

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دوفصلنامه علمی تخصصی

مصباح

سال سوم، شماره پنجم، بهار و تابستان ۱۴۰۰
صاحب امتیاز: معاونت پژوهش حوزه علمیه خراسان
(با همکاری مدرسه عالی فقاها مشهد)

مدیر مسئول: سید مصباح عاملی

سر دبیر: سید حمید علوی آریز

مدیر اجرایی: کاظم ابراهیم زاده بخت آباد

برگرداننده چکیده انگلیسی: محمدرضا انجم شعاع

ویراستار ادبی و صفحه آرا: احمد عدالتیان

آدرس دفتر فصلنامه: مشهد، چهارراه شهدا، خیابان آیت الله شیرازی ۱۰،

مدرسه علمیه آیت الله العظمی خویی رحمته الله

تلفن: ۰۵۱-۳۲۲۳۰۹۴۱

سامانه ارسال و مشاهده مقالات:

muf.journals.hozehkh.com

به موجب ماده ۱۳ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۱۸ مجلس شورای اسلامی، پروانه انتشار
نشریه مصباح الفقاها در زمینه فقه و حقوق اسلامی (تخصصی) به زبان فارسی و ترتیب انتشار
دوفصلنامه، با گستره سراسری و نوع انتشار مجله‌ای، به نام حوزه علمیه خراسان، معاونت پژوهش در
تاریخ ۱۳۹۸/۰۵/۲۸ به شماره ثبت ۸۵۶۵۱ از سوی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی صادر گردید.

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

- ۱) سیدمحسن حسینی فقیه (مدرس دروس خارج حوزه علمیه خراسان)
- ۲) محمدحسن ربانی بیرجندی (مدرس دروس خارج حوزه علمیه مشهد)
- ۳) هادی شمس آبادی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
- ۴) ابوالفضل عادل‌نی‌ا (مدرس دروس خارج حوزه علمیه مشهد)
- ۵) سیدحمید علوی آریز (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
- ۶) محمدرضا کاظمی (استاد حوزه علمیه خراسان و استادیار دانشگاه آزاد اسلامی مشهد)
- ۷) محمد مروارید (مدرس دروس خارج حوزه علمیه مشهد)

آرای نویسندگان مقالات، لزوماً دیدگاه مجله نیست.

نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.

نشانی: مشهد مقدس، بلوار شارسن، انتهای شوشتری ۷،

مرکز مدیریت حوزه علمیه خراسان، معاونت پژوهش (اداره نشر و تولیدات علمی)

تلفن تماس: ۰۵۱-۳۲۰۰۸۳۲۷

سامانه مدیریت نشریات علمی حوزه علمیه خراسان:

journals.hozehkh.com

راهنمای تدوین و ارسال مقالات

الف. شرایط عمومی

رعایت نکات زیر برای تنظیم مقاله الزامی است:

۱. مقاله بایستی در سطح علمی پژوهشی، مستند و دارای نوآوری علمی باشد.
۲. مقالات ارسالی نباید کپی برداری از آثار چاپ شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری چاپ یا برای نشریه دیگری، یا همایش ها و... به طور هم زمان ارسال شده باشد.
۳. مقالات دریافتی، نخست توسط هیئت تحریریه بررسی شده و در صورت انطباق با معیارهای مجله، به منظور ارزیابی، به صورت بی نام برای دو تا سه نفر از داوران صاحب نظر ارسال می شود.

ب. نحوه تنظیم مقالات

۱. عنوان مقاله: مختصر و متناسب با محتوا (فارسی و انگلیسی).
۲. نام و نشانی نویسنده/نویسندگان: نام، نام خانوادگی، درجه علمی، آدرس محل کار، رایانامه و تلفن همراه (فارسی و انگلیسی).
۳. چکیده: حداقل ۱۵۰ کلمه و حداکثر ۱۹۰ کلمه در یک پاراگراف (تا ۱۰ خط). چکیده انعکاس دهنده محتوای کلی مقاله است؛ شامل هدف، روش، بدنه مقاله، یافته ها و نتیجه گیری.
۴. کلیدواژه ها: متشکل از حداقل ۴ کلمه تا حداکثر ۷ واژه.
۵. مقدمه: بیان مسئله، مبانی نظری و پیشینه پژوهش، اهداف، سؤال (ها) یا فرضیه (های) پژوهش و یافته ها (نتایج پژوهش و دستاوردها).
۶. نتیجه گیری: بررسی نتایج پژوهش و تبیین یافته ها، بیان پیشنهادها و محدودیت ها.
۷. مقاله ارسالی از ۸ هزار کلمه (۲۵ صفحه ۲۵۰ کلمه ای) بیشتر نباشد.
۸. تیتراهای اصلی با شماره های ۱-، ۲-، ۳- و... و زیرمجموعه آن ها با ۱-۱-، ۱-۲- و... مشخص شود.
۹. ارجاعات در متن مقاله بین پرانتز به صورت نام خانوادگی، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/ صفحه (طباطبائی، ۱۴۲۰ق: ۱۸۶/۲) نوشته شود.
۱۰. در تمام ارجاعات، نام خانوادگی نویسنده ذکر شده و از به کارگیری کلماتی همچون «همان» و «همو» اجتناب شود.
۱۱. منابع لاتین به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه/ جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) بیاید.

۱۲. نقل قول‌های مستقیم به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک‌ونیم سانتی متر) از راست درجه شود.
۱۳. شکل لاتینی نام‌های خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی در پاورقی درج شود.
۱۴. یادداشت‌های توضیحی (توضیحاتی که به نظر مؤلف ضروری است) در پاورقی درج شود.
۱۵. ارجاع در یادداشت‌ها به همان ترتیب متن و مشخصات تفصیلی مأخذ در فهرست پایان مقاله بیاید.
۱۶. منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام مشهور نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/نویسندگان)، تاریخ انتشار، نام کتاب (ایتالیک)، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد، نیازی نیست)، محل نشر: نام ناشر. (فقط برای سال‌های قمری «ق» استفاده شود و سال‌های شمسی و میلادی، حرفی لازم ندارد)
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده، نویسندگان)، تاریخ انتشار، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه (ایتالیک)، دوره/سال، شماره.
- پایگاه‌های اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، تاریخ انتشار، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
۱۷. مقاله باید با توجه به آیین نگارش زبان فارسی نوشته شود و معادل لاتین اصطلاحات و اسامی مؤلفان در پایین هر صفحه پانویس شود.
۱۸. مقاله پس از تایپ (ذخیره‌سازی با فرمت Word 97-2003) در صفحه A4، فونت B Zar 13 برای کلمات فارسی، IR Zar 13 برای کلمات عربی و Time New Roman 12 برای کلمات انگلیسی، حداکثر در ۲۵ صفحه، در سامانه فصلنامه به نشانی muf.journals.hozehkh.com بارگذاری شود.
۱۹. جدول‌ها و نمودارها باید دارای عنوان باشند. عنوان جدول در بالای جدول و با قلم B Zar 10 پررنگ و عنوان نمودار در پایین نمودار با B Zar 10 پررنگ قرار گیرد. مطالب و ارقام داخل جدول با قلم B Zar 11 تنظیم شوند.
۲۰. به مقالاتی که بدون راهنمایی و نام اساتید حوزوی (سطوح عالی) و اساتید دانشگاهی (استاد، دانشیار و استادیار) باشد ترتیب اثر داده نخواهد شد.
- یادآوری: حق رد یا قبول و نیز ویرایش مقالات برای مجله محفوظ است.

فهرست مقالات

- | | |
|---|-----|
| فرایند حجیت خبر متواتر، اجماع، سیره و شهرت در اندیشه شهید صدر
سید محمدعلی احمدی نیک، سید مهدی نقیبی، سید محمدحسن موسوی مهر | ۱ |
| حجیت «ظنون متراکم» در استنباط احکام شرعی
ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی، صدیقه ریاحی | ۲۹ |
| نگاهی اجتهادی به سن کیفی ازدواج دختران
محمد عظیمی، مصطفی شاهبازی، علی اسکندری | ۵۵ |
| پیش‌بینی حق رجوع در «ابراء» از منظر فقهی و حقوقی
سید محمد رضوی، سیدعلی رضوی | ۸۳ |
| نقش قاعده «لا حرج» در اثبات و نفی مسئولیت مدنی دولت
محمد دانش‌نهاد، ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی | ۱۱۱ |
| مقایسه نهاد سب‌گردانی در معاملات بورس سهام با عقد عاریه
محمد جواد رجبی بقرآباد، سید احمدعلی هاشمی | ۱۳۱ |
| چکیده‌های انگلیسی | ۱۵۷ |

فرایند حجیت خبر متواتر، اجماع، سیره و شهرت در اندیشه شهید صدر^۱

سید محمدعلی احمدی نیک^۲

سید مهدی نقیبی^۳

سید محمد حسن موسوی مهر^۴

چکیده

ابهام در تبیین درست بعضی از گزاره‌های پرکاربرد علم اصول فقه، همواره موجب بروز پیچیدگی در فهم و کاربرد آنان شده است. کنکاش در اندیشه اصولیان نشان می‌دهد، گاهی راهکارهایی برای اثبات و تعیین کارکردهای گزاره‌ای خاص پیشنهاد شده که در رسیدن به مقصود، از استواری و توضیح کافی برخوردار نیست. از این دست می‌توان به دلیل‌هایی همچون خبر متواتر، اجماع، سیره و شهرت اشاره کرد که با توجه به حیثیت جمع‌محوری و اشتراک نسبی در رسیدن به حجیت، همواره توسط مشهور اصولیان، فرایندی مبهم برای آن پیشنهاد شده است. شهید صدر با نام‌گذاری این تعداد از ادله به «وسایل اثبات وجدانی دلیل شرعی»، جهت‌دهی جدیدی به این دلیل‌ها بخشیده است. ایشان برای به حجیت‌رساندن این گزاره‌ها از کارکردهای استقرا در علم منطق و نظریه احتمال در علم ریاضیات، کمک گرفته و با تقسیم جدیدی از یقین، سرانجام این ادله را «یقین موضوعی» می‌داند. این تبیین ضمن برخورداری از روشی نوآورانه که بدون ارجاع به گزاره‌های پایه و بدیهی در سیر اثباتی آن، ساماندهی شده، قابلیت طرح و استفاده این تعداد از گزاره‌های اصولی در علوم دیگر را نیز فراهم کرده است.

کلیدواژه‌ها: حجیت، خبر متواتر، وسایل اثبات وجدانی، احتمال، شهید صدر.

۱. این مقاله از رساله سطح سه حوزه علمیه خراسان استخراج شده است.

۲. دانش‌پژوه سطح چهار حوزه علمیه خراسان. (نویسنده مسئول) aliiiahmadiiniik@gmail.com

۳. استاد درس خارج حوزه علمیه خراسان. ali.n6868@yahoo.com

۴. مدرس سطوح عالی حوزه علمیه خراسان. mo.mosavimehr@mail.as.ir

یکی از بحث‌های پر دامنه برای دریافت حکم شرعی در دانش اصول فقه، کنکاش پیرامون فرایند حجیت «خبر متواتر»، «اجماع»، «سیره» و «شهرت» است که در اندیشه اصولی شهید صدر به «وسایل اثبات وجدانی دلیل شرعی» نام گرفته است.^۱ (فیاض عاملی، ۱۴۲۸ق: ۱۱۹/۲) ایشان بحث از حجت بودن این دلیل‌ها را متکی بر وجدان افراد دانسته و در نقطه مقابل، حجیت خبر واحد را به دلیل «تعبد» از ناحیه امام معصوم (علیه السلام) می‌پندارد که در نوع خود تبیینی نوآورانه و جدید از مسیریابی و فرایند حجیت این ادله به شمار می‌رود.

جدای از تفاوت‌هایی که این دلیل‌ها با هم دارند، جایگاه آن‌ها در کتاب‌های اصولی، متفاوت بیان شده و گاهی این اختلاف در جایگاه، تصویر درستی از طرح مسئله نداده و دانش‌پژوه را دچار سردرگمی می‌کند؛ به عنوان مثال، چرا خبر متواتر که افاده یقین می‌کند و کاشف از واقع تلقی می‌شود، در مباحث «اماره ظنی» گنجانده شده؛ مناسب‌تر نبود که جانمایی بهتری برای این دلیل صورت گیرد؟

گذشته از این، بحث از چهار دلیل خبر متواتر، اجماع، سیره و شهرت، در کتب مختلف، دارای جایگاه‌های متفاوتی است. این مباحث در کتاب مرحوم مظفر در مباحث حجت و در بسیاری از تقریرات و کتب اصولی دیگر، به طور معمول در بحث حجیت امارات (امارات ظنیّه) تبیین شده است. از نگاهی دیگر در بعضی از کتاب‌ها، حجم ارائه مطلب متناسب با شأن آن دلیل نیست؛ به عنوان مثال، تبیین بحث خبر متواتر، در کتاب اصول فقه مرحوم مظفر بسیار کوتاه و غیر گویا ارائه شده و در کفایة الاصول و قوانین الاصول به غیر از بحث اجماع، از سه دلیل دیگر، اصلاً مطلبی ارائه نشده و یا مثل شهرت، فقط در چند سطر، تبیین شده است. با توجه به این مطالب به نظر می‌رسد، تقسیم و حفظ جایگاه این ادله با در نظر گرفتن جهت مشترک حجیت و کارکرد آن‌ها، در کتاب دروس فی علم الاصول شهید صدر، در بحث وسایل اثبات وجدانی دلیل شرعی و در کتاب معالم الجدیده (صدر، ۱۳۹۵: ۱۶۵) با

۱. «المقصود من الاثبات الوجدانی هو حصول القطع والیقین، فهذه الوسائل توجب القطع والیقین بصدور الدلیل من الشارع وجداناً و تکویناً».

نگاهی دیگر و تقسیم دلیل به دلیل لفظی، برهانی و استقرایی، جانمایی و تبیین بهتری یافته است.

در ادامه و در ضمن چند مطلب به بررسی فرایند حجیت این ادله می پردازیم.

۱- مفهوم شناسی

۱-۱- فرایند

فرایند، مترادف واژه «رَوند» و «پروسه» به کار برده شده و به معنای مجموعه عملیات و مراحل لازم برای رسیدن به هدف مشخصی است؛ بنابراین فرایند، مجموعه‌ای از وظایف و فعالیت‌های بهم پیوسته است که در کنار هم، زنجیره‌ای ارزشی به وجود می‌آورند. (معین، ۱۳۸۶) در بحث حجیت خبر متواتر، می‌توان فرایند را مجموعه‌ی مراحل‌ی دانست که با پشت‌سر گذاشتن آن و به‌واسطه‌ی نقل چندین مُخبر که با هم زنجیره‌ای ارزشی ایجاد می‌کند، روایت و خبری که در حالت طبیعی فاقد حجیت است، به حجیت می‌رسد؛ بنابراین زنجیره‌ای ارزشی به‌واسطه‌ی نقل‌ها، رفتارها و فتاوای متعدّد شکل گرفته که به آن «فرایند حجیت» می‌گویند.

۱-۲- حجت

حجت در لغت به معنای دلیل، برهان و هر چیزی است که بتوان با آن بر دیگری، احتجاج و غلبه کرد (فیومی، ۱۴۱۸ق: ۶۷؛ جرجانی، ۱۳۰۶: ۳۶؛ نکری، ۱۳۹۵: ۱۴/۲) و در دانش اصول فقه گاهی در همان معنای لغوی به کار رفته و معنایش هر دلیلی است که حکم یا موضوعی را ثابت کند و شایستگی داشته باشد که در مقابل دیگری، استناد شود. این معنا، هم شامل «قطع» و هم شامل «ادله‌ی ظن‌آور» می‌شود. (مظفر، ۱۳۸۰: ۳۷۰؛ ولانی، ۱۳۸۰: ۱۶۰) در تعبیری دیگر، حجت به معنای اماره و طریق بوده، که شارع آن را دلیل بر حکم شرعی قرار داده است. (کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶: ۲۶۳؛ بحرانی، ۱۴۲۶ق: ۱۳/۲) این معنا، اصطلاحی خاص اصولی است که کاربرد محدودتری نسبت به بقیه‌ی تعابیر ایجاد می‌کند و فقط شامل ادله‌ای است که به‌طور ظنی بر حکم یا موضوعی دلالت کند و شارع آن را معتبر بداند.

۳-۱- خبر متواتر

صاحب معالم، خبر متواتر را به «اخبار گروهی که نفس خبر، مفید علم به صدق خبر است» (عاملی، ۱۳۷۶: ۲۵۵) و شیخ انصاری به «صفتی در خبر که به واسطه اخبار گروهی، علم برای شنونده حاصل می شود» (انصاری، ۱۴۳۲ق: ۱/۲۲۷) و شهید صدر به «خبرهای حسی متعددی که موجب حصول یقین شود» (صدر، ۱۴۱۹ق: ۱۴۵) تعریف کرده اند.

۴-۱- اجماع

اجماع در نگاهی کلی به «محصل» و «منقول» تقسیم می شود. اجماع محصل از جست و جو در نظرات مجتهدان ناشی شده، به گونه ای که شخص، تمامی نظرات مطرح شده حول مطلب خاصی را بررسی کرده و به توافق نظر مجتهدان پی می برد؛ این اجماع در صورت دستیابی، حجت است. (بحرانی، ۱۴۲۶ق: ۱/۵۷؛ مughنیه، ۱۹۷۵: ۲۲۵؛ حکیم، ۱۴۳۴ق: ۲۰۵)

۵-۱- سیره

سیره در کتب لغت به معنای گذشتن و جریان داشتن آمده است. (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ۱۲۰/۳؛ جرجانی، ۱۳۰۶: ۵۴) سیره در دانش اصول فقه به سیره «عقلا» و «متشرعه» تقسیم می شود. سیره متشرعه را به «سلوک عمومی متدینان در عصر تشریع» (صدر، ۱۴۱۹ق: ۱۵۴) و سیره عقلا را به «عملی که از عقلا بر اساس رفتاری ناخودآگاه و خاص سر بزند، به صورتی که همگی با حفظ اختلافاتی که در زمان، مکان و روش زندگی دارند، در این رفتار، مساوی و مشترک باشند.» تعریف کرده اند. (حکیم، بی تا: ۴۱۹) در تعریفی دیگر آورده اند:

«اتفاق بر عمل و مسلکی، یا بر اساس ارتکاز نکته ای عمومی و فراگیر در قریحه همه عقلا، به طوری که اگر شخصی از این مسلک و عمل عدول کند، مورد سرزنش و ملامت قرار می گیرد و یا [عمل] بر اساس حالات و اغراض شخصی که به صورت اتفاقی، عمومیتی پیدا کرده است، به طوری که اگر شخص از این مسلک یا عمل عدول کند، مورد ملامت قرار نمی گیرد. قسم اول از این دو قسم را سیره عقلا گویند.» (حسینی حائری، ۱۴۲۵ق: ۹۷)

به نظر می‌رسد نبود موشکافی و تبیین اصولیان از این دلیل، ناشی از کوچک‌انگاری و یا بدیهی‌انگاری مفهوم و کاربرد این دلیل باشد و در مراجعه به متون، مشهود است که تعریفی جامع و درخور شأن برای سیره و بنای عقلا بیان نشده است. در این میان، تعریفی که در کتاب مباحث الاصول و أصول العامه فی الفقه المقارن مطرح شده، دارای کل‌نگری و شفافیت بیشتری نسبت به بقیه تعریف‌ها در کتب اصولی است.

۱-۶- شهرت

شهرت در لغت به معنای شایع‌بودن، آشکارشدن و وضوح چیزی است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ۲۲۳/۳؛ قیومی، ۱۴۱۸ق: ۱۶۹) و در دانش اصول فقه به معنای مشهوربودن امری دینی در میان مسلمانان است، تا جایی که به درجه خبر متواتر یا اجماع نرسد. شهرت به «روایی»، «عملی» و «فتوایی» تقسیم شده و هریک دارای جایگاه و کاربرد خاص خود است. (مظفر، ۱۳۸۰: ۵۰۸؛ حکیم، ۱۴۳۴ق: ۲۲۳/۳؛ واعظ حسینی بهسودی، ۱۴۲۰ق: ۱۳۱/۲؛ صدر ۱۴۰۸ق: ۲۲۰/۱) بعضی از اصولیان شهرت را ملحق به اجماع دانسته (مُغْنِیه، ۱۹۷۵: ۲۳۰) و بعضی دیگر اجماع را همان شهرت می‌پندارند. (خمینی، ۱۴۲۷ق: ۲۶۲/۲) از این اقسام، شهرت فتوایی، بنا بر نظر مشهور اصولیان، در بحث اماره ظنی مطرح شده و بنا بر نظر شهید صدر در بحث وسایل اثبات وجدانی دلیل شرعی، لحاظ و بر اساس اشتراکی که در فرایند حجیت با خبر متواتر، اجماع و سیره دارد، در کنار آن‌ها بررسی می‌شود.

۲- فرایند حجیت خبر متواتر

وسایل اثبات وجدانی دلیل شرعی که در اندیشه شهید صدر شامل خبر متواتر، اجماع، سیره و شهرت است، فارغ از اینکه خبرها حسی یا حدسی باشد، در حیثیت جمع‌گرایی اشتراک دارند. به این معنا که این چهار دلیل چه بر مبنای نظریه مشهور اصولیان و چه بر مبنای نظریه شهید صدر، مجموعه‌ای از اخبار، رفتارها و فتاوا است که به‌خودی‌خود هیچ حجیتی نداشته و یقینی درست نمی‌کند و حیثیت جمع‌گرایی (تجمع احتمالات و قراین) در این ادله، برای آن‌ها، حجیت و اعتبار آورده است؛ بنابراین راهکار و نظریه‌ای که شهید صدر

برای فرایند اثبات حجیت در خبر متواتر بیان می‌کند، با اندکی اختلاف شامل اجماع، سیره و شهرت می‌شود. به همین خاطر در این تحقیق، بررسی دامنه‌داری در خبر متواتر انجام داده و در سه دلیل دیگر فقط به نکات مهم آن اشاره می‌کنیم.

وجدان انسان درک می‌کند که دلیل‌های دارای ویژگی جمع‌گرایی، به‌طور معمول برای هر انسانی علم‌آور است؛ ولی راز چگونگی و تحلیل این علم‌آوری، دچار اشکالات و شبهاتی است، که باید به بررسی آن پرداخت. در فرایند حجیت خبر متواتر (و دیگر وسایل اثبات وجدانی) دو شبهه اساسی وجود دارد:

الف- شبهه اصولی: هر خبر، نقل و رفتار، در حالی که حجیت آن اثبات نشده، اگر به‌تنهایی در نظر گرفته شود، نمی‌تواند علم‌آفرین باشد و با فرض جمع این اخبار به‌عنوان خبر متواتر، باز هم نمی‌توان به علم و یقین رسید. به این بیان که هر خبر، اگر «لا حجت» باشد، یعنی دارای اثر اثباتی نیست و با تجميع لاحجت‌ها، حجت تولید نمی‌شود؛ بنابراین حکم به حجیت خبر متواتر مشکل است.

ب- شبهه منطقی: از ملاحظه تکرار و فراوانی هر خبر و حادثه، نمی‌توان یقین به ایجاد آن واقعه در همه حالات‌ها پیدا کرد. بنابراین، راهکارها و نظراتی که برای تبیین فرایند این ادله پیشنهاد شده باید پاسخ‌گو به این دو شبهه نیز باشد.

۲-۱- نظریه منطقیان و مشهور اصولیان

ایشان با توجه به تعریف خبر متواتر، علاوه بر کثرت اخبار و وجود تعدادی نقل‌کننده، متواترات را به دلیل قیاس پنهانی که در دل خود دارد، حجت دانسته و حجیت آن را مبتنی بر اثبات کبرای آن قیاس بیان می‌کنند که قضیه‌ای پیشینی^۱ و عقلی است. شبیه همین بیان در قضایای تجربی و استقرا گفته می‌شود؛ (مظفر، ۱۴۲۶ق: ۳۳۱؛ کاتبی قزوینی، بی‌تا: ۱۶۷؛

۱. «گزاره‌های پیشینی، گزاره‌هایی است که معرفت به آن‌ها و تشخیص صدق و کذبشان تنها از راه عقل ممکن است و نیازی به حواس و آزمایش ندارند و استثنای پذیرند. در مقابل گزاره‌های پسینی که صدق و کذبشان تنها از راه حواس معلوم می‌شود و استثنای پذیرند و اگر مورد نقضی برای آن مشاهده شود، گزاره به‌طور کلی ابطال نمی‌گردد، بلکه تنها کلیت آن از بین می‌رود». (حسین زاده، ۱۳۸۸: ۵۳ و ۱۳۸۲: ۳۶)

ابن مرزبان، ۱۳۷۵: ۹۷) به این شکل:

صغرا: افراد زیادی از رویدادی خاص، اخبار و شهادت می دهند؛

کبرا: تبانی این تعداد بر دروغ، ناممکن است؛

نتیجه: خبر این افراد حجت است.

بنابراین از جمله مسائل دارای اهمیت، اثبات کبرای قیاس و صدق آن است. شهید صدر در این زمینه بیان می کند: «مناطقه فرض می کنند که این کبرا یک قضیه عقلی و جزء اولیات است، لذا متواترات را در کنار قضایای شش گانه بدیهی^۱ (فنائی اشکوری، ۱۳۷۵: ۲۰۱؛ سلیمانی امیری، ۱۳۹۱؛ ۲۵۱؛ فعالی، ۱۳۷۸: ۲۰۷) قرار می دهند که هر برهانی به آن قضایا بازگشت دارد، در حالی که این کبرا در مواردی قابل نقض است.» (صدر، ۱۴۱۹ق: ۲۰۰/۱؛ حب الله، ۲۰۱۷: ۳۱) در ادامه به تبیین بیشتر زوایای این نظریه در ضمن دو مطلب می پردازیم:

۲-۱-۱- مطلب اول

شهید صدر روش تبیین مشهور اصولیان که یقین در خبر متواتر را به دلیل قیاس و تصدیق به کبرای آن، که قضیه ای عقلی است، کامل ندانسته و معتقد است که صرف «تعدد در نقل ها» و «تکثر احتمالات»، معلوم نیست که یقین و اطمینانی به همراه داشته باشد. ایشان برای تکمیل فرایند پیشنهادی مشهور اصولیان، ضمن تشبیه خبر متواتر به استقرا، کبرای کلی نبود تبانی بر خطا را مبتنی بر قضیه یقینی و بدیهی «الاتفاق لا یكون دائماً ولا اکثراً»^۲ دانسته و بیان می کند که این قضیه می تواند به عنوان قضیه ای یقینی و پایه، برای تبیین کبرای عدم تبانی لحاظ شود. (صدر، ۱۴۰۲ق: ۳۶)

بنابراین تکرار واقعه یا خبر، محتاج علتی است که همیشه بتوان آن را برای توجیه هر خطا و اشتباهی به مخبر و راوی استناد داد و چون این علت بر تکرار، همیشه وجود ندارد، پس

۱. «بدیهیات شش دسته از قضایا است: اولیات، محسوسات، مجربات، حدسیات، فطریات، متواترات. از این رو بدیهیات منحصر به حالات حسی و تجربه های درونی یا بیرونی نیست، بلکه معرفت بدیهی، هم شامل داده های حسی و هم حاوی علوم عقلی صرف است که روی هم بدیهیات اولیه را تشکیل می دهند.» (فعالی، ۱۳۷۸: ۲۰۷)

۲. تکرار تصادف نسبی (صدفة نسبی) به صورت مستمر، محال است.

تبانی محال است. (صدر، ۱۴۰۲ق: ۳۸۸ و ۱۴۰۸ق: ۱۹۸/۱)

توضیح قاعده «الاتفاق لا یکون دائماً و لا اکثریاً»:

کلمه «اتفاق» در اینجا به معنای «صُدْفه» یا تصادف است. صُدْفه همواره در معنای تحقق پدیده‌ای خارج از چارچوب قانون علیت و نقطه مقابل معنای لزوم به کار می‌رود؛ بنابراین هنگامی که معنای لزوم روشن شود، با «قرینه مقابله»، معنای اتفاق نیز معلوم می‌شود. به این ترتیب هنگامی که گفته می‌شود فلان قضیه از روی صُدْفه یا اتفاق است، مقصود آن است که در آنجا هیچ گونه تلازمی وجود ندارد؛ چه منطقی (رابطه میان دو یا چند قضیه که هر گونه تصور جدایی و انفکاک بین آن‌ها مستلزم تناقض است؛ مانند تلازمی که میان زوجیت و اربعه است.) و چه واقعی. (علاقه و همبستگی خارجی میان دو چیز، به طوری که تصور انفکاک و جدایی آن‌ها از یکدیگر مستلزم تناقض نباشد؛ مانند علاقه میان آتش و حرارت.)

(صدر، ۱۴۰۲ق: ۳۷؛ حیدری، ۱۴۲۶ق: ۱۷۰) صُدْفه و اتفاق بر دو قسم است:

الف- صُدْفه و اتفاق مطلق: عبارت است از آنکه در جهان، چیزی موجود شده یا حادثه‌ای پدید آید که دارای هیچ گونه سبب و علتی نباشد.

ب- صُدْفه و اتفاق نسبی: یعنی حادثه‌ای در نتیجه علتی از علل پدید آید و مقارن آن، حادثه دیگری نیز که معلول علت دیگری است، به وقوع پیوندد؛ مانند اینکه آب ظرفی در صد درجه حرارت به جوش آید و مقارن آن، آب ظرف دیگری در صفر درجه حرارت منجمد شود؛ در نتیجه دو حادثه، مربوط به دو علت جداگانه، اتفاق افتاده که در یک زمان و درست در یک لحظه به وقوع پیوسته است. این نوع صُدْفه و اتفاق، نسبی است؛ زیرا هیچ گونه تلازمی میان انجماد آب و غلیان آن وجود ندارد. (صدر، ۱۴۰۲ق: ۳۸؛ حیدری، ۱۴۲۶ق: ۱۷۱؛ ابراهیمی دینانی، ۱۳۸۰: ۶۴/۱)

صُدْفه و اتفاق مطلق به دلیل اتکا بر قانون علیت، محال عقلی است، ولی صُدْفه و اتفاق نسبی محال نیست، زیرا با قانون علیت منافاتی ندارد؛ بنابراین، این گونه صُدْفه و اتفاق گاهی در جهان واقع می‌شود، ولی هرگز استمرار ندارد؛ زیرا اگر استمرار و دوام پیدا کند، از حالت

صَدْفَه و اتفاق خارج شده و به قانون علیت می‌پیوندد، که در آن صورت اتفاق و صدْفَه نخواهد بود. (صدر، ۱۴۰۲ق: ۳۸؛ ابراهیمی دینانی، ۱۳۸۰: ۶۵/۱؛ طباطبائی، بی‌تا؛ ۵۴۱) با توجه به آنچه گذشت، معلوم می‌شود که قاعده «الاتفاقی لایکون دائماً و لا اکثریاً» قانونی عقلی است که جایگاه آن در بحث معرفت‌شناسی و شناخت تجربه تعیین شده و عقل، جدا از تجربه و مشاهده و پیش از آزمایش حسی، به آن دست یافته و منطق ارسطویی آن را زیربنای دلیل استقرایی قرار می‌دهد.

در نتیجه: اگر رابطه میان دو پدیده، دائمی باشد یا به‌طور غالب تکرار شود، هرگز از باب صدْفَه و اتفاق نخواهد بود؛ بلکه باید بین آن دو پدیده رابطه علیت و معلولیت باشد. (خوانساری، ۱۳۷۱: ۱۹۸؛ ابراهیمی دینانی، ۱۳۸۰: ۶۵/۱؛ طباطبائی، ۱۴۲۸ق: ۱۲۱؛ صدر، ۱۴۰۲ق: ۳۶)

۲-۱-۲- مطلب دوم

شهید صدر در نظری متفاوت بیان می‌کند: قاعده عقلی «الاتفاق لایکون دائماً و لا اکثریاً» که تکرار اتفاق و صدْفَه نسبی را نفی می‌نماید، معرفتی عقلی و جدا از تجربه و قبل از آزمایش نیست، بلکه خود این قانون عقلی نیز در سطح گسترده‌تری محصول استقرا در طبیعت است که با آزمایشی طولانی، کاشف از نبود تکرار صدْفَه و اتفاق است.

حال از آن جهت که اگر قاعده مذکور، خود محصول استقرا باشد، نمی‌تواند اساس و زیربنای دلیل استقرایی قرار گیرد، ناچار باید اعتراف کرد که دلیل استقرایی به‌تنهایی بدون اتکا به قانون عقلی قبل از تجربه، جهت استدلال کفایت می‌کند و نیازی به قاعده عقلی ندارد. ایشان علی‌رغم موافقت بر سیر ارجاع و انتهای استقرا به قضیه بدیهی «الاتفاقی»، به مخالفت با اینکه این قضیه، قضیه عقلی پیشینی باشد، برخاسته و می‌گوید: اساس اعتبار و بدهت این قضیه، به‌وسیله عقل نیست؛ زیرا بر اساس کثرت شواهد و انسجام بین آن‌ها، بدهت و اعتبار یافته است.^۱ (حب‌الله، ۲۰۱۷: ۳۷) به همین دلیل، ایشان حجیت و اعتبار در

۱. «فنحن اذا رجعنا الى عقولنا لا نجد قضية قبلية اسمها الصدفة لا تكون دائماً و لا اکثرية، اذ لا استحالة في ذلك... و لهذا فما ذكره السيد الصدر من ان هذه الكبرى نفسها يبلغها العقل بالاستقراء هو الاصح».

وسایل اثبات وجدانی دلیل شرعی را بر اساس فرایندی طبیعی می‌داند که محصول هیچ دخالتی (حتی استفاده از قضایای پایه و بدیهی) نیست.

۲-۲- نظریه شهید صدر

ایشان با توجه به استفاده‌هایی که از این نظریه در علوم مختلف می‌کند،^۱ در نوشته‌های مختلف خود مانند دروس فی علم الاصول، المعالم الجدیدة، المرسل الرسول الرسالة و الأسس المنطقية للاستقراء، تبیین‌های متفاوتی ابراز داشته، که در اینجا با توجه به سبک و نتیجه‌های مشترکی که به بار می‌آورد، سعی بر بیان تقریری از نظریه ایشان در ضمن چهار مطلب داریم که دربرگیرنده همه اشتراکات نظریه ایشان باشد.

۲-۲-۱- کلیاتی از بحث خبر متواتر

الف: برخی برای تواتر، رسیدن به عدد خاصی را ملاک وصول به یقین می‌دانند. شاید منشأ این قول، قضیه عقلی «وجود عددی متمتع تواطؤهم علی الکذب» است که منطق ارسطویی در بحث متواترات ذکر می‌کند؛ بنابراین ایشان مجبور به ذکر عدد شده‌اند. حال اگر معیار تواتر، رسیدن به علم و یقین باشد، تعداد کمی (عددی) خبر، دارای اهمیت نیست، اگرچه عوامل موضوعی (وثاقت مخبر، مقدار هوشیاری مخبران و اختلاف ظروف مخبران، از قبیل محیط رشد مخبر، غرابت قضیه «مخبر عنها» و...) و عوامل ذاتی (اختلاف طبع مردم و متبنيات پیش فرض‌های) سابق ایشان، مشاعر عاطفی مخبران و...) در شکل‌گیری خبر متواتر دخالت و در سرعت رشد یقین تأثیر دارد. (حیدری، ۱۴۲۶ق: ۵۲۹؛ مطر، ۱۴۱۸ق: ۸۲)

ب: به طور معمول، تواتر را به لفظی، معنوی و اجمالی، تقسیم می‌کنند. (صدر، ۱۴۰۸ق: ۲۰۵/۱؛ بحرانی، ۱۴۲۶ق: ۵۸۵/۱؛ واعظ حسینی بهسودی، ۱۴۲۰ق: ۱۹۳/۲) شهید صدر نقطه مشترک این سه قسم را در «مُضَعَّف^۲ کمی» می‌داند که عبارت از عدد احتمالات موجود در

۱. «سواء فی مجال حیاة الاعتیادیة أو علی صعيد بحث العلمی أو فی مجال الاستدلال علی اثبات الصانع الحکیم». (صدر، ۱۴۱۲ق: ۲۴)

۲. مُضَعَّف در لغت به معنای بالابرنده است و در اینجا به مجموعه عواملی گفته می‌شود که باعث افزایش صدق یا کذب قضیه یا خبری می‌شود.

هر قضیه و واقعه است و نقطه افتراق را در «مُضَعَّف کیفی» می‌داند که خود تشکیل شده از عوامل ذاتی^۱ و موضوعی^۲ است. با این توضیح که تواتر اجمالی کمترین درجه اعتبار را بین این اقسام سه‌گانه دارد و تواتر لفظی به دلیل برخورداری از هر دو مُضَعَّف، بالاترین اعتبار در بین این اقسام را داراست.

مُضَعَّف کَمّی، تعدّد اخباری است که هر خبر، نقش احتمال خاصی را بازی می‌کند و مُضَعَّف کیفی، امکان شباهت چندین خبر کاذب است که از مصب (منشأ) واحدی ناشی شده باشد؛ یعنی خیلی دور از واقع است که چندین مُخبر که هر کدام دارای درجه‌ای از وثاقت و زیست اجتماعی خاص به خود و... هستند، به اتفاق هم و به شکلی واحد، قضیه و واقعه‌ای را اشتباه نقل کرده باشند؛ بنابراین جمع این دو مُضَعَّف تأثیری سریع در شکل‌گیری اطمینان در نفس فقیه و سپس یقین به حجیت خبر متواتر می‌گذارد. (حسینی حائری، ۱۴۲۵ق: ۳۲۰؛ صدر، ۱۴۰۸ق: ۱/۲۰۶)

۲-۲-۲- بیان اصل نظریه

شهید صدر دستیابی به یقین در خبر متواتر را به واسطه «تراکم احتمالات» (نقل خبری توسط راویان و ناقلان بسیار زیاد) می‌داند که با کثرت اخبار و نقل، احتمال تحقق مفاد آن خبر رفته‌رفته بیشتر می‌شود، تا آنجا که احتمال مخالف، متمایل به صفر می‌شود و معرفتی یقینی برای شخص به وجود می‌آورد. این همان روشی است که ایشان برای اثبات یقین در

۱. عوامل ذاتی به مجموعه عواملی گفته می‌شود که مختص بعضی افراد است و عمومیت همگانی ندارد؛ مانند اختلاف در مشاعر و احساسات عاطفی انسانی، اختلاف در قدرت حفظ احتمالات ضعیف در هر فرد با پیش‌فرض‌های ذهنی اشتباه، مثل کسی که شبهه‌ای در عصمت یا مقدار علم اهل بیت (علیهم‌السلام) دارد که قطعاً در مقابل اخبار علم ایشان قضاوت اشتباهی خواهد داشت. (صدر، ۱۴۰۸ق: ۱/۳۶؛ فیاض عاملی، ۱۴۲۸ق: ۲/۱۴۶)
۲. عوامل موضوعی به مجموعه عواملی گفته می‌شود که مختص شخص خاصی نیست؛ بلکه برای هر فردی که حاصل شود، تأثیری در سرعت یا کندی انتقال شخص به یقین ایجاد می‌کند؛ مانند اینکه مُخبر از نظر وثاقت و نباهت در چه اندازه‌ای است؟ قضیه متواتر از قضایای غریب و خارج از عادت است یا نه؟ درجه وضوح مدرکی که مخبر مدعی وقوع واقعه و حادثه‌ای دارد، چه مقدار است، یعنی قضیه جزء محسوسات است یا غیر محسوسات؟ (صدر، ۱۴۰۸ق: ۱/۲۰۲؛ فیاض عاملی، ۱۴۲۸ق: ۲/۱۴۳)

استقرا به آن متوسل می‌شود؛ با این توضیح: برخلاف منطق ارسطویی که استقرا را با ارجاع به یک قیاس، داخل در نظامی دو ارزشی می‌داند، ایشان با طرح مسئله احتمال، نظامی سه و یا چند ارزشی را پیشنهاد داده است؛ با این فرق که در استقرا به دنبال تعمیم حکم جزئی به کلی هستیم، اما در تراکم احتمال و ظن، چنین تعمیمی در کار نیست.

تقریر این نظریه این است که وقتی فقط یک نفر، خبری را نقل کرده، یا شهادت و گواهی به واقعه و یا فتوایی می‌دهد، باید بررسی شود که:

الف- به نسبت زمانی که با تعداد بسیار زیادی خبر و نقل مواجه می‌شود، چه حالت متفاوتی برای شخص (فقیه) ایجاد می‌شود؟

ب- این تفاوت و اختلاف حالات درونی فقیه از چه جایی شروع و به چه جایی ختم می‌شود؟ آیا این حالات به یقین منتهی می‌شود؟

ایشان برای پاسخ به این سؤالات و تحلیل حالات درونی فقیه در مواجهه با خبر و نقل، استفاده از فرایند (روش) رسیدن به یقین در حساب احتمالات ریاضی را پیشنهاد و به بررسی آن می‌پردازد.^۱ در این روش هرچه تعداد مخبران (مبررات موضوعی) افزایش یابد، در نفس فقیه تأثیری متفاوت گذاشته و درجه صدق خبر را افزایش می‌دهد. به این شکل که برای احتمال کذب هر مخبر، کسر مشخصی قرار داده و احتمال‌های فرضی را در هم ضرب می‌کنیم:

$\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{8}$	تعداد مخبران سه نفر است
$\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{32}$	تعداد مخبران پنج نفر است
$\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{128}$	تعداد مخبران هفت نفر است

۱. آیت الله سیستانی دامنه استفاده از حساب احتمالات را به موارد دیگری همچون بحث از شبهه محصوره و غیر محصوره تسری می‌دهد. (قطیفی، ۱۴۱۴ق: ۲۲)

همان طور که ملاحظه می‌شود، هرچه تعداد مخبران و نقل‌ها افزایش یابد، بر مقدار مخرج نتیجه کسرها نیز افزوده می‌شود و این افزایش، حاکی از کوچک شدن احتمال کذب در ناحیه مخبر و خبر است.^۱ بر این اساس:

درصد احتمال کذب	درصد احتمال صدق	
۱۲/۵	۷۸/۵	کسر اول
۳/۱۲۵	۹۶/۸۷۵	کسر دوم
۰/۷۸۱۲۵	۹۹/۲۱۸۷۵	کسر سوم

در این کسرها، عدد یکصد درصد به صورت مفروض گرفته شده، حالات مطلوب با آن سنجیده شده و رسیدن به آن عدد، نماد وصول به یقین دانسته شده است. در نتیجه با زیاد شدن اخبار و تعداد مخبران، احتمال خطا و کذب در نقل خبر، رفته رفته کمتر و متمایل به صفر شده و احتمال صدق و مطابقت با واقع بیشتر شده و از اینجا است که یقین متولد می‌شود. (بحرانی، ۱۴۲۶ق: ۵۸۳) با این توضیح که: وقتی تعداد مخبران زیاد می‌شود، احتمال کذب همه مخبران، عملاً یا واقعاً صفر می‌شود. مراد از «عملاً» این است که مادر مقام «عمل» احتمال خطا می‌دهیم، ولی به آن احتمال خطا، اعتنا نکرده و ترتیب اثر نمی‌دهیم و مراد از «واقعاً» این است که اصلاً احتمال خطا نمی‌دهیم و اطمینان یا قطع پیدا می‌کنیم که این خبر مطابق واقع است. (صدر، ۱۴۱۹ق: ۱۴۷)

اشکالی اساسی:

هرچه هر کسر، مثلاً یک دوم (که نمادی از حالت فرضی خطا و کذب مخبر است) را بی نهایت مرتبه در هم ضرب کنیم، حاصلش صفر نمی‌شود و در نتیجه هر طور در نظر

۱. «وَأَمَّا يَفْتَرِضُ ضَرْبَ الْقِيَمِ الاحتمالية بعضها في بعض بلحاظ جانب الكذب لا بلحاظ جانب الصدق، لأن كذب القضية المتواترة يستدعي كون المخبرين قد اخبروا بدافع من مصالح خاصة لهم في هذه الاخبار، لا بدافع من الصدق، فلکی نعرف قيمة الاحتمال الكذب القضية المتواترة لأبد من حساب قيمة الاجتماع مصالحهم الخاصة لهم في هذه الاخبار، وهذا يستدعي ضرب الاحتمالات الكذب بعضها في بعض.» (صدر، ۱۴۱۹ق: ۱۴۶)

بگیریم، احتمال بسیار کوچکی (مثلاً یک هزارم) باقی می ماند که حاکی از عدم صحت یا وصول به یقین است؛ بنابراین شاید جانب مخالف آنچه خبر و نقل منتقل می کند، صحیح باشد. (در اینجا منظور از صورت کسر که عدد یک باشد، نفس احتمال و منظور از مخرج که دو باشد، حالات ممکن است)

پاسخ به اشکال:

خدای متعال بشر را این گونه آفریده که اُمور ضعیف و احتمالات کوچک را ادراک نکرده یا به آن اهمیت نمی دهد؛ (صدر، ۱۴۱۹ق: ۱۴۷ و ۱۴۱۲ق: ۲۴) مثلاً جسمی که از ما دور می شود، به مرحله ای می رسد که دیگر آن را ندیده و صدایش را نمی شنویم، با اینکه علم به وجودش داریم. ادراکات عقلی ما هم همین طور است؛ چون حساب احتمالات، مربوط به «قوة عاقله» ماست، بنابراین هر احتمال، وقتی خیلی کوچک شود، به مرحله ای می رسد که قوة عاقله ما آن را درک نمی کند و یا اصلاً به آن اهمیت نمی دهد.

۲-۲-۳- حقیقت حساب احتمالات

احتمال در لغت مرادف با امکان ذهنی است (جرجانی، ۱۳۰۶: ۵) که ذهن انسان ها در بررسی قوانین طبیعی حاکم بر پدیده ها آن را دریافت می کند؛ زیرا اغلب با پیشامدهایی مواجهیم که ممکن است اتفاق بیفتد یا نیفتد و تعیین مقدار دقیق یا برآورد شانس رخداد هر پیشامد تصادفی، آن هم به صورت کمی مطلوب ماست که در حساب احتمالات به آن دست می یابیم؛ (قهرمانی، ۱۳۷۷: ۵) اما اندیشمندان غربی برای تبیین حقیقت حساب احتمالات و تعریف احتمال، تبیین های متفاوتی دارند که در اینجا به سه تفسیر در این خصوص بسنده می کنیم:

الف- تفسیر رسمی: نسبت حالات مطلوب هر صورت، به حالات ممکن آن، که همگی در امکان تحقق، دارای شرایط یکسان باشند را احتمال گویند؛ به عنوان مثال، در پرتاب طاسی شش وجهی، احتمال آمدن عدد شش از مجموع پرتاب ها، یک ششم است. (صدر، ۱۴۰۲ق: ۱۵۵؛ حسین زاده، ۱۳۸۲ق: ۴۲۲)

ب- تفسیر منطقی: احتمال به درجهٔ باورِ معقول تعریف می‌شود؛ یعنی با وجود شواهد یکسان، انسان‌های عاقل برای فرضیه یا پیش‌بینی خاصی، درجهٔ خاصی از باور را قائل هستند و حساب احتمال بر اساس درجهٔ باورِ انسان تعیین می‌شود. (صدر، ۱۴۰۲ق: ۱۵۶)

ج- تفسیر معرفت‌شناختی: معرفت‌های موجود، تضمین‌کنندهٔ صدق و توجیه‌کنندهٔ اندازهٔ معرفت به هر قضیه است که با درجهٔ حاصل از معرفت‌های موجود، قضیهٔ موردنظر موجه و مدلل می‌شود. چنین درجه‌ای از معرفت را احتمال معرفت‌شناختی می‌نامند که بسیار وابسته به ویژگی‌های معرفتی صاحب معرفت است و با تغییر در باورهای او، تغییرپذیر است. (حسین‌زاده، ۱۳۸۲: ۴۲۴)

به نظر می‌رسد تفسیر معرفت‌شناختی احتمال، قابلیت بیشتری برای تطبیق و تبیین کاربرد احتمال در وسایل اثبات وجدانی دلیل شرعی داشته باشد؛ زیرا تغییر در معرفت‌های فقیه به واسطهٔ پذیرفتن مبانی و احراز ادلهٔ جدید و تحقیق در خصوصیت مفردات خبر متواتر و اجماع، احتمال صدق و مطابقت خبر با واقع را تغییر داده و موجب کاهش یا افزایش اعتماد و حجیت و در نتیجه، معرفت به دلیل می‌شود.

۲-۲-۴- انواع یقین

شهید صدر در کتاب دروس فی علم الاصول، یقین را به «موضوعی» و «ذاتی» و سپس یقین موضوعی را به «اولی» و «مستنتج» و یقین مستنتج را به «استنباطی» (قیاسی) و «استقرایی»، تقسیم کرده است؛ (صدر، ۱۴۰۸ق: ۱/ ۱۹۵) اما در کتاب الأسس المنطقية للاستقراء تقسیمی دیگر ارائه داده (صدر، ۱۴۰۲ق: ۳۲۲) که عبارت است از:

الف- یقین منطقی ریاضی که به آن یقین معرفت‌شناختی نیز می‌گویند و در منطق از آن به «یقین بمعنی الاخص» تعبیر شده و ناشی از استدلال قیاسی است. (ایروانی، ۱۳۸۲: ۲۲/۲)

مراد از این یقین، علم به قضیه‌ای معین به همراه علم به این است که: محال است آن قضیه به آن شکلی نباشد که معلوم است؛ پس یقین منطقی از دو علم تشکیل شده و تازمانی که این علم مضاعف در آن لحاظ نشود، به آن یقین نمی‌گویند؛ بنابراین این یقین از راه تجربه حاصل

نمی‌شود، زیرا تجربه هرگز نمی‌تواند مفید یقین مضاعف (یقین به صدق قضیه و کذب جانب مخالف) باشد. همچنین این یقین زمانی حاصل است که شواهد لازم برای اثبات آن حاصل باشد؛ بنابراین اگر چند گزاره داشته باشیم، گزاره‌ای دارای یقین منطقی است که بیشترین شواهد را برای اثبات به همراه داشته باشد.

