



فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی اصول

سال سوم، شماره پیاپی هشتم، پاییز ۱۳۹۶

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم - شعبه خراسان رضوی

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سر دبیر: حسین ناصری مقدم

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

مجتبی الهی خراسانی (مدیرس خارج حوزه و عضو هیئت علمی مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سعید ضیائی فر (مدیرس خارج حوزه و دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

ابوالقاسم علیدوست (مدیرس خارج حوزه و استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)

احمد مبلغی (مدیرس خارج حوزه و دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)

مهدی مهریزی (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران)

حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

مدیر اجرایی: هادی مصباح الهدی

دبیر تحریریه: سیدمصطفی اختراعی طوسی

ویراستار: سیدعباس سلمانزاده

برگردان چکیده (عربی): ناصر نجفی

برگردان چکیده (انگلیسی): ابراهیم داودی شریف آباد (عضو هیئت علمی دانشگاه باقرالعلوم علیه السلام)

صفحه آرا: حامد امامی

چاپ و صحافی: مؤسسه بوستان کتاب



فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی به استناد مجوز ۸۶۵۰ در تاریخ ۹۵/۱۰/۲۰ از شورای

اعطای مجوزها و امتیازهای علمی به نشریات حوزوی، حائز رتبه علمی پژوهشی گردید.

نشانی پستی: مشهد مقدس، حدفاصل چهارراه خسروی و کوچه مخابرات، دفتر تبلیغات اسلامی

خراسان رضوی؛ کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷ - تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

رایانامه: jostar.feqhi@gmail.com | سامانه الکترونیکی: jostar-fiqh.maalem.ir

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی در نورمگز (Noormags.ir)، پایگاه استنادی جهان اسلام (ISC)،

بانک نشریات کشور (Magiran) و پایگاه نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (journals.dte.ir) نمایه می شود.

ISSN: 2476-7565

ارزیابان علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

جواد ایروانی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد)

فاطمه رجایی (استادیار دانشگاه حکیم سبزواری)

بلال شاکری (پژوهشگر پژوهشکده اسلام تمدنی)

محمدصادق علمی سولا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)

ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (دانشیار دانشگاه یاسوج)

سیدمحمدتقی قبولی دُر افشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

سیدمحمدهادی قبولی دُر افشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)

سعید محسنی (دانشیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد)

سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه تهران)

مهدی مهریزی (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران)

حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

اولویت‌های جستارهای فقهی و اصولی

۱. فلسفه فقه و اصول فقه؛ به خصوص: ساختار و روابط درونی اصول فقه، تعاملات و کارکردهای بیرونی اصول فقه؛
 ۲. فقه و اصول فقه مقارن؛ به ویژه: بازشناسی و نقد فقه سلفیه، قواعد فقهی مقارن؛
 ۳. فقه فرهنگ و تمدن؛ با تأکید بر: فقه شهر و شهرنشینی، فقه ارتباطات فرهنگی؛
- تذکر: صرفاً مقالاتی دریافت و ارزیابی می‌شود که مطابق «ضوابط مقالات» (صفحات بعد) تدوین و ارسال شده باشد.
- نقل و اقتباس از مقاله‌های فصلنامه، با ذکر منبع آزاد است.

ضوابط ارسال مقالات علمی پژوهشی

ضوابط محتوایی:

۱. مقاله باید نتیجه تحقیقات نوآمد نویسنده، و برخوردار از محتوا و یافته‌های غنی علمی در یکی از انواع زیر باشد:
(الف) نظریه جدید؛ (ب) تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛ (ج) اثبات و استدلال جدید برای یک نظریه؛ (د) ارزیابی و نقد جدید از یک نظریه؛ (ه) مقایسه دو یا چند نظریه؛ (و) کاربرد و تطبیقات جدید برای یک نظریه.
۱. مقاله، فقط برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشد.
۲. مقاله، بیشتر یا همزمان به مجله‌های دیگر ارائه نشده باشد و نویسنده به نشر آن در جای دیگر متعهد نباشد.
۳. مسؤلیت مقاله به لحاظ علمی و حقوقی به عهده نویسنده است. چنانچه مقاله‌ای چند نویسنده داشته باشد و نویسنده مسئول مشخص نشده باشد، ارائه مقاله و تمام مکاتبات و مسؤلیت مقاله با نویسنده اول است. درج نشانی الکترونیک در پایین صفحه اصلی مقاله، فقط به نویسنده اول اختصاص دارد.

ضوابط نشر:

۱. نویسنده مسؤل لازم است مقاله خود را از طریق پایگاه اینترنتی مجله به نشانی: jostar-fiqh.maalem.ir ارسال نماید و اطلاعات ضروری (*) را تکمیل نماید.
۲. حق قبول، رد و ویرایش مقاله برای مجله محفوظ است. هر مقاله ارسالی به مجله، به صورت ناشناس توسط دو داور متخصص، داوری هم‌تراز (peer review) می‌شود و در صورت اختلاف نظر داوران، توسط داور سوم ارزیابی می‌شود. تأیید نهایی مقاله برای چاپ در فصلنامه، پس از نظر داوران با هیئت تحریریه است.
۳. ترتیب مقالات هر شماره، بر اساس اقتضانات مورد نظر فصلنامه صورت می‌گیرد.

ضوابط نگارشی:

۱. رعایت دستور خط زبان فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است.
۲. حجم مقاله حداکثر ۷۵۰۰ کلمه باشد.
۳. مقاله روی کاغذ A4 با نرم‌افزار Word فرمت Doc و متن با قلم IRZAR ۱۳، و Times New Roman برای انگلیسی، چکیده، پاورقی و منابع با همان نوع قلم‌هادر اندازه ۱۱ حروفچینی شود. همچنین صفحه‌آرایی دارای حاشیه بالا ۵cm و پایین ۳cm، چپ و راست ۲/۵cm و میان سطور ۱cm باشد.
۴. هر مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های اصلی زیر باشد:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

- **عنوان:** به طور فشرده و گویا، مسئله تحقیق را مشخص کند.

- **چکیده:** حداکثر در ۳۰۰ کلمه به طور صریح، موضوع، هدف، ابعاد، روش، و نتیجه تحقیق را بیان کند و فاقد جزئیات، جدول، شکل یا فرمول باشد. و همچنین ارائه چکیده انگلیسی الزامی است.

- **کلیدواژه:** بین ۳ تا ۷ کلیدواژه و ترجیحاً بر اساس اصطلاحنامه علوم اسلامی (به نشانی: thesaurus.islamicdoc.org) باشد.

- **مقدمه:** به ترتیب شامل بیان کلیات موضوع، خلاصه‌ای از تاریخچه موضوع و کارهای انجام شده و ویژگی‌های هر یک، بیان فعالیت متمایز مقاله و برای گشودن گره‌ها و حرکت به سمت یافته‌های نوین.

- **متن اصلی:** مشتمل بر مطالب اصلی یعنی: تعریف مفاهیم مورد نیاز، طرح مسأله، استدالات و نقدها، به صورت مرتبط و دنباله‌وار.

- **نتیجه‌گیری:** یافته‌های نهایی تحقیق و کاربردهای آن، و احیاناً طرح نکات مبهم و پیشنهاد گسترش تحقیق به زمینه‌های دیگر.

- **منابع:** فهرست کامل منابع مورد ارجاع در متن اصلی، به ترتیب حروف الفبا (ابتدا منابع فارسی و عربی، سپس انگلیسی).

۱. منابع در انتهای مقاله، به شیوه زیر (بسته به نوع منبع) درج شود:

- **کتاب:** نام خانوادگی/لقب، نام. (سال انتشار). عنوان کامل اثر شامل عنوان اصلی و فرعی (ایتالیک). نام مترجم یا مصحح. نوبت چاپ. محل نشر: نام ناشر.

- **مقاله:** نام خانوادگی، نام. «عنوان اصلی و فرعی مقاله»، نام مجله (ایتالیک)، سال نشر، جلد/ دوره / سال، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.

- **پایان‌نامه:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. عنوان پایان‌نامه (ایتالیک). نام دانشگاه یا سایت اینترنتی که پایان‌نامه یادشده در آن قابل دسترسی است.

- **سایت اینترنتی:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار و یا روزآمد شدن. «عنوان مطلب» (ایتالیک). آدرس سایت به صورت کامل.

- **همایش و کنفرانس‌ها:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. «عنوان مقاله» (ایتالیک و سیاه). عنوان کتاب مجموعه مقالات، محل نشر: نام ناشر.

استناددهی:

۱. ارجاعات استنادی مطالب به کتاب یا مقاله بصورت درون متنی و در پرانتز، به ترتیب شامل: (نام مؤلف، سال انتشار، جلد / صفحه) آورده شود؛ مانند: (مطهری، ۱۳۸۸، ۲/۴۰) در صورت استناد مقاله به دو یا چند اثر از یک نویسنده، نام خلاصه اثر نیز آورده شود.

۲. ارجاعات توضیحی (مانند صورت لاتین کلمات، شرح اصطلاحات و مانند آن) در پانویس هر صفحه آورده شود و منابع مستند آن‌ها نیز، مثل متن مقاله روش درون‌متنی درج شود.

۳. در صورت تکرار ارجاع، باید مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان و پیشین خودداری گردد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۵

فهرست

۹ نقد مستند روایی نظریهٔ جهاد دعوت؛ بررسی موردی حدیث مقاتله
مجتبی الهی خراسانی / محمد مروارید

۳۷ عدم ارث بری فرزند نامشروع از والدین طبیعی در بوته نقد
سیدجمال احمدی روئین / حسین ناصر مقدم / عباسعلی سلطانی

۶۵ بررسی نگرهٔ نسبت دادن قیاس به ابن جنید
حمیدرضا تمدن / علی الهی خراسانی

۹۱ پژوهشی در مضمون بودن مأخوذ بالسوم
سیف الله احدی / اسدالله لطفی / مسلم حیدری

۱۰۹ بررسی قاعدهٔ جَبَّ با نگاهی تاریخی و تطبیقی
محمد رضا مبلّغی

۱۳۹ تحلیل فقهی - حقوقی حکم تأسیس دفتر وکالت در ملک غیر تجاری
محمد رضا خزعلی / محمد تقی رفیعی

۱۶۹ چکیده‌های عربی و انگلیسی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۷

نقد مستند روایی نظریه جهاد دعوت بررسی موردی حدیث مقاتله^۱

مجتبی الهی خراسانی^۲

محمد مروارید^۳

نقد مستند روایی
نظریه جهاد دعوت؛
بررسی موردی حدیث
مقاتله

۹

چکیده

نظریه جهاد دعوت یکی از سه نظریه اصلی در باب فلسفه جهاد ابتدایی است که در میان فقیهان متقدم طرفدار بیشتری داشته است. این نظریه، جهاد ابتدایی را جنگی با هدف ترویج و گسترش ایدئولوژی یا دین و با هدف دعوت به شریعت اسلام توصیف می کند و تا مسلمان شدن یا کشته شدن کافران متوقف نخواهد شد. تحقیق حاضر به روش توصیفی - تحلیلی ضمن گزارشی از نظریه مزبور و مستندات قرآنی و حدیثی آن، به بررسی اصالت و صدور مهم ترین دلیل روایی آن در منابع شیعه و اهل سنت، دلالت حدیث و نقد تمسک به اطلاق و وجوب قتال پرداخته است و می نگارد: اساساً پیامبر اکرم ﷺ در مقام بیان احکام قتال و جنگ نبوده و صرفاً در صدد هشدار نسبت به جان و مال مسلمان و احترام به خون او،

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۲۰

۲. مدرس خارج حوزه علمیه و عضو هیئت علمی مرکز تخصصی آخوند خراسانی وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی مشهد، (نویسنده مسئول)، رایانامه: mojtabaehi@gmail.com

۳. دانش آموخته سطح سه حوزه علمیه خراسان، مدرس سطوح عالی حوزه، رایانامه: mdmd1370@gmail.com

بوده‌اند. بخش دیگری از نقد این نظریه، به حجیت روایت و تعارض آن با سایر گزاره‌های قرآنی و حدیثی، بر فرض داشتن دلالت بر مطلوب، اختصاص دارد.

کلیدواژه‌ها: جهاد دعوت، جهاد ابتدایی، آیه سیف، حدیث مقاتله، صحیحۀ عبید بن زراره.

مقدمه

جهاد ابتدایی در اصطلاح فقهی، به معنای جنگی است که آغاز حرکت نظامی از سوی مسلمانان بوده است. این اصطلاح در برابر جهاد دفاعی به کار می‌رود که به دنبال آغازگری کافران در حرکت نظامی رخ می‌دهد (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۷، ۱۴۳/۳). وجوب، هدف و فلسفه جهاد دفاعی و تا حدی حدود و شرایط آن روشن است و جای بحث ندارد. اما با اینکه وجوب جهاد ابتدایی، از احکام شرعی مشهور میان فقیهان متقدم و متأخر است، درباره هدف از جهاد ابتدایی، اتفاق نظری وجود ندارد و آرای گوناگونی مطرح شده است.

نظریه نخست، هدف مستقیم جهاد ابتدایی را نه ترویج دین و نه گسترش حکومت می‌داند. این نظریه، جهاد ابتدایی را به منظور جهاد دفاعی؛ یعنی حفظ و برقراری امنیت مسلمانان واجب می‌داند. تفاوت تنها در این است که در جهاد دفاعی، دشمن حرکت نظامی را آغاز کرده، اما در جهاد ابتدایی دشمن هنوز حرکت نظامی نداشته و صرفاً قصد جنگ دارد و آمادگی خود برای تجاوز را به نحوی نشان داده است. در میان شیعه، دانشمندانی مانند: محمدجواد بلاغی و سید محمدحسین فضل‌الله و در میان اهل سنت: محمد عبده، محمد رشیدرضا از طرفداران این نظریه‌اند (بلاغی، ۱۴۳۱، ۲۲۰؛ فضل‌الله، ۱۴۱۹، ۴۸/۵؛ عبده، ۲۰۰۵، ۱۳۱؛ رشیدرضا، ۱۹۹۰، ۲۶۹/۱۰).

نظریه دوم معتقد است، جهاد ابتدایی با هدف سیاسی و گسترش محدوده حاکمیت اسلام واجب است؛ یعنی باید با نظام‌ها و حکومت‌های کفر مبارزه کرد و نظام توحیدی و مبتنی بر حاکمیت توحید را به قدرت رساند. بر این اساس، تنها باید با نظامیان و کسانی که مانع گسترش حکومت اسلامی هستند، جنگید، نه تمام کافران. از علمای اهل سنت، مودودی و سید قطب از نخستین طرفداران این نظریه‌اند

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۰

و در میان شیعه عالمانی چون سید محمد کاظم حائری و مهدی آصفی به این نظریه گرویده‌اند (سید قطب، ۱۴۱۲، ۳/۱۴۳۳ و ۱۴۳۶ و ۱۵۰۸؛ حائری، بی تا، ۱۰؛ آصفی، ۱۴۲۱، ۵۲، ۵۶ و ۶۰). از سخنان علامه طباطبایی در المیزان نیز می‌توان این نظریه را نیز برداشت کرد (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۴۰۴/۹).

نظریه سوم نظریه‌ای است که جهاد ابتدایی را جنگی با هدف ترویج و گسترش ایدئولوژی یا دین توصیف می‌کند. به تعبیر دیگر، جهاد ابتدایی به منظور دعوت به شریعت اسلام انجام می‌شود و تا مسلمان شدن یا کشته شدن کافران متوقف نخواهد شد. از این نظریه، گاهی با عنوان «جهاد دعوت» و گاهی با عنوان «جهاد طلب» یاد می‌شود (شافعی، ۱۴۲۲، ۵/۳۹۸ و ۵۷۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱/۲۸۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۹/۹).

این نظریه، تمام کافران را دشمن خود می‌داند و بنا را بر جنگ با آنها قرار می‌دهد. تنها، اهل کتاب ذمی از این قسم خارج هستند. نظریه دوم بنای خود را بر جنگ با تمام حکومت‌ها و نظام‌های کفر می‌گذارد و با افراد غیر نظامی هیچ دشمنی و خصومتی ندارد. نظریه نخست، جنگ را محدود به اشخاص یا حکومت‌های کفری می‌داند که به نحوی موضع خصمانه خود را نشان داده‌اند و برنامه‌ای برای تجاوز دارند.

۱. تبیین نظریه جهاد دعوت

بر اساس نظریه جهاد دعوت، هدف از این جهاد دینی و ایدئولوژیک است؛ یعنی برای گسترش و ترویج شریعت اسلام این جهاد انجام می‌شود. براساس این نظریه، جهاد ابتدایی برای اجبار مردم به پذیرش شریعت اسلام صورت می‌گیرد و به مسلمان شدن کافران یا کشته شدن آنها می‌انجامد. تنها افرادی که استثنا شده‌اند، اهل کتابی هستند که به دادن جزیه تن داده‌اند و نیز زنان و کودکان (ابن رشد، ۱۳۹۵، ۱/۳۸۳). براساس تحقیق انجام شده، این نظریه نخستین بار از سوی شافعی در کتاب «الأم» مطرح شده است (شافعی، ۱۴۲۲، ۵/۳۹۸ و ۵۷۳) او می‌گوید: «... از مشرکان نباید جزیه گرفت؛ بلکه هرگاه ضد آنها قدرت وجود داشت، باید با آنان جنگید تا مسلمان یا کشته شوند... با اهل کتاب مشرک و محارب باید جنگید تا مسلمان شوند»

یا جزیه دهند ...» (شافعی، ۱۴۲۲، ۵/۵۷۳). او تصریح می‌کند که هدف پیامبر اکرم ﷺ از جنگ با مشرکان، غالب کردن و مسلط کردن دین اسلام بوده و مشرکان با اختیار خود یا با اجبار مسلمان می‌شدند (شافعی، ۱۴۲۲، ۵/۳۹۸). ابن رشد معتقد است؛ شافعی قتل راهبان کلیساها، افراد نابینا، معلول و سالمندان را نیز در جهاد ابتدایی واجب می‌داند (ابن رشد، ۱۳۹۵، ۱/۳۸۴).

برخی از فقیهان شیعه، مانند محقق حلّی و علامه حلّی در تذکره، نیز به هدف «اسلام آوردن» آن‌ها تصریح می‌کنند (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ۱/۲۸۱؛ علامه حلّی، ۱۴۱۴، ۹/۱۹). محقق حلّی می‌گوید: «هر کس که جهاد با او واجب است، مسلمانان باید به سوی آن‌ها کوچ کنند؛ یا برای جلوگیری از [هجوم] آن‌ها یا برای نقل آن‌ها به اسلام» (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ۱/۲۸۱).

شهید ثانی هدف جهاد ابتدایی را دعوت و فراخوان به اسلام می‌داند (عاملی، ۱۴۱۰، ۲/۳۷۹؛ عاملی، ۱۴۱۳، ۳/۷). میرزا ابوالقاسم فراهانی نیز در رساله جهادیه «جهاد دعوت» را به همین معنا توضیح داده و ثابت دانسته است (فراهانی، ۱۴۲۶، ۵۴۳).

در زمان معاصر، محقق خوبی نسبت به مشرکان به این نظریه معتقد است: «کفار مشرک از غیر اهل کتاب، دعوت آنان به کلمه توحید و اسلام واجب است؛ پس اگر پذیرفتند [که هیچ] و اگر نپذیرفتند جنگ و جهاد با آن‌ها واجب است تا مسلمان گردند یا کشته شوند و زمین از لوث وجود آن‌ها پاک شود» (خوبی، ۱۴۱۰، ۱/۳۶۰). از این بیان، هدف دعوت از جهاد کاملاً روشن است. این نظریه در آثار حسن البنا، بنیان‌گذار اخوان المسلمین و صالح الفوزان، دانشمند سلفی حجازی نیز، مشاهده می‌شود (عزام، بی‌تا، ۹۱؛ الفوزان، ۱۴۳۰، ۱۶)؛ همچنین ابو عبد الله المهاجر، یکی از رهبران فکری سلفیه جهادی، در کتاب خود این نظریه را مستند کرده است (مهاجر، بی‌تا، ۲۹).

این نظریه در عصر حاضر، مخالفان زیادی داشته و دارد. در میان شیعه علمایی مانند: محمد جواد بلاغی و سید محمد حسین فضل الله با این نظریه مخالفت نموده‌اند (بلاغی، ۱۴۳۱، ۲۲۰؛ فضل الله، ۱۴۱۹، ۵/۴۸). سید محمد کاظم حائری و مهدی آصفی نیز هدف از جهاد را توسعه حکومت اسلامی و نه مسلمان نمودن کافران،

عنوان کرده‌اند (حائری، بی تا، ۱۰؛ آصفی، ۱۴۲۱، ۵۲ و ۵۶ و ۶۰) آقای منتظری تلاش نموده تا تبیینی مقبول و عقلائی از این نظریه ارائه دهد (منتظری، ۱۴۰۹، ۱/۱۱۵).

در میان اهل سنت، ابن تیمیه در ردّ این نظریه کتابی نگاشته و ابوحنیفه، مالک بن انس و احمد بن حنبل را با خود هم نظر می‌داند (ابن تیمیه، ۱۴۲۵، ۸۷، ۹۱). همچنین عبده، رشیدرضا، زحیلی و قرضاوی این نظریه را باطل می‌دانند (عبده، ۲۰۰۵، ۱۳۱؛ رشیدرضا، ۱۹۹۰، ۱۰/۲۶۹؛ زحیلی، ۱۳۸۵، ۹۰؛ قرضاوی، ۲۰۰۹، ۳۹۳ تا ۳۹۸).

رشیدرضا رسالت اسلام را اصلاح رفتارهای نظامی و جنگی و مبارزه با اکراه دینی می‌داند: «از جمله اصلاحات جنگی اسلام، جلوگیری جنگ به خاطر اکراه بر دین، از بین بردن یا برده گرفتن یک شخص یا یک گروه بود. رسالت اسلام، منع از جنگ برای غارت سرمایه کشورهای یا لذت زور و شهوت رانی بود» (رشیدرضا، ۱۹۹۰، ۱۰/۲۷۲).

برخی از محققان، نظریه جهاد دعوت را تحت تأثیر تفکر سنی و فقه اهل سنت می‌خوانند. رشیدرضا معتقد است، تمام فقیهان پیشین به خاطر اهتمام زیاد به کتب افرادی مانند شافعی و به خاطر اعتقاد به نسخ، توجهی به آیات تحریم جنگ با کافر صلح طلب نکرده‌اند (صالحی نجف آبادی، ۱۳۸۲، ۴۶).

برخی از جامعه‌شناسان ادیان، همچون دیوید هیوم^۱ و باسورث^۲ نظریه جهاد دعوت را با قاطعیت به تمام متفکران اسلامی نسبت داده‌اند (عبدالمحمّدی، ۱۳۹۱، ۱۳/۶۸ و ۶۹).

۲. مستندات جهاد دعوت و جایگاه حدیث مقاتله

به نظر می‌رسد، مهم‌ترین دلیل نظریه جهاد دعوت، اطلاق دو دلیل نقلی است (شافعی، ۱۴۲۲، ۵/۵۷۳. بنگرید: بوطی، ۱۴۱۴، ۵۴). دلیل اول اطلاق آیات نخستین سوره توبه که به «آیه سیف» شهرت یافته و دلیل دوم اطلاق حدیث مقاتله است که به بررسی آن خواهیم پرداخت. اطلاق یا عموم وجوب قتال با کافران در این دو دلیل،

1. David Hume.

2. Clifford Edmund Bosworth.

هیچ غایت و پایانی جز مسلمان شدن آن‌ها ندارد. این اطلاق ما را به این معنا می‌رساند که هدف از جهاد، عرضه توحید و نبوت به کافران و دعوت آنان به پذیرش شریعت اسلام است. در واقع، پیامبر اکرم ﷺ موظف بوده‌اند کافران را به مسلمان شدن مجبور کنند؛ همان‌طور که شافعی به این مطلب تصریح می‌کند (شافعی، ۱۴۲۲، ۳۹۸/۵)؛ البته اهل کتاب و برخی از مشرکان مانند زنان و کودکان غیرنظامی با دلیل خاص از این اطلاق یا عموم خارج هستند (ابن‌رشد، ۱۳۹۵، ۳۸۳/۱).

آیه سیف می‌گوید: ﴿فَإِذَا انسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَ خُذُوهُمْ وَ احْضُرُوهُمْ وَ اقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ إِن تَابُوا فَان تَابُوا وَ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (توبه، ۵). «پس چون ماه‌های حرام سپری شد، مشرکان را هر کجا یافتید بکشید و آنان را دستگیر کنید و به محاصره درآورید و در هر کمینگاهی به کمین آنان بنشینید پس اگر توبه کردند و نماز برپا داشتند و زکات دادند، راه برایشان گشاده گردانید، زیرا خدا آمرزنده مهربان است».

طبق این آیه، پس از گذشت مدت معین، کشتن مشرکان واجب است و تنها عاملی که مانع قتل می‌شود، مسلمانی آنان و خروج آنان از اعتقاد به شرک است. مستفاد از این حکم مطلق، این است که هدف از جهاد، دعوت کافران به اسلام است. این برداشت با آیه ۳۳ همین سوره تقویت می‌شود: ﴿هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَى وَ دِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَ لَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ﴾. «او کسی است که پیامبرش را با هدایت و دین درست، فرستاد تا آن را بر هر چه دین است پیروز گرداند، هر چند مشرکان خوش نداشته باشند».

دلیل محوری دوم، حدیث معروفی از پیامبر اکرم ﷺ است که ما به جهت اختصار آن را «مقاتله» نامیده‌ایم. در کتاب‌های حدیثی فریقین آمده است: «عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إِنِّي أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَإِذَا قَالُوا فَقَدْ عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَ أَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا وَ حِسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ» (از رسول خدا ﷺ نقل شده که همانا من مأمور شدم با مردم بجنگم تا اینکه بگویند: «لا اله الا الله».) پس اگر چنین بگویند جان و مالشان را از من حفظ می‌کنند مگر به حشش و حسابشان با خداست».

براساس این نظریه، آیه سیف - که در سال نهم هجری نازل شد - و حدیث مقاتله - که در اواخر عمر حضرت صادر شد - بسیاری از آیات را نسخ کرده‌اند (ابن رشد، ۱۳۹۵، ۳۸۴/۱؛ بوطی، ۱۴۱۴، ۵۳؛ قرضاوی، ۲۰۰۹، ۳۱۹). یعنی تمام آیاتی که در سال‌های قبل نازل شده بود و جنگ با تمام کافران را جایز نمی‌دانست؛ منسوخ شده است؛ اعم از آیاتی که جنگ را تنها ضد کافرانِ محارب و مقاتل واجب می‌دانند، آیاتی که اکراه و اجبار در دین را نفی می‌کنند و آیاتی که صلح و روابط حسنه با کافران را جایز اعلام نموده‌اند. مرحوم طبرسی در «مجمع البیان» و ابن جریر طبری در «جامع البیان» به اختلاف در نسخ این آیات اشاره کرده‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲، ۱۳۶/۳؛ طبری، ۱۴۲۰، ۵۶۲/۳). عبدالله عزام معتقد است؛ آیه سیف بیش از صد و بیست آیه از قرآن کریم را نسخ کرده است (جرار، بی تا، ۱۳۷).

این حدیث برای نظریه جهاد دعوت، نقشی کلیدی و محوری دارد. شیخ طوسی، علامه حلی، شافعی، بغوی و ابن قدامه مقدسی برای اطلاق و جوب جهاد ابتدایی، به این حدیث استناد کرده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۵۴۰/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۴۶/۹ و ۲۸۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۲، ۶۴/۱۴ و ۲۶/۱۵؛ شافعی، ۱۴۲۲، ۵۷۳/۵؛ بغوی، ۱۴۱۸، ۴۶۴/۷؛ مقدسی، ۱۳۸۸، ۲۱۲/۹ و ۳۳۳).

شیخ طوسی و علامه حلی معتقدند؛ این حدیث، جهاد ابتدایی را به طور مطلق واجب می‌داند و تنها دو مورد از آن خارج شده است. آن دو مورد عبارت‌اند از: کسانی که کتاب آسمانی دارند و کسانی مانند مجوس که شبهه داشتن کتاب آسمانی درباره آنها هست. در این دو مورد، دادن جزیه مانع از ادامه جنگ می‌شود. اما در غیر این دو مورد بر اساس اطلاق حدیث، تنها غایت جهاد، مسلمان شدن است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۵۴۰/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۴۶/۹ و ۲۸۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۲، ۶۴/۱۴ و ۲۶/۱۵). علامه حلی می‌گوید: «این حدیث عام است و به خاطر آیه، اهل کتاب از آن تخصیص خورده‌اند... پس در باقی موارد، حکم بر عمومش باقی می‌ماند.» (علامه حلی، ۱۴۱۲، ۲۶/۱۵). ابن قدامه با همین بیان حکم به عموم امر به قتال در این حدیث می‌کند (مقدسی، ۱۳۸۸، ۲۱۲/۹ و ۳۳۳).

ابن رشد منشأ اختلاف میان فقیهان در سعه و ضیق و جوب جهاد را تعارض میان

دو دسته دلیل می‌داند. یک دسته، عموم آیات قتال با مشرکان در سوره براءت و عموم حدیث مقاتله است و دسته دیگر روایاتی خاص است که جان برخی از کافران را محترم می‌داند (ابن‌رشد، ۱۳۹۵، ۳۸۴/۱ و ۳۸۹).

به نظر می‌رسد اطلاق یا عموم این حدیث برای این دسته از فقیهان دلالت بر یک اصل و قاعده داشته و آن، اصل جنگ و برخورد سخت با کافران است. حال، بعضی از موارد مانند: اهل کتاب ذمی یا زنان و کودکان با دلیل خاص از تحت قاعده خارج می‌شوند (شافعی، ۱۴۲۲، ۵۶۷/۲؛ ابن‌رشد، ۱۳۹۵، ۳۸۳/۱).

ابوعبدالله المهاجر، یکی از متفکران سلفیه جهادی در کتاب «مسائل من فقه الجهاد» برای ردّ مصونیت جانی و مالی تمام کافران به این حدیث استناد می‌کند. او می‌گوید: «این حدیث نصّ صریح است در اینکه غیر اهل اسلام هیچ مصونیتی ندارند و این معنا قابل تأویل نیست» (مهاجر، بی تا، ۳۵).

می‌بینیم به همان اندازه که بررسی آیه سیف از اهمیت برخوردار است، بررسی اصالت و دلالت این روایت برای بررسی این نظریه نیز مهم است. آیا این حدیث از جهت صدور اعتبار دارد؟ آیا دلالت بر هدف جهاد ابتدایی دارد؟ ما در سه بخش اصالت، دلالت و حجیت این حدیث را بررسی خواهیم کرد.

۳. بررسی اصالت حدیث مقاتله

روشن است که اولین گام برای بررسی یک حدیث، بررسی صدور آن از معصوم است. باید منابع و مصادر اولیه مشخص شوند، سپس به اعتبارسنجی اصل حدیث و جزئیات آن می‌پردازیم.

۳.۱. بررسی سندی

این روایت در کتب و منابع اولیه حدیثی اهل سنت، به خصوص صحاح سته شهرت بسیاری دارد و با چند سند نقل شده است. روایانی که به طور مستقیم این حدیث را از پیامبر اکرم ﷺ نقل نموده‌اند، به ترتیب کثرت اسناد عبارت‌اند از: عمر بن خطاب، ابوهریره، انس بن مالک، جابر بن عبدالله انصاری، عبدالله بن عمر، اوس بن ابی اوس ثقفی و معاذ بن جبل. (ر.ک: ابویوسف، ۱۳۸۲، ۱۸۰؛ احمد بن حنبل،

۱۴۱۹، ۱۱/۱ و ۱۹ و ۳۵ و ۴۷ و ۳۴۵/۲ و ۱۹۹/۳ و ۲۹۵؛ دارمی، ۱۴۰۷، ۲/۲۸۷؛ بخاری، ۱۴۰۷، ۱۷/۱ و ۱۵۳ و ۵۰۷/۲ و ۱۰۷۷/۳ و ۲۵۳۸/۶ و ۲۶۵۷؛ مسلم بن حجاج، بی تا، ۱/۳۸ و ۳۹؛ ترمذی، بی تا، ۳/۵ و ۴ و ۴۳۹؛ ابو داود، بی تا، ۱/۲ و ۳۴۷ و ۳۴۸؛ ابن ماجه، بی تا، ۱/۲۷ و ۲۸ و ۱۲۹۵/۲؛ نسایی، ۱۴۰۶، ۱۴/۵ و ۴/۶ و ۵۷/۷ و ۸۰؛ دارقطنی، ۱۳۸۶، ۱/۲۳۱ و ۲۳۲) واقدی در المغازی (واقدی، ۱۴۰۹، ۳/۱۱۱۰ تا ۱۱۱۳)، یعقوبی در تاریخ خود (یعقوبی، بی تا، ۱۱۱/۲) و مغربی در دعائم الاسلام، این حدیث را ذیل خطبه آن حضرت در منا (مغربی، ۱۳۸۵، ۲/۴۰۲) آورده اند. این حدیث در منابع ثانویه اهل سنت نیز منعکس شده است (حاکم، ۱۴۱۱، ۱/۵۴۴ و ۲/۵۶۸؛ بیهقی، ۱۴۱۴، ۳/۲ و ۹۲/۳ و ۱۱۴/۴) و آن قدر شهرت دارد که البانی، حدیث شناس سلفی، در تعلیقه سنن ابن ماجه این حدیث را متواتر می خواند (ابن ماجه، بی تا، ۱/۲۷). محقق خوبی طریق این حدیث را منحصر در طرق روایی اهل تسنن می داند (خوبی، ۱۴۱۸، ۳/۶۳؛ خوبی، بی تا، ۱/۲۴۷) و بررسی سندی نشان خواهد داد نقل منابع حدیثی شیعه، به همان طرق تکیه داشته است.

تفسیر قمی حدیث مزبور را به صورت مرسل در ذیل حدیثی طولانی و بدون سند آورده که همان خطبه پیامبر اکرم ﷺ در منا است^۱ (قمی، ۱۳۶۷، ۱/۱۷۲) و مضمون آن، همان است که المغازی و تاریخ الیعقوبی با سندی بر روایان مهمل و مجهول آورده اند (واقدی، ۱۴۰۹، ۳/۱۱۱۰ تا ۱۱۱۳؛ یعقوبی، بی تا، ۱۱۱/۲).

اما سند حدیث در کتاب المحاسن، شامل روایان شناخته شده شیعه است: «عَنْهُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ عَثْمَانَ عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ...» (برقی، ۱۳۷۱، ۱/۲۸۴).

منبع دیگر حدیث در شیعه، ثواب الأعمال است او هم آن را ذیل آخرین خطبه پیامبر اکرم ﷺ در مدینه، به نقل از ابن عباس و ابوهریره نقل کرده و سندش چنین است: «مُحَمَّدُ بْنُ مُوسَى بْنِ الْمُتَوَكَّلِ قَالَ حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ جَعْفَرٍ قَالَ حَدَّثَنِي مُوسَى

۱. «قال نزلت هذه الآية [آية التبليغ] في منصرف رسول الله ﷺ من حجة الوداع و حج رسول الله ﷺ حجة الوداع لتمام عشر حجج من مقدمه المدينة فكان من قوله بمعنى أن حمد الله و أثنى عليه ثم قال "أيها الناس اسمعوا قولي و اعقلوه عني فإنني لا أدري لعلي لا ألقاكم بعد عامي هذا". ثم قال "... و إني أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم و أموالهم إلا بحقها و حسابهم على الله، ألا هل بلغت أيها الناس" قالوا "نعم"، قال "اللهم اشهد ...».

بُنْ عِمْرَانَ قَالَ حَدَّثَنِي عَمِّي الْحُسَيْنُ بْنُ زَيْدٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ عَمْرٍو الصَّيْنِيِّ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْخُرَّاسَانِيِّ عَنْ مُيَسَّرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عَائِشَةَ السَّعْدِيَّ عَنْ يَزِيدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ قَالَا حَطَبْنَا رَسُولَ اللَّهِ ص قَبْلَ وَفَاتِهِ ...» (صدوق، ۱۴۰۶، ۲۸۰ تا ۲۹۴). سند موجود در ثواب الأعمال مشتمل بر راویانی مهمل و مجهول همچون حماد بن عمرو است و در نتیجه غیر قابل اعتماد است (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹، ۴۲۸/۱).

در آخرین منبع - عیون أخبار الرضا علیه السلام - سند حدیث به سند روایت پیش از آن در کتاب تعلیق شده^۱ (صدوق، ۱۳۷۸، ۶۴/۲) و با مراجعه، آن را چنین می‌یابیم: «حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَمْرِو الْحَافِظُ قَالَ حَدَّثَنَا الْحَسَنُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ التَّمِيمِيِّ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي قَالَ حَدَّثَنِي سَيِّدِي عَلِيُّ بْنُ مُوسَى الرَّضَا علیه السلام عَنْ أَبِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ أَبِيهِ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَبِيهِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيٍّ علیه السلام قَالَ، قَالَ النَّبِيُّ صلی الله علیه و آله و سلم ...». (همان) دو راوی ابتدای این سند نیز مجهول هستند.

بنابراین از میان چهار سند حدیث در منابع شیعه، سند برقی در المحاسن تنها سند قابل اعتناست. اما محمد بن خالد برقی - پدر مؤلف المحاسن - تنها راوی محل تردید است؛ چه اینکه نجاشی او را ضعیف در حدیث دانسته (نجاشی، ۱۴۰۷، ۳۳۵) اما شیخ طوسی و علامه حلی او را توثیق کرده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۲۷، ۳۶۳؛ علامه حلی، ۱۳۸۱، ۱۳۹). البته برخی از محققان، همچون آقای خوبی معتقدند که تضعیف نجاشی، تضعیف شخص راوی نیست؛ بلکه تضعیف مرویات اوست (خوبی، بی تا، ۷۳/۱۷).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۱۸

۳.۲. بررسی متنی

جزئیات و الفاظ متن حدیث، براساس نقل‌های مختلف به صورت‌های گوناگون آمده است:

الف) متن این حدیث در المحاسن، برخلاف روایات دیگر با ضمیر مخاطب آمده

۱. «وَأَسْنَدُهُ عَنْ عَلِيٍّ علیه السلام قَالَ قَالَ النَّبِيُّ صلی الله علیه و آله و سلم أَمُرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَإِذَا قَالُوهَا فَقَدْ حَرَّمَ عَلَيَّ دِمَائِهِمْ وَأَمْوَالَهُمْ.»

که طبق آن، سخنان پیامبر اکرم ﷺ خطاب به تمام مردم زمان خود خواهد بود^۱ (برقی، ۱۳۷۱، ۲۸۴/۱).

ب) شافعی در ابتدای فرموده پیامبر ﷺ چنین آورده: «لا أزال أقاتل الناس حتى...» (شافعی، ۱۴۲۲، ۵۶۷/۲) و در تحقیقات نشان داد، در هیچ منبع حدیثی نیامده است. این عبارت می‌توانست بر عموم وجوب قتال دلالت کند.

ج) در نقل‌های منابع حدیثی اهل تسنن از انس بن مالک، سخنان حضرت با این عبارت به پایان می‌رسد: «لهم ما للمسلمین و علیهم ما علیهم» (ترمذی، بی‌تا، ۴/۵؛ ابوداود، بی‌تا، ۳۴۸/۲؛ نسایی، ۱۴۰۶، ۷۶/۷).

د) در بعضی از نقل‌ها، شهادت به نبوت پیامبر اسلام ﷺ نیز بر شرط شهادت توحید ضمیمه شده است (بخاری، ۱۴۰۷، ۱۷/۱؛ مسلم بن حجاج، بی‌تا، ۳۹/۱؛ ترمذی، بی‌تا، ۴/۵؛ نسایی، ۱۴۰۶، ۶/۶؛ سجستانی، بی‌تا، ۳۴۸/۲). از چهار منبع روایی شیعی، روایت المحاسن چنین است (برقی، ۱۳۷۱، ۲۸۴/۱). در برخی منابع نیز راویان حدیث در وجود این شهادت، به تردید افتاده‌اند (رک: نسایی، ۱۴۰۶، ۸۰/۷).

ه) در بعضی از منابع روایی اهل سنت، علاوه بر شهادت به توحید و نبوت چند عمل نیز به‌عنوان شرط احترام یافتن جان و مال ذکر شده است؛ مانند: نماز خواندن، ادای زکات، روی کردن به سوی قبله مسلمانان و خوردن از ذبیحه مسلمانان. (احمد بن حنبل، ۱۴۱۹، ۳۴۵/۲؛ بخاری، ۱۴۰۷، ۱۷/۱؛ مسلم بن حجاج، بی‌تا، ۳۹/۱؛ نسایی، ۱۴۰۶، ۷۶/۷) و در بعضی منابع، تنها استقبال قبله و خوردن از ذبیحه مسلمانان آمده است (احمد بن حنبل، ۱۴۱۹، ۳/۱۹۹ و ۲۲۴؛ بخاری، ۱۴۰۷، ۱/۱۵۳؛ ترمذی، بی‌تا، ۴/۵؛ ابوداود، بی‌تا، ۳۴۸/۲؛ نسایی، ۱۴۰۶، ۷۵/۷). تمام روایاتی که استقبال و خوردن از ذبیحه مسلمانان را شرط می‌کنند، از انس بن مالک روایت شده‌اند. در روایات شیعه، هیچ‌کدام از این چهار عمل؛ یعنی اقامه نماز، ادای زکات، استقبال قبله و خوردن ذبیحه مسلمانان ذکر نشده است.

نقد مستندروایی
نظریه جهاد دعوت؛
بررسی موردی حدیث
مقاتله

۱۹

۱. «عَنْهُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ عُمَانَ عَنْ عُثَيْبِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي أُمِرْتُ أَنْ أَقَاتِلَكُمْ حَتَّى تَشْهَدُوا أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَ أَنَّي مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ فَإِذَا فَعَلْتُمْ ذَلِكَ حَقَّقْتُمْ بِهَا أَمْوَالَكُمْ وَ دِمَاءَكُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا وَ كَانَ حِسَابُكُمْ عَلَى اللَّهِ.»

این اختلافات ممکن است ناشی از تعدّد صدور آن در چند زمان و مکان مختلف از پیامبر اکرم ﷺ باشد. اما احتمال جعل و تحریف با انگیزه‌های سیاسی نیز وجود دارد؛ چرا که بخشی از جنگ‌های رده به وسیله خلیفه اول به سرکوب «مانعان زکات» اختصاص داشته که با وجود اقرار به شهادتین، از دادن زکات خودداری کردند. طبق روایات اهل سنت این سرکوب سخت، محل نقد و اعتراض مسلمانان و صحابه قرار گرفت و چنان عجیب بود که حتی عمر با ذکر همین حدیث، که فاقد قید «اقامه نماز و ادای زکات» است، به ابوبکر اعتراض کرد. او در جواب، سوگند خورد که با هرکس که میان نماز و زکات جدایی بیاندازد، بجنگد و عمر قانع شد! (احمد بن حنبل، ۱۴۱۹، ۱۱/۱ و ۱۹ و ۳۵ و ۴۷؛ بخاری، ۱۴۰۷، ۵۰۷/۲؛ مسلم بن حجاج، بی تا، ۳۸/۱؛ ترمذی، بی تا، ۳/۵؛ ابوداود، بی تا، ۱/۲؛ نسایی، ۱۴۰۶، ۱۴/۵). روشن است که با اضافه شدن قید «یؤتوا الزکاة» به حدیث، صدای اعتراض صحابه و مسلمانان در برابر سرکوب «مانعان زکات»، خاموش می شد.

بعدها برخی از فقها نیز، آن‌ها را مرتد ندانستند (طوسی، ۱۴۰۷، ۳۳۷/۵) و عده‌ای از محققان، علت خودداری برخی قبایل مسلمان از دادن زکات را نامشروع دانستن خلافت ابوبکر دانسته‌اند (رک: جعفریان، ۱۳۸۵، ۳۸).

۳.۳. جمع‌بندی وضعیت صدور

بر اساس تمام آنچه گذشت می توان نتیجه گرفت، از نگاه مکتب وثاقت سندی تنها حدیث معتبر صحیحۀ عبید بن زراره در کتاب المحاسن است و به لحاظ متن حدیث نیز تنها باید بر الفاظ همین حدیث تمرکز داشت. البته آنچه از میان حجم زیاد نقل‌ها و گزارش‌ها اطمینان آور است، این حدیث است: «أُمِرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا - أَوْ يَشْهَدُوا أَنْ - لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَإِذَا قَالُوا فَقَدْ عَصَمُوا - أَوْ اعْتَصَمُوا أَوْ حَقَّنُوا - مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا وَحِسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ.»

اما بر اساس مکتب وثوق صدور باید گفت: استفاضه و بلکه تواتر این حدیث در میان اهل تسنن، به احتمال قوی ناشی از جمعیت زیاد مخاطبان پیامبر اکرم ﷺ در خطبه منا و آخرین خطبه در مدینه بوده است؛ همان‌طور که حدیث غدیر و حدیث

ثقلین نیز به همین دلیل دارای شهرت یا تواتر می باشد.

بدیهی است، کذب بودنِ اساسِ این خبر با توجه به این میزان از شهرتی که داراست و با توجه به اهمّیت فوق العاده مضمون این حدیث و کارایی آن در تعاملات سیاسی، واکنش منفی امامان: و اصحاب آنان را می طلبد. در حالی که می بینیم، این حدیث در روایات شیعه نه تنها تکذیب نشده بلکه به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله اسناد داده شده است.

یکی از عوامل تقویت کننده صدور این حدیث ماجرای دستور پیامبر اکرم به امام علی علیه السلام در غزوه خیبر است که با مشابه همین بیان ایشان را عازم به سوی قلعه خیبر می کنند^۱ (شیخ طوسی، ۱۴۱۴، ص ۳۸۰؛ مسلم بن حجاج، بی تا، ۱۲۱/۷).

از دیگر مؤیدهای درستی این روایت، اسناد روشن آن به حضرت رسول اکرم صلی الله علیه و آله می باشد که با عبارت «قال» در استدلال های فقهای است که هنوز منابع اولیه حدیثی - که مرجع تدوین جوامعی مانند کتب اربعه بوده اند - در اختیارشان بوده است، کسانی همچون: شیخ طوسی در «الخلاف» (۱۴۰۷، ۳۵۵/۵ و ۵۲۶ و ۵۴۰)، محقق حلّی در «المعتبر» (۱۴۰۷، ۴۳۲/۲)، علامه حلّی در کتاب های «تذکره الفقهاء» (۱۴۱۴، ۳۱۵/۴ و ۱۱۷/۹) و «منتهی المطلب» (۱۴۱۲، ۶۴/۱۴ و ۱۰۵)، شهید ثانی در «الرسائل» (۱۴۲۱، ۷۱۲/۲) و «روض الجنان» (۱۴۰۲، ۶۴۶/۲) و مقدس اردبیلی در «مجمع الفائدة و البرهان» (۱۴۰۳، ۲۷۱/۳) این حدیث را به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله اسناد داده یا به آن استدلال نموده اند. با توجه به سخت گیری فقهای چون شهید ثانی در قبول حدیث، این استناد حایز اهمیت است (برای توضیح منابع در اختیار فقهای حله و جبل عامل، بنگرید به: کولبرگ، ۱۳۷۱، ۱۴۹).

از مجموع گزارش های پیشین می توان اطمینان به صدور کلیت و اساس این حدیث را ادعا نمود.

۱. «أَخْبَرَنَا أَبُو الْحَسَنِ عَلِيُّ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ عُمَرَ بْنِ حَفْصِ الْمُقَرَّبِيِّ الْمُعْرُوفُ بِابْنِ الْحَمَامِيِّ بِوَرَاءَ عَلَيْهِ، قَالَ أَخْبَرَنَا أَبُو بَكْرِ أَحْمَدُ بْنُ سَلْمَانَ بْنِ الْحَسَنِ الْفَقِيهَ قِرَاءَةً عَلَيْهِ، قَالَ حَدَّثَنَا مُعَاذُ بْنُ الْمُثَنَّى، قَالَ حَدَّثَنَا مُسَدَّدٌ، قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو عَوَانَةَ، عَنْ سَهْلٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ لِأَعْطَيْنَ الزَّايَةَ عِدَا رَجُلًا يُحِبُّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، وَ يُحِبُّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، لَا يُوجِعُ حَتَّى يَفْتَحَ اللَّهُ عَلَيْهِ. قَالَ عُمَرُ مَا أَحْبَبْتُ الْإِمَارَةَ قَبْلَ يَوْمِئِذٍ، فَدَعَا عَلِيًّا لِللَّهِ فَبَعَثَهُ، فَقَالَ أَذْهَبُ، فَقَاتَلَ حَتَّى يَفْتَحَ اللَّهُ عَلَيْكَ، وَ لَا تَلْتَفِتْ، فَمَشَى سَاعَةً - أَوْ قَالَ قَلِيلًا - ثُمَّ وَقَفَ وَ لَمْ يَلْتَفِتْ، فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، عَلَيَّ مَا أَقَاتَلَ النَّاسَ قَالَ قَاتِلْتَهُمْ حَتَّى يَشْهَدُوا أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَ أَنْ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ فَإِذَا فَعَلُوا ذَلِكَ فَقَدْ مَتَعُوا مِنْكَ دِمَاءَهُمْ وَ أَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا، وَ حَسَابَتِهِمْ عَلَى اللَّهِ.»

۴. نقد دلالت حدیث بر جهاد دعوت

برای اثبات هدف از جهاد، به دو شکل می‌توان به این حدیث استدلال کرد: الف) دلالت کلمه «حتی»؛ یعنی «حتی» دلالت دارد بر تعلیل و هدف از امر به قتال. ب) عموم امر به قتال با استفاده از ابتدای حدیث در بعضی از نسخه‌ها: «لا أزال أقاتل الناس ...».

ج) اطلاق امر به قتال و غایت مسلمان شدن؛ تنها غایت و وجوب جنگ مسلمان شدن است. این اطلاق ما را به هدف از جهاد ابتدایی رهنمون می‌سازد.

۴.۱. نقد لغوی

الف) «مقاتله»: این کلمه از ریشه «قتل» و از باب مفاعله است که به معنای مشارکت است. سیوییه می‌گوید: «باب دو فاعل و دو مفعول که هر کدام کاری می‌کنند که دیگری با او کرده است» (نقل از: فیومی، بی‌تا، ۲/۴۹۰). صاحب بن عباد می‌گوید: «فلانی با فلانی مقاتله کرد؛ یعنی با او جنگید، پس با قتال، هر کدام به دیگری جراحتی وارد کرد.» (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ۵/۳۶۴) بنابراین واضح است که باید پای دو طرف در میان باشد تا «قتال» صدق کند و تا زمانی که یک طرف در حال آسیب رساندن باشد و طرف دیگر درگیر مبارزه نشده باشد، این واژه اطلاق نمی‌شود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۲۲

گهگاهی این باب با قرینه از معنای مشارکت خارج می‌شود، همانند واژه «قَاتِلٌ» در «قَاتِلُهُمُ اللَّهُ اَنْتَی يُؤَفِّكُون» (سوره توبه، ۳۰) که طریحی علت آن را توضیح داده است: «فَاعِلٌ، اگر چه باید میان دو طرف باشد، اما گاهی از یک نفر صادر می‌شود مانند (سافر)» (طریحی، ۱۴۱۶، ۵/۴۵۰). بنابراین، معنای اصلی و قاعده این باب مشارکت است و استعمال این باب در غیر مشارکت، یک استثنا محسوب می‌شود.

بوطی معتقد است؛ تعبیر «مقاتله» علاوه بر معنای مشارکت، به نکته‌ای دیگر نیز اشاره دارد و آن معنای مقاومت است. یعنی بر کسی «مقاتل» صدق می‌کند که در این پیکارِ دو طرفه، در موضع دفاع و مقاومت باشد. کسی که در موضع مهاجم است، «قاتل» نام می‌گیرد. بنابراین، این حدیث ارتباطی با جهاد ابتدایی ندارد (بوطی، ۱۴۱۴، ۵۹). این سخن از این جهت که وجود دو طرف را شرط در صدق «مقاتله» می‌داند

صحیح است. یعنی تهاجمی که هیچ مقاومتی به دنبالش نیست، قتال نمی‌باشد. اما اینکه نوع موضع، اعم از تهاجمی و دفاعی، در صدق این واژه دخالت داشته باشد، جای تأمل و فاقد شواهد است.

ب) «حتی»: قائلان به نظریه جهاد دعوت، واژه «حتی» را در این حدیث، دال بر تعلیل دانسته‌اند و بنابراین علت مأموریت پیامبر ﷺ به جنگ با کفار، مسلمان شدن و اقرار آنان به شهادتین بوده است.

ابن هشام درباره معنای «حتی»، هنگامی که بر سر فعل مضارع در می‌آید معتقد است؛ هم می‌تواند به معنای غایت و مرادف با «إلی» باشد و هم به معنای تعلیل و مرادف با «کی» به کار رفته باشد (ابن هشام، ۱۹۸۵، ۱۶۹). اگرچه استعمال آن در معنای غایت بیشتر است (ابن هشام، ۱۹۸۵، ۱۶۶). بر اساس این سخن، باید دید با توجه به سایر قراین و سیاق حدیث کدام معنا قابل پذیرش است؛ اگرچه شاید بتوان معنای غایت را معنای اصلی دانست.

۴.۲. نقد سیاقی

در روایات شیعه و سنی سه سیاق برای این حدیث گزارش شده است که هر سه ذیل خطبه پیامبر اکرم ﷺ در منا و در مقام بیان حرمت مسلمان و احترام به جان و مال او آمده است.

