

فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و پنجم، شماره سوم، پاییز ۱۳۹۷

۹۵

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه
سر دبیر: سیف الله صرامی
دبیر تحریریه: علیرضا فجزری
کارشناس اجرایی: سید حسین موسوی
مترجم انگلیسی چکیده‌ها: محمدرضا ظفوری
مترجم عربی چکیده‌ها: محمدحسین حکمت

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)
عبدالرضا ایزدپناه (عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)
یعقوبعلی برجی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)
سیداحمد حسینی (عضو مجلس خبرگان رهبری و عضو جامعه مدرسین)
محمد زروندی رحمانی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)
سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
سیف‌الله صرامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
احمد مبلغی (عضو مجلس خبرگان رهبری و رئیس مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی)
سیدضیاء مرتضوی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)
محمدحسن نجفی‌راد (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

یادآوری

فصلنامه فقه به استناد مصوبه ۱۳۱ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی شورای عالی حوزه‌های علمیه در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۵ از شماره ۷۵، حائز رتبه علمی - پژوهشی گردید. یادآوری می‌گردد به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۶۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی به مجلات علمی، دارای اعتبار رسمی بوده و موجب امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد.

فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags)؛ سیویلیکا (www.civilica.com) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) نمایه می‌شود.

هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است. • دیدگاه‌های مطرح‌شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست.



نشانی: قم، میدان شهدا، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، * صندوق پستی: ۵۹۹ - ۳۷۱۸۵
تلفن: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۲۱۵۹ * شماره: ۰۲۵ * تلفن واحد توزیع: ۳۷۱۶۶۶۶ - ۰۲۵
پست الکترونیکی: Feqh.osul@gmail.com * آدرس سایت: Jf.isca.ac.ir

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۷۰۰۰ تومان

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

- ویژگی‌های شکلی مقاله:** حتماً با الگوی فصلنامه (مندرج در صفحه اول سامانه نشریه) تنظیم شده باشد؛
۱. حجم مقاله تایپ شده همراه با چکیده و کتابنامه (حداکثر ۷۵۰۰ کلمه) به آدرس سامانه نشریه ارسال شود؛
 ۲. مقاله در محیط Word یا پسوند DOCX (با قلم Noorzar نازک ۱۴ برای متن و Times New Roman نازک ۱۰ برای انگلیسی) حروف چینی گردد.
 ۳. شیوه‌های استناد بایستی به صورت درون‌متنی بین پرانتز به شرح ذیل باشد:

❖ **قرآن:** آیات (همراه با ترجمه) داخل گیومه درج شده و سپس نام سوره و شماره آیه (داخل پرانتز) آورده شود. **نمونه:** «الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ؛ ستایش مخصوص خداوندی است که پروردگار جهانیان است» (حمد: ۱).

❖ **کتاب:** (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار اثر، شماره جلد: شماره صفحه، مثال: منبع فارسی با صفحات متناوب (مطهری، ۱۳۶۰، ج ۱: ص ۲۰۰-۲۲۰) و با صفحات متفاوت (امینی، ۱۳۸۷، ج ۱: صص ۲۰۰ و ۲۰۷)؛ **نکته:** درج (حرف ق) برای تاریخ قمری لازم است.

منبع انگلیسی با صفحات متناوب (Kant, 1788: p.224-288).

منبع انگلیسی با صفحات متفاوت (Kant, 1788: pp.44, 288).

❖ **مقاله:** (نام خانوادگی، سال انتشار اثر: شماره صفحه. مثال: یاسری، ۱۳۸۵: ص ۷۵).

تذکر:

- ✓ اگر از یک نویسنده، بیش از یک اثر در مقاله استفاده شود، در صورت اشتراک زمان انتشار آنان، پس از سال انتشار، با ذکر حروف الفبا در گیومه از یکدیگر متمایز شوند. مانند: (مطهری، ۱۳۶۰ «الف»: ص ۲۰۰) یا (مطهری، ۱۳۶۰ «ب»: ص ۱۴۵).
- ✓ اگر مؤلفان یک اثر **بیش از سه نفر** باشند، تنها نام خانوادگی یک نفر می‌آید و با واژه «دیگران» به دیگر مؤلفان اشاره می‌شود.
- ✓ اگر به دو اثر از یک نویسنده، بدون فاصله ارجاع داده شود، به جای تکرار نام نویسنده، از واژه «همو» استفاده می‌شود و به جای تکرار منبع و سال «همان» درج شود. در ارجاع به **منابع لاتین** در متن به جای واژه «همان» از «ibid»، «همو» از «Idem.» و «پیشین» از «op.cit» استفاده شود.
- ۴. معادل لاتین کلمات غیرفارسی و تلفظ واژگان و اصطلاحات مهجور داخل متن و توضیحات پرانتز بیشتر در پانویس آورده شود؛
- ۵. **عبارات تکریمی:** از کلیشه به جای عبارات تکریمی استفاده شود. مانند: ﷺ به جای (ص)؛ ﷺ به جای (ع)؛ ﷺ به جای (ره) و ﷺ به جای (علیهم‌السلام) و ...

۶. فهرست منابع و مآخذ (کتاب‌نامه) در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبا و به روش زیر تدوین و درج شود:

❖ **کتاب‌ها:** نام خانوادگی، نام (سال انتشار)، عنوان کتاب (ایرانیک)، مترجم، جلد، نوبت چاپ، محل نشر: ناشر.

❖ **مقالات:** نام خانوادگی، نام (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه (ایرانیک)، دوره و شماره نشریه، شماره صفحات مقاله.

❖ **منابع الکترونیکی:** نام خانوادگی، نام (تاریخ مشاهده منبع در سایت یا وبلاگ)، «عنوان مقاله یا نوشته»، آدرس دقیق اینترنتی یا دسترسی (CD و ...).

❖ **پایان‌نامه‌ها:** نام خانوادگی، نام (سال دفاع از رساله)، عنوان رساله، مقطع تحصیلی، گروه، نام دانشکده، دانشگاه.

ویژگی‌های محتوایی مقاله

الف) صفحه اول شامل: ۱. عنوان کامل مقاله، نام و نام خانوادگی، مرتبه علمی دانشگاهی و پست الکترونیکی سازمانی نویسنده یا نویسندگان؛ ۲. چکیده فارسی (حداقل ۱۵۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه)؛ ۳. کلیدواژه‌ها (۳ تا ۷ کلمه) (ترجمه و ارسال تمامی موارد به لاتین الزامی است).

❖ در صورتی که مقاله برگرفته از پایان‌نامه باشد یا سازمان و نهادی هزینه مالی پروژه را پرداخت کرده باشد و یا تشکری لازم داشته باشد باید در پاورقی صفحه اول (چکیده) درج شود.

❖ مقاله پیش‌تر یا هم‌زمان به مجله‌های دیگر ارائه نشده باشد و نویسنده به نشر آن در جای دیگر متعهد نباشد.

❖ اعضای هیئت علمی، اساتید و محققان مراکز آموزشی و پژوهشی موظف‌اند در مقاله خود پست الکترونیکی سازمانی خود را وارد کنند.

❖ در صورتی که مقاله مشترک است، عنوان (نویسنده مسئول) در پاورقی و در مقابل اسم او درج شود.

ب) صفحات دوم تا آخر شامل: ۱. مقدمه و طرح مسئله، پیشینه تحقیق، روش تحقیق و گردآوری اطلاعات؛

۲. تبیین ابعاد مسئله به صورت منطقی شده با رعایت انسجام و هماهنگی مطالب در زیرمجموعه‌سازی استاندارد (پیگیری از الگوی عددی یا حرف و عدد)؛ ۳. نتیجه‌گیری؛ ۴. کتاب‌نامه.

فهرست مقالات

- ۵ بررسی فقهی قراردادهای بی-او-تی (BOT)
بلال شاکری
حسین ناصریمقدم
- ۲۹ تطبیقات فقهی آثار مخالفت با امتنان در اجرای برائت شرعی
محمداعلی خادمی کوشا
- ۵۰ دلالت قاعده علی‌الید بر ضمان در ربایش انسان
محمد رحمانی
نقیسه زروندی
- ۷۶ علل ترجیح نمایه موضوعی با رویکرد ترکیبی
در بازنمایی موضوعات فقهی
سید تقی واردی
- ۱۰۸ تعارض استصحاب و قاعده درء در فقه جزایی
و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
رضا الهامی
سیدسجاد محمدی
کمال آقاپور
- ۱۳۳ بررسی و نقد دلالت روایت «فی رجل استأجر أجيراً...»
بر قاعده علم ضمان امین
علی نصرتی
- ۱۵۹ ملخصات
- 4 Abstracts



فصلنامه علمی پژوهشی
سال بیست و پنجم، شماره سوم، پاییز ۱۳۹۷

Feqh

A Quarterly Scientific-Research Journal
Vol. 25, No. 3, Autumn, 2018

بررسی فقهی قراردادهای بی.او.تی (BOT)

* بلال شاکری

** حسین ناصری مقدم

چکیده

تعریف قرارداد بی.او.تی چنین است: اعطای حق تأسیس و بهره‌برداری از یک پروژه مشخص در دوره زمانی معین از سوی طرف نخست به طرف دوم؛ به شرط آنکه طرف دوم پروژه را به قصد بازگشت اصل سرمایه و سود منطقی و مناسب، اجرا و بهره‌برداری کند و در پایان مدت قرارداد، پروژه را بدون دریافت مبلغی، به صورت آماده فعالیت مطلوب به طرف نخست تحویل نماید. در این نوشتار، با توصیف و تحلیل منابع موجود و آثار مشابه، چنین قراردادهایی بررسی فقهی شده‌اند. وجه تمایز این اثر نسبت به آثار مشابه در این است که علاوه بر توجه به مبانی و پیش فرض‌های مؤثر در تحلیل فقهی این گونه قراردادهای، بیش از پانزده احتمال مختلف در تحلیل فقهی چنین قراردادهایی مورد توجه قرار گرفته است. همچنین، چگونگی تنظیم این قراردادها به صورت‌ها و انواع مختلفی از عقود شرعی (بیش از ده مدل فقهی) از جمله عقود معهود (قباله، مصالحه، اجاره، استصناع، جعاله، وکالت)، عقود ترکیبی (اجاره و مصالحه، بیع و مصالحه، وکالت و اجاره) یا عقود مستقل جایز دانسته شده است. هر یک از این صورت‌ها آثار متفاوتی هم دارند.

کلیدواژه‌ها

بی.او.تی؛ ساخت، بهره‌برداری و انتقال؛ قراردادهای جدید؛ عقود ترکیبی.



فقه

بررسی فقهی قراردادهای بی.او.تی (BOT)

تاریخ پذیرش: ۹۷/۱۰/۱۷

b.shakeri@iran.ir

naseri1962@um.ac.ir

تاریخ دریافت: ۹۷/۴/۱۸

* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)

** دانشیار دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

مقدمه

پاسخ‌گویی به مسائل مستحدثه یکی از دغدغه‌های همیشگی فقیهان بوده است. علم فقه با توجه به وظیفه‌ای که بر عهده دارد، در هر زمانی باید پاسخ‌گوی تمام مسائل مربوط به زندگی انسان به لحاظ حکم شرعی باشد. در میان مسائل مستحدثه، قراردادهای معاملی جدید در مسائل اقتصادی و مالی کشورها نقش پررنگی دارند. این قراردادها از جمله مسائل مهمی‌اند که فقه در هر زمانی در مقام پاسخ‌گویی به مشروعیت یا عدم مشروعیت‌شان بر آمده است. در دوره معاصر و در مجامع بین‌المللی چنین قراردادهایی بسیار فراوان‌اند. قرارداد «بی. او. تی» از جمله این قراردادهاست که در انجام پروژه‌های سنگین مالی (ملی و بین‌المللی) به کار می‌رود.

نوشتار پیش‌رو در پی بررسی مشروعیت این گونه قراردادهاست. بر این اساس، پس از توضیح مختصری درباره ماهیت قراردادهای بی. او. تی، انواع قراردادهای شرعی بررسی و تحلیل می‌شوند و امکان تطبیق آنها بر قراردادهای بی. او. تی سنجیده خواهد شد.



فقه

سال بیست و پنجم، شماره ۹۵، پاییز ۱۳۹۷

پیشینه تحقیق و نوآوری اثر

درباره قراردادهای بی. او. تی و بررسی فقهی آنها مقالات و پایان‌نامه‌های متعددی نوشته شده است که عبارت‌اند از:

- «قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی»، مرتضی ترابی (ترابی، ۱۳۸۹)؛
- «پروژه‌های ساخت، بهره‌برداری و انتقال»، عبدالحسین شیروی (شیروی، ۱۳۸۰)؛
- «بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، محسن صادقی (صادقی، ۱۳۸۵)؛
- امکان‌سنجی اجرای سیاست‌های BOT و BLOT با موازین فقه شیعه، مجید پیره (پیره، ۱۳۸۸)؛
- مقایسه قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال (B.O.T) در حقوق موضوعه و قرارداد استصناع در فقه، سیدمحمد مهدی امارتی موسوی (امارتی موسوی، ۱۳۹۴)؛

- بررسی فقهی قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال (BOT)، وحیده دهقان (دهقان، ۱۳۹۱).

اما وجه تمایز این اثر با آثار مشابه و نوآوری‌های آن را می‌توان در قالب موارد ذیل برشمرد:

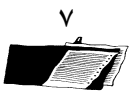
الف. تعدد و تکثر تحلیل‌های مختلف فقهی: نوشته‌های مشابه حدود چهار تا پنج احتمال را در تطبیق و تحلیل فقهی این قراردادها مطرح کرده‌اند؛ ام در این مقاله، بیش از پانزده احتمال مختلف نقد و بررسی شده و تحلیل فقهی قراردادها براساس این احتمالات، مورد توجه قرار گرفته است؛

ب. توجه به مبانی و پیش‌فرض‌ها: در این اثر به مبانی و پیش‌فرض‌های مختلف و مؤثر در تحلیل فقهی چنین قراردادهایی توجه شده و براساس هر مبنا، جواز یا عدم جواز چنین قراردادهایی از نظر فقهی نقد و بررسی شده است؛

ج. ارائه راهکارهای مختلف و تنوع فقهی در تنظیم قراردادهای این‌چنینی: در آثار مشابه نوعاً مشروع بودن چنین قراردادهایی ذیل یک یا دو مورد از عقود شرعی پذیرفته شده است؛ اما در این جستار، چگونگی تنظیم این قراردادها به صورت‌ها و انواع مختلفی از عقود شرعی (بیش از ده مدل فقهی) از جمله عقود معهود (قباله، مصالحه، اجاره، استصناع، جعاله، وکالت)، عقود ترکیبی (اجاره و مصالحه، بیع و مصالحه، وکالت و اجاره) یا عقود مستقل جایز دانسته شده است. همچنین، راه‌های مختلفی برای مشروع دانستن این نوع از قراردادها بیان شده است که هر یک آثار متفاوتی دارند.

۱. مفهوم‌شناسی قرارداد بی.او.تی.

قرارداد بی.او.تی (BOT: Build-Operate-Transfer) یا همان قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال، قراردادی است که در آن، یک کنسرسیوم خصوصی با مجوز دولت، پروژه‌ای را می‌سازد و پس از ساخت، برای مدتی از آن پروژه بهره‌برداری می‌کند. پس از



فقه



انقضای مدت قرارداد نیز پروژه به دولت طرف قرارداد منتقل می‌شود. به بیان دیگر، دولتی به یک کنسرسیوم خصوصی متشکل از شرکت‌های خصوصی امتیاز می‌دهد تا مطابق قرارداد، آن کنسرسیوم تأمین مالی یک طرح زیربنایی را عهده‌دار شده، آن را بسازد و در ازای مخارجی که تقبل کرده، برای مدتی از پروژه ساخته شده بهره‌برداری کند. آنگاه پس از سپری شدن مدت قرارداد، پروژه و حق استفاده از آن را بدون دریافت وجهی به دولت منتقل کند (شیروی، ۱۳۸۰: ص ۳۳).

این نوع قرارداد متشکل از عناصری است که شناسایی آنها می‌تواند به تحلیل فقهی قرارداد کمک کند. عناصر اصلی چنین قراردادهایی عبارت‌اند از:

الف. دولت امتیاز احداث یک پروژه اقتصادی را به کنسرسیوم اعطا می‌کند؛

ب. دولت امتیاز بهره‌برداری از پروژه اقتصادی ساخته شده را برای مدت معینی به کنسرسیوم واگذار می‌کند؛

ج. کنسرسیوم مسئول تأمین مالی پروژه است؛

د. کنسرسیوم مسئول ساخت پروژه است؛

ه. حق بهره‌برداری از پروژه در مدت مقرر برای کنسرسیوم است؛

و. کنسرسیوم منافع به‌دست آورده در آن مدت را به‌ازای هزینه‌های انجام شده محسوب می‌کند؛

ز. پس از سپری شدن مدت مقرر، پروژه به‌طور رایگان به دولت مزبور منتقل می‌شود (شیروی، ۱۳۸۰: ص ۳۴-۳۵).

بنابراین در تعریف قرارداد بی.اوتی می‌توان چنین گفت:

اعطای حق تأسیس و بهره‌برداری از یک پروژه مشخص و در طول دوره زمانی معین از سوی طرف نخست (دولت) به طرف دوم (کنسرسیوم)؛ به شرط آنکه طرف دوم در این مدت، پروژه را به‌قصد بازگشت اصل سرمایه و سود منطقی و مناسب، اجرا و بهره‌برداری کند و پروژه را در پایان مدت قرارداد بدون دریافت مبلغی دیگر، به‌صورت سالم و آماده فعالیت مطلوب به طرف نخست تحویل دهد (ترابی، ۱۳۸۹: ص ۳۴).

۲. حکم‌شناسی قرارداد بی.او.تی

فقیهان دو دیدگاه دربارهٔ معاملات دارند: برخی معاملات را، همچون عبادات، توقیفی می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵: ص ۱۱۱؛ بهبهانی، ۱۴۲۴ق، ج ۱: ص ۹؛ آل‌عصفور، بی‌تا، ج ۱۴: ص ۵۴۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲: ص ۵۳)؛ عده‌ای نیز فقط عبادات را توقیفی دانسته و معاملات را غیر توقیفی دانسته‌اند (بهبهانی، ۱۴۱۵ق: ص ۴۷۵؛ همو، ۱۴۱۷ق: ص ۷۳؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ص ۳۲۳). براساس دو دیدگاه مطرح‌شده، بررسی فقهی قرارداد بی.او.تی متفاوت خواهد شد: براساس توقیفی دانستن معاملات، چنین قراردادی تنها در صورتی صحیح است که زیرمجموعهٔ یکی از عقود شرعی مشخص و بیان‌شده در کلام شارع قرار گیرد و اگر قراردادی در لسان شارع نیامده باشد، باطل است؛ همچنین، براساس دیدگاه غیر توقیفی بودن معاملات، علاوه بر تطبیق چنین قراردادهایی بر قراردادهای مرسوم شرعی، آن را می‌توان عقدی مستقل و عقلائی دانست و براساس عمومات باب معاملات، حکم به جواز و صحت آن کرد.

۳. جایگاه قرارداد بی.او.تی در قراردادهای فقهی

احتمالات مختلفی در تحلیل فقهی قراردادهای بی.او.تی وجود دارد: چنین قراردادی را می‌توان عقد مستقل عقلائی دانست یا یکی از عقود شرعی به‌شمار آورد یا عقدی مرکب از چند عقد شرعی در نظر گرفت. در مجموع، در این باره نه احتمال و تحلیل می‌توان ارائه کرد.

۳-۱. بی.او.تی، قراردادی مستقل و عقلائی

بی.او.تی را می‌توان عقدی مستقل و عقلائی دانست. در عقلائی بودن چنین قراردادی ظاهراً شک و وجود ندارد و جاری بودن چنین قراردادی بین عقلا بهترین شاهد بر این ادعاست؛ اما در اینکه آیا عقدی مستقل است، باید گفت با توجه به اینکه عرف آن را یکی از عقود ثابت در شریعت شناسایی نمی‌کند و همچنین، در تطبیق عقود اسلامی بر





آن اختلاف هست، می‌توان چنین عقدی را مستقل و عقلائی دانست و قواعد عام قراردادها را بر آن منطبق کرد.

در واقع، بنابر مبنای غیر توقیفی بودن معاملات، حکم به جواز چنین معامله‌ای بسیار راحت‌تر از مبنای توقیفی دانستن معاملات است؛ زیرا به فرض عدم انطباق هر یک از عقود اسلامی بر چنین عقدی، از باب عقود عقلائی می‌توان حکم به صحت و جواز آن داد؛ اما چنان که بیان شد، بنابر مبنای توقیفی بودن معاملات، اگر انطباق عقود اسلامی بر قرارداد بی.او.تی ناتمام باشد، چنین معامله‌ای باطل خواهد بود.

درباره حکم چنین قراردادی در صورت عقد مستقل دانستن آن باید گفت: با توجه به ادله عام و مطلقه که شارع درباره معاملات بیان کرده است، هر قرارداد و معامله‌ای که از سوی عقلا مطرح شده باشد و برخلاف شرع نباشد، جایز است و طرفین معامله و قرارداد باید به تعهدات خود در آن وفا کنند (بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ص ۷۳). بنابراین، براساس مبنای غیر توقیفی بودن معاملات و همچنین، خلاف شرع نبودن اصل چنین معامله‌ای، این نوع قرارداد مشمول ادله عام قراردادها واقع شده و جایز است.

ادله عام قراردادها عبارت‌اند از:

الف. «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منکم؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به باطل [و از طرق نامشروع]

نخورید؛ مگر اینکه تجارتی باشد که با رضایت شما انجام گیرد» (نساء: ۲۹)؛

ب. «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به پیمان‌ها و قراردادها وفا کنید» (مائده: ۱)؛

ج. «أحل الله البیع؛ خداوند بیع را حلال کرد» (بقره: ۲۷۵)؛

د. المؤمنون عند شروطهم (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ص ۳۷۱؛ همو، ۱۳۹۰ق، ج ۳: ص ۲۳۲)؛

ه. الناس مسلطون علی أموالهم (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق «ب»، ج ۳: ص ۱۷۶-۱۷۷؛ ابن‌ابی‌جمهور،

۱۴۰۵ق، ج ۱: ص ۲۲۲؛ علامه حلی، ۱۹۸۲م: ص ۴۹۴).

با توجه به روایت اخیر، مالکان و طرفین قرارداد می‌توانند در اموال خود تصرف کنند و قراردادی به شکل قراردادهای بی.او.تی میان خود منعقد نمایند. با انعقاد چنین

قراردادی، تجارت همراه با تراضی طرفین شکل گرفته است. بنابر آیه تجارت (نساء: ۲۹) چنین عقدی جایز است. براساس آیه «ج» نیز خداوند کلیه معاملات را حلال دانسته است؛ مگر قراردادهایی که حکم به بطلان و فساد آنها کرده است. قراردادهای بی.او.تی مشمول قراردادهای منهی عنه شارع نیست. بر این اساس و مطابق آیه «ب» و روایت «د»، اگر چنین عقدی میان دو طرف بسته شد، وفای به آن واجب خواهد بود. بنابراین، در صورتی که چنین قراردادهایی در زمره قراردادهای مستقل عقلائی شناخته شود، در جواز و مشروعیت آنها اختلافی نخواهد بود.

۳-۲. انطباق عقود شرعی بر قرارداد بی.او.تی

چنان که بیان شد، بنابر مبنای توقیفی بودن معاملات، تنها در صورتی می توان حکم به صحت قرارداد بی.او.تی کرد که بر یکی از عقود شرعی منطبق شود. بر این اساس، در ادامه به بررسی برخی عقود شرعی ای پرداخته خواهد شد که احتمال انطباق آنها بر قراردادهای بی.او.تی وجود دارد.

۳-۲-۱. قباله، نزدیکترین عقد شرعی به بی.او.تی

یکی از عقود شرعی ای که قرارداد بی.او.تی را می توان از مصادیق آن دانست، عقد قباله است. قباله یکی از عقود است که درباره آن اختلاف نظر وجود دارد: برخی آن را عقدی مستقل دانسته اند (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸: ص ۲۳۳؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۱: ص ۱۸۵؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ص ۲۲۲) و عده ای آن را اجاره یا جعاله می دانند (مظفر، ۱۳۹۲ق: ص ۲۹۳؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ص ۲۲۲). با توجه به اختلاف ذکر شده، چهار نظر در تبیین ماهیت قباله مطرح شده است (طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ص ۲۲۲):

الف. قباله همان اجاره بر عین است که در آن، عمل به عنوان اجز معین شده است؛
ب. قباله همان اجاره عمل است که در آن، منفعت زمین به عنوان اجز معین شده است؛
ج. قباله همان جعاله بر عمل است که در آن، منفعت زمین به عنوان جعل قرار داده شده است؛



فقه



د. قباله عقدی مستقل است که در آن، منفعت به تملیک عامل در آمده و عمل به تملیک صاحب زمین در می آید؛ بدون اینکه معاوضه‌ای بین منفعت و عمل صورت گرفته باشد.

اگر قباله به عنوان عقدی مستقل شناخته شود، با توجه به ماهیت آن و همچنین ادله نقلی موجود درباره‌اش، می‌توان آن را نزدیک‌ترین نوع قرارداد شرعی به قراردادهای بی.او.تی و حتی همان قرارداد بی.او.تی دانست. برای توضیح این ادعا، برخی روایات وارد شده درباره عقد قباله بیان می‌شود:

الف. صحیحہ حلبی:

امام صادق علیه السلام فرمودند: قباله، که شخصی زمین خرابی را از صاحب آن به مدت بیست سال یا کمتر یا بیشتر گرفته و آن را آباد کرده و خراج آن را پردازد، اشکالی نداشته و صحیح است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ص ۲۶۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ص ۱۹۷-۱۹۸).

ب. صحیحہ یعقوب بن شعیب:

از امام صادق علیه السلام پرسیدم: شخصی زمینش را به دیگری داده و به او می‌گوید: زمین را آباد کن و سه سال یا پنج سال یا هر اندازه خواستی، از آن بهره‌مند شو. امام علیه السلام فرمودند: اشکالی نداشته و صحیح است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ص ۲۶۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ص ۱۹۸).

ج. موثقه حلبی:

از امام صادق علیه السلام درباره شخصی پرسیدند که زمینی را از مالک آن دریافت کرده و طی سال‌ها آباد کرده و در این مدت از آن استفاده می‌کند؛ سپس زمین را در حال آبادانی به مالکش بر می‌گرداند. حضرت علیه السلام فرمودند: اشکالی نداشته و صحیح است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ص ۲۰۵).

د. روایت دعائم الاسلام:

از امام صادق علیه السلام پرسیدند: مردی زمین خراب خود را به دیگری داده و

می گوید در برابر آبادسازی آن، چند سالِ مشخص از محصولش استفاده کن.

حضرت علیه السلام فرمودند: جایز است (ابن حیون، ۱۳۸۵ق، ج ۲: ص ۷۳).

نوع قراردادهای بی.او.تی به گونه‌ای در راستای آبادانی زمین و بهره‌برداری از آن در مدت معین است. با توجه به روایات مطرح شده، به خوبی مشخص است که این روند دقیقاً بر عقد قبالة ذکر شده در روایات، منطبق است. بر این اساس، می‌توان چنین قراردادهایی را مصداق عقد شرعی قبالة و جایز دانست (ترابی، ۱۳۸۹: ص ۶۲). با فرض اینکه درباره تطبیق دقیق و کامل قراردادهای بی.او.تی بر عقد قبالة، به ویژه در برخی موارد همچون ساخت کشتی، تردید ایجاد شود، از باب تنقیح مناط می‌توان قائل به مشروعیت چنین قراردادهایی شد. به عبارتی، از دیدگاه عرف، از زمین و آبادانی آن الغای خصوصیت شده و نوع قراردادهای بی.او.تی معتبر خواهند بود (البته، ممکن است دیگر عنوان قبالة بر اساس تنقیح مناط منطبق نشود).

البته، این استدلال‌ها در فرضی است که قبالة از نظر شرعی عقدی مستقل محسوب شود. با وجود این، اگر قبالة به اجاره یا جعالة بازگردانده شود، در این صورت، چنین قراردادهایی از مصداق اجاره یا جعالة خواهند بود که ذیل هر یک توضیح داده خواهد شد.

۲-۲-۳. تنظیم قرارداد بی.او.تی بر اساس مصالحه

از دیگر عقود شرعی‌ای که می‌توان بر اساس نظریه توفیقی بودن معاملات، قراردادهای بی.او.تی را منطبق بر آن تنظیم کرد و چنین قراردادهایی را از نظر شرعی جایز شمرد، عقد صلح است. صلح به عقدی گفته می‌شود که برای برطرف کردن نزاع‌ها تشریح و وضع شده است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ص ۹۹؛ همو، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ص ۱۴۴؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ص ۲۲۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ص ۱۷۲). البته، این بدان معنا نیست که حتماً باید نزاعی وجود داشته باشد تا عقد صلح جاری شود؛ بلکه این عقد به صورت ابتدایی هم قابلیت وقوع دارد (ر.ک: محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ص ۴۰۷-۴۰۸؛ شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۳۳؛ همو، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ص ۲۵۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱: ص ۸۴). همچنین، درباره عقد مستقل بودن صلح میان فقیهان اختلاف هست:



فقه



برخی همچون شیخ طوسی، صلح را عقدی مستقل نمی‌دانند؛ بلکه آن را فرع بیع، اجاره، اجاره، عاریه و هبه می‌دانند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲: ص ۲۸۸). بنابر این دیدگاه، دیگر نمی‌توان قراردادهای بی‌اوتی را ضمن عقد صلح تفسیر کرد؛ بلکه اگر مصالحه‌ای نیز اتفاق افتاده باشد، صلح بر بیع یا اجاره و ... است. از این رو، باید دید پنج عقدی که صلح از نظر شیخ طوسی، ضمن آنها محقق می‌شود، در تفسیر چنین قراردادهایی معنا دارد یا خیر.

در برابر دیدگاه شیخ طوسی، مشهور فقیهان صلح را یکی از عقود مستقل شرعی دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ص ۹۹؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ص ۲۲۱-۲۲۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ص ۱۷۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ص ۲۵۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱: ص ۸۷). در این صورت، می‌توان گفت: مصالحه‌ای بین دولت و کنسرسیوم درباره‌ی واگذاری حق امتیاز استفاده از زمین در برابر ساخت پروژه و سپس واگذاری آن به دولت صورت گرفته است. در حقیقت، نوعی مصالحه‌ی ابتدایی بین دولت و کنسرسیوم واقع شده است (ر.ک: ترابی، ۱۳۸۹: ص ۶۲).
با توجه به دایره‌ی وسیع عقد صلح می‌توان گفت: تنظیم قراردادهای بی‌اوتی براساس مصالحه، خالی از اشکال بوده و با رعایت آنچه در مشروعیت عقد صلح بیان شده است، چنین عقدی مشروع خواهد بود.

۳-۲-۳. انعقاد قرارداد بی‌اوتی به صورت اجاره

اجاره یکی از عقود شرعی‌ای است که در صورت تطبیق قراردادهای بی‌اوتی بر آن، شرعیت چنین قراردادهایی ثابت می‌شود. در میان عقود که در این بحث مطرح شده‌اند، اجاره جایگاه ویژه‌ای دارد؛ چون علاوه بر اینکه خود ممکن است به عنوان عقدی مستقل، قابلیت تطبیق بر چنین قراردادهایی را داشته باشد، بنابر برخی دیدگاه‌ها، بازگشت دو عقد قباله و مصالحه نیز به این عقد است.

اجاره عقدی است که با رضایت دو طرف، به انتقال منفعتی معین در برابر عوضی معلوم می‌انجامد (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰: ص ۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱: ص ۵۷۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹: ص ۲۲۱). در عقد اجاره، عین در ملکیت مالک باقی می‌ماند؛ اما حق استفاده

از منافع آن به دیگری برای مدتی واگذار می‌شود.

در تفسیر قراردادهای بی.او.تی به صورت عقد اجاره، با توجه به اینکه موجر و مستأجر چه کسی است، دو گونه تفسیر می‌توان ارائه داد (ر.ک: ترابی، ۱۳۸۹: ص ۶۲):^۱

الف. موجر، دولت؛ مستأجر، کنسرسیوم: در این تفسیر، دولت به عنوان مالک زمین، حق استفاده از منافع زمین را برای مدت معلوم به کنسرسیوم منتقل می‌کند. کنسرسیوم نیز به عنوان عوض، پروژه ساخته شده را به دولت تحویل می‌دهد. بنابر این تفسیر، درباره در اختیار گرفتن زمین و تحویل پروژه به لحاظ عقد اجاره مشکلی وجود ندارد؛ اما درباره مدت زمان بهره‌برداری کنسرسیوم از پروژه، عقد اجاره شمولی نداشته و باید بر اساس شرط ضمن عقد اجاره یا عقد دیگر آن را تصحیح کرد. بنابراین، قرارداد بی.او.تی را تنها به صورت عقد اجاره همراه با شرط ضمن عقد می‌توان منعقد کرد و آن را می‌توان به صورت عقدی ترکیبی منعقد ساخت.

ب. موجر، کنسرسیوم؛ مستأجر، دولت: در این تفسیر، کنسرسیوم نفوس خود را جهت ساخت پروژه به اجاره دولت داده است و مدت زمان بهره‌برداری از پروژه به عنوان حق اجرت محاسبه می‌شود. زمین هم چون محل احداث پروژه محسوب می‌شود، در این قرارداد نقشی ندارد. در این تفسیر، قرارداد بی.او.تی صرفاً عقد اجاره است و به شرط ضمن عقد یا ترکیب با عقد دیگر نیازی نخواهد داشت.

البته، اگر، چنان که برخی گفته‌اند، عقد قبالة به عنوان اجاره عین یا عمل در نظر گرفته شده و قبالة به عنوان عقد مستقل شرعی پذیرفته نشود (ر.ک: طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ص ۲۲۲)، ادله خاص بر اعتبار و مشروعیت چنین قراردادهایی نیز وجود دارد و هیچ‌گونه اشکالی به لحاظ مشروعیت قراردادهای بی.او.تی نخواهد بود.

۱. دو قولی که در تطبیق قبالة بر اجاره نیز مطرح شده که آن را یا اجاره عین می‌داند یا اجاره عمل، بر این تفاوت در انعقاد قرارداد بی.او.تی به صورت اجاره اشاره خواهد داشت (ر.ک: طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ص ۲۲۲).





به هر حال، در مشروعیت چنین قراردادهایی براساس عقد اجاره اشکالی متصور نیست و قراردادهای بی.او.تی را به صورت عقد اجاره با شرط ضمن عقد یا بدون آن یا به صورت عقدی ترکیبی^۱ از اجاره و عقود دیگر می توان منعقد کرد. صرف اینکه چنین قراردادی را به دو صورت می توان تنظیم کرد که در هر فرض، موجر و مستأجر متفاوت باشند، اشکالی ایجاد نخواهد کرد. اینکه برخی گفته اند این مسئله موجب خروج چنین قراردادهایی از باب اجاره می شود (ر.ک: ترابی، ۱۳۸۹: ص ۶۳)، ناتمام است؛ زیرا با توافقی که هنگام تنظیم قرارداد حاصل می شود، موجر و مستأجر را می توان مشخص کرد و در صورت عدم توافق، چنین قراردادهایی را براساس عقود دیگری می توان منعقد ساخت که تصویر و تنظیم قرارداد بی.او.تی در ضمن آنها صحیح است.

۳-۲-۴. کارکرد بیع در تنظیم قرارداد بی.او.تی

در تعریف بیع، عبارات مختلف است. فقیهان تعاریف مختلفی برای بیع ارائه و آن را نقض یا ابرام کرده اند (ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۱۹۱؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۲: ص ۲۲-۲۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶: ص ۱۲۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲: ص ۴۸۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ص ۱۰-۱۵)؛ اما آنچه مهم است، ماهیت بیع است: ایجاب و قبولی که موجب انتقال عین در برابر عوض، همراه با رضایت طرفین است.

سخن در این است که آیا در قراردادهای بی.او.تی، معاوضه عین در برابر عوض محقق می شود تا بتوان چنین قراردادهایی را مصداق بیع شرعی دانست؟ آنچه از ظاهر قراردادهای بی.او.تی به دست می آید، وقوع چنین معاوضه ای است. در واقع، بی گمان، در چنین قراردادهایی معاوضه عین در برابر عوض وجود دارد؛ اما اشکالی در بیع دانستن قراردادهای بی.او.تی مطرح است: این نوع قرارداد با برخی شرایط مطرح در بیع ناسازگاری دارد، زیرا آنچه در بیع معتبر است، دوام و مشروط نبودن آن به مدت زمان خاص است (ر.ک: طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ص ۶۶؛ خوئی، بی تا، ج ۵: ص ۱۵۴)؛ در حالی که در

۱. عقد ترکیبی برخلاف توقیفی دانستن معاملات نیست، زیرا در واقع، عقد ترکیبی متشکل از چند عقد شرعی است که در یک مجلس بین طرفین واقع می شود.

این نوع قراردادهای بازگشت زمین به دولت به عنوان بخشی از قرارداد مطرح و مورد تعهد است و این بازگشت به منزله تعیین مدت خاص جهت پایان معامله و فسخ آن است که با بیع بودن چنین معامله‌ای ناسازگار است. از این رو، از دیدگاه برخی، بیع دانستن قراردادهای بی.او.تی ناتمام است (ر.ک: ترابی، ۱۳۸۹: ص ۶۳-۶۴).

اما به نظر می‌رسد قراردادهای بی.او.تی را به گونه‌ای از مصادیق بیع می‌توان دانست و احکام بیع را بر آنها منطبق کرد. البته، در این باره نوع تصویر ما از دو طرف قرارداد به عنوان بایع و مشتری تأثیر بسزایی در انطباق بیع بر چنین قراردادهایی دارد. لحاظ بایع و مشتری در این گونه قراردادهای بی.او.تی می‌تواند به دو صورت تصویر کرد:

الف. بایع، دولت؛ مشتری، کنسرسیوم: در این تصویر، دولت به عنوان مالک زمین، آن را به کنسرسیوم فروخته و پس از مدتی آن را بازپس می‌گیرد. در این تصویر، بیع بودن چنین عقدی با مشکل روبه‌روست؛ زیرا بازگشت عین پس از انتقال به مشتری به ملک بایع، برخلاف مقتضای عقد بیع است.

ب. بایع، کنسرسیوم؛ مشتری، دولت: قرارداد را بدین گونه می‌توان تصویر کرد که پس از انجام پروژه، دولت به عنوان مشتری، محصول نهایی را از کنسرسیوم خریداری می‌کند. بنابراین، دولت نقش مشتری را ایفا کرده و البته، ثمن را قبلاً به مشتری پرداخت کرده است. در این تصویر، در حقیقت، بیع سلم اتفاق افتاده است و استفاده از زمین که در ملکیت دولت بوده است و همچنین مدت زمان بهره‌برداری از پروژه، به عنوان عوض معامله پیش از تحویل معوض به بایع پرداخت شده و بایع موظف است مبیع را در مدت مشخص آماده تحویل به مشتری کند.

بنابراین، قرارداد (عقد) بی.او.تی را به گونه‌ای می‌توان بست که منطبق با عقد بیع باشد. البته، از سویی در معامله سلم، عوض باید معین و حال باشد و در مجلس معامله اخذ شود (ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۹۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷: ص ۸۵۶)^۱ و از سویی

۱. اگر ثمنی قرار داده شود که بخشی از آن در مجلس قابل قبض و اقباض نباشد، آن بخش باطل است (ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۲۵۵-۲۵۶).





دیگر، آنچه در اختیار دولت قرار دارد و قابلیت قبض و اقباض در مجلس را دارد، تنها زمین است نه مدت زمان بهره‌برداری از پروژه؛ از این رو، آنچه عوض معامله واقع می‌شود، استفاده از زمین تا مدت معلوم است. بنابراین در چنین عقدی تکلیف استفاده از زمین و پروژه مشخص است: یکی عوض و دیگری معوض است؛ اما اینکه مدت زمان بهره‌برداری کنسرسیوم از پروژه تحت چه عنوانی در قرارداد لحاظ شود، نیازمند عقد دیگری است و از مصادیق بیع نخواهد بود.

در نتیجه، هر چند عقد بیع می‌تواند در تنظیم قراردادهای بی.او.تی نقش ایفا کند، اما نمی‌تواند به تنهایی عهده‌دار انعقاد چنین قراردادی شود؛ بلکه نهایتاً به عنوان بخشی از یک قرارداد ترکیبی واقع شده و بخشی از مشروعیت‌دهی به قرارداد بی.او.تی را عهده‌دار می‌شود.

۳-۲-۵. انعقاد قراردادهای بی.او.تی براساس عقد استصناع

استصناع یعنی توافق با صاحبان صنایع برای انجام کار معین برای سفارش‌دهنده (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق: ج ۴، ص ۱۶) در برابر عوض معین. درباره اینکه استصناع عقد جدیدی است یا از مصادیق بیع یا اجاره است یا عقدی ترکیبی از وکالت و اجاره و ... است یا عقدی مستقل است یا فقط وعده و وعید است و ...، اختلاف نظر هست (ر.ک: جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق: ج ۴، ص ۱۶؛ همان، ج ۱۱: ص ۳۷۵-۳۷۷؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق: ص ۲۰۳-۲۰۷). اگر استصناع مصداق یکی از عقود بیع (بیع سلم)، اجاره یا ترکیبی از عقود مشخص و معین باشد، همان احکام را دارد و تطبیق قرارداد بی.او.تی بر آن مبتنی بر انطباق چنین قراردادهایی با عقدهای مذکور است.

البته، استصناع را می‌توان مصداق بیع دانست، اما میان آن با بیع سلم تفاوت قائل شد؛ چنان که برخی گفته‌اند که بین استصناع و سلم تفاوت هست (ر.ک: جعفرپور، ۱۳۷۸: ص ۱۸۱): بدین صورت که پرداخت عوض در سلم شرط است اما در استصناع شرط نیست. با در نظر گرفتن این فرض، دیگر آنچه در تطبیق بیع سلم بر قراردادهای بی.او.تی بیان شد مطرح نخواهد بود: در بیع سلم، زمان بهره‌برداری از پروژه نمی‌توانست عوض قرار گیرد

و مشکل آن باید با شرط ضمن عقد یا عقد ترکیبی برطرف می‌شود؛ ولی در استصناع، می‌شود بخشی از عوض به صورت هم‌زمان با عقد (دراختیار قرار دادن زمین) پرداخت شود و بخشی (بهره‌برداری از پروژه تکمیل شده) پس از تحویل.

اما اگر استصناع نوع خاصی از عقود شرعی باشد، تطبیق قراردادهای بی.او.تی بر آن بدون اشکال خواهد بود. دولت سفارش دهنده پروژه است و کنسرسیوم، به عنوان سازنده آن، مواد لازم جهت ساخت سفارش را تهیه کرده و پس از ساخت پروژه، آن را سفارش دهنده (دولت) تحویل می‌دهد. هزینه ساخت نیز با توجه به نوع قرارداد عقلائی و مستقلی که بین دولت و کنسرسیوم منعقد شده است، استفاده از زمین و همچنین بهره‌برداری از پروژه تکمیل شده خواهد بود.

ترکیبی دانستن عقد استصناع نیز در مشروعیت قراردادهای بی.او.تی تأثیرگذار خواهد بود: بدین صورت که کنسرسیوم با وکالت از طرف دولت، مواد لازم برای ساخت پروژه را تهیه می‌کند؛ سپس عمل و کار کنسرسیوم مورد اجاره واقع شده و هزینه این وکالت و اجاره عمل، بهره‌برداری از پروژه ساخته شده در مدت زمان معین خواهد بود.

بنابراین، با استفاده از تطبیق قراردادهای بی.او.تی بر عقد استصناع به هر سه صورت بیع، عقد مستقل و عقد ترکیبی می‌توان مشروعیت آنها را ثابت دانست.

۳-۲-۶. عقد جعاله و تطبیق آن بر قرارداد بی.او.تی

جعاله عقدی است که در آن، شخص برای انجام عملی حلال، عوضی مقرر می‌دارد و هر کس آن عمل را انجام دهد، مستحق عوض خواهد بود (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳: ص ۱۲۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۴: ص ۴۴۱؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۹۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱: ص ۱۴۵). قرارداد بی.او.تی را نوعی از عقد جعاله می‌توان دانست. در این قرارداد، دولت در برابر انجام عملی (ساخت پروژه)، عوضی (بهره‌برداری از زمین در مدت زمان مشخص) را قرار داده است.





اما جعاله دانستن چنین قراردادهایی ابهامات و اشکالاتی دارد:

الف. اگر عوض در چنین عقدی بهره‌برداری از زمین باشد، دو نکته محل تأمل است: ۱. آیا استفاده از زمین مثلاً پیش از انجام پروژه مدنظر است یا پس از آن؟ چون متفاهم از عقد جعاله این است که پس از انجام عمل، استحقاق نسبت به عوض حاصل شده و باید عوض پرداخت شود؛ اما در قراردادهای بی.او.تی نوعاً پیش از انجام عمل، دولت مثلاً زمینی را در اختیار کنسرسیوم قرار می‌دهد؛ بنابراین، نمی‌توان بهره‌برداری پیش از اتمام کار از زمین را به‌عنوان عوض عقد جعاله محسوب کرد؛ ۲. مدت‌زمان بهره‌برداری از پروژه ساخته‌شده چه نقشی در این عقد ایفا می‌کند؟

ب. جعاله در زمان انعقاد، عقدی جایز و غیرمعوض است و در زمان اجرای عمل است که معوض و لازم می‌گردد (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج: ۲، ص: ۳۲۵؛ همان، ج: ۳، ص: ۳۳۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج: ۳، ص: ۱۲۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج: ۱، ص: ۴۳۰)؛ در حالی که قراردادهای بی.او.تی، که از انواع قراردادهای پیمانکاری به‌شمار می‌آیند، از آغاز انعقاد، عقدی معوض و لازم هستند (ر.ک: غلامی، ۱۳۹۱: ص: ۴۲۶).

درباره عوض در چنین قراردادی می‌توان چند نکته را بیان کرد:

الف. در عقد جعاله مانعی ندارد که جاعل برخی امکانات یا لوازم را برای انجام کار در اختیار عامل قرار دهد. بنابراین، بهره‌برداری پیشینی از زمین جهت ساخت پروژه، عوض نیست تا برخلاف برداشت متفاهم از عقد جعاله باشد.

ب. هر چند معمول و متعارف در عقد جعاله، پرداخت عوض پس از انجام کار است، اما برای پرداخت عوض، پیش از انجام کار مانعی وجود ندارد. از این‌رو، بهره‌برداری پیشینی از زمین می‌تواند به‌عنوان عوض قرار گیرد. البته، عوض قرار گرفتن زمین در این حالت ممکن است با این اشکال روبرو باشد که در اختیار بودن چنین زمینی، به کنسرسیوم منفعتی نمی‌رساند تا از دید عقلاً به‌عنوان عوض محسوب شود؛

ج. تا پیش از انجام عمل، عامل مستحق عوض نیست و پس از انجام پروژه، براساس سفارش، دولت به‌عنوان جاعل، مالک پروژه محسوب می‌شود. از این‌رو، مدت‌زمان بهره‌برداری از پروژه‌ای را که در ملکیت دولت است، می‌توان به‌عنوان عوض در چنین عقدی محاسبه کرد.^۱ بنابراین، در اختیار قرار دادن زمین پیش از تکمیل پروژه، به‌منزله برخی امکاناتی است که جاعل در اختیار عامل قرار داده است و مدت‌زمان بهره‌برداری از زمین پس از ساخت پروژه و همچنین بهره‌برداری از اصل پروژه، به‌عنوان عوض محسوب می‌شود.