ب- یقین ذاتی شخصی که به آن یقین روان‌شناختی نیز می‌گویند و در منطق از آن به «یقین بمعنی الاعم» یاد می‌شود. مراد از آن اعتقاد یا باور شخصی به هر قضیه و گزاره است، بدون اینکه لزوماً موجب و مدلل باشد؛ بنابراین این یقین را نمی‌توان به دیگری انتقال داد. معیار در این یقین، حالت نفسانی شخص است، نه مطابقت با واقع؛ پس ممکن است این اعتقاد و باور درونی از راه شواهد حسی، کشف و شهود یا هر امر دیگری تشکیل شده باشد. (صدر، ۱۴۰۲ق: ۳۲۲؛ حسین‌زاده، ۱۳۸۲: ۴۱۸) در میان فلاسفه غربی، دیوید هیوم و کارل پوپر، یقین حاصل از استقرا را امری درونی و بسته به حالت روانی شخص (یقین ذاتی) می‌دانند. (ابورغیف، ۱۳۸۳: ۹۲)

ج- یقین موضوعی که شبیه یقین ذاتی است، با این تفاوت که یقین ذاتی، شخصی و انتقال‌ناپذیر بوده، ولی یقین موضوعی دلایل موجب و خارجی دارد و به دیگری انتقال می‌یابد. هر یقینی دارای دو بُعد است: بُعد اول، قضیه‌ای است که به آن یقین داریم (متیقن) و بُعد دیگر، درجه تصدیقی است که یقین، نشان‌دهنده آن است. یقین موضوعی هر دو را دارا است؛ یعنی مطابق بودن متعلق یقین با واقع و مطابق بودن درجه تصدیقی که یقین، نمایانگر آن است با درجه‌ای که مجوزهای واقعی آن را تعیین می‌کند. (صدر، ۱۴۰۲ق: ۳۲۵؛ مَطَر ۱۴۱۸ق: ۸۱)

ایشان برای بیان فرق بین این دو بُعد، بیان می‌کند که ما دو نوع درستی و خطا در معرفت بشری داریم:

اول، درستی و خطا در بُعد اول (قضیه‌ای که یقین به آن تعلق دارد) که ملاک درستی و خطا در این بُعد، انطباق داشتن و نداشتن این قضیه با واقع است؛
دوم، درستی و خطا در بُعد دوم (درجه‌ای که تصدیق، نشان‌دهنده آن است) که گاهی

یقین به واقع «اصابت» کرده و کشف از واقع می‌کند، ولی از جهت درجه تصدیقی که ارائه می‌کند، اشتباه است.

به‌طور مثال، اگر شخصی که زود یقین پیدا می‌کند، سگه‌ای را به هوا پرتاب کند و بر اساس تمایلات درونی، جزم پیدا کند که صورت شیر می‌آید و به‌صورت تصادفی، صورت شیر بیاید، آن جزم و یقین قبلی که پیدا کرده بود، از لحاظ بُعد اول درست بوده، زیرا مطابق با واقع است؛ اما در بُعد دوم و درجه تصدیقی که از قبل به دست می‌آورد، یقینش اشتباه است؛ زیرا حق ندارد که به تصدیق در قضیه «شیر خواهد آمد»، درجه‌ای بیشتر از یقین در قضیه «خط خواهد آمد» داشته باشد.

در نتیجه در هر قضیه دو انطباق داریم؛ یکی انطباق قضیه‌ای که یقین به آن تعلق گرفته با واقعیت و دیگری انطباق درجه تصدیقی که یقین را نشان می‌دهد با درجه‌ای که واقعیت‌های خارجی موجود، مشخص می‌سازد.

از همین نقطه فرق بین یقین ذاتی و موضوعی مشخص می‌شود که: یقین ذاتی بالاترین درجه ممکن تصدیق است که در آن به دنبال موجه بودن نیستیم، به این معنا که حتماً با واقعیت مطابقت داشته باشد؛ در حالی که در یقین موضوعی علاوه بر اینکه بالاترین درجه تصدیق را دارا است، به دنبال موجه بودن هستیم و لازم می‌دانیم که این درجه از تصدیق با واقعیت‌های موجود نیز تطبیق داشته باشد. (صدر، ۱۴۰۲ق: ۳۲۵؛ حیدری، ۱۴۲۶ق: ۷۶)

بنابراین در اندیشه شهید صدر، استقرا مفید یقین ذاتی یا منطقی نیست، بلکه مفید یقین موضوعی است که با تعمیم استقرایی می‌توان از تصدیق احتمالی، به تصدیق موضوعی و جزمی رسید. ایشان برای این تغییر حالات درونی و رشد فزاینده یقین در نفس فقیه، توضیح می‌دهد: به جهت اینکه روش رسیدن به معرفت یقینی، منحصر در روش منطقی نیست، برای رسیدن به معرفت یقینی در خبر متواتر (مانند استقرا) باید از دو مرحله «توالد»^۱ موضوعی و

۱. «تسمی هذه المرحلة بالتوالد؛ لاتتاجها جدیداً من شیء قديم، كما تسمی بالموضوعی؛ لانّ عمليات الارتفاع احتمال فرضیة علی حساب اخری تجری وفق معادلات عملیة ریاضیة موضوعیة، لها واقعیة فی لوحها.» (حب الله،

ذاتی گذر کرد:

مرحله توالد موضوعی: در این مرحله بر اساس حساب احتمالات، با کنار هم قرار گرفتن موارد مختلف و با حفظ وحدت و اشتراک مفهومی بین موارد استقرار شده، درجه احتمال افزایش می‌یابد. تقویت احتمال در موارد استقرار شده، مبتنی بر هیچ اصل مسلمی نیست که از قبل، ثابت یا بدیهی تلقی شده باشد؛ بلکه دلیل استقرار، این گسترش که «الف ب است» را از رهگذر نمو و افزایش احتمال سببیت بین این دو اثبات می‌کند. رشد این احتمال، نتیجه جمع احتمالاتی است که همگی از سببیت «ب» حکایت دارد.

با این حال در این مرحله هنوز به مرتبه یقین (یقین به علیت) نرسیده و فقط درجه علیت میان دو پدیده بالا رفته است؛ بنابراین راه توالد موضوعی دارای جنبه ظنی است و از اینجاست که مرحله بعدی، یعنی توالد ذاتی آغاز می‌شود. (این رشد احتمال با توجه به روش منطقی و ریاضی است و به حالت روانی شخص مرتبط نیست؛ بنابراین این سؤال همواره مطرح است که: آیا احتمال، وصفی واقعی و خارجی برای شیء محتمل است؟ یا حالتی نفسانی و شخصی برای احتمال‌دهنده و فقیه است؟)

مرحله توالد ذاتی: در این مرحله به دنبال شرایطی هستیم که احتمالات زیاد مرحله قبل، به یقین تبدیل شود. اصلی که در اینجا می‌تواند کمک کار باشد این است: هرگاه مقدار زیادی از ارزش‌های احتمالی زیاد، در محدوده موضوع و محور خاصی جمع شود، این ارزش‌های احتمالی به گونه‌ای تبدیل به یقین می‌شود. علت این تبدیل، حالت‌های ذهنی انسان است که نمی‌تواند ارزش‌های احتمالی کوچک و یا غیرتجمیع شده حول موضوعی را حفظ کند؛ از این رو این ارزش‌های احتمالی کوچک، محو و فانی در ارزش‌های احتمالی بزرگ‌تر شده و سپس این ارزش احتمالی بزرگ، تبدیل به یقین (که همان ۱۰۰ درصد است) می‌شود. (صدر، ۱۴۰۲ق: ۱۲۴؛ حیدری، ۱۴۲۶ق: ۵۱)

در نتیجه با ذکر مقدماتی که در خصوص چگونگی کارکرد حساب احتمالات و فرایند اثبات و رسیدن به یقین در استقرایان کردیم، خبر متواتر در چگونگی کارکرد، به مثابه استقرا است. منطقیان، قضایای متواتر را حاصل از دو مقدمه دانسته و یقین به دست آمده را بر اساس

یقین منطقی تحصیل می‌کنند؛ اما در متواترات بر اساس حساب احتمالات، وقتی با اخبار زیادی روبه‌رو می‌شویم که بر محور موضوع واحدی گفت‌وگو می‌کند، ابتدا و در مرحله توالد موضوعی به تجمیع اخبار و نقل‌ها، صرفاً به عنوان احتمالاتی برای تعیین درجه یقین، حول محور و موضوع خاصی پرداخته و سپس در مرحله توالد ذاتی با کنار گذاشتن احتمال جانب مخالف و تبانی، حکم به بی‌ارزشی اخبار مخالف کرده و خبر مورد نظر را خبری متواتر و یقین به دست آمده را یقینی موضوعی تلقی می‌کنیم. (حیدری، ۱۴۲۶ق: ۸۰ و ۵۲۸)

۳- فرایند حجیت اجماع

اکثر اصولیان حجیت اجماع را بنا بر «کاشفیت» آن از نظر امام معصوم دانسته و در این راستا راه‌هایی همچون استفاده از قاعده لطف و راه حس، حدس و تقریر را برای کشف نظر و رأی امام معصوم پیشنهاد داده‌اند. (مظفر، ۱۳۸۰: ۴۶۳؛ واعظ حسینی بهسودی، ۱۴۲۰ق: ۱۳۵/۲) گروهی دیگر از اصولیان حجیت اجماع را بر اساس حجیت خبر «ثقه» استوار می‌دانند؛ (حکیم، ۱۴۳۴ق: ۲۰۵/۳؛ بحرانی، ۱۴۲۶ق: ۵۸/۱) اما شهید صدر راه دستیابی به یقین در اجماع را نیز مانند خبر متواتر، بر اساس سنجش تراکم احتمالات (تراکم ظنون) دانسته و با بهره‌جستن از ملزومات روش استقرایی و نظریه احتمال، راه کشف نظر شارع و یقین به حکم شرعی را توضیح می‌دهد.

بنابراین محصل اجماع در ابتدا به کنکاش برای یافتن فتاوی (خبر حدسی) فقها در راستای اثبات و کشف حکم شرعی می‌پردازد و در این مسیر، فتوای هر فقیه، اگرچه امکان خطا در آن مفروض است، اما دارای احتمالی از استناد به دلیل شرعی معتبر است. این مقدار احتمال در ابتدا ضعیف به نظر می‌رسد، ولی با در نظر گرفتن فتاوی دیگر مجتهدان و انضمام آن‌ها به یکدیگر، رفته‌رفته احتمالی بزرگ‌تر و قوی‌تر ساخته و این احتمال بزرگ، ما را به یقین می‌رساند و موجب احراز حکم شرعی می‌شود؛ (صدر، ۱۴۱۹ق: ۱۴۹) بنابراین اجماع و خبر متواتر علی‌رغم اشتراک در فرایند حجیت، در اندازه کاشفیت متفاوت‌اند؛ زیرا رشد احتمال موافقت و ضعف احتمال مخالفت در تواتر، حرکت سریع‌تری نسبت به اجماع دارد

و این به دلیل اُموری است که شهید صدر به صورت مفصّل به آن پرداخته است. (صدر، ۱۴۱۹ق: ۱۵۱؛ حیدری، ۱۴۲۶ق: ۵۴۸؛ حسینی حائری، ۱۴۲۵ق: ۲۹۶)

بنابراین، میزان در حجیت اجماع، کشف قطعی از قول معصوم (علیه السلام) بوده و در این راستا فرقی نمی کند که قول معصوم از چه راهی کشف شود؛ زیرا به مجرد احراز کشف، حجیت، ثابت است؛ حتّی اگر اتفاق کل اصحاب محقق نشده و یا تعدادی فتوای مخالف پیدا شود. در نتیجه با قبول حجیت اجماع، اتفاق مشهور می تواند دارای ارزش خاصی باشد که با این بیان، دیگر تابع اجماع نخواهیم بود و تعداد زیاد اجماع کنندگان برای حصول کشف، موضوعیت ندارد؛ مهم این بوده که بتوانیم ارتکاز اصحاب معاصر با امام معصوم را کشف کنیم و برای این دریافت و کشف، کافی است تا فقط فتاوای فقهای عصر معصوم که حاملان روح حاکم بر فقه شیعه است را به دست آوریم.

۴- فرایند حجیت سیره

از آنجا که مهم ترین دلیل حجیت امارات مهمی مانند ظواهر و خبر واحد ثقه و همچنین مباحث مختلف فقهی مثل قاعده ید، اصل صحت، اصل لزوم و...، دلیل سیره است، اهمیت بحث از سیره دوچندان می شود و در نتیجه اگر حجیت سیره اثبات شود، نمی توان این بحث را در حدّ حجیت سایر امارات که حجیت تبعدی از جانب شارع پیدا کرده، در نظر گفت؛ بلکه حجیت سیره بر اساس قطع و یقینی است که ایجاد می کند.

۴-۱- سیره عقلا

این سیره به تنهایی کاشف از حکم شرعی نیست؛ زیرا عقلا ملزم نیستند تمامی رفتارهای خود را مطابق دستورات شرع قرار دهند، بلکه گاهی تحت تأثیر عوامل محیطی و شخصی، رفتاری خلاف دستورات شرع دارند؛ مگر اینکه از راه هایی یقین به موافقت شارع با این سیره صورت گیرد.

شهید صدر بیان می کند: در نگاه اولیه و شکل گیری کشف حکم شرعی بر اساس رابطه

عَلَّت و معلول و از راه سیره، هیچ کشفی توسط این سیره مفروض نیست و همیشه فرض غفلت و ناآگاهی افراد، به دلیل وجود اجتماع عَلَّت‌های مختلف برای عدم تحقق سیره، لازم نیست؛ (تا مشکل عَلَّت‌یابی‌های متکثر پیش آید و حجیت را از سیره بگیرد) بلکه می‌توان فرض کرد که نزد عقلا، به دلیل قریحه‌ها و لوازم طبع عقلایی، سیره‌ای بر اساس عَلَّت خاصی قائم شده و همین فرض، موجب حجّت نبودن و ابطال سیره عقلا در ابتدا است. (حسینی حائری، ۱۴۲۵ق: ۱۲۳)

اما با گذر از بایسته‌های اولیه سیره عقلا، اصولیان طی دو مرحله، مدعی کشف حکم شرعی از سیره بوده و آن را حجّت دانسته‌اند: اثبات معاصر بودن سیره با عصر معصومان و سپس پذیرش و موافقت شارع به نحو سکوت بر حکم بر طبق این سیره. نیاز به اثبات معاصر بودن از این جهت است که امام معصوم می‌خواهد عنایت اضافی نسبت به رفتار عقلا (سیره) داشته باشد و لازم است که این رفتار در زمان معصومان شکل گرفته باشد. شهید صدر برای اثبات معاصر بودن، راه‌هایی از جمله «استصحاب قهقرایی» سیره زمان بعد از شارع به زمان شارع، شهادت و نقل‌های تاریخی و نیز استقرای ناقص (مثل روش اکتشافات در علوم تجربی) را عنوان می‌کند. (صدر، ۱۴۱۹ق: ۱۵۵؛ حسینی حائری، ۱۴۲۵ق: ۱۰۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق: ۲۳۶/۴)

نکته مهم این است که شهید صدر در «حلقه سوم»، بحث سیره را داخل در بحث تقریر معصوم و جزئی از تحدید دلالت‌های دلیل شرعی غیرلفظی آورده است. گویا این اشتباهی از ایشان بوده که به صورت ناخودآگاه یا به هر عَلَّت دیگری رخ داده است؛ زیرا با توجه به اینکه سیره عقلا به تنهایی، دلیل بر حکم شرعی نبوده و سکوت معصوم در آن، دلیل بر حکم شرعی است، باید بحث از آن، در مباحث دلیل شرعی غیرلفظی انجام شود و «سیره متشرعه» که کاشف از حکم شرعی بوده، داخل در مباحث وسایل اثبات وجدانی، تبیین شود.

با این توضیح که در سیره عقلا آنچه دلیل و کاشف از حکم شرعی است، همان سکوت امام معصوم است و گویی تمام عملیات حجیت سیره عقلا را همین سکوت پایان می‌بخشد

و به همین دلیل، این سکوت، دلیلی شرعی و غیرلفظی می‌سازد؛ اما سیره متشرعه، خودش کاشف از دلیل شرعی است؛ (صدر، ۱۴۲۳ق: ۳۸۶) بنابراین سیره متشرعه با توجه به این خصوصیت، دیگر دلیل شرعی غیرلفظی نیست و به عنوان یکی از وسایل اثبات وجدانی حکم شرعی آورده شده است.

۴-۲- سیره متشرعه

این سیره می‌تواند به خودی خود و بدون انضمام سکوت شارع یا هر چیز دیگری، کاشف از دلیل شرعی باشد؛ البته در اینجا نیز فرض غفلت و انجام رفتار خلاف نظر شارع، ممکن است. این کاشفیت تبیین‌های متفاوتی دارد؛ شهید صدر بیان می‌کند که این سیره بر اساس همان فرایند حساب احتمالاتی که در خبر متواتر و اجماع عنوان شد، حجت و کاشف از حکم شرعی است. بر این اساس وقتی متشرعه رفتاری را از خود بروز می‌دهند، باید آن رفتار را از شارع (از راه حسی یا نزدیک به حس) گرفته باشند؛ زیرا با در نظر گرفتن زیاد بودن نقل این رفتارها و هماهنگی بین آنها از یک طرف و در نظر گرفتن پراکندگی این رفتارها در جوامع عصر شارع از طرفی دیگر، احتمال اینکه مجموعه این رفتارهای متشرعه ناشی از غفلت و یا نفهمیدن جواب‌ها و رفتار شارع باشد، کاهش یافته تا جایی که این احتمال مخالف به صفر می‌رسد و این سیره که بر اساس رفتارها شکل گرفته حجیت یافته و کاشف از حکم شرعی می‌شود؛ همان حکم شرعی که مردم و متشرعه عصر شارع به آن عمل می‌کرده‌اند.

نکته مهم در فرق سیره متشرعه با اجماع این است: با توجه به اینکه سیره در فضا و رویکردی عمومی پایه‌گذاری شده و هیچ ملاحظه‌ای در آن به غیر از تحقق و استمرار رفتارهای خارجی در بدنه جامعه متشرعان عصر حضور و معاصر شارع، لحاظ نشده، می‌توان به آن رنگ عرف داده و به واسطه کاشفیتی که دارد، صبغه‌ای از توانایی تشریع یا تأسیس اصل داد.

از همین جا روشن می‌شود که عنصر اتفاق در اجماع، به سلوک حداکثری در سیره تبدیل شده و همین نکته است که دستیابی به سیره را راحت‌تر می‌کند. در همین رابطه شهید

صدر می‌فرماید: «سیره متشرعه حلقه میانی اجماع و دلیل شرعی است و توافق فقها بر حکمی که مستند به نصوص نیست، کاشف از توافق عملی و ذهنی متشرعان است و این به نوبه خود کاشف از دلیل شرعی خواهد بود. به بیانی دیگر، توافق فقها کاشف از روایتی غیرمکتوب است و این روایت غیرمکتوب همان راه و رسم سلوک عملی متشرعان است.» (صدر، ۱۴۱۹ق: ۱۵۴) همان طور که از بیان ایشان برمی آید، این اجماع است که بر پایه سیره تحلیل می‌شود؛ زیرا می‌تواند مستند اجماع کنندگان، ارتکازات و سیره متشرعه باشد. در نتیجه گویی اجماع مولود سیره و سیره مولود دلیل شرعی است.^۱

۵. فرایند حجیت شهرت

شهید صدر در اینجا فرایند حجیت را این گونه توضیح می‌دهد^۲ که اعتماد بر شهرت به دو صورت است:

الف: یا بر اساس تعبّد است؛ در اینجا سه راهکار برای استدلال بر حجیت شهرت وجود دارد که عبارت است از روایت عمر بن حنظله و روایت زراره و استفاده از دلیل حجیت خبر واحد. (واعظ حسینی بهسودی، ۱۴۲۰ق: ۱۴۵/۲)

ب: یا بر اساس حصول علم و اطمینان است. از آنجا که شهرت نوعی اجماع ناقص یا ضعیف است و تعریف شده به انتشار فتوای معینی بین فقها تا جایی که به حدّ اجماع نرسد، سؤالی مطرح می‌شود: پس اجماع چیست؟

اگر اجماع را به صورت کیفی و به صورت «توافقی که موجب علم به صحت حکم متفق علیه می‌شود» تعریف کردیم، شهرت در فتوا به معنای فتوای تعداد زیادی از فقها بر

۱. بر این اساس شاید بی‌مورد نباشد که بحث از اجماع را کلاً متأخر از سیره بدانیم تا جایگاه رتبی هریک از ادله با توجه به وسعت حجیت و دلالتش در جای مناسب‌تری، مورد بررسی قرار گیرد.

۲. شهید صدر برای توضیح اینکه شهرت، توانایی قرار گرفتن جزو وسایل اثبات وجدانی را دارد یا نه، در کتاب دروس فی علم الاصول (الحلقه الثالثة) تبیینی مبتنی بر فرق کمی و کیفی اجماع دارد؛ ولی در دروس خارج (مباحث الاصول)، به صورت مرسوم توضیح و تبیین می‌کند و حصول اعتماد در شهرت را بر اساس روش تبعدی و یا روش علمی می‌داند.

حکمی معین است، بدون آنکه علم به حکم حاصل شود؛ بنابراین شهرت فتوایی به دلیل اینکه در آن به حکمی یقینی و علمی نرسیده‌ایم، جزو وسایل اثبات وجدانی دلیل شرعی نخواهد بود.

اگر اجماع را به صورت کمی و به صورت «توافق همه علما بر حکم معین، چه اینکه از این توافق علم حاصل شود یا نه» تعریف کردیم، شهرت در فتوا، به معنای فتوای جمیع فقها بر حکمی معین است؛ چه علم و یقین حاصل شود و چه نشود؛ پس هر فتوایی که اکثر فقها بر آن اتفاق داشته باشند، شهرت فتوایی است و فرقی بین اینکه علم و یقین به موافقت یا مخالفت فتاوای دیگران داشته باشیم، وجود ندارد. (حسینی حائری، ۱۴۲۵ق: ۳۲۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق: ۳۲۱/۱؛ ایروانی، ۱۳۸۲: ۶۰/۲)

بنابراین اگر از شهرت فتوایی، علم و یقین بر حکم شرعی پیدا شد، این شهرت داخل در اجماع با تعریف کیفی می‌شود و می‌تواند جزو وسایل وجدانی اثبات دلیل شرعی قرار بگیرد. با توجه به همان بیانی که در بحث وسایل اثبات وجدانی آورده شد، فرایند حجیت در شهرت فتوایی بر اساس نظریه احتمال است، (صدر، ۱۴۰۸ق: ۲۲۱/۱) با این تفاوت که به دلیل کم بودن تعداد فتاوا، (زیرا فرض بر هم نظر نبودن کل علما است) یا حضورنداشتن بزرگانی همچون شیخ طوسی و یا مخالفت اشخاص دیگر، جریان حساب احتمالات در شهرت ضعیف‌تر از اجماع شکل می‌گیرد. (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق: ۳۲۱/۱)

نتیجه‌گیری

۱- شهید صدر با توجه به خاصیت‌های اثباتی مسئله استقرا و نظریه حساب احتمالات در ریاضیات و کشاندن نتایج حاصل از آن نظریه، به عنوان یکی از راه‌های دریافت یقین، در گزاره‌های علم اصول فقه، کاربرد این نظریه را به طور عینی در بحث «وسایل اثبات وجدانی دلیل شرعی» (خبر متواتر، اجماع، سیره و شهرت) بررسی و اثبات نموده، که در نوع خود نظری ابتکاری و بسیار کاربردی است.

۲- تبیین فرایندی که شهید صدر برای وسایل اثبات دلیل شرعی می‌آورد، بدون نیاز به

راهکار منطق ارسطویی و ارجاع به گزاره‌های پایه و بدیهی عقلی است.

۳- نگارنده، حجیت خبر متواتر، اجماع، سیره و شهرت را با استفاده از نظریه شهید صدر مورد توجه قرار داده، شکل‌گیری معرفت صحیح، معتبر و دارای اتکای عرفی را به‌طور مصداقی، بررسی نموده و معرفت مستند به هریک از این ادله را یکی از بالاترین معرفت‌ها و گزاره‌های اتکاپذیر در علم اصول فقه و سایر علوم دانسته است.

۴- در وسایل اثبات وجدانی دلیل شرعی، بر اساس تقسیم و تفسیری که از یقین ارائه شد، می‌توان به‌مانند استقرا، به یقین موضوعی دست یافت؛ بنابراین تفاوت بین انواع وسایل اثبات وجدانی، فقط در سرعت دستیابی به یقین است که هرچه از اخبار حسی فاصله گرفته یا از «مبررات موضوعی» کم شود، رسیدن به یقین، طولانی و دشوارتر خواهد شد.

فهرست منابع

۱. ابراهیمی دینانی، غلامحسین، ۱۳۸۰، قواعد کلی فلسفی در فلسفه اسلامی، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی.
۲. ابورغیف، سیدعمار، ۱۳۸۳، الأسس العقلية، بی جا: دارالفقه.
۳. ابن فارس، احمد بن زکریا، ۱۴۰۴ق، معجم مقاییس اللغة، قم: مکتبه الاعلام الاسلامی.
۴. انصاری، مرتضی، ۱۴۲۳ق، فرائد الاصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵. ایروانی، باقر، ۱۳۸۲، الحلقة الثالثة في أسلوبها الثاني، قم: محبین.
۶. بحرانی، محمد صنفور علی، ۱۴۲۶ق، المعجم الاصولی، قم: نقش.
۷. بهمنیار، ابن مرزبان، ۱۳۷۵، التحصیل، تهران: دانشگاه تهران.
۸. جرجانی، سیدشریف، ۱۳۰۶ق، التعریفات، مصر: المطبعة الخيرية.
۹. حبّ الله، حیدر، ۲۰۱۷، حجّة الحديث، بیروت: الانتشار العربی.
۱۰. حسین زاده، محمد، ۱۳۸۲، پژوهشی تطبیقی در معرفت شناسی معاصر، قم: امام خمینی رحمته الله علیه.
۱۱. -----، ۱۳۸۸، معرفت لازم و کافی در دین، قم: مؤسسه آموزشی امام خمینی رحمته الله علیه.
۱۲. -----، ۱۳۸۲، جستاری فراگیر در ژرفای معرفت شناسی، قم: امام خمینی رحمته الله علیه.
۱۳. حسینی حائری، سید کاظم، ۱۴۲۵ق، مباحث الاصول، قم: دارالبشیر.
۱۴. حکیم، سید محمد سعید، ۱۴۳۴ق، المحکم فی اصول الفقه، قم: دارالهلal.
۱۵. حکیم، محمد تقی، بی تا، اصول العامّه فی الفقه المقارن، چ ۲، قم: مجمع اهل بیت علیهم السلام.
۱۶. حیدری، سید کمال، ۱۴۲۶ق، المذهب الذاتی فی النظرية المعرفة، قم: دارالفراقد.
۱۷. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم، ۱۴۳۰ق، کفایة الاصول، قم: آل البيت علیهم السلام.
۱۸. خمینی، سید روح الله، ۱۴۲۷ق، انوار الهدایة فی التعليقة علی الکفایة، تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۱۹. خوانساری، محمد، ۱۳۷۱، منطق صوری، تهران: آگاه.

۲۰. سليمانى اميرى، عسكرى، ۱۳۹۱، معيار دانش، قم: مؤسسه آموزشى امام خمينى رحمه الله.
۲۱. صدر، سيد محمد باقر، ۱۳۹۵ق، المعالم الجديدة، تهران: مكتبة النجاة.
۲۲. -----، ۱۴۰۲ق، الأسس المنطقية للاستقراء، بيروت: دارالتعارف.
۲۳. -----، ۱۴۱۲ق، المرسل الرسول الرساله، بيروت: دارالتعارف.
۲۴. -----، ۱۴۰۸ق، دروس فى علم الاصول (الحلقة الثالثة)، قم: اسماعيليان.
۲۵. -----، ۱۴۱۹ق، دروس فى علم الاصول (الحلقة الثانية)، قم: مجمع الفكر الاسلامى.
۲۶. طباطبائى، سيد محمد حسين، بى تا، اصول فلسفه و روش رئاليسم، قم: صدرا.
۲۷. -----، ۱۴۲۸ق، بداية الحكمة، قم: النشر الاسلامى.
۲۸. عاملى، حسن بن زين الدين (ابن شهيد ثانى)، ۱۳۷۶، معالم الدين و ملاذ المجتهدين، قم: قدس.
۲۹. فعالى، محمد تقى، ۱۳۷۸، علوم پايه، قم: دارالصادقين.
۳۰. فنائى اشكورى، محمد، ۱۳۷۵، علم حضورى، قم: مؤسسه آموزشى امام خمينى رحمه الله.
۳۱. قياض عاملى، حسن محمد، ۱۴۲۸ق، شرح الحلقة الثالثة، بى جا: دارالمصطفى.
۳۲. قيوى، احمد بى محمد، ۱۴۱۸ق، المصباح المنير، بيروت: مكتبة العلمية.
۳۳. قطيفى، سيد منير سيد عدنان، ۱۴۱۴ق، الرافد فى علم الاصول، قم: حميد.
۳۴. قهرمانى، سعيد، ۱۳۷۷، مباني احتمال، تهران: دانشگاه صنعتى شريف.
۳۵. كاتبى قزوينى، نجم الدين، بى تا، شرح الرسالة الشمسية، مصر: دار الاحياء الكتب العربية.
۳۶. كاظمى خراسانى، محمدعلى، ۱۳۷۶، فوائد الاصول، قم: جامعه مدرسين.
۳۷. مَطَر، على حسن، ۱۴۱۸ق، الحلقة الثالثة (اسئلة و اجوبة)، قم.
۳۸. مظفر، محمدرضا، ۱۳۸۰، اصول الفقه، قم: بوستان كتاب.
۳۹. -----، ۱۴۲۶ق، المنطق، قم: اسلامى.

۴۰. معین، محمد، ۱۳۸۶، فرهنگ معین، تهران: زرین.
۴۱. مغنیه، محمدجواد، ۱۹۷۵، علم اصول الفقه فی ثوبۃ الجدید، بیروت: دارالعلم.
۴۲. نکری، قاضی عبد النبى، ۱۳۹۵ق، دُستور العلماء، بیروت: الاعلامی.
۴۳. واعظ حسینی بهسودی، سید محمد سرور، ۱۴۲۰ق، مصباح الاصول، قم: مکتبۃ الداوری.
۴۴. ولائی، عیسی، ۱۳۸۰، فرهنگ تشریحی اصطلاحات الاصول، تهران.
۴۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود، ۱۴۲۶ق، بحوث فی علم الاصول، قم: مؤسسۃ دائرة المعارف فقه اسلامی.

حجیت «ظنون متراکم» در استنباط احکام شرعی

ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی^۱

صدیقه ریاحی^۲

چکیده

استخراج مراد و مقصود اصلی شارع، اساسی ترین فعالیت مجتهد است. این روند نیازمند منابع مقبول و راه‌هایی بوده که «حجیت» از جمله ویژگی‌های بارز آن‌ها است. «ظن متراکم» در نتیجه حاصل شدن «ظن راجح» برای شخص و به دلیل تعداد ظن‌های حاصل شده از فتوای مجتهدان متعدد نسبت به مسئله‌ای، به دست می‌آید و از جمله مواردی است که علما درباره حجیت و حوزه کاربردی آن اختلاف نظر دارند. این نوع ظن از جمله ظنون خارج شده از آیات ناهی از عمل به ظن بوده که حجیت ذاتی ندارد و به علت ذاتی نبودن حجیت از جهتی و کاربردی بودن آن در حوزه فقه و اصول از جهت دیگر، ضرورت بررسی میزان حجیت آن، چنین پژوهشی را می‌طلبد. پژوهش حاضر با شیوه توصیفی تحلیلی، ضمن بررسی معنایی و مفهومی اصطلاح ظن متراکم، به بررسی اعتبار نفس چنین ظنی، همچنین میزان اعتبار بخشی به مباحث فقهی و اصولی، مبانی و شرایط حجیت، میزان حجیت، دامنۀ حضور و ویژگی‌های این اصطلاح خواهد پرداخت.

کلیدواژه‌ها: ظن، ظنون متراکم، حجیت.

۱. دانشیار گروه الهیات دانشگاه فرهنگیان تهران. (نویسنده مسئول) alishahi88@gmail.com

۲. دانشجوی دکترای الهیات دانشگاه یاسوج. sa.alekasir8@gmail.com

از فرض‌های سه‌گانه وصول و دستیابی به واقع، یعنی یقین و ظن و شک، به‌غیر از مورد اول، افاده «جزمیت» از ویژگی‌های شک و ظن، نیست؛ اما در مقام عمل، علما از بعضی ظنون به‌منظور رسیدن به یقین بهره‌جسته‌اند. اصطلاح «ظن متراکم» از جمله این ظنون است؛ اما با وجود قرارگرفتن این عنوان در حوزه ظن‌ها، مشاهده شده که در کشف و استنباط احکام به‌عنوان یکی از ابزارها و روش‌ها، نقش ایفا کرده است. شیوه استفاده فقیه و اصولی از ظنون متراکم، به‌شکل استقرایی بوده است؛ به‌عبارتی فقه‌ها و اصولی‌ها در مباحث مختلف، ظنون جزئی را در کنار هم قرار داده و صفت مشترک آن‌ها را به‌عنوان قاعده‌ای کلی ارائه داده‌اند. گفتنی است، با توجه به حوزه کاربرد، این اصطلاح چه در کتب فقهی و چه در کتب اصولی بهره‌چندانی از توجه فقه‌ها دریافت نکرده و توضیح مستقلی از این اصطلاح نمی‌توان یافت که بتواند تبیین‌کننده شرایط و مبانی و ملزومات آن باشد؛ اما به‌کارگیری این اصطلاح، ضرورت چنین تحقیقی را واضح می‌کند.

۱- کلیات

۱-۱- واژه‌شناسی

۱-۱-۱- معنای لغوی ظن

گاهی ظن به «یقین» (فراهیدی، ۱۴۱۰ق: ۱۵۲/۸) و گاهی به «احتمال قوی» (قرشی، ۱۴۱۲ق: ۲۷۳/۴) معنا شده است. برخی نیز بی‌نیازبودن ظن از تعریف و معادل‌پنداشتن آن با علم را مناسب دانسته‌اند. (جوهری، ۱۴۰۷ق: ۲۱۶/۶) همچنین به کاربردهایی از این واژه در قرآن کریم نیز اشاره شده است. (طریحی، ۱۴۱۴ق: ۲۷۹/۶) گفتنی است، استعمال معنای «یقینی» برای واژه ظن در آیات قرآن، متوقف بر وجود قرینه در کلام است؛ چنان‌که راغب در آیه ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْفِرَاقُ﴾ (قیامت، ۲۸) به این مسئله اشاره کرده است. راغب عقیده دارد که هرگاه ظن با نوعی قوّت و به‌معنای یقین به کار رود، به‌همراه «إن مشدده» و «مخففه» می‌آید که کاربردی تحقیقی دارند؛ به‌عبارتی هرگاه این دو «إن» به‌مانند آیه مورد اشاره پس از

ظن بیایند، به عنوان قرینه‌ای است که باعث به کار بردن «ظن» به معنای «یقین» می شود. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۵۳۹) نویسنده لسان العرب نیز ظن را با قیدی به یقین، معنا کرده است؛ از نظر این نویسنده منظور از چنین یقینی، یقین به صورت عیان نیست، بلکه یقینی است که با تدبر به دست می آید. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۲۷۲/۱۳)

۱-۱-۲- معنای اصطلاحی ظن

اصولی‌ها ظن را اعتقادی راجح و با احتمال نقیض دانسته‌اند. (حلی (علامه)، ۱۴۲۱ق: ۴۹) به عبارتی، ظن و شک به مانند هم هستند، جز اینکه ظن از شک قوی تر بوده و شخصی که دچار ظن شده، هم احتمال تجویز مسئله را دارد و هم احتمال خلاف آن را. (طوسی، ۱۴۱۳ق: ۳۰۰/۱) برخی نیز ظن را نوعی صفت نفسانی انسان دانسته و معنای آن را علاوه بر شک، به نسبت علم نیز سنجیده‌اند: ظن، مثل علم و شک بوده که در نفس انسان به وجود می آید؛ با این تفاوت که مرتبه ظن از شک بالاتر بوده و از علم و قطع نیز پایین تر است. (مشکینی، ۱۳۷۴: ۱۵۰) در کتاب معجم اصولی می توان تعریفی نسبتاً جامع از این واژه یافت: «در اصطلاح اصولی‌ها واژه ظن در اعم از ظن منطقی، شک و احتمال منطقی، استفاده و استعمال می شود؛ به عبارتی، اصولی‌ها مطلق چیزی که به درجه و مرتبه یقین نرسد، به ظن تعبیر می کنند و دو حالت اطمینان و احتمال وجود خلاف را ظن نمی دانند.» (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۲۸۱/۲)

۱-۱-۳- واژه «تراکم»

تراکم از ریشه «رکم» بوده که به معنای جمع شدن شیء است. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۲۵۱/۱۲) حمیری نیز تراکم را «بر روی هم» معنا کرده (حمیری، ۱۴۲۰ق: ۲۶۲۰/۴) و زبیدی در تاج العروس نیز این واژه را از ریشه «ارْتَكَمَ» تلقی کرده و آن را انباشته و جمع شدن چیزی بر روی هم تعریف کرده است. (زبیدی، ۱۴۱۴ق: ۳۰۱/۱۶) از بیان لغت شناسان در توضیح این واژه می توان استنباط کرد که منظور از تراکم، روی هم انباشته شدن و جمع شدن شیء است که در محل بحث و پژوهش حاضر، منظور انباشته شدن شیء از یک نوع بوده که همان ظن است.

۱-۱-۴- اصطلاح ظن متراکم

مجتهد به دنبال کشف شریعت است و در این راه هرگونه دشواری را بر خود هموار می کند تا بتواند به شریعت برسد؛ نمونه ای از این کوشش را می توان در روش اجتهادی محل بحث یعنی تراکم ظنون و اطمینان دریافت. در این روش هرگاه مجتهد با سندی یقین آور یا در حکم یقین، روبه رو نباشد، بلکه با دسته ای از ظنون روبه رو باشد، از پای نمی نشیند و به منظور کشف شریعت، به کنارهم گذاشتن ظنون مشغول می شود، به آن امید که در نظامی حلقوی یا هرمی از این ظنون به قانون خداوند متعال اطمینان حاصل کند؛ زیرا وی خود را موظف به کشف شریعت می داند. (علیدوست، ۱۳۹۵: ۶۳)

«ظن متراکم» که در کتب فقهی و اصولی با عناوینی همچون «تراکم الظنون» (سالوس، ۱۴۲۴ق: ۸۸۷) و «الظنون المتراکمه» (سبحانی، ۱۴۲۴ق: ۴۲۱) بیان شده، از جمله ظنونی بوده که مورد استناد فقها و اصولی ها قرار گرفته است. تعریفی که برای این عنوان و اصطلاح بیان شده این است:

«وقتی دیده شود فقیهی که به شریعت پیامبر و امام پایبند بوده در مسئله ای فتوا داد، برای شخص، ظن راجح حاصل می شود که فتوای وی حق و با واقع مطابق است، اگرچه احتمال خطا نیز داده می شود؛ سپس وقتی فقیه دیگری همچون خود او با وی در آن رأی موافق در آمد، ظن مزبور تقویت می شود و به همین نحو هرچه تعداد موافقین افزوده گردد، به قوت ظن نیز اضافه می شود، تا جایی که از تراکم ظنون و قوت آن ها، قطع حاصل می شود؛ همان طوری که شأن اخبار متواتر چنین است.» (انصاری، ۱۴۰۵ق: ۴۲۱/۲)

دلیلی که موجب تصدیق فقها در فتوای خود می شود و در میان کلام علمای متقدم نیز بوده این است: بعید است که بطلان، دامن گیر فتوای گروه کثیری از فقها شود. (سبحانی، ۱۴۲۴ق: ۱۷۳/۳)

۱-۲- اصل در ظنون

آیه «إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا» (نجم، ۲۸) بیان کننده قاعده

اولیه نسبت به ظنون، مبنی بر عدم حجیت آنهاست. شکی نیست که در ظن، مسئله حجیت، به مانند قطع نیست، نه به شکل علت تامه و نه به شکل اقتضایی؛ زیرا در ظن به دلیل وجود احتمال خلاف، کشف از واقع وجود ندارد. از نظر عقلی به دلیل فقدان حجیت، جواز عمل به ظن صادر نشده و در این عدم جواز نیز نیازی به تعلق منع شرعی به آن نیست و نهی آیات و روایات در این باب، ارشاد به حکم عقل است، نه اینکه نهی مولوی باشد. گفتنی است، حجیت ظن محتاج جعل شرعی است؛ چون در حد خود و مثل قطع، حجت نیست؛ (خوئی، بی تا: ۱۰۱/۴۷) بنابراین در قاعده ای اولیه و کلی می توان گفت: اصل در ظنون، عدم حجیت است، مگر مواردی که دلیل بر آن اقامه شده باشد. (آشتیانی، ۱۳۰۷: ۱/۲۶۲) به عبارتی حجیت مطلق ظنون ثابت نشده است. (انصاری، ۱۴۰۵: ۱/۴۸۶)

بررسی تعامل علما با مسئله ظن، همان گونه که اشاره شد، نشان از وجود اختلاف نظر درباره میزان اعتبار ظن دارد. گروهی از علما ادعای قطعیت اخبار دارند و هیچ گونه ظنی را از تحت اصل (عدم اعتبار ظنون) خارج نمی دانند و عقیده دارند که ظن هیچ گونه حجیتی ندارد، عمل به آن جایز نیست و حجیت صرفاً منحصر در علم است. (نراقی، ۱۴۱۷: ۳۵۶؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۳: ۱/۱۸۸) آنها به آیاتی از قرآن مانند ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ (اسراء، ۳۶) (از آنچه به آن آگاهی نداری، پیروی مکن...) ﴿إِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ (یونس، ۳۶) (...[در حالی که] گمان، هرگز انسان را از حق بی نیاز نمی سازد [و به حق نمی رساند]...) و ﴿وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ (بقره، ۱۶۹) (...[و نیز دستور می دهد] آنچه نمی دانید، به خدا نسبت دهید.) و روایاتی مانند: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْكَذِبِ» (از ظن بر حذر باشید؛ چرا که ظن از جمله دروغ ترین موارد است.) (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۵۹/۲۷) استناد کرده اند. در همین راستا اصلی به عنوان اصل ابتدایی در میان علما شایع شده است: عدم حجیت ظنون. (مجاهد طباطبائی، ۱۲۹۶: ۶۱۹)

برخی از فقها نیز قائل به حجیت و اعتبار همه ظنون از باب ظن مطلق هستند. این گروه از علما عقیده دارند که حجیت مطلق ظنون همان گونه که در احکام جاری است، در باب «ترجیح ظنون» نیز جاری می شود. ترجیح ظنون از باب حجیت مطلق ظنون نیز موجب حجیت

ظنون خاص و وجوب بسنده کردن به آنها است. (کلباسی، ۱۳۱۶: ۱۱۰)

از نظر گروه اول، با دلیل نیز می‌توان بعضی از ظنون را از اصل ابتدایی عدم حجیت ظنون خارج کرد و قائل به منحصرنبودن حجیت در علم شد. (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۳۵۷) در این دیدگاه در صورت اقامه دلیل، علت و مبنایی بر وجوب یا امتناع ظن وجود ندارد، بلکه ظن در حالتی از امکان عقلی قرار می‌گیرد (کلباسی، ۱۳۱۷: ۱۱ و ۹۳) و با همراهی دیگر امارات معتبر، می‌توان ظن را به حالت امکان سوق داد. ظنونی همچون ظواهر الفاظ، اجماع منقول و خبر واحد (خراسانی، بی تا: ۲۸۱، ۲۸۸ و ۲۹۳) فرصت ورود در امکان عقلی داشته و در بررسی و استنباط احکام می‌توانند مورد استناد قرار بگیرند؛ اما در صورت فقدان برهان قطعی و دلیل علمی بر حجیت ظن، نمی‌توان قائل به حجیت آن شد؛ بنابراین اختلاف در وجود یا عدم وجود، از میان‌برنده اصل عدم حجیت ظنون، همچنین امکان یا عدم امکان خروج بعضی از ظنون از این اصل است. (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۳۵۶)

۲- پیشینه و تاریخچه ظن تراکم

در مورد پیشینه این اصطلاح به صورت مستقل در منابع اسلامی سخنی به میان نیامده است؛ اما در مباحث مختلف فقهی و اصولی به فراوانی می‌توان رد پای این اصطلاح را یافت. از جمله مهم‌ترین مباحثی که این اصطلاح نقش مبنایی و پایه‌ای در آن ایفا می‌کند، «اجماع حدسی» است که تا حدی می‌تواند پیشینه این اصطلاح را بازگو کند. فقهای متأخر حجیت اجماع حدسی را مبتنی بر اساس «ملازمه» (میان فتوای اجماع‌کنندگان و رأی امام) و تراکم ظنون دانسته‌اند. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق: ۳۹۵/۷)

خط‌مشی علما در اجتهاد دربرگیرنده دو شیوه عمده است: برخی به اصطلاح دارای شیوه‌ای مدرسه‌ای هستند که باید صغرا و کبرایی باشد تا بتوانند نتیجه استنباط و اجتهاد را در قالب حکم بیان کنند (مرحوم آیت‌الله خوئی را می‌توان در این گروه دانست) و گروه دیگر به شیوه تجمیع ظنون یا تراکم ظنون تمسک کرده و این شیوه را دستیابی به اطمینان قرار می‌دهند. (شیخ انصاری را می‌توان در این گروه جای داد) به صورت کلی و از دیدگاه مکتبی

می‌توان گفت: کفه روش اجتهاد بر اساس تجمیع در قم سنگین تر از نجف است و کفه روش اجتهاد بر اساس صغرا و کبرا در نجف سنگین تر است. (فاضل لنکرانی، بی‌تا: ۱۵۶)

با مراجعه به کتاب مکاسب شیخ انصاری، فراوان دیده می‌شود که به وسیله ادله‌ای که هیچ‌یک در حد ظن معتبر نیست، بر حکمی فقهی استدلال می‌شود و ایشان همه آن‌ها را رد می‌کند؛ اما سرانجام با عبارت «الانصاف» آن حکم فقهی را می‌پذیرد. این روش شیخ انصاری از این جهت است که تراکم ظنون غیرمعتبر در حکمی فقهی، موجب «وثاقت صدور» به مضمون روایت می‌شود و می‌توان به مضمون چنین خبری عمل کرد. (یوسفی، ۱۳۹۴: ۱۵۴)

پیشینه لفظی این اصطلاح نیز متنوع بوده و با عبارات مختلفی می‌توان نشانی از این اصطلاح یافت؛ این اصطلاح با عناوینی همچون «تراکم الظنون»، «الظنون المتراکمة»، «ظن متراکم»، «تجمیع ظنون»، (صدر، ۱۴۰۶ق: ۷۲۴/۲) «توارد ظنون» (آشتیانی، ۱۳۰۷: ۲۷۷/۱) و اصطلاحاتی از این دست در کلام علما نمایان است.

اصطلاح «تراکم ظنون» در حقوق کیفری نیز دارای سابقه است و حقوق دانان از این روش برای اثبات گزاره‌های خود بهره جسته و تراکم ظنون را از جمله مقوله‌های اثبات‌گر یا ابطال‌گر و همچنین فرضیه‌ساز در این علم تلقی کرده‌اند؛ با این توضیح که اثبات‌پذیری و ابطال‌پذیری گزاره‌های تقنینی، از شروط تحقق حقوق کیفری منطقی است. کشف روابط پدیده‌ها و پدیدارها در اثبات‌گرایی حقوقی، با استدلال استقرایی صورت می‌گیرد؛ در استقرای حقوقی، با روش جمع قرائن و تراکم ظنون و احتمالات، فرضیه‌سازی می‌شود و مادامی که فرضیه، توانایی توجیه سزاوار و رضایت‌بخش مفروضات را از دست ندهد، بی‌اعتبار نمی‌شود. (پورحسن سنگری و کوشا، ۱۳۹۷: ۱۳)

در بحث علم قاضی نیز مفروض این است که دادرس از جمع قرائن و آمارات به «معرفت» و «علم» و کشف واقعیت خارجی نائل می‌شود و بنابراین با فرایندی «معرفت‌شناختی» روبه‌رو هستیم که در آن دادرس از مراتب پایین شناخت، به تدریج و به روش تراکم ظنون و جمع قرائن، به سرحد علم و اطمینان می‌رسد. (شریف، ۱۳۹۶: ۱۰)

سیدمحمدباقر صدر از ظنون متراکم با عنوان «یقین حاصل از حساب احتمالات» یاد کرده

و قائل به حجیت اجماع از باب ظنون متراکم بوده است؛ اما به وسیله همین ظنون حجیت اجماع مرکب را نفی کرده است. با این توضیح که اجماع مرکب، فاقد حجیت لازم جهت تمسک است؛ چرا که حجیت این اجماع از باب کشف قول معصوم از راه یقین حاصل از حساب احتمالات (ظنون متراکم) بوده و در بحث اجماع مرکب، علم به خطای یکی از دو طرف نزاع داریم؛ بنابراین ظنون متراکم نمی تواند به عنوان ایفا کننده نقش کاشف برای اجماع مرکب باشد، چون نفس این ظنون دارای تعارض است. (صدر، ۱۴۰۶ق: ۱۳۳/۲)

همان گونه که مشاهده می شود، تراکم ظنون گاهی نقش اثبات کننده حجیت و گاهی نقش مقابل آن، یعنی نفی کنندگی را ایفا می کند. علاوه بر این موارد، فقها در مناقشات دیگری نیز از تراکم ظنون جهت اثبات یا رد بهره جسته اند که در ضمن آن ها می توان پیشینه و سابقه کاربرد این اصطلاح در مباحث را دریافت. در ادامه و به تناسب بحث، به بعضی از آن ها اشاره می شود.

۳- اسباب و شرایط ظن متراکم

پس از تبیین ماهیت «ظن متراکم»، لازمه ادامه بحث، بررسی اسباب، همچنین شرایط این اصطلاح است. بسیاری از فقها جمله «ان الحجة قد تحصل من تراکم الظنون» و جملات هم معنا و مترادف را در مباحث مختلف فقهی و اصولی به کار برده اند (قدسی، ۱۴۱۶ق: ۵۸۸/۳) که دال بر اعتبار ظن متراکم از دید ایشان دارد. نکته مهم در مورد ظنون مورد بحث، منشأ حصول آن ها است. آنچه از کلمات علما بر می آید، آن است که منشأ پیدایش این ظنون فرقی نمی کند که از طریق روایات یا از طریق کتاب، سنت یا اجماع باشد. در ادامه در ضمن مباحثی که ظن متراکم در آن ها استفاده شده، به بیان اسباب و شرایط می پردازیم.

۳-۱- اسباب ظن متراکم

۳-۱-۱- قضاوت زن

آیت الله گلپایگانی در توضیح جایز نبودن قضاوت زن، استدلال کرده است: «هر چند که بتوان بر تک تک این دلایل ایراد وارد کرد و گفت: این دلایل قدرت ثبوت عدم جواز

قضاوت زن به صورت مطلق را ندارند، اما با وجود مقداری دلالت در هر کدام از این دلایل و تراکم دلالت‌ها، در نهایت می‌توان حکم مورد نظر را بیان داشت.» (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق: ۴۸/۱) از فحوای کلام در این فتوا می‌توان دو نکته استخراج کرد: یکی وجود دلایلی بر جایز نبودن قضاوت زن، البته با نوعی ضعف و دیگری جبران ضعف موجود با تراکم، به جهت وجود مقداری دلالت در هر کدام از آن دلایل. در بخش تعریف لغوی و اصطلاحی بیان شد که ظن، نوعی اعتقاد راجح است و مرتبه آن از شک بالاتر و از یقین پایین‌تر است؛ به نظر می‌رسد آیت‌الله گلپایگانی با توجه به معنای لغوی، از ترکیب قوت نسبی موجود در ظنون بهره جسته و از تراکم آن‌ها، ضعف دلایل مربوط به جایز نبودن قضاوت زن را جبران کرده است.