در نقل تفسیر قمی چنین آمده است: «فرمود: ... آیا می‌دانید محترم‌ترین روز چه روزی است؟ مردم گفتند: امروز. فرمود: محترم‌ترین ماه چه ماهی است؟ مردم گفتند: همین ماه. فرمود: محترم‌ترین مکان چه مکانی است؟ مردم گفتند: همین مکان. فرمود: خون، مال و عرض شما بر شما حرام است، مانند حرمت امروز در این ماه و در این مکان؛ تا اینکه روز دیدار پروردگار فرا برسد و از شما درباره رفتارتان پرسد ... آگاه باشید که هر خون‌خواهی، انتقام جانی یا مالی که در جاهلیت بود زیر پاهای من است. هیچ کس بر دیگری برتری ندارد، مگر به تقوا ... آگاه باشید که شیطان از عبادت خودش در این سرزمین ناامید شده، اما به کارهایی که شما کوچکشان می‌شمارید، راضی است. بدانید که اگر شیطان اطاعت شود، عبادت شده است. ای

مردم! مسلمان با مسلمان حقیقتاً برادر است. جان و مال مسلمان برای مسلمان حلال نیست؛ مگر آنچه با رضایت به او داده است.» (قمی، ۱۳۶۷، ۱/۱۷۲). در این بخش از حدیث، موضع بحث آغاز می‌شود: «... من دستور گرفتم که با مردم بجنگم، تا آنجا که بگویند: خدایی جز الله نیست؛ که اگر چنین بگویند، جان و مال خود را از من محفوظ می‌دارند، مگر به حقیقت و البته حسابشان با خداست ... بعد از من کافر نشوید و بر سر دنیا گردن یکدیگر را با شمشیر نزنید؛ که اگر چنین کنید و قطعاً خواهید کرد. مرا میان جبرئیل و میکائیل در لشکری می‌یابید که صورتان را با شمشیر می‌زنم ...».

این خطبه با همین سیاق در المغازی و تاریخ یعقوبی آمده است (واقعی، ۱۴۰۹، ۳/۱۱۱۰ تا ۱۱۱۳؛ یعقوبی، بی تا، ۲/۱۱۱). در نقل آن دو اضافاتی مانند: حقوق متقابل زن و مرد نیز ذکر شده و روشن است که اساساً سخن از جهاد و جنگ نیست.

همچنین این روایت، در ثواب الاعمال جزء آخرین خطبه پیامبر اکرم ﷺ در مدینه است و مضمون این خطبه نیز ارتباطی با احکام جهاد ندارد؛ بلکه در بخش زیادی از آن صحبت از حقوق مسلمان است. به‌طور مثال، در همین حدیث فرموده‌اند: «... و هرکس صبح و شام کند در حالیکه در دلش نسبت به برادر مسلمانش کینه و فکر خیانت باشد، صبح و شام می‌کند در حالیکه در خشم خداوند به سر می‌برد؛ تا اینکه توبه کند و بازگردد. اگر در این حال بمیرد بر غیر دین اسلام مرده است. سپس رسول خدا ﷺ فرمود: آگاه باشید که هرکس به مسلمان خیانت کند، از ما نیست و این جمله را سه بار تکرار نمود ...» (شیخ صدوق، ۱۴۰۶، ۲۸۴).

تفریع پیامبر اکرم ﷺ بر کلام خویش، قرینه خوبی برای تشخیص مقام کلام است. حضرت پس از بیان «حدیث مقاتله» فرموده‌اند: «... پس اگر لا إله إلا الله بگویند، جان و مالشان محفوظ است ...» یعنی بر اساس غایتی که خداوند برای امر به قتال بیان فرموده، اقرار به توحید موجب احترام جان و مال می‌شود. این تفریع به ما می‌گوید؛ غرض پیامبر اکرم ﷺ از بیان جمله نخست، رسیدن به این تفریع و نتیجه‌گیری بوده است؛ یعنی حتی نامسلمانی که مستحق جنگ و جهاد مشروع است (یعنی کافر و کتابی حربی، مطابق ادله) اگر اسلام آورد، در امان خواهد بود.

۴.۳. نقض تاریخی

در روایات اهل سنت، ماجرای به نقل از اوس ثقفی ذکر شده که سبب صدور این حدیث شده است. در این حدیث پیامبر اکرم ﷺ در مقام نهی از کشتن شخصی که از روی ترس شهادتین را به زبان آورده این کلام را فرمودند:

«نعمان بن بشیر می گوید: از اوس شنیدم که می گفت: همراه با گروه قبیله ثقیف نزد رسول خدا ﷺ آمدم. در خیمه ای بودیم. سپس همه غیر از من و پیامبر ﷺ برخاستند. مردی آمد و به طور پنهانی با پیامبر سخن گفت. پیامبر فرمود: برو و او را بکش. سپس فرمود: آیا شهادت به یگانگی خداوند نمی دهد؟ عرض کرد: چرا، اما از ترس این کار را می کند. فرمود: او را برگردان. من مأمور شدم با مردم بجنگم تا اینکه شهادت دهند خدایی جز الله نیست. اگر چنین بگویند، خون و مال آنان بر من حرام است، مگر به حق» (احمد بن حنبل، ۱۴۱۹، ۸/۴؛ دارمی، ۱۴۰۷، ۲/۲۸۷؛ ابن ماجه، بی تا، ۱۲۹۵/۲؛ نسایی، ۱۴۰۶، ۸۰/۷).

سیاق لفظی و صدور حدیث نشان از این دارد که پیامبر اکرم ﷺ در این حدیث در صدد بیان حکم قتال و جنگ نبوده اند و غرض حضرت تبیین و توضیح اهمیت احترام به خون و مال مسلمان بوده است. یعنی در صدد بیان این نکته هستند که جنگ مشروع با هر قید و شرطی که دارد (مثلاً با کافر حربی) با مسلمان شدن او متوقف می شود و خون و مالش حرمت می یابد.

۴.۴. نقض عرفی

برداشت دیگران از این حدیث می تواند ما را به فهم عرفی نزدیک تر کند. بیشترین استفاده از این حدیث، از نظر اطلاق غایت بوده است؛ نه اطلاق امر به قتال. اینکه اسلام شخص چگونه محقق می شود؟ آیا نماز خواندن اثبات مسلمانانی می کند یا ابراز شهادتین لازم است؟ آیا اسیر تازه مسلمان شده حرمت دارد؟ آیا جان مرتد با توبه محترم می شود؟ در این مسایل و مانند این ها به اطلاق غایت، استناد شده و اقرار به شهادتین موجب احترام جان و مال قلمداد شده است (ر.ک: طوسی، ۱۴۰۷، ۳۵۵/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۶۱/۹، و ۱۴۱۲، ۲۱۲/۱۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۹۹/۸؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۱۲۵/۲۱).

از جمله استنادهایی که به این روایت شده، استناد عمر بن خطاب به اطلاق غایت در این حدیث است (احمد بن حنبل، ۱۴۱۹، ۱۱/۱ و ۱۹ و ۳۵ و ۴۷؛ بخاری، ۱۴۰۷، ۵۰۷/۲ و ۲۵۳۸/۶ و ۲۶۵۷؛ مسلم، بی تا، ۳۸/۱؛ ترمذی، بی تا، ۳/۵؛ ابو داود، بی تا، ۱/۲؛ نسایی، ۱۴۰۶، ۱۴/۵). این سخن عمر نیز شاهدی بر این مدعاست که فهم غالب مسلمانان از این حدیث اطلاق غایت بوده است؛ نه اطلاق امر به قتال. چرا که بر اساس این حدیث، عمر از بازتاب خبر جنگ با مانعان زکات، در میان مسلمانان، بیمناک بود و این در حالی است که همگان این حدیث نبوی را شنیده بودند.

طبق بررسی انجام شده، ادعای اطلاق این حدیث به لحاظ امر به قتال، تنها در کلام فقیهانی چون شافعی، شیخ طوسی ابن قدامه مقدسی و علامه حلی دیده می شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۵۴۰/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۴۶/۹ و ۲۸۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۲، ۶۴/۱۴ و ۲۶/۱۵؛ شافعی، ۱۴۲۲، ۵۷۳/۵؛ مقدسی، ۱۳۸۸، ۲۱۲/۹ و ۳۳۳). نعمان بن محمد مغربی، صاحب دعائم الإسلام، تصریح می کند حکم قتال در این حدیث مجمل است و حدود و شروط آن در کتاب خدا آمده است (مغربی، ۱۳۸۵، ۴۰۲/۲).

۵. جمع بندی دلالتی و اطلاق

همان طور که در مقدمه گذشت، برخی از فقیهان بر این عقیده اند که امر به قتال در این حدیث اطلاق دارد و تنها قید و غایت آن، مسلمان شدن کافران است. کلمه «الناس» تمام مردم آن زمان، اعم از مشرکان، اهل کتاب، مجوس، افراد نظامی و غیر نظامی شامل می شود. هیچ غایت دیگری، مانند مصالحه وجود ندارد. تنها مواردی، مانند جزیه اهل کتاب به دلیل وجود دلیل خاص، از ذیل این امر خارج می شود.

به طور مثال، شیخ طوسی و علامه حلی معتقدند: این حدیث جهاد ابتدایی را به طور مطلق واجب می داند و تنها دو مورد از آن خارج شده است. آن دو مورد عبارتند از کسانی که کتاب آسمانی دارند و کسانی مانند مجوس که شبهه داشتن کتاب آسمانی درباره آنان هست. در این دو مورد، دادن جزیه مانع از ادامه جنگ می شود. اما در غیر این دو مورد براساس اطلاق حدیث، تنها غایت جهاد، مسلمان شدن است (طوسی، ۱۴۰۷، ۵۴۰/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۴۶/۹ و ۲۸۰، و ۱۴۱۲،

۶۴/۱۴ و ۲۶/۱۵). در میان اهل سنت، شافعی و ابن قدامه مقدسی این اطلاق را پذیرفته‌اند (شافعی، ۱۴۲۲، ۵۷۳/۵؛ مقدسی، ۱۳۸۸، ۲۱۲/۹ و ۳۳۳).

قوی‌ترین استدلال به این روایت برای اثبات هدف جهاد ابتدایی ظهور عرفی اطلاق حکم و غایتِ مسلمان شدن است. وقتی گفته شود باید با تمام مردم به طور مطلق جنگید و تنها غایت و پایان جنگ، مسلمان شدن آن‌ها است عرفاً چنین برداشت می‌شود که هدف و انگیزهٔ شخص آمر از دستور به جنگ مسلمان شدن و پذیرش همگانی شریعت اسلام است.

این استدلال با فرض اطلاق امر به قتال در این حدیث، قابل پذیرش است و این استظهار عرفی صحیح است. اما با توجه به مجموع قراین و شواهدی که در صدر و ذیل روایت و در سبب صدور حدیث یافت می‌شود، به نظر می‌رسد اساساً اطلاق در ناحیهٔ امر به قتال وجود ندارد. از این قراین می‌توان برداشت کرد؛ پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در مقام بیان حرمت جان و مال مسلمان بوده‌اند و در این مقام، این احترام را چنین تبیین می‌کنند که در هر مقطع از تاریخ حکومت اسلامی و در هر ظرف زمانی و مکانی که خداوند امر به جهاد فرمود، این جنگ با مسلمان شدن دشمن پایان می‌یابد. حال، ظرف و شرایط جنگ چه بوده است؟ این حدیث هیچ دلالتی ندارد. با توجه به اینکه از ادلهٔ دیگر نیز، چیزی بیش از مشروعیت جهاد با نامسلمانان اهل جنگ؛ یعنی کافران حربی، بر نمی‌آید (رک: بلاغی، ۱۴۳۱، ۲۲۰؛ فضل الله، ۱۴۱۹، ۴۸/۵؛ بوٹی، ۱۴۱۴، ۱۰۶؛ زحیلی، ۱۳۸۵، ۹۰)، بنابراین، منظور همان خواهد بود.

۵. نقد حجیت حدیث برای جهاد دعوت

بر فرض پذیرش اطلاق امر به قتال در این حدیث، حجیت آن جای تأمل دارد؛ چرا که این مدلول، با قرآن و سنت قطعی مخالف است. از یک سو، اطلاق وجوب قتال با کافران قابل پذیرش نیست و از سوی دیگر، اجبار دینی و اکراه کافران به پذیرش اسلام، مخالف قرآن کریم و سیرهٔ نبوی است.

۵.۱. عدم حجیت «اطلاق وجوب قتال»

تعرض به غیرنظامیان اعم از زنان، کودکان و سالمندان همیشه و در همهٔ جنگ‌ها

ممنوع بوده است. سفارش پیامبر اکرم ﷺ به مجاهدان در این رابطه که غیرنظامیان، اعم از کودکان، زنان و سالمندان، همواره در امنیت‌اند در بسیاری از روایات شیعه نقل شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۰/۵؛ برقی، ۱۳۷۱، ۳۵۵/۲). به‌عنوان نمونه، «امام صادق علیه السلام فرمود: هرگاه رسول‌خدا صلی الله علیه و آله و سلم می‌خواست سربهای را راهی کند، آن‌ها را فرا می‌خواند و روبه‌روی خود می‌نشانند، سپس می‌فرمود: ... و هیچ سالمند فرتوت، کودک و زنی را نکشید ...» (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۷/۵ و ۳۰). «امام صادق علیه السلام: از پدرش، از پدرانش نقل می‌کند که پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: مشرکان را بکشید و از سالمندان و کودکان آن‌ها حیا کنید» (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۴۲/۶). این دستور منحصر در سال‌های نخست نبوده است. بلکه در سخت‌ترین شرایط از حیات پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم، یعنی در سال‌های پایانی حکومت نسبت به مشرکان، این مصونیت تأکید و مورد توجه ایشان بوده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۰/۵؛ برقی، ۱۳۷۱، ۳۵۵/۲).

این گزارش‌ها در کتاب‌های تاریخی نیز به تکرار ذکر شده‌اند. همان‌طور که گذشت، دستور پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم در غزوه موده حاکی از مصونیت افراد ناتوان از جنگ، بلکه راهبان کلیساست (واقدی، ۱۴۰۹، ۷۵۷/۲). مصونیت راهبان در روایتی از کافی نیز آمده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۷/۵). علاوه بر غیرنظامیان، طبق آیات برائت، مشرکان مستأمن و معاهد براساس آیه جزیه اهل کتاب ذمی، همواره در امان حکومت اسلامی بوده‌اند. مشرکان معاهد، مشرکانی‌اند که با مسلمانان پیمان داشته، بر سر پیمان خود مانده و کسی را علیه مسلمانان یاری نرساندند. در سوره توبه پس از فرمان به جنگ با مشرکان آمده است: «... مگر آن مشرکانی که با آن‌ها پیمان بسته‌اید، و چیزی از [تعهدات خود نسبت به] شما فروگذار نکرده، و کسی را بر ضد شما پشتیبانی ننموده‌اند. پس پیمان اینان را تا [پایان] مدّتشان تمام کنید، چرا که خدا پرهیزکاران را دوست دارد» (توبه / ۴).

مشرکان مستأمن؛ یعنی مشرکانی که به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم پناهنده شده‌اند. در آیه ششم سوره توبه به این استثنا اشاره شده است: «و اگر یکی از مشرکان از تو پناه خواست، پناهش ده تا کلام خدا را بشنود، سپس او را به مکان امنش برسان، چرا که آن‌ها قومی بی‌اطلاعتند» (توبه / ۶).

همچنین در روایتی از امام صادق علیه السلام چنین آمده است: «هرگاه رسول خدا صلی الله علیه و آله می‌خواست سریره‌ای را راهی کند آن‌ها را فرا می‌خواند و روبه‌روی خود می‌نشاند، سپس می‌گفت: ... هر شخصی، از پست‌ترین مسلمانان یا برترین مسلمانان، به فردی از مشرکان نظر کند، پس آن مشرک در پناه است تا کلام خدا را بشنود. پس اگر از شما پیروی کرد برادر دینی شماست و اگر امتناع کرد، او را به پناهگاهش برسانید و از خداوند علیه او یاری بجوید» (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۷/۵ و ۳۰).

در هنگام جنگ اگر شخصی از کافران به اسارت مسلمانان درآید، نباید کشته شود؛ بلکه باید احکام اسیر بر او اجرا شود: «پس چون با کسانی که کفر ورزیده‌اند برخورد کنید، گردن‌ها [یشان] را بزنید. تا چون آنان را [در کشتار] از پای درآوردید، پس [اسیران را] استوار در بند کشید، سپس یا [بر آنان] منت نهید [و آزادشان کنید] و یا فدیة [و عوض از ایشان بگیرید]، تا در جنگ، اسلحه بر زمین گذاشته شود ...» (محمد/۴).

موارد استثنا به اندازه‌ای زیاد است که بر فرض وجود اطلاق، موجب تخصیص اکثر و وهن اطلاق می‌گردد؛ یعنی پذیرش اطلاق این روایت موجب تخصیص اکثر می‌گردد و این چنین سخن گفتن برای یک انسان عادی نیز ناپسند و غیرقابل قبول است، چه رسد به حکیمی که هریک از سخنانش برای تمام مسلمانان، الهام‌بخش شریعت بوده و گوینده‌اش در نهایت فصاحت بوده است.

۵.۲. عدم اکراه در دین

بر فرض پذیرش اطلاق حدیث و دلالت اطلاق بر هدف مسلمان شدن کافران، مضمون این حدیث مخالف قرآن کریم است. آیاتی از قرآن کریم فرضیه اجبار به پذیرش قلبی دین اسلام را نفی می‌کنند. «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ...» (بقره، ۲۵۶)؛ «در دین هیچ اجباری نیست. راه از بیراهه بخوبی آشکار شده است ...»

«قَدْ كَرِهَ اللَّهُ لَنَا أَنْ نَكُونَ كُفَرَاءَ أَلَمْ يَكُن لَكُمْ الْإِسْلَامُ حَتَّى تَكُونُوا يَهُودًا أَوْ نَصَارًا أَوْ مَجَاسِقَ الَّذِينَ هَدَىٰ اللَّهُ أَكْثَرَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ» (آل عمران، ۸۵)؛ «پس تذکر ده که تو تنها تذکردهنده‌ای. (۲۱) بر آن‌ها تسلطی نداری (۲۲)».

«وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعاً فَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا

مُؤْمِنِينَ﴾ (یونس، ۹۹)؛ «و اگر پروردگار تو می خواست، قطعاً هر که در زمین است همه آنها یک سر ایمان می آوردند. پس آیا تو مردم را ناگزیر می کنی که بگردند؟»
 در روایتی از امام رضا علیه السلام به آیه بالا اشاره شده است: «مسلمانان به رسول خدا صلی الله علیه و آله عرض کردند: اگر مردمی را که بر آنان قدرت داری، بر اسلام آوردن، اجبار کنی، تعدادمان بیشتر می شود و در برابر دشمن نیرومند می شویم. رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمود: خداوند را با بدعتی دیدار نخواهم کرد که درباره آن چیزی به من نگفته است و من از متکلفان نیستم. سپس خداوند وحی فرمود که ای محمد! اگر پروردگارت می خواست، تمام افراد زمین با اجبار و اضطرار در دنیا ایمان می آوردند ... اگر با آنها چنین کنم سزاوار ثواب و مدح من نمی شوند. اما من می خواهم آنان با اختیار و بدون اضطرار ایمان آورند تا شایسته نزدیکی، برتری و بهشت جاودان را بیابند ...» (صدوق، ۱۳۹۸، ۳۴۱).

در یازده آیه از سوره های مختلف قرآن کریم این مضمون تکرار شده است که بر پیامبر وظیفه ای جز تبلیغ و پیام رسانی نیست. از جمله آیه ۲۰ سوره آل عمران: «پس اگر با تو به محاجّه برخاستند، بگو من خود را تسلیم خدا نموده ام و هر که مرا پیروی کرده [نیز خود را تسلیم خدا نموده است] و به کسانی که اهل کتابند و به مشرکان بگو آیا اسلام آورده اید؟ پس اگر اسلام آوردند، قطعاً هدایت یافته اند و اگر روی برتافتند، فقط رساندن پیام بر عهده توست و خداوند به [امور] بندگان بیناست».

در قرآن کریم، به روش دعوت به اسلام و تبلیغ شریعت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله اشاره شده است:

﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَ جَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ...﴾ (نحل، ۱۲۵)؛ «با حکمت و اندرز نیکو به راه پروردگارت دعوت کن و با آنان به [شیوه ای] که نیکوتر است مجادله نمای. در حقیقت، پروردگار تو به [حال] کسی که از راه او منحرف شده داناتر، و او به [حال] راه یافتگان [نیز] داناتر است ...».
 در جای دیگری نیز اهل کتاب را به توافق بر خدای واحد و تسلیم در برابر او، دعوت کرده است (عنکبوت، ۴۶).

سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله گواه بر ادامه گفت و گوی دینی با کافران است. این سیره از

بعثت آغاز شد و تا وفات حضرت ادامه داشت؛ مانند مبلغانی که در رجیع به شهادت رسیدند (واقدی، ۱۴۰۹، ۱/۳۵۴). همچنین، چهل قاری جوان که در سال چهارم هجری به عنوان مبلغ ارسال شدند و در بئر معونه به شهادت رسیدند (واقدی، ۱۴۰۹، ۱/۳۴۷).

مناظره و مباحثه حضرت با مسیحیان نجران گواه بر این سیره است (مفید، ۱۴۱۳، ۱/۱۶۷؛ یعقوبی، بی تا، ۲/۸۲). باید توجه داشت که این ماجرا به تصریح شیخ مفید، بعد از فتح مکه و در زمان قدرت حکومت اسلامی و اقبال عمومی به سوی پیامبر اکرم ﷺ روی داد. یعنی نمی توان گفت، ناتوانی از جنگ و پیکار، پیامبر را به بحث و گفت و گو واداشت، بلکه پیامبر اکرم ﷺ در اوج قدرت به گفت و گو با دیگران نشست. نفی اکراه دینی، یکی از مفاد صلح حدیبیه نیز قابل استناد است. طبق نقل قمی و طبرسی در این صلح نامه آمده است: «... هیچ کس بر دینی اجبار نشود و به خاطر دینش مورد آزار و سرزنش قرار نگیرد ...» (قمی، ۱۳۶۷، ۲/۳۱۳؛ طبرسی، بی تا، ۱/۲۰۵).

چنان که گذشت، طرفداران اطلاق آیه سیف و حدیث مقاتله، این دو دلیل نقلی را ناسخ آیات پیشین می دانند (ابن رشد، ۱۳۹۵، ۱/۳۸۴). ادعای نسخ یا اختصاص آیات نفی اکراه در دین و سیره نبوی به مکه و قبل از تشکیل حکومت اسلامی، یا اختصاص به قبل از نزول آیات برائت، بی اساس است. قرضای به طور مبسوط، ادعای نسخ را به چالش کشیده است (قرضاوی، ۲۰۰۹، ۲۸۵). به اعتقاد قرضای، در بعضی از آیاتی که ادعای نسخ آن ها شده تعلیلی است که مانع از پذیرش قول نسخ می شود. به طور مثال، آیه شریفه ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ...﴾ (بقره، ۲۵۶). تعلیلی را که برای نفی اکراه ذکر می کند، روشن بودن حقانیت دین اسلام است (قرضاوی، ۲۰۰۹، ۳۲۲).

نتیجه گیری

حدیث «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ...» یکی از دو مستند اصلی نظریه جهاد دعوت است. این روایت در چهار منبع حدیثی شیعه، یعنی

کتاب‌های تفسیر قمی، المحاسن، ثواب الاعمال و عیون اخبار الرضا، ذکر شده و در میان اهل سنت از شهرت نیز برخوردار است و اطمینان به صدور آن حاصل می‌شود. بر اساس مکتب وثوق سندی نیز می‌توان به صحیحۀ عبید بن زراره در کتاب المحاسن تکیه نمود.

این حدیث به‌طور اجمالی بر وجوب جهاد ابتدایی دلالت دارد. اما این دلالت به هیچ‌وجه اطلاق ندارد؛ زیرا به قراین گوناگون، متکلم در مقام بیان حکم جهاد نبوده است و صرفاً درصدد بیان احترام یافتن مسلمان به سبب اقرار به شهادتین بوده است؛ یعنی جان و مال مسلمان آن‌قدر دارای اهمیت است که حتی قتال و جنگ در مواردی که مشروعیت دارد (یعنی جدال با کافر حربی) با مسلمان شدن کافر متوقف می‌گردد. اما اینکه هدف و شروط جهاد چیست؟ این حدیث به‌هیچ‌وجه دلالت بر این مطلب ندارد. علاوه بر این، این برداشت از حدیث و اساساً نظریه جهاد دعوت با قرآن و سنت قطعی ناسازگار است. تمام ادله پیشین می‌توانند این نکته مهم و اساسی را اثبات کنند که داشتن دین ناصحیح و منحرف نمی‌تواند مرکزکرامت انسان، به‌معنای احترام جان و مال او، محسوب شود. بنابراین، حرمت خون یک شخص به‌خاطر داشتن دین و آیین خطایش، از او سلب نمی‌گردد و هدف از جهاد نمی‌تواند تغییر عقیده و اجبار کافر به پذیرش دین و آیین اسلام باشد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۳۲

منابع

قرآن کریم.

۱. آصفی، محمد مهدی. (۱۴۲۱ق). جهاد. چ اول. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲. ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم. (۱۴۲۵ق). قتال الکفار و مهادهتهم و تحریم قتلهم لمجرد کفرهم. چ اول. ریاض: مکتبة الملک فهد.
۳. ابن رشد قرطبی، محمد بن احمد. (۱۳۹۵ق). بدایة المجتهد و نهاية المقتصد. چ چهارم. قاهره: مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
۴. ابن ماجه، محمد بن یزید. (بی تا). سنن ابن ماجه. بیروت: دار الفکر.
۵. ابن هشام، جمال الدین. (۱۹۸۵م). مغنی اللیب عن کتب الأعراب. چ ششم. بیروت: دارالفکر.

٦. ابوداود، سليمان بن اشعث. (بي تا). سنن أبي داود. بيروت: دار الكتاب العربي.
٧. ابويوسف، يعقوب بن ابراهيم. (١٣٨٢ق). الخراج. ج سوم. قاهره: السلفيه.
٨. احمد بن حنبل، ابو عبدالله. (١٤١٩ق). مسند أحمد. ج اول. بيروت: عالم الكتب.
٩. اردبيلي، احمد بن محمد (مقدس اردبيلي). (١٤٠٣ق). مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. ج اول. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
١٠. بخارى، محمد بن اسماعيل. (١٤٠٧ق). صحيح البخارى. ج سوم. بيروت: دار ابن كثير.
١١. برقي، احمد بن محمد. (١٣٧١ق). المحاسن. ج دوم. قم: دار الكتب الإسلامية.
١٢. بغوي، حسين بن مسعود. (١٤١٨ق). التهذيب في فقه الإمام الشافعي. ج اول. بی جا: دار الكتب العلمية.
١٣. _____ (١٤٠٣ق). شرح السنة. ج دوم. بيروت: المكتب الإسلامي.
١٤. بلاغي، محمد جواد. (١٤٣١ق). الرحلة المدرسية. ج دوم. قم: مركز إحياء التراث الإسلامي.
١٥. بوطي، محمد سعيد رمضان. (١٤١٤ق). الجهاد في الإسلام. ج اول. دمشق: دار الفكر.
١٦. بيهقي، ابوبكر. (١٤١٤ق). سنن البيهقي الكبرى. مكة: مكتبة دار الباز.
١٧. ترمذی، محمد بن عيسى. (بي تا). سنن الترمذی. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
١٨. جرار، حسنى ادهم. (بي تا). الشهيد عبدالله عزام. عمان: دار الضياء.
١٩. جعفریان، رسول. (١٣٨٥ش). تاريخ خلفا. ج چهارم. قم: دليل ما.
٢٠. حاكم، محمد بن عبدالله. (١٤١١ق). المستدرک على الصحيحين. ج اول. بيروت: دار الكتب العلمية.
٢١. حایری، سيدكاظم. (بي تا). الكفاح المسلح في الإسلام. بی جا: الرسول المصطفى.
٢٢. حلّي، جعفر بن حسن (محقق حلّي). (١٤٠٨ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. ج دوم. قم: مؤسسة اسماعيليان.
٢٣. _____ (١٤٠٧ق). المعبر في شرح المختصر. ج اول. قم: مؤسسة سيد الشهداء عليه السلام.
٢٤. حلّي، حسن بن يوسف (علامة حلّي). (١٤١٤ق). تذكرة الفقهاء. ج اول. قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام.
٢٥. _____ (١٣٨١ق). خلاصة الأقوال. ج دوم. نجف: المطبعة الحيدرية.
٢٦. _____ (١٤١٢ق). منتهى المطلب في تحقيق المذهب. ج اول. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
٢٧. خوئی، ابوالقاسم. (بي تا). مصباح الفقاهة. تقرير: محمد على توحیدی. بی جا: بی نا.
٢٨. _____ (بي تا). معجم رجال الحديث. بی جا: بی نا.

۲۹. _____ (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئي . ج اول. قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي .
۳۰. دارقطنی، علی بن عمر. (۱۳۸۶ق). سنن الدارقطني . بيروت: دار المعرفة.
۳۱. دارمی، عبدالله بن عبدالرحمن. (۱۴۰۷ق). سنن الدارمی. ج اول. بيروت: دار الكتاب العربي.
۳۲. رشید رضا، محمد. (۱۹۹۰م). تفسیر المنار. قاهره: الهيئة المصرية العامة للكتاب.
۳۳. زحیلی، وهبه. (۱۳۸۵ق). آثار الحرب في الفقه الإسلامي. ج دوم. بيروت: دار الفكر.
۳۴. سید قطب، قطب بن ابراهیم. (۱۴۱۲ق). في ظلال القرآن. ج هفدهم. بيروت: دار الشروق.
۳۵. شافعی، محمد بن ادريس. (۱۴۲۲ق). الأم. ج اول. قاهره: دار الوفاء.
۳۶. شبیری زنجانی، موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. ج اول. قم: مؤسسه رأی پرداز.
۳۷. صالحی نجف آبادی، نعمت الله. (۱۳۸۲ش). جهاد در اسلام. ج اول. تهران: نشر نی.
۳۸. صاحب بن عباد، اسماعیل. (۱۴۱۴ق). المحيط في اللغة. ج اول. بيروت: عالم الكتاب.
۳۹. صدوق، محمد بن علی. (۱۳۹۸ق). التوحيد. ج اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۰. _____ (۱۴۰۶ق). ثواب الأعمال و عقاب الأعمال. ج دوم. قم: دار الشریف الرضی.
۴۱. _____ (۱۳۷۸ق). عیون أخبار الرضا علیه السلام. ج اول. تهران: نشر جهان.
۴۲. طباطبایی، علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. ج اول. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۴۳. طباطبایی، محمد حسین. (۱۴۱۷ق). المیزان في تفسير القرآن. ج پنجم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۴. طبرسی، فضل بن حسن. (بی تا). إعلام الوری بأعلام الهدی. ج سوم. تهران: دار الکتب الإسلامية.
۴۵. _____ (۱۳۷۲ش). مجمع البيان في تفسير القرآن. ج سوم. تهران: ناصر خسرو.
۴۶. طبری، ابن جریر. (۱۴۲۰ق). جامع البيان. ج اول. بی جا: مؤسسة الرسالة.
۴۷. طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرين. ج سوم. تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۴۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق). الأمالی. ج اول. قم: دار الثقافة.
۴۹. _____ (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. ج چهارم. تهران: دار الکتب الإسلامية.
۵۰. _____ (۱۴۰۷ق). الخلاف. ج اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۱. _____ (۱۴۲۷ق). رجال الطوسی. ج سوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۲. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۲۱ق). الرسائل. ج اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۳. _____ (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقية. ج اول. قم: کتابفروشی داوری.

جستارهای فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۵۴. _____ (۱۴۰۲ق). روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان. ج اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۵. عبدالحمیدی، حسین. «نقد دیدگاه مستشرقان درباره جنگ‌های پیامبر اعظم ﷺ»، قرآن پژوهی خاورشناسان، ۱۳۹۱ش، پاییز و زمستان / سال هفتم، ش ۱۳، ص ۶۵ تا ۸۶.
۵۶. عبده، محمد. (۲۰۰۵م). رسالة التوحید. بی جا: مكتبة الأسرة.
۵۷. عزام، عبدالله. (بی تا). فی الجهاد فقه و اجتهاد. پیشاور: مركز الشهيد عزام الإعلامی.
۵۸. فراهانی، میرزا ابوالقاسم. (۱۴۲۶ق). رسالة جهادیه. ج اول. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۵۹. فضل الله، محمد حسین. (۱۴۱۹ق). من وحی القرآن. چ دوم. بیروت: دار الملائک.
۶۰. فوزان، صالح. (۱۴۳۰ق). أحكام التعامل مع غیر المسلمین. ج اول. ریاض: دار کنوز ایشیلیا.
۶۱. فیومی، احمد بن محمد. (بی تا). المصباح المنیر. ج اول. قم: دار الرضی.
۶۲. قرضاوی، یوسف. (۲۰۰۹م). فقه الجهاد. چ دوم. قاهره: مكتبة وهبة.
۶۳. قمی، علی بن ابراهیم. (۱۳۶۷ق). تفسیر القمی. چ چهارم. قم: دار الكتاب.
۶۴. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. چ چهارم. تهران: دار الکتب الإسلامية.
۶۵. کولبرگ، اتان. (۱۳۷۱ش). کتابخانه ابن طاووس و احوال و آثار او. ترجمه: سید علی قرائی و رسول جعفریان. قم: کتابخانه عمومی آیت الله مرعشی نجفی.
۶۶. مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی. (۱۳۸۷ش). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. چ اول. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۶۷. مسلم بن حجاج، ابوالحسن قشیری. (بی تا). صحیح مسلم. بیروت: دار الجیل.
۶۸. مغربی، نعمان بن محمد. (۱۳۸۵ق). دعائم الإسلام. چ دوم. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۳ق). الإرشاد فی معرفة حجج الله علی العباد. چ اول. قم: کنگره شیخ مفید.
۷۰. مقدسی، ابن قدامه. (۱۳۸۸ق). المغنی. قاهره: مكتبة القاهرة.
۷۱. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية. چ دوم. قم: تفکر.
۷۲. مهاجر، ابو عبدالله. (بی تا). مسائل من فقه الجهاد. بی جا: بی نا.
۷۳. نجاشی، احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۴. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چ هفتم. بیروت:

دار إحياء التراث العربی .

۷۵. نسایی، احمد بن شعيب. (۱۴۰۶ق) . سنن النسائی . چ دوم . حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية.

۷۶. واقدی، محمد. (۱۴۰۹ق) . المغازی . چ سوم . بیروت: اعلمی .

۷۷. یعقوبی، احمد. (بی تا) . تاریخ یعقوبی . قم: اهل بیت علیهم السلام .

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۳۶

عدم ارتثبری فرزند نامشروع از والدین طبیعی در بوته نقد^۱

سیدجمال احمدی روئین^۲

حسین ناصری مقدم^۳

عباسعلی سلطانی^۴

عدم ارتثبری
فرزند نامشروع از
والدین طبیعی
در بوته نقد

۳۷

چکیده

نظریه پردازان مکتب تحققی (اثبات گرایان) قائل به وجود مفهومی تحت عنوان «مجرمان بالفطره» هستند؛ ایشان معتقدند کسانی که ذاتاً تمایل به انجام بزه دارند و دارای حالت خطرناک‌اند، باید تحت مراقبت و اقدامات تأمینی قرار گیرند. در مواجهه با این دیدگاه، ما با دو نوع تعالیم، در منظومه دینی خود روبرویم. در بسیاری از متون دینی، افراد بشر از فطرت و درون‌مایه پاک برخوردار و همگان در برابر رفتار آگاهانه و قاصدانه خود مسئول‌اند؛ در مقابل، برخی نصوص، مانند روایاتی که سعادت و شقاوت را ذاتی انسان‌ها می‌داند و نیز احکامی که فرد را بدون داشتن اختیار، از برخی حقوق و امتیازات محروم می‌دارد،

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۶/۰۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۲۰

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، (متخذ از رساله دکتری). رایانامه: jamekoooran1414@gmail.com

۳. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد. (نویسنده مسئول) رایانامه: naseri1962@um.ac.ir

۴. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد. رایانامه: soltani@um.ac.ir

شائبه نظریه‌های تحقیقی را زنده می‌کند. یکی از مصادیق چالش‌برانگیز وضعیت شرعی فرد متولد از رابطه نامشروع است؛ با این توضیح که مشهور فقیهان معتقدند: «ولد الزنا» از تصدّی برخی امور و پاره‌ای از حقوق اجتماعی محروم است؛ از جمله بین او و والدینش رابطه توارث وجود ندارد. بنابراین، نه او از والدین ارث می‌برد و نه ایشان می‌توانند از وی چیزی به ارث برند. نوشتار حاضر در پژوهشی توصیفی - تحلیلی و با نگاهی مسئله محور، به بررسی حکم مزبور پرداخته و پس از تحلیل و نقد ادله، به این نتیجه رسیده که هیچ‌یک از مستندات قول مشهور، به‌وضوح، مدّعی عدم ارث‌بری فرزند نامشروع از والدینش را اثبات نمی‌کند، بلکه عموم آیات، روایات وارده و دلیل عقل، صراحتاً دالّ بر ارث‌بری وی از والدین خود می‌باشد، امّا ارث‌بری والدین از ولد الزنا، به‌طور خاص و ویژه در مورد پدر، شدیداً محلّ تردید است.

کلید واژه‌ها: ولد الزنا، پدر، مادر، نسب شرعی، رابطه توارث.

۱- بیان مسئله

در طول زمان‌ها، نظام‌ها و مکاتب گوناگونی با مبانی و نظریه‌های متفاوت، برای کنترل نظام اجتماعی و جلوگیری از تضییع حقوق افراد و نهادها و مجازات افرادی که مقابل قوانین و هنجارهای اجتماعی ایستاده‌اند وجود داشته است. بعضی از این مکاتب، مانند: مکاتب فایده اجتماعی و نئوکلاسیک، مجرم را موجودی مختار دانسته و اراده او را عامل وقوع جرم می‌دانند و با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، بزه‌کار را قابل تعقیب و مجازات می‌دانند؛ امّا مکاتبی مثل مکتب تحقیقی، وقوع بزه را به شدت تحت تأثیر عوامل زیستی، اجتماعی و اقتصادی می‌دانند و به نوعی وقوع جرم را زاینده جبر زیستی و محیطی می‌دانند. بر همین مبنا، نظریه پردازان این مکتب جبرگرا، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را در مورد افرادی که پتانسیل انجام جرم را دارند و به عبارتی دارای حالت خطرناک هستند، زیر سؤال برده و اقدامات تأمینی و تربیتی را حتّی در مورد افرادی که مرتکب هیچ جرمی نشده‌اند، روا می‌دانند.

امّا شریعت اسلام، در متون و آموزه‌های خود، این تئوری را در تضاد آشکار با

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۳۸

فطرت پاک و حرّیت انسان‌ها از یک سو و از دیگر سو، منافی با مسئولیت مدنی و کیفری افراد خوانده و به هیچ‌وجه به شخصی یا نهاد حکومتی، اجازهٔ ایجاد محدودیت‌هایی که اصل مذکور را زیر سؤال ببرد، نداده است.

اما آنچه نگارندگان این پژوهش را به نگارش این جستار واداشت، وجود برخی از فروع فقهی و موادّ قانونی بود که به ظاهر با اصل قانونی بودن جرم و مجازات و حقّ بهره‌مندی از حقوق مدنی افراد، در تعارض و تضادّ دیده می‌شد. مادهٔ ۸۸۴ قانون مدنی در همین رابطه می‌گوید: «ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنها ارث نمی‌برد، لیکن اگر حرمت رابطه که طفل ثمره آن است نسبت به یکی از ابویین ثابت و نسبت به دیگری به واسطهٔ اکراه یا شبهه زنا نباشد، طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد.» علت نفی توارث در مادهٔ یادشده، در ماده ۱۱۶۷ چنین بیان شده است: «طفل متولّد از زنا به زانی ملحق نمی‌شود». به عبارت دیگر، علت عدم ارث‌بری فرزندان نامشروع از والدین خود، طبق قاعدهٔ فراش، عدم الحاق فرزند به زانی و زانیه است. حال با عنایت به اینکه این مواد قانونی، مبنایی کاملاً فقهی و روایی دارد، برای بررسی اتقان یا عدم اتقان این مبنا، ناگزیر از موشکافی در ادلّهٔ فقهی این حکم هستیم. ناگفته نماند، در خصوص وضعیت حقوقی و احکام شرعی مرتبط با فرزندان نامشروع، به صورت کلی، چند مقاله به رشته تحریر درآمده، اما هیچ‌کدام به تفصیل و موشکافانه، وارد مسئلهٔ مورد بحث ما در این پژوهش نشده‌اند.^۱

۲- رویکرد فقیهان

با تتبع در کلمات فقیهان، نظریات ایشان بر چهار رویکرد، قابل بازشناسی است:

۱- عده‌ای از فقها اصولاً متعرّض مسئله نشده‌اند.

۲- مشهور فقها توارث میان ولدالزنا و والدین طبیعی‌اش را مطلقاً منتفی می‌دانند.

۳- تعدادی از فقیهان در انتفای توارث میان ولدالزنا و پدرش، با مشهور همراهِ

۱. برای مثال رجوع کنید به مقاله «حقوق مدنی و کیفری فرزند نامشروع» مصیب تقی‌زاده، علیرضا عسکری، فصلنامه تخصصی مطالعات فقهی و فلسفی، ش ۱۵، پاییز ۱۳۹۲ و مقاله «بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع» خلیل قبله‌ای، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۵۱، پاییز ۱۳۸۹.

هستند؛ اما در مورد ارث‌بری میان فرزند و مادر، این توارث را همانند توارث میان ولدِ ملاعنه با مادرش، برقرار می‌دانند.

۴- دیدگاهی که ارث‌بری فرزند نامشروع از والدین را پذیرفته است؛ اما والدین را محکوم به منع از این حق مالی می‌کند.

رویکرد اول: عدم تعرض به مسئله

برخی از فقیهان متقدم و پاره‌ای از فقیهان متأخر، مانند: شیخ مفید، سید مرتضی، سلار، محقق کرکی، شیخ انصاری، سید یزدی، آقا ضیاء عراقی، با وجود اینکه به موجبات و موانع ارث پرداخته و حتی برخی از آنها به مسئله توارث ولدِ ملاعنه نیز اشاره داشته‌اند، لکن اشاره‌ای به فرض مسئله نکرده و این فرع فقهی را مسکوت نهاده‌اند.

رویکرد دوم: عدم توارث مطلق

مشهور فقیهان قائل به عدم توارث بین فرزند و والدین شده‌اند. شیخ طوسی در مبسوط (۱۱۳/۴) و نهاییه (۶۸۱)، ابن براج در مهذب (۱۶۵/۲)، ابن ادریس در سرائر (۲۷۶/۳)، ابن حمزه در الوسيله (۴۰۲)، محقق در شرایع (۳۸/۴) علامه در قواعد (۳۸۲/۳) و مختلف الشیعه (۹۲/۹)، طبرسی در المؤتلف (۴۹/۲)، فخرالمحققین در ایضاح الفوائد (۲۴۸/۴)، شهید اول در دروس (۳۵۰/۲) و لمعه (۲۵۰)، فاضل مقداد در التنقیح (۲۰۴/۴)، ابن فهد در المهذب البارع (۴۱۵/۴)، صیمری در غایة المرام (۱۹۳/۴)، شهید ثانی در روضه (۲۱۲/۸) و مسالک (۲۳۹/۱۳)، محقق اردبیلی در مجمع (۵۱۹/۱۱)، فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع (۳۱۶/۳)، فاضل هندی در کشف اللثام (۴۸۲/۹)، طباطبایی در ریاض المسائل (۴۲۷/۱۴)، نجفی در جواهر الکلام (۲۷۴/۳۹)، خوانساری در جامع المدارک (۳۷۰/۵)، امام خمینی در تحریر الوسيله (۳۶۹/۲)، سبزواری در مهذب الأحكام (۵۲/۳۰)، اراکی در رساله فی الارث (۱۵۹) و فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعه- الطلاق و الموارث (۳۳۹)، در زمره موافقان این دیدگاه هستند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۴۰

رویکرد سوم: وجود توارث بین مادر و فرزند

در مقابل قول مشهور امامیه، عده‌ای از فقیهان امامی و جمهور اهل سنت (برای نمونه ر.ک: البیان فی مذهب الشافعی، ۷۵/۹، المبسوط، ۲۹/۲۲۴) قائل به تفصیل شده‌اند؛ به این معنا که عدم توارث بین پدر و فرزند را قبول دارند؛ اما رابطهٔ ارث بری بین فرزند و مادر را مانند رابطهٔ توارث میان مادر و فرزند ملاعنه می‌دانند. بنابراین، همچنان که فرزند ملاعنه از مادرش و مادرش از او ارث می‌برد، بین فرزند نامشروع و مادرش نیز توارث برقرار است. ابن جنید در مجموعهٔ فتاوی (۳۳۷) صدوق در المقنع (۵۰۵)، حلبی در الکافی (۳۷۷)، خویی در منهاج الصالحین (۲/۳۷۸) و نجفی در الفوائد الجعفریه (۱۵۳) فقهای امامی هستند که این نظر را برگزیده‌اند.

رویکرد چهارم: ارث بری فرزند از والدین

دیدگاه چهارم، در میان فقهای متقدم و متأخر قائلی به جز فقیه معاصر، آیت‌الله صانعی ندارد (صانعی، ۱۳۹۲، ۱۴۶) براساس این دیدگاه که با قواعد کلیه عقلیه و محکومات قرآن و عموماً بحث ارث نیز سازگاری بیشتری دارد، ولد الزنا به خاطر عمل ناکرده، محکوم به عقوبت مالی و یا به قول برخی، با فقدان حق ارث به خاطر نداشتن نسب مشروع مواجه نخواهد شد؛ بلکه این پدر و مادر او هستند که به خاطر این فعل قبیح، مستحق این عقوبت دنیوی دانسته شده و از عموم بحث ارث تخصیص می‌خورند.

۳- نقد و ارزیابی مستندات

۳-۱: نقد دیدگاه عدم توارث مطلق

فقیهان قائل به این دیدگاه، مبنای خود در مسئله را مستند به انقطاع نسب شرعی و روایات موجود کرده‌اند. از باب نمونه شیخ طوسی در خلاف می‌نویسد: «دلیلنا: الأخبار المرویه؛ و لأن المیراث تابع للنسب الشرعی» (طوسی، ۱۴۰۷، ۴/۱۰۵). دیگر فقیهان نیز به طور عمده همین دو دلیل را در توجیه فتوای خویش ذکر کرده‌اند (ر.ک: محقق حلّی، ۱۴۱۲، ۳/۲۶۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳، ۹/۹۳). صاحب جواهر نیز با ذکر

ادله بالا، ادعای اجماع در مسئله کرده است (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷۴/۳۹).

در ادامه به بررسی و تحلیل مستندات فوق پرداخته می‌شود.

دلیل اول: عدم صدق نسب شرعی

«ولد» از نظر لغوی به فرزندی اطلاق می‌شود که از منی پدرش به وجود آمده باشد و در لسان شارع مقدّس نیز از این معنا، نقلی صورت نگرفته است. به عبارت دیگر در لسان شارع، ولد، همان ولد لغوی است و به لحاظ نسبی تفاوتی میان متولّد از زنا و نکاح وجود ندارد و به هیچ‌وجه نسب در باب زنا نفی نشده است تا گفته شود این لفظ به حقیقت شرعی تبدیل شده است (خویی، ۱۴۱۷، ۷۷). شاهد بر این مدّعا، روایاتی است که در این باب وارد شده و در آنها به هیچ‌وجه در مورد نفی ولدیت فرزندان نامشروع چیزی نیامده است و از این رو، هر حکمی که بر فرزندان حلال مترتب است، بر فرزندان متولّد از غیر نکاح نیز جاری می‌شود. لیکن آنچه از عبارات فقها به دست می‌آید، نفی نسب شرعی در مورد متولّدان از زناست (فخرالمحقّقین، ۱۳۸۷، ۴۲/۳؛ عاملی، ۱۴۱۴، ۱۲/۱۹۰؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۲۰۲۰/۷) اما حقیقت این است که هیچ دلیلی بر ثبوت این حکم وجود ندارد و به نظر می‌رسد این حکم، ناشی از استدلال ناتمام ایشان به روایت پیامبر ﷺ، یعنی همان روایت مشهور فراموش می‌باشد: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» (کلینی، ۱۴۰۷، ۵/۴۹۱). در حالی که به قرینه روایات متعدّدی که این فراز در ضمن آنها وارد شده است، این فقره، تنها بیانگر یک حکم ظاهری است؛ نه حکمی واقعی.

در توضیح بیشتر مطلب باید گفت، خبر مزبور در کتاب‌های روایی شیعه، مستقیماً و مستقلاً از پیامبر اکرم ﷺ نقل نشده است و ضمن احادیث مروی از معصومان علیهم‌السلام به آن استناد شده است. برای نمونه در تهذیب آمده است: «قُلْتُ لَهُ الرَّجُلُ يَزْوُجُ الْمَرْأَةَ وَ لَيْسَتْ بِمَأْمُونَةٍ تَدْعِي الْحَمْلَ قَالَ: « لِيَصْبِرَ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ ». (طوسی، ۱۴۰۷، ۸/۱۸۳). و در کافی آمده است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلَيْنِ وَقَعَا عَلَى جَارِيَةٍ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ لِمَنْ يَكُونُ الْوَلَدُ قَالَ: (لِلَّذِي عِنْدَهُ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ)» (کلینی، ۱۴۹۷، ۱۱/۱۲۳).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۴۲

آنچه از قبیل این دسته از روایات استفاده می‌شود، آن است که، موضع پرسشگر در این روایات، موضع شک است و از این رو، امام علیه السلام نیز در صدد تعیین تکلیف در این مواضع و رفع تحیر برای اوست. جواب امام علیه السلام به هنگام شک در انتساب فرزند به صاحب فراش یا زناکار، ملحق دانستن فرزند به صاحب فراش است. بنابراین، این روایات هیچ دلالتی بر این ندارند که فرزند متولد از زنا، دارای نسب شرعی نیست. حکم بیان شده توسط امام علیه السلام، حکم ظاهری است، نه واقعی و خصوصیت حکم ظاهری نیز، تنها برای رفع تحیر و تردید است.

محقق خوئی در تأیید استدلال بالا چنین می‌نگارد: «و أما ما وَرَدَ مِنْ أَنَّ «الْوَلَدَ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجْرُ» فَهُوَ حَكْمٌ ظَاهِرِي فِي مَقَامِ تَرَدُّدِ الْوَلَدِ بَيْنَ كَوْنِهِ وَ لِدًّا لِمَنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْاِمْرَاةِ وَ كَوْنِهِ وَ لِدًّا لِلزَّانِي، وَ لَيْسَ فِي مَقَامِ بَيَانِ حَكْمِ وَاقِعِي» (خوئی، ۱۴۱۷، ۷۸). همچنین محقق تبریزی نیز حکم صادره در روایت را، ظاهری می‌داند (تبریزی، ۱۴۲۶، ۲/۲۰۱).

بنابراین ولد الزنا با توجه به اصل عدم نقل، لغتاً، عرفاً و شرعاً منتسب به والدین طبیعی اش است و از دیدگاه فقهایی چون محقق خوئی عدم ارث بری او از پدر هم فقط تخصیصی بر ادله ارث است، نه به دلیل انقطاع نسب شرعی (خوئی، ۱۴۱۸، ۳۱۲/۸) و «ولد» اصطلاحی نیست که در لسان شارع ایجاد شده و تبدیل به حقیقت شرعی شده باشد.

دلیل دوم: اخبار باب

روایت نخست:

اولین و مشهورترین روایت، صحیحه حلبی از امام صادق علیه السلام که در دلیل انقطاع نسب نیز به آن اشاره شد: «عَلِيٌّ بْنُ اِبْرَاهِيمَ عَنْ اَبِيهِ عَنْ اَبْنِ اَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ اَبِي عَبْدِ اللهِ علیه السلام قَالَ: اَيُّمَا رَجُلٍ وَقَعَ عَلَيَّ وَ لِدَةً فَوَمَّ حَرَامًا ثُمَّ اشْتَرَاهَا ثُمَّ ادَّعَى وَ لَدَهَا فَإِنَّهُ لَا يُورَثُ مِنْهُ شَيْءٌ فَإِنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وآله قَالَ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجْرُ وَ لَا يُورَثُ وَ لَدَ الرِّزَا إِلَّا رَجُلٌ يَدَّعِي اَبْنَ وَ لِدَتِهِ وَ اَيُّمَا رَجُلٍ اَقْرَبَ بِوَلَدِهِ ثُمَّ اتَّفَقَى مِنْهُ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ وَ لَا كَرَامَةٌ يَلْحَقُ بِهِ وَ لَدُهُ إِذَا كَانَ مِنْ اِمْرَاَتِهِ اَوْ وَ لِدَتِهِ». (طوسی، ۱۴۰۷، ۳۴۶/۹)

نقد و تحلیل روایت:

عباراتی که در این روایت مورد استناد مشهور قرار گرفته است، دو عبارت «فإنه لا یورث منه شیء» و «لا یورث ولد الزنا إلا رجل یدعی ابن ولیدته» است. ترجمه این دو عبارت، طبق قول مشهور به این مضمون است: «ولد الزنا، هیچ چیزی از (آن) مرد ارث نمی برد»، «ولد الزنا ارث نمی برد، مگر از جانب مردی که ادعا می کند (ولد الزنا) فرزند اوست». نحوه استدلال، طبق ادعای مشهور هم به این گونه است که ارث بری ولد الزنا، با همین دو فعل منفی، نفی شده است. اما اولین مناقشه، اشکالی است که هم به لحاظ نحوی و هم به لحاظ صرفی بر این دو فقره وارد است. اشکال نحوی؛ اینکه در فقره اول مرجع دو ضمیر «ه» در «فإنه» و «منه» دقیقاً مشخص نیست و ممکن است اولی به «رجل» و دومی به «ولد» برگردد و یا بالعکس و همین اشکال باعث اجمال عبارت شده و نمی توان دقیقاً گفت که مقصود امام علیه السلام نفی ارث بری فرزند از پدر بوده یا پدر از فرزند. عدم وجود «من» جازه در فقره دوم نیز اشکال دیگری است که مجهول خواندن فعل «یورث» را با مشکل در معنا، مواجه می کند؛ زیرا عبارت بالا بدون «من» قابل تفسیر نیست و از طرف دیگر، چنانچه فعل را مضارع معلوم بدانیم، کلمه «رجل» بعد از «إلا» باید منصوب باشد که مثبت مدعای مشهور باشد، در حالی که در هیچ کدام از نسخ روایت، «الف» نصب، در انتهای «رجل» ذکر نشده است. صرف نظر از اشکال بالا، به اشکال دیگری در دو فعل منفی «لا یورث» برمی خوریم که قابلیت تفاسیر مختلفی دارد و هر کدام در معنای عبارت متفاوت ایجاد می کند. این فعل قابلیت این را دارد که مضارع مجهول از باب های ثلاثی مزید «تفعیل»، «إفعال» و یا ثلاثی مجرد باشد و هم قابلیت مضارع معلوم بودن از دو فعل مذکور را دارد. از سوی دیگر، هیچ گونه قرینه ای مبنی بر ثلاثی مزید یا مجرد بودن در هر دو فقره و در فقره دوم، مجهول و معلوم بودن فعل در عبارات وجود ندارد و همین تطوّر در امکان تفسیر، شدیداً باعث اجمال روایت شده و در نتیجه، استدلال مشهور را با چالش اساسی روبرو می کند. به ویژه اینکه با دقت در مباحث صرفی این دو فقره از روایت، مشخص می شود؛ برخلاف استدلال مشهور، وجه عدم ارث بری پدر از فرزند بیشتر از وجه دیگر، قابلیت اثبات دارد. بنابراین، با عنایت به اجمال و ابهامی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۴۴

که در هر دو فقره وجود دارد، نمی‌توان روایت را صریح در عدم ارث‌بری ولد الزنا از پدر طبیعی‌اش دانست و استفاده از آن به نفع قول مشهور منتفی است. به‌خصوص در چنین مواردی که قرار است برخلاف عمومات قرآن، روایات و حکم عقل، حقی مسلم از یک انسان، نفی شود و با عنایت به اینکه در مقابل این روایت و روایت بعد، چنان‌که در تبیین قول چهارم (مختار) به آن خواهیم پرداخت، روایاتی وجود دارد که به‌صراحت ارث‌بری فرزند متولد از زنا را از پدرش بیان می‌دارد و هیچ ابهام یا اجمالی ندارد.

