



# جستارهای فقه اصول

فصلنامه اداره کل آموزش دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی  
سال اول، شماره اول، زمستان ۱۳۹۴

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

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سر دبیر: حسین ناصری مقدم

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

مجتبی الهی خراسانی (استادیار دانشگاه باقرالعلوم علیه السلام)

محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سعید ضیائی فر (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

ابوالقاسم علیدوست (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)

احمد مبلغی (دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)

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

حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

محمد واعظزاده خراسانی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

مدیر اجرایی: هادی مصباح الهدی

کارشناس تحریریه: مجتبی فانی

ویراستار: مهدی قاسمی

برگردان چکیده (عربی): علی اسدی، ناصر نجفی

برگردان چکیده (انگلیسی): ابراهیم داودی

صفحه آرا: حامد امامی

طراح جلد: علیرضا تقوایی



نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان شهید رجایی، نبش کوچه روشن، دفتر تبلیغات اسلامی

خراسان رضوی، کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷ - تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

سامانه الکترونیکی: [jostar-fiqh.maalem.ir](http://jostar-fiqh.maalem.ir)

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی در پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی ([www.daftarmags.ir](http://www.daftarmags.ir)) نمایه می شود.

## مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

- جواد ایروانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)  
محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)  
سید کاظم طباطبائی پور (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)  
علیرضا عابدی سرآسیا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)  
محمد رضا علمی سولا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)  
ابوالقاسم علی دوست (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)  
ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (استادیار دانشگاه یاسوج)  
محمد تقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)  
سعید محسنی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)  
مهدی مهریزی (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران)  
سعید نظری توکلی (استادیار دانشگاه شهید بهشتی تهران)  
سید حسن وحدتی شبیری (استادیار دانشگاه قم)

## راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی عبارت است از:

۱. فلسفه فقه و اصول فقه؛ با اولویت: ساختار و روابط درونی اصول فقه، تعاملات و کارکردهای بیرونی اصول فقه؛
۲. فقه و اصول فقه مقارن؛ با اولویت: بازشناسی و نقد فقه سلفیه، قواعد فقهی مقارن؛
۳. فقه فرهنگ و تمدن؛ با اولویت: فقه شهر و شهرنشینی، فقه ارتباطات فرهنگی؛
۴. عرصه‌ها و قلمروهای فقهی و اصولی دیگر ....

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۳

### ضوابط کلی و محتوایی

۱. مقاله باید دارای یکی از ویژگی‌های زیر باشد:
  - الف) ارائه‌کننده نظریه یا یافته جدید علمی؛ ب) ارائه‌کننده تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛ ج) ارائه‌کننده استدلال جدید برای یک نظریه؛ د) ارائه نقد جامع علمی از یک نظریه.
  ۲. تنها مقاله‌هایی قابل بررسی است که حاصل پژوهشی بدیع بوده و نتیجه مطالعات و تحقیقات نگارنده باشد. بنابراین صرف تدوین و جمع‌بندی کافی نیست.
  ۳. نویسنده مسئول لازم است طی نامه‌ای به سردبیر مجله، با ذکر کامل نام و نام خانوادگی خود (و سایر نویسندگان همکار)، تحصیلات، رتبه علمی، آدرس، شماره تلفن و دورنگار و نشانی پست الکترونیکی خود را اعلام کند.
  ۴. چنانچه مقاله‌ای چند نویسنده داشته باشد و نویسنده مسئول مشخص نشده باشد، ارائه مقاله و تمام مکاتبات و مسئولیت مقاله با نویسنده اول است. درج نشانی الکترونیک در پایین

- صفحه اصلی مقاله، فقط به نویسندگان اول اختصاص دارد.
۵. مقاله بیشتر منتشر نشده باشد و نویسنده متعهد به نشر آن در جای دیگر نباشد. همچنین مقاله‌های ارسالی، نباید هم‌زمان به مجله‌های دیگر ارایه شود.
  ۶. مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشد.
  ۷. مسئولیت مقاله به لحاظ علمی و حقوقی به عهده نویسنده است.
  ۸. حق ردّ یا قبول و نیز ویراستاری مقاله برای مجله محفوظ است.
  ۹. تأیید نهایی مقاله برای چاپ در مجله پس از نظر داوران، با هیئت تحریریه است.
  ۱۰. ترتیب مقالات هر شماره، بر اساس اقتضائات مورد نظر مجله سامان می‌یابد.
  ۱۱. پس از چاپ مقاله، سه نسخه از مجله به نویسنده (ها) اهدا خواهد شد.
  ۱۲. نقل و اقتباس از مقاله‌های مجله، با ذکر منبع آزاد است.

### ضوابط ساختاری و نگارشی

۱۳. رعایت دستور خط زبان فارسی مصوّب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
۱۴. حجم مقاله حداکثر ۷۵۰۰ کلمه (هر صفحه معادل ۳۰۰ کلمه) باشد.
۱۵. مقاله بر روی کاغذ A۴ با نرم‌افزار Word و قلم B Zar (برای فارسی) و AZar (برای عربی) فونت ۱۳ حروفچینی شود. همچنین حاشیه بالا ۵ و پایین ۳، چپ و راست ۲/۵ و میان ستور ۱cm، و چکیده، پانویس و منابع با همان قلم و اندازه ۱۱ باشد. قلم انگلیسی Times New Roman با فونت ۱۲ تایپ شود.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۴

۱۶. هر مقاله باید شامل بخش‌های اصلی زیر باشد:
  - ۱۶/۱. عنوان: عنوان مقاله ضمن اختصار باید تمامی ویژگی‌های کار انجام‌شده را مشخص کند.
  - ۱۶/۲. چکیده: چکیده باید حداکثر در ۳۰۰ کلمه به‌طور صریح، موضوع و نتایج پژوهش انجام‌شده را مطرح کند؛ یعنی بیان کند که چه کاری، چگونه و به چه منظور انجام شده و چه نتیجه‌ای حاصل شده است. در چکیده نباید هیچ‌گونه جزئیات، جدول، شکل یا فرمولی درج شود.
  - ۱۶/۳. کلیدواژه: هر مقاله باید دست کم ۳ و حداکثر ۷ کلیدواژه داشته باشد.
  - ۱۶/۴. مقدمه: در مقدمه پس از بیان کلیات موضوع، ابتدا خلاصه‌ای از تاریخچه موضوع

و کارهای انجام شده به همراه ویژگی‌های آن بیان می‌شود. در ادامه، تلاشی که در مقاله و در تبیین کار انجام شده برای رفع مشکلات و کاستی‌های موجود، گشودن گره‌ها یا حرکت به سمت یافته‌های نو صورت گرفته است، توضیح داده می‌شود.

۱۶/۵. متن اصلی: مطالب اصلی در این بخش درج می‌شوند که باید شامل تعریف مفاهیم مورد نیاز، طرح مسئله و متن اصلی شود. در نوشتن متن تلاش شود تنها به موضوع اصلی مقاله پرداخته شود تا ذهن خواننده از انحراف نسبت به سلسله مطالب مصون بماند. تمام جملات دست کم یک بار مرور شوند تا از کامل بودن و صحت آنها از نظر دستور زبان فارسی اطمینان حاصل شود. دقت شود که جملات یک پاراگراف، سلسله‌وار به هم مربوط بوده و یک موضوع را دنبال کنند.

۱۶/۶. نتیجه‌گیری: در این بخش، نکات مهم در کار انجام شده به‌طور خلاصه مرور شده و نتایج برگرفته از آن توضیح داده می‌شود. سهم علمی مقاله باید در بخش نتیجه تصریح شود. هرگز عین مطالب چکیده در این بخش آورده نشود. بخش نتیجه می‌تواند به کاربردهای پژوهش انجام شده اشاره کند، نکات مبهم و قابل پژوهش جدید را مطرح نماید، و یا گسترش موضوع بحث را به زمینه‌های دیگر پیشنهاد دهد.

۱۶/۷. منابع: منابع مقاله، به ترتیب حروف الفبا مرتب شده (ابتدا منابع فارسی و عربی، سپس انگلیسی) در انتهای مقاله آورده شوند. دقت شود که تمام منابع، مورد ارجاع در متن باشند.

۱۷. فهرست منابع به ترتیب حروف الفبا و به ترتیب زیر آورده شود:

۱۷/۱. در مورد 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.

۱۷/۲. در مورد مقاله: نام خانوادگی، نام. «عنوان اصلی و فرعی مقاله»، نام مجله (ایتالیک)، سال نشر، جلد / دوره / سال، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.

۱۷/۳. در مورد پایان‌نامه: نام خانوادگی، نام. سال انتشار. عنوان پایان‌نامه (ایتالیک). نام دانشگاه یا سایت اینترنتی که پایان‌نامه یادشده در آن قابل دسترسی است.

۱۷/۴. در مورد سایت اینترنتی: نام خانوادگی، نام. سال انتشار و یا روزآمدن شدن. «عنوان مطلب» (ایتالیک). آدرس سایت به صورت کامل.

۱۷/۵. در مورد همایش و کنفرانس‌ها: نام خانوادگی، نام. سال انتشار. «عنوان مقاله»

(ایتالیک)، عنوان کتاب مجموعه مقالات، محل نشر: نام ناشر.

### ضوابط ارجاع

۱۸. در متن به صورت (نام مؤلف، جلد / صفحه) آورده شود مانند: (مطهری، ۱۳۸۸، ۴۰) و در صورت استفاده از دو یا چند اثر از یک نویسنده، نام اثر نیز آورده شود. اگر آثار یک نویسنده در یک سال چاپ شده باشد بلافاصله پس از سال، الف و ب ذکر شود؛ مانند: (مطهری، ۱۳۸۸ الف، ۴۰) و درباره ارجاع دوم مانند: (مطهری، ۱۳۸۸ ب، ۲۲). بدیهی است در قسمت منابع باید مراد از الف و ب مشخص شود. ارجاعات مربوط به منابع لاتینی به صورت (Arbery ۶۵) آورده شود.

۱۹. ارجاعات توضیحی، مانند صورت لاتین کلمات، شرح اصطلاحات و مانند آن در پانویس آورده شود. ارجاع و اسناد در یادداشت‌ها مثل متن مقاله روش درون‌متنی است.  
۲۰. در صورت تکرار ارجاع، باید مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان، پیشین و ibid خودداری گردد.

۲۱. استاندارد در نظر گرفته شده برای ارجاعات درون‌متنی و منابع براساس کتاب شیوه‌نامه ایران (www.irandoc.ac.ir/files/shivenameh-iran.pdf) است.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۶

### نحوه ارسال مقاله

۲۲. مقالات به صورت حروفچینی شده در محیط Word به سامانه الکترونیک فصلنامه (jostar-fiqh.maalem.ir) ارسال گردد.

## فهرست

- ۹ بُن نگره «شخصیت گرایی» در اصول فقه و هویت یابی نظریه حق الطاعه  
علی الهی خراسانی
- ۳۵ کارآمدسازی مبحث «حقیقت شرعیه»  
جوادیروانی
- ۵۷ بررسی استصحاب تقدیری از دیدگاه دانشیان اصول  
سیدعلی جبار گلباغی ماسوله
- ۶۹ بازخوانی دیدگاه امام خمینی علیه السلام در باب حکم فقهی غیبت مخالفان  
علی محمدیان / محمدرضا علمی سولا / محمدتقی فخلعی
- ۸۹ واکاوی عهدی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقه امامیه و حقوق موضوعه  
سید محمد هادی قبولی درافشان
- ۱۱۹ جستاری در نظریه «ایقاع بودن وصیت»  
حمید مسجدسرائی
- ۱۳۹ چکیده های عربی و انگلیسی

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴







فصلنامه اداره کل آموزش دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی  
سال اول، شماره اول، زمستان ۱۳۹۴

# بُن نگره «شخصیت گرایی» در اصول فقه و هویت یابی نظریه حق الطاعه<sup>۱</sup>

علی الهی خراسانی<sup>۲</sup>

## چکیده

بُن نگره «شخصیت گرایی» بر اصول فقه معاصر سایه افکنده است. این بُن نگره دارای خاستگاه زبانی و اجتماعی است که سرچشمه آن زبان عربی به عنوان زبان دانش های اسلامی است. در اصول فقه، ساختار امر با اندیشه شخصیت گرایی تحلیل می شود؛ بدین گونه که وقتی امر / مولا نسبت به کاری امر می کند، در حقیقت، شخصیت امر به عملی که بدان امر شده ربط پیدا می کند. در نتیجه، مأمور اگر امر را انجام ندهد در واقع به شخصیت امر و کرامت او ضربه زده و احترام امر را رعایت نکرده است. در بُن نگره شخصیت گرایی، ملاک استحقاق عقاب در مخالفت با امر مولا، زیر پا گذاشتن احترام به مولا، طغیان عبد بر مولای خویش و هتک حرمت شخصیت اوست که بنا بر تفسیر عقل عملی صورت می گیرد. نظریه حق الطاعه به عنوان نمونه اعلامی بُن نگره شخصیت گرایی از این منظر نقد می شود. بُن نگره شخصیت گرایی

بُن نگره  
«شخصیت گرایی» در  
اصول فقه و هویت یابی  
نظریه حق الطاعه  
۹

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۰/۱۵؛ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۵. این مقاله برگرفته از طرحی پژوهشی است که پیشتر در گروه فقه و حقوق اسلامی (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی) تصویب شده است.

۲. طلبه سطح چهار حوزه علمیة خراسان رضوی، دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه عدالت (تهران)، رایانامه: parsayan.ali@gmail.com

متناسب با جوامع طبقاتی بوده و مانع رشد تفکر قانونی در اصول فقه است. همچنین نقدهایی بر اساس رویکرد عقلایی و سنجش میان ارزش احتمال و محتمل در برابر نظریه حق الطاعه قرار می گیرد و به دیدگاه پیشنهادی در حجیت احتمال اشاره می شود.

**کلیدواژه:** فلسفه علم اصول، بن نگره اصولی، شخصیت گرایی، حق الطاعه، رابطه عبد و مولا.

## بخش اول. شخصیت گرایی به مثابه بن نگره اصولی

### ۱. بن نگره در فلسفه علم اصول

ابتدا مناسب است به صورت اجمالی به مفهوم بن نگره، ویژگی ها و تفاوت آن با نظریه پرداخته شود. واژه بن نگره، برابر فارسی اصطلاح «پارادایم»<sup>۱</sup> است که توماس کوهن با کتاب ساختار انقلاب های علمی در سال ۱۹۶۲ میلادی وارد ادبیات فلسفه علم کرد. در نظریه کوهن، بن نگره عبارت است از روش عمده علم ورزی در یک زمینه خاص. به تعبیر دیگر بن نگره، مجموعه ای از ادعاها درباره جهان، روش گردآوری و تجزیه و تحلیل داده ها، و عادت های تفکر و عمل علمی است. در نظریه علم کوهن، دگرگونی های شگرف در شیوه نگرش دانشمندان به جهان - «انقلاب هایی» که علم گاه به گاه دستخوش آن می شود - هنگامی روی می دهند که بن نگره ای جای خود را به بن نگره ای دیگر بدهد. بن نگره در این معنای کلی، روش های عمده علم ورزی است؛ اما معنای دقیقی نیز در دل خود دارد که عبارت است از نمونه هایی که همچون الگو کار می کنند، الهام می بخشند و کارهای دیگر را راهبری می کنند. (چالمرز، ۱۳۸۴، ۱۰۹؛ شیخ رضایی، ۱۳۹۲، ۱۲۰؛ اکاشا، ۱۳۸۷، ۱۰۹)

در تعریفی دیگر، بن نگره یا «مدل» عبارت است از انگاره ذهنی از یک موضوع که مشتمل بر یک سلسله مفاهیم، پیش فرض ها، روش ها، رویکردها و نظریه ها باشد. مطابق این تعریف، نظریه، بخشی از بن نگره به شمار می آید و از این رو، یک بن نگره را با بررسی نظریه های آن می توان تحلیل کرد. معمولاً در هر علمی، یک یا چند بن نگره مسلط وجود

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۱۰

۱. (paradigm) در عرف مجامع علمی، اغلب برابر با چارچوب و الگوواره است؛ اما سه برابر زیر نیز شناخته شده اند:  
۱. مدل واره، سرمشق؛ ۲. مثال واره؛ ۳. بن نگره (در نظریه های علمی و روش شناسی) (آشوری، ۱۳۸۴، ۲۹۰)

دارد و براین اساس، برخی فیلسوفان علم، پذیرش بن‌نگره‌های حاکم بر هر علم را شرط مقبولیت آن علم دانسته‌اند؛ مانند بن‌نگره‌های اخباری‌گری و اصولی‌گری در علم فقه، یا اشعری‌گری و معتزلی‌گری در علم کلام و یا سنت‌گرایی و عقلانیت انتقادی در دین‌شناسی (خسروپناه، ۱۳۸۶، ۱۵).

باری! بن‌نگره، مجموعه‌ای از اصول و پیش‌فرض‌های اساسی در باب انواع مسایل و پرسش‌ها و چگونگی پاسخ‌بدان‌ها و ناظر به روش‌های پردازش یک دانش است. به بیانی دیگر بن‌نگره، چارچوبی از مبانی نظری و عناصر کلانی است که برای کشف، تبیین، سنجش و اصلاح نظریه‌های علمی به کار می‌رود. (علی‌پور و حسنی، ۱۳۸۹، ۲۵)

نسبت به ویژگی‌های بن‌نگره و تفاوت آن با نظریه می‌توان گفت هر بن‌نگره بر پایه برخورداری از سه عنصر شکل گرفته است: کلیت؛ تأثیرگذاری؛ هویت‌بخشی.

در نتیجه بن‌نگره را باید فراتر از نظریات ساده، مقوله‌ای پُرهمنه، اندیشه‌ساز و به‌شدت تاریخ‌ساز دانست. نقطه‌اصلی تعیین‌یک بن‌نگره، کارکرد آن به‌عنوان عامل هویت‌بخشی به مجموعه‌ای از نظریات، قواعد و گزاره‌ها است که بازتاب‌ها و تأثیرات فراوانی را در شیوه اندیشیدن، نوع پاسخ‌دادن، و چند و چون و تعداد پرسش‌ها و مسایل علمی هر دوران به همراه دارد. (مبلغی، ۱۳۸۲، ۷)

بنابراین بن‌نگره، عامل روح‌بخش و معنابخش به نظریات است؛ به‌طوری‌که نظریات، بدون بن‌نگره‌ها جمله‌هایی بی‌معنی و غیرمنطقی خواهند بود. بن‌نگره را می‌توان مجمع‌الجزایری از نظریات گوناگون دانست که بستر زیرین همه آنها یکی است؛ ولی هر کدام از هویت و مختصات انحصاری و ویژه برخوردار است.

اما فلسفه علم اصول از جمله فلسفه‌های مضاف به علم (ر.ک: رشاد، ۱۳۹۰، ۱/۳۳) است که در دهه اخیر رشد چشمگیری داشته است.

برخی پژوهشگران، در تعریف فلسفه علم اصول گفته‌اند: «فلسفه علم اصول دانش مطالعه فرانگر - عقلانی اصول فقه، برای دستیابی به احکام کلی این دانش و امتهات مسایل آن است» (رشاد، ۱۳۹۰ وب‌سایت).

برخی نیز مهم‌ترین مسایل فلسفه علم اصول را «تبیین قلمرو، هدف، روش و مبادی

تصوری و تصدیقی علم اصول و نیز تأثیر علم اصول بر علوم دیگر و تأثیر نگاه اجتماعی به علم اصول» برشمرده‌اند (آملی لاریجانی، ۱۳۹۳، ۱/۳۷؛ ر.ک: معلمی، ۱۳۸۹، ۲۳). این دو تعریف از دو مدرّس فلسفه علم اصول ازین رو بیان شد که می‌توان بن‌نگره‌شناسی را در مجموعه مباحث فلسفه علم اصول قرار داد و بنابراین کاوش از بن‌نگره‌های اصولی با این تعاریف سازگار است.

مناسب به نظر می‌رسد نسبت به دانش اصول‌فقه، بن‌نگره / بن‌نگره‌های این دانش در طول تاریخ، کشف و استخراج شود و مورد بررسی قرار گیرد و مطالعات «توصیفی» موشکافانه و با نتایج «دستوری» در این باره انجام گیرد؛ بنابراین در دانش نوپدید «فلسفه علم اصول» می‌توان از بن‌نگره / بن‌نگره‌های دانش اصول سخن گفت و مبحث روش‌شناسی این دانش نوین را توسعه بخشید.

باید گفت انتخاب روش، وابسته به روش‌شناسی است و انتخاب روش‌شناسی هم به بن‌نگره و جهان‌بینی فرد وابسته است. (ر.ک: شریفی، ۱۳۹۳، ۴۰۶)

خلاصه آنکه روش‌شناسی دانش علم اصول در فلسفه علم اصول جای می‌گیرد و سخن گفتن از بن‌نگره علمی، رویکرد روشی مهم و اساسی بدان علم است. پیشنهاد می‌شود پذیرش و یا نپرداختن به بن‌نگره اصولی، در فهرست سرفصل‌ها و عناوین دانش نوپای فلسفه علم اصول جای گیرد.

پس از این مقدمه می‌توان گفت مستحکم‌ترین بن‌نگره در دانش اصول‌فقه معاصر که ریشه‌های آن در پهنای تاریخ گسترده است، بن‌نگره «شخصیت‌گرایی» است. تاکنون دانش اصول‌فقه بر اساس ساختار عبد و مولا، مسئله بنیادین حکم‌شناسی و دیگر مسایل تابع آن را پردازش کرده است و می‌توان گفت فضای کلی اصول (با نگاه اصول‌فقه) بر محور عبد و مولا می‌گردد و شخصیت‌گرایی بر اساس پاسداشت شخصیت مولا بر دانش اصول‌فقه سایه افکنده است.

به نظر می‌رسد شخصیت‌گرایی و مدل عبد و مولا در علم اصول، تمام ویژگی‌های یک بن‌نگره علمی را دارا است. در طول این تحقیق می‌توان به کلیت، تأثیرپذیری و هویت‌بخشی و حضور در پیش‌فرض‌ها و الگوواره‌بودن شخصیت‌گرایی در اصول‌بسان یک بن‌نگره پی برد.

## ۲. خاستگاه اجتماعی و زبانی شخصیت گرایی

به اختصار می‌توان گفت در جوامع گذشته هر آنچه سلطان و پادشاه تشخیص می‌داد و دستور می‌داد باید توسط مردم رعایت می‌شد و انجام می‌گرفت و تمام مملکت معطوف به نظم سلطانی بود. آنچه سبب پیروی از فرامین پادشاه به‌شمار می‌رفت «شخصیت» پادشاه بوده و ازین رو سرپیچی از پادشاه، درحقیقت زیرپا گذاشتن و بی‌احترامی به شخصیت او - به مثابه عالی‌ترین نهاد حاکمیتی - محسوب می‌شد. «اقتدار شاهی» درحقیقت ناشی از «توسعه اعتباری شخصیت» شاه و سلطان بود که خود را در فرامین و دستورهای ملوکانه نشان می‌داد. به بیان دیگر، در اوامر مولوی که از پادشاهان مستبد و رؤسای قبایل و اربابان زمین صادر می‌شد، مولوی در این اوامر نبود مگر به جهت اینکه آمر، شخصیت خود را به فعل مأمور به ربط می‌داد؛ به گونه‌ای که کسی که این امر را انجام نمی‌داد، هتک کننده شخصیت آمر به‌شمار می‌رفت. (مهري، بی تا، ۳۷)

اما در پی تکامل جوامع و رشد تفکر عقلایی، «نهاد سلطنت» جای خود را به «حکومت قانون» داد و این قانون بود که دوگانه مردم / دولت را تنظیم می‌کرد و این گونه قدرت، معطوف به قانون گردید.

در ادامه بدین پرسش اساسی پاسخ خواهیم گفت که شخصیت گرایی چگونه در تحلیل احکام شارع وارد شد و به مثابه بن‌نگره، دانش اصول فقه را درنوردید. همچنین خاستگاه زبانی اسلام یعنی فرهنگ عربی و نظام اجتماعی عبد و مولا در این فرهنگ زیستی، چگونه شخصیت گرایی را در حکم‌شناسی قانون‌گذار اسلامی جای داد. کوتاه سخن آنکه شخصیت گرایی در نظام قبیله‌ای عرب، خود را به صورت «ساختار عبد / مولا» نشان می‌دهد و عبد در تمام افعال خود باید شخصیت مولا و احترام جایگاه او را داشته باشد و از هر فعلی و یا حتی احتمال آنکه توهین به شخصیت مولا و عدم رعایت شأن و جایگاه او به حساب آید پرهیز کند.

در ادامه خواهد آمد که دقیقاً مانند جوامع پیشاقانونی، در بسیاری از دیدگاه‌های اصولی، ملاک مجازات متخلفان از امر مولا، گره به شخصیت شارع خورده است و این گونه شخصیت گرایی در دانش اصول فقه ریشه دوانده است.

از سویی دیگر روشن است که زبان دانش‌های اسلامی به دلیل محیط جغرافیایی

تولید منابع معرفتی این دانش، عربی است. از این رو مناسب است که به خاستگاه زبانی بن‌نگره شخصیت‌گرایی در اصول‌فقه اشاره کنیم. همچنین سرانجام خواهیم دید اندیشه شخصیت‌گرایی در اصول‌فقه، مولود زبان و فرهنگ عربی محسوب می‌شود. درحقیقت شخصیت‌گرایی با این زبان، وارد مباحث حکم‌شناسی دانش اصول‌فقه شد و ساختار عبد و مولی را نهادینه کرد.

زبان عربی، زبانی برای انتقال مفاهیم قانونی به‌شمار نمی‌رود. کسی که درباره دامنه و کاربردهای زبان عربی دقت کند، کاربرد وسیع این زبان نسبت به مفاهیم مورد نیاز یک جامعه ابتدایی را درمی‌یابد. به‌طورمثال در این زبان، واژه‌های زیادی بیانگر معنای شیر (آسد) است؛ چراکه عرب‌زبان، برای استعاره و مجازگویی به این واژه‌ها نیاز دارد. یا برای شتر (ایل) واژه‌های فراوانی وجود دارد که حالت‌ها و سنین مختلف شتر را بیان می‌کند. این واژه‌ها و مانند آن در زبان عربی دارای ارزش قانونی نیستند و این بدین خاطر است که جامعه بدوی عرب‌زبان، از فضای فرهنگی و تمدنی پیشرفته دور بوده است.

شریعت اسلامی، براساس دیدگاه کلامی شریعتی تمدنی، جهان‌شمول و دارای دیدگاه‌های مترقی است؛ اما حقیقت این است که با واقعیتی ناسازگار نسبت به جغرافیا، زمان و زبان صدور خود مواجه شد. البته زبان عربی در لایه‌های عمیق خود، برخوردار از مفاهیم قانونی هست. به‌طورمثال، ماهیت اختصاص در شریعت اسلامی به «ملکیت» و «حق» تقسیم می‌شود. ملکیت به اعتبار مالک، به شخصی و کلی تقسیم می‌شود و به اعتبار مملوک کلی، به کلی در معین و کسر مشاع و شرکت در مالیت تقسیم می‌گردد، همچنین خود ملکیت به ملکیت مطلقه و غیر آن تقسیم می‌شود. حق نیز به قابل نقل و غیرقابل نقل و قابل اسقاط و غیر آن تقسیم می‌شود؛ بنابراین چگونگی در زبان عربی که ظرفیت شبکه مفاهیم قانونی را ندارد، جعل قانون برای چنین احکامی ممکن خواهد بود؟ آیا با وضع اصطلاحات جدید که حقیقت شرعی گفته می‌شود، قانون‌گذاری میسر خواهد شد؟ البته چنین فرضی با توجه به داشتن زمانی کوتاه برای قانون‌گذاری، توسط شریعت اسلامی غیرممکن بود؛ زیرا با ذهنیت بدوی اعراب برخورد می‌کرد. بدین خاطر نیز قوانین اسلامی به تدریج و براساس ذهنیت و تجربه‌های زیستی اعراب صادر می‌شد.

قانون‌گذاری در جامعه عرب، با زبان ابتدایی مولوی (زبان تفاهمی عبد و مولا) جریان پیدا می‌کند که در این صورت، هنگام استنباط قوانین، تشابه معانی با یکدیگر و اختلاف در فهم پیش خواهد آمد و این دوری از زبان تمدنی و قانونی، چیزی است که اکنون نیز در جامعه عربی وجود دارد. البته پس از طلوع اسلام، در دوری زبان عربی از فرهنگ قانونی تغییری پیدا نشد؛ بر همین اساس ابن‌خلدون در مقدمه کتاب خود و احمد امین در «ضحی الاسلام» گفته‌اند که رویکرد دانش‌جویی و تفقه در دین، در موالی و غیرعرب‌ها بیشتر بروز و تجلی یافت تا اعراب! اعراب حتی پس از اسلام شخصیت خود را در برتری نظامی و لشگرکشی می‌دیدند نه آنکه به غلبه علمی و توسعه فرهنگی بیندیشند. (ابن‌خلدون، ۱۳۶۹، ۱/۲۸۴ و ۲۹۰؛ امین، ۱/۱۷)

نتیجه آنکه با وجود فقر زبان عربی از اصطلاحات قانونی، شریعت اسلامی ناچار شد جهت تفهیم و تفاهم، از زبان مولوی برای بیان احکام خویش استفاده کند و از صیغه امر و نهی که در ارتباط عبد و مولا و نظام قبیله‌ای و طبقاتی وجود دارد، پیروی کند.

در عرف عربی، فهم «وجوب» از امر مولا به عبد (افعال)، چه رابطه عبد و مولا درست باشد و چه نباشد، چنین برداشتی، نوعی فهم زبانی و بر اساس ادبیات است. در چنین جوامعی در امر پدر به پسرش: «(اخرج الی السوق)» (به بازار برو!) نوعی سیطره پدر بر پسر وجود دارد که مظهری از سیطره مولا و عبد است. ازین رو در عرف این جوامع، لفظی که برای امر وضع شده، درحقیقت برای حکایت این رابطه است. (مددی، ۱۳۹۳، ۱/۵۷۶)

اما باید گفت چنین تبعیتی از زبان مولوی، سبب تشابه مضامین و اختلاف احکام در شریعت اسلامی گشت. به‌طور مثال شارع مقدس وقتی می‌خواهد حکم تکلیفی جعل کند از صیغه امر استفاده می‌کند: مانند ﴿اقیموا الصلاة﴾ (بقره: ۴۳) و هنگامی که می‌خواهد حکم وضعی (مانند نجاست) را نیز جعل نماید همان صیغه امر را به کار می‌برد؛ مانند ﴿اغسل ثوبک من ابوال ما لا یؤکل لحمه﴾ (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۳/۸). این گونه موارد، سبب اشتباه حکم ارشادی با حکم مولوی می‌شود.

بُن‌نگره  
«شخصیت‌گرایی» در  
اصول فقه و هویت‌یابی  
نظریه حق الطاعه

نمونه دیگر، اختلاف در فهم سخن خداوند است که می فرماید: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ (طلاق: ۱) به گونه ای که برخی فقیهان اهل سنت از این صیغه امر، حکم تکلیفی استفاده کرده اند که طلاق هنگام حیض دارای حرمت تکلیفی است نه آنکه حرمت وضعی داشته باشد؛ زیرا ظهور صیغه امر در حکم تکلیفی است. اما فقیهان شیعه از آنجایی که در جعل اصطلاحات قانونی دقت دارند بر این باورند که صیغه امر وقتی به معاملات تعلق بگیرد متوجه حصه ای خاص از آن می شود و نهی نسبت به معاملات نیز فساد و بی اثری را نتیجه می دهد، نه آنکه حرمت تکلیفی را برساند. (مغنیه، ۱۳۷۷، ۴۱۲)

همچنین نسبت به احکام وضعی در تعیین مقصود اشتباه می شود. به طور مثال در این سخن خداوند که ﴿إِنَّمَا الْمَشْرُكُونَ نَجَسٌ﴾ (توبه: ۵۰) آیا مراد از نجس، معنایی قانونی و جعل ماده قانونی است؟ یا آنکه منظور نجس در اینجا تنها تعبیری ادبی به معنای خبیث و پلید است که در استعمالات عربی چنین معنایی متبادر می شود و کاربرد آن تأثیرگذاری بر احساسات مخاطب است؟ این ابهام از زبان عربی ناشی می شود. (هاشمی، ۱۳۹۶، ۷۵)

خلاصه آنکه زبان، تنها مجموعه واژگان نیست؛ بلکه یک نهاد اجتماعی است و با خود فرهنگی را همراه دارد؛ ازین رو درحقیقت می توان گفت زبان عربی، درگاه شخصیت گرایی است که براساس نظام عبد و مولا به تبیین مناسبات آمر / مولا و مأمور / عبد در دانش اصول فقه بدان پرداخته می شود.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۱۶

## بخش دوم. اصول فقه و شخصیت گرایی

### ۱. شخصیت گرایی و اعتبار مولوی

گرچه در اصول فقه از حکم شارع به «امر و نهی مولوی» یاد می شود؛ اما شهید صدر برای اولین بار حقیقت «اعتبار» را به مولویت مولا و حق الطاعه گره زد. وی اعتبار را ساختاری عرفی شمرد که از مولویت مولا کشف می کند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ۲/۲۲۳) و بدین گونه «توسعه اعتباری شخصیت مولا» رقم می خورد.

شهید صدر می نویسد:

«مرحلة ثبوت حکم واقعی مشتمل بر سه عنصر است: ملاک، اراده و اعتبار. البته اعتبار، عنصر ضروری نیست؛ بلکه غالباً به عنوان چارچوب و ساختار بیانی به کار برده می شود.



توضیح حقیقت این عنصر بدین گونه است که مولا همان طور که حق الطاعه بر مکلف دارد، حق مشخص کردن مرکز حق الطاعه در زمان خواستن چیزی از مکلف را نیز دارد. هنگامی که ملاک در شیئی تمام بود و مولا آن را اراده کرد، ضروری نیست که مولا همانی که اراده کرده را بر عهده مکلف بگذارد و مرکز حق الطاعه را این گونه مشخص نماید؛ بلکه امکان دارد مولا مقدمه آن چیزی را که اراده کرده، مرکز حق الطاعه قرار دهد و مقدمه را اعتبار کند. ... حق الطاعه بر آنچه مولا در اعتبار خود تحدید و تعیین کرده قرار داده می شود. در نتیجه اعتبار برای کشف از کانون حق الطاعه که مولا معین کرده معمولاً به کار برده می شود که گاهی با مرکز اراده مولا یکی است و گاهی متغایر است» (صدر، ۱۴۲۸، ۴۹).

آنچه در اندیشه اصولی شهید صدر نسبت به حکم شناسی، مهم و اساسی است، این است که حق الطاعه و ارتباط حجیت با مولویت مولا است و به نظر می رسد در نگاه وی عنصر اعتبار، هیچ ویژگی و کارکردی جز بیان مرکز و کانون حق الطاعه و شخصیت مولا ندارد. شهید صدر در بحث تجزّی چنین می گوید:

«صحیح آنست که حق مولا بر عباد، اطاعت آنچه از حکم مولا واصل می شود، است حتی اگر وصول، اشتباه باشد و حکم الزامی در واقع نباشد. قیاس مقام مولا با حقوق عقلایی نادرست است؛ زیرا حق طاعت مولا به ملاک غرض مولا و نیاز او نیست که مانند حقوق مردم قابلیت کشف خلاف داشته باشد؛ بلکه به ملاک احترام مولا، بزرگ داشتن و عدم توهین به جایگاه اوست. بنابراین، مرکز و کانون حق الطاعه، حکم واصل منجز است؛ حال در واقع باشد یا خیر و در نتیجه تجزّی مانند معصیت قبیح است» (حائری، ۱۴۰۸، ۳۰۳/۱).

بدین ترتیب آنچه مهم و کلیدی است رعایت شخصیت مولا توسط عبد است و اعتبار، هیچ اصالت و موضوعیتی ندارد. عبد در مواجهه با احکام صادره از شارع، هیچ توجهی به مناسبات عقلایی جامعه نباید داشته باشد و تنها جایگاه و شخصیت مولا و کمال احترام به او را باید در نظر بگیرد. ترسیم شهید صدر از رابطه عبد و مولا بدین گونه است که وجود و اعضای بدن عبد، امتداد مولا است؛ در نتیجه نباید از مولا تخلفی داشته باشد؛ درست همان طور که عضلات مولا از خود مولا تخلفی ندارد. وی از تنگ نای زبان بشری می گوید که زبانی منطبق بر مولای حقیقی نیست (عبدالساتر، ۱۴۱۷، ۲۰۰/۵).

بُن نگره  
«شخصیت گرایی» در  
اصول فقه و هویت یابی  
نظریه حق الطاعه

## ۲. شخصیت‌گرایی و تحلیل مخالفت با مولا

بر اساس بن‌نگره شخصیت‌گرایی هنگامی که شخص امر نسبت به کاری امر می‌کند، شخصیت امر به عملی که بدان امر شده، ربط پیدا می‌کند. به بیان دقیق‌تر به‌وسیله امر، بین فعل و شخصیت امر نوعی «ارتباط اعتباری» جعل می‌شود. (مهری، بی‌تا، ۳۷/۲) در این نگاه، فردی که بدان امر شده، اگر امر را انجام ندهد درحقیقت به شخصیت امر و جلالت او ضربه زده است و احترام امر را رعایت نکرده است؛ مانند قسم که مفاد آن ربط‌دادن میان آنچه بدان قسم خورده با شخصیت کسی که قسم به او خورده است، و مانند آنکه شخص، صحت قولش را به جان مادرش قسم می‌خورد و ربط می‌دهد که اگر مطلب صحیح نباشد درحقیقت به شخصیت کسی که به او قسم خورده، خدشه وارد می‌شود (شهیدی، بی‌تا، ۱۹/۲).

بنابراین، شارع مقدس که دارای مولویت حقیقی و نیز خالق، مالک و منعم بندگان است، وقتی امری از او صادر می‌شود، برای آنکه شخصیت او محترم شمرده شود، بندگان باید اوامر او را رعایت کنند و در صورت مخالفت با امر شارع، درحقیقت به شخصیت مولای حقیقی تجاوز و ظلم شده و بی‌ادبی به شخصیت و هتک حرمت او صورت گرفته است.

بنابراین، اولین مسئله‌ای که در دانش اصول‌فقه براساس شخصیت‌گرایی تبیین می‌شود، امر و حکم شارع است و بدین سان «حکم‌شناسی»، اساسی‌ترین و محوری‌ترین مسئله در اصول‌فقه به‌شمار می‌رود. در این بخش به تفصیل، ملاک استحقاق عقاب در نظر دانشیان اصول‌فقه و سیر تطوّر این بحث بیان می‌شود و به دیدگاه‌هایی که به تصریح ملاک استحقاق عقاب را به شخصیت مولا گره زدند، می‌پردازیم.

### بخش سوم. بررسی دیدگاه‌های استحقاق عقاب

#### ۱. جایگاه ملاک استحقاق عقاب در اصول‌فقه

در کتب فقهی و اصولی می‌توان به بحث استحقاق عقاب و چرایی آن از زوایای مختلفی پرداخت. مثلاً در کتب فقهی و نیز اصولی، همه به این مسئله اشاره داشته‌اند که تارک واجب و یا فاعل حرام، آنگاه مستحق عقاب می‌شود که شرایط عامه تکلیف (عقل، بلوغ، قدرت و التفات) در حق او فعلیت یافته باشد (موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً

لمذهب اهل البيت عليهم السلام، ۲/ ۱۳۰؛ نیز ر. ک: معجم فقه الجواهر، ۲/ ۱۹۸ و ۴/ ۱۱).  
برخی دیگر استحقاق عقاب و عدم آن را برای کسی که مرتکب حرام شده از زاویه  
عامد و یا جاهل بودن وی بحث کرده‌اند و در خود جهل نیز به تفصیل پرداخته‌اند.  
(سبزواری، ۱۴۲۷، ۱/ ۱۶۷) و نیز عده‌ای دیگر به مختار بودن آدمی نگریده و تصریح  
می‌کنند که «مجرد اعطای اختیار بین اراده و فعل به انسان، مصحح مؤاخذه و همین  
ملاک عقاب و ثواب است» (حکیم، ۱۴۱۳، ۲/ ۱۸۵).

باید توجه کرد که هرچند آدمی با نفی اختیار، علم و یا بلوغ... عقاب نمی‌شود؛  
اما نمی‌توان هرکدام از این موارد و یا مجموع آن را ملاک استحقاق عقاب دانست؛ زیرا  
آنچه از عنوان «ملاک استحقاق عقاب» به ذهن متبادر می‌شود، این است که شخص  
عقل، بالغ، ملتفت و قادر- و به تعبیر دیگر مکلف- در صورت مخالفت با مولا، ملاک  
استحقاق عقاب او چیست؟ به همین دلیل است که می‌بینیم شیخ انصاری و تمامی  
فقه‌های پس از وی تاکنون با فرض مکلف بودن شخص، به بررسی حالات او پرداخته‌اند  
و از حالات مؤمنه، معذره و منجزه او سخن گفته‌اند.<sup>۱</sup>

بدین ترتیب می‌توان گفت که رابطه بین استحقاق عقاب و عدم استحقاق عقاب،  
ملکه و عدم است؛ یعنی عدم استحقاق عقاب در فرضی که شخص می‌تواند مستحق  
عقاب شمرده شود (فرد مکلف)، باید مورد بررسی قرار گیرد و از همین روی باید ملاک  
استحقاق عقاب نیز در مواردی غیر از شرایط عامه تکلیف جستجو شود؛ زیرا شرایط  
عامه تکلیف، شرط مکلف بودن است نه استحقاق عقاب، و چه بسا مکلفی که مستحق  
عقاب نباشد. در نتیجه می‌توان گفت در این مباحث اصولی، به دنبال ملاک عقاب  
مکلف هستیم.

## ۲. ملاک استحقاق عقاب در نفس حکم

بر اساس پیش فرض بالا اگر به دنبال ملاک استحقاق عقاب در کلمات فقها باشیم  
می‌توان تطوّر معناداری را در این موضوع ملاحظه نمود؛ به گونه‌ای که فقهای پیش از

۱. با مراجعه به کتب اصولی پس از شیخ انصاری و ملاحظه مباحث ایشان در ابتدای بحث امارات این مطلب بدست  
می‌آید.

قرن سیزدهم و به طور مشخص قبل از ملا احمد نراقی، «ارتکاب حرام و ترک واجب» را ملاک استحقاق عقاب می دانستند. به بیان دیگر، ایشان ملاک استحقاق عقاب را در خود احکام می دانستند و آن را خارج از قانون و بر اساس حکم عقل نمی جستند. مستندات مطلب بالا این است که سید مرتضی علم الهدی وقتی در پی تقسیمی برای افعال است، ابتدا آنها را به حسن و قبیح، سپس افعال حسن را به مباح و واجب و ... تقسیم نمود و سپس در تعریف واجب می گوید:

«چهارمین قسم از افعال حسن، افعالی هستند که تارک آنها مستحق ذم است» (علم الهدی، ۱۳۷۶، ۲/۸۷).

شیخ طوسی در «الاقتصاد الهادی الی طریق الرشاد» فصلی را به «وعده و وعید» اختصاص داده و در ضمن آن، متذکر می شود که انسان به سبب افعالی که انجام می دهد مستحق مدح، ذم، ثواب، عقاب، شکر و عوض خواهد بود؛ و سپس به تعریف این مفاهیم می پردازد و تفاوت های هر کدام را با دیگری بررسی می کند. او همچنین در تبیین مفهوم عقاب، متذکر می شود که استحقاق عقاب منوط به اخلاص به واجب و انجام قبیح است (طوسی، ۱۳۷۵، ۱۱۱).

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۲۰

ابن ابی المجد حلبی نیز در «اشارة السبق الی معرفة الحق» به همان شیوه شیخ طوسی از مدح و ذم و ثواب و عقاب و شکر و عوض به عنوان «مستحقات الافعال» بحث می کند (حلبی، ۱۴۱۴، ۲۹).

شهید اول در قاعده ۴۳ از «القواعد والفوائد» نیز استحقاق عقاب را منوط به ترک فعلی می کند که انجام دادن آن، موجب ثواب شود (شهید اول، بی تا، ۱/۶۴).

همچنین حسن بن زین الدین در معالم الدین تصریح می کند: «تارک واجب و فاعل حرام، مستحق عقاب است» (ابن شهید ثانی، بی تا، ۸۹).

محمدباقر سبزواری نیز در «ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد»، عدم اتیان فعل مأمور به را ملاک استحقاق عقاب دانسته و بر همین مبنا جاهلی را که در وقت، نماز خوانده همانند جاهلی که در خارج وقت نماز خوانده، مستحق عقاب می داند (سبزواری، ۱۴۲۷، ۲/۲۱۰).

فاضل تونی نیز درباره ملاک استحقاق عقاب معتقد است: «قسم اول از جمله

افعالی که عقل، مستقلاً پی به حکم آنها می‌برد مانند رد ودیعه و قضای دین و ... .  
حجیت حکم عقل به حُسن این افعال، مبنی بر ثبوت حُسن و قبح عقلی است» (تونی،  
۱۴۱۵، ۱۷۱).

او پس از اعتراف به ثبوت حسن و قبح عقلی و انکار اثبات حکم شرعی به وسیله  
حسن و قبح عقلی، به تعریف واجب عقلی و شرعی می‌پردازد: «واجب عقلی یعنی  
آنچه فاعل آن مستحق مدح و تارک آن مستحق ذم باشد و واجب شرعی یعنی آنچه فاعل  
آن مستحق ثواب و تارک آن مستحق عقاب باشد.»