اما لازم نبودن عقد جعاله و لازم بودن قرارداد بی.او.تی مسئله‌ای است که به نوع تنظیم قرارداد مربوط می‌شود؛ چون می‌توان قرارداد بی.او.تی را به‌صورت غیرلازم و غیرمعووض تنظیم کرد؛ یعنی کنسرسيوم حق داشته باشد که پیش از شروع عملیات ساخت از انجام آن منصرف شود یا اگر در حین انجام پروژه منصرف شد، تنها مستحق اجرت میزان انجام قرارداد باشد.^۲ در این صورت، شرایط عقد جعاله رعایت شده و پیش از انجام عمل، عقد جعاله عقدی جایز و غیرمعووض باقی می‌ماند و با شروع عملیات ساخت پروژه، عقد از ناحیه جاعل، لازم و از ناحیه عامل، همچنان غیرلازم باقی بماند. هرچند این نوع تنظیم قرارداد در قراردادهای رایج بی.او.تی مرسوم نیست، اما قابلیت تنظیم قرارداد براساس عقد جعاله وجود دارد. از این‌رو، مشروعیت چنین قراردادهایی را به‌استناد مشروعیت عقد جعاله می‌توان ثابت دانست؛ البته، با فرض تنظیم قرارداد به‌صورت لزومی از دو طرف،

۱. بنابر آنچه در کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار نیز تأیید شده است، تنظیم قراردادهای بی.او.تی به‌عنوان جعاله مورد تأیید قرار گرفته است و عوض را مدت‌زمان بهره‌برداری از پروژه ساخته شده قرار داده‌اند. ر.ک: خبرگزاری صدا و سیما (مشاهده: ۹۶/۰۶/۲۸، بارگذاری: ۹۶/۰۲/۱۰)، «طراحی اوراق تأمین مالی مبتنی بر جریان نقدی پروژه»، <http://yon.ir/FHTXN>.

۲. عقد جعاله در آغاز از هر دو طرف جایز است؛ اما با شروع کار توسط عامل، از ناحیه جاعل به عقد لازم تبدیل می‌شود؛ البته، از ناحیه عامل همچنان بر جواز خود باقی می‌ماند و وی می‌تواند از ادامه انجام آن منصرف شود. در این صورت، با توجه به لزوم عقد از طرف جاعل، پرداخت اجرت همان میزان عمل انجام شده به عامل (البته، با شرط تسلیم آن به جاعل) برعهده جاعل خواهد بود (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳: ص ۳۳۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳: ص ۱۲۷).



فقه



دیگر تطبیق جعاله بر چنین قراردادهایی صحیح نخواهد بود.

۳-۲-۷. ایفای نقش عقد وکالت در تنظیم قراردادهای بی.او.تی

وکالت عقدی است که به موجب آن، غیر بر آنچه انسان به تصرف در آن مجاز است، مسلط شود (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۲، قسم ۲: ص ۵). به تعبیر دیگر، وکالت به عقدی گفته می‌شود که به موجب آن، شخص نایب در تصرف می‌شود (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ص ۳۶). این عقد نیز از طرف وکیل و موکل، عقد جایز است (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ص ۳۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ص ۱۵۱). در قرارداد بی.او.تی، دولت به عنوان موکل، کنسرسیوم را به عنوان وکیل انتخاب می‌کند تا پروژه مد نظر را بسازد و مدت زمان بهره‌برداری را به عنوان حق الزحمه و تمام هزینه‌های انجام شده توسط وکیل، به وی پرداخت می‌کند.

تطبیق قرارداد بی.او.تی بر عقد وکالت تنها با یک اشکال روبه‌روست: از نظر شرعی، چنان که بیان شد، وکالت از انواع عقد جایز است؛ در حالی که قرارداد بی.او.تی از جنس قراردادهای الزامی است. از این رو، چنان که در بحث جعاله مطرح شد، اگر این گونه عقود به گونه‌ای تنظیم گردند که الزام آور نباشند، قابل انطباق بر عقدی مانند وکالت خواهند بود. در غیر این صورت، چنین عقود مصداق عقد وکالت نخواهند بود.

البته، اگر بتوان با شروط ضمن عقد، عقود جایز را تبدیل به عقد لازم کرد، دیگر مشکلی در تطبیق چنین قراردادهایی بر عقود جایز از حیث جایز بودن وجود نخواهد داشت.

۳-۳. عقد ترکیبی

قراردادهای بی.او.تی را به صورت عقدهایی ترکیبی و مشتمل بر عقود مختلف شرعی نیز می‌توان منعقد کرد. تنظیم قراردادها بر اساس عقود ترکیبی شرعی، از دیگر راه‌هایی است که با بهره‌گیری از آن، برخی عقود مستحدثه را، حتی بر اساس دیدگاه توقیفی دانستن معاملات، می‌توان مشروع دانست؛ زیرا، چنان که بیان شد، بر اساس این دیدگاه، تنها عقود معتبر و مشروع‌اند که در لسان شارع بیان شده باشند. عقود ترکیبی نیز با

توجه به اینکه شارع هر عقد ضمن آن را بیان کرده است و در آن تنها چند عقد هم‌زمان منعقد می‌شوند، مشروع خواهد بود.

در تنظیم قراردادهای بی.او.تی به صورت عقودهای ترکیبی شرعی، چند صورت را می‌توان تصویر کرد:

الف. عقد مرکب از اجاره و مصالحه: بدین صورت که دولت زمین را به اجاره کنسرسیوم داده و عوض آن پروژه ساخته شده باشد؛ اما درباره مدت زمان استفاده از پروژه بین دولت و کنسرسیوم مصالحه واقع می‌شود.

ب. عقد مرکب از بیع و مصالحه: بدین صورت که دولت، به‌عنوان مشتری، پروژه را پیش‌خرید می‌کند؛ درحالی‌که ثمن آن بهره‌برداری از زمین در مدت معین است. همچنین، درباره بهره‌برداری از پروژه تکمیل‌شده، بین دولت و کنسرسیوم مصالحه واقع می‌شود.

ج. عقد مرکب از وکالت و اجاره: بدین صورت که کنسرسیوم به وکالت از طرف دولت، لوازم ساخت پروژه را تهیه می‌کند؛ سپس طی عقد اجاره، عمل خود را به اجاره دولت می‌دهد و پروژه را می‌سازد. دولت نیز به‌عنوان حق‌الوکاله و حق‌الاجاره، پس از تکمیل پروژه، استفاده و بهره‌برداری از آن را برای مدت معینی به کنسرسیوم واگذار می‌کند.

البته، ترکیب‌های دیگری نیز برای تنظیم چنین قراردادهایی می‌توان تصور کرد. همه این عقود ترکیبی نیز تمام بوده و مشروعیت چنین قراردادهایی را در پی خواهد داشت.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

با توجه به تحلیل‌های صورت‌گرفته درباره قراردادهای بی.او.تی و انطباق آنها بر موازین شرعی، این نتیجه به دست می‌آید که دولت و کنسرسیوم در تنظیم چنین قراردادهایی به صورت شرعی، راهکارهای متفاوتی را پیش‌روی خود می‌بینند. در واقع، قراردادهای بی.او.تی این قابلیت را دارند که به سه صورت عقد مستقل، عقد ترکیبی و به‌عنوان مصداق یکی از عقود شرعی (قباله، مصالحه، اجاره، استصناع و در برخی موارد جعاله و



وکالت) تنظیم شوند.

این قابلیت در شرایط و زمان‌های متفاوت می‌تواند راهگشا باشد و علاوه بر تأمین نظر فقیهان با مبانی مختلف (توقیفی بودن معاملات و غیرتوقیفی بودن آنها)، متناسب با شرایط اقتصادی مختلفی که برای دولت یا کنسرسیوم ایجاد می‌شود، تنظیم شود و به آبادانی کشور کمک کند.

در حقیقت، چنین قابلیتی در تنظیم قراردادهای بی.اوتی و همچنین آثار متفاوت هر یک از عقود مطرح (عقود مستقل، عقود ترکیبی و عقود شرعی معین) به لحاظ لازم و جایز بودن، حوزه متفاوت به لحاظ حق خیار و دیگر آثار آنها موجب می‌شود این گونه قراردادها را براساس شرایط حاکم بر جامعه به لحاظ اقتصادی و توانایی دولت‌ها و کنسرسیوم‌ها بتوان تنظیم کرد.



فقه

کتابنامه

* قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی.

۱. ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین (۱۴۰۵ق)، عوالی اللثالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة، به تحقیق مجتبی عراقی، قم: دار السید الشهداء للنشر.
۲. ابن حیون (نعمان بن محمد مغربی) (۱۳۸۵ق)، دعائم الإسلام، به تصحیح آصف فیضی، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد (محقق اردبیلی) (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، به تحقیق آقامجتبی عراقی و دیگران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. امارتی موسوی، سید محمد مهدی (۱۳۹۴)، مقایسه قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال (B.O.T) در حقوق موضوعه و قرارداد استصناع در فقه، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۵. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، کتاب مکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۶. آل عصفور، حسین بن محمد بحرانی (بی تا)، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، به تصحیح محسن آل عصفور، قم: مجمع البحوث العملية.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، به تحقیق محمد تقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقرر، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. بهبهانی، محمد باقر (۱۴۱۵ق)، الفوائد الحائریة، قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۹. _____ (۱۴۱۷ق)، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، به تحقیق گروه پژوهش مؤسسه علامه مجدّد و حید بهبهانی، قم: مؤسسه العلامة المجدّد الوحید البهبهانی.
۱۰. _____ (۱۴۲۴ق)، مصابیح الظلام، به تحقیق گروه پژوهش مؤسسه علامه مجدّد و حید بهبهانی، قم: مؤسسه العلامة المجدّد الوحید البهبهانی.
۱۱. پیره، مجید (۱۳۸۸)، امکان سنجی اجرای سیاست های BOT و BLOT با موازین فقه شیعه، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده معارف اسلامی و مدیریت، دانشگاه امام صادق علیه السلام.





۱۲. ترابی، مرتضی (۱۳۸۹)، «قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی»، ترجمه محمدرضا توکلی، فصلنامه تخصصی پژوهش‌نامه فقهی، سال نخست، ش ۱، ص ۳۱-۸۴.
۱۳. جعفرپور، جمشید (۱۳۷۸)، «بیع استصناع»، مجله متین، ش ۳ و ۴، ص ۱۷۱-۱۸۶.
۱۴. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۳ق)، موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم‌السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام.
۱۵. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، به تحقیق محمداقبر خالصی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. خبرگزاری صداوسیما (مشاهده: ۹۶/۰۶/۲۸، بارگذاری: ۹۶/۰۲/۱۰)، «طراحی اوراق تأمین مالی مبتنی بر جریانات نقدی پروژه»، <http://yon.ir/FHTXN>.
۱۷. خمینی (امام)، روح الله (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۱۸. خوئی، ابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهة، به تقریر محمدعلی توحیدی، بی جا: بی نا.
۱۹. دهقان، وحیده (۱۳۹۱)، بررسی فقهی قراردادهای ساخت، بهره برداری، انتقال (BOT)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور تهران.
۲۰. روحانی، سیدصادق حسینی (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه‌السلام، قم: دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه‌السلام.
۲۱. شهید اول (محمدبن مکی عاملی) (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. شهید ثانی (زین‌الدین بن علی عاملی) (۱۴۱۰ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، با حاشیه سیدمحمد کلانتر، قم: کتاب‌فروشی داوری.
۲۳. _____ (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، به تحقیق گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۲۴. _____ (۱۴۲۲ق)، حاشیه شرائع الإسلام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۵. شیخ طوسی (محمدبن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، به تحقیق سیدمحمدتقی کشفی، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

۲۶. _____ (۱۳۹۰ق)، الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، به تحقیق حسن الموسوی الخراسان، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۷. _____ (۱۴۰۷ق «الف»)، تهذیب الأحکام، به تحقیق حسن الموسوی الخراسان، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۸. _____ (۱۴۰۷ق «ب»)، الخلاف، به تحقیق علی خراسانی و دیگران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۹. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰)، «پروژه‌های ساخت، بهره‌برداری و انتقال»، فصلنامه نامه مفید، ش ۲۶، ص ۳۱-۵۰.
۳۰. صادقی، محسن (۱۳۸۵)، «بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، پژوهشنامه بازرگانی، ش ۳۸، ص ۱۲۱-۱۵۶.
۳۱. صیمری، مفلح‌بن حسن (۱۴۲۰ق)، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، به تحقیق جعفر کوثرانی عاملی، بیروت: دار الهادی.
۳۲. طباطبائی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۳۳. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیة المکاسب، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۳۴. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۴۱۰ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، به تصحیح فارس حصون، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۵. _____ (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، به تحقیق گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۶. _____ (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحکام الشرعية علی مذهب الإمامیة، به تصحیح ابراهیم بهادری، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۷. _____ (۱۹۸۲م)، نهج الحق و كشف الصدق، بیروت: دار الکتب اللبنانی.
۳۸. غلامی، جهانبخش (۱۳۹۱)، «پیمانکار، نهاد حقوق مدنی یا تجاری»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۶۰، ص ۴۰۵-۴۴۰.
۳۹. فاضل آبی (حسن بن ابی طالب یوسفی) (۱۴۱۷ق)، كشف الرموز فی شرح مختصر النافع، به تحقیق علی پناه اشتهاردی و آفاحسین یزدی، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



فقه

٤٠. فاضل مقداد (مقداد بن عبد الله سيوري حلي) (١٤٠٤ق)، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، به تصحيح سيد عبد اللطيف حسيني كوه كمرى، قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى رحمته.
٤١. كاشف الغطاء، محمد حسين (١٣٥٩ق)، تحرير المجلة، نجف: المكتبة المرتضوية.
٤٢. كلينى، محمد بن يعقوب (١٤٠٧ق)، كافي، به تصحيح على اكبر غفارى و محمد آخوندى، چاپ چهارم، تهران: دار الكتب الإسلامية.
٤٣. محقق حلى (نجم الدين) (١٤٠٨ق)، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، به تحقيق محمد حسين محمد على بقال، چاپ دوم، قم: اسماعيليان.
٤٤. _____ (١٤١٨ق)، المختصر النافع فى فقه الإمامية، چاپ ششم، قم: مؤسسة المطبوعات الدينية.
٤٥. محقق كركى (على بن حسين عاملى كركى) (١٤١٤ق)، جامع المقاصد فى شرح القواعد، به تحقيق مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٤٦. _____ (١٤٠٩ق)، رسائل المحقق الكركى، به تحقيق محمد حسون، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى رحمته و دفتر نشر اسلامى.
٤٧. مظفر، محمود (١٣٩٢ق)، إحياء الأراضى الموات، قاهره: مطبعة العالمية.
٤٨. مؤمن قمى، محمد (١٤١٥ق)، كلمات سديدة فى مسائل جديدة، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمية قم.



فقه

تطبیقات فقهی آثار مخالفت با امتنان در اجرای برائت شرعی

محمدعلی خادمی کوشا*

چکیده

برخی از احکام الهی امتنان ویژه‌ای به مکلف دارند؛ به این معنا که برای آسایش و راحتی او وضع شده‌اند. این احکام موسوم به احکام امتنانی‌اند و از نظر فقیهان، در مواردی که موجب سختی مکلف باشند، برخلاف امتنان بوده، جاری نمی‌شوند. همچنین، در مواردی که ایجاد راحتی و آسایش نکنند، فاقد امتنان بوده، جاری نمی‌شوند.

برائت شرعی یکی از احکام امتنانی است که به دلیل امتنانی بودن آن همواره در کتب فقهی و اصولی در دو محور کلی از اجرای آن منع شده است: یکی موارد مخالف با امتنان و دیگری موارد فاقد امتنان. این در حالی است که آثار امتنانی بودن برائت و شرایط و ضوابط تطبیق آن در منابع فقهی و اصول فقه مورد بحث و نقد قرار نگرفته است. این مقاله گامی آغازین در این باره است و آثار استنباطی امتنانیّت برائت را به صورت تطبیقی در یکی از دو محور اصلی یعنی جاری نبودن برائت در موارد خلاف امتنان بررسی کرده و مصادیقی از خلاف امتنان و آثار آن را به نقد گذاشته است. دستاورد این مقاله، ضمن پذیرش شرط خلاف امتنان نبودن برای جریان برائت شرعی، این است که تطبیق امتنانیّت برائت در استنباط فقهی شرایطی دارد که نادیده گرفته شده است. در غالب تطبیقات فقهی موانع دیگری در رتبه قبل از خلاف امتنان وجود دارد که از جریان برائت یا ثمره داشتن آن جلوگیری می‌کند.

کلیدواژه‌ها

احکام امتنانی، امتنان، اصل برائت، برائت شرعی.



مقدمه

همه تکالیف الهی از لطف و امتنان الهی سرچشمه می‌گیرند اما فقط برخی از خطاب‌ها و احکام الهی دارای لسان امتنانی هستند که در بین مفسران و فقیهان متقدم مورد توجه بوده و از قرائن فهم معنا شمرده شده است (خادمی کوشا، ۱۳۹۲: ص ۲۳). در کتب فقهی و اصولی بعد از عصر شیخ انصاری، احکامی که لسان دلیل آنها امتنانی بود، با نام احکام امتنانی مشهور شدند. منظور از این اصطلاح، احکامی هستند که نوع خاصی از امتنان یا مزید امتنان را دارند که در سایر احکام وجود ندارد؛ یعنی در جایی که حکم شرعی بنا بر تحصیل واقع و رسیدن به مصالح واقعی می‌توانست با سخت‌گیری جعل شود، براساس حکمت و رحمت الهی، دست از الزام به تحصیل واقع کشیده شده و حکمی که انجام آن ساده‌تر و راحت‌تر است، به جای آن جعل شده است. از این رو، ضابطه اصلی برای شناخت «احکام امتنانی» این است که احکام امتنانی در جایی جعل شده‌اند که فعلاً یا اقتضائاً تکلیف سخت و قابل جعل وجود داشته، ولی خداوند با جعل حکم آسان‌تر به جای آن، نسبت به بندگان خود امتنان نموده است (ر.ک: خادمی کوشا، ۱۳۹۱: ص ۱۱۴).

یکی از مهم‌ترین و پرکاربردترین احکام امتنانی، اصل برائت شرعی است. نخستین بار شیخ انصاری به این اصل توجه کرد. او به اقتضای لسان دلیل این اصل، آن را محدود به حدود امتنان معرفی کرد که نمی‌تواند در موارد خلاف امتنان جاری شود. چنان که در ادامه مقاله خواهد آمد، پس از شیخ انصاری، در موارد متعددی از فقه و اصول که اجرای این اصل با امتنان بر مکلف سازگار نبوده است، از اجرای آن منع شده است.

در کتب فقهی و اصولی، شناخت روشنی از چیستی امتنان و آثار و ثمرات فقهی و اصولی امتنانی بودن اصل برائت ارائه نشده است. از این رو، نگارنده در سال‌های گذشته در دو مقاله به شناخت احکام امتنانی و نقش امتنانتی دلیل در محدودسازی حکم پرداخته است (خادمی کوشا، ۱۳۹۱؛ همو، ۱۳۹۲). با وجود این، با توجه به اهمیت اصل برائت و وسعت بهره‌گیری فقیهان از آن و استفاده فراوان از ویژگی امتنانی بودن آن در استنباط



مسائل فقهی، جای این پرسش هست که امتنانی بودن اصل براءت چه آثار و ثمراتی در استنباط مسائل فقهی دارد؟

این مقاله در پی اثبات امتنانی بودن براءت نیست؛ بلکه این امر مفروض دانسته شده است. با وجود این، در پاسخ به پرسش بالا باید گفت: با فرض اینکه حکم به براءت وابسته به حصول امتنان است، باید در مجرای براءت دو شرط رعایت شود:

شرط نخست: خلاف امتنان نبودن اصل براءت: منظور از خلاف امتنان به عنوان یکی از شروط جریان احکام امتنانی، هرگونه ضرر و سختی و زحمتی است که به صورت طبیعی مطلوب انسان نیست (ر.ک: خادمی کوشا، ۱۳۹۱: ص ۱۱۴). پس اگر اجرای براءت در مورد یک فرد موجب سختی بیشتر یا ضرر شود، جاری نمی‌شود. مثلاً ممکن است شخص مکلفی در جواز تصرف در مال مباحی شک کند؛ چون با آن تصرف، احتمال ورود ضرر به غیر وجود دارد. در اینجا، با وجود اینکه به جهت شک در تحقق ضرر، قاعده لا ضرر جاری نمی‌شود، ولی نمی‌توان اصل براءت را نیز جاری کرد؛ زیرا اجرای براءت برخلاف امتنان بر غیر است (طاهری اصفهانی، ۱۳۸۲، ج ۲: ص ۵۱۳).

شرط دوم: موافق امتنان بودن اصل براءت یا خلاف امتنان بودن مورد اجرای براءت: منظور این است که حکمی که با اجرای براءت نفی می‌شود، باید وجود آن خلاف امتنان باشد (مثل وجوب فعل) تا اجرای براءت موجب آسایش بیشتر و رفع حکمی باشد که دشواری دارد. پس اگر اجرای براءت موجب رفع سختی و مشقتی از مکلف نباشد، جاری نمی‌شود، مثل براءت از حکم مستحب در موارد شک در استحباب.

دو شرط بالا در سخن برخی فقیهان و اصولیان آمده (بروجردی نجفی، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۲۱۲؛ کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶، ج ۳: ص ۴۲۳) و گاهی نیز مورد اختلاف واقع شده است (روحانی، ۱۳۸۲، ج ۴: ص ۳۲۹)؛ ولی اجمالاً در فقه و اصول بسیار دیده می‌شود که به جهت یکی از این دو اثر مذکور، از جریان براءت جلوگیری کرده‌اند (طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۵: ص ۱۵؛ شیرازی، ۱۴۱۲ق، ج ۱: ص ۲۰۵؛ کاظمی خراسانی، ۱۴۱۱ق، ج ۱: ص ۳۰۵؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۷ق، ج ۷: ص ۷۹؛ مشکینی اردبیلی، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ص ۳۴۷؛ حاج‌عاملی، ۱۴۲۴ق، ج ۱: ص ۵۸۹). دو شرط مذکور آثار و



فقه



لوازمی در فقه و اصول دارد که موجب اختلاف فقیهان در موارد تطبیق این دو شرط بر جریان اصل برائت شده است. از این رو، بررسی تطبیقات فقهی این دو شرط در استنباط فقهی اهمیت دارد. در این مقاله به مواردی از تطبیقات فقهی درباره شرط نخست خواهیم پرداخت.

در ادامه، ضمن بررسی مصادیق خلاف امتنان، به تطبیقاتی برای جاری نبودن اصل برائت در موارد خلاف امتنان پرداخته شده است.

۱. جاری نشدن برائت ترضیعی

ترضیق بر مکلف بر اثر اجرای اصل برائت به دو گونه صورت می‌گیرد: گاهی بدون ایجاد تکلیف جدیدی است (از این نوع، به برائت ترضیعی تعبیر می‌کنیم) و گاهی نیز صرفاً با ایجاد تکلیف خاصی است (از این نوع برائت با نام برائت تکلیف‌زا یاد می‌کنیم که در ادامه ذکر خواهد شد). در این قسمت، ترضیق بدون ثبوت تکلیف زائد مورد نظر است.

منظور ما از برائت ترضیعی این است که اجرای برائت موجب به وجود آمدن وضعیتی برای مکلف باشد که بدون جریان اصل برائت، آسایش و آزادی بیشتری داشته باشد؛ اگرچه موجب ثبوت تکلیف زائد نشود؛ مثل وجوب تعیینی به جای وجوب تخیری که برائت از وجوب نسبت به طرف مشکوک‌الوجوب موجب تعیین طرف دیگر و در نتیجه، محدود شدن مکلف در امثال وجوب است (حلی، ۱۴۳۲ق، ج ۶: ص ۱۸۹).

اصل برائت به اقتضای اینکه ماهیت آن نفی تکلیف است، موجب ترضیق نیست؛ اما با وجود این، در مواردی از احکام فقهی بدون ثبوت تکلیف امکان ترضیق بر مکلف وجود دارد که در همه این موارد اجرای برائت برخلاف امتنان بوده و جاری نمی‌شود. اما در برخی موارد، ترضیق‌هایی ادعا شده است که چه بسا ترضیق نبوده یا برخاسته از حکم برائت نیست و گمان شده است که به سبب اصل برائت است. از همین رو، برخی از موارد ادعا شده را بررسی می‌کنیم:

۱-۱. موارد اجتماع امر و نهی

در تطبیق امتنانی بودن براءت، برخی در مسئله نماز در حال خروج از مکان غضبی (که از موارد اجتماع امر و نهی است) براءت از تحریم را جاری دانسته، ولی براءت از وجوب را جاری ندانسته‌اند؛ زیرا براءت از وجوب در مورد اجتماع امر و نهی موجب رفع امر در آن مورد است و در نتیجه، موجب تضییق و محدود شدن مکلف برای امثال وجوب می‌شود که برخلاف امتنان است (ابروانی غروی، ۱۳۷۰، ج ۱: ص ۲۳۸).

تطبیق بالا جای نقد دارد زیرا تضییق در امثال واجب به جهت سوء اختیار مکلف است، نه از جهت اجرای براءت؛ چون در موارد اجتماع، فرض بر این است که مکلف مندوحه دارد؛ یعنی می‌توانست واجب (مثلاً نماز) را در غیر مکان غضبی به جا آورد، ولی عصیان نموده و خودش را در شرایطی قرار داده است که نمی‌تواند تکلیفش را امثال کند و در واقع، خودش اقدامی برخلاف امتنان نموده است. به همین دلیل، امتنان الهی شامل حال او نمی‌شود. شاید به همین دلیل، فقیهان دیگر برای منع از براءت از وجوب و حکم به صحت نماز در مسئله بالا، راه دیگری رفته‌اند.

۱-۲. موارد دَوْران امر بین تعیین و تخییر

در مواردی که فعلی واجب است اما در وجوب تعیینی یا تخییری بودن آن به معنای وجوب فعل دیگری به عنوان «عدل» و جایگزین واجب شک شده است، طبق قاعده اشتغال باید بنا را بر تعیینی بودن واجب گذاشت تا با انجام فعل معلوم الوجوب، یقین به امثال واجب حاصل شود (خوئی، ۱۳۵۲، ج ۲: ص ۲۱۵)؛ اما آیا با استفاده از اصل براءت نیز می‌توان عدم وجوب عدلی برای واجب و تعیینی بودن وجوب را ثابت کرد؟

بسیاری از اصولیان اصل براءت را در این مورد جاری ندانسته‌اند، زیرا براءت عقلی در جایی جاری می‌شود که احتمال عقاب در ترک فعل باشد و با توجه به جهت فقدان احتمال عقاب در ترک جایگزین، قطعاً براءت عقلی جاری نمی‌شود. از طرف دیگر، براءت شرعی نیز در این مورد جاری نمی‌شود، زیرا رفع وجوب در این مسئله



فقه



موجب ایجاد محدودیت در امتثال واجب و موجب ضیق بر مکلف است که خلاف امتنان است؛^۱ چون محدود کردن شخص به انجام یک فعل در مقایسه با تخییر او در انجام یکی از دو فعل به انتخاب خودش، گونه‌ای از محدودیت و تضییق برای مکلف است.

امتنانیت برائت در مسئله بالا قابل تطبیق نیست؛ زیرا فرض مسئله، همان‌طور که در تقریرات درس اصول محقق نائینی ذکر شده است، جای اصل اشتغال است و جایی در آن برای برائت نیست (کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶، ج ۳: ص ۴۲۸). اساساً با علم به اصل وجوب و وجود فرد معلوم‌الوجوب، تنها اصل جاری به اقتضای یقین به تکلیف و لزوم تحصیل فراغ یقینی، اصل اشتغال است و مجرای اصل برائت نیست؛ حتی اگر برخلاف امتنان نباشد. بنابراین، جاری نبودن برائت در اینجا به سبب امتنانی بودن آن نیست.

۱-۳. موارد دَوْران وجوب بین نفسی و غیره

در مواردی که ادله لفظی در دسترس نیست، اگر درباره تکلیفی مثل وضو یا غسل جنابت قبل از ورود وقت نماز شک کنیم که وجوبش از نوع وجوب نفسی است و وجوب مستقل دارد یا از نوع وجوب غیره است و وجوبش مترتب بر وجوب واجب دیگر است و در واقع، خودش وجوبی ندارد، چه باید کرد؟ در این باره، برخی مثل محقق همدانی و نائینی، برائت از وجوب نفسی را جاری نموده‌اند (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۹: ص ۳۸؛ خوئی، ۱۳۵۲، ج ۱: ص ۱۷۰)؛ در حالی که برخی دیگر، مثل محقق خوئی، اجرای برائت از وجوب نفسی وضو را نپذیرفته‌اند؛ زیرا اجرای برائت از وجوب، موجب تضییق در امتثال واجب و کمتر شدن افراد تخییری آن می‌شود و محدود کردن مکلف برای انجام تکلیف در مقایسه با تخییر او برخلاف امتنان است (فیاض، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ص ۳۹۴).

۱. ر.ک: خوئی، ۱۳۵۲، ج ۲: ص ۲۱۵؛ بجنوردی، بی تا، ج ۲: ص ۲۳۱؛ حلی، ۱۴۳۲ق، ج ۷: ص ۲۸۴؛ اسماعیل پور، ۱۳۹۵ق، ج ۳: ص ۳۸۵؛ صدر، ۱۴۲۰ق: ص ۱۶۶؛ صافی اصفهانی، ۱۴۱۷ق، ج ۳: صص ۴۵۶ و ۴۵۹؛ تقوی، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۲۴۸؛ تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۱: ص ۴۰۸؛ خراسانی، ۱۴۲۲ق، ج ۵: ص ۶۴۳؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۲: ص ۳۵۵.

تطبیق امتنانیت برائت با شیوه بیان بالا جای ملاحظه دارد زیرا:

نخست، در موارد شک در وجوب نفسی در مثل وضو و غسل قبل از وقت نماز، اگر برائت از وجوب نفسی جاری نشود، نمی‌توان گفت وجوب نفسی ثابت می‌شود (تا به سبب آن بگوییم انجام وضو و غسل قبل از وقت و به نیت وجوب دارای امر بوده و صحیح است و در نتیجه، توسعه‌ای در دایره امتثال واجب صورت می‌گیرد)؛ زیرا با جاری نبودن برائت از وجوب نفسی، حکم مشکوک همچنان مردد بین وجوب نفسی و غیری باقی می‌ماند و برای اثبات وجوب وضو قبل از وقت نماز، به اثبات وجود امر قبل از دخول وقت نماز، نیاز است.

دوم، برخی تطبیق مذکور را با توجه به مبنای محقق خوئی، که اجرای استصحاب را یکی از ادله برائت می‌داند، طبق مبنای خود ایشان غیر قابل قبول دانسته‌اند (حکیم، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ص ۲۳۳).

سوم، طبق مبنای محقق نائینی و بسیاری دیگر، استصحاب عدم وجوب قبل از دخول وقت نماز جاری است (حکیم، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ص ۲۳۳) و با امکان استصحاب اساساً نوبت به برائت نمی‌رسد یا عدم جریان آن ثمره‌ای ندارد.

چهارم، در اموری مثل غسل و وضو، با توجه به استصحاب نفسی آنها و کفایت آن از فرد واجب حتی با اجرای برائت از وجوب نفسی، تزییقی صورت نمی‌گیرد و عملاً مکلف دچار محدودیت در انجام وضو و غسل قبل از وقت نمی‌شود. او در نهایت نباید قبل از وقت نماز نیت وجوب کند.

۲. جاری نشدن برائت تکلیف‌زا

حکم برائت برای رفع تکلیف است. از همین جهت نیز امتنانی است. بنابراین، چنانچه در موردی از اجرای آن اثبات تکلیف لازم آید، جاری نمی‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ص ۳۶۹؛ ایروانی غروی، ۱۳۷۰، ج ۲: ص ۱۵۶؛ بروجردی نجفی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ص ۴۶۰؛ حائری، ۱۴۲۴ق، ج ۱: ص ۲۸۷؛ امامی خوانساری، ۱۳۵۲: ص ۳۵۶؛ جزائری مروج، ۱۳۸۵، ج ۵: ص ۲۹۷)؛ زیرا در این صورت، نه تنها با اجرای برائت هیچ سختی و مشقتی از مکلف برداشته نمی‌شود، بلکه با جعل



تکلیف به نوعی سختی و خلاف امتنان نیز صورت می‌گیرد. به همین دلیل، فقیهان در مواردی که براءت موجب پدید آمدن تکلیفی شود، مانع اجرای براءت شده‌اند. برخی از این موارد عبارت‌اند از:

۲-۱. موارد دَوْران بین اقل و اکثر در اسباب

محقق نائینی براساس تطبیق امتنانیت براءت در باب اقل و اکثر در احکام وضعی مثل اسباب و محصولات شرعی (از قبیل تطهیر متنجس به وسیله شستن در مواردی که شک در تعیین تعداد برای دفعات شستن باشد)، اصل براءت را در طرف سببیت اقل جاری نمی‌داند؛ حتی اگر برخلاف نظر خودش و به فرض محال، سببیت را از مجعولات شرعی بدانیم؛ زیرا اجرای براءت نسبت به سببیت اقل موجب عدم حصول مسبب با انجام مقدار اقل است. همین موجب تضییق بر مکلف (و اثبات تکلیف بیشتر با تکرار شستن) است. در نتیجه، اجرای براءت از سببیت اقل، خلاف امتنان بوده و نمی‌توان براءت جاری کرد (کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶، ج ۱: ص ۱۶۵).

محقق عراقی (آقا ضیاء) نیز در مورد اجزاء و شرایط اسباب مرکب مثل عقد، عکس نظر محقق نائینی را دارد. او معتقد است که اجرای براءت از جزئیت اکثر موجب حصول مسبب با انجام اقل است و همین موجب ثبوت تکلیف و تضییق است؛ زیرا در این موارد، اجرای براءت از جزء مشکوک، موجب ثبوت تکلیف و وجوب وفای به عقدی است که فاقد جزء مشکوک است و این برخلاف امتنان است (بروجردی نجفی، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۲۲۱).

تطبیق محقق نائینی ثمره عملی در فقه ندارد. این امر بنابر نظر خود ایشان، که قائل به مجعول نبودن سببیت اسباب شرعی است، روشن است؛ چون در این صورت اساساً جای اصل براءت نیست؛ حتی اگر براءت را غیرامتنانی بدانیم. بنابر مجعول بودن سببیت، باز هم جای اصل براءت نیست؛ حتی اگر امتنانی نباشد، زیرا شک در اسباب و محصولات شرعی از نوع شک در محصل است که جای اشتغال است و خود او بارها در هر دو تقریراتش (کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶، ج ۱: ص ۷۰؛ خوئی، ۱۳۵۲، ج ۱: ص ۴۵) این اصل را پذیرفته است.



فقه

تطبیق محقق عراقی نیز قابل نقد است، زیرا:

نخست، اساساً در مورد مذکور با وجود اصل اجتهادی‌ای مثل عمومات باب عقود، نوبت به اصل عملی برائت نمی‌رسد. در مثال‌هایی مانند موارد بالا، اگر جزء یا شرط مشکوک از نوع اجزاء و شرایط عرفی باشد، اصل بر جزئیت و شرطیت آن است تا عنوان عقد بر آن صادق باشد. در نتیجه، عقد فاقد آن مشمول عمومات نبوده و باطل است. اگر هم از نوع اجزاء و شرایط شرعی است نه عرفی، با توجه به صدق عرفی عنوان عقد بر آن، مشمول عمومات عقود بوده و صحیح و لازم است.

دوم، حدیث رفع مانند حدیث لاضرر است که شامل موارد اقدام برخلاف امتنان نمی‌شود (بروجردی نجفی، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۲۱۳). بر این اساس، می‌گوییم مورد مذکور از نوع معاملات است که التزامات طرفین سبب الزام و تکلیف است و اجرای برائت صرفاً مانع تأیید شرعی را بر می‌دارد. در مورد مذکور، طرفین معامله بر انجام عقد فاقد جزء مشکوک، به عنوان سبب الزام و تکلیف، اقدام کرده‌اند و اصل برائت با خواست آنها همراه است. پس اگر الزام را خلاف امتنان بدانیم، خود طرفین برخلاف امتنان اقدام کرده‌اند. به همین دلیل، امتنان الهی شامل آنها نیست؛ زیرا کسی که خودش اقدام به خلاف امتنان می‌کند، مشمول امتنان نمی‌شود: مثل عدم شمول قاعده لاضرر درباره کسی که اقدام به ضرر می‌کند. بر همین اساس، خیار غبن (که با قاعده لاضرر ثابت می‌شود) در مورد کسی که آگاهانه اقدام به معامله غبنی کرده است، وجود ندارد.

سوم، اجرای برائت از اجزاء و شروط مشکوک است و حکم به امضای معاملات بدون آنها نیز حکمی امتنانی و تخفیفی جهت تحقق اسباب معاملات است؛ زیرا با تقلیل اجزاء و شروط، اجرای اسباب را آسان کرده است و این عین امتنان است. اگر هم تکلیف‌زایی‌ای در این موارد دیده می‌شود، همه در جهت مطلوب بوده و از آثار عقد و به اقتضای اقدام طرفین است.





۲-۲. موارد شک در شرطیت و جزئیت

محقق خراسانی معتقد است: در صورت عجز از انجام جزء یا شرط با فرض فقدان دلیل لفظی نمی‌توان با حدیث رفع به نفی جزئیت و شرطیت حکم داد؛ زیرا موجب و جوب مابقی عمل بر عاجز است و این برخلاف امتنانی بودن رفع است که مختص نفی تکلیف است نه اثبات آن (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ص ۳۶۹). ظاهر این سخن، که ملاک منع را امتنانی بودن حدیث رفع دانسته است، این است که این حکم ایشان اختصاصی به موارد عجز ندارد و در صورت عدم علم به جزئیت و شرطیت نیز اصل براءت جاری نمی‌شود.

نمونه‌ای از تطبیق فقهی این اثر در سخن برخی فقیهان، عدم جریان براءت در مورد شرطیت طهارت برای نماز در صورت تعذر است؛ زیرا اجرای براءت از شرط طهارت، موجب بقای وجوب نماز و عدم سقوط آن از فاقد الطهورین است و این موجب ضیق است. در نتیجه، اصل براءت جاری نمی‌شود؛ زیرا ایجاد ضیق بر مکلف (هرچند در قالب ابقای تکلیف) برخلاف امتنان است (آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۷: ص ۲۴۸).

نمونه دوم منع از جریان حدیث رفع و به تبع آن، منع از اجرای براءت در شرایط عقد است؛ زیرا رفع حکم در این موارد موجب وضع تکلیف است که همان وفای به عقد فاقد شرط مشکوک است و این برخلاف امتنان است (بروجردی نجفی، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۲۲۱).

در نقد تطبیق اصولی در سخن محقق خراسانی باید گفت دو ملاحظه وجود دارد: نخست، برای رفع حکم در مورد اجزاء و شرایط غیرمقدور، نیازی به شمول حدیث رفع و جایی برای اصل براءت نیست؛ نه نسبت به اصل وجوب و نه نسبت به اطلاق وجوب و بقای جزئیت و شرطیت؛ زیرا اجزاء و شرایط غیرمقدور، به حکم عقل، مشمول تکلیف نیستند؛ پس اصل وجوب‌شان منتفی است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ص ۳۶۹). همچنین، نسبت به جزئیت و شرطیت نیز با عنایت به مجعول نبودن جزئیت و شرطیت (که مورد پذیرش محقق خراسانی است)، شک در اطلاق جزئیت و شرطیت ناشی از شک در جعل تکلیف نسبت به مابقی اجزاء و شروط در صورت عدم تمکن از بقیه است. به این معنا که واجب بودن مابقی اجزاء و شرایط سبب انتزاع عدم اطلاق جزئیت

یا شرطیت امور غیرمقدور است (زیرا اگر اطلاق داشت، با عدم تمکن بر آن باید وجوب کل واجب منتفی می شد) و با وجود اصل عدم جعل یا اصل برائت در طرف سبب (وجوب مابقی) نوبت به اصل برائت در طرف مسبب (اطلاق جزئیت و شرطیت) نمی رسد؛ البته، این به اقتضای قاعده اولیه و با چشم پوشی از قاعده میسور و ادله خاص است.

بنابراین، اصل جاری در فرض عدم تمکن از جزء، اصل برائت یا اصل عدم جعل تکلیف نسبت به بقیه است. برخی مثل صاحب عروه صریحاً این اصل را غیر از اصل برائت شمرده اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۶ق «ب»، ج ۲: ص ۳۸۵؛ همو، ۱۴۲۶ق «الف»: ص ۵۸۱). اصل عدم جزئیت در سخن مشهور فقیهان، که بر اصل برائت منطبق شده است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲: ص ۳۴۲)، نیز مربوط به موارد عدم علم است نه عدم تمکن.

شاید گمان شود در طرف سبب، استصحاب وجوب بقیه اعمال جاری می شود؛ اما به گفته صاحب کفایه، این استصحاب مخدوش و از نوع استصحاب کلی نوع سوم است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ص ۳۷۰). تصحیح آن به استصحاب وجوب ضمنی اجزاء، به گونه ای که محقق نائینی و برخی دیگر فرموده اند (خوئی، ۱۳۵۲، ج ۲: ص ۳۱۴؛ جزائری مروج، ۱۳۸۵، ج ۵: ص ۲۲۵) نیز راهگشا نیست؛ زیرا اطلاق دلیل واجب همواره بر فرض تمکن و قدرت بر انجام واجب حمل می شود (انصاری، ۱۴۱۴ق: ص ۳۵۴). در نتیجه، موضوع دلیل وجوب در واجباتی که دارای اجزاء هستند، به فرض تمکن از کل اجزاء، مقید خواهد شد و در فرض عدم تمکن از یک جزء، بقای موضوع وجوب کل و به تبع آن موضوع وجوب ضمنی احراز نمی شود.

دوم، اگر اصل برائت در مورد جزء غیرمقدور جاری شود، خلاف امتنان پیش نمی آید؛ زیرا خلاف امتنان فرع اثبات تکلیف است و اثبات تکلیف به مابقی از راه لازمه اصل برائت ممکن نیست، چون از نوع اصل مثبت است که اعتباری برای اثبات ندارد. علاوه بر این، اگر دلیل لفظی نسبت به مابقی نیز وجود ندارد، اصل برائت جاری می شود.





در مورد تطبیق فقهی، اشکال نمونه دوم در مورد قبل (دَوْران بین اقل و اکثر) بیان شد. نمونه نخست نیز که در مورد منع از اصل برائت به جهت امتنانی بودن آن در خصوص فاقد طهورین بود، از چند جهت جای نقد دارد. برخی از نقدها عبارت‌اند از: نخست، طهارت از شروط واجب بوده و تحصیل آن نیز واجب است. در مورد فاقد طهورین، به‌ویژه در مورد کسی که اول وقت توانایی طهارت داشته است، سخن در بقای تکلیف و راه خروج از آن است نه حدوث آن؛ پس تکلیف زائد صدق نمی‌کند. علاوه بر این، با اجرای برائت از طهور، تسهیل در خروج از تکلیف شده که عین امتنان و توسعه است نه تضییق و خلاف امتنان.

دوم، اگر سخن در حدوث تکلیف برای فاقد طهورین است (مثل کسی که در لحظه بلوغ فاقد طهورین بوده باشد)، اطلاق دلیل شرط تعیین‌کننده است و اگر نبود، اطلاق دلیل مشروط مقتضی عدم شرطیت در موارد تعذر است. در صورت عدم اطلاق دلیل مشروط، اگر قاعده میسور را بپذیریم، نوبت به اصل برائت نمی‌رسد و اگر این قاعده را نپذیریم، اصل برائت از وجوب مشروط جاری می‌شود که قطعاً امتنانی است.

سوم، احکامی که برای نفی حکم بوده و امتنانی هستند می‌توانند ضمن نفی حکم، با رعایت آسایش نسبی و امتنان، در وظیفه مکلف تغییری ایجاد کنند. شاهد ما بر این مطلب به کارگیری قاعده امتنانی نفی حرج برای اثبات حکم در روایت حسنه عبدالاعلی است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳: ص ۳۳). در این روایت، عبدالاعلی به صراحت از کیفیت وضو با وجود پانسمان روی پا پرسید. امام علیه السلام نیز این مورد و امثال آن را به قاعده نفی حرج ارجاع فرمودند. معنای آن این است که کیفیت وضو (نفی مسح مباشری و اثبات مسح بر مانع) از نفی حرج استفاده می‌شود (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲: ص ۳۹۷). توضیحش این است که مقتضای تحفظ بر عنوان حرج در قاعده نفی حرج، نفی مقدار مورد حرج است و مقدار حرجی فقط شرط مباشرت در مسح است نه کل تکلیف مسح. پس نباید کل مسح نفی شود.

محقق خراسانی در همین روایت نیز فقط نفی مسح مباشری را از قاعده نفی حرج قابل استنباط می‌داند. او وجوب مسح بر پانسمان را با بیان خاص امام علیه السلام، که به مسح بر

مانع دستور داده‌اند، قابل اثبات دانسته است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ص ۴۰). این در حالی است که از سویی، همان‌طور که شیخ انصاری فرموده است، در این حدیث شناخت کیفیت وضو بر نفی حرج متوقف شده است و اگر قاعده نفی حرج صرفاً برای سقوط وجوب مسح مباشری باشد و نتواند مسح بر مانع را اثبات کند، شناخت کیفیت وضو متوقف بر نفی حرج نخواهد بود (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲: ص ۳۹۷). در نتیجه، ارجاع شناخت حکم بر نفی حرج لغو خواهد بود. از سوی دیگر، توضیح دادیم که ظاهر قاعده نفی حرج نیز این است که مقدار حرجی برداشته شود که همان مباشرت در مسح است نه مطلق مسح. با این بیان، وجه پاسخ امام علیه السلام روشن می‌شود که بیانگر استفاده کیفیت وضو در مسئله مذکور از قاعده نفی حرج است.

ظاهراً محقق عراقی روایت عبدالاعلی را برای استشهاد مذکور کافی نمی‌داند. او معتقد است اثبات تکلیف در مورد این حدیث با سایر موارد فرق می‌کند؛ زیرا با وجود نفی حرج در این حدیث، راه فراری از سختی تکلیف نیست، چون یا باید تیمم کند (اگر مسح مباشری شرطیت مطلق داشته و شرط لازم طهارت باشد) یا باید مسح بر مانع نماید (اگر مسح مباشری شرطیت مطلق نداشته و فقط در موارد مقدور، شرط باشد). پس با اثبات تکلیف، مشقت مضاعف و خلاف امتنانی پیش نمی‌آید تا از آن ممانعت شود (بروجردی نجفی، ۱۴۱۷ق، ج ۱: ص ۲۴۰). با وجود این، روشن است که این فرق فارق نیست و ملاک اشکال همچنان باقی است؛ زیرا طبق نظر بالا، مشقت موجود در مسح به وسیله نفی حرج اثبات شده است؛ در حالی که نفی حرج امتنانی است و نمی‌تواند تکلیفی را اثبات کند. مشقت تیمم نیز با دلیل دیگری است که امتنانی نیست و اثبات تکلیف با این دلیل مشکلی ندارد.

۳. جاری نشدن برائت ضرری

برائت برای تمام امت اسلامی حکمی امتنانی دانسته شده است. حال، چنانچه اجرای برائت در مورد فردی موجب ورود ضرر به فرد دیگر شود، قطعاً خلاف امتنان است؛



فقه



حتی اگر نسبت به فرد دیگر مطابق امتنان باشد. به همین دلیل، در صورتی که جریان براءت موجب ورود ضرری به شخص دیگر شود، فقیهان از آن منع کرده‌اند (اسماعیل‌پور، ۱۳۹۵ق، ج ۳: ص ۶۶۵؛ آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۲: ص ۵۱۴).

نمونه روشن براءتِ ضرری در فقه مواردی است که شخصی بدون اینکه بداند اموالِ در اختیار او برای غیر است، اقدام به اتلاف آنها می‌کند. در این موارد، همه شرایط برای براءت از حکم تکلیفی آماده است و جاری می‌شود؛ اما براءت از ضمان به دلیل خلاف امتنان بودن، درباره صاحب مال جاری نمی‌شود.

شاید برخی گمان کنند که جاری نشدن براءت در مواردی که موجب اضرار به غیر است، به سبب قاعده لاضرر باشد. مثلاً اگر کسی، بدون علم، مال کسی را تلف کند، اگرچه حدیث رفع شامل آن باشد، باز هم قاعده لاضرر مانع حکم به عدم ضمان است؛ زیرا حکم به براءت از ضمان موجب ضرر به مالک است و قاعده نفی ضرر، هر نوع حکم و اعتبار شرعی‌ای (اعم از وضع حکم یا رفع حکم) را که موجب ضرر باشد، نفی می‌کند؛ همان‌گونه که فاضل تونی چنین گمان کرده است (فاضل تونی، ۱۴۱۵ق: ص ۱۹۳).

