را در هر صورت عملی نمی دانند. بیشتر فقهای عامه و نیز مالکیان، نظرشان بر این است که پدر بودن، می تواند اماره ای بر غیر عمدی بودن قتل تلقی شود. پس اگر مطمئن باشیم که قتل، بدون هیچ خللی به عنصر روانی تحقق یافته، در قصاص پدر مانعی وجود نخواهد داشت.

با تحلیل روایات، به این نتیجه می رسیم که مربوط کردن آنها به قتل های غیر عمد، وجهی ندارد؛ زیرا اساساً نیاز به بیان این مطلب نبود. به عبارت دیگر، نعوذ بالله روایات لغو بوده اند، چرا که در قتل های غیر عمدی قصاص وجود ندارد؛ چه برای پدر در برابر فرزندش و چه در هر صورت دیگری. پس روایات در پی بیان چه مطلبی هستند؟

روایات به صورت مطلق، قصاص را بر والد جاری نمی دانند و هر نوع قتلی را در بر می گیرند؛ برای مثال در روایت آمده است: لا یقاد والد بولده (پدر در برابر (قتل) فرزندش قصاص نمی شود) چه از روی عمد و چه در هر صورت دیگر.

۲۶. شیخ طوسی، کتاب خلاف، ج۵، ص۱۵۱ـ۱۵۲.

در بررسی باقی روایات نیز، فرقی بین انواع قتل مشاهده نمی‌کنیم. بنابراین، قول مشهور قوی‌تر، و ضعف قول مالکیان آشکار است.

۲. فلسفه مانعیت ابوت از قصاص

در بخش اول، مبانی حکم که در واقع روایات بودند، بررسی شد و راجع به حکم مورد بحث، کم و بیش دلایل عقلی هم ذکر شده است. در این قسمت، فلسفه و در واقع دلایل عقلی این حکم را بررسی، و ایرادهای وارد به آنها را تحلیل می‌کنیم.

الف) پدر سبب پیدایش فرزند است و زشت است که فرزند سبب نابودی پدر گردد و این شایسته حرمت پدری نیست. بنابراین، برای رعایت حرمت پدر است که وی در برابر قتل فرزند قصاص نمی‌شود.[۲۷]

بر اساس دیدگاه‌های قدیم، فرزند از آن پدر است. در واقع این دیدگاه، مؤید این امر است که علت اصلی در پیدایش فرزند، پدر است. گویا طرفداران حکم مانعیت ابوت نیز با پیروی از این دیدگاه، حکم می‌کنند که فرزند نمی‌تواند علت نابودی پدر گردد؛ چرا که پدر علت پیدایش فرزند است.

مخالفان درپاسخ گفته‌اند که اگر بحث سبب و مسبب مطرح شود، باید گفت مادر نیز سبب پیدایش فرزند است؛ یعنی پدر و مادر در ایجاد فرزند مشارکت دارند و فرزند پس از امتزاج نطفه والدین تکوین یافته، به ثمر می‌رسد. پس اگر دلیل حکم قانون را در این خصوص چنین امری بدانیم، باید مانعیت شامل مادر هم بشود؛ در صورتی که براساس حکم قانونی و فقه اسلامی، این مانعیت تصرفاً شامل پدر و جد پدری است.[۲۸] دلیل «علت تامه» بر مبنای دیدگاه‌های غیر علمی

۲۷. مرعشی، **القصاص علی ضوءالقرآن والسنة**، ص ۶۵.

۲۸. عزیزی حبیب‌آبادی، **جایگاه قرابت در حقوق کیفری ایران**، ص ۷۹.

گذشته استوار است و در حال حاضر، در اینکه فرزند، محصول مشترك پدر و مادر است، کوچک ترین تردیدی وجود ندارد.

از سوی دیگر، موافقان حکم مانعیت، جد پدری را نیز مشمول این حکم می دانند، به این ترتیب، باید گفت که دلیل اصلی حکم مانعیت، نمی تواند علت تامه باشد؛ چرا که به فرض اینکه پدر را علت پیدایش فرزند بدانیم نیز نمی توان برای جد پدری در پیدایش فرزند نقش مستقیمی قائل بود. از این رو، به نظر می رسد که دلیل حکم را باید در میان دیگر ادله جست وجو کرد.

ب) مسئله ولایت پدری و تربیت فرزند: بر این اساس، علت وضع حکم این است که پدر، مسئول تربیت فرزند است و در این راستا ممکن است اقدام یا اقداماتی انجام دهد که به قتل فرزند بینجامد، برای مثال ممکن است پدری به قصد تربیت، چوبی به پسر بزند و پسر کشته شود.[۲۹]

این دلیل، در واقع همان استنباطی است که مالکیان از روایات در این خصوص داشته اند. توضیح این مطلب، آن است که این دلیل، می تواند اماره ای بر غیر عمدی بودن قتل باشد، چرا که هیچ پدری حاضر نیست دانسته و خواسته، فرزند خود را به قتل برساند. البته ضعف این دلیل نیز همین جا آشکار می شود. پدری را در نظر بگیرید که کاملاً از روی عمد و اطلاع، یعنی همان دانسته و خواسته، فرزند خود را بکشد. در اینجا تکلیف چیست؟

چنان که مشخص است، این دلیل در اینجا نمی تواند کمکی به ما بکند، چرا که اصلاً در مورد بحث ما، که قتل عمدی فرزند است، نیست. بنابراین، خلط مبحث به شمار می رود و محکوم است.

ج) احسان به والدین: رویکرد همه آیات قرآن کریم و روایات ناظر بر والدین، اهتمام و احترام به مقام شامخ آن هاست؛ از جمله آیه ۲۳ سوره اسراء و نیز آیه

۲۹. گلزاده غفوری، **نقدی بر لایحه قصاص**، ص۵۲.

۱۵ سوره لقمان.[۳۰] از جمله روایاتی که مؤید این امر است نیز روایت معروف نبوی است که می فرماید: «**نظر الولد إلی والدیه حباً لهما عبادة**، نظر کردن فرزند به والدین خود به دلیل دوست داشتن آنها، عبادت است».[۳۱] روایتی نیز از امام صادق(ع) در باره آیه ۲۳ سوره اسراء وجود دارد که می فرماید:

> اگر تو را دلتنگ سازند، افّ به آنها مگو. هر گاه تو را بزنند، بانگ بر آنها مزن؛ پس به آنها بگو خدایتان بیامرزد. این گفتار تو سخنی بزرگوارانه است.[۳۲]

بر این مبنا، پدری که سال ها رنج و سختی بزرگ کردن فرزند خود را به جان خریده و در این راه از هیچ گونه تلاشی فروگذار نکرده است، چنانچه به دلیلی مرتکب قتل فرزند بشود، نباید مجازات قصاص درخصوص وی اجراگردد.[۳۳]

دلیل سوم مبنی بر الزام به احترام به والدین را این گونه می توان پاسخ گفت که احسان به والدین را نمی توان به صورت مطلق در نظر گرفت؛ به طوری که حتی در صورت قتل فرزند، نتوانیم از این امر عدول کنیم؛ چرا که احترام والدین نیز گرچه ضروری است، تا حدودی باید آن را واجب دانست که ایشان نیز در حق فرزندان حفظ امانت کنند.