### ۳. ملاک استحقاق عقاب در پرتو شخصیت مولا

باید گفت این رویه فکری که ملاک استحقاق عقاب، ترک واجب و انجام حرام  
است در کتب فقهی نمود بیشتری داشت؛ اما به نسبتی که مکلف با احکام برقرار می‌کند  
توجهی نمی‌شد، تا اینکه ملا احمد نراقی در «عوائد الأیام» به حالات مکلف توجه کرد  
و بر ادبیات مرسوم استحقاق عقاب - که استحقاق عقاب را در تعریف حرام و استحقاق  
ثواب را در تعریف واجب اخذ می‌کردند - شورید. لذا او در جواب کسانی که مطلق  
ظنون را حجت می‌دانند می‌گوید:

«خلاصه کلام اینکه از واضحات است که معنای ایجاب، طلب فعل حتمی است؛  
و الزام و وجوب، مطلوب بودن (آن‌هم به گونه‌ای حتمی) انجام کاری است. البته وقتی  
برخی می‌بینند که استحقاق عقاب بر ترک واجب و یا خوف عقاب بر آن، لازمه وجوب  
فعل است، وجوب را به لازمه‌اش تعریف می‌کنند؛ در حالی که استحقاق عقاب یا ترتب  
آن از لوازم وجوب و ایجاب است و نه عین معنای آن. حال که دانستی این دو از لوازم  
وجوب هستند خوب بنگر و ببین که آیا این دو از لوازم خود وجوب هستند و یا از لوازم  
علم و یا ظن به وجوب؟

اگر گفته شود از لوازم خود وجوب است می‌پرسیم: چه نوع ملازمه‌ای؟ لزوم عقلی  
یا شرعی یا عادی؟ و کدام یک از این لزوم‌ها حکم می‌کند که اگر شارع یا مولا امری را  
بر عبد و یا رعیتش واجب کرد و آن دو، واجب را انجام ندادند مستحق عقاب خواهند  
بود هر چند این امر به آنها نرسد؟ هیچ کس چنین حرفی نمی‌زند و دلیل هم بر این ملازمه

بُن نگره  
«شخصیت‌گرایی» در  
اصول فقه و هویت‌یابی  
نظریه حق الطاعه

نیست بلکه می‌گویند عقاب بر امر نامعلوم، قبیح است.

حال اگر کسی ادعا کند که «استحقاق عقاب از لوازم فهم و جوب است چه علم و چه ظن» باز هم نمی‌توان با او همراهی کرد و تا وقتی که حجیت ظن ثابت نشود نه شرع و نه عقل و نه عرف و نه عادت، حکم به ترتب استحقاق عقاب بر ترک واجب نمی‌کنند؛ بلکه عقل و عادت حکم به لزوم عدم استحقاق می‌کنند» (نراقی، ۱۴۱۷، ۴۱۴).

از اینجا بود که در کتاب‌های اصولی و از عصر شیخ انصاری، ادبیات جستجو از استحقاق عقاب تغییر یافت و از زاویه دیگری به این مسئله نگاه شد؛ به گونه‌ای که روش همه اصولیان از آن زمان تاکنون بر این قرار گرفت که درجات شناخت مکلف نسبت به احکام را شماره و سپس بحث کردند که در کدام حالت، مکلف مستحق عقاب است. ریخت‌شناسی این مسایل را نیز می‌توان ذیل عنوان «معرفت‌شناسی در اصول فقه» در فلسفه علم اصول پی گرفت که کمتر با این زاویه بدان پرداخته شده است و باید در مجالی دیگر مورد بررسی قرار گیرد.

البته به نوعی می‌توان منشأ این تحول را علاوه بر تذکر ملا احمد نراقی، تقسیم شیخ انصاری در ابتدای «رسائل» دانست که گفت: «پس بدان که مکلف هنگامی که به حکم شرعی توجه نماید برای او شک و یا قطع و یا ظن حاصل می‌شود.»

بعد از ایشان بود که بحث‌های دامنه‌داری پیرامون قطع و احتمالات ممکن در آن شکل گرفت و پای حکم عقل در کشف ملاک استحقاق عقاب به میان آمد. همچنین تفحص از ملاک استحقاق عقاب به بحث تجری رانده شد و در آنجا ورزیده گردید. هرچند نشانه‌ای از بحث از ملاک ثواب و عقاب در جاهای دیگر نیز دیده می‌شد؛ اما ایشان در عین حال بحث را در همان موارد به باب تجری احاله دادند و درحقیقت، پرسش شیواتری برای اصولیان مطرح شد که ترک واجب و یا انجام حرام در چه هنگامی مستوجب عقاب می‌شود؟

اتفاق نظر بر این بود که اگر مکلف قطع به حرمت و یا وجوب فعلی از افعال داشت و در قطع خود مصیب بود، در صورت ترک این واجب و یا انجام آن حرام، مستحق عقاب است و این، همان حالتی است که قبل از شیخ انصاری برای استحقاق عقاب تصور می‌شد. اما اگر در قطع خود مصیب نبود و باین حال با قطع خود مخالفت ورزید، آیا باز

هم می‌توان او را مستحق عقاب دانست؟ لذا این سؤال مطرح شد که اساساً به چه ملاکی، عاصی - کسی که با قطع خود مخالفت می‌کند و در قطعش نیز مصیب است - عقاب می‌شود؟ در جواب به این پرسش بود که از ملاک استحقاق عقاب، فارغ از حالات مکلف و در واقع، بحث شد.

بر اساس تقسیم دیدگاه‌های علمی و نه روند تاریخی، رویکردهای مختلفی به این مسئله قابل شناسایی است که البته همگی مناسبات عبد با شخصیت مولا را در نظر دارد. برخی با این زمینه فکری که ملاک استحقاق عقاب همان ارتکاب حرام و یا ترک واجب است به این مسئله نگاه کردند. به بیان دیگر، ایشان ابتدا پذیرفتند که ملاک استحقاق عقاب عاصی، ارتکاب حرام و یا ترک واجب است و سپس پرسیدند آیا متجری، مرتکب حرامی شده است؟ اینجا دو پاسخ داده شد: عده‌ای معتقد بودند که متجری مرتکب حرام نشده لذا مستحق عقاب نیست. به همین دلیل سعی شد ادله‌ای بر حرمت فعل متجری به آورده شود؛ مانند استفاده از اطلاقات ادله احکام، اجماع، عقل، سیره عقلا و یا روایات؛ که البته تمامی توسط قاطبه فقها رد شد.

شیخ انصاری در این باره می‌گوید: «قبیح تجری - نه به دلیل مبعوض بودن فعل در نزد مولا بلکه - به دلیل کشف فعل متجری به از خبائث متجری است؛ زیرا او با تجری، نشان داد که جری و عازم بر عصیان و تمرد است ... و پر واضح است که حکم عقل به استحقاق ذم آنگاه با استحقاق عقاب ملازمه دارد که فعل، قبیح در نزد مولا باشد و استحقاق ذم، به فعل تعلق گیرد نه به فاعل» (انصاری، ۱۴۱۶، ۹/۱).

آخوندخراسانی نیز بر این باور است که متجری به دلیل عدم رعایت رسم عبودیت مستحق عقاب است؛ ولی نه از آن جهت که مرتکب فعلی قبیح شده است؛ زیرا فعل متجری به، نه قبیح است و نه حرام بلکه بر همان حال خود باقی است؛ بلکه به دلیل ابراز سرشت بد خویش مستحق عقاب است. ایشان تصریح می‌کند که متجری باید در مقام ابراز این هتک بر آمده باشد در غیر این صورت، تا زمانی که این سوء سریره پنهان باشد مستحق ذم نخواهد بود (آخوندخراسانی، ۱۴۰۹، ۲۵۹).

به نظر می‌رسد آیت‌الله حکیم نیز با آخوندخراسانی هم‌داستان باشد آنجا که می‌گوید: «ملاک عقاب در نظر عقل آنست که عبد در مقام سرپیچی، طغیان و اظهار گستاخی بر

بُن نگره  
«شخصیت‌گرایی» در  
اصول فقه و هویت‌یابی  
نظریه حق الطاعه

مولای خود باشد... با تأمل در روش عقلا و ملاحظه روش برخورد آنان با عبد و زیردست خود و توجیه سرزنش و تنبیه او همین مطلب را می‌رساند» (حکیم، ۱۴۰۸، ۱۰/۲).

محقق اصفهانی نیز چنین عنوان می‌کند که به مقتضای رسم عبودیت و بزرگداشت شخصیت مولا، ملاک استحقاق عقاب خروج از زی‌رقیت، هتک حرمت مولا و ظلم بر اوست (اصفهانی، ۱۴۲۹، ۲۹/۳).

آیت‌الله بروجردی نیز بر این باور است که ملاک استحقاق عقاب، هتک حرمت مولا و خروج از زی عبودیت است. (منتظری، ۱۴۱۵، ۴۱۳) تقریر ایشان از ملاک استحقاق عقاب و ثواب این است که اتصاف افعال به حسن و قبح بر دو شیوه است، گاهی یک فعل به دلیل مفاسد و یا مصالح نهفته در آن، متصف به حُسن و یا قبح می‌شود - فرقی نمی‌کند مولا نسبت به آن فعل تکلیفی داشته باشد و یا خیر؛ و در فرضی که تکلیف داشته باشد، عبد، عالم به تکلیف مولا نسبت به این فعل باشد و یا خیر - و گاهی به سبب انتسابش به مولا، متصف به حسن و قبح می‌گردد و آنچه ملاک استحقاق ثواب و عقاب است ترک فعل حَسَن و اتیان فعل قبیح است در صورتی که منشأ این حسن و قبح، انتساب آن فعل به مولا باشد نه آن حسن و قبحی که زائیده مصالح و مفاسد نهفته در افعال است (منتظری، ۱۴۱۵، ۴۱۴). این گونه حسن و قبح، معطوف به شخصیت‌گرایی می‌شود.

محقق عراقی نیز تمام ملاک استحقاق عقاب را طغیان بر مولا بیان می‌کند و از این رو، متجری را مستحق عقاب می‌داند (بروجردی، ۱۴۱۷، ۳۱/۳).

آیت‌الله خوئی به گونه‌ای بر همین عقیده است؛ یعنی هتک حرمت مولا را ملاک استحقاق عقاب می‌داند. البته این هتک حرمت از قبح عقلی متجری به (و نه شرعی آن چون دلیلی بر آن نیست) کشف می‌شود و البته این قبح عقلی نمی‌تواند منشأ جعل شرعی حرمت برای متجری به شود (بهسودی، ۱۴۲۲، ۲۷/۱).

همچنین شهید صدر معتقد است مخالفت با تکلیف محرز شده به وسیله یک منجز شرعی، ملاک استحقاق عقاب است. به عبارت دیگر، دائرة حق الطاعة مولا تمامی تکالیف واصله است نه تکالیف واقعیه و نه تکالیف واقعیه واصله (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ۳۶/۴)؛ لذا فعل متجری به از آن جهت که در قالب یک تکلیف الزامی برای متجری جلوه گر شده (و موضوع حق الطاعة تمام است) باید امتثال شود؛ هر چند تکلیفی



در واقع نباشد (که قوام تجری به همین است). از این رو، وی قایل به قبح فعل متجری به از نظر عقل است و مخالفت با آن راهتک حرمت مولا شمرده و متجری را مستحق عقاب می‌داند. شهید صدر تصریح می‌کند ملاک استحقاق عقاب، عدم رعایت حرمت مولا است که متجری از رهگذر مخالفت با تکلیف واصله، حرمت مولا را رعایت نکرده مستحق عقاب گردیده است (حائری، ۱۴۰۸، ۴/۴۸۳).

### بخش چهارم. نظریه خطابات قانونی در گذار از شخصیت‌گرایی

نظریه خطابات قانونی، دیدگاهی درباره چگونگی تشریح احکام در شریعت اسلام است. این نظریه در پاسخ به این پرسش اساسی است که آیا خطابات شرعی که از طریق آنها احکام شرعی به دست می‌آید، در اصل متوجه افراد است یا مخاطب آنها جامعه است؟ مرحوم امام خمینی (صاحب نظریه) بر این عقیده است که خطابات شرعی در اصل متوجه جامعه است و اگر افراد نیز خود را مخاطب شارع می‌بینند، از آن رو است که افراد جامعه مخاطب شارع هستند.

در توضیح باید گفت، خطابی که متوجه جامعه است، «خطاب قانونی» نامیده می‌شود. براساس این نظریه، اراده تشریحی شارع مقدس عبارت از اراده انجام تکلیف از سوی مکلف و برانگیختن او برای عمل به تکلیف نیست؛ بلکه اراده قانون‌گذاری و جعل احکام به صورت عموم است. لذا امام خمینی از آنچه گفته شد، با تعبیر «جعل عمومی قانونی» یاد می‌کند (سبحانی، ۱۴۲۳، ۱/۲۴۴).

تأکید نظریه خطابات قانونی بر «عدم تعدد در ناحیه خطاب» از آن رو است که خطاب متوجه یک نقطه است و آن، عنوان «جامعه» یا «عامه مکلفین» است.

البته روشن است که هر عامی ممکن است معنوی به عنوانی باشد که سعه و ضیق آن عام را نشان دهد؛ مانند عموم اهل ایمان در «یا ایها الذین آمنوا»، عموم مردم در «یا ایها الناس» و عموم دانشمندان در «یا ایها العلماء» که به ترتیب جامعه مؤمنان، جامعه انسانی و جامعه دانشمندان را اراده کرده است.

یکی از دلایل نظریه خطابات قانونی، «شیوه عقلایی در قانون‌گذاری‌های عرفی» عنوان شده است. بنابراین قوانین عرفی که در نظام‌های حقوقی مختلف جعل می‌شود

بُن نگره  
«شخصیت‌گرایی» در  
اصول فقه و هویت‌یابی  
نظریه حق الطاعه

به صورت کلی است و مخاطب آن کل جامعه است، نه افراد مکلف و حالات مختلف آنها. شارع نیز در شیوه قانون گذاری و تشریح، صاحب طریقه جدیدی نیست. البته در کلمات امام خمینی این مطلب به صورتی صریح و ظاهر به عنوان یک دلیل نیامده است؛ ولی تعبیر ایشان به گونه ای است که دست کم می توان استیناس به مدعا را از آن به دست آورد. تعبیر ایشان چنین است: «... كما يظهر بالتأمل فى القوانين العرفية» (سبحانی، ۱۴۲۳، ۱/۴۳۹).

نظریه خطابات قانونی که بیانگر تفکر قانونی و عقلایی امام خمینی است، در حقیقت تلاشی برای عبور از بن نگره شخصیت گرایی و خروج از نظام عبد و مولا و ایجاد تفکر قانونی در اصول فقه به شمار می ورد.

بدین توضیح که دیدگاه قایلان به انحلال حکم را می توان بر اساس شخصیت گرایی تفسیر حقوقی کرد. گفته شد که ساختار اصولی عبد و مولا برخاسته از شخصیت گرایی است و عبد وابسته به شخصیت مولاست و تمام افعال عبد بر اساس پاسداشت شخصیت مولا و رعایت احترام و ادب به او تنظیم می شود و با مخالفت با امر مولا در حقیقت، توهین به مولا کرده است. فضای فکری و اجتماعی زمان نزول قرآن و احکام صادره از پیامبر اسلام ﷺ نیز بر اساس ساختار عبد و مولا بوده است. نظام بردگی همان نظام شایع در وقت نزول قرآن است.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۲۶

به بیان دیگر دقیقاً نکته ای که از نظر حقوقی در ذهن جامعه می آمد چنین بود که عبد باید از مولا اطاعت بکند؛ چرا که جزء و پرتو شخصیت مولا است. به عبارت دیگر چون در این جامعه، قانون وجود خارجی نداشته خطابات بر پایه روابط و تعبیراتی که مولا با عبدش به کار می برد، آمده است؛ حتی آن جایی که می خواهد بگوید جایز است، می گوید انجام بده و همواره از صیغه امر و نهی استفاده می کند. حال در چنین جامعه ای اگر آیه قرآنی نازل شود و بیانگر حکمی خطاب به مؤمنین باشد؛ مانند: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ چنین فرض می شود که شارع / مولا در حقیقت به عبدها تکلیف کرده و تکلیف به ازای هر عبد منحل می شود. وقتی مولا به صد تا عبد می گوید این زمین را درو کنید، گویی به تک تک افراد گفته است تو باید زمین را درو کنی؛ و این همان انحلال است که طرفداران آن مانند محقق نائینی بدان پیوسته اند.

اما اگر نظام‌های فعلی حاکم بر جوامع بشری را در نظر بگیریم، دیگر اطاعت نکردن، اهانت به کسی نیست، و اساساً آنجا اهانت مطرح نیست. در نظام‌های قانونی، افراد خود صاحب حکومت هستند و مولایی بالای سرشان نیست؛ به خصوص در نظام‌های پارلمانی که قوه مقننه - نمایندگان افراد جامعه - نیاز جامعه را بررسی می‌کند و پس از بررسی کارشناسی، قانون جعل می‌کند. در نظام‌های قانونی به لحاظ حقوقی، دیگر بحث شخصیت‌گرایی و پرتو شخصیت مولا جایی ندارد؛ بلکه به عکس، در این نظام‌ها - به ویژه نظام‌های پارلمانی - آنچه مهم است، جامعه می‌باشد.

در تحلیل این مطلب، می‌توان گفت امام که می‌گوید ما انحلال نمی‌گوییم؛ یعنی این نظام تشریح، نظام عبید و موالی نیست، چون کسی که انحلال را می‌پذیرد، درحقیقت براساس نظام عبید و موالی سخن می‌گوید.

نظریه خطابات قانونی، بحث لفظی نیست؛ بلکه زیربنای حقوقی دارد و این گونه تفسیر می‌شود که هرگونه خطاب، جعل و تکلیفی اگر به شخصیت مولا برگردد، براساس شخصیت‌گرایی و نظام عبید و موالی است و آیات مبارکه و ادله شرعی آن گونه باید تفسیر شوند و لذا انحلال پیش می‌آید؛ اما برخلاف نظام‌های قانونی که در این نظام‌ها، خطاب قانونی معیار دارد. یعنی مراد ما از خطاب قانونی فقط این نیست که انحلال نشود؛ بلکه مراد این است که در این خطابات، شخصیت‌گرایی نسبت به مولا مطرح نیست بلکه اگر مطلب را به این صورت مطرح کنیم که دنبال معیار باشیم، انصاف آن است که خطابات قانونی با ظواهر آیات بهتر می‌سازد. به عنوان مثال آیه مبارکه ﴿وَمَا ظَلَمُونَا وَلَكِنْ كَانُوا أَنْفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ﴾ می‌گوید شما خیال نکنید مخالفت با جعلی که برای شما کردیم ظلم به من است یا اهانت به من است؛ شما چه کسی هستید که اهانت به مولا بکنید؟!

باید گفت از نظر حقوقی، خطباتی که در شریعت مقدس می‌آید و یا در قوانین بشری کنونی وجود دارد، روح قانونی دارند. در روح قانونی نظر بر عامه مردم است. یعنی نظر به فرد فرد یا حالات افراد نیست؛ بلکه کل در نظر گرفته می‌شود. اعتبار نیز انتزاع نیست؛ بلکه قانونی است که جامعه را به نماز، روزه، امر به معروف و نهی از منکر سوق می‌دهد. پس اساساً اعتبار و حقیقت طلب، یک نوع سوق دادن جامعه است.

بنابراین اگر بگوییم مراد امام از خطابات قانونی تفسیر حقوقی است، این مسئله با

بُن نگره  
«شخصیت‌گرایی» در  
اصول فقه و هویت‌یابی  
نظریه حق الطاعه

توجه به شخصیت‌گرایی و نظام عبید و موالی - که در زمان نزول قرآن حاکم بود - و نظام‌های فعلی، تفاوت می‌کند (مددی، ۱۳۸۵، ۱۲۳).

### بخش پنجم. بررسی بن‌نگرهای شخصیت‌گرایی

بن‌نگره حاکم بر اصول‌فقه براساس نظام عبد و مولا، خطابات شرعی را ربط میان عمل و شخصیت آمر/شارع می‌بیند. شارع، مولای حقیقی است که باید حقوق او رعایت شود. در این دیدگاه مخالفت با حکم شرعی نیز هتک حرمت و تعدی به شخصیت مولا تلقی می‌شود. نظریه حق‌الطاعه نیز در این دیدگاه کلی جای می‌گیرد و امتیاز آن نسبت به نظریات دیگر آنست که حق‌الطاعه مولویت ذاتی شارع و شمول گسترده و بی‌قید مولویت شارع را به حجیت و منجزیت پیوند داده و از این رو وصول احتمالی را شامل دایره مولویت مولا می‌داند. بنابراین نقدهایی که متوجه شخصیت‌گرایی است، درحقیقت اشکالاتی بر نظریه حق‌الطاعه نیز به‌شمار می‌رود.

این نقدها به ترتیب زیر است:

۱. این اسلوب با جامعه طبقاتی و تقسیم جامعه به مولا و عبد و حاکمیت خواسته‌های شخصی مناسب است. انسان وقتی خواسته شخصی دارد خودش را در نظر می‌گیرد و معیار انجام دادن امر او، شخصیت و احترام به وی به‌شمار می‌رود. اما اگر بر جامعه، قانون حاکم شد که در این صورت، امر شارع جایگاه قانونی و نظر به مصلحت عامه دارد، دیگر نظر به شخصیت نمی‌افکند و مقوله هتک، معنایی ندارد. روح حاکم بر مستبدان که ردای شخصیت بر خود پوشانده بود شخصیت خود را بر تمام مملکت بسط می‌دادند و همه امور کشور را خانه خود فرض می‌کردند و در نتیجه، امور جامعه و کشور تبدیل به امور شخصی می‌شد. اصولیان نیز که در فضای کشورداری مستبدان زندگی می‌کردند ذهن‌شان در تحلیل امر، به غیر از ارتباط شخصیت و هتک مولا نرفته است (شهیدی، بی‌تا، ۲/۲۰).

به بیان دیگر رابطه بین خدا و انسان مانند رابطه پادشاهان با رعیت خود یا مولا با عبد خویش در روابط بشری نیست و این همسان‌نگری که در اصول‌فقه دیده می‌شود متأثر از نظم اجتماعی گذشته است (مهری، بی‌تا، ۲/۳۸).

۲. در دیدگاه شخصیت‌گرایی، نکتهٔ عقابِ فردی که با امر شارع مخالفت می‌کند، «هتک حرمت مولا» توسط مکلف (عبد) است. طرفداران این دیدگاه برآنند که عقل عملی، هتک حرمت مولا را قبیح می‌داند. بنابراین عقاب، همیشه بر اساس یک قبیح معین شکل می‌گیرد و در حکم عقل، شدت و ضعف معنا ندارد؛ چراکه فعل از نظر عقل یا قبیح است و یا قبیح نیست؛ پس قبح شدید یا ضعیف معنا ندارد.

حال با توجه به مطالب بالا، چنین اشکالی شکل می‌گیرد که محرمات دارای شدت و ضعف است. مفسدهٔ فعلی، می‌تواند کم یا زیاد باشد و یا انزجار شارع از عملی می‌تواند شدید یا ضعیف باشد. مسلم است که واجبات و محرمات دارای مراتب هستند. در نتیجه مخالفت با توجه به مرتبهٔ حرام صورت می‌گیرد و بر این اساس، عقاب و مجازات نیز باید دارای اختلاف مراتب باشد.

۳. لازمهٔ شخصیت‌گرایی آن است که در صورت مخالفت شخص با احکام شارع، هتک حرمت مولا و ظلم در حق او صورت گیرد. اما خداوند مظلوم واقع نمی‌شود چراکه قرآن می‌فرماید: ﴿وما ظلمونا ولكن كانوا أنفسهم يظلمون﴾ (بقره: ۵۷) (شهیدی، بی‌تا، ۲۰/۲).

همچنین باید گفت خداوند حقوق شخصی ندارد. او حق دارد ما را به مسیری رهنمون سازد که همان جهت وعد و وعید یعنی پاداش و مجازات است. خداوند مورد هتک قرار نمی‌گیرد و با عصیان بندگان، چیزی از او کم نمی‌شود. برگشت حق داشتن به ضرر و نفع است؛ بنابراین اگر ضرر و نفعی در میان نباشد و طاعت و عصیان بندگان سبب زیادی و کمی خداوند نگردد، نمی‌توان گفت استحقاق عقوبت به دلیل ایجاد کاستی بر خداوند و هتک اوست. با توجه به استغنائی تام ذات اقدس خداوند و بی‌نیازی خدا از تمام مخلوقاتش با آن گسترهٔ خلقت شگفت‌انگیز، سرپیچی بنده و تعبیر سوء ادب او ذره‌ای از مقام خداوند که ظلم بر حق او عنوان شود نمی‌کاهد و پاس داشتن حق خدا و ظلم نکردن بر او تنها می‌تواند تعابیری ادبی و ذوق عرفانی باشد.

شخصیت‌گرایی برآن است که عنصر محرک جهت انجام امر شارع، مولویت ذاتی پروردگار است و با مخالفت امر شارع، هتک شخصیت مولا صورت می‌گیرد و بدین خاطر عبد، مستحق عقاب می‌شود. اما باید گفت معقول نیست مولویت ذاتی با

بُن نگرهٔ  
«شخصیت‌گرایی» در  
اصول فقه و هویت‌یابی  
نظریهٔ حق الطاعه

معصیت عبد تأثیر و تأثر بپذیرد. آنچه ذاتی پروردگار محسوب می‌شود، چگونه ممکن است از فعل عبد و مخلوق تأثیر گیرد؟!

حقیقت آن است که خداوند مصلحت بندگان را تنظیم کرده و چون خالق و منعم است، دارای جنبه نصیحت و مشرّعیّت (قانون‌گذاری) است و بندگان را انذار و ارشاد کرده که کارهایی را انجام ندهند. در نتیجه حق خداوند بر ما، جنبه ادبی به‌شمار می‌رود؛ مانند تعبیر قانون‌مندی.

تعبیر حق داشتن خدا معلوم نیست بیشتر از این معنا باشد که خداوند حق دارد ما را به راه رشد و تعالی سوق دهد و ما اگر در این راه گام برنداریم، در مضرات واقع می‌شویم و منفعت‌هایی که قرار داده شده از ما فوت می‌شود. اما اینکه چیزی از خدا کم شود که مصحح آن باشد که خدا ما را عقوبت کند، این مطلب روشن نیست.

در مورد موالی عرفی می‌توان گفت که در امر کردن، خود دنبال مصلحت و مفسده نیستند؛ بلکه قصد اثبات شخصیت خود را دارند و بین عمل و شخصیت خود ربط اعتباری برقرار می‌کنند. اما مولایی حقیقی وجود دارد که مسایل مولای عرفی در او راه ندارد و تنها ملاک امر او مصالح و مفاسد است و مهم آن است قانونی که جعل می‌کند این مصالح و مفاسد را تضمین نماید، نه آنکه شخصیت او ملاک امر قرار گیرد (مروارید، جلسه ۱۳۸۳).

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۳۰

در جامعه عقلایی، عمل به قانون براساس پاسداشت شخصیت قانون‌گذار انجام نمی‌گیرد و نباید انتظار داشت تمام افراد در جامعه اسلامی با وجود درجات ناهمگون کمالی و برخورداری از رشد، بر اساس مولویت ذاتی و حقیقی قانون‌گذار و رعایت حق اطاعت او و کمال بندگی قوانین را رعایت کنند. البته قانون‌گذار باید حق جعل مجازات را داشته باشد که خداوند متعال بنابر خالقیت و مالکیت ذاتی چنین حقی را دارد. در جامعه عقلایی، ملاک الزام جامعه به رعایت قانون، «حکم جزایی» و ضمانت اجرا است. نکته مهم آنکه نباید مضامین اخلاقی و عرفانی تعالی بخش که در ادعیه نیز آمده و بیانگر رابطه عبد و مولا و کمال بندگی است با این نگاه خلط شود که شریعت، مجموعه قوانینی برای همه جامعه با وجود مراتب مختلف روحی است و می‌توان اوامر شارع مقدس را تفسیر قانونی کرد و بر اساس قانون‌گذاری و اعتبارات عقلایی تحلیل

کرد. به نظر می‌رسد ورود ادبیات عرفانی («عبد و مولا») و رعایت حق اطاعت خداوند در مباحث حکم‌شناسی دانش اصول‌فقه و تحلیل قانون‌گذاری اسلامی بر اساس روش‌های عرفانی، نوعی «تحویل‌نگری» به‌شمار می‌رود که آسیب‌مهم روش‌شناختی است.

## نتیجه

بن‌نگره، هویت‌بخش نظریه است و هر نظریه در منظومه معنایی، مفهومی و هویتی بن‌نگره تعریف می‌شود. در فلسفه علم اصول‌فقه می‌توان از بن‌نگره‌های حاکم بر دانش اصول‌سخن گفت. در اصول‌فقه معاصر نیز می‌توان به بن‌نگره شخصیت‌گرایی پرداخت. هویت نظریه حق‌الطاعة نیز وامدار و وابسته به این بن‌نگره است. در شخصیت‌گرایی، ساختار عبد و مولا رقم می‌خورد و در تمام بخش‌های اصول به‌ویژه تحلیل حکم و اعتبار شارع مقدس می‌توان وابستگی به شخصیت مولا را دید و اینکه تمام ارکان حکم‌شناسی در رابطه عبد و مولا خلاصه می‌شود. نقد اساسی به این بن‌نگره، آن است که این رویکرد مناسب با جوامع طبقاتی و قبیله‌گرایی است و تناسبی با حاکمیت قانون ندارد.

## منابع

۱. قرآن کریم.
۲. آخوندخراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. قم: موسسه آل‌البيت ع.
۳. آشوری، داریوش. (۱۳۸۴)، فرهنگ علوم انسانی. تهران: نشر مرکز.
۴. آملی لاریجانی، صادق. (۱۳۹۳). فلسفه علم اصول. قم: مدرسه علمیه ولی عصر ع.
۵. ابن‌خلدون، عبدالرحمن بن محمد. (۱۳۶۹). مقدمه ابن‌خلدون. ترجمه محمد پروین گنابادی. تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
۶. ابن‌شهیید ثانی، حسن بن زین‌الدین. (بی‌تا). معالم‌الدین. قم: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۷. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۲۹ق). نهایة الدرایة فی شرح الکفایة. بیروت: موسسه آل‌البيت ع لأحياء التراث.
۸. اکاشا، سمیر. (۱۳۸۷). فلسفه علم. مترجم هومن پناهنده. تهران: فرهنگ معاصر.
۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۶ق). فرائد الاصول. قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه

- لجماعه المدرسين بقم.
۱۰. بروجردی، محمدتقی. (۱۴۱۷ق). *نهاية الأفكار* (تقریرات خارج اصول آیت الله ضیاء الدین عراقی). قم: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
  ۱۱. بهسودی، محمدسرور. (۱۴۲۲ق). *مصباح الاصول* (تقریرات درس خارج اصول فقه آیت الله خوئی). قم: مکتبه الداوری.
  ۱۲. چالمرز، آلن فرانسیس. (۱۳۸۴). *چیستی علم*. مترجم سعید زیبا کلام. تهران: سمت.
  ۱۳. حائری، سید علی اکبر. (۱۳۸۱). «*حدیث الساعة حول نظریة حق الطاعة*». مجله پژوهش های اصولی. ش ۱. قم: مدرسه حضرت ولی عصر عجله تعالی.
  ۱۴. حائری، سید کاظم. (۱۴۰۸ق). *مباحث الاصول* (تقریرات درس خارج اصول آیت الله سید محمد باقر صدر). قم: مکتب الإعلام اسلامی.
  ۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة*. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
  ۱۶. حسینی، سید ابو حسین. (۱۴۳۲ق). «*قیح عقاب بلا بیان و الاحتیاط العقلي*». فصلنامه دراسات علمیه، ش ۱ و ۲-۳. نجف: مدرسه علمیه آخوند.
  ۱۷. حکیم، عبدالصاحب. (۱۴۱۳ق). *منتقى الاصول* (تقریرات درس خارج اصول آیت الله سید محمد روحانی). قم: دفتر آیت الله سید محمد حسین روحانی.
  ۱۸. حکیم، محسن. (۱۴۰۸ق). *حقائق الاصول*. قم: کتابفروشی بصیرتی.
  ۱۹. حلبی، علی بن حسن. (۱۴۱۴ق). *اشارة السبق الى معرفة الحق*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
  ۲۰. خسرو پناه، عبدالحسین. (۱۳۸۶). «*نظریه دیدبانی*»، فصلنامه اندیشه نوین دینی. سال سوم. ش ۱۰، نهاد نمایندگی مقام معظم رهبری در دانشگاه ها.
  ۲۱. رشاد، علی اکبر. (۱۳۹۰). *فلسفه مضاف، فلسفه های مضاف*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
  ۲۲. سبحانی، جعفر. (۱۴۲۳ق). *تهذیب الاصول* (تقریرات درس خارج اصول فقه امام خمینی). تهران: موسسه تنظیم نشر آثار امام خمینی.
  ۲۳. سیستانی، محمد رضا. (۱۴۲۷ق). *بحوث فقهیه*. بیروت: دارالمؤرخ العربی.
  ۲۴. شریفی، احمد حسین. (۱۳۹۳). *مبانی علوم انسانی اسلامی*. تهران: مرکز پژوهش های علوم انسانی اسلامی صدرا.
  ۲۵. شهید اول، محمد بن مکی. (بی تا). *القواعد و الفوائد*. قم: کتابفروشی مفید.
  ۲۶. شهیدی، محمدتقی. (بی تا). *ابحاث اصولیة* (مباحث الحجج). بی جا: مولف.



۲۷. شیخ رضایی، حسین. (۱۳۹۲). آشنایی با فلسفه علم. تهران: هرمس.
۲۸. صدر، سیدمحمدباقر. (۱۴۲۸). دروس فی علم الاصول (الحلقه الثالثه). قم: مجمع الشهداء الصدر.
۲۹. طوسی، محمدبن حسن. (۱۳۷۵ق). الاقتصاد الهادی الی طریق الرشاد. تهران: انتشارات کتابخانه جامع چهل ستون.
۳۰. عبدالساتر، حسن. (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الاصول. (تقریرات درس خارج اصول آیت الله سیدمحمدباقر صدر). بیروت: الدار الاسلامیه.
۳۱. علم الهدی، علی بن حسین. (۱۳۷۶). الذریعة الی أصول الشریعة. تهران: دانشگاه تهران.
۳۲. علی پور، مهدی، حسنی، سیدحمیدرضا. (۱۳۸۹). پارادایم اجتهاد دانش دینی (پاد). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۳۳. فاضل تونی، محمدحسین. (۱۴۱۵ق). الوافیة فی اصول الفقه. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳۴. مبلغی، احمد. (۱۳۸۲). «پارادایم های فقهی». مجله فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی). ش ۳۷ و ۳۸. دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۵. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. (۱۲۴۷ق). ذخیره المعاد فی شرح الارشاد. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۶. مددی، احمد. (۱۳۹۳). نگاهی به دریا. قم: مؤسسه کتاب شناسی شیعه.
۳۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵). خطابات قانونیه (مجموعه گفتگو). تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج.
۳۸. مروارید، مهدی. تقریرات خارج اصول فقه. بی جا: جلسه ۱۶/۶/۱۳۸۳.
۳۹. معلمی، حسن. (۱۳۸۹). درآمدی بر فلسفه اصول. قم: بوستان کتاب.
۴۰. مغنیه، محمدجواد. (۱۳۷۷). الفقه علی المذاهب الخمسة. تهران: مؤسسه الصادق.
۴۱. منتظری، حسینعلی. (۱۴۱۵ق). نهاية الأصول (تقریرات درس خارج اصول آیت الله سیدحسین بروجردی). تهران: نشر تفکر.
۴۲. مهري، سیدمرتضی. (بی تا). الأستصحاب؛ القسم الثانی (تقریرات خارج اصول آیت الله سیستانی).
۴۳. نراقی، احمدبن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام و مهمات مسائل الحلال والحرام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۴. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الاصول (تقریرات درس خارج اصول آیت الله سید محمدباقر صدر). قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۴۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۳۱ق). اضواء و آراء؛ تعليقات علی کتابنا بحوث فی علم الاصول. قم: موسسه

دائرة المعارف فقه اسلامی .

۴۶. هاشمی، سید هاشم، (۱۳۹۶ ق)، *اختلاف الحدیث*، تقریرات درس آیت الله سید علی سیستانی، بی جا، بی نا.

### منابع اینترنتی

۱. رشاد، علی اکبر، وب سایت، *دروس فلسفه اصول*، جلسه بیست و دوم، ۹۰/۸/۵:

<http://rashad.iict.ac.ir/index.aspx?siteid=17&fkeyid=&siteid=17&page-id=2776>

## کارآمدسازی مبحث «حقیقت شرعیه»<sup>۱</sup>

جواد ایروانی<sup>۲</sup>

### چکیده

دانش اصول فقه بیشترین نقش را در تمهید قواعد فقه دارد. با این حال، مباحث اصول فقه از نظر کارآمدی، در یک سطح نیست؛ برخی بسیار پرکاربرد و برخی کم کاربرد یا فاقد ثمره است. در متون اصولی، گاه بحث‌های درازدامنی وجود دارد که به تصریح اصولیان، فاقد ثمره فقهی است. کارآمدسازی مباحث این دانش، نیازمند بازنگری مباحث آن است؛ به گونه‌ای که باید بحث‌های فاقد ثمره حذف و یا در صورت امکان به مباحثی مفید تبدیل شوند و مبحث حقیقت شرعیه از این دست است. این بحث به گونه فعلی فاقد ثمره است. اما از زاویه‌ای دیگر می‌توان آن را مطرح کرد به طوری که به یکی از سودمندترین مباحث این دانش تبدیل شود. در این نوشتار، با رویکرد یادشده، ضمن طرح فرایند بحث، واژه‌هایی چند از جمله: صلوات، زکات، صدقه، قرض و ربا بررسی شده است.

**کلیدواژه:** حقیقت شرعیه، صلوات، زکات، صدقه، قرض، ربا.

کارآمدسازی مبحث  
«حقیقت شرعیه»

۳۵

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۵.

۲. دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه علوم اسلامی رضوی.  
رایانامه: irvani-javad@yahoo.com

## مقدمه

مهم‌ترین علمی که تسلط بر آن پیش از ورود به فقه ضروری است، دانش «اصول‌فقه» است. این علم که درحقیقت «علم دستور استنباط» است، روش صحیح استنباط از منابع فقه را می‌آموزد و از این رو، همچون علم منطق، علم «دستوری» است و به «فن» نزدیک‌تر است تا «علم» و در آن، از یک سلسله «باید»ها بحث می‌شود نه «است»ها (مطهری، ۱۳۷۲، ۱۶-۱۷). بر این اساس، مسایل اصول باید قواعدی را سامان دهد که در طریق استنباط، به کار آید، آن‌سان که اصولیان در تعریف علم اصول بدان توجه داده‌اند (آخوندخراسانی، ۱۴۱۳، ۱/۶۴؛ عراقی، ۱۴۰۵، ۱-۲/۱۹؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱/۵).

دانش اصول در سیر تاریخی خود از سدهٔ دوم تا عصر حاضر، روند رو به رشدی را سپری کرده و به‌ویژه در ۲۰۰ سال اخیر، جهشی را از نظر حجم مطالب، گسترده و عمق مسایل شاهد بوده و به یکی از دانش‌های پیچیده تبدیل شده است. باین حال این تلاش علمی بزرگ، از دو آسیب عمده نیز رنج می‌برد: افراط در برخی مطالب و مسایل و تفریط در برخی دیگر. بدین معنا که از یک‌سو در متون اصول‌فقه مطالب عمیق و درازدامن فراوانی مطرح می‌شود که هیچ‌گونه ثمره علمی در فقه ندارد و از دیگرسو، جای برخی از مسایل دیگر خالی مانده یا آن‌گونه که شایسته و ثمربخش است، بحث نمی‌شود.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۳۶

یکی از فقیهان معاصر، با توجه به این مسئله می‌گوید:

«شگفتا که هرروز، به نام گسترش دانش و تحقیق حقیقت، مطالبی بی‌فایده افزوده می‌گردد که آینده تاریکی را نوید می‌دهد! ما امروزه می‌بینیم در اصول‌فقه که از مهم‌ترین ارکان اجتهاد و استنباط احکام فرعی است، مباحثی بی‌فایده یا کم‌فایده مطرح می‌گردد که درخور آن‌سان مباحثی درازدامن نیست؛ همچون مباحث طولانی دربارهٔ معانی حرفی، پاره‌ای از بحث‌های مشتق، مقدمه واجب، بسیاری از مباحث انسداد و نیز تعریف‌ها و بیان و ردّ اشکالات بر آنها... و مباحثی که گاه چندین ماه زمان می‌برد و پس از آن، به دنبال ثمره‌ای برای بحث، به نذر و مانند آن پناه می‌برند!... این مسایل برهه‌ای طولانی از زمان تحصیل و نشاط علمی و قوای فکری دانش‌پژوهان این علم را دربر گرفته و از مطالب مهم‌تر و سودمندتر باز می‌دارد... چه، روشن است که صرف ثمره علمی بدون

فایده عملی، شایستگی بحث را ندارد؛ زیرا فایده این گونه علوم، فقط در مقام عمل است» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱/۱۴-۱۶).

با توجه به این مهم، آنچه اکنون ضرورت دارد، لزوم شناسایی و جداسازی بین سه دسته از مباحث اصول فقه است که باید توسط اصولیان فقیه و متبحر، به طور دقیق صورت گیرد.

دسته نخست: مباحث پرکاربرد (همچون مباحث مطلق و مقید، عام و خاص و تعادل و تراجیح) است که باید از نظر حجم و عمق، بیشتر مورد توجه قرار گیرد و با تطبیق بر موارد و مصادیق عینی در فقه، ارایه شود؛

دسته دوم: مباحث کم کاربرد (همچون بخش قابل توجهی از مباحث الفاظ؛ مانند تعبدی و توصیلی، دلالت امر بر مره و تکرار و... و مستقلات عقلیه) که باید مختصر و با تأکید بر نکات دارای فایده مطرح شود؛

و دسته سوم: مباحث فاقد ثمره (همانند برخی از مباحث مقدمه واجب و معانی حرفیه) که پاره‌ای از آنها باید به طور کلی از متون و دروس حذف گردد و پاره‌ای دیگر قابلیت آن را دارد که به گونه‌ای دیگر و از زوایای متفاوت مورد بحث قرار گیرد تا تبدیل به مباحث سودمند و دارای ثمرات عملی شود.

کارآمدسازی مباحث  
«حقیقت‌شرعیه»

۳۷

مبحث حقیقت شرعیه از این قسم اخیر است. این بحث را دوگونه می‌توان مطرح کرد: نخست، به شکلی که در متون اصول فقه مطرح شده و به تصریح اصولیان، فاقد ثمره عملی و فقهی است. طرح بحث توسط آنان چنین است که واژگانی همچون صلوات، صوم، حج، زکات و... یک سری مفاهیم لغوی دارند که پیش از اسلام صرفاً در آن معانی به کار می‌رفته‌اند؛ ولی شارع آنها را در مفاهیمی جدید به کار برده و به تدریج استعمال آنها در این معانی، حقیقت شده است؛ اما آیا انتقال به معانی یادشده، در زمان شارع و به شکل وضع تعینی یا تعینی صورت گرفته تا حقیقت شرعیه ثابت شود، یا آنکه در آن زمان، به گونه مجاز در معانی جدید به کار رفته و پس از عصر شارع، وضع اتفاق افتاده است تا حقیقت متشرعه ثابت گردد. ثمره بحث نیز چنین بیان شده که الفاظ به کار رفته در سخن شارع و فاقد قرینه، در صورت نخست حمل بر معانی شرعی می‌شوند و در صورت دوم، حمل بر معانی لغوی یا توقف (محقق حلی، ۱۴۰۳، ۵۲:

اصفهانی، بی تا، ۴۲-۴۶؛ آخوندخراسانی، ۱۴۱۳، ۲۱/۱-۲۲؛ مظفر، ۱۴۴۲، ۳۲-۳۳؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۴۵/۱-۴۶؛ عراقی، ۱۴۰۵، ۷۲/۱).

باین حال، شماری از اصولیان - به درستی - اذعان نموده‌اند که این بحث، فاقد فایده عملی یا بسیار کم‌ثمره است. ایشان در توضیح دلیل آن گفته‌اند، این یا بدین جهت است که همه یا غالب موارد کاربرد این واژه‌ها، همراه با قرآینی است که اراده معنای لغوی یا شرعی را مشخص می‌کند (خمینی، ۱۴۱۰، ۴۶/۱؛ نائینی، ۱۴۱۰، ۳۳/۱؛ خوئی، ۱۴۱۹، ۱۴۱/۱؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱۸۵/۱؛ مظفر، ۱۴۲۲، ۳۲-۳۳؛ خمینی (مصطفی)، ۱۳۷۶، ۱۹۰/۱)؛ یا از آن رو است که این الفاظ بر معانی شرعی حمل می‌شوند هرچند نقل [حقیقت شرعی] ثابت نشود؛ زیرا غالب متداول در استعمال شارع، به کارگیری آنها در معانی جدید است و موارد مشکوک، حمل بر غالب می‌شوند (اصفهانی، بی تا، ۴۶) و یا اینکه این الفاظ، پیش از اسلام در معانی شرعی وضع شده و در شرایع سابق به کار می‌رفته‌اند و بنابراین، در معانی شرعی، حقیقت لغوی‌اند (اصفهانی، بی تا، ۴۳؛ عراقی، ۱۴۰۵، ۶۹-۷۰؛ بروجردی، ۱۴۱۰، ۳۷؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۴۵/۱) و بدین جهت عرب معاصر نزول قرآن، در فهم معانی این واژه‌ها، دچار تردید و حیرت نمی‌شدند و ادعای وجود قرینه در همه موارد، اثبات‌نشدنی است (خمینی، ۱۴۱۰، ۴۵/۱) و بنابراین، بحث فاقد جایگاه و ثمره است.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۳۸

اما گونه دوم به شکلی است که آن را از مبحثی بی‌فایده، به بحثی ثمربخش و مفید تبدیل می‌کند و بر اساس آن، تفاوتی ندارد که استعمال این الفاظ در معانی شرعی، مسبوق به سابقه در شرایع پیشین و عصر جاهلیت نیز باشد یا خیر.

در این شکل، بین معنای لغوی واژه‌های یادشده، با کاربرد قرآنی، حدیثی، فقهی و گاه عرفی آنها، تفکیک شده هر یک، مورد شناسایی قرار می‌گیرند. به دیگر سخن، در ادامه بحث از ثبوت «حقیقت شرعی» و «حقیقت متشرعه» باید بحث از «حقیقت لغوی»، «حقیقت قرآنی»، «حقیقت روائیه» و «حقیقت عرفیه» [عرف عام و عرف خاص به ویژه فقها] - با تسامح در تعبیر - و راهکارهای تشخیص آنها نیز صورت گیرد. بررسی‌ها نشان می‌دهد خلط میان این موارد، لغزش‌های فراوانی را در برداشت از آیات و روایات و استنباط‌های فقهی فراهم کرده است که در ادامه خواهد آمد.