در این روایت، قرینه دیگری نیز وجود دارد که می‌تواند استدلال قول مشهور را متزلزل کند. در قسمتی از روایت که امام علیه السلام به حدیث مشهور پیامبر صلی الله علیه و آله استناد کرده‌اند، این‌گونه آمده است: «و للعاهر الحجر»؛ سپس در ادامه عبارت، بحث عدم ارث‌بری مطرح می‌شود. همان‌طور که قبلاً نیز بیان شد، امام علیه السلام در صدد استفاده از مضمون این روایت بوده‌اند که به آن استناد کرده‌اند، بنابراین، باید میان این روایت و حکمی که بعد از آن داده‌اند تناسبی وجود داشته باشد، وگرنه لغویت استناد، لازم می‌آید که از امام معصوم علیه السلام قبیح است. وقتی ایشان می‌فرمایند: نصیب زناکار سنگ است (للعاهر الحجر)، بعد از آن معنا پیدا نمی‌کند که بگویند حال که نصیب او سنگ است، فرزندش از او ارث نمی‌برد! طبیعتاً اگر قرار باشد که بین دو جمله مناسبتی وجود داشته باشد، معنای عبارت امام علیه السلام باید این باشد که زناکار به‌خاطر این عمل قبیحی که انجام داده، از این فرزند نصیب و ارثی نخواهد برد، نه فرزندی که نه عاهر است و نه فاجر؛ بلکه این فرزند از صاحب فراش، ارث و نصیب خواهد بُرد.

افزون بر این، همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، اصولاً این روایت در مقام بیان حکم ظاهری است نه واقعی. به عبارت دیگر، این روایت مربوط به جایی است که محل شک باشد و ندانیم که فرزند متعلق به زناکار است یا صاحب فراش. شارع در اینجا جهت رفع اختلاف، حکم می‌کند که در چنین مواقعی وظیفه این است که فرزند به صاحب فراش داده شود و عاهر نصیبی از فرزند نخواهد داشت. از این رو، ظاهراً امام علیه السلام قصد ندارد بر اساس استناد به حدیث پیامبر صلی الله علیه و آله و بیان خود برای مواضعی که محل شک و اختلاف نیست، تعیین تکلیف کنند و اصلاً غرض‌شان بیان حکم واقعی نیست.

روایت دوم:

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ سَيْفٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الْأَشْعَرِيِّ قَالَ: كَتَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا كِتَابًا إِلَى أَبِي جَعْفَرِ الثَّانِي عليه السلام مَعِيَ يَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ فَجَرَ بِامْرَأَةٍ ثُمَّ إِنَّهُ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ الْحَمْلِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ وَهُوَ أَشْبَهُ خَلْقِ اللَّهِ بِهِ فَكَتَبَ بِخَطِّهِ وَخَاتَمِهِ الْوَلَدَ لِعَيَّةٍ لَا يُورَثُ» (كلینی، ۱۴۰۷، ۱۶۳/۷ و ۱۶۴).

نقد و تحلیل روایت:

این روایت برخلاف روایت اول، محل اختلاف و بیان حکم ظاهری نیست. سؤال در مورد مردی است که با زنی زنا کرده و بعد از اینکه آن زن باردار شده، با او ازدواج کرده است و پس از ازدواج، فرزندی به دنیا آمده که شبیه‌ترین افراد به آن مرد زناکار است. امام علیه السلام شخصاً در جواب سؤال می‌نویسند: فرزند متولد از زنا، ارث نمی‌برد. در این روایت تنها سخنی که از امام علیه السلام نقل شده، اشاره به بحث ارث دارد و از این رو، متمرکز بر همین فقره می‌شویم. مقصود از عبارت: «الْوَلَدُ لِعَيَّةٍ»، همچنان که فقها نیز به آن اشاره کرده‌اند، فرزندی است که از طریق وطی غیر شرعی متولد شده باشد. در معنای واژه «لعیة» در تاج العروس این گونه آمده است: «قال الفراء في كتاب المصادر: وُلِدَ فُلَانٌ لِعَيَّةٍ وَوُلِدَ لِعَيَّةٍ وَ لَزْنِيَّةٍ كُلُّهَا بِالْفَتْحِ وَ قَالَ الْكَسَائِيُّ: يَجُوزُ لِرِشْدَةِ وَ زَيْنَةِ» (زبیدی، ۱۴۱۴، ۴/۴۵۳). حال امام علیه السلام برای چنین فرزندی چه حکم شرعی را بیان فرموده‌اند؟ «لایورث». در اینجا نیز این بحث مطرح می‌شود که آیا این فعل، مجهول است یا معلوم؟ ثلاثی مجرد است یا مزید؟ به نظر می‌رسد این فعل نمی‌تواند مضارع مجهول از باب افعال باشد، زیرا ثلاثی این فعل زمانی به دو باب افعال یا تفعیل برده می‌شود که قصد دو مفعولی کردن آن را داشته باشیم و در این عبارت امام علیه السلام ذکری از مفعول دوم نشده است. بنابراین چاره‌ای نیست جز اینکه این فعل را مضارع مجهول از ثلاثی مجرد بدانیم. اگر نائب فاعل فعل مذکور، ضمیری باشد که به «الولد» رجوع کند، نقش «الولد» در این عبارت، قبل از مجهول شدن نقش مفعولی بوده و به عبارت دیگر جمله این گونه بوده است: «الرَّجُلُ لَا يَرِثُ وَ لَكِنَّهُ (الْمَتَوَلَّدُ لِعَيَّةٍ)» و پس از مجهول شدن این گونه شده است: «الْوَلَدُ لِعَيَّةٍ لَا يُوْرَثُ». از این رو،

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۴۶

معنای سخن امام علیه السلام این گونه می شود: «فرزند متولد از زنا ارث نمی دهد». بنابراین این روایت نیز مثبت قول مشهور نمی تواند باشد. تنها در صورتی این روایت می تواند مؤید قول مشهور باشد که این فعل را مضارع مجهول از باب تفعیل یا افعال بدانیم که با معذوریّت عدم ذکر مفعول دوم مواجه می شویم.

روایت سوم:

«وَرَوَى يُونُسُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ فَقُلْتُ لَهُ جُعِلَتْ فِدَاكَ كَمْ دِيَّةٌ وَلَدِ الزَّوْنَا قَالَ: يُعْطَى الَّذِي أَنْفَقَ عَلَيْهِ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ قُلْتُ: فَإِنَّهُ مَاتَ وَ لَهُ مَالٌ فَمَنْ يَرِثُهُ قَالَ الْإِمَامُ» (صدوق، ۱۴۱۳، ۴/۳۱۶)

این روایت، با وجود اینکه به لحاظ سندی، صحیح السند است، اما به لحاظ دلالی سرتاسر دارای اجمال است. با این حال، با عنایت به اینکه صدر روایت از محلّ بحث ما خارج است، از توضیح اجمال و ابهام آن صرف نظر می کنیم و به قسمت پایانی روایت که مرتبط با بحث ماست، می پردازیم. خلاصه کلام اینکه، پرسشگر از دیه ولد الزّنا سؤال می کند و پس از پاسخ امام علیه السلام، دوباره سؤال می کند که اگر او (ولد الزّنا) بمیرد و مالی داشته باشد، به چه کسی به ارث می رسد؟ امام علیه السلام در پاسخ می فرماید: امام زمان او. گویا مشهور، همان گونه که از دو روایت قبل سعی کردند که عدم ارث بری ولد الزّنا از پدر و مادرش را اثبات کنند، از این روایت نیز برای اثبات عکس این قضیه، یعنی عدم ارث بری پدر و مادر از ولد الزّنا استفاده کرده اند. البته ما نیز در این بخش همان طور که در تبیین قول چهارم (مختار ما) به آن خواهیم پرداخت، با قول مشهور موافقیم. ولی باید دید واقعاً این روایت دالّ بر این مدعا می باشد؟ به نظر می رسد، که این حدیث، صریح در این مطلب نیست، زیرا چنان که قبلاً نیز گفتیم، همسر و فرزندان وی به اتفاق همه فقها، از او ارث می برند و مانعی از توارث میان وی و همسر و فرزندان وی نیست. مگر اینکه بگوییم که پرسشگر در مورد کسی سؤال کرده است که هنوز به سنّ بلوغ نرسیده بوده و یا اصلاً ازدواج نکرده است. اما باز هم از ظاهر این روایت نمی توان استنباط کرد که شخص مورد سؤال، حتماً همسر و فرزند نداشته، معتق و ضامن جریره هم نداشته، ولی پدر و مادر داشته و چون پدر و مادر از او ارث

نمی‌بردند، امام علیه السلام در جواب فرموده‌اند: از امام زمانش ارث می‌برد. با این وجود، با کمی اغماض می‌توان گفت که این روایت به احتمال زیاد بر عدم ارث‌بری والدین از ولد الزنا دلالت دارد. البته تنها با این فرض که شخص مذکور، فرزند و همسر نداشته و پرسشگر در ارث‌بری پدر و مادر او شک داشته و برای اطمینان و مشخص شدن وارث او، از امام علیه السلام سؤال کرده است.

۲-۳: نقد دیدگاه توارث میان مادر و فرزند:

همان‌طور که قبلاً نیز اشاره شد، در مقابل قول مشهور، فقهای قبل از شیخ طوسی، مانند: شیخ مفید، سیدمرتضی و سلار، اصلاً متعرض مسئله نشده‌اند و یا مانند: ابن جنید، شیخ صدوق و حلبی، قائل به تفصیل شده‌اند و علی‌رغم همراهی با مشهور در عدم توارث میان پدر و ولد الزنا، توارث میان مادر و ولد الزنا را جاری می‌دانند. این سه فقیه بزرگوار در آثار خود، صریحاً به مستند خود اشاره نکرده‌اند، اما با توجه به اینکه هم ابن جنید و نیز شیخ صدوق در عبارات خود، میراث ولد الزنا را همانند میراث ولد ملاحظه ذکر کرده‌اند و فقیهان بعد از ایشان هم ضمن بیان رویکرد این سه فقیه، به چند روایت اشاره کرده‌اند. می‌توان گفت که مستند این قول، روایات است. البته کاشف‌الغطا علاوه بر روایات، عموماً ارث را نیز جزء دلایل خود ذکر کرده است (نجفی کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ۱۵۳). در ادامه، ضمن بیان ادله این قول و نحوه استدلال به این مستندات، به مناقشاتی که مشهور به این ادله وارد کرده‌اند، می‌پردازیم.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۴۸

ادله قول به تفصیل:

عمومات قرآنی:

در بیان مسائل مرتبط با ارث، آیات زیادی در قرآن وجود دارد که افراد مشمول خود را از تحت اصل عدم توارث خارج می‌کند و مشمول آیات ارث می‌کند. برای اختصار به دو آیه که با بحث توارث بین فرزند و والدین نیز مرتبط است، اشاره می‌شود.

۱- ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدِ وَهَابِ جَزْوَآءٍ وَجَاهِدُوا مَعَكُمْ فَأُولَٰئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ

أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿﴾ (أنفال: ۷۵)

عیاشی در تفسیر این آیه به نقل از زراره، از امام صادق علیه السلام نقل کرده که در تفسیر آیه ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ فرموده‌اند: برخی خویشاوندان در ارث بردن، اولای از برخی دیگرند، چون به میت نزدیکترند، و هر که به میت نزدیکتر است، در ارث بردن سزاوارتر است. آنگاه امام علیه السلام فرمود: مادر میت و برادر و خواهر مادریش و پسرش، اولی و نزدیکترند به او؛ آیا مادر به میت نزدیکتر از برادران و خواهرانش نیست؟ (عیاشی، ۱۳۸۰، ۷۲/۲) این آیه شریفه به طور کلی اشاره به توارث اقربا از جمله: فرزند و والدین، از یکدیگر دارد و در صدد تشریح قاعده «الأقربب فالأقرب» در ارث‌بری میان اقرباست.

۲- ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ...﴾ (النساء/ ۱۱).

این آیه شریفه نیز در مورد نحوه ارث‌بری فرزندان از والدین خود است که سهم فرزندان ذکور را در ارث از والدین، دو برابر سهم فرزندان اناث تشریح می‌کند. نحوه استفاده از آیات این گونه است که توارث میان فرزندان و والدین آنها که مصداق واقعی اقربا، بلکه اقرب خویشاوندان به حساب می‌آیند، به وضوح در قرآن تصریح شده و با وجود چنین نصوصی در قرآن، دیگر جایی برای استفاده از اصل عدم توریث، خصوصاً در این مسئله، وجود ندارد. البته اگر حکمی بعد از این آیات، توسط پیامبر صلی الله علیه و آله یا معصومان علیهم السلام تشریح شود که مخصّص این آیات باشد و عده‌ای را که واجد شرایط توریث نیستند، تخصیص بزنند، بحثی دیگر دارد که باید دید این تخصیص، صراحتاً توسط روایات بیان شده است یا خیر؟

روایات:

به طور کلی روایاتی که ظاهراً حکم توارث میان مادر و ولد الزنا را با حکم توارث میان پدر و فرزند متولد از زنا منتسب به او یکی نمی‌داند، محدود به سه روایت است. با توجه به اینکه مضمون این سه روایت، دلالتاً اختلافی با هم ندارند و دو روایت به لحاظ سندی اعتبار نداشته و مقطوعه است، ما به ذکر روایتی که سنداً معتبر است، بسنده می‌کنیم (برای رؤیت دو روایت دیگر ر.ک به: (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۶۴/۷):

صدوق، ۱۴۱۳، ۴/۳۱۷).

«مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْحَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلْبُوبٍ
عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيًّا كَانَ يَقُولُ وَلَدَ الزَّوْنَا وَابْنُ الْمَلَاعِنَةَ تَرْتُهُ
أُمُّهُ وَإِخْوَتُهُ لِأُمِّهِ أَوْ عَصَبَتِهَا» (طوسی، ۱۳۹۰، ۴/۱۸۴)

در میان روایاتی که در این باب وارد شده، تنها همین روایت مسند است و سلسله روایات آن به امام علیه السلام منتهی می‌شود. براساس این روایت، همچنان که ولد ملاعنه از مادر و اقربای او و بالعکس ارث می‌برند، میان مادر و طفل متولد از زنا و نیز همین حکم جاری است. بنابراین، مطابق استناد اهل استدلال به این قول، این روایت قیدی بر روایات مستفاد قول مشهور است (نجفی، کاشف الغطاء، بی تا، ۱۵۳).

مناقشه مشهور در أدله:

شیخ طوسی در نقد این روایت می‌گوید: «احتمالاً راوی، روایت مذکور را در مورد ولد ملاعنه شنیده و گمان کرده است که ولد الزنا هم، همین حکم را دارد و بدون شنیدن حکم ولد الزنا، در مورد وی نیز همین حکم را جاری دانسته است». ایشان در ادامه می‌گویند: «حتی اگر مدلول روایت درست باشد، چون خبر شاذ است، نمی‌توان به خاطر آن، روایات دیگر (که طبق مدعای ایشان و دیگران، توارث بین فرزند و والدین را نفی می‌کند) را کنار گذاشت. ایشان ضمن ردّ روایات این باب، مناقشه دیگری نیز در این قول دارند و آن این است که چون بین ولد الزنا و مادرش، نسب شرعی وجود ندارد و وجود نسب شرعی (طبق قول مشهور)، شرط توارث است، همان‌طور که بین والد و ولد الزنا توارث منتفی است، بین والده و ولد الزنا نیز منتفی است. سایر فقیهان نیز تا زمان فاضل هندی، برای ردّ این قول، به دلایل شیخ، استناد کرده‌اند. فاضل هندی در کشف اللثام در مورد روایات این احتمال را داده که این روایات اختصاص به مواردی داشته که زنا توأمان نبوده و فقط از ناحیه پدر، زنا محقق شده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۹/۴۸۱). صاحب ریاض، این روایت را دارای قصور سندی دانسته و از طرفی موافق با عامّه می‌داند و به همین دلیل، وجه فاضل هندی و حمل بر تقیّه کردن را راه حلّ توجیه این روایات ذکر کرده است (حائری، ۱۴۱۸، ۱۴/۴۲۹) صاحب جواهر

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۵۰

الكلام هم مدلول این روایات را از معارضه با نصوص معتبره‌ای که مورد استناد مشهور قرار گرفته، قاصر دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۹/۲۷۵).

به‌طور مسلم، اگر ما تنها به عموماً قرآنی تمسک کنیم، توارث بین مادر و ولد الزنا تحت این عموم قرار می‌گیرد، همچنان که توارث بین پدر و ولد الزنا نیز تحت عموماً مذکور قرار خواهد گرفت. اما با توجه به روایات بالا در بررسی قول دوم و سوم، قطعاً این عموماً، تخصیص خورده‌اند. در مورد مناقشه انقطاع نسب شرعی، مفصل بیان شد که، مستندات فقها نمی‌تواند، این ادعا را ثابت کند که بین ولد الزنا و والدینش، نسبت شرعی وجود ندارد، زیرا به اذعان خود فقها و با استناد به اصل عدم نقل و عدم وجود روایتی که صراحتاً دال بر قطع نسب شرعی، در مورد ولد الزنا باشد، نمی‌توان ولدیت را از ولد الزنا سلب کرد و همان‌طور که محقق خوبی نیز فرموده، ولد الزنا لغتاً و حقیقتاً و شرعاً، فرزند والدینش است و فقط احکامی که تخصیصاً توسط روایات صحیحه بیان شده باشد و صراحتاً مدلول خود را ثابت کند، بین آن‌ها منتفی است.

در مورد معارضه بین احادیث قول مشهور و این قول باید گفت: این روایت به لحاظ سندی جزو روایات مؤثقه محسوب می‌شود و نمی‌توان ساده از کنار آن گذشت. حال باید دید که این روایات به لحاظ دلالی، در تعارض هستند یا خیر؟

چنان که در نقد روایت اول مستفاد مشهور، یعنی صحیحه حلبی آوریم، اولاً این روایت در مقام بیان حکم ظاهری است، نه واقعی. در حالیکه روایت مستفاد این قول، بیانگر حکم واقعی است. ثانیاً مدلول صحیحه حلبی دارای اجمال و ابهام است و صراحت در مدعای قول مشهور ندارد و به عبارت دیگر، مدلول این روایت مجمل است، اما روایت اسحاق بن عمّار ظهور دارد و صریح در مدلولش است. ثالثاً: اگر از اجمال آن صرف نظر کنیم، این صحیحه، یا در صدد نفی ارث‌بری فرزند از پدر است یا پدر از فرزند و اشاره‌ای به مسئله توارث میان مادر و فرزند متولد از زنا ندارد. بنابراین مدلول آن با روایت اسحاق بن عمّار در تعارض نیست. در مورد تعارض بین روایت دوم قول مشهور و این روایت، طبق قول مشهور، میان مدلول دو حدیث هیچ تعارضی نیست، زیرا حتی اگر مانند صحیحه حلبی از اجمال حدیث در مورد عدم ارث‌بری فرزند از پدر یا بالعکس صرف نظر کنیم، مطابق نظر مشهور، این روایت بر

عدم ارث‌بری
فرزند نامشروع از
والدین طبیعی
در بوته نقد

عدم ارث‌بری فرزند از پدر دلالت دارد، نه از والدینش و مطابق نظر مختار این جستار، مبنی بر عدم ارث‌بری پدر از فرزند، باز هم در تعارض با موثقه اسحاق نیست. اما تنها روایتی که در صورت صرف نظر از اجمال آن، می‌تواند با روایت اسحاق در تعارض باشد، روایت سوم مستفاد مشهور است. محلّ تعارض نیز ارث‌بری مادر از فرزند است. این روایت به لحاظ سندی، نسبت به روایت اسحاق، دارای ترجیح است، لیکن به لحاظ دلالتی مقداری مجمل است. در چنین موضعی، فقها روایتی را ترجیح می‌دهند که هم به لحاظ سندی معتبر باشد (که روایت اسحاق چنین است) و هم به لحاظ دلالتی قوی باشد. بنابراین می‌توان گفت: علی‌رغم اینکه مستفاد مشهور از صحیحہ عبدالله بن سنان، دارای مرجّحات دیگری چون مخالفت با عامه و موافقت با مشهور است، اما به دلیل اجمال و ابهامی که دارد، نسبت به موثقه اسحاق، مرجوح و از این رو، ارث‌بری مادر از فرزند راجح است.

۴- تبیین قول مختار:

به نظر می‌رسد با ردّ مستندات قول مشهور و حتّی قابل استفاده بودن برخی از آن‌ها در تأیید قول مختار و همچنین ضعف قول سوم در بعضی موارد، تنها نظریه قابل دفاع، که هم با عموماً قرآنی سازگار است و هم مؤیدات روایی داشته و نیز متناسب با اعتبارات عقلانی است، نظریه ارث‌بری فرزند متولد از زنا از والدینش است، بدون اینکه حقّ ارث را برای والدینش متصوّر باشیم. از این رو مستندات این قول را آورده و به دفاع از آن‌ها می‌پردازیم.

۴-۱: مقتضای عدل الهی:

اولین دسته از مستندات، آیاتی از قرآن است که هرکس را مسئول اعمال خود می‌داند و مؤاخذه به گناه دیگری را نفی می‌کند. مهم‌ترین و صریح‌ترین آیه، آیه شریفه‌ای است که چندین نوبت در میان مباحث به آن اشاره شد: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ این آیه شریفه در پنج موضع در قرآن آمده است (انعام: ۱۶۴؛ اسراء: ۱۵؛ فاطر: ۱۸؛ زمر: ۷؛ نجم: ۳۸). همچنین همسو با مضمون این آیه در قرآن، موارد دیگری نیز بیان شده است. چنان‌که در سوره انعام و دقیقاً قبل از ذکر این بخش از آیه مذکور

چنین آمده است: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ (انعام: ۴۶۱) و یا آیه معروف: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ (بقره: ۲۸۶) همه این آیات در بردارنده این اصل و یا به عبارت بهتر، این قاعده هستند که هرکس مسئول عمل خویش است و نمی‌توان دیگری را محکوم به دادن تاوان، به خاطر گناه شخص دیگر کرد. نحوه استناد به این آیات نیز در ما نحن فیه کاملاً مشخص است. اگر مرد و زنی به عمد و از روی علم، مرتکب فجوری شدند، مطابق صریح آیات قرآن، نمی‌توان و نباید شخص دیگری را، اگرچه فرزند آن‌ها باشد، به خاطر عمل آن‌ها محکوم به برخی از محرومیت‌ها کنیم؛ در حالی که این کودک کوچک‌ترین نقشی در به وجود آمدن چنین وضعیتی نداشته است. در مطالب پیش گفته، ثابت کردیم که نسب، نسب است و تقسیم آن به شرعی و عرفی و ... هیچ مبنایی، نه در میان آیات قرآن و نه در خلال احادیث وارده ندارد. بنابراین براساس این آیات، فرزند متولد از زنا باید دارای همان حقوقی باشد که فرزند متولد از نکاح شرعی، آن حقوق را داراست، مگر اینکه شارع مقدس صراحتاً او را به خاطر برخی مصالح، از پاره‌ای از حقوق محروم ساخته باشد.

از دیگر آیاتی که می‌توان از آن‌ها در جهت تأیید بحث استفاده کرد، آیاتی است که ظلم را از ساحت اقدس الهی مبرا دانسته و عدالت الهی را به عنوان قانونی خدشه‌ناپذیر معرفی می‌کند. آیاتی از قبیل: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ النَّاسَ شَيْئاً﴾ (یونس: ۴۴) و ﴿لَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾ (کهف: ۴۹) صریح در همین قانون الهی هستند. حال اگر خداوند بخواهد، طفلی را به خاطر گناه والدین خود، محکوم به یک محرومیت مالی ناخواسته کند، چگونه می‌توان آن را با عدل الهی، سازگار دانست؟ چنانچه اگر کسی اشکال کند که محرومیت از ارث، جزو قوانین الهی است و طبق همین قوانین، این طفل اهل بیت واجدیت این حق را ندارد، در جواب خواهیم گفت: اگر اثبات کردید که خداوند متعال این محرومیت را صراحتاً تشریح کرده، ما نیز وجهی برای استناد به این آیات در این مورد نخواهیم یافت، در غیر این صورت، در جایی که اطمینان به وجود و تشریح چنین حکمی وجود ندارد، عدل الهی اقتضا دیگری دارد و همه انسان‌ها تا زمانی که مطابق همین قوانین، خود را مستوجب عقوبت و محرومیتی نکرده‌اند، از حقوق یکسان برخوردارند.

عدم ارث‌بری
فرزند نامشروع از
والدین طبیعی
در بوته نقد

۴-۲: عمومات ارث:

آیاتی که ما در دفاع از قول مختار، می‌توانیم به آنها استناد کنیم، همان آیاتی است که در زمره مستندات قول به تفصیل، بیان شد و نیازی به تکرار آنها نیست. نحوه استفاده از آیات یادشده نیز همان است که قبلاً بیان کردیم. به اختصار اینکه فرزندان متولد از زنا، به این اعتبار که لغتاً و عرفاً و شرعاً ولد محسوب می‌شوند، مشمول احکام ولد، از جمله احکام مرتبط با ارث می‌شوند و تنها زمانی می‌توان آنها را از این حق محروم کرد که شارع، صراحتاً احکام ارث را شامل اولاد زنا نداند و از همان بدو تولد اهلیت استیفای حق مذکور را از آنها سلب کرده باشد، در غیر این صورت، تا زمانی که این محرومیت، محرز نشده باشد، متولدان از زنا، مشمول عمومات ارث قرار داشته و مانند سایر افراد از این حق خدادادی، بهره‌مند خواهند بود.

۴-۳: روایات:

در استناد به روایات، با توجه به مناقشاتی که در بحث روایات مستفاد مشهور داشتیم، هم می‌توان به روایاتی از قبیل؛ صحیحہ حلبی و خبر اشعری استناد نمود و هم به دو روایتی که به صراحت ارث بری ولد الزنا را اثبات می‌کند، استناد نمود. اما با عنایت به آنچه که در مناقشه بر صحیحہ حلبی گفتیم، از استدلال بر این دو روایت، در جهت تقویت و تأیید قول مختار، صرف نظر می‌کنیم.

دو روایتی که مورد ادعای ماست، در کتاب‌های روایی معتبر ذکر شده و هر دو روایت را نیز «حنان بن سدید» از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند:

۱- «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ يُونُسَ بْنِ ابْنِ رَبَابٍ عَنْ حَنَانِ بْنِ سَدِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ فَجَرَ بِنَصْرَانِيَّةٍ فَوَلَدَتْ مِنْهُ غُلَامًا فَأَقْرَبَ بِهِ ثَمَّ مَاتَ فَلَمْ يَثْرِكْ وَوَلَدَ غَيْرُهُ أَيْرُثُهُ قَالَ: نَعَمْ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۶۴/۷).

۲- «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيْعٍ وَ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ حَنَانِ بْنِ سَدِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ مُسْلِمٍ فَجَرَ بِامْرَأَةٍ يَهُودِيَّةٍ فَأَوْلَدَهَا ثَمَّ مَاتَ وَ لَمْ يَدَعْ وَارِثًا قَالَ فَقَالَ يُسَلِّمُ لَوْلَدِهِ الْمِيرَاثُ مِنَ الْيَهُودِيَّةِ قُلْتُ فَرَجُلٍ نَصْرَانِيٍّ فَجَرَ بِامْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ فَأَوْلَدَهَا غُلَامًا ثَمَّ مَاتَ النَّصْرَانِيُّ وَوَلَدَ تَرَكَ

مَا لَا لِمَنْ يَكُونُ مِيرَاثُهُ قَالَ يَكُونُ مِيرَاثُهُ لِأَبْنِهِ مِنَ الْمُسْلِمَةِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۶۴/۷).

در هر دو روایت از امام علیه السلام در مورد مردی سؤال شده است که با زنی مرتکب زنا شده و در نتیجه آن فرزندی به دنیا آمده است. در روایت اول مشخص نیست که مرد زناکار، مسلمان است یا غیر مسلمان، اما زن زانیه گویا مسیحی است و در نتیجه این زنا، پسری نیز به دنیا آمده است. سپس آن مرد از دنیا رفته است و میراثی به جا گذاشته است و غیر از آن پسر، فرزند دیگری نیز ندارد. سؤال کننده در حالتی که به نظر می‌رسد در حکم مسئله شک دارد از امام علیه السلام می‌پرسد که آیا آن پسر از پدرش ارث می‌برد؟ امام علیه السلام می‌فرماید: بله.

سیاق روایت دوم نیز همانند روایت اول است، با این تفاوت که مشخص شده است که زانی مسلمان است یا غیر مسلمان. در سؤال اول زانی مسلمان است و زانیه یهودی و در سؤال دوم، زانی مسیحی است و زانیه مسلمان. امام علیه السلام در جواب هر دو سؤال، فرزند به دنیا آمده از زنا را وارث پدر می‌دانند. چنان که از هر دو روایت به دست می‌آید، هیچ اجمالی در دلالت دو روایت وجود نداشته و صراحت در ارث‌بری فرزند از پدرش دارد.

نکته جالب راجع به این دو روایت این است که شیخ طوسی پس از ذکر این دو روایت در تهذیب، بدون اینکه در سند یا دلالت آن‌ها خدشه‌ای وارد کند، صراحتاً بیان می‌کند که مطابق این دو روایت اگر مرد زناکار مقرر به فرزندی باشد که به دنیا آمده است، چه آن مرد مسلمان باشد و چه نصرانی، آن فرزند ملحق به آن مرد است و نمی‌تواند نسب او را از خود منقطع بداند و آن فرزند از او نیز ارث خواهد برد. اما چنانچه فرزند به دنیا آمده را از خود نداند و به هر وجهی مشخص شود که آن فرزند، ولد الزناست، میراث نخواهد برد (طوسی، ۱۴۰۷، ۳۴۶/۹). به نظر می‌رسد با توجه به این اعتراف شیخ و عدم خدشه به دو روایت مذکور، نمی‌بایست نظر ایشان در کتاب‌های فتوایی‌شان مثل: «النهایه» یا «الخلافا»، بر عدم ارث‌بری مطلق ولد الزنا از والدینش باشد. جالب‌تر اینجاست که از زمان شیخ طوسی تا زمان مجلسی اول، هیچ کدام از فقها و محدثان نه به لحاظ سندی و نه به لحاظ دلالتی متعرض به این دو روایت نشده‌اند و به نظر می‌رسد بدون توجه به دلالت این دو حدیث، حکم به عدم توارث مطلق داده‌اند. مجلسی در مورد این دو روایت، دو احتمال را بیان می‌کند:

عدم ارث‌بری
فرزند نامشروع از
والدین طبیعی
در بوته نقد

احتمال اول همان نظر شیخ طوسی است و احتمال دومی که ایشان می‌دهد این است که وطی زانی، وطی به شبهه بوده و زانی گمان می‌کرده که زانیه در عقد او بوده و یا وجه دیگری از وجوه شبهه محقق شده، بوده است (مجلسی، ۱۴۰۶، ۱۱/۳۴۲). اما با توجه به اینکه احتمال دوم با ظاهر روایت همخوانی ندارد و حمل کردن بر احتمال اول نیز محذوری ندارد، دلیلی برای حمل روایت، بر احتمال دوم وجود ندارد. پس از ایشان، صاحب جواهر نیز نسبت به دلالت این دو روایت اظهار نظر کرده است. ایشان این دو خبر را از معارضه با روایاتی که طبق مدّعی مشهور، عدم ارث‌بری را اثبات می‌کنند، قاصر دانسته و علاوه بر روایات، اجماع فقها را نیز خلاف مدلول این دو روایت می‌داند. بنابراین از نظر ایشان، یا این دو روایت، باید کنار گذاشته شود و یا به وجهی که منافی با قول مشهور نباشد، تعبیر شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۹/۲۷۶).

محقق خوانساری در مورد این دو روایت می‌گوید: با توجه به عدم تعرّض مشهور به مضمون این روایات باید توقّف کرد و علم به این روایات را به اهلش سپرد و مطلقاً قائل به عدم وراثت شد. مگر اینکه گفته شود، مشهور از باب ترجیح یا تخیر، این روایات را کنار گذاشته و به اخبار مستفاد مشهور عمل کرده‌اند، نه اینکه کلاً نسبت به این دو روایت، اعراض کرده باشند (خوانساری، ۱۴۰۵، ۵/۳۷۰).

محقق قمی ضمن تردید در اجماع فقیهان در ما نحن فیه، می‌فرماید: «با توجه به اینکه مجالی در ما نحن فیه، برای احتیاط وجود ندارد، باید میان دو دسته روایات، تصالح کرد.» (قمی، ۱۴۲۳، ۵/۱۹۱). ایشان مقصود خود از تصالح را بیان نکرده‌اند، اما به نظر می‌رسد، تنها وجه تصالح این باشد که روایات مشهور، مبنی بر عدم ارث‌بری را حمل بر مواردی کنیم، که پدر و ولد الزنا، مشخص نیست و کسی نسبت به او اعتراف به بنوّت نکرده باشد.

بررسی تعارض، ترجیح و تصالح:

- صحیحہ حلبی و موثقه حنان بن سدير:

در نقد روایات مشهور و صحیحہ حلبی گفته شد که این روایت، اصلاً درصدد بیان حکم ظاهری است، نه واقعی و روایاتی از قبیل این صحیحہ که در آن به روایت

مشهور: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» استناد کرده‌اند، مدلولی به‌جز رفع تحیّر به هنگام شک، از پرسشگر نداشته‌اند. بنابراین، نمی‌توان گفت بین این صحیحه و موثقه حنان، معارضه‌ای وجود دارد. چون یکی مبین حکم ظاهری است و دیگری مبین حکم واقعی. حتی اگر صحیحه را در مقام بیان حکم واقعی بدانیم، باز با معذور اجمال این حدیث مواجه می‌شویم، در حالی که موثقه حنان، اجمالی ندارد. اگر بگوییم تا جایی که ممکن است، باید درصدد رفع اجمال برآییم، همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، بهترین وجه ممکن برای رفع اجمال از فقرات مذکور، با عنایت به قرآینی که در روایت وجود داشت (و للعاهر الحجر)، نفی ارث‌بری پدر از فرزند بود، نه فرزند از پدر. بنابراین، در هر صورت، قول مختار ثابت می‌شود. جالب اینجاست که حتی اگر این صحیحه را مبین حکم واقعی و مثبت قول مشهور بدانیم، باز هم ولد الزنا بی‌بهره از ارث نمی‌ماند، بلکه طبق روایت، از صاحب فراش ارث خواهد برد.

-تعارض بین روایت محمد بن حسن اشعری و حنان بن سدید:

به لحاظ دلّالی، اگر بخواهیم طبق استناد مشهور از روایت اشعری استفاده کنیم، ظاهراً با روایت حنان در تعارض است. اما باید توجه داشت که در روایت اشعری، اشاره به این مطلب نشده است که آیا مرد فاجر، مقّر و مدّعی فرزند به دنیا آمده از زن فاجره هست یا خیر؟ اما در حدیث حنان، مرد زانی، معترف به فرزند است. برای همین منظور، نمی‌توان گفت که دو حدیث، یقیناً با هم در تعارض هستند؛ زیرا ممکن است در حدیث اشعری، اصلاً مرد زانی، مقّر به فرزند نبوده، اگرچه در حدیث آمده که شبیه‌ترین افراد به زانی بوده است. در هر صورت، با وجود همین تعارض ظاهری نیز می‌توان میان دو روایت جمع کرد که «الجمع مهما أمکن أولى من الطّرح». با این توجیه که روایت اشعری در مورد ولد الزنایی است که زانی، نسبت به او ادّعا و اعترافی نکرده است و چنان‌که شیخ طوسی نیز در ذیل روایت حنان، گفته، در صورت عدم اعتراف، ولد الزنا از زانی، ارث نمی‌برد و روایت حنان در موردی است که زانی، معترف به فرزند به دنیا آمده از زانیه است و از پدر طبیعی‌اش ارث می‌برد. البته این تعارض ظاهری، بر فرض درست بودن نحوه استفاده مشهور از روایت اشعری،

عدم ارث‌بری
فرزند نامشروع از
والدین طبیعی
در بوته نقد

متصوّر است، در حالیکه اگر روایت را بر وجهی که ما بیان کردیم (که بر حسب قواعد نحوی و صرفی، کاملاً با ظاهر روایت متناسب است)، تفسیر کنیم، هیچ تعارضی میان دو روایت وجود ندارد و بلکه مؤید یکدیگر نیز هستند.

- روایت إسحاق بن عمّار (مستند قول سوم) و روایت حنان بن سدیر:

مطابق روایت اسحاق و نقد قول سومی که بیان شد، توریث ولد الزّنا، مانند ولد ملاحظه است و مادر و ولد الزّنا از هم ارث می‌برند. این روایت نحوه توریث ولد الزّنا را همانند ولد ملاحظه می‌داند و به همین دلیل، در ظاهر تعارضی با روایت حنان ندارد، زیرا روایت حنان اشاره‌ای به نحوه توارث میان زانیه و فرزندش ندارد. اما روایت اسحاق به دلالت اقتضا، دالّ بر عدم توارث میان زانی و فرزندش است و همین محلّ تعارض میان دو روایت است. در اینجا نیز برای حلّ تعارض، همان مطالبی را می‌توان بیان کرد که در تعارض دو روایت قبل با روایت حنان بیان شد.

۳-۴: دلیل عقل

بطور یقین حکم عقل، مؤاخذه و محکومیت یک فرد به خاطر عمل غیر را، بدون اینکه آن شخص مداخله‌ای در آن فعل سوء داشته باشد، ظلم شمرده و از سوی دیگر، ظلم را از ذات خداوند سبحان مبرّی می‌داند. قطعاً هیچ عقل سلیمی، بر خود جایز نمی‌داند که گناه شخصی را بر دوش دیگری نهاده، بدون اینکه آن فرد کوچک‌ترین دخالتی در به وجود آمدن مقدمات و لوازم آن گناه داشته باشد. در راستای همین احکام عقلی، فرزند متولّد از زنا را نیز نمی‌توان به وزر والدین خود، مستحقّ عقاب دانست، حال تفاوتی نمی‌کند که این عقاب دنیوی باشد یا اخروی. محرومیت از ارث، همان‌طور که در این نوشتار به آن متذکّر شده‌ایم نوعی مجازات است که به صورت نوعی محدودیت و محرومیت بروز کرده و برای اثبات آن و تخصیص حکم عقل، نیاز به نصّ صریح و بیان روشن از ناحیه شارع مقدّس دارد که ما وجود چنین نصوصی را محلّ تردید و بلکه مردود دانستیم. بنابراین، با وجود بیان دلایل متعدّد از نقل و عقل، بر ثبوت ارث بری فرزند از والدین، مجالی برای احکام مشکوک و مجمل

باقی نمی‌ماند و جای احتیاط هم باقی نمی‌گذارد که بتوان با چند دلیل غیر صریح و حتی مبهم، احتیاطاً ارث‌بری را منتفی دانست. بلکه بعکس، اصالة الإحتیاط حکم می‌کند، تازمانی که سلب حق از شخصی، به‌وضوح و بدون اجمال و ابهام در احکام شرعیه نیامده، نمی‌توان حکم به آن کرد.

۵- پیشنهاد اصلاح قانون:

همان‌طور که در ابتدای مقاله و در بیان مسأله بیان شد، قانون‌گذار در مواد ۱۱۶۷ و ۸۸۴ قانون مدنی، ضمن عدم الحاق طفل متولد از زنا به زانی، ارث‌بری ولد الزنا را به‌صورت مطلق، از پدر و مادر منتفی دانسته است. با توجه به مناقشاتی که مستلاً به مستندات قول مشهور وارد شد و ادله عقلی و نقلی که در تأیید قول مختار بیان شد، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با عنایت به دستاوردهای این پژوهش، زمینه اصلاح مواد یادشده را فراهم نماید. خصوصاً اینکه مختار نگارنده در این مقاله، همسو با ذائقه دنیای معاصر مبنی بر تفسیر و تأویل نصوص قانونی به نفع حقوق مدنی اشخاص می‌باشد و سلب حق محرز از افراد، بدون دلیل قطعی و صریح، مخالف اصالة الإحتیاط و در تضاد با برخورداری برابر افراد از حقوق مدنی است.

عدم ارث‌بری
فرزند نامشروع از
والدین طبیعی
در بوته نقد

۶- نتیجه‌گیری:

مشهور با ذکر مستندات خود، توارث میان والدین زناکار و ولد الزنا را منتفی دانسته‌اند. اما در نقد این مستندات، به وضوح روشن شد که هیچ‌یک از مستندات، نتوانستند مدعای مشهور را به‌صراحت ثابت کنند، بلکه برخی از مستندات ایشان به نفع قول مختار، قابل مصادره است. آنچه در نتیجه تدقیق در روایات مورد استناد مشهور بدست آمد، عدم ارث‌بری پدر از فرزند است نه بالعکس و از سوی دیگر، آنچه از مجموع ادله و بالأخص روایات قول مختار، به‌دست می‌آید، اثبات ارث‌بری فرزند از والدین است. بنابراین رأی مختار در این مسئله این است که ولد الزنا به‌دلیل عمومات آیات و روایات وارده و دلیل عقل، از والدین خود ارث می‌برد، اما ارث‌بری والدین از ولد الزنا، بالأخص در مورد پدر، شدیداً محل تردید است. اما اگر به اقتضای

روایت قول سوم، بخواهیم عمل کنیم و فقط پدر را از ارث‌بری از فرزند، محروم بدانیم، در مقابل، اعتبارات عقلانی به همان میزان که پدر را مستحقّ این محرومیت می‌داند، مادر را نیز مستحقّ می‌داند.

علی‌رغم آنچه به عنوان مختار نویسنده بیان شد، لیکن با توجّه به مدلول تمام روایاتی که در این مسئله بیان شد، می‌توان به گونه‌ای میان تمام روایت‌ها جمع کرد که در عین حالی که در بردارنده تمامی اقوال است، معارضه قطعی با هیچکدام از روایات هم پیدا نمی‌کند و تمامی نظرات را نیز تمکین می‌کند. نحوه این جمع نیز به این طریق است که چنانچه زانی با زنی که در فراش و نکاح مردی دیگر است، مرتکب زنا شود و فرزندی به دنیا بیاید، طبق حدیث پیامبر ﷺ و بیانات معصومان علیهم‌السلام در ذیل این روایت، تعبداً فرزند به صاحب فراش تعلق دارد و توارث هم میان فرزند و والدین، برقرار است. اما در صورتی که مردی با زنی که در فراش دیگری نیست، مرتکب زنا شود و پس از آن فرزندی به دنیا بیاید، چه بعداً با آن زن ازدواج کند و چه نکند، اگر زانی به آن فرزند، اقرار کند و او را متعلق به خود بداند، میان فرزند و والدینش توارث برقرار است. اما چنانچه زانی به فرزند به دنیا آمده از زانیه، اقرار نکند، به دلیل اینکه نمی‌توان نسبی میان زانی و فرزند قائل شد، میان آن دو توارثی برقرار نخواهد بود. اما میان مادر و فرزندی که یقیناً از رحم او متولد شده و اتصال نسبش قطعی است که توارث برقرار است و بحثی نیست.

البته باید توجّه داشت که در شرایط فعلی که نسب از طریق آزمایش ژنتیک قابل شناسایی است، در صورت درخواست مادر یا فرزند، حالت سوّم، موضوعاً منتفی می‌شود. در هر صورت با عنایت به این جمع، به نظر می‌رسد، اصلاح قانون، امری ضروری است و می‌تواند حقوقی را که سالیان سال و بلکه قرن‌ها، از این اشخاص سلب شده، به آنها بازگرداند.

منابع

قرآن کریم، با ترجمه ناصر مکارم شیرازی

۱. ابن ادریس، محمد بن منصور. (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. چ دوم قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن براج، قاضی عبدالعزیز. (۱۴۰۶). المہذب. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد. (۱۴۱۶). مجموعہ فتاوی. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. اراکی، محمد علی. (۱۴۱۳). رسالۃ فی الإرث. چ اول. قم: مؤسسہ در راہ حق.
۵. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۶). تنقیح مبانی العروۃ کتاب الطہارہ. چ اول. قم: دارالصدیقۃ الشہیدۃ علیہ السلام.
۶. حائری طباطبائی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸). ریاض المسائل. چ اول. قم: مؤسسہ آل البیت علیہم السلام.
۷. حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین. (۱۴۰۳). الکافی فی الفقہ. چ اول. اصفہان: کتابخانہ امیر المؤمنین علیہ السلام.
۸. جمال الدین حلّی، احمد. (۱۴۰۷). المہذب البارع فی شرح المختصر النافع. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. خمینی، سید روح اللہ. (۱۴۲۱). تحریر الوسیلہ. چ اول. قم: مؤسسہ مطبوعات دارالعلم.
۱۰. خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۷). احکام الرضاع فی فقہ الشیعہ. قم: مؤسسہ المنیر للطباعہ والنشر.
۱۱. ———. (۱۴۱۸). موسوعۃ الإمام الخوئی. چ اول. قم: مؤسسہ احیاء آثار الإمام الخوئی علیہ السلام.
۱۲. ———. (۱۴۱۰). منہاج الصالحین. چ بیست و هشتم. قم: نشر مدینۃ العلم.
۱۳. خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. چ دوم. قم: مؤسسہ اسماعیلیان.
۱۴. زبیدی، سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴). تاج العروس من جواهر القاموس. چ اول. بیروت: دارالفکر.
۱۵. سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۱۴). المبسوط. بیروت: دارالمعرفہ.
۱۶. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳). مہذب الأحکام. چ چهارم. قم: مؤسسہ المنار.
۱۷. شہید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۰). اللّمعة الدمشقیہ. چ اول. بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیہ.
۱۸. ———. (۱۴۱۷). الدروس الشّرعیہ فی فقہ الإمامیہ. چ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. شہید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۲). الروضة البہیہ. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. ———. (۱۴۱۳). مسالك الأّفہام الی تنقیح شرائع الإسلام. چ اول. قم: مؤسسہ المعارف الإسلامیہ.
۲۱. صانعی، یوسف. (۱۳۹۲). استفتانات، فتاوی مورد نیاز افراد مقیم خارج از کشور. چ اول. قم: انتشارات فقہ الثقلین.

عدم ارت بری
فرزند نامشروع از
والدین طبیعی
در بوته نقد

۲۲. صدوق قمی، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳). من لایحضره الفقیه. چ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. _____. (۱۴۱۵). المقنع. چ اول. قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
۲۴. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام. چ اول. بیروت: دارالهادی.
۲۵. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۰). المؤلف من المختلف بین أئمة السلف. چ اول. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
۲۶. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه. چ سوم. تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
۲۷. _____. (۱۳۹۰). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. چ اول. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۲۸. _____. (۱۴۰۷). تهذیب الأحکام. چ چهارم. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۲۹. _____. (۱۴۰۷). الخلاف. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. _____. (۱۴۰۰). التهایه فی مجرّد الفقه و الفتاوی. چ دوم. بیروت: دارالکتب العربی.
۳۱. طوسی، ابن حمزه. (۱۴۰۸). الوسيلة إلى نيل الفضيله. چ اول. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی علیه السلام.
۳۲. عاملی، کرکی، (محقق ثانی). علی بن حسین. (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: موسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه. چ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. _____. (۱۴۱۳). قواعد الأحکام فی معرفه الحلال والحرام. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. عمرانانی یمنی شافعی، ابوالحسین یحیی بن أبی الخیر. (۱۴۲۱). البیان فی مذهب الشافعی. چ اول. جدّه: دارالمنهاج.
۳۶. عیاشی، محمد بن مسعود. (۱۳۸۰). تفسیر العیاشی. چ اول. تهران: چاپخانه علمیه.
۳۷. فاضل لنکرانی، محمد موحدی. (۱۴۲۱). تفصیل الشریعه - الطلاق، الموارث. چ اول. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۳۸. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. چ اول. قم: کتابخانه مرعشی.
۳۹. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶). کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحکام. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۰. فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشککات القواعد. چ اول.

جستارهای فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

- قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۱. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی. (بی تا) مفاتیح الشرائع. چ اول. قم: انتشارات کتابخانه مرعشی.
۴۲. قمی، سید تقی طباطبائی. (۱۴۲۳). الدلائل فی شرح منتخب المسائل. چ اول. قم: کتابفروشی محلّاتی.
۴۳. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی. چ چهارم. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۴. مجلسی اول، محمد تقی، (۱۴۰۶). روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، چ دوم، قم: مؤسسه فرهنگي اسلامی کوشانبور.
۴۵. محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳). مجمع الفائدة والبرهان. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۶. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. چ دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۷. _____. (۱۴۱۲ق). نکت النهایه. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چ هفتم. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۹. نجفی، کاشف الغطاء، عباس بن حسن. (بی تا). الفوائد الجعفریه. قم: مؤسسه کاشف الغطاء.

عدم ارث بری
فرزند نامشروع از
والدین طبیعی
در بوته نقد

بررسی نگره نسبت دادن قیاس به ابن جنید^۱

حمیدرضا تمدن^۲

علی الهی خراسانی^۳

بررسی نگره
نسبت دادن قیاس به
ابن جنید

۶۵

چکیده

ابن جنید که نام او در برخی منابع در کنار ابن ابی عقیل با عنوان قدما آمده، یکی از فقیهانی است که گرچه آثار او به دست ما نرسیده، اما توسط متقدمان و متأخران به اعتقاد به قیاس متّصف شده است. گزارش‌های متأخران نیز بر اساس همان نقل‌های رایج متقدمان است. حال آنکه همگان او را از اجلای فقیهان امامیه دانسته‌اند. یکی از فقیهانی که در عصر حاضر تلاش نموده رفتار وی را بررسی نماید، آیت‌الله سیستانی است. نگارندگان با محور قرار دادن آثار ایشان و با جستجو در کتبی مانند رجال کشی که در بردارنده جریان‌شناسی اصحاب امامان و روش‌های استنباط میان آنهاست کوشیده‌اند تا ضمن معنا کردن قیاس،

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۲۰.

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع) و پژوهشگر سازمان پژوهش و تألیف کتب درسی - وزارت آموزش و پرورش؛ (نویسنده مسئول)، رایانامه: tamaddon.hamid@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری دانشگاه عدالت و پژوهشگر گروه فقه کاربردی پژوهشکده اسلام تمدنی؛ رایانامه: parsayan.ali@gmail.com

از جزمیت این نسبت به ابن جنید بکاهند و مواردی که موجب توهم قیاس می‌شود را بیان نمایند. نتیجه آنکه به هیچ‌رو نمی‌توان او را به‌طور قطع عمل‌کننده به قیاس به‌معنای امروزی آن دانست و این نگره به شدت قابل‌تشکیک است.

کلیدواژه‌ها: ابن جنید، قیاس، آیت‌الله سیستانی، تاریخ فقه.

مقدمه

بی‌شک یکی از فقیهانی که بر اساس نقل‌های کتاب‌های رجال با آنکه دارای تألیفات فراوانی بوده و همواره از او با عظمت و احترام یاد کرده‌اند، بطوری که او را از اجلای دانشمندان به‌شمار آورده‌اند، اما اکنون چندان مورد توجه نیست، «ابن جنید اسکافی» است.

شاید بتوان علت بی‌اقبالی به او را گرایش‌ها و روش فقه‌تبی خاص او دانست که به‌عنوان مثال: یکی از آن‌ها بر اساس آنچه شهرت‌یافته، تمایل وی به استفاده از «قیاس» است. به همین جهت، برخی از شاگردان و هم‌عصرانش نیز بر وی ایراد گرفته‌اند به‌گونه‌ای که در این زمینه عملکرد او را با ابوحنیفه مقایسه کرده‌اند (مفید، بی‌تا، ۲۵۱، نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۳۸۸؛ طوسی، بی‌تا، ۱۳۴؛ طوسی، ۱۴۰۳ق، ۱/۳۳۹).

در این نوشتار آنچه مد نظر قرار گرفته، بررسی نسبت‌هایی است که به او داده شده و پس از آن به احتمالات و علل گوناگون شکل‌گیری این تصوّرات و نسبت‌ها پرداخته می‌شود. بنابراین از ملاحظه و تحلیل فتاوای او که به‌صورت پراکنده به ویژه از آثار مکتب حله به ما رسیده است، صرف‌نظر شده است و به عقیده نگارندگان، آنچه در این نوشته بیان شده است در مرحله قبل از بررسی و تحلیل فتاوای او قرار دارد. همچنین شایان ذکر است که در این تحقیق و به‌خصوص در بررسی علل موهم قیاس از نظرات و دیدگاه‌های فقیه گران‌قدر حضرت آیت‌الله العظمی سیستانی استفاده شده است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۶۶

الف: ابن جنید در کلام هم‌عصران

نجاشی در کتاب خود و ذیل نام وی، از کتبی همچون «کشف التمیوه»، «الالباس علی اغمار الشیعة من امر القیاس» و «اظهار ما ستره اهل العناد من الراویة عن

ائمة العترة من امر الاجتهاد» که همگی ظاهراً به وسیله وی تألیف یافته‌اند، نام می‌برد و گرچه تصریح یا اظهار نظری نسبت به آن‌ها نمی‌کند، اما از ظاهر اسمشان می‌توان حدس زد که همگی در دفاع از عملکردش نسبت به آنچه «قیاس» نامیده می‌شده، نگاشته شده‌اند (نک: نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۳۸۷).