۳-۱-۲- تواتر خبر

«توارث ظنون» موجب حصول علم می‌شود؛ مانند علم حاصل از خبر متواتر که در اصل، اخبار واحدی بوده که از هیچ‌یک امکان حصول علم نبوده و به دلیل اجتماع، علم حاصل شده است. (کاظمی، بی‌تا: ۱۷۰) در اینجا اعتبار خبر متواتر برگرفته از تعدد اخبار واحد است؛ مسئله‌ای که می‌توان مانند آن را در تراکم ظنون یافت، مبنی بر اینکه قدرت اعتبار ظنون نسبت به یقین پایین‌تر است، اما خالی و عاری از اعتبار و حجت نیست و با جمع شدن ظنون و مرتبه ضعیف اعتبار آن‌ها می‌توان از آن‌ها حجیت را دریافت کرد.

۳-۱-۳- قطع به قول امام

اگر موردی فقهی یا اصولی، توانایی کشف موافقت معصوم را داشته باشد، می‌تواند منتقل‌کننده بار معنایی ویژه‌ای باشد که همان توانایی، باعث اختصاص عنوان معتبر به مورد مذکور و همچنین قدرت واسطه‌گری آن در اعتباربخشی به دیگر موارد است؛ ظن متراکم از جمله این موارد است. تراکم ظنون طبق نظر علمای بزرگی همچون علامه حلی، موجب حصول اطمینان به حکم شرعی می‌شود. (حلی (علامه)، ۱۴۲۵ق: ۴۴/۲) صراحت موجود در این کلام و دیدگاه، نشان‌دهنده قدرت کاشفیت این ظن از قول معصوم است که پله آخر چنین قدرتی، معتبر بودن آن است. محقق سبزواری از جمله علمایی است که از ظاهر

کلماتشان می‌توان چنین برداشتی کرد: «ظن متراکم موجب قطع به موافقت امام است.» (سبزواری، بی‌تا: ۸۳/۲) همچنین ایشان اشکالی که بر این امر وارد شده را پاسخ گفته‌اند؛ مبنی بر اینکه «با وجود اختلاف مسائل و آرا و اشخاص، در واقع احاله به مجهول است، چراکه در حصول اطمینان نوعی که بر حسب مراتب مختلف است، حصول اولین مرتبه مانند دیگر موارد کافی است و در ظن متراکم نیز این جهت وجود دارد و ایرادی در آن نیست.» (سبزواری، بی‌تا: ۸۳/۲)

۳-۱-۴- بنای عقلا

این قاعده پیش از آنکه شرعی باشد، قاعده‌ای عقلایی است؛ بلکه می‌توان گفت: پیش از آنکه عقلایی باشد، از جمله قواعد فطری است. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۲۹/۲) ایراد و شکی وجود ندارد که بنای عقلا از ابتدای خلقت بشر تا به امروز بر عمل طبق برخی ظنون دلالت داشته (قرجه داغی الکماری، بی‌تا: ۱/۲۶۰) و تراکم ظنون از جمله مواردی است که در راستای بنای عقلایی قرار گرفته است. (یوسفی، ۱۳۹۴: ۱۵۳) همچنین بنای عقلا سومین روشی است که برای اثبات حجیت اجماع استفاده شده است. این روش در کلمات برخی فقها روش عقلی و معنوی نامیده شده و در کلمات بعضی دیگر به نظریه توارد و تراکم ظنون، تجمع قرائن و دلیل استقرایی مبتنی بر اساس حساب احتمالات مطرح شده است. (خراسانی حسینی، ۱۳۷۳: ۴۸)

۳-۲- شرایط ظن متراکم

ظن متراکم جهت محقق شدن نیازمند وجود شرایطی است؛ از جمله موارد زیر:

۳-۲-۱- لزوم حصول ظن از علمای متقدم

در علم فقه و علم اصول، استناد به امور معتبر (همچون قرآن و سنت) از جمله پایه‌های روش بحث است و علاوه بر منابع اصلی و اصیل، در جای جای کتب فقهی و اصولی می‌توان مشاهده کرد که دلیل اعتبار بحثی خاص، روآوری و فتوای علمای گذشته به آن بحث است؛ به عنوان نمونه برای حجیت اجماع به چند دلیل استناد شده است، از جمله دخول امام در میان اجماع کنندگان، قاعده لطف، شیوه حدس و نیز قطع به حکم ناشی از تراکم ظنون.

(خوئی، ۱۳۴۵: ۹۸/۲) در مورد شیوه کشف قول معصوم از راه تراکم ظنون هم شرط شده که نقل کننده اجماع باید از میان علمای متقدم باشد که منظور علمای قبل از محقق و علامه است؛ اما اگر از راه علمای غیر متقدم باشد، قابل اعتماد نیست. (مدرسی، ۱۴۱۲ق: ۱۲۵/۲)

این شیوه به مانند شیوه خبر متواتر منتهی به حجیت می شود؛ به این صورت که از تک تک روایات، در ابتدا ظن و با تجميع این ظنون، قطع حاصل می شود. (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۶۸۸) این انضمام آرا و در نتیجه تراکم احتمالات اگر تا مرز همه فقها پیش رود، به آن اجماع گفته می شود و اگر تا مرز قریب به اتفاق آنان جلو رود، شهرت نامیده می شود. آنچه مهم است، رشد و ازدیاد احتمال مطابقت تا مرز اطمینان و یقین و ضعیف شدن احتمال خطا تا مرز محو و انعدام است؛ بنابراین حتی اگر این هدف با اتفاق چند نفر از استوانه های فقه همانند شیخ صدوق و شیخ مفید و شیخ الطائفه حاصل شود، باز هم حجیت ثابت شده و قول معصوم کشف می شود؛ البته این اتفاق آرا باید در زمینه فتاوی قدما از اصحاب به وجود آمده باشد، نه متأخران؛ (قدسی، ۱۳۸۸: ۷) به عبارتی ظنی که قدرت حجت بخشی داشته باشد بایستی حاصل از علمای متقدم باشد و در این شیوه، همان گونه که اشاره شد، ظنون متراکم به مانند اخبار متراکم است.

۳-۲-۲- حسی بودن

تراکم ظنون به مانند زمانی که در «تواتر»، «مخبر به» امری حسی باشد، موجب حاصل شدن قطع می شود؛ چرا که احتمال مخالفت خبر با واقع در صورتی که مخبر به امری حسی باشد، طبق عادت، غیر معقول است؛ چون منشأ چنین احتمالی یا خطا است، یا احتمال عمد در کذب و مواردی از این دست که همه این موارد، طبق عادت، محال است. به همین دلیل است که مثلاً در حاصل شدن قطع در مورد خبر درباره هلال ماه، در صورتی که چنین اخباری کمتر پیدا کند، وجود کذب محال خواهد شد؛ اما در مواردی همچون فتاوی که مبتنی بر حدس و اجتهاد است، اجتماع و تراکم موجب حاصل شدن قطع به واقع نخواهند شد؛ زیرا همان گونه که احتمال خطا در حق یکی از علما به دلیل اشتباه در مقدمات اجتهادش وجود دارد، چنین خطایی در حق همه محتمل است و این موارد، هر چند زیاد باشد، موجب حصول قطع

به حکم واقعی نمی‌شود. (صافی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۱۵۶/۳)

۳-۲-۳- لزوم تعدد مجلس صدور

باید به این نکته اشاره کرد که تراکم ظنون در صورت «تعدد مجلس صدور» هم حاصل‌شدنی است و در این صورت است که احتمال ظاهر، قوت یافته و احتمال مخالف ظاهر نیز تضعیف می‌شود؛ تا جایی که این روند، ظهور ظنون در علم را منتفی کرده و امر خلاف ظاهر، محکوم به انعدام خواهد شد؛ مانند اینکه اگر خبر آورنده‌ای چندین بار خبری آورد، از باب تراکم ظنون و از جهت تقویت جنبه صدق و ازمیان رفتن احتمال کذب، علم حاصل خواهد شد؛ اما اگر اتحاد مجلس صدور، وجود داشته باشد، ولی طریق به‌سوی صدور متعدد شود، شکی نخواهد بود که حکم صادرشده متحد بوده و دیگر مجالی برای تراکم ظنون وجود ندارد، تا اینکه امکان حصول علم باشد. به همین جهت بهتر است در اخبار و روایات، اگر عام یا مطلق به دلیل تعدد مجلس، متعدد شوند، عام بر خاص و مطلق بر مقید مقدم شود و این تقدم صرفاً در این صورت است و در صورت تعدد عام یا مطلق با اتحاد مجلس، چنین تقدمی اعمال نمی‌شود. (کلباسی، ۱۳۱۶: ۳۳۶)

۳-۲-۴- اشکال سید مرتضی

با وجود گستردگی حوزه کاربرد ظن متراکم در مباحث فقهی و حقوقی، برخی از فقها به بحث تراکم ظنون ایراد وارد کرده‌اند. از جمله این ایرادات می‌توان به اشکال سید مرتضی اشاره کرد که در بحث تعامل فقها در مورد اعتبار یا عدم اعتبار اجماع، نظر خود را بیان کرده است.

حجیت «اجماع حدسی» را می‌توان با استفاده از تراکم ظنون فتاوی فقها به دست آورد؛ چراکه از تراکم ظنون، قطع به حکم حاصل می‌شود. همان گونه که در خبر متواتر است؛ اما از نظر سید مرتضی اگر بتوانیم به فتاوی تک تک فقها ایراد بگیریم، امکان ایراد و اشکال بر مجموع فتاوی آن‌ها نیز وجود دارد. (حاج عاملی، ۱۴۲۶ق: ۱۷۴/۳) در جواب سید مرتضی آمده است که بین خبر متواتر و ظن متراکم به دو صورت اختلاف و تفاوت وجود دارد:

الف- هر کدام از راویان در خبر متواتر، ادعای قطع به روایتی دارد که نقل می‌کند،

بنابراین از ادعای هر فرد، قطع به روایت حاصل می‌شود؛ اما مبحث تراکم ظنونی که به قطع منتهی می‌شود با بحث خبر متواتر تفاوت دارد. در ظن متراکم هر فقیهی بر اساس قطع، حکم نمی‌دهد، بلکه اکثر فقها بر اساس دلیل ظنی حکم صادر می‌کنند و هر کدام از فقها ظن دارد که حکم این گونه باشد؛ معلوم است از ادعای ظن، هر چند متراکم باشد، قطع به حکم به دست نمی‌آید، مگر به صورت نادر.

ب- بین خبر متواتر و «اجماع محصل» اختلاف وجود دارد. در خبر متواتر هر راوی بر اساس حس روایت می‌کند و در حس، کمتر اشتباه رخ می‌دهد و به دلیل وثاقت و عدالت احتمال تعدد در کذب نیز ردشدنی است؛ برخلاف ظن متراکم که هر فقیهی بر اساس حدس فتوا می‌دهد و اشتباه در مسائل عقلی، کم نیست. (سبحانی، ۱۴۲۴ق: ۱۷۳/۳)

۴- حوزه کارایی ظن متراکم

با بررسی کتب در این زمینه، نمی‌توان حوزه کارایی ظن متراکم را محدود به موارد خاصی دانست؛ بلکه باید گفت: هم در مباحث فقهی و هم در مباحث اصولی، تراکم ظنون به عنوان یکی از ملاک‌های حجیت به کار رفته است. بیان تمامی مواردی که تراکم ظنون نقش مؤید را در آن‌ها ایفا کرده، خارج از توانایی این پژوهش است؛ به همین علت به موارد و مصادیقی جهت تنقیح و روشن شدن بحث اشاره می‌شود.

۴-۱- کشف قول معصوم

اینکه شیعه درباره اجماع، قائل به ثبوت مقوله حجیت شده، از آن جهت است که آن را کاشف از قول معصوم می‌داند؛ اما درباره اینکه ملاک چنین کاشفیتی چیست، برخی متقدمان همچون سید مرتضی، دخول شخص معصوم در میان اجماع کنندگان را از جمله راه‌های دستیابی به «قطع به قول معصوم» معرفی کرده‌اند و برخی همچون شیخ طوسی قاعده لطف را ملاک قرار داده‌اند. برخی گفته‌اند: سبب دستیابی به قول معصوم، تراکم ظنون در فتاوا است، تا جایی که موجب قطع به حکم شود؛ مانند قطعی که از خبر متواتر حاصل می‌شود. (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۳۹۵/۹) به عبارتی ملاک‌هایی همچون لطف، تقریر و مواردی

دیگر را متقدمان جهت کشف قول معصوم استفاده کرده‌اند؛ اما علمای متأخر، تراکم ظنون و حاصل شدن اطمینان و به تعبیری دیگر، حدس را ملاک کشف شناخته‌اند و هنگام شمردن دلایل حجیت اجماع از جمله دخول امام و قاعده لطف، از تراکم ظنون به عنوان یکی از دلایل یاد می‌کنند. (روحانی، بی تا: ۸۸/۲)

در کل باید یادآوری کرد، ظنونی همچون گفتار لغوی و رجالی و تراکم ظنون، به تنهایی اعتبار ندارد، ولی گاهی سبب اطمینان به حکم می‌شود؛ پس اگر از این راه اطمینان به صدور حکم از معصوم حاصل شد، اعتبار دارد، و گرنه ندارد (شاهرودی، بی تا: ۳۴۵) که با توجه به اشاره علما به تراکم ظنون در کنار چنین مواردی، تراکم ظنون نیز از این مسئله مستثنا نبوده و اگر موجب اطمینان به صدور حکم معصوم شود، دارای اعتبار است.

آیت الله بروجردی جهت اعتباربخشی به شهرت، نسبت به کاشف بودن از قول معصوم آن را به نوعی هم سنگ اجماع قرار داده است. ایشان مانند دیگر متأخران در تعیین ملاک کاشفیت، از عنصر حدس سخن به میان می‌آورد. از نظر ایشان بر پایه حدس و تراکم ظنون، شهرت می‌تواند کاشف باشد، هر چند جریان کشف بر پایه آن به قوت و سرعت جریان کشف بر پایه اجماع نباشد. ایشان از آنجا که به حدس و تراکم ظنون می‌اندیشد، کاشفیت را در انحصار اجماع نمی‌بیند و برای شهرت نیز اعتبار قائل است؛ چرا که مشهور بودن حکم مسئله نزد قدما از وجود دلیل معتبر بر آن حکم کشف می‌کند؛ (جمعی از مؤلفان، بی تا: ۱۵۴/۲۳) بنابراین می‌توان گفت که متأخران، ملاک کاشفیت اجماع و شهرت، از قول معصوم را از راه ظنون متراکم مشاهده کرده و رأی به آن داده‌اند.

۴-۲- قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»

این قاعده برای نخستین بار از مضمون گفته‌های شیخ طوسی برداشت شده (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۰۴/۲) و مفهوم اجمالی آن این است: در عقود که مالی در مقابل مالی پرداخت می‌شود، در صورت صحت معامله و عقد، مورد معامله مجانی نیست؛ اما در صورتی که آن معامله و عقد باطل باشد نیز مجانی نخواهد بود و مشتری و مستأجر و امثال آن‌ها با استناد به بطلان معامله و عقد، نمی‌توانند خودشان را مبرا از ضمان بدانند. عقد باطل در این گونه

موارد، موجب ضمان است، همانند آنکه صحیح این عقود، ضمان آور است. (مؤمنی، ۱۳۸۰: ۱۳۶)

از جمله دلایلی که جهت اعتبار این قاعده به آن استناد شده، اجماع‌هایی است که در کلام فقها بیان شده است؛ اما در مورد استناد این اجماع‌ها بین علما اختلاف نظر است. برخی اجماع را به دلیل وجود خلل‌هایی در آن، قاصر از اثبات این قاعده می‌دانند؛ (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۹۰/۲) اما با به کارگیری تراکم ظنون می‌توان بستری جهت رفع ایراد وارد شده تشکیل داد، مبنی بر اینکه اگرچه هر کدام از این اجماع‌ها به تنهایی توانایی اعتباربخشی به قاعده را نداشته، از مجموع این اجماع‌ها و از جهت تراکم ظنون می‌توان ظن حجیت این قاعده را برداشت کرد؛ ظنی که هم‌تراز اطمینان بوده و کفایت لازم جهت اثبات حکم شرعی را دارد. (قزوینی، ۱۴۱۹ق: ۲۰۳)

۴-۳- اعتبار روایات و روایان

دو رویکرد کلی در مورد روایات وجود دارد: بر اساس رویکرد اول نیازی به علم رجال نیست، نفس روایت کافی است و تمام روایات، از معصومان رسیده است؛ در رویکرد دوم روایاتی که فاقد صحت سندی باشند کنار گذاشته شده و حقیقت، تنها در گرو سند صحیح است؛ ولی حقیقت این است که باید قرائین بررسی شود و تراکم ظنون نادیده گرفته نشود. این تراکم ظنون، این احتمال را در اختیار قرار می‌دهد که ظن حاصل شده و این ظن می‌تواند به ما کمک کند؛ (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶: ۱) مانند روایت زیر:

«زَيْدُ التَّرْسِيِّ: سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرَّبِيبِ يَدْقُ وَ يَلْقَى فِي الْقِدْرِ ثُمَّ يَصُبُّ عَلَيْهِ الْمَاءَ وَ يَوْقُدُ تَحْتَهُ، فَقَالَ: لَا تَأْكُلْهُ حَتَّى يَذْهَبَ الثُّلُثَانِ وَ يَبْقَى الثُّلُثُ، فَإِنَّ النَّارَ قَدْ أَصَابَتْهُ. قُلْتُ: فَالرَّبِيبُ كَمَا هُوَ يَلْقَى فِي الْقِدْرِ وَ يَصُبُّ عَلَيْهِ ثُمَّ يَطْبُخُ وَ يَصْفَى عَنْهُ الْمَاءَ. فَقَالَ: كَذَلِكَ هُوَ سَوَاءٌ إِذَا أُدْبِتِ الْحَلَاوَةُ إِلَى الْمَاءِ وَ صَارَ حُلُومًا بِمَنْزِلَةِ الْعَصِيرِ.» (مجلسی، ۱۴۱۰ق: ۵۰۶/۶۳) (از امام صادق عليه السلام پرسیده شد: اگر کشمش کوبیده شود، در ظرفی جوشانده شود، بر آن آب ریخته شود و زیر آن آتش روشن شود، آیا حرام است؟ امام پاسخ داد: آن را نخور تا زمانی که دوسوم آن از میان رود و یک‌سوم باقی بماند؛ چرا که آتش آن را گرم کرده است. گفتم: اگر بر

کشمش، همان گونه که در حال جوشش است، آب ریخته شود، سپس بپزد و آب آن جدا شود، چطور؟ فرمود: به مانند حالت قبل، آن را ننوش؛ چرا که شیرینی کشمش به آب رسیده و مانند عصیر شیرین شده است.)

در مورد مضمون، محتوا، اعتبار و راوی این روایت و کتابی که روایت از آن نقل شده بین فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ شیخ الشریعه اصفهانی با بیان استدلال‌هایی جهت بررسی و حلاجی این روایت، به منظور رسیدن به نتیجه‌ای مستند، چند دلیل برای اعتبار بخشی به روایت بیان می‌کند که یکی از دلایل مطرح شده از سوی ایشان، تراکم ظنون است.

اشکالی که در مورد این روایت می‌توان بیان کرد که دفع آن نیز مشکل به نظر می‌رسد، این است: هر چند اثبات وثاقت زید و اعتبار کتابش را پذیریم، اما نسخه‌ای از کتاب زید که در زمان علامه مجلسی پیدا شده که روایت مورد بحث در ضمن آن است، نمی‌تواند همان کتاب مورد نظر زید باشد و همچنین این روایت در هیچ یک از کتب حدیثی نقل نشده و صرفاً علامه مجلسی آن را از نسخه قدیمی نقل کرده و پس از آن، نقل روایت میان علمای متأخر از علامه شیوع پیدا کرده است؛ مگر اینکه بیان شود: به دلیل تراکم ظنون، همچنین قرائن بسیار، علم قطعی یا اطمینان عادی ملحق به علم موضوعی یا حکمی، پیدا می‌شود. (شریعت اصفهانی، ۱۴۱۰ق: ۲۷)

۴-۴- عدالت

در میان فقها بحث است که: آیا در تعیین کننده مقدار کالاهای «قیمی» و «ارش» کالاهای معیوب، معین کننده مقدار دیات و همچنین تعیین کننده لغات و قرائات در تفسیر آیات، عدالت افراد معتبر است یا ظن و وثوق حاصل و قول اهل خبره کافی است، هر چند فاسق یا کافر باشند؟ در اینجا اختلاف نظر وجود دارد که مطابق احتیاط، نظر اول قوی تر است و افراد بایستی دارای صفت عدالت باشند؛ برای حجیت چنین دیدگاهی به اجماع و سیره، همچنین «انسداد باب علم» نیز استدلال شده و عدالت را به عنوان معیار در ترازو قرار داده‌اند؛ اما در دفع این دیدگاه می‌توان بیان کرد: اولاً چنین استدلال‌هایی ممنوع است؛ ثانیاً اگر صحیح باشد در مواردی کاربرد دارد که متعلق حکم شرعی نباشد، بلکه مربوط به تفسیر خطبه یا معنی شعر یا

علم به شیء بدون عمل باشد، یا اینکه مقدمه‌ای جهت تحصیل علم بعد از تراکم ظنون باشد. (لاری، ۱۴۱۸ق: ۲۶۱/۱)

۴-۵- حصول علم اجمالی

مطابق نظر مشهور علما در حوزه اصول، محور اصلی در «تنجز تکالیف»، علم بوده و ظن و احتمال در آن جایگاهی ندارد. طبق این نظر، برای اثبات عقلی منجزیت علم اجمالی، تمام توجه، به جنبه علم در موارد علم اجمالی و میزان قابلیت آن برای تنجز تکلیف است؛ (نقیبی و سهیلی، ۱۳۹۷: ۱۳۱) اما در میان نظرات اصولیان معاصر، از نظر عقلی امکان تنجز تکلیف به وسیله احتمال نیز وجود دارد. (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۲۳۷/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق: ۴۶/۳) به عبارتی از آنجا که احتمال تکلیف، به حکم وجدان، در اطراف علم اجمالی موجود است، تنجز تکلیف حتی تا حد وجوب موافقت قطعی، به راحتی ثابت می شود؛ زیرا، وقتی طبق مبنای این بزرگان، حکم عقلی در شبهات بدوی، احتیاط است، به طریق اولی در موارد علم اجمالی منجزیت عقلی ثابت می شود. (نقیبی و سهیلی، ۱۳۹۷: ۱۳۱)

به طور کلی باید گفت: ادعای حصول علم اجمالی در خصوص امارات ظنی دور از انتظار نیست؛ چرا که از مجموع تراکم ظنون، برخلاف تراکم شک‌ها، حصول علم اجمالی ممکن است؛ علاوه بر این، امکان دارد شیئی خود به تنهایی نتواند جزء موارد علم اجمالی باشد، ولی با ضمیمه آن به بعضی از اطراف که معلوم اجمالی است، حصول علم اجمالی ممکن خواهد شد؛ (خراسانی، بی تا: ۲۰۱/۳) مثلاً اگر شخصی خبر مرگ زید را بدهد و آماره‌های دیگری نیز بر این مورد اقامه شود، در صورت اجتماع هریک از این ظنون بر فوت زید، احتمال قطع به موت او حاصل می شود. (حلی، ۱۴۳۲ق: ۴۸۲/۶)

۴-۶- اعتبار بخشی به خبر توسط شهرت

بر پایه حدس و تراکم ظنون، شهرت نیز می تواند کاشف باشد؛ هر چند جریان کشف بر پایه آن به قوت و سرعت جریان آن بر پایه اجماع نیست. (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۷۴: ۱۵۶/۲۳) اگر ایراد وارد شود که چگونه ممکن است، شهرت، موجب حجیت خبر واحد شود، با وجود اینکه خود، حجت مستقل نیست و در این صورت مصداق بارز «ضم

لاحجت به لاحت است. به این اشکال می توان از راه تراکم ظنون پاسخ داد؛ با این توضیح که از راه تراکم ظنون، امکان تحصیل حجت وجود دارد و مدار در حجت خبر واحد، وثوق به صدور خبر است و این وثوق و اطمینان از راه ضمیمه کردن ظن به ظن، می تواند حاصل شود، همان گونه که امکان حصول علم نیز وجود دارد؛ مانند خبر متواتری که از راه تراکم ظنون و ضمیمه بعضی از ظنون به یکدیگر موجب حصول علم می شود. (قدسی، ۱۴۱۶ق: ۵۸۸/۳)

در کل باید اظهار داشت: با اینکه ملاک ها و مبانی حجت ظن متراکم بیان نشده و صرف استخراج چند مورد از فحوای کلام علما بوده، اما به دلیل وجود توسعه کارایی این عنوان در مباحث مختلف فقهی و اصولی، مجالی جهت تردید در اعتبار این گونه از ظنون، وجود ندارد. اما درباره کیفیت حصول علم از خبر، دو پاسخ عنوان شده است:

الف- محقق حلی: «اگر خبر واحدی به دست ما برسد و افاده ظن نماید، سپس هر مقدار که نقل آن خبر تکرار شود، ظن حاصل از آن از نوعی قوت برخوردار می شود تا مرحله ای که منتهی به علم شود.» (حلی (محقق)، ۱۴۰۳ق: ۱۳۹/۱)

ب- شیخ حسین عبدالصمد عاملی: «طریق حصول علم به وسیله تواتر، این است که به خود خبر توجه کنیم. اگر خبری در مورد مسئله ای به صورت متواتر به دست ما برسد، در این صورت قول راوی اول وجود ظن به آن مسئله را در ذهن ما تحریک می کند و قول و نقل نفر دوم و سوم این ظن را تأکید می کند، تا مرحله ای که به ضرورت مسئله برسد.» (عاملی، بی تا: ۹۲/۱)

همچنین در تعریف خبر متواتر آمده است: تواتر به معنای تعدد خبر است، تا حدی که قطع به «عدم تواطی راویان بر کذب» حاصل شود و این عدم تواطی را می توان از راه احتمالات نیز به دست آورد. همان گونه که مشاهده می شود در این تعریف صحت و اعتبار، از جمله عناصر تواتر و اجزایش در نظر گرفته نشده و چه بسا تواتر از راه اخبار ضعیف نیز حاصل شود؛ چرا که به دست آمدن حجت تکوینی از راه تراکم احتمالات و ظنون است، نه به سبب حجت معتبر؛ بنابراین اینکه «ضمیمه ضعیف به ضعیف، نمی تواند مولد حجت باشد»،

پذیرفتنی نیست. (سند، ۱۳۳۴: ۳۰۵/۲)

بنابراین می‌توان اظهار کرد که مسیر حصول علم در خبر واحد و متواتر، مسیری یکسان بوده و نمی‌توان ایراد سید مرتضی را وارد دانست.

آیت‌الله سبحانی نیز در جواب به سید مرتضی بیان کرده است: هرچند هر واحد، ظن است، ولی وقتی ظنون پشت سر هم آید، تبدیل به قطع می‌شود. در اینجا نمی‌توان حکم هر واحد را بر روی کل گذاشت؛ این مانند ترکه‌ای است که به راحتی شکسته می‌شود، ولی وقتی چند ترکه را کنار هم گذاشتند، دیگر شکستنی نیست. (سبحانی، ۱۳۹۶)

همچنین می‌توان به ایراد سید، این گونه پاسخ داد: منطقی که در مراکز علمی رواج دارد، منطق ارسطویی است. این منطق گزاره‌های ارائه شده را به دو قسم صحیح و غلط تقسیم می‌کند و به بیان دیگر، نگاهی رایانه‌ای و صفرویکی به مسائل دارد؛ اما در حدود هفتاد سال اخیر، منطق دیگری به مباحث علمی جهان توسط محققان ایرانی وارد شده که به منطق فازی معروف است. در نگاه این منطق، گزاره‌ها به صحیح و غلط تقسیم نمی‌شود، بلکه به طور نسبی به آن‌ها نگاه می‌شود؛ مثال معروف این منطق در مورد گزاره‌ها این است که بین سفید و سیاه، خاکستری وجود دارد.

این نگاه گرچه در مورد علوم طبیعی، خصوصاً علوم مهندسی کاربرد پیدا کرده، ولی در فضای علوم نقلی هم بسیار راهگشاست؛ برای مثال، گرچه احادیث یا صحیح‌اند یا ضعیف، اما درجه صحت و ضعف آن‌ها نیز متفاوت است و ضعف بعضی از احادیث را می‌توان با قراین دیگری جبران کرد. این روش در بین بعضی فقها رایج بوده و هست؛ اما با ورود علمی منطق، می‌توانیم مبانی این روش فقهاتی را متقن‌تر و مستدل‌تر ارائه کنیم. (دهشور، ۱۳۹۰: ۷/۶۸)

نکته دیگر اینکه فضای کاربردی این منطق بسیار وسیع است و شامل علم اصول و فقه و رجال هم می‌شود؛ برای مثال در بحث کنونی، با این منطق، حجیت ظنون متراکمی که به حد «ظن متاخم به علم»، یا به تعبیر دیگر، اطمینان برسد، اثبات می‌شود؛ چرا که همه حجج در رتبه یکسانی از حجیت قرار ندارند، بلکه حجیت، امری «مقول به تشکیک» است. (دهشور،

۱۳۹۰: ۷/۶۸)

نتیجه گیری

به عنوان نتیجه کلی حاصل از بطن این پژوهش، می توان به طور خلاصه بیان کرد: اصطلاح «ظنون تراکم» به این معنا است که اگر از ناحیه فتوای هر فقیه، ظن حاصل شود و تعداد نظرات موافق، با این رأی فقیه به اندازه ای برسد که تبدیل به اطمینان نزدیک به یقین و یا قطع شود، تراکم ظنون رخ داده و این تراکم و انبوهی در دیدگاه ها، موجب حجیت آن می شود.

تراکم ظنون، هر چند با عناوین متفاوت و مختلف در کلام علما بیان شده، اما نظر مشترکی از کلام اکثر علما می توان درباره این اصطلاح یافت و آن، حجت داشتن این اصطلاح و حجیت بخشی به دیگر مباحث فقهی و اصولی است. نکته مهم این است که ظن، خود نوعی احتمال قوی است، ولی اگر با دلیل معتبری تقویت شود، می تواند منجر به علم شود.

در ظن تراکم نیز از جمله دلایلی که منجر به حجیت می شود، می توان به بنای عقلا و حاصل بودن ظن از علمای متقدم اشاره کرد. همچنین این نکته به اثبات رسید که میان خبر متواتر و اجماع محصل، با تراکم ظنون، اگر چه شباهت هایی وجود دارد، ولی تفاوت هایی نیز وجود دارد که حاکی از استقلال نهادی به نام تراکم ظنون است.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن، ۱۳۰۷، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، تحریر أحمد التفرشی، بی جا.
۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، ج ۳، بیروت: دارالفکر.
۲. انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۴۰۵ق، تشریح المقاصد فی شرح الفرائد، شرح محمدجواد ذهنی تهرانی، قم: حاذق.
۳. بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، ۱۴۱۹ق، القواعد الفقهية، قم: الهادی.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد، ۱۴۰۵ق، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: اسلامی.
۵. پورحسن سنگری، علی و جعفر کوشا، ۱۳۹۷، «فرضیه حقوق کیفری منطقی»، تحقیقات حقوقی، ش ۸۷، ص ۱۰۱.
۶. جمعی از پژوهشگران، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت (علیهم السلام)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۷. جمعی از مؤلفان، ۱۳۷۴، فقه اهل بیت (علیهم السلام)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۸. جمعی از محققان، ۱۳۸۹، فرهنگ نامه اصول فقه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۹. جوهری، اسماعیل بن احمد، ۱۴۰۷ق، الصحاح، بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۰. حائری، سید کاظم، ۱۴۱۴ق، مباحث الاصول، ج ۲، قم.
۱۱. حاج عاملی، محمدحسین، ۱۴۲۶ق، إرشاد العقول إلى مباحث الأصول، قم: مؤسسه الإمام الصادق (علیه السلام).
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ق، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۱۳. حلی (محقق)، جعفر بن حسن، ۱۴۰۳ق، معارج الأصول، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

۱۴. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، ۱۴۲۵ق، نهاية الوصول الى علم الأصول، قم: مؤسسة الامام الصادق (علیه السلام).
۱۵. -----، ۱۴۲۱ق، تهذيب الوصول إلى علم الأصول، لندن: مؤسسة الامام علی (علیه السلام).
۱۶. حلی، حسین، ۱۴۳۲ق، أصول الفقه، قم: مكتبة الفقه و الاصول المختصة.
۱۷. حمیری، نشوان بن سعید، ۱۴۲۰ق، شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم، بیروت: دارالفکر المعاصر.
۱۸. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم، بی تا، کفایة الأصول، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۱۹. خراسانی حسینی، احمد، ۱۳۷۳، «باز کاوی دلیل اجماع»، فقه، ش ۱.
۲۰. خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۳۴۵، اجود التقريرات، تقرير مصطفوی تبریزی، بی جا.
۲۱. -----، بی تا، موسوعة الامام الخوئی، قم: مؤسسة الخوئی الاسلامیة.
۲۲. دهشور، سلمان، ۱۳۹۰، «نکته های نو در علوم مقدماتی اجتهاد»، فقه، ش ۶۸، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ۱۴۱۲ق، مفردات الفاظ القرآن، بیروت: دارالعلم.
۲۴. روحانی، محمد حسین، بی تا، منتهی الاصول، تهران: عروج.
۲۵. زبیدی، سید محمد مرتضی، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دارالفکر.
۲۶. سالوس، علی بن أحمد علی، ۱۴۲۴ق، مع الاثنی عشریة فی الأصول والفروع (موسوعة شاملة)، ط ۳، ریاض: دار الفضیلة.
۲۷. سبجانی، جعفر، ۱۴۲۴ق، أدوار الفقه الإمامی، بی جا: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۲۸. -----، ۱۳۹۶، «درس خارج اصول، بحث حجیت اجماع»:
- www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/osool/96/960914
۲۹. -----، ۱۴۲۴ق، ارشاد العقول الى مباحث الاصول، تقرير محمد حسین حاج عاملی، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

۳۰. سبزواری، عبدالاعلی، بی تا، تهذیب الأصول، ج ۲، قم: مؤسسه المنار.
۳۱. سند، محمد، ۱۳۳۴، سند الاصول. بحوث فی اصول القانون و مبانی الادلة، بیروت: الامیره.
۳۲. شاهرودی، محمدابراهیم جناتی، بی تا، ادوار فقه و کیفیت بیان آن، بی جا.
۳۳. شریعت اصفهانی، فتح الله، ۱۴۱۰ق، إفاضة القدير فی أحكام العصور، قم: اسلامی.
۳۴. شریف، محمدمهدی، ۱۳۹۶، «سهم اشراق و استدلال در فرایند دادرسی»، مطالعات حقوقی، دانشگاه شیراز، دوره نهم، ش ۱.
۳۵. صافی اصفهانی، شیخ حسن، ۱۴۱۸ق، الهدایة فی الاصول، قم: مؤسسه صاحب الامر.
۳۶. صدر، سیدمحمدباقر، ۱۴۰۶ق، دروس فی علم الأصول، ط ۲، بیروت: دارالکتاب اللبنانی.
۳۷. طریحی، فخرالدین، ۱۴۱۶ق، مجمع البحرین، ج ۳، تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
۳۸. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷، المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۳، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۳۹. -----، ۱۴۱۳ق، التبیان فی تفسیر القرآن، قم: اسلامی.
۴۰. عاملی، شیخ محمدحسین، بی تا، ارشاد العقول الی مباحث الاصول، مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).
۴۱. علامه حیدری، علی تقی، ۱۳۹۵، اصول الاستنباط، ترجمه عباس زراعت و حمید مسجد سرائی، ج ۱۴، قم: حقوق اسلامی.
۴۲. علیدوست، ابوالقاسم، ۱۳۸۳، «مناهج عمده تحقیق در معارف دینی»، قبسات، س ۹.
۴۳. -----، ۱۳۹۵، «ظرفیت های فقه در رویارویی با مسائل دنیای معاصر»، اقتصاد اسلامی، س ۱۶، ش ۶۲.
۴۴. فاضل لنکرانی، محمدجواد، ۱۳۹۶، «درس: بررسی مبانی کتاب شناسی شیعه»، پایگاه اطلاع رسانی آیت الله شیخ محمدجواد فاضل لنکرانی.

۴۵. -----، بی تا، «روش شناسی آیت الله العظمی فاضل لنکرانی در فقه و اصول»، فقه، س ۱۵، ش ۵۸.
۴۶. فراهیدی، خلیل بن احمد، ۱۴۱۰ق، کتاب العین، ج ۲، قم: هجرت.
۴۷. قدسی، احمد، ۱۴۱۶ق، انوار الاصول، ط ۲، قم: نسل جوان.
۴۸. -----، ۱۳۸۸، «اجماع در نگاه محققان شیعه و نقش آن در استنباط»، طلوع، س ۸.
۴۹. قرجه داغی کماری، محمد بن أحمد، بی تا، التعلیقة علی فرائد الأصول، مرکز الفكر الاسلامی.
۵۰. قرشی، سیدعلی اکبر، ۱۴۱۲ق، قاموس قرآن، ج ۶، تهران: دارالکتب الاسلامیة.
۵۱. قزوینی، سیدعلی موسوی، ۱۴۱۹ق، رسالة قاعدة «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، قم: اسلامی.
۵۲. کاظمی، اسدالله بن اسماعیل، بی تا، کشف القناع عن وجوه حجة الاجماع، بی جا: مؤلف.
۵۳. کلباسی، أبوالمعالی، ۱۳۱۷، رسالة فی حجة الظن، بی جا.
۵۴. کلباسی، محمد بن محمد ابراهیم، ۱۳۱۶، رسالة فی حجة الظن، بی جا.
۵۵. لاری، سیدعبدالحسین، ۱۴۱۸ق، التعلیقة علی المکاسب، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة.
۵۶. مؤمنی، عابدین، ۱۳۸۰، «قاعدة ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده...»، مقالات و بررسی ها، ش ۶۹.
۵۷. مجاهد طباطبائی، سیدمحمد، ۱۲۹۶، القواعد و الفوائد و الاجتهاد و التقليد (مفاتیح الأصول)، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).
۵۸. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، ۱۴۱۰ق، بحار الأنوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار، بیروت: مؤسسة الطبع و النشر.

۵۹. محقق داماد، سید محمد، ۱۳۸۲، المحاضرات، تقرير جلال الدين طاهري، اصفهان: مبارك.

۶۰. مدرسی، سید محمد تقی، ۱۴۱۲ق، التشریع الإسلامی مناهجه و مقاصده، چ ۲، تهران: المدرسی.

۶۱. مشکینی، شیخ علی، ۱۳۷۴، تحرير المعالم، چ ۶، قم: الهادی.

۶۲. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۰، القواعد الفقهية، چ ۳، قم: مدرسة الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

۶۳. -----، ۱۴۲۸ق، انوار الاصول، چ ۲، قم: مدرسة الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

۶۴. مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۴ق، تفسیر کاشف، تهران: دارالکتب الإسلامیه.

۶۵. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۴۱۳ق، کتاب القضاء، قم: دارالقرآن الکریم.

۶۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۷ق، عوائد الايام فی بیان قواعد الأحکام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

۶۷. نقیبی، سید ابوالقاسم و محمد حسین سهیلی، ۱۳۹۷، «مبانی عقلی منجزیت علم اجمالی»، فقه و حقوق خصوصی، س ۱، ش ۱.

۶۸. یوسفی، محمد علی، ۱۳۹۴، «تحلیل فقهی رقابت آزاد اقتصادی بر اساس مفهوم تداول آن»، فقه و تاریخ تمدن، س ۱۲، ش ۴۵.

نگاهی اجتهادی به سن کیفی ازدواج دختران

محمد عظیمی^۱

مصطفی شاهبازی^۲

علی اسکندری^۳

چکیده

تشکیل هر خانواده با ازدواجی شروع می شود که یکی از ارکان آن، زن است؛ از همین رو اطلاع از زمان مطلوب ازدواج دختران به گونه ای که زمینه ساز خانواده ای پایدار باشد، از اهمیت زیادی برخوردار است. عدم توجه به سن کیفی مطلوب برای ازدواج می تواند ضررهای جبران ناپذیری به افراد و اجتماع وارد کند. هدف از این تحقیق قاعده مندسازی سن کیفی ازدواج از نگاه جامعه شناسی دینی، با تمسک به روایات و مشخص کردن شاخصه هایی است که دین در امر ازدواج مطلوب دختران ذکر می کند. در پایان این نوشتار با توجه به استقرا در منابع دینی، ملاکی استخراج شده که معیاری جهت شناخت سن کیفی مورد تأیید دین اسلام، برای ازدواج دختران است. با توجه به نتایج، ازدواج در سنین ابتدایی و قبل از بلوغ جنسی به هیچ وجه مطلوب نبوده و این امر به سنین جوانی موکول شده است؛ از طرفی جوانی، سن شناوری است که از زمان بلوغ جنسی شروع شده و تا انتهای سی سالگی ادامه دارد؛ بنابراین با توجه به حصول شاخصه رشد در دوره جوانی، سن مناسب ازدواج برای دختران استنباط شده و مطلوبیت ازدواج مقید به محقق شدن رشد است. برای این منظور از روش کتابخانه ای با رویکرد توصیفی تحلیلی استفاده شده است.

کلیدواژه ها: ازدواج، صبی، فتنی، رشد.

۱. استاد سطوح عالی حوزه علمیه خراسان. (نویسنده مسئول) azimiosool@gmail.com

۲. دانش پژوه سطح چهار حوزه علمیه خراسان و پژوهشگر گروه حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی. shahbazimostafa@gmail.com

۳. دانش پژوه سطح دو حوزه علمیه خراسان و دانشجوی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی. alieskandarizare@gmail.com

هر جامعه مجموعه‌ای از خانواده‌ها است که هر چه این خانواده‌ها رو به رشد باشند، آن جامعه پویاتر خواهد بود. مقدمه تشکیل هر خانواده، ازدواج است که یکی از ارکان آن، زن است. از بحث‌های چالش‌برانگیزی که افراد مختلف با سلاقی متفاوت در رابطه با آن اظهار نظر کرده‌اند، زمان مطلوب ازدواج دختران است که به دلیل عدم اجماع در این رابطه، باعث پریشانی فکری خانواده‌ها شده و دقیق نمی‌دانند که نظر صحیح در این رابطه چیست. در این تحقیق درصددیم که نظریه دین درباره سن مطلوب ازدواج دختران را استخراج کرده و در اختیار صاحب نظران قرار دهیم، تا از این رهگذر، زیبایی‌های دین در موضوعات علوم اجتماعی بیشتر پدیدار شده و در فضای رقابت خودنمایی کند.

یکی از نیازهایی که اکثر خانواده‌ها با آن مواجه هستند، این است که به عنوان فردی مسلمان، چه زمانی باید دخترشان را به ازدواج کسی در آورند. اگر نظریه اسلام در این رابطه تبیین نشود، ناگزیر افراد برای رفع نیاز سراغ مطالبی می‌روند که پشتوانه آن علوم وحیانی نبوده، بلکه بر اساس آزمون و خطا است؛ بنابراین پرداختن به این موضوع ضروری است تا ثابت شود که اسلام در مباحث مختلف خصوصاً مباحث خانواده دارای نظریه است.

از مشکلاتی که جامعه با آن مواجه شده ازدواج‌های دیر هنگام و زود هنگام است. به طور نسبی اگر از سنی که فرد آمادگی عرفی لازم برای ازدواج را دارد، زمانی بیش از حد معمول بگذرد، در اصطلاح، ازدواج دیر هنگام صورت گرفته است که پیامدهای مخرب روحی و جسمی آن در بررسی روان‌شناسان به اثبات رسیده و خطرات اجتماعی حاصل از آن بسیاری از جامعه‌شناسان را به نگرانی واداشته است. همچنین در بررسی‌های جرم‌شناسی، اساتید این رشته یکی از عوامل جلوگیری از بزهکاری‌های قانونی و اجتماعی که مخل نظم عمومی و اخلاق حسنه است را مقابله با ازدواج‌های دیر هنگام شناخته‌اند.

ازدواج‌های زود هنگام که با عنوان «کودک همسری» شناخته شده، به گفته روان‌شناسان سبب آسیب‌های روحی و روانی و تبعات منفی اجتماعی متعددی می‌شود. در بررسی‌های صورت گرفته در حقوق تطبیقی، کودک همسری در برخی کشورها موجب تضییع حقوق

کودکان بوده و نقض آشکار حقوق بشر و مصداق بارز خشونت جنسی شناخته شده است. در حقوق موضوعه ایران نیز مطابق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، قانون گذار برای جلوگیری از کودک همسری، ازدواج دختران زیر ۱۳ سال شمسی و پسران زیر ۱۵ سال شمسی را مقید به شروطی از قبیل احراز مصلحت، اذن ولی و اخذ مجوز از دادگاه کرده است. قانون گذار در ماده ۵۰ قانون حمایت از خانواده، مصوب سال ۱۳۹۱ اعلام می کند که هرگاه مردی برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ ق.م. ازدواج کند، به ۶ ماه حبس محکوم می شود. در تبصره این ماده اجرای همین حکم برای پدر، جد پدری، مادر و سرپرست قانونی و عاقد در صورت تخلف از ماده ۱۰۴۱ پیش بینی شده است. همچنین در صورت تخلف و بروز و حصول آسیب های جسمی به زوجه، ضمانت اجراهای کیفری خاص دیگری نیز در نظر گرفته شده است. در ادامه این نوشتار که با رویکرد جامعه شناسی دینی به این موضوع پرداخته، کراهت ازدواج های دیر هنگام و به خصوص مطلوب نبودن کودک همسری در شرایط عادی بررسی و اثبات می شود.

این تحقیق با نگاه نظام مند به گزاره های دینی، تبیین می کند که تأکید دین به تشکیل خانواده در اوایل جوانی است که نتیجه آن دور شدن جوانان از فضاهای منفی و فاسد و نزدیک شدن کشور به آرمان شهر اسلامی است. در این نوشتار در جهت پاسخ به پرسش های زیر تلاش می کنیم:

۱. زمان ازدواج مطلوب دختران تابع چه شاخص هایی است؟
 ۲. آیا دین، ازدواج در کودکی را می پذیرد؟
 ۳. آیا ازدواج در جوانی مطلوب است؟
 ۴. اگر ازدواج در جوانی پسندیده است، در کدام مرحله جوانی این مطلوب بودن وجود دارد؟ (ابتدای جوانی یا کل مقطع جوانی)
 ۵. در ازدواج مطلوب علاوه بر بلوغ جنسی آیا می توان برای بلوغ فکری هم نقشی قائل شد؟
- در بررسی پیشینه این موضوع، کسانی که در حیطه علوم اجتماعی قلم می زنند، به طور

معمول به این موضوع پرداخته‌اند که به برخی از این آثار اشاره می‌شود.

۱. اسلام و جامعه‌شناسی خانواده، تألیف حسین بستان؛

۲. انتخاب همسر، تألیف ابراهیم امینی؛

۳. جوانان و انتخاب همسر، تألیف علی اکبر مظاهری؛

۴. سن ازدواج دختران، تألیف زهره رجبیان.

مزیت این تحقیق در این است که با تنظیم کلیدواژه‌های حداکثری، سعی در جست‌وجوی حداکثری آیات و روایات مرتبط با بحث کرده و همچنین تلاش کرده با در نظر گرفتن خانواده در یک تمدن، به نتیجه مورد نظر نائل آید.

این تحقیق از سه بخش زیر و در نهایت، نتیجه‌گیری تشکیل شده است:

بخش اول: ازدواج در کودکی؛

بخش دوم: ازدواج در جوانی؛

بخش سوم: بررسی شاخص رشد.

۱- بررسی فقهی ازدواج در کودکی

اولین بخشی که به صورت مفصل باید بررسی شود، این است که نظریه اسلام در رابطه با ازدواج در کودکی چیست. قبل از اینکه دلایل پیرامون ازدواج در کودکی بررسی شود، ابتدا باید به صورت دقیق، مفهوم کودک واکاوی شود. در دلیل‌هایی که ناظر به ازدواج در کودکی است، از کلمه صبی استفاده شده و فقط به مفهوم‌شناسی این کلمه می‌پردازیم.

۱-۱- مفهوم‌شناسی واژه «صبی»

۱-۱-۱- معنای لغوی «صبی»

تعریف صبی در کتاب‌های لغت این گونه است:

مقایس اللغة: «لفظ صبی دلالت بر پایین بودن سن دارد.» (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ۳/۳۳۱)

مفردات راغب: «صبی به کسی می‌گویند که به احتلام نرسیده باشد.» (راغب اصفهانی،

۱۴۱۲ق: ۴۷۵)

لسان العرب: «صبی ناقص واوی بوده که به معنای غلام است و جمع آن، صِبْیَة و صِبْیَانٌ

است. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۴۵۰/۱۴)

تاج العروس: «کودکی که هنوز از شیر گرفته نشده است.» (زبیدی، ۱۴۱۴ق: ۵۹۰/۱۹)
المنجد: «فردی است که از لحاظ عمر، پایین تر از «فتی» است.» (انطوان، ۲۰۰۱: ۸۱۶/۱)
مجمع البحرين: «الصَّبِي = الصغیر». (طریحی، ۱۳۷۵: ۲۶۰/۱)

همان طور که مشاهده شد، مفردات در تعریف «صبی» آن را مقید به پایین تر از حد بلوغ جنسی می کند و بقیه فرهنگ ها، معانی ذکر کرده اند که با این معنا مخالف نیست؛ زیرا بعضی تعبیر به «صغیر» و بعضی تعبیر به «غلام» کرده بودند. فقط آنچه تاج العروس ذکر کرده، با معنای ذکر شده مخالفت دارد؛ زیرا در آنجا گفته شده که «صبی» از شیر گرفته نشده و لازمه این حرف این است که وقتی کودکی از شیر گرفته شد، دیگر استعمال صبی برای او جایز نباشد.

حال برای مشخص شدن اینکه نظر صحیح کدام است، باید مواردی از قرآن و روایات که در آن ها کلمه «صبی» آمده را ذکر و بررسی کنیم.

۱-۲- صبی در قرآن

از این ریشه دو بار در قرآن استفاده شده است:

الف- سوره مبارک مریم، آیه ۱۲: «ای یحیی، کتاب [خدا] را با قوت بگیر! و ما فرمان نبوت [و عقل کافی] در کودکی به او دادیم!»^۱

ب- سوره مبارک مریم، آیه ۲۹: «[مریم] به او اشاره کرد. گفتند: چگونه با کودکی که در گهواره است، سخن بگوییم؟!»^۲

چنان که مشاهده می شود، در آیه اول فقط اشاره شده که در کودکی به او «حکم» دادیم، ولی محدوده کودکی را مشخص نکرده و در آیه دوم هم به فرد در گهواره، کودک اطلاق شده، ولی اینکه به بعد از آن هم کودک اطلاق شود یا خیر، معلوم نیست؛ بنابراین باید به مطالعه روایاتی که در آن ها کلمه «صبی» و مشتقات آن ذکر شده بپردازیم.