بنابراین، بحث حقیقت شرعیه به گونه نخست که اصولیان بدان پرداخته‌اند، ناقص است و تکمیل آن تا مرحله تفکیک یادشده، موجب ثمربخش بودن آن خواهد بود. از این رو، این بحث نه به عنوان بدیلی برای نظریه حقیقت شرعیه بلکه تکمیل کننده آن تلقی می‌شود. به دیگر سخن، پس از بحثی اجمالی درباره حقیقت شرعیه، باید تمرکز بر روی بحث مورد نظر باشد. با این حال این بحث از نظر ثمربخشی، در تمامی واژه‌ها یکسان نیست. در مورد برخی همچون زکات و صدقه ثمرات فراوان و تعیین کننده‌ای دارد و در مورد برخی مانند صلوات، کمتر. اکنون با این نگاه، برخی واژه‌ها را بررسی می‌کنیم.

### واژه صلوات

ابن فارس ماده «صلی» را در لغت دارای دو معنای اصلی می‌داند: یکی جنسی از عبادت که شامل دعا، رحمت و نماز می‌شود و دیگری: آتش و حرارت (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۳/۳۰۰-۳۰۱). اما برخی از اهل لغت، معنای اصلی آن را دعا (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۳/۵۰) یا تعظیم (نک: ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۳/۵۰) و برخی، لزوم و ملازمت دانسته و معانی دیگر را به آن بازگردانیده‌اند (نک: ابن منظور، ۱۴۱۰، ۱۴/۴۶۵): چنان که صلوات پرندگان را به معنای تسبیح (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۳/۵۰) صلوات فرشتگان را دعا و استغفار (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۳/۵۰) و صلوات یهود را به معنای کنیسه‌های آنان (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۳/۴۶۶) دانسته‌اند.

دقت در موارد کاربرد این واژه، دیدگاه ابن فارس را استوار می‌سازد، چه دعا، نماز، رحمت، استغفار، تسبیح و محل عبادت یهودیان، همگی بازگشت به معنای نخست دارد و جدای از معنای دوم است. این احتمال نیز وجود دارد که ریشه صلی به معنای آتش و حرارت بوده و آنگاه به باب تفعیل رفته که مصدر آن، صلوات است و از آنجا که یکی از معنای این باب، سلب است، صلوات به معنی سلب آتش قهر الهی آمده که با دعا و عبادت نمود می‌یابد. با این حال، واژه «صلو» معنای دیگری نیز دارد و آن، وسط کمر انسان و چهار پایان است و بدین جهت، اسب دوم در مسابقه را «مصلی» می‌گویند، زیرا سر او، در پی کمر اسب اول است (ابن منظور، ۱۴۱۰، ۱۴/۴۶۶؛ ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۳/۵۰). و به جهت وجود تلازم بین این دو، برخی معنای اصلی صلوات را، لزوم و ملازمت دانسته‌اند؛ اما به نظر می‌رسد این اخیر، اسم ذات بوده و در قبال دو معنای نخست است که اسم معنا است.

واژه صلات و مشتقات آن در قرآن، گرچه در معانی دعا (توبه: ۱۰۳)، رحمت (احزاب: ۴۳ و ۵۶؛ بقره: ۱۵۷) و معبد یهودیان (حج: ۴۰) به کار رفته است؛ اما غالب موارد کاربرد آن، «نماز» است که در بسیاری از موارد، با قرینه‌ای همراه است؛ از جمله در بقره: ۴۳ و ۲۳۸، نساء: ۱۰۱، مائده: ۶، ۵۵، ۵۸، جمعه: ۹، ۱۰؛ نیز توبه: ۸۴ (نماز میت). در قرآن، مورد مجملی وجود ندارد که مراد از صلات در آن، نامشخص باشد، جز آیه ۴۱ نور که بحث از صلات و تسبیح همه موجودات از جمله پرندگان است، برخی از مفسران آن را به معنای دعا دانسته‌اند (طبرسی، ۱۴۰۶، ۷-۸/۲۳۳؛ طباطبایی، ۱۵/۱۳۵؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۳، ۱۴/۵۰۰) و برخی به معنای نماز و ویژه آدمیان (نک: طبری، ۱۴۱۵، ۱۸/۲۰۳) و برخی به معنای اطاعت و انقیاد (ابن‌العربی، بی تا، ۲/۷۲) یا تسبیح آنان (قرطبی، ۱۴۰۵، ۱۲/۲۸۷) که البته بحث فقهی نیز ندارد.

نکته قابل توجه آن است که قرآن کریم، واژه صلات را برای عبادات شرایع پیشین (آل عمران: ۳۹؛ مائده: ۱۲؛ اعراف: ۱۷۰؛ یونس: ۸۷؛ ابراهیم: ۳۱، ۵۵، ۵۹؛ طه: ۱۴؛ انبیاء: ۷۳؛ لقمان: ۱۷؛ هود: ۸۷) و حتی عبادت بت پرستان که ماهیت کاملاً متفاوتی با نماز داشته (انفال: ۳۵) به کار برده است. اما با توجه به غیرعربی بودن زبان برخی از امت‌های یادشده، نمی‌توان کاربرد لفظ «صلات» در آن شرایع را ثابت نمود. با این حال کاربرد این واژه در معنی نماز، از نخستین سوره مکی که در آغاز بعثت نازل شده و حتی نخستین سوره، دیده می‌شود (علق: ۱۰؛ مزمل: ۲۰؛ اعلی: ۱۵؛ قیامت: ۳۱؛ اسراء: ۱۱۰). این کاربرد، در عین فقدان قرینه، هیچ گونه ابهامی برای مخاطبان اولیه ایجاد ننموده است. بر این اساس، می‌توان گفت قرآن، عبادت خاص و رابطه ویژه بین فرد با معبود خود را، با واژه صلات یاد کرده است؛ هرچند ماهیت آن در شرایع مختلف و آیین بت پرستی، با نماز در اسلام متفاوت است. بدین جهت، مخاطبان اولیه نیز همین عبادت ویژه را از این واژه فهم می‌کردند؛ گرچه از کیفیت آن پیش از مراجعه به پیامبر ﷺ آگاه نبودند. این نکته، می‌تواند این دیدگاه را تقویت نماید که صلات پیش از اسلام در معنای عبادت مخصوص، حقیقت بوده و عرب، عبادت یهودیان و مسیحیان را صلات می‌نامیده است و پیامبر اکرم ﷺ صرفاً شکل و شرایط آن را تغییر داد که این، به معنای تغییر در وضع لفظ نیست (نک: عاملی، ۱۴۱۰، ۳/۶؛ عاملی، ۱۴۱۹، ۵/۸).



به هر حال، از بررسی آیات برمی آید واژه صلات در قرآن بدون قرینه، به معنای نماز است و سایر موارد کاربرد یا معانی آن، با قرینه به کار رفته اند و همین مقدار، برای استنباط های فقهی کافی است. ضمن آنکه مشتقات «صلی» در قرآن، مکرر به معنای ورود به آتش و سوختن نیز به کار رفته است (برای نمونه: نساء: ۱۰؛ اسراء: ۱۸؛ ابراهیم: ۲۹).

در روایات نیز بسان قرآن، واژه صلات به ندرت بر معنایی غیر از نماز، همچون دعا (مجلسی، ۱۴۰۳، ۸۷/۲۵؛ ابن حنبل، بی تا، ۲/۴۸۹) اطلاق شده است؛ اما غالب کاربردهای آن به ویژه آنجا که بدون قرینه به کار می رود، نماز مراد می شود (نک: حرّعاملی، بی تا، ۳/۳-۷۷)؛ چنان که بر عبادت در شرایع پیشین نیز اطلاق شده است (حرّعاملی، بی تا، ۳/۹-۱۰).

در اصطلاح فقهی، بیشتر فقیهان بر این باورند که صلات، در لغت به معنای دعا بوده و سپس در شرع، به عبادت مخصوص، نقل داده شده است. آن گاه در تعریف معنای شرعی آن، عبارات متعددی را مطرح نموده اند (طوسی، ۱۳۸۷، ۱/۷۰؛ محقق، ۱۳۶۴، ۲/۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۵، ۲/۲۵۹؛ شهید اول، بی تا، ذکری، ۱/۶۵؛ کرکی، ۱۴۰۸، ۲/۵؛ عاملی، ۱۴۱۹، ۵/۵-۱۰). برخی نیز به دلیل وضوح کامل معنایی از یک سو و دشواری تعریف دقیق از سوی دیگر، آن را بی نیاز از تعریف دانسته اند (عاملی، ۱۴۱۰، ۳/۶). با این حال، در خصوص اطلاق صلات بر نماز میت، بین فقیهان بحث وجود دارد.

اما برخی از فقیهان، به دلیل عدم صحّت سلب، دلالت برخی نصوص (حرّعاملی، بی تا، ۲/۷۶۲-۸۱۸) و اطلاق آن نزد متشرعه که خود، عنوان حقیقت شرعیه است، صلات را در معنای نماز میت نیز حقیقت دانسته اند و نه به معنای لغوی (دعا) (نجفی، ۱۳۶۵، ۷/۱۰) که سخنی استوار است. آنچه در تحلیل واژه صلات در قرآن بدان رسیدیم، سخن مشهور فقیهان مبنی بر انتقال این واژه از معنای لغوی (دعا) به معنی شرعی در زمان شارع را تضعیف، و سخن ابن فارس را تقویت می کند؛ یعنی صلات در یکی از دو معنای خود، به مفهوم جنس عبادت بوده و پیش از اسلام نیز رواج داشته است.

نتیجه بررسی آنکه واژه صلات از نظر حقیقت قرآنی، حدیثی و فقهی تفاوتی ندارد و در هر سه بدون قرینه به معنای نماز به کار می رود و اراده دیگر معانی، نیازمند قرینه است.

## حج و صوم

دربارهٔ واژه‌های حج (نک: ابن فارس، ۱۴۰۴، ۲/ ۲۹-۳۰؛ ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۱/ ۳۳۱؛ نجفی، ۱۳۶۵، ۱۷/ ۲۱۹-۲۲۰) و صوم (نک: فراهیدی، ۱۷۱/ ۷؛ ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۳/ ۶۱؛ نجفی، ۱۳۶۵، ۱۶/ ۱۸۴) نیز که حالتی مشابه با واژه صلوات دارند و مفهوم‌شناسی آن، فاقد ثمرهٔ فقهی است، از پرداختن به آنها خودداری می‌کنیم.

## زکات و صدقه

نویسنده در مجالی دیگر، به تفصیل به مفهوم‌شناسی این دو واژه پرداخته است (نک: ایروانی، ۱۳۸۷، ۱۵۲-۱۷۱): اما به نظر می‌رسد از میان واژه‌های متداول در الفاظ عبادات و معاملات، این دو، بیشترین ثمره را در محل بحث دارند. چه، واژهٔ زکات که در لغت به معنی «نماء» و «زیاده» است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۳/ ۱۷؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ۳۸۰) در فقه، به واجب مالی خاصی اطلاق می‌شود که دارای حد نصاب و مواردی محدود است و در میان تعاریف گوناگون آن، تعریف محقق: «حق یجب فی المال یعتبر فی وجوبه النصاب» (محقق حلّی، ۱۳۶۴، ۲/ ۴۸۵) و تعریف شهید: «الصدقة المقدرة بالاصالة ابتداء» (شهید اول، ۱۴۱۲، ۱/ ۲۲۸) مقبولیت فزون‌تری یافته است (نک: ابن فهد، ۱۴۰۷، ۱/ ۴۹۹؛ علامه حلّی، ۱۴۱۵، ۵/ ۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱/ ۳۵۶؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵، ۴/ ۶؛ سبزواری، بی‌تا، ۲/ ۴۱۸؛ نجفی، ۱۳۶۵، ۱۵/ ۳)؛ اما کاربرد قرآنی واژه «زکات» با اصطلاح فقهی آن، متفاوت است. این واژه، نخستین بار در آیه ۲۰ سوره مزمل به کار رفته است که سومین سوره نازل شده است (نک: معرفت، ۱۴۱۶، ۱/ ۱۳۳-۱۴۵) در حالی که زکات مصطلح فقهی، در مدینه تشریح شده است (نک: کلینی، ۱۳۶۷، ۳/ ۴۹۷؛ طبرسی، ۱۴۰۶، ۵/ ۱۱۵-۱۱۷).

از سوی دیگر، قرآن کریم، زکات را تشریحی عام در تمامی شرایع می‌داند (انبیاء: ۷۳؛ مریم: ۵۵ و ۳۱) و به همسران پیامبر ﷺ دستور می‌دهد که در کنار اقامهٔ نماز، زکات بپردازند (احزاب: ۳۳)؛ در حالی که بسیاری از پیامبران (صادق‌ی تهرانی، ۱۳۶۵، ۱۳/ ۱۴۲) و هیچ‌یک از همسران پیامبر ﷺ در آن زمان، از اموال زکوی به مقدار حد نصاب تعلق زکات بهره‌مند نبوده‌اند.

براین اساس، می‌توان زکات را در اصطلاح قرآنی این گونه تعریف کرد: «هر واجب مالی ابتدایی؛ خواه در قالب زکات مصطلح فقهی یا خمس و خواه با تعیین حد نصاب و شرایط و پرداخت به حکومت (چنان که در اواخر دوره مدینه روی داد) یا بدون تعیین حد نصاب و سایر شرایط (چنان که در مکه و اوایل دوره مدینه بود)» (صادقی تهرانی، ۱۳۶۵، ۱۳/۱۳۸ و ۱۴۹؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۳، ۹/۸).

روایات، کاربرد گسترده تری برای این واژه دارند که حتی موارد غیرمالی را نیز دربرگرفته است (کلینی، ۱۳۶۷، ۴۱/۱؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ۲۴۷/۷۵). این کلمه در سخنان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم بسان قرآن، مفهومی گسترده دارد؛ به طوری که هرگونه واجب مالی را شامل می‌شود (نک: بلاذری، بی تا، ۸۵/۱؛ عسکری، بی تا، ۹۷/۲؛ تسخیری، ۱۳۸۵، ۳۶۷).

اما زکات مصطلح فقهی در روایات نبوی - چنان که خواهد آمد - بیشتر با عنوان «صدقه» مطرح می‌شده است؛ بنابراین، حقیقت شرعی در خصوص زکات فقهی، قابل اثبات نیست. در روایات امام باقر علیه السلام و امام صادق علیه السلام، کاربرد زکات در مفهوم «زکات مصطلح فقهی» غلبه دارد و این مهم، در خصوص روایات بحث زکات، کاملاً مشهود است. (حرعاملی، بی تا، ۳/۶ و ۳۳-۳۹)

واژه «صدقه» نیز به معنی هر آن چیزی است که در راه رضای خدا به نیازمندان پرداخت شود (زبیدی، ۱۴۰۹، ۴۰۵/۶).

این واژه در فقه، دو کاربرد دارد:

یکی به معنی عام که بین فقیهان پیشین، شهرتی فزون‌تر داشته است. در این کاربرد، صدقه به معنی هرگونه پرداخت مالی است که برای رضای خدا صورت پذیرد؛ خواه واجب باشد یا مستحب و از این رو، زکات مصطلح، فطره، کفارات و نذورات و قربانی و انفاق‌های مستحب را شامل می‌شود و این گونه است که در تقسیم‌بندی انفاق‌های مالی (ابن سعید حلّی، ۱۳۸۶، ۴۸-۵۰) و نیز تعریف آنها، بسان «مقسم» و «جنس» (شهید اول، ۱۴۱۲، ۲۲۸/۱؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵، ۶/۴؛ علامه حلّی، ۱۴۱۵، ۴۹۹/۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۵۵/۱) قرار می‌گیرد.

صدقه در کاربرد دوم به معنی خاص - که همان انفاق مستحب است - می‌باشد:

«التطوع بتمليك العين بغير عوض» (محقق حلی، ۴۶۳۱، ۱۵۹؛ آبی ازهری، بی تا، ۵۵/۲). این معنا به تدریج در عرف فقیهان و سپس در عرف جامعه، غلبه پیدا کرده است. کاربرد قرآنی آن گسترده تر است و شامل هرگونه کمک مالی به نیازمندان: خواه در قالب انفاق‌های واجب یا مستحب و نیز کمک‌های غیرمالی و احسان و گذشتن از حق (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ۴۸۰) است.

برای نمونه، مراد از صدقه در آیه «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً» (توبه: ۱۰۳) و صدقات در «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ» (توبه: ۶۰) به تصریح روایات (کلینی، ۱۳۶۷، ۱۳۶۷، ۴۹۷/۳) مفسران (طبرسی، ۱۴۰۶، ۵-۶/۱۰۲ و ۱۰۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۷، ۳۹۰/۹) و فقیهان (مفید، ۱۴۱۰، ۲۵۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۳۵۰)، زکات مال (مصطلح فقهی) است. همچنین، صدقه در قرآن به معنی انفاقات داوطلبانه (توبه: ۷۹)، کفاره (بقره: ۱۹۶) ابراء (بقره: ۲۸۰)، احسان (یوسف: ۸۸) و عفو از قصاص (مائده: ۴۵؛ نساء: ۹۲) - (نک. طبرسی، ۱۴۰۶، ۳-۴/۳۰۹) نیز آمده است.

از این رو، برخی مفسران گفته‌اند: صدقه در قرآن، اعم از واجب و مستحب است؛ ولی زکات، خصوص واجب می‌باشد (نک. طبرسی، ۱۴۰۶، ۲/۶۶۱-۶۶۲؛ فخررازی، ۱۴۲۰، ۳/۶۱؛ طباطبایی، ۲/۳۹۷). بر این اساس، در زمان نزول قرآن، «صدقه» به صورت حقیقت شرعیه در معنی «انفاق مستحب» نبوده است (نک. قرضاوی، ۱۴۲۲، ۴۰/۱-۴۱) و در روایات عهد نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «صدقه» به طور مطلق، در مفهوم «کمک مالی برای رضای خدا» به کار می‌رفته است؛ اما کاربرد آن در «زکات مصطلح فقهی» بسی فزونی داشته است (کلینی، ۱۳۶۷، ۳/۴۹۷ و ۴/۵۸؛ ابن حنبل، بی تا، ۱۱/۱-۱۲؛ احمدی میانجی، ۱۴۱۹، ۱/۲۹۳-۳۰۲-۳۰۳). چنان‌که گاه واژه یادشده با قرینه در مورد «وقف» نیز به کار رفته و از آن با «صدقه جاریه» (نک. ابن ابی‌الجمهور احسائی، ۱۴۰۳، ۲/۵۳؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ۲/۲۳؛ ابن حنبل، بی تا، ۲/۲۷۲؛ نسائی، ۱۳۴۸، ۶/۲۵۱) یاد شده است.

بنابراین واژه صدقه هر جا در روایات نبوی بدون قرینه به کار رفته، به مفهوم «مطلق انفاق مالی، اعم از واجب و مستحب» است؛ ولی انصراف به «زکات مصطلح فقهی» دارد. در زمان حضرت علی عَلَيْهِ السَّلَامُ به تدریج استعمال آن در «وقف» - با قرینه - فزونی

یافت (کلینی، ۱۳۶۷، ۵/۷). همچنین در زمان امام باقر علیه السلام و امام صادق علیه السلام کاربرد واژه صدقه در مفهوم «وقف» چنان رواج پیدا کرد که حتی بدون قرینه صریح در لفظ نیز به کار می‌رفت (کلینی، ۱۳۶۷، ۳۱/۷، ۳۹ و ۵۶) و این گونه است که فقیهان پیشین وقف و صدقه راشیء واحد دانسته‌اند (نک. طوسی، بی تا، ۵۹۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۱۶۰/۳) و حتی به گفته شیخ مفید در مقنعه، اطلاق اصلی و کاربرد واژه صدقه در صدر اول، همان وقف بوده است (نک: مفید، ۱۴۱۰، ۶۵۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۱۵۲/۳؛ بحرانی، بی تا، ۱۵۴/۲۲-۱۵۵). براین اساس می‌توان ادعا کرد کاربرد «صدقه» در این روایات، در دو معنا بسیار رایج بوده است: نخست: وقف، دوم: کمک مالی به محرومین (اعم از واجب و مستحب)، آن‌سان که هرگاه بدون هیچ گونه شاهد و قرینه‌ای به کار رود، مجمل خواهد بود (نک. بحرانی، بی تا، ۲۶۷/۲۲).

بنابراین ثمره بحث این است که مراد از زکات در فقه (به ویژه دوره متأخر و معاصر)، خصوص «زکات مصطلح فقهی» و مراد از صدقه، «انفاقات مالی مستحب» است. همچنین این اصطلاحات که به نظر می‌رسد از سده‌های دوم و سوم، شروع به شکل‌گیری کرده و در سده هفتم، جزو مسلمات فقهی درآمد تا حد زیادی بر چگونگی برداشت از آیات و روایات، تأثیرگذار بوده است. برای نمونه: روایاتی که در آنها، به پرداخت زکات ترغیب شده، در آغاز بحث «زکات فقهی مصطلح» ذکر شده‌اند. (برای نمونه نک. بحرانی، بی تا، ۳/۱۲-۶؛ نجفی، ۱۳۶۵، ۱۵/۶-۸)؛ در حالی که این گونه روایات، به ویژه آنها که از پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم نقل می‌گردد، عام بوده و حجم فراوانی از آنها، می‌تواند در آغاز بحث خمس و سایر حقوق مالی (در کتب فقهی و حدیثی) نیز مورد استناد قرار گیرد. همچنین بخش فراوانی از روایاتی که به (صدقه) ترغیب کرده‌اند، یا اختصاص به زکات مصطلح فقهی دارند (به ویژه اگر از پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم نقل شده باشد)، یا مفهومی اعم از زکات فقهی و انفاق مندوب را مراد کرده‌اند و یا به معنی وقف هستند؛ بنابراین، منحصر ساختن آنها به صدقه مندوبه، وجهی ندارد. برای نمونه: روایاتی که «صدقه» بر پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم و اهل بیت علیهم السلام را حرام دانسته‌اند (نک. کلینی، ۱۳۶۷، ۵۸/۴) مراد از آنها، همان زکات واجب فقهی است و تعمیم آن به سایر واجبات مالی (همچون کفارات) و صدقه مندوبه، وجهی ندارد. نیز مراد از صدقه در روایات مربوط به «صدقات حضرت

فاطمه عليها السلام) (صدوق، ۱۴۰۴، ۳۸/۲) وقف است نه زکات؛ چنان که از روایات باب «صدقات النبی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و فاطمه عليها السلام والائمة عليها السلام ووصایاهم» (کلینی، ۱۳۶۷، ۴۷/۷-۵۰) کاملاً پیداست و ذکر آنها ذیل باب «حرمت زکات بر بنی هاشم» (نک. فیض کاشانی، ۱۴۰۹، ۱۹۷/۱۰) وجهی ندارد.

همچنین، روایات مربوط به فضیلت و آثار مثبت «صدقه» و ترغیب به آن، به طور عموم در باب «صدقه مندوبه» یاد شده است، (برای نمونه نک. مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵، ۲۸۵/۴؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۹، ۱۰-۳۸۷/۹۷) و یا برای مثال، حرعاملی، روایات مربوط به «صدقه زن بدون اذن شوهر» را در «کتاب الوقوف والصدقات» آورده است نه در بحث صدقه مندوبه! (نک. حرعاملی، بی تا، ۱۳/۲۳۳)؛ درحالی که هیچ دلیلی بر این انحصار وجود ندارد.

بعد دیگری از ثمره بحث آن است که بسیاری از فقیهان، وقف را برخلاف صدقه مندوبه، مشروط به قصد قربت نمی دانند و روایات «الصدقة لله» را حمل بر صدقه مندوبه می کنند (نک: بحرانی، بی تا، ۲۲/۲۶۴). این در حالی است که نه تنها هیچ شاهی بر این توجیه ارایه نشده؛ بلکه شواهدی وجود دارد که مراد از صدقه در این روایات، وقف است. برای نمونه: «رجل تصدق علی ولده بصدقة... ان یرجع فیها؟ قال: لا الصدقة لله عزوجل» (کلینی، ۱۳۶۷، ۳۱/۷). روشن است که مراد از صدقه بر فرزند، وقف است و از آنجا که وقف نیز مشروط به قصد قربت است، رجوع به آن جایز نیست (نک. بحرانی، بی تا، ۲۲/۲۶۷).

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۴۶

## قرض

قرض در لغت به معنای «قطع» است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۷۱/۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۰، ۲۱۶/۷). این واژه در قرآن، در تمام موارد با وصف «حسن» همراه است. (بقره: ۲۴۵؛ حدید: ۱۱ و ۱۸۱؛ تغابن: ۱۷؛ مزمل: ۲۰)

عموم مفسران بر این باورند که مراد از قرض در قرآن، همان انفاق در راه خدا، یعنی کمک بلاعوض به مستمندان است و نه قرض مصطلح (طوسی، بی تا، ۲/۲۸۷؛ طبرسی، ۱۴۰۶، ۱/۳۴۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۷، ۲/۲۸۴؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۳، ۲/۱۶۰)؛

قرطبی، ۱۴۰۵، ۱۴۰۵، ۲۴۰/۳) این برداشت، با توجه به اینکه «قرض دادن به خدا» در آیات بیان شده است، استوار به نظر می‌رسد.

اما در روایات، مراد از قرض، وام‌دادن به دیگران است و تعبیراتی همچون «من أقرض رجلاً» (کلینی، ۱۳۶۷، ۵۵۸/۳) و نیز تقابل قرض با صدقه در احادیث، مؤید این معنا است (حر عاملی، بی‌تا، ۸۷/۱۳؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ۱۰۰/۱۳۸).

قرض در فقه، اصطلاح حدیثی آن را دارد و تعریف آن به وضوح نهاد شده است. (نجفی، ۱۳۶۵، ۱/۲۵) بنابراین، واژه قرض در کاربرد قرآنی خود، با کاربرد حدیثی و فقهی اش متفاوت است.

## ربا

ربا در لغت به معنای زیاده، نما و علو است. (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۴۸۳/۲؛ ابن اثیر،

۱۳۶۴، ۱۹۲/۲)

از دیدگاه فقیهان، «ربا عبارت است از دریافت زیادی در مبادله دو کالای همجنس که مکیل یا موزون باشند و یا دریافت اضافی در قرض با شرط قبلی» (نک: نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳/۳۳۴؛ طوسی، بی‌تا، ۲/۳۵۹؛ قطب رواندی، ۱۴۰۵، ۲/۴۵). این تعریف، به دو نوع ربا اشاره دارد: ربای معاملی و ربای قرضی. هرچند برخی از فقیهان در تعریف ربا، صرفاً به نوع نخست پرداخته‌اند (نک: علامه، ۱۴۱۵، ۱۰/۱۳۴؛ ابن قدامه، بی‌تا، ۴/۱۲۳). زیرا؛ آنان ربای معاملی را ذیل مباحث بیع و تجارت، ربای قرضی را در بحث قرض مطرح می‌کنند.

فقیهان بر حرمت ربا اتفاق نظر دارند (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳/۳۳۲؛ علامه، ۱۴۱۵، ۱۰/۱۳۴؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱/۵۳۶؛ ابن قدامه، بی‌تا، ۴/۱۲۳)؛ اما در مورد تعمیم حرمت به همه موارد یا تخصیص به برخی از انواع آن به‌ویژه در سده اخیر، اختلاف نظرهایی دیده می‌شود. مثلاً عموم فقیهان شیعه و بسیاری از اهل سنت، هرگونه شرط زیاده یا منفعت در ربای قرضی را حرام دانسته‌اند (بحرانی، بی‌تا، ۲۰/۱۱۰؛ نجفی، ۱۳۶۵، ۲۵/۵؛ ابن قدامه، بی‌تا، ۲/۳۶۰). برخی نیز ربای حرام را ویژه ربای نسیه‌ای دانسته‌اند که در زمان جاهلیت رایج بوده و در مقابل تمدید مهلت، بر مبلغ بدهی افزوده می‌شده است. لذا بنابر دیدگاه

ایشان، قرض‌هایی با بهره‌ای که در آنها، مقدار سود از آغاز قرارداد شرط می‌شود، اشکالی ندارد. (رشید رضا، بی تا، ۳/۱۱۶؛ و ۱۴۰۶، ۱۳۷؛ امین، ۱۳۶۷، ۱۳۵۱) برخی دیگر نیز صرفاً ربای فاحش را که میزان بهره به چند برابر اصل می‌رسد، تحریم نموده‌اند. (نک: بدوی، ۱۳۸۳، ۲۴۲؛ جمال، بی تا، ۲۲۶) و عده‌ای نیز گفته‌اند بهره قرض‌های سرمایه‌گذاری ربا نیست و آنچه تحریم شده، خصوص بهره قرض‌های مصرفی است (زرقاء، ۱۳۸۸، ۷۰/۱۳؛ بخش فرهنگی جامعه مدرسین، ۱۳۸۱، ۳۰۰).

در قرآن، مشتقات آن به معنای لغوی (حج: ۵؛ فصلت: ۳۹؛ رعد: ۱۷؛ حاقه: ۱۰؛ روم: ۳۹؛ نحل: ۹۲؛ بقره: ۲۶۵ و ۲۷۶؛ مؤمنون: ۵۰) و واژه ربا به معنای معروف و شرعی خود آمده است (بقره: ۲۷۵-۲۷۶ و ۲۷۸؛ آل عمران: ۱۳۰؛ نساء: ۱۶۱، روم: ۳۹). دقت در سیاق آیات و فضای نزول آنها، ما را به این نتیجه می‌رساند که «ربا» در قرآن، اخصّ از ربا در سنت و فقه است؛ چه آنکه ربا در قرآن، مخصوص ربای قرضی برای مصارف ضروری (خواه مصرفی یا تولیدی) است و ربای معاملی و نیز ربا برای مصارف غیر ضروری را شامل نمی‌شود.

تحلیل مختصر این نکته آن است که قرآن، بحث ربا را در چهار مورد مطرح نموده که یک مورد آن به‌طور مفصل (بقره: ۲۷۵-۲۸۰) و سه مورد به اشاره (نساء: ۱۶۱) یا به‌طور مختصر (آل عمران: ۱۳۰؛ روم: ۳۹) است. در مورد نخست، ربا به‌طور کامل در تقابل با صدقه قرار گرفته است. از آیه ۲۶۱ تا ۲۷۴، بحث انفاق به تفصیل مطرح شده و به گونه‌های مختلف، بر کمک به نیازمندان و رفع فقر تأکید شده است. در ادامه و در پیوندی معنادار، مبحث ربا آغاز می‌شود و در درون این آیات نیز، تقابل صدقه و ربا مشهود است: «يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ» (بقره: ۲۷۶) و بلافاصله در آیه بعدی تأکید بر پرداخت زکات شده است: «وَأَتُوا الزُّكُوتَ».

روشن است که صدقه و زکات به فقیر و نیازمند تعلق می‌گیرد؛ بنابراین قرآن تأکید می‌کند که بجای قرض دادن به نیازمندان با بهره و ربا، به آنان کمک‌های مالی بلاعوض اعطا شود. در ادامه آیات نیز لزوم امهال به معسر را مطرح می‌فرماید: «وإن كان ذو عسرةٍ فَنظِرَةٌ إلى ميسرةٍ» (بقره: ۲۸۰) و تأکید می‌کند که تصدّق بر آنان، بهتر است: «وإن تصدّقوا خیر لکم» (همان). مقصود از تصدّق در اینجا، ابراء فرد معسر از پرداخت بدهی



است (محقق کرکی، ۱۴۰۸، ۱۲۸/۹؛ نجفی، ۱۳۶۵، ۱۲۸/۲۸).

بدیهی است این دو نکته، صرفاً در قرض‌های ضروری مصداق پیدا می‌کند که قرض گیرنده، نیازمند و فقیر است. در سوره روم نیز این تقابل کاملاً مشهود است: «وما آتیتم من رباً لیربوا فی اموال الناس فلا یربوا عندالله و ما آتیتم من زکاة تریدون وجه الله فاولئک هم المضعفون.» (روم: ۳۹) در این آیه، بالحنی ملایم از مؤمنان خواسته می‌شود بجای پرداخت قرض با بهره به نیازمندان، به آنان زکات بدهند و از پاداش الهی بهره‌مند شوند.<sup>۱</sup> تقابل یادشده، در سوره آل عمران نیز مشاهده می‌شود. چه، پس از نهی از اکل ربا (آل عمران: ۱۳۰)، به انفاق تشویق می‌شود. (آل عمران: ۱۳۴) علامه طباطبایی نیز تصریح می‌کند که صدقه و ربا، هر دو با زندگی طبقه محروم و فقیر مرتبط هستند (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۲/۴۲۳).

البته فضای نزول آیات نیز، این برداشت را تأیید می‌کند؛ چراکه ربای متداول در جاهلیت، برای تأمین نیازهای زندگی دریافت می‌شد و قرض گیرندگان، افرادی نیازمند بودند که به‌ویژه برای امهال در باز پرداخت بدهی، به‌ناچار به ربا تن می‌دادند (طبرسی، ۱۴۰۶، ۲/۶۷۱). بسیاری از مفسران بر این باورند «الربا» در قرآن (آل عمران: ۱۳۰) اشاره به ربای معروف در زمان جاهلی است (طوسی، بی تا، ۲/۵۸۷؛ طبرسی، ۱۴۰۶، ۲/۵۰۲؛ فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ۲/۲۱۲؛ ابن کثیر، بی تا، ۱/۳۸۱؛ فخر رازی، ۱۴۲۰، ۲/۹؛ قرطبی، ۱۴۰۵، ۴/۲۰۲؛ رشیدرضا، بی تا، ۴/۱۲۳؛ زحیلی، ۱۴۱۸، ۴/۸۴). و این گونه است که قرآن، برظالمانه بودن بهره‌های ربوی تصریح می‌کند (بقره: ۲۷۹).

بااین حال، نمی‌توان ربا در قرآن را ویژه بهره قرض‌های مصرفی دانست و قرض‌های سرمایه‌گذاری را خارج نمود. چه، قرض‌های ضروری کشاورزان برای خرید ابزار کار یا سرمایه‌اندک تجاری - که در عصر نزول رواج داشت - از نوع قرض سرمایه‌گذاری و درعین حال ضروری به شمار می‌رود (نک: مطهری، ۱۳۷۴، ۱۶۱. نیز نک: حر عاملی،

۱. در اینکه مقصود از ربا در این آیه چیست، بین مفسران بحث وجود دارد. شماری آن را - بسان دیگر موارد ربا در قرآن - همان ربای حرام می‌دانند و عده‌ای، براساس روایات، آن را ربای حلال تفسیر کرده‌اند، یعنی پرداخت هدیه با قصد دریافت هدیه بیشتر، و یا مفهومی عام و شامل هر دو (نک: طبرسی، ۱۴۰۶، ۷-۸/۴۷۹؛ طباطبایی، ۱۴۱۷، ۱۶/۱۹۱؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۳، ۱۶/۴۴۴-۴۴۶؛ کلینی، ۱۳۶۷، ۵/۱۴۵) و مراد از زکات نیز، مطلق صدقه است. (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۱۶/۱۹۰)

بی تا، ۱۲/۴۳۷).

بنابراین، می توان کاربرد ربا در قرآن را چنین بیان نمود: «بهره ظالمانه قرض های ضروری نیازمندان.»

بر این اساس، حرمت بهره در قرض های غیر ضروری و نیز ربای معاملی را بایستی از دلایلی دیگر همچون سنت جستجو کرد. به همین جهت، فقیهانی همچون شیخ طوسی در مقام استدلال بر حرمت ربای قرضی، به اجماع و روایات استناد کرده اند و نه قرآن (طوسی، ۱۴۱۷، ۳/۱۷۴)؛ چنان که حرمت ربای معاملی نیز مستند به قرآن نشده است (نک: طالقانی، بی تا، ۱۸۴).

یادآوری می شود برخی که ربای جاهلی را منحصر به ربای نسیه ای در مقابل تمدید مهلت دانسته اند، شمول ربا در قرآن را نسبت به بهره هایی که در قرارداد قرض از ابتدا شرط می شود، انکار نموده اند (رشیدرضا، بی تا، ۳/۱۱؛ و ۱۴۰۶، ۱۳۷). اما چنین انحصاری در مورد ربای جاهلی، مسلم نیست و براساس پاره ای نقل ها، قرض مدت داری که در آن شرط زیاده شده بوده نیز، در جاهلیت رواج داشته است (نک: جصاص، ۱۴۱۵، ۲/۱۸۴ و ۱۸۶؛ فخر رازی، ۱۴۲۰، ۷/۸۵؛ کیه راسی، ۱۴۰۵، ۱/۲۳۲). چنان که برخی با برداشت از تعبیر «اضعافاً مضاعفة» (آل عمران: ۱۳۰)، صرفاً ربای فاحش را حرام دانسته اند (بدوی، ۱۳۸۳، ۲۴۲؛ جمال، بی تا، ۲۲۶). لیکن به نظر می رسد این تعبیر، صفت غالب رباها است. (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۴/۱۹) و نه قید احترازی و اطلاق سایر آیات مؤید آن است. براین اساس، ادعای مجمل بودن ربا در قرآن نیز (نک: فخر رازی، ۱۴۲۰، ۷/۹۳) پذیرفته نیست.

اما روایات ضمن تقسیم ربا به دونوع ربای معاملی و قرضی و تحریم هر دو، به اطلاق و گاه صراحت خود، هرگونه شرط زیاده در قرض - اعم از قرض های مصرفی و سرمایه گذاری - را منع کرده اند (حرعاملی، بی تا، ۱۲/۴۳۴ و ۴۴۲). به ویژه با توجه به عبارت حدیثی «كُلُّ قَرْضٍ جَزَّ مِنْفَعَةً فَهُوَ رِبَا» (بروجردی، ۱۴۱۰، ۱۸/۳۳۶؛ بیهقی، بی تا، ۵/۳۵۰؛ متقی هندی، بی تا، ۶/۲۳۸). در روایات، ربای حلال (هدیه دادن به هدف گرفتن سود بیشتر) نیز مطرح شده است. (صدوق، ۱۴۰۴، ۳/۲۸۶؛ کلینی، ۱۳۶۷، ۵/۱۴۴) براین اساس، کاربرد ربا در روایات بسان فقه، اعم از کاربرد قرآنی آن است.

## نتیجه

مباحث اصول فقه با وجود اینکه بیشترین نقش را در فرایند استنباط فقهی دارد، از نظر کارآمدی، در یک سطح نیست. در متون اصولی و به‌ویژه در سده اخیر، گاه بحث‌های درازدامنی وجود دارد که به تصریح اصولیان، فاقد ثمره فقهی است و مبحث حقیقت شرعیه از این دست است.

اما برخی از همان مباحث را می‌توان از زاویه‌ای دیگر نیز بازنگری و طرح کرد؛ به‌طوری که به یکی از سودمندترین مباحث این دانش تبدیل گردد. در این نگاه، باید در ادامه بحث از ثبوت حقیقت شرعیه، به بحث از حقیقت لغویه، قرآنی، حدیثیه و فقهیه و تمایز آنها پرداخت.

در این نوشتار، با رویکرد یادشده و با پرداختن به واژه‌های صلوات، زکات، صدقه، قرض و ربا نتایج زیر به دست آمد.

واژه صلوات، پیش از اسلام نیز به معنای عبادت ویژه در شرایع، به کار می‌رفته و کاربرد قرآنی، حدیثی و فقهی آن تفاوتی ندارد- جز در مواردی خاص که همراه قرینه، در معنایی دیگر به کار رود.- واژه‌های صوم و حج نیز چنین هستند. واژه زکات در لغت به معنی رشد و در قرآن و روایات نبوی به معنای هرگونه واجب مالی ابتدایی است و با زکات مصطلح فقهی متفاوت است. صدقه نیز که در لغت از ریشه صدق است، در قرآن معنایی عام دارد و انفاق واجب و مستحب و غیر آنها را شامل می‌شود.

زکات مصطلح فقهی نیز در قرآن با همین واژه آمده است. زکات در روایات، دو کاربرد متداول دارد: وقف و انفاق مال- اعم از واجب و مستحب-، و در فقه، نزد قداما به عنوان جنس و مقسم همه حقوق مالی- جز خمس- به کار می‌رفت و نزد متأخرین و نیز عرف عام، به معنای خصوص انفاق مستحب در نظر گرفته شده است.

واژه قرض نیز که در لغت به معنای قطع است، در قرآن به معنای انفاق و کمک مالی بلاعوض به فقرا و در روایات و فقه به معنای وام دادن به دیگران آمده است.

واژه ربا در قرآن در خصوص ربای قرضی برای مصارف ضروری به کار رفته و در روایات، در معنایی عام- شامل ربای قرضی و معاملی، برای مصارف ضروری و غیر ضروری آمده است.

بدیهی است خلط میان کاربردهای واژگان یادشده، برداشت‌های نادرستی را از آیات و روایات موجب شده است. که به بخشی از آنها در این تحقیق اشاره شد.

## منابع

۱. قرآن کریم.
۲. آبی ازهری، صالح بن عبدالسمیع. (بی تا). الثمر الدانی فی تقریب المعانی: شرح رساله ابن ابی زید القيروانی. بیروت: المكتبة الثقافية.
۳. آخوندخراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۱۳ق). کفایة الأصول. تحقیق شیخ سامی خفاجی. چ اول. قم: انتشارات لقمان.
۴. ابن ابی جمهور، محمدبن زین الدین. (۱۴۰۳ق). عوالی اللثالی العزیزة فی الاحادیث الدینیة. تحقیق سید مرعشی و مجتبی عراقی. چ اول. قم: مطبعه سیدالشهداء.
۵. ابن اثیر، مبارک بن محمد. (۱۳۶۴). النهایة فی غریب الحدیث والأثر. چ چهارم. قم: موسسه اسماعیلیان.
۶. ابن ادریس، محمدبن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر. چ دوم. قم: جامعه مدرسین.
۷. ابن بابویه (صدوق)، محمدبن علی. (۱۴۰۴ق). من لایحضره الفقیه. تحقیق علی اکبر غفاری. چ دوم. قم: جامعه المدرسین.
۸. ابن حنبل، احمدبن محمد. (بی تا). مسند احمد. بیروت: دار صادر.
۹. ابن شهیدثانی، حسن بن زین الدین. (بی تا). معالم الدین و ملاذ المجتهدین. قم: موسسه النشر الاسلامی.
۱۰. ابن العربی. محمدبن عبدالله. (بی تا). احکام القرآن. بی جا.
۱۱. ابن فارس، احمدبن فارس. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۱۲. ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المهذب البارع. تحقیق مجتبی عراقی. قم: جامعه مدرسین.
۱۳. ابن قدامه، عبدالله. (بی تا). المغنی. بیروت: دار الکتب العربی.
۱۴. ابن کثیر، اسماعیل بن عمر. (بی تا). البداية والنهاية. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۶. ابن منظور، محمدبن مکرم. (۱۴۱۰ق). لسان العرب. چ اول. بیروت: دار الفکر.
۱۷. اصفهانی، محمدحسین. (بی تا). الفصول الغرویه. الطبعة الحجریه.
۱۸. امین، حسن عبدالله. (۱۳۶۷). سپرده‌های نقدی و راه‌های استفاده از آن در اسلام. ترجمه

- محمد درخشنده. تهران: انتشارات امیرکبیر.
۱۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب الزکاة. چ اول. قم: المؤتمر العالمی بمناسبة ذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاری.
۲۰. ایروانی، جواد. «بازگاووی مفهوم و کاربرد واژه های زکات و صدقه در روایات». فصلنامه علوم حدیث. تابستان ۱۳۸۷. سال سیزدهم. ش ۴۸.
۲۱. بحرانی، یوسف بن احمد. (بی تا). الحدائق الناضرة. تحقیق محمدتقی ایروانی. قم: جامعه مدرسین.
۲۲. بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. (۱۳۸۱). ربا: پیشینه تاریخی ربا، ربا در قرآن و سنت، انواع ربا و فرار از ربا. قم: موسسه بوستان کتاب.
۲۳. بدوی، ابراهیم زکی الدین. (۱۳۸۳ق). نظریة الربا المحرم. قاهره: المجلس الاعلی لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية.
۲۴. بروجردی، حسین. (۱۴۱۰ق). جامع احادیث الشيعة. قم: چاپخانه علمیه.
۲۵. بلاذری، احمد بن یحیی. (بی تا). فتوح البلدان. قاهره: مكتبة النهضة المصرية.
۲۶. بیهقی، احمد بن حسین. (بی تا). السنن الكبرى. بیروت: دارالفکر.
۲۷. تسخیری، محمدعلی. (۱۳۸۵). الاقتصاد الاسلامی. چ اول. تهران: المجمع العلمی للتقريب بين المذاهب الاسلامية.
۲۹. جصاص، احمد بن علی. (۱۴۱۵ق). احکام القرآن. چ اول. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۳۰. جمال، غریب. (بی تا). المصارف والاعمال المصرفية فی الشريعة الاسلامية والقانون. بی جا.
۳۱. حر عاملی، محمد بن حسن. (بی تا). وسائل الشيعة. تحقیق عبدالرحیم ربانی شیرازی. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۲. خطاب، محمد بن محمد. (۱۴۱۶ق). مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل. چ اول. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۳۳. حکیم، عبدالصاحب. (۱۴۱۶ق). منتقى الاصول. چ دوم. بی جا: الهادی.
۳۴. ابن سعید حلّی، یحیی. (۱۳۸۶ق). نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه والنظائر. تحقیق احمد حسینی و نورالدین واعظی. نجف: الاداب.
۳۵. خلیل بن احمد. (۱۴۰۸ق). العین. تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرای. چ اول. بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات.
۳۶. خمینی، روح الله. (۱۴۱۰ق). تهذیب الاصول. به قلم جعفر سبحانی. قم: انتشارات دارالفکر.
۳۷. خمینی، مصطفی. (۱۳۷۶). تحریرات فی الاصول. چ اول. موسسه تنظیم و نشر آثار

امام خمینی.

۳۸. خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۹ق). محاضرات فی اصول الفقه (تقریر بحث الخوئی للفیاض)، چ اول. قم: موسسه النشر الاسلامی.

۳۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۶ق). مفردات الفاظ القرآن. چ اول. تحقیق صفوان عدنان داوودی. دمشق: دار القلم، و بیروت: الدار الشامیة.

۴۰. رشیدرضا، محمد. (۱۴۰۶ق). الربا والمعاملات فی الاسلام. تصحیح و تکمیل محمد بهجة البیطار. بیروت: دار ابن زیدون، و قاهره: مكتبة الكليات الأزهرية.

۴۱. \_\_\_\_\_ (بی تا). تفسیر القرآن الحکیم الشهیر بتفسیر المنار. چ دوم. بیروت: دار المعرفة.