می توان گفت که حق ابوین، محدود به تکلیف است و تا جایی احترام دارد که مخالف وظایف قانونی و نوعی ایشان نباشد.[۳۴]

از سوی دیگر، این دلیل، از لزوم احسان فرزند به والدین به عنوان وظیفه

---

۳۰. آیه ۲۳ سوره اسراء: **وقضی ربكَ الاّ تعبدوا إلاّ إیّاهُ و بالوالدینِ إحساناً...** ؛ آیه ۱۵ سوره لقمان: **وإن جاهداكَ علی ان تشرك بي ما لیس لك به علم فلا تُطعهُما و صاحِبهما فی الدنیا مَعروفاً...** .

۳۱. ابن شعبه، **تحف العقول**، ص ۴۶.

۳۲. فیض کاشانی، **تفسیر صافی**، ج۳، ص ۱۸۴ـ۱۸۵.

۳۳. عزیزی حبیب آبادی، **جایگاه قرابت در حقوق کیفری ایران**، ص ۷۸.

۳۴. کاتوزیان، **حقوق مدنی(خانواده)**، ج۲، ص ۱۵۷.

اخلاقی می گوید؛ در حالی که حکم قصاص نفس را شخص دیگری غیر از فرزند مقتول، یعنی حاکم شرعی اولی دم اجرا می کند که دارای چنین الزامی نیست.

د) پدر یا جد پدری، به طور فطری خواهان سعادت فرزند خود هستند؛ حتی اگر از اوامر و نواهی آنها سر پیچی کند؛[۳۵] چه، اساساً خیرخواهی و سعادت طلبی پدر برای فرزندش امری فطری و ذاتی است، به حدی که حاضر است جان عزیز خود را در راه سعادت فرزند فدا کند ولی فرزند درباره پدر این گونه نیست. حال با این شرایط، آیا سزاوار است پدر را در مقابل قتل فرزندش محکوم به اعدام کرد؟[۳۶]

بر این اساس، کشتن پدر به سبب قتل فرزندش مغایر با دلسوزی پدر به فرزند است و شایسته نیست پدری که در پی سعادت و خوشبختی فرزندش است، به سبب قتل فرزند کشته شود.

در پاسخ به این دلیل، می توان گفت فردی که انسان محقون الدم دیگری را به قتل می رساند، خواهان سعادتش نیست؛ چه فرزندش باشد و چه نباشد. چگونه می توان برای کسی دلسوزی کرد و در عین حال، وی را به قتل رساند! این همان اجتماع نقیضین است و محال؛ مگر در شرایطی خاص مثل اکراه و اضطرار که مربوط به بحث ما نیست. بحث ما در جایی است که فرد با رضایت کامل و به عمد، فرزند خود را به قتل برساند. بنابراین، این دلیل نیز سالبه به انتفای موضوع است.

هـ) قصاص پدر هرگز با حرمت مقام پدری سازگار نیست.[۳۷] در فرهنگ مشرقی ما پدر از احترام زیادی در خانواده برخوردار است. این حرمت و احترام،

۳۵. اصغری، **سیستم کیفری اسلام و پاسخ به شبهات**، ص ۱۶۷.
۳۶. همان.
۳۷. همان، ص ۱۶۹.

در موضوع بحث ما یک امتیاز مثبت برای وی تلقّی می شود و از وی در برابر حکم قصاص در برابر قتل عمد، حمایت می کند. در واقع، علت این امر همان شرافت و کرامت پدری است. علت عمده در قصاص نشدن پدر در قتل فرزند، این است که نوعاً قانون گذاران هر جامعه، پدران آن هستند، نه فرزندان. بنابراین بسیار طبیعی است که قانون قصاص نشدن پدر در مقابل قتل فرزند، به تصویب نرسد.[۳۸]

از این استدلال چنین بر می آید که اسلام شناسان کنونی، نظریه خدای مذکر را ناخواسته پذیرفته اند؛ چرا که ایشان از یک سو، ادعای شرعی بودن و نه لزوماً فقهی بودن حکم را می کنند و از سوی دیگر، نظر به مذکر بودن واضع حکم می دهند و اینکه این واضع احکام را به نفع خود صادر می کند.

چنان که گفته شد، رعایت حرمت و احترام را نمی توان به صورت مطلق پذیرفت؛ به گونه ای که حتی از عمل حرام آن چشم پوشید. از این رو، این دلیل نیز از استحکام لازم برخوردار نیست.

به این ترتیب، دلیل های عقلی یاد شده، از چنان استحکامی برخوردار نیستند که بتوانند تاب تحمل در برابر دلایل مخالفان قصاص نشدن پدر را داشته باشند. به همین علت، نمی توانند در کنار دلایل نقلی قرار گیرند و این حکم را به ما برسانند. در واقع، چنین دلایلی تنها برای توجیه دلایل نقلی موجود ذکر شده اند و همان طور که گفته شد، محکم و متیقن نیستند.

در نتیجه، با توجه به دلایل نقلی ذکر شده که البته دلایل هستند و در اعتبار آنها شکی نیست، حکم قصاص نشدن پدر را باید از روی تعبد پذیرفت و منتظر بود تا پژوهشگران حکمت هایی برای فهم عقلی این موضوع بیابند.

---

۳۸. ذاکری، بررسی و تحلیل قتل عمد و مجازات آن در اسلام، ص۶۵.

۳. الحاق یا عدم الحاق مادر

در ادامهٔ آنچه در باره پدر گفته شد، وضعیت مادر را در قصاص شدن یا معاف شدن از قصاص در قتل فرزند بررسی خواهیم کرد. هدف از این بخش این است که در صورت الحاق یا عدم الحاق مادر به حکم معافیت، دلیل یا دلایل آن را بدانیم و اینکه چگونه می توان حکم را توجیه کرد؟

دلیل انتخاب مادر به عنوان موضوع این بحث، این است که تنها در همین مورد است که فقهای اسلامی نظر خود را بسط داده اند و دیگر نزدیکان را به حکم کلی قصاص وا گذاشته اند. (برخی از فقها در مورد مادر اظهار نظر کرده اند، ولی این نظرها نادر است و کمتر پذیرفته شده است.)

۱ـ۳. الحاق مادر

یکی از شرایطی که در بیشتر کتاب های فقهی به عنوان شرط قصاص ذکر شده، نداشتن رابطه ابوت است. البته فقها درباره مادری که فرزند خود را به قتل برساند دو نظر دارند؛ گروهی مادر را ملحق به لفظ والد، و قصاص را در مورد وی منتفی می دانند و گروه دیگر وی را مشمول اصول کلی قتل عمد، و مستحق قصاص می دانند.

گروه اول معتقدند که بر مادر به سبب قتل فرزندش، قصاص واجب نمی شود؛ زیرا از عمر بن الخطاب روایت شده است که پیامبر(ص) فرمود: پدر از فرزند قصاص نمی شود. در صورتی که این حکم در مورد پدر ثابت باشد، در مورد مادر نیز ثابت می شود؛ زیرا نقش او نیز در ولادت فرزند، همانند پدر است.[۳۹] ابن قدامه پس از بررسی دو قول درباره الحاق مادر به پدر، این گونه نتیجه

۳۹. اعداد: مجموة من کبار اساتذة الفقه الإسلامي، موسوعة الفقه الإسلامي المقارن(موسوعه فقهی عبدالناصر)، ج۱، ص۱۴۱.