پیش از او نیز این نسبت از سوی کسانی دیگر، همچون سید مرتضی (سید مرتضی، بی‌تا، ۳/۳۱۱) به صراحت و ابن بابویه به اشارت (ابن بابویه، ۱۳۷۷ق، ۴/۱۹۷) بیان شده بود.

شیخ طوسی نیز با وجود آنکه او را به جهت تألیفات، بهره‌مند از موهبت الهی می‌داند، اما معتقد است که به دلیل عمل به قیاس، آثارش مورد توجه فقهای امامیه قرار نگرفته است (طوسی، بی‌تا، شماره ۶۰۲).

ب. ۱: قیاس و معانی آن

آنچه نگارندگان به دنبال آن هستند پی‌جویی معنای قیاس و نسبتی که به ابن جنید داده می‌شود، است. آیا او از روایات ناهی از قیاس خبر نداشته است؟ اگر این چنین بوده به چه علت آن را به کار می‌بسته و در روش فقاهتی خود جای می‌داده است؟ آنچه امروزه به عنوان قیاس مشهور است، بنابر تعریف اصولیان عبارت است از: «القیاس حمل معلوم علی معلوم فی اثبات حکم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بینهما من حکم أو صفة».

«به این معنا که قیاس عبارت است از حمل و الحاق امری معلوم بر معلومی دیگر تا حکمی را برای آن دو به جهت قدر جامعی که میانشان وجود دارد اثبات یا نفی نماید» (غزالی، ۱۳۵۶ق، ۲/۱۶۷؛ آمدی، ۱۴۰۵ق، ۲/۱۶۴).

همچنین می‌توان آن را در چند صورت زیر دسته‌بندی و خلاصه کرد:

الف: قیاس منصوص العلة یا همان قیاسی که علت حکم در آن به صراحت و منصوص بیان شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶ش، ۲/۵۱۹؛ قس: وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ۵۹۲ و محقق حلّی، ۱۴۰۳ق، ۱۸۴).

بیشتر فقهای امامیه، این نوع از قیاس را معتبر و قابل قبول می‌دانند و حتی مرحوم

بررسی نگره
نسبت دادن قیاس به
ابن جنید

وحید بهبهانی بر پذیرش آن ادعای شهرت کرده و بر همین نظر قائل است (البهبهانی، ۱۴۱۵ق، ۱/۱۴۸)، گرچه سید مرتضی مخالف حجیت آن است (سید مرتضی، ۱۳۸۴ش، ۲/۶۸۴) بیشتر فقهای امامیه آن را معتبر می‌دانند.

ب: قیاس اولویت: حکم ثابت در آن، برای مرتبه ضعیف‌تر به مرتبه قوی‌تر تسری می‌نماید (نک: مکارم شیرازی، همان). این قسم نیز به مانند مورد پیشین، گرچه حجیتش مورد اختلاف واقع شده است، اما بطور عمده آن را حجّت می‌دانند (حائری اصفهانی، ۱۳۶۳ش، ۳۸۶؛ مظفر، ۱۳۷۳ش، ۲/۱۸۴-۱۸۵).

ج: تنقیح مناط قطعی: (در فرضی که آن را جزو اقسام قیاس به‌شمار آورند) بر اساس آن مجتهد، در جایی که به نحو یقینی مناط و ملاک حکم را کشف کند، حکم آن مناط را می‌تواند به مورد جدید نیز تعمیم دهد. حجیت این مورد نیز مورد پذیرش قریب به اتفاق فقیهان امامیه است (نابینی، ۱۴۱۸ق، ۲/۳۱۹؛ مظفر، همان، ۲/۲۰۰؛ آخوند خراسانی (با حواشی مشکینی) ۱۴۱۳ق، ۴/۴۴۸).

د: تنقیح مناط ظنی: این مورد قطعاً مورد پذیرش فقهای امامیه نیست (میرزای قمی، ۱۳۷۸ش، ۲/۸۵؛ شیخ یوسف بحرانی، ۱۳۵۹ش، ۱/۵۶) این روش بر کشف علل احتمالی احکام استوار بوده و ورود آن به فقه اسلامی را از قرن دوم تاریخ‌گذاری کرده‌اند (ابن حزم، ۱۹۸۵م، ۷/۱۷۷؛ همو، ۱۳۷۹ش، ۵۰).

حال مشکل آن است که نمی‌دانیم ابن‌جنید به کدامیک از این اقسام عمل می‌نموده است. همچنان‌که بیان شد، تنها عمل به شکل چهارم است که مورد پذیرش علمای امامیه قرار نگرفته و چه‌بسا ایشان به سه شکل دیگر عمل می‌کرده است. به‌ویژه با توجه به آنکه آثار او از بین رفته و جز نقل‌های گوناگون، اثری از او در دست نیست و مضاف بر آن آثاری که شیخ مفید جهت نقد عملکرد وی نگاشته است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، شماره ۴۸/۱)؛ نیز هیچ‌کدام به ما نرسیده است و نسخ آن‌ها در دسترس نیست، ارزیابی اعتقاد او در این باره بسیار دشوار می‌نماید. این نوشتار در مورد سایر مفاهیم، مانند اجتهاد نیز وجود دارد که اکنون به‌راحتی حتی توسط شیعیان استفاده می‌گردد، اما در ابتدا این‌گونه نبوده و نگاه مذمومی در محافل امامیه نسبت به آن وجود داشته است (ر.ک: پاکتچی - گرجی، ۱۳۷۳ش، ۶/۶۰۲).

ب. ۲: بررسی دیدگاه سید بحر العلوم در نسبت قیاس به ابن جنید

سید بحر العلوم چنین باور دارد که انتساب قیاس به ابن جنید توسط فقهای بزرگی، همچون شیخ مفید و شیخ طوسی صورت گرفته و همین امر، مانع از این می‌شود که قیاس در شیوه فقهی ابن جنید را به قیاس منصوص العلة و قیاس اولویت که نزد شیعه معتبر است، حمل کنیم؛ زیرا اگر چنین بود، این بزرگان او را مذمت نمی‌کردند. از این رو، با توجه به جلالت و بزرگی او در میان شیعیان چاره‌ای نیست جز آنکه بگوییم: مسئله قیاس در آن روزگار روشن و بدیهی نبوده و حرمت آن ضرورت مذهب شمرده نمی‌شده است (سید بحر العلوم، ۱۳۶۳ ش، ۳/۲۱۴).

اما نظر ایشان از چند جهت قابل بررسی و نقد است:

الف: آیا مواردی که از قیاس معتبر نزد شیعیان نام برده شد، یعنی قیاس اولویت و قیاس منصوص العلة، در آن زمان هم مورد توافق بوده است؟ اساساً این مفاهیم در علم اصول جدید مطرح شده‌اند. همچنان که در همان مختصری از تذکره شیخ مفید که به دستمان رسیده است، بحث قیاس و ممنوعیتش نزد طائفه، تنها در یک خط بیان شده (شیخ مفید، ۱۴۱۴ق، ۴۳). سید مرتضی در الذریعه نیز اساساً نامی از اقسام مذکور به میان نیاورده و تنها تقسیم‌بندی‌ای که از آن ارائه نموده، تقسیم قیاس به دو نوع: عقلی و شرعی از یک منظر و عقلی و سمعی از منظری دیگرست (سید مرتضی، ۱۳۸۴ ش، ۲/۱۹۵).

ب: درباره صحت این انتساب و همچنین ارزیابی مقصود شیخ مفید و شیخ طوسی، می‌بایست به آثار خود ابن جنید رجوع شود که اکنون هیچ کدام از آن آثار در دسترس نیست. حتی از بیان شیخ مفید در این باره نمی‌توان تصویر روشنی به دست آورد. او پس از نقد روش شیخ صدوق و سایر اصحاب حدیث در اعتماد به خبر واحد، منهج استاد خود، ابن جنید را نیز بیان می‌کند و می‌نویسد:

«اما کتاب‌های ابوعلی بن جنید در بردارنده احکامی است که بر اساس ظن استنباط شده و در آثارش از قیاس که شیوه ناپسند مخالفان است، پیروی کرده و روایات امامان علیهم‌السلام و نظرات برخاسته از رأی خود را در هم آمیخته و آن‌ها را از یکدیگر تفکیک نکرده است. حتی اگر روایات را هم جدا می‌ساخت، باز اعتمادی به آن‌ها

بررسی نگره
نسبت دادن قیاس به
ابن جنید

نمود؛ زیرا او به خبر واحد، اعتماد داشت» (شیخ مفید، بی تا، ۷۳).

ایرادهای موجود از سید مرتضی و شیخ طوسی بر ابن جنید نیز نمی‌تواند روش او را تشریح کند و صرفاً بیان‌کننده این نسبت‌اند، بدون آنکه به تفصیل پرداخته شده باشد (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ۴۷۰ و ۴۸۸؛ همو، بی تا، ۱/۱۸۹، طوسی، بی تا، ۲۰۹).

ج: برخی نیز معتقدند که آنچه او در فقه مورد توجه داشته است، همان کشفِ علتِ قطعی حکم بوده است، نه کشفِ عللِ ظنی. بنابراین، همین مورد نیز می‌تواند به‌عنوان قرینه‌ای برای عدم پذیرش روش وی به‌وسیله اهل حدیث سنت‌گرا باشد، نه عمل او به قیاس سنی (سید بحرالعلوم، ۱۳۶۳ش، ۳/۲۱۴؛ شوشتری، ۱۴۱۰ق، ۹۴/۱۱).

از آنچه بیان شد، می‌توان این‌گونه گفت که قیاس دارای معانی گوناگونی است که شاید همین امر موجب طرح این نسبت در مورد برخی از اصحاب امامان علیهم‌السلام نیز شده است که در ادامه خواهد آمد.

ج: بررسی نسبت قیاس با نظر به منهج استنباطی حاکم

با توجه به احتمالاتی که در مورد معانی گوناگون قیاس در فهم آن روزگار مطرح گشته و همچنین با نگاهی به اولین نگاه‌های فقهی مانند: المقنع، صدوق و المقنعة، شیخ مفید به نظر می‌رسد که محوریت در آثار و مکتوبات با روایات و اخبار بوده و چیزی فراتر از آن بیان نمی‌شده است. حال اگر کسی، قدری پا را فراتر می‌گذاشت، طبیعی بود که با واکنش دیگران مواجه می‌شد و به انحای مختلف سعی در بازداشتن او می‌نمودند.

مدرسی طباطبایی نیز این احتمال را به‌گونه‌ای مطرح کرده است. به باور ایشان برخی از اصحاب ائمه علیهم‌السلام همچون فضل بن شاذان و یونس بن عبدالرحمان، اجتهاد محدود و منظم در شریعت را با شرایطی جایز می‌دانستند. با این توضیح که گرچه نقش ائمه علیهم‌السلام بیان احکام الهی است، اما این بدین معنا نیست که می‌بایست حکم همه موارد جزئی را نیز از امام استفسار نمود و به تعداد موارد مختلف در وقوع هر مسئله، حکمی خاص و مستقل در لوح محفوظ وجود داشته باشد که مورد رجوع آن‌ها در

کشف حکم هر مسئله باشد. بلکه منظور این است که در قرآن و تعلیمات پیامبر ﷺ و ائمه اطهار علیهم السلام به مقدار کافی قواعد و اصول کلی و جامع وجود دارد که همه نیازهای بشر و تمام احکام مجهول کلی و جزئی را شامل شود و هر مورد جزئی که پیش آید، مصداقی از یک حکم کلی است که در کتاب و سنت بیان شده است. همین نگاه، بسیاری از اهل حدیث را به اشتباه انداخته و آن را گونه‌ای از قیاس پنداشته‌اند (مدرسی طباطبایی، ۱۳۹۵ش، ۱۷۴).

حال مناسب است که بدانیم خود ائمه علیهم السلام در برابر این نسبت‌ها چه واکنشی نشان می‌دادند. بسیاری از شیعیان در آن زمان تنها به امر سماع و نقل احادیث مشغول بوده و هیچ‌روی خوشی، نسبت به مباحث و مناظرات کلامی نداشتند و به تبع آن، نگرش ایشان نیز نسبت به متکلمان نگاه مثبتی نبود (کشی، ۱۳۴۸ش، ۲۷۹، ۴۸۷، ۴۸۸، ۴۹۶، ۴۹۹، ۴۹۸؛ همچنین نک: ابن بابویه، ۱۳۵۷ش، ۴۵۸-۴۶۰؛ سید بن طاووس، ۱۳۷۰ق، ۱۸-۱۹).

متکلمانی که بیشتر به وسیله خود ائمه مورد تشویق قرار گرفته بودند، اکنون مورد طعن این افراد قرار می‌گرفتند و رنجیده خاطر می‌شدند؛ اما ائمه علیهم السلام آن‌ها را تسلی می‌دادند و توصیه به مدارا می‌نمودند (کشی، ۱۳۴۸ش، ۴۹۸-۴۹۹). دلیل آن هم، ناتوانی درک درست این گروه بر نکته‌های ظریف این مباحث بیان می‌کردند (کشی، ۱۳۴۸ش، ۴۸۸).

به‌عنوان مثال محدثان قم به شدت با متکلمان در ستیز بودند و به‌شدت بر ایشان و نظرات آن‌ها می‌تاختند (کشی، ۱۳۴۸ش، ۴۸۳، ۴۸۹، ۵۰۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۴۵۹/۱؛ ۳۵۷/۲)، اما از طرفی دیگر، ائمه علیهم السلام شیعیان خود را به همین متکلمان و آثارشان ارجاع می‌دادند (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۳۴۴-۳۴۸) و اهل قم را نیز به‌رغم دشمنی محدثان آن شهر، به دوستی و حفظ احترام به متکلمان تشویق می‌نمودند (کشی، ۱۳۴۸ش، ۴۸۹). حتی گاهی این منازعات به نزاع و قطع رابطه همیشگی بین آن‌ها می‌انجامید (کلینی، ۱۳۶۹ش، ۱/۴۱۱-۴۰۹).

این قضیه خود می‌تواند شاهدی بر همان اختلاف روش در فهم دین باشد که گاهی به طرح نسبت‌های ناروا جهت دفع خطراتی که احتمال می‌دادند متوجه شیعیان

بررسی نگره
نسبت‌دادن قیاس به
ابن جنید

شود می‌انجامیده است. در رجال کَشی نمونه‌هایی از این دست فراوان ذکر شده است.

حال با این توضیح و تصویری اجمالی که از فضای فکری حاکم بر زمانه ائمه و اصحاب ایشان ارائه شد، می‌توان به وضوح دریافت که محدثان، مخالف هرگونه استدلال عقلی بوده‌اند و حتی کشف‌های قطعی علت‌ها و مناطات و ملاکات را نیز در حکم قیاس می‌شمرده و عمل به آن را نیز نمی‌پذیرفته‌اند (محقق کرکی، ۱۳۹۶ق، ۱۷). حتی با آنکه ساز و کار کشف قطعی علل با تمثیل منطقی یا همان قیاس اصولی در میان اهل سنت تفاوت داشت، اما فقهای دوره‌های بعدی آن را «قیاس مشروع» نامیدند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۳/۶۵؛ وحید بهبهانی، نسخه خطی، ۸۵).

به نظر می‌رسد، با توجه به برتری جریان حدیث‌گرا تا قرن سوم و چهارم و پیش از ظهور سید مرتضی و شیخ مفید، آثار و آرای ابن جنید در این دوره، با تفکر رایج چندان همخوانی نداشته و به همین علت در این زمان تا قرن ششم از آثارش در کتاب‌های فقهی سخن قابل توجهی به میان نیامده است. به دیگر بیان، منهج وی با روش‌های تکامل یافته‌تر فقه شیعی دوره‌های بعد، سازگارتر و هماهنگ‌تر بود (شوشتری، ۱۴۱۰ق، ۱۱/۹۴).

به همین جهت است که ابن ادریس حلی در اواخر قرن ششم نظرات او را در آثار خود نقل کرده و از برخی از آن‌ها نیز تمجید می‌نمود (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ۹۹). پس از او نیز همزمان با پررنگ‌تر شدن نقش عقل در فقه شیعه نظرات او به سایر آثار فقهی آن دوران نیز راه یافت (علامه حلی، ۱۳۸۷ق، ۱۴۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ۸۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۲/۲۲۲).

به‌عنوان شاهدی دیگر بر اینکه گروه متهم از اصحاب که نام برخی از ایشان ذکر شد به قیاس سنتی عمل نمی‌کرده‌اند بلکه به روش استدلالی و تحلیلی اعتقاد داشته‌اند می‌توان از کتاب ارزشمند «کشف القناع» سخن به میان آورد که فتاوی‌ای برخی از آن‌ها در این کتاب بیان شده است (محقق کاظمی، بی‌تا، ۸۲، ۸۳، ۱۹۸، ۲۴۴).

از مجموع آنچه گذشت این چنین به نظر می‌رسد که به‌خاطر همین مشابهت ظاهری یا تشابه اسمی، هرگونه استدلال و تحلیل عقلی در عرف مذهبی دوره‌های اولیه، قیاس

شناخته می‌شده و اصحاب حدیث گرا نیز دستوراتی که در نهی از عمل به قیاس در روایات و اخبار وجود داشت را شامل آن می‌دانسته‌اند (مدرسی طباطبایی، ۱۴۱۰ق، ۳۵، بر اساس برداشتی از این منابع: کشی، ۱۳۴۸ش، ۱۸۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۳ق، ۱۲۷).
مدرسی طباطبایی به نکته‌ای بسیار مهم اشاره می‌نماید که می‌تواند بسیار راهگشا باشد:

«باید انصاف داد که برخی از مبانی حقوقی فقه شیعی در ادوار اخیر که بر اساس آن علت قطعی حکم با نوعی تحلیل عقلی کشف می‌گردد با آنچه اهل سنت عملاً به‌عنوان قیاس پیروی می‌نموده‌اند فرق بسیار ظریفی دارد که درک آن کاری آسان نیست. فی‌المثل، اساس حقوقی «تنقیح مناط» و «تناسب حکم و موضوع» که گاهی با اعمال آن یک قاعده کلی بسیار وسیع از حکمی خاص در موردی مخصوص استنباط و کشف می‌شود (برای نمونه مراجعه شود به: مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۳/۲۹-۴۰) و اکنون از پایه‌ها و ارکان اساسی فقه شیعی است.» (مدرسی طباطبایی، ۱۴۱۰ق، ۳۵).

د: دیدگاه آیت‌الله سیستانی در تبیین قیاس

آیت‌الله سیستانی نیز در کتاب «مباحث الحجج» که تقریرات دروس ایشان است، نسبت قیاس به برخی از فقیهان و اصحاب ائمه عليهم‌السلام را همچون زرارة، جمیل بن دراج، یونس بن عبدالرحمان و فضل بن شاذان را طرحی از جانب اخباریان می‌داند.
اما خود قیاس را (طبق آنچه امروزه رواج یافته) می‌توان به دو نوع تقسیم کرد:

۱- اختراعی: به معنای جعل حکم در مواردی که میان آن‌ها با موردی که حکم به سبب آن جعل شده بود، مشابهت داشته باشد.

۲- استکشافی (ربانی، بی‌تا، مباحث الحجج، ۲۷۹).

اما اعتبار مورد اول وابسته به دو مقدمه است:

الف: کتاب و سنت در بردارنده تمام قضایا نیستند و بلکه برای بسیاری از قضایا حکمی معین صادر نشده است؛ همانند امور مستحدثه.

ب: از وظیفه‌های مجتهد آن است که برای قضایایی که در منابع شرعی، حکم صریحی در موردشان بیان نشده، در پرتوی توجّه به اهداف اسلام و یا بر اساس علل

مستنبطه در مشابهاًت، حکمی را معین کند. هر دوی این مقدمات باطل اند که مجال پرداختن به توضیح و تفصیل آن در این نوشتار وجود ندارد.

اما به نظر می‌رسد که قیاس استکشافی را نیز نمی‌توان طریقی عقلایی جهت استکشاف حکم در موارد مشابه به‌شمار آورد. زیرا حتی در قوانین وضعی بشری نیز نسبت به کاربرد آن توسط عقلا، قطعی وجود ندارد تا چه رسد به کاربردش در کشف قوانین الهی که در آن‌ها نمی‌توان نسبت به علل، معرفت پیدا کرد و در نتیجه، حکم آن را به موارد مشابه سرایت داد. روایاتی هم که در مورد منع از قیاس از سوی ائمه اطهار صادر شده، به لحاظ رواج این پدیده در آن عصر است. (ربانی، بی تا، ۲۸۰). صاحب فصول درباره قیاس بر این دیدگاه است که امامیه بر عدم حجیت قیاس اتفاق دارد، مگر ابن جنید؛ زیرا وی بر اساس آنچه از او نقل شده، در ابتدا قائل به حجیت قیاس بوده و سپس از این اعتقادش بازگشته است. به هر حال، بطلان آن در زمان ما نزد اهل علم از ضروریات مذهب به‌شمار می‌رود.

اما ظاهراً هیچ دلیلی مانند سایر نسبت‌های مطرح شده برای این ادعا نیز وجود ندارد. تا آنجا که آیت‌الله سیستانی در مقام پاسخ به ایشان می‌فرماید: «آنچه مؤلف فصول در مورد رجوع ابن جنید از اعتقادش به قیاس بیان کرده، ما هیچ دلیلی برای آن نیافته‌ایم.» (ربانی، مباحث الحجج، ۲۸۰).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۷۴

هـ: بررسی علل موهم اخذ به قیاس از منظر آیت‌الله سیستانی

به هر حال، می‌توان احتمالات فراوانی را برای یافتن منشأ این نسبت بیان کرد که به مهم‌ترین موارد اشاره می‌شود:

۱- گمانه‌زنی:

چه بسا منشأ آن روایاتی باشد که قمی‌ها در کتبی مانند بصائر الدرجات نقل کرده‌اند. از جمله:

«کان علی عليه السلام إذا ورد علیه أمر ما نزل به کتاب و لا سة قال: رجم فأصاب، قال أبو جعفر و هی من المعضلات».

در این باب از کتاب، یعنی باب معضلات شش روایت وجود دارد که سند آن‌ها

به «عبدالرحیم القصیر» می‌رسد و کسی جز «محدث نوری» او را توثیق نکرده است. معنای «رجم» در این روایات و امثال آن، براساس آنچه در کتب لغت وجود دارد، همان سخن گفتن با حدس و گمان است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۱۱۶/۶).

چه بسا به سبب این روایات، برخی از قمی‌ها و ابن جنید به قیاس پرداخته‌اند. اما علامه مجلسی ذیل این روایت فرموده است که امکان دارد مقصود از رجم، الهام از جانب خداوند بوده باشد. همچنان که برخی از روایات بصائر هم بر آن دلالت دارند (مجلسی، ۱۴۱۰ق، ۱۷۷/۲).

پس این حتی روایات با فرض صحتشان به الهام الهی تأویل می‌گردند و بعید است که چنین اخباری منشأ گرویدن ابن جنید به قیاس باشند. گرچه این احتمال در حق قمی‌ها ناممکن نیست، زیرا خودشان آن روایات را نقل کرده‌اند (صفار، ۱۴۰۴ق، ۱/۱۹۰-۱۸۹).

۲- حق کتمان در پرتورویات تفویض

طبق مفاد این اخبار، امر در نشر و کتمان احکام به جهت تشخیص مصلحتی که روا می‌دارند، به ائمه واگذار شده است. این امر همواره به منزله یکی از ریشه‌های اختلاف حدیثی به‌شمار می‌آمده است. بر این اساس مصلحت بیان و عدم بیان به نظر ایشان موکول شده است. بنابراین، معتقدان به آن هم متهم به قیاس می‌شده‌اند.

۳- حق تشریح حکم ولایی ائمه:

احتمال دارد که منشأ این گرایش، روایاتی باشد که بر حق تشریح امامان در برخی از احکام و به سبب مصالح متغیر دلالت می‌کند. پس در حقیقت، به سبب آنکه ایشان ولایت امر را بر عهده دارند، حق تشریح به نظر ایشان تفویض شده است. (برای مشاهده توضیحات در این زمینه ن. ک: هاشمی، سید هاشم، جزوه علل اختلاف الحدیث) تقریرات دروس آیت الله سیستانی، نسخه قدیم، بی تا، ۴۲) همچنان که امام علی علیه السلام در عهدنامه‌ای که به سوی مالک اشتر روانه داشت او را به قیمت گذاری کالاها و امثال آن دستور داد که این مورد از امور ولایی به‌شمار می‌رود.

آنچه در مورد کفاره حیض وارد شده نیز، چه بسا از این قبیل باشد. به بیانی دیگر، شاید اختلاف روایات در باب کفاره حیض به جهت آن است که کفاره و قوانین جزایی به نظر ایشان موکول شده است و ایشان در مورد شخصی به یک دینار و در مورد شخصی دیگر به نیم دینار و برای دیگری به ربع دینار حکم کرده‌اند. بر این مورد نیز می‌توان «رای» اطلاق نمود که چه بسا این جنید نیز به سبب همین روایات، به جریان بحث تمایل شده است. (ربانی، بی‌تا، مباحث الحجج، ۲۸۷)

اما برخی روایات دیگر را نیز می‌توان به عنوان منشأ گرایش او به قیاس محتمل دانست:

۴- اخذ به شواهد با اذن امامان علیهم‌السلام:

برخی روایات که بر لزوم اخذ به شواهد کتاب و سنت دلالت دارند، می‌تواند مورد استشهاد قرار گیرند، به عنوان مثال در برخی از این اخبار اینچنین آمده است: «فَقَسَهُ عَلِيٌّ كِتَابَ اللَّهِ» (طبرسی، ۱۴۰۳ق، ۳۵۷/۲؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ۸۷/۱۸).

امکان دارد این گونه تخیل شود که این روایات، دلالت بر اعتبار قیاس می‌کنند، حال آنکه واضح است مدلولشان تنها موافقتِ روحی اخبار و روایات با کتاب است نه قیاسِ مُصطلح.^۱ (هاشمی، سیدهاشم، بی‌تا، ۲۷۲؛ به نقل از: ربانی، بی‌تا، مباحث الحجج، ۲۸۷).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۷۶

۵- عملکرد امامان علیهم‌السلام در اخذ به شواهد:

برخی از روایات بیان می‌کنند که امام برای بیان حکمی به وجود حکمی در مورد

۱. این توهم مسلماً صحیح نیست زیرا اخذ شاهد غیر از قیاس است اگرچه نزدیک به یکدیگر می‌باشند لکن متفاوت هستند گاهی فقها از مجموع آیات و سنت اهدافی را استفاده می‌نمایند و لذا ممکن است روایتی وارد گردیده باشد که با آن اهداف سازگار نباشد در اینصورت است که امر شده به عدم اخذ و این غیر از قیاس است قیاس اینست که ما از حکمی در ارتباط با موضوعی دلیلی ظنی را استفاده نماییم و همان دلیل را به مورد دیگر سرایت دهیم.

مثال عرفی: فرض کنید شخصی با بزرگی در ارتباط است و در این ارتباط به حالات و روحیات آن بزرگ اشراف پیدا کرده است. در اینجا اگر کسی مطلبی را از آن بزرگ نقل کند و این شخص مرتبط، تفتن پیدا نماید که این مطلب با روحیات و اهداف آن شخص بزرگ، سازگار نیست؛ در انتساب این قول به آن بزرگ شک می‌نماید. اخذ به شواهد هم در ارتباط با همین مسئله است. یعنی تشخیص اهداف و عرضه روایات به این اهداف. و این غیر از قیاس در محل بحث است.

مشابه استشهاد داشته‌اند. حال ممکن است فردی بی اطلاع خیال کند که این از باب استدلال است، اما همان‌طور که گفته شد این استشهاد از باب اخذ به شواهد کتاب و سنت است. مانند: روایتی که در کافی آمده است (کلینی، ۱۳۶۹ش، ۶۰/۱). در این روایت، امام باقر علیه السلام به حاضران می‌فرماید که در مورد هر آنچه می‌گوییم، این‌گونه پرسید که در کجای کتاب خدا چنین چیزی آمده است؟ آنگاه به سه پرسش یکی از سؤال‌کنندگان با توجه به حکم مشابه در آن‌ها در سه آیه از قرآن کریم، پاسخ می‌دهد.

۶- وجود اخبار موهم اعتبار قیاس در عرض ادله اربعه

احتمال دیگر، روایاتی است که بر اعتبار قیاس در عرض کتاب و سنت دلالت می‌کنند، مانند آنچه در مقدمه «جامع الأحادیث» به نقل از سه منبع دیگر آمده است: ا. مجموعه شهید محمد بن مکی به نقل از کتاب استدراک برخی از قداما.

ب. اختصاص منسوب به شیخ مفید (مفید، ۱۴۱۳ق، ۵۸).

ت. تحف العقول (أو قیاس تعرف العقول عدله) تا آخر خبر (حرّانی، ۱۴۰۴ق، ۴۰۷).

ث. این روایت گرچه با طریقی صحیح به دست ما نرسیده است، اما شاید همین خبر و امثال آن بوده که ابن جنید از آن توهم حجیت قیاس را استنباط کرده است. گرچه به نظر می‌رسد که مقصود از قیاس با این اوصاف، همان قانون فطری است که خداوند متعال در وجود هر کسی به ودیعت نهاده است (ربانی، حجیة خبر الواحد فی تقریرات الأبحاث السید السیستانی، ۲۵).

به هر حال به نظر می‌رسد که شکی در اینکه عمل به قیاس و رأی (به معنای امروزی آن) ممنوع است، وجود ندارد. اما فهم ثابتی نسبت به حدود و ثغور آن وجود ندارد و در این زمینه برداشت‌هایی متفاوت وجود دارد. بهترین شاهد بر این امر، همین وجود نسبتی است که در مورد جماعتی از قدامای امامیه گفته شده و این نسبت گرچه در تمامی مواردش صحیح نیست، اما در حقّ برخی از ایشان ثابت است. به دیگر بیان، به نظر می‌رسد که علمای ما در تعیین حدود و ثغور آن دچار افراط و تفریط شده‌اند و به نظر ما، حتی برخی از آن‌ها در انواع غیر جایز آن، قیاس را جایز دانسته‌اند و برخی دیگر، مواردی را که نمی‌توان بر آن‌ها قیاس ممنوع نام نهاد، وارد این مفهوم کرده‌اند و

بررسی نگره
نسبت دادن قیاس به
ابن جنید

به همین جهت است که برخی از اخباریان، جماعت معتدل از فقها یا همان اصولیان را به استفاده از قیاس و رأی متهم کرده‌اند (ربانی، مباحث الحجج، ۲۸۸). در مورد سه دسته از روایات یادشده لازم به ذکر است که به لحاظ سندی، هر سه دسته مخدوش‌اند؛ زیرا نسبت کتاب اختصاص به شیخ مفید، مخدوش است و سند روایت تحف العقول نیز مرسل است و به لحاظ مضمونی هم روایات محکمی وجود دارد که ناهی از عمل به قیاس در عرض کتاب و سنت است و حتی با فرض صدور آن‌ها از زبان معصوم علیه السلام هم شامل قیاسی که امثال ابوحنیفه و... انجام می‌دادند، نمی‌گردد. بلکه شاید مراد حضرت، احکام عقلیه روشنی است که در مرتبه معلولات احکام، یا در مرحله اطاعت و عصیان و امثال آن باشد و یا اینکه قیاس منصوص العله مراد آن‌ها بوده و از آن تعبیر به قیاس شده است. به هر حال حجیت قیاس مستنبط العله را که محل بحث است نمی‌توان از این روایت، استفاده نمود.

از سوی دیگر، این نکته بسیار قابل توجه است که کسانی که متهم به قیاس شده‌اند آثارشان به گونه‌ای است که گویا خودشان به آنچه به آن نسبت داده می‌شدند موافق نبوده‌اند. به عنوان مثال: فضل بن شاذان که نسبت قیاس به وی توسط سید مرتضی و شیخ صدوق بیان شد خود در کتاب «الایضاح» بر فقیهان اهل سنت به جهت دوری از کتاب و سنت و پیروی از قیاس خرده می‌گیرد (ابن شاذان، ۱۴۰۲ق، ۲۴۳).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۷۸

۷- توهم اذن امام و مقایسه با آموختن کلام

این گروه گمان می‌کردند، قیاس همانند پرداختن به علم کلام است. پس همان‌طور که ائمه علیهم السلام برخی را به جهت عدم صلاحیت از دنبال کردن این علم منع می‌کرده‌اند و به برخی دیگر اجازه می‌داده‌اند، قیاس نیز همین‌گونه بوده است. بنابراین، قیاس جایز نبوده، مگر آنکه امام بنابر تشخیص مصالح، به کسانی اجازه به کارگیری آن را بدهد (کشئی، ۱۳۴۸ش، ۱۷۰).

شاهد آنچه ذکر شد، روایتی است که طبق مفاد آن محمد بن حکیم از امام معصوم علیه السلام برای عمل به قیاس، کسب اجازه کرده است (صفار، ۱۴۰۴ق، ۳۰۲/۱؛ در منبع دیگری از قول خود محمد بن حکیم آمده که سؤالش تنها به جهت کسب اجازه

برای انجام قیاس بوده است. (به همین منظور، ر.ک: کلینی، ۱۳۶۹ش، ۱/۵۶).
در مقدمه کتاب کافی نیز عبارتی وجود دارد که نزدیک به همین مضمون می باشد:
«إعلم یا أخی ارشدک الله أنه لا یسع أحداً تميز شیء مما اختلفت فیہ الروایة عن
العلماء برأیه إلا علی ما أطلقه العالم» (کلینی، ۱۳۶۹ش، ۱/۸). روایت اعراب گذاری
دقیق گردد.

ای برادر! خداوند هدایت کند. بدان که برای کسی روا نباشد تا با نظر خود،
روایت های مختلفی که از امامان علیهم السلام رسیده است، تشخیص دهد، مگر به دستور خود
امام علیه السلام.

۸- ترجیح به اماره قوی تر

برخی ترجیح به اماره قوی تر هنگام تعارض را از موارد عمل به رأی به شمار
آورده اند؛ زیرا آن را مصداق استصلاح می دانند که عامه به وسیله عقل به کشف
قوی ترین دلیل می پردازند و این از منظر شیعه، پذیرفته نیست. بنابراین عمل به رأی
ممنوع است، مگر در مواردی که اجازه وجود داشته باشد. در این صورت عمل به رأی
دو قسم خواهد داشت:

دسته ای که اجازه استفاده از آن را به ما داده اند (قیاس تعرف العقول عدله) و
دسته ای دیگر، این اجازه را نداده اند و ممنوع کرده اند.

۱. آیت الله مروارید از شاگردان آیت الله سیستانی در این مورد معتقد است:

اخذ به مرجحات در باب تراحم که توهم می شود از باب استصلاح است (استنباط مصلحت که از جمله موارد آن اخذ به
اهم است و تفسیر آن به اینکه این ملاک در نزد شارع هم اهم است). غزالی مثالی را برای استصلاح ذکر می کند: انا الکفار
إذا... بجماعه المسلمین

اگر کفار مسلمانان را سپر قرار دهند و بعد از این طریق بخواهند حمله کنند. اینجا گفته شده اشکالی ندارد مسلمانان حمله
کنند زیرا اگر چنین نکنند اصل اسلام به خطر خواهد افتاد.

مثلاً در باب تکلیف اهم که اگر ما تشخیص مورد اهم را دادیم و یقین داریم در نزد شارع هم مسئله به همین ترتیب است.
مثلاً حفظ نفس محترم به لا اشکال که در نزد شارع مهم تر است از تصرف در مال غیر و کسی در آن شک ندارد حال اگر
این دو تکلیف با یکدیگر تراحم کردند، کدام مقدم خواهد شد راههایی دارد که در برگشت آن به تمسک به آن چیزی
است که در شرع ثابت است. مثلاً با وجود امر اهم شخص نمی تواند تکلیف مهم را انجام دهد و برای او غیر مقدور خواهد
بود. ولذا تکلیف از او برداشته می شود. ما من شیء حرمه الله الا وقد احله لمن اضطر الیه. که این شخص تصرفش در دار
غصبی اضطرار است. بنابراین بازگشت مسئله به ادله شرعی خواهد بود. یا بگوئیم از باب حکم عقل است که وقتی شخص
تشخیص داد امری مقدم است این حکم عقل حجت است و باعث می گردد که معذور باشد و عقاب نگردد. این مورد هم
از موارد موهمه به قیاس است (درس آیت الله شیخ مهدی مروارید، ۱۳۹۱/۲/۲۱).

۹- قیاس باطل: ردّ سنت قطعیّه

ممکن است این چنین گفته شود که قیاس در صورتی که موجب ردّ سنت قطعیّه شود، ممنوع است. روایات فراوانی هم وجود دارد که بر این امر دلالت می‌نماید که استشهاد امام در این روایات، به قیاس ابلیس و ردّ نصّ قطعیّ توسط او با قیاس است: ﴿خَلَقْتَنِي مِنْ نَارٍ وَخَلَقْتَهُ مِنْ طِينٍ﴾ (اعراف، ۱۲) و فرمایش امام علیه السلام: «يَا أَبَانَ السَّنَّةُ إِذَا قِيسَتْ مُحِقَّ الدِّينِ» و این‌ها تنها در مورد ردّ سنت قطعیّ با قیاس است. توضیح آنکه این روایات دلالت می‌کند بر اینکه حکمی که قطعاً از مولا صادر گردیده اگر با قیاس مخالف باشد ردّ آن جایز نیست. به عنوان مثال: راوی، حکم را از امام شنیده اما احساس می‌کند با قیاس مخالف است، لذا تردید می‌کند و چه بسا گمان می‌کند که این حکم، لازم‌الاتباع نیست. چون تصور کرده که ملاک ندارد، زیرا مخالف با قیاس است.

به دیگر بیان، این دسته از روایات به دنبال آن هستند که بگویند در مواردی که حکمی قطعی از مولا صادر شد، دیگر فکر مکلفین و قیاس آن‌ها جایگاهی نخواهد داشت.

بعید نیست که روایت ابان بن تغلب از همین قبیل باشد؛ چرا که بعد از اینکه حضرت فرمودند: در دو انگشت بیست شتر، در سه انگشت، سی و در چهار انگشت به بیست شتر بازگشت کردند، او گفت: ما این را می‌شنیدیم و می‌گفتیم: این از شیطان است (کلینی، ۱۳۶۹ ش، ۱/۲۹۹-۳۰۰) و گویا می‌خواست که مطلب را نپذیرد؛ چون آن را مخالف با قیاس می‌دید. پس بخشی از روایات ناهی از قیاس تنها از عمل به آن در مقابل سنت یا تکلیف قطعی نهی کرده‌اند. ظاهر روایت امام کاظم علیه السلام در اصول کافی نیز به همین نکته اشاره دارد:

«عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى عَ عَنِ الْقِيَاسِ فَقَالَ مَا لَكُمْ وَالْقِيَاسُ إِنَّ اللَّهَ لَا يُسْأَلُ كَيْفَ أَحَلَّ وَكَيْفَ حَرَّمَ.» (کلینی، ۱۳۶۹ ش، ۱/۵۷).

امام علیه السلام در این روایت می‌فرماید: شما را با قیاس چکار است؟ شایسته نیست از خداوند در مورد علت حلال و حرام کردنش سؤال شود. گویا امام می‌خواهد بفرماید،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۸۰

شما باید به وظیفه‌تان عمل کنید (این شاید نشان‌دهنده آن باشد که آن‌ها هر خبری را که می‌شنیدند، با قیاس می‌سنجیدند).

۱۰- گسترش دامنه قیاس توسط اخباریان

نکته دیگر آن است که آن‌ها که دایره قیاس را گسترانیده‌اند، اغلب همان اخباریان هستند و اموری را که قیاس نیست در آن وارد ساخته‌اند، از جمله:

الف) اعمال نظر و رأی در نص شرعی اعم از کتاب و سنت. اگر نزد همگان واضح نباشد و فهمش متوقف بر تفکر و تعمق باشد. چه دقت در مفردات لغوی آن یا به لحاظ جملات یا به جهت هیئت ترکیبیه. پس هر فتوایی که متوقف بر دقت بوده است، از سوی آنان تعبیر به رأی می‌شده، درحالی که کتاب و سنت ما را به تدبیر و تعمق امر کرده‌اند و شیخ طوسی^ع نیز در ابتدای کتاب مبسوط از این دسته شکایت کرده است. شاید ابن جنید نیز به واسطه همین دقت‌ها رمی به قیاس شده باشد.

ب) تفریع فروع بر اصول و به عبارت دیگر، تطبیق کبریات بر صغریات: به‌ویژه هرگاه تطبیق خفی بوده و به حسن کیفیت استنباط وابسته است. شاهد این مورد هم همان شکایت بالا توسط مرحوم شیخ است.

۸۱ به بیان دیگر، قسمی از مباحث اصولی است که گاهی باعث می‌شود اخباریان به اصولیان انتقاد نمایند. مانند: استنباط حکمی به تطبیق در اعتبارات قانونی که مجتهدان دارند، حقیقت احکام وضعی و تکلیفی، اوامر مولوی و ارشادی و تفکیک میان آن‌ها. مثلاً شارع به صیغه امر مطلبی را می‌فرماید، لکن فقیهان، شرطیت و جزئیت را استظهار می‌نمایند. در نتیجه، خود این استظهارات موهم، عمل به رأی است، حال آنکه حقیقتاً چنین نیست.

عامه نیز برخی از تفریعات را جزو رأی به‌شمار آورده‌اند. در قاعده لا ضرر می‌گوییم هر حکمی که از آن ضرر یا مسبب ضرری لازم آید مرفوع است؛ زیرا این کبری کلی بوده و بر صغریات قابل انطباق می‌شود. عامه همچنین اعتقادی مانند ما دارند؛ با این تفاوت که آن را از باب تطبیق کبری بر صغری نمی‌دانند؛ بلکه از باب استصلاح بوده که خود از فروع عمل به رأی است (حکیم، ۱۳۹۴ش، ۳۷۲). بنابراین ممکن است

گمان شود که شیعه نیز از جهت استصلاح به این اعتقاد تمایل یافته است.

۱۱- اخذ به علت منصوصه

احتمال بعدی در مورد عملکرد ابن جنید، اخذ به علت منصوصه است. قیاس بودن یا نبودن این امر خود نیز مورد اختلاف است. اگر کسی معتقد باشد که نمی‌توان به آن قیاس گفت و طبق آن نیز فتوا داد، بنابراین کسانی که آن را قیاس می‌دانند، گمان خواهند برد که این فتوا برآیند عمل به قیاس بوده است. از جمله کسانی که آن را قیاس به‌شمار آورده‌اند می‌توان به سید مرتضی در الذریعة اشاره کرد (سید مرتضی، ۱۳۸۴ش، ۶۸۳/۲).

در مواردی که علت منصوص است؛ اگر علت از قبیل واسطه در عروض باشد، این در حقیقت علت به‌شمار نمی‌آید بلکه خود موضوع است. همچنان که ممکن است گفته شود: «لا تشرب الخمر فإنه مسکر» در این موارد نمی‌توان حکم را به موضوع مشابه سرایت داد. اما اگر علت از قبیل واسطه در ثبوت باشد، مانند آنکه گفته شود: «لا تشرب الخمر لإسکاره» به‌نظر می‌رسد بتوان حکم را به موضوعات مشابه نیز سرایت داد که این استظهار از دلیل است و نمی‌توان نام قیاس بر آن گذاشت.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۸۲

۱۲- قیاس اولویت

این مورد هم اختلافی است که آیا می‌توان به آن قیاس گفت یا خیر؟ مانند آیه شریفه: ﴿فَلَا تَقْلُ لَهُمَا أَفْ﴾ (اسراء، ۲۳).

بی‌شک این جمله، بر اساس رعایت اولویت، بر عدم جواز کتک زدن پدر و مادر و مواردی از این قبیل دلالت دارد.

به‌نظر می‌رسد قول خداوند در این آیه شریفه یا به حسب فهم عرفی کنایه به‌شمار می‌آید و یا به دلالت لفظی التزامی بر تعمیم دلالت می‌نماید. در هر صورت این آیه، خارج از قیاس مصطلح است. مانند: «لا تعطه حبة أو لا تتكلم معه بكلمة».

بنابراین بطلان این توهم واضح است، زیرا ممکن است گفته شود اصلاً این کلام تعبیری است کنایی که در این صورت دیگر مطلب ربطی به قیاس ندارد؛ زیرا خود

الفاظ کنایی باری از معنا را به همراه دارند که قابل استظهارند.
ممکن است گفته شود؛ این عبارت دارای مدلولی التزامی است که ضرب نیز حرام است و کلام ظهور در آن لازمه دارد. در هر دو فرض، کلام خارج از بحث قیاس است؛ زیرا در مقام استظهار عمومیت موضوع است، نه کشف علت و سرایت آن به موارد دیگر.

۱۳- بیان حکم ارشادی

احتمال دیگر، دقت ورزی در فرق نهادن میان اقسام احکام از اوامر و نواهی است که احکام بر آن‌ها مترتب می‌گردد. مانند: فرق میان اوامر و نواهی از این جهت که این‌ها گاهی مولوی و گاه ارشادی‌اند. ارشادی هم گاه مرشد به آن است که آثار عقلایی مورد نظر بر آن مترتب نمی‌گردد. مانند: نهی از بیع غَرَر یا امر به طلاق در آیه شریفه ﴿طَلَّقُوهُنَّ لَعَدَّتِهِنَّ﴾ (طلاق، ۱).

گاهی نیز مرشد به عدم تطبیق متعلق حکم بر مصداق است، یعنی اگر بخواهد چیزی بگوید تا ذمه او را خالی نماید مثل اینکه گفته می‌شود: «لا تصل فیما لایؤکل لحمه» این نهی در ظاهر، به نماز خواندن در پوست حیوان حرام گوشت توجه دارد، اما در واقع، به مانعیت آن از صحت نماز اشاره دارد.

فرق میان آن دو نیازمند دقت است. گفته شده اگر چیزی را به انگیزه ترتب آثار تکوینی بر آن انجام دهد و فساد هم منوط به نظر شارع نباشد و نتواند سلب شود، این امر و یا نهی، مولوی است. مانند: «لا تشرب الخمر». این به آن معناست که شراب ننوش زیرا اگر بنوشی عقوبت می‌شوی. همچنین قابل ذکر است که حکم جزایی در حکم مولوی نهفته است (ن. ک: الهی خراسانی، علی، ۱۳۹۵، ۸۹، ۱۶۲-۱۵۱).

۱۴- الغای خصوصیت

استنباط موضوع حکم از روایات وارده در وقایع خاص و مقام افتا است که فقیه در این موارد الغای خصوصیت می‌کند. اما ممکن است این توهم پیش بیاید که این نوعی از قیاس است.

بررسی نگره
نسبت دادن قیاس به
این جنید

در روایات ما، در بسیاری از موارد در مقام افتا و استفتاء سائل حکم موردی را سؤال می‌کند، ولی امام علیه السلام در مقام جواب، حکم کلی را می‌فرماید. در نتیجه واضح است که مورد از صغریات قضیه به‌شمار خواهد رفت.

بنابراین، گاهی جواب حکم کلی است، یعنی با وجود آنکه پرسش فرد سؤال‌کننده از خصوصیات بوده، اما تنها به کبری اکتفا شده است. در چنین مواردی، مانند موارد حکم کلی است و مورد مخصّص به‌شمار نمی‌آید، این امر مساوی با قیاس مردود نزد شیعه نیست. مانند: «لا تنقض الیقین بالشک» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱/۱۷۵-۱۷۴). در روایتی دیگر، فردی از امام سؤال می‌کند که: «چشمم را درمان کرده‌ام و اکنون قادر بر سجده کردن نیستم». امام بیان داشتند: «هرطور می‌توانی سجده کن» و پس از آن حکم کلی را فرمودند. گاهی هم امام فقط حکم کلی را بیان می‌کند؛ در این موارد اشکالی برای استفاده از حکم کلی و سرایت دادن حکم به موارد دیگر نیست.

اما اگر حکم کلی نباشد، مثل اینکه امام بفرماید: «با اشاره سر، سجده کن»، اگر این مسئله در ارتباط با رکوع اتفاق افتاد آیا می‌توان استفاده حکم کلی را نمود؟ ممکن است فقیه استظهار کند که سجده خصوصیتی نداشته و میزان اضطراب ملاک بوده، لذا حکم را به رکوع هم سرایت می‌دهد. پس فقیه با توجه به ذوق فقاهت و تسلّط به روایات و مناسبت احکام و موضوعات استظهار می‌کند که حکم در هر دو مورد یکی است (چون مناط واحد است). لذا این مورد، از باب قیاس نیست.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۸۴

۱۵- موافقت روحی با کتاب و سنت:

احتمال بعدی آن است که قدما روایات را با کتاب و سنت مقایسه و مورد سنجش قرار می‌داده‌اند. برخی از ایشان آن را «اخذ به سنت و شواهد کتاب» نامیده‌اند. همچون کلینی که بابتی را به این موضوع اختصاص داده است. (باب الأخذ بالسنة و شواهد الكتاب) گرچه شیخ مفید از آن به قیاس تعبیر کرده که به معنای آن است که اخبار ظنی الصدور می‌بایست این گونه مورد ارزیابی قرار گیرند که آیا با کتاب و سنت قطعی سازگارند یا خیر؟

بر همین مبنا بسیاری از روایات را به دلیل عدم موافقت با کتاب و سنت کنار می‌گذاشتند.

به‌همین جهت برخی از معاصرینشان نیز آن‌ها را انکار کرده‌اند. مانند عبارتی که محقق حلّی در معارج از شیخ مفید، مبنی بر شروط قبول خبر واحد نقل کرده و بر اساس آن شیخ مفید، یکی از این شروط قبول خبر واحد را این‌گونه معرفی می‌نماید: «أو شاهدا من العقل» (محقق حلّی، ۱۴۰۳ق، ۱۸۷). حال آنکه مراد شیخ از «شاهدا من العقل»، احکام عقلی فطری است.

نکته جالب آنکه شیخ مفید، شرط دیگری را معرفی نموده و طبق آن، یکی از شروط، موافقت با قیاس است: «أو حاکماً من القیاس». حداقل دلالتی که این عبارت بیان می‌نماید آن است که مسلماً قیاس معنای واحد و مورد اتفافی نداشته و گرنه شیخ مفید، خود یکی از مخالفان استفاده از قیاس به معنای کاربرد آن در فقه عامه است (همان‌طور که توضیح آن گذشت).

پس مراد شیخ از «أو حاکماً من القیاس» مطابقت با کتاب و سنت است. زیرا در الفاظ روایات، عرض و اخذ به شواهد کتاب و سنت نیز لفظ قیاس بکار رفته است (برای نمونه، ن. ک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۸/۸۷).

اما از آنجا که این عبارت برای محقق واضح نبوده، این چنین نوشته است: «اگر منظور شیخ از قیاس برهان باشد اشکالی وارد نخواهد بود، اما اگر منظورش قیاس باشد، محل اشکال است» (محقق حلّی، ۱۴۰۳ق، ۱۸۷).

بنابراین ممکن است بسیاری عدم موافقت روایاتی که این شرط را نداشته باشد، جزو قیاس ممنوع و رأی به شمار آورند.

توضیح این نظریه و پرداختن به آن خود نیازمند تدوین مقاله‌ای دیگری است، اما می‌توان اشاره داشت که این امر میان فقیهان متقدم رایج بوده (ن. ک: ربانی، مباحث الحجج، بی تا، ۲۰ و ۳۶؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۲۱۳؛ قطیفی، ۱۴۱۴ق، ۱۱، ۲۵-۲۴) گرچه در استنباطات جدید چندان مورد توجه قرار نمی‌گیرد. حال آنکه می‌تواند در بسیاری از مسایل جدید کار گشا باشد (برای مشاهده بیشتر ن. ک: الهی خراسانی- تمدن، نقش‌یابی عدالت در اجتهاد فقهی در پرتوی بررسی چالش حکمت‌انگاری

عدالت در خطابات قرآنی، فصلنامه علمی پژوهشی کاوشی نو در فقه، ۸۷/۲۳، بهار و تابستان ۱۳۹۵).

آیت‌الله سیستانی تصریح دارند که نباید آنچه ابن جنید انجام می‌داده را قیاس نامید. بلکه او معتقد به «نقد داخلی اخبار» بوده است؛ به‌دیگر سخن، چه‌بسا ابن جنید و افرادی همچون یونس بن عبدالرحمان، جزو دسته‌ای بوده‌اند که در قبول خبر سخت‌گیر بوده‌اند و آن‌ها را با محکومات کتاب و سنت می‌سنجیده‌اند. جمله شیخ مفید که محقق حلّی آن را نقل نموده نیز بهترین گواه بر این مدعاست؛ افزون بر آنکه، تصوّر عمل به قیاس در حق این بزرگان بسیار دشوارست (قطیفی، ۱۴۱۴ق، ۱۲).

و: نتیجه‌گیری

بنابراین پژوهش، نسبت قیاس به ابن جنید تنها ناشی از یک اختلاف روشی بوده که جریان هم عصر با او، خصوصاً حدیث‌گرایان آن را بر نمی‌تابیده‌اند. همچنین بررسی نسبت‌ها نشان داد که عمدتاً خالی از بیان نمونه بوده و در این مورد ادعاهای کلی مطرح شده است. حال آنکه طبق احتمالات و علل بیان شده از جانب آیت‌الله سیستانی آنچه موجب این امر شده است، چه‌بسا تشابهی اسمی بوده است. حداقل آن است که با وجود تمامی این احتمالات مختلف، نسبت دادن قیاس مصطلح در اصول فقه اهل سنت به او بسیار دشوار است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۸۶

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، ۱۴۱۳ق، کفایة الأصول (با حواشی مشکینی)، قم: انتشارات لقمان.
۲. آمدی، علی بن محمد، ۱۴۰۵ق، الإحکام فی أصول الأحکام، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۳. ابن بابویه قمی، ۱۳۵۷ش، التوحید، قم: چاپ: هاشم حسینی طهرانی.
۴. ابن بابویه قمی (صدوق)، محمد بن علی بن الحسین، ۱۳۷۷ق، من لایحضره الفقیه (به کوشش: حسن موسی خراسان)، نجف: دار الکتب الإسلامیة.
۵. ابن حزم اندلسی، علی بن احمد، ۱۹۸۵م، الإحکام فی أصول الأحکام (تحقیق أحمد محمد شاکر)، بیروت: دار الآفاق الجدیدة.