۴۲. زبیدی، محمد بن محمد. (۱۴۰۹). شرح القاموس المسمی تاج العروس من جواهر القاموس. تحقیق مصطفی حجازی. دار الهدایه.

۴۲. زحیلی، وهبة. (۱۴۱۸ق). تفسیر المنیر. چ اول. بیروت: دمشق، دار الفكر المعاصر.

۴۳. الزرقا، مصطفی. (۱۳۸۸). «المشكلات العصرية في ميزان الشريعة الإسلامية». مجلة البعث. بیروت. ج ۳۱.

۴۳. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن. (بی تا). ذخیره المعاد. موسسه آل البيت علیهم السلام.

۴۴. شربینی، محمد بن احمد. (بی تا). الاقناع فی حل الفاظ ابی شعجاع. بیروت: دار المعرفة.

۴۵. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۲ق). الدروس الشرعیة. چ اول. قم: موسسه النشر الاسلامی.

۴۶. \_\_\_\_\_ الذکری، الطبعة الحجرية، بی جا.

۴۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام. چ اول. قم: موسسه المعارف الاسلامیة.

۴۸. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. (۱۳۶۵). جواهر الکلام. تحقیق عباس قوچانی. چ دوم، دار الکتب الاسلامیة.

۴۹. صادقی تهرانی، محمد. (۱۳۶۵). الفرقان فی تفسیر القرآن. چ دوم. قم: انتشارات فرهنگی اسلامی.

۵۰. طالقانی، محمود. (بی تا). اسلام و مالکیت در مقایسه با نظام های اقتصادی غرب. بی جا.

۵۱. طباطبائی، محمد حسین. (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن. چ اول. بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات.

۵۲. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۰۶ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. چ اول. بیروت: دار المعرفة.

۵۳. طبری، محمد بن جریر. (۱۴۱۵ق). جامع البیان عن تاویل آی القرآن. بیروت: دار الفكر.

۵۴. طریحی، فخرالدین بن محمد. (۱۴۰۸ق). مجمع البحرین. چ دوم. مکتب نشر الثقافة الاسلامیة.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۵۴

٥٥. طوسی، محمد بن حسن. (١٣٨٧ق). المسبوط فی فقه الامامية. تحقیق محمد تقی کشفی. تهران: المكتبة المرتضوية.
٥٦. \_\_\_\_\_ (١٤١٧ق). الخلاف. ج اول. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
٥٧. \_\_\_\_\_ (بی تا). الاستبصار. قم: دارالکتب الاسلامیة.
٥٨. \_\_\_\_\_ (بی تا). التبیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
٥٩. \_\_\_\_\_ (بی تا). النهاية. بیروت: دار الاندلس.
٦٠. عاملی غروی، جواد بن محمد. (١٤١٩ق). مفتاح الكرامة. ج اول. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
٦١. عاملی، محمد بن علی. (١٤١٠ق). مدارک الاحکام. ج اول. قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام.
٦٢. عراقی، ضیاء الدین. (١٤٠٥ق). نهاية الافکار. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
٦٣. عسکری، مرتضی. (بی تا). معالم المدرستین. بیروت: مؤسسة النعمان.
٦٤. علامه حلی، حسن بن یوسف. (١٤١٥ق). تذکرة الفقهاء. ج اول. قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام.
٦٥. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. (١٣٧٣). کنز العرفان فی فقه القرآن. ج اول. قم: انتشارات مرتضوی.
٦٦. فخر رازی، محمد بن عمر. (١٤٢٠ق). مفاتیح الغیب (التفسیر الکبیر). ج سوم. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
٦٨. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (١٤٠٩ق). الوافی. ج اول. اصفهان: مكتبة الامام امیر المؤمنین عليه السلام.
٦٩. قرضاوی، یوسف. (١٤٢٢ق). فقه الزکاة، دراسة مقارنة لاحکامها وفلسفتها فی ضوء القرآن والسنة. بیروت: مؤسسة الرسالة.
٧٠. قرطبی، محمد بن احمد. (١٤٠٥ق). الجامع لاحکام القرآن. بیروت: مؤسسة التاريخ العربی.
٧١. قطب راوندی، سعید الدین هبة الله. (١٤٠٥ق). فقه القرآن. ج دوم. قم: مكتبة آية الله العظمی مرعشی نجفی.
٧٢. کلینی، محمد بن یعقوب. (١٣٦٧). الکافی. تصحیح علی اکبر غفاری. ج سوم. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
٧٣. کیاهراسی، علی بن محمد. (١٤٠٥ق). احکام القرآن. ج دوم. بیروت: دارالکتب العلمیة.
٧٤. متقی، علی بن حسام الدین. (بی تا). کنز العمال. بیروت: مؤسسة الرسالة.
٧٥. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. (١٤٠٣ق). بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار. ج سوم. بیروت: مؤسسة الوفاء.
٧٦. محقق حلی، جعفر بن حسن. (١٣٦٤). المعترف فی شرح المختصر. قم: مؤسسة سید الشهداء عليه السلام.

۷۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۳ق). معارج الاصول. چ اول. قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام.
۷۸. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۰۸ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. چ اول. قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام.
۷۹. مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. (۱۴۰۹ق). شرح القاموس المسمى تاج العروس من جواهر القاموس. تحقیق مصطفی حجازی. دارالهدایة.
۸۰. مطهری، مرتضی. (۱۳۷۲). آشنایی با علوم اسلامی (۳): اصول فقه-فقه. چ دهم. تهران: صدرا.
۸۱. --- (۱۳۷۴). مسئله ربا. چ ششم. تهران: صدرا.
۸۲. مظفر، محمدرضا. (۱۴۴۲ق). اصول الفقه. تحقیق عباس علی زارعی سبزواری. چ دوم. قم: بوستان کتاب.
۸۳. معرفت، محمدهادی. (۱۴۱۶ق). التمهید فی علوم القرآن. چ سوم. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۸۴. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۰ق). المقنعة. قم: جامعه مدرسین.
۸۵. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۵ق). مجمع الفائدة والبرهان. قم: جامعه مدرسین.
۸۶. مکارم شیرازی، ناصر و دیگران. (۱۳۷۳). تفسیر نمونه. چ شانزدهم. تهران: دارالکتب الاسلامیة.
۸۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیة. چ سوم. قم: مدرسة الامام امیرالمؤمنین عليه السلام.
۸۸. احمدی میانجی، علی. (۱۴۱۹ق). مکاتیب الرسول صلی الله علیه و آله. چ اول. دار الحدیث.
۸۹. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (بی تا). قوانین الاصول. چاپ سنگی.
۹۰. نائینی، محمد حسین. (۱۴۱۰ق). اجود التقریرات. تقریر ابوالقاسم خوئی. چ دوم. قم: موسسه مطبوعاتی دینی.
۹۱. نسائی، احمد بن شعیب. (۱۳۴۸ق). سنن النسائی. چ اول. بیروت: دار الفکر.
۹۲. نجفی، محمد حسن بن باقر. (۱۳۶۵). جواهر الکلام. تحقیق عباس فوجانی. چ دوم. دارالکتب الاسلامیة.



## بررسی استصحاب تقدیری از دیدگاه دانشیان اصول<sup>۱</sup>

سیدعلی جنار گلباغی ماسوله<sup>۲</sup>

### چکیده

به گواهی ادبیات مکتوب اصول فقه شیعه، در گذر زمان به ویژه در سده اخیر، درباره استصحاب، پرسش‌های متفاوتی مطرح شده که هر یک به نوبه خود، بحث و بخش جدیدی و یا تقسیم نوبی برای استصحاب گشوده‌اند.

واضح است که اجرای استصحاب، بر محور شک در بقای مستصحب قرار دارد؛ اما اینکه آیا بقای مستصحبی که مورد شک قرار می‌گیرد، باید فعلی باشد و یا بقای تقدیری هم کفایت می‌کند، پرسشی است که در سده اخیر مطرح شده و بحث تازه‌ای را به نام استصحاب تقدیری، فراهم ساخته است. چگونگی نگاه دانشیان اصول فقه شیعه به پرسش یادشده و پاسخی که برای آن بیان می‌نمایند، پرسش اصلی پژوهشی بنیادی را سامان می‌دهد که نوشتار حاضر به تحلیل آن می‌پردازد.

**کلیدواژه:** اصول عملیه، استصحاب، استصحاب تقدیری، شک در بقای مستصحب.

بررسی  
استصحاب تقدیری  
از دیدگاه  
دانشیان اصول

۵۷

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۱/۰۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۵.

۲. استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد لاهیجان)  
رایانامه: pm.sadra78@gmail.com

## مقدمه

هم‌چنان که می‌دانیم اجرای استصحاب بر فعلیت یقین به حدوث و شک در بقا، استوار است. اکنون این پرسش، مطرح می‌شود که آیا در صحت استصحاب، شک در بقا، بر تقدیر ثبوت متیقن، کافی است؟ به دیگر سخن، آیا می‌توان استصحاب را در مورد امارات غیرعلمی نیز جاری نمود؛ درحالی که یقین به حدوث، وجود ندارد؟

برای مثال: در احکام تکلیفی، بازی با شطرنج که در زمان حضور، حرام شمرده شده و به خبر واحد ثقه، مستند است، نسبت به بقای حرمت آن در زمان کنونی که شطرنج، دارای فدراسیون ورزشی است، شک پدید می‌آید و چنانچه بگوییم آن روایتی که حرمت بازی با شطرنج را در عصر حضور بیان می‌کند، نسبت به حرمت و عدم حرمت بازی با شطرنج، در وضعیت و عصر کنونی، دلالتی ندارد، این پرسش طرح می‌شود با توجه به اینکه اجرای استصحاب به متیقن سابق و مشکوک لاحق وابسته است و چون خبر واحد ثقه، یقین وجدانی را باعث نمی‌گردد و از این رو، یقین وجدانی برای حرمت بازی با شطرنج در عصر حضور، وجود ندارد، آیا می‌توان در چنین موردی، استصحاب حرمت بازی با شطرنج را برای دوران معاصر، جاری نمود؟

همچنین در احکام وضعی نیز همین گونه است؛ مثلاً در موردی که بر ملکیت یا نجاست چیزی بینه‌ای اقامه شود و سپس در خصوص ارتفاع ملکیت یا نجاست، شک پدید آید، آیا می‌توان استصحاب بقای ملکیت یا نجاست را جاری نمود؛ درحالی که یقین وجدانی برای حدوث امور مذکور، وجود ندارد؟

به دیگر سخن، اینکه در استصحاب، شک در بقا، لازم است، آیا بقا، تنها بقای فعلی را در بر می‌گیرد و یا اینکه بقای تقدیری هم می‌تواند در دایره شمول آن، جاداد؟ زیرا اگر مراد از بقا، فعلی، باشد، متیقن، باید، امری محرز باشد تا بالفعل، شک در بقا صادق افتد؛ ولی اگر گفته شود: بقای تقدیری را هم در بر می‌گیرد، قهراً اگر متیقن، با خبر ثقه هم ثابت گردد، ولو اینکه متیقن، خود، امری محرز به شمار نمی‌آید، شک در بقا، صادق می‌افتد؛ نهایت اینکه شک در بقا، بر تقدیر ثبوت است؛ یعنی: شک در بقا، بر تقدیر اینکه اماره مطابق با واقع باشد. از این رو موضوع بحث، این است که آیا از بقا، بقای فعلی، مراد است یا اعم از بقای فعلی و تقدیری؟ (جزائری، ۱۴۰۹، ۳۱۸/۷؛ حکیم،

آنچه باعث شکل‌گیری بحث استصحاب تقدیری می‌شود، پاسخگویی به اشکال جریان استصحاب در مؤدیات طرق و امارات است؛ چه اینکه در طرق و امارات، یقین به ثبوت مؤدیات آنها وجود ندارد و تنها، احتمال ثبوت مؤدیات آنها می‌رود و روشن است که با انتفای یقین، شک در بقا هم منتفی است و در نتیجه، هر دو رکن استصحاب از بین می‌رود و دیگر، امکانی برای جریان استصحاب در موارد طرق و امارات، وجود ندارد.

ناگفته نماند، هنگامی از این اشکال می‌توان سخن راند که حجیت طرق و امارات، از باب منجزیت و معذرت دانسته شود؛ چه اینکه بنابر این مسلک، در صورت عدم اصابت مؤدای اماره با واقع، این مؤدی، حکمی صوری است که عمل بر طبق آن، فقط، صحت پذیرش عذرآوری را در پی دارد و چون راهی برای احراز مطابقت مؤدای اماره با واقع وجود ندارد، از این رو، یقین به حدوث، - این رکن مهم استصحاب -، مفقود است. اما بنابر دیگر مسلک‌های موجود، مانند مسلکی که حجیت اماره را به معنای جعل حکم شرعی ظاهری، مماثل مؤدای اماره می‌داند، به جهت دلالت اماره بر این امر که مؤدای اماره، خود، نفس واقع است، این اشکال خودنمایی نمی‌کند (جزائری، ۱۴۰۹، ۳۱۸/۷؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۰، ۱۲۳/۵؛ نائینی، ۱۴۰۶، ۴۰۷/۴؛ نائینی، ۱۳۶۹، ۳۸۹/۲؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۳/۹۵-۹۹؛ خمینی، مصطفی، ۱۴۱۴؛ مکارم‌شیرازی، ۱۴۱۶، ۳/۳۳۷-۳۷۶).

به گواهی ادبیات مکتوب دانش اصول، استصحاب تقدیری، پیش از آخوند خراسانی، پیشینه‌ای ندارد و ظاهراً اوست که برای نخستین بار، این بحث را به تنبیهات استصحاب می‌افزاید و آنچه وی درباره مؤدای طرق و امارات بیان می‌کند، دانشیان اصول پس از وی، دایره آن را به مؤدای اصول علمیه نیز گسترش می‌دهند. این بحث، در گذر زمان تا به آنجا دامنه می‌گستراند که اکنون برخی با بازخوانی آن، شقوق و تفریعاتی چند، برای آن بیان می‌دارند (صدر، ۱۴۰۵، ۶/۲۳۵-۲۱۹؛ جزائری، ۱۴۰۹، ۳۱۸/۷؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۳/۱۰۱-۱۰۰؛ نائینی، ۱۴۰۶، ۴/۴۰۷-۴۰۶؛ نائینی، ۱۳۶۹، ۲/۳۸۷-۳۸۸؛ عراقی، ۱۴۱۴، ۴/۱۱۳).

## دیدگاه‌ها

بررسی نوشته‌های اصولی، از وجود دو دیدگاه در خصوص امکان اجرای استصحاب در مؤدیات طرق و امارات (استصحاب تقدیری) گزارش می‌دهد.

### الف) دیدگاه مشهور

امروزه مشهور دانشیان اصول فقه شیعه، از صحت استصحاب تقدیری سخن می‌رانند و شک در بقا مورد نیاز برای جریان استصحاب را اعم از بقای فعلی و تقدیری می‌شمارند و استصحاب را در مؤدای طرق و امارات، جاری می‌دانند.

پذیرش اعتبار استصحاب تقدیری در نزد این گروه از دانشیان اصول، گاه تا به این پایه است که برخی صحت جریان استصحاب را در مؤدای طرق و امارات، آن‌چنان واضح و آشکار می‌دانند که بحث و نقض و ابرام درباره آن را اطالۀ سخن می‌پندارند و تصریح می‌کنند، انکار جریان استصحاب در مؤدیات امارات و اصول، مستلزم انکار کلی استصحاب است؛ چه اینکه علم وجدانی نسبت به احکام واقعی، جز در مواردی شاذ و نادر، وجود ندارد (خمینی، مصطفی، ۱۴۱۴، ۳/۸۰۵؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۰، ۵/۱۲۴). مشهور دانشیان اصول که صحت و اعتبار استصحاب تقدیری را بر می‌گزینند، بر پایه گرایش‌ها و مسلک‌های برگزیده خود، طرق و دلایلی برای امکان جریان استصحاب در مؤدای طرق و امارات بیان می‌کنند که در زیر به عمده‌ترین آن موارد اشاره می‌شود.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
ع.

۱) آنچه در استصحاب، واقعاً هدف و نتیجه است، تعبد به بقا و ترتب آثار است بقائاً و نه حدوداً. نسبت به حدوث متیقن، به استصحاب نیازی نیست و تمام فایده استصحاب، به زمان لاحق، یعنی زمان شک، محدود است. استصحاب، هیچ کاری با زمان سابق ندارد. اشتراط یقین سابق در استصحاب، بدین جهت است که تعبد و تنزیل شرعی، تنها در بقا ممکن است نه در حدوث؛ ازاین‌رو، شک در بقا، بر فرض ثبوت حدوث، کافی است. اگر سابقاً، یقینی بود و اکنون در آن شک وجود دارد، بنابر فرض ثبوت آن، تعبد به یقین صورت گرفته است و در نتیجه، اثر فعلی بر آن مترتب می‌شود.

به دیگر سخن، مستفاد از ادله استصحاب، این است که موضوع استصحاب، شک

در بقای فعلی مستصحب نیست تا حصول آن، بر یقین به ثبوت مستصحب وابسته باشد؛ بلکه بقای تقدیری - یعنی بقای مستصحب بر فرض ثبوت آن - کافی است؛ از این رو، مفاد ادله استصحاب، جعل ملازمه بین ثبوت شیئی و بقای آن است و بسی روشن است که صدق قضیه شرطیه، بر صدق دو طرف آن استوار نیست؛ همانند ملازمه‌ای که در وجوب حج بر فرد مستطیع و وجوب زکات بر مالک نصاب، مجعول است؛ هر چند اگر استطاعت فعلی و مالکیت فعلی نصاب وجود نداشته باشد.

اکنون با توجه به ملازمه‌ای که از دلیل استصحاب حاصل می‌شود، هرگاه اماره‌ای بر ثبوت حکمی بر پا شود و آنگاه در بقای آن حکم شک پدید آید، این اماره برای هر دوی ثبوت و بقای حکم حجت است؛ چه اینکه دلیل بر یکی از متلازمان، دلیل بر ملازم دیگر است.

از این رو، هرگاه دلیلی همانند: «لا تنقض الیقین بالشک» بر جعل ملازمه بین ثبوت چیزی و بقای آن دلالت کند، به جهت فرض ثبوت ملازمه بین ثبوت و بقا حکم که از دلیل استصحاب حاصل است، دلیل ثبوت حکم، دلیل بر ملازم آن - یعنی بقای آن حکم - نیز به شمار می‌آید.

از نظر نباید دور داشت، تعریف استصحاب به: «حکم به بقای حکم یا موضوع دارای حکمی که در بقای آن شک وجود دارد» (آخوند خراسانی، ۱۳۶۸، ۲/۲۷۳) خود، ما را به عدم اعتبار یقین فعلی به حدوث و بسنده بودن ثبوت تقدیری برای جریان استصحاب هدایت می‌کند؛ چه اینکه تعریف یاد شده، در تعبد استصحابی به شک در بقای مستصحب متحقق، ظهور دارد نه شک در بقای مستصحب متیقن الحدوث؛ و چون موضوع این تعبد استصحابی، ثبوت واقعی است، از این رو، امکان احراز آن به هر یک از یقین و اماره و نیز حکم به بقای آن، وجود دارد؛ زیرا فرض این است که دلیل تعبد استصحابی، مقتضی ایجاد ملازمه بین حدوث و بقا است.

باید یادآوری کنیم در ادله استصحاب، یقین نه به نحو موضوعی بلکه به نحو طریقی، مأخوذ است؛ از این رو، دلیل استصحاب، بر جعل ملازمه بین ثبوت واقعی و بقا دلالت دارد.

آری! نمی‌توان تفاوت ملازمه بین ثبوت و بقای شیئی را که از دلیل استصحاب

حاصل است، با ملازمه واقعی - همانند: ملازمه شرعی بین قصر و افطار - نادیده انگاشت؛ زیرا استصحاب واقعاً دلیل بر حکم نیست بلکه ظاهراً، تنها، دلیل بر بقای حکم است؛ چه اینکه استصحاب، اصل عملی است که خود به شک، وابسته است (آخوندخراسانی، ۱۳۶۸، ۳۱۰/۲-۳۰۹؛ حکیم، ۱۴۰۸، ۴۴۷/۲-۴۴۶؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۰، ۱۲۴/۵-۱۲۳؛ جزائری، ۱۴۰۹، ۳۲۰/۷-۳۱۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ۳۷۵/۳؛ نائینی، ۱۳۶۹، ۳۸۹/۲).

بر این استدلال آخوندخراسانی و دیگر اصولیان و شارحان پیرو او نقدهایی وارد کرده‌اند که در زیر به برخی اشاره می‌شود.

نخست، اینکه ادعای بسنده بودن ثبوت تقدیری برای جریان استصحاب، با سخن دیگری از خود آخوندخراسانی منافات دارد؛ زیرا او در تنبیه نخست استصحاب، از اعتبار فعلیت شک و یقین سخن می‌راند (خمینی، ۱۳۸۵، ۱۲۲/۱؛ خمینی، ۱۴۱۴، ۸۰۷/۳).

البته، برخی اصولیان، این اشکال را بر آخوندخراسانی وارد نمی‌دانند و طرح چنین اشکالی را ناشی از خلط بین مقام بحث در هر تنبیه با تنبیه دیگر، می‌شمارند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ۳۷۵/۳).

دوم، اینکه بعضی از دانشیان اصول، از آن جهت استدلال آخوندخراسانی را رد می‌کنند که او اساس اشکال خود را بر تخیل عدم قائم مقامی طرق و امارات از قطع طریقی و نیز این توهم استوار می‌سازد که نفس منجزیت و معذرت در حجیت طرق و امارات جعل می‌شود و حال اینکه برخلاف پندار آخوند در باب طرق و امارات، منجزیت و معذرت مجعول نیست؛ زیرا منجزیت و معذرت بر مدار وصول و عدم وصول تکلیف بر مکلف می‌چرخد و از این رو، معذورت و منجزیت مجعول شرعی نیستند؛ بلکه خود از خواص و لوازم عقلی مترتب بر وصول و عدم وصول تکالیف هستند. بنابراین طرق و امارات موجب تنجیز و تعذیر می‌شوند به آن جهت که موجب وصول تکلیف هستند (نائینی، ۱۴۰۶، ۴۰۹/۴؛ نائینی، ۱۳۶۹، ۳۹۰/۲-۳۸۹).

سوم، اینکه مراد از ملازمه ادعاشده بین ثبوت شیئ و بقای آن، یا ملازمه واقعی است و یا ملازمه ظاهری. اگر ملازمه واقعی مراد باشد - بدین معنا که ادله استصحاب، اخبار از ملازمه واقعی بین حدوث شیئ و بقای آن، پنداشته شود - این سخن، افزون بر خلاف

واقع بودن، به جهت عدم چنین ملازمه‌ای در بسیاری از اشیا، خود مستلزم این است که ادله استصحاب، از امارات دال بر ملازمه واقعی بین حدوث شیئی و بقای آن تصور گردد و بی شک، پس از اثبات چنین ملازمه‌ای، اماره دال بر ثبوت، اماره دال بر بقا هم به شمار می‌آید و در نتیجه، تعبد به بقا، نه به جهت اصل عملی که به جهت اماره پنداشته می‌شود و البته، این، چیزی جز انقلاب استصحاب از اصل عملی به اماره نیست.

اما اگر مراد از ملازمه، ملازمه ظاهری بین حدوث شیئی و بقای آن باشد، این خود، مستلزم ملازمه ظاهری بین حدوث تنجیز و بقای آن است که التزام به آن، به هیچ‌رو، امکان‌پذیر نیست؛ زیرا در موارد علم اجمالی به حرمت - مثلاً - بی شک، تکلیف منجز است، آنگاه، اگر بین‌های بر حرمت برخی از اطراف این علم اجمالی اقامه شود، بی تردید، علم اجمالی انحلال می‌پذیرد که در نتیجه با انحلال علم اجمالی، تنجیز نیز مرتفع می‌شود و از این رو، ملازمه‌ای بین حدوث تنجیز و بقای آن باقی نمی‌ماند (خوئی، ۲۱۴۱، ۹۸/۳ - ۹۷؛ خوئی، ۱۴۱۹، ۹۵/۴ - ۹۴).

۲) شماری از دانشیان اصول، با اتکا به این دیدگاه که اماره، قائم مقام قطع طریقی می‌گردد، در اثبات صحت استصحاب تقدیری، این گونه استدلال می‌آورند که مراد از جعل حجیت اماره، به شمار آوردن اماره از افراد اعتباری علم است؛ در نتیجه، یقین دارای دو فرد است؛ یقین وجدانی و یقین جعلی اعتباری که البته تمام آثار یقین وجدانی را در یقین اعتباری نیز می‌توان رصد نمود. از این رو، مراد از یقینی که رکن استصحاب را به سامان می‌آورد، اعم از یقین وجدانی و یقین تنزیلی است؛ چه اینکه از یک سو، دلیل استصحاب، از اعتبار یقین در جریان استصحاب، سخن می‌راند و از دیگر سو، دلیل اعتبار اماره، آن را نازل منزله یقین قرار می‌دهد و در نتیجه، دلیل اماره، حاکم بر دلیل استصحاب و توسعه‌دهنده دایره آن است. این حقیقتی است که تأمل در ادله روایی استصحاب، به وضوح به آن گواهی می‌دهد (عراقی، ۱۴۱۴، ۱۰۵/۴ - ۱۰۹؛ نائینی، ۱۴۰۶، ۴۰۴/۴ - ۴۰۳؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۱۰۰/۳ - ۹۹؛ خوئی، ۱۴۱۹، ۹۶/۴؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۰، ۱۲۴/۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۹، ۱۳۳/۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ۳۷۴/۳).

البته به استدلال یادشده، این نقد وارد است که امارات معتبره متداول در شریعت، امارات عقلانی امضائی هستند. این اماره‌ها، از جمله اماراتی به شمار نمی‌آیند که

شارع مقدس به تأسیس آنها دست یازیده است و بنای عقلا بر عمل طبق این امارات نیز نه بدین جهت است که آنها نازل منزله قطع قرار می گیرند؛ بلکه از این رو، مورد عمل هستند که خود، اماراتی مستقل می باشند؛ چه قطعی موجود باشد و چه نباشد که البته با وجود قطع، دیگر محلی برای عمل به اماره باقی نمی ماند؛ از این رو، در باب حجیت امارات، دلیلی وجود ندارد که بر دلیل استصحاب، حاکم شود و دایره یقین را به اعم از یقین وجدانی و یقین تنزیلی، توسعه بخشد (خمینی، ۱۳۸۵، ۱/۱۲۵).

۳) گروهی دیگر از دانشیان اصول برای اثبات اعتبار استصحاب تقدیری، از این استدلال سخن می رانند که ادله استصحاب، بر این ظهور استوار است که از یقین مأخوذ در لسان این ادله، مطلق حجت مراد است؛ چنان که عرف نیز با ملاحظه مناسبت بین حکم و موضوع، به این حکم می کند که موضوع در استصحاب، حجت در مقابل لاحجت است و از این رو، اماره و ظن معتبر را به یقین و ظن غیر معتبر را به شک ملحق می کند؛ این حقیقتی است که درنگ در مفاد صحیحه دوم زراره و بلکه تأمل در مفاد صحیحه نخست زراره نیز به آن، گواهی می دهد. (خمینی، ۱۳۸۵، ۱/۱۲۵-۱۲۳؛ اصفهانی، ۱۴۲۹، ۵/۱۳۳؛ خمینی، ۱۴۱۴، ۳/۸۰۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ۳/۳۷۶).

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۶۴

### ب) دیدگاه عدم اعتبار استصحاب تقدیری

دیدگاهی که استصحاب تقدیری را فاقد اعتبار می شمارد و جریان استصحاب را در مؤدای طرق و امارات نمی پذیرد، سخن و پنداری است که ظاهراً در نوشته های اصولی از حد اشکال و احتمال فراتر نمی رود و از این رو، ادبیات مکتوب اصول فقه شیعه مدافعی ندارد.

دیدگاه عدم اعتبار استصحاب تقدیری بر این سخن استوار است که در فرض استصحاب تقدیری، هیچ یک از دو رکن اساسی استصحاب - یعنی یقین به ثبوت و شک در بقا - وجود ندارد.



توضیح اینکه: ثبوت به یقین، بدین دلیل در استصحاب تقدیری، مفقود است که در باب امارات غیرعلمی، علم به حکم واقعی بودن مؤدیات امارات وجود ندارد؛ چنان که علم به حکم ظاهری بودن مؤدیات امارات نیز موجود نیست؛ چه اینکه حجیت امارات غیرعلمی، چیزی جز منجزیت و معذرت نیست و از این رو، نمی توان از یقین به ثبوت، سخن راند و روشن است که در صورت نبودن یقین به ثبوت، استصحاب نیز امکان جریان ندارد.

با این بیان، روشن می شود که چرا در استصحاب تقدیری، شک در بقا هم موجود نیست؛ چه اینکه شک در بقا- که دیگر رکن استصحاب است- شک در بقای مستصحابی است که ثبوتش متیقن است و بی شک، بدون متیقن بودن ثبوت مستصحاب، شک در بقای آن قابل تصور نیست.

آری! در مستصحابی که محتمل الثبوت است، احتمال بقای آن، قابل تصور است؛ اما این مستصحاب محتمل الثبوت، چیزی نیست که شک در بقای آن برای اجرای استصحاب، مقصود باشد (آخوندخراسانی، ۱۳۶۸، ۳۰۹/۲؛ جزائری، ۱۴۰۹، ۷/۳۲۱؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۳/۹۵).

با توجه به مطالبی که تاکنون در تبیین و بررسی دیدگاه اعتبار استصحاب تقدیری بیان شد و نیز سنجش این گفته ها با سخنی که برای دیدگاه عدم اعتبار استصحاب تقدیری، دستاویز قرار می گیرد، ناراستی و ناصوابی دیدگاه «عدم امکان جریان استصحاب در مؤدیات طرق و امارات» را نمایان می سازد و این خود، نوشته حاضر را از نقد و بررسی مجدد دیدگاه یاد شده، بی نیاز می کند.

### جریان استصحاب در مؤدای اصول

گرچه پیشینه بحث استصحاب تقدیری، خاستگاه اصلی آن را مؤدیات طرق و امارات معرفی می نماید؛ اما گستره آن در گذر زمان، مؤدیات اصول عملیه را نیز در نور دیده است. نگاهی گذرا به ادبیات مکتوب اصول فقه شیعه در سده اخیر، پذیرش جریان استصحاب را در مؤدیات اصول عملیه گزارش می دهد؛ هر چند که جریان اصلی بحث، از وجود دو دیدگاه مهم زیر حکایت دارد.

## ۱) عدم جریان استصحاب در مؤدیات اصول عملیه

برخی از دانشیان اصول فقه شیعه، جریان استصحاب را در مؤدیات اصول عملیه - چه اصول محرزه و چه غیرمحرزه - به طور مطلق نپذیرفتنی می‌شمارند. اینکه این دسته از اصولیان، جریان استصحاب را در مؤدیات اصول محرزه - همچون استصحاب - جاری نمی‌بینند، نه به جهت عدم احراز ثبوت مستصحب است؛ بلکه به این جهت است که اینان غایت مذکور در «و لکن انقضه بیقین آخر» را به یقین به خلاف، محصور می‌دانند. لازمه غایت شمردن یقین به خلاف، بقای حکم مجعول به اصل و استمرار آن تا زمان یقین به انتقاض است که با عدم یقین به خلاف، حکم مجعول به استصحاب سابق، باقی است و با بقای آن، مجالی برای استصحاب در مؤدیات اصول بر جای نمی‌ماند؛ زیرا غرض از استصحاب مؤدیات اصول، اثبات حکم ظاهری و ترتیب آثار بقا است که خود، با استصحاب سابق حاصل است.

اما عدم جریان استصحاب در مؤدیات اصول غیرمحرزه - همانند: قاعده حلیت و طهارت - بدین جهت است که مؤدیات این اصول، چیزی جز صرف اثبات طهارت و حلیت ظاهری برای شیئی در ظرف شک نیست، بدون اینکه مؤدای آنها، هیچ گونه نظری به واقع داشته باشد (عراقی، ۱۴۱۴، ۴/۱۱۳).

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۶۶

## ۲) تفصیل در جریان استصحاب در مؤدیات اصول عملیه

در برابر این گروه از اصولیان، دسته‌ای دیگر از دانشیان اصول، به این تفصیل می‌پردازند که هرگاه حکم ثابت به اصل عملی، در بقای خود، به شک دچار آید و دلیل آن اصل، متکفل بقای آن نباشد، استصحاب، در مؤدای آن اصل، جاری می‌شود؛ زیرا ارکان استصحاب، برای جریان آن، حاصل است؛ اما اگر دلیل اصل، همانند حدوث حکم، در صورت شک در بقای آن، متکفل بقای آن باشد، دیگر برای جریان استصحاب در مؤدای آن اصل، مجالی نمی‌ماند.

توضیح اینکه اگر اصل عملی، از اصولی باشد که همان گونه متکفل بیان حکم در زمان نخست است، بیان این حکم را در زمان‌های بعدی تا هنگام علم به خلاف، عهده‌دار است، در این صورت، برای جریان استصحاب در مؤدای آن، مجالی باقی

نمی‌ماند. برای مثال اگر با اجرای قاعده طهارت در خصوص مایعی که در بول یا آب بودن آن تردید وجود دارد، به طهارت آن مایع، حکم شود و آنگاه، با بروز احتمال ملاقات آن مایع با شیئی نجس، در بقای طهارت آن شک پدید آید، در این صورت، برای جریان استصحاب مجالی وجود ندارد؛ زیرا همان قاعده طهارتی که در زمان نخست، به طهارت مایع حکم می‌کرد، اکنون نیز به پاکی و طهارت آن، حاکم است تا اینکه علم به نجاست آن حاصل گردد.

به دیگر سخن، اگر در مسئله یاد شده، جریان استصحاب، در طهارت واقعی، اراده شود، یقینی برای این طهارت واقعی موجود نیست؛ و اگر جریان استصحاب، در طهارت ظاهری، قصد گردد، شکی در ارتفاع آن، پدیدار نیست تا به استصحاب نیاز باشد.

اما اگر اصل عملی، بیان حکم را در زمان‌های بعدی، عهده‌دار نشود؛ مثل اینکه در طهارت آبی تردید پدید آید و به استناد استصحاب یا قاعده طهارت، به پاکی آن حکم شود و آنگاه، لباس متنجسی با آن آب شسته شود، بی‌شک اگر استصحاب طهارت یا قاعده طهارت، در آن آب جاری نشود، مقتضای استصحاب در لباس مذکور، نجاست آن خواهد بود؛ اما چون حکم به طهارت لباس، از آثار طهارت آبی به شمار می‌آید که طهارت آن، به استصحاب یا قاعده طهارت ثابت می‌شود، از این رو، اصل طهارت جاری در آب، بر اصل استصحاب نجاست در لباس حاکم است؛ چه اینکه آن اصل، سببی است. اصل جاری در آب، تنها، حدوث طهارت را در لباس متکفل است و طهارت لباس را در دیگر زمان‌ها عهده‌دار نیست؛ از این رو، پس از شستن لباس با آب مذکور، اگر در ملاقات لباس با نجاست تردیدی روی دهد، مانعی از جریان استصحاب برای طهارت لباس مذکور یا عدم ملاقات آن با نجاست، وجود ندارد (نائینی، ۱۳۶۹، ۳۸۸/۲-۳۸۷؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۳/۱۰۱-۱۰۰).

### نتیجه

از بررسی مطالبی که در نوشته‌های دانشیان اصول برای هر یک از دو دیدگاه اعتبار و عدم اعتبار استصحاب تقدیری بیان شد، این واقعیت نمایان است که دیدگاه عدم جریان استصحاب در مؤدیات طرق و امارات، هویتی فراتر از یک گمانه و پندار ندارد.

صحت و اعتبار استصحاب تقدیری در بین دانشیان اصول فقه شیعه، امری پذیرفته شده است و اختلافاتی که درباره چستی و روایی استصحاب تقدیری، بین مشهور دانشیان اصول مشاهده می شود، از تفاوت تفسیرها در خصوص یقین مذکور در ادله استصحاب و نیز مبنا و مسلکی نشأت می پذیرد که هر یک به استاد آن، به حجیت طرق و امارات اشاره دارد؛ چنان که همین امر سبب تعدد دیدگاه و تفاوت سخن در گستره دامنه جریان استصحاب در مؤدای اصول عملیه شده است.

### منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۳۶۸). کفایة الأصول. چ هفتم. تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
۲. اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۲۹ق). نهاية الدراية فی شرح الکفایة. ابوالحسن قائمی. چ دوم. بیروت: موسسه آل البيت علیه السلام.
۳. جزایری، محمد جعفر. (۱۴۰۹ق). منتهی الدراية فی توضیح الکفایة. چ دوم. قم: مؤلف.
۴. حکیم، محسن. (۱۴۰۸ق). حقایق الأصول. چ پنجم. قم: کتاب فروشی بصیرتی.
۵. خمینی، روح الله. (۱۳۸۵ق). الرسائل. چ اول. قم: اسماعیلیان.
۶. خمینی، مصطفی. (۱۴۱۴ق). تحریرات فی الاصول. سید محمد سجادی، حبیب الله عظیمی. چ اول. تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
۷. خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۹ق). دراسات فی علم الاصول. سید علی هاشمی شاهرودی، چ اول. قم: مرکز پژوهش های اسلامی الغدیر.
۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۲ق). مصباح الاصول. سید محمد سرور واعظ حسینی بهسودی. چ دوم. قم: کتاب فروشی داوری.
۹. صدر، سید محمد باقر. (۱۴۰۵ق). بحوث فی علم الاصول. سید محمود هاشمی شاهرودی. چ اول. قم: مجمع علمی شهید صدر.
۱۰. عراقی، ضیاء الدین. (۱۴۱۴ق). نهاية الافکار. محمد تقی بروجردی. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. فیروز آبادی، مرتضی. (۱۴۱۰ق). عناية الاصول فی شرح کفایة الاصول. چ ششم. قم: فیروز آبادی.
۱۲. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۶ق). انوار الاصول. احمد قدسی. چ اول. قم: انتشارات نسل جوان.
۱۳. نائینی، محمد حسین. (۱۳۶۹). أجدود التقریرات. سید ابوالقاسم خوئی. چ دوم. قم: مؤسسه مطبوعات دینی.
۱۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۶ق). فواید الاصول. محمد علی کاظمی خراسانی. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.



فصلنامه اداره کل آموزش دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی  
سال اول، شماره اول، زمستان ۱۳۹۴

## بازخوانی دیدگاه امام خمینی علیه السلام در باب حکم فقهی غیبت مخالفان<sup>۱</sup>

علی محمدیان<sup>۲</sup>

محمد رضا علمی سولای<sup>۳</sup>

محمد تقی فخلعی<sup>۴</sup>

بازخوانی دیدگاه  
امام خمینی علیه السلام  
در باب حکم فقهی  
غیبت مخالفان

۶۹

### چکیده

برخی افراد با دستاویز قراردادن پاره‌ای از عبارات امام خمینی علیه السلام در برخی کتب فقهی ایشان، راجع به جواز غیبت مخالفان و اختصاص حرمت غیبت به مؤمنان در معنای اخص آن، سعی در تخریب چهره ایشان و به تبع آن تضعیف آموزه‌های ناب مکتب شیعی دارند. نوشتار حاضر با بازخوانی آرای ایشان بر آن است که اگرچه ایشان در دوران قبل از انقلاب و در آرای اولیه خود در حرمت غیبت، قید «ایمان» را لازم دانسته‌اند؛ اما اصولاً نمی‌توان این نظر را دیدگاه مذهب

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۸/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۵.

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد.  
رایانامه: alimohamadian18@gmail.com

۳. استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، نویسنده مسئول.  
رایانامه: elmimr@gmail.com

۴. استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد.  
رایانامه: fakhlai@ferdowsi.um.ac.ir

امامیه و همچنین نظر نهایی ایشان در مسئله تلقی نمود؛ زیرا بررسی آرای ایشان پس از انقلاب و در دوران رهبری جامعه اسلامی نشان می‌دهد که ایشان قایل به حرمت غیبت نسبت به همه مسلمانان شده است. بنابراین از آنجا که سخن آخرین هرکس نظر نهایی وی تلقی می‌گردد، باید رأی نهایی ایشان در باب غیبت را، حرمت عام آن نسبت به همه افراد دانست.

**کلیدواژه:** غیبت، مخالف، اسلام، ایمان، آرای فقهی امام خمینی.

## مقدمه

خداوند در آیه دوازدهم سوره حجرات، مؤمنان را از غیبت برادران دینی خود بر حذر داشته است.<sup>۱</sup> مشهور فقهای امامیه با تفسیر خاصی از آیه یاد شده و با استناد به پاره‌ای از روایات، مناط در حرمت غیبت را «ایمان» دانسته و منصرف از کلمه «مؤمن» را شیعه دوازده امامی دانسته‌اند؛ بدین ترتیب غیبت غیر شیعیان از عموم ادله حرمت خارج شده و مجاز شمرده می‌شود (مفید، ۱۴۱۳، ۵۸۹؛ خوئی، حکیم، ۱۴۱۰، ۱۴/۲).

امام خمینی علیه السلام نیز در آرای فقهی اولیه‌شان به مانند کثیری از فقها قایل به شرطیت قید «ایمان» در تحقق حرمت غیبت شده، غیبت مخالفان را جایز می‌دانستند (خمینی، ۱۴۱۵، ۱/۳۷۰).

اما به نظر می‌رسد ایشان پس از عنایت عمیق به اهمیت احکام اجتماعی در اسلام و ورود در حوزه اجرایی و تفکر و اندیشه در روش عملی و پیاده کردن احکام در جامعه، لزوم تغییر در پاره‌ای از آرای فقهی خود را احساس نمودند. (ن.ک: گرجی، ۱۴۲۱، ۳۰۲). از جمله آرای فقهی ایشان، مسئله جواز یا حرمت غیبت مخالفان است.

نوشته فرارو از دو بخش کلی تشکیل شده است. در ابتدا با تبیین و تحلیل دیدگاه اولیه امام، به نقد ادله این قول پرداخته و چنین نتیجه‌گیری شده است که عموماً ادله حرمت غیبت، نسبت به مخالفان (اهل سنت) نیز جاری بوده و ادله اثبات قید «ایمان» قاصر هستند.

در بخش دوم، رأی امام خمینی علیه السلام در دوران پس از انقلاب اسلامی است که در آن

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ».

رای نهایی ایشان (حرمت عام غیبت نسبت به جمیع مسلمانان)، شناسایی و تحلیل شده است.

### ۱- تحلیل و نقد دیدگاه امام خمینی علیه السلام در دوران پیش از انقلاب اسلامی

عمده نظریات ایشان در مسئله غیبت، در سال‌های پیش از انقلاب و در کتاب «مکاسب محرمة» بیان گردیده است. مکاسب محرمة، اثری اجتهادی در فقه استدلالی، در موضوع انواع کسب‌های حرام و مسایل آن است که در فاصله سال‌های ۱۳۷۷ تا ۱۳۸۰ ق (۱۳۳۷-۱۳۴۰ ش) به زبان عربی نگاشته شده است.

امام خمینی در این کتاب به نحو مبسوط به بیان احکام غیبت و حواشی مربوط به آن پرداخته‌اند. ایشان پس از آنکه در زمینه حرمت غیبت می‌نویسند: «غیبت به ادله اربعه حرام است؛ و ظاهراً غیبت از جمله گناهان کبیره است» (خمینی، ۱۴۱۵، ۳۷۰/۱)؛ به بیان تفصیلی ادله حرمت غیبت پرداخته و سپس در مورد اشتراط قید ایمان در حرمت غیبت چنین می‌نگارند: «ظاهر این است که حرمت غیبت اختصاص به مؤمن (در معنای خاص آن) دارد؛ بنابراین غیبت مخالف جایز است.» (خمینی، ۱۴۱۵، ۳۷۰/۱).

ایشان سخن محدث بحرانی را که یکی از ادله جواز غیبت مخالفان را کفر ایشان دانسته،<sup>۱</sup> رد نموده<sup>۲</sup> و علت جواز غیبت مخالفان را قصور ادله از اثبات حرمت غیبت نسبت به آنان می‌داند. ایشان برای اثبات سخن خود به ادله‌ای استناد می‌کنند که در ادامه به تفصیل نقد و بررسی می‌شود.

### ۱-۱: تعلق حکم حرمت غیبت به مؤمن

یکی از ادله‌ای که امام خمینی در جواز غیبت مخالفان بدان استناد نموده‌اند، استدلال به آیه ۱۲ سوره حجرات و آیه ۱۹ سوره نور<sup>۳</sup> است. ایشان با این استدلال که حرمت

۱. بحرانی، ۱۴۱۵، ۱۸/۱۴۸.

۲. امام خمینی در زمینه صدق عنوان «مسلم» نسبت به مخالفان معتقد است در تحقق عنوان مسلم سه شرط: «۱- اعتقاد به خداوند؛ ۲- اعتقاد به وحدانیت خداوند؛ ۳- اعتقاد به رسالت پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم» لازم است و احتمال دارد اعتقاد به معاد نیز اجماً لازم باشد. شرط تحقق عنوان مسلم باشد؛ لیکن در صدق این عنوان قید ولایت لازم نیست و دلیل آن استمرار سیره از صدر اسلام تا زمان حاضر بر معاشرت با ایشان است که دلالت بر اسلام آنان دارد (خمینی، ۱۴۲۱، ۳/۴۲۷).

۳. «إِنَّ الدِّينَ بُحْبُورُنْ أَنْ تَشْبَعُ الْفَاحِشَةُ فِي الدِّينِ أَمْثَلُ لَهُمْ عَذَابُ أَلِيمٍ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ».

موجود در این آیات به مؤمن به معنای خاص آن اختصاص دارد، قایل به عدم حرمت  
غیبت مخالفان است (خمینی، ۱۴۱۵، ۳۷۷).