باید توجه داشت که قاعده لاضرر در این مورد جریان ندارد، زیرا اگر حکم به ضمان متلف داده شود، ضرر شامل حال او خواهد بود؛ بدون اینکه اقدام به ضرر کرده باشد، چون بدون آگاهی اقدام به اتلاف کرده است. اگر هم حکم به عدم ضمان داده شود، ضرر شامل حال مالک است. پس هر دو طرف به ضرر اقدام نکرده‌اند و قاعده لاضرر شامل هر دو طرف است؛ ولی جریان هر کدام مبتلا به معارض در طرف مقابل است و جاری نمی‌شود. همچنین، می‌توان گفت: قاعده لاضرر نیز امتنانی است و چون جریان آن در هر طرف، برخلاف امتنان بر طرف دیگر است، در هیچ طرفی جاری نمی‌شود. در نتیجه، نمی‌توان به آن تمسک نمود. البته، روشن است که سخن در صورتی است که عموماً مثل قاعده اتلاف را شامل موارد اتلاف ناآگاهانه ندانیم و نتوان حکم به ضمان متلف داد.

تطبیق دیگر برای برائت ضرری، موارد احتمال ورود ضرر به غیر در صورت تصرف در مال مباح است. در اینجا به جهت شک در تحقق ضرر، قاعده لاضرر جاری نمی‌شود؛ ولی نمی‌توان اصل برائت نیز جاری کرد، زیرا اجرای برائت برخلاف امتنان به غیر است (طاهری، ۱۳۸۲، ج ۲: ص ۵۱۳). البته این سخن مبتنی بر این است که در موارد احتمال ضرر در امور خارجی، که موضوع بسیاری از احکام است، اصل عدم ضرر را جاری ندانیم؛ همان‌طور که شیخ انصاری و صاحب کفایه معتقدند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱: ص ۵۵۲؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ص ۳۲۹). اگر هم قاعده لاضرر را جاری بدانیم، باز هم جاری نبودن اصل برائت به جهت خلاف امتنان بودن است نه قاعده لاضرر؛ زیرا خلاف امتنان موجب رفع مقتضای برائت است و لاضرر در رتبه مانع قرار دارد؛ در نتیجه، حتی اگر قاعده لاضرر به جهتی مثل تعارض یا فقدان برخی شرایط آن جاری نشود، باز هم اصل برائت جاری نمی‌شود.

تطبیق دیگر برای موارد برائت ضرری در سخن برخی از فقیهان موارد شک در شرایط دیه است. پرسش این است که آیا دیه در صورتی که از نوع «ثوب» انتخاب شود، باید از جنس بُردِ یمانی باشد یا هر پارچه‌ای که باشد کافی است؟ به گفته برخی فقیهان، در اینجا به اصل برائت از شرط بُردِ یمانی نمی‌توان استناد کرد؛ زیرا اجرای برائت در این مورد، موجب ضرر و برخلاف امتنان بر صاحب دیه است (تبریزی، ۱۳۸۷: ص ۱۷).

تطبیق فوق در صورتی قابل التزام است که یا پارچه‌های غیر از بُردِ یمانی را ناقص بدانیم و وجود نقصان در دیه را از مصداق‌های ضرر بشماریم یا صرف نقصان منفعت را برای صدق خلاف امتنان کافی بدانیم. این همه زمانی ثمره دارد که ادله لفظی کافی نباشند و استصحاب عدم تکلیف یا عدم تعلق حق نسبت به مورد مشکوک را جاری ندانیم.



نتیجه گیری

بنابر امتنانی بودن اصل براءت، یکی از شرایط اجرای این اصل این است که حکم به براءت برخلاف امتنان نباشد. بر این اساس، در مباحث فقه و اصول، بنای فقیهان بر رعایت این شرط است. از نقد و بررسی تطبیقات این شرط در سخن فقیهان به نتایج زیر می‌رسیم:

۱. در موارد تطبیق امتنانتی اصل براءت باید توجه داشت که خلاف امتنان بودن براءت تنها در مواردی می‌تواند مانع اجرای براءت باشد که مانع دیگری در رتبه‌ای جلوتر از آن و یا هم‌رتبه وجود نداشته باشد و به گونه‌ای نباشد که اگر اصل براءت از نوع احکام امتنانی نبود، باز هم جاری نشود. برای نمونه به مواردی می‌توان اشاره کرد که از نوع شک در امثال است نه شک در تکلیف که مجرای اصل اشتغال است نه اصل براءت. در نتیجه، در مواردی که شرایط اجرای اصل براءت فراهم نیست، نمی‌توان نقشی را برای خلاف امتنان قائل شد.
۲. در مواردی که اصل براءت برخلاف امتنان است، در صورتی که خود مکلف اقدامی برخلاف امتنان کرده باشد، مانعی از اجرای براءت نخواهد بود؛ زیرا امتنان الهی شامل کسی نمی‌شود که برخلاف امتنان اقدام کند. در این موارد، اصل براءت مثل قاعده لاضرر است که امتنانی است ولی در موارد اقدام به ضرر جاری نمی‌شود.
۳. در مواردی که خلاف امتنان بودن براءت به جهت اثبات تکلیف است، باید توجه داشت که وقوع خلاف امتنان و منع از اجرای براءت در چنین مواردی، تنها در جایی صحیح است که اثبات تکلیف براساس اصل مثبت نباشد؛ وگرنه با توجه به عدم اعتبار اصل مثبت، تکلیفی ثابت نشده و خلاف امتنانی هم صورت نمی‌گیرد. در نتیجه، مانعی از اجرای اصل براءت نخواهد بود.
۴. اجرای احکام امتنانی، از جمله براءت، گاهی موجب تحقق موضوع یک تکلیف آسان‌تر برای مکلف می‌شود. در این صورت، یا اساساً اصل براءت موجب



تکلیف زائد نیست یا اگر تکلیف آور است، خلاف امتنان نیست؛ زیرا موجب تخفیف در واجب و تسهیل در تحصیل ملاک واجب شده است.

۵. در موارد تطبیق امتنانیت برائت، تطبیقات برائت ضرری کمتر با مشکل روبه‌رو است. به نظر می‌رسد عمده‌ترین اثر شرط خلاف امتنان نبودن اصل برائت، در خصوص برائت ضرری قابل تطبیق است. فرق برائت ضرری با مانعیت قاعده لاضرر این است که حکم به برائت با وجود ضرر یا احتمال ضرر، فاقد مقتضی خواهد بود و نوبت به مانعیت ضرر نمی‌رسد. در نتیجه، اگر قاعده لاضرر به جهت مانعی مثل تعارض جاری نشود، اصل برائت باز هم قابل اجرا نیست.



کتابنامہ

۱. آملی، میرزا محمد تقی (۱۳۸۰ق)، مصباح الہدی فی شرح العروة الوثقی، دوازده جلدی، چاپ نخست، تہران: مؤلف.
۲. اسماعیل پور، محمد علی (۱۳۹۵ق)، مجمع الأفكار و مطرح الأنظار (تقریرات درس آیت اللہ میرزا ہاشم آملی)، چاپ نخست، قم: المطبعة العلمية.
۳. امامی خوانساری، محمد (۱۳۵۲)، تسدید القواعد فی حاشیة الفرائد، چاپ نخست، تہران: مؤسسة النشر الإسلامی .
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۴ق)، رسائل فقہیة (للشیخ الأنصاری)، یک جلدی، چاپ نخست، قم: کنگرہ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. _____ (۱۴۲۸ق)، فرائد الأصول، چاپ نهم، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۶. ایروانی غروی، علی (۱۳۷۰)، نہایة نہایة فی شرح الکفاية، چاپ نخست، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزة علمية قم .
۷. بجنوردی، حسن (بی تا)، منتهی الأصول، چاپ دوم، قم: کتاب فروشی بصیرتی.
۸. بروجردي نجفی، محمد تقی (۱۴۱۷ق)، نہایة الأفكار (تقریرات درس آقا ضیاء الدین عراقی)، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. تبریزی، میرزا جواد (۱۳۸۷)، دروس فی مسائل علم الأصول، چاپ دوم، قم: دار الصديقة الشهيدة ع.ق.س.
۱۰. تقوی، حسین (۱۴۱۸ق)، تنقیح الأصول (تقریرات درس امام خمینی ع.ق.س.)، چاپ نخست، تہران: مؤسسة تنظیم و نشر آثار الإمام الخميني ع.ق.س.
۱۱. جزائری مروج، محمد جعفر (۱۳۸۵)، نتائج الأفكار فی الأصول (تقریرات درس آیت اللہ سید محمود حسینی شاهرودی)، چاپ نخست، قم: انتشارات آل مرتضی ع.ق.س.
۱۲. حائری، مرتضی (۱۴۲۴ق)، مبانی الأحكام فی أصول شرائع الإسلام، چاپ نخست، قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۱۳. حاج عاملی، محمد حسین (۱۴۲۴ق)، إرشاد العقول إلى مباحث الأصول (تقریرات درس آیت اللہ شیخ جعفر سبحانی)، چاپ نخست، قم: مؤسسہ امام صادق ع.ق.س.



فکر

۱۴. حکیم، عبدالصاحب (۱۴۱۳ق)، منتقى الأصول (تقریرات درس آیت الله سید محمد حسینی روحانی)، چاپ نخست، قم: دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی.
۱۵. حلی، حسین (۱۴۳۲ق)، أصول الفقه، چاپ نخست، قم: مکتبة الفقه و الأصول المختصة.
۱۶. خادمی کوشا، محمدعلی (۱۳۹۱)، «مفهوم شناسی احکام امتنانی»، فقه، ش ۷۴، ص ۱۰۷-۱۳۱.
۱۷. _____ (۱۳۹۲)، «نقش امتنایت دلیل در محدودسازی حکم»، فقه، ش ۷۵، ص ۲۱-۴۴.
۱۸. خرازی، محسن (۱۴۲۲ق)، عمدة الأصول، چاپ نخست، قم: مؤسسه در راه حق.
۱۹. آخوند خراسانی (ملا محمد کاظم) (۱۴۰۹)، کفایة الأصول، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۲۰. _____ (۱۴۱۳ق)، اللغات النيرة في شرح تكملة التبصرة، دوجلدی، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۱. خوئی، ابوالقاسم (۱۳۵۲)، أجود التقریرات (تقریرات درس آیت الله میرزا حسین نائینی)، چاپ نخست، قم: مطبعة العرفان.
۲۲. روحانی، محمدصادق (۱۳۸۲)، زبدة الأصول، چاپ دوم، تهران: حدیث دل.
۲۳. شیرازی، میرزا محمدتقی (۱۴۱۲ق)، حاشیة المکاسب، دوجلدی، چاپ نخست، قم: منشورات الشریف الرضی.
۲۴. صافی اصفهانی، حسن (۱۴۱۷ق)، الهدایة فی الأصول (تقریرات درس آیت الله ابوالقاسم خوئی)، چاپ نخست، قم: مؤسسه صاحب الامر - عجل الله تعالی فرجه الشریف.
۲۵. صافی گلپایگانی، علی (۱۴۲۷ق)، ذخیرة العقبی فی شرح العروة الوثقی، ده جلدی، چاپ نخست، قم: گنج عرفان.
۲۶. صدر، رضا (۱۴۲۰ق)، الإجتهد و التقليد، چاپ دوم، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۷. طاهری اصفهانی، سید جلال الدین (۱۳۸۲)، المحاضرات - مباحث فی أصول الفقه (تقریرات درس آیت الله سید محمد محقق داماد)، چاپ نخست، اصفهان: انتشارات مبارک .



۲۸. طباطبائی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروة الوثقی، چهارده جلدی، چاپ نخست، قم: مؤسسة دار التفسیر.
۲۹. طباطبائی حکیم، محمدسعید (۱۴۲۸ق)، الکافی فی أصول الفقه، چاپ چهارم، بیروت: دار الهلال.
۳۰. طباطبائی یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۲۶ق «الف»)، التعارض، چاپ نخست، قم: مؤسسه انتشارات مدین.
۳۱. _____ (۱۴۲۶ق «ب»)، حاشیة فرائد الأصول، چاپ نخست، قم: دار الهدی.
۳۲. عراقی، آقا ضیاء الدین (۱۴۱۴ق)، شرح تبصرة المتعلمین (للاغا ضیاء)، پنج جلدی، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. فاضل تونی (عبدالله بن محمد تونی) (۱۴۱۵ق)، الوافیة فی أصول الفقه، چاپ دوم، قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۳۴. فیاض، محمد اسحاق (۱۴۱۷ق)، محاضرات فی أصول الفقه (تقریرات درس آیت الله ابوالقاسم خوئی)، چاپ چهارم، قم: دار الهادی.
۳۵. کاظمی خراسانی، محمد علی (۱۴۱۱ق)، کتاب الصلاة (تقریرات درس آیت الله میرزا حسین نائینی) دو جلدی، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۶. _____ (۱۳۷۶)، فوائد الأصول (تقریرات درس آیت الله میرزا حسین نائینی)، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۷. کلاتری، ابوالقاسم (۱۳۸۳)، مطارح الأنظار (طبع جدید)، چاپ دوم، قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۳۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی (ط - الإسلامية)، هشتم جلدی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۹. مشکینی اردبیلی، ابوالحسن (۱۴۱۳ق)، حاشیة کفایة الأصول (کفایه با حواشی مشکینی)، چاپ نخست، قم: انتشارات لقمان.
۴۰. واعظ حسینی بهسودی، محمد سرور (۱۴۱۷ق)، مصباح الأصول - مباحث حجج (تقریرات درس آیت الله ابوالقاسم خوئی)، چاپ نخست، قم: مکتبة الداوری.



۴۱. _____ (۱۴۲۲ق)، مصباح الأصول - مباحث الفاظ (تقریرات
درس آیت الله ابوالقاسم خوئی)، چاپ نخست، قم: مکتبه الداوری.
۴۲. همدانی، آقا رضا بن محمد هادی (۱۴۱۶ق)، مصباح الفقیه، چهارده جلدی، چاپ نخست،
قم: مؤسسه الجعفریة لإحیاء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی.



تفصیلاً

دلالت قاعده علی‌الید بر ضمان در ربایش انسان

محمد رحمانی *

نقیسه زروندی **

چکیده

مبحث ضمان یکی از مطالب دیرپای فقه فریقین است و از حیث محتوا، پاسخ‌گویی و گستردگی، غنایی مثال‌زدنی دارد. شاید بتوان گفت فقیهان درباره ضمان یا عدم ضمان همه مصداق‌های تلف اموال و حقوق مالی بحث کرده‌اند. با وجود این، جای بحث از ضمان جان انسانی که به ناحق ربوده یا زندانی شود و به‌طور اتفاقی در حبس بمیرد، خالی است. به عبارت دیگر، فقیهان درباره ضمان مال، اعمال و حقوق مالی انسان‌ها به تفصیل بحث کرده‌اند؛ ولی از ضمان جان انسان یا بحث نکرده‌اند یا در حد گذرا به آن اشاره کرده‌اند.

این نوشته، پس از اثبات اعتبار نبوی علی‌الید بر مبنای مختلف رجالی فریقین، صورت‌های مختلف مسئله، بیان محل نزاع، تقریر دلالت نبوی بر ضمان و ادله مخالفان ضمان را در قالب اشکالات نقد و بررسی کرده است. نتیجه پایانی این مقاله این است که علی‌الید دلالت دارد بر ضمان جان شخصی که به ناحق زندانی یا ربوده شده و مرده است؛ هر چند مرگ او مستند به ربایندگی نباشد.

کلیدواژه‌ها

ضمان، ربایندگی، محبوس، ید، سلطه، حر، قتل.



تاریخ دریافت: ۹۷/۲/۱۷

تاریخ پذیرش: ۹۷/۷/۲۶

* مدرس دروس خارج حوزه علمیه، دانشیار جامعه المصطفی العالمیه و مدیر گروه فقه عبادی مدرسه عالی فقه

mzarvandi2@gmail.com

تخصصی وابسته به جامعه المصطفی العالمیه (نویسنده مسئول)

nzarvandi@yahoo.com

** دکتری دین‌پژوهی دانشگاه ادیان و مذاهب

مقدمه

بی‌گمان، یکی از امتیازات دین مقدس اسلام بر دیگر ادیان و مکاتب حقوقی، نظام فقهی آن است. این نظام فقهی برجستگی‌های منحصر به فردی دارد مانند جامعیت، ژرف‌نگری، پاسخ‌گویی به نیازهای فقهی تمام حالات و مراحل زندگی فردی و اجتماعی، و گستردگی. همین برجستگی‌ها سبب شده است که نه تنها از آغاز تولد تا لحظه مرگ انسان، برنامه‌ها و احکام متعددی برای او پیش‌بینی شود؛ بلکه بر همین اساس، برای پیش از تولد و بعد از مرگ نیز احکام و آدابی جهت سعادت دنیا و آخرت انسان‌ها در نظر گرفته شده است.

یکی از عرصه‌های مورد ابتلای جوامع بشری که سبب اختلاف نظر میان فقیهان شده، مبحث ضمان در اقسام و شکل‌های مختلف آن است. فقیهان بیشتر درباره بحث ضمان در قلمرو اموال و اعمال انسان‌ها بررسی و تحقیق کرده‌اند. در فقه، از ضمان جان انسان‌ها یا بحث نشده یا به صورت گذرا به آن اشاره‌هایی شده است. برای نمونه، اینکه آیا اگر شخصی کاری کند که جان فرد دیگری تلف شود، ضامن است یا نه؟ فقیهان بزرگ، از جمله شیخ انصاری در «کتاب البیع» مکاسب و نیز حاشیه‌نویسان و شارحان این اثر به تفصیل در این باره بحث کرده‌اند که کسی سبب تلف شدن انسانی (حر) شود؛ اما آیا اگر شخصی انسانی را برباید، زندانی‌اش کند و او در حبس بمیرد، به گونه‌ای که مرگ او منتسب به آدم‌ربا نباشد، آدم‌ربا ضامن است یا نه؟ در این باره بسیار گذرا بحث شده است.

این نوشته در پی آن است که ضمن طرح این بحث، ثابت کند که شخص رباینده ضامن جان شخص ربوده شده است. با وجود این، پیش از آغاز بحث، یادآوری دو نکته مفید خواهد بود:

الف. برای اثبات ضمان جان انسان به ادله متعددی ممکن است تمسک شود، ولی این نوشته جهت نشان دادن جایگاه و نقش قاعده علی‌الید در باب ضمانات فقط به نبوی علی‌الید تمسک جسته است. از این رو، بحث در دو مقام خواهد بود: مقام نخست: بحث سندی؛ مقام دوم: بحث دلالتی.





ب. نبوی علی‌الید، که از آن با عنوان «قاعده علی‌الید» نام برده می‌شود، فروع و زیاده‌های زیادی دارد. در این نوشته فقط به مباحثی پرداخته می‌شود که مرتبط با موضوع نوشته است؛ آن هم در حد اختصار. سند نبوی جنبه محوری و اعتباربخش به مطالب بعدی دارد. از این رو، شایسته است در دو مقام بحث شود:

۱. بحث سندی

۱-۱. گزارش سند

در ارتباط با این متن نبوی، چهار متن در جوامع حدیثی و فقهی فریقین گزارش شده است:

- نقل نخست: «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» (ترمذی، ۱۴۱۵ق، ج ۲: ص ۳۶۸)؛

- نقل دوم: «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» (احمدبن حنبل، ۲۰۰۸م، ج ۷: ص ۲۴۸؛ ابن ماجه،

۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۱۴۷)؛

- نقل سوم: «علی الید ما قبضت» (ابن زهره، ۱۳۷۵: ص ۳۸۰)؛

- نقل چهارم: «علی الید ما جنت» (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق: ص ۲۶۳).

مضمون نقل‌های چهارگانه، به‌ویژه نقل نخست و دوم، در اصل مدعا (دلالت بر ضمان حر) مشترک‌اند؛ زیرا محور و اساس دلالت بر ضمان، اطلاق «ما»ی موصوله و عبارت «علی الید» است که بر ضمان و تعهد دلالت دارد. از این رو، به‌کندوکاو درباره این‌که کدام نقل صحیح است و کدام یک نیست، نیازی نداریم. بنابراین، در مقام بررسی سند، تنها به سند نقل نخست و دوم بسنده می‌شود؛ به‌ویژه این‌که نقل مشترک در کتب شیعه و اهل سنت نقل نخست و دوم است.

۱-۲. بررسی سند

در ارتباط با بررسی سند، شایسته است براساس مبانی رجالی اهل سنت و امامیه جداگانه بحث شود.

۱-۲-۱. نظر اهل سنت

صاحب نظران اهل سنت در دانش رجال، نظرات مختلفی درباره اعتبار یا عدم اعتبار سند ابراز کرده‌اند، از جمله:

الف. برخی از سند به حسنه تعبیر کرده‌اند، از جمله ترمذی در سنن (ترمذی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۲: ص ۳۶۹) و حاکم در مستدرک (حاکم نیشابوری، ۱۴۲۲ق، ج ۲: ص ۴۷).

ب. برخی سند را ضعیف شمرده‌اند؛ از آن جهت که اصل حدیث ثابت نیست، زیرا حسن بصری، راوی سمره بن جندب، تنها یک حدیث نقل کرده و آن هم در باب «فضل عقیقه» است نه علی الید (زیلعی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ص ۳۹۸). پس معلوم می‌شود سند روایت مخدوش است، زیرا حسن بصری نمی‌تواند راوی باشد.

ج. بعضی سند را ضعیف شمرده‌اند، چون مقطوعه است؛ زیرا راوی حسن بصری او را درک نکرده است. پس واسطه‌ای در این میان بوده ولی ذکر نشده است. بنابراین، روایت مقطوعه است (ابن حزم، ۱۴۰۸ق، ج ۱۹: ص ۱۷۲).

د. عده‌ای هم متعرض روایت نشده و آن را نقل نکرده‌اند، از جمله مسلم و بخاری. از آنجا که اعتبار یا عدم اعتبار حدیث از نظر اهل سنت ملاک عمل برای ما نمی‌تواند باشد، بحث و تحقیق از سند براساس مبانی اهل سنت به همین مقدار کافی است.

۱-۲-۲. نظر شیعه

پرواضح است اعتبار یا عدم اعتبار حدیث دایرمدار مبانی و ضوابط دانش رجال شیعه است؛ زیرا مبانی رجالی اهل سنت نزد ما اعتبار علمی ندارد، مگر در مقام جدل. ذکر دو نکته درباره تبیین نظرات فقیهان شیعه در خصوص این سند ضروری است:

الف. محدثان امامیه نبوی را نقل نکرده‌اند ولی فقیهان در کتاب‌های فقهی خود به آن استناد کرده‌اند؛

ب. بررسی سند در دو مقام باید انجام شود: به عنوان قواعد اولی؛ به عنوان قواعد ثانوی.





۱-۲-۲-۱. قواعد اولی

در سند نبوی افرادی وجود دارند که از جهات مختلف، از نظر عملی و اعتقادی، ضعیف و حتی فاسد و فاسق‌اند؛ از جمله سمره بن جندب که راوی بی‌واسطه از رسول الله ﷺ است. هر چند در این سند نقش سمره آشکار است ولی اشاره به برخی از موارد درباره او بی‌فایده نیست:

نخست. در قضیه شکایت انصاری به درخواست رسول خدا ﷺ دهن کجی و با آن مخالفت صریح کرده است؛ به گونه‌ای که اگر نگوییم موجب کفر اوست، قطعاً مصداق اهانت بر آن حضرت ﷺ است (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵: ص ۲۹۲)؛

دوم. با گرفتن درهم و دینار از معاویه جعل حدیث کرده است تا اثبات کند آیاتی که در شأن علی ؑ نازل شده بود، در شأن ابن ملجم است و برعکس: آیاتی که درباره ابن ملجم نازل شده بود، در شأن علی ؑ نازل شده است (ابن ابی‌الحدید، ۱۳۷۸، ج ۴: ص ۷۳)

سوم. افراد زیادی از مسلمانان و ابرار را کشته است؛ بعضی شمار آنها را تا هشت هزار گزارش کرده‌اند (طبری، بی‌تا، ج ۴: ص ۱۷۶)؛

چهارم. مردم را به خروج بر امام حسین ؑ تشویق کرده است (ابن ابی‌الحدید، ۱۳۸۵ق، ج ۴: ص ۷۹).

در نتیجه، سند نبوی به لحاظ قواعد اولی دانش رجال قابل اعتماد نیست.

۱-۲-۲-۱. قواعد ثانوی

بیشتر فقیهان شیعه با توجه به قواعد ثانوی به حدیث اعتماد کرده و آن را معتبر دانسته‌اند. آنان از این حدیث با عناوینی همانند مقطوع الصدور، موثوق الصدور، مستفیض، مجمع علیه و غیر قابل خدشه یاد کرده‌اند. به دیدگاه بعضی از فقیهان در این باره اشاره می‌شود:

- بعضی از فقیهان، حدیث را به طور جزم از رسول الله ﷺ نقل کرده‌اند. افزون بر این، ابن‌ادریس در موارد زیادی به این حدیث تمسک و عمل کرده است؛ با

- اینکه ایشان به خبر واحد عمل نمی‌کند. یکی از موارد تمسک ایشان در جایی است که اختلاف شود مالی و دیعه است یا قرض (ابن‌ادریس، ۱۳۹۰، ج ۲: ص ۴۲۷).
- بسیاری از فقیهان صدر اول برای اثبات حکم شرعی به حدیث عمل کرده‌اند، مانند شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۴۱۱ق، ج ۳: ص ۴۰۸)، علامه (علامه حلی، ۱۴۱۴ق «ب»، ج ۵: ص ۴۱۷؛ همان، ج ۶: ص ۷۶) و سید ابوالمکارم (ابن‌زهره، ۱۳۷۵: صص ۲۸۰ و ۲۸۹).
- بعضی روایت را مصداق قطعیات شمرده‌اند، از جمله سید میرعبدالفتاح نوشته است: «ضعف نبوی با عمل مشهور جبران شده و پیش عامه و خاصه تلقی به قبول شده است؛ بلکه از حیث صدور ملحق به قطعیات است» (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ص ۴۱۶).
- بعضی از فقیهان بحث از صحیح یا ضعیف بودن سند نبوی را بی‌وجه دانسته‌اند و گفته‌اند حدیث موثوق‌الصدور و بلکه مقطوع‌الصدور و حجت است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴: ص ۵۴).
- کاشف‌الغطاء درباره سند علی‌الید می‌نویسد: «المستفیض المجمع علی مضمونه» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۰ق: ص ۱۴۳).
- بعضی روایت را از مسلمات شمرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲: ص ۲۳۳).
- بعضی روایت را به جهت عمل مشهور در حدی از اعتبار دانسته‌اند که غیرقابل‌خداشه‌اش می‌خوانند (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳: ص ۸۴).
- یکی از اساتید، با اینکه عمل مشهور را جابر ضعف سند نمی‌داند، پس از طرح اشکالاتی از جمله اینکه روایت از جوامع اهل سنت به کتب شیعه راه پیدا کرده است، می‌گوید: «خلاصه کلام: ... رها کردن روایت ممکن نیست، زیرا اعتبار و وثوق به صدور آن کمتر از روایاتی نیست که در تفسیر علی بن‌ابراهیم آمده و مورد اعتماد اصحاب امت‌اند» (انصاری قمی، ۱۳۸۷، ج ۲: ص ۱۴۷).
- ملا محمد نراقی می‌نویسد: با توجه به شهرت روایت در کتاب‌های فقیهان شیعه از حیث روایت، عمل، تلقی به قبول و استدلال به آن در موارد زیاد «یکفی عن مؤونة البحث عن سنده بل لا یقصر عن الصحیح» (نراقی، ۱۴۲۲ق: ص ۴۲۰).





در مقابل، برخی از صاحب نظران به این سند اشکال کرده‌اند. از جمله محقق خوئی، افزون بر اشکال ضعف سند، می نویسد: «وَأَنَّ إِسْتِنَادَ الْقَوْمِ إِلَيْهِ غَيْرُ مَعْلُومٍ» (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۶: ص ۲۳۷).

امام خمینی علیه السلام نیز با اینکه عمل مشهور را جابر ضعف سند می‌داند، ولی در مورد نبوی می نویسد:

فقیهان صدر اول مثل شیخ طوسی و ابن زهره به روایت عمل کرده‌اند، ولی از باب احتجاج بر خصم نه از باب استدلال بر حکم فقهی؛ و عمل مشهور وقتی جابر ضعف سند است که به عنوان دلیل فقهی به آن استناد شود (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ص ۳۷۲).

در پاسخ به این اشکال باید گفت: قبول داریم برخی از فقیهان صدر اول در بعضی از موارد از باب احتجاج به خصم به این روایت استناد کرده‌اند؛ ولی آنان در بسیاری از موارد نیز برای اثبات حکم شرعی به نبوی استناد جسته‌اند. برای نمونه، به این موارد می‌توان اشاره کرد: شیخ طوسی در خلاف در مبحث «غصب» (شیخ طوسی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، مسئله ۲۰: ص ۴۰۸) و مبحث «رهن» (همان، ص ۲۲۸)؛ سید ابوالمکارم در غنیه (ابن زهره، ۱۳۷۵: ص ۲۸۰)؛ ابن جنید در کتاب عاریه با نقل علامه در مختلف الشیعة (علامه حلی، ۱۴۱۴ق «ب»، ج ۶: ص ۷۲)؛ ابن ادریس در سرائر در کتاب «ودیعه» (ابن ادریس، ۱۳۹۰، ج ۲: ص ۴۲۷)، کتاب «رهن» (همان، صص ۴۲۲ و ۴۲۵) و کتاب «غصب» (همان، ص ۴۸۱)؛ علامه در کتاب مختلف در بحث «اجاره» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق «ب»، ج ۵: ص ۷۷)، بحث «لقطه» (همان، ج ۵: ص ۸۷) و بحث «مقبوض بالسوم» (همان، ص ۳۲۱).

بنابراین، هرچند بعضی از فقیهان صدر اول مانند سید مرتضی در انتصار (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق: ص ۴۶۸) از باب احتجاج به این حدیث استدلال کرده‌اند، ولی بسیاری از این فقیهان در موارد فراوانی به عنوان دلیل به آن عمل کرده‌اند. پس عمل مشهور به روایت، به عنوان مستند فقهی، مسلم است و در آن جای خدشه نیست.

اعتبار یا عدم اعتبار نبوی از حیث سند را باید طبق مبانی مختلف رجالی بررسی کنیم:

الف. طبق مبنای کسانی که جبرِ ضعفِ سندِ روایت را با عمل مشهور پذیرفته‌اند، روایت دارای اعتبار است؛ زیرا فقیهان صدر اول در فروعات زیادی در ابواب مختلف به آن استناد و عمل کرده‌اند. پس با توجه به قاعده «کلما أزدادت ضعفاً أزدادت اعتباراً»، این اعتماد و اعتبار با توجه به بدیهی بودن ضعف راویان دوچندان خواهد بود. همچنین، اشکال به اینکه عمل مشهور از باب احتجاج بوده، ناتمام است. بر فرض اینکه در بعضی از موارد، عمل از باب احتجاج باشد، مانع از جبرِ ضعفِ سند به عمل مشهور نمی‌شود.

ب. اعتبار یا عدم اعتبار نبوی بر مبنای کسانی که قاعده جبرِ ضعفِ سند را قبول ندارند نیز قابل بررسی است. این افراد دو دسته‌اند:

نخست. کسانی که ملاک و معیار اعتبار روایت را وثوق به صدور و به عبارت دیگر، «وثوق خبری» می‌دانند: طبق این مبنا، با توجه به قرائن مختلف (که بعضی از آنها گزارش شد) وثوق به صدور روایت حاصل می‌شود و اعتبار روایت ثابت می‌شود؛ دوم. کسانی که ملاک اعتبار روایت را توثیق راویان و به عبارت دیگر، «وثوق مخبری» می‌دانند، نه «وثوق خبری»: در این صورت، اگر از عمل و قرائن مختلف، وثوق و اطمینان حاصل شود، روایت معتبر است - از آن جهت که وثوق و اطمینان علم عرفی است و حجیت ذاتی دارد - و اگر اطمینان به صدور حاصل نشود، نبوی از اعتبار ساقط است.

طبق این مبنا نیز ادعای اطمینان به صدور حدیث بعید نیست؛ پس حجت خواهد بود.

۲. بحث دلالی

۲-۱. تقریر محل نزاع

بی‌گمان، منشأ بسیاری از اختلافات علمی در هر مسئله، عدم تقریر محل نزاع است. از این رو، تقریر محل نزاع لازم است و صاحب‌نظران بزرگ نیز بر آن تأکید کرده‌اند. برای





تقریر نزاع، توجه به نکاتی ضروری است:

الف. جریان قاعده علی‌الید در برخی مصادیق اتفاقی است: از جمله اجناسی که هم مالیت دارند و هم مالک؛ اعم از حیوانات، نباتات و جمادات، و اموال شخصی، عمومی و دولتی، و اوقاف عامه و اوقاف خاصه، و منافع مستوفات و غیرمستوفات، و نیز حقوق معنوی‌ای که مالیت دارند.

ب. جریان قاعده درباره برخی از مصادیق اختلافی است: از جمله درباره ضمان حر. در توضیح باید گفت: در رابطه با ضمان انسان حر، چند صورت مطرح است: نخست، انسان حری که اجیر دیگری است، ربوده شود و در نتیجه عملش تلف شود؛ دوم، انسان حر کسوب آماده به کار ربوده شود و عملش تلف شود؛ سوم، حر غیر کسویی که آماده به کار نیست، ربوده شود و عملش تلف شود؛ چهارم، آدم‌ربا انسان حری را برآید و حبس کند و فرد زندانی در حبس بمیرد، به گونه‌ای که مرگ او منتسب به آدم‌ربا باشد؛ پنجم، آدم‌ربا حری را برآید و حبس کند و فرد زندانی در حبس بمیرد، به گونه‌ای که مرگ وی منتسب به آدم‌ربا نباشد. فقیهان درباره ضمان هر یک از پنج صورت، به ویژه مورد آخر، بحث و اختلاف دارند.

محل بحث این مقاله صورت اخیر است.

ج. محل بحث در صورت اخیر این است که صرف نظر از ادله دیگر، آیا قاعده علی‌الید دلالت بر ضمان آدم‌ربا دارد یا نه. اکثر قریب به اتفاق فقیهان منکر ضمان هستند. نگارنده بر این باور است که آدم‌ربا ضامن است. برای اثبات این مدعا ممکن است به ادله مختلفی تمسک شود؛ ولی در این نوشته با رویکرد به قاعده علی‌الید، ثابت شد آدم‌ربا ضامن است.

۲-۲. ادله موافقان ضمان

برای اثبات ضمان بر اساس قاعده علی‌الید، باید به مقدمه‌هایی توجه کرد و بر اساس آنها نتیجه گرفت:

۲-۲-۱. مقدمه نخست

هر چند نبوی جمله خبری است، ولی در مقام انشا است. بنابراین، طبق نظریه بسیاری از صاحب نظران دانش اصول، از جمله آخوند، دلالت آن بر وجوب از صیغه امر شدیدتر است؛ زیرا مناسبت اخبار با وقوع فعل در خارج اقتضا می کند که اگر دلالت جمله خبری بر وجوب، اظهر از دلالت صیغه امر بر وجوب نباشد، دست کم موجب می شود دلالت بر وجوب متعین باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ص ۱۰۲).

شاهد بر این مدعا این است: اگر نبوی حمل بر انشا نشود، مفهوم نبوی امری است بدیهی که مناسبتی با مقام رسالت ندارد؛ زیرا در این صورت، خبر از امور واقعی و تکوینی ای است که جنبه شرعی ندارد؛ به ویژه اینکه در نبوی تأکیدی به چشم می خورد که با اشاره حکم شرعی تناسب دارند. بنابراین، سیاق نبوی بر این دلالت دارد که در مقام انشا است نه صرف اخبار. پس، دال بر وجوب است.

۲-۲-۲. مقدمه دوم

بحث هایی درباره هریک از جمله های به کاررفته در نبوی صورت گرفته است. برای اثبات مدعا، ضرورت اقتضا می کند که در حد نیاز، به بعضی از این بحث ها اشاره شود: درباره حدیث از نظر نحوی باید گفت: «علی الید» خبر مقدم است. مبتدا نیز «ما أخذت» است. چون «علی الید» جار و مجرور است، متعلق لازم دارد و چون در نبوی، فعل یا شبه فعل وجود ندارد، ناچار باید متعلق در تقدیر گرفته شود. متعلق مقدر مردد است میان فعلی از افعال عموم، مانند «ثبت» و «استقر» (که در این صورت، «ظرف مستقر» خواهد بود)، یا فعل خاص مثل یجب (که در این صورت، در اصطلاح ادیبان، «ظرف لغو» نامیده می شود).

در دانش صرف و نحو ثابت شده است که تا وقتی که تقدیر فعل عام ممکن است، نوبت به تقدیر فعل خاص نمی رسد؛ زیرا تقدیر فعل خاص خلاف اصل است و فقط در موارد ضرورت جایز است. در مورد بحث، چون تقدیر فعل یا شبه فعل عام ممکن است،





علی‌الید به «استقر» یا «ثبت» متعلق می‌شود. پس مفهوم نبوی این است که مال مأخوذ بر گیرنده ثابت و مستقر است تا اینکه ادا شود. پس مدلول نبوی بیانگر حکم وضعی ضمان است؛ چون ثبوت و استقرار مال بر شخص مستولی، حکم وضعی است. به عبارت دیگر، ثبوت و استقرار ضمان مساوی است با حکم وضعی. در نتیجه، مدلول مطابقی نبوی حکم وضعی ضمان است.

برخی از اهل نظر، از جمله محقق نراقی، بر این باورند که مدلول مطابقی نبوی حکم تکلیفی است و به حکم وضعی ضمان مربوط نیست. پس نبوی از ادله ضمان محسوب نمی‌شود؛ زیرا علی‌الید متعلق است به ظرف لغو و آن فعل خاص یجب است (نراقی، ۱۳۷۵: ص ۳۱۸).

اشکالی که در این میان مطرح می‌شود این است که لازمه تقدیر فعل یجب این است که فعل تکلیفی بر مال حمل شود. پُر واضح است که موضوع حکم تکلیفی مکلف است نه مال. به عبارت دیگر، احکام تکلیفی مربوط به افعال مکلف‌اند. از این رو، به اعیان تعلق نمی‌گیرند.

ممکن است محقق نراقی به این اشکال چنین پاسخ دهد که فاعل یجب «رد المال» یا «حفظ المال» است. بنابراین، حکم تکلیفی وجوب به فعلی از افعال مکلف تعلق گرفته است؛ یعنی وجوب رد یا حفظ مال. پس اشکال وارد نیست.

از چند جهت بر این پاسخ دوباره اشکال وارد می‌شود:

نخست. لازمه تقدیر فعل خاص تعدد تقدیر است، زیرا افزون بر یجب، رد یا حفظ هم باید در تقدیر گرفته شود و این خلاف اصل و قاعده است.

دوم. نبوی در مقام بیان نوعی مجازات بر آخذ و غاصبی است که بدون اذن صاحب مال بر آن مستولی و مسلط شده است. این مجازات در صورتی محقق می‌شود که ضمان مدلول حکم وضعی باشد. در این صورت، افزون بر مجازات مالی، به دلالت التزامی، بر حکم تکلیفی وجوب رد عین (اگر باقی باشد) و وجوب رد مثل (اگر مثلی باشد) و رد قیمت (اگر قیمی باشد) دلالت دارد. اگر فعل خاص

یجب در تقدیر گرفته شود، فقط دلالت بر حکم تکلیفی دارد. در نتیجه، مجازات محقق نمی‌شود.

سوم. سلطه و استیلا به قهر و غلبه، و بدون اذن مالک بوده است. پس حکم تکلیفی وجوب رد یا وجوب حفظ امری است واضح و بدیهی، و به بیان و تأکید نیازی ندارد.

نتیجه‌ای که تا اینجا به دست آمد، چنین است: نخست، متعلق علی‌الید افعال عموم است، مثل «استقر» که بر ثبوت مأخوذ بر عهده ذوالید دلالت دارد؛ دوم، مدلول مطابقی علی‌الید حکم وضعی ضمان است و مدلول التزامی آن، حکم تکلیفی وجوب رد یا حفظ مال است.

۲-۲-۳. مقدمه سوم

مای موصول در «ما أخذت» اطلاق دارد و به معنای مطلق شیء است. از این رو، مطلق آنچه را که اخذ شده است، دربر می‌گیرد: اعم از اینکه مأخوذ مصداق مال باشد یا نباشد. بنابراین، انسان ربوده شده مصداق مأخوذ است؛ پس طبق نظر همه فقیهان، مشمول نبوی خواهد بود. البته، در شمول مای موصول بر انسان ربوده شده اشکالاتی هست که پس از این، بررسی می‌شوند.

۲-۲-۴. مقدمه چهارم

ید در نبوی منحصر در ید مصطلح نیست، زیرا ید کنایه است از استیلا و سلطه؛ هر چند از راه ید نباشد، زیرا چه بسا غاصب ید جارحه نداشته باشد یا مأخوذ قابل اخذ به ید نباشد، مثل باغ و خانه و زمین. بنابراین، مصداق‌های علی‌الید اعم است از امور خارجی قابل اخذ به ید و غیر قابل اخذ به ید، و نیز اعم است از امور خارجی و امور اعتباری.

شاهد بر این مدعا، کاربردهای فراوان ید در قرآن و روایات در معانی کنایی قدرت، سلطنت و استیلا است. مثلاً پُر واضح است که ید در آیه شریفه «وَقَالَتِ الْيَهُودُ يَدُ اللَّهِ مَغْلُولَةٌ غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ» (مائده: ۶۴)، کنایه‌ای است از قدرت و سلطنت، نه ید جوارحی؛ بنابراین ید الله یعنی قدرت، سلطنت، سلطه و استیلا الهی.



۲-۲-۵. نتیجه

با توجه به مقدمات چهارگانه، نتیجه می‌گیریم اصل ثبوت ضمان انسان حر از قاعده علی‌الید استفاده می‌شود؛ صرف نظر از ادله دیگر مثل روایات دال بر اینکه خون مسلمان نباید هدر رود.

پُر واضح است بررسی تاریخ و پیشینه بحث در فهم مطلب و رسیدن به حق در این باره، ما را کمک می‌کند. نخستین فقیهی که به این بحث اشاره کرده، شیخ طوسی در کتاب مبسوط است. وی میان حر صغیر و غیرصغیر قائل به تفصیل می‌شود و ضمان را در نوع دوم می‌پذیرد (شیخ طوسی، ۱۴۱۱ق، ج ۷: ص ۱۸). پس از ایشان، علامه نیز در مختلف این تفصیل را پذیرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق «ب»، ج ۶: ص ۱۳۵).

۲-۳. ادله مخالفان ضمان

بسیاری از فقیهان معاصر ضمان انسان حر را نمی‌پذیرند. در این بخش، ادله آنان بررسی می‌شود.

۲-۳-۱. اجماع

صاحب جواهر در مقام استدلال بر مدعای محقق حلی مبنی بر عدم ضمان حر می‌نویسد: «بلا خلاف محقق اجده فیه» (صاحب جواهر، ۱۳۶۷، ج ۳۸: ص ۴۹-۵۰).

با وجود این، ادعای عدم خلاف، که از باب تسامح به اجماع تعبیر می‌شود، از نظر صغرا و کبرا اشکال دارد؛ زیرا:

نخست. بسیاری از فقیهان صدر اول متعرض این مسئله نشده‌اند. پس ادعای عدم صحیح نیست.

دوم. برخی از فقیهان صدر اول، از جمله شیخ طوسی، در مورد حر صغیر مدعی ضمان شده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۱۱ق، ج ۷: ص ۶۳۴). علامه حلی نیز در مختلف این تفصیل را پذیرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق «ب»، ج ۶: ص ۱۳۵). معلوم می‌شود اطلاق کلام صاحب جواهر ناتمام است؛ پس اصل صغرای اجماع صاحب جواهر ناتمام است.



فقه

سوم. بر فرض تنزل و قبول صغرای اجماع، این اجماع اعتبار ندارد؛ زیرا اگر نگوییم قطعاً مدرکی است، دست کم احتمال مدرکی بودن دارد؛ پس کاشف از قول معصوم علیه السلام نیست.

۲-۳-۲. مال نبودن انسان حر

دلیل دومی که در کلام منکران به چشم می خورد، این است که حر مال نیست تا مورد ضمان باشد. برای نمونه، صاحب جواهر فرموده است: «ضرورتاً عدم کونه مالاً حتی يتحقق فيه الضمان؛ بدیهی است حر مال نیست تا ضمان در آن تحقق پیدا کند» (صاحب جواهر، ۱۳۶۷، ج ۳۸، ص ۴۹-۵۰).

بسیاری از منکران ضمان نیز مال نبودن حر را دلیل عدم ضمان دانسته اند. امام

خمینی رحمته الله در کتاب غضب می نویسد:

لو استولى على حر فحبسه، لم يتحقق الغضب لا بالنسبة إلى عينه و لا بالنسبة إلى منفعته و إن أثم بذلك و ظلمه سواء كان كبيراً أو صغيراً فليس عليه ضمان اليد الذي هو من أحكام الغضب، فلو أصابه حرق أو غرق أو مات تحت استيلائه من غير تسبب منه لم يضمن؛

اگر شخصی بر انسان آزادی سلطه پیدا کند و او را زندانی کند، احکام غضب بر او بار نمی شود: نه نسبت به خود حر و نه نسبت به منافعش؛ هر چند با این کار مرتکب گناه شده و به او ظلم کرده باشد. فرقی نمی کند شخص حر بزرگ باشد یا کوچک. بنابراین، این مورد مشمول قاعده علی الید، که از مصادیق غضب است، نمی شود. در نتیجه، اگر این شخص بسوزد یا غرق شود یا بمیرد، به گونه ای که به رباینده و مستولی نسبت داده نشود، ضامن نیست (اصفهانی، ۱۳۸۰، ص ۶۳۶: مسئله ۵).

از سوی دیگر، امام خمینی رحمته الله در تعریف غضب می نویسد: «هو الاستيلاء على ما للغير من مال أو حق عدواناً؛ غضب یعنی استیلا از روی دشمنی بر آنچه که برای دیگری است؛ اعم از مال یا حق مالی» (اصفهانی، ۱۳۸۰، ص ۶۳۵).





از این دو عبارت چنین استفاده می‌شود: الف. مفهوم غصب به مواردی اختصاص دارد که سلطه بر مال یا حق مالی دیگران باشد؛ ب. استیلا بر شخص حر با ربایش و زندانی کردن، مصداق غصب نیست؛ ج. اگر چنین فردی در حبس بمیرد، به گونه‌ای که مرگ او مستند به ربایندگی نباشد، ربایندگی ضامن نیست؛ چون فرد ربوده شده مال نیست.

در نقد و بررسی این دیدگاه باید گفت: این اشکال در عدم ضمان جایگاه و اهمیت بالایی دارد، زیرا بسیاری از منکران ضمان به این اشکال اعتماد کرده‌اند. پس اغراق نیست اگر گفته شود این اشکال اساسی و محوری است. از این رو، باید با تفصیل بیشتری بررسی شود.

خلاصه اشکال این است که تسلط بر حر مصداق غصب نیست، چون حر مال نیست. پس ضمانتی که منشأ آن غصب باشد، در مورد انسان صادق نیست. در پاسخ به این اشکال، به دو صورت نقضی و حلی می‌توان عمل کرد.

۲-۳-۲-۱. اشکال نقضی

مواردی در فقه دیده می‌شوند که متعلق ضمان واقع شده‌اند؛ در حالی که مصداق مال نیستند و ضمان آنها نیز مصداق غصب نیست. از اینجا معلوم می‌شود ضمان دایرمدار صدق غصب نیست؛ بلکه اعم از آن است. در ادامه، به سه نمونه از این موارد اشاره می‌شود.

۲-۳-۲-۱-۱. ضمان طیب

محقق یزدی در عروه می‌نویسد: «الطیب المباشِر للعلاج إذا أفسد ضامن و إن كان حاذقاً؛ اگر پزشک معالج مباشر موجب فساد شود، ضامن است؛ هر چند متخصص باشد» (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۶۷: مسئله ۵). در این قسمت از عروه، کسی از حاشیه‌نویسان حاشیه زده است و مدعای سید را تلقی به قبول کرده‌اند.

بسیاری از شارحان کلام سید در مقام استدلال، افزون بر ادله مختلف، به موثقه

سکونی استدلال کرده‌اند: «... عن أبي عبد الله قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من تطبب أو تبيطر فليأخذ البرائة من وليه و إلا فهو له ضامن» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۲۶۰: ح ۱).
 این سند معتبر است زیرا سکونی را شیخ در عدة الأصول (شیخ طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱: ص ۱۴۹) توثیق کرده است و نام نوفلی هم در اسناد کامل الزیارات هست (ابن قولویه، ۱۴۲۴ق: ص ۱۹۷). پس سکونی توثیق خاص و نوفلی توثیق عام دارد.