می گیرد که قول اول صحیح است؛ به دلیل گفتار پیامبر (ص) که فرمود: والد به سبب قتل فرزندش کشته نمی شود؛ چرا که مادر، یکی از والدین، و شبیه پدر است و به برّ و نیکی شایسته تر، و در نتیجه، نفی قصاص نیز از او شایسته تر است.[۴۰] نظر فقهای حنفی نیز این گونه بیان شده است که بنا بر مذهب حنفیه، ابوین (پدر و مادر) در صورتی که فرزندشان رابه قتل رسانده باشند، قصاص نمی شوند.[۴۱] حنابله نیز به دلیل اطلاق شرط چهارم قصاص مبنی بر نبودن رابطه ولد و والد در قتل، مادر را نیز ملحق به پدر، و معاف از قصاص در برابر قتل فرزند می دانند.[۴۲] به نظر می رسد که اینان لفظ والد را اعم از پدر و مادر دانسته، علاوه بر پدر، مادر را نیز مشمول حکم معافیت قرار می دهند.

از میان فقهای امامیه، سید شهاب الدین مرعشی معتقد است که قول اختیار شده، قصاص مادر به سبب کشتن فرزندش است؛ ولی به دلیل وجوهی که درباره الحاق مادر به پدر ذکر شده است، چه بسا شبهه در مقام حاصل شود و اینکه تدرء الحدود بالشبهات؛ حدود به شبهه ها برداشته می شود. بنابراین، مقتضای احتیاط، قصاص نکردن مادر است و با اولیای دم تا آنجا که امکان دارد، از باب صلح به دیه تراضی می شود.[۴۳] به این ترتیب، به نظر می رسد که ایشان دلیل الحاق مادر به پدر را قاعده «درء» می دانند و از این رو، قصاص مادر را منتفی می کنند.

از دیگر فقها، ابن جنید اسکافی است که معتقد است مادر همانند پدر، در صورتی که فرزندش را به قتل رساند، قصاص نمی شود. وی این گونه استدلال می کند که کلمه «والد» که در روایات و از جمله روایت معروف: «لایقاد والد

۴۰. ابن قدامه، **المغنی**، ج۹، ص۳۶۰.
۴۱. سرخسی، **المبسوط**، ج۲۶، ص۹۰.
۴۲. اعداد مجموعة من کبار اساتذة الفقه الإسلامي، **موسوعة الفقه الإسلامي المقارن**، ج۱، ص۱۴۲.
۴۳. مرعشی، **القصاص علی ضوءالقرآن والسنة**، ص ۳۶۸.

بولده» به کار رفته است، شامل مادر نیز می شود؛ چنان که در موارد متعددی، کلمه «والد» درباره پدر و مادر، هردو به کار رفته است؛ همانند کلمه «ولدان» که از آن، پدر و مادر اراده می شود و یا در آیه شریفه «**و والدٍ و ما ولد**: بلد، آیه۳» مراد از کلمه «والد»، بدون هیچ گونه تردیدی پدر و مادر است. [۴۴]

از میان فقهای معاصر نیز آیت الله صانعی پس از پذیرش حکم کلی قصاص مادر در برابر قتل فرزند، بیان می دارند که در قصاص نشدن وجه قوی وجود دارد؛ به دلیل اینکه اولاً، خصوصیت ویژه ای (در مورد پدر) وجود ندارد؛ و ثانیاً، به دلیل تنقیح مناط؛ [۴۵] چرا که ملاك در اینجا ولادت است و در این مورد پدر از خصوصیت ویژه ای برخوردار نیست(پدر و مادر باهم برابر هستند). [۴۶]

۲-۳. عدم الحاق مادر

در قسمت قبل، درباره الحاق مادر به پدر در حکم مورد بحث، گفته شد که از نظر فقهای عامه (به جز مالکیان که حتی پدر را مشمول حکم قصاص می دانند)، مادر ملحق به پدر است و به برخی از نظرهای ایشان نیز اشاره شد. راوندی بیان می دارد: ... حکم مادر نزد فقهای عامه، همانند حکم پدر است. [۴۷] ایشان ادعا می کند که از نظر همه فقهای عامه، مادر در صورت قتل عمدی فرزند قصاص نمی شود.

---

۴۴. اسحاقی، **مجازات پدر و مادر در جرم کشتن فرزند**، ص ۱۰۸.

۴۵. تنقیح به معنی تهذیب، پیراستن و حذف زواید است. مناط در لغت به معنای آویختن و موضع تعلیق، و در علم اصول فقه به معنای علت است. با این توضیح، تنقیح مناط به معنای تعیین علت است. منظور از این اصطلاح، آن است که قطعاً بدانیم علت حکم، وصفی معین است و سایر اوصاف در آن دخالتی ندارند: (ابوالحسن محمدی، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، ص۱۹۷ و ۱۹۸).

۴۶. صانعی، **فقه الثقلین في شرح تحریرالوسیله، کتاب القصاص**، ص ۲۷۷.

۴۷. راوندی، **فقه القرآن**، ج۲، ص۳۷۹.

در میان فقهای امامیه نظرهای متفاوتی مطرح شده است. گروهی مادر را ملحق به پدر و مشمول معافیت می دانند که در قسمت قبل به آن اشاره شد و گروهی دیگر، مادر را مشمول حکم کلی قصاص در قتل عمد می دانند؛ از جمله می توان به نظر ابن ادریس حلّی اشاره کرد که مادر را در صورت قتل فرزند، مشمول حکم قصاص می داند.[۴۸] محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام بیان می دارد: در صورتی که مادری، فرزندش را به قتل برساند، کشته می شود.[۴۹] شهید اوّل نیز در اللمعة الدمشقیة بیان می دارد: ... والد و هر چه بالاتر رود، به سبب قتل پسرش کشته نمی شود و باقی خویشاوندان به سبب قتل یکدیگر کشته می شوند، همانند فرزند به والدش و مادر به پسرش.[۵۰] در تحریرالوسیله نیز این گونه آمده است که فرزند به سبب کشتن پدرش کشته می شود و همچنین مادر، هرچه هم که بالا رود، مثل مادر مادر و جد مادر به خاطر کشتن فرزندش کشته می شود.[۵۱]

علاّمه حلّی در کتاب تبصره ضمن معاف کردن پدر از قصاص، و الزام وی به پرداخت دیه و همچنین تعزیر او، بیان می دارد که اگر مادر فرزندش را بکشد، در برابر آن کشته می شود.[۵۲] همین طور ایشان در کتاب قواعد الاحکام بار دیگر پس از اینکه از جمله شروط قصاص، انتفای ابوت را مطرح می کند، بیان می دارد که مادر به سبب قتل فرزندش کشته خواهد شد و تمام نزدیکان دیگر را به حکم مادر ضمیمه می کند؛ اعم از اجداد و جدات مادری، همچنین عموها و عمه ها و برادران و خواهران.[۵۳] وی در این خصوص دلیلی بیان نمی کند.

۴۸. ابن ادریس حلی، **السرائر**، ج۳، ص۳۲۴.
۴۹. محقق حلی، **شرائع الاسلام**، ج۲، ص ۴۲۴.
۵۰. شهید اول، **اللمعة الدمشقیة**، ص ۶۶.
۵۱. امام خمینی، **تحریر الوسیله**، ج۲، ص۴۲۰.
۵۲. علامه حلی، **تبصرة المتعلمین في احکام الدین**، ص۱۹۶.
۵۳. علامه حلّی، **قواعد الاحکام**، ج۳، ص۶۰۸.

صاحب جواهر نیز بیان می دارد که در این صورت، مادر قصاص می شود و در این مطلب اختلافی بین ما نیست و مورد اتفاق علمای امامیه است.[۵۴] صاحب جواهر در این حکم نیز ادعای اجماع کرده است و اگرچه خود ایشان در ادامه همین حکم، به نظر مخالف اسکافی اشاره می کند، ولی آن را مؤثر در مقام نمی داند.