ایشان سخن فاضل‌ایروانی را که معتقد است اختلاف اسلام و ایمان در عصر ائمه  
به وجود آمده است و در زمان نزول آیات چنین اصطلاحی وجود نداشته،<sup>۱</sup> فاسد دانسته  
است و در این زمینه معتقد است:

«توهم اینکه اختلاف اسلام و ایمان، اصطلاحی است که در عصر ائمه  
معصومین علیهم‌السلام به وجود آمده است و در زمان نزول آیات چنین اصطلاحی وجود نداشته  
است، فاسد است؛ زیرا اولاً: ائمه علیهم‌السلام چیزی را نمی‌گویند که خداوند و رسولش نگفته  
باشند... ثانیاً: ایمان قبل از نصب حضرت علی علیه‌السلام به ولایت عبارت از تصدیق به  
وحدانیت خدا و رسالت رسول اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم بود...؛ اما بعد از نصب حضرت؛ یا بعد از  
وفات رسول اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم، اعتقاد به امامت و ولایت از ارکان ایمان گردید، پس قول خداوند  
که می‌فرماید: «مؤمنان با یکدیگر برادرند» (حجرات: ۱۰)، جعل اخوت و برادری بین  
مؤمنان واقعی می‌باشد؛ نهایت امر این است که در زمان رسول اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم، غیر منافق،  
به خاطر ایمان به خدا و رسول، مؤمن واقعی محسوب می‌شد، و بعد از وفات ایشان،  
مؤمن واقعی کسی است که ولایت علی علیه‌السلام را تصدیق نموده باشد؛ بنابراین خطاب «یا  
ایها المؤمنون» متوجه مؤمنان واقعی است؛ گرچه ارکان آن بر حسب زمان مختلف باشد»  
(خمینی، ۱۴۱۵، ۳۷۷-۳۷۸).

### ۱-۱-۱: نقد دلیل

باید گفت استدلال مزبور از جهات متعدد قابل مناقشه است. آیت‌الله سبحانی در نقد  
استدلال یادشده می‌نویسد:

«بعید نیست در اینجا دو اصطلاح با دو ملاک وجود داشته باشد؛ یکی ملاک  
طهارت و حلیت ذبح و صحت ازدواج و تناسل و موارث؛ و به عبارتی ملاک وحدت  
و امکان معیشت اجتماعی؛ و دیگری ملاک قبول اعمال و سعادت اخروی. این مطلب  
بعید نیست؛ زیرا مشاهده می‌کنیم که برای خود لفظ مسلم در خود قرآن دو اصطلاح



وجود دارد؛ گاهی در معنای تصدیق لسانی به کار می‌رود؛ مانند آیه: «وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ»<sup>۱</sup> و گاهی بر تصدیق لسانی و قلبی صدق می‌کند، مانند آیه: «هُوَ سَمَّاكُمْ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ»<sup>۲</sup> (سبحانی، ۱۴۲۴، ۵۶۹).

مشا‌زالیه در تحقق ایمان مخالف برای احتراز از غیبت وی، ایمان ایشان به مجموعه تعالیم پیامبر به نحو اجمال را کافی می‌داند؛ اگرچه ایشان واقف بر ولایت نباشند؛ و این مقدار از ایمان را در صدق عنوان مؤمن کافی می‌داند؛ اگرچه این مقدار برای سعادت اخروی کافی نباشد (سبحانی، ۱۴۲۴، ۵۶۹).

اشکال دیگری که در تمسک به آیات مذکور وجود دارد این است که مفهوم‌گیری از آنها تنها در قالب «لقب» امکان‌پذیر است که اصولیان آن را اضعف مفهومات دانسته‌اند (مظفر، ۱۳۸۱، ۱۰۷/۱؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۱۳۲/۲). بسیاری از خطابات قرآنی با عبارت «یا ایها الذین آمنوا» وارد شده است؛ از باب نمونه در قرآن آمده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ» (بقره: ۱۸۳). آیا در اینجا نیز می‌توان گفت روزه فقط بر مؤمنان (شیعیان) واجب است و شامل مخالفان نمی‌شود؟!

بیان علامه طباطبایی در این باره چنین است: «قرار گرفتن خطاب: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا» در ابتدای برخی از آیات، از قبیل تصدیق شماری دیگر به لفظ: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ» و لفظ: «يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ» براساس تشریف و احترام است، و منافاتی با عمومیت تکلیف، و سعه معنا و مراد آن ندارد» (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۲۴/۱).

همچنین به نظر می‌رسد بسیاری از آیاتی که عنوان «آمنوا» دارند؛ مانند «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» (مائده: ۱)، نوعی ضمانت اجرا محسوب می‌شوند؛ بدین معنی که گرچه خطاب عام است؛ خداوند می‌خواهد با خطاب به لفظ مؤمن، آنها را هرچه بیشتر به انجام عمل ترغیب کند و منظور اختصاص آن به گروهی خاص نیست (ن. ک):

۱. حجات: ۱۴: «قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا؛ قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا؛ وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا؛ وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ». عربیهای بادیه‌نشین گفتند: «ایمان آورده ایم» بگو: «شما ایمان نیاورده‌اید؛ ولی بگویید اسلام آورده‌ایم؛ اما هنوز ایمان وارد قلب شما نشده است».

۲. خداوند در آیات ۷۷ و ۷۸ سوره حج خطاب به مؤمنان می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ... هُوَ سَمَّاكُمْ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا...»؛ ای کسانی که «ایمان» آورده‌اید رکوع کنید، و سجود بجا آورید، و پروردگارتان را عبادت کنید، و کار نیک انجام دهید، شاید رستگار شوید...؛ خداوند شما را در کتابهای پیشین و در این کتاب آسمانی «مسلمان» نامید».

نراقی، ۱۴۱۷، ۲۹۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۲۹/۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶، ۳۱۲؛ آملی، ۱۳۸۰، ۳۱۳/۹.

## ۲-۱: استدلال به روایات موجود

حضرت امام در مورد روایات معتقد است:

«آن دسته از روایات که در آنها لفظ مؤمن به کار رفته بر مطلوب ما دلالت دارد (و شامل مخالفان نمی شود)، و آن روایاتی که در آنها از لفظ «أخ» استفاده شده نیز مخالفان را شامل نمی شود و روایاتی که در آنها از لفظ «مسلم» استفاده شده، بسیاری از آنها مشتمل بر وجوهی هستند که موجب می شود آنها را درباره مؤمن بدانیم» (خمینی، ۱۴۱۵، ۳۷۸).

ایشان در ادامه برای اثبات سخن خود به برخی روایات زیر استناد می نمایند:

۱. روایت سلیمان بن خالد از امام باقر علیه السلام و ایشان از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله: «مؤمن کسی است که مؤمنان نسبت به جان و مال خود او را امین بدانند؛ و مسلم کسی است که دیگران از دست و زبان او در امان باشند... و حرام است بر شخص مؤمن که بر مؤمن دیگری ظلم نماید؛ یا او را خوار کند؛ یا غیبت او را نماید» (حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۲۷۸/۱۲).

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۷۴

۲. روایت حرث بن مغیره از امام صادق علیه السلام: «مسلمان برادر مسلمان است او چشم او و آینه او و راهنمای اوست، به وی خیانت نمی کند، فریض نمی دهد، به او ستم روا نمی دارد، به او دروغ نمی گوید و غیبتش را نمی کند» (حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۲۷۸/۱۲).

۳. روایت ابوذر از رسول اکرم صلی الله علیه و آله: «ای ابوذر دشنام دادن مسلمان به برادر خود فسق است و جنگ با او کفر، خوردن گوشت او (غیبت کردن) از گناهان است... ابوذر گوید: از حضرت پرسیدم غیبت چیست؟ حضرت فرمودند: «گفتن چیزی در مورد برادرت که از آن اکراه داشته باشد» (حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۲۸۱/۱۲).

۴. روایت عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام: «غیبت آن است که درباره برادرت چیزی را بگویی که خداوند پنهان داشته است» (حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۲۸۲/۱۲).

## ۲-۲-۱: نقد دلیل

استدلال مزبور از جهات مختلف ناتمام است؛ زیرا اولاً: احادیث باب منحصر در لفظ «مؤمن» یا «مسلم» نیست؛ بلکه در بسیاری از روایات لفظ «ناس» وارد شده است که نشان‌دهنده عدم جواز غیبت هر انسانی است. نوف بکالی از امام علی علیه السلام نقل می‌کند که حضرت فرمودند: «ای نوف دروغ می‌گوید کسی که گمان می‌کند حلال‌زاده است؛ در حالی که گوشت‌های مردم را با غیبت می‌خورد» (حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۲۸۳/۱۲).

حسین بن خالد از امام رضا علیه السلام و ایشان از پدرش علیه السلام و ایشان از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که حضرت فرمودند: «خداوند خانه‌ای را که در آن گوشت وجود دارد، دشمن می‌دارد! به امام عرض کردند که ما گوشت را دوست داریم و خانه‌هایمان از آن خالی نیست. حضرت فرمودند: خانه گوشت، خانه‌ای است که در آن گوشت مردم با غیبت خورده می‌شود (حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۲۸۴/۱۲؛ کلینی، ۱۴۰۷، ۳۰۸/۶).

در روایت دیگری از پیامبر اسلام وارد شده است که در شب معراج بر قومی گذشتم که صورت خود را با ناخن می‌خراشیدند، به جبرئیل گفتم: اینها چه کسانی هستند؟ گفت: «هؤلاء الذین یغتایبون الناس» (مجلسی، ۱۴۰۴، ۴۰۸/۱۰؛ محدث‌نوری، ۱۴۰۸، ۱۱۹/۹).

باید توجه داشت بین روایات باب که با الفاظ گوناگون (مانند مؤمن، مسلم، ناس) وارد شده‌اند تعارضی نیست تا اینکه یکی از آنها را حمل بر دیگری کنیم؛ زیرا همچنان که در علم اصول نیز ثابت شده است (مظفر، ۱۳۸۱، ۲/۲۷)؛ در بین مثبتین و بیشتر تعارضی وجود ندارد تا اینکه یکی حمل بر دیگری شود، و مادامی که بتوان به همه آنها عمل نمود حمل یکی بر دیگری وجهی نخواهد داشت.

یکی از فقهای معاصر با التفات به نکته مزبور در این زمینه می‌گوید: «و من الواضح عدم المنافاة بین هذه العناوین الثلاث (المؤمن، المسلم و الناس)؛ لأنّ إثبات شیء لا ینفی ما عداه» (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۶، ۲۸۰).

## ۲-۲: عدم احترام مخالفان

یکی دیگر از ادله جواز غیبت مخالفان، عدم احترام آنان است: «حتی اگر اطلاق بعضی از روایات را بپذیریم و از تحکیم روایاتی که در مقام بیان این گونه روایات می باشند چشم پوشیم، شبهه ای در عدم احترام مخالفان وجود ندارد؛ بلکه این مطلب از ضروریات مذهب است؛ آن چنان که محققان گفته اند...» (خمینی، ۱۴۱۵، ۳۷۹).

ایشان در ادامه برای اثبات سخن خود روایت ابو حمزه از امام باقر علیه السلام را نقل می کند که راوی می گوید: «قلت له علیه السلام: إن بعض أصحابنا یفترون و یقذفون من خالفهم، فقال: الکف عنهم أجمل. ثم قال لی: و الله یا أبا حمزه إن الناس کلهم أولاد بغایا ما خلا شیعتنا...» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۳۷/۱۶؛ کلینی، ۱۴۰۷، ۲۸۵/۸).

## ۲-۲-۱: نقد دلیل

اما باید گفت این دلیل نیز ناتمام است. مکارم شیرازی در نقد این دلیل می نویسد: «مراد از مخالف کیست؟ آیا منظور ناصبی است؟ یا اشخاص معاند با ائمه معصومین علیهم السلام؟ یا کسی که فضیلت اهل بیت را انکار می کند؟ و یا مراد مطلق کسی است که امر ولایت را نمی شناسد؛ اگرچه دوست دار اهل بیت باشد؟ همچنان که بسیاری از اهل سنت و پیشوایان آنان این گونه هستند؛ تا آنجا که کتب بسیاری در مناقب اهل بیت تألیف نموده اند، و ایشان را بسیار دوست می دارند؛ اگرچه امامت ایشان را نشناسند؛ خاصه اینکه اگر این گونه افراد جاهل قاصر باشند و نه جاهل مقصر. اگر مقصود از مخالفان، قسم اول (دشمنان و ناصبیان) باشند؛ در این صورت شکی در عدم احترام آنان نیست؛ اما اگر ادعا شود که عدم حرمت عام بوده و موارد اخیر را نیز دربر می گیرد؛ در این صورت این سخن قابل مناقشه است؛ و شمول ادله برای این قسم از افراد محل اشکال است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ۲۷۹).

جعفر سبحانی نیز دیدگاه مزبور را نپذیرفته و معتقد است:

«آنچه شیخ انصاری از روایات مبنی بر اختصاص حرمت غیبت به اهل ولایت استظهار نموده، برای ما محقق نگردید؛ بلکه ظاهر آن است که غیبت از جمله اموری است که نظم معاش مؤمنان متوقف بر آن است و ظاهراً ایشان بین اسلامی که تمامی احکام بر آن مترتب می‌شود، و بین ایمانی که ملاک ثواب بردن و اهل سعادت بودن است تفکیکی قایل نشده است...؛ زیرا اولی ملاک ترتب احکام، و دومی ملاک ترتب ثواب است» (سبحانی، ۱۴۲۴، ۵۷۱).

روایات بسیاری نیز در این زمینه وجود دارد که مؤید این قول است. صیرفی از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «الإسلام يحقن به الدم و تؤدى به الأمانة، و تستحل به الفروج؛ و الثواب على الإيمان» (حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۵۵۶/۲۰، کلینی، ۱۴۰۷، ۲/۲۴). با اسلام خون انسان محفوظ، و ادای امانت او لازم، و ازدواج با افراد حلال می‌شود؛ لیکن ثواب (اخروی) به سبب ایمان (و اعتقاد قلبی) داده می‌شود.

سفیان بن سمط نقل می‌کند که از امام صادق علیه السلام در مورد اسلام و ایمان پرسش نمودم، حضرت فرمودند:

«الإسلام هو الظاهر الذى عليه الناس؛ شهادة أن لا إله إلا الله و أنّ محمداً عبده و رسوله، و اقام الصلاة، و إيتاء الزكاة...؛ و قال الإيمان معرفه هذا الأمر مع هذا؛ فإن أقرّ بها و لم يعرف هذا الأمر كان مسلماً و كان ضالاً» (کلینی، ۱۴۰۷، ۲/۲۴)؛ یعنی اسلام همان ظاهری است که مردم بر آن هستند؛ گواهی به توحید خداوند و نبوت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم، و برپا داشتن نماز و پرداخت زکات...؛ لیکن ایمان عبارت است از اعتقاد به معرفت این امر (ولایت اهل بیت)؛ همراه با مبانی قبل (توحید، نبوت و...)؛ پس اگر فرد به اسلام اقرار نمود، لیکن ولایت اهل بیت را نشناخت، مسلمان و گمراه خواهد بود.

فاضل ایروانی از راه دیگری بر استدلال بالا ایراد گرفته است. ایشان پس از نقل سخن شیخ، این چنین بر ایشان ایراد می‌گیرند که ثابت نشده است تمام علت و مناط حرمت غیبت احترام است تا چنین نتیجه‌گیری شود که مخالفان به دلیل نداشتن احترام از این حکم استثنا هستند، و شاید نفس حفظ زبان از تعرض به اعراض نیز در علت و مناط حکم دخیل باشد (ایروانی، ۱۴/۳۴۴).

## ۲-۲-۲: نقد استدلال به روایت ابو حمزه

همان گونه که بیان شد امام خمینی علیه السلام و برخی از فقهای دیگر در اثبات عدم حرمت غیبت مخالف به روایت ابو حمزه استناد نموده بودند؛ اما استدلال به روایت مزبور از هر دو جهت (سند و دلالت) با اشکالات عدیده روبرو است؛ زیرا در سند این روایت حسن بن عبدالرحمان وجود دارد که این شخص مجهول است و لذا مجلسی در «مرآة العقول» این حدیث را ضعیف شمرده است (مجلسی، ۱۴۰۴، ۳۰۶/۲۶).

مشکل دیگر وجود علی بن عباس در سند روایت است که توسط رجال به شدت مورد مذمت قرار گرفته است. نجاشی در رجال و خوئی در معجم رجال حدیث، وی را شخصی بسیار ضعیف می دانند که به خاطر غلو، از روایات او روی برگردانده شده است (نجاشی، ۱۴۰۷، ۲۵۵). علامه حلی در کتب رجالی خود، خلاصة الأقوال و ایضاح الأشتباه، و ابن غضائری در کتاب الضعفاء، درباره وی می نویسند: «وی تألیفاتی دارد که نشانگر خباثت و سستی مذهب اوست، به او توجه نمی شود و به روایاتش اعتماد نمی شود» (علامه حلی، ۲۳۴؛ همو، ۲۱۹؛ ابن غضائری، ۷۹).

اما از نظر دلالت نیز این حدیث قابل مناقشه است. زیرا روایت یاد شده، توده مردم را اولاد بغی دانسته است؛ در صورتی که این امر خلاف ضرورت، سیره اهل بیت، و عقل می باشد و صدور آن از معصوم در غایت بُعد است.

در کتب معتبر شیعی روایاتی از معصومین علیهم السلام نقل شده که مدلول آن در تعارض صریح با حدیث مذکور قرار دارد. نمونه بارز آن، روایتی مشهور است که در آن حضرت امام صادق علیه السلام یکی از شیعیان خود را به علت اینکه به کنیز خود نسبت زنا زاده بودن می دهد، به شدت مورد مذمت قرار می دهند و وقتی وی سعی در توجیه سخن خود با استناد به مشرک بودن مادر کنیز می کند، حضرت می فرمایند: «أما علمت أن لكل أمة نکاحاً»؛ آیا نمی دانی که هر امتی برای خود نکاحی دارد؟ (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۲۴/۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۳۶/۱۶). این مضمون در روایات دیگر نیز تکرار شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۱/۲۰).

## ۳-۲: برپایی سیره بر جواز غیبت ایشان

آخرین دلیلی که امام خمینی علیه السلام، به عنوان مؤیدی در جواز غیبت مخالفان بدان استناد

نموده‌اند، قیام سیره بر غیبت و هجو مخالفین است: «أَنَّ السَّيْرَةَ أَيْضاً قَائِمَةٌ عَلَيَّ غَيْبَتِهِمْ» (خمینی، ۱۴۱۵، ۳۸۰).

در توضیح مطلب باید گفت برخی از فقها مانند صاحب جواهر و محقق خوئی ادعای جاری شدن سیره شیعه امامیه؛ اعم از عوام و خواص، بر غیبت و هجو و لعن مخالفان کرده و حتی آن را از ضروریات مذهب دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

### ۲-۳-۱: نقد دلیل:

باید گفت مضاف بر اینکه ادعای وجود چنین سیره‌ای در بین متشرعه اول مناقشه و کلام است؛ در صورت پذیرش آن نیز بعید نیست سیره ادعایی مذکور از همان مواردی باشد که شیخ انصاری در مبحث معاطات بدان اشاره نموده است؛ یعنی سیره‌ای که از جانب متشرعه از روی تسامح و قلت مبالات حادث شده باشد، و هیچ ربط و اتصالی به معصوم عَلَيْهِ السَّلَام نداشته باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۲۶/۲)؛ لذا با وجود شک در حجیت چنین سیره‌ای، سیره ادعایی از درجه اعتبار ساقط خواهد گردید؛ زیرا هیچ حجتی نیست مگر به موجب قطع و یقین، و از آنجا که ما نسبت به این سیره قطع نداریم؛ بلکه حتی نسبت به وقوع آن تردید جدی وجود دارد؛ لذا سیره مذکور از درجه اعتبار ساقط خواهد گردید (ن.ک: مظفر، ۱۳۸۱، ۲/۲۱۱).

روایاتی نیز که ایشان به عنوان مؤیدی بر وجود سیره مذکور بدان استناد نموده‌اند بر مطلوب آنها دلالت ندارد. از جمله این اخبار، روایتی منتسب به پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ است که در آن حضرت می‌فرماید: «هرگاه پس از من اهل بدعت را دیدید از آنها بیزاری جوئید و بسیار به آنها دشنام بدهید و درباره آنها بد بگویید و طعن بزنید...» (کلینی، ۱۴۰۷، ۲/۳۷۵)؛ زیرا آن چنان که معلوم است مورد حدیث مربوط به اهل بدعت است و نه لزوماً تمامی مخالفان.

به راستی با چه منطقی می‌توان این حکم را حتی در مورد جاهل قاصر عامی که دین خود را از پدرانش گرفته تعمیم داد؟! از این رو شهید مطهری درباره افرادی که دارای

۱. ن.ک: نجفی، ۱۴۰۴، ۲۲/۶۲.

صفت تسلیم باشند؛ ولی به عللی حقیقت اسلام بر آنها مکتوم مانده باشد، با عبارت «مسلم فطری» یاد می‌کند. وی بر این اعتقاد است که خداوند هرگز این گونه افراد را معذب نمی‌سازد، و این افراد اهل نجات از دوزخ هستند (مطهری، ۱۳۸۸، ۲۷۰).

باید گفت روایت مزبور حتی با ظاهر آیات قرآن نیز مخالف است. خداوند در آیه ۱۰۸ سوره انعام می‌فرماید: «وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ»؛ به آنانی که غیر خدا را می‌خوانند دشنام ندهید تا مبادا خدا را از روی عداوت و بدون آگاهی دشنام دهند. پر واضح است که از نظر عقل و منطق دشنام دادن به کسی حتی اگر بی‌دین باشد، نه تنها او را از راهی که رفته برنخواهد گرداند؛ بلکه او منطق مسلمانان را ضعیف دانسته و بر عقیده باطل خود اصرار خواهد ورزید.

## ۲- بررسی نظریات امام خمینی علیه السلام پس از استقرار نظام جمهوری اسلامی

به عنوان مقدمه باید گفت با توجه به مشاغل عدیده‌ای که برای حضرت امام در دوران بعد از انقلاب اسلامی ایجاد گردید و ایشان بنا به تکلیف الهی خویش اداره جامعه اسلامی را برعهده گرفتند؛ لذا طبیعی است که نتوانند به نحو مبسوط و مفصل به تألیف کتب فقهی استدلالی همت گمارده و به تنقیح آرای سابق خویش پردازند؛ از این رو نظریاتی که امام خمینی علیه السلام پس از انقلاب، و پس از ورود عمیق در عرصه مسایل حکومتی در بحث یادشده بیان داشته‌اند، بیشتر در کتاب صحیفه ایشان، و احیاناً در پاره‌ای از موارد در رساله استفتائات یا توضیح المسائل بیان گردیده است.

باید اذعان نمود در آثار مذکور، مرحوم امام آن‌چنان از عمق وجود و با تمام شور و احساس اسلامی از اخوت مسلمانان سخن می‌گویند و بر برادری بین مسلمانان و احترام فرق مختلف ایشان در فقه اسلام تأکید می‌نمایند که راه را بر هرگونه طعن طاعنان و تفسیر مغرضانه از سخنان ایشان بر می‌بندد که می‌گویند مرحوم امام سخنان اخیر خود را صرفاً بر اساس متغیر مصلحت ایراد نموده و حکم اولی مسئله از دیدگاه ایشان همان جواز اغتیاب و عدم حرمت مخالفان است.<sup>۱</sup>

۱. تبلیغاتی که امروزه و با گسترش وسایل ارتباط جمعی توسط سلفی‌ها و وهابی‌ها، که توسط مستکبران جهانی حمایت و هدایت می‌شوند، در فضای مجازی بر علیه مکتب تشیع و شخص حضرت امام مشاهده می‌گردد نمونه



تأمل در فرمایش‌های اخیر ایشان به خوبی ما را به این امر رهنمون می‌سازد که در دیدگاه ایشان تبدل رخ نموده و بسیار مستبعد است که مرحوم امام صرفاً با متغیرهایی مانند مصلحت سخن رانده باشند.

درواقع، سخنان حضرت امام چنان صراحت در مطلوب دارند و آن‌چنان از بسامد بالایی برخوردارند که نمی‌توان بدین دیدگاه قایل گردید که ایشان در فرمایشات اخیر صرفاً براساس عناوین ثانوی نظریات ممتاز خود را ایراد نموده باشند.

نکته‌ای که عنایت به آن وقوع تبدل در دیدگاه امام را تقویت می‌نماید این است که تغییر آرای ایشان صرفاً مربوط به بحث مذکور نبوده و حضرت امام در زمینه‌های دیگری از قبیل: شطرنج، موسیقی و... نیز در آرای خود تحوّل داشته‌اند<sup>۱</sup> و در مورد عناوین مذکور دیگر نمی‌توان از مصلحت سخن راند و تغییر رأی ایشان را صرفاً براساس متغیرهای ثانوی تفسیر نمود. بیاناتی که در ادامه به آنها اشاره خواهد شد آن‌چنان صراحت در مطلوب دارند که بر شخص متأمل و منصف راه را بر هرگونه تفسیر ناروا از سخنان امام می‌بندد. در اینجا برای اثبات مدعای خویش به بیان نمونه‌هایی از آرای درخشان و ممتاز حضرت در این زمینه پرداخته و آرای جدید ایشان در بحث مذکور مورد شناسایی قرار می‌گیرد.

بازخوانی دیدگاه  
امام خمینی علیه السلام  
در باب حکم فقهی  
غیبت مخالفان

۸۱

## ۱-۲: تفسیری متکامل و مترقی از آیه اخوت (انّما المؤمنون اخوة)

همان‌گونه که پیشتر بیان گردید مرحوم امام در رأی قدیم خویش منظور از «أخ» در آیه اخوت را به قرینه وجود لفظ «مؤمن» در آیه، به معنای شیعه دوازده‌امامی دانسته و

---

کوچکی از این قبیل تحرکات مسموم هستند که حضرت امام را متهم به نوعی رویکرد دوپهلوی راجع به اهل سنت می‌نمایند، و با ذکر پاره‌ای از عبارات امام در آثار متقدم ایشان، سخنان اخیر معظم‌له را تعارفاتی بی‌پایه و اساس و بیاناتی که صرفاً براساس تقیّه صادر شده است جلوه می‌دهند. ایشان عبارات اخیر حضرت امام راجع به اخوت و احترام بین مسلمانان را فاقد وجهت، و سخنانی برخلاف میل باطنی ایشان تفسیر می‌نمایند.

ن.ک: خمینی، ۱۳۸۶/۱۲/۴۴۰؛ خمینی، ۱۳۸۶/۲۱/۱۲۹؛ خمینی، ۱۳۸۶/۱۵۱.

محمد سروش محلاتی در باب اقسام دوره‌های فقه امام معتقد است: «فقه حضرت امام را به سه دوره می‌توان تقسیم کرد: دوره اول قبل از تحریر الوسیله؛ دوره دوم بعد از تألیف تحریر الوسیله؛ و دوره سوم پس از پیروزی انقلاب اسلامی... اهمیت مرحله سوم از این جهت است که فقهی بزرگ و صاحب فتوا خود متصدی حکومت شده است و فرصتی برای سنجش فتاوا در مقام عمل پیش آمده، تا معلوم شود که آیا این فتاوا قابل اجرا است یا ممکن است در اجرا مشکلاتی به وجود بیاید؟ نامه حضرت امام به مرحوم قدیری نشان می‌دهد که در مرحله سوم، مسئله از حد یک تفاوت رأی و نظر فقهی که یک امر کاملاً ساده و عادی در بین فقها است، گذشته است و اساساً نگاه طرفین به فقه متفاوت شده است...» (سروش محلاتی، ۱۳۹۳).

اهل سنت را از شمول آیه مذکور خارج می‌دانستند؛ از این رو ایشان در مورد حرمت غیبت با توجه به اینکه در آیه غیبت از خوردن گوشت برادر مرده نهی شده است (لحم اخیه المیتة)، با این استدلال که بین ما و اهل سنت برادری وجود ندارد، غیبت ایشان را جایز می‌دانستند. پُر واضح است اگر اثبات شود که ایشان در رأی متأخر خود تفسیر نوینی از آیه ارایه نموده‌اند و لفظ «مؤمن» و «اخ» موجود در آیه را در مورد همه مسلمانان؛ اعم از شیعه و سنی به کار برده‌اند، و موارد و مصادیق شمول آیه از نظر ایشان شامل جمیع مسلمانان گردیده است؛ بالضرورة حکم تبدیل شود خوب است. مستفاد از آیه غیبت نیز با توجه به مبنای اخیر ایشان دستخوش تحول اساسی خواهد گشت و حرمت غیبت شامل همه مسلمانان خواهد شد. با شواهدی که در ادامه می‌آید به نظر می‌رسد این فتوا دستخوش تغییر اساسی گردیده است.

حضرت امام در یکی از سخنرانی‌های خود با موضوع «توطئه دشمنان اسلام در ایجاد اختلاف بین امت اسلامی» با ارایه تفسیری نوین از آیه اخوت: «انما المومنون اخوة» می‌گوید:

«اسلام آمده است تا تمام ملل دنیا را با هم متحد کند و يك امت بزرگ به نام امت اسلام در دنیا برقرار کند... نقشه قدرت‌های بزرگ و وابستگان آنها در کشورهای اسلامی این است که این قشرهای مسلم را که خدای تبارک و تعالی بین آنها «اخوت» ایجاد کرده است، و مؤمنون را به نام اخوت یاد فرموده است از هم جدا کنند، و به اسم ملت تُرك، ملت گُرد، ملت عرب، ملت فارس از هم جدا کنند؛ بلکه با هم دشمن کنند و این درست برخلاف مسیر اسلام است و مسیر قرآن کریم. تمام مسلمین با هم برادرند و برابرنند و هیچ يك از آنها از دیگری جدا نیستند و همه آنها زیر پرچم اسلام و زیر پرچم توحید باید باشند» (خمینی، ۱۳۸۶، ۱۳/۴۴۳-۴۴۴).

همان گونه که ملاحظه شد، مرحوم امام در این فراز صریحاً لفظ مؤمن را شامل مسلمانان؛ اعم از شیعه و سنی دانسته و تصریح نموده‌اند که خداوند بین مسلمانان اعم از شیعه و سنی عقد اخوت برقرار نموده است و مسلمانان؛ اعم از شیعه و سنی با یکدیگر برادرند.

همچنین ایشان در جای دیگری می‌فرمایند: «مسلم که نمی‌تواند به مسلم دیگر ضرر

بزند، مسلم برادر مسلم است: «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ» قرآن کریم، عقد اخوت بین مسلمان‌ها انداخته است، برادر که به برادر ضرر نمی‌زند» (خمینی، ۱۳۸۶، ۱۰/۲۴۹).

بیانات حضرت امام در این زمینه به مناسبت‌های مختلف ثبت و ضبط گردیده است. در ذیل به ذکر فرازهایی چند از میان موارد متعدد از بیانات ایشان که مؤید سخن بالا است اشاره می‌کنیم.

«برادران شیعه و سنی ما، هوشیار باشید... شما همه با هم برادر هستید و قرآن کریم بین مسلمین عقد اخوت خوانده است، مؤمنین همه با هم برادر هستند» (خمینی، ۱۳۸۶، ۳۱/۱۴).

«مسلمین باید بیدار باشند... چنانچه اختلافی بین ملت ایران با ملت‌های دیگر بیفتد، اختلافی ما بین برادرهای اهل سنت ما با برادرهای اهل تشیع ما واقع بشود، این به ضرر همه‌مان هست، به ضرر همه مسلمین هست. و آنهایی که می‌خواهند ایجاد تفرقه بکنند اینها نه اهل سنت هستند و نه اهل تشیع. آنها کسانی هستند که کارگردانان دولت‌های ابرقدرت و در خدمت آنها هستند.» (امام خمینی، ۱۳۸۶، ۱۳/۱۳۳).

امام خمینی در جای دیگری می‌گوید:

«قرآن می‌فرماید که: "إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ" و غیر از برادری پیش مؤمنین چیزی نیست. منحصر برادرند نه غیر برادر. این هیچ نیست الا برادری. برای این است که اگر ما هیچ جهتی را ملاحظه نکنیم الا برادری خودمان را، انسجام پیدا می‌کنیم. همه مؤمنین را قرآن می‌خواهد که با هم برادر باشند و غیر از این هم نباشد در کار. اگر همه مؤمنین در تمام کشورهای اسلامی همین یک دستور خدا را که خدا عقد اخوت بینشان انداخته است، همین یک دستور را عمل بکنند، قابل آسیب دیگر نیست. اگر یک میلیارد جمعیت مسلمان، یک میلیارد جمعیت مسلمان که مع الأسف یک میلیارد جمعیتی هستند که تحت سلطه غیر هستند، یک میلیارد جمعیت تحت سلطه دو یست و پنجاه میلیون، اگر این یک میلیارد جمعیت به این حکم خدا سر نهاده باشند، اطاعت کرده بودند همین یک حکم را که «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ» برادرند اینها، اگر این برادری در همه جا بود، اگر، این برادری در تمام قشرهای ملت‌ها بود، این گرفتاری‌ها برای ما پیدا نمی‌شد» (خمینی، ۱۳۸۶، ۱۱/۴۹۱).

«اسلام از اول دارای يك همچو مقصدی بوده و خصوصاً در بین مؤمنین، در بین مسلمین، اخوت را سفارش فرموده است، بلکه ایجاد - تشریح - فرموده است... و ما باید با همه برادر باشیم؛ با همه، همه مسلمین برادر باشیم و در مقابل کفار بایستیم، نه اینکه ما در مقابل مسلمین بایستیم» (خمینی، ۱۳۸۶، ۱۶/۴۰۵).

## ۲-۲: احترام اهل سنت

مرحوم امام خمینی در پاسخ به استفتایی در مورد اینکه رفتار حکومت اسلامی با اقلیت‌های مذهبی مانند اهل سنت در حکومت اسلامی چگونه خواهد بود؟ بر این امر تصریح می‌کنند که اولاً: برادران اهل سنت هرگز از اقلیت‌های مذهبی نیستند؛ و ثانیاً: اسلام آنها را محترم شمرده است. ما به آنان تمام حقوقشان را می‌دهیم (خمینی، ۱۳۸۶، ۵/۲۹۲). امام خمینی در این فتوا به صراحت بر احترام اهل سنت در اسلام ناب محمدی تأکید نموده‌اند.

همچنین ایشان در ضمن یک سخنرانی در سال‌های بعد از انقلاب قول به «عدم احترام اهل سنت» را اغفال، تبلیغات سوء، سخن غیرظاهر و غیرصحیح برشمرده‌اند: «روحانیون در درجه اول مسئولیت هستند. روحانیون باید بروند در بلاد و در جاهایی که دوردست است، لازم است که بروند در دهات و قصبات اعلام کنند مسایلی را که ما می‌گوییم. در جاهای دورافتاده ممکن است که يك "اغفال‌هایی" باشد، يك تبلیغات سوئی باشد. اینها در مراکز مثل تهران یا سایر بلاد عظیم نمی‌توانند تبلیغات خلاف بکنند؛ لکن در قرا و قصبات دورافتاده، يك حرف‌های غیرظاهر و غیرصحیح می‌زنند؛ مثلاً می‌گویند که اقلیت‌های مذهبی در حکومت اسلام باید از بین بروند! این خلاف اسلام است. اسلام اقلیت‌های مذهبی را احترام گذاشته است؛ اسلام اقلیت‌های مذهبی را محترم می‌شمرد.» (خمینی، ۱۳۸۶، ۶/۸۴)

همچنین ایشان در مناسبت‌های مختلف تأکید می‌کنند که:

«من مکرر اعلام کرده‌ام در اسلام نژاد، زبان، قومیت و گروه و ناحیه مطرح نیست. تمام مسلمین؛ چه اهل سنت و چه شیعی؛ برادر و برابر و همه برخوردار از همه مزایا و حقوق اسلامی هستند» (خمینی، ۱۳۸۶، ۹/۳۵۲).

## ۲-۳: برخی فتاوی‌ای امام خمینی در پاسخ به استفتائات

در رساله توضیح المسائل و همچنین در برخی از استفتائات ایشان فتاوایی مشاهده می‌شود که مؤید نظر اخیر ایشان راجع به حرمت غیبت نسبت به جمیع مسلمانان و محترم شمردن همگی طوایف اسلامی می‌باشد. ایشان در پاسخ به سؤال شخصی مبنی بر اینکه غیبت اهل سنت چه حکمی دارد چنین فتوا می‌دهند که: «از غیبت باید پرهیز شود» (خمینی، ۱۴۲۲، ۸۱۱/۱). همان‌گونه که مشاهده می‌شود حضرت امام در این فتوا غیبت اهل سنت را جایز نمی‌دانند.

همچنین ایشان در رساله استفتائات خویش در پاسخ به سؤالی راجع به حرمت غیبت، به‌طور کلی چنین فتوا می‌دهند: «عیب‌جویی و تنقیص مسلمان جایز نیست» (خمینی، ۱۴۲۲، ۶۱۸/۲).

### نتیجه

اصل اولی در باب غیبت، حرمت آن است؛ اما برخی فقهای امامیه با تفسیر خاصی از آیات قرآنی، و استناد به پاره‌ای از روایات، ملاک و مناط در حرمت غیبت را «ایمان» دانسته و منصرف از کلمه مؤمن را شیعه دوازده‌امامی دانسته‌اند؛ بدین ترتیب غیبت غیر شیعیان از عموم ادله حرمت خارج شده و مجاز شمرده می‌شود. امام خمینی رحمته‌الله نیز در آرای فقهی اولیه‌شان قابل به شرطیت قید «ایمان» در تحقق حرمت غیبت شده، غیبت مخالفان را جایز شمرده‌اند.

اما همان‌گونه که در این نوشتار به‌طور مبسوط بیان گردید، ادله‌ای که ایشان و برخی از فقها برای جواز اغتیاب اهل سنت بیان نموده‌اند تام نبوده، و اصولاً نمی‌توان این نظر را دیدگاه مذهب شیعه امامیه و مطابق با سیره اهل بیت علیهم‌السلام؛ همچنین نظر نهایی امام خمینی رحمته‌الله در مسئله مزبور تلقی کرد؛ زیرا از یک سو بطلان ادله ادعایی قائلان به جواز غیبت اهل سنت در این نوشتار مشخص گردید؛ و از دیگر سوی تأمل و مذاقه در آرای حضرت امام پس از انقلاب و در دوران زعامت و رهبری جامعه اسلامی نشان داد که ایشان از نظرگاهی ممتاز، قابل به حرمت غیبت نسبت به همه مسلمانان گردیده‌اند؛ بنابراین از آنجا که سخن آخرین هرکس نظر نهایی

وی تلقی می‌شود، باید رأی نهایی ایشان در باب غیبت را، حرمت عام آن نسبت به همه افراد دانست.

## منابع

قرآن کریم.

۱. آخوندخراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). *کفایة الأصول*. قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت.
۲. آملی، میرزاحمدتقی. (۱۳۸۰ق). *مصباح‌الهدی فی شرح‌العروة الوثقی*. تهران: بی‌جا.
۳. ایروانی، علی‌بن‌عبدالحسین. (۱۴۰۶ق). *حاشیة‌المکاسب*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴. بحرانی، آل‌عصفور. (۱۴۰۵). *الحدائق‌الناضرة فی أحكام‌العترۃ الطاهرة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. حرّعاملی، محمدبن‌حسن. (۱۴۰۹ق). *وسائل‌الشیعة*. قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت.
۶. حکیم، سیدمحسن طباطبایی. (۱۴۱۰ق). *منهاج‌الصالحین (المحشی)*. بیروت: دار‌التعارف.
۷. خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۱۴). *توضیح‌المسائل*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸. — (۱۳۸۶ش). *صحیفه نور*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۹. — (۱۴۱۵ق). *المکاسب‌المحرمة*. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۱۰. — (۱۴۲۲ق). *استفتاءات*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. — (۱۴۲۱ق). *کتاب‌الطهاره*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). *التنقیح فی شرح‌العروة الوثقی*. قم: بی‌جا.
۱۳. — (بی‌تا). *مصباح‌الفقاهه (المکاسب)*. قم: بی‌جا.
۱۴. — (بی‌تا). *معجم‌رجال‌الحديث و تفصیل طبقات‌الرجال*. قم: بی‌جا.
۱۵. روحانی، سیدصادق. (۱۴۱۲ق). *فقه‌الصادق علیه‌السلام*. قم: دار‌الکتاب-مدرسه امام صادق.
۱۶. سبحانی، جعفر. (۱۴۲۴ق). *المواهب فی تحریر أحكام‌المکاسب*. قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.
۱۷. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). *مهذب‌الأحكام*. قم: مؤسسه المنار.
۱۸. سروش‌محلّاتی. (۱۳۹۳). *فقه‌امام‌خمینی پس از انقلاب اسلامی*. روزنامه جمهوری اسلامی. مورخه: ۱۳۹۳/۰۳/۱۹.
۱۹. شیخ‌انصاری، مرتضی‌بن‌محمد امین. (۱۴۱۵ق). *کتاب‌المکاسب*. قم: کنگره جهانی شیخ اعظم.
۲۰. صدوق، محمدبن‌علی بن بابویه. (۱۴۰۶ق). *ثواب‌الأعمال و عقاب‌الأعمال*. قم: دار الشریف.
۲۱. — (۱۴۰۳ق). *معانی‌الأخبار*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال اول، شماره اول

زمستان ۱۳۹۴

۸۶

۲۲. طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. طباطبایی بروجردی، حسین. (۱۴۲۹ق). جامع احادیث الشیعه. تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
۲۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایه. بیروت: دار الکتب العربی.
۲۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۶. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۱ق). ایضاح الاشتباه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۱ق). رجال العلامة. نجف: منشورات المطبعة الحیدریه.
۲۸. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۱۶ق). القواعد الفقهیة. قم: چاپخانه مهر.
۲۹. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۰. گرجی، ابوالقاسم. (۱۴۲۱ق). تاریخ فقه و فقهاء. تهران: مؤسسه سمت.
۳۱. مجلسی دوم، محمد باقر. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۲. محدث نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت.
۳۳. مطهری، مرتضی. (بی تا). فقه و حقوق. قم: بی جا.
۳۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۸ش). عدل الهی. تهران: انتشارات صدرا.
۳۵. مظفر، محمد رضا. (۱۳۸۱ق). اصول الفقه. قم: دار التفسیر.
۳۶. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۶ق). أنوار الفقاهة - کتاب التجارة. قم: انتشارات مدرسه امام علی علیه السلام.
۳۸. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۹. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴۰. نراقی، مولی احمد بن محمد. (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.





## واکاوی عہدی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقہ امامیہ و حقوق موضوعه<sup>۱</sup>

سید محمدہادی قبولی درافشان<sup>۲</sup>

### چکیده

یکی از مسایل مهم در فقہ و حقوق، عہدی یا تملیکی بودن بیع کلی است. همان طور کہ می دانیم اگر مبیع، عین معین باشد، عقد بیع، تملیکی است و بہ مجرد انعقاد عقد، انتقال مالکیت صورت می پذیرد؛ اما بہ موجب مادہ ۳۵۰ قانون مدنی، مبیع ممکن است کلی باشد؛ در این صورت مشہور اندیشمندان حقوق معتقدند کہ پس از عقد، مالکیتی برای خریدار حاصل نشدہ و فقط از تاریخ تسلیم یا تعیین است کہ وی می تواند ادعای مالکیت کند. بنابراین، در موردی کہ مبیع، کلی است، اثر عقد، تنها ایجاد تعہد برای بیع است. بر این اساس مشہور حقوقدانان، بیع کلی را عقدی عہدی تلقی کردہ و آن را مشمول مادہ ۳۳۸ قانون مدنی کہ عقد بیع را تملیکی تعریف کردہ، ندانستہ اند؛ در حالی کہ دانشوران فقہ امامی، بیع مذکور را نیز تملیکی دانستہ و استدلال های قابل توجہی را در این زمینہ ارایہ کردہ اند. این پژوهش در پی تبیین دیدگاہ فقہ امامی و حقوق موضوعہ در رابطہ با تملیکی یا عہدی بودن بیع کلی و تقویت دیدگاہ فقیہان

واکاوی عہدی یا  
تملیکی بودن بیع کلی  
در فقہ امامیہ و  
حقوق موضوعہ

۸۹

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۸/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۵.

۲. استادیار فقہ و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد.

رایانامہ: h.ghaboli@um.ac.ir

امامی مبنی بر تملیکی بودن بیع کلی و بیانگر اختلاف مبنایی فقها و حقوقدانان در نگرش نسبت به مفاهیم مالکیت، مال، عین و همچنین تقسیم عقود به عهدی و تملیکی است.

**کلیدواژه:** عهدی، تملیکی، بیع کلی، مالکیت، عین، فقه امامیه، حقوق موضوعه.

## مقدمه

تملیکی بودن عقد بیع، در حقوق اسلام پذیرفته شده و به عنوان یک امر بدیهی در بین فقیهان تلقی می‌گردد. (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۸، ۷۸/۲۳) این در حالی است که تملیکی بودن بیع در حقوق اروپا امری نو ظهور است که هنوز هم پاره‌ای از کشورها آن را قبول نکرده‌اند. در حقوق رم، تنها به صرف عقد، نقل و انتقال ملکی حاصل نمی‌شد بلکه انتقال، در صورتی تحقق می‌یافت که فروشنده، مبیع را به تصرف خریدار می‌داد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۲۹). به عبارت دیگر در حقوق رم، اقباض جزء ارکان انتقال مالکیت بود. در حقوق سوئیس هنوز هم بیع در زمره عقود عهدی است. همچنین در حقوق قدیم فرانسه اصل عهدی بودن بیع پذیرفته شده بود ولی در حقوق کنونی فرانسه، مبیع به مجرد انعقاد عقد منتقل می‌شود (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۴۹، ۲۱۴/۱ و ۲۱۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۰).

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۹۰

اندیشمندان فقه امامی و حقوق دانان در رابطه با عهدی یا تملیکی بودن بیع کلی اختلاف نظر دارند. در فقه امامیه، براساس نگرش وسیعی که نسبت به مفاهیم مالکیت، عین و مال وجود دارد؛ بیع کلی نیز تملیکی دانسته شده و زمان انتقال مالکیت در بیعی که مبیع آن کلی است نیز زمان انعقاد عقد می‌باشد. قانون مدنی هم به پیروی از دیدگاه فقیهان امامی، مالکیت مافی‌الذمه را مورد پذیرش قرار داده است. این در حالی است که حقوق دانان برخلاف نظر فقیهان، بیع کلی را عهدی دانسته و نظریاتی برای توجیه تملیکی نبودن بیع کلی ارائه کرده‌اند.

در این پژوهش پس از تعریف مفاهیم و طرح مسئله، ابتدا به بررسی عهدی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقه امامیه و حقوق موضوعه پرداخته و دیدگاه قانون مدنی و حقوق دانان را تبیین نموده و در هر مورد به نقد و بررسی تحلیلی آنها پرداخته‌ایم. سپس، تفاوت نگرش فقیهان و حقوق دانان نسبت به عهدی یا تملیکی دانستن بیع کلی ارائه

گردیده و در نهایت، نتیجه گیری شده است.

