



فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰، بهار ۱۴۰۲
ISSN: 2476-7565 ; EISSN: 2538-3361

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمی قم - شعبه خراسان رضوی
(مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سردبیر: حسین نصری مقدم

مدیر اجرایی: سیدمصطفی اختراعی طوسی

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، به استناد مصوبه ۳۳۷ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی به نشریات حوزوی، در تاریخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۸ تمدید اعتبار رتبه علمی پژوهشی گردید.
فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

پایگاه استنادی جهان اسلام (ISC)	پرتال جامع علوم انسانی (Ensani)، پایگاه (Road)
مرجع دانش (سیولیکا)، CIVILICA.com	مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری (RICeST)
بانک نشریات کشور (مگیران، Magiran)	پایگاه نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (Journals.dte.ir)
نورمگز (Noormags.ir) و Google Scholar	سامانه جامع رسانه‌های کشور (E-rasaneh)
سازمان اسناد و کتابخانه ملی (Nlai.ir)	پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)

نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان آیت‌الله خزعلی، نبش گذر آیت‌الله واعظ طبسی
دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، طبقه اول، مرکز تخصصی آخوند خراسانی

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی

کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷ - تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

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

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب

قیمت: ۸۰ / ۱۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه «به ترتیب الفبایی»:

مجتبی الهی خراسانی (مدّرس خارج حوزه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه)
جواد أحمد البهادلی (مدرس حوزه علمیه نجف اشرف و استاد دانشگاه کوفه)
سیدفاضل الحسینی المیلانی (مدرس علوم اسلامی در کالج علوم اسلامی انگلیس)
ابوالقاسم علیدوست (مدّرس خارج حوزه و استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
احمد مبلغی (مدّرس خارج حوزه و دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)
سیدمصطفی محقق داماد (مدّرس حوزه علمیه قم و استاد دانشگاه شهید بهشتی تهران)
مهدی مهریزی (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران)
حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)



ارزیابان علمی این شماره «به ترتیب الفبایی»:

مجتبی الهی خراسانی (استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی و مدرس خارج حوزه علمیه مشهد)
علی الهی خراسانی (استادیار پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی دانشگاه فردوسی مشهد)
سیدمحمدعلی ایازی (استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم - تحقیقات تهران)
جواد ایروانی (دانشیار گروه علوم قرآنی و حدیث علوم اسلامی رضوی مشهد)
سیدرضا شیرازی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد و استادیار پژوهشکده علوم اسلامی بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی)
سیدموسی صدر (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
سیدمصطفی محقق داماد (مدّرس حوزه علمیه قم و استاد دانشگاه شهید بهشتی تهران)
حسین ناصری مقدم (استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)
علی اکبر نوابی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲

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 محتوا:

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. نشریه جستارهای فقهی و اصولی در زمینه مباحث اخلاقی و قانونی پژوهش از اصول و ضوابط کمیته اخلاق بین‌المللی نشر (COPE) پیروی می‌کند.

۱. نویسنده مسئول 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 نگارش:

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 میان‌سطور ۱ cm باشد.

۴. هر مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های اصلی زیر باشد:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۳

- **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 مسئله، استدلال‌ات 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.

- **پایان نامه:** 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.

ضوابط 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 با تاریخ یکسان انتشار، 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 درون متنی 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 نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

فهرست

- ۹ نوآوری‌های علامه شهید صدر در علم اصول به مثابه نظریه استنباط
علی رحمانی / احمد مبلغی / مجتبی الهی خراسانی
- ۴۱ بررسی تحلیلی تاریخچه نظریه انقلاب نسبت
بلال شاکری / محمد تقی فخلعی / محمد حسن حائری
- ۶۵ مشروعیت مداخلات حکومت در تربیت دینی شهروندان
حسن مهدوی
- ۱۰۵ ضرورت احداث علقه وضعی در قرارداد
محمد امین کبیری / جلیل قنواتی
- ۱۳۵ مبانی فقهی مسئولیت ناشی از فعل غیر
محمد امامی / حجت پولادین طرقی / محمد جواد محمدی مقدم / محسن فرحزاد
- ۱۶۳ تعیین مقدار ثمن در متن قرارداد بیع (بررسی موردی خرید و فروش املاک)
سید علی صداقت / محمود گنج‌بخش / غلامعلی معصومی نیا
- ۱۹۷ نقد انگاره ملازمه میان علم به بطلان قرارداد و إسقاط احترام اموال و اعمال
محمد حکیم / سید عبدالرحیم حسینی / محمد ادیبی مهر
- ۲۳۱ چکیده‌های عربی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۵


‘Allāmah Martyr Ṣadr’s Innovations in the Science of Uṣūl as a Theory of Inference¹

Ali Rahmani

Director & Faculty Member of Akhūnd Khorāsani Specialized Center Mashhad- Iran
ali.rahmani54@yahoo.com

Ahmad Moballeḡi

Instructor of Advaned Level Studies of Qom Seminary & Associate Professor of Islamic Denominations University; (Corresponding Author); mtmtbmi@yahoo.com

 <https://orcid.org/0000-0003-2700-9315>

Mojtaba Elahi Khorasani

Instructor of Advaned Level Studies of Mashhad Seminary & Assistant Professor
Akhund Khorasani; Mashhad – Iran; mojtaba.elahi.khorasani@gmail.com

**Justārḡhā-ye
Fiḡhī va Uṣūlī**

Vol.9, No.30
Spring 2023

7

Receiving Date: 2021-02-13; Approval Date: 2021-04-21

Abstract

Jurisprudential methodology is one of the issues of *fiqh* philosophy and also a description of the process of obtaining jurisprudential knowledge. Studying the jurisprudential works

1. *Moballeḡi- A; (2023); ‘Allāmah Martyr Ṣadr’s Innovations in the Science of Uṣūl as a Theory of Inference’ ; Jostar_ Hay Fiḡhi va Usuli; Vol: 9 ; No: 30 ; p.p: 7-40 ;*

 10.22034/JRJ.2022.60186.2244

© 2022, Author(s). This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, as long as the original authors and source are cited. No permission is required from the authors or the publishers.

of Martyr al-Şadr from a methodological point of view shows that he organized the method of jurisprudence in two stages; theory and comparison (*taṭbīq*). “Theory” means the common elements and “comparison” means the specific elements in inference processes. His creativity and innovations in the issue of common elements have opened new and different horizons in the analysis of jurisprudence issues. Providing an explanation of these innovations in the theory stage leads to the re-examination of the dimensions and sides of his methodological point of view. In order to determine the position of common elements in jurisprudential inference, Shahīd al-Şadr has provided an innovative structure and also provided a new content system. In terms of content, she has mentioned the truth and levels of rule (*ḥukm*), *Tazāḥum-e Ḥifẓī*, analytical relation in the literal meaning, the rational attitude (*sirah al-‘uqalāyī*), *ḥisāb al-iḥtimālāt*, *ḥaqq al-ṭā‘ah*, etc. How these elements influence the emergence of different jurisprudential results is considered a clear press. The descriptive-analytical method in the processing stage and the library method in the information gathering stage have been used in the present study.

Keywords: Jurisprudential methodology, Shahīd al-Şadr’s jurisprudential method, *ḥisāb al-iḥtimālāt*, inquiry (*ištinqāq*), theory, common elements.

نوآوری‌های علامه شهید صدر در علم اصول به‌مثابه نظریه استنباط^۱

علی رحمانی

مدیر و عضو هیئت علمی مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته‌الله علیه مشهد- ایران رایانامه: ali.rahmani54@yahoo.com

احمد مبلغی

مدرس خارج حوزه علمیه قم: قم- ایران (نویسنده مسئول): رایانامه: mtmtbmi@yahoo.com

مجتبی الهی خراسانی

استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی و مدرس خارج حوزه علمیه مشهد: مشهد- ایران:

رایانامه: mojtaba.elahi.khorasani@gmail.com

نوآوری‌های علامه
شهید صدر در علم
اصول به‌مثابه نظریه
استنباط

۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۰۱

چکیده

روش‌شناسی فقهی جزو مسائل فلسفه فقه و نیز توصیفی از فرایند دست‌یابی به معرفت فقهی است. مطالعه آثار فقهی شهید صدر از منظر روش‌شناختی نشان می‌دهد که وی روش فقه را در دو مرحله «نظریه» و «تطبیق» سامان داده است. مراد از نظریه، عناصر مشترک و منظور از تطبیق، عناصر خاص در عملیات استنباط است. خلاقیت و نوآوری‌های ایشان در زمینه عناصر مشترک، افق‌های جدید و متفاوتی را در تحلیل مسائل فقهی گشوده است. ارائه تبیینی از این نوآوری‌ها در مرحله نظریه به بازکاوی ابعاد و اضلاع دیدگاه روش‌شناختی

۱. مبلغی، احمد. (۱۴۰۲). «نوآوری‌های علامه شهید صدر در علم اصول به‌مثابه نظریه استنباط». فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۹ (۳۰)، صص: ۷-۴۰. <https://orcid.org/0000-0003-2700-9315>

وی منجر می‌شود. شهید صدر جهت تعیین جایگاه عناصر مشترک در استنباط فقهی به ارائه ساختار بدیعی پرداخته‌است و نظام محتوایی جدیدی را نیز ارائه داده‌است. او در بُعد محتوایی به حقیقت و مراتب حکم، تراجم حفظی، نسبت تحلیلی در معنای حرفی، سیره عقلایی، حساب احتمالات، حق الطاعه و... اشاره کرده‌است. چگونگی تأثیر این عناصر در پیدایش نتایج متفاوت فقهی برآیندی روشی به‌شمار می‌رود. نوشتار حاضر در مرحله پردازش از روش توصیفی - تحلیلی و در مرحله گردآوری اطلاعات، از شیوه کتابخانه‌ای بهره گرفته‌است.

کلیدواژه‌ها: روش‌شناسی فقهی، روش فقهی شهید صدر، حساب احتمالات، استنتاج، نظریه، عناصر مشترک.

مقدمه

در ارتباط با «روش‌شناسی فقه» آثار مکتوب و شفاهی اندکی وجود دارد. این منابع در «حقیقت روش‌شناسی» و «دامنه مسائل آن» با یکدیگر اختلاف دارند. این اختلاف نشان می‌دهد که تصور مشترک و یکسانی از روش‌شناسی در اذهان محققان شکل نگرفته‌است. به روش‌شناسی از دو منظر «فلسفه علم» و «معرفت‌شناسی» می‌توان توجه کرد. پیدایی مسائل و نتایج متفاوت در روش‌شناسی، حاصل این دو گونه از نگرش به ساحت روش‌شناسی است. مشابهت مباحث روش‌شناختی در فلسفه‌های مضاف، زمینه تسری مباحث همانند را از فلسفه علم به فلسفه فقه فراهم می‌سازد.

سید محمدباقر صدر فقیهی متبع، تأمل‌گرا، با گستره مطالعاتی وسیع و منظومه فکری به‌هم پیوسته است (صدر، ۱۴۲۸.ق. ۴۴/۱؛ حکیم، ۱۴۲۸.ق. ۳۴-۱۳۴، ۱۰۱/۲؛ نعمانی، ۱۴۲۱.ق. ۷۳-۷۲/۱). در اندیشه او دانش فقه برای فقیه، مرجعی برای بسیاری از دانش‌ها محسوب می‌شود (صدر، ۱۴۳۴.ق. ۲۵-۲۷). مطالعات فقهی وی در سه عرصه فقه استدلالی، فقه نظریه پرداز و فقه فتوایی قابل پی‌گیری است و در هر یک با آثار متنوعی همراه است. شهید صدر روش فقه را در دو مرحله «نظریه» و «تطبیق» مطرح ساخته‌است. نظر به تمایز مؤلفه‌های روش‌شناختی در عرصه‌های فقه و مراحل آن از نظر شهید صدر، نوشتار حاضر بر روش‌شناسی فقه استدلالی وی تمرکز یافته‌است که از قبیل روش ترکیبی است و مبانی، ابعاد و نتایج آن را تحلیل می‌کند.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۰

نقطه کانونی این تحلیل، دستیابی به چگونگی اثبات مسائل فقهی در مرحله نظریه، با تکیه بر نوآوری‌های شهید صدر در عناصر مشترک است. لازمه این نگرش، شکل‌گیری مسائل متفاوت فقهی و تغییر آن‌ها در مدرسه صدر است. اینکه روش‌شناسی و به تبع آن روش‌شناسی فقهی به چه معنا است، روش فقهی شهید صدر از چه مؤلفه‌ها و ابعادی تشکیل شده است، و نیز چه نتایج متفاوتی بر این روش‌شناسی مترتب خواهد بود، پرسش‌هایی هستند که در این مجال به آن‌ها پاسخ داده می‌شود. در ارتباط با روش‌شناسی شهید صدر از منظری عام، آثاری مانند «السید محمد باقر الصدر، دراسة فی المنهج» از نذیه الحسن و «منهج الشهيد محمد باقر الصدر فی تجدید الفکر الاسلامی» از عبدالجبار الرفاعی نگاشته شده است و درباره روش‌شناسی فقهی وی «المنهج الفقهی عند الامام الشهيد الصدر» از محمد الحسینی به نگارش رسیده است. حسینی در اثر خود به صورت عام، عناصری مانند عقل، عرف، مرجعیت قرآن و جایگاه دانش بشری در شناخت موضوعات مستحدث را بررسی کرده است. با این وجود در ارتباط با روش‌شناسی فقهی شهید صدر با نظر به دیدگاه او در مرحله نظریه، هیچ اثری مشاهده نشد.

نوآوری‌های علامه
شهید صدر در علم
اصول به مثابه نظریه
استنباط

۱۱

۱. چیستی روش‌شناسی فقه

روش‌شناسی که به آن در عربی «المنهجیه» اطلاق شده، بازگردان است و معرفتی «درجه دو» به‌شمار می‌رود. معرفت درجه‌یک به واقعیت عینی طبیعی یا انسانی تعلق می‌گیرد اما موضوع معرفت درجه دو علم و آگاهی بشری است، اعم از اینکه آن آگاهی یک دانش و معرفت درجه‌یک یا درجه دو باشد (پارسا، ۱۳۸۳، ۴۱). برخی روش‌شناسی را به منزله علم دانسته، از آن به «علم المناهج» یاد کرده‌اند (بدوی، ۱۹۷۷، ۷). اما در آرای پوپر، لاکاتوش و فایرابند، روش‌شناسی پیوندی وثیق با «فلسفه علم» دارد. چنان‌که در همین راستا «ستیز با روش» در چارچوب «تبیین چگونگی تکون تاریخی علم» بررسی شده است (حقی، ۱۳۸۱، ۲۴-۲۵).

فلسفه فقه از قبیل فلسفه‌های مضاف و معرفتی درجه دو به شمار می‌رود که در حال تکون و در مسیر شدن است (خسروپناه، ۱۳۸۵، ۳۴۱/۱). از این مجموعه معرفتی تعریف‌های متفاوتی ارائه شده است. برخی آن را مباحث عقلی پیش فقهی دانسته‌اند و بسیاری آن را کلامی تلقی کرده‌اند. برخی دیگر آن را گزاره‌های ناظر به مبادی تصویری و تصدیقی، غایت و تقسیمات فقه شمرده‌اند. بعضی نیز به بررسی پیش فرض‌های فقه و اجتهاد، نوان «فلسفه فقه» اطلاق کرده‌اند که دو سنخ از مسائل را بررسی می‌کند: سنخ اول، مسائلی که به کلیت فقه مربوط است، مانند قلمرو فقه، رابطه فقه با زمان، اهداف فقه، منابع فقه، متدولوژی فقه، رابطه فقه با دانش‌های دیگر؛ و سنخ دوم مسائلی که به فرایند فقه و فقیه نظر دارد و به چگونگی عمل مجتهد برمی‌گردد، مانند عوامل مؤثر در اجتهاد، معرفت‌شناسی اجتهاد و نیز اسباب اختلاف فقیهان (خسروپناه، ۱۳۸۵، ۳۴۵-۳۵۶/۱، ۱۱۵/۲-۱۱۶).

فارغ از قبض و بسطی که در این تعریف‌ها مشاهده می‌شود، اگرچه اغلب این تعاریف مشتمل بر روش‌شناسی فقه می‌شود، اما از نکته بسیار مهمی غفلت شده و آن مقام داوری فلسفه‌های مضاف است. فلسفه مضاف تنها در پی آن نیست که آنچه را در دانش مضاف‌الیه خود می‌گذرد توصیف محض یا گزارش کند، چنان که تعریف تأمل به معنای چستی هر کدام از عناوین یا تحلیل به معنای بیان پیش فرض‌ها و تأثیر آن‌ها بر مسائل علم نیز نمی‌تواند به تنهایی منظور از فلسفه مضاف و در مبحث حاضر، فلسفه فقه باشد، بلکه نقد و سنجش ابعاد و مسائل فقه با هدف تعیین عقلانیت آن‌ها از نگاه فلسفی، فیلسوف فقه را به خود فرا می‌خواند. بنابراین، فلسفه فقه رویکرد عقلانی به فقه جهت تبیین و سنجش ابعاد وجودی و هستی‌شناختی آن است. از این رو در روش‌شناسی فقه به شیوه اثبات گزاره‌های فقهی و نحوه دست‌یابی به نتیجه، از طریق این روش‌ها پرداخته می‌شود.

درباره رابطه روش‌شناسی فقه و اصول فقه دو دیدگاه مطرح است. دیدگاه اول «نتیجه مباحث اصول فقه» را «بخشی از روش فقه» تلقی می‌کند. بنابراین برای ترسیم روش‌شناسی فقه، به آنچه حجیتش اثبات شده است تأکید می‌شود. شاید بتوان این دیدگاه را به شهید صدر نسبت داد (الصدر، ۱۴۲۱، ۲۲-۳۶؛ الصدر، ۱۴۳۴، ۷۸).

دیدگاه دوم، اصول فقه را مؤثر در استنباط فقهی می‌انگارد اما روش فقه را در مطالعه تجارب فقیهان می‌جوید. عبدالهادی الفضلی بر این باور است که مجموعه قواعد اصولی، فقهی، حدیثی، رجالی، ادبی، تفسیری، تاریخ فقه و قرائن مؤثر در فهم نصوص شرعی، ماده فقه را تشکیل می‌دهند، اما میان این ماده و روش فقه تفاوت وجود دارد. وی در تلاش برای کشف این روش، مراحل و فرایندی را از تکاپوی علمی فقیهان امامیه استخراج کرده است که از مواجهه با موضوع آغاز، و از طریق توجه به مراتب ادله، به چگونگی بهره‌گیری از قواعد مختلف علوم در فقه منتهی شده است (فضلی، ۱۴۱۲ق، ۹۶).

با نظر به دو دیدگاه فوق، پرسش مهمی را باید پاسخ گفت که آیا علم اصول فقه همان روش فقه و روش شناسی فقه است یا حقایق متفاوتی به‌شمار می‌روند؟ به نظر می‌رسد که اگر در مرحله پژوهش با نظر به فرایند تحقیق مسئله، به روش فقه نگرسته شود، قضایایی توصیفی شکل می‌گیرد که به آن روش تحقیق فقهی گفته می‌شود و بیش از آنکه در آن مفهوم «علم» تحقق یابد، «مهارت» نمایان می‌شود و اگر از منظری فلسفی در آن دقت نظر صورت گیرد، روش شناسی فقه نام می‌گیرد؛ ما اصول فقه به دلیل سنجش اعتبار ادله کارآمد در فقه، روش پژوهش فقهی و روش شناسی فقه نیست. بنابراین با پذیرش تفاوت این سه ساحت، نمی‌توان با دیدگاهی همراه شد که به یکسان‌انگاری آن‌ها معتقد است.

شهید صدر عملیات استنباط حکم شرعی را که وظیفه فقیه شمرده می‌شود در دو مرحله پی می‌گیرد. از مرحله اول که دخالت عناصر مشترک در استنباط است، تعبیر به مرحله «النظریه» می‌کند و دانش اصول را متکفل آن می‌شمارد. در مرحله دوم دخالت عناصر خاص را مطرح می‌سازد، نام «التطبیق» بر آن می‌نهد و دانش فقه را به‌عنوان تأمین‌کننده مواد آن معرفی می‌کند. در دیدگاه شهید صدر، تلفیق این دو مرحله «عملیات استنباط» را به نتیجه می‌رساند. بر این اساس، غیر از دو مجموعه عناصر یادشده، عامل مؤثر دیگری در عرصه فقه حضور ندارد (الصدر، ۱۴۲۱ق، ۲۲-۳۶؛ الصدر، ۱۴۳۴ق، ۷۸؛ الصدر، ۱۴۱۷ق، دروس فی علم الاصول، ۱/۱۴۶).

نوآوری‌های علامه
شهید صدر در علم
اصول به‌مثابه نظریه
استنباط
۱۳

۲. وابستگی روش فقه به مرحله نظریه

روش شناسی فقهی شهید صدر روشی ترکیبی متشکل از دو مرحله نظریه و تطبیق است. وی در مرحله نظریه چگونگی تأثیر بر استنباط فقهی عناصر مشترک بر استنباط (الصدر، ۱۴۱۷ق. بحوث فی علم الاصول، ۳۱/۱-۳۴) را در پرتو نظام ساختاری و محتوایی بررسی می‌کند. استنباط فقهی از تمام مسائل مطرح در دانش اصول بهره نمی‌برد. مسائل این دانش از نظر کاربرد در فقه، بیش از کاربرد در اصول بر مرحله نظریه تأثیر گذاشته است. بنابراین شناخت بایسته‌تر این مرحله و تأثیر آن در روش فقهی، منوط به آگاهی از نظام ساختاری و محتوایی پیشنهاد شده از سوی شهید صدر است.

۳. تحلیل و ابداع در ساختار عناصر مشترک فقه

مراد از ساختار، عناصر و سازه‌هایی است که محتوای علم در آن چارچوب ارائه می‌شود. برای هر یک از این عناصر و اجزا، نقش و کارکردی متصور است که توجیه‌گر حضور آن عنصر در ساختار است. به‌طور مثال، کسانی که برای نظریه و روش مبتنی بر ضابطه‌مندی علم، ارزش و جایگاهی قائل‌اند، آن را دخیل در ساختار علم می‌دانند و جزوی از آن به‌شمار می‌آورند، در حالی که معتقدان به عدم ضابطه‌مندی علم، این تصویر از علم را انکار می‌کنند (حقی، ۱۳۸۱، ۲۴-۲۶، ۳۵).

شهید صدر علم را به عناصر مشترک در استدلال فقهی تعریف کرده؛ آن‌ها را به‌منزله دلیل بر حکم شرعی کلی دانسته است (الصدر، ۱۴۱۷ق. بحوث فی علم الاصول، ۳۱/۱). عناصر مشترک از دو منظر قابل بررسی است: اول، به اعتبار نوع دلیلیت و عمومیت آن‌ها که توأم با تصویری تجربیدی از فقه و نگاهی روش‌شناختی است؛ و دوم، تطبیق و توسط این عناصر در فقه. از این مرحله دو مفهوم «تجربیدی» و «تطبیقی» استفاده می‌شود که ملاک شکل‌دهی ساختار از منظر او است. «ملاک تجربیدی» با نظر به علم اصول، بدون ملاحظه تطبیق آن به فقه، به‌عنوان اولین ساختار پیشنهادی و «ملاک تطبیقی» با توجه به بهره‌مندی دانش پژوهان فقه، دومین ساختار پیشنهادی محسوب می‌شود. شهید صدر پس از توصیف دیدگاه مشهور بر اساس تقریر محقق خوبی از ساختار علم اصول و بیان اشکالاتی که متوجه آن است، به

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲
۱۴

ذکر دیدگاه خود می‌پردازد (الصدر، ۱۴۲۸ق، ۱/۵۶-۵۷؛ الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۵۴/۱-۶۷).

أ. ساختار تجریدی علم اصول

مسائل اصول به منزله ادله مشترک استدلال فقهی از تنوع برخوردار است. این تنوع به لحاظ نوع دلالت و نوع دلیل مطرح است. مراد از نوع دلالت، لفظی، عقلی و شرعی بودن آن است که در صورت کشف از واقع، اماره و در غیر این صورت، اصل خوانده شده است. مراد از نوع دلیل، ارتباط و صدور آن از شارع و سنخ مجعول از نظر طریقت، علمیت، منجزیت یا وظیفه شرعی است. این دو لحاظ بر اصل موضوعی حجیت قطع و به اعتبار دخالت در استنباط حکم شرعی، بر پیش‌انگاره‌هایی درباره حکم شرعی، حقیقت و تقسیم آن به واقعی، ظاهری، تکلیفی، وضعی و... وابسته است (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۱/۵۷). شهید صدر معتقد است که با بیان مقدماتی درباره این مباحث پیشینی می‌توان به دو ساختار برای علم اصول دست یافت. ساختار اول مبتنی بر تقسیم به لحاظ نوع دلالت است. در این تقسیم نوع دلالت از نظر لفظی و عقلی و تعبدی، محور دسته‌بندی مسائل اصولی قرار می‌گیرد که به صورت ذیل است:

۱. **مباحث الفاظ** که متضمن دلالت لفظی و نحوه تشخیص ظهورات لغوی و عرفی است؛

۲. **مباحث استلزام عقلی**، متضمن دلالت عقلی برهانی غیر استقرایی است. این قبیل از مباحث به دو گونه تقسیم شده است:

- **غیر مستقلات عقلی**: قواعد عقلی که به ضمیمه مقدمه‌ای شرعی، منتج به استنباط حکم شرعی می‌شود؛

- **مستقلات عقلی**: قواعدی که بدون ضمیمه مقدمه شرعی در بردارنده حکم شرعی است. قاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع به حسن و قبح که از حکم عقل آغاز و سپس تبیین قاعده ملازمه را به دنبال دارد، در زمره عناوین این قسم است؛

نوآوری‌های علامه
شهید صدر در علم
اصول به‌مثابه نظریه
استنباط

۳. مباحث دلیل استقرایی: متضمن بحث از اجماع، سیره و خبر متواتر است و دلیل آن بر اساس حساب احتمالات و استقرا شکل می‌گیرد؛
۴. حجج شرعی: متضمن بحث از ادله‌ای است که دلالت آن‌ها به جعل شرعی ثابت شده است. این ادله شامل امارات و اصول عملیه می‌شود؛
۵. اصول عملی عقلی: قواعدی که عقل در صورت شک در حکم شرعی در موارد شک بدوی یا مقرون به علم اجمالی، به متباینین یا اقل و اکثر معین می‌کند؛
۶. تعارض ادله: در خاتمه با نظر به تضاد میان ادله بیان می‌شود و مشتمل بر احکام تعارض است (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۱/۵۷-۵۹).

ب. ساختار تطبیقی علم اصول

دومین ساختاری که شهید صدر پیشنهاد می‌دهد بر مبنای نوع دلیل است (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۱/۵۹-۶۱). وی ادله شرعی را در سه جهت با نظر به تقسیم ذیل بررسی کرده است:

۱. تعیین دلالت دلیل شرعی؛
 ۲. اثبات صغری؛ یعنی صدور دلیل از شارع؛
 ۳. حجیت این ادله.
- در جهت اول، دلیل شرعی لفظی و غیرلفظی (فعل و تقریر) و تمایز آن‌ها واقع می‌شود. درباره دلیل لفظی، مقدمه‌ای مشتمل بر مباحث وضع، هیئت‌ها، دلالت لغوی و مجازی قرار گرفته است. در ذیل دلیل لفظی شرعی، ضوابط عام ادله؛ مانند صیغه امر، نهی، ماده آن‌ها، اطلاق، عموم، مفاهیم واقع شده است. در مدلول فعل و تقریر از طریق ضوابط عامی، مثل ظهور عرفی یا قرینه عقلی ناشی از عصمت شارع سخن به میان می‌آید. در جهت دوم، اثبات تواتر، شهرت، اجماع و خبر واحد ارائه می‌شود. در جهت سوم، این موارد مطرح شده است: حجیت دلالت، جواز اعتماد بر ظهور کتاب و سنت، سایر ادله مرتبط با اقوال و نیز تبعیت دلالت التزامی از دلالت مطابقی.

مباحث مربوط به دلیل عقلی شامل هر قضیه عقلی‌ای می‌شود که از آن، استنباط

حکم شرعی با واسطه یا بدون واسطه ممکن می‌گردد. مستقلات عقلی، غیر مستقلات، ملازمات و اقتضائات از جمله این نوع دلیل است. به لحاظ صغروی، بحث از دلیل عقلی شامل صحت قضیه عقلی و درجه تصدیق عقل نسبت به آن می‌شود و به لحاظ کبروی، حجیت ادراک عقل در مقام استنباط حکم شرعی را دربر می‌گیرد.

بحث اصول عملیه از مباحث عام اصول، مانند لسان اصول، فرق آن‌ها با ادله، دامنه اثبات و عدم ثبوت مدلول التزامی به وسیله اصول، آغاز و سپس در بیان وظیفه مقرر در شبهه غیر مقرون به علم اجمالی، مانند براءت و استصحاب ادامه می‌یابد و بعد از آن، به شبهه مقرون به علم اجمالی، اشتغال و اقل و اکثر منتهی می‌شود. در پایان این ساختار، تعارض ادله و اقسام و احکام آن واقع شده است.

ج. مقایسه ساختار تجریدی و تطبیقی

شهید صدر میان این دو گونه از تقسیم مقایسه می‌کند و تفاوت‌هایی برای آن‌ها ذکر می‌کند. وی تقسیم دوم را سبکی سنتی در درس‌های اصول می‌داند. در این تقسیم، بحث از حجیت خبر واحد در ذیل سنت به عنوان عارض آن یعنی مثبتات دلیل شرعی قرار گرفته است، اما تقسیم اول را با سبک جدید درس‌های اصول موافق‌تر می‌انگارد. تمایز دیگر، برخورداری تقسیم دوم از تقسیم مجموعه‌ای و اجتماع گونه‌های مختلف ادله سازگار با استدلال فقهی است. قواعد عام اصولی دلیل لفظی، مانند بحث از اوامر و نواهی در مرحله تطبیق، از قواعد اصولی دخیل در اثبات سند جدا انگاشته نمی‌شود. مانند حجیت خبر واحد، اجماع، تواتر و سیره؛ چرا که فقیه در هنگام استنباط حکم از دلیل لفظی به دلالت و سند آن توأمان توجه می‌کند و قواعد سازگار با هر یک را اعمال می‌کند. در تقسیم دوم، این بُعد مراعات گردیده است و مجموعه این قواعد در ذیل دلیل شرعی با نظر به مرحله تطبیق و استدلال فقهی قرار داده شده است ولی در تقسیم اول، مباحث ظواهر و الفاظ از حجیت خبر واحد و حتی از حجیت ظهور جدا گردیده است، در حالی که ظهور و حجیت آن در مرحله استناد، دو عنصر متلازم در استدلال فقهی محسوب می‌شوند.

نوآوری‌های علامه
شهید صدر در علم
اصول به مثابه نظریه
استنباط

تمایز تقسیم اول که بر اساس نوع دلالت سامان می‌یابد و به تجمیع قواعد هم‌سنخ لفظی، عقلی، برهانی، استقرایی و تعبدی در چارچوبی مستقل باز می‌گردد. این شیوه بحث از دلالت هر یک از سنخ‌ها، چارچوب، روش و ضوابط عام آن‌ها را که نشانه مشترک قواعد اصولی است، تسهیل می‌نماید. به طور مثال، ادله استقرائی امکان بحث از اصل استقرا را فراهم می‌سازد، چنان‌که در حجت‌های شرعی زمینه سخن از اصل حجیت تعبدی و تحلیل آن فراهم شده است. به این ترتیب، روش و منطق حاکم بر هر صنف بررسی می‌شود، در حالی که شرایط بحث از آن‌ها به این میزان در تقسیم دوم ممکن نیست، چراکه در این تقسیم، قاعده‌ای که از دلالت لفظی، استقرائی و تعبدی برخوردار باشد و از طریق یک دلیل در استدلال فقهی سهیم است، در صنف واحدی قرار داده شده است (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۱/۶۱).

۴. تحلیل و ابداع در محتوای عناصر مشترک

شهید صدر افزون بر ابراز دیدگاه‌هایی متفاوت در ساختار علم اصول، نظام محتوایی این دانش را نیز با ابداعاتی در مرحله مفاهیم، مسائل، مناسبات میان مسائل و نیز نظریات متحول ساخته است. عناصر مشترک، عناصر خاصه، منطق فقه، نظریه و تطبیق، واقع اعم، قرن اکید، نسبت تحلیلی در معنای حرفی، نسبت ارسالی در معنای هیئت امری، حق الطاعة، تراحم حفظی، تحفظ، حساب احتمالات، استقرا... از زمره اجزای بدیع نظام فکری - اصولی وی محسوب می‌شود. انضمام این اجزا به عناصر متداول دیگر سبب می‌شود نظام محتوایی متمایزی در نگاه شهید صدر پدید آید. توسعه محتوایی دانش اصول افزون بر گستره این دانش و روابط میان مسائل آن، تحلیل قضایای فقهی را نیز فی الجمله تحت تأثیر قرار می‌دهد. در این راستا ابعادی از نظام محتوایی اندیشه شهید صدر در دانش اصول و تأثیر آن بر روش فقهی وی، تحلیل می‌شود. این ابعاد در دو شاخه نظریات و دیدگاه‌های اصولی ارائه می‌گردد. تفاوت نظریات با دیدگاه‌های اصولی در این است که نظریات، مسائل کلی تأسیسی و دیدگاه‌ها، نتایج اختیار شده وی در مقابل مختارات دیگران است. عامل مهمی که توجه به آن در روش شناسی فقهی شهید صدر ضرورت دارد،

نظریه‌سازی است. تحلیل روش شناختی نظریات اصولی با تکیه بر «ساختار تطبیقی» صورت می‌پذیرد. این ساختار با نظر به محوریت ادله در اثبات حکم شرعی، از سبک تنظیم و ارائه متفاوت برخوردار است و کاربرد مسائل اصول در استنباط فقهی را بیشتر مورد ملاحظه قرار می‌دهد. با توجه به گستره نظریات اصولی شهید صدر، مهم‌ترین آن‌ها که بیشترین تأثیر را بر روش‌شناسی فقهی می‌گذارد، تحلیل می‌شود. این نظریات عبارت‌اند از: «حقیقت و مراتب حکم شرعی»، «تزامم حفظی»، «حق الطاعة و منجزیت انکشاف»، «نسبت تحلیلی در معنای حرفی»، «تئوین تکثیر و تمکین»، «دلالت سیره» و... براساس ساختار تطبیقی، این نظریات در پنج قسم قرار می‌گیرد: نظریات بیان‌شده در ذیل حکم شرعی، نظریات مربوط به ادله، نظریات وابسته به دلیل شرعی لفظی، نظریات مرتبط با دلیل شرعی غیرلفظی و نیز نظریات مطرح در باب اصول عملیه.

أ. حقیقت و مراتب حکم شرعی

مباحث حکم شرعی از جمله مبادی احکام است (النائینی، ۱۴۳۸ق، ۱/۲۷). مبادی احکام در کنار مبادی تصویری و تصدیقی، یکی از مبادی سه‌گانه علم اصول است (الخمینی، ۱۴۱۸ق، ۱/۵۱). این اصطلاح را به بررسی احکام منسوب به شارع (السیزوری، بی‌تا، ۹/۱) یا شناخت احکام شرعی تعریف نموده‌اند. تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی، تضاد میان احکام تکلیفی، انتزاع یا استقلال احکام وضعی، (الجنوردی، بی‌تا، ۲۸/۱) مقدمه واجب، نهی از ضد و نیز اجتماع امر و نهی از جمله مبادی احکام دانسته شده‌است (النائینی، ۱۳۵۲، ۸/۱). بررسی حکم شرعی، حالات و عوارض آن در کتب اصولیان به تناسب موضوعات، در فصول مختلف ارائه شده‌است (الجنوردی، بی‌تا، ۲۸/۱). شهید صدر آن را به صورت مستقل و به عنوان مبحثی پیشینی مطرح می‌سازد. این دیدگاه با تکیه بر ساختار تطبیقی، با توجه به حقیقت حکم شرعی، اقسام واقعی، ظاهری، تکلیفی، وضعی و... سامان یافته‌است (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۵۷/۱). حقیقت حکم شرعی در عبارات اصولیان متأخر به تبع بیان مراتب حکم ذکر شده‌است. رابطه این مراتب با حکم از قبیل مبادی یا مقدمات و مقومات است.

نوآوری‌های علامه
شهید صدر در علم
اصول به‌مثابه نظریه
استنباط

آخوند خراسانی اولین فردی است که مراتب حکم را در قالب مبادی به صورت منقح تبیین کرده است. از نظر ایشان حکم دارای چهار مرتبه «اقتضا»، «انشاء»، «فعلیت» و «تنجز» است (الخراسانی، ۱۴۱۰ق، ۷۱؛ الخراسانی، ۱۴۰۷ق، ۸۱).

پس از آخوند خراسانی، مراتب ذکر شده و حقیقت حکم، مورد نقض و ابرام دیگر اصولیان قرار گرفته است. برخی مراتب سه گانه را پذیرفته اند (الاصفهانی، ۱۴۲۹ق، ۲۷/۳) و «انشاء بداعی البعث و التحریک» یا «انشاء بداعی جعل الداعی» را حقیقت حکم شمرده اند (الاصفهانی، ۱۴۲۹ق، ۸۸/۳). برخی دیگر مراتب آن را منحصر در انشاء و فعلیت کرده اند (النائینی، ۱۳۵۲، ۱۲۷/۱؛ الخمینی، ۱۳۸۲، ۲۴۱/۱؛ الخویی، ۱۴۲۲، ۴۹/۱) و حقیقت حکم را نفس «بعث و زجر» (الخمینی، ۱۴۱۵ق، ۳۵۳/۲) یا «اعتبار» (النائینی، ۱۳۵۲، ۳۸۴/۴؛ الخویی، ۱۴۲۲ق، ۷۱/۱، ۹۲/۲) دانسته اند.

شهید صدر مراتب حکم را در دو مرحله «ثبوت» و «اثبات» مطرح می سازد. مرحله ثبوت را به سه قسم ملاک، اراده و اعتبار تقسیم می کند. ملاک را سنجش مصلحت و مفسده می داند و آن را عامل پیدایی اراده مناسب با مصلحت و مفسده ادراک شده می انگارد. او بر این باور است که شارع اراده خود را در قالبی جعلی از نوع اعتبار بنا کرده است و فعل دارای ملاک را بر ذمه مکلف تعیین می کند. از میان سه مرتبه یاد شده مرتبه اعتبار را عنصر ضروری این مرحله نمی داند و با توجه به بهره گیری قانون گذاران و عقلا از اعتبار، جهت سامان دهی قوانین، شارع را نیز بر این طریقه استوار می بیند. وی مرحله اثبات را واجد تنها مرتبه ابراز به صورت جمله انشائی یا اخباری می شمرد (الصدر، ۱۴۱۷ق، درس فی علم الاصول، ۱۶۲/۲-۱۶۳). در موضعی دیگر به جای اصطلاح «اعتبار» از واژه «جعل» استفاده کرده است و آن را گاهی مجرد ابراز ملاک و اراده، و گاهی - به حسب ظاهر دلیلی که مثبت جعل است - آن را به داعی بعث و تحریک تلقی کرده است. پس از این مرتبه «ادانه» به معنای مسؤولیت و تنجز، و نیز استحقاق عقاب را به عنوان مرتبه چهارم به مراتب پیشین افزوده است (الصدر، ۱۴۱۷ق، درس فی علم الاصول، ۲۰۵/۳).

حکم شرعی از دیدگاه شهید صدر «تشریح صادر شده از ناحیه خداوند، برای تنظیم حیات انسان» است (الصدر، ۱۴۱۷ق، درس فی علم الاصول، ۱۶۲/۲). عبارت «تشریح

الصادر من الله تعالى» که به منزله فعل الهی تلقی می‌شود، با «جعل و اعتبار» سازگار است. انتخاب جعل و اعتبار به عنوان حقیقت حکم، با تصریح برخی از شاگردان او همراه گشته است (الصدر، ۱۴۲۸ق، ۲۰۲/۴). البته ایشان «ملاک و اراده» را به عنوان حقیقت و روح حکم معرفی کرده است (الصدر، ۱۴۱۷ق، دروس فی علم الاصول، ۱۶۲/۲) و در دور دوم درس خارج اصول، اراده مبرز را به عنوان حقیقت حکم می‌شمارد (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحث فی علم الاصول، ۱۹۱/۲-۱۹۲). شهید صدر در مباحث مختلفی از این دو تفسیر جهت تبیین مسائل استفاده کرده است؛ مباحثی مانند تضاد میان احکام تکلیفی (الصدر، ۱۴۱۷ق، دروس فی علم الاصول، ۱۶۴/۲)، تعریف واجب نفسی و غیره (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحث فی علم الاصول، ۲۲۵/۲)، واجب مشروط (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحث فی علم الاصول، ۱۸۷/۲)، استحالة تکلیف به غیر المقذور (الصدر، دروس فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۲۰۵/۳)، نهی از ضد (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحث فی علم الاصول، ۳۱۸/۲)، اجتماع امر و نهی (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحث فی علم الاصول، ۳۹/۳)، جمع بین حکم واقعی و ظاهری (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحث فی علم الاصول، ۱۹۴/۴) و استصحاب تعلیقی (الصدر، ۱۴۲۸ق، مباحث الاصول، ۴۰۴/۵).

نمونه‌ای از تطبیق این نظریه در فقه، ذیل مسئله «اثبات نجاست و حرمت خمر» در قالب استصحاب تعلیقی «حرمت عصیر عنبی بعد از غلیان، پس از شک در حرمت عصیر مغلی ذیب» (الصدر، ۱۳۹۱، ۴۲۶/۳) مورد اشاره قرار گرفته است. شهید صدر در مقام نقد اشکال محقق عراقی که نسبت به دیدگاه محقق نائینی در نفی استصحاب تعلیقی مطرح شده است، با پذیرش اصل استحالة تفکیک جعل از مجعول، آن را به نظر محقق نائینی قابل حمل نمی‌داند. وی با پذیرش ارجاع استصحاب تعلیقی به حقیقت حکم و بازگشت این مسئله به مبانی مطرح در «امکان واجب مشروط»، بر مبنای «وجود لحاظی» که مصحح واجب مشروط است (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحث فی علم الاصول، ۱۸۷/۲-۱۹۵) مجعول را به حمل شایع، نفس جعل می‌شمارد.

به این صورت که نسبت مجعول به جعل، نسبت موجود به ایجاد است. بنابراین شارع با لحاظ موضوع، اجزا و قیود آن، حکم را جعل می‌نماید، زیرا «حقیقت حکم» که «اراده و صفتی نفسانی» است، با چیزی از سنخ خودش سازگار است که در این مرحله «لحاظ موضوع» است. در این مقام، مجعول بالذات چیزی جز نفس

نوآوری‌های علامه
شهید صدر در علم
اصول به مثابه نظریه
استنباط

جعل نیست. در نتیجه استدلال محقق نائینی مبنی بر عدم فعلیت مجعول، بی‌وجه نخواهد بود. به این ترتیب، جعل فعلی است و شکی نسبت به بقای آن وجود ندارد و آنچه مشکوک است بقای حکم حرمت نسبت به ذیبت بعد از غلیان است که به شک در جعل زائد باز می‌گردد، اما اگر مجعول وصف موضوع خارجی باشد، تا زمانی که موضوع به تمام اجزای در خارج محقق نگردد، مجعول فعلیت نمی‌یابد تا قابل استصحاب باشد (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۲۸۶/۶).

ب. تراحم حفظی

شهید صدر «تراحم حفظی» را این‌گونه تعریف می‌کند که هرگاه غرض به درجه‌ای از اهمیت برسد تا در موارد اشتباه، حفظ آن نسبت به غرض دیگر از اهمیت بیشتری برخوردار شود، شارع از طریق توسعه دایره محرکیت اقدام به آن می‌کند (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۲۰۵/۴). او این نظریه را در مبحث «جمع بین حکم واقعی و ظاهری» ارائه نموده است. این موضوع با حقیقت حکم شرعی، مجعول در امارات و اصول، مثبتات امارات و اصول، تنافی بین احکام ظاهری، اماره یا اصل بودن استصحاب و... در ارتباط است (الصدر، دروس فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۲۶-۱۵/۳). اصولیان پس از وحید بهبهانی آن را در مبحث «امکان تعبد به ظن» ذکر نموده‌اند. در مقابل پارادایم امکان تعبد، امتناع گرایان با ذکر دو دسته از محذورات، جعل حکم ظاهری را با نقض‌هایی مواجه ساخته‌اند که عبارت‌اند از: «مخالف بودن جعل حکم ظاهری با حکم عقل» و «ناسازگاری آن با حکم شرعی واقعی». دسته دوم از این اشکالات، در سه مسئله و در دو سطح مدرکات عقل نظری و عملی بیان شده است (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۱۸۵/۴-۱۸۹). شهید صدر در مقام پاسخ به این محذورات به بیان نظریه «تراحم حفظی» پرداخته است. تقریب این نظریه با ذکر سه مقدمه صورت پذیرفته است:

۱. اگر غرض به درجه‌ای از اهمیت برسد که مولا رضایت به تفویض آن نداشته باشد، دایره محرکیت غرض را توسعه داده و وسیع‌تر از متعلق غرض واقعی قرار می‌دهد. به طور مثال، اگر غرض تکوینی به اکرام زید تعلق گرفت و این فرد مردد

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۲۲

بین ده نفر بود، در حالی که مولا راضی به ازدست رفتن غرض نباشد، بی تردید در دایره وسیع تری اقدام به تحریک برای اکرام تمام آن تعداد می نماید، تا رسیدن به غرض خود را احراز کند. این توسعه امری وجدانی است که شهید صدر از آن به توسعه محرکیت و فاعلیت غرض و اراده یاد می کند.

۲. از نظر شهید صدر تراحم به سه گونه است:

- تراحم ملاکی: در صورت وجود دو ملاک در موضوع واحد که یکی از آن‌ها مقتضی محبوبیت و دیگری مقتضی مبعوضیت است، این گونه از تراحم شکل می گیرد؛

- تراحم امثالی: زمانی که دو ملاک در دو موضوع و دو فعل وجود دارد و به جهت تضاد و فقدان قدرت، جمع آن‌ها در مقام امثال ممکن نباشد، تراحم امثالی رخ می دهد؛

- تراحم حفظی: این گونه از تراحم در مقام حفظ تشریح و در موارد اشتباه و اختلاط اغراض الزامی و ترخیصی یا وجوبی و تحریمی مشاهده می شود. در چنین مواردی، غرض مولوی مقتضی حفظ مولوی و توسعه دایره محرکیت برای نگه داشت آن غرض است. اگر در این موارد غرض دیگری وجود داشته باشد، بی تردید تراحم بین دو غرض واقعی در مقام حفظ رخ خواهد داد، چراکه توسعه دایره محرکیت به لحاظ هر دو آن‌ها امکان پذیر نخواهد بود. بنابراین، شارع مهم ترین آن‌ها را اختیار خواهد کرد. تراحم دو غرض به اعتبار تأثیر آن‌ها بر ایجاد حب و بغض یا الزام واقعی نیست، چراکه آن‌ها به دو موضوع متعدد واقعی تعلق گرفته است و امکان جمع میانشان وجود دارد، بلکه به لحاظ تأثیر آن دو در توسعه دایره محرکیت و حفظ تشریح هر یک از آن‌ها به صورت مناسب است؛

۳. ترخیص به دو گونه است: گاهی از عدم مقتضی الزامی و گاهی از مقتضی اباحه و مطلق العنان بودن نشأت می گیرد. (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۲۰۱/۴-۲۰۵).

نمونه‌ای از تطبیق این نظریه در فقه ذیل طهارت آب مضاف مورد توجه قرار گرفته است. جهت اثبات طهارت آب مضاف در مثل عصیر رمان، به دلیل لفظی،

لی، استصحاب و اصل طهارت استدلال شده است. تطبیق نظریه در جریان اصل طهارت به این صورت است که مولی به غرض امتنان بر عباد، طهارت واقعیه را جعل نموده است. در فرض شک در طهارت و نجاست عصیر رمان، با جعل اصل طهارت دایره محرکیت از طهارت مقطوع به طهارت مشکوک توسعه یافته است که در ضمن آن، غرض اهم که طهارت واقعیه است، حفظ گردیده و غرض از نجاست و وجوب اجتناب از آن واگذاشته شده است (الصدر، بحوث فی شرح العروة الوثقی، ۱۴۱۷ق، ۲/۲۱۰-۲۱۲).

ج. حق الطاعه و منجزیت انکشاف

«نظریه حق الطاعه» مسئله‌ای کلامی است که شهید صدر از آن به عنوان کبرای قیاسی که منجزیت و معذرت قطع را اثبات می کند، استفاده کرده است. این کبرای که «مولویت مولی و وجوب اطاعت از او» است با ضمیمه قطع به تکلیف به عنوان صغرای قیاس، نتیجه یادشده را به دست می دهد. حاصل این دیدگاه آن است که وی از اصولیان در بهره گیری از قبح ظلم، جهت اثبات منجزیت و معذرت فاصله می گیرد. او تنها برای اثبات استحقاق مثبت و عقوبت، با نظر به مرتکبات موجود در اذهان و توجه بخشی به مخالفان نسبت به این حق، با آنان همراهی می کند (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۲۸/۴).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲
۲۴

اصولیان در استدلال بر حجیت قطع به معنای منجزیت و معذرت به «عدل بودن» عمل به آن و «ظلم بودن» مخالفت با آن پرداخته اند. بر این اساس، حجیت قطع از صغریات قاعده «حسن عدل و قبح ظلم» تلقی شده، فاعل عدل، مستحق مثبت و فاعل ظلم مستحق عقوبت دانسته شده است. به این اعتبار، مبنای حجیت قطع با نظر به مبانی مطرح در این قاعده، از بُعد عقلی یا عقلایی، مختلف گردیده است. شهید صدر استدلال به قاعده مذکور را جهت اثبات استحقاق مثبت و عقوبت، غیر روش مند و به لحاظ روش شناختی، بهره گیری از آن را برای اثبات منجزیت و معذرت صحیح نمی داند، چرا که در موضوع قبح ظلم، سلب حق از صاحب حق نهفته است. بر این اساس، باید در مرتبه‌ای پیشینی «حق آمر بر مأمور» اثبات شود

تا با سلب آن، ظلم تحقق یابد. اگر به وسیله قاعده قبح ظلم، حق طاعت و مولویت اثبات شود، دور پدید می آید و اگر بعد از ثبوت حق آن، به این قاعده بر منجزیت و معذرت استدلال شود، کلام زائدی خواهد بود (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۲۸/۴). وی مولویت و حق طاعت را به سه دسته «ذاتی»، «مجموع از طرف مولای حقیقی» و «مجموع از ناحیه عقلا» تقسیم کرده است. مولویت ذاتی را به خداوند متعال، و مجموع از طرف او را به نبی و ولی نسبت داده است و مولویت و سلطه های اجتماعی را از قسم سوم می داند (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۲۸/۴-۲۹).

تحلیل رابطه قطع با حق مولویت در دیدگاه شهید صدر نشان می دهد که قطع را با توجه به وجدانی بودن آن نزد قاطع به عنوان صغرای مولویت ذاتی در نظر گرفته است. وی مولویت ذاتی و حقیقی در موارد قطع را بدیهی می انگارد و به این وسیله قدر متیقن از حدود مولویت را مشخص می سازد، به این معنا که کامل شدن درجه کشف نسبت به حکم مولی، موجب ارتقای مولویت یا کاهش آن نمی شود. این نگرش مبنایی برای ثبوت مولویت در موارد ظن، احتمال و حتی وهم گشته است. بر اساس این مبنا، شهید صدر قاعده «قبح عقاب بلا بیان» در شبهات بدوی را انکار کرده است (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۲۹/۴). حق طاعت و مولویت با تحقق هر مرتبه از مراتب انکشاف، عاملی برای تنجز احکام است و در دیدگاه شهید صدر، استحقاق ثبوت و عقوبت را رقم خواهد زد. این نظریه در مباحث متنوعی، مانند علم اجمالی، تجری، جمع بین حکم ظاهری و واقعی، حکومت، اصل برائت و اصل احتیاط تأثیرگذار است. اگرچه اعتقاد به حق الطاعه به پیش از شهید صدر باز می گردد، اما تردیدی وجود ندارد که تنظیم مباحث، برهانی سازی و ذکر آثار و لوازم آن توسط وی صورت پذیرفته است. وی در ذیل مبحث «عدم اعتبار علم و سواسی به طهارت و نجاست» این نظریه را تطبیق کرده است (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی شرح العروة الوثقی، ۹۲/۴-۹۴).

د. نسبت تحلیلی در معنای حرفی

شهید صدر با توجه دادن به تفاوت ساحت بحث «لفظی لغوی» از آنچه در قالب معنای حرفی توسط اصولیان مطرح شده است، تعیین قواعد برای خروج از

شک در صورتِ مشکوک بودن معنای حرفی را تقلیل کارکرد این دانش می‌انگارد. از نظرِ او اصولیان با ورود به واقعیت مدلول حرفی و ارائه تفسیرهایی تحلیلی به فراتر از تشخیص معنای مشکوک از طریق کتب لغت یا ابزار سازگار با آن راه یافته‌اند (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۱/۲۳۱-۲۳۲). در ارتباط با معنای حرفی سه مسلک میان اصولیان وجود دارد:

۱. انکار معنای حرفی؛

۲. اتحاد ذاتی میان معنای حرفی و اسمی و افتراق عرضی ثانوی میان آن‌ها؛

۳. تباین و تغایر ذاتی معنای حرفی با معنای اسمی.

هر یک از مسلک‌های یادشده در قالب نظریه‌هایی تقریب شده است. «انکار معنای حرفی» به صورتِ نظریه «علامت بودن» توضیح داده شده است (النائینی، ۱۴۳۸، ۳۴/۱). منظور از علامت بودن، همانندی به علائم اعراب جهت دلالت بر خصوصیت معینی در موضوع مثل دلالت ضمه بر خصوصیت فاعلیت است. «اتحاد ذاتی معانی» به «آلیت داشتن و حالت بودن» برای غیر توصیف شده است. با این توضیح که معنای حرفی و اسمی اتحاد ذاتی دارند و در مرحله موضوع له و مستعمل فیه عام‌اند، اما در نحوه استعمال به معنای کیفیت لحاظ ذهن در هنگام استعمال، اسم در معنای مستقل و حرف در آلیت داشتن و حالت برای غیر بودن استعمال می‌شوند (الخراسانی، ۱۴۲۵ق، ۲۵-۲۷). «تغایر ذاتی» در قالب «ایجاد بودن معنای حرفی» (النائینی، ۱۴۳۸ق، ۳۸/۱) «وجود رابط بودن آن» (الاصفهانی، ۱۴۲۹ق، ۵۱/۱)، «تخصیص معنای اسمی» (الخویی، ۱۴۱۷ق، ۸۳-۸۷) و «اعراض نسبی» (العراقی، ۱۳۷۰، ۴۹-۵۰) توضیح داده شده است. شهید صدر (۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۱/۲۳۷-۲۵۸؛ الصدر، ۱۴۱۷ق، دروس فی علم الاصول، ۲/۱۰۷-۱۳۶) تلاش می‌کند که فارغ از اختلاف در تقریب‌های این مسلک به نقطه یگانه‌ای از میان آن‌ها دست یابد.

در این راستا می‌توان مختار شهید صدر را این گونه بازگو کرد که از نظر وی در مقام، سه نسبت وجود دارد: نسبت واقعی خارجی، نسبت واقعی ذهنی و نسبت تحلیلی که نسبت تحلیلی در مقابل آن دو نسبت دیگر قرار گرفته است. نسبت واقعی خارجی یا ذهنی در محدوده و قلمرو خارج یا ذهن، دو امر وجودی برخوردار از

طرفین هستند که بینشان ارتباط وجود دارد، در حالی که نسبت تحلیلی به جهت واقعی بودن، در پی دو طرف نیست. معنای نسبت تحلیلی آن است که یک وجود ذهنی برای ماهیت تحقق می‌یابد به صورتی که دارای سه جزء است: یک جزء از آنها «نسبت» است و در مقایسه وجود ذهنی با وجود وحدانی زید در خارج، رابطه این «نسبت» به وجود ذهنی، از قبیل جنس و فصل برای زید است. چنان که حیوانیت جزء وجودی برای وجود خارجی زید نیست، این نسبت نیز جزء وجودی برای وجود ذهنی نخواهد بود. وی دو گونه نسبت (اولیه و ثانویه) در قیاس با معقولات اولیه و ثانویه برای حروف تصور کرده است. مراد وی از نسبت اولیه، نسبت موازی با نسبت خارجی موجود میان النار و الموقد است که موطن اصلی آن در خارج است. به طور مثال، کلمه «فی» در قضیه «النار فی الموقد» برای دلالت بر ظرفیت وضع شده است. کلماتی مانند «عن، علی، من، الی» نیز از این قبیل بوده، موطن اصلی آنها در خارج است، چرا که ذهن در ظرفیت، وابسته به خارج است. مراد از نسبت ثانوی نسبتی است که موطن اصلی آن ذهن است. در حقیقت، این نسبت منتزع از خارج نیست، بلکه از افق وجود ذهنی قضیه ناشی می‌شود، مانند نسبت استثنائیت، تأکیدیت، تحقیقیت و اضرائیت. به طور مثال، نسبت اضرائی، مدلول حرف اضراب در مثل «جاء زید بل عمرو» است. موطن اصلی این نسبت ذهن است، چرا که با «نبرد ذهن»، «حاکم» و «متصور» معنایی برای اضراب در عالم خارج نخواهد بود. نسبت اضرائیه در ظرف عالم خارج، تحقق نیافته است و به عنوان نسبت ثانوی که مدلول حرف اضراب است «نسبت واقعی ذهنی» و نه «نسبت تحلیلی» خواهد بود. به این صورت است که «جاء زید بل عمرو» با «النار فی الموقد» اختلاف پیدا می‌کند، چرا که در مثال اول برای زید و عمرو وجود واحدی فرض نشده است و آن دو متغایر هستند. زید وجود ذهنی مُضْرَبِ عَنه، و عمرو وجود ذهنی مُضْرَبِ اِلیه است. بین این دو وجود ذهنی، نسبتی فانی و اندکی وجود دارد که نسبت اضرائیه نام می‌گیرد. نسبت اضرائی با فرض دو طرف متغایر، در ذهن موجود شده است، به گونه‌ای که انشای ربط میان آنها ممکن نشده است. موطن نسبت عالم ذهن است و همراه با صور ذهنی دیگر حاکی از خارج شده‌اند، برخلاف نسبت ظرفیت و

نوآوری‌های علامه
شهید صدر در علم
اصول به مثابه نظریه
استنباط

مکانیت که میان دو صورت ذهنی، نه به اعتبار خود و نه به اعتبار حکایت از خارج، استقراری ندارند، چرا که صورت‌های ذهنی از قبیل اعراض‌اند و استقرار نسبت مکانی بین دو عرض مستحیل است. در نتیجه، در قسم اول که شامل نسب اولیه می‌شد و موطن آن‌ها عالم خارج بود، مفاد حروف نسبت تحلیل است نه نسبت واقعی ذهنی، و در قسم دوم که نسب ثانویه را دربر می‌گرفت و موطن آن‌ها عالم ذهن بود، مفاد حروف نسبت واقعی ذهنی است (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۱/۲۶۴-۲۶۵).

ثمره معنای حرفی در «هیئت‌ها» و «واجب مشروط» ظاهر می‌شود. شهید صدر به طور مستقیم در فقه استدلالی به تطبیق دیدگاه خود بر یک مصداق از حروف نپرداخته‌است، اما به دلیل برخورداری هیئت‌ها از معنای حرفی و مسئله بازگشت قید به ماده یا هیئت در واجب مشروط، در موارد متعددی (الصدر، ۱۳۹۱، ۱/۲۶، ۳/۳۱۳) به تطبیق این مبنا مبادرت ورزیده‌است. نمونه‌ای از تطبیق این نظریه در فقه در حالت شک در طهارت آب مطرح شده‌است که بر اساس استدلال بر آیه ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾، طهور بر وزن فعول و بر نسبت تأثیریه تطهیریه دلالت می‌کند که بر اساس مبنای شهید صدر از قبیل نسب واقعی ذهنی مستفاد از هیئت است (الصدر، ۱۳۹۱، ۱/۲۵-۲۶).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۸

هـ. تنوین تنکیر و تمکین

یکی دیگر از نظریه‌هایی که شهید صدر در ارتباط با دلیل شرعی لفظی مطرح کرده‌است، نحوه دلالت اسم جنس بر اطلاق شمولی یا بدلی از طریق دخول تنوین است (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۳/۴۳۳). اسم جنس پیش از عروض برخی حالات، دلالت بر اطلاق شمولی، بدلی یا تعریف و تعیین دارد. آنچه در این مسئله مورد توجه اصولیان قرار گرفته‌است، تغییر مدلول اسم جنس پس از تغییر حالات است. آنان برای اسم جنس سه حالت «تعریف به ال»، «نکره» و «خالی بودن از این دو» را مطرح کرده‌اند (الخراسانی، ۱۴۲۵ق، ۲۸۲-۲۸۶). برای نکره دو گونه استعمال به صورت «معلوم در نظر متکلم و غیر معلوم نزد مخاطب» یا «طبیعت مقید به قید وحدت» را بیان کرده‌اند (الخراسانی، ۱۴۲۵ق، ۲۸۵). استعمال دوم، بیشتر مورد تحلیل قرار گرفته‌است و به صورت «طبیعی مقید» از قبیل تعدد دال و مدلول دانسته شده‌است.

در این دیدگاه دلالت اسم جنس بر وحدت به «دخول تنوین تکبیر» بازگردانده شده است (الخویی، ۱۴۱۷ق، ۴/۵۲۹).

از مجموع عبارات اصولیان این گونه به دست می آید که تغییر حالات مدلول در اسم جنس، مبحثی مسبوق به سابقه است، اما نحوه سامان دهی محتوای این مبحث توسط شهید صدر در دو بُعد ساختار و پرورش فروع نسبت به آنچه دیگر اصولیان ارائه داده اند، تکامل فزون تری یافته است. وی تغییر در حالات مدلول را در بعد ساختاری با ورود به دو مقام دخول تنوین و تعریف به «ال» متذکر می شود. در این بعد، تغییر عنوان از «نکره» به «دخول تنوین» شایان توجه است. روش وی در مقام اول با تمرکز بر دخول تنوین تکبیر به عنوان نکته کانونی تغییر مدلول، مسائل گسترده تری را نیز پدید آورده است. بررسی اسم جنس در مرحله امتثال و مرحله حکم، جهت تفسیر انقلاب اطلاق شمولی به بدلی و ارائه پاسخ به اشکالات ذکر شده در این رابطه، از جمله گسترش مسائل است. این روش در آثار اصولیان دیگر مشاهده نمی شود. وی دخول تنوین تکبیر بر مدلول اسم جنس را موجب مقید شدن آن به قید وحدت می داند و معتقد است که در این صورت اسم جنس دیگر دلالتی بر اطلاق شمولی ندارد. تقریر این محتوا با نظر به تقسیم وضعیت اسم جنس در دو مرحله یاد شده، بسط محتوا و ایضاح تفسیر انقلاب اطلاق است. با سلب اطلاق شمولی، این اسم دال بر فرد مردد غیر معین و اطلاق آن از قبیل اطلاق بدلی خواهد بود، در حالی که دخول تنوین تمکین، این توضیح را ندارد و سبب می شود تا اسم جنس بر اطلاق شمولی و بدلی دلالت نماید (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۳/۴۳۳-۳۵؛ الصدر، ۱۴۲۸ق، ۴/۵۰۰-۵۰۴).

نمونه ای از تطبیق این نظریه در فقه ذیل دلالت آیه شریفه ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾ بر طهوریت تمام اقسام آبها با نظر به نکره بودن کلمه «ماء» در سیاق اثبات، مورد اشاره قرار گرفته است. شهید صدر معتقد است که تنوین کلمه «ماء» برای «تمکین» است. این تنوین جایگزین «ال» در ابتدای برخی کلمات می شود. با دخول این تنوین، کلمه بر ماهیت دلالت می کند و اطلاق شمولی آن تمام خواهد بود (الصدر، ۱۳۹۱، ۱/۲۴-۲۵).

نوآوری های علامه
شهید صدر در علم
اصول به مثابه نظریه
استنباط

۲۹

و. سیره عقلایی

شهید صدر بعد از تقسیم ادله به شرعی و عقلی، ادله شرعی را به لفظی و غیرلفظی تقسیم می‌کند و ادله معروف به لبی را در ذیل دلیل شرعی غیرلفظی با نظر به دلالت تقریر قرار می‌دهد (الصدر، ۱۴۱۷ق، درس فی علم الاصول، ۳/۱۲۷). از جمله ادله‌ای که در این فصل بررسی می‌شود «سیره» است. انعقاد مبحثی مجزا با عنوان سیره از ابتکارات وی به‌شمار می‌رود. اصولیان مبحث امارات را با «ظواهر» آغاز کرده‌اند و با «خبر واحد» و «اجماع منقول» ادامه داده‌اند. با وجود اینکه برای اثبات هریک از این ادله به سیره تمسک کرده‌اند یا در دانش فقه به تناسب اثبات موضوع یا حکم شرعی به آن استناد نموده‌اند، اما هیچ‌گاه ماهیت سیره، ابعاد، انواع، ضوابط، حدود دلالت و حجیت آن را بررسی و تحلیل نکرده‌اند، در حالی که اهمیت دلیلی که حجیت ظواهر، خبر واحد، اجماع و... با آن اثبات می‌شود یا برای اثبات حکم شرعی به آن استناد می‌شود، کمتر از آن ادله نیست. سامان‌دهی، توسعه و پرورش ابعاد و مسائل سیره از سوی شهید صدر آن را به‌صورت کشف نظریه‌ای پرکاربرد نمایان ساخته‌است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۳۰

وی پیش از پرداختن به انواع، تحلیل و حجیت سیره، به بازشناخت ماهیت آن توجه کرده‌است. این مبحث، بُعد جدیدی را در آرای شهید صدر نمایان می‌سازد که می‌توان از آن با عنوان «توسعه وجودی سیره» یاد کرد. بر این اساس، سیره از سلوک عملی و خارجی به ارتکازات عقلایی به معنای ایده‌های اجرایی‌نشده توسعه می‌یابد و با گزینش عنوان جامع «المواقف العقلانیة» دایره موضوع حجیت آن فراتر از انگاره‌های شناخته‌شده می‌رود (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۴/۲۳۴).

اقسام سیره عقلا با نظر به تعلق آن به موضوع و ظهور و حکم به سه قسم تقسیم شده‌است. در دو قسم اول، ضابط «امضا» جریان نمی‌یابد، چراکه در این دو، «تنقیح» نظرگاه عقلا به‌عنوان محور جریان سیره مدنظر قرار می‌گیرد. بنابراین، اعتباربخشی به آن نیاز به ضمیمه ساختن تأیید مازاد ندارد، در حالی که به قسم سوم جهت «کشف» حکم شرعی و دیدگاه شارح استناد می‌شود. عنصر کشف حکم

نیاز به احراز موضع شارع نسبت به متعلق سیره دارد. این قسم در دو گونه متشرعه و عقلانیه تحلیل شده است. شهید صدر امضای شارع را با محوریت معاصرت زمان تشریح قابل تطبیق بر موضوعات مستحدث و تجدیدیافته ندانسته است و دو رکن برای متمیم دلیل آن مطرح ساخته است (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۲۳۴-۲۳۷). از نظر وی با توجه به جایگاه تشریح شارع، امضای او فراتر از سلوک عملی را شامل می شود و به ملاک مورد نظر عقلا نیز تعلق می گیرد (الصدر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، ۲۴۶). ایشان در ارتباط با مسائل فقهی متعددی به سیره عقلایی تمسک کرده است. از جمله این مسائل «اثبات کزیت آب به قول صاحب ید» است (الصدر، ۱۳۹۱، ۱۲۸/۲-۱۲۹).

ز. نظریه حساب احتمال

شهید صدر پس از اثبات دلالت های عام دلیل لفظی شرعی، در مقام اثبات صغرای این دلیل به اثبات صدور آن از شارع می پردازد. وی اثبات صدور را به دو گونه «وجدانی» و «تبعیدی» می داند. مراد او از اثبات وجدانی، یقین است. به این معنا که برای غیر معاصران معصوم، وسایل اثبات وجدانی، موجب علم به صدور دلیل از شارع می شود (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۳۰۹/۴؛ مباحث الاصول، ۱۳۳/۳). از نظر او اگرچه امکان حصر این وسایل وجود ندارد، اما «اخبار حسی»، «اخبار حدسی» (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۳۰۹/۴؛ الصدر، ۱۴۲۸ق، ۱۵۱/۳) و «آثار محسوس کاشف از دلیل شرعی به طریق ائی» را سه طریق اساسی این گونه از اثبات می انگارد (الصدر، ۱۴۲۸ق، ۲۷۰/۲).

اصولیان برای اثبات صدور به روش هایی از جمله «عقل عملی و قاعده لطف» و «دلیل شرعی» تمسک نموده اند، اما شهید صدر با نقد این روش ها معتقد است که تمامی وسایل و طرق اثبات بر «حساب احتمال» استوار است، از این رو کیفیت حصول یقین بر اساس آن را بایسته توجه می شمارد (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۳۰۵/۴-۳۰۹). به نمونه ای از تطبیق این نظریه در ذیل موضوع «نجاست کافر» اشاره شده است (الصدر، ۱۳۹۱، ۲۳۹/۴).

نوآوری های علامه
شهید صدر در علم
اصول به مثابه نظریه
استنباط

۵. تأثیر دیدگاه‌های اصولی بر روش فقهی

افزون بر ضرورت شناخت نظریات اصولی، شناخت مواضع شهید صدر نسبت به مسائل اصولی دیگر که توأم با ارائه دیدگاهی متفاوت است، ضرورت پیدا می‌کند. با توجه به کثرت این دیدگاه‌ها و ارزش جایگاه آن‌ها در شناخت روش فقهی شهید صدر، تنها به ذکر یک نمونه با عنوان «تفصیل در تمسک به عام به شبهه مصداقیه» اکتفا می‌شود.

یکی از مسائل اصولی مورد بحث میان متأخران «بطلان تمسک به عام در شبهه مصداقیه» است. محقق نائینی (النائینی، ۱۴۳۸ق، ۱/۵۲۵) و خویی (الخویی، ۱۴۱۷ق، ۴/۳۳۴-۳۳۵) قائل به عدم جواز اخذ به عام در این شبهه هستند. شهید صدر در این باره قائل به تفصیل شده است. وی در این مسئله رابطه «مولی» با شک را بررسی می‌کند، به این صورت که مولویت مولی - از آن نظر که او علام الغیوب است - اقتضا می‌کند که اعراف به حال فرد مشکوک باشد، مانند زمانی که شبهه مصداقی دلیل مخصص از قبیل شبهه حکمیه است. در این صورت مولی به حکم برخورداری از مولویت، اعراف به شبهه حکمیه خواهد بود. به طور مثال، اگر گفته شود «کل بیع صحیح» و در مخصص «إن البیع إذا وقع فی وقت وجوب صلاة الجمعة علی البائع فلا یصح» ذکر شود، سپس نسبت به وجوب نماز جمعه بر مسافر بایع شک ایجاد شود، این شبهه اگرچه حکمیه است، اما نسبت به دلیل مخصص از قبیل شبهه مصداقیه به شمار می‌رود. بنابراین وی در صورتی که نسبت مولی به شک از قبیل نسبت مکلف به آن باشد، معتقد به عدم جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه شده است، در حالی که در فرض دوم تمسک به عام در این شبهه را جایز می‌شمارد (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۳/۳۱۴-۳۱۵).

نمونه‌ای از تطبیق این دیدگاه در فقه ذیل «اثبات طهارت و مطهریت اقسام آب مطلق» مطرح شده، اختلاف آرا در آن بررسی شده است (الصدر، ۱۳۹۱، ۱/۴۵-۴۹). در این رابطه به طوایفی از روایات استدلال شده است. از جمله این طوایف، روایاتی است که به آن‌ها برای اثبات طهارت فی نفسه ماء استدلال گردیده است. وی دیدگاه خود درباره این روایات را این گونه بیان می‌کند که مدلول مطابقی روایات امرکننده به

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۳۲

تطهیر با آب «مطهریت» آن است. این مدلول مطابقی به دلیل لبی مقید گردیده است مانند اجماع و ادله لفظی ای که غسل به غیر آب نجس را مطرح کرده است، چرا که بر اساس اجماع و نص، غسل به آب نجس صحیح نیست. به این ترتیب عدم مطهریت آب نجس مقید اطلاق «اغسله بالماء» خواهد بود. مسئله ای که در ادامه مطرح شده این است که با نظر به تقیید یاد شده، اگر نسبت به نجاست آبی شک شود، آیا جایز است که برای اثبات مطهریت آن به اطلاق «اغسله بالماء» تمسک شود؟ چرا که این نمونه از قبیل اخذ به عام یا مطلق در شبهه مصداقیه است.