۶. ابن حزم، ۱۳۷۹ق، ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل (تحقيق سعيد الأفغاني)، دمشق: مطبعة جامعة دمشق.
۷. ابن شاذان، فضل، ۱۴۰۲ق، الايضاح (به كوشش: جلال الدين محدث ارموی)، بيروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۸. ابن طاووس، علی بن موسی، ۱۳۷۰ق، كشف المحجة لثمره المهجة، نجف: منشورات المطبعة الحيدرية.
۹. ابن منظور، محمد بن مكرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر.
۱۰. اردبیلی، محمد بن علی، ۱۴۰۳ق، جامع الرواة و ازاحة الاشتباهات عن الطرق و الاسناد، بيروت: دار الأضواء.
۱۱. الهی خراسانی، علی، ۱۳۹۵ش، نظریه اعتبار قانونی در گذار از شخصیت گرای (در پرتو اندیشه آیت الله العظمی سیستانی)، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۲. بحر العلوم، محمد مهدی بن مرتضی، ۱۳۶۳ش، الرجال (معروف به الفوائد الرجالية - تحقیق حسین و محمد صادق بحر العلوم)، تهران: مكتبة الصادق عليه السلام.
۱۳. بحرانی، یوسف بن احمد، ۱۳۵۹ش، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية.
۱۴. پاکتچی، احمد و گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۷۳ش، دایرة المعارف بزرگ اسلامی (مدخل اجتهاد)، تهران: مرکز دایرة المعارف بزرگ اسلامی.
۱۵. تمدن، حمیدرضا؛ الهی خراسانی، علی، نقش یابی عدالت در اجتهاد فقهی در پرتوی بررسی چالش حکمت انگاری عدالت در خطابات قرآنی، مجله علمی پژوهشی کاوشی نو در فقه، دوره ۲۳، شماره ۸۷، بهار و تابستان ۱۳۹۵.
۱۶. حائری اصفهانی، محمد حسین، ۱۳۶۳ش، الفصول الغرابة فی الاصول الفقهية، قم: دار إحياء العلوم الإسلامية.
۱۷. حرّانی، ابن شعبه، ۱۴۰۴ق، تحف العقول، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی.
۱۸. حرّعاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ق، وسائل الشيعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۹. حکیم، محمد تقی، ۱۳۹۴ش، الاصول العامة للفقہ المقارن، تهران: مجمع جهانی تقریب مذاهب.
۲۰. حلّی، ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

بررسی نگره
نسبت دادن قیاس به
ابن جنید

۲۱. ربانی، سید محمد علی، حجة الخبر الواحد (تقريراً لدروس آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني)، رهباب: /۱۶۹۶۳۰/fa.shafaqna.com/news/
۲۲. ربانی، سید محمد علی، مباحث الحجج (تقريراً لدروس آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني)، رهباب: www.taghriyat.net
۲۳. سیدمرتضی، علی، ۱۳۸۴ش، الذريعة الى اصول الشريعة (به كوشش ابوالقاسم گرگی)، تهران: دانشگاه تهران.
۲۴. سیدمرتضی، علی، ۱۴۱۵ق، الانتصار في انفرادات الامامية، قم: جماعة المدرسين بالحوزة العلمية، مؤسسة النشر الإسلامي.
۲۵. سیستانی، سید علی حسینی، ۱۴۱۴ق، قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسیستانی)، قم: دفتر آية الله سیستانی.
۲۶. شوشتری، محمد تقی، ۱۴۱۰ق، قاموس الرجال، قم: جامعه مدرسین حوزة علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. صفار، محمد بن حسن، ۱۴۰۴ق، بصائر الدرجات، تهران: منشورات الأعلمی.
۲۸. طبرسی، احمد بن علی، ۱۴۰۳ق، الاحتجاج، مشهد: نشر مرتضی.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۰۳ق، عده الأصول (به كوشش محمد مهدی نجف)، قم: مؤسسة آل البيت (ع).
 ۳۰. طوسی، محمد بن حسن، بی تا، الفهرست (به كوشش محمد صادق بحر العلوم)، نجف: کتابخانه مرتضویه.
۳۱. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۰ق، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلاتر)، قم: کتابفروشی داوری.
۳۲. عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۳۳. علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ایضاح الاشتباه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزة علمیه قم.
۳۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۳۸۷ق، رجال العلامة = خلاصة الأوقال (یک جلدی)، نجف: منشورات المطبعة الحیدریة.
۳۵. علم الهدی، علی بن الحسین، بی تا، رسائل الشریف المرتضی (به كوشش مهدی رجایی زیر نظر احمد حسینی اشکوری)، قم: دار القرآن الکریم.
۳۶. غزالی، محمد بن محمد، ۱۳۵۶ق، المستصفی من علم الأصول، القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى.

جستارهای فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۳۷. قطیفی، سید عدنان، ۱۴۱۴ق، الرافد فی اصول الفقه (محاضرات آية العظمی سید علی الحسینی السیستانی)، قم: دفتر آیت الله العظمی سیستانی.
۳۸. کاظمی تستری، اسد الله بن اسماعیل، بی تا، کشف القناع عن وجوه حجیة الإجماع، الطبعة الحجریة.
۳۹. کشی، محمد بن عمر بن عبدالعزیز، ۱۳۴۸ش، رجال کشی، اختیار معرفة الرجال (تصحیح حسن مصطفوی)، مشهد: دانشگاه مشهد.
۴۰. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۳۶۹ش، اصول الکافی، تهران: کتاب فروشی علمیه اسلامیه.
۴۱. مجلسی اصفهانی، محمد باقر بن محمد تقی، ۱۴۱۰ق، بحار الأنوار، بیروت: مؤسسة الطبع والنشر.
۴۲. محقق حلّی، جعفر بن حسن، ۱۴۰۳ق، معارج الأصول، قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۴۳. محقق کرکی، علی بن حسین، ۱۳۹۶ق، رساله فی طریق استنباط الأحکام (تحقیق عبدالهادی فضلی)، قم: مکتبة الاسلامیة الکبری.
۴۴. مدرسی طباطبایی، سید حسین، ۱۳۹۵ش، مکتب در فرآیند تکامل، تهران: نشر کویر.
۴۵. مظفر، محمدرضا، ۱۳۷۳ش، اصول الفقه، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۶. مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱ق، فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم: مؤسسه انصاریان.
۴۷. مفید بی تا، المسائل السرویة (تحقیق عبدالحمید صائب)، قم: المؤتمر العالمی لألفية الشيخ المفید.
۴۸. مفید، ۱۴۱۳ق، الإختصاص (باتصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری)، قم: کنگره هزارة شیخ مفید.
۴۹. مفید، ۱۴۱۴ق، التذکره بأصول الفقه (تحقیق مهدی نجف)، بیروت: دار المفید للطباعة و النشر و التوزیع.
۵۰. مفید، محمد بن محمد، بی تا، المسائل الصاغانیة، قم: المؤتمر العالمی لألفية الشيخ المفید.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۶ش، أنوار الأصول (بتقریر احمد قدسی)، قم: مدرسه امام علی بن ایطالب علیه السلام.
۵۲. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، ۱۳۷۸ش، قوانین الأصول، تهران: مکتبة العلمیة الاسلامیة.
۵۳. نایینی، محمد حسین، ۱۴۱۸ق، رساله الصلاة فی المشکوک، قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث.
۵۴. نجاشی، احمد بن علی، ۱۴۰۷ق، الرجال (به کوشش: سید موسی شبیری زنجانی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۵۵. وحید بهبهانی، ۱۴۱۵ق، الفوائد الحائزیه، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۵۶. —. بی تا، القیاس؛ ابطال القیاس، نسخه خطی (محل نگهداری: کتابخانه دانشگاه امام صادق علیه السلام).
۵۷. وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، ۱۴۱۷ق، حاشیه مجمع الفائدة والبرهان، قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی.
۵۸. وحید بهبهانی، ۱۴۱۰ق، مقدمه‌ای بر فقه شیعه، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی مترجم: محمد آصف فکرت.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

پژوهشی در مضمون بودن مأخوذ بالسوم^۱

سیف الله احدی^۲

اسدالله لطفی^۳

مسلم حیدری^۴

پژوهشی در
مضمون بودن
مأخوذ بالسوم

چکیده

۹۱ «مأخوذ بالسوم» عبارتست از کالایی که به وسیله مشتری از فروشنده گرفته می شود و پس از بررسی و صلاح دید مورد معامله قرار می گیرد. فقها در مضمون بودن «مأخوذ بالسوم» اختلاف نظر دارند؛ به طوری که برخی از ایشان، گیرنده را به دلیل قاعده «عدم ضمان امین» و «اصل براءة ذمه» ضامن ندانسته و مشهور فقها او را با استناد به قاعده «علی الید» ضامن دانسته و برخی دیگر نیز، به دلیل عدم ترجیح میان ادله توقف کرده اند. نگارندگان پس از تتبع در ادله و عبارات فقها به شیوه توصیفی تحلیلی به بررسی ادله و بازخوانی آرای آنها می پردازند و نظر قوی تر را این می دانند که آخذ بالسوم، هرچند از ناحیه مالک اذن داشته

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۲۰.

۲. دانش آموخته دکتری دانشگاه فردوسی مشهد. (نویسنده مسئول) رایانامه: ahadi.seifollah1251@yahoo.com

۳. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قزوین. رایانامه: lotfi.dr.as@yahoo.com

۴. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، رایانامه: moslem@yahoo.com

باشد، اما این اذن بر اساس ارتکاز و عرف عُقلا، مقید به ضمان بوده و از آنجا که قبضِ آخذ به مصلحت مالک نبوده است، و با توجه به متصرف بودن آخذ و نیز بر اساس قاعدهٔ احترام مال مسلمان، به بازگرداندن عین یا بدل کالای اخذ شده، او ملزم خواهد شد.

کلید واژه‌ها: مأخوذ بالسوم، قاعدهٔ عدم ضمان امین، اصل برائت، قاعدهٔ علی الید، قاعدهٔ احترام مال مسلمان.

طرح مسئله

مشاهده و رؤیت کالا و اطلاع یافتن از مورد معامله حق مشتری است؛ حال برای این منظور، گاهی مشتری کالایی را که قصد خرید آن را داشته، با اذن فروشنده در اختیار می‌گیرد، اما ناگهان آن کالا بدون هیچ تقصیری از سوی مشتری تلف و یا دچار خسارت و نقصان می‌شود، یا اینکه مشتری از فروشنده می‌خواهد کالا را به خانه برده و پس از مشورت در صورت صلاحدید آن را بخرد، در این صورت، اگر در بین راه سارقان به او حمله کرده و کالا را دزدیدند یا معیوب و معدوم کردند، با فرض اینکه مشتری هیچ‌گونه تعدی و تفریطی نکرده، آیا او ضامن است یا خیر؟ این مسئله در کتاب‌های فقهی مطرح شده و فقها در آن اختلاف کرده‌اند؛ به‌طوری که مشهور بر آنند که طبق قاعدهٔ «علی الید ما أُحْدَتْ حَتَّى تُؤدِّیه» که یک قاعدهٔ امضایی و مورد پذیرش فریقین است، آخذ، ذوالید محسوب شده و ضامن است و در مقابل، عده‌ای با پذیرش این قاعده گفته‌اند که عموم آن با قاعدهٔ «عدم ضمان امین» تخصیص خورده است؛ بنابراین گیرنده، مأذون و امین بوده و ضمانی متوجه او نیست؛ و برخی نیز میان ادلهٔ هیچ وجه ترجیحی نیافته و لذا توقف کرده‌اند. در حالی که در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، سخنی از «مأخوذ بالسوم» به‌میان نیامده است؛ از این رو، تبیین ادلهٔ هر دو گروه از فقها و یافتن پاسخ مسائلی از این قبیل، که آیا بین اذن و امانت (یعنی عدم ضمان) ملازمه وجود دارد یا خیر؟ آیا شرط ضمان امین وجاهت شرعی دارد یا خیر؟ نیاز به تتبع عمیق و دقیق در ادله و آرای فقها دارد؛ از این رو، در این مقاله سعی شده است که با شیوهٔ توصیفی تحلیلی و با بررسی ادله و بازخوانی آرای فقها، مسئله را مورد چالش قرار داده تا آنچه که موافق تحقیق است، آشکار شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۹۲

مفهوم‌شناسی واژگان

پیش از ورود به اصل بحث لازم است واژه‌های «سوم» و «مأخوذ» مفهوم‌شناسی شود.

۱- سوم

از واژه «سوم» در کتب فقهی در دو بحث نام برده شده است:

یک: کتاب زکات که در تعلق زکات به انعام ثلاثه (گاو، گوسفند و شتر)، افزون بر سایر شرایط، «سوم» نیز شرط است، در اینجا، مراد از سوم (به معنای سائمه بودن و چریدن در صحرا) حیوان می‌باشد؛ چنانکه در حدیث «و فی سائمة الغنم زکاة» و یا «فی الغنم السائمة زکاة» آمده است (طریحی، ۱۴۱۶ ق، ۹۳/۶) که در مقابل آن «معلوفه» قرار دارد.

دو: کتاب بیع که محل بحث ماست، اهل لغت آن را به «عرضه کالا برای بیع» معنا کرده‌اند و گفته می‌شود: «سام البائع السلعة، أى عرضها للبیع، و سامها المشتري، أى طلب بیعها». «سوم» در روایاتی، از جمله روایت «لا یسوم أحدکم علی سوم أخیه» هم به این معناست؛ یعنی اگر کسی کالایش را در معرض فروش دیگری [به عنوان مشتری] گذاشت، وارد معامله و بیع آن‌ها نشوید، و ممکن است آن را بر بایع حمل کرد؛ به این صورت که، وقتی کسی به عنوان فروشنده کالایش را برای فروش عرضه کرد با عرضه کالای خود، به بهای کمتر، در معامله آن‌ها ورود نشوید. بنابراین نهی، عام در مشتری و بایع هر دو است (فیومی، ۱۴۲۵ ق، ۲/۲۹۷).

در عبارات فقها نیز «سوم» به معنای مساومه، یعنی مباحه دانسته شده و گفته‌اند: مراد از نهی پیامبر ﷺ از سوم بین طلوع فجر و طلوع خورشید (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ۳۹۹/۱۷) این است که اقدام به معامله در این وقت کراهت دارد؛ خواه این معامله به صورت خرید و فروش باشد؛ خواه به آن صورت نباشد؛ چراکه این مدت زمان، مخصوص دعا و تعقیب است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ۱۲۷/۸). به تعبیر دقیق‌تر - آن‌چنان که از نحوه استعمال آن در کلمات فقها برمی‌آید - که مناسب با معنای لغوی آن نیز می‌باشد، «سوم» مقدمه عقد و معامله است (همان، ص ۱۵۲).

۲- مأخوذ

کلمه «مأخوذ» اسم مفعول از فعل «أَخَذَ» بوده و مراد از «أَخَذَ» در لغت، گرفتن و برداشتن است (فیومی، ۱۴۲۵ ق، ۶/۲؛ مرتضی زبیدی، ۱۴۱۴ ق، ۳۴۵/۵)؛ از این رو، مراد از «مأخوذ»، خود کالا می‌باشد. و مراد از حرف «باء» در عبارت «مأخوذ بالسوم»، بقاء سببیه بوده و معنای عبارت، کالایی است که به خاطر معامله گرفته شده است. گفتنی است، گاهی به جای تعبیر «مأخوذ بالسوم»، به «مقبوض علی سوم الشراء» تعبیر شده است، اما در برخی موارد فرد، تنها برای نظر کردن کالا را از فروشنده می‌گیرد که در این صورت، به «مقبوض علی سوم النظر» تعبیر می‌شود و آن فرد در صورت تلف شدن ضامن نخواهد بود (عبدالرحمن جزیری، ۱۴۱۹ ق، الفقه علی المذاهب الاربعه، ۲/۲۴۱).

بررسی اقوال در مسئله

پس از مفهوم‌شناسی واژگان، دیدگاه‌های در مسئله را مطرح کرده و ادله آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

چنانکه در ابتدای این نوشتار گفته شد، سه قول در مسئله مطرح شده است: برخی أخذ را ضامن دانسته (شهید اول، ۱۴۱۴ ق، غایة المراد، ۳۶/۲؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ ق، ریاض المسائل، ۲۵۴/۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، ۷۲/۳۷)، برخی قائل به عدم ضمان او شده (ابن ادریس، ۱۴۱۰ ق، ۸۶/۲؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ۴۹۹/۱۰؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ ق، کفایة الاحکام، ۶۳۸/۲) و برخی معتقدند میان ادله ترجیحی وجود نداشته؛ لذا قائل به توقف شده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ۲۲۲/۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ ق، ۲۱۵/۶). اما ادله قائم بر ضمان یا عدم ضمان أخذ خود نیاز به بحث و بررسی دقیق دارد.

ادله قول عدم ضمان

ادله‌ای که قائلان به مضمون نبودن مأخوذ بالسوم به آن تمسک کرده‌اند عبارت است از:

۱- قاعده عدم ضمان امین

مهم‌ترین دلیلی که قائلان به عدم ضمان به آن تمسک جسته‌اند، قاعده معروف و متسالم علیه «عدم ضمان امین (استیمان)» است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ ق، ۸۶/۲؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ۴۹۹/۱۰؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ ق، ۶۳۸/۲). بر اساس این قاعده، کسی که مال غیر با اذن مالک یا با اذن شرعی در نزد او بوده و او خیانتی نسبت به آن روا نمی‌دارد، یعنی فعل و یا ترک فعلی که موجب نقص و تلف مال شود به عمل نمی‌آورد (تعذی و تفریط ندارد) ضامن نیست، و از آنجا که در محل بحث آخذ با اذن مالک، کالا (مأخوذ بالسوم) را تحویل گرفته، ید او «ید امانی» است.

۲- اصل براءت

برخی از فقها برای قول به عدم ضمان آخذ، به اصل براءت تمسک کرده‌اند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ ق، ۸۶/۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ ق، ۱۶۷/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، ۱۷۵/۱۲؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ۴۹۹/۱۰؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ ق، ۶۳۸/۲).

پژوهشی در
مضمون بودن
مأخوذ بالسوم

۹۵

علامه حلی بعد از بیان دیدگاه ابن ادریس، بر مضمون نبودن مقبوض بالسوم (ابن ادریس، ۱۴۱۰ ق، ۸۶/۲)، آن را اقوی دانسته است؛ با این تعلیل که اصل، عدم ضمان بوده و گیرنده بر وجه تغلیب کالا را اخذ کرده است؛ به طوری که، در صورت توافق مالک آن را خواهد خرید، وگرنه آن را به مالک باز خواهد گرداند؛ از این رو، کالا در دست او امانت بوده و احتجاج به عموم «علی الید...» بر ضامن بودن او ناتمام است؛ چراکه موارد امانات از عموم آن خارج است (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ۳۲۱/۵-۳۲۲).

ادله قول ضمان

چنان که گفته شد، برخی از فقها آخذ را در صورت تلف یا نقص مأخوذ بالسوم ضامن دانسته؛ برخی نیز این قول را به اکثر فقهای امامیه نسبت داده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴ ق، غایة المراد، ۳۶/۲)؛ اما ادله‌ای که قائلان به مضمون بودن مأخوذ بالسوم به آن تمسک کرده‌اند عبارت‌اند از:

۱- قاعده ضمان يد

چنان که بسیاری از فقها آورده‌اند: دلیل اصلی قول به ضمان، قاعده ضمان يد است (شهید اول، ۱۴۱۴ ق، غایة المراد، ج ۲، ص ۳۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ق، مفتاح الکرامه، ج ۱۸، ص ۵۰؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ ق، ریاض المسائل، ج ۸، ص ۲۵۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۷۲).

این قاعده عیناً متن حدیث معروف نبوی ﷺ «علی الید ما أخذت حتی تُؤدیه» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ ق، ۱/۲۲۴ و ۳۸۹) است. یعنی بر عهده فرد است آنچه را که گرفته است (به همان صورت) تحویل (مالکش) دهد؛ که فقها به عنوان مستند قاعده مذکور بیان کرده‌اند. این روایت از حیث سند، ضعیف و مرسل است؛ چرا که آن را سمره بن جندب از پیامبر ﷺ روایت کرده است، ولی آنچه میان بعد از متأخران از فقها شهرت یافته این است که ضعف سند آن با عمل فقهای متقدم جبران شده و به اصطلاح، این روایت دارای «شهرت فتوایی» است (نراقی، ۱۴۱۷ ق، عوائد الایام، ۳۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، جواهر الکلام، ۳۷/۳۵؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ ق، کتاب البیع، ۱/۳۷۲). از این رو، این روایت از نظر فقهای عامه و خاصه، تلقی به قبول شده؛ بلکه به قطعی‌الصدور ملحق شده است (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ ق، العناوین، ۱/۴۱۶).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶
۹۶

بر طبق قاعده یادشده کسی که بر مال دیگری استیلا یافته، نسبت به آن ضامن است که باید در صورت وجود عین مال، عین آن را و در صورت تلف، بدل آن را به صاحبش رد کند. در محل بحث ما، آخذ که مورد معامله را تحویل گرفته، ضامن بازگرداندن عین و یا بدل آن است.

۲- مقتضی امانت نبودن اذن

دومین دلیل برای ضامن بودن آخذ این است که هر اذن به قبض مالی، موجب و مقتضی امانت بودن آن مال نیست؛ به عبارتی، هر مأذونی امین نیست، و در محل بحث ما، نیز چون قبض آخذ با ملاحظه حال خود و برای مصلحت خود بوده تا از عین و خطا در امان بماند، ضامن است (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ ق، ۲/۴۸۴).

۳- سایر ادله

برخی از فقها گفته‌اند که شاید قائلان به ضمان، به خاطر نص یا اجماع، حکم به ضمان داده‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ۱۹۲/۸). و برخی دیگر معتقدند؛ اگر مأخوذ بالسوم مضمون نباشد، بسیاری از مردم به اکل مال از این طریق متصل می‌شوند، و این با عاریه و غیر آن، معارض است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ق، ۵۱/۱۸).

تحلیل و بررسی

پس از بیان اقوال فقها و ادله آن، برای تحقیق در مسئله لازم است، با تبع در کتب فقهی چندین امر مورد بررسی دقیق قرار گیرد:

۱- عدم تلازم اذن با امانت

یکی از مسائلی که در راستای نوشتار پیش رو نیازمند به تحقیق است، بررسی وجود ملازمه میان اذن و امانت است؛ به عبارتی، لازم است با مطالعه در ادله و عبارات فقها وجود ملازمه یا عدم ملازمه میان اذن و ارتفاع ضمان، به دقت مورد بررسی قرار گیرد. بر اساس عبارات فقها و ماده «۶۰۷» قانون مدنی که بیان می‌دارد: «ودیعه عقدی است که به موجب آن يك نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد، برای آنکه آن را مجاناً نگه

پژوهشی در
مضمون بودن
مأخوذ بالسوم

۹۷

دارد»، امین (ودعی، مستودع و امانت دار) کسی است که مال طرف را برای نگهداری می‌پذیرد (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، شرائع الاسلام، ۱۲۹/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۳ ق، فقه الصادق، ۳۱۰/۱۹؛ امامی، ۱۳۷۵ ش، حقوق مدنی، ۱۶۱/۲-۱۶۲). در اینکه در صورت عدم تعدی و تفریط، ضمانی متوجه امین نیست، اختلافی وجود ندارد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ ق، السرائر، ۸۶/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ ق، القواعد الفقهية، ۷/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ق، القواعد الفقهية، ۲/۲۷۷). دلیل این امر قبل از اجماع، عدم وجود سبب ضمان، آیه شریفه ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ (سوره توبه، ۹۱) و روایات ائمه معصومین علیهم‌السلام است، از جمله روایت: «بر کسی که اعتماد کرده‌ای، ضمانی نیست» (محدث نوری، ۱۶/۱۳)، «حق نداری کسی را که مورد اعتماد قرار داده‌ای متهم کنی» (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، وسائل الشیعة، ۲۲۹/۱۳) و «بر امین، جز یمین چیزی نیست» که در این روایت مراد از نفی جز یمین، نفی ضمان است

(بجنوردی، ۱۴۱۹ ق، ۱۱/۲-۱۲)؛ جز اینکه در امین بودن برخی مأذونین اختلاف شده است؛ به طوری که برخی مأذونین از سوی برخی فقها، ضامن دانسته شده‌اند (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ ق، العناوین، ج ۲، ص ۴۸۴). از جمله مأذونینی که ضامن بودن آن‌ها مورد اختلاف فقهاست، صنعتگرانی‌اند که کار قبول می‌کنند؛ مانند: خیاط، نجار، ملوان، کرایه‌دهنده، حَجَّام، طیب، شتربان و ... که در صورت تلف شدن مالی که برای کار به دستشان سپرده شده است؛ بلکه برخی ضامن بودن آن‌ها را اجماعی تلقی کرده‌اند (شریف مرتضی، ۱۴۱۵ ق، الاتصا، ص ۴۶۶).

در مقابل، برخی دیگر از فقها معتقدند که چنین افرادی ضامن نیستند (ابن‌ادریس، حلّی، ۱۴۱۰ ق، ۸۷/۲؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸ ق، ۱۴۸/۲؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۵ ق، ۴۳۴/۱)؛ بلکه از نظر ایشان افزون بر ید مستودع، ید محسن، مستأجر، مستعیر، و به‌طور کلی ید تمام متصرفانی که از ناحیه مالک و یا شارع در اموال دیگران، اذن و یا اجازه تصرف دارند، از مصادیق ید امانی و مشمول قاعده استیمان است (محقق داماد، ۱۴۰۶ ق، ۹۱/۱)؛ زیرا اصل، براءت بوده و این افراد (صنعتگران) به سبب مأذون بودن، امین محسوب می‌شوند؛ از این رو، در صورت عدم تفریط، ضامن نخواهند بود و ادعای اجماع ممنوع است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، مسالک الأفهام، ۲۲۴/۵)؛ بلکه ادعای اجماع سید مرتضی (بر ما نحن فیه نبوده) بر تصدیق ادعای تلف از سوی امین است (نجفی، محمد بن حسن، ۱۴۰۴ ق، ۳۲۲/۷۲).

اما قائلان به ضمان چنین افرادی (صنعتگران)، این مطلب را که «ضابطه استیمان، وجود اذن از ناحیه شارع یا مالک در وضع ید و تصرف است، و هر جا این قید (اذن) محقق شود، داخل در امانات است و ضمان به دنبال ندارد»، پذیرفته و معتقدند: فقط اذن دادن، موجب ضامن نبودن فرد نیست و هر مأذونی امین نیست؛ بلکه استیمان عبارت است از، اذن مالک یا شارع در قبض مال یا تصرف در آن به جهت مصلحت مالک، نه مصلحت خود قبض یا هر دو و قبض قباض بالسوم صانع و طیب نیز به‌طور عمده، جهت ملاحظه مصلحت خودشان از طلب اجرت و سالم ماندن از عین و خطا بوده، از این رو ضامن هستند. خلاصه اینکه دو عنصر اصلی در تحقق استیمان عبارت از اذن و اقباض به مصلحت مالک

است (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ ق، العناوین الفقهیة، ج ۲، ص ۴۸۴؛ لطفی، ۱۳۹۳، مسئولیت مدنی، ص ۴۷۶).

و یا برخی دیگر، افزون بر عنصر اذن، مجانی بودن (منظور نشدن عوض) را برای تحقق امانی بودن ید لحاظ کرده‌اند؛ چنان‌که آیت‌الله خویی در مورد استدلال برای عدم ضمان مستأجر، نسبت به عین مستأجره می‌فرماید: او، امین از سوی مالک است، یعنی بقای مال در نزد او به صورت مجانی با اجازه و اذن مالک است؛ چرا که اجرت در قبال منفعت بوده، نه خود عین و معنای امانت چیزی جز این نیست (خویی، ۱۴۱۲ ق، ۲۲۳).

۲- شرط ضمان امین

با گمان بر اینکه تلازم میان اذن و امانت را بپذیریم و بگوییم که هر مأذونی امین است، این مسئله مطرح می‌شود که آیا ضامن نبودن امین، یک حکم تخصیص‌ناپذیر است، یا اینکه به واسطه امر خارجی می‌توان او را ضامن قرار داد؟

پژوهشی در
مضمون بودن
مأخوذ بالسوم

۹۹

برخی از فقها، در بعضی از ابواب فقهی، مانند کتاب الاجاره، از باطل و مبطل بودن به حسب اختلافی که در آن هست، شرط ضمان مستأجر که امین به حساب می‌آید سخن گفته‌اند و عمده ادله آن‌ها عبارت از، مخالف شرع و اقتضای عقد اجاره بودن این شرط است (شهید اول، ۱۴۱۰ ق، لمعه، ۱۵۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، شرح لمعه، ۳۳۱/۴؛ همو، ۱۴۱۳ ق، مسالک الأفهام، ۱۷۷/۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، جواهرالکلام، ۲۱۷/۷۲)، حال آنکه برخی دیگر از فقها، بار دگر این ادله و صحت شرط ضمن عقد و قاعده «المؤمنون عند شروطهم» چنین شرطی را صحیح و لازم‌الوفای می‌دانند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، مجمع الفائدة و البرهان، ۶۹/۱۰؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ ق، کفایة الاحکام، ۶۵/۱)؛ چرا که مراد از شرط مخالف شرع، شرطی است که باعث تبدیل حرام به حلال و یا بالعکس شود؛ با اینکه در محل بحث، هیچ حلالی حرام و هیچ حرامی حلال نشده است، و انگهی قائلان به بطلان چنین شرطی، در عقد عاریه، شرط ضمان مستعیر را صحیح و بدون اشکال دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ ق، جواهر الکلام، ۱۸۳/۲۷)، بدون اینکه وجه تمایز و فارق در میان باشد. اما در مورد

دلیل دوم باید گفت: که مقتضای عقد اجاره، تملیک منفعت در مقابل عوض معلوم تا زمانی معلوم است، نه ضامن نبودن مستأجر تا سخن پیش گفته لازم بیاید؛ از این رو، قول به بطلان شرط ضمان مستأجر که امین محسوب می شود و جاهت شرعی ندارد؛ بلکه عکس آن، یعنی صحت چنین شرطی موجه است؛ البته چنین شرطی برخلاف اقتضای اطلاق عقد اجاره است که هیچ کس این گونه شرطی را باطل و ناصحیح ندانسته و اکثر شرطها نیز همین گونه اند.

شرط و امور مانند آن، گاهی در متن عقد به طور صریح ذکر می شود و در واقع با لفظ، ابراز و اعلان می شود، و گاه بدون اینکه اسمی از آن به میان بیاید، به دلیل ارتکاز و عرف عقلا مورد ملاحظه قرار می گیرد که این شرط در بین مردم بسیار اتفاق می افتد. در بحث ما، قضیه از این قرار است؛ درست است که فروشنده به دیگری اذن داده تا کالا را به منظور خرید مورد بررسی قرار دهد، ولی این اذن او یک اذن صرف نیست؛ بلکه اذن مشروط به برگرداندن کالا یا پرداخت ثمن آن است. بنابراین، این اذن همراه با شرط ضمان طرف مقابل است و شواهد امروزی نیز گویای این حقیقت است و این مورد را می توان به هر جایی که شاهد حال بر ضمان مأذون دلالت دارد تسری داد؛ مگر اینکه روایتی به طور صریح آن را نفی کند و مانع آن شود؛ از جمله مواردی مثل، عاریه و امانات شرعی و مالکی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۰۰

۳- ضمان آور بودن مأخوذ بالسوم با تمسک به سایر ادله

افزون بر ادله مطرح شده از سوی فقهای قائل به ضمان آخذ، می توان ادله دیگری را نیز بر ضمان آور بودن مأخوذ بالسوم اقامه کرد، این ادله عبارت است از:

۳-۱- سیره و بنای عقلا

ممکن است چنین ادعا کنیم که در همه معاملات، روش عقلا همواره بر این بوده است که هرگاه فردی قصد خرید کالایی داشته و آن را برای بررسی تحویل گرفته است، در صورت تلف یا نقصان کالا در دست او، او را ضامن خسارت می دانند؛ به بیان دیگر، عرف و سیره عقلا حاکی از آن است که وقتی فروشنده کالا را در اختیار خریدار می گذارد، با این قصد و شرط که گیرنده یا ثمن آن را بپردازد و یا خود کالا

را برگرداند و این یعنی شرط ضمان خریدار. و از این سیره مستمر هیچ ردع و منعی^۱ از سوی شارع مقدس صورت نگرفته است.

۳-۲- وحدت ملاک با مسئله «خراب کردن کالا توسط صاحب فن»

با دقت در مسئله مورد بحث می‌توان گفت که این مسئله، مانند مسئله «خراب کردن کالا به وسیله صاحب فن» است که فقها در آن مسئله صانع، خیاط، ملاح، مکاری و امثال آن‌ها را ضامن خسارت وارد شده بر صاحب کالا می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، مسالک الأفهام، ۲۲۴/۵؛ نجفی، محمد بن حسن، ۱۴۰۴ ق، جواهر الکلام، ۳۲۲/۲۷)؛ چراکه در هر دو مسئله اذن مالک وجود داشته و تصرف برای مصلحت صاحب فن و آخذ است.

اما اینکه در موضوع مورد بحث، گیرنده کالا، متصرف در کالای مورد معامله بوده، روشن و بدیهی است؛ زیرا چنان که گفته شد، تصرف از باب «تفعل» و از ریشه «صرف»، از نظر لغت‌شناسان به معنای «چیزی را از حالت اولیه آن برگرداندن و به حالت دیگر درآوردن» است (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، لسان العرب، ۱۸۹/۹؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، مفردات ألفاظ القرآن، ۴۸۲؛ مصطفوی، ۱۴۰۲ ق، التحقيق في كلمات القرآن الكريم، ۲۳۲/۶؛ عبدالرحمان، ۱۴۱۸ ق، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهية، ۴۵۵/۱؛ ابوجیب، ۱۴۰۸ ق، القاموس الفقهي، ۲۱۰). و در اصطلاح فقهی نیز تصرف عبارت است از: هر اقدام ارادی منتسب به شخص در مالی - اعم از عین و غیر عین - که دارای اثر شرعی است؛ بنابراین، تصرف اعم از التزام است (عبدالرحمان، ۱۴۱۸ ق، ۴۵۶/۱؛ جمعی زیر نظر هاشمی شاهرودی، سال نشر،

پژوهشی در
مضمون بودن
مأخوذ بالسوم

۱۰۱

۱. دیدگاه رایج اصولیان امامیه بر نریزمنندی سیره عقلی به امضای شارع استوار شده است، اما برای احراز امضای شارع سه طریق مختلف بیان شده است: برخی از اصولیان، حجیت سیره را منوط به علم یافتن به امضای شارع دانسته و طریق عدم ردع را برای اثبات امضای شارع نپذیرفته‌اند (حسینی حائری، مباحث الاصول، ج ۲، ص ۳۵۹؛ عراقی، مقالات الاصول، ج ۲، ص ۱۱۰) و برخی دیگر، طریق عدم ردع را برای اثبات امضای شارع کافی دانسته، اما احراز عدم ردع را لازم دیده‌اند (صدر، بحوث فی علم الاصول، ج ۴، ص ۲۴۴) و برخی، صرف عدم ثبوت ردع را برای حجیت سیره کافی دانسته‌اند (آشتیانی، بحر الفوائد، ج ۱، ص ۱۷۱؛ اصفهانی، نهاية الدراية، ج ۲، ص ۲۳۳) برخی نیز عدم وصول ردع را در مسائل عام البلوی قرینه ای بر نبود ردع واقعی یافته‌اند؛ زیرا اگر ردعی در کار بود حتماً واصل می‌شد (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ص ۲۸۱). (برای اطلاع بیشتر: ر. ک: فخلعی، محمد تقی، ولی‌اللهی، مجتبی، «بررسی شرط معاصرت سیره عقلی با عصر معصومان»، صص ۲-۷).

۴/۴۹۸). و در متون حقوقی نیز که از تصرف به ید تعبیر می‌شود (امامی، ۱۳۷۵ ش، حقوق مدنی، ۵۱/۱)، مشابه همین مضمون چنین آمده است: تصرف عبارت است از اینکه مالی در اختیار شخصی باشد و او بتواند در مورد آن مال هر تصمیمی که بخواهد بگیرد، این تعریف، شامل تصرف در مطالبات و تصرف در اسناد در وجه حامل نیز است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۴۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۲/۱۲۳۰). از این رو، تصرف گاهی به صورت دخالت در چیزی همراه با دگرگونی مادی و معنوی بوده؛ مانند: هرس کردن شاخه‌های درختان، واگذاری حق استفاده از عین مستأجره به مستأجر، بیمه کردن اموال و حضانت اطفال، و گاهی به صورت احاطه و سلطه بر اشیای خارجی است؛ مانند سلطه مالک بر اموال خود و سلطه غاصب بر مال مورد غصب، هرچند مقرون به دگرگونی نباشد (همو، ۱۳۹۲، وسیط در ترمینولوژی حقوق، ۲/۲۰۰).

۳-۳- قاعده احترام مال مسلمان

با توجه به جایگاه خاص اموال و مالکیت در زندگی افراد بشر، اهمیت اموال و مالکیت در ادیان الهی و حتی نظام‌های غیر الهی، یک اصل اساسی و مسلم برای تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی افراد جامعه است؛ به طوری که در دین مقدس اسلام به موجب حدیث نبوی ﷺ: «حَرَمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ، كَحَرَمَةِ دِمِهِ» (ابن ابی‌جمهور، ۳/۴۷۳). مال مسلمان، مانند خونش محترم شمرده شده است؛ همچنین بر پایه حدیث نبوی ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ مَالُ أَخِيهِ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، وسائل الشیعة، ج ۵، ص ۱۲۰) و روایت امام صادق علیه السلام: «مَنْ أَكَلَ مَالَ أَخِيهِ ظُلْمًا وَ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَيْهِ أَكَلَ جَدْوَةً مِنَ النَّارِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۴/۳۰) تصرف در مال غیر، جز از راه جلب رضایت مالک ممنوع شده است.

بیان این نکته ضروری است که مضمون بودن مأخوذ بالسوم در معاملات مطروح است که ذاتاً مقتضی ضمان باشد؛ از این رو در معاملات که در صورت انجام، ذاتاً مقتضی ضمان نیست، آخذ، ضامن نخواهد بود؛ به طور مثال، اگر فردی مغازه یا خانه‌ای را برای عقد اجاره و به منظور بررسی تحویل گرفته، آنگاه آن مغازه یا خانه،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۰۲

بدون تعدی و تفریط از سوی فرد، ویران یا خراب گردد، او ضامن نخواهد بود؛ زیرا در صورت تحقق عقد اجاره، عین مستأجره مضمون نیست.

تحلیل حقوقی مقبوض بالسوم

در حقوق مدنی، وقتی بحث از مسئولیت آخذ بالسوم می‌شود، اختلاف نظرهایی وجود دارد، این اختلاف نظرها برگرفته از همین دیدگاه‌های فقهی است، ولی در توجیه نظریه‌ها و در نتیجه‌گیری، تفاوت‌هایی با مباحث موجود در فقه وجود دارد که به آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

جمعی از حقوق‌دانان به تبعیت از مشهور فقها، ید آخذ بالسوم را «ید ضمانی» می‌دانند و او را مسئول جبران خسارت وارده می‌دانند؛ حتی اگر ثابت کند که تلف یا نقص به دلیل وجود حادثه خارجی بوده که خارج از توان او بوده است. استدلال این گروه از حقوق‌دانان بر این است که اولاً فروشنده، کالا را به این شرط به خریدار تحویل داده است که یا کالا را بردارد و ثمن را پرداخت و یا خود کالا را مسترد کند، لذا ید او ید ضمانی است و تعهد به نتیجه دارد، ثانیاً ماده ۳۰۱ قانون مدنی می‌گوید: «کسی که عمداً یا اشتهاً چیزی را که مستحق نبوده دریافت کند، ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند.» و چون دلیلی بر خارج کردن آخذ بالسوم از شمول این ماده وجود ندارد، لذا او مسئولیت عینی دارد و ثالثاً ماده ۶۳۱ قانون مدنی کسی را امین دانسته که قانون، این وصف را به او داده باشد و آخذ بالسوم در قانون امین شناخته نشده است، لذا او ضامن است (امامی، ۱۳۷۵، حقوق مدنی، ۱۷۰/۲؛ قاسم‌زاده، مرتضی، ۱۳۸۷، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، صص ۱۸۷ و ۱۸۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۲۰۸/۱).

در مقابل، دیدگاه بالا گفته شده است که: «دست خریدار بر مالی که برای آزمودن و اندیشیدن در اختیار او نهاده شده، امانی است؛ زیرا برحسب قرار مقدماتی بیع مأذون است...» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۷۲/۱) و لذا در صورتی ضامن است که تعدی یا تفریط نموده باشد، ولی چون رابطه آخذ بالسوم با مالک احسان و تبرع نیست، مالک در دعوا نیاز به اثبات تعدی یا تفریط گیرنده ندارد و خریدار (آخذ بالسوم) با

توجه به قراردادی که به موجب آن بر مال تسلط یافته، مسئول زیان‌های ناشی از تلف است؛ مگر اینکه قوه قاهره ثابت شود. این دو عقیده، از این نظر در نتیجه خود تفاوت دارند که در صورت وجود قوه قاهره در نظریه اول فرد مسئول است، ولی براساس نظر دوم او مسئول نیست و مسئولیت عینی نخواهد داشت (لطفی، ۱۳۹۳، ۵۰۲-۵۰۳).

نتیجه‌گیری

با توجه به مباحث پیش گفته به نظر می‌رسد که یدِ آخذ بالسُّوم «ید ضمانی» است و او مسئولیت عینی در جبران خسارت دارد؛ زیرا نخست؛ در فقه نظریه ضمانی بودن ید، نظریه مشهور است و شهرت به عنوان یک اماره می‌تواند به ما در تحلیل مباحث کمک کند. دوم؛ قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» یک قاعده فقهی و حقوقی عام است و دلیل خاصی برای تخصیص قاعده، به وسیله اذن و خارج کردن مأخوذ بالسُّوم از عمومیت قاعده وجود ندارد. سوم؛ بنابر ماده ۳۰۱ قانون مدنی، کسی که مالی را بدون استحقاق دریافت می‌کند، باید آن را به مالک آن برگرداند و این یک قاعده کلی است که در مورد آخذ بالسُّوم هم قابل اعمال و تطبیق است. چهارم؛ قانون مدنی در ماده ۶۳۱ خود گفته است که مصادیق امانت را قانون مشخص می‌کند؛ درحالی که هیچ‌جا آخذ بالسُّوم را امین فرض نکرده است. پنجم؛ در انواع ید، اصل بر امانی بودن ید نیست و کسی که بر مال دیگری تسلط دارد، ضامن شناخته می‌شود، مگر اینکه اماره یا دلیلی بر امین بودن او یافت شود و همان‌طور که بحث شد، صرف اذن، توانایی خارج کردن متصرف را از حالت ضامن بودن ندارد. ششم؛ مهم‌ترین دلیلی که پذیرش ضمانتی بودن ید آخذ بالسُّوم را آسان می‌کند این است که وقتی خریدار کالا را از فروشنده دریافت می‌کند تا بررسی کند و تصمیم به خریدن یا پس دادن بگیرد، در واقع بین آن‌ها یک قرارداد منعقد شده است که بر مبنای آن مالک اذن و اباحه در تصرف می‌دهد و آخذ بالسُّوم تعهد به خرید یا سالم بازگرداندن آن کالا می‌کند و از این اذن به راحتی «ضمانی بودن ید آخذ بالسُّوم» فهمیده می‌شود و در واقع در برابر اذن در تصرف، آخذ بالسُّوم تعهد به نتیجه می‌کند که یا کالا را مسترد دارد یا ثمن و عوض آن‌را؛ لذا اگر هم ادعا شود که صرف اذن، ید را ید امانی می‌کند، اینجا یک

اذن مقید به تعهد به نتیجه وجود دارد که به راحتی مسئولیت از آن قابل برداشت است. در مجموع باید گفت؛ اذن لزوماً رافع ضمان نیست و درست است که در امانت ما نیاز به اذن داریم، ولی هر مأذونی امین نخواهد بود؛ بنابراین آخذ بالسُّوم مسئولیتِ عینی دارد؛ زیرا وقتی مالک به گیرنده، اذن در تصرّف می دهد او تعهد به نتیجه می کند که یا کالا را مسترد کند و یا عوض آن را پرداخت کند و این چیزی جز یک توافق پایه و مقدماتی نیست که بر مبنای آن، به راحتی می توان ضمانتی بودن ید آخذ بالسُّوم را برداشت کرد.

منابع

قرآن کریم

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۹ق)، کفایة الاصول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲. آشتیانی، محمد حسن بن جعفر (۱۴۰۳ق)، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۳. ابن ابی الجمهور، محمد بن علی (۱۴۰۵ق)، عوالمی اللئالی العزیزة، قم، دار سید الشهداء علیهم السلام.
۴. ابن ادريس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج دوم، قم، موسسه نشر اسلامی.
۵. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت، دار الفکر - دار صادر. ۱۰۵
۶. ابوجیب، سعدی (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، دمشق، دار الفکر.
۷. اصفهانی، محمد حسین (۱۳۷۴ق)، نهاية الدراية فی شرح الکفایة، قم، سید الشهداء علیهم السلام.
۸. امامی، حسن (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، ج دوم، تهران، انتشارات اسلامیة.
۹. بجنوردی، حسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهية، تحقیق: مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، قم، نشر الهادی.
۱۰. بروجردی، حسین (۱۴۱۲ق)، جامع احادیث الشيعة، قم، انتشارات مؤلف.
۱۱. جزیری، عبدالرحمن، غروی، سید محمد - یاسر مازح (۱۴۱۹ق)، الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت علیهم السلام، بیروت، دار الثقلین.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸ش)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۳. _____ (۱۳۹۲ش)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش.

۱۴. جمعی از پژوهشگران؛ زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۶. حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۰۸ق)، مباحث الاصول، تقریرات سید محمد باقر صدر، قم، مکتب الإعلام اسلامی.
۱۷. حسینی شیرازی، سید صادق (۱۴۲۵ق)، التعليقات على شرائع الإسلام، انتشارات استقلال، قم، چاپ ششم.
۱۸. حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، محقق: محمد باقر خالصی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق)، العناوين الفقهية، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. خمینی، سید روح الله، (امام خمینی) (۱۴۲۱ق)، کتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۱. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق)، المستند في شرح العروة الوثقی، مقرر: مرتضی بروجردی، بی جا، بی نا.
۲۲. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، مفردات ألفاظ القرآن، لبنان، دارالعلم - الدار الشامیة.
۲۳. روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۳ق)، فقه الصادق علیه السلام، قم، دارالکتاب.
۲۴. شریف مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق)، الانتصار في انفرادات الإمامیة، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۲۵. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، اللمعة الدمشقیة في فقه الإمامیة، بیروت، دار التراث - الدار الإسلامیة.
۲۶. _____ (۱۴۱۴ق). غایة المراد في شرح نکت الإرشاد، محقق / مصحح: رضا مختاری، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة، ج پنجم، قم، کتابفروشی داوری.
۲۸. _____ (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج هشتم، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۲۹. صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷ق)، بحوث فی علم الاصول، تألیف سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۳۰. طباطبائی، علی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۱. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرین، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم.
۳۲. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، تهران، المکتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۳۳. عبدالرحمان، محمود (۱۴۱۸ق)، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیة، بیروت، دارالفکر.
۳۴. عراقی، ضیاءالدین (۱۴۱۴ق)، مقالات الاصول، تحقیق: محسن اراکی و منذر حکیم، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۳۵. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۶. _____ (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۷. فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، محقق / مصحح: سید حسین موسوی کرمانی، علی پناه اشتهاردی و عبدالرحیم بروجردی، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۳۸. فخلعی، محمد تقی و ولی اللهی مجتبی (۱۳۸۹ ش)، «بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان»، فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال ۴۲، شماره ۱/۸۵، دانشگاه فردوسی مشهد.
۳۹. قیومی، احمد بن محمد بن علی (۱۴۲۵ق)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم، مؤسسه دارالهجرة.
۴۰. قاسم زاده، مرتضی (۱۳۸۷ ش)، «الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد»، تهران، انتشارات میزان، چاپ دوم.
۴۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ش)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان.
۴۲. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیة.
۴۳. لطفی، اسدالله (۱۳۹۳ش)، «سلسله مباحث فقهی حقوقی مسئولیت مدنی»، تهران، انتشارات جاودانه و جنگل، چاپ اول.
۴۴. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

۴۵. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
۴۶. محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ق)، کفایة الأحكام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴۷. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۸. مرتضی زبیدی، محمد بن محمد (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۴۹. مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق)، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، مرکز کتاب للترجمة و النشر.
۵۰. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، محقق / مصحح: مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی اصفهانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهية، قم، مدرسه امیرالمؤمنین علیه السلام.
۵۲. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، محقق / مصحح: عباس قوچانی و علی آخوندی، ج سی و هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۵۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۵۴. نوری، حسین بن محمد تقی (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ اول، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

جستارهای فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

بررسی قاعده جَبّ با نگاهی تاریخی و تطبیقی^۱

محمد رضا مبلّغی^۲

چکیده:

قاعده جَبّ، از قواعد فقهی جاری در ابواب مختلف فقه مانند نماز و زکات است. مورد قاعده جایی است که کافری مسلمان شود و بر او گناهان یا حقوقی از پیش بوده باشد. بر اساس این قاعده، آنچه را که کافر تا پیش از آن مرتکب شده با اسلام آوردنش محو می‌گردد. در مقاله، ضمن اشاره به تاریخچه و انواع حقوق اعمّ از حقوق خدا، حقوق مردم و حقوق مشترک، موارد شمول قاعده، نسبت به هر کدام مشخص می‌شود. فقها شمول قاعده را نسبت به حقوق اختصاصی خدای تعالی قائل بوده و معتقدند؛ قاعده آن را ساقط می‌کند. تعبیر به ساقط شدن حقوق خدا برای آن است که کافران در دوران کفرشان، مانند مسلمانان مکلف به واجبات هستند و با قبول اسلام، قضای آن عبادات از ایشان برداشته می‌گردد. همچنین قاعده، شامل حقوق مشترک بین خدا و مردم مانند زکات و خمس نیز می‌شود، ولی حقوق اختصاصی مردم را در بر نمی‌گیرد. قاعده، احکام تکلیفی را تحت شمول قرار می‌دهد و به یقین بخشی از احکام وضعی را در بر نمی‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: قاعده جَبّ، احکام تکلیفی در جَبّ، احکام وضعی در جَبّ، انواع حقوق در جَبّ.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۹/۱۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۲۰

۲. استادیار و عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور ایران، قم. رایانامه: mreza.mobaleghi@gmail.com

مقدمه:

قاعدهٔ جبّ از قواعدِ مهمّ و مشهور فقہی بوده و میزان انعطاف فقہ اسلامی را در برابر رفتارهای انجام گرفته در مرحلهٔ پیش از پذیرش اسلام نشان می‌دهد؛ گویا نوعی سلم را - که همواره نقطه‌ای کانونی در منطق اسلام به حساب می‌آید - برابر تازه مسلمانان قرار می‌دهد؛ سلم و مدارایی که از یک سو، در آنها، آرامش ایجاد کرده تا احساس کنند با قبول اسلام، به دینی سهل و آسان پای می‌نهند (نه آنکه احساس گناه به دلیل رفتارهای گذشته آنها را بیازارد) و از سوی دیگر، شوق را برای پذیرش اسلام در آنان برانگیزاند.

بحث را در چهار محور پی می‌گیریم:

۱. تاریخچهٔ قاعده؛
۲. بررسی سندی حدیث جبّ؛
۳. قاعدهٔ جب و انواع حقوق؛
۴. شمول قاعده نسبت به احکام تکلیفی و احکام وضعی.

محور اول: تاریخچهٔ قاعده

لازم است پیش از ورود به مباحث مربوط به هر اصل و موضوع، یا یک اصطلاح، نگاهی هر چند اجمالی به تاریخچه آن صورت گیرد. این نگاه پیش درآمدی برای ورود بهتر به مباحث مربوط به آن قاعده یا مصطلح خواهد بود. از آنجایی که جبّ نوعی نگاه امتنانی و انعطافی را در فقہ ارائه می‌کند، اهمّیت پرداختن به تاریخچه آن مضاعف می‌شود؛ زیرا این انعطاف امری نیست که از اجتهاد بدست آید، بلکه تعبیه شده در قالب یک قاعده است که باید اجتهاد به سراغ آن برود. آنچه در ادامه، ارائه می‌کنیم، تاریخچهٔ اجمالی این قاعده در نزد هر یک از اهل سنت و شیعه می‌باشد:

(۱) نگاهی اجمالی به تاریخ قاعدهٔ جبّ در فقہ اهل سنت:

تاریخچهٔ قاعده، نزد اهل سنت روند خاصی را پیموده است. از توجه به آن در قالب یک حدیث گرفته تا بردن قاعده به سمت تطبیق و گستردن دامنهٔ آن، روندی

جستارهای

فقہی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۱۰

است که در تاریخ تحوّل و تطوّر و استناد به این حدیث مشاهده می‌شود. در بخش گسترده دامنه، تطبیق نکات بسیار دیگری غیر از آنچه در زیر می‌آید، وجود دارد که در فرصت مناسب باید به آن پرداخت و اینجا صرفاً نگاهی اجمالی و عبوری بر این روند ارائه می‌شود. بر قاعدهٔ جبّ در اهل سنت مراحل گذشته است:

مرحلهٔ نخست: طرح قاعده از بیان پیامبر اسلام ﷺ و توجه به آن در میان اصحاب: قاعده در مواردی چند و برای نخستین بار از سوی پیامبر اسلام ﷺ ذکر شده؛ این ذکر نه به عنوان قاعده بلکه به عنوان کلام معصوم ﷺ بوده است. داستان‌های چندی حامل ذکر قاعده از سوی پیامبر اسلام ﷺ بوده از جمله می‌توان به داستان اسلام آوردن مغیره و عمرو بن عاص و ابن اُبی سرح برادر عثمان اشاره کرد (ابن سعد، ۴/۴۶۱؛ احمد بن حنبل، ۴/۱۹۹؛ حلبی، ۱۴۰۰، ۳/۱۰۵-۱۰۴). استناد به این قاعده، نوعی ایجاد توجه را به آن در اصحاب پیامبر ﷺ منجر شده به گونه‌ای که از احادیث این توجه قابل استفاده و استیاد می‌باشد.