## ۱. مفهوم‌شناسی مسئله

### ۱-۱. تملیکی بودن عقد بیع

منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که به مجرد عقد، مورد معامله از شخصی به شخص دیگر منتقل می‌شود (صفایی، ۱۳۸۵، ۴۰/۲). یعنی با وقوع عقد، انتقال مالکیت حاصل شده و ملکیت از یک طرف که ناقل باشد، خارج و در ملکیت طرف دیگر که منتقل‌الیه است، داخل می‌گردد (امامی، ۱۳۵۳، ۱۷۳/۱؛ مدنی، ۱۳۸۳، ۲۵۷/۲) و همین که خریدار و فروشنده در مورد مبادله کالا با یکدیگر به توافق رسیدند، عوض و معوض خود به خود مبادله می‌گردند؛ بدین ترتیب که مضمن به ملکیت خریدار و ثمن به ملکیت فروشنده در می‌آید. بنابراین قبض و اقباض ثمن و مضمن در اصل تملیک دخالتی ندارد.

### ۲-۱. عهدی بودن عقد بیع

در فقه به عقدی که مفید تعهد باشد، عهدی می‌گویند هرچند که این تعهد، نتیجه غیرمستقیم عقد باشد، با این تعریف، عقود تملیکی هم، عقد عهدی هستند؛ اما در حقوق به عقدی، عهدی می‌گویند که تعهد، موضوع و مدلول مطابقی عقد را تشکیل دهد؛ بر اساس این تعریف، عقود تملیکی، در مقابل عقود عهدی قرار می‌گیرند. بنابراین اصطلاح عهدی در فقه و حقوق دو معنای متفاوت دارد (ر.ک. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۴۵۹؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱۴۰/۱).

### ۳-۱. بیع کلی

بیع کلی در مقابل بیع شخصی، به کار برده می‌شود. هرگاه مبیع، کلی باشد نه عین مشخص (مانند مبیع در بیع سلف) به آن بیع کلی گویند و اگر مبیع، شخصی باشد آن را بیع شخصی می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۱۲۰).

در توضیح باید گفت که بیع کلی فی‌الذمه دو نوع است. در نوع نخست، بیع به

کلی ثابت در ذمه قبل از بیع تعلق می‌یابد مانند بیع دین به مدیون یا غیر او؛ ولی در نوع دوم، بیع به کلی ثابت در ذمه به واسطه نفس عقد بیع تعلق می‌گیرد بدون اینکه قبل از بیع، چیزی در ذمه باشد. مانند آنچه که در بیع سلم معمول است و آنچه که در رابطه با عهده‌ی یا تملیکی بودن کلی مورد اختلاف قرار گرفته، نوع دوم آن است (خوئی، ۱۴۱۲، ۲/۳۱۲). این نکته نیز یادآوری می‌شود که برخی از فقیهان با افزودن کلی مشاع و کلی در معین به اقسام کلی، آن را به چهار قسم تقسیم کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ۱۵).

#### ۴-۱. مالیت

منظور از مالیت مال، این است که نسبت به آن رغبت عقلایی وجود داشته باشد؛ به طوری که مردم در بدست آوردن آن با هم رقابت کنند. در این صورت مالیت، متوقف بر وجود نیست؛ بلکه ممکن است چیزی فی نفسه مالیت داشته باشد اما موجود نباشد؛ مانند طلا و یاقوت که عقلا نسبت به آن رغبت دارند و دارای ارزش مبادلاتی هستند ولی فرق نمی‌کند که موجود باشند یا موجود نباشند (طباطبائی حکیم، بی تا، ۵؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۲/۳۲۷؛ روحانی، بی تا، ۴۶-۴۸). در گذشته واژه مال فقط به کالاهای مادی اختصاص داشت؛ اما امروزه معنای محدود خود را از دست داده و به تمام اشیا و حقوقی که دارای ارزش اقتصادی است، مال گفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۰؛ ره‌پیک، ۱۳۸۸، ۸۴).

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۹۲

#### ۵-۱. مالکیت

در رابطه با مفهوم مالکیت، تعریف‌های مختلفی از سوی فقیهان و حقوقدانان ارائه شده است. بعضی از حقوقدانان، مالکیت را رابطه بین شخص و شیء دانسته‌اند؛ در حالی که بسیاری از اندیشمندان، مالکیت را رابطه‌ای اعتباری بین شخص و مال تلقی نموده‌اند (صفار، ۱۳۷۳، ۴۴؛ کیائی، ۱۳۷۶، ۳۳۱). بنابراین، در بین فقیهان و حقوقدانان از نظر نگرش نسبت به مفهوم مالکیت، اختلاف نظر مبنایی وجود دارد.

فقه‌های امامیه هر سلطه قانونی را ملکیت نامیده (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۵۹۹) و آن را مختص به عین معین خارجی ندانسته‌اند؛ بلکه آن را سلطنتی اعتباری که توسط شارع

مقدس و عقلا ثابت است، تعریف نموده‌اند (یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۶/۱؛ آصفی، ۱۴۱۳، ۲۶؛ محقق داماد، ۱۳۸۰، ۲۹) و حتی وجود متعلق تملیک را در عالم خارج ضروری ندانسته‌اند (صاحب جواهر، ۱۳۶۸، ۲۰۹/۲۲؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۳/۱ و ۱۴).

## ۱-۶. عین

در نگرش حقوق دانان، «عین» عبارت از اموالی است که وجود خارجی داشته و با حس لامسه قابل ادراک باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳۵)؛ درحالی که فقیهان، واژه «عین» را تنها به مالی که وجود محسوس و خارجی داشته و با حس لامسه قابل درک باشد، اختصاص نداده‌اند بلکه در تعریف آن گفته‌اند مراد از «عین» عبارت از موجود متعین خارجی و آن چیزی است که اگر وجود پیدا کند از اعیان خارجی است. (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۹۵/۱۵) پس فقهای امامیه «عین» را شامل عین شخصی، ملک مشاع، کلی در معین و کلی در ذمه و دین دانسته‌اند (یزدی، ۱۳۷۸، ۵۳/۱؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۶/۱؛ خمینی، ۱۴۰۴، ۱۴۳). بنابراین میان دیدگاه حقوق دانان و فقیهان در رابطه با مفهوم عین نیز اختلاف مبنایی وجود دارد.

واکاوی عهده‌ی یا  
تملیکی بودن بیع کلی  
در فقه امامیه و  
حقوق موضوعه

۹۳

## ۲. طرح مسئله

در بحث از تملیکی بودن بیع، ما با دو مسئله مهم روبه‌رو هستیم که یکی از آنها تعارض ظاهری ماده ۳۳۸ قانون مدنی با تعریف به عمل آمده در ماده ۱۸۳ قانون مذکور می باشد و دیگری مسئله تملیکی بودن بیع در مواردی که مبیع، کلی است. در رابطه با تعارض ظاهری مواد ۳۳۸ و ۱۸۳ باید گفت که بیع، در ماده ۳۳۸ قانون مدنی عبارت است از: «تملیک عین به عوض معلوم»؛ بنابراین، تملیکی بودن عقد بیع در ماده یاد شده با تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی تعارض دارد؛ چرا که به موجب ماده اخیرالذکر، عقد به صورت عهده‌ی تعریف شده؛ درحالی که عقد بیع، عقدی تملیکی است. قانونگذار مدنی در ماده ۱۸۳ مقرر می‌دارد:

«عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». بنابراین ماده، عقد، توافقی است که اثر آن ایجاد تعهد

و دین است و حال آنکه اثر عقد بیع تملیک است. در توضیح باید گفت که علت تعارض ظاهری موجود بین مواد ۳۳۸ و ۱۸۳ قانون مدنی را باید در دوگانگی منبع اقتباس این دو ماده جستجو کرد؛ بدین صورت که ماده ۳۳۸ از متون فقهی و ماده ۱۸۳ از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه<sup>۱</sup> اقتباس گردیده است. (شهیدی (ب)، ۱۳۸۲، ۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۶/۱؛ سیدحسین صفایی، ۱۳۸۵، ۱۸/۲) برخی هم معتقدند که تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی وجه مشترک بین تعریف فقها و تعریف قانون مدنی فرانسه است (موحد، ۱۳۵۲، ۲۰۹).

در عین حال عده‌ای بر این عقیده‌اند که ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران از قانون مدنی فرانسه اقتباس نگردیده است. ایشان شباهت در تعاریف را دلیل بر اقتباس ندانسته و تعریف عقد در ماده ۱۸۳ را به فقها و اندیشمندان اسلامی نسبت داده‌اند. (خوئینی، ۱۳۷۹، ۴۹ و ۵۰) به هر حال به عقیده بسیاری از حقوق‌دانان، ماده ۱۸۳ قانون مدنی شامل عقود عهدی است و ظاهراً عقود تملیکی را در بر نمی‌گیرد (جعفری‌لنگرودی، بی‌تا، ۱۸۱؛ صاحبی، ۱۳۷۶، ۱۸)؛ حال آنکه در حقوق ایران تا آنجا که ممکن است آثار عقود بر اموال قرار می‌گیرند نه بر اشخاص (شهیدی، ۱۳۷۷، ۳۶/۱؛ جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۲، ۴۱/۱) لازم به ذکر است که برای رفع تعارض مواد مذکور، راه حل‌هایی از سوی حقوق‌دانان مطرح گردیده است که موضوع بحثی مستقل است.<sup>۲</sup> اما بحث تملیکی یا عهدی بودن عقد بیع در موردی که مبیع، کلی است، مورد اختلاف نظر شدید اندیشمندان فقه و حقوق قرار گرفته که مقاله حاضر به دنبال تبیین دقیق بحث و بررسی تحلیلی و استدلالی دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان است.

### ۳. فقه امامیه

در صورتی که بیع به واسطه نفس عقد بیع به کلی ثابت در ذمه تعلق گیرد، ممکن

۱. ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه عقد را چنین تعریف کرده است: «عقد عبارت است از توافقی که به موجب آن، یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر، تعهد به انتقال مال یا انجام یا عدم انجام کاری کنند»، نوری، ۱۳۸۰، ۹؛ متن فرانسوی ماده مذکور به قرار ذیل است:

“Art. 1101: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”.  
Cod Civil Des Francair, 1804.

۲. برای مطالعه راه حل‌های رفع تعارض مواد ۳۳۸ و ۱۸۳ قانون مدنی ر. ک. قبولی درافشان، ۱۳۸۶، ۶۰.

است تملیکی بودن عقد بیع مورد اشکال قرار گیرد؛ زیرا در فرض یاد شده، ملکیتی به وجود نیامده است (خوئی، ۱۴۱۲، ۳۱۲/۲).

پیش از آنکه پاسخ اشکال را از دیدگاه اندیشمندان فقه بیان کنیم، لازم است این نکته را متذکر شویم که از دیدگاه فقهی، اشکال مذکور تنها به مبیع کلی فی الذمه اختصاص ندارد بلکه در مبیع کلی در معین و کلی مشاع نیز اشکال جاری است. (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۷/۱)

در توضیح باید گفت که فرقی بین کلی در معین و کلی در ذمه جز از جهت تقید نیست. بدین معنی که کلی در معین، مقید به قیدی است که به واسطه آن تنها بر مصادیق محقق در خود منطبق است (مانند یک کیسه گندم از مجموعه کیسه‌های معین) و امتیاز آن بر کلی در ذمه این است که اجمالاً می‌دانیم که مبیع در داخل مصادیق معین شده وجود دارد و لذا به کلی در معین، در حکم معین نیز گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۴۶، ۱۱۹/۱) اما این امر سبب اختلاف آن دو در کلی بودن نمی‌شود و کلی را از کلیت به سوی شخصی شدن خارج نمی‌کند؛ همین مطلب در کلی مشاع نیز جاری است و یک دوم، یک سوم و یک چهارم، در خارج مشخص و متعین نیست (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۷/۱). به عبارت دیگر، اشکال ملکیت معدوم در کلی مشاع و کلی در معین نیز جاری است (قدیری، ۱۴۱۸، ۹). بدین ترتیب از منظر فقیهان، در کلی مشاع مانند فروش نصف خانه مشاعی نیز ملکیت وجود ندارد؛ زیرا وجود، مساوق تعین است و کسر مشاع قبل از افراز، فاقد تعین است؛ بنابراین در این مورد هم کسر مشاعی، معدوم بوده و ملکیتی وجود ندارد. (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۷/۱؛ قدیری، ۱۴۱۸، ۹) بر همین اساس، دیدگاه برخی از محققان فقه که اشکال را فقط مختص به کلی در ذمه دانسته‌اند (یزدی، ۱۳۷۸، ۵۳/۱). مورد انتقاد سایر فقیهان قرار گرفته است (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۷/۱؛ قدیری، ۱۴۱۸، ۹). زیرا مناط اشکال، عدم وجود کلی است که بین کلی در ذمه، کلی در معین و کلی مشاع، مشترک است.

لازم به یادآوری است علاوه بر اشکالی که بر موجودیت کلی وارد شده، در مورد مالیت کلی پیش از عقد نیز ایراد شده است؛ بدین ترتیب که گفته‌اند: قبل از وقوع عقد، کلی فی الذمه مالیتی ندارد تا موضوع تبادل واقع گردد، به عنوان مثال، کشاورزی که گندم

را در سال آینده برداشت خواهد کرد، چگونه می‌تواند، هم‌اکنون آن را بفروشد! البته وقتی قرارداد منعقد گردد، طرف عقد، مالک کلی در ذمه طرف اول شده و می‌تواند آن را به دیگری انتقال دهد زیرا؛ دین در نظر عقلا، مالیت دارد ولی قبل از آنکه عقدی منعقد گردد، مالی موجود نیست تا موضوع مبادله واقع شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۴۲). بنابراین در مورد بیعی که مبیع آن، کلی است با دو اشکال مواجه هستیم که عبارتند از: اشکال ملکیت معدوم و اشکال عدم مالیت کلی قبل از عقد. از آنجا که بیشتر فقهای امامیه (یزدی، ۱۳۷۸، ۱/۱۱۶؛ نائینی، ۱۴۱۳، ۱/۴۰؛ یزدی، ۲۷۴). عقد بیع را حتی در صورتی که مبیع، کلی فی‌الذمه یا دین است، از عقود تملیکی دانسته و به اشکال‌های یادشده پاسخ داده‌اند که در این قسمت ابتدا دیدگاه فقها در رابطه با ملکیت معدوم و سپس نظرات آنان را در مورد عدم مالیت کلی قبل از عقد بیان می‌کنیم.

### ۳-۱. تبیین و نقد و بررسی ملکیت معدوم

در مورد اشکال مربوط به ملکیت معدوم، فقیهان امامی نظرات مختلفی را جهت رفع اشکال ارایه کرده‌اند. به عقیده برخی از ایشان، اگرچه کلی در هنگام عقد وجود ندارد اما عرف آن را مالی موجود می‌داند که می‌تواند مورد خرید و فروش و موضوع حق مالکیت قرار گیرد؛ همان‌گونه که منفعت آینده نیز از نظر عرف، مال موجود است (یزدی، ۱/۱۱۶؛ نائینی، ۱۴۱۳، ۱/۴۰). عده‌ای دیگر از فقیهان، کلی را به دلیل وجود مصداق‌های آن و گروهی دیگر به سبب قابلیت و استعداد آن قابل تملیک دانسته (یزدی، ۲۷۴) و بعضی از فقها هم تملیک کلی را، حکمی و یا فرضی تلقی کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲/۲۶۵؛ سنگلجی، ۱۳۴۷، ۱۹).

در این میان برخی از بزرگان فقه، قایل به ملکیت اعتباری گردیده و چنین اظهار نظر کرده‌اند که ملکیت، عرض خارجی نیست؛ بلکه از اعتبارات عقلاییه است و لذا مانعی از اعتبار کردن آن در یک موضوع اعتباری دیگر وجود ندارد؛ دین یا کلی فی‌الذمه، معدوم مطلق نیست؛ بلکه موجود به وجود اعتباری است و این موجود اعتباری گاهی در ذمه و گاهی در خارج از ذمه، اعتبار می‌شود و باین وصف و داشتن موجودیتی اعتباری، عقلا آن را ملک و مملوک لحاظ می‌کنند (خمینی، ۱۴۱۰، ۱/۱۷ و ۱۸). در این میان برخی



از محققان نیز اگر چه ملکیت را از اعراض خارجی تلقی کرده‌اند؛ اما حقیقت ملکیت را اعتباری، عقلانی دانسته و ملکیت را به رابطه‌ای اعتباری میان شخص و چیزی که در دست اوست و واقعیتی و رای جعل ندارد، تفسیر نموده‌اند (یزدی، ۵۴/۱). بنابراین ملکیت، امری اعتباری است که شارع یا عقلاً آن را اعتبار نموده‌اند (آصفی، ۱۴۱۳، ۲۶). بر این اساس، عقلاً ملکیت را برای کلی فی‌الذمه، اعتبار می‌کنند همان‌گونه که ملکیت را برای منفعت معدوم و ثمره‌ای که بعداً به وجود می‌آید، اعتبار می‌نمایند.

در واقع شأن مالکیت همانند شأن وجوب و حرمت است و همان‌طور که این دو مفهوم بر کلی نماز و زنا، قبل از وجود آن در عالم خارج تعلق می‌یابند، مالکیت نیز گاهی به کلی تعلق می‌یابد (یزدی، ۵۶). به بیان دیگر، در کلی فی‌الذمه دو اعتبار وجود دارد: یکی در اصل وجود کلی و دیگری در ملکیتی که به آن تعلق گرفته است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۴۲).

برخی از فقها به گونه‌ای دیگر به بی‌معدوم پاسخ داده و گفته‌اند آنچه در بیع، لازم می‌باشد، تحقق نقل در زمان عقد بیع است نه تحقق ملکیت؛ زیرا می‌توان ملکیتی را که در آینده، مثلاً فردا یا یک‌ماه بعد از عقد محقق می‌شود، منتقل نمود، مانند انتقال منفعت در عقد اجاره به ویژه اگر شروع اجاره متصل به عقد نباشد (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۱۱).

در توضیح کلام دیدگاه یادشده می‌توان گفت که آنچه در بیع کلی فی‌الذمه ایجاد اشکال می‌کند این است که در تحقق بیع، انتقال ملک فعلی را لازم بدانیم. در این صورت است که اشکال می‌شود تملیک با نبودن مملوک و مبیع، ممتنع است؛ درحالی که این فقیهان (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۱۱) حتی اگر مملوک در آینده حاصل گردد، بیع را نقل ملک می‌دانند نه نقل ملک فعلی. به بیان دیگر به عقیده ارایه دهندگان نظریه اخیر (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۱۱) در کلی فی‌الذمه، ملکیت در آینده است؛ ولی انتقال هم‌اکنون و بالفعل صورت می‌پذیرد؛ مانند واجب معلق که موجب، فعلی، ولی واجب در آینده است.

به نظر می‌رسد که نظریه یادشده قابل ایراد است؛ زیرا لازمه این دیدگاه این است که اگر تسلیم کلی بعد از بیع متعذر گردد یا تسلیم ممکن بوده اما برای مالک امکان‌پذیر نباشد، بیع باطل است چون مبیعی را فروخته که در اختیار نداشته و روشن است که چنین

بیعی بالاتفاق باطل نیست، بلکه خیار تعذر تسلیم در اینجا وجود دارد. علاوه بر ایراد بالا، بعضی از فقیهان گفته‌اند که نقل گرچه عرض اصطلاحی نیست اما از معانی‌ای است که استقلالی در وجود ندارد بلکه به لحاظ امر دیگری وجود دارد؛ درحالی که اگر اضافه ملکیت به معدوم معقول نباشد، اضافه نقل به معدوم نیز معقول نیست. پس همان‌طور که ملکیت، فعلی نیست نقل هم فعلی نیست؛ بلکه معلق بر امر متأخری است و تعلیق در بیع<sup>۱</sup> بالاجماع باطل است. (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۵/۱۹۵) در هر حال، به نظر می‌رسد که اگر قایل به ملکیت اعتباری شویم، دیگر لازم نیست که معروض ملکیت در خارج موجود باشد؛ بلکه صرف اعتبار وجود محلی برای آن به لحاظ توقع حصول آن محل در اعتبار این ملکیت کافی است؛ در این صورت حتی اگر بگوییم که بیع، نقل ملکیت فعلی است باز هم اشکالی به وجود نخواهد آمد.

### ۳-۲. تبیین و نقد و بررسی عدم مالیت کلی قبل از عقد

اشکال دوم بر بیعی که مبیع آن کلی است، این است که گفته‌اند در بیع، لازم است که مبیع، قبل از عقد، مالیت داشته باشد؛ ولی کلی پیش از عقد، مالیت ندارد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۴۲).

فقیهان امامی در پاسخ به این اشکال بیان داشته‌اند که منظور از مالیت مال این است که نسبت به آن رغبت عقلایی وجود داشته باشد؛ به طوری که مردم در به دست آوردن آن با هم رقابت کنند. به این ترتیب، مالیت متوقف بر وجود نیست؛ بلکه ممکن است چیزی فی نفسه مالیت داشته اما موجود نباشد. (طباطبائی حکیم، بی تا، ۵؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۲/۳۲۷) برخی از فقها نیز برای رد اشکال یاد شده، گفته‌اند هیچ دلیل عرفی یا شرعی در این مورد که مبیع، قبل از عقد بیع، مال باشد، وجود ندارد؛ بلکه شرعاً و عرفاً لازم است که مبیع قابلیت معاوضه و مبادله را داشته باشد و کلی در ذمه چنین است (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۵/۱۹۷).

سؤالی که همچنان باقی می‌ماند این است که حتی اگر کلی بتواند متعلق رابطه

۱. برای مطالعه بیشتر در زمینه تعلیق در عقد، ک. قبولی درافشان، ۱۳۹۲، ۷۹-۹۳؛ شهیدی (الف)، ۱۳۸۲، ۱۳.

مالکیت قرار بگیرد و مالیت آن هم ثابت شود؛ در هنگام عقد، ملک با بیع نیست پس با بیع چگونه می‌تواند چیزی را که ملک او نیست به دیگری انتقال دهد؟ به عبارت دیگر فاقد شیء نمی‌تواند معطی شیء باشد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۴۳).

پاسخ فقها این است که تملیک ممکن است به معنی ایجاد مالکیت باشد و همیشه به معنی نقل ملک نیست و در حقیقت ملکیت فعلی مبیع، شرط صحت بیع نیست. به عنوان مثال در موردی که ماهی دریا را با قدرت بر تسلیم به کسی می‌فروشند تا بعد از مدتی به خریدار تحویل گردد، اگرچه موضوع بیع، هنوز ملک با بیع نگردیده ولی بیع مذکور، صحیح است (خمینی، ۱۴۱۰، ۱/۱۴).

با توجه به مطالب ذکر شده، ملاحظه می‌شود که عقد بیع حتی در صورتی که مبیع، کلی یا دین باشد نیز از نظر بیشتر فقهای امامیه، عقدی تملیکی است و چنانکه برخی دانشمندان گفته‌اند (قنوتی، ۱۳۸۲، ۵۶). قاعده کلی در حقوق اسلام این است که در تمام انواع بیع، انتقال مالکیت از زمان عقد صورت می‌پذیرد؛ اما در موارد استثنایی در جایی که برای صحت عقد، شرط خاصی مقرر شده است، انتقال مالکیت از زمان تحقق شرط خواهد بود.

واکاوی عهده‌ی یا  
تملیکی بودن بیع کلی  
در فقه امامیه و  
حقوق موضوعه

۹۹

#### ۴. حقوق موضوعه ایران

##### ۴-۱. دیدگاه قانون مدنی

قانون مدنی، پس از اینکه در ماده ۳۳۸ بیع را عقدی تملیکی معرفی کرده است؛ اما مهم‌ترین مستند قانونی که دلالت بر تملیکی بودن عقد بیع دارد، بند نخست ماده ۳۶۲ قانون مدنی است که بدون هیچ قیدی مقرر داشته است: «به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و با بیع مالک ثمن می‌شود...»؛ از این حکم کلی، ماده ۳۶۴ قانون مدنی که مواردی مانند بیع صرف و احتمالاً بیع سلم را شامل می‌گردد، مستثنی شده است ولی در ماده ۳۶۲ ق.م. قانون‌گذار میان اقسام مبیع، تفاوتی نگذاشته است. این امر نشان می‌دهد که قانون مدنی نیز همانند اندیشمندان فقه، مالکیت مافی‌الذمه را پذیرفته و ظاهراً از نظر قانون مدنی، بیع در موردی که مبیع کلی می‌باشد نیز از عقود تملیکی است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳؛ کیائی، ۳۲۹).

## ۴-۲. دیدگاه حقوق دانان

با تحقیق در نظریات حقوق دانان می توان به سه تحلیل در رابطه با عهدهی بودن بیع کلی دست یافت که در زیر به آنها اشاره می شود.

### ۴-۲-۱. دیدگاه نخست

به عقیده بسیاری از حقوق دانان (شهیدی(الف)، ۲۰)، (شهیدی(ب)، ۶، ۱۴) از آنجا که در بیع کلی، مبیع در هنگام انعقاد عقد وجود ندارد لذا انتقال مالکیت آن به خریدار نیز امکان پذیر نیست. در توضیح باید گفت که اگر مبیع، کلی فی الذمه باشد، قایلان به دیدگاه نخست، بیع را از عقود عهدهی در مقابل تملیکی می دانند؛ اما در زمان انتقال مالکیت اختلاف نظر دارند که آن را با تعابیر مختلف بیان داشته اند. حتی برخی از حقوق دانان به صراحت اظهار داشته اند که ماده ۳۳۸ قانون مدنی، شامل عقد بیعی که موضوع آن، کلی است نمی شود؛ زیرا در عقدی که مورد آن کلی است، تملیکی در زمان عقد حاصل نمی گردد بلکه نتیجه چنین عقدی، صرفاً پیدایش تعهد یعنی تکلیف قانونی بر عهده فروشنده خواهد بود نه تملیک مبیع یا ثمن. انتقال مالکیت مبیع از فروشنده به خریدار پس از تعیین فرد معین از بین افراد کلی و تسلیم آن به طرف عقد صورت خواهد گرفت و این در حالی است که در ماده ۳۳۸ ق.م. عنوان «بیع» یعنی همان ایجاب و قبول عقد بیع بر تملیک عین به عوض معلوم (شهیدی(ب)، ۱۳۸۲، ۱۴).

بعضی از اندیشمندان حقوق نیز با بیان اینکه تعریف ماده ۳۳۸ ق.م. جامع نیست، گفته اند این ماده فقط ناظر به بیع عین معین است نه همه اقسام بیع (صفایی، ۱۳۸۵، ۲/۲۷۶؛ امامی، ۱۳۵۳، ۱/۴۱۹).

به نظر نگارنده دلیل اینکه حقوق دانان از پذیرش تملیکی بودن عقدی که مبیع آن کلی است، سرباز زده اند این است که بیع در ماده ۳۳۸ ق.م. عقدی تملیکی معرفی شده است در حالی که در بیع کلی، خریدار بعد از عقد مالک هیچ عینی، نمی شود و بر هیچ عینی حق پیدا نمی کند و فقط می تواند از باع اجرای تعهد او را بخواهد. به همین دلیل هم برخی از استادان حقوق (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳) با بیان این مطلب که قانون مدنی نیز با پذیرفتن مالکیت فی الذمه، ظاهراً تملیک ذمه را به گونه ای که مد نظر فقیهان بوده،

قبول کرده است؛ به صراحت گفته‌اند که هیچ‌یک از تعابیر فقها در توجیه تملیکی بودن عقدی که موضوع آن کلی است، نمی‌تواند این اشکال را رفع نماید، چرا که در حقوق کنونی به عقدی که تنها از آن تعهد به وجود آید و سبب نشود که انتقال گیرنده بر موضوع این تعهد حق عینی پیدا کند، عقد عهدی می‌گویند نه تملیکی (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳).

#### ۴-۲-۱- نقد و بررسی دیدگاه نخست

حقوق دانان در صورتی که مبیع، کلی فی‌الذمه باشد، به دلیل عدم وجود فعلی مبیع، آن را عهدی تلقی نموده‌اند و در مورد زمان انتقال مالکیت دچار اختلاف نظر شده‌اند؛ به طوری که برخی معتقدند که ملکیت مبیع با تسلیم آن به مشتری منتقل می‌گردد (امامی، ۱۳۵۳، ۴۴۸/۱؛ شهیدی (ب)، ۱۳۸۲، ۱۴) و برخی دیگر بر این عقیده‌اند که ملکیت مبیع، از زمان تشخیص آن به وسیله بائع به مشتری منتقل می‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۴؛ جعفری لنگرودی، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ۱/ ۴۷۶ و ۴۷۷؛ صفایی، ۱۳۵۱، ۲/ ۲۸۴) بر همین اساس هم بیشتر حقوق دانان، بند (۱) ماده ۳۶۲ قانون مدنی را مختص بیع عین معین دانسته و تحقق تملیک در بیع کلی را منوط به تعیین مصداق مبیع یا تسلیم آن قرار داده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۰۴؛ شهیدی (ب)، ۱۳۸۲، ۳۲ و ۳۳) در توضیح باید گفت که حقوق دانان معتقدند که انتقال مالکیت در عقد بیعی که مبیع آن کلی است هنگامی صورت می‌پذیرد که مبیع وجود عینی و ملموس خارجی پیدا کند؛ به گونه‌ای که بتوان آن را به خریدار تسلیم کرد؛ به همین دلیل بیع کلی را از ذیل بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. که انتقال مالکیت را به طور مطلق و در همه قراردادهای بیع به مجرد انعقاد عقد می‌داند، خارج کرده‌اند. (برای مطالعه بیشتر ر.ک. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۱۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳؛ کیانی، ۳۳۱).

در نقد این نظر باید گفت که برای تبیین دقیق زمان انتقال مالکیت لازم است به مبانی قانونی مراجعه کرد و چنانکه می‌دانیم قانون مدنی ایران، ریشه در فقه امامیه دارد و بدیهی است که از منظر اندیشمندان فقه امامی (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲/ ۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۶۰/۶؛ یزدی، ۱۳۷۸، ۱/ ۵۴؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱/ ۱۷ و ۱۸) مبیع از هر نوعی که باشد به مجرد انعقاد قرارداد به مالکیت خریدار در آمده و بر اساس نظریه مالکیت اعتباری، نیازی

واکاوی عهدی یا  
تملیکی بودن بیع کلی  
در فقه امامیه و  
حقوق موضوعه

به وجود فعلی مبیع در عالم خارج نیست. به همین دلیل قانون گذار مدنی نیز با توجه دقیق به مبانی فقه امامی، نظریه مالکیت ما فی الذمه را به درستی مورد پذیرش قرار داده است؛ بدین معنی که برای تحقق مالکیت، وجود عینی و فعلی چیزی لازم نیست و به تبع آن نیز انتقال مالکیت به مجرد تحقق مالکیت است و شرط دیگری ندارد.

#### ۴-۲-۲. دیدگاه دوم

برخی از اندیشمندان حقوق (امامی، ۱۳۵۳، ۴۵۱/۱) بیع کلی را به دو عمل حقوقی مستقل تحلیل نموده و گفته‌اند عقد تنها سبب ایجاد دین و تعهد برای فروشنده می‌شود که باید به آن وفا کند و تسلیم، سبب و وسیله‌ای برای تملیک مبیع به خریدار است. به عبارت دیگر تملیک داخل در مفاد عقد نیست؛ بلکه عمل قضایی مستقلی است که به وسیله قبض انجام می‌شود.

#### ۴-۲-۲-۱. نقد و بررسی دیدگاه دوم

برخی از استادان حقوق (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۴) از دیدگاه دوم انتقاد نموده و گفته‌اند نمی‌توان ادعا کرد که با تسلیم مبیع، عقدی نو در باب تملیک بسته می‌شود. البته به نظر می‌رسد که اگر منظور قایلان به دیدگاه دوم (امامی، ۱۳۵۳، ۴۵۱/۱) این باشد که در بیع کلی دو عمل حقوقی مستقل وجود دارد که عبارتند از: ۱. عقد بیع که تنها سبب ایجاد دین برای بایع است و ۲. تملیک مبیع به خریدار که به وسیله تسلیم انجام می‌پذیرد.

در این صورت، دیگر انتقاد مذکور قابل پذیرش نیست زیرا بر این اساس، عمل حقوقی قسم نخست، قطعاً عقد است اما نمی‌توان گفت که ارایه دهندگان دیدگاه دوم (امامی، ۱۳۵۳، ۴۵۱/۱) در قسم دوم نیز قایل به وجود عقد جدیدی هستند بلکه ظاهراً عمل حقوقی قسم دوم، ایقاع است و به همین دلیل هم خریدار در قبول یا رد فردی که فروشنده برای تملیک در نظر گرفته است، اختیاری ندارد. در هر حال، بایع متعهد است که مبیع را به خریدار تسلیم نماید و به تعهد خود وفا کند و همان‌طور که بعضی از حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۷۳، ۲۶) به صراحت بیان کرده‌اند، وفای به عهد، یک عمل حقوقی یک‌جانبه است.

به عقیده نگارنده، نقد اساسی وارد بر دیدگاه دوم این است که در دیدگاه یادشده نیز سعی شده است تا تملیک به تسلیم مبیع اختصاص داده شود؛ درحالی که در فقه امامیه (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲/۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۶/۱۶۰) که قانون مدنی بر مبنای آن استوار است، به مجرد انعقاد قرارداد، انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد و این امر بدون نیاز به تحقق تسلیم نیز قابل تحقق است.

#### ۴-۲-۳. دیدگاه سوم

برخی از اندیشمندان حقوق (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۲/۹۲۱) چنین اظهار نظر کرده‌اند که در حقوق اسلام هر عقدی تعهد است و حدیث «العقود: العهود» را همه مسلمانان اعم از شیعه و سنی روایت کرده‌اند و نظریه کلی تعهدات در عقود از همین حدیث ناشی شده و فقه امامیه سخت به آن پایبند است.<sup>۱</sup> (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۳۴/۱) به عقیده این دانشمندان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۱/۱۹۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ۱۲) فقه امامیه تحت تأثیر فقه اهل سنت، نظریه تملیک را پذیرفته است؛ اما چون این نظریه در فقه امامیه بیگانه بود و با حدیث عبدالله بن سنان موافق نبود، فقهای امامیه نسبت به نظریه تملیک واکنش نشان دادند و این واکنش، دو دوره متمایز را به شرح زیر طی کرد:

**الف.** دوره‌ای که تملیک و تعهد را دو چیز غیرقابل جمع دانسته‌اند؛ به عنوان مثال: بیع میوه‌جات معدوم را باطل ولی تعهد به فروش میوه معدوم را درست دانسته‌اند.

**ب.** دوره جدید که دوره گرایش کامل به نظریه تعهدات فقه امامیه است. در این دوره عموماً تملیک و تعهد را دو مفهوم قابل جمع می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۱/۱۹۵) و به همین دلیل هم عقود را به دو دسته تقسیم نموده‌اند: ۱. عقد اذنی مانند ودیعه و عاریه که بر اساس اذن مالک بنا نهاده شده و موجب بروز تعهد نیست و ۲. عقد عهدی که موجب بروز تعهد است؛ مانند: بیع و اجاره

۱. با جستجویی که در کتاب‌های حدیثی شیعه و سنی صورت گرفت، عنوان «العقود العهود» یافت نشد. تنها عبارت العقود عهود الله و یا العقود که به العهود تفسیر شده آمده که عبارت مذکور، سخن ابن عباس است که در تفسیر عقد در آیه شریفه «أوفوا بالعقود» آمده است. ر. ک. طبرسی، ۱۴۱۵، ۳/۲۵۸، قمی، ۱۴۱۳، ۲/۱۹۵؛ قمی، ۱۴۲۷، رسائل المیزان، ۲۷/۱؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ۸/۲۶۸۷.

و هبه. بنابراین چنان که ملاحظه می‌شود، فقیهان امامی در دوره جدید، بیع را هم از تعهدات شمرده‌اند و حال اینکه در فقه اهل سنت، بیع موجب تملیک عین است و ماده ۳۳۸ قانون مدنی هم با واسطه متأثر از فقه اهل سنت است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۵) به موجب این نظریه، عقد بدون تعهد، قابل تصور نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۲) و تقسیم عقد به عقد تملیکی و عقد عهدی معنی ندارد؛ زیرا همه عقود، تعهدات هستند و هر عقدی از جمله بیع کلی، عقد عهدی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۳۶/۱)

#### ۴-۲-۳-۱. نقد و بررسی دیدگاه سوم

در رابطه با دیدگاه سوم باید به دو نکته مهم اشاره کرد.

##### الف) نکته نخست

به عقیده نگارنده در فقه امامیه و حقوق ایران، انتقال مالکیت به مجرد عقد و بدون ایجاد تعهدی حاصل می‌گردد و این امر را کلمات اندیشمندان فقه (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲۳/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۶۰/۶؛ قنوتی، ۱۳۸۲، ۵۶) که مبثی را با عنوان «المبیع یملک بالعقد» مطرح کرده‌اند، تأیید می‌نماید؛ اما در صورتی که دیدگاه سوم را بپذیریم، باید بگوییم مکانیسم انتقال مالکیت در بیع، طبق سیستم رضایی در فقه امامیه و حقوق ایران عبارت است از ایجاد و اجرای فوری و خودبه‌خودی تعهد به انتقال به واسطه عقد بیع؛ زیرا هر عقدی و از جمله بیع یک تعهد است؛ در حالی که ظاهر کلمات فقها این امر را تأیید نمی‌کند.

البته برخی از حقوقدانان (قائم‌مقامی، ۱۳۷۴، ۶۵/۲) حداقل عناصر لازم برای تشکیل عقد را توافق و تعهد دانسته و لذا تعهد را رکن عقد تلقی کرده‌اند؛ اما باید گفت که تعهد صرفاً یکی از آثار احتمالی عقد است نه رکن آن؛ بلکه رکن عقد، در ایجاب و قبول خلاصه می‌شود اما گاه باعث ایجاد یا انتقال حق عینی می‌شود، گاه تعهد را منتقل و ساقط می‌کند (حواله) و گاه مبنای ایجاد شخصیت حقوقی قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۹/۱ و ۱/۳؛ مدنی، ۱۳۸۳، ۲۴۰/۲).

به نظر ما اثر عقد را نباید تنها به ایجاد تعهد محدود نمود؛ بلکه ممکن است عقد،



تملیک مالی را سبب شود، اسقاط تعهدی را موجب گردد و یا شرکتی را به وجود آورد؛ بنابراین اثر عقد می‌تواند به طور مستقیم و بدون هیچ واسطه‌ای تملیک باشد و ضرورتی ندارد که از آن به اجرای بلا واسطه تعهد تعبیر نماییم.

در حقوق معاصر نیز به تملیک مال تعهد گفته نمی‌شود؛ بلکه تعهدی که خود به خود و به محض ایجاد، اجرا می‌شود در برابر دیگر انواع تعهد صبغه خاصی پیدا کرده است (قاسمی، ۶۱). علاوه بر این مطلب، برفرض که قبول کنیم که تملیک، تعهدی است که به سرعت اجرا می‌شود، در این صورت دیگر پس از عقد، تعهدی باقی نمی‌ماند که موضوع آن تملیک باشد؛ زیرا تعهد به محض اجرا از بین می‌رود و بنابراین تصور وجود تعهد در این مقام تنها دارای جنبه نظری و تخیلی بوده و فاقد فایده عملی است (کاتوزیان، ۴۷۳۱، ۴۸).

در هر حال، به نظر نویسنده اختصاص عقود به تعهدات با مبانی فقه امامیه و حقوق ایران که انتقال مالکیت را به مجرد عقد می‌دانند، مغایرت دارد و به حقوق غربی که در آن عقد بیع موجد التزام به انتقال مالکیت است و این تعهد به مجرد ایجاد، اجرا می‌شود نزدیک است (ر. ک. قاسمی، ۶۲). بنابراین اختصاص دادن عقد به توافق‌هایی که ایجاد تعهد می‌کند نادرست است؛ زیرا پاره‌ای از عقود معین که تردیدی در عقد بودن آنها وجود ندارد، به طور مستقیم ایجاد تعهد نمی‌کند؛ همچنان که اثر مستقیم بعضی از عقود معین مانند بیع و اجاره و معاوضه و هبه و صلح و قرض، انتقال مالکیت است و حق عینی به وجود می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۸/۱).

واکاوی عهده‌ی یا  
تملیکی بودن بیع کلی  
در فقه امامیه و  
حقوق موضوعه

۱۰۵

## ب) نکته دوم

عقد، کلمه‌ای عربی است که گاهی در مفهوم وصفی به معنای «م عقود» به کار می‌رود (طریحی، بی تا، ۲۲۹؛ طبرسی، ۱۴۱۵، ۲۵۸/۳) در لغت به معنای گره زدن در مقابل گشودن یا ربط و وصل در مقابل حلّ است (سبکی، ۱۳۶۳، ۳۵۰؛ ابن منظور، ۱۹۹۷، ۳۸۶/۴). معانی دیگری برای این کلمه در کتب لغت ذکر شده است که عبارتند از: عهد و ضمان (وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۱۴۱۴، ۱۹۸/۳۰) عهد مؤکد (طریحی، بی تا، ۲۲۹؛ تاجمیری، ۱۳۷۷، ۱۴۰) محکم کردن و غلیظ کردن (دهخدا،

۱۳۴۱، ۳۵۶/۳۰؛ سراج، بی تا، ۱۳).

اما فقهای امامیه در مورد مفهوم عقد تعابیر متفاوتی دارند. عده‌ای آن را مطلق عهد (انصاری، ۱۴۱۵، ۵۶/۳؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۹۵/۳؛ معروف حسینی، بی تا، ۱۲۴) و برخی آن را «عهد و پیمان مؤکد» (نراقی، ۱۴۱۷، ۵ و ۶) دانسته‌اند. مجموع ایجاب و قبول (قزوینی، ۱۳۶۹، ۲ و ۳؛ صاحب‌جواهر، ۱۳۶۸، ۲۲/۲۰۳) عهد مشدد و موثق بین دو نفر (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۱) معاهده واقع شده بین دو طرف که با ایجاب و قبول انشاء می‌گردد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۲/۳) عهد مؤکد و عملی که در آن الزام و التزام نهفته است (نائینی، ۱۴۱۸، ۳۳/۱؛ مصطفوی، ۱۴۲۳، ۱۲) و دو قرار مرتبط با هم (اصفهانی، ۱۴۰۹، اجاره، ۷) تعابیر دیگری از عقد است که در بین اندیشمندان فقه وجود دارد.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، گرچه بیشتر فقیهان در تعریف عقد از آن به عهد تعبیر نموده‌اند؛ اما این تفسیر مورد اتفاق همه فقها نیست؛ چنان که برخی از فقها آن را «ایجاب مرتبط با قبول» (آل کاشف‌الغطاء، بی تا، ۱۱۸) دانسته‌اند. بنابراین، ادعای حقوقدانانی (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۲) که معتقدند عقد بدون تعهد قابل تصور نمی‌باشد، پذیرفته نیست؛ همچنین نظر دانشمندانی که با این استدلال که هر عقدی، عهدی است، تقسیم عقد به تملیکی و عهدی را بی معنا دانسته‌اند، قابل قبول نمی‌باشد. (جعفری‌لنگرودی، ۲۷۳۱، ۱/۳۶) به همین دلیل برخی از فقیهان (حسینی حائری، ۱۴۲۱، ۱/۱۸۳) به درستی گفته که بر اساس فقه اسلامی، عقد، تنها تعهد و التزام نیست؛ بلکه ممکن است نقل ملکیت باشد نه تعهد به انتقال و اینکه از عقد تعبیر به التزام و تعهد شده، ایرادی است که بر تعریف عقد وارد می‌باشد و این تعبیر به حقوق غربی نزدیک‌تر است. به نظر می‌رسد که تقسیم عقد، به عهدی و تملیکی، اگرچه از سوی فقیهان مطرح نشده است ولی طرح آن توسط حقوقدانان از نظر مبانی فقهی امامیه بدون اشکال است و رد پای آن را می‌توان در فقه امامیه جستجو نمود. میرزای نائینی (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱ و ۸۲) عقود را به عقود عهدی و اذنی تقسیم کرده‌اند. از دیدگاه این اندیشمند (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱ و ۸۲) مراد از عقد اذنی آن است که حدوداً و بقائاً متوقف بر اذن است به طوری که با از بین رفتن اذن این عقد هم از بین می‌رود، هر چند که مأذون علم به آن نداشته باشد. مانند وکالت اذنی و امانت و مانند آن. ایشان (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱ و ۸۲)

عقود اذنی را مسامحتاً، عقد می‌دانند چون عقد عبارت از عهد مؤکد است و عهد در عقود اذنیه وجود ندارد؛ اما به‌خاطر مشتمل بودن بر ایجاب و قبول، آنها را در زمره عقود درج نموده‌اند؛ بنابراین عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود»<sup>۱</sup> تخصصاً و نه تخصیصاً آن را شامل نمی‌شود (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱ و ۸۲).

لازم به ذکر است عقود عهدی، همان‌طور که دانشمندان فقه (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۰۶/۵) بیان کرده‌اند، به عقود عهدی تعلیقی و عقود عهدی تنجیزی تقسیم می‌گردند و منظور از تعلیقی آن است که منشأ معلق بر امری است؛ مانند: جعاله - در صورتی که آن را از عقود بدانیم - و همچنین سبق و وصیت. هر کدام از عقود تنجیزی و تعلیقی هم به تملیکی و غیر تملیکی تقسیم می‌شوند (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱). بنابراین در این تقسیم که توسط مرحوم نائینی رحمته الله مطرح شده است، تقسیم عقد به تملیکی و غیر تملیکی به‌عنوان یک تقسیم فرعی برای عقد عهدی ذکر شده است.

همچنین تقسیم عقود به اذنی و عهدی از سوی برخی از فقیهان (خمینی، ۱۴۱۰، ۲۲۷/۱) به مورد انتقاد قرار گرفته است. به هر حال اگر این تقسیم را نپذیریم، تقسیم عقد به عهدی و تملیکی به‌طور جداگانه قابل طرح است؛ بدین صورت که عقد را می‌توان از لحاظ موضوع یا اثر مستقیمی که از آن ناشی می‌شود به عقد عهدی و تملیکی تقسیم نمود. در صورتی که موضوع عقد، انتقال مالکیت شیء از یک شخص به شخص دیگر باشد، عقد، تملیکی خواهد بود، مانند بیع و اجاره و در مقابل اگر موضوع عقد و مفاد آن، ایجاد انتقال یا سقوط تعهد باشد، عقد، عهدی است؛ مانند عقد ضمان، حواله و کفالت که در برخی از آنها دین یک شخص به طرف دیگر انتقال می‌یابد و برای او ایجاد تعهد می‌کند بدون آنکه ملکیت منتقل شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱۳۸/۱).