بر اساس مبنای محقق نائینی و خوئی که تمسک به عام در شبهه مصداقیه را جایز نمی دانستند، آنچه درباره عدم اثبات مطهریت و طهارت ذاتی این آب در تمسک به عام بیان گردید، تمام خواهد بود، اما بنابر مسلک شهید صدر می توان تمسک به عام را در این مثال تفصیل داد. به این معنا که اگر فرد مشکوک به لحاظ عام و مخصص، شبهه مصداقیه باشد و به لحاظ خودش شبهه حکمی باشد، تمسک به عام در این گونه از شبهات مصداقیه جایز خواهد بود. به عبارت دیگر در مواردی که دو اعتبار نسبت به فرد مشکوک قابل فرض باشد، تمسک به عام جایز است، چرا که در این فرض، ظهور عام، مطهریت هر آبی را اثبات می کند و این ظهور شامل فرد مشکوک نیز می شود و با این حال طهارت آن را بنابر التزام نیز ثابت می کند، با این توجه که بیان شبهه حکمی و وظیفه مولاست و او آگاه به حدود و شؤون آن حکم است. به این ترتیب با نظر به ظهور و شمول خطاب مولا نسبت به این فرد مشکوک، حکم عام برای آن ثابت خواهد شد. خطاب عام، حکم را برای تمام افراد ثابت مطرح می کند، به گونه ای که شک در خروج یکی از افراد از تحت عام، شک در تخصیص زائد شمرده می شود. در این صورت تمسک به اصالة العموم و عدم تخصیص زائد مانعی ندارد و با نظر به اینکه به دلالت التزامی بر تحقق موضوع یعنی آب دارای طهارت دلالت دارد، با ثبوت موضوعی که جعل، رفع، سعه و ضیق آن به دست شارع است، حکم عام برای فرد مشکوک آن ثابت خواهد شد.

تبعیت دلالت التزامی از مطابقی (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۷/۲۶۴-۲۶۵)، امر به مقید، منشأ تنجیز علم اجمالی (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۵، ۳۰۱)، تقدم

نوآوری های علامه
شهید صدر در علم
اصول به مثابه نظریه
استنباط
۳۳

استصحاب بر اصول عملیه از باب اقوی و اظهر بودن دلیل (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۳۵۷/۶)، کیفیت حجیت خبر مع الواسطه (الصدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۴۱۷ق، ۲۶۵/۷-۲۶۷) و... برخی دیگر از دیدگاه‌های خاص شهید صدر است که جهت شناخت روش فقهی وی بایسته توجه است.

نتیجه‌گیری

بررسی صورت گرفته نشان داد که نوآوری‌های اصولی شهید صدر در تحلیل روش فقهی وی جایگاهی ویژه داشته‌است و با تکیه بر دو مرحله نظریه و تطبیق قابل پیگیری است. در مرحله نظریه به بازکاوی عناصر مشترک دخیل در استنباط فقهی اشاره شد و اثر ابداعات اصولی در ضمن ساختار تطبیقی و نظام محتوایی بدیع مورد توجه قرار گرفت.

وی مراتب حکم را در دو مرحله «ثبوت» و «اثبات» مطرح کرد و حقیقت آن را به اراده میرز بازگرداند و از آن در اثبات نجاست و حرمت خمر در قالب استصحاب تعلیقی «حرمت عصیر عنبی بعد از غلیان، پس از شک در حرمت عصیر مغلای ذیب» استفاده کرد. با توصیف تراحم حفظی به توسعه دایره محرکیت با نظر به درجه اهمیت غرض نیز آن را در توجیه جعل احکام ظاهری به کار برد. حق الطاعه را به عنوان آغازین قضیه بدیهی در جهت اثبات منجزیت و معذرت ارائه کرد و در عدم اعتبار علم و سواسی مطرح ساخت. در معنای حرفی نیز در عین توجه به تفاوت ساحت بحث لفظی لغوی از آنچه اصولیان مطرح ساخته‌اند، تعیین قواعد برای خروج از شک در صورت مشکوک بودن معنای حرفی را تقلیل کارکرد این دانش انگاشته و نتیجه گرفت که نسبت تحلیلی برترین تقریر در معنای حرفی است و آن را ذیل شک در طهارت آب تطبیق داد.

شهید صدر تنوین تنکیر و تمکین در تفسیر انقلاب اطلاق را نیز تحلیل کرد و با تمرکز بر دخول تنوین تنکیر به عنوان کانون تغییر مدلول، بررسی اسم جنس در مرحله امثال و مرحله حکم را برای تفسیر انقلاب اطلاق شمولی به بدلی منقح ساخت و از آن برای توضیح ادله نقلی ضمن مباحث طهارت بهره برد. انگاره بدیع دیگر، توسعه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۳۴

وجودی سیره از سلوک عملی و خارجی به ارتکازات عقلایی بود که ضمن تحلیل حجیت آن، به عنوان ایده‌های اجرایی نشده مطرح شد و در مسئله «اثبات کُریّت آب به قول صاحب ید» مورد استفاده قرار گرفت. در نقد روش رایج میان اصولیان برای اثبات صدور دلیل ازسوی شارع، به حساب احتمالات اشاره کرد و در ذیل نجاست کافر، آن را به منزله نمونه‌ای سازگار تطبیق داد.

منابع

• قرآن کریم

۱. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۲۹ق). *ذهایة الدراية فی شرح الکفایة*. چاپ دوم. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۲. بجنوردی، السید حسن. (بی تا). *منتهی الاصول*. چاپ دوم. قم: کتابفروشی بصیرتی.
۳. بدوی، عبدالرحمن. (۱۹۷۷م). *مناهج البحث العلمی*. چاپ دوم. الکویت: وكالة المطبوعات.
۴. پارسانیا، حمید. (۱۳۸۳). *روش شناسی اندیشه سیاسی. فصلنامه علوم سیاسی*، دانشگاه باقر العلوم علیهم السلام، شماره ۲۸.
۵. حسین زاده، محمد. (۱۳۹۶). *روش تحقیق و روش شناسی پژوهش در معرفت شناسی*. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته الله علیه.
۶. حقی، علی. (۱۳۸۱). «گذر از روش شناسی علم به روش ستیزی علم». *نشریه دانشکده الهیات مشهد*. شماره ۵۶، ۶۲-۲۳.
۷. حکیم، السید محمدباقر. (۱۴۲۸ق). *الامام الشهید الصدر*. کویت: القدس للطباعة والنشر.
۸. خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۱۰ق). *در الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد*. تهران: مؤسسه الطبع و النشر التابعة لوزارة الثقافة و الارشاد الاسلامی.
۹. خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۷ق). *فوائد الاصول*. تهران: مؤسسه الطبع و النشر التابعة لوزارة الثقافة و الارشاد الاسلامی.
۱۰. خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۲۵ق). *کفایة الاصول*. چاپ نهم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة.
۱۱. خسروپناه، عبدالحسین. (۱۳۸۵). *فلسفه‌های مضاف*. تهران: انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۲. خمینی، السید روح الله. (۱۳۸۲). *تهذیب الاصول*، تقریر جعفر سبحانی. قم: دارالفکر.
۱۳. خمینی، السید روح الله. (۱۴۱۵ق). *مناهج الوصول الی علم الاصول*. قم: مؤسسه تنظیم و

نوآوری‌های علامه
شهید صدر در علم
اصول به مثابه نظریه
استنباط

نشر آثار امام خمینی رحمته الله عليه.

۱۴. خمینی، السيد مصطفى. (۱۴۱۸ق). **تحریرات فی الاصول**. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله عليه.
۱۵. خوئی، السيد ابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). **محاضرات فی اصول الفقه**. چاپ چهارم. قم: نشر الهادی.
۱۶. خوئی، السيد ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). **مصباح الاصول**. تقرير محمد سرور واعظ حسینی بهسودی. قم: مكتبة الداوری.
۱۷. سبزواری، السيد عبدالاعلی. (بی تا). **تهذیب الاصول**. چاپ دوم. قم: مؤسسه المنار.
۱۸. صدر، السيد محمد باقر. (۱۴۳۴ق). **بحوث اسلامية و مواضع اخرى**. چاپ چهارم. بی جا: دارالکتاب الاسلامیة.
۱۹. صدر، السيد محمد باقر. (۱۳۹۱). **بحوث فی شرح العروة الوثقی**. نجف: مطبعة الآداب.
۲۰. صدر، السيد محمد باقر. (۱۴۳۳ق). **بحوث فی علم الاصول**. تقرير السيد محمود الهاشمی. قم: مؤسسه الفقه و معارف اهل البيت عليهم السلام.
۲۱. صدر، السيد محمد باقر. (۱۴۱۷ق). **بحوث فی علم الاصول**. تقرير عبدالساتر حسن. بیروت: الدار الاسلامیة.
۲۲. صدر، السيد محمد باقر. (۱۴۱۷ق). **دروس فی علم الاصول**. چاپ چهارم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة.
۲۳. صدر، السيد محمد باقر. (۱۴۲۸ق). **مباحث الاصول**. تقرير السيد محمد كاظم الحائری. قم: دار البشیر.
۲۴. صدر، السيد محمد باقر. (۱۴۲۱ق). **المعالم الجديدة للاصول**. قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصیة للشهید الصدر.
۲۵. صدر، السيد محمد باقر. (۱۴۳۴ق). **المدرسة القرآنیة**. قم: دارالکتاب الاسلامی.
۲۶. عراقی، ضیاء الدین. (۱۳۷۰). **بدایع الافکار فی الاصول**. تقرير ميرزا هاشم الآملی. نجف: المطبعة العلمیة.
۲۷. فضلی، عبدالهادی. (۱۴۱۲ق). **اصول البحث**. بیروت: دارالمؤرخ العربی.
۲۸. نائینی، محمد حسین. (۱۳۵۲). **اجود التقريرات**. تقرير السيد ابوالقاسم الخوئی. قم: مطبعة العرفان.
۲۹. نائینی، محمد حسین. (۱۴۳۸ق). **فوائد الاصول**. تقرير محمد علی الكاظمی. چاپ دوم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة.
۳۰. نعمانی، محمدرضا. (۱۴۲۱ق). **شهید الأمة و شاهدها**. قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصیة للشهید الصدر.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۳۶

References

The Holy Qur'an

1. 'Abd al-Sātir, Ḥasan. 1996/1417. *Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl (Taqrīr Buḥūth al-Sayyid Muḥammad Bāqir al-Ṣadr)*. Beirut: al-Dār al-Islāmīyya.
2. al-Āmulī, Hāshim. 1950/1370. *Badā'i' al-Afkār (Taqrīrāt Buḥūth al-Muḥaqqiq al-'Irāqī)*. Najaf: al-Maṭba'a al-'Ilmīyya.
3. al-Badawī, 'Abd al-Raḥmān. 1977. *Minhaj al-Baḥth al-'Ilmī*. 2nd. Kuwait: Wikālat al-Maṭbū'āt.
4. al-Faḍlī, 'Abd al-Hādī. 1991/1412. *Uṣūl al-Baḥth*. Beirut: Dār al-Muwarikh al-'Arabī.
5. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 2008/1429. *Nihāyat al-Dirāya fī Sharḥ al-Kifāya*. 2nd. Beirut: Mu'assasat Āl al-Bayt lī Iḥyā' al-Turāth.
6. al-Gharawī al-Nā'īnī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Nā'īnī, Mīrzā Nā'īnī). 1973/1352. *Ajwad al-Taqrīrāt. Taqrīrāt al-Sayyid al-Khu'ī*. Qom: Maṭba'at al-'Irfān.
7. al-Gharawī al-Nā'īnī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Nā'īnī, Mīrzā Nā'īnī). 2017/1438. *Fawā'id al-Uṣūl. Taqrīrāt Muḥammad 'Alī Kāzīmī Khurāsānī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
8. Al-Kāzīmī al-Khurāsānī, Muḥammad 'Alī. 1987/1407. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat al-Ṭab' wa al-Nashr al-Tābi'at li Wizārat al-Thiqāfat wa al-Irshād al-Islāmī.
9. al-Khumaynī, al-Sayyid Muṣṭafā. 1998/1418. *Tahrīr fī al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
10. al-Khurāsānī, Muhammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurasānī). 1989/1410. *Durar al-Fawā'id fī al-Ḥāshiyat 'alā al-Farā'id*. Tehran: Mu'assasat al-Ṭab' wa al-Nashr.
11. al-Khurāsānī, Muhammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurasānī). 2004/1425. *Kifāyat al-Uṣūl*. 9th. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
12. al-Mūsawī al-Bujnurdī, al-Sayyid Ḥasan. n.d. *Muntahā al-Uṣūl*. Qom: Maktabat Baṣīratī.
13. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1996/1417. *Muḥāḍirāt fī Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Mu'assasat Anṣārīyān li al-Ṭibā'a wa al-Nashr wa al-Tawzī'.
14. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 2002/1422. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. 5th. Taqrīrāt Sayyid Muḥammad Surūr Wā'iz Ḥusaynī. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
15. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Sayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1994/1415.

- Mihāj al-Wuṣūl 'Ilā 'Ilm al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī
16. al-Sabzawārī, al-Sayyid 'Abd al-A'lā. n.d. *Tahdhīb al-Uṣūl*. 2nd. Qom: Mu'assisat al-Minār.
17. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1987/1408. *Mabāḥith al-Uṣūl*. Taqrīr (written by) Kāzīm al-Ḥusaynī al-Ḥā'irī. Qom: Maktabat al-I'lām al-Islāmī.
18. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1996/1417. *Durūs fī 'Ilm al-Uṣūl*. 4th. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
19. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 2000/1421. *Al-Ma'ālim al-Jadīdat lil Uṣūl*. Qom: Markaz al-Shahīdayn al-Ṣadrayn lil Dirāsāt wa al-Buḥūth.
20. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 2011/1433. *Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl*. Taqrīr (transcribed by) Sayyid Maḥmūd al-Hāshimī al-Shāhrūdī. Qom: Mu'asassat Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh al-Islāmī.
21. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 2012/1391. *Buḥūth fī Sharḥ al-'Urwat al-Wuṭḥā*. Najaf: Maṭba'at al-Ādāb.
22. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 2012/1434. *Al-Madrisat al-Qur'āniyah*. Qom: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
23. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 2012/1434. *Buḥūth al-Islāmīyat wa Mawāḍi' al-Ukhrā*. 4th. Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
24. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 2003/1382. *Tahdhīb al-Uṣūl*. (Taqrīrāt Baḥth al-Imām al-Khumaynī). Qom: Dār al-Fikr.
25. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 2007/1428. *Al-Imām al-Shahīd al-Ṣadr*. Kuwait: al-Quds lil Ṭibā'at wa al-Nashr.
26. Ḥaqqī, 'Alī. 2002/1381. *Quzarī az Rawish Shināsī-yi 'Ilm bih Rawish Sūtīzī-yi 'Ilm*. Journal of Mashhad Theology Faculty, 56,23-62.
27. Ḥusayn-Zādih, Muḥammad. 2017/1396. *Rawish-i Tahqīq wa Rawish Shināsī Pazhūhish dar Ma'rifat Shināsī*. Qom: Mu'assisi-yi Āmūzishī wa Pazhūhishī-yi Imām Khumaynī.
28. Khusrupanāh, 'Abd al-Ḥusayn. 2006/1385. *Falsafih-hāyi Muḍāf*. Tehran: Intishārāt-i Farhang wa Andīshih-yi Islāmī.
29. Na'mānī, Muḥammad Riḍā. 2000/1421. *Shahīd al-'Ummat wa Shāhiduhā*. Qom: Markaz al-Shahīdayn al-Ṣadrayn lil Dirāsāt wa al-Buḥūth.
30. Pārsānīyā, Ḥamīd. 2004/1383. *Rawish Shināsī-yi Andīshih-yi Sīyāsī*. Bāqir al-'Ulūm University. No, 2, 28.


Analytical Study of the History of the Theory of *Inqilāb-e Nisbat*¹

Belal Shakeri

Ph.D in Jurisprudence and Fundamental of Islamic Law, Ferdowsi Mashhad.
Mashhad- Iran; b.shakeri@mail.um.ac.ir

Mohammad Taḡh Fakhlaee

Professor at Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law,
University of Ferdowsi; Mashhad-Iran. (Corresponding Author)


 <https://orcid.org/0000-0001-5173-3165>

Mohammad Hassan Haeri

Professor at Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law,
University of Ferdowsi; Mashhad-Iran.

Abstract

Knowing the history of issues and theories which is proposed in sciences is very important. The present study has examined and investigated the history of the theory of *inqilāb-e nisbat* as an *uṣūlī* theory. By referring to the written *fiḡhī* and *uṣūlī* sources

1. *Fakhlaee- M;* (2023); " Analytical Study of the History of the Theory of Inqilāb-e Nisbat "; *Jostar_ Hay Fiḡhi va Usuli*; Vol: 9 ; No: 30 ; p.p: 39-64 ;  10.22034/JRJ.2021.60513.2262

© 2022, Author(s). This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, as long as the original authors and source are cited. No permission is required from the authors or the publishers.

from the earlier scholars to the era of Mullā Aḥmad Narāqī, who is known as the innovator of the theory of *inqilāb-e nisbat*, and analyzing some *fiqhī fatwās*, the way of reasoning, and criticizing the proposed views about that *fiqhī* branch, this result has been achieved that, based on some jurists such as Shaykh *al-Ṭūsī*, *Muḥaqqiq al-Ḥillī*, *‘Allāmah al-Ḥillī*, *Fakhr al-Muḥaqqiqīn*, *Muqaddas al-Ardabīlī*, *Muḥaqqiq Sabzawārī* and others, the method of study and resolving conflicting evidence in cases where there are more than two evidences surrounding the conflict, is the same method titled to *inqilāb-e nisbat*. Therefore, although according to the confession of *uṣūlī* scholars, this theory is attributed to Mullā Aḥmad Narāqī, which it was clearly explained and refined by him for the first time, the roots of this method can be found in the words of the predecessor scholars of *fiqh* and *uṣūl* and, sporadically, in some *fiqhī* branches. Thus, this theory can be considered as a theory that has a relatively suitable and strong support among scholars of *fiqh* and *uṣūl*.

Keywords: *inqilāb-e nisbat*, conflict of more than two reasons, measuring the proportion of conflicting evidence.

بررسی تحلیلی تاریخچه نظریه انقلاب نسبت^۱

بلال شاکری

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد و مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد؛
رایانامه: b.shakeri@mail.um.ac.ir

محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد؛ مشهد-ایران. (نویسنده مسئول)؛
رایانامه: fakhlaei@um.ac.ir

محمدحسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد؛ مشهد-ایران. رایانامه: haeri-m@um.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۳۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۰۸

بررسی تحلیلی
تاریخچه نظریه انقلاب
نسبت
۴۱

چکیده

پیشینه‌شناسی مسائل و نظریه‌های مطرح در علوم، از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. در جستار حاضر، پیشینه نظریه انقلاب نسبت به‌عنوان یک نظریه اصولی مورد بررسی قرار گرفته است. با مراجعه به منابع مکتوب فقهی و اصولی از قدامای فقهی و اصولی تا دوران ملا احمد نراقی، کسی که از وی به‌عنوان مبدع نظریه انقلاب نسبت یاد می‌شود، و تحلیل برخی فتاوی فقهی و شیوه استدلال و نقد دیدگاه‌های مطرح درباره آن فرع فقهی، این نتیجه به‌دست آمده است: شیوه بررسی و حل ادله متعارض در مواردی که اطراف تعارض بیش از دو دلیل است، در نظر برخی فقها همچون شیخ طوسی، محقق حلی، علامه حلی،

۱. فخلعی، محمدتقی. (۱۴۰۲). «بررسی تحلیلی تاریخچه نظریه انقلاب نسبت». فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۹ (۳۰). صص: ۳۹-۶۴. <https://orcid.org/0000-0001-5173-3165>

فخرالمحققین، مقدس اردبیلی، محقق سبزواری و دیگران، همان روش مرسوم به انقلاب نسبت است. بنابراین هر چند این نظریه به اقرار اندیشه‌وران اصولی منسوب به ملا احمد نراقی است که برای اولین بار توسط ایشان به صراحت تبیین و تنقیح اولیه شده است، اما ریشه‌هایی از جریان این روش در کلمات گذشتگان دو علم فقه و اصول نیز، به صورت پراکنده و در برخی فروع فقهی، مشاهده می‌شود. لذا این نظریه را می‌توان دارای پشتوانه‌ای نسبتاً مناسب و قوی در میان فقها و اصولیان دانست.

کلید واژه‌ها: انقلاب نسبت، تعارض بیش از دو دلیل، نسبت‌سنجی ادله متعارض.

۱. مقدمه

پیشینه‌شناسی نظریه‌ها و مسائل مطرح در یک علم، همیشه از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بوده است. علم اصول فقه نیز با توجه به نظریه‌ها و مسائل مختلفی که در آن مطرح است، از این قاعده مستثنا نیست. از جمله نظریه‌های تأثیرگذار علم اصول فقه، نظریه انقلاب نسبت^۱ است که به‌عنوان یک نظریه در حوزه روش‌شناسی حل تعارض بیش از دو دلیل، مطرح شده است.^۲ این نظریه اگرچه به صراحت برای اولین بار در کلمات ملا احمد نراقی مطرح شده است^۳ و این

جستارهای فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۴۲

۱. برای مطالعه بیشتر درباره تبیین نظریه بودن انقلاب نسبت، ر.ک: شاکری و فخلعی و حائری، ۱۴۰۰، ۲۱۷/۷-۲۳۴.
۲. برای مطالعه بیشتر درباره چیستی نظریه انقلاب نسبت، ر.ک: شاکری و فخلعی و حائری، ۱۳۹۹، ۲۴-۳۳-۶۴.
۳. لازم به ذکر است هر چند تبیین این نظریه به‌عنوان یک نظریه اصولی در کلمات نراقی مطرح شده است؛ اما نشانی از اصطلاح انقلاب نسبت در سخنان ایشان به چشم نمی‌خورد. ملا احمد نراقی در تبیین نظریه انقلاب نسبت چنین می‌گوید:
درباره چگونگی اجرای قواعد باب تعارض بین ادله متعارض متعدد (بیش از دو دلیل)، سه وجه (راه کار) وجود دارد: همه ادله متعارض به صورت دو به دو در نظر گرفته شود و بین هر دو دلیل متعارض بدون توجه به سایر ادله متعارض، قواعد باب تعارض جاری گردد و به رفع تعارض پرداخته شود. سپس نتایج به دست آمده تجمیع و به آن‌ها عمل شود؛ دومین شیوه جریان قواعد تعارض بین ادله متعدد متعارض بدین صورت است: قواعد تعارض بین هر یک از دو دلیل متعارض پس از الغای تعارضشان با سایر ادله، جاری شده و به مقتضای آن عمل شود. سپس تعارض نتیجه به دست آمده با دلیل دیگر سنجیده شود:

شیوه سوم آن است که هنگام اجرای قواعد تعارض بین ادله متعارض باید به همه متعارضات و روابط آن‌ها توجه کرد؛ یعنی هر یک از ادله عام یا خاص در حالی با یکی از ادله متعارض سنجیده می‌شود که سایر معارضات نیز مورد لحاظ و توجه‌اند و به مقتضای تعارض عمل می‌شود. یعنی به تعارض دو دلیل به تنهایی اکتفا نمی‌شود و به مقتضای تعارض دو دلیل اولاً و بدون توجه به سایر معارضات عمل نمی‌شود.

سپس ایشان از میان سه وجه ذکر شده وجه سوم را مطابق تحقیق و صحیح می‌داند و دو وجه دیگر را باطل اعلام می‌کند. علت بطلان وجه اول از نگاه نراقی این است که، با وجود ادله متعارض دیگر، که توجه و لحاظ رابطه آن‌ها با ادله متعارض دیگر موجب تفاوت در حکم می‌شود، دلیلی بر اغماض و چشم‌پوشی از چنین رابطه‌ای وجود ندارد.

دیدگاه به وی منسوب است؛^۱ اما با ردیابی کلمات و تحلیل های فقها می توان ادعا کرد، این روش از گذشته در میان برخی فقها مطرح بوده است و در برخی فروع فقهی از سوی فقیهان پیش از نراقی به کار گرفته شده است. البته نمی توان ادعای شهرت این روش را کرد، اما از فقیهان مشهوری همچون شیخ طوسی و دیگران در برخی موارد چنین نحوه برخوردی با ادله متعارض مشاهده شده است و این روش به کارگیری شده، از سوی فقیهان بعدی نیز با نقدهایی روبرو شده است.

پژوهش حاضر، در پی تحلیل سخنان فقها و ریشه یابی پیشینه این نظریه است؛ تا ثابت کند، این روش در حل تعارض ادله، دارای سابقه ای دیرینه در تاریخ ۱۴۰۰ ساله فقه شیعی بوده است. هر چند تا زمان ملا احمد نراقی، چندان بدان توجه نشده و به خوبی تنقیح نشده است. بلکه تنها از سوی برخی فقیهان شیعی آن هم در برخی فروع فقهی تطبیق شده است. البته برای نخستین بار و به صراحت ملا احمد نراقی این شیوه را تبیین کرد و تفاوت آن با سایر شیوه های رقیب را بیان کرد. بنابراین انتساب این نظریه به نراقی دچار اشکال نبوده و صرف ردیابی برخی موارد تطبیق این روش در کلمات بزرگان خللی در این انتساب به وجود نمی آورد. زیرا تولد هر نظریه ای ممکن است مقدمات و پیشینه ای در طول تاریخ علم داشته باشد.

نوشتار پیش رو سعی دارد برای نخستین بار با تحلیل سخنان فقهای متقدم تا زمان نراقی و پیشینه شناسی نظریه انقلاب نسبت، ثابت کند، این نظریه از سوی بزرگان شیعی هر چند به صورت محدود و موردی در حل تعارض بیش از دو دلیل، به صورت تطبیقی اعمال شده است. پس این گونه نیست که چنین روشی در حل تعارض پس از هزار و اندی سال، به یکباره توسط ملا احمد نراقی مطرح شده باشد.

اما نسبت سنجی و اجرای قواعد به شیوه دوم نیز نوعی تحکم و زورگویی است، چون تمام این ادله متعارض هم زمان و دفعتاً به ما رسیده است و تمام آن ها مانند کلام واحد هستند. پس باید به مقتضای جمیع ادله عمل کرد و اجرای قواعد تعارض به شیوه دوم غالباً منتهی به دور یا تسلسل می شود که باطل است.

نراقی پس از توضیح تئوری مسئله به تبیین عملی تفاوت سه وجه بیان شده می پردازد. وی با ذکر چهار دلیل به عنوان مثال به تشریح و تطبیق سه وجه بیان شده و تفاوت آن ها به لحاظ نتیجه فقهی می پردازد (نراقی، ۱۳۷۵، ۳۵۰-۳۵۳).

۱. در عبارت شیخ انصاری نامی از قائل این دیدگاه به میان نیامده و تنها بیان شده است بعضی از معاصرین چنین گفته اند (ر.ک: شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۴/۱۰۳) اما محشین و شارحین تصریح کرده اند که مراد شیخ از بعضی معاصرین، ملا احمد نراقی است (ر.ک: تبریزی، ۱۳۶۹ق، ۶۲۳؛ روزدری، ۱۴۰۹ق، ۴/۳۳۷؛ تنکابنی، ۱۳۸۵ق، ۲/۱۰۳۱).

برای شناسایی پیشینه نظریه، ابتدا تطبیقات فقهی آن شناسایی شده، سپس برخی از این تطبیقات به عنوان نمونه از گذشته فقه تا کنون مورد ملاحظه قرار گرفته است. با توجه به تحلیل کلمات فقها، مواردی که حل تعارض آن‌ها بر اساس این شیوه بوده، استخراج و بیان شده است.

۲. نام‌گذاری به انقلاب نسبت

پیش از ورود به پیشینه‌شناسی نظریه انقلاب نسبت در سخن بزرگان، ذکر این نکته لازم است که اصطلاح انقلاب نسبت، اصطلاحی جدید است و نمی‌توان بر اساس این واژه یا واژه‌های مشابه نسبت به پیشینه‌شناسی این نظریه اقدام کرد. در واقع اصطلاح انقلاب نسبت، حتی توسط طراح و مبدع این نظریه یعنی ملا احمد نراقی نیز به کار نرفته است و ایشان برای روش حل تعارضی که بیان می‌کند، نام خاصی وضع نکرده است. بلکه تنها این شیوه حل تعارض که بعدها به انقلاب نسبت معروف شد، را به عنوان یک روش صحیح در بررسی روایت‌های متعارض مطرح می‌کند (رک: نراقی، ۱۳۷۵، ۳۵۰-۳۵۴).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۴۴

اولین نفر که اصطلاح انقلاب نسبت، آن هم البته نه با این عنوان خاص که در حال حاضر نزد اصولیان مشهور شده است، بلکه با تعبیر «تقلب النسبة» را برای نظریه ملا احمد نراقی به کار برده است، شاگرد ایشان، شیخ انصاری است (رک: شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۱۱۱/۴). در واقع این اصطلاح پس از شیخ انصاری و در کلمات شاگردان شیخ یعنی دو نسل پس از ملا احمد نراقی رایج شده است (رک: تبریزی، ۱۳۶۹ق، ۶۲۲؛ روزدری، ۱۴۰۹ق، ۳۴۶/۴؛ آشتیانی، ۱۳۸۸، ۲۸۷/۸-۲۸۸؛ یزدی، ۱۴۲۶ق، ۲۵۸-۲۵۹). با توجه به نکات مطرح شده، باید گفت: یکی از مشکلات پیشینه‌شناسی نظریه انقلاب نسبت، عدم امکان استفاده از کلیدواژه‌های رایج در دوران معاصر نسبت به این نظریه است. به‌طور کلی، چنانچه بیان شد، می‌بایست با شناسایی موارد تعارض بیش از دو دلیل در فقه، به سراغ تک‌تک فروع فقهی مذکور رفته و کلمات فقها در این فروع را در حل تعارض ادله بررسی و تحلیل کرد تا بتوان به پیشینه مطلوب درباره جریان این شیوه حل تعارض، دست یافت.

۳. ردیابی انقلاب نسبت قبل از نراقی

چنانچه بیان شد، با توجه به رواج نداشتن اصطلاح انقلاب نسبت در میان فقها و اصولیان قبل از نراقی، برای ردیابی و پیشینه‌شناسی این نظریه در سخن بزرگان، تنها راه این است که پس از شناسایی موارد تطبیق نظریه، آن فروع فقهی را در میان کتب فقهی و اصولی گذشتگان مورد بازخوانی قرار داده و با تحلیل چگونگی حل تعارض روایت‌های متعدد، رگه‌هایی از جریان یا عدم جریان این روش را شناسایی کرد. در ادامه به بررسی دو نمونه فقهی که دارای بیش از دو دسته روایت متعارض هستند پرداخته و با تحلیل عملکرد فقها به مواردی چند، به‌عنوان پیشینه نظریه انقلاب نسبت اشاره خواهد شد. قطعاً با پیگیری و جستجوی بیشتر موارد متعدد دیگری در این باره قابل شناسایی خواهد بود که مجال واسعی را می‌طلبد.

۳-۱. وجوب سوره در نماز

از جمله مسائل اختلافی در نماز، وجوب سوره است. علت این اختلاف، وجود روایت‌های متعارض در این باره است. با مراجعه به منابع روایی، با سه دسته روایت متفاوت درباره وجوب سوره در نماز، مواجه هستیم:

۱. دسته اول روایت‌هایی است که مطلقاً بر وجوب سوره در دو رکعت اول نماز دلالت می‌کنند؛^۱

۲. برخی روایت‌ها به‌صورت مطلق بر عدم وجوب سوره در نماز، دلالت می‌کنند؛^۲

۳. گروه سوم بر جواز ترک سوره در حال ضرورت، دلالت دارند.^۳

۱. روایت ابی عمران همدانی: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي جَعْفَرٍ ع جُعِلَتْ فِدَاكَ مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ اِتْتَدَأَ بِسَمِّ اللّٰهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ - فِي صَلَاتِهِ وَخَذَهُ فِي أَمِّ الْكِتَابِ فَلَمَّا صَارَ إِلَى غَيْرِ أَمِّ الْكِتَابِ مِنَ السُّورَةِ تَرَكَهَا فَقَالَ الْعَبَّاسِيُّ لَيْسَ بِذَلِكَ بَأْسٌ فَكَتَبَ بِحُطْبِهِ يُعِيدُهَا مَرَّتَيْنِ عَلَى رُغْمِ أَنَّهُ يَغْنِي الْعَبَّاسِيُّ (كَلِينِي، ۱۴۰۷، ۳/۳۱۳).

صحيحه منصور بن حازم از امام صادق ع: لَا تَقْرَأُ فِي الْمَكْتُوبَةِ بِأَقَلِّ مِنْ سُورَةٍ وَلَا بِأَكْثَرِ (كَلِينِي، ۱۴۰۷، ۳/۳۱۴): شيخ طوسي، ۱۳۹۰، ۱/۳۱۴.

۲. صحيحه حليی از امام صادق ع: إِنْ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ وَخَذَهَا تُجْزِي فِي الْفَرِيضَةِ (شيخ طوسي، ۱۳۹۰، ۱/۳۱۴): شيخ طوسي، ۱۴۰۷، ۲/۷۱.

۳. صحيحه حسن صيفل از امام صادق ع: أَيُّجْزِي عَنِّي أَنْ أَقُولَ فِي الْفَرِيضَةِ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ وَخَذَهَا إِذَا كُنْتُ مُسْتَعْجِلًا أَوْ

با توجه به روایت‌های مطرح شده با دو دلیل عام و یک دلیل خاص مواجه هستیم. رابطه دو دلیل عام یعنی دسته اول و دوم تباین است، و دسته سوم در برابر دو دسته دیگر خاص است.

با تحلیل سخن بزرگان از قدما و متأخرین در این فرع فقهی، مشخص می‌شود، از نگاه برخی حل تعارض به این صورت است که با دلیل خاص، یکی از دو دلیل عام را تخصیص زده و به این ترتیب رابطه تباین بین دو دلیل عام، به عموم مطلق تبدیل شود. بنابراین دیگر تنافی و تعارضی بین آن‌ها باقی نخواهد ماند. اما برخی این روش حل تعارض را نپذیرفته‌اند. این دو نوع نگاه به حل تعارض روایت‌های متعدد، منطبق بر اختلاف نظر بین معاصرین در پذیرش یا عدم پذیرش نظریه انقلاب نسبت است. عملکرد گروه اول منطبق بر پذیرش روش حل تعارض بر اساس انقلاب نسبت بوده و عملکرد گروه دوم مطابق با دیدگاه مخالفین این نظریه است. در ادامه برخی کلمات بزرگان به عنوان نمونه اشاره می‌شود.

۱-۱-۳. شیخ طوسی (۴۰۶ ق)

در میان قدمای شیعه، می‌توان سرنخ‌هایی از نسبت‌سنجی و حل تعارض به سبک نظریه انقلاب نسبت را در کلمات شیخ طوسی مشاهده کرد. شیخ در برخی فروع فقهی که با بیش از دو دلیل متعارض مواجه است، به گونه‌ای عمل کرده و تعارض بین روایت‌ها را حل می‌کند که منطبق بر نظریه انقلاب نسبت است. از جمله این فروع فقهی مسئله وجوب سوره در نماز است.

وی در حل تعارض روایت‌ها، دسته دوم را بر دسته سوم حمل کرده (شیخ طوسی، ۱۳۹۰/۳۱۴/۱) و بر این اساس، دسته دوم را معارض دسته اول نمی‌داند. چون پس از تخصیص دسته دوم به وسیله دسته سوم، رابطه دسته دوم با اول از تباین به عموم مطلق

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۴۶

أَعْجَلَنِي شَيْءٌ فَقَالَ لَا بَأْسَ يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْرَأَ فِي الْفَرِيضَةِ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ وَحَدَّثَهَا وَيَجُوزُ لِلصَّحِيحِ فِي قَضَاءِ صَلَاةِ التَّطَوُّعِ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَا بَأْسَ أَنْ يَقْرَأَ الرَّجُلُ فِي الْفَرِيضَةِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ فِي الْوَكُفْتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ إِذَا مَا أَعْجَلَتْ بِهِ حَاجَةٌ أَوْ تَخَوَّفَ شَيْئًا (كَلِينِي، ۱۴۰۷/۳۱۴/۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰/۱، ۳۱۵/۱).

صحيحه عبد الله بن سنان از امام صادق عليه السلام: يجوز للمريض أن يقرأ في الفريضة فاتحة الكتاب وحدها، ويجوز للصحيح في قضاء صلاة التطوع بالليل والنهار (كَلِينِي، ۱۴۰۷/۳۱۴/۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰/۱، ۳۱۵/۱).

صحيحه حلبی از امام صادق عليه السلام: لا بأس أن يقرأ الرجل في الفريضة بفاتحة الكتاب في الأولتين إذا ما أَعْجَلَتْ بِهِ حَاجَةٌ أَوْ تَخَوَّفَ (يَحْتَدِثُ) شَيْئًا (شیخ طوسی، ۱۳۹۰/۱، ۳۱۵/۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷/۱، ۷/۲).

تغییر کرده و موجب تخصیص دسته اول می شود.

این نوع حل تعارض دقیقاً منطبق بر شیوه انقلاب نسبت است. درحالی که بنا بر عدم پذیرش نظریه انقلاب نسبت، باید رابطه دو دلیل عام بدون ملاحظه خاص سنجیده شود.

۳-۱-۲. محقق حلی (۶۷۶ق)

از دیگر کسانی که بین قدمای شیعه ریشه‌هایی از حل تعارض بر اساس نظریه انقلاب نسبت را می‌توان در سخنان وی جستجو کرد، محقق حلی است. محقق درباره این که آیا سوره در نماز واجب است یا خیر، پس از بیان دیدگاه شیخ طوسی در چگونگی جمع بین سه دسته روایت موجود در مسئله، بدان اشکال کرده و رفع تعارض مطابق نظر شیخ طوسی را تحکم در تأویل روایت‌ها برخلاف ظاهر دانسته است. سپس ایشان راه حل دیگری را مطرح کرده و روایت‌های گروه دوم را حمل بر جواز ترک سوره و روایت‌های دسته اول را حمل بر فضیلت سوره در نماز می‌کند (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ۱۷۲/۲-۱۷۳).

در حقیقت این حمل محقق حلی نشان می‌دهد که ایشان تغییر نسبت‌ها (نظریه انقلاب نسبت) برای حل تعارض را نمی‌پذیرد. به‌رحال اشکال وی به روش انقلاب نسبت، خود بخشی از تاریخچه این نظریه و به‌عنوان مخالف این نظریه قابل تأمل است.

۳-۱-۳. علامه حلی (۲۲۶ق)

راه حل شیخ طوسی در رفع تعارض سه دسته روایت مطرح شده، میان متأخران از علمای شیعه نیز طرفدارانی داشته و ایشان نیز بر اساس تغییر نسبت‌ها مشکل تعارض بین دسته اول و دوم را برطرف کرده‌اند. علامه حلی از جمله این افراد است (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۱۴۴-۱۴۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ۵۶/۵).

۳-۱-۴. مقدس اردبیلی (۹۹۳ق)

ایشان نیز همچون شیخ و علامه حلی در مسئله وجوب سوره عمل کرده و با تخصیص یک دلیل رابطه تباین را به عموم مطلق تبدیل کرده است و بدین وسیله رفع تعارض می‌کند (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۲۰۲/۲-۲۰۵).

بررسی تحلیلی
تاریخچه نظریه انقلاب
نسبت
۴۷

۳-۲. ضمان عاریه

از دیگر فروعات فقهی که با چند دسته دلیل متعارض در آن مواجه هستیم، مسئله ضمان عاریه است. در این مسئله نیز با تحلیل سخن بزرگان به موارد متعددی دست می‌یابیم که قدما و متأخرین بر اساس شیوه حل تعارض موسوم به انقلاب نسبت، عمل کرده‌اند.

۳-۲-۱. شیخ طوسی (۴۰۶ ق)

شیخ طوسی در این مسئله پنج دسته روایت مطرح می‌کند و منطبق بر نظریه انقلاب نسبت به حل تعارض بین آن‌ها می‌پردازد:

۱. برخی روایت‌ها بر عدم ضمان عاریه به صورت مطلق دلالت دارند (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ۱۲۴/۳-۱۲۵)؛^۱

۲. گروهی دیگر از روایت‌ها بر ضمان عاریه عبد و حر صغیر در صورت معیوب شدن آن‌ها دلالت می‌کنند (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ۱۲۵/۳)؛^۲

۳. دسته سوم دال بر ضمان عاریه و هلاکت، در فرض عدم اذن مالک هستند (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ۱۲۵/۳)؛^۳

۴. ضمان در فرض تفریط، مدلول گروه چهارم از روایت‌های این بخش است (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ۱۲۵/۳)؛^۴

۵. آخرین دسته از روایت‌های مربوط به ضمان عاریه، بر ضمانت در فرض شرط ضمان، دلالت می‌کنند، مگر در ضمان دینار و درهم که چنین شرطی

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۴۸

۱. صحیح حلی از امام صادق علیه السلام: لَيْسَ عَلَى مُسْتَعِيرِ عَارِيَّةٍ ضَمَانٌ وَ صَاحِبُ الْعَارِيَّةِ وَالْوَدِيعَةُ مُؤْتَمَنٌ. صحیح محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام: سَأَلْتُهُ عَنِ الْعَارِيَّةِ يَسْتَعِيرُهَا الْإِنْسَانُ فَتَهْلِكُ أَوْ تُسْرِقُ فَقَالَ إِذَا كَانَ أَمِينًا فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ.

صحیح عبدالله بن سنان: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الْعَارِيَّةِ - فَقَالَ لَا غُرْمَ عَلَى مُسْتَعِيرِ عَارِيَّةٍ إِذَا هَلَكَتْ إِذَا كَانَ مَأْمُونًا. صحیح مسعود بن زیاد از امام صادق علیه السلام: لَا غُرْمَ عَلَى مُسْتَعِيرِ عَارِيَّةٍ إِذَا هَلَكَتْ أَوْ سُرِقَتْ أَوْ ضَاعَتْ إِذَا كَانَ الْمُسْتَعِيرُ مَأْمُونًا.

۲. روایت وهب از امام صادق علیه السلام: أَنْ عَلِيًّا عليه السلام قَالَ: مَنْ اسْتَعَارَ عَبْدًا مَمْلُوكًا لِقَوْمٍ فَعَيْبَ فَهُوَ ضَامِنٌ وَمَنْ اسْتَعَارَ حُرًّا صَغِيرًا فَعَيْبَ فَهُوَ ضَامِنٌ.

۳. صحیح اسحاق بن عمار از امام صادق و امام کاظم علیهما السلام: إِذَا اسْتَعْرَتْ عَارِيَّةً بَغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهَا فَهَلَكَتْ فَالْمُسْتَعِيرُ ضَامِنٌ.

۴. صحیح محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِي رَجُلٍ أَعَارَ عَارِيَّةً فَهَلَكَتْ مِنْ عِنْدِهِ وَ لَمْ يَبْغِهَا غَائِلَةً فَقَضَى أَلَّا يَغْرُمَهَا الْمُعَارَ وَ لَا يَغْرُمُ الرَّجُلُ إِذَا اسْتَأْجَرَ الدَّابَّةَ مَا لَمْ يَكْرِهْهَا أَوْ يَبْغِهَا غَائِلَةً.

ندارند (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ۳/۱۲۶).^۱

بر اساس نسبت سنجی انجام شده از سوی شیخ، نسبت ادله پنج گانه فوق بدین صورت است: ۱- بر اساس ظاهر، روایت‌های دسته اول مطلق بوده و چهار دسته بعد مقید هستند، لذا رابطه آن‌ها عموم مطلق است؛ ۲- اما بر اساس حملی که شیخ انجام می‌دهد هر چند رابطه دسته دوم با سه دسته بعد عموم من وجه است، اما از تعابیر شیخ رابطه عموم مطلق به دست می‌آید چرا که وی دسته دوم را حمل بر سه دسته دیگر کرده که این نوعی تخصیص دایره روایت دسته دوم است. وی قائل است با توجه به سه دسته اخیر باید گفت: مراد روایات دسته دوم، ضمان در صورت عدم اذن یا تفریط یا شرط ضمان است (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ۳/۱۲۵-۱۲۶).

به‌رحال رابطه این ادله به‌صورت عام، خاص یا اخص ملاحظه شود یا به‌صورت عموم مطلق و عموم من وجه، مهم آن است که شیخ طوسی ابتدا به نسبت سنجی میان دسته دوم و سه دسته اخیر پرداخته و پس از جمع بین این دو، نتیجه حاصله را با دسته اول می‌سنجد. این نوع نسبت سنجی چیزی نیست جز همان شیوه معروف به انقلاب نسبت، چرا که انقلاب نسبت در حقیقت شیوه و روش سنجش بین ادله متعارض است و شیخ طوسی نیز بر اساس همین روش، ابتدا به نسبت سنجی بین برخی روایات متعارض پرداخته و سپس با توجه به نتیجه به‌دست آمده، رابطه را با دلیل دیگر سنجیده است.

۳-۲-۲. فخرالمحققین (۲۷۱ق)

فخرالمحققین را شاید بتوان اولین کسی دانست که تقریباً به‌صراحت شیوه جمع و نسبت سنجی میان ادله، مطابق با نظریه انقلاب نسبت را توضیح داده است. وی در بحث ضمان عاریه پس از بیان چهار دسته روایت^۲ (۱- عدم ضمان مگر در طلا و

۱. صحیحہ عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام: لَا يَضْمَنُ الْعَارِيَةُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتَرَطَ فِيهَا ضَمَانًا إِلَّا الدَّانِيَةَ فَإِنَّهَا مَضْمُونَةٌ وَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهَا ضَمَانٌ.
صحیحہ حلبی از امام صادق علیه السلام: صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ وَالْبِضَاعَةِ مُؤْتَمَنٌ وَقَالَ إِذَا هَلَكَتِ الْعَارِيَةُ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ لَمْ يَضْمَنْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ.
صحیحہ زراره از امام صادق علیه السلام: جَمِيعٌ مَا اسْتَعْرَفَ فَاشْتَرَطَ عَلَيْكَ لِرَمَكِ وَالذَّهَبِ لَا رِمَ لَكَ وَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ عَلَيْكَ.
۲. روایت‌ها ذیل کلام شیخ طوسی بیان شد.

نقره و همه مواردی که شرط ضمان شده است؛ ۲- عدم ضمان عاریه؛ ۳ عدم ضمان عاریه مگر در دینار حتی بدون شرط ضمان؛ ۴- عدم ضمان مگر در درهم حتی بدون شرط ضمان) در مقام بیان نحوه نسبت سنجی می گوید:

دسته اول نسبت به طلا و نقره عام است و شامل تمام موارد طلاها و نقره‌های تزئینی و ساخته شده نیز می شود. دسته سوم و چهارم حکم به عدم ضمان عاریه داده که از این حیث به دلیل نکره در سیاق نفی، عام است؛ و تنها درهم و دینار و موارد شرط ضمان از آن خارج شده است. بنابراین سایر طلا و نقره‌ها شامل حکم عام عدم ضمان است. این دو دسته نسبت به دسته اول خاص هستند و موجب تخصیص آن می شود. لذا تنها درهم و دینار است که از حکم عدم ضمان تخصیص خورده و ضمان دارد و سایر موارد طلا و نقره ضمان ندارد (حلی، ۱۳۸۷ق، ۱۲۹/۲-۱۳۰).

این کلام فخرالمحققین نشان از جریان شیوه انقلاب نسبت در حل تعارض دارد. چراکه بر اساس عدم پذیرش انقلاب نسبت باید دسته دوم نیز به وسیله دسته اول تخصیص خورده و نتیجه عدم ضمان در کل طلا و نقره باشد. درحالی که فخرالمحققین با تخصیص دسته اول به وسیله دسته سوم و چهارم، نتیجه حاصله را با دسته دوم سنجیده است و قائل به ضمان تنها در موارد درهم و دینار شده است.

مؤید این برداشت، نقل کلام فخرالمحققین و نقدهای محقق کرکی (ر.ک: عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ۶/۷۸-۸۰) و شهید ثانی (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۳ق، ۵/۱۵۵-۱۵۸) به فخرالمحققین، ذیل مسئله انقلاب نسبت توسط شیخ انصاری است (شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۴/۱۰۶-۱۱۰)، که نشان می دهد فخر ناظر به روش انقلاب نسبت بوده است.

۳-۲-۳. محقق ثانی (۹۴۰ ق) و شهید ثانی (۹۶۶ ق) و دیگران

تحلیل و بررسی کلمات فخرالمحققین در شیوه جمع بین ادله متعارض توسط دیگر فقها، همچون محقق کرکی (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ۶/۷۹) و شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۳ق، ۵/۱۵۶) و دیگران،^۱ از دیگر ریشه‌های طرح مباحث مربوط به انقلاب نسبت در کلمات پیشینیان است.

۱. بحرانی (۱۲۱۶ق) (ر.ک: بحرانی، بی تا، ۱۳/۴۶-۴۷): سیدجواد عاملی (۱۲۲۶ق) (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۹ق، ۴۳۷/۱۷-۴۳۸)

دیدگاه ناقدین فخرالمحققین از دو زاویه می‌تواند محل تأمل و به‌عنوان تاریخچه این نظریه مطرح شود:

۱. **نقد دیدگاه فخرالمحققین:** با توجه به این که بیان شد فخرالمحققین از جمله کسانی است که بر اساس نظریه انقلاب نسبت به حل تعارض در مواردی که بیش از دو دلیل متعارض وجود دارد، پرداخته است؛ نقد دیدگاه وی نیز به بخشی از پیشینه نظریه انقلاب نسبت تبدیل می‌شود و نشان از توجه فقهای گذشته به این روش دارد. چنانچه برخی (شرح رسائل اعتمادی، ۳/۵۸۶) با توجه به کلمات محقق کرکی، گفته‌اند وی از جمله کسانی است که انقلاب نسبت را به صورت مطلق قبول ندارد؛ چرا که حتی بین مخصص متصل و منفصل نیز تفصیلی قائل نشده است (ر.ک: عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ۶/۷۸-۸۰).

۲. **نوع اشکالات مطرح شده:** اما جنبه اصلی و مهم‌تر این دیدگاه‌ها، حیثیت نقدهای صغروی آن‌ها، به جای نقدهای کبروی است. این گونه نقد می‌تواند نشان از پذیرش شیوه معروف به انقلاب نسبت در میان گذشتگان باشد. با بررسی و تحلیل اشکال‌های مطرح به فخرالمحققین از سوی شهید ثانی و دیگران، این نتیجه به دست می‌آید که از نظر ایشان، نحوه سنجش بین ادله توسط فخرالمحققین دچار اشکال است و به تعبیری اشکال ایشان به فخرالمحققین، صغروی است نه اشکال کبروی. یعنی از نظر منتقدان، اصل روش سنجش بیش از دو دلیل متعارض که توسط فخرالمحققین اجرا شده، شیوه و روش درستی است اما نوع تطبیق این کبرا بر صغرا با خدشه مواجه است. زیرا ایشان به این نکته اشکال دارند که بین دلیل استثنای طلا و نقره با دلیل استثنای درهم و دینار تنافی نیست (متوافقین هستند) تا دلیل اخص موجب تخصیص دلیل خاص شود (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۳ق، ۵/۱۵۶؛ بحرانی، بی‌تا، ۱۳/۴۶؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ۱۷/۴۳۷-۴۳۸). مفهوم این تعبیر نشان می‌دهد که اگر تنافی ثابت باشد، چنین سنجشی از طرف ایشان نیز مورد پذیرش بوده است.

اگر چنین تحلیلی تمام باشد، می‌توان امثال شهید ثانی را نیز از موافقین این روش دانست. شواهد دیگری نیز بر این تحلیل و مدعا وجود دارد:

۱- شهید ثانی و برخی دیگر از فقها، در یکی از اشکال‌های خود به فخرالمحققین گفته‌اند: عمل به دسته سوم (استثنای دینار) و چهارم (استثنای درهم) ممکن نیست چرا که

این دو روایت اخص، با یکدیگر تعارض دارند (تعبیر عدم امکان عمل، نشان از تساقط این دو روایت در مقام تعارض دارد) (عاملی، ۱۴۱۳ق، ۵/۱۵۶-۱۵۷؛ بحرانی، بی تا، ۱۳/۴۶-۴۷). این مسئله نشان می‌دهد از نظر ایشان ابتدا رابطه بین این دو دلیل سنجیده شده است و پس از تساقط این دو دلیل، رابطه دو دلیل باقی مانده سنجیده می‌شود. پس ایشان نیز برخلاف مخالفین نظریه انقلاب نسبت که قائل به سنجش هم‌زمان تمام ادله با یکدیگر هستند، تقدم نسبت سنجی را قائلند. اما در این که از میان چند دسته ادله کدام یک باید مقدم شود، با فخرالمحققین موافق نیستند و نوع دیگری از تقدم نسبت سنجی را قائلند. هرچند ممکن است گفته شود ایشان در این اشکال علی‌المبنا سخن گفته‌اند؛ یعنی اگر این شیوه سنجش مورد پذیرش باشد، باید رابطه بین اخصین نیز سنجیده شده و مورد ملاحظه قرار گیرد.

۲- مؤید دیگر، کلام صاحب مفتاح‌الکرامه است که نشان می‌دهد ایشان با فخرالمحققین در صغرای قضیه مشکل دارند نه در روش حل مسئله. وی می‌گوید: بالفرض که رابطه ادله عموم من وجه باشد، در مقام تعارض باید به مرجح‌ها مراجعه کرد و روایات استثنای مطلق طلا و نقره بر روایات استثنای درهم و دینار ترجیح دارند، لذا روایات عدم ضمان به مطلق طلا و نقره تخصیص یا تقیید می‌خورند (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۱۷/۴۳۸).

این عبارت به‌وضوح نشان می‌دهد روش حل تعارض همان نظریه انقلاب نسبت است اما در تشخیص موارد صغروی یا ضابطه‌های تقدم و تأخر اختلافاتی است. در حقیقت صاحب مفتاح‌الکرامه بر اساس مرجح‌های موجود، ابتدا مشکل دو دسته روایت را حل کرده و سپس نتیجه به دست آمده را با دسته دیگر می‌سنجد. این نوع سنجش ادله، همان است که در نظریه انقلاب نسبت (البته بر اساس ضوابط و معیارهای مشخص شده)^۱ مدنظر است.

۱. در حقیقت اختلاف‌های صغروی مطرح شده به خاطر اختلاف در ضابطه‌های تقدم و تأخر انواع نسبت سنجی میان دو گروه ادله از میان چند گروه دلیل متعارض است. این مشکل یکی از مشکلات اساسی است که از سوی مخالفین انقلاب نسبت، دست‌آور آشکال به این نظریه شده است. اما می‌توان با ضابطه‌مندسازی معیارهای سنجش بین ادله، این مشکل را برطرف کرد (برای مطالعه بیشتر نسبت به انواع ضابطه‌ها و معیارهای سنجش و تقدم و تأخر بین آنها، ر.ک: شاکری، ۱۳۹۶، ۶/۲۹-۴۴).

۳-۲-۴. محقق سبزواری (۱۰۹۰ ق)

ایشان نیز در بحث ضمان عاریه پس از نقل چهار دسته روایت (۱- عدم ضمان مطلقاً؛ ۲- عدم ضمان مگر در طلا و نقره؛ ۳- عدم ضمان مگر در دینار؛ ۴- عدم ضمان مگر در درهم) ابتدا به نکته‌ای درباره ضابطه نسبت‌سنجی میان ادله اشاره کرده و می‌گوید، هرچند در رابطه بین دو دلیل عام و خاص یا مطلق و مقید باید قائل به تقیید و تخصیص شد اما این قاعده مربوط به ادله متخالف است نه متوافق (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ۷۰۹/۱).

سپس ادامه می‌دهد، بین سه دلیل اخیر تنافی نیست چون در ناحیه مستثنی و مستثنی‌منه این ادله تنافی نیست؛ زیرا در ناحیه مستثنی هر سه مثبت (ضمان) و در ناحیه مستثنی‌منه هر سه نافی (ضمان) هستند. بنابراین سه دلیل اخیر متوافقین هستند. تعارض در این بحث بین مستثنی‌منه در دسته سوم و چهارم (عدم ضمان در غیر درهم و دینار) با مستثنی‌دسته دوم است؛ چراکه رابطه بین آن‌ها عموم من وجه است. با توجه به این که درهم و دینار ماده مشترک ادله است، لذا این دو مورد قطعاً از دسته اول استثناء می‌شود. اما در غیر درهم و دینار دسته اول دیگر معارضی ندارد (در طلا و نقره غیر مسکوک، به خاطر تعارض دسته سوم و چهارم با دسته دوم تساقط صورت می‌گیرد). بنابراین در غیر از درهم و دینار حکم به عدم ضمان می‌شود (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ۷۱۰-۷۰۹/۱).

با ملاحظه و تحلیل عملکرد محقق سبزواری در حل تعارض ادله متعدد متعارض، نه‌تنها می‌توان ایشان را از قائلین به نظریه انقلاب نسبت دانست بلکه ایشان آن را در عمل نیز به کار بسته است، چون وی ابتدا رابطه برخی ادله (رابطه دسته سوم و چهارم با دسته اول) را با یکدیگر سنجیده است و سپس نتیجه سنجش را با سایر ادله (دسته اول) مقایسه می‌کند. بلکه می‌توان محقق سبزواری را از جمله پیشگامان بیان ضابطه‌های معین برای تقدم نسبت‌سنجی بین ادله متعارض دانست؛ زیرا ایشان در توضیح و تبیین چگونگی حل تعارض بین ادله بیان شده، حداقل به دو ضابطه ۱- توجه به توافق یا تخالف ادله عام و خاص یا مطلق و مقید؛ ۲- قطعی بودن تخصیص، تصریح می‌کند.

۳-۲-۵. صاحب ریاض (۱۲۳۱ ق)

ایشان نیز پس از نقل دسته‌های مختلف روایات درباره ضمان عاریه، در مقام سنجش انواع رابطه بین ادله متعارض، ابتدا رابطه روایت‌های ضمان درهم و دینار (دلیل اخص) با روایت‌های ضمان طلا و نقره (دلیل خاص) را سنجیده و سپس نتیجه به دست آمده از سنجش اولیه را با روایات عدم ضمان مطلق (دلیل عام) می‌سنجد. وی در سنجش رابطه روایت‌های ضمان درهم و دینار با روایت‌های ضمان طلا و نقره، قائل به تقدیم دلیل اخص بر دلیل خاص می‌شود. علت این تقدم را نیز قوت سندی و جمع دلالتی به وسیله تخصیص بیان می‌کند (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۹/۴۴۸-۴۴۹).

چنانچه در نحوه تعامل ایشان مشاهده می‌شود، نسبت سنجی بین برخی ادله بر نسبت سنجی سایر ادله مقدم می‌شود و این گونه نیست که تمام ادله متعارض در عرض واحد مورد سنجش قرار گیرند و این شیوه همان روش سنجش بر اساس نظریه انقلاب نسبت است.

اشکال شاگرد ایشان^۱ به هر دو وجه نیز نشان از اشکال در صغرا و ضابطه‌هاست نه اصل روش که بیان شد خود مؤیدی بر پذیرش روش انقلاب نسبت از سوی وی محسوب می‌شود (ر.ک: عاملی، ۱۴۲۹ق، ۱۷/۴۳۸).

۳-۲-۶. میرزای قمی (۱۲۳۲ ق)

از دیگر فقهای که در مقام عمل بر اساس نظریه انقلاب نسبت عمل کرده است و کلمات وی را می‌توان به عنوان پیشینه این نظریه مطرح کرد، میرزای قمی است. وی نیز در مسئله ضمان عاریه به شیوه زیر به حل تعارض بین ادله پرداخته است.

از نظر ایشان بین روایت‌های ضمان در طلا و نقره با ضمان در درهم و دینار تعارض برقرار است. لذا باید بر اساس مرجح‌ها، چون به لحاظ سندی مساوی هستند، عمل کرد و ترجیح با روایت‌های ضمان در درهم و دینار است. وی بر اساس سنجش ابتدایی بین این دو گروه و تقدیم یک دسته، به بررسی رابطه دسته مقدم شده با روایت‌های عدم ضمان مطلق پرداخته و قائل می‌شود روایات مطلق عدم ضمان تنها

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۵۴

۱. صاحب مفتاح الکرامه.

با روایات ضمان درهم و دینار تخصیص می‌خورند (ر.ک: قمی، ۱۴۱۳ق، ۳/۳۹۶-۳۹۷). چنانچه ملاحظه می‌شود میرزای قمی نیز بر اساس نظریه انقلاب نسبت عمل کرده است؛ چراکه ابتدا رابطه دو دلیل را سنجیده و مشکل را حل کرده و سپس دلیل سوم را با نتیجه سنجش اول، مورد ملاحظه قرار داده است.

۴. تحلیلی نسبت به مبانی مؤثر در دیدگاه‌های مطرح شده

یکی از مسائل مهم در بررسی نظریه انقلاب نسبت، مبانی و پیش فرض‌هایی است که به گفته برخی در پذیرش یا عدم پذیرش انقلاب نسبت مؤثر است. از جمله این پیش فرض‌ها تصویر محل تعارض است که آیا تعارض در ناحیه ظهورات است یا در ناحیه حجیت و مراد متکلم؛ تا مشخص شود انقلاب نسبت موجب تصرف در ظهور است یا تصرف در حجیت^۱.

با بررسی و تحلیل آنچه از سخنان بزرگان گذشت، می‌توان گفت:

اختلاف در مبانی و تأثیر آن در عمل مطابق با شیوه انقلاب نسبت یا برعکس نپذیرفتن این شیوه، در کلمات گذشتگان نیز قابل ردیابی است. به گونه‌ای که می‌توان سخنان برخی همچون شیخ و علامه حلی در انطباق با انقلاب نسبت را معلول مبنایی خاص ایشان دانست و در مقابل افرادی همچون محقق حلی، به دلیل انتخاب مبنایی متفاوت، قائل به عدم پذیرش شیوه حل تعارض بر اساس روش موسوم به انقلاب نسبت شده‌اند. در ادامه به تحلیل کلمات و مبانی دو اصولی شاخص از قدما یعنی شیخ طوسی و محقق حلی در این باره پرداخته خواهد شد.

۴-۱ تحلیل مبنای شیخ طوسی

به نظر می‌رسد شیخ طوسی بر اساس مراد متکلم به نسبت سنجی ادله پرداخته است. چون وی در بحث وجوب سوره در نماز، با تخصیص، مراد جدی شارع از دسته دوم را مشخص می‌کند. بدین ترتیب دیگر بین مراد جدی شارع در دسته دوم

۱. برای مطالعه درباره تأثیر یا عدم تأثیر مبانی مختلف در پذیرش یا عدم پذیرش انقلاب نسبت، ر.ک: شاکری، ۱۳۹۷، ۱۱۵/۵۹-۷۳.

و دسته اول از روایات، تعارضی نمی‌بیند. همچنین است کلام شیخ در مسئله ضمان عاریه، که وی در مقام جمع بین ادله وجوهی را مطرح می‌کند که موجب تغییر نسبت‌ها می‌شود؛ جمع بین ادله مربوط به مقام مراد جدی است نه ظهور دلیل. مؤیداتی بر این برداشت نیز وجود دارد، از جمله:

۱. شیخ طوسی در علم اصول قائل است که تخصیص عام موجب مجازیت می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۱۷ق، ۳۰۲/۱). معنای مجازی در مراد جدی متکلم مطرح است؛ یعنی تخصیص مشخص می‌کند که مراد جدی شارع، معنای حقیقی (عام) نبوده است بلکه معنای مجازی مراد جدی است و این مراد جدی با دلیل دیگر سنجیده می‌شود؛

۲. موافقت علامه حلی در مسئله وجوب سوره با شیخ طوسی، دیگر مؤید این برداشت است. چون علامه حلی این نوع سنجش را جمع بین ادله می‌داند و جمع در مرحله مراد جدی است. علاوه بر این که ایشان در کتاب اصولی خود، یکی از علل تقدم دلیل خاص بر عام را جمع بین ادله بیان می‌کند (علامه حلی، ۱۳۸۰، ۱۵۰)؛

۳. موافقت محقق اردبیلی نیز همچون موافقت علامه، دیگر مؤید این بحث است. وی تعبیر حمل عام بر خاص را به کار می‌برد؛ حمل نیز مربوط به مقام مراد جدی است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲
۵۶

۴-۲ تحلیل مبنای محقق حلی

اما در برابر آنچه در تحلیل کلام شیخ طوسی بیان شد، باید گفت محقق حلی که شیوه جمع شیخ را نپذیرفته و به نقد آن پرداخته است، مبنایی متفاوت را مدنظر دارد. به همین دلیل شیوه منتهی به انقلاب نسبت که توسط شیخ طوسی جاری شد را نمی‌پذیرد. ایشان ظاهراً تعارض را در مرحله ظهور ادله قائل است و ملاک نسبت‌سنجی را ظهور می‌داند، نه مراد جدی. تعبیر ایشان در مقام اشکال به شیخ چنین بود: آنچه شیخ طوسی گفته است تحکم در تأویل روایت‌ها برخلاف ظاهر است.

این گفته می‌تواند مؤید این نکته باشد که وی تعارض را در مرحله ظهور می‌داند

نه در مرحله حجیت و مراد جدی. در واقع از نظر ایشان چون ظهور ادله پس از تخصیص همچنان به قوت خود باقی است، باید این ظهور معیار سنجش با دسته دیگر قرار گیرد.

۵. جمع بندی و نتیجه گیری

با توجه به نمونه‌های ذکر شده مشخص می‌شود ریشه‌های روش سنجش بین ادله متعدد متعارض، مطابق با نظریه انقلاب نسبت، قبل از نراقی نیز وجود داشته است. لذا نمی‌توان سبک و روش ارائه شده از سوی ملا احمد نراقی در حل تعارض ادله متعدد را، فاقد پشتوانه تاریخی در فقه شیعه دانست.

البته لازم به ذکر است، این نوع سنجش میان ادله تا زمان نراقی به خوبی منقح و تبیین نشده بوده است. به‌رحال، هر نظریه و ایده‌ای که از سوی شخصی مطرح می‌شود ممکن است سبقه‌ای در کلمات گذشتگان داشته باشد، اما مهم تبیین و تنقیح آن است که بر اساس آن، یک دیدگاه یا نظریه به صاحب آن منتسب می‌شود. همچنان که درباره سایر دیدگاه‌ها و نظریه‌ها نیز چنین تحلیل‌هایی وجود دارد. اما وجود سبقه‌ای اندک یا بیان نکاتی پراکنده درباره آن در کلمات گذشتگان، خللی در انتساب آن دیدگاه یا نظریه به صاحب آن ایجاد نمی‌کند. بنابراین با وجود سابقه این نظریه در کلمات گذشتگان، نظریه انقلاب نسبت چنانچه نوع اندیشه‌وران معاصر اصولی آن را به نراقی نسبت داده‌اند، همچنان منتسب به ایشان است.

همچنین ذکر این نکته لازم است که، هرچند ملا احمد نراقی شیوه‌ای را در حل تعارض بیش از دو دلیل متعارض مطرح کرده است، اما نامی برای این روش ابداع نکرده است بلکه این اصطلاح توسط شاگرد ایشان، شیخ انصاری برای نخستین بار آن هم با تعبیر «تنقلب النسبة» در کتب اصولی مطرح می‌شود و پس از شیخ انصاری اصطلاح انقلاب نسبت، دو نسل پس از نراقی رواج می‌یابد.

منابع

۱. آشتیانی، محمدحسن بن جعفر. (۱۳۸۸). بحر الفوائد فی شرح الفرائد. قم: ذوی القربی.
۲. اردبیلی، احمد (محقق اردبیلی/مقدس اردبیلی). ۱۴۰۳ق. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. اعتمادی، مصطفی. (۱۳۸۷). شرح الرسائل. چاپ دوم، قم: شفق.
۴. بحرانی، حسین بن محمد. (بی تا). الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض). مصحح: محسن آل عصفور، قم: مجمع البحوث العلمیه.
۵. تبریزی، موسی. (۱۳۶۹ق). أوثق الوسائل فی شرح الرسائل. قم: کتبی نجفی، قم.
۶. تکابنی، محمد. (۱۳۸۵ق). إیضاح الفوائد. تهران: مطبعه الاسلامیه (اخوان کتابچی).
۷. حائری طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. مصحح: محمد بهره مند و محسن قدیری و کریم انصاری و علی مروارید، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۸. حلّی، فخر المحققین. (۱۳۸۷ق). إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. مصحح: سید حسین موسوی کرمانی و علی پناه اشتهااردی و عبدالرحیم بروجردی، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۹. روزدری، مولی علی. (۱۴۰۹ق). تقریرات آیه الله المجدد الشیرازی (شیرازی، میرزا محمدحسن). قم: موسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث.
۱۰. سبزواری، محمد باقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. شاکری، بلال و فخلعی و حائری. (۱۳۹۹). «ماهیت انقلاب نسبت (نگاهی نو به روش شناسی ملا احمد نراقی در حل تعارضات)». پژوهش های اصولی. ۱۳۹۹ (شماره ۲۴): صص ۳۳-۶۴.
۱۲. شاکری، بلال و فخلعی و حائری. (۱۴۰۰). «نگاهی نو به انقلاب نسبت به مثابه نظریه ای اصولی». مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب. ۱۴۰۰ (شماره ۷): صص ۲۱۷-۲۳۴.
۱۳. شاکری، بلال. (۱۳۹۷). «بازخوانی مبانی مؤثر در نظریه انقلاب نسبت». فقه و اصول. ۱۳۹۷ (شماره ۱۱۵): صص ۵۹-۷۳.
۱۴. شاکری، بلال. (۱۳۹۶). «ضابطه مندسازی نظریه انقلاب نسبت». جستارهای فقهی و اصولی. ۱۳۹۶ (شماره ۶): صص ۲۹-۴۴.
۱۵. شیخ انصاری، مرتضی. (۱۴۲۸ق). فرائد الأصول. قم: مجمع فکر الاسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۵۸

۱۶. شیخ طوسی، محمد بن الحسن. (۱۳۹۰ ق). **الإستبصار فيما اختلف من الأخبار**. مصحح: خراسان و حسن الموسوی، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۱۷. شیخ طوسی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۷ ق). **تهذیب الأحكام**. محقق: حسن موسوی خراسانی، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۱۸. شیخ طوسی، محمد بن الحسن. (۱۴۱۷ ق). **العدة فی أصول الفقه**. قم: محمدتقی علاقندیان.
۱۹. عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق کرکی / محقق ثانی). (۱۴۱۴ ق). **جامع المقاصد فی شرح القواعد**. محقق: گروه پژوهشی مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۰. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ ق). **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**. مصحح: گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۲۱. عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ ق). **مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة**. مصحح: محمد باقر خالصی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۰). **تهذیب الوصول إلى علم الأصول**. لندن: مؤسسه الإمام علی علیه السلام.
۲۳. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ ق). **منتهی المطلب فی تحقیق المذهب**. مصحح: بخش فقه در جامعه پژوهش های اسلامی، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۲۴. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ ق). **مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة**. مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. قمی، ابو القاسم. (۱۴۱۳ ق). **جامع الشتات فی أجوبة السؤالات**. مصحح: مرتضی رضوی، تهران: مؤسسه کیهان.
۲۶. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ ق). **الكافی**. محقق: علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۲۷. محقق حلی، نجم الدین. (۱۴۰۷ ق). **المعتبر فی شرح المختصر**. مصحح: محمد علی حیدری و دیگران، قم: مؤسسه سیدالشهداء علیهم السلام.
۲۸. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۳۷۵). **عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام**. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۹. یزدی، سید محمد کاظم (طباطبایی). (۱۴۲۶ ق). **التعارض**. قم: مؤسسه انتشارات مدین.