علاوه بر فقهای نام برده، شیخ مفید در کتاب المقنعه،[۵۵] و حلبی در کتاب الكافي في الفقه،[۵۶] بدون ذکر دلیل و به اختصار، حکم مادر را در این مسئله، قصاص بیان می کنند، ولی استدلالی نمی آورند.

در پایان بررسی مواضع موافقان و مخالفان حکم الحاق مادر، نتیجه می گیریم که موافقان این الحاق، استنباطشان براساس یک قیاس مستنبط العله و تنقیح مناط بوده است. به بیان دیگر، آنها حکم خود را براساس یک ظن بیان می کردند. آیت اللّه بجنوردی، فقیه گرانقدر معاصر، درباره ظن می فرمایند: الظنّ بما هو ظن حجت نیست، مگر اینکه دلیل قطعی بر حجیت آن اقامه شود.[۵۷] البته چنین دلیلی هم در اینجا وجود ندارد؛ یعنی چنان که ایشان فرمودند، ظن از نظر اصول فقه امامیه حجت نیست و نمی توان براساس آن عمل کرد.

چنان که در ابتدای این مبحث، ذیل قسمت آیات قرآن بیان گردید، حکم کلی قتل عمد قصاص است؛ دلایلی هم ذکر شد که والد را از این حکم کلی استثناء کرد. کلمه «والد»، ظهور در پدر دارد و فهمیدن معنای مادر از آن، یک معنای مجازی است. ما در عمل به استثناء، باید به قدر متیقن عمل کنیم و خروج موارد ظنی از حکم اصلی صحیح نیست. با توجه به اصالت الظهور، والد فقط پدر را شامل می شود و چنان که گفته شد، الحاق مادر به این حکم عملی براساس ظن

۵۴. نجفی، **جواهر الکلام**، ج۴۲، ص۱۷۰.
۵۵. شیخ مفید، **المقنعه**، ص ۸۹.
۵۶. حلبی، **الكافي في الفقه**، ص۱۵۳.
۵۷. بجنوردی، **قواعد فقهیه**، ج۱، ص، ۲۴۱.

است و ما مجاز به این کار نیستیم؛ لذا الحاق مادر به پدر صحیح نیست. اینکه عده بسیاری از فقهای امامیه در خصوص این عدم الحاق استدلالی بیان نکرده اند امری بدیهی است؛ چرا که اصل نیازی به اثبات ندارد و این خلاف اصل، ـ یعنی الحاق مادر ـ است که باید اثبات شود.

در پایان این قسمت، بی فایده نیست که مقایسه ای بین پدر و مادر در فقه اسلامی کنیم.

از احکام قطعی نزد امامیه، آن است که پدر و جد پدری بر فرزند ولایت دارند؛ امتیازی برای مادر در نظر گرفته نشده. پدر و جدّ پدری طفل، ولایت تصرف در مال او و در نظر گفتن مصالح و شئون او را دارند.[58]

همچنین به نحوی که امام خمینی در تحریرالوسیله بیان می دارد، بر ولیّ میت که فرزند (پسر) بزرگ تر است، واجب است نمازهای پدرش را که به دلیل عذری از قبیل خواب و فراموشی و مانند اینها از او فوت شده، قضا کند، و مادر ملحق به پدر نمی شود.[59]

در علل الشرائع، ذیل حدیثی از امام رضا(ع) درباره تحلیل حدیث پیامبر (ص) که فرمود: «أنت و مالک لأبیک؛ تو و مالت برای پدرت هستید» آمده است: او برای تصرف در مال فرزندش باید از وی یا از پدرش (پدر فرزند) اجازه بگیرد حال آن که مادر این گونه نیست.[60]

احکام بسیار دیگری نیز درباره امتیاز پدر بر مادر در آثار فقها وجود دارد که خود مبیّن همین موضوع است، از جمله: اذن پدر یا جد پدری برای ازدواج دختر، اجرا نشدن حد سرقت از فرزند بر ایشان، پذیرفته نشدن شهادت فرزند علیه پدر،

---

۵۸. امام خمینی، **تحریر الوسیله**، ج ۲، ص۱۴.

۵۹. همان.

۶۰. شیخ صدوق، **علل الشرائع**، ج۲، ص۲۴۱.

زندانی نشدن پدر در مقابل قرضی که از فرزندش گرفته، و احکام بسیار دیگری که مجال بحث و بررسی بیشتر آنها را در این گفتار نداریم.

بنابراین، نه تنها در این حکم، یعنی قصاص نشدن پدر در برابر قتل فرزند، بلکه در بسیاری از احکام دیگر نیز پدر به نوعی استثناء شده، در حالی که مادر به ایشان ملحق نگردیده است. با توجه به آنچه گفته شده بیشتر فقهایی که مادر را به پدر ملحق می‌کردند، دلیلشان این است که هر جا سخن از حق پدر بوده، حق مادر نیز در کنار او ذکر شده است و در واقع، همیشه سخن از والدین بوده، نه پدر به تنهایی. از این رو، در این قضیه نیز منظور از «والد»، همان والدین است. گذشته از مباحثی که برای رد دلایل ایشان گذشت، می‌توان به روایات و احکام استناد کرد و استثناء بودن پدر در احکام عام موجود را نام برد، احکامی که مادر برخلاف پدر، استثنا نشده است. در پایان نیز از قول شیخ صدوق، روایتی را از امام زین العابدین(ع) در باره حق پدر نقل می‌کنیم: و اما حق پدرت، پس این است که بدانی او اصل و ریشه تو است؛ زیرا اگر او نمی‌بود، تو نبودی. پس هر زمان که چیزی از خود را بنگری که موجب اعجابت گردد، بدان که پدرت در این باره، اصل آن نعمت برای تواست. پس خدای را حمد وثنا بگو، و پدرت را در برابر آن نعمت شکرکن.[۶۱]

نتیجه

به اجماع فقهای خاصه و عامه، پدر و جد پدری در قتل فرزند قصاص نمی‌شوند. البته امام مالک معتقد است که قتل باید به انگیزه‌ی تادیب صورت گرفته باشد. بر این اساس، نبودن رابطه پدری بین قاتل و مقتول، از شرایط اجرای قصاص است.

مجازات پدری که فرزندش را به قتل رسانده است، با توجه به نوع قتل از نظر عمد، شبه عمد و یا خطایی بودن، متفاوت است.

۶۱. شیخ صدوق، **من لایحضره الفقیه**، ج۲، ص۶۲۲.

در قتل عـمد، پدر عـلاوه بر پرداخت دیه و کفاره، تعـزیر نیز می شـود. در قتل عمد و شبه عمد، دیه از اموال پدر؛ و در قتل خطایی از عاقله گرفته می شود.

دیه به وارثان مـقتول داده مـی شود و پدر سهـمی از دیه نمی برد و اگـر مقـتول وارثی جـز پدر نداشـتـه باشـد، در قـتل عـمـد و شبـه عـمـد، دیه از امـوال پدر گـرفـتـه، و به نفع بیت المال ضبط می شود؛ ولی در قتل خطایی، در گرفتن دیه از عاقله تردید شده است.

شهـرت، اجمـاع و اتفاق امـامیـه، و روایات متـعدد، به ویژه حـدیث مشـهور: «لایقـتل والـد بولده» از جـمله دلایلـی است کـه فـقـهـای امـامیـه در ایـن حکم به آن استدلال کرده اند.