۱. ﴿يَا يَحْيَىٰ خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا﴾

۲. ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾

با مراجعه به روایات به نمونه‌هایی برمی‌خوریم، با تصریح یا ظهور به اینکه صبی به فردی گفته می‌شود که هنوز به بلوغ جنسی نرسیده است؛ به عنوان نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

الف- در تفسیر علی بن ابراهیم قمی در ضمن ذکر مطلبی تصریح شده به اینکه امام حسن و امام حسین (علیهما السلام) دو صبی غیر بالغ بودند. (أَوْ مَا عَلِمْتُمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَايَعَ لِلْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ وَهُمَا صَبِيَّانِ غَيْرُ بَالِغَيْنِ). (قمی، ۱۳۷۶: ۱/۱۸۴)

ب- مرحوم کلینی در کتاب الکافی ذکر کرده است: «دختر بچه‌ای که دختران مثل او حیض نمی‌شوند و خانم‌هایی که مایوس از دیدن حیض هستند، حتی اگر با آنان مقاربت جنسی هم شده باشد، نیازی نیست که عده نگه دارد.» (فِي الصَّبِيِّ الَّتِي لَا تَحِيضُ مِثْلَهَا وَ الَّتِي قَدْ يُسْتَمَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ قَالَ لَيْسَ عَلَيْهِمَا عِدَّةٌ وَإِنْ دُخِلَ بِهِمَا) (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۸۵/۶) از این روایت به دست می‌آید که قطعاً تا قبل از دیدن خون حیض، شخص، صبی محسوب می‌شود.

ج- حضرت امام علی (علیه السلام) می‌فرماید: «تا قبل از اینکه کودک به احتلام برسد، تکلیف از او برداشته شده است.» بر اساس این روایت انتهای کودکی معلق به احتلام شده است؛ به عبارت دیگر، با احتلام، کودکی پایان می‌پذیرد. (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱/۴۵)

همچنین در روایتی از حضرت امام صادق (علیه السلام) منقول است که اگر زنی با پسر بچه‌ای که به حد احتلام نرسیده یا مردی با دختر بچه‌ای که به حد احتلام نرسیده، عمل نامشروعی انجام دهند، فرد بالغ حد زنا می‌خورد؛ ولی کودکان چنین حدی ندارند و به شدت باید تأدیب شوند. (ابن حیون، ۱۳۸۵: ۲/۴۵۴)

آنچه می‌توان در نتیجه تحلیل مفهومی کودک، با رجوع به فرهنگ‌های لغت و روایات معصومان بیان کرد، این است: «کودک به فردی می‌گویند که هنوز به سن بلوغ جنسی نرسیده است».

۱-۲- نهی از ازدواج در کودکی

پس از مشخص شدن مفهوم کودک باید به این بحث پرداخته شود که آیا اسلام ازدواج در سن کودکی را تشویق می‌کند یا خیر.

در اینکه ازدواج در کودکی جایز است، بحثی نیست و روایات متعددی ناظر به این مطلب است؛^۱ ولی آنچه در اینجا بررسی می‌شود، آن است که آیا در این مقطع سنی تشویق به ازدواج شده است یا خیر. برای پاسخ به این سؤال می‌توان از سه روایت که ناظر به ازدواج در کودکی است، استفاده کرده و حکم ازدواج در کودکی را نتیجه گرفت.

الف- راوی می‌گوید: عمر و ابوبکر از پیامبر ﷺ، حضرت زهرا (ع) را خواستگاری کردند، ولی ایشان در جواب فرمودند: فاطمه کودک است؛ ولی وقتی حضرت علی (ع) خواستگاری کردند، ایشان دخترشان را تزویج کردند. (خَطَبَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ فَاطِمَةَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَنْهَا صَغِيرَةٌ فَخَطَبَهَا عَلِيٌّ فَزَوَّجَهَا مِنْهُ») (نسائی، ۱۴۱۱ق: ۳۱۶/۱۰) این روایت در کتب شیعه، همانند عمدة عیون صحاح الاخبار فی مناقب امام الابرار (ابن بطریق، ۱۴۰۷ق: ۲۸۷) و کتاب نهج الحق و کشف الصدق (حلی، ۱۹۸۲: ۲۲) آمده و با مراجعه به کتب عامه (نسائی، ۱۴۱۱ق: ۳۱۶/۱۰) نیز اصل روایت را می‌بینیم؛ چنان‌که علامه حلی در کتاب نهج الحق و کشف الصدق (نسائی، ۱۹۸۲: ۲۲) آن را به کتاب مسند احمد بن حنبل نسبت می‌دهد. حال که اصل حدیث در منابع اهل سنت وجود دارد، احتمال مجعول بودن تضعیف می‌شود؛ چون این روایت با مبانی فکری عامه در مسئله ولایت مخالف و با مبانی فکری شیعه موافق است و بعید است که چنین روایتی مجعول ایشان باشد.

همان طور که در روایت مشاهده شد، پیامبر ﷺ تأکید بر صغیر بودن ایشان دارند؛ این نشان‌دهنده قاعده‌ای کلی در رابطه با «صغیر»، به عنوان کبرای کلی است و آن اینکه ازدواج

۱. به عنوان نمونه به دو مورد از روایاتی که دلالت بر جواز ازدواج کودک می‌کند، اشاره می‌شود:

روایت اول: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ وَهِيَ صَغِيرَةٌ فَلَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يَأْتِيَ لَهَا تِسْعُ سِنِينَ.» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۰۱/۲۰) (زمانی که فردی با دختر کوچکی ازدواج می‌کند، از نه سالگی به بعد، حق مقاربت جنسی دارد.) همان طور که در این روایت مشاهده می‌شود حضرت، اصل ازدواج را در قبل از ۹ سال تجویز کرده‌اند و فقط مجامعت را معلق به ۹ سالگی کرده‌اند.

روایت دوم: «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي نَصْرِ عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ بْنِ عَمْرٍو عَنْ أَبِي بصيرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: لَا يَدْخُلُ بِالْجَارِيَةِ حَتَّى يَأْتِيَ لَهَا تِسْعُ سِنِينَ أَوْ عَشْرُ سِنِينَ.» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۳۹۸/۵) در این روایت نیز اصل ازدواج مشکلی ندارد و حق مقاربت به بعد از ۹ سالگی موکول شده است.

دختر در کودکی مطلوب نیست. حضرت در اینجا فقط به صغرای بحث اشاره می کنند و می توان فرمایش ایشان و آن قاعده کلی را به صورت برهان زیر در آورد:

صغرا: ازدواج فاطمه، ازدواج کودک است؛

کبرا: ازدواج کودک، مطلوب نیست؛

نتیجه: ازدواج فاطمه، مطلوب نیست.

همان طور که مشاهده می شود، در روایت فقط اشاره شده که ایشان صغیر بوده اند و سنی مشخص نشده، ولی با توجه به روایت زیر می توان به دست آورد که ایشان در زمان ازدواج، ۹ سال داشته اند:

راوی از امام سجاد (علیه السلام) سؤال می کند که ازدواج حضرت زهرا (علیها السلام) با امیرالمؤمنین (علیه السلام) در چه زمانی بوده است. ایشان در جواب می فرمایند: «یک سال بعد از اینکه به مدینه هجرت کردند، در سن نه سالگی این ازدواج اتفاق افتاد.»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۳۴۰/۸)

ب- در نهی ازدواج در کودکی، از امام صادق (علیه السلام) وارد شده که می فرمایند: «وقتی عمر از امیرالمؤمنین (علیه السلام) دخترشان را خواستگاری کرد، ایشان امتناع کرده و فرمودند: دخترم هنوز کودک است...»^۲ (اشعری قمی، ۱۴۰۸ق: ۱۲۹؛ مجلسی، ۱۴۱۰ق: ۹۴/۴۲)

در این روایت هم مانند روایت بالا، دلیل حضرت علی (علیه السلام) برای امتناع از تزویج دخترشان، (ام کلثوم) کودک بودن ایشان است؛^۳ البته اینکه در آن زمان سن ایشان چقدر بوده، در روایت اشاره ای نشده، ولی برخی از محققان دو قول هفت سالگی و یازده سالگی را ذکر می کنند. (شهرستانی، ۱۳۹۰: ۷۱)

ج- «راوی به امام (علیه السلام) عرضه می دارد: آیا مانعی دارد که ما فرزندانمان را در کودکی به

۱. «ابن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي حمزة عن سعيد بن المسيب... قال: فقلت لعلي بن الحسين (عليه السلام): فمَن رَزَقَ رسول الله (صلى الله عليه وآله) فاطمة (عليها السلام) من علي (عليه السلام) فقال: بالمدينة بعد الهجرة بسنة وكان لها يومئذ تسع سنين». این روایت از جهت سندی «صحیح» است.

۲. «ابن أبي عمير عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: لما خطب عمر إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) قال له: أنها صبية...». این روایت از جهت سندی «صحیح» است.

۳. آقای شهرستانی در خصوص ازدواج ام کلثوم با عمر بحث مفصلی انجام داده و در انتها وقتی نظر شیعیان را ذکر می کند، بر جبری بودن این ازدواج حکم می کند. (شهرستانی، ۱۳۹۰: ۸۴)

ازدواج در آوریم؟ حضرت می‌فرمایند: اگر در کودکی تزویج صورت گیرد، احتمال اینکه بین آن دو الفت و صمیمیت ایجاد شود، کم است.^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۳۹۸/۵)

چنان‌که در این روایت مشاهده می‌شود، حضرت با بیان اینکه احتمال الفت و صمیمیت در تزویج کودکان پایین است، ازدواج در این زمان را تشویق نمی‌کنند.

به‌عنوان نتیجه آنچه گذشت، می‌توان گفت: زمان کودکی تا قبل از سن بلوغ جنسی بوده و ازدواج در این سن مطلوب نیست.

۲- بررسی فقهی ازدواج در جوانی

در بخش گذشته، حکم ازدواج در کودکی تبیین شد و در این بخش حکم ازدواج در جوانی بررسی می‌شود. قبل از پرداختن به اصل بحث، ابتدا باید معادل‌های عربی واژه «جوان» به دست آمده و مفهوم‌شناسی صورت گیرد. معادل‌های اصلی که می‌توان برای کلمه جوان گفت و در مستندات بحث ازدواج از آن‌ها استفاده شده، دو کلمه «شاب» و «فتی» و مشتقات این دو است؛ بنابراین ابتدا این دو کلمه، بررسی شده و در نهایت نتیجه‌گیری ارائه می‌شود.

۲-۱- مفهوم‌شناسی

۲-۱-۱- «شاب» در لغت

اقرب الموارد: «شاب اسم فاعل بوده و حد آن از زمان بلوغ تا سی‌سالگی است. مؤنث آن شابة بوده و جمع آن شَبَاب و شَبَان و شَبَبَة است و در جامع الرموز آمده که معیار شابة از ابتدای سیزده‌سالگی تا سی‌وسه‌سالگی است.» (الخوری الشرتونی، ۱۴۱۶ق: ۱۲/۳)

الصحاح: «شباب جمع شاب بوده که به‌معنای جوانی بوده و متضاد پیری است.» (جوهری، ۱۴۱۰ق: ۱۵۱/۱)

لسان العرب: در این کتاب، شباب به‌معنای جوانی آمده است. (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق:

۴۸۰/۱)

۱. «محمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن أبي عمير عن هشام بن الحكم عن أبي عبد الله أو أبي الحسن (عليه السلام) قال: قيل له إنا نزوج صبياناً و هم صغائر. قال: فقال: إذا زوّجوا و هم صغائر لم يكادوا يتألفوا: تمام سلسله سند، ثقة و امامی هستند و روایت از جهت سندی «صحیحه» است.

مجمع البحرين و مصباح المنیر: این دو کتاب، شباب را تا قبل از سن کهولت تعریف کرده‌اند (طریحی، ۱۳۷۵: ۸۵/۲؛ فیومی، بی تا: ۳۰۲/۲)

فرهنگ ابجدی: «الشَّباب - [شَبَّ]: جوانی و سن بلوغ که معمولاً تا سی سالگی است.» (بستانی، ۱۳۷۵: ۵۱۴)

معجم مقایس اللغة: در کتاب نیز، کلمه «شَبَّ» دلالت بر رشد شیء می کند. (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ۱۷۷/۳)

تاج العروس: شباب به معنای جوانی است و در رابطه با محدوده سنی جوانی دو قول ذکر شده است؛ برخی گفته‌اند از زمان بلوغ تا آخر سی سالگی و برخی معتقدند از شانزده سالگی تا سی و دو سالگی است که بعد از آن، کهولت شروع می شود. (زبیدی، ۱۴۱۴ق: ۹۲/۲)

همان طور که ملاحظه می شود، در فرهنگ‌های لغت، اتفاق نظر بر روی معنای مشخصی وجود ندارد؛ به گونه‌ای که برخی قائل به مطلق جوانی و برخی قائل به مشخص کردن محدوده بین سن بلوغ تا سی سالگی و برخی از شانزده سالگی تا سی و دو سالگی هستند.

۲-۱-۲- «فتی» در لغت

کتاب العین: فتی و فتیه به معنای شاب و شابة است. (فراهیدی، ۱۴۰۹ق: ۱۳۷/۸)

مفردات الفاظ القرآن: «فتی» به معنای کسی است که در ابتدای جوانی است (تازه جوان) و مؤنث آن «فتاة» و مصدر آن «فتاء» است و برخی اوقات به طور کنایه به برده و کنیز هم اطلاق می شوند. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۶۲۵)

لسان العرب، مجمع البحرين و مصباح المنیر: «کلمه «فتی» به معنای مرد جوان و «فتاة» به معنای زن جوان است که جمع آن عبارت است از «الْفِتْيَانُ» و «فِتْيَةٌ». اصل کلمه «فتی» برای کسی است که در ابتدای جوانی قرار دارد، ولی بعضی اوقات به صورت استعاره برای «عبد»، هر چند مسن باشد، استفاده می شود.» (طریحی، ۱۳۷۵: ۳۲۵/۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۱۴۵/۱۵؛ فیومی، بی تا: ۴۶۲/۲)

اقرّب الموارد: فتی کسی است که در ابتدای جوانی قرار دارد. (الخورى الشرتونی، ۱۴۱۶ق: ۱۱۹/۴)

النهاية في غريب الحديث و الاثر: «كلمه فتاء مصدر كلمه فتيّ بوده و وقتی گفته می شود «فَتِيّ» به معنای کسی است که در ابتدای جوانی است.» (ابن اثیر، ۱۳۷۶: ۴۱۱/۳)

معجم مقاییس اللغة: «ریشه «فتی» دارای دو معنا است که یکی دلالت بر طراوت و شادابی و دیگری دال بر تبیین و آشکار کردن حکم است.» (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ۴۷۳/۴)

المنجد: واژه «فُتُوَّة» به معنای شباب است و محدوده آن بین سن بلوغ تا مرحله مرد کامل شدن است که معمولاً بین ۱۵ تا ۱۸ سالگی است. (انطون، ۲۰۰۱: ۱۰۷۶)

با توجه به نظرات اهل لغت می توان گفت: در اکثر فرهنگ های لغت، مقصود از فتی ابتدای جوانی است و فقط کتاب العین تصریح می کند که بین «فتی» و «شاب» مترادف وجود دارد.

۲-۱-۳- محدوده شناسی «شاب»

سؤالی که باید به آن پاسخ داد، این است که محدوده «شاب» تا کجاست. برای ابتدای جوانی، زمان های متفاوتی ذکر شده است. برخی از ابتدای بلوغ و برخی ابتدای آن را از سیزده سالگی ذکر کرده اند و شاید بتوان در جمع این دو نظر، این گونه گفت: اگر علائم بلوغ قبل از سیزده سالگی پدیدار شد، همان زمان ابتدای جوانی محسوب می شود، و گرنه ابتدای جوانی از سیزده سالگی شروع می شود. برای تأیید و تقویت این مطلب می توان به این روایت استناد کرد: «راوی می گوید از حضرت از زمان وجوب نماز بر پسران سؤال کردم. ایشان فرمودند: از سیزده سالگی نماز بر آنها واجب می شود، ولی اگر قبل از آن محتلم شوند، از زمان احتلام نماز بر آنها واجب می شود. در دختران نیز از سیزده سالگی نماز واجب می شود، ولی اگر قبل از آن حیض شوند، از همان زمان، وجوب نماز فرامی رسد.»^۱ (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۳۸۱/۲)

پس ابتدای جوانی را می توان از سیزده سالگی دانست؛ ولی اگر فردی قبل از این به سن

۱. از آنجا که در دین، تکلیف از صبی برداشته شده و دقیقاً کلمه صبی در مقابل فتی و شاب قرار داده شده است، می توان گفت که وقتی دین شاخصی برای زمان بلوغ افراد قرار می دهد، یعنی آن شاخص به نحوی برای خروج فرد از دوره کودکی و ورود به دوره جوانی است.

بلوغ رسید، مقطع جوانی از همان زمان بلوغ او شروع می‌شود. در پاسخ به این سؤال که انتهای دوره «شاب» چه زمانی است نیز همان گونه که گفته شد، برخی انتهای این دوره را تا قبل از کهولت و برخی تا انتهای سی سالگی، ذکر کرده‌اند. حال با توجه به روایت زیر می‌توان گفت که انتهای «شاب» تا سی سالگی است و بعد از آن «کهولت» شروع می‌شود. در روایت آمده است: زمانی که شخص از سی سالگی گذر کند، جزو «کهول» حساب می‌شود و زمانی که از سن چهل سالگی بگذرد، از او تعبیر به «شیخ» می‌شود. (ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴ق: ۳۷۰) به عنوان جمع بندی می‌توان گفت: تفاوت «فتی» و «شاب» در این است که «فتی» معمولاً برای ابتدای جوانی به کار می‌رود، ولی «شاب» از بلوغ جنسی شروع می‌شود و تا سی سالگی ادامه پیدا می‌کند.

۲-۲- مستندات قرآنی و روایی

بعد از تحلیل دو مفهوم «فتی» و «شاب» به آیات و روایاتی می‌پردازیم که در مقام تشویق به ازدواج در ابتدای جوانی است.

بعد از جست‌وجوی کامل پیرامون گزاره‌های دینی درباره زمان مطلوب ازدواج، به پنج گزاره دینی برخوردیم که ظهور در مطلوب بودن ازدواج در ابتدای جوانی دارد که به آن‌ها اشاره می‌شود.

از بین این گزاره‌های دینی، اولین دلیل روایتی است که در آن تعبیر «حداثة سن» آمده که ظهور در ابتدای جوانی دارد. از دیگر ادله، دو گزاره وجود دارد که در آن تعبیر «فتاة» آمده و بر اساس مفهوم‌شناسی که انجام شد، مقصود از آن، ابتدای جوانی است. آخرین گزاره هم آیه‌ای از قرآن است که در آن عبارت «کواعب» آمده و دلالتش بر مدعی خواهد آمد.

۲-۲-۱- از بین این گزاره‌ها، شفاف‌ترین گزاره روایت صحیح‌ه‌ای است که از پیامبر ﷺ نقل می‌شود:

«هر جوانی که در ابتدای جوانی ازدواج کند، صدای ناله شیطان بلند می‌شود و می‌گوید: دوسوم دینش را با این کار حفظ کرد؛ حال آن بنده باید یک‌سوم دیگر دینش را با تقوای الهی حفظ کند.» (مَا مِنْ شَابٍ تَزَوَّجَ فِي حَدَاثَةِ سِنِّهِ إِلَّا عَجَّ شَيْطَانُهُ يَا وَيْلَهُ يَا وَيْلَهُ عَصَمَ مِنِّي ثُلُثِي

دِينِهِ فَلْيَقِ اللَّهَ الْعَبْدُ فِي الثَّلَاثِ الْآخِرِ) (ابن اشعث، بی تا: ۸۹)

۲-۲-۲- در آیه ۲۵ سوره مبارک نساء چنین آمده:

«هر کس از شما، از نظر مالی نمی تواند زنان [آزاد] پاک دامن با ایمان را به همسری [خود] در آورد، پس با دختران جوان سال با ایمان شما که مالک آنان هستید [ازدواج کند] و خدا به ایمان شما دانایتر است. [همه] از یکدیگر بگریزید؛ پس آنان را با اجازه خانواده شان به همسری [خود] در آورید و مهرشان را به طور پسندیده به آنان بدهید، [به شرط آنکه] پاک دامن باشند، نه زناکار و دوست گیران پنهانی نباشند. پس چون به ازدواج [شما] درآمدند، اگر مرتکب فحشا شدند، بر آنان نیمی از عذاب [مجازات] زنان آزاد است. این [پیشنهاد زناشویی با کنیزان] برای کسی از شماست که از آلائش گناه بیم دارد و صبر کردن، برای شما بهتر است، و خداوند آمرزنده مهربان است.»^۱ (فولادوند، ۱۴۱۵ق: ۸۲)

همان طور که در این آیه مشاهده می شود، بعد از اینکه فردی توانایی مالی در ازدواج با زن آزاد را ندارد، خداوند می فرماید: با کنیزان «فتاة» (ابتدای جوانی) ازدواج کنید.

۲-۲-۳- «جابر می گوید: پیامبر ﷺ پرسیدند: آیا ازدواج کرده ای؟ گفتم: آری. فرمود: با چه کسی؟ گفتم: با فلان دختر، فرزند فلان مرد که در خانه مانده بود. فرمود: پس چرا زن جوانی نگرفتی تا با او ملاعبه (شوخی و بازی) کنی و او با تو ملاعبه کند؟...»^۲ (طبرسی، ۱۴۱۲ق: ۲۰)

در این روایت هم تشویق به ازدواج با دختری شده است که در ابتدای جوانی است. شاید اشکال شود که روایت ناظر به انتخاب دختران جوان توسط پسران است؛ ولی از طرف

۱. «وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فَتَيَاكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ذَٰلِكَ لِمَنْ حَشَى الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»

۲. «... فَهَلَا فِتْنَةٌ تُلَاعِبُهَا وَ تُلَاعِبُكَ...»: این روایت در منابع قدیمی شیعه، فقط در مکارم الاخلاق آمده، ولی سلسله سند آن ذکر نشده است؛ اما در منابع اهل سنت، مثل صحیح بخاری آمده و آن را صحیح می دانند. (البخاری، ۱۴۲۴ق: ج ۳/۴)

دیگر نمی‌گوید که بهترین وقت برای ازدواج دختران، در ابتدای جوانی است. در جواب باید گفت: وقتی پیامبر دستوری در امر ازدواج می‌دهند که قوام آن به دو طرف است، مصلحت هر دو طرف را در نظر می‌گیرند. این طور نیست که ازدواج با دخترانی که در ابتدای جوانی هستند، برای مردان مطلوب بوده و مصلحت داشته باشد، ولی برای دخترانی که در ابتدای جوانی هستند، این امر فاقد مصلحت بوده و یا دارای مفسده باشد.

۲-۲-۴- آخرین دلیلی که ناظر به مطلوب بودن ازدواج در ابتدای جوانی است، آیات ۳۱ تا ۳۳ سوره مبارک نبا است:

«بی‌تردید برای پرهیزکاران پیروزی و کامیابی است. باغ‌هایی [سرسبز و خرم] و انواع انگورها و دخترانی نورسیده و هم‌سن.»^۱

برخی لغت‌دانان قائل‌اند که کلمه «کعب» به معنای پستان‌های برآمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۷۱۹/۱) و در برخی از تفاسیر آمده: «کاعب» به کسی می‌گویند که در ابتدای جوانی قرار دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

- تفسیر المیزان: «کواعب، جمع کاعب است که به معنای دختر نوری است که پستان‌هایش رو به رشد نهاده و دایره‌ای تشکیل داده و کمی از اطرافش بلندتر شده است.» (طباطبائی، ۱۴۱۷ق: ۱۶۹/۲۰)

- تفسیر الجواهر فی تفسیر القرآن الکریم: «کواعب، جمع کاعب، به معنای دخترانی که به سن بلوغ رسیده‌اند و بدین سبب این گونه نام‌گذاری شده‌اند که آن‌ها در این سن سینه‌هایشان برآمده می‌شود.» (طنطاوی، بی‌تا: ۲۵۷/۱۵)

- تفسیر القرآنی للقرآن: «کواعب، جمع کاعب و به معنای دخترانی است که در اول جوانی پستان‌شان برآمده است.» (خطیب، بی‌تا: ۱۴۲۴/۱۶)

- تفسیر المعین للواعظین و المتعظین: «کواعب، جمع کاعب و به معنای دخترانی است که سینه‌هایشان گرد شده است.» (هویدی بغدادی، بی‌تا: ۵۸۳)

- تفسیر نمونه: «کواعب، جمع «کاعب» به معنای دوشیزه‌ای است که تازه برآمدگی سینه

۱. ﴿إِنَّ لِلْمُتَّقِينَ مَفَازًا: حَدَائِقَ وَأَعْنَابًا: وَكَوَاعِبَ أَتْرَابًا﴾

او آشکار شده و اشاره به آغاز جوانی است.^۱ (مکارم شیرازی، ۱۳۶۴: ۴۰۸/۲۶)

آنچه می‌توان به‌عنوان شاهد بر صحت مطلب مفسران ذکر کرد، روایت زیر است:

امام صادق (علیه السلام) در توضیح کواعب می‌فرمایند: «آن‌ها دختران جوانی هستند که دارای پستان‌های برآمده می‌باشند.» (قمی، ۱۳۶۷: ۴۰۲/۲؛ مجلسی، ۱۴۱۰ق: ۲۸۲/۶۷)

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، خداوند در این آیه می‌فرماید: «روز قیامت یکی از نعمت‌های مردهای بهشتی این است که برای آن‌ها همسرانی قرار داده می‌شود که در ابتدای جوانی قرار دارند.» حال از آنجا که در بهشت از هر چیزی بهترینش وجود دارد، متوجه می‌شویم که در خصوص امر ازدواج هم، مطلوب‌ترین زمان این است که فرد در ابتدای جوانی باشد.

ممکن است در اینجا اشکالی مطرح شود که وضعیت بهشت با دنیا متفاوت بوده و معلوم نیست که امور مطلوب در بهشت، در دنیا هم مطلوب باشد. جواب: اولاً، اینجا بحثی مبنایی وجود دارد که آیا در معاد، همین جسم دنیایی برانگیخته می‌شود یا خیر؛ اگر همین جسم باشد، هیچ منعی ندارد چیزی که برای همین جسم در آنجا مطلوب است، در همین دنیا هم مطلوب باشد؛ ثانیاً، چون در ادله دیگری ترغیب به ازدواج در جوانی شده، به دست می‌آید که از این آیه می‌توان به‌عنوان شاهد بر مطلب استفاده کرد.

۳- نقش رشد در مطلوبیت و استحباب ازدواج دختران

تا اینجا ثابت شد که نظریه اسلام بر ترغیب ازدواج در ابتدای جوانی است که شروع آن از ابتدای بلوغ جنسی است. افرادی که به سن بلوغ می‌رسند، متفاوت هستند؛ به گونه‌ای که برخی از همان ابتدای بلوغ دارای رشد فکری زیادی بوده، می‌توانند زندگی را اداره کنند،

۱. موارد دیگری که می‌توان اشاره کرد:

«کواعب جمع کاعب: و هي الفتاة التي تكعب واستدار ثديها» (زحیلی، ۱۴۱۱ق: ۲۲/۳۰) «کواعب جمع کاعب، و هي الفتاة التي استدار ثديها» (حجازی، ۱۴۱۳ق: ۸۱۱/۳) «في بعض التفاسير نساء الجنة كلهن بنات ست عشرة سنة» (آلوسی، ۱۴۱۵ق: ۲۱۸/۱۵) «فكعب الثدي بداية لسن البلوغ، و هي أفضل سن التمتع» (صادق تهرانی، ۱۴۰۶ق: ۵۷/۳۰)

آرامش را در محیط خانه حاکم کرده و مدیریت خانه را به دست بگیرند، ولی برای برخی این قابلیت در چند سال بعد از بلوغ اتفاق می‌افتد. حال باید دید که آیا برای برخورداری از ازدواج مطلوب، رسیدن به رشد فکری هم لازم است، یا صرف بلوغ جنسی کفایت می‌کند. بعد از بررسی آیات و روایات، این نتیجه در دسترس است که در ازدواج مطلوب، برخورداری از رشد فکری لازم است که اگر این امر منتفی باشد، بهره کامل از ازدواج فراهم نشده و احیاناً به دلیل اینکه زن نمی‌تواند همسر را درک کند،^۱ این ازدواج با ناکامی روبه‌رو شود. ادله‌ای که ناظر به لزوم برخورداری از رشد فکری در امر ازدواج است را در چند دسته زیر قرار می‌دهیم.

۳-۱- دسته اول

دسته اول، آیاتی است که هدف ازدواج را ایجاد آرامش ذکر می‌کند و در این راستا آیه ۱۸۹ سوره مبارک اعراف، می‌فرماید: «اوست خدایی که همه شما را از یک تن بیافرید و از [نوع] او نیز جفتش را مقرر داشت تا به او انس و آرام گیرد و چون با او خلوت کرد باری سبک برداشت، پس با آن بار حمل چندی بزیست تا سنگین شد، آنگاه هر دو خدا و پروردگار خود را خواندند که اگر به ما فرزندی صالح [و تندرست] عطا کردی البته از شکرگزاران خواهیم بود.»^۲ (الهی قمش‌های، ۱۳۸۰: ۱۷۵) همچنین آیه ۲۱ سوره مبارک روم دارای این مضمون است: «از نشانه‌های او این است که همسرانی از جنس خودتان برای شما آفرید تا در کنار آنان آرامش یابید و در میانتان مودت و رحمت قرار داد؛ در این، نشانه‌هایی است برای گروهی که تفکر می‌کنند!»^۳

در این آیه مشاهده می‌شود که خداوند در اهداف ازدواج، ایجاد آرامش را ذکر می‌کند،

۱. از آنجا که ازدواج، امری مرکب و وابسته به هر دو طرف، یعنی زوج و زوجه است، بروز هر گونه اختلال رفتاری یا روانی و...، برای هریک از طرفین، زندگی مشترک را دچار آسیب می‌کند.

۲. ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْنَا صَالِحًا لَنُكَوِّنَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾

۳. ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾

ولی با توجه به بعضی از نمونه‌های خارجی، می‌بینیم برای برخی بعد از ازدواج، این آرامش محقق نشده است؛ اما بعد از توجه دقیق به آیه می‌توان این طور گفت: کلام خداوند این نیست که هر کس ازدواج کند، قطعاً این آرامش برای او محقق می‌شود، بلکه ازدواج برای رسیدن به این هدف است و در راه آن، مهم است که زن و مرد از رشد فکری مطلوبی برخوردار باشند تا بتوانند ضعف‌های همدیگر را پوشش داده و در مسیر کمال به یکدیگر کمک کنند؛ به عبارت دیگر، هر چند هدف از ازدواج، رسیدن به آرامش است، ولی خداوند در مقام بیان اصل این هدف بوده و به شرایط آن نپرداخته است.

یکی از این شرایط می‌تواند برخورداری همسران از رشد فکری باشد، تا جایی که می‌توان ادعا کرد: اساساً ازدواج برای رشد و توسعه همین رشد فکری وضع شده است؛ پس آیه بیان‌گر این است که این ظرفیت در ازدواج با همسرانی از جنس خودتان وجود دارد که باید آن را شکوفا کرده و تا آخر زندگی ادامه داد و این امر با برخورداری از بلوغ فکری محقق می‌شود.

۳-۲- دسته دوم

دسته دوم، دلیل‌هایی است که تشویق به ازدواج با زنان عقیفه می‌کند و به عنوان دلیل اول می‌توان به آیه ۲۵ سوره مبارک نساء اشاره کرد: «آن‌ها که توانایی ازدواج با زنان [آزاد] پاک‌دامن باایمان را ندارند، می‌توانند با زنان پاک‌دامن از بردگان باایمانی که در اختیار دارند ازدواج کنند؛ خدا به ایمان شما آگاه‌تر است و همگی اعضای یک پیکرید؛ آن‌ها را با اجازه صاحبان آنان تزویج نمایید و مهرشان را به خودشان بدهید، به شرط آنکه پاک‌دامن باشند، نه به طور آشکار مرتکب زنا شوند و نه دوست پنهانی بگیرند و در صورتی که «محصنه» باشند و مرتکب عمل منافی عفت شوند، نصف مجازات زنان آزاد را خواهند داشت. این [اجازه ازدواج با کنیزان] برای کسانی از شماست که بترسند [از نظر غریزه جنسی] به زحمت بیفتند و [با این حال نیز] خودداری [از ازدواج با آنان] برای شما بهتر است و خداوند، آمرزنده و

مهریان است.^۱

همان طور که در این آیه مشاهده می‌شود، خداوند می‌گوید: اگر توانایی ازدواج با زنان «محصنات مؤمنات» را نداشتید، می‌توانید از کنیزان جوان مؤمن استفاده کنید. در اینکه مقصود از «محصنات» چیست، اهل لغت چنین اظهارنظر کرده‌اند که «محصنات» به معنای زن‌های عفیف و پاک‌دامن است؛ (فراهیدی، ۱۴۰۹ق: ۱۸/۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۱۳/۱۲۰؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ۶۹/۲) البته برخی قائل‌اند: در جایی که این کلمه به صورت مطلق به کار می‌رود، انصراف به زن‌های عفیف و پاک‌دامن حرّ و آزاد دارد. (مصطفوی، ۱۴۲۶ق: ۲۳۶/۲)

با توجه به آنچه گذشت می‌توان اظهار کرد: طبق آیه یادشده، اولویت دارد که مرد در صورت داشتن توان مالی، با زن عفیف مؤمن ازدواج کند. وقتی به روایات نیز رجوع می‌شود، این نتیجه به دست می‌آید که این روایات هم ترغیب و تشویق به ازدواج با زن عفیف می‌کنند.

روایت اول: «راوی می‌گوید از امام صادق (علیه السلام) از متعه سؤال کردم. ایشان فرمودند: حلال است؛ ولی فقط با زن عفیف و پاک‌دامن ازدواج کن...»^۲ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۴۵۳/۵)

روایت دوم: «حضرت رسول (صلی الله علیه و آله) فرمودند: بهترین زنان شما کسی است که از ویژگی‌های او این است: بسیار بچه آورد، خیلی بامحبت باشد، انسان عفیف و پاک‌دامنی باشد...»^۳ (کلینی،

۱. «وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمَنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَانْكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّحِدَاتٍ أَخْدَانٍ فَإِذَا أَحْصَيْنَ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ»

۲. «عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مُوسَى عَنْ إِسْحَاقَ عَنْ أَبِي سَارَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنْهَا يَعْنِي الْمُتَّعَةَ. فَقَالَ: لِي حَلَالٌ فَلَا تَزَوَّجْ إِلَّا عَفِيفَةً...» در این روایت، شخصیت ابی ساره توثیق نشده است؛ بنابراین صرفاً به عنوان مؤید حساب می‌شود.

۳. «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عِيسَى وَ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَاطٍ عَنْ أَبِي حَمْزَةَ، قَالَ: سَمِعْتُ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ: كُنَّا عِنْدَ النَّبِيِّ، فَقَالَ: إِنَّ خَيْرَ نِسَائِكُمُ الْوُلُودُ الْوُدُودُ الْعَفِيفَةُ...» این روایت از جهت سند «صحیح» است.

از این روایات استفاده می‌شود که ترغیب و تشویق دین، بر ازدواج با زنان عقیف و پاک‌دامن است؛ ولی این عفت خود معلول علت‌هایی است که از مهم‌ترین آن‌ها برخورداری از رشد فکری مطلوب است؛ چرا که اگر فردی افکار کود کانه داشته باشد، برایش تقید به پاکی و پاک‌دامنی اهمیت خاصی ندارد، ولی وقتی مسئولیت خود را در قبال شوهر احساس کند و دریابد که در قبال کوتاهی‌ها، نزد خداوند مسئول است، سعی می‌کند بهترین رفتارها را داشته باشد. روایت زیر می‌تواند مؤید این مطلب باشد که مقدمه عفت و پاکی و خودکنترلی، رشد فکری است.

«راوی می‌گوید: از امام صادق (علیه السلام) پرسیدم: اگر مردی با زنی زنا کرده باشد، آیا می‌تواند با او ازدواج کند؟ ایشان فرمودند: اگر آن مرد حس کرد که آن زن به اندازه‌ای از رشد رسیده که مدیریت بر نفس داشته و خودنگهداری می‌کند، می‌تواند با او ازدواج کند...»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۵/ ۳۵۶) از دقت در روایت می‌توان دریافت که حضرت ازدواج با زنی که مرتکب زنا شده را مشروط به برخورداری وی از رشد کرده‌اند. اگر بعد از انجام گناه، شرط ازدواج این است که فرد به رشد رسیده باشد، این شرط در زمانی که فرد مرتکب معصیتی نشده، به طریق اولی تسری می‌یابد؛ چرا که ملاک و مناط یکی است.

توضیح اینکه اگر مردی بخواهد با چنین زنی ازدواج کند، در صورتی که آن زن به رشد نرسیده باشد، شاید به طرف آلودگی و هلاکت^۲ قدم بردارد؛ امری که نکوهش شده است. حال این ملاک در زمانی که آن فرد به آلودگی دچار نشده، به طریق اولویت وجود دارد؛ زیرا امکان دارد به دلیل گرفتارشدن به وسوسه‌های دیگران و عدم برخورداری از قدرت تحلیل و تمیز، فریب خورده و به گناه آلوده شود. اولویت به این صورت است که صیانت

۱. «محمد بن یحیی عن محمد بن أحمد عن أحمد بن الحسن عن عمرو بن سعید عن مصدق بن صدقة عن عمارة بن موسى عن أبي عبد الله (علیه السلام) قال: سألتُهُ عن الرجل يجُلُّ لهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً كَانَ يَقْجُرُّ بِهَا، فَقَالَ: إِنْ أَنْسَ مِنْهَا رُشْدًا فَتَعَمَّ وَ إِلَّا فَلْيُرَاوِدْهَا عَلَى الْحَرَامِ فَإِنْ تَابَعَتْهُ فَهِيَ عَلَيْهِ حَرَامٌ وَإِنْ أَبَتْ فَلْيَتَزَوَّجْهَا». این روایت از جهت سند «موثق» است.

۲. «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره، ۱۹۵)

از پاک‌دامنی شخصی که هنوز به آلودگی و معصیت دچار نشده، مقدم است بر صیانت از پاک‌دامنی کسی که مرتکب گناه کبیره زنا شده است؛ چرا که شخص اول هنوز پرده حیا و عفتش دریده نشده و اصولاً پیشگیری بهتر از درمان است.

۳-۳- دسته سوم

دسته سوم، دلیل‌هایی است که در مقام بیان ویژگی‌های زنان مطلوب است و با رجوع به روایاتی که درباره ازدواج مطرح شده، بعضی از این ویژگی‌ها به دست می‌آید.

روایت اول: امام صادق (علیه السلام) می‌فرماید: «سه چیز از سعادت حساب می‌شود؛ ۱. برخورداری از زنی که در کارها با مرد همراه باشد؛ ۲. فرزندان نیکوکار؛ ۳. اینکه محل کار مرد در مکان زندگی‌اش باشد، به گونه‌ای که صبح و شب بتواند نزد خانواده‌اش باشد.»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۲۵۸/۵)

روایت دوم: امام صادق (علیه السلام) می‌فرماید: «بهترین زنان آن است که اگر خشمگین شود، به شوهر گوید: دست من در دست شما است، [اختیار من با شما است] به بستر خواب نخواهم رفت تا از من راضی شوی.»^۲ (صدوق، ۱۴۱۳ق: ۳۸۹/۳)

روایت سوم: حضرت علی (علیه السلام) فرمودند: «بهترین زنان شما زنانی هستند که پنج ویژگی را داشته باشند: دارای آرامش و وقار، نرم‌خو، در کارها موافق با همسر و مطیع، اگر موجبات نارضایتی شوهر را فراهم کند، قبل از اینکه به بستر برای خواب رود، او را راضی می‌کند، در نبود شوهر آبرو و شخصیت او را حفظ کند. چنین زنی از کارگزاران خداوند حساب شده که به نتیجه مطلوبی خواهد رسید.»^۳ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۳۲۴/۵)

۱. «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ التَّمِيمِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ بَكْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي سَهْلٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْكَرِيمِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام): ثَلَاثَةٌ مِنَ السَّعَادَةِ: الزَّوْجَةُ الْمُؤَاتِيَةُ وَالْأَوْلَادُ الْبَارُونَ وَالرَّجُلُ يَرْضَى مَعِيشَتَهُ بِتَلَدِهِ يَغْدُو إِلَى أَهْلِهِ وَيَرْوَحُ». این روایت از جهت سندی ضعیف است؛ بنابراین به عنوان مؤید حساب می‌شود.

۲. «رَوَى جَمِيلُ بْنُ ذَرَّاجٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ: خَيْرُ نِسَائِكُمُ الَّتِي إِنْ غَضِبَتْ أَوْ أَغْضَبَتْ قَالَتْ لِرَوْحِهَا: يَدِي فِي يَدِكَ لَا أَكْتَحِلُ بِغَمْضٍ حَتَّى تَرْضَى عَنِّي». این روایت از جهت سندی «صحیح» است.

۳. «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ الْبَرْقِيِّ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مِهْرَانَ عَنْ سُلَيْمَانَ الْجَعْفَرِيِّ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الرِّضَا (عليه السلام) قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام): خَيْرُ نِسَائِكُمُ الْخَمْسُ. قِيلَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، وَمَا الْخَمْسُ؟ قَالَ: الْهَيْئَةُ اللَّيْنَةُ الْمُؤَاتِيَةُ الَّتِي إِذَا غَضِبَ زَوْجُهَا لَمْ تَكْتَحِلْ بِغَمْضٍ حَتَّى يَرْضَى وَإِذَا غَابَ عَنْهَا زَوْجُهَا حَفِظَتْهُ فِي غَيْبِهِ فَتِلْكَ عَامِلَةٌ مِنْ عُمَّالِ اللَّهِ وَ عَامِلُ اللَّهِ لَا يَخِيبُ». این روایت از جهت سندی «صحیح» است.

روایت چهارم: امام صادق (علیه السلام) می‌فرمایند: «سه چیز باعث رفاه و آسایش مؤمن است: ...همسر صالحی که در امور دنیوی و اخروی یار و یاور مرد باشد...»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۳۲۷/۵) از جمع‌بندی این روایات می‌توان بعضی از ویژگی‌های زنان مطلوب را این گونه دانست:

۱. در کارها با همسرش همراه باشد؛^۲
 ۲. در صورتی که همسرش از او ناراحت باشد، برای به‌دست آوردن رضایت وی تمام تلاشش را بکند؛
 ۳. در صورتی که همسرش به او خوبی کرد، از او سپاسگزاری کند؛
 ۴. اگر همسرش او را از چیزی محروم کرد، از خود نارضایتی نشان ندهد؛
 ۵. باوقار باشد؛
 ۶. نرم‌خو باشد؛
 ۷. در غیاب همسرش، حافظ منافع او باشد؛
 ۸. در امور دنیوی و اخروی کمک‌کار همسر باشد.
- همان‌طور که مشاهده می‌شود، این ویژگی‌ها به‌عنوان خصوصیات همسری شایسته و مطلوب ذکر می‌شود. حال از آنجا که این روایات مطلق است، وجود این ویژگی‌ها محدود به زمان خاصی نیست، بلکه از همان ابتدای ازدواج چنین ویژگی‌هایی برای هر همسری شایسته و مطلوب است.
- اما آنچه می‌توان به دلالت التزامی به دست آورد، این است که تمام این رفتارها معلول علتی است که آن، بر خورداری از رشد فکری است؛ زیرا تا فردی به این رشد نرسیده باشد، برایش مهم نیست که در مقام جلب رضایت همسر باشد و در امور مختلف یاور او باشد.

۱. «الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ الْعَبَّاسِ عَنْ شُعَيْبِ بْنِ جَنَاحٍ عَنْ مَطَرِ مَوْلَى مَعْنٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ: ثَلَاثَةٌ لِلْمُؤْمِنِ فِيهَا رَاحَةٌ... امْرَأَةٌ صَالِحَةٌ تُعِينُهُ عَلَى أَمْرِ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ...»: این روایت از جهت سندی ضعیف است؛ بنابراین به‌عنوان مؤید حساب می‌شود.

۲. البته در دلیل‌های دیگر، این همراهی به‌طور مطلق نیست، بلکه مقید به عدم معصیت شده است.

۳-۴- دسته چهارم

دسته چهارم، روایاتی است که ازدواج در کودکی را به سبب عدم رشد، نفی می کند.

«فردی به امام صادق (علیه السلام) عرضه می دارد: ما فرزندانمان را در کودکی تزویج می کنیم، آیا این مشکلی دارد؟ حضرت می فرماید: ازدواج در کودکی باعث می شود الفت و مهر و محبت بینشان برقرار نشود.»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۳۹۸/۵)

از این جمله حضرت، به دست می آید که قاعده در ازدواج این است: ازدواج مطلوب زمانی است که بین زن و شوهر ایجاد الفت و مهربانی کند، که این امر چون در کودکی محقق نمی شود، بنابراین ازدواج در کودکی مطلوب نیست؛ بلکه باید فرد به حدی از رشد رسیده باشد که موجب تحقق این حالت شود.

۳-۵- دسته پنجم

دسته پنجم، دلایلی است که ترغیب به مشورت با دختر در امر ازدواج می کند.

روایت اول: «از امام صادق (علیه السلام) سؤال شد: اگر فردی بخواهد خواهرش را به تزویج مردی در آورد، وظیفه چیست؟ ایشان فرمودند: باید با او مشورت کند؛ اگر سکوت کرد، نشانه رضایت به ازدواج است، ولی اگر امتناع ورزید، این کار را نکند...»^۲ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۳۹۳/۵)

روایت دوم: امام صادق (علیه السلام) فرمودند: «اگر قرار باشد دختری [باکره یا غیرباکره] به ازدواج کسی درآورده شود، باید با او مشورت شود و اگر دختر باکره نباشد، فقط اجازه خود دختر شرط است.»^۳ (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۳۸۰/۷)

روایت سوم: «عبدالرحمن می خواست دخترش را به ازدواج پسر برادرش درآورد و با

۱. «محمد بن إسماعیل عن الفضل بن شاذان و علی بن إبراہیم عن أبيہ جَمِيعاً عن ابن أبي عمير عن هشام بن الحكم عن أبي عبد الله أو أبي الحسن (عليه السلام) قال: قيل له إنا نزوج صبيانا و هم صغار. قال: فقال: إذا زوجوا و هم صغار لم يكادوا يتألفوا؛ این روایت از جهت سندی «صحیح» است.

۲. «عده من أصحابنا عن سهل بن زياد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل يريد أن يزوج أخته، قال: يؤامرها فإن سكنت فهو إقرارها وإن أبى لم يزوجها...»؛ این روایت از جهت سندی «صحیح» است.

۳. «روى محمد بن علي بن محبوب عن العباس عن صفوان عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: تستأمر البكر و غيرها و لا تنكح إلا بأمرها»؛ این روایت از جهت سندی «صحیح» است.

امام کاظم (علیه السلام) در این رابطه مشورت کرد. ایشان فرمودند: ایرادی ندارد، ولی باید با رضایت دختر باشد؛ زیرا دختر نباید نسبت به اموری که مرتبط با اوست بی‌بهره باشد.^۱ (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۳۷۹/۷)

روایت چهارم: «پیامبر (صلی الله علیه و آله) می‌فرمودند: هنگامی که می‌خواهید دختری را به ازدواج کسی در آورید، قبلاً با او مشورت کنید.»^۲ (ابن حیون، ۱۳۸۵: ۲/۲۱۸)

از این چهار روایت به دست می‌آید که مطلوب دین، مشورت با دختر در امر ازدواج است. حال این طلب مشورت زمانی مؤثر است که دختر، نسبت به آینده خود بتواند تصمیم بگیرد، وگرنه این مشورت کار لغوی حساب می‌شود و «قدر متیقن» زمانی که فرد بتواند نسبت به آینده خود تصمیم مطلوبی بگیرد، این است که فرد از رشد فکری کافی برخوردار باشد.

۱. «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ فَضَالٍ عَنْ صَفْوَانَ، قَالَ: اسْتَشَارَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مُوسَى بْنُ جَعْفَرٍ (علیه السلام) فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ لِابْنِ أَخِيهِ، فَقَالَ: أَفْعَلْ وَ يَكُونُ ذَلِكَ بِرِضَاهَا فَإِنَّ لَهَا فِي نَفْسِهَا نَصِيحاً...» این روایت از جهت سندی «صحیح» است.

۲. «عَنْ رَسُولِ اللَّهِ (صلی الله علیه و آله) أَنَّهُ نَهَى أَنْ تُتَكَحَّ الْمَرْأَةُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ» این روایت از جهت سندی ضعیف است؛ بنابراین به عنوان مؤید حساب می‌شود.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار، سن مناسب ازدواج برای دختران، با رویکرد جامعه‌شناسی دینی و با محوریت روایی بررسی شده و روشن شد که هرگز نمی‌توان عدد و سن دقیقی برای ازدواج تعیین کرد که منطبق بر تمامی افراد، با شرایط و فرهنگ‌های متفاوت باشد؛ از این رو در صدد شناخت و تعیین ملاکی شخصی برآمدیم که بر افراد عرضه می‌شود و با توجه به شرایط تربیتی و شیوه‌های مختلف زندگی در هر مورد، در سن متفاوتی بروز می‌کند. نظریه مطرح شده با عنوان عدم مطلوبیت ازدواج در کودکی از نگاه دینی نیز نشان‌دهنده اهمیت حصول ویژگی‌هایی همچون توانایی‌های اجتماعی و رسیدن به بلوغ جسمی، جنسی، عاطفی و روانی در فرد است که با عنوان رشد مطرح شده و در دوره جوانی نمود پیدا می‌کند. از این رو نظریه دین، نهی کراهتی از ازدواج در کودکی و تشویق و ترغیب به ازدواج در ابتدای جوانی است، مشروط به اینکه دختر از رشد فکری مطلوبی برخوردار باشد.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. آلوسی، سید محمود، ۱۴۱۵ق، روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم، علی عبدالباری عطیة، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد، ۱۳۷۶، النهایة فی غریب الحدیث و الاثر، محمود محمد طناحی، چ ۴، قم: اسماعیلیان.
۲. ابن اشعث، محمد بن محمد، بی تا، الجعفریات، تهران: مکتبة النینوی الحدیثة.
۳. ابن بابویه، محمد بن علی، ۱۳۷۶، الأملی، چ ۶، تهران: کتابچی.
۴. ابن بطریق، یحیی بن حسن، ۱۴۰۷ق، عمدة عیون صحاح الأخبار فی مناقب إمام الأبرار، قم: الاسلامی (جماعة المدرسين بقم).
۵. ابن حیون، نعمان بن محمد مغربی، ۱۳۸۵ق، دعائم الإسلام، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).
۶. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی، ۱۴۰۴ق، تحف العقول، چ ۲، قم: جامعه مدرسين.
۷. ابن فارس، أحمد بن فارس، ۱۴۰۴ق، معجم مقاییس اللغة، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۸. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، تصحیح احمد فارس، چ ۳، بیروت: دارالفکر.
۹. اشعری قمی، احمد بن محمد بن عیسی، ۱۴۰۸ق، النوادر، قم: مدرسة الإمام المهدي.
۱۰. اصفهانی، حسین بن محمد راغب، ۱۴۱۲ق، مفردات ألفاظ القرآن، تصحیح صفوان عدنان داودی، لبنان: دارالعلم - الدار الشامية.
۱۱. انطوان، نعمه، ۲۰۰۱، المنجد فی اللغة العربیة المعاصره، چ ۲، بیروت: دارالمشرق.
۱۲. بحرانی، سید هاشم بن سلیمان، ۱۴۱۱ق، حلیة الأبرار فی أحوال محمد و آله الأطهار (علیهم السلام)، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۱۳. بخاری، ابو عبدالله محمد بن اسماعیل، ۱۴۲۴ق، صحیح البخاری، بیروت: دارالفکر.