باید گفت که واژه عهدی در اینجا با آنچه که در تقسیم عقد به عهدی و اذنی گفتیم، متفاوت است. در تقسیم گذشته که از طرف محقق نائینی (نائینی، ۱۴۱۳، ۸۱/۱ و ۸۲) مطرح شده بود، هر عقدی که مفید تعهد (به معنای التزام به عقد) بود، عهدی نامیده می‌شد، هر چند که تعهد، نتیجه غیر مستقیم عقد باشد، ولی در تقسیمی که از سوی

واکاوی عهدی یا  
تملیکی بودن بیع کلی  
در فقه امامیه و  
حقوق موضوعه

۱۰۷

۱. مانده: ۲: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به پیمانها (و قراردادها) وفا کنید.»

حقوقدانان مطرح شده است. فقط عقدی را می‌توان عهدی نامید که تعهد، موضوع عقد و مدلول مطابقی آن را تشکیل دهد. بر اساس این تقسیم، عقود مانند وکالت، ودیعه و عاریه از عقود عهدی به شمار می‌روند زیرا موضوع آنها را تعهد تشکیل می‌دهد، هرچند این تعهد قابل فسخ باشد، در حالی که بنا بر تقسیم محقق نائینی این عقود، عهدی نیستند بلکه در زمره عقود اذنی هستند. (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۳۹)

اصطلاح «عهدی»، از نظر حقوقی در مقابل «تملیکی» به کار رفته است. مثلاً بیع در این تقسیم یک عقد تملیکی است نه یک عقد عهدی؛ ولی از نظر فقهی، بیع یک عقد عهدی محسوب می‌شود.<sup>۱</sup> بنابراین نپذیرفتن عقد تملیکی با این استدلال که در فقه امامیه هر عقدی عهدی است و آنچه عهدی نباشد، در واقع عقد نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۱/۳۶) درست نمی‌باشد و این اشتباه ناشی از این است که اصطلاح «عهدی» در فقه و حقوق به یک معنا گرفته شده است.

توضیح اینکه در فقه به عقدی که مفید تعهد باشد، «عهدی» می‌گویند؛ هرچند که این تعهد، نتیجه غیر مستقیم عقد باشد؛ با این تعریف، عقود تملیکی هم، عقد عهدی هستند. اما در حقوق به عقدی، عهدی می‌گویند که تعهد، موضوع و مدلول مطابقی عقد را تشکیل دهد که بر اساس این تعریف، عقود تملیکی در مقابل عقود عهدی قرار می‌گیرند. بنابراین اصطلاح عهدی در فقه و حقوق دو معنای متفاوت دارد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۴۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۱/۴۵۹). از این رو فقیهانی که تقسیم عقد به عهدی و اذنی را مطرح کرده‌اند به هیچ وجه تملیکی بودن عقود چون بیع را انکار نکرده‌اند (نائینی، ۱۴۱۳، ۱/۸۲؛ نائینی، ۱۴۱۸، ۱/۹۰).

با این حال در فقه امامیه، نوعی تحوّل تاریخی نسبت به پذیرش عقود تملیکی وجود دارد که این امر از تعاریف مختلف فقیهان از بیع آشکار است.<sup>۲</sup> با توجه به مطالب گفته

۱. برای مطالعه اختلاف نظر فقیهان و حقوقدانان در رابطه با مفهوم عقود عهدی و تملیکی و تقسیمات ارایه شده در این زمینه، ر. ک. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۱/۳۶؛ صفایی، ۱۳۸۵، ۲/۴۰؛ قبولی درافشان، ۱۳۹۲، ۶۸ به بعد؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ۱۱۰؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ۱۴۴؛ قاسم‌زاده، ۱۳۹۳، ۱۵-۱۷.

۲. ر. ک. محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۱/۱۴۰ و ۱/۱۴۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۰۴-۲۰۶. برای مطالعه تعریف‌های بیع ر. ک. ابن حمزه، ۱۴۰۸، ۲۳۶؛ ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳، ۳۵۲؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۲/۷۶؛ علامه حلبی، ۱۴۱۰، ۲/۴۴۷؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ۲/۳؛ شریعت‌اصفهانی، ۱۳۹۸، ۲۱۰؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۳/۷؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ۱/۶۱؛ خونی، ۱۴۱۰، ۲/۱۵؛ خونی، ۱۴۱۲، ۲/۵۲؛ اراکی، ۱۴۱۵، ۱/۲۱؛ خمینی، ۱۴۱۰،

شده، التزام به این نظریه که اثر اصلی همه قراردادها ایجاد تعهد است، و تلاش برای رفع تعارض مواد ۱۸۳ و ۳۳۸ قانون مدنی قابل ایراد است.

## ۵. تبیین تفاوت نگرش فقیهان و حقوقدانان نسبت به عهدهی یا

### تملیکی دانستن بیع کلی

به منظور تبیین دقیق نگرش اندیشمندان فقه و حقوق، نسبت به عهدهی یا تملیکی دانستن بیع کلی می‌توان به دو اختلاف مبنایی ذیل، بین فقها و حقوقدانان اشاره کرد:

#### ۵-۱. اختلاف اول: در نگرش اندیشمندان فقه امامی، ملازمه‌ای بین تحقق تملیک

و وجود متعلق آن در عالم خارج وجود ندارد؛ به عبارت دیگر ضرورت ندارد که برای تحقق تملیک، متعلق آن هم، همان موقع در عالم خارج موجود باشد. (صاحب‌جوهر،

۱۳۷۶، ۲۰۹/۲۲؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۳/۱ و ۱۴؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۲، ۹۲) به همین

دلیل هم فقیهان امامی، مالکیت ذمه و همچنین بیع سلم را به صراحت پذیرفته‌اند، با

اینکه ذمه در عالم خارج موجود نیست و در بیع سلم هم هنوز محصول در خارج موجود

نمی‌باشد. بنابراین تملیک با انتقال عین خارجی متفاوت است. با این نظریه می‌توان گفت

که عقد بیعی که موضوع آن کلی است هم در ردیف عقود تملیکی است با اینکه کلی

در هنگام عقد عینیت ندارد. دلیل این امر آن است که لازم نیست که تملیک کننده در

هنگام تملیک مسلط بر مورد تسلیط باشد. (یزدی، ۱۳۷۸، ۵۴/۱؛ نراقی، ۱۴۱۷، ۳۸)

چنان که ملاحظه می‌شود از نظر فقهی اشکالی در تملیکی دانستن بیعی که مبیع آن

کلی است وجود ندارد؛ اما از نظر حقوقی همان‌طور که برخی از دانشمندان گفته‌اند،

حقوق دانان مالکیت را به معنای تسلیط بر عین تلقی نموده (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۲،

۹۲) و آن را مهم‌ترین حق عینی دانسته‌اند (صفایی، ۱۳۸۲، ۱/۱۶۸) لذا با این استدلال

که در بیع کلی، بعد از عقد، خریدار مالک هیچ عینی نمی‌شود و بر هیچ عینی حق پیدا

نمی‌کند و فقط می‌تواند از فروشنده اجرای تعهد او را بخواهد، (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳)

بیع کلی را از شمول ماده ۳۳۸ قانون مدنی که بیع را تملیک عین به عوض معلوم، معرفی

واکاوی عهدهی یا  
تملیکی بودن بیع کلی  
در فقه امامیه و  
حقوق موضوعه

۱۰۹

نموده است، خارج نموده و این ماده را فقط ناظر به بیع عین معین دانسته‌اند (صفایی، ۱۳۸۵، ۲/۲۷۶) و برخی دیگر بر این عقیده‌اند که ماده مذکور شامل مبیع کلی نمی‌شود و باید احکام بیع مزبور را از مواد دیگر فصل بیع و تعهدات استنباط نمود (امامی، ۱۳۵۳، ۴۱۹/۱).

**۵-۲. اختلاف دوم:** برخی دیگر از حقوقدانان (شهیدی (ب)، ۱۳۸۲، ۶، ۳۳) رابطه مالکیت را فقط بین شخصی و شیء معین قابل تصور دانسته و گفته‌اند چون رابطه مالکیت بین شخص و شیء معین قابل تصور نیست؛ پس تصور رابطه مالکیت بین خریدار و مبیع کلی در معین دارای اشکال است و حق عینی که برای خریدار نسبت به مجموع معین بوجود می‌آید، مسلماً نه یک حق مالکیت است و نه آثار آن را دارا است. به نظر می‌رسد آنچه موجب شده تا حقوقدانان بیع کلی را از شمول ماده ۳۳۸ ق.م. خارج کنند، اختصاص مفهوم مالکیت به عین معین خارجی است. آنها به همین دلیل گفته‌اند بیع کلی مشمول ماده ۳۳۸ ق.م. نمی‌گردد؛ زیرا این ماده مقرر می‌دارد: «بیع، عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»؛ درحالی که در بیع کلی، خریدار پس از عقد، مالک هیچ عینی نمی‌شود و بر هیچ عینی، حق پیدا نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۴۶، ۳۳). روشن است که حق عینی عبارت از هر حق مالی است که به عین خارجی بستگی داشته باشد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۰، ۱۰) و به عبارت دیگر متعلق آن عین خارجی باشد. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۷، ۲۲۳) بنابراین، حقوقدانان بیع کلی را که در آن مالکیت بر عین - که در تعریف آن گفته‌اند: عین عبارت است از اموالی که وجود خارجی داشته و با حسّ لامسه قابل ادراک باشد- (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۳۵) در هنگام عقد وجود ندارد، از شمول ماده ۳۳۸ ق.م. خارج نموده‌اند. دلیل این امر آن است که آنان متعلق مالکیت را عین معین تلقی می‌کنند. برخی از اندیشمندان حقوق نیز به صراحت گفته‌اند که در اصطلاح حقوقدانان مالکیت مطلق منصرف به مالکیت عین است (صفایی، ۱۳۸۲، ۱/۱۶۸).

با مراجعه به فقه امامیه - که ماده ۳۳۸ ق.م. از آن اقتباس گردیده است-، ملاحظه می‌شود که فقیهان امامی برای مالکیت مفهومی وسیع و گسترده قایل هستند. فقهای

امامیه هر سلطه قانونی را ملکیت نامیده (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۵۹۹) و آن را مختص به عین معین خارجی ندانسته‌اند؛ بلکه آن را سلطنتی اعتباری که توسط شارع مقدس و عقلا ثابت است، تعریف نموده (یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۶/۱) و چنانکه گفته شد حتی وجود متعلق تملیک در عالم خارج را ضروری ندانسته‌اند. (صاحب‌جوهر، ۱۳۶۸، ۲۲/۲۰۹؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۳/۱ و ۱۴) همچنین واژه «عین» را تنها به مالی که وجود محسوس و خارجی داشته و با حس لامسه قابل درک باشد، اختصاص نداده‌اند؛ بلکه در تعریف «عین» گفته‌اند که مراد از «عین» عبارت از موجود متعین خارجی و آن چیزی است که اگر وجود پیدا کند از اعیان خارجی است. (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۵/۱۹۵) به این ترتیب در نگرش فقهای امامیه، «عین» شامل عین شخصی، ملک مشاع، کلی در معین و کلی در ذمه و دین می‌باشد (یزدی، ۱۳۷۸، ۵۳/۱؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱۶/۱).

با توضیحات یادشده، به نظر می‌رسد که اگر قایل باشیم که مالکیت رابطه‌ای اعتباری یا سلطه‌ای حقوقی است که عقلا برای شخص یا اشخاص نسبت به شیء برقرار می‌کنند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ۴۴/۱) می‌توان گفت که متعلق مالکیت لازم نیست که فقط عین معین خارجی باشد؛ بلکه موضوع ملکیت ممکن است عین، منفعت، دین، کلی فی‌الذمه، کلی در معین و مانند آن باشد.

در همین زمینه یکی از حقوقدانان برجسته به درستی گفته است که در یک قرن اخیر در فقه امامیه، مالکیت مفهوم تازه‌ای به خود گرفت و به معنی سلطه قانونی به کار رفت و با این تدبیر، اشکال در اجاره، حل شد. زیرا مستأجر به موجب عقد اجاره، سلطه بر بهره‌گیری از عین مورد اجاره دارد. بر اساس همین طرز فکر است که ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف بیع می‌گوید: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم؛ لذا با وجود اینکه مقصود از عین، اعم از کلی و عین شخصی (ماده ۳۵۰ ق.م.) است اما اگر مالکیت را به معنی سلطه قانونی ندانیم از عهده تفسیر آن بر نمی‌آیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳، ۸۵ و ۸۶).

بنابراین با توجه به این مطلب که مالکیت رابطه‌ای اعتباری و یا سلطه‌ای قانونی است می‌توان بیع کلی را هم مشمول ماده ۳۳۸ ق.م. دانست و رابطه مالکیت را بین خریدار و مبیع کلی بدون هیچ مشکلی برقرار دانست. برخی از حقوقدانان نیز در تعریف مالکیت

واکاوی عهده‌ی یا  
تملیکی بودن بیع کلی  
در فقه امامیه و  
حقوق موضوعه

به این امر تصریح نموده‌اند (صفار، ۱۳۷۳، ۴۴؛ کیائی، ۱۳۷۶، ۳۳۱). با این نوع نگرش به مالکیت همچنان که برقراری این رابطه بین مشتری و مبیع مشاع و مستأجر و منافع در عقد اجاره، بدون اشکال است، برقراری رابطه ملکیت بین خریدار و مبیع کلی هم خالی از اشکال می‌باشد. (کیائی، ۱۳۷۶، ۳۳۱)

لازم به ذکر است که برخی استادان حقوق (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ۹۲) هم از نظریه تملیک به معنای تسلیط بر عین به شدت انتقاد نموده و آن را ابتکار حقوقدانان دانسته‌اند که به قانون مدنی راه یافته است و بر این عقیده‌اند که این نظریه غیرقابل دفاع بوده و باید در اصلاح قانون مدنی از آن چشم پوشید.

### نتیجه

به نظر می‌رسد اگر از نظر حقوقی، نگرشی جامع نسبت به مفهوم مالکیت - نظیر آنچه در فقه امامیه وجود دارد - داشته باشیم، دیگر در تملیکی بودن بیع کلی تردیدی نخواهیم داشت و این نوع از بیع هم مشمول ماده ۳۳۸ ق.م. خواهد بود و دیگر نیازی نیست که بند (۱) ماده ۳۶۲ قانون مدنی به بیع عین معین اختصاص یابد؛ بلکه در بیع کلی نیز زمان انتقال مالکیت، زمان انعقاد عقد خواهد بود، علاوه بر اینکه اختصاص بند (۱) ماده اخیر به بیع عین معین، هیچ دلیل حقوقی و قانونی قابل پذیرش ندارد و چنان که گفته شد، در حقوق اسلام قاعده کلی این است که در تمام انواع بیع، انتقال مالکیت، از زمان عقد صورت می‌پذیرد و فقط در موارد استثنایی در جایی که برای صحت عقد، شرط خاصی مقرر شده است، انتقال مالکیت از زمان تحقق شرط است.

چنانچه دلایل ذکر شده برای شمول بیع کلی در ذیل ماده ۳۳۸ قانون مدنی، مورد قبول واقع نگردد؛ پیشنهاد می‌شود که با اصلاح ماده اخیر الذکر و تعریف بیع به تبدیل مال به مال، رفع ابهام شود؛ زیرا بیع دارای حقیقت عرفیه است و می‌توان بر اساس عرف زمان، اقدام به ارایه تعریف جدیدی کرد که رافع همه اختلاف نظرها باشد. در این صورت جامعیت تعریف فراهم می‌شود و نظر فقیهانی هم که بیع حقوق - مثل بیع حق امتیاز تلفن و آب و برق و... - را می‌پذیرند، نیز تأمین می‌شود.



## منابع

۱. قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی
۲. آصفی، محمد مهدی. (۱۴۱۳). *ملکية الأرض والثروات الطبيعية في الفقه الاسلامی*. چ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳. آل کاشف الغطاء. محمد حسین. (بی تا). *تحریر المجلة*. تهران: مکتبه النجاشی.
۴. ابن حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸). *الوسيلة إلى نیل الفضيلة*. قم: مکتبه السيد المرعشی.
۵. ابن منظور افریقی مصری، ابی الفضل جمال الدین محمد. (۱۹۹۷). *لسان العرب*. چ اول. بیروت: دار صادر.
۶. ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم الدین. (۱۴۰۳). *الکافی فی الفقه*. اصفهان: مکتبه امیر المؤمنین علیه السلام.
۷. اراکی، محمد علی. (۱۴۱۵). *کتاب البیع*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۸. اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۰۹). *الاجارة*. چ دوم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸). *حاشية المكاسب*. قم: أنوار الهدی.
۱۰. امامی، سید حسن (۱۳۵۳)، *حقوق مدنی، چ پنجم*، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
۱۱. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵). *المکاسب*. چ اول. قم: گنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۲. بجنوردی، سید محمد حسن. (۱۴۱۹). *القواعد الفقهية*. چ اول. قم: نشر الهادی.
۱۳. بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۷۷). *سوء استفاده از حق (مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظامهای حقوقی)*. تهران: مؤسسه اطلاعات.
۱۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰). *حقوق تعهدات و قراردادهای با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظامهای حقوقی*. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۱۵. تاجمیری، امیر تیمور. (۱۳۷۷). *فرهنگ عبارات و اشارات حقوقی*. چ اول. تهران: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی آفرینه.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. چ اول. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۴۹). *حقوق مدنی (رهن و صلح)*. چ اول. تهران: انتشارات حقوقی ابن سینا.
۱۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۵۲). *عقد ضمان*. چ اول. تهران: مؤسسه انتشارات فرانکلین.

۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۰). مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام. چ اول. تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۲). دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۳). حقوق اموال. چ سوم. تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۳). قوه قدسیه به ضمیمه رساله موضوع‌شناسی و رساله حقوق عقد. چ اول. تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۳. \_\_\_\_\_ (بی تا). فرهنگ حقوقی. تهران: انتشارات کانون معرفت.
۲۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷). ترمینولوژی حقوق. چ نهم. تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰). فلسفه حقوق مدنی. چ اول. تهران: انتشارات گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۵۷). دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت. چ اول. تهران: انتشارات بنیاد راستاد.
۲۶. جمعی از نویسندگان. (۱۳۸۲). آسیب‌شناسی فقهی قوانین حقوقی قانون مدنی. قم: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه.
۲۷. حسینی حائری، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱). فقه العقود. چ اول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲۸. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه. چ اول. قم: موسسه النشر الاسلامی.
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۰۴). زیادة الأحکام. چ اول. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰). کتاب البیع. چ چهارم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۰. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸). کتاب البیع. چ اول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی.
۳۱. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. چ ۲۸. قم: مدینه العلم.
۳۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۲). مصباح الفقاهة. چ اول. بیروت: دار الهادی.
۳۳. خوئینی، غفور. (۱۳۷۹). حقوق تعهدات. چ اول. تهران: نشر زهد.
۳۴. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۴۱). لغتنامه (ماده عین). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۵. روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۱۲). فقه الصادق. چ سوم. قم: مؤسسه دار الکتب.
۳۶. \_\_\_\_\_ (بی تا). المسائل المستحثة. بی جا.
۳۷. ره‌پیک، حسن. (۱۳۸۸). مقدمه علم حقوق. چ دوم. تهران: انتشارات خرسندی.
۳۸. سبکی، محمد محی‌الدین عبدالمجید و محمد عبداللطیف. (۱۳۶۳). المختار من صحاح اللغة. چ اول. تهران: انتشارات ناصر خسرو.

۳۹. سراج، محمد. (بی تا). نظریة العقد فی الفقه الاسلامی. مصر: جامعة الاسكندرية.
۴۰. سنگلجی، محمد. (۱۳۴۷). ضوابط و قواعد معاملات و کلیات عقود و ایقاعات. چ چهارم. بی جا.
۴۱. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۴۲. شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد. (۱۳۹۸). رسالة فی تحقیق معنی البیع. قم: دار الکتب.
۴۳. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۳). سقوط تعهدات. چ سوم. تهران: کانون وکلای دادگستری.
۴۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: نشر حقوقدان.
۴۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲). حقوق مدنی ۳. چ سوم. تهران: انتشارات مجد.
۴۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲). حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱). چ اول. تهران: انتشارات مجد.
۴۷. صاحب جواهر (نجفی)، محمد حسن. (۱۳۶۸). جواهر الکلام. چ نهم. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
۴۸. صاحبی، مهدی. (۱۳۷۶). تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی. چ اول. تهران: انتشارات ققنوس.
۴۹. صفار، محمد جواد. (۱۳۷۳). شخصیت حقوقی. چ اول. تهران: نشر دنا.
۵۰. صفایی، سید حسین. (۱۳۵۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی (تعهدات و قراردادها)، چ اول. تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
۵۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال). چ دوم. تهران: نشر میزان.
۵۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها). تهران: نشر میزان.
۵۳. طباطبائی حکیم، سید محسن. (بی تا). نهج الفقاهة. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۵۴. طبرسی، امین الاسلام. (۱۴۱۵). مجمع البیان. چ اول. بیروت: مؤسسة الاعلمی للمطبوعات.
۵۵. طریحی، فخرالدین. (بی تا). مجمع البحرین. بی جا.
۵۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة.
۵۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۰). نهاية الاحکام فی معرفة الأحکام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۵۸. عمیدزنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۸). آیات الأحكام حقوقی - کیفری. تهران: انتشارات مجد.
۵۹. فاضل مقداد، مقدادبن عبدالله سیوری. (۱۴۰۴). التنقیح الرائع. ج اول. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته.
۶۰. قائم مقامی، عبدالمجید. (۱۳۴۷). حقوق تعهدات (نظریه کلی تعهدات قانون مدنی). تهران: سازمان چاپ کیهان.
۶۱. قاسم زاده، سیدمرتضی. (۱۳۹۳). حقوق مدنی: عقد بیع و شروط و خيارات. ج اول، تهران: نشر میزان.
۶۲. قاسمی، محسن. (۱۳۸۲). انتقال مالکیت در عقد بیع. ج اول. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۶۳. قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷.
۶۴. قبولی درافشان، سید محمدتقی و سیدمحمدهادی. بازشناسی تعلیق در انشاء در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران. مجله آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم رضوی. ش ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
۶۵. قبولی درافشان، سیدمحمدهادی. (۱۳۸۶). مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادهای در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس. ج اول. تهران: انتشارات شلاک.
۶۶. قدیری، محمدحسن. (۱۴۱۸). کتاب البیع، چاپ اول، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی (ره).
۶۷. قزوینی، ملاعلی. (۱۳۶۹). صیغ العقود والایقاعات. ج اول. تهران: دفتر مرکزی جهاد دانشگاهی.
۶۸. قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۴۱۳). جامع الشتات. ج اول. تهران: مؤسسه کیهان.
۶۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۷). رسائل المیرزا. ج اول. قم: سازمان تبلیغات.
۷۰. قنوتی، جلیل. مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع. فصلنامه اندیشه‌های حقوقی. ۱۳۸۲. ش ۵.
۷۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۴۶). دوره مقدماتی حقوق مدنی. ج اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۷۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۴). نظریه عمومی تعهدات. ج اول. تهران: مؤسسه نشر یلدا.

۷۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۷۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. چ سوم. تهران: نشر دادگستر و میزان.
۷۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴). اموال و مالکیت. چ دهم. تهران: نشر میزان.
۷۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸). حقوق مدنی (دوره عقود معین ۱). چ هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷۸. کیائی، عبدالله. (۱۳۷۶). التزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله. چ اول. تهران: انتشارات ققنوس.
۷۹. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳). بحار الأنوار. چ دوم. بیروت: مؤسسة الوفاء.
۸۰. محقق حلی، نجم الدین ابوالقاسم. (۱۴۰۹). شرایع الاسلام. چ دوم. تهران: انتشارات الاستقلال.
۸۱. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۰). قواعد فقه (بخش مدنی). چ هشتم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۸۲. محقق داماد، سیدمصطفی و دیگران. (۱۳۷۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه. چ اول، تهران: انتشارات سمت.
۸۳. مدنی، سیدجلال الدین. (۱۳۸۳). حقوق مدنی (اسباب تملک). چ اول. تهران: انتشارات پایدار.
۸۴. مصطفوی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۳). فقه المعاملات. چ اول. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۸۵. معروف الحسینی، هاشم. (بی تا). نظریة العقد فی الفقه الجعفری. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۸۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵). انوار الفقاهة (کتاب البیع). قم: مدرسة الإمام علی علیه السلام.
۸۷. موحد، محمدعلی. (۱۳۵۲). مختصر حقوق مدنی. چ دوم. تهران: انتشارات مدرسه عالی حسابداری و علوم مالی.
۸۸. نائینی، میرزاحمدحسین. (۱۴۱۳). کتاب المکاسب و البیع. چ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۸۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸). منیة الطالب. چ اول. قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۹۰. نراقی، مولی احمد. (۱۴۱۷). عوائد الايام. چ اول. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

۹۱. نوری، محمدعلی. (۱۳۸۰). عقود و تعهدات قراردادی بطور کلی و الزامات بدون قرارداد از قانون مدنی فرانسه (ترجمه مواد ۱۱۰۱-۱۳۸۲). چ اول. تهران: گنج دانش.
۹۲. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. (۱۴۱۴). الموسوعة الفقهية. چ اول. كويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
۹۳. یزدی، سیدمحمدکاظم. (۱۳۷۸). حاشية المكاسب. قم: مؤسسة اسماعیلیان.

۹۴. Cod Civil Des Francair, 1804.

## جُستاری در نظریهٔ «ایقاع بودن وصیت»<sup>۱</sup>

حمید مسجدسرائی<sup>۲</sup>

### چکیده

وصیت از جمله تصرفاتی است که شخص برای بعد حیات خود انشای می‌کند و از این رو در برابر منجزات یعنی تصرفات زمان حیات انسان قرار می‌گیرد. آنچه عرف و عادت گواهی داده، احسان نهفته در بطن این ماهیت حقوقی است. احسان که در تعریف خود، مقابل عدوان قرار می‌گیرد؛ عبارت است از فعل یا ترک فعلی اختیاری که قابل ستودن و ستایش باشد. بدیهی است که موصی نیز در زمان انشای این ماهیت، بر پایه احسان به خلق موجود مورد نظر خود پرداخته است و به عبارتی، استیفای حق برای بعد از وفات ابتدائاً مدنظر موصی بوده است نه استدامتاً. با نگاهی به سابقه فقهی این ماهیت و مقایسه آن با قانون مدنی حاکم بر نظام حقوقی فعلی، با اختلاف نظرانی در خصوص عقد یا ايقاع بودن ماهیت یادشده، به ویژه در مورد وصیت تملیکی مواجه می‌شویم که در مواردی، بدون تغییر در قانون مدنی فعلی رخنه کرده است. در پژوهش حاضر تلاش شده است تا ضمن بررسی پیشینه فقهی و دلایل ارایه شده و مقایسه آن با قانون مدنی که در فروض عدیده‌ای به سکوت برگزار شده است، نظام حقوقی این ماهیت را با قواعد

جُستاری در نظریهٔ  
«ایقاع بودن وصیت»

۱۱۹

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۳۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۵.

۲. دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان.  
رایانامه: h-masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir

عمومی قراردادها مقایسه کنیم و دلایل و مبانی منطقی بر ایقاع بودن این ماهیت پیچیده و دشوار را ارایه دهیم.

**کلیدواژه:** وصیت تملیکی، وصیت عهدی، ایجاب معلق، اعتبار قبول، احسان، رضای نوعی، ایقاع عینی.

## مقدمه

«وصیت» مشتق از وصی، یصی و به معنای وصل و پیوند است (ابراهیم مصطفی، ۱۹۶۰، ۲/۱۰۳۸)؛ و اتصال انشای تصرفات زمان حیات شخص به زمان بعد از فوت وی، نام وصیت را به این نهاد حقوقی داده است که از این ماهیت، به وصیت تبرعی نیز تعبیر شده است (فتح الله، ۱۴۱۵، ۴۴۴). در حال حاضر قسمت چهارم قانون مدنی حاکم، متشکل از دو باب، یکی در خصوص وصایا و دیگری در خصوص ارث است که به دلیل تعلق گرفتن ترکه میت به وراثت و موصی لهم، در قسمت چهارم کتاب دوم در باب اسباب تملک طبقه بندی شده است.

در بین کتب فقهی تعریف عامی که بتواند انواع مختلفی از وصایا را در بر بگیرد دیده نمی شود. برخی فقها، وصیت را تملیک عین یا منفعت برای بعد از وفات تعریف کرده اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۶/۱۱۵). ظاهراً تعریف یادشده در خصوص وصیت تملیکی آمده است و وصیت عهدی را شامل نمی شود. صاحب جواهر نیز در تعریف وصیت اشاره ای به وصیت عهدی نمی نماید (نجفی، ۱۳۶۸، ۲۸/۲۴۱). از این رو شاید بتوان گفت که قدما، تعریف جامعی از وصیت ارایه نداده اند.

قانون مدنی نیز در این باب بدون اینکه تعریفی از آن بدست دهد، ابتدا به ساکن در ماده ۸۲۵ ق.م. آن را به دو قسم تملیکی و عهدی تقسیم نموده است.

ظاهراً شهید اول با تعریفی که از وصیت داده، وصیت عهدی و تملیکی را تحت یک عنوان قرار داده است. وی در تعریف وصیت می گوید: «تملیک عین أو منفعة أو تسلیط علی تصرف بعد الوفاة»؛ یعنی وصیت عبارت است از تملیک عین یا منفعت و یا مسلط کردن بر تصرف پس از فوت. (شهید اول، ۱۴۱۱، ۱۵۳). بدیهی است که با قید «بعد از وفات»، منجزات یا به عبارتی تصرفات شخص در حال حیاتش و نیز وکالت که نوعی از



نمایندگی و مسلط کردن وکیل در امور محوله است از شمول این تعریف خارج می‌شوند. ظاهراً قانون مدنی با تعاریفی که از وصیت تملیکی و عهدی بدست داده، دو ساختار حقوقی متفاوت از هم را به نمایش گزارده است. با نگاهی به سابقه فقهی مواد مربوط در این باب، با صحنه درگیری عقاید متفاوت در خصوص ماهیت وصیت مواجه می‌شویم، به طوری که عده‌ای در خصوص وصیت تملیکی، عقیده به عقد بودن این ماهیت دارند، زیرا قبول در آن شرط است و عده‌ای نیز عقیده بر ایقاع بودن این ماهیت دارند؛ در حالی که طبق قواعد عمومی حاکم بر قراردادها و مبانی منطقی در توجیه این ساختار حقوقی، وصیت عبارت است از استیفای حق (مالی یا غیر مالی) برای بعد از وفات ابتدائاً نه استدامتاً. (جعفری لنگرودی، بی تا، ۳۷۳) قید ابتدائاً در این تعریف، مبنای اصلی در تجزیه و تحلیل این ماهیت و توجیه ایقاع بودن احسان نهفته در این ساختار خواهد بود. بنابراین ما برای بررسی و اثبات مبنای حقوقی این ماهیت پیچیده و دشوار بر مبنای تقسیم‌بندی قانون مدنی به بررسی ساختار این ماهیت پرداخته و نظریات مختلفی را که قدما و متأخران در این خصوص ارائه داده‌اند، بررسی می‌کنیم. بدیهی است که قواعد حاکم بر نظام قراردادها به عنوان مبنای مقایسه، مدنظر قرار خواهد گرفت.

جُستاری در نظریهٔ  
«ایقاع بودن وصیت»

۱۲۱

## عقد یا ایقاع بودن وصیت

### ۱- وصیت تملیکی

مادهٔ ۸۲۸ ق.م. در تعریف وصیت تملیکی مقرر داشته است: «وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش مجاناً تملیک کند». سیاق این ماده که عیناً از کتاب تذکرة الفقهاء (علامه حلی، بی تا، ۴۵۲/۲) برگرفته شده است حکایت از این امر دارد که انشا موجب در زمان حیات وی بدون نیاز به هیچ اراده دیگری مؤثر واقع خواهد شد و این مبنای توجیه طرفداران نظریه ایقاع در وصیت است؛ اما جمع ماده یادشده با ماده ۸۲۷ ق.م. این نتیجه را به دست می‌دهد که وصیت تملیکی طبق نظر قانون مدنی که بر مبنای نظر قدما بوده است در زمره عقود قلمداد شده است (نجفی، ۱۳۶۸، ۲۸/۲۵۱).

ماده ۸۲۷ ق.م. در این زمینه مقرر می‌دارد: «تملیک به موجب وصیت محقق

نمی‌شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی). این ماده که مبتنی بر نظریه کاشف بودن قبول است، ساختار وصیت تملیکی را بدون توجه به قواعد عمومی قراردادها در زمره عقود قلمداد کرده است.

به‌طور مثال: عقد در معنای واقعی خود زمانی به وجود می‌آید که مفاد ایجاب و قبول با هم مطابقت داشته باشد یعنی هر یک از طرفین همان چیزی را بخواهد که طرف دیگر اراده کرده است. ماده ۱۹۴ ق.م. در این مورد می‌گوید: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشای معامله می‌نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشا او را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود»؛ و از طرفی ماده ۳۳۹ ق.م. مقرر می‌دارد: «پس از توافق بایع و مشتری در بیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود».

از جمع دو ماده استنباط می‌شود که توافق در موضوع معامله، یکی از ارکان اساسی انعقاد معامله است. به عبارت دیگر تراضی نهفته در بطن ایجاب و قبول و به طریق اولی مطابقت آن دو با هم عقد مورد نظر متعاقدین را به وجود می‌آورد؛ و حال اینکه در مورد وصیت ماده ۸۳۲ ق.م. مقرر می‌دارد: «موصی له می‌تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی به، قبول کند در این صورت وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمت دیگر باطل می‌شود»؛ و این تبعیض در مفاد ایجاب است که ساختار عقد مورد نظر را به هم می‌ریزد.

از طرفی بین ایجاب و قبول باید توالی عرفی وجود داشته باشد که چنین توالی در عقد وصیت دیده نمی‌شود؛ به علاوه اینکه برای انعقاد یک عقد، طرفین در هنگام تراضی باید اهلیت داشته باشند در حالی که همگان بر این نظر متفق القول اند که مفاد ایجاب در وصیت تملیکی برای بعد از فوت انشا می‌شود یعنی زمانی که موجب اهلیت خود را از دست داده و به همین دلایل منطقی است که عده‌ای بدون دادن نام ایقاع بر این ماهیت، وصیت تملیکی را از عداد عقود متعارفه خارج دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۶۸، ۲۸/۲۵۳). عده‌ای از فقیهان نیز در بحث از ایجاب و قبول و توالی بین آن دو گفته‌اند که هر عقدی محتاج ایجاب و قبولی و توالی بین آنهاست مگر در وصیت (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۶۷/۱). لذا در پاسخ به این ابهامات و جانب‌داری از ظاهر ماده ۸۲۷ ق.م. قبول موصی له

را نشانه نقض سبب آن بعد از انشای وصیت و فوت دانسته و کمال سبب در ماده ۸۲۷ ق.م. را برای تحقق تملیک، منوط به جمع ایجاب و قبول دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۶۴) و حال اینکه مدلول قبول در تراضی طرفین، باید سبب ناقل مال در عقود ناقله مانند بیع باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۸۴/۲). لذا وصیت تملیکی فاقد وصف تراضی مورد نظر بوده و نمی‌تواند در شمار عقود تلقی شود.

ظاهراً طرفداران لزوم قبول در این ماهیت (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۱۱۷/۶؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸، ۲۸/۱۰) بارِ د تملیک قهری و نظر به این که این نوع از تملیک، نوعی ولایت بر موصی له خواهد بود به جانب داری از عقد بودن وصیت تملیکی پرداخته‌اند.

عده‌ای از فقها نیز وصیت را مالکیت واحدی شمرده و به قیاس از وصیت عهدی وصیت تملیکی را نیز بدون قبول واجد آثار حقوقی دانسته‌اند (بحرانی، بی تا، ۳۸۵/۵ به بعد). از طرفی گروهی در مواجهه با این ماهیت پیچیده، مانعی در حدوث تملیک قهری ندیده؛ اما برای جلوگیری از بقای تملیک قهری به موصی له حق رد داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۳۴۱/۶). گروهی دیگر از فقها نیز نه تنها برای قبول هیچ اعتباری قایل نشده، بلکه وصیت را از عوامل انتقال قهری دانسته‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۱۱۷/۶).

گروهی دیگر نیز برای حل مسئله «منع تملیک قهری» در شرع - که در موارد عدیده‌ای برای اثبات عقد بودن وصیت تملیکی عنوان گردیده -، مفهوم رضای نوعی در مقابل رضای شخصی را عنوان کرده و با توسل به اصول منطقی سعی در حل این اختلاف برآمده‌اند. استدلال آنها این است که رضای موصی در موقع وصیت کردن خارج از ذهن نمود پیدا می‌کند و به اصطلاح اهل منطق، جزئی حقیقی است و این نوع از رضا، رضای شخصی است که وجود خارجی دارد.

در مقابل این نوع از رضا، رضایی وجود دارد که در واقع مفهومی انتزاعی است که منشأ انتزاع آن وجود و واقعیت دارد. این مفهوم انتزاعی، مفهوم رضای نوعی برای حل این ماهیت پیچیده و دشوار است. بدین معنا که نوع افرادی که مورد احسان قرار گرفته‌اند (بر مبنای رضای شخصی) از آن استقبال کرده و این تملیک را می‌پذیرند. با جمع این دو رضا می‌توان مسئله منع تملیک قهری را حل کرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۲۴۳) و وصیت تملیکی را ایقاع دانست. نتیجه این استدلال بسیار نزدیک به نظر گروهی است

که وصیت را از عوامل انتقال قهری دانسته‌اند.

گروهی از طرفداران نظریه عقدبودن وصیت تملیکی با مشاهده تفاوت خصایص ایجاب و قبول در این ماهیت و برای اثبات ادعای خویش، برای قبول اثر قهقرایی قابل شده‌اند؛ و حال اینکه احسان نهفته در بطن انشای موصی ابتدائاً، یعنی در همان زمان اراده انشایی آثار خود را ایجاد کرده و موجود خلق شده را در زمره ایقاعات قرار داده است. اگر در ایجاد این ماهیت موصی ایجاب خود را منوط به قبول موصی له کرده بود می‌توانست ساختاری نزدیک به عقد را ایجاد کند و حال این که موصی در حین انشا، چنین چیزی را مدنظر قرار نداده است.

از طرف دیگر همان‌طور که اشاره شد، مطابقت ایجاب و قبول در این ماهیت طبق ماده ۸۳۲ ق.م. می‌تواند وجود نداشته باشد که این نیز خلاف قواعد عمومی قراردادها در تشکیل عقد است. لذا پذیرفتن اینکه وصیت تملیکی در زمره ایقاعات است با اصول منطقی سازگارتر می‌نماید. باید پذیرفت که احسان نهفته در بطن انشای موصی حقی است که تنها وابسته به وی است و دیگری در ایجاد آن هیچ نقشی ایفا نمی‌کند و به صرف قصد موصی محقق می‌شود.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۱۲۴

شاید بتوان گفت که احسان موجود در انشای موصی برخلاف حسبه که نوعی تکلیف است، حقی است که تنها قائم به خود موصی است. با این توضیح که در انجام عمل در هر دو فرض احسان نهفته است؛ اما در حسبه این احسان حالت تکلیف قانونی و شرعی به خود می‌گیرد و وجه مشترک این دو، تجلی احسان به صورت ایقاع است. با اینکه عده‌ای از حقوق‌دانان نظریه ایقاع را در حسبه رد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۸۳) اما آیه الاحسان در شرع مبنی بر «ما علی المحسنین من سبیل» (توبه: ۹۲) و آیه شریفه «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» (الرحمن: ۶۰) مبتنی بر این است که عملی که بر مبنای احسان صورت گرفته است ضمانتی در پی نخواهد داشت؛ حال این احسان می‌تواند درصدد جلب منفعت برای کسی مانند تملیک مالی تجلی پیدا کند و یا دفع ضرری از وی.

طرفداران عقدبودن وصیت تملیکی به دلایل دیگری نیز استناد جسته‌اند از جمله سه دلیل زیر که به آنها اشاره می‌کنیم.

**دلیل اول.** با استناد به آیه شریفه «وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى» (نجم: ۳۹)، برای انسان چیزی بدون سعی حاصل نمی‌شود؛ لذا اگر موصی به بدون قبول موصی له داخل در ملک او شود چون بدون سعی او حاصل شده است به موجب این آیه، منتفی است (کاشانی، ۱۴۰۹، ۳۲۲).

دلیل بالا قابل‌خداشه است؛ زیرا: اولاً آیه مزبور مربوط به مسایل ثواب و عقاب اخروی است و ربطی به این مسئله ندارد؛ و ثانیاً التزام به مضمون آیه نمی‌تواند بیانگر اثبات عقد بودن وصیت باشد بلکه مضمون آیه با شرطیت و ایقاع بودن وصیت نیز سازش دارد؛ و ثالثاً «سعی» اشاره شده در آیه شریفه، اختصاص به سعی ندارد که از طریق قبول موصی له اعمال شود، بلکه ممکن است علل و عواملی که باعث اقدام موصی مبنی بر ایضا نسبت به موصی له شده، معلول افعال او باشد که باز برگشت به سعی موصی له می‌نماید.

**دلیل دوم.** ثبوت ملکیت برای شخص بدون رضایت وی، موجب ضرر اوست. خداشه این دلیل آن است که موضوع ضرر که به آن استناد شده در موارد زیادی به استناد فقه اسلامی نقض شده است؛ مانند ارث و یا وصیت برای حمل که هیچ‌گاه مبتنی بر قبول وارث و یا موصی له نیست.

**دلیل سوم.** ایقاع بودن وصیت مستلزم ملکیت قهریه است که در غیر مورد ارث باطل است. به عبارت دیگر، داخل کردن مالی در ملک دیگری بدون اختیار و رضایت وی با اصل تسلیط بر نفس منافات دارد؛ زیرا تأثیر اراده فرد، به نفع دیگری به استقلال و آزادی اراده او صدمه می‌زند. وجه مردود بودن این دلیل نیز آن است که ملکیت قهریه از نظر عقلی مانعی ندارد؛ همان‌طور که محقق‌یزدی بیان کرده است؛ زیرا در زندگی اجتماعی اراده یک فرد به ضرر فرد دیگر مؤثر نیست ولی به نفع دیگری می‌تواند مؤثر باشد هرچند که موافقت او را جلب نکند؛ آزادی اراده برای جلب نفع و دفع ضرر است (عمیدزنجانی، جدی، کریمی، ۱۳۸۸، ۲۱۴-۲۱۵). اندک شماری از حقوق‌دان‌ها که با اصرار بر ایقاع بودن وصیت تملیکی، در پی چاره‌اشکال تملیک قهری آن بوده‌اند ابتدا تملیک ناشی از ایجاب وصیت را درجه ضعیفی از مالکیت معرفی می‌کنند و در نهایت از این خاصیت وصیت تملیکی چشم‌پوشی کرده و انشای موصی را غیر مملک می‌دانند (طالب‌احمدی، ۱۳۹۰، ۱۲۹).

در مورد وصیت تملیکی نه تنها دلیل محکم و متقنی برای عقد بودن آن دیده نمی شود بلکه از نصوص شرع می توان ایقاع بودن وصیت تملیکی را استنباط کرد. از جمله: «عن ابی عبدالله علیه السلام قال: سئل عن رجل أوصی لرجلٍ فمات الموصی له قبل الموصی؛ قال لیس بشیء.» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴، ۱۹/۳۳۴)

از این رو می توان استنباط کرد که موت، در اثر ذاتی که در وصیت می گذارد تأثیری ندارد؛ لذا عمل موصی ابتدائاً اثر خود را برجای گذاشته است. ظاهراً عمده اختلاف نظرات در خصوص منع تملیک قهری در شرع است؛ چرا که ایقاع بودن وصیت را مستلزم ملکیت قهریه و موجب ضرر و منت بر وی تلقی نموده اند (کاشانی، ۱۴۰۹، ۷/۳۳۲)؛ در حالی که انتقال قهری در وقف نیز دیده می شود و ملکیت قهریه نمی تواند از نظر عقلی با مانعی مواجه باشد (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰، ۲/۸۷۸).

«کانت» در خصوص مالکیت ورثه در مورد اموال به ارث رسیده و وصیت استدلالی می آورد که مؤید دیدگاه رضای نوعی در این مورد است؛ وی می گوید: «چون هر انسانی ضرورتاً موافق چنین حقی است، زیرا از طریق آن چیزی به دست خواهد آورد و هرگز چیزی را از دست نخواهد داد و تلویحاً آن را به دست می آورد» (کانت، ۱۳۸۳، ۱/۱۴۷). این استدلال مؤید این مطلب است که احسان نهفته در وصیت ذاتاً ایقاع است؛ اما تأثیر اراده موصی در عالم بیرونی و نظر به مصالح اجتماعی می تواند مشروط باشد یعنی محسن<sup>۱</sup> الیه می تواند حق رد آن را داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۲۵۴). حق رد احسان که از حقوق مربوط به محسن<sup>۱</sup> الیه است تأثیری در ایجاد انشای موصی نداشته و قبول احسان تنها قبول تأییدی است نه تأسیسی. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۵/۲۷۷) لذا تراضی صورت گرفته در این ماهیت نمی تواند همانند تراضی در سایر عقود باشد؛ و همان طور که گروهی از فقها معتقدند (امامی، ۱۳۸۳، ۳/۶۷) قبول در وصیت اعلام رضایت موصی له به ایجاب است و متضمن انشای دیگری نیست لذا عدم قابلیت رد از عناصر ذاتی ایقاع نیست و ممکن است موجود خلق شده توسط اراده یک جانبی به دلیل برخوردی که با «حقوق دیگری» دارد از سوی او قابل رد باشد؛ مانند رد وصیت به نفع دیگران.