در خصـوص الحاق مـادر نیز، دلایل آن از اسـتحکام لازم برخـوردار نبود و در نهـایت، حکم مادر به پدر مـلحق نشد؛ خـلاف نظر فـقهـای عامـه و تعداد شـاذّی از فقهای امامیه.

امـروزه نیز با توجـه به اصل چهـارم قـانون اساسی کـه همـه قوانین و مقـررات باید براسـاس مـوازین اسـلامـی باشـد، تأثیـر بحـثمـان را در مـاده «۳۰۱» قـانون مـجازات اسلامی مـشاهده می کنیم. این قـانون بیان می دارد: پدر یا جـد پدری که فـرزند خود را بکشد، قصاص نمی شود و به پرداخت دیه به ورثه مقتول و تعزیر محکوم خواهد شد.

از آنجا کـه تعزیرات خـلاف حدود و قـصاص و دیات، بما یراه الـحاکم است، میزان آن را حاکم با توجه به مقتضیات زمان تعیین می کند.

با توجـه به پیـشـرفت جـامـعه کـنونی و مـأذون بودن، یعنی غـیـر مجـتـهـد بودن قضات، حاکم شرع امروزه همان ولیّ فقیه است. از جمله قوانینی که به صلاحدید ایشان تـنظیم می شود، بخش تعـزیرات قانون مـجازات اسلامی است که لازم است قضات از آن تبعیت کنند. این امر، از سوءِ استفاده و خودرأیی و به تبع آن بی نظمی در جامعـه جلوگیری می کند. در بخش تعزیرات، قانـونی دیده نمی شود که به طور خاص، بـرای تعزیر پدری کـه قتل کـرده، تعیـین تکلیف کند. لذا در این مسئله، به

ماده عام «۶۱۲» قانون مجازات اسلامی، بخش تعزیرات، تمسّک جسته، و براساس آن عمل می کنیم.

این ماده بیان می دارد که: هر کس مرتکب قتل عمد شود و شاکی خصوصی نداشته باشد یا شاکی داشته باشد، ولی شاکی از قصاص گذشت کرده باشد و یا به هر علت قصاص نشود، در صورتی که اقدام قاتل، موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجرّی مرتکب یا دیگران گردد، دادگاه، مرتکب را به ۳ تا ۱۰ سال حبس محکوم می کند.

همان طورکه بیان شد، این ماده به شکلی عام، برای قتل هایی تعیین تکلیف می کند که به هر علت ـ اعم از اینکه قاتل، پدر مقتول باشد یا شاکی گذشت کرده باشد و یا ... ـ منجر به قصاص نشود.

البته لازم است که در باره تعزیر پدری که فرزندش را کشته است، به شکل اختصاصی ماده ای وضع شود؛ زیرا قصاص نشدن در این موارد، شاید این تأثیر منفی را در پی داشته باشد که مجازاتی برای فرزندکشی در نظر گرفته نشود و این کار، در جامعه مجاز نمایش داده شود.

منابع و مآخذ

۱. ابن ادریس حلّی، محمد بن احمد، **السرائر**، ج۳، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲. ابن شعبه حرّانی، حسن بن علی، **تحف العقول عن آل الرسول(ص)**، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۱۶هـ. ق.
۳. ابن عربی، ابوبکر محمد بن عبدالله، **احکام القرآن**، ج۱، مطبعة السعادة، چاپ اول، بی تا.
۴. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، **المغنی علی مختصر خرقی**، ج۹، تحقیق:

محمد عبدالسلام شاهین، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴هـ. ق.
۵. ابن ماجه، محمد بن یزید، **سنن ابن ماجه**، ج۲، با تصحیح عبدالباقی، محمد فؤاد، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بی تا.
۶. اسحاقی، محمد، **مجازات پدر و مادر در جرم کشتن فرزند**، قم، انتشارات سفیر صبح، ۱۳۸۰.
۷. اصغری، سید شکرالله، **سیستم کیفری اسلام و پاسخ به شبهات**، تهران، سازمان انتشارات کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۲.
۸. اعداد مجموعة من کبار اساتذة الفقه الإسلامي، **موسوعة الفقه الإسلامی المقارن**، قاهره، المجلس الأعلی للشؤون الاسلامیّه، المجلّد الأوّل، ۱۴۱۱.
۹. امام خمینی، سید روح الله، **تحریرالوسیله**، ج۲، قم، انتشارت اسلامی، ۱۳۸۳.
۱۰. حر عاملی، محمدبن الحسن، **تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعه**، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، بی تا.
۱۱. حسن ابراهیم، **تاریخ سیاسی اسلام از آغاز تا انقراض اموی**، ترجمه ابوالقاسم پاینده، انتشارات جاویدان، چاپ سوم، ۱۳۵۶.
۱۲. حلبی، ابی الصلاح، **الکافي في الفقه**، اصفهان، مکتبة الامام أمیرالمؤمنین علی (علیه السلام)، ۱۳۷۶.
۱۳. ذاکری، حجت اللّه، **بررسی و تحلیل قتل عمد و مجازات آن در اسلام**، مؤسسه فرهنگی و انتشاراتی بهشت اندیشه، چاپ اوّل، ۱۳۷۷.
۱۴. رازی جصّاص، ابوبکر احمدبن علی، **أحکام القرآن**، ج۱و۴، بیروت، دارالمعرفة، بی تا.
۱۵. زحیلی، وهبة، **الفقه الإسلامی و ادلّته**، ج۶، دمشق، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۰۹هـ. ق.
۱۶. سرخسی، محمد بن احمد، **المبسوط**، ج۲۶، بیروت، دار المعرفة، ۱۴۰۹هـ. ق.

۱۷ . شافعی، محمد بن ادریس، **کتاب الأمّ**، ج۶، مطبعة بولاك، چاپ اول، بی تا.
۱۸ . شیخ صدوق، ابی جعفر محمدبن علی بن الحسین بن بابویه القمی، **علل الشرائع**، بیروت، منشورات اعلمی للمطبوعات، اول، ۱۴۰۸هـ. ق، ۱۹۸۸م.
۱۹ . ـــــــــــــ، **من لایحضره الفقیه**، ج۲، قم، مؤسسة النشر التابعة لجماعة المدرسین، بالتصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، دوم، ۱۴۰۴هـ. ق.
۲۰ . شهید اول، محمد بن مکی، **اللمعة الدمشقیة**، قم، انتشارات دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، الطبعة الأولی، ۱۴۰۳هـ. ق.
۲۱ . صانعی، یوسف، **فقه الثقلین في شرح تحریرالوسیله**، کتاب القصاص، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، ۱۳۸۲.
۲۲ . طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، **کتاب الخلاف**، ج۵، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، اول، ۱۴۱۷هـ. ق.
۲۳ . ـــــــــــــ، **النهایة في مجرّد الفقه و الفتاوی**، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۳.
۲۴ . عزیزی حبیب آبادی، اردوان، **جایگاه قرابت در حقوق کیفری ایران**، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۷۶.
۲۵ . عوده، عبدالقادر، **التشریع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي**، ج۲، بیروت، مؤسسة الرساله، بی تا.
۲۶ . فخر المحققین حلی، محمد بن الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **إیضاح الفوائد في شرح اشکالات القواعد**، تحقیق: سید حسین موسوی کرمانی، شیخ علی پناه اشتهاردی، شیخ عبدالرحیم بروجردی، قم، مکتبة العلمیة، اول، ۱۳۷۸هـ. ق.
۲۷ . فیروز آبادی، شیرازی، ابواسحق ابراهیم بن علی بن یوسف، **المهذّب فی فقه الامام الشافعي**، ج۲، بیروت، دارالفکر للطباعة والنشر و التوزیع، بی تا.