۱۴. بستانی، فؤاد افرام و رضا مهیار، ۱۳۷۵، فرهنگ ابجدی عربی فارسی، ج ۲، تهران: اسلامی.
۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ق، تفصیل وسایل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۱۶. حجازی، محمد محمود، ۱۴۱۳ق، التفسیر الواضح، ج ۱۰، بیروت: دارالجليل الجديد.
۱۷. حلی، حسن بن یوسف، ۱۹۸۲، نهج الحق و كشف الصدق، بیروت: دارالکتاب اللبنانی.
۱۸. خطیب، عبدالکریم، بی تا، التفسیر القرآنی للقرآن، بی جا.
۱۹. الخوری الشرتونی اللبنانی، سعید، ۱۴۱۶ق، اقرب الموارد فی فصیح العربیة و الشوارد، قم: دارالاسوة.
۲۰. دیلمی، حسن بن محمد، ۱۴۱۲ق، إرشاد القلوب إلى الصواب، قم: الشریف الرضی.
۲۱. زبیدی، محمد مرتضی، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، تصحیح علی شیری، بیروت: دارالفکر.
۲۲. زحیلی، وهبة بن مصطفى، ۱۴۱۱ق، التفسیر المنیر فی العقيدة و الشریعة و المنهج، ج ۲، بیروت: دارالفکر المعاصر.
۲۳. السجستانی الأزدی، سلیمان بن الأشعث أبو داود، بی تا، سنن ابی داود، بی جا: دارالفکر.
۲۴. شهرستانی، علی، ۱۳۹۰، معمای ازدواج عمر با حضرت ام کلثوم، ج ۲، مشهد: یوسف فاطمه.
۲۵. صادقی تهرانی، محمد، ۱۴۰۶ق، الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن، ج ۲، قم: فرهنگ اسلامی.
۲۶. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، ۱۴۱۳ق، من لایحضره الفقیه، ج ۲، قم: اسلامی.
۲۷. طباطبائی، محمدحسین، ۱۴۱۷ق، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۵، قم: اسلامی.
۲۸. طبرسی، حسن بن فضل، ۱۴۱۲ق، مکارم الأخلاق، ج ۴، قم: شریف رضی.
۲۹. —————، ۱۳۶۵، مکارم الأخلاق، ترجمه میرباقری، ج ۲، تهران:

۳۰. طبرسی، فضل بن حسن، ۱۳۹۰ق، إعلام الوری بأعلام الهدی، چ ۳، تهران: اسلامیه.
۳۱. طبری آملی صغیر، محمد بن جریر بن رستم، ۱۴۱۳ق، دلائل الإمامة، قم: بعثت.
۳۲. طریحی، فخرالدین بن محمد، ۱۳۷۵، مجمع البحرین، چ ۳، تهران: مرتضوی.
۳۳. طنطاوی، محمد، بی تا، التفسیر الوسیط للقرآن الکریم، بی جا.
۳۴. طوسی، محمد بن الحسن، ۱۴۱۱ق، الغیبة، قم: دارالمعارف الإسلامیة.
۳۵. -----، ۱۴۰۷ق، تهذیب الاحکام، چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۳۶. فراهیدی، خلیل بن أحمد، ۱۴۰۹ق، کتاب العین، چ ۲، قم: هجرت.
۳۷. فولادوند، محمد مهدی، ۱۴۱۵ق، ترجمه قرآن، تهران: دارالقرآن الکریم (دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی).
۳۸. فیومی، احمد بن محمد مقرئ، بی تا، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، چ ۲، قم: منشورات دارالرضی.
۳۹. قمی، علی بن ابراهیم، ۱۳۶۷، تفسیر قمی، چ ۳، قم: دارالکتاب.
۴۰. کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، الکافی، تصحیح علی اکبر غفاری، چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۴۱. مجلسی، محمدباقر، ۱۴۱۰ق، بحار الأنوار الجامعة لدرر اخبار الأئمة الأطهار، چ ۲، بیروت: مؤسسة الطبع والنشر.
۴۲. مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، ۱۴۰۶ق، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، چ ۲، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۴۳. مصطفوی، حسن، ۱۴۲۶ق، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴۴. مفید، محمد بن محمد، ۱۴۱۳ق، الإرشاد فی معرفة حجج الله علی العباد، قم: کنگره شیخ مفید.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۴، تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الإسلامیة.

٤٦. -----، ١٤٢١ق، الامثل في تفسير كتاب الله المنزل، قم: مدرسة امام

على بن ابي طالب عليه السلام.

٤٧. النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، ١٤١١ق، سن نسائي الكبرى، بيروت:

دار الكتب العلمية.

٤٨. هويدى بغدادى، محمد، بى تا، التفسير المعين للواعظين و المتعظين، قم: ذوى القربى.

پیش‌بینی حق رجوع در «ابراء» از منظر فقهی و حقوقی

سید محمد رضوی^۱

سید علی رضوی^۲

چکیده

«ابراء» ایقاعی است که موجب اسقاط حق دینی می‌شود. به عبارت دیگر، به محض تحقق ابراء، ذمه مدیون، بری می‌شود و طلب «دائن» نیز از بین می‌رود. با وجود این در برخی موارد دائن موقع ابراء، حق رجوع را برای خود و برای مدت معینی به دو گونه پیش‌بینی می‌کند: گاهی حق رجوع را به صورت مطلق بیان می‌کند و گاهی نیز آن را مقید به تحقق امری در آینده می‌نماید. ایرادهایی بر این نوع از ابراء وارد است که مانع پذیرش آن می‌شود؛ عدم جریان خيارات در ایقاعات و نیز مخالفت با کلان پایه «الساقت لایعود»، دو مورد از این ایرادها است. در این پژوهش که با شیوه تحلیلی و اجتهادی به سرانجام رسیده، تبیین شده است که ابراء مشروط به نحو مذکور، در صورتی که در قالب شرط مورد پذیرش ابراء‌شونده قرار گیرد، می‌تواند منشأ اثر باشد؛ یعنی ابراء‌کننده حق رجوع داشته باشد یا عدم تحقق شرط موجب ایجاد حق رجوع برای ابراء‌کننده و یا حتی بازگشت دین به ذمه بدهکار باشد؛ اما زمانی که ابراء‌شونده این شرط را قبول نکند، منشأ اثر نخواهد بود.

کلیدواژه‌ها: ابراء، رجوع، ایقاع، شرط ضمن عقد، خيار.

۱. عضو هیئت علمی گروه آموزشی حقوق دانشگاه بیرجند. (نویسنده مسئول) razavi1213@birjand.ac.ir

۲. دانش‌پژوه سطح چهار حوزه علمیه خراسان و دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی

رضوی. razavi1515@gmail.com

«ابراء» یکی از اعمال حقوقی است که موجب اسقاط حق دینی می‌شود. یکی از مصادیق رایج ابراء در میان مردم، ابراء مهریه توسط زوجه است. موارد متعددی در دادگاه‌ها دیده شده که زوجه‌ای که در زمانی اقدام به ابراء ذمهٔ زوج نسبت به مهریه کرده، از عمل خود پشیمان شده و به دنبال راهی برای ابطال سند ابراء می‌شود. با توجه به اینکه ابراء موجب اسقاط طلب او شده، سؤال این است که آیا راهی برای بازگشت به طلب سابق وجود دارد یا خیر. این سؤال اختصاص به موضوع مهریه ندارد؛ اما در مورد مهریه رواج بیشتری دارد. از سوی دیگر نوع ابراء نیز در پاسخ به سؤال مذکور تعیین کننده خواهد بود؛ زیرا ابراء، گاهی مطلق است و گاهی ابراء کننده ابرائش را مقید و مشروط می‌کند و در مواردی نیز شرط فاسخی در ابراء قرار می‌دهد تا سرنوشت آن را به شرط مذکور وابسته نماید.

آنچه در مقدمه مهم است اینکه اگر «ایقاع» به گونه‌ای همراه با شرط بیاید که «منشأ»، منوط و معلق به آن شرط شود، ایقاع به دلیل همین تعلیق باطل خواهد شد. (نائینی، ۱۳۷۳: ۵۵/۲؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۱۷۸) مگر اینکه در ایقاعات نیز صرفاً تعلیق در انشا را باطل کننده بدانیم (سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۱۷۹) که در این صورت چون صرفاً «منشأ» معلق است ایقاع باطل نخواهد بود و اگر شرط مذکور ربطی به منشأ نداشته باشد نیز طبق مبنای کسانی که شرط ابتدایی را الزام آور نمی‌دانند، اثری بر آن بار نخواهد شد و تأثیر آن منوط به پذیرش شرط توسط طرف مقابل ایقاع خواهد بود.

همچنین شرطی که در ضمن ایقاع می‌آید، گاهی برای ایقاع کننده ایجاد التزام می‌کند. این نوع شرط، هم در عقود و هم در ایقاعات پذیرفته شده است؛ مثل اینکه زوج در ضمن طلاق متعهد می‌شود که مبلغ معینی نیز به زوجه بدهد. برخی حقوق دانان می‌گویند: ارادهٔ اشخاص همان گونه که می‌تواند سبب سقوط تعهد شود، قابلیت ایجاد تعهد را نیز دارا است. اینکه اراده بتواند خود را ملتزم سازد، از لحاظ تنوری با هیچ مانعی روبه‌رو نیست. سبب واقعی عقد نیز قدرت خلاق ارادهٔ هریک از دو طرف دربارهٔ خود اوست. لزوم قبول در انعقاد

قرارداد از این جهت نیست که اراده گوینده ایجاب به تنهایی نمی تواند برای او ایجاد دین کند، بلکه به دلیل این است که ایجاب به گونه ای انشا می شود که بر حسب اراده اعلام کننده، اثر آن موکول به قبول طرف دیگر است؛ پس اگر اراده ای به طور مستقل انشای تعهد کند، این کار هیچ نیازی به قبول طلبکار ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۷)

گاهی نیز شرط در ضمن ایقاع، در حقوق طرف مقابل تأثیر می گذارد. شرط رجوع در ابراء از قسم دوم است؛ یعنی در حقوقی که به نفع ابراء شونده ایجاد می شود تأثیر می کند؛ بنابراین پذیرش یا نپذیرفتن شرط ابتدایی نیز در بحث حاضر مؤثر نیست و به همین دلیل به آن پرداخته نخواهد شد.

همسو با پژوهش حاضر، نوشته هایی وجود دارد که در آن به ایقاع خیارى پرداخته شده است؛ اما توجه به این نکته لازم است که شرط امکان رجوع در ایقاع گاهی با قبول طرف مقابل مواجه می شود و گاهی نیز نسبت به قبول طرف مقابل «لابشرط» است و یا طرف مقابل آن را رد می کند؛ به همین دلیل وضعیت های متفاوتی در انشای ابراء دیده می شود: وقتی ابراء کننده در زمان ابراء، شرط حق رجوع را به نفع خود پیش بینی می کند و یا شرط فسخ کننده ای در ابراء قرار می دهد، گاهی ابراء شونده اصلاً به این شرط توجه ندارد و یا در صورت توجه، آن را قبول نمی کند و گاهی نیز به این شرط توجه دارد و آن را قبول می کند. این اقسام و تفاوت هر وضعیت را در ادامه تحلیل می کنیم.

۱- مفهوم شناسی

۱-۱- ابراء

ابراء در لغت از ریشه «برء» بوده و برء به معنای خلوص از غیر، مثل برء مریض از مریضی و یا برء مدیون از دین (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق: ۱/۱۱۳) و سقوط طلب (طریحی، ۱۴۱۶ق: ۵۰/۱) استفاده شده است. در معنای اصطلاحی نیز ابراء در اسقاط «حق دینی» استعمال می شود؛ بنابراین، ابراء شامل اسقاط حق عینی نمی شود و برای اسقاط حق عینی نهادهای

دیگری، نظیر اعراض، وجود دارد.

در مورد ماهیت ابراء، اختلاف نظر وجود دارد. برخی می‌گویند: ابراء از نظر ماهیت، تملیک است؛^۱ (صاوی المالکی، بی‌تا: ۱۴۲/۴؛ دسوقی، بی‌تا: ۹۹/۴؛ اکمل الدین أبو عبدالله، بی‌تا: ۱۲۳/۸) اما در اینکه به قبول طرف دیگر نیاز دارد یا نه، اختلاف نظر دارند.^۲ (خرشی، بی‌تا: ۱۰۳/۷؛ أبو عبدالله المالکی، ۱۹۸۹: ۱۷۹/۸) زمانی که ابراء نیازمند قبول طرف ابراء‌شونده باشد، عقد خواهد بود و اگر قبول وی در تحقق آن نقشی نداشته باشد، هر چند آن را تملیک بدانیم، همانند موارد دیگری، نظیر «اخذ به شفعه» و فسخ قرارداد، که نتیجه آن تملیک است، از جهت ماهیت و حقیقت به «ایقاعات» ملحق خواهد شد.

در مقابل، اکثریت فقیهان ابراء را اسقاط حق می‌دانند. (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق: ۳۱۶/۲) در این صورت ابراء، نظیر سایر مصادیق اسقاط، یکی از ایقاعات خواهد بود که با اراده محقق می‌شود و قبول ابراء‌شونده در تحقق آن مؤثر نبوده و نقشی نخواهد داشت.^۳ از کسانی که ابراء را اسقاط حق رجوع‌ناپذیر و لازم می‌دانند، برخی می‌گویند: به قبول

۱. در بسیاری از کتاب‌های فقیهان اصلا این مبنا دیده نشده است؛ یعنی ابراء را اسقاط دانسته‌اند و آن را در مقابل «هبه» قرار داده‌اند که هبه تملیک است و ابراء، اسقاط؛ (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ۱۳۷/۹؛ طباطبائی، بی‌تا: ۵۲۳) حتی در مواردی گفته شده که هبه تملیک است، پس نیازمند قبول است و ابراء، اسقاط است، پس نیازمند قبول نیست؛ (صیمری، ۱۴۲۰ق: ۳۹۸/۲) غافل از اینکه برخی ابراء را تملیک می‌دانند و در عین حال می‌گویند که نیازمند قبول هم نیست.

در میان مذاهب فقهی فقط برخی از شافعیه و برخی از حنابله این نظر را پذیرفته‌اند؛ اما جمهور حنفیه، مالکیه و شافعیه آن را اسقاط می‌دانند و نظر ارجح در میان فقیهان حنبلی نیز اسقاط آن است. (الموسوعة الفقهية الكويتية، بی‌تا: ۱۴۸/۱) دلیل ایشان این است که دین نسبت به طلبکار، مال است و طلبکار مالش را به دیگری واگذار می‌کند و این واگذاری هم تملیک است. (أَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الْحَنَابِلَةِ جَزَمُوا بِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ، وَقَالُوا: إِنَّ سَلْمَنَا أَنَّهُ إِسْقَاطٌ، فَكَأَنَّهُ مَلَكَهُ إِيَّاهُ ثُمَّ سَقَطَ)

۲. پذیرش ایقاعی که برای تحقق نیازمند قبول طرف دیگر باشد، هر چند دشوار است، اما محال نیست؛ (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۳۱۴/۳؛ راوندی، ۱۴۰۵ق: ۲۹۵/۲؛ حلبی، ۱۴۱۷ق: ۳۰۱؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ۱۷۶/۳) مثل اینکه پذیرش جواز ابراء دشوار است، ولی، همان طور که در متن اشاره شد، طرفدارانی نیز دارد.

۳. «الْإِتِّجَاهُ الْأَوَّلُ: وَعَلَيْهِ جُمْهُورُ الْحَنَفِيَّةِ، وَهُوَ قَوْلُ لِكُلِّ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ، وَالرَّاجِحُ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ، أَنَّهُ لِلْإِسْقَاطِ. قَالَ السُّبْكِيُّ: لَوْ كَانَ الْإِبْرَاءُ تَمْلِيكًا لَصَحَّ الْإِبْرَاءُ مِنَ الْأَعْيَانِ.» (الموسوعة الفقهية الكويتية، بی‌تا: ۱۴۸/۱)

ابراء شونده نیازی نیست^۱ (حلی (علامه)، ۱۳۸۸ق: ۴۱۶ و ۱۴۱۳ق: ۲۷۶/۶؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق: ۱۹۳/۳؛ ابن مازة، ۲۰۰۴، ۲۴۵/۶) و نیز نمی‌تواند رد کند و برخی دیگر می‌گویند: هر چند به قبول ابراء شونده نیازی نیست، اما ابراء شونده می‌تواند آن را رد کند، (سرخسی، ۱۹۹۳: ۸۳/۱۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۶۹) مگر در صورتی که از طلبکار درخواست ابراء کرده باشد. (ابن نجیم، بی تا: ۳۸/۷)

برخی هم ابراء را اسقاط جایز و با قابلیت رجوع دانسته^۲ (ابن عابدین، ۱۹۹۲: ۶۲۳/۵؛ ابن نجیم، ۱۹۹۹: ۲۷۴) و می‌گویند: به قبول ابراء شونده نیازی نیست و نیز نمی‌تواند ابراء را رد کند.

از میان نظرات بالا نظری ترجیح دارد که ابراء را اسقاط حق رجوع ناپذیر و لازم می‌داند که به قبول ابراء شونده نیز نیاز ندارد؛ بنابراین چون ابراء، اسقاط حق لازم است، بحث از شرط فسخ و شرط رجوع در آن ثمری ندارد. درباره استدلال بر این نظر در ادامه به تفصیل سخن گفته می‌شود. قانون مدنی نیز در ماده ۲۸۹ بیان کرده: «ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرف نظر نماید.» گفته شده در این تعریف، جنبه اسقاطی صراحت دارد؛ زیرا صرف نظر کردن، اسقاط را می‌رساند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۲/۱)

۱-۲- ابراء مشروط

ابرائی که در زمان انشای صیغه ابراء، همراه با شرطی ذکر شود را ابراء مشروط می‌گویند. در بطلان ابرائی که انشای آن معلق باشد، تردیدی نیست؛ زیرا تعلیق با انشاء عقود و ایقاعات

۱. «إذا وهب صاحب الدين دينه ممن هو عليه صح و كان ابراء لمن عليه الدين ولا يشترط قبول المدينين والشيخ تردد هاهنا فقال تارة ان البراء لا يفتقر الى القبول بل يسقط الحق عن ذمته و ان كره ذلك لقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ فاعتبر مجرد الصدقة و لم يعتبر القبول و قال تعالى ﴿وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾ فاسقط الذية بمجرد التصديق و لم يعتبر القبول و التصديق في هذا الموضع البراء و قال تارة لا بد من القبول و لو لم يقبل المبرأ البراء لم يسقط الدين عن ذمته بمجرد اسقاط المالك و ابرائه و يكون الحق ثابت لان في ابرائه من الحق الذي عليه منة و لا يجبر على قبول المنة فافتقر الى القبول كهبة الاعيان و للشافعية قولان.» (حلی (علامه)، ۱۳۸۸: ۴۱۶)

۲. «البراء يرتد بالرد فبقي المال عليه.»

منافات دارد (کرکی، ۱۴۱۴ق: ۳۰۵/۸؛ عاملی، ۱۴۱۹ق: ۳۷۰/۲۱) و اگر شرط به گونه‌ای باشد که منشأ را معلق کند نیز می‌توان ابراء را باطل دانست. ابراء مشروط در برخی موارد هم صحیح (قزوینی قارپوزآبادی، ۱۴۱۴ق: ۲۸۹؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق: ۲۶۵/۲) و در مواردی محل نقد و نظر است. (خمینی، ۱۴۲۲ق: ۲۴۴/۳) «شرط خیار» و «شرط رجوع»، از شروطی است که ممکن است در ایقاع، محل نقض و ابرام قرار گیرد. همان گونه که قبلاً نیز بیان شد، در این مقاله شرط خیار و شرط رجوع در زمان ابراء را در دو فرض «قبول شرط توسط ابراء‌شونده» و «قبول نکردن آن» تحلیل و بررسی می‌کنیم.

۱-۳- ابراء همراه با شرط فسخ‌کننده

شرطی که در ضمن ابراء می‌آید و طرف مقابل، یعنی ابراء‌شونده نیز آن را قبول می‌کند، ممکن است با شرطی فسخ‌کننده همراه شود. در این صورت معنای شرط فاسخ در ابراء این است که در نتیجه تحقق شرط، ابراء خودبه‌خود از بین خواهد رفت. (رضوی، ۱۴۰۰: ۱۵۲)

۱-۴- صلح در مقام ابراء

صلح یکی از عقدهای لازم (ماده ۷۶۰ ق.م؛ عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۷ق: ۳۲۹/۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق: ۴۱/۴؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق: ۳۸۹؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق: ۹۱/۴؛ خمینی، بی‌تا: ۵۶۲/۱؛ مرعشی، ۱۴۰۶ق: ۱۴۶/۲؛ خوئی، ۱۴۱۰ق: ۱۹۴/۲؛ سبزواری، بی‌تا: ۳۳۰؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق: ۴۰۶/۱؛ خوئی، ۱۴۱۴ق: ۱۵۷/۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق: ۴۹۵) و اصیل است که می‌تواند نتیجه بیع، اجاره، هبه، عاریه و ابراء را داشته باشد؛ (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق: ۱۷۵/۴) به صلحی که نتیجه ابراء را دارد، صلح در مقام ابراء می‌گویند.

۲- تأثیر نداشتن «شرط حق رجوع» در ابراء مطلق

ممکن است ابراء نسبت به «شرط حق رجوع»، مطلق واقع شود؛ بدین معنا که شرط رجوع در آن مطرح نشده و نسبت به شرط رجوع ساکت باشد. دلایلی بر بطلان این وضعیت وجود دارد که در ادامه به آن می‌پردازیم. این دلایل همان گونه که تبیین خواهد شد انصراف به ابراء مطلق دارد و در ابراء مشروطی که همراه با قبول طرف مقابل باشد، استناد نمی‌شود.

۲-۱- جریان نداشتن خيار در ایقاعات

اولین دلیلی که بر بطلان شرط حق رجوع در ابراء مطلق وجود دارد، عدم جریان خيار در ایقاعات است. ابتدا وضعیت حقوقی شرط در ضمن ایقاع و در ادامه، شرط خيار در ایقاع و وضعیت سایر خيارات در ایقاع را بررسی می کنیم.

۲-۱-۱- وضعیت حقوقی شرط در ضمن ایقاع

در مورد شرط ضمن عقد، مباحث متعدد و دامنه داری مطرح شده و حتی نویسندگان در مورد آن کتاب هایی به رشته تحریر در آورده اند؛ (خوئی، ۱۴۱۴ق: ۳) اما وضعیت حقوقی شرط در ضمن ایقاع کمتر تحلیل و بررسی شده است. فقیهان نیز رویکردهای متفاوتی نسبت به شرط ضمن ایقاع اتخاذ کرده اند: برخی آن را از اساس نپذیرفته، (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۳۷۳/۴) برخی نسبت به وضعیت های مختلف آن اظهار نظرهای مختلفی مطرح کرده و بین حالاتی که شرط کاملاً علیه ایقاع کننده است و غیر آن تفاوت گذاشته (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق: ۳۱/۲) و برخی نیز بیان کرده اند که شرط تحقق شرط، آن است که در ضمن التزام بیاید و ضروری نیست که در ضمن دو التزام باشد. (خوئی، ۱۴۱۴ق: ۹۶/۲) همچنین بیان شده که ایقاع همانند عقد، از امور اعتباری است و برای صحت شرط در آن، کافی است نزد عقلاً پذیرفتنی باشد و بر آن اثری بار شود. (سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۱۸۰) در ادامه شرط در ضمن ایقاع را با توجه به نوع شرط با تفصیل بیشتر پی می گیریم.

الف- شرط، علیه ایقاع کننده است؛ مثل اینکه می گوید: تو را طلاق دادم مشروط به اینکه مبلغ معینی به تو بپردازم. این شرط داخل در عموم قاعده «المسلمون عند شروطهم» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۱۶۹/۵ و ۴۰۴) بوده و نیازمند قبول طرف مقابل نیست؛ زیرا این شرط علیه خود انجام دهنده ایقاع است. در عین حال «مشروط له» می تواند حقی که در نتیجه ایقاع برای او به وجود آمده را ساقط کند. نظیر این وضعیت در شرط به نفع شخص ثالث دیده می شود و آن شخص ثالث می تواند حقی را که در نتیجه شرط بین دو نفر برای او ایجاد شده، ساقط نماید.

ب- شرط علیه طرف مقابل ایقاع است که خود بر دو قسم است: گاهی متضمن برخی از حقوق ایقاع کننده قبل از ایقاع است؛ مثلاً کسی که مبلغ صد میلیون از دیگری طلب

دارد، می‌گوید: نود میلیون را ابراء کردم، مشروط به اینکه ده میلیون دیگر را در رأس موعد بردازی. در این فرض هرچند شرط علیه طرف مقابل است، اما چون دربردارنده و متضمن برخی از حقوق گوینده ایقاع است، در واقع علیه طرف مقابل ایقاع نیست.^۱ ممکن است گفته شود: این قسم از شروط تخصیص ایقاع و منحصر کردن «منشأ» آن به برخی از اقسام آن است که فقیهان این نوع از تخصیص را در ایقاع پذیرفته‌اند (نائینی، ۱۳۷۳: ۵۶/۲) و به نظر می‌رسد که این قسم از شروط نیز برای تحقق، نیازمند قبول طرف مقابل نیست.

قسم دوم از شرطی که علیه طرف مقابل است، شرطی است که دربردارنده امور خارجی دیگری است؛ مثلاً اینکه بگوید: تو را از دینی که به من داری ابراء می‌کنم، مشروط به اینکه تا یک سال از منزل بیرون نروی. این قسم از شروط ضمن عقد در ادامه تحلیل خواهد شد؛ اما اجمالاً باید گفت: در صورتی که طرف مقابل ایقاع این شرط را قبول کند مانعی برای پذیرش آن وجود ندارد؛ زیرا این گونه از شروط الزاماً باید توسط دو طرف، تأیید و قبول شود، اما ضرورتی ندارد که در ضمن عقد دیگری مطرح شود. البته اگر طرف مقابل ایقاع آن را نپذیرفت، دلیلی بر پابندی او به این شرط وجود ندارد و اصل برائت نیز این امر را تأیید می‌کند.

یکی از استدلال‌هایی که بر عدم جریان شرط در ایقاع شده این است: شرطی که در ضمن ایقاع بیاید، عنوان شرط بر آن صدق نمی‌کند؛ (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۴۹؛ خمینی، ۱۴۲۱ق: ۳۷۳/۴) زیرا شرط، به دو طرف قوام دارد. (موسوی خوئی، ۱۴۱۴ق: ۹۴/۲) به همین دلیل نیز برخی فقیهان صحت عبارت «أبرأتک، و شرطت علیک کذا عن دینک» را توهمی

۱. جدا از اینکه این حکم منطبق با قواعد است، مضمون بعضی از روایات نیز آن را تأیید می‌کند؛ از جمله صحیح‌ه ابی‌العباس از امام صادق علیه السلام: «رَوَى أَبَانٌ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ قَالَ غَلَامِي حُرٌّ وَعَلَيْهِ عُمَالَةٌ كَذَا وَكَذَا سَنَةً. قَالَ: هُوَ حُرٌّ وَعَلَيْهِ الْعُمَالَةُ. قُلْتُ: إِنَّ ابْنَ أَبِي لَيْلَى يَزْعُمُ أَنَّهُ حُرٌّ وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ. قَالَ: كَذَبَ إِنَّ عَلِيًّا عليه السلام أَعْتَقَ أَبَا كَيْزَرَ وَعِيَاضًا وَرِيحًا وَعَلَيْهِمْ عُمَالَةٌ كَذَا وَكَذَا سَنَةً وَلَهُمْ رِزْقُهُمْ وَكِسْوَتُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ فِي تِلْكَ السَّنَةِ». (صدوق، ۱۴۱۳ق: ۱۲۷/۳) برخی نیز روایت را ضعیف دانسته و می‌گویند که اصحاب بر اساس این روایت عمل کرده‌اند (مجلسی، ۱۴۰۶ق: ۴۷۳/۱۳) و واضح است که عمل اصحاب می‌تواند جبران‌کننده ضعف سند روایت باشد؛ حتی در کتاب و مسائل الشیعه بابی با عنوان «بَابُ أَنْ مَنْ أَعْتَقَ مَمْلُوكًا وَ شَرَطَ عَلَيْهِ خِدْمَةً مُدَّةً مُعَيَّنَةً لَزِمَ الشَّرْطُ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۵/۲۳) آمده است.

بیش نمی‌دانند. (خیمینی، ۱۴۲۱ق: ۳۷۴)

ایراد این استدلال آن است که مراد لغوی‌ها از اینکه می‌گویند: «شرط الزام و التزام در ضمن بیع و امثال آن است»، خارج کردن شرط ابتدایی است و منظورشان این است که شرط باید تابع الزام دیگری باشد، نه اینکه خود مستقلاً ایجاد التزام کند. (سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۱۷۹) به‌علاوه شرط ابتدایی نیز صحیح است و در صورتی که مورد قبول طرف مقابل قرار گیرد و در قالب قرارداد مستقل بیاید، یکی از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی و الزام‌آور خواهد بود.

فقیهانی که شرط در ضمن ابراء را می‌پذیرند، نسبت به اثر این شرط، خود دو گروه هستند: برخی می‌گویند که تخلف از شرط ضمن ابراء برای طرف مقابل، ایجاد حق فسخ می‌کند. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق: ۳۲/۲) حتی می‌توان شرط خیار معلق را نیز برای مدت معینی پس از تحقق «معلق علیه» پذیرفت؛ اما گروه دوم فایده شرط ضمن ابراء را فقط التزام ابراء‌شونده و امکان الزام او توسط ابراء‌کننده می‌دانند، بدون اینکه در اثر تخلف، حق فسخی برای ابراء‌کننده به وجود آید. (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۳۵۴/۲۴) آنچه از عمومات قانون مدنی در مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ درمورد شروط استفاده می‌شود، اینکه الزام‌شونده باید شرط را اجرا کند و در صورت اجرا نکردن شرط و عدم امکان اجرا به هزینه او، برای طرف مقابل حق فسخ به وجود می‌آید.

۲-۱-۲- جریان‌نداشتن خیار شرط در ایقاعات

بنای ایقاعات بر نفوذ و تحقق، به‌مجرد اجرای صیغه ایقاع است و خیار شرط با این نفوذ سازگار نیست.^۱ شهید ثانی، جریان‌نداشتن خیار شرط در ابراء را نظر اتفاقی همه فقیهان می‌داند (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق: ۲۱۲/۳) و شیخ انصاری بر عدم جریان خیار شرط در ایقاعات ادعای اختلافی نبودن کرده‌اند؛ (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۴۸/۵) یعنی به نظر فقیهان نمی‌توان در ایقاعات حق فسخ، قرار داد. همچنین بیان کرده‌اند: «فإنه لم یعهد من الشارع تجویز نقض أثرها بعد وقوعها حتی یصح اشتراط ذلك فيها»؛ (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۵۰/۵)

۱. «الایقاعات بنیت علی النفوذ و التحقيق بمجرد اجراء الصیغة، و اشتراط الخيار فیها مناف مع النفوذ» (کلانتر،

همچنین موردی دیده نشده که شارع مقدس نقض اثر ایقاع را بعد از وقوع پذیرفته باشد تا بتوان گفت که قرارداد شرط رجوع در آن صحیح است. تنها برخی فقیهان معاصر از راه امکان قرارداد شرط در ضمن ایقاع، جریان خیار شرط در آن را پذیرفته‌اند. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق: ۳۱/۲؛ روحانی، ۱۴۲۹ق: ۳۸۹/۵؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۴ق: ۹۴/۲) در ادامه استدلال‌هایی که بر عدم جریان شرط خیار در ایقاع بیان شده را ذکر می‌کنیم.

دلیل اول: اولین استدلالی که بر جریان نداشتن خیار شرط در ایقاعات شده، (انصاری،

۱۴۱۵ق: ۱۵۰/۵) عبارت است از قیاسی منطقی:

صغرا: خیار شرط در ایقاع موجب فسخ ایقاع است؛

کبرا: فسخ ایقاع، غیر مشروع است؛

نتیجه: خیار شرط در ایقاع، غیر مشروع است.

کبرای استدلال، در مواردی که رضایت طرف مقابل در زمان ابراء وجود ندارد، پذیرفتنی است، اما به‌طور کلی نمی‌توان آن را پذیرفت؛ خصوصاً اینکه می‌دانیم برخی ایقاعات، جایز هستند و فسخ آن هم غیر مشروع نیست.^۱ ایراد دیگری که بر این استدلال وارد می‌شود اینکه در آن مغالطه صورت گرفته است؛ زیرا کبرای آن، خود محل بحث و نظر است و در این استدلال کبرا به‌عنوان اصل مسلمی پذیرفته شده است. البته می‌توان بر این مسئله استدلال کرد و با ادله دیگری، عدم امکان فسخ ایقاع را در برخی موارد ثابت کرد؛ اما پذیرفتن آن به‌عنوان اصل مسلم در کبرای استدلال، موجه نیست.

البته شاید بتوان به اصل لزوم در ایقاعات استدلال کرد و گفت: شارع مقدس در مورد ایقاعات، سخن از خیارات نگفته و ایقاعات همانند عقود نبوده که در آن سخن از خیار مجلس و حیوان و... باشد. آنچه واضح است اینکه فقیهانی مثل شیخ انصاری اصل آزادی اراده در ایقاعات را همانند عقود به رسمیت نشناخته و لزوم در ایقاعات را، همانند جواز در

۱. برخی فقیهان بین موردی که «می‌دانیم شرط غیر مشروع است» و جایی که «نمی‌دانیم شرط مشروع هست یا نه» تفاوت گذاشته و صرفاً در مورد اول، شرط رجوع در ضمن ابراء را مردود دانسته‌اند؛ (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق: ۳۲/۲) اما دلیلی بر اینکه شرط رجوع به‌صورت مطلق، غیر مشروع باشد وجود ندارد. حداقل اینکه در صورت قبول طرف مقابل ابراء، می‌توان این شرط را، به استناد عمومات صحت شروط، صحیح دانست.

عقود جایز، به عنوان حکمی شرعی تلقی کرده‌اند. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۵/۱۵۰)

دلیل دوم: گفته شده که فسخ عبارت است از انحلال ارتباطی که با عقد ایجاد شده و در نتیجه ایقاع، نه تنها هیچ ارتباطی ایجاد نمی‌شود، بلکه ارتباطی که از سابق وجود دارد نیز از بین می‌رود؛ پس فسخ در ایقاعات راه ندارد. (مامقانی، ۱۳۵۰: ۶۷) در این استدلال نیز صغرا به نحوی تبیین شده که مطلوب را نتیجه دهد؛ زیرا در تعریف فسخ، کلمه عقد را آورده و نتیجه این شده است که چون عقد و ایقاع با هم بیگانه‌اند، فسخ و ایقاع نیز با یکدیگر بیگانه شده‌اند؛ اما اگر در تعریف فسخ بیان می‌شد که عبارت است از انحلال یا زوال اثر حاصل از عمل حقوقی، این تعریف می‌توانست ایقاعات یا حداقل برخی از ایقاعات را در بر گیرد و در این صورت، به جای فسخ نیز عنوان «رجوع» به آن اطلاق می‌شد.

ایراد دیگری که بر این استدلال گرفته شده این است که اولاً، خیار موجب رفع ملکیت و امثال آن می‌شود؛ یعنی اثر حاصل از عمل حقوقی را از بین می‌برد و ثانیاً، عنوان حل یا از بین بردن اختصاص به عقد ندارد، بلکه در مورد ایقاعات هم می‌توان این عنوان را استفاده کرد. (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۴/۲۱۸)

دلیل سوم: این دلیل به نوعی بیان دیگری از دلیل قبلی است و نحوه استدلال آن این گونه است:

صغرا: فسخ به امر موجود تعلق می‌گیرد؛

کبرا: ایقاعات بعد از وقوع، بقا و وجودی ندارند؛

نتیجه: فسخ به ایقاعات تعلق نمی‌گیرد. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۳۷۴)

توضیح اینکه عقود، بعد از انعقاد، دارای وجود اعتباری هستند و بر همین اساس است که اقاله و فسخ در مورد عقود پذیرفته شده است؛ اما در ایقاعات دلیلی بر بقای اعتباری آن وجود ندارد.

بر کبرای استدلال ایراد وارد شده است که ایقاعات نیز همانند عقود، بقای اعتباری دارند. (موسوی خویی، ۱۴۱۴ق: ۲/۱۰۰) به عبارت دیگر، اگر مراد از بقا، بقای انشای لفظی باشد، واضح است که هم در عقود و هم در ایقاعات، انشای لفظی بقایی ندارد و اگر مراد، بقای

منشأ در عالم اعتبار است، در این مورد هم بین عقد و ایقاع فرقی نیست و منشأ ایقاع نیز در عالم اعتبار باقی می ماند. (سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۱۸۰) به علاوه اگر از پذیرش اقاله و فسخ در عقود نتیجه بگیریم که بقای اعتباری دارند و سپس بگوییم که می توان آن را اقاله و فسخ کرد، دور پیش می آید. به عبارت دیگر، بقای اعتباری به دلیل پذیرش فسخ و اقاله در آن ها است و فسخ و اقاله نیز به دلیل این است که بقای اعتباری دارند.

دلیل چهارم: این دلیل، استصحاب عدم جریان خیار شرط در ایقاع است. به عبارت دیگر برای استدلال بر جریان نداشتن خیار شرط در ایقاعات می توان از استصحاب کمک گرفت؛ با این توضیح که در فرض شک در اینکه فسخ می تواند سبب برای رفع ایقاع باشد یا خیر، می توان با اجرای استصحاب، بقای ایقاع و تأثیر نداشتن فسخ را استصحاب کرد. دلیل پنجم: ابراء نوعی اظهار کرامت از سوی ابراء کننده است و شرط فسخ با این کرامت سازگاری ندارد. (سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۱۸۳) این استدلال منطقی و پذیرفتنی است؛ ولی اگر طرف مقابل ابراء، آن را پذیرفت، دلیلی بر منافات آن با کرامت وجود ندارد.

دلیل ششم: تمسک به اصل آزادی اراده، به دلیل تأثیر فسخ در دارایی طرف مقابل ابراء، محدودیت دارد؛ یعنی در عقود، خیار شرط بر مبنای اراده دو طرف، در زمان انعقاد عقد به وجود می آید و اراده دو طرف است که موجب ایجاد آن می شود. به عبارت دیگر، طرفینی که می توانند عقدی را به وجود آورند، می توانند سرنوشت انحلال آن را تا مدت معینی در اختیار گیرند. در نگاه اول همین سخن در مورد ایقاعات نیز پذیرفتنی به نظر می رسد، یعنی کسی که می تواند ایقاعی ایجاد کند، باید بتواند سرنوشت آن را تا مدت معینی در اختیار داشته باشد.

ایرادی که بر این استدلال وارد شده این است که تأثیر در سرنوشت معامله در آینده از راه پیش بینی خیار شرط، به معنای جواز تصرف در دارایی دیگران است و واضح است که با توافق دو طرف، این امر امکان پذیر است و طرفین می توانند در ضمن عقد، این حق را برای یکدیگر به رسمیت بشناسند؛ اما در مورد ایقاعات از آنجا که در شکل گیری آن تنها

۱. دلیل پنجم و ششم به طور خاص، در مورد جریان نداشتن خیار شرط در ابراء است.

یک اراده دخیل است، هر چند آن اراده می تواند در دارایی خود تصرف کند، اما نمی تواند در دارایی دیگران تصرف نماید^۱ و قرارداد دادن خیار شرط در ایقاعی مثل ابراء به معنای جواز تصرف طلبکار در دارایی بدهکار است؛ زیرا زمانی که اراده بازگشت می کند، با این کار آنچه در دارایی مدیون بوده را به دارایی خود برمی گرداند.

برخی نویسندگان، به درستی، می گویند که با جمع شدن دو شرط، ایقاع کننده می تواند هر وقت بخواهد از آن رجوع کند: اول اینکه بقای اثر حقوقی منوط به وجود و سلامت اراده ایجادکننده آن باشد و دوم اینکه این اثر در دارایی طرف ایقاع، تغییری ایجاد نکند؛ (شهبازی، ۱۳۹۳: ۱۸۶) بنابراین از آنجا که رجوع در ابراء در دارایی طرف مقابل، یعنی بدهکار، اثر کرده و موجب دوباره بدهکار شدن او می شود، این رجوع از اساس غیرممکن است؛ بنابراین شرطی که امکان رجوع را بیاورد نیز غیرممکن خواهد بود.

دلیل هفتم: استدلال این دلیل، این است:

صغرا: خیار شرط مربوط به جایی است که التزامی وجود دارد؛

کبرا: در ایقاعات التزامی برای ایقاع کننده ایجاد نمی شود؛

نتیجه: خیار شرط در ایقاعات ایجاد نمی شود. (نائینی، ۱۳۷۳: ۵۵/۲)

ایرادی که بر این دلیل وارد شده این است که خیار، تسلط بر فسخ عقد است و هر کس این تسلط را دارد «ذوالخیار» است؛ خواه این تسلط در عقد باشد یا در ایقاع. به عبارت دیگر، التزام داخل در مفهوم خیار نیست تا بگوییم که چون در ایقاعات التزامی برای ایقاع کننده ایجاد نمی شود، پس خیار هم برای وی وجود ندارد. (سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۱۷۸). به علاوه، همان التزامی که در عقود وجود دارد، در ایقاعات هم می تواند وجود داشته باشد؛ هر چند در اکثر موارد این التزام به محض اجرای صیغه، انجام می شود. توضیح اینکه در عقود یا ایقاعات، برخی از آثاری که طرفین یا یکی از ایشان به آن ملتزم هستند، به محض انعقاد اجرا می شود،

۱. مضمون این مطلب در عبارات برخی فقیهان دیده می شود: «إذا وقع الشرط في ضمن الإيقاع فلا يخلو حالة، إما يلزم على الطرف المشروط عليه بدون توقف على قبوله و رضاه، وإما يحتاج إلى قبوله و رضاه، وبدونه لا لزوم و لا صحة. أما الأول: فهو ممّا لا يمكن الالتزام به، حيث يلزم أن يجب على أحد شيء مالي، أم غيره أو يتعلق بعهدته حق أو يخرج عن ملكه مال من دون رضاه بل و التفاته» (اراکي، ۱۴۱۴ق: ۱۵۵)

در حالی که برخی از آثار دیگر نیازمند اجرای بعدی است؛ مثلاً در عقد بیع به مجرد انعقاد عقد، مشتری مالک مبیع و بائع مالکِ ثمن می‌شود، در حالی که التزام مشتری به تحویل ثمن به محض اجرای صیغه عقد خود به خود انجام نمی‌شود و داخل در تعهدات مشتری است که باید آن را بعد از عقد اجرا نماید.

از سوی دیگر حق رجوعی که در طلاق، به عنوان یکی از ایقاعات، برای مرد در نظر گرفته شده، حکم شرعی (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۵/۱۵۰) و تمسک به زوجیت (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۳۷۸/۴) است، نه فسخ طلاق^۱ و از اینکه «رجوع به بذل» در «طلاق خلع» ممکن است نیز نمی‌توان نتیجه گرفت که در همه موارد رجوع در ایقاع ممکن است. به علاوه گروهی نیز طلاق خلع را معاوضه‌ای می‌دانند که یک طرف آن طلاق و طرف دیگر آن بذل از سوی زوجه است؛ (محقق داماد، ۱۴۰۶ق: ۲/۲۵۶) بنابراین نمی‌توان ابراء را از این جهت نظیر خلع دانست و آن دو را با هم قیاس کرد.

آنچه از مجموع دلیل‌های گفته شده به دست می‌آید، اینکه نمی‌توان بر بطلان خيار شرط در ایقاع، زمانی که مورد قبول طرف مقابل قرار می‌گیرد، دلیل قانع کننده‌ای به دست آورد.

۲-۱-۳- جریان نداشتن سایر خيارات در ایقاعات

بر عدم جریان خيارات در ایقاعات، استدلال‌هایی شده است؛ از جمله:

صغراً: فسخ ایقاع نظیر نبود کردن عدم است؛ توضیح اینکه مضمون ایقاعات نوعاً امور عدمی، مثل زوال زوجیت در نکاح و سقوط «ما فی الذمه» در ابراء است و چون مضمون آن امور عدمی است، باز گرداندن آن از قبیل اعاده معدوم خواهد بود. در مقابل، عقود امور وجودی است و باز گرداندن و فسخ آن، از بین بردن امر وجودی است، نه امر عدمی (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۴/۲۱۹) و از بین بردن امر موجود، نه در عالم اعتبار، نه در عالم واقع، کار

۱. هر چند برخی فقیهان شرط خيار را در طلاق رجعی معتبر می‌دانند، اما می‌گویند: با وجود حق رجوعی که شارع برای مرد در نظر گرفته است، شرط خيار اثری ندارد و در طلاق سوم و سایر طلاق‌های بائن، که شارع رجوع را غیر ممکن می‌داند، شرط خيار نیز لغو است و امکان پذیر نیست. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق: ۳۱/۲) برخی دیگر نیز از زوال اثر طلاق با رجوع نتیجه می‌گیرند که ایقاع قابلیت انحلال را دارد. (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۴/۲۲۱)

دشواری نیست و ممکن است.

کبراً: نابود کردن عدم ممکن نیست؛ زیرا تا چیزی موجود نباشد، نمی‌توان آن را معدوم کرده و از بین برد؛ مثلاً اثر ابراء، معدوم کردن و از بین بردن دینی است که سابقاً موجود بوده و واضح است که دوباره نمی‌توان همان دین را ابراء و معدوم کرد.

نتیجه: فسخ ایقاع ممکن نیست.

ایراد وارد بر این استدلال این است که فسخ اعدام، نظیر اعدام عدم نیست، بلکه موجب بازگرداندن امر عدمی است؛ یعنی چیزی که از بین رفته را دوباره ایجاد می‌کند. هر چند خود این مسئله نیازمند دلیل است و آن گونه که بعداً خواهیم گفت، امکان‌پذیر نیست. به علاوه آن گونه که برخی فقیهان بیان کرده‌اند، حقیقت فسخ و رجوع، تملک جدید است. همچنین اگر بخواهیم رجوع در ایقاع را اعاده معدوم بدانیم، فسخ در عقود نیز موجب اعاده اثری است که با عقد، زایل شده است؛ مثلاً ملکیت بایع بر مبیع که با عقد از بین رفته و نسبت به او معدوم شده با فسخ برمی‌گردد و واضح است که بین عقود و ایقاعات از این جهت تفاوتی وجود ندارد. (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۲۱۹/۴)

جواب دیگری که داده شده اینکه اثر حاصل از ابراء، از جهت عقلی و عرفی، رفع شدنی است؛ یعنی از نظر عقلی و عرفی می‌توان این اثر را برگرداند؛ بنابراین استدلال مذکور پذیرفتنی نیست. (اراکي، ۱۴۱۴ق: ۱۵۷)

در مقابل استدلال‌های یادشده، برخی می‌گویند: به دلالت عرف و وجدان، ایقاعات نیز منحل می‌شود و مانعی در راه فسخ ایقاع و رجوع از آن وجود نیست؛ همان طور که وعده، یعنی تعهد ایقاعی، رجوع کردنی است. (اراکي، ۱۴۱۴ق: ۱۵۷) ایراد این استدلال این است که بین انواع ایقاع تفاوتی نگذاشته و به عنوان مثال، اذن محض که ایقاعی جایز است را با ابراء که ایقاعی لازم است، به یک نحو نگریسته، در حالی که واضح است که رجوع از ابراء مستلزم تصرف در دارایی طرف دیگر ابراء است و رجوع از اذن محض، چنین نیست. «وعده» نیز ایقاعی است که از نظر مشهور فقیهان الزام‌آور نیست و وعده‌دهنده، می‌تواند از آن رجوع کند؛ اما مقایسه وعده با سایر ایقاعات پذیرفتنی نیست.

۲-۲- مخالفت با قاعده «الساقط لا يعود»

در برخی منابع، قاعده‌ای با عبارت «الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود» وجود دارد، (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۳۶/۱؛ أفندی، ۱۹۹۱: ۵۴/۱) با این مضمون که اگر شارع یا صاحب حق، حتی را ساقط کردند، این حق دوباره بر نمی‌گردد؛ بنابراین اگر طلبکار، طلبش را ساقط کند، حتی اگر مدیون به بازگشت آن راضی باشد، یا از اول به اسقاط آن راضی نباشد، این طلب دوباره بر نمی‌گردد. برخی حقوق‌دانان می‌گویند: قانون مدنی این قاعده را به تکرار اعمال کرده است: حق خیار و نفقه و شفعه پس از اسقاط از بین می‌رود و باز نمی‌گردد. (مواد ۴۴۸، ۸۲۲، ۱۱۰۹ و ۱۱۳۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۹۵) در این کبرای کلی تردیدی نیست و در امور واقعی و اعتباری جریان دارد؛ اما آنچه ممکن است در آن تردید شود، اینکه آیا با وجود شرط رجوع در ابراء، طلب طلبکار ساقط می‌شود یا خیر و ممکن است پاسخ به این سؤال منفی باشد.