در کنار نظریه عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی، نظریه<sup>۲</sup> سومی نیز وجود دارد مبنی

بر اینکه وصیت تملیکی را برزخ بین عقد و ایقاع دانسته است<sup>۱</sup> (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۵/۵۷). این نظریه طبق بیان پاره‌ای از حقوقدانان، محصول دیدگاهی است که برای شناخت برزخ بین عقد و ایقاع در مورد عاریه و جعاله به کار می‌رود؛ چرا که از یک طرف، وجود دو رضای متقابل فکر ایقاع را رد می‌کند و از طرف دیگر، فقدان یک یا چند عنصر از عناصر تراضی، فکر عقد بودن را هم از آن تراضی طرد می‌کند و چاره منحصر به اذعان برزخ بین عقد و ایقاع می‌شود. این نظریه آن‌چنان مورد توجه واقع نشده است به طوری که برخی حقوقدانان در پاسخ به نظریه سوم می‌گویند: «اثبات واسطه بین عقد و ایقاع، مولود تخیلات ظریف بعضی اهل فن قرار نگرفته است و عرف مسلم هم چنین چیزی را نمی‌شناسد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۱۴).

## ۲- وصیت عهدی

شق دوم ماده ۸۲۶ ق.م. در تعریف وصیت عهدی مقرر داشته است: «وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می‌نماید». در واقع می‌توان گفت وصیت عهدی چهره‌ای از نمایندگی وصی برای اعمالی است که موصی در زمان حیات می‌توانسته آنها را انجام دهد؛ و بر عکس وکالت که نوعی از نمایندگی وکیل است برای انجام اموری که موکل در قید حیات است، نمایندگی وصی در این چهره برای بعد از فوت موصی خواهد بود. در مورد قبول چنین ایجابی ماده ۸۳۴ ق.م. با عدم اشتراط قبول در این ماهیت، ساختار حقوقی ایقاع را به این نوع از وصیت داده است. این ماده می‌گوید: «در وصیت عهدی قبول شرط نیست؛ اما وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد، اگر چه جاهل به وصایت بوده باشد».

با حکمی که این ماده مقرر داشته سمت وصایت برای وصی، مشروط بر اینکه در

جُستاری در نظریهٔ  
«ایقاع بودن وصیت»

۱۲۷

۱. ظاهراً در بین حقوقدانان اولین کسی که به این نظریه قایل شده است دکتر موسی عمید است که به نقل از مرحوم مامقانی این عقیده را پیدا کرده است بی‌آنکه دلیل خاصی مبنی بر نظریه برزخی ذکر کند. (جعفری لنگرودی،

زمان حیات وصی بارد او برخوردار نکند به صورت تکلیفی، بر او بار می‌شود و محدود شدن ردّ ایجاب به مدت زمان معین حتی در فرضی که وصی بی‌اطلاع از آن بوده است این ساختار را به ایقاع نزدیک‌تر می‌کند؛ یعنی اراده انشا شده در فرضی که بارد وصی در زمان حیات وی برخوردار نکند بالاستقلال اثر حقوقی خود را می‌گذارد. پیشینه فقهی این ماده که مدلول اخبار است حکایت از این امر دارد که رد باید به اطلاع موصی برسد وگرنه رد بی‌اثر است؛ اما در جایی دیده نشد که به موصی تکلیف کند که وصی را از وصایت خود باخبر کند تا وی بتواند از حق رد خود استفاده کند.

در روایت منصور بن حازم از امام صادق علیه السلام در خصوص ابلاغ رد به موصی چنین آمده است: «اذا أوصى الرجل الى أخيه و هو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيته لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره» (حرّعاملی، ۱۴۱۴، ۱۹/۳۲۰)؛ یعنی: اگر کسی برای برادر دینی خود وصیت نماید درحالی که آن شخص حضور ندارد حق ندارد وصیت را رد نماید زیرا اگر (نزد موصی) حاضر بوده و از پذیرفتن وصیت خودداری می‌کرد موصی شخص دیگری را وصی خود قرار می‌داد.

ظاهراً پیشینه فقهی و به تبعیت از آن قانون مدنی هیچ تردیدی در ایقاع بودن این نوع از وصیت نگذارده‌اند؛ اما صاحب مسالک (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۶/۱۱۸) در فرضی که وصیت عهدی به اطلاع وصی می‌رسد ولی قبل از ابلاغ رد، موصی فوت می‌کند وصیت را مانند وصیت بدون وصی قلمداد می‌کند.

اکنون این سؤال مطرح می‌شود که وصایت بدون وصی چگونه به اجرا درآید؟! ماده ۸۲۸ ق.م. در فرضی که موصی له غیر محصور است، قبول را شرط نمی‌داند؛ و همان‌طور که عده‌ای در خصوص مدلول این ماده معتقدند که حاکم باید قبول وصیت کند (خوئی، ۱۴۱۰، ۲/۲۲۴) در فرضی هم که وصیت عهدی به اطلاع وصی می‌رسد ولی قبل از ابلاغ رد، موصی فوت می‌کند، وصیت را بدون وصی تلقی کنیم و قبول حاکم را شرط قرار دهیم تا بدین وسیله در فرض بی‌اطلاعی وصی از وصیت حق رد را از وی نگرفته باشیم؛ اما در فرضی که وی از مفاد وصیت اطلاع پیدا کرده و با این علم، موصی را از رد خویش اطلاع نساخته و به‌نوعی فرصت انتخاب وصی جدید را از وی سلب کرده، وی را ملزم به اجرای مفاد وصیت نماییم.



## زمان انتقال مالکیت، طرح و نقد دلایل

وقتی که سخن از قبول وصیت به میان می‌آید، عمده بحث حول محور وصیت تملیکی دور می‌زند. چرا که همان‌طور که در مباحث گذشته اشاره رفت فقها و به تبع آن قانون مدنی، وصیت عهدی را ایقاعی می‌دانند که قبول در آن شرط نیست.

در این ماهیت، مفاد ایجاب که برای بعد از فوت انشا می‌شود، ساختار طبیعی قراردادهای را به هم زده و باعث پدید آمدن اختلاف نظرات فراوانی بر آثار رد و قبول، قبل از موت موصی به وجود آورده که در جای خود به آنها خواهیم پرداخت؛ اما در هر حال باید بپذیریم که معلق بودن مفاد ایجاب برای زمان بعد از فوت، یکی از اوصاف ذاتی و بارز وصیت است که وصف دیگری را به همراه می‌آورد و آن امکان قابلیت رجوع از مفاد وصیت است که قانون مدنی نیز در مواد ۸۲۹ و ۸۳۸ به این خصوصیت اشاره کرده است. ماده ۸۲۹ ق.م. مقرر داشته است: «قبول موصی له قبل از فوت موصی موثر نیست و موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند...» و به موجب ماده ۸۳۸ ق.م. «موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند»؛ بنابراین با پذیرفتن اینکه وصیت برای بعد از فوت انشا می‌شود باید گفت که طبیعتاً قبول نیز چه از نوع تأییدی و یا چه از نوع تأسیسی باید بعد از فوت صورت پذیرفته و معلق به فوت موصی باشد.

ماده ۸۲۷ ق.م نیز در این باره می‌گوید: «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی.»

اما با این حال، فرض قبول موصی له در زمان حیات موصی فرضی است اجتناب‌ناپذیر که تردید را به اذهان راه داده و موجبات اختلاف نظرانی را فراهم آورده است. از جمله این که عده‌ای از فقها (محقق کرکی، ۱۴۰۸، ۱۰/۱۰) قبول قبل از فوت موصی را مانند قبول قبل از ایجاب پنداشته و این قبول را مانع از انعقاد تراضی مورد نظر برای نقل ملکیت دانسته‌اند، لذا هیچ اثری برای این قبول متصور نشده‌اند، مفهومی که ماده ۸۲۹ ق.م. با عبارت «قبول موصی قبل از فوت موصی موثر نیست» مورد تأیید قرار داده است.

اما در مقابل، عده‌ای از فقها (یزدی، ۱۴۲۰، ۸۷۹/۲) با رد این نظر، تراضی طرفین را تراضی برای تملیک بعد از فوت دانسته و به وجود آمدن بی‌درنگ آثار تراضی را از ضروریات این ماهیت قلمداد نکرده‌اند.

استدلال دیگر این گروه این است که قبول موصی له یا باید ناقل مالکیت باشد یا کاشف از ملکیت و معلق بودن ملکیت در وصیت به فوت موصی مانند قبولی است که مقدم بر انتقال ملکیت شده است و این در حالی است که نظریه ناقل یا کاشف بودن قبول اساساً در موردی مطرح شده است که قبول بعد از فوت موصی تحقق پیدا کرده است، نه قبل از موت موصی. طبق ضابطه کلی ایجاب و قبول برای تحقق عقد علی القاعده باید قبول را مؤثر بدانیم اما از طرفی با پذیرفتن این که مفاد ایجاب برای بعد از فوت انشا شده است باید بپذیریم که آثار قبول قبل از موت موصی، مانند آثار تمامی عقود معلقه خواهد بود؛ در واقع قبول موصی له در این فرض، قبول تملیک آن چیزی است که موصی برای بعد از فوتش به وی واگذار نموده است و تراضی نیز به این اعتبار پدید آمده است.

با اینکه ماده ۸۲۹ ق.م. قبول موصی له قبل از فوت موصی را مؤثر ندانسته، اما ماده ۸۳۰ ق.م. می افزاید: «... اگر قبل از فوت قبول کرده باشد بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست»؛ به عبارت دیگر، تنها اثر قبول در زمان حیات آن است که قبول مجدد بعد از فوت لازم نیست، مشروط به آن که موصی له از قبول خود رجوع نکرده باشد. لذا در فرضی که موصی له در زمان حیات موصی اعلام قبول می کند و مجدداً قبل از فوت، اعلام رد می کند، اثر قبول را زایل کرده و می تواند بعد از فوت مجدداً قبول وصیت نماید. ظاهراً در فرضی که قبول در زمان حیات موصی با ردّ مجدد تا زمان بعد از فوت مواجه نشود، رضای سابق استصحاب شده است یعنی به موجب قسمت اخیر ماده ۸۳۰، قبول ثانوی لازم نیست؛ اما این استصحاب در فرضی که موصی له در زمان حیات موصی اعلام ردّ کرده، جاری نشده بلکه وی می تواند بعد از فوت مجدداً اعلام قبول نماید!

نظریه ناقل بودن یا کاشف بودن قبول در این ماهیت که به عنوان ضابطه ای برای تشخیص زمان انتقال مالکیت ارایه گردیده نیز نتوانسته است راهکار قاطعی برای شناخت ماهیت اصلی وصیت ارایه کند. طبق نظریه ناقل بودن، قبول جزء سبب انتقال تلقی گردیده یعنی بدون قبول موصی له مالکیت تحقق پیدا نمی کند. لذا بر مجموع ایجاب و قبول موصی و موصی له آثار مالکیت را بار کرده و از نظر حقوقی قبل از قبول، انتقالی صورت نخواهد پذیرفت.

پذیرفتن مبنای این نظریه - که بیشتر به عقد بودن وصیت اشاره و تکیه می کند - در

حقوق فعلی با این ایراد عمده روبروست که طرفین ایجاب و قبول باید دارای اهلیت باشند و این در حالی است که موصی اهلیت خود را از دست داده است.

در مقابل نظریه ناقل بودن قبول، نظریه کاشف بودن قبول عنوان گردیده که در این فرض از قبول به عنوان شرط متأخر سبب انتقال ایجاب موصی واقع می شود. در این نظریه قبول، جزء سبب انتقال ملکیت نبوده و در صدد ایجاد و انشای امری نیست. در صورتی که وصیت مورد قبول موصی له قرار گیرد، قبول کاشف از این امر است که موصی له از زمان فوت به وی منتقل گردیده و در صورت رد وصیت کاشف به عمل می آید که موصی به در لحظه فوت به وارثان منتقل گردیده است.

این نظریات که در واقع برای تعیین تکلیف موصی به در فاصله میان مرگ موصی و قبول موصی له ارایه گردیده در واقع، بازتابی از موضع پذیرش قبول در این ماهیت است که هیچ کدام به تنهایی نتوانسته است ماهیت این موجود را به تصویر بکشد. نظریه کاشف بودن از این جهت که قبول موصی له را دارای اثری انشایی و ایجاد می بیند حائز اهمیت است اما از این جهت که استقرار مالکیت موصی به را در فاصله بین مرگ و قبول مراعی می گذارد واجد ایراد است؛ چرا که علی الأصول بحث انتقال مالکیت نمی تواند مقید و مراعی باشد.

نظریه کشف حکمی که ظاهراً بر مبنای اصل آزادی قراردادها توسط گروهی از متأخران ارایه گردیده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۷۴؛ مسجدسرائی، ۱۳۸۵، ۲۱/۳) قبول در وصیت را ناقل می داند، اما اثر این قبول به جهت حکم قانون گذار نسبت به اجرای ترازی موجب انتقال موصی به از زمان مرگ موصی می شود. پذیرفتن این نظریه این ایراد را دارد که قبل از قبول موصی به متعلق به دیگری است و بعد از قبول، در فاصله میان مرگ و قبول به موصی له منتقل می شود؛ و از لحاظ منطقی صحیح نیست که در این فاصله موصی به، هم در ملکیت موصی له باشد و هم در ملکیت وی نباشد.

با ایرادات یادشده در بالا باید پذیرفت که تملک موصی به، با فوت موصی، برای موصی له به صورت قهری واقع می شود؛ به عبارت دیگر می توان گفت که آخرین اراده انشایی موجب در زمان حیات وی در زمره ایقاعات منجز وی بوده و با تحقق موت بی درنگ آثار خود را نمایان می کند و موصی به به ملکیت موصی له در می آید. با این

توضیح وی می‌تواند این احسان را رد کند، چه به نفع سایر وراثت و یا به نفع احدی از آنها و یا افراد خارج از ورثه؛ و اگر قبول این احسان کرد قبول وی از نوع تأییدی خواهد بود و نه تأسیسی.

### موضع قبض در وصیت

در نظام حاکم بر عقود و قراردادها، تملیک اثری است که از توافق دو اراده پدید آمده و به عبارت دیگر اثری است که بر مجموع ایجاب و قبول بار شده است اما در مورد وصیت تملیکی ظاهراً قانون‌گذار قبض را شرط اتمام و به کمال رسیدن اثر این ایجاب و قبول دانسته است. در ماده ۸۳۰ ق.م. آمده است: «... اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد دیگر نمی‌تواند آن را رد کند»؛ و این مفهوم به معنای این است که موصی له قبل از قبض مورد وصیت حق رد آن را دارد.

با دقت در متون قانونی با مواردی استثنایی برخورد می‌کنیم که قبض را مؤثر در آثار ماهیت مورد نظر دانسته است مانند وضعیتی که وقف، رهن و هبه در نظام فعلی حاکم ما دارد. سؤال این است که آیا قبض در این ماهیات، جزء سبب برای انتقال مالکیت است و ماهیت مورد نظر تشکیل شده از مجموع ایجاب و قبول و قبض است؟! به‌طور مثال در عقد وصیت چنان چه ایجاب با قبول مورد نظر برخورد نمود اما قبل از قبض موصی له فوت کرد آیا می‌توان گفت که ورثه وی حق قبض مورد وصیت را دارند؟ یعنی طبق نظام حاکم بر قراردادها، بر مجموع ایجاب و قبول آثار مالکیت را بار کرده و تملیک را محقق دانسته و به ورثه وی اجازه دهیم که با قبض خود این عقد را به کمال برسانند و یا موجبات انحلال عقد را فراهم آورند.

از طرفی به موجب ماده ۹۵۴ ق.م. که مقرر داشته است: «کلیه عقود جایزه به موت (و جنون) احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفته در مواردی که رشد معتبر است»، این تصور به ذهن متبادر می‌شود که اگر قبل از قبض، عقد وصیت جایز است لذا باید طبق قواعد عمومی این عقد منفسخ شود! در حالی که اصالة اللزوم در عقود به عنوان محور اصلی پذیرفته شده است؛ و مشکل‌تر اینکه با پذیرش نظریه ایقاع در این ماهیت، نظر به احسان نهفته در آن، اگر قبول را از نوع تأییدی بدانیم نه تأسیسی، قبض چه تأثیری

در این ماهیت خواهد گذاشت؟!

شرط متأخر به عنوان یکی از نظریاتی است که در توجیه موضع قبض در این ماهیت آمده است؛ بدین صورت که مقتضی یعنی مالکیت، به وسیلهٔ ایجاب و قبول حاصل شده است مشروط به اینکه به قبض داده شود؛ بنابراین قبضی که بعد از ایجاب و قبول واقع می‌گردد شرطی است متأخر و در ماقبل خود تأثیر گذاشته و عقد را از تاریخ قبول، مؤثر می‌گرداند. در حالی که از لحاظ منطقی شرط باید قبل از مشروط، مؤثر واقع شود نه بعد از آن!

قانون مدنی در این خصوص قبض را شرط لزوم عقد وصیت دانسته. بدین توضیح که چنانچه موصی له وصیت را قبول کرده ولی قبل از قبض فوت کند ملکیت موصی به، به ورثه منتقل شده و آنها مختارند در این که با قبض مورد عقد، حالت لزوم به آن دهند و یا اینکه آن را منحل کنند. به عبارت دیگر تا زمان قبض، موصی له می‌تواند عقد را بر هم زند، اما بعد از قبض این اختیار از او سلب شده و نمی‌تواند عقد را بر هم زند. صاحب مسالک در این مورد می‌گوید: «فإن وقع الرد بعد الموت والقبض فلا حکم له اجماعاً و ذلك لتحقق الملك فيه اجماعاً». (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۲۶/۶) علامه حلی نیز با جانب‌داری از این نظر می‌گوید: «إن يقع بعد القبول وقبض الموصی له فلا یصح الرد اجماعاً». (علامه حلی، بی تا، ۴۵۴/۲) یعنی چنانچه رد پس از قبول و قبض توسط موصی له واقع شود به اجماع فقها، رد صحیح نیست.

بنابراین، رد ایجاب موصی از طرف موصی له بعد از فوت، اثر ایجاب را از بین برده و عقد وصیت باطل می‌گردد و قبض ثانوی نیز تأثیری در این امر نخواهد داشت؛ اما قبض بعد از ایجاب و قبول، حق رد را از موصی له خواهد گرفت.

علامه حلی در ادامه بحث از موضع قبض، فرضی را پیش‌بینی می‌نماید که قانون مدنی این فرض را مسکوت گذاشته است و آن فرضی است که موصی بدون اعلام قبول، موصی به را قبض کرده و سپس آن را رد می‌کند؛ در این حالت آیا می‌توان گفت که وصیت حالت الزام‌آور را به خود گرفته است یا اینکه رد موصی له قابل ترتیب اثر است؟! علامه حلی با این استدلال که قبول در عقود، جزء سبب برای انتقال مالکیت است، حق رد موصی به را به موصی له داده است. (علامه حلی، بی تا، ۴۵۴/۲)

در واقع فرض قبول ضمنی در این استدلال نادیده گرفته شده است؛ و ایجاب و قبول برای تحقق مالکیت مقدمه‌ای کاملاً جدا از قبض که شرط لزوم عقد است، فرض شده است؛ اما باید پذیرفت که اگر موصی له وصیت را عملاً قبول کرده باشد و این امر به اثبات برسد رد بعد از قبض بلا اثر است؛ چرا که قایل شدن تشریفات برای اعلام قبول هیچ ضرورتی ندارد به طوری که این اعلام می‌تواند به صورت صریح یا ضمنی صورت گیرد همان‌طور که ماده ۱۹۱ ق.م. می‌گوید: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند» و آنچه دلالت بر قصد می‌تواند بکند اعم است از فعل، نوشته و یا اشاره.

از دیگر مواردی که قانون مدنی قبول عملی را مورد تأیید قرار داده است مواد ۱۹۳ و ۳۳۹ ق.م. در خصوص عقد معاطات است و اینکه عده‌ای از قداما در رد قبول فعلی، تلفظ در ایجاب و قبول را شرط می‌دانند. (نجفی، ۱۳۶۸، ۲۲/۲۱۲) شاید به این علت باشد که علی‌الاصول افراد مقاصد خود را از طریق الفاظ بیان می‌کنند اما در هر حال در صورتی که قبول فعلی موصی له به اثبات برسد و اوضاع و احوال و قراین حاکی از قبول وی باشد، رد بعدی وی تأثیری نخواهد داشت؛ اما در خصوص ماهیت قبض این سؤال به ذهن متبادر می‌شود که آیا عقود عینی، استثنایی بر اصل رضایی بودن عقود هستند؟! علی‌القاعده در عقود بعد از ایجاب و قبول عقد به کمال می‌رسد. از این رو در وصیت تملیکی که ایقاع بودن آن با قواعد حقوقی و منطقی سازگارتر می‌نماید، مقوله قبض در وصیت مشکل را دو چندان کرده است. شرط متأخر که در خصوص موضع قبض در عقود عینی ارایه شده و در واقع، تالی فاسد قبول نظریه شرح ترتب اثر است، از لحاظ منطقی، هیچ توجیه علمی و منطقی ندارد؛ چرا که علی‌القاعده شرط باید قبل از مشروط مؤثر واقع شود نه بعد از آن.

در خصوص توجیه جایگاه قبض در این گروه از ماهیات گفته شده است که پایان عقود- که در طرح کلاسیک به ایجاب و قبول به کمال می‌رسد- تابع انواع مصالح است و در عقود عینی و ایقاعات عینی پایان به اقباض است نه قبول. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۷، ۸۷)

در مورد وصیت تملیکی نیز که قطعاً از ایقاعات است و قبول موصی له ابداً ضرورت

ندارد، اقباض موصی به تنها جنبه وجودی و بیرونی دارد و در ماهیت به وجود آمده تأثیری نمی‌گذارد. در واقع مصلحت ایجاب می‌کند که مورد وصیت به قبض موصی له داده شود. بدون این که این قبض وارد قلمرو انشای موصی شود. لذا وصیت ایقاعی عینی است که شارع صرفاً با مد نظر قراردادن مصالح آدمیان قبض را در آن لازم دانسته است.

### نتیجه

با بررسی ماهیت وصیت در مواجهه با نظریات مختلف فقهی و تأثیری که قانون مدنی از پیشینه فقهی این موضوع داشته است و مقایسه آن با قواعد حاکم بر قراردادها، باید پذیرفت که مفاد ایجابی که برای بعد از فوت انشا می‌شود و در واقع ایجابی که معلق به فوت شده است نظام عرفی حاکم بر قراردادها را برهم زده است. به طوری که به تبع این تعلیق، زمان اعتبار قبول و رد وصیت قبل از فوت موصی و شرایط آن بعد از فوت موصی اختلاف نظرات فراوانی را پدید آورده است. حتی در مواردی نیز قانون مدنی حکمی برای این اختلافات و فروض مختلف به دست نداده است.

البته باید پذیرفت که اساس این اختلافات، در خصوص شناخت و تعریف ماهیت وصیت است و این سؤال که آیا وصیت در ذات خود ایقاع است و یا مانند سایر عقود نیاز به قبول دارد؟ در برابر این سؤال، نظام حقوقی فعلی به تبعیت از نظر مشهور فقها، عقد بودن وصیت تملیکی و ایقاع بودن وصیت عهدی را پذیرفته است و این در حالی است که مطابق نظام متعارف قراردادها وصیت اعم از تملیکی و عهدی، ایقاع است.

یکی از دلایل منطقی در توجیه ایقاع بودن این ماهیت و در رد نظریه سنتی منع تملیک قهری در شرع، این است که احسان نهفته در بطن انشای موصی در ذات خود ایقاع است و هیچ دلیل عقلی و منطقی برای اینکه قبول را جزء سبب برای انتقال مالکیت بدانیم وجود ندارد. از طرفی ملکیت قهریه در شرع بی سابقه نیست، همان طور که در ارث و وقف نیز انتقال قهری دیده می‌شود در این ماهیت نیز نمی‌توان با استناد به منع تملیک قهری در شرع و یا منت دانستن این احسان، قائل به عقد بودن آن شد.

از طرفی اراده یک طرفه که به نفع دیگری باشد در حقوق ما پذیرفته شده است و بدیهی است که در وصیت ضرری برای طرف مقابل متصور نیست که مانع از تأثیر انشای

یک طرفه موصی باشد.

از طرف دیگر بر مبنای نظریه نوعی، نوع افرادی که مورد احسان قرار می‌گیرد، بر مبنای رضای شخصی از آن استقبال می‌کنند که عرف و عادت حاکم در روابط نوعی افراد نیز در طول تاریخ به این امر صحّه گذاشته است. در نهایت اینکه موصی له می‌تواند این احسان را رد کند نه اینکه قبول وی را جزء سبب برای انتقال ملکیت بدانیم بلکه قبول وی تنها قبول تاییدی بوده و در صدد انشا و ایجاد نیست. از طرفی فقدان توالی عرفی بین ایجاب و قبول که از بدیهیات مسلم حقوقی است از طرفی و عدم امکان تراضی بین شخص فاقد اهلیت و شخص دارای اهلیت از طرفی، در حقوق فعلی با مشکل مواجه است. لذا پذیرفتن نظریه ایقاع در این ماهیت، با مبانی عقلی و حقوقی سازگارتر می‌نماید.

## منابع

۱. قرآن کریم.
۲. آل کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۳۵۹). *تحریر المعجزة*. قم: مکتب الفیروزآباد.
۳. ابراهیم، مصطفی و دیگران. (۱۹۶۰م). *المعجم الوسیط*. استانبول: المکتبة الاسلامیة للطباعة والنشر والتوزیع.
۴. امامی، حسن. (۱۳۸۳). *حقوق مدنی*. چ هفدهم. تهران: انتشارات اسلامیة.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد. (بی تا). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۰). *حقوق مدنی «وصیت»*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. ———. (۱۳۸۲). *فلسفه اعلی در علم حقوق*. چ اول. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. ———. (۱۳۸۶). *الفارق*. چ اول. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. ———. (۱۳۸۷). *اندیشه و ارتقاء*. چ اول. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۰. ———. (بی تا). *اساس در قوانین مدنی (المدونه)*. چ اول. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۱. ———. (بی تا). *فلسفه حقوق مدنی*. چ اول. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۲. حرّ عاملی، محمدبن حسن. (۱۴۱۴ق). *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*. چ دوم. قم: مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث.
۱۳. خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*. چ ۲۸. قم: انتشارات مدینه العلم.
۱۴. شهید اول، محمدبن مکی. (۱۴۱۱ق). *اللمعة الدمشقیة*. چ اول. بیروت: انتشارات دار الفکر.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۱۳۶



۱۵. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الاسلام. ج اول. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۱۶. نحفی (صاحب‌جواهر)، محمدحسن بن باقر. (۱۳۶۸). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج هفتم. تهران: دارالکتب الإسلامية.
۱۷. طالب‌احمدی، حبیب. ماهیت حقوقی وصیت در فقه و حقوق ایران، دو فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی. سال ۳. ش ۴، تابستان ۱۳۹۰.
۱۸. عاملی غروی، جوادبن محمد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. ج اول. قم: مؤسسة النشر الإسلامية.
۱۹. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). مختلف الشیعة. ج اول. قم: مؤسسة آل‌البيت لاحیاء التراث.
۲۰. — (بی‌تا). تذکرة الفقهاء. المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية.
۲۱. عمیدزنجانی، عباسعلی، سهیل جدی، بشری کریمی. ماهیت حقوقی وصیت. فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. (تابستان ۱۳۸۸). دوره ۳۹. ش ۲.
۲۲. فتح‌الله، احمد. (۱۴۱۵ق). معجم ألفاظ الفقه الجعفری. ج اول. بی‌جا. بی‌نا.
۲۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). شفعه، وصیت، ارث. ج پنجم. تهران: نشر میزان.
۲۴. — (۱۳۸۴). وقایع حقوقی. ج هشتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۵. کاشانی، ابوبکر بن مسعود. (۱۴۰۹ق). بدائع الصنائع. ج اول. پاکستان: المكتبة الحبیبه.
۲۶. کانت، ایمانوئل. (۱۳۸۳). فلسفه حقوق. ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی. چ دوم. بی‌جا، انتشارات نقش و نگار.
۲۷. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۰۸). جامع المقاصد فی شرح القواعد. ج اول. قم: مؤسسه آل‌البيت لاحیاء التراث.
۲۸. مسجدرائی، حمید، عباس زراعت. (۱۳۸۵). متون فقه (۳). چ دوم. تهران: انتشارات خط سوم.
۲۹. موسوی خوانساری، احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک. چ دوم. قم: مکتبه الصدوق.
۳۰. یزدی، سید محمدکاظم بن عبدالعظیم. (۱۴۲۰ق). العروة الوثقی. ج اول. قم: مؤسسه النشر اسلامی.



چکیده‌های عربی و انگلیسی

# نمط الشخصية في أصول الفقه واحتياز نظرية حق الطاعة

علي الهبي خراساني

## الخلاصة

نمط الشخصية يلقي ظلّه على أصول الفقه المعاصر، وهو مبدأ لغوي و العربيّة بكونها لغة العلوم الإسلاميّة. وتحلّ بنية الأمر في أصول الفقه بمعرفة نمط الشخصية، فحينما يأمر الأمر (المولى) بأداء عمل ماء فشخصيته تتعلّق في الحقيقة بالعمل الذي أمر به، وإذا لم يمثل المأمور بما أمر به طعن في شخصيّة الأمر و نال من كرامته، ولم يحتفل به. إنّ حجة إستحقاق العقاب في مخالفة أمر المولى في نمط الشخصية هي إهانة المولى، و عصيان العبد لمولاه، و هتك حرمة، إذ يقتضي ذلك حسب ما يفسّره العقل العملي .

و تنتقد نظرية حقّ الطاعة من هذا المرأى باعتبارها مثلاً أعلى لنمط الشخصية. و كان هذا النمط يناسب المجتمعات الطبقيّة، و يحول دون نموّ الفكر القانوني في أصول الفقه. كما يقرّ النّقد وفق الإتجاه العقلاني و المقارنة بين قيمة الاحتمال و المحتمل في نظريّة حقّ الطاعة، و يشير إلى الرأى المقترح في حجّية الاحتمال.

**المفردات الدليلية:** فلسفة علم الأصول، النمط الأصولي، الشخصية، حقّ الطاعة، العلاقة بين العبد و المولى .

جستارهای

فقهی و اصولی

سال اول، شماره اول

زمستان ۱۳۹۴

۱۴۰

# تفعيل بحث الحقيقة الشرعية

جواد ابرواني

چكیده‌های  
عربی و انگلیسی  
۱۴۱

## الخلاصة

إنّ لعلم الأصول الفقه دوراً عظيماً في تمهيد القواعد المستعملة في الفقه، فبحوث أصول الفقه ليست بمستوى واحد من حيث الاستعمال، إذ بعضها كثير الاستعمال، و بعضها قليل الإستعمال أو لا طائل تحته. فهناك بحوث طويلة في النصوص الأصولية، بيد أنّها تفتقر إلى الثمرة الفقهية كما يقول الأصوليون. و تفعيل بحوث هذا العلم بحاجة إلى تنقيح بحوثه، فالبحوث التي لا طائل تحتها إما تحذف و إما تغيّر - إن أمكن - إلى بحوث مفيدة، و منها بحث الحقيقة الشرعية. و رغم أنّ هذا البحث لا طائل تحته، بيد أنّه يمكن تقديمه من ناحية أخرى بشكل يكون فيه من أكثر بحوث هذا العلم فائدة. و قد بحثت في هذا المقال بضع مفردات من خلال الاتجاه المذكور أثناء تقديم عملية البحث، و منها: الصلاة، و الزكوة، و الصدقة، و القرض، و الربا.

**المفردات الدليلية:** الحقيقة الشرعية، الصلاة، الزكوة، الصدقة، القرض، الربا.

# دراسة الاستصحاب التقديري برأى علماء الأصول

السيد علي جبار گلباغی ماسوله

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

## الخلاصة

أثيرت أسئلة مختلفة حول الاستصحاب على مرور الأيام و خاصة في القرن الأخير، كما يفيد تراث أصول فقه الشيعة، ففتح كل سؤال بحثاً و فرعاً جديدين أو تصنيفاً حديثاً في الاستصحاب.

و من الواضح أن تنفيذ الاستصحاب يستقر على محور الشك في بقاء المستصحب، ففي هذه الحال هل بقاء المستصحب الذي تداخله الشك أن يكون بقاءه فعلياً، أو يكفي البقاء التقديري؟ و هذا السؤال الذي أثير في القرن الأخير بحث جديد يسمى الاستصحاب التقديري. إن كيفية نظرة علماء الأصول الفقه الشيعة إلى السؤال المذكور و الجواب الذي ذكر فيه، يرتب سؤالاً أصلياً تحقيقياً و أساسياً، تناوله هذا البحث من خلال دراسة حسب علم المكتبات و أسلوب وصفي و تحليلي.

**المفردات الدليلية:** الأصول العملية، الاستصحاب، الاستصحاب التقديري، الشك

في بقاء الاستصحاب.

# قراءة مجدّدة لرأى الإمام الخميني علیه السلام في باب الحكم الفقهي لغيبة المخالفين

على محمدیان  
محمدرضا علمى سولا  
محمدتقى فخلعى

چکیده‌های  
عربی و انگلیسی  
۱۴۳

## الخلاصة

سهى بعض في الآونة الأخيرة إلى تشويه سمعة الإمام الخميني قدس سرّه، و من ثمّ الطعن في التعليمات الأصيلة للمدرسة الشيعة، و ذلك من خلال بعض عبارات كتبه الفقهية في جواز غيبة المخالفين و حرمة غيبة المؤمنين في معناها الأخصّ.

و يتناول هذا البحث بواسطة دراسة مجدّدة لآراء الإمام الراحل رحمه الله الاستدلال علي النحو التالي: أنه إذا ما رأى قبل الثورة خلال آرائه التمهيدية قيد الإيمان واجباً في حرمة الغيبة، فلا يمكن مبدئياً اعتبار هذا الرأي ممّا ذهب إليه الإمامية، كما أنه لا يعدّ رأيه الأخير و الجازم في هذه المسألة، إذ تدلّ دراسة آرائه بعد الثورة و في أثناء قيادته للمجتمع الإسلاميّ أنه كان يربأ في آرائه و يذهب إلى حرمة غيبة المسلمين قاطبة. فما دام القول الأخير للمرء رأيه النهائي و القاطع فينبغي حمل رأيه النهائي في باب الغيبة على حرمتها عامة و شمول حكمها لكافة المسلمين.

**المفردات الدليلية:** الغيبة، المخالف، الإيمان، الإسلام.

# دراسة عهدية أو ملكية البيع الكلي في الفقه الإمامية والقانون الوضعي

السيد محمد هادي قبولي دُرافشان

## الخلاصة

إنّ من أهمّ المسائل المعروضة في الفقه والأصول عهدية و ملكية البيع الكلي. و إذا كان المبيع - كما هو المعروف - عيناً معيّنة، كان عقد البيع ملكياً، و تنتقل ملكيته حين إنعقاد العقد فوراً. و أمّا المبيع وفق المادة ٣٥٠ من القانون المدني فيمكن أن يكون كلياً، و في هذه الصورة لا تحرز الملكية للمشتري بعد العقد، كما هو المشهور من رأى الحقوقيين، و يمكنه إدعاء الملكية عند التسليم أو التعيين فقط، فأثر العقد لا يحدث التعهّد للبائع إلا إذا كان المبيع كلياً. و يعتبر الحقوقيون البيع الكلي عقداً عهدياً وفق ما اشتهر عنهم، و لا يعتبرونه مشمولاً بالمادّة ٣٣٨ من القانون المدني الذي عرّف عقد البيع بأنه ملكي، و لكنّ علماء الفقه الإمامي اعتبروا البيع المذكور ملكياً، و عرضوا في هذا المجال إستدلالات مهمّة. و تناول هذا البحث - بأسلوب يحاكي علم المكتبات و نهج تحليلي وصفي - توضيح رأى الفقه الإمامي و الحقوق الموضوعية فيما يخصّ عهدية البيع الكلي و تقوية رأى فقهاء الإمامية المرتكز على ملكية البيع الكلي و مفسّر إختلاف مبنى الفقهاء و الحقوقيين في النظرة إلى مفاهيم الملكية، و المال، و العين، و تقسيم العقود إلى عهدية و ملكية أيضاً.

**المفردات الدليلية:** العهدي، الملكي، البيع الكلي، الملكية، العين، فقه الإمامية،

القانون الوضعي.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۱۴۴



# بحث في نظرية إيقاعية الوصية

حميد مسجد سرائي

## الخلاصة

الوصية مِمَّا يتصرّف فيه الإنسان في حياته و يجري بعد وفاته، فهو في ملك يمينه مدام حياً. و ما يشهد به العرف و تقرّه العادة أنّ الإحسان يكمن في بطن هذه الماهية التشريعية، فالإحسان -الذي يراد به خلاف العدوان- هو عبارة عن أداء أو ترك فعل إختياري يستحسن و يحمد، و غنيّ عن البيان أنّ الموصي أخذ بعين الإعتبار عند إنشاء هذه الماهية الإحسان إلى من حوله أيضاً، أي إستيفاء الحقّ فيما بعد وفاته ملاحظة للموصي إبتداء وليس إستدامة.

و يلحظ عند الإمعان في الخلفية الفقهية لهذه الماهية و مقارنتها بالقانون المدني المهيمن على النظام المدني الحالي، إختلاف آراء في عقد الماهية المذكورة أو إيقاعه، و خاصة في قضية الوصية الملكية التي نفّذت في أمور دون التغيير في القانون المدني الراهن، بحيث إنّ فريقاً رأها عقداً و فريقاً رأها إيقاعاً أيضاً في تعيين البنية المدنية. و من الواضح أنّ القبول في حذاء الإيجاب بحث يجري في مجال العقود، و لا يقبل في بنية الإيقاع. إنّ البنية المدنية المختلفة التي وضعت في النظام الحالي للعقد و الإيقاع، تستدعي ضابطة و قاعدة، تكون قاعدة كلبية جارية و سارية، و القواعد في الوصية هي حكم المالك، إذ تعارض في بعض الموارد قواعد العقود العامة، و تستلزم النظام المتداول المهيمن على العقود، إذ تعدّ الوصية إيقاعاً، سواء كانت ملكية أو عهدية. و قارن هذا المقال النظام المدني لهذه الماهية بقواعد العقود العامة، ثم عرض الأدلّة و المبادئ المنطقية على إيقاعية هذه الماهية المعقّدة و الصعبة، و ذلك عند بحث الخلفية الفقهية المقدّمة و مقارنتها بالقانون المدني الذي أقيم في فروض عديدة بالسكوت.

**المفردات الدليلية:** الوصية الملكية، الوصية العهدية، الإيجاب المعلق، إعتبار القبول، الإحسان، الرضا النوعي، الرضا الشخصي، الإيقاع العيني.

# Paradigm of Personalism in Principles of Jurisprudence and Identification of aq al-Tā'a (Right of Obedience) Theory

Ali Elahi Khorasani

## Abstract

Paradigm of personalism has prevailed the Contemporary Principles of Jurisprudence. This paradigm is located in a linguistic and social source which roots in Arabic as the language of Islamic sciences. In Principles of Jurisprudence, the imperative structure is analyzed with the ideology of individuality, so that while the mawlā (commander or guardian) commands a person to do something, in fact, the personality and individuality of the commander is associated with the commanded. Given the servant refuses to do what is commanded by his mawlā, he has disrespected and disgraced his mawlā. In the individuality paradigm, the criterion for punishment infliction on disobeying the mawlā's command and disrespecting him is the servant's rebellion against his mawlā and disgracing him, which is performed based on the practical wisdom interpretation.

aq al-tā'a theory as a distinctive sample of paradigm of personalism is criticized from this perspective. This paradigm is in line with social class idea and impedes the legal thought growth in Principles of Jurisprudence. Likewise, based on the intellectual approach and evaluation of the probability value, some criticisms on aq al-tā'a theory are leveled and a proposed notion in the credibility of probability is referred to.

*Keywords:* the philosophy of Principles of Jurisprudence, fundamental (u ūlī) paradigm, personalism, aq al-tā'a, the commander and servant relation.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۱۴۶

## **The Practicality of the Subject “The Religious Law Reality”**

Javad Iravani

### *Abstract*

The Science of Principles of jurisprudence plays the most important role in provision of applicable jurisprudential rules. However, the issues of principles of jurisprudence from the perspective of practicality and functionality are not placed in the same level; some are so practical while others are less or not practical. In the texts pertaining to principles of jurisprudence (uṣūlī texts), there are lengthy discussions occasionally, which are fruitless in jurisprudence, according to uṣūlī scholars. To propose the subjects in this field, we have to revise its related subjects so that the fruitless issues are removed or possibly would turn into useful subjects. The Religious Law Reality is among such subjects, which is fruitless as it goes by present. Nonetheless, this subject can be proposed from another angle so that it turns to one of the most fruitful subjects in this field. This paper attempts to study some terms such as saying prayer, legal alms, charity, debt and usury using the aforementioned approach by proposing the process of discussion.

*Keywords:* Religious Law Reality, saying prayer, legal alms, charity, debt and usury.

## **An Investigation of Virtual Presumption of Continuity (Isti āb) from the Standpoint of U ūli Scholars**

Sayyed Ali Jabbar Golbaghi Masouleh

### *Abstract*

As the written literature of Shī'a Principles of Jurisprudence suggests, by the pass of time, namely in the recent century, different questions on the issue of presumption of continuity (isti āb) have been raised, each of which has opened a new file of discussion or classification on isti āb. Clearly, the performance of isti āb rests on the issue of skepticism on the continuance of the one who believes in the presumption of continuity called musta ab. Whether the continuance of a musta ab who is doubted should bear the present continuity or would the virtual continuity suffice as well? This question has raised a new issue in the recent century known as virtual isti āb. The quality of Shī'a Principle of Jurisprudence Scholars' perspectives on the aforementioned question and their answer to this question frames the key fundamental research question of this study. This study is to discuss this issue deploying a library research and descriptive-analytical methodology.

*Keywords:* the practical principles, isti āb, virtual isti āb, doubt on the continuity of musta ab.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴  
۱۴۸

# **Imam Khomeini's Viewpoint on the Permissibility of Jurisprudential Percepts of Backbiting the Opponents Revisited**

Ali Muhammadian

Muhammad Reza Elmi Soula

Muhammad Taqi Fakhlaee

## *Abstract*

Lately, some people have misused some parts of Imam Khomeini's sayings expressed in some of his jurisprudential books on the permissibility of backbiting the opponents in general, and on sanctity of backbiting the believers in specific. They attempted to injure Imam Khomeini's reputation and to deteriorate the pure Shiite teachings. Revisiting Imam Khomeini's opinions, the present writing has concluded that although he expressed his early opinions before the Islamic revolution on the sanctity of backbiting, the criterion of "belief" is compulsory. However, this standpoint could not be known as Imamiyeh's Sect ideology and could not be considered as Imam Khomeini's resolute view as well. Studying Imam Khomeini's perspectives after the Islamic Revolution and the period of his leadership to the Islamic Society reveals that his Excellency expressed very strong views occasionally maintaining backbiting a Muslim is prohibited. As a person's latest saying would be known as his recent and absolute opinion, we should consider Imam Khomeini's final attitude on backbiting applicable to the public and general.

*Keywords:* Backbiting, opponents, Islam, faith.

# **An Analysis of General Sale in Imamiyeh Jurisprudence and Substantive Law: Is it Promissory or Possessory?**

Sayyed Muhammad Hadi Qabouli Dorafshan

## *Abstract*

Among the most important issues of law and jurisprudence is whether general sale is promissory or possessory. It goes without saying that if the object of sale is exactly specified, the sale contract would be possessory, and as soon as the contract is concluded, the ownership transfer takes place. However, by the virtue of the article 350 of civil law, the object of sale could be general and a whole. In this case, most law intellectuals and experts believe that after the contract is signed, no ownership is seized by the buyer, and merely, he is able to claim his ownership by the time the sale object is submitted or identified to him. Therefore, in cases in which the sale object is general, the effect of contract solely commits the vendor to the sale. Accordingly, most of lawyers believe that general sale is a promissory contract and did not maintain such a sale to be possessory as included in the article 238 of civil law in contrast. However, Imamiyeh jurisprudence experts and intellectuals substantiated that the aforementioned sale is a possessory one providing irrefutable proofs. The present research attempts to state Imamiyeh jurisprudence and substantive law perspectives with respect to the general sale's enjoying promissory or possessory nature deploying a library and analytic-descriptive method of research. It highlights Imamiyeh jurists' viewpoints holding that general sale is possessory and reiterates jurists' and lawyers' fundamental disagreement on the concepts of ownership, property, source of property and the classification of contracts to promissory and possessory.

*Keywords:* promissory, possessory, general sale, ownership, source of property, Imamiyeh jurisprudence, substantive law.

جستارهای  
فقهی و اصولی  
سال اول، شماره اول  
زمستان ۱۳۹۴

۱۵۰

## **A Survey on Unilateral Obligations of Bequest**

**Hamid Masjid Sarayee**

### *Abstract*

Bequest is considered among the general powers of disposition a person jots down before his/her death. Thus, it is compared to the fulfilled properties a person might have possessed during his/her lifetime. According to the custom and practice, a hidden mercy lies in the interior of this legal identity. Mercy is antonym to the word hostility which means doing or not doing an arbitrary action that deserves appraisal and it is taken for granted that the legator has bestowed the position because of his mercy in the time of composing his bequest. In other words, taking possession of the legated property after the legator's death has been intended by the legator merely by the time of composing the bequest initially and may not be continuous. By taking a look at the jurisprudential background of legacy law and comparing it with the ruling civil law of the present legal system, we come across disagreements with respect to the nature a contract or a unilateral obligation of the above mentioned identity has, namely regarding ownership legacy, which has been utilized in the present civil law unchangeably. Thus, to frame the legal structure of this law, some experts

and scholars have considered it as a contract, while others believe it to be a unilateral obligation. Evidently, offer vs. acceptance is an issue which is discussed under contracts, and acceptance would not be positioned in the structure of unilateral obligations as the legal structure devised in the present legal system would be different with respect to contract and unilateral obligation and the ruling government adopts the rules which are considered as general and clear. However legacy law contains regulations and rules which contradicts the general rules in some cases and the ruling conventional system over the contracts entails that legacy, either ownership legacy or pledge is considered as being unilateral obligation. Therefore, the present paper attempts to investigate the jurisprudential background of this law along with the set-out reasons by comparing it with the civil law which has not been paved by many. The authors of the paper will compare legacy with the general rules of contracts and will substantiate why complex concept of legacy rests on being unilateral obligation.

*Keywords:* Ownership legacy, pledge legacy, absolute offer, acceptance credit, mercy, generic contentment, personal contentment, objective unilateral obligation.