۲۸ . فیض کاشانی، ملا محمد محسن، **تفسیر صافی**، ج۳، انتشارات کتابفروشی محمودی، ۱۳۵۵ .
۲۹ . کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی(خانواده)**، ج۲، انتشارات بهنشر، چاپ دوم، ۱۳۶۷ .
۳۰ . گلزاده غفوری، علی، **نقدی بر لایحه قصاص**، اول، انتشارات چاپخش، بی تا .
۳۱ . محقق حلّی، جعفر بن الحسن، **شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ج۲، تحقیق: عبدالحسین محمد علی، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹هـ. ق .
۳۲ . مرتضوی، سید فاتح، **شرح قانون مجازات اسلامی(مبانی فقهی)**، ج۲، قصاص، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۱ .
۳۳ . مرعشی، محمد حسن، **شرح قانون حدود و قصاص**، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، پاییز ۱۳۶۵ .
۳۴ . مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، **القصاص علی ضوءالقرآن والسنة**، قم، مؤسسه آل البیت(ع)، بی تا .
۳۵ . مروارید، علی اصغر، **موسوعة سلسلة الینابیع الفقهیه**، مؤسسه فقه الشیعة ـ الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰هـ . ق .
۳۶ . مفید، محمد بن محمد بن نعمان، **المقنعه**، قم، جامعة المدرسین، چهارم، ۱۴۱۷هـ. ق .
۳۷ . مکارم شیرازی، ناصر، **تفسیر نمونه**، ج۱۲، تهران، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۸۰ .
۳۸ . موسوی نجفی خویی، سید ابوالقاسم، **مبانی تکملة المنهاج**، ج۲، چاپ نجف، مطبعة الآداب، اول، ۱۹۷۶ .
۳۹ . نجفی، شیخ محمدحسن، **جواهرالکلام في شرح شرائع الاسلام**، ج۴۳، بیروت، دارالکتب الاسلامیه، اول، ۱۳۶۳ .

الموجز

تعريب: جعفر ساعدى

شراء وبيع أسهم الشركات

السيد كاظم الحائري

في هذه المقالة تمّ بحث مدى شرعية لشراء وبيع أسهم الشركات والبنوك، فبعد تحليل ماهية الشركة، تمّ تبيين حكم شراء وبيع أسهم الشركات في ثلاث فرضيات على أساس الأولوية الفقهية:

الشخصية الحقوقية للشركة، الشخصية المعنوية للشركة، الشخصية الحقيقية للشركاء.

البنك كذلك باعتباره نوع من أنواع الشركة تمّ تحليله طبقاً لمباني الفروض الثلاثة المذكورة وبُيّن حكم شراء وبيع أسهمه مع الالتفات إلى أنّ مشروعية شراء وبيع الصكوك وفقاً لمبنى الكاتب ينبغي فيها رعاية شرطين: التساوي في البيع وتسليم العوضين في مجلس البيع.

الكلمات المفتاحية: أسهم، الشركة، البنك، الصكوك، البيع، العوضين، الشخصية الحقوقية، الشخصية المعنوية.

خمس المعدن

عباس جان نثاري

الهدف من هذا البحث: بيان الجزئيات المغفول عنها في مورد الخمس الكبير، الذي يمكن اعتباره رصيداً ثابتاً ومتيناً داعماً لنشر وتبليغ الدين الحنيف خصوصاً إذا ما أُخذ بنظر الإعتبار تنوع وكثرة المعادن.

وفي هذا البحث تمّ إثبات انّ المعادن التابعة للدولة ينبغي تخميسها ومن ثمّ ايصال الخمس تحت اشراف الولي الفقيه إلى موارد مصرفه.

كذلك تمّ بحث مقدار نصاب المعدن وأنّه يستقطع بعد عزل كلفة الاستخراج، وبعد ذلك أُشير إلى أنّه لا منافاة بين وجوب الخمس في المعادن وبين كونها من الأنفال، فيجب دفع خمس المعدن سواء كان استخراجه قد تمّ في أراضي الأنفال، أو في غيرها من الأراضي الخاصة.

الاختلاف والفرق بين خمس المعدن وخمس أرباح المكاسب تمّ توضيحه أيضاً في هذا البحث، كما أُثبت كذلك أنّه فيما لو دفع خمس المعدن في نهاية السنة فلا ينبغي تخميسه مرة أُخرى تحت عنوان خمس أرباح المكاسب.

الكلمات المفتاحية: الخمس، المعدن، النصاب، الغنيمة، الأنفال.

دراسة ونقد نظرية
(تأثير مقاصد الشريعة على مباني الاستنباط)

احمد حسني

في هذه المقالة تمّ بحث ودراسة بعض الشواهد المساقة لإثبات نظرية تأثير مقاصد الشريعة على مباني الاستنباط ضمن عرض تقييمي لهذه النظرية.

وفي هذا البحث تمّ تقسيم ما يرتبط من الافكار والعمليات الفقهية الموجودة حول مقاصدالشريعة إلى خمس نظريات، ومن خلال دراستها ونقدها استدل على إثبات النظرية المختارة وهي الخامسة.

جُلّ هذه النظرية قد طُرح في كتاب (الفقه والعقل) وفي مقالة بعنوان (الفقه ومقاصد الشريعة) في العدد (٤١) من مجلة فقه أهل البيت «ع».

وبُحثت كذلك في كتاب (الفقه والمصلحة) بشكل أوسع.

والمقالة دونت على أساس بيان هذه النظرية في كتاب (الفقه والمصلحة).

الكلمات المفتاحية: الاستنباط، مقاصد الشريعة، العمليات الفقهية.

الأُصول المتلقاة

مسعود امامي

تُقسّم الآثار الفقهية المؤلّفة إلى القرن الخامس الهجري إلى أربعة أقسام، أحد هذه الأقسام أطلق عليه السيد آية اللّه البروجردي بـ « الأُصول المتلقاة »، ويمكن مشاهدة بعض النتاجات العلمية في آراء الفقهاء القدماء في الأُصول المتلقاة، وهذا ما ذهب إليه السيد البروجردي وبعض الفقهاء المعاصرين، ومن جملة ذلك الإجماع أو الشهرة فيها، حيث يمكن اعتبارها ـ الاجماع أو الشهرة ـ إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار بعض الشروط كاشفة عن رأي المعصوم، كذلك يلا حظ أن الشهرة لدى الفقهاء في الأُصول المتلقاة جابرة لضعف السند، ويلاحظ أيضاً أنّ إعراض الفقهاء عن الرواية الصحيحة موجب لتضعيفها.

أمّا في تعريف وتفسير الأُصول المتلقاة هناك على الأقل ستة أقوال موضّحة ومبيّنة للإبهام في نظرية الأُصول المتلقاة.

انصب هذا البحث في بيان ثمان خصائص مهمة للأُصول المتلقاة بالتفصيل، بعض تلك الخصائص بيّن التأثير الكبير لفكر واجتهاد الكتّاب فيها.

وهذه النكتة سوف تشكّل مانعاً عن كشف قول المعصوم« ع » من الفتاوى الموجودة في تلك الآثار.

ومن جانب آخر يصعب، بل لا يمكن الكشف عن قول المعصوم من الإجماع أو الشهرة في الأُصول المتلقاة، وهو ما ذهب إليه السيد البروجردي ومَنْ هو على عقيدته بذلك.