در تعریف ابراء می‌گویند: عبارت است از اسقاط حق دینی؛ بنابراین هیچ شکی نیست که نتیجه ابراء، اسقاط طلبی است که شخصی از دیگری دارد و طلب بعد از اینکه ساقط شد، به استناد قاعده کلی «الساقط لا يعود» بر نمی‌گردد؛ زیرا با سقوط دین و زوال آن، موضوعی باقی نمی‌ماند تا اعاده شود. (محقق داماد، ۱۴۰۶ق: ۲/۲۵۵) همان طور که سایر حقوق نیز بعد از اسقاط بر نمی‌گردد، مگر اینکه سبب جدیدی بیاید (مامقانی، ۱۳۵۰: ۶۷)؛ مثلاً حق خیار بعد از اینکه ساقط شد بر نمی‌گردد.^۱

در فتاوی‌ای فقیهان معاصر اهل سنت نیز به این مطلب اشاره شده است:

«سؤال: پدر همسر مبلغی به دیگری بدهکار بوده و بعد از وفاتش

۱. فقیهان اهل تسنن نیز علاوه بر بحث ابراء (ابن عابدین، بی تا: ج ۳۴۱؛ الخن، الثبغ و الشریجی، ۱۹۹۲: ۱۷۶/۶؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، بی تا: ۱۶۸/۱ و ۲۵۴/۴ و ۲۵۷؛ أفندی، ۱۹۹۱: ۵۴/۱) بیشتر در بحث از برنگشتن خیار بعد از اینکه ساقط شد، به این عبارت استدلال کرده‌اند. (بابرتی، بی تا: ۳۵۴/۶؛ عینی، ۲۰۰۰: ۹۸/۸ و ۳۶۷/۹؛ لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، بی تا: ۶۵۵۲/۱۲) حتی این فرع مطرح شده است که اگر کسی ذمه طلبکار را ابراء کرد و سپس بدهکار به وجود دین بر ذمه خود اقرار کرد، این اقرارش در حق طلبکار مؤثر نیست؛ زیرا آنچه ساقط شده بر نمی‌گردد. (ابن عابدین، بی تا: ج ۵۲)

طلبکار، ذمه او را ابراء کرده است. بعد از گذشت مدتی از همسر و برادرانش مبلغی را به خاطر انجام عمل معینی دریافت کرده و علی رغم مطالبه و مراجعه، نه عمل مذکور را انجام داده و نه مال را برگردانده است و هر روز به ایشان وعده‌ای می‌دهد. سؤال این است که آیا این شخص می‌تواند آنچه دریافت کرده را بابت طلبش از پدر همسر متصاحب کند یا خیر. جواب: این مرد نمی‌تواند بعد از اینکه ذمه میت را ابراء کرد، برگردد و طلب مذکور را مطالبه نماید؛ زیرا دین با ابراء ساقط می‌شود و چیزی که ساقط شده نیز بر نمی‌گردد. در شرح ماده ۵۱ قانون مدنی عثمانی در کتاب درر الحکام شرح مجله الأحکام آمده است: الساقط لا يعود؛ یعنی زمانی که شخص حقی از حقوق قابل اسقاط را ساقط کرد، حق مذکور ساقط شده و بعد از اسقاط بر نمی‌گردد.» (لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، بی تا: ۶۶۱۳/۱۲)

آنچه در این سؤال آمده، ابراء مطلق است و در آن قید یا شرطی وجود ندارد. برخی فقیهانی که شرط رجوع در ابراء را می‌پذیرند و به طور کلی جریان خیار در ایقاعات را قبول دارند، می‌گویند: در قاعده «الساقط لا يعود» آنچه باز نمی‌گردد، حقیقت امری است که ساقط شده، اما عنوان آن قابلیت بازگشت دارد؛ مثلاً دین ساقط شده می‌تواند برگردد و دوباره ذمه شخص به دین مشغول شود. (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۲۱۸/۴) تفکیک بین حقیقت امر ساقط شده و عنوان آن نیز بسیار مبهم است و به نظر می‌رسد به دلیل اینکه عرف، ابراء همراه با شرط رجوع، در صورتی که با قبول طرف مقابل همراه شود را قبول دارد، فقیهانی مثل مرحوم اصفهانی که کمتر به عرف و بیشتر به عقل تکیه می‌کنند، به دنبال تبیین عقلی مسئله، این گونه بین حقیقت امر ساقط شده و عنوان آن تفکیک کرده‌اند.

در مقابل این تحلیل‌ها برخی نویسندگان در مورد ابراء خیاری می‌گویند:

«ابراء خیاری همانند ایقاع خیاری، برخلاف آنچه ادعا شده است، امکان دارد و پس از تحقق شرط (عدم اعمال خیار) موجب اسقاط طلب می‌شود. در این فرض نیز، چنان که در قراردادها گفته می‌شود، انشای ابراء، منجز است

و اثر قطعی آن (اسقاط دین) با عدم اعمال خیار حاصل می‌گردد. به سخن دیگر، ابراء کننده از آغاز اسقاط دین را توأم با شرط خیار انشا می‌کند؛ سببی که به وجود می‌آید، پس از تحقق شرط، کار گزار می‌شود و طلب را ساقط می‌کند.» (پیرهادی و نظری، ۱۳۹۸: ۷۶/۲۹)

این تحلیل بیشتر از آنکه بیانگر ایقاع خیاری باشد، بیان کننده ابراء معلق است؛ زیرا واضح است که نمی‌توان بین ایجاد و کارگزاری سبب در ابراء، تفکیکی را پذیرفت و البته پذیرش تفکیک به معنای تعلیق ابراء است.

۳- ابراء همراه با شرط رجوع، در صورت قبول ابراء شونده

سؤالی که اینجا به ذهن می‌آید، اینکه آیا ابراء کننده می‌تواند در زمان ابراء در این مورد با بدهکار توافق کند، یعنی حق رجوع طلبکار را در قالب توافق طرفینی بیاورد. به نظر می‌رسد مانعی در راه چنین ابرائی وجود نداشته باشد؛ اما برای بررسی این مدعا دو نهاد شرط ابتدایی و صلح در مقام ابراء را با ابراء همراه با شرط رجوع در فرض قبول ابراء شونده، مقایسه می‌کنیم.

۳-۱- مقایسه شرط ابتدایی و ابراء همراه با شرط رجوع

به نظر می‌رسد، می‌توان «ابراء همراه با شرط رجوع» را مصداقی از شروط ابتدایی و یا قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی دانست. برخی فقیهان به شکل دیگری به سؤال بالا پاسخ داده‌اند و آن اینکه شرط، هر چند قائم به دو شخص است، اما قائم به ایجاب و قبول نیست، یعنی کافی است که طرفین این امر را مورد توافق قرار دهند و لازم نیست این توافق در قالب ایجاب و قبول یا در ضمن ایجاب و قبول بیاید. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۴۹؛ فشارکی، ۱۴۱۳ق: ۵۳۲؛ خوئی، ۱۴۱۴ق: ۹۳/۲)

اگر ایراد شود که ایقاع، طرفینی نیست و قوام آن به یک نفر است و با یک اراده واقع می‌شود نیز باید در پاسخ گفت: آنچه طرف مقابل ایقاع قبول می‌کند، همان شرط است، نه ایقاع؛ بنابراین، تحقق ایقاع، در اینجا به دو اراده وابسته نشده تا ایراد مذکور وارد باشد. (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۲۱۸/۴) با همین تفسیر ایراد کسانی که می‌گویند شرط، اعم از اینکه

مستقیماً ایجاد حق فسخ کند یا نه، باید حتماً در ضمن ایجاب و قبول بیاید (شهیدی، ۱۳۷۵: ۴۵۱/۳) رفع می‌شود.

نظیر این توافق در موارد مشابه در کتب فقهی دیده می‌شود: در فرضی که کسی در ضمن آزاد کردن عبد، با وی شرط کند که یک سال همچنان برای او یا برای شخص ثالثی کار کند، فقیهان این شرط را صحیح می‌دانند و اگر عبد آن شرط را پذیرفت، لازم می‌شود و می‌توان، بعد از آزادی، الزام او به انجام تعهد را درخواست کرد. گفته شده که این شرط همانند شرط ضمن عقد نیست، بلکه تخصیص آزاد کردن به برخی از جهات است (نائینی، ۱۳۷۳: ۵۶/۲) و صرفاً، تا حدی که با قواعد امری ایقاع مخالف نباشد، مفاد آن را تغییر می‌دهد.

همچنین ایقاعی که در ضمن آن، شرط رجوع مطرح باشد و طرف مقابل آن را قبول کند، می‌تواند با ایجاب عقد لازمی که همراه با شرط ضمن آن آمده مقایسه شود: همان گونه که ایجاب عقد به تنهایی ماهیت عقد را ایجاد می‌کند و با الحاق قبول به آن شروط ضمن آن نیز مؤثر می‌شود در ایقاع نیز ماهیت ایقاع با ایجاب گوینده ایقاع ایجاد می‌شود؛ اما شرط ضمن آن با الحاق قبول دارای اثر می‌شود. با این توضیح معلوم می‌شود، نظر کسانی که شرط در ایقاع را بدون نیاز به قبول طرف مقابل پذیرفته‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق: ۳۱/۲) موجه نیست؛ زیرا در بعضی موارد اثر شرط این است که در دارایی طرف مقابل تصرف می‌شود و تصرف در دارایی دیگران رضایت ایشان را می‌طلبد.

از عبارات برخی فقیهان معاصر نیز استفاده می‌شود که ابراء مشروط می‌تواند در بعضی موارد صحیح باشد. به عنوان مثال گفته شده: «در تمام ابواب عقود اگر انسان بدون قید و شرط حقّی را اسقاط کند، دیگر قابل بازگشت نیست. بله، اگر مالی را به غیر ذی رحم بخشیده و عین مال موجود است، می‌تواند رجوع کند؛ پس اصاله اللزوم، در باب عقود و معاملات و اصاله البرائة، در باب حقوق و غیر معاملات حاکم است و برای برگشتن دلیلی نداریم و در مانحن فیه هم اگر زوجه از حقّ خود صرف نظر کرده و بعد پشیمان شد، فایده‌ای ندارد.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ۱۳۹/۵)

از اینکه اگر بدون قید و شرط، حقّی را اسقاط کنند، بازگشت پذیر نیست، معلوم می‌شود

که مواردی وجود دارد که بازگشت با قید و شرط در آن ممکن است.

همچنین می‌توان گفت: عموم و اطلاق ادله صحت شرط، علاوه بر عقود، ایقاعات را نیز در برمی‌گیرد و تنها مانعی که می‌تواند جلوی آن را بگیرد، علل و عواملی است که موجب خلل در شرط ضمن عقد می‌شود؛ (لاری، ۱۴۱۸ق: ۳۲۴/۲) مثلاً شرط، مجهول یا غیرمقدور باشد. دلیل این امر همان مطلبی است که شیخ انصاری در ابتدای کتاب البیع بیان کرده و گفته‌اند: از آنجایی که خطاب‌های شرعی، در معاملات، بر طبق عرف وارد شده، در موارد شک در الفاظ معاملات باید به معنای صحیح عرفی آن رجوع کرد. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲۰/۳)

برخی فقیهان نیز بین «ایقاع خیاری» و «ایقاع همراه با شرط رجوع» تفاوت گذاشته (شهیدی، ۱۳۷۵: ۴۵۰/۳) و یکی از اقسام شرط رجوع را فرضی دانسته‌اند که در صورت رجوع، اثر ایقاع از ابتدا از بین برود. به عبارت دیگر، یکی از شروطی که در ضمن ایقاع ممکن است مطرح شود، شرط باطل‌کننده ایقاع است؛ مثلاً ابراء‌کننده شرط می‌کند که در مدت معینی حق دارد رجوع کند و این رجوع، ایقاع را از اساس از بین ببرد. این شرط را نمی‌توان در عقود مطرح کرد و پذیرش اینکه شرط فاسخ در گذشته تأثیر بگذارد، غیرممکن به نظر می‌رسد؛ زیرا معنای آن این است که بپذیریم، تا زمان حصول شرط، عقد صحیح باشد و در عین حال با حدوث سبب، از زمان عقد تا حصول شرط، هم‌زمان باطل هم باشد و این مستلزم تناقض است. (رضوی، ۱۳۹۸: ۱۳۹) برخی حقوق‌دانان (شهیدی، ۱۳۸۳: ۵۰) هرچند می‌پذیرند که عطف کردن وضعیت حادث (انحلال عقد) به گذشته، توجیه پذیرفتنی ندارد، اما در صورت وضع قانون، آن را ممکن می‌شمارند!

نکته دیگر اینکه در مواردی که ابراء مشروط صحیح است و ابراء‌کننده آن را مشروط انشاء می‌کند، ولی ابراء‌شونده شرط را قبول نمی‌کند، ابراء صحیح است، مگر اینکه ابراء‌کننده «منشأ» را معلق به قبول شرط نماید که در این صورت، بدون قبول شرط، «منشأ» محقق نمی‌شود. این کلام نتیجه منطقی جدایی ایقاع از شرط ضمن آن است و آن‌گونه که قبلاً

بیان شد، تحقق ایقاع، در اینجا به دو اراده وابسته نشده تارد شرط، موجب بطلان ایقاع شود.

۳-۲- مقایسه صلح در مقام ابراء با ابراء همراه با شرط رجوع

عقد صلح که یکی از عقود معین در فقه اسلامی و قانون مدنی ایران است، می تواند در نقش عقود دیگری مثل بیع و اجاره ظاهر شود. همچنین می تواند جایگزین ابراء شده و در مقام ابراء قرار گیرد. آنچه در اینجا واقع می شود، یک عقد است، هر چند نتیجه ابراء را ارائه می دهد. در دخول خیار شرط در این عقد نیز به نوعی اختلاف نظر دیده می شود: برخی خیار شرط را در آن جاری نمی دانند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۵۰/۵) و ظاهر ماده ۷۵۸ قانون مدنی (صلح در مقام معاملات، هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده، می دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد) باعث توهم این مطلب است که حتی اگر شرط خیار در ابراء جریان ندارد، نباید صلح در مقام ابراء را با آن مقایسه کرد و نتیجه گرفت که در صلح در مقام ابراء نیز شرط خیار راه ندارد.

همچنین صلح در مقام ابراء با ابراء مشروط متفاوت است؛ زیرا صلح در مقام ابراء، آن گونه که بیان شد، عقدی است که مشتمل بر ایجاب و قبول است، در حالی که ابراء همراه با شرط، ایجاب و قبول ندارد و قبول ابراء شونده نیز تنها به شرط ملحق می شود. در عین حال برخی فقیهان معاصر ایقاع همراه با شرط را معاوضه یا صلح می دانند و طلاق همراه با شرط را نیز «طلاق به عوض»^۱ می شمارند. (نائینی، ۱۳۷۳: ۵۶/۲)

در میان مذاهب فقهی، مالکی ها می گویند: اگر ابراء همراه با صلح باشد با اینکه دین با ابراء ساقط می شود، اما قابلیت بازگشت دارد. (الموسوعة الفقهية الكويتية، بی تا: ۲۵۷/۴) واضح است که از این جهت بین ابراء همراه با شرط رجوع که در آن، ابراء شونده شرط را بپذیرد یا اینکه طرف عقد صلح واقع شود و ایجاب صلح را بپذیرد، فرقی وجود ندارد.

۱. طلاق به عوض، ماهیتی متفاوت با طلاق خلع دارد و در مورد صحت آن بین فقیهان اختلاف نظر است؛ برخی آن را پذیرفته و برخی نیز در صحت آن تردید کرده و آن را نپذیرفته اند.

۴- ابراء همراه با شرط فسخ کننده

شرط فاسخ یا فسخ خودبه‌خودی در عقود عبارت است از اینکه دو طرف، در ضمن قرارداد، انحلال آن را منوط به تحقق یا عدم تحقق امری در خارج نمایند، بدون اینکه نیازمند به انشای فسخ باشد؛ بنابراین تا زمان تحقق امر مذکور و انحلال آن، تمام تعهدات ناشی از عقد پابرجا خواهد بود و بعد از تحقق شرط، عقد و آثار آن از بین می‌رود؛ (رضوی، ۱۳۹۸: ۱۳۷) مثلاً شخصی در ضمن عقدی به صاحب خانه مجاور، راه عبوری از ملک خود، می‌دهد، ولی شرط می‌کند که اگر صاحب این حق ارفاق، قبل از مالک بمیرد، عقد فسخ شود؛ پس انفساخ عقد، معلق بر موت صاحب حق است.^۱

برخی از حقوق دانان از این حالت به «تعلیق انفساخ عقد» تعبیر کرده‌اند. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۶) شرط فاسخ در ایقاعات، وضعیت متفاوتی دارد؛ زیرا اگر خیار شرط در ایقاع را نپذیریم پذیرش شرط فاسخ نیز دشوار می‌شود. در عین حال آنچه در مورد شرط رجوع در ابراء بیان شد، در مورد شرط فاسخ نیز پذیرفتنی به نظر می‌رسد؛ یعنی می‌توان گفت: اگر ابراء کننده ابراء را مشروط به شرط فاسخی کرد و ابراء شونده شرط را پذیرفت، اثر ابراء در صورت تحقق «معلق علیه» یا همان شرط، از بین می‌رود. این امر شبیه انفساخ در عقود است و اگر انفساخ را منحصر به عقد ندانیم^۲ می‌توان گفت که با تحقق شرط فاسخ، ایقاع منفسخ می‌شود.

نتیجه‌گیری

ابراء مشروط به شرط رجوع، نهادی است که تمایل بر آن در مرادفات مالی مردم دیده می‌شود. ایرادها و اشکالاتی بر این قسم از ابراء وارد است که مانع پذیرش آن می‌شود. عمده این اشکالات بیان شد و به‌صورت اجمالی موردنقد قرار گرفت.

از سوی دیگر، تحقق شرط، هر چند مستلزم ایجاب و قبول نیست، اما با یک اراده نیز

۱. به نظر برخی این قسم تعلیق را باید «تعلیق فاسخ» بنامند، نه «شرط فاسخ»؛ زیرا «شرط فاسخ» مفهوم تعلیق را

نمی‌رساند، هر چند در اصطلاح «شرط فاسخ» می‌گویند. (طاهری، ۱۴۱۸ق: ۲۸۱/۱)

۲. برخی حقوق دانان از انفساخ شفعه سخن گفته‌اند، (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۲) در حالی که شفعه از ایقاعات است.

محقق نمی‌شود؛ زیرا قوام شرط به دو طرف است و اصل تحقق ایقاع به اراده ابراء کننده است و آنچه طرف مقابل، یعنی ابراء شونده قبول می‌کند، مفاد شرط است، نه مفاد ایقاع. همچنین مشهور فقیهان، حتی تعهد ایقاعی را با وجود اینکه متعهد در دارایی طرف مقابل دخالت ندارد، الزام آور نمی‌دانند؛ بنابراین جایی که یک اراده مستلزم دخالت در دارایی دیگران باشد نباید پذیرفته شود؛ بنابراین ابراء کننده در صورتی می‌تواند به این شرط تمسک کند که ابراء شونده شرط را قبول کرده باشد. همچنین می‌توان «ابراء همراه با شرط رجوع» را مصداقی از شروط ابتدایی و یا قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی دانست.

هر چند برخی فقیهان معاصر، ایقاع همراه با شرط را معاوضه یا صلح می‌دانند، اما صلح در مقام ابراء با ابراء مشروط متفاوت است؛ زیرا صلح در مقام ابراء، آن گونه که بیان شد، عقدی دارای ایجاب و قبول است، در حالی که ابراء همراه با شرط، ایجاب و قبول ندارد و قبول ابراء شونده نیز تنها به شرط ملحق می‌شود. ابراء همراه با شرط فاسخ نیز وضعیتی مشابه ابراء همراه با شرط رجوع دارد؛ یعنی اگر ابراء شونده شرط فاسخ را پذیرفت در صورت تحقق شرط می‌تواند اثر گذاشته و ابراء را از بین ببرد.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، ۱۴۱۰ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، قم: اسلامی.
۱. ابن عابدین، علاءالدین محمد، بی تا، قره عین الأخیار لتکملة رد المختار علی «الدر المختار شرح تنویر الأبصار» (مطبوع بآخر رد المختار)، بیروت: دارالفکر.
۲. -----، ۱۴۱۲ق، رد المختار علی الدر المختار، بیروت: دارالفکر.
۳. -----، بی تا، العقود الدریة فی تنقیح الفتاوی الحامدیة، بی جا: دارالمعرفة.
۴. ابن مازة البخاری الحنفی، أبوالمعالی برهان الدین محمود بن أحمد، ۱۴۲۴ق، المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی، تحقیق عبدالکریم سامی الجندی، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۵. ابن نجیم المصری، زین الدین بن إبراهیم، ۱۴۱۹ق، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ، وضع حواشیه وخرج أحادیثه: الشیخ زکریا عمیرات، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۶. -----، بی تا، الرائق شرح کنز الدقائق، ج ۲، بی جا: دارالکتاب الإسلامی.
۷. ابو عبدالله المالکی، محمد بن أحمد، ۱۴۰۹ق، منح الجلیل شرح مختصر خلیل، بیروت: دارالفکر.
۸. اراکی، محمدعلی، ۱۴۱۴ق، الخیارات، قم: مؤسسه در راه حق.
۹. اصفهانی، محمدحسین، ۱۴۱۸ق، حاشیة کتاب المکاسب، قم: أنوار الهدی.
۱۰. اصفهانی، سیدابوالحسن، ۱۴۲۲ق، وسیلة النجاة، حواشی الإمام الخمینی، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله.
۱۱. أفندی، علی حیدر خواجه امین، ۱۴۱۱ق، درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، تعریب فهمی الحسینی، بی جا: دارالجلیل.
۱۲. اکمل الدین أبو عبدالله، محمد بن محمد، بی تا، العناية شرح الهدایة، بی جا: دارالفکر.

۱۳. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ق، مکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۴. پیرهادی، محمدرضا و وحید نظری، زمستان ۱۳۹۸، «ایقاع خیاری در فقه امامیه و حقوق ایران»، پژوهش حقوق خصوصی، س ۸، ش ۲۹.
۱۵. -----، ۱۴۱۰ق، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، حاشیه کلانتر، قم: کتابفروشی داوری.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۶، الفارق - دائرة المعارف عمومی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ق، وسایل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).
۱۸. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، ۱۴۱۷ق، غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۱۹. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ج ۲، قم: اسلامی.
۲۰. -----، ۱۳۸۸ق، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).
۲۱. خرشی، محمد بن عبدالله، بی تا، شرح مختصر خلیل للخرشی، بیروت: دارالفکر.
۲۲. خمینی، سیدروح الله، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه السلام).
۲۳. -----، ۱۴۲۲ق، استفتائات، ج ۵، قم: اسلامی.
۲۴. -----، بی تا، تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۲۵. الخزن، مصطفی، مصطفی البغا و الشربجي، ۱۴۱۳ق، الفقه المنهجي علی مذهب الإمام الشافعی، ط ۴، دمشق: دارالقلم.
۲۶. خوئی، سیدابوالقاسم، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، ج ۲۸، قم: مدینه العلم.
۲۷. خوئی، سید محمدتقی، ۱۴۱۴ق، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت: دارالمؤرخ العربی.

۲۸. دسوقی، محمد بن أحمد، بی تا، حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير، بی جا: دارالفکر.
۲۹. راوندی، قطب الدین، سعید بن عبدالله، ۱۴۰۵ق، فقه القرآن، چ ۲، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۳۰. رضوی، سید محمد، ۱۴۰۰، نظریه عمومی انفساخ در قراردادها - مطالعه تطبیقی در فقه و حقوق ایران، چ ۲، تهران: مجد.
۳۱. روحانی، سید صادق، ۱۴۲۹ق، منهاج الفقاهة، چ ۵، قم: انوار الهدی.
۳۲. سبحانی، جعفر، ۱۴۱۴ق، المختار فی أحكام الخيار، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۳۳. سبزواری، سید عبدالأعلى، بی تا، جامع الأحکام الشرعیة، چ ۹، قم: مؤسسه المنار.
۳۴. سرخسی، محمد بن أحمد، ۱۴۱۴ق، المبسوط، بیروت: دارالمعرفة.
۳۵. شهبازی، محمدحسین، ۱۳۹۳، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۳۶. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۳، اصول قراردادها و تعهدات، چ ۳، تهران: مجد.
۳۷. —————، ۱۳۸۶، سقوط تعهدات، چ ۴، تهران: مجد.
۳۸. شهیدی، میرزا فتاح، ۱۳۷۵ق، هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب، تبریز: اطلاعات.
۳۹. صاوی المالکی، أبو العباس أحمد بن محمد، بی تا، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف، بحاشية الصاوی علی الشرح الصغير، بی جا: دارالمعارف.
۴۰. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، ۱۴۱۳ق، من لا یحضره الفقیه، چ ۲، قم: اسلامی.
۴۱. صیمری، مفلح بن حسن، ۱۴۲۰ق، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دارالهادی.
۴۲. طاهری، حبیب الله، ۱۴۱۸ق، حقوق مدنی، چ ۲، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۴۳. طباطبائی، سید محمد مجاهد، بی تا، کتاب المناهل، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۴۴. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۱ق، حاشیه المکاسب، چ ۲، قم: اسماعیلیان.
۴۵. طریحی، فخرالدین، ۱۴۱۶ق، مجمع البحرين، چ ۳، تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
۴۶. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، ۱۳۸۷ق، المبسوط فی فقه الإمامیة، چ ۳، تهران:

المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

۴۷. عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على، ۱۴۱۳ق، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.

۴۸. عاملى (شهيد اول)، محمد بن مكى، ۱۴۱۷ق، الدروس الشرعية فى فقه الإمامية، ج ۲، قم: اسلامى.

۴۹. عاملى، سيد جواد، ۱۴۱۹ق، مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة، قم: اسلامى.

۵۰. عيني، أبو محمد محمود بن أحمد، ۱۴۲۰ق، البناية شرح الهداية، بيروت: دار الكتب العلمية.

۵۱. فشاركى، سيد محمد، ۱۴۱۳ق، الرسائل الفشاركية، قم: اسلامى.

۵۲. قزوینی قارپوزآبادى، ملا على، ۱۴۱۴ق، صيغ العقود و الإيقاعات (محشّى)، قم: شكورى.

۵۳. كاتوزيان، ناصر، ۱۳۹۲، دوره مقدماتى حقوق مدنى، درس هاى از شفعه، وصيت، ارث، ج ۱۹، تهران: بنياد حقوقى ميزان.

۵۴. -----، ۱۳۸۴، حقوق مدنى، ايقاع، نظريه عمومى - ايقاع معين، ج ۳، تهران: ميزان.

۵۵. كاشف الغطاء، احمد بن على، ۱۴۲۳ق، سفينة النجاة و مشكاة الهدى و مصباح السعادات، نجف: مؤسسة كاشف الغطاء.

۵۶. كاشف الغطاء، محمد حسين، ۱۳۵۹ق، تحرير المجلة، نجف: المكتبة المرتضوية.

۵۷. كلينى، ابو جعفر، محمد بن يعقوب، ۱۴۰۷ق، الكافي، ج ۴، تهران: دار الكتب الإسلامية.

۵۸. گلپايگانى، سيد محمد رضا موسوى، ۱۴۱۳ق، هداية العباد، قم: دار القرآن الكريم.

۵۹. لارى، سيد عبد الحسين، ۱۴۱۸ق، التعليقة على المكاسب، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.

۶۰. لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، «فتاوى الشبكة الإسلامية»، نرم افزار المكتبة الشاملة.

۶۱. مامقانى، ملا عبد الله، ۱۳۵۰ق، نهاية المقال فى تكملة غاية الآمال، قم: مجمع الذخائر

الإسلامية.

٦٢. مجلسي، محمد باقر بن محمد تقى، ١٤٠٦ق، ملاذ الأخيار فى فهم تهذيب الأخبار، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى.
٦٣. محقق داماد، سيد مصطفى، ١٤٠٦ق، قواعد فقه، ج ١٢، تهران: علوم اسلامى.
٦٤. محقق كركى، على بن حسين، ١٤١٤ق، جامع المقاصد فى شرح القواعد، ج ٢، مؤسسه آل البيت (عليه السلام).
٦٥. مرعشى نجفى، سيد شهاب الدين، ١٤٠٦ق، منهاج المؤمنين، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى.
٦٦. مصطفوى، سيد محمد كاظم، ١٤٢٣ق، فقه المعاملات، قم: اسلامى.
٦٧. مغنيه، محمد جواد، ١٤٢١ق، فقه الإمام الصادق (عليه السلام) ج ٢، قم: مؤسسه انصاريان.
٦٨. مكارم شيرازى، ناصر، ١٤٢٤ق، كتاب النكاح، قم: مدرسه امام على بن ابى طالب (عليه السلام).
٦٩. نائينى، ميرزا محمد حسين غروى، ١٣٧٣ق، منية الطالب فى حاشية المكاسب، تهران: المكتبة المحمدية.
٧٠. نجفى، محمد حسن، ١٤٠٤ق، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ٧، بيروت: دار إحياء التراث العربى.
٧١. واسطى زبيدى، حنفى و محب الدين سيد محمد مرتضى حسيني، ١٤١٤ق، تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت: دار الفكر.
٧٢. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، بى تا، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٢، الكويت: الوزارة.
٧٣. هاشمى شاهرودى، سيد محمود، ١٤٢٣ق، موسوعة الفقه الإسلامى طبقاً لمذهب أهل البيت (عليه السلام) قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت (عليه السلام).

نقش قاعده «لا حرج» در اثبات و نفی مسئولیت مدنی دولت

محمد دانش نهاد^۱

ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی^۲

چکیده

قاعده «لا حرج» یکی از قواعد بسیار مهم در رابطه با مسئولیت مدنی دولت است که در بعضی موارد با قاعده «لا ضرر» تعارض می کند و باید درصدد علت ترجیح دلیلی بر دلیل دیگر برآمد و در غیر این صورت، دو دلیل تعارض و «تساقط» کرده و دلیل دیگری را در این باب به کار می گیریم. استناد به این قاعده از استناد به قاعده «لا ضرر» در نفی مسئولیت مدنی آسان تر به نظر می رسد؛ چراکه مفهوم «حرج» در بسیاری از موارد عام تر است و از لحاظ تحقق «شرایط حرجی»، نیازی به تحقق ضرر در خارج ندارد. اگر دولت برای رفع حرج از غالب افراد، اقداماتی نماید که موجب حرج بر تعداد اندکی شود، انجام چنین اموری از لحاظ تکلیفی جایز است؛ زیرا حرج عمومی بر حرج شخصی مقدم است و از جهت وضعی نیز، اگر حرج شخصی منجر به تحقق ضرر برای آن شخص شود، مسئولیت جبران خسارات بر عهده دولت قرار می گیرد؛ چراکه هیچ گونه ضرری نباید بدون جبران باقی بماند و در صورتی که به جهت دفع حرج جمعی، حرج شخصی محقق شود، ولی ضرری لازم نیاید، مسئولیتی برای دولت در قبال چنین حرجی نیست.

کلیدواژه‌ها: لا حرج، دولت، مسئولیت مدنی، ضرر، شبه دولت.

۱. دانش پژوه سطح چهار حوزه علمیه خراسان و دانش آموخته دکتری الهیات دانشگاه یاسوج. (نویسنده

مسئول) m_borosdar@yahoo.com

۲. دانشیار گروه الهیات دانشگاه فرهنگیان تهران. alishahi88@gmail.com

قاعده «لا حرج»، از جمله قواعد فقهی است که در راستای ایجاب و نفی مسئولیت مدنی دولت طرح می‌شود. مفاد این قاعده، در مواردی متفاوت با قاعده «لا ضرر» است و حتی در شرایطی در تراحم با قاعده «لا ضرر» قرار می‌گیرد؛ چرا که رابطه میان حرج و شخص را به سه صورت می‌توان در نظر گرفت:

اول به صورت «عموم و خصوص مطلق»، به گونه‌ای که هر جا حرج است، ضرر نیز وجود دارد، ولی هر جا ضرر است، معلوم نیست حرجی وجود داشته باشد؛ دوم به صورت «تباین» و اینکه هر کدام از حرج و ضرر مختص موارد خاصی بوده و هیچ وجه اشتراکی میان آن دو وجود نداشته باشد و سوم به صورت «عموم و خصوص من وجه» که حرج و ضرر در بعضی حوزه‌ها مشترک بوده و در بعضی حوزه‌ها، فقط حرج و در بعضی دیگر، فقط ضرر محقق می‌شود؛ مثل اینکه اگر شخصی خسارات اندکی به شخص ثروتمندی وارد کرد، ضرر محسوب می‌گردد و حرج شاید لحاظ نگردد که این نسبت سوم صحیح‌تر به نظر می‌رسد. در هر صورت حرج حوزه‌هایی را شامل می‌شود که ضرر به آن حوزه‌ها دست نخواهد یافت، لذا در رابطه با قضایای حرجی بایستی به تبیین مسئولیت مدنی دولت در قبال شرایط مختلف پرداخت.^۱

ضرورت اقتضا می‌کند که به نقش این قاعده در مسئولیت مدنی دولت پرداخته شود که در این تحقیق نقش این قاعده در دو حوزه ایجاب و نفی مسئولیت مدنی دولت، نقد و بررسی می‌شود. در پژوهش حاضر، ابتدا مفهوم قاعده «لا حرج» و حوزه‌های دلالتی آن در

۱. «ضرر عبارت است از نقص وارد به حالتی معتدل با نظر به علل و معلولات مناسب، اعم از طبیعی و قراردادی، در صورتی که حرج به معنای مشقت و زحمت و ناراحتی معمولی است؛ لذا از جهتی ضرر، عمومی‌تر از حرج است، زیرا ممکن است ضرری از نظر ناچیزی بالنسبه به یک شخص، با اینکه ضرر است موجب مشقت نبوده باشد و همچنین ممکن است حرج یعنی مشقت در ضمن ضرر بوده باشد و از جهت دیگر حرج عمومی‌تر از ضرر باشد، چون ممکن است عملی موجب هیچ گونه ضرری نباشد، ولی مشقت‌بار محسوب گردد.» (بهبهانی، ۱۴۲۴ق: ۱۲۸/۵)

باب مسئولیت مدنی بررسی شده و در بخش های بعدی و اساسی تحقیق نیز نقش قاعده در دو حوزه ایجاب و نفی مسئولیت مدنی دولت، نقد و بررسی می شود که حوزه ایجاب مسئولیت مدنی دولت از راه این قاعده، خود به سه دسته تقسیم شده است: مسئولیت مدنی دولت در روابط فردی؛ مسئولیت مدنی شبه دولتی؛ مسئولیت مدنی دولت در قبال اقدامات خود.

۱- کلیات

۱-۱- مفهوم حرج

حرج در لغت، به معنای ضیق و تنگی سینه است و به معنای شدیدترین تنگی نیز به کار رفته است. (ابن اثیر، ۱۴۱۴ق: ۳۶۱/۱) یکی از اقسام حرج، حرج خارجی است که هرگونه انجام آن، نفی شده و به تبع آن نهی از ایجاد حرج نیز به دست می آید و نباید کسی بر دیگری، عملی را تحمیل کند که او را در تنگنا قرار دهد؛ حتی خود شارع و قانون گذار، نباید احکامی را وضع کند که دیگران را در ضیق و تنگی قرار دهد و یا امری که موجب ضیق و حرج باشد را تأیید کند. با توجه به این معنای وسیع و کلی برای نفی حرج، هر حرجی ممنوع می شود و روشن است که اگر کسی، خسارت مالی یا بدنی بر کسی وارد کند و از عهده خسارت وارد شده برنیاید، او را در معرض ضیق و تنگی، قرار داده و این از نظر شارع، ممنوع است. (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷ق: ۱۹۳)

۱-۲- دلیل های قاعده

ادله قاعده نفی حرج، مانند قاعده «لاضرر»، هم در آیات قرآنی و هم در روایات معتبر (صدوق، ۱۴۱۳ق: ۱۳۳/۲؛ مغربی، ۱۳۸۵: ۴۲/۲) ذکر شده است. از جمله آیاتی که حرج را در دین اسلام نفی می کند، این آیه است: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (حج، ۷۸) (چنین نیست که خداوند، در دین برای شما مشقتی را مقرر بدارد). چون نفی حرج، «نکره در سیاق نفی» است، دلالت بر عموم می کند و هرگونه حرج و مشقتی را منتفی می سازد؛ بنابراین

می توان گفت که جمله «لا حرج فی الدین» قانونی است که از قرآن استفاده شده است.^۱ در روایات نیز درباره همین قاعده با اشکال گوناگون سخنانی وارد شده است؛ خواه مستقل و خواه به عنوان تطبیق موردی بر آیات (جعفری، ۱۴۱۹ق: ۸۸) که از جمله آنها، روایتی در ضمن مباحث مربوط به روزه، است که امام باقر (علیه السلام) می فرماید: «هیچ گونه حرجی بر پیرمرد و شخصی که تشنگی بر او غلبه می کند، نیست و می توانند در ماه رمضان، افطار نمایند و در ازای هر روز، یک مد طعام بدهند و اگر تمکن اطعام نیز نداشتند، چیزی بر عهده آنها قرار نمی گیرد.» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۵۱۵/۷)

۱-۳- دلالت قاعده بر مسئولیت مدنی

یکی از نکات مهم در رابطه با این قاعده آن است که مقصود از حرج، نبود قدرت عقلی بر دفع حرج نیست، بلکه مشقت و ناراحتی است، اگرچه از نظر عقلی، انجام آن کار مشقت بار، امکان پذیر باشد؛ زیرا اگر مقصود، نبود قدرت عقلی بود، در آیات،^۲ تذکر داده می شد. از نظر عقلی نیز بدیهی ترین اصول تمام عقلای دنیا است؛ زیرا از نظر عقلی هیچ تردیدی نیست که انجام تکلیفی که غیرمقدور است، به هیچ وجه، مطالبه نمی شود؛ بنابراین در فقه اسلامی، قدرت عقلی بر انجام تکلیف، یکی از شرایط عمومی محسوب می شود و احتیاجی به وضع قانون مستقلی ندارد. (جعفری، ۱۴۱۹ق: ۹۰)

۲- نقش قاعده «لا حرج» در نفی مسئولیت مدنی دولت

یکی از مباحث بسیار مهم، در رابطه با نقش قاعده «لا حرج» در باب مسئولیت مدنی، شناخت قانون کلی در صورت «تزام» حرج و ضرر است. در صورتی که شخصی با تصرف

۱. از آیات دیگری که در این باره توجه می شود، می توان به این موارد اشاره کرد:
 ﴿مَا يَرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ﴾ (مائده، ۶) (خداوند نمی خواهد برای شما حکم مشقت باری مقرر نماید، بلکه می خواهد شما را تطهیر کند).
 ﴿مَا كَانَ عَلَى النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ لَهُ سُنَّةَ اللَّهِ فِي الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلُ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدَرًا مَقْدُورًا﴾ (احزاب، ۳۸) (بر پیامبر مشقتی نیست در آنچه خدا برای او فریضه قرار داده است، این سنت خداوندی است، پیش از این گذشته اند و امر خداوندی قدری معین بوده است).
 ۲. ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (بقره، ۲۸۶)

در مال مشروع خود، موجب ایجاد مشقت برای دیگری شود، دو صورت آن، اهمیت خاصی پیدا می‌کند: صورت اول، جایی است که تصرف در مال با اختیار صاحب مال، انجام می‌گیرد و اگر آن تصرف به‌خصوص را انجام ندهد، ضرر نمی‌کند، ولی موجب حرج او می‌شود؛ صورت دوم، جایی است که اگر در مال خود، تصرف کند، دیگری، دچار مشقت می‌شود و در صورت عدم تصرف مزبور، خود صاحب مال، در حرج قرار می‌گیرد و در پی آن متحمل ضرر می‌شود.

برای بیان حکم این دو مورد، بلکه سایر موارد مشابه، می‌توان از قانونی کلی استفاده کرد و آن اینکه چون در صورت تراحم، ملاک و علت برای هر دو حکم، موجود است، بنابراین ترجیح یکی بر دیگری، احتیاج به اثبات اهمیت دارد؛ مثلاً اگر فرض شود، در صورت تصرف نکردن در مال، حرجی تحمل‌ناپذیر به صاحب مال، وارد خواهد شد، بدون شک در این صورت می‌توان گفت که برای جلوگیری از حرج مفروض، کسی حق ندارد صاحب مال را از تصرف در مال خود، منع کند. (جعفری، ۱۴۱۹ق: ۹۰)

به عبارت دیگر، فرض دوم، در جایی است که تصرف مالک، برای رفع حرج و ضرر از ملک خود، محتاج به عملیاتی در آن ملک باشد؛ به عنوان مثال، مزرعه‌ای، مورد هجوم ملخ، یا گله گوسفندی قرار گرفته که متعلق به شخص دیگری است. مالک مزرعه، می‌تواند برای جلوگیری از زیان بیشتر، آن‌ها را از مزرعه خود براند و ممکن است آن‌ها به مزرعه همسایگان بروند و خسارت وارد کنند؛ در این صورت این شخص، مسئول خسارت مزرعه همسایگان نیست. همچنین است، دفع و جلوگیری از ضرری مثل این: شخصی جلوی زمین خود را می‌بندد تا سیل وارد زمین او نشود و به صورت غیراختیاری، جریان سیل به طرف زمین همسایه می‌رود. البته این در صورتی است که جلوگیری از سیل، از راه دیگری میسر نباشد، و گرنه باید مالک طوری سدبندی کند که به همسایگان ضرر وارد نشود.

فلسفه دو نمونه مذکور برای رفع و دفع ضرر، این است که مالک اگر در ملک خود تصرف نکند، ضرر می‌کند و اگر تصرف کند، همسایه متضرر می‌شود. در این صورت تعارض بین دو قاعده «لاضرر» و تساقط ایجاد می‌شود و مرجع، قاعده «تسلیط» است که به

مالک اجازه داده می‌شود تا در مال خود تصرف نماید؛ هر چند موجب ضرر همسایه شود؛ البته باید تصرف در حد متعارف باشد.^۱

بعضی از فقها در این مورد، قاعده حرج را استفاده کرده‌اند که اگر مالک از تصرف در ملک و انتفاع از ملکش، منع شود، برای او حرج است و قاعده نفی حرج بر لاضرر، مقدم است. البته باید ضررها را با هم سنجید و اگر هم‌سان بوده و یا ضرر مالک بیش از ضرر همسایه باشد، می‌تواند چنین کند؛ اما اگر ضرر مالک، ناچیز باشد و با تصرف او ضرر عظیمی به همسایه برسد و یا مالک در تصرف خود، قصد ضرر رساندن به همسایه را داشته باشد، نه قصد نفع و دفع ضرر از خود، در این صورت، یقیناً حق تصرف نداشته و جای قاعده «لاضرر» است و قاعده «تسلیط»، «محکوم» است. (طاهری، ۱۴۱۸ق: ۱/۱۹۹)

به‌طور کلی، نظر به اینکه هر دو قاعده، برای آسایش زندگی انسانی و عدم مزاحمت در حقوق انسان‌ها با همدیگر وضع شده و دو قاعده، «تعبدی» خالص نیستند تا علل و نتایج آن‌ها فقط در این جمله منحصر باشد که «خداوند این حرکت را از شما می‌خواهد»، بنابراین در صورت قرار گرفتن در شرایط حرجی، شخص می‌تواند به جهت دفع حرج، به‌صورت متعارف در ملک تصرف کند و در صورت پدید آمدن اختلاف، رهبر اسلامی می‌تواند با تشخیص اهم و مهم شئون انسانی و تشخیص موضوع، حکم به ترجیح نمود و دو قاعده مزبور را طبق منطق اجتماعی، مورد بهره‌برداری قرار دهد. (جعفری، ۱۴۱۹ق: ۹۰)

نکته دیگری که باید توجه کرد، این است که در هر صورت، هرگونه ضرری که پدید آمد، باید جبران شود، اگرچه دولت، در تحقق آن بی‌تقصیر باشد؛ مگر آنکه مقصری در این رابطه پیدا شود که بی‌تردید چنین شخصی ضامن جبران خسارات خواهد بود؛ زیرا بر مبنای قاعده لاضرر و پذیرفتن دلالت آن بر نفی ضرر «غیرمتدارک»، هیچ ضرری نباید بدون جبران باقی بماند. (صدوق، ۱۴۱۳ق: ۳/۵۷۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۱۲/۳۵۳؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق: ۱۹۴)

۱. ماده ۱۳۲ ق.م می‌گوید: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به‌قدر متعارف و برای رفع حاجت یا ضرر از خود باشد.» این ماده تصرف مالکانه‌ای را که در حد متعارف و برای رفع حاجت و یا ضرر از خود باشد، حتی در صورتی که به ضرر دیگری باشد، مجاز اعلام کرده است.

اگرچه قاعده نفی حرج، بیشتر در امور عبادی و احکام تکلیفی، استفاده می‌شود، اما با توجه به اطلاقی که این قاعده دارد، می‌توان در نفی مسئولیت مدنی نیز از آن بهره برد؛ حتی استناد به این قاعده به مراتب از استناد به قاعده «لاضرر» در نفی مسئولیت مدنی آسان‌تر به نظر می‌رسد؛ چراکه مفهوم حرج، نسبت به مفهوم ضرر در بسیاری از موارد عام‌تر است و از لحاظ تحقق شرایط حرجی، نیازی به تحقق ضرر در خارج نیست.

قاعده «لا حرج» از سویی ممکن است موجب ایجاد ضمان شود و از سوی دیگر موجب اسقاط ضمان. یکی از نکات بسیار مهم در این باب، نحوه رویارویی این قاعده با قاعده «لاضرر» است؛ به گونه‌ای که در بعضی موارد، قاعده «لا حرج» در مقابل قاعده «لاضرر» قرار می‌گیرد که باید به دنبال «مرجح» برای یکی از آن دو بوده و در صورت نبود مرجح، هر دو قاعده تساقط می‌یابند. مواردی نیز پیدا می‌شود که قاعده «نفی حرج» با قاعده «لاضرر» تعارضی ندارد، بلکه هر دو هم‌سو و تأییدکننده یکدیگرند و حتی قاعده «احسان» نیز به کمک این دو قاعده می‌آید؛ اما همچنان این قاعده نمی‌تواند رجحان عمل مذکور را به صورت مطلق، اثبات کند؛ چنان‌که در باب پذیرش ولایت از جانب «حاکم جائز»، یکی از ولایت‌های غیرحرام، اما مرجوح، موردی دانسته شده که متولی امری، به جهت گذران زندگی خود و به حرج‌نیفتادن و نیز با این نیت که با پذیرش این سمت، به مؤمنان احسان کند و ضررهایی را از آن‌ها دفع کند، ولایت حاکم جائز را قبول می‌کند.

در همین راستا در روایت ابوبصیر از امام صادق (علیه السلام) آمده است: «حاکم جباری وجود ندارد، مگر آنکه همراه او مؤمنی است که خداوند به وسیله او از مؤمنان، دفاع می‌کند و چنین مؤمنی در میان مؤمنان، به دلیل هم‌نشینی با ستمگران، کمترین بهره را در آخرت می‌برد.»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۱۱۱/۵) در این مسئله، شخص به دنبال نفی حرج، هم از خود و هم از سایر مؤمنان است و چنین عملی جایز است، اگرچه به لحاظ معاشرت با حاکمان جور و نفی حرج شخصی، رجحان ندارد؛ در حالی که اگر متولی امر، به جهت نفی حرج از خود، اقدام به

۱. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ: مَا مِنْ جَبَّارٍ إِلَّا وَ مَعَهُ مُؤْمِنٌ يَدْفَعُ اللَّهُ بِهِ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ وَ هُوَ أَقْلُهُمْ حَقًّا فِي الْآخِرَةِ يَعْنِي أَقْلَ الْمُؤْمِنِينَ حَقًّا لِصُحْبَةِ الْجَبَّارِ.»

پذیرش این مقام نکند، بلکه مقصود او، صرف احسان به مؤمنان باشد و در واقع به دنبال نفی حرج نوعی است، نه شخصی، چنین عملی از حالت مرجوحیت، به حالت استحباب، تبدیل شده و دارای رجحان می شود. همان طور که در روایتی از امام رضا علیه السلام آمده است: «خداوند متعال در پیش حاکمان ظالم، نوری از برهان دارد که به آن‌ها تمکن داده است تا از اولیای خود دفاع نمایند و خداوند به وسیله آن‌ها امور مسلمانان نیازمند را اصلاح می نماید. این افراد، مؤمنان حقیقی اند، اشخاص مورد اطمینان خداوند بر روی زمین و در روز قیامت به صورت نوری در میان رعیت خود هستند.»^۱ (مجلسی، ۱۴۰۶: ۱۴/۲۳۶)

بر این اساس، بحث مسئولیت مدنی شخص متولی، به این صورت مطرح می شود: اگر بعضی اقدامات او، موجب حرج شخصی بر برخی افراد شود، آیا شخص متولی، در مقابل خساراتی که بر این اشخاص وارد می شود، مسئول است؟ یا به جهت نفی حرج عمومی و نوعی، از بیشتر افراد، چنین خسارات و حرج‌های شخصی، نادیده گرفته می شود؟ بی تردید اگر امر دایر شود، بین اینکه حرج عمومی نفی شود، یا حرج شخصی، از باب تقدیم اهم بر مهم، حرج نوعی لحاظ می شود؛ اما این امر ملازم با این نکته نیست که اعمال شخص متولی که موجب حرج و خساراتی بر برخی اشخاص می شود، بدون پاسخ باقی بماند؛ بنابراین نفی حرج در باب حرج شخصی، به دلیل تقابل آن با حرج نوعی، کنار گذاشته می شود؛ به این معنا که نمی تواند مانع شخص متولی، از پذیرش سمت خاص از جانب حاکم جور شود. از جهت جبران خسارت نیز نفی حرج شخصی، جریان می پذیرد و باید شخص متولی خسارات وارد شده بر وی را جبران کند. تفصیل این مطالب، در بخش مسئولیت مدنی شبه دولتی می آید.

۱. «قال أبو الحسن الرضا عليه السلام: إن لله تعالى بأبواب الظالمين من نور له البرهان و مكن له في البلاد ليدفع بهم عن أوليائه و يصلح الله به أمور المسلمين. إليهم يلجأ المؤمن من الضر، و إليهم يفرع ذو الحاجة من شيعتنا و بهم يؤمن الله روعة المؤمن في دار الظلمة، أولئك المؤمنون حقا، أولئك أمناء الله في أرضه، أولئك نور في رعيتهم يوم القيمة، و يزهر نورهم لأهل السماوات كما تزهر الكواكب الدرية لأهل الأرض، أولئك من نورهم يوم القيمة يضيء منهم القيمة خلقوا و الله للجنة، و خلقت الجنة لهم فهنئنا لهم ما على أحدكم أن لو شاء لنال هذا كله. قال: قلت: بما ذا جعلني الله فداك؟ قال: يكون معهم فيسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا.»

۳- نقش قاعده «لا حرج» در اثبات مسئولیت مدنی دولت

نقش قاعده «لا حرج» در ایجاد مسئولیت مدنی، به دو صورت است: اول آنکه از راه این قاعده، تمام مواردی که موجب عسر و حرج می شود، منتفی شود؛ یعنی همان گونه که جبران نکردن خسارت، موجب تحقق ضرر می شود و بر پایه قاعده «لا ضرر» منتفی است، عدم جبران اموری که در جامعه، موجب تحقق حرج می شود نیز باید بر مبنای این قاعده، منتفی شود؛ دوم نیز آنکه عسر و حرج در جامعه محقق شود.

سؤالی که در اینجا مطرح می شود آن است که آیا بر مبنای قاعده «لا حرج» می توان لزوم جبران موارد مذکور را ثابت کرد؛ به عبارت دیگر، آیا قاعده «لا حرج» فقط به نفی حکم می پردازد، یا شامل اثبات حکم نیز می شود؟ برخی از فقهای معاصر بر این باورند که این قاعده تنها به نفی حکم می پردازد و از امکان اثبات حکم ضامن برخوردار نیست. بر این اساس در احکام سیاسی و نظام حکومت اسلامی نیز به مقتضای قاعده، برخی از الزامات به عنوان ثانوی، تریخ می شود؛ ولی به استناد این قاعده، نمی توان قانون ثانوی الزامی وضع کرد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۸۵/۱)

این مسئله در رابطه با قاعده «لا ضرر» نیز مطرح شده و اثبات حکم از راه این قواعد، امر بعیدی به نظر نمی رسد؛ زیرا همان گونه که این قواعد، بر ضرورت نفی ضامن دلالت دارند، چنین ضرورتی برای اثبات حکم نیز وجود دارد؛ همان طور که در سیر مباحث پیش رو، بدیهی بودن نقش اثباتی قاعده «لا حرج»، مشاهده خواهد شد و در واقع به عنوان اصل، پذیرفته شده است.