مدلول روایت بیانگر ضمان طیب نسبت به انسان حری است که مریض بوده و آن پزشک معالج سبب مردن او شده است. پس همان گونه که طیب نسبت به حر مریض ضامن است، شخص رباینده نسبت به شخص ربوده شده ضامن است. پُر واضح است که مریض مصداق مال نیست. با این وصف، امام عليه السلام عنوان ضمان را بر او اطلاق کرده‌اند. معلوم می‌شود لازم نیست متعلق ضمان مالیت داشته باشد. این روایت اطلاق دارد و شامل مواردی می‌شود که طیب کوتاهی کند یا کوتاهی نکند و مرگ مریض از باب صدفه و اتفاق باشد. شبیه این بحث در مواردی است که عمل حجامت کننده (حجام)، ختنه کننده (ختان) و شرمه کش (کخال/چشم پزشک) موجب فساد شود. در این موارد نیز این افراد ضامن اند. افزون بر معتبره سکونی، صحیحه حلبی هم بر این مدعا دلالت دارد. در متن کلام امام صادق عليه السلام در این روایت آمده است «کل عاملٍ أعطيته أجرًا علی أن یصلح فأفسد فهو ضامن» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۱۴۷: ح ۱۹).

متعلق ضمان عبارت است از جان و اعضای شخص حجامت شونده و ختنه شونده و کسی که به چشم او شرمه کشیده می‌شود. در این ضمان، فساد عضو یا جان به شکل صدفه و اتفاقی رخ می‌دهد. در این باره محقق خوئی می‌نویسد: «اطلاق روایت شامل موردی می‌شود که مرگ اتفاقی باشد و مستند به پزشک نباشد؛ نظراً إلى إطلاق القول بضمن الأجير» (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰: ص ۲۴۳).

۲-۳-۲-۱-۲. روایت ابوالبختری

این روایت به عنوان اشکال نقضی دوم ذکر می‌شود:

وهب بن وهب ابو البختری عن الصادق عليه السلام: من إستعار عبداً لقوم فهو ضامن و



فقه



من استعار حراً صغیراً ضمن؛ امام صادق علیه السلام فرموده‌اند: هر کس عبدی را عاریه بگیرد، ضامن است و هر کس حر کم سن و سالی را عاریه بگیرد، ضامن است (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵: ص ۳۰۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹: ص ۹۴).

این روایت از نظر سند ضعیف است و نمی‌تواند مستند حکم شرعی باشد؛ ولی از آن جهت که اهل زبان عنوان ضمان را بر شخص حر اطلاق کرده‌اند، مرتبط با بحث ماست و می‌تواند شاهدی باشد بر اینکه موضوع ضمان مختص امور مالی نیست، بلکه ضمان در امور غیر مالی نیز صادق و صحیح است.

۲-۳-۲-۱-۳. ید عدوانی بر شیء فاقد مالیت

سومین اشکال نقضی درباره ید و استیلا ی عدوانی بر یک یا دو دانه برنج است که مالیت ندارد، ولی بی گمان متعلق ضمان است. محقق ثانی در این باره می‌نویسد: «اجزای شیئی مملوک، هر چند بسیار کوچک باشد و مالیت نداشته باشد، مصداق ملک است؛ غضب آن جایز نیست و در صورت غضب، رد آن و اگر تلف شود، رد مثل آن واجب است» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ص ۹۰).

از این فرمایش استفاده می‌شود که فقیهان، همانند ائمه علیهم السلام، ضمان را بر مواردی اطلاق کرده‌اند که فاقد مالیت است.

۲-۳-۲-۲. پاسخ خلی

۲-۳-۲-۱-۲. دلالت علی الید بر اشتغال عهده در سلطه عدوانی

در نبوی کلمه ضمان نیامده است. پس این اشکال وارد نیست که ضمان مختص به امور مالی است و در نتیجه، به عنوان غضب اختصاص دارد. علی الید دلالت دارد بر اشتغال عهده و ذمه در برابر آنچه که به شیوه استیلا و سلطه عدوانی بر آن مسلط شده است. پُر واضح است همان گونه که استیلا و سلطه بر اشیای خارجی صادق است، بر انسان حر هم ممکن است صادق باشد. بنابراین، شخص آدم را بر انسان ربوده شده سلطه پیدا کرده و مصداق علی الید است. در نتیجه، احکام علی الید، از جمله بر عهده آمدن شیء مأخوذ،

بر او بار می‌شود و طبق مدلول روایت، مأخوذ بر عهدهٔ آخذ مستقر و ثابت می‌شود و از آن انتزاع ضمان می‌شود. پس مدلول روایت ضمان نیست؛ بلکه استقرار بر عهده است و لازمهٔ آن ضمان است. گفتنی است میان عنوان عهده و ذمه فرق هست: اولی ظرف است برای اشیای خارجی و جزئی؛ بنابراین، مصداق‌های علی‌الید که جزئی و خارجی‌اند، بر عهده می‌آید نه ذمه. در مقابل، دومی ظرف است برای امور کلی مثل بیع صد کیلو گندم به‌عنوان نسیه. ظرف ذمه است زیرا آنچه بر بایع لازم شده، کلی صد من گندم است. این مطلب در فقه آثار فقهی‌ای دارد که در جای خودش بحث شده است؛ ولی به بحث ما ربطی ندارد.

۲-۳-۲-۲. اختصاص نداشتن مدلول نبوی به امور مالی

بر فرض اینکه بپذیریم مدلول نبوی از اول، عنوان ضمان است، باز هم به امور مالی اختصاص ندارد. در توضیح باید گفت: در تفسیر و تعریف ضمان میان شیخ انصاری، آخوند خراسانی، محقق اصفهانی و حاشیه‌نویسان مکاسب اختلاف نظر هست. نقد و بررسی هریک از آنها خارج از حوصلهٔ این نوشته است. باوجود این، از میان اقوال مختلف، به‌نظر می‌رسد تعریف محقق اصفهانی از طرفی جامع‌تر و از سویی کم‌اشکال‌تر است. ایشان می‌نویسد: «والتحقیق: فی معنی الضمان: هو کون الشیء فی ضمن العهده» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج: ۱، ص: ۳۰۷). در ادامه، ایشان اقسام ضمان را چنین بر می‌شمرد: الف. گاهی شخص به تسبیب ضامن است مثل «عقد الضمان بأئحائه حتی ضمان النفس فیان مرجعه إلی تعهد إحضاره». ب. گاهی شارع ضمان را جعل می‌کند مانند مواردی که شارع حکم به ضمان می‌کند، مثل مواردی که عقدی از نظر عقلاً صحیح است ولی از نظر شارع، باطل. مثلاً خرید و فروش خمر و خنزیر از نظر شارع باطل است؛ پس هرچند از نظر عرف عقلاً عقد صحیح است و فروشنده ضامن نیست، ولی این فروشنده شرعاً ضامن ثمن است. ج. گاهی ضمان عرفی است، هرچند شارع هم آن را امضا کرده باشد، مثل اتلاف و علی‌الید. ایشان سپس می‌نویسد: عهده مفهوم واحدی است که مصداق‌های مختلفی دارد: گاهی ضمان معاوضه است، گاهی ضمان تکفل و گاهی ضمان غرامت؛





ولی جامع آنها عهده است و احکامی را در پی دارد: الف. حکم وضعی ضامن شدن؛ ب. حکم تکلیفی و وجوب حفظ و وجوب رد عین.

به نظر می‌رسد تعریف محقق اصفهانی به واقعیت نزدیک‌تر باشد، زیرا مطابق با قواعد صرف و نحو است. طبق این تعریف، لازم نیست متعلق ضمان امور مالی باشد؛ پس اطلاق نبوی شامل حر هم می‌شود.

افزون بر محقق اصفهانی، بسیاری از بزرگان فقه نیز ضمان را به گونه‌ای تفسیر می‌کنند که شامل انسان هم می‌شود. برای نمونه، امام خمینی رحمته الله علیه می‌نویسد: «فانَّ قوله "على اليد ما أخذت..." يراد منه أن الآخذ ضامن للمأخوذ بمعنى أنها لو تلف تكون خسارته عليه؛ مدلول نبوی این است که آخذ ضامن مأخوذ است؛ یعنی اگر تلف شود، خسارت آن بر آخذ است» (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج: ۱، ص: ۵۰۷).

پرواضح است تفسیر ضمان به عهده الخسارة شامل امور مالی و غیرمالی مانند حر نیز می‌شود. نتیجه اینکه این ایراد که چون حر مال نیست، موضوع ضمان نیست (چون ضمان مختص امور مالی است) هم اشکال نقضی دارد و هم پاسخ حلی.

۲-۳-۳. تحت ید قرار نگرفتن انسان حر

انسان حر تحت ید قرار نمی‌گیرد؛ پس متعلق ضمان نیست. محقق رشتی در کتاب الغصب (رشتی، بی تا: ص ۱۳) و پیش از ایشان بزرگانی مانند محقق ثانی گفته‌اند: «نبوی شامل حر نمی‌شود، چون تحت ید قرار نمی‌گیرد» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج: ۶، ص: ۲۲۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج: ۷، ص: ۲۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج: ۲، ص: ۲۵۶).

در پاسخ به این دلیل باید گفت: نخست، در جای خودش ثابت شد که ید در نبوی کنایه از استیلا و سلطه است. شاهد این سخن این است که در آیات و روایات زیادی این واژه در معنای کنایه‌ای استعمال شده است، مانند «وَقَالَتِ الْيَهُودُ يَدُ اللَّهِ مَعْلُومَةٌ» (مائده: ۶۴). دوم، اگر مقصود ید در نبوی، ید شرعی باشد، این اشکال صحیح است؛ ولی:

الف. در نبوی، ید شرعی نیست، بلکه ملاک ید عرفی است.

ب. اگر ید شرعی باشد، لازمه‌اش اشکال دیگری است: غاصب ضامن نیست چون یدش شرعی نیست؛ پس علی‌الید شاملش نمی‌شود.

ج. لازمه این سخن این است که ید اولیا بر مال مولی‌علیه مورد ضمان نباشد؛ چون هرچند ید آنها شرعی است، شارع اذن در تصرف داده است. ممکن است مقصود محقق رشتی این باشد که هرچند ید در نبوی عرفی است، ید بر حر صادق نیست. این مطلب نیز صحیح نیست، چون همان‌گونه که ید بر عبد صادق است، عرفاً بر حر هم صادق هست؛ زیرا حریت و رقیّت از امور اعتباری‌اند و از این‌رو، دخیل در صدق مفاهیم عرفی ید نیستند.

د. ممکن است گفته شود علی‌الید بر این دلالت ندارد که ذوالید باید استیلا داشته باشد تا علی‌الید صادق باشد، زیرا فقیهان در مورد ضمان مقبوض بالسوم (ضمان مشتری که جنس در حال استیمان تلف می‌شود) که در حضور مالک جنس تلف شود، به علی‌الید استدلال کرده‌اند؛ درحالی که مشتری استیلا بر جنس ندارد. اگر گفته شود که استیلا نسبی است، پاسخ این است که این مقدار از استیلای نسبی در مورد بحث ما هم هست.

۲-۳-۴. صدق نکردن ادا با پرداخت دیه

منکران ضمان انسان حر، از جمله محقق رشتی، عبارت «حتی تؤدی» را قرینه‌ای بر تخصیص موصول نسبت به حر گرفته‌اند؛ زیرا ادا نسبت به حر صادق نیست، چون با پرداخت دیه ادا صدق نمی‌کند. در توضیح این اشکال باید گفت: ادای عین با دادن مثل و قیمت، صادق است؛ زیرا آثار عین (کارکرد اقتصادی و رفع مشکلات مالی) در مثل و قیمت وجود دارد. به همین جهت، دادن مثل و قیمت عرفاً صدق ادای عین می‌کند؛ ولی در پرداخت دیه فواید انسان حر وجود ندارد؛ پس ادا با دادن دیه عرفاً صادق نیست: نه حقیقتاً و نه حکماً؛ زیرا پرداخت دیه حکم شرعی است، مثل حکم شرعی به دادن غرامت.



در پاسخ به این اشکال باید گفت:

الف. اشکال نقضی: موارد زیادی هست که در آنها ادا ممکن نیست، ولی ضمان برقرار است، مانند اینکه مالی تلف حقیقی یا تلف حکمی شده باشد. مثلاً در ساختمانی پنجاه طبقه، تیر آهنی در طبقه اول آن به کار رفته است. در این صورت، با اینکه ردّ تیر آهن ممکن نیست، ولی ضمان ثابت است. پس صرف عدم صدق ادا موجب نمی شود ضمان نباشد.

ب. پاسخ حلی: در وجوب ادا دو احتمال هست: نخست، وجوب ادا از خود عبارت «حتی تودی» استفاده می شود؛ دوم، وجوب ادا حکم شرعی ای است که با دلیلی خارجی ثابت شده است. در این صورت، اشکال منتفی به انتفای موضوع است؛ زیرا حکم شرعی دایرمدار چیزی است که رافع ضمان باشد: اعم از اینکه مصداق ادا باشد یا نباشد. به عبارت دیگر، همان گونه که با تلف عین و تعذر آن، شارع به وجوب ردّ مثل در مال مثلی و ردّ قیمت در مال قیمی حکم می کند (اعم از اینکه صدق ادا بکند یا نکند)، در مورد انسان حر نیز شارع حکم می کند که با مردن حر، باید دیه داده شود: اعم از اینکه صدق ادا بکند یا نکند؛ چون ملاک رفع ضمان، به هر شکل ممکن است.

ج. علی الید ارشاد به حکم عقلاً نسبت به ضمان در موارد استیلائی عدوانی است. همان گونه که عقلاً میان اینکه مستولی علیه مال باشد یا انسان تفاوتی نمی بینند، میان اینکه رافع ضمان مصداق ادا باشد یا غیر ادا نیز فرق نمی گذارند

د. پذیرفتنی نیست که کارکرد حر در دادن دیه اصلاً در نظر گرفته نشده باشد. بخش مهمی از کارکرد عموم مردم، به ویژه افراد عادی، کارکرد اقتصادی و مالی است. این کارکرد در دیه هم هست. چه بسا مبلغ دیه در بُعد اقتصادی و اداره زندگی مادی انسانی از خود او تأثیر بیشتری داشته باشد؛ به ویژه اگر انسان ربوده شده از کار افتاده باشد.

۲-۳-۵. مصداق مثلی یا قیمی نبودن حر

در حری که مرده است، مثل یا قیمت تصور نمی شود؛ پس اطلاق علی الید شامل آن نمی شود، زیرا ضامن در مقام ادا یا باید مثل بدهد (اگر مال تلف شده مثلی باشد) یا



فقه

قیمت (اگر مال تلف شده قیمی باشد). انسان حر مصداق هیچ کدام نیست.

در پاسخ به این دلیل باید گفت: برای رفع ضمان دو راه وجود دارد: الف. انسان حر تلف شده به عنوان عبد فرض شود، بهایش سنجیده شود و همان قیمت پرداخته شود؛ ب. دیه‌ای پرداخته شود که شرع مقدس به عنوان خون‌بها تعیین کرده است. راه دوم به واقعیت نزدیک‌تر است، زیرا انسان حر قابل قیمت‌گذاری نیست؛ در حالی که دیه در حکم قیمت است.

۲-۳-۶. مؤدی‌الیه نداشتن حر

به نظر محقق رشتی، علی‌الید شامل حر نمی‌شود؛ چون مؤدی‌الیه ندارد (رشتی، بی‌تا: ص ۱۳). در پاسخ به این دلیل هم می‌توان گفت: مؤدی‌الیه در حر اولیای دم اویند. به همان افرادی که دیه پرداخت می‌شود، خون‌بهای مورد بحث هم پرداخت می‌شود.

۲-۳-۷. جمع‌بندی

آنچه گذشت، مدلول یک دلیل از ادله ضمان انسان حر بود. در این باره، ادله دیگری نیز وجود دارد که می‌توان بر ضمان انسان حر استدلال کرد، از جمله روایات دال بر اینکه خون مسلمان نباید هدر رود.

نتیجه‌گیری

از آنچه گذشت، اموری ثابت شد:

۱. علی‌الید به عنوان اولی ضعیف است ولی به عنوان ثانوی معتبر و قابل استدلال است.
۲. علی‌الید متعلق است به ظرف مستقر؛ یعنی ثبت و استقرار. بر این اساس، مدلول علی‌الید حکم وضعی ضمان است.
۳. مای موصول در نبوی اطلاق دارد و تمام آنچه را دربر می‌گیرد که صدق اخذ و استیلا کند، از جمله انسان حر؛ زیرا ید در نبوی کنایه از سلطه و استیلا است، نه اخذ و گرفتن با دستان.



۴. مخالفان ضمان اشکالاتی مطرح کرده‌اند. مهم‌ترین آنها این بود که انسان حر مالیت ندارد؛ پس ضمان بر او صادق نیست و مضمول علی‌البدن نیست. در پاسخ، هم اشکال نقضی ذکر شد (انسان مریض که با تعدی و تفریط پزشک متعلق ضمان است) و هم جواب حلی داده شد (در صدق ضمان، مالیت شرط نیست).

۵. نتیجه‌نهایی که نوآوری مقاله محسوب می‌شود این است که اگر حری ربنوده و حبس شود و در حبس بمیرد، رباینده ضامن است؛ هر چند مرگ وی منتسب به رباینده نباشد.



کتابنامه

* قرآن

۱. ابن ابی الحدید (فخرالدین ابو حامد عبدالحمید) (۱۳۸۵ق)، شرح نهج البلاغه، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی رحمته.
۲. ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۳۹۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: جامعه مدرسین، دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن حزم، علی بن احمد (۱۴۰۸ق)، المحلی، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۴. ابن زهره، حمزه بن علی (۱۳۷۵)، غنیة النزوع، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
۵. ابن قولویه، جعفر بن محمد (۱۴۲۴ق)، کامل الزیارات، به تحقیق جواد قیومی اصفهانی، چاپ سوم، قم: نشر الفقاهة.
۶. ابن ماجه، محمد بن یزید (۱۴۱۸ق)، سنن، بیروت: دار الجیل.
۷. احمد بن حنبل (۲۰۰۸م)، مسند، بیروت: دارالکتب العلمیه - دار الجیل.
۸. اصفهانی، ابوالحسن (۱۳۸۰)، وسیلة النجاة (مع تعالیک الإمام الخمینی رحمته)، چاپ نخست، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.
۹. انصاری قمی، محمدرضا (۱۳۸۷)، العقد النضید، تقریرات درس آیت الله وحید خراسانی، قم: دارالتفسیر.
۱۰. آخوند خراسانی (ملا محمد کاظم) (۱۴۱۸ق)، کفایة الأصول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۱. بجنوردی، سید حسن موسوی (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیة، قم: الهادی.
۱۲. ترمذی، محمد بن عیسی (۱۴۱۵ق)، السنن، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۳. حاکم نیشابوری (ابو عبدالله محمد بن عبدالله) (۱۴۲۲ق)، مستدرک، بیروت: دار الفکر.
۱۴. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۵. خمینی (امام)، روح الله (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.
۱۶. خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی، جلد سی و سوم، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی رحمته.
۱۷. رشتی، حبیب الله بن محمد علی (بی تا)، کتاب الغصب، تهران: احمد شیرازی.



١٨. زيلعي، جمال الدين ابو محمد عبد الله بن يوسف (١٤١٨ق)، نصب الراية لأحاديث الهداية، بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر.
١٩. سيد مرتضى (علي بن حسين بن موسى) (١٤١٥ق)، الإنتصار، قم: مؤسسة نشر اسلامي.
٢٠. شهيد ثاني (زين الدين عاملي) (١٤١٠ق)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، با حاشية كلانتر، چاپ نخست، قم: انتشارات داوری.
٢١. _____ (١٤١٤ق)، مسالك الأفهام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
٢٢. شيخ طوسي (محمد بن حسن) (١٤١١ق)، الخلاف، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
٢٣. _____ (١٤١٧ق)، العدة في أصول الفقه، چاپ نخست، قم: چاپخانه ستاره.
٢٤. صاحب جواهر (محمد حسن نجفي) (١٣٦٧)، جواهر الكلام، تهران: دار الكتب الإسلامية.
٢٥. طباطبائي يزدي، محمد كاظم (١٤١٠ق)، حاشية المكاسب، قم: اسماعيليان.
٢٦. _____ (١٤١٩ق)، العروة الوثقى فيما نعم به البلوى (المحشى)، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٢٧. طبري، ابو جعفر محمد بن جرير (بي تا)، تاريخ الطبري: تاريخ الأمم و الملوك، بيروت: بي نا.
٢٨. علامه حلي، حسن بن يوسف بن مطهر (١٤١٤ق «الف»)، تذكرة الفقهاء، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
٢٩. _____ (١٤١٤ق «ب»)، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، قم: مكتب الأعلام الإسلامي.
٣٠. غروري اصفهاني، محمد حسين (١٤١٩ق)، حاشية كتاب المكاسب، بيروت: دار المصطفى عليه السلام لإحياء التراث.
٣١. فاضل لنكراني، محمد (١٣٨٣)، القواعد الفقهية، قم: مركز فقهی ائمه اطهار عليه السلام.
٣٢. كليني، محمد بن يعقوب بن اسحاق (١٤٢٩ق)، الكافي، چاپ نخست، قم: دار الحديث.
٣٣. كاشف الغطاء، شيخ جعفر (١٤٢٠ق)، شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامة ابن المطهر، چاپ نخست، نجف اشرف: مؤسسه كاشف الغطاء - الذخائر.
٣٤. محدث نوري، حسين (١٤٠٨ق)، مستدرک الوسائل، بيروت: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.



۳۵. محقق حلی (ابوالقاسم جعفر) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد چهارم، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۳۶. محقق کرکی (علی بن حسین بن عبدالعالی کرکی) (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد، قم: آل البيت علیهم السلام.
۳۷. مراغی، سید میر عبدالفتاح حسینی (۱۴۱۷ق)، العناوین، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰)، القواعد الفقهیة، قم: مدرسة امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۹. نراقی، مولی احمد (۱۳۷۵)، عوائد الأيام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۰. نراقی، مولی عبدالصاحب محمد (۱۴۲۲ق)، مشارق الأحكام، به تحقیق سید حسن وحدتی شبیری، چاپ دوم، قم: مؤتمر المولی مهدی النراقی.



علل ترجیح نمایه موضوعی با رویکرد ترکیبی در بازنمایی موضوعات فقهی

سید تقی واردی *

چکیده

این مقاله به امکان‌سنجی رویکردهای متداول در سازمان‌دهی محتوایی اطلاعات (مانند فهرست‌نویسی، رده‌بندی و نمایه‌سازی)، به‌منظور نظم‌بخشی و بازنمایی موضوعات فقهی براساس اصطلاح‌نامه فقه می‌پردازد. از میان آنها نمایه‌سازی را به‌سبب بازنمایی تحلیلی و بازیابی هدفمند اطلاعات بر سایر شیوه‌های سازمان‌دهی ترجیح داده و به‌سبب کثرت و تنوع موضوعات، و فراوانی منابع و محمل‌های برون‌داد فقهی، تنها شیوه نمایه‌سازی تحلیلی - موضوعی را برای سازمان‌دهی اطلاعات و مدیریت موضوعات علم فقه معرفی می‌نماید. باوجود این، از میان رویکردهای متداول نمایه‌سازی، سه رویکرد نمایه‌سازی ساده، نمایه‌سازی درون‌بافتی و نمایه‌سازی برون‌بافتی را به‌سبب برخی معایب، برای سازمان‌دهی موضوعات علم فقه ناکافی دانسته و بر نمایه‌سازی موضوعی ترکیبی، که از ترکیب چند اصطلاح یا واژگان نمایه‌ای برای معرفی یک موضوع تشکیل شده، تأکید و به آن توصیه می‌کند. نمایه‌سازی ترکیبی را پژوهشکده مدیریت اطلاعات و مدارک اسلامی ابداع و بومی‌سازی کرده است. در این روش، موضوعات کلان و خرد هر علم، از جمله علم فقه با فروع فراوانش، به‌خوبی توصیف می‌شود. همچنین، در مقام بازیابی اطلاعات آن، موجب دستیابی هدفمند و دلخواه جست‌وجوگر می‌گردد و به‌جای ارائه طریق، «ایصال‌الی المطلوب» می‌کند.

کلیدواژه‌ها

سازمان‌دهی اطلاعات، موضوعات فقهی، علم فقه، نمایه‌سازی، نمایه موضوعی ترکیبی.



تاریخ دریافت: ۹۷/۳/۲۵

تاریخ پذیرش: ۹۷/۸/۲۳

* استادیار و مدیر گروه سازمان‌دهی اطلاعات و مدارک پژوهشکده مدیریت اطلاعات و مدارک اسلامی - پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
t.vareidi@isca.ac.ir

مقدمه

منابع فقهی عالمان مسلمان (اعم از شیعه و غیر شیعه) در بردارنده اطلاعات و موضوعات فرعی فراوانی است. این منابع از دیرباز در اختیار مسلمانان، به ویژه محققان، مدرسان و مؤلفان قرار داشته و به عنوان گنجینه عظیم بشری مورد استفاده علمی و پژوهشی آنان بوده است. بی تردید، آنچه تا کنون در این زمینه تألیف و تصنیف شده، قابل احصا و بررسی نیست؛ چون بسیاری از آنها به چاپ نرسیده و به مرور زمان از بین رفته اند و آنها که به چاپ و نشر رسیده اند، در برخی از کتابخانه ها مهجور مانده اند و کسی از وجودشان اطلاع ندارد. همچنین، منابع قابل استفاده، به ویژه آنها که در فضاهای الکترونیکی قرار گرفته اند، آن قدر پر شمار و متنوع اند که دسترسی به همه آنها ممکن نیست. منابعی که دسترسی به آنها ممکن است نیز متأسفانه فاقد سازمان دهی محتوایی اند و بدین جهت، دستیابی به مطلب مورد نیاز در بین آنها بسیار دشوار و وقت گیر است. گرچه در سال های اخیر در داخل و خارج کشور فعالیت هایی برای سازمان دهی این منابع انجام شده است، ولی بیشتر این تلاش ها جنبه گردآوری، متن پردازی و تجمیع منابع در برنامه های نرم افزاری داشته اند تا سازمان دهی محتوایی و موضوعی. در این بین، پژوهشکده مدیریت اطلاعات و مدارک اسلامی (وابسته به پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی) اقدام ارزشمند و تحسین برانگیزی در دو دهه اخیر به عمل آورده و اصطلاحنامه فقه را تدوین و تألیف نموده است. این اصطلاحنامه در بردارنده بیش از پنجاه هزار اصطلاح فقهی به سه روش الفبایی، ترسیمی و درختی است و با استاندارد تراروس نویسی تطابق دارد. گرچه با تألیف این مجموعه، نقشه مهندسی و علمی دانش فقه را می توان ترسیم نمود، ولی تا هنگامی که این اصطلاحات به متون فقه پیوند داده نشوند و استناد محتوایی برای تک تک آنها به وجود نیاید، به سازمان دهی و نظم بخشی موضوعات فقهی کمکی نمی کند؛ چون نقش اصطلاحنامه برای سازمان دهی اطلاعات فقه، نقش قالب و ابزار است که با آن می توان موضوعات متنوع فقهی را بازنمایی نمود. بدین جهت، به خودی خود قابل استفاده نیست؛ مگر آنکه جنبه آلی داشته باشد و برای





سازمان‌دهی محتوایی منابع فقهی به کار گرفته شود. ممکن است گفته شود اگر غرض اصلی یا یکی از اغراض این اصطلاح‌نامه، ترسیم ساختار علم فقه است، چگونه گفته می‌شود جنبه آلی دارد؟ پاسخ آن است که اگر چنین سخنی پذیرفته شود، بحث دیگری است و با بحث ما منافاتی نخواهد داشت.

به همین منظور، باید در پی سازمان‌دهی محتوایی منابع فقهی و موضوعات مطرح در آنها بود و برای آن راه‌حلی پیدا کرد؛ زیرا بدون سازمان‌دهی آنها دستیابی به اطلاعات موردنظر دشوار و چه بسا ناممکن است. به گفته یکی از متخصصان علم اطلاعات، «هر مخزن اطلاعات تا زمانی که به منظور دستیابی، سازمان‌دهی نشود و برای استفاده آماده نباشد، مانند انباری پُر از اسناد است» (کلیولند و کلیولند، ۱۳۸۵: ص ۵۷).

البته، ممکن است گفته شود سرنوشت همه علوم بشری، از جمله علوم اسلامی، این چنین است و به علم فقه اختصاص ندارد، ولی باید یادآور شد که از سویی، علم فقه گسترده‌ترین علم در میان علوم اسلامی و در واقع، مادر همه علوم اسلامی است و از سوی دیگر، هریک از مسائل علم فقه فروع فراوانی دارد که بازیابی آنها تنها از طریق اصطلاحات کنترل‌شده (اصطلاح‌نامه) و همارایی آنها شدنی است و لازمه دستیابی به موضوعات فرعی فقهی تهیه چکیده یا چکیده‌نامه‌های موضوعی است که جست‌وجوگر را به موضوع دلخواه برساند. بدین جهت، مدیریت اطلاعات علم فقه اهمیت فوق‌العاده‌ای پیدا می‌کند و تفاوت آن با علوم دیگری که چنین وسعتی نداشته و اصطلاحات آن چندان به همارایی نیاز ندارد، برای متخصصان علم اطلاعات بسیار روشن است.

ضرورت بحث

درباره اینکه چه ضرورتی اقتضا می‌کند که مدیریت اطلاعات منابع فقهی بحث و بررسی شود، کافی است به این نکته اشاره شود: علم فقه یکی از کهن‌ترین و پُردامنه‌ترین علوم اسلامی است. هزاران متن (کتاب، پایان‌نامه و مقاله) از عصر ائمه

اطهار بإحدى تا به زمان ما تصنیف و تألیف شده‌اند، ولی اطلاعات عالمان و فقیهان اسلامی درباره آنها اندک است. هر کس تعداد محدودی از منابع را در اختیار دارد یا اصولاً از آنها اطلاع ندارد و اگر اطلاع و حتی دسترسی به آنها داشته باشد، امکان استفاده بهینه برایش فراهم نیست. افزون بر این، در عصر حاضر با پیشرفت فناوری و اشاعه کتابخانه‌های الکترونیکی و دیجیتالی، منابع فقهی فراوانی در شبکه‌ها و سیستم‌های الکترونیکی انباشته شده است. این نه تنها جست‌وجوگر را در مقام بازیابی به اطلاعات دلخواه راهنمایی نمی‌کند، بلکه موجب سرگردانی و صرف وقت زیاد وی نیز می‌گردد. بنابراین، اگر اطلاعات فقهی به صورت علمی و فنی سازمان‌دهی گردد و مدیریت محتوایی منابع فقهی به وجود آید، این کاستی در ارائه اطلاعات فقهی از بین می‌رود.

بدین جهت، در ضرورت مدیریت اطلاعات منابع فقهی بحثی نیست. بحث اصلی و مهم در گزینش شیوه و روش سازمان‌دهی موضوعات فقهی است. از آنجا که تاکنون چنین کاری صورت نگرفته و آن اندازه هم که برخی از مراکز علمی انجام داده‌اند، براساس اصطلاح‌نامه نبوده، لازم است شیوه‌ها و روش‌های گوناگون سازمان‌دهی اطلاعات، به ویژه روشی که با موضوع‌یابی مسائل فقهی سازگار باشد، بررسی شود و از بین آنها، شیوه‌ای جامع و مفید به متولیان پژوهشی و آموزشی این علم گسترده‌دامن معرفی گردد.

با این هدف، تلاش بر این است که در این پژوهش، ابتدا شیوه‌های رایج سازمان‌دهی اطلاعات، مانند فهرست‌نویسی، رده‌بندی و نمایه‌سازی و در بخش نمایه‌سازی، به زبان‌های نمایه‌سازی آزاد، طبیعی و کنترل‌شده اشاره گردد. آنگاه، سه روش نمایش نمایه‌سازی موضوعی (ساده، درون‌بافتی و برون‌بافتی)، به تفصیل، بحث و بررسی شود. همچنین، مزیت‌ها و معایب آنها تشریح و علل ناکارآمدی آنها برای مدیریت موضوعات فقهی روشن و شفاف گردد. سپس رویکرد دیگری که بومی‌سازی شده رویکردهای بین‌المللی است و به آن نمایه‌ موضوعی ترکیبی گفته می‌شود، بررسی و تبیین گردد. در پایان نیز با ذکر ادله و قرائن و شواهد، آن رویکرد را رویکرد مناسب بازنمایی موضوعات فقهی معرفی کرد.





۱. روش‌های سازمان‌دهی اطلاعات

بر اساس برهان سبرو تقسیم، در آغاز باید روش‌های متداول سازمان‌دهی اطلاعات، که با موضوعات فقهی نیز تناسب داشته باشد، را تعریف کرد؛ سپس ظرفیت هریک از آنها را برای تحمل وزنه‌ای سنگین (موضوعات فرعی فقهی) در ترازوی نقد گذاشت. معروف است که سه روش علمی برای سازمان‌دهی اطلاعات وجود دارد: فهرست‌نویسی، رده‌بندی و نمایه‌سازی. با وجود این، برخی معتقدند نمایه‌سازی روش اصلی سازمان‌دهی اطلاعات است و فهرست‌نویسی و رده‌بندی از زیرمجموعه‌ها یا مصداق‌های آن به‌شمار می‌آیند. یکی از مؤلفان فنّ نمایه‌سازی در این باره می‌نویسد:

از آنجا که نمایه‌سازی شیوه‌های دستیابی به اطلاعات مجموعه‌ای از مدارک یا یک مدرک و یا بخش‌هایی از یک مدرک را، صرف‌نظر از محل نگهداری آن، فراهم می‌کند می‌توان گفت نمایه‌سازی روش بنیادین سازمان‌دهی دانش است و فهرست‌نویسی و رده‌بندی مصادیق آن هستند (نوروزی و ولایتی، ۱۳۸۹: ص ۲۰).

اما از دیدگاه دیگر، سیر تحول نمایه‌سازی حاکی از آن است که نمایه‌سازی به‌عنوان عنصر یا پدیده‌ای متفاوت و نوین در مقابل فهرست‌نویسی سنتی خودنمایی کرده است (نوروزی و ولایتی، ۱۳۸۹: ص ۲۰).

به هر روی، با توجه به اینکه سه روش ذکر شده به‌تنهایی می‌توانند اطلاعات یک مجموعه را سازمان‌دهی کنند، باید ظرفیت‌های آنها را برای سازمان‌دهی موضوعات فقهی سنجد و عیار آنها را معین نمود. بنابراین، لازم است از هر یک از آنها و کاربری و توانمندی‌شان شناختی به شرح ذیل داشته باشیم:

۱-۱. فهرست‌نویسی

به گفته اریک هانتز (Eric J. Hunter)، به سیاهه یا صورت اسامی مواد که برحسب طرح یا نقشه معینی منظم شده باشد، فهرست گفته می‌شود (هانتز، ۱۳۷۲: ص ۱). فهرست‌نویسی (Cataloging) به معنای «ثبت مشخصات کتاب‌شناختی کتاب‌ها برای تهیه فهرست از

آنها» است. به عبارت دیگر، فهرست‌نویسی به مجموعه مراحل گفته می‌شود که طبق روش خاصی مشخصات کتاب‌ها را جهت تهیه فهرست و استفاده، چه به صورت کتابی و چه در برگه‌دان (و در زمان ما، در محیط الکترونیکی) ثبت می‌کند (فتاحی، ۱۳۷۳: ص ۱۱).
فهرست‌نویسی به دو گونه است:

الف. فهرست‌نویسی توصیفی، که حاوی اطلاعات کتاب‌شناختی مدرک است و جنبه‌های برون‌متنی یک اثر یا سند را بیان می‌کند؛ اطلاعاتی مانند عنوان اثر، نام نویسنده، تعداد جلد، شماره جلد، ناشر، تاریخ نشر و نوبت چاپ.

ب. فهرست‌نویسی موضوعی، که یعنی «بررسی و تحلیل اثر از نظر محتوا، تشخیص و تعیین موضوع (یا موضوعات) آن و انتخاب واژه یا عبارتی (سرعنوان موضوعی یا اصطلاح‌نامه) که به بهترین وجه گویای محتوای اثر برای خواننده باشد» (فتاحی، ۱۳۷۳: ص ۸۱). به فهرست‌نویسی موضوعی، تحلیلی - موضوعی نیز گفته می‌شود. در این شیوه، با مطالعه و بررسی متن سند، موضوع یا موضوعات آن با توصیفگر (اصطلاح کنترل‌شده) بیان می‌گردد.

برای روشن‌سازی تفاوت فهرست‌نویسی توصیفی با فهرست‌نویسی موضوعی، اشاره به کتاب جواهر الکلام مفید است. هنگامی که این کتاب فهرست‌نویسی توصیفی شود و در اختیار خواننده قرار گیرد، خواننده به اطلاعات کتاب‌شناختی آن اطمینان حاصل می‌کند؛ ولی از جهت محتوایی نمی‌داند که آیا این کتاب درباره جواهرات و اشیای قیمتی است یا درباره خوب سخن گفتن و بیان زیبا است یا درباره اعتقادات و مسائل کلامی؟ درحالی که موضوع آن هیچ‌یک از اینها نیست. در اینجا نقش فهرست‌نویسی موضوعی بروز و ظهور می‌کند و فهرست‌نویس وارد عمل شده و با مطالعه و بررسی متن آن، موضوع «فقه» را برایش تعیین می‌کند. سپس برای هر مجلد، موضوع خاص آن را انتخاب می‌کند؛ مثلاً برای جلد اول، طهارت و برای جلد دوم، نماز و روزه را بر می‌گزیند.

فهرست‌نویسی (اعم از توصیفی و موضوعی) در بازنمایی و بازیابی اطلاعات





کتاب‌شناختی سودمند است و برای اطلاع و آشنایی با مدارک و مآخذ در یک حوزه تخصصی لازم و بلکه ضروری است؛ ولی برای بازیابی موضوعات و مسائل فرعی فقهی نمی‌تواند به کاربر کمک چندانی کند و از این جهت، کارآمد نیست؛ زیرا بازیابی اطلاعات در فهرست‌نویسی توصیفی از طریق نام نویسنده یا ناشر یا مترجم یا عنوان یا سال نشر و امثال آن است. اگر موضوعی هم برای آن ثبت کرده باشند، موضوع کلی‌ای است، مانند فقه، کلام اسلامی و علوم قرآن. اما موضوعات فرعی و جزئی، به‌ویژه اصطلاحات هم‌ارایی شده (مثل آب جاری متصل به نهر، آب خرمای جوشیده، اتحاد نماز امام و مأموم، ولایت فقیه در وصیت بلاوصی) در آن بازنمایی نمی‌گردد تا امکان بازیابی آن باشد؛ در حالی که منابع فقهی سرشار از موضوعات فرعی و مسائل تُخردی است که برای فقیهان و مجتهدان و همچنین مکلفان، موضوعیت دارد.

بدین جهت، فهرست‌نویسی توان تنظیم و مدیریت محتوایی موضوعات فرعی فقهی را ندارد، ولی برای اطلاع کتاب‌شناختی و همچنین تنظیم موضوعات کلی نه‌تنها مفید، بلکه برای منابع فقهی لازم و ضروری است. البته، متأسفانه جای این نوع فهرست‌نویسی خالی است.

۱-۲. رده‌بندی

رده‌بندی (Classification) یکی از شیوه‌های تنظیم اطلاعات و طبقه‌بندی معلومات است که پیشینه‌ای به قدمت تمدن آدمی دارد. ارسطو در سده چهارم پیش از میلاد، نخستین کسی بود که به رده‌بندی دانش توجه کرد و تقسیماتی را بنیان نهاد که در طول سده‌ها نفوذی عمیق یافت (ابرامی، ۱۳۷۹: ص ۱۴۴). در سال ۱۸۷۶ میلادی ملویل دیویی (Melvil Dewey) با الهام از رده‌بندی‌های گذشته، طرحی نو ریخت و رده‌بندی ده‌دهی را به‌وجود آورد. او دانایی انسان را به ده رده و هر رده را به ده بخش و هر بخش را به ده بخش فرعی تقسیم کرد و پایه هزار موضوع را بنا نهاد (ابرامی، ۱۳۷۹: ص ۱۴۶). در آغاز سده بیستم میلادی، کتابخانه کنگره آمریکا به سبب حجم روزافزون منابع اطلاعاتی خود، ناگزیر به ایجاد نظمی نوین شد و طرح جدیدی را پایه‌گذاری کرد که به رده‌بندی

کنگره معروف شده است (ابرامی، ۱۳۷۹: ص ۱۴۹). هم‌اینک این دو شیوه رده‌بندی بر کتابخانه‌های مهم دنیا حاکم است.

اریک هانتر درباره مفهوم رده‌بندی می‌نویسد: «رده‌بندی به معنای کنار هم قرار دادن اشیا بر اساس خواص یا ویژگی‌های مشترک آنهاست» (مارسلا و مالت بای، ۱۳۸۶: ص ۲۰).
بنابر استاندارد بین‌المللی BS ISO 25964-2، رویکرد اصلی رده‌بندی، سازمان‌دهی مفاهیم در قالب رده‌ها است. سپس رده‌ها به رده‌های اخص تقسیم می‌شوند و این رده‌ها هم به رده‌های اخص بیشتری تقسیم می‌شوند تا به سطح جزءنگری مورد نیاز دست یابیم (مؤسسه استاندارد بریتانیا، ۱۳۹۲: ص ۱۰۱).

گرچه بیشترین استفاده از رده‌بندی برای طبقه‌بندی جانداران است، ولی از این شیوه در علوم، از جمله علوم اسلامی نیز استفاده می‌شود. مثلاً اگر واژه‌هایی مانند توحید، حج، صداقت، معاد، زکات، امامت، نماز، هم‌نشینی و ملایمت در جایی وجود داشته باشد، از طریق شناسایی ویژگی‌های مشترک آنها، همه را می‌توان در سه رده الفبایی به شرح ذیل طبقه‌بندی نمود:

الف. اخلاق اسلامی

صداقت

ملایمت

هم‌نشینی

ب. علم فقه

حج

زکات

نماز

ج. علم کلام

امامت

توحید

معاد





رده‌بندی به‌طور کامل جنبه‌هایی از ویژگی‌ها و خصوصیات رشته را به‌نمایش می‌گذارد. تئوری و جنبه‌های عملی آن در دانشگاه تدریس می‌شود که دارای پژوهش نظری است و ایده‌هایی را از رشته‌های فلسفه، روان‌شناسی، علم رده‌بندی، معرفت‌شناسی، مطالعات استفاده‌کنندگان کتابخانه، زبان‌شناسی، منطق و ریاضیات می‌گیرد (مارسلا و مالت بای، ۱۳۸۶: ص ۱۸۶)

در واقع، رده‌بندی روشی برای طبقه‌بندی کتاب‌ها و منابع یک علم یا علوم است، نه محتوا و اصطلاحات یا موضوعات یک علم. بدین جهت، اگر پرسیده شود که آیا این شیوه در سازمان‌دهی موضوعات فقهی می‌تواند کمکی نماید، بی‌تردید پاسخ منفی است؛ ولی در دسته‌بندی منابع اطلاعاتی و همچنین در تنظیم اصطلاحات و تعیین جایگاه هر یک از اصطلاحات در رده و طبقه خود می‌تواند کارساز باشد. کیولند ناکارآمدی رده‌بندی در نمایه‌سازی را مورد تشکیک قرار داده است. او می‌نویسد:

اما نمایه‌های عمومی که رده‌بندی می‌شوند، موجب سردرگمی استفاده‌کننده می‌گردند. علت این امر اساساً آن است که آنها درک نمی‌کنند این نمایه‌ها چگونه درست شده‌اند. نمایه‌ها باید کاربرمدار باشند؛ درحالی که بیشتر استفاده‌کنندگان در استفاده از نمایه‌های رده‌ای دچار مشکل می‌شوند. ذهن استفاده‌کنندگان، حتی افراد خبره یک حوزه، که باید با تجزیه سلسله‌مراتبی واژگان حرفه خود آشنا باشند، با نظم الفبایی آشنا است (کیولند و کیولند، ۱۳۸۵: ص ۹۴).

بدین جهت، باوجود اینکه رده‌بندی در تدوین اصطلاح‌نامه‌های تخصصی تأثیر بسزایی دارد، ولی در بازیابی موضوعات و مسائل فقهی، کارآمدی چندانی نمی‌توان از آن انتظار داشت و آن را به‌عنوان راه‌حل موفق نمی‌توان معرفی کرد. از این‌رو، ناگزیر باید در پی راهکار دیگری رفت.

۱-۳. نمایه‌سازی

«نمایه»، از مصدر «نمودن» یا «نماییدن»، به‌معنای نشان دادن، نمایش دادن و راهنمایی

کردن است (نوروزی و ولایتی، ۱۳۸۹: ص ۱۹). در حوزه علم اطلاعات و کتابداری به عمل «تحلیل مدرک از طریق تشخیص، گزینش و تخصیص واژه‌ها، اصطلاح‌ها یا توصیفگرها به محتوای موضوعی مدرک که موجب تسهیل و تسریع بازیابی مدارک معین یا بخش‌های خاصی از اطلاعات می‌شود» (نوروزی و ولایتی، ۱۳۸۹: ص ۲۰)، «نمایه‌سازی» (Indexing) گفته می‌شود. «نمایه‌ساز» کسی است که عمل نمایه را انجام می‌دهد. به عبارت دیگر، نمایه‌سازی فرایند ساختن نمایه است و نمایه‌ساز فردی است که نمایه‌سازی می‌کند (کلیوند و کلیوند، ۱۳۸۵: ص ۱۳).

درباره اهمیت نمایه گفته‌اند: نمایه سیاهه، ضمیمه یا تنظیم دوباره فهرست مندرجات نیست؛ بلکه پیشینه دانش متمایزی است که اعتبار و ثبات درونی خاص خود را دارد. ایده‌ها و افکار به صورتی درهم‌تنیده و تودرتو به هم مربوط شده‌اند. به همین دلیل است که می‌گوییم این پیشینه دانش مستقل، به آثار اطلاعاتی مربوطه ارزش مضاعفی می‌بخشد (کلیوند و کلیوند، ۱۳۸۵: ص ۱۷).

در نمایه‌سازی می‌توان موضوعات هر علم، از جمله علم فقه را به گونه‌ای بازنمایی نمود که در مرحله بازیابی، هر کاربر بتواند در کوتاه‌ترین زمان به اطلاعات موردنیاز خود دسترسی پیدا کند. در واقع، این هنر و قابلیت نمایه‌سازی است که کاربر برای بازیابی اطلاعات، وقت بسیار کمی صرف کند و موفقیت بیشتری به‌دست آورد. اگر واقع‌نگر باشیم، متوجه خواهیم شد که تنها راه مدیریت اطلاعات و موضوعات فقهی، نمایه‌سازی منابع مهم فقه است. با این عمل چالش بزرگ دسترسی به اطلاعات این علم عظیم را می‌توان برطرف و راه را بر همگان هموار کرد. به هر روی، اگر بنا بر نمایه‌سازی موضوعات فقه باشد، ناگزیر باید زبان‌ها، شیوه‌ها و نوآوری‌های نمایه‌سازی نیز بررسی و درباره‌شان تصمیم‌گیری شود. به همین جهت، هریک از موارد ذکرشده به‌روشنی تبیین و مصداق مقبول با برهان و مثال معرفی می‌گردد.

۱-۳-۱. زبان‌های نمایه‌سازی

اگر منابع فقهی برای یافتن موضوعات فرعی فقهی نمایه‌سازی شوند، نخستین پرسشی





که درباره‌شان مطرح می‌شود، آن است که باید با چه زبانی نمایه‌سازی شوند؟ منظور از زبان نمایه‌سازی (Indexing Language) در نظام‌های اطلاع‌رسانی، زبان‌های رایج بین قومیت‌ها نیست؛ بلکه به زبان ساختگی و قراردادی‌ای اطلاق می‌شود که برای مقاصد نمایه‌سازی به‌ویژه قابلیت بازیابی اطلاعات و مدارک به کار گرفته می‌شود. به‌طور کلی، زبان نمایه‌سازی می‌تواند استاندارد را فراهم کند که هم نمایه‌ساز و هم کاربر و جست‌وجوگر از آن استفاده کنند. به گفته جنیفر راولی (Jennifer E. Rowley)، «زبان نمایه‌سازی، زبانی است که برای توصیف موضوع یا سایر جنبه‌های اطلاعات یا مدارک در نمایه به کار می‌رود» (راولی، ۱۳۷۴: ص ۹۱). زبان نمایه‌سازی برای ایجاد هم‌زبانی بیشتر بین تولیدکنندگان و استفاده‌کنندگان اطلاعات نقش تعیین‌کننده‌ای دارد (نوروزی و ولایتی، ۱۳۸۹: ص ۳۶). در واقع، بین نمایه‌ساز (که اطلاعات را با ابزاری نمایه می‌کند) و جست‌وجوگر (که در پی یافتن اطلاعات مورد نیاز خود است) از طریق زبانی مشترک ارتباط برقرار می‌شود. به این زبان، زبان نمایه‌سازی گفته می‌شود. به‌طور کلی، زبان‌های نمایه‌سازی سه دسته‌اند: آزاد، طبیعی و کنترل‌شده.