مرحلهٔ دوم: ورود و ذکر قاعده در منابع حدیثی اهل سنت و استنادهای اولیه به آن در فقه:

بررسی قاعدهٔ جبّ
بانگاهی تاریخی و
تطبیقی

در این مرحله، در منابع اهل سنت و از جمله در سنن بیهقی روایت وارد شده است (بیهقی، ۹۸/۹، ۱۴۱۴). این حدیث با قالب‌های متفاوتی در این منابع دیده می‌شود. قالب‌ها در کلام ابن حزم منعکس شده است، او می‌گوید: «النبی صلی الله علیه و سلم بین الإسلام و الحجره و الحجّ فی أنّ کلّ واحد منها یهدم ما قبله و هم لایختلفون» (ابن حزم، بی تا، ۱۳۸/۱۱). شوکانی نیز این الفاظ را ارائه کرده است: «الإسلام یهدم ما کان قبله، الهجرة تهدم ما کان قبلها، الحجّ یهدم ما کان قبله» (شوکانی، ۱، ۱۹۷۳، ۳۷۹/۱). در ابتدا و به صورت عمده در فقه، احکام تکلیفی مانند نماز و روزه توسط این قاعده نفی می‌شد. در کتب فقهی پیشین اهل سنت می‌توان چنین استنادی را مشاهده نمود (شافعی، ۱۴۰۳، ۲/۱۴۳؛ مزنی، بی تا، ۷۰).

مرحلهٔ سوم: طرح مسئلهٔ عقوبت‌ها با قاعدهٔ جبّ.

در قرن پنجم، این بحث مطرح شد که آیا با قاعدهٔ جبّ، عقوبت‌ها و حدود نیز ساقط می‌گردد یا نه؟ در اینجا عمدهٔ نگاه‌ها به این معطوف بود که با قاعدهٔ جبّ،

عقوبت‌ها و حدود نسبت به کسی که در زمان کفر به گناهی دست زده است، ساقط می‌شود (ابن حزم، بی‌تا، ۱۳۸/۱۱).

مرحله چهارم: طرح مسئله ارتداد با قاعده جب

در قرن ششم، بحث جدیدی در گرفت که آیا دایره شمول قاعده مرتد را نیز شامل می‌شود یا نه؟ یعنی گناهایی که در زمان ارتداد انجام شده، آیا اسلام بعد از ارتداد موجب قطع و جب این اعمال و رفتار می‌گردد یا نه؟ این قدامه در کتاب مغنی این مسئله را رد کرده و استدلال می‌آورد که اگر شمولی را برای این حدیث نسبت به مرتد قائل شویم، لازمه‌اش این است؛ ارتداد که گناه بزرگی است، خود به یک عاملی برای پوشاندن گناهان دیگر تبدیل شده و این با منطق دینی قابل پذیرش نیست (ابن قدامه، ۲۳۰/۱۰ و ۱۶۱/۱۱).

۲) نگاهی اجمالی به تاریخ قاعده جب در شیعه:

تاریخ قاعده جب در شیعه تا حدودی به تاریخ آن نزد اهل سنت شباهت دارد. یکی از آن جهت که در منابع و استنادهای اولیه به آنچه از سوی پیامبر ﷺ رخ داده توجه شده و قاعده از آنجا آغاز می‌گردد و دیگر آنکه در ادامه مانند اهل سنت به تجربه فقهی و دامنه قاعده توجه شده است. نقطه تفاوت و تمایزی که وجود دارد این است که در فقه شیعه در کنار توجه و بحث از تطبیقات قاعده، ادبیات قاعده‌ای، وضعیت پررنگ‌تر و جدی‌تر داشته تا جایی که در کتب قواعد فقهی به صورت رسمی، برجسته و آشکار کلمه قاعده بر جب اطلاق می‌شود.

مرحله اول: ورود در منابع حدیثی.

این قاعده در منابع حدیثی شیعه وارد نشده و تنها در دو مورد؛ یکی در عوالی اللآلی و دیگری در تفسیر قمی آمده است (ابن ابی‌جمهور، ۵۴/۲، ۱۴۰۳؛ قمی، ۲۷/۲، ۱۳۶۷).

مرحله دوم: استندهای اولیه به آن در فقه شیعی.

در کتب فقهی پیشین، این قاعده مورد اشاره قرار نگرفته، تنها از سوی شیخ طوسی در مواردی چند، برای اسقاط کفار و مانند آن به آن اشاره و استناد شده است

(طوسی، الخلاف، ۱۴۰۷، ۵/۴۶۹ و ۵۴۸؛ ۱۱۷/۶). همچنین ابن زهره حلبی در غنیه برای سقوط جزیه، به این قاعده تمسک جسته است (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷، ۲۰۲).
مرحله سوم: وقوع استنادهای گسترده‌تر به آن وزمینه‌های بیشتر همچون: قتل.
 در دوره متأخران، این قاعده توسط ابن‌ادریس حلبی و محقق حلبی مورد توجه و استناد قرار گرفت (ابن‌ادریس حلبی، ۱۴۱۰، ۱/۳۸۰؛ محقق حلبی، ۱۴۰۷، ۲/۴۹۰).
 همچنین علامه حلبی و فرزندش و پس از آن فقهای دیگر به آن تمسک جسته‌اند (علامه حلبی، ۱۴۱۲، ۷/۹۰ و ۷/۹۹ و ۱۰۰؛ علامه حلبی، تذکره الفقهاء، ۱۴۱۵، ۶/۱۶۹؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴/۵۵۵؛ حلبی، یحیی بن سعید، ۱۴۰۵، ۴۱۷؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ۲/۱۶۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۱/۲۰۳)، که عمدتاً استناد به قاعده در این دوره در ارتباط با نفی احکام تکلیفی انجام گرفته است.

مرحله چهارم: تبدیل و طرح آن در قالب قاعده.

این مرحله بعد از زمان محقق و اصولی بزرگ وحید بهبهانی و در پرتو مباحثی از اصول جدید توسط او صورت گرفت و موجب تحولات متعددی در عرصه مسائل فقهی شد. از جمله این تحولات، ظهور حرکت جدیدی در طرح و تدوین قواعد فقهی بود که بعضی از شاگردان مدرسه او، کتاب‌هایی را در قواعد فقهی به رشته تحریر درآوردند، مانند: «خزائن الأحکام» از فاضل دربندی مشهور به ملا آقا، و «عناوین الفقهیه» از محقق گران‌قدر میرفتاح مراغی و «عوائد الأیام» از فاضل محقق، مولی احمد نراقی که یکی از قواعد مطرح شده در این کتب، قاعده جب بوده است. یکی از فقهای این دوره، صاحب جواهر بوده که در چند مورد به این قاعده تمسک جسته است (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۳/۶؛ ۱۵/۶۲؛ ۱۷/۱۰ و ۳۰؛ ۳۵/۲۵۹؛ ۴۱/۳۱۳ و ۴۳۹ و ۶۲۷).
 با گذشت زمان، بحث پیرامون قاعده بیشتر شده و گسترش پیدا کرده و کتاب‌های قواعد فقهی از علمای معاصر شاهد این مدعا می‌باشد.

محور دوم: بحث سندی نسبت به حدیث جب

از آنجا که این حدیث در احادیث شیعه و کتب پیشین وارد نشده و استناد و استدلالی در این کتب نسبت به آن صورت نگرفته و تنها در عوالی اللالی و تفسیر قمی

ذکر گردیده است؛ برخی از فقیهان، همچون مرحوم آیت الله خوئی (بروجردی، ۱۳۶۸، ۱۰۹/۱-۱۱۴) این روایت را قبول نکرده و به آن اعتبار نبخشیده و آن را قابل استناد نشموده‌اند، بنابراین از نظر سندی مورد خدشه است.

سه راه جهت اعتباربخشی به حدیث:

حدیث به عنوان مهم‌ترین منبع قاعده جبّ محسوب می‌شود تا آنجا که ادبیات قاعده برگرفته از حدیث است، از این رو، پرداختن به حدیث از حیث سندی و کوشش برای اعتباربخشی بدان بر اساس راه‌های قابل قبول و منطقی، یک ضرورت است. آنچه در ذیل می‌آید راه‌های سه‌گانه‌ای است که می‌تواند خدشه وارد شده نسبت به سند حدیث را مرتفع سازد.

راه اول: جبران ضعف سند با عمل اصحاب

آیا می‌توان با استناد به روایت که از سوی فقها در طول تاریخ صورت گرفته و با اتکای به این شهرت، ضعف حدیث را از حیث سندی جبران نمود؟ می‌توان جواب داد، محلی برای این جبران وجود ندارد؛ زیرا شهرت هنگامی جابر است که از سوی متقدمین انجام گرفته باشد و شهرت عمل به این حدیث در کتب متأخران مستلزم اعتبار آن نمی‌شود (بروجردی، ۱۳۶۸، ۱۱۴/۵-۱۱۲؛ ۱۳۵/۱-۱۳۳ و ۲۶۴-۲۶۳؛ ۱۵۶/۲؛ موسوی‌عاملی، ۱۴۱۱، ۴۲/۵؛ سبزواری، ۱۲۴۷، ۴۲۶/۲). اگرچه پاره‌ای از فقهای معاصر، این مقدار از شهرت را در جبران کافی می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ۶۲/۱۵؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۵۱/۷؛ همدانی، ۱۴۱۶، ۹۳/۱۳؛ حسینی‌مراغی، ۱۴۱۸، ۴۹۹/۲؛ فاضل‌لنکرانی، ۱۳۸۳، ۲۵۹/۱؛ مکارم، ۱۴۱۱، ۱۸۱/۲؛ حسینی شیرازی، ۱۴۱۳، ۳۹).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۱۱۴

راه دوم: هماهنگی مضمونی و محتوایی حدیث با قرآن:

مضمون روایت با پاره‌ای از آیات هماهنگ بوده، از این جهت می‌توان آن را پذیرفت (نساء، ۲۲؛ مائده، ۹۵؛ انفال، ۳۸). اگرچه استناد به آیات مورد نظر، برای اثبات قاعده جبّ کافی می‌باشد، ولی از آنجا که حدیث دارای الفاظ و ادبیات و حدود خاص و قالب

قاعده‌ای است، محل اعتبار بوده و به‌عنوان یک قاعده محسوب می‌شود.

راه سوم: تقریر معصوم:

با ذکر دو مقدمه می‌توان چنین تلاشی را در جهت اعتبار بخشیدن به حدیث جبّ به انجام رسانید.

مقدمه اول: حدیث جبّ در زمان امامان معصوم علیهم‌السلام در میان فقیهان اهل سنت، مشهور و محل استناد بوده و به صورت مکرر و مداوم در جلسات، کتب مختلف و حلقه‌های درسی و مناظره‌ها این استناد به انجام می‌رسید. پدیده مسلمان شدن عده‌ای که قبل از مسلمان شدن گناهمانی از آن‌ها سر زده، پدیده رایجی بود و استناد به این حدیث آنقدر گستردگی داشت که به مثابه یک ارتکاز و سیره و استناد فقهی درآمده بود.

مقدمه دوم: امامان علیهم‌السلام با این سیره مواجه بوده و آن را نفی و ردع نکرده‌اند و از آنان سخنی دالّ بر تعرّض نسبت به صدور آن صادر نشده است و سکوت امام در برابر حدیث جبّ، تقریر امام معصوم نسبت به این حدیث می‌باشد. ممکن است گفته شود در روایت جعفر بن رزق الله، یحیی بن اکثم در دربار متوکل به این حدیث استناد جسته، ولی امام به این استناد اعتنا نکردند (کلینی، ۱۳۶۷، ۷/۲۳۸). پاسخ این است که این مقدار از بی‌توجهی نمی‌تواند به مثابه ردع نسبت به یک امر مکرر و سیره فقهی مستمر باشد؛ زیرا احتمال می‌رود امام در خطای در تطبیق سخن داشته است، بنابراین حالت ردع به خود نگرفته و به آن خدشه‌ای نمی‌زند.

محور سوم: قاعده جبّ و انواع حقوق

بررسی دایره شمولی موضوع قاعده از اهمیت بسیاری برخوردار است. اینکه آیا دارای گستردگی فراوان بوده و انواع حقوق را در بر می‌گیرد یا برخی از آن‌ها را؟ و در هر نوعی از حقوق اختصاصی خداوند، حقوق اختصاصی مردم و حقوق مشترک، همه مصادیق آن را شامل می‌شود یا نه فقط پاره‌ای از آن را شامل می‌شود؟ در محور سوم ضمن طرح هر کدام از انواع حقوق شمول قاعده نسبت به مصادیق آنان مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱) حقوق اختصاصی خداوند

بر اساس دیدگاه فقیهان، قاعدهٔ جبِّ حقوق اختصاصی خداوند را مانند نماز، روزه و دیگر عباداتِ بدنی و مالی که برای مردم در آن حقی نیست؛ همچون عتق شامل می‌شود (علامهٔ حلی، ۱۴۱۲، ۹۰/۷ و ۹۹ و ۱۰۰؛ ر.ک: علامهٔ حلی، ۱۴۱۵، ۱۶۹/۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۱۳/۴۱ - ۳۱۴ و ۱۰/۱۷، ۶/۱۳؛ میرزای قمی، ۱۴۱۷، ۳۳۹/۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴۲/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ۴۱۱/۲۵؛ سرخسی، ۱۴۰۶، ۱۳۶/۹؛ بهوتی، ۱۹۵/۱۴۱۸، ۶؛ نووی، ۱۴۱۲، ۴۸۳/۷؛ شوکانی، ۱۹۷۳، ۳۷۹/۱؛ الدرریش، ۱۴۲۴، ۴۲/۶ و ۵۱). حقوق خداوند را می‌توان به سه قسم تقسیم نمود که بجز قسم سوم، حکم‌های این عبادات همگی تکلیفی بوده و جبِّ آن را در برمی‌گیرد:

۱-۱) **حدود و تعزیرات:** شامل شدنِ قاعده نسبت به حدود و تعزیرات به دلیل سیرهٔ نبوی بر عدم اجرای حدود نسبت به کسانی است که اسلام آورده‌اند. نمونهٔ آن رفتاری است که پیامبر ﷺ نسبت به اهل مکه انجام داد. آن حضرت نسبت به کافرانی که مرتکب محرمات شده و اجرای حد بر آنها واجب بود، حد جاری نکردند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴۰/۱؛ ر.ک: حسینی شیرازی، ۱۴۱۳، ۴۵؛ طوسی، ۱۴۰۷، ۴۶۹/۵؛ احمد بن حنبل، بی‌تا، ۲۶۳/۵؛ بیهقی، ۱۴۱۴، ۳۳۳/۸).

مؤید آن روایت جعفر بن رزق الله است. در این روایت آمده: مردی نصرانی با زن مسلمانی زنا کرد. او را به نزد متوکل آوردند. متوکل خواست بر او حد جاری کند، مسلمان شد. یحیی بن اکثم گفت: اسلام او، کفر و عصیانش را از بین بُرد. فقهای دیگر سخنی دیگر گفتند، اختلاف شدید درگرفت. متوکل دستور داد نامه‌ای به محضر امام هادی علیه السلام نوشتند. امام علیه السلام در جواب نوشت: «یضرب حتی یموت». فقهای اسلام از جمله یحیی بن اکثم با این حکم مخالفت کرده و گفتند: این حکمی است که شاهدهی از کتاب و سنت بر آن نیست. متوکل نامه‌ای دیگر به محضر امام علیه السلام فرستاد و در آن نامه آمده بود: همهٔ فقهای اسلام این حکم را انکار می‌کنند و برای آن مدرکی از کتاب و سنت نمی‌شناسند. برای ما روشن کن به چه دلیل حکم به قتل او داده‌اید؟ امام علیه السلام نوشتند: ﴿بسم الله الرحمن الرحيم. فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده و كفرنا بما كُتبا به مشركين. فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا سنة الله التي قد خلت في عباده و خسرها لك الكافرون﴾

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

(غافر، ۸۵-۸۴). جعفر بن رزق الله گفت: در اینجا متوکل دستور داد بر او تازیانه زدند تا مرد (کلینی، ۱۳۶۷، ۲۳۸/۷). از این آیه قاعده‌ای را می‌توان برداشت کرد و آن عبارت از نفع نبخشیدن ایمان است، در جایی که یأس مشاهده شود و این قاعده بر مقام تطبیق می‌گردد؛ زیرا نصرانی پس از مشاهده حد، ایمان آورده است.

آیت الله خوئی رحمته الله با این برداشت از روایت مخالف بوده و بعد از اینکه فتوا به ساقط نشدن حد نسبت به کافری که به زن مسلمان تعدی نموده، می‌گوید: این روایت صریح است در اینکه امام علیه السلام به مضمون حدیث جبّ اعتنا نفرموده و آن را صحیح ندانسته‌اند. اگر روایت جبّ از پیامبر صادر شده بود، استدلال تمام بود و روایت جعفر بن رزق الله قرینه است بر آنچه ما گفتیم که حدیث جبّ از طریق اهل سنت نقل شده و از طریق ما نیست (بروجردی، ۱۳۶۸، ۱۳۵/۱).

در پاسخ به کلام مرحوح آقای خوئی می‌توان گفت: بی‌اعتنایی امام علیه السلام دلیل بر عدم صدور نیست، بلکه ممکن است مورد از مواردی بوده که مفاد حدیث قابل استناد نمی‌باشد. چیزی که از روایت استفاده می‌شود عدم اعتنا به این استدلال است و این دلیل بر عدم صدور نمی‌باشد. اگر حدیث صادر نشده بود، امام نسبت به آن حساسیت نشان می‌داد. همان‌گونه که گذشت حدیث جبّ در زمان امامان علیهم السلام مطرح بوده و امام علیه السلام در این روایت آن را تقریر کرده است.

شیخ انصاری رحمته الله می‌گوید: ظاهر جواب امام علیه السلام با آیه شریفه، تقریر آن حضرت است، نسبت به آنچه قاضی یحیی بن اکثم از اقتضای عموم حدیث جبّ در رابطه با جاری نشدن حد نسبت به آن کافر فهمیده است، ولی امام علیه السلام با این آیه جواب داده که در هر صورتی اسلام آوردن حدود را از او قطع نمی‌کند و در جایی که کافر از ترس اجرای حدود مسلمان می‌شود، اسلام او مانع از اجرای حد بر او نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۸، ۲/۵۷۸-۵۷۷؛ رک: نجفی، ۱۴۰۴، ۱/۳۱۳-۳۱۴). البته روایت از نظر سندی ضعیف می‌باشد، جوهری درباره سند این روایت می‌گوید: «جعفر بن رزق الله مجهول» (جوهری، ۱۴۲۴، ۱۰۷).

از جمله مؤیدات بر برداشته شدن حد از کافری که با زن مسلمان زنا کرده و سپس مسلمان شود، روایتی از اهل سنت است که بیان می‌دارد: «أَنْ رَجُلًا أَتَى إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

فقال: إني أصبت حداً فأقمه عليّ، فقال: أليس قد توضّأت؟ قال: بلى، قال: أليس قد صلّيت؟ قال: بلى، فقال: قد سقط عنك» (أحمد بن حنبل، بی تا، ۲۶۳/۵). مؤید بودن روایت به خاطر آن است که به روایات اهل سنت مگر در مواردی که اصحاب عمل کرده باشند، استناد فقهی صورت نمی گیرد، لذا این روایت در حکم مؤید تلقی شده و مستند حکم نیست. سرخسی صاحب مبسوط عقوبت را نسبت به کافری که در زمان کفرش جنایتی انجام داده و قبل از قدرت یافتن امام بر او اسلام آورد ساقط می داند (رک: سرخسی، ۱۴۰۶، ۱۳۶/۹).

۱-۲) **قضای واجبات:** بخشی از واجبات مانند نماز، تنها حق خدای تعالی است و مردم در آن حقی ندارند. مشهور است که قضای واجبات با اسلام آوری کافران ساقط می گردد و غیر واحدی از اصحاب امامیه با استناد به حدیث جبّ به برداشته شدن قضای این عبادات تصریح نموده و در این رابطه، ادعای اجماع نیز کرده اند، از آن جمله می توان به علامه حلی در منتهی المطلب و تذکره و صاحب جواهر و صاحب غنائم اشاره کرد (علامه حلی، ۱۴۱۲، ۹۰/۷؛ رک: علامه حلی، ۱۴۱۵، ۱۶۹/۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۶/۱۳؛ میرزای قمی، ۱۴۱۷، ۳/۳۳۹) و پاره ای نیز آن را ضروری دین دانسته اند (فیض کاشانی، بی تا، ۱/۱۸۲؛ میرزای قمی، ۱۴۱۷، ۳/۳۳۹). شوکانی از علمای اهل سنت در باب اینکه لازم نیست کافر هنگامی که مسلمان شود قضای نمازهای گذشته اش را به جا آورد، به اسلام آوردن عمرو بن عاص و قول پیامبر ﷺ: «الإسلام یجبّ ما قبله» اشاره می کند (رک: شوکانی، ۱۹۷۳، ۱/۳۷۹).

حج یکی از عبادات بدنی و مالی است که فقط حق خدای تعالی می باشد. این عبادت پس از زوال استطاعت برای کافری که اسلام آورده مشمول حدیث جبّ بوده و سیره نبوی ﷺ و سیره مستمره مسلمانان با این حدیث موافق می باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۵/۶۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ۱/۲۶۳).

علامه در تذکره در مقام بیان شرایط وجوب حج شرایط مذکور را به دو دسته تقسیم می کند. ایشان بعضی از شرایط را «شرط صحت و وجوب حج» و برخی دیگر را «شرط

صحت «ذکر کرده نه «شرط وجوب»». او می گوید: اسلام شرط صحت حج است، نه شرط وجوب؛ زیرا در نزد همه علمای امامیه، حج و دیگر عبادات بر کافر واجب است، ولی صحیح نیست. شافعی نیز در این مسئله قائل به این قول است (ر.ک: المزنی، ۱۴۱۰، ۷۰). در مقابل، ابوحنیفه می گوید: اسلام شرط وجوب حج است و در صورتی که شخص مسلمان نباشد، حج نیز بر او واجب نمی شود. علامه ضمن ردّ قول ابوحنیفه می گوید: دلیل ما براینکه اسلام شرط صحت می باشد، عموم قول خداوند متعال است: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ (آل عمران/۹۷). ناس شامل همه مردم اعمّ از مسلمان و کافر می شود و کفر که عارض است، صلاحیت برای مانعیت از عموم آیه را ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۵، ۷/۹۲ و ۹۳؛ رک: نجفی، ۱۴۰۴، ۱۷/۳۰۱؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱۰/۲۱۳). از عبارات فقها برمی آید که جاری شدن قاعده حجّ در جایی است که برای شخص در حالت کفرش استطاعت حاصل شده و بعد از اتمام استطاعت اسلام آورد، حکم این فرض، عدم وجوب حج می باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۷/۳۰۱؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱۰/۲۱۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱/۴۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ۱/۸۸).

بررسی قاعده حجّ
بانگاهی تاریخی و
تطبیقی

۱۱۹

در قضای واجبات صاحب خزائن قائل به تفصیل است. ایشان بین کفّاری که در دین خود معتقد به حقوق الله بوده و کسانی که چنین اعتقادی ندارند، فرق گذاشته و می گوید: قضای عبادات نسبت به کفار دسته اول که به حقوق الله اعتقاد دارند ساقط نمی گردد؛ برخلاف دسته دوم که معتقد به حقوق الله نبوده قضای عبادات این ها ساقط می شود (فاضل دربندی، ۶۱۵). از عبارات صاحب العناوین نیز مانند این تفصیل آشکار می شود (رک: حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۲/۴۹۶).

۳-۱) **حالات عارض بر نفس و بدن:** حالات عارض بر نفس و بدن از احکام وضعی است.^۱ در اینجا بحث می شود که آیا قاعده حجّ شامل حدثها و حالات عارض شونده بر نفس و بدن مانند: جنابت و نجاست می شود یا نه؟ به عبارت دیگر، آیا حدث با اسلام مرتفع می گردد یا نه؟ در این مسئله دو قول وجود دارد:

۱. در ادامه راجع به شمول قاعده نسبت به احکام وضعی و تکلیفی بحث مستقلی خواهد آمد.

قول اول: در بین فقها معروف است که حدث با اسلام مرتفع نگردیده و قاعده آن را شامل نمی‌شود. همان‌گونه که خواهد آمد پاره‌ای از فقها مرتفع نشدن حدث را با اسلام به دلیل عدم شمول قاعده نسبت به احکام وضعی دانسته و آن را تنها در بر گیرنده احکام تکلیفی می‌دانند و بعضی دیگر قاعده را شامل احکام وضعی نیز دانسته، ولی حدث‌ها و نجاست‌های بدن و لباس را از شمول آن استثنا می‌کنند. هر دو دسته از فقها در عدم شمول قاعده نسبت به حدث اشتراک دارند، بر این اساس بر کافر واجب است پس از مسلمان شدن، از جنابت غسل کند.

شیخ در خلاف می‌گوید: هنگامی که کافر تطهیر نموده یا از جنابت غسل نماید و پس از آن اسلام آورد، تطهیر و غسل برای او محسوب نمی‌شود. دلیل ما آن است که این دو طهارت نیاز به قصد قربت دارند و قصد قربت از کافر در حین کفرش صحیح نمی‌باشد؛ زیرا او عارف به خدای تعالی نیست پس واجب است عملش مجزی نباشد (طوسی، ۱۴۰۷، ۱/۱۲۷).

علامه در منتهی‌المطلب آورده است: کافر بعد از مسلمان شدن جنب است و جنابت وی مانع از نماز می‌باشد، مگر آنکه غسل کند، دلیل آن قول خدای تعالی است که فرموده: «و إن كنتم جنبا فاطهروا» (مائده، ۶) و آیه عمومیت دارد. دلیل دیگر قول پیامبر ﷺ است که فرمود: «إذا التقى الختانان وجب الغسل» (رک: أحمد بن حنبل، بی‌تا، ۶/۲۳۹) و نیز به خاطر آن که هر گاه کافری مسلمان شود و دارای حدث اصغر باشد، نمی‌تواند داخل در نماز شده و نماز بخواند مگر آنکه طهارت حاصل کند، غسل نیز چنین است. دیگر آنکه اگر فرض کنیم کافر مکلف به فروع نباشد، لازمه مکلف نبودن او غسل نکردن نیست. زیرا نداشتن تکلیف، مانع از وجوب نمی‌شود مانند بچه و مجنون (علامه حلی، ۱۴۱۲، ۲/۱۸۹ و ۱۹۰؛ رک: حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۳/۳۸۱؛ سیزواری، ۱۲۴۷، ۳/۳۸۸).

صاحب جواهر^{رحمته} می‌گوید: حتی اگر قائل به عدم وجوب غسل در حال کفر باشیم، در وجوب غسل بعد از اسلام و صحیح نبودن نماز بدون غسل نباید اشکال کرد، این از قبیل نزدیکی با بچه و مجنون و مانند آن دو است. من اختلافی در این مسئله نمی‌بینم، بلکه بعضی از فقها بر آن ادعای اجماع کرده‌اند. ظاهر آن است که مراد از «یجب ما

قبله «خطابات تکلیفی صرف است نه خطابات وضعی، زیرا جنب بودن کافر با اسباب آن حاصل شده پس وصف جنب به او ملحق می‌شود، اگرچه مسلمان گردد (نجفی، ۱۴۰۴، ۳/۴۰-۳۹؛ رک: انصاری، ۱۴۱۸، ۲/۵۷۵). بعضی از فقها گفته‌اند می‌توان برای وجوب غسل و وضو بر کافر پس از مسلمان شدنش چنین استدلال کرد که وضو و غسل شرط‌هایی هستند که تحصیل آن‌ها واجب است (رک: فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ۱/۲۷۵؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱/۴۵-۴۴). در فتح‌العزیز وجوب اعاده غسل برای ذمی هنگامی که اسلام می‌آورد قول صحیح (رک: رافعی، ۱/۱۰۹) و در مواهب‌الجلیل قول مشهور دانسته شده است (رک: رعینی، ۱۴۱۶، ۱/۴۵۳).

قول دوم: بعضی از فقها می‌گویند: قاعده جبّ حدث‌ها و حالات عارض شونده بر نفس و بدن، همچون جنابت را شامل گردیده و علاوه بر احکام تکلیفی، احکام وضعی را نیز شامل می‌شود. ابوحنیفه قائل به این قول می‌باشد. او برخلاف شیخ طوسی و بسیاری از فقها می‌گوید: کافر هنگامی که تطهیر یا غسل نموده و سپس اسلام آورد، تطهیر و غسل او به حساب می‌آید (ابن قدامة، بی تا، ۱/۲۰۶). در عبارات بعضی از فقها آمده است: بر کافر پس از اسلام، طهارتی نیست؛ اگرچه در حال کفر جنب یا حیض بوده باشد، همچنین است طهارت خبثی و نصی بر وجوب پاک کردن خانه و اثاثیه و متعلقات او وجود ندارد، با آنکه در زمان کفر نسبت به بول و نجاسات اجتنابی نداشته است (رک: حسینی شیرازی، ۱۴۱۳، ۴۱-۴۰).

صاحب مستمسک این قول را رد کرده و می‌گوید: حدیث جبّ، به آثار مستند به سبب سابق بر اسلام اختصاص دارد و باقی بودن نجاست و مانند آن مستند به سبب سابق نیست؛ یعنی چیزی که قبلاً نجس شده، حدیث جبّ آن را پاک نمی‌کند، بلکه باید تطهیر شود (حکیم، ۱۴۱۶، ۲/۱۱۶). علامه نیز در ردّ قول بعضی از اهل سنت، مبنی بر اینکه غسل از کافر ساقط می‌شود، ولی مستحب است، غسل نماید. می‌گوید: دین آن حضرت به گونه‌ای است که کافران پس از اسلام آوردنشان مأمور به احکام دین می‌باشند و از جمله احکام نماز است که مشروط به طهارت می‌باشد، به‌ناچار همین شرط برای امر ایشان به تحصیل طهارت کافی است (علامه حلی، ۱۴۱۲، ۲/۱۸۹ و ۱۹۰).

۲) حقوق اختصاصی مردم

حقوق اختصاصی مردم از حیث صنفی قابل تقسیم است و هرکدام دارای ماهیت و ویژگی‌های خاصی بوده و لازم است نسبت قاعده از حیث شمول با هریک از اقسام مندرج در ذیل حقوق اختصاصی مردم محل بحث قرار گیرد. حقوق مردم را می‌توان به سه قسم تقسیم کرد:

۲-۱) **حقوق مالی:** حقوق مالی مانند بدهی‌هاست. برای تحقیق نسبت به حکم این قسم باید گفت در مسئله سه قول وجود دارد:

قول اول: شمول قاعده جبّ نسبت به حقوق مالی است به این معنا کافری که مسلمان شده، ضامن اموال تلف شده در حال جنگ یا در غیر آن نخواهد بود. صاحب خزانن این قول را مطرح کرده و تقویت می‌کند (فاضل دربندی، ۶۱۷-۶۱۶؛ رک: شهید اول، ۱۴۱۷، ۴۳/۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳۹/۱). محیی‌الدین نووی از علمای اهل سنت در این مسئله می‌گوید: اصحّ آن است که متلف ضامن نیست (رک: نووی، ۱۴۱۲، ۴۵۵/۷).

قول دوم: شامل نشدن قاعده جبّ برای حقوق مالی است؛ یعنی: مطلقاً ضامن است. چه در حال جنگ چیزی را تلف کرده و یا در غیر جنگ بوده باشد و این قول علامه است (رک: علامه حلی، ۱۴۲۰، ۲۳۶/۲). شهید ثانی این قول را خالی از قوت ندانسته است (رک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۴/۱۵).

از عبارات صاحب عناوین، محقق سبزواری، همدانی، صاحب جواهر و فقهای معاصر و بعضی از علمای اهل سنت ضامن به صورت مطلق آشکار می‌شود (رک: حسینی‌مراغی، ۱۴۱۸، ۴۹۷-۴۹۵/۲؛ سبزواری، ۱۲۴۷، ۳۸۸/۲؛ همدانی، ۱۴۱۶، ۹۴/۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۶۲۷-۶۲۸/۴۱؛ فاضل‌لنکرانی، ۱۳۸۳، ۲۶۷/۱؛ مکارم‌شیرازی، ۱۴۱۱، ۱۸۴-۱۸۳/۲؛ رک: نووی، ۱۴۱۷، ۱۸/۷؛ نووی، ۱۴۱۲، ۴۵۵/۷؛ رک: ابن‌قدامة، ۱۱۱/۱۰).

قول سوم: قول به تفصیل است. یعنی در بعضی از حالت‌ها، قاعده شامل حقوق مالی می‌شود و در بعضی حالت‌ها نمی‌شود. به این صورت که، هرگاه کافر در حال جنگ، کسی را بکشد یا مالی را تلف نماید، هنگامی که عین آن مال موجود نباشد

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۲۲

نسبت به آن ضامن نیست در حالیکه اگر در غیرحالت جنگ آن را تلف کند، ضامن می‌باشد. و این قول شیخ طوسی رحمته الله علیه و فخرالمحققین است. شیخ رحمته الله علیه می‌گوید: اختلافی نیست در اینکه کافر حربی هنگامی که مالی از اموال مسلمانان یا جان‌های آن‌ها را تلف نماید، سپس اسلام آورد، ضامن نیست و پای‌بندی نسبت به آن ندارد (طوسی، ۱۳۸۷، ۲۶۷/۷). فخرالمحققین در ایضاح الفوائد می‌گوید: در غیرحالت جنگ به‌شکل مطلق ضامن است، یعنی مساوی است در دارالحرب باشد یا دارالاسلام (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴/۵۵۵؛ رک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۴/۱۵).

به‌نظر می‌رسد، قول صحیح در اینجا قول دوم می‌باشد؛ زیرا قاعده در مقام امتنان بوده و هرگاه کسی مال دیگری را تلف نماید، جبّ موجب ضرر بر مسلمان شده و خلاف امتنان می‌باشد.

۲-۲) حقوق غیرمالی: حقوق غیرمالی، مانند قصاص شرعی می‌باشد و شمول قاعده نسبت به این حقوق خلاف امتنان است. در این مسئله چهار قول وجود دارد:

قول اول: ساقط نشدن این گونه از حقوق است و از ظاهر کلمات اصحاب، همین قول آشکار می‌شود (رک: فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ۱/۲۶۷). برای اثبات این قول استدلال شده که قصاص از سنخ احکام عقلایی بوده و چنین احکامی مشمول قاعده جبّ قرار نمی‌گیرند. بعضی نیز به روایت عبدالله بن سنان از امام صادق رحمته الله علیه تمسک جسته‌اند. روایت درباره‌ی شخص نصرانی است که مسلمانی را می‌کشد؛ هنگامی که او را دستگیر می‌کنند، اسلام می‌آورد. امام می‌فرماید: او را بکشید (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۱۰/۲۹). صاحب کشاف القناع نیز حقوق آدمی را ساقط نمی‌داند (رک: بهوتی، ۱۴۱۸، ۳/۱۶۴).

قول دوم: بعضی از اصحاب و فقهای معاصر قائل به ساقط شدن قصاص و دیات هستند (رک: بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱/۴۵-۴۴). قائلان به این قول معتقدند که قصاص از احکام امضایی نیست، بلکه اسلام آن را آورده است و معروف از سیره پیامبر صلی الله علیه و آله اعتنا نکردن به خون‌های ریخته شده در دوران جاهلیت بوده و آن حضرت کسی را برای آن مؤاخذه نفرموده است. یکی از مؤیدات این قول روایت مغیره است

بررسی قاعده جبّ
بانگاهی تاریخی و
تطبیقی

که با جماعتی از بنی مالک بر مقوقس پادشاه مصر وارد شد، هنگام بازگشت مغیره رفقای خود را کشت و به مدینه فرار کرد و مسلمان شد و خمس اموال خود را بر پیامبر ﷺ عرضه داشت. پیامبر ﷺ آن را نپذیرفت و فرمود: در فریب خیری نیست. مغیره از رفتار پیامبر ﷺ بر جان خود ترسید. پیامبر ﷺ فرمود: «الإسلام یجب ما قبله» (أحمد بن حنبل، ۲۰۵/۴، ۱۹۹-۲۰۴؛ رک: ابن ابی الحدید، ۱۳۷۸، ۱۰/۲۰-۹؛ رک: کلینی، ۱۳۶۷، ۲۲۴/۸). ظاهر این کلام واجب نبودن دیه پس از اسلام است، بلکه حلال بودن اموال نیز از آن فهمیده می شود.

آیت الله فاضل لنکرانی رحمته الله در این رابطه می گوید: ظاهر مفاد حدیث، سقوط این گونه حقوق می باشد؛ زیرا فرض آن است که قصاص به عنوان مثال در اسلام ثابت شده و در ادیان پیشین سابقه ای ندارد و ثبوت آن به حکم عقل و عقلا هم نیست. قول خداوند تعالی ﴿و لکم فی القصاص حیاةً یا اولی الألباب﴾ (بقره، ۱۷۹). اشعار به این نکته دارد که صاحبان عقل ها در جان های خود نسبت به این حکم الهی خضوع نداشته، بلکه به ارشاد خدای تبارک و تعالی نیاز دارند. حکم ابتدایی عقل برخلاف حکم شرع، قصاص را نابودی و اعدامی علاوه بر نابودی قبلی می داند. بنابراین مقتضای فرموده پیامبر ﷺ: الإسلام یجب ما قبله؛ سقوط قصاص است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ۱/۲۶۸-۲۶۷).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۱۲۴

قول سوم: قول به تفصیل است که فخرالمحققین قائل به آن است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴/۵۵۵). در مسالک ضمن انتقاد آمده است که این قول خالی از تحکم نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۴/۱۵).

قول چهارم: قول به تفصیل است به این صورت که قاعده جبّ در آنچه بین عقلا و ادیان گذشته و اسلام مشترک است، جاری نمی شود و در آنچه تنها در شرع اسلامی ثابت شده جاری می گردد (رک: مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۲/۱۸۲).

در این رابطه نیز قول صحیح، عدم شمول قاعده است؛ زیرا همان گونه که گفته شد: قصاص از احکام عقلائی بوده و چنین احکامی مشمول قاعده جبّ نمی شوند. ضمن آنکه شمول قاعده، نسبت به حقوق غیرمالی خلاف امتنان می باشد.

بنابراین، قاعده چه در حقوق مالی و چه غیرمالی جاری نمی شود. پس هرگاه

کافر، مال مسلمانی را غصب نموده و در دستش تلف شود، قطع و جبّ اسلام در اینجا موجب ضرر بر مسلمان شده و خلاف امتنان خواهد بود. همچنین، اگر کافر مسلمانی را بکشد و بعد از آن اسلام آورد، قصاص از او ساقط نمی‌شود؛ زیرا اگرچه سقوط قصاص در حق قاتلی که مسلمان شده امتنان محسوب می‌شود، ولی نسبت به اولیای دم خلاف امتنان می‌باشد، پس مجالی برای جریان قاعده در این موارد نیست.

۳-۲) عقود و ایقاعات: هرگاه از کافر عقود و ایقاعاتی صادر شود؛ مثلاً نکاح کند و نکاح وی بعضی از شرایط صحت در اسلام را دارا نبوده یا طلاق این چنین انجام داده یا وقف یا وصیت یا صدقه و مانند آن داشته باشد، این سؤال مطرح می‌گردد که آیا قاعده جبّ شامل آن نیز می‌شود یا خیر؟ البته بیعی که کافر انجام می‌دهد در صحت آن اشکالی وجود ندارد.

برای تحقیق در این قسم باید گفت: بحث از شمول و عدم شمول قاعده، در جایی است که قائل به بطلان عقد کافر در حال کفرش باشیم. در این هنگام مطرح می‌شود که آیا بعد از اسلام او، قاعده شامل آن شده و به حسب شمول قاعده، عقدش صحیح است، یا شامل نشده و عقد سابق همچنان باطل می‌باشد؟ در صورتی که قائل به صحت عقود وی در زمان کفر باشیم، مجالی برای بحث از شمول یا عدم شمول قاعده نخواهد بود؛ زیرا شمول قاعده، فرع بر بطلان عقد می‌باشد.

صاحب جواهر به صحت عقد کافر در حالت کفرش قائل بوده (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۱/۹-۸؛ ۳۶/۴۱۶-۴۱۵) و روایاتی نیز در تأیید این قول وارد شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۲/۲۶۷)؛ ولی اکثر فقها معتقدند: عقدهای کافران در حالت کفرشان صحیح نمی‌باشد (رک: حسینی مراغی، ۲/۱۴۱۸، ۵۰۱-۴۹۹؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱/۴۵-۴۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۱۳/۴۳-۴۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ۱/۲۷۲-۲۷۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۲/۱۸۳-۱۸۲ و ۱۸۷؛ رک: نووی، روضة الطالبین، ۱۴۱۲، ۵/۴۹۰).

در مسئله عقود و ایقاعات سه قول وجود دارد:

قول اول: شمول قاعده نسبت به عقود و ایقاعات است؛ زیرا اطلاق قاعده، شامل همه موارد می‌شود. ضمن آنکه غرض از قاعده، لطف و منت از ناحیه شارع و

ترغیب کفار برای پذیرش اسلام بوده که با شمول آن همخوانی دارد. گذشته از این هنگامی که شارع، زکات، خمس، حقوق فقرا و سادات را به خاطر ترغیب به اسلام ساقط می‌کند، ساقط کردن این اسباب به طریق اولی خواهد بود (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ۲۷۷/۱؛ حسینی شیرازی، ۱۴۱۳، ۴۳-۴۱؛ نووی، ۱۴۱۲، ۵/۴۹۰).

علاوه بر این، روایت ابی‌عثمان نهدی در بحارالأنوار تأییدکننده این نظر است. (قال: جاء رجل إلى عمر، فقال: إني طَلقت امرأتی فی الشَّرک تطليقة و فی الإسلام تطليقتين فما ترى؟ فسكت عمر، فقال له الرجل: ما ترى؟ قال: كما أنت حتى يجئ علي بن أبي طالب عليه السلام، فجاء علي عليه السلام فقال: قصص عليه قصتك، فقص عليه القصة، فقال علي عليه السلام: هدم الإسلام ما كان قبله، هي عندك على واحدة (مجلسی، ۱۴۰۳، ۲۳۰/۴۰).

نحوه دلالت روایت بر فرض اعتبار به این صورت است که مجموعاً سه طلاق واقع شده، ولی به دلیل آنکه یکی از طلاق‌های سه گانه قبل از اسلام و در زمان شرک رخ داده و بر اساس قاعده جبّ آن طلاق در حکم عدم تلقی می‌شود، نتیجه آن می‌گردد که او سه طلاقه نشده است. به تعبیر دیگر، قاعده جبّ طلاق پیش از اسلام را کان لم یکن کرده است. البته این روایت از روایات اهل سنت بوده و از نظر سندی در دیدگاه شیعه معتبر نیست.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۱۲۶

قول دوم: شامل نشدن قاعده نسبت به عقود و ایقاعات است. این قول مبتنی بر ثابت نشدن اطلاق برای قاعده می‌باشد. قائلان به این قول معتقدند؛ عقود و ایقاعات همانند بدهی‌ها و ضمان غصب و اتلاف، از حقوق ویژه مردم بوده و با اسلام برداشته نمی‌شود. از آنجا که، روایت بحار نیز ضعیف بوده و ضعف آن جبران نشده و از اصحاب کسی بر اساس آن فتوا نداده است، مجالی برای اعتماد به آن وجود ندارد. بنابراین، حکم در این موارد به مقتضای ادله بازگشت می‌کند که همان استصحاب حکم ثابت در حالت کفر است؛ زیرا کفار مکلف به فروع هستند. براساس این نظر، اگر کافر، زنی را به عقد خود درآورد یا چیزی را خریداری نماید یا قرض کند، سپس مسلمان شود، اشکالی در باقی ماندن این امور بر حال خود نیست و اسلام آن را جبّ نمی‌کند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱۸۳/۲-۱۸۲ و ۱۸۷).

قول سوم: قول به تفصیل است. صاحب عناوین این قول را احتمال داده و صورت‌هایی برای آن ذکر کرده است:

۱- بین آنچه صاحب بحار درباره آن نقل نموده و غیر آن تفاوت وجود دارد. قاعده در اولی جاری شده و در دومی نمی‌شود.

۲- بین اسباب تکلیفی و وضعی تفاوت وجود دارد. قاعده در اولی، مانند سبب غسل و امثال آن جاری گردیده و در دومی مانند سبب حرمت نکاح جاری نمی‌گردد.

۳- بین سبب تام در حالت کفر مانند: جنابت و حیض و حدث اصغر و رضاع کامل و زنا و لواط و امثال آن که سبب برای تحریم نکاح بوده، ولی منجر به حد نمی‌گردند و بین سبب ناقصی که پاره‌ای از آن در حال کفر به‌دست آمده و پاره‌ای دیگر در حالت اسلام مانند آنکه یک طلاق در حال کفر انجام گرفته و دو طلاق دیگر در اسلام صورت پذیرفته باشد؛ تفاوت وجود دارد. به این معنا که اسلام، طلاق زمان کفر را برای عمل به روایت بحار از بین برده و دو طلاق بعدی را از بین نمی‌برد (رک: حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۲/۵۰۱-۵۰۰).

بررسی قاعدهٔ جَبِّ
بانگاهی تاریخی و
تطبیقی

۱۲۷

صورت دیگری از تفصیل از محقق بجنوردی وارد شده و قول مختارش اینست که در مواردی مانند وطی در عده یا وطی با زن شوهردار و لواط، قاعده جریان داشته و در مسئله حدث‌هایی که موجب غسل یا وضو یا تیمم می‌شوند، جریان پیدا نمی‌کند؛ زیرا شارع، طهارت را شرط عباداتی چون نماز و طواف و مسّ قرآن قرار داده است (رک: بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱/۴۵-۴۴).

در اینجا نیز نظر صحیح، قول به عدم شمول قاعده است؛ زیرا همان‌گونه که گذشت، علاوه بر آنکه عقود و ایقاعات از حقوق ویژهٔ مردم بوده و با اسلام برداشته نمی‌شود، با توجه به ضعف روایت بحار، حکم در این موارد به استصحاب حکم ثابت در حالت کفر برمی‌گردد؛ چون کفار مکلف به فروغ‌اند.

۳) حقوق مشترک بین خداوند و مردم

حقوق مشترک بین خداوند و مردم مانند زکات، خمس و کفارات است. ظاهراً حدیث جَبِّ این‌گونه حقوق را شامل شده و مشهور، سقوط زکات بعد از اسلام است

(نجفی، ۱۴۰۴، ۶۲/۱۵؛ فاضل دربندی، ۱۲۸۴، ۶۱۶؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۴۹۶/۲؛ بهوتی، ۱۴۱۸، ۱۹۴/۲).

صاحب خزائن الأحكام می گوید: ظاهر اصحاب در آنچه مانند زکات و خمس بوده و به عبارت دیگر حقوق مشترک بین خدا و مردم می باشد، جریان و حجیت قاعده است (فاضل دربندی، ۱۲۸۴، ۶۱۶؛ رک: حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۴۹۶/۲). بهوتی نیز از قول پیامبر ﷺ نقل می کند که فرمود: زکات بر کافر واجب نیست (بهوتی، ۱۴۱۸، ۱۹۴/۲).

با وجود این، صاحب مدارک و به دنبال او محقق سبزواری، در سقوط زکات و مانند آن توقف کرده اند (رک: موسوی عاملی، ۱۴۱۱، ۴۲/۵؛ سبزواری، ۱۲۴۷، ۴۲۶/۲). صاحب جواهر گفته است: توقف صاحب مدارک به خاطر ضعف سند و متن نامأنوس است (نجفی، ۱۴۰۴، ۶۲/۱۵-۶۱).

۳-۱) کفارات: بحث درباره شمول قاعده جبّ برای کفارات، هنگامی قابل طرح است که به صحت «قسم» و «نذر» از سوی کافر قائل شویم. در صورتی که به صحت قائل باشیم و قسم یا نذری از او در حالت کفر صادر شده و با آن مخالفت نموده باشد، کفاره بر وی واجب است و هرگاه مسلمان شود، به مقتضای قاعده کفاره از وی ساقط می گردد، ولی اگر به صحت یمین و نذر کافر قائل نشویم، با حث قسم، کفاره بر او واجب نشده و در نتیجه، موضوع قاعده منتفی است (رک: روحانی، ۱۴۱۲، ۲۳/۲۷۷-۲۷۶). از آنجا که دیدگاه‌ها درباره قسم و نذر اندکی با هم تفاوت دارد، هر کدام را جداگانه مورد بحث قرار می دهیم:

۱-۱-۳) قَسَم: سه قول در این رابطه وجود دارد:

قول اول: مشهور فقها قائل به صحت قَسَم بوده و از شیخ در مبسوط (رک: طوسی، ۱۳۸۷، ۱۹۴/۶) و پیروان او (رک: قاضی، ۱۴۰۶، ۴۰۶/۲) و از بیشتر متأخران (رک: حلّی، یحیی بن سعید، ۱۴۰۵، ۴۱۷؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰، ۸۴/۲؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ۱۶۶/۲؛ ابن قدامه، بی تا، ۱۱/۱۶۱) همین نقل شده است. صاحب مسالک نیز این قول را به صورت: **أنّه الأشهر** مطرح نموده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۰۳/۱۱). صاحب

جوهر می گوید: همان گونه که قسم از مسلمان صحیح است از کافر نیز صحیح است، اگرچه کفرش به انکار خالق بیانجامد و دلیلش اطلاق ادله و عمومیت آن از کتاب و سنت می باشد که پس از آنکه او را مخاطب به فروع شریعت بدانیم، این عمومیت با کفر وی منافات ندارد. همچنین عمومیت قول پیامبر ﷺ: «البیّنة علی المدعی و الیمین علی من انکر» که شامل یمین کافر نیز می گردد، اگرچه منکر خدای تعالی باشد. در این رابطه، کسی قائل به تفصیل نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۵۹/۳۵-۲۵۶).

گاهی برای صحت یمین کافر به نصوصی استدلال می شود که بر صحیح بودن قسم خوردن کافر به خدای تعالی، دلالت دارد؛ مانند صحیح حلی از امام صادق علیه السلام که سؤال کرد: گاهی از افراد ملت های دیگر، خواسته می شود قسم بخورند، امام علیه السلام فرمود: «لا تحلفوهم الا بالله عزوجل» آن ها را تنها به خدای عزوجل قسم بدهید (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۳/۲۶۶). عبدالله بن قدامه یمین را توسط کافر صحیح دانسته و کفاره را بر او لازم دانسته، او معتقد است، شافعی قائل به این قول است (رک: ابن قدامه، ۱۶۱/۱۱).

قول دوم: قسم کافر صحیح نیست و این نظر شیخ در خلاف و ابن ادریس حلی می باشد. شیخ طوسی می گوید: قسم کافر به خدا منعقد نمی گردد و بر او کفاره حنث قسم واجب نمی شود. وی می گوید: ابوحنیفه به این دیدگاه قائل بوده و ادامه می دهد: دلیل ما این است در صورتی قسم به خدا صحیح است که شخص اداکننده قسم نسبت به خدای تعالی عارف باشد و چون کافر نسبت به خدای تعالی هیچ گونه شناختی ندارد پس قسم وی صحیح نیست. دلیل دیگر اصل برائت ذمه است که ذمه کافر را از قسمی که ادا کرده بری می داند و دلیل دیگر سخن پیامبر ﷺ است: «الإسلام یجب ما قبله». از طرف دیگر، کفاره نیازمند به نیت است و کسی که خدا را نمی شناسد صحیح نیست، نیت کرده و به او تقرّب جوید (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۱۶/۶ و ۱۱۷؛ ابن ادریس حلی، ۳، ۱۴۱۰/۴۸).

در رد این سخن گفته می شود، گفتار اخصّ از مدعاست؛ زیرا کافری که به خدا اعتقاد داشته و تنها نبوت را انکار می کند، خدا را می شناسد و دو امری که این دلیل از آن ترکیب یافته، بر هیچ موردی منطبق نیست؛ زیرا شرط صحت یمین، قسم خوردن به

بررسی قاعده جَبّ
بانگاهی تاریخی و
تطبیقی

خدای تعالی است و چیز دیگر شرط آن نیست و این شرط بر اعتراف به خدا و شناخت او متوقف نمی‌باشد، بلکه ممکن است قسم خوردن به خدا با عدم شناخت نسبت به خداوند صورت پذیرد.

صاحب جواهر بعد از ردّ قول شیخ در خلاف می‌نویسد: به غیر از ابن‌ادریس که نسبت‌های وی معلوم است، در بین فقها بر صحت قسم خوردن کافر اتفاق نظر وجود دارد. بنابراین قول به صحت قسم توسط کافر بسیار قوی است؛ به‌ویژه ضعف دلیل ذکر شده که اصل براءت باشد، آشکار بوده و اینکه کافر نسبت به خدا شناختی ندارد، درست نمی‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۵۹/۳۵-۲۵۸).

قول سوم: تفصیل است به این صورت که، بین کافری که کفر او به اعتبار جهل، نسبت به خدای تعالی بوده و کافری که کفرش از ناحیه انکار نبوت یا یکی از واجبات باشد، فرق گذاشته می‌شود و آن‌چنان که در مختلف آمده در حالت اول قسم منعقد نگردیده و در حالت اخیر منعقد می‌شود (رک: علامه حلی، ۱۴۱۳، ۸/۱۷۲). صاحب ریاض قول به تفصیل را تقویت و اختیار نموده و آن را به صاحب تنقیح نسبت داده است (رک: طباطبایی، ۱۴۲۱، ۱۳/۱۸۳؛ حلی، مقداد بن عبدالله، ۱۴۰۴، ۵۰۹/۳). همچنین صاحب مسالک این قول را برگزیده است (رک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۱/۲۰۴).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶
۱۳۰

۱-۲-۳) **نذر:** آنچه پیرامون یمین گفته شد در رابطه با نذر نیز مطرح می‌شود با این تفاوت که در نذر کافر دو قول وجود دارد: قول به صحت نذر (روحانی، ۱۴۱۲، ۲۳/۲۷۷؛ طباطبایی، ۱۳، ۱۴۲۱/۱۸۳) و دیگر عدم صحت آن (زین‌الدین، ۱۴۱۳، ۳/۱۵۷) ولی در اینجا قول مشهور عدم صحت نذر می‌باشد (زین‌الدین، ۱۴۱۳، ۳/۱۵۷؛ روحانی، ۱۴۱۲، ۲۳/۲۷۷).