نقش قاعده «لا حرج» در رابطه با ایجاد مسئولیت مدنی دولت را به سه صورت، می توان در نظر گرفت: صورت اول در حوزه روابط افراد جامعه با یکدیگر؛ صورت دوم در حوزه اقدامات شبه دولتی که در باب پذیرش با اکراه ولایت از جانب حاکم جور، بحث می شود و در واقع حالتی میانی است که نه شامل رابطه افراد جامعه با یکدیگر است و نه شامل رابطه افراد جامعه با دولت اسلامی است (اگرچه از راه «تنقیح مناط»، شاید بتواند در جهت روابط

اشخاص با دولت مطرح شود) و صورت سوم نیز در حوزه اقدامات دولت و تأثیر آن بر سطح جامعه و افراد.

۳-۱- مسئولیت مدنی دولت در روابط فردی

در امور فردی، ممکن است تصرف مالک در ملک خود، موجب ایجاد حرج بر غیر شود و اگر مالک، چنین تصرفی نکند نیز ممکن است خودش ضرر کند؛ چنان که این مسئله، در بحث سلطنت مالک بر تصرف در مال خود، در صورتی که با این عمل، همسایه در عسرو حرج قرار می گیرد نیز مطرح می شود که در این صورت تعارض بین دو قاعده «لاضرر» و «لا حرج» است. برخی بر این باورند که این دو قاعده «تساقط» می کنند و قاعده «تسلیط» به عنوان مرجع قرار می گیرد و به مالک اجازه داده می شود که در مال خود تصرف نماید؛ هر چند موجب ضرر همسایه شود. بعضی دیگر نیز در این مورد، به قاعده «نفی حرج» تمسک کرده اند که اگر مالک از تصرف در ملک و انتفاع از ملکش منع شود، برای او حرج است و قاعده «نفی حرج» بر «لاضرر» مقدم است. فقها و علمای اصول این مسئله را در ضمن این عنوان نیز مطرح نموده اند که گاهی دو ضرر با یکدیگر تعارض پیدا می کنند که در صورت نبود «مرجح» برای یکی از آن دو، باید به اصول و قواعد دیگری استناد کرد.

در هر صورت مسئله یادشده با مسئولیت دولت، بدین صورت پیوند می خورد که چه قاعده «لا حرج» بر قاعده «لاضرر»، مقدم شود و چه برعکس، طرفی که حقوقش نادیده گرفته شده است، با توجه به عموم قواعد «لا حرج» و «لاضرر»، باید ضررها و حرج های او جبران شود که اگر طرف مقابل مقصر باشد، ضامن خسارات می شود، ولی اگر هیچ گونه تقصیری در پدید آمدن خسارات مذکور نداشته، تنها راه حل، مسئولیت دولت در قبال شخصی است که حقوقش نادیده گرفته شده است که باید ضررها و مشقت هایی را که بدون جبران باقی مانده اند، تدارک کند.

نکته دیگری که در این باب باید توجه کرد، درجه اهمیت حرج و ضرر است که اگر حرج «یسیر» در مقابل ضرر «کثیر» قرار گیرد و یا ضرر یسیر در باب حرج شدید قرار گیرد، چنین احتمالی پدید می آید که امر اهم بر مهم مقدم شود؛ اما در هر صورت خساراتی که

به بار می‌آید، باید جبران شود که مناسب‌ترین نظریه در این رابطه، ضمان دولت در برابر خسارت دیده است. در صورتی که درجه اهمیت ضرر و حرج یکسان باشد، دو قاعده با یکدیگر تعارض و تساقط پیدا می‌کنند و باید به قواعد دیگری همچون «قرعه» تمسک نمود؛ اما همانند موارد قبل در هر صورت خسارات پدیدآمده بایستی جبران شود که در این فرض نیز دولت ضامن جبران خسارات است.

۳-۲- مسئولیت مدنی شبه دولتی

یکی از فروعاتی که در ضمن قاعده «نفی حرج» به آن اشاره شده و از سویی با مبحث اکراه، گره می‌خورد که در قسمت بعدی مطرح می‌شود، موردی است که شخصی بر ولایت از جانب حاکم ظالم، اکراه می‌شود که پذیرفتن این مسئولیت، موجب واردنمودن ضرر بر مردم می‌شود که تفصیل این مسئله در این بخش مطرح می‌شود.

از آنجا که چنین مسئولیتی در نهاد دولتی اسلامی قرار نگرفته، نمی‌توان مسئولیت‌هایی را که در این باب از جهت قاعده «لا حرج»، نفی و ایجاب می‌شود، جزء مسئولیت مدنی دولت تلقی کرد. از سوی دیگر جزء موارد مسئولیت مدنی اشخاص، در برابر یکدیگر نیز محسوب نمی‌شود؛ زیرا تفاوت آن، در برخورداری یکی از دو طرف از مقام‌های حاکمیتی دولتی است، اگرچه چنین مقامی از جانب دولت اسلامی نباشد؛ بنابراین باید آن را به عنوان حالتی دیگر، به صورت مستقل در نظر گرفت.

برخی از فقها معتقدند که این مسئله به قاعده «نفی حرج» برمی‌گردد؛ زیرا الزام شخص به تحمل ضرر اکراه، به جهت دفع ضرر از مردم، حرج و منتفی است. (انصاری، ۱۴۰۳ق: ۵۳۸/۲) در این حالت در واقع دو حرج در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرد؛ از سویی اگر چنین ولایتی را نپذیرد، بر خود حرج وارد می‌نماید و اگر این امر را بپذیرد بر دیگری حرج وارد کرده و زمینه وارد شدن خسارت بر اشخاص را فراهم می‌نماید. اقدام به پذیرش چنین ولایتی، با اشکال مواجه می‌شود؛ مخصوصاً زمانی که حرج ناشی از اکراه به مراتب کمتر از حرج «مکره علیه» باشد؛ مانند اینکه برای حفظ آبرو و جلوگیری از وارد شدن خسارت بر خود، ازین بردن آبرو و اموال مردم را مباح کند.

بنابراین باید این دو امر را لحاظ کرد و یکی را بر دیگری ترجیح داد که بر این اساس دو وجه پدید می‌آید: وجه اول، آنکه حرج اول در نظر گرفته شده و قائل به جواز پذیرش ولایت شویم؛ زیرا ادله نفی حرج، اکراه و روایاتی همچون «ضرورت‌ها امور ممنوع را مجاز می‌نماید»^۱ (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۸/۲۴۳) از اطلاق برخوردار است و شامل مورد یادشده نیز می‌شود. وجه دوم، آن است که حرج دوم، مقدم شود؛ چراکه ادله اکراه به جهت دفع حرج و ضرر، تشریع شده است و دفع آن با ضرر رساندن به غیر جایز نیست؛ اگرچه ضرری که بر غیر وارد می‌شود، کمتر باشد؛ چه برسد به اینکه ضرر به غیر، بیشتر باشد. به عبارت دیگر، حدیث رفع اکراه و اضطراب به جهت «امتنان» بر تمام امت وارد شده است و هیچ حسنی در امتنان به برخی با اجازه وارد نمودن ضرر بر دیگری وجود ندارد؛ بنابراین دفع حرج و ضرر از خود با وارد نمودن حرج بر دیگری جایز نیست و باید چنین مشقتی را تحمل کرد. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲/۸۷)

برخی فقها، وجه اول را ترجیح داده‌اند و علت چنین ترجیحی را این گونه بیان نموده‌اند که عموم دلیل «نفی حرج» و «اکراه»، برای همه محرمات است، حتی موردی که موجب ضرر رساندن به غیر شود، تا زمانی که موجب ریخته شدن خون نشود؛ زیرا الزام غیر به تحمل حرج و ضرر بر خود و ترک عمل اکراهی، موجب حرج است و قول معصوم (تقیه برای حفظ خون قرار داده شده و هنگامی که به حد خون برسد، تقیه بی‌معناست).^۲ (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۶/۱۷۲) دلالت دارد بر اینکه حد تقیه، حفظ خون است؛ بنابراین در غیر این مورد، تقیه جایز است و تنها در صورتی عموم قواعد «نفی حرج» و «اکراه»، شامل آن نمی‌شود که حرج بر شخص روی آورده باشد؛ به این معنا که «مقتضی» آن، حاصل شده باشد که دفع این حرج با وارد کردن حرج و یا ضرر بر دیگری لازم، بلکه جایز نیست.

پس اگر از ناحیه اجبار او، حرج و یا ضرری بر مالی وارد شود و فرض شود که ضرر زدن بر مال دیگری، مانع وارد شدن خسارت بر وی باشد، برای مجبور، جایز نخواهد بود که مال

۱. «الضَّرُورَاتُ تُبَيِّحُ الْمَحْظُورَاتِ».

۲. «إِنَّمَا جُعِلَتِ التَّقِيَّةُ لِيُحَقَّنَ بِهَا الدَّمُ فَإِذَا بَلَغَتِ التَّقِيَّةُ الدَّمَ فَلَا تَقِيَّةَ».

دیگری را از بین ببرد تا به مال خود آسیبی وارد نشود. همچنین اگر مجبور به خسارت بر مال دیگری شود، لازم نیست چنین ضرری را که از ناحیه ترک ضرر بر مال غیر، پدید آمده، به جهت دفع ضرری که به غیر، متوجه است، متحمل شود.

ممکن است گفته شود: همان گونه که در حالت دوم، ضرر با اکراه بر مال دیگری، جایز است، در حالت اول نیز چنین عملی جایز است، به دلیل اینکه مجبور بوده است؛ چنان که اگر دفع حرج و یا ضرر، متوقف بر امر حرام دیگری غیر از ضرر به غیر باشد، مانند افطار در ماه رمضان یا ترک نماز که انجام آن عمل حرام، جایز می شود؛ به عبارت دیگر، ضرر رساندن به غیر از محرمات است و همان گونه که حرمتش به وسیله اکراه رفع می شود، به وسیله اضطرار نیز می شود؛ زیرا در «حدیث رفع»، اکراه و اضطرار به صورت یکسان، برداشته شده است.

در پاسخ به یکسان دانستن این دو، گفته شده که این دو با یکدیگر متفاوت اند؛ زیرا ضرری که در مورد اول، متوجه شخص می شود، جایز نیست که آن را با ضرر بر دیگری دفع کرد؛ چرا که دلیلی برای چنین عملی وجود ندارد و عموم حدیث رفع در فقره اضطرار، شامل ضرر رساندن به غیر نمی شود؛ زیرا این حدیث در مقام امتنان است و اجازه دادن به برخی در اضرار و ضرر رساندن بر دیگری به جهت دفع ضرر از خود، خلاف امتنان است، بلکه ترجیح بدون مرجح است. در حالی که در مورد اول، ضرر «اولاً و بالذات» به جهت الزام «مکروه»، بر غیر متوجه می شود و «مکروه» اگر چه در وارد کردن ضرر، مباشر است، ولی چنین مباشرتی به جهت وجود اکراه، ضعیف است، به گونه ای که وارد نمودن ضرر به غیر، به او نسبت داده نمی شود تا اینکه گفته شود: به دیگری ضرر وارد نموده است تا به خودش ضربه وارد ننماید. البته اگر در این صورت، ضرر را متحمل شود و به دیگری ضرری وارد نکند، عرفاً ضرر را از غیر به خود برگردانده، ولی شارع، چنین امری را واجب نکرده و امتنان به برخی از امت در این موارد اکراه، هیچ قبیحی ندارد.

علاوه بر اینکه ادله نفی حرج، در تفاوت این دو مقام، کافی است؛ چرا که در موردی که شارع، دفع ضرر از خود با اضرار بر غیر را اجازه نداده است، هیچ حرجی پدید نمی آید؛

برعکس موردی که شارع، شخص را ملزم نماید که به خود ضرر وارد نماید تا به دیگری چنین ضرری وارد نشود که در چنین حالتی قطعاً حرج، محقق می‌شود. بر این اساس در حالت اول حرجی از جانب قبول نکردن ولایت در نظر گرفته نمی‌شود؛ اگرچه ضررهایی که بر غیر وارد می‌شود، به مراتب بیشتر از ضررهایی باشد که بر شخص قبول کننده ولایت، مترتب می‌شود. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۸۶/۲)

التبه این نظریه، بی‌اشکال به نظر نمی‌رسد؛ چراکه در نظر گرفتن میزان ضررهای هریک از این دو مورد، امری اجتناب‌ناپذیر و ضروری است؛ زیرا مسئولیت شخصی متولی، محدود به امور شخصی خود و شخص مقابل خود نیست، بلکه تصدی چنین موقعیت‌هایی، به معنای رویارویی با مصالح جامعه مسلمانان است که یکی از این مصالح، مصلحت شخص متولی است و بنابراین در هرگونه اقدامی که متولی می‌خواهد در پذیرش و یا بقای موقعیت خود، صورت دهد، نباید فقط امور حرجی خود را در نظر گیرد، بلکه باید تمام حرج‌ها را در نظر بگیرد و امری را اختیار کند که در مجموع به مشقت کمتری، نسبت به جامعه مسلمانان منتهی می‌شود.

در راستای این مطلب، برخی فقها، قائل به این نظریه شده‌اند که اکراه در صورتی پذیرش ولایت از جانب حاکم جور را ایجاب می‌کند که ضرر تنها بر خود شخص، مال، آبرو یا خانواده او وارد شود؛ اما اگر ترک عمل اکراهی، فقط موجب وارد شدن ضرر بر بعضی از مؤمنان شود، به گونه‌ای که این اشخاص هیچ گونه رابطه‌ای با «مکره علیه» نداشته باشند، ظاهر آن است که چنین امری، عرفاً اکراه شمرده نمی‌شود؛ زیرا هیچ ترسی بر مکره علیه مترتب نمی‌شود تا وی را مجبور کند، فعل «مأمور به» را انجام دهد؛ اگرچه به جهت ترس از وارد کردن خسارت بر مسلمانان ناشناس و دلیل‌های وجوب مراعات مسلمانان و در معرض ضرر قرار دادن آن‌ها، قبول ولایت جایز می‌شود. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۹۰/۲)

برخی از فقها نیز وارد شدن ضرر بر برخی مؤمنان را موجب اکراه می‌دانند (عاملی، ۱۴۱۹ق: ۳۷۸/۱۲) که این نظریه، نسبت به نظریه قبلی، صحیح‌تر به نظر می‌رسد؛ چراکه

شخص متولی، نسبت به هریک از مسلمانان، مسئولیت دارد و این امر، نه تنها از حدیث «تمام شما مسئول و دارای وظیفه هستید»^۱ (احسائی، ۱۴۰۵: ۱۲۹/۱) نیز به دست می‌آید، بلکه بنا بر ادله مربوط به تقیه و لحن روایات مذکور^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۹/۱۶) در صورت در معرض خطر قرار گرفتن برخی از مؤمنان، وجوب پذیرش ولایت و نه جواز آن، به دست می‌آید.

۳-۳- مسئولیت مدنی دولت در قبال اقدامات خود

تصمیماتی که دولت، در سطح جامعه عملی می‌کند، دارای شقوق مختلفی است که از جهت وارد کردن حرج و مشقت بر جامعه، مسئولیت مدنی دولت در قبال آن مطرح می‌شود. اقدامات دولت اگرچه ممکن است مستقیماً بر اموال مردم خسارتی وارد نکند تا مصداق ضرر قرار گیرد و از راه قاعده «لاضرر» به ایجاد مسئولیت مدنی دولت منتهی شود، اما امکان دارد، برخی از حقوق جامعه را ضایع کند؛ به گونه‌ای که جامعه یا بخشی از آن در شرایط عسرو حرج قرار گیرند که در این صورت می‌توان به جهت شرایط پدید آمده، دولت را ضامن جبران آن مشقت‌ها در نظر گرفت؛ چرا که بر اساس قاعده «لا حرج» هر گونه مشقتی، نفی شده است.

نقش قاعده «لا حرج» در رابطه با اقدامات دولت را به این صورت می‌توان بررسی کرد: اگر دولت، اقدامات یاد شده را انجام ندهد، ضرر زیادی بر جامعه وارد می‌شود و ضرورت اقتضا می‌کند چنین اقداماتی صورت پذیرد؛ اما از سوی دیگر اجرای چنین اقداماتی، حداقل

۱. «كُلُّكُمْ رَاعٍ وَ كُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ».

۲. «وَ إِنْ إِظْهَرْتُكَ بَرَاءَتَكَ مِنَّا عِنْدَ تَقْيَّتِكَ - لَا يَقْدَحُ فِينَا وَ لَا يَنْقُصُنَا - وَ لَئِنْ تَبَرَّأْنَا سَاعَةً بِلِسَانِكَ وَ أَنْتَ مُوَالٍ لَنَا بِجَنَانِكَ - لِنَبْقِي عَلَى نَفْسِكَ رُوْحَهَا الَّتِي بِهَا قِيَامُهَا - وَ مَالُهَا الَّذِي بِهِ قِيَامُهَا - وَ جَاهُهَا الَّذِي بِهِ تَمَسُّكُهَا - وَ تَصُونُ مِنْ عُرْفٍ بِذَلِكَ أَوْلِيَاءَنَا وَ إِخْوَانَنَا - فَإِنْ ذَلِكَ أَفْضَلُ مِنْ أَنْ تَتَعَرَّضَ لِلْهَلَاكِ - وَ تَنْقَطِعَ بِهِ عَنْ عَمَلٍ فِي الدِّينِ - وَ صَلَاحِ إِخْوَانِكَ الْمُؤْمِنِينَ - وَ إِيسَاكَ ثُمَّ إِنَّا أَنْ تَتْرَكَ التَّقِيَّةَ الَّتِي أَمَرْتُكَ بِهَا - فَإِنَّكَ سَاطِطٌ بِدِمَاكِ وَ دِمَاءِ إِخْوَانِكَ - مُعَرَّضٌ لِنَعْمَتِكَ وَ نِعْمَتِهِمْ لِلرَّوَالِ - مُذِلٌّ لَهُمْ فِي أَيْدِي أَعْدَاءِ دِينِ اللَّهِ - وَ قَدْ أَمَرَكَ اللَّهُ بِإِعْزَازِهِمْ - فَإِنَّكَ إِنْ خَالَفْتَ وَصِيَّتِي - كَانَ صَرْؤُكَ عَلَى إِخْوَانِكَ وَ نَفْسِكَ - أَشَدَّ مِنْ صَرْرِ النَّاصِبِ لَنَا الْكَافِرِ بَنًا».

بخشی از جامعه را در عسر حرج قرار می‌دهد. در این صورت، بی‌شک قاعده «اضطرار» و ضرورت و به عبارتی نفی حرج عمومی و نوعی، جواز انجام چنین اقداماتی را برای دولت صادر می‌کند؛ اما بر جبران نکردن مشقت‌هایی که بر بخشی از جامعه وارد شده، دلالتی ندارد. از آنجا که بر اساس قاعده «لا حرج»، هیچ‌گونه حرجی نباید بدون جبران باقی بماند، دولت، مسئولیت جبران مشقت‌هایی که بر بخشی از جامعه وارد شده را دارد؛ اگرچه ممکن است دولت نتواند به‌طور کلی تمام سختی‌ها را برطرف کند، اما حتی المقدور باید با استفاده از شیوه‌های مختلفی همچون پرداخت مالی، در صدد جبران مشقت‌ها برآید.

یکی از نمونه‌هایی که در این باب می‌توان ارائه کرد، آن است که به‌جهت تنظیم قیمت بعضی از کالاها، دولت، اقدام به ایجاد فروشگاه‌هایی زنجیره‌ای می‌کند که با قیمت‌های مناسب و به‌مراتب پایین‌تر از قیمت‌های معمول در سطح جامعه، کالاهای خود را به فروش برساند که این اقدام، عسرو حرج بیشتر افراد جامعه در تهیه مایحتاج زندگی خود را به‌اندازه زیادی برطرف می‌نماید، اما در مقابل، موجب حرج بر فروشندگان همان کالاها با قیمت‌های معمول می‌شود، به‌گونه‌ای که ممکن است به ورشکستگی این افراد، منتهی شود؛ بنابراین در این صورت اگرچه چنین اقداماتی به جهت رفع حرج نوعی، بی‌اشکال به نظر می‌رسد، اما حرج و یا حتی می‌توان گفت، ضررهایی که بر برخی وارد می‌شود نیز باید در نظر گرفته شود و دولت باید خساراتی را که از جانب این اقدامات پدید می‌آید، جبران کند.

چنان‌که در روایتی از امام کاظم (علیه السلام) در باب پذیرش ولایت از جانب حاکمان جور آمده است که می‌فرمایند: «اگر از بلندی بیفتم و تکه‌تکه بشوم، برای من دوست‌داشتنی‌تر است از اینکه از جانب حاکم جور، ولایتی را بپذیرم؛ مگر آنکه مشکل مؤمنی را برطرف نمایم، اسیری را آزاد کنم و یا دینش را پرداخت کنم».^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۵/۱۱۰) در روایت دیگری نیز از امام صادق (علیه السلام) آمده است: «کفاره عمل پادشاه، برطرف کردن نیازهای برادران

۱. «يا زياد لئن أسقط من شاهق فأتقطع قطعة قطعة أحب إلي من أتولى لأحد منهم عملاً أو أطأ بساط رجل منهم، إلا لماذا؟ قلت: لا أدري، جعلت فداك. قال: إلا لتفريج كربة عن مؤمن، أو فك أسره، أو قضاء دينه.»

مؤمن است.»^۱ (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۷۶/۳)

برخی از فقهای معاصر ظهور این روایات را در مباح بودن پذیرش ولایت از جهت احسان به مردم مسلمان دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۰۳: ۷۵/۲) که این احسان، باید از جنبه عمومیت برخوردار باشد، نه آنکه تنها شامل برخی و یا بیشتر افراد شود؛ بنابراین این روایات بر رفع مشکل هر مؤمنی دلالت دارد و از عمومیت و اطلاق برخوردار بوده و شامل محل بحث نیز می‌شود.

نتیجه‌گیری

قاعده «الاحرج» فقط به میزان حکم تکلیفی منشأ اثر است و اقدامات دولت در سطح جامعه که منجر به نفی حرج نوعی و غالبی مردم شود، جایز می‌شود؛ اما در هر صورت خسارت‌هایی که در قبال این اقدامات بر اشخاص خاص وارد شده، بر عهده دولت قرار می‌گیرد و نمی‌توان بر مبنای قاعده «الاحرج» به نفی مسئولیت مدنی دولت پرداخت؛ چراکه چنین امری، اجحاف در حق خسارت‌دیدگان است.

در رابطه با نقش قاعده در حوزه ایجاب مسئولیت مدنی دولت در روابط افراد میان یکدیگر که دولت در تحقق حرج هیچ‌گونه نقشی نداشته، باید به درجات اهمیت حرج و ضرری که در این گونه روابط برای هریک از دو طرف صورت می‌پذیرد توجه کرد. اگر حرج یسیر در مقابل ضرر کثیر قرار گیرد و یا ضرر یسیر در باب حرج شدید قرار گیرد، امر اهم بر مهم مقدم می‌شود؛ اما در هر صورت خساراتی که به بار می‌آید، بایستی جبران شود که مناسب‌ترین نظریه در این رابطه ضمان دولت در برابر خسارت دیده است.

در صورتی که درجات اهمیت ضرر و حرج یکسان باشد، دو قاعده با یکدیگر تعارض و تساقط پیدا می‌کنند و باید به قواعد دیگری همچون قرعه تمسک کرد؛ اما همانند موارد قبل در هر صورت خسارات پدیدآمده بایستی جبران شود که در این فرض دولت ضامن جبران خسارات است.

۱. «كَفَّارَةُ عَمَلِ السُّلْطَانِ قَضَاءُ حَوَائِجِ الْإِخْوَانِ».

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد، ۱۴۱۴ق، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، قم: اسماعیلیان.
۲. احسائی، محمد ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ق، عوالی الالکی، قم: مؤسسه سید الشهداء (علیه السلام).
۳. اردبیلی، احمد، ۱۴۰۳ق، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح الاذهان، قم: اسلامی.
۴. انصاری، مرتضی، ۱۴۰۳ق، فرائد الاصول، قم: اسلامی.
۵. -----، ۱۴۱۵ق، المكاسب المحرمه و البیع و الخيارات، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۶. بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵ق، الحقائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم: اسلامی.
۷. بهبهانی، محمدباقر، ۱۴۲۴ق، مصابیح الظلام، قم: مؤسسه العلامة المجدد بهبهانی.
۸. سیستانی، علی، ۱۴۱۴ق، قاعده لاضرر و لاضرار، قم: دفتر آیت الله سیستانی.
۹. جعفری تبریزی، محمدتقی، ۱۴۱۹ق، رسائل فقهی، تهران: کرامت.
۱۰. حر عاملی، محمد بن الحسن، ۱۴۰۹ق، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۱۱. صدوق، محمد، ۱۴۱۳ق، من لایحضره الفقیه، قم: اسلامی.
۱۲. طاهری، حبیب الله، ۱۴۱۸ق، حقوق مدنی، قم: اسلامی.
۱۳. طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، تهذیب الاحکام، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۱۴. عاملی، جواد، ۱۴۱۹ق، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد، قم: اسلامی.
۱۵. عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۶، قواعد فقه در حوزه حقوق خصوصی، تهران: سمت.
۱۶. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۱۷. مجلسی، محمدباقر، ۱۴۰۶ق، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.

۱۸. حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، ۱۴۰۷ق، المعتبر فی شرح المختصر، قم:

مؤسسة سيد الشهداء (عليه السلام).

۱۹. مرعشی شوشتری، محمد حسن، ۱۴۲۷ق، دیدگاه‌های نو در حقوق، تهران: میزان.

۲۰. مغربی، نعمان بن محمد، ۱۳۸۵ق، دعائم الإسلام، قم: مؤسسه آل البيت (عليه السلام).

مقایسه نهاد سبگردانی در معاملات بورس سهام با عقد عاریه

محمدجواد رجبی بقرآباد^۱

سیداحمدعلی هاشمی^۲

چکیده

گسترش معاملات بورسی در ساختار بازارهای سرمایه‌ای ایران و ایجاد سودهای کلان در معاملات بورسی نسبت به سایر بازارهای معاملاتی، شوق اشخاص ناآگاه به سهام و بورس را دوچندان کرده است. به نظر می‌رسد اجتناب از معاملات مستقیم برای اشخاص ناآگاه به دلیل وجود خطر از دست دادن سرمایه، ناشی از عدم تخصص و فرصت کافی، ضرورتی انکارناپذیر است. از سوی دیگر رغبت این اشخاص به بهره‌جویی از سودهای حاصل در خرید و فروش سهام در بازار بورس اوراق بهادار، منجر به تمرکز آن‌ها در معاملات با واسطه یا سبگردانی شده است. از این جهت تحلیل فقهی نهاد سبگردانی و بررسی کیفیت انطباق آن بر عقود معین و یا نامعین از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. توجه بر قیدهای «رکنی» در «عقد عاریه» و خارج دانستن برخی از قیود از آن، از جمله برگشت عین «معار» به «معیر» و شرط نبودن اجرت، همراه با بازنگری در منابع فقهی، انطباق عقد عاریه بر نهاد سبگردانی را ممکن کرده است. البته جایز بودن عقد عاریه با فرض اراده دو طرف مبنی بر پنداشت لزوم از قرارداد انعقادی، از مشکلات موجود این انطباق است که با پیشنهاد ضمیمه شدن عقد دیگری با عنوان لزوم بر عقد عاریه رفع شدنی است. در این نوشته امکان تطبیق نهاد سبگردانی و قابلیت حمل و تنسیق آن بر عاریه به عنوان یکی از موارد عقود معین، بررسی شده است.

کلیدواژه‌ها: اوراق بهادار، بورس، عاریه سهام، عقد عاریه، نهاد سبگردانی.

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری مشهد. (نویسنده مسئول)

m.r.raja137611@gmail.com

۲. استادیار و عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور مشهد. hashemie.ahmadali@gmail.com

با گسترش معاملات بورسی و فراگیری انواع قراردادهای سبدگردانی در بورس اوراق بهادار، امکان‌سنجی مشروعیت این نوع قراردادها و چگونگی تطبیق آن با مبانی اقتصاد اسلامی، می‌تواند از مهم‌ترین مباحث فقه اقتصادی روز باشد؛ بنابراین لازم است با تطبیق ساختاری «مسائل مستحدثه»، نسبت به قراردادهای امضایی از سوی شارع و تعیین ضابطه در «اصل حلیت»، با انگاشت‌های کلی، تکلیف شروط واقع در چنین قراردادهایی از جهت «لابشرط»، «بشرط لا» یا «بشرط شیء» را در منظر شارع مشخص کرد.

یکی از قراردادهای واقع، عاریه سهام است؛ به این صورت که شخص، سهم یا سهام موجود در «پرتفوی» خود را با شروطی به طرف مقابل عاریه می‌دهد و در ضمن این قرارداد علاوه بر «تأدیّه» اصل سهم و سود احتمالی رسیده به آن از سوی شرکت مدنظر، در ضمن شروطی دیگر، خواستار سود معینی از معاملات واقع بر سهم نام‌برده می‌شود. نویسنده با صرف نظر از نوع شخصیت معیر (عاریه‌دهنده) یا مستعیر (عاریه‌گیرنده)، درصدد تبیین و امکان‌سنجی شرعی شروط واقع در چنین عقدی و نیز امکان تطبیق کلی آن با عقد عاریه امضا شده، است.

بعد از بررسی خروج یا عدم خروج تخصصی چنین عقدی از عنوان عقد عاریه و در صورت اثبات عدم خروج موضوعی، درصدد بیان نوع شروط واقع در «معنون» از جهت تأثیر و تأثر آن در قرارداد محل بحث خواهیم بود. جایز بودن عقد عاریه و در طرف مقابل، اراده دو طرف قرارداد، نوع و نحوه اعمال شروط و نیز جایگاه و چگونگی ضمانت اجرا در مورد شروط در این عقد را با مشکلاتی مواجه ساخته که ضمن نگاشت این موانع، امکان «حمل شایع» چنین معامله‌ای بر عنوان ربا بررسی خواهد شد.

لازمه تطبیق قرارداد یادشده بر عنوان عاریه، احراز شرط نبودن بازگشت عین در صحت عاریه، انصراف ادله ضامن نبودن مستعیر بر موارد غیرمشروط و نیز عدم اختلال در عنوان عاریه در فرض شرط سود است و به تعبیری، در عاریه، شرط سود نباید برخلاف مقتضای ذات عقد باشد. بعد از عاریه‌نامیدن این قرارداد، لازم است، عنوان جواز در عقد عاریه با نحوه

ضمانت اجرای شروط مذکور در این قرارداد بورسی ترسیم شود تا دو طرف در زمان انعقاد نسبت به عقد و آثار آن آگاهی داشته باشند و شرطی باطل و یا «مبطل» در ضمن عقد مطرح نشود. البته عنصر «حاکمیت اراده‌ها» تا مرز اخلال به مشروعیت، جاری است؛ اما در فرض اخلال، قرارداد از اعتبار قانونی ساقط خواهد بود.

۱- تعریف مفاهیم

۱-۱- عاریه

عاریه در لغت (الفیومی المقری، ۱۴۱۸ق: ۲۶۶/۱) یا از «عار» گرفته شده و یا از «عور» و به هر حال به معنای برهنگی و شرم آمده است. (المعجم الغنی، ۱۹۹۴: ۲۷۵۷) به نظر می‌رسد از این جهت به عقد محل بحث عاریه می‌گویند که گرفتن معار (چیزی که عاریه داده شده) توسط مستعیر، ننگ و عیب است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۳۴ق: ۲۳۶/۲) یا از این جهت که «معار» از دست معیر، به دست مستعیر، منتقل می‌شود و به عبارتی دست معیر تهی از معار می‌شود. (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۵۶/۲۷)

در اصطلاح، عاریه عبارت است از عقدی جایز که معیر در ضمن آن عقد، شیئی را که با انتفاع از بین نمی‌رود به مستعیر می‌دهد تا مستعیر به صورت مجانی از آن انتفاع ببرد و در وقت معین عین (خود) آن شیء را به معیر بازگرداند. به تعبیری عاریه انشای اباحه تصرف به صورت مجانی از سوی معیر و قبول آن توسط مستعیر است. (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۳۴ق: ۲۳۶/۲؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۵۹/۲۷)^۱

ماده ۶۴۵ قانون مدنی عقد عاریه را چنین تعریف می‌کند: «عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود». دکتر کاتوزیان از این تعریف سه نکته به دست می‌آورد:

الف- عاریه، برخلاف ایرادهایی که بر آن شده، عقد است؛

۱. البته مرحوم صاحب جواهر بعد از آنکه عقد عاریه را نسبت به هر دو طرف عقد جایز دانسته، بعضی موارد از جمله عاریه برای رهن را استثنا می‌کند. (ر.ک. نجفی، ۱۳۶۲: ۱۵۹/۲۷ و ۲۰۲/۲۷)

ب- اثر عقد عاریه اجازه انتفاع است، نه تملیک منفعت یا دادن حق انتفاع؛

ج- عاریه اجازه انتفاع و استفاده رایگان است.

البته به نظر ایشان در عقد عاریه می توان شرط «عوض» کرد، ولی هرگاه عاریه بدون هیچ اشاره ای به عوض واقع شود، معیر نمی تواند به عنوان «استیفا» از مستعیر پولی بخواهد؛ چرا که مبنای عاریه بر تبرع و احسان به استفاده کننده است و همه احکام و مسئولیت ها نیز بر همین پایه تعیین می شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۳۷/۲) البته ایشان در این مورد نظر خاصی هم دارد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

بر اساس تعریف های مطرح شده، قواعد عمومی قراردادها و قواعد اختصاصی عقد عاریه، مشخص می شود که ارکان و شروط عقد عاریه عبارت است از:

۱. اراده دو طرف که با قصد و رضا است، موجود باشد؛^۱
 ۲. «عین کالا» به معیر عودت داده شود؛
 ۳. شیء مورد نظر با انتفاع از بین نرود؛
 ۴. انتفاع مجانی باشد؛
 ۵. انتفاع در امور حلال باشد؛^۲
 ۶. اصل در عاریه غیر از طلا و نقره، ضامن نبودن است، مگر اینکه توافق بر ضامن بودن مستعیر باشد.^۳
- به نظر می رسد که موارد یک، پنج و شش از ارکان مسلم عاریه است، زیرا معمولاً مورد پذیرش فقها است؛ اما در سایر موارد نسبت به وابستگی عقد عاریه به آنها، به عنوان قاعده رکنی، اختلاف هایی در بیان فقها مطرح است که بررسی خواهند شد.

۱. این رکن در کلمه انشا از تعریف بالا مستور است؛ چنان که می دانیم، انشا مشتمل بر قصد و رضا است؛ البته از قواعد عمومی قراردادها نیز استفاده می شود.

۲. این شرط از قواعد عمومی قراردادها استفاده می شود.

۳. این شرط تکمیلی، از قواعد اختصاصی عقد عاریه است. البته در عقود امانی دیگر نیز این شرط تکمیلی وجود دارد؛ اما استثنای طلا و نقره فقط در عقد عاریه است.

۱-۲- بورس اوراق بهادار

یکی از انواع بورس، بورس اوراق بهادار است. در ایران، به بازار خرید و فروش اوراق بهادار که به طور رسمی و دائمی در محل معینی تشکیل می شود، «بورس اوراق بهادار» می گویند. بورس اوراق بهادار به معنای بازار متشکل و رسمی سرمایه است، که در آن سهام شرکت ها و اوراق مشارکت، با ضوابط و مقرراتی خاص، مورد معامله قرار می گیرد. بورس مرجع رسمی و مطمئنی برای جذب سرمایه افراد و بخش های خصوصی به منظور تأمین مالی پروژه های سرمایه گذاری بلندمدت است و باعث افزایش سرمایه سهام دارانی است که در خرید سهام دقت لازم را دارند و از سرمایه گذاری خویش بهره مند می شوند. (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۰/۰۱/۲۵)

با تأسیس بورس اوراق بهادار معاملات سهام شرکت ها توسط این سازوکار صورت می گیرد که البته مزیت های متعددی از جمله سهولت و تحقق اعتماد معاملاتی، نسبت به حالت قبلی معامله سهام دارد. این سازوکار را می توان یکی از مصادیق مهم معاملات الکترونیکی و برخط دانست که به نوبه خود تحول عظیمی در فرایند شناساندن شرکت ها و سهامشان و تحقق معاملات متنوع، ایجاد کرده است. سهولت کسب درآمد و سود بالا از معاملات بورسی، با وجود خطرپذیری نسبتاً زیاد معاملات، افراد ناآگاه را نیز به سمت این بازار پرتلاطم کشانده است.

۱-۳- سهام

سهام، قسمتی از سرمایه شرکت سهامی است که مشخص کننده میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در آن شرکت است. ورقه سهام، سندی است که می توان آن را معامله کرد و نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن ورقه، در شرکت سهامی دارد. مجموع ارزش اسمی سهام، سرمایه شرکت را تشکیل می دهد و پس از انحلال شرکت، هر سهام دار حق دارد مبلغ اسمی سهام خود را دریافت نماید و در صورتی که سهم انتفاعی جزو سرمایه شرکت نباشد، صاحب آن حق مطالبه مبلغ اسمی آن را ندارد. (جمعی از نویسندگان،

۱۴۰۰/۰۲/۲۰) همچنین از انواع سهام می‌توان به این موارد اشاره کرد: سهم بانام، سهم بی‌نام، سهم ممتاز و سهم مؤسس یا انتفاعی.

۱-۴- سبدگردانی

سبدگردانی یکی از مفاهیم‌های مهم در بازار سرمایه است. به زبان ساده می‌توان سبدگردانی را این گونه تعریف کرد: «سپردن سرمایه به فردی به نام سبدگردان که او مسئولیت مدیریت سهام سرمایه‌گذار را بر عهده می‌گیرد و با استفاده از دانش و تجربه‌اش، سهام‌های گوناگون را خرید و فروش می‌کند.» نام دیگر سبدگردانی، «مدیریت پرتفوی» است. سبدگردان‌ها افرادی باتجربه و کارشناس حرفه‌ای بازار بورس هستند که بر اساس ویژگی‌های سرمایه‌گذار، مانند سطح خطرپذیری و میزان سرمایه، سبدی مناسب او تشکیل می‌دهند و دائم آن را مدیریت می‌کنند. (حسینی، ۱۴۰۰/۰۵/۱۰)

به عبارتی، سبدگردانی عبارت است از قراردادی بین عامل و صاحب سرمایه (اعم از سهام و پول نقد) که به موجب آن، عامل (سبدگردان) موظف می‌شود با آن سرمایه، معاملاتی را با توجه به مهارت خود در بازار بورس انجام داده و در قبال این کار درصد معینی از سود حاصل از آن معاملات را دریافت کند. طبیعتاً در ضمن این معامله، صاحب سرمایه با سپردن دارایی خود (اعم از سهام و پول نقد) به دست سبدگردان، ضمن خارج کردن سرمایه خود از رکود، از سودهای حاصل از معاملات سهام در بازار بورس نیز بهره‌مند خواهد شد.

با توجه به تعریف بالا، می‌توان سبدگردانی را از جهت شیوه‌های آن، به سه قسم کلی تقسیم کرد:

۱. صاحب سرمایه، پول نقد خود را در اختیار سبدگردان قرار می‌دهد تا سبدگردان در حساب کاربری خود در بازار بورس، معاملاتی با آن سرمایه انجام دهد و سود احتمالی حاصل از این معاملات را بین خود و صاحب سرمایه، بنابر درصد معین شده در ضمن قرارداد، تقسیم نماید؛ لازم به ذکر است که این نحوه از سبدگردانی معمولاً توسط اشخاص حقوقی از جمله کارگزاری‌های بازار بورس صورت می‌پذیرد که در بسیاری از موارد یکی از شرایط این اشخاص حقوقی (که سبدگردانی انجام می‌دهند)، آورده نسبتاً زیاد است؛ بنابراین طرف

صاحب سرمایه این نحوه از قرارداد سبدگردانی، اشخاص با سرمایه زیاد هستند.

۲. فرد صاحب سرمایه، مقداری پول در حساب کاربری خود در بورس اوراق بهادار (پرتفوی) واریز می‌کند و گذرواژه حساب کاربری خود را در اختیار سبدگردان قرار داده و از وی می‌خواهد که با این حساب کاربری، معاملاتی (خرید و فروش سهام) با دید کوتاه‌مدت، میان‌مدت یا بلندمدت انجام دهد؛ در مقابل، صاحب سرمایه نیز متعهد می‌شود که از سودهای حاصل‌شده، مقدار معینی را به سبدگردان اختصاص دهد.

نقطه قوت این نوع از سبدگردانی نسبت به مورد قبلی این است که به دلیل حفظ سرمایه در حساب کاربری خود صاحب سرمایه و نبود امکان انتقال پول از این حساب کاربری به حساب کاربری شخصی دیگر، شخص صاحب سرمایه اطمینان کافی برای ممکن‌نبودن کلاهبرداری و یا موارد مشابه را دارد و در ضمن، به دلیل دسترسی آسان شخص به حساب کاربری خود، می‌تواند از جزئیات معاملات مطلع باشد. لازم به ذکر است که معمولاً در این نوع سبدگردانی، برخلاف مورد قبل که اکثراً اشخاص حقوقی سبدگردانی می‌کنند، هم اشخاص حقوقی و هم اشخاص حقیقی، طرف سبدگردان قرار می‌گیرند؛ البته در مواردی که سرمایه، کلان است، معمولاً اشخاص حقوقی سبدگردانی را انجام می‌دهند و در غیر آن اشخاص حقیقی. همچنین تفکیک بالا در سبدگردانی بر اساس سرمایه کلان و خرد، ضابطه قانونی نداشته و صرفاً بر اساس رواج آن در قراردادها مطرح است.

۳. شخص، سهام موجود در پرتفوی خود را با دادن گذرواژه حساب کاربری خود به سبدگردان، در اختیار او قرار می‌دهد تا وی در زمان صلاحدید خود سهام موردنظر را بفروشد و بعد معاملات دیگری با آن سرمایه انجام دهد و در پایان مدت معینی علاوه بر مثل یا قیمت سهام اولیه موجود در پرتفوی و سود و مزایای احتمالی آن، مقدار معینی از سود حاصل پس از معاملات را در اختیار صاحب سرمایه قرار دهد.

معمولاً این روش از سبدگردانی توسط افرادی صورت می‌گیرد که به واسطه ناآگاهی یا هر دلیل دیگری، سهامی را خریداری کرده‌اند و نسبت به آینده آن دچار تردید هستند؛ بنابراین ممکن است در این نوع، اساساً فرد سبدگردان به دلیل سواد و مهارتی که دارد، اصلاً

سهام اولیه را نفروشد و در عین حال در انتهای مدتی معین، ارزش همان سهام بالا رفته باشد که در این صورت نیز سبدگردان مستحق سود معینی خواهد بود.

۲- تطبیق سبدگردانی با عقد عاریه

۲-۱- امکان سنجی

با روشن شدن راه‌های سبدگردانی، به نظر می‌رسد عقد عاریه قابلیت انطباق بر مورد سوم را داشته باشد؛ بدین صورت که شخص صاحب سهام، سهام خود را به سبدگردان، عاریه دهد و سبدگردان ضمن نگهداری یا معامله سهام عاریه‌ای، سود احتمالی را بین خود و معیر تقسیم نماید. در دو مورد دیگر نیز توجیه انطباق آن‌ها با عقد عاریه امکان‌پذیر است؛ با این توضیح که شخص صاحب سرمایه، سرمایه خود را به سبدگردان عاریه می‌دهد، تا ضمن خریدوفروش سهام در بازار بورس، سود احتمالی حاصل شده را بین خود و صاحب سرمایه تقسیم کند.

ممکن است در نگاه اول، تطبیق موردنظر با چالش‌های اساسی روبه‌رو باشد؛ چرا که منتقد این تطبیق، آن را از جهت توجه نکردن به قیود رکنی و ذات عقد عاریه، از جمله مجانی بودن عاریه و لزوم عودت عین معار به معیر، غیرممکن پندارد؛ اما در این نوشته با بازنگری در عقد عاریه و قیود رکنی این عقد و نیز خارج دانستن برخی از قیودی که به انگاشت بعضی جزو مقتضای ذات عقد عاریه است، تطبیق ذکر شده امکان‌پذیر خواهد بود.

البته ممکن است ایرادی ماهوی نیز مطرح شود و آن اینکه در عقد عاریه، معمولاً مستعیر، مال مشخصی را عاریه می‌گیرد تا از آن انتفاع ببرد و حال آنکه در سبدگردانی، این صاحب سرمایه است که به دنبال انتفاع است و در مسیر انتفاع او طبیعتاً سودی هم عاید سبدگردان می‌شود. به عبارتی، در عاریه، مستعیر است که از معیر، معار را مطالبه می‌کند و سپس به فرض تحقق عاریه، مستعیر نسبت به معار، «اباحه تصرف» پیدا می‌کند، اما در سبدگردانی، این صاحب سرمایه است که به سبدگردان درخواست سبدگردانی می‌دهد.

در جواب از این اشکال باید گفت: اولاً آنچه در بازار فعلی مشهود است، این است که

معمولاً سبدگردانان (چه اشخاص حقوقی و چه حقیقی) درخواست سبدگردانی به صاحبان سرمایه را می‌دهند، که به نظر می‌رسد به دلیل زیادبودن افراد سبدگردان باشد؛ ثانیاً تحلیل نهاد سبدگردانی در تطبیق با عقد عاریه می‌تواند به این صورت باشد که صاحب سرمایه با دراختیار گذاشتن حساب کاربری خود در دست سبدگردان به او اجازه هر نوع تصرفی در پرتفوی خود را می‌دهد، البته با این شرط که در سودهای حاصل از تصرفات سبدگردان، سهم باشد. حال می‌توان به همین نهاد سبدگردانی از طرف سبدگردان نگرست؛ به این صورت که سبدگردان به صاحب سرمایه می‌گوید: سرمایه خود را در اختیار بنده قرار بده تا در آن تصرف کنم و در ضمن آن، سودهای احتمالی ناشی از تصرفات را با تو شریک شوم. از طرفی دیگر، چون در عقد عاریه، «ایجاب» از سوی معیر صورت می‌گیرد، به این معناست که آغازگر عقد عاریه، معیر است. البته درست است که معمولاً در ابتدا مستعیر، پیشنهاد عاریه را می‌دهد اما کسی از فقها نفرموده که در صورت پیشنهاد معیر، عقد عاریه باطل است؛ پس ممکن است که معیر خود پیشنهاد عاریه را به مستعیر بدهد، یعنی به او بگوید: می‌خواهم مالم را به تو عاریه بدهم.

بنابراین به نظر می‌رسد نکته مهم در این مقام، صرفاً بحث شرط کردن سود و اجرت از سوی معیر باشد؛ چراکه با توجه به تعاریف طرح شده درمورد عقد عاریه، این عقد مجانی است و شرط سود از سوی معیر با مجانی بودن عقد عاریه سازگاری ندارد، از این جهت در ادامه بحث، رکنی بودن قید «مجانی بودن» را نقد می‌کنیم.

موضوع مهم دیگر، صدق «قبض» بر در اختیار قراردادن حساب کاربری در دست سبدگردان است. می‌دانیم که معامله در پرتفوی خود صاحب سرمایه، برای وی از جهت جلوگیری از کلاهبرداری و جرائم دیگر، دارای اهمیت است؛ چراکه خروج پول از پرتفوی وی تنها با واریز آن مبلغ به حساب بانکی خود او امکان‌پذیر است و سبدگردان به هیچ صورتی نمی‌تواند پول را به حساب بانکی دیگری واریز نماید؛ از این جهت صاحبان سرمایه پیشنهادشان بر این است که سبدگردانان در پرتفوی خود صاحبان سرمایه برایشان معامله کنند. به این منظور بعد از انعقاد قرارداد سبدگردانی، صاحب حساب کاربری، رمز عبور خود

را در اختیار سبذگردان قرار می‌دهد و سبذگردان با دسترسی کامل به پرتفوی وی، اقدام به معامله می‌کند.

حال ممکن است سؤالی به وجود آید: آیا قراردادن رمز عبور حساب کاربری و اختیار تام به سبذگردان برای مدیریت پرتفوی، قبض سهام و سرمایه به شمار می‌رود یا نه؟ باید بیان کرد که قبض هر چیزی به حسب خود آن است و طبیعتاً قبض سهام و یا سرمایه موجود در پرتفوی با قبض اشیائی مثل طلا متفاوت است.

به نظر نویسندگان، همین که صاحب سرمایه با علم، انتخاب و اختیار خود و در ضمن قرارداد صحیح، رمز عبور حساب کاربری خود را به سبذگردان می‌دهد تا او با اختیار کامل به خرید و فروش سهام در آن حساب کاربری بپردازد، کافی است که گفته شود: سرمایه و سهام به قبض سبذگردان درآمده است؛ مثل اینکه صاحب سرمایه‌ای کلید مغازه خود و هر چه داخل آن است را در اختیار شخص دیگری قرار دهد تا در آنجا معامله کند. اینجا هم با اینکه مغازه‌دار شرط کرده که تمام معاملات در مغازه صورت گیرد، اما به هر حال صادق است که گفته شود: مغازه و هر چه در آن است به قبض معامله‌گر درآمده است.

ممکن است خواننده با توجه به شناخت عقود معین، تطبیق نهاد یادشده با عقود همچون مضاربه را دسترس‌پذیرتر و نزدیک‌تر به مقصود دو طرف قرارداد، بداند، اما گفتنی است، با توجه به شایع بودن قراردادهایی که سبذگردان ملزم می‌شود اصل سرمایه شخص را در هر حالی (چه معاملات سهام منجر به سود بشود و چه حتی اصل سهام و سرمایه نیز از بین برود) به او برگرداند، این شرط با مشارکتی بودن عقد مضاربه مخالف است که به نظر اکثر فقها، مقتضای ذات عقد مضاربه است. (ر.ک. نجفی، ۳۳۶/۲۶؛ خوئی، ۱۴۱۰ق: ۱۲۵/۲) همچنین ممکن است انطباق این نهاد با عقود معین دیگر نیز همچون وکالت و یا جعالة، دور از ذهن نباشد؛ اما با بازنگری در این عقود، در مقام تطبیق، اختلافاتی ظهور پیدا می‌کند. البته قابلیت انطباق نهاد سبذگردانی با عقود معین ذکر شده نیز امکان بررسی دارد که فعلاً محل بحث نیست و ممکن است نویسندگان در نوشته‌های دیگری به آن بپردازند.

شایان ذکر است: این امکان نیز وجود دارد که نهادی تازه تأسیس، قابلیت انطباق با

عقود معین را نداشته باشد و ناچار به تنظیم قراردادهایی با عنوان عقود نامعین شویم؛ چرا که التزام قطعی و فراگیر برای تطبیق همه قراردادهای جدید با عقود معین قبلی، به جهت بعضی تفاوت‌های مبنایی یا بنایی، امری ناممکن است؛ اما در فرض انطباق، اولویت با عقود معین است. از این جهت است که در ضمن خودداری از مطلوب‌انگاری، با بازنگری در عقد عاریه، قصد داریم که در صورت تطابق نهاد موردنظر با عقد عاریه، پیشنهاد انعقاد قراردادهای سبدگردانی با عنوان عاریه را مطرح کنیم.