۱-۳-۱-۱. زبان آزاد

ماهیت زبان نمایه‌سازی آزاد (Free Language) آن است که هر واژه یا اصطلاح مناسب موضوع را می‌توان به‌عنوان واژه‌ای موضوعی در نظر گرفت (راولی، ۱۳۷۴: ص ۹۳). بدین جهت، در نمایه آزاد، نمایه‌ساز مقید به متن محتوا نیست و از هر توصیف‌گری که خود می‌پسندد، انتخاب می‌کند؛ حتی از اعداد، اشکال و علائم رمزی. این روش ممکن است توسط انسان انجام گیرد یا رایانه.

نمی‌توان گفت این نوع نمایه ناکارآمد است. چه‌بسا کارآمدی بالایی برای برخی اغراض بشری داشته باشد. مثلاً برای مراکز امنیتی و اطلاعاتی، که طبقه‌بندی اطلاعات‌شان سری و محدود است و دریافت‌کنندگان شناخته شده‌ای دارند، می‌تواند مفید باشد؛ اما برای سازمان‌دهی اطلاعات علوم انسانی و اسلامی که اطلاعات غیرسری دارند و هدف اصلی نمایه‌سازی آنها دسترسی آزاد افراد به موضوعات است،

کارآمدی اش اطمینان آور نیست. بدین جهت، برای نمایه‌سازی منابع فقهی توصیه نمی‌گردد؛ چون منابع فقهی سرشار از اصطلاحات اصلی و فرعی‌ای است که تنها از طریق آنها می‌توان به موضوعات مورد نظر دسترسی پیدا کرد. هم‌اینک اصطلاح‌نامه فقه با بیش از پنجاه هزار اصطلاح فقهی تهیه و تدوین شده است. آیا می‌توان برای هر یک آنها یک علامت یا یک شکل یا واژه‌ای غیر از واژگان اصطلاح‌نامه‌ای تعریف کرد؟ علاوه بر این، افراد استفاده‌کننده از این منابع در یک سازمان یا حوزه یا عصر خاص نیستند که با هم توافق کنند که مثلاً به جای اصطلاح «نماز»، فلان شکل آورده شود. برای نمونه، کتاب فقهی - استدلالی مکاسب شیخ انصاری، که هر سطر آن حاوی اصطلاحات و حتی موضوعات متعددی است، را چگونه می‌توان با واژگان یا اعداد و اشکال تنظیم یا نمایه‌سازی نمود؟ مثلاً ایشان می‌فرماید: «[المسألة] الثامنة عشر: الكذب حرام بضرورة العقول والأديان، ويدل عليه الأدلة الأربعة، إلا أن الذي ينبغى الكلام فيه مقامان: أحدهما - في أنه من الكبائر. الثاني - في مسوغاته» (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ص ۱۱).

ایشان در اینجا چند موضوع را بیان می‌نماید: ۱. حرمت تکسب به کذب؛ ۲. قبح کذب به ضرورت عقل و در نگاه ادیان؛ ۳. ادله شرعی حرمت کذب؛ ۴. گناه کبیره بودن کذب؛ ۵. مسوغات کذب. تصور اینکه چنین مطالبی را با نمایه آزاد بتوان بازنمایی نمود، بسیار مشکل و در عمل و اجرا ناممکن است. حال، اگر بنا بر نمایه هزار جلد کتاب دیگر همانند مکاسب باشد و همه را بخواهند به همین نحو نمایه کنند، چه اتفاقی می‌افتد؟ بی‌تردید، به کتاب قطوری نیاز است که در آن تعریف شود فلان علامت، برای مفهوم کذب است و فلان شکل برای حرمت کذب و فلان تصویر برای مسوغات کذب و امثال آن. از این امر می‌توان به «اکل از قفا» تعبیر کرد.

۱-۳-۲. زبان طبیعی

در زبان طبیعی (National Language)، نمایه‌ساز مقید به توصیف‌گری است که در متن منبع و مدرک آمده باشد و تخطی از زبان مدرک جایز نیست. خصوصیت بارز این زبان، فقدان واژگان کنترل‌شده (یا همان اصطلاح‌نامه) است.





استفاده از این زبان مزایا و معایبی دارد. به گفته کیولند، «تعدد واژگان، بیان احساسات و بیانات را به صورتی عمیق ممکن می‌سازد و برای انسان‌ها توانایی ارتباط در سطحی بالا فراهم می‌آورد، اما دارای پیچیدگی معنایی نیز هست که خود موجب اشتباه در درک و فهم می‌گردد» (کیولند و کیولند، ۱۳۸۵: ص ۶۷).

معضل اصلی نمایه‌سازی با زبان طبیعی، ناهمگون بودن برخی از مفاهیم اصطلاحات با تعبیری است که مؤلف در متن سند آورده است؛ زیرا مؤلف گاهی از استعاره یا کنایه یا ضمیر و رموز کلامی استفاده می‌کند که اگر همان عبارت وی نمایه شود، نمایه درستی به عمل نمی‌آید و آدرس اشتباه به جست‌وجوگر داده می‌شود.

علاوه بر آن، نمایه‌سازی با زبان طبیعی در واژگان دارای اشتراک لفظی (مانند واژه «عین» در زبان عربی و واژه «شیر» در زبان فارسی) که در معانی متعدد کارایی دارند، نمی‌تواند جست‌وجوگر را به مطلب دلخواه راهنمایی کند. همچنین، در مشترک معنوی (مانند الفاظ یا القاب متعددی که برای یک مفهوم یا یک شخص به کار گرفته می‌شود)، موجب پراکنده شدن اطلاعات می‌گردد. مثلاً از ابوعلی سینا در منابع فارسی تعبیر متعددی چون حسین بن عبدالله بن سینا، ابوعلی سینا، بوعلی، بوعلی سینا، ابن سینا، شیخ‌الرئیس و رئیس‌العقلاء وجود دارد؛ در حالی که همه آنها برای یک شخص خاص است. اگر از زبان طبیعی برای نمایه‌سازی استفاده شود، باید هریک از آنها به تنهایی بازنمایی شود و در نتیجه، اطلاعات نمایه‌شده پراکنده می‌گردند.

در فقه نیز هدف از نمایه، رهنمون کردن جست‌وجوگر به مطلب یا موضوع خاص در متون فقهی است، نه ارائه اطلاعات اشتباه یا پراکنده کردن اطلاعات. مثلاً شیخ طوسی رحمته‌الله در یک صفحه از کتاب مبسوط، در بحث وجوب نیت در طهارت، از ماده «غسل» چند صورت آن را بیان نموده است: «... وضوء کانت أو غسلًا...»؛ «... إجمعت أئمة...»؛ «... إلا بعد الغسل...»؛ «... فإذا نوى بالغسل...»؛ «... بغسل الوجه في الوضوء...»؛ «... وقد غسل بعض أعضاء الطهارة...» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۱: ص ۱۹). اگر هریک از این واژه‌ها بدون اصلاح و کنترل آنها، به عنوان نمایه اخذ گردد، در مقام بازیابی تنها همان

مورد آورده می‌شود و موارد دیگر که در همان مفهوم و معنا هستند، آورده نمی‌شوند. این یعنی تمام اطلاعات بازیابی نشده‌اند. علاوه بر این، کاربرد ممکن است «عَسَل» را بازیابی کند که ربطی به «عُسل» ندارد. این یعنی آدرس به او غلط داده شده است. این گونه مشکلات در منابع فقهی بی‌شمارند. اصولاً ریزش اطلاعاتی این نوع نمایه‌سازی بسیار زیاد و ملال‌آور است. اکثر برنامه‌های نرم‌افزاری فقهی موجود (در داخل و خارج کشور) براساس همین زبان تعبیه و تهیه شده‌اند. این امر سبب شده است که یافتن اطلاعات دلخواه برای جست‌وجوگر آسان نباشد. به همین جهت، به کارگیری این زبان در سازمان‌دهی موضوعات فقهی توصیه نمی‌شود.

۱-۳-۱. زبان کنترل‌شده (مقید)

در زبان کنترل‌شده (Controlled Language)، نمایه‌ساز برای بازنمایی مفاهیم استخراج‌شده از متن، از توصیفگر یا اصطلاحی استفاده می‌کند که با مفهوم مطابقت کامل داشته باشد؛ اعم از اینکه با عبارت موجود در متن وفق داشته یا نداشته باشد. بدین جهت، او مقید است واژگانی را برای نمایه برگزیند که کنترل‌شده بوده و با مفهوم موردنظر تطابق صددرصدی داشته باشد. بنابراین، وی نه متعهد به به کار گرفتن واژگانی است که در متن آمده و نه آزاد است هر اصطلاح، علامت و نشانه‌ای که خود می‌خواهد، برگزیند.

زبان کنترل‌شده در سه ابزار مدیریت اطلاعات یعنی اصطلاح‌نامه، سرعنوان‌های موضوعی و رده‌بندی پدید می‌آید. نمایه‌ساز از آن برای بازنمایی اطلاعات استفاده می‌کند و جست‌وجوگر برای بازیابی اطلاعات.

به گفته کیولند، «واژگان کنترل‌شده زبانی مصنوعی است که در آن متخصص اطلاعات مانند پلی ارتباطی بین متن و استفاده‌کننده قرار می‌گیرد. استفاده‌کنندگان باید وفق این زبان جدید جست‌وجو کنند، نه وفق زبانی که در فعالیت روزانه خود به کار می‌برند» (کیولند و کیولند، ۱۳۸۵: ص ۶۹). وی در جای دیگر می‌نویسد: «واژگان کنترل‌شده مجموعه‌ای یکدست و ثابت از واژه‌ها همراه با قواعد استفاده از آنها است که هنگام





نمایه‌سازی باید آنها را دنبال نمود. در مرحله جست‌وجو، درخواستی با استفاده از همان فهرست واژگان ثابت بیان می‌گردد» (کلیوند و کلیوند، ۱۳۸۵: ص ۶۷).

واژگان کنترل‌شده به سه دسته اصلی تقسیم می‌شوند: طرح‌های رده‌بندی کتاب‌شناختی (مثل رده‌بندی ده‌دهی دیویی)، فهرست سرعنوان‌های موضوعی و اصطلاح‌نامه (لنکستر، ۱۳۸۸: ص ۲۵).

لنکستر دربارهٔ واژگان کنترل‌شده می‌نویسد:

واژگان کنترل‌شده نوعی ساختار معناشناختی را دربر دارند. این ساختار به‌ویژه برای موارد زیر طراحی شده است:

الف. کنترل مترادف‌ها از طریق یک واژه برتر به‌عنوان واژه استاندارد و ارجاع سایر واژه‌های مترادف به آن؛

ب. فرق گذاشتن بین کلمات هم‌نگاشت: مثلاً شیر (حیوان) اصطلاحی است که با شیر (لبنیات) تفاوت دارد؛

ج. گرد آوردن با ایجاد ارتباط بین اصطلاحاتی که معانی آنها بسیار به هم نزدیک است (لنکستر، ۱۳۸۸: ص ۲۴).

بی‌جهت نیست که برخی گفته‌اند که واژگان کنترل‌شده بسیاری از مشکلات معنایی را حل می‌کند، امکان شناسایی ارتباط‌های هم‌ریشه را فراهم می‌سازد و نقشهٔ حوزه‌های دانش را به‌دست می‌دهد (کلیوند و کلیوند، ۱۳۸۵: ص ۶۹).

۲. انتخاب زبان نمایه‌سازی منابع فقهی

پس از بیان ویژگی‌های هر یک از سه زبان نمایه‌سازی، نوبت به انتخاب یکی از آنها برای نمایه‌سازی منابع فقهی می‌رسد. باید دید که کدام یک از آنها برای بازنمایی موضوعات اصلی و فرعی فقهی مناسب است.

همان‌گونه که در ذیل نمایه‌سازی به زبان آزاد اشاره شد، امکان نمایه‌سازی موضوعات فراوان فقهی با این زبان بسیار مشکل و حتی نشدنی است.

نمایه‌سازی به زبان طبیعی که به آن جست‌وجوی متنی (Text Searching) نیز گفته می‌شود، مبتنی بر جست‌وجوی کلمات در متن است. این زبان با پیشرفت فناوری و امکان الکترونیکی کردن منابع فقهی کمک شایانی در یافتن اطلاعات موجود در متن می‌کند و استفاده از آن برای بازنمایی منابع فقهی، انکارناپذیر است. همان‌گونه که بسیاری از پایگاه‌های اطلاعاتی فقه، مانند معجم الفقه (آیت‌الله کورانی)، جامع فقه (مرکز نور) و الشاملة (اهل سنت) بر این اساس بنا شده‌اند. علاوه بر آن، پایگاه جامع نور گام‌هایی برای سازمان‌دهی معنایی نیز برداشته است. با وجود این، این زبان، همان‌گونه که در بخش نمایه به زبان طبیعی گفته شد، نمی‌تواند کاربران را به مقصود اصلی برساند که همانا یافتن موضوع دلخواه از بین موضوعات پرشمار فقهی است.

از این رو، ناگزیر باید به سمت نمایه‌سازی با زبان کنترل‌شده رفت. بیشتر مراکز سازمان‌دهی اطلاعات در علوم انسانی و تجربی همین طریق را برگزیده‌اند. به همین جهت، به نمایه‌سازی منابع فقهی به زبان کنترل‌شده، با تحفظ استفاده از جست‌وجوی متنی توصیه و بر آن تأکید می‌شود.

۳. گونه‌های نمایه‌سازی موضوعی

نمایه‌سازی انواع مختلفی دارد و به لحاظ جهتی خاص به دسته‌هایی تقسیم می‌شود. از جمله، از جهت محتوایی، دو دسته است:

۳-۱. نمایه‌توصیفی

پرداختن به ویژگی‌های اطلاعاتی غیرموضوعی یک مدرک، که معمولاً اطلاعات کتاب‌شناختی نامیده می‌شود، را «نمایه‌توصیفی» (Descriptive Profile) یا «فهرست‌نویسی» می‌گویند. در بخش فهرست‌نویسی به این نوع نمایه اشاره شد. نمونه آن نمایه‌های عنوان، نویسنده، مترجم، زبان، تعداد جلد، ناشر، تاریخ نشر، نوبت چاپ و... است.





۳-۲. نمایه تحلیلی

مطالعه و تحلیل متن سند و ثبت و ضبط یافته‌های درون‌متنی را «نمایه تحلیلی» می‌گویند (نوروزی و ولایتی، ۱۳۸۹: ص ۱۱۲).

نمایه تحلیلی (Analytical Profile) نیز دو دسته است:

الف. «نمایه واژه‌ای» (Word Index) که فقط واژگان به کاررفته در متن سند را ثبت و ضبط می‌کند. پیش از این، در زبان طبیعی (۱-۳-۱) به آن اشاره شد.

ب. «نمایه موضوعی» (Subject Index) که به موضوعات موجود در سند می‌پردازد و آنها را با استفاده از اصطلاحات کنترل‌شده ثبت و ضبط کرده و دسترسی به آنها را از طریق موضوع امکان‌پذیر می‌سازد. به گفته راولی، نمایه‌های موضوعی یک رشته مفاهیمی هستند که در آن، یک واژه یا یک عبارت موضوعی را توصیف می‌نماید که به عنوان محل دستیابی [به آن موضوع در متن سند] عمل می‌کند (راولی، ۱۳۷۴: ص ۸۴).

نمایه‌سازی تحلیلی موضوعی برای سازمان‌دهی محتوایی منابع فقهی کارساز و اثربخش است. با این روش می‌توان موضوعات کلان و خرد فقهی را شناسایی و سازمان‌دهی نمود.

۴. انواع نمایش نمایه‌ها

یکی از بحث‌هایی که در نمایه موضوعات فقهی (مانند نمایه سایر منابع علمی) باید روشن و شفاف گردد، چگونگی شیوه نمایش نمایه‌ها است. برای نمایش نمایه‌های موضوعی منابع، از جمله نمایه‌های پایان کتاب، سه روش وجود دارد: نمایه ساده، نمایه درون‌بافتی و نمایه برون‌بافتی (نوروزی، ۱۳۹۳: ص ۵۳).

۴-۱. نمایه ساده

نمایه ساده (Simple Profile) نمایه‌ای است که فاقد بیانگر بوده و به صورت الفبایی تنظیم می‌یابد. در این نمایه، هر اصطلاح یا مدخلی خودش به تنهایی شناسه محسوب شده و به

جای‌نما آدرس داده می‌شود. اگر بیانگری برای آن وجود داشته باشد، خود بیانگر نیز در ردیف الفبایی شناسه قرار گرفته و به جای‌نما آدرس داده می‌شود.^۱ در نمایه ساده در مواردی که شناسه به‌تنهایی، خودش مدخل قرار گرفته است، برای جلوگیری از زیاد شدن جای‌نماها باید یک توضیحگر در برابر آن بیاید یا در مقدمه ذکر شود. در نظام نمایه ساده، به‌طور معمول بین مفاهیم، شبکه مفهومی برقرار نمی‌شود (نوروزی، ۱۳۹۳: ص ۵۳). مثلاً اگر کتابی حاوی موضوعات ذیل باشد، کیفیت نمایه‌سازی آن بدین گونه است:

- آب، ۱۲۴، ۱۲۸، ۱۳۰

- آبادان (شهر)، ۱۴۹، ۱۵۰، ۱۶۶

- آبادانی، ۱۹۰، ۱۹۱، ۱۹۲

- آب خالص، ۱۲۵، ۱۲۶، ۱۲۷

- آبرو، ۴۵، ۸۵، ۱۲۰

- آبریان، ۳۰۱، ۳۰۲، ۳۰۳

- آبشار، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۲

- آبله، ۴۲۰، ۴۲۱، ۴۲۲

- آب تلخ، ۱۲۶، ۱۲۷، ۱۳۵

- آب مشکوک، ۱۲۴، ۱۲۵، ۱۴۸

- آبونمان، ۴۳۳، ۴۳۳، ۴۳۴

- آبیاری، ۴۵۵، ۴۵۶، ۴۵۷

- بیماری، ۸۵، ۸۶، ۸۷

۱. هر مدخل نمایه‌ای متشکل از چند جزء است که به آنها «عناصر نمایه» گفته می‌شود. عناصر نمایه عبارت‌اند از:
 ۱. شناسه: جزء محوری یک مدخل نمایه‌ای است و محل دسترسی به اطلاعات را در یک نظام تعریف‌شده معمولاً الفبایی نشان می‌دهد؛
 ۲. بیانگر: برای اخص کردن شناسه یا نشان دادن جنبه‌های مختلف آن ایجاد می‌گردد؛
 ۳. جای‌نما: عدد یا نشانه‌ای است که محل دستیابی به اطلاعات را در متن سند مشخص می‌سازد؛
 ۴. ارجاع: راهنمایی از یک شناسه به شناسه دیگر یا رجوع از بیانگرهای یک شناسه به خود شناسه یا شناسه‌های دیگر (ر.ک: نوروزی، ۱۳۹۳: ص ۲۷-۵۱).





در فهرست بالا، با اینکه واژه‌هایی چون «آب خالص»، «آب تلخ» و «آب مشکوک» از بیانگرهای «آب» محسوب می‌شوند، با این حال به صورت مستقل در ردیف الفبایی خود قرار گرفته و به عنوان بیانگر واژه آب قرار نگرفته‌اند. همچنین، برای واژه «آبادان» توضیحگر «شهر» قرار داده شده است.^۱

۴-۲. نمایه درون‌بافتی

به نمایه درون‌بافتی (Inside Texture Profile)، نمایه پاراگرافی، پیوسته یا پیوسته سطری نیز می‌گویند. در این نمایه‌سازی، ساختار اصطلاحات به صورت نحوی و خطی است که به زبان طبیعی در ذیل هر شناسه قرار می‌گیرد (نوروزی، ۱۳۹۳: ص ۵۴).

ترتیب نوشتن بیانگر در نمایه درون‌بافتی سطری است؛ یعنی تا جایی که سطر اجازه می‌دهد، بیانگرها ثبت شده و به جای‌نماهای خود آدرس داده می‌شوند. توالی بیانگرها تابع توالی حضور آنها در متن اصلی است. همان فهرست ذکر شده در بالا در این نوع از نمایه‌سازی به این صورت ثبت و درج می‌گردد:

- آب، ۱۲۴، ۱۲۸، ۱۳۰

آب مشکوک، ۱۲۴، ۱۲۵، ۱۴۸؛ آب خالص، ۱۲۵، ۱۲۶، ۱۲۷؛ آب تلخ، ۱۲۶،

۱۲۷، ۱۳۵؛ آبشار، ۲۲۰، ۲۲۱

- آبادان (شهر)، ۱۴۹، ۱۵۰، ۱۶۶

- آبادانی، ۱۹۰، ۱۹۱، ۱۹۲

- آبرو، ۴۵، ۸۵، ۱۲۰

- آبریان، ۳۰۱، ۳۰۲، ۳۰۳

- آبونمان، ۴۳۳، ۴۳۳، ۴۳۴

۱. توضیحگر به واژه یا واژه‌هایی گفته می‌شود که به شناسه اضافه می‌شود تا آن را از اصطلاح مشابه دیگری که معنای دیگری دارد، متمایز سازد. توضیحگر بعد از شناسه در داخل پرانتز قرار می‌گیرد و معنای «از نظر» می‌دهد، مثل حرکت (فلسفه) / حرکت (فیزیک) (ر.ک: نوروزی، ۱۳۹۳: ص ۳۰).

- آبیاری، ۴۵۵، ۴۵۶، ۴۵۷

- بیماری، ۸۵، ۸۶، ۸۷

آبله، ۴۲۰، ۴۲۱، ۴۲۲

در اینجا، همان‌گونه که ملاحظه می‌نمایید، آب مشکوک، آب خالص، آب تلخ و آبشار به‌عنوان بیانگر آب در زیرمجموعه آن قرار گرفته و از ردیف الفبایی خارج شده‌اند؛ ولی بین خود آنها توالی صفحات حاکم است، نه توالی الفبایی. به همین جهت، آب تلخ که در ردیف الفبایی باید اول باشد، در ردیف سوم قرار گرفته و آب مشکوک که باید در آخر باشد، به‌سبب توالی صفحه نزدیک‌ترش در ردیف اول قرار گرفته است. همچنین، واژه آبله که باید در ردیف اصلی فهرست، جایگاه هفتم را داشته باشد، به‌عنوان بیانگر بیماری در جایگاه آخر قرار گرفته است.

۳-۴. نمایه برون‌بافتی

به نمایه برون‌بافتی (Outbound Profile)، نمایه خطی، جدا، سطری و گسسته نیز گفته می‌شود. در این نمایه، بیانگرها در بافت نحوی قرار نمی‌گیرند؛ بلکه در ذیل مدخل اصلی به‌صورت الفبایی مرتب می‌شوند. در اینجا، برخلاف نمایه درون‌بافتی، توالی صفحه‌ها مطرح نیست (نوروزی، ۱۳۹۳: ص ۵۵). مثلاً همان لیست ذکرشده بدین نحو سازمان‌دهی می‌گردد:

- آب، ۱۲۴، ۱۲۸، ۱۳۰

آب تلخ، ۱۲۶، ۱۲۷، ۱۳۵

آب خالص، ۱۲۵، ۱۲۶، ۱۲۷

آبشار، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۲

آب مشکوک، ۱۲۴، ۱۲۵، ۱۴۸

- آبادان (شهر)، ۱۴۹، ۱۵۰، ۱۶۶

- آبادانی، ۱۹۰، ۱۹۱، ۱۹۲





- آبرو، ۴۵، ۸۵، ۱۲۰
- آبریان، ۳۰۱، ۳۰۲، ۳۰۳
- آبونمان، ۴۳۳، ۴۳۳، ۴۳۴
- آبیاری، ۴۵۵، ۴۵۶، ۴۵۷
- بیماری، ۸۵، ۸۶، ۸۷
- آبله، ۴۲۰، ۴۲۱، ۴۲۲

در این نمایه، واژه‌های آب تلخ، آب خالص، آبشار و آب مشکوک به‌عنوان بیانگرهای آب در ذیل واژه آب به‌صورت الفبایی تنظیم یافته‌اند. با این توالی، صفحه ۱۲۴ که نزدیک‌ترین صفحه به آب بوده و به آب مشکوک اختصاص یافته بود، در آخر قرار گرفته است؛ در صورتی که در نمایه درون‌بافتی در مرحله اول قرار گرفته بود. البته، ممکن است برخی از بیانگرها به‌سبب اینکه خودشان بیانگرهایی دارند، در جایگاه الفبایی به‌عنوان شناسه و مدخل اصلی قرار گیرند و بیانگرهایشان در ذیل آنها به‌صورت الفبایی مرتب گردند.

۴-۴. مزایا و معایب نمایه‌های سه‌گانه

هریک از سه روش ذکرشده (نمایه ساده، نمایه درون‌بافتی و نمایه برون‌بافتی) مزایا و معایبی دارند که در انتخاب آنها برای نمایه موضوعات فقهی می‌تواند اثرگذار باشد.

۴-۴-۱. مزایا و معایب نمایه ساده

مزیت این نمایه آن است که به‌صورت الفبایی است و هر واژه‌ای که به ذهن کاربر تبادر کند، آن را در جایگاه الفبایی می‌یابد. این موجب سرعت در بازیابی اطلاعات می‌گردد و برای همه کاربران خوشایند است. در منابع فارسی، نمایه ساده بیشتر به‌چشم می‌خورد؛ درحالی که در آنها مسائل فنی و تخصصی نیز رعایت نشده است (نوروزی، ۱۳۹۳: ص ۵۳).

اما معایب آن عبارت‌اند از:

الف. فاقد بیانگر است و کاربرد نمی‌تواند با دیدن هریک از مدخل‌ها یا اصطلاحات نمایه‌ای اطمینان حاصل کند که آیا بیانگری برای آن وجود دارد یا نه.
 ب. چون از یک مدخل یا اصطلاح نمایه‌ای تشکیل می‌گردد، نمی‌تواند یک موضوع معین را تحت پوشش قرار دهد و ناگزیر باید آن موضوع در ضمن چند اصطلاح جدا از هم ثبت و درج گردد. در آن صورت، معلوم نیست که آنها با یکدیگر ارتباط دارند یا نه. مثلاً شهید اول در اللعة الدمشقية درباره زکات می‌نویسد:

كتاب الزكاة. وفصوله أربعة، الأول: تجب زكاة المال على البالغ العاقل الحر المتمكن من التصرف في الانعام الثلاثة والغلات الأربع والتقدين، وتستحب فيما تنبت الأرض من المكيل والموزون، وفي مال التجارة وأوجه ابن بابويه فيه وفي إناث الخيل السائمة ديناران عن العتيق ودينار عن غيره، ولا تستحب في الرقيق والبالغ والحمير (شهيد اول، ۱۴۱۱ق: ص ۴۱).

در این گفتار وی اگر نمایه عمیق و جامعی به عمل آید، لازم است واژگان ذیل برای نمایه‌سازی اخذ شوند:

- ابن بابویه، محمد بن علی
- استحباب زکات
- انعام ثلاثه
- بغال
- حمير
- خيل سائمه
- رقيق
- زکات مال
- مال التجاره
- متعلقات زکات





- مکلفین زکات

- مکیل

- موزون

- نقدین

- وجوب زکات

بی تردید، هنگامی که هریک از این واژگان بازیابی شوند، به همین آدرس راهنمایی شده و اطلاعات به درستی در اختیار کاربر قرار می گیرد. اگر دو یا چند واژه از واژگان بالا با یکدیگر بازیابی شوند، باز به این آدرس راهنمایی می شود، ولی این بار معلوم نیست به درستی آدرس داده شده و یا رهزن بوده است؛ زیرا ممکن است کسی نظر ابن بابویه درباره استجاب زکات را بخواهد و سیستم به این صفحه سند ارجاع داده باشد یا کسی نظر ابن بابویه در وجوب زکات انعام ثلاثه را بخواهد بازیابی کند و سیستم وی را به این صفحه ارجاع داده است. درحالی که ابن بابویه در این دو مورد، در این صفحه نظری نداشته و نظر وی صرفاً درباره وجوب زکات مال التجاره بوده است. همین طور ترکیب هریک از اصطلاحات بالا با دیگری ممکن است در بازیابی اطلاعات، راهنمایی درستی به دست ندهد. علاوه بر این، معلوم نیست که کدام یک از آنها بیانگر دیگری هستند.

۴-۴-۲. مزایا و معایب نمایه درون بافتی

مزایای نمایه درون بافتی عبارت اند از:

الف. بیانگرها به راحتی و بدون نیاز به اصطلاح نامه یا سرعنوان های موضوعی ساخته و پرداخته می شوند.

ب. تمام بیانگرهای لازم یک مدخل در ذیل آن گردآوری شده و اطلاعات مجموعه یکجا در اختیار کاربر قرار می گیرد. بدین جهت، جلوه زیبایی به نمایش در می آید. همین امر باعث شده این نمایه خواهان بیشتری نسبت به نمایه های دیگر داشته باشد.

ولی معایب آن عبارت‌اند از:

الف. اگر کاربر به یکی از بیانگرها و اخص‌های مدخل نیاز داشته باشد، راهی برای دسترسی وی نیست، مگر آن که از قبل بداند که این بیانگر در ذیل فلان مدخل است. چنین پیش‌ذهنیتی برای همگان، حتی برای متخصصان آن علم نیز چه بسا مشکل است.

ب. بیانگرها چون برای اخص نمودن و محدود کردن مدخل‌ها به وجود می‌آیند، الزامی برای کنترل واژگانی آنها نیست. بدین جهت، در قالب واژگان کنترل‌شده قرار نمی‌گیرند. در نتیجه، ممکن است به صورت جملات پیوسته و بلند درآمده که قابل‌بازیابی به روش سیستمی نیستند.

ج. به سبب چیدمان کلمات و بیانگرها پشت‌سرهم، از نظر فرمت فیزیکی غیرجذاب و خسته‌کننده است (ر.ک: راوولی، ۱۳۷۴: ص ۱۶۳).

د. دیدگاه نمایه‌سازان در بیانگر قرار دادن پدیده‌ای برای یک مدخل یکسان نیست یا ممکن است حافظه‌نمایه‌ساز برای اخص قرار دادن پدیده‌ای برای یک مدخل، وی را یاری نکند. به هر روی، اعمال سلیقه در آن اجتناب‌ناپذیر است. همین امر موجب شده که برخی پدیده‌ای را اخص یک مدخل بدانند و برخی دیگر چنین اعتقادی نداشته باشند. همچنین، ممکن است نمایه‌ساز در کتابی چنین موردی را اخص مدخل قرار دهد و در کتاب دیگر چنین نکند.

۳-۴-۴. مزایا و معایب نمایه‌برون‌بافتی

گرچه نمایه‌های درون‌بافتی و برون‌بافتی شباهت‌ها و تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند (نوروزی، ۱۳۹۳: ص ۵۶)، ولی مزایا و معایب‌شان تقریباً یکسان است. به‌ویژه در بخش معایب، تمام اشکالات درون‌بافتی، غیر از اشکال سوم، در نمایه‌برون‌بافتی نیز خودنمایی می‌کند. علاوه بر این، چه نمایه‌درون‌بافتی و چه نمایه‌برون‌بافتی برای نمایه‌های پایان کتاب است، که به‌طور معمول چاپ و منتشر می‌شوند، نه نمایه‌سازی مجموعه‌های بزرگی چون منابع فقهی در محیط‌های الکترونیکی، که هر کدام شامل مجموعه دیگری می‌شوند.





بدین جهات، هیچ‌یک از نمایه‌های متداول موضوعی ذکر شده کامل و بی‌عیب و نقص نبوده و برای نمایه موضوعات فقهی چندان کارساز نیستند. بدین لحاظ، برای سازمان‌دهی محتوایی منابع فقهی پیشنهاد نمی‌گردند. از این‌رو، ناگزیر باید در پی راه‌حل دیگری رفت؛ راهی که محققان پژوهشکده مدیریت اطلاعات و مدارک اسلامی آن را در یکی دو دهه اخیر ابداع و بومی‌سازی نموده و براساس آن، برخی از رشته‌های تخصصی علوم اسلامی را سازمان‌دهی کرده‌اند و تجربه مثبتی از خود به‌جای گذاشته‌اند. این راه‌حل «نمایه موضوعی ترکیبی» نام دارد که با چیدن چند اصطلاح موردنیاز در کنار یکدیگر و ارجاع آن به جای‌نمای مربوط، یک نمایه شبه‌چکیده‌ای به‌دست می‌آید.

۵. نمایه ترکیبی

۵-۱. چستی نمایه ترکیبی

نمایه ترکیبی (Combined Profile) از ترکیب چند واژه نمایه‌ای برای ارائه یک مفهوم یا موضوع به‌وجود می‌آید و با استفاده از هر یک از واژه‌های آن، همان موضوع بدون ریزش اطلاعات و به‌صورت دقیق، بازیابی می‌گردد.

این نمایه را با ذکر مثالی می‌توان روشن و شفاف نمود: اگر به همان متنی که از شهید اول در سطرهای بالا ذکر شد (شهید اول، ۱۴۱۱ق: ص ۴۱)، دقت شود، می‌توان به روش نمایه ترکیبی، نمایه‌های ذیل را به‌وجود آورد:

- وجوب زکات مال بر بالغ عاقل آزاد

- وجوب زکات مال در انعام ثلاثه، غلات و نقدین

- استحباب زکات مال در نباتات، مکیل، موزون و مال‌التجاره

- وجوب زکات مال در مال‌التجاره و خیل سائمه نزد ابن‌بابویه قمی

- عدم استحباب زکات مال در رقیق، بغال و حمیر

در این نمایه‌ها، نخست، موضوع به‌درستی معلوم و روشن است و ابهامی در آن

نیست؛ دوم، تقسیمات بحث با استفاده از واژگان خاص تر به راحتی انجام می‌گیرد؛ سوم، هریک از واژگان اصلی‌ای که در ترکیب قرار گرفته‌اند و در اینجا زیرشان خط مشکی (___) کشیده شده، به تنهایی قابل‌بازیابی هستند و هنگامی که بازیابی شوند، با تمام نمایه‌های مربوط به نمایش در می‌آیند. در حقیقت، نمایه ترکیبی به ارائه طریق بسنده نمی‌کند؛ بلکه «ایصال الی المطلوب» را سرلوحه کار خود قرار می‌دهد.

۵-۲. پیشینه نمایه ترکیبی

تا آنجا که نگارنده اطلاع دارد، در داخل کشور و به زبان‌های فارسی و عربی، تاکنون چنین نمایه‌ای ارائه نشده است؛ به جز آن مقدار که پژوهشکده مدیریت اطلاعات و مدارک اسلامی در شهر مقدس قم برای برخی منابع تخصصی علوم اسلامی (مانند اصول فقه، علوم قرآن، کلام اسلامی و اخلاق اسلامی) انجام داده است.

۵-۳. علل عدم اقبال از نمایه ترکیبی

این پرسش ممکن است برای خوانندگان مطرح شود: اگر نمایه ترکیبی راه‌حل مناسبی برای سازمان‌دهی اطلاعات است، چرا مراکز پژوهشی کشور، به‌ویژه مراکز علمی و پژوهشی حوزوی به آن اقدام نکرده‌اند؟ پاسخ آن است: مراکز علمی و پژوهشی دولتی به سبب پیروی از الگوهای خارجی و بومی‌سازی نکردن شیوه‌های رایج نمایه‌سازی، به همان نمایه‌سازی مرسوم اقدام کرده‌اند. آنان برای ریزش کاذب اطلاعات راه‌حل مناسبی ندارند و به حداقل‌های اطلاع‌رسانی بسنده می‌کنند. همچنین، در حوزه‌های علوم اسلامی، به‌ویژه حوزه علمی قم، که پیش‌تاز نوآوری‌های اطلاع‌رسانی و فناوری اطلاعات است، متأسفانه هنوز ضرورت اصل نمایه‌سازی موضوعی اطلاعات برای بسیاری از تصمیم‌گیران و مدیران مراکز علمی و پژوهشی احساس نشده و آن را توجیه‌پذیر نمی‌دانند. آنانی هم که به ضرورت آن واقف و عزم بر نمایه‌سازی نموده‌اند، ذهنیتی از نمایه‌های پایان کتاب‌های رایج دارند که به‌طور معمول غیرضابطه‌مند و سلیقه‌ای است، و





محدود به همان صفحات یک کتاب است؛ در حالی که نمایه ترکیبی ضابطه مند و براساس اصطلاح نامه است. این نمایه نه تنها فراتر از یک کتاب است، بلکه قابلیت نمایه سازی مجموعه های بزرگی (مانند جواهر الکلام) و حتی منابع یک رشته تخصصی علوم اسلامی (مانند «منابع فقه») را دارد.

اما عدم اقبال از چنین نمایه ای ممکن است موارد ذیل باشد:

- الف. نمایه ترکیبی به تخصص نیازمند است (هم تخصص در نمایه سازی ترکیبی، هم تخصص در علمی که نمایه می شود و هم آشنایی با اصطلاح نامه)؛
- ب. زمان بر است: ممکن است برای نمایه عمیق یک جلد کتاب حجیم فقهی، مثل مکاسب شیخ انصاری یا مفتاح الکرامه علامه عاملی چند ماه زمان نیاز باشد؛
- ج. به ابزارهای رایانه ای و برنامه های ورود اطلاعات و جست و جو و عرضه اطلاعات هوشمند نیاز دارد؛
- د. به تخصیص بودجه و پشتیبانی مالی نیاز دارد؛
- ه. از همه مهم تر، «تفکر مدیریتی» است که برای انجام چنین کار مهمی در مجموعه باید فراهم باشد.

۴-۵. الزامات نمایه ترکیبی

اگر نمایه ترکیبی به درستی برای نمایه سازان تبیین شود و به دست افراد وارد به فنّ نمایه سازی و متخصص (یا دست کم عالم به) علم مربوط نمایه سازی گردد، بی تردید تحولی در سازمان دهی محتوایی آن علم به وجود می آید؛ همچنین، موجب دسترسی آسان و سریع به اطلاعات دلخواه در هنگام بازیابی می گردد. با وجود این، نباید فراموش کرد که انجام این نمایه الزاماتی دارد که با اهتمام به آنها می توان به چنین مقصودی دست یافت. برخی از این الزامات عبارت اند از:

الف. عامل بندی و رعایت تقدم و تأخر اصطلاحات و واژگان به کاررفته در نمایه ها: به این معنا، نمایه ساز همیشه خود را در جای جست و جوگر قرار داده

و سازوکاری برای دسترسی مستقیم وی به اطلاعات فراهم کند. بدین جهت، باید اصطلاحات و واژگان نمایه‌ای را به گونه‌ای قرار دهد که جست‌وجوگر تصور کند با چکیده‌ای مختصر روبه‌روست، نه چیدمان چند اصطلاح در کنار یکدیگر.

ب. استفاده از حروف و کلمات اضافی و پیوندی برای پیوند بین اصطلاحات و واژگان نمایه‌ای و همارایی و معنادار کردن آنها؛ همان حروف و کلماتی که به تنهایی مفهوم و معنایی ندارند: مانند آن، آنها، از، او، با، بر، بعد از، به، به‌خاطر، به‌سبب، به‌عنوان، به‌وسیله، بین، پیرامون، تا، توسط، در، درباره، در برابر، قبل از، نزد، و، وی، ی، یا. البته، چنین حروف و کلماتی در اصطلاح‌نامه جایگاهی ندارند. بدین جهت، در بازیابی اطلاعات به‌کار گرفته نمی‌شوند و تنها برای پیوند بین اصطلاحات و چکیده‌نما شدن نمایه‌ها از آنها استفاده می‌شود.

ج. استفاده از نرم‌افزاری که براساس اصطلاح‌نامه برنامه‌نویسی شده باشد: در این صورت، ارجاعات به‌درستی انجام می‌شود و روابط بین اصطلاحات نیز مشخص می‌گردد.

۵-۵. مزایای نمایه ترکیبی

نمایه ترکیبی از تمام مزایای نمایه‌های ساده، درون‌بافتی و برون‌بافتی بهره‌مند است؛ ولی هیچ‌یک از معایب آنها را ندارد. علاوه بر آن، مزایای دیگری به شرح زیر دارد:

الف. زمان جست‌وجوی موضوع دلخواه را به حداقل می‌رساند؛

ب. جست‌وجوگر را با موضوعات زیرمجموعه اصطلاح موردنظر آشنا می‌کند؛

ج. موضوعات مرتبط با اصطلاح موردنظر را به‌صورت الفبایی به‌نمایش می‌گذارد؛

د. بسامد بحث‌های مؤلفان در موضوع خاص یا موضوعات متعدد را نشان می‌دهد. به

این معنا، با نگاه به نمایه‌های زیرمجموعه اصطلاح موردنظر، می‌توان به‌دست





آورد که بیشترین مباحث مؤلفان در چه جنبه‌هایی از آن اصطلاح بوده و چه جنبه‌هایی مغفول مانده و به بررسی نیاز دارد. این مزیت را با مثالی می‌توان روشن تر نمود:

اگر در همان کلام شهید اول که در صفحات پیشین مرور شده و برای آن نمایه‌سازی ترکیبی به عمل آمده بود، مدخل «زکات مال» انتخاب و جست‌وجو شود، این نمایه‌های چکیده‌نما به‌نمایش در می‌آیند:

- وجوب زکات مال بر بالغ عاقل آزاد

- وجوب زکات مال در انعام ثلاثه، غلات و نقدین

- استحباب زکات مال در نباتات، مکیل، موزون و مال‌التجاره

- وجوب زکات مال در مال‌التجاره و خیل سائمه نزد ابن‌بابویه قمی

- عدم استحباب زکات مال در رقیق، بغال و حمیر

اگر منابع فقهی دیگر نیز بحث زکات مال را مطرح کنند و آنها نیز به همین صورت نمایه‌سازی شده باشند، همین بحث‌ها در منابع دیگر آدرس داده می‌شوند. همچنین، بحث‌های دیگری که در آن منابع با این مدخل مطرح شده است، آدرس دهی می‌شوند. مثلاً:

- آیه ۱۰۳ سوره توبه درباره وجوب زکات مال و کیفیت دریافت آن

- حکمت وجوب زکات مال بر مسلمانان

- اتفاق نظر شیعه و اهل سنت در وجوب زکات مال

- زکات مال در مسیحیت و یهودیت

- علل امتناع از پرداخت زکات مال

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، جست‌وجوگر که در پی بحث زکات مال بود، با بازیابی آن در این سیستم، با بحث‌های تازه و زیادی از زکات مال مواجه می‌شود که هنگام جست‌وجوی اطلاعات تصور آنها را نداشت. در واقع، نمایه ترکیبی ارزش افزوده‌ای را در اختیار کاربر قرار داده و دانش‌های تازه‌ای را برایش گشوده

است. از این طریق، می‌توان بسامد هریک از موضوعات فقهی را بین منابع فقهی به دست آورد.

اگر اصطلاح دیگری از اصطلاحات به کاررفته در همان متن قبلی جست‌وجو شود، نمایش آن به همین صورت خواهد بود. مثلاً اگر واژه «انعام ثلاثه» جست‌وجو شود، یک نمایه از همین نمایه‌های بالا به نمایش در می‌آید:

- وجوب زکات مال در انعام ثلاثه، غلات و نقدین

بی‌تردید، اگر منابع دیگری بحث انعام ثلاثه را مطرح کنند، بازنمایی و بازیابی به همین روال، انجام می‌شود.

به هر روی، با این شیوه نمایه‌سازی می‌توان بر معضلاتی چون انفجار اطلاعات و ریزش کاذب در ذخیره و بازیابی اطلاعات غلبه کرد و آن را به نحو علمی مدیریت نمود. نمایه‌سازی ترکیبی چکیده‌نما برای مدیریت اطلاعات منابع علمی فقیهان به قصد یافتن موضوعات تُخرد و کلان فقهی، بهترین راه‌حل است.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

منابع فراوان فقهی نیازمند مدیریت اطلاعات و تنظیم هوشمند موضوعات‌اند؛ چون علاوه بر نشر مکتوب، با پیشرفت فناوری، نشر الکترونیکی‌شان نیز شتاب گرفته است. برای چنین منظوری، سه روش فهرست‌نویسی، رده‌بندی و نمایه‌سازی قابل‌تصور است. در این میان، روش نمایه‌سازی راه کامل‌تر و اطمینان‌بخش‌تری است. از بین سه زبان نمایه‌سازی (آزاد، طبیعی و کنترل‌شده) نیز زبان کنترل‌شده که از اصطلاح‌نامه پیروی می‌کند، ارجح و کارسازتر است. باید اذعان کرد که اگر سه روش نمایه‌سازی موضوعی (ساده، درون‌بافتی و برون‌بافتی) در نمایه‌های مکتوب پایان کتاب‌ها به‌درستی عمل شوند، می‌توانند مفید قرار گیرند؛ باوجود این، چنین فایده‌ای برای نمایه‌های الکترونیکی (که امروزه در مجموعه‌های بزرگ چندصدجلدی یا چندهزارجلدی قرار دارند) نمی‌توان تصور کرد و باید در پی راه‌حل بهتری بود.



رویکرد مطلوب در نمایه‌های تخصصی عظیم، مانند منابع فقهی، رویکردی است که به عللی مغفول مانده یا هنوز برای تصمیم‌گیرندگان سازمان‌دهی اطلاعات به‌درستی معرفی نشده است. این رویکرد «نمایه‌سازی موضوعی ترکیبی» نام دارد و از ترکیب اصطلاحات و واژگان نمایه‌ای برای ساخت یک نمایهٔ چکیده‌نما یا در واقع، برای ایجاد یک دانش جدید به‌وجود می‌آید. چنین نمایه‌ای ظرفیت سازمان‌دهی محتوایی منابع فقهی و بازنمایی موضوعات فرعی فقهی براساس اصطلاح‌نامه فقه را دارد.



فقه

کتابنامه

۱. ابرامی، هوشنگ (۱۳۷۹)، شناختی از دانش‌شناسی، به کوشش رحمت‌الله فتاحی، چاپ سوم، تهران: کتابدار.
۲. انصاری، مرتضی‌بن محمدامین (۱۴۲۰ق)، کتاب المکاسب، چاپ سوم، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۳. راولی، جنیفر (۱۳۷۴)، نمایه‌سازی و چکیده‌نویسی، ترجمه جعفر مهرداد، چاپ نخست، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی.
۴. شهید اول (محمدبن جمال‌الدین مکی عاملی) (۱۴۱۱ق)، اللعة الدمشقیة، چاپ نخست، قم: دارالفکر.
۵. شیخ طوسی (محمدبن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیة، تصحیح و تعلیق سید محمدتقی کشفی، چاپ سوم، تهران: مرتضویه.
۶. فتاحی، رحمت‌الله (۱۳۷۳)، فهرست‌نویسی - اصول و روش‌ها، ویراسته اسدالله آزاد، چاپ نخست، مشهد: انتشارات دانشگاه فردوسی.
۷. کلیوند، دونالد بی؛ آنادی کلیوند (۱۳۸۵)، درآمدی بر نمایه‌سازی و چکیده‌نویسی، ترجمه سید مهدی حسینی، چاپ نخست، تهران: چاپار.
۸. لنکستر، اف. دبلیو (۱۳۸۸)، نمایه‌سازی و چکیده‌نویسی، ترجمه عباس گیلوری، چاپ دوم، تهران: چاپار.
۹. مارسلا، ریتا؛ آرتوی مالت بای (۱۳۸۶)، آینده‌ده‌بندی، ترجمه زهرا ابادری و فهیمه باب‌الحوائجی، چاپ نخست، تهران: چاپار.
۱۰. مؤسسه استاندارد بریتانیا (۱۳۹۲)، اطلاعات و مستندسازی، ترجمه زهرا ده‌سرایبی و نسیم قیاسی، چاپ نخست، تهران: پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران.
۱۱. نوروزی، علیرضا (۱۳۹۳)، نمایه‌سازی کتاب، ویرایش دوم، چاپ دوم، تهران: چاپار.
۱۲. نوروزی، علیرضا؛ خالد ولایتی (۱۳۸۹)، نمایه‌سازی موضوعی: نمایه‌سازی مفهومی، چاپ نخست، تهران: چاپار.
۱۳. هاتر، اریک (۱۳۷۲)، فهرست‌نویسی کامپیوتری، ترجمه جعفر مهرداد و مجید آذرخش، چاپ نخست، تهران: مرکز اطلاعات و مدارک علمی ایران.



تعارض استصحاب و قاعده درء در فقه جزایی و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

* رضا الهامی

** سیدسجاد محمدی

*** کمال آقاپور

چکیده

قاعده درء یکی از قواعد مهم فقه جزایی است. بر پایه این قاعده، مجازات‌ها در هنگام شبهه و تردید برداشته می‌شوند. در فقه جزایی و قانون مجازات اسلامی، مواردی ممکن است پیش آید که مفاد این قاعده با اصل استصحاب تعارض داشته باشد. این تعارض زمانی اتفاق می‌افتد که لازمه استصحاب ثبوت مجازات باشد؛ درحالی که قاعده درء بر رفع مجازات دلالت دارد. اما از آنجا که قاعده درء دلیل اجتهادی است، بر اصل عملی استصحاب، که دلیل فقاهتی است، تقدم می‌یابد. با وجود این، در باب قصاص، برخی از فقیهان و حقوق‌دانان در تعارض بین درء و استصحاب با استناد به اصل استصحاب به ثبوت مجازات حکم داده‌اند و قاعده درء را ملاحظه نکرده‌اند. در مقابل، برخی دیگر از آنها با استناد به قاعده درء به رفع مجازات حکم کرده‌اند. این اختلاف ناشی از میزان شمول این قاعده از دیدگاه آنهاست. اگر دلالت قاعده درء بر مطلق مجازات (اعم از حدود، قصاص و تعزیر) اثبات شود، در تمام مجازات‌ها قاعده درء بر اصل استصحاب مقدم می‌شود. با بررسی‌های انجام گرفته به نظر می‌رسد که شمول این قاعده بر مطلق مجازات‌ها امتیازهایی دارد.

کلیدواژه‌ها

استصحاب، قاعده درء، اصل، اماره، ورود، فقه جزا، قانون مجازات اسلامی.

تاریخ دریافت: ۹۷/۵/۸

تاریخ پذیرش: ۹۷/۱۰/۱

* استادیار دانشگاه تبریز (نویسنده مسئول)

r.elhami@tabrizu.ac.ir

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مفید قم

mohammadi_s@students.mofidu.ac.ir

*** مربی پایه هشت گروه حقوق دانشگاه پیام نور

k.aghapour@yahoo.com

مقدمه

کلمه «استصحاب» مصدر باب «استفعال» و از ریشه «صَحَبَ، يَصْحَبُ، صُحْبَةً و صَحَابَةٌ» گرفته شده است. اصل ماده «صحب» به معنای همراهی و معاشرت و ملازم بودن با دیگری است (فیروزآبادی، ۱۴۱۲ق، ج ۱: ص ۱۸۷). بنابراین وقتی گفته می‌شود این شیء را استصحاب کردی، معنایش این است که آن را همراه و رفیق خود قرار دادی (مسعود، بی‌تا، ج ۱: ص ۱۲۳). رساترین و کوتاه‌ترین تعریف برای استصحاب، تعریف آن به «ابقاء ماکان» است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۳: ص ۹). محل جریان استصحاب ملاحظهٔ حالت سابقه است: با این توضیح که اگر وجود حکم یا موضوعی در زمان گذشته یقینی باشد، اما در بقای آن در زمان بعدی شک وجود داشته باشد، با ملاحظهٔ حالت سابقه، حکم به وجود حکم یا موضوع می‌شود. فقیهان و حقوق‌دانان در فقه و حقوق کیفری برای احراز حکم یا موضوع مشکوکی که سابقهٔ یقینی داشته است، به این اصل استناد کرده‌اند. مثلاً در صورتی که عاقل و بالغ بودن مرتکب جرمی مشکوک باشد، با استصحاب عدم بلوغ و عدم عقل، حکم به عدم بلوغ و عقل مرتکب می‌شود. همچنین، اگر حالت سابق مرتکب جرمی افاقه (عدم جنون) وی باشد، ولی در جنونش شبهه وجود داشته باشد، با اجرای استصحاب، حکم به عدم جنون او می‌شود. در اصل یا اماره بودن استصحاب بین پیشینیان و متأخران اختلاف نظر وجود دارد. مشهور متأخران استصحاب را از اصول عملیه قلمداد می‌کنند. در مقابل، پیشینیان تا زمان پدر شیخ بهائی، استصحاب را از امارات می‌دانستند. به عقیدهٔ این گروه، استصحاب نوعاً مفید ظن است و به همین سبب اعتبار یافته است (نائینی، بی‌تا، ج ۲: ص ۳۴۳). به عقیدهٔ اصولیان معاصر، استصحاب چه از اخبار و روایات اقتباس شده باشد و چه ریشه در حکم عقل و بنای عقلا داشته باشد، اصلی عملی است (امام خمینی، ۱۳۷۶: ص ۶؛ مظفر، ۱۳۸۹: صص ۶۱۱ و ۶۱۲). نظر حق نیز همین است زیرا هر چند اصولی‌ها برای حجیت استصحاب به روایات و بنای عقلا استناد کرده‌اند (مظفر، ۱۳۸۹: ص ۶۱۶)، اما دلیلی که برای اعتبار و حجیت چیزی اقامه می‌شود، لزوماً به ماهیت مدعا ربطی ندارد؛ اما از آنجا که اصولی‌ها در مقام شک به آن تمسک کرده‌اند و از





آنجا که ظنّ حاصل از استصحاب مورد توجه اصولی‌ها نبوده، بلکه صرفاً بیان حکم ظاهری مدنظر آنها است، از این رو، ماهیت استصحاب اصل عملی است.

از طرف دیگر، قاعده درء یکی از قواعد مهم فقه جزایی است. برپایه این قاعده، حد با بروز شبهه برداشته می‌شود. برای حجیت این قاعده در منابع فقهی به روایات وارده در منابع روایی اهل سنت و امامیه (از جمله حدیث معروف «تدرأ الحدود بالشبهات»)، اجماع، تسالم اصحاب و مطابقت آن با حکم عقل استناد شده است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴: ص ۴۴-۴۸). هرچند برخی از فقیهان روایات وارده را مرسل و اجماع را مدرکی دانسته و دلالت سایر ادله را نپذیرفته‌اند (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱ موسوعه: ص ۱۸۷)، اما این روایات قابل استنادند، چون: نخست، بعضی فقیهان روایات وارده در باب درء را در حد تواتر اجمالی می‌دانند (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶: ص ۱۴۷)؛ دوم، مشهور فقیهان به این روایات عمل کرده‌اند و شهرت عملی جبران‌کننده ضعف روایت خواهد بود؛ سوم، در منابع شیعه این روایات از طریق شیخ صدوق نقل شده است و بسیاری از عالمان رجال اذعان کرده‌اند که مراسیل صدوق در حکم مسانید اوست (مامقانی، بی تا، ج ۳: ص ۱۵۴).

فقیهان در شمول و فراگیری این قاعده به مطلق مجازات‌ها اعم از حد، تعزیر و قصاص اختلاف نظر دارند: عده‌ای آن را ویژه حد به معنای خاص آن می‌دانند؛ ولی برخی از آنها این قاعده را در قصاص و تعزیر نیز جاری می‌دانند. قانونگذار قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ جمهوری اسلامی ایران در ماده ۱۲۰ این قانون با تعبیر «جرم» (که اعم از جرائم حدی، تعزیری و قصاص است) جریان این قاعده را در مطلق حدود پذیرفته است. با این حال، در برخی از مواد این قانون در باب قصاص، با استناد به اصل استصحاب احکامی وضع شده است که با مفاد قاعده مغایرت دارد. از جمله این موارد می‌توان به مواد ۳۰۷، ۳۰۸ و ۳۱۱ این قانون اشاره کرد. نمونه‌های این تعارض در فقه جزایی نیز فراوان است و فقیهان در باب قصاص در موضع تعارض مفاد استصحاب و قاعده درء با استناد به اصل استصحاب و بدون توجه به قاعده درء به ثبوت مجازات قصاص حکم داده‌اند.

این مقاله با روش کتابخانه‌ای و از دریچه بررسی دیدگاه‌های فقیهان در صدد این است که شمول و عدم شمول قاعده درء نسبت به قصاص را تبیین کند. بدین منظور، نمونه‌ای از مسائل فقهی و قوانین موضوعه بررسی شده که در آن مفاد استصحاب با قاعده درء در تعارض است. در پایان، با تحلیل ادله و مبانی فقیهان، حکم مقتضی در صورت تعارض درء با استصحاب نتیجه گرفته شده است. نوآوری پژوهش پیش‌رو در این است که نخست، نحوه تعارض اصل استصحاب با قاعده درء در فقه و قانون مجازات و مصادیق آن بیان شده است؛ دوم، مبانی اماره بودن قاعده درء تبیین شده است؛ سوم، با جمع‌بندی میزان دلالت این قاعده از نظر فقیهان، تأثیر آن در تقدم درء بر استصحاب یا برعکس، بررسی شده است.

۱. شمول قاعده درء نسبت به قصاص

میزان دلالت این قاعده از نظر فقیهان یکسان نیست. عده‌ای آن را در حد به معنای خاص جاری می‌دانند و بعضی از فقیهان آن را در مطلق حدود اعم از حد، تعزیر و قصاص جاری می‌دانند. در صورت تعارض قاعده درء با اصل استصحاب در جرائم مستوجب قصاص، فقیهان در اعمال قاعده درء یا عدم اعمال آن اختلاف نظر دارند. بنابراین، ضروری است که شمول یا عدم شمول این قاعده بر قصاص بررسی شود.

شیخ طوسی معتقد است که این قاعده در قصاص نیز جاری می‌شود (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸: ص ۷۲). شهید ثانی نیز قصاص را نوعی حد تلقی نموده و شبهه در قصاص را محل جریان این قاعده دانسته است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ص ۴۰). فاضل هندی، صاحب مفتاح‌الکرامه، مرحوم محمد تقی مجلسی و مکارم شیرازی نیز با ایشان هم عقیده هستند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱: ص ۱۲۱؛ عاملی حسینی، بی تا، ج ۱۱: ص ۲۹؛ مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰: ص ۲۲۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۳۸۴)؛ اما به عقیده مقدس اردبیلی، قصاص حد نیست که بتوان آن را با شبهه برداشت. وی در ادامه آورده است: «شبهه قصاص را بر نمی‌دارد، چون حق آدمی است؛ هر چند بر قصاص حد اطلاق شود» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳: ص ۳۴۳). صاحب





جواهر نیز شمول قاعده درء به قصاص را محل تأمل می‌داند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ص ۶۳۶). مرحوم سبزواری نیز معتقد است احکام خاصه حدود مانند «تدرأ الحدود بالشبهات» شامل قصاص و تعزیر نمی‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷: ص ۲۲۶). بعضی از فقیهان معاصر نیز قاعده درء را شامل قصاص نمی‌دانند؛ ولی معتقدند که این قاعده در حدود و تعزیرات جاری می‌شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱: ص ۹۶).

۱-۱. ادله طرفداران عدم شمول قاعده درء بر قصاص

کسانی که معتقد به عدم شمول این قاعده بر قصاص هستند، به ادله زیر استدلال کرده‌اند:

۱-۱-۱. حق الناس بودن قصاص

قصاص از جمله حقوق الناس است. مبنای حقوق الناس نیز مذاقه است. از این رو، چنانچه شبهه‌ای در باب قصاص عارض شود، نمی‌توان به این قاعده تمسک نمود (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳: ص ۳۴۴). به علاوه، جاری شدن اصول عقلائی‌ای مانند عدم نسیان، عدم خطا و غفلت، عدم اشتباه و عدم اکراه از جریان قاعده مورد بحث جلوگیری می‌کند. از طرف دیگر، این اصول در باب حدود جاری نمی‌شوند؛ چون حدود الهی مبنی بر تخفیف و تسامح است. با وجود این، در قصاص، که جزء حقوق الناس است، این گونه نیست؛ بلکه به دقت نیاز دارد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴: ص ۶۵). بنابراین، در هر مورد که ادعای شبهه شود، خواه نزد حاکم، خواه متهم و خواه هر دو، حاکم باید اصول عقلائی فوق را جاری سازد؛ یعنی نباید به مجرد حصول شبهه، قصاص را که از حقوق الناس است، ساقط بداند. در نتیجه، جریان اصول مزبور مانع جریان قاعده درء در باب قصاص می‌شود.

در پاسخ به این دلیل می‌توان گفت: قصاص هم در واقع از زمره حدود الله است، زیرا حدود الهی منحصر در تازیانه و دیگر عقوبت‌های جرائم حدی نیست؛ بلکه هر کیفری که از جانب خداوند متعال معین شده باشد، جزء حدود الله است. قصاص نیز

حقی است که از جانب خداوند متعال معین شده است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج: ۶، ص: ۵). بنابراین، هر چند حق الناس بودن قصاص مسلم است، اما قصاص نیز جزء حدود الهی به شمار می آید و مشمول قاعده درء است و در موارد شبهه ساقط می شود؛ چون در مسئله قصاص، سخن از جان و نقص عضو است و از این جهت حاکم باید بسیار دقت کند و در موارد وجود هرگونه تردید، از اجرای آن جلوگیری نماید. بله، تنها تفاوت بین قصاص (که حق الناس است) با حدود و تعزیرات حق اللهی در جریان قاعده درء این است که در حدود، قاضی باید با عروض شبهه حکم رفع مجازات صادر کند و لازم نیست برای کشف واقع، تحقیق و تجسس نماید؛ ولی در قصاص، به جهت رعایت حق مجنی علیه، تحقیق لازم است و پس از تحقیق، در صورت بقای شبهه، حکم به برائت از قصاص صادر می شود. چنان که در مجازات قذف نیز - با اینکه از حدود است ولی چون حق الناس است - تحقیق لازم است و به صرف عروض بدوی شبهه نمی توان به قاعده درء تمسک جست.

۱-۱-۲. خلاف اصل بودن قاعده درء

ممکن است گفته شود قاعده درء امری خلاف اصل است، زیرا اجرای مجازات اصل و قاعده است؛ پس باید به قدر متیقن از قاعده بسنده کرد که همان اجرای آن در حدود است.

در پاسخ به این اشکال گفتنی است که از طرفی، وجود چنین اصلی مسلم نیست و با مذاق شارع سازگار نیست؛ چون شارع گفته است: «اشتباه حاکم در عفو بهتر از اشتباه وی در عقوبت کردن است» (ترمذی، ۱۹۷۵م، ج: ۴، ص: ۳۳). از طرف دیگر، حتی اگر این اصل را بپذیریم، قاعده درء بر این اصل وارد است و با عمل به عموم این قاعده با وجود شبهه، مجازات برداشته می شود. در اینجا قدر متیقنی هم وجود ندارد زیرا هیچ حقیقت لغوی یا شرعی ای استعمال انحصاری لفظ حد در تعداد معینی از مجازات های شرعی را یاری نمی کند (فخلی، ۱۳۷۹: ص ۱۵۷).





۱-۱-۳. ناشی از اصول احتیاط و برائت بودن توجه به شبهه در باب قصاص

توجه به شبهه در باب قصاص ناشی از اصل احتیاط است نه قاعده درء؛ چون از یک طرف در صورت تفسیر موسع قاعده درء، بسیاری از اصول عقلی و قواعد فقهی مانند اصل احتیاط و اصل برائت، عبث و بیهوده خواهند بود و از طرف دیگر با هم پوشانی این قواعد با قاعده درء، مجالی برای جاری شدن آنها نخواهد ماند (ساداتی، ۱۳۹۵: ص ۱۲۰).

این دلیل نیز در جای خود مردود است، زیرا بر فرض توسعه شمول درء به قصاص، این قاعده در بعضی از موارد با اصل برائت و احتیاط هم پوشانی و وحدت مجرا پیدا می کند. در توضیح این امر باید گفت: اگر جریان قاعده درء بر مبنای شبهه در عنصر مادی یا معنوی جاری شود، این قاعده هیچ رابطه ای با برائت ندارد؛ زیرا قاعده برائت منحصرأ برای برداشتن تکلیف است؛ آن هم در زمانی که حکم واقعی الهی مجهول باشد؛ درحالی که در هنگام شبهه در عنصر مادی و عنصر معنوی، بحث از تکلیف نیست؛ بلکه سخن در این است که آیا عنصر مادی و معنوی محقق است یا نه. به عبارت دیگر، آیا بر این شخص مجازات شرعی را می توان اجرا کرد یا خیر؟ اما اگر جریان قاعده مورد بحث براساس شبهه در عنصر قانونی جرم باشد، با قاعده برائت وحدت مجرا پیدا می کند. رابطه اصل احتیاط و قاعده درء نیز به این صورت است که این دو قاعده فقط در هنگام شبهه در عنصر مادی و عنصر معنوی وحدت مجرا پیدا می کنند و هنگام شبهه در عنصر قانونی هیچ رابطه ای با اصل احتیاط نخواهند داشت (محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۴: ص ۸۷). همچنین، هم پوشانی و وحدت مجرا در بعضی از موارد، سبب عبث و بی فایده شدن اصول مذکور نخواهد بود؛ بلکه اگر این قاعده با اصل احتیاط و برائت در همه موارد شبهه، وحدت مجرا پیدا می کرد، با اعمال قاعده درء، اصول مذکور بی فایده می شد.

۱-۱-۴. تعارض وجوب ترک تحقیق در قاعده درء با وجوب تحقیق در قصاص

به عقیده برخی از فقیهان، از قاعده درء، وجوب ترک تحقیق و جست و جو برداشت می شود و این امر با قصاص در تعارض است که مبتنی بر مذاقه و دقت نظر است؛ چون

تحقیق و تفحص در قصاص بر قاضی واجب است. از این رو، با اعمال قاعده درء، مجالی برای تحقیق و تفحص قاضی باقی نمی ماند. در نتیجه، قدر متیقن آن است که قاعده درء در جرائم مستوجب قصاص جاری نمی گردد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱: ص ۹۶).

در پاسخ می توان گفت: اگر وجوب تحقیق و بررسی موجب عدم اعمال قاعده درء در باب قصاص شود، در این صورت، در سرقت حدی نیز این قاعده نباید اجرا شود؛ چون سرقت حدی نیز جنبه حق الناسی دارد و تحقیق و بررسی برای مشخص شدن رباینده مال و رد مال رבוده شده لازم است؛ حال آنکه فقیهان در اعمال درء در باب سرقت حدی هیچ شک و شبهه ای ندارند.

۱-۱-۵. امتنانی بودن قاعده درء

قاعده درء قاعده ای امتنانی است^۱ و در حق الناس، یعنی قصاص و دیه، اجرا نمی شود؛ زیرا اجرای قاعده درء در قصاص با امتنانی بودن آن منافات دارد (ساداتی، ۱۳۹۵: ص ۱۱۹). توضیح آنکه، با اجرای قاعده درء در باب قصاص و برداشتن قصاص در موارد شبهه، حق قصاص مجنی علیه و اولیای دم از بین می رود و این خلاف امتنانی بودن این قاعده است.

این استدلال نیز پذیرفتنی نیست زیرا امتنانی بودن این قاعده با حقوق مجنی علیه و اولیای دم هیچ منافاتی ندارد؛ چون هر چند اولیای دم با اجرای قاعده درء نمی توانند قاتل را قصاص کنند، حق دریافت دیه دارند؛ بنابراین، خون مقتول و حق اولیای دم به هدر نمی رود و با اجرای این قاعده چه بسا از ریختن خون انسان بی گناه جلوگیری می شود. این رویه مصداق آیه شریفه «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» هر کس انسانی را از مرگ رهایی بخشد، چنان است که گویی همه مردم را زنده کرده است» (مائده: ۳۲) خواهد بود. بنابراین امتنانی بودن این قاعده نه تنها سبب عدم شمول آن بر قصاص

۱. قاعده ای است که براساس امتنان و آسان گیری است و در مواردی جاری می گردد که برداشتن حرمت یا وجوب برای امتنان باشد.





نمی‌شود، بلکه مقتضای امتنانی بودن قاعده این است که با وجود شبهه در عمدی بودن قتل یا وجود هریک از شرایط مسئولیت کیفری، اجرای قصاص برداشته شده و دیه ثابت شود تا جمع بین حقین (جلوگیری از قصاص شخصی که مستحق قصاص نیست و پایمال نشدن خون نفس محترم) شود. این مطلب (سقوط قصاص هنگام شبهه و پرداخت دیه) ادعای جدیدی نیست. فقیهان در موارد زیادی در باب جنایات، در صورت وجود شبهه، قصاص را برداشته و حکم به ثبوت دیه نموده‌اند. برای نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

الف. فردی قبلاً مرتد بوده است و توبه می‌کند. شخص دیگری که معتقد به بقای او به حالت ارتداد است، وی را می‌کشد. شهید ثانی در این باره معتقد به عدم قصاص شده است. ایشان گفته است:

قصاص هم مانند حد، مجازات الهی است و عنوان حد بر آن اطلاق می‌شود. از سوی دیگر، با گمان قاتل بر بقای مرتد بر حال ارتداد، شبهه حاصل شده است؛ از این رو، مشمول قاعده درء شده، کیفر قصاص از او ساقط می‌شود. پس، پرداخت دیه بر قاتل واجب می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ص ۴۰).

بنابراین، از نظر شهید ثانی، از سویی قصاص هم نوعی حدّ شرعی است و عنوان حد بر آن صادق است و از سوی دیگر، ظنّ حاصل شده برای قاتل درباره بقای مرتد بر حال ارتداد و قتل وی با این گمان، شبهه‌ای است که حدّ و قصاص را ساقط می‌کند.

ب. دو نفر مدعی ابوت فرزند مجهول‌النسبی هستند. پیش از الحاق فرزند به یکی از آنها با رعایت مقررات باب نسب، یکی از آنان این فرزند را می‌کشد. در قصاص یا عدم قصاص قاتل اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای از فقیهان مثل محقق حلی، صاحب جواهر و علامه حلی با استناد به قاعده درء، قائل به عدم قصاص شده‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ص ۴۶۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ص ۱۹۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲: ص ۱۷۱). علامه حلی در این باره می‌گوید:

هرگاه دو نفر مدعی ابوت طفل صغیر مجهول‌النسبی شوند و سپس یکی از آن

دو نفر او را به قتل رسانند، قصاص اجرا نمی‌شود؛ زیرا احتمال ابوت در مورد هریک از دو طرف وجود دارد و باوجود شبهه، خون ریخته نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج: ۵، ص: ۴۶۰).

ج. اگر بینه‌ای بر قاتل بودن فردی اقامه شود و بینه دیگری، شخص دومی را قاتل معرفی کند، از باب تعارض دو بینه، هر دو ساقط می‌شوند. در اینجا محقق حلی و علامه حلی و فرزندش فخرالمحققین، با عنوان شبهه، قصاص را از هر دو مرتفع می‌دانند هر دو متهم را به پرداخت دیه مقتول به‌طور مساوی مکلف می‌نمایند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج: ۵، ص: ۴۷۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج: ۴، ص: ۲۰۵).

بنابراین، درباره شمول یا عدم شمول قاعده درء بر قصاص می‌توان به این نتیجه رسید: نخست، قصاص مانند حدود مجازات الهی است؛ دوم، لفظ «حد» در لغت و لسان ائمه علیهم‌السلام به معنای قصاص و تعزیر نیز استفاده شده است و بنابراین عموم «الحدود» در قاعده «تدرأ الحدود بالشبهات» شامل قصاص و تعزیر نیز می‌شود؛ سوم، از آنجا که در قصاص، سخن از جان و نقص عضو است و در صورت اشتباه در اجرای قصاص، جان انسان بی‌گناه به خطر می‌افتد، شایسته است که در موارد شبهه با اعمال قاعده درء قصاص برداشته شود؛ چهارم، امتنانی بودن قاعده مانع از آن نیست که شامل قصاص نیز بشود. همچنین، امتنانی بودن این قاعده با حقوق متهم منافاتی ندارد، زیرا حقوق اولیای دم با پرداخت دیه جبران شدنی است.

۲. تعارض اصل استصحاب با قاعده درء در فقه و حقوق کیفری

«تعارض» مصدر باب تفاعل و مشتق از ماده «عرض» است. در لغت به معنای عرض‌اندام کردن، اظهار وجود کردن، در مقابل هم قرار گرفتن، و متعرض و مزاحم یکدیگر شدن آمده است (عمید، ۱۳۶۲: ص ۱۱۷). در اصطلاح اصول فقه، تنافی و ناسازگاری دو یا چند دلیل را تعارض می‌گویند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ص ۴۳۷). تنافی بین دو دلیل گاهی به صورت واقعی و گاهی به صورت ظاهری اتفاق می‌افتد. صورت نخست را «تعارض





مستقر» و صورت دوم را «تعارض غیرمستقر» یا «تعارض ظاهری» می‌گویند (سبحانی، ۱۳۸۸، ج ۲: ص ۱۹۰). به عبارت دیگر، اگر تنافی بین دو دلیل از نوع تناقض یا تضاد باشد، تعارض مستقر است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۴: ص ۱۱) و اگر تنافی بین دو یا چند دلیل از نوع تناقض یا تضاد نباشد، بلکه امکان جمع عرفی، تخصیص، تخصص، حکومت و ورود باشد، تعارض غیرمستقر و ظاهری خواهد بود (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴: ص ۴۵). به نظر می‌رسد تعارض بین استصحاب و قاعده درء از نوع تعارض غیرمستقر است که توضیح آن بیان می‌شود.

۲-۱. مصادیق تعارض استصحاب و درء در فقه

در فقه جزایی اسلام، اصل استصحاب و قاعده درء در موارد متعددی با یکدیگر تعارض پیدا می‌کنند. در صورتی که مقتضای اصل استصحاب ثبوت حد باشد، مفاد آن با قاعده درء تعارض پیدا می‌کند. در توضیح باید گفت اگر در ثبوت حکم یا موضوع حد در زمان گذشته یقین داشته باشیم و در زمان بعد در بقای آن حکم یا موضوع دچار شبهه شویم، اصل استصحاب جاری می‌شود و اقتضای چنین اصلی ثبوت حکم یا موضوع حد است؛ در حالی که به علت وجود شبهه، قاعده درء بر رفع حد دلالت دارد. در نتیجه، بین مقتضای اصل استصحاب و قاعده درء تعارض پدید می‌آید. مثلاً شخصی ادعا می‌کند که نمی‌دانسته زنی در عده است و با عدم علم به عده با چنین زنی ازدواج کرده و نزدیکی انجام شده است (شبهه موضوعیه). در اینجا استصحاب عدم زوجیت بر مجازات چنین شخصی دلالت دارد، اما با اعمال قاعده درء حکم به عدم مجازات می‌شود.

در فقه جزای اسلام موارد متعددی وجود دارد که در آنها مفاد استصحاب و درء تعارض دارند. فقیهان در برخی از این موارد با استناد به قاعده درء، حکم به رفع مجازات داده‌اند و در موارد دیگری، با استصحاب حالت سابقه حکم به ثبوت مجازات را برگزیده‌اند. در صورتی که شبهه در باب حدود پیش آمده باشد، بیشتر فقیهان با اعمال قاعده درء، حکم به رفع مجازات داده‌اند؛ اما در صورتی که شبهه در باب قصاص پدید آمده باشد، اغلب فقیهان جانب استصحاب را مقدم داشته‌اند؛ چون آنها این قاعده را در

قصاص جاری نمی‌داند. برای نمونه به چند مورد از این رویه‌ها اشاره می‌شود:

الف. فردی شراب نوشیده است ولی ادعای اکراه دارد؛ اما شاهد و دلیلی بر ادعایش نمی‌آورد و قاضی نمی‌داند که وی راست می‌گوید یا دروغ. در این باره گفته شده است: در اینجا هر چند اصل اختیاری بودن اعمال (استصحاب عدم اکراه) اقتضای آن دارد که حدّ شرب مسکر بر وی جاری شود، اما ادعای اکراه از او پذیرفته و حد برداشته می‌شود (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ص ۳۸۵).

ب. شخصی مایعی دارد که قبلاً شراب بوده است؛ ولی نمی‌داند که اکنون تبدیل به سرکه شده است یا خیر. او آن مایع را می‌نوشد. سپس روشن می‌شود که چنان‌که بود، شراب است. در این باره گفته شده است: در اینجا هر چند استصحاب خمر بودن، مقتضی ثبوت حدّ شرب مسکر است، اما بعید نیست با استناد به قاعده درء، حد از وی ساقط می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق: ص ۳۷).

ج. مردی با زنی نزدیکی می‌کند؛ در حالی که نمی‌داند عقد نکاحی که میان خود و آن زن جاری کرده، صحیح است یا خیر. سپس روشن می‌شود که عقد باطل بوده است. در این باره گفته شده است: در اینجا هر چند استصحاب حرمت وطی این زن مقتضی ثبوت حد زناست، اما بعید نیست به استناد قاعده درء، حدود فوق را ساقط بدانیم (همان).
د. شیخ صدوق درباره زنی که به جرم زنا دستگیر شده و ادعای اکراه می‌کند، گفته است: حد از او برداشته می‌شود، زیرا شبهه ایجاد شده است؛ در حالی که استصحاب عدم اکراه بر ثبوت حد بر زن زناکار دلالت می‌کرد (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ص ۴۳۶). مستند این فتوا روایت ابو عبیده از امام صادق علیه السلام است. در این روایت آمده است:

ابو عبیده از امام صادق علیه السلام نقل کرده است: مرد و زنی را نزد علی علیه السلام آوردند؛ در حالی که مرد به زن تجاوز کرده بود. زن گفت: یا امیرالمؤمنین علیه السلام! قسم به خدا، این مرد مرا اکراه کرده است. امام علیه السلام حد را از زن برداشت (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۱۹۶).

ه. شیخ طوسی در مسئله نکاح دختر بالغ بدون اجازه ولی گفته است: این عقد





صحیح است و اگر زوج زوجه خود را وطی نماید، مستحق حد نیست. حتی در صورتی که قائل به فساد چنین عقدی باشیم، حدی نخواهد بود؛ چون باوجود شبهه، حد ساقط می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴: ص ۲۵۳). در اینجا نیز استصحاب عدم زوجیت اقتضای حد دارد، ولی اجرای قاعده درء دلالت بر رفع حد دارد.

و. صاحب جواهر در مسئله «اختلاف ولی دم مجنی‌علیه و جانی» گفته است: اگر جانی‌ای با دارا بودن سابقه جنون، مرتکب قتل شود و ادعا کند که در حال ارتکاب قتل، مجنون بوده است، ولی اولیای دم خلاف آن را ادعا کند، قول جانی با سوگند ثابت می‌شود؛ اما اگر جنون جانی در زمان سابق بر جنایت معلوم نباشد، در این صورت با اجرای اصل سلامت افراد، حکم به قصاص داده می‌شود (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴: ص ۱۸۳). در توجیه این حکم به استصحاب جنون در فرع اول و استصحاب سلامت و عدم جنون جانی در فرع دوم تمسک می‌شود. در فرع اول، مقتضای استصحاب و قاعده درء همسو است؛ ولی در فرع دوم به حکم قاعده درء، در صورتی که با ادعای جانی به مجنون بودن وی در زمان ارتکاب جرم، برای قاضی شبهه پیش آید، علی‌الاصول باید قصاص برادشته شود. چنان‌که شهید ثانی در مسالک‌الافهام، عدم قصاص را تقویت کرده و گفته است: «احتمال دارد ادعای جانی درست باشد، زیرا باوجود احتمال و شک، قصاص ثابت نمی‌شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ص ۱۶۳)؛ اما مرحوم خوئی (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱ موسوعه: ص ۹۴)، امام خمینی رحمته‌الله (امام خمینی، بی‌تا: ص ۵۲۳) و سیدشهاب‌الدین مرعشی نجفی (مرعشی نجفی، بی‌تا، ج ۱: ص ۴۱۵) در این مسئله قائل به ثبوت قصاص هستند و دلیل آن را استصحاب عدم جنون دانسته‌اند. بنابراین، این فقیهان در تعارض استصحاب و قاعده درء، استصحاب را مقدم نموده‌اند. البته، گفتنی است که در این مورد، استصحاب با ظاهر مستفاد از غلبه یا «اصل سلامت» تقویت شده است.

با عنایت به نمونه‌های فقهی‌ای که از فقیهان نقل شد، ملاحظه می‌شود که فقیهان در باب حدود به معنای خاص آن، به تقدیم قاعده درء حکم داده‌اند. مثلاً در قضیه شرب خمر و نزدیکی زن و مرد با عقد فاسد، جانب قاعده درء مقدم شده است. باوجود این،

حکم فقیهان در باب قصاص متفاوت است. کسانی همچون شهید ثانی که جریان این قاعده در باب قصاص را پذیرفته‌اند، معتقد به تقدیم قاعده درء شده‌اند و باوجود شبهه، قصاص را منتفی می‌دانند؛ اما از آنجا که صاحب جواهر جریان قاعده درء را در قصاص نمی‌پذیرد، در نتیجه معتقد است که در این صورت، درء جاری نمی‌شود. بنابراین، با ضمیمه کردن سوگند، جانب اصل استصحاب را تقویت کرده است. مرحوم خوئی نیز حجیت قاعده درء را از اساس نمی‌پذیرد (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱ موسوعه: ص ۲۰۹). از این رو، ایشان نیز جانب استصحاب را تقویت کرده است.

۲-۲. مصادیق تعارض استصحاب و قاعده درء در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

در حقوق کیفری ایران، به‌ویژه قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، باوجود اینکه قانونگذار قاعده درء را به رسمیت شناخته و به صراحت اعلام کرده است که در موارد شبهه، مجرمیت و مسئولیت کیفری منتفی است، اما با این حال، به نظر می‌رسد در مواردی مقرراتی وضع شده که با مقتضای قاعده ناسازگار است. از جمله این موارد می‌توان به مواد ۳۰۷، ۳۰۸ و ۳۱۱ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد.

ماده ۳۰۷ این قانون مقرر می‌دارد:

ارتکاب جنایت در حال مستی و عدم تعادل روانی در اثر مصرف مواد مخدر، روان‌گردان و مانند آنها، موجب قصاص است مگر اینکه ثابت شود بر اثر مستی و عدم تعادل روانی، مرتکب به کلی مسلوب‌الاختیار بوده است که در این صورت، علاوه بر دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم (تعزیرات) محکوم می‌شود. لکن اگر ثابت شود که مرتکب قبلاً خود را برای چنین عملی مست کرده و یا علم داشته باشد که مستی و عدم تعادل روانی وی ولو نوعاً موجب ارتکاب آن جنایت یا نظیر آن از جانب او می‌شود، جنایت عمدی محسوب می‌گردد.





حال اگر شخصی در حالت مستی مرتکب قتل شود و ادعا کند که در حال انجام جنایت مسلوب‌الاختیار بوده است ولی نتواند ادعای خود را ثابت کند، اما قرائن و امارات موجود به گونه‌ای باشد که قاضی را دچار شبهه و تردید کند، اینجا تکلیف چیست؟

از ظاهر این ماده تکلیف روشن است: چنین شخصی با استصحاب عدم مسلوب‌الاختیاری محکوم به قصاص خواهد بود. برخی از فقیهان (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲: ص ۱۸۶) و حقوق‌دانان (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۰: ص ۲۸۴) در تأیید این مطلب به اصل استصحاب استناد کرده‌اند و به‌عنوان مؤید از این اصل کمک گرفته‌اند. لازم به توضیح است که اقتضای استصحاب نیز همین است، چون سابقه وجودی یا وضعیت سابق این شخص انسانی آزاد و مختار بودن است؛ حال که ادعا می‌کند مست و مسلوب‌الاختیار است و با این ادعا ما را دچار شبهه و تردید می‌کند که آیا به واسطه مستی واقعاً مسلوب‌الاختیار شده یا نه، بنابر استصحاب باید حالت سابق یقینی او را در نظر گرفت و آن را با شک لاحق از بین نبرد. به عبارت دیگر، با استصحاب عدم مسلوب‌الاختیار بودن وی، مسلوب‌الاختیار بودن او را رد می‌کنیم و اگر چنین شخصی نتواند مسلوب‌الاختیار بودن خود را ثابت کند، به حکم استصحاب، محکوم به قصاص می‌شود.

اگر دادگاه با استعلام از نظریات پزشکی قانونی و امارات دیگر متقاعد شده و مسلوب‌الاختیار بودن او را احراز کند، بحثی نیست؛ ولی اگر متهم نتواند ثابت کند و در عین حال، قاضی را دچار شبهه کند، تکلیف چیست؟ قاعده درء تکلیف را مشخص کرده است: با وجود شبهه، حد برداشته می‌شود. البته، این مطلب و این استناد به قاعده درء از فحوای این ماده برداشت نمی‌شود. این ماده گویای این است که اگر متهم ثابت کرد که مسلوب‌الاختیار بوده است، حکم برائت داده می‌شود؛ ولی اگر ثابت نکرد یا نتوانست ثابت کند، محکوم به قصاص است.

یکی دیگر از موادی که به نظر می‌رسد در آن، مفاد دو قاعده تعارض دارند، ماده

۳۰۸ ق.م.ا است. در این ماده آمده است:

اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیله مقام قضایی، در بالغ یا عاقل بودن مرتکب، هنگام ارتکاب جنایت، تردید وجود داشته باشد و ولی دم یا مجنی علیه ادعا کند که جنایت عمدی در حال بلوغ وی یا افاقه او از جنون سابقش انجام گرفته است لکن مرتکب خلاف آن را ادعا کند، ولی دم یا مجنی علیه باید برای ادعای خود بینه اقامه کند. در صورت عدم اقامه بینه، قصاص منتفی است...

چرا قصاص منتفی است؟ فقیهان و حقوق دانان با استناد به استصحاب عدمی (عدم بلوغ) یا استصحاب وجودی (وجود جنون سابق) قصاص را در این گونه موارد منتفی دانسته اند؛ یعنی وضعیت یقینی و سابق متهم قبل از وقوع جنایت، حسب مورد، عدم بلوغ یا وجود جنون سابق است و با ادعای مجنی علیه یا ولی دم شبهه پیش می آید که آیا در زمان وقوع جنایت، وضعیت مرتکب بلوغ یا افاقه بوده یا نه؟ در این صورت، عدم بلوغ یا جنون سابق او استصحاب می شود. مقصود در اینجا روشن است و استصحاب هیچ مخالفتی با قواعد و امارات دیگر، از جمله قاعده درء ندارد. با وجود این، در ادامه این ماده آمده است:

اگر حالت سابق بر زمان جنایت، افاقه مرتکب بوده است، مرتکب باید جنون خود در حال ارتکاب جرم را اثبات کند تا قصاص ساقط شود؛ در غیر این صورت با سوگند ولی دم یا مجنی علیه یا ولی او قصاص ثابت می شود.

در قسمت دوم که قانونگذار به ثبوت قصاص حکم داده است، به نظر می آید باز هم بنیایش اصل استصحاب است. عنایت به ادبیات این ماده نیز این نظر را تقویت می نماید؛ چون حکم ماده با لحاظ حالت سابق انجام گرفته و لحاظ حالت سابقه نیز همان استصحاب است. اینجا با اینکه مفاد قاعده درء، تبرئه مرتکب از قصاص است؛ ولی مفاد ماده فوق با استناد به استصحاب قصاص وی خواهد بود. سوگند مجنی علیه یا ولی دم نیز مؤیدی بر مطلب است. بنابراین، در قسمت دوم ماده ۳۰۸ ق.م.ا نیز مفاد قاعده درء و اصل استصحاب ناسازگارند.



مادهٔ بعدی مادهٔ ۳۱۱ ق.م.ا است. این ماده مقرر می‌کند:

اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیلهٔ مقام قضایی در مسلمان بودن مجنی علیه هنگام ارتکاب جنایت تردید وجود داشته و حالت سابق او پیش از جنایت عدم اسلام باشد و ولی دم یا مجنی علیه ادعا کند که جنایت عمدی در حال اسلام او انجام شده است و مرتکب ادعا کند که ارتکاب جنایت پیش از اسلام آوردن وی بوده است، ادعای ولی دم یا مجنی علیه باید ثابت شود و در صورت عدم اثبات، قصاص منتفی است...

در اینجا نیز استصحاب عدمی جریان دارد: عدم مسلمان بودن مجنی علیه حالت سابق بوده و در هنگام جنایت در مسلمان شدن وی شبهه پیش می‌آید؛ ولی عدم مسلمان بودن مجنی علیه استصحاب می‌شود و چون مسلمان در مقابل غیرمسلمان قصاص نمی‌شود، قصاص منتفی است. با وجود این، در قسمت بعدی این ماده می‌خوانیم:

اگر حالت پیش از زمان جنایت، اسلام او بوده است، وقوع جنایت در حالت عدم اسلام مجنی علیه باید اثبات شود تا قصاص ساقط گردد و در صورت عدم اثبات، با سوگند ولی دم یا مجنی علیه یا ولی او قصاص ثابت می‌شود. حکم این ماده در صورتی که در مجنون بودن مجنی علیه تردید وجود داشته باشد نیز جاری است.

در اینجا نیز بحث‌های قبلی پیش می‌آید: حالت سابق مجنی علیه قبل از جنایت، اسلام وی بود و در زمان جنایت در مسلمان بودن او شبهه هست؛ به این ترتیب که متهم ادعا می‌کند که مجنی علیه را در حالت کفر او به قتل رسانده است؛ هر چند قبلاً مسلمان بوده باشد. این در حالی است که با وجود تحقیق و بررسی به وسیلهٔ مقام قضایی، در صحت ادعای مرتکب شبهه وجود دارد و ادعای او نزد قاضی ثابت نمی‌شود. در چنین شرایطی، مطابق قاعدهٔ درء، قاضی حق ندارد حکم به محکومیت به قصاص دهد؛ ولی مادهٔ ۳۱۱ این قانون نیز، که به نظر فقیهان و حقوق‌دانان و به استناد ادبیات ماده بر مبنای اصل استصحاب وضع شده است، دلالت بر قصاص مرتکب دارد و مفاد آن با قاعدهٔ درء



تعارض دارد. در قسمت انتهایی ماده فوق هم حکم مزبور در صورت شک در مجنون بودن مجنی علیه جاری دانسته شده است. در اینجا نیز حالت سابق مجنی علیه قبل از انجام جنایت، عدم جنون او بوده و در صورت بروز شبهه در جنون وی در هنگام ارتکاب جنایت، همان حالت یعنی عدم جنون مجنی علیه استصحاب می شود و استصحاب جاری در این ماده نیز با قاعده درء ناسازگار است.

۳. تقدم قاعده درء بر اصل استصحاب

گفته شد که تعارض بین استصحاب و قاعده درء از نوع تعارض غیرمستقر است، چون تعارض بین آنها واقعی نیست؛ زیرا قاعده درء از ادله اجتهادی است و ادله اجتهادی بر ادله فقهاتی (اصول عملیه) مقدم اند. این تقدم از نوع ورود است، زیرا با اجرای قاعده درء، موضوع استصحاب (شک) تعبداً از بین می رود. در توضیح باید گفت: وقتی در ثبوت جرمی شک شود، با اجرای قاعده درء و حکم به بی گناهی متهم، به حکم تعبد، دیگر شکی باقی نمی ماند تا بتوان با اجرای استصحاب، آن جرم را اثبات کرد.

بحثی که باقی می ماند، این است که چرا قاعده درء اماره بوده و از ادله اجتهادی است و مانند استصحاب، اصل عملی محسوب نمی شود؟

اماره در لغت به معنای علامت و نشانه است (جوهری، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ص ۴۸۵) و در اصطلاح اصول فقه به آن دلیل ظنی ای گفته می شود که شارع آن را معتبر شناخته است. به عبارت دیگر، هر چیزی که متعلق خود را ثابت نماید، اما به درجه قطع و یقین نرسد، اماره است، مانند خبر واحد، ظواهر و بنای عقلا. منشأ اعتبار اماره و حجت بودن آن این است که اماره دائماً یا در بیشتر موارد با افاده ظن، کاشف از واقع است و شارع آن ظن را معتبر دانسته است. مراد از ظن، «ظن نوعی» است؛ یعنی در بین نوع و اغلب مردم افاده ظن می کند. اما اصول عملیه اموری هستند که متعلق خود را اثبات نمی کنند؛ بلکه برای رفع تحیر و سرگردانی مکلف درباره حکم واقعی قرار داده شده اند تا مکلف برای نجات از سرگردانی به آنها تمسک نماید (مظفر، ۱۳۸۹: ص ۳۷۳).





اگر مفاد قاعده درء را مبتنی بر سیره و بنای عقلا بدانیم، این قاعده نیز همانند «سوق مسلمین» اماره می‌شود. روشن است که مفاد قاعده درء مبتنی بر سیره و بنای عقلاست؛ با این توضیح که عقلا در موارد شبهه، اصل را بر بی‌گناهی متهم می‌گذارند و متهم را مجازات نمی‌کنند؛ مگر اینکه خلافش ثابت شود؛ چون در صورت وجود شبهه در موضوع یا حکم، قطعاً موضوع یا حکم محقق نمی‌شود و در نتیجه مجازات نیز ثابت نخواهد شد. به عبارت دیگر، نبود بینه بر انجام عمل مجرمانه، نشانه عدم احراز آن عمل و به تبع آن عدم مجازات برای آن است و وجود اصل عملی نمی‌تواند زمینه مجازات را محقق سازد. نتیجه اینکه، چون قاعده درء مبتنی بر بنا و سیره عقلاست و بنای عقلا پس از تأیید صریح یا ضمنی شارع، تعبداً کاشف از واقع است و در این زمینه نه تنها ردعی از طرف شارع وارد نشده، بلکه با «تدرأ الحدود بالشبهات» چنین بنایی تأیید هم شده است. پس در صورت شک در مجرمیت، ظن نوعی به عدم مجرمیت پیدا می‌شود؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. شارع مقدس نیز این ظن را از باب مصلحت و ترجیح اهم بر مهم (فرار از مجازات مجرم واقعی بهتر از مجازات شدن غیر مجرم است) اعتبار داده است. بنابراین، قاعده درء اماره است و در صورتی که مفاد استصحاب و قاعده درء تعارض داشته باشد، قاعده درء جاری شده و محلی برای اجرای اصل استصحاب نمی‌ماند.

دلیل دیگر بر تقدیم قاعده درء بر اصل استصحاب این است که قاعده درء یکی از قواعد مسلم فقهی است. فقیهان در تعریف قاعده فقهی گفته‌اند: «قاعده فقهی حکم فقهی کلی‌ای است که برای استنباط احکام فقهی جزئی به کار می‌رود» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱: ص ۲۳). در مقابل، استصحاب اصل عملی است و در مقام حیرت و سرگردانی، حکم ظاهری قضیه را بیان می‌کند (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۱۳). بنابراین، با وجود حکم فقهی‌ای همچون قاعده درء، نوبت به اجرای اصل عملی‌ای همچون استصحاب نمی‌رسد.

قاعده درء حتی اگر اماره هم نباشد، باز هم بر اصل استصحاب مقدم خواهد بود؛ هر چند اصل استصحاب بر خلاف مفاد آن باشد. بنابراین، اگر متهم ادعای نسیان، غفلت، خطا، اضطرار، اکراه و غیر اینها را مطرح کند و برای حاکم شبهه ایجاد شود،

همین بروز شبهه باعث درء حد از متهم می‌شود و اصل عدم نسیان یا عدم خطا یا عدم اضطرار یا عدم اکراه جاری نمی‌شود؛ زیرا موضوع قاعده «درء الحد» حدوث شک و شبهه است و چنانچه اصول عدمیه در این موارد جاری شود، موضوعی از برای جریان قاعده نمی‌ماند و لغویت لازم می‌آید. از سوی دیگر، هنر قاعده درء این است که در صورتی که اصول دیگر (از جمله استصحاب) با آن مغایر باشد، بتواند مجازات را رفع کند؛ زیرا دایره شمول استصحاب از دایره شمول قاعده درء عام‌تر است و در هر موردی که قاعده درء جاری می‌شود، اگر بتوان با اجرای استصحاب، هر چند استصحاب عدمی، جلوی قاعده درء را گرفت، دیگر محلی برای اجرای قاعده درء باقی نمی‌ماند.