References

The Holy Qur'an

1. al-Āshṭiyānī, Muḥammad Ḥasan. 2009/1388. *Baḥr al-Fawā'id fī Sharḥ al-Farā'id*. Qom: Nashr Dhawī al-Qurbā.
2. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1989/1410. *Irshād al-Aḍḥḥān*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
3. I'timādī, Muṣṭafā. 2008/1387. *Sharḥ al-Rasā'il*. 2nd. Qom: Intishārāt Shafaq.
4. Āl 'Uṣṭūr al-Baḥrānī, Ḥusayn Ibn Muḥammad. n.d. *al-Anwār al-Lāmi' fī Sharḥ Maḥāṭīḥ al-Sharā'i'*. Edited by Muḥsin Āl-i 'Uṣṭūr al-Baḥrānī. Qom: Majma' al-Buḥūth al-'Ilmīyya.
5. Al-Tabrīzī, Mūsā. 1950/1369. *Awthāq al-Wasā'il fī Sharḥ al-Rasā'il*. Qom: Intishārāt Kutubī Najafī.
6. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid 'Alī (Ṣāḥīb al-Rīyaḍ). 1997/1418. *Rīyaḍ al-Masā'il fī Tahqīq al-Aḥkām bī al-Dalā'il*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihyā' al-Turāth.
7. al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Ḥasan (Fakhr al-Muḥaqqiqīn). 1967/1387. *Īdāḥ al-Fawā'id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id*. Edited by Sayyid Ḥusayn Mūsawī Kirmānī, 'Alī Panāh Ishtihārdī and 'Abd al-Raḥīm Burujirdī. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
8. Al-Rūzdarī, Mawlā 'Alī. 1988/1409. *Taqrīrāt Āyatullāh al-Mujadid al-Shīrāzī*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihyā' al-Turāth
9. al-Sabzawārī, al-Sayyid Muḥammad Bāqir (al-Muḥaqqiq al-Sabzawārī). 2002/1423. *Kifāyat al-Fiqh (Kifāyat al-Aḥkām)*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
10. Shākirī, Bilāl; Fakh'alī; Ḥā'irī. *Māḥiyat-i Inqilāb-i Nisbat: Nigāhī bih Ravish Shināsī-yi Mullā Aḥmad Narāqī dar Ḥall-i Ta'arūḍāt*. Pazhūhish-hāyi Uṣūlī. 2020/1399, No. 24, 33-64.
11. Shākirī, Bilāl. *Bāzkhānī-yi Mabānī-yi Mu'athir dar Nazārīyih Inqilāb-i Nisbat*. Fiqh wa Uṣūl. 2018/1397, No. 115, 59-73.
12. Shākirī, Bilāl. *Zābiṭihmand Sāzī-yi Nazārīyih Inqilāb-i Nisbat*. Justārḥā-yi Fiqhī wa Uṣūlī. 2017/1396, No. 6, 29-44.
13. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 2007/1428. *Farā'id al-Uṣūl (al-Rasā'il)*. 9th. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
14. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1970/1390. *Al-Isṭibṣār fīmā Ikhtalafa min Akhbār*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
15. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Tahdhīb al-Aḥkām*

- fī Sharḥ al-Muqni'at lil Shaykh al-Mufīd*. Edited by Sayyid Ḥasan Khurāsānī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
16. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1996/1417. *al-'Uddat fī al-Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Muḥammad Taqī 'Alāqibandīyān.
17. al-'Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jami' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawa'id*. 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turath.
18. al-'Āmilī, Ḥassan Ibn Zayn al-Dīn. 1992/1413. *Masālik al-Afhām 'ilā Tanqīḥ Sharā'iyi' al-Islām*. Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
19. al-Ḥusaynī al-'Āmilī, al-Sayyid Muḥammad Jawād. 2004/1419. *Miftāḥ al-Kirāma fī Sharḥ Qwā'id al-'Allāma*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
20. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 2001/1380. *Tahdhīb al-Wuṣūl Ilā 'Ilm al-Uṣūl*. Edited by Muḥammad Ḥusayn ibn 'Alī Naqī Raḍawī Kishmūrī. London: Imam Ali Foundation.
21. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1991/1412. *Muntahā al-Maṭlab fī Tahqīq al-Maḍḥhab*. Mashhad: Majma' al-Buḥūth al-Islāmīyya.
22. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. *Mukhtalaḥ al-Shī'a fī Ahkām al-Sharī'a*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
23. al-Qummī, al-Mīrzā Abū al-Qāsim (al-Mīrzā al-Qummī). 1978/1399. *Jāmi' al-Shattāt fī 'Ujūbat al-Su'ālāt*. Tehran: Mu'assisih-yi Keyhān..
24. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1987/1407. *al-Kāfī*. 14th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
25. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1986/1407. *Al-Mu'tabar fī Sharḥ al-Mukhtaṣar*. Qom: Mu'assasat al-Sayyid al-Shuhada'.
26. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil al-Narāqī). 1996/1375. *'Awā'id al-Ayyām fī Bayān Qawā'id al-Ahkām*. Qom: Maktab al-'Ilām al-Islāmī.
27. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzīm. 2005/1426. *Al-Ta'arūḍ*. Qom: Mu'assisih Intishārāt Madyan.
28. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1403. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Īrshād al-Aḍḥān*. Edited by Mujtabā allraqī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

Legitimizing the Government Interventions in the Religious Education of Citizens ¹

Hassan Mahdavi


Graduated Student & Instructor of Advanced Level Studies of Qom Seminary;
Qom- Iran; mahdaviss32@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-0251-6716>

Receiving Date: 2022-07-02; Approval Date: 2022-11-15

Abstract

After the Islamic Revolution, there were many questions presented about the way of Islamic governance and how such a government deals with social norms and anomalies, even now these questions continue. One of these basic questions is what is the role of the Islamic government in the religious education of the society and does the government have the competence to educate the people of the society and to interfere in the education

1. Mahdavi-H; (2023); "Legitimizing the Government Interventions in the Religious Education of Citizens " ; *Jostar_ Hay Fihi va Usuli*; Vol: 9 ; No: 30 ; Page: 63-101 ;  10.22034/JRJ.2022.64337.2510

© 2022, Author(s). This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, as long as the original authors and source are cited. No permission is required from the authors or the publishers.

of its citizens or not? Using the library method, and based on Shī‘ah *ijtihād* and the jurisprudential approach, this study first states the evidence of the government’s lack of competence in the matter of religious education and responds to them. Then various rational and scriptural evidence that have been presented to prove the validity of this matter are stated and after that, these evidences are confirmed or criticized. The general result of this study concludes that based on the frameworks and conventional rules in jurisprudential inference, the evidence of incompetence is not sufficient, but on the other hand, there are many proofs and pieces of evidence for competence. Although some of them are not acceptable, many of them are complete and convincing. Thus, it is possible to rule the intellectual and religious competence of the government for the religious education of the citizens. Of course, this ruling is only in terms of the primary ruling. By considering the secondary titles and special conditions that may exist in society, it can be ruled that it is not permissible.

Keywords: Religious Education, Religious Training, Religious Upbringing, Education of Citizens.

مشروعیت مداخلات حکومت در تربیت دینی شهروندان^۱

حسن مهدوی

دانش آموخته حوزه علمیه قم، پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام و مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم. قم - ایران.
رایانامه: mahdaviss32@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۱۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۲۴.

مشروعیت مداخلات
حکومت در تربیت
دینی شهروندان

۶۵

چکیده

پس از انقلاب اسلامی، همواره پرسش‌های فراوانی درباره شیوه حکومت‌داری اسلامی و برخورد چنین حکومتی با هنجارها و ناهنجارهای اجتماعی وجود داشت و اکنون نیز همچنان این پرسش‌ها ادامه دارد. یکی از این پرسش‌های اساسی، آن است که نقش حکومت اسلامی در تربیت دینی افراد جامعه چه مقدار است و آیا حکومت شایستگی تربیت افراد جامعه را دارد و می‌تواند در تربیت شهروندان خود دخالت کند یا نه؟ در این نوشتار با استفاده از روش کتابخانه‌ای و بر اساس شیوه اجتهادی شیعه و با رویکرد فقهی، ابتدا ادله عدم صلاحیت حکومت در امر تربیت دینی بیان گردیده و به آن‌ها پاسخ داده شده است. سپس ادله عقلی و نقلی گوناگونی برای اثبات صلاحیت، مطرح گردیده و مورد تأیید یا نقد قرار گرفته است.

۱. مهدوی، حسن. (۱۴۰۲). «مشروعیت مداخلات حکومت در تربیت دینی شهروندان». فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۹ (۳۰). صص: ۶۳-۱۰۱. <https://orcid.org/0000-0003-0251-6716>

برآیند کلی این تحقیق این است که بر اساس چارچوبها و قواعد مرسوم در استنباط فقهی، ادله عدم صلاحیت کافی نیست. در مقابل، ادله و مؤیدهای متعددی برای صلاحیت وجود دارد که هرچند برخی از آنها پذیرفتنی نیستند اما بسیاری از آنها تمام و قانع کننده‌اند. از این رو، می‌توان به شایستگی عقلی و شرعی حکومت برای امر تربیت دینی شهروندان حکم کرد. البته این حکم فقط از حیث حکم اولی است ولی با در نظر گرفتن عناوین ثانوی و شرایط خاصی که ممکن است در جامعه وجود داشته باشد، می‌توان به عدم جواز آن حکم نمود.

کلیدواژه‌ها: تربیت دینی، آموزش و پرورش دینی، تربیت حکومتی، تربیت شهروندان.

مقدمه

تعیین حیطه اختیارات و حوزه نفوذ اوامر و نواهی حکمرانان، از دیرباز مورد توجه اندیشمندان بوده است. یکی از مسائل مربوط به این حوزه، مسئله وظایف و اختیارات حکومت در عرصه تربیت دینی است که باید از نگاه فقهی بررسی شود؛ چرا که پس از تشکیل نظام جمهوری اسلامی و نقش پررنگ فقه در ساختار اصلی و تدوین قوانین فرعی آن، ضرورت ایجاد می‌کند که حیطه اختیارات و وظایف حاکم - که در این نظام همان ولی فقیه است و توسط بازوهای اجرایی او از قبیل دولت و ... انجام می‌شود - به درستی تبیین گردد.

در این میان ممکن است برخی قائل به عدم مشروعیت دخالت حکومت در امر تربیت شوند و پیامدهایی که دخالت حکومت در این امر به دنبال دارد را به عنوان دلیل بر مدّعی خود بیان کنند. برخی دیگر، اصل مشروعیت دخالت را بپذیرند ولی وجوب آن را قبول نکنند و به دیده یک امر راجح به آن بنگرند. برخی دیگر هم نه تنها مشروعیت آن، بلکه وجوب را نیز ثابت بدانند.

از این رو، پرسش اصلی که باید به آن پاسخ داده شود این است که: حکم فقهی مداخله حکومت در امر تربیت دینی شهروندان خود چیست؟ آیا وظیفه یا حق دارد به گونه‌ای برنامه‌ریزی کند که شهروندان او به یک تفکر خاص گرایش پیدا کنند؟ آیا وظیفه دارد که زمینه را برای گسترش تفکر توحیدی و نمادهای آن - مانند اقامه

نماز، زکات، امر به معروف و ... - فراهم نماید و برای تربیت شهروندان در راستای این امور، زمینه‌سازی نماید؟

پیشینه تحقیق

نوع فقها چندان به وظایف حکومت در قبال تربیت شهروندان ورود نکرده‌اند بلکه فقط در قالب مفاهیمی همچون «اجرای حدود»، «امر به معروف و نهی از منکر»، «تعزیر بر فعل حرام و ترک واجب» و مانند آن‌ها به مسئله تربیت حکومتی پرداخته‌اند. مثلاً شیخ مفید (م ۴۱۳ ق) در المقنعه می‌نویسد:

«... اگر یکی از فقیهان امکانش را داشته باشد، باید حدود الهی را در مورد فرزندان و غلامان خود اجرا کند، به شرط این که از اضرار حکومت جور، بیم نداشته باشد و اگر از ستمگران بر نفس خویش و یا بر دین اسلام بترسد، نباید اقامه کند. همچنین اگر فقیهی امکانش را داشته باشد، باید حدود را در میان قوم و ملت خود اجرا نماید. پس اگر از ممانعت و مزاحمت ستمگران در امان باشد، اقامه حدود بر فقیه لازم و واجب می‌شود و باید در میان قوم خود، دست دزد را ببرد و زناکاران را تازیانه بزند، قاتلان را قصاص کرده و به قتل برساند. این، واجب عینی است بر هرکسی در میان قوم خود غلبه و حکومت یافته و به خلافت و امارت برسد و واجب عینی است بر هرکسی که انجام این امور از طرف شخص یاد شده به او محول شده باشد؛ یعنی باید اقامه حدود کند و احکام شرع را به اجرا درآورد و امر به معروف و نهی از منکر نماید و با کفار و دیگر فاجران و مستحقین جنگ، بجنگد و جهاد کند. بر برادران مؤمن نیز یاری‌دادن او واجب است (شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق، ۸۱۰).

همچنین ابوالصلاح حلبی (حلبی، ۱۴۰۳ ق، ۴۱۶)، شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ ق، ۶۹/۸)، سید ابن زهره (ابن زهره، ۱۴۱۷ ق، ۴۳۵)، ابن ادریس حلی (حلی، ۱۴۱۰ ق، ۵۳۴/۳)، محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ۹۴۸/۴)، علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ۵۴۸/۳؛ ۱۴۲۰ ق، ۲۳۷/۲)، شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۰ ق، ۲۱۰)، شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، ۱۹۳/۹)، شیخ بهایی (شیخ بهایی، ۱۴۲۹ ق، ۹۳۲)، محقق سبزواری (سبزواری، ۱۴۱۳ ق، ۲۲۴/۲۷)، شیخ جعفر کاشف الغطاء (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق، ۷۹/۱)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۲ ش، ۴۴۸/۴۱).

میرزا حبیب‌الله کاشانی (کاشانی، ۱۴۰۴ ق، ۱۶)، محقق خوبی (خوئی، ۱۴۲۲ ق، ۴۰۸) و امام خمینی (امام خمینی، بی‌تا، ۴۷۷/۲)، از جمله فقیهانی هستند که این وظیفه را برای حاکم جامعه اسلامی ثابت می‌دانند.

اما در مقابل، برخی از اهل قلم در سال‌های پس از انقلاب به این عرصه ورود کرده‌اند و مقالات و سخنرانی‌هایی را در نقد دخالت دولت در امر تربیت، ارائه کرده‌اند. از جمله مقاله سروش در مجله کیان (سروش، ۱۳۷۳، صص ۳۷۰-۳۷۳) و سخنرانی کدیور در دانشگاه تهران (۱۳۹۷، ۲۱ اسفند) و مقاله صادق‌زاده قمصری درباره مسئولیت تربیتی دولت اسلامی (صادق‌زاده قمصری، ۱۳۷۹، صص ۲۷-۵۸).

در سال‌های اخیر نیز برخی از بزرگان حوزه، فقه تربیتی را به‌عنوان سرفصل درس‌های خارج خود قرار داده و آثار خوبی را در این زمینه تولید کرده‌اند (از جمله رک: کتاب «فقه تربیتی» اثر آیت‌الله عارفی). همچنین رساله «نقش حکومت اسلامی در تربیت دینی انسان» (محمدنبی عارفی، جامعه المصطفی، تاریخ دفاع: ۱۳۹۷)، رساله «نقش و راهکارهای حکومت در تربیت دینی مردم از دیدگاه امام علی (علیه السلام)» (طیبه راهی، دانشکده الهیات دانشگاه بین‌المللی امام خمینی، قزوین، تاریخ دفاع: ۱۳۹۰)، مقاله «نقش حکومت در تربیت؛ بررسی مقایسه‌ای دیدگاه افلاطون و امام خمینی (رحمته‌الله علیه السلام)» (یحیی فوزی و مسعود کریمی بیرانوند، اسلام و پژوهش‌های تربیتی، ۱۳۹۰، شماره ۵، ۱۳۳-۱۶۲)، مقاله «حکومت دینی و آسیب‌شناسی کارآمدی آن در عرصه تربیت اخلاقی جامعه» (حسین دیا، حکومت اسلامی، ۱۳۹۲، شماره ۶۷، صص ۶۱-۸۲)، مقاله «تعلیم و تربیت هدف اصلی حکومت امام علی (علیه السلام)» (محمدحسین پژوهنده، ۱۳۸۰، اندیشه حوزه، شماره ۲۷)، مقاله «بررسی رابطه حکومت و تربیت از دیدگاه امام علی (علیه السلام)» (رحمت‌الله مرزوقی، تربیت اسلامی، ۱۳۷۹، شماره ۴، ۵۹-۶۸) و مقاله «نقش جامعه نبوی و حکومت اسلامی در تعلیم و تربیت اسلامی» (ولی‌الله ملکوتی‌فر و فریدی، ۱۳۹۲، مهندسی فرهنگی، شماره ۵، صص ۵۰-۶۴)، از آثاری هستند که کم‌وبیش به این موضوع پرداخته‌اند.

باین حال، آثار و منابع قدیمی صریحی در این بحث وجود ندارد و در آثار جدید نیز جز اشاره‌های مختصر، تبیین دقیقی از موضوع و ادله موافقان و مخالفان انجام نشده است. از این رو، ما ابتدا به تبیین مفاهیم بحث و سپس به تأسیس اصل

می‌پردازیم. آنگاه ادله کسانى را که مداخله حکومت در تربیت را - به صورت سلب کلی - مشروع نمی‌دانند، بیان کرده و آنها را نقد می‌کنیم و سپس ادله مشروعیت این مداخله را بیان و مؤیدهایی را برای آن ذکر خواهیم کرد. در پایان نیز نکته‌های مهمی را یادآوری می‌کنیم تا نتیجه مطلوب - یعنی مشروعیت مداخله حکومت در امر تربیت به صورت موجبه جزئیه - ثابت گردد.

مفهوم شناسی

۱. تربیت

واژه تربیت در زبان فارسی به معنای پروردن، آموختن آداب و اخلاق به کار رفته و از کاربردهای آن در زبان عربی نیز به دست می‌آید که معنای کلی‌اش این است که یک شیء را آن قدر پرورش دهیم تا به کمال مطلوب برسد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، ۳۳۶؛ مصطفوی، ۱۴۰۲ ق، ۱۷/۴).

در اصطلاح نیز برخی آن را پرورش استعدادهاى بالقوه درونی و به فعلیت رساندن آن دانسته‌اند (مطهری، ۱۳۹۷، ۶). برخی دیگر نیز در تعریف آن نوشته‌اند: «تربیت، فرایند یاری‌رساندن به متربی برای ایجاد تغییر تدریجی در گستره زمان، در یکی از ساحت‌های بدنی، ذهنی، روحی و رفتاری اوست که به واسطه عامل انسانی دیگر، به منظور دستیابی وی به کمال انسانی و شکوفاسازی استعدادهاى او یا بازدارندگی اصلاح صفات و رفتارهای اوست» (اعرافی، ۱۳۸۸، ۲۸).

به نظر می‌رسد تنها مشکل تعریف اخیر، آن است که تربیت را محدود به عامل انسانی کرده است، درحالی که تربیت می‌تواند توسط هر موجودی انجام شود. از این روست که خداوند متعال، «رب» نامیده می‌شود. البته مقصود ما در این نوشتار، فقط تربیت دینی است که بر اساس آموزه‌های اسلامی و با هدف تربیت انسانی دین‌مدار انجام می‌شود، به گونه‌ای که در ابعاد اعتقادی، اخلاقی و مناسکی، التزام قلبی و عملی به اسلام داشته باشد.

پس آنچه از واژه «تربیت» به ذهن خطور می‌کند، تقریباً همان معنایی است که از واژگانی همچون «تأدیب»، «تزکیه» و «اصلاح» به ذهن می‌رسد و در بحث ما

معنای آن‌ها را به ذهن متبادر می‌کند.

۲. حکومت

واژه «حکومت» از ریشه عربی «حکم» گرفته شده و مصدر دوم برای «حکم، یحکم، حکماً» شمرده می‌شود. این واژه گاهی به معنای داوری کردن و فصل خصومت می‌آید (ابن اثیر جزری، بی‌تا، ۴۱۹/۱-۴۲۰) و گاهی به معنای اداره کردن شئون بلاد و برطرف کردن ظلم و اقامه عدل استعمال می‌گردد (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ۱۴۱/۱۲). در اصطلاح نیز حکومت، نهادی است که در زیرمجموعه آن، یک کشور یا یک اجتماع، اداره می‌شود و سیاست‌گذار و تعیین‌کننده راهبردهای پیش روی آن کشور یا اجتماع است و در زمان حاضر، معمولاً از سه بخش مقننه، مجریه و قضائیه تشکیل می‌شود (آقابخشی و افشاری‌راد، ۱۳۸۳، ۱۱۵).

منظور از حکومت در این مقاله نیز مجموعه‌ای است که قدرت در دست اوست و می‌تواند در تربیت و فرهنگ مردم تأثیرگذار باشد، خواه این توانایی در همه حکومت یا فقط در بخشی از آن - مثلاً دولت - وجود داشته باشد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲
۷۰

تأسیس اصل

اگر دلیلی بر مشروعیت دخالت وجود نداشت، مقتضای قاعده اولی، مشروعیت یا عدم مشروعیت را اقتضا می‌کند؟ همچنین اگر اصل مشروعیت را پذیرفتیم ولی دلیلی بر وجوب دخالت نیافتیم، قاعده اولی چه اقتضایی دارد؟ به نظر می‌رسد در باب مشروعیت، اگر دلیلی بر حرمت نیز وجود نداشته باشد، اصل بر جواز دخالت حکومت در امر تربیت است و اصل برائت از حرمت جاری می‌شود. همچنین در مورد وجوب نیز اصل برائت جاری می‌شود و وجوب را نفی می‌کند. در نتیجه در فرض یاد شده، دخالت حکومتی در امر تربیت، نه واجب است و نه حرام؛ بلکه امر مباحی است که حکومت می‌تواند به‌عنوان ابزاری برای حفظ خود، از آن استفاده کند.

البته این در صورتی است که این تربیت، به اعمال ولایت بر شهروندان و محدود

کردن آن‌ها نینجامد و گرنه با توجه به اصل عدم ولایت، حق چنین کاری را نخواهد داشت و اگر اعمال ولایت کند، نافذ نخواهد بود.

توضیح آن‌که: اصل عدم ولایت از اصول و قواعد معروف فقهی و عقلایی است که بر اساس آن، هیچ انسانی بر جان و مال و ناموس انسان دیگر ولایت و سلطنت ندارد و اگر بدون دلیل شرعی، بر کسی اعمال ولایت کند، ولایت او نافذ نیست. با توجه به جستجوهای انجام شده، این اصل مخالفی ندارد و بسیار هم بعید است کسی با آن مخالفت کرده باشد (برای نمونه: ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۴۴/۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۵۴۶/۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۲۵۳/۶؛ امام خمینی، ۱۴۱۸ق، ۵۹۲/۴).

پس اگر قرار باشد هر نوع ولایتی را برای کسی نسبت به شخص دیگری ثابت بدانیم، باید دلیل مناسبی اقامه کنیم و هرگاه دلیل مناسبی پیدا شد، باید برای تشخیص گستره ولایتی که با آن دلیل ثابت می‌شود، به عموم یا اطلاق آن دلیل مراجعه کرد. پس چه بسا یک دلیل بر ثبوت ولایت دلالت کند ولی گستره آن بسیار محدود و در اموری خاص باشد.

بنابراین دخالت حکومت در امر تربیت شهروندان، بر اساس اصل اولی، از نظر تکلیفی نه واجب است و نه حرام و از نظر حکم وضعی نیز اگر به اعمال ولایت از جانب حکومت بینجامد، نافذ نیست.

مشروعیت مداخلات
حکومت در تربیت
دینی شهروندان

۷۱

مشروعیت تربیت حکومتی

نقش حکومت‌ها در عرصه پرورش فکری و فرهنگی شهروندان خود و تربیت دینی یا غیردینی آن‌ها قابل انکار نیست و بسیار روشن است که حکومت‌ها می‌توانند با فراهم کردن زمینه‌های لازم، رشد و هدایت و تربیت صحیح یا ناصحیحی را در شهروندان خود ایجاد کنند. مثلاً در جهان امروز، حکومت‌های غربی با تبلیغات فریبنده و بسیار گسترده برای القای آموزه‌های غلط خود به جوامع بشری، تلاش کرده و تا حدودی هم موفق بوده‌اند. در قرآن نیز در آیات متعددی - مانند آیه ﴿وَأَصْلَ فِرْعَوْنَ قَوْمَهُ وَمَا هَدَى﴾ (طه/ ۷۹) - به نقش حاکم در گمراهی یا هدایت شهروندان اشاره شده است.

باین حال، از نظر فلسفی، کلامی و فقهی این بحث همچنان وجود دارد که آیا حکومت در این زمینه وظیفه‌ای دارد تا حقی نسبت به آن ایجاد شود یا نه؟ در این زمینه چند دیدگاه وجود دارد:

یک. برخی از نظریه‌پردازان معتقدند که اصولاً حکومت حقی در تربیت مردم ندارد و تنها وظیفه‌اش برآوردن شماری از خواسته‌های اجتماعی و سیاسی مردم است، نه تعیین زندگی خوب برای آنان (سروش، ۱۳۷۳، ۳۷۰-۳۷۳؛ بوردو، ۱۳۷۸، ۱۶۶).

دو. برخی دیگر از صاحب‌نظران برای حکومت در تربیت مردم نقش و بلکه وظیفه قائلند؛ اما آن را معطوف به ساختن جامعه‌ای آباد و آزاد می‌دانند و فراتر از آن مدّ نظر آن‌ها نیست؛ یعنی دولت باید افراد را برای تحقّق کامل اهداف سیاسی و اجتماعی و کارآمدی نظام تربیت کند ولی این تربیت فقط تا جایی است که شهروند خوبی را تربیت کند و اطلاعات برای زندگی خوب را به او بدهد اما قرار دادن او در فضای معنوی و اخلاقی به معنای خاصّ الهی، لازم نیست (ابوالحمد، ۱۳۸۴، ۵۵۸ و ۵۶۱).

سه. گروه سوم نیز کسانی‌اند که نقش حکومت در تربیت مردم را پذیرفته‌اند ولی معتقدند جهت‌گیری فرآیند تربیت و هدایت مردم و جامعه باید به سمت و سویی فراتر از برآوردن نیازهای اولی باشد. دانشمندانی همچون افلاطون، ارسطو و فقهای بزرگی مانند امام خمینی و بسیاری دیگر از اندیشمندان در این طیف قرار می‌گیرند. اگرچه نظریات آنان دربارهٔ محدوده و روش‌های این موضوع، تفاوت‌های زیادی دارد که منشأ آن نوع نگاه آن‌ها به هستی و انسان است (افلاطون، ۱۳۹۶، ۳۸۵-۳۸۹؛ فراهانی، ۱۳۸۷، ۴۴-۴۶؛ صادق‌زادهٔ قمصری، ۱۳۷۹، ۲۷-۵۸).

در این مقاله به جزئیات این نظریات از نگاه برون دینی نمی‌پردازیم بلکه فقط ادله را از نگاه کسانی که متشرّع به دین اسلام هستند، مطرح می‌کنیم.

ادلهٔ عدم مشروعیت

دلیل اول: هیچ دلیلی برای نقش حکومت در تربیت دینی وجود ندارد؛ چرا که بیشتر متون مربوطه از لحاظ سند یا دلالت ضعیف‌اند (صادق‌زادهٔ قمصری، ۱۳۷۹، ۴۴).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۷۲

بطلان این دلیل، در آینده با بررسی ادله موافقان روشن خواهد شد.

دلیل دوم: دخالت حکومت‌ها در امر تربیت، پیامدهای مخربی دارد و چه بسا نتایج معکوسی - مانند شکل‌گیری مقاومت در برابر آن و نافرمانی مدنی، دل‌زدگی از مفاهیم دینی، ترسیم چهره‌ای عبوس از دولت اسلامی و... - را به دنبال بیاورد (سخنرانی محسن کدیور، ۱۳۹۷)

نقد دلیل دوم

اولاً: پیامدها، عناوین عارضی هستند که ممکن است گاهی وجود داشته باشند و گاهی وجود نداشته باشند. پس این عناوین در صورت اثبات، نهایتاً می‌توانند وجوب تربیت را در برخی از موارد و از باب حکم ثانوی نفی کنند نه در همه موارد. پس این دلیل، اخص از مدعاست.

ثانیاً: قرار نیست که صرفاً با توجه به فواید احتمالی تربیت برای تقویت نظام حکومتی، به دخالت حکومت در امر تربیت معنوی مردم حکم شود تا احتمال مفسده، مطرح گردد بلکه تا وقتی که دلیل قطعی عقلی یا شرعی بر آن پیدا نشود، چنین حکمی ثابت نخواهد شد.

ثالثاً: همان‌گونه که احتمال دارد تربیت دینی مردم نتیجه عکس داشته باشد، احتمال موفقیت هم وجود دارد. پس نمی‌توان به صرف احتمال مخالف، از این مصلحت بزرگ چشم‌پوشی کرد، بلکه باید به دنبال مرجح بود.

رابعاً: اصل این روش که بر اساس مصلحت‌سنجی به کشف حکم شرعی پردازیم، به قیاس و استحسان و مصالح مرسله‌ای می‌انجامد که در مذهب تشیع، باطل است (ر.ک: محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ ق، ۵۴/۱).

دلیل سوم: دولت‌ها در صدر اسلام، چه در زمان امام علی علیه السلام و چه در سده‌های بعدی، هرگز مسئولیت تعلیم و تربیت رسمی را برعهده نداشته‌اند. از این رو، انجام وظیفه تربیتی دولت اسلامی را باید در مواردی همچون آموزش عمومی احکام و معارف و اخلاق الهی، در قالب ایراد خطبه، تعلیم عملی آداب و اخلاق اسلامی در معاشرت با مردم، امر به معروف و نهی از منکر، اجرای حدود الهی و... جستجو نمود (صادق‌زاده قمصری، ۱۳۷۹، ۴۴)

نقد دلیل سوم

اولاً: این دلیل نهایتاً ثابت می‌کند که در زمان معصومین علیهم‌السلام، شیوه مناسب برای تربیت مردم، ایراد خطبه، امر به معروف و ... بوده است اما ثابت نمی‌کند که دولت در عصر حاضر، که انجام تربیت درگروی به کارگیری شیوه‌های دیگر است، چنین مسئولیتی ندارد. پس اگر با ادله کافی ثابت شد که حکومت اسلامی در امر تربیت شهروندان جامعه مسئولیت دارد، باید این مسئولیت را با هر شیوه مشروعی که در توان دارد، انجام دهد.

ثانیاً: برخی از شواهد وجود دارد که نشان می‌دهد امیرالمؤمنین علیه‌السلام نمی‌توانستند به همه وظایف تربیتی خود عمل کنند. مقدار این موارد به حدی بوده که علامه مجلسی آن‌ها را تحت بابی با عنوان «علیه عدم تغییر امیرالمؤمنین علیه‌السلام بعض البدع فی زمانه» آورده است (مجلسی، ۱۴۰۳، اق، ۱۶۷/۳۴).

دلیل چهارم: در برخی روایات (نهج البلاغه: حکمت/۳۹۹)، مسئولیت تربیت فرزندان بر عهده پدران گذاشته شده است نه دولت‌ها (صادق‌زاده قمصری، ۱۳۷۹، ۴۴).

نقد دلیل چهارم

اولاً: چنانچه دلیلی بر مسئولیت دولت در مورد تربیت دلالت کند، این دلیل، نمی‌تواند آن را رد کند.

ثانیاً: این دلیل، توضیح نداده است که چرا از نصوص مربوط به والدین، (مسئولیت مستقیم والدین) برداشت می‌شود، اما از نصوص مربوط به حاکمان، (مسئولیت مستقیم دولتمردان) برداشت نمی‌شود؟ (سروش، ۱۳۸۶، ۶۰).

ثالثاً: بحث ما فقط درباره تربیت کودک نیست تا آن را بر عهده والدین بدانیم.

ادله مشروعیت

برای مشروعیت و بلکه وجوب دخالت حکومت در امر تربیت دینی شهروندان، ادله گوناگونی وجود دارد، هرچند برخی از فقهای بزرگوار - مانند امام خمینی - که بیش از دیگران تعلیم و تربیت را از این زاویه مورد توجه قرار داده‌اند، بدون ورود تفصیلی به این ادله، به صورت اجمالی به آن‌ها اشاره کرده‌اند (امام خمینی، بی‌تا، ۶۲۰/۲).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۷۴

این ادله دو دسته‌اند: برخی از آن‌ها مخصوص حاکم بما هو حاکم هستند و برخی دیگر، ادله و قواعدی کلی هستند که مخصوص حکمرانان نیستند بلکه عناوین دیگری مانند مکلف بودن، عالم بودن، مبلغ دین بودن در آن ادله مورد نظر است، ولی چون حاکم، عناوین یادشده را هم دارد، مشمول آن ادله و قواعد قرار می‌گیرد. همچنین با توجه به این که حاکم حتماً باید شرایطی مانند عقل، بلوغ، علم و... را داشته باشد، طبعاً از نظر مصداق خارجی، هرگاه تکلیفی برای این عناوین ثابت شود، برای حاکم نیز ثابت خواهد شد. در نتیجه غالباً از نظر عملی هم تفاوتی ندارد که حاکم از باب حکومتش مردم را تربیت کند یا از باب عالم یا مبلغی که امکانات بهتری دارد.

به علاوه در بسیاری از موارد می‌توان از باب تنقیح مناط، حکم را برای حاکم بما هو حاکم نیز ثابت نمود. مثلاً اگر ثابت شود که وجوب تربیت دیگران بر عهده علما ثابت است پس به طریق اولی برای حاکم مشروع، به عنوان شخصی که قدرت و امکانات تبلیغی بیشتری دارد نیز واجب می‌شود.

به هر حال، در این نوشتار تلاش شده است که هر مدرک یا دلیلی که احتمال استفاده از آن برای اثبات مشروعیت تربیت حکومتی وجود دارد، بیان گردد اما با توجه به ضعف یا نقصان موجود در برخی از این ادله، آن‌ها را به دو بخش تقسیم می‌کنیم؛ در بخش اول، ادله قوی‌تر و در بخش دوم، ادله ضعیف‌تر به عنوان مؤید ذکر می‌شود.

دلیل اول: آیه ۴۱ سوره حج

﴿الَّذِينَ إِذَا مَكَتَاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ﴾؛ همان کسانی که هرگاه در زمین به آن‌ها قدرت بخشیدیم، نماز را برپا می‌دارند و زکات می‌دهند و امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند. علامه طباطبایی درباره این آیه می‌فرماید: «مراد از تمکین آنان در زمین، توانا کردن آنان بر انتخاب روش زندگی است، بدون این که مانعی جلوی آن‌ها را بگیرد و یا مزاحمی برای ایشان مزاحمت ایجاد کند» (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ۳۸۶/۱۴).

با این حال، سه دیدگاه درباره معنای تمکین، قابل تصوّر است:
دیدگاه اوّل: منظور از تمکین، مطلق تمکّن است؛ یعنی برخی از افراد، هرگاه توانایی انجام تکالیف را پیدا کنند، نماز و زکات و امر به معروف و نهی از منکر را انجام می دهند. پس این آیه یکی از شرایط تکلیف یعنی قدرت بر امتثال را بیان می کند.

نقد: اولاً: طبق این معنا، آیه برای بیان یک مطلب بدیهی عقلی است که نیازی به گفتن ندارد؛ ثانیاً: ظاهر روایاتی که مصداق این آیه را اهل بیت علیهم السلام معرفی کرده اند، این است که معنای تمکین، چیزی فراتر از تمکّن های شخصی است؛ ثالثاً: این معنا با کلمه «فی الأرض» سازگار نیست؛ چون ظاهر این کلمه آن است که نوعی قدرت و توانمندی اجتماعی برای شخص ایجاد می شود و نه صرفاً یک توانمندی شخصی.

دیدگاه دوم: منظور از تمکین، سلطنت و حکومت در زمین است.
نقد: حمل آیه بر این معنای محدود هم بی دلیل است؛ چون کلمه «مکناهم» معنای وسیع تری از حکومت و سلطنت دارد.

دیدگاه سوم: منظور از تمکّن در زمین، نه مطلق تمکّن است که شامل تمکّن های شخصی باشد و نه آن قدر محدود است که به معنای تشکیل حکومت باشد بلکه به معنای نوعی توانمندی اجتماعی است که یکی از مصادیق آن تشکیل حکومت و مصداق دیگر آن، توانمندی اجتماعی بدون حکومت است (اعرافی، ۱۳۹۲، جلسه ششم اسفند).

بر اساس این دیدگاه، قطعاً منظور از اقامه نماز و ایتای زکات و... جنبه فردی آنها نیست؛ زیرا روشن است که اقامه نماز و... متوقّف بر توانمندی اجتماعی نیست. همچنین به معنای اقامه نماز صحیح و کامل هم نیست؛ زیرا کامل و صحیح خواندن نماز و ادا کردن زکات کامل، منوط به تمکّن اجتماعی در زمین نیست بلکه شاید برخی از مراتب امر به معروف و نهی از منکر منوط به تمکّن اجتماعی باشد.

در نتیجه دو احتمال در مورد معنای اقامه نماز و ایتای زکات و... باقی می ماند:

یک. منظور جنبهٔ مجموعی چهار عمل (نماز، زکات، امر به معروف و نهی از منکر) است؛ یعنی ویژگی این افراد این است که تا وقتی مکنت ندارند، ممکن است برخی از این اعمال را انجام دهند و برخی را ترک کنند ولی بعد از مکنت اجتماعی، همهٔ آن‌ها را انجام می‌دهند (اعرافی، ۱۳۹۲، جلسهٔ ششم اسفند).

دو. منظور جنبهٔ اجتماعی و تربیتی این چهار عمل است؛ یعنی این افراد، جامعه را به سمت وسوی انجام این امور هدایت و تربیت می‌کنند و زمینه را برای اقامه شدن نماز و پرداخت شدن زکات فراهم می‌کنند.

از میان این دو احتمال، احتمال اول صحیح نیست؛ چون اولاً: ارادهٔ چنین معنایی مؤونهٔ زیادی می‌طلبد، زیرا همان‌گونه که قائل این قول هم اعتراف کرده، ظاهر اولی چنین بیانی، استغراقی بودن آن است و مجموعی بودن آن دلیل می‌خواهد؛ ثانیاً: بدون مکنت اجتماعی نیز انجام مجموع این امور ممکن است. پس انجام این امور برای متمکنان، امتیاز ویژه‌ای شمرده نمی‌شود، درحالی که ظاهر آیه بیان یک امتیاز ویژه برای آنان است.

مشروعیت مداخلات
حکومت در تربیت
دینی شهروندان
۷۷

پس بهترین احتمال، احتمال دوم است؛ یعنی منظور این است که این افراد، وقتی به یک جایگاه اجتماعی و قدرت یا سلطنت حکومتی می‌رسند، زمینه را برای این چهار عمل فراهم می‌کنند و مردم را به آن‌ها ترغیب و ایشان را برای این امور تربیت می‌کنند.

البته منظور این نیست که ایشان با استفاده از یک قدرت فرازمینی و ملکوتی این کار را انجام می‌دهند بلکه منظور این است که با همان روش‌های معمولی و برداشتن موانع و ترغیب و تشویق مردم، زمینهٔ اقامه نماز کامل را در تمام عالم فراهم می‌کنند. در نتیجه، وظیفهٔ حاکم این است که اقامهٔ نماز و پرداخت زکات را به یک فرایند جمعی تبدیل کند و ضمن امر به معروف و نهی از منکر افراد جامعه، آنان را بر اساس همین دو اصل، تربیت نماید؛ زیرا با توجه به این که در این آیه شریفه، این وظیفه را به حالت تمکّن مقید کرده است، معلوم می‌شود که در مقام بیان وظیفهٔ کسی است که تمکّن کافی در اجتماع دارد، نه بیان وظایف فردی مسلمانان، وگرنه نیازی نبود که آن را مقید به حالت تمکّن کند.

دلیل دوم: آیه ۱۴۲ سوره اعراف

﴿وَقَالَ مُوسَى لِأَخِيهِ هَارُونَ أَخْلِفْنِي فِي قَوْمِي وَأَصْلِحْ وَلَا تَتَّبِعْ سَبِيلَ الْمُفْسِدِينَ﴾؛ و موسی به برادرش هارون گفت: «جانشین من در میان قومم باش و [آنان را] اصلاح کن و از روش مفسدان، پیروی منما».

در این آیه، حضرت موسی علیه السلام به برادرش دستور می دهد که قوم خود را اصلاح کند، درحالی که تربیت مردم بر اساس تعالیم وحیانی و جلوگیری از گمراهی آنان، اگر خود این اصلاح نباشد، دست کم یکی از مصادیق اصلاح است. پس تربیت بنی اسرائیل، یکی از کارهایی است که بر حضرت هارون علیه السلام واجب شده بود. شاهد بر این معنا آیات ۹۲ و ۹۳ سوره طه است که واژه اصلاح را تفسیر می نماید:

﴿قَالَ يَا هَارُونُ مَا مَنَعَكَ إِذْ رَأَيْتَهُمْ ضَلُّوا * أَلَا تَتَّبِعَنِ أَفَعَصَيْتَ أَمْرِي﴾؛ [موسی] گفت: ای هارون، چرا هنگامی که دیدی آن ها گمراه شدند * از من پیروی نکردی؟! آیا فرمان مرا عصیان نمودی!؟

به هر حال، حضرت موسی علیه السلام علاوه بر داشتن مقام رسالت، حاکم بر بنی اسرائیل نیز بود و حضرت هارون علیه السلام را هم در دو ساحت مقام تبلیغ و مقام حکمرانی، جانشین خود قرار داده بود. پس می توان حکم آن را به همه حکمرانان سرایت داد. چه بسا گفته شود: جلوگیری از اضلال، وظیفه انبیاست و ربطی به حاکم بودن یا نبودن ندارد. پس باید ثابت کرد که در دوران غیبت، جلوگیری از اضلال تنها با حکومت اتفاق می افتد؛ چون می توان فرض کرد که هدایت و جلوگیری از اضلال، وظیفه روحانیت و مرجعیت و مبلغان است و حکومت وظیفه ای ندارد.

در پاسخ می گوئیم:

اولاً: این که آیا باید برای جلوگیری از اضلال مردم، حکومت تشکیل داد یا نه، بحث دیگری است که باید جداگانه بررسی شود. بحث ما فعلاً در فرض بعد از تشکیل حکومت است؛ یعنی اگر حکومتی اسلامی تشکیل شد، آیا نسبت به تربیت مردم وظیفه ای دارد یا نه؟ داستان بنی اسرائیل نشان می دهد که بعد از تشکیل حکومت، حاکم نسبت به هدایت مردم وظیفه داشته است.

ثانیاً: در حکومت اسلامی، حاکم قطعاً خودش باید عالم باشد. پس حداقل

به‌عنوان عالم بودنش وظیفه تبلیغ و هدایت را دارد. به‌بیان‌دیگر، در خصوص حکومت اسلامی، میان این دو عنوان، تلازم وجود دارد.

ثالثاً: در مورد این که آیا حضرت هارون علیه السلام از جهت پیامبر بودنش وظیفه داشته یا از جهت حاکم بودنش، به نظر می‌رسد که هر دو صحیح است و حاکم تا جایی که می‌تواند باید به‌عنوان یک مبلغ، مردم را به دین دعوت کند و آنگاه که تبلیغ به‌تنهایی کافی نبود، از امکانات حکومتی استفاده کند؛ زیرا خود داستان گوساله‌پرست شدن بنی‌اسرائیل نشان می‌دهد که تبلیغ انبیا نیز به‌تنهایی مانع از اضلال مردم نمی‌شود چه رسد به تبلیغ روحانیت و مرجعیت و...؛ چون حضرت هارون علیه السلام وظیفه تبلیغی خود را انجام داد و به مردم فرمود: ﴿وَلَقَدْ قَالَ لَهُمْ هَارُونُ مِنْ قَبْلُ يَا قَوْمِ إِنَّمَا فُتِنْتُمْ بِهِ وَإِنَّ رَبَّكُمُ الرَّحْمَنُ فَاتَّبِعُونِي وَاطِيعُوا أَمْرِي﴾ (طه/۹۰)؛ ولی چون مردم از او تمرد کردند و حکومت او را نپذیرفتند و قدرت حکومتی‌اش توسط مردم محدود شده بود ﴿إِنَّ الْقَوْمَ اسْتَضَعَفُونِي وَكَادُوا يَقْتُلُونَنِي﴾ (اعراف/۱۵۰)، نتوانست جلوی سامری بایستد.

حال اگر ایشان به‌عنوان حاکم بودنش وظیفه‌ای نداشت، فقط کافی بود که به حضرت موسی علیه السلام بگوید: «من به آن‌ها تذکر دادم و آن‌ها گوش نداند» و دیگر لازم نبود که سخن از استضعاف و تهدید آنان را مطرح کند. به‌علاوه، گویا حضرت هارون علیه السلام در مقابل بنی‌اسرائیل تلاش کرده است که از امکانات حکومتی استفاده کند و‌گرنه اصلاً لازم نبود بنی‌اسرائیل ایشان را تهدید و استضعاف کنند.

دلیل سوم: وجوب اهتمام به امور مسلمین

احادیثی با این مضمون وجود دارد که «مَنْ أَصْبَحَ لَا يَهْتَمُّ بِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۱۶۳/۲) سند برخی از این احادیث، موثق و قابل‌اعتماد است و می‌توان اطمینان یافت که چنین مضمونی از معصوم علیه السلام صادر شده است. ملاصالح مازندرانی در شرح کافی می‌نویسد: «مقصود از "لا یهتم" این است که عزم بر قیام به امور مسلمین نداشته باشد و با این که قدرت دارد، در پی انجام آن نباشد. "فلیس بمسلم" یعنی اسلام او کامل نیست و ارزشی ندارد. مراد از امور مسلمانان نیز اعم از امور دنیوی و آخروی است» (مازندرانی، ۱۳۸۲ق، ۲۸/۹).

علامه مجلسی نیز برداشتی شبیه همین مضمون را از این روایات، دارد (مجلسی، ۱۴۰۴ ق، ۱/۹).

پس می‌توان گفت: از آنجا که تربیت دینی یکی از مهم‌ترین امور فردی و اجتماعی مسلمانان است که سعادت دنیوی و اخروی ایشان بستگی به آن دارد و بدون تربیت صحیح، رسیدن به سعادت و رهایی از شقاوت ناممکن است، بر هر مسلمانی واجب است که نسبت به این امر اهتمام داشته باشد و تا حد امکان به تربیت خود و سایر مسلمانان بپردازد. البته برخی از مراتب تربیت، به قدرت و امکاناتی نیاز دارد که فقط در اختیار دولت و حکومت جامعه است و از این رو حاکم باید عهده‌دار این امر خطیر شود؛ چراکه واژه «من» در این روایات، اطلاق دارد و هم شامل افراد حقیقی مسلمان می‌شود و هم شامل شخصیت‌های حقوقی. پس مقید کردن این اطلاق به افراد حقیقی، دلیل می‌خواهد که ظاهراً دلیلی وجود ندارد.

همچنین اگر از وجوب، چشم‌پوشی کنیم و فقط بخواهیم اصل مشروعیت یا استحباب تربیت دینی را ثابت کنیم، این کار بسیار ساده‌تر خواهد بود؛ زیرا احادیث بسیار دیگری هم وجود دارد که بر نفع رساندن به مردم و برآورده کردن نیازهای ایشان دلالت دارند (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۱۶۴/۲). روشن است که تربیت صحیح دینی مردم یکی از مصادیق روشن نفع رساندن به ایشان است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۸۰

دلیل چهارم: عهدنامه مالک اشتر

در عهدنامه امیرالمؤمنین علیه السلام خطاب به مالک اشتر آمده است:

«هَذَا مَا أَمَر بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عَلِيٌّ أَمِيرًا الْمُؤْمِنِينَ مَالِكَ بْنَ الْحَارِثِ الْأَشْثَرِ فِي عَهْدِهِ إِلَيْهِ حِينَ وُلَّاهُ مِصْرَ جُنُودَهُ خَرَاجَهَا وَجِهَادَ عَدُوِّهَا وَاسْتِصْلَاحَ أَهْلِهَا وَ عِمَارَةَ بِلَادِهَا...»؛ این فرمان بنده خدا علی امیر مؤمنان، به مالک اشتر پسر حارث است، در عهدی که با او دارد، هنگامی که او را به فرمانداری مصر برمی‌گزینند تا خراج آن دیار را جمع آورد و با دشمنانش نبرد کند، مردم را اصلاح و شهرهای مصر را آباد سازد (نهج البلاغه: نامه ۵۳). علاوه بر سندی که ابوبکر دینوری (دینوری، ۱۴۱۹ ق، ۳/۳۵۹-۳۶۰) و ابن عساکر (ابن عساکر، ۱۴۱۵-۱۴۱۹ ق، ۵۱۶/۴۲) از اهل سنت برای عهدنامه آورده‌اند، نجاشی و

شیخ طوسی نیز سندهایی را برای این عهدنامه ذکر کرده‌اند که تصحیح آن‌ها ممکن است، گرچه در این مختصر، امکان بررسی تفصیلی آن‌ها وجود ندارد (طوسی، بی‌تا، ۳۷-۳۸؛ نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۸).

جمله «استصلاح أهلها» به معنای صالح‌سازی و صالح‌ساختن اهل مصر است؛ اما صالح کردن مردم، مفهومی مطلق است که امور دنیوی و آخرتی را در برمی‌گیرد. در دنیای امروز هم بعید نیست مهم‌ترین صلاح بشر در تربیت فرهنگی و اجتماعی باشد؛ چرا که عقب‌ماندگی جامعه در این امور، آن را از حیث قدرت و امنیت، پیشرفت، نظم اجتماعی، اقتصاد... تحت تأثیر شدید قرار می‌دهد. پس حکومت در قبال فرهنگ جامعه خود مسئول است (مشیرآبادی، ۱۳۹۲، ۸۳).

این دستور امیرالمؤمنین علیه السلام ظهور در وجوب دارد؛ زیرا طبق قول صحیح، ماده و صیغه امر (أمر)، ظاهر در وجوب است (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۶۳ و ۷۰).
چه بسا گفته شود: تربیت و امور معنوی، خلاف ظاهر و سیاق «استصلاح أهلها» و عماره بلادها است.

مشروعیت مداخلات
حکومت در تربیت
دینی شهروندان
۸۱

در پاسخ می‌گوییم: همان‌طور که توضیح داده شد، این عبارت کاملاً مطلق است و هم اصلاح امور دنیایی را در برمی‌گیرد و هم امور معنوی و آخرتی را. اما برفرض که فقط امور دنیوی را شامل شود، اصولاً اصلاح امور دنیوی جز با تربیت صحیح شهروندان جامعه ممکن نیست. آیات قرآن و تاریخ، به روشنی به این قضیه شهادت می‌دهد؛ چرا که همیشه بدبختی و شقاوت و سختی‌هایی که ملل مختلف در طول تاریخ متحمل شده‌اند، همگی به خاطر رفتارهای غلط و نسنجیده خودشان بوده است ﴿وَمَا أَصَابَكُمْ مِنْ سَيِّئَةٍ فَمِنْ نَفْسِكُمْ﴾ (نساء/۷۹). پس دست کم می‌توان گفت: استصلاح، مقدمه‌ای دارد که عبارت از «تربیت دینی مردم» است.

دلیل پنجم: قاعده عدالت اجتماعی

یکی از واجبات حکومتی، اقامه عدل و تأمین عدالت است و حاکم باید عدالت را در جامعه تأمین کند. این وجوب، ادله قرآنی و غیر قرآنی متعددی دارد، مانند ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾ (مائده/۴۲)، ﴿وَأَمْرٌ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُم﴾ (شوری/۱۵)،

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ (نحل/ ۹۰)، ﴿اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ (مائده/ ۸) و

برای اثبات وجوب تربیت دینی با تمسک به این قاعده، دو شیوه وجود دارد:
شیوه اول: یکی از مقدمات اجرای عدالت، تربیت مردم بر اساس آموزه‌های دینی است وگرنه ایشان عدالت واقعی را بر نمی‌تابند؛ یعنی مردم بدون تربیت دینی صحیح نمی‌توانند عدالت واقعی را تحمل کنند. همان‌گونه که بعد از به حکومت رسیدن امیرالمؤمنین علیه السلام نتوانستند تحمل کنند؛ چراکه تربیت دینی ایشان در طول سی سال، تغییر کرده بود. از این رو، ضرورت دارد که حاکم، فرهنگ مردم را به گونه‌ای هدایت کند که قابلیت اجرای عدالت در جامعه ایجاد شود. پس وجوب تربیت مردم از باب مقدمه واجب، ثابت می‌شود.

البته در اینجا نیازی نیست که وجوب شرعی مقدمه واجب را ثابت کنیم؛ زیرا وجوب آن، چه عقلی باشد و چه شرعی، ما را به مطلوب می‌رساند.

شیوه دوم: تربیت مردم، حقی بر عهده حاکم است که ترک آن، ظلم شمرده می‌شود. در این روش، ابتدا باید حق بودن تربیت و سپس ثبوت آن بر عهده حاکم را ثابت کنیم، چون در غیر این صورت، نه انجام آن مصداق عدالت است و نه ترک آن مصداق ظلم.

اما درباره حق بودن تربیت، حتی با قطع نظر از ادله نقلی نیز چنین حقی قابل اثبات است؛ زیرا با نگاه فلسفی و کلامی، همه استعداد‌های طبیعی موجود در بشر، می‌توانند مبنای یک «حق طبیعی» برای انسان باشند. پس استعداد آموزش و پرورش در انسان، برای او حقی را ایجاب می‌کند که محروم کردنش از این حق، ظلم است. محقق نراقی و شهید مطهری کلماتی در تأیید این نگاه دارند (نراقی، ۱۴۱۷ ق، ۱/۹۴؛ مطهری، ۱۳۸۰، ۱۹/۱۵۸).

همچنین با در نظر گرفتن ادله نقلی نیز شاید بتوان حق بودن هر چیزی را که در حل مشکلات و تأمین زندگی سعادت‌مندان مسلمانان نقش دارد، ثابت کرد. مثلاً از روایات «مَنْ لَمْ يَهْتَمَّ بِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ» (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۲/۱۶۳) استفاده می‌شود که تربیت یک حق است که خداوند بر عهده هر مسلمانی - از جمله حاکم - نهاده است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۸۲

مؤید این معنا، آیات و روایاتی است که انسان را به خیرخواهی برای مؤمنان تحریک کرده‌اند، مانند: ﴿أَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ (بقره/ ۱۹۵) و ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ (نحل/ ۹۰).

حال از آنجا که از مهم‌ترین وظایف حاکم، حفظ منافع مردم و رسیدگی به حقوق ایشان است و بدین منظور منصوب شده، بعید است که نسبت به یکی از مهم‌ترین اصول زندگی ایشان - یعنی تربیت دینی - مسئولیتی نداشته باشد، به‌ویژه تربیت‌هایی که با زندگی دنیایی ایشان نیز ارتباط دارد. به‌علاوه، با توجه به امکاناتی که در اختیار اوست، چه‌بسا انجام برخی از مراتب تربیت فقط بر او متعین باشد.

دلیل ششم: قاعده وجوب حفظ نظام اسلامی

یکی از قواعدی که فقها به صورت مستقل درباره آن بحث نکرده‌اند ولی در فقه به صورت یک قاعده مسلم درآمده، قاعده «وجوب حفظ نظام» است. در کلمات فقها، نظام در سه معنا به کار رفته است:

۱. گاهی مراد از آن، سامان داشتن امور معیشتی مردم و جریان داشتن امور مردم در وضعیتی طبیعی و بدون بحران؛ یعنی مقصود از حفظ نظام، رعایت اموری است که قوام جامعه و مردم به آن وابسته است و در صورت اختلال در آن، نظم زندگی و معیشت مردم به خطر می‌افتد. در مقابل این معنا، «اختلال نظام» قرار دارد.

در بیشتر موارد، منظور از نظام در قاعده «وجوب حفظ نظام» همین معناست و در فقه، بارها به‌صراحت این معنا تکرار شده است و فقها بر اساس این قاعده، هر موضوعی را که موجب اختلال نظام شود، حرام دانسته و به وجوب حفظ نظام فتوا داده‌اند (انصاری، ۱۴۲۸ ق، ۳/۳۵۰؛ خوئی، ۱۴۱۶ ق، ۱/۵۵۵؛ امام خمینی، ۱۴۲۲ ق، ۳/۵۱۰).

با در نظر گرفتن این معنا برای قاعده «وجوب حفظ نظام»، نمی‌توان وظیفه تربیت دینی مردم را بر عهده حکومت ثابت کرد؛ زیرا حفظ نظام یک جامعه، مبتنی بر تربیت دینی افراد آن جامعه نیست بلکه ممکن است شهروندان تربیت دینی نداشته باشند ولی در حفظ نظم اجتماعی کوشا باشند. شاهد آن که در طول تاریخ، بیشتر حکومت‌ها غیردینی بوده‌اند و افراد جائر بر جوامع بشری تسلط داشته‌اند ولی اختلالی

مشروعیت مداخلات
حکومت در تربیت
دینی شهروندان
۸۳

در نظام آن‌ها به وجود نیامده است، برخلاف «عدالت اجتماعی» که هیچ‌گاه بدون تربیت دینی محقق نشده است.

۲. گاهی مقصود از نظام، حکومت یا همان نظام سیاسی خاصی است که تحت اصول و چارچوب‌های دین اسلام اداره می‌شود و به آن، «نظام اسلامی» می‌گویند. این معنا از نظام، در محاورات معاصر بیشتر به کار می‌رود و منظور از آن، حفظ نظام جمهوری اسلامی است که ادلهٔ مختلفی بر وجوب آن دلالت می‌کند (امام خمینی، ۱۴۲۲ ق، ۵۱۰/۳؛ سبحانی، ۱۴۲۳ ق، ۴۲۹/۳؛ منتظری، ۱۴۰۹ ق، ۵۴۹/۲ و ۵۶۸).

ما اکنون به بررسی این ادله نمی‌پردازیم و آن را به‌عنوان یک اصل موضوعی می‌پذیریم ولی برای تطبیق این قاعده بر بحث وجوب تربیت، می‌گوییم: بی‌تردید حکومتی که می‌خواهد یک نظام اجتماعی مبتنی بر دین را در جامعه نهادینه کند، باید تربیت دینی شهروندان را به‌عنوان مقدمه‌ای برای حفظ این نظام، سرلوحهٔ کار خود قرار دهد؛ زیرا با توجه به لوازم و محدودیت‌هایی که یک حکومت دینی به‌دنبال می‌آورد، باید آستانهٔ تحمل شهروندان جامعه را برای پذیرفتن این محدودیت‌ها و لوازم آن تقویت کرد و قلب و جان و اندیشهٔ ایشان را برای پذیرفتن ساختارهای حکومت دینی آماده ساخت.

مثلاً در جامعه‌ای که مردم آن بر اساس تعالیم دینی، تربیت نشده‌اند، هرگز عدالت واقعی را بر نمی‌تابند و محدودیت‌های دینی را در حوزهٔ خوراک، پوشش و... قبول نمی‌کنند و آن‌ها را منافی با آزادی خود می‌پندارند. چنین مردمی، لذت‌های مادی را بر هر چیز دیگری ترجیح می‌دهند و با ترویج لذت‌گرایی به‌سوی هرج و مرج شهوانی و بی‌تفاوت شدن نسبت به ارزش‌های انسانی پیش می‌روند. این روند در نهایت موجب یأس و دل‌زدگی نسبت به حکومت دینی و ضعف و اضمحلال نظام اسلامی می‌شود؛ چرا که اصولاً هرگاه نوع تربیت مردم، با ساختار حکومتی که بر آنان حکمرانی می‌کند، سازگاری کافی نداشته باشد، قطعاً زمانی فرا خواهد رسید که آن حکومت دچار آسفتگی و هرج و مرج و اختلال می‌شود و عمر آن به پایان می‌رسد. از این رو، حتی در نظام‌های سیاسی لیبرال دموکراسی که سهم بیشتری را برای خانواده، در تعلیم و تربیت فرزندان خود می‌پذیرند، دولت‌ها حاضر نیستند از حق خود

در سیاست‌گذاری برای آموزش و پرورش، عقب‌نشینی کنند؛ زیرا این عقب‌نشینی را مستلزم بحران اجتماعی، فرهنگی و حتی امنیتی می‌دانند. مثلاً در انگلستان که وزارت آموزش و پرورش، نه صاحب مدرسه‌ای است و نه معلمی را به شغل معلمی منصوب می‌کند و انجمن‌های محلی از بیشترین اختیارات برخوردارند، در عین حال، حکومت مرکزی تعیین خط‌مشی کلی و سیاست کلی امور آموزش و تربیتی را بر عهده دارد (پور مقدّس، ۱۳۵۶، ۹۱؛ توما، ۱۳۷۴، ۲۸).

بنابراین، می‌توان گفت: یکی از مهم‌ترین وظایف حاکم برای حفظ اصل نظام اسلامی، این است که مردم را بر اساس تعالیم این دین تربیت کند تا آنجا که نهایت سازگاری میان خواسته‌ها و تمایلات مردم با ساختارهای حکومت دینی ایجاد شود و از این طریق، زمینه‌های حفظ و پایداری نظام اسلامی - که موجب حفظ اصل اسلام و کیان مسلمانان و حفظ عزّت آنان و... است - فراهم گردد.

۳. گاهی حفظ نظام به معنای حفظ کشور اسلامی و مسلمین از هجوم دشمنان و حفظ موجودیت اسلام و مسلمانان در برابر کفّار است.^۱ بر کسی پوشیده نیست که آمادگی برای دفاع در مقابل دشمن یک واجب عقلی است که شرع نیز در آیه شریفه ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ (انفال/۶۰) آن را تأیید کرده است و فقهای مسلمان نیز آن را بر بسیاری از احکام دیگر ترجیح داده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹ ق، ۴۰/۱۵؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق، ۴۰/۴؛ قزوینی، ۱۴۲۴ ق، ۳۱۸/۲).

از این رو، حتّی در زمان صلح و عدم وجود خطر نیز نباید این آمادگی را از دست داد و این مسئله در مورد رابطه مسلمانان و کفّار روشن‌تر است؛ چرا که به فرموده قرآن، آنان هیچ‌گاه دوستان واقعی نخواهند بود (بقره/۱۲۰).

بر این اساس، از آنجا که مسئله تربیت، ارتباط مستقیم با قدرت یافتن جامعه اسلامی و بیمه شدن آن در مقابل خطرات احتمالی و هجمه‌های دشمنان اسلام دارد، یکی از ابزارهای دفاعی جامعه اسلامی در برابر دشمنان، تربیت دینی افراد جامعه است؛

۱. برای یافتن برخی از تحقیقات مربوط به این بخش، از مقاله «ضرورت حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در آن در فقه امامیه» (محمدجواد باقی‌زاده و همکاران، شیعه‌شناسی، ۱۳۹۳، شماره ۴۷، صص ۱۶۷-۲۰۰) استفاده فراوان شده است.

چراکه مضمون روایات^۱ و برخی تجربه‌های تاریخی نشان می‌دهد که از بین رفتن فرهنگ و تربیت اسلامی در جامعه، زمینه‌ساز نفوذ گسترده و تضعیف بنیان‌های اجتماعی و نابود کردن جوامع اسلامی است و گسترش شهوات و بی‌بندوباری، توان روحی و جسمی مردم را برای دفاع از اسلام نابود می‌کند. در مقابل، گسترش تربیت دینی، به‌خوبی می‌تواند جلوی این هجوم‌ها و خطرات را بگیرد. پس بر حاکم اسلامی واجب است زمینه تربیت دینی شهروندان را فراهم کند تا از این رهگذر، جامعه اسلامی در مقابل هجوم‌ها از قدرت و استحکام بیشتری برخوردار باشد.

﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ (انفال/۶۰) نیز بر همین مطلب دلالت دارد؛ زیرا این‌گونه نیست که دفاع فقط به‌عنوان عملیات جنگی واجب باشد بلکه آمادگی تقویت بنیه دفاعی از هر جهت برای جلوگیری از هجوم دشمن لازم است و یکی از جلوه‌های آن، آمادگی‌های معنوی است که دامنه وسیعی از حیث نوع علوم و تربیت‌ها دارد و یکی از پیش‌نیازهای امنیت فراگیر، به‌شمار می‌رود. برخی از مفسران به این معنا اشاره کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۵)

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۸۶

دلیل هفتم: قاعده وجوب دفع ضرر محتمل

قاعده دیگری که می‌توان از آن وجوب تربیت دینی مردم و یاد دست کم مشروعیت آن را استفاده کرد، قاعده «وجوب دفع ضرر» است که زیر بنای وجوب تحقیق درباره اصول دین و اعتقادات را تشکیل می‌دهد. این قاعده یک قاعده عقلی است که در کلام فقها نیز به‌عنوان یک قاعده مسلم مطرح شده است.

البته این قاعده فقط شامل دفع ضرر از خود انسان نمی‌شود بلکه شامل دفع ضرر از سایر مسلمانان - بلکه سایر انسان‌ها - نیز می‌شود؛ یعنی بر مسلمان واجب است که ضررهای احتمالی را از سایر مسلمانان دفع نماید. این معنا را می‌توان از روایات

۱. مثلاً در داستان بلعم باعورا آمده است که او بعد از این که دنیا و آخرت خود را نابود شده دید، برای شکست لشکر حضرت موسی علیه السلام به حيله متوسل شد و دستور داد عده‌ای از زنان خود را آرایش کرده و به میان سپاه حضرت موسی علیه السلام برونند. برخی از لشکریان از شهوات خود پیروی کردند و با این زنان درآمیختند و در نتیجه بالای طاعون بر آنان مسلط شد و نزدیک بود همه آنان نابود شوند. این داستان نشان می‌دهد که ضعف تربیت دینی، چه مشکلاتی را برای جامعه به وجود می‌آورد (مجلسی، ۱۴۰۳، ق، ۱۳/۳۷۳ - ۳۷۴).

و جوب اهتمام به امور مسلمین برداشت کرد. همچنین روایت سکونی که در آن آمده است: «مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يُنَادِي يَا لَلْمُسْلِمِينَ فَلَمْ يُجِبْهُ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ» (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۱۶۴/۲) نیز می‌تواند از راه ملازمه بر وجوب پیشگیری از ضررهای احتمالی دلالت کند؛ زیرا بسیار بعید است که منظور این روایات فقط دفع ضرر فعلی باشد و شامل پیشگیری از ضرر نشوند بلکه مناسبت‌های عرفی اقتضا دارد که هم دفع ضرر فعلی واجب باشد و هم پیشگیری از ضررهای احتمالی.

سید مرتضی نیز درباره دفع ضرر از مسلمانان می‌نویسد:

دفع ضرر از مصالح مسلمین واجب است، همان‌گونه دفع ضرر از انسان‌ها واجب است (سید مرتضی، ۱۴۱۵ ق، ۴۵۸).

علامه حلی دفع ضرر از مسلمانان را در شمار واجبات کفایی نام می‌برد (علامه حلی، ۱۳۸۸ ق، ۸/۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ۴۷۷/۱).

بر اساس این قاعده می‌توان گفت: روشن است با توجه به مناسباتی که در روابط امروزی انسان‌ها و دولت‌ها در عرصه بین‌الملل وجود دارد، اگر حاکم، تربیت شهروندان بر اساس تعالیم اسلامی را ترک کند، مصالح مسلمین به خطر می‌افتد و موجب ضرر رسیدن به آنان و ایجاد گرفتاری در عرصه‌های اجتماعی، فرهنگی، سیاسی، اقتصادی و بلکه نظامی خواهد شد. پس او وظیفه دارد به‌عنوان کسی که ولی جامعه است و سرپرستی آنان را به عهده دارد، جلوی این ضرر را بگیرد و برای مقابله با این خطرهای بزرگ، آنان را بر اساس شیوه دینی صحیح، تربیت نماید.

افزون بر این، حتی اگر به‌صورت قطعی ترتب ضرر ثابت نباشد، همان‌طور که از عنوان قاعده پیداست، صرف احتمال ضرر نیز برای وجوب دفع آن کفایت می‌کند، به‌ویژه آن که ترک مقوله‌ای مانند تربیت، هم می‌تواند ضررهای دنیوی و مادی به دنبال داشته باشد و هم ضررهای معنوی و آخرتی، و قطعاً کسی نمی‌تواند دفع ضرر محتمل آخرتی را واجب نداند.

مؤیدهای مشروعیت

همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، برخی از ادله‌ای که برای اثبات وجوب تربیت حکومتی ممکن است ارائه شود، با چالش‌هایی روبه‌رو هستند که استدلال به آن‌ها

را مشکل می کند. ما این موارد را به عنوان مؤید ذکر می کنیم.

۱. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در وصیت خود به معاذ بن جبل برای حکمرانی بر یمن فرمودند: «ای معاذ، قرآن را به ایشان بیاموز و به خوبی تربیت آنان را بر اساس اخلاق شایسته قرار ده... سپس معلّم‌هایی را در میانشان پراکنده کن...» (حزائی، ۱۴۰۴ ق، ۲۵). این روایت به صورت خاص، سند صحیحی ندارد، ولی چه بسا برخی از افراد، با توجه به این که کتاب تحف العقول و نویسنده آن قابل اعتماد است، این روایت را بپذیرند.

۲. امیرالمؤمنین علیه السلام در خطبه خود بعد از جنگ جمل، خطاب به مردم فرمود: «حقّ شما بر من آن است که... وسایل آموزشتان را فراهم سازم تا در تاریکی جهل نمانید و شما را تأدیب (تربیت) کنم تا بدانید».

این روایت در منابع مختلفی (مانند: ثقفی، ۱۴۱۰ ق، ۲۱/۱-۲۴؛ نهج البلاغه: خطبه/ ۳۴؛ ابن اثیر، ۱۳۸۵ ق، ۳/۳۵۰؛ ابن قتیبه، ۱۴۱۰ ق، ۱۷۱ و...) نقل شده است ولی فقط در نقل الغارات (ثقفی، ۱۴۱۰ ق، ۲۱/۱-۲۴)، برای آن سند ضعیفی آمده است که تقریباً همه افراد موجود در آن یا مجهول یا مهمل هستند.

۳. در روایتی از امیرالمؤمنین علیه السلام آمده است: کسی که رهبری مردم را می پذیرد باید پیش از آن که به تعلیم و تربیت دیگران پردازد، به تربیت خود همت گمارد و باید تربیت عملی او پیش از تربیت زبانی او باشد. کسی که معلّم و مربّی خویش باشد، به احترام و تکریم سزاوارتر است از کسی که معلّم و مربّی دیگران است. (نهج البلاغه: حکمت / ۷۰).

از این روایت استفاده می شود که مشروعیت تربیت و تأدیب مردم توسط حاکم، یک مسئله مفروغ عنه است، هر چند حاکم باید قبل از تربیت مردم به تأدیب خود پردازد.

۴. طبق برخی از نقل‌ها پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در نامه‌ای به عمرو بن حزم نوشتند: این عهدی است از رسول خدا برای عمرو بن حزم هنگامی که او را به سوی یمن فرستاد. او را به تقوای الهی در همه کارهایش امر کرد... و نیز مردم را به خیر بشارت دهد و آنان را به خیر امر کند و مردم را قرآن بیاموزد و آنان را در قرآن فقیه گرداند... .

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۸۸

(بلاذری، ۱۴۱۲ ق، ۸۱: بیهقی، ۱۴۰۵ ق، ۴۱۳/۵؛ ابن خلدون، ۱۴۰۸ ق، ۲/۴۷۳).

فارغ از ضعف سند، می‌توان حداقل مشروعیت دعوت کردن مردم را به سوی خیر و خوبی برداشت کرد.

۵. از آیه «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (مانده ۲) استفاده می‌شود که همکاری کردن یا کمک کردن به دیگران در راه خیر، اگر واجب نباشد، دست کم مستحب است. در بحث ما نیز تربیت کردن دیگران بر اساس تعالیم دینی، هم می‌تواند مصداق همکاری در انجام خوبی‌ها و هم مصداق یاری‌رساندن در خوبی‌ها باشد.

۷. قاعده «لا ضرر» نیز می‌تواند بر مسئله تربیت حکومتی تطبیق پیدا کند؛ زیرا در داستان سمرة بن جندب (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۲۹۲/۵)، آنچه موجب ضرر رسیدن بر مرد انصاری می‌شد، ترک اجازه گرفتن بود که به همین جهت، پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ از آن نهی کردند. پس اگر تربیت نشدن شهروندان نیز موجب ضرر رسیدن افراد جامعه و گرفتاری در عرصه‌های اجتماعی، فرهنگی، سیاسی، اقتصادی و نظامی شود، بر حاکم جامعه اسلامی به عنوان سرپرست جامعه، ترک آن جایز نیست؛ چرا که قاعده «لا ضرر» همان گونه که ترک اجازه گرفتن برای ورود به منزل مسلمان را حرام می‌کند، ترک تربیت را نیز حرام می‌کند.

البته استفاده از قاعده «لا ضرر» در بحث تربیت، تا حدودی بستگی به این دارد که ما این قاعده را شامل ضررهای اعتباری هم بدانیم که به نظر می‌رسد شامل است (صدر، ۱۴۰۵ ق، ۴۸۵/۵ - ۴۸۶).

۸. بر اساس قاعده «نفی سبیل»، ترک کارهایی که موجب تسلط کفار بر مسلمانان می‌شود و مسلمانان را در برابر آن‌ها خوار و ذلیل می‌کند، جایز نیست و تجربه علمی و تاریخی نشان می‌دهد که تربیت نشدن مردم بر اساس آموزه‌های دینی، موجب تسلط کفار بر آنان می‌شود. پس با توجه به امکانات و اختیاراتی که حاکم

۱. مثلاً ابن خلدون می‌نویسد: «و هذا الكتاب وقع في السیر مروياً و اعتمده الفقهاء في الاستدلالات و فيه مأخذ كثيرة للأحكام الفقهية». او در این کلام تصریح می‌کند که فقها اهل سنت در استدلال‌های خود به این نامه اعتماد می‌کرده‌اند.

دارد، بر او متعیّن می‌شود که با تربیت کردن شهروندان جامعه، زمینه تسلط کفار بر مسلمانان را از بین ببرد.