۳- اشکالات احتمالی

بررسی خروج موضوعی و به‌نحو «تخصص» سبدگردانی از عنوان عقد عاریه و سپس شروط واقع در «معنون» از جهت تأثیر آن در قرارداد، جایز بودن عقد عاریه، نوع و نحوه اعمال شروط و نیز جایگاه و چگونگی ضمانت اجرا در مورد شروط در این عقد، تطبیق این دو عنوان را با مشکلاتی مواجه می‌سازد.

اولین مانع برای تطبیق قرارداد یادشده بر عنوان عاریه، احراز شرط نبودن بازگشت «عین» در صحت عاریه است. همچنین اینکه ادله ضامن نبودن مستعیر فقط درباره موارد غیرمشروط است و نیز اینکه شرط کردن سود، ممکن است خلاف مقتضای ذات عقد عاریه باشد، از دیگر مشکلات است. بعد از عاریه‌نامیدن این قرارداد، باید بررسی شود: آیا عنوان جواز در عقد عاریه با نحوه ضمانت اجرای شروط یادشده در قرارداد بررسی، تطبیق‌پذیر است؟

۳-۱- شرط بازگشت عین عاریه

اگر بازگشت عین موردعاریه، مقتضای ذات عقد عاریه باشد، طبیعتاً شرط خلاف آن، باطل‌کننده عقد عاریه خواهد بود؛ بنابراین بازنگرداندن سهام در بورس، با مشکل بطلان مواجه خواهد شد. توضیح اینکه در مورد برنگرداندن عین شیئی که عاریه گرفته شده، سه فرض مطرح می‌شود:

اول اینکه آن شیء تلف (چه واقعی و چه حکمی)^۱ و یا اتلاف شود. در فرض تلف، بنا

۱. می‌دانیم که تلف عین مال، یا حقیقی است و یا حکمی. تلف حقیقی یعنی از بین رفتن مال در خارج و تلف حکمی یعنی زوال سلطنت مالک بدون آنکه عین مال در خارج از بین برود.

بر اصل «استثمان» در مستعیر، او ضامن نیست، مگر اینکه، شرط خلاف آن در عقد عاریه قید شده باشد؛ اما در فرض اتلاف خود مستعیر، وی ضامن خواهد بود؛ البته اثبات این مدعا بر عهده شخص مدعی اتلاف است، مگر اینکه عقد عاریه مشروط بر خلاف آن باشد. لازم به ذکر است، با توجه به اینکه فقها عنوان امانت مستعیر را نوعی حق می‌دانند، شرط خلاف آن نیز ممکن است. (حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ۹۶/۱۹)

دوم اینکه، مستعیر، موضوع عقد عاریه را بفروشد، بدون اینکه فروش آن در ضمن عقد شرط شده باشد. در این فرض هم دو حالت متصور است: مستعیر با اجازه از معیر، موضوع عقد عاریه را به فروش رسانده که صحیح است، یا عقد مبیعه فضولی است که عقد بیع، غیرنافذ خواهد بود و صحت یا بطلان عقد، متوقف بر اجازه‌دادن معیر است.

سوم اینکه فروش موضوع عقد عاریه، یکی از شروط عقد عاریه باشد؛ به این صورت که مستعیر در عقد عاریه شرط کند که موضوع عقد را بفروشد و در سررسید زمانی، مثل یا قیمت آن شیء را به معیر بدهد.

بحث در فرض سوم، خروج تخصصی چنین عقدی، از عنوان عاریه است؛ چرا که اساساً یکی از ارکان عقد عاریه، بقای عین مال در ضمن انتفاع است و حال آنکه در فرض مذکور، انتفاع به‌نحو خاصی بستگی به فروش عین موضوع عقد عاریه دارد و به این دلیل است که مستعیر چنین شرطی را در عقد مذکور انشاء می‌کند.

بنا بر این فرض که عقود و از جمله عقد عاریه، نه حقیقت شرعی هستند و نه حقیقت متشرعی و شارع در این موارد صرفاً بر موضوع خارجی متعارف نزد عرف، حکم می‌کند، باید در تطبیق یا عدم تطبیق مصداق مدنظر بر عنوان عاریه، به عرف مراجعه کرد. اگر عرف به چنین قراردادی، عاریه می‌گوید، امضای آن از سوی شارع، محل بحث خواهد بود، وگرنه در فرض خروج موضوعی مصداق یادشده از عنوان عاریه، صحت یا بطلان این عقد از نظر شارع، خارج از عنوان عاریه و بر اساس مصداق‌شناسی عنوان مضاربه و یا اصل حاکمیت اراده‌ها (تجارة عن تراض منکم) بررسی می‌شود.

به نظر می‌رسد که عرف، فرض سوم را «تخصصاً» از عنوان عاریه خارج بداند؛ چرا که شرط صریح یا ضمنی در عقد عاریه مبنی بر فروش موضوع عقد توسط مستعیر، این عقد را از

چارچوب عاریه خارج می‌سازد. البته باید توجه کرد که بین فرض دوم و فرض سوم تفاوت اساسی وجود دارد؛ چراکه تحقق فروش موضوع عقد عاریه بدون وجود شرط، به اصل عاریه خدشه وارد نمی‌کند و حال آنکه اگر عقد عاریه مبنی بر چنین شرطی واقع شود، عرف عقلا با اینکه عقد مزبور را تأیید می‌کنند، اما اطلاق عنوان عاریه بر چنین عقدی را نمی‌پذیرند؛ چراکه چنین عقدی با تعریف و ارکان عقد عاریه سازگاری ندارد.

نکته مهم این است که اگر در نزد عرف و یا در لسان روایات، اطلاق عاریه بر چنین عقود «مفروغ عنه» بوده و مقام و سؤال در امضای شارع باشد، طبیعتاً عقد مذکور داخل در عنوان عاریه خواهد بود؛ از این جهت در ادامه به بحث سندی و دلالتی بعضی روایات طرح شده در این باب اشاره می‌شود:

۳-۱-۱- روایت حدید از امام صادق (علیه السلام)

در این روایت، محمد بن حسن، با اسنادش از حسین بن سعید و او از صفوان و از موسی بن بکر و از حدید نقل کرده که راوی می‌گوید: «به امام صادق (علیه السلام) عرض کردم: شخصی به من مراجعه می‌کند و می‌گوید که کالایی به ارزش ۱۰ هزار درهم یا قیمتی کمتر یا بیشتر، از شما می‌خواهم، در حالی که تمام اجناس من، هزار درهم می‌شود و بیش از آن کالایی ندارم؛ پس از همسایه عاریه می‌گیرم، مثلاً از این همسایه و آن همسایه عاریه می‌گیرم تا به مقدار ۱۰ هزار درهم برسد، سپس این کالاهای عاریه‌ای را به مشتری می‌فروشم. بعد از فروش از خود مشتری می‌خرم (که بیع، عینه است) یا اینکه به کسی دستور می‌دهم تا از او کالاها را خریداری نماید (چون بیع، عینه است، البته شرطی هم در کار نیست، چراکه شرط فروش به خود بایع در ضمن عقد اول، باطل‌کننده عقد اول است) و بعد از اینکه کالاها را خریدم، آن کالاها را به صاحب‌های آن اجناس عاریه‌ای برمی‌گردانم. امام (علیه السلام) فرمودند: اشکالی ندارد.»^۱

۱. «وعن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن موسى بن بكر، عن حدید قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): يبيح الرجل يطلب مني المتاع بعشرة آلاف درهم أو أقل أو أكثر، وليس عندي إلا ألف درهم فاستعيره من جاري، فأخذ من ذا ومن ذا فأبيعه ثم اشتريه منه أو أمر من يشتريه فأرده على أصحابه، قال: لا بأس به. ورواه الكليني، عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن صفوان، عن موسى بن بكر، عن حدید بن حكيم الأزدی، والذي قبله، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن عبد الله بن المغيرة عن عبد الله بن سنان مثله.» (حرعاملی، ۱۴۱۴ق: ۴۹/۱۸)

الف- بررسی سندی روایت

ظاهراً این روایت را، هم مرحوم شیخ طوسی و هم مرحوم کلینی نقل کرده‌اند و به جز موسی بن بکر در مورد بقیه راویان، «توثیق» خاص وارد شده است؛ اما برای اثبات وثاقت موسی بن بکر، وجوه عامی وجود دارد که به بعضی از آن‌ها اشاره می‌شود:

موسی بن بکر در اسناد تفسیر علی بن ابراهیم واقع شده و مرحوم خوئی روایاتی که در اسناد این کتاب وجود دارند را «ثقه» می‌داند؛ ایشان از این راه، وی را توثیق کرده است. (خوئی، ۱۴۱۰ق: ۴۹/۱) البته اشخاصی همچون آیت‌الله شبیری، صرف وقوع در اسناد علی بن ابراهیم را دلیل وثاقت نمی‌دانند و راه دیگری برای وثاقت موسی بن بکر مطرح می‌کنند: «نجاشی می‌گوید: کتاب او را جماعتی از اصحاب نقل کرده‌اند. وقتی «اجلا» سرتاسر کتابی را نقل کنند، این را ما برای اعتبار راوی، کافی می‌دانیم. اگر اجلا دو یا سه روایت از کسی نقل کنند، این نشانه وثاقت نیست؛ اما اگر کل کتاب کسی را روایت کنند، پیداست او را ثقه می‌دانند. علی بن حکم کتابش را نقل می‌کند. برخی از کسانی که کتاب موسی بن بکر را نقل کرده‌اند از کسانی هستند که در مورد آن‌ها گفته شده: «لا یروون و لا یرسلون الا عن ثقه». صفوان و ابن ابی عمیر کتاب او را نقل کرده‌اند. بعضی از اجلا هم مانند فضاله از وی اکتار روایت دارند. جعفر بن بشیر که درباره وی می‌گویند: «روی عن الثقات و رووا عنه» (نجاشی، ۱۳۶۵: ۱۱۹) از وی روایت نقل کرده است.» (شبیری زنجانی، ۱۳۹۰/۰۸/۰۲)

مؤیدی که برای توثیق عام موسی بن بکر می‌توان طرح کرد، این است: شیخ طوسی در «تهذیبین»، به جهالت و یا ضعف موسی بن بکر در ضمن روایاتی که وی در آن روایات حضور داشته، اشاره نکرده است. توضیح مطلب به این نحو است که مرحوم شیخ در کتب تهذیب و استبصار ابتدا روایاتی را بیان کرده و فتوای خود را مطرح می‌فرماید و بعد در مقام بیان روایات «معارض» قرار می‌گیرد.

در مورد روایات معارض اگر این روایات فقط دارای اشکال و ضعف سندی باشد،

مرحوم شیخ به بیان آن اشکال پرداخته و اگر فقط دارای اشکال دلالتی باشد، مرحوم شیخ اشکال دلالتی را بررسی کرده و اگر، هم اشکال سندی و هم دلالتی داشته باشد، هر دو اشکال را بیان می‌کند؛ درمورد روایات معارضی که موسی بن بکر در سند آن در روایات حضور داشته، مرحوم شیخ فقط به آن‌ها اشکال دلالتی کرده و پرواضح است که اگر موسی بن بکر تهی از وثاقت بود، بنا بر روش شیخ طوسی، ایشان به این روایات معارض، اشکال سندی مبنی بر حضور موسی بن بکر در سند روایات نیز مطرح می‌کرد؛ بنابراین نپرداختن شیخ به اشکال سندی در روایات مذکور، نشان از آن دارد که وثاقت موسی بن بکر را قبول دارد.

با توجه به این مطالب می‌توان نتیجه گرفت که موسی بن بکر ثقة است و واقفی بودن وی خدش‌ای بر وثاقت او وارد نمی‌کند؛ بنابراین این روایت موثق بوده و خالی از اشکال سندی است.

ب- بررسی دلالتی روایت

یکی از نکات مهم در روایت بالا این است که «بیع عین معین» را مطرح کرده است؛ (البته بدون شرط) پس در واقعه محل سؤال روایت، این کالا به معیر عودت داده می‌شود. بله، همچنان که برخی بزرگان مطرح کرده‌اند، با توجه به متن روایت خارج کردن عین معار از تحت ملک معیر اشکالی ندارد، اما درمورد سؤال مستعیر دوباره عین موضوع عقد عاریه را به معیر پس می‌دهد و نه مثل یا قیمت آن را. (عندلیبی، ۱۳۹۹/۰۷/۰۱) آیا امام علیه السلام با توجه بر اینکه عین معار دوباره به ملک معیر داخل می‌شود، این فرض را فاقد اشکال دانسته‌اند، یا با چشم‌پوشی از عودت عین معار، خارج ساختن موضوع عقد عاریه از تحت ملک معیر را جایز دانسته‌اند؟

درمورد عینی بودن بیع، عودت خود عین صورت پذیرفته است. البته شاید اشکال شود که وجه اول فاقد اعتبار است؛ چرا که به فرض مشروع بودن خروج موضوع عقد عاریه از ملک معیر، عودت عین معار به معیر فاقد وجه الزام است و با اینکه عین، موجود است مستعیر می‌تواند مثل یا قیمت آن را به معیر بپردازد که البته مستعیر درمورد روایت، از بین دو وجه تخییری عودت عین و دادن مثل یا قیمت، وجه اول را انتخاب کرده و این مورد، «مخصص» نیست.

در جواب از این اشکال باید گفت: وجود احتمال اینکه اذن شرعی اخراج مال از ملک معیر، متوقف بر عودت عین معار به معیر است، بر بطلان این استدلال کافی است؛ بنابراین در فرض وجود دو احتمال توقف و یا عدم توقف اذن شرعی خروج معار از ملک معیر، بر عودت عین موضوع عقد عاریه، خارج کردن احتمال اول از تحت امکان، مصادره به مطلوب خواهد بود. بر این اساس و بنا بر ابقای هر دو احتمال، دلالت روایت مذکور در مورد فروش معار فقط بر فرضی کامل است که مستعیر عین معار را به معیر برگرداند و فرضی که در آن مستعیر، مثل یا قیمت معار را می‌دهد، خارج از «قدر متیقن» دلالت روایت است و بنابراین برداشت آن از روایت بالا، خالی از بُعد نیست.

نظری که می‌توان مطرح کرد این است: در مثالی که مستعیر، سهام را عاریه گرفته باشد (که محل بحث در این نوشته است)، بازگشت مثل آن سهام با همه امتیازات، هیچ فرقی با عودت عین آن ندارد؛ بنابراین روایت بالا در مورد این مثال از جهت دلالتی یادشده، بدون اشکال است، چراکه اساساً هیچ فرقی در عودت عین سهام بی‌نام و یا عودت مثل آن با همه امتیازات مشابه وجود ندارد؛ پس در این مثال، صرف وجود اذن شرعی بر اخراج معار از تحت ملک معیر، کافی است و به نظر می‌رسد که تفصیل بالا در مثال سهام بی‌نام، مطرح نمی‌شود.

وجه دوم بررسی دلالت این روایت، در این است که آیا در مثال روایت، مستعیر اذن فروش معار از سوی معیر را داشته است یا خیر. آنچه ابتدا به نظر می‌رسد، این است که در مثال روایت، مستعیر اذن فروش نداشته باشد؛ چراکه اگر وی اذن فروش می‌داشت، نیازی نبود که در مورد شرعی بودن عمل یادشده از امام سؤال کند؛ بنابراین سؤال از شرعی بودن این فعل، نشان از آن دارد که مستعیر بدون اجازه از معیر اقدام به فروش معار کرده باشد. البته ممکن است تأملی بر این بیان مطرح شود و آن اینکه شاید سؤال سؤال کننده با اینکه از مستعیر اجازه فروش گرفته، از مشروع بودن عمل بالا بوده است؛ اما با قطع نظر از اینکه کدام یک از این دو نظر صحیح است، باید گفت: در مثال فروش سهام عاریه‌ای، طبیعتاً اذن معیر در فروش سهام، مفروض است؛ بنابراین بحث بالا در مثال ما جاری نیست، چراکه مشروع بودن فروش

در فرض اذن معیر «قدر متیقن» است.

وجه سوم از وجوه دلالتی مورد بررسی در روایت که به نوعی مرتبط با وجه دوم است، این است که در مثال سؤال شده در روایت، آیا فروش معار شرط ضمن عقد عاریه بوده است، یا خیر. توقف و ارتباط این وجه بر وجه دوم در این است که طبیعتاً اگر معیر آگاه از فروش معار توسط مستعیر در آینده باشد، امکان وجود شرط فروش معار در عقد وجود دارد، اما اگر معیر اصلاً از فروش معار توسط مستعیر در آینده با خبر نباشد، وجود شرط فروش معار در عقد عاریه متصور نیست. آنچه از ظاهر روایت به نظر می آید این است که مستعیر بدون اطلاع معیر، معار را به فروش رسانده و وجود شرط فروش معارض در عقد عاریه در مثال روایت بعید است؛ چرا که لازمه وجود شرط، اطلاع معیر است که همین اطلاع نیز معلوم نیست. نکته ای که وجود دارد این است که در مثال روایت، مستعیر قصد فروش داشته و اساساً به قصد فروش، آن شیء را عاریه گرفته و ظاهر کلام امام (علیه السلام) که فرمودند: اشکالی ندارد، این است که هم عاریه با این قصد فاقد اشکال است و هم بیع مورد نظر؛ پس در موردی که مستعیر قصد فروش معار را دارد و معیر هم از قصد وی آگاه است و اذن دارد نیز عاریه صحیح است. اشکالی باقی می ماند که در فرض شرط ضمنی یا صریح فروش معار توسط مستعیر، چنین شرطی خلاف مقتضای ذات عقد عاریه است. در جواب باید عرض کرد: اینکه امام (علیه السلام) این عقد را (که مستعیر قصد فروش معار را دارد) به نحو تقریر، عقد عاریه و آن هم از نوع مشروع و صحیح می دانند، نشان از آن دارد که نفروختن معار توسط مستعیر از ارکان عقد عاریه نیست و شرط خلاف آن (یعنی شرط فروش معار) خلاف مقتضای ذات عقد نبوده، پس باطل کننده عقد عاریه نیست.

بنابراین با توجه به بررسی سندی و دلالتی روایت مورد نظر، به این نتیجه می رسیم که عاریه شیئی به قصد فروش آن توسط مستعیر، صحیح است.

۳-۱-۲- امکان خروج معار از ملک معیر

در این بخش روایاتی با مضمون صحت عاریه درهم و دینار و با دلالت بر امکان خروج معار از ملک مطرح می شود.

مرحوم صاحب وسائل در باب سوم کتاب العاریه، چهار روایت در مورد ثبوت ضمان در عاریه درهم و دینار، بدون شرط ضمان را مطرح می‌کند.^۱ به صورت اجمالی، روایات طرح شده بدون اشکال سندی است و حتی اگر یک یا دو مورد دارای اشکال سندی نیز باشد، همه روایات با نگاه کلی، از نظر سندی پذیرفتنی و موثق است. (چراکه در طریق مرحوم کلینی در یکی از روایات، مثلاً ابراهیم بن هاشم وجود دارد و بین فقها در مورد وثاقت ایشان اختلاف نظر است. البته لازم به ذکر است که طریق مرحوم شیخ مشتمل بر اجلا بوده و صحیح است) (ر.ک. حر عاملی، ۱۴۱۴:ق: ۹۶/۱۹)

اما در مورد دلالت روایات مذکور باید چنین گفت: تصریح روایات بر این است که در عاریه درهم و دینار برخلاف بقیه اشیا، حتی بدون شرط ضمان (و فقط با شرط نکردن عدم ضمان) در صورت تلف موضوع عقد عاریه (درهم یا دینار)، مستعیر ضامن خواهد بود. این روایات «دلالت التزامی» دارند بر اینکه عاریه درهم و دینار صحیح است و از طرفی می‌دانیم که فایده درهم و دینار، خرید و فروش به وسیله آن‌هاست و به نظر نمی‌رسد که قصد مستعیر از عاریه درهم یا دینار، انتفاع از آن‌ها در غیر از خرید و فروش باشد؛ بنابراین مشخص می‌شود که اساساً فروش معار اشکالی ندارد و دلیلش اذن شرعی بر عاریه درهم و دینار است.

اشکالی که مطرح می‌شود این است: به فرض اذن شرعی بر فروش معار در عاریه درهم و دینار، سرایت آن به غیر از درهم و دینار نیازمند دلیل است. این احتمال وجود دارد که شارع با توجه به مصلحت خاصی، اخراج معار از ملک معیر را صرفاً در عاریه درهم و دینار جایز دانسته باشد؛ بنابراین سرایت اذن شرعی در سایر موارد، خالی از اشکال نیست. در مقابل ممکن است بیان شود که «تنقیح» صحیح است؛ چراکه مصلحت خاصی در مورد درهم و دینار موجود نیست. به نظر می‌رسد در اینجا نیز اخذ به قدر متیقن، معقول‌تر باشد و این طور بیان شود که دلالت این روایات بر اذن شرعی اخراج درهم و دینار (معار خاص) از ملک معیر است.

با توجه به بررسی‌های انجام شده در روایت حدید از امام صادق (علیه السلام) و نیز روایات دسته

۱. باب ثبوت الضمان فی عاریة الذهب والفضة من غیر تقریط وإن لم یشرط الضمان إذا لم یشرط عدمه.

دوم، در کل می‌توان به این جمع‌بندی رسید: با اینکه می‌توان بر دلالت روایات دسته دوم بر اذن فروش معار و خارج کردن آن از ملک معیر در هر عقد عاریه‌ای اشکال گرفت (اعم از عاریه درهم و دینار یا غیر از آن‌ها) اما روایت حدید دلالت بر چنین اذن شرعی (فروش معار) به صورت عام دارد؛ بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که فروش موضوع عقد عاریه و بازنگرداندن عین آن به معیر، بدون اشکال شرعی است؛ یعنی بنا بر این روایت، برگرداندن عین معار در عقد عاریه، از قیود رکنی این عقد نیست و شرط ضمنی یا صریح بر عدم عودت عین معار، اشکال شرعی ندارد.

تأیید کننده این دلیل در رکنی نبودن قید عودت عین معار به معیر در عقد عاریه، عاریه برای رهن است. بدین صورت که مستعیر مالی را از معیر عاریه می‌گیرد تا آن را در رهن شخص سومی قرار دهد و می‌دانیم بنا بر اقتضای عقد رهن، در صورت نپرداختن قرض از سوی رهن‌کننده، رهن‌گیرنده حق آن را خواهد داشت که با فروش مال رهن داده شده، طلب خود را دریافت کند. بدیهی است در این فرض، عودت عین معار به معیر معمولاً ممکن نخواهد بود؛ چرا که به فروش رفته و در این فرض، مستعیر ملزم به پرداخت قیمت یا مثل معار به معیر خواهد بود.

با توجه به وقوع عقود عاریه‌ای که مستعیر، معار را به قصد رهن گذاشتن، عاریه می‌گیرد و معیر نسبت به آن رضایت دارد، همچنین احتمال برنگشتن عین معار به معیر و اینکه شارع چنین عقود را امضا کرده، به نظر می‌رسد برگرداندن عین معار به معیر از نگاه شارع مقدس در عقد عاریه جزو مقتضای ذات این عقد نیست. (اردبیلی، ۱۳۷۹: ۲۸۲/۱۰؛ عمیدی، ۱۴۱۶ق: ۴۹۵/۱)

به نظر می‌رسد که شرط سوم در عقد عاریه که بقای عین معار با انتفاع مستعیر است، با شرط دوم ارتباط دارد و با انتفای شرط دوم (عودت عین کالا به معیر)، شرط سوم نیز منتفی می‌شود. البته با توجه به فلسفه ایجاد عقد عاریه، جدا کردن این دو رکن از عقد عاریه، این عقد را از هدف خود دور می‌کند و با توجه به مفهوم ماده ۶۳۷ قانون مدنی، قانون‌گذار شرط بقای عین مال را از ارکان عقد عاریه می‌داند؛ اما آنچه از روایت اول فهمیده می‌شود،

بستگی نداشتن عاریه به بقای عین معار است، چراکه عاریه حتی به قصد فروش نیز از نظر شرعی بدون اشکال است.

لازم به ذکر است، در دلالت این روایت اشکالی مطرح می‌شود: ممکن است شارع مقدس با قطع نظر از عاریه بودن عمل یادشده، صرف عمل را دارای اذن شرعی بداند. در جواب از این اشکال بیان این نکته ضروری است که به فرض عدم تحقق عاریه، لازم بود بنا بر ابتلای فرد سؤال کننده، امام (علیه السلام) بیان کنند که با وجود صحت عمل مورد نظر، صدق عاریه شرعی بر آن اشکال دارد و اینکه امام (علیه السلام) چنین اشکالی را بیان نکرده‌اند، ظاهر در این است که از دید شارع این عمل می‌تواند از مصادیق عاریه به حساب آید.

به عنوان جمع بندی باید گفت: قرارگیری دو رکن یادشده در ارکان اساسی عقد عاریه و صحت صدق عنوان عاریه بر مورد بدون این دو رکن، محل تأمل است. ظاهراً از منظر قانون مدنی صحت اطلاق عاریه متوقف بر ارکانی است که بقای عین مال یکی از آن ارکان است؛ بنابراین شرط فروش و یا قصد فروش کالا، خلاف مقتضای ذات عقد عاریه بوده، پس باطل کننده عقد عاریه است؛ اما با توجه به روایت حدید از امام صادق (علیه السلام) بقای عین معار از شروط اطلاق عاریه بر معنوی نیست و در مقایسه با سبب گردانی، تطبیق آن بر عقد عاریه بدون اشکال شرعی است.

۳-۲- شرط اجرت یا سود

با توجه به اینکه مجانی و تبرعی بودن انتفاع، یکی از ارکان عقد عاریه است، بنابراین اگر شخصی در مقابل عاریه، شرط اجرت یا سود کند، این شرط برخلاف مقتضای ذات عقد عاریه بوده و باطل کننده آن است. مرحوم صاحب جواهر شبیه به استدلال طرح شده را بیان کرده و می‌فرماید: «عاریه نوعی احسان و نیکی است؛ پس اگر شخصی در مقابل عاریه شرط سود یا اجرت کند عاریه باطل خواهد بود.» البته ایشان ضمن اینکه عقد عاریه را باطل می‌داند، فرد صاحب کالا را مستحق دریافت اجرت دانسته و تأکید می‌کند که چون دو طرف در مورد وجود اجرت آگاهی داشته و قصد آن را داشته‌اند، اجرت محقق است، اما این دیگر عاریه نیست. (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۷/۱۹۰) از این جهت تطبیق عاریه بر سبب گردانی، که در آن درصدی

به سبب گردان بابت سود یا حق الزحمه داده می‌شود، ممکن نیست.

۳-۲-۱- تحلیل اشکال

به نظر می‌رسد، اگرچه تحقق عوض و معوض در عقد عاریه با مقتضای عقد عاریه مخالفت دارد، چراکه خود عقد به نحو مجانی است و فرد معیر آن شیء را مجاناً در اختیار مستعیر قرار می‌دهد، اما به نظر می‌رسد «شرط سود» اشکالی نداشته باشد؛ چراکه گرفتن اجرت، به صورت عوض و در مقابل انتفاع مستعیر (معوض)، نیست. برای مثال در عقد هبه معوض مشروط، واهب (هدیه‌دهنده) بدون عوض به متهد (هدیه‌گیرنده)، هبه می‌کند، اما در ضمن همان عقد شرط می‌کند که متهد نیز شیء را به او هبه کند و این با مقتضای عقد هبه مخالفتی ندارد و علامه، محقق ثانی و برخی بزرگان دیگر نیز فرموده‌اند که این شرط منافاتی با انتفاع مجانی ندارد. (عندلیبی، ۱۳۹۹/۰۷/۰۲)

بنابراین به طور خلاصه باید گفت که اولاً، منافاتی بین احسان و شرط سود وجود ندارد؛ چراکه فرد مستعیر، به هر حال مورد احسان قرار می‌گیرد، از آن جهت که مقداری از سود، متعلق به خود مستعیر است و ثانیاً، هر چند ممکن است احسان، داعی بر عاریه باشد، ولی جزو مقومات و ماهیت عقد عاریه نیست. (عندلیبی، ۱۳۹۹/۰۷/۰۲)

لازم به ذکر است که دکتر کاتوزیان نیز، امکان شرط عوض در عاریه را ناظر به موردی می‌داند که عوض جنبه فرعی و تبعی پیدا کند، و گرنه در جایی که انتفاع از مالی در برابر عوض واگذار می‌شود، دیگر نمی‌توان آن را عاریه نامید. در این صورت عقد، لازم است و احتمال دارد تابع قواعد اجاره یا یکی از عقود مربوط به ایجاد حق انتفاع باشد؛ بنابراین چنان که گفته شد، شرط سود در عقد عاریه برخلاف قرار گرفتن سود به عنوان عوض، مخالفتی با ماهیت عقد ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۳۷/۲؛ نوین، ۱۳۹۹: ۲۷/۲)

ممکن است این ایراد مطرح شود که با توجه به جایز بودن عقد عاریه، شرط ضمن آن نیز جایز است و مستعیر همچون معیر، حق رجوع خواهد داشت که ممکن است مستعیر بعد از دریافت سود ناشی از خرید و فروش سهام، از عقد عاریه رجوع کند و در این زمان صرفاً مکلف به دادن مثل سهام گرفته شده باشد که این امر در نهایت به ضرر معیر تمام می‌شود؛

چراکه او بعد از مدتی فقط به خود سهام دست پیدا می‌کند و هیچ سودی عاید او نمی‌شود. به نظر می‌رسد راهکار مناسب برای الزام مستعیر به پرداخت سود انجام عقد لازمی در کنار عقد عاریه باشد، به این شرط که پرداخت سود در ضمن آن عقد لازم بیان شود تا راه گریزی از آن نباشد؛ برای مثال فرد معیر در کنار انعقاد قرارداد عاریه، کتابی را به مستعیر بفروشد و در مبیعه‌نامه آن کتاب شرط کند که به شرطی این کتاب را به شما («بایع» مستعیر در عقد عاریه) می‌فروشم که فلان مقدار (درصد) سود از خرید و فروش سهام معار، به بنده بدهید. وقتی شرط یادشده در ضمن عقدی لازم باشد، شرط نیز لازم خواهد بود. البته این صورت ممکن است موجب «کلفت» (رنج) دو طرف قرارداد عاریه شود و از طرفی در جنبه اثباتی، به فرض ایجاد دعوا، تصمیم‌گیری را دچار اختلال سازد؛ بنابراین اگر امکان انعقاد قراردادی بر طبق خواسته دو طرف مقدور باشد، اجتناب از راهکار ارائه شده، بهتر خواهد بود.

نتیجه اینکه شرط سود در ضمن عقد عاریه، یا عقدی دیگر که لازم باشد، بدون اشکال است؛ اما به فرض وجود ایرادهای ضمنی و محقق‌نشدن کامل مقصود دو طرف در قراردادهای محل بحث معاملات سهام، اجتناب از عقد عاریه برای راهکار معقول‌تر، اگرچه به صورت عقد نامعین می‌تواند پیشنهاد مناسبی باشد. البته در فرض رفع مشکلات احتمالی، بنا بر احتراز از عقود نامعین و توجه بر اطمینان معیر نسبت به عودت مثل یا قیمت سهامش به وی، (که این مهم در عقد مضاربه مفقود است) همچنان عقد عاریه در اولویت خواهد بود.

۳-۳- ضامن بودن مستعیر

ممکن است گفته شود: در عقد عاریه اصل بر عدم ضمان مستعیر است، مگر در عاریه طلا و نقره، پس تطبیق عاریه بر سبدگردانی با مشکل مواجه خواهد شد. به نظر می‌رسد با مراجعه به روایات، در فرض شرط ضمان مستعیر در ضمن عقد عاریه، او ضامن شناخته خواهد شد و چنین شرطی در ضمن عقد عاریه از نظر شارع مقدس صحیح است؛ بنابراین هرچند عاریه در حد خودش در غیر از دینار، ضمان‌آور نیست، اما اگر معیر شرط ضمان کند، مستعیر ضامن خواهد بود و به علت وجود روایات موثقی در این بحث،

شرط ضمان در عقد عاریه از نظر شرعی بدون اشکال است. از جمله روایات طرح شده، روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (علیه السلام) است که فرموده‌اند: «مستعیر ضامن نیست، مگر اینکه شرط ضمان در عقد عاریه وجود داشته باشد، به جز در عاریه دینار که حتی اگر شرط ضمان نشده باشد، مستعیر ضامن خواهد بود.»^۱

نتیجه‌گیری

با توجه به توضیحات ارائه شده، به نظر می‌رسد در داخل بودن سبدگردانی در عنوان عاریه، به صورت اجمالی اشکالی وجود ندارد؛ اما با عنایت به اراده دو طرف بر پندار کارکرد لزوم از عقد واقع شده و در عین حال جایز بودن عقد عاریه، باید عقد لازمی انجام شود که شروط لازمی همچون شرط سود در ضمن آن آورده شود. البته چنان که ذکر شد، ممکن است در مقام اثباتی عقد یادشده، از جهت اراده دو طرف از آن، ایرادهایی از جمله صوری بودن وارد شود.

ممکن است در این فضا پیشنهاد دخول این مصداق در عقود نامعین، با توجه به وجود اطلاعات و عمومات آیاتی از جمله آیه شریف ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ (نساء، ۲۹) مطرح شود. به نظر نویسندگان، با توجه به سختی اثبات امضای شارع در ارکان عقود نامعین، اگر امکان تحقق خواسته طرفین دو طرف از انعقاد قرارداد سبدگردانی با عنوان عاریه، امکان داشت، انجام قرارداد با عنوان عاریه، اولی خواهد بود؛ ولی در صورت عدم تحقق خواسته دو طرف با عنوان عقد عاریه، گزینش و انعقاد قرارداد معین دیگری از جمله عقد وکالت می‌تواند بررسی شود. البته به فرض عدم تحقق اراده طرفین در هیچ کدام از عقود یادشده یا عدم تطبیق عناوین مذکور بر مصداقی معین، به ناچار تنظیم عقدی نامعین، با نظر به اصل آزادی قراردادها و حکومت اراده‌ها، به انضمام عدم رد شارع، در دستور کار قرار خواهد گرفت.

۱. «محمّد بن یعقوب، عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، عن عبد الله بن المغیره، عن عبد الله بن سنان قال: قال أبو عبد الله (علیه السلام): لا تضمن العاریة إلا أن یكون قد اشترط فیها ضمان، إلا الدنانیر فإنّها مضمونة وإن لم یشرط فیها ضماناً.» (ر.ک. حرعاملی، ۱۴۱۴ق: ۹۶/۱۹)

البته در فرض رفع اشکالات احتمالی اثباتی برای عقد لازمی که در کنار عقد عاریه پیشنهاد شد، انعقاد این دو عقد (عقد عاریه و عقد لازم دیگر برای تضمین لزوم شرط سود) دارای نقاط قوتی برای معیر است؛ چراکه ممکن است انعقاد قرارداد مضاربه و یا قرارداد نامعینی با شرط لزوم برگرداندن مثل سهام یا سرمایه، حتی در فرض ازبین رفتن اصل سرمایه و سهام به علت رکود بازار یا دلایل دیگر، خلاف موازین شرعی شمرده شود؛ اما اگر عقد عاریه‌ای در کار باشد و شرط ضمانت شده باشد، به هر دلیلی اگر اصل سرمایه از دست رفت، مستعیر ملزم به برگرداندن مثل یا قیمت آن به معیر است؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود که با توجه به نقص‌های احتمالی در فضای اثباتی برای عقد لازمی که در کنار عقد عاریه منعقد می‌شود و ارتفاع آن‌ها، انطباق نهاد سبدگردانی بر عقد عاریه نسبت به برخی مصادیق در اولویت قرار گیرد.

با توجه به بیان ارکان و شروط عقد عاریه و انتفای قید رکنی بودن عودت عین معار به معیر و نیز بیان چگونگی داخل کردن سود در عقد عاریه، (به نحو شرطی یا شرط ضمن عقدی لازم) به نظر می‌رسد اگر شخص صاحب سرمایه، سرمایه خود را به شخص دیگری عاریه دهد تا مستعیر با آن معامله کند و ضمن برگرداندن مثل آن در مدتی معین، قسمت معینی از سود حاصل از خرید و فروش سهام را به معیر بدهد، این عقد بدون اشکال شرعی است. در ضمن چنان که اشاره شد اگر دو طرف خواستار انعقاد عقد به نحو لزوم باشند، که در اکثر موارد این چنین است، می‌توانند عقد عاریه را به عنوان شرطی در ضمن عقد دیگری که اصالتاً لازم باشد مطرح نمایند که البته این عقد لازم، صوری خواهد بود.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. اردبیلی (مقدّس)، شیخ أحمد بن محمد، ۱۳۷۹، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، تحقیق شیخ مجتبی عراقی، قم: الإسلامی.
۱. انصاری، مرتضی، ۱۴۴۲ق، کتاب المکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲. جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۰/۰۱/۲۵، «بازار بورس چیست و چگونه می توانیم در این بازار سرمایه گذاری کنیم؟»، سایت خانه سرمایه: khanesarmaye.com
۳. جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۰/۰۲/۲۰، «نکات قابل توجه در سرمایه شرکت سهامی»، سایت فکر برتر: companyregister.ir
۴. حر عاملی، شیخ ابوجعفر، ۱۴۱۴ق، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
۵. حسینی، سیده مریم، ۱۴۰۰/۰۵/۱۰، «سبد گردانی چیست و چگونه انجام می شود؟»، سایت کاریزما: charisma.ir
۶. خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، قم: مدینه العلم.
۷. -----، ۱۳۷۷، مصباح الفقاهه، به قلم محمدعلی توحیدی تبریزی، قم: داوری.
۸. سازمان بورس و اوراق بهادار، ۱۳۹۱، کتاب قوانین و مقررات بازار اوراق بهادار، تهران: شرکت اطلاع رسانی و خدمات بورس.
۹. شبیری زنجان، سید موسی، ۱۳۹۰/۰۸/۰۲، «خارج فقه صوم»، سایت مدرسه فقاها: www.eshia.ir
۱۰. عاملی (شهید ثانی)، شیخ زین الدین، ۱۴۳۴ق، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تصحیح شیخ حسن قاروبی تبریزی، چ ۱۲، قم: دارالتفسیر.
۱۱. عبدالغنی، ابوالعظم، ۱۹۹۴، المعجم الغنی، مراکش: الغنی.
۱۲. عمیدی، سید عمیدالدین بن محمد اعرج حسینی، ۱۴۱۶ق، کنز الفوائد فی حل

- مشکلات القواعد، تصحيح محي الدين واعظي و همكاران، قم: اسلامي.
۱۳. عندليبي، علي، ۱۳۹۹/۰۷/۰۱، «خارج فقه بورس و اوراق بهادار»، سايت مدرسه شهيدان: shahidain.ir
۱۴. فيومي المقرئ، احمد بن محمد بن علي، ۱۴۱۸ق، المصباح المنير، تحقيق يوسف الشيخ محمد، لبنان: المكتبة العصرية.
۱۵. كاتوزيان، ناصر، ۱۳۹۹، درس هايي از عقود معين، چ ۳۳، تهران: گنج دانش.
۱۶. الكركي (المحقق الثاني)، نورالدين علي بن حسين، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد في شرح القواعد، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت (عليه السلام).
۱۷. مدرسي، سيد محمد تقی، ۱۳۹۰، احكام معاملات، قم: مجبان الحسين (عليه السلام).
۱۸. مصطفى، ابراهيم و همكاران (مجمع اللغة العربية بالقاهرة)، ۱۹۸۹، المعجم الوسيط، استانبول: دارالدعوة.
۱۹. معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۹، قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، چ ۱۱، تهران: معاونت تدوين، تنقيح و انتشار قوانين و مقررات.
۲۰. موسوی خمینی، روح الله، ۱۳۷۹، تحرير الوسيله، قم: جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۲۱. النجاشي، ابوالعباس احمد بن علي، ۱۳۶۵، رجال النجاشي، تحقيق سيد موسی شبیری زنجانى، قم: الاسلامي.
۲۲. نجفی، شيخ محمد حسن، ۱۳۶۲، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، بيروت: دار احياء التراث العربی.
۲۳. نوین، پرویز، ۱۳۹۹، حقوق مدنی (۷): عقود معين ۲، تهران: گنج دانش.

Abstracts

The Process of Authority for Successive Hadiths, Consensus, Manners and Fame in the Thoughts of Martyr Sadr

Sayyid Mohammad Ali Ahmadi Nik

Sayyid Mahdi Naqibi

Sayyid Mohammad Hassan Mousavi Mehr

The Authority of Concentrated Presumption to Derive Shari'a's Verdicts

Abolfazl Alishahi Qal'ehjoqi

Sedique Riyahi

An Inductive Survey around the Qualitative Age of Girls' Marriage

Mohammad Azimi

Mostafa Shahbazi

Ali Eskandari

Anticipating the Right of Reversion from Discharge in Perspective of Jurisprudence and Law

Sayyid Mohammad Razavi

Sayyid Ali Razavi

The Role of the "La Haraj" Rule to Prove or Disclaim the Civil Liability of the Government

Mohammad Danesh Nahad

Abolfazl Alishahi Qal'ehjoqi

Comparison of Portfolio Management Institution in Stock Exchange Transactions with Commodatum Contract

Mohammad Javad Rajabi Baqarabad

Sayyid Ahmad Ali Hashemi

The Process of Authority for Successive Hadiths, Consensus, Manners and Fame in the Thoughts of Martyr Sadr¹

Sayyid Mohammad Ali Ahmadi Nik²

Sayyid Mahdi Naqibi³

Sayyid Mohammad Hassan Mousavi Mehr⁴

Abstract

Ambiguity in the proper explanation of some of the most widely used statements of Usul Fiqh (the principles of jurisprudence) always causes complexity in their understanding and application. A survey in the thoughts of the Usul Fiqh's experts shows that sometimes their proposed solutions do not have sufficient stability and explanation to achieve the goal. There are some evidence such as successive hadiths, consensus, manners and fame which are proposed based on their collective nature and relative involvement to make an reasoning authority, but they have an obscure process. Martyr Sadr has given a new direction to these reasons by naming them as means of inner proving for religious reason. In order to prove foretold examples, he has practiced the function of induction in logic and probability theory in mathematics, and with proposing a new division for certainty, finally considers these reasons as subjective certainty. This explanation, which has an innovative method without referring to the basic and obvious propositions in its proving course, has provided this capacity to propose and use these kind of Usul Fiqh statements in the other scientific matters as well.

Keywords: authority, successive hadith, means of inner proving, probability, Martyr Sadr.

1. Received: 05/07/2021; Accepted: 07/08/2021

2. Student of the 4th level of Khorasan Seminary. aliiiahmadiiniik@gmail.com

3. Professor of Kharij Lessons of Khorasan Seminary. ali.n6868@yahoo.com

4. Professor of high levels of Khorasan Seminary. mo.mosavimehr@mail.as.ir

The Authority of Concentrated Presumption to Derive Shari'a's Verdicts¹

Abolfazl Alishahi Qal'ehjoqi²

Sedique Riyahi³

Abstract

Extracting the main purpose of the Shari'a is the most basic activity of a jurist. This process needs to acceptable sources and methods which must have the authority as their prominent features. "Concentrated Presumption" as a result of the preferred presumption and a matter of argument, will be obtained due to the multiplicity of presumptions which are derived from the Fatwas of various jurists on an issue.

This kind of presumption is among the presumption which have been derived out from the unaccepted presumption based on its related Qurainc verses that has not benefited from inherent authority. on the one hand, because of the loss of inherent authority and due to its applicability in the field of jurisprudence and the principles of jurisprudence on the other hand, it is essential to have such studies around the authority of Concentrate Presumption. The present study with a descriptive-analytical approach, beside analyzing the semantic and conceptual meaning of "Concentrate Presumption", examines the validity of such presumption, as well as its degree of validation for jurisprudential issues; the principles, conditions, and its degree of authority in addition to this term's scope of presence and characteristics.

Keywords: presumption, Concentrated Presumptions, authority.

1. Received: 06/10/2020; Accepted: 10/01/2021

2. Associated professor, Department of Theology, Farhangian University, Tehran, Iran. alishahi88@gmail.com

3. PhD student in theology, Yasuj University. sa.alekasir8@gmail.com

An Inductive Survey around the Qualitative Age of Girls' Marriage¹

Mohammad Azimi²

Mostafa Shahbazi³

Ali Eskandari⁴

Abstract

The formation of any family which the woman is its main pillar begins with marriage, so it is vital to consider the optimal time of marriage for girls to build a stable family. Neglecting the proper quality age for marriage might cause irreparable damage to individuals and society. The purpose of this study is to regulate the qualitative age of marriage from the perspective of religious sociology in regarding to hadiths and identifying the characteristics which have been mentioned by religion mentions for girls' desirable matrimony.

By relying on induction which has been formed based on religious sources, at the final point of this article, some criteria that clarify the Islamic approved qualitative age for girls' marriage have been extracted. Regarding the results, marriage at an early age and before puberty is not desirable at all, and the matrimony has been postponed to young age. On the other hand, youth is a floating age which begins from puberty and continues through the end of thirty. Therefore, the criteria of growth and its appearance in youth age has been inducted as the appropriate and approved age of marriage for girls. To study this paper question a library method with a descriptive-analytical approach has been used.

Keywords: marriage, minor, young, growth.

1. Received: 12/05/2021; Accepted: 17/07/2021

2. Professor of high levels of Khorasan Seminary. azimiosool@gmail.com

3. Student of the 4th level of Khorasan Seminary; Researcher of Private Law Department, Razavi University of Islamic Sciences. stafa@gmail.com

4. Student of the 2nd level of Khorasan Seminary; BA student in Law, Razavi University of Islamic Sciences. alieskandarizare@gmail.com

Anticipating the Right of Reversion from Discharge in Perspective of Jurisprudence and Law¹

Sayyid Mohammad Razavi²

Sayyid Ali Razavi³

Abstract

Discharge is a unilateral action which leads to the abolition of a religious liability (for debts), in other words, as soon as the discharge occurs, the debtor's debt will be released and the creditor's claim will be vanished. However, in some cases, the creditor predicts the right of reversion for a certain time by two ways: sometimes the reversion is expressed in absolute form and sometimes it is expressed in condition of something which will happen in future. There are some difficulties about this type of discharge that avert it from approval; The lack of options' exercise in the agreements and also its opposition to the vital rule of "Al-Saqqit La-Yaoud" (which have been canceled will not return) are two objections among these difficulties.

In this study, which has been done by an analytical-inductive method, it has been explained that conditional discharge in its pre-mentioned condition, with the acceptance of debtor has its effect so the creditor could refuse discharge or the lack of condition might cause creditor's right recurring and even debtor commitment to pay debt. But as long as the debtor would not accept this condition, discharge will not be the source of effects.

Keywords: discharge, reversion, unilateral actions, the conditions within a contract, option.

1. Received: 07/08/2021; Accepted: 05/09/2021

2. Faculty member of Law Department, University of Birjand.
razavi1213@birjand.ac.ir

3. Student of the 4th level of Khorasan Seminary; Graduated PhD student in Private Law; Razavi University of Islamic Sciences. razavi1515@gmail.com

The Role of the "La Haraj" Rule to Prove or Disclaim the Civil Liability of the Government¹

Mohammad Danesh Nahad²

Abolfazl Alishahi Qal'ehjoqi³

Abstract

The "La Haraj" rule is one of the most important rules concerning the civil liability of the government, which in some cases conflicts with the "La Zarar" (no damage) rule. In such cases we must try to find a reason to prefer one over another, otherwise the two reasons conflict and disapprove and another reason must be sought. It seems easier to practice this rule than citing the rule of "La Zarar" to deny civil liability regarding that the concept of hardship is more general in many cases and there is no need to hardship outer happening in terms of hardship conditions occurring;

If the government takes action to eject hardship from the majority of individuals which may cause hardship to a minority, it is obligatory to do so due to the public hardship's ejection takes precedence over individuals hardship. But in relation to situational effects, if individuals hardship occurs, the government must amends it wherefore any damage must be compensated. If individuals hardship occurs but not lead to any damage, there no liability for the government to eject it.

Keywords: La Haraj, government, civil liability, damage, quasi-government.

1. Received: 23/02/2020; Accepted: 27/06/2020

2. Student of the 4th level of Khorasan Seminary; Graduated PhD student in Theology, Yasuj University. m_borosdar@yahoo.com

3. Associated professor, Department of Theology, Farhangian University, Tehran, Iran. alishahi88@gmail.com

Comparison of Portfolio Management Institution in Stock Exchange Transactions with Commodatum Contract¹

Mohammad Javad Rajabi Baqarabad²

Sayyid Ahmad Ali Hashemi³

Abstract

The increase of stock exchange transactions in the structure of Iran's capital markets and its big profits in comparison to other trading markets, has encouraged unaware people to invest their assets in these markets. Due to lack of experience and sufficient time and the high risk of assets' loss, it is essential to avoid direct transactions for the uninformed people.

On the other hand, the passion of these people to take advantage of the profits from buying and selling stocks in the stock and security market has resulted in their concentration to intermediary transactions or portfolio management. Based on this, the jurisprudential analysis of the portfolio management institution and the study of its compliance with definite and indefinite contract are vital. Regarding the basic conditions of commodatum contract and excluding some conditions such as returning the same amount or loan and the unconditioned remuneration beside reviewing jurisprudential sources, has made it possible for the commodatum contract to be adapted to the portfolio management institution. Obviously, the legality of a commodatum contract, assuming the will of the two parties to consider the necessity of contraction, is one of the difficulties of this compliance, which could be solved by this suggestion: bonding an irrevocable contract to commodatum contract. In this article, the possibility of the portfolio management institution adapting and its agreement and adaption with commodatum contract as a characterized contract has been examined.

Keywords: securities, stock exchange, loaned stocks, commodatum contract, portfolio management.

1. Received: 29/09/2021; Accepted: 28/10/2021

2. MA student in Private Law, Shahid Motahari University.

m.r.raja137611@gmail.com

3. Assistant Professor and Faculty member of Payame Noor University, Mashhad.

hashemie.ahmadali@gmail.com

Journal of Misbah ul-Fiqaha

Vol. 3, No. 5, Spring-Summer 2021

Abstracts

The Process of Authority for Successive Hadiths, Consensus, Manners and Fame in the Thoughts of Martyr Sadr

Sayyid Mohammad Ali Ahmadi Nik

Sayyid Mahdi Naqibi

Sayyid Mohammad Hassan Mousavi Mehr

The Authority of Concentrated Presumption to Derive Shari'a's Verdicts

Abolfazl Alishahi Qal'ehjoqi

Sedique Riyahi

An Inductive Survey around the Qualitative Age of Girls' Marriage

Mohammad Azimi

Mostafa Shahbazi

Ali Eskandari

Anticipating the Right of Reversion from Discharge in Perspective of Jurisprudence and Law

Sayyid Mohammad Razavi

Sayyid Ali Razavi

The Role of the "La Haraj" Rule to Prove or Disclaim the Civil Liability of the Government

Mohammad Danesh Nahad

Abolfazl Alishahi Qal'ehjoqi

Comparison of Portfolio Management Institution in Stock Exchange Transactions with Commodatum Contract

Mohammad Javad Rajabi Baqarabad

Sayyid Ahmad Ali Hashemi