اینکه بعضی از فقیهان در پاره‌ای از موارد جانب استصحاب را مقدم دانسته‌اند، به سبب آن است که قاعده درء را در آن مورد جاری نمی‌دانند. مثلاً ممکن است جانی قبل از انجام جنایت، سابقه جنون نداشته باشد، ولی ادعای جنون نماید. صاحب جواهر در این فرض به قصاص حکم داده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲: ص ۱۸۴)؛ زیرا ایشان قاعده درء را در قصاص جاری نمی‌دانند. در مقابل، از آنجا که شهید ثانی جریان این قاعده را در قصاص اجازه داده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۰)، در نتیجه، به سقوط قصاص حکم داده است. صاحب مبانی تکملة المنهاج نیز در این مسئله به ثبوت مجازات حکم داده است؛ به این علت که ایشان اصلاً قاعده درء را نمی‌پذیرد (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱ موسوعه: ص ۹۶). از سوی دیگر با مطالعه باب «حدود» (سرقت، زنا و...) روشن می‌شود که فقیهان در صورت وجود شبهه در این موارد، به اتفاق، حکم به سقوط مجازات داده‌اند؛ مگر اینکه مانند محقق خوئی، حجیت این قاعده را از اساس نپذیرفته باشند.

نتیجه‌گیری

با مطالعه فقه جزایی اسلام و قانون مجازات اسلامی ایران روشن می‌شود که اگر در ثبوت حکم یا موضوع حکم حدی در زمان گذشته یقین داشته باشیم و در زمان بعد در بقای آن حکم یا موضوع دچار شبهه شویم، مقتضای اصل استصحاب ثبوت حد است؛





در حالی که به علت وجود شبهه، قاعده درء بر رفع حد دلالت دارد. در نتیجه، بین مدعی اصل استصحاب و قاعده درء تعارض حاصل می‌شود. چنین تعارضی در فقه و قوانین موضوعه جزایی زیاد است. از آن موارد به مواد ۳۰۷، ۳۰۸ و ۳۱۱ قانون مجازات اسلامی می‌توان اشاره نمود. فقیهان و حقوق‌دانان در برخی موارد با استناد به اصل استصحاب، حکم به مجازات داده‌اند و در موارد دیگری با استناد به قاعده درء، حکم به سقوط مجازات داده‌اند. با بررسی مبنای فقهی و اصولی فقیهان معلوم می‌شود که کسانی که حجیت قاعده درء را پذیرفته‌اند و شمول آن بر حدود، قصاص و تعزیر را قبول دارند، در صورت وجود شبهه، به تقدیم قاعده درء حکم داده‌اند. از طرف دیگر، فقیهانی مانند محقق خوئی که این قاعده را از اساس نمی‌پذیرند، جانب استصحاب را مقدم دانسته‌اند. بعضی از فقیهان از جمله صاحب جواهر و مقدس اردبیلی و هم‌مسلك‌های آنها نیز، که جریان قاعده درء را در قصاص نمی‌پذیرند، در صورت تعارض مفاد استصحاب و قاعده درء در باب قصاص، جانب استصحاب را مقدم دانسته‌اند.

با بررسی‌های انجام‌شده به نظر می‌رسد که قاعده درء در مطلق مجازات‌ها اعم از حد، قصاص و تعزیر جریان دارد؛ زیرا: نخست، قصاص مانند حدود، مجازات الهی است؛ دوم: لفظ «حد» در لغت و لسان ائمه علیهم‌السلام در معنای قصاص و تعزیر نیز استفاده شده است و بنابراین، عموم «الحدود» در قاعده «تدرأ الحدود بالشبهات» شامل قصاص و تعزیر نیز می‌شود؛ سوم، از آنجا که در قصاص، سخن از جان و نقص عضو است و در صورت اشتباه در اجرای قصاص، جان انسان بی‌گناه به خطر می‌افتد، شایسته است که در موارد شبهه با اعمال قاعده درء قصاص برداشته شود؛ چهارم، امتنانی بودن قاعده مانع از آن نیست که شامل قصاص نیز بشود و امتنانی بودن این قاعده با حقوق متهم منافاتی ندارد، زیرا حقوق اولیای دم با پرداخت دیه جبران‌شدنی است. از سوی دیگر، طبق احادیث معصومان علیهم‌السلام، خطا کردن در عفو، بهتر از خطا کردن در اجرای مجازات است.

بنابراین، از آنجایی که مفاد قاعده درء مبتنی بر بنای عقلاست و بنای عقلا کاشف از واقع است و اماره محسوب می‌شود، از این‌رو، قاعده درء اماره است و با اجرای آن

موضوع استصحاب (شک) ازین می‌رود. در نتیجه، قاعده درء بر اصل استصحاب وارد است. حتی اگر این قاعده اماره شرعی هم نباشد، باز هم بر استصحاب مقدم است؛ زیرا دایره شمول استصحاب از دایره شمول قاعده درء عام‌تر است و در هر موردی که قاعده درء جاری می‌شود، اگر بتوان با اجرای استصحاب (هرچند استصحاب عدمی) جلوی قاعده درء را گرفت، دیگر محلی برای اجرای قاعده درء باقی نخواهد ماند و لغویت لازم می‌آید. از طرف دیگر، قاعده درء یکی از قواعد مسلّم فقهی است. اصولیان در تعریف قاعده فقهی گفته‌اند: «قاعده فقهی حکم فقهی کلی‌ای است که برای استنباط احکام فقهی جزئی به کار می‌رود»؛ اما استصحاب اصل عملی است و در مقام حیرت و سرگردانی، حکم ظاهری قضیه را بیان می‌کند. بنابراین، با وجود حکم فقهی‌ای همچون قاعده درء، نوبت به اجرای اصل عملی‌ای همچون استصحاب نمی‌رسد.



کتابنامه

- * قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی.
۱. آخوند خراسانی (محمد کاظم بن حسین) (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، چاپ نخست، قم: آل البيت علیهم السلام.
 ۲. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 ۳. انصاری مرتضی (۱۴۲۸ق)، فرائد الأصول، چاپ نهم، قم: مجمع الفكر الإسلامی.
 ۴. ترمذی، محمد بن عیسی (۱۹۷۵م)، سنن الترمذی، چاپ دوم، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي.
 ۵. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۸ق)، الصحاح، بیروت: دارالفکر.
 ۶. خمینی (امام)، سید روح الله موسوی (۱۳۷۶)، الإستصحاب، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
 ۷. _____ (بی تا)، تحریر الوسيلة، چاپ نخست، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
 ۸. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج (ج ۴۱ و ۴۲ موسوعة الإمام الخوئی)، چاپ نخست، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی علیه السلام.
 ۹. ساداتی، سید محمد مهدی (۱۳۹۵)، «شرايط اعمال قاعدة درء در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۴، ص ۱۱۳-۱۴۶.
 ۱۰. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۸)، الوسيط في أصول الفقه، چاپ چهارم، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
 ۱۱. سیزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
 ۱۲. شهید ثانی (زین الدین بن علی) (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام، چاپ نخست، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
 ۱۳. شیخ صدوق (ابو جعفر محمد بن علی) (۱۴۱۵ق)، المقنع، چاپ نخست، قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
 ۱۴. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.



۱۵. _____ (۱۴۰۷ق)، الخلاف، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۷. صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق)، بحوث فی علم الأصول، چاپ سوم، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۱۸. طباطبائی، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، چاپ نخست، قم: آل البيت علیهم السلام.
۱۹. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرين، چاپ سوم، تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
۲۰. عاملی حسینی، سید جواد (بی تا)، مفتاح الکرامه، چاپ نخست، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۱. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر) (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحكام، چاپ نخست، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۲. عمید، حسن (۱۳۶۲)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۲۳. فاضل هندی (محمد بن حسن) (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. فخلعی، محمدتقی (۱۳۷۹)، «پژوهشی در قاعده فقهی درء الحد»، مطالعات اسلامی، ش ۴۷ و ۴۸، ص ۱۲۱-۱۶۴.
۲۵. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۲ق)، القاموس المحيط، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۶. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۲۷. مامقانی، عبدالله (بی تا)، تنقیح المقال فی علم الرجال، نجف: مطبعة المرتضویة.
۲۸. مجلسی اول (محمدتقی) (۱۴۰۶ق)، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: مؤسسه فرهنگی - اسلامی کوشانبور.
۲۹. محقق حلی (جعفر بن حسن) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۱. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین (بی تا)، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ج ۱، قم: بی نا.



۳۲. مسعود، جبران (بی‌تا)، فرهنگ الفبائی الرائد، ج ۱، چاپ سوم، مشهد: آستان قدس رضوی، شرکت به‌نشر.
۳۳. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۹)، أصول الفقه، چاپ هفتم، قم: بوستان کتاب.
۳۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ق)، انوار الفقاهه - کتاب حدود و تعزیرات، چاپ نخست، قم: مدرسه امام علی علیه السلام.
۳۵. _____ (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهية (لمکارم)، چاپ سوم، قم: مدرسه امام علی علیه السلام.
۳۶. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فی أحكام الحدود، چاپ نخست، قم: انتشارات دار القرآن الکریم.
۳۷. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید.
۳۸. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهية، چاپ سوم، تهران: عروج.
۳۹. میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۰)، حقوق کیفری اختصاصی - جرائم علیه اشخاص، چاپ هشتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۴۰. نائینی، محمدحسین (بی‌تا)، أجود التقریرات، به تقریر ابوالقاسم خوئی، قم: کتاب‌فروشی مصطفوی.



فقه

بررسی و نقد دلالت روایت «فی رجل استاجر أجيراً...» بر قاعده عدم ضمان امین

علی نصرتی *

چکیده

طبق روایتی در جوامع حدیثی، شخصی برای حفظ کالایش مردی را اجیر می‌کند و او را بر آن می‌گمارد تا نگهداری‌اش کند؛ ولی اجیر کالا را می‌دزدد. امام صادق علیه السلام در این باره می‌فرماید: «اجیر مؤتمن است». این روایت به لحاظ سندی معتبر است و از آن به صحیحۃ حلبی یاد می‌شود. برخی فقیهان و محدثان کوشیده‌اند صحیحۃ حلبی را با تقدیر، توجیه و تأویل بر عدم ضمان امین تطبیق کنند؛ ولی تأمل در صحیحۃ و نقل‌های مشابه آن نشان می‌دهد که هیچ‌گونه ارتباطی به عدم ضمان امین ندارد، بلکه مربوط به حدّ سرقت است و برخی صاحبان جوامع حدیثی، به اشتباه، آن را در ابواب مربوط به عدم ضمان امین نهاده و زمینه لغزش برخی فقیهان و شارحان حدیث را فراهم کرده‌اند. همچنین، برخی فقیهان صحیحۃ حلبی و روایات مشابه آن را مخالف با قول مشهور و قواعد حدّ سرقت دانسته‌اند؛ از این رو، بر این باورند که این طایفه از اخبار یا باید بر قول مشهور حمل شوند یا آنها را موهون به حساب آورد. این جستار می‌کوشد ثابت کند که این اخبار با قواعد و قول مشهور مخالف نیستند؛ پس نه به حمل نیاز دارند و نه موهون‌اند.

کلیدواژه‌ها

صحیحۃ حلبی، دلالت، اجیر، استیمان، مؤتمن، عدم ضمان، حدّ سرقت



فقه

طرح مسئله

روایت «فی رجلٍ إستأجر أجراءً فأقعدہ علی متاعہ فسرقہ (= فسرق) قال هو مؤتمن» از امام صادق علیه السلام در جوامع و منابع حدیثی به دو نقل گزارش شده است: گاه، فعل «سرق» به صورت معلوم و همراه با ضمیر منصوب مفعولی آمده («فسرقه») (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج: ۷: ص ۲۲۷؛ شیخ صدوق، ۱۳۸۵، ج: ۲: ص ۵۳۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج: ۱۰: ص ۱۰۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج: ۱۹: ص ۷۹ و ۱۴۲؛ همان، ج: ۲۸: ص ۲۷۱-۲۷۲ و ۲۷۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج: ۱۵: ص ۴۱۷؛ مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج: ۷۶: ص ۱۸۳) و گاه نیز فعل «سرق» به صورت مجهول آمده است («فسرق») (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج: ۳: ص ۳۰۴؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج: ۱۸: ص ۹۰۶؛ بروجردی، ۱۳۸۶، ج: ۲۴: ص ۱۳۸). شیخ طوسی این روایت را در دو جای دیگر تهذیب نقل کرده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج: ۷: ص ۱۸۴ و ۲۱۸)؛ ولی همان گونه که برخی فقیهان تصریح نموده‌اند (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج: ۳۰: ص ۲۶۷)، در نسخه‌ها و چاپ‌های مختلف تهذیب یکسان نیامده است. مثلاً در چاپ با تحقیق خراسان، نقل مجهول یعنی «فسرق» ذکر شده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج: ۷: ص ۱۸۴ و ۲۱۸)؛ ولی در چاپ با مقدمه آیت‌الله مرعشی نجفی (شیخ طوسی، ۱۳۶۳، ج: ۲: ص ۱۶۸ و ۱۷۷) و نسخه‌ای که علامه مجلسی برای شرح تهذیب (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج: ۱۱: ص ۳۳۰) و شیخ حر عاملی برای تدوین وسائل الشیعه (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج: ۱۹: ص ۱۴۲) از آن استفاده کرده‌اند، نقل معلوم یعنی «فسرقه» آمده است.

روایت مزبور در جوامع حدیثی، هم در ابواب مرتبط با عدم ضمان امین آمده است و هم در بابی از ابواب کتاب حدود. قرائت مجهول از این روایت، فقط در ابواب مربوط به عدم ضمان امین آمده است (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج: ۳: ص ۳۰۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج: ۷: ص ۱۸۴ و ۲۱۸)؛ ولی قرائت معلوم هم در باب حدود (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج: ۷: ص ۲۲۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج: ۱۰: ص ۱۰۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج: ۲۸: ص ۲۷۱-۲۷۲ و ۲۷۳) و هم در ابواب مربوط به عدم ضمان امین (شیخ طوسی، ۱۳۶۳، ج: ۲: ص ۱۶۸ و ۱۷۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج: ۱۹: ص ۷۹ و ۱۴۲) نقل شده است.

دلالت قرائت مجهول بر عدم ضمان امین کاملاً روشن است و بسیاری از فقیهان در بحث عدم ضمان امین به آن استناد کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج: ۲۱: ص ۴۰۴؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج: ۱۹:



فقه

ص ۷۸۲؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۹: ص ۴۲۲؛ طباطبائی، بی تا: ص ۲۴۱؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸ق: ص ۷۸۱؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰: ص ۲۶۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۹: ص ۱۱۷؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴: ص ۲۸۵؛ موسوی خلخالی، ۱۳۸۵: ص ۵۲۲؛ ولی دلالت نقل معلوم روشن نیست و به بررسی نیاز دارد. برخی محدثان و فقیهان آن را بر عدم ضمان امین تطبیق کرده (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹: صص ۷۹ و ۱۴۲؛ مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱: ص ۳۳۰-۳۳۱؛ آل عصفور، بی تا، ج ۱۲: ص ۱۸۱؛ همان، ج ۱۳: ص ۱۷؛ شوشتری، ۱۴۰۶ق، ج ۸: ص ۱۵۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴ق: ص ۶۳۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ص ۲۵۳-۲۵۴؛ قعی، ۱۴۲۳ق: ص ۹۶) و بسیاری آن را مربوط به حدّ سرقت دانسته‌اند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۲۲۷؛ شیخ صدوق، ۱۳۸۵، ج ۲: ص ۵۳۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰: ص ۱۰۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹: ص ۲۲۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴: ص ۵۲۶؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۴: ص ۳۷۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴: ص ۴۸۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ص ۴۹۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸: ص ۷۲).

اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا نقل معلوم مربوط به عدم ضمان امین است یا با حدّ سرقت ارتباط دارد یا هر دو بحث تطبیق می‌یابد؟

پیش از پرداختن به پاسخ این پرسش، شایسته است نخست اعتبار روایت مزبور بررسی شود؛ سپس اتحاد یا تعدد روایت در نقل معلوم و نقل مجهول تبیین شود: بدین معنی که آیا هریک از دو نقل، یک روایت مستقل است یا هر دو متحد و یک روایت‌اند؟

۱. بررسی سند روایت

همه مشایخ ثلاثه روایت مزبور را نقل کرده‌اند. بنابراین، طریق هریک از آنان را جداگانه بررسی می‌کنیم.

۱-۱. طریق شیخ کلینی

کلینی این روایت را با یک طریق بدین صورت آورده است: «علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال...» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۲۲۷). نام پنج راوی در زنجیره این سند دیده می‌شود. هیچ یک از آنان نه تنها در



فقه



کتاب‌های رجالی تضعیف نشده‌اند، بلکه همگی به جز ابراهیم بن هاشم با صراحت توثیق شده‌اند (نجاشی، ۱۳۶۵، ج ۱۶: صص ۲۳۰-۲۳۱ و ۲۶۰ و ۳۲۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۰ق: صص ۱۵۶ و ۴۰۴؛ علامه حلی، ۱۳۸۱: ص ۶۳)؛ ولی شواهد و قرائن فراوانی بر وثاقت ابراهیم بن هاشم گواهی می‌دهد (خوئی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ص ۲۹۱). بنابراین، بی‌گمان، طریق شیخ کلینی صحیح و معتبر است.

۱-۲. طریق شیخ صدوق

شیخ صدوق روایت مذکور را با دو طریق نقل کرده است:

نخست، در من لایحضره الفقیه (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ص ۳۰۴) که طبق مشیخه (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ص ۴۵۳)، راویان پایان زنجیره سند با طریق کلینی یکسان است. بسیاری از عالمان این طریق را صحیح و معتبر دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۳۸۱: ص ۴۳۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۲: ص ۵۳۳؛ مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۴: ص ۱۰۳؛ قهپایی، ۱۳۶۴، ج ۷: ص ۲۳۸؛ خوئی، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ص ۲۲۷).

دوم، در علل الشرایع (شیخ صدوق، ۱۳۸۵، ج ۲: ص ۵۳۵) که تفاوت آن با طریق نخست تنها در یک راوی است: به جای یعقوب بن یزید، که در سند فقیه آمده، در علل الشرایع احمد و عبدالله ابنی محمد بن عیسی آمده است. احمد در کتاب‌های رجالی مدح و توثیق شده است (نجاشی، ۱۳۶۵: ص ۸۲؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۰ق: ص ۶۰؛ علامه حلی، ۱۳۸۱: ص ۷۹) ولی عبدالله مهممل است (کشی، ۱۴۰۴ق، ج ۲: ص ۷۹۹؛ ابن داود، ۱۳۴۲: ص ۷۴). البته اهمال وی به صحت سند آسیب نمی‌زند؛ چون در زنجیره سند به برادرش عطف شده و وثاقت یکی از آن دو برای اعتبار سند کافی است. بنابراین، طریق دوم شیخ صدوق نیز صحیح و معتبر است.

۱-۳. طرق شیخ طوسی

شیخ طوسی این روایت را در سه جای تهذیب با سه سند مختلف نقل می‌کند:

طریق نخست: «عنه [الحسین بن سعید] عن ابن اَبی عُمَیْرٍ عن حَمَادٍ عن الحلبیِّ عن اَبی عبد الله علیه السلام قال: ...» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۱۸۴). شیخ طوسی در فهرست (شیخ طوسی، ۱۴۲۰ق: ص ۱۵۰) دو طریق و در مشیخه چهار طریق به حسین بن سعید اهوازی دارد (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴: ص ۳۲۰) که بسیاری از آنها صحیح و معتبر است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۲:

ص ۴۸۸؛ قهپایی، ۱۳۶۴، ج ۷: ص ۲۱۱؛ خوئی، ۱۴۱۳، ج ۶: ص ۲۶۷). حسین بن سعید نیز در کتاب‌های رجالی توثیق شده است (شیخ طوسی، ۱۴۲۰، ص ۱۴۹). راویان پایان سند نیز با طریق شیخ کلینی یکسان‌اند و توثیق آنها بیان شد. در نتیجه، این طریق نیز صحیح و معتبر است.

طریق دوم: «عنه [أحمد بن محمد] عن علي بن الحکم عن أبي المغزی عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ...» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷: ص ۲۱۸). شیخ طوسی شش طریق در مشیخه به احمد بن محمد دارد (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴: صص ۳۱۳-۳۱۴ و ۳۲۴ و ۳۲۷) که برخی از آنها صحیح و معتبر است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۲: ص ۴۷۹؛ قهپایی، ۱۳۶۴، ج ۷: ص ۲۰۸؛ خوئی، ۱۴۱۳، ج ۳: ص ۸۹). راویان دیگر زنجیره سند نیز در کتاب‌های رجالی توثیق شده‌اند (نجاشی، ۱۳۶۵: صص ۸۲ و ۱۳۳ و ۲۳۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۰: صص ۶۰ و ۲۶۵؛ علامه حلی، ۱۳۸۱: ص ۷۹).

طریق سوم: «علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: ...» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ص ۱۰۹). این سند دقیقاً با طریق شیخ کلینی یکسان است. شیخ طوسی در فهرست (شیخ طوسی، ۱۴۲۰، ص ۲۶۶-۲۶۷) دو طریق و در مشیخه (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴: ص ۳۱۰) چهار طریق به علی بن ابراهیم دارد که بسیاری از آنها صحیح و معتبر است (علامه حلی، ۱۳۸۱: ص ۴۸۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۲: ص ۵۰۴؛ خوئی، ۱۴۱۳، ج ۱۲: ص ۲۱۲-۲۱۳). در نتیجه، این طریق نیز بی‌گمان، همانند طریق شیخ کلینی صحیح و معتبر است.

بنابراین، روایت مزبور با شش طریق گزارش شده است. همه این شش طریق صحیح و معتبرند و می‌توان از آن به صحیح‌ه حلبی یاد کرد.

۲. تعدد یا اتحاد دو نقل مشابه

همان‌طور که گذشت، صحیح‌ه حلبی با نقل معلوم (فَسْرَقَه) و مجهول (فَسْرِق) بیان شده است. طریق کلینی (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷: ص ۲۲۷)، طریق دوم شیخ صدوق (شیخ صدوق، ۱۳۸۵، ج ۲: ص ۵۳۵) و طریق سوم شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ص ۱۰۹) نقل معلوم را گزارش کرده و طریق نخست شیخ صدوق (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳: ص ۳۰۴) نقل مجهول را حکایت نموده است. نسخه‌های طریق نخست و دوم شیخ طوسی نیز مختلف است:



فقه



برخی با نقل معلوم (شیخ طوسی، ۱۳۶۳، ج ۲: صص ۱۶۸ و ۱۷۷) و برخی با نقل مجهول (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷: صص ۱۸۴ و ۲۱۸). از این رو، طریق نخست شیخ صدوق مهم‌ترین طریق نقل مجهول است. پیش از پرداختن به دلالت حدیث، باید روشن شود که هریک از دو نقل، یک روایت مستقل است و هر کدام در مجلس جداگانه‌ای از معصوم علیه السلام صادر شده (تعدد روایت) یا اینکه هر دو یک روایت‌اند و یکی تصحیف‌شده دیگری است (اتحاد روایت).

قرائن و شواهدی در اسناد و متن حدیث هست که نشان می‌دهد هر دو نقل، روایتی متحد است؛ ولی در یکی تصحیف صورت گرفته است. بیشتر راویان طرق و اسناد شش‌گانه یکسان است؛ به گونه‌ای که اختلاف طریق نخست شیخ صدوق با طریق دوم او، که هریک نقلی را گزارش می‌کند، تنها در یک راوی است. این اتحاد راویان - به‌ویژه اتحاد آخرین راوی و اتحاد معصوم علیه السلام - احتمال اتحاد روایت را افزایش می‌دهد؛ زیرا این احتمال بسیار بعید است که دو قضیه و ماجرای جداگانه برای یک راوی اتفاق بیفتد و او هریک را در مجلس جداگانه‌ای با الفاظ بسیار شبیه به هم - که تفاوت آنها فقط در بود و نبود یک ضمیر (ه) است - از یک معصوم علیه السلام بپرسد و برای ما با طرق بسیار شبیه به هم نقل شود. بنابراین، نگارنده اطمینان دارد که دو نقل یک روایت متحدند و یکی از آن دو اشتباه و تصحیف‌شده دیگری است.

۳. انتخاب نقل صحیح

چنانچه بپذیریم دو نقل از روایت متحد هست و در یکی تصحیف صورت گرفته است، این پرسش مطرح می‌شود: کدام یک از دو نقل صحیح است؟ آیا نقل معلوم یعنی «فی رجل استأجر أجيرو فأقعده على متاعه فُسْرِقَ قال هو مؤتمن» صحیح است و نقل مجهول یعنی «فی رجل استأجر أجيرو فأقعده على متاعه فُسْرِقَ قال هو مؤتمن» اشتباه و تصحیف‌شده از دیگری است یا برعکس؟

نگارنده با توجه به قرینه‌های ذیل، نقل معلوم را ترجیح می‌دهد:

یکم: اگر در حدیثی دو نقل وجود داشته باشد که یکی عبارتی بیشتر از دیگری

داشته باشد، «اصالة عدم الزيادة» بر «اصالة عدم النقيصة» مقدم می‌شود (امام خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱: ص ۲۶؛ همو، ۱۴۲۱ق، ج ۲: ص ۴۳۲). در این روایت، ضمیر منصوب مفرد مذکر غایب (ه) در یک نقل آمده و در دیگری نیامده است. در نقلی که ضمیر هست، شک داریم که این ضمیر زیادی است یا نه. در اینجا، اصل عدم زیاده جاری می‌شود؛ یعنی اصل این است که این ضمیر در کلام امام علیه السلام بوده و راوی آن را زیاد نکرده است. همچنین، در نقلی که ضمیر نیامده است، شک می‌کنیم که آیا ناقص است یا نه. در اینجا نیز اصل عدم نقیصه جاری می‌شود؛ یعنی اصل این است که راوی این ضمیر را حذف نکرده است و روایت بدون ضمیر از امام علیه السلام صادر شده است. حال، اصل عدم زیاده را مقدم می‌کنیم و نقل معلوم (فسرقة) را انتخاب می‌کنیم. برخی عالمان (سیستانی، بی تا: ص ۹۶-۱۰۰) تقدیم اصل عدم زیاده بر اصل عدم نقیصه را نمی‌پذیرند. به باور آنان، بین این دو اصل تعارض پیش می‌آید و باید به قواعد باب تعارض مراجعه کرد. در این صورت، قرائن بعدی مرجح نقل معلوم هستند و طبق آنها نقل معلوم را ترجیح می‌دهیم.

دوم: همه مشایخ ثلاثه نقل معلوم را گزارش کرده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۲۲۷؛ شیخ صدوق، ۱۳۸۵، ج ۲: ص ۵۳۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰: ص ۱۰۹)؛ ولی نقل مجهول تنها در من لا یحضره الفقیه (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ص ۳۰۴) و برخی نسخه‌های تهذیب (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: صص ۱۸۴ و ۲۱۸) آمده است.

سوم: قرب الاسناد در نقل معلوم، دلیل دیگری بر درستی آن است. کلینی نقل معلوم را با پنج واسطه از امام صادق علیه السلام گزارش می‌کند؛ در حالی که شیخ صدوق نقل مجهول را با شش واسطه نقل می‌کند. بدیهی است هرگاه واسطه‌ها کم شود، احتمال مخالفت نقل با واقع کاهش می‌یابد.

چهارم: بنابر عقیده عالمان، کتاب شریف کافی اضبط الاصول است (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱: ص ۳). در این کتاب، تنها نقل معلوم آمده و نقل مجهول اصلاً گزارش نشده است.

هریک از این قرائن، به تنهایی یا به صورت مجموعی، بر درستی نقل معلوم گواهی می‌دهد و نشان می‌دهد که نقل مجهول از آن تصحیف شده و معتبر نیست. پس در ادامه، بحث دلالتی را با توجه به قرائت معلوم، که معتبر است، دنبال می‌کنیم. افزون بر



این، در صورتی که نقل مجهول هم معتبر باشد، دلالتش روشن است و به بحث و بررسی نیاز ندارد.

۴. بررسی دلالت نقل معلوم صحیحاً حلبی

اکنون دلالت نقل معلوم بر عدم ضمان امین و عدم جریان حد سرقت بر اجیر را به صورت جداگانه بررسی می‌کنیم.

۴-۱. بررسی دلالت نقل معلوم بر قاعده عدم ضمان امین

پیش از بررسی دلالت روایت، شایسته است قاعده عدم ضمان امین به صورت مختصر معرفی گردد؛ سپس دلالت نقل معلوم روایت بر عدم ضمان امین بررسی شود.

۴-۱-۱. قاعده عدم ضمان امین

یکی از قواعد مشهور و پر کاربرد فقهی «قاعده عدم ضمان امین» یا «قاعده استیمان» است. بر پایه این قاعده، اگر کسی بر مالی به صورت امانت مالکی یا شرعی مسلط شود، ضامن نیست؛ به شرط آنکه در نگهداری آن تعدی یا تفریط نکند (شهید اول، بی تا، ج ۱: ص ۳۴۱؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ص ۴۸۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ص ۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق: ص ۲۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ص ۲۴۷؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ص ۹۱).

همان گونه که از تعریف قاعده برمی آید، امانت بر دو قسم است: امانت مالکی و امانت شرعی. مقصود از امانت مالکی این است که مالک امین را به سبب یکی از عقود بر مالش مسلط کند. گاهی موضوع اصلی عقد امانت و نگهداری مال است (مانند عقد ودیعه). گاه نیز موضوع اصلی عقد تصرف امین در مال است و امانت و نگهداری مال تبعی و ضمنی است، مانند اجاره، عاریه، مضاربه، مزارعه، مساقات، وکالت و شرکت. منظور از امانت شرعی این است که شارع فردی را بر مال دیگری امین قرار دهد و او را بر آن مسلط نماید تا از آن نگهداری یا در آن تصرف کند، مانند یابنده مالی که گم شده یا اولیایی که حق تصرف دارند، مثل پدر و جد پدری. حفظ امانت اعم از مالکی و



شرعی واجب، و تعدی یا تفریط در حفظ آن، حرام و موجب ضمان است؛ اما چنانچه امانت بدون کوتاهی امین در حفظ، تلف شود، وی ضامن نیست (رک: شهید ثانی، ۱۴۰۳ق، ج ۴: ص ۲۳۵-۲۳۶؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۵، ج ۱: ص ۶۵۳-۶۵۴).

بنابراین، مورد قاعده عدم ضمان امین جایی است که شخص امین در نگهداری امانت، اعم از مالکی و شرعی، تعدی یا تفریط نکرده باشد؛ ولی اگر تعدی یا تفریط کرده باشد، خیانت کرده و ضامن است و از مورد قاعده عدم ضمان امین خارج است. به طور کلی می توان گفت که دو رکن اساسی در این قاعده وجود دارد: یکی اینکه شخص از سوی مالک یا شارع امین شمرده شود و مؤتمن باشد؛ دیگری اینکه نه تنها در نگهداری مال خیانت نکند، بلکه هیچ گونه تعدی و تفریطی هم نداشته باشد. چنانچه یکی از این دو رکن وجود نداشته باشد، به عدم ضمان حکم نمی شود.

در صورتی که شخص امین ادعا کند که در نگهداری مال تعدی و تفریط نکرده است، ادعایش بدون اقامه بیّنه پذیرفته می شود؛ ولی باید قسم بخورد. به همین سبب، بین فقیهان مشهور شده که «لیس علی الامین الا الیمین» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ص ۱۱۳). پس اثبات رکن دوم قاعده به سادگی انجام می شود و اثبات امین بودن (رکن نخست) مهم است. بنابراین، اگر کسی مالش را مثلاً به عنوان ودیعه در اختیار دیگری قرار دهد و مال در دست مستودع تلف شود و بگوید من در نگهداری آن تعدی و تفریط نکردم و قسم هم بخورد، ضامن نیست. علت عدم ضمان وی این است که مودع او را امین دانسته است و «مؤتمن» بوده است. در نتیجه، «مؤتمن» بودن دلیل عدم ضمان است.

۴-۱-۲. دیدگاه عالمان درباره دلالت یا عدم دلالت بر قاعده عدم ضمان امین نگارنده با استفاده از نرم افزارهای جامع الاحادیث و جامع فقه اهل بیت علیهم السلام نقل معلوم روایت حلبی را در کتاب های حدیثی و فقهی بررسی کرده است. در نتیجه این بررسی، تعداد اندکی از محدثان و فقیهان (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱: ص ۳۳۰-۳۳۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹: صص ۷۹ و ۱۴۲؛ آل عصفور، بی تا، ج ۱۲: ص ۱۸۱؛ همان، ج ۱۳: ص ۱۷؛ شوشتری، ۱۴۰۶ق، ج ۸: ص ۱۵۵؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰: ص ۲۶۷؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴ق: ص ۶۳۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ص ۲۵۳-۲۵۴؛ قمی،



فقه



۱۴۲۳ق:ص ۹۶) را یافته است که به گونه‌ای در ارتباط با دلالت یا عدم دلالت آن روایت بر عدم ضمان امین سخن گفته باشند. البته، نظرات آنان یکنواخت نیست. این نظرات را در پنج دیدگاه می‌توان خلاصه کرد:

۴-۱-۲-۱. دیدگاه نخست: دلالت بر قاعده بدون هیچ‌گونه تأویل و توجیه

یکی از دیدگاه‌هایی که درباره نقل معلوم روایت حلبی ارائه شده، این است که نقل «فسرقة»، بدون هیچ‌گونه تصرف، بر عدم ضمان دلالت دارد؛ به تأویل و تقدیر هم نیاز ندارد و در آن تبدیل و تصحیف هم صورت نگرفته است.

شیخ حر عاملی در وسائل‌الشیعه بابی با این مضمون گشوده است که «امانت‌دار بدون تفریط ضامن نیست». دومین حدیثی که در ذیل این باب آورده، نقل معلوم روایت حلبی است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹: ص ۷۹). از عنوان باب فهمیده می‌شود که به عقیده وی، نقل معلوم روایت حلبی بر عدم ضمان امین دلالت دارد و برای آن بیان، توجیه و تأویلی ذکر نشده است.

گروهی از فقیهان نیز در موارد متعددی برای اثبات عدم ضمان امین به نقل معلوم روایت حلبی استناد کرده‌اند. آنان هیچ‌گونه توجیه و تأویلی برای فعل معلوم «فَسْرَقَةُ» ذکر نکرده و ظهور آن در عدم ضمان امین را پذیرفته‌اند (آل‌عصفور، بی‌تا، ج ۱۲: ص ۱۸۱؛ همان، ج ۱۳: ص ۱۷؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴ق: صص ۵۶۰ و ۶۳۳؛ قمی، ۱۴۲۳ق: ص ۹۶).

نقد دیدگاه نخست

با دقت در روایت روشن می‌شود که اجیر کالا را دزدیده است؛ چون فاعل «فَسْرَقَةُ» ضمیر مستتری است که به اجیر برمی‌گردد. پس وی خائن است نه مؤتمن. در صورت پذیرش این خیانت، او ضامن است؛ زیرا در نگهداری کالا تعدی کرده است. در نتیجه، روایت بر ضمان دلالت می‌کند و به عدم ضمان ارتباطی ندارد.

توجهات و تأویلاتی که برای تطبیق روایت بر عدم ضمان امین بیان شده (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱: ص ۳۳۰-۳۳۱؛ شوشتری، ۱۴۰۶ق، ج ۸: ص ۱۵۵؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰: ص ۲۶۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ص ۲۵۳) به روشنی نشان می‌دهد که دیدگاه نخست درست نیست و ظاهر

روایت بدون تأویل و توجیه بر عدم ضمان دلالت نمی‌کند. بنابراین، در بطلان دیدگاه نخست شکی نیست.

۴-۱-۲-۲. دیدگاه دوم: دلالت بر قاعده با تأویل

علامه مجلسی نیز نقل معلوم روایت حلبی را مربوط به قاعده عدم ضمان امین دانسته است. به باور او، منظور از «هو مؤتمن» این است که ظاهراً سرقت اجیر ثابت نشده و وی امین شمرده شده است؛ بنابراین با قسم تصدیق می‌شود و او ضامن نیست. این محدث بزرگوار برای اثبات دیدگاه خود در ظاهر روایت تصرف کرده و دو تأویل برای آن بیان نموده است: تأویل نخست: مراد از «فَسْرَقَهُ» این است که مالک ادعا کرده که اجیر مال او را دزدیده است؛ تأویل دوم: فعل «فسرقه» با تشدید خوانده شود تا از باب تفعیل باشد و معنای نسبت قصد شود؛ بدین معنی که مالک به اجیر نسبت سرقت داده است. علامه مجلسی تلاش کرده است که روایت را با یکی از این دو تأویل بر قاعده عدم ضمان امین منطبق سازد؛ گرچه تأویل دوم را اظهر دانسته است (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱: ص ۳۳۰-۳۳۱).

نقد دیدگاه دوم

تأویل نخست بسیار بعید است و شاهی در روایت نیست که نشان دهد «فَسْرَقَهُ» ادعای مالک است؛ ولی تأویل دوم بعید نیست، چون ماده «سرقه» با هیئت باب تفعیل برای نسبت به کار رفته است و «سَرَقَهُ أَيْ نَسَبَهُ إِلَى السَّرِقَةِ» (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۴: ص ۱۴۹۶). بنابراین، در نقل معلوم اگر «فَسْرَقَهُ» با تشدید یعنی «فَسْرَقَهُ» خوانده شود، همان گونه که علامه بیان کرد، بر عدم ضمان امین دلالت می‌کند. به نظر نگارنده، این توجیه علامه بهترین توجیه برای تطبیق روایت بر عدم ضمان امین است و علامه نیز آن را اظهر می‌داند.

بنابراین، روایت با تشدید بر عدم ضمان امین دلالت دارد؛ ولی با تخفیف دلالت ندارد و در صورت دَوْران بین تشدید و تخفیف مجمل خواهد بود. قرائت تشدید از این روایت، نادرست و قرائت تخفیف درست است. درست بودن این قرائت به سبب اجرای «أصالة عدم التشدید» نیست که شیخ اعظم انصاری در موارد مشابه جاری کرده است





(انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۵: ص ۲۲۱)؛ چون هم معارض به «أصالة عدم التخفيف» است و هم اصل مثبت است. این قرائت به این دلیل درست است که اگر با تشدید خوانده شود، باید ضمیر فاعلی در «فسرقة» به «رجل» برگردد و اگر به تخفیف خوانده شود، باید به «اجیر» برگردد. طبق قاعده، باید ضمیر به نزدیک‌ترین لفظ مناسب خود برگردد (سیوطی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ص ۵۶۲). در روایت، نزدیک‌ترین لفظ مناسب «اجیر» است. در نتیجه، قرائت تخفیف درست است و توجیه علامه خلاف ظاهر روایت است.

۴-۱-۲-۳. دیدگاه سوم: دلالت بر قاعده با تقدیر

یکی از فقیهان معاصر برای اینکه روایت را به عدم ضمان امین مربوط کند، برای فعل «فَسَرْقَهُ» فاعلی غیر از «اجیر» در تقدیر گرفته و مراد از «فَسَرْقَهُ» را «فَسَرْقَهُ سَارِقٌ» دانسته تا شخصی غیر از «اجیر» سارق متاع باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ص ۲۵۳).

نقد دیدگاه سوم

درست است که با تقدیر گرفتن «سارق»، روایت را بر قاعده عدم ضمان امین می‌توان منطبق کرد؛ ولی تقدیر گرفتن خلاف ظاهر است. اصل بر عدم تقدیر است و زمانی باید کلمه‌ای را طبق دلالت اقتضاء در تقدیر گرفت که صدق و صحت کلام به لحاظ عقلی یا شرعی یا لغوی متوقف بر آن باشد و بدون تقدیر، کلام نادرست گردد (مظفر، ۱۳۷۵، ج ۱: ص ۱۳۲)؛ در حالی که معنای روایت مزبور بدون تقدیر درست است و نیازی به تقدیر ندارد، ولی به عدم ضمان امین ارتباطی ندارد.

۴-۱-۲-۴. دیدگاه چهارم: در مقام بیان حکم نبودن

علامه شوشتري نقل معلوم روایت حلبی را از تهذیب گزارش می‌کند و آن را این‌گونه توجیه می‌کند: «فالظاهر أنّ المراد به أنه ائتمن خائناً، لا بیان حکم»؛ ظاهراً مقصود این است که او خائن را امین قرار داده نه اینکه بیان حکم باشد (شوشتري، ۱۴۰۶ق، ج ۸: ص ۱۵۵). منظور از این توجیه این است که «هو مؤتمن» گویای ضامن بودن اجیر نیست؛ بلکه مراد روایت این است که صاحب متاع خائن را امین شمرده و بر کالایش گماشته است.

نقد دیدگاه چهارم

این توجیه نیز با ظاهر روایت سازگار نیست؛ چون پرسش راوی در مورد حکم است و نمی‌شود جواب امام علیه السلام ربطی به بیان حکم نداشته باشد. امام علیه السلام در صدد بیان حکم هستند اما نه حکم عدم ضمان.

۴-۱-۲-۵. دیدگاه پنجم: عدم دلالت بر قاعده و وقوع تصحیف

آیت‌الله خوئی بر این باور است که نقل معلوم روایت حلبی بر عدم ضمان امین دلالت ندارد و در آن تصحیف صورت گرفته است. به نظر ایشان، «فَسْرَقَهُ»، در واقع، «فَشْرِقَ» بوده و در دو جای وسائل و چاپ قدیم تهذیب به اشتباه «فَسْرَقَهُ» آمده و درست آن «فَشْرِقَ» است (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰: ص ۲۶۷).

نقد دیدگاه پنجم

دلالت نکردن نقل معلوم بر عدم ضمان امین کاملاً درست است ولی وقوع تصحیف در نقل معلوم بسیار بعید است؛ زیرا به عقیده نگارنده، نقل معلوم و نقل مجهول یک روایت‌اند و در صورت وحدت روایت، باید یکی از آن دو تصحیف شده باشد و در دوران تصحیف بین نقل معلوم و نقل مجهول (همان‌طور که گذشت)، نقل معلوم صحیح و درست، و نقل مجهول تصحیف شده و نادرست است. با وجود این، همان‌گونه که خواهد آمد، جایگاه نقل معلوم در ابواب حدیث، ابواب مربوط به عدم ضمان امین نیست؛ بلکه این نقل باید در ابواب حد سرقه قرار گیرد.

۴-۱-۲-۶. دیدگاه نگارنده: عدم دلالت بر قاعده عدم ضمان امین

به باور نگارنده، نقل معلوم روایت حلبی هیچ‌گونه ارتباطی با قاعده عدم ضمان امین ندارد. در نتیجه، هیچ‌یک از توجیهاات و تأویلات یادشده قابل دفاع نیستند و برخلاف ظاهر روایت‌اند.

با دقت در این نقل روایت روشن می‌شود که پرسش راوی از مورد قاعده عدم ضمان امین خارج است؛ چون فاعل فعل «فَسْرَقَهُ» ضمیر مستتر «هو» است که به «اجیر»





برمی‌گردد و مرجع ضمیر مفعولی «ه» متاع است، یعنی اجیر کالا را دزدیده است. بنابراین، قصه و جریان روایت این است که شخصی دیگری را اجیر می‌کند و مالش را در اختیار او می‌گذارد تا از آن نگهداری کند. پس مالک به سبب عقد اجاره دیگری را بر مالش مسلط می‌کند و «امانت مالکی» محقق می‌شود. در ادامه، شخص امین کالا را می‌دزدد و در امانت خیانت می‌کند و تعدی و تفریط می‌کند. در توضیح مفاد قاعده گذشت که قاعده دو رکن دارد: یکی امین بودن و دیگری تعدی و تفریط (خیانت) نکردن. رکن دوم در مورد روایت وجود ندارد؛ پس مورد روایت از محل قاعده عدم ضمان امین خارج است. در مورد روایت، اجیر ضامن است؛ چون در نگهداری مال خیانت کرده است. پس نقل معلوم به قاعده عدم ضمان امین هیچ ارتباطی ندارد. از این رو، مشایخ ثلاثه آن را در ابواب مربوط به حد سرقت نهاده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۲۲۷؛ شیخ صدوق، ۱۳۸۵، ج ۲: ص ۵۳۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰: ص ۱۰۹).

ممکن است این اشکال مطرح شود که اگر مورد روایت از محل قاعده خارج است، چرا امام علیه السلام در پاسخ به پرسش راوی، دلیل عدم ضمان یعنی «هو مؤتمن» را مطرح می‌کند؟ پاسخ اشکال این است که جمله «هو مؤتمن» کبرا و دلیل برای دو حکم است: یکی «عدم ضمان» و دیگری «عدم جواز اجرای حد سرقت». دو حکم در حق کسی ثابت است که از سوی مالک بر مالی مسلط گردد و امین قرار داده شود:

الف. اگر در نگهداری آن تعدی و تفریط نکند و تلف شود، ضامن نیست (شهید اول، بی تا، ج ۱: ص ۳۴۱؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ص ۴۸۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ص ۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق: ص ۲۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ص ۲۴۷؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ص ۹۱)؛

ب. اگر آن را سرقت کند، خائن است و حد سرقت بر او جاری نمی‌شود (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶ق: ص ۳۴۸؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ص ۴۴۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۷۱۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ص ۴۸۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹: ص ۲۲۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴: ص ۵۲۶؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۴: ص ۳۷۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴: ص ۴۸۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ص ۴۹۲؛ امام خمینی، بی تا، ج ۲: ص ۴۸۴؛ خوئی، ۱۴۱۰ق: ص ۴۶). برخی فقیهان این حکم را اجماعی دانسته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸: ص ۷۲).

امام علیه السلام در حدیث مزبور، دلیل حکم دوم را بیان می‌کند: اجیری که خیانت کرده و مالی را که بر آن مسلط شده دزدیده است، حدّ سرقت بر او جاری نمی‌شود؛ چون امین شمرده شده و مال نسبت به امین در حرز نیست.

به عقیده نگارنده، علت لغزش برخی عالمان و فقیهان در فهم نقل معلوم روایت حلبی و تطبیق کردن آن بر قاعده عدم ضمان امین دو عامل است:

یکم: قرار گرفتن نقل معلوم روایت در ابواب مربوط به عدم ضمان امین در برخی از جوامع حدیثی مثل وسائل الشیعه (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹: صص ۷۹ و ۱۴۲) و برخی نسخه‌های تهذیب (شیخ طوسی، ۱۳۶۳، ج ۲: صص ۱۶۸ و ۱۷۷).

دوم: کبرا و دلیل بودن «هو مؤتمن» برای عدم ضمان امین، معروف و مشهور است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ص ۱۱۳) و از دلیل بودن آن برای «عدم جواز جریان حدّ سرقت» غفلت می‌شود.

۱۴۷



ف

۴-۲. بررسی دلالت نقل معلوم بر عدم جریان حدّ سرقت نسبت به اجیر

امام علیه السلام در نقل معلوم صحیح حلبی درباره اجیری که دزدی کرده، می‌فرمایند: «او مؤتمن است». همان‌طور که گذشت، ایتمان در مورد این روایت نمی‌تواند دلیل بر عدم ضمان باشد. پس دلیل برای چیست؟

روایات ذیل پاسخ این پرسش را به روشنی بیان می‌کند:

الف.

عن سماعة قال: سألته، عن رجل استأجر أجيرو فأخذ الأجير متاعه فسرقه فقال: هو مؤتمن، ثم قال: الأجير والضيف امناء، ليس يقع عليهم حد السرقة؛ سماعة بن مهران می‌گوید از امام باقر علیه السلام درباره مردی پرسیدم که شخصی را اجیر کرده بود؛ سپس اجیر کالایش را برداشت و دزدید. امام علیه السلام فرمودند: او مؤتمن است؛ سپس گفتند: اجیر و میهمان امین هستند. حدّ سرقت بر آنها جاری نمی‌شود (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۲۲۸؛ شیخ صدوق، ۱۳۸۵، ج ۲: ص ۵۳۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰: ص ۱۰۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸: ص ۲۷۲).

ب.

عن سلیمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستأجر أجيرا فيسرق من بيته هل تقطع يده؟ قال: هذا مؤتمن ليس بسارق هذا خائن؛ سليمان خالد می گوید: از امام صادق عليه السلام درباره مردی پرسیدم که شخصی را اجیر می کند؛ سپس از خانه اش دزدی می کند. [از ایشان پرسیدم که] آیا دست وی قطع می شود؟ امام عليه السلام فرمودند: او مؤتمن است و سارق نیست؛ بلکه خائن است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۲۲۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰: ص ۱۰۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸: ص ۲۷۲).

ج.

عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يقطع الأجير و الضيف إذا سرقا لأنهما مؤتمنان؛ ... اگر اجیر و مهمان دزدی کنند، دستشان قطع نمی شود؛ زیرا مؤتمن هستند (شیخ صدوق، ۱۳۸۵، ج ۲: ص ۵۳۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸: ص ۲۷۳).

در روایات فوق تصریح شده که دلیل عدم جریان حدّ سرقت بر اجیر و مهمان این است که آن دو مؤتمن هستند؛ پس ایتمان در صحیحہ حلبی دلیل برای عدم جریان حدّ سرقت بر اجیر است.

ایتمان و استیمان بدین صورت است که مستأجر اجیر را بر مالش مسلط کرده و او را بر آن امین قرار داده است. در این صورت، مال نسبت به اجیر در حرز نیست. عدم ایتمان و استیمان در صورتی است که مستأجر مال را در اختیار اجیر قرار نداده و آن را در حرز نهاده است.

اکنون این پرسش مطرح می شود که اگر اجیر از مال مستأجر سرقت کند، طبق صحیحہ حلبی و روایات مشابه آن آیا مطلقاً حدّ سرقت بر او جاری نمی شود (خواه استیمان باشد یا نباشد؛ خواه مال در حرز باشد یا نباشد) یا فقط در صورت استیمان و عدم حرز جاری نمی گردد؟

۱۴۸



فقه

سال بیست و پنجم، شماره ۹۵، پاییز ۱۳۹۷

اگر صحیحۀ حلبی و اخبار مشابه آن عام باشد و دلالت کند که حدّ سرقت مطلقاً بر اجیر جاری نمی‌شود، در این صورت، بین عموم این اخبار و عمومات حدّ سرقت تعارض بدوی پیش می‌آید. اخبار مورد بحث می‌گویند اگر اجیر از حرز سرقت کند، حدّ سرقت جاری نمی‌شود؛ ولی عمومات حدّ سرقت دلالت دارد که چون از حرز سرقت کرده، حد جاری می‌شود. اخبار مورد بحث خاص و عمومات حدّ سرقت عام است. برخی از اخبار خاص مانند صحیحۀ حلبی معتبر است. از این رو، عمومات حدّ سرقت درباره اجیر تخصیص می‌خورد. در نتیجه، حدّ سرقت بر اجیر مطلقاً جاری نمی‌شود.

شیخ طوسی در نهاییه (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۷۱۷) بر اساس اخبار مورد بحث، همین گونه فتوا داده است. ظاهر کلام او دلالت دارد که حدّ سرقت مطلقاً بر اجیر جاری نمی‌شود؛ خواه مال مستأجر در حرز باشد یا در حرز نباشد.

همان گونه که شهید ثانی و صاحب جواهر تصریح کرده‌اند، قول مشهور این است که اگر اجیر مال مستأجر را از حرز سرقت کند، حدّ سرقت بر او جاری می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴: ص ۴۸۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ص ۴۹۲).

می‌توان گفت که قول مشهور قرینه است تا اخبار مورد بحث بر استیمان حمل شود و با عمومات حدّ سرقت تعارض نکند و در صورت حمل بر استیمان، قول شیخ طوسی رد می‌شود؛ ولی ممکن است در زمان شیخ طوسی شهرت محقق نباشد یا وی شهرت را قرینه نداند. بنابراین، اگر بپذیریم اخبار مورد بحث عام است و شامل صورت استیمان و غیر استیمان می‌شود، رد کردن قول شیخ طوسی ساده نیست.

اگر صحیحۀ حلبی و اخبار مشابه آن عام نباشد و دلالت کند که حدّ سرقت فقط در حال استیمان بر اجیر جاری نمی‌شود، در این صورت بین آنها و عمومات حدّ سرقت تنافی و تعارض وجود ندارد و با قول مشهور منطبق است.

به باور نگارنده، اخبار مورد بحث مربوط به حال استیمان است و شامل حال عدم استیمان نمی‌شود. صحیحۀ حلبی نسبت به بقیه روشن تر است؛ چون مورد پرسش راوی صورت استیمان است و دلیل عدم جریان حد هم استیمان است و وجهی برای تعمیم





حکم به حالت عدم استیمان وجود ندارد؛ ولی در روایات مشابه آن، پرسش راوی یا صدر روایت اطلاق دارد و شامل صورت استیمان و غیر استیمان می‌شود. با وجود این، در کلام امام علیه السلام استیمان به عنوان علت عدم جریان حدّ سرقت آمده و این علت جلوی اطلاق را می‌گیرد؛ زیرا علت، همان گونه که باعث تعمیم می‌شود، گاهی نیز باعث تخصیص می‌گردد. عبارت «لا تأکل الرمان لأنه حامض» هرگز دلالت بر نهی از خوردن انار شیرین نمی‌کند. بنابراین، صحیحۀ حلبی و اخبار مشابه آن با عمومات حدّ سرقت تنافی و تعارض ندارد.

صاحب جواهر پس از اینکه مستند قول شیخ طوسی را صحیحۀ حلبی و اخبار مشابه آن معرفی کرده است، دیدگاه وی را این گونه رد می‌کند:

ولا ريب في ضعفه إذ هي محمولة على حال الاستئمان كما أشعر به حسن الحلبي منها، فلا تصلح معارضة للعمومات، خصوصاً بعد عدم الجابر للضعيف منها، بل الموهن متحقق؛ هیچ تردیدی در ضعف قول شیخ طوسی نیست؛ زیرا اخباری که مستند شیخ است - همان گونه که حسنۀ حلبی اشعار دارد - بر صورت استیمان حمل می‌شود؛ به ویژه که جابری برای ضعف سند ضعیف از آنها نیست؛ بلکه موهن وجود دارد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۴۹۲).

اگرچه قول شیخ طوسی ضعیف است، ولی به نظر نگارنده، دلیلی که صاحب جواهر بر ضعف آن آورده قابل دفاع نیست. ضعف دلیل وی از مطالب پیش گفته روشن می‌شود: بدین صورت که صاحب جواهر عموم صحیحۀ حلبی و اخبار مشابه دربارهٔ حال استیمان و عدم استیمان را مسلم گرفته و آن را مستند قول شیخ دانسته است؛ ولی برای رفع تعارض بین آنها و عمومات حدّ سرقت، اخبار مورد بحث را حمل بر استیمان کرده است. نسبت بین آنها عموم و خصوص است و در بین اخبار خاص، روایت معتبر هست؛ پس باید عام را تخصیص زد، نه اینکه خاص را تأویل برد و حمل بر استیمان کرد؛ مگر اینکه شهرت را قرینه برای تفسیر خاص قرار دهیم، ولی در زمان شیخ شهرتی نبوده یا ممکن است قرینه بودن شهرت برای تأویل روایت نزد شیخ پذیرفته نباشد.

اگر مدلول صحیحہ حلبی و اخبار مشابہ را صورت استیمان بگیریم، در این صورت قول شیخ طوسی رد می‌شود؛ چون با این مدلول و معنا ناسازگار است. این مدلول با قول مشهور نیز منطبق است؛ پس موهن وجود ندارد و صحیحہ حلبی و اخبار مشابہ آن مطابق قاعده است.

۵. ارزیابی جایگاه حدیث حلبی در جوامع حدیثی

تا اینجا، دلالت صحیحہ حلبی بررسی شد و مشخص شد که نه تنها نقل معلوم مربوط به حدّ سرقت است و به قاعده عدم ضمان امین هیچ ربطی ندارد؛ بلکه نقل مجهول مربوط به قاعده عدم ضمان امین است و به حدّ سرقت هیچ ارتباطی ندارد. اکنون شایسته است که جایگاه حدیث حلبی را در جوامع حدیثی بررسی کنیم تا ببینیم محدثان آن را در جای مناسب نهاده‌اند یا نه.

اگر دو نقل روایت حلبی را یک روایت و نقل معلوم را درست و نقل مجهول را نادرست و تصحیف شده بدانیم، قرار دادن روایت حلبی در ذیل ابواب مربوط به عدم ضمان امین درست نیست و همانند شیخ کلینی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۲۲۷) باید آن را تنها در کتاب «حدود» آورد؛ زیرا نقل معلوم تنها مربوط به حدّ سرقت است و به عدم ضمان امین هیچ ارتباطی ندارد و نقل مجهول هم که تصحیف شده است. بنابراین، طبق این فرض، قرار گرفتن روایت حلبی در ابواب مربوط به عدم ضمان امین (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ص ۳۰۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۱۸۴ و ۲۱۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹: ص ۷۹ و ۱۴۲) توجیه‌شدنی نیست.

اگر دو نقل روایت حلبی را دو روایت مختلف و متعدد بدانیم، نقل معلوم مربوط به کتاب «حدود» و نقل مجهول مربوط به ابواب «عدم ضمان امین» خواهد بود. نقل مجهول فقط در ابواب مربوط به «عدم ضمان امین» آمده (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ص ۳۰۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۱۸۴ و ۲۱۸) و مشکلی ندارد؛ اما نقل معلوم در دو جای وسائل الشیعه (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹: ص ۷۹ و ۱۴۲) و برخی نسخه‌های تهذیب (شیخ طوسی، ۱۳۶۳ق، ج ۲: ص ۱۶۸ و ۱۷۷) در ابواب مربوط به «عدم ضمان امین» قرار گرفته است. این امر قطعاً نادرست است و باید اصلاح شود تا زمینه لغزش در فهم حدیث از بین برود. از



این رو، به باور آیت‌الله خوئی، حدیث حلبی در دو جای وسائل‌الشیعه و نسخه‌های قدیمی تهذیب با فعل «فَسْرِقَهُ» آمده که قطعاً غلط است و صحیح آن «فَسْرِقَ» است (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰: ص ۲۶۷).

نتیجه‌گیری

- صحیح‌ه حلبی با طرق معتبر و صحیح نقل شده است؛ پس صحیح و معتبر است.
- صحیح‌ه حلبی با دو نقل گزارش شده که تفاوت اندکی با هم دارند: در یکی «فَسْرِقَهُ» آمده و در دیگری «فَسْرِقَ». نگارنده اولی را «نقل معلوم» و دومی را «نقل مجهول» نامیده است.
- به نظر نگارنده، نقل معلوم و نقل مجهول صحیح‌ه حلبی یک روایت است و دو روایت مستقل نیست. نقل مجهول تصحیف شده و نقل معلوم درست است.
- نقل معلوم به قاعده عدم ضمان امین هیچ ارتباطی ندارد و تلاش محدثان و فقیهانی که خواسته‌اند آن را بر عدم ضمان امین منطبق کنند، بی‌نتیجه است. این روایت مربوط به حدّ سرقت است و دلالت می‌کند که اگر اجیر مال مستأجر، که بر آن امین قرار داده شده، را سرقت کند، حدّ سرقت بر او جاری نمی‌شود.
- نقل مجهول صحیح‌ه حلبی (با فرض صحت) بر عدم ضمان امین دلالت می‌کند و به حدّ سرقت هیچ ارتباطی ندارد.
- با فرض وحدت روایت در دو نقل معلوم و مجهول و درستی نقل معلوم، نهادن آن در ابواب مربوط به عدم ضمان امین درست نیست. بر این اساس، تنها شیخ کلینی، از مشایخ ثلاثه، آن را در جای مناسب نهاده و فقط آن را در کتاب حدود آورده است.
- با فرض تعدد روایت در دو نقل معلوم و مجهول، کتاب «حدود» جایگاه نقل معلوم و ابواب مربوط به «عدم ضمان امین» جایگاه نقل مجهول است. از این رو، دو جای وسائل‌الشیعه و برخی نسخه‌های تهذیب که نقل معلوم در ذیل ابواب مربوط به عدم ضمان امین قرار گرفته، قطعاً اشتباه است.



فقه

- مضمون و محتوای صحیحۀ حلبی و اخبار مشابه آن با قول مشهور موافق و با عموماً حدّ سرقت سازگار است. از این رو، دیدگاه صاحب جواهر در ارتباط با موهون بودن آنها قابل دفاع نیست.

- نگارنده پیشنهاد می‌کند که اشتباه و سائل‌الشیعه و برخی نسخه‌های تهذیب در دو مورد یادشده در پاورقی چاپ‌های آینده اصلاح شود؛ زیرا چه قائل به وحدت روایت در دو نقل شویم و چه قائل به تعدد روایت، قطعاً این دو جای و سائل‌الشیعه و برخی نسخه‌های تهذیب اشتباه است و باید تصحیح شود: یعنی «فَسْرَقَهُ» تبدیل به «فَسْرَقَ» شود تا سبب اشتباه در فهم حدیث نگردد.



کتابنامه

۱. آل عصفور، حسین بن محمد (بی تا)، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، چاپ نخست، قم: مجمع البحوث العلمیة.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد (۱۴۱۶ق)، مجموعة فتاوی ابن جنید، گردآوری و تحقیق علی پناه اشتهاودی، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن داود، حسن بن علی (۱۳۴۲)، کتاب الرجال (ابن داود)، چاپ نخست، تهران: دانشگاه تهران.
۵. اردبیلی، محمد بن علی (۱۴۰۳ق)، جامع الرواة وإزاحة الإشتباهات عن الطرق و الأسناد، چاپ نخست، بیروت: دار الأضواء.
۶. انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق)، کتاب المکاسب، چاپ هشتم، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۷. بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقھیة، چاپ نخست، قم: نشر الیهادی.
۸. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. بروجردی، سید حسین (۱۳۸۶)، جامع أحادیث الشیعة، به تصحیح جمعی از محققان، چاپ نخست، تهران: فرهنگ سبز.
۱۰. جمعی از پژوهشگران (زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی) (۱۳۸۵)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ دوم، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، الصحاح، چاپ نخست، بیروت: دار العلم للملایین.
۱۲. حائری یزدی، مرتضی (۱۴۱۸ق)، کتاب الخمس، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. حر عاملی، محمد (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۴. خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۱۰ق)، الرسائل، چاپ نخست، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.



۱۵. _____ (بی تا)، تحریر الوسيلة، چاپ نخست، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۶. _____ (۱۴۲۱ق)، کتاب البيع، چاپ نخست، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۷. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، تکملة المنهاج، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم.
۱۸. _____ (۱۴۱۳ق)، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة، چاپ پنجم، بی جا: بی نا.
۱۹. _____ (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی، چاپ نخست، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۲۰. سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
۲۱. سیستانی، سید علی (بی تا)، قاعدة لا ضرر و لا ضرار، به تقریر سید محمدباقر سیستانی، چاپ نخست، قم: بی نا.
۲۲. سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن بن أبی بکر (۱۴۲۱ق)، الإیتقان فی علوم القرآن، چاپ دوم، بیروت: دار الكتاب العربی.
۲۳. شوشتری، محمدتقی (۱۴۰۶ق)، النجعة فی شرح اللمعة، چاپ نخست، تهران: کتاب فروشی صدوق.
۲۴. شهید اول (محمد بن مکی) (بی تا)، القواعد و الفوائد، چاپ نخست، قم: کتاب فروشی مفید.
۲۵. شهید ثانی (زین الدین بن نورالدین علی بن احمد عاملی) (۱۴۰۳ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، چاپ دوم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۶. _____ (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ نخست، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۲۷. شیخ صدوق (محمد بن علی) (۱۳۸۵)، علل الشرائع، چاپ نخست، قم: کتاب فروشی داوری.
۲۸. _____ (۱۴۱۳ق)، من لا یحضره الفقیه، به تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.





۲۹. _____ (۱۴۱۵ق)، المقنع، چاپ نخست، قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
۳۰. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۳۶۳)، تهذیب الأحكام، چاپ نخست، تهران: انتشارات فراهانی.
۳۱. _____ (۱۳۹۰ق)، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، به تصحیح حسن موسوی خراسان، چاپ نخست، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۲. _____ (۱۴۰۰ق)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت: دار الکتب العربی.
۳۳. _____ (۱۴۲۰ق)، فهرست کتب الشیعة و أصولهم و أسماء المصنفین و أصحاب الأصول، به تحقیق عبدالعزیز طباطبائی، چاپ نخست، قم: مکتبه المحقق الطباطبائی.
۳۴. _____ (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحكام، به تصحیح حسن موسوی خراسان، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۵. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۶. طباطبائی، سید علی (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۷. طباطبائی، سید محمد مجاهد (بی تا)، کتاب المناهل، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۸. عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۹. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۳۸۱)، ترتیب خلاصه الأقوال فی معرفه الرجال، چاپ نخست، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی.
۴۰. _____ (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۱. عمیدی، سید عمیدالدین بن محمد اعرج حسینی (۱۴۱۶ق)، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۲. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ق)، القواعد الفقهية، چاپ نخست، قم: چاپخانه مهر.
۴۳. _____ (۱۴۲۴ق)، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الإجارة، چاپ نخست، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۴. فاضل مقداد (مقداد بن عبدالله سیوری) (۱۴۰۴ق)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، چاپ نخست، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله.
۴۵. فخرالمحققین (محمد بن حسن) (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ نخست، قم: اسماعیلیان.
۴۶. فیض کاشانی، محمد محسن (۱۴۰۶ق)، الوافی، چاپ نخست، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۴۷. قمی، سید تقی طباطبائی (۱۴۲۳ق)، الغایة القصوی فی التعليق علی العروة الوثقی - کتاب الإجارة، چاپ نخست، قم: انتشارات محلاتی.
۴۸. قهپایی، عنایت الله (۱۳۶۴)، مجمع الرجال، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۴۹. کشی، محمد بن عمر (۱۴۰۴ق)، إختيار معرفة الرجال، به تحقیق مهدی رجایی، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۵۰. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، به تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۵۱. مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۴ق)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول صلی الله علیه و آله، چاپ دوم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۵۲. _____ (۱۴۰۶ق)، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، چاپ نخست، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله.
۵۳. _____ (۱۴۱۰ق)، بحار الأنوار، چاپ نخست، بیروت: مؤسسة الطبع و النشر.
۵۴. محقق حلی (جعفر بن حسن) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۵. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۶. مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهية، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.



۵۷. مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵)، أصول الفقه، چاپ پنجم، قم: اسماعیلیان.
۵۸. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، فقه الإمام الصادق علیه السلام، چاپ دوم، قم: مؤسسه انصاریان.
۵۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهية، چاپ سوم، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۶۰. موسوی خلخالی، سید محمد مهدی (۱۳۸۵)، فقه الشیعة (کتاب الإجارة)، چاپ نخست، تهران: مرکز فرهنگی - انتشاراتی منیر.
۶۱. نجاشی، احمد بن علی (۱۳۶۵)، رجال النجاشی، چاپ ششم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.



فقه

فقه

فصلية علمية تحقيقية

السنة الخامسة والعشرون - العدد الثالث - خريف ١٣٩٧

٩٥

صاحب الامتياز: مكتب الإعلام الإسلامي في حوزة قم العلمية
المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

المدير المسؤول: عبدالرضا إيزديناه

رئيس التحرير: سيف الله صرامي

خبير التحرير: علي رضا فجري

خبير التنقيذ: السيد حسين الموسوي

محزر اللغة الإنجليزية: محمدرضا ظفري

مترجم اللغة العربية: محمدرضا حسين حكمت

أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الأبائي)

عبدالرضا إيزديناه (عضو هيئة أمناء مكتب الإعلام الإسلامي)

السيد أحمد حسيني (عضو مجلس خبراء القيادة وعضو جماعة المدرسين)

يعقوبعلي برجي (أستاذ مساعد في جامعة المصطفى العالمية)

محمّد زروندي رحمانی (أستاذ مساعد في جامعة المصطفى العالمية)

السيد عباس صالحی (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)

سيف الله صرامي (أستاذ مساعد في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)

أحمد مبلغي (عضو مجلس خبراء القيادة ورئيس مركز الأبحاث في مجلس الشورى الإسلامي)

السيد ضياء مرتضوي (أستاذ مساعد في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)

محمّدصادق مزيناني (محقّق السطح الرابع في حوزة قم العلمية)

محمّد حسن نجفي راد (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)

استناداً إلى القرار رقم ١٣١ للجنة منح الإجازات والدرجات العلمية قرّر المجلس العالي للحوزات العلمية في جلسته المنعقدة بتاريخ ١٣٩٤/٣/٥ منح المجلة الفصلية (فقه) درجة المجلة العلمية - التحقيقية منذ عددها رقم ٧٥. وجدير بالذكر أنه استناداً إلى المادة المصادق عليها في الجلسة رقم ٦٢٥ للمجلس العالي للشورة الثقافية المنعقدة في ١٣٨٧/٣/٢١ فإنّ قرارات المجلس العالي لحوزة قم العلمية الخاصة بمنح الامتياز العلمي للمجلات العلمية هي قرارات معتبرة رسمياً وترتب عليها الامتيازات القانونية في الجامعات والحوزات العلمية.

يمكن الاطلاع على محتويات فصلية (فقه) في قاعدة معلومات علوم العالم الإسلامي (ISC) وبنك معلومات المجلات الوطنية (www.Magiran.com) وموقع النور للمجلات المتخصصة (www.Noormags.ir) و سيويكالا (www.civilica.com) وناقذة إصدارات مكتب الإعلام الإسلامي (http://journals.dte.ir) هيئة التحرير حرة في إصلاح وتحرير المقالات. • الآراء الواردة في المقالات لا تمثل إلا وجهات نظر كتابها المحترمين.



العنوان: قم، ساحة الشهداء، شارع المعلم، المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية، * صندوق البريد: ٥٩٩ - ٣٧١٨٥
تليفون: ٣٧٧٤٢١٥٨ - ٠٢٥ * الفاكس: ٣٧٧٤٢١٥٩ - ٠٢٥ * تليفون قسم التوزيع: ٣٧١١٦٦٦٦ - ٠٢٥
البريد الإلكتروني: Feqh.osul@gmail.com * الموقع الإلكتروني سايت: Jf.isca.ac.ir

السعر: ٧٠٠٠ تومان

الناشر: مؤسسة بوستان كتاب (مركز الطباعة و النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي)

فهرست الموضوعات

- ١٦١ مطالعات فقهية في عقود (بي. أو. تي) (B.O.T.)
بلال شاكري
حسين ناصري مقدم
- ١٦٢ التطبيقات الفقهية لآثار مخالفة الامتثال في جريان البراءة الشرعية
محمد علي خادمي كوشا
- ١٦٣ دلالة قاعدة (على اليد) على الضمان في حالة خطف الإنسان
محمد رحمانى
نفيسة زوندي
- ١٦٤ أسباب ترجيح الاستعراض الموضوعي بالأسلوب التركيبي
لدى استعراض المواضيع الفقهية
السيد تقي واردي
- ١٦٥ تعارض الاستصحاب وقاعدة الدرء في الفقه الجزائري
وقانون العقوبات الإسلامي الصادر سنة ١٣٩٢
رضا إلهامي
السيد سجاد محمدي
كمال آغا پور
- ١٦٦ دراسة نقدية لدلالة رواية «في رجل استأجر أجيراً...»
على قاعدة عدم ضمان الأمين
علي نصرتي

١٦٠



فقه

سال بيست و پنجم، شماره ٩٥، پائيز ١٣٩٧

مطالعات فقهية في عقود (بي. أو. تي) (B.O.T.)

بلال شاكري^١

حسين ناصري مقدم^٢

الملخص

يمكن تعريف عقود الـ (بي. أو. تي) بما يلي: إعطاء الطرف الأول حق تأسيس واستثمار أحد المشاريع المعيّنة في فترة زمنية محدّدة إلى الطرف الثاني، مع اشتراط أن يقوم الطرف الثاني بتنفيذ واستثمار هذا المشروع بهدف استرجاع أصل رأسماله مع الأرباح المنطقية المناسبة، ومن ثم تحويل هذا المشروع دون مقابل مالي إلى الطرف الأول سالماً وقابلاً للاستفادة المطلوبة عند انتهاء مدّة العقد.

والمقال الحالي يبحث الجوانب الفقهية لمثل هذا النوع من العقود، وذلك من خلال استعراض وتحليل المصادر الموجودة والآثار المشابهة.

وما يمتاز به هذا المقال عن غيره من الآثار المشابهة هو أنه لم يكتفِ باستعراض الأسس والفرضيات المسبقة المؤثرة في التحليلات الفقهية لهذا النوع من العقود، بل يؤسّر أكثر من خمسة عشر احتمالاً مختلفاً للتحليلات الفقهية لهذه العقود.

كما يشير المقال أيضاً إلى جواز تنظيم هذه العقود بالصور والأنواع المختلفة من العقود الشرعية التي تزيد نماذجها على العشرة نماذج، منها العقود المعهودة (القبالة، المصالحة، الإجارة، الاستصناع، الجعالة، الوكالة)، والعقود التركيبية (الإجارة والمصالحة، البيع والمصالحة، الوكالة والإجارة)، أو العقود المستقلة.

وتتفاوت الآثار المترتبة على كلّ واحدٍ من هذه الصور والأنواع.

كلمات مفتاحية

(بي. أو. تي)، البناء والاستفادة والتحويل، العقود الجديدة، العقود التركيبية.

١. طالب دكتوراه في الفقه وأسس القانون بجامعة الفردوسي في مدينة مشهد (الكاتب المسؤول).

b.shakeri@iran.ir

٢. أستاذ مساعد في كلية الإلهيات والمعارف الإسلامية بجامعة الفردوسي في مدينة مشهد. naseri1962@um.ac.ir



التطبيقات الفقهية لأثار مخالفة الامتنان في جريان البراءة الشرعية

محمد علي خادمي كوشا^١

الملخص

تمتاز بعض الأحكام الإلهية باشمالها على امتنانٍ خاصٍّ للمكلف؛ بمعنى أنها قد وُضعت من أجل تأمين راحته وتوفير الاستقرار النفسي له. ويطلق على هذه الأحكام اسم الأحكام الامتنانية، ويرى الفقهاء عدم جريانها في الموارد التي يشقّ على المكلف تنفيذها وتتناقض مع الامتنان. وكذلك الأمر في الموارد التي لا يؤدي تطبيقها إلى تأمين راحة المكلف واستقراره النفسي، حيث تفتقر في هذه الحالة إلى الامتنان، فلا يجري تطبيقها.

والبراءة الشرعية هي واحدة من الأحكام الامتنانية التي طالما ورد المنع من إجرائها في الكتب الفقهية والأصولية بسبب ما تمتاز به من الامتنان، حيث يجيء هذا المنع ضمن محورين: أحدهما يشتمل على الموارد التي تتناقض مع الامتنان، بينما يشتمل الثاني على الموارد التي تفتقر إلى الامتنان.

وعلى الرغم من ذلك فلا نجد في المصادر الفقهية والأصولية ما يشير إلى البحث عن الآثار الامتنانية للبراءة وشروط وضوابط تطبيقها.

وهذه المقالة هي الخطوة الأولى في هذا المجال، حيث تبحث في الآثار الاستنباطية لامتنانية البراءة من خلال تطبيقاتها في أحد هذين المحورين الأصليين، ألا وهو عدم جريان البراءة في موارد تناقضها مع الامتنان، مع لمساتٍ نقدية لبعض مصاديق خلاف الامتنان وما يترتب على ذلك من آثار.

ومن ثمار هذه المقالة - وضمن قبولها لتوقّف جريان البراءة الشرعية على اشتراط عدم مخالفة الامتنان - هو أنّ تطبيق امتنانية البراءة في الاستنباطات الفقهية إنّما يحتاج إلى توقّف بعض الشروط التي لم يتمّ الالتفات إليها، حيث توجد في أكثر التطبيقات الفقهية موانع أخرى في مرتبة أعلى من مرتبة مخالفة الامتنان وتقف عائقاً أمام جريان البراءة أو أن يكون لها ثمره في هذا المجال.

كلمات مفتاحية

الأحكام الامتنانية، الامتنان، أصل البراءة، البراءة الشرعية.

١٦٢



فقه

سال بیست و پنجم، شماره ٩٥، پائیز ١٣٩٧

دلالة قاعدة (على اليد) على الضمان في حالة خطف الإنسان

محَمَّد رحمانى^١
نفيسة زروندى^٢

الملخص

مبحث الضمان هو أحد المطالب العريقة في فقه الفریقین، ويعدّ نموذجياً في غناه من حيث محتواه واتساع آفاقه وتوفيره الإجابة للعديد من المسائل.

وربما أمكن القول بأنّ الفقهاء قد بحثوا في ضمان أو عدم ضمان كافة مصاديق تلف الأموال والحقوق الماليّة.

ومع ذلك يبقى المجال خالياً ومفتوحاً أمام ضمان النفس الإنسانيّة التي تُختطف أو تُسجن ظلماً، ثمّ تموت لسبب ما في الحبس.

وبعبارة أخرى يمكن القول إنّ الفقهاء قد بحثوا بالتفصيل في ضمان المال والأعمال والحقوق الماليّة للناس؛ لكنّهم إمّا لم يبحثوا في ضمان حياة الإنسان، أو أنّهم قد أشاروا إلى ذلك إشاراتٍ عابرة.

وهذا المقال، بعد إثبات الاعتبار للحديث النبويّ (على اليد) وفقاً للمباني الرجاليّة المختلفة لدى الفریقین، يتناول بالدراسة والنقد الصور المختلفة للمسألة، ويبيّن محلّ النزاع، ويقرّر دلالة النبويّ على الضمان، ويناقش أدلّة ما يورده المخالفون لهذا الضمان من إشكالات.

وما يخلص إليه المقال هو أنّ قاعدة (على اليد) تدلّ على ضمان حياة الشخص الذي يُسجن ظلماً أو يُختطف ثمّ يموت، حتّى لو لم يستند موته إلى الخاطف بطريقة مباشرة.

كلمات مفتاحيّة

الضمان، الخاطف، المحبوس، اليد، السلطة، الدية.

١. مدرّس دروس الخارج في الحوزة العلميّة، وأستاذ مساعد في جامعة المصطفى العالميّة، ومدير قسم الفقه العبادي

في المدرسة العليا للفقه التخصّصي التابعة لجامعة المصطفى العالميّة. (الكاتب المسؤول)

٢. دكتوراه في العلوم القرآنيّة.

m.zarvandi2@gmail.com



فتا

الملخصات

أسباب ترجيح الاستعراض الموضوعي بالأسلوب التركيبي لدى استعراض المواضيع الفقهية

السيد تقي واردي¹

الملخص

تختص هذه المقالة بالبحث عن إمكانيات الأساليب المتداولة في التنظيم الموضوعي للمعلومات (من قبيل الفهرسة، والترتيب، والاستعراض الموضوعي) سعياً لتنظيم واستعراض المواضيع الفقهية من خلال معاجم الاصطلاحات الفقهية. ويؤشر المقال استحسانه لأسلوب الاستعراض الموضوعي دون غيره من الأساليب التنظيمية، وذلك لما يمتاز به من الاستعراض التحليلي والاسترجاع الهادف للمعلومات. كما يذكر المقال اختياره لأسلوب الاستعراض التحليلي - الموضوعي باعتباره أسلوباً وحيداً لتنظيم المعلومات وإدارة مواضيع علم الفقه؛ وذلك بسبب كثرة المواضيع وتنوعها مع وفرة المصادر والاحتمالات الفقهية المستخرجة.

ويضيف الكاتب أن هناك من بين الأساليب المتداولة في الاستعراض ثلاثة أساليب هي (الاستعراض البسيط، واستعراض النسخ الداخلي، واستعراض النسخ الخارجي)، وهي تمتاز بعدم كفاءتها لتنظيم مواضيع علم الفقه بسبب اشتغالها على بعض العيوب والنواقص، الأمر الذي يدفعه للتأكيد على ضرورة انتهاز أسلوب الاستعراض الموضوعي التركيبي الذي يقوم على أساس تركيب عددٍ من الاصطلاحات أو المفردات المدخلة لتعريف أحد المواضيع. وهذا الاستعراض التركيبي هو الأسلوب المتبع في مركز أبحاث إدارة المعلومات والوثائق الإسلامية الذي اخترعه وأرسى أسسه في هذه الديار.

وهذا الأسلوب يمتاز بكفاءته العالية في توصيف المواضيع الكلية والجزئية لكل علم من العلوم - ومنها علم الفقه - بفروعها الكثيرة. كما يمتاز في مقام استرجاع المعلومات بالقيادة الهادفة والمطلوبة للباحث وإصاله إلى المطلوب دون الاكتفاء بتأشير سبيل الوصول إلى ذلك المطلوب.

كلمات مفتاحية

تنظيم المعلومات، المواضيع الفقهية، علم الفقه، الاستعراض، الاستعراض الموضوعي التركيبي.

١٦٤



فقه

سال بيست و پنجم، شماره ٩٥، پائيز ١٣٩٧

١. معيد ومدير قسم تنظيم المعلومات والوثائق في مركز أبحاث إدارة المعلومات والوثائق الإسلامية بالمعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية.
t.vareidi@isca.ac.ir

تعارض الاستصحاب وقاعدة الدرء في الفقه الجزائي وقانون العقوبات الإسلامي الصادر سنة ١٣٩٢

١
رضا إلهامي
٢
السيد سجّاد محمّدي
٣
كمال أغا پور

الملخص

تعدّ قاعدة الدرء واحدةً من القواعد المهمّة في فقه العقوبات، حيث يتمّ رفع العقوبات عند الشبهات والترديد استناداً إلى هذه القاعدة.

ويمكن في بعض موارد الفقه الجزائي وقانون العقوبات الإسلامي أن يبرز التعارض بين مفاد هذه القاعدة مع مبدأ الاستصحاب. وهذا التعارض يحصل حينما يستلزم الاستصحاب ثبوت المجازاة، في حين تدلّ قاعدة الدرء على رفع المجازاة.

إلا أنّ كون قاعدة الدرء هي من الأدلّة الاجتهاديّة، يجعلها متقدّمةً على مبدأ الاستصحاب العملي الذي هو أحد الأدلّة الفقاهيّة.

وعلى الرغم من هذا نرى بعض الفقهاء ورجال القانون قد حكموا في باب القصاص عند التعارض بين الدرء والاستصحاب بثبوت العقوبة مستندين إلى مبدأ الاستصحاب دون ملاحظة قاعدة الدرء. في حين نرى في مقابل هؤلاء هناك بعض آخر منهم حكموا برفع العقوبة مستندين إلى قاعدة الدرء.

وهذا الاختلاف ينشأ من ميزان شمول هذه القاعدة حسب آرائهم، فإذا كانوا يرون ثبوت دلالة قاعدة الدرء على مطلق العقوبات (بما فيها الحدود والقصاص والتعزير)، حكموا بتقدّم قاعدة الدرء على مبدأ الاستصحاب في كافّة العقوبات.

ومن خلال التحقيق يصل كاتب المقال إلى نتيجة مفادها توفّر العديد من العوامل التي تدفع باتجاه شمول هذه القاعدة لكافّة العقوبات.

كلمات مفتاحيّة

الاستصحاب، قاعدة الدرء، المبدأ، الأمانة، الورد، فقه العقوبات، قانون العقوبات الإسلامي.

١. معيد في جامعة تبريز (الكاتب المسؤول).

٢. طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة المفيد في قم. mohammadi_s@students.mofidu.ac.ir

٣. مدرّس المرحلة الثامنة في قسم القانون بجامعة بيام نور. k.aghapour@yahoo.com



دراسة نقدية لدلالة رواية «في رجل استأجر أجيراً...» على قاعدة عدم ضمان الأمين

علي نصرتي^١

الملخص

تذكر إحدى الروايات الواردة في المجاميع الحديثية أنّ شخصاً قد استأجر رجلاً آخر كي يقوم بالمحافظة على بضاعته، إلا أنّ هذا الأجير يقوم بسرقة البضاعة. وفي هذا الصدد يقول الإمام الصادق عليه السلام: إنّ الأجير مؤتمن.

وهذه الرواية معتبرة من جهة السند، ويعبر عنها بصحيفة الحلبي. وقد سعى بعض الفقهاء والمحدثين إلى تطبيق صحيفة الحلبي على عدم ضمان الأجير من خلال التقدير والتوجيه والتأويل.

إلا أنّ التأمل في هذه الصحيفة وغيرها من مشابهاها يشير إلى عدم وجود أي صلة تربطها بعدم ضمان الأمين، بل هي معنية بحدّ السرقة فقط، في حين اشتهب الأمر على بعض أصحاب الجوامع الحديثية فأوردوها خطأً في الأبواب الخاصة بعدم ضمان الأمين، ممّا أدى إلى تمهيد الأرضية أمام التباس الأمر على بعض الفقهاء وشرّاح الحديث.

كما أنّ هناك بعضاً آخر من الفقهاء اعتبر صحيفة الحلبي والروايات المشابهة لها ممّا يخالف قول المشهور وقواعد حدّ السرقة؛ ومن هنا اعتقدوا بضرورة حمل هذه الطائفة من الأخبار على قول المشهور، أو اعتبارها موهونة.

وهذا المقال يسعى لإثبات عدم مخالفة هذه الأخبار مع القواعد وقول المشهور، فلا حاجة بها إلى الحمل أو الوهن.

كلمات مفتاحية

صحيفة الحلبي، الدلالة، الأجير، الاستئمان، المؤتمن، عدم الضمان، حدّ السرقة.

١٦٦



فقه

سال بيست و پنجم، شماره ٩٥، پائيز ١٣٩٧

Analysis and critique of the implication of the hadith "fi rajol ista`jara ajiran" on the trustee`s non guaranty

Ali Nosrati

Assistant professor, Department of jurisprudence and principles of Islamic law, Razzavi Islamic sciences University

nosrati@razavi.ac.ir

Abstract

According to a tradition of the hadith sources, if a person hires a man for maintain his goods, but the worker thieves the property, Imam Sadiq (a.s.) says: "The hired worker is the trustworthy". The document of this tradition is a valid and the hadith is called as Halabi`s authentic tradition or sahiha (Halabi is the traditionist who his traditions are authentic or sahiha). Based on the implication, justification and interpretation, some jurisprudents and traditionists have tried to adapt that sahiha to the trustee`s non guaranty; however, a hesitation about the sahiha and the same narrations shows that it has no relation with the trustee`s non guaranty, but it relates to the theft had (definite penalty) and some authors of the hadith sources have wrongly mentioned the sahiha in the chapters related to the trustee`s non guaranty, and have provided the ground for error of some jurisprudents and interpreters of hadith. Similarly, part of the jurisprudents have regarded the sahiha and the same traditions as contrary to the famous theory and the theft had rules. Therefore, they believe that this collection of the traditions should be interpreted as the famous viewpoint or regarded as the worthless ones. This research tries to prove that these traditions are not different from the rues and famous theory; then, they do not need any interpretation and are not worthless.

Keywords

Halabi`s sahiha, implication, hired worker, trusty, trustee, non - guaranty, theft had.



Conflict of istiṣhāb and dar` rule in criminal jurisprudence and Islamic Punishment Code 2014

Reza Ilhami

Assistant professor, Tabriz University (corresponding author)

r.elhami@tabrizu.ac.ir

sayyed Sajjad Mohammadi

PHD student of Jurisprudence and principles of Islamic law, Mofid University, Qom

mohammadi_s@students.mofidu.ac.ir

Kamal Aqapour

Instructor of Law Department, Payame Noor University

k.aghapour@yahoo.com

Abstract

Dar` rule is one of the important rules of the criminal jurisprudence. Based on this rule, the punishments are removed with the mistake or doubt. In criminal jurisprudence and Islamic Punishment Code, the cases can be raised in that the content of dar` rule conflicts with istiṣhāb principle. This contradiction occurs when the istiṣhāb implies to establish the punishment, while the implication of dar` rule is removal of the punishment. But since this rule is a ijthādi evidence, it precedes the practical principle of istiṣhāb which is jurisprudential reason. Nevertheless, as to qisās (retaliation), according to istiṣhāb principle, some jurists and lawyers have ruled to establishment of the penalty in the conflict of this principle and dar` rule, and they have not regarded the latter. In contrast, based on the dar` rule, some other of them have ruled to remove the punishment. This contradiction is due to inclusion of this rule in accordance with their viewpoint. If implication of the dar` rule is proven on all the punishments (hodud, qisās and ta`zir punishments), the dar` rule precedes the istiṣhāb principle in all the punishments. According to considerations, it seems that inclusion of this rule on the absolute punishments has advantages.

Keywords

istiṣhāb, dar` rule, principle, imārah, entry, criminal jurisprudence, Islamic punishment Code.



Reasons of preferring a subjective index with a compound approach to representing jurisprudential subjects

Sayed Taqi Varedi

Assistant professor of Islamic science and culture Academy, Qom

t.varedi@isca.ac.ir

Abstract

This article examines the probability - measure of the usual approaches in organizing content information (such as cataloging, categorizing and indexing), in order to structure and represent jurisprudential matters based on the thesaurus of the jurisprudence. Among them, due to the analytical representation and proposed data extraction, it has preferred indexing to other methods of organization, and because of the diversity and variety of issues, and the abundance of sources and attributions of jurisprudential output, this paper introduces the only method of analytic - subjective indexing for organizing information and managing issues of jurisprudence. Nevertheless, because of some defects, this research regards three indexes including simple, textual and contextual indexes among the common approaches of indexing as inadequate to organize the subject of jurisprudence, and emphasizes and recommends on the synthetic subject indexing, which consists of combining several terms or words to represent an issue.

The synthetic indexing has been created and localized by the Institute for Management of Islamic Information and Documents. In this method, the macro and micro issues of any science, including the jurisprudence with its many branches is well described. Similarly, in order to achieve its data extraction, it will result in a proposed and desirable access of a researcher and, instead of providing a way, it will achieve the desirable aim.

Keywords

organizing data, jurisprudential subjects, science of jurisprudence, indexing, synthetic subject indexing.



Implication of `ala al-yad rule on the liability of kidnapping

Mohammad Rahmani

Associate professor of Al-Mustafa international University (corresponding author)

mzarvandi2@gmail.com

Nafise Zarvandi

PHD of the Quranic sciences

Abstract

Liability issue is one of the long standing contents of the two sects` jurisprudence, and in terms of content, response and width, it has an exemplary richness. It can be said that the jurists have studied all the instances of destruction of the property and its rights regarding the liability and non-liability. However, the place of discussing about the liability of an human life which is unjustly kidnapped, imprisoned and accidentally died in the prison, is empty. In other words, the jurists have precisely talked about guaranty of property, actions and financial rights of the human beings, but they have not discussed regarding the life of a man, or have vaguely referred to it.

After proving validity of the prophet`s hadith "ala al-yad" based on the two sects` various narrators, this article has examined and criticized the different forms of the issues, expressing the conflict place, speaking out the implication of the prophet`s hadith on the guaranty and the evidence of its opponents in the forms of difficulties. The final result of this article is that the `ala al-yad rule implies on the liability of person`s life which has been unjustly imprisoned or kidnapped and died, although , the death is not attributed to the kidnapper.

Keywords

liability, kidnapper, imprisoned, possession, authority, blood money.



Jurisprudential comparing the opponent works of gratefulness for enforcing principle of religious innocence

Mohammad Ali Khademi Kusha

Assistant professor of Islamic science and culture Academy, Qom

khademi@isca.ac.ir

Abstract

Some divine precepts have a special gratefulness for a responsible person; that is to say that they have been enacted for human welfare and comfort. These precepts are called as gratefulness (imtināni) ordinances, and the cases which cause hardship on a responsible person, are regarded by the jurists as anti gratefulness, and so they are not enforced.

The religious innocence is one of the imtināni precepts that because of its very imtināni, its performance is always prohibited according to the jurisprudential and 'osuli (principles of jurisprudence) works in two main viewpoints: the first, anti - imtināni cases, and the other is none imtināni ones. However, the effects of being imtināni of innocence, and the conditions and criterion of its comparison are not discussed and criticized by the jurisprudential and 'osuli sources. This paper is the first step in this regards, and comparatively examines the inferential effects of being imtināni of innocence from one of the two main viewpoints, namely the innocence is not enforced in the cases that are not being imtenani; meanwhile in this research, some anti- imtināni situations and their effects are criticized.

The achievement of this article is that adapting the being gratefulness of innocence to the jurisprudential inference has some conditions that are failed to consider, while accepting the condition of not being anti - gratefulness for enforcing the religious innocence. In the most jurisprudential adaptations, before anti gratefulness there are other obstacles which prevent performance of innocence or its resulting.

Keywords

imtināni precepts, imtināni, principle of innocence, religious innocence.



Abstracts

Jurisprudential analysis of B.O.T contracts

Belal Shakeri

PhD Student of jurisprudence and legal principles, Ferdowsi University, Mashhad (Corresponding author)

b.shakeri@iran.ir

Hosein Naseri Moqaddam

Associate professor, faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University, Mashhad

naseri1962@um.ac.ir

4



فقه

Vol. 25, No. 95, AUTUMN, 2018

Abstract

The definition of the B.O.T contract is as follows: giving the right to establish and use a certain project during the specified period from the first party to the second one, provided that the second party implements and uses the project with the intention of returning the basic capital and its logical and appropriate profit, and at the end of the contract period, without receiving a payment, the project will be delivered to the first party in the form of a desirable ready activity. In this research, with describing and analyzing the existing sources and similar works, such contracts have been jurisprudentially reviewed. The distinction between this work and the same works is that in addition to consideration of the affective foundations and presuppositions on jurisprudential analyzing these such contracts, more than 15 different possibilities for the jurisprudential reviewing these such contracts have been considered. Similarly, it is permissible to regulate how these conventions in the different forms and types of the religious contracts (more than ten legal models) including the specified contracts (deed, compromise, lease, istiṣnā', reward, agency), combined contracts (lease and compromise, sale and compromise, agency and lease) and independent contracts. Each of these forms also has the different effects.

Keywords

B.O.T, establishment, operation and transfer, new contracts, combined contracts.

Table of Contents

Feqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Vol. 25, No. 3, Autumn, 2018

95

- | | |
|---|---|
| 4 | Jurisprudential analysis of B.O.T contracts
Belal Shakeri
Hosein Naseri Moqaddam |
| 5 | Jurisprudential comparing the opponent works of gratefulness
for enforcing principle of religious innocence
Mohammad Ali Khademi Kusha |
| 6 | Implication of `ala al-yad rule on the liability of kidnapping
Mohammad Rahmani
Nafise Zarvandi |
| 7 | Reasons of preferring a subjective index with a compound approach
to representing jurisprudential subjects
Sayyed Taqi Varedi |
| 8 | Conflict of istiṣhāb and dar` rule in criminal jurisprudence
and Islamic Punishment Code 2014
Reza Ilhami
sayyed Sajjad Mohammadi
Kamal Aqapour |
| 9 | Analysis and critique of the implication of the hadith
"fi rajol ista`jara ajiran" on the trustee`s non guaranty
Ali Nosrati |



Feqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Vol. 25, No. 3, Autumn 2018

95

Islamic Propagation Office, Qom Seminary
Islamic Science and Culture Academy
www.isca.ac.ir

Director-in-Charge: Abdorreza Eizadpanah
Editor-in-Chief: Seifollah Sarrami
Journal's expert: Alireza Fajri
Executive expert: Sayyed Hosein Mousavi
English Translator: Mohammadreza Zafari
Arabic Translator: Mohammad Hosein Hekmat

The Editorial Board:

Abdorrezza Eizadpanah

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

Sayyed Ahmad Hoseini

Member of Society of Seminary Teachers of Qom, and professor of advanced levels at Qom Seminary

Yaqoubali Borji

Associate Professor, Al-Mustafa International University

Mohammad Zarvandi Rahmani

Associate Professor, Al-Mustafa International University

Sayyed Abbas Salehi

Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy

Seifollah Sarrami

Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy

Ahmad Moballeqi

the head of Islamic researching center of Islamic Consultative Assembly and representative of Lorestan Province at Assembly of Experts for the Leadership

Sayyed Ziya Mortazavi

Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy

Mohammad Sadieq Mazinani

Fourth Level Researcher at Qom Seminary

Mohammad Hassan NajafiRad

Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy

☎ Tel.: + 98 25 37742158

• ☎ Fax: +98 25 37742159

✉ P.O. Box. 37185-599 • Jf.isca.ac.ir • Feqh.osul@gmail.com



راهنمای اشتراک مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم



ضمن تشکر از حسن انتخاب شما

مرکز توزیع مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم عهده دار توزیع و اشتراک مجلات ذیل می‌باشد. لطفاً پس از انتخاب مجله مورد نظر، فرم ذیل را تکمیل کرده و به نشانی ارسال فرمایید.

فرم اشتراک

پژوهش‌های قرآنی	جستارهای فقهی و اصولی	حوزه	فقه	آیین حکمت
یک سال اشتراک ریال ۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲۸۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰,۰۰۰
نقد و نظر	تاریخ اسلام	علوم سیاسی	اسلام و مطالعات اجتماعی	آینه پژوهش
یک سال اشتراک ریال ۲۸۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲۸۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۴۸۰,۰۰۰

نام و نام خانوادگی:	نام نهاد یا شرکت:
.....

نشانی:	استان:	شهرستان:	کد پستی:
.....
.....
.....
.....

هزینه‌های بسته‌بندی و ارسال به عنوان تخفیف محاسبه شده است.

قم، خیابان معلم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، اداره نشر
صندوق پستی: ۳۶۸۸-۳۷۱۸۵ تلفن: ۰۲۵-۳۷۱۱۶۶۶۷
رایانامه: magazine@isca.ac.ir

شماره حساب سیب‌بانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