یادآوری چند نکتهٔ جانبی

نکتهٔ اول: دو مؤید اخیر، وجوب تربیت را از باب حکم ثانوی و در حالتی که ترک تربیت، موجب تسلط کفار یا موجب ضرر مسلمانان شود، ثابت می‌کنند ولی اگر ترک تربیت چنین پیامدهایی را به دنبال نداشته باشد، وجوب آن با این دو دلیل، تأیید نخواهد شد.

نکتهٔ دوم: از برخی ادله‌ای که گذشت، علاوه بر اصل مشروعیت، وجوب تربیت حکومتی برداشت می‌شود.

نکتهٔ سوم: گویا مشهور بین فقها آن است که اشخاص حقوقی نمی‌توانند مورد خطاب تکلیف قرار بگیرند. بنابراین، باید این نکته را توضیح دهیم که اگر تربیت را بر حکومت واجب بدانیم، مقصود از «مکلف بودن حکومت» چیست؟

در پاسخ باید به این نکته توجه کرد که توجه خطاب به اشخاص حقیقی به دو گونه است: گاهی شخص از جهت انسان بالغ عالم قادر بودنش مورد خطاب قرار می‌گیرد و گاهی از جهت یک عنوان خاص، مانند پیامبر بودن، حاکم بودن، عالم بودن، پدر بودن و... دارد. خود این عناوین خاص نیز گاهی با هم تداخل می‌کنند. هرگاه شخص از جهت عنوان خاص، مورد خطاب قرار می‌گیرد، شخصیت حقوقی او مورد خطاب است. پس مقصود از مکلف بودن حکومت، مکلف بودن شخصیت حقوقی مسئولان حکومت از جهت عنوان حاکم بودنشان است؛ یعنی ما دربارهٔ تکلیف اشخاصی سخن می‌گوییم که عنوان خاص ایشان (حاکم بودن) مدنظر است، نه شخصیت حقیقی آنها از حیث شرایط عام تکلیف، مانند: بلوغ، علم، قدرت و... .

نکتهٔ چهارم: وجوب تربیت، یک وجوب کفایی است. پس چنانچه افراد دیگری غیر از حکومت، به تربیت صحیح شهروندان پردازند، از عهدهٔ حکومت ساقط خواهد شد. یادآوری این نکته از آن جهت لازم بود که از برخی مقالات برمی‌آید که

گویا «وجوب تربیت به عنوان یک واجب عینی» را با «وجوب تربیت به عنوان یک واجب کفایی» خلط شده است.^۱

نکته پنجم: آنچه گفته شد، با صرف نظر از تعهدات و قراردادهایی است که ممکن است حاکم قبل از پذیرفتن مسئولیت، آن‌ها را پذیرفته باشد. مثلاً چه بسا از نظر قانون اساسی، دولت اسلامی موظف شده باشد که زمینه تربیت دینی شهروندان و اعتلای فرهنگی و اخلاقی آنان را فراهم کند. در اینجا علاوه بر وظیفه دینی و وجوبی که از اهتمام روایات برداشت می‌شود، مقتضای عمل به قانون و قرارداد و تعهد یادشده نیز همین است.

نکته ششم: روشن است که منظور نگارنده از مداخله دولت در امر تربیت، شیوه‌ها و فرایندهایی است که ممکن است حاکمیت جامعه برای تغییر یا تثبیت ذائقه فرهنگی و تربیتی شهروندان خود بر اساس دستورات و لوازم دینی به کار گیرد. این تربیت، ممکن است همسان با تربیت خانوادگی و محیطی افراد و گاهی هم برخلاف آن باشد و آن در صورتی است که تربیت خانوادگی و محیطی او در راستای آموزه‌های دین نباشد. این سخن، بدین معنا نیست که تربیت حکومتی می‌تواند در همه عرصه‌ها جایگزین تربیت خانوادگی و محیطی افراد باشد بلکه با وجود مداخله دولت‌ها در امر تربیت، همچنان تربیت‌های خانوادگی، مدرسه‌ای و محیطی می‌تواند در رتبه‌های نخست تأثیرگذاری قرار بگیرند. در نتیجه روشن است که نباید با اعتماد بر تربیت حکومتی، از تربیت‌های یادشده غافل شد.

مشروعیت مداخلات
حکومت در تربیت
دینی شهروندان
۹۱

نتیجه‌گیری

بر اساس ادله و تحلیل‌هایی که گذشت، دانستیم ادله‌ای که ممکن است برای عدم مشروعیت دخالت حاکم اسلامی در امر تربیت شهروندان ارائه شود، چندان موجه نیست. در مقابل، ادله و مؤیدهایی که برای مشروعیت بیان شد، نه تنها

۱. ر.ک: صادق‌زاده قمصری، علیرضا. ۱۳۷۹. «جستاری در حدود مسئولیت تربیتی دولت اسلامی...». پژوهش‌های تربیت اسلامی. (شماره ۴): ۲۷-۵۸.

می‌توانند مشروعیت تربیت حکومتی را ثابت کنند بلکه بسیاری از آن‌ها وجوب این وظیفه بر عهده حکمران جامعه اسلامی را نیز ثابت می‌کنند. پس بر حاکم جامعه اسلامی، واجب است که شهروندان جامعه را - به صورت رسمی و با تشکیل سازمان آموزش و پرورش و یا به صورت غیررسمی - بر اساس چارچوب‌های دینی، تربیت نماید و نباید نسبت به پرورش مذهبی آنان بی‌تفاوت باشد.

منابع

• قرآن کریم

• نهج البلاغه (۱۴۱۴ق). قم: مؤسسه نهج البلاغه.

۱. آقابخشی، علی. افشاری راد، مینو. (۱۳۸۳ش). فرهنگ علوم سیاسی. تهران: چاپار.
۲. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. (بی‌تا). *النهایه فی غریب الحدیث و الاثر*. قم: اسماعیلیان.
۳. ابن اثیر، عزالدین. (۱۳۸۵ق). *الکامل فی التاریخ*. بیروت: دار صادر.
۴. ابن زهره، حلبی. (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۵. ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد. (۱۴۰۸ق). *تاریخ ابن خلدون*. بیروت: دار الفکر.
۶. ابن عساکر، ابوالقاسم علی بن حسن دمشقی. (۱۴۱۵ - ۱۴۱۹ق). *تاریخ مدینه دمشق*. بیروت: دارالفکر.
۷. ابن قتیبه، عبد الله بن مسلم. (۱۴۱۰ق). *الإمامه و السیاسه (تاریخ الخلفاء)*. بیروت: دار الاضواء.
۸. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). *لسان العرب (چاپ سوم)*. بیروت: دار الفکر - دار صادر.
۹. ابوالحمد، عبد الحمید. (۱۳۸۴). *مبانی سیاست (چاپ دهم)*. تهران: توس.
۱۰. اعرافی، علیرضا. (۱۳۸۸). *فقه تربیتی: کلیات (چاپ سوم)*. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۱. اعرافی، علیرضا. (۱۳۹۲، اسفند). *مدرسه فقاہت*. درس‌های خارج فقه آیت‌الله علیرضا اعرافی، بازیابی از:

<http://eshia.ir/feqh/archive/text/araf/tarbiat/92/921206/Default.htm>

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۹۲

۱۲. افلاطون. (۱۳۹۶). **جمهور**. (ترجمه: فواد روحانی) تهران: انتشارات علمی فرهنگی.
۱۳. امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۸ق). **الاجتهاد و التقليد (تنقيح الأصول)**. مقرر: حسین تقوی اشتهاردی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۴. امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۲ق). **استفتائات**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. امام خمینی، سید روح الله. (بی تا). **تحریر الوسيله**. قم: دار العلم.
۱۶. امام خمینی، سید روح الله. (بی تا). **کتاب البيع**. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۷. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۸ق). **فرائد الأصول**. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۸. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). **المکاسب**. محقق و مصحح: گروه پژوهش در کنگره، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۹. باقی زاده، محمد جواد و امید فرد. «ضرورت حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در آن در فقه امامیه»، **شعبه شناسی**، ۱۳۹۳، شماره ۴۷: صص ۱۶۹ - ۲۰۰.
۲۰. بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). **القواعد الفقهيّه**. محقق و مصحح: مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی، قم: نشر الهادي ع.
۲۱. بلاذری، احمد بن یحیی. (۱۴۱۲ق). **فتوح البلدان**. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۲۲. بوردو، ژرژ. (۱۳۷۸ش). **لیبراليسم**. (مترجم: احمدی) تهران: نشر نی.
۲۳. بیهقی، ابوالفضل. (۱۴۰۵ق). **دلائل النبوه و احوال الصحاب الشریعه**. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۲۴. بهایی، محمد بن عزالدین. (۱۴۲۹ق). **جامع عباسی و تکمیل آن**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. پور مقدس، علی. (۱۳۵۶). **آموزش و پرورش تطبیقی**. اصفهان: مشعل.
۲۶. توما، ژان. (۱۳۷۴ش). **مسائل بزرگ آموزش و پرورش در جهان**. (مترجم: صفی نیا) تهران: صفی نیا.
۲۷. ثقفی، ابراهیم بن محمد. (۱۴۱۰ق). **الغارات**. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۲۸. جوهری، اسماعیل. (۱۴۱۰ق). **الصاح - تاج اللغة و صحاح العربیه**. بیروت: دار العلم للملایین.
۲۹. حرّانی، ابن شعبه. (۱۴۰۴ق). **تحف العقول عن آل الرسول ع**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. حلّی، ابن ادریس. (۱۴۱۰ق). **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۳۱. محقق حلی، مجم الدین جعفر بن حسن حلی. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان.

۳۲. علامه حلی، حسن بن یوسف حلی. (۱۳۸۸ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت.
۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف حلی. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۳۴. علامه حلی، حسن بن یوسف حلی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام. قم: دفتر نشر اسلامی.
۳۵. خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). کفاية الأصول. قم: مؤسسه آل البيت.
۳۶. حلبی، ابوالصالح. (۱۴۰۳ق). الکافي في الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام.

۳۷. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۶ق). صراط النجاه. قم: مکتب نشر المنتخب.
۳۸. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مباني تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.

۳۹. دینوری مالکی، احمد بن مروان. (۱۴۱۹ق). المجالسه و جواهر العلم. بیروت: دار ابن حزم.
۴۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. لبنان - سوریه: دار العلم - دار الشامیه.

۴۱. سبحانی، جعفر. (۱۴۲۳ق). الانصاف في مسائل دام فيها الخلاف. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۴۲. سبزواری، سید عبد الاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
۴۳. سروش، عبدالکریم. «مدارا و مدیریت مؤمنان». کیان. مهر و شهر یور ۱۳۷۳ (شماره ۲۱): صص ۳۷۰ - ۳۷۳. بازیابی از: <http://ensani.ir/fa/article/283715>

۴۴. سروش، محمد. «مسئولیت حکومت اسلامی در آموزش و پرورش رسمی». تربیت اسلامی. ۱۳۸۶ (شماره ۵): صص ۵۵ تا ۸۰. بازیابی از:

www.noormags.ir/view/fa/articlepage/487228

۴۵. سید مرتضی، علم الهدی، علی بن حسین. (۱۴۱۵ق). الانتصار في انفرادات الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۶. صادق زاده قمصری، علیرضا. «جستاری در حدود مسئولیت تربیتی دولت اسلامی در دوران معاصر بر اساس کلام و سیره امام علی علیه السلام». پژوهش های تربیت اسلامی. ۱۳۷۹ (شماره ۴): صص ۲۷ تا ۵۸. بازیابی از:

<http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/101259>

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۹۴

۴۷. صانعی، مهدی. (۱۳۸۰). پژوهشی در تعلیم و تربیت اسلامی (چاپ سوم). مشهد: نشر سناباد.
۴۸. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۰۵ق). بحوث في علم الأصول. (تقریر هاشمی شاهرودی) قم: مجمع علمی للشهید الصدر.
۴۹. طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۴۱۷ق). المیزان في تفسير القرآن. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۵۰. طوسی، محمد. (بی تا). الفهرست. نجف: المكتبة الرضویة.
۵۱. طوسی، محمد. (۱۳۸۷ق). المبسوط في فقه الإمامیه. محقق و مصحح: محمدباقر بهبودی، تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.
۵۲. عاملی جبعی، زین الدین، «شهید ثانی». (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۵۳. عاملی جبعی، زین الدین، «شهید ثانی» (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة. قم: مكتبة داوری.
۵۴. عاملی نبطی، محمد بن مکی، «شهید اول». (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقیة في فقه الامامیه. بیروت: دار التراث.
۵۵. عاملی، سید محمد جواد حسینی. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۶. فراهانی، مجتبی. (۱۳۸۷). تعلیم و تربیت از دیدگاه امام خمینی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۵۷. فیومی، احمد بن محمد. (بی تا). المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: منشورات دار الرضی.
۵۸. قزوینی، سید علی موسوی. (۱۴۲۴ق). ینایع الأحكام في معرفه الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۹. کاشانی، حبیب الله. (۱۴۰۴ق). تسهیل المسالك إلى المدارک. قم: المطبعة العلمیة.
۶۰. کاشف الغطاء، جعفر. (۱۴۲۲ق). كشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۶۱. کدیور، محسن. «سخنرانی مجازی به دعوت جمعی از دانشجویان در تهران». ۱۳۹۷، ۲۱ اسفند. بازیابی از: [kadivar: https://kadivar.com/16793](https://kadivar.com/16793)
۶۲. کلینی، محمد. (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
۶۳. مازندرانی، محمد صالح. (۱۳۸۲ق). شرح الکافی. تهران: المكتبة الاسلامیة.

۶۴. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). بحار الانوار. بیروت: مؤسسه الوفاء.
۶۵. مجلسی، محمدتقی. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول في شرح اخبار آل الرسول. تهران: دار الكتب الاسلاميه.
۶۶. مشیرآبادی، صمدسعید. «بررسی نقش حکومت اسلامی در تربیت دینی با تأکید بر عهدنامه مالک اشتر». فقه تویبیتی، ۱۳۹۲ (شماره ۱): صص ۷۹ - ۱۱۰.
۶۷. مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق). التحقيق في كلمات قرآن الکریم. تهران: مرکز کتاب للترجمه و النشر.
۶۸. مطهری، مرتضی. (۱۳۹۷). تعلیم و تربیت در اسلام (چاپ نود و یکم). قم: انتشارات صدرا.
۶۹. مطهری، مرتضی. (۱۳۸۰). مجموعه آثار استاد شهید مرتضی مطهری. قم: انتشارات صدرا.
۷۰. مفید، محمد بن بن محمد نعمان، «شیخ مفید». (۱۴۱۳ق). المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۷۱. مکارم شیرازی، ناصر. «آمادگی دفاعی؛ ضرورت دینی و واجب عقلی». روزنامه کیهان. ۳ مهرماه ۱۳۹۵.
۷۲. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلاميه. قم: نشر تفکر.
۷۳. نجاشی، احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشی. (س. شبیری زنجانی، تدوین) قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۷۴. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۷۵. نراقی، محمدمهدی. (۱۴۱۷ق). جامع السعادات. قم: دار التفسیر.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۹۶

References

The Holy Qur'an

Nahj al-Balāghah. 1993/1414. Qom: Mu'assisat Nahj al-Balāghah.

1. Abū al-Ḥamd, 'Abd al-Ḥamīd. 2005/1384. *Mabānī-yi Sīyāsāt*. 10th. Tehran: Intishārāt Tūs.
2. 'Alam al-Hudā, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Sarīf al-Murtaḍā). 1994/1415. *Al-Intiṣār fī Infirādāt al-Imāmīyah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
3. al-'Āmilī, Bhā' al-Dīn Muḥammad (al-Shaykh al-Bahā'ī). 2008/1429. *Jāmi' 'Abāsī wa Taknīl-e Ān*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
4. al-'Āmilī, Ḥassan Ibn Zayn al-Dīn (Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām 'ilā Tanqīḥ Sharāyi' al-Islām*. Qum: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
5. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1989/1410. *al-Lum'at al-Dimashqīyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Beirut: Dār al-Turāth al-Islāmīyah.
6. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1989/1410. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya*. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
7. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Mīlād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
8. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 2007/1428. *Farā'id al-Uṣūl*. 5th. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
9. Al-Bīḥaqī, Abī Bakr Aḥmad ibn al-Ḥusayn ibn 'Alī. 1985/1405. *Da'īl al-Nubuwwat wa Aḥwāl al-Ṣāhib al-Sharī'at*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyah.
10. al-Dīnāwarī al-Mālikī, Abū Bakr Aḥmad ibn Marwān. 1998/1419. *al-Mujālisat wa Jawāhir al-'Ilm*. Beirut: Dār ibn Ḥazm.
11. Al-Fayyūmī, Abul'Abbās Aḥmad ibn Muḥammad. n.d. *Al-Miṣbāḥ al-Munūr fī Sharḥ al-Kabīr lil Rāfi'ī*. Qom: Manshūrāt Dār al-Raḍī.
12. al-Ḥalabī, Abū al-Ṣalāḥ Taqī al-Dīn Ibn Najm al-Dīn. 1982/1403. *al-Kāfi fī al-Fiqh. Edited by Riḍā al-'Uṣṭādī*. Iṣfahān: Maktabat al-Imām Amīr al-Mu'minīn 'Alī.
13. al-Ḥarrānī, Ḥasan Ibn 'Alī Ibn Shu'ba. 1983/1404. *Tuḥaf al-'Uqūl*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
14. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1968/1388. *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ḥiyā' al-Turāth.
15. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. *Qawā'id al-Aḥkām fī*

Ma'rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

16. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-‘Allāma al-Ḥillī). 1999/1420. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar‘īyya ‘alā Maḍḥhab al-Imāmīyya*. Qom: Mu'assasat al-Imām al Ṣādiq.
17. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja‘far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharḥ ‘i‘ al-Islām fī Masā‘il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 2nd. Edited by ‘Abd al-Ḥusayn Muḥammad ‘Alī Baqqāl. Qom: Mu'assasat Ismā‘īlīyān.
18. al-Ḥusaynī al-‘Amilī, al-Sayyid Muḥammad Jawād. 2004/1419. *Miftāḥ al-Kirāma fī Sharḥ Qwā‘id al-‘Allāma*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
19. al-Ḥusaynī al-Ḥalabī, Ḥamzat ibn ‘Alī (Ibn Zuhra). 1996/1417. *Ghunyāt al-Nuzū‘ ilā ‘Ilm al-Uṣūl wa al-Furū‘*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq.
20. al-Janājī al-Ḥillī al-Najafī, Ja‘far ibn Khidr ibn Yaḥyā (Kāshif al-Ghiṭā’). 2011/1422. *Kashf al-Ghiṭā’ ‘an Mubḥamāt al-sharī‘at al-gharrā’*. Qum: Boustan-i Kitab.
21. al-Jawharī, Ismā‘il Ibn Ḥammād. 1991/1410. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughāt wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabīyyah*. 1st. Edited by Aḥmad ‘Abd al-Ghafūr ‘Aṭār. Beirut: Dār al-‘Ilm li al-Malāyīn.
22. al-Kāshānī, Mullā Ḥabībullah. 1983/1404. *Tashīl al-Masālik ‘alā al-Madārik*. Qom: al-Maṭba‘at al-‘Ilmīyah.
23. al-Khurāsānī, Muhammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurasānī). 1989/1409. *Kifāyat al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā‘ al-Turāth.
24. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya‘qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1987/1407. *al-Kāfī*. 14th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
25. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-‘Allāma al-Majlisī). 1982/1403. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi‘a li Durar Akhbār al-‘Imma al-Aṭḥār*. 2nd. Beirut: Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī.
26. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-‘Allāma al-Majlisī). 1984/1404. *Mirāt al-Uqūl fī Sharḥ Akhbār al-Rasūl*. 2nd. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
27. al-Māzandarānī, Mullā Ṣāliḥ. 1962/1382. *Sharḥ al-Kāfī*. Tehrān: Maktabat al-Islāmīyah.
28. Al-Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. 1988/1409. *Dirāsāt fī Wilāyat al-Faqīh wa Fiqh al-Dawlat al-Islāmīyah*. Qom: Nashr Tafakkur.
29. al-Mūsawī al-Khu‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 2001/1422. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Qom: Mu'assasat Iḥyā‘ Āṭḥār al-Imām al-Khu‘ī.
30. al-Mūsawī al-Khu‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1995/1416. *Ṣirāt al-Nijāt*. Qom: Maktab Nashr al-Muntakhab.

31. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1997/1418. *al-Ijtihād wa al-Taqlīd, Tanqīḥ al-Uṣūl*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
32. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2003/1422. *Isṭift'āt*. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
33. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). n.d. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qom. Dār al-'Ilm.
34. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). n.d. *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
35. al-Mūsawī al-Qazwīnī, al-Sayyid 'Alī. 2003/1424. *Yanābī' al-Aḥkām fī Ma'rīfat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
36. Al-Muṣṭafawī, Ḥasan. 1981/1402. *Al-Taḥqīq fī Kalamāt al-Qur'ān al-Karīm*. Tehran: Markaz al-Kitāb lil Tarjumat wa al-Nashr.
37. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1362. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'ī' al-Islām*. 7th. Edited by 'Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
38. al-Najjāshī, Aḥmad Ibn 'Alī. 1986/1407. *Rijāl al-Najjāshī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
39. al-Narāqī, Muḥammad Mahdī (al-Muḥaqiq al-Narāqī). n.d. *Jāmi' al-Sa'ādāt*. Beirut: Mu'assasat al-'Alamī li al-Maṭbū'āt.
40. Al-Rāghīb al-Iṣfahānī, Husayn ibn Muḥammad ibn Mufaḍḍal. 1991/1412. *Mufradat Alfāz al-Qur'ān*. Beirut: Dār al-'Ilm- Dār al-Shāmīyah.
41. al-Sabzawārī, al-Sayyid 'Abd al-'Alā. 1992/1413. *Muḥadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 4th. Qom: Mu'assasat al-Manār.
42. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1984/1405 *Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl*. Taqrīr (written by) Sayyid Maḥmūd al-Hāshimī al-Shāhrūdī. Qom: al-Majma' al-'Ilmī li al-Shahīd al-ṣadr.
43. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 1992/1413. *Al-Inṣāf fī Mas'āl Dām fīḥā al-Khilāf*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq.
44. al-Ṭabāṭabā'ī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-'Allāma al-Ṭabāṭabā'ī). 1996/1417. *al-Mīzān fī Tafṣīr al-Qur'ān*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
45. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li 'Iḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyah.
46. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). n.d. *al-Fihriṣṭ*. Najaf: al-Maktabat al-Raḍawīyah.

47. Āqā-Bakhs̄hī, ‘Alī Akbar; Afshārī-Rād, Mīnū. 2004/1384. *Farhang-i ‘Ulūm-i Sīyāsī*. Tehran: Nashr Chāpār.
48. A‘rāfi, ‘Alīrezā. 2009/1388. *Fiqh Tarbiyati: Kuliyāt*. 3rd. Qom: Pazhūhishgāh-i Hawzih va Dānishgāh.
49. A‘rāfi, ‘Alīrezā. 2013/1392. *Dars al-Khārij al-Fiqh* published in <http://eshia.ir/feqh/archive/text/arafi/tarbiat/92/921206/Default.htm>
50. Balādharī, Aḥmad ibn Yaḥyā ibn Jābir. 1991/1412. *Futūḥ al-Buldān*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyah.
51. Burdeau, Georges. 1996/1378. *Liberalism*. Translated by Aḥmadī, ‘Abd al-Wahhāb. Tehran: Nashr Ney.
52. Farāhānī, Muḥtabā. 2008/1387. *Ta‘līm wa Tarbiyat az Dīdgāh-i Imām Khumaynī*. Tehran: Mu’assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
53. <http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/101259>
54. Ibn ‘Asākīr Shāfi‘ī, Abul Qāsim ‘Alī ibn Ḥasan. 1994/1415. *Tārīkh Madīnat Dimishq*. Beirut: Dār al-Fīkr.
55. Ibn Athīr, Mubārak Ibn Muḥammad. 1965/1385. *al-Kāmil fī al-Tārīkh*. Beirut: Dār al-Mirṣād.
56. Ibn Athīr, Mubārak Ibn Muḥammad. n.d. *al-Nihāya fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. Qum: Mu’assasat Isma‘īliyan.
57. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sarā‘ir al-Ḥāwī li Tahṛīr al-Fatāwī*. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
58. Ibn Khaldūn, Abū Zayd ‘Abd al-Raḥman ibn Muḥammad ibn Khaldūn. 1987/1408. *Tārīkh Ibn Khaldūn*. Beirut: Dār al-Fīkr.
59. Ibn Manzūr, Muḥammad Ibn Mukarram. 1993/1414. *Lisān al-‘Arab*. 3rd. Beirut: Dār al-Fīkr.
60. Ibn Nu‘mān, Muḥammad Ibn Muḥammad (al-Shaykh al-Mufīd). 1992/1413. *al-Muqni‘a*. Qom: al-Mu‘tamar al-‘Ālamī li Alfīyyat al-Shaykh al-Mufīd.
61. Ibn Qutaybah, ‘Abdullāh ibn Muslim. 1989/1410. *al-Imāmat wa al-Sīyāsāt* (Tārīkh al-Khulafā‘). Beirut: Dār al-Aḍwā‘.
62. Kadīwar, Muḥsin. 2018/1397. *Virtual speech by invitation of a group of students in Tehran. Extracted from: kadivar*: <https://kadivar.com/16793>.
63. Makārim Shīrāzi, Nāshir. 2016/1395. *Āmādigī Difā‘ī; Ḍarūrat-i Dīnī wa Wājib-i ‘Aqlī*. Keyhān Newspaper.
64. Mūsawī Bujnurdī, Sayyid Muḥammad. 1980/1401. *Qavā‘id-i Fiqhīyyi*. Qom: Nashr al-Hādī.
65. Mushīr Ābādī, Ṣamad. 2013/1392. *Barrasī-yi Naqsh-i Ḥukūmat-i Islāmī dar*


- Tarbīyat-i Dīnī bā Ta'kīd bar 'Ahd Nāmih-yi Mālik Ashtar*. Fiqh-i Tarbīyatī, 79-110.
66. Mutahharī, Murtaḍā. 2001/1380. *Majmū'ih Āthār-i Uṣṭād Shahīd Mutahharī, Murtaḍā*. Qom: Intishārāt Ṣadrā.
67. Mutahharī, Murtaḍā. 2018/1397. *Ta'līm wa Tarbīyat dar Islām*. 91st. Qom: Intishārāt Ṣadrā.
68. Plato. 2017/1396. *Jumhūr*. Translated by Fu'ād Ruḥānī. Tehran: Intishārāt-i 'Ilmī Farhanqī.
69. Pūr Muqaddas, 'A. 1975/1356. *Āmūzish wa Parwarish-i Taṭbīqī*. Isfahan: Nashr Mash'al.
70. Ṣādiq-Zādiḥ Qmaṣarī, 'Alī-Rizā. 2000/1379. *Juṣṭarī dar Ḥudūd-i Mas'ūliyat-i Tarbīyat-i Dawlat-i Islāmī dar Dawrān-i Mu'āṣir bar Asās-i Kalām wa Sirih-yi Imām 'Alī ('A)*. *Pazhūhish-hāyi Tarbīyat-i Islāmī*, 27-58. extracted from: <http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/101259>.
71. Ṣāni'ī, M. 2001/1380. *Pazhūhishī dar Ta'līm wa Tarbīyat-i Islāmī*. 3rd. Mashhad: Nashr Sanābād.
72. Surūsh, 'Abd al-Karīm. 1994/1373. *Midār wa Mudīrīyat-i Mu'minān*. Kīyān, 370-373. Extracted from; <http://ensani.ir/fa/article/283715>
73. Surūsh, Muḥammad. 2007/1386. *Mas'ūliyat-i Ḥukūmat-i Islāmī dar Āmūzish wa Parwarish-i Rasmī*. *Tarbīyat-i Islāmī*, 55-80. extracted from: www.noormags.ir/view/fa/articlepage/487228.
74. Thaqafī al-Kūfī, Abū Ishāq Ibrāhīm ibn Muḥammad. 1989/1410. *al-Ghārāt*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
75. Thomas, Jean. 1995/1374. *Masā'il-i Buzurq-i Āmūzish wa Parwarish dar Jahān*. Translated by Ṣafī Nīyā. Tehran: Ishraqīyih.

The Necessity of Conventional Attachment on the Contract¹

Mohammad-Amin Kabiri

Instructor of Advanced Level Studies of Qom Seminary, Qom- Iran;

(Corresponding Author); maminkabiri@yahoo.com

 <https://orcid.org/0000-0002-1582-7719>

Jalil Qanavaty


Associate Professor of Private Law at Farabi Campus of Tehran University.

Tehran-Iran; ghanavaty@ut.ac.ir

Receiving Date: 2023-01-15; Approval Date: 2023-02-24

103 Abstract

The main issue of the current study is that, from a jurisprudential point of view, does the contract necessarily have to be based on conventional outcomes such as ownership, matrimony, etc., or is it sufficient for the fulfillment and validity of the contract by mutual commitment and agreement. Some scholars have believed that contracts that are based solely on commitment and do not

1. *Kabiri - M; (2023); " The Necessity of Conventional Attachment on the Contract " ; Jostar_ Hay Fiḡhi va Usuli; Vol: 9 ; No: 30 ; Page: 103-131 10.22034/JRJ.2023.74199*

© 2022, Author(s). This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, as long as the original authors and source are cited. No permission is required from the authors or the publishers.

include conventional outcomes are not an example of a contract, and as a result, are not considered compulsory. Moreover, the inclusion of evidence of fulfilment to the condition of these contracts is doubtful. In this study, while explaining the nature of the contract, this theory is criticized and it is proved that, although the dominant discourse of Islamic jurisprudence in contracts is the discourse of ownership and the existence of conventional outcomes, contracts based on commitment are also legitimate and compulsory. After proving that the *'aqd* (signing the agreement) does not require conventional outcomes, the legitimacy of the contracts based on obligation is examined with regard to the nature of the “condition.” One of the important effects of proving the legitimacy of such contracts is that contracts such as *is'īšnā'* (sale in the form of a manufacturing contract) contract, *qolnāmeḥ* (informal preliminary agreement) and the like will be compulsory in the form of commitment for commitment.

Keywords: contract, *'aqd*, commitment, conventional interest, conceptual effect, condition.

ضرورت احداث علقه وضعی در قرارداد^۱

محمد امین کبیری

مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم؛ قم - ایران. (نویسنده مسئول)؛ رایانامه: maminkabiri@yahoo.com

جلیل قنواقی

دانشیار حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران؛ قم - ایران؛ رایانامه: ghanavaty@ut.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۰۵

چکیده

مسئله اصلی تحقیق حاضر این است که از منظر فقهی آیا قرارداد لزوماً باید مبتنی بر اثری وضعی مانند ملکیت، زوجیت و غیره باشد، یا صرف التزام و قرار دو طرفه برای تحقق و صحت قرارداد کافی است. برخی معتقد شده‌اند قراردادهایی که صرفاً مبتنی بر تعهداند و متضمن اثر وضعی نیستند، مصداق عقد نبوده، در نتیجه الزام‌آور تلقی نمی‌شوند. همچنین شمول ادله وفا به شرط نسبت به این قراردادها مورد تردید واقع شده است. در این مقاله ضمن تبیین ماهیت عقد، این نظریه مورد انتقاد قرار می‌گیرد و اثبات می‌شود. هرچند گفتمان غالب فقه اسلامی در قراردادها، گفتمان تملیک و وجود اثر وضعی است، اما قراردادهای مبتنی بر تعهد نیز مشروع و الزام‌آوراند. پس از اثبات عدم نیازمندی «عقد» به اثر وضعی، مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام با توجه به نهاد «شرط» بررسی می‌شود. از آثار مهم اثبات مشروعیت چنین قراردادهایی، این است که قراردادهایی مانند قرارداد استصناع، قولنامه و مانند آن در قالب تعهد در برابر تعهد الزام‌آور خواهند بود.

کلیدواژه‌ها: قرارداد، عقد، تعهد، علقه وضعی، اثر اعتباری، شرط.

ضرورت احداث علقه
وضعی در قرارداد
۱۰۵

۱. کبیری، محمد امین. «ضرورت احداث علقه وضعی در قرارداد». فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۹ (۳۰). صص: ۱۰۳-۱۳۱؛ <https://orcid.org/0000-0002-1582-7719>؛ <https://doi.org/10.21861/jostar-fiqh.maalem.ir>

مقدمه

در مورد ماهیت و تعریف «عقد» به عنوان مهم‌ترین نهاد مباحث قراردادهای، تحلیل‌های دقیق بسیاری از سوی فقیهان و حقوقدانان ارائه شده است و تنها پس از تبیین عناصر مقوم عقد می‌توان مصادیقی را عقد دانست یا از شمول عقد استثنا کرد. به‌عنوان مثال برخی فقیهان، عقود اذنی و عقود معاطاتی (نابینی، ۱۳۷۳، ۲/ ۱۳۳ و ۱۳۶)، و برخی دیگر قراردادهایی که بین ایجاب و قبول آن‌ها فاصله زیادی است را با توجه به ماهیت عقد، خارج از حقیقت عقد دانسته‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۷).

اما در این بین، مسئله مهم و اساسی که به آن پرداخته نشده، ضرورت یا عدم ضرورت وجود «اثر وضعی» در ماهیت عقد است. موضوع اصلی تحقیق حاضر، این است که آیا لزوماً تحقق قرارداد صحیح الزام‌آور، متوقف بر آن است که طرفین به چیزی ملتزم شوند که مانند ملکیت، زوجیت و ولایت، وجودی اعتباری و قانونی دارد؟ نتیجه‌ی قائل شدن به ضرورت اثر وضعی، آن است که صرف التزام و تعهد به انجام یا ترک فعل در مقابل تعهد طرف مقابل، مصداق عقد نیست و الزام‌آور نخواهد بود؛ امری که موجب بی‌اعتبار شدن بسیاری از توافقات و تعهدات دوطرفه خواهد شد. طبعاً اگر در مقابل، قائل به عدم ضرورت شویم، راه برای مشروعیت بسیاری از توافقات در عرصه داخلی و بین‌المللی باز خواهد شد. مشروعیت قراردادهای بدون اثر وضعی، از راه دو نهاد «عقد» و «شرط» قابل بررسی است.

طرح این مسئله، امری جدید است. اولین کسی که این مسئله را صریحاً مطرح کرده، مرحوم آیت‌الله هاشمی شاهرودی در کتاب قرائات فقهیه معاصره است. ایشان قائل به این ضرورت شده و لذا قراردادهای مبتنی بر التزام را از باب نهاد «عقد» قابل تصحیح ندانسته، همان‌طور که از باب نهاد «شرط» قابل تصحیح نمی‌داند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ۲/ ۲۷۳). در واقع، تحقیق حاضر نقدی به این دیدگاه است؛ بنابراین پیشینه تحقیق حاضر، مورد تصریح فقها نیست و نیازمند استخراج از مبانی آن‌هاست که در ادامه روشن خواهد شد.

اثبات مشروعیت قراردادهای بدون اثر وضعی در قالب نهاد «عقد»، متوقف بر

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۱۰۶

اثبات عدم دخالت اثر وضعی در ماهیت عقد است. اما در مورد نهاد «شرط»، شکی نیست که وجود اثر وضعی ضرورتی ندارد و تقسیم معروف شرط به شرط فعل و شرط نتیجه، گواه بر این مطلب است. لذا تصحیح چنین قراردادهایی از راه نهاد شرط، تنها نیازمند اثبات توسعه «شرط» نسبت به شروط ضمن عقد است؛ امری که ممکن است خلاف مشهور به نظر برسد، اما - چنان که خواهد آمد - قابل اثبات است.

ضرورت یا عدم ضرورت اثر وضعی بر اساس تحلیل ماهیت عقد

پیش از این در دو مقاله «نظریه تملیک و نظریه تعهد از دیدگاه فقیهان» (قنوتی، ۱۳۹۹) و «نظریه تملیک یا نظریه تعهد» (قنوتی، ۱۴۰۰) گفتیم در فقه اسلامی و حقوق ایران، نظریه تملیک، گفتمان غالب و اصلی است و نظریه تعهدات مورد شناسایی قرار نگرفته است. اما این سخن به این معنا نیست که هر عمل حقوقی دوطرفه‌ای (عقد) نیازمند وجود اثر وضعی است.

بررسی دیدگاه فقیهان و حقوقدانان در تبیین مفهوم عقد نشان می‌دهد این نظریه که عقد لزوماً و در همه موارد نیازمند به اثر وضعی است، نظریه‌ای است که قابل انتقاد است. پس از اشاره‌ای به عناصر ماهیت عقد، ادله‌ای که برای اثبات این نظریه بیان شده یا ممکن است بیان شود و سپس ادله‌ای که نیازمندی عقد در همه موارد به اثر وضعی را رد می‌کند، بررسی می‌کنیم.

ضرورت احداث علقه
وضعی در قرارداد

۱۰۷

الف) عناصر ماهیت عقد در فقه و حقوق

نکته محوری بحث، وابستگی یا عدم وابستگی ماهیت عقد به عناصری است که برای تحقق مفهوم عقد، ضرورت دارند. چنان که در ادامه خواهد آمد، عنصر اساسی عقد، «عهد و التزام» و یا «قرار معاملی» است. اما قیود مختلفی نیز به این عنصر، اضافه شده است که به اجمال بیان می‌شود.

اولین قید، عبارت است از «تأکید» یا «توثیق». از این رو، عقد به معنای مطلق عهد دوطرفه نیست، بلکه عهدی است که مؤکد و موثق باشد. اما با تتبع بیشتر معلوم

می‌شود در معنای مؤکد بودن عهد، اتفاق نظر نیست. تأکید در کلام برخی به معنای قوت در مقام ابراز عقد است و تعبیر عهد مؤکد، شاهد بر این است که صحت عقد با الفاظ کنایی قابل مناقشه است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۷).

این درحالی است که تأکید در نظر بعضی دیگر، عبارت است از التزام به باقی ماندن بر معامله. در این دیدگاه عقد، عهد مؤکد است و آنچه عهد را عقد می‌کند، التزام به وفا به عقد است، و «اوفوا بالعقود» دلالت بر وجوب وفا به این التزام می‌کند (نابینی، ۱۳۷۳، ۲/۴۰). همچنین مطابق این نظر برای تحقق عقد، این التزام باید به صورت مستقل انشا شود، یعنی مدلول عرفی کلام متعاقدين این باشد که به مفاد عقد پای بنداند. مطابق این نظر، بیع معاطاتی، عقد نیست هر چند بیع است؛ زیرا برخلاف بیع لفظی، شاخصه عقد بودن را ندارد (نابینی، ۱۳۷۳، ۲/۱۳۳ و ۱۳۶). مؤکد و موثق بودن عهد در نظری دیگر، به این معنا است که عقد شرعاً لازم باشد (نراقی، ۱۳۷۵، ۲۰).^۱

به نظر می‌رسد عهد مؤکد و مشدد اشاره به دوطرفه بودن عهد دارد که در فارسی تعبیر به «بستن» و «گره» می‌شود، و وجود قید زائدی به نام استیثاق و تأکید برای تحقق عقد ضرورت ندارد. همان‌طور که برخی فقیهان گفته‌اند، این احتمال قویاً وجود دارد که واژه «مشدد» در کلام اهل لغت به معنای بسته شدن و دوطرفه بودن است، نه معنای قوت و تأکید (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ۱/۷۸/۸۱؛ خمینی، ۱۳۷۶، ۳۷). لذا در تعبیری آمده است: معنای عقد، عهد یا عهد دوطرفه است، و عهد دوطرفه همان عهد مشدد است (نراقی، ۱۳۷۵، ۷۸/۱).

از طرف دیگر، می‌توان گفت تعریف عقد به عهد دوطرفه یا ربط بین دو تعهد، تعریف دقیقی نیست و ضرورت ندارد در هر عقدی دو التزام وجود داشته باشد، بلکه آن چه لازم است، وجود دو قرار معاملی است. حتی اگر در عقد بودن قراردادهای اذنی مانند وکالت تردیدی باشد، اما هبه مصداق یقینی عقد است، با اینکه موهوب له

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۰۸

۱. این مطلب مورد مناقشه برخی فقیهان واقع شده است: «موثق بودن عهد نیازی به حکم شرع به لزوم ندارد، بلکه حکم عرف و عقلا به لزوم کافی است؛ زیرا بنای عام عقلا در همه تعهدات بر لزوم حفظ مفاد آن بوده و نقض کننده آن را مورد مذمت قرار می‌دهند. موثق بودن در ذات معاهده وجود داشته و نیازی به لزوم شرعی ندارد» (منتظری، ۱۴۱۵ق، ۱/۴۷).

تعهدی ندارد. شاید به همین دلیل، برخی فقیهان در بیان ماهیت عقد، از لفظ تعهد استفاده نکرده و عقد را «ربط بین دو اراده انشایی» (عراقی، ۱۳۷۹، ۲۶۷ و ۱۴۱۴ق، ۵/ ۴۱۸) یا «ربط بین ایجاب و قبول» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۷/ ۴۰۹) دانسته‌اند. همچنین برخی از کسانی که عقد را ارتباط بین دو عهد دانسته‌اند، منظورشان مطلق جعل و قرار است و در حقیقت، عقد را «ارتباط بین دو قرار» و نه ارتباط بین دو تعهد تلقی کرده‌اند (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ۷: ۱۴۱۸ق، ۱/ ۱۴۳). از این رو برخی گفته‌اند: «تعریف عقد به ربط بین دو التزام، تعبیری است که به حقوق غربی نزدیک است، نه به فقه اسلامی. در فقه اسلامی، عقد لزوماً دائر مدار التزام نیست و چه بسا نقل ملک باشد نه التزام به نقل. بنابراین تعبیر «قرار مرتبط به قرار دیگر» تعریف صحیح‌تری است» (حسینی حائری، ۱۴۲۳ق، ۱/ ۱۸۳).

در آثار حقوقدانان نیز قیودی مانند «احداث اثر قانونی» برای ماهیت عقد بیان می‌شود. یکی از حقوقدانان در تعبیری آورده است: «عقد توافق دو اراده است بر احداث اثر قانونی، چه این اثر انشا التزام باشد (مثل بیع) چه نقل التزام (مثل حواله) چه تعدیل التزام (مثل مدت دار کردن التزام) و چه خاتمه دادن (مثل وفا به دین) (سنهوری، ۱۳۸۳، ۱/ ۱۳۸؛ ۱۳۹۰، ۱/ ۸۱ و ۱۷۲)». قید «اثر قانونی» اشاره به این است که طرفین عقد از توافق خود، قصد التزام قانونی بین خود داشته باشند، به طوری که مسئولیت قانونی متوجه کسی شود که تخلف کرده است. از دیدگاه فقهی نیازی به این قید وجود ندارد؛ زیرا خود تعبیر به تعهد یا قرار، مواردی که قصد التزام قانونی ندارد را از تعریف عقد خارج می‌کند. فرق بین عقد و عهد با وعد، امری روشن است^۱.

آخرین قیدی که برخی حقوقدانان در تعریف عقد اضافه کرده‌اند، قید «تقابل بین دو اراده است». در نظر آن‌ها، صرف توافق دو اراده بر ایجاد اثر حقوقی عقد نیست، بلکه دو اراده باید نماینده دو نفع متقابل باشند، از این رو توافقی‌هایی که برای رسیدن به هدف مشترک است، مصداق عقد نخواهد بود. بر این اساس، توافق مدیران شرکت یا متولیان وقف برای رسیدن به هدف مشترک، عقد نیست هر چند این توافق

۱. قید دیگری که در آثار حقوقی وجود دارد تعبیر «مالی بودن عقد» است. اینان توافق را در صورتی قرارداد می‌دانند که در چارچوب معاملات مالی انجام شود. (سنهوری، ۱۳۸۳، ۱/ ۱۳۹)

به منظور ایجاد اثر حقوقی باشد. با توجه به این نکته، عقد به «توافق دو انشاء متقابل به منظور ایجاد اثر حقوقی» تعریف می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ۳۲). برخی دیگر نیز عقد را به «همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی» تعریف کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۰، ۳۹).

بررسی تفصیلی صحت هر یک از این قیود، از موضوع این تحقیق خارج است. آنچه موضوع اصلی بحث است، قید مهم دیگری است که برخی فقیهان معاصر اضافه کرده‌اند. این قید عبارت است از وجود «اثر وضعی و اعتباری» که کمتر به آن توجه شده است. در ادامه به توضیح این نظریه، بیان ادله آن و سپس نقد آن خواهیم پرداخت.

ب) نظریه ضرورت اثر وضعی به عنوان عنصر عقد

برخی فقیهان بر این باوراند که تحقق ماهیت عقد متوقف بر آن است که آنچه متعاقدين به آن ملتزم می‌شوند (دست کم در یک طرف)، وجود اعتباری و وضعی داشته باشد. این امر وضعی ممکن است ملک، حق، زوجیت، ولایت و غیره باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ۲/۲۵۳). نتیجه لزوم وجود چنین قیدی در ماهیت عقد، آن است که صرف تعهد شخص به انجام عملی در مقابل تعهد شخص دیگر، مصداق عقد نیست، حتی اگر این دو التزام، قطعی باشند و صرف وعده به انجام فعل نباشند. در مورد اثر وضعی باید بین دو مقام، یعنی مقام مُنشأ معاملی و مقام نتیجه (بعد از امضاء عقد) تفکیک قائل شد. طرفدار نظریه ضرورت وجود اثر وضعی برای تحقق عقد، اثر وضعی را در ناحیه مُنشأ لازم می‌دانند؛ یعنی متعاقدين باید امری وضعی مثل ملکیت را انشا کنند.

نتیجه نظریه نیازمندی عقد به اثر وضعی، تفاوت نهاد عقد با نهاد شرط است، به این معنا که برخلاف شرط که به شرط فعل و شرط نتیجه تقسیم می‌شود، عقد قرار است که لزوماً به نتیجه و وضع منتهی شود و توافق بر التزام به انجام فعل، عقد نیست. از تحلیل مزبور استنباط می‌شود که علت تفاوت عقد و شرط را چنین تحلیل می‌کند: شرط به دلالت مطابقی به معنای التزام است، اما عقد به معنای التزام نیست،

بلکه به معنای علقه است و فقط در موارد وجود اثر وضعی، تحقق دارد. برای اثبات این نظریه به دلایل و شواهدی تمسک شده یا می‌توان تمسک کرد که به آن‌ها اشاره می‌شود.

ج) دلایل نظریه ضرورت اثر وضعی به عنوان عنصر عقد

به اعتقاد صاحب این نظریه، دلایل سه گانه زیر اثبات می‌کند صرف تعهد دوطرفه (بدون ایجاد امر وضعی) مفهوم عقد را محقق نمی‌کند.

۱. وفا به وعد و ضرورت وجود اثر وضعی

توجه به مفهوم عقد و مفهوم لزوم وفای به عهد در فقه اسلامی اثبات می‌کند که اگر اثر وضعی، عنصر ضروری عقد نباشد، هر تعهد جزمی به انجام فعل برای دیگری مصداق عقد و لازم الوفا خواهد بود؛ امری که از منظر فقه اسلامی نادرست است. اگر کسی تعهد جزمی به دیگری بدهد که در روزی معین از منزل خود خارج نشود در مقابل اینکه طرف مقابل هم چنین کاری انجام دهد، تردیدی نیست که از نظر فقهی مصداق وعد است و لزوم وفا ندارد. بنابراین، نباید مطلق تعهد دوطرفه را مصداق عقد دانست (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ۲/ ۳۵۳).

ضرورت احداث علقه
وضعی در قرارداد

۱۱۱

به نظر می‌رسد این استدلال با توجه به نکات زیر قابل انتقاد است:

اولاً، عده‌ای از فقیهان گفته‌اند: وعد، اخبار به انجام فعلی در آینده است و امری انشایی نیست (امامی خوانساری، بی‌تا، ۴۹۰؛ شریعت اصفهانی، ۱۳۹۸، ۱۰۰؛ نایینی، ۱۳۷۳، ۲/ ۱۳۱ و ۱۴۴). در تعبیری آمده است: بیشتر فقیهان وعده را از اقسام خبر می‌دانند (مجلسی، ۱۳۶۳، ۱۰/ ۳۴۰).

ثانیاً، حتی در صورتی که وعد امری انشایی دانسته شود، وعده‌ای که لزوم وفا ندارد، صرف وعده اخلاقی و دوستانه است، بدون اینکه متضمن التزام قطعی یا انشاء تسلیط طرف مقابل باشد. اما اگر وعده‌ای به این حد برسد، یا اساساً مصداق وعد نیست، یا وعده‌ای است که عمل به آن لازم است. به همین دلیل برخی فقیهان مصادیقی از وعده را که حاوی التزام و تعهد باشد، خارج از مفهوم وعده دانسته‌اند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۰/ ۲۷۴؛ یزدی، ۱۴۱۰ق، ۲/ ۱۰۵؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ۳/ ۴۱۷؛ حسینی

شیرازی، ۱۳۸۶، ۳/۲۵۵؛ صدر، ۱۴۲۰، ۴/۱۰۰). بر همین اساس گفته شده است عهد
اخص از وعده است؛ زیرا عهد وعده‌ای است که استحکام دارد (حسینی مراغی،
۱۴۱۷، ۱/۵۵۳). برخی دیگر نیز وعده مشتمل بر التزام را واجب الوفاء دانسته‌اند،
حتی اگر عنوان وعده یا شرط ابتدایی بر آن صادق باشد (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۱/بخش
۱/۵۵؛ مقدس اردبیلی، ۱۳۶۲، ۹/۴۵).

ثالثاً، اساساً نظریه لازم الوفا نبودن شرط ابتدایی یا وعده، نظریه اجماعی نیست،
هرچند خلاف شهرت فقهی است. برخی به روشنی باور دارند خلف وعده جایز
نیست (مقدس اردبیلی، ۱۳۶۲، ۱۲/۳۵۲؛ امامی خوانساری، بی تا، ۳۶؛ سیستانی، ۱۴۲۲، ۲۱؛ طباطبایی
قمی، ۱۳۷۲، ۱/۳۵۰). برخی نیز با اعتراف به اینکه مقتضای ادله، حرمت تخلف از
وعده است، اما به دلیل اجماع ادعاشده یا سیره، معتقد به حرمت نشده‌اند (انصاری،
۱۴۱۵، القضاء، ۳۱۰؛ خویی، ۱۴۱۷، ۱/۳۹۳؛ تبریزی، ۱۳۹۹، ۱/۲۳۲). ظاهر روایات آن است
که وفا به وعده واجب است و عده‌ای از فقیهان نیز فتوا به وجوب داده‌اند. از این رو،
در اجماعی بودن مسئله تردید وجود دارد. با وجود این، حتی با فرض اجماعی بودن
مسئله، وعده‌هایی که مصداق خیراند یا وعده‌هایی که بدون التزام‌اند، به دلیل اجماع
از شمول روایات خارج می‌شوند، اما سایر مصداق وعده همچنان لازم الوفاء‌اند
(یزدی، ۱۴۱۰، ۲/۱۱۸). بر همین اساس برخی گفته‌اند: شرط ابتدایی اگر متضمن تعهد
و التزام باشد، واجب الوفا است و مشمول آیات دال بر وجوب وفا به عقد و عهد
است؛ آنچه واجب الوفا نیست، مجرد وعده بدون التزام و تعهد است که وفا به آن
امری استحبابی است (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ۱/۲۴۵).

بنابراین با توجه به این که دلیل عدم التزام آور بودن وعده، دلیل لئی است و منطق
استدلال در دلیل لئی اکتفا به قدر متیقن است، استدلال مذکور قابل نقد است.

۲. نفی «وحدت عقد و نهادهای غیرالزام آور» و ضرورت وجود اثر وضعی

استدلال دوم این نظریه آن است که عقد، صرف تعهد (حتی جزمی) به انجام یا
ترک فعل نیست؛ زیرا در غیر این صورت، از نظر موضوعی فرقی بین عقد با وعد یا
شرط ابتدایی نخواهد ماند و هر وعده جزمی به انجام عملی، مصداق عقد خواهد

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۱۲

بود؛ امری که قابل التزام نیست. توضیح آن که تمایز مفهومی بین عقد و نهادهای غیر الزام‌آور مانند وعده و تعهد ابتدایی، سه‌گونه ممکن است تصویر شود: در تصویر اول فرق این دو در جزمیت تحلیل شود؛ به این معنا که تعهد به انجام فعل به نحو حتمی مصداق عقد تلقی شود و موارد غیرجزمی و احتمالی، مصداق وعده دانسته شود. در تصویر دوم فرق عقد و وعده در دوطرفه یا یک‌طرفه بودن تحلیل شود؛ به این معنا که تعهدات دوطرفه مصداق عقد و تعهدات یک‌طرفه مصداق وعده و غیر الزام‌آور باشند. این تصویر -مانند تصویر اول صحیح- نیست؛ زیرا برخی عقود مانند هبه مشتمل بر بیش از یک تعهد نیستند. تصویر سوم آن است که فرق بین عقد با وعده و شرط ابتدایی در عدم وجود اثر وضعی و اعتباری تحلیل شود. در این تصویر، تفاوت در این است که عقد اثر وضعی دارد، ولی وعد و تعهد ابتدایی چنین اثری ندارد. دو تصویر اول نادرست و صورت سوم صحیح و قابل دفاع است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ۲/ ۲۵۳).

در رد این استدلال باید گفت تمایز بین عقد و نهادهای غیرالزام‌آور مانند وعده، به وجود اثر وضعی و اعتباری نیست، بلکه تمایزهای دیگری بین این دو قابل بیان است. چنان که گذشت می‌توان گفت: تمایز در این است که وعده به مرحله التزام جزمی و مسلط دانستن طرف مقابل نمی‌رسد برخلاف عقد. همچنین تمایز دیگر آن است که وعده می‌تواند در قالب یک‌طرفه تحقق پیدا کند، برخلاف عقد که برای تحقق در عالم اعتبار نیاز به دو طرف دارد. هرچند تحقق عقد به دو التزام نیست، اما قوام آن به احتیاج به دو قرار (ایجاب و قبول) است، بنابراین داخل شدن مال در ملک شخص، نیاز به قبول دارد هرچند به‌عنوان هبه باشد. این سخن را می‌توان با تعبیری از صاحب این نظریه نیز تأیید کرد: «(وعده، صرف اظهار و بیان قصد انجام فعل در آینده است بدون این که همراه با التزام باشد. بلکه حتی اگر وعده عنوان عامی باشد، با توجه به این که دلیل عدم لزوم وفا به وعده، دلیل لبی است، قدر متیقن آن، جایی است که بنای طرفین به نحو التزام و تعهد نباشد والا می‌تواند لزوم وفا داشته باشد)» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ۲/ ۲۷۳).

بنابراین برای ایجاد تمایز بین عقد و نهادهای غیرالزام‌آور مانند وعد، نیازی به اثر

وضعی نیست؛ زیرا اولاً وعده از منظر فقهی (برخلاف عقد) آن است که به مرحله التزام حتمی و مسلط دانستن طرف مقابل نمی‌رسد، ثانیاً حتی اگر وعده از نظر مفهومی عام باشد، نمی‌توان وعده‌های دو طرفه‌ای را که به این مرحله می‌رسند غیر لازم الوفا دانست.

۳. تحلیل مفهوم «ربط» و ضرورت وجود اثر وضعی

در استدلال دیگری گفته شده عقد با توجه به تحلیل لغوی به معنای ربط و گره است. در امور انشایی عقد به معنای ربط بین دو انشاء و التزام است. ربط و شد بین دو التزام انشایی، مستلزم آن است که منشأ نحوه‌ای وجود اعتباری داشته باشد تا بین دو التزام، ربط و گره ایجاد شود. این وضعیت در تعهد به انجام فعل و ترک فعل وجود ندارد. صرف تعهد به انجام عمل بدون آن که انشاء علقه اعتباری شود، ربط بین دو التزام ایجاد نمی‌کند و مصداق عقد نخواهد بود، زیرا عقد، به معنای تعهد نیست، بلکه تعهد از امر به وفا به عقد استفاده می‌شود. آنچه حیث عقد بودن بر آن دلالت دارد، ربط بین دو التزام است و این ربط صرفاً با توجه به آثار وضعی انشاء شده در ضمن عقد قابل تحلیل است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ۲/ ۲۷۵).

در استدلال دیگری نزدیک به این تحلیل، می‌توان به جنبه تأکیدی و توثیقی موجود در عقد اشاره کرد؛ چنان که گذشت، عقد به معنای عهد مؤکد است نه مطلق عهد، و آنچه موجب تأکد عهد می‌شود، آن است که متعلق عهد، امر وضعی اعتباری باشد.

در نقد این استدلال گفته می‌شود برای صدق عقد، بیش از گره بین دو قرار معاملی به یکدیگر امر دیگری نیاز نیست. بلکه در صورتی که مقوم عقد ربط بین دو التزام باشد، نباید چنین ربطی را صرفاً درجایی محقق بدانیم که اثری وضعی مثل حق و ملک وجود داشته باشد. همین که دو تعهد بر محل واحدی وارد شوند و به یکدیگر گره خورده و در مقابل هم باشند «التزام مرتبط به التزام آخر» محقق می‌شود، حتی اگر ملک و حقی در کار نباشد. از این رو، محقق اصفهانی در تعبیری می‌گوید: حقیقت عقد، ربط بین دو التزام است و ربط بین دو التزام، به این است که بر امر

واحدی وارد شوند و آنچه رابط بین دو التزام است، وحدت مورد التزام است (محمد حسین اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ۱/۲۸۴). ایشان در مورد بیع نیز می‌گویند: آنچه از متعاقدین صادر می‌شود آن است که مالی در مقابل عوضی تملیک می‌شود. از این جهت که این عمل، متضمن جعل و قرار است، مصداق «عهد» است؛ از این جهت که این دو قرار به هم مرتبط‌اند، مصداق «عقد» است، و از این جهت که ایجاد ملکیت می‌کند مصداق «بیع» است (محمد حسین اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۲/۱۵۹)؛ بنابراین، دیدگاهی که ربط بین دو التزام را متوقف بر انشاء اثر وضعی می‌داند، ناتمام است.

د) نقد نظریه ضرورت اثر وضعی به عنوان عنصر عقد

دلایلی وجود دارد که نیازمندی عقد به وجود اثر وضعی را با تردید جدی مواجه می‌کند.

۱. تحلیل ماهیت عقد از نظر ارتکاز عقلا

تحلیل مفهوم عقد از نظر ارتکاز عقلایی نشان می‌دهد ماهیت عقد ناظر به اثر وضعی نیست.

ضرورت احداث علقه
وضعی در قرارداد

۱۱۵

چنان که گذشت از نظر فقهی عقد به معنای عهد یا عهد مؤکد و یا مطلق قرار مرتبط به قرار دیگر است. منظور از تأکید عهد نیز، یا صرف ربط و دوطرفه بودن آن است (شهیدی تبریزی، بی تا، ۳/۴۰۸)، یا منظور حیث محکم و موثق بودن، یا لزوم شرعی یا عرفی، یا قوت عهد در مقام ابراز، یا جزمی و حتمی بودن آن است. هر یک از این احتمالات صحیح باشد، دلالتی بر نیازمندی عقد به اثر وضعی ندارد.

ممکن است گفته شود تعریف عقد به «توافق بر ایجاد اثر قانونی» مؤیدی برای نظریه احتیاج عقد به اثر وضعی است، اما چنان که گذشت قید «اثر قانونی» ناظر به الزام و مسئولیت‌آوری عقد در مقابل وعده است و ارتباطی به اثر وضعی ندارد. همچنین از تعریف عقد به «ربط بین دو التزام یا قرار» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ۲/۲۷۵) نمی‌توان چنین استنباطی کرد؛ زیرا ربط بین دو التزام صرفاً مربوط به وحدت ملتزم به است نه وجود اثر وضعی. حکم به «بقاء عقد» نیز به اعتبار موضوع آثار بودن آن است، نه به خاطر بقاء آثار وضعی مثل ملک و حق. از این رو، منشأ انتزاع بقاء عقد،

قرارهای مرتبط به هم است، نه اثر وضعی آن. از نظر عقلایی نیز آنچه در میان افراد و دولت‌ها ملاک الزام‌آوری و لزوم وفا است، آن است که تعهد شخص در مقابل شخص دیگر به نحو جزمی باشد (نه صرف وعده و قول). این تعهد دوطرفه مصداق عقد است و وجوب وفا، لازمه عقلایی آن است، هرچند اثر وضعی در میان نباشد. بنابراین همان‌طور که برخی گفته‌اند قراردادهایی مانند استصناع به دلیل وجود تعهد دوطرفه، مصداق عقد بوده و احکام عقد بر آن بار می‌شود (مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، ۲۰۵).

۲. وجود مصادیقی از عقود بدون اثر وضعی

فقه اسلامی برخی روابط حقوقی را به طور مسلم عقد می‌داند، در حالی که اثر وضعی ندارند و صرفاً مفید تعهد و التزام‌اند.

از جمله این اعمال حقوقی، کفالت است. ماهیت کفالت چیزی جز تعهد و التزام برای دیگری نیست. فقیهان کفالت را به «تعهد به نفس» (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ۱۳۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۸۷/۱۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۱۶۷/۲؛ علامه حلی، بی‌تا، ۵۶۶/۲؛ محقق حلی، ۱۳۷۶، ۱/۱۴۳) یا «عقدی که ثمره آن تعهد به نفس است» (محقق کرکی، ۱۴۰۹ق، ۱/۱۹۳) تعریف کرده‌اند. همچنین بسیاری از فقیهان در تعبیری حقیقت ضمان (به معنای اعم) را تعهد دانسته‌اند. اگر تعهد به نفس باشد «کفالت»، اگر تعهد به مال از طرف مدیون باشد «حواله»، و اگر تعهد به مال از طرف غیر مدیون باشد «ضمان به معنای اخص» است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۷۲/۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲/۸۸).^۱

مورد دیگر ضمان به معنای تعهد و مسئولیت ادای مال است نه ضمان اصطلاحی (نقل ذمه به ذمه). حقیقت این ضمان که امر متعارفی است، قبول مسئولیت مال و تعهد به ادای مال در فرض تخلف مضمون عنه است، بدون این که مالی به ذمه ضامن منتقل شود. محقق خوبی می‌گوید: ضمان به معنای تعهد و مسئولیت مال، امری است که نزد عقلا متعارف است و عموم و اطلاق لزوم و صحت عقد آن را تصحیح

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۱۶

۱. به اعتقاد ما عقد ضمان اثر وضعی دارد و دیدگاهی که آن را تعهدی می‌داند قابل انتقاد است.

می‌کند؛ چون عقد است و وفا به آن واجب است (خویی، ۱۴۰۹ق، ۲/۱۱۶). برخی از فقیهان معاصر نیز گفته‌اند یکی از مصادیق ضمان آن است که صرفاً مبتنی بر تعهد ضامن به اداء مال به مضمون له است و تنها اثر آن وجوب تکلیفی ادا است بدون اینکه ذمه ضامن نسبت به مال مشغول شود (سیستانی، ۱۴۱۵ق، ۲/۳۵۱).

مورد دیگر قرارداد آتش بس و ترک مخاصمه (میان مسلمانان و عده‌ای از کافران) است که از آن تعبیر به مهاده یا هدنه می‌شود. ماهیت این قرارداد تعهد و التزام به ترک جنگ است، نه التزام بر امری اعتباری. باین حال، هم در روایات تعبیر به عقد الهدنه شده است (شریف الرضی، ۱۳۶۸، خطبه ۱۷). هم بسیاری فقیهان آن را عقد دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ۲/۲۱۸؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ۳/۴۷۱). به همین دلیل برای لزوم عمل و سایر احکام آن، به آیه ﴿أوفوا بالعقود﴾ تمسک کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ۲/۵۸؛ علامه حلی، ۱۳۷۸، ۱۴۴/۱۵؛ قطب راوندی، ۱۴۰۵، ۱/۳۵۵). همین وضعیت در مورد عقد جزیه و عقد امان و امثال آن وجود دارد.

همچنین شکی نیست بسیاری از مصادیق عقد صلح، متضمن اثر اعتباری نیست و صرفاً صلح واقع می‌شود بر این که طرفین عملی را انجام داده یا ترک کنند. به‌عنوان مثال، اگر بعد از عقد متعه، زوجین مصالحه کنند که زن با فلان شخص ازدواج نکند و در مقابل، زوج مدت را ببخشد، صلح صحیح است (خویی، ۱۴۱۰ق، ۲/۲۷۳؛ موسوی سبزواری، بی‌تا، ۲/۵۶۱).

۳. سابقه تقسیم «عقد بر فعل» و «عقد بر نتیجه» در فقه اسلامی

تتبع در آثار فقهی نشان می‌دهد برخی فقیهان پاره‌ای از عقود را مشتمل بر اثر وضعی دانسته‌اند و برخی دیگر را فاقد آن تلقی کرده‌اند.

یک. محقق اصفهانی ذیل آیه ﴿أوفوا بالعقود﴾ می‌گوید: وفا در همه موارد استعمال، به معنای تمام کردن شیء و عدم تجاوز از آن است. عقد گاهی به عملی از اعمال تعلق می‌گیرد و گاهی به نتیجه عمل، مانند بیع که در آن قرار بر ملکیت محقق می‌شود. در قسم اول از عقود، وفا به عقد، مقتضی انجام عمل مورد تعهد است، و در قسم دوم، وفا به این است که نتیجه عمل، نقض و فسخ نشود (محمدحسین اصفهانی،

۱۴۱۸ق، ۱/۱۴۵/۴/۲۶، ۱۹۴) و به تعبیر این فقیه، عقد بودن بیع، به دلیل ربط تعهد با بیع به تعهد مشتری است، نه به دلیل ربط ملکیت (محمد حسین اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ۴/۲۵).

دو. محقق ایروانی عقود را به عقد بر فعل و عقد بر نتیجه (مثل بیع، اجاره، نکاح) تقسیم می‌کند و آیه «أوفوا بالعقود» را به قرینه وجود وفا، مختص به قسم اول می‌داند؛ زیرا در عقد بر نتیجه مثل بیع، نتیجه (ملکیت) یا حاصل می‌شود و یا نمی‌شود و در هر حال عمل خارجی وجود ندارد، بنابراین معنای حقیقی وفا در آن تصوّر ندارد. تسلیم عوضین هم مصداق وفا به عقد نیست، بلکه وجود تسلیم از آن جهت است که مورد معامله، ملک غیر شده و حبس مال غیر جایز نیست. از نظر ایشان باید در آیه شریفه، عقود را منحصر به عقود بر افعال دانست (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ۱/۷۷/۸۱/۲/۳). در تعبیر دیگری یکی از فقیهان بین عقود مستمر و عقود غیرمستمر مانند بیع که مفاد آن تملیک آنی است، تفصیل می‌دهد (یزدی، ۱۴۱۰ق، ۲/۳).

هرچند دیدگاه محقق ایروانی قابل انتقاد است و مفهوم وفا به عقد در همه اقسام عقود قابل تصوّر است (خمینی، ۱۳۸۶، ۱۲۶؛ طباطبایی، ۱۲۹۶، ۵۴۴). اما استفاده می‌شود که عقد بودن همه این اقسام، قابل تشکیک نیست.

سه. یکی از فقیهان در تعبیری می‌گوید در صورت تفسیر عقد به عهد، عقود مبادله‌ای مانند بیع و اجاره از شمول عنوان عقد خارج می‌شوند؛ زیرا بیع مبادله بین دو مال است و لزوم عمل به مفاد آن از احکام عقد است نه خود عقد. در این صورت، فقط عقودی که مفاد آنها تعهد و التزام است مانند کفالت و ضمان، مشمول آیه «أوفوا بالعقود» باقی می‌مانند؛ همچنین است بیعتی که در زمان خلفا انجام می‌شد. سپس توجیهاتی برای حلّ مشکل بیان می‌کند و می‌گوید روایتی که عقود را به عهود تفسیر کرده، دلالت بر انحصار ندارد، بلکه برای بیان این مطلب است که عهود هم مثل عقود مشمول وجوب وفا هستند. سپس بالاتر رفته و تفکیک بین عقد و عهد را انکار و عهود دوطرفه را مصداق عقد تلقی می‌کند. به باور او عهدهای طرفینی مانند بیعت، به منزله گره و ربط بین دو طرف است و به این اعتبار آن را داخل در معنای عقد می‌داند و در نتیجه تنها عهدهای یک طرفه را از عنوان عقد خارج می‌داند (خمینی، ۱۳۷۹، ۴/۲۶-۲۷).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۱۸

چهار. همچنین برخی در تفسیر آیه اوفوا بالعقود با طرح شبهه‌ای می‌گویند ظهور اولیه وجوب وفا، وجوب شرعی وفا است. لازمه این مطلب آن است که در عقودی مانند بیع، دو تکلیف مستقل و دو عقاب بر مخالفت آن‌ها وجود داشته باشد؛ یکی وجوب وفا و دیگری تکلیف به حرمت غصب و حبس مال غیر. در پاسخ می‌گویند برای خلاصی از این شبهه یا باید از ظهور آیه در وجوب شرعی دست برداشت، یا در فرض حفظ این ظهور، آیه را بر خصوص عقود عهدی که قوام آن‌ها به تعهد به انجام عمل است (مانند عقد ولایت و تعهدات عقدی متعارف بین دولت‌ها و اشخاص) حمل کرد (خمینی، ۱۳۷۹، ۴/۲۸). این دیدگاه نیز دلالت بر عدم ضرورت وجود اثر وضعی در تحقق عقد دارد.

پنج. یکی از فقیهان در تفسیر مشابهی گفته است: منظور از واژه عقود در آیه شریفه، عهود است، چه عهد در مقابل خدا مانند نذر و عهد، و چه عهد برای غیر مانند معاملات مالی و غیرمالی. کلمه عقد در قرآن بر هر دو قسم اطلاق شده است. متعلق عهد نیز گاهی انجام فعلی برای غیر است و گاهی امر وضعی اعتباری مانند ملکیت است. در هر یک از دو قسم، وفا به عقد اقتضا متفاوتی دارد، همان‌طور که تکلیفی بودن یا ارشادی بودن امر در هر کدام متفاوت است (تبریزی، ۱۳۹۹، ۴/۲۴-۲۵). شش. فقیه دیگری عقود را به دو قسم تقسیم می‌کند؛ عقودی که از سنخ شرط فعل‌اند و عقودی که از سنخ شرط نتیجه‌اند. به باور او شمول دلیل اوفوا بالعقود نسبت به عقود نوع اول، مسلم است. برای اثبات شمول آن نسبت به عقود شرط نتیجه نیز بیان می‌کند که اگر آیه مختص عقود شرط فعل باشد، شامل بیع که در فقه ما عبارت است از انشاء تملیک، نخواهد شد. بنابراین آیه شامل عقود نتیجه هم می‌شود (حسینی حائری، ۱۴۲۳ق. ۱/۲۷۲).

بنابراین، با توجه به آنچه گذشت تردیدی باقی نمی‌ماند که عقد بودن همه این موارد مسلم است و وجود اثر وضعی در عقد، ضرورت ندارد؛ امری که در ارتکاز فقیهان نیز مسلم است و سخن فقیهان در امور جانبی مانند چگونگی تصویر وفای به عقد در هر یک از عقود است. بنابراین اگر متعلق عقد، فعلی از افعال باشد، مفاد ﴿اوفوا بالعقود﴾ تکلیف است، و اگر متعلق عقد به نحو شرط نتیجه و امر وضعی

باشد، مفاد آن تکلیف و سپس وضع است (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ۲/ ۶۶). باوجود این، نباید تردید کرد در فقه اسلامی گفتمان اصلی در عقود به‌ویژه عقود معاوضی، وجود اثر وضعی تملیک است.

۴. تعهد به مثابه امری اعتباری

در صورتی که برای تحقق مفهوم عقد، اثر وضعی ضروری باشد، با تحلیل مفهوم «اعتبار» می‌توان قراردادهای مبتنی بر التزام و تعهد را مشمول تعریف عقد دانست. وجود اعتباری سنخی از وجود و تابع اعتبار معتبر (عرف یا شرع) است که طبق مصالحی آن را اعتبار کرده و موضوع احکام خود قرار می‌دهد. همان‌طور که معتبر ملکیت را به‌عنوان امری اعتباری لحاظ می‌کند، ممکن است عنوان تعهد را نیز اعتبار کند و برای آن‌ها وجود اعتباری شناسایی کند. به این مطلب در کلام برخی فقیهان نیز تصریح شده است. آن‌ها هنگام شمارش برخی از اعتباریات، «تعهد و التزام» را در عداد ملکیت و زوجیت دانسته و همه آن‌ها را از سنخ اعتباریات دانسته‌اند (محمد حسین اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ۲/ ۱۵۹؛ ۱۴۱۹ق، ۴/ ۳۳ و ۵/ ۱۲۳ و ۲۳۳؛ خامنه‌ای، ۱۴۱۸ق، ۸۰؛ خمینی، ۱۳۸۶، ۳۴۹؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۸/ ۳۲۵؛ همدانی، ۱۳۷۶، ۱۴/ ۶۱۱)؛ بنابراین می‌توان گفت: همان‌طور که ملکیت، امری قانونی است و نیاز به اعتبار شارع دارد، خود تعهد و التزام نیز محتاج اعتبار است و تا معتبر آن را اعتبار نکند، موضوع اثر نخواهد بود. از این رو، می‌توان ادعا کرد خود عنوان عهد مانند ملکیت وجودی اعتباری دارد و بدین گونه لزوم وجود امر اعتباری برای تحقق عقد، تأمین می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۱۲۰

ضرورت یا عدم ضرورت اثر وضعی بر اساس ادله نقلی ناظر به عقد

با توجه به دلایل نقلی نیز می‌توان شمول ادله امضای عقود را نسبت به قراردادهایی که مفاد آن‌ها صرفاً تعهد بوده و فاقد اثر وضعی است، اثبات کرد. از این رو، حتی اگر از دیدگاه عرف این موارد مصداق عقد نباشند، ادله عام امضای عقود شامل آن موارد می‌شود. تفسیر واژه عقود به عهود در برخی روایات، نشان می‌دهد عقد در ادله

نقلی در معنای عامی به کاررفته و شامل همه تعهدات انسان به ویژه تعهدات دوطرفه می‌شود. برخی فراتر از این، ادعا کرده‌اند که عقد در آیه، شامل مطلق تکالیف الهی است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ۳/۲).

در تعبیر دیگری برخی فقیهان گفته‌اند مفاد ظاهر روایات آن است که در آیه شریفه اوفوا بالعقود، مراد از عقود، مطلق عهود است، و عقد صرفاً به معنای عهد دوطرفه نیست؛ زیرا نباید الفاظ وارد در کتاب و سنت را حمل بر معنای اصطلاحی فقهی آن‌ها کرد. بنابراین، عقود در آیه شریفه معنای عامی دارد که حتی شامل عهدهای واقع بین انسان و خداوند (به‌حسب ایمان یا فطرت) می‌شود، مگر این که گفته شود این موارد نیز در حقیقت بین دو طرف (مخلوق و خالق) واقع می‌شوند، این در حالی است که این موارد از نظر فقهی ایقاع‌اند و نیاز به قبول ندارند. در این دیدگاه، تنها موردی که مشمول عنوان عقد نخواهد بود، قراردایی است که انسان در نفس خود و بر عهده خود می‌گذارد، که اطلاق عقد بر آن‌ها قابل توجیه نیست، همان‌گونه که دلیلی بر لزوم عمل به آن وجود ندارد (منتظری، ۱۴۱۵ق، ۱/۳۴). برخی دیگر از فقیهان با استعانت از تفسیر عقد به عهد در روایات، معنای عقد در آیه را توسعه داده و گفته‌اند حتی در صورتی که عنوان عقد شامل معاطات نشود، عنوان عهد قطعاً شامل آن می‌شود و با توجه به روایات، می‌توان به آیه شریفه اوفوا بالعقود برای صحت معاطات استناد کرد (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۴/۳۶).

ضرورت احداث علقه
وضعی در قرارداد

۱۲۱

می‌توان برای اثبات این مدعا که عقود در آیه شریفه شامل مطلق احکام الهی می‌شود، به سیاق آیه شریفه و آیات بعد از آن استناد کرد (مانده ۳-۱). ظهور مجموع آیات این است که جملات بعدی، بیان برخی از مصادیق «عقود» است که در آیه اول، امر به وفا به آن‌ها شده است. مجموعه احکام مذکور در آیه (حرام بودن گوشت برخی حیوانات، حرمت صید در حال احرام، لزوم رعایت حرمت شعائر الهی، و...) به عنوان بیان مصادیقی از عقود ذکر شده‌اند. برخی فقیهان و مفسران بر همین اساس گفته‌اند اگر منظور از عقود در آیه، عقود اصطلاحی فقهی باشد، تناسب با آیات بعدی نخواهد داشت (زمخشری، ۱۴۰۷ق، ۱/۶۰۱؛ شریعت اصفهانی، ۱۳۹۸، ۳۵؛ منتظری، ۱۴۱۵ق، ۱/۳۵). از این رو، برخی فقیهان با توجه به مجموع این نکات، سوره

مأئده را سوره عهود و موآثیق دانسته‌اند (منتظری، ۱۴۱۵ق، ۱/ ۳۶-۳۷). برخی دیگر با توجه به استعمال واژه عقد در آیات دیگر، عقود در این آیه را به معنای مطلق عهود تفسیر کرده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۴/ ۲۴).

بنابراین کلمه عقود در آیه شریفه با توجه به شواهد نقلی (روایات، سیاق آیه، آیات دیگر) شامل هر امری می‌شود که از نظر عرفی مصداق عهد و میثاق است، چه عهد بین انسان‌ها و چه عهد بین انسان و خداوند، هرچند در اصطلاح فقهی مصداق عقد نباشند. البته جای این ادعا وجود دارد که این ادله نقلی فقط وجوب تکلیفی وفا به عقد را مانند سایر تکالیف اثبات می‌کند، نه وجوب حقی که متضمن قابلیت الزام و مطالبه توسط متعهد له است.

ضرورت یا عدم ضرورت اثر وضعی بر اساس نهاد شرط

به نظر می‌رسد حتی اگر ادله امضای عقود را شامل قراردادهای فاقد اثر وضعی ندانیم، می‌توان از طریق نهاد شرط و دلیل (المومنون عند شروطهم) مشروعیت آن‌ها را اثبات کرد. چنان که گذشت، تصحیح چنین قراردادهایی از این راه، تنها نیازمند شمول عنوان شرط نسبت به قراردادهاست. یکی از وجوه سه‌گانه ذیل، برای اثبات این مطلب کفایت می‌کند.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲
۱۲۲

۱. شرط به معنای مطلق التزام، نه التزام ضمنی

برخلاف ظاهر تعابیر برخی واژه‌شناسان (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ۲/ ۳۶۸) مفهوم شرط عبارت است از مطلق التزام نه خصوص التزام ضمنی؛ بنابراین ادله امضاء شروط، شامل قراردادهای مبتنی بر التزام می‌شوند. برخی فقیهان این دیدگاه را اختیار کرده و گفته‌اند ادله شروط، شامل قراردادها نیز می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، المکاسب، ۳/ ۵۶؛ و ۶/ ۱۱؛ یزدی، ۱۴۱۰ق، ۱/ ۶۸ و ۷۴؛ و ۲/ ۱۰۶).

۲. توسعه در مفهوم التزام ضمنی

همچنین می‌توان از راه توسعه در مفهوم التزام ضمنی، مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام و در نتیجه، عدم ضرورت اثر وضعی را اثبات کرد. در واقع، حتی در صورتی که عنوان شرط مختص به التزام ضمنی باشد، می‌توان برای اعتبار عقود به

ادله شرط تمسک کرد؛ زیرا عقد عبارت است از مجموع دو التزام مرتبط، و به طور طبیعی هر یک از این دو التزام، التزام ضمنی خواهد بود؛ زیرا در ضمن عقد واقع می شود. به همین دلیل با استناد به ادله شرط، می توان مشروعیت عقود را اثبات کرد. به عبارت دیگر «التزام ضمنی» که معنای حقیقی شرط است، مفهوم وسیع تری از «التزام تابع» دارد به طوری که شامل التزام متقابل با التزام دیگر هم می شود (حسینی حائری، ۱۴۲۳ق، ۱/ ۲۴۵).

۳. الغاء خصوصیت از التزامات ضمنی به مطلق التزامات

طبق نظر برخی فقیهان، ضمنی بودن التزام، تأثیری در حکم به لزوم وفا ندارد و ملاک لزوم وفا، مطلق التزام و قرار است؛ بنابراین می توان از عنوان شرط الغای خصوصیت کرد و لزوم وفا به مطلق التزامات را استنباط کرد (خمینی، ۱۳۷۹، ۱/ ۱۴۱ و ۲۰۷؛ خمینی، ۱۳۷۹، ۵/ ۳۰۴).

نتیجه گیری

۱. هر چند مطالعه آثار فقیهان نشان می دهد که گفتمان اصلی فقه امامیه در عقود به ویژه عقود معاوضی، گفتمان تملیک است، اما از آثار فقیهان استنباط می شود عنصر اصلی ماهیت عقد، «ارتباط دو قرار معاملی به یکدیگر» است.
۲. برای تحقق «ربط بین دو قرار» بیش از ارتباط موضوعی و ورود دو توافق بر امر واحد ضرورت ندارد. انحصار عقد به مواردی که اثری وضعی مانند حق و ملک دارد، مبتنی بر استدلال دقیقی نیست.
۳. اضافه شدن قید «احداث اثر قانونی» در تعریف عقد، برای اخراج وعده های ابتدایی و مقاولات دوستانه است و ارتباطی به اثر وضعی عقود ندارد.
۴. نهاد عقد مانند نهاد شرط، قابل تقسیم به عقد بر فعل و عقد بر نتیجه است، و این مطلب در ادبیات فقهی سابقه روشنی دارد.
۵. مفهوم وجوب وفای عقدی، قابلیت مطالبه و الزام به وسیله متعهد له را دارد و صرفاً وجوب تکلیفی نیست.
۶. برخی شواهد نقلی پیرامون ادله امضاء عقود اثبات می کنند مطلق تعهدات

- دو طرفه، موضوع این ادله است، هر چند مصداق عقد اصطلاحی فقهی نباشند.
۷. طبق برخی مبانی فقهی که عنوان شرط را شامل قراردادهای می‌داند، ادله وفا به شرط را می‌توان از ادله مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام دانست.
۸. با توجه به این نکات، مشروعیت قراردادهایی مانند: قولنامه، استصناع، و سایر قراردادهای مبتنی بر التزام که اثر وضعی در آنها وجود ندارد، قابل اثبات است.

منابع

• قرآن کریم.

• نهج البلاغه.

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۶). حاشیه‌ی المکاسب (آخوند). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
۲. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین. (۱۳۵۹). تحرير المجلة. تهران: مکتبه‌النجاح.
۳. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹). حاشیه‌ی کتاب المکاسب. قم: ذوی القربی.
۴. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۰۹). الاجارة (للاصفهانی). چاپ دوم، قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الإسلامي.
۵. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸). حاشیه‌ی المکاسب (حدیثه). قم: انوار الهدی.
۶. امامی خوانساری، محمد. (بی‌تا). الحاشیه‌ی علی المکاسب (امامی خوانساری). قم: [بی‌نا].
۷. امامی خوانساری، محمد. (بی‌تا). الحاشیه‌ی الثانية علی المکاسب. قم: مؤلف.
۸. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم: دبیرخانه کنگره جهانی بزرگداشت دو یستمین سالگرد میلاد شیخ اعظم انصاری.
۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). القضاء و الشهادات (انصاری). قم: المؤتمر العالمي بمناسبة الذکری المئوية الثانية لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری، الأمانة العامة.
۱۰. ایروانی، علی. (۱۴۰۶ق). حاشیه‌ی المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۱. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۳۶۲). بلغة الفقیه. چاپ چهارم، تهران: مکتبه‌الصادق علیه السلام.
۱۲. تبریزی، جواد. (۱۳۹۹). إرشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب. قم: مطبعة مهر.
۱۳. حسینی حائری، کاظم. (۱۴۲۳ق). فقه العقود. چاپ دوم، قم: مجمع الفکر الإسلامي.
۱۴. حسینی شیرازی، محمد. (۱۳۸۶). من فقه الزهراء صلوات الله علیها. قم: رشید.
۱۵. حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه. چاپ دوم، قم: مؤسسة

جستارهای فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۲۴

النشر الإسلامي.

۱۶. خامنه‌ای، سید علی (حسینی). (۱۴۱۸ق). المهادنه. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۷. خمینی، سیدروح الله. (۱۳۷۶). کتاب البيع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۱۸. خمینی، سیدروح الله. (۱۳۸۶). کتاب البيع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۱۹. خمینی، سیدروح الله. (۱۳۷۹). کتاب البيع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۲۰. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۰۹). مباني العروة الوثقى. قم: لطفی.
۲۱. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۷). مصباح الفقاهة. قم: انصاریان.
۲۲. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. چاپ بیست و هشتم، قم: مدينة العلم، آیت الله العظمی الخوئی رحمته الله علیه.
۲۳. روحانی، محمد صادق. (۱۴۱۲). فقه الصادق علیه السلام. قم: دارالکتاب.
۲۴. زمخشری، محمود بن عمر. (۱۴۰۷). الکشاف. بیروت: دار الکتاب العربی.
۲۵. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۳۸۳). الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد. بیروت: دار احیا التراث العربی.
۲۶. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۳۹۰). نظریه العقد. تهران: خرسندی.
۲۷. سیستانی، سیدعلی (حسینی). (۱۴۲۲). المسائل المنتخبة. چاپ نهم، قم: مکتب آية الله العظمی السيد السيستاني.
۲۸. سیستانی، سیدعلی (حسینی). (۱۴۱۵). منهاج الصالحین. قم: مکتب آية الله العظمی السيد السيستاني.
۲۹. شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد. (۱۳۹۸). نخبة الأزهار فی أحكام الخیار. قم: دار الکتاب.
۳۰. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۰). اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية. بیروت: دار التراث.
۳۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۳۲. شهیدی تبریزی، میر فتاح. (بی تا). هدایة الطالب إلى أسرار المکاسب. قم: دار الکتاب.
۳۳. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.

ضرورت احداث علقه
وضعی در قرارداد

۱۲۵

۳۴. نجفی، محمدحسن بن باقر. (۱۴۰۴). **جواهر الکلام**. چاپ هفتم. بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۳۵. صدر، محمد. (۱۴۲۰). **ماوراء الفقه**. بیروت: دار الأضواء.
۳۶. طباطبایی قمی، سیدتقی. (۱۳۷۲). **عمدة المطالب في التعليق على المكاسب**. قم: محلاتی.
۳۷. طباطبایی، سیدمحمد بن علی. (۱۲۹۶). **مفاتيح الأصول**. قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
۳۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). **المبسوط في فقه الإمامية**. چاپ سوم، تهران: مكتبة المرتضوية.
۳۹. عراقی، ضیاءالدين. (۱۳۷۹). **حاشية المكاسب (آقاضياء)**. قم: الغفور.
۴۰. عراقی، ضیاءالدين. (۱۴۱۴). **شرح تبصرة المتعلمين**. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۴۱. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰). **تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية**. قم: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام.
۴۲. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴). **تذكرة الفقهاء**. قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
۴۳. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳). **قواعد الأحكام**. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۴۴. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۷۸). **منتهى المطالب في تحقيق المذهب**. مشهد مقدس: مجمع البحوث الإسلامية.
۴۵. علامه حلی، حسن بن یوسف. (بی تا). **تحریر الأحكام**. قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
۴۶. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (۱۴۱۵). **القاموس المحيط**. بیروت: دار الکتب العلمية.
۴۷. قطب راوندی، سعید بن هبه الله. (۱۴۰۵). **فقه القرآن**. چاپ دوم، قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی رحمته الله علیه.
۴۸. قنواتی، جلیل. (۱۳۹۹). «نظريه تملیک و نظريه تعهد از دیدگاه فقیهان». **فقه و مبانی حقوق اسلامی**، ۲: ۵۳.
۴۹. قنواتی، جلیل. (۱۴۰۰). «نظريه تملیک یا نظريه تعهد». **تحقيقات حقوقی**، ۲۴: ۹۳.
۵۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). **اعمال حقوقی: قرار داد - ایقاع**. تهران: انتشارات گنج دانش.
۵۱. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۳۶۳). **مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول**. چاپ دوم، تهران: دار الکتب الإسلامية.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۲۶

۵۲. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۷۶). المختصر النافع في فقه الإمامية. چاپ ششم، قم: مطبوعات دينی.
۵۳. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. چاپ دوم، قم: اسماعيليان.
۵۴. محقق کرکی، علی بن حسين. (۱۴۱۴). جامع المقاصد في شرح القواعد. چاپ دوم، قم: مؤسسة آل البيت للإحياء التراث.
۵۵. محقق کرکی، علی بن حسين. (۱۴۰۹). رسائل المحقق الكرکي. قم: کتابخانه عمومی حضرت آيت الله العظمی مرعشی نجفی رحمته الله عليه.
۵۶. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۳۶۲). مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۵۷. منتظری، حسينعلی. (۱۴۱۵). دراسات في المكاسب المحرمة. قم: نشر تفکر.
۵۸. موسوی سبزواری، سيد عبدالاعلی. (۱۴۱۳). مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام. چاپ چهارم، قم: بی نا.
۵۹. موسوی سبزواری، سيد عبدالاعلی. (بی تا). جامع الأحكام الشرعية. چاپ نهم، قم: مؤسسة المنار.
۶۰. مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵). كلمات سديدة في مسائل جديدة. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۶۱. نایینی، محمدحسين. (۱۳۷۳). منية الطالب. تهران: المكتبة المحمدية.
۶۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۳۷۵). عوائد الأيام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶۳. هاشمی شاهرودی، سيد محمود. (۱۴۲۳). قراءات فقهية معاصرة. قم: مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي.
۶۴. همدانی، رضا بن محمد هادی. (۱۳۷۶). مصباح الفقيه. قم: المؤسسة الجعفرية لحياء التراث.
۶۵. یزدی، سيد محمد كاظم بن عبد العظيم (طباطبایی). (۱۴۱۰). حاشية المكاسب. چاپ چهارم، قم: اسماعيليان.

ضرورت احداث علقه
وضعی در قرارداد

۱۲۷

References

The Holy Qur'an

1. Āl Baḥr al-'Ulūm, al-Sayyid Muḥammad. 1983/1362. *Bulghat al-Faqīh limā Yartajih*. 4th. Tehran: Maktabat al-Sādiq.
2. al-'Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jamī' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawa'id*. 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turath.
3. al-'Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1988/1409. *Rasā'il al-Muḥaqqiq al-Karakī*. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
4. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1989/1410. *al-Lum'at al-Dimashqīya fī Fiqh al-Imāmīya*. Beirut: Dār al-Turāth al-Islāmīyah.
5. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharḥ 'i' al-Islām*. Qom: Mū'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīya.
6. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīya al-Thānīya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
7. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Qadā' wa al-Shahādāt*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīya al-Thānīya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
8. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1362. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Īrshād al-Aḍḥḥān*. Edited by Mujtabā al-Iraqī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
9. al-Fīrūz Ābādī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Qāmūs al-Muḥīṭ*. 1st. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyah.
10. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1998/1419. *Ḥāshīyat al-Kitāb al-Makāsib*. 1st. Qom: Manshūrāt Dhawī al-Qurbā.
11. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1988/1409. *al-Ijārah*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
12. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1997/1418. *Ḥāshīyat al-Makāsib*. 1st. Qom: Manshūrāt Anwār al-Mahdī.
13. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1953/1373. *Munyat al-Ṭālib fī Ḥāshīyat al-Makāsib*. 1st. al-Maktabat al-Muḥammadīyah.
14. al-Ḥāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Muḥammad. 2002/1423. Qirā'at Fiqhīyat Mu'āṣirah. 1st. Qom: Mu'assasat Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh al-Islāmī.
15. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. *Qawā'id al-Aḥkām fī Ma'rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī

- li Jamā'at al-Mudarrisīn.
16. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1993/1414. *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assaṣt Āl al-Bayt li Ḥyā' al-Turāth.
 17. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1999/1378. *Muntahā al-Maṭlab fi Tahqīq al-Maḍḥhab*. Mashhad: Majma' al-Buḥūth al-Islāmīya.
 18. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1999/1420. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar'īyat 'Alā Madḥḥab al-Imāmīyah*. Mashhad: Mashhad: Mu'asissat al-Imām al-Ṣādiq.
 19. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). n.d. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar'īyat 'Alā Madḥḥab al-Imāmīyah*. Mashhad: Mu'assaṣt Āl al-Bayt li Ḥyā' al-Turāth.
 20. al-Ḥillī, Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1997/1376. *al-Mukhtaṣar al-Nāfi' (al-Nafi' fi Mukhtaṣar al-Sharā'i)*. 6th. Qom: Mu'assasat al-Mṭbū'āt AL-Dīnīyya.
 21. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharā'i' al-Islām fi Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 2nd. Edited by 'Abd al-Ḥusayn Muḥammad 'Alī Baqqāl. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
 22. al-Ḥusaynī al-Ḥāirī, al-Sayyid Kāzīm. 2005/1423. *Fiqh al-'Uqūd*. 2nd. Majma' al-Fikr al-Islāmī.
 23. al-Ḥusaynī al-Khāmīnā'i, al-Sayyid 'Alī. 1997/1418. *al-Muḥāḍinah*. 1st. Qom: Mu'asisih-yi Dā'irat al-Ma'ārif al-Islāmī bar Madḥḥab-i Ahl al-Bayt ('A).
 24. al-Ḥusaynī al-Marāghī, 'Abd al-Fattāḥ ibn 'Alī. 1996/1417. al-'Anāwīn al-Fiḡhīyah. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 25. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣādiq. 1991/1412. *Fiqh al-Ṣādiq*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq.
 26. al-Ḥusaynī al-Shīrāzī, al-Sayyid Muḥammad. 2007/1386. *Min Fiqh al-Zahrā' (S)*. 1st. Qom: Rashīd.
 27. al-Ḥusaynī al-Sīstānī, al-Sayyid 'Alī. 1994/1415. *Minḥāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Maktabat Ayatollāh al-Sīstānī.
 28. al-Ḥusaynī al-Sīstānī, al-Sayyid 'Alī. 2001/1422. *Al-Masā'il al-Muntakhabah*. 9th. Qom: the Office of his Eminence.
 29. al-Īrawānī, 'Alī. 1985/1406. *Ḥāshīyat al-Makāsib*. 1st. Tehran: Wizārat-i Farhang wa Irshād-i Islāmī.
 30. al-Imāmī al-Khāwnsārī, Muḥammad. n.d. *Ḥāshīyat 'alā al-Makāsib*. 1st. Qom.
 31. al-Imāmī al-Khāwnsārī, Muḥammad. n.d. *Ḥāshīyat Thānīyah 'alā al-Makāsib*. Qom: The office of the Author.
 32. al-'Irāqī, Dīyā' al-Dīn. 2000/1379. *Ḥāshīyat al-Makāsib*. Qom: Intishārāt-i Ghafūr.


33. al-‘Irāqī, Dīyā‘ al-Dīn. 1993/1414. *Sharḥ Tabsirat al-Muta‘alimīn*. 1st. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
34. Al-Iṣfahānī, Faṭḥullāh. 2019/1398. *Nukhbat al-Azhār fī Ahkām al-Khīyār*. Qom: Dār al-Kitāb.
35. al-Khurāsānī, Muhammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurāsānī). 1985/1405. *Hāshīyat al-Makāsib*. 1st. Tehran: Wizārat-i Farhang wa Irshād-i Islāmī.
36. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-‘Allama al-Majlisī). 1984/1362. *Mirāt al-Uqūl fī Sharḥ Akhbār al-Rasūl*. 2nd. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
37. al-Mu‘min al-Qummī, Muḥammad. 1994/1415. *Kalimāt fī Masā’il Jadīdah*. 1st. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
38. al-Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. 1996/1415. *Dirāsāt fī al-Makāsib al-Muḥarramah*. 1st. Qom: Nashr Taffakur.
39. al-Mūsawī al-Khu‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1988/1409. *Mabānī al-‘Urwat al-Wuthqā*. 1st. Qom: Manshūrāt Luṭfī.
40. al-Mūsawī al-Khu‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1989/1410. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Nashr Madīnat al-‘Ilm.
41. al-Mūsawī al-Khu‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1996/1417. *Miṣbāḥ al-Fiḳāhah*. Qom: Anṣārīyān.
42. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1997/1376. *Kitāb al-Bay‘*. Tehran: Mu‘assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
43. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2007/1386. *Kitāb al-Bay‘*. Tehran: Mu‘assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
44. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2000/1379. *Kitāb al-Bay‘*. Tehran: Mu‘assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
45. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. 7th. Edited by ‘Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
46. al-Najafī, Muḥammad Ḥusayn (Kāshif al-Ghiṭā‘). 1940/1359. *Taḥrīr al-Majalla*. Tehran: Maktabat al-Nijāh.
47. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil al-Narāqī). 1996/1375. *‘Awā‘id al-Ayyām fī Bayān Qawā‘id al-Aḥkām*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qum (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yi ‘Ilmīyyi-yi Qum).
48. al-Sabzawārī, al-Sayyid ‘Abd al-A‘lā. 1992/1413. *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 4th. Qom: Mu‘assasat al-Manār.
49. al-Sabzawārī, al-Sayyid ‘Abd al-A‘lā. n.d. Jāmi‘ al-Aḥkām al-Shar‘īyah. 9th. Qom: Mu‘assasat al-Manār.
50. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad. 2000/1420. *Māwarā’ al-Fiḳh*. 1st. Beirut: Dār al-Aḍwā’.

51. al-Sanhūrī, ‘Abd al-Razzāq Aḥmad. 2011/1390. *Nazarīyat al-‘Aqd*. Tehran: Khursandī.
52. al-Sanhūrī, ‘Abd al-Razzāq Aḥmad 2004/1383. *al-Wasīṭ fī Sharḥ al-Qānūn al-Madani al-Jadīd*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
53. Al-Sharīf al-Raḍī, Muḥammad ibn Ḥusayn ibn Mūsā. 1989/1368. *Nahj al-Balāghah*.
54. al-Ṭabāṭabā’ī al-Mujāhid, Muḥammad. 1879/1296. *Mafātīḥ al-Uṣūl*. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
55. al-Ṭabāṭabā’ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzim. 1989/1410. *Hāshīyat al-Makāsib*. 4th. Qom: Mu’assasat Ismā’īlīyān.
56. al-Ṭabāṭabā’ī al-Qommī, al-Sayyid Muḥammad Taqī. 1991/1372. *Umdat al-Ṭālib fī al-Ta’līq ‘alā al-Makāsib*. Qom: Maḥallātī.
57. al-Tabrīzī, al-Shahīdī, and al-Mīrzā Fattāḥ. n.d. *Hidāyat al-Ṭālib ‘Ilā Asrār al-Makāsib*. 1st. Qom: Dār al-Kitāb.
58. al-Tabrīzī, Jawād. 2020/1399. *Irshād al-Ṭālib ilā al-Ta’līq ‘alā al-Makāsib*. Qom: Mu’assasat Ismā’īlīyān.
59. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li ‘Iḥyā’ al-Āthār al-Ja’farīyah.
60. Al-Zamakhsharī, Maḥmūd ibn ‘Umar. 1996/1417. *Al-Kashshāf ‘an Ḥaqā’iq al-Tanzīl wa ‘Uyūn al-‘Aqāwīl fī Wujūh al-Ta’wīl*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
61. Hamadānī, Ridā ibn Hādī. 1997/1376. *Miṣbāḥ al-Faqīh (Kitāb al-Ṭahārah)*. Edited by Muḥammad Bāqirī. Qom: al-Maktabat al-Ja’farīya li Iḥyā’ al-Turāth al-Ja’farīya.
62. Kātūzīyān, Nāshir. 2020/1391. *A ‘māl-i qūqī; Qarārdādhā-Īqā’*. Tehran: Intishārāt Ganj-i Dānish.
63. Qanawātī, Jalīl. 2020/1399. *Nazarīyah-yi Tamlīk wa Nazarīyah-yi Ta’ahhud az Dīdgāh-i Faqīhān*. Fiqh wa Mabānī-yi Ḥuqūq-i Islāmī, 53, 2.
64. Qanawātī, Jalīl. 2021/1400. *Nazarīyah-yi Tamlīk yā Nazarīyah-yi Ta’ahhud*. Taḥqīqāt-i Ḥuqūqī, 24, 93.
65. Quṭb Rāwandī, Sa’īd ibn Hibatullāh. 1984/1405. *Fiqh al-Qur’ān*. 2nd. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-‘Uzmā al-Mar’ashī al-Najafī.
66. Shahīdī, Mahdī. 2001/1380. *Tashkīl-i Qarārdādhā wa Ta’ahudāt*. Tehran: Majd.
a. The Holy Qur’ān.

Jurisprudential Principles of Liability due to the Action of Another person ¹

Mohammad Imami

Assocait Professor at the Department Of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Razavi University of Islsmic Sciences, Mashhad- Iran; dr.imami@razavi.ac.ir

 <https://orcid.org/0000-0002-0544-7771>

Hojjat Pouladin-Toroqi

Ph.D Student of Private Law at Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran; Hojjatpooladin1371@gmail.com

Mohammad Javad Mohammadi Moghaddam

M.A. Student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law at Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran; Mjm.moghaddam@gmail.com

Mohsen Farahzad

Ph.D Student of Private Law at Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran; Mohsenfarahzad@yahoo.com

Receiving Date: 2022-04-14; Approval Date: 2022-09-08


**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.9, No.30
Spring 2023

133

Abstract

In some cases, it is observed that a person commits the crime, but the liability lies with another person. Such as the government's liability for some damages caused by its employees. However,

1. *Imami. M;* (2023); " Jurisprudential Principles of Liability due to the Action of Another person " ; *Jostar_ Hay Fihi va Usuli*; Vol: 9 ; No: 30 ; Page: 133-160 ;  10.22034/JRJ.2022.63447.2444

© 2022, Author(s). This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, as long as the original authors and source are cited. No permission is required from the authors or the publishers.

this contradicts the general principle that the punishment is directed at the person and the liability directed at the perpetrator, which is based on several verses of the Holy Qur'ān. Now the question arises that what are the rules in Islamic jurisprudence that can prove this liability. So far, attempts have been made to answer this question, which do not seem to be convincing. Compiled analytically, this study tries to provide a comprehensive answer to the above question. Criticizing referring responsibility of others to the principle “*Whoever benefits, the loss will also be his responsibility*” or the principle “*the instigator is stronger than the principle offender,*” this conclusion has been reached that it is based on *tanqīh manāṭ* (refinement of the basis of a ruling) raised in the jurisprudence or the extraction of the religious shariat tendency from the many cases in the words of the jurists that the responsibility for the act of one person is given to another, it can be considered as the dominance of the third party and his authority over the perpetrator, or it can be used the intellectual’s procedure to prove it.

Keywords: Civil liability, third party, principle offender, instigator, jurisprudential rule.

مبانی فقهی مسئولیت ناشی از فعل غیر^۱

محمد امامی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد-ایران؛ (نویسنده مسئول)؛ رایانامه:
dr.imami@razavi.ac.ir

حجت پولادین طرقی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد-ایران؛ دانش آموخته حوزه علمیه مشهد.
Hojjatpooladin1371@gmail.com؛ رایانامه:

محمد جواد محمدی مقدم

دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد-ایران.
Mjm.moghadam@gmail.com

محسن فرحزاد

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد-ایران. Mohsenfarahzad@yahoo.com

مبانی فقهی مسئولیت
ناشی از فعل غیر

۱۳۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۱۷

چکیده

در مواردی مشاهده می‌شود که شخصی مرتکب فعلی می‌شود اما مسئولیت آن متوجه دیگری است؛ مانند مسئولیت دولت در قبال برخی از خسارات وارده توسط کارکنان، درحالی که این با اصل کلی شخصی بودن مجازات و توجه مسئولیت به مرتکب آن، که مستفاد از آیات متعددی از قرآن است، منافات دارد.

۱. امامی، محمد. (۱۴۰۲). «مبانی فقهی مسئولیت ناشی از فعل غیر». فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۹ (۳۰): صص: ۱۳۳-۱۶۰. <https://orcid.org/0000-0002-0544-7771>

اکنون سؤال پیش رو، این است که آیا این موارد در فقه اسلامی قابل رصد بوده و مبانی فقهی آن چیست؟ تاکنون برای پاسخ به این سؤال تلاش‌هایی انجام شده که به نظر قانع‌کننده نیست. این مقاله که به شیوه تحلیلی تدوین شده، درصدد ارائه پاسخی جامع به پرسش فوق است. پس از نقد استناد مسئولیت غیر به قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» یا قاعده «اقوی بودن سبب از مباشر»، این نتیجه حاصل شده است که به تنقیح مناط از موارد مطرح شده در فقه یا استخراج مذاق شریعت از موارد متعددی که در لسان فقها مسئولیت فعل یک شخص به دیگری داده شده، می‌توان مبنای آن را تسلط شخص ثالث و اقتدار او نسبت به مرتکب عمل برشمرد و یا از بنای عقلایی برای اثبات آن بهره جست.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی، فعل غیر، شخص ثالث، اقوی بودن سبب، مباشر.

مقدمه

مسئولیت ناشی از فعل غیر؛ به این معناست که شخصی خسارتی وارد آورده و عمل منتسب به او باشد اما مسئولیت آن متوجه شخص ثالثی باشد؛ به‌عنوان مثال کارگر در حین انجام کار به دیگری خسارت وارد می‌سازد اما بر اساس ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی، غرامت آن کلاً یا جزئاً به عهده کارفرما است. همچنین اگر مربی تقصیر کرده و مرتکب عملی شود که مسئولیت مدنی دارد، از آنجایی که آن خسارت به خود او منتسب است، مسئولیت ناشی از آن متوجه شخص مربی است؛ زیرا خسارت به خود مربی منتسب است و در صورتی که مربی ملات مالی نداشته باشد، بر اساس ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، خسارت باید از مال کودک جبران شود. سؤالی که اینجا مطرح می‌شود این است که طبق چه معیار و مبنایی از مال کودک برداشته می‌شود درحالی که ضرر منتسب به مربی است؟

حال، اگر قراردادی در بین باشد که به‌طور صریح یا ضمنی مسئولیت ناشی از فعل غیر را برقرار کند؛ مثلاً شخصی که بچه شروری دارد با مربی مهدکودک قرارداد می‌بندد که اگر طفل خسارتی به اموال یا بچه‌های مهد وارد کرد مربی ضامن باشد یا در مسئله کارگر و کارفرما اگر کارفرما بر اساس قراردادی ضمانت را به عهده

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲
۱۳۶

فرد دیگری (بیمه) گذارد یا از اول شرط کند که من مسئولیت خسارت را برعهده نمی‌گیرم، این موارد محل بحث نیست زیرا منشأ ارادی دارد. فرض ما در موردی است که یا مسئولیت، خارج از قرارداد است یا اگر مسئولیت قراردادی است در قرارداد، مسئولیت ناشی از فعل غیر بیان نشده است. در چنین مواردی اصل اولی در مسئله، این است که هرکسی مسئول اعمال زیان‌بار خودش است و این طور نیست که دیگری را به خاطر اعمال فردی دیگر مسئول بدانند و نمی‌شود بدین قول شاعر عمل نمود:

«گنه کرد در بلخ آهنگری

به شوستر زدن گردن مسکری»

اصل شخصی بودن مجازات که در ماده ۱۴۱ ق.م.ا نیز آمده است، در حوزه مسئولیت کیفری مؤید این اصل است؛ اصل مزبور بیان می‌دارد که هیچ کس را به خاطر جرم دیگری مجازات نمی‌کنند و فقط خود مرتکب جرم، مسئولیت کیفری دارد (اردبیلی، ۱۳۹۷، ۱۲۸/۲).

مستندات فقهی این اصل کلی آیاتی مانند: «كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ» (مدثر/۳۸)، «لَهَا مَا كَسَبَتْ وَ لَكُمْ مَا كَسَبْتُمْ وَ لَا تُسْأَلُوْنَ عَمَّا كَانُوْا يَعْمَلُوْنَ» (بقره/۱۳۴)، «لاتزر وازرة و زراخری» (انعام/۱۶۴؛ اسراء/۵؛ فاطر/۸؛ زمر/۷؛ نجم/۳۶) و ... است.

لکن در موارد پیش گفته که مسئولیت متوجه غیر شده است این سؤال پیش رو است که آیا در منابع فقهی مبنایی برای چنین مسئولیتی وجود دارد یا خیر؟

سابقه پژوهش و نوآوری

تاکنون در هیچ‌یک از نگاهشته‌های موجود با روش به کار رفته در این نوشته به این موضوع پرداخته نشده است. فقط در مقاله «نگرش فقهی به مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر» از سید روح‌الله علویان در مجله گفت‌مان حقوقی، شماره ۲۷ این مسئله با استفاده از دلیل حکم حکومتی بررسی شده است. حال آنکه در این نوشته با استفاده از ادله دیگر و به‌عنوان حکم اولی (تنقیح مناط، بنای عقلا، مذاق شریعت) مورد بررسی قرار گرفته است.

مبانی فقهی استناد مسئولیت به غیر

برخی از قواعد و اصول فقهی که به عنوان مبنای استناد مسئولیت به غیر مطرح شده یا قابلیت طرح را دارا است. در اینجا مطرح گردیده و مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱. اقوی بودن سبب از مباشر

چون در ایجاد افعال زیان‌بار و خساراتی که از این افعال ناشی می‌شود دو شخص دخالت دارند؛ یکی مباشر و دیگری سبب و در صورت اقوی بودن باید خسارت را پرداخت کند. به عنوان مثال در بحث کارگر و کارفرما، کارگر مباشر محسوب می‌شود و کارفرما سبب یا در مباحث مربی مهدکودک، کودک مباشر و مربی سبب است.

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد در مورد بحث نمی‌تواند اقوی بودن سبب، مبنای مسئولیت قلمداد شود؛ زیرا این دو، دو مسئله متفاوت از هم هستند، چون در مسئولیت مدنی اعم از مسئول دانستن سبب یا مباشر باید رابطه علیت و قابلیت استناد فعل زیان‌بار به مسئول آن وجود داشته باشد در حالی که در مسئولیت ناشی از فعل غیر، خسارت و فعل زیان‌بار منتسب به غیر (کارگر/طفل) است و کارگر فاعل بالاراده است ولی در سبب اقوی از مباشر، خسارت منتسب به سبب است و مباشر را در حکم چوب دستی و وسیله ارتکاب فعل زیان‌بار می‌دانند؛ همانند اینکه شخصی سگی را تعلیم دهد که سرقت کند یا به دیوانه یا طفلی دستور فلان عمل زیان‌بار را بدهد (نظری، ۱۳۹۲، ۲۳۸؛ صفایی، ۱۳۹۷، ۳۲۲؛ باریکلو، ۱۳۸۵، ۹۶). به عبارتی دیگر، نقش مباشر به جهت تأثیر سبب در اجتماع سبب و مباشر، چنان نیست که عرف تلف را مستند به فعل مباشر نماید و مباشر مانند واسطه انجام فعل و وسیله ارتکاب فعل زیان‌بار است. ولی در مسئولیت ناشی از فعل غیر، رابطه عرفی بین فعل مباشر که در مثال همان کارگر باشد برقرار است هر چند شاید بتوان در مواردی که مباشر فاقد اراده است، همانند طفل در مسئول دانستن مربی یا پدر، از باب سبب اقوی از مباشر مسئول باشند. ولی این مبنا از آنجایی که نمی‌تواند نسبت به تمام موارد مسئولیت ناشی از فعل غیر باشد، اعم از جایی که مباشر فاعل بالاراده یا فاقد اراده است، قابل پذیرش نیست. به دیگر سخن

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۱۳۸

این دلیل و مبنای ادعایی اخص از مدعی است و نمی‌تواند ادعا را به اثبات برساند. نکته‌ای دیگر که قابلیت طرح دارد این است که با توجه به اقوی بودن سبب از مباشر، بار نمودن مسئولیت بر مباشر، موجب ظلم بر او است که بر اساس ارتکاز عقلا و قبح عقلی ظلم، باطل است. حال آنکه در مسئله مسئولیت ناشی از فعل غیر اگر ضامن، به غیر نسبت داده شود، از نظر ارتکاز عقلا ظلم صورت نمی‌پذیرد.

۲. قاعده من له الغنم فعلیه الغرم

مستندی دیگر که ممکن است به عنوان مبنا در این بحث در نظر گرفته شود قاعده «منفعت» است؛ بدین معنی که بر اساس این قاعده کسب سود و منفعت از یک مال یا عمل ملازم است با بر عهده داشتن خسارات وارده از آن مال یا عمل. در نتیجه در مسئله مورد بحث می‌توان گفت که با توجه به سودی که افراد از تعلقات پیرامونشان می‌برند بر مبنای قاعده منفعت، ضامن خسارات ناشی از آن هم هستند.

نقد و بررسی

پس از بررسی حجیت قاعده فوق به ارزیابی این قاعده از این جهت که می‌تواند مبنا در مسئله مورد بحث قرار گیرد، پرداخته می‌شود.

مبانی فقهی مسئولیت
ناشی از فعل غیر

۱۳۹

۱-۲. ارزیابی سندی قاعده

عین عبارت قاعده در مصادر حدیثی شیعی وارد نشده است لکن مضمون این قاعده در موثقه اسحاق بن عمار نقل شده است. به این ترتیب که راوی از امام علیه السلام می‌پرسد: اگر شخصی خانه و غلام خود را به رهن بگذارد در فرض وارد شدن خسارت، خسارت بر عهده کیست؟ امام علیه السلام در پاسخ می‌گوید بر عهده مالک. در ادامه این بحث پرسش و پاسخی دیگر مطرح می‌شود و در انتهای روایت امام علیه السلام می‌فرماید: «یکون علیه ما یکون له»؛ همان گونه که خسارت بر عهده اوست نفع هم بر عهده اوست (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۵/۲۳۵). مضمون این روایت ضمان خسارات ناشی از هر چیزی است که فرد از آن سود می‌برد. سید محمد کاظم طباطبایی در ذیل این حدیث می‌فرماید: آنچه مستفاد از این روایت است یک قاعده کلی است که عبارت

است از: «(من له الغنم فعلیه الغرم)» (یزدی، ۱۴۲۱ق. ۵۶/۲). برخی در بحث مسئولیت مدنی نیز به این قاعده استناد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۲۵). بعضی نیز در بحث مسئولیت بیمارستان در برابر خسارات ناشی از پزشک (مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر) به این قاعده استناد کرده‌اند (طباطبایی و شننور، ۱۳۹۳، ۴۰). بنابراین، این قاعده از حیث سند تمام و قابل قبول است.

۲-۲. ارزشیابی دلایلی قاعده

به نظر می‌رسد از این قاعده هم نتوان در راستای مبناسازی فقهی مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر استفاده کرد؛ زیرا:

اولاً: این نظریه شامل تمام مصادیق مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر نمی‌شود و به عبارتی دیگر این دلیل نیز اخص از مدعی است. به عنوان مثال: پدر از طفل چه انتفاعی می‌برد تا مسئول اعمال وی باشد؟

ثانیاً: در مثال ضمان کارفرما در قبال خسارات ناشی از فعل کارگر اگر مینا منفعت و سودآوری باشد، کارگر هم نسبت به فعل خودش منفعت می‌برد و منفعت طرفینی است، پس به چه علت فقط کارفرما ضامن خسارات وارده است؟

ثالثاً: این مینا درباره منفعت معنوی و منفعت بالقوه سکوت کرده و مشخص نیست که شخص در قبال منفعت معنوی و منفعت بالقوه نیز مسئول است یا خیر.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲
۱۴۰

۳. اقتدار، تسلط و اشراف

ممکن است گفته شود اقتدار کارفرما، ولی و مربی کودک ضابطه و ملاک مسئولیت ناشی از فعل غیر است و هر جا اقتدار و تسلط باشد، صاحب آن نسبت به افراد تحت سیطره خود مسئول است. برای اثبات این مینا باید ابتدا مواردی که از نظر فقهی دلالت بر مبنای تسلط در مسئولیت ناشی از فعل غیر دارد، جمع‌آوری و مورد بررسی قرار گیرد. سپس از این موارد با استفاده از ادله، مبنای تسلط در ایجاد مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر اثبات گردد. لذا لازم است برای به دست آوردن ملاک و مناط حکم ضمان و مسئولیت مصادیق آن بررسی شود.

۱-۳- موارد مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر در لسان فقها

در فقه اسلامی مواردی وجود دارد که به نظر می‌رسد ملاک و مناط ضمان در آن‌ها سیطره و تسلط صاحب آن است. این موارد در ادله فقهی ملاحظه می‌شود و تسری آن به مثل مسئله کارفرما، ولیّ طفل و مربی مهدکودک، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱-۱-۳- ضمان راکب، سائق و قائد حیوان

مشهور میان فقیهان این است که راکب دابه و حیوان؛ یعنی شخصی که بر حیوان سوار است، ضامن خساراتی است که از ناحیه دست و سر حیوان وارد می‌شود اما ضامن خسارات وارده از سمت پاهای حیوان نیست. قائد حیوان یعنی شخصی که افسار حیوان را گرفته و می‌کشد همانند راکب فقط ضامن خسارات دست و سر حیوان است. سائق حیوان هم یعنی شخصی که حیوان را از عقب سوق می‌دهد و می‌راند ضامن تمام خساراتی است که از ناحیه حیوان وارد آید. همچنین راکب و قائد اگر حیوان را متوقف کنند ضامن کلیه خسارات می‌باشند (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷ق، ۶۴۸/۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۱۶۱/۱۰؛ فاضل‌هندی، ۱۴۱۶ق، ۲۷۵/۱۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۲۱۰/۶).

برخی از فقها علت ضمان را قدرت و اقتدار می‌دانند؛ راکب و قائد، چون در حال راه رفتن فقط قدرت بر دستان و سر حیوان دارد لذا فقط ضامن خسارات وارده از ناحیه دست و سر هستند اما چون این دو قدرتی بر پاهای حیوان ندارند لذا ضمانی هم ندارند. همین‌طور شخص سائق، قدرت بر تمام اعضای حیوان دارد؛ زیرا او حیوان را از عقب سوق می‌دهد و تسلط کامل بر حیوان دارد (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۱۶۵/۱۰).^۱ قدرت عبارت اخری «سیطره و سلطنت» است؛ چون تسلط دارند ضامن هستند همان‌طور که برخی تصریح کرده‌اند وجه تفصیل در مسئله، سیطره‌ای است که راکب، قائد و سائق دارند^۲ (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ۲۹۸/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۴۱/۴۳؛ روحانی، بی‌تا،

۱. «علت ضمان: علة الضمان و هي القدرة علی حفظ ما بضمن جنابته».

۲. «لكن يحتمل في الروايات أن لا تكون سبقت للتعبّد بها، بل لإحراز موضوع ما تنطبق عليه الضابطة المتقدمة بلحاظ أن قائد الدابة و راکبها متمكّن من السيطرة علی مقادیمها و سائقها و الواقف بها متمكّن من السيطرة علی رجلها أو علیها مطلقاً عادة».

۳/۳۸۶).^۱ در بحث تصادف دو کشتی در دریای مواج، فقها به عدم ضمان دو سائق کشتی نسبت به خسارات وارده بر دیگری رأی داده‌اند. آن مطلبی که مؤید بحث در ملاک تسلط است این است که فقها برای بیان علت عدم ضمان فرموده‌اند: این بحث با این حالت که اگر دو اسب از کنترل راکبشان خارج شوند و خساراتی را به بارآورند راکبین ضامن نیستند، دارای وحدت ملاک است (عاملی، سید جواد، بی تا، ۳۸۸/۱۰؛^۲ فاضل‌هندی، ۱۴۱۶ق، ۱۱/۲۹۴؛^۳ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۳/۱۱۲). عبارت «عَلَبْتَهُمَا دَابَّاتُهُمَا» در کلام فقها دلالت دارد بر اینکه عدم سلطه راکب نسبت به مرکب علت عدم ضمان راکبین نسبت به خسارات وارده از طرف دابّه می‌شود.

۲-۱-۳- کسی که دیگری را شبانه از منزلش فراخواند

فقهای امامیه بر این نظر هستند که اگر کسی دیگری را در شب از منزلش فراخواند و او به منزل برنگردد یا خبری از او نداشته باشند، شخص داعی ضامن است؛ یعنی در حقیقت بنا را بر تقصیر وی گذاشته‌اند و او باید عدم تقصیر خودش را ثابت نماید (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ۳/۳۶۴؛ علامه‌حلی، ۱۴۲۰ق، ۵/۵۳۶؛ شهیداول، ۱۴۱۰ق، ۲۷۶؛ روحانی، بی تا، ۳/۳۸۱). این احتمال وجود دارد که شب در مسئله موضوعیت ندارد بلکه ذکر آن به خاطر این است که در شب، در وضعیت قدیم روستایی با خارج شدن فرد از منزل، فقط داعی است که دارای تسلط است و اگر این وضعیت در روز باشد اما بازهم این تسلط داعی بر فرد باشد؛ مثلاً در جنگل باشند، در این صورت بازهم می‌توان گفت: داعی ضامن است. حال در فرض عکس، اگر شخصی شبانه دیگری را در مکانی شلوغ فراخواند؛ به‌عنوان مثال شخصی که شب قدر مشرف به حرم امام رضا علیه‌السلام شده است اگر کسی او را فراخواند و او به حرم یا منزل خود برنگردد آیا

جستارهای فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۴۲

۱. «أن صاحب الكلب أو الجمل علم بحالتهم و لكنه لم يتمكن من السيطرة عليهما».

۲. «كما في (المبسوط) و (الشرائع) و (التحريز) و (الإرشاد) و (المسالك) و (مجمع البرهان) لأنهما مغلوبان فكأنما كما لو غلبتهما دابتهما على أن ضبط الدابة أسهل من إمساك السفينة في البحر إذا هاج و قد احتمل في رايكبي الدابتين الغالبتين».

۳. «لو لم يتعمدا و لم يفترطاً بأن غلبتهما الرياح فلا ضمان كما لو غلبتهما دابتهما. و هنا أقوى، لأن ضبط الدابة أسهل من إمساك السفينة في البحر».

۴. «كما لو غلبتهما دابتهما، بل هو أقوى، لأن ضبط الدابة أسهل من إمساك السفينة في البحر إذا هاج»

می‌توان گفت داعی ضامن است؟ اگر ملاک را تسلط بگیریم در حرم مطهر آن هم در شب قدر در آن شلوغی، داعی هیچ تسلط سیطره‌ای بر فرد مدعو ندارد لذا علی‌القاعده نباید ضامن باشد.

۳-۱-۳- ضمان مولا در جنایات عبد

اگر عبد جنایتی بر کسی وارد آورد مثلاً شخصی را خطئاً به قتل رساند مولای او ضامن اقل الامرین از قیمت عبد یا ارش جنایت، است (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷ق، ۶۰۷/۲؛ عاملی، ۱۴۱۷ق، ۲۰۰/۳). اگر شخصی عبدش را سوار بر چهارپایی کند و به دیگری خسارتی بزند مولا ضامن است (علامه‌حلی، ۱۴۲۱ق، ۳۶۰؛ ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ۲۹۲/۵). به همین مضمون روایتی از امام صادق علیه‌السلام^۱ رسیده است (عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۸۸/۱۹، باب ۱۶ از ابواب موجبات الضمان، ح ۱).

اگر عبدی را برای کاری اجیر کنند و آن عبد چیزی را تلف کند. در این‌که ضمان بر عهده کیست، چند احتمال وجود دارد که یکی از آن‌ها ضمانت مولا است و جنایت عبد سبب اشتغال ذمه اوست (محقق‌حلی، ۱۴۱۲ق، ۲۸۴/۲؛ علامه‌حلی، ۱۴۱۳ق، ۱۵۴/۶). در این مورد روایتی از امام صادق علیه‌السلام وارد شده است که حضرت امیرالمؤمنین علیه‌السلام، مولای عبد را ضامن دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۱۴/۱۹).^۲ و یا تفصیل بین اینکه عبد تفریط در جنایت کرده باشد و غیر آن؛ اگر جنایت با تفریط باشد ذمه خود او مشغول است و اگر با تفریط نباشد ذمه مولای او مشغول است که از مصادیق مورد بحث است.

۳-۱-۴- ضمان مکره نسبت به خسارات به وجود آمده از طرف مکره

فردی که از سوی ثالثی مجبور به اتلاف مال دیگری شود، ضامن نیست بلکه ضمان بر عهده مکره (اکراه‌کننده) است. برخی از فقها ضمان مکره را از باب ((سبب اقوی از مباشر)) می‌دانند (محقق‌حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۸۶/۳؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۶۵/۱۲؛ تبریزی، ۱۴۲۱ق، ۵۸۷؛ امام خمینی، بی‌تا، ۱۹۳/۲؛ شیرازی، ۱۴۲۵ق، ۲۰۶/۲). در مقابل جمعی از

۱. «عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حمل عبده على دابته، فوطأت رجلاً قال: الغرم على مولا».

۲. «صحيحه زرارة وأبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام» قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام فاستأجره منه صانع (صانع نسخة) أو غيره، قال: إن كان ضيع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون».

فقها اقوی بودن سبب از مباشر و ضامن دانستن وی را مخصوص جایی می‌دانند که ضرر و خسارت منتسب به سبب باشد^۱ و مباشر حکم چوب‌دستی را داشته باشد و در ما نحن فیه که ضرر به مباشر منتسب است نمی‌توان از باب اقوی بودن سبب، سبب را ضامن دانست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۵۸/۳۷). عده‌ای دیگر از فقها ضامن مکره را به خاطر اقوی بودن سبب از مباشر مخصوص جایی می‌دانند که شخص مکره از خود هیچ اراده‌ای ندارد (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ۶۳۵/۲).

به نظر می‌رسد حق هم همین باشد؛ زیرا درجایی که شخص هیچ اراده‌ای ندارد در حقیقت همان چوب‌دستی است که صاحب جواهر فرمود و می‌شود گفت تخصصاً از موضوع خارج است؛ زیرا از حیثه اکراه خارج شده و به سرحد اجبار رسیده است. به نظر می‌رسد از آنجایی که شخص مکره فاعل مباشر بالاراده است حق در مسئله این باشد که ضامن به خاطر «(من اتلف مال الغير فهو ضامن)» بر عهده وی است اما بعد از پرداخت وی، حق رجوع به مکره را داشته باشد؛ یعنی استقرار ضامن بر دوش مکره باشد.

۵-۱-۳- خسارات وارده از سگ خانه

اگر شخصی با اذن صاحب‌خانه وارد منزل وی شود و سپس سگ خانه به او حمله کند و موجب خساراتی شود صاحب‌خانه ضامن است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ۷۶۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۷۷/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۳۴/۴۳). در این مسئله فرض بر مسئولیت و ضامن صاحب‌خانه گذاشته شده مگر این که وی قوه قاهره را ثابت نماید.

۶-۱-۳- ضمان مرتبی شنا

مرتبی شنا ضامن دیه جنایاتی است که از ناحیه مرتبی وارد می‌شود؛ یعنی اصل این است که مرتبی شنا در نگهداری و مراقبت از مرتبی کوتاهی کرده و فرض بر مسئولیت او است و دیگر نیاز به اثبات تقصیر مرتبی نیست. شهیدثانی می‌فرماید:

۱. «إن القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكروه والمغرور وإن أثم المكروه والغار، لاستقلال المباشر بالإتلاف ولكن ضمنا للدليل لا لقوة السبب على المباشر المخصوصة بما إذا كان الإسناد حقيقة للسبب دون المباشر الذي هو كالريح والشمس».

در ضمان مربی، فرقی ندارد که تفریط کرده یا نکرده باشد.^۱ مگر این که وی عدم مسئولیت خودش را به وسیله قوه قاهره ثابت نماید (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۱۴۹/۱۰). برخی از فقها فرموده‌اند: فرقی بین صغیر و کبیر نیست، مهم سیطره و تسلطی است که مربی بر مرتبی دارد و از این جهت بالغ و نابالغ برابر می‌باشند؛ زیرا هر دو قدرت شنا کردن را ندارند (کاشانی، ۱۴۰۸ق، ۹۶).^۲ بنا بر نظر برخی فقها نیز مربی نسبت به خسارات وارده از مرتبی به خودش مثلاً کشته شدن مرتبی یا آسیب جسمی دیدن مرتبی، ضامن است، الا در صورتی که مرتبی بالغ و رشید باشد، که در این صورت مربی نسبت به قتل او ضامن نیست. برخی علت استثنا در بالغ رشید را سلطنت بالغ رشید نسبت به خودش ذکر کرده‌اند. البته باید توجه داشت که برخی فقها در بیان علت، عبارت «فی ید نفسه» را تعبیر کرده‌اند که به صورت ضمنی دلالت بر تسلط مرتبی بر خودش را دارد. این مطلب دال بر این است که فقها در صورت وجود تسلط، مربی را ضامن می‌دانند و هنگامی که تسلط زایل شود، دیگر ضامن نسبت به فعل غیر نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۱۵۰/۱۰؛^۳ علامه‌حلی، ۱۴۲۰ق، ۵۴۵/۵؛^۴ فاضل‌هندی، ۱۴۱۶ق، ۲۵۷/۱۱).^۵

مبانی فقهی مسئولیت
ناشی از فعل غیر

۱۴۵

۲-۳- چگونگی استخراج مناط از مصادیق فقهی

از مصادیق پیش گفته فقهی، شاید بتوان به طرق مختلف دخالت اقتدار و سلطه بر دیگران را به عنوان ملاک برای مسئولیت غیر در قبال فعل زیان‌بار ناشی از رفتار دیگری استخراج نمود که عبارت‌اند از:

۱-۲-۳- تنقیح مناط از مصادیق

یکی از راه‌های اثبات حکم شرعی، استفاده از تنقیح مناط است (عظیمی گرگانی، ۱۳۹۱، ۱۳۵؛ کلاتری، ۱۳۸۷، ۱۴۱). بدین گونه که فقیه بعد از بررسی تمام قیود و اوصاف

۱. «یضمن معلم السباحة المتعلم الصغیر غیر البالغ لو جنی علیه بها فی ماله، لأنه شبيه عمد، سواء فرط أم لا...»

۲. «ما الفرق بین البالغ و غیره فی السباحة؟ فإن البالغ أيضا لیس عالما بالسباحة و إلا لم یحتاج إلى المعلم».

۳. أي البالغ الرشید له السلطنة علی نفسه. و لیس لأحد علیه السلطة و القدرة.

۴. أمأ لو كان بالغاً رشیداً فإنه لا یضمنه إذا لم یفرط لأنّ الکبیر فی ید نفسه.

۵. لو كان التالف بالغاً رشیداً لم یضمن إذا لم یفرط كما فی التحریر قال: لأنّ الکبیر ید نفسه.

و قرائن داخلی و خارجی به مناط حکم دست یافته و مناط را از اصل (منصوص) به فرع (غیر منصوص) تعمیم می دهد (کلاتری، ۱۴۴، ۱۳۸۷). توجه به این نکته لازم است که اصل می تواند مجموعه ای از روایات باشد که با در نظر گرفتن همه آنها به یک وصف مشترک دست پیدا می کند یا می تواند یک روایت باشد که با بررسی آن روایت به وصف مؤثر در تعلق حکم دست پیدا کند. روش تنقیح مناط بدین گونه است که ابتدا احتمالات مختلف ذکر شده، سپس مورد بررسی قرار گرفته می شود و در مرحله آخر یک احتمال مورد پذیرش قرار می گیرد.

۱-۲-۳- احتمال اول: اقوی بودن سبب از مباشر

ممکن است از روایات برداشت شود که در روایات پیش گفته علت ضمانت در خسارات وارده، اقوی بودن سبب باشد. اما این احتمال رد می شود؛ زیرا در سبب اقوی از مباشر، خسارت منتسب به سبب است و فاعل اراده ای ندارد. بلکه ممکن است در روایتی مثل روایت مربوط به ضمان راکب این احتمال مورد قبول باشد ولی در روایات دیگر مثل مرئی شنا و جنایت عبد، این احتمال منتفی است به این علت که تمام فاعل ها در این مثال ها دارای اراده هستند پس مشمول این قاعده نمی باشند و در نتیجه این قاعده میان روایات مورد بحث علت مشترک نبوده و این احتمال مورد قبول نیست.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲
۱۴۶

۱-۲-۳- احتمال دوم: ملاک غرامت در مقابل منفعت

این احتمال بر این اساس استوار است که خسارات ناشی از چیزهایی که از آنها سود می بریم بر عهده کسی است که از آنها سود می برد. لکن تطبیق این قاعده بر مصادیق فقهی فوق الاشاره با اشکالاتی مواجه است.

اشکال اول: این قاعده از جهت محدوده معنایی کلمه غنم دچار ابهام است. توضیح این که آیا منفعت مورد نظر در این قاعده مطلق منفعت یا منفعت خاصی است؟ آیا منظور بالفعل بودن منفعت است یا شامل منفعت بالقوه هم می شود؟ اگر منفعت، بعد از خسارت وارد شود شامل این قاعده می شود؟ آیا منفعت دائم مورد توجه این قاعده است یا شامل منفعت منقطع نیز می شود؟ تمام این موارد ابهاماتی است که این قاعده نسبت به آنها سکوت کرده است. در نتیجه نمی توانیم این قاعده را به عنوان

ملاک در این بحث انتخاب کنیم.

اشکال دوم: حتی اگر بگوییم نفع در این قاعده شامل تمام منافع حاصله می‌شود و به تمام احتمالات مطرح شده در اشکال اول هم پاسخ گوییم، این قاعده باز هم نمی‌تواند در تمام روایات مطرح شده به عنوان ملاک و مناط قرار گیرد بلکه دارای موارد نقض است؛ در روایت مربوط به خسارت وارده از دابه، فقها می‌فرمایند: راکب در حال حرکت نسبت به خسارات ناشی از پاهای حیوان، ضامن نیست و حال آنکه اگر ملاک ضامن را منفعت حاصله از حیوان در نظر بگیریم چون راکب از حیوان منفعت می‌برد باید نسبت به خسارات وارده از پاهای حیوان در حال حرکت هم ضامن باشد. هم چنین در بحث مریبی شنا نیز مریبی از متریبی منفعت می‌برد اما اگر متریبی، بالغ و رشید باشد، مریبی ضامن خسارات او نیست، حال آنکه مریبی در حالت بلوغ هم از متریبی نفع می‌برد. این تعارض موجب می‌شود که این قاعده صلاحیت ملاک واقع شدن برای ضامن ناشی از فعل غیر را نداشته باشد.

۳-۱-۲-۳- احتمال سوم: تسلط

مهم‌ترین مسئله‌ای که می‌توان بر اساس آن به مناط در مسئله مذکور دست یافت، توجه به تفاصیلی است که در بخش مصادیق مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر توسط فقها بیان شده است. در مرحله بعد با نظر به تناسب میان حکم و موضوع که روشی مقبول در تنقیح مناط از نظر امام خمینی است (یزدانی و صابری، ۱۳۸۹، ۱۲۹)، می‌توان فهمید که این تفاصیل بر یک مناط و ملاک عمومی دلالت می‌کنند. بدین بیان که فقها در بحث ضامن راکب بدون تفصیل بیان کرده‌اند: راکب در هنگام سواره بودن یا در هنگامی که افسار اسب را در دست گرفته به علت سیطره و قدرتی که در این حالت بر دست‌های چهارپا دارد ضامن خسارات ناشی از دست‌های دابه بوده و نسبت به پاهای حیوان ضمانتی ندارد. یا اگر حیوان را از پشت سوق می‌دهد ضامن تمام خسارات از ناحیه حیوان است (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷ق، ۶۴۸/۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۱۶۱/۱۰؛ فاضل‌هندی، ۱۴۱۶ق، ۲۷۵/۱۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۲۱۰/۶). علت ضامن در تمام صور، تسلطی است که صاحب حیوان بر حیوان دارد.

مبانی فقهی مسئولیت
ناشی از فعل غیر

۱۴۷

این تفصیل خود گویای این است که حکمی که برای این موضوع در نظر گرفته شده مخصوص این موضوع نیست و قابل تعمیم به موارد دیگر است به خصوص که علت تعلق حکم یعنی سیطره، قدرت یا تسلط توسط فقهای بسیاری بیان شده است.^۱ هم چنین در ضمان فردی که دیگری را شبانه از منزلش فرامی خواند (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ۳/۳۶۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ۵/۵۳۶؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ۲۷۶؛ روحانی، بی تا، ۳/۳۸۱)، ذکر قید زمانی «شب» و عدم ذکر قید «روز» در کنار وضعیت زندگی در آن زمان که شبها افراد کمی در حال تردد بودند، دلالت بر این دارد که داعی در شب به نحوی سیطره و تسلط بر مدعو دارد که موجب ضمان او می شود. بر همین اساس اگر شرایطی که در شب وجود دارد در روز هم وجود داشته باشد بازهم داعی نسبت به مدعو ضامن است. در بحث ضمان مرئی شنا نیز فقها بین بالغ بودن یا نابالغ بودن تفصیل واقع شده اند که این تفصیل هم به مسائل پیش گفته اشاره دارد. در موارد قبل تفصیلها بیان شد و از آنها نتیجه گیری شد اما در مسئله اکراه از دلالت لفظ اکراه به مبنای ضمان پی برده می شود؛ بدین صورت که لفظ اکراه دلالت بر قدرت و تسلطی می کند که از طرف مکره بر مکره اعمال می شود و همین مسئله موجب ضمان مکره است.

خلاصه اینکه در مرحله احصای احتمالات، سه احتمال مطرح شد که احتمال اول و دوم مورد پذیرش قرار نگرفت، ولی احتمال سوم با استفاده از مناسبت میان حکم و موضوع به عنوان مبنای مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر پذیرفته شد.

۲-۲-۳- مذاق شریعت مبنای مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر

یکی از راه های ارزشیابی مبنای یک مسئله فقهی، استفاده از مذاق شریعت است (عندلیب، ستوده، ۱۳۹۱، ۱۲۵). دلیل حجیت مذاق شریعت از نگاه قائلین به انسداد باب علم، بر اساس حجیت مطلق ظنون است و قائلین به انفتاح باب علم و علمی در صورتی که این دلیل منجر به اطمینان نوعی و عرفی شود آن را حجت می دانند. بدین صورت که هر یک از ظنون ضعیف، هنگامی که در کنار هم قرار می گیرند

۱. در صفحه ۸ مقاله به تفصیل مطرح شده است.

موجب مرتبه‌ای از معرفت با درجه بالای تصدیق می‌شوند که اعتبارش قابلیت استناد را دارد و حجت است (خطیبی، ۱۳۹۸، ۲۹). مثلاً شیخ انصاری در شبهه غیر محصوره به تمام ادله قائلین به عدم وجوب احتیاط در شبهه غیر محصوره خدشه وارد می‌کنند اما در پایان نظرشان بر این است که باینکه به این ادله خدشه وارد است اما مجموع این ادله، مفید قطع یا ظن به عدم وجوب احتیاط در شبهه غیر محصوره است (شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ۲/۲۶۵). ضمناً این دلیل مورد پذیرش فقهای بسیار دیگری نیز بوده است (حسینی عاملی، بی‌تا، ۵۲۹/۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱/۱۵۰؛ امام خمینی، ۱۴۲۲ق، ۳/۳۰۸).

در مصادیق پیش گفته ظن ناشی از روایات مختلفی که دلالت بر مسئولیت غیر دارد را چنانچه تجمیع نماییم، در نتیجه این تراکم ظنون، برای ما اطمینان عرفی حاصل می‌شود که علت مسئولیت ناشی از فعل غیر، سلطه و اقتدار او است. شاهد مطلب این که بسیاری از فقها در بحث مصادیق مسئولیت مدنی پیش گفته ملاک مسئولیت فرد را تسلط نسبت به متعلقاتش می‌دانند که با توجه به ظن حاصل از هر یک از این مستندات^۱ و اطمینان عرفی حاصل از تجمیع این نظرات نتیجه می‌گیریم که بر اساس دلیل مذاق شریعت، مبنای مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر تسلطی است که فرد نسبت به پیرامونش دارد.

مبانی فقهی مسئولیت
ناشی از فعل غیر

۱۴۹

بنای عقلا در مسئولیت ناشی از فعل غیر

یکی از روش‌های اثبات مسائل مستحدثه استفاده از بنای عقلا است. از این دلیل به سه روش بنای عقلا در زمان معصوم علیه السلام، بنای عقلا در عصر حاضر و بنای عقلا مبتنی بر آرای محموده بررسی خواهد شد. مبنای حجیت در بنای عقلا در زمان معصوم علیه السلام، این است که اگر مانعی برای ردع شارع از بنا وجود نداشته باشد، عدم ردع شارع نشان‌دهنده تأیید شارع است و حتی اگر مانعی برای ردع وجود داشته باشد نفس جریان سیره عقلایی در امور شرعیه در استکشاف عدم ردع شارع کافی است (مظفر، ۱۳۹۳، ۵۱۴). حال بر اساس مبنای فوق گفته می‌شود: بنای عقلا در زمان شارع بر مسئول دانستن شخص مسلط در برابر خسارات ناشی

۱. در پاورقی بخش موارد مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر به اقوال فقها اشاره شد.

از متعلقاتش است. بنا بر اینکه شارع رئیس العقلاست و ردعی از جانب ایشان نرسیده، این مبنا مورد تأیید است. حتی اگر گفته شود مانعی از ردع شارع وجود دارد، جریان این مبنا در امور شرعیه که در قسمت مصادیق مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر ذکر شد در استکشاف عدم ردع شارع کافی است. اما در صورت استفاده از روش بنای عقلا در عصر حاضر، مشکل عدم هم‌زمانی بنا با زمان شارع پیش خواهد آمد و به دنبال آن نمی‌توان تأیید شارع نسبت به بنا را به دست آورد. لیکن برای حل این مشکل می‌توان از نظر شهید صدر بهره جست که برای اثبات یک سیره عقلایی در عصر حاضر باید یک مبنا که از مسئله مورد نظر ناشی می‌شود و در ارتکاز و طبع فراگیر همه عقلا است و می‌تواند مبنای عادات و رفتارهای در زمان شارع قرار گیرد، انتخاب شود در نتیجه با توجه به اینکه آن مبنا در زمان معصوم علیه السلام اتفاق افتاده و مورد تأیید شارع است، بناهای عقلایی که معاصرت با زمان معصوم علیه السلام ندارند هم حجت می‌شوند (ایروانی، ۱۳۹۴، ۲۲۶).

همچنین برخی در مسئله بنای عقلا بر این نظرند که باید ملاکات و منشأهای بنای عقلا را بررسی کنیم و آن‌ها را اعتبارسنجی کنیم نه این که خود مسئله را بررسی کنیم و اگر هم عصر با زمان معصوم علیه السلام نیست سریعاً آن را رد کنیم (علیدوست، ۱۳۸۶، ۲۰۸). مثلاً در عقد بیمه که برای دومین بار از سید یزدی سؤال می‌کنند که ما تاجر هستیم و از هند زردچوبه به بندر بوشهر می‌آوریم و بعضاً می‌بینیم که رطوبت خورده و در هند شخصی پیدا شده که با گرفتن مبلغی از ما تعهد می‌کند که آن‌ها را سالم در بندر بوشهر تحویل دهد و اگر در بین راه آسیب خورد خسارت را بپردازد، می‌فرمایند: در غالب صلح اشکالی ندارد (یزدی، ۱۴۱۵ق، ۱۸۸).

درست است که بیمه مستحدث است اما نکته‌ای در آن وجود دارد که در زمان معصوم علیه السلام هم بوده و آن امنیت خاطر و رفاه بیمه‌گذار است (مطهری، ۱۳۶۱، ۲۸ و ۸۱) یعنی به دلیل تأیید امنیت خاطر و رفاه در زمان معصوم علیه السلام، عقد بیمه که عقدی مستحدث است و مبنایش امنیت خاطر و رفاه هست هم حجت می‌شود.

با توجه به مباحث فوق می‌توان گفت بنای عقلا مبتنی بر مسئول دانستن فرد در برابر خسارات ناشی از افعال زیرمجموعه آن فرد است. به عنوان مؤید در حقوق

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۱۵۰

فرانسه ضمن بند ۵ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی مسئولیت خسارات وارده از کارفرمایان و گماشتگان بر عهده صاحب کاران و کارفرمایان گماشته شده است (ژوردن، ۱۳۹۱، ۱۲۳) و مسئول در خسارات ناشی از فعل غیر، کسی است که رابطه گماشتگی بین او و مسبب خسارت وجود داشته باشد و رابطه گماشتگی را به اطاعت‌پذیری ناشی از اقتدار تعریف می‌کنند (ژوردن، ۱۳۹۱، ۱۲۵). آنچه از موارد مذکور پیداست، وضعیت ناشی از اقتدار (تسلط) مبنای مسئولیت کارفرما نسبت به گماشتگان است. همچنین با توجه به اینکه کشورهای مصر،^۱ لیبی^۲ و سوریه^۳ نیز این نوع مسئولیت را از حقوق فرانسه گرفته‌اند، مبنای مسئولیت در این کشورها نیز تسلط است (قاسم‌زاده، ۱۳۷۸، ۲۸۵). در نتیجه این کشورها هم به عنوان مؤید بنای عقلایی مذکور قرار می‌گیرند. نتیجه اینکه با توجه به موارد ذکرشده مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر بر مبنای تسلط به عنوان یک بنای عرفی و عقلایی در عصر حاضر است. لازم به ذکر است که دیگر مشکل عدم معاصرت این مبنا در عصر حاضر با زمان معصوم ع‌ع پیش نمی‌آید؛ چرا که مبنای این بنای عقلایی تسلط است و در مطالب پیشین بیان شد که این مبنا بر اساس دو دلیل تنقیح مناط و مذاق شریعت مورد تأیید شارع نیز است. حال که مبنای بنا مورد تأیید شارع است بنای عقلایی نیز مورد تأیید ایشان هست. همچنین برخی اصولیان بر این نظرند که چون سیره عقلا بما هم عقلا بنای خود را از آرای محموده می‌گیرند، نیازی به اثبات ردع یا عدم ردع از طرف شارع ندارند؛ چرا که آرای محموده از نظر حکم عقل دارای حجیت هستند (نائینی، ۱۳۷۳، ۳/۳۳۳). پس در مسئله حاضر با توجه به مصادیقی که در کشورهای مختلف و در فقه اسلامی بیان شد، بنای عقلا در مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر بر این است که تسلط موجب مسئولیت است و چون این بنا جاری در مسائل اجتماعی و مبتنی بر آرای محموده است دارای حجیت بوده و نیازی به اثبات ردع یا عدم ردع از سوی شارع نیست.

۱. ماده ۱۷۳ قانون مدنی کشور مصر

۲. ماده ۱۷۷ قانون مدنی کشور لیبی

۳. ماده ۱۷۴ قانون مدنی کشور سوریه

مؤیدی نقلی بر نظریه برگزیده

در حدیث شریف نبوی آمده است: «كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ»؛^۱ همه شما مردم همانند چوپان هستید هم چنان که او مسئول حفاظت و نگاهداری گوسفند است شما هم مسئولیت سنگینی نسبت به زیردستان خود به عهده دارید. مرد مسئول راهبری و راهنمایی و تربیت عیال و فرزندان خود است و زن مسئول نگاهداری فرزندان و اهل بیت شوهر خود است و خدمتکار و کلفت مسئول اموال مولا و آقای خود می‌باشند، آگاه باشید که هر کس مسئولیتی بر عهده او است و وظایف و تکالیفی نسبت به دیگران دارد (مسترجمی، ۱۳۴۹، ۲/۲۵۰).

هرچند از این روایت ابتدائاً مسئولیت اخلاقی فهمیده می‌شود، به عنوان مثال همدیگر را امر به معروف و نهی از منکر کنید، در گرفتاری‌ها و مشکلات دست یکدیگر را بگیرید و ... (جعفریان، ۱۴۲۸ق، ۲/۹۰۳) ولی جدای از مسئولیت اخلاقی، از این روایت معلوم می‌شود که یک رابطه اقتداری وجود دارد و رئیس هر مجموعه‌ای نسبت به رعیت خودش مسئول است؛ همان‌طور که چوپان مسئول گوسفندان تحت سلطه خود است و همان‌طور که مولا سلطه بر عبد دارد لذا مسئول اعمال عبد است. بر اساس این برداشت از روایت می‌توان نتیجه گرفت که هر انسانی نسبت به متعلقات خود و آنچه تحت اشراف او است مسئولیت دارد و با نگاه حقوقی به این روایت حداقل می‌تواند مؤیدی برای برداشت ملاک مورد نظر از مصادیق فقهی و شاخصی برای این باشد که بتوان در مواردی که فردی اشراف و سلطه دارد مسئول خسارات ناشی از رفتار و اعمال افراد تحت اشراف خود است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۵۲

نتیجه‌گیری

اصل اولی در مسئولیت، مسئولیت خود فرد است و هیچ کس را به خاطر فعل دیگری مسئول نمی‌دانند اما در برخی موارد فرد در برابر افعال زیان‌بار دیگران نیز

۱. «وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ وَ الْأَمِيرُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ وَ الرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ وَ الْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى أَهْلِ بَيْتِ بَعْلِهَا وَ وُلْدِهِ وَ هِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ وَ الْعَبْدُ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ وَ هُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ أَلَا فِكُلُّكُمْ رَاعٍ وَ كُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ» (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ۷۲/۳۸).

مسئول شناخته می‌شود. مسئولیت‌های ناشی از فعل غیر را از چند قاعده فقهی می‌توان برداشت نمود. قاعده «اقوی بودن سبب از مباشر» که نمی‌تواند مبنای فقهی مسئولیت مزبور قرار گیرد؛ زیرا در این قاعده مباشر همانند وسیله است و از خود هیچ‌گونه اراده‌ای ندارد درحالی‌که در برخی از مصادیق مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر، نظیر کارگر، مباشر فاعل بالاراده است. قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» نیز نمی‌تواند به‌عنوان مبنای این نوع مسئولیت قرار گیرد؛ زیرا در برخی موارد نظیر کارگر فاعل هم، از افعال خودش سود می‌برد پس چرا بگوییم کارفرما مسئول است. در این میان اصل «سلطه» و «بنای عقلا» مثبت مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر می‌باشند. بدین بیان که در مواردی چند فقهای اسلامی مبنای مسئولیت مدنی را بر اساس سلطه فرد مذکور نسبت به متعلقاتش برداشت کرده‌اند نظیر مسئولیت راکب دابه و سائق آن نسبت به خسارات ناشی از حیوان یا ضمان داعی شخصی که شبانه دیگری را از منزلش فرامی‌خواند و... که از دو طریق تنقیح مناط از این مصادیق و ظن متراکمی که از مجموع روایات و اقوال فقها برداشت می‌شود و از آن به قاعده‌ای تحت عنوان «مذاق شریعت» یاد می‌شود، قابل اثبات است. همچنین برای اثبات فقهی این نوع از مسئولیت می‌توان به بنای عقلا مراجعه نمود؛ هم بر اساس بنای عقلا در زمان شارع و هم بر اساس بنای عقلا در عصر حاضر که برای حل مشکل عدم هم‌زمانی با شارع گفته می‌شود: در مسئولیت ناشی از فعل غیر نکته‌ای نهفته است که در زمان شارع مورد تأیید بوده است و در زمان حاضر هم بر اساس آن عقلا رفتار می‌نمایند و آن سلطه‌ای است که شخص بر افراد تحت کنترل خودش نظیر کارفرما و مربی مهدکودک و ولی طفل، دارد. همچنین می‌توان گفت: چون بنای عقلا بر اساس آرای محموده استوار است و شارع نیز جزو عقلا است خود اعتبار ذاتی دارد و نیاز به تأیید شارع ندارد.

منابع و مأخذ

قرآن کریم

۱. ابن فهدحلی، جمال‌الدین. ۱۴۰۷ق. المذهب البارع في شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. اردبیلی، محمدعلی. ۱۳۹۷. حقوق جزای عمومی. چاپ چهل و هشتم، تهران: نشر میزان.
۳. اصفهانی، محمدحسین. ۱۳۷۳. نه‌ایة‌الدرایة فی شرح الکفایة. قم: مؤسسه آل‌البتیت علیه‌السلام.
۴. امام خمینی، سید روح‌الله. بی‌تا. تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار‌العلم.
۵. امام خمینی، سید روح‌الله. ۱۴۲۲ق. کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۶. ایروانی، باقر. ۱۳۹۴. ترجمه و شرح فارسی دروس فی علم الاصول. چاپ ششم، بی‌جا: نصاب.
۷. باریکلو، علیرضا. ۱۳۸۵. مسئولیت مدنی. تهران: میزان.
۸. تبریزی، ابوطالب. ۱۴۲۱ق. التعلیقة الاستدلالية علی تحریر الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۹. جعفریان، رسول. ۱۴۲۸ق. رسائل حجابیه. چاپ دوم، قم: انتشارات دلیل‌ما.
۱۰. جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی‌شاهرودی، سید محمود. ۱۴۲۳ق. موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم‌السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام.
۱۱. حرعالمی، محمد بن حسن. ۱۴۰۹ق. وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام.
۱۲. خطیبی، مهدی. «اعتبارسنجی تراکم ظنون در فرآیند استنباط». جستارهای فقهی و اصولی. ۱۳۹۸ (سال پنجم). ۱۶، ۷-۳۴.
۱۳. خوانساری، سید احمد. ۱۴۰۵ق. جامع المدارک في شرح مختصر النافع. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۴. روحانی، سید صادق. بی‌تا. منهج الصالحین. قم: بی‌نا.
۱۵. ژوردن، پاتریس. ۱۳۹۱. تحلیل رویه قضایی، در زمینه مسئولیت مدنی. ترجمه: مجید ادیب، چاپ دوم، تهران: میزان.
۱۶. سبزواری، محمد باقر. ۱۴۲۳ق. کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. شهید اول، محمد بن مکی. ۱۴۱۰ق. اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية. بیروت: الدار الإسلامية.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۱۵۴

۱۸. شهیدثانی، زین الدین. ۱۴۱۰ق. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: کتابفروشی داوری.
۱۹. شهیدثانی، زین الدین. ۱۴۱۳ق. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۲۰. شیخ انصاری، مرتضی. ۱۴۲۸ق. فرائد الاصول. چاپ نهم، قم: مجمع الفکر.
۲۱. شیخ طوسی، محمد بن حسن. ۱۴۰۰ق. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. چاپ دوم، بیروت: دار الكتاب العربي.
۲۲. شیرازی، سید صادق. ۱۴۲۵ق. التعليقات على شرائع الإسلام. چاپ ششم، قم: انتشارات استقلال.
۲۳. صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله. ۱۳۹۷. مسئولیت مدنی تطبیقی. تهران: شهر دانش.
۲۴. طباطبایی، سید محمد صادق، شیور، قادر. «گستره مسئولیت مدنی بیمارستان در برابر بیمار». فصلنامه حقوق پزشکی، ۱۳۹۳. (شماره ۳۱). ۱۱-۴۷.
۲۵. عاملی، سید جواد. بی تا. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۲۶. عظیمی گرگانی، هادی. «معنا شناسی تنقیح مناط مقارنه با مفاهیم مشابه و روش شناسی آن». نشریه فقه و اصول. ۱۳۹۱ (شماره ۹۰). ۱۲۷-۱۵۳.
۲۷. علامه حلّی، حسن. ۱۴۲۰ق. تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۸. علامه حلّی، حسن. ۱۴۲۱ق. تلخیص المرام في معرفة الأحكام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۹. علامه حلّی، حسن. ۱۴۱۳ق. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة. چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. علیدوست ابرقویی، ابوالقاسم. ۱۳۸۶. فقه و عرف. چاپ سوم، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۱. عندلیب، ستوده. «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی». نشریه فقه اهل بیت (ع). ۱۳۹۱ (دوره ۱۸). ۱۰۶-۱۴۱.
۳۲. فاضل آبی، حسن. ۱۴۱۷ق. کشف الرموز في شرح مختصر النافع. چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۳۳. فاضل هندی، محمد بن حسن. ۱۴۱۶ق. **كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. قاسم‌زاده، سیدمرتضی. ۱۳۷۸. **مبانی مسئولیت مدنی**. تهران: نشر دادگستر.
۳۵. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۸۴. **مسئولیت ناشی از عیب تولید**. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۶. کلاتری، علی. «مفهوم اعتبار و مکانیزم تنقیح مناط». **فشریه فقه و اصول**، ۱۳۸۷ (شماره ۸۱). ۱۳۱-۱۵۷.
۳۷. کلینی، یعقوب. ۱۴۰۷ق. **الکافی**. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۸. کاشانی، رضا. ۱۴۰۸ق. **کتاب الديات**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۹. مجلسی، محمد باقر. ۱۴۰۳ق. **بحار الانوار: الجامعة لدرر أخبار الائمة الأطهار**. بیروت: دار إحياء تراث العربي.
۴۰. محقق حلّی، نجم الدین. ۱۴۰۸ق. **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۱. محقق حلّی، نجم الدین. ۱۴۱۲ق. **ذکت النهایة**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۲. مسترحمی، هدایت‌الله. ۱۳۴۹. **ترجمه ارشاد القلوب**. چاپ سوم، تهران: نشر مصطفوی.
۴۳. مطهری، مرتضی. ۱۳۶۱. **بررسی فقهی مسئله بیمه**. تهران: انتشارات میقات.
۴۴. مظفر، محمد رضا. ۱۳۹۳. **اصول الفقه**. چاپ چهاردهم، قم: بوستان کتاب.
۴۵. نجفی، محمد حسن. ۱۴۰۴ق. **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**. چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۴۶. نظری، ایران‌دخت. ۱۳۹۲. **الزام‌های بدون قرارداد**. تهران: مجد.
۴۷. یزدانی، محمدمهدی و صابری، حسین. «تعمیم حکم به استناد کشف علت از دیدگاه امام خمینی». **مجله پژوهش‌های فقهی**. تابستان ۱۳۸۹، سال ۶، شماره ۲، ۱۲۱-۱۴۶.
۴۸. یزدی، سید محمد کاظم. ۱۴۲۱ق. **الحاشية للمکاسب**. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۹. یزدی، سید محمد کاظم. ۱۴۱۵ق. **سؤال و جواب**. تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۵۶

References

The Holy Qur'an

1. 'Āmilī, Sayyid Jawād ibn Muḥammad. n.d. *Miftāḥ al-Kirāmah fī Sharḥ al-Qawā'id al-'Allāmah*. 1st. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Ārabī.
2. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1989/1410. *al-Lum'at al-Dimashqīyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Beirut: Dār al-Turāth al-Islāmīyah.
3. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1989/1410. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya*. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
4. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. Qom: Mū'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
5. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 2007/1428. *Farā'id al-Uṣūl*. 5th. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
6. Al-Asadī al-Ḥillī, Jamāl al-Dīn Aḥmad ibn Sham al-Dīn (ibn Fahad al-Ḥillī). 1986/1407. *Al-Muḥadhab al-Bāri' fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
7. Al-Fāḍil al-Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. 1995/1416. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām 'an Qawā'id al-Aḥkām*. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
8. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1994/1373. *Nihāyat al-Dirāya fī Sharḥ al-Kifāyah*. Qom: Nashr Sayyid al-Shuhadā'.
9. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. *Mukhtalaf al-Shī'a fī Aḥkām al-Sharī'a*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
10. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1999/1420. *Tahrīr al-Aḥkām al-Sharīyya 'alā Maḍḥhab al-Imāmīyya*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq.
11. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 2000/1421. *Talkhīṣ al-Marām fī Ma'rifat al-Aḥkām*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
12. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 2nd. Edited by 'Abd al-Ḥusayn Muḥammad 'Alī Baqqāl. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
13. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1991/1412. *Nihāyat wa Nukatuhā*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
14. al-Hurr al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1998/1409. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-turāth.

15. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣādiq. n.d. *Minhāj al-Fiqāhah*. Qom.
16. al-Ḥusaynī al-Shīrāzī, al-Sayyid Ṣādiq. 2004/1425. *Al-Ta'liqāt 'alā Sharā'i' al-Islām*. 6th. Qom: Intishārāt Istiqlāl.
17. 'Alīdūst, Abulqāsim. 2007/1386. *Fiqh wa 'Urf*. 3rd. Qom: Pazhūhishgāh Farhang wa Andīshih Islāmī.
18. al-Iirawānī, Muḥammad Bāqir. 2015/1394. *Tarjumih wa Sharḥ-i Fārsī-yi Durūs fī 'Ilm al-Uṣūl*. 6th. n.p. Naṣā'ih.
19. al-Khāwansārī, al-Sayyid Aḥmad ibn Yūsuf. 1984/1405. *Jāmi' al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. 2nd. Edited by 'Alī Akbar Ghaffārī. Tehran: Mu'assasat al-Ismā'īlīyān.
20. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1987/1407. *al-Kāfī*. 14th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
21. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-'Allama al-Majlisī). 1982/1403. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi'a li Durar Akhbār al-'Imma al-Aṭḥār*. 2nd. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
22. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2002/1421. *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
23. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). n.d. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qom: Dār al-'Ilm.
24. al-Muzaffar, Muḥammad Riḍā. 2014/1393. *Uṣūl al-Fiqh*. 14th. Būstān-i Kitāb-i Qum (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yi 'Ilmīyyi-yi Qum).
25. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. 7th. Edited by 'Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
26. al-Sabzawārī, al-Sayyid Muḥammad Bāqir (al-Muḥaqqiq al-Sabzawārī). 2002/1423. *Kifāyat al-Fiqh (Kifāyat al-Aḥkām)*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
27. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzīm. 1994/1415. *Su'āl wa Jawāb*. Tehran: Markaz Nashr 'Ulūm-i Islāmī.
28. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzīm. 2000/1421. *Al-Ḥāshīyat lil Makāsib*. 2nd. Qum: Mu'assasat Isma'īlīyan.
29. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1979/1400. *al-Nihāya fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. 2nd. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī.
30. 'Andalīb, Sutūdiḥ. *Midhāq-i Sharī'at, Juṣṭārī dar I'tibār Sanjī wa Kār Āmadī*. Nashrīyih-yi Fiqh Ahl Bayt ('A). 2012/1391, 18.
31. Ardabīlī, Muḥammad 'Alī. 2018/1397. *Ḥuqūq-i Jazā-yi 'Umūmī*. 48th. Tehran: Nashr Mīzān.


32. 'Azīmī Gurgānī, Hādī. *Ma 'nā Shināsī-yi Tanqīḥ-i Manāṭ-i Muqārinih bā Maḥāḥim-i Mushābih wa Rawish Shināsī Ān*. Nashrīyih-yi Fiqh wa Uṣūl, 1391, 90.
33. Bārīklū, 'Alīrezā. 2006/1385. *Mas 'ulīyat-i Madanī*. Tehran: Nashr Mīzān.
34. Fāḍil Ābī, Ḥasan. 1996/1417. *Kashf al-Rumūz fī Sharḥ Mukhtaṣar al-Nāfi'*. 3rd. Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
35. Ja'farīyān, Rasūl. 2007/1428. *Rasā'il Hijābīyah*. 2nd. Qom: Intishārāt-i Dalīl-i Mā.
36. Jordan, Patrice. 2012/1391. *Tahīlī-i Rawīyih-yi Qaḍāyī dar Zamīnih-yi Mas 'ulīyat-i Madanī*. Translated by Majīd Adīb. 2nd. Tehran: Intishārāt Mīzān.
37. Kalāntarī, 'Alī. *Maḥmūm-i 'Itibār wa Minkānīzm-i Tanqīḥ-i Manāṭ*. Nashr'yih-yi Fiqh wa Uṣūl. 2008/1387. 41, 81.
38. Kāshānī, Ridā. 1987/1408. *Kitāb al-Dīyāt*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
39. Kātūzīyān, Nāṣir. 2005/1384. *Mas 'ulīyat-i Nāshī az 'Eyb-i Tawlīd*. Tehran: Intishārāt Dānishgāh Tehran.
40. Khatībī, Mahdī. *I'tibār Sanjī-yi Tarākum-i Zunūn dar Farāyand-i Istīnbat*. Justārḥā-yi Fiqhī va Uṣūlī. 2019/1398, 5.
41. Muṣṭarḥīmī, Hidāyatullāh. 1970/1349. *Tarjumih-yi Irshād al-Qulūb*. 3rd. Tehran: Nashr Muṣṭafawī.
42. Muṭaḥḥarī, Murtaḍā. 1982/1361. *Barrasī-yi Fiqhī-yi Mas'alih-yi Bīmih*. Tehran: Intishārāt Mīqāt.
43. Nazārī, Īrandukht. 2013/1392. *Ilzāmhā-yi Bidūn-i Qarārdād*. Tehran: Majīd.
44. Qāsim-Zādih, Sayyid Murtaḍā. 1997/1378. *Mabānī-yi Mas 'ulīyat-i Madanī*. Tehran: Nashr Dādguṣṭar.
45. Research Group under the supervision of, al-Sayyid Maḥmūd al-Hāshimī al-Shāhrūdī. 2002/1423. *Mawṣū'at al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍḥhab Ahl al-Bayt*. Qom: Mu'assasat Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍḥhab Ahl al-Bayt.
46. Šafāyī, Sayyid Ḥusayn; Raḥīmī, Ḥabībullāh. 2018/1397. *Mas 'ulīyat-i Madanī-yi Taṭbīqī*. Tehran: Nashr-i Dānish.
47. Ṭabāṭabā'ī, Sayyid Muḥammad Šādiq; Shinīwar, Qādir. *Guṣṭarih-yi Mas 'ulīyat-i Madanī-yi Bīmāriṣṭān dar Barābar-i Bīmār*. Faṣlnāmih-yi Ḥuqūq-i Pizishkī, 2014/1397, 31.
48. Tabrīzī, Abū Ṭālib. 2000/1421. *Al-Ta'liqat al-Istidlāliyat 'alā Tahṛīr al-Wasīlah*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
49. Yazdānī, Muḥammad Mahdī; Šābirī, Ḥusayn. *Ta'mīm-i Ḥukm bih Istīnād-i Kashf-i 'Illat az Dīdgāh-i Imām Khumaynī*. Majalīh-yi Pazhūhish-hāyi Fiqhī. 2010/1389, 6, 2.

Determining the Amount of Thaman in Text of Sale Agreements

(Case Study of Buying and Selling Real Estate) ¹

Sayyed Ali Sedaqat

Graduated Student of Level Four & Instructor of Advanced Level Studies of Qom Seminary; Qom- Iran; (Corresponding Author); ali.sedaqat1372@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-9944-5119>

Mahmoud Ganjbakhsh

Ph.D in International Law & Assistant Professor of Economics and Islamic Banking Department, Kharazmi Faculty of Economics, Iran; ganjbakhsh@khu.ac.ir


Gholamali Masouminia

Graduated Student of Level Four & Instructor of Advanced Level Studies of Qom Seminary and Associate Professor of the Faculty of Economics and Director of the Economics & Islamic Banking Department of the Khorazmi Faculty of Economics; masouminia_ali@yahoo.com

Receiving Date: 2022-01-12; Approval Date: 2022-07-02

Abstract

Today, in many sale agreements, including a number of real estate purchases and sales, determining the amount of *thaman* (price) at the time of signing the agreement is either not possible or entails

1. Sedaqat- A; (2023); "Determining the Amount of mabī' in Text of Sale Agreements"; *Jostar- Hay Fihi va Usuli*; Vol: 9; No: 30; Page: 161-192;  10.22034/JRJ.2022.61417.2306

© 2022, Author(s). This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, as long as the original authors and source are cited. No permission is required from the authors or the publishers.

great risk. While many jurists have considered determining the amount of *thaman* at the time of signing the agreement as a condition for the validity of the sale agreement, and this condition has been specified in Article 338 of the Civil Code of Iran. The main question is whether the determination of the amount of *thaman* is an imperative rule and a condition for the validity of the sale, or is it enough for the validity of the agreement to provide a clear and indisputable process in the text of the agreement for determining the *thaman* in the future of the agreement? This study concerns the evidence of the necessity of determining the *thaman* – including the Prophet Muḥammad’s *ḥadīth* of the prohibition of the *gharar* (risk-taking) sale – demonstrate that not only is there no evidence for the first possibility, but a *ṣaḥīḥ* narration correctly indicates the second possibility. This study has dealt with analytical-critical data processing with the textual-revealed method.

Keywords: Determining the amount of *thaman*, Text of sale agreements, Sale agreement, *Gharar*, *khatar*.

تعیین مقدار ثمن در متن قرارداد بیع (بررسی موردی خرید و فروش املاک)^۱

سید علی صداقت

دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه و مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم. (نویسنده مسئول) قم-ایران.
ali.sedaghat1372@gmail.com

محمود گنج بخش

دکترای حقوق بین الملل و استادیار گروه اقتصاد و بانکداری اسلامی دانشکده اقتصاد دانشگاه خوارزمی. تهران-ایران.
ganjbakhsh@khu.ac.ir

غلامعلی معصومی نیا

دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه و مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم. قم-ایران.
و دانشیار دانشکده اقتصاد و مدیر گروه اقتصاد و بانکداری اسلامی دانشگاه خوارزمی. تهران-ایران.
masuminia_ali@yahoo.com

تعیین مقدار ثمن
در متن قرارداد بیع
(بررسی موردی خرید و
فروش املاک)
۱۶۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۰۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۰

چکیده

امروزه در بسیاری از قراردادهای بیع از جمله شماری از خرید و فروش های املاک، تعیین مقدار ثمن در زمان انعقاد قرارداد، یا ممکن نیست یا خطر بزرگی را در پی دارد؛ این در حالی است که بسیاری از فقها، تعیین مقدار ثمن در زمان انعقاد قرارداد را شرط صحت عقد بیع دانسته اند و در ماده ۳۳۸ قانون مدنی نیز به این شرط تصریح شده است.

۱. صداقت. سیدعلی. «تعیین مقدار ثمن در متن قرارداد بیع (بررسی موردی خرید و فروش املاک)». فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۹ (۳۰). صص: ۱۶۱-۱۹۲؛ <https://orcid.org/0000-0002-9944-5119>

پرسش اصلی این است که آیا تعیین مقدار ثمن، قاعده‌ای امری و شرط صحت بیع است یا اگر در متن قرارداد، فرآیند روشن و اختلاف‌ناپذیری برای تعیین مقدار ثمن در آینده قرارداد پیش‌بینی شود، برای صحت قرارداد کافی است؟

بررسی‌های این مقاله پیرامون ادله لزوم تعیین ثمن - از جمله حدیث نبوی نهی از بیع غرر - نشانگر آن است که نه تنها دلیلی بر احتمال اول وجود ندارد، بلکه روایتی به‌سند صحیح، به‌درستی احتمال دوم دلالت دارد؛ لذا حتی نیازی به تمسک به اطلاقات صحت قراردادها و خصوصاً قرارداد بیع نیست.

این پژوهش با روش نقلی - و حیاتی به داده‌پردازی تحلیلی - انتقادی اطلاعاتی پرداخته است که از طریق سامانه‌های رایانه‌ای و نرم‌افزارهای علمی گردآوری شده است.

کلیدواژه‌ها: تعیین مقدار ثمن، متن قرارداد، عقد بیع، غرر، خطر.

مقدمه

بسیاری از فقهای امامیه بر آنند که تعیین مقدار ثمن در متن قرارداد بیع و علم تفصیلی طرفین به مقدار آن در زمان انعقاد قرارداد، شرط صحت عقد بیع است؛ چنان‌که در ماده ۳۳۸ قانون مدنی نیز به این شرط تصریح شده و از بند سوم ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ نیز همین شرط برداشت شده است (صفایی، ۱۳۹۱، ۴۱؛ آهنگران، رضائزاد، ۱۴۰۰، ۳۷).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲
۱۶۴

اما امروزه رعایت این شرط در بسیاری از قراردادهای بیع امکان‌پذیر نیست و یا حداقل دشواری‌های فراوانی را به‌دنبال دارد که از آن جمله می‌توان به خرید و فروش املاک در شرایط تورمی اشاره کرد که تعیین مقدار ثمن مؤجل در زمان قرارداد، عملاً یا امکان‌پذیر نیست یا نوسان‌های شدید و پیش‌بینی نشده در ارزش پول ملی، می‌تواند مخاطرات بسیاری را برای یکی از طرفین قرارداد در بر داشته باشد و از تحقق نهایی ثمنی منطقی و عرفی جلوگیری نماید.

هم‌چنین در شرایط ثبات اقتصادی هم‌گاه، نیاز به ثمن شناور در قراردادهای ساخت مسکن احساس می‌شود که از آن جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

• زمانی که پیمانکار، احتمال وقوع تکانه‌های شدید اقتصادی را منتفی نمی‌داند و لذا با مشتری توافق می‌کنند که ثمن تعیین‌شده در متن قرارداد، «ثمن اولیه» باشد و

مثلاً در صورت تجاوز نرخ تورم اعلام شده از سوی بانک مرکزی کشور از ۲۰ درصد بیشتر از زمان قرارداد، ثمن معامله، «ثمن ثانویه» خواهد بود که عبارت است از ثمنی که به اندازه افزایش نرخ تورم، افزون‌تر از نرخ «ثمن اولیه» می‌باشد.

● حالت دوم، پیمانکار به هر دلیلی نمی‌تواند برآورد دقیقی از هزینه‌ها و در نتیجه تعیین قیمت نهایی کالا - که تابعی از قیمت مواد اولیه، میزان دستمزد کارگران و ... است - داشته باشد؛ در این صورت نیز ممکن است طرفین قرارداد، قیمت تمام‌شده کالا برای تولید کننده به علاوه درصد مشخصی سود را به عنوان ثمن تعیین نمایند. پس باید بررسی نمود که آیا ادله مطرح شده برای اشتراط علم به ثمن، شامل این صور نیز می‌شود و باید هم‌سخن با بسیاری از فقها، یکسره حکم به بطلان این گونه از قراردادها نمود؟ یا این ادله برای اثبات بطلان این موارد کافی نبوده و باید عموماً صحت عقود را مرجع تشخیص حکم آن‌ها قرار داد؟

پرسش تحقیق، شامل قراردادهایی که مقدار بخشی از ثمن مشخص است و مقدار دقیق کل آن با یک محاسبه ساده ریاضی قابل محاسبه است، نمی‌شود؛ چرا که اندیشمندانی که علم به مقدار ثمن را شرط می‌کنند، به همین مقدار بسنده دارند و لازم نمی‌دانند که در زمان قرارداد، علم فعلی دقیق به میزان ثمن و مثن باشد؛ زیرا عرفاً در این صور، علم به مقدار ثمن و مثن وجود دارد.

به عنوان نمونه، در صورتی که طرفین قرارداد، خانه‌ای با متراژ ۱۳۴ متر را از قرار هر متر، ۵/۱۳ میلیون تومان خرید و فروش می‌کنند یا صورتی که فروشنده، قیمت هر متر زمین را ۵/۳ میلیون تومان اعلام می‌کند و خریدار می‌گوید به اندازه یک میلیارد تومان از این زمین را از تو خریدم، ظاهراً اختلافی در بی‌اشکال بودن این معامله از جهت شرط تعیین مقدار ثمن نیست؛ برخی از روایات نیز مؤید کفایت این مقدار است؛ همچون این روایت:

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عَمْرٍو قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَشْتَرِي مِائَةَ رَاوِيَةٍ مِنْ زَيْتٍ فَأَعْرِضُ رَاوِيَةً وَأُتْتَبِنُ فَأَرْنُهُمَا ثُمَّ أَخْذُ سَائِرَهُ عَلَى قَدْرِ ذَلِكَ قَالَ: لَا بَأْسَ». عبد الملك بن عمرو گوید از حضرت صادق عليه السلام پرسیدم: صد ظرف روغن زیتون را می‌خرم، اما فقط یکی دو

تعیین مقدار ثمن
در متن قرارداد بیع
(بررسی موردی خرید و
فروش املاک)

۱۶۵

ظرف آن را وزن می‌کنم و باقی را بر اساس همان یکی دو ظرف می‌سنجم؛ ایشان فرمودند: ایرادی ندارد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۱۹۴/۵ و شبیه آن: صدوق، ۱۴۱۳ق، ۲۲۶/۳؛ طوسی، تهذیب، ۱۴۰۷ق، ۱۲۳/۷).

هم‌چنین پرسش تحقیق شامل فرضی که در متن قرارداد هیچ سخنی از ثمن یا مقدار آن مطرح نمی‌شود و هیچ انصراف و قدر متیقنی هم در میان نیست، نمی‌شود؛ زیرا بحث و بررسی پیرامون ادله این فرض - که متفاوت با ادله سایر فروض است - به طول می‌انجامد (ر.ک: خوئی، ۱۴۱۷ق، ۳۱۸/۵-۳۱۹) حال آن‌که به ندرت محقق می‌شود و بحث درباره حکم آن ثمره چندان ندارد.

بلکه پرسش تحقیق ناظر به این فرض رایج است که اگرچه در هنگام قرارداد، متعاقبین علم به ثمن ندارند، اما امر تعیین ثمن را به کلی وا نمی‌نهند و در متن قرارداد، ساز و کارهایی را برای تعیین ثمن و جلوگیری از بروز اختلاف قرار می‌دهند. البته پیش از این نیز شماری از پژوهشگران در این زمینه مطالعاتی داشته و مقالاتی نگاشته‌اند؛ این مقالات را می‌توان در دو دسته تقسیم‌بندی نمود:

الف: نظر بدان که در ماده ۲۱۶ ق.م. از حکم به لزوم مبهم نبودن مورد معامله، «موارد خاصه» استثنا شده و علم اجمالی به مورد معامله کافی دانسته شده، بسیاری از مقالات با این پرسش اصلی نگاشته شده‌اند که معیار تعیین این «موارد خاصه» چیست؟ برخی از مقالات، «عقود مسامحه‌ای، مشارکتی و بلاعوض» را مصداق «موارد خاصه» دانسته‌اند (دنکوب، محمدی کردخیلی، ۱۳۹۷؛ سکوتی نسیمی، رضائیان عمران، ۱۳۹۵) و برخی نیز معاملات که از نگاه عرف، خطرناک نباشد را مصداق این استثنا شمرده‌اند (صفایی، ۱۳۹۱؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۵) و در برخی از کتب حقوقی نیز صرفاً «تصریح قانون‌گذار»، معیار شناخت «موارد خاصه» دانسته شده است (امامی، ۱۳۷۷، ۲۱۴-۲۱۳/۱).

ب: اما برخی دیگر از مقالات نگاشته شده در این زمینه، ضمن اذعان به عدم پذیرش ثمن شناور در قانون مدنی، نگاهی تطبیقی به مسئله داشته و به مقایسه حکم مطرح شده در حقوق ایران با حقوق سایر کشورها و کنوانسیون‌های بین‌المللی پرداخته‌اند؛ از آن جمله:

داراب‌پور (۱۳۷۶-۱۳۷۷) ضمن بررسی علل پذیرش ثمن شناور در برخی از

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۶۶

سیستم‌های حقوقی جهان، به بررسی بسیاری از سیستم‌های حقوقی کشورهای واجد ثمن شناور و فاقد آن پرداخته است و سپس روش‌های تعیین ثمن در مواقعی که ثمن شناور می‌باشد را مورد بررسی قرار داده و در نهایت به ثمن شناور در حقوق ایران پرداخته و اگرچه آن را در حقوق ایران پذیرفتنی نمی‌داند، اما پذیرش آن توسط عرف جامعه و دست‌اندرکاران امور کشور را «امری تقریباً طبیعی» دانسته است، به طوری که دست‌اندرکاران قضایی و قانون‌گذاری کشور ناگزیر از پذیرش آن خواهند شد. هم‌چنین عباس‌آبادی (۱۳۸۸-۱۳۸۹) با نگاه تطبیقی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین و آهنگران و رضانژاد (۱۴۰۰) با نگاه تطبیقی به نظام حقوقی مصر، اصل اشتراط تعیین ثمن در حقوق ایران را اصلی ناکارآمد و مشکل‌ساز برای معاملات دانسته و با کارآمد برشمردن نظام حقوقی طرف مقایسه، درصدد تصحیح فقهی معامله‌ای که در عین عدم تعیین ثمن، عرفاً خطرناک حساب نمی‌شود، برآمده‌اند. اما نکته‌ای که میان همه این مقالات مشترک به نظر می‌رسد آن است که نگارندگان آن‌ها، عمده از زاویه حقوقی به مسئله نگریسته‌اند و از کنار مستندات فقهی اشتراط تعیین تفصیلی ثمن در متن قرارداد، گذرا عبور کرده‌اند، به طوری که از روایات مطرح شده، جز روایت «نهی از غرر»، مستندی را مورد بررسی قرار نداده‌اند. بنا بر این، اگرچه راه حل نهایی این مقاله با برخی از این مقالات شباهت دارد، اما نظر به نکات زیر، نگارش مقاله‌ای جدید در این زمینه لازم به نظر می‌رسد:

الف: در این مقالات نسبت به ابعاد سندی و دلالتی حدیث «نهی از غرر»، پژوهش کاملی صورت نگرفته، لذا تحقیق در دلیل شهرت استناد به حدیث مرسل و هم‌چنین نقد و بررسی متقن، ضروری است.

ب: اگرچه «حدیث نهی از غرر»، اصلی‌ترین دلیل بطلان معامله مورد بحث دانسته شده، اما نظر بدان که ادله قابل توجه دیگری نیز برای اشتراط تعیین تفصیلی ثمن در متن قرارداد وجود دارد، ممکن است فقیه ضمن پذیرش نقدهای مطرح شده در این مقالات نسبت به سند و دلالت حدیث نهی از غرر، به خاطر سایر ادله، حکم به بطلان قرارداد فاقد تعیین ثمن نماید. لذا نقد و بررسی آن ادله نیز نقشی محوری در تعیین سرنوشت مسئله دارد.

تعیین مقدار ثمن
در متن قرارداد بیع
(بررسی موردی خرید و
فروش املاک)
۱۶۷

عنوان ثمن تعیین کرد، مشتری بیشتر از پرداخت قیمت متعارف بازار وظیفه‌ای ندارد (مفید، ۱۴۱۳ق، ۵۹۳؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۳۸۷؛ علامه حلی به نقل از ابن براج، ۱۴۱۳ق، ۲۴۴/۵؛ حلبی، ۱۴۰۳ق، ۳۵۳).

● معقد اجماعی که ابن ادریس نقل فرمود، صورتی است که اصلاً ثمن ذکر نمی‌شود. حال آن که گفتیم این صورت محل بحث ما در این قسم نیست.

● عبارت علامه حلی در نقل اجماع چنین است: «علمای ما اجماع دارند که علم، شرط عوضین است تا معلوم باشد که در مقابل چیزی که بذل می‌کند، چه چیزی را مالک می‌شود» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۵۳/۱۰).

اما به نظر می‌رسد این عبارت، بیش از اشتراط علم به جنس عوضین ظهوری ندارد و شامل مقدار آن‌ها نمی‌شود از این رو خود ایشان - گویا چون این مسئله را برای بیان اشتراط تعیین مقدار عوضین کافی ندیده‌اند - اشتراط تعیین مقدار را چند مسئله پس از این و بدون نقل اجماع بیان می‌فرمایند (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۷۱/۱۰ - ۷۲) بلکه در مختلف، سه قول مخالف نیز نقل می‌کنند:

«یکی از ابن جنید که علم یکی از متعاقدین به ثمن را در صورت اشتراط حق فسخ، کافی می‌شمارد؛ دیگری از سید مرتضی که مشاهده ثمن را در بیع سلم کافی می‌داند و آخری از شیخ طوسی که مطلقاً به مشاهده ثمن اکتفا کرده است» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۲۴۳/۵ - ۲۴۵).

به نظر می‌رسد وجهی برای خصوصیت داشتن «مشاهده» وجود نداشته، هر طریق عقلایی دیگری که ثمن را طوری در آینده تعیین نماید که اختلافی بروز نکند، می‌تواند مانع بطلان عقد بیع گردد.

● شهید اول، دیگر فقیهی است که نه تنها اجماع بر این مسئله را نقل فرموده، بلکه خود با حکم مطلق به بطلان بیعی که ثمن آن مجهول است، مخالفت فرموده است (شهید اول، بی تا، ۱۳۷/۲؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ۷۵/۲).

اما اشکال کبروی آنکه این اجماع مدرکی است و نمی‌تواند به عنوان دلیل مستقلی در عرض ادله‌ای که خواهد آمد، مطرح باشد (خوئی، ۱۴۱۷ق، ۳۱۷/۵ - ۳۱۸؛ قمی، ۱۴۰۰ق، ۳۳۵/۳).

تعیین مقدار ثمن
در متن قرارداد بیع
(بررسی موردی خرید و
فروش املاک)
۱۶۹

بله برخی از فقها، آن دسته از اجماعات مدرکی که شکل گیری آن در عصر حضور حضرات معصومین علیهم السلام احراز شده باشد را نیز معتبر می دانند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۲/۱) اما دیدیم که تحقق این اجماع حتی از دیدگاه فقهای عصر غیبت هم محرز نیست چه رسد به اصحاب معصومین علیهم السلام.

۲- حدیث نهی از بیع غرر

شیخ انصاری عمده دلیل برای اشتراط تعیین مقدار ثمن در قرارداد بیع را این حدیث نبوی دانسته اند:

نهی النبی صلی الله علیه و آله عن بیع الغرر: پیامبر خدا صلی الله علیه و آله از بیع غرر نهی فرمود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۰۶/۴).

دلالت حدیث مبتنی بر این دو مقدمه است:

الف: معامله ای که در آن مقدار ثمن تعیین نشده و متعاقدین از آن بی اطلاع باشند، مصداق بیع غرر است و لذا شیخ انصاری پس از نقل کلمات بسیاری از لغویین در بیان معنای «غرر» می فرماید: «همگان متفق اند بر اینکه «جهالت» در معنای غرر اخذ شده است، چه جهل به اصل وجود یکی از عوضین، چه جهل به حصول آن به کسی که باید به او منتقل شود و چه جهل به صفات کمی یا کیفی اش» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۷۸/۴).

ب: چون اثر مطلوب در معاملات، نقل و انتقال است، اصل اولی آن است که نهی از آن‌ها ظهور در ارشاد به بطلان دارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۱۸۷؛ خوئی، ۱۴۲۲ق، ۲۴۱/۲).

نتیجه: علم به مقدار عوضین شرط صحت عقد بیع می باشد.

۱-۱- بررسی سند روایت

اگر «دعائم الإسلام» را از منابع روایی امامیه بدانیم، این کتاب تنها کتاب حدیثی شیعه است که مطمئناً این روایت را نقل نموده (مغربی تمیمی، ۱۳۸۵ق، ۲۱/۲):

۱. بزرگانی چونان علامه مجلسی نگارنده این کتاب را قائل به امامت ائمه اثنی عشر می دانند که از خوف خلفای اسماعیلی مذهب، از ائمه پس از امام جعفر صادق علیه السلام هیچ حدیثی نقل نکرده است (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ۳۸/۱). اما در مقابل برخی از بزرگان همچون آیت الله مرعشی نجفی و آیت الله سیستانی، وی را اسماعیلی مذهب می دانند (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ۳۶۸/۱؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۶۳).

زیرا اگرچه این روایت در «عیون أخبار الرضا (علیه السلام)» (صدوق، ۱۳۷۸، ۴۵/۲-۴۶) و نیز در یک نسخه از کتاب «فقه الرضا (علیه السلام)» (منسوب به امام علی ابن موسی الرضا (علیه السلام)، ۱۴۰۶، ۸۴) مطرح شده، اما احتمال خطا و زیاده در این دو متن بسیار زیاد است؛ چرا که اولاً هیچ ارتباطی میان پیش و پس این متن با نهی از «بیع الغرر» به نظر نمی‌رسد و ثانیاً کافی و تهذیب هم هریک با سندی مستقل، روایتی شبیه این روایت را نقل کرده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۱۰/۵؛ طوسی، تهذیب، ۱۴۰۷، ۱۸/۷)، اما در آن‌ها سخنی از بیع الغرر مطرح نیست.

اما بر فرض، وجود این روایت در این دو کتاب احراز شود، باز وجهی برای تصحیح سند این روایت نیست؛ زیرا سند «دعائم الإسلام» و «فقه الرضا (علیه السلام)» مبتلا به ارسال است و از راویان روایت «عیون أخبار الرضا (علیه السلام)»، حتی یک نفر هم شناخته شده نیست.

ولی این روایت نه تنها در بسیاری از منابع روایی عامه مطرح شده (شافعی، ۱۴۱۰، ۳۰۵/۷؛ قاضی ابویوسف، ۱۴۲۰، ۱۰۰/۱؛ سرخسی، ۱۴۱۴، ۹/۱۳؛ ابن ابی شیبۀ، ۱۴۰۹، ۳۱۲/۴؛ بیهقی، ۱۴۱۲، ۱۴۷/۸؛ ابن حزم اندلسی، ۱۴۳۶، ۴۰/۸؛ ابن قدامة، ۱۳۸۸، ۱۵۱/۴؛ طبرانی، ۱۴۱۵، ۱۰۰/۱؛ ابن حجر عسقلانی، ۱۳۷۹، ۳۵۷/۴)، بلکه فقهای بزرگ امامیه - از جمله سید مرتضی و ابن ادریس حلی که خبر واحد ظنی را حجت نمی‌دانند - آن را مکرر به صورت جزمی به پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) اسناد داده‌اند (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۴۳۶؛ طوسی، الخلاف، ۱۴۰۷، ۵۵/۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ۴۱/۲، ۳۲۲، ۲۹۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۴۸/۱۰ و ۲۱۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ۷۵/۲) به طوری که - به تعبیر شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵، ۲۰۶/۴) - «مشهور میان مسلمانان» شده است و لذا بعید نیست که اطمینان به صدور آن حاصل شود؛ اگرچه این اطمینان برای برخی از بزرگان حاصل نشده و اسناد روایت را نامعتبر شمرده‌اند (مجاهد طباطبایی، بی تا، ۱۵۵؛ خوئی، ۱۴۱۷، ۳۱۸/۵؛ قمی، ۱۴۰۰، ۳۱۰/۳).

۱-۲- بررسی دلالت روایت

گذشته از آن که ظهور نهی از معامله بر فساد آن مورد پذیرش همگان نبوده، برخی از بزرگان منکر آن شده‌اند (قمی، ۱۴۰۰، ۳۱۱/۳)، اشکالات دیگری به دلالت

این حدیث شریف و حجیت این دلالت مطرح است:

اشکال اول: «غرر» بر معامله مورد بحث صدق نمی کند زیرا هیچ یک از معانی مطرح شده توسط لغت نگاران برای لفظ غرر، همسانی مفهومی یا مصداقی با «نامعلوم بودن ثمن» ندارد؛ توضیح آن که:

الف: قریب به اتفاق لغت نگاران نام آور، «غرر» را - خصوصاً در توضیح همین حدیث - مرادف «خطر» دانسته اند (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ۴/۳۴۵؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ۲/۷۶۷؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۴/۳۸۰؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ۳/۶۰۳؛ حمیری، ۱۴۲۰ق، ۸/۴۸۷۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ۵/۱۱؛ فیومی، بی تا، ۲/۴۴۴؛ واسطی زبیدی، ۲۹۹/۷)؛ مؤید آن هم این نقل مرسل صاحب جواهر است از حضرت امیر المؤمنین علیه السلام: «الغرر عمل ما لا یؤمن معه الخطر»: غرر، انجام کاری است که با آن ایمنی از خطر وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۳۸۷).

در صورتی که مقصود از غرر در این حدیث، همین معنا باشد، به روشنی نمی توان متعاقدین را در هر معامله ای که مقدار ثمن آن مشخص نیست، در معرض خطر عقلایی دانست، بلکه در نمونه هایی که در آغاز مقاله بیان شد، اقدام بر معامله با ثمن معین، کاملاً مخاطره آمیز به نظر می رسد؛ چنان که ترک معامله به خاطر احتمال خطر، غیر عقلایی است. لذا روایت بیش از این را بیان نمی کند که متعاملین باید ساز و کارهای مشخص و معقولی را برای تعیین ثمن در نظر بگیرند و معامله ای که در آن، مقدار ثمن به کلی فروگذار شده یا ساز و کار دقیق و مانع خطر و اختلافی برای تعیین ثمن در آن طراحی نشده، باطل می باشد؛ چنان که شهید اول نیز در مقام رد استدلال عامه به این حدیث برای بطلان گونه خاصی از بیع، به همین نکته تمسک فرموده اند که: «غرر احتمالی است که عرف مردم از آن اجتناب می کنند و اقدام کننده بر آن را توبیخ می نمایند» (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ۲/۷۵)؛ حال آن که معامله مورد بحث هرگز این گونه نیست.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۷۲

۱. این قید را از آن جهت به کلمات لغویین افزودیم که به روشنی هر معامله ای مستلزم اندکی ریسک و خطر می باشد و خطر اندک و غیر عقلایی در نظر عرف نمی آید تا لغت نامه نگار آن را با قیدی اخراج نماید پس کسانی که از این روایت، نهی از بیع غرری را برداشت کرده اند، مقصودشان خطر عقلایی است.

ب: برخی از نگاشته‌های معتبر لغوی، «غرر» را به «خدعه و فریب» معنا کرده‌اند (جوهری، ۱۴۱۰ق، ۷۶۷/۲؛ ابن اثیر، ۱۳۶۷ق، ۳/۳۵۵) و برخی از فقها نیز همین معنا را معنای اصلی این واژه دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۳/۲۷۷؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ۱/۱۹۳؛ شهیدی، ۱۳۷۵، ۳۶۸/۲).

بر این اساس نیز روایت فقط بیانگر نهی از معامله‌ای است که در آن یکی از متبایعین از حربه نیرنگ و مکر به طرف دیگر بیع بهره می‌برد. حال آن که به روشنی این نیز ملازمه‌ای با «جهل به مقدار ثمن» ندارد و ممکن است متبایعین بدون قصد هیچ گونه نیرنگ و فریبی، فرآیند مشخصی را برای تعیین ثمن در آینده پیش‌بینی کنند. حال آن که خود در هنگام عقد، هیچ اطلاع دقیقی از مقدار آن نداشته باشند.

ج: در عبارت برخی از لغت‌نگاران نیز تفسیر «غرر» به «غفلت» به چشم می‌خورد (جوهری، ۱۴۱۰ق، ۷۶۷/۲؛ مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ۷/۲۰۶).

در این صورت نیز به روشنی نمی‌توان بطلان معامله مورد بحث را از روایت برداشت نمود؛ زیرا در این گونه از معاملات، متبایعین با کمال دقت و هوشمندی، ثمنی را که طی فرآیندی منضبط، در آینده مشخص خواهد شد را مورد توافق قرار داده‌اند و هیچ گونه غفلی از این ناحیه ندارند.

به هر حال - همان‌طور که امام خمینی فرموده‌اند (مصطفوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ۳/۲۹۶- ۲۹۷) - اخذ «جهالت» در معنای «غرر» را در کلام هیچ‌یک از دانشمندان علم لغت نیافتیم و روشن است که صرف نشأت گرفتن خطر و فریب از جهالت، به معنای مبطل بودن هرگونه جهالتی نیست.

شبهه این اشکال به دلالت حدیث - مبنی بر عدم ملازمه مفهومی و مصداقی میان «غرر» و «جهالت» - در کلمات برخی از بزرگان نیز بیان شده است (لاری، ۱۴۱۸ق، ۲۲۹/۲؛ خوئی، ۱۴۱۷ق، ۵/۲۵۹؛ قمی، ۱۴۰۰ق، ۳/۳۳۵).

بنا بر این همان‌طور که برخی از پژوهشگران گفته‌اند: «اگر مبنای جبران ضعف دلالت به وسیله استناد مشهور را نپذیریم، شوکت قاعده نفی غرر و آثار فقهی آن فرو می‌ریزد» (علیدوست، ۱۳۸۲، ۱۰۴).

تعیین مقدار ثمن
در متن قرارداد بیع
(بررسی موردی خرید و
فروش املاک)
۱۷۳

اشکال دوم: صاحب حدائق در نقد استدلال به حدیث نهی از بیع غرر بر بطلان معامله‌ای که تعیین قیمت به عهده یکی از متعاملین گذارده شده، فرموده‌اند: «بر فرض سند و دلالت حدیث نهی از بیع غرر بر اشتراط علم به مقدار ثمن را بپذیریم، اما اطلاق آن توسط روایت رفاعه نخاس تخصیص یافته است» (بحرانسی، ۱۴۰۵ق، ۴۶۰/۱۸-۴۶۱).

حدیث مورد نظر ایشان را نگارندگان کتب چهارگانه حدیثی شیعه، با سند خود از حسن بن محبوب و وی نیز از رفاعه نخاس نقل می‌کند:

«قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام سَأَوَمْتُ رَجُلًا بِجَارِيَةٍ فَبَاعَنِيهَا بِحُكْمِي فَقَبَضْتُهَا عَلَيَّ ذَلِكَ ثُمَّ بَعَثْتُ إِلَيْهِ بِالْفِ دِرْهَمٍ وَقُلْتُ لَهُ هَذِهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ عَلَيَّ حُكْمِي عَلَيْكَ فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَهَا مِنِّي وَ قَدْ كُنْتُ مَسِسْتُهَا قَبْلَ أَنْ أُبْعَثَ إِلَيْهِ بِالثَّمَنِ فَقَالَ أَرَى أَنْ تُقَوِّمَ الْجَارِيَةَ قِيمَةً عَادِلَةً فَإِنْ كَانَ تَمَنُّهَا أَكْثَرَ مِمَّا بَعَثْتُ بِهِ إِلَيْهِ كَانَ عَلَيْكَ أَنْ تُؤَدَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنَ الْقِيمَةِ وَإِنْ كَانَ تَمَنُّهَا أَقَلَّ مِمَّا بَعَثْتُ بِهِ إِلَيْهِ فَهُوَ لَهُ».

به امام صادق عليه السلام عرض کردم: با مردی درباره خرید کنیزی صحبت کردم؛ او هم کنیز را در مقابل هر مبلغی که من تعیین کنم، فروخت و من نیز بر همین مبنا، کنیز را دریافت کردم و سپس هزار درهم برای او فرستادم و گفتم: این هزار درهم، حکم من درباره قیمت کنیز است، اما او آن مبلغ را نپذیرفت در حالی که من پیش از فرستادن مبلغ، با کنیز مباشرت داشتم؛ امام عليه السلام فرمودند: نظر من این است که کنیز با قیمت عادلانه‌ای قیمت گذاری شود، اگر قیمت آن بیش تر از آن بود که تو برایش فرستادی، لازم است ما به التفاوت را به او پردازیم و اگر کمتر از آن بود، کل هزار درهم برای او است (صدوق، ۱۴۱۳ق، ۲۳۰/۳ و شبیه آن: کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۰۹/۵؛ طوسی، تهذیب، ۱۴۰۷ق، ۷۰/۷).

همان طور که می‌بینیم در مورد این حدیث، اگرچه هنگام معامله، مقدار ثمن معلوم نبوده و تعیین آن به خریدار واگذار شده، اما حضرت حکم به بطلان بیع - و در نتیجه لزوم بازگرداندن کنیز به صاحبش - و همچنین تذکری به حرمت بهره‌مندی او از کنیز نفرموده‌اند، بلکه با ملاحظاتی، آثار صحت قرارداد را مترتب نموده‌اند.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲
۱۷۴

بررسی سند حدیث

در وثاقت دو راوی مذکور که هیچ شکی نیست و هر دو به صراحت توثیق شده‌اند (برای توثیق حسن بن محبوب رک: طوسی، ۱۴۲۷ق، ۳۳۴ و ۳۵۴؛ کشی، ۱۴۰۹ق، ۵۵۶ و برای توثیق رفاعه نخاس ر.ک: نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۱۶۶؛ طوسی، بی تا، ۱۹۶).

همچنین ظاهراً هر دو امامی نیز هستند زیرا دربارهٔ «حسن بن محبوب» نجاشی دو بار او را «من أصحابنا» خوانده است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۱۴۰ و ۱۶۰) و علامه حلی نیز او را «ثقة عین» شمرده است (علامه حلی، ۱۳۸۱، ۳۷).

تعبیر ویژه‌ای هم که نجاشی دربارهٔ «رفاعه» به کار برده، صرفاً دربارهٔ شیعیان استفاده می‌شود (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۱۶۶).

همچنین از جهت طریق به حسن بن محبوب هم مشکلی نیست؛ زیرا یکی از دو سند ثقة الاسلام کلینی به حسن بن محبوب قطعاً صحیح است؛ شیخ صدوق هم در مشیخه دو طریق صحیح به ایشان دارند (صدوق، ۱۴۱۳ق، ۴۵۳/۴) چنان که شیخ طوسی هم - گذشته از قرائن متعدده‌ای که بر تشریفات بودن اسناد ایشان به کتب اصحاب وجود دارد - سند صحیحی به کتاب حسن بن محبوب دارند (طوسی، ۱۴۰۷ق، تهذیب، ۱۰، المشیخه، ۵۳ - ۵۴).

تعیین مقدار ثمن
در متن قرارداد بیع
(بررسی موردی خرید و
فروش املاک)

۱۷۵

بررسی دلالت حدیث

اشکال اول: مخالفت با اجماع

محقق اردبیلی اگرچه دلالت روایت بر صحت بیعی که ثمن آن مجهول است را پذیرفته اما اجماع منقول در تذکره - مبنی بر اشتراط علم به ثمن - را مانع التزام بدین روایت شمرده و مایل شده به این که این روایت بیان‌گر حکم خاصی در یک قضیه ویژه بوده و نمی‌توان از آن حکم سایر موارد را به دست آورد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۷۶/۸).

نقد و بررسی

پیش‌تر بیان شد که نه خود این اجماع و نه حجیت آن قابل اثبات نیست و لذا از این جهت مانعی برای التزام به روایت وجود ندارد.

اشکال دوم: غیر قابل التزام بودن مضمون روایت

شیخ انصاری با این استدلال که ظاهر روایت نه با صحت عقد سازگار است و نه با بطلان آن، تأویل آن را متعین دانسته‌اند؛ اما ناسازگاری روایت با صحت عقد از آن رو است که حضرت در صورت کمتر بودن ثمن پرداخت شده از قیمت عادلانه کنیز، حکم فرمودند که باید ما به التفاوت، توسط خریدار به بایع پرداخت شود. در صورتی که اگر عقد صحیحی با ثمنی کمتر از قیمت بازاری منعقد شد، پرداخت بیش از آن بر مشتری لازم نیست و ناسازگاری روایت با بطلان عقد هم از آن جهت است که اگر عقد باطل باشد، معنا ندارد که در صورت بیش تر بودن ثمن پرداخت شده از قیمت عادلانه کنیز، باز کل ثمن پرداخت شده از آن بایع باشد.

ایشان در ادامه، این روایت را تأویل برده‌اند، به این که مقصود از «باعینها بحکمی»، تحقق بیع نیست؛ بلکه بیان گر یک گفتگو و توافق پیش از عقد است مبنی بر این که - چون شغل رفاعه، خرید و فروش بردگان بوده و به قیمت آن‌ها آشنایی داشته - وی قیمت عادلانه این کنیز را تعیین کند و سپس به وکالت از بایع، قرارداد بیع آن کنیز را به همان قیمت مشخص منعقد نماید. اما پس از تحقق بیع با آن قیمت و بهره‌مندی رفاعه از آن کنیز و ارسال مبلغ برای بایع، وی آن بیع را نپذیرفته؛ حال یا آن قیمت را عادلانه نیافته و خود را مغبون دیده است یا برای بایع نیز در معامله حیوان، اختیار فسخ وجود دارد و بر اساس یکی از این دو سبب، بایع برای خود حق فسخ دیده است.

حکم امام به لزوم پرداخت مازاد بر ثمن المسمی نیز برای این است که بایع راضی شود و از اختیار فسخ خود چشم‌پوشی کند یا این که کنیز پس از ارتباط با رفاعه، ام ولد شده بوده و پس از فسخ بایع، پرداخت قیمت واقعی او بر رفاعه متعین بوده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۰۹/۴).

نقد و بررسی

اما محقق خویی این تأویل شیخ انصاری را همسان با اسقاط روایت دانسته‌اند و معنای روشن و قابل پذیرشی از روایت ارائه داده‌اند که دیگر شبهه شیخ انصاری درباره آن برطرف می‌شود.

ایشان روایت را ناظر به این امر متعارف در میان مردم - خصوصاً در میان باربرها -

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۱۷۶

دانسته‌اند که در مقام معامله، ثمن و اجرت را تعیین نمی‌کنند، بلکه آن را به مشتری و مستأجر می‌سپارند، اما نظر به قرائن، کاملاً روشن است که غرض ایشان آن نیست که اگر مشتری یا مستأجر، مبلغی کمتر از قیمت متعارف را پرداخت نیز باز آن‌ها مخالفتی ندارند. بلکه به این معنا است که قیمت مورد توافق، کلی «قیمت متعارف به بالا» است، به طوری که مشتری یا مستأجر، چه قیمت متعارف را پردازد و چه بیشتر از آن را، پرداختی او مصداق «ثمن کلی تعیین شده» خواهد بود؛ اما قیمت کمتر از متعارف، قابل انطباق بر آن امر کلی نیست (خوئی، ۱۴۱۷ق، ۵/۳۲۰-۳۲۱ و شبیه آن اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۳/۳۱۱).

بنا بر این، در صورتی که مبلغ پرداخت شده توسط رفاعه از قیمت عادلانه‌کنیز کمتر باشد، حکم امام به لزوم پرداخت ما به التفاوت، از آن رو است که حضرت خواسته‌اند رفاعه به اندازه حداقل مصداق ثمن کلی مورد توافق (کلی قیمت عادلانه به بالا)، به بایع پردازد.

اما در صورتی که قیمت کنیز کمتر از مبلغی بوده که رفاعه پرداخته، حکم امام به این که کل مبلغ پرداخت شده توسط رفاعه از آن بایع است، از آن جهت است که کل قیمتی که رفاعه پرداخته نیز مصداق دیگری از قیمت کلی مورد توافق میان بایع و مشتری بوده است.

تعمیم تخصیص

حال به نظر می‌رسد ظهور این روایت محدود به تصحیح بیعی که تعیین قیمت به عهده مشتری گذارده شده، نیست بلکه هر طریق عقلایی برای تعیین ثمن در آینده را تجویز می‌کند؛ از این رو محقق خوئی نیز در ادامه فرمایشان پیرامون این روایت، دو معامله دیگر را نیز مصون از اشکال جهل به ثمن دانسته‌اند:

معامله‌ای که بایع قیمت کالا را «قیمتی که قبلاً فروخته‌ام» می‌شمارد و نیز معامله‌ای که بایع حتی به این مقدار نیز قیمت کالا را توصیف نمی‌کند، اما خود مشتری - که دقیقاً قیمت متعارف کالا را نمی‌داند - مطمئن است که ثمن تعیین شده توسط بایع، بیشتر از قیمت متعارف کالا نیست (خوئی، ۱۴۱۷ق، ۵/۳۲۲).

۳ و ۴- حدیث حماد و وهب

«عَنْهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ الْحَسَنِ الضَّرِيرِ عَنْ حَمَادِ بْنِ مُيَسَّرٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ كَرِهَ أَنْ يُشْتَرَى الثُّوبُ بِدِينَارٍ غَيْرِ دَرَاهِمٍ لِأَنَّهُ لَا يُدْرَى كَيْمَ الدِّينَارِ مِنَ الدَّرَاهِمِ»:
امام صادق عليه السلام فرمود که پدرش نمی‌پسندید که پیراهنی در مقابل یک دینار منهای یک درهم، مبادله شود؛ زیرا معلوم نیست نسبت دینار و درهم چقدر است (طوسی، ۱۴۰۷ق، تهذیب ۱۱۶/۷).

«عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ عَنِ أَبِي جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنِ وَهْبٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ كَرِهَ أَنْ يُشْتَرَى الرَّجُلُ بِدِينَارٍ إِلَّا دَرَاهِمًا وَإِلَّا دَرَاهِمَيْنِ نَسِيئَةً وَلَكِنْ يَجْعَلُ ذَلِكَ بِدِينَارٍ إِلَّا ثُلُثًا وَإِلَّا رُبْعًا وَإِلَّا سُدْسًا أَوْ شَيْئًا يَكُونُ جُزْءًا مِنَ الدِّينَارِ»:
امام صادق عليه السلام فرمود که پدرش نمی‌پسندید که معامله‌ای شود که ثمن آن، یک دینار منهای یکی دو درهم باشد بلکه باید بر اساس خود دینار، از دینار کم شود مثلاً ثلث، ربع یا سدس دینار از یک دینار کسر گردد (طوسی، ۱۴۰۷ق، تهذیب، ۱۱۶/۷).

تقریب دلالت حدیث آن که طبق این دو روایت، وجه کراهت حضرت نسبت بدین گونه از معاملات، عدم تعیین ثمن آن‌ها هنگام قرارداد است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۷۸

۳-۱- بررسی سند روایت حماد

ظاهراً ابو عبدالله مروی عنه محمد بن احمد بن یحیی، «ابو عبدالله جامورانی» است؛ زیرا در کتب اربعه، ایشان ۶۰ روایت دیگر نیز از وی نقل کرده‌اند، در حالی که «ابو عبدالله جامورانی» نه تنها توثیق نشده بلکه توسط ابن غضائری و علامه حلی تضعیف نیز شده است (ابن غضائری، ۱۳۶۴: ۹۷/۱؛ علامه حلی، ۱۳۸۱، ۲۵۶).
علاوه بر آن که در این سند، «حسین بن حسن ضریر» نیز حضور دارد که برای وثاقت او هم دلیلی وجود ندارد.

البته ثقة الاسلام کلینی نیز این روایت را نقل نموده (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۱۹۷/۵) اما از

۱. نظر به اسناد پیشین، این ضمیر به «محمد بن احمد بن یحیی» رجوع می‌کند.

۲. نظر به اسناد پیشین، این ضمیر به «محمد بن احمد بن یحیی» برگشت دارد.

۳. «علی» اگرچه در نسخه مطبوعه تهذیب آمده، اما در برخی از نسخ ذکر نشده است.

همه راویان حدیث، نام برده نشده؛ علاوه بر آن که در این سند نیز «حسین بن حسن» حضور دارد.

۴-۱- بررسی سند روایت وهب

راوی این روایت «وهب بن وهب» است که نه تنها توثیق نشده، بلکه شیخ طوسی او را «ضعیف» (طوسی، بی تا، ۳۰۳)، نجاشی او را «کذاب» (نجاشی، ۱۴۰۷، ۴۳۰) و فضل بن شاذان او را «من أکذب البریة» (کشی، ۱۴۰۹، ۳۰۹) خوانده است.

۴-۲ بررسی دلالت

بسیاری از بزرگان دلالت لفظ «گره» بر بطلان - به عنوان یک حکم وضعی - را نپذیرفته اند (خوئی، ۱۴۱۷، ۳۱۸/۵ - قمی، ۱۴۰۰، ۳۳۶/۳). احتمالاً از همین جهت است که حتی شیخ انصاری نیز که غالباً به ضعف سند روایات وقعی نمی نهد، باز روایت حماد را مؤید اشتراط علم به مقدار ثمن انگاشته است و نه دلیل بر آن (انصاری، ۱۴۱۵، ۲۰۷/۴).

تعیین مقدار ثمن
در متن قرارداد بیع
(بررسی موردی خرید و
فروش املاک)

۱۷۹

۵- روایت سکونی

«مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ بُنَّانِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ الْمُغِيرَةِ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي السَّلْعَةَ بِدِينَارٍ غَيْرِ دَرَاهِمٍ إِلَى أَجَلٍ قَالَ فَاسِدٌ فَلَعَلَّ الدِّينَارَ يَصِيرُ بِدَرَاهِمٍ». امام علی علیه السلام درباره معامله شی‌ای که ثمن آن درهمی کمتر از دینار باشد که در آینده پرداخت می شود، فرمود: این معامله فاسد است چرا که ای بسا قیمت دینار به درهم رسد (طوسی، ۱۴۰۷، تهذیب، ۱۱۶/۷).

تقریب دلالت حدیث آن است که در این روایت نیز حضرت از آن جهت که مقدار واقعی ثمن - در زمانی که باید تحویل داده شود - برای طرفین قرارداد مشخص نیست، حکم به بطلان این معامله فرموده اند.

ویژگی این روایت نسبت به روایت پیشین آن است که در آن لفظ «فاسد» مطرح شده که صریح در بطلان این معامله می باشد.

۵-۱- بررسی سند روایت

در این سند، «بنان بن محمد» و «اسماعیل بن ابی‌زیاد سکونی» توثیق روشنی ندارند، ولی ظاهراً هر دو نفر قابل توثیق‌اند:

اما «بنان بن محمد» از آن‌رو که در کتب اربعه، «محمد بن احمد بن یحیی» و «محمد بن علی بن محبوب» - که هر دو از بزرگان اصحابند - هر یک به ترتیب ۵۰ و ۱۶ روایت از او نقل کرده‌اند و کثرت نقل از راوی ضعیف برای بزرگان حدیث، اشکال و ایراد به حساب می‌آمده که اگر انجام می‌شد، در ترجمه آن‌ها ذکر می‌گردید (ابن غضائری، ۱۳۶۴، ۳۹؛ نجاشی، ۱۴۰۷، ۶۲، ۸۴، ۲۶۳، ۳۹۶).

هم‌چنین بزرگان اصحاب از «اسماعیل بن ابی‌زیاد سکونی» نیز فراوان روایت نقل کرده‌اند؛ به‌عنوان نمونه در کتب اربعه ۱۱۳۷ روایت از او وجود دارد و «عبدالله بن مغیره» نیز ۶۷ روایت از او نقل کرده است و شیخ طوسی هم از عمل طایفه امامیه به روایات سکونی خبر داده است (طوسی، ۱۴۱۷، ۱/۱۴۹).

اما از آن‌جا که شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۱۷، ۱/۱۴۹)، علامه حلی (علامه حلی، ۱۳۸۱، ۱۹۹) و ابن داود (ابن داود، ۱۳۸۳، ۴۲۶) سکونی را عامی دانسته‌اند، باید این روایت را «موثقه» انگاشت و نه «صحیح».

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۱۸۰

۵-۲- بررسی دلالت روایت

اشکال اول و پاسخ

محقق تبریزی روایت را ناظر به این اشکال در معامله دانسته‌اند که اصلاً وجود ثمن برای معامله مطرح در حدیث، مُحَرَز نیست و ممکن است این معامله، «بیع بلا ثمن» باشد و نه بیعی که مقدار ثمن آن مشخص نیست (تبریزی، ۱۴۱۶، ۱۹۲/۳).

امام خمینی هم اگرچه ابتدا خود این احتمال را در روایت مطرح می‌فرمایند، اما در ادامه نظر به بُعد شدید همسان شدن قیمت دینار و درهم، مایل شده‌اند به این که فرمایش حضرت، مبالغه‌آمیز بوده و ظاهر آن مراد نیست بلکه کنایه‌ای از تنزل فاحش قیمت دینار است و مقصود حضرت آن است که احتمال تنزل فاحش قیمت نیز مُخَلَّ به صحت قرارداد می‌باشد (مصطفوی خمینی، ۱۴۲۱، ۳/۳۴۸).

اشکال دوم

به نظر می‌رسد این روایت هم نمی‌تواند گواه بطلان معامله مورد بحث باشد؛ زیرا در آغاز، بیان کردیم که سخن پیرامون بیعی است که اگرچه هنگام قرارداد، مقدار ثمن برای متابعین معلوم نیست، اما در متن معامله، یک فرآیند مشخص و دقیق و عقلایی برای تعیین بدون اختلاف ثمن در آینده در نظر گرفته شده؛ حال آن که در معامله مطرح در روایت، تغییر فاحش قیمت درهم و دینار و تضرر شدید یکی از طرفین در اثر این اتفاق، احتمال داده شده و روایت نیز به همین دلیل این معامله را باطل انگاشته؛ پس نمی‌توان همه معاملات بیعی که ثمن به طور دقیق در آن مشخص نشده را با استناد به این روایت باطل شمرد.

مؤید این نکته آن که علامه حلی - که خود قائل به اشتراط علم به ثمن در صحت معامله است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۷۱/۱۰) - پس از نقل روایت مورد بحث می‌فرماید: اما اگر الآن کسی درهم را استثنا نماید و نسبت درهم و دینار هم مشخص باشد، معامله صحیح است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۱۰/۴۴۳).

اشکال سوم

بر فرض دلالت این روایت بر بطلان بیع مورد بحث صحیح باشد، با صحیحۀ رفاعه نخاس در تعارض است و طبق یک مبنای متقن رجالی - که نسبت بدان ادعای اجماع قدما هم شده است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۵/۱۷۳۸ و ۱۷/۵۵۵۳) - در تعارض روایت صحیحۀ و روایت موثقه، روایت صحیحۀ مقدم است. بر فرض هم که این مبنا پذیرفته نشود، پس از تعارض و تساقط این دو روایت، عموماً صحت عقود مرجع خواهند بود.

بنا بر این‌ها، با توجه به شیوع خرید و فروش‌هایی که تعیین مقدار ثمن در متن قرارداد امکان‌پذیر نیست یا مخاطرات فراوانی را می‌تواند به دنبال داشته باشد، بازنگری در نظر مشهور مبنی بر اشتراط مطلق تعیین ثمن، در هر دو عرصه فقه و حقوق ضروری و در راستای کارآمدسازی متقن و سنجیده آن‌ها با نیازهای روز به نظر می‌رسد.

تعیین مقدار ثمن
در متن قرارداد بیع
(بررسی موردی خرید و
فروش املاک)
۱۸۱

نتیجه‌گیری

در صورتی که در قراردادهای بیع - از جمله بیع املاک - طرفین عقد فرآیند روشن و اختلاف‌ناپذیری برای تعیین ثمن در آینده پیش‌بینی کنند، از هیچ‌یک از ادله مطرح شده برای اشتراط تعیین مقدار ثمن در متن قرارداد، بطلان این قراردادها برنمی‌آید و بیش از بطلان بیعی که ضوابطی مشخص شده در متن قرارداد، امکان تعیین ثمن در آینده را مهیا نکرده باشد، از آن ادله استفاده نمی‌شود و لذا در غیر این صورت، نظر به صحیحۀ رفاعۀ نخاس باید حکم به صحت قرارداد نمود؛ بلکه اگر حجیت این روایت صحیحۀ نیز پذیرفته نشود، باز نظر به اطلاقات صحت عقود و خصوص عقد بیع، حکم به صحت قرارداد می‌شود.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول. قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
۲. آهنگران، محمدرسول، رضانژاد، لقمان. (۱۴۰۰)، «بررسی تطبیقی معلومیت ثمن در حقوق مدنی ایران و مصر با رهیافتی به مستندات فقهی». فقه، بهار ۱۴۰۰، شماره اول، ۶۵-۳۸.
۳. ابن‌ابی‌شیبۀ، أبو بکر. (۱۴۰۹ق)، المصنف فی الأحادیث والآثار. مصحح و محقق: کمال یوسف الحوت، ریاض: مکتبة الرشد.
۴. ابن‌اثیر جزری، مبارک. (۱۳۶۷)، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر. چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵. ابن‌ادریس حلّی، محمد. (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. ابن‌حجر عسقلانی، أحمد. (۱۳۷۹ق)، فتح الباری شرح صحیح البخاری. مصحح و محقق: محمد فؤاد عبد‌الباقی، بیروت: دار‌المعرفة.
۷. ابن‌حزم اندلسی، علی. (۱۴۳۶ق)، المحلی بالآثار. بیروت: دار‌الفکر.
۸. ابن‌داود حلّی، حسن. (۱۳۸۳)، الرجال. دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۹. ابن‌غضائری، احمد. (۱۳۶۴)، کتاب الضعفاء. محقق و مصحح: سید محمد رضا حسینی جلالی، قم: دار‌الحدیث.
۱۰. ابن‌فارس، احمد. (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة. محقق و مصحح: عبد‌السلام محمد هارون، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۱۸۲

۱۱. ابن قدامة، عبد الله. (۱۳۸۸ق)، المغني. هشتم، قاهره: مكتبة القاهرة.
۱۲. ابن منظور، محمد. (۱۴۱۴ق)، لسان العرب. محقق - مصحح: احمد فارس، سوم، بيروت: دار الفكر.
۱۳. اردبيلي، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. محقق - مصحح: مجتبی عراقی، يكم، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۱۴. اصفهانی، محمد حسين. (۱۴۱۸ق)، حاشية كتاب المكاسب. محقق - مصحح: عباس محمد آل سباع قطيفي، يكم، قم: أنوار الهدی.
۱۵. امامي، سيد حسن، (۱۳۷۷). حقوق مدني. نوزدهم، تهران: كتابفروشي اسلاميه.
۱۶. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ق). كتاب المكاسب. قم: كنگره جهاني بزرگداشت شيخ انصاری.
۱۷. ايرواني، علی، (۱۴۰۶ق). حاشية المكاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي.
۱۸. بحرانی، يوسف، (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة. محقق - مصحح: محمد تقی ايرواني - سيد عبد الرزاق مكرم، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۱۹. بهرامی احمدی، حميد، نجف آبادی، مرتضی. (۱۳۹۵)، معيار تعيين مصاديق مستثنی شده از اصل لزوم علم تفصيلی به مورد معامله. آموزه‌های حقوقی گواه. شماره ۳ پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ۸۳-۱۰۲.
۲۰. بیهقي، أبوبکر، (۱۴۱۲ق). معرفة السنن والآثار. مصحح - محقق: عبد المعطي أمين قلعجي، يكم، كراتشي: جامعة الدراسات الإسلامية.
۲۱. تبریزی، جواد، (۱۴۱۶ق). إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب. سوم، قم: مؤسسه اسماعيليان.
۲۲. جوهری، اسماعيل بن حماد. (۱۴۱۰ق)، تاج اللغة و صحاح العربية. محقق - مصحح: احمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين.
۲۳. حسینی سيستاني، سيد علی. (۱۴۱۴ق)، قاعدة لا ضرر و لا ضرار. قم: دفتر آية الله سيستاني.
۲۴. حكيم، سيد محسن. (بی تا)، نهج الفقاهة. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۲۵. حلبی، ابو الصلاح. (۱۴۰۳ق)، الكافي في الفقه. محقق - مصحح: رضا استادی، اصفهان: كتابخانه عمومي امام امير المؤمنين عليه السلام.
۲۶. حمیری، نشوان بن سعيد. (۱۴۲۰ق)، شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم. محقق - مصحح: حسين بن عبد الله العمري، بيروت: دار الفكر المعاصر.
۲۷. خویی، سيد ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق)، مصباح الأصول (مباحث الألفاظ)، قم: مكتبة الداوری.

تعیین مقدار ثمن
در متن قرارداد بیع
(بررسی موردی خرید و
فروش املاک)

۱۸۳

۲۸. خویی، سید ابو القاسم. (۱۴۱۷ق)، **مصباح الفقاهة**. قم: انصاریان.
۲۹. داراب پور، مهراب. (۱۳۷۷). «ثمن شناور»، **تحقیقات حقوقی**. سال اول، زمستان و تابستان ۷۶-۷۷، شماره‌های ۲۱-۲۲، ۲۱-۲۸۴.
۳۰. دنکوب، ابوالفضل و محمدی کردخیلی، حمید. (۱۳۹۷). «بررسی علم تفصیلی و کفایت علم اجمالی در معاملات». **کنفرانس ملی اندیشه‌های نوین و خلاق در مدیریت، حسابداری مطالعات حقوقی و اجتماعی**، ارومیه، <https://civilica.com/doc/825090>.
۳۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). **مفردات ألفاظ القرآن**. محقق - مصحح: صفوان عدنان داودی، یکم، لبنان - سوریه: دار العلم.
۳۲. سرخسی، محمد بن أحمد. (۱۴۱۴ق). **المبسوط**. بیروت: دار المعرفة.
۳۳. سکوتی نسیمی، رضا، رضائیان عمران، نسرین. (۱۳۹۵). تأملی در قلمرو لزوم علم تفصیلی و کفایت علم اجمالی به مورد معامله، **مجله کانون وکلای دادگستری**، شماره پاییز و زمستان ۱۳۹۵، شماره ۴۲، ۱۵-۴۲.
۳۴. شافعی، محمد بن إدريس. (۱۴۱۰ق)، **الأم**. بیروت: دار المعرفة.
۳۵. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق)، **کتاب نکاح**. یکم، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۳۶. شریف مرتضی، علی. (۱۴۱۵ق). **الانتصار في انفرادات الإمامية**. یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۷. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (بی تا)، **القواعد والفوائد**. محقق - مصحح: سید عبد الهادی حکیم، یکم، قم: کتابفروشی مفید.
۳۸. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۴ق)، **غایة المراد في شرح نکت الإرشاد**. محقق - مصحح: رضا مختاری، یکم، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۰ق)، **الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة**. محقق - مصحح: سید محمد کلاتر، یکم، قم: کتابفروشی داوری.
۴۰. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح. (۱۳۷۵)، **هدایة الطالب إلى أسرار المکاسب**. تبریز: چاپخانه اطلاعات.
۴۱. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۳۷۸)، **عیون أخبار الرضا علیه السلام**. محقق - مصحح: لاجوردی، مهدی، یکم، تهران: نشر جهان.
۴۲. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق)، **من لایحضره الفقیه**. دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۳. صفایی، سید حسین. (پاییز ۱۳۹۱). «نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در «مورد معامله»: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر»، تحقیقات حقوقی. شماره ۵۹، ص ۴۱-۶۱.
۴۴. طبرانی، سلیمان بن أحمد. (۱۴۱۵ق). المعجم الأوسط. مصحح - محقق: طارق بن عوض الله بن محمد - عبد المحسن بن إبراهيم الحسینی، قاهرة: دار الحرمین.
۴۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. دوم، بیروت: دار الكتاب العربي.
۴۶. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۷. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحكام. چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۴۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۷ق). العدة في أصول الفقه. قم: نشر محمد تقی علاقبندیان.
۴۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۲۷ق). الأبواب (رجال الشيخ الطوسي). محقق - مصحح: جواد قیومی اصفهانی، سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۰. طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). الفهرست. محقق - مصحح: سید محمد صادق آل بحر العلوم، یکم، نجف اشرف: المكتبة الرضوية.
۵۱. عباس آبادی، مجید. (۱۳۸۸-۱۳۸۹)، «تعیین ثمن و تأثیر آن بر بیع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ وین». تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل، شماره پاییز ۱۳۸۸ و بهار ۱۳۸۹ شماره های ۵ - ۶ - ۷، صص ۱۱۹ - ۱۵۲.
۵۲. علامه حلّی، حسن. (۱۳۸۱ق). خلاصة الأقوال في معرفة أحوال الرجال (رجال العلامة الحلّي)، دوم، نجف: منشورات المطبعة الحیدریة.
۵۳. علامه حلّی، حسن. (۱۴۱۳ق). مختلف الشيعة في أحكام الشريعة. دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۴. علامه حلّی، حسن. (۱۴۱۴ق). تذكرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۵۵. (منسوب به امام) علی بن موسی الرضا علیهما السلام. (۱۴۰۶ق). صحیفة الرضا علیهما السلام. محقق - مصحح: محمد مهدی نجف، یکم، مشهد: کنگره جهانی امام رضا علیه السلام.
۵۶. علیدوست ابرقویی. ابوالقاسم. (۱۳۹۶)، فقه و حقوق قراردادها، ادله عام و ابی، سوم، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۵۷. علیدوست ابرقویی، ابوالقاسم. (۱۳۸۲)، قاعده نفی غرر در معاملات، اقتصاد اسلامی، شماره ۹، ص ۸۹ - ۱۰۶.

تعیین مقدار ثمن
در متن قرارداد بیع
(بررسی موردی خرید و
فروش املاک)

۱۸۵

۵۸. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق)، کتاب العین، محقق - مصحح: مهدی مخزومی - ابراهیم سامرائی، دوم، قم: نشر هجرت.
۵۹. فیومی، احمد بن محمد. (بی تا)، المصباح المنیر، یکم، قم: منشورات دار الرضی.
۶۰. قاضی أبو یوسف، یعقوب بن ابراهیم. (۱۴۲۰ق)، الخراج، محقق: طه عبد الرؤوف سعد - سعد حسن محمد، قاهره: المكتبة الأزهرية للتراث.
۶۱. قمی، سید تقی. (۱۴۰۰ق)، دراستان من الفقه الجعفري، یکم، قم: مطبعة الخيام.
۶۲. کشی، محمد بن عمر. (۱۴۰۹ق)، اختیار معرفة الرجال، یکم، مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی.
۶۳. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق)، الکافی. محقق - مصحح: علی اکبر غفاری، چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۶۴. لاری، سید عبد الحسین. (۱۴۱۸ق)، التعلیقة علی المکاسب. محقق - مصحح: گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، یکم، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۶۵. مجاهد طباطبائی، سید محمد. (بی تا)، المناهل. یکم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶۶. مجلسی، محمد باقر. (۱۴۰۳ق)، بحار الأنوار. دوم، بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۶۷. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین. (۱۴۱۵ق)، القصاص علی ضوء القرآن و السنة. یکم، قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی.
۶۸. مصطفوی خمینی، سیدروح الله. (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع. یکم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۶۹. مصطفوی، سیدحسن. (۱۴۰۲ق)، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. یکم، تهران: مرکز کتاب لترجمة و النشر.
۷۰. مغربی تمیمی، نعمان بن محمد. (۱۳۸۵ق). دعائم الإسلام. دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۷۱. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). المقنعة. یکم، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۷۲. نائینی غروی، محمد حسین. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. یکم، تهران: المكتبة المحمدية.
۷۳. نجاشی، احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). فهرست أسماء مصنفی الشيعة (رجال النجاشي)، محقق - مصحح: سید موسی شبیری زنجانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۴. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. محقق - مصحح: عباس قوجانی - علی آخوندی، هفتم، لبنان: دار إحياء التراث العربي.
۷۵. واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. محقق - مصحح: علی شیری، بیروت: دار الفکر.

References

The Holy Qur'an

1. 'Abbās-Ābādī, Majīd. 2010/1389. *Ta'yīn-i Thaman wa Ta'thīr Ān bar Bay' dar Ḥuqūq-i Īrān wa Kumwānsīyūn-i Bey'-i Beyn al-Milālī 1980 Wīyān*. Taḥqīqāt-i Ḥuqūqī Taṭbīqī-yi Īrān wa Beyn al-Milāl. 5-6-7, 119-152.
2. Āhangarān, Muḥammad-Rasūl; Riḍā Nizhād, Luqmān. 2021/1400. *Barrasī-yi Taṭbīqī-yi Ma'lūliyat-i Thaman dar Ḥuqūq-i Madanī-yi Īrān wa Miṣr bā Rahyāftī bih Muṣṣanadāt-i Fiqhī*. Fiqh, 1, 38-65.
3. Al- Qādī Abū Yūsuf, Ya'qūb ibn Ibrāhīm. 1999/1420. *Kitāb al-Khirāj*. Cario: al-Maktabat al-Azharīyah lil Turāth.
4. 'Alam al-Hudā, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Sarīf al-Murtaḍā). 1995/1415. *Al-Intiṣār fī Infirādāt al-Imāmīyah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
5. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1993/1414. *Ghāyat al-Murād fī Sharḥ Nukat al-Irshād*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmiyyi-yi Qom).
6. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). n.d. *al-Qawā'id wa al-Fawā'id fī al-Fiqh wa al-Uṣūl wa al-'Arabīyya*. Edited by Sayyid 'Abd al-Hādī al-Ḥakīm. Qom: Maktabat al-Mufīd.
7. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1989/1410. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya*. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
8. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Nikāḥ*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Dhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
9. al-Bahrānī, Yūsuf Ibn Aḥmad (al-Muḥaqqiq al-Bahrānī). 1984/1405. *al-Ḥadā'iq al-Nāḍira fī Aḥkām al-'Itrat al-Ṭāhira*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
10. Al-Bīhaqī. Abī Bakr Aḥmad ibn al-Ḥusayn ibn 'Alī. 1991/1412. *Ma'rifat al-Sunnan wa al-Āthār*. Edited by 'Abd al-Mu'tī Amīn Qula jī. 1st. Karachi: Jāmi'at al-Dirāsāt al-Islāmīyah.
11. Al-Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. 1989/1410. *Kitāb al-'Ayn*. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
12. Al-Fayyūmī, Abul'Abbās Aḥmad ibn Muḥammad. n.d. *Al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Sharḥ al-Kabīr lil Rāfi'ī*. Qom: Manshūrāt Dār al-Raḍī.
13. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī).

- 1997/1418. *Hāshīyat Kitāb al-Makāsib*. 1st. Qom: Anwār al-Hudā.
14. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Husayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1953/1373. *Munyat al-Ṭālib fī Hāshīyat al-Makāsib*. 1st. al-Maktabat al-Muḥammadīyah.
15. al-Ḥalabī, Abū al-Ṣalāḥ Taqī al-Dīn Ibn Najm al-Dīn. 1982/1403. *al-Kāfi fī al-Fiqh*. Edited by Riḍā al-‘Uṣṭādī. Iṣfahān: Maktabat al-Imām Amīr al-Mu‘minīn ‘Alī.
16. al-Ḥillī, al-Ḥasanibn‘Alī Ibn Dāwūd. 2004/1383. *Al-Rijāl*. Tehran: Teheran University.
17. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-‘Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. *Mukhtalaḥ al-Shī‘a fī Aḥkām al-Sharī‘a*. 2nd. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
18. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-‘Allāma al-Ḥillī). 1993/1414. *Tadhkirat al-Fuqahā’*. Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt li Ihya‘ al-Turāth.
19. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-‘Allāma al-Ḥillī). 1996/1417. *Khulāṣat al-Aqwāl fī Ma‘rifat Aḥwāl al-Rijāl (Rijal al-‘Allāma al-Ḥillī)*. 2nd. Najaf: Manshūrāt al-Maṭba‘at al-Ḥeydarīyah.
20. Al-Humayrī, Nashwān ibn Sa‘īd. 1999/1420. *Shams al-‘Ulūm wa Dawā‘ al-Kalām al-‘Arab min al-Kulūm*. Demascus: Dār al-Fikr.
21. al-Husaynī al-Sīstānī, al-Sayyid ‘Alī. 1995/1414. *Qā‘idat lā Ḍarar wa lā Ḍirār*. Qom: Maktab al-Sayyid al-Sīstānī.
22. ‘Alīdūst Abarqūyī, Abulqāsīm. 2003/1382. *Qī‘idih-yi Nafy-i Gharar dar Mu‘āmilāt*. Iqtisād-i Islāmī, 9, 89-106.
23. ‘Alīdūst Abarqūyī, Abulqāsīm. 2017/1396. *Fiqh wa Huquq-i Qarārdād-hā, Adillih-yi ‘Am-i Ritwāyī*. 3rd. Qom: Pazhūhishgāh-i Farhang va Andīshī-yi Islāmī (Research Institute for Islamic Culture and Thought).
24. al-Īrawānī, ‘Alī. 1985/1406. *Hāshīyat al-Makāsib*. 1st. Tehran: Wizārat-i Farhang wa Irshād-i Islāmī.
25. al-Jawharī, Ismā‘il Ibn Ḥammād. 1991/1410. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughat wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabīyyah*. 1st. Edited by Aḥmad ‘Abd al-Ghafūr ‘Aṭār. Beirut: Dār al-‘Ilm li al-Malāyīn.
26. al-Kashshī, and Muḥammad Ibn ‘Umar. 1970/1390. *Ikhṭiyār Ma‘rifat al-Rijāl*. 1st. Mashhad: Mu‘assisi-yi Nashr-i Dānishgāh-i Mashhad (Mashhad University Publication Institute).
27. al-Khurāsānī, Muhammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurasānī). 1989/1409. *Kifāyat al-Ūṣūl*. Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt li Ihya‘ al-Turāth.
28. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya‘qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1987/1407.

- al-Kāfi*. 14th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
29. Al-Lārī, Sayyid ‘Abd al-Ḥusayn. n.d. *al-Ta’līqat ‘Alā al-Makāsib*. 1st. Mu’assisat al-Ma’ārif al-Islāmīyah.
30. al-Maghribī al-Tamīmī, Nu‘mān Ibn Muḥammad (Ibn Ḥayyūn). 1965/1385. *Da‘ā’im al-Islām wa Dhikr al-Ḥalāl wa al-Ḥarām wa al-Qaḍāyā wa al-Aḥkām ‘an Ahl Bayt Rasūl Allāh ‘alayh wa ‘alayhim Afḍal al-Salām*. 2nd. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
31. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-‘Allama al-Majlisī). 1982/1403. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi‘a li Durar Akhbār al-A‘imma al-Aṭḥār*: 2nd. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
32. Al-Mar‘ashī al-Najafī, Sayyid Shahāb al-Dīn. 1994/1415. *Al-Qiṣās ‘alā Ḍaw al-Qur‘ān wa al-Sunnat*. 1st. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-‘Uzmā al-Mar‘ashī al-Najafī.
33. al-Mūsawī al-Khu‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1996/1417. *Miṣbāḥ al-Fiqāha fī al-Mu‘āmalāt*. 4th. Qom: Mu’assasat Anṣārīyān li al-Ṭibā‘a wa al-Nashr wa al-Tawzī‘.
34. al-Mūsawī al-Khu‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 2002/1422. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. 5th. Taqīrāt Sayyid Muḥammad Surūr Wā‘iz Ḥusaynī. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
35. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2002/1421. *Kitāb al-Bay‘*. Tehran: Mu’assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
36. Al-Muṣṭafawī, Ḥasan. n.d. *Al-Taḥqīq fī Kalamāt al-Qur‘ān al-Karīm*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyah.
37. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. 7th. Edited by ‘Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
38. al-Najjāshī, Aḥmad Ibn ‘Alī. 1986/1407. *Fihriṣṭ Asmā’ Musanifī al-Shī‘ah (Rijāl al-Najjāshī)*. Edited by al-Sayyid Mūsā al-Shubayrī al-Zanjānī. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
39. Al-Qummī, Sayyid Taqī. 1979/1400. *Dirāsātunā min al-Fiqh al-Ja‘farī*. 1st. Qom: Maṭba‘at al-Khayyām.
40. Al-Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad ibn Mufaḍḍal. 1991/1412. *Mufradat Alfāz al-Qur‘ān*. Beirut: Dār al-‘Ilm- Dār al-Shāmīyah.
41. al-Riḍā, Ālī Ibn Mūsā (al-Imām al-Riḍhā). 1986/1406. *Ṣaḥīfat al-Imām al-Riḍā*. Edited by Muhammad Mahdī Najaf. Mashhad: al-Mu’tamar al-‘ālamī li al-Imām al-Riḍā.
42. al-Sarakhsī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1993/1414. *al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-

Ma'rifa.

43. Al-Shāfi'ī, Muḥammad ibn Idrīs (Imām Al-Shāfi'ī). 1989/1410. *Al-Umm*. Beirut: Dār al-Ma'rifa.
44. Al-Ṭabarānī, Sulaymān ibn Aḥmad. 1994/1415. *Al-Mu'jam al-Awsaṭ*. Edited by Ṭāriq ibn 'Iwaḍullāh ibn Muḥammad & 'Abd al-Muḥsin ibn Ibrāhīm al-Ḥusaynī. Cairo: Dār al-Ḥaramayn.
45. al-Ṭabāṭabā'ī al-Mujāhid, Muḥammad. n.d. *Mafāṭīḥ al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ḥyā' al-Turāth.
46. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥsin. n.d. *Nahj al-Fiḳāhat*. Qom: Intishārāt 22Bahman.
47. al-Ṭabrīzī, al-Shahīdī, and al-Mīrzā Fattāḥ. 1955/1375. *Hidāyat al-Ṭālib 'Ilā Asrār al-Makāsib*. 1st. Tabriz: Chāpkhānih-yi Iṭilā'āt.
48. al-Ṭabrīzī, Jawād. 1995/1416. *Irshād al-Ṭālib ilā al-Ta'liq 'alā al-Makāsib*. 3rd. Qom: Mu'assasat Ismā'īliyyān.
49. Al-Ṭūsī al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 2006/1427. *Al-Abwāb (al-Rijāl)*. 3rd. Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yi 'Ilmīyyi-yi Qom).
50. Al-Ṭūsī, Abū Ja'far Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Kitāb al-Khilāf*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
51. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Tahdhīb al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni'at lil Shaykh al-Mufīd*. Edited by Sayyid Ḥasan Khurāsānī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
52. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1996/1417. *al-'Uddat fī al-Uṣūl al-Fiḳh*. Qom: Muḥammad Taqī 'Alāqibandīyān.
53. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). n.d. *al-Fihriṣṭ*. Najaf: al-Maktabat al-Raḍawīyah.
54. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1979/1400. *al-Nihāya fī Mujarrad al-Fiḳh wa al-Fatāwā*. 2nd. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī.
55. Al-Zubaydī, Sayyid Muḥammad. 1994/1414. *Tāj al-'Arūs fī Jawāhir al-Qāmūs*. 1st. Beirut: Dār al-Fikr.
56. Ardabīlī, Aḥmad. 1993/1414. *Majma' al-Fā'idat wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-'Adhhān*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
57. 'Asqalānī, Shahāb al-Dīn Abulfaḍl Aḥmad ibn 'Alī ibn Muḥammad. 1959/1379. *Fath al-Bārī Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Beirut: Dār al-Ma'rifāh.
58. Bahrāmī Aḥmadī, Ḥamīd; Najaf Ābādī, Murtaḍā. 2016/1395. *Mi'yārḥā-yi Ta'yīn-i Maṣādīq-i Muṣṭathnā Shudīh az Aṣl-i Luzūm-i 'Ilm-i Tafṣīlī biḥ Murid-i Mu'āmilīh*.

**Justārḥā-ye
Fiḳhī va Uṣūlī**

Vol.9, No.30
Spring 2023

190

- Āmūzih-hāyi Ḥuqūqi-yi Guwāh. 3, 83-102.
59. Dankūb, Abulfadl; Muḥammadī Kurd, Ḥamid. 2018/1397. *Barrasī-yi 'Ilm Tafsiṡī wa Kifāyat 'Ilm-i Ijmālī dar Mu'āmilāt*. National conference of new and creative ideas in management, accounting, legal and social studies, Urmia. <https://civilica.com/doc/825090>
60. Dārāb Pūr, Mihrāb. 1999/1377. *Thaman-i Shināwar*. Taḥqīqāt-i Ḥuqūqī. 21-22, 221-284.
61. Ibn Abī Shaybah, Abū Bakr. 1988/1409. *al-Muṣannaḥ fī al-Aḥādīth wa al-Āthār*. Edited by Kamāl Yūsūf al-Ḥūt. Riyadh: Maktabat al-Rushd.
62. Ibn Athīr, Mubārak Ibn Muḥammad. 1948/1367. *al-Kāmil fī al-Tārīkh*. Beirut: Dār al-Mirṣād.
63. Ibn Bābiwayh al-Qommī, Muḥammad Ibn 'Alī (al-Shaykh al-Ṣadūq). 1999/1378. *'Uyūn Akhbār al-Riḍā ('A)*. 1st. Tehran: Nashr Jahān.
64. Ibn Bābiwayh al-Qommī, Muḥammad Ibn 'Alī (al-Shaykh al-Ṣadūq). 1992/1413. *Man Lā Yahḍuruh al-Faqīh*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nash al-Islāmī li Jmā'at al-Mudarrisīn.
65. Ibn Fārīs, Aḥmad Ibn Fārīs. 1983/1404. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughā*. Edited by 'Abd al-salam Muḥammad Harūn. Qom: Markaz Nashr Maktab al-I'lām al-Islāmī.
66. Ibn Ḥazm, Abū Muḥammad. 2014/1436. *al-Muḥallā bi al-Āthār*. Beirut: Dār al-Fikr al-Islāmīyah.
67. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sarā'ir al-Ḥāwī li Tahḥrīr al-Fatāwī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
68. Ibn Manzūr, Muḥammad Ibn Mukarram. 1993/1414. *Lisān al-'Arab*. 3rd. Beirut: Dār al-Fikr.
69. Ibn Nu'mān, Muḥammad Ibn Muḥammad (al-Shaykh al-Mufīd). 1992/1413. *al-Muqni'a*. Qom: Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī li Alfīyyat al-Shaykh al-Mufīd.
70. Ibn Qudāmah al-Maqdisī, Muwaffaq al-Dīn Abū Muḥammad 'Abdullāh ibn Aḥmad b. Muḥammad. 1968/1388. *Al-Muqni' fī Fiqh Aḥmad ibn Ḥanbal*. Cairo: Maktabat al-Qāhirah.
71. Imāmī, Sayyid Ḥasan. 1998/1377. *Ḥuqūq-i Madanī*. 19th. Tehran: Kitāb Furūshī Islāmīyah.
72. Ṣafāyī, Sayyid Ḥusayn. 2012/1391. *Nigāhī Dīgar bih Ḍābiṡih-yi Kifāyat-i 'Ilm-i Ijmālī dar Murid-i Mu'āmilih; Fasīr-i Mādih-yi 216 Qānūn-i Madanī bar Mabnā-yi Qā'idih-yi Gharar*. Taḥqīqāt-i Ḥuqūqī, 59, 41-61.

73. Shubiyri Zanjanī, Sayyid Mūsā. 1998/1419. *Kitab-i Nikāḥ (Taqrīr Buḥūth)*. Qom: Mu‘assisi-yi Pazhūhishī-yi Ra‘y Pardāz.
74. Sukūti Nasīmī, Riḍā; Riḍā’iyān ‘Umrān, Nasrīn. 2016/1395. *Ta’amulī dar Qalamru-yi Luzūm-i ‘Ilm-i Taḥṣīlī wa Kifāyat-i ‘Ilm-i Ijmālī bih Murid-i Mu‘āmilīh*. Majalīh-yi Kānūn-i Wukalā-yi Dādguštārī, 42, 15-42.

**Justārhā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.9, No.30
Spring 2023

192

Make a Critical Review of the Idea of the Concomitance Between the Knowledge of the Invalidity of the Agreement and the Loss of the Respect of Property and Actions ¹

Mohammad Hakim

Ph.D. Student, Farabi Campus University of Tehran, Qom, Iran
khak_mohammad@yahoo.com

Sayyed Abdorrahim Hosseyni

Associate Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law Department at Farabi Campus of Tehran University; Tehran – Iran;

Mohammad Adibi-Mehr


Associate Professor of Islamic jurisprudence and Islamic law, Faculty of Theology, Farabi University of Tehran; Tehran-Iran; (Corresponding Author)

 <https://orcid.org/0009-0002-3855-5274>

Receiving Date: 2021-06-03; Approval Date: 2022-01-01

Abstract

Considering the fundamental importance and basic requirement of respecting property, deeds and interests in proving civil liability,

1. *Adibi- Mehr- M;* (2023); " Make a Critical Review of the Idea of the Concomitance Between the Knowledge of the Invalidity of the Agreement and the Loss of the Respect of Property and Actions" ; *Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli*; Vol: 9 ; No: 30 ; Page: 193-230 ;  10.22034/JRJ.2022.61065.2291

© 2022, Author(s). This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, as long as the original authors and source are cited. No permission is required from the authors or the publishers.

jurists have considered the action of the owners and agents to lose the respect as a nullity of the liability. In various jurisprudential chapters and discourses, relying on this idea that the result of holding on to the intellectuals' attitude and reliances is customary, they have documented the fall of responsibility to the loss of respect for property and work by the owner or agent. There is an analysis of the action and the connection between awareness and jurisprudential invalidity. Loss of respect on the one hand, and researching the effect of this connection on the nullity or proof of the liability, on the other hand, are among the challenging issues in the field of civil liability in the transactions. A group of jurists have considered the commitment to the provisions of a void contract despite the knowledge of the nullity of the contract from the time the contract agreement was drawn up, as an example of obtaining the possession of property for free or doing work without taking money. Focusing on this idea, they have voted to drop respect and responsibility in various contracts. Using the descriptive-analytical method, this study along with introducing the concept and analysis of the basis of this view, has addressed the validation and critical rethinking of the aforementioned thought in the field of transactions. According to the selected point of view of this study, since the basic criterion of proof of liability is based on the intellectuals' attitude, handing over property or carrying out work with full knowledge of the invalidity of the contract, without the intention of donation and gratuitousness, and with knowledge or indication of this intention, is not considered as an example of obtaining the possession of property for free or doing work without taking money, and as the loss of the respect of property and actions. Because such a feature does not have a forced or

intentional adaptation to the mentioned titles, rather, knowledge of the nullity of the contract agreement, in the view of rational custom, is considered as a title for both free and donated intention. Based on this, the knowledge of the lack of legal entitlement of *'iwaz* does not have any contradictions with faithfulness to valid exchange in the eyes of rational custom. Knowingly committing to the provisions of a void contract with the intention of exchange, benefit or participation in profit, will not be prevented from the civil protection arising from the necessity of respect for property and actions.

Keywords: Respecting the property, respecting the job, intention to donate, processioning the property for free, loss of respect, nullity of the liability, void contracts.

نقد انگاره ملازمه میان علم به بطلان قرارداد و اسقاط احترام اموال و اعمال^۱

محمد حکیم

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران؛ قم-ایران
رایانامه: Khak_mohammad@yahoo.com

سید عبدالرحیم حسینی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران؛ قم-ایران
رایانامه: abd.hosseini@ut.ac.ir

محمد ادیبی مهر

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران؛ قم-ایران. (نویسنده مسئول)
رایانامه: madiby@ut.ac.ir

نقد انگاره ملازمه میان
علم به بطلان قرارداد
و اسقاط احترام اموال
و اعمال
۱۹۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۱۱

چکیده

فقیهان با توجه به اهمیت بنیادی و اشتراط اساسی احترام اموال، اعمال و منافع در ثبوت مسئولیت مدنی، اقدام مالکان و عاملان بر اسقاط احترام را مُسقطِ ضمان قلمداد کرده و در ابواب و مصادیق گوناگون فقهی با استناد به این اندیشه که برآیند تمسک به سیره عقلاییه و مرتکبات عرفی است، سقوط مسئولیت را به اسقاط احترام مال و کار از سوی مالک یا عامل

۱. ادیبی مهر، محمد. (۱۴۰۲). «نقد انگاره ملازمه میان علم به بطلان قرارداد و اسقاط احترام اموال و اعمال». فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۹ (۳۰)، صص: ۱۹۳-۲۳۰. <https://orcid.org/0009-0002-3855-5274>

مستند ساخته‌اند. تحلیل‌کنش و ملازمه میان آگاهی به بطلان فقهی قرارداد و اسقاط احترام از یک سو، و تأثیرگذاری این ملازمه در سقوط یا ثبوت ضمان از سوی دیگر، از جمله مباحث چالش‌برانگیز در حوزه مسئولیت مدنی در ساحت معاملات به شمار می‌آید. گروهی از فقیهان، التزام به مفاد قراردادهای باطل را با وجود آگاهی به بطلان عقد از زمان انشای قرارداد، مصداق تسلیط مجانی مال و اقدام تبرّعی به انجام کار انگاشته‌اند و با تمرکز بر این اندیشه در قراردادهای متنوع به اسقاط احترام و سقوط مسئولیت رأی داده‌اند.

این جستار که با روش توصیفی - تحلیلی سامان یافته است، ضمن مفهوم‌شناسی و واکاوی مبانی این دیدگاه، به اعتبارسنجی و بازاندیشی انتقادی اندیشه یاد شده در حوزه معاملات پرداخته است. بر اساس دیدگاه برگزیده این پژوهش، از آنجا که معیار اساسی ثبوت ضمان، بر سیره و مرکز عقلانی استوار است، اقدام به تسلیم مال یا انجام کار با علم محض به بطلان قرارداد، بدون قصد تبرّع و مجانیت و علم یا قرینه بر این قصد، مصداق تسلیط مجانی مال یا انجام تبرّعی کار و اسقاط احترام اموال و اعمال به شمار نمی‌آید؛ زیرا چنین ویژگی فاقد انطباق قهری یا قصدی بر عنوان یاد شده است بلکه علم به بطلان قرارداد، در نگاه عرف عقلائی عنوانی اعم از قصد مجانیت و تبرّع قلمداد می‌شود. بر این اساس، علم به عدم استحقاق شرعی عوض، فاقد هرگونه منافات با وفا به معاوضه معتبر در نگاه عرف عقلائی است و التزام آگاهانه به مفاد قرارداد باطل به قصد معاوضه، انتفاع یا مشارکت در سود، از حمایت مدنی ناشی از مقتضای احترام اموال و اعمال مانع نخواهد شد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۱۹۸

کلیدواژه‌ها: احترام مال، احترام کار، قصد تبرّع، تسلیط مجانی، اسقاط احترام، سقوط ضمان، عقود فاسد.

مقدمه

فقیهان، بر سقوط ضمان به دلیل اسقاط احترام مال و کار اتفاق نظر دارند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲/۴۸۸) و در مواضع و ابواب متعدّد فقهی به ویژه ابواب معاملات، نفی مسئولیت را به اقدام مالک به اسقاط احترام مال یا کار خویش مستند کرده‌اند. بر اساس سیره عقلاییه و مرکزات عرفی، که اساس و بنیان ضمانات را شکل می‌دهد (خمینی، ۱۴۱۸ق، ۲/۳۸۳)، احترام اموال و اعمال و وابستگی ضمان به این احترام، تنها به مواردی اختصاص دارد که مالک یا عامل، خود - به دلیل برخورداری از مالکیت

و سلطنت بر هرگونه تصرف در اموال و منافع خویش - با اقدام خویش احترام مال یا کار را العا و اسقاط نکرده باشد (خوئی، بی تا، المستند، ۸۷؛ گروهی از نویسندگان، ۱۴۲۳ق، ۲۴۹/۵). بنابراین، در مواردی که مالک، احترام مال یا منفعت خویش را اسقاط کند، حقی برای او وجود ندارد و نمی توان به ضمان مُتلف، ذی الید، مستوفی منفعت و... حکم کرد (قمی طباطبایی، ۱۴۲۵ق، ۸۸/۱).

علاوه بر سیره عقلاییه، قواعد و ادله ثبوت ضمان نیز از اموالی که مسبوق به هتک و اسقاط احترام از سوی مالکند، انصراف دارند (یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۷۶/۱؛ عراقی، ۱۴۲۱ق، ۱۰۸-۱۰۹)؛ زیرا بر اساس ادله ممنوعیت تصرف و اتلاف اموال دیگران جز در صورت رضایت مالک (نمونه ر.ار.ک: کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۷۳/۷، ح ۱۲؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ۹۲/۴-۹۳، ح ۵۱۵؛ حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۲۰/۵)، اقدام به اسقاط، نشان دهنده رضایت مالک نسبت به تصرف بلاعوض دیگران در مالش (مراغی، ۱۴۱۷ق، ۴۸۸/۲) و اذن به اتلاف و استیفا است. بنابراین، خود مالک در این موارد، سبب استیلا و ثبوت ید دیگران و اتلاف و استیفا قلمداد می شود و «سبب» در این گونه موارد، قوی تر از «مباشر» به شمار می آید. به همین سبب، اتلاف پس از اسقاط احترام مال یا منفعت از سوی مالک موجب ثبوت ضمان بر مباشر نمی گردد (آملی، ۱۴۰۶ق، ۴۷/۴). ادله نفی ضرر و ضرار بدون ثبوت ضمان نیز (نمونه ر.ار.ک: کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۹۲/۵، ح ۲ و ۲۹۴/۵، ح ۸؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ۲۳۳/۳، ح ۳۸۵۹؛ حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ۴۲۸/۲۵-۴۲۹) بر این دلالت دارند که صاحب مال با اقدام به ورود ضرر بر خویش، احترام آن را ساقط کرده است.

مواردی چون اعطای مجانی و تملیک بلاعوض مال، تسلیط مجانی بر انتفاع، انجام کار برای دیگران با قصد تبرّع و اذن به اتلاف مال از سوی مالک، از جمله عواملی قلمداد می شوند که به دلیل اسقاط احترام مال از سوی مالک، موجب سقوط ضمان از دریافت کننده مال (= قابض) و استیفا کننده منفعت خواهند شد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۹۷/۳-۱۹۸؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۷۶/۱؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۳۸/۴؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ۳۸۲/۱۶؛ روحانی، ۱۴۲۹ق، ۲۷۶/۳). البته باید توجه داشت که صدق عنوان «اسقاط احترام» در مقامات شخصی خارجی، متفاوت و ملاک اسقاط احترام، صدق «عرفی» هتک احترام است (یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۷۶-۱۷۷).

نقد انگاره ملازمه میان
علم به بطلان قرارداد
و اسقاط احترام اموال
و اعمال
۱۹۹

در نگاه برخی از فقیهان، یکی از مصادیق روشن اقدام مالک یا عامل بر اسقاط احترام مال یا کار خویش، التزام به مفاد قراردادهای باطل باوجود آگاهی به بطلان عقد است. بر اساس این دیدگاه، تسلیط آگاهانه مال به طرف مقابل قرارداد و انجام آگاهانه کار برای کارفرما در قالب عقود فاسد، مصداق «تسلیط مجانی مال» و «اقدام تبرعی به انجام کار» و مُسَقَطِ ضَمان قلمداد می‌شود (نمونه ر.ر.ک: یزدی، ۱۴۰۹ق، ۵۹۷/۲-۵۹۸-۶۷۹-۶۸۰ و ۷۲۱ و ۷۵۰).

این نظریه در برخی از متون فقهی به طور پراکنده و گذرا مورد تأیید یا نقد فقیهان قرار گرفته است (نمونه ر.ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹ق، ۳۲۱/۵، تعلیقه‌های فقیهان ذیل مسئله ۱۴، ۳۷۵، تعلیقه‌های فقیهان ذیل مسئله ۲۳، ۳۸۲، تعلیقه‌های فقیهان ذیل مسئله ۳۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۷۹/۲۰؛ فاضل لنکرانی، بی تا، ۴۸۸-۴۸۹؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۹۱/۴؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق، ۷۹-۸۰)؛ و تفاوت دیدگاه فقیهان در این زمینه، روشن است.

فقدان پژوهش مستقل، نارسایی مباحث مطرح شده در آثار فقهی نسبت به همه قراردادهای و عدم ارائه مبنایی فراگیر در این ساحت، لزوم بازپژوهی این مسئله را روشن می‌سازد. به همین سبب، این گزاره که، علم به بطلان قرارداد چه نقشی در اسقاط احترام مال و کار، و ثبوت یا سقوط ضمان ایفا می‌کند؟ پرسش اساسی جستار حاضر را به تصویر می‌کشد.

تمایز نوآورانه این جستار، تمرکز بر نقش آفرینی ارتکاز و سیره عقلایی در بازشناسی ویژگی معاملات و نگاه اعم عرف عقلایی به جایگاه علم و جهل در ثبوت یا سقوط مسئولیت مدنی بر اساس مرتکبات و متفاهمات عرفی، به مثابه مبنایی فراگیر در قراردادهای متنوع - مانند بیع، اجاره، مضاربه، مساقات و مزارعه - است.

۱. مفهوم‌شناسی تبرع و تسلیط مجانی

فقیهانی که مبادله اموال یا انجام کار را باوجود آگاهی مالک و عامل به بطلان فقهی قرارداد، موجب سقوط مسئولیت قلمداد می‌کنند، چنین عملکردی را مصداق «تسلیط مجانی مال» و «انجام تبرعی کار برای دیگران» به شمار آورده‌اند. مفهوم‌شناسی و تبیین این عناوین که نقش اساسی در مسئله پژوهش و کشف پاسخ به

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۲۰۰

پرسش اساسی آن ایفا می کنند، اعتبارسنجی تحلیلی دیدگاه یادشده را در قراردادهای متنوع هموار خواهد کرد.

۱-۱. اقدامات تبرّعی

«تبرّع» در لغت، به معنای «تطوّع و خیرخواهی» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۵/۸؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۴۲۳/۱؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ۲۹۹/۴) و در اصطلاح فقهی، به معنای «پرداخت خیرخواهانه و بلاعوض مال یا انجام کار، بدون وجوب بذل و امر الزامی به کار» است (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۱۰۵/۱۱؛ عبدالرحمن، بی تا، ۴۲۳/۱؛ گروهی از نویسندگان، ۱۴۲۶ق، ۳۳۳/۲). بر اساس سیره و مرتکزات عرف عقلائی، قصد آگاهانه «تبرّع» از جانب مالک در اعطای مال یا انجام کار برای دیگران، مانع از ثبوت ضمان است و در چنین مواردی، مال و کار از عموم مبنای احترام و ادله ضمانات خارج می گردند (خوئی، ۱۴۱۸ق، ۴۳۹/۴؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق، ۷۹-۸۰)؛ زیرا با چنین قصدی، احترام مال یا کار ساقط است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۷۷/۲۷؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۴ق، ۳۲/۱؛ قمی طباطبائی، ۱۴۲۶ق، ۴۳۹/۸) و مورد حمایت قرار نخواهد گرفت (نجم آبادی، ۱۴۲۱ق، ۴۴۷؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۲۱۸/۱). از دیگر سو، بذل تبرّعی مال و اقدام تبرّعی به انجام کار، در حقیقت «اباحه» مال و عمل قلمداد می شود؛ و در موارد اباحه، مقتضی ضمان موجود نیست (خلخالی، ۱۴۲۷ق، ۵۸۶).

بر همین اساس اگر عامل - به عنوان نمونه - در یک قرارداد کاری یا بدون قرارداد و در پی درخواست شخص دیگر، کار را با قصد تبرّع به انجام رسانده باشد، ضمان ثابت نمی شود. در سقوط ضمان در این فرض، تفاوتی نمی کند که امر نیز از ابتدا قصد انجام مجانی - تبرّعی کار را از سوی عامل داشته و یا با اراده پرداخت عوض، انجام کار را درخواست کرده باشد (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۶۲۲/۲؛ مسئله ۱۹؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ۵۳/۲؛ مسئله ۲۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۷۶/۱۹؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ۲۶۷/۲۷؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ۲۲۷)؛ زیرا در هر دو فرض، عامل با اقدام تبرّعی، احترام کار خویش را الغا و اسقاط کرده است (قمی طباطبائی، ۱۴۲۶ق، ۴۳۹/۸).

اما اگر پس از فرمان یک شخص به انجام کاری، عامل قصد دریافت اجرت را

نقد انگاره ملازمه میان
علم به بطلان قرارداد
و إسقاط احترام اموال
و اعمال
۲۰۱

در ازای انجام کار داشته و کار نیز از جمله اعمالی باشد که عرفاً مستحق دریافت اجرت اند، عامل به طور مطلق - هرچند که آمر، قصد تبرع داشته باشد یا عامل از جمله افرادی نباشد که شأنت انجام چنین کاری را دارند و خود را برای این مشاغل مهیا و اجیر می کنند - به دلیل احترام کار خویش و عدم قصد تبرع، مستحق اجرت خواهد بود و آمر، ضامن است (حلی، ۱۴۰۴، ۲/۲۳۱ - ۲۱۴؛ مجاهد طباطبایی، بی تا، ۲۴؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ۲۰/۵۱۲ - ۵۱۳).

همچنین در فرضی که عامل، به طور «بلا قصد» (= بدون هیچ گونه قصدی؛ نه قصد دریافت اجرت و نه قصد تبرع) و فقدان قرینه بر قصد یا عدم قصد کار را به انجام رساند، به دلیل احترام کار خویش مستحق اجرت است (خلخالی، ۱۴۲۷ق، ۸۵۷ و ر.ک: خوئی، ۱۴۱۰ق، ۲/۹۹؛ مسئله ۴۶۲؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ۲/۱۰۸؛ مسئله ۴۶۲؛ قمی طباطبایی، ۱۴۲۶ق، ۸/۴۳۹ - ۴۴۰؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ۲/۱۳۷؛ مسئله ۴۶۹؛ جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ۳/۱۷۳)؛ زیرا اثبات تبرع، نیازمند دلیل است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ۲/۲۲۸). در صورت «عدم علم» به قصد تبرع عامل نیز، اصالت احترام کار - بدون هیچ تفاوتی بین قراردادها - جاری می گردد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۶/۳۳۸).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۰۲

۲-۱. تسلیط مجانی مال

فقیهان، تسلیط و تسلیط مجانی مال و ایجاد ید مأذون برای دیگران از طریق تسلیط مجانی را، از مصادیق روشن اقدام به اسقاط احترام به شمار آورده اند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۱/۹۰؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۴/۳۸؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۶/۳۸۲ و ۱۹/۱۳۹؛ روحانی، ۱۴۲۹ق، ۳/۲۷۶) و ادله ضمانات را از موارد تحقق آن را منصرف می دانند (عراقی، ۱۴۲۱ق، ۱۰۸؛ حکیم، بی تا، ۱۳۰-۱۳۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۲/۱۲۲؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق، ۷۹-۸۰؛ مروج جزائری، ۱۴۱۶ق، ۵/۵۱)؛ زیرا معیار اساسی ثبوت ضمان بر اساس سیره و مرتکز عقلائی، رعایت احترام مال از سوی مالک در پرداخت آن به دیگران و تسلیط بر آن به گونه غیر مجانی، یا انجام کار برای شخصی دیگر بدون قصد مجانیت است (خوانساری، بی تا، ۱۲۲).

بنابراین، تنها در صورتی که پرداخت مال و تسلیط دیگری بر آن، یا انجام کار برای دیگران، در مقابل عوض باشد و پرداخت کننده مال (= مالک) یا انجام دهنده

کار (=عامل)، حافظ احترام مال و کار خویش به شمار آیند، دریافت کننده مال و کارفرما ضامن اند (سبحانی، ۱۴۲۴ق، ۴۷۲).

۲. دیدگاه اسقاط احترام و سقوط ضمان به سبب علم به بطلان قرارداد

گروهی از فقیهان، موارد معاوضه اموال یا انجام کار با وجود آگاهی به بطلان فقهی قرارداد را مصداق روشن اقدام به اسقاط احترام مال و کار به سبب تحقق معنای تسلیط مجانی یا قصد تبرع قلمداد نموده و در این موارد، به سقوط ضمان فتوا داده‌اند. تبلور این دیدگاه مشهور در قراردادهای متنوع ذیل تبیین و سپس میزان اتقان این نظریه، ارزیابی می‌شود.

۲-۱. علم به بطلان قرارداد اجاره

آگاهی موجر (در اجاره اعیان) یا اجیر (در اجاره منفعت / اعمال) به بطلان قرارداد از نگاه شریعت و تسلیط منفعت یا انجام کار با وجود این آگاهی، در دیدگاه فقهای طرفدار دیدگاه یاد شده مصداق اسقاط احترام از سوی مالک یا عامل قلمداد شده است و به همین سبب، به سقوط مسئولیت رأی داده‌اند.

نقد انگاره ملازمه میان علم به بطلان قرارداد و اسقاط احترام اموال و اعمال
۲۰۳

۲-۱-۱. علم موجر به بطلان قرارداد

اگر پس از انعقاد قرارداد اجاره و در اثنای مدت، بطلان عقد معلوم شود و موجر، جاهل به فساد عقد، اما مستأجر آگاه به بطلان باشند، موجر به دلیل احترام منفعت مال خویش مستحق اجرت‌المثل آن مقدار از منافی است که توسط مستأجر استیفا یا - بدون استیفا - فوت گردیده است و در مقابل نیز، اجرت مسمای دریافت شده به مستأجر بازگردانده می‌شود.

ولی در صورت آگاهی موجر به بطلان عقد اجاره، بر اساس دیدگاه مشهور (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۱/ بخش ۲/۲۲۷) نمی‌توان به ضمان مستأجر نسبت به منافع - به ویژه در فرض جهل وی - حکم داد؛ زیرا در این فرض، موجر به طور آگاهانه، مال خویش را به دیگری تسلیم و تسلیط مجانی کرده و احترام آن را اسقاط کرده است

(یزدی، ۱۴۰۹ق، ۵۹۷/۲-۵۹۸، مسئله ۱۶؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ۱۱۸/۲۷؛ قمی طباطبایی، ۱۴۲۳ق، ۸۷). همین فرض، درباره اجاره منفعت (اعمال) و علم اجیر به بطلان قرارداد نیز قابل طرح است.

۲-۱-۲. علم اجیر (در اجاره منفعت - عمل) به بطلان قرارداد

پس از انعقاد عقد اجاره باطل بر کار، اگر اجیر جاهل به فساد قرارداد باشد و کار را به انجام رساند، به دلیل احترام کار خویش و بر مبنای قاعده اتلاف (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۵۹۸/۲، مسئله ۱۶؛ خوئی، بی تا، المستند، ۲۱۷) مستحق اجرت المثل کار خویش است ولی در صورت آگاهی از فساد، متبرع محسوب می شود. بر این اساس، اگر اجرت مسما را دریافت کرده، واجب است که آن را بازگرداند و حتی مستحق اجرت المثل نیز نخواهد بود (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۵۹۸/۲ مسئله ۱۶ و ر.ک: سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۹۵/۱۹؛ گروهی از نویسندگان، ۱۴۲۳ق، ۴/۴۱۲).

بر اساس این نظریه، هیچ گونه غرور یا ضرر و اضرائی از سوی مستأجر (= صاحب کار) متوجه اجیر نشده است که بتوان او را ضامن دانست، بلکه تضرر از جانب خود اجیر وارد شده است؛ زیرا پس از حکم شرع به فساد اجاره و عدم استحقاق مستأجر نسبت به کار و علم اجیر به فساد، انجام کار توسط وی مصداق اسقاط احترام کار است (همدانی، ۱۴۲۰ق، ۶۲).

البته باید توجه داشت که مطابق با دیدگاه مشهور، علم و جهل اجیر به فساد قرارداد اجاره از حکمی مطلق و یکسان برخوردار نیست بلکه باید قائل به تفصیل ذیل شد:

الف- اگر فساد اجاره به سبب اشتراط بلا اجرت بودن اجاره یا تعیین مال غیر (= مال مغضوب) به عنوان اجرت، و علم اجیر به غضب (سبجانی، ۱۴۱۶ق، ۷۹-۸۰) باشد، از آنجاکه چنین حالاتی منافی و مخالف مقتضای عقد اجاره اند، عامل به طور مطلق - چه آگاه به فساد باشد و چه جاهل - مستحق هیچ گونه اجرتی نیست؛ زیرا عرف عقلایی در این موارد، اقدام به معامله را مصداق اقدام تبرعی و اقدام به اسقاط حرمت مال - کار قلمداد می کند و تفاوتی بیت صورت علم یا جهل قائل نیست (امام خمینی،

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۰۴

۱۴۲۲ق، ۸۲۸؛ فاضل لنکرانی، بی تا، ۲/۴۸۸-۴۸۹).

روشن است که اجرت در اجاره، از ارکان عقد است و قصدِ عقد اجاره بدون قصدِ اجرت، معنی نخواهد داشت، بلکه از ماهیتِ عقد اجاره خارج است. در سایر عقود نیز که اجرت از ارکان آن‌هاست - مانند مساقات - قصد عقد بدون اجرت، ممنوع و نافی معنای عقد است. به همین سبب، با این شرط، چیزی غیر از قرارداد اجاره قصد شده است که عین اقدام تبرعی و فاقد احترام است و به همین سبب نمی‌تواند مشمول قاعده «ما یضمن بصحیحه...» قرار گیرد (حکیم، ۱۴۱۶ق، ۱۲/۲۰۳).
ب - اگر فساد اجاره، به اسبابی غیر از موارد فوق - مانند عدم اهلیت طرفین یا یکی از آن دو - رخ دهد، ضمان اجرت تحقق می‌یابد؛ زیرا عامل، حتی در فرض علم به فساد شرعی اجاره نیز منفعت کار خویش را به طور مجانی تسلیط نکرده و احترام کار خود را اسقاط نکرده است (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ۷۹-۸۰).

۲-۲. علم به بطلان قرارداد مساقات

نقد انگاره ملازمه میان
علم به بطلان قرارداد
و اسقاط احترام اموال
و اعمال
۲۰۵

در صورت تبیین فسادِ عقد مساقات پس از انجام کار از سوی عامل، بر اساس دیدگاه منسوب به اکثر فقیهان (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/۵۶)، عامل به دلیل احترام کار خویش که با اذن / امر مالک - که مستوفی منفعت کار وی است - و بدون قصد تبرع انجام شده است، مستحق اجرت خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۷/۷۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ۳۳۴). البته چون به دلیل فساد معامله، عوض مسما را به دست نمی‌آورد، عوض کار وی به اجرت‌المثل - چه کمتر از سهمش از محصول باشد و چه مساوی یا بیشتر - تبدیل می‌شود (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/۵۶؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، أنوار الفقاهة - المساقاة، ۱۲). در این فرض، همه ثمره و نما نیز به تبع اصل مملوک (= قاعده «تبعیت فرع از اصل») به مالک تعلق می‌گیرد (محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ۲/۱۲۶؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰ق، ۱/۴۲۹؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ق، قواعد الأحكام، ۲/۳۲۲؛ شهیداول، ۱۴۱۴ق، ۲/۳۳۷؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ۲۰/۲۶۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۷/۷۶؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، أنوار الفقاهة - المساقاة، ۱۲؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ۱۳/۲۰۲). البته شرط استحقاق عامل نسبت به اجرت، عدم علم به تبرع اوست؛ زیرا قصد تبرع، مسقط احترام و اجرت است (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/۵۶) و در صورت شک در

قصد تبرّع نیز، اصل عدم تبرّع جاری می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۷۷/۲۷).

هرچند کلیت دیدگاه یادشده، مورد قبول همه فقیهان است اما برخی از فقیهان، حکم مذکور را به صور «عدم بطلان عقد به سبب اشتراط همه ثمره برای مالک» و «عدم علم عامل به بطلان قرارداد» مقید کرده‌اند (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۳۷۸/۷؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵۶/۵؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۴۶/۲، مسئله ۲۳؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ۳۷۵/۵، تعلیقه میرزای نائینی، امام خمینی و آیت‌الله خوئی ذیل مسئله ۲۳؛ اصفهانی، ۱۳۹۳ق، ۱۶۷/۲، مسئله ۱۰؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۹۱/۴).

بر این اساس، اگر فساد مساقت به دلیل اشتراط همه ثمره برای مالک باشد، با وجود این شرط منافی با ذات قرارداد و مفسد عقد و پذیرش آن از سوی عامل، کار عامل چه آگاه به فساد قرارداد باشد و چه جاهل - مصداق اقدام مجانی قلمداد می‌شود؛ زیرا یکی از شروط اساسی صحت عقد مساقت، تقسیم محصول به سهم‌های مشخص، بین مالک و عامل است. به همین دلیل، اگر عامل این شرط را بپذیرد، عقد باطل می‌شود و هرچند که همه محصول مال مالک است، اما ضامن اجرت عامل نخواهد بود.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۰۶

همچنین اگر عامل، آگاه به فساد قرارداد مساقت - به هر سبب - باشد، متبرّع محسوب می‌شود و احترام کار خویش را اسقاط کرده است (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۵۰/۲، مسئله ۳۰). به عنوان نمونه، اگر پس از انعقاد عقد مساقت، با بینه - یا دلیل معتبر دیگر - مشخص شود که اصل درختان مغصوب بوده‌اند، بدون اجازه مالک اصلی، عقد باطل خواهد بود و تمام ثمرات، به مالک درختان می‌رسد؛ زیرا نماء ملک اوست و مقتضی نقل آنها به شخص دیگر نیز حاصل نشده است (محقق‌حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۲۷/۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۶۴/۵؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ۱۰۰/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۸۴-۸۵؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۵۰/۲، مسئله ۳۰). در مقابل، عامل نیز در فرض جهل به بطلان غصب و بطلان قرارداد، مستحق اجرت‌المثل عمل خویش است و برای دریافت آن به غاصب مراجعه می‌کند ولی در صورت علم به غصب و بطلان عقد، خود به اسقاط احترام مال خویش اقدام کرده است (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۵۱-۷۵۲، مسئله ۳۰).

۳-۲. علم به بطلان قرارداد مزارعه

تبیین بطلان فقهی عقد مزارعه، در یکی از حالات گوناگون ذیل رخ می‌دهد (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۲۱/۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۰۸/۲۰-۱۰۹) و هر یک از این حالات، آثار متفاوتی را در پی خواهد داشت:

الف- اگر بطلان عقد مزارعه قبل از شروع کار توسط عامل معلوم گردد، هیچ‌یک از عامل و مالک، مستحق هیچ‌چیز نخواهند شد.

ب- اگر بطلان عقد مزارعه پس از شروع به مقدمات کار، ولی قبل از آغاز زراعت - یعنی کاشتن دانه در زمین، مثلاً - معلوم شود و عامل، ویژگی و صفت خاصی که دارای ارزش مالی است - مانند حفر نهر آب - را در زمین ایجاد کرده باشد، برخی از فقها بر این باورند که مالک، ضامن اجرت کار زارع نیست (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۲۱/۲، مسئله ۱۴. سایر آراء را نک: یزدی، ۱۴۱۹ق، ۳۲۱/۵، سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۰۸/۲۰، اشتهاوردی، ۱۴۱۷ق، ۲۶۰/۲۸). اما در مقابل، گروهی دیگر از فقیهان بر این باورند که به دلیل احترام کار عامل، مالک ضامن اجرت‌المثل وی و عامل، مستحق قیمت آن ویژگی است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۰۸/۲۰)؛ زیرا کار به سبب امر مالک زمین - و بدن قصد تبرّع یا مجانیت - انجام گرفته است (خونی، ۱۴۰۹ق، ۳۴۷/۱).

ج- اگر بطلان عقد مزارعه پس از شروع به زراعت، ولی قبل از حصول حاصل و ثمره معلوم شود، زرع ایجادشده، ملک صاحب بذر است. بنابراین، اگر بذر مالک باشد، او مالک زراعت می‌شود و باید به دلیل قاعده عقلائیة ضمان استیفای عمل محترم (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۰۸/۲۰)، اجرت عمل و آلات و عوامل عامل را پرداخت کند. اگر بذر، مال عامل باشد، وی مالک زراعت خواهد بود و در مقابل، باید اجرت زمین را به مالک بپردازد. اگر بذر، مال هر دو باشد، به نسبت مال خود، مالک زراعت نیز می‌شوند و باید اجرت نفر مقابل را بپردازند و اگر، بذر مال شخص ثالث باشد، زراعت نیز مال همان شخص است و باید اجرت زمین را به مالک زمین، و اجرت کار و عوامل را به عامل بپردازد.

البته در این فروض، بر مالک واجب نیست که زراعت را تا زمان رسیدن حاصل، در زمین خود باقی نگاه دارد.

د- اگر بطلان عقد مزارعه پس از پایان زراعت و حصول حاصل و ثمره تبیین شود، بسیاری از فقها تفصیل ذیل را ارائه کرده‌اند:

۱- اگر بذر، مال مالک زمین باشد، حاصل زراعت نیز - به دلیل قاعده تبعیت نماء از اصل - به او تعلق می‌گیرد. البته به دلیل قاعده احترام، نسبت به اجرت‌المثل کار و عوض هزینه‌های زارع، ضامن است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۷/۲۷).

۲- اگر بذر، مال عامل (=زارع) باشد، به طور مطلق - حتی در فرض علم عامل به بطلان قرارداد - حاصل زراعت نیز به دلیل تبعیت نماء از اصل به وی تعلق خواهد گرفت و زارع نیز بر اساس قاعده احترام ضامن اجرت‌المثل زمین، اعیان و هزینه‌های مالک زمین است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۲۲/۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۵/۵؛ شهیدثانی، ۱۴۲۲ق، ۴۶۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۳۳۸/۲۱؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ۱۲۴/۲۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۸/۲۷؛ خوئی، ۱۴۱۰ق، ۱۰۶/۲؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ۱۷۷/۲؛ قمی طباطبایی، ۱۴۲۶ق، ۴۶۹/۸؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ۱۴۷/۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ۳۴۱).

اما برخی از فقها با تنظیر این مسئله با باب مساقات این اشکال را مطرح کرده‌اند که فقها در صورت «علم» عامل به بطلان مساقات، او را متبرّع محسوب کرده و قائل به عدم اجرت عامل شده‌اند ولی در اینجا به طور مطلق (=در دو صورت علم و جهل) قائل به اجرت عامل گردیده‌اند. از آنجا که مسئله مساقات، با این مسئله در مزارعه تفاوتی نمی‌کند، علم به بطلان در مزارعه نیز ملازم با مجانیت و تبرّع و سقوط احترام کار و سقوط ضمان است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۸/۲۷). بر این اساس، همه حالات و احکام مذکور را مربوط به صورت جهل به فساد و بطلان عقد دانسته‌اند و در صورت علم به بطلان عقد بر این باورند که هرکدام از طرفین (مالک - زارع) که عالم و آگاه به فساد بوده‌اند، نمی‌توانند برای دریافت اجرت خود به دیگری رجوع کنند (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۲۱/۲).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۰۸

۲-۴. علم به بطلان مضاربه

در صورت تبیین بطلان شرعی مضاربه پس از دستیابی به سود، در تمام حالات علم یا جهل طرفین مضاربه به فساد قرارداد، سود حاصل از تجارت بر اساس قاعده

((تبعیتِ نماء از اصل)) به مالک می‌رسد (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۶۷۹/۲-۶۸۰، مسئله ۴۸؛ اصفهانی، ۱۳۹۳ق، ۱۳۸/۲، مسئله ۳۳؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ۳۹۰/۱۲؛ امام خمینی، بی تا، ۶۱۷/۱، مسئله ۳۳؛ خوئی، ۱۴۰۹ق، ۱۵۹/۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ۷۲؛ اشتهازی، ۱۴۱۷ق، ۱۴۰/۲۸). در مقابل، وی ضامنِ اجرت‌المثل کار عامل است؛ زیرا سببِ استیفای منفعت کار محترم بوده است و بر اساس قواعد مُثَبِّتِ ضمان، مسئول اجرت‌المثل قلمداد می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۳۳۷/۱۹). بنابراین، علم یا جهل مالک، نه نفیاً و نه اثباتاً، تأثیری در استحقاق عامل نسبت اجرت‌المثل ندارد (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ۷۹-۸۰).

اما در زمینه تأثیر علم عامل به بطلان قرارداد، برخی از فقیهان بر این باورند که در صورتی که وی به فساد مضاربه از زمان انشای قرارداد آگاه باشد، به دلیل اقدام آگاهانه او به معامله فاسد، هیچ توجیهی برای ثبوت ضمان اجرت‌المثل بر عهده مالک وجود ندارد (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۶۷۹/۲-۶۸۰، مسئله ۴۸؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ۲۹۰).

۵-۲. علم به بطلان بیع

در زمینه تأثیر علم و جهل بر ثبوت ضمان مال مقبوض در قرارداد بیع فاسد، بر اساس یک دیدگاه در موارد علم دافع به فساد معامله، ضمان قبض ساقط می‌گردد. استدلال‌های ذیل برای این دیدگاه مطرح شده است:

الف- پرداخت مال از سوی دافع آگاه به فساد معامله و تسلیط طرف مقابل بر مال، در حالی رخ داده است که وی می‌داند مال طرف مقابل (=قبض)، عوض شرعی محسوب نمی‌شود. این اقدام، مصداق تملیک مجانی و تسلیط بلاعوض مال به غیر و اذن به اتلاف با طیب خاطر و رضایت نفس است و روشن است که در تملیک مجانی ضمان ثابت نمی‌شود؛ زیرا موارد الغاء و اسقاط حرمت و احترام مال توسط مالک از عموم ادله ضمانات خارج‌اند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۹۰/۱).

ب- دافع با علم به فساد معامله، باعث غرور قبض جاهل می‌شود و به دلیل قاعده غرور، قبض ضامن نخواهد بود.

ج- نقل مال در قالب بیع فاسد با آگاهی به بطلان قرارداد، آن را در حکم هبه قرار می‌دهد چنان که تملیک منفعت در اجاره فاسد نیز -با علم به بطلان عقد- آن

نقد انگاره ملازمه میان علم به بطلان قرارداد و اسقاط احترام اموال و اعمال
۲۰۹

را در حکم عاریه یا کار تبرّعی قرار خواهد داد. بنابراین، مقتضی ضمان وجود ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۴۹/۱۰-۵۰).

۵- در صورتی که مالک، مال خود را با آگاهی به فساد شرعی معامله به طرف مقابل اقباض نماید، این پرداخت کاشف از رضایت باطنی به دریافت و تصرف در مال با وجود عدم صحّت و نفی استحقاق شرعی از طرف مقابل است. بر این اساس، مال در دست طرف مقابل (دریافت کننده) «امانت مالکیت» است و در صورت تلف، ضامن نخواهد بود (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ۹۴/۱).

۲-۶. علم به غصب مبیع و ردّ (عدم اجازه) بیع فضولی

در مواردی که بیع فضولی با عدم اجازه و ردّ مالک اصیل مواجه و باطل گردد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، أنوار الفقاهة - البیع، ۲۸-۲۹). با توجه به علم یا جهل مشتری به غصب و فضولیت، حالات و احکام ذیل در ثبوت یا سقوط ضمان بایع فضولی نسبت به ثمن قابل تصویر است:

الف - اگر مشتری، جاهل به فضولیت و غصب باشد، بایع به طور مطلق — چه ثمن باقی باشد و چه تلف شده باشد - ضامن است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۴۸۴/۳؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۴۶۹/۲)؛ زیرا در فرض جهل مشتری، تسلیط مجانی رخ نداده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، قواعد الأحکام، ۱۲۴/۱؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ۴۱۷/۱ - ۴۱۸؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۷۱/۴؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ۱۹۲/۴؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۴۷۱/۳ - ۴۷۲؛ خوئی، بی تا، مصباح الفقاهة، ۳۱۹/۴).

ب - اگر مشتری، عالم به غصب باشد و ثمن نیز باقی باشد، در این مورد نیز بایع ضامن عین ثمن است و مشتری به او رجوع می کند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، قواعد الأحکام، ۱۲۴/۱؛ علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ۴۳۶/۱؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ۴۱۸/۱ و ۴۲۱؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۱۹۳/۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ۱۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۲۳۴/۳ - ۲۳۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۶۰/۳ - ۱۶۱؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۷۷/۴)؛ زیرا آنچه موجب انتقال صحیح و شرعی مال (ثمن) از مشتری شود، تحقّق نیافته و به دلیل وقوع عقد باطل، ثمن هنوز در ملک او باقی است و بر اخذ آن تسلّط دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۰۵/۲۲ - ۳۰۶).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۱۰

ج- در صورت تلفِ ثمن، و آگاهی مشتری به غصب و فضولیت و عدم مالکیتِ بایع بر مبیع، بر اساس دیدگاه مشهور در منابع فقهی (گیلانی قمی، ۱۴۲۷ق، ۵۶/۱؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۹۷/۱؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۱۰۸/۳) - که حتی بر آن ادعای اتّفاق (علامه حلّی، ۱۳۸۸ق، ۴۶۳/۱؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ق، مختلف الشیعه، ۵۵/۵ - ۵۶؛ فخرالمحقّقین حلّی، ۱۳۸۷ق، ۴۲۱/۱؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۷۷/۴ و ۳۲۶/۶؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۶۰/۳؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۲۳۵/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۱۸/۳۹۲) یا اجماع محصّل و منقول (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، أنوار الفقاهة - البیع، ۲۸-۲۹) شده است - مشتری نمی تواند به بایع رجوع کند (ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰ق، ۲۲۶/۲ و ۳۲۵؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ۸/۲؛ علامه حلّی، ۱۳۸۸ق، ۴۶۳/۱؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ق، مختلف الشیعه، ۵۵-۵۶؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ق، قواعد الأحکام، ۱۹/۲؛ فخرالمحقّقین حلّی، ۱۳۸۷ق، ۴۲۱/۱؛ شهیداول، ۱۴۱۷ق، ۳/۱۹۳؛ شهیداول، ۱۴۱۰ق، ۱۰۵؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۷۱/۴ و ۷۷ و ۳۲۶/۶؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۶۰/۳-۱۶۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۲۳۵/۳؛ شهیدثانی، ۱۴۲۲ق، ۳۳۱؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ۱۶/۲؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ۱/۴۵۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۱۸/۳۹۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۳۰۵-۳۰۶). دلایل این نظریه در قالب گزاره‌های ذیل قابل تبیین است:

نقد انگاره ملازمه میان علم به بطلان قرارداد و إسقاط احترام اموال و اعمال
۲۱۱

از یک سو، مشتری با علم و آگاهی به غصب، بایع را به طور بلاعوض و بدون تضمین بر اتلاف مال خویش مسلط کرده و با این اقدام، احترام مال خود را اسقاط کرده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۳۰۶؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲/۴۸۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳/۴۸۵؛ خوئی، بی تا، مصباح الفقاهة، ۴/۳۱۹؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۲/۲۶۹؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۳/۱۰۸-۱۱۰). البته سقوط احترام مال و مالکیت با بذل ثمن به غاصب - در بیع فضولی با علم مشتری به غصب - و تسلیط غاصب (= بایع فضولی) بر اتلاف، منافاتی با بقای حرمت شرعی تصرّف غاصب ندارد؛ زیرا آنچه مقتضی اباحه اتلاف و حلیت تصرّف غاصب است، مفقود است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۴ق، ۱/۸۶).

از دیگر سو، ضمان ید و اتلاف نیز در این موارد جاری نمی شود (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۱۰۸/۳)؛ زیرا این قواعد شامل موارد اذن به استیلا و اتلاف توسط مالک نیستند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳/۴۸۶؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۲/۴۶۸). ادلّه قاعده ضمان ید از موارد اسقاط و سلب احترام انصراف دارند (مروّج جزائی، ۱۴۱۶ق، ۵۱۰/۵؛ حکیم، بی تا، ۲۶۸-۲۶۹)؛ زیرا قاعده «(علی الید) تعبّد محض قلمداد نمی شود، بلکه قاعده‌ای عقلایی است

که به امضا و انفاذ شارع مقدّس رسیده است و بر اساس سیره عقلایی از این گونه استیلا و ید بر اموال دیگران انصراف دارد (خوئی، بی تا، مصباح الفقه، ۲/۲۰۲؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۴/۳۸؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۶/۳۸۲؛ روحانی، ۱۴۲۹ق، ۳/۲۷۶؛ گروهی از نویسندگان، ۱۴۲۳ق، ۳/۴۱۵).

همچنین، در فرض آگاهی مشتری به غصب، اقدام بایع مصداق «اقدام به ضمان» قلمداد نمی شود؛ زیرا بایع فضولی، بر ضمان ثمن بر عهده خود و در ازای مال خویش اقدام نکرده، بلکه بر ضمان ثمن در قبالی مثنی - که مال غیر است - اقدام نموده است و هرچند که بایع فضولی ادعای مالکیت کرده است، ولی باوجود علم مشتری به غصب، تضمین حقیقی از جانب بایع رخ نداده است؛ زیرا معنای ضمان این است که مضمون با یک وجود اعتباری بر عهده ضمان استقرار یابد ولی از آنجا که در فرض مسئله، مضمون در ملک بایع داخل نیست، ضمان دانستن او که نسبت به مبیع اجنبی است، باوجود علم مشتری به غصب، تضمین حقیقی نیست. پس در واقع تسلیط مجانی رخ داده است و با صرف مالکیت ادعایی از سوی بایع فضولی، تضمین محقق نمی شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ۱/۱۰۶).

بر این اساس، تسلیط آگاهانه بایع فضولی بر ثمن از سوی مشتری، در مقابل مال غیر، به منزله تملیک مجانی آن ثمن برای بایع فضولی است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳/۴۸۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۲/۴۶۸) و منجر به اسقاط احترام مال و سقوط مسئولیت می گردد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ق، ۱۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۳۰۶؛ مامقانی، ۱۳۱۶ق، ۳/۳۷۱).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۱۲

۳. دیدگاه بقای احترام و ثبوت ضمان در موارد علم به بطلان قرارداد

بر اساس تحلیل ذیل، که نظریه برگزیده این پژوهش را صورت می بخشد، با صرف تسلیم آگاهانه عین یا انجام کار در عقود فاسد، نمی توان از مقتضای احترام اموال و اعمال و حمایت مدنی ناشی از آن دست برداشت.

بر اساس سیره عقلاییه و متفاهم و مرتکز عرفی، علم محض به بطلان قرارداد، بدون قصد تبرع و مجانیت و علم یا قرینه بر این قصد، مصداق تسلیط مجانی مال یا انجام تبرعی کار و اسقاط احترام اموال و اعمال به شمار نمی آید؛ زیرا چنین ویژگی

فاقد «انطباق قهری» یا «قصدی» بر عناوین یادشده است و در نتیجه، موجب صدق اقدام به اسقاط احترام و باعث سقوط مسئولیت نمی‌گردد.

الف - علم به فساد قرارداد، مترادف و ملازم منطقی و دارای «انطباق قهری» بر تسلیط مجّانی و اقدام تبرّعی نیست (نجم‌آبادی، ۱۴۲۱ق، ۴۴۲-۴۴۳؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق، ۷۹-۸۰)؛ زیرا در موارد علم به بطلان شرعی قرارداد- بدون قصد تبرّع یا تسلیط مجّانی - نیز اقدام و اذن متعاقدان به عنوان عرفی معامله تعلق می‌یابد و با وجود آگاهی از فساد شرعی عقد، اثر آن در نگاه عرف عقلائی قصد می‌شود. چنان که در بسیاری از -و شاید همه- معاملات صحیح نیز معنای عرفی آن قصد می‌شود (حکیم، ۱۴۱۶ق، ۶۵/۱۲؛ فاضل لنکرانی، بی تا، ۴۸۸/۲-۴۸۹).

ب - همچنین، برای تحقّق مفهوم «اسقاط احترام کار»، صدق «قصد» تبرّع و مجّانیت لازم است و ملاک و معیار صدق این قصد، صدق عرفی آن است. اما بر اساس مرتکرات عرف عقلائی، در هیچ یک معاملات فاسد شرعی که مطابق با عرف عقلائی انجام می‌شود، اصلاً قصد مجّانیت صادق نیست بلکه علم به بطلان و فساد معامله، در نگاه عرف عقلائی عنوانی اعمّ از قصد مجّانیت است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۷۹/۲۰).

بر این اساس، نمی‌توان -به عنوان نمونه- با استناد به تسلیط مشتری یا مستأجر بر مال از سوی بایع یا موجر آگاه به بطلان عقد و انجام کار از سوی اجیر آگاه به فساد قرارداد، قائل به سقوط ضمان شد. روشن است که در این گونه مصادیق نیز، تسلیط یا کار در قالب عنوان خاص «بیع»، «اجاره» یا .. تحقّق یافته و قالب اراده شده (بیع، اجاره، ...) حیثیت «تقییدیه» دارد، نه تعلیلیه. بنابراین، با انتفای قید، مقید نیز منتفی می‌شود و بر همین اساس، مبنای احترام اموال و عموم ادلّه ضمانات باقی است و مُسقطی نخواهد داشت. بنابراین، چنان که بیع و اجاره صحیح، ضمان آورند، در فرض بطلان آن‌ها نیز ضمان ثبوت می‌یابد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ۱۰۹/۱؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ۳۷۵/۵، ذیل مسئله ۲۳، تعلیقه عراقی و خوانساری).

بر اساس این دیدگاه، حکم موارد علم به بطلان قراردادهای یادشده نیازمند بررسی و تحلیل دوباره است:

نقد انگاره ملازمه میان
علم به بطلان قرارداد
و اسقاط احترام اموال
و اعمال
۲۱۳

۱-۳. ثبوت ضمان در فرض علم به بطلان اجاره

موجر (در اجاره اعیان) با وجود آگاهی به بطلان قرارداد، مستأجر را بر اتلاف مجانی منفعت مال خویش، مسلط نمی‌کند. بلکه تسلیط در قالب یک معاوضه (تسلیط به ازای عوض) - هرچند بدون امضای شارع - رخ داده است و صرف عدم امضای شارع، آنچه را که رخ داده است - یعنی تسلیط در قبال عوض - تغییر نمی‌دهد (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۱/بخش ۲/۲۲۷؛ امام خمینی، ۱۴۲۲ق، ۸۲۸). بر این اساس، اجاره فاسد مطلقاً - در صورت علم یا جهل به بطلان قرارداد - ضمان آور است.

در اجاره برای انجام کار نیز اجیر کار را به عنوان وفای به اجاره عرفی - هرچند که شرعاً فاسد باشد - و به سبب امر مستأجر انجام داده است (نجم‌آبادی، ۱۴۲۱ق، ۴۴۲-۴۴۳). بر این اساس، اقدام اجیر به طور مطلق موجب ضمان مستأجر است، نه موجب صدق تبرع از سوی عامل و اقدام به هتک و اسقاط احترام کار (تعلیقه نائینی و عراقی و شیرازی را نک: یزدی، ۱۴۱۹ق، ۵۹/۵؛ خوئی، بی‌تا - المستند، ۲۱۷ - ۲۱۸).

درباره فساد اجاره به سبب اشتراط عدم اجرت نیز باید توجه داشت که هرچند رضایت به کار بلا اجرت و مجانی، بر اساس وقوع عقد رخ داده است ولی در فرض بطلان عقد، رضایت منوط به آن (=عقد فاقد اجرت) نیز منتفی خواهد شد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۷۷/۲۷). از دیگر سو، مجرد رضایت به عقد فاسد یا عقد متضمن عدم اجرت، به منزله مجانیت ذاتی کار و رضایت به کار بدون اجرت - فی حد ذاته - نیست؛ زیرا دو حیثیت مختلف مطرح است و باید هر دو حیثیت به طور جداگانه لحاظ شوند: الف - عملی که از عامل صادر شده و مقتضای عقد فاسد است؛ ب - آنچه در خارج وقوع و تشخیص یافته، کاری است که عوض بر آن مترتب شود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، أنوار الفقاهة - المساقاة، ۸). بر اساس حیثیت دوم، ضمان ثبوت می‌یابد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰

بهار ۱۴۰۲

۲۱۴

۲-۳. ثبوت ضمان در فرض علم به بطلان مساقات، مزارعه و مساقات

الف - بر اساس استدلال نظریه برگزیده، در فرض آگاهی عامل به بطلان قرارداد مساقات - چنان که برخی از فقها اذعان داشته‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، أنوار الفقاهة - المساقاة، ۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۷۷/۲۷) - احترام کار عامل باقی است؛ زیرا وی با وجود

آگاهی به فساد شرعی عقد، اثر آن را در نگاه عرف عقلائی قصد کرده است. بر همین اساس، در فرض علم عامل به غصب نیز ضمان ثبوت می‌یابد (یزدی، ۱۴۱۹ق، ۳۸۲/۵-۳۸۳، تعلیقه خوئی؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۸۹/۲۰-۱۹۰).

ب- در صورت علم به بطلان مزارعه نیز، نه عامل در انجام کار خویش قصد تبرّع داشته و نه مالک قصد تسلیط و اباحه مجانی یا تبرّعی زمین را داشته است بلکه برعکس، هر دو به قصد انتفاع اقدام کرده‌اند و همین مقدار برای ثبوت ضمان کافی است. بنابراین در ثبوت ضمان در فرض بطلان مزارعه، بین صورت علم و جهل مالک یا عامل مزارعه تفاوتی وجود ندارد.

ج- در مضاربه باطل نیز عامل حتی در فرض آگاهی به فساد شرعی عقد، مشارکت در سود را شرط کرده و به مجانیت کار خویش اقدام نکرده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۳۳۸/۱۹؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ۲۳۲/۵، تعلیقه کاشف الغطاء و بروجردی). بنابراین، علم او به بطلان مضاربه، ملازم با سلب احترام کار و مسقط ضمان قلمداد نمی‌شود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، أنوار الفقاهة - المضاربه، ۳۰؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ۲۸۸؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق، ۷۹-۸۰).

نقد انگاره ملازمه میان
علم به بطلان قرارداد
و إسقاط احترام اموال
و اعمال
۲۱۵

۳-۳. ثبوت ضمان در فرض علم به بطلان بیع

چنان که دیدگاه مشهور فقیهان همین است (رشتی، بی تا، ۴۹)، ثبوت ضمان در موارد مقبوض به بیع فاسد، مطلق است و شامل حالات مختلف علم یا جهل متعاقدان به فساد معامله می‌گردد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ق، ۲۵۴؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ۴۲۳/۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۳۰۸/۲۱؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۴۷/۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ۲۲۲/۲). البته اگر بر اساس قرائن، علم به فساد موجب تحقق و صدق مجانیت و تسلیط مجانی و بلاعوض باشد، به سبب سقوط احترام مال، ضمان ساقط خواهد بود (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ۴۲۳/۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۳۰۸/۲۱).

این دیدگاه مستند به ادله ذیل است:

الف- عموم منع از تصرف در اموال دیگران (نمونه رانک: کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۷۳/۷، ح ۱۲؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ۹۲/۴-۹۳، ح ۵۱۵؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۲۰/۵) و قاعده اشتراک عالم و جاهل

در احکام، مقتضی عموم ثبوت ضمان نسبت به عالم و جاهل است (خوئی، ۱۴۱۰ق، ۱۶/۲، مسئله ۵۷ و ر.ک: تبریزی، ۱۴۲۶ق، ۲۰/۲، مسئله ۲۰؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ۲۵/۲، مسئله ۲۵؛ قمی طباطبایی، ۱۴۲۶ق، ۷/۳۷۵).

ب- دفع مال به قابض - حتی در فرض علم دافع به فساد بیع - مصداق تملیک مجانی قلمداد نمی‌شود، بلکه مصداق وفا به معامله عرفی انجام شده و دفع مال به طرف مقال برای دریافت عوض است و هر چند که دافع، علم به عدم استحقاق شرعی عوض، و نیز علم به عدم استحقاق شرعی طرف مقابل برای دریافت مال دارد ولی این آگاهی منافاتی با وفا به معاوضه‌ای که نزد آنان - و در عرف عقلایی - معتبر است، نخواهد داشت (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۱۵۰/۲-۱۴۹). اقباض در مقام معاوضه فاسد، به این دلیل است که طرف مقابل، در اعتقاد عرفی مقبض - هر چند صرفاً با نگاه عرفی و نه در حقیقت - مستحق مال است. پس در صورت فساد عقد نیز، چیزی که رافع احترام مال باشد، محقق نشده است (رشتی، بی تا، ۴۹).

ج- قابض جاهل، اقدام به اخذ مجانی مال نکرده است، بلکه بر اخذ آن در قالب معاوضه و به‌ازای عوض اقدام نموده است. بنابراین، مغرور نیست بلکه اقدام به ضمان، مانع از صدق عنوان مغرور بر او، و مانع از جریان قاعده غرور است (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ۱۴۹/۲-۱۵۰؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۶/۳۷۹) و جهل مشتری به فساد عقد، به دلیل قصور و کوتاهی او در فراگیری احکام شرعی بوده است و چنین جهلی موجب سقوط ضمان نمی‌شود (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ۱/۱۱۶).

د- حتی در صورت علم به فساد قرارداد نیز تملیک و تملک به سبب همان قرارداد قصد شده است و نهایت امر این است که اگر در قصد تسبب، تحقق ملکیت و تملیک و تملک شرعی اعتبار شده باشد، عالم به فساد معامله مرتکب تشریح و بدعت حرام گردیده است. اگر اعتبار ملکیت عرفی را قصد کرده باشد، بیع و اجاره عرفی را ایجاد کرده است، نه هبه یا عاریه یا عمل تبرعی؛ زیرا این گونه عناوین، عناوین قصدی هستند، نه دارای انطباق قهری (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ۱۰۲-۱۰۳). بنابراین، اگر معامله به دلیل اخلال در یک شرط شرعی فاسد شده باشد، و طرفین قرارداد اعتبار شرعی را رعایت نکرده باشند، اما قرارداد را در نگاه عرف

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۱۶

عقلایی دارای اثر قلمداد می کنند، عقد منشأ اثر خواهد بود (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱/۴۲۳).
 بر اساس استدلال‌های یادشده، دیدگاه مشهور (=ثبوت مطلق ضمان)، مورد پذیرش
 و برگزیده است و در فرض آگاهی یا جهل دافع و قابض، جریان می یابد.
 بنابراین، هرکدام از متبایعان در عقد بیع فاسد، در صورت تلف عین مقبوض، یا
 امتناع از بازگرداندن آن به مالک عین یا وکیل او، در فرض جهل بنا بر اجماع (نجفی،
 ۱۴۰۴ق، ۲۲/۴۱۳) و در فرض علم بنا بر دیدگاه برگزیده، ضامن اند.
 بر همین اساس، در صورت بقای عین، رد آن و در صورت عدم بقا، رد بدل
 (=مثل یا قیمت) واجب می شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۷/۲ و ر.ک: شهیدثانی، ۱۴۱۳ق،
 ۱۵۴/۳؛ مجاهد طباطبایی، بی تا، ۲۹۷؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، أنوار الفقاهة - البیع، ۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق،
 ۲۵۶/۲۲؛ موسوی قزوینی، ۱۴۲۴ق، ۴۸۳/۲ و ۶۲۱؛ اصفهانی، ۱۳۹۳ق، ۲۳/۲؛ مسئله ۱۳؛ امام خمینی،
 بی تا، ۵۰۷/۱؛ مسئله ۱۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۵۲/۱۶؛ بهجت، ۱۴۲۳ق، ۴۳۴؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق،
 ۲۴-۲۵؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۲/۲۲۶).

همچنین، اگر مبیع به مشتری تسلیم شده، و تلف گردیده باشد، مشتری به طور
 مطلق چه عالم به فساد عقد و چه جاهل (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۴۱۳) - ضامن قیمت زمان
 قبض مبیع است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۱/۲؛ و ر.ک: شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۳/۱۷۴؛ سبزواری،
 ۱۴۲۳ق، ۱/۴۵۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۴۱۳) و اگر مبیع نقصانی پیدا کرده باشد، ضامن ارش
 است. در مقابل، اگر با کاری از سوی مشتری قیمت آن افزایش یافته باشد، مقدار
 ارزش افزوده، مال خود اوست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۴۱۳).

۳-۴. ثبوت ضمان در فرض علم به بیع فضولی

مطابق با دیدگاه برگزیده، همچنین بر اساس ادله ذیل، مشتری به طور مطلق از حق
 رجوع به بایع فضولی برخوردار است:

الف - مفروض این است که عقد فضولی با عدم اجازه مالک، باطل شده است و
 معنی بطلان این است که هرکدام از عوضین، پس از عقد نیز - مانند پیش از عقد - بر
 ملکیت مالک خود باقی است. بنابراین، چنان که مالک می تواند برای دریافت مال
 خویش به مشتری رجوع نماید، مشتری نیز می تواند برای دریافت ثمن خود یا بدل

آن به بایع فضولی رجوع کند.

ب- دلیلی قطعی بر اقدام مشتری به اتلاف و اسقاط احترام مال در این موارد وجود ندارد، بلکه او مال خویش را با قصد معاوضه- و دریافت عوض- به بایع پرداخت نموده است. به عبارتی دیگر، مشتری فضولی یک شرط ضمنی بر بایع داشته است و آن این که اگر مالک، معامله را اجازه نکند و مال خود را پس بگیرد، مشتری نیز بتواند ثمن خود را پس بگیرد. در واقع، قصد مشتری و بایع- هر دو- تحقق یک معامله حقیقی عرفی بوده است؛ و بر همین اساس، معامله مشتری در نگاه عرف عقلایی- هر چند در فرض آگاهی وی به غصب- مصداق هتک احترام مال و تسلیط مجانی قلمداد نمی شود (یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱/۱۷۷).

ج- در ثبوت ضمان به سبب ید، تفاوتی بین علم و جهل ذی الید وجود ندارد؛ زیرا از یک سو دلیل «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ...» (نمونه را نک: احسانی، ۱۴۰۵ق، ۱/۲۲۴، ح ۱۰۶ و ۲/۲۴۶، ح ۳؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ۷/۱۴-۸، ح ۱۲ و ۱۷/۸۸، ح ۴) مطلق و فاقد قید است. از سوی دیگر، بر اساس سیره عقلاییه احترام مال نیز مقتضی ضمان بدون هیچ تفاوتی بین ذوالید و مستولی عالم و جاهل است. اطلاق روایات ضمان اتلاف (نمونه را نک: کلینی، ۱۴۰۷ق، ۷/۳۴۹، ح ۱ و ۳۵۰، ح ۷؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ۴/۱۵۳، ح ۵۳۴؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۹/۲۴۱) نیز در بی تأثیری علم و جهل ظهور دارد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۱۸

نتیجه گیری

مقاله حاضر، بر دست یابی به پاسخ این پرسش اساسی که «علم به بطلان قرارداد چه نقشی در اسقاط احترام مال و کار و ثبوت یا سقوط ضمان ایفا می کند؟» تمرکز نمود و پس از ارزیابی و اعتبارسنجی دیدگاه سقوط ضمان به دلیل علم به بطلان قرارداد، نتایج ذیل را به دست می دهد:

۱- نمی توان التزام به مفاد عقد باطل را از سوی طرفین قرارداد، با وجود آگاهی به بطلان عقد، مصداق تسلیط مجانی مال یا اقدام تبرعی به انجام کار و مُسْقَطِ مسئولیت مدنی قلمداد کرد؛ زیرا چنین ویژگی نیازمند «انطباق قهری» یا «قصدی» بر عنوان تسلیط مجانی و آگاهانه مال به طرف مقابل قرارداد یا انجام تبرعی و آگاهانه

کار برای کارفرما است و حال آنکه علم به فساد قرارداد، فاقد هرگونه ترادف معنایی و ملازمه منطقی قهری و نیز - به دلیل عدم قصد تبرع یا مجانیّت - فاقد انطباق قصدی بر عناوین تسلیط مجانی و اقدام تبرعی است.

۲- بر اساس سیره و متفاهم عرف عقلائی، آگاهی به فساد عقد عنوانی اعم از عناوین قصد تبرع و مجانیّت است بلکه قصد طرفین قرارداد حتی در فرض بطلان و باوجود آگاهی از فساد شرعی عقد نیز، در صورت عدم قصد واقعی تبرع، به عنوان عرفی معامله تعلق می‌یابد. بنابراین، در هیچ‌یک معاملات فاسد شرعی که مطابق با عرف عقلائی واقع می‌شود، قصد مجانیّت و تبرع صادق نیست و احترام مال و کار عامل باقی است. البته پذیرفته است که اگر در این اقدام، تحقق تملیک و تملک شرعی اعتبار شده باشد، عالم به فساد معامله مرتکب تشریح و بدعت حرام گردیده است ولی این حرمت در اثربخشی عرفی قرارداد اخلال نمی‌کند.

۳- ثبوت ضمان در همه موارد مقبوض به بیع فاسد یا تسلیط منفعت و انجام کار در قالب اجاره فاسد و سایر عقود کاری، مطلق است و شامل حالات مختلف علم یا جهل متعاقدان به فساد معامله می‌گردد. بر این اساس - به عنوان نمونه - اجیر در عقد اجاره فاسد برای انجام کار، هرچند که به فساد آن آگاه باشد، کار را به عنوان وفای به اجاره عرفی به انجام می‌رساند؛ و موجر در اجاره اعیان، باوجود آگاهی به بطلان قرارداد، تسلیط را در قالب یک معاوضه - هرچند بدون امضای شارع - قصد می‌کند. در صورت علم به بطلان مزارعه نیز، نه زارع قصد تبرع داشته؛ و نه مالک قصد تسلیط و اباحه مجانی یا تبرعی زمین را داشته است بلکه طرفین قرارداد باطل، به قصد انتفاع اقدام کرده‌اند. در مضاربه باطل نیز عامل حتی در فرض آگاهی به فساد شرعی عقد، به قصد مشارکت در سود اقدام کرده است. بر اساس این تحلیل، بقای احترام اموال و اعمال و اثبات ضمان وابسته به احترام در سایر عقود فاسد نیز روشن می‌شود.

نقد انگاره ملازمه میان
علم به بطلان قرارداد
و إسقاط احترام اموال
و اعمال
۲۱۹

منابع

۱. آملی، میرزاهاشم. ۱۴۰۶ق. المعالم المأثورة. مقرّر: محمدعلی اسماعیل پور، قم: انتشارات علمیه.
۲. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور. ۱۴۱۰ق. السرائر الحاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن فارس، ابوالحسین احمد. ۱۴۰۴ق. معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم. ۱۴۱۴ق. لسان العرب. بیروت: دار الفکر- دار صادر.
۵. احسائی، محمد بن علی بن ابی جمهور. ۱۴۰۵ق. عوالی الالکی. قم: دار سیدالشهداء علیّه السلام.
۶. اردبیلی، احمد. ۱۴۰۳ق. مجمع الفائدة والبرهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. اشتهاردی، علی پناه. ۱۴۱۷ق. مدارک العروة. تهران: دار الاسوة.
۸. اصفهانی، سید ابوالحسن. ۱۳۹۳ق. وسیلة النجاة (با حواشی آیةالله سید محمدرضا گلپایگانی). قم: مهر.
۹. امام خمینی، سید روح الله. ۱۴۲۲ق. العروة الوثقی مع تعالیق الإمام الخمینی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۰. امام خمینی، سید روح الله. ۱۴۲۱ق. کتاب البیع. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۱. امام خمینی، سید روح الله. بی تا. تحریر الوسیلة. قم: دار العلم.
۱۲. انصاری، مرتضی. ۱۴۱۵ق. المکاسب. قم: کنگره جهانی شیخ انصاری.
۱۳. ایروانی، علی. ۱۴۰۶ق. حاشیة المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۴. بجنوردی، میرزا حسن. ۱۴۱۹ق. القواعد الفقهیة. قم: الهادی.
۱۵. بحرالعلوم، محمد. ۱۴۰۳ق. بلغة الفقیه. تهران: مکتبة الصادق.
۱۶. بحرانی، یوسف. ۱۴۰۵ق. الحدائق الناضرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. بهجت، محمدتقی. ۱۴۲۳ق. وسیلة النجاة. قم: شفق.
۱۸. تبریزی، جواد. ۱۴۱۶ق. ارشاد الطالب. قم: اسماعیلیان.
۱۹. تبریزی، جواد. ۱۴۲۶ق. منهاج الصالحین. قم: مجمع الامام المهدي عجل الله تعالی فرجه الشریف.
۲۰. جزیری، عبدالرحمن و سید محمد غروی و یاسر مازح. ۱۴۱۹ق. الفقه علی المذاهب الأربعة ومذهب اهل البيت علیهم السلام. بیروت: دار الثقلین.
۲۱. حرّعاملی، محمد بن حسن. ۱۴۰۹ق. وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۲. حکیم، سیدمحسن. ۱۴۱۶ق. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر.
۲۳. حکیم، سیدمحسن. بی تا. نهج الفقاهة. قم: ۲۲ بهمن.
۲۴. حلّی، مقداد. ۱۴۰۴ق. التنقیح الرائع. قم: کتابخانه مرعشی نجفی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۲۰

۲۵. خلخالی، سید محمد مهدی. ۱۴۲۷ق. فقه الشیعة - الاجارة. تهران: منیر.
۲۶. خمینی، سید مصطفی. ۱۴۱۸ق. کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۷. خوانساری، محمد. بی تا. الحاشیة الثانیة علی المکاسب. بی جا: بی نا.
۲۸. خوئی، سید ابوالقاسم. ۱۴۱۸ق. التنقیح فی شرح العروة الطهارة. مقرّر: علی غروی. قم: لطفی.
۲۹. خوئی، سید ابوالقاسم. ۱۴۰۹ق. مبانی العروة الوثقی. مقرّر: سید محمد تقی موسوی خوئی. قم: مدرسه دارالعلم.
۳۰. خوئی، سید ابوالقاسم. ۱۴۱۰ق. منهاج الصالحین. قم: مدینه العلم.
۳۱. خوئی، سید ابوالقاسم. بی تا. المستند فی شرح العروة - الاجارة. مقرّر: مرتضی بروجردی. بی جا: بی نا.
۳۲. خوئی، سید ابوالقاسم. بی تا. مصباح الفقاهة. مقرّر: محمد علی توحیدی. بی جا: بی نا.
۳۳. رشتی، میرزا حبیب اله. بی تا. کتاب الغصب. بی جا: بی نا.
۳۴. روحانی، سید صادق. ۱۴۱۲ق. فقه الصادق علیه السلام. قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۳۵. روحانی، سید صادق. ۱۴۲۹ق. منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی.
۳۶. سبحانی، جعفر. ۱۴۲۴ق. المواهب فی تحریر أحكام المکاسب. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۷. سبحانی، جعفر. ۱۴۱۶ق. نظام المضاربة. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۸. سبزواری، محمد باقر. ۱۴۲۳ق. کفایة الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۹. سبزواری، سید عبدالاعلی. ۱۴۱۳ق. مهذب الاحکام. قم: مؤسسه المنار.
۴۰. سیستانی، سید علی. ۱۴۱۷ق. منهاج الصالحین. قم: دفتر آیه الله سیستانی.
۴۱. شهید اول، محمد بن مکی. ۱۴۱۰ق. اللمعة الدمشقیة. بیروت: دار التراث - الدار الاسلامیة.
۴۲. شهید اول، محمد بن مکی. ۱۴۱۷ق. الدروس الشرعیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. شهید اول، محمد بن مکی. ۱۴۱۴ق. غایة المراد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی. ۱۴۱۰ق. الروضة البهیة. شارح: سید محمد کلانتر. قم: داوری.
۴۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی. ۱۴۱۳ق. مسالک الافهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
۴۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی. ۱۴۲۲ق. حاشیة شرائع الاسلام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۷. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. ۱۴۱۳ق. من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۸. صیمری، مفلح. ۱۴۲۰ق. **غایة المرام**. بیروت: دار الہادی.
۴۹. طریحی، فخرالدین. ۱۴۱۶ق. **مجمع البحرین**. تهران: مرتضوی.
۵۰. عاملی، سید جواد. ۱۴۱۹ق. **مفتاح الکرامۃ**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۱. عبدالرحمن، محمود. بی تا. **معجم المصطلحات والالفاظ الفقہیہ**. بی جا: بی نا.
۵۲. عراقی، آقاییاءالدین. ۱۴۲۱ق. **کتاب القضاء**. مقرّر: میرزا ابوالفضل نجم آبادی. قم: مؤسسہ معارف اسلامی امام رضا علیه السلام.
۵۳. علامہ حلّی، حسن بن یوسف. ۱۳۸۸ق. **تذکرۃ الفقہاء**. قم: مؤسسہ آل البیت علیہم السلام.
۵۴. علامہ حلّی، حسن بن یوسف. ۱۴۱۰ق. **إرشاد الأذهان**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۵. علامہ حلّی، حسن بن یوسف. ۱۴۱۳ق. **مختلف الشیعۃ**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۶. علامہ حلّی، حسن بن یوسف. ۱۴۱۳ق. **قواعد الأحکام**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۷. غروی اصفہانی، محمدحسین. ۱۴۰۹ق. **الاجارۃ**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۸. فاضل لنکرانی، محمد. بی تا. **العروۃ الوثقی مع تعلیقات الفاضل**. قم: مرکز فقہی ائمہ اطہار علیہم السلام.
۵۹. فاضل لنکرانی، محمد. ۱۴۲۵ق. **تفصیل الشریعۃ (المضاربۃ، الشركۃ...)**. قم: مرکز فقہی ائمہ اطہار علیہم السلام.
۶۰. فخرالمحققین حلّی، محمد بن حسن. ۱۳۸۷ق. **ایضاح الفوائد**. قم: اسماعیلیان.
۶۱. فیض کاشانی، محمدمحسن. بی تا. **مفاتیح الشرایع**. قم: کتابخانہ مرعشی نجفی.
۶۲. قمی طباطبایی، سید تقی. ۱۴۲۳ق. **الغایۃ القصوی - الاجارۃ**. قم: محلّاتی.
۶۳. قمی طباطبایی، سید تقی. ۱۴۲۶ق. **مبانی منهاج الصالحین**. قم: قلم الشرق.
۶۴. قمی طباطبایی، سید تقی. ۱۴۲۵ق. **مصباح الناسک**. قم: محلّاتی.
۶۵. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم. ۱۴۲۷ق. **الرسائل**. مشهد: دفتر تبلیغات اسلامی.
۶۶. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. ۱۴۲۰ق. **شرح قواعد العلامۃ**. نجف: مؤسسہ کاشف الغطاء.
۶۷. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. ۱۴۲۲ق. **أنوار الفقاهۃ - البیع**. نجف: مؤسسہ کاشف الغطاء.
۶۸. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. ۱۴۲۲ق. **أنوار الفقاهۃ - المساقاۃ**. نجف: مؤسسہ کاشف الغطاء.
۶۹. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. ۱۴۲۲ق. **أنوار الفقاهۃ - المضاربۃ**. نجف: مؤسسہ کاشف الغطاء.
۷۰. کاشف الغطاء، محمدحسین. ۱۳۵۹ق. **تحریر المجلۃ**. نجف: مکتبۃ المرتضویۃ.
۷۱. کاشف الغطاء، عباس. ۱۴۲۴ق. **منہل الغمام**. نجف: مؤسسہ کاشف الغطاء.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال نهم، شماره پیاپی ۳۰
بهار ۱۴۰۲

۲۲۲

۷۲. کرکی، علی بن حسین. ۱۴۱۴ق. **جامع المقاصد**. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۷۳. کلینی، محمد بن یعقوب. ۱۴۰۷ق. **الکافی**. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۷۴. گروهی از نویسندگان، ۱۴۲۶ق. **فرهنگ فقه**. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۷۵. گروهی از نویسندگان. ۱۴۲۳ق. **موسوعة الفقه الاسلامی**. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۷۶. مامقانی، محمدحسن. ۱۳۱۶ق. **غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب**. قم: ذخائر اسلامی.
۷۷. مجاهد طباطبایی، سید محمد. بی تا. **المناهل**. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۷۸. محقق حلّی، جعفر بن حسن. ۱۴۰۸ق. **شرائع الاسلام**. قم: اسماعیلیان.
۷۹. محقق داماد، سیدمصطفی. ۱۴۰۶ق. **قواعد فقه**. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۸۰. مراغی، میرفتاح. ۱۴۱۷ق. **العناوین الفقهیة**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸۱. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین. ۱۴۰۶ق. **منهاج المؤمنین**. قم: کتابخانه مرعشی نجفی.
۸۲. مرّوج جزائری، سید محمدجعفر. ۱۴۱۶ق. **هدی الطالب**. قم: دار الکتب.
۸۳. مصطفوی، سید محمدکاظم. ۱۴۲۳ق. **فقه المعاملات**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸۴. مغنیه، محمدجواد. ۱۴۲۱ق. **فقه الامام الصادق عليه السلام**. قم: انصاریان.
۸۵. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۴۱۱ق. **القواعد الفقهیة**. قم: مدرسه امیرالمؤمنین عليه السلام.
۸۶. موسوی قزوینی، سید علی. ۱۴۲۴ق. **ینایع الأحکام**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸۷. موسوی بجنوردی، سیدمحمد. ۱۴۰۱ق. **قواعد فقهیة**. تهران: عروج.
۸۸. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. ۱۴۲۱ق. **فقه المضاربة**. قم: دانشگاه مفید.
۸۹. نجفی، محمدحسن. ۱۴۰۴ق. **جواهر الکلام**. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۹۰. نجم آبادی، میرزا ابوالفضل. ۱۴۲۱ق. **الرسائل الفقهیة**. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا عليه السلام.
۹۱. نوری، میرزا حسین. ۱۴۰۸ق. **مستدرک الوسائل**. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۹۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود. ۱۴۲۶ق. **بحوث فی الفقه الزراعی**. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۹۳. همدانی، آقارضا. ۱۴۲۰ق. **حاشیة کتاب المکاسب**. قم: بی نا.
۹۴. یزدی، سید محمدکاظم. ۱۴۰۹ق. **العروة الوثقی**. بیروت: اعلمی.
۹۵. یزدی، سید محمدکاظم. ۱۴۱۹ق. **العروة الوثقی (محشأ)**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹۶. یزدی، سید محمدکاظم. ۱۴۲۱ق. **حاشیة المکاسب**. قم: اسماعیلیان.

References

The Holy Qur'an

1. 'Āmilī, Sayyid Jawād ibn Muḥammad. 1998/1419. *Miftāḥ al-Kirāmah fī Sharḥ al-Qawā'id al-'Allāmah*. 1st. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
2. A Group of Researchers. 2002/1423. *Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmīyah*. Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī.
3. A Group of Researchers. 2005/1426. *Farhang-i Fiqh*. Qom: Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī.
4. 'Abd al-Raḥman 'Abd al-Mun'im, Maḥmūd. n.d. *Mu'jam al-Muṣṭaliḥāt wa al-Alfāz al-Fiqhīyah*.
5. Āl Baḥr al-'Ulūm, al-Sayyid Muḥammad. 1983/1362. *Bulghat al-Faqīh limā Yartajih*. 4th. Tehran: Maktabat al-Sādiq.
6. al-'Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jami' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawā'id*. 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ḥyā' al-Turāth.
7. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1989/1410. *al-Lum'at al-Dimashqīyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Beirut: Dār al-Turāth al-Islāmīyah.
8. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1993/1414. *Ghāyat al-Murād fī Sharḥ Nukat al-Irshād*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
9. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1997/1417. *al-Durūs al-Shar'īyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
10. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1989/1410. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya*. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
11. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Aḥām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
12. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 2001/1422. *Hāshiyat Sharā'i' al-Islām*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
13. al-Āmulī, Mīrā Ḥāshim. 1985/1406. *al-Ma'ālim al-Ma'thūrah (transcribed by Muḥammad 'Alī Ismā'il-pūr)*. Qom: Intishārāt 'Ilmīyah.
14. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1995/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
15. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1403. *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān fī Sharḥ Īrshād al-Aḍḥān*. Edited by Mujtabā

- al-Iraqī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
16. al-Baḥrānī, Yūsuf Ibn Aḥmad (al-Muḥaqqiq al-Baḥrānī). 1984/1405. *al-Ḥadā'iq al-Nādira fī Aḥkām al-'Itrat al-Ṭāhira*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
17. Al-Bujnurdī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. 1980/1401. *Qawā'id-i Fiqhīyyi*. Qom: Nashr al-Hādī.
18. al-Fāḍil al-Lankarānī, Muḥammad. 1987/1408. *Tafṣīl al-Sharī'a Fī Sharḥ Tahṛīr al-Wasīlah, Kitāb al-Muḍāribah, al-Shirkat,* Qom: Markaz Fiqh al-A'immat al-Athār.
19. al-Fāḍil al-Lankarānī, Muḥammad. n.d. *al-'Urwat al-Wuthqā ma'a Ta'līqāt al-Fāḍil*. Qom: Markaz Fiqh al-A'immat al-Athār.
20. al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. n.d. *Maḥāṣin al-Sharī'a*. 1st. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
21. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1988/1409. *Al-Ijārah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
22. Al-Gīlānī al-Qommī, Mīrzā Abulqāsim. 2006/1427. *Al-Rasā'il*. Mashhad: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablighāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yi 'Ilmīyyi-yi Qom).
23. al-Ḥā'irī, al-Ṭabāṭabā'ī al-Mujāhid. n.d. *Kitāb al-Manāhil*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ḥyā' al-Turāth.
24. Al-Hamadānī, Āqā Riḍā. 1999/1420. *Ḥāshiyat Kitāb al-Makāsib*. Qom.
25. al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 2005/1426. *Buḥūth fī al-Fiqh al-Zirā'ī*. Qom: Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī.
26. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1967/1387. *Iḍāḥ al-Fawā'id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id*. Edited by al-Mūsawī al-Kirmānī, al-Ishtihārdī, al-'Alīpanāh, and al-Burūjirdī. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
27. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1968/1388. *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ḥyā' al-Turāth.
28. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1989/1410. *Irshād al-Aḍḥhān*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
29. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. *Mukhtalaf al-Shī'a fī Aḥkām al-Sharī'a*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
30. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1992/1413. *Qawā'id al-Aḥkām fī Ma'rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

31. al-Hillī, Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Hillī). 1987/1408. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assisat al-Ismā'īlīyān..
32. al-Ḥur al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1998/1409. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-turāth.
33. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣadiq. 1991/1412. *Fiqh al-Ṣādiq*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
34. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣadiq. 2008/1429. *Minhāj al-Fiqhāhah*.5th. Qom: Anwār al-Hudā.
35. al-Ḥusaynī al-Siṣṭānī, al-Sayyid 'Alī. 1996/1417. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Maktabat Ayatollāh al-Siṣṭānī.
36. al-Iḥsā'ī, Ibn Abī Jumhūr. 1985/1405. *'Awāli al-Li'ālī al-'Azīzīyya*. Qum: Dar Sayyid al-Shuhadā' li al-Nashr.
37. al-Īrawānī, 'Alī. 1985/1406. *Hāshīyat al-Makāsib*. Tehran: Wizārat-i Farhang wa Irshād-i Islāmī.
38. al-'Irāqī, Āqā Dīyā' al-Dīn. 2000/1421. *Kitāb al-Qadā'*. Transcribed by Mirzā Abulfadl Najm Ābādī. Qom: Mu'assisih Ma'ārif Islāmī Imām Riḍā.
39. al-Iṣfahānī, al-Sayyid Abū al-Ḥasan. 2001/1422. *Wasīlat al-Nijāt*. Qom: Intishārāt Mihr.
40. al-Ishtihārdī, 'Alī Panāh. 1996/1417. *Madārik al-'Urwa*. Tehran: Dar al-'Uswa li al-Tibā'a wa al-Nashr.
41. al-Jazā'irī al-Murawwij, al-Sayyid Muḥammad Ja'far. 1995/1416. *Hudā al-Ṭālib*. Qom: Mu'assasat Dār al-Kitāb.
42. Al-Jazīrī, 'Abd al-Raḥmān ibn Muḥammad; al-Qharawī Sayyid Muḥammad. 1999/1419. *Al-Fiqh 'Alā al-Madhāhib al-Arba'at wa Madhhab Ahl al-Bayt*. Beirut: Dār al-Thaqalayn.
43. Al-Khānsārī, Sayyid Muḥammad ibn Bāqir ibn Zayn al-'Ābidīn. n.d. *al-Hāshīyat al-Thānīyat 'alā al-Maāsib*.
44. al-Khumaynī, al-Sayyid Muṣṭafā. 1997/1418. *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
45. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1987/1407. *al-Kāfī*. 14th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
46. Al-Marāghī, Mīr Fattāh. 1996/1417. *Al-'Anāwīn al-Fiqhīyah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
47. al-Mar'ashī al-Najafī, Sayyid Shahāb al-Dīn. 1985/1406. *Minhāj al-Mu'minīn*. Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī
48. Al-Mūsawī al-Ardabīlī, Sayyid 'Abd al-Karīm. 2000/1421. *Fiqh al-Muḍāribah*. Qom: Mufid University.

49. al-Mūsawī al-Khalkhālī, al-Sayyid Muḥammad Maḥdī. 1990/1411. *Fiqh al-Shī'a - al-Ijtihād wa al-Taqlīd (Taqrīrāt Buhūth al-Sayyid Abū al-Qāsim al-Mūsawī al-Khu'ī)*. 3rd. Qom: Maṭba'at Nuwzuhūr.
50. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1988/1409. *Mabānī al-'Urwat al-Wuḥqā*. Qom: Manshūrāt Madrisat Dār al-'Ilm.
51. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1989/1410. *Minḥāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Madīnat al-'Ilm.
52. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1997/1418. *Al-Tanqīḥ fī Sharḥ al-'Urwat al-Quthqā; Kitāb al-Ṭahārat*. Edited by 'Alī Gharawī. Qom: Intishārāt Lutfī.
53. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. n.d. *al-Muṣṭanad fī Sharḥ al-'Urwat- al-Ijārah*. Transcribed by Murtaḍā Brūjirdī.
54. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. n.d. *Miṣbāḥ al-Fiḳāḥah*. Edited by Muḥammad 'Alī Tawḥīdī.
55. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2001/1422. *al-'Urwat al-Wuḥqā ma'a Ta'ālīq al-Imām al-Khumaynī*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
56. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2002/1421. *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
57. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). n.d. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qom: Dār al-'Ilm.
58. al-Mūsawī al-Qazwīnī, al-Sayyid 'Alī. 2005/1424. *Yanābī' al-Aḥkām fī Ma'rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
59. Al-Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad-Kāḍim. 2002/1423. *Fiqh al-Mu'āmilāt*. Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
60. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. 7th. Edited by 'Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
61. al-Najafī, Muḥammad Ḥusayn (Kāshif al-Ghiṭā'). 1940/1359. *Tahrīr al-Majalla*. Najaf: al-Maktabat al-Murtaḍawīya.
62. al-Nūrī al-Ṭabrasī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1987/1408. *Muṣṭadrak al-Wasā'il wa Muṣṭanbaṭ al-Masā'il*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
63. al-Sabzawārī, al-Sayyid 'Abd al-A'lā. 1992/1413. *Muḥadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 4th. Qom: Mu'assasat al-Manār.
64. al-Sabzawārī, al-Sayyid Muḥammad Bāqir (al-Muḥaqqiq al-Sabzawārī). 2002/1423. *Kifāyat al-Fiḳh (Kifāyat al-Aḥkām)*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-

Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

65. Al-Şīmarī al-Bahrānī, Mufliḥ ibn Ḥasan. 2000/1420. *Qāyat al-Marām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. Beirut: Dār al-Hādī.
66. al-Siywarī al-Hillī, Miqdād Ibn 'Abd Allāh (Fāḍil Miqdād). 1983/1404. *al-Tanqīh al-Rā'i' limMukhtaṣar al-Sharā'i'*. Edited by al-Sayyid 'Abd al-Laṭīf al-Ḥusaynī al-Kuhkamarī. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
67. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 1995/1416. *Niẓām al-Nikāḥ fī al-Sharī'at al-Islāmīyya al-Gharrā'*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
68. al-Ṭabāṭabā'i al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥsin. 1995/1416. *Muṣṭamsak al-'Urwat al-Wuḥqā*. Qom: Mu'assasat Dār al-Tafsīr.
69. al-Ṭabāṭabā'i al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥsin. n.d. *Nahj al-Fiqāhah*. Qom: 22Bahman.
70. al-Ṭabāṭabā'i al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzim. 1988/1409. *al-'Urwat al-Wuḥqā fīmā Ta'ummu bihī al-Balwā*. 2nd. Beirut: Mu'assasat al-'Alamī li al-Maṭbū'āt.
71. al-Ṭabāṭabā'i al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzim. 1998/1419. *al-'Urwat al-Wuḥqā al-Muḥashā*. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
72. al-Ṭabāṭabā'i al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzim. 2000/1421. *Hāshiyat al-Makāsib*. Qom: Mu'assisat al-Ismā'īlīyān.
73. al-Ṭabāṭabā'i al-Qommī, al-Sayyid Taqī. 2002/1423. *Al-Ghāyat al-Quṣwā fī al-Ta'līq 'alā al-'Urwat al-Wuḥqā (al-Ijārah)*. Qom: Intishārāt Muḥallātī.
74. al-Ṭabāṭabā'i al-Qommī, al-Sayyid Taqī. 2004/1425. *Miṣbāḥ al-Nāsik*. Qom: Intishārāt Muḥallātī.
75. al-Ṭabāṭabā'i al-Qommī, al-Sayyid Taqī. 2005/1426. *Mabānī Minhāj al-Şāliḥīn*. Qom: Manshūrāt Qalam al-Sharq.
76. Al-Tabrīzī, al-Mīrzā Jawād. 1995/1416. *Irshād al-Ṭālib*. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
77. Al-Tabrīzī, al-Mīrzā Jawād. 2005/1426. *Minhāj al-Şāliḥīn*. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān. Qom: Majma' al-Imām al-Mahdī ('A).
78. al-Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn Ibn Muḥammad. 1995/1416. *Majma' al-Baḥrayn*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Iḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyya.
79. al-Ya'qūbī, Sayf Allāh. 2003/1424. *al-Mawāhib fī Tahḥīr Aḥkām al-Makāsib (Taqrīrat Buḥūth al-Shaykh Ja'far al-Subḥānī)*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
80. Bahjat Gīlānī Fūmanī, Muḥammad Taqī. 2002/1423. *Wasīlat al-Nijāt*. Qom: Shafaq.

81. Ibn Bābiwayh al-Qommī, Muḥammad Ibn ‘Alī (al-Shaykh al-Ṣadūq). 1992/1413. *Man Lā Yahḍuruh al-Faqīh*. 2nd. Qom: Mu’assasat al-Nash al-Islāmī li Jmā‘at al-Mudarrisīn.
82. Ibn Idrīs al-Hillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sarā‘ir al-Hāwī li Tahrīr al-Fatāwī*. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
83. Ibn Manzūr, Muḥammad Ibn Mukarram. 1993/1414. *Lisān al-‘Arab*. 3rd. Beirut: Dār al-Fīkr and Dār al-Mirṣād.
84. Ibn Fārs, Abī al-Ḥusayn Aḥmad. 1983/1404. *Mu‘jam Maqā‘īs al-Lughah*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ‘Ilmīyyi-yi Qom).
85. Kāshif al-Ghiṭā‘, ‘Abbās. 2003/1424. Manhal al-Ghamām. Najaf: Maṭba‘at Kāshif al-Ghiṭā al-‘Āmma.
86. Kāshif al-Ghiṭā‘, Ḥasan ibn Ja‘far. 2001/1422. *Anwār al-Fiḳāha (Kitāb al-Bay‘)*. Najaf: Maṭba‘at Kāshif al-Ghiṭā al-‘Āmma.
87. Kāshif al-Ghiṭā‘, Ḥasan ibn Ja‘far. 2001/1422. *Anwār al-Fiḳāha (Kitāb al-al-Musāqāt)*. Najaf: Maṭba‘at Kāshif al-Ghiṭā al-‘Āmma.
88. Kāshif al-Ghiṭā‘, Ḥasan ibn Ja‘far. 2001/1422. *Anwār al-Fiḳāha (Kitāb al-Muḍāribat)*. Najaf: Maṭba‘at Kāshif al-Ghiṭā al-‘Āmma.
89. Kāshif al-Ghiṭā‘, Ja‘far ibn Khiḍr. 1999/1420. *Sharḥ Qawā‘id al-‘Allāmah*. Najaf: Maṭba‘at Kāshif al-Ghiṭā al-‘Āmma.
90. Makārim Shīrāzi, Nāṣir. 1990/1411. *Al-Qawā‘id al-Fiḳhīyah*. 3rd. Qom: Madrasī-yi Imām ‘Alī Ibn Abī Ṭālib.
91. Māmqānī, Muḥammad-Ḥassan. 1898/1316. *Ghāyat al-Āmāl fī Sharḥ Kitāb al-Makāsib*. 1st. Qom: Majma‘ al-Ghakhā‘ir al-Islāmīyah.
92. Mughnīyya, Muḥammad Jawād. 2000/1421. *Fiḳh al-Imām al-Ṣādiq*. Qom: Mu’assasat Anṣārīyān li al-Ṭibā‘a wa al-Nashr wa al-Tawzī‘.
93. Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 1985/1406. *Qawā‘id-i Fiḳh*. 12th. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulūm-i Islāmī.
94. Mūsawī Bujnurdī, Sayyid Muḥammad. 1998/1419. *Qawā‘id-i Fiḳhīyyi*. Qom: Nashr al-Hādī.
95. Najm Ābādī, Mīrzā Abulfaḍl. 2000/1421. *Al-Rasā‘il al-Fiḳhīyah*. Qom: Mu‘asissih Ma‘ārif-i Islāmī-yi Imām Riḍā.
96. Rashtī, Mīrzā Ḥabībullāh. n.d. *Kitāb al-Ghaṣb*.

جسنا، فقہ اصول علمی پژوهشی فصلنامه

بحوث فقہیة و اصولیة فصلیة محكمة
السنة التاسعة، الرقم المسلسل ثلاثون؛ ربيع ۱۴۰۲ شمسی - ۱۴۴۴ هجري
ISSN: 2476-7565 ; EISSN: 2538-3361

مكتب الإعلام الإسلامي حوزة قم العلمية فرع خراسان رضوي
(مركز الآخوند الخراساني التخصصي)

المدير المسؤول: مجتبیٰ إلهی الخراساني

رئيس التحرير: حسين ناصري مقدم

سكرتير التحرير والتنفيدي: السيد مصطفیٰ إختراعي الطوسي

أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الهجاء):

مجتبیٰ إلهی الخراساني (أستاذ البحث الخارج في حوزة خراسان العلمية وأستاذ المساعد بمركز الآخوند الخراساني التخصصي)
جواد أحمد البهادلي (أستاذ في الحوزة العلمية في النجف الاشرف وأستاذًا للشرعة الإسلامية، الدراسات الفقهية والأصولية، في جامعة الكوفة)
السيد فاضل الحسيني الميلاني (مدرس العلوم الإسلامية في المركز الإسلامي بمانجلا)
أبو القاسم علي دوست (أستاذ البحث الخارج وأستاذ بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي)
أحمد مبلغی (أستاذ البحث الخارج وأستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامية)
السيد مصطفیٰ محقق داماد (أستاذ البحث الخارج في حوزة قم العلمية وأستاذ في جامعة الشهيد بهشتي في طهران)
مهدي مهر يزي (أستاذ المشارك بجامعة آزاد الإسلامية)
حسين ناصري مقدم (أستاذ في جامعة فردوسي بمشهد المقدسة)

إستناداً إلى ترخيص رقم ۳۳۷ بتاريخ ۲۸ / ۰۱ / ۱۳۹۸ شمسی من قبل مجلس إعطاء الرخص والمنح العلمية للمنشورات والدوريات الحوزوية، تم تمديد صلاحية فصلية بحوث فقہية وأصولية التي نالت مؤخرًا على مرتبة العلمية المحكمة

مشهد المقدسة، تقاطع خسروي، زاوية شارع آيت الله واعظ طبسي، مكتب الإعلام الإسلامي فرع خراسان رضوي
الطابق الأول، مركز الآخوند خراساني للدراسات العليا، قسم شؤون المجالات

إبداعات العلامة الشهيد الصدر في علم الأصول كنظرية في الاستنباط^١

علي رحمانى^٢
احمد مبلغى^٣
مجتبى الهى خراسانى^٤

ملخص

تعتبر المنهجية الفقهية من مسائل فلسفة الفقه، وكذلك وصفا لعملية الوصول إلى المعرفة الفقهية.

تبين الدراسة المنهجية لمؤلفات الشهيد الصدر الفقهية أنه رحمته الله عليه رتب المنهج الفقهي على مرحلتين: "النظرية" و"التطبيق"، وتعني النظرية؛ العناصر المشتركة، والتطبيق العناصر الخاصة في عملية الاستنباط؛ فقد فتحت إبداعاته وابتكاراته في مجال العناصر المشتركة آفاقاً جديدة ومختلفة في تحليل المسائل الفقهية.

يؤدي تقديم شرح لهذه الإبداعات في مرحلة النظرية إلى إعادة فحص أبعاد وجوانب وجهة نظره المنهجية، فقد قدم الشهيد الصدر رحمته الله عليه هيكلًا مبتكرًا ونظام محتوى جديدًا وذلك من أجل تحديد موقع العناصر المشتركة في الاستدلال الفقهي.

بحوثٌ فقهيةٌ وأصوليةٌ
السنة الثامنة
الرقم المسلسل التاسع والعشرون
شتاء ١٤٠١ شمسي
٢٣٢

١. تاريخ الوصول: ٢ / ٧ / ١٤٢٢هـ؛ تاريخ القبول: ١٥ / ٨ / ١٤٢٣هـ

٢. الأستاذ المساعد ومدير مركز الآخوند الخراساني للدراسات العليا. البريد الإلكتروني: ali.rahmani54@yahoo.com

٣. أستاذ البحث الخارج و أستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامية؛ (المؤلف المشارك)؛ البريد الإلكتروني: mtmtbmi@yahoo.com

٤. أستاذ البحث الخارج في حوزة خراسان العلمية و أستاذ المساعد بمركز الآخوند الخراساني التخصصي؛ البريد الإلكتروني: mojtaba.elahi.khorasani@gmail.com

فقد أشار في بعد المحتوى والمضمون إلى حقيقة الحكم ومراتبه، والتزام الحفظي، والنسبة التحليلية في المعني الحرفي، والسيرة العقلانية، وحساب الاحتمالات، وحق الطاعة وغير ذلك... وتعتبر طريقة تأثير هذه العناصر في ظهور نتائج فقهية مختلفة حصيلة منهجية.

استخدم هذا المقال المنهج الوصفي التحليلي في مرحلة المعالجة، والمنهج المكتبي في مرحلة جمع المعلومات.

الكلمات المفتاحية: المنهجية الفقهية، المنهج الفقهي للشهيد الصدر رحمته الله عليه، حساب الاحتمالات، الاستنتاج، النظرية، العناصر المشتركة.

ملخص

٢٣٣

تاريخ نظرية انقلاب النسبة؛ دراسة تحليلية^١

بلال شاكري^٢
محمد تقى فخلعي
محمد حسن حائري

ملخص

تُعتبر معرفة تاريخ الآراء والنظريات البارزة في العلوم أمراً ضرورياً وله أهمية فائقة. تناولت المقالة هذه دراسة تاريخ نظرية انقلاب النسبة وبحثها كنظرية أصولية. عند الرجوع إلى مصادر الفقه والأصول المكتوبة منذ زمن الفقهاء والأصوليين المتقدمين إلى عهد الملا أحمد النراقي المعروف بأنه هو مبدع نظرية انقلاب النسبة، وتحليل بعض الفتاوى الفقهية ونهج الاستدلال ونقد الآراء التي أثرت في هذا الفرع الفقهي، نصل إلى النتيجة التالية:

إن طريقة دراسة وحل الأدلة المتعارضة في المسائل التي يكون فيها التعارض بين أكثر من دليلين، عند بعض الفقهاء مثل الشيخ الطوسي، والمحقق الحلبي، والعلامة الحلبي، وفخر المحققين، والمقدس الأردبيلي والمحقق السبزواري وآخرون، هي نفس الطريقة التقليدية المتعلقة بانقلاب النسبة.

لذلك ورغم أن هذه النظرية منسوبة إلى الملا أحمد النراقي، حسب اعتراف علماء الأصول، فهو الذي شرحها ونقحها بوضوح لأول مرة، لكن جذور هذه الطريقة تتجلى في الأقوال المبعثرة لعلماء الفقه والأصول المتقدمين وفي بعض الفروع الفقهية، لذلك، يمكن اعتبار هذه النظرية ذات خلفية مناسبة نسبياً وقوية بين الفقهاء والأصوليين.

الكلمات المفتاحية: انقلاب النسبة، التعارض بين أكثر من دليلين، النسبة بين الأدلة المتعارضة.

بحوثٌ فقهيةٌ وأصوليةٌ
السنة الثامنة
الرقم المسلسل التاسع والعشرون
شتاء ١٤٠١ شمسي
٢٣٤

١. تاريخ الوصول: ٦ / ٨ / ١٤٤٢هـ؛ تاريخ القبول: ١٦ / ٩ / ١٤٤٢هـ.

٢. دكتوراه في الفقه ومباني الحقوق الإسلامية من جامعة الفردوسي بمشهد المقدسة ومدرس السطوح العالية بحوزة العلمية في مشهد؛ البريد الإلكتروني: b.shakeri@mail.um.ac.ir

دور الحكومة في التربية الدينية للمواطنين دراسة فقهية^١

حسن مهدوي^٢

ملخص

كان هناك العديد من الأسئلة حول أسلوب الحكم الإسلامي بعد الثورة الإسلامية وكيفية تعامل هذه الحكومة مع المعايير والأعراف الاجتماعية وغيرها، وما زالت هذه الأسئلة مستمرة حتى الآن.

ومن هذه الأسئلة الأساس: ما هو دور الحكومة الإسلامية في التربية الدينية لأبناء المجتمع، وهل للحكومة صلاحية تربية أبناء المجتمع وهل لها أن تتدخل في تربية مواطنيها الدينية أم لا؟

ملخص
٢٣٥

في هذا البحث، وبناء على المنهج المكتبي، وعلى أساس المنهج الاجتهادي الشيعي، ومع النهج الفقهي، تم في البداية مناقشة أدلة عدم صلاحية الحكومة في موضوع التربية الدينية والردود عليها، وبعد ذلك تم تقديم أدلة عقلية ونقلية مختلفة على إثبات صلاحية الحكومة في هذا الموضوع و نوقشت هذه الأدلة من حيث التأييد أو الرد.

وخرجت النتيجة العامة لهذا البحث إلى أنه استناداً إلى الأطر والقواعد المتعارف عليها في الاستنباط الفقهي فإن الأدلة على عدم الصلاحية غير تامة. وفي المقابل هناك

١. تاريخ الوصول: ٢ / ١٢ / ١٤٤٣هـ؛ تاريخ القبول: ٢٠ / ٤ / ١٤٤٤هـ.

٢. خريج حوزة قم العلمية، باحث في مركز فقه الائمة اطهار عليه السلام وأستاذ السطوع العالية في الحوزة العلمية في قم - إيران؛ البريد الإلكتروني: mahdaviss32@gmail.com

العديد من أدلة ومؤيدات متعدّدة لصلاحيّة الحكومة في التربية الدينية للمواطنين؛ ورغم أن بعضها غير مقبول، لكن الكثير منها أيضا تامة، وبالتالي، من الممكن الحكم على الكفاءة العقلية والشرعية للحكومة من أجل التربية الدينية للمواطنين. طبعاً هذا الحكم فقط من حيث الحكم الأولي، وبالنظر إلى العناوين الثانوية والظروف الخاصة التي قد توجد في المجتمع يمكن الحكم بعدم جوازها.

الكلمات المفتاحية: التربية الدينية، التعليم و التربية الدينية ، التربية الحكومية ، تربية المواطنين .

بحوثُ فقهيةٌ واصوليةٌ
السنة الثامنة
الرقم المسلسل التاسع والعشرون
شباط ١٤٠١ شمسي
٢٣٦

ضرورة إحداث الأثر القانوني في العقد^١

محمد أمين كبيري^٢

جليل قنواطي^٣

ملخص

تتمثل المسألة الرئيسية لهذه الدراسة في أنه من الناحية الفقهية، هل يجب أن يستند العقد بالضرورة إلى أثر وضعي مثل الملكية والزوجية وما إلى ذلك، أم أنه كافٍ لتحقيق العقد وصحته، الالتزام والاتفاق المتبادلين.

يرى البعض أن العقود التي تستند فقط إلى الالتزام ولا تتضمن الأثر الوضعي، لا يصدق عليها العقد، ولذلك لا تعتبر ملزمة، كما تم التشكيك في شمول أدلة الوفاء بالشرط لهذه العقود.

في هذا المقال، بينما نبيّن ماهية العقد، يتم نقد هذه النظرية وإثباتها، على الرغم من أن الخطاب السائد للفقه الإسلامي في العقود هو خطاب الملكية ووجود الأثر الوضعي، لكن العقود المبنية على الالتزام هي أيضاً مشروعة وملزمة.

ملخص
٢٣٧

بعد إثبات أن "العقد" لا يحتاج إلى الأثر الوضعي، يتم الدراسة والتحقق من شرعية العقود القائمة على الالتزام بالنظر إلى أساس وقاعدة "الشرط".

ومن الآثار المهمة لإثبات مشروعية مثل هذه العقود أن العقود مثل عقد الاستصناع وعقد إيجار أو بيع وما في حكمه، ستكون ملزمة في شكل الالتزام مقابل الالتزام. **الكلمات المفتاحية:** العقود، العقد، الالتزام، العلقة الوضعية، الأثر الاعتباري، الشرط.

١. تاريخ الوصول: ٢٢ / ٠٦ / ١٤٤٤هـ؛ تاريخ القبول: ٠٣ / ٠٨ / ١٤٤٤هـ.

٢. مدرس السطوح العالية في الحوزة العلمية بقم المقدسة - قم - إيران (المؤلف المشارك)؛ البريد الإلكتروني: maminkabiri@yahoo.com

٣. أستاذ مشارك في القانون الخاص - كليات الفارابي بجامعة طهران - قم - إيران؛ البريد الإلكتروني: ghanavaty@ut.ac.ir

المباني الفقهية للمسؤوليات الناجمة عن فعل الغير^١

محمد امامي^٢
محسن فرحزاد^٣
حجت پولادين طرقي^٤
محمد جواد محمدی مقدم^٥

ملخص

يلاحظ وجود حالات يرتكب فيها الشخص فعلاً ما؛ ولكن مسؤولية هذا الفعل تقع على عاتق طرف آخر، من قبيل مسؤولية الدولة تجاه بعض الأضرار التي يتسبب بها الموظفون لديها، في حين أن هذا الأمر يتعارض مع المبدأ العام القائل بشخصية العقوبة، ووقوع المسؤولية على نفس مرتكب الضرر، وهو المبدأ المستفاد من عدد من آيات القرآن الكريم.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل يمكن تحديد ورصد هذه الحالات في الفقه الإسلامي، وهل يمكن إثبات مباني فقهية لها؟

بحوثٌ فقهيةٌ واصوليةٌ
السنة الثامنة
الرقم المسلسل التاسع والعشرون
شتاء ١٤٠١ شمسي
٢٣٨

١. تاريخ الوصول: ١٢ / ٠٩ / ١٤٤٣هـ: تاريخ القبول: ١١ / ٠٢ / ١٤٤٤هـ.ق

٢. أستاذ مشارك بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية قم الفقه و المباني الحقوق الإسلامية، مشهد، إيران (الكاتب المسؤول): البريد الإلكتروني: dr.imami@razavi.ac.ir

٣. طالب الدكتوراه في فرع القانون الخاص، الجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية، مشهد، إيران؛ البريد الإلكتروني: Mohsenfarahzad@yahoo.com

٤. طالب الدكتوراه في فرع القانون الخاص، الجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية خريج الحوزة العلمية؛ البريد الإلكتروني: Hojjatpooladin1371@gmail.com

٥. أستاذ مشارك في قسم الفقه و مباني الحقوق الإسلامية بكلية الإلهيات والمعارف، جامعة العلوم الإسلامية في مشهد- مشهد؛ إيران؛ البريد الإلكتروني: Mjm.moghadam@gmail.com

وقد سبق وأن بذلت جهود علمية للإجابة عن هذا السؤال ولكنها فيما يبدو لم تكن كافية ومقنعة.

وتهدف هذه الدراسة_المُعده وفق المنهج التحليلي_ إلى تقديم إجابة جامعة عن السؤال السابق، فبعد نقد إسناد المسؤولية إلى الغير من خلال قاعدة "من له الغنم فعليه الغرم" وقاعدة "السبب أقوى من المباشر"، وصلنا إلى نتيجة مفادها أنه عبر تنقيح المناط في الحالات الواردة في الفقه أو عبر استخراج مذاق الشريعة من الحالات المتعددة الواردة في كلمات الفقهاء والتي وقعت فيها مسؤولية فعل شخص على شخص آخر، يمكن أن نعتبر أن المبني في جميع هذه الحالات هو تسلط الشخص الثالث وسيطرته على مرتكب العمل، أو أن المبني في ذلك هو بناء العقلاء.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية المدنية؛ فعل الغير؛ الشخص الثالث؛ تقدم السبب على المباشر.

ملخص

٢٣٩

تعيين مقدار الثمن في عقد البيع

(دراسة حالة بيع وشراء العقارات)^١

السيد علي صداقت^٢

محمود كنج بخش^٣

غلامعلي معصومي نيا^٤

ملخص

يكون تعيين مقدار الثمن اليوم، في العديد من عقود البيع، بما في ذلك عدد من عمليات شراء وبيع العقارات، وقت توقيع العقد إما غير ممكن أو ينطوي على مخاطرة كبيرة. في حين يرى الكثير من الفقهاء تعيين مقدار الثمن عند إبرام العقد كشرط لصحة عقد البيع، كما صرح بهذا الشرط في المادة الـ ٣٣٨ من القانون المدني.

السؤال الرئيسي هو ما إذا كان تعيين مقدار الثمن هو قاعدة وشرط إلزامي لصحة البيع، أو إذا تم توفير عملية واضحة غير قابل للجدل فيها في نص العقد لتحديد مقدار الثمن في المستقبل، يكفي لصحة العقد؟
تبين دراسات هذه المقالة حول أدلة لزوم تعيين الثمن - بما في ذلك الحديث

بحوثُ فقهيةٌ واصوليةٌ
السنة الثامنة
الرقم المسلسل التاسع والعشرون
شباط ١٤٠١ شمسي
٢٤٠

١. تاريخ الإستلام: ٨ / ٦ / ١٤٤٣هـ؛ تاريخ القبول: ٢ / ١٢ / ١٤٤٣هـ.

٢. طالب السطح الرابع في الحوزة العلمية ومدرس السطوح العالية بحوزة قم العلمية (الكاتب المسؤول) - قم - إيران؛
البريد الإلكتروني: ali.sedaghat1372@gmail.com

٣. دكتوراه في القانون الدولي وأستاذ مساعد بكلية الأدب والعلوم الإنسانية في جامعة الخوارزمي فرع العلوم القرآنية - طهران - إيران.

٤. خريج السطح الرابع في حوزة قم العلمية ومدرس السطوح العالية فيها - أستاذ مشارك بكلية الاقتصاد ومدير اللجنة الاقتصادية والمصرفية الإسلامية بجامعة الخوارزمي - طهران - إيران.

النبوي حول النهي عن بيع الغرر - أنه لا يوجد دليل على الاحتمال الأول فحسب، بل إن هناك رواية صحيحة تدل على صحة الاحتمال الثاني، وبالتالي لا داعي للتمسك بإطلاقات صحة العقود خاصة عقد البيع.

تناول هذا البحث المعالجة التحليلية النقدية للبيانات التي تم جمعها من خلال أنظمة الكمبيوتر والبرامج العلمية باستخدام المنهج النقلي - الوحياني.

الكلمات المفتاحية: تعيين مقدار الثمن؛ نص العقد؛ عقد البيع؛ الغرر؛ الخطر.

ملخص

٢٤١

نقد فكرة التلازم بين العلم ببطلان العقد وإسقاط احترام الأموال والأعمال^١

محمد حكيم^٢

السيد عبد الرحيم حسيني^٣

محمد أدبيي مهر^٤

ملخص

بالنظر إلى الاشتراط الأساسي لاحترام الأموال والأعمال والمنافع والأهمية القصوى لهذا الأمر في ثبوت المسؤولية المدنية، فقد اعتبر الفقهاء أن إسقاط المالكين والعاملين للاحترام أمراً مسقطاً للضمان، وأرجعوا في مختلف أبواب الفقه وفي مصاديق متعددة سقوط المسؤولية إلى إسقاط احترام المال والعمل من قبل المالك أو العامل مستنديين في ذلك إلى فكرة ناجمة عن التمسك بالسيرة العقلانية والمرتكزات العرفية.

إن تحليل العلاقة والملازمة بين العلم بالبطلان الفقهي للعقد وبين إسقاط الاحترام من جهة، وبين تأثير هذه الملازمة في سقوط أو ثبوت الضمان من جهة ثانية هي من جملة المسائل الشائكة في باب المسؤولية المدنية وبالتحديد في مجال المعاملات.

بحوثٌ فقهيةٌ واصوليةٌ
السنة الثامنة
الرقم المسلسل التاسع والعشرون
شباط ١٤٠١ شمسي
٢٤٢

١. تاريخ الوصول: ٢٢ / ١٠ / ١٤٤٢هـ؛ ٢٧ / ٥ / ١٤٤٣هـ.

٢. طالب دكتوراه فرع الفقه والحقوق الإسلامية، جامعة طهران_فرع الفارابي قم، إيران؛ البريد الإلكتروني: khak_mohammad@yahoo.com

٣. أستاذ مشارك في قسم الفقه والحقوق الإسلامية، جامعة طهران_فرع الفارابي قم، إيران؛ البريد الإلكتروني: abd.hosseini@ut.ac.ir

٤. أستاذ مشارك في قسم الفقه والحقوق الإسلامية، جامعة طهران_فرع الفارابي قم، إيران (الكاتب المسؤول)؛ البريد الإلكتروني: madiby@ut.ac.ir

وقد ذهب بعض الفقهاء للقول بأن الالتزام بمفاد العقود الباطلة، مع العلم ببطلان العقد منذ إنشائه، يعدّ من مصاديق التسليط المجاني على المال والتبرع بالقيام بالعمل تطوعاً، وبالتركيز على هذه الفكرة أفتوا في عقود مختلفة بإسقاط الاحترام وسقوط المسؤولية.

يهدف هذا البحث، المعد وفق المنهج الوصفي التحليلي، إلى تقييم وتحليل الفكرة المذكورة آنفاً في مجال المعاملات، وذلك بعد بيان مفاهيم ومباني هذا الرأي.

ووفق الرأي المختار الذي توصل إليه هذا البحث فإنه بناء على أنّ المعيار الأساس في ثبوت الضمان قائم على السيرة والمرتكزات العقلانية؛ فإنّ المبادرة إلى تسليم المال أو القيام بالعمل مع العلم المحض ببطلان العقد، وبدون وجود قصد التبرع والمجانبة والعلم بهذا القصد أو وجود قرينة عليه، لا يعدّ مصداقاً للتسليط المجاني على المال ولا للقيام بالعمل التبرعي ولا يعد إسقاطاً لاحترام الأموال والأعمال. وذلك أنّ مثل هذه الخاصية تفتقر للانطباق القهري أو القصدي على العناوين المذكورة، بل إنّ العلم ببطلان العقد في نظر العرف العقلائي هو عنوان أعم من قصد المجانية والتبرع.

ملخص

٢٤٣

وبناء عليه فإنّ العلم بعدم الاستحقاق الشرعي للعوض لا ينافي مطلقاً الوفاء بالمعاوضة المعتمدة في العرف العقلائي، وإنّ الالتزام الواعي بمفاد العقد الباطل بقصد المعاوضة أو الانتفاع أو المشاركة في الربح لن يكون مانعاً للحماية المدنية الناشئة عن مقتضى احترام الأموال والأعمال.

الكلمات المفتاحية: احترام المال، احترام العمل، قصد التبرع، التسليط المجاني، إسقاط الاحترام، سقوط الضمان، العقود الفاسدة.

Contents

- 7 ‘Allāmah Martyr Ṣadr’s Innovations in the Science of Uṣūl as a Theory of Inference
Ali Rahmani/Ahmad Moballeqi Mojtaba Elahi Khorasani
- 39 Analytical Study of the History of the Theory of In-qilāb-e Nisbat
Belal Shakeri/Mohammad Taq̄h Fakhlaee/ Mohammad Hassan Haeri
- 63 Legitimizing the Government Interventions in the Religious Education of Citizens
Hassan Mahdavi
- 103 The Necessity of Conventional Attachment on the Contract
Mohammad-Amin Kabiri/ Jallil Qanavaty
- 133 Jurisprudential Principles of Liability due to the Action of Another person
Mohammad Imami /Hojjat Pouladin-Toroqi/Mohammad Javad Mohammadi Moghaddam/ Mohsen Farahzad
- 161 Determining the Amount of Thaman in Text of Sale Agreements (Case Study of Buying and Selling Real Estate)
Sayyed Ali Sedaqat/Mahmoud Ganjbakhsh/Gholamali Masouminia
- 193 Make a Critical Review of the Idea of the Concomitance Between the Knowledge of the Invalidity of the Agreement and the Loss of the Respect of Property and Actions
Mohammad Hakim/Sayyed Abdorrahim Hosseyni/Mohammad Adibi-Mehr

Justārḥā-ye Fiqhī va Uṣūlī

The Iranian Journal of Islamic Law, Jurisprudence and Methodology

Vol.9 , No.30 , Spring 2023

ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

Concessionaire: Islamic Propagation Office of Qom Seminary

Khorāsān-e- Razavi Branch

Director: Mojtabā Elāhi Khorāsāni

Editor-in-Chief: Hossein Nāsseri Moqadam

Director & Editorial Secretary: Sayid Mostafā Ekhterāee Tousi

Editorial Board:

Mojtabā Elāhi Khorāsāni (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Faculty
Member of Akhūnd Khorāsāni Specialized Center)

Javad Ahmad Al- Bahadli (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor at
the University of Kufā)

Seyyed Fadel Al Hosseini Milani (Professor at Islamic Research Center of England)
Abolqāsem Alidoust (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor of the
Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Ahmad Moballeghi (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor
of Islamic Denominations University)

Sayyed Mustafā Muhaqqiq Damad (Professor at Princeton University and Shahid
Beheshti University)

Mahdi Mehrizi (Associate Professor of Islamic Azad University- Tehran Science and
Research Branch)

Hossein Nāsseri Moqadam (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

By the virtue of the license No.337 extended in 17 April 2019 from the
Council for Granting Scientific Licenses to Seminary Journals, this journal is
qualified for promoting to **Scientific-Research** rank.

Journal of Fiqhi and Usūli Research is indexed in: Noormags, ISC, Civilica,
SID, Google Scholar, RICEST, Road, Magiran, and journals.dte.ir

Address: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e- Razavi Branch,
Ayatollāh Khazali St. , Khosravi Crossroad, Mashhad, Iran.

P.O. Box: 9134683187

Telefax: + 985132213325

E-mail: jostar.feqhi@gmail.com

Website: jostar-fiqh.maalem.ir