۲-۳) **جزیه:** از جمله حقوق مشترک جزیه است و آن مالی است که در هر سال از اهل کتاب به‌خاطر اقامتشان در سرزمین اسلام گرفته می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۵، ۹/۲۷۵). هنگامی که کافر پیش از زمان پرداخت جزیه مسلمان شود، معروف در بین فقها، ساقط شدن جزیه از اوست، بلکه صاحب تذکرة نسبت به

این مسئله، ادعای اجماع کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۵، ۳۱۳/۹؛ رک: روحانی، ۱۴۱۲، ۶۹/۱۳) و هرگاه پس از زمان پرداخت جزیه و پیش از ادای آن مسلمان گردد، در سقوط یا عدم سقوط دو نظر وجود دارد:

قول آشهر: قول اشهر قول به سقوط است و اختیار شیخ مفید و شیخ طوسی و قاضی و ابن ادریس و علامه می باشد. شیخ مفید^{رحمته} در مقنعة می گوید: هنگامی که ذمی مسلمان شود، جزیه از او ساقط می گردد، چه اسلامش پیش از فرا رسیدن زمان جزیه باشد، یا در همان زمان و یا پس از آن (شیخ مفید، ۱۴۱۰/۲۷۹؛ طوسی، ۱۴۰۰/۱۹۳؛ قاضی، ۱۴۰۶، ۱/۱۸۴؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ۱/۴۷۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۴/۴۳۹).

قول مشهور: از بعضی اصحاب امامیه نقل شده است که آنان قائل به ساقط نشدن جزیه از ذمی اند (رک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۷۳/۳). شیخ مفید می گوید: بعضی گفته اند: ذمی هرگاه پیش از فرا رسیدن زمان جزیه اسلام آورد، بر او جزیه ای نیست و اگر پس از زمان مذکور بوده باشد، باید جزیه را بپردازد (شیخ مفید، ۱۴۱۰، ۲۷۹).

بررسی قاعده جَبّ
بانگاهی تاریخی و
تطبیقی

محور چهارم: شمول قاعده نسبت به احکام تکلیفی و احکام وضعی

۱۳۱ اگرچه این مبحث با عنوان حکم وضعی و حکم تکلیفی با مباحث پیشین که از زاویه نگاه به حقوق انسانها و حقوق الله ارائه گردید، آمیختگی بسیار جدی داشته و تداخل دو مبحث از نوع تداخلهای حداکثری است، در عین حال گشودن یک زاویه در بحث به عنوان حکم وضعی و حکم تکلیفی و نسبت قاعده جَبّ با آنها ضروری می باشد. این به این دلیل است که اصولاً حکم وضعی و حکم تکلیفی زاویه ای برای بحث بوده و خواستگاهی برای نگاه کردن است و نیز به دلیل آنکه مباحث اصولی خاصی بدانها تعلق داشته و جایگاه مهمی را در فقه احراز نموده و به مثابه یک گفتمان می باشند. از این رو، اگرچه پیشتر مباحثی ارائه گردید که شمول قاعده را نسبت به حوزه های مختلف نشان داده و در ذیل حکم وضعی یا تکلیفی هستند اما ضروری است بحثی از خواستگاه وضعی و تکلیفی باز نموده تا نسبت قاعده با حکم وضعی و حکم تکلیفی و ادبیات مربوط به آن روشن شود، هر چند

محتوای این بحث چیزی فراتر از آن مصادیق و موارد نباشد. این در حالی است که زاویه پیشین نیز باید مستقلاً مطرح شود و بحث پیرامون حقوق و اقسام آن و گفتمانی که در فقه اسلامی به عنوان حقوق الله، حقوق الناس و حقوق مشترک وجود دارد، ضروری است. بنابراین از این جهت که محتواها قابل اندراج در یکدیگر هستند، نمی توان اشکال کرد؛ زیرا بحث و زاویه آن و گره خوردن این مبحث به گفتمان های فقهی ایجاب می کند دو مبحث داشته باشیم. این مباحث سرنوشت قاعده جَبّ را با دو گفتمان حقوق و احکام روشن می سازد.

اکنون در این بحث با این سؤال روبرو هستیم که آیا قاعده افزون بر احکام تکلیفی که آن را تحت شمول خود قرار می دهد، احکام وضعی را نیز در برمی گیرد یا نه؟ در پاسخ باید گفت: در این رابطه سه دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول: قاعده تنها نسبت به خطابات تکلیفی محض بوده و شامل خطاب وضعی نمی شود. صاحب جواهر معتقد به این دیدگاه است. او می گوید: هرگاه کافر مسلمان شود، در نزد ما غسل بر او واجب است و اختلافی در آن نمی بینم؛ زیرا مراد از «یجب ما قبله» تنها نسبت به خطابات تکلیفی صرف است، نه در آنچه خطاب در آن وضعی است (نجفی، ۱۴۰۴، ۳/۴۰).

دیدگاه دوم: قول بعضی از فقها مانند ابوحنیفه است که می گویند قاعده شامل احکام وضعی می شود و اختصاصی برای حدیث جَبّ نسبت به احکام تکلیفی نیست. بر اساس این دیدگاه، کافر پس از اسلام آوردن لازم نیست کسب طهارت کند اگرچه در حال کفر جنب بوده یا عادت ماهیانه داشته، زیرا پیامبر ﷺ پس از اسلام آوری کافران آنان را به غسل امر نفرموده است (ابن قدامه، بی تا، ۱/۲۰۶؛ حسینی شیرازی، ۱۴۱۳، ۴۱-۴۰).

دیدگاه سوم: قاعده احکام تکلیفی و وضعی را شامل می شود، ولی حکم حدث مانند جنابت از قاعده استثنا می شود (رک: همدانی، ۱۴۱۶، ۳/۲۷۶؛ سیزواری، ۱۲۴۷، ۲/۳۸۸؛ رک: حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۹/۵۹۷). بین قول اول و سوم در رابطه با ساقط نشدن غسل با اسلام، اشتراک وجود دارد، ولی بر اساس قول اول ساقط نشدن غسل به خاطر عدم شمول قاعده برای آثار و احکام وضعی بوده و بر اساس قول سوم به خاطر استثنای از قاعده است.

رأی مختار:

به یقین، بخشی از احکام وضعی از شمول قاعده خارج است و آن، دسته‌ای از احکام وضعی است که در زمره حق الناس می‌گنجد، همچون ضمان و دیون، ولی سؤال این است که آن دسته از احکام وضعی که در زمره حق الناس نمی‌گنجد، همچون قذارت ناشی از جنابت، نجاست، زنازاده بودن، وضعیت حاصل از رضاعی بودن و خویشاوندی‌های سببی، آیا این‌ها که همگی از احکام وضعی هستند، مشمول قاعدهٔ جَبِّ قرار می‌گیرند یا نه؟ در پاسخ به این سؤال همان گونه که گذشت فقیهان به چند دسته تقسیم شده‌اند.

قول راجح این است که قاعده موارد فوق را فرا نمی‌گیرد. این به آن دلیل است که اثر حاصل از عواملی که این احکام وضعی را در پی دارند، ارتباطی به اسلام و غیراسلام ندارد، در نتیجه مشمول قاعده قرار نمی‌گیرد. آنچه مشمول قاعده است این است که بتوان وضعیت قبل و بعد از اسلام آن را از یکدیگر متمایز قرار داد که تنها در احکام تکلیفی وجود دارد. اگر هم تسلیم شویم که قاعده امتنانی بوده و می‌تواند احکام وضعی را مانند جنابت و قذارت دربرگیرد، ولی باید بپذیریم، یقیناً بخشی از احکام وضعی مانند بحث خویشاوندی و سبب را در برنگرفته؛ زیرا نظامات خانوادگی به هم می‌خورد.

بررسی قاعدهٔ جَبِّ
بانگاهی تاریخی و
تطبیقی

۱۳۳

نتایج بحث:

یک) قاعده، حقوق خداوند و حقوق مشترک را شامل گردیده و حقوق اختصاصی مردم مشمول آن قرار نمی‌گیرد.

دو) تفاوت بین حقوق مشترک و حقوق اختصاصی مردم در این است که اولی را شارع تأسیس کرده به همین خاطر رفع آن نیز با شارع می‌باشد برخلاف دومی که تأسیسش با عقلا بوده و شارع آن را امضا نموده است.

سه) همه فقیهانی که به قاعده معتقدند بر این عقیده می‌باشند که قاعده احکام تکلیفی را در برمی‌گیرد.

چهار) بخشی از احکام وضعی که در زمره حقوق الناس می‌گنجد همچون

ضمان و دیون یقیناً از شمول قاعده خارج است. همچنین آن دسته از احکام وضعی که در زمره حقوق الناس نبوده همچون قنارت ناشی از جنابت و نجاست، وضعیت حاصل از رضاعی بودن و خویشاوندی‌های سببی، تحت قاعده قرار نگرفته؛ زیرا اثر حاصل از عواملی که این احکام وضعی را در پی دارند به اسلام و غیر اسلام ربطی ندارد و مشمول قاعده قرار نمی‌گیرد. چیزی مشمول قاعده است که بتوان وضعیت قبل و بعد از اسلام آن را از یکدیگر متمایز قرار داد که تنها در احکام تکلیفی وجود دارد.

پنج بحث پیرامون قاعده جبّ با دو گفتمان فقهی حقوق از یک طرف و احکام وضعی و تکلیفی از طرف دیگر به صورت جداگانه و از دو زاویه ضروری است، اگرچه مصادیق و موارد آن یکی باشد. حکم وضعی و حکم تکلیفی به دلیل آنکه مباحث اصولی خاصی به آن‌ها تعلق داشته و جایگاه مهمی را در فقه احراز کرده است، به مثابه یک گفتمان بوده و زاویه‌ای برای بحث و خواستگاهی برای نگاه کردن می‌باشد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۳۴

منابع

قرآن کریم

۱. ابن ابی الحدید. (۱۳۷۸). شرح نهج البلاغة. چاپ دوم. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲. ابن ابی جمهور، محمد بن علی. (۱۴۰۳). عوالی الالاکلی الغریزیه فی الأحادیث الدینیة. چاپ اول. قم: چاپخانه سیدالشهداء علیه السلام.
۳. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰). السرئر الحواوی لتحریر الفتاوی. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن حزم، علی بن احمد. (بی تا). المحلی. بیروت: دارالفکر.
۵. ابن زهره حلبی، حمزه. (۱۴۱۷). غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع. چاپ اول. قم: موسسه امام صادق علیه السلام.
۶. ابن سعد. (بی تا). الطبقات الکبری. بی جا: بی نا.
۷. ابن قدامة، عبدالله. (بی تا). المغنی. بی جا: بی نا.
۸. أحمد بن حنبل. (بی تا). مسند أحمد بن حنبل. چاپ اول. بیروت: موسسه الرسالة.

٩. الدرويش، أحمد بن عبدالرزاق. (١٤٢٤). فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلميّة و الإفتاء. الرياض: دار المؤيد للنشر و التوزيع.
١٠. انصاري، مرتضى. (١٤١٨). كتاب الطهارة. چاپ اول. قم: مؤسسة الهادي.
١١. بجنوردی، حسن. (١٤١٩). القواعد الفقهية. چاپ اول. قم: نشر الهادي.
١٢. بروجردی، مرتضى. (١٣٦٨). مستند العروة الوثقى. چاپ اول. قم: لطفی.
١٣. بهوتی، منصور بن یونس. (١٤١٨). كشاف القناع عن متن الإقناع. چاپ اول. بیروت: دار الکتب العلمیة.
١٤. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین. (١٤١٤). السنن الكبرى. چاپ اول. بیروت: دارالکتب العلمیة.
١٥. جواهری، محمد. (١٤٢٤). المفید من معجم رجال الحدیث. چاپ دوم. بی جا: بی نا.
١٦. حر عاملی، محمد بن حسن. (١٤٠٩). وسائل الشیعة. چاپ اول. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
١٧. حسینی روحانی، سید محمد صادق. (١٤١٢). فقه الصادق. چاپ اول. قم: دارالکتاب.
١٨. حسینی شیرازی، سید محمد. (١٤١٣). الفقه، کتاب القواعد الفقهیة. چاپ اول. بیروت: مؤسسه امام رضا علیه السلام.
١٩. حسینی عاملی، سید محمد جواد. (١٤١٩). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٢٠. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح. (١٤١٨). العناوين الفقهیة. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
٢١. حکیم، سید محسن. (١٤١٦). مستمسک العروة الوثقى. چاپ اول. قم: مؤسسه دار التفسیر.
٢٢. حلبی. (١٤٠٠). السیره الحلبیة. بی جا: بی نا.
٢٣. حلّی، مقداد بن عبد الله. (١٤٠٤). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. چاپ اول. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
٢٤. حلّی، یحیی بن سعید. (١٤٠٥). الجامع للشرائع. چاپ اول. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیة.
٢٥. رافعی، عبد الکریم. (بی تا). فتح العزیز. بی جا: بی نا.
٢٦. رعینی، حطاب. (١٤١٦). مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل. چاپ سوم. تهران: دارالفکر.
٢٧. زین الدین، محمد امین. (١٤١٣). کلمة التقوی. چاپ سوم. قم: ناشر سید جواد وداعی.
٢٨. سبزواری، محمد باقر. (١٢٤٧). الذخیرة المعاد فی شرح الإرشاد. چاپ اول. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
٢٩. سرخسی، محمد بن احمد. (١٤٠٦). المبسوط. بیروت: دار المعرفة.
٣٠. شافعی، محمد بن ادريس. (١٤٠٣). کتاب الأم. چاپ دوم. بی جا: بی نا.

۳۱. شوکانی، محمد بن علی بن محمد. (۱۹۷۳). نیل الأوطار. بیروت: دارالجمیل.
۳۲. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۷). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. چاپ اول. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۳۴. شیخ مفید، محمد. (۱۴۱۰). المقنعة. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. طباطبایی، سید علی. (۱۴۲۱). ریاض المسائل. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۶. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷). الخلاف. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۷. _____. (۱۳۸۷). المسبوط فی فقه الامامیة. چاپ سوم. تهران: المكتبة المرتضویة.
۳۸. _____. (۱۴۰۰). النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. چاپ دوم. بیروت: دار الكتاب العربي.
۳۹. عبدالله بن قدامة. (بی تا). المغنی. نوبت چاپ جدید با فست. قاهره: مكتبة القاهرة.
۴۰. علامة حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۱. _____. (۱۴۲۰). تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. چاپ اول. قم: موسسه امام صادق علیه السلام.
۴۲. _____. (۱۴۱۵). تذكرة الفقهاء. چاپ اول. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۳. _____. (۱۴۱۳). مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۴. _____. (۱۴۱۲). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. چاپ اول. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۴۵. فاضل دربندی، آقا بن عابد. (۱۲۸۴). خزائن الاحکام. بی جا: بی نا.
۴۶. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۳). القواعد الفقھیة. چاپ دوم. قم: مرکز فقه الاثمة الاطهار علیهم السلام.
۴۷. فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. چاپ اول. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۸. فیض کاشانی، محمد محسن، (بی تا). مفاتیح الشرائع. چاپ اول. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی علیه السلام.
۴۹. قاضی، عبدالعزیز بن براج. (۱۴۰۶). المهذب. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۰. قمی، علی بن ابراهیم. (۱۳۶۷). تفسیر قمی. چاپ چهارم. قم: مؤسسه دارالکتاب.
۵۱. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۷). الکافی. چاپ سوم. تهران: دارالکتب الاسلامیة.
۵۲. مجلسی، محمد باقر. (۱۴۰۳). بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار علیهم السلام. چاپ دوم.

جستارهای فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۱۳۶

- بيروت: دار احياء التراث العربى .
۵۳. محقق حلى، جعفر. (۱۴۰۷). المعترف فى شرح المختصر. چاپ اول. قم: مؤسسه سيد الشهداء عليه السلام.
۵۴. مزنى، اسماعيل. (بى تا). مختصر المزنى. بى جا: بى نا.
۵۵. مكارم شيرازى، ناصر. (۱۴۱۱). القواعد الفقهيّة. چاپ سوم. قم: مدرسة الإمام أميرالمؤمنين عليه السلام.
۵۶. موسوى عاملى، سيدمحمد. (۱۴۱۱). مدارك الاحكام فى شرح شرائع الاسلام. چاپ دوم. بيروت: مؤسسة آل البيت لاحياء التراث .
۵۷. ميرزای قمى، ابوالقاسم. (۱۴۱۷). غنائم الايام فى مسائل الحلال و الحرام. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامى .
۵۸. نجفى، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهرالكلام فى شرح شرائع الإسلام. چاپ هفتم. بيروت: داراحياء التراث العربى .
۵۹. نووى، محيى الدين. (۱۴۱۷). المجموع شرح المهذب. چاپ اول. بيروت: دارالفكر .
۶۰. _____. (۱۴۱۲). روضة الطالبين. چاپ سوم. بيروت: مكتب الاسلامى .
۶۱. همدانى، آقارضا. (۱۴۱۶). مصباح الفقيه. چاپ اول. قم: مؤسسه نشر اسلامى .

تحلیل فقهی - حقوقی

حکم تأسیس دفتر وکالت در ملک غیر تجاری^۱

محمد رضا خزعلی^۲

محمد تقی رفیعی^۳

تحلیل
فقهی - حقوقی حکم
تأسیس دفتر وکالت در
ملک غیر تجاری
۱۳۹

چکیده

به موجب اصل فقهی تسلیط: «الناس مسلطون علی اموالهم» هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق هرگونه تصرف و انتفاعی را دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد (ماده ۳۰ قانون مدنی). یکی از این استثنائات، تبصره بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری است که به موجب آن دایر کردن محل کسب در منطقه غیر تجاری ممنوع است و در انتهای تبصره آمده است: «دایر کردن دفتر وکالت و ... بوسیله مالک، استفاده تجاری نیست.» مفاد تبصره و به ویژه عبارت پایانی آن ابهاماتی دارد که اشکالاتی را در عمل به وجود آورده است. نگارندگان با روش توصیفی تحلیلی در پی پاسخ به این پرسش اند که: «آیا دایر کردن دفتر وکالت مصداق دایر کردن محل کسب است و استفاده تجاری محسوب می شود؟»

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۱/۱۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۲۰

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (پردیس ارس)؛ (متخذ از رساله دکتری با عنوان: «مبانی حقوقی حاکم بر استفاده از املاک غیر تجاری شهری») رایانامه: mr.khazali93@ut.ac.ir

۳. دانشیار دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) رایانامه: rafiei@ut.ac.ir

و به بررسی «ارتباط بین حکم مندرج در ذیل تبصره، با حکم ذکر شده در صدر آن» پرداخته و سپس به بررسی «مفهوم مخالف داشتن عبارت پایانی تبصره (قید مالک)» پرداخته و اثبات می‌کنند که فاقد مفهوم است. در ادامه با بررسی معنا و مصادیق «غیر مالک» که مفهوم مخالف قید «مالک» در انتهای تبصره است، آن‌را بازگشت به «دفتر مهندسی» می‌دانند و دست کم، کلام قانونگذار در مورد دفتر وکالت را «مجمّل» می‌شمارند. در پایان نویسندگان، ضمن بررسی رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی در خصوص مفاد تبصره و به کمک اصول مسلم فقهی و حقوقی و مقررات جاری، ثابت می‌کنند دفتر وکالت، محل کسب نبوده و وکیل، تاجر نیست و دایر کردن دفتر وکالت در ملک غیر تجاری توسط مالک و مستأجر استفاده تجاری به‌شمار نمی‌آید.

کلید واژه‌ها: ماده ۳۰ قانون مدنی؛ بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری؛ تبصره بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری؛ آرای قضایی تبصره بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری؛ تجاری نبودن دفتر وکالت.

مقدمه و طرح بحث

حق مالکیت، کامل‌ترین حق عینی است که انسان بر مالی دارد و به‌موجب آن مالک حق هرگونه انتفاع و تصرف در مال خود را دارد. این اختیار کامل و گسترده برای مالک، به‌عنوان یک اصل (اصل تسلیط) در حقوق ما (ماده ۳۰ قانون مدنی) پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۱۰۶). البته این اصل نیز مانند همه اصول با استثنائات فراوانی در قوانین روبرو شده که از جمله آن‌ها؛ مقررات شهرداری در زمینه ساخت و ساز در املاک و نوع استفاده از آن‌هاست.

یکی از وظایف شهرداری‌ها به‌موجب بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱، صدور پروانه برای کلیه ساخت‌وسازهایی است که در شهر می‌شود و به‌موجب تبصره ذیل این بند (الحاقی ۱۳۵۲/۵/۱۷) شهرداری مکلف است، طبق ضوابط نقشه جامع شهر؛ نوع استفاده از هر ساختمان را در پروانه صادره برای هر ساختمان قید نماید و چنانچه مالک یا مستأجر برخلاف مندرجات پروانه ساختمانی در منطقه غیر تجاری محل کسب یا پیشه و یا تجارت دایر نماید، به‌عنوان تخلف و پس

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۴۰

از طی تشریفات قانونی مقرر، محل را تعطیل نماید.

قانون گذار در ذیل این تبصره، با شمردن چند مورد از مشاغل، دایر کردن دفاتر متعلق به آنها را توسط مالک، استفاده غیرتجاری تلقی کرده است. این حکم قانون گذار تفسیرها و برداشت‌های متفاوتی را از سوی شهرداری‌ها و قضات دادگاه‌ها و حقوقدانان در پی داشته است و در عمل، موجب بروز مشکلاتی برای صاحبان این مشاغل گردیده است. در خصوص همین تبصره، آرای متعارضی از سوی مراجع حل اختلاف اداری و قضایی صادر گردیده که در نهایت، منجر به صدور آرای وحدت رویه متعددی نیز از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور و نیز هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رابطه با بعضی از این مشاغل شده است و حتی در خصوص یک مورد از مشاغل یادشده (مطب پزشکان) وضع مقررات جدید را نیز در پی داشته است. قانون تجارت، در مواد یک تا چهار به تعریف و تبیین مفهوم تاجر و معاملات تجارتي پرداخته است که بر این اساس، شغل وکالت، فعالیت تجاری محسوب نمی‌شود و وکیل دادگستری، تاجر نیست؛ درحالی که عبارت انتهایی تبصره موضوع بحث به گونه‌ای تنظیم یافته که برداشت‌ها و تفسیرهای اشتباهی را به دنبال داشته، به طوری که در حال حاضر شهرداری‌ها دایر کردن دفتر وکالت توسط غیر مالک (به طور مشخص مستأجران) را مصداق دایر کردن محل کسب دانسته، بنابراین، چنانچه در ملک غیرتجاری باشد، تخلف محسوب نموده و جریمه تعیین می‌کنند. حال آنکه، چنانچه دایرکننده مالک باشد، فعالیت او را تجاری نمی‌دانند و معلوم نیست چه تفاوتی بین ماهیت فعالیت مالک و مستأجر در دایر کردن دفتر وکالت است. البته این سوء برداشت، ناشی از تفسیر اشتباه عبارت انتهایی تبصره می‌باشد.

در این نوشته پس از بررسی مفاد تبصره و آرای قضایی صادره و نظریات ارائه شده پیرامون آن، در نهایت با استناد به اصول مسلم فقهی و حقوقی راه کارها و تفسیرهای عادلانه و منطبق با قانون ارائه شده است که موجب رفع ابهام از مفاد تبصره، به ویژه عبارت انتهایی آن می‌گردد.

لازم به ذکر است؛ مسائل و ابهامات مطرح شده کم و بیش برای بیشتر مشاغل بازگو شده در تبصره، وجود دارد که تأکید نویسندگان در این مقاله، بر شغل وکالت است.

تحلیل
فقهی-حقوقی حکم
تأسیس دفتر وکالت در
ملک غیرتجاری

بخش اول

۱- تبصره؛ ابهامات و نظرات مطرح راجع به مفاد آن

تبصره بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری الحاقی ۱۳۵۲/۵/۱۷ مقرر می‌دارد: «شهرداری در شهرهایی که نقشه جامع شهر تهیه شده، مکلف است طبق ضوابط نقشه مذکور در پروانه‌های ساختمانی نوع استفاده ساختمان را قید کند. در صورتی که بر خلاف مندرجات پروانه ساختمانی در منطقه غیر تجاری محل کسب یا پیشه و یا تجارت دایر شود، شهرداری مورد را در کمیسیون مقرر در تبصره یک ماده صد این قانون، مطرح می‌نماید و کمیسیون در صورت احراز تخلف مالک یا مستأجر، با تعیین مهلت مناسب که نباید از دو ماه تجاوز نماید، در مورد تعطیلی محل کسب یا پیشه و یا تجارت ظرف مدت یک ماه اتخاذ تصمیم می‌کند. این تصمیم به وسیله مأموران شهرداری اجرا می‌شود و کسی که عالماً از محل مزبور، پس از تعطیلی برای کسب و پیشه و یا تجارت استفاده نماید، به حبس جنحه‌ای، از شش ماه تا دو سال و جزای نقدی از پنج هزار و یک ریال تا ده هزار ریال محکوم خواهد شد و محل کسب نیز مجدداً تعطیل می‌شود. دایر کردن دفتر وکالت و مطب و دفتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق و دفتر روزنامه و مجله و دفتر مهندسی به وسیله مالک، از نظر این قانون استفاده تجاری محسوب نمی‌شود.»

جستارهای
فقهی و اصولی
سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶
۱۴۲

آنچه از ظاهر مفاد تبصره برداشت می‌شود این است که اولاً؛ دایر کردن محل کسب، مصداق استفاده تجاری بوده و استفاده تجاری از ملک غیر تجاری تخلف است (متن تبصره) و ثانیاً؛ دایر کردن دفتر وکالت توسط غیر مالک استفاده تجاری بوده و اگر در ملک غیر تجاری باشد، تخلف است (عبارت انتهایی تبصره).
از مجموع نظراتی که در خصوص معنای تبصره و تفسیر آن بیان شده، دو نظر قابل توجه است:

یک نظر معتقد است: در اصل؛ دایر کردن دفتر وکالت و سایر مشاغل احصا شده در انتهای تبصره، در ملک غیر تجاری تخلف است و تنها دایر کردن این مشاغل توسط مالک، استفاده تجاری محسوب نمی‌گردد. رأی شماره ۶۲۴ در تاریخ ۱۳۷۲/۷/۱۲ صادره از شعبه ششم دیوان عدالت اداری که راجع به دایر

کردن دفتر اسناد رسمی است، تقریباً بیانگر همین نظر می‌باشد که در قسمتی از این رأی این گونه آمده است: «شکایت شاکی به جهات ذیل وارد نمی‌باشد؛ زیرا، اولاً؛ قسمت اخیر تبصره بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها مصرح است به اینکه: دایر کردن دفتر وکالت و... به وسیله مالک از نظر این قانون، استفاده تجاری محسوب نمی‌شود و با عنایت به اینکه موضوع تبصره فوق‌الذکر در خصوص استفاده تجاری و محل کسب و پیشه در منطقه غیر تجاری است و قید دایر کردن دفتر وکالت و... به وسیله مالک از نظر این قانون تجاری محسوب نمی‌گردد، حاکی است که دایر کردن دفاتر مذکور از طرف غیر مالک، و لو تحت عنوان اجاره، از لحاظ این قانون تجاری محسوب می‌گردد و الا قید مالک در قانون لغو لازم می‌آید و قانون‌گذار حکیم است و در مقام بیان، توجه به تمام قیود داشته است. ثانیاً ماده واحده قانون مطب پزشکان، مصوب ۱۳۶۶/۱۰/۲ مجلس محترم شورای اسلامی مبنی بر اینکه فعالیت شغلی پزشکان و صاحبان حرف وابسته در ساختمان‌های مسکونی و تجاری، ملکی و اجاره‌ای بلامانع است، نشانگر این است که ادامه فعالیت مطب پزشکی در مناطق مسکونی از طرف غیر مالک مجاز نبوده است که اقدام به تصویب این ماده واحده گردیده است و الا در صورت مجاز بودن، نیاز به تصویب قانون جدید و اخذ اجازه از قانون‌گذار نبوده است. در نتیجه، سایر قسمت‌های تبصره مزبور به قوت خود باقی است...».

چند نکته در خصوص این رأی قابل تأمل است: اولاً؛ آنچه که از نظر صادرکنندگان این رأی حتمی و مفروض تلقی شده؛ یعنی تجاری بودن فعالیت وکیل دادگستری و به دنبال آن محل کسب تلقی شدن دفتر آن‌ها کاملاً برخلاف قانون و تعریف صورت گرفته در آن از تاجر و فعالیت تجاری و مقررات راجع به وکالت دادگستری است که راجع به آن‌ها در قسمت‌های بعدی به تفصیل بحث می‌شود. ثانیاً؛ صادرکنندگان رأی برای قید مالک در تبصره، مفهوم مخالف قائل شده و حتی معتقدند: در غیر این صورت لغو لازم می‌آید، در حالی که طبق قواعد حاکم در باب اصول لفظیه، همه عبارات همیشه دارای مفهوم مخالف نیستند که راجع به آن در قسمت‌های بعدی به تفصیل بیشتری بحث خواهد شد.

اما در مقابل گروهی معتقدند: که بنابر حکم عام مندرج در تبصره، تنها دایر کردن محل کسب در منطقه غیر تجاری تخلف است و استفاده تجاری محسوب می‌گردد و مشاغل مندرج در ذیل تبصره، در اصل شغل تجاری نبوده و محل فعالیت آن‌ها نیز محل کسب محسوب نمی‌شود. پس اصولاً دایر کردن دفتر وکالت و... در ملک غیر تجاری تخلف نبوده و استفاده تجاری به‌شمار نمی‌آید. بنابراین، قید به وسیله مالک در انتهای تبصره، مفهوم مخالف ندارد و به این معنا نیست که اگر این مشاغل توسط غیر مالک در محل غیر تجاری دایر شود، تبدیل به مشاغل تجاری می‌گردد و استفاده آن‌ها تجاری محسوب می‌شود.

رای شماره ۲-۱ در تاریخ ۱۳۷۰/۱/۱۹؛ صادره از شعبه ۴ دیوان عدالت اداری، منطبق با همین نظر صادر شده است: در این رأی آمده است: «نظر به اینکه قسمت اخیر تبصره ذیل بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری مصرح است به اینکه دایر کردن دفتر وکالت و... قید وسیله مالک در تبصره مذکور این نیست، اگر مالک محل را برای دفتر ازدواج و طلاق و سایر موارد مقرر در تبصره یادشده در اختیار دیگران قرار دهد، مفاد تبصره یادشده قابل اعمال نبوده و تبدیل به واحد صنفی تجاری گردد و چه اینکه تبصره مزبور مصرح است که دفترخانه و دفتر وکالت و.. استفاده تجاری محسوب نمی‌شود و آرای کمیسیون ماده صد، مبنی بر تلقی نمودن دفترخانه شاکه به‌عنوان واحد تجاری و تعطیل آن برخلاف صراحت تبصره مرقوم است و ارزش و اعتبار قانونی ندارد...».

دو نکته در این رأی قابل تأمل است: یکی اینکه صادرکنندگان این رأی مدعی هستند: «تبصره مزبور مصرح است دفترخانه و دفتر وکالت و... استفاده تجاری محسوب نمی‌شود.» که معلوم نیست این تصریح در کجای تبصره آمده است؟! دوم اینکه صادرکنندگان رأی صریحاً اعلام می‌دارند که قید وسیله مالک در انتهای تبصره، فاقد مفهوم مخالف بوده و در واقع، مفهوم مخالف آن مدنظر قانون‌گذار نیست.

با بروز این اختلاف در دو مورد مشابه، موضوع در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مطرح و در نهایت رأی وحدت رویه شماره ۱۷۱ در تاریخ ۱۳۷۲/۲/۴ از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به این شرح صادر گردید: «سیاق عبارات تبصره

ذیل بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری، در باب عدم جواز تخطی از مندرجات پروانه ساختمانی و دایر کردن محل کسب و پیشه و تجارت در محل غیرتجاری، توسط مالک یا مستأجر و صراحت منطوق قسمت آخر تبصره مذکور که مقرر داشته: «... دایر کردن دفتر وکالت و مطب و دفتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق و دفتر روزنامه و مجله و دفتر مهندسی به وسیله مالک از نظر این قانون استفاده تجاری محسوب نمی‌شود.» مفید اختصاص حکم اخیرالذکر مقتن به مالک و مباشرت مستقیم او در استفاده از حق یادشده است. بنابراین، دادنامه شماره ۶۲۴ مورخ ۷۲/۷/۱۲ شعبه ششم دیوان عدالت اداری که متضمن این معنا می‌باشد، موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود...»

به موجب این رأی، نظر شعبه ششم دیوان عدالت اداری، موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده شد. بنابراین اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز معتقدند که دفتر وکالت و... محل کسب تلقی می‌گردد، اما معلوم نیست به چه دلیل و مبتنی بر کدام یک از اصول و موازین قانونی چنین استنباطی را نموده‌اند...؟!

آنچه از مجموع نظرات به دست می‌آید این است که هر دو گروه برای ارائه نظر خود به استنباط از تبصره پرداخته‌اند زیرا تبصره حکم روشنی درباره موضوع مورد بحث ندارد؛ یعنی براساس منطوق تبصره مشخص نمی‌شود که دایر کردن دفتر وکالت و... در ملک غیرتجاری توسط مستأجر چه حکمی دارد و بنابراین استدلال و توسل به قیاس در این مورد لازم است. البته در اینجا مقصود؛ قیاس اصولی که تمثیل در منطق است، نیست؛ بلکه منظور قیاس در علم منطق است که یکی از روش‌های استدلال در کنار تمثیل و استقرا جهت کشف مجهولات است و عبارت است از مجموعه‌ای مرکب از دو یا چند قضیه که اگر درست باشند، قضیه دیگری نتیجه می‌شود که قطعاً صادق خواهد بود. دو قضیه اول، صغری و کبری استدلال بوده و قضیه حاصل شده نتیجه نام دارد (شریعتی و قافی، اصول فقه کاربردی، ۲/۲۱۵). در واقع، قیاس وسیله‌ای است که ذهن از حکم کلی به نتایج جزئی آن می‌رسد. به عبارت دیگر، هرگاه ذهن معلوم کلی خود را بر مصداق‌های خارجی آن منطبق سازد و نتیجه‌ای

که به دست می‌آید از اجزای آن معلوم باشد، قیاس صورت گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، فلسفه حقوق، ۳/۱۵۱). آنچه از ملاحظه این دو نظر به دست می‌آید این است: مهمترین علتی که موجب اختلاف در نظرات آنها شده اختلاف آنها در صغرای قیاس استدلالشان است.

به عنوان مثال، اگر بدانیم مجازات قتل عمد، قصاص است و متهم، مرتکب قتل عمد شده است، از ترکیب این دو قضیه معلوم در قیاس، نتیجه گیری می‌شود که مجازات متهم، قصاص است. در این مثال، صغرای قیاس ارتکاب قتل عمد توسط متهم است که با مدارک و ادله، اثبات آن معلوم شده است و کبرای قیاس، مجازات اعدام برای قتل عمد است که حکم آن در قانون آمده است در نتیجه، رأی به قصاص متهم صادر می‌شود.

در موضوع بحث ما نیز کبرای قیاس، غیرمجاز بودن تأسیس محل کسب در ملک غیرتجاری است که دلیل آن، تصریح عبارت‌های آغازین تبصره است و مورد اتفاق هر دو گروه می‌باشد، اما صغرای قیاس، محل کسب بودن دفتر وکالت و... است که موضوع مورد اختلاف دو گروه می‌باشد، گروه اول معتقدند؛ دفتر وکالت و... محل کسب است، اما گروه دوم، چنین عقیده‌ای ندارند. و هیچ کدام دلیلی بر مدعای خود ارائه ندادند، به ویژه گروه اول که ادعای آنها خلاف اصل و نیازمند دلیل است و معلوم نیست به چه علت دفتر وکالت و... را محل کسب تلقی کرده‌اند و مستندی هم ارائه نکرده‌اند! تنها استناد ایشان مفهوم مخالف عبارت پایانی تبصره است که در ادامه بحث و در همین مقاله به تحلیل نظر ایشان و بررسی صحت و سقم آن به صورت مفصل خواهیم پرداخت.

اما برای نیل به این مقصود و ارائه تحلیل و تفسیر صحیح از تبصره، لازم است ابتدا تعریف اصطلاحات مندرج در آن را براساس قوانین و مقررات و اصول حقوقی تبیین نماییم. بدیهی است که دانستن معنای درست آنها در درک درست مفاد تبصره، بسیار مؤثر است. این اصطلاحات شامل: استفاده تجاری، محل کسب یا پیشه و یا تجارت، دفتر وکالت و مالک و غیرمالک است که در منطوق و مفهوم تبصره بکار رفته‌اند.

۲- تعریف و معنای اصطلاحات

الف: نوع استفاده: استفاده تجاری

به موجب این تبصره، شهرداری‌ها موظف به درج نوع استفاده از ساختمان در پروانه‌های ساختمانی‌اند. پرسش این است که منظور از نوع استفاده چیست؟ آیا همان کاربری ملک است؟ قانون، تعریفی از این دو اصطلاح ارائه نداده است. «استفاده» در لغت به معنای بهره‌خواستن و سودبردن آمده است (عمید، ۱۳۷۵، ۱۶۹). و در اصطلاح نیز از معنای لغوی خود جدا نشده و به معنای بهره‌برداری می‌باشد. منظور از «کاربری» نیز، تعیین نوع استفاده از زمین که از طرف مرجع معتبر برای زمین در نظر گرفته می‌شود و آن را کاربری زمین می‌گویند در مجموع، هجده نوع کاربری برای زمین شناسایی شده است که از جمله مهم‌ترین و پرکاربردترین آن‌ها کاربری کشاورزی، صنعتی، خدماتی، مسکونی و تجاری است (سایت حقوقی دادنام: www.dadnam.com). بنابراین، دو اصطلاح «کاربری» و «استفاده» ظاهراً به یک معنا می‌باشند و ممکن است در بعضی مقررات نیز، به صورت مترادف یا به جای یکدیگر بکار روند (در ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ هر دو اصطلاح «استفاده» و «کاربری» در یک ماده به کار رفته است). اما از استقرا در قوانین و با توجه به منطوق تبصره می‌توان دو تفاوت عمده بین آن‌ها مشاهده کرد: اول اینکه «کاربری» معمولاً برای زمین و عرصه به کار می‌رود، اما «استفاده» برای بنا و ساختمان. و دوم اینکه کاربری زمین‌ها در نقشه جامع شهر و طرح تفصیلی آن، توسط مراجع ذیصلاح قانونی (شورای عالی شهرسازی) و به صورت کلی تعیین می‌گردند. اما نوع استفاده بنا و ساختمان توسط شهرداری‌ها و در پروانه‌های ساختمانی به صورت موردی تعیین می‌گردند که به موجب این تبصره باید طبق ضوابط مندرج در نقشه جامع شهر انجام پذیرد.

بنابراین، معنای اصطلاح «استفاده» معلوم است و استفاده تجاری نیز یکی از انواع آن است که توسط شهرداری در پروانه‌های ساختمانی قید می‌گردد. نکته قابل توجه در این خصوص این است که استفاده تجاری لزوماً منطبق با کاربری تجاری نیست؛ یعنی ممکن است در منطقه‌ای کاربری غیرتجاری باشد، اما شهرداری با اخذ عوارض،

مجوز استفاده تجاری (بصورت دائم یا موقت) بدهد. که اگر از نوع دائم باشد، آن را در پروانه ساختمانی قید می‌کند. اما برای فهم معنای استفاده تجاری لازم است، تعریف تجارت و کاسبی و مانند آن را از قوانین به دست آوریم که در قسمت بعد خواهد آمد.

ب: محل کسب یا پیشه و یا تجارت

در قانون تجارت (مواد یک تا چهار) تاجر و فعالیت تجاری تعریف و تبیین شده است و نیز در سایر مقررات توضیحاتی راجع به کاسب و پیشه‌ور آمده است. اما به‌طور مشخص در قانون تعریفی از محل کسب و پیشه و تجارت ارائه نشده است، ولی روشن است که منظور، محلی است که کاسب، پیشه‌ور یا تاجر در آن فعالیت می‌کنند. بنابراین باید به معنای این اصطلاحات که در برخی از قوانین و آیین‌نامه‌ها نیز آمده توجه کنیم.

۱. کاسب:

در ماده ۱۹ این قانون تشخیص مصادیق کسبه جزء، به مقررات نظام‌نامه وزارت عدلیه واگذار گردیده که البته این نظام‌نامه در تاریخ ۱۳۱۱/۳/۱۵ تصویب شده و بعدها به‌موجب ماده واحده مصوب ۱۳۸۰ به شرح زیر اصلاح گردید: (دمرچیلی، ۱۳۸۱، ر.ک: روزنامه رسمی شماره ۲۱۲۴۳/۱۸۰/۱۹-۱/۱۳۸۰).

ماده واحده: «افراد حقیقی زیر که مصادیق اشخاص مذکور در ماده ۹۶ قانون مالیات‌های مستقیم نباشند، با دارا بودن شرایط ذیل کسبه محسوب می‌شوند: ۱- کسبه، پیشه‌وران، تولیدکنندگان و نظایر آنها که میزان فروش سالانه آنها از مبلغ یک صد میلیون ریال تجاوز نکند؛ ۲- ارائه‌دهندگان خدمات، در هر زمینه‌ای که مبلغ دریافتی آنها در قبال خدمات ارائه شده در سال، از مبلغ پنجاه میلیون ریال تجاوز نکنند».

۲. پیشه‌ور:

تعریفی از «پیشه‌ور» مستقیماً در قانون نیامده است، اما بنابر تعریفی که در کتاب‌ها و دایرةالمعارف‌های حقوقی آمده (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۳، ۱/۷۲۴). پیشه‌ور یا صنعتگر کسی است که با کار دستی (یدی) خود برای تولید و ایجاد آثار، امرار معاش

می کند. مانند: تولیدکنندگان فرش دستباف و صنایع دستی (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۳، ۷۲۴/۱)؛ البته پیشه‌وران به موجب ماده ۱۹ نظامنامه قانون تجارت که شرح آن گذشت، جزو کسبه محسوب شده‌اند.

۳. تاجر:

در مورد «تاجر» قانون به‌طور صریح و مستقیم به تعریف آن پرداخته است. طبق ماده یک قانون تجارت: «تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار بدهد.» از نظر قانون، برای اینکه کسی تاجر شناخته شود دو شرط لازم است: اول آنکه شغل معمول خود را معاملات تجاری قرار داده و دوم آنکه معاملات مزبور را به حساب خود انجام دهد. این تعریف با توجه به ماده ۵۸۸ قانون تجارت، علاوه بر افراد شامل اشخاص حقوقی نیز می‌شود (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶، ۳۱/۱). معاملات تجاری نیز اصولاً عملیاتی هستند که به‌طور دائمی به وسیله تاجر برای به دست آوردن سود انجام می‌گیرد. این عملیات اصولاً بر چهار نوع تقسیم می‌شوند: ۱- عملیات تجاری توزیعی ۲- عملیات تجاری تولیدی ۳- عملیات تجاری خدماتی ۴- عملیات تجاری کمکی (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶، ۴۳/۱). که مصادیق آن طی ده بند به‌طور مفصل در ماده ۲ قانون تجارت، شمارش شده‌اند که عمده آن‌ها عبارت‌اند از: خرید و فروش هر نوع مال منقول به‌منظور فروش و یا اجاره و هر قسم عملیات دلالی یا حق‌العمل کاری و یا عاملی و نیز تصدی به حمل و نقل و هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی از امور از قبیل تسهیلات ملکی یا پیدا کردن خدمه ایجاد می‌شود. راه‌اندازی کارخانه و تصدی به عملیات حراجی، نمایشگاه‌های عمومی، صرافی و بانکی، انجام عملیات برواتی، عملیات بیمه، کشتی‌سازی، کشتی‌رانی و خرید و فروش کشتی (اسکینی و ستوده تهرانی، ۱۳۷۳ و ۱۳۷۶، ۴۵/۱).

بنابراین، از مجموع تعریف‌های ارائه شده برای کاسب، پیشه‌ور و تاجر، معلوم می‌شود منظور از محل کسب و پیشه و تجارت، محلی است که این اشخاص در آنجا به فعالیت حرفه‌ای خود می‌پردازند. اکنون با وجود این تعریف و با عنایت به حکم تبصره، مبنی بر عدم جواز دایر کردن محل کسب، در ملک غیرتجاری، باید بینیم؛ هریک از مشاغل مصرّح در عبارت پایانی تبصره، مشمول این تعریف و مصداق یکی

از عناوین بالا هستند یا خیر؟ اگر باشند، محل فعالیت ایشان نیز محل کسب است و گرنه، خیر. باتوجه به اینکه موضوع بحث ما تأسیس دفتر وکالت است، در ادامه به بررسی ماهیت شغل وکالت و دفتر آن می‌پردازیم.

ج: دفتر وکالت؛ وکیل دادگستری

آنچه از مجموع قوانین و مقررات درخصوص وکالت، به‌ویژه قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶/۱/۱۷ درخصوص وکیل دادگستری استنباط می‌شود این است که وکیل دادگستری شخصی حقیقی است که دارای پروانه وکالت دادگستری بوده و کیفیت و شرایط اخذ آن در ماده ۲ این قانون به تفصیل ذکر شده است بنابراین، دفتر وکالت نیز محلی است که چنین شخصی (وکیل دادگستری) در آن به فعالیت می‌پردازد.

اما درخصوص ماهیت شغل وکالت؛ فعالیت وکیل دادگستری و دفتر وکالت، در ادامه به چند نمونه از تعابیر نویسندگان حقوقی در کتاب‌هایشان و نیز قضات دادگاه‌ها در آرای صادره اشاره می‌کنیم:

به‌تعبیر یکی از نویسندگان حقوقی (شمس، ۱۳۸۴، ۲۱۹/۱)، وکلای دادگستری، یکی از دو بال فرشته عدالت هستند که در کنار دادرسان و وظیفه‌خاطر اجرای عدالت را برعهده دارند و اگر چه شغل ایشان آزاد محسوب شده و خدمتگذار دولت به‌شمار نمی‌آیند، اما به‌عنوان مُعین دستگاه قضا؛ از «همکاران اداره» و از «اشخاص وابسته به دادگستری» محسوب می‌شوند. به علت تأثیری که معاونت وکیل در اجرای عدالت و حسّ جریان امور در محاکم و حقوق متداعیین دارد، مشمول قوانین ویژه‌ای می‌باشند و نیز به‌موجب قانون (تبصره ماده واحده مصوب مهرماه ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام) «وکیل در موضع دفاع از احترام و تأمینات شاغلان به امر قضا برخوردار می‌باشد.» بنابراین، وکیل دادگستری یک فعال اقتصادی نیست و شغل وکالت، فعالیت اقتصادی نیست و فعالیت وکیل دادگستری هیچ سنخیت و تناسبی با مفاهیم کاسب، پیشه‌ور و تاجر که تعریف‌های آن در قوانین آمده و شرح آن گذشت ندارد و در نتیجه دفتر وکالت که محل فعالیت اوست محل کسب و پیشه و تجارت

نیست، بلکه محلی است که وکیل دادگستری به پذیرایی از موکلان و مراجعان جهت مشاوره و اخذ وکالت پرداخته و در آنجا به امر مطالعه و تحقیق و جستجو در قوانین برای ارائه مشاوره و تنظیم لوایح و دادخواست و شکوائیه می‌پردازد.

در همین رابطه رأی وحدت رویه شماره ۶۰۷ به تاریخ، ۱۳۷۵/۶/۲۰ صادره از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور قابل توجه و تأمل است. به موجب این رأی: «... نظر به اینکه شغل وکالت دادگستری تابع قانون خاص بوده و طبق آیین نامه و مقررات مربوط به خود، دفتر آن محلی است برای پذیرایی موکلان و تنظیم امور وکالتی که در واقع به اعتبار شخص وکیل اداره می‌شود، نه به اعتبار محل کار و نیز در زمره هیچ‌یک از مشاغل احصا شده در ماده ۲ قانون تجارت نبوده و به لحاظ داشتن مقررات خاص به موجب تبصره یک ماده ۲ قانون نظام صنفی مصوب ۵۹/۴/۱۳ شورای انقلاب اسلامی از شمول مقررات نظام صنفی مستثنا می‌باشد. بنابراین، به اقتضای مراتب بالا، دفتر وکالت دادگستری را نمی‌توان از مصادیق محل کسب و پیشه و تجارت و مشمول قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب ۱۳۵۶ دانست، بلکه مشمول عموماًت قانون مدنی و قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ می‌باشد.»

با ملاحظه این رأی، که به موجب قانون (ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲) برای کلیه مراجع قانونی اعم از قضایی و مانند آن، در موارد مشابه لازم‌الاتباع است، در خصوص موضوع بحث ما چند نکته شایان توجه است:

اولاً؛ در این رأی به صراحت اعلام شده است که شغل وکالت، نه تنها مصداق عنوان تاجر نیست و مشمول قانون تجارت نمی‌باشد، بلکه به دلیل داشتن مقررات خاص (قوانین خاص وکالت شامل: ۱- لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، مصوب ۱۳۱۵/۱۱/۲۵ با اصطلاحات و الحاقات بعدی و آیین نامه اجرایی آن؛ ۲- قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری، مصوب ۱۳۷۶/۱/۱۷ و آیین نامه‌های مرتبط با آن)، مشمول عنوان فرد صنفی نامبرده در قانون نظام صنفی هم نیست. لازم به ذکر است که قانون نظام صنفی به تازگی در تاریخ ۱۳۹۲/۶/۱۲ اصلاح و تصویب شده است که به موجب تبصره ماده ۲ این قانون، صنوفی که قانون خاص دارند از شمول این قانون مستثنا می‌باشند.

ثانیاً؛ در این رأی به صراحت عنوان شده دفتر وکالت محل کسب و پیشه و تجارت نیست و نه تنها قیدی برای مستأجر یا مالک بودن وکیل، نیاورده است، بلکه حتی به طور ضمنی، اطلاق محل کسب و پیشه و تجارت را بر دفتر وکالت استیجاری نیز منتفی دانسته، زیرا آن را از شمول قانون سال ۱۳۵۶ که در خصوص اجاره املاک تجاری است، خارج کرده و مشمول قانون سال ۱۳۶۲ املاک مسکونی، قرار داده است.

ثالثاً؛ این رأی به عنوان رأی وحدت رویه و از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۷۵ و به طور خاص در خصوص شغل وکالت دادگستری و دفتر وکالت، صادر شده و در مقایسه با رأی وحدت رویه شماره ۱۷۱ که از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۷۲، در خصوص همه مشاغل ذیل تبصره بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری، صادر شده است؛ یک خاص مؤخر می باشد.

بنابراین، به استناد قوانین و مقررات و رأی وحدت رویه: وکیل دادگستری، تاجر، کاسب و پیشه‌ور و بطور کلی فرد صنفی محسوب نشده و دفتر وکالت او نیز محل کسب و پیشه و تجارت محسوب نمی گردد و اجاره دفتر وکالت نیز مشمول قانون مصوب ۱۳۶۲، که در خصوص اجاره محل های مسکونی است، می باشد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۱۵۲

د: مالک؛ غیر مالک

با عنایت به وجود قید «مالک» در تبصره و عبارت پایانی آن و مفهوم مخالف این قید که به عقیده گروهی، مراد قانون گذار در جمله انتهایی تبصره است، شناخت معنای این کلمه و مفهوم مخالف آن اهمیت دارد و لازمه شناخت معنای آن، دانستن مفهوم مالکیت است.

مالکیت به رابطه اعتباری بین مال و شخص است که به موجب آن، شخص هر تصرفی که بخواهد می تواند به موجب قوانین در مال خود کند و به نوعی یک سلطنت تام محسوب می گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ۳۸۱/۱). و یکی از کامل ترین انواع علاقه های شخص نسبت به مال است که در ماده ۲۹ قانون مدنی به آن اشاره شده و شامل مالکیت عین و منفعت می گردد. بنابراین، مالک اعم از مالک عین است و

مالک منفعت. با توجه به اینکه، به عقیده قانون‌گذار، اجاره، عقدی تملیکی است (ماده ۴۶۶ قانون مدنی)، به موجب آن، مستأجر مالک منافع می‌شود و در مدت اجاره از همان سلطه و حقوق مالک عین استفاده می‌کند و مانند او صلاحیت انتفاع از عین را در اختیار خود می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ۳۴۸/۱). بنابراین با توجه به تبیین معنای مالک؛ مفهوم مخالف آن: یعنی «غیر مالک» نیز معلوم می‌شود. غیر مالک در بحث ما، هر متصرفی است که از مال استفاده می‌کند، ولی مالک عین یا منفعت آن نیست. متصرف غیر مالک اعم از، متصرف قانونی است که با اذن از سوی مالک که شامل مستعیر، مستودع با حق تصرف و دارنده حق انتفاع است می‌شود و نیز متصرف غیر قانونی که متصرف به عدوان و غاصب است نیز، شامل می‌شود.

بنابراین، با توجه به آنچه ذکر شد، معنای مالک و غیر مالک مشخص است. پرسش اصلی این است که منظور قانون‌گذار در تبصره، از آوردن قید «مالک» چیست؟ آیا شامل مستأجر که مالک منفعت هست هم می‌شود یا خیر؟ به بیان دیگر، آیا مفهوم مخالف مالک، یعنی غیر مالک تنها شامل مواردی که در بالا ذکر شد می‌گردد یا مستأجر را هم در بر می‌گیرد؟

پاسخی که به این پرسش می‌توان داد این است که در شمول عنوان «مالک» به «مالک عین» و عنوان «غیر مالک» به مستعیر و مستودع و دارنده حق انتفاع و غاصب و متصرف به عدوان، شک و تردیدی وجود ندارد، آنچه محل تردید بوده این است که آیا «مستأجر»، زیر عنوان «مالک» قرار می‌گیرد یا عنوان «غیر مالک»؟ کلام از این جهت مجمل و مبهم است؛ یعنی لفظ مالک از جهت مفهوم آن اجمال دارد. در پایان این قسمت که به تعریف اصطلاحات مندرج در تبصره اختصاص داشت، نتایجی به دست می‌آید:

اولاً؛ منظور از استفاده تجاری؛ استفاده از ملک به عنوان محل کسب یا پیشه و یا تجارت است، که به معنای محل فعالیت کاسب یا پیشه‌ور و یا تاجر می‌باشد. ثانیاً؛ وکیل دادگستری، کاسب، تاجر و یا پیشه‌ور نیست و در نتیجه، محل فعالیت او نیز محل کسب یا پیشه و یا تجارت محسوب نمی‌گردد (رای وحدت رویه ۱۳۷۵، ۶۰۷؛ ماده ۲ قانون تجارت).

ثالثاً؛ قید مالک در قانون، هم شامل مالک عین و هم مالک منفعت که مستأجر است، می‌شود و اگر در شمول قید مالک بر مستأجر تردید باشد، در شمول مفهوم غیرمالک بر مستأجر این تردید و ابهام بیشتر است. بنابراین، کلام از این جهت، مجمل خواهد بود.

اما یک مطلب هنوز روشن نیست و آن اینکه به چه دلیل قانون‌گذار در حکم، بین مالک و غیرمالک تفاوت قائل شده است؟ به بیان دیگر، درخصوص بحث ما، چه تفاوتی بین فعالیت وکیل دادگستری، اگر مالک محل باشد یا مالک نباشد، وجود دارد که حکم آن متفاوت است؟ چرا باید وکیلی (یا سردفتری و...) که مالک محل نیست، مجبور به پرداخت عوارض تجاری به شهرداری برای استفاده از محل برای دفتر وکالت شود؟ در حالی که، اگر مالک بود، نیاز به این هزینه اضافه نبود! (لازم به ذکر است ممکن است از نظر شهرداری مستأجر به‌طور مستقیم مکلف به پرداخت عوارض تجاری نشود؛ زیرا شهرداری مالک را ملزم به پرداخت می‌کند، اما در این صورت مالک بر اجاره بهای ملک می‌افزاید و در نتیجه، این عوارض به‌طور غیرمستقیم بر مستأجر تحمیل می‌شود) آیا این یک تبعیض ناروا نیست؟ آیا این تفاوت در حکم منصفانه است؟ راه حل چیست؟

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۱۵۴

بخش دوم

با توجه به تبیین ابهامات موجود در تبصره و بیان نظرات مختلف درباره آن، ضرورت ارائه تفسیری درست از تبصره که اولاً؛ مبتنی بر اصول حقوقی و مقررات قانونی بوده و ثانیاً؛ عدالت نیز در آن مد نظر قرار گرفته باشد، مشخص می‌گردد. بنابراین در این بخش تفسیرهایی از مفاد تبصره ارائه می‌گردد که مستند به قواعد، اصول حقوقی و مقررات قانونی بوده و عدالت در آن‌ها لحاظ شده باشد.

در خصوص ضرورت رعایت عدالت، در تفسیر قانون و برتری تفسیر عادلانه بر تفسیر غیرعادلانه، لازم است یادآوری شود:

در تفسیر قانون دو روش اصلی وجود دارد؛ یکی روش لفظی است که تنها در پی کشف مراد قانون‌گذار است و در آن به ظاهر الفاظ توجه می‌شود. در این روش، قانون،

کامل و بی نقص فرض می شود و توجّهی به واقعیات و مصالح عمومی نمی شود. و در مقابل، روش تحقیق علمی آزاد وجود دارد که در آن محقق (حقوقدان یا قاضی) در جستجوی منبع واقعی حقوق است و عدالت و مصالح عموم را جستجو می کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶، ۳۹/۲ و کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۹۳/۳).

در بیان نظرات و تحلیل هایی که از قانون می شود، هر نظری ممکن است مبتنی بر یکی از این دو روش باشد، اما از میان دو نظر باید راه حلی انتخاب شود که عادلانه تر است و به انسان کمک می کند، نه راه حلی را که تنها از ظاهر الفاظ بر می آید.

البته حقوقدان در جستجوی عدالت آزاد نیست و آرمان های او باید در درون نظام حقوقی صورت پذیرد. راه هایی وجود دارد که در آن ها، هم عدالت رعایت می شود و هم حرمت احکام حفظ شود (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ۳/۵۱۵ و ۴۹۵). بنابراین تفسیری از قانون ارزشمند است که عادلانه باشد و بتوان آن را به قانون گذار نسبت داد؛ یعنی قوانین را به گونه ای در کنار هم قرار داد که به نتیجه عادلانه بیانجامد، ولی نظم قانون در هم نریزد؛ زیرا عدالت در لباس نظم شایسته احترام است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ۳/۵۱۵ و ۴۹۵).

آنچه ما را به این تحقیق واداشت، مواجهه با قانونی است که در ظاهر ناعادلانه است و تفسیرهای لفظی صرف از آن منجر به تبعیض های ناروا می گردد. بنابراین، برای نیل به این مقصود با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، اجمال و نقص قانون را با مراجعه به اصول حقوقی و منابع معتبر اسلامی رفع نموده و تفسیری مبتنی بر عدالت که برگرفته از سایر قوانین و مقررات نیز است، ارائه می نماییم. امید است که در این راه گامی هر چند کوچک به سوی عدالت برداشته شود.

تفسیرها و تحلیل های حقوقی از مفاد تبصره

الف: خاص مندرج در انتهای تبصره، مخصّص حکم عام آن نیست:

حکمی که قانون گذار در متن تبصره به طور عام بیان کرده عبارت است از: «دایر کردن محل کسب، در منطقه غیرتجاری تخلف است» و به عبارت روشن تر؛ دایر کردن محل کسب توسط هرکسی (اعم از مالک و غیر آن) در ملک غیرتجاری،

استفاده تجاری محسوب شده و تخلف است. از طرفی به طور قطع می‌دانیم (مقررات قانون تجارت و نظام صنفی و رأی وحدت رویه ۶۰۷، سال ۱۳۷۵) دفتر وکالت را محل کسب نمی‌داند. بنابراین، مفهوم حکم عام قانون‌گذار در تبصره راجع به دفتر وکالت بدین صورت است: «دایر کردن دفتر وکالت توسط وکیل (اعم از مالک و غیرمالک) در ملک غیرتجاری، استفاده تجاری نیست، پس تخلف محسوب نمی‌گردد». حال با این توضیح به حکم مندرج در ذیل تبصره توجه می‌کنیم: «دایر کردن دفتر وکالت و... به وسیله مالک، استفاده تجاری محسوب نمی‌شود.» چون این حکم نسبت به حکم مندرج در صدر تبصره، تنها برخی از افراد و مصادیق آن را در بر می‌گیرد (استفاده کننده‌ای که مالک است و یکی از مشاغل نامبرده را دایر می‌کند) نسبت به آن خاص است. از طرف دیگر، مفاد این حکم خاص، با آن حکم عام در تعارض نیست؛ چرا که در هر دو دایر کردن دفتر وکالت در ملک غیرتجاری، استفاده تجاری محسوب نشده است. بنابراین، این حکم خاص در خصوص دایر کردن دفتر وکالت توسط مالک، مخصص حکم عام مندرج در صدر تبصره نیست؛ زیرا فاقد شرط اصلی تخصیص یعنی تنافی و تعارض حکم عام با خاص است و هر دو حکم به طور کامل پذیرفته می‌شود.

پس آنچه موجب اختلاف نظر در استنباط از این تبصره شده و گروهی، خاص مندرج در انتهای تبصره را، مخصص عام مندرج در صدر تبصره دانسته‌اند و عده‌ای برخلاف آن نظر داده‌اند. حق مطلب این است که گروه اول، دفتر وکالت را مصداق محل کسب تلقی نموده‌اند و در نتیجه، دایر کردن آن را به طور کلی مشمول حکم عام دانسته‌اند. اما اگر ایشان به این موضوع توجه می‌کردند که تلقی کردن دفتر وکالت به عنوان محل کسب، با هیچ کدام از معیارهای موجود در قوانین (قانون تجارت و قانون نظام صنفی و...) منطبق نبوده، ضمن اینکه رأی وحدت رویه کاملاً بر محل کسب بودن آن تصریح کرده، شاید دیگر به این استنباط مخالف با واقعیت نپرداخته و تفسیر دور از عدالت ارائه نمی‌دادند. البته ممکن است ادعا شود، این گروه از مفهوم عبارت پایانی تبصره به این نتیجه رسیده‌اند که دفتر وکالت، محل کسب است؛ زیرا به نظر ایشان وقتی قانون‌گذار می‌گوید: دایر کردن دفتر وکالت توسط مالک استفاده تجاری

نیست، مفهوم آن این است که دایر کردن دفتر وکالت به‌طور کلی استفاده تجاری است. درحالی‌که نمی‌توان به این مفهوم در جایی که منطوق صریح قوانین و رأی وحدت رویه، خلاف آن را مقرر کرده است، استناد کرد و اصولاً استفاده از مفهوم مخالف در صورتی ممکن است که دادرسی یا حقوقدان را به یک حکم موافق اصول و قواعد کلی راهنمایی کند؛ لذا در مواردی که، مفهوم مخالف مواد با قواعد عمومی مابینت دارد، باید از استناد به آن پرهیز کرد. مانند: ماده ۶۹۱ قانون مدنی در مورد بطلان ضمان از دینی که سبب آن ایجاد نشده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، فلسفه حقوق، ۱۵/۳). وانگهی، آیا عبارت پایانی تبصره دارای مفهوم است یا نه؟ این خود؛ محل نزاع و گفتگوست که در ادامه بحث توضیح آن خواهد آمد. همچنین این نکته را باید در نظر داشت که آیا قانون‌گذار در این تبصره در مقام بیان مصادیق فعالیت‌های تجاری و محل کسب بوده یا اینکه بیان آن‌ها در مقررات مربوط به قانون تجارت و قانون نظام صنفی است و در اینجا قانون‌گذار در مقام بیان آن نیست.

خلاصه اینکه، دفتر وکالت محل کسب نیست تا دایر کردن آن در ملک غیر تجاری، تخلف باشد و در این خصوص تفاوتی بین مالک و غیرمالک وجود ندارد.

تحلیل
فقهی-حقوقی حکم
تأسیس دفتر وکالت در
ملک غیر تجاری

۱۵۷

ب: اجمال مخصص تبصره: قابل استناد نبودن حکم عام در مورد تردید:

جدای از تفسیر اول، چنانچه حکم خاص مندرج در ذیل تبصره را به جهت تنافی آن با حکم عام، مخصص آن بدانیم، این مخصص، مجمل است؛ زیرا در این مخصص، وصف یا قید «مالک» آمده است و همان‌گونه که پیش‌تر نیز گفته شد، مالک در قانون، اعم از مالک عین و منفعت است (بند یک ماده ۲۹ قانون مدنی). اما در منطوق حکم پایانی تبصره، معلوم نیست قانون‌گذار کدام مفهوم از مالک را در نظر داشته است. مفهوم اکثر که شامل مالک عین و منفعت است یا مفهوم اقل که تنها شامل مالک عین است. در این صورت، مفهوم مخالف این حکم خاص نیز مشخص نیست؛ یعنی مفهوم جمله انتهایی تبصره که عبارت بود از: «دایر کردن دفتر وکالت و... توسط غیرمالک استفاده تجاری است.» از جهت مفهوم، عبارت «غیرمالک» مشخص نیست؛ زیرا «غیرمالک» شامل هر متصرفی می‌شود که مالک

نیست؛ یعنی شامل مستعیر (در عقد عاریه) مستودع (در عقد ودیعه با حق تصرف) منتفع (در حق انتفاع) و مستأجر (در عقد اجاره) و نیز غاصب و متصرف (به عدوان) نیز می‌شود و از این موارد، تنها شمول عنوان غیرمالک بر مستأجر محلّ تردید است؛ زیرا مستأجر مالک منفعت است. پس مشمول عنوان مالک قرار می‌گیرد و نه تحت عنوان غیرمالک و در کنار مستودع و مستعیر و غیره. بنابراین، مخصص از جهت مفهوم «مالک» که از نوع دوران امر بین مفهوم اقل (مالک عین) و مفهوم اکثر (مالک عین و منفعت) است، مردد و مجمل است و چون مخصص نیز از نوع متصل است، در این مورد، اجمال مخصص به عام سرایت می‌کند و معنای آن این است که در مورد مردد و مشکوک نه می‌توان به حکم عام عمل کرد و نه به حکم خاص، بلکه باید به ادله دیگر، اگر باشد، استناد کرد، و گرنه باید به اصول کلی و مسلم عمل نمود. در موضوع بحث، تردید در این است که دایر کردن دفتر وکالت و غیره توسط مستأجر، در منطقه غیرتجاری مشمول حکم عام است که استفاده تجاری محسوب شده و تخلف باشد یا مشمول حکم خاص ذیل تبصره است که استفاده وی تجاری محسوب نشده و تخلف نباشد. چون مخصص ما مجمل است و اجمال آن به عام سرایت می‌کند پس این موضوع؛ یعنی استفاده مستأجر از ملک غیرتجاری، نه زیرمجموعه حکم عام قرار می‌گیرد و نه حکم خاص. برای همین ناگزیریم به ادله دیگر رجوع نماییم. ادله دیگری هم بطور خاص راجع به حکم وکیلی که مستأجر ملک است و از ملک غیرتجاری برای دایر کردن دفتر وکالت استفاده می‌کند، وجود ندارد، مگر رأی وحدت رویه شماره ۶۰۷ که بیان آن گذشت. البته قانون محل مطب پزشکان مصوب ۱۳۶۶ و رأی وحدت رویه شماره ۵۷۶-۷۱/۷/۱۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، درباره اماکن استیجاری مطب پزشکان، در خصوص این شغل (پزشکی) وجود دارد و تکلیف را صراحتاً مشخص کرده که این نوع استفاده، مشمول عنوان استفاده تجاری نیست. اما در خصوص سایر موارد و از جمله مورد بحث ما که دفتر وکالت و استفاده وکیل مستأجر از دفتر وکالت است، دلیل خاصی در سایر قوانین وجود ندارد.

ناگزیر باید به اصول حقوقی مراجعه کنیم. مهمترین اصل مرتبط در این زمینه اصل

تسلیط مقرر در ماده ۳۰ قانون مدنی است. این ماده در ادامه ماده ۲۹ قانون آمده است که در بند یک آن، به صراحت مالکیت اعم از عین و منفعت تلقی گردیده است و می گوید: «هر مالکی نسبت به مایملک خود هرگونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.» بنابراین، چون در خصوص مستأجر و غیره که مالک منفعت است در منطقه غیرتجاری دایر می کند، استثنایی وجود ندارد که او را از چنین تصرفی منع کند (زیرا براساس سخن پیش گفته، این نتیجه حاصل شد که برای اجمال مخصص در تبصره، حکم عام و خاص تبصره، شامل مورد مشکوک که وکیل مستأجر است، نمی شود). پس مستأجر بنا بر اصل تسلیط، حق دایر کردن دفتر وکالت را در ملک غیرتجاری دارد.

ج: قید «مالک» در انتهای تبصره مفهوم ندارد:

برخی که معتقدند: دایرکنندگان مشاغل شمارش شده در عبارت پایانی تبصره، اگر غیرمالک (به طور خاص مستأجر) باشند، مشمول حکم خاص نبوده و در شمول حکم عام تبصره قرار می گیرند، در واقع برای قید «مالک» در این تبصره، مفهوم قائلند و باور دارند که قانون گذار نیز به مفهوم مخالف آن نظر داشته است (مانند نظر شعبه ۶ دیوان عدالت اداری در رأیی که قبل از این بیان شد). اما دیگران معتقدند: قید «مالک» در عبارت پایانی تبصره فاقد مفهوم است و قانون گذار به مفهوم آن توجهی نداشته است. این اختلاف ناشی از این است که گروه نخست، این وصف را جزو آن دسته ای می داند که به نظر مشهور مفهوم دارد؛ یعنی آن را وصف احترازی می دانند، مانند وصف «جایز» برای عقود در ماده ۹۵۴ قانون مدنی. اما دسته دیگر، معتقدند: این وصف از نوع وصف هایی است که حتی در نزد مشهور علمای حقوق، علاوه بر علمای اصول، مفهوم ندارد؛ زیرا قید حکم نیست، بلکه وصف غالبی است و غالب متصرفان در این موارد مالک اند و حتی در صورتی که آن را قید حکم هم بدانیم، علت انحصاری حکم نیست تا مفهوم داشته باشد، مانند وصف «منفعت عقلایی» برای بیع در ماده ۳۴۸ قانون مدنی که از همین قبیل است. بنابراین، به عقیده ایشان این گونه نیست که علت حکم قانون گذار در استفاده تجاری تلقی نکردن تأسیس دفتر وکالت

و... منحصر در وصف «مالکیت» استفاده کننده باشد، بلکه علت حکم را باید در چیز دیگری، مانند ماهیتِ مشاغلِ شمارش شده در تبصره دانست؛ یعنی ماهیت این مشاغل (به طور خاص شغل وکالت دادگستری) است که علت حکم قانون گذار در عبارت پایانی تبصره شده است و قید «مالک»، اولاً؛ علت حکم نیست و ثانیاً؛ اگر باشد، علت انحصاری آن نیست.

خلاصه سخن اینکه عبارت پایانی تبصره، مفهوم ندارد و به این معنا نیست که دایر کردن دفتر وکالت و... توسط غیرمالک استفاده تجاری است؛ چون دایر کردن دفتر وکالت، در اصل استفاده تجاری محسوب نمی شود و این موضوع می تواند علت حکم قانون گذار در عبارت پایانی تبصره باشد، نه وصف مالکیت استفاده کننده از ملک (متصرف ملک).

د: بازگشت قید «به وسیله مالک» به عبارت ماقبل خود:

در علم اصول بحثی مطرح می شود که هر جا چند «عام» به دنبال یکدیگر بیان شود و پس از آن، یک مخصص بیاید، آیا این تخصیصِ آخرین «عام» است یا به همه «عام» های ذکر شده بر می گردد؟ در قرآن کریم و نیز روایات معصومین علیهم السلام از این نمونه ها فراوان است. آیات ۴ و ۵ سوره نور که درباره حکم قذف زنان عقیف است از این نمونه هاست. در این آیات می خوانیم: «کسانی که زنان عقیف را به زنا متهم می کنند و چهار شاهد بر اثبات آن نمی آورند، هشتاد تازیانه بزنید و از آن پس هرگز شهادتشان را نپذیرید و آن ها مردمی فاسقند، مگر کسانی که پس از آن توبه کنند و به صلاح آیند...». در این آیه برای قذف کنندگان سه حکم ذکر شده است: ۱. هشتاد تازیانه ۲. قبول نشدن شهادت ۳. فاسق بودن و بلافاصله پس از این سه حکم یک استثنا ذکر شده است: «مگر کسانی که پس از آن توبه کنند و به اصلاح عمل خود برآیند». بحثی که در اصول فقه مطرح است این است که آیا استثنای مزبور به هر سه حکم مذکور در آیه، تعلق دارد یا تنها به حکم اخیر (یعنی فاسق بودن آنان) تعلق دارد؟ (قافی و شریعتی، ۱۳۹۵، ۲۳۱). بنابراین، دانشمندان اصول برای تحلیل این نمونه ها بحثی را با عنوان «استثنای واقع پس از چند جمله» مطرح کرده اند و عمده

بحث و استدلال آن‌ها بر «استثنا» که یکی از رایج‌ترین شیوه‌های تخصیص متصل است، متمرکز شده است. اما عده‌ای از ایشان بر این باورند و در نوشته‌های خود نیز تصریح کرده‌اند (عاملی، ۱۳۶۳، ۱۲۱). این بحث به استثنایی که پس از چند جمله واقع شده اختصاص ندارد، بلکه به‌طور کلی، هرگاه یک مخصص (به‌صورت استثنا یا غیر آن) پس از چند «عام» (به‌صورت جمله یا مفرد) واقع شود، این بحث مطرح می‌شود. و قلمروی این بحث محدود به مسئله عام و خاص نیز نمی‌شود، بلکه هر جا که چند جمله یا لفظ مفرد به دنبال هم ذکر شود و قید و یا وصفی پس از آن‌ها بیاید، این بحث مطرح می‌شود که آیا قید یا وصف گفته شده به همه عبارت‌های گذشته مربوط می‌شود یا فقط به عبارت پایانی؟ وضعیت عبارت انتهایی تبصره مورد بحث نیز همین‌گونه است؛ زیرا قانون‌گذار در جمله پایانی تبصره، هشت نمونه از مشاغل را ذکر کرده و در پایان آن، قید «به‌وسیله مالک» را بیان کرده است. پرسش این است که قید مذکور، به همه عبارت‌های ماقبل بازگشت داشته و همگی را در خصوص حکم مقید می‌کند یا تنها عبارت پایانی را که در تبصره «دفتر مهندسی» است؟ اصولیان در این زمینه دیدگاه‌های مختلفی دارند که ذکر تمامی آن‌ها از حوصله این نوشته خارج است و ضروری هم به نظر نمی‌رسد و علاقمندان را به مطالعه کتاب‌های مربوط در این زمینه ارجاع می‌دهیم (آغاضیاء عراقی، ۱۳۷۱/۲؛ فاضل لنکرانی، بی‌تا، ۴۱۴/۶؛ آخوند خراسانی، بی‌تا، ۲۷۴؛ فوائد، بی‌تا، ۵۵۵/۱؛ مظفر، ۱۳۷۰، ۱۴۷/۱ و مکارم شیرازی، بی‌تا، ۱۶۱/۲). اما آنچه از مجموع نظرات علما به دست می‌آید این است که بازگشت قید به آخرین جمله یا لفظ قطعی است، ولی در ارجاع قید و وصف به الفاظ و جملات دیگر، باید به ظهور عرفی کلام و قوانین و شواهد و اوضاع و احوال لفظی و غیرلفظی در کلام توجه نمود و اگر هیچ قرینه‌ای وجود نداشته باشد، در این صورت، کلام دچار اجمال می‌شود؛ زیرا قیدی که پس از چند جمله می‌آید، معمولاً قابلیت رجوع به همه جملات و الفاظ ماقبل را دارد. بنابراین، در چنین مواردی نه می‌توان آن قید را به همه جملات مربوط دانست و نه آن را تنها به جمله آخر برگرداند و رجوع قید به همه جملات را به‌طور قطع منتفی دانست. پس کلام مجمل است و چون کلام مجمل قابلیت استناد خود را از دست می‌دهد، تنها در موارد قطعی، می‌توان

تحلیل
فقهی-حقوقی حکم
تأسیس دفتر وکالت در
ملک غیرتجاری

بدان استناد کرد و در سایر موارد، باید برای دانستن حکم به اصول عملیه مراجعه نمود. بنابراین، در موضوع بحث ما در عبارت پایانی تبصره که هشت نمونه شغلی توسط قانون‌گذار شمرده شده، قید «به وسیله مالک» پس از این هشت شغل، بی شک به لفظ آخر؛ یعنی «دفتر مهندسی» برگشت دارد و حکم را در مورد آن مقید می‌کند.

اما در خصوص سایر عبارت‌ها (دفتر وکالت، مطب و...) به جهت نبود قرینه؛ کلام را مجمل می‌کند و این اجمال؛ مانع انتساب قید به آن‌ها در خصوص حکم تبصره می‌شود و برای دانستن حکم آن‌ها باید به اصول (اصل تسلیط) مراجعه کرد. اولاً؛ چون دفتر وکالت محل کسب نیست؛ دایرکردن آن مشمول حکم تبصره که دایر کردن محل کسب در منطقه غیرتجاری را تخلف می‌داند، نمی‌شود. ثانیاً؛ بنابر اصل تسلیط (ماده ۳۰ قانون مدنی) مالک و مستأجر حق هرگونه تصرف در مال خود را دارند.

لازم به ذکر است: نمونه‌های فراوانی از این گونه قید و وصف‌ها در مواد قانون وجود دارد که در آن‌ها وصف و قید تنها به آخرین جمله بازگشت دارد، مانند ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی که در آن قید «در موارد مغایر» تنها به عبارت پیشین خود؛ یعنی «سایر قوانین و مقررات» بازگشت دارد و حکم ماده را در خصوص آن مقید می‌کند و عبارت‌های قبلی، مانند عبارت «قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸» را مقید نمی‌کند. بنابراین؛ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، به طور مطلق ملغی است و مقید به «در موارد مغایر» نیست. همچنین ماده ۳۴۸ قانون مدنی و ماده ۳۱۸ قانون تجارت و اصل ۱۶۴ قانون اساسی از این گونه‌اند. لازم به یادآوری است، رأی اصراری شماره ۲۷۸۳-۱۲/۹/۱۳۳۹ نیز، مؤید این امر است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۱۶۲

هـ: استثنایی (خاص) بودن حکم تبصره نسبت به اصل تسلیط: ضرورت

تفسیر مضیق آن:

همان‌طور که قبلاً نیز ذکر شد، عام و خاص یک مفهوم نسبی است و ممکن است حکمی از یک جهت عام و از جهت دیگر خاص باشد. در موضوع حاضر نیز، درست است که حکم مندرج در متن تبصره (دایر کردن محل کسب در منطقه غیرتجاری تخلف است) نسبت به حکم انتهای تبصره عام است، اما همین حکم عام

در ارتباط با اصل تسلیط مندرج در ماده ۳۰ قانون مدنی یک حکم خاص و استثنایی محسوب می‌شود؛ زیرا به موجب اصل تسلیط، هر مالکی نسبت به دارایی خود حق هرگونه تصرفی را دارد، اما تبصره این حق را محدود کرده و بعضی تصرفات را از شمول اصل خارج کرده است.

حال با توجه به این موضوع و با عنایت به آنچه تاکنون گفته شد مشخص گردید؛ مفاد تبصره در بعضی موارد، از جمله حکم دایر کردن دفتر وکالت توسط مستأجر در ملک غیرتجاری به جهات پیش گفته مجمل است. بنابراین، به حکم یک قاعده پذیرفته شده در حقوق، در تفسیر استثنا باید از توسعه موارد زیر مجموعه آن خودداری کرده و استثنا را تفسیر مضیق کرد. در نتیجه، تفسیر مضیق مفاد حکم تبصره ایجاب می‌کند که دایر کردن دفتر وکالت توسط مستأجر در ملک غیرتجاری را مشمول اصل (ماده ۳۰ ق.م) بدانیم نه استثنا (تبصره).

در پایان آنچه از مجموع تفسیرها و راهکارهای ارائه شده برای این تبصره به دست می‌آید این است که همگی آن‌ها به یک نتیجه می‌انجامد، اما راه رسیدن به آن متفاوت است، همانند روش‌های گوناگونی که در حل معادلات ریاضی وجود دارد و در نهایت، همگی منجر به حل معادله می‌شوند.

تحلیل
فقهی-حقوقی حکم
تأسیس دفتر وکالت در
ملک غیرتجاری

۱۶۳

نتیجه‌گیری

تبصره بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری؛ الحاقی مورخ ۵۲/۵/۱۷ در بردارنده دو حکم است، یکی؛ «دایر کردن محل کسب در منطقه غیرتجاری تخلف است» و دیگر؛ «دایر کردن دفتر وکالت و... به وسیله مالک، استفاده تجاری محسوب نمی‌شود.» در استنباط از این تبصره، گروهی عبارت پایانی تبصره را دارای مفهوم مخالف دانسته، پس دایرکردن دفتر وکالت و غیره توسط مستأجر را استفاده تجاری محسوب می‌نمایند و در مقابل، بعضی برای قید مالک، مفهوم مخالف قائل نبوده و فرقی بین مالک و مستأجر در دایرکردن دفتر وکالت و غیره در ملک غیرتجاری قائل نبوده و هیچ کدام را استفاده تجاری نمی‌دانند.

در این مقاله، پس از بیان ابهامات ناشی از منطوق و مفهوم ظاهری تبصره و بیان

نظرات مختلف و آرای قضایی صادره پیرامون آن به تبیین مفاد تبصره پرداخته شد و سرانجام با برگزیدن نظر گروه دوم؛ تحلیل‌هایی مبتنی بر اصول فقهی و حقوقی به شرح ذیل ارائه گردید:

۱- حکم مندرج در انتهای تبصره، در مقایسه با حکم ابتدای آن حکم خاص است، اما به جهت اینکه در خصوص دایر کردن دفتر وکالت توسط مالک، بین مدلول دو حکم تعارضی وجود ندارد؛ این خاص، مخصص آن عام نیست و قواعد تخصیص جاری نمی‌شود؛ یعنی به موجب هر دو حکم؛ دایر کردن دفتر وکالت توسط مالک و مستأجر در ملک غیرتجاری، استفاده تجاری محسوب نمی‌شود.

۲- جدای از تفسیر یادشده در بالا اگر در این موضوع خاص را مخصص عام هم بدانیم، به جهت اینکه مفهوم «مالک» در مخصص مجمل است و بین دو مفهوم اقل (مالک عین) و اکثر (مالک عین و مالک منفعت) مردد است، این اجمال به جهت متصل بودن مخصص، به حکم عام مندرج در تبصره سرایت کرده، آن را نیز مجمل می‌کند و براساس قواعد تخصیص، در موارد مردد، نه می‌توان به عموم عام عمل کرد و نه به حکم خاص، بلکه باید به سایر ادله رجوع کرد و در صورت نبود حکم، به اصل مراجعه نمود که در این موضوع، اصل تسلیط مندرج در ماده ۳۰ قانون مدنی، مستأجر را مجاز به تأسیس دفتر وکالت در ملک غیرتجاری می‌نماید.

۳- وصف یا قید «به وسیله مالک» در عبارت پایانی تبصره، فاقد مفهوم است؛ زیرا این وصف از نوع وصف غالبی بوده و در صورتی هم که قید حکم باشد، این قید، علت انحصاری حکم نیست. بدین معنا که این گونه نیست که علت «استفاده تجاری محسوب نشدن تأسیس دفتر وکالت و... در ملک غیرتجاری، منحصرأ مالک بودن استفاده کننده باشد، بلکه علت را باید در امر دیگری، مانند ماهیت مشاغل برشمرده شده دانست و دست کم این امر در خصوص شغل پزشکی، با توجه به قانون خاص و رأی وحدت رویه و در مورد شغل وکالت با عنایت به مقررات قانون تجارت و قانون نظام صنفی و رأی وحدت رویه ۶۰۷ معلوم است. پس وصف یا قید «مالک» در تبصره مفهوم ندارد.

۴- قید «به وسیله مالک» در عبارت پایانی تبصره، به عبارت پیشین خود، «دفتر

مهندسی) بازگشت داشته و آن را مقید می‌کند و در خصوص سایر عبارات‌ها، از جمله «دفتر وکالت» که موضوع بحث ماست، ظهوری در مقید کردن آن ندارد و دست کم کلام قانون‌گذار در مورد آن مجمل است و حکم قانون‌گذار نیز در موارد مجمل، قابل استناد نیست.

۵- مفاد تبصره که محدودیت‌هایی برای مالک در استفاده از ملک خود قائل شده، نسبت به اصل تسلیط مندرج در ماده ۳۰ قانون مدنی استثنا محسوب می‌شود و به موجب قاعده پذیرفته شده در حقوق، استثنا را باید تفسیر مضیق کرد و از تفسیر موسع آن که دامنه حکم استثنا را توسعه می‌دهد، خودداری کرد و در موارد مشکوک و مردد نیز به قدر متیقن اکتفا کرد. بنابراین محدودیت استفاده از ملک غیرتجاری را نباید به مورد مشکوک؛ یعنی مستأجر که مالک فقط منفعت است، تعمیم داد. در نتیجه، دفتر وکالت محل کسب نبوده و وکیل؛ تاجر نیست. بنابراین، دایر کردن دفتر وکالت در ملک غیرتجاری توسط مالک و مستأجر استفاده تجاری نیست و تخلف محسوب نمی‌گردد.

تحلیل
فقهی-حقوقی حکم
تأسیس دفتر وکالت در
ملک غیرتجاری

۱۶۵

منابع

قرآن کریم

الف) قوانین

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب بهمن ۱۳۵۸ همراه با اصلاحات ۱۳۶۸.
۲. قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹.
۳. قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴.
۴. قانون تجارت، مصوب ۱۳۱۱.
۵. قانون شهرداری، مصوب ۱۳۳۴ با الحاقات ۱۳۵۲.
۶. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.
۷. قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷ و اصلاحات بعدی آن.
۸. قانون نظام صنفی، مصوب ۱۳۹۲.

ب) فارسی

۱. اسکینی، ربیعا. (۱۳۷۳ش). حقوق تجارت؛ کلیات، معاملات تجارتي، تجار و سازماندهی

- فعالیت تجاری. تهران: سمت.
۲. _____ (۱۳۷۳ش). حقوق تجارت؛ برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک. تهران: سمت.
۳. امامی، سیدحسن. (۱۳۷۳ش). حقوق مدنی. ج ۴. چاپ دهم. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۴. بوشهری، سیدجعفر. (۱۳۳۲ش) «عام و خاص»، مجله کانون وکلا، خرداد و تیر ۳۲.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۵۳ش). دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت. ج ۱. تهران: چاپخانه مشعل آزادی.
۶. _____ (۱۳۵۶ش). دانشنامه حقوقی. ج ۲. تهران: موسسه انتشارات امیرکبیر.
۷. _____ (۱۳۵۶ش). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. چاپ دوم. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. دمرجیلی، محمد؛ حاتمی، علی و قرائی، محسن. (۱۳۸۱ش). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. چاپ دوم. تهران: انتشارات میثاق عدالت.
۹. ستوده تهرانی، حسن. (۱۳۷۶ش). حقوق تجارت. ج ۱. چاپ سوم. تهران: نشر دادگستر.
۱۰. شمس، عبدالله. (۱۳۸۴ش). آیین دادرسی مدنی؛ دوره جدید. ج ۱. تهران: انتشارات دراک.
۱۱. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲ش). آثار قراردادها. ج ۳. تهران: انتشارات مجد.
۱۲. عمید، حسن. (۱۳۷۵ش). فرهنگ عمید، چاپ هشتم. تهران: موسسه انتشارات امیرکبیر.
۱۳. قافی، حسین و شریعتی، سعید. (۱۳۹۵ش). اصول فقه کاربردی. ج ۱. چاپ ۱۳. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات سمت.
۱۴. قربانی، فرج الله. (۱۳۸۲ش). مجموعه آرای وحدت رویه (تدوین) دیوان عالی کشور. حقوقی. تهران: انتشارات فردوسی.
۱۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸ش). حقوق مدنی؛ دوره مقدماتی، اموال و مالکیت. تهران: نشر دادگستر.
۱۶. _____ (۱۳۹۳ش). شیوه تجربی تحقیق در حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. _____ (۱۳۹۴ش). عقود معین. ج ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۸. _____ (۱۳۷۷ش). فلسفه حقوق. ج ۲ و ۳. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۹. _____ (۱۳۷۷ش). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر دادگستر.
۲۰. _____ (۱۳۹۴ش). گامی بسوی عدالت؛ مجموعه مقالات. ج ۳. تهران: نشر میزان.
۲۱. محمدی، ابوالحسن. (۱۳۸۵ش). مبانی استنباط حقوق اسلامی. چاپ ۲۳. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

ج) عربی

۱. انصاری، مرتضیٰ. (۱۴۰۴ق). مطارح الأنظار، تقریرات ابوالقاسم کلانتری. قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۲. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم. (۱۴۱۲ق). کفایة الأصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). محاضرات (تقریرات محمد اسحاق فیاض). چاپ دوم. قم: دارالهادی للمطبوعات.
۴. عاملی، حسن بن زین الدین. (۱۳۶۳ش). معالم الدین. تهران: انتشارات علمیه اسلامیہ.
۵. عراقی، آغاضیاء. (۱۴۱۴ق). مقالات الأصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۶. قمی، میرزا ابوالقاسم. (بی تا). قوانین الأصول. تهران: مکتبه العلمیة الاسلامیة.
۷. مشکینی، علی. (۱۳۷۱ش). اصطلاحات الأصول. چاپ پنجم. قم: دفتر نشر الہادی.
۸. مظفر، محمدرضا. (۱۳۷۰ش). اصول الفقہ. ج ۱. چاپ چہارم. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزة علمیه قم.
۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۶ق). انوارالأصول (تقریرات احمد قدسی). چاپ دوم. قم: انتشارات نسل جوان.
۱۰. نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۴۲۱ق). فوائد الأصول (تقریرات محمدعلی کاظمی). چاپ ہفتم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

تحلیل
فقہی - حقوقی حکم
تأسیس دفتر وکالت در
ملک غیرتجاری

چکیده‌های عربی و انگلیسی

نقد المستند الروائي لنظرية جهاد الدعوة حديث القتال دراسة موضوعية

مجتنبى الهي الخراساني
محمد مرواريد

الملخص

إنّ نظرية جهاد الدعوة إحدى النظريات الأصلية الثلاث في باب حكمة الجهاد الابتدائي التي كانت لها أنصار كثيرون بين الفقهاء المتقدمين، وقد وصفت هذه النظرية الجهاد الابتدائي بأنه حرب تهدف إلى تعزيز و توسيع المذهب أو الدين، و ترمى إلى الدعوة إلى الشريعة الإسلامية، و لم تتوقف حتى يسلم الكفار أو يقتلوا. ويتناول هذا البحث الذي ينتهج المنهج الوصفي - التحليلي، دراسة أصالة و صدور أهم دليل هذه النظرية الروائي في المصادر الشيعية والسنية، دلالة الحديث و نقد التمسك بإطلاق وجوب القتال متضمناً تقرير النظرية المذكورة و مستنداتها القرآنية و الحديثية. و يضيف الكاتب: لم يكن النبي ﷺ يقصد مبدئياً بيان أحكام القتال و الحرب، بل كان يحذّر من التفريط في أنفس المسلمين و أموالهم و ضرورة الحفاظ على دماءهم فحسب.

و يختص نقد هذه النظرية من جانب آخر بحجية الحديث و تعارضه لسائر الآيات و الروايات، على فرض أن يكون دالاً على المطلوب.

المفردات الدليلية: جهاد الدعوة، الجهاد الابتدائي، آية السيف، حديث القتال،

صحيحة عبيد بن زرارة.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم
پاییز ۱۳۹۶

۱۷۰

عدم إرث الولد غير الشرعي من أبويه الحقيقيين دراسة نقدية

السيد جمال أحمدى روئين
حسين ناصري مقدم
عباس علي سلطاني

الملخص

لدينا فرضان من التعليمات فى النظام الإسلامى إزاء رؤية المدرسة الوضعية (الإثباتية) التى تذهب إلى كون المجرم مجرمًا بالفطرة: الأولى: يتمتع البشر بالفطرة و الجبلة النقية، وهم مسؤولون جميعاً عن سلوكهم المعلوم و المقصود؛
(٢) أن السعادة والشقاء أمر ذاتي للبشر وأن بعض الأحكام تحرم الفرد من بعض الحقوق و الإمتيازات دون اختياره.

و تتفق تعليمات الفرض الثانى مع الرؤية الوضعية، و من مصاديق المثير للجدل الموقف الشرعى لمن ولد من رابطة غير شرعية. و المشهور بين العلماء أنهم يرون ولد الزنا يحرم من توليه بعض الأمور و الحقوق الإجتماعية، و منها أنه لا يرث أبويه، و لا يرث أحدهما من الآخر.

يتناول هذا البحث دراسة الحكم المذكور بنهج وصفى تحليلى و بنظرة محورية لهذه المسألة، و يستنتج بعد تحليل الأدلة و نقدها أن ما استند إليه القول المشهور لا يثبت بوضوح مدعى عدم وراثة الولد غير الشرعى من أبويه أبداً، و أمّا وراثة الأبوين - و خاصة الأب - من ولد الزنا فمحل شك و ارتياب.

المفردات الدليّة: ولد الزنا، وراثة ولد الزنا من أبويه و أبويه منه، أدلة توارث ولد الزنا و أبويه، تعارض أدلة توارث ولد الزنا.

دراسة نظرية انتساب القياس إلى ابن جنيد الاسكافي

حميدرضا تمدن
علي الهي الخراساني

الملخص

ورد اسم ابن الجنيد في بعض المصادر مقروناً بإبن أبي عقيل ضمن المتقدمين، و هو واحد من الفقهاء المتّصّفين بالقياس، كما يعتقد المتقدمون والمتأخرون. و إن لم تصل مصنّفاته إلينا. و قد تبع المتأخرون في تقريراتهم ما رواه المتقدّمون عنه في هذا الباب أيضاً، بينما تعتبرونه القاطبة من أجلاء فقهاء الإمامية.

و قد حاول أحد الفقهاء المعاصرين - و هو آية الله العظمى السيستاني - استقصاء حاله. و سعى الباحثان إلى جعل مصنّفاته محور بحثهما، و نَقَبَا في كتب - مثل رجال الكشي - تناول سيرة أصحاب الائمة و مناهج الاستنباط لديهم، ريثما يدحضنا - جهد إمكانهما - هذه الشبهة التي تحوم حول ابن الجنيد، و وضّحا الأمور التي تبعث على توهم القياس، و ذلك من خلال تفسير القياس و تبيّنه. و كانت نتيجة بحثهما أنّه يستحيل بأيّ وجه عدّه عاملاً بالقياس بمعناه المألوف، فهذا الرأى يعتريه الشكّ والإرتياب.

المفردات الدليّة: ابن جنيد، القياس، آية الله السيستاني، تاريخ الفقه.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۷۲

بحث في مضمونية ما «أخذ بالسوم»

سيف الله احدي
أسد الله لطفي
مسلم حيدري

الملخص

ما أخذ بالسوم: عبارة عن بضاعة أخذها المشتري من البائع، ويستقرّ التعامل بها بعد التقدير و التدقيق. وقد اختلف الفقهاء في مضمونية ما أخذ بالسوم بحيث إنّ بعضهم لم يعتبر الآخذ ضامناً مستدلاً بقاعدة «عدم ضمان الأمين» و «اصل براءة الذمة»، و المشهور بين الفقهاء أنّه يعتبر ضامناً استناداً الى قاعدة «على اليد»، و يرجح البعض التوقف مستدلاً بعدم الترجيح بين الأدلة.

وعكف الباحثون على دراسة الأدلة و استقصاء آراء الفقهاء بعد بحث براهين الفقهاء و عباراتهم بنهج وصفي تحليلي. و يصلون إلى أنّ الآخذ بالسوم مقيد بالضمان عقلاً و إن أذن له المالك بذلك، لأنّ هذا الإذن كان على أساس إرتكاز و عرف العقلاء. و حيث أن تسلّم الآخذ للبضاعة ليس بمصلحة المالك، و كون الآخذ متصرفاً فيها، و أنّه ينبغي العمل بقاعدة «احترام مال المسلم» ايضاً، فيجب على الآخذ إرجاع عين البضاعة المأخوذة أو عوضها إلى المالك.

المفردات الدليّة: المأخوذ بالسوم، قاعدة عدم ضمان الأمين، أصل البراءة، قاعدة على اليد، قاعدة إحترام مال المسلم .

دراسة قاعدة الجبّ بنظرة تاريخية ومقارنة

محمد رضا مبلغی

الملخص

إنّ قاعدة الجبّ من القواعد الفقهيّة الشائعة في أبواب الفقه المختلفة كالصلاة و الزكاة و تجرى هذه القاعدة في الكافر الذي دخل الإسلام و في عنقه آثام أو حقوق (هي عبارة عن محو الآثار والتبعات المترتبة على الأفعال والتروك التي ابتلي بها الكافر حال كفره من قضاء أو كفارة أو مجازاة أو عذاب إلهي). و تقضى بإسقاط مارتكبه بإسلامه. و يشير البحث إلى لمحة تاريخية للحقوق و أنواعها، و منها: حق الله و حق الناس، و الحق المشترك، و يعين موارد شمول القاعده لكلّ من الحقوق الثلاثة. و يرى الفقهاء شمول القاعدة للحق المختصّ بالله تعالى و أنها تسقطه عن كاهله و يعنى سقوط حق الله أن الكافر في كفره كالمسلم المكلف بالواجبات، و باعتناقه الإسلام يسقط عنه قضاء ما كلف به المسلم من العبادات كما أنّ القاعدة تشمل الحق المشترك بين الله و الناس كالزكاة والخمس، إلا أنّها لا تشمل الحق المختصّ بالناس و تنضوي الأحكام التكليفية إلى الشمول وفق هذه القاعدة، و لاشكّ أنها لا تشمل بعض الاحكام الوضعية.

المفردات الدليّة: قاعدة الجبّ، الأحكام التكليفية في الجبّ، الاحكام الوضعية

في الجبّ، انواع الحقوق في الجبّ.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۷۴

التحليل الفقهي الحقوقي لحكم إنشاء مكتب حمامة فى عقار غير تجاري

محمد رضا خزعلي
محمد نقى رفيعي

چكیده‌های
عربی وانگلیسی

۱۷۵

الملخص

وفقاً للأصل الفقهي «الناس مسلطون على أموالهم» للمالك حق التصرف أنى يشاء فى ما يملكه والإنتفاع به سوى أمور استثناها القانون (المادة ٣٠ من القانون مدني). و من الإستثناءات التبصرة ٢٤ من المادة ٥٥ لقانون البلديات التى تنص على منع إنشاء مكان عمل فى منطقة غير تجارية، و جاء فى ذيل التبصرة أن إنشاء مكتب حمامة و غيره من قبل المالك لا يعد انتفاعاً تجارياً. و هناك غموض فى فحوى التبصرة وخاصة فى العبارة التى ذيلت بها والذي سبب إشكالاً فى العمل بها.

و انكفاً الباحثان على دراسة «العلاقة بين الحكم المدرج فى ذيل التبصرة و بين الحكم المذكورة فى صدرها»، و لم يريا تخصيصاً فى ذلك، إذ تناولوا هذا الأمر بنهج وصفى تحليلي إثر الإجابة عن هذا السؤال: هل أن إنشاء مكتب حمامة يصدق على إنشاء مكان عمل، و يعد انتفاعاً تجارياً؟ ثم درساً «هل تحوى العبارة النهائية من التبصرة «فيد المالك» مفهوماً مخالفاً؟»، و أثبتنا أنها عارٍ من المفهوم.

و اعتقداً من خلال بحث معنى «غير المالك» و مصاديقه والذي هو المفهوم المخالف لقيّد «المالك» في ذيل التبصرة، أنه يرجع إلى «المكتب الهندسي»، و اعتبراً أنّ كلام المقنن في موضوع مكتب المحاماة مجملاً على الأقلّ.

و أخيراً و من خلال دراسة النهج القضائي و الرؤية الحقوقية في ما يخصّ مغزى التبصرة و التمسك بالمبادئ الفقهية و الحقوقية المسلّم بها و اللوائح السارية أثبتنا أنّ مكتب المحاماة لم يكن مكان العمل، و ليس المحام تاجراً، و أنّ إنشاء مكتب المحاماة في العقار غير التجاري من قبل المالك و المستأجر لا يعدّ انتفاعاً تجارياً.

المفردات الدليّة: المادة ٣٠ من القانون المدني، البند ٢٤ من المادة ٥٥ لقانون البلديات، تبصرة البند ٢٤ من المادة ٥٥ لقانون البلديات، الآراء القضائية التي تخصّ تبصرة البند ٢٤ من مادة ٥٥ لقانون البلديات، عدم اعتبار مكتب المحاماة تجارياً.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۷۶

A Criticism on the Transmitive Documentation of Jihad of Invitation: A Case Study of Fighting Hadith

Mojtaba Elahi Khorasani (Corresponding Author)

Muhammad Morvarid

Abstract

Jihad of Invitation is among the tree principal theories in the Primitive Jihad Philosophy which has cultivated the support of the majority of pioneer jurisprudents. According to this theory, the Primitive Jihad is considered a war pursuing the cause of disseminating and improving the ideology or religion aiming at inviting others to Islam which would be continued unless either pagans are killed or converted to Islam. Utilizing an analytic-descriptive method and by making a report from this theory with respect to its Qur'anic and traditional indications, the present paper is to authenticate the originality and the main reason for its transmitive issuance based on Shite and Sunni references. Likewise, the authors have criticized the adherence to obligation of fighting absoluteness and contend that basically, the Holy Prophet has not stated the fighting and war precepts and rules but rather he has warned that Muslims' properties and souls must be safeguarded. Another section of this theory criticism deals with the tradition authority and its contradiction with other Qur'anic and traditional propositions assuming that it indicates the sought object.

Keywords: Invitation of Jihad, Primitive Jihad, Sayf verse, Obayd bin Zirareh's authentic tradition of fighting.

Non-inheritance of Illegitimate Child from Legal Parents under-criticism

Sayyed Jamal Ahmadi Rooeen

Hossein Nasser Moqadam (Corresponding Author)

Abbasali Soltani

Abstract

In confrontation with the standpoint of positivist school of thought who believe in “the perpetrator”, there are two spectrums of Islamic teachings: *a)* human beings enjoy a pure nature and he is responsible for the purposeful and intentional behavior he reflects, and *b)* bliss and adversity lie in human’s nature and according to some rulings, an individual is deprived of some rights and advantages. The teachings of the second spectrum are in line with the positivist point of view. One of the challenging instances of religious status a person may face with is the birth from the illegitimate intercourse. The majority of jurists believe that a “bastard” is deprived of some social rights such as the issue of inheritance from his/her parents. Thus, such a person does not inherit from his parents and vice versa. This paper has studied the rule of a bastard’s inheritance by analyzing and criticizing different proposed proofs using a descriptive-analyt-

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۷۸

ical method and a problem-solving perspective. It is conclude that none of the available documentations of the customary injunctions given by scholars does not clearly prove that a bastard cannot inherit his/her parents, but the majority of Qur'anic verses, transmitted traditions and rational indications have clearly stated that such a person can inherit his parents. However, whether parents, namely father, can inherit their bastard offspring or not is strongly under question.

Key words: bastard, bastard's and his/her parents' inheritance, the indications of bastard's and his/her parents' inheritance, the contradiction of evidences, bastard's inheritance.

Investigation of the Notion of Attributing Analogy to Ibn-e Jonaid

Hamidreza Tamaddon (Corresponding Author)

Ali Elāhi Khorāsāni

Abstract

Ibn Jonayd, whose name is mentioned alongside the name of Ibn Aqil as Pioneer in some references, is among the jurists attributed to believe in analogy by some precedent and recent scholars, albeit no works of him has been at hand till now. The recent thinkers' reports are made based on the ones they have received from the common quotations presented by the precedents. However, all of them know him as one of the most outstanding jurists of Imamiyeh. Ayatollah *Sistani* is one of the contemporary jurists who have investigated his conduct. By orienting his works, the authors of the present paper have investigated some books such as *Kashshi'Rijal* which contains the trend of Imams' companions and the methodology of deduction given by them. Attempting to define analogy, the authors have tried their best to subtilize such an attribution and to clarify the instances which lead to the misconception of analogy. It is concluded that Ibn Jonayd could not have been a jurist practicing analogy as is perceived today and such a conception is vigorously skeptic.

Keywords: Ibne Jonayd, analogy, Ayatollah *Sistani*, the history of jurist.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۸۰

A Study on the Guarantee of Security for *Ma'khuz bissaum*

Sayfollah Ahadi (Corresponding Author)

Asadollah Lotfi

Muslim Haydari

Abstract

Ma'khuz bissaum is a term meaning that the goods delivered by the customer from the seller for examining their quality and price. Jurisprudents differ on the state of being guarantee for security for *Ma'khuz bissaum*, so that some of them believe that the customer is not surety for the goods based on the jurisprudential principles of “non-security of the trustful” and “the principle of clearance from obligation”. However, the majority of jurisprudents consider such a person as warrantor by the virtue of “Alalyad rule”, while some others have no idea as they have not any choices among the available indications. Using a descriptive-analytic method and by studying the indications and statements given by scholars and jurisprudents, the authors have investigated jurisprudents’ opinions. It seems that *Ma'khuz bissaum* leads to giving back the same goods or their alike in spite of having permission from the owner, but such permission does not pledge the security according to the intellectuals’ perception and custom. As seizing the object by the customer is not at his discretion and due to the fact that he has captured the property and based on the “rule for caring and cautioning Muslims’ properties”, the customer is obliged to return the merchandise to the owner.

Key words: *Ma'khuz bissaum*, the non-security of the trustful, clearance from obligation, alalyad rule, rule for caring and cautioning Muslims’ properties.

Investigating Rule of Jabb through a Historic and Comparative Lens

Muhammadreza Moballeghi

Abstract

Rule of Jabb is among the current rules of jurisprudence entries such as saying prayers (*salāt*) and legal alms (*zakāt*). This rule deals with an infidel who has converted to Islam which has already committed sins or has reserved some rights. Thus, according to this rule, such a person's previous sins are eliminated from the moment he has converted to Islam.

Addressing the history of the rule and all the respective rights according to this rule such as God's rights, peoples' rights, and their joint rights, the authors have mentioned the instances of the rule's inclusion with respect to each of the above mentioned cases. The jurists contend in the rule's inclusion towards God's individual rights which is nullified based on the rule. The expression of God's nullified rights is given due to the fact that the pagans have to fulfill their obligatory acts during their infidelity period as Muslims do their obligatory acts. Hence by converting to Islam, infidels do not need to compensate the missed religious rituals. Likewise, this rule includes the common rights of God and human such as the One-fifth (*khums*) and the Legal alms (*zakat*), but excludes peoples' individual rights. This rule includes the obligatory precepts and certainly excludes some parts of conventional and situational rules.

Keywords: Rule of Jabb, obligatory precepts in Jabb, conventional and situational rules in Jabb, types of rights in Jabb.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۸۲

A Jurisprudential-legal Analysis of the Rule for Founding Law Firm in a Non-commercial Property

Muhammadreza Khaz'ali

Muhammad Taqi Rafiee (Corresponding Author)

Abstract

By the virtue of the Jurisprudential *Rule of Taslit* (ownership and mastery of people over their properties), every owner has right to seize and exploit the property he owns except in the cases the law has excluded. (Article 30 of the civil code) Note 24 of article 55 of the Law for Municipalities is one of such exceptions by virtue of which establishing any enterprise in non-commercial districts is forbidden. In the ending section of this article is mentioned that establishing a law firm and such institutions by the owner is not considered as a commercial act. The content of this article specially the ending section has some ambiguities which have led to some problems in practice. Using a descriptive-analytical method, the authors try to answer the following question: does establishing law firm refer to founding a business enterprise by commercial purpose? They have studied the relationship of the act underwritten this article and the one above it. In the next step, the concept of any disagreement with the ending sec-

tion of the article (owner bond) is investigated and it is proved that they are meaningless. In the proceeding, the concept and instances of the term “non-owner” which is in opposition to the bond term “owner” in the ending section is investigated which means returning the case to the “engineering office” or at least they consider the law-maker’s injunction on the law firm insufficient. In the concluding part of the paper, the judicial procedure and legal thoughts concerning the contents of the article by using basic jurisprudential principles and current regulation prove that law firm could not be considered as a trading office and the lawyer is not a merchant. Thus, establishing a law firm in a non-commercial property by the owner and tenant does not signify its being commercial.

Key words: Article 30 of civil law, note 24 of article 55 of the law for municipalities, article of the clause 24 of the note 55 of the law for municipalities, the judicial verdict concerning the clause 24 of the note 55 of the law for municipalities, non-commercial use of law firm.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هشتم

پاییز ۱۳۹۶

۱۸۴