الكلمات المفتاحية: الأُصول المتلقاة، القدماء، آية اللّه البروجردي، النقل بالمعنى، الاجماع، الشهرة.

اليد الأمينة بعد ترك التقصير
ـ دراسة فقهية ـ

ميثم أكبري دهنو؛ حمد حسين ياوري
هاني حاجيان

إذا تعدى الأمين أو فرّط بالأمانة، تتحول عندئذٍ اليد الأمينة إلى يدٍ ضامنة، وليس له بعد ذلك أن يستفيد من مزايا اليد الأمينة.

ومن هنا ستكون عقوبة الأمين المتعدي أو المفرّط بالأمانة مشروعة.

أمّا ما يجب بحثه بدقة هو: أنّ الأمين إذا ندم على تعديه أو تفريطه السابق ورجع إلى المحافظة على مال الأمانة، فهل يمكن تصور رجوع اليد الأمينة وامتيازاتها له، وترفع العقوبة حينئذٍ عنه؟

يمكن تلخيص نظريات الفقهاء في هذا المجال إلى ثلاثة نظريات:

الأولى: رجوع اليد الأمينة، وقال به جماعة.

الثانية: عدم رجوع اليد الأمينة، ذهب إليه آخرون.

الثالثة: القول بالتفصيل، وهو قول جماعة، حيث ذهبوا إلى رجوعها فيموارد وعدمه في أُخرى.

وفي هذا البحث ـ ضمن تحليل وجهات النظر المختلفة المطروحة ـ تمّ عرض بيان رائع في هذا المجال، وكذلك طرح طريقة مناسبة فيما يختص بالرجوع القهري لليد الأمينة لتارك التقصير.

الكلمات المفتاحية: الأمين، الأمين المقصّر، التعدّي والتفريط، اليد الأمينة، اليد الضامنة، رجوع اليد الأمينة.

ماهية العاقلة وأحكامها

سيدسجاد الموسوي الكرمانشاهي

العاقلة هي واحدة من الكيانات المتعارفة قبل الاسلام تعتبر من العناصر المؤثرة في المجتمع ولها دور أساسي وجدير في حلّ الخصومات و دفع الخسارات لأفراد الكيان. ولمّا جاء الاسلام أقرّ هذا الكيان اعتبره رسمياً و حمّله مسؤولية دفع دية بعض الجنايات، كما في دية الخطأ المحض، ودية الجاني المتواري. وفي جانب آخر من هذا البحث ـ بعد بيان ماهية العاقلة وأفرادها ـ قمنا بدراسة هل أنّ اشتغال ذمة العاقلة بدفع الخسارة وضعياً أو تكليفياً؟ واسترجاع الخسارة المدفوعة من الجاني، كما أوضحنا أن في حالة الخطأ العمدي من حيث اللحاظ الوضعي الجاني و العاقلة موظفون بدفع الخسارة، يختلف عن ذلك من حيث اللحاظ التكليفي مع وجود العاقلة تكون العاقلة موظفة بدفع الخسارة دون الجاني.

الكلمات المفتاحية: العاقلة، الجاني، الخطأ المحض، الجناية، الخسارة.

قراءة جديدة في مفهوم الغبن الفاحش في الفقه والحقوق الإيرانية

سيد محمد صادق الطباطبائي
سيد حسين الأسعدي

في العقود الموقعة وفقاً للقانون يكون الالتزام واجباً على طرفي العقد أو من يقوم مقامهما، ما لم يتفقا على الإقالة أو يتمّ الفسخ لسبب قانوني (المادة: ٢١٩ ق. م) واحد من هذه الأسباب خيار الغبن الذي يحصل بمجرد اختلال التعادل بين العوضين وقيمتاهما حال إيقاع العقد المتاقبل، فعندئذٍ تطرح أصالة اللزوم جانباً من أجل حفظ حق المغبون (المادة: ٤٥٧ ق. م) مشروطاً بجهل المغبون بالقيمة (المادة: ٤١٨ ق. م) المتسببة بغبن وضرر فاحش (المادة: ٤١٦ ق. م).

ولكن، ما هو المقصود من الغبن الفاحش ؟ وما هو الملاك في تحديده؟ وما هي عيوب وامتيازات ما طُرح من الملاكات في الفقه والقانون الوضعي المنسوبة من قبل بعضها للبعض الآخر ؟

في هذه الدراسة بالاضافة إلى بيان مفهوم الغبن الفاحش في كلمات الفقهاء والحقوقيين وتقييم امتيازات وعيوب المعايير المطروحة سنطّلع ونتعرّف هنا على موقف الواضع للقانون الإيراني.

الكلمات المفتاحية: الخيار، الغبن الفاحش، الغبن الافحش، العُرف، الجهل، المعيار النوعي.

دراسة في أحكام قتل الولد

محسن الشريفي

أحد شرائط القصاص، إنتفاء الأبوة، وهذه المسألة مدونة في المادة (٣٠١) من قانون العقوبات الإسلامي في الجمهورية الإسلامية الإيرانية المأخوذ من الفقه الإمامي. من هنا لا يقتص من الأب عند قتل الولد، بل يتبدّل القصاص إلى الدية والتعزير.

كذلك كيفية القتل والهدف منه ليس لها تأثير في هذا الحكم.

أمّا الأدلة على ذلك عند الإمامية: الروايات، والاجماع والشهرة.

وقد اختلف فقهاء الجمهور في هذا الحكم إلى: جماعة وافقوا الإمامية، وأُخرى خالفت الإمامية، وثالثة قالت بالتفصيل.

ولمّا كان ملاك الحكم لدى فقهاء الجمهور هو التولّد لذا شمل الحكم الأُم والأجداد للأُم والأجداد للأب، إلاّ أن فقهاء الإمامية اكتفوا بمورد النص.

نعم، بناءاً على الصدق العرفي وما عليه الأجماع شمل الحكم أيضاً عندهم الجد للأب.

الفقهاء المعاصرون احتاطوا في القصاص من الأُم في المسألة.

الكلمات المفتاحية: قتل الولد، القصاص، انتفاء الإبوة، رابطة البنوّة، الأب، الأُم.

Fiqh - e - Ahl - e - Bait

Proprietor and Director:

Ayatollah Sayed Mahmood Hashemi Shahroodi

Editorial Director:

Abd Al - Reza Izad Panah

Editorial Board:

Abd-Al-Reza Izad Panah, Sayed Mortaza Taghavi,

Mohammad Rahmani, Sayed Abbas Salehi,

Ahmad Moballeghi, Reza Mokhtari,

Mohammad Hasan Najafi

Address:

P.O. Box 37183 - 559

Qom - Iran

Tel: + 98 25 37739999

Fax: + 98 25 37744963

Abstracts of the Articles

Translated by Mohammad Kheirian

Buying and Selling Stocks of Companies

Seyyed Kazem Ha'eri

This article explores the legality scope of buying and selling stocks of companies and banks. Having analyzed the nature of company, the ruling of buying and selling it stocks have been stated under three different conditions: legal person of a company, intellectual person of a company and a natural person based on jurisprudential principles.

As a type of company, banks have also been analyzed based on above conditions and rulings of buying and selling its stocks have been stated with one additional point that according to author, buying and selling bonds is legal if two conditions are met; equality in transaction and exchanging purchased item and its value during transaction session.

Keywords: stock, company, bank, bonds, transaction, evazain (considerations), legal person, intellectual person.

Khums [fifth] of Mines

Abbas Jan-Nethari

This article is aimed at explaining details of huge sources of the mines which have been neglected so far. *Khums* of mines, due to their diversity and abundance, can be potentially a great support for propagation of religion and Shiite Islam. In this article, we have demonstrated that even state-owned mines are liable to *khums* which has to be paid and spent under *wali faqih's* supervision. Discussions about the *nesab* of mine [quorum] and that *khums* for mines is calculated before deducting extraction costs have been covered. In addition, we have mentioned that the fact that mines are *anfal* [national assets] does not conflict with the obligation of *khums* for mines and that *khums* of mines, whether extracted in national lands or private lands, has to be paid. The difference *khums* of mines and *khums* of profits accrued from businesses has also been explained and it has been proven that if *khums* of mines is paid, there is no need to pay *khums* of profits accrued annually.

Keywords: *khums*, mines, *nesab* [quorum], war booties, *anfal* [national assets].

Study and Analysis of the Influence of *Shari'a's* Intentions on Documents Used in Deduction

Ahmad Hasani

Having examined the viewpoint about "the Influence of *Shari'a's* Intentions on Documents Used in Deduction", some evidence to prove this viewpoint has also been studied. This viewpoint divides available jurisprudential thoughts and operations about the position of *Shari's* intentions in deduction into five categories. After studying and analyzing these theories, the fifth one is proved which is selected by the author. This viewpoint has been previously brought up in book titled "*Feqh* and Intellect" and has been explained in journal of Ahlul Bayt Feqh no.41 in an article titled as "*Feqh* and *Shari'a's* Intentions" based on this five-group categorization. On this basis, it has also been explained with more details in another book titled as "*Feqh* and Expediency". The current article has been written the book of "*Feqh* and Expedience" based on the explanation of this viewpoint.

Keywords: deduction, *Shari'a's* intentions, jurisprudential operations.

Principles of Motalaqqat

Masood Emami

Jurisprudential literature up to 5th century is categorized into four groups one of which has been called "*motalaqqat*" by late Ayatollah Boroojerdi. In his and some other contemporary jurisprudents' viewpoint, earlier jurisprudents' opinions in principles of *motalaqqat* may have a few scientific consequences; such as consensus or fame in principles of *motalaqqat* under a few conditions may help discover infallibles' ('a) opinion; jurisprudents' famous opinion in principles of *motalaqqat* may compensate the weakness in the document of traditions as their aversion from an authentic tradition weakens it. There are at least six opinions to define and interpret principles of *motalaqqat.* This number of opinions indicates that there is ambiguity in the theory of "Principles of *motalaqqat*". This article have offered a detailed explanation of eight important characteristics for principles of *motalaqqat* some of which indicate the great influence their authors' thought and *ijtihad* have had in these works. This very fact becomes a barrier impeding those fatwas to help discover infallibles' ('a) words, therefore discovering infallibles' ('a) words from consensus or fame in principles of motalqqat which is Ayatollah Boroojerdi's theory and those jurisprudents who share the same opinion is very difficult or even impossible.

Keywords: principles of *motalaqqat*, earlier jurisprudents, Ayatollah Boroojerdi, quoting the meaning of a text, consensus, fame.

Status of Trustee after Quitting Negligence

Meisam Akbari Dehno
Muhammad Hussein Yavari
Hani Hajian

If he transgresses or neglects, the trustee will become liable and he will no longer be able to benefit from the privileges of his trustworthiness. That is why as long as the trustee continues to transgress or neglect the trusted property, his civil punishment will be legal and justified through negation of his trusteeship effects and application of liability rules. However, what should be more precisely discussed is that if the trustee becomes remorseful and quit transgressing or neglecting the item and the trusted property as a trusted item, can his civil punishment be suspended and his trustworthiness be restored?

Viewpoints of those jurisprudents who have discussed this issue can be categorized, in a traditional manner into three viewpoints:

Some have preferred that his trustworthiness returns and some do not hold so. Some others have chosen the middle path and in some cases they believe that his trustworthiness returns and in some cases they believe that his trustworthiness does not return even if he has quitted transgression and negligence.

In this article, analyzing presented viewpoints, an innovative categorization is presented in this field especially about the automatic return of trustworthiness to the trustee who has quitted negligence.

Keywords: trustee, negligent trustee, transgression, neglect, trustworthiness, liability, return of trustworthiness.

Concept and Rulings of ‘*Aaqila*

SeyyedSajjadMousaviKermanshahi

‘*Aaqila* was one of the most influential institutions before Islam and it would play a pivotal role to settle disputes and pay for its members. Islam endorsed this institution as well and kept ‘*aaqila* responsible to pay for some crimes such as pure accident and those crimes where the criminal escapes. Therefore, first the concept of ‘*Aaqila* has been explained and its members have been introduced, then it has been discussed whether ‘*aaqila* is naturally or legally obliged to pay for the losses or to receive the compensation. It will also be mentioned that in accidental crimes both the criminal and the ‘*aaqila* are obliged to pay for the losses. There is a difference, however, in that where ‘*aaqila* exist, the criminal is not legally obliged to pay for the losses and only the ‘*aaqila* is legally obliged to pay.

Keywords: institution of ‘*aaqila*, criminal, pure accident, crime, loss.

Reinvestigating the Concept of Excessive Loss in Jurisprudence and Iran's Laws

Seyyed Muhammad Sadeq Tabataba'ee
Seyyed Hussein As'adi

It is necessary for both parties and their representatives to act upon the contracts signed according to law unless it is dissolved with a consent by both parties or cancelled due to a legal reason (article no.219, civil law). One of these legal reasons is "*khiare gabn*" [an option to cancel a contract due to excessive loss] that emerges to support the losing party and precedes the principle of the necessity [to act upon the contract] (article no.457, civil law) once the balance is disrupted between *evazayn* [considerations] and their economic value at the time of signing a dealings contract; on the condition that the losing party was unaware of the price (article no.418, civil law) and has undertaken an excessive loss (article no.416, civil law). But what does excessive loss mean? What is the criterion to identify this kind of loss? What are the advantages and disadvantages of criteria proposed in jurisprudence and positive law? Current article studies the concept of excessive loss in jurisprudents' and jurists' ords and evaluate advantages and disadvantages of offered criteria to clarify Iran's lawmakers' stance in this respect.

Keywords: *khiar* [option], excessive loss, the most excessive loss, norm, unawareness, typical criterion.

Study of Jurisprudential Foundations of Filicide and Guarantee for its Enforcement

Mohsen Sharifi

One of the conditions for qisas [retaliatory punishment] is revocation of father-child relationship which is reflected in article no.301 of Islamic Punishment Act derived from Shiite jurisprudence. Therefore, father is not punished by *qisas* for murdering his own child rather *qisas* is converted to blood money and *ta'zir* [other forms of punishment decided by judge]. Method and motive of murder does not influence this ruling. The reason that father is not punished by *qisas* from the Shiite viewpoint is traditions, consensus as well as common practice.

However, this ruling is disputed among Sunni jurisprudents; some agree with it and some do not and some believe in detailed ruling. Since Sunni jurisprudents consider birth as criterion for this ruling, they have included child's mother, paternal grandparents and maternal grandparents in this ruling however Shiite jurisprudents have stopped at text of traditions. Nevertheless, based on the ruling of the norm and consensus by jurisprudents, this ruling applies to paternal grandfather as well. About the ruling of *qisas* for mother recent jurisprudents deal with care.

Keywords: murdering child, *qisas*, revocation of father-child relationship, child-father relationship, father, mother.