



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و هفتم، شماره سوم، پاییز ۱۳۹۹

۱۰۳

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق)

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه

سر دبیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)

دبیر تحریریه: عبدالصمد علی آبادی

کارشناس امور اجرایی: سیدحسین موسوی

مترجم چکیده‌ها: محمدرضا عموحسینی * مترجم منابع: علی میرعرب

پادوری

۱. فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی؛ سامانه نشریه: j.f.isca.ac.ir؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajoohaan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (<http://journals.dte.ir>) نمایه می‌شود.
۲. به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۶۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۰۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی «مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی، تأسیس انجمن‌های علمی، قطب‌های علمی و واحدهای پژوهشی و همچنین امتیازات کرسی‌های نظریه‌پردازی، نقد و مناظره و آزاداندیشی در حوزه، دارای واحدهای پژوهشی و همچنین 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)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی؛ سامانه نشریه: j.f.isca.ac.ir؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajoohaan.ir) 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، پردیسان، انتهای بلوار دانشگاه، دانشگاه باقرالعلوم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، طبقه همکف، اداره نشریات.



صندوق پستی: ۳۶۸۸ / ۳۷۱۸۵ * تلفن: ۳۱۱۵۶۹۱۲ - ۰۲۵

رایانامه: Feqh.osul@gmail.com * آدرس سامانه: j.f.isca.ac.ir

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۳۵۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

عبدالرضا ایزدپناه

(عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)

رضا اسفندیاری (اسلامی)

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

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)

سیف الله 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 نجفی راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

داوران این شماره

رضا اسفندیاری (اسلامی)، مهدی درگاهی، محمد صالحی مازندرانی، سیف الله صرامی، حسنعلی علی اکبریان، مهدی فیروزی، محسن ملک افضلی اردکانی، سیدعباس موسویان، محمدحسن نجفی راد، هاشم نیازی.

فراخوان دعوت به همکاری

فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه** با بهره‌مندی از ظرفیت‌های علمی و فکری نخبگان حوزوی و دانشگاهی و مراکز علمی و فقهی و با هدف تولید دانش و ترویج یافته‌های پژوهش و آثار دانشمندان در حوزه مباحث فقه استدلالی، قواعد فقهی، موضوع‌شناسی فقهی، دیدگاه‌های جدید فقهای مذاهب و پاسخ به مسئله‌ها و نیازها و بازنشر تازه‌های مطالعات نوین فقهی از سوی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق) به صورت دیجیتال منتشر می‌شود.

اهداف فصلنامه علمی - پژوهشی «فقه»

۱. توسعه و تعمیق مباحث فقهی
۲. تبیین روش‌های اجتهادی و تحول و تکامل بخشی به شیوه‌های اجتهاد
۳. نقد و بررسی آراء و انظار فقیهان بزرگ در جهت پیشبرد مباحث فقهی
۴. پاسخ‌گویی به نیازهای نظام اسلامی و ارائه الگوی مناسب برای مباحث فقهی
۵. ارتباط بخشی میان حوزه و مراکز علمی دیگر در جهت توانمندسازی دانش فقه
۶. آزاداندیشی و استفاده از ظرفیت نخبگان حوزوی و دانشگاهی در جهت ارتقاء سطح گفت‌وگوهای علمی

اولویت‌های پژوهشی و رویکردهای اساسی فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه**

۱. روش‌شناسی فقهی و اجتهادی
۲. شناسایی مکاتب و منابع فقهی
۳. توسعه و تعمیق ادله فقهی
۴. بازخوانی تراث فقهی و تنقیح و تهذیب و تکمیل مباحث
۵. تحلیل و نقد دیدگاه‌های خاص فقهی
۶. پاسخ به مسائل جدید فقهی بویژه نیازهای نظام اسلامی در حوزه تقنین و اجرا
۷. موضوع‌شناسی فقهی موضوعات مستحدثه

از کلیه صاحب‌نظران، اساتید و پژوهشگران علاقه‌مند دعوت می‌شود تا آثار خود را جهت بررسی و نشر در فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه** بر اساس ضوابط و شرایط مندرج در این فراخوان از طریق سامانه نشریه به آدرس jf.isca.ac.ir ارسال نمایند.

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

۱. شرایط اولیه پذیرش مقاله

- ✓ نشریه فقه در پذیرش یا رد و ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.
- ✓ مقالات ارسالی به نشریه فقه نباید قبلاً در جای دیگری ارائه یا منتشر شده و یا همزمان جهت انتشار به نشریات دیگر ارسال شده باشند.
- ✓ با توجه به اینکه همه مقالات فارسی ابتدا در سامانه سمیم نور مشابهت‌یابی می‌شوند، برای تسریع فرایند داوری بهتر است نویسندگان محترم قبل از ارسال مقاله، از اصالت مقاله خود از طریق این سامانه مطمئن شوند.
- ✓ نشریه فقه از دریافت مقاله مجدد از نویسندگانی که مقاله دیگری در روند بررسی دارند و هنوز منتشر نشده، معذور است.

- ✓ مقاله در محیط Word با پسوند DOCX (با قلم Noorzar نازک ۱۳ برای متن و Times New Roman نازک ۱۰ برای انگلیسی) حروف چینی گردد.

۲. شرایط مقالات استخراج شده از آثار دیگر: چنانچه مقاله مستخرج از هر کدام از موارد ذیل باشد،

- نویسنده موظف است اطلاعات دقیق اثر وابسته را ذکر کند. در غیر این صورت در هر مرحله‌ای که نشریه متوجه عدم اطلاع‌رسانی نویسنده شود، مطابق مقررات برخورد می‌کند:
- **پایان‌نامه** (عنوان کامل، استاد راهنما، تاریخ دفاع، دانشگاه محل تحصیل)
- ** مقاله ارسالی از **دانشجویان (ارشد و دکتری)** به‌تنهایی قابل پذیرش نبوده و ذکر نام **استاد راهنما** الزامی می‌باشد.
- **طرح پژوهشی** (عنوان کامل طرح، تاریخ اجرا، همکاران طرح، سازمان مربوطه)
- **ارائه شفاهی در همایش و کنگره** (عنوان کامل همایش یا کنگره، تاریخ، سازمان مربوطه)

۳. روند ارسال مقاله به نشریه: نویسندگان باید فقط از طریق بخش ارسال مقاله سامانه نشریه جهت ارسال

- مقاله اقدام کنند، به مقالات ارسالی از طریق ایمیل یا ارسال نسخه چاپی ترتیب اثر داده نخواهد شد.
- ✓ برای ارسال مقاله، **نویسنده مسئول** باید ابتدا در بخش «**ارسال مقاله**» اقدام به ثبت نام در سامانه نشریه نماید.
- ✓ نویسندگان باید همه مراحل ارزیابی مقاله را صرفاً از طریق صفحه شخصی خود در سامانه مجله دنبال نمایند.

۴. قالب و موضوع مقالات مورد پذیرش

- نشریه فقه فقط مقالاتی را که حاصل دستاورهای پژوهشی نویسنده و حاوی یافته‌های جدید است را می‌پذیرد.
- مجله از پذیرش مقالات مروری صرف، گردآوری، گزارشی و ترجمه معذور است.

فایل‌هایی که در زمان ثبت نام نویسنده مسئول باید در سامانه بارگذاری کند:

- ✓ فایل اصلی مقاله (بدون مشخصات نویسندگان)
- ✓ فایل مشخصات نویسندگان (به زبان فارسی و انگلیسی)
- ✓ فایل تعهدنامه (با امضای همه نویسندگان)

تذکر: (ارسال مقاله برای داوری، مشروط به ارسال سه فایل مذکور و ثبت صحیح اطلاعات در سامانه است).
✓ تکمیل و ارسال فرم عدم تعارض منافع، توسط نویسنده مسئول الزامی می‌باشد.

۵. حجم مقاله: واژگان کل مقاله: بین ۵۰۰۰ تا ۷۵۰۰ واژه؛ **کلیدواژه‌ها:** ۴ تا ۸ کلیدواژه؛ **چکیده:** ۱۵۰ تا ۲۰۰ واژه (چکیده باید شامل هدف، مساله یا سوال اصلی پژوهش، روش‌شناسی و نتایج مهم پژوهش باشد).
نحوه درج مشخصات فردی نویسندگان: نویسنده مسئول در آثاری که بیش از یک نویسنده دارند باید حتماً مشخص باشد. عبارت (نویسنده مسئول) جلوی نام نویسنده مورد نظر درج شود. فرستنده مقاله به‌عنوان نویسنده مسئول در نظر گرفته می‌شود و کلیه مکاتبات و اطلاع‌رسانی‌های بعدی با وی صورت می‌گیرد.

وابستگی سازمانی نویسندگان باید دقیق و مطابق با یکی از الگوی های ذیل درج شود:

۱. اعضای هیات علمی: رتبه علمی (مربی، استادیار، دانشیار، استاد)، گروه، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.
۲. دانشجویان: دانشجوی (کارشناسی، کارشناسی‌ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۳. افراد و محققان آزاد: مقطع تحصیلی (کارشناسی، کارشناسی‌ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، سازمان محل خدمت، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۴. طلاب: سطح (۲، ۳، ۴)، رشته تحصیلی، حوزه علمیه/ مدرسه علمیه، شهر، کشور، پست الکترونیکی.

ساختار مقاله: بدنه مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های ذیل باشد:

۱. عنوان؛

۲. چکیده فارسی (تبیین موضوع/مساله/سوال، هدف، روش، نتایج)؛

۳. مقدمه (شامل تعریف مساله، پیشینه تحقیق (فارسی و انگلیسی)، اهمیت و ضرورت انجام پژوهش و دلیل

جدیدبودن موضوع مقاله)؛

۴. بدنه اصلی (توضیح و تحلیل مباحث)؛

۵. نتیجه‌گیری (بحث و تحلیل نویسنده)؛

۶. بخش تقدیر و تشکر: پیشنهاد می‌شود از مؤسسه‌های همکار و تأمین‌کننده اعتبار بودجه پژوهش نام برده شود. از افرادی که به نحوی در انجام پژوهش مربوطه نقش داشته، یا در تهیه و فراهم‌نمودن امکانات مورد نیاز تلاش نموده‌اند و نیز از افرادی که به نحوی در بررسی و تنظیم مقاله زحمت کشیده‌اند، با ذکر نام، قدردانی و سپاس‌گزاری شود. کسب مجوز از سازمان‌ها یا افرادی که نام آنها برای قدردانی ذکر می‌شوند، الزامی است؛

۷. منابع (منابع غیرانگلیسی علاوه بر زبان اصلی، باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شده و با شیوه‌نامه APA ویرایش و بعد از بخش فهرست منابع، ذیل عنوان **References** درج شوند).

روش استناد دهی: APA (درج پانویس، ارجاعات درون متن و فهرست منابع) می‌باشد که لینک

دانلود فایل آن در سامانه نشریه (راهنمای نویسندگان) موجود می‌باشد.

فهرست مقالات

- ۸ قاعده نیت و گستره آن
علیرضا فرحناک
- ۳۷ نظریه تزامم واجبات شرطی در قانون‌گذاری
(نظریه‌ای در قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی)
حسنعلی علی‌اکبریان
- ۶۵ بررسی و تحلیل مبانی مشروعیت «ولی عرفی» در فقه
محمدحسین مشکاتی
علیرضا سلیمی
سیدعلیرضا حسینی
عبدالله امیدی‌فر
- ۹۱ استحاله ابزار حل مشکل مواد مصرفی وارداتی
محمد زروندی رحمانی
- ۱۱۵ حکم مصافحه با اجنبیه غیرمسلمان در عرصه تشریفات بین‌الملل
مهدی درگاهی
- ۱۳۸ شناسایی موضوع عقد در ضمان عرفی
سعیده قنبری
محمدصادق طباطبایی
- ۱۶۶ پندارواره کراهت حضور زن نزد محتضر
محمدجعفر صادق‌پور
فرحناز قاسمی سراب



The Principle of Intention and Its Scope

Alireza Farahnak¹

Received: 02/09/2020

Accepted: 15/11/2020

Abstract

The principle of intention is considered as one of the most widely used jurisprudential principles. Despite its prominent presence in various jurisprudential areas, its project as a jurisprudential principle with mentioning various aspects and its applications has been less carried out. The current paper seeks to introduce the principle and express the arguments that can be used to prove the principle. These arguments include the book (the Qur'an), tradition, and reason. Unlike some who basically consider intention to be specific to worship, not only intention but, consequently, the principle of intention also applies to non-worships. Therefore, intention as a principle is not devoted to the intention of proximity (to Allah). In addition, intention include the meanings of the intention of title, the intention of the speaker of the word and its effect and purpose, the word intention and the principle of motivation and purpose, and practically it has been used in all these meanings. The jurisprudential application of the principle along with the principle of narratives in different areas is a proof of this generalization. Contrary to some people's beliefs, the word "intention" still has the meaning of its word. The former jurists in various cases have easily used some verses and hadiths to prove the principle and the necessity of intention, but gradually some of the late jurists have questioned the arguments of these verses. Even, they have not accepted the arguments and evidence of some narratives to prove the principle.

Keywords

Principle of intention, intention, jurisprudential principles, intention of proximity, intention of title, intention of word, motivation.

1. Assistant professor, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran. a.farahnak@isca.ac.ir.

قاعده نیت و گستره آن

علیرضا فرحناک^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۱۲

چکیده

قاعده نیت در زمره قواعد فقهی پر کاربرد است. علی‌رغم حضور نمایان آن در ابواب فقهی مختلف، طرح آن به عنوان قاعده‌ای فقهی با یادکرد جوانب متعدد و گوناگون و موارد کاربرد آن کمتر انجام شده است. این نوشته درصدد معرفی قاعده و بیان ادله‌ای است که می‌توان از آن برای اثبات قاعده بهره جست. این ادله شامل کتاب، سنت و عقل است. برخلاف برخی که اساساً نیت را ویژه عبادات می‌دانند، نه تنها نیت بلکه به تبع آن، قاعده نیت در غیر عبادات نیز جریان دارد. لذا نیت در قاعده به قصد قربت اختصاص ندارد. افزون بر اینکه شامل معانی قصد عنوان، قصد مدلول لفظ و اثر و غایت آن، قصد لفظ و اصل انگیزه و غرض نیز می‌شود و عملاً در همه این معانی به کار رفته است. تطبیقات فقهی قاعده به همراه اصل روایات در ابواب مختلف گواه این تعمیم است. برخلاف تصور برخی، لفظ نیت بر همان معنای لغوی خود مانده است. فقیهان پیشین در موارد مختلف به راحتی از برخی آیات و روایات برای اثبات قاعده و وجوب نیت بهره می‌جسته‌اند ولی رفته‌رفته برخی پسینان دلالت این آیات را زیر سؤال برده‌اند؛ چنان‌که دلالت و سند برخی روایات را نیز برای اثبات قاعده نپذیرفته‌اند.

کلیدواژه‌ها

قاعده نیت، نیت، قواعد فقهی، قصد قربت، قصد عنوان، قصد لفظ، انگیزه.



فقه

سال بیست و هفتم، شماره سوم (پیاپی ۱۰۳)، پاییز ۱۳۹۹

۱. استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران. a.farahnak@isca.ac.ir

۱. استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

* فرحناک، علیرضا. (۱۳۹۹). قاعده نیت و گستره آن. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۷(۱۰۳)، صص ۸-۳۵.

Doi: 10.22081/jf.2020.58622.2112.

۱. مقدمه

یکی از قواعد فقهی قاعده نیت است. این قاعده در ابواب متعدد فقه به کار رفته و در فرایند استنباط فقهی نقشی بسزا دارد. علی‌رغم این کاربرد فراگیر و فراوان، به اصل قاعده و جنبه‌های گوناگون و موارد کاربرد آن کمتر پرداخته شده است. این نوشتار درصدد معرفی قاعده در جنبه‌های مختلف اعم از مفاهیم و کلیات، ادله، کاربرد و به‌ویژه گستره آن در استنباط است.

۲. مفاهیم و کلیات

۲-۱. قاعده

قاعده در لغت از ریشه قعد، به معنای نشستن، پایه شئی را گویند و در اصطلاح تعاریف مختلفی برای آن ارائه شده، از جمله: حکمی کلی که بر جزئیاتش منطبق می‌گردد یا قضیه‌ای کلی که از آن احکام جزئیات موضوعش شناخته می‌شود (جمعی از محققان، ۱۳۹۳، صص ۱۲-۱۳).

۲-۲. قاعده فقهی

قاعده فقهی به گونه‌های مختلفی تعریف شده است، اما از مجموع این تعاریف می‌توان دریافت که قاعده فقهی حکمی شرعی یا وظیفه‌ای عقلی یا معیاری کلی و مرتبط با احکام است که از ادله مربوطه استنباط می‌شود و در یک یا بیش از یک باب فقهی، محمول قضایای مختلف قرار می‌گیرد (جمعی از محققان، ۱۳۹۳، ص ۱۷).

۲-۳. مفهوم نیت

واژه نیت از دیدگاه‌های مختلف از جمله لغت و فقه معناییابی شده است.

۲-۳-۱. نیت در لغت

واژه نیت از ریشه نوی، مصدر (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص ۳۴۷) به معنای قصد کردن یا اسم



فقه



مصدر از همین معنا است (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۶۳۱). نیت به معنای وجه قصدشده (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۳۶۶)، عزم، عقد و توجه قلب به سوی شیء نیز گفته شده است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۲۶۶). برخی نیت را غرض واقعی شمرده‌اند که انسان را به سوی عمل برمی‌انگیزد (مجلسی دوم، ۱۴۱۰ق، ج ۸۱، ص ۳۴۵) ولی برخی آن را مجرد قصد و اراده شمرده و معنای غرض را اصطلاح متأخر می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۸۰). ولی چنان که خواهد آمد، این معنا از برخی روایات استفاده می‌شود. بعضی نیت را قصد انجام کار و واسطه میان علم و عمل معرفی کرده‌اند (طوسی به نقل از: ملامحمد صالح مازندرانی، ۱۳۸۲ق، ج ۸، ص ۲۵۲). برخی نیز آن را اراده‌ای می‌دانند که با قلب انجام می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۱۲). به گفته بعضی، نیت به معنای جدیت و تلاش در طلب شیء (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۵۰۱) و حفظ (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۲۶۷) نیز آمده است.

در مجموع می‌توان به‌طور عموم نیت را قصد یا انگیزه قلبی دانست که با آن وجه عمل، هرچند عمل ذهنی و تفکر، از سایر وجوه جدا می‌شود. هرچند برخی فقیهان به این باور رسیده‌اند که در معنای حقیقی نیت قید مقارنت (مقارن بودن اراده با فعل) اخذ شده و استعمال نیت به معنای قصد و مطلق اراده مجاز است (فخر المحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۱۰۱).

گفتنی است بعضی در معنای نیت تفاوتی میان معنای لغوی و عرفی و حتی شرعی ننهادند و آن را این‌گونه معنا کرده‌اند: اراده شیء و عزم و قصد آن، خواه منوی عبادت باشد یا غیر عبادت (بنی‌فضل، بی تا، ج ۱، ص ۳۲۰). به گفته صاحب جواهر نیز نیت در لغت و عرف به معنای اراده‌ای است که در وقوع فعل تأثیر می‌گذارد و با آن فعل، فعل انسان مختار حساب می‌شود و کسانی که نیت را به معنای قصد تفسیر کرده‌اند، منظورشان همین معنا بوده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، صص ۷۵-۷۶). به نظر می‌رسد که همسانی معنای نیت در لغت و عرف امری روشن است.

۲-۳-۲. نیت در فقه

با بررسی کاربرد نیت در فقه درمی‌یابیم که این واژه در فقه افزون بر معنای قصد قربت و

قصد وجه، در معانی قصد عنوان، قصد مدلول الفاظ و اثر و غایت آن، قصد لفظ و معنای انگیزه به کار رفته است و نیت به این معانی به عنوان شرط صحت عمل دانسته شده است. این معانی افزوده نیز به عیان نه تنها در عبادیات بلکه در غیر عبادیات هم به کار رفته اند. در ذیل به نمونه‌هایی از کاربرد یا تعاریفی که فقیهان درباره نیت انجام داده‌اند اشاره می‌شود:

برخی فقیهان وقتی به طور مطلق از لزوم نیت در فعل مکلفان سخن می‌گویند، گاه منظورشان قصد عنوان است، هر چند عمل مورد نظر عبادی باشد. برای مثال، «سید مرتضی» درباره نیت وضو چنین کرده است و برای اثبات لزوم نیت از این معنا از قاعده نیت بهره جسته است (سید مرتضی، ۱۴۱۷ق، صص ۱۰۸-۱۱۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۱، صص ۷۱-۷۲). شیخ طوسی عین این مطلب را درباره زکات پیاده کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۲، ص ۴۹). وی در بحث صوم در برابر منکران اصل لزوم نیت در صوم -در شرایطی خاص- آن را در هر حال نیازمند نیت می‌شمرد و برای اثبات آن به دلایل نقلی (قرآنی و روایی) و عقلی قاعده استناد می‌کند. به نظر می‌رسد مدنظر وی در این ادله، اثبات اصل نیت در برابر منکران لزوم اصل آن است (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۲، ص ۱۶۲). شیخ طوسی وقتی به طهارت توأم با نیت کافر می‌رسد، آن را صحیح نمی‌شمرد؛ به این دلیل که اساساً کافر اهلیت نیت ندارد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۲۰). منظور وی از نیت در اینجا قصد قربت است (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۳۸۳)؛ چنان که وقتی وی از لزوم نیت در الفاظ عتق سخن می‌گوید، منظورش قصد مدلول الفاظ است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۱۶۷). این معنا در الفاظ یمین نیز مدنظر او است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۱۹۷؛ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۵۵۶). در همگی به دلیل نقلی (روایی) قاعده نیت استناد شده است (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۶، ص ۱۲۷؛ ج ۴، ص ۴۶۲، سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، صص ۳۰۳، ۳۲۰).

با توجه به اینکه نیت در هر باب، قیود و متعلقات خاص خود را دارد، فقیهان افزون بر معنای قصد، قیود و متعلقات آن را آورده و منظور از نیت را یک‌جا بیان کرده‌اند که نمونه آن معنای نیت در وضو است (حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۷۰).





شیخ طوسی از کسانی است که در کتاب فقهی خود نیت را تعریف کرده است. وی در تعریف نیت نوشته است: «... النیة هی الإرادة التي تؤثر فی وقوع الفعل علی وجه دون وجه.»؛ بدین معنا که نیت اراده‌ای است که در وقوع عمل بر یک وجه غیر از وجه دیگر تأثیر می‌گذارد (طوسی، ۱۴۹۷، ج ۱، ص ۳۰۸). برخی دیگر نیت را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «والنیة إرادة إيجاد الفعل علی الوجه المأمور به شرعاً.»؛ یعنی نیت اراده ایجاد عمل بر وجهی است که شرعاً بدان امر شده است، و پس از آن به کیفیت نیت در عمل موردنظر پرداخته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱، صص ۱۴۰-۱۴۱). اما با اینکه این تعریف می‌تواند تکالیف غیرعبادی را نیز شامل باشد، برخی که درصدد تبیین تعریف برآمده‌اند، آن را به عبادات تخصیص داده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱، صص ۵۰۱-۵۰۲)؛ چنان‌که برخی نیز همسو با این برداشت به جای قید مأمور به، قید مطلوب نهاده‌اند تا واجب و ندب، هر دو مشمول تعریف گردند (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۷۴). فخر المحققین تعریف اخیر را به عنوان تعریف فقیهان یاد کرده است (فخر المحققین، ۱۴۱۴، ص ۳۲).

از آنچه آمد روشن شد که نیت در کلمات فقیهان به قصد قربت اختصاص ندارد و افزون بر آن قصد عنوان بلکه قصد مدلول الفاظ را نیز نشانه می‌رود، بی آنکه به باب عبادات اختصاص داشته باشد؛ چنان‌که این شمول در روایات نیز وجود دارد. به گفته کاشف الغطاء قسمی از نیت نیز قصد خود لفظ است که در عبادات کلامی است مانند قرائت قرآن و ذکر و دعا در نماز، یا در غیر نماز و زیارات و مانند آن (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۲۷۲). البته این قصد در غیر عبادات از قبیل عقود و ایقاعات نیز که حاوی الفاظ هستند وجود دارد که قهراً قاعده، نیت به این معنا را نیز در بر دارد. شهید اول در ضمن بیان یکی از فوائد قاعده نیت، درباره لزوم قصد الفاظ صیغ عقود و ایقاعات -جدا از قصد غایت الفاظ- می‌نویسد: «ولو انتفی قصد اللفظ كما فی الساهی و النائم و الغافل بطل بطریق الأولی» (شهید اول، ۱۴۰۰، ج ۱، ص ۱۰۲)؛ یعنی اگر قصد لفظ منتفی شود، چنان‌که در انسان‌های ساهی، خواب و غافل چنین است، عقود و ایقاعات به طریق اولی باطل است. چنان‌که برخی در فرض نبودن قصد لفظ از سوی متعاقدان، صریحاً عقد را با کمک قاعده باطل اعلام کرده‌اند (مصطفوی، ۱۴۲۳، ص ۳۳). در مواردی دیگر نیز نیت به

معنای انگیزه و غرض منظور بوده که فقیه بر اساس این معنا حکم صادر کرده است که در جای خود خواهد آمد.

با این حال چنان که صاحب عناوین یاد آور شده است، وقتی گفته می شود عبادات مشروط به نیت هستند منظور از آن صرف قصد فعل نیست، زیرا از انسان دارای اختیار، عملی جز با قصد و آگاهی به فعل سر نمی زند، بلکه مراد از آن قصد اخلاص، عبودیت و تقرب است (محقق مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۹۰).

با توجه به کاربرد نیت در معانی مختلف درمی یابیم که خود لفظ نیت معنایی جدید نیافته و با حفظ معنا در موارد مختلف به کار رفته است. بر همین اساس صاحب جواهر می گوید: «نیت دارای معنای شرعی جدیدی نیست. آری مدار سخن فقیهان که نیت در عبادات شرط است نه معاملات، اراده همراه با قصد قربت است که همین باعث شده بر برخی مشتبه شود که نیت معنای جدیدی یافته است، با اینکه در واقع چون فقیهان در صحت عبادات به صرف قصد بسنده نکرده اند و قصدی خاص را معتبر دانسته اند، اموری را به عنوان متعلقات نیت یاد کرده اند، نه اینکه معنایی جدید و مرکب به نیت بخشیده باشند» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۷۶). وی در همین راستا می گوید: «اینکه برخی نیت را در نهایت سادگی دانسته اند و برخی دیگر آن را در غایت دشواری، از باب اختلاف حیثیت قابل جمع است؛ زیرا گفته نخست مبنی بر این است که نیت به معنای قصد است که هر فعل اختیاری آن را دارا است و گفته دوم مبنی بر این است که منظور قربت و اخلاص است که حصولش به غایت دشوار است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۷۸-۷۹).^۱

۳. ضرورت قاعده انگاری نیت و پیشینه آن نزد فقیهان

محقق حلی وقتی به نیت در طهارات سه گانه می رسد، می گوید که از سوی قدمایمان نصی بر تعیین نیت نمی شناسم. وی از یک سو به دلایل روایی قاعده نیت استناد جسته و

۱. در برخی کتب فقهی از نیت در اصطلاح متکلمان نیز سخن گفته شده است (برای نمونه ر.ک: فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۱، صص ۷۴-۷۳).



فقه



از سوی دیگر با خود دلیل قرآنی که ابوحنیفه بر نفی نیت در وضو استناد کرده، بر اثبات نیت استدلال کرده است؛ هر چند مراد وی از نیت، معنای قصد عنوان (مقدمیت وضو برای نماز) است (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، صص ۱۳۸-۱۳۹). به گفته شهید اول، دلالت کتاب و اخبار بر نیت -با اینکه در قلب هر عاقلی که آهنگ کاری دارد نقش بسته- پیشینان را از یاد کرد و آموختن آن بی نیاز ساخته تا جایی که اخبار، از ذکر شخص نیت -به جز حج و عتق- تهی است. به گفته وی با این حال در تهذیب، در تأویل خبر اعاده وضو به خاطر ترک تسمیه آمده است که مراد از تسمیه نیت است و در خلاف و مختلف بر وجوب نیت اجماع نقل شده است. شیخ طوسی نیز در خلاف تنها به اخبار عامه در نیت احتجاج کرده است و از این جهت است که قدمای اصحاب مانند صدوقین در مصنفاتشان آن را یاد نکرده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۲، صص ۱۰۴-۱۰۵). به گفته ابن فهد حلی، شارع لفظی معین را برای نیت وضع نکرده تا از آن تبعیت شود و علما آن را در مقدمات و عقائد به منظور تعلیم و تفهیم یاد کرده‌اند (ابن فهد حلی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۳۲).

در شرایطی که امر نیت این گونه بوده است، قاعده نیت جای خود دارد که به بحث گذاشته نشود. ضمن اینکه آنچه بعدها نیز درباره نیت بیان شده، معمولاً در بخش عبادات جای داشته است (شهید ثانی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، صص ۱۶۶-۱۶۷). با این حال تعداد انگشت شماری از نوشته‌ها -نسبت به موارد اندک دیگر- با تفصیل بیشتری از قاعده نیت سخن گفته‌اند که شاید بتوان تنها از کتاب قواعد و فوائد شهید اول نام برد. شهید اول به این قاعده پرداخته و فوائد زیادی را برای آن برشمرده است. هر چند نظر نخست وی نیز به ورود قاعده در بخش عبادات است که بر همین اساس بوده که نخستین امر معتبر در نیت را قصد تقرب یاد کرده است (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص ۷۵). البته وی در ادامه مواردی دیگر را برمی‌شمرد که عبادت نیست و با این حال نیازمند نیت است (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱، صص ۱۰۰-۱۰۶). یا در مورد مفاد روایت «إنما الأعمال بالنیات»، به طور کلی می‌نویسد که صحت اعمال و اعتبار آنها به حسب نیت است (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱، صص ۷۴-۷۵). اینها همه در حالی است که فقیهان از گذشته‌های دور در مقام استدلال در ابواب گوناگون عبادی و غیرعبادی به خود قاعده استناد جسته‌اند که در بخش تطبیقات قاعده به وضوح معلوم می‌شود.

۴. جایگاه قاعده نیت در تقسیمات قواعد فقهی

از آنچه در تعریف قاعده گفته شد به درستی روشن می‌شود که ملاک قاعده فقهی بر قاعده نیت منطبق است، چرا که به وضوح از این قاعده در ابواب مختلف فقهی در فرایند استنباط بهره گرفته می‌شود و در آنها محمول قضایای مختلف قرار می‌گیرد؛ اما قواعد فقهی از منظرهای مختلف تقسیمات گوناگونی را پذیرا می‌شوند (جمعی از محققان، ۱۳۹۳، صص ۳۴-۳۸). در این میان قاعده نیت را می‌توان از قواعد عام و منصوص دانست؛ چه اینکه در ابواب مختلف فقه کاربرد دارد و الفاظ آن نیز در روایات بعینه آمده است، چون عنوان بارز آن، چنان که خواهد آمد، «إنما الأعمال بالنیات» است که در روایات بدان تصریح شده است.

۵. مفاد قاعده نیت

هنگامی که فقیهان قاعده نیت را مستند حکم فقهی خود قرار می‌دهند، معمولاً از خود قاعده نیت نام نمی‌برند، بلکه از دلیل مشهور آن، یعنی روایات، به ویژه روایت نبوی «إنما الأعمال بالنیات» یاد می‌کنند (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱، صص ۷۴-۷۵).

منظور از این روایت و بلکه غرض از قاعده این است که هر چند اعمال فی نفسه و بدون نیاز به نیت تحقق خارجی پیدا می‌کنند، ولی با نیت است که اعمال، احکام خود را می‌یابند و صرف اعمال، اعتبار و اثری از نظر شرع ندارند (مؤمن قمی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۶۶). این در حالی است که برای خود روایت فی نفسه معانی مختلفی ارائه شده است.

به گفته کاشف الغطاء، مأخذ ماده دوم از مواد قانونی تحریر المجله، یعنی «الأموار بمقاصدها» همین روایت نبوی است (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، قسم ۱، ص ۱۷).

توضیح بیشتر قاعده آنکه امور مشترک از قبیل عمل می‌توانند، وجه و حکم خاص خود را به وسیله نیت پیدا کنند. برای نمونه اگر کسی به قصدی مباح سفر کرد، نمازش شکسته و اگر انگیزه اش حرام بود، نمازش تمام است و اگر میان راه انگیزه مباح، به حرام و انگیزه معصیت به مباح دگرگون شد، انگیزه جدید، قابلیت ایفای نقشی دیگر پیدا می‌کند (محقق بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۱، صص ۳۸۴-۳۸۵).





گفتنی است که نیت از دو منظر فقهی و اخلاقی قابل بررسی است که در اینجا جنبه فقهی آن مدنظر است؛ هر چند جنبه اخلاقی و تربیتی آن نیز در فقه راه دارد (صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۸۷ به بعد). درباره اهمیت نیت به خصوص در جنبه اخیر، همین بس که برخی «سعی» در آیه شریفه «لیس للإنسان إلا ما سعی» (نجم، ۳۹) را که در بدو امر، ظاهر در عمل و تلاش بیرونی است، به معنای «نوی»، یعنی عمل قلبی نیت دانسته‌اند (ابوالفتوح رازی، ۱۴۰۸ق، ج ۱۸، ص ۱۹۶)؛ هر چند نیت از منظر کلامی نیز قابل بررسی است.

۶. مبانی فقهی قاعده‌انگاری نیت

دلایل مختلفی قاعده نیت را اثبات می‌کنند، اما با توجه به اینکه نیت جهات مختلفی دارد، هر دلیل جنبه‌ای از آن را اثبات می‌کند. برای مثال دلیلی معنای قصد قربت را ثابت می‌کند که ناظر به باب عبادت است، هر چند از طریق اثبات قصد قربت، به طور قهری اصل لزوم نیت در آن نیز ثابت می‌شود. دلیلی دیگر معنای قصد و اراده شیء را ثابت می‌کند که این افزون بر عبادت، معاملات را نیز در بر دارد. در ذیل، ضمن برشمردن ادله، گستره هر دلیل نیز بیان می‌گردد:

۶-۱. آیات قرآن و تقریب استدلال و تحلیل آن

از برخی آیات کتاب عزیز برای اثبات لزوم قصد خاص قرب الهی، یعنی اخلاص در عبادت و از طریق آن وجوب اصل نیت استفاده شده است؛ چنان که از برخی دیگر لزوم قصد طاعت که البته قصدی خاص است بهره جسته شده است. در اینجا به ذکر و بررسی معروف‌ترین این آیات بسنده می‌شود:

وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقَيِّمَةِ؛ (در کتب آسمانی) امر نشده بود مگر بر اینکه خدا را به اخلاص کامل در دین (اسلام) پرستش کنند و از غیر دین حق روی بگردانند و نماز به پا دارند و زکات (به فقیران) بدهند. این است دین درست (بینه، ۵).

از این آیه شریفه از یک سو، برای اثبات اصل لزوم نیت در عبادات و از سوی دیگر برای اثبات لزوم قصد قربت در عبادات، و سرانجام برای اثبات اصل تعبدی بودن اوامر شارع بهره جسته شده است.

شیخ مفید از آیه شریفه، در کنار اثبات نیت خاص قربت، برای اثبات لزوم اصل نیت در عمل عبادی روزه استفاده کرده است (مفید، ۱۴۱۳ق الف، ص ۳۰۱)؛ هر چند محقق حلی منظور از اطلاق نیت را در این استدلال، نیت تقرب همراه با اخلاص دانسته است (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۶۴۳).

شیخ طوسی نیز درباره نیت در طهارت، هم اصل نیت و هم قصد قربت را با این آیه ثابت کرده و نوشته است: «وفي الآية دلالة على وجوب النية في الطهارة، لأنه بين تعالى أنه أمرهم بالعبادة على الإخلاص، ولا يمكن ذلك إلا بالنية والقربة...» (طوسی، بی تا، ج ۱۰، ص ۳۹۰).

وی از همین آیه شریفه برای اثبات لزوم اصل نیت در زکات بهره گرفته و گفته است: «النية شرط في الزكاة... دليلنا قوله تعالى: وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ - إلى قوله - وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ». وی در بیان استدلال می گوید: «والإخلاص لا يكون إلا نية» (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۲، ص ۴۹). وی با استناد به یکی از وجوه دلیل عقلی قاعده نیت، نیت خاص عنوان را مراد خویش اعلام و ثابت کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۲، ص ۴۹).

محقق حلی برای اثبات لزوم نیت طاعت و امتثال امر خداوند متعال، نه اصل نیت، در تیمم، به این آیه شریفه استناد کرده است؛ با این بیان که اخلاص جز با نیت تقرب و امتثال تحقق نمی یابد (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۹۰). علامه حلی نیز برای اثبات لزوم استحضار نیت تقرب در طهارت (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۱۴) از این آیه بهره جسته است. چنان که شهید اول نیز برای اعتبار قصد قربت در نیت در عبادات بدان استناد کرده است (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص ۷۵).

سرانجام به آیه شریفه برای اثبات عبادی بودن اوامر شارع استناد شده است. تقریب استدلال، در کنار اثبات نیت قربت در طهارات ثلاث، این چنین است: «لام در ليعبدوا



فقه



برای غایت است، لفظ ما أمرُوا در تقدیر است و دین به معنای قصد است. عطف و یقیموا الصلاة... بر یعبدوا از باب عطف خاص بر عام است که برای تأکید و اهتمام به شأن نماز و زکات صورت گرفته است. پس معنا چنین است: و ما أمرُوا بجمع ما أمرُوا إِلَّا للعبادة حال کونهم مخلصین قصدهم و نیتهم لله. با این استدلال نه تنها وجوب قصد قربت در طهارات ثلاث اثبات می شود، بلکه ثابت می شود که هر مأمور به واجب بایستی بر وجه عبادت انجام شود، مگر اینکه دلیلی بر توصلی بودن آن اقامه شود (آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۳، ص ۴۲۱).

به نظر می رسد علامه طباطبایی در زمره کسانی است که عبادت را در آیه شریفه به معنای عبادت مصطلح می دانند و از همین رو، عطف یقیموا الصلاة و... را از باب عطف خاص بر عام یا عطف جزء بر کل دانسته است (علامه طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۲۰، ص ۳۳۹)؛ چنان که در تفسیری دیگر نیز با همین برداشت روبرو می شویم (استرآبادی، بی تا، ج ۱، ص ۵۶). از آنچه آمد روشن شد که از آیه شریفه برای اثبات اصل قصد و نیت یا شکل های مختلف آن استفاده شده است. این استناد به راحتی در طی قرون انجام می شده است، ولی رفته رفته این استدلال زیر سؤال رفته و بلکه اساساً نگاه آیه به امری بیگانه از نیت در عبادات دانسته شده است. بدین معنا که آیه ناظر به اخلاص در عبودیت و بندگی و پرهیز از بندگی غیر خداوند از قبیل بت ها و طواغیت شمرده شده است. از این رو گفته شده است که ظاهر سیاق آیه مانند نظائرش این است که لام در موضع حرف «آن» است، نه برای غایت، مانند این عبارات قرآنی: «يُرِيدُ اللَّهُ لِيُبَيِّنَ لَكُمْ» (نساء، ۲۶)، «يُرِيدُونَ لِيُطْفِئُوا» (صف، ۸)، «إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ» (احزاب، ۳۳) و «وَأْمُرْنَا لِنُسَلِّمَ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ» (انعام، ۷۱)؛ و تأیید آن قرائت عبدالله است که آن را چنین خوانده است: «وما أمرُوا إِلَّا أن یعبدوا». در مجمع البیان نیز آیه این گونه معنا شده است: «خداوند آنان را امر نکرده مگر برای عبادت خداوند متعال و شرک نورزیدن به عبادت او» (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۱۰، ص ۷۹۴). البته وی در ادامه، استدلال با استفاده از آیه مذکور را برای لزوم نیت قربت در طهارت نقل کرده است (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۱۰، ص ۷۹۴). ظاهر لفظ دین نیز چیزی است که با آن تدین حاصل می شود، نه معنای قصد؛ چنان که ظاهر عطف نیز تأسیس است، نه تأکید. کوتاه

سخن اینکه از آیه شریفه، عمده اصول یعنی توحید و عمده فروع یعنی نماز و زکات دریافت می‌شود (آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۳، ص ۴۲۱؛ میلانی، ۱۳۹۵ق، ج ۲، ص ۲۲۴). ضمن اینکه اگر عبادت در آیه به معنای انجام عمل تعبدی و با قصد قربت باشد و لام برای غایت، نتیجه چنین است که همه اوامر در شریعت برای انجام این نوع عمل است و این درست نیست، زیرا اگر این معنا به نحو تقييد باشد تخصيص اكثر لازم می‌آید و اگر به این معنا باشد که غرض از اوامر، لطف کردن به آماده‌سازی وسیله تعبد و انجام عمل به انگیزه امثال حتی در توصیلات است، از استدلال بیگانه است (میلانی، ۱۳۹۵ق، ج ۲، ص ۲۲۴؛ محقق سبزواری، ۱۲۷۴ق، ج ۱، ص ۲۴). پس به فرض اینکه منظور عبادت باشد، ظاهرش این است که عبادت و اخلاص غایت امر است، نه قید یا جزء آن (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۴۶۰).

آن گونه که پیداست، مفاد آیه شریفه دو چیز است: یکی امر به بندگی و عبودیت چنان که آیات شریفه مشابه دیگر نیز همین معنا را دلالت دارند، و دیگری لزوم قید مراعات اخلاص در بندگی و طاعت با این هدف که بنده در مسیر بندگی و عبودیت از شرک و دوگانه‌پرستی دوری جوید. در هر حال نگاه آیه راجع به اصل تعبدی بودن اوامر شارع یا لزوم نیت یا خصوص قصد قربت در عبادات جاری و مصطلح نیست؛ چنان که سیاق آن با آیات مشابه که درباره عبودیت است همین معنا را می‌رساند^۱ (ر.ک: محقق سبزواری، ۱۲۷۴ق، ج ۱، ص ۲۴).

۲-۶. روایات و تقریب استدلال و تحلیل آن

در روایات متعددی وجود نیت ملاک صحت و نفوذ عمل اعلام شده است. این روایات را می‌توان در ابواب مختلف فقهی داخل دانست؛ به همین دلیل آنها را می‌توان به دسته‌های مختلفی تقسیم کرد: برخی دارای عمومیت‌اند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۷۰)، برخی مربوط به باب یمین (حمیری، ۱۴۱۳ق، ص ۹)، برخی مربوط به باب حج (ابن‌اشعث، بی‌تا، جزء ۱، ص ۶۴)، برخی مربوط به باب طلاق (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۲۶۲)، برخی مربوط به

۱. مانند این آیات: توبه، ۳۱؛ ذاریات، ۵۶؛ قریش، ۳.



فقه

باب صلوات (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۹۴)، بعضی مربوط به باب صوم (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۵۳۳) و برخی مربوط به باب عتق (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۲۲۶) هستند که همگی حاوی عنوان نیت‌اند. این نیت را تعیین کننده حکم شرعی دانسته‌اند. بنابراین نیت تعیین کننده حکم عمل به قصد قربت و بخش عبادیات اختصاص ندارد.

در اینجا تنها به ذکر نمایان‌ترین این روایات که قاعده به آن نام خوانده می‌شود بسنده می‌شود:

وَ عَنْهُ قَالَ أَخْبَرَنَا جَمَاعَةٌ عَنْ أَبِي الْمُفَضَّلِ قَالَ حَدَّثَنِي أَحْمَدُ بْنُ إِسْحَاقَ بْنِ الْعَبَّاسِ أَبُو الْقَاسِمِ الْمُوسَوِيُّ بِدَبَيْلٍ قَالَ أَخْبَرَنِي أَبِي إِسْحَاقُ بْنُ الْعَبَّاسِ قَالَ حَدَّثَنِي إِسْمَاعِيلُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ بْنِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ قَالَ حَدَّثَنِي عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عَلِيُّ بْنُ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ هَذَا عَنْ أَحِبِّهِ وَ هَذَا عَنْ أَبِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَبِيهِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَبِيهِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَعْرَى عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي سَرِيَّةٍ وَ أَمَرَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَتَّبِعُوا مَعَهُ فِي سَرِيَّتِهِ فَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ لِأَخٍ لَهُ أَعْرَى بِنَا فِي سَرِيَّةٍ عَلِيٍّ لَعَلَّنَا نُصِيبُ خَادِمًا أَوْ دَابَّةً أَوْ شَيْئًا نَتَّبَلَّغُ بِهِ فَبَلَغَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قَوْلَهُ فَقَالَ إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَ لِكُلِّ أَمْرٍ مَا نَوَى فَمَنْ عَزَا اتَّبِعَاءَ مَا عِنْدَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ وَ مَنْ عَزَا يُرِيدُ عَرَضَ الدُّنْيَا أَوْ نَوَى عِقَالًا لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مَا نَوَى؛ رسول خدا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ علی عَلَيْهِ السَّلَامُ را در سریه‌ای به جنگ فرستاد و مسلمانان را فرمان داد تا با او در سریه‌اش همراه و فرمان‌بردار شوند. در این هنگام مردی از انصار به برادرش گفت: «با ما در سریه علی عَلَيْهِ السَّلَامُ جنگ کن شاید به خادم یا چارپا یا چیزی که بدان بسنده کنیم رسیم.» چون سخنش به پیامبر اکرم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ رسید، فرمود: «جز این نیست که کارها با نیت است و هر انسانی را کاری است که نیتش کرده است؛ از این رو اگر برای به‌دست آوردن آنچه نزد خداوند عزوجل است بجنگد، بی‌گمان مزدش با خداوند عزوجل است و اگر به قصد متاع دنیا یا زانوبند شتری بجنگد، فقط آنچه را قصد کرده از آن او است (عریضی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۴۷).



فقه

به گفته برخی این گونه اخبار به تواتر معنوی رسیده است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۲۸۶). در این میان برخی حدیث «إنما الأعمال بالنیات» را متواتر ندانسته‌اند (حر عاملی، ۱۴۰۳ق، ص ۲۵۷) و برخی آن را به متواتر لفظی ملحق داشته‌اند (دارابی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۴). برخی آن را ضعیف (میلانی، ۱۳۹۵ق، ج ۲، صص ۲۲۴-۲۲۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۱۰، ص ۵۵۶) و برخی به عکس گفته‌اند که احادیث «إنما الأعمال...» را اگرچه کلینی با سند «حسن کالصحیح» روایت نموده است، ولیکن در کتب صدوق و در ما بین اخبار به عنوان صحیح وارد شده است (مجلسی اول، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۳۷۰). با این همه آنچه معلوم است اینکه می‌توان اخبار «الأعمال بالنیات» را به حسب مضمون دست کم مستفیض شمرد (محقق بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۱، ص ۳۸۳).

اما درباره دلالت این روایات به ویژه حدیث «إنما الأعمال بالنیات» سخن‌ها گفته شده است. در این میان محقق خوبی در مجموع سه وجه را بازگو و این گونه به بررسی آنها پرداخته است:

وجه اول: مراد از نیت، قصد قربت و قصد امتثال است. این وجه درست نیست، زیرا اولاً نیت به حسب عرف و لغت به معنای قصد قربت و امتثال نیست. ثانیاً به فرض پذیرش این معنا، تخصیص اکثر پیش می‌آید که این امری مستهجن است؛ زیرا عبادات در مقایسه با توصیلات بسیار اندک است.

وجه دوم: مراد قصد عناوین افعال است، بدین معنا که وقتی فعل بدون قصد عنوان انجام می‌شود فاسد است و در خارج هیچ اثری بر آن بار نمی‌شود. بنابر این وجه، این اخبار تنها بر این دلالت دارند که در صحت فعل اختیاری، صدور از روی اراده و قصد عنوان اعتبار دارد که دیگر بر لزوم قصد قربت در هر واجبی دلالت ندارد، ولی اخبار بر این معنا نیز دلالت ندارند، چون در افعال متقوم به قصد، مانند واجبات شرعی، بیان اختیاری بودن و قصد عنوان فعل داشتن در این موارد، توضیح واضح است و با شأن امام علیه السلام مناسب ندارد. اما نسبت به توصیلات و افعالی که قوامشان به قصد و اراده عناوینشان نیست، مستلزم محذور تخصیص اکثر هستند، زیرا به ندرت، عناوینشان بدون قصد تحقق نمی‌یابند؛ مانند اینکه کسی با غفلت و بدون قصد عناوینشان آنها را ایجاد





کند یا کسی دیگر آنها را تحقق دهد، مانند شستن لباس برای نماز و مانند آن. افزون بر این که این احتمال نیز مانند احتمال گذشته با برخی اخبار مقام منافات دارد، چون در این زمینه دو روایت حاوی لفظ نیت است که در انتها قید «یا صابة السنة»، به معنای موافق سنت، دارد که نیت با دو معنای قصد قربت و قصد عناوین افعال با این قید منافات دارد، چون معنا ندارد که نیت به این دو معنا به سنت بخورد.

وجه سوم: این وجه که در میان همه صحیح است، این گونه است که منظور از نیت، انگیزه انجام عمل است و معنای روایت این است که اگر افعال صادر از مکلف به انگیزه نیک باشد، نیکو، و اگر به انگیزه زشت باشد، زشت‌اند. به این وجه در ذیل برخی از این روایات تصریح شده است: «ومن غزی یرید عرض الدنیا أو نوی عقالا لم یکن له إلا ما نوی.»؛ چون جنگیدن از سوی دو شخص یک فعل است و از جهت صورت و شکل تفاوتی ندارد و تنها تفاوت در انگیزه است که یکی انگیزه‌اش خداوند متعال است و دیگری غیر او. تأیید این برداشت این است که لفظ نیت در روایت «إنما الأعمال بالنیات» جمع آمده نه مفرد، و این برای بیان مختلف بودن انگیزه‌ها است؛ گاه حسن است و گاه قبیح و گاه هیچکدام. از این رو درست است که گفته شود «الأعمال بالنیات»؛ زیرا افعال به حسب انگیزه‌ها و دواعی مختلف‌اند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، صص ۴۷۲-۴۷۶).

برداشت معنای داعی و انگیزه برای نیت در روایت، معنایی است که میان گذشتگان رایج بوده و لذا، چنان که خواهد آمد، آنان به راحتی برای اثبات نیت، اعم از نیت عنوان و به خصوص نیت قربت از آن بهره می‌جستند، اما رفته‌رفته فقیهان دیگر که در پی آمدند، نه تنها دلالت مشهور این روایت، بلکه دلالت آیات مربوطه را نیز زیر سؤال بردند و از موضوع نیت در عبادات و معاملات بیرونشان دانستند. لذا نه تنها محقق خویی بلکه فقیهان دیگر نیز این معنا را برای نیت در روایت برگزیده‌اند (کاشانی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۷۵؛ خمینی، بی تا، صص ۲۸-۳۰).

اما شاید بتوان با حفظ معنای داعی و انگیزه و غرض، روایات را به گونه‌ای معنا کرد که باز بتوانند لزوم نیت را در اعمال عبادی و معاملات بیان کنند که بدین ترتیب جمله «إنما الأعمال بالنیات» هم چنان کبرایی کلی است که در ذیل برخی نقل‌های آن مانند

روایات یادشده، مصداقی از این کبری آورده شده است.

محقق مراغی با اینکه در یک جا روایت «إنما الأعمال بالنیات» را ناظر به عبادات و معنای قصد قربت دانسته (محقق مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۸۷)، به عکس در جای دیگر منکر آن شده (محقق مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص ۵۱-۵۲). وجه سومی را یاد کرده که بر اساس آن منظور از نیت در روایت، انگیزه و هدف عمل عبادی و غیرعبادی است که بر این اساس در عبادات، غرض قصد قربت است و غایت در معاملات، نقل و انتقال و فک و مانند آن است، و بدین ترتیب غایت و هدف بی آنکه محصور به الهی باشد، در عبادات و معاملات ورود پیدا می کند (محقق مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص ۵۱-۵۲). بدین لحاظ روایت هم چنان دلیل قاعده است. این سعه معنایی در قاعده را می توان در سخن فقهی دیگر نیز یافت که در آغاز منشأ اصل قاعده را روایت «إنما الأعمال بالنیات» بیان می کند و سپس قصد قربت را در قاعده معتبر می داند، ولی پس از آن جریان داشتن قاعده را در اموری غیرعبادی یاد می کند که نیازمند قصد قربت نیستند (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱، صص ۷۵-۱۰۲).

گفتنی است که این معنای عام را می توان درباره معنای جلب ثواب و کمال عمل نیز در روایت پیاده کرد و وجود یا فقدان انگیزه الهی در عمل را موجب جلب ثواب یا نفی آن دانست. این معنای عام در سخن فقهی نیز قابل برداشت است که هنگام سخن از نقض های قاعده با لسان «إنما الأعمال بالنیات» و «لکل امرئ ما نوى» از یک سو، نقض هایی ناظر به صحت فقهی عمل بدون نیت را پیش می کشد و از سوی دیگر نقض هایی ناظر به بردن ثواب بدون انگیزه آن را یاد می کند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، صص ۲۸۸-۲۸۹).

اما آیا فقیهان با نیت به معنای خاص انگیزه حکمی فقهی را ثابت یا تاکید کرده اند؟ پاسخ آری است، مانند این موارد: معروف است که زدن یتیم با انواع نیات و انگیزه ها احکام مختلفی پیدا می کند. به گفته شهید ثانی ضرب الیتیم به انگیزه تعزیر واجب و به قصد تأدیب مستحب و به قصد اهانت حرام است؛ با اینکه ماهیت عمل در همه صور یکی بیش نیست. وی پس از آن حدیث «إنما الأعمال بالنیات» را بر اعتبار نیت یاد کرده است (شهید ثانی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۶۵). به گفته شیخ طوسی، اگر جهادگران به انگیزه تجارت، نه





جهاد، به جنگ آمده باشند، به دلیل این انگیزه، و به تعبیر علامه حلی، به دلیل «إنما الأعمال بالنیات»، سهمی از غنیمت به آنها داده نمی‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۷۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۴، ص ۳۷۲). چنان‌که در بحث انحنای نماز نه به قصد رکوع، صریحاً قصد به معنای غرض آمده و برای اعتبار قصد در عبادات، از جمله محل بحث، از همین قاعده کمک جسته شده است (محقق بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۹، صص ۱۵۸-۱۵۹). همین معنا و همین استناد درباره حرمت و اتمام نماز به دلیل انگیزه حرام از سفر صورت گرفته است (محقق بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۱، صص ۳۸۳-۳۸۴). اموری مانند انقیاد، احسان، تجری نیز با شرایطی، یا طبق برخی دیدگاه‌ها، می‌توانند انگیزه‌هایی باشند که حکم فعل را تغییر می‌دهند.

۶-۳. درک عقل و تقریب استدلال و تحلیل آن

اساساً وقتی یک فعل دارای وجوهی مختلف باشد، عاملی که می‌تواند وجهی را از دیگری تمیز دهد نیت است. بنابراین عقل به لزوم نیت در مشترکات حکم می‌کند و بر اساس نوع نیت است که حکم شرعی خاص آن حضور پیدا می‌کند. هرچند دلیل عقلی وجوب نیت که از سوی برخی فقیهان بیان شده ناظر به بخش عبادات است، اصل دلیل عام است و شامل تمیز افعال عبادی از غیرعبادی است. از این رو، نیت به حسب اختلاف مورد تفاوت می‌کند. اگر فعل مشترک میان عبادت و غیرعبادت شود و نیاز به ممیز داشته باشد، مانند وضو که به گفته برخی مشترک بین ازاله حدث و ازاله خبث و آلودگی است، با قصد قربت یا قصد عنوان (وضو) یا قصد مقدمیت برای نماز، از دیگری تمیز پیدا می‌کند. و اگر فعلی عبادی بود ولی مشترک بین بیش از یک عبادت، به صرف وجه امتیاز قصد قربت که خود میان هر دو مشترک است بسنده نمی‌شود، بلکه نیاز به ممیز و نیتی دیگر است، مانند فعل عبادی نماز در فجر که میان نافله و فریضه صبح مشترک است (میرزای قمی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۶۸) و با نیت عنوان خاص یا وجوب و ندب از یکدیگر تمیز داده می‌شوند. شهید اول می‌نویسد: «تمییز حاصل با نیت گاه برای تمییز عبادت از عادت است و گاه برای تمییز افراد عبادت است، مانند تمییز واجب از نافله و ادا از قضا (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص ۹۰-۹۱)؛ چنان‌که خواندن صیغه طلاق که

مشترک میان انشاء طلاق یا اخبار از آن است با نیت انشاء طلاق، طلاق محسوب می‌شود و مانند آن.

در اینجا دلیل عقلی که از سوی برخی فقیهان برای اثبات وجوب نیت بیان شده، آورده می‌شود:

فخر المحققین دلیل عقلی وجوب نیت را با چند وجه این گونه آورده است:

۱. افعال با یکدیگر مساوی هستند و تنها نیت است که آن را به محض طاعت یا معصیت اختصاص می‌دهد، زیرا زدن یتیم از روی ظلم یا تأدیب یکسان است و جداکننده میان آن دو تنها نیت است.

۲. نفس صدور فعل موجب طاعت نیست، زیرا اعم است، چون صدور فعل در صورت ریا و غیر آن وجود دارد و عام بر خاص دلالت ندارد و اختصاص یافتن تنها با نیت است.

۳. فعل مشروط به اراده است، زیرا نسبت قدرت به فعل و ترک یکی است. بدین جهت ناگزیر از تخصیص دهنده‌ای است که آن نیز اراده است.

۴. ذمه مکلف یقیناً با نیت برائت پیدا می‌کند نه با عدم آن (فخر المحققین، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳).
گذشته از این برخی فقیهان همین دلیل را بدون آنکه نام دلیل عقلی بر آن بنهند، برای لزوم نیت یاد کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۱، ص ۳۱۲؛ شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۴۲۷).
چنان که روشن است، برخی از این وجوه به عبادات اختصاص ندارد و غیرعبادات را نیز در بر دارد.

۷. تطبیقات قاعده نیت در ابواب مختلف فقه

همان‌طور که بحث نیت در روایات به قصد قربت اختصاص ندارد و در نتیجه، نیت در غیرعبادات نیز نقش تعیین‌کننده دارد، فقیهان نیز چون به استدلال با قاعده می‌رسند، آن را نه تنها در عبادات بلکه در غیرعبادات نیز مستند قرار می‌دهند. برای نمونه شیخ مفید درباره کسی که وضو را نه به قصد طهارت (قصد عنوان) و نه به قصد قربت مجزی می‌داند، به این قاعده استناد کرده است (مفید، ۱۴۱۳ق ب، صص ۱۱۷-۱۱۸). سید مرتضی در





اینکه در طلاق الفاظ صریح طلاق کفایت نمی‌کند و به نیت نیز نیازمندند، به قاعده نیت تمسک کرده است (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، صص ۳۰۲-۳۰۳).

استناد به قاعده در بسیاری از ابواب فقهی انجام شده است، از جمله طهارت (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۹۰)، صوم (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۷۲)، ودیعه (مفید، ۱۴۱۳ق الف، صص ۵۵۶-۵۵۷)، طلاق (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۴، ص ۴۵۸)، ظهار (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۳۲۰)، صلوات (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۱، صص ۳۰۷-۳۰۸)، کفارات (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۱، صص ۵۴۸-۵۴۹)، ایمان (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۶، صص ۱۲۶-۱۲۷)، اعتکاف (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، صص ۲۴۱-۲۴۲)، حج (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۳۲)، عتق (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۳۰۰)، وقف (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۵۴۲)، تدبیر (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۸۹)، ایلاء (مؤمن قمی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۶۶)، زکات (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۲، ص ۴۹)، ضحایا (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۶، ص ۵۵)، نذر (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۶، ص ۱۹۴) و حدود (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۶۱).

۸. گستره قاعده با توجه به ادله و اشاره‌ای به تطبیقات فقهی آن

از آنچه آمد، روشن شد که هم سنت و هم عقل می‌توانند لزوم نیت و در حقیقت قاعده را ثابت کنند، بی آنکه به عبادات و قصد قربت اختصاص داشته باشند. این عمومیت در استدلال‌ها و تطبیقات فقهی که یاد شد، به خوبی عیان و آشکار است. توضیح بیشتر این گسترده‌گی اینکه قصدهای دیگری نیز در معاملات و عبادات هست. در عبادات کلامی تابع معاملات، مانند عتق و وقف و مانند آن، و معاملات صرف، تعیین یا تعین، قصد لفظ و مدلول لفظ و تأثیر و اثر لفظ معتبر است و در عبادات کلامی که مقصود از آن فقط گفتن است، مانند قرائت قرآن، ذکر و دعا در نماز یا در غیرنماز و زیارات و مانند آن، فقط قصد لفظ معتبر است. در افعال عبادات و معاملات و معاطات فعلی و حیازت و التقاط و احیاء موات و تذکیه و مانند آن، ظاهر این است که قصد فعل و اثر لازم است. اما در عبادات، افزون بر قصدهای گفته شده، قصد ارتباط به وسیله عبادت با ذات قدسی و اینکه او انگیزه عبادت است، شرط است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۲۷۲)، و قاعده نیت همه این نیت را شامل است.

گفتنی است که اجرای قاعده نیت در جایی است که عناوین مهم آن را تحت الشعاع قرار ندهد، مانند عناوین مفسده از جهات دیگر، مانند اعانت بر اثم و عدوان که نیت در مقابل آن محکوم دانسته می‌شود. برای مثال در پاسخ استفتایی درباره استفاده از فضای مجازی چنین آمده است: «چنانچه فضای سایتهای مزبور موجب ترویج فساد باشد و یا اعانه‌ای به شرکتهای صهیونیستی باشد، ورود به آنها حرام می‌باشد» (کاکاوند، ۱۳۹۴، صص ۲۲-۲۳). این مطلب در بحث قلمرو قاعده قابل بررسی است.

۹. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

از آنچه گذشت دریافتیم که نیت در استدلال‌ها و تطبیقات فقهی به معانی مختلف قصد قربت، قصد عنوان، قصد مدلول و اثر و غایت لفظ و قصد خود لفظ به کار رفته و برای اثبات همه آنها به قاعده نیت استناد شده است، ولی با توجه به اشکالاتی که بر خصوص دلیل روایی قاعده وارد آمده بود، از جمله دلالت دیگر روایات نیت که در نتیجه معنای انگیزه و داعی برداشت شده بود، می‌توان نیت را به معنای مطلق انگیزه و داعی دانست تا بسته به مورد بر همه معانی یادشده نیت تطبیق یابد و از این رهگذر گفت قاعده نیت نه تنها امور عبادی، بلکه در معاملات و فراتر از آن، امور عادی را نیز شامل است؛ بدین معنا که در دو مورد نخست، نبود آن نفی صحت را به دنبال دارد و در اخیر، نفی کمال و ثواب را به بار می‌آورد؛ چنان که برخی تطبیقات فقهی بر آن گواهند. ضمن اینکه در اجرای قاعده باید قواعد معارض یا مخالف را نیز در نظر گرفت که چه بسا قاعده محکوم قواعد فقهی دیگر باشد و توان انطباق بر مسئله را نداشته باشد.





فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. آملی، میرزا محمدتقی. (۱۳۸۰ق). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی (چاپ اول). تهران: مؤلف.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. ابن اشعث، محمد بن محمد اشعث. (بی تا). الجعفریات - الأشعثیات (چاپ اول). تهران: چاپخانه اسلامی.
۴. ابن فارس، ابوالحسین احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقائیس اللغة (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۵. ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۹ق). الرسائل العشر (چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (چاپ سوم). بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۷. ابوالفتوح رازی، حسین بن علی. (۱۴۰۸ق). روض الجنان وروح الجنان فی تفسیر القرآن (چاپ اول). مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی.
۸. استرآبادی، محمد بن علی. (بی تا). آیات الاحکام (چاپ اول). تهران: معراجی.
۹. اشتهاودی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). مدارک العروة (چاپ اول). تهران: دار الأسوة للطباعة والنشر.
۱۰. بنی فضل، مرتضی بن سیف علی. (بی تا). مدارک تحریر الوسيلة - الصلاة.
۱۱. جمعی از محققان. (۱۳۹۳). مأخذشناسی قواعد فقهی (چاپ اول). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۳ق). الفوائد الطوسية (چاپ اول). قم: چاپخانه علمیه.
۱۳. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (چاپ اول). قم: مؤسسة دار التفسیر.
۱۴. حلبی، علی بن حسن. (۱۴۱۴ق). إشارة السبق إلى معرفة الحق (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۱۵. حمیری، عبدالله بن جعفر. (۱۴۱۳ق). قرب الإسناد (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۱۶. خمینی، سید مصطفی موسوی. (بی تا). الواجبات في الصلاة (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). التنقيح في شرح العروة الوثقى (مقرر: میرزا علی غروی، چاپ اول). قم: تحت اشراف جناب آقای لطفی.
۱۸. دارابی، محمد بن محمد. (۱۴۱۸ق). مقامات السالكين (چاپ اول). قم: مرصاد.
۱۹. زبیدی، سید محمد مرتضی حسینی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (چاپ اول). بیروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
۲۰. سید مرتضی، علی بن حسین موسوی. (۱۴۱۵ق). الانتصار في انفرادات الإمامية (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۱. سید مرتضی، علی بن حسین موسوی. (۱۴۱۷ق). المسائل الناصريات (چاپ اول). تهران: رابطة الثقافة و العلاقات الإسلامية.
۲۲. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۰۰ق). القواعد والفوائد (چاپ اول). قم: کتابفروشی مفید.
۲۳. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۹ق). ذکرى الشيعة في أحكام الشريعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۲۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۲۱ق). رسائل الشهيد الثاني (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۵. صدر، سید محمد. (۱۴۲۰ق). ماوراء الفقه (چاپ اول). بیروت: دار الأضواء للطباعة والنشر والتوزيع.
۲۶. طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۲۶ق). مباني منهاج الصالحين (چاپ اول). قم: منشورات قلم الشرق.
۲۷. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۷۲). مجمع البيان في تفسير القرآن (چاپ سوم). تهران: ناصر خسرو.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهاية في مجرد الفقه والفتاوى (چاپ دوم). بیروت: دار الكتاب العربي.





۲۹. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق «الف»). الخلاف (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط في فقه الإمامية (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۳۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق «ب»). تهذيب الأحكام (چاپ چهارم). تهران: دار الكتب الإسلامية.
۳۲. طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). التبيان في تفسير القرآن (چاپ اول). بيروت: دار إحياء التراث العربي.
۳۳. عریضی، علی بن جعفر. (۱۴۰۹ق). مسائل علي بن جعفر و مستدرکاتها (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۳۴. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب في تحقیق المذهب (چاپ اول). مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۳۵. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۶. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذكرة الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۳۷. علامه طباطبائی، محمدحسین. (۱۳۹۰ق). الميزان في تفسير القرآن (چاپ دوم). بيروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۳۸. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۹. فخر المحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد (چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۰. فخر المحققین، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق). الرسالة الفخرية في معرفة النية (چاپ اول). مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۴۱. کاشانی، ملا حبیب الله شریف. (۱۴۰۴ق). مستقصى مدارك القواعد ومنتهی ضوابط الفوائد (چاپ اول). قم: چاپخانه علمیه.

٤٢. كاشف الغطاء، جعفر بن خضر. (١٤٢٢ق). كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
٤٣. كاشف الغطاء، محمدحسین بن علی. (١٣٥٩ق). تحریر المجله (چاپ اول). نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.
٤٤. كاكاوند، زهرا. (١٣٩٤). فضای مجازی در آینه فتوا (حكم شرعی برخی از مراجع). فصلنامه فرهنگ پویا، (٢٩)، صص ٢٢-٢٥.
٤٥. کلینی، محمد بن یعقوب. (١٤٠٧ق). الكافي (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
٤٦. مازندرانی، ملامحمدصالح. (١٣٨٢ق). شرح الكافي (چاپ اول). تهران: المكتبة الإسلامية.
٤٧. مؤمن قمی، علی. (١٤٢١ق). جامع الخلاف والوفاق بین الإمامیه و بین أئمة الحجاز و العراق (چاپ اول). قم: زمينه سازان ظهور امام عصر عجل الله فرجه.
٤٨. مجلسی اول، محمدتقی. (١٤١٤ق). لوامع صاحبقرانی (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
٤٩. مجلسی دوم، محمدباقر. (١٤١٠ق). بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار عليهم السلام (چاپ اول). بیروت: مؤسسة الطبع والنشر.
٥٠. محقق بحرانی، یوسف بن احمد. (١٤٠٥ق). الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٥١. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (١٤٠٧ق)، المعبر في شرح المختصر (چاپ اول). قم: مؤسسه سيد الشهداء عليهم السلام.
٥٢. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (١٤٠٨ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
٥٣. محقق سبزواری، محمدباقر. (١٢٧٤ق). ذخيرة المعاد في شرح الإرشاد (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
٥٤. محقق مراغی، سيد مير عبدالفتاح. (١٤١٧ق). العناوين الفقهية (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٥٥. مصطفوی، سيد محمد کاظم. (١٤٢٣ق). فقه المعاملات (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٥٦. مغربی، قاضی نعمان. (١٣٨٥ق). دعائم الإسلام (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.



فقه

۵۷. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق «الف»). المقنعة (چاپ اول). قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۵۸. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق «ب»). المسائل الصاغانية (چاپ اول). قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۵۹. میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). غنائم الأيام في مسائل الحلال والحرام (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶۰. میلانی، سید محمدهادی حسینی. (۱۳۹۵ق). محاضرات في فقه الإمامية - كتاب الزكاة (چاپ اول). مشهد: مؤسسه چاپ و نشر دانشگاه فردوسی.
۶۱. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربي.



فقه

References

*Holy Quran.

1. A group of researchers. (2014). References of jurisprudential rules (1st ed.). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic].
2. Abu al-Futuh al-Razi, H. (1408 AH). Rawd al-jinan wa-rawh al-janan fi tafsir al-Qur'an (1st ed.). Mashhad: Astan Quds Razavi. [In Arabic].
3. al-Himyari, A. (1413 AH). *Qurb al-isnād* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
4. al-Hurr al-amili. (1403 AH). Fawaid al-Toosiya (1st ed.). Qom: Science Press. [In Arabic].
5. al-Kulayni. (1407 AH). Usul al-Kafi (4th ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
6. Allamah al-Hilli. (1412 AH). Montaha Al-Matlab fi Tahqiq Al-Mazhab (1st ed.). Mashhad: Islamic Research Complex.
7. Allamah al-Hilli. (1413 AH). Qawaid al-Ahkam fi Marifat al-Halal wa al-Haram (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.
8. Allamah al-Hilli. (1414 AH). Note of the jurists (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute.
9. al-Shahid al-Awwal. (1400 AH). Al-Qawaid wa al-Fawaid (1st ed.). Qom: Mufid.
10. al-Shahid al-Awwal. (1419 AH). Al-Dhikra (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute.
11. Al-Shahid al-Thani. (1421 AH). Rasa'il al-Shahid al-Thani (1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office.
12. Al-Shaykh Al-Mufid. (1413 AH b). al-Masail al-Saghaniya (1st ed.). Qom: Shaykh Mufid Millennium World Congress.
13. Al-Shaykh Al-Mufid. (1413 AH). Al-Muqna' (1st ed.). Qom: Shaykh Mufid Millennium World Congress.
14. Amoli, M. M. T. (1380 AH). *Misbah Al-Huda fi Sharh Al-Urwa Al-Wathqa*. Tehran: Moalef. [In Arabic].
15. Arizi, A. (1409 AH). Issues of Ali ibn Ja'far and the evidences (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute.
16. Astarabadi, M. (n.d.). Ayat al-Ahkam (1st ed.). Tehran: Mearaji. [In Arabic].
17. Ayatollah Khomeini. (n.d.). *Al-Wajibat fi l-salat* (1st ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic].
18. Bani Fadl, M. (n.d.). Evidence of writing the means of prayer. [In Arabic].
19. Darabi, M. (1418 AH). Maqamat al-Salekin (1st ed.). Qom: Mersad. [In Arabic].
20. Eshtehardi, A. (1417 AH). Al-Urwa Documents (1st ed.). Tehran: Dar Al-Oswa. [In Arabic].
21. Fadhil Hindi, M. (1416 AH). Discovering the illusions and ambiguities about the rules of rulings (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
22. Fakhr al-Muhaqqiqin, M. (1387 AH). Explaining the benefits in explaining the problems of the rules (1st ed.). Qom: Ismailiyan Institute. [In Arabic].



فقه

23. Fakhr al-Muhaqiqin, M. (1414 AH). The proud letter in the knowledge of the intention (1st ed.). Mashhad: Islamic Research Complex. [In Arabic].
24. Halabi, A. (1414 AH). Isharat al-Sabaq ila Ma'rifat al-Haq (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
25. Hosseini Milani, S. M. H. (1395 AH). Lectures in Imami jurisprudence - the book of Zakat (1st ed.). Mashhad: Ferdowsi University Publishing Institute.
26. Hosseini Zubeidi, S. M. M. (1414 AH). The crown of the bride from the jewel of the dictionary (1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr.
27. Ibn Ash'ath, M. (n.d.) *Al-Ja'fariyat* (1st ed.). Tehran: Islamic Printing House. [In Arabic].
28. Ibn Fahd Hilli, A. (1409 AH). *Al-Rasa'il al-A'shar* (1st ed.). Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi (Ra) Library Publications. [In Arabic].
29. Ibn Faris, A. (1404 AH). *Mu'jam maqayis al-lughah* (1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic].
30. Ibn Idris Hilli, M. (1410 AH). *al-Saraer al-Havi li Tahrir al-Fatawi* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
31. Ibn Manzur. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (3rd ed.). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic].
32. Kakavand, Z. (1394 AP). Cyberspace in the mirror of fatwas (Shari'a ruling of some authorities). Farhang-e Puya, (29), pp. 22-25. [In Persian].
33. Kashif al-Ghita', J. (1422 AH). Discovering the hidden from the ambiguities of the Shari'a of the Ghara (1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic].
34. Kashif al-Ghita', M. H. (1359 AH). Writing the magazine (1st ed.). Najaf Ashraf: Mortazavi Library. [In Arabic].
35. Khoei, S. A. (1418 AH). Al-Tanqih fi sharh of Al-Urwah al-Wuthqa (M. A. Gharavi, Ed., 1st ed.). Qom: n.p. [In Arabic].
36. Maghribi, Q. N. (1385 AH). Duaim al-Islam (2nd ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
37. Majlesi, M. B. (1410 AH). Bihar Al-Anwar (1st ed.). Beirut: Printing and Publishing Foundation. [In Arabic].
38. Majlesi, M. T. (1414 AH). Lavame Sahebqarani (2nd ed.). Qom: Ismailiyan Institute. [In Arabic].
39. Mazandarani, M. M. S. (1382 AH). Sharh al-Kafi (1st ed.). Tehran: Islamic Library. [In Arabic].
40. Mirza Qomi, A. (1417 AH). The spoils of the days in matters of halal and haram (1st ed.). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications.
41. Mohaqiq Bahrani, Y. (1405 AH). al-Hadaiq al-Nazira fi Ahkam al-Itrat al-Tahira (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
42. Mohaqiq Hilli. (1407 AH). Valid in the brief description (1st ed.). Qom: Sayyid al-Shuhada (PBUH) Institute. [In Arabic].
43. Mohaqiq Hilli. (1408 AH). Islamic Sharia in Matters of Halal and Haram (2nd ed.). Qom: Ismailiyan Institute. [In Arabic].
44. Mohaqiq Maraghi, S. M. A. F. (1417 AH). The titles of jurisprudence (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].



45. Mohaqiq Sabzevari, M. B. (1274 AH). Save the resurrection in the explanation of guidance (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
46. Mo'men Qomi, A. (1421 AH). Comprehensive disagreement and agreement between the Imams and between the Imams of Hejaz and Iraq (1st ed.). Qom: Groundbreakers for the emergence of Imam Asr (PBUH). [In Arabic].
47. Mostafavi, S. M. K. (1423 AH). Jurisprudence of transactions (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
48. Najafi, M. H. (1404 AH), The Jewel of the Word in the Explanation of Islamic Laws (7th ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
49. Sadr, S. M. (1420 AH). Transcendental jurisprudence (1st ed.). Beirut: Dar Al-Azwa'.
50. Sayyid Murtadha. (1415 AH). al-Intisār (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.
51. Sayyid Murtadha. (1417 AH). al-Nasiriyyat (1st ed.). Tehran: Cultural Relations and Islamic Relations.
52. Sharif Kashani, M. H. (1404 AH). Direct evidence of rules and termination of benefits rules (1st ed.). Qom: Theological printing house. [In Arabic].
53. Shaykh Tusi. (1387 AH). Al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyya (3rd ed.). Tehran: Mortazavi Library for the Revival of Al-Jaafari Works.
54. Shaykh Tusi. (1400 AH). al-Nihayah fi Mujarrid-i Fiqh wa Fatawa (2nd ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi.
55. Shaykh Tusi. (1407 AH b). Tahdhib Al-Ahkam (4th ed.). Tehran: Islamic Books House.
56. Shaykh Tusi. (1407 AH). Al-Khalaf (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.
57. Shaykh Tusi. (n.d.). Al-Tibbyan Fi Tafsir al-Quran (1st ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
58. Tabarsi, F. (1372 AP). Majma' al-bayan fi Tafsir al-Quran (3rd ed.). Tehran: Nasser Khosrow.
59. Tabatabaei Hakim, S. M. (1416 AH). Mostamsak Al-Urwah al-Wuthqa (1st ed.). Qom: Dar al-Tafsir. [In Arabic].
60. Tabatabaei Qomi, S. T. (1426 AH). Foundations of the Righteous Curriculum (1st ed.). Qom: Qalam al-Sharq.
61. Tabatabaei, S. M. H. (1390 AH). al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an (2nd ed.). Beirut: Scientific Foundation for Publications. [In Arabic]



فقه



The Theory of Conflict of Conditional Obligations in Legislation (A Theory in Legislation Based on Secondary Topics)

Hassanali Ali Akbarian¹

Received: 20/09/2020

Accepted: 15/11/2020

Abstract

The theory of conflict of conditional obligations in legislation is a theory on the scope and criteria of legislation based on the secondary topics (in jurisprudence). According to this theory, it is obligatory to observe the rulings of Islam (including permissible, obligatory, and status rulings) and the goals of religion and the purposes of Sharia in legislation, i.e., the condition for the correctness of legislation and the conditional obligation in legislation. If the obligation to observe one religious ruling in the legislation contradicts the obligation to comply with another religious ruling, or the obligation to observe a purpose of religion or a purpose of Sharia in the legislation, and the legislator considers the other party important, then, the law must be enacted according to the important party. The focus of discussion of this theory is in the position of the legislator against the unimportant ruling. According to this theory, he should ignore the law that is related to the unimportant ruling or enact the law in contradiction with it and appropriate to the important ruling. Since the permissible, obligatory and status rulings, as well as the aims of the religion and the purposes of the Sharia, are the subjects of this conditional obligation, it can be considered as the party to be conflicted. The criterion for permissibility of the law to be ignored, as well as legislation that is contrary to the religious ruling, is to observe the preferred principles of this conflict. In the present paper, the pillars of this theory are explained and proved in a jurisprudential way, to the extent of the capacity of a paper. This theory is related to the discourse of absolute Wilayat Faqih (Guardianship of the Islamic Jurist) and is based on it. The findings of this study are related to the duties of the Expediency Discernment Council (of Iran) in deciding on resolutions of the Islamic Consultative Assembly, which are introduced by the Guardian Council as illegal.

Keywords

Legislation, conflict, conditional obligation, permissible rulings, obligatory rulings, status rulings, purposes of Sharia, goals of religion.

1. Associate professor, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran. ha.aliakbarian@isca.ac.ir.

نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری (نظریه‌ای در قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی)

حسنعلی علی‌اکبریان^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۳۰

چکیده

نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری، نظریه‌ای درباره قلمرو و ضوابط قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی است. بنابر این نظریه، رعایت احکام اسلام (اعم از مباح و الزامی و وضعی) و اهداف دین و مقاصد شریعت در قانون‌گذاری واجب است؛ یعنی شرط صحت قانون‌گذاری و واجب شرطی در قانون‌گذاری است. اگر وجوب رعایت یک حکم شرعی در قانون‌گذاری با وجوب رعایت حکم شرعی دیگر، یا با وجوب رعایت هدفی از اهداف دین یا مقصدی از مقاصد شریعت در قانون‌گذاری تراحم کرد و قانون‌گذار طرف دوم را اهم دانست، باید برای رعایت آن، قانون را مطابق طرف اهم وضع کند. محل بحث این نظریه، در موضع‌گیری قانون‌گذار در برابر حکم غیراهم است. بر اساس این نظریه، او باید قانونی را که مربوط به حکم غیراهم است مسکوت بگذارد یا مغایر با آن و مناسب با حکم اهم وضع کند. از آنجا که احکام مباح و الزامی و وضعی، و نیز اهداف دین و مقاصد شریعت، موضوع این واجب شرطی است، می‌تواند از این طریق طرف تراحم قرار گیرد. معیار جواز سکوت قانون و نیز قانون‌گذاری مغایر با حکم شرعی، رعایت مرجحات همین تراحم است. در این مقاله، ارکان این نظریه تبیین و به روش فقهی، در حد گنجایش یک مقاله، اثبات شده است. این نظریه در فضای گفتمان ولایت مطلقه فقیه و مبتنی بر آن است. یافته‌های این مقاله مربوط به وظایف مجمع تشخیص مصلحت نظام در تصمیم‌گیری درباره مصوباتی از مجلس شورای اسلامی است که توسط شورای نگهبان، خلاف شریعت معرفی می‌شوند.

کلیدواژه‌ها

قانون‌گذاری، تراحم، واجب شرطی، مباحات، الزامیات، وضعیات، مقاصد شریعت، اهداف دین.

ha.aliakbarian@isca.ac.ir

۱. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. قم، ایران.

* علی‌اکبریان، حسنعلی. (۱۳۹۹). نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری (نظریه‌ای در قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی). فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۷(۱۰۳)، صص ۳۷-۶۲. Doi: 10.22081/jf.2020.58872.2132





۱. مقدمه

در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، گاه قانون مغایر با حکم اولی شرعی (به تشخیص فقهای شورای نگهبان) و بر اساس مصلحت (با تصویب مجمع تشخیص مصلحت) وضع می‌شود. این مسئله گرچه بنابر مبنای ولایت مطلقه فقیه فی‌الجمله مورد پذیرش است، ولی قلمرو و ضوابط آن نیازمند نظریه‌پردازی است و نظریات موجود در تبیین فقهی حیطه اختیارات و ضوابط آن نیازمند تنقیح بیشتر است. در نظریه «تزامم واجبات شرطی در قانون‌گذاری» که در کرسی تخصصی نوآوری در تاریخ ۱۹ دی ۱۳۹۸ در پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی به تصویب رسید، در این باره آمده است: رعایت احکام اسلام (اعم از مباح و الزامی و وضعی) و اهداف دین و مقاصد شریعت، در قانون‌گذاری واجب است. یعنی شرط صحت قانون‌گذاری و واجب شرطی در قانون‌گذاری است. اگر وجوب رعایت یک حکم شرعی در قانون‌گذاری با وجوب رعایت حکم شرعی دیگر، یا با وجوب رعایت هدفی از اهداف دین یا مقصدی از مقاصد شریعت در قانون‌گذاری تزامم کرد و قانون‌گذار طرف دوم را اهم دانست، باید برای رعایت آن، قانون را مطابق طرف اهم وضع کند. محل بحث این نظریه، در موضع‌گیری قانون‌گذار در برابر حکم غیراهم است. این نظریه بر آن است که او باید قانونی را که مربوط به حکم غیراهم است مسکوت بگذارد یا مغایر با آن و مناسب با حکم اهم وضع کند. از آنجا که احکام مباح و الزامی و وضعی، و نیز اهداف دین و مقاصد شریعت، موضوع این واجب شرطی هستند، می‌تواند از این طریق طرف تزامم قرار گیرد. معیار جواز سکوت قانون و نیز قانون‌گذاری مغایر با حکم شرعی، رعایت مرجحات همین تزامم است. این نظریه در فضای گفتمان ولایت مطلقه فقیه و مبتنی بر آن است.

به‌طور خلاصه، نظریه «تزامم واجبات شرطی در قانون‌گذاری» چهار مسئله را در این باره حل می‌کند:

۱. قلمروی از احکام شرعی که قانون‌گذار می‌تواند یا باید در آن قلمرو، قانون مغایر با یک حکم شرعی (به فتوای معیار در قانون‌گذاری) وضع کند: در این نظریه،

جميع احكام شرعى، اعم از تكليفى مباح و تكليفى الزامى و وضعى - كه داراى جنبه اجتماعى باشند- داخل در اين قلمرو شمرده شده است.

۲. ضابطه‌اى كه قانون‌گذار طبق آن مجاز است يا بايد قانون را مغاير با يك حكم شرعى وضع كند: در اين نظريه، فقط ضابطه تزامم و اجبات شرطى در قانون‌گذارى به عنوان معيار جواز يا لزوم وضع قانون مغاير با حكم شرعى معتبر دانسته شده است.

۳. امورى كه مى‌تواند طرف اين تزامم قرار گيرد: در اين نظريه، نه تنها احكام شرعى مباح و الزامى و وضعى، بلكه مقاصد شريعت و اهداف دين نيز مى‌تواند به دليل وجوب رعايت آنها در قانون‌گذارى طرف تزامم قرار گيرد كه در اين نظريه فقط «عدالت» به عنوان يكي از مهم‌ترين اهداف دين و مقاصد شريعت مطرح مى‌شود.

۴. موارد جواز يا لزوم سكوت عمده قانون در برابر يك حكم شرعى: در اين نظريه، در همه مواردى كه وضع قانون مغاير با حكم شرعى، جازى يا لازم مى‌شود، چنانچه قانون‌گذار بتواند با سكوت قانونى درباره حكم غير اهم در ظرف تزامم، امكان اجراى فى الجملة آن را بدون مزاحمت با طرف اهم فراهم كند، سكوت قانونى، مقدم بر وضع قانون مغاير با حكم شرعى دانسته شده است.

در اين مقاله، اركان اين نظريه و ادله آن بيان مى‌شود و نسبت آن با نظريات ديگر در اين باره، به دليل محدوديت حجم مقاله، فقط به اشاره و در حد نياز براى فهم خود اين نظريه بيان مى‌گردد.

۲. مفاهيم

۲-۱. قانون‌گذارى

قانون در اصطلاح حقوقى، دستورى كلى (و گاه جزئى) است كه به وسيله مرجع صالح انشاء شده و به وسيله مجالس قانون‌گذارى تصويب، و سپس به توشيح مرجع صلاحيت‌دار برسد (جعفرى لنگرودى، ۱۳۷۷، ص ۵۱۷، بند ۴۰۹۱). اين معنا از قانون، معناى اخص آن است كه در اين نوشتار نيز همين معنا مراد است. قانون، معناى اعمى نيز دارد كه



شامل آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها و سایر مقررات حکومتی می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ص ۵۱۷، بند ۴۰۹۱).

۲-۲. سکوت قانونی

در جایی که اقتضای وضع قانون وجود دارد ولی قانون‌گذار قانونی را وضع نکرده است، سکوت قانونی یا خلأ قانونی وجود دارد. همچنین در موارد تعارض یا اجمال و ابهام قانون نیز سکوت حکمی قانون وجود دارد (دانش‌پژوه، ۱۳۸۹، ص ۲۵۳). این سکوت می‌تواند عمدی یا از روی سهو یا جهل باشد. در اینجا سکوت عمدی قانون مراد است.

۲-۳. احکام تکلیفی

مراد از احکام تکلیفی، واجبات، محرمات، مستحبات، مکروهات، و مباحات به معنای اخص است؛ دو دسته نخست از الزامیات هستند و سه دسته دیگر از مباحات به معنای اعم. مباحات می‌توانند اقتضایی یا غیراقتضایی باشند (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۰).

۲-۴. احکام وضعی

هر حکم شرعی‌ای که به صورت غیرمباشر، افعال مکلفان را جهت‌دهی کند حکم وضعی است (صدر، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۴۶). برخی هر حکم شرعی غیرتکلیفی را وضعی دانسته‌اند (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۱).

۲-۵. مقاصد شریعت و اهداف دین

مقاصد شریعت غایات و اسراری است که شارع در احکام لحاظ کرده است (فاسی، ۱۹۹۱م، ص ۷). مقاصد به عام و خاص و جزئی تقسیم شده است (یوبی، ۱۴۱۴ق، صص ۳۸۸-۴۱۵) که مراد از آن در این نظریه، همه مراتب آن است؛ گرچه این نظریه فعلاً فقط بر عدالت به عنوان یکی از مهم‌ترین مقاصد عام شریعت تأکید دارد. از آنجا که دین گسترده‌تر از شریعت است و مثلاً اخلاق را نیز در بر می‌گیرد، اهداف دین از مقاصد شریعت گسترده‌تر است.



فقه

۲-۶. عدالت

عدالت به صوری و ماهوی تقسیم شده است؛ عدالت صوری برابری انسان‌ها در برابر قانون و احکام شرعی است و عدالت ماهوی به محتوای قانون مربوط است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۶۱۷، عنوان ۲۳۹). مراد از آن در اینجا عدالت ماهوی است.

۲-۷. تراحم

تراحم در عنوان این نظریه تراحم امتثالی است و به معنای عدم امکان مکلف در امتثال دو حکم الزامی با یکدیگر است (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۰۸).

۲-۸. واجب شرعی

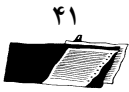
واجب شرعی در برابر واجب نفسی و به معنای شرط واجب برای یک واجب یا مستحب نفسی است. به واجب شرعی، واجب ضمنی یا غیرری نیز گفته می‌شود (ر.ک: ایروانی، ۲۰۰۷م، ج ۱، ص ۳۸۱).

۳. ارکان نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری

این نظریه دارای هفت رکن، به شرح زیر است:

۳-۱. رکن اول

قانون‌گذاری وجوب مقدمی دارد و دست‌کم در موارد اختلاف فتوا باید به صورت حکم ولایی باشد: حاکم اسلامی باید جامعه خود را به گونه‌ای اداره کند که احکام اسلام و اهداف دین و مقاصد شریعت در آن محقق شود. چنین کاری گاه متوقف بر قانون‌گذاری است؛ و امروز این توقف محرز است. پس قانون‌گذاری در امروز وجوب مقدمی دارد. یکی از اسباب این وجوب مقدمی در حکومت اسلامی در دنیای امروز آن است که حکومت باید موضع خود را درباره احکامی که اقتضای وضع قانون بر اساس آنها وجود دارد، و مبتلا به اختلاف فتوا است روشن کند و بر این اساس نمی‌تواند حکم



۴۱

شرعی را به فتاوا یا به فتوای قانون‌گذار رها کند. پس حکومت نمی‌تواند مسئولیت خود را در قبال احکام شرعی، به‌صرف وجود احکام شرعی و بدون تبدیل آنها به قانون و حکم ولایی انجام دهد.

۲-۳. رکن دوم

رعایت احکام شرعی، شرط قانون‌گذاری، یعنی واجب شرعی در قانون‌گذاری است: قانون‌گذار باید در قانون‌گذاری، احکام اسلام را (چه مباح، چه الزامی و چه وضعی) رعایت کند و نمی‌تواند بدون مجوز شرعی، قانونی را مغایر با هیچ‌یک از احکام شرعی، حتی با مباحات، وضع کند، و یا به‌گونه‌ای درباره یک حکم شرعی سکوت کند که نشان از عدم ضمانت اجرای آن باشد. پس رعایت احکام شرعی، شرط قانون‌گذاری است، یعنی واجب شرعی در قانون‌گذاری است.



فقه

۳-۳. رکن سوم

احکام مباح و وضعی، مانند احکام الزامی، موضوع واجب شرعی در قانون‌گذاری است و از این طریق ممکن است طرف تراحم قرار گیرد: در برخی موارد، قانون‌گذار باید به دلیل تراحم امتثالی خاصی که برای او رخ می‌دهد، قانون را مغایر با یک حکم شرعی وضع کند. احکامی که ممکن است مشمول چنین تراحمی قرار گیرد، هم شامل احکام تکلیفی الزامی می‌شود، و هم شامل احکام تکلیفی مباح و احکام وضعی. تراحم امتثالی، در احکام تکلیفی الزامی متصور است؛ و حداکثر بنا بر برخی مبانی، در مستحبات نیز جاری است، ولی وجه امکان شمول این تراحم نسبت به سایر احکام مباح و احکام وضعی، آن است که رعایت آنها در قانون‌گذاری واجب است و در واقع «وجوب رعایت آنها در قانون‌گذاری» طرف تراحم قرار گرفته است، نه خود آنها؛ یعنی مثلاً وجوب رعایت حکم بطلان معامله ربوی در قانون‌گذاری، طرف تراحم با وجوب رعایت یک حکم شرعی دیگر قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، جمیع احکام اسلام - که قانون بر اساس آنها وضع می‌شود - چه تکلیفی مباح، چه تکلیفی الزامی، و چه وضعی، «موضوع» این واجب شرعی است.

۳-۴. رکن چهارم

عدالت نیز موضوع واجب شرعی در قانون‌گذاری است و از این طریق ممکن است طرف تزامم قرار گیرد: علاوه بر احکام شرعی، اهداف دین و مقاصد شریعت نیز در قانون‌گذاری لازم‌الرعایه هستند. پس رعایت آنها نیز واجب شرعی در قانون‌گذاری است، و از این حیث می‌توانند طرف تزامم قرار گیرند. در این نظریه، فقط «عدالت» به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اهداف دین و مقاصد شریعت مورد توجه است؛ مثلاً ممکن است وجوب رعایت یک حکم الزامی در قانون‌گذاری با وجوب رعایت عدالت در قانون‌گذاری تزامم کند.

۳-۵. رکن پنجم

وقوع تزامم امثالی میان واجبات شرعی ممکن است: وقوع تزامم امثالی میان واجبات شرعی، مانند وقوع تزامم میان سایر احکام الزامی ممکن است.

۳-۶. رکن ششم

تزامم در این نظریه میان واجبات شرعی در قانون‌گذاری است، نه میان واجبات نفسی: تأکید می‌شود که این تزامم میان واجبات شرعی است، نه میان خود احکام شرعی.

۳-۷. رکن هفتم

در موارد جواز وضع قانون مغایر با حکم شرعی، سکوت قانونی مقدم است: در مواردی که قانون‌گذار باید به دلیل تزامم یادشده، قانون را مغایر با حکم شرعی به فتوای خودش وضع کند، چنان‌چه با «سکوت قانونی» در برابر آن حکم شرعی بتواند بدون تزامم، آن حکم شرعی را نیز فی‌الجمله در جامعه محقق سازد، سکوت قانونی، مقدم بر وضع قانون مغایر با حکم شرعی خواهد بود. به عبارت دیگر، به جای اینکه یک قانون منطبق بر حکم مهم و یک قانون مغایر با حکم مهم وضع کند، فقط قانون منطبق بر حکم مهم را وضع می‌کند و درباره حکم مهم سکوت می‌کند.



ف

۴. نظریه‌ها و آرای دیگر در این باره

قلمرو اختیارات ولی فقیه در ادبیات قدیم فقهی، با اصطلاحات «ولایت در امور حسبه» و «ولایت عامه» و «ولایت مطلقه» و مانند آن بیان می‌شد و در ادبیات جدید، به صورت ولایت تدخّل در مباحات و ولایت تدخّل در احکام تکلیفی الزامی و مانند آن بیان می‌شود. این ادبیات جدید، از سوی معتقدان به ولایت مطلقه فقیه ارائه می‌شود که در واقع، نظریات آنان تعیین‌کننده قلمرو اطلاق ولایت در احکام شرعی است. در اینجا به سه گروه از این ادبیات جدید اشاره می‌شود:

الف. نظریه اختیار قانون‌گذاری در حیطه مباحات: علامه طباطبایی (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴) و شهید صدر (صدر، ۱۳۸۲، صص ۶۸۷-۶۸۹) از کسانی هستند که اختیارات حکومت اسلامی در این رابطه را در قلمرو مباحات می‌دانند. مهم‌ترین دلیل اینان - با استناد به آیه «النبی اولى بالمؤمنین من أنفسهم» (احزاب، ۶) و با تشبیه اختیار حکومت به اختیار فرد مکلف در مباحات (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴) - آن است که قانون‌گذاری در این قلمرو باعث مخالفت با حکم شرعی نمی‌شود، زیرا حکم مباح مخالفت ندارد؛ پس اگر حاکم اسلامی مباحی را ممنوع کرد یا آن را الزامی کرد با حکم شرعی مخالفت نکرده است، یا باعث تغییر حکم شرعی نشده است. ضابطه اینان در جواز وضع قانون مغایر با حکم شرعی مباح، وجود مصلحت (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴؛ صدر، ۱۳۸۲، ص ۴۱۱) یا مصلحت عام اجتماعی (صدر، ۱۳۸۲، ص ۴۴۵) در آن است.

ب. نظریه اختیار قانون‌گذاری در حیطه همه احکام تکلیفی: صاحبان این نظریه با نظریه نخست در قلمرو مباحات موافق‌اند، ولی این اختیار را شامل احکام الزامی نیز می‌دانند (هادوی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۰-۱۳۱). ضابطه اینان در وضع قانون مغایر با احکام تکلیفی الزامی، وقوع تراحم میان آنها است (هادوی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۰-۱۳۱).

ج. رأی اختیار قانون‌گذاری مغایر با مطلق احکام شرعی و بر اساس مصالح و مقاصد: در کنار این دو نظریه، نظرهای دیگری وجود دارد که گرچه در برخی زوایا از دو نظریه یادشده گسترده‌تر هستند، اما به دلیل فقدان نظریه‌پردازی در اعطای ضابطه دقیق، جداگانه بیان می‌شوند؛ مانند کسانی که قلمرو احکام وضعی را نیز مشمول چنین



فقه

اختیاری دانسته‌اند (ارسطا، ۱۳۹۲، صص ۶۵۳-۶۷۶)، اما ضابطه آن را به‌طور کلی مصلحت اسلام و مسلمین (ارسطا، ۱۳۹۲، ص ۶۵۴) یا مصلحت‌أهم (ارسطا، ۱۳۹۲، ص ۶۵۶) معرفی کرده‌اند و معلوم نکرده‌اند که اولاً این مصلحت چیست و چه ضابطه‌ای دارد. ابهام آن از آنجا است که چنین مصلحتی تعریف نشده است و بسیار کلی و سیال و سلیقه‌ای است، مگر آنکه به اهداف دین و مقاصد شریعت بازگردد. ثانیاً معلوم نکرده‌اند که چگونه این مصلحت و نیز احکام وضعی، طرف مقایسه با احکام تکلیفی الزامی قرار می‌گیرد؛ یعنی معلوم نکرده‌اند که آیا این مقایسه به تراحم ملاکی است یا تراحم امتثالی یا اصلاً از باب تراحم نیست. تراحم امتثالی فقط در احکام تکلیفی الزامی است، و احکام غیرالزامی را در بر نمی‌گیرد. تطبیق تراحم ملاکی در این بحث نیز مشکلات خود را دارد؛ از جمله اینکه در موارد تراحم ملاکی باید دو خطاب وجود داشته باشد که با هم تعارض کنند و باید به مرجحات باب تعارض رجوع کرد، نه مرجحات باب تراحم (البته شاید فی الجمله با مناقشاتی بتوان معلوم‌الاهمیه را محصل ترجیح دلالی دانست) (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۰۵ق، ج ۷، صص ۱۴۴-۱۵۱). و نیز مانند کسانی که مقاصد شریعت را در کنار احکام اسلام در قانون‌گذاری لازم‌الرعایه دانسته‌اند (صرامی، ۱۳۹۲، صص ۶۱۹-۶۲۱؛ جوادی آملی، ۱۳۶۸، صص ۸۶-۹۱)، ولی نظریه‌ای جز کلیت‌أهم و مهم در مقایسه مقاصد با احکام، و یا مقایسه احکام وضعی و مباح در این‌أهم و مهم ارائه نداده‌اند. مشکل اساسی این تعابیر، کاربرد تسامحی تراحم و مبهم‌گویی در رعایت‌أهم و مهم است.

لازم به ذکر است که اختلاف اینان با نظریه مختار، صرفاً در به‌کارگیری صحیح اصطلاح تراحم در نظریه مختار و تسامح در اصلاح در ادبیات آنان نیست و اختلاف ماهوی نیز دارند. مهم‌ترین اختلاف ماهوی نظریه مختار و این‌انظار در تعیین آن چیزی است که دقیقاً طرف تراحم قرار گرفته و در تعیین ضابطه و ملاک ترجیح در این تراحم است.

تبیین اشتراکات و افتراقات نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری با این سه دسته، به همراه نقد آنها، به دلیل محدودیت حجم مقاله، نیازمند اختصاص مقاله مستقل دیگری است.



۵. ادله هر یک از ارکان نظریه

۵-۱. دلیل رکن اول

دلیل این رکن در مطالب زیر بیان می‌شود:

۱. مسئولیت حکومت اسلامی در به‌اجرا درآوردن احکام اسلام در جامعه، (فی‌الجمله) مدعای جدیدی نیست و ادله نقلی زیادی بر آن دلالت دارد؛ دلیل عقلی ولایت فقیه نیز مشتمل بر آن است. این نظریه، اصل ولایت مطلقه فقیه را پیش‌فرض می‌گیرد و درباره قلمرو آن سخن می‌گوید. ادله مسئولیت حکومت در قبال احکام اسلام در دلیل رکن دوم این نظریه تبیین خواهد شد.

۲. اگر حکومت نتواند مسئولیت خود را در قبال احکام اسلام، بدون وضع قانون ایفا کند، قانون‌گذاری از باب مقدمه واجب خواهد شد (گرچه این وجوب عقلی باشد). یکی از اسباب احراز این تقدم، گستردگی و پیچیدگی اداره حکومت در عصر حاضر است که موضوعی مورد پذیرش حقوق‌دانان، به‌عنوان اهل‌خبره این موضوع است.

۳. دلیل اینکه قانون باید به‌صورت حکم ولایی صادر شود آن است که هر کس باید احکام شرعی را بر اساس فتوای خودش (اجتهاداً یا تقلیداً) امثال کند. اگر قانون به‌صورت حکم ولایی درنیاید، در صورتی که آن قانون، خلاف فتوای یک شهروند باشد، آن شهروند مسئول نیست آن قانون را امثال کند؛ بلکه باید از فتوای خود پیروی کند. همچنین حکومت نمی‌تواند او را ملزم به آن قانون کند و حق این کار را ندارد. اگر آن شهروند با قانون مخالفت کرد، حکومت حق مجازات او را نیز ندارد. این مسئله در فقه امر به معروف و نهی از منکر بحث شده است (موسوی خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۱، ص ۴۶۶، مسئله ۲).

در این حالت، تنها دلیل شرعی‌ای که می‌تواند اطاعت از قانون را بر آن شهروند الزام کند، مبنای حرمت اختلال نظام یا وجوب حفظ نظام است؛ اما این مبنا فقط بر اساس تزامم با احکام شرعی و تقدم آن بر احکام شرعی، آن هم بنابر تشخیص شهروند، کارایی حکومتی دارد و تأثیر آن در این باره، بسیار کمتر از جایی است که قانون‌گذار همه قوانین را به‌صورت حکم ولایی صادر کرده باشد.



اما اگر آن قانون به صورت حکم ولایی صادر شده باشد، هم اطاعت از قانون بر آن شهروند واجب می‌شود، هم حکومت حق الزام او به قانون را دارد، و هم می‌تواند او را در فرض مخالفت با قانون مجازات کند. حتی در مسائلی که اختلاف فتوا وجود ندارد و قانون نیز منطبق بر آن حکم شرعی است -طبق مبنای عدم تکلیف غیرمسلمانان به فروع- حکومت نمی‌تواند غیرمسلمانان و حتی صاحبان دیگر مذاهب اسلامی را الزام به آن قانون کند. ولی اگر قانون حکم ولایی باشد، الزام آنان وجه شرعی پیدا می‌کند.

۴. حیثیت دیگری نیز برای لزوم ولایی بودن قانون وجود دارد که شامل موارد اتفاق فتوا نیز می‌شود، و آن اینکه گاه لازم است حکومت در تنفیذ یک حکم شرعی -حتی در موارد اتفاق فتوا- مصداقی از مصادیق آن حکم را قانوناً لازم یا ممنوع کند، به گونه‌ای که شهروندان بدون آن قانون در انتخاب آن مصداق آزاد بوده باشند. این مسئله ممکن است در موارد زیر رخ دهد:

- در موارد تخییر عقلی (مصادیق واجبات تعیینی).

- در موارد تخییر شرعی (اطراف واجبات تخییری).

- در موارد تخییر کفایی (در کفائیات موسع).

۵-۲. دلیل رکن دوم

دلیل این رکن در مطالب زیر ارائه می‌شود:

۱. تأکید اصلی در این دلیل، بر لزوم رعایت احکام مباح در قانون‌گذاری، مانند لزوم رعایت احکام الزامی و وضعی است، تا مابه‌الامتیاز نظریه مختار را با دو نظریه رقیب اثبات کند؛ زیرا دو نظریه دیگر، در لزوم رعایت سایر احکام در قانون‌گذاری، با نظریه مختار مشترک هستند و لزومی به اثبات آن نیست.

برخی از روایاتی که بر لزوم رعایت احکام مباح -و بلکه مطلق احکام- در قانون‌گذاری دلالت دارند عبارتند از:

«... وإمضاء الحدود والأحكام ... الإمام يحل حلال الله، ويحرم حرام الله، ويقم حدود الله، ويذب عن دين الله» (کلینی رازی، ۱۳۸۸ق، ج ۱، ص ۲۰۰؛ صدوق، ۱۴۰۵ق، ص ۶۷۵).





حلال در این روایت شامل مباحات به معنای اعم نیز می‌شود و تعبیر «امضاء» و «یحل» و «یحرم» صرف اخبار نیست و شامل تنفیذ - که قانون‌گذاری نیز تنفیذ احکام است - می‌شود.

«مجارى الأمور و الأحكام على أیدی العلماء بالله الأمانة على حلاله و حرامه» (حرانی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۳۸)؛ تعبیر مجاری در این روایت مربوط به مقام اجرا و تحقق احکام است که مجال قانون‌گذاری است. «وأظهر أمر الإسلام كلاً صغیرة و کبیرة» (حرانی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۶)؛ تعبیر «أظهر» شامل تنفیذ حکم شرعی از مجرای قانون‌گذاری می‌شود و تعبیر «صغیره و کبیره» دلالت بر شمول در همه احکام اسلام بلکه اهداف و مقاصد اسلام دارد.

گرچه سند تک‌تک این روایات به تنهایی برای اثبات مدعا کافی نیست، اما مجموع آنها و ادله دیگری که آن را تأیید می‌کند (مانند ادله‌ای که در دلیل رکن چهارم خواهد آمد) برای استناد کافی است. مستفاد از این ادله، صرفاً مشروعیت و جواز قانون‌گذاری مطابق با احکام شرعی نیست، بلکه علاوه بر آن، وجوب رعایت احکام شرعی را نیز در جایی که قانون‌گذاری واجب می‌شود، اثبات می‌کند. پس قانون‌گذار حق ندارد بدون مجوز شرعی، قانونی را مغایر با احکام شرعی، حتی مغایر با مباحات، وضع کند.

۲. مناسبت حکم و موضوع باعث می‌شود اطلاق این ادله به احکامی اختصاص یابد که عرفاً مناسب دخالت حکومت در آن است. بنابراین، وجوب رعایت احکامی در طرف «تزام و واجبات شرطی در قانون‌گذاری» قرار می‌گیرد که به اداره جامعه مربوط می‌شود و مشمول این قرینه مناسبت حکم و موضوع باشد.

شایان ذکر است که حکومت در احکامی نیز که خارج از شمول این قرینه مناسبت حکم و موضوع است که به تسامح می‌توان آن را «حریم خصوصی» نامید، قانون وضع می‌کند؛ مانند احکام عبادات و احکام روابط شخصی افراد با یکدیگر و ... که گرچه قانون‌گذار آنها را قانونی نمی‌کند، اما برای حمایت از آنها، قوانینی در آن باره وضع می‌کند؛ مانند قانون حمایت از حریم خصوصی و قوانین مربوط به مساجد و اوقاف و سایر نهادهای فرهنگی.

۴. تأکید می‌شود که مسئولیت حاکم اسلامی و قانون‌گذار در قبال احکام شرعی، یک

حکم شرعی نفسی مستقل نیست، بلکه این است که باید آنها را در اداره جامعه رعایت کند و جامعه را بر اساس آنها اداره کند. به عبارت دیگر، رعایت احکام شرعی، شرط قانون گذاری است. این مسئله در عنوان «دلیل رکن ششم» بیشتر توضیح داده می شود.

۵-۳. دلیل رکن سوم

امکان وقوع تراحم امتثالی میان احکام تکلیفی الزامی مشکلی ندارد. بنابر برخی مبانی (ر.ک: مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۰۸؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۰۵ق، صص ۱۵۹-۱۶۰)، میان مستحبات نیز امکان وقوع تراحم وجود دارد. این نیز مسئله ای مبنایی است و مشکلی به بار نمی آورد. مشکل در وقوع تراحم در مباحات و وضعیات است. به هر حال، در اینجا دو مطلب درباره تراحم در الزامیات و تراحم در مباحات و وضعیات بیان می شود تا مبنای نظریه مختار و امتیاز آن از نظریات دیگر روشن شود:

۵-۳-۱. چگونگی قرار گرفتن احکام تکلیفی الزامی در طرف تراحم، بنابر نظریات

دیگر و نظریه مختار

کسانی که احکام الزامی را نیز علاوه بر مباحات، داخل در اختیارات حاکم اسلامی در صدور حکم ولایی مغایر با حکم شرعی دانسته اند، مشروعیت این دخالت را به دو گونه توجیه کرده اند:

نخست، توجیه از طریق قاعده ترجیح در تراحم میان الزامیات: وقتی دو حکم الزامی در قلمرو احکام اجتماعی با یکدیگر تراحم کردند رفع تراحم آن در اختیار حاکم اسلامی است و او باید برای رعایت حکم اهم، حکم ولایی مغایر با حکم مهم صادر کند (هادوی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۰-۱۳۱).

دوم، توجیه از طریق غیرالزامی شمردن حکم غیراَهم در ظرف تراحم با حکم اهم: وقوع تراحم میان دو حکم الزامی، باعث غیرالزامی شدن حکم غیراَهم می شود، و از این طریق، داخل در اختیارات حاکم اسلامی در صدور حکم ولایی مغایر با حکم شرعی می شود (حسینی حائری، ۱۴۱۴ق، ص ۱۶۵).





نظریهٔ مختار با هر دو توجیه مخالف است.

مخالفت نظریه مختار با توجیه نخست به دو وجه است:

وجه نخست: از یک سو، تراحم امثالی فقط در حیطه احکام تکلیفی الزامی است و شامل احکام وضعی نمی‌شود، و از سوی دیگر، اطلاق ادله ولایت فقیه، شامل اختیارات حاکم اسلامی در حیطه احکام وضعی نیز می‌شود. تصویری که این توجیه ارائه داده و می‌تواند ارائه دهد، فقط در حیطه احکام تکلیفی الزامی است. شاید به همین دلیل، نظریه دوم نتوانسته است توجیهی برای شمول این اختیارات در حیطه احکام وضعی بیان کند. این در حالی است که نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری با تصویری که از تراحم ترسیم کرده است نه تنها نتوانسته است احکام وضعی را نیز در حیطه اختیارات حاکم اسلامی در قالب تراحم ترسیم کند، بلکه مباحات را نیز و حتی اهداف و مقاصد را نیز - که از سنخ حکم شرعی نیستند - در قالب تراحم ترسیم کند. به عبارت دیگر، گنجایش توجیه و تفسیر تراحم در نظریه مختار، بسیار گسترده‌تر از توجیه یادشده است.

وجه دوم: حتی در وادی احکام تکلیفی الزامی نیز برای اینکه بتوان مسئولیت حاکم اسلامی در رفع تراحم را توجیه کرد، باید او را مبتلای به اطراف تراحم دانست. نظریهٔ تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری اولاً این کار را می‌کند و معتقد است بدون آن نمی‌توان حاکم اسلامی را همواره مبتلای به همه اطراف تراحم دانست؛ یعنی نمی‌توان با نظریه تراحم امثالی، بدون اینکه مبنای مختار در آن لحاظ شود، حاکم اسلامی را مبتلای به همه احکام دانست، ولی بنابر مبنای مختار، او در هنگام وضع قانون و صدور حکم ولایی، مکلف به رعایت همه احکام و اهداف و مقاصد در آن باره است؛ پس در آن واحد، مبتلای به همه آنها است. ثانیاً حتی اطلاق ادلهٔ ولایت فقیه نیز با این نظریه می‌تواند او را مبتلای به همه احکام شرعی کند. توضیح بیشتر درباره نیاز به ابتلای حاکم اسلامی به اطراف تراحم، در عنوان «دلیل رکن ششم» خواهد آمد.

مخالفت نظریه مختار با توجیه دوم نیز به سه وجه است:

وجه نخست: اینان اختیار حاکم اسلامی در مباحات را مستند به این می‌کنند که رعایت مباحات برای حاکم اسلامی لازم نیست. به نظر نویسنده، رعایت مباحات نیز

مانند الزامیات لازم است و دلیل آن گذشت.

وجه دوم: تزامم با حکم اهم باعث غیرالزامی شدن حکم مهم نمی شود، بلکه هم به عنوان اولی، هنوز حکم خود را دارد، و هم به عنوان ثانوی در ظرف تزامم، الزامی است و مکلف باید آن را به نفع حکم اهم ترک کند.

وجه سوم: بنا بر برخی مبانی در باب تزامم - که نویسنده نیز آن را بعید نمی داند - حکم الزامی غیراهم حتی از فعلیت هم ساقط نمی شود، بلکه فقط مکلف در ترک آن به دلیل امتثال حکم اهم معذور است (موسوی خمینی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، صص ۲۹-۳۰).

۵-۳-۲. چگونگی قرار گرفتن احکام تکلیفی مباح و وضعی در طرف تزامم، بنا بر

نظریه مختار

گفته شد که بنا بر برخی مبانی، وقوع تزامم امتثالی میان مستحبات متصور است، اما تصور وقوع تزامم بنا بر مبانی دیگر در مستحبات، و میان سایر مباحات و نیز میان مباحات و سایر احکام شرعی، مشکل است. نظریه مختار اطراف تزامم را خود احکام مباح و وضعی نمی داند، بلکه وجوب رعایت آنها در قانون گذاری را طرف تزامم می داند، و این وجوب - که وجوب شرطی است - می تواند طرف تزامم قرار گیرد. پس مباحات، موضوع این وجوب هستند و از این طریق داخل در اطراف تزامم می شوند. وضعیات نیز به همین شکل داخل در اطراف تزامم می شوند. پس نظریه مختار نیز مانند دیگران، تزامم را فقط در الزامیات می داند، ولی با قرارداد مباحات و وضعیات و بلکه خود احکام تکلیفی الزامی در موضوع آن واجب شرطی، آنها را داخل در اطراف تزامم می کند.

۵-۴. دلیل رکن چهارم

ادله فراوانی دلالت بر مسئولیت حکومت اسلامی در محقق ساختن اهداف دین و مقاصد شریعت، مانند «عدالت» دارد. این اهداف و مقاصد در یک رتبه نیستند. در این نظریه، فقط «عدالت» به عنوان یکی از مهم ترین اهداف دین و مقاصد شریعت بیان می شود.





مستندات این ادعا در چند دسته قابل ارائه است. پیش از آن، شایان توجه است که در اینکه عدالت از اهداف دین و مقاصد شریعت است نزاع چندانی وجود ندارد و آیات فراوانی بر آن دلالت دارد (مائده، ۸؛ نساء، ۵۸؛ نحل، ۹۰؛ شوری، ۱۵؛ مائده، ۴۲؛ اعراف، ۲۹؛ حجرات، ۹؛ نساء، ۱۳۵)، اما اینکه رعایت عدالت در کنار رعایت احکام شریعت در قانون‌گذاری واجب است و حکومت باید عدالت (عدالت ماهوی) را نیز مانند مَرِّ احکام شرعی رعایت کند، مستند به ادله زیر است:

- «وَقُلْ آمَنْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ وَأُمِوتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ» (شوری، ۱۵)؛ در این آیه، امر به عدالت در کنار ایمان به «ما أنزل الله» آمده است و مسئولیت مستقلى را علاوه بر لحاظ احکام شرعی بر دوش آن حضرت (و هر حکومت اسلامی) گذاشته است.

- «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ» (حدید، ۲۵)؛ به نظر نویسنده، «میزان» در این آیه برای تطبیق کتاب در ظرف زمانه، برای تحقق قسط است. پس قسط، مسئولیتی مستقل در عرض مسئولیت در قبال کتاب است.

- ترکیب دو دسته از آیات: یکی آیاتی که حکم نکردن به آنچه خدا نازل فرموده را تبیح کرده است؛ مانند «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (مائده، ۴۴) یا «... فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده، ۴۵) یا «... فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائده: ۴۷)؛ و دیگری آیاتی که به حکم کردن به عدل و قسط امر کرده است؛ مانند «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء، ۵۸) یا «وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يَحِبُّ الْمُقْسِطِينَ» (مائده: ۴۲). حکم در این آیات مربوط به صرف حکم قضایی نیست و شامل حکم حکومتی نیز می‌شود.

در تمسک به این آیه‌ها، «ما أنزل الله» و «کتاب» بر احکام شرعی تطبیق شده و مسئله رعایت آنها در کنار رعایت عدالت، با این تطبیق بیان شده است. ممکن است بتوان وجه استدلال نزدیک‌تری نیز ارائه داد، و آن اینکه «ما أنزل الله» و «کتاب» مشتمل بر «عدالت» نیز هست و اصلاً از ابتدا تهافتی میان «ما أنزل الله» و «کتاب» از یک سو، و عدالت از

سوی دیگر قائل نشد. به عبارت دیگر، «ما أنزل الله» و «کتاب» فقط بر احکام شرعی تطبیق نشود، بلکه بر مجموع تعالیم دین (که مشتمل بر احکام و عدالت و سایر اهداف و مقاصد است) تطبیق یابد.

ادله‌ای که به طور کلی، حفظ اسلام را از وظایف حکومت دانسته است، مانند ادله‌ای که «امر به معروف و نهی از منکر» (برای نمونه: حج، ۴۱)، «پاسداشت معالم دین» (رضی، ۱۳۸۷، خطبه ۱۳۱، ص ۲۴۰؛ حرانی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۳۹)، «دفاع از اسلام» (کلینی رازی، ۱۳۸۸ق، ج ۱، ص ۲۰۰) و یا «اظهار کل اسلام، کوچک و بزرگش» (حرانی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۵) را از وظایف حکومت دانسته است نیز می‌تواند از مستندات این ادعا باشد.

۵-۵. دلیل رکن پنجم

بسیاری از اصولیان تراحم میان واجبات گیری یا شرطی را پذیرفته‌اند (ر.ک: أنصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۳۹۸؛ کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۶۰؛ موسوی خوئی، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۳۱۶) و برخی آن را انکار کرده، دوران امر بین دو واجب گیری را به تعارض بازمی‌گردانند (موسوی خلخالی، ۱۳۹۶). برخی دیگر نیز وقوع تراحم را در واجبات گیری انکار می‌کنند و آن را فقط در واجباتی منکرند که کل تکلیف با انتفای شرط منتفی می‌شود (اعرافی، ۱۳۹۲). در پاسخ به این گروه می‌گوییم مورد تراحم در واجبات شرطی در قانون‌گذاری، از واجباتی است که با انتفای شرط کل واجب منتفی نمی‌شود، اما نه به بیانی که در بالا گفته شد، بلکه با این توضیح که یک واجب شرطی بیشتر وجود ندارد و آن «وجوب رعایت احکام اسلام و اهداف دین و مقاصد شریعت در قانون‌گذاری» است. آنچه متعدد است، مصادیق موضوع این واجب شرطی است که می‌تواند هر یک از احکام یا هر یک از اهداف و مقاصد باشد. پس این تراحم مانند تراحم دو مصداق از واجب نفسی است که امکان وقوع تراحم در آن مفروغ‌عنه است؛ مانند اطلاق «انقذ الغریق» که شامل هر دو غریق می‌شود و مکلف فقط قادر به انقاذ یکی از آن دو است. در اینجا فرض انتفای مشروط به انتفای شرط نمی‌شود.



۵-۶. دلیل رکن ششم

اطراف این تراحم دقیقاً چه مواردی است؟

سه تصویر قابل ارائه است:

تصویر نخست: اطراف تراحم، خود احکام الزامی هستند و قانون‌گذار در حل این تراحم اعمال ولایت می‌کند؛ این قول نظریه دوم است.

تصویر دوم: اطراف تراحم، خود احکام شرعی نیستند، بلکه تکلیف مستقل حکومت در قبال احکام و اهداف و مقاصد است و قانون‌گذار در حل این تراحم، اعمال ولایت می‌کند. این قول را کسی نگفته است و بسیار نزدیک به تصویر سخن نظریه مختار است و صرفاً برای توضیح بیشتر نظریه مختار ارائه می‌شود.

تصویر سوم: اطراف تراحم، وجوب رعایت احکام، اهداف و مقاصد در اعمال ولایت (به‌عنوان شرط جواز «به معنای اعم» اعمال ولایت) است و قانون‌گذار هر جا لازم بود اعمال ولایت کند، باید احکام و اهداف و مقاصد را رعایت کند.

نقد تصویر نخست: علت تأکید بر اینکه تراحم مذکور بین خود احکام شریعت نیست، سه نکته است:

نکته اول: مسئولیت حاکم اسلامی در احکام شرعی مانند مسئولیت سایر مکلفان و حتی خود او - از حیث شخصیت حقیقی اش - نیست. برای مثال، در حکم تکلیفی «حرمت ربا»، «ربا» متعلق حکم حرمت برای همه مکلفان است که باید از آن اجتناب کنند، ولی تکلیف حاکم اسلامی در حرمت ربا فقط اجتناب شخصی خودش نیست، بلکه باید جامعه را به گونه‌ای مدیریت کند که ربا در جامعه نباشد، یعنی ضامن اجرای حکم شرعی حرمت ربا باشد و همگان را به آن الزام کند و متخلفان از آن را مجازات کند و مال ربوی را به مالکانش بازگرداند. یعنی ربا متعلق تکلیف او نیست، بلکه «تنفیذ حکومتی و قانونی حرمت ربا» متعلق تکلیف او است.

به عبارت دیگر، قانون‌گذاری یعنی تنفیذ قانونی احکام و اهداف و مقاصد شریعت، بر او واجب (به وجوب مقدمی، آن‌گونه که در بند اول و دوم گفته شد) است. وقتی گفته می‌شود تنفیذ حکم شرعی وجوب غیر دارد، یعنی «تنفیذ» متعلق این وجوب



فقه

غیری است و «حکم شرعی» موضوع (یعنی متعلق متعلق) آن است.

شایان ذکر است که این تکلیفِ حاکم اسلامی درباره تنفیذ احکام شرعی، ربطی به وجوب اطاعت از احکام شرعی (که یک وجوب عقلی است) ندارد؛ بنابراین نمی‌توان اشکال کرد که به اجرا درآوردن احکام شرعی همان اطاعت از احکام شرعی است و حکمی در برابر خود حکم شرعی نیست.

نکته دوم: اگر تراحمی که قانون‌گذار در آن تصمیم‌گیری می‌کند میان خود احکام شرعی تصویر شود نه میان واجبات شرعی در قانون‌گذاری، با این مشکل مواجه می‌شویم که حاکم اسلامی در بسیاری از موارد محل بحث، مبتلای به خود احکام شرعی نیست و تصویر مداخله او در این تراحم، نیازمند توجیه بیرون از تراحم است؛ زیرا سؤال می‌شود که چگونه کسی که مبتلای به اطراف تراحم نیست در آن مداخله می‌کند؟ این مشکل گرچه با مبنای ولایت، از نظر فقهی، قابل رفع است، ولی نظریه مختار، علاوه بر اینکه مطابق واقع وظایف حاکم است، مشکل را از ریشه حل می‌کند و نیازمند توجیه بیرون از تراحم نیست؛ زیرا اطراف تراحم را طوری تصویر می‌کند که خود حاکم، مبتلای به آنها می‌شود. برای مثال، در مسئله تراحم میان وجوب حج و وجوب نهی از منکر که صاحبان نظریه دوم قائل به آن هستند، ممکن است حاکم اسلامی مبتلای به وجوب حج نباشد، مثلاً مستطیع نباشد یا قبلاً حَجَّةَ الْإِسْلَام را انجام داده باشد. بنابراین، جواز مداخله او در آن نیازمند توجیه است. اما بنابر نظریه مختار، اطراف تراحم، نفس دو حکم وجوب حج و وجوب نهی از منکر نیست، بلکه وجوب رعایت آن دو در قانون‌گذاری است و او خودش مبتلای به آنها است و خودش در تراحم قرار گرفته است.

اگر گمان شود که حاکم اسلامی می‌تواند برای کسانی که مبتلای به احکام متراحم هستند تعیین تکلیف کند و برای این کار لازم نیست خودش مبتلای به اطراف تراحم باشد، زیرا او بر مستطیعان ولایت دارد و اقتضای این ولایت آن است که همان‌گونه که خود آنان می‌توانند در مورد تراحم تصمیم بگیرند، او در این کار از آنان سزاوارتر باشد، پس لازم نیست خودش مبتلای به اطراف تراحم باشد، بلکه کافی است ولایت بر مبتلایان





به اطراف تراحم داشته باشد، در نتیجه نظریه مختار مزیتی از این جهت بر نظریه دوم ندارد. در پاسخ گفته می‌شود که ولایت حاکم شرعی بر آن مکلفان در این تصمیم‌گیری، یک مبنای فقهی صحیح است که هم نظریه مختار و هم نظریه دوم در پذیرش آن مشترک هستند، اما در پاسخ به این گمان، شواهدی ذکر می‌شود که مزیت تصویر نظریه مختار نسبت به تصویر نظریه دوم را نشان می‌دهد:

شاهد اول: سؤال می‌کنیم که آیا در همان مثال حج و عدم وجوب حجة الإسلام بر شخص حاکم، آیا او درباره حکم وجوب حج کاملاً بیگانه است و هیچ تکلیفی درباره آن ندارد و با این وجود متصدی تصمیم‌گیری در این تراحم است؟! آیا همین ولایت او بر دیگران در این تصمیم‌گیری، او را به نوعی درباره اجرای حکم وجوب حج (نه فقط برای خودش، بلکه برای همه اعضای جامعه‌اش) مسئول و مکلف نکرده است؟! توجه عمیق به این پرسش، انسان را به این نکته تنبیه می‌دهد که حاکم اسلامی گرچه شخصاً مکلف به وجوب حج نیست، اما وظیفه دیگری نسبت به وجوب حج دارد که با اعمال ولایت در فرض تراحم یاد شده، آن وظیفه را انجام داده است.

به عبارت دیگر، نظریه دوم، تراحم را فقط میان نفس احکام شریعت دیده است و به تبع، حاکم اسلامی را (در فرض یاد شده) مبتلای به تراحم ندیده است و ارتباط حاکم اسلامی با این تراحم را فقط از طریق ولایت او بر مکلفان مبتلای به تراحم دانسته است، ولی نظریه مختار، این ارتباط را علاوه بر پذیرش ولایت یاد شده، با قرارداد خود حاکم اسلامی در تراحم دیگری دانسته است که برای خود حاکم اسلامی در وجوب رعایت آن دو حکم شرعی در اعمال ولایتش رخ داده است.

شاهد دوم: مقاصد شریعت و اهداف دین، مانند عدالت، حکم شرعی (یعنی واجب نفسی) نیستند تا طرف تراحم قرار گیرند. این در حالی است که در عنوان «دلیل رکن چهارم» بیان شد که صدور حکم ولایی - که قانون از آن سنخ است - مشروط به رعایت آنها نیز هست؛ یعنی رعایت آنها نیز شرط قانون‌گذاری است. اگر تراحم یاد شده، مانند نظریه دوم، میان نفس احکام شرعی تصویر شود، نه مانند نظریه مختار میان واجبات شرطی در قانون‌گذاری، ابزاری برای مقایسه و اهم و مهم کردن میان حکم شرعی و عدالت یا سایر اهداف و مقاصد دین و شریعت وجود ندارد.

نقد تصویر دوم: گفته شد که تصویر دوم در سخن کسی نیامده است و بسیار نزدیک به تصویر سوم است (مربوط به نظریه مختار). تصویر دوم از سوی نویسنده برای امکان توضیح بیشتر تصویر سوم در نظریه مختار ارائه شده است. اگر تفاوت اندکی میان این تصویر و تصویر سوم در نظریه مختار نبود، نویسنده نظریه خود را در قالب همین تصویر ارائه می‌داد؛ زیرا ارائه نظریه مختار در قالب این تصویر، اولاً می‌تواند همه امتیازات نظریه مختار را تأمین کند و ثانیاً از آسانی بیشتر در اصطلاح نیز برخوردار است. یعنی ارائه نظریه مختار در قالب تصویر دوم، هم می‌تواند احکام مباح و وضعی را، مانند احکام الزامی، موضوع تراحم امتثالی قرار دهد، و هم اهداف و مقاصد را موضوع تراحم امتثالی قرار دهد، و هم مرجحات تراحم در آن، مانند مرجحات تراحم در نظریه مختار در قالب تصویر سوم باشد. پس آنچه در این نقد گفته می‌شود فقط مربوط به امتیاز تصویر سوم نسبت به تصویر دوم است، و گرنه به نظر نویسنده، ارائه نظریه در قالب تصویر دوم از جهت آسانی فهم، امتیاز بیشتری نسبت به ارائه نظریه در قالب تصویر سوم دارد.

به هر حال، دلیل اعراض نویسنده از تصویر دوم، عدم وجود دلیل بر تکلیف مستقل نفسی برای حاکم اسلامی در قانون‌گذاری و اعمال ولایت است. از دیدگاه نظریه مختار، قانون‌گذاری و اعمال ولایت، فعلی است که حاکم اسلامی و قانون‌گذار برای اداره جامعه انجام می‌دهند و البته راهکاری است که شریعت در اختیار آنان قرار داده است تا اگر اداره جامعه به آن نیاز داشت از آن استفاده کنند. پس اگر در زمانی لازم می‌شود، صرفاً و جوب مقدمی دارد. مسئولیت حکومت در قبال احکام شرعی و اهداف و مقاصد آن است که احکام شریعت و اهداف دین و مقاصد شریعت را در اعمال ولایت و اداره جامعه رعایت کنند و از آنها تخلف نکنند؛ «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء، ۵۸) و «وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ» (مائده، ۴۲).

۵-۷. دلیل رکن هفتم

دلیل تقدم سکوت قانون بر وضع قانون مغایر با حکم شرعی، قاعده «الضرورات تقدر بقدرها» است. این قاعده از دو جهت بر این مورد تطبیق می‌شود:





جهت نخست: در جایی که حکومت بتواند با سکوت قانونی، حکم غیرأهم را فی‌الجمله در جامعه جاری سازد، نمی‌تواند قانون را مغایر با آن حکم شرعی وضع کند حتی در آن موارد فی‌الجمله نیز قابل اجرا نباشد. این جهت در قوانین جمهوری اسلامی ایران در موارد حقوق مدنی است و در حقوق جزا، سکوت به معنای عدم جرم‌انگاری و اعلان عدم تعهد به اجرای حکم است.

جهت دوم: وضع قانون مغایر با حکم شرع، فعلی است که جز با مجوز شرعی (یعنی وقوع در تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری) جایز نمی‌شود و وقتی حکومت راهی برای رفع تراحم بدون وضع قانون دارد، مجوزی برای این فعل ندارد.

۶. نتیجه‌گیری

این مقاله با تبیین نظریه واجبات شرطی در قانون‌گذاری به نتایج زیر دست یافته است:

۱. جمیع احکام شرعی، اعم از تکلیفی مباح و تکلیفی الزامی و وضعی - که دارای جنبه اجتماعی باشند - می‌توانند به دلیل وجوب رعایت آنها در قانون‌گذاری، طرف تراحم با حکم مهم قرار گیرند، و قانون‌گذار برای رعایت طرف مهم، در قانونی کردن آنها سکوت کند یا قانون را مغایر با آن و مناسب با حکم مهم وضع کند.
۲. تنها ضابطه‌ای که قانون‌گذار بر اساس آن می‌تواند قانون را مغایر با حکم شرعی وضع کند تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری است. ضوابط دیگری که در این باره مطرح شده است، یا به این ضابطه بازمی‌گردد یا ضابطه منقح و روشنی نیست.
۳. علاوه بر احکام شرعی، مقاصد شریعت و اهداف دین نیز می‌تواند به دلیل وجوب رعایت آنها در قانون‌گذاری، طرف تراحم قرار گیرد که در این نظریه فقط «عدالت» به عنوان یکی از مهم‌ترین اهداف دین و مقاصد شریعت مطرح شده است.
۴. در همه مواردی که وضع قانون مغایر با حکم شرعی جایز می‌شود، چنانچه قانون‌گذار بتواند با سکوت قانونی درباره حکم غیرأهم در ظرف تراحم، امکان اجرای فی‌الجمله آن را بدون مزاحمت با طرف مهم فراهم کند، سکوت قانونی مقدم بر وضع قانون مغایر با حکم شرعی دانسته شده است.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. ارسطا، محمدجواد. (۱۳۹۲). حکم حکومتی و قانون. فقه و قانون: ایده‌ها پیشنهادها و راه‌حل‌های روشی، کنفرانس بین‌المللی فقه و قانون (قم: ۱۳۹۰)، قم: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۲. اعرافی، علیرضا. (۱۳۹۲). درس خارج اصول، جلسه ۲۵ آذر ۱۳۹۲، بازیابی شده از نشانی: <http://www.eshragh-erfan.com/index.php/skill-4/osool-feghh/315-tarattob/2195-tarattob-j23> تاریخ بازدید: ۲۹ مهر ۱۳۹۶ (سایت اشراق و عرفان، مرکز تنظیم و نشر آثار حضرت استاد اعرافی).
۳. أنصاری، مرتضی. (۱۴۱۹ق). فوائد الأصول (ج ۲). قم: لجنة تحقیق التراث الشيخ الأعظم و مجمع الفكر الإسلامي.
۴. ایروانی، باقر. (۲۰۰۷م). الحلقة الثالثة في أسلوبها الثاني (ج ۱، چاپ اول). تهران: بی‌نا.
۵. جعفری لنگرودی، جعفر. (۱۳۷۷). ترمینولوژی حقوق (چاپ ششم). تهران: گنج دانش.
۶. جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۶۸). ولایت فقیه: رهبری در اسلام. تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
۷. حرانی، ابن شعبه. (۱۴۱۴ق). تحف العقول عن آل الرسول ﷺ (محقق: علی اکبر غفاری). قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين.
۸. حسینی حائری، کاظم. (۱۴۱۴ق). ولایة الأمر فی عصر الغیبة. قم: مجمع الفكر الإسلامي.
۹. دانش پژوه، مصطفی. (۱۳۸۹). مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام (چاپ اول). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی.
۱۰. رضی، شریف. (۱۳۸۷ق). خطب الإمام علی علیه السلام (محقق: صبحی صالح). بیروت: بی‌نا.
۱۱. صدر، محمدباقر (۱۳۸۲). اقتصادنا (محقق: مکتب الإعلام الإسلامي فرع خراسان). قم: بوستان کتاب.
۱۲. صدوق، ابی جعفر محمد. (۱۴۰۵ق). کمال الدین و تمام النعمة (مصحح: علی اکبر غفاری). قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
۱۳. صرامی، سیف‌الله. (۱۳۹۲). نقش نسبت بین منابع قانون‌گذاری در حکومت اسلامی در حل





- مشکل فقه و قانون. فقه و قانون ایده‌ها پیشنهاها و راه‌حل‌های روشی، کنفرانس بین‌المللی فقه و قانون (قم: ۱۳۹۰)، قم: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۱۴. طباطبایی، محمدحسین. (۱۴۰۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن (ج ۴). قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۱۵. فاسی، علال. (۱۹۹۱م). مقاصد الشريعة الإسلامية و مكارمها (چاپ پنجم). بیروت: مؤسسه علال فاسی و دار الغرب الإسلامی.
۱۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷). فلسفه حقوق (ج ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. کاظمی خراسانی، محمدعلی. (۱۴۰۹ق). فوائد الاصول: تقرير بحث آية الله محمدحسین غروی نائینی (ج ۴). قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۱۸. کلینی رازی، محمد بن یعقوب. (۱۳۸۸ق). الأصول من الكافي (ج ۱)، مصحح: علی اکبر غفاری. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
۱۹. مشکینی، علی. (۱۴۱۳ق). اصطلاحات الاصول و معظم أبحاثها (چاپ پنجم). قم: دفتر نشر الهادی.
۲۰. موسوی خلخالی، محمد مهدی. (۱۳۹۶). درس خارج اصول، بازیابی شده از سایت <http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/khalkhali/osool/89/890724/>، تاریخ بازدید: ۲۹ مهر ۱۳۹۶.
۲۱. موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۳۹۰ق). تحرير الوسيلة (ج ۱). نجف: مطبعة الآداب في النجف الأشرف.
۲۲. موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۴۱۴ق). مناهج الوصول إلى علم الأصول (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه تنظیم و نشر تراث الامام الخميني و مطبعة مؤسسه العروج.
۲۳. موسوی خوئی، ابوالقاسم. (۱۳۶۹). أجود التقريرات: تقرير بحث آیت الله نائینی (ج ۲). قم: مؤسسه مطبوعات دینی و چاپخانه اهل البيت علیهم السلام.
۲۴. هادوی تهرانی، مهدی. (۱۳۷۷). ولایت فقیه. تهران: کانون اندیشه جوان.
۲۵. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۰۵ق). بحوث فی علم الأصول (ج ۷). بی‌جا: المجمع العلمی للشهید الصدر.
۲۶. یوبی، محمد. (۱۴۱۴ق). مقاصد الشريعة الإسلامية و علاقتها بالأدلة الشرعية (چاپ اول). ریاض: دار الهجرة للنشر والتوزيع.

References

*Holy Quran.

1. al-Kulayni. (1388 AH). Usul al-Kafi (A. A. Ghaffari, Ed., Vol. 1). Tehran: Islamic Books House.
2. Al-Shaykh al-Saduq. (1405 AH). Kamal al-Din wa Tamam al-Ni'mah (A. A. Ghaffari, Ed.). Qom: Islamic Publishing Office.
3. Ansari, M. (1419 AH). Faraid al-Osul (Vol. 2). Qom: The Research Council of the Heritage of the Great Shaykh and the Islamic Thought Complex.
4. Araf, A. R. (1392 AP). Lesson outside the principles, session December 16, 2013, retrieved from <http://www.eshragh-erfan.com/index.php/skill-4/soool-feghh/315-tarattob/2195-tarattob-j23>.
5. Arasta, M. J. (1392 AP). Government decree and law. Jurisprudence and Law: Ideas, Suggestions and Methodological Solutions, International Conference on Jurisprudence and Law (Qom: 1390), Qom: Islamic Research Center of the Islamic Consultative Assembly.
6. Ayatollah Khomeini. (1390 AH). Tahrir al-Wasila (Vol. 1). Najaf: Printing etiquette in Najaf Al-Ashraf.
7. Ayatollah Khomeini. (1414 AH). Methods of connection to the science of principles (1st ed., Vol. 2). Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
8. Daneshpajoo, M. (1389 AP). Introduction to Jurisprudence with an Approach to Iranian and Islamic Law (1st ed.). Qom: Research Institute of Hawzah and University. [In Persian].
9. Fassi, A. (1991). The purposes of Islamic law and its virtues (5th ed.). Beirut: Al-Fasi Foundation and Dar Al-Gharb Al-Islami.
10. Hadavi Tehrani, M. (1377 AP). Vilayat-e Faqih. Tehran: Young Thought Center.
11. Hashemi Shahroudi, M. (1405 AH). Research in the science of principles (Vol. 7). n.p.: The Scientific Assembly for Shahid Sadr.
12. Hosseini Haeri, K. (1414 AH). Province of affairs in the age of the unseen. Qom: Islamic Thought Association.
13. Ibn Shu'bah. (1414 AH). Tuhaf al-Uqulon the part of the Prophet (PBUH) (A. A. Ghaffari, Ed.) Qom: Islamic Publication Office.
14. Irvani, B. (2007). The third solution in the second style (Vol. 1, 1st ed.). Tehran: n.p.
15. Jafari Langroudi, J. (1377 AP). Legal Terminology (Sixth Ed.). Tehran: Treasure of Knowledge.
16. Javadi Amoli, A. (1368 AP). Vilayat-e-Faqih: Leadership in Islam. Tehran: Raja Cultural Publishing Center. [In Persian].
17. Katozian, Nasser (1377 AP). Philosophy of Law (Vol. 1). Tehran: Enteshar Co.
18. Kazemi Khorasani, M. A. (1409 AH). Benefits of Principles: Narration of the discussion of Ayatollah Mohammad Hussein Gharavi Naeini (Vol. 4). Qom: Islamic Publication Office.



فقه

19. Meshkini, Ali. (1413 AH). Terms of principles and the greatness of research (5th ed.). Qom: Al-Hadi Publishing Office.
20. Mousavi Khalkhali, M. M. (1396 AP). Lesson outside the principles, retrieved from <http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/khalkhali/osool/89/890724/>, Visited: October 20, 2017.
21. Mousavi Khoei, A. (1360 AP). Existence of lectures: Lectures of Ayatollah Naini (Vol. 2). Qom: Religious Press Institute and Ahl al-Bayt Printing House.
22. Razi, S. (1387 AH). Sermon of Imam Ali (as) (S. Saleh, Ed.). Beirut: n.p.
23. Sadr, M. B. (1382 AP). *Our Economics* (Islamic Media School, Khorasan Branch, Ed.). Qom: Bustaneketab.
24. Sarami, S. (1392 AP). The role of the relationship between legislative sources in the Islamic government in solving the problem of jurisprudence and law. Jurisprudence and Law Ideas Suggestions and Methodological Solutions. International Conference on Jurisprudence and Law (Qom: 1390). Qom: Islamic Research Center of the Islamic Consultative Assembly.
25. Tabatabaei, S. M. H. (1407 AH). *al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an* (Vol. 4). Qom: Islamic Publishing Office.
26. Yubi, M. (1414 AH). The purposes of Islamic law and their interest in religious evidence (1st ed.). Riyadh: Dar Al-Hijra for publishing and distribution.



فقه

An Examination and Analysis of the Principles of Legitimacy of "Customary Guardian" in Jurisprudence¹

**Mohammad Hossein Meshkati² Alireza Salimi³
Sayyid Alireza Hosseini⁴ Abdollah Omidifar⁵**

Received: 17/08/2020

Accepted: 15/11/2020

Abstract

One of the most frequent institutions that is considered in various jurisprudential subjects is the institution of "Wilayat (guardianship)". Among the examples of guardianship, "customary guardianship" has been less discussed and studied, and in addition to the need to explain the nature, it is necessary to examine the arguments for the legitimacy of its guardianship. Accordingly, the major question of the study is "What are the principles of legitimacy of customary guardian?". The research hypothesis is that blood relatives (other than father and paternal grandfather) are the customary guardians and narrative and rational arguments can be used for the legitimacy of their guardianship. The method of this study is descriptive-analytical and the religious arguments are analyzed in it. The finding of the current study suggests that by analyzing and scrutinizing the primary and secondary arguments of the guardian, the customary guardian can be accepted as a con-

-
1. This paper is the result of a part of the research for the doctoral dissertation of Mr. Mohammad Hossein Meshkati entitled "Study of the position of the customary guardian in Iranian jurisprudence and law" which has been carried out in the Islamic Azad University of Mahallat.
 2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Mahallat Branch, Islamic Azad University, Mahallat, Iran. m.meshkati@iran.ir
 3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Mahallat Branch, Islamic Azad University, Mahallat, Iran (Author in charge). Mohammadsalimi5642@gmail.com
 4. Visiting Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Mahallat Branch, Islamic Azad University, Mahallat, Iran. seyed150@gmail.com
 5. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Qom University, Qom, Iran. omidifard.f@gmail.com

Meshkati, M. H. & Salimi, A. R. & Hosseini, S. A. R. & Omidifar, A. (1399). An Examination and Analysis of the Principles of Legitimacy of "Customary Guardian" in Jurisprudence " taken from the doctoral dissertation entitled: Review of the position of customary guardian in Iranian jurisprudence and law, Supervisor: Alireza Salimi and Seyed Alireza Hosseini. *Journal of Fiqh*, 27(103), pp. 65-89. Doi: 10.22081/jf.2020.58593.2110

strained guardian. Accepting the legitimacy of guardianship of a customary guardian will have many effects on individual and social life. In addition, it can reduce some of the responsibilities of the government and the judiciary system, and manage affairs more easily and by the people themselves.

Keywords

Guardianship, customary guardian, narrative arguments, rational arguments.

بررسی و تحلیل مبانی مشروعیت «ولی عرفی» در فقه^۱

محمدحسین مشکاتی^۲ علیرضا سلیمی^۳
سیدعلیرضا حسینی^۴ عبدالله امیدی فر^۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۲۷

چکیده

یکی از نهادهای پربسامد که در ابواب مختلف فقهی مورد توجه است، نهاد «ولایت» است. از میان مصادیق ولی، «ولی عرفی» کمتر مورد بحث و بررسی قرار گرفته است و علاوه بر ضرورت تبیین ماهیت، بررسی ادله مشروعیت ولایت آن نیز امری لازم است. بر این اساس پرسش اصلی پژوهش آن است که «مبانی مشروعیت ولی عرفی چیست؟» فرضیه پژوهش این است که اقارب نسبی (غیر پدر و جد پدری) اولیای عرفی هستند و برای مشروعیت ولایت آنها می‌توان از ادله نقلی و عقلی بهره جست. روش این پژوهش توصیفی-تحلیلی است و ادله شرعی در آن مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد. یافته پژوهش حاضر آن است که می‌توان با تحلیل و موشکافی در ادله اولیه و ثانویه ولایت، ولی عرفی را به

۶۵



فقه

بررسی و تحلیل مبانی مشروعیت «ولی عرفی» در فقه

۱. این مقاله حاصل بخشی از تحقیقات انجام شده مربوط به رساله دکتری آقای محمدحسین مشکاتی است که در دانشگاه آزاد اسلامی واحد محلات انجام شده است.
۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد محلات، دانشگاه آزاد اسلامی، محلات، ایران. m.meshkati@iran.ir
۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد محلات، دانشگاه آزاد اسلامی، محلات، ایران (نویسنده مسئول). Mohammadsalimi5642@gmail.com
۴. استادیار مدعو گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد محلات، دانشگاه آزاد اسلامی، محلات، ایران. seyed150@gmail.com
۵. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران. omidifard.f@gmail.com

* مشکاتی، محمدحسین؛ سلیمی، علیرضا؛ حسینی، سیدعلیرضا؛ امیدی فر، عبدالله. (۱۳۹۹). بررسی و تحلیل مبانی مشروعیت «ولی عرفی» در فقه. فصلنامه علمی-پژوهشی فقه، ۲۷(۱۰۳)، صص ۶۵-۸۹.
Doi: 10.22081/jf.2020.58593.2110

صورت مقید پذیرفت. پذیرش مشروعیت ولایت ولی عرفی، آثار فراوانی در زندگی فردی و اجتماعی خواهد داشت. علاوه بر آن می‌تواند بخشی از مسئولیت‌های حکومت و دستگاه قضایی را کاهش دهد و مدیریت امور، آسان‌تر و توسط خود مردم سامان پذیرد.

کلیدواژه‌ها

ولایت، ولی عرفی، ادله نقلی، ادله عقلی.

مقدمه

مسئله ولایت و سرپرستی، یکی از مسائل پریسامد در ابواب مختلف فقهی است. این موضوع به صورت ویژه در تصرف در اموال و خرید و فروش و مناسبات مهم و سرنوشت‌ساز اجتماعی انسان‌ها همچون ازدواج و تشکیل خانواده بیشتر مورد توجه و بحث و بررسی‌های فقهی و حقوق‌دانان قرار گرفته است. این مسئله درباره افرادی که پدر یا جد پدری خود را از دست داده‌اند چالش‌های جدی‌ای به وجود آورده است. بحث‌ها و گفتگوهای در خصوص ولایت بر این افراد در گرفته است و پیشنهاد تولی امور توسط «ولی عرفی» جسته و گریخته و البته به صورت مبهم و بدون تبیین مفهومی و مصداقی و همچنین بدون بررسی ادله مشروعیت ولایت ولی عرفی در برخی متون به چشم می‌خورد. با گسترش جوامع و تغییر مناسبات سبک زندگی، موارد بسیاری بروز یافته است که اولیای شرعی فرد امکان حضور و بیان نظر خود را ندارند و یا دیگر شرایط که عملاً فرصت حضور اولیای شرعی را ایجاب نمی‌کند و از سویی عدم تصدی و سرپرستی امور شخص، عامل ورود خسارات مالی و جانی بعضاً غیرقابل جبران می‌شود. به عنوان نمونه در مسافرت یا در نیمه‌شب مردی دچار سانحه یا عارضه مهم پزشکی می‌شود که برای جراحی و مداوا نیازمند اذن ولی است و در اینجا فقط همسر وی با او همراه است، آیا در اینجا می‌توان اذن همسر را به عنوان ولی عرفی جانسین اذن ولی شرعی دانست یا خیر؟ بر این اساس مسئله پژوهش حاضر این است که «مبانی مشروعیت ولی عرفی چیست؟» برای پاسخ به این پرسش باید ابتدا به سراغ ادله اجتهادی، امارات و قواعد مصطاد رفت و در نهایت به ادله فقاهتی مراجعه کرد. لکن



آنچه که تحقیق را اندکی چالشی می‌کند آن است که در ادله و نصوص ملفوظ، اصطلاح «ولی عرفی» نیامده است؛ لذا می‌بایست از اطلاقات و عمومات جهت تبیین و تحلیل مبانی مشروعیت ولایت ولی عرفی بهره جست.

۱. مفهوم‌شناسی ولی

۱-۱. تعریف لغوی

«ولی» در لغت دارای معانی متعددی است. اکثر اهل لغت کلمه «ولایت» به فتح واو را به معنای «نصرت»، «دوستی» و «پیوند» دانسته و «ولایت» به کسر واو را به معنای «امارت» و سرپرستی گرفته‌اند (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۳۶۵؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، صص ۳۷۹-۳۸۱). این واژه به معنای «قرب» نیز آمده است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، صص ۲۵۲۸-۲۵۳۰). برخی نیز احتمال داده‌اند که هر دو کلمه به معنای «قربانیت» باشد که بی‌مناسبت با سلطه و سرپرستی نیست (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص ۱۴۱).

۲-۱. تعریف اصطلاحی در قرآن و روایات

واژه «ولایت» و واژه‌های دیگری که با آن از یک ریشه گرفته شده‌اند، مثل «ولی»، «والی» و «مولی» در بسیاری از استعمالات قرآنی و روایی به معنای ولایت تدبیری و سرپرستی هستند. مثلاً در آیه ولایت (مانده، ۵۵) و برخی دیگر از آیات قرآن کریم (بقره، ۲۵۷؛ آل عمران، ۶۸؛ محمد، ۱۱) ولایت بارها به معنای سرپرستی و سلطنت به کار گرفته شده است.

در روایات نیز این واژه به معنای سرپرستی به کار رفته است. بارزترین نمونه در روایت متواتر غدیر آمده است. روایات دیگری نیز بر این امر صحه می‌گذارند؛ مانند روایتی که در آن به کسی که قیم یتیم است و امورات ایتام در دست وی است، ولی گفته می‌شود (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷، ص ۶۷)؛ همچنین به کسی که بر غلامی سرپرستی دارد، ولی اطلاق شده است (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۴۲۰). به تصریح این روایات، ولی به معنای لغوی است و در اصطلاح خاصی غیر از آن به کار برده نشده است.





۱-۳. تعریف اصطلاحی در کتب فقهی

بررسی تراث فقهی حاکی از آن است که تعریف علمی جامع و مانعی از این مفهوم ارائه نشده است و به وضوح لغوی و عرفی اش واگذار شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۲۷؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۷۹). در تعریف اصطلاحی ولایت نیز همان معنای لغوی ارائه شده است. این به خوبی نشان می‌دهد که ولی حتی در اصطلاح فقهی نیز از معنای لغوی خود (سرپرست) جدا نشده است.

۲. اقسام ولی

عنوان «ولی» به حسب اعتبارات گوناگون دارای تقسیمات متفاوتی است، اما تقسیمی که بیشتر مورد توجه فقها و حقوقدانان بوده و با بحث حاضر مرتبط است، تقسیم ولی به ولی قهری و اختیاری، و دیگری تقسیم به ولی شرعی و عرفی است. در ادامه، به تبیین این تقسیمات پرداخته می‌شود.

۲-۱. ولی قهری و اختیاری

در کتب فقهی، ولی قهری (اجباری) در مقابل ولی اختیاری قرار می‌گیرد (برای نمونه نک: اراکی، ۱۴۱۹ق، ص ۶۸۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۵۲؛ آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۳، ص ۳۷۷) و عبارت است از پدر و جد پدری (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۳۴؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۲۴؛ آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۳، ص ۳۷۷؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۳، ص ۵۹). سمت ولایت به پدر و جد پدری از سوی شارع داده شده است و هیچ مقام دیگری در انتصاب یا تنفیذ ولایت آنان نقش ندارد. بدین جهت، به پدر و جد پدری، ولی قهری گفته می‌شود.

قانون مدنی ایران به پیروی از فقیهان امامیه، ولایت قهری را منحصر در پدر و جد پدری دانسته است. منظور از جد پدری، پدر پدر، جد پدر، جد جد و هر چه بالا رود است، و مادر از آن محروم است. این امر اجماعی بین فقیهان امامیه است (امامی، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۰۳)؛ هر چند در برخی کتب فقهی، ولی قهری منحصر در پدر و جد پدری و هر چه بالاتر می‌رود نیست و اعلم از آنها معرفی شده است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۸، صص ۲۹۲-۲۹۳).

ولی اختیاری اصطلاحی است که در کتب فقهی کمتر دیده می‌شود. این اصطلاح بیشتر به حاکم شرع و نماینده او اطلاق شده است (موسوی خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۳، ص ۵۹؛ آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۳، ص ۳۷۷).

۲-۲. ولی شرعی و عرفی

ولی شرعی ولی ای است که از طرف شارع تعیین می‌شود و ولی عرفی سرپرستی است که عرف او را ولی می‌داند (ر.ک: تبریزی، بی تا، ج ۴، ص ۸). اینکه ولی شرعی به حمل شایع صناعی به چه کسی یا کسانی اطلاق می‌شود، به حسب مورد مختلف است و فقها در این باره نظرات متفاوتی دارند. گاهی ولی شرعی بر وصی و حاکم و قائم مقام او اطلاق می‌شود (کاشف الغطاء، بی تا، ص ۴۳۳؛ قزوینی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۷۴۱) و گاهی بر پدر و مادر و حاکم (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۳۴۸) و گاهی بر غیر حاکم (منتظری، بی تا، ج ۱، ص ۲۸۲؛ سبزواری، ۱۴۱۷ق، ج ۲۵، ص ۱۷۴). در برخی از عبارات نیز ولی شرعی پدر و جد پدری دانسته شده و در مقابل حاکم قرار داده شده است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۱۹۴).

منظور از ولی عرفی نیز کسی است که عهده دار امورات شخص است (ر.ک: تبریزی، بی تا، ج ۴، ص ۸). عرفاً کسی که شخصی را سرپرستی می‌کند یا پیگیر امورات کسی است، ولی او خوانده می‌شود. این ولایت منحصر در شخص یا اشخاص خاصی نیست و بیشتر به اقارب شخص اطلاق می‌شود (نک: نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۲۱۶)؛ بنابراین اعم از پدر و جد است و در کتب فقهی با تمثیل به برادر و عمو معرفی شده است (برای نمونه نک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۵۶؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۲۷۱). در مواردی که شارع مقدس ولی را به صورت حصری مشخص نموده است، قطعاً در مقابل ولی عرفی قرار دارد، یعنی این ولایت منحصر به همان اشخاص است و ولایت ولی عرفی در این گونه موارد هیچ مشروعیتی ندارد و مواردی که شارع و قانون گذار اسلامی هیچ انحصاری را در ولایت مطرح نکرده است، از اطلاقات و عمومات، ادله هر دو ولایت (شرعی و عرفی) مستفاد است و در این صورت ولی شرعی و عرفی در عداد یکدیگرند و هیچ تقدم و ترتبی نسبت به یکدیگر ندارند.



۶۹
فقه



۳. پیشینه‌شناسی ولی عرفی در متون فقهی

بررسی و پی‌جویی در متون فقهی حاکی از آن است که مقوله ولی عرفی اولین بار به صورت تلویحی در کتاب «فقه الرضا» به چشم می‌خورد. در کتاب فقه الرضا در خصوص ولایت بر یتیم چنین آمده است: «روي أن أيسر القبيلة - و هو فقيهما وعالمها - أن يتصرف لليتيم فيما له في ما يراه حظاً وصلاًحاً» (منسوب به امام رضا، ۱۴۰۶ق، ص ۳۳۳). بر اساس این روایت، برای توانمندترین فرد قبیله - که فقیه و عالم قبیله است - حق تصرف در مال یتیم با رعایت بهره و صلاح یتیم وجود دارد. همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، عبارت «ایسر القبيلة» به فقیه و عالم قبیله تفسیر شده است، لکن وجهی برای این انحصار نیست و شاهد و دلیلی نیز برای این تفسیر ارائه نشده است. واکاوی عبارت «ایسر القبيلة» فهمنده نص را به این معنا رهنمون می‌نماید که منظور از این عبارت «توانمندترین فرد قبیله» است، یعنی فردی باید متکفل امور طفل گردد که توانایی مالی بیشتری نسبت به سایر افراد قبیله دارد و به‌نوعی ولایت بر اموال او را بپذیرد. طبیعتاً و با توجه به تقسیم‌بندی‌های پیش‌گفته، چنین فردی در عداد «ولی شرعی» قرار نمی‌گیرد و ناگزیر باید بر چنین فردی «ولی عرفی» اطلاق نمود. علت این اطلاق آن است که وقتی به وضعیت قبایل و مناسبات بین اعضای قبیله نظر می‌شود، ملاحظه می‌گردد که «معمولاً» کارهای مهم به عهده رئیس قبیله گذاشته می‌شده است و این دست از مسائل را در شان رئیس قبیله می‌دانسته‌اند و رئیس قبیله کسی بود که از لحاظ مالی و البته سایر ویژگی‌ها بر دیگران برتری داشت» (نک: سالم، ۱۳۸۰).

یکی دیگر از مواردی که می‌توان ردپایی از پذیرش ولایت عرفی توسط فقها را جستجو کرد، در خصوص یتیمی است که پدر و مادر و پدربزرگ پدری خود را از دست داده است. در اینجا سخن از ولایت خویشاوندان پدری یتیم مطرح می‌شود که در نظر عرف خویشاوندان پدری مانند عمو، نوعی ولایت بر این فرزند دارند و نسبت به سایرین ارجح‌اند. شیخ طوسی در در مسئله ۵۱ می‌نویسد: «عمو، پسرعمو، پسرعموی پدر و خویشاوندان پدری، در حضانت جانشین پدر هستند.» سپس در مسئله ۵۲ چنین

ادامه می‌دهد: «برای هیچ‌یک از خویشاوندان پدری کودک (عصبه)، با وجود مادر حضانتی نیست» (شیخ طوسی، بی‌تاب، ج ۵، صص ۱۳۷-۱۳۸).

محقق نجفی نیز در خصوص ازدواج کودک بدون ولی شرعی معتقد است که «ولی عرفی» متکفل چنین امری می‌شود و این امر بر اساس روایتی از امام باقر علیه السلام - که مورد اشاره و بررسی قرار می‌گیرد - مشروع است (نک: نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۹، ص ۲۰۳).

امام خمینی نیز در همین مسئله عمو، برادر، مادر و همانند اینها را با صراحت ولی عرفی معرفی می‌نماید (نک: خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۲۹۵).

آیت‌الله بروجردی نیز یکی از فقهای است که به صراحت از ولایت «ولی عرفی» سخن گفته است و علاوه بر پذیرش مشروعیت چنین ولایتی، ولی عرفی را از فضولی متمایز می‌داند. ایشان روایت ابو عبیده حذاء از امام باقر علیه السلام را مورد استناد قرار می‌دهد که پرسش کرد از امام باقر علیه السلام درباره غلام و کنیزی که ولی آنها، یعنی غیر از پدر، آن دو را به تزویج درآورده است و آنها غیربالغ‌اند، امام فرمود: «نکاح جائز است و هر کدام از آنها که به بلوغ رسید دارای خیار است، و اگر قبل از بلوغ بمیرند، پس میراث بین آن دو وجود ندارد و مهری برای او، یعنی آن کنیز نیست». سپس امام در پاسخ به این سؤال که «اگر مرد زودتر به بلوغ رسید و راضی به نکاح شد، سپس قبل از آنکه کنیز به سن بلوغ برسد، مرد مُرد، آیا کنیز از او ارث می‌برد؟»، فرمود: «آری» (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص ۳۲۷).

آیت‌الله بروجردی در ذیل این روایت می‌نویسد:

مخفی نماند که همانا مراد از «ولیین» در صدر روایت، همان ولی عرفی است، مانند مادر، برادر، عمو و مانند اینها. قرینه (این تفسیر)، آخر روایت است که راوی می‌گوید: «اگر پدر آن دختر وی را به تزویج درآورده بود... (که این نشان آن است که ولیین عرفی در صدر غیر از پدر است، و گرنه سؤال مجدد در آخر روایت بی‌معنا است) و قرینه دیگر (بر اینکه منظور از ولیین، ولی عرفی است)، فرمایش امام علیه السلام است که در خصوص جایی که اگر یکی از زوجین بمیرد قبل از اینکه به سن رشد و بلوغ برسد، امام فرمود: «میراثی بین آن دو





نیست و همچنین مهری وجود ندارد.» اگر منظور از ولین، ولی شرعی مثل پدر و جد بود، در آن صورت نکاح از سوی آنها صحیح و منعقد شده بود و توارث بین آن دو زوجین کودک برقرار بود و همچنین برای دختر مهر وجود داشت، پس، از اینکه امام فرمود «ارث و مهری وجود ندارد»، معلوم می‌شود که عقد توسط شخص دیگری غیر از پدر و جد پدری منعقد شده است که همانا ولی عرفی است (بروجردی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۳۴۷).

آیت‌الله بروجردی در ادامه و پس از بررسی روایات اینگونه اظهار نظر می‌کند: اما طائفه اول از روایات، اگرچه بر صحت عقد صادر از ولی عرفی با اجازه مولی علیه دلالت می‌کند، لکن ولی عرفی مثل اجنبی محض نیست، بلکه برای او ولایت عرفیه‌ای بر مولی علیه نزد عقلاً ثابت است، لکن این ولایت نزد شارع، غیر تامه (غیر مطلق و مقید) است و شارع برای او سلطنت تامه بر مولی علیه جعل نکرده است. شارع مراعات جانب مولی علیه را کرده است و نافذ بودن قصد [ولی عرفی] را معلق بر رضایت و اجازه مولی علیه کرده است. و این [گونه ولایت که برای ولی عرفی است] هیچ ارتباطی [و شباهتی] با مسئله فضولی ندارد که رأساً اجنبی از مورد معامله است. و نمی‌توان فضولی را مثل ولی عرفی قرار داد که در شریعت مواردی از امضای ولایت او توسط شارع ثابت شده است. و [شارع] برای ولی عرفی اجازه دخالت [و تصرف] جعل کرده است؛ همان‌طور که ولی میت را اولی به تجهیز آن نسبت به سایرین قرار داده است (بروجردی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۳۴۷).

سه نکته در خور توجه در سخن مرحوم بروجردی وجود دارد؛ اول اینکه ایشان به صراحت ولی عرفی را دارای ولایت می‌داند، البته نوع ولایت او را مقید تلقی می‌کند. نکته دوم اینکه از دیدگاه ایشان ولی عرفی غیر از فضولی است و این دو قابل مقایسه با هم نیستند؛ چرا که فضولی به‌طور کلی اجنبی از مورد معامله است، لکن ولی عرفی این‌گونه نیست. و آخرین نکته حائز اهمیت اینکه در شریعت مواردی از پذیرش ولایت ولی عرفی توسط شارع وجود دارد.

۴. ادله مشروعیت ولایت «ولی عرفی»

بررسی دیدگاه‌های فقها حاکی از آن است که برخی از فقها ولایت ولی عرفی را پذیرفته‌اند، لکن گروهی دیگر برای ولی عرفی ولایتی قائل نیستند؛ زیرا در طبقه‌بندی ولی، از ولایت خداوند، پیامبر، ائمه اطهار، ولی فقیه، عدول مؤمنان و سپس ولایت فساق بحث می‌نمایند (نک: خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، صص ۶۶۵-۶۷۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۵۸۱) و در این میان سخن از ولایت ولی عرفی که شامل مادر، برادر، عمو و... می‌شود به میان نیامده است. با این حال بررسی مواردی از ادله روایی حاکی از آن است که برای برخی از اولیای عرفی مانند برادر و... ولایتی متصور است. همچنین می‌توان از برخی دیگر از ادله برای مشروعیت ولایت ولی عرفی بهره جست. در ادامه به بررسی تفصیلی این ادله می‌پردازیم.



۷۳

فقه

۴-۱. دلیل اول: ولایت برادر در نکاح و معاملات

در روایتی با دو سند متفاوت از امام صادق علیه السلام اینگونه پرسش شده است: «سألته عن الذي بيده عقدة النكاح، قال: هو الاب والاخ والرجل يوصى اليه، والذي يجوز أمره فيما لا لمرأة فيبتاع لها و يشترى فأى هؤلاء عفا فقد جاز» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۲۸۳)؛ از امام در خصوص کسی که منعقد شدن نکاح در دست او است پرسش شد، امام فرمود: «پدر، برادر، و کسی که در این کار وصی قرار داده شده، و کسی که امرش در مال زن مجاز شمرده شده است، برای زن خرید و فروش می‌کند، و هر کدام از این اولیا اگر بگذرد به تحقیق جایز است».

در این روایت به صراحت از ولایت برادر سخن گفته شده است. هر چند واژه ولایت به کار برده نشده، لیکن تعبیر روایت با هر سه مصطلح فقهی «ولایت، وکالت و حتی وصایت» همخوانی دارد. بنابراین مستفاد از روایت این است که ولایت به معنای کلی «واگذاری امور و سرپرستی» است. همچنین شاهد دیگر این است که روایت در پاسخ به چنین سؤالی آمده است: «عن الذی بیده عقدة النکاح»؛ این تعبیر دلالت بر این



دارد که پرسش از کسی است که بالأصله قدرت و شأن تصمیم‌گیری در خصوص انعقاد نکاح دارد و از اینکه امام نیز برادر را در کنار پدر بیان کرده است می‌توان ولایت وی را برداشت کرد. شاید این اشکال مطرح شود که وصی، ولی بالأصله نیست و لذا قرینه سیاق واحد قابل استدلال نیست. در پاسخ به این اشکال نیز گفتنی است که وصی پس از فوت موصی دارای ولایت است و کسی از فقها وصایت را به وکالت تفسیر نکرده است. بنابراین هر سه شخص معرفی شده در این روایت (پدر، برادر و وصی) دارای ولایت‌اند.

با این حال شیخ حر عاملی در خصوص این روایت احتمال تقیه داده است که در پاسخ باید گفت: با دقت در زمان صدور روایت که زمان حضرت امام صادق علیه السلام است، احتمال تقیه صحیح نیست و دلیل موجهی نیز برای تقیه امام در این خصوص به نظر نمی‌رسد.

نکته دیگر اینکه در این روایت نه تنها ولایت در نکاح به برادر واگذار شده است، بلکه تصرف در اموال خواهر و جواز خرید و فروش آن نیز به وی سپرده شده و چنین تصرفاتی نیز صحیح شمرده شده است.

از نظر سند، این روایت دارای سند صحیح است و در زمره روایات صحیحه محسوب می‌شود؛ زیرا مرحوم کلینی از محمد بن یحیی عطار و وی از احمد بن محمد بن عیسی و او از برقی و وی از صفوان و او از عبدالله و وی از ابی بصیر و او نیز از امام صادق علیه السلام روایت را نقل کرده است و همگی این راویان از جمله روات امامی و عالی مقام هستند (نک: نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۳۳۸؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۰ق، ص ۳۹۷).

در روایتی دیگر از امام رضا علیه السلام نقل شده است که فرمودند: «الأخ الأكبر بمنزلة الأب (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰: ص ۲۸۳)؛ برادر بزرگتر به منزله (و جانشین) پدر است. این روایت نیز به صراحت سخن از جانشین شدن برادر بزرگتر پس از پدر دارد و این جانشینی نیز به قرینه مناسبت حکم و موضوع، جانشینی در ولایت و اظهار نظر کردن در تزویج، معاملات و امور مولی علیه است. همچنین دقت در واژه «بمنزلة» مبرهن این نکته است

که در فهم عرفی وقتی سخن از جانشینی می‌شود یعنی همان قدرت و شئونی که برای شخص اول مطرح بود، برای جانشین وی نیز قابل تصور است و لازمه جانشینی چنین است که طبیعی است منظور از جانشینی در اینجا جانشینی عرفی است، و گرنه جانشینی بدون قدرت تصمیم‌گیری و امر و نهی برای رتق و فتق امور، امری بدون فایده است. پس همان قدرت و ولایتی که شخص اول داشت در فرض غیاب وی به جانشین و قائم‌مقام وی منتقل می‌شود و نمی‌توان بدون فرض ولایت برای جانشین قائل به مشروعیت تصمیمات و تصرفات وی شد.

این روایت از نظر سندی در زمره احادیث صحیح‌السند است؛ چه اینکه مرحوم کلینی این روایت را از جناب علی بن اسماعیل المیثمی نقل می‌کند که به گفته رجال‌شناسان، وی از علمای برجسته قرن دوم و از اصحاب امام رضا علیه السلام است (نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۲۵۱). جناب میثمی نیز از حسن بن علی بن فضال که وی نیز از اجلای روات است و برخی وی را از اصحاب اجماع دانسته‌اند (طوسی، بی‌تالف، ج ۲، صص ۸۳۱-۸۳۲) و بر اساس قاعده «لایرون ولا یرسلون إلا عن ثقة» و همچنین تعبیر «عدة من أصحابنا»، نقل ابن فضال از آن گروه از اصحاب امامیه نیز بدون اشکال است.

هر چند شیخ حر عاملی این دو روایت و امثال این روایات را حمل بر وکالت برادر می‌نماید، لکن برای این حمل و تفسیر، شاهدی ارائه نشده است. همان‌طور که در سطور پیشین بیان گردید، تعبیر روایت با هر سه نهاد هم‌خوانی دارد که می‌توان معنای کلی «سرپرستی و تصدی امور» را توسط ولی عرفی استفاده کرد. همچنین به نظر می‌رسد با توجه به اینکه «أخ» به صورت مطلق آمده است و قید وکالت یا وصایت برای وی به عنوان مضاف‌الیه بیان نشده است، ولایت برادر نیز در عداد ولایت پدر باشد. شاهد بر این مدعا آن است که اگر برادر از نظر امام، وکیل یا وصی بود، همانند فقره بعدی که می‌فرماید «الرجل یوصی الیه»، قید وکالت یا وصایت را نیز برای ولایت برادر ذکر می‌کرد و عدم ذکر این قید دلیل بر اطلاق ولایت برادر است.

البته برخی روایات نیز موافقت خود دختر را برای ازدواج شرط دانسته‌اند و در





صورت عدم موافقت، عقد جاری شده از سوی برادر را غیرنافذ خوانده‌اند (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۲۸۰)؛ البته این روایات آسیبی به مشروعیت ولایت برادر نمی‌زند، زیرا حتی در خصوص پدر که ولایتش مورد اتفاق و بدون بحث و مناقشه است، بر اساس برخی روایات در صورت عدم رضایت دختر، وی می‌تواند عقد منعقدشده از سوی پدر را به هم بزند (نک: حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، صص ۲۷۷، ۲۷۸، ح ۹۸).

برخی دیگر از روایات نیز در صورت انجام عقد از سوی دو برادر، عقد برادر بزرگتر را دارای نفوذ دانسته‌اند (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۲۸۱، ح ۴) که برخی فقها این مورد را به جایی که برادر وکیل خواهر باشد تفسیر کرده‌اند (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۲۸۱، ح ۴). برخی فقها نیز به واسطه وجود روایاتی معتقد به استحباب اجازه گرفتن از برادر بزرگتر در امر ازدواج خواهر شده‌اند (خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۲۵۶). اما آنچه که به نظر می‌رسد و در تفسیر و تبیین روایات فوق‌الذکر گذشت، شارع مقدس در فرض فقدان پدر و جد پدری برای انجام امورات دختر، ولایتی برای برادر جعل کرده است؛ هرچند این ولایت در نکاح مقید به رضایت و موافقت دختر نیز باشد. البته ممکن است اشکال شود که چنین برداشتی با روایات بسیاری در خصوص انحصار ولایت در نکاح باکره به پدر و جد پدری در تعارض است که در پاسخ به این اشکال باید گفت: اولاً انحصار ولایت در نکاح به پدر و جد پدری یک مستنبط فقهی است که اکنون و در این مجال که محل بررسی و تحلیل روایات است چندان کارایی ندارد و بررسی ادله نتیجه‌ای متفاوت از آن مستنبط فقهی را ایجاد می‌نماید، ثانیاً تعارض در فرض تنافی ادله است؛ در اینجا هر دو گروه از ادله (ادله ولایت در نکاح و ادله مورد بحث ولایت ولی عرفی) از قبیل «مثبتین» هستند که با یکدیگر تعارضی ندارند.

۴-۲. دلیل دوم: ولایت ولی عرفی در نکاح

در روایتی علاوه بر اینکه از سوی امام علیه السلام بر اولیای عرفی اطلاق «ولی» شده است، عقد منعقد شده از سوی آنها نیز صحیح دانسته شده است. ابی‌عبیده حذاء می‌گوید از امام باقر علیه السلام این گونه پرسش کردم:

سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما يعني غير الاب، وهما غير مدرّكين. فقال: «النكاح جائز، وأيهما أدرك كان على الخيار، وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر. إلا أن يكونا قد أدركا ورضياً قلتُ فإن أدرك أحدهما قبل الآخر قالَ يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ» قلتُ: «فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أثره؟» قال: «نعم»؛ از امام باقر عليه السلام درباره غلام و کنیزی پرسیدم که ولی آنها، غیر از پدر، آن دو را به تزویج درآورده است و آنها غیر بالغ هستند، امام فرمود: «نکاح جائز است و هر کدام از آنها که به بلوغ رسید دارای خیار است، و اگر قبل از بلوغ بمیرند، پس میراث بین آن دو وجود ندارد و مهری برای او (آن کنیز) نیست، مگر اینکه آن دو بالغ شوند و به آن نکاح رضایت دهند. عرض کردم: اگر یکی از آنها قبل از دیگری بالغ شد چه می شود؟ امام فرمود: اگر راضی باشد، این نکاح بر او لازم و نافذ می گردد. عرض کردم: «اگر مرد زودتر به بلوغ رسید و راضی به نکاح شد، سپس قبل از آنکه کنیز به سن بلوغ برسد، مرد مُرد، آیا کنیز از او ارث می برد؟» امام فرمود: «آری.» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص ۳۲۷).

از این تعبیر که امام عليه السلام فرمود: «النكاح جائز»، مشروعیت نکاح توسط ولی عرفی استفاده می شود و هنگامی که جواز که یک حکم تکلیفی است بیان گردید، بالطبع حکم وضعی صحت نیز مترتب می گردد و عقد بدون اشکال است.

صاحب جواهر در تفسیر واژه «ولیان» در این روایت می نویسد: «از ذیل روایت که خیار را برای متزوج قرار داده است فهمیده می شود که منظور از ولیان «ولی عرفی» است (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۹، ص ۲۰۳).

آیت الله بروجردی نیز در ضمن این روایت سخن پرمعنا و متقنی داشت که در پیشینه شناسی فقهی مورد بررسی قرار گرفت. نکته حائز اهمیت سخن ایشان این بود که برای اولیای عرفی نیز ولایت متصور است و ولی عرفی مانند اجنبی نیست، هر چند این ولایت مقید به رضایت خود دختر، و به تعبیر ایشان ولایت مقید است (نک: بروجردی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۳۴۷).





۴-۳. دلیل سوم: ولایت ولی عرفی در اذن برای درمان

در خصوص اذن ولی در معالجه بیمار می‌توان ولایت «ولی عرفی» را با استناد به برخی روایات به اثبات رساند. در روایتی که سکونی از امام صادق علیه السلام نقل کرده است، حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام فرمود: «من تطب أو تیطر فلیأخذ البراءة من ولیه و إلا فهو له ضامن» (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷، ص ۳۶۴)؛ کسی که طبابت یا دامپزشکی می‌کند باید از ولی بیمار و یا صاحب حیوان اخذ براءت نماید، و الا ضامن است. برخی از فقیهان در این خصوص، ولی اذن را کسی می‌دانند که امور مریض به او بازمی‌گردد (موسوی خونی، ۱۳۶۵، ص ۲۴۷). آن گونه که از بحث لغوی و استعمالات قرآنی و روایی واژه «ولی» و مشتقات آن روشن شد، این واژه در معنای مطلق سرپرست استعمال می‌شود و سرپرست هر شخص ولی نامیده می‌شود. در این صورت، ظهور روایت در ولی عرفی خواهد بود. اصطلاح ولی عرفی قبلاً توضیح داده شد: به کسی گفته می‌شود که سرپرست عرفی شخص است.

کسانی که قائل به ولی عرفی در این مسئله هستند، دلیل واضح و مبرهنی دارند؛ دلیل آن استعمال عناوین در معنای عرفی آنها است، مگر اینکه حقیقت شرعی یا متشرعیه برای آنها به اثبات برسد، یا قرینه‌ای بر انصراف به معنای خاص وجود داشته باشد. این نکته از واضحات و مسلمات برداشت از متون شرعی است و در غالب موارد تعیین کننده مضمون و مراد شارع است. بنابراین معنای عرفی واژه در فرض عدم یقین به مراد گوینده و عدم وجود قرینه بر معنای خاص، می‌تواند ملاک تشخیص مراد شارع مقدس باشد. خلاصه کلام این است که ظهور اولیه کلام که ناشی از معنای عرفی واژگان است تا دستخوش قرائن کلامیه، حالیه یا تعبد خاص نباشد، مراد گوینده تلقی می‌شود؛ پس برای دست کشیدن از آن به دلیل نیاز است. در این روایت، دلیلی قابل اتکا بر آن یافت نمی‌شود. طبق این دیدگاه که انصافاً دیدگاه قابل دفاعی در این مسئله به نظر می‌رسد، نوبت به نظرات دیگر نخواهد رسید؛ بنابراین در روایت، ملاک ولی عرفی است (پورصدقی و خادمی کوشا، ۱۳۹۸، صص ۲۳-۲۴).

به عبارت دیگر، در بررسی روایت سکونی، واژه «ولی» به صورت مطلق بیان شده است و شارع نیز در گفتگوهای خود با عرف، روش ویژه و خاصی ندارد و از همان روش عرفی پیروی می‌کند و لذا اگر منظور و مرادی خاص غیر از معنای مرتکز در اذهان عموم دارد، باید به صراحت اعلام نماید و عدم اعلام نشان بر تایید همان معنای عرفی است (نک: عندلیب، ۱۳۹۸، ص ۱۵۳)؛ بنابراین در مسئله اذن ولی در معالجه بیمار نیز ولایت ولی عرفی پذیرفته شده است.

۴-۴. دلیل چهارم: ولایت خویشاوندان پدری در نکاح

یکی دیگر از ادله‌ای که می‌تواند مشروعیت ولایت اولیای عرفی را به اثبات برساند، سخن فصیح و بلیغی است که از حضرت امیرالمومنین علیه السلام به دست ما رسیده است. ایشان در این باره می‌فرماید: «إِذَا بَلَغَ النِّسَاءَ نَصَّ الْحَقَاقِ فَالْعَصْبَةُ أَوْلَى» (نهج البلاغه: غرائب الکلم، ش ۴)؛ زنان هنگامی که به حد کمال رسیدند، خویشاوندان پدری (برای تصمیم‌گیری درباره آنان) مقدم‌اند.

مرحوم شریف رضی در تفسیر این جمله (با تکیه بر واژه «نصّ» و واژه «حقاق») چنین می‌گوید:

منظور از «نصّ» آخرین مرحله هر چیز است. مانند «نصّ» در سیر و حرکت که به معنای آخرین مرحله توانایی مرکب است، از این رو هنگامی که می‌گوییم «نَصَّصْتُ الرَّجُلَ عَنِ الْأَمْرِ» منظور این است که آن‌قدر سؤال از کسی کردم که آنچه را می‌داند در این زمینه بیان کند، بنابراین «نَصَّ الْحَقَاقِ» به معنای رسیدن به مرحله بلوغ است که همان پایان دوره کودکی است. (سپس می‌افزاید:) این جمله از فصیح‌ترین کنایات و شگفت‌انگیزترین آنها در این مورد است. منظور امام علیه السلام این است که زنان هنگامی که به این مرحله برسند «عصبه» (مردان خویشاوند پدری او) که محرم آنان هستند، مانند برادران و عموها، به حمایت از آنها سزاوارتر از مادرند و همچنین در انتخاب همسر برای آنها. (سپس می‌افزاید:) «حقاق» به معنای مخالفت و جدال مادر با «عصبه» درباره این دختران





است، به گونه‌ای که هر کدام به دیگری می‌گویند: «من از تو سزاوارترم». عرب می‌گوید: «حَاقِقُهُ حِقَاقًا»؛ یعنی با او به جدال برخاستم (نهج البلاغه: غرائب الکلم، ش ۴؛ ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۹۸؛ زبیدی، بی تا، ج ۹، ص ۳۷۰).

ابن میثم بحرانی از شارحان برجسته نهج البلاغه و از فقهای قرن هفتم نیز تفسیر سید رضی را مورد تأیید قرار داده است (ر.ک: بحرانی، ۱۳۶۲، ج ۵، ص ۳۷۳). میرزا حبیب‌الله خویی، فقیه قرن سیزدهم و چهاردهم که شرح او بر نهج البلاغه از جمله شروح معتبر محسوب می‌شود نیز همان تفسیر سید رضی را مورد تأیید قرار داده است (نک: هاشمی خوئی، ۱۳۵۸، ج ۲۱، ص ۳۳۵)؛ هرچند برخی فقیهان مانند محقق تستری، تفسیر سید رضی و موافقان وی را نپذیرفته‌اند و گفته‌اند این تفسیر مطابق مذهب عامه است (شوشتری، ۱۳۷۶، ج ۱۴، ص ۳۳۴)، لکن صرف موافقت با عامه نمی‌تواند موهن نظر فقهی باشد؛ چنان‌که برخی از فقیهان همچون مرحوم مغنیه، استحباب اذن از ولی عرفی را در این باره پذیرفته‌اند (نک: مغنیه، ۱۹۷۹م، ج ۴، ص ۳۷۲).

در عین حال می‌توان با توجه به سایر روایات و با عنایت به مبنای تجمیع ظنون و تراکم ادله، این روایت را نیز در زمره روایات دال بر مشروعیت ولایت ولی عرفی قلمداد کرد و تولی امور دختر را در صورت نبود پدر و جد پدری به اولیای عرفی سپرد.

۴-۵. دلیل پنجم: ولایت اولیای عرفی از باب ولایت عدول مؤمنان

فقها معتقدند در صورت نبود پدر یا جد پدری، نوبت به ولایت ولی فقیه یا عدول مؤمنان می‌رسد. عده‌ای از فقها اموری همچون بیع مال یتیم و نماز میت شخص بدون ولی و... را در صلاحیت عموم مؤمنان می‌دانند و اذن فقیه را در آن شرط نمی‌دانند (نک: اصفهانی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۴۰۲؛ گلپایگانی، ۱۳۸۳، صص ۲۹-۳۰، ۵۳؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ص ۵۷۲).

با توجه به دیدگاه این گروه از فقها که ولایت عدول مؤمنان را در امور حسبه معتبر می‌دانند، می‌توان ولایت اولیای عرفی را در این امور پذیرفت؛ چه اینکه اولیای عرفی هم جزو مؤمنان‌اند و به خاطر رابطه نسبی، قرابت بیشتری با طفل دارند و از شرایط و اوضاع و احوال او بهترین آگاهی را دارند و همین قرابت و آگاهی زمینه شناخت

«مصلحت» طفل که معیار و ملاک اصلی اعمال ولایت از سوی ولی است را فراهم می‌نماید.

در نتیجه می‌توان گفت که علاوه بر وجود برخی روایات که ولایت برخی از اولیای عرفی همچون برادر را بیان کرده است، ولایت اولیای عرفی را می‌توان با استناد به نظر گروهی معتابه از فقها که ولایت عدول مؤمنان را در امور حسبه پذیرفته‌اند، به عنوان مصداقی از عدول مؤمنان مورد پذیرش قرار داد و اعمال آنها را نافذ قلمداد کرد.

۴-۶. دلیل ششم: ولایت اولیای عرفی بر تقسیم اموال

یکی دیگر از ادله‌ای که می‌تواند برای اثبات مشروعیت ولایت اولیای عرفی ایفای نقش نماید، «موثقه زرعه» از سماعه است که می‌گوید: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غیر وصیة وله خدم وممالیک وعقد كيف یصنع الورثة بقسمة ذلك المیراث؟ قال: «إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك فلا بأس» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، ص ۴۲۲، ح ۲). از امام در خصوص مردی که مرده است و پسران و دختران غیربالغ و بالغ دارد، و خدمت کاران و غلامان و کنیزان و زنانی دارد، بدون اینکه وصیتی کرده باشد، پرسیده شد که ورثه در تقسیم میراث او باید چگونه عمل نمایند، امام فرمود: «اگر مرد ثقه‌ای به این امر اقدام نماید و کل میراث را تقسیم نماید اشکالی ندارد.» برخی از فقیهان معاصر منظور از «ثقه» را در این روایت خبره بودن و امین بودن دانسته‌اند (نک: علیدوست، درس خارج فقه: ۱۶ مهر ۱۳۹۸). این روایت از آنجا که تنها قید ثقه بودن را دارد، شامل برادر، عمو و خویشاوندان پدری و البته سایر مؤمنان ثقه می‌شود. این روایت به خوبی ولایت بر تقسیم اموال را به اثبات می‌رساند. بنابراین می‌توان گفت که شارع مقدس در این روایت چنین ولایتی را برای انسان‌های خبره و امین قرار داده است که اولیای عرفی فرد در صورت دارابودن خبرگی و امانت، دارای چنین ولایتی هستند.

۴-۷. دلیل هفتم: سیره و بنای عقلا

برخی فقیهان با استناد به سیره و بنای عقلا، برای اولیای عرفی میت ولایت قائل شده‌اند



فقه



و معتقدند اجازه اولیای عرفی برای نماز، تغسیل، تکفین و تدفین کفایت می‌کند. محقق خوئی در این باره می‌نویسد:

أن مقتضى السيرة بل الأخبار أيضاً مع الغض عن سندها هو ثبوت الولاية لمن يتصدى الأمور الميِّت و له الزعامة و المرجعية فيها عرفاً و هو الذى يعزى و يسلى دون غيره فلا يجوز مزاحمته فى تلك الأمور و على ذلك تختص الولاية بالرجال و لا حظَّ فيها للنساء؛ مقتضى سیره بلکه اخبار، با چشم‌پوشی از سند آنها، ثبوت ولایت برای کسی است که تصدی امور میت را پذیرفته است و در نظر عرف زعامت و مرجعیت و مسئولیت را به‌عهده دارد و این شخص کسی است که مردم به او تسلیت و تعزیت می‌گویند؛ پس برای دیگران جایز نیست در این امور مزاحم تصمیمات و کارهای وی شوند، بنابراین ولایت اختصاص به مردان دارد و حظ و بهره‌ای در این ولایت برای زنان نیست (موسوی خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۲۹۹).

محقق خوئی در این اظهارنظر، هم سیره و هم اخبار را مؤید این معنا می‌داند که برای اولیای عرفی میت ولایتی جعل شده است. همچنین ایشان مصادیق اولیای عرفی را مشخص می‌نماید و می‌گوید اولیای عرفی کسانی هستند که به آنها تسلیت گفته می‌شود که در کشور عراق چنین مرسوم بوده است که به مردان قبیله تسلیت گفته می‌شود و لذا مردان فامیل دارای ولایت عرفی بر میت هستند.

اما آنچه که در این بین مهم است و می‌توان از سخن محقق خوئی به‌عنوان یک مبنا و روش اجتهادی بهره جست، توسعه‌ای است که ایشان در معنای ولی و ولایت ایجاد کرده است. ایشان ولایت را از ولایت شرعی به ولایت عرفی نیز توسعه داده است و این مبنا را پایه‌گذاری کرده است که می‌توان در این امور ولایت ولی عرفی را پذیرفت. با تأمل در مسئله به‌خوبی مبرهن می‌شود که بنای عقلا مبنی بر تصدی امور میت، این فقیه را به این نتیجه رسانده است که به ولایت ولی عرفی قائل شود و اگر بنای عقلا ملاک چنین توسعه‌ای است، باید در هر موردی که بنای عقلا اقتضا می‌کند و پدر و جد پدری وجود ندارد، امور را به دست اولیای عرفی سپرد. عرف نیز مؤید این برداشت است، زیرا

عرف می‌گوید تا زمانی که برادر، عموها، پسرعموها و خویشاوندان درجه‌یک شخص وجود دارند، باید تصدی امور به دست آنها سپرده شود، حال تفاوتی نمی‌کند که این امور مربوط به تجهیز میت باشد یا امور مالی و ازدواج و شبیه به این امور.

۵. نتیجه‌گیری

در این پژوهش ماهیت ولی عرفی و ادله مشروعیت ولایت آن مورد تبیین، بررسی و تحلیل قرار گرفت و مشخص گردید که ولی عرفی کسی است که عهده‌دار امورات شخص است. در مواردی که شارع و قانونگذار اسلامی هیچ انحصاری را در ولایت مطرح نکرده است، از اطلاعات و عموماً ادله هر دو ولایت (شرعی و عرفی) مستفاد است و در این صورت ولی شرعی و عرفی در عداد یکدیگرند. بر این اساس ولایت ولی عرفی امری مشروع است و وی می‌تواند با در نظر گرفتن مصالح مولی علیه سرپرستی و تمثیت امور وی را به عهده بگیرد. پذیرش مشروعیت ولایت ولی عرفی آثار و ثمرات مهمی دارد که از جمله آنها حل و فصل مسائل مالی، درمان، ازدواج و... است که تصدی این امور توسط ولی عرفی حجم زیادی از مسئولیت‌ها و مراجعات به حاکم شرع و دستگاه قضایی را کاهش می‌دهد.

این مقاله حاصل بخشی از تحقیقات انجام شده مربوط به رساله دکتری آقای محمد حسین مشکاتی می‌باشد. که در دانشگاه آزاد اسلامی واحد محلات انجام شده است.



فهرست منابع

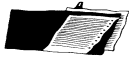
* قرآن کریم.

** نهج البلاغه.

۱. آملی، میرزا محمدتقی. (۱۳۸۰ق). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی. تهران: مؤلف.
۲. ابن فارس، احمد بن فارس بن زکریا. (۱۴۰۴ق). معجم مقائیس اللغة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۵ق). لسان العرب. قم: ادب الحوزه.
۴. اراکی، محمدعلی. (۱۴۱۹ق). کتاب النکاح. قم: نورنگار.
۵. اصفهانی، محمدحسین. (۱۳۸۳). حاشیة کتاب المکاسب. بی جا: پایه دانش.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۷. بحرانی، ابن میثم. (۱۳۶۲). شرح نهج البلاغه. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۸. بروجردی، حسین. (۱۳۹۴). الرسائل الفقهیة (محرر: جواد خندق آبادی). قم: مؤسسه آیة الله العظمی البروجردی لنشر معالم اهل البيت علیهم السلام و نشر طبا.
۹. پورصدقی، رضا؛ و خادمی کوشا، محمدعلی. (۱۳۹۸ش). ولی اذن در درمان. فقه، (۱)، صص ۶-۳۴.
۱۰. تبریزی، جواد بن علی. (بی تا). صراط النجاة. بی جا: بی نا.
۱۱. جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۲. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم للملایین.
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق). وسائل الشیعة (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۱۴. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۸ق). العناوین الفقهیة. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۵. خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۵). صحیفه امام. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۶. خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۰ق). تحریر الوسيلة (چاپ دوم). نجف: دار الکتب العلمیة.



۱۷. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۱۸ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۸. خوئی، میرزا حبیب‌الله. (۱۳۵۸). منهاج البراعة في شرح نهج البلاغة. تهران: نشر مكتبة الاسلامية.
۱۹. زبیدی، محمد مرتضی. (بی تا). تاج العروس. بیروت: انتشارات الحیاه.
۲۰. سالم، عبدالعزیز. (۱۳۸۰). تاریخ عرب قبل از اسلام (مترجم: باقر صدری‌نیا). تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
۲۱. سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۷ق). مهذب الاحکام. قم: مؤسسه المنار.
۲۲. شوشتری، محمدتقی. (۱۳۷۶). بهج الصباغة في شرح نهج البلاغة. تهران: امیرکبیر.
۲۳. شیخ طوسی، ابوجعفر. (۱۳۸۰ق). رجال (محقق: محمدصادق بحر العلوم). نجف: بی تا.
۲۴. شیخ طوسی، ابوجعفر (بی تا «الف»). اختیار معرفة الرجال (رجال کشی). قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۲۵. شیخ طوسی، ابوجعفر. (بی تا «ب»). الخلاف. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۶. صاحب بن عباد، ابوالقاسم. (۱۴۱۴ق). المحيط في اللغة. بیروت: عالم الكتاب.
۲۷. صافی گلپایگانی، علی. (۱۴۲۷ق). ذخیره العقبی فی شرح العروة الوثقی (چاپ اول). قم: گنج عرفان للطباعة والنشر.
۲۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (المحشی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۹. علیدوست، ابوالقاسم، درس خارج فقه، سال تحصیلی ۱۳۹۸-۱۳۹۹، در سایت <http://a-alidoost.ir>
۳۰. علیدوست، ابوالقاسم؛ و لطفی، محمدجواد. (۱۳۹۹). مقایسه روش اجتهادی صاحب جواهر و محقق خویی. فصلنامه جستارهای فقهی اصولی، ۶(۱۹)، صص ۱۳۹-۱۶۸.
۳۱. عندلیب، حسین. (۱۳۹۸). ارتکازات عرفی در فقه و حقوق. قم: مرکز بین المللی توسعه علم، فرهنگ و عقلائییت.
۳۲. فخرالمحققین، محمد بن حسن حلی. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان.
۳۳. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین (محققان: مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی). قم: مؤسسه نشر اسلامی.





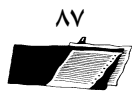
٣٤. قزوینی، سید علی موسوی. (١٤٢٤ق). ینابیع الأحكام فی معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٣٥. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی نجفی. (بی تا). کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء. بیروت: دار الإحياء التراث العربی.
٣٦. کلینی، محمد بن یعقوب. (١٣٦٧). الکافی (محقق: علی اکبر غفاری). تهران: دار الکتب الإسلامیة.
٣٧. گلیایگانی، سید محمدرضا. (١٣٨٣). الهدایة الی من له الولاية. قم: چاپخانه علمیة.
٣٨. مغربی، ابوحنیفه. (١٣٨٥ق). دعائم الإسلام. قم: آل البيت علیهم السلام.
٣٩. مغنیة، محمدجواد. (١٩٧٩م). فی ظلال نهج البلاغة. بیروت: دار العلم للملایین.
٤٠. مکارم شیرازی، ناصر. (١٣٨٦). بحوث فقهیة. قم: مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی.
٤١. منتظری، حسینعلی. (١٤٠٩ق). کتاب الزکاة. قم: مرکز جهانی مطالعات اسلامی.
٤٢. منتظری، حسینعلی. (بی تا). العروة الوثقی مع تعلیقات المنتظری. بی جا: بی نا.
٤٣. منسوب به امام رضا علیه السلام، علی بن موسی علیه السلام. (١٤٠٦ق). فقه الرضا علیه السلام. قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
٤٤. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (١٣٦٥). مستند العروة الوثقی - کتاب الإجارة (مقرر: شیخ مرتضی بروجردی). قم: لطفی.
٤٥. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (١٤١٨ق). موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی.
٤٦. نائینی، میرزا محمدحسین. (١٣٧٣ق). منیة الطالب فی حاشیة المكاسب. تهران: المكتبة المحمدیة.
٤٧. نجاشی، احمد. (١٣٦٥). رجال (محقق: سیدموسی شبیری زنجانی). قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
٤٨. نجفی، محمدحسن. (١٩٨١م). جواهر الکلام (محقق: محمود قوچانی، چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
٤٩. هاشمی خوئی، میرزا حبیب الله. (١٣٥٨). منهاج البراعة فی شرح نهج البلاغة (مصصح: سید ابراهیم میانجی). تهران: مكتبة الإسلامی.

References

*Holy Quran.

*Nahj al-Balagha.

1. A group of researchers. (1423 AH). Encyclopedia of Islamic jurisprudence according to the religion of the Ahl al-Bayt. Qom: Encyclopedia of Islamic jurisprudence on the religion of the Ahl al-Bayt.
2. al-Hurr al-amili. (1414 AH). Wasa'il al-Shi'a (2nd ed.). Qom: Aal al-Bayt Foundation for al-Ihya al-Turath.
3. Alidoost, A. (1398 AP). Course of jurisprudence. Retrieved from <http://a-alidoost.ir>.
4. Alidoost, A., & Lotfi, M. J. (1399 AP). Comparison of the ijthad method of the Jawaher and Mohaqiq Khoei. Basic jurisprudential researches, 6(19), Summer 2016.
5. al-Kulayni. (1988). Usul al-Kafi (A. A. Ghaffari, Ed.). Tehran: Islamic Books House.
6. Amoli, Mirza Mohammad Taqi. (1380 AH). Misbah Al-Huda Fi Sharh Al-Urwa Al-Wathqi. Tehran: Author.
7. Andalib, H. (1398 AP). Customary associations in jurisprudence and law. Qom: International Center for the Development of Science, Culture and Rationality.
8. Ansari, Murtaza bin Muhammad Amin. (1415 AH). Book of marriage. Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari.
9. Araki, Mohammad Ali (1419 AH). Book of marriage. Qom: Photographer.
10. Ayatollah Khomeini. (1385 AP). Sahifeh-ye Imam. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
11. Ayatollah Khomeini. (1390 AH). Tahrir al-Wasila (2nd ed.). Najaf: Dar Al-Kitab Al-Alamiya.
12. Ayatollah Khomeini. (1418 AH). Kitab al-bay'. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
13. Bahrani, Ibn Mithim. (1362 AP). Sharh Nahj al-Balagha. Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary.
14. Boroujerdi, Hussein (1394 AP). Al-Rasail al-Fiqhiya. Qom: The Grand Ayatollah Al-Boroujerdi Institute for the publication of the scholar of the Ahl al-Bayt (AS) / Taba Publishing.
15. Fakhr al-Muhaqiqin, M. (1387 AH). Explain the benefits in explaining the problems of the rules. Qom: Ismailiyan.
16. Farahidi, Kh. (1410 AH). Kitab al-Ayn (M. Makhzumi & I. Samarai). Qom: Islamic Publication Office.
17. Golpayegani, S. M. R. (1383 AP). Guide to the guardianship. Qom: Theological printing house.
18. Hashemi Khoei, M. H. (1358 AP). Minhaj al-Bara'a in Sharh Nahj al-Balaghah (S. I. Mianji, Ed.). Tehran: Islamic Library.
19. Husseini Maraghi, A. F. (1418 AH). The titles of jurisprudence. Qom: Islamic Publication Office.



فقه

20. Ibn Faras, Ahmad ibn Faris ibn Zakaria. (1404 AH). Dictionary of languages. Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office.
21. Ibn Manzoor, Muhammad ibn Makram. (1405 AH). Arabic language. Qom: Field literature.
22. Imam Rida (AS). (1406 AH). Fiqh al-Rida (AS). Qom: Aal al-Bayt Foundation for al-Ihya al-Turath.
23. Isfahani, Mohammad Hussein (2004). The margin of the book of achievements. n.p.: Knowledge base.
24. Johari, I. (1410 AH). al-Sihah, Taj al-lughah wa-sihah al- 'Arabiyah. Beirut: Dar Al-Alam for the Muslims.
25. Kashif al-Ghita', J. (N.d.). Revealing the concealment from the ambiguities of the Shari'a al-Ghara Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
26. Khoei, M. H. (1358). Curriculum Minha in the explanation of rhetorical approach. Tehran: Islamic School Publishing.
27. Maghribi, A. H. (1385 AH). The prayers of Islam. Qom: Aal al-Bayt.
28. Makarem Shirazi, N. (2007). Bohos al-Fiqhiya. Qom: Islamic Information and Documentation Center.
29. Montazeri, H. A. (1409 AH). Book of Zakat. Qom: World Center for Islamic Studies.
30. Montazeri, H. A. (n.d.). Al-Urwah al-Wuthqa ma'a al-ta'liqat. n.p.
31. Mousavi Khoei, S. A. (1365 AP). Al-Urwa Al-Wathqa Documentary - Book of Rent (M. Boroujerdi, Ed.). Qom: Lotfi.
32. Mousavi Khoei, S. A. (1418 AH). Encyclopedia of Imam Al-Khoei. Qom: Foundation for the Revival of the Works of Imam Al-Khoei.
33. Mughniyeh, M. J. (1979). In the shadow of the rhetorical approach. Beirut: Dar Al-Alam for the Muslims.
34. Naeini, M. M. H. (1373 AH). Monia al-talib Fi Hashia al-Makasib. Tehran: Muhammadan Library.
35. Najafi, M. H. (1981). Jawahir al-Kalam (M. Quchani, Ed., 7th ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
36. Najashi, A. (1365 AP). Rijal (S. M. Shobairi Zanjani, Ed.). Qom: Islamic Publication Office.
37. Poursadeqi, R., & Khademi Koosha, M. A. (1398 AP). But permission in treatment. Journal of Jurisprudence, Vol. 1, pp. 6-34.
38. Qazvini, S. A. M. (1424 AH). Yanabi' al-aḥkam fi ma'rifat al-ḥalal wa-al-ḥaram. Qom: Islamic Publications Office.
39. Sabzwari, A. A. (1417 AH). Mohadab al-Ahkam. Qom: Al-Manar Foundation.
40. Safi Golpayegani, A. (1427 AH). Zakhira al-U'qbia fi Sharh al-Urwa al-Wathqa (1st ed.). Qom: Ganj-e Erfan.
41. Sahib Ibn Ibad, A. (1414 AH). al-Muhit fi al-Logha. Beirut: Book World.
42. Salem, A. A. (1380 AP). Arab history before Islam (B. Sadrinia, Trans.). Tehran: Elmi Farhangi Publishing Co.
43. Shaykh Tusi. (1380 AH). Rijal (M. S. Bahr al-Ulum, Ed.). Najaf: n.p.
44. Shaykh Tusi. (n.d. a). Authority to know the men (Rijal Keshi). Qom: Aal al-



فقه

سال بیست و هفتم، شماره سوم (پیاپی ۱۰۳)، پاییز ۱۳۹۹

- Bayt Foundation for al-Ihya al-Turath.
45. Shaykh Tusi. (n.d. b). Contrast. Qom: Islamic Publication Office.
 46. Shushtari, M. T. (1376 AP). Bahj al-Sabbah in the explanation of Nahj al-Balaghah. Tehran: Amirkabir.
 47. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1419 AH). Al-Urwah al-Wuthqa. Qom: Islamic Publications Office.
 48. Tabrizi, J. (n.d.). Sirat al-Najat. n.p.
 49. Zabidi, M. M. (n.d.). Taj al-Arus. Beirut: Al-Hayah Publications.



فقہ

Transformation of Tools to Solve the Problem of Imported Consuming Goods

Mohammad Zarvandi Rahmani¹

Received: 14/07/2020

Accepted: 15/11/2020

Abstract

One of the advantages of Shiite jurisprudence is its comprehensiveness, accountability, and providing solutions to solve the problems and difficulties of human societies. One of the problems of Islamic societies in the present era is the import of consuming goods from non-Islamic countries, which from the perspective of Islamic jurisprudence is considered as Najis and Haram. This paper aims to provide a solution to the problem of food products under the title of transformation (Istihaleh). The paper continues with some introductory topics such as an examination of the viewpoints, the background, the description of the place of the conflict, and the lexical and idiomatic conceptology. Then, while explaining the arguments of purity for the transformation, the study is followed in two main topics. In the first topic, the viewpoint about explaining upon najis and najis maker objects has been criticized, and the viewpoint about the purity of absolute transformation in najis and najis maker objects has been proved. In the second topic, the ruling of doubtful cases is examined and after criticizing the viewpoint of explaining the conceptual and sample doubts as well as lack of correctness of purity in the first viewpoint and accepting correctness of purity in the second viewpoint, the theory of correctness of purity is absolutely proved in the conceptual and sample doubts and it is also forcibly considered as Halal.

Keywords

Transformation, conversion, istishab, correctness of purity, najis, heliyat (the state of being halal).

1. Associate professor, International Al-Mustafa University, Qom, Iran. m_zarvandi@miu.ac.ir

Zarvandi Rahmani, M, (2020), Transformation of tools to solve the problem of imported consuming goods. The Scientific-Research Quarterly Journal of *Fiqh*, 27(103), pp. 91-113.

Doi: 10.22081/jf.2020.58237.2087

استحاله ابزار حل مشکل مواد مصرفی وارداتی

محمد زروندی رحمانی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۲۴

چکیده

از امتیازات فقه شیعه جامعیت، پاسخگویی و ارائه راه حل در جهت رفع مشکلات و معضلات جوامع بشری است. از جمله مشکلات جوامع اسلامی در عصر حاضر واردات مواد مصرفی از کشورهای غیر اسلامی است، که از منظر فقه اسلامی محکوم به نجاست و حرمت می باشد. این نوشته بر آن است تا تحت عنوان استحاله راه حلی را برای رفع مشکل فرآورده های غذایی ارائه کند. مقاله با برخی از مباحث مقدماتی مانند بررسی اقوال، پیشینه، تقریر محل نزاع و مفهوم شناسی لغوی و اصطلاحی ادامه پیدا کرده است. سپس ضمن تبیین ادله مطهریت استحاله بحث در دو محور اساسی پی گرفته می شود. در محور اول قول به تفصیل میان اشیاء نجس و متنجس نقد و قول به مطهریت استحاله مطلقا در اشیاء نجس و متنجس ثابت شده است. در محور دوم حکم موارد شک بررسی و پس از نقد قول به تفصیل میان شبهات مصداقیه و مفهومیه مبنی بر عدم جریان اصاله الطهاره در اول و قبول اصاله الطهاره در دوم، نظریه جریان اصاله الطهاره مطلقا در شبهات مصداقیه و مفهومیه ثابت شده و بطور قهری حلیت را نیز در پی دارد.

کلیدواژه‌ها

استحاله، تبدل، استصحاب، اصاله الطهاره، نجاست، حلیت.

¹ m_zarvandi@miu.ac.ir

۱. دانشیار جامعه المصطفی العالمیه. قم، ایران.

زروندی رحمانی، محمد. (۱۳۹۹). استحاله ابزار حل مشکل مواد مصرفی وارداتی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه،

Doi: 10.22081/jf.2020.58237.2087

۲۷ (۱۰۳)، صص ۹۱-۱۱۳.





۱. مقدمه

یکی از مطالبی که در عصر حاضر مورد ابتلا و نیازمند پاسخگویی فقه است، مشکلاتی است که در ناحیه اقلام وارداتی از کشورهای غیراسلامی وجود دارد. منشأ مشکلات از آنجا ناشی می‌شود که استفاده برخی از این اقلام از منظر فقها، مشروط به طهارت و حلیت است؛ مانند اقلام خوراکی، دارویی، بهداشتی و پوشاک که از اعضای حیوانات حرام گوشت مانند خوک و یا اعضای حیوانات حلال گوشتی که ذبح شرعی نشده و یا دیگر مواد محکوم به نجاست و حرمت، مانند مواد متنجس، تهیه شده‌اند.

اهمیت این بحث هنگامی بیشتر خودنمایی می‌کند که نگاهی به آمار واردات مصرفی از کشورهای غیراسلامی، اعم از فرآورده‌های غذایی، دارویی، بهداشتی و غیر آنها داشته باشیم. با اطمینان می‌توان ادعا کرد کمتر خانواده‌ای را می‌توان یافت که مبتلا به مواد وارداتی که در اصل نجس و یا متنجس است، نباشد. از باب نمونه از میان ده‌ها مورد به سه قلم اشاره اجمالی می‌شود:

۱. ژلاتین نوع A و B، مواد اولیه نوع اول از اعضای حیوانات نجس‌العین، مثل خوک، و یا حیواناتی که ذبح شرعی نشده‌اند، مانند گاو به دست می‌آید و موارد مصرف آن فراوان است.
 ۲. کارمین، به عنوان افزودنی رنگ‌دهنده در انواع نوشیدنی‌های گازدار و بی‌گاز، انواع ژله‌ها، انواع شیرینی‌ها، انواع دسرها، مواد آرایشی و رنگ‌آمیزی منسوجات مصرف دارد و مواد اولیه آن حشرات است.
 ۳. قرص آهن که طبق آمار، شصت درصد بانوان دچار کمبود آهن هستند و از آن استفاده می‌کنند. مواد اولیه نوع خارجی آن از خون گاو است.
 ۴. گلوکزآمین که از جمله موارد مصرف آن درمان درد مفاصل است و بیشتر از غضروف خوک و کوسه تهیه می‌شود.
 ۵. کندروایتین، از جمله موارد مصرف درمان آرتروز است.
- هر چند موارد فوق در داخل نیز از موارد حلال تهیه می‌شود، ولی رقم بالایی از خارج وارد می‌شود، و یکی از راه‌های اثبات طهارت و حلیت آن تحقق استحاله است.

در خصوص پیشینه بحث باید گفت که هر چند مقالاتی در این باره وجود دارد، اما مهم‌ترین مقاله «بررسی فقهی استحاله» است که توسط حامد صادقی و همکاران نوشته شده است. در این مقاله بیشتر به مفاهیم و مصادیق استحاله پرداخته شده و در آخر تحقیق، به سه قاعده استصحاب، طهارت و حلیت نیز اشاره شده است.

اما این پژوهش ضمن بررسی اقوال و ادله فقها، در پی آن است تا راه‌حلی برای این مشکل تحت‌عنوان استحاله ارائه کند، بدین صورت که اولاً کارکرد مطهریت استحاله را از دایره‌اشیای نجس به متنجسات نیز توسعه دهد، ثانیاً حکم موارد شک در استحاله را با رویکرد بر جریان اصالة الطهاره مورد بحث قرار دهد.

۲. مفهوم استحاله

۲-۱. لغت

ارباب لغت برای واژه «استحاله» معانی مختلفی ذکر کرده‌اند؛ از جمله، فیومی آن را به معنای تغییر از طبع و وصف دانسته است: استحال الشيء: تغير عن طبعه و وصفه (مقری فیومی، ۱۴۰۵ق، ص ۱۵۷). ابن منظور نیز آن را مانند فیومی به معنای تغییر دانسته است و لکن تغییر از استوا که همان طبیعت اولیه است: «وقیل: کل شیء تغیر عن الاستواء الی العوج فقد حال و استحال» (ابن‌منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۱۱، ص ۱۵۸).

برخی از صاحبان معاجم ماده «حول» را به معنای سال به کار برده‌اند؛ از جمله جواهری می‌نویسد: «احال الشيء واحتال أتی علیه حول کامل» (جواهری، ۱۴۰۷ق، ص ۱۶۷۹). به نظر می‌رسد این معنا مصداقی از همان معنای تغییر باشد؛ زیرا با گذشت سال تغییراتی در طبیعت و غیرطبیعت به وجود می‌آید، و نیز به نظر می‌رسد که معنای اصلی استحاله همان تغییر است و موارد دیگر در کلمات لغویان مصداقی از آن است.

۲-۲. اصطلاح

فقها نیز در تعریف استحاله اختلاف کرده و هر یک جهتی از جهات استحاله را در نظر داشته‌اند. بسیاری از فقهای صدر اول در بحث استحاله تعریفی ارائه نداده و تنها به ذکر





مصادیق بسنده کرده‌اند؛ از جمله شیخ طوسی فقط مواردی را مثال می‌زند: دود حاصل از عذره نجس و استخوان میته (شیخ طوسی، ۱۳۷۸ق، ج ۶، ص ۲۸۳). ابن‌ادریس نیز فقط مثال می‌زند: دود و خاکستر اشیای نجس (ابن‌ادریس، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۱۲۱).

اولین فقیهی که استحاله را تعریف کرده، شهید اول در حواشی قواعد به نقل از صاحب جواهر است. ایشان می‌فرماید: «استحالة عبارة عن تغيير الأجزاء وانقلابها من حال الى حال ايضاً من المطهرات» (نجفی، بی‌تا، ج ۶، ص ۲۷۸). تعریف محقق یزدی چنین است: «الرابع الاستحالة وهي تبدل حقيقة الشيء وصورته النوعية الى صورة اخرى» (طباطبائی یزدی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۴۲۳). بیشتر فقهای صاحب حاشیه که شمار آنها حدود چهل نفر است بر این تعریف تعلیقه ندارند.

آیت‌الله حکیم برای استحاله دو تعریف ارائه کرده است؛ الف. در حاشیه بر کلام سید یزدی نوشته است: «الأولى أن يقال أنها تبدیل الشيء الى شيء آخر يعد في نظر العرف متولداً منه فيكون الاول منعداً والثاني حادثاً» (طباطبائی یزدی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۴۲۳). ب. وی در مستمسک می‌فرماید: «إنها تبدل الحقيقة النجسة إلى حقيقة أخرى ليست من النجاسات» (طباطبائی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۲، ص ۸۸).

تعریف دوم آیت‌الله حکیم از جهاتی نسبت به تعریف اول و تعریف سید یزدی محدودتر است، زیرا اولاً قید «حقیقت نجس» موجب می‌شود متنجس خارج شود، و ثانیاً ملاک تشخیص در تعریف اول عرف است، نه عقل، و این مطلب نیز موجب توسعه در مصادیق خواهد بود.

تعریف محقق خوئی از استحاله عبارت است از: «إنها تبدیل جسم بجسم آخر مبائن للأول في صورتها النوعية عرفاً و إن لم تكن بينهما مغايرة عقلاً» (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۶۷). حضرت امام خمینی، تعریف سید کاظم یزدی را با اضافه کردن قید «عرفاً» در آخر جمله، پذیرفته است (طباطبائی یزدی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۴۲۳).

برخی از محشین تعریف سید را مصداق تعریف علما دانسته‌اند و فرموده‌اند که تعریف عرفی عبارت است از «تبدیل موضوع الحكم بالنجاسة ويؤيده حكم العقل ايضاً فعلى هذا لا يكون المراد منه تبدیل اصل الموضوع بل زوال وصفه كالنجاسة» (طباطبائی

یزدی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۴۲۳. این تعریف نسبت به دیگر تعریف‌ها اوسع و شامل مصادیق بیشتری خواهد بود.

پرواضح است که هر یک از این تعریف‌ها در شمول و توسعه مصادیق اختلاف دارند، از این رو باید بحث شود که کدام تعریف صحیح است. در این رابطه آشنایی با اقسام مختلف تبدلات لازم است، پس از آن باید دقت شود که کدام قسم مصداق استحاله است.

تبدلات در عالم خارج و واقع (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۶۷) سه قسم است:

الف. تبدل در اوصاف شخصی یا نوعی: در این قسم از تبدل، حقیقت اشیاء باقی است، مثل تبدیل گندم به آرد، آرد به خمیر، و خمیر به نان، و مثل تبدیل پنبه به ثوب. همانگونه که ملاحظه می‌شود کارکرد این نوع از تبدلات تغییر اسم است، نه تغییر حقیقت ذاتی اشیاء؛ زیرا حقیقت گندم و آرد و خمیر و نان یک چیز است. پس این گونه از تبدلات موجب تغییر حکم شرعی نمی‌شود، زیرا حکم شرعی نجاست بر اسم قرار نگرفته تا با تغییر آن از بین برود. بر این اساس این قسم از تبدل مصداق استحاله نیست.

ب. تبدل در ماهیت نوعی حقیقتاً و عقلاً، و به عبارت دیگر تبدل صورت نوعی به صورت نوعی دیگر حقیقتاً: در این قسم افزون بر تغییر اسم، ماهیت هم تغییر پیدا می‌کند؛ مثل استحاله سگ به نمک، منی به انسان، و یا حیوان دیگر. این قسم از تبدل مصداق استحاله فقهی و از مطهرات است. بنابراین سگ و منی نجس‌العین با این تبدل پاک می‌شود، از باب سالبه به انتفاء موضوع.

توضیح آنکه در این قسم از تبدل، محال‌الیه موضوعی جدید است که در این موضوع جدید، یا ادله اجتهادی دال بر طهارت وجود دارد و یا مفقود است؛ در صورت اول، طهارت با دلیل اجتهادی ثابت می‌شود، و در صورت دوم اصالة الطهاره جاری می‌شود و استصحاب بقای نجاست جاری نمی‌شود، چون موضوع منتفی شده است.

ج. تبدل در حقیقت عرفی نه ذاتی و واقعی: مثل تبدل خمر به سرکه، و تبدل خون انسان به خون پشه. این قسم از تبدل نیز مصداق استحاله است، زیرا احکام شرعی بر موضوعات عرفی قرار گرفته و از منظر عرف، عنوان محال‌الیه غیر از عنوان محال است،





پس حکم آن نیز دو تا است. بنابراین یا محال‌الیه از موضوعاتی است که ادله اجتهادی در آن دلالت بر طهارت دارد، پس مطلوب حاصل است، و یا دلیل اجتهادی دال بر طهارت وجود ندارد که در این صورت اصالة الطهاره جاری می‌شود.

پس از روشن شدن اقسام تبدل و اینکه قسم اول مصداق استحاله نیست، به نظر می‌رسد از میان تعاریف مختلف، تعریف سید با اضافه کردن قید عرفاً تعریف صحیحی است که مطابق با قسم دوم و قسم سوم از تبدلات است؛ در نتیجه تعریف حضرت امام خمینی، محقق خوئی و تعریف اول آیت‌الله حکیم جامع و کامل است.

یادآوری این نکته لازم است که وجه اینکه فقها، انقلاب را با اینکه مصداقی از استحاله است، به‌طور مستقل و به‌عنوان یک مطهر ذکر کرده‌اند، عبارت است از اینکه در انقلاب به تبع طهارت شیء مورد انقلاب، مثل شرابی که تبدیل به سرکه شده، ظرف شراب و آلات و ابزار نیز پاک می‌شود، بر خلاف استحاله.

۳. اقوال و ادله فقها درباره مطهربودن استحاله

۳-۱. اقوال فقها

بی‌گمان آشنایی با سیر تاریخی مباحث علمی تأثیر زیادی در روشن شدن مطلب دارد. از این رو اشاره اجمالی به سابقه این بحث لازم است. تاریخ این بحث به تاریخ فقه برمی‌گردد، زیرا فقهای صدر اول از آن بحث کرده‌اند؛ از جمله شیخ طوسی در کتاب خلاف (شیخ طوسی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۴۹۹) و مبسوط (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۲۸۳)، برخی از اقسام استحاله را موجب طهارت و حلیت دانسته است. ابن‌ادریس نیز مانند شیخ طوسی، برخی از اقسام استحاله را در اشیاء نجس موجب طهارت می‌داند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۱۲۱).

محقق حلی در کتاب شرایع، استحاله در اشیاء نجس را مطهر می‌داند (محقق حلی، ۱۳۸۹ق، ج ۱، ص ۴۷). ایشان در کتاب معتبر، بین شیء نجس و متنجس تفصیل داده و استحاله را در اول مطهر نمی‌داند و در دوم می‌داند؛ به‌عکس تفصیل برخی از فقهای معاصر (محقق حلی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۴۵۱).

علامه حلی نیز مانند شیخ طوسی و محقق حلی، استحاله در شیء نجس را موجب طهارت می‌داند، با این تفاوت که ایشان افزون بر دود حاصل از سوختن اشیاء نجس، بخار آب نجس را نیز مثال زده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۹۲) و در طهارت سگ و خنزیر که در نمک‌زار تبدیل به نمک شده، تردید کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۹۵).

شیخ جعفر کاشف‌الغطاء اولین فقیهی است که مصادیق استحاله را به اشیاء نجس و متنجس و مایعات و جامدات توسعه داده است و نیز استحاله را همان‌گونه که موجب طهارت است، در بعضی موارد موجب نجس شدن نیز دانسته است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۳۸۲). بنابراین باید چند نکته را مورد توجه قرار داد:

۱. فقهای صدر اول استحاله را به طور مطلق یکی از مطهرات ندانسته‌اند، بلکه فقط استحاله در اشیاء نجس را در صورتی که با آتش به دود و یا خاکستر تبدیل شود موجب طهارت تلقی کرده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۴۹۹؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۲۸۳).

۲. اولین فقیهی که استحاله را به‌عنوان ضابطه کلی و فراگیر از مطهرات دانسته، شهید اول است (شهید اول، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۱۲۵).

۳. برخی از فقها حتی استحاله سگ و خنزیر به نمک را که از مصادیق آشکار استحاله است، موجب طهارت نمی‌دانند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۹۵).

۴. علامه حلی هشت مورد از اعیان نجس را مورد بحث قرار داده که آیا با استحاله پاک می‌شود یا نه، و پس از او دیگر فقها قلمرو استحاله را توسعه داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۸۶).

۵. اولین فقیهی که مطهر بودن استحاله را درباره اعیان متنجس مطرح کرده، کاشف‌الغطاء است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۳۸۴). پس از او فقهای معاصر قلمرو استحاله را افزون بر اعیان نجس به متنجسات و نیز در مصادیق توسعه داده و آن را به‌عنوان یکی از مطهرات مطرح کرده‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۴۲۳).





۶. فقها کارکرد اصلی استحاله را طهارت دانسته‌اند و لکن به طور قهری حلیت نیز در قلمرو آثار و نتایج استحاله قرار می‌گیرد. از این رو می‌تواند در حل مشکلات غذایی و دارویی کاربرد داشته باشد (طباطبائی یزدی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۴۲۳).

۷. اولین فقیهی که میان اشیاء نجس و متنجس تفصیل داده، محقق حلی در معتبر است (محقق حلی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۴۵۱).

۳-۲-۱. جمع‌بندی اقوال فقها

همان طور که گذشت، فقها درباره مطهریت استحاله اقوالی را مطرح کرده‌اند که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

۱. استحاله مطلقاً موجب طهارت نیست، اعم از اشیاء نجس العین و متنجس: از جمله صاحبان این نظریه را می‌توان محقق حلی (محقق حلی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۴۵۱) و علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۸۷) به شمار آورد. ایشان در تطهیر اشیاء نجس با استحاله تردید کرده‌اند؛ مثل اینکه عذره و یا میتة تبدیل به خاک شود.

محقق حلی در شرایع (محقق حلی، ۱۳۸۹ق، ج ۱، ص ۴۷) مانند فقهای صدر اول مطهر بودن استحاله را در اشیاء نجس به وسیله آتش پذیرفته است (آشتیانی، ۱۴۰۳ق، ص ۱۷۶).

۲. استحاله موجب طهارت است مطلقاً، اعم از اشیاء نجس العین و یا متنجس. مشهور فقهای معاصر، از جمله محقق یزدی در عروه بر این باورند. همچنین بسیاری از چهل فقیهی که بر عروة الوثقی حاشیه دارند، آن را تلقی به قبول کرده‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۴۲۴؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۳۸۲).

۳. تفصیل میان اشیاء نجس و متنجس: استحاله در قسم اول مطهر است و در قسم دوم مطهر نیست. فقهای صدر اول و برخی از فقهای معاصر از جمله شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۲۸۳)، ابن ادریس حلی (ابن ادریس، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۱۲۱)، سبزواری (سبزواری، ۱۲۹۷ق، ج ۱، ص ۱۷۲)، نراقی (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۲۶)، خوانساری (خوانساری، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۳۲۶) و محقق قمی (قمی، ۱۲۳۱ق، ج ۲، ص ۷۴) این قول را پذیرفته‌اند.

۳-۳. ادله فقها

پرواضح است که برخی از اقوال ارزش رسیدگی ندارد، مانند قول اول، زیرا محقق حلی که آن را در کتاب معتبر مطرح کرده، در کتاب‌های دیگر از جمله شرایع الاسلام که حاوی نظرات نهایی ایشان به شمار می‌آید، از نظر خود عدول کرده است. پس باید دو قول دیگر بررسی شود. از آنجا که مدعای نوشتار حاضر قول دوم است، در آغاز قول به تفصیل نقد می‌شود.

۳-۳-۱. ادله قول به تفصیل

صاحبان نظریه تفصیل، در مقام استدلال می‌گویند که حکم نجاست و حرمت در اشیاء نجس بر عنوان قرار گرفته و در اشیاء متنجس، بر جسم قرار گرفته است و استحاله موجب انتفاء عنوان است نه جسم (قمی، ۱۲۳۱ق، ج ۲، ص ۷۴). شاهد بر این مدعا عبارت فتوای فقها است که می‌فرمایند: «کل جسم لاقی نجساً مع وجود الرطوبة مسریة فی أحدهما فهو نجس» (آشتیانی، ۱۴۰۳ق، ص ۱۷۶). پرواضح است که شیئیت اشیاء با استحاله از بین نمی‌رود، پس موضوع نجاست بعد از استحاله نیز باقی است.

بنابراین اطلاق ادله وجوب اجتناب از جسم متنجس قبل از استحاله، شامل بعد از استحاله نیز می‌شود و در صورت شک در اینکه جسم متنجس پس از استحاله پاک شده، و یا همچنان بر نجاست باقی است، استصحاب نجاست می‌شود.

۳-۳-۲. نقد و بررسی دیدگاه تفصیل

پاسخ‌هایی در برابر ادله تفصیل میان اشیاء نجس و متنجس، داده شده است؛ از جمله:

۱. جواب شیخ انصاری: حکم نجاست در روایات بر عنوان خاصه خارجی مانند ثوب قرار گرفته است و با فرایند تحولات این عناوین منتفی می‌شود، پس حکم نجاست نیز از بین می‌رود و استصحاب بقای نجاست جاری نیست، و اما فتوای فقها که می‌گویند حکم در متنجسات بر جسم قرار گرفته صحیح نیست، چون عنوان کل جسم، عنوان انتزاعی از موارد خاصه است که موضوع حکم نیست (شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص ۲۹۹؛ خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۴، ص ۱۵۰).





۲. جواب آیت الله حکیم: استصحاب نجاست سابق جاری نیست، زیرا مرجع در بقای موضوع عرف است نه عقل، و در مورد بحث، تغییرات سبب تعدد موضوع است عرفاً؛ به گونه‌ای که رفع ید از نجاست سابق نقض یقین به شک نیست، و یا دست کم بعد از تغییرات، شک در بقای موضوع نجاست داریم، پس استصحاب جاری نمی‌شود، چون موضوع محرز نیست (طباطبائی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۲، ص ۹۲).

۳. جواب محقق خوئی: تبدیل دو قسم است: الف. تبدیل در خصوصیات شخصی و یا صنفی، مانند تبدیل پنبه به ثوب و برعکس، و تبدیل گندم به آرد و آرد به نان که در این موارد تبدلات موجب تطهیر قطن متنجس و گندم متنجس نمی‌شود، زیرا از نظر عرف ثوب همان پنبه و آرد همان گندم است، و اختلاف در این است که اجزا در ثوب و گندم مجتمع، و در پنبه و آرد متفرق شده است. به عبارت دیگر جسم همان جسم است، و استحاله در اوصاف و احوال است. این نوع از تبدیل استحاله فقهی نیست و اطلاق ادله اجتناب از متنجس، محال‌الیه را شامل می‌شود و در فرض شک، استصحاب نجاست هم جاری می‌شود (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۳). ب. قسم دوم از تبدیل عبارت است از تبدیل در صورت و اوصاف نوعیه مثل تبدیل قطن متنجس به خاک، و تبدیل چوب متنجس به خاکستر. این قسم از تبدیل مصداق استحاله است و مطهر شیء متنجس است. همان‌گونه که مطهر شیء نجس است، چون با استحاله موضوع متنجس منتفی می‌شود و جایی برای تمسک به اطلاق ادله لفظی و یا استصحاب نیست، چون موضوع مختلف شده است (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۳).

بنابراین فرقی میان اشیاء نجس و متنجس نیست و استحاله در هر دو مورد مطهر است، از باب سالبه به انتفاء موضوع، نه سالبه به انتفاء محمول (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۳). می‌توان ادله‌ای دیگر را برای اثبات توسعه استحاله به متنجسات اقامه کرد، اما با توجه به محدودیت صفحات به همین مقدار بسنده می‌شود.

به نظر می‌رسد که پاسخ محقق خوئی و مدعای توسعه مطهریت استحاله به متنجس صحیح است، اما اشکالی که به نظر می‌رسد و جای نقد دارد، عبارت است از اینکه رد تأثیر استحاله در قسم اول به طور مطلق صحیح نیست، بلکه باید تفصیل داده شود؛ میان

اینکه اگر استحاله در اوصاف شخصی و صنفی تأثیری در انتفاء عنوان نداشته باشد و پس از استحاله همان عنوان اول صادق باشد، استحاله موجب طهارت نیست، ولی اگر با استحاله در اوصاف شخصی و یا صنفی، عنوان اول منتفی شود موجب طهارت است؛ زیرا دلیل اصلی بر مطهریت استحاله، انتفاء عنوان موضوع بود؛ مثل اینکه آب متنجس بخار شود. در اینجا هر چند تفرق اجزاء پیش آمده است، ولیکن عنوان ماء صادق نیست و اطلاق ادله و جوب اجتناب از آب نجس شامل آن نمی‌شود و نیز استصحاب بقاء نجاست جاری نمی‌شود، زیرا وحدت قضیه متیقنه و مشکوکه به هم خورده است. در نتیجه اصالة الطهاره جاری است. این مطلب در مبحث شك در استحاله کارآمد خواهد بود.

۳-۳-۳. ادله قول به مطهریت استحاله مطلقاً

اکثر قریب به اتفاق فقهای معاصر جز آیات خوانساری، بهجت، و زنجانی قائل اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۴۲۴؛ امام خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۲۰) که استحاله در اشیاء نجس و متنجس مطهر است و در این باره به ادله‌ای تمسک کرده‌اند:

دلیل اول: مهم‌ترین دلیل که مورد قبول بیشتر فقها واقع شده، از دو مقدمه تشکیل شده است:

۱. پرواضح است که رابطه موضوع و حکم رابطه علت و معلول است و بنابراین با انتفاء موضوع، حکم نیز منتفی می‌شود؛ همانگونه که با نبودن علت، معلول نیز منتفی می‌شود.

۲. کارکرد استحاله تغییر موضوع است، به گونه‌ای که آنچه محقق می‌شود موضوع جدیدی است؛ پس به‌طور قهری حکم موضوع اول که نجاست و یا حرمت است نیز می‌رود و حکم جدیدی متناسب با موضوع جدید محقق می‌شود. کاشف‌الغطاء در این رابطه می‌گوید: «استحاله مطهر نیست، بلکه موضوع را تغییر می‌دهد» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۳۸۴). این حکم جدید ممکن است مدلول دلیل اجتهادی باشد و یا ممکن است دلیل فقهاتی، یعنی اصلی از اصول عملی مانند اصالة الطهاره داشته باشد.



۳-۴. جمع بندی

از آنچه گذشت روشن می شود که اولاً شمارش استحاله به عنوان یکی از مطهرات تسامح است، زیرا با استحاله حکم از بین نمی رود، بلکه موضوع منتفی می شود. به عبارت علمی، با استحاله قضیه سالبه به انتفاء موضوع است، نه سالبه به انتفاء محمول. ثانیاً همان گونه که استحاله موجب طهارت و حلیت است، گاهی موجب نجاست و حرمت است؛ مثل اینکه سرکه با استحاله تبدیل به خمر شود.

ادله دیگری بر مطهریت استحاله در اشیاء نجس و متنجس در کلمات فقها دیده می شود که قابل نقد است؛ از این رو بحث تفصیلی نمی شود؛ از جمله روایات (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص ۳۳۰؛ شیخ صدوق، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۲۷۰؛ حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۱۰۰)، اجماع، سیره عملی متشرعه و اصالة الطهاره.

۴. مقتضای اصل در حالت شک

فقها در مباحث علمی مورد اختلاف، اصلی را تأسیس می کنند تا اگر دستشان از ادله اجتهادی و لفظی کوتاه شد، به مقتضای اصل مراجعه و از شک و تحیر نجات پیدا کنند. از این رو بحث از مقتضای اصل در این مسأله ضروری است، به ویژه اینکه موارد شک در استحاله خیلی زیاد و رویکرد مقاله نیز همین است.

شک گاهی در شبهات مصداقیه است و گاهی مفهومیه؛ شبهه مصداقیه عبارت است از شبهه ای که منشأ شک در آن، امور خارجی است؛ مثل اینکه سگی در نمک زار واقع شده و نمی دانیم تبدیل به نمک شده یا نه، و منشأ شک این است که آیا زمان وقوع سگ در نمک زار به مقداری است که سگ تبدیل به نمک شود یا نه (بحرانی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۲۰۱). شبهه مفهومیه، در مقابل، شبهه ای است که منشأ شک در آن، سعه و ضیق مفهوم و وضع واضح است. از باب مثال در همان مثال قبلی، زمانی می توان گفت شبهه مفهومیه رخ داده است که شک در استحاله شود از آن جهت که نمی دانیم مفهوم سگ، پس از استحاله همچنان صادق است و یا صادق نیست؛ به عبارت دیگر،



فقه

آیا واضح لفظ کلب را برای معنای وسیع وضع کرده و یا برای معنای ضیق (بحرانی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۲۰۱).

صاحب نظران درباره مقتضای اصل، دست کم در سه قول اساسی اختلاف کرده‌اند:
۱. قول به نجاست مطلقاً، ۲. قول به طهارت مطلقاً، ۳. قول به تفصیل، به این صورت که اگر مورد شک شبهه مصداقیه باشد، مقتضای اصل نجاست است و اگر شبهه مفهومی باشد، مقتضای اصل طهارت است. در ادامه به صورت تفصیلی بدان‌ها پرداخته می‌شود:

۴-۱. تحلیل و بررسی دیدگاه اول

۴-۱-۱. قائلان این دیدگاه

قول اول: مقتضای اصل در موارد شک، نجاست است مطلقاً؛ یعنی در شبهات موضوعیه و مفهومیه. از جمله صاحبان این نظریه عبارتند از صاحب عروه که ایشان می‌فرماید: «ومع الشك في الإستحالة لا يحكم بالطهارة» (طباطبائی یزدی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۲۵۸). چنانکه پیش از این گفته شد، بیشتر صاحبان حاشیه بر عروه این مطلب را تلقی به قبول کرده‌اند.

۴-۱-۲. ادله

دلیل اول: استصحاب حکمی یعنی بقاء نجاست. آیت‌الله حکیم در مقام استدلال بر قول اول می‌فرماید: «لشك في حصول المطهر الموجب للرجوع إلى اصالة عدمه الموافق لإصالة بقاء النجاسة» (طباطبائی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۲، ص ۹۵)؛ با این توضیح که شیء مشکوک الاستحاله قبل از فرایند تغییرات نجس و یا متنجس بود، الان شك در زوال آن داریم، بنابراین استصحاب آن حکم جاری می‌شود (طباطبائی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۲، ص ۹۵).

اشکال: اولاً با شك در استحاله شك در بقاء موضوع می‌شود و با شك در بقاء موضوع، استصحاب نجاست سابق جاری نیست، چون موضوع احراز نشده است، پس مرجع اصالة الطهارة است (طباطبائی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۲، ص ۹۵). ثانیاً بر فرض تنزل از اشکال





اول، شک در بقاء نجاست سابق، از شک در تحقق استحاله ناشی شده است، پس نسبت میان استصحاب بقاء نجاست با استصحاب عدم استحاله، نسبت سبب و مسبب است و در اصول ثابت شده است که با اجرای استصحاب سببی، یعنی عدم استحاله، نوبت به استصحاب مسبب، یعنی بقاء نجاست نمی‌رسد (طباطبائی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۲، ص ۹۵). پس دلیل اول مخدوش است.

دلیل دوم: استصحاب موضوعی عدم استحاله می‌شود، زیرا پیش از تغییرات قطعاً استحاله محقق نشده بود و اکنون شک داریم که با این تغییرات استحاله محقق شده یا نه، در اینجا استصحاب عدم تحقق استحاله جاری می‌شود.

اشکال: استصحاب عدم استحاله جاری نمی‌شود، زیرا این استصحاب یا به شکل کان ناقصه است و یا کان تامه، و هر دو جاری نمی‌شود. اما اول: استصحاب بقاء صورت نوعیه برای جسمی که قبلاً خوک بوده است جاری نمی‌شود، چون شرط آن وحدت موضوع است، و با احتمال استحاله قطعاً وحدت موضوع عرفاً به هم خورده و یا حداقل شک در موضوع داریم، پس استصحاب به نحو کان ناقصه جاری نمی‌شود. اما دوم: یعنی استصحاب اصل وجود صورت نوعیه کلب و خنزیر جاری نمی‌شود، چون اثر شرعی ندارد، مگر بنابر اصل مثبت.

توضیح آنکه استصحاب بقاء اصل صورت نوعیه کلب و خنزیر، به نحو کان تامه ثابت نمی‌کند که این شیء مشکوک الاستحاله کلب و خنزیر است، مگر مثبتات عقلی استصحاب را بپذیریم؛ زیرا خوک بودن شیء مشکوک الاستحاله اثر عقلی آن است و در اصول ثابت شده مثبتات عقلی، اصول از جمله استصحاب حجت نیست. به عبارت دیگر، استصحاب اصل وجود صورت نوعیه، ثابت نمی‌کند که این شیء مشکوک الاستحاله کلب است، مگر بنابر اصل مثبت (طباطبائی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۲، ص ۹۶).

نتیجه؛ با رد استصحاب حکم و موضوع نجاست و اصل عدم استحاله، نوبت به اصالة الطهاره می‌رسد. بر این اساس قول اول که قائل بود مقتضای اصل عملی نجاست است مطلقاً، در شبهات مفهومی و موضوعی رد شد.

۴-۲. تحلیل و بررسی دیدگاه دوم

۴-۲-۱. قائلان این دیدگاه

مقتضای اصل در مورد شك در استحاله، طهارت است مطلقاً، هم در شبهات موضوعیه و هم در شبهات مفهومیه. بسیاری از بزرگان صاحب حاشیه بر عروه، این قول را برگزیده‌اند، از جمله محقق عراقی، حکیم، بجنوردی و روحانی (الطبائبی الیزدی، ۱۴۳۰ق، ص ۲۵۸).

۴-۲-۲. ادله

دلیل این دیدگاه اصالة الطهاره است؛ زیرا ادله اجتهادی شامل اینجا نیست، چرا که مفروض این است که شك داریم و استصحاب بقاء حکم نجاست و یا استصحاب موضوع نجاست، یعنی عدم استحاله نیز جاری نیست، پس نوبت به اصالة الطهاره می‌رسد. به بیان دیگر، شبهه یا موضوعیه است و یا مفهومیه؛ در صورت اول در نقد قول اول ثابت شد که استصحاب جاری نیست مطلقاً؛ یعنی نه در حکم و نه در موضوع، نه به نحو کان تامه و نه به نحو کان ناقصه، نیازی به تکرار نیست. پس با منع استصحاب حکمی، نجاست سابق و موضوع نجاست، یعنی عدم استحاله، به طور قهری نوبت به اصالة الطهاره در شبهه موضوعیه استحاله می‌رسد (طبائبی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۲، ص ۹۶). در صورت دوم نیز استصحاب بقاء حکم نجاست و یا عدم استحاله جاری نمی‌شود.

صورت‌هایی که استصحاب در شبهه مفهومیه ممکن است، عبارتند از:

۱. استصحاب ذات موضوع جاری نیست، زیرا با زوال وصفی از اوصاف آن موضوع شك داریم که مثلاً مفهوم عذره بر عذره محترقه صادق است یا نه. در اینجا استصحاب عنوان عذره نسبت به عذره محترقه جاری نیست، چون عذره سابق محترقه نبود و عذره بالفعل محترقه است، بنابراین شرط و رکن استصحاب، وحدت در موضوع دو قضیه در مورد بحث، مفقود است.

به عبارت دیگر، آنچه در خارج واقع شده معلوم است و شکی در آن نیست تا استصحاب جاری شود. آنچه مورد شك است، صدق و عدم صدق مفهوم عذره است و





استصحاب در مفاهیم جاری نیست، چون آثار شرعی بر امور خارجی قرار گرفته است.
 ۲. استصحاب در موضوع سابق به وصف اینکه موضوع است، جاری نمی‌شود؛ چون استصحاب موضوع به وصف اینکه موضوع است، برگشتش به استصحاب حکم است، و استصحاب حکم در شبهات مفهومیه جاری نیست.

۳. استصحاب حکم، یعنی نجاست در شبهات مفهومیه، جاری نیست، چون شرط و رکن استصحاب که وحدت دو قضیه است، مفقود است؛ زیرا با احتراق عذر شک در بقاء موضوع داریم، چون احتمال داده می‌شود که عذر محترقه موضوع جدیدی باشد و حداقل شک در بقاء موضوع حکم نجاست داریم. با این احتمال، دلیل استصحاب، در مورد شبهه مصداقیه است؛ بنابراین مورد حاضر، شبهه مصداقیه دلیل استصحاب است و تمسک به اطلاق در آن صحیح نیست.

پس شک در استحاله به نحو شبهه مفهومیه، مرجع اصالة الطهاره است، چون فرض این است که دستمان از ادله اجتهادی و لفظی کوتاه است و نوبت به شک رسیده و استصحاب نیز به صورت‌های مختلف دچار اشکال است، پس به طور قهری نوبت به اصل طهارت می‌رسد (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۶).

بر اساس آنچه گفته شد، با نبود ادله اجتهادی و عدم جریان استصحاب در شکل‌های مختلف حکمی و موضوعی در شبهات موضوعیه و مفهومیه، اصالة الطهاره جاری می‌شود و نتیجه آن طهارت تمام مواد وارداتی مشکوک الاستحاله است، اعم از شبهات موضوعی و یا مفهومی و اعم از اشیاء نجس و یا متنجس. این ثمره بسیار مهمی است که می‌تواند مشکل مواد مصرفی وارداتی از بلاد کفر را حل کند.

۳-۴. تحلیل و بررسی ادله دیدگاه سوم

۱-۳-۴. قائلان این دیدگاه

تفصیل میان اشیاء نجس: اگر شک در استحاله در شبهات مفهومیه باشد، در این صورت مقتضی اصل طهارت است، و اگر شک در شبهه موضوعیه باشد، و یا شک در استحاله

در اشیاء متنجس باشد، مقتضای اصل نجاست و حرمت است. از جمله صاحبان این قول محقق خوئی است (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۵).

۴-۳-۲. ادله

دلیل قول سوم را از محقق خوئی گزارش می‌کنیم. ایشان حکم موارد شک را در دو مقام تبیین کرده است؛ مقام اول شک در استحاله در اعیان نجس، و مقام دوم، شک در استحاله در اشیاء متنجس. اما مقام اول: این بحث در دو مرحله قابل ارائه است؛ الف. شک به نحو شبهه موضوعیه، و ب. شک به نحو شبهه مفهومیه (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۵).

الف. در صورت اول، مثل اینکه سگی در نمک‌زار افتاده و پس از مدتی شک داریم که تبدیل به نمک شده است یا نه، منشأ شبهه در این است که آیا زمان به مقدار لازم برای استحاله به نمک بوده یا نه. در این صورت استصحاب موضوعی یعنی بقاء عنوان اول (کلبی) جاری است و در نتیجه احکام آن از جمله نجاست جاری می‌شود (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۵). اگر اشکال شود که با فرایند تغییرات، امر موضوع سابق میان کلب و نمک مردد شده، پس عنوان کلب محرز نیست تا استصحاب جاری شود و بر این اساس حداقل شک داریم در بقاء موضوع، پس استصحاب عنوان کلبی جاری نیست (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۵).

پاسخ: حکم بر هیولا، یعنی جسم مشترک میان عنوان کلب و نمک جاری شده، پس همان هیولای قبل از فرایند تبدیل، استصحاب می‌شود.

موضوع مذکور، اقسامی دارد (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، صص ۱۷۵، ۱۴۶):

قسم اول: موضوع ماهیت است، اعم از ماهیت کلی یا شخصی؛ از باب مثال اگر در بقا و عدم بقاء ماهیت زید شک شود، موضوع، ماهیت شخص زید در زمان سابق است، و استصحاب بقاء ماهیت سابق جاری می‌شود. به بیان دیگر رکن استصحاب عبارت است از وحدت قضیه متیقنه و مشکوکه به گونه‌ای که یقین و شک به آن تعلق گرفته باشد. این رکن در این قسم وجود دارد، زیرا وحدت قضیه متیقنه و مشکوکه محفوظ





است. در قضیه «زید کان موجوداً»، در مرحله بقاء نیز موضوع همان ماهیت زید و محمول وجود زید است.

قسم دوم: گاهی موضوع وجود است، مثل اینکه علم داریم به وجود قیام برای زید، سپس شک در بقاء آن پیدا می‌کنیم؛ در این صورت نیز استصحاب جاری است، زیرا رکن و شرط استصحاب، یعنی وحدت دو قضیه، موجود است، یعنی علم و شک به وجود قیام زید تعلق گرفته است.

قسم سوم: موضوع هیولا یعنی ماده مشترک میان صورت‌های نوعیه است؛ مثل جسمی متصف به صورت نوعیه کلب بوده و پس از مدتی شک می‌کنیم که این جسم متصف به صورت نوعیه نمک شد یا نه. در این صورت نیز استصحاب جسم متصف به صورت نوعیه سابق جاری می‌شود، زیرا رکن استصحاب، یعنی وحدت دو قضیه، موجود است.

محقق خوئی می‌فرماید که مورد بحث ما مصداق این قسم است، بنابراین اگر شک در استحاله به نحو شبهه مصداقیه باشد، استصحاب عدم استحاله جاری است (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۶).

توضیح آنکه ایشان می‌فرمایند: ۱. موضوع ماده مشترکی است که گاهی کلب و گاهی نمک و گاهی سنگ است، ۲. با شک در استحاله می‌گوییم این جسم قبلاً کلب بود و اکنون نیز کلب است، و ۳. مقصودمان از کلب بودن کلب بالفعل نیست، بلکه مقصود این است که کان کلباً سابقاً.

ب. اگر شک در استحاله در اعیان نجس به نحو شبهه مفهومیه باشد، استصحاب عنوان سابق به اشکال مختلف جاری نیست. تفصیل آن در ضمن بررسی قول دوم گذشت. مقام دوم، شک در استحاله اشیاء متنجس نیز باید در دو مرحله بحث شود؛ الف. شبهه موضوعیه، و ب. شبهه مفهومیه (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۶).

اما مرحله اول: حکم آن حکم شبهه موضوعیه استحاله در اشیاء نجس است؛ مثل اینکه چوب نجس تبدیل به ذغال شود و در آن صورت شک شود که آیا استحاله محقق شده است یا نه. در این باره استصحاب بقاء عنوان خشب می‌شود، زیرا موضوع

عبارت است از هیولای جسم مشترک میان عنوان خشب و عنوان ذغال؛ پس اشکال تردید در موضوع با فرایند تبدیل وارد نیست.

اما مرحله دوم: تصویر شک در استحاله به نحو شبهه مفهومیه راه ندارد؛ زیرا حکم بر جسم ملاقی نه عنوان خاص و جسم ملاقی بر جسم خشب و ذغال صادق است، پس شک در صدق مفهوم نداریم. آنچه ملاحظه شد خلاصه مطالب محقق خوئی در رابطه با اثبات قول به تفصیل میان شبهه موضوعیه و مفهومیه در اشیاء نجس و متنجس است (موسوی خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۶).

۴-۴. جمع بندی

فرمایشات محقق خوئی درباره عدم جریان استصحاب در شبهات حکمیة مفهومیة صحیح است، اما درباره جریان استصحاب بقاء موضوع در شبهات موضوعیه در اشیاء نجس قابل نقد است؛ اولاً قبول نداریم که مورد بحث مصداق قسم سوم یعنی موضوع هیولاء و جسم مشترک باشد و عناوین هیچ گونه دخالتی در آن نداشته باشد. بنابراین باید میان مواردی که موضوع از نظر عرف دارای حیثیت تقیدیه است، با غیر آن، تفصیل داده شود و در صورت اول، استصحاب نجاست جاری نیست. ثانیاً ملاک جریان و عدم جریان استصحاب در شبهات مصداقی، شمول و عدم شمول دلیل دال بر مطهریت استحاله است و ملاک در دلیل عبارت است از اینکه آیا استحاله سبب می شود موضوع منتفی شود یا نه. پس در هر جا فرایند تغییرات سبب شود که محال الیه از نظر عرف غیر از محال باشد، استصحاب جاری نمی شود و طهارت حاصل است؛ اعم از شبهات مصداقی و یا مفهومی. در بحث فرایند تغییرات سبب می شود که از نگاه عرف، محال الیه غیر از محال باشد.

ثالثاً اشکالی نقضی می توان وارد کرد؛ طبق بیان ایشان بسیاری از موارد که خود ایشان استحاله را موجب طهارت می داند، استصحاب بقاء موضوع نجس جاری می شود، چون موضوع جسم مشترک است، مثل خمر و بولی که بخار شده است؛ با این توضیح که بخار همان جسم خمر و بول است، با وصف تفرق.



فقه

با توجه به این اشکالات، اگر نگوئیم درباره شک مطلقاً در شبهات مفهومیه و موضوعیه اصالة الطهاره جاری است، دست کم باید تفصیل داده شود و در مواردی که از نظر عرف عنوان حیثیت تقیدیه است، حکم به طهارت و حلیت می شود. اما نظر ایشان درباره جریان استصحاب بقاء عنوان در اشیاء متنجس و اثبات حکم نجاست ناتمام است و چون در بررسی اقوال بحث شد، تکرار نمی شود.

نتیجه گیری

۱. بحث استحاله از آن جهت که سبب طهارت و حلیت بسیاری از موارد مصرفی است که از بلاد غیر اسلامی وارد می شود، از اهمیت زیادی برخوردار است.
۲. مقتضای اصل عملی در اشیاء طهارت و حلیت است.
۳. فقها بر مطهر بودن استحاله ادله ای اقامه کرده اند که مهم ترین آن عبارت است از اینکه استحاله سبب رفع موضوع می شود.
۴. حکم موارد شک در تحقق استحاله به تفصیل بررسی و ثابت شد که اصالة الطهاره در شبهات موضوعیه و شبهات حکمیّه جاری است.
۵. استحاله در اشیاء متنجس موجب طهارت است.
۶. استحاله همان گونه که سبب طهارت می شود گاهی سبب نجاست نیز می شود؛ مثل تبدیل شدن سرکه به خمر.



فقه

فهرست منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن. (۱۴۰۳ق). بحر الفوائد. قم: مكتبة المرعشي النجفي عليه السلام.
۲. ابن ادريس حلي، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۷ق). السرائر. قم: مؤسسة النشر الاسلامي.
۳. ابن منظور الإفريقي، محمد بن مكرم. (۱۴۰۸ق). لسان العرب. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
۴. انصاري، مرتضى بن محمدامين. (۱۴۲۸ق). فرائد الأصول. قم: مجمع الفكر الإسلامي.
۵. بحراني، محمد صنقور علي. (۱۴۲۸ق). المعجم الأصولي. قم: منشورات الطيار.
۶. حر عاملي، محمد بن حسن. (۱۴۱۰ق). وسائل الشيعه. قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
۷. خميني، سيد روح الله موسوي. (۱۳۸۵). توضيح المسائل (محشّي - امام خميني). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۸. شهيد اول، محمد بن مكي العاملي. (۱۴۰۸ق). الدروس الشرعيه. قم: اسماعيليان.
۹. شيخ صدوق، محمد بن علي. (۱۴۰۴ق). من لا يحضره الفقيه. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۱۰. شيخ طوسي، محمد بن حسن. (۱۴۱۱ق). الخلاف. قم: مؤسسه النشر الإسلامي.
۱۱. شيخ طوسي، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفريه.
۱۲. طباطبائي حكيم، سيد محسن. (۱۳۹۱ق). مستمسك العروة الوثقى. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
۱۳. طباطبائي يزدي، سيد محمد كاظم. (۱۴۳۰ق). العروة الوثقى والتعليقات عليها. قم: مؤسسة السبطين العالميه.
۱۴. علامه حلي، حسن بن يوسف. (۱۴۱۴ق). منتهى المطلب. مشهد: مجمع البحوث الإسلاميه.
۱۵. علامه حلي، حسن بن يوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۱۶. قمي، ميرزا ابوالقاسم. (۱۱۵۱-۱۲۳۱ق). قوانين الأصول. شيراز: علمية الإسلاميه.
۱۷. كاشف الغطاء، جعفر بن خضر الجناحي. (۱۴۲۲ق). كشف الغطاء. خراسان: مكتب الاعلام الإسلامي.
۱۸. كليني، محمد بن يعقوب بن اسحاق. (۱۴۲۹ق). الكافي. قم: دارالحديث.



١٩. محقق حلبي، جعفر بن حسن. (١٣٦٤). المعتبر. قم: مؤسسه سيد الشهداء عليه السلام.
٢٠. محقق حلبي، جعفر بن حسن. (١٣٨٩ق). شرايع الاسلام. نجف: الآداب.
٢١. سبزوارى، محمدباقر بن محمد مؤمن. (١٢٤٧ق). ذخيرة المعاد في شرح الإرشاد. قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام.
٢٢. مقرى فيومى، احمد بن محمد. (١٤٠٥ق). المصباح المنير. قم: مؤسسة الهجره.
٢٣. موسى خوئى، سيدابوالقاسم. (١٤٢٧ق). التنقيح فى شرح العروة الوثقى (الطهاره، مقرر: ميرزا على غروى تبريزى). قم: مؤسسه انصاريان.
٢٤. نجفى، محمدحسن. (بى تا). جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام (٤٣ جلد). بيروت و تهران: دار إحياء التراث العربي و دار الكتب الإسلاميه.
٢٥. نراقى، احمد بن محمد مهدي. (١٤١٥ق). مستند الشيعة. مشهد: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.



References

1. al-Hurr al-amili. (1410 AH). Wasa'il al-Shi'a. Qom: Aal al-Bayt Foundation for al-Ihya al-Turath.
2. al-Kulayni. (1429 AH). Usul al-Kafi. Qom: Dar al-Hadith.
3. Allamah al-Hilli. (1413 AH). Qawaid al-ahkam. Qom: Islamic Publication Office.
4. Allamah al-Hilli. (1414 AH). Montaha Al-Matlab. Mashhad: Islamic Research Complex.
5. al-Shahid al-Awwal. (1408 AH). al-Dorus al-Shar'iyya. Qom: Ismailiyan.
6. Al-Shaykh al-Saduq. (1404 AH). Man La Yahduruhu al-Faqih. Qom: Islamic Publication Office.
7. Ansari, M. (1428 AH). Faraid Al-Osul. Qom: Islamic Thought Association.
8. Ashtiani, M. M. H. (1403 AH). Bahr al-Fawaid. Qom: Al-Marashi Al-Najafi Library.
9. Ayatollah Khomeini. (1385 AP). Tawzih-Ul-Masail. Qom: Islamic Publications Office.
10. Bahrani, M. S. A. (1428 AH). al-Mu'jam al-Osuli. Qom: Tayar publications.
11. Ibn Idris Hali, M. (1417 AH). al-Saraer. Qom: Islamic Publication Office.
12. Ibn Manzur. (1408 AH). Lisan al-Arab. Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
13. Kashif al-Ghita', J. (1422 AH). Discover the fault. Khorasan: Islamic Media School.
14. Mohaqiq Hilli. (1364 AP). al-Mo'tabar. Qom: Sayyid Al-Shuhada.
15. Mohaqiq Hilli. (1389 AH). Sharia al-Islam. Najaf: al-Adab.
16. Mousavi Khoei, S. A. (1427 AH). Al-Tanqih Fi Sharh Al-Urwa Al-Wathqi. Qom: Ansarian Institute.
17. Muqri Fayumi, A. (1405 AH). al-Misbah al-Munir. Qom: Al-Hijra Foundation.
18. Najafi, M. H. (n.d.). Jawahir al-kalam (43 volumes). Beirut and Tehran: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
19. Naraqi, A. (1415 AH). Shiite Documentary. Mashhad: Aal Al-Bayt Institute for al-Ihya al-Turath.
20. Qomi, M. A. (1151-1231 AH). Rules of Origin. Shiraz: Islamic Theology.
21. Sabzwari, M. B. (1247 AH). *Dahira al-Ma'ad fi Sharh al-Irshad*. Qom: Aal al-Bait Foundation.
22. Shaykh Tusi. (1387 AH). al-Mabsut. Tehran: Al-Mortazavi Library for the Revival of Al-Jaafariyah Works.
23. Shaykh Tusi. (1411 AH). Contrast. Qom: Islamic Publication Office.
24. Tabatabaei Hakim, S. M. (1391 AH). Mostamsak Al-Urwah al-Wuthqa. Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
25. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1430 AH). Al-Urwah al-Wuthqa ma'a al-ta'liqat. Qom: Al-Sabtin Al-Alamiya Foundation.



فقه



The Ruling of Shaking Hands with Female Non-Muslim Foreigners in the Arena of International Ceremonies

Mahdi Dargahi¹

Received: 05/06/2020

Accepted: 15/11/2020

Abstract

The ruling on shaking hands with female non-Muslim foreigners in the process of welcoming and escorting them in the arena of international, diplomatic, and non-diplomatic ceremonies is an issue that needs to be explored until finding a good answer, since no comprehensive and integrated research has been carried out on this field. Denying the handshake as a haram (forbidden) action by some thinkers in the field of jurisprudence, with the condition of lack of interest and pleasure, especially in international relations, considering doubt in its being haram to some scholars in the field of jurisprudence, and lack of the generality of the arguments as being haram about its ruling and topic, will double the need to question the ruling of shaking hand with female non-Muslim foreigners in the arena of common international ceremonies. In addition to the fact that some authors referred to some expediencies in the handshake and tried to crystallize the secondary title and resort to the secondary ruling of permission in the issue, the current study has been carried out with the aim of identifying the limits and boundaries of arguments for shaking hands with female non-Muslim foreigners, explaining the generality or non-generality of its ruling and subject in the process of international ceremonies, and analyzing the resort as a secondary "expediency" for permissibility of the handshake, if the first ruling as a haram action is accepted. Achieving this aim is possible by describing and analyzing jurisprudential propositions through collecting library data, the result of which is the explanation and analysis of the first and second rulings of shaking hands with female non-Muslim foreigners in the process of welcoming and escorting them in the arena of international ceremonies.

Keywords

Shaking hands, ceremonies, international interactions and relations, international custom, Imamiyah jurisprudence.

1. Assistant professor, Department of Fiqh and Usul, Al-Mustafa International University, Qom, Iran.
Aghigh_573@yahoo.com

حکم مصافحه با اجنبیه غیرمسلمان در عرصه تشریفات بین‌الملل

مهدی درگاهی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۱۶

چکیده

حکم مصافحه با اجنبیه غیرمسلمان در فرایند استقبال و بدرقه در عرصه تشریفات بین‌الملل، دیپلماتیک و غیردیپلماتیک، مسئله‌ای نیازمند کاویدن تا مرحله پاسخی درخور است، چرا که تحقیقی موسع و یکپارچه در این باره صورت نگرفته است. انکار حرمت مصافحه توسط برخی اندیشوران حوزه فقه، با قید عدم ربه و لذت، مخصوصاً در مراودات بین‌المللی، با نسبت دادن تشکیک در حرمت آن به بعضی از بزرگان عرصه فقه، به استناد عمومیت نداشتن ادله حرمت در حکم و موضوع، ضرورت پرسش از حکم مصافحه با اجنبیه غیرمسلمان در عرصه تشریفات رایج بین‌المللی را مضاعف می‌کند. علاوه بر اینکه اشاره برخی نویسندگان به پاره‌ای مصلحت‌سنجی‌ها در مصافحه و سعی در تبلور عنوان ثانوی و تمسک به حکم ثانوی جواز در مسئله، باعث شد تا این تحقیق با هدف شناخت حدود و ثغور ادله دال بر حرمت مصافحه با اجنبیه غیرمسلمان و تبیین عمومیت یا عدم عمومیت حکم و موضوع آن در فرایند تشریفات بین‌المللی و تحلیل تمسک به عنوان ثانوی «مصلحت» برای تجویز مصافحه در فرض پذیرش حکم اولی حرمت انجام شده و نیل به این مقصد در سایه توصیف و تحلیل گزاره‌های فقهی با گردآوری داده‌های کتابخانه‌ای میسر است که نتیجه آن، تبیین و تحلیل حکم اولی و ثانوی مصافحه با اجنبیه غیرمسلمان در فرایند استقبال و بدرقه در عرصه تشریفات بین‌الملل است.

کلیدواژه‌ها

مصافحه و دست‌دادن، تشریفات، تعاملات و ارتباطات بین‌المللی، عرف بین‌الملل، فقه امامیه.

Aghigh_573@yahoo.com

۱. استادیار گروه فقه و اصول جامعه المصطفی‌العالمیه، قم، ایران.

* درگاهی، مهدی. (۱۳۹۹). حکم مصافحه با اجنبیه غیرمسلمان در عرصه تشریفات بین‌الملل. فصلنامه علمی - پژوهشی

فقه، ۲۷ (۱۰۳)، صص ۱۱۵-۱۳۶.

Doi: 10.22081/jf.2020.57872.2064



فافله

امروزه ارتباطات به‌عنوان دانشی نوپدید، مورد توجه قرار گرفته و هر کسی که با مهارت‌های آن بیشتر آشنا باشد و آن را به کار گیرد، توفیقات افزون‌تری از زندگی اجتماعی به دست می‌آورد. این مهارت‌ها که می‌تواند کلامی و یا غیر کلامی باشد، از یک ارتباط ساده تا ارتباطی کاملاً جدی را در بر می‌گیرد. چنانچه ارتباط بین ملت‌ها در سطح بین‌الملل مدنظر باشد، این ارتباطات در قالب آداب و رسومی صورت می‌پذیرد که در عرف بین‌الملل بین نهادها، سازمان‌ها و دولت‌ها در کنفرانس‌ها، همایش‌ها و مجامع بین‌المللی در قالب سفرها، نشست‌ها، ملاقات‌ها و مذاکرات، معمول و رایج است و بی‌اعتنایی به آن در وهله اول توجیه و تفسیر ندارد و توجه در این باره و لزوم رعایت آن به‌معنای چشم‌پوشی و یا نادیده‌انگاشتن رسوم و سنت‌های ملی و مذهبی جوامع نیست؛ چه اینکه عرف بین‌الملل، حدود رعایت آن را در صلاحیت نهاد، سازمان یا دولت‌ها در عرصه بین‌الملل می‌داند تا علاوه بر توجه به عرف رایج^۱ و اصول ناشی از قرارداد اجتماعی در عرصه بین‌المللی، پروتکل‌های تشریفاتی خود را بر اساس آداب و رسوم و سنن ملی و مذهبی وضع کنند. در این بین، گزاره‌های دینی و مذهبی نقش ویژه‌ای ایفا می‌کنند؛ تا جایی که عمل به آداب و رسوم رایج در عرصه تعاملات و ارتباطات بین‌المللی بین نهادها، سازمان‌ها و دولت‌ها، توسط مسلمانان، در گرو سیادت آموزه‌های اسلامی است.

مطابق عرف بین‌الملل و فرهنگ همه ملت‌ها در عرصه تعاملات اجتماعی، استقبال از میهمان با مقوله سلام‌دادن، معرفی، آشنایی، خوشامدگویی، احوال‌پرسی و مصافحه کردن همراه است، تا جایی که در مراودات اجتماعی، نوع برخورد با میهمان در معرفی و آشنایی، در روحیه میهمان و قضاوت وی درباره میزبان تأثیر فراوانی دارد (یحیایی ایله‌ای و صمدی‌راد، ۱۳۹۰، ص ۷۱) و نیز طرز دست‌دادن، میزان فاصله، نوع



۱. عرف یعنی «فهم یا بنا یا داوری مستمر و ارادی مردم که صورت قانون مجعول و مشروع نزد آنها به خود نگرفته است» (علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۶۱).

نگاه، ژست و قیافه افراد در آن از اهمیت بسزایی برخوردار است (یحیایی ایله‌ای و صمدی‌راد، ۱۳۹۰، ص ۷۶).

این آداب و رسوم ناشی از قرارداد اجتماعی در عرف بین‌الملل، امروزه به صورت ساده و روان در دسترس همگان قرار گرفته است (ر.ک: بیدارمغز، ۱۳۹۶، صص ۹۱-۲۴۵؛ یحیایی ایله‌ای و صمدی‌راد، ۱۳۹۰، صص ۶۶-۷۸) و بر مکلفان عرصه تشریفات بین‌الملل لازم است که شناخت کافی درباره این قواعد اجتماعی داشته باشند؛ چه اینکه تعاملات و ارتباطات در عرصه بین‌الملل، مستلزم آگاهی و شناخت از پروتکل‌های تشریفاتی و رسوم طرف مقابل و آداب مطرح در عرف بین‌الملل است و سهل‌انگاری در یادگیری و به‌کارگیری این قواعد منجر به مخدوش شدن روابط میهمان و میزبان در همان ابتدای امر، یعنی فرایند استقبال می‌شود.

این مطلب در آداب و رسومی که عمل به آن در شرایط عادی در فقه اسلامی ممنوع دانسته شده، با حساسیت ویژه‌ای مطرح است. سؤالی که در فرایند تشریفات در هر نهاد، سازمان یا دولت اسلامی در عرصه استقبال و بدرقه مطرح می‌شود، آن است که حکم دست‌دادن با نامحرم چیست؟ این مسئله در دو فرض کلی متصور است؛ اول دست‌دادن زن مسلمان با نامحرم، و دوم دست‌دادن مرد مسلمان با نامحرم. در هر دو فرض، نامحرم ممکن است مسلمان باشد و غیرمسلمان. هرچند این فروض در حکم و ادله اشتراکاتی دارند، ولی دقت در برخی ادله موجب تمایز حکم در برخی فروض است. از آنجا که این مقاله ناظر به ابعاد بین‌المللی مسئله مذکور در مقوله تشریفات است و آنچه امروزه بیشتر مورد ابتلای هر نهاد، سازمان یا دولت اسلامی در عرصه تعاملات بین‌المللی است، فرض مصافحه مرد مسلمان با زن نامحرم و غیرمسلمان است، لذا این فرض در دو بُعد حکم اولی و ثانوی بررسی می‌شود و اصولاً طرح حکم ثانوی بعد از تحلیل حکم اولی از آن جهت است که برخی در کتب تشریفاتی به عناوینی همچون مصلحت یا ضرورت در جواز استناد کرده‌اند که شایسته دقت و تأمل و توضیح در برخی قواعد بحث است.

در ادامه، پس از تبیین مفهوم تشریفات و حکم، ضمن اشاره به اقوال فقها در مسئله،



با واکاوی ادله حرمت مصافحه و گستره دلالتی آن در حکم اولی مصافحه با اجنبیه غیرمسلمان و همچنین تحلیل حکم ثانوی آن در فرض پذیرش عمومیت حرمت، سؤال مذکور جواب داده می‌شود.

۱. تبیین اصطلاحات اساسی

۱-۱. تشریفات

واژه تشریفات در عرف مردم به «آداب و رسوم در مراسم‌های خاص و مهم» (معین، ۱۳۵۳، ج ۱، ص ۱۰۸۶؛ دهخدا، ۱۳۵۲، ج ۱۱، ص ۷۰۸) اطلاق می‌شود که اساس آن بر ادب بوده و به تعبیر برخی نویسندگان، در هر اجتماعی و در هر درجه‌ای از تمدن، وجود داشته و دارد (ذوالعین، ۱۳۹۳، ص ۱۵). واژگان تشریفات قبیله‌ای، تشریفات خانوادگی، تشریفات مذهبی، تشریفات ملی، تشریفات رسمی و بین‌المللی، جملگی به این معنا است. تشریفات به این معنا، تشریفات به معنای عام است که به کلیه آداب و سنن و قواعد و توافقاتها و تفاهم‌های مربوط به کلیه امور اجتماعی اطلاق می‌شود.

در مقابل این کاربرد، تشریفات معنای خاص‌تری نیز دارد که عمید در فرهنگ خود به «آداب و رسوم رایج در ارتباطات بین‌المللی بین دولت‌ها» (عمید، ۱۳۵۱، ص ۲۹۸) تعریف کرده و در فرهنگ واژه‌های مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی به «مجموعه آیین و رفتار دیپلماتیک در روابط بین دولت‌ها» تعبیر شده است (حداد عادل، ۱۳۸۱، دفتر دوم، ص ۲۱۶). در توضیحی بیشتر، تشریفات خاص، دو کاربرد دارد؛ اول تشریفات دیپلماتیک که جزئی از دیپلماسی و معادل واژه «Protocol» است و گاهی با همین تعبیر (تشریفات دیپلماتیک) و گاه بدون اتصاف به واژه دیپلماتیک (تشریفات) استعمال می‌شود و به مجموعه مقرراتی اطلاق می‌شود که «در روابط بین رؤسای کشورها و نمایندگان دولت‌ها و دیپلمات‌ها و بین وزارت خارجه و نمایندگی‌های خارجی و همچنین در مجامع و کنفرانس‌های بین‌المللی معمول است» (ذوالعین، ۱۳۹۳، ص ۱۶).

برخی دیگر در کاربرد دوم که با کمی توسعه در تبیین مفهومی به نسبت معنای پیشین همراه است، معتقدند که تشریفات خاص به «نحوه و قالب مناسبات و مراودات



فقه

مقامات، کارمندان و کارکنان سازمان‌ها و نهادهایی که میزبان خارجی‌ها هستند یا به سفر خارج می‌روند و در یک کلام، در داخل و خارج کشور با بیگانگان ارتباط رسمی دارند و شامل حسن سلوک و نزاکت و رعایت ترتیبات، قوانین، مقررات و کنوانسیون‌های داخلی و بین‌المللی است» (بیدارمغز، ۱۳۹۱، ص ۴۳) اطلاق می‌شود.

نسبت دو کاربرد و استعمال مذکور از تشریفات خاص، عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی استعمال دوم عام‌تر از استعمال و کاربرد اول است و شامل روابط غیردیپلماتیک یک بازرگان خارجی نیز می‌شود.

در هر حال، آنچه از تشریفات مدنظر نویسنده خواهد بود، تشریفات خاص بنا بر هر دو استعمال و کاربرد آن است و مراد از آن چنین است: «مجموعه‌ای از آداب و عرف‌هایی که در سطوح بین‌المللی، برای روابط و تعامل بین دولت‌ها در نحوه برگزاری مراسم رسمی بین رؤسای کشور، و نمایندگان سیاسی و اعضای هیات‌های دیپلماتیک آنها و همچنین در کنفرانس‌ها، همایش‌ها و مجامع بین‌المللی و غیربین‌المللی که میزبان خارجی‌ها (اعم از دیپلمات، بازرگان، جهانگرد و کارشناس) هستند، و در قالب مکاتبات، مراسلات، سفرها و نشست‌ها و ملاقات‌ها و مذاکرات اعمال می‌گردد». بنا بر تعریف مذکور، آن آداب و رسوم ممکن است در قالب قانون و مقررات نوشته و تدوین شده باشد و یا نانوشته و بر اساس حسن سلوک و نزاکت باشد؛ همان‌طور که می‌تواند اعم از مراودات دیپلماتیک بین نمایندگان رسمی کشورها باشد.

۱-۲. حکم

مراد از حکم در فقه «تشریحی است که از طرف خداوند برای منظم ساختن زندگی انسان صادر شده است» (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۵۳؛ ج ۲، ص ۱۲). و «حکم ثانوی» حکمی است که شارع آن را با نظر به حالت خاص و استثنایی جعل می‌کند، در مقابل «حکم اولی» که نظر به مصالح و مفاسد خود موضوع جعل شده است (ر.ک: حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۵۳ به بعد). اصولاً یکی از امتیازات فقه امامیه در مقایسه با مذاهب فقهی دیگر، شناسایی حکم ثانوی در طول حکم اولی است. این حکم شرعی، واقعی، موقت و تنها شامل





کسانی است که در موقعیت استثنایی قرار می‌گیرند (ر.ک: بروجردی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۵۱۱؛ خمینی، ۱۴۱۸ق الف، ج ۲، ص ۳۲۴؛ صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۷۳). عناوینی همچون اکراه، اضطراب، عسر و حرج، ضرر و اضرار، تقیه و نذر از عناوینی بوده که موجب جریان حکم ثانوی می‌شود، اما حقیقت آن است که حکم ثانوی منحصر در این عناوین نیست، بلکه عنوانی مثل «مصلحت حفظ نظام»^۱ را نیز شامل است.

۲. دیدگاه فقها در مسئله

مطابق فتوای مشهور نزد فقهای مذهب جعفری (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۶۸؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۵۰)، دست‌دادن با نامحرم جایز نیست، مگر آنکه چیزی حایل و حجاب گردد و قصد سوئی در آن نباشد.^۲

عدم تفصیل بین دست‌دادن با نامحرم مسلمان یا غیرمسلمان در بیان فتوای مذکور، حاکی از عمومیت حکم حرمت دست‌دادن حتی با زن غیرمسلمان نزد آنان است، تا جایی که بعضی در کتب استدلالی خود در مقام شرح و تبیین فتوای مذکور، بر آن تصریح می‌کنند (خمینی، ۱۴۱۸ق ب، ج ۲، ص ۴۰۷؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۵۷). در مقابل، برخی معتقدند همان‌طور که در مسئله نگاه کردن به اجنبیه غیرمسلمان،

۱. عقل و فطرت سلیم، مراعات مصالح عمومی جامعه را لازم و ضروری می‌داند؛ بنابراین صیانت و حفاظت از مصالح نظام لازم است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۹۸) و بنابر تلازم حکم عقل و شرع (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع) همچنین واجب شرعی است. واژه نظام در فقه اسلامی به معانی «سامان‌داشتن زندگی و معیشت مردم»، «کیان کشور اسلامی»، «حکومت یا رژیم سیاسی موجود» و «خرده‌نظام‌های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی» و «نظام‌الملله» و «بیضه اسلام» آمده است (ر.ک: ملک‌افضلی اردکانی و دیگران، ۱۳۹۱، صص ۱۳۳-۱۲۹). در این تحقیق، مراد از نظام اسلامی، «کیان کشور اسلامی» و مقصود از نظام اسلام، نظام‌الملله و بیضه اسلام است.

۲. «جایز نیست برای مرد که مس کند بدن زن نامحرم را حتی دست و صورت او را مگر آنکه از روی دستکش و پارچه باشد، به شرط آنکه قصد سوئی نداشته باشد و دست زن را فشار ندهد، و همچنین است مس کردن زن، مرد نامحرم را...» (خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۹۲۹، سؤال ۳۶ و ۳۷). فقهایی که بر متن فتاوی امام خمینی در «توضیح المسائل» حاشیه دارند، جملگی متن مذکور را قبول داشته و حاشیه‌ای نگاشته‌اند.

نظر کردن به سر و موی او بدون ریبه و لذت منعی ندارد، در سلام و احوال‌پرسی بدون ریبه با او نیز منعی برای دست‌دادن وجود ندارد.

مطابق ذیل نقل قولی از مرحوم آیت‌الله بروجردی، ایشان از جمله کسانی بوده‌اند که در شمول حکم حرمت دست‌دادن به اجنبیه غیرمسلمان اشکال داشته‌اند. سید جواد علوی طباطبایی، نوه مرحوم آیت‌الله بروجردی، در گفتگو با مسئولان مؤسسه فرهنگی تحقیقاتی امام موسی صدر، در این راستا مطالبی بیان کرده‌اند که عیناً نقل می‌شود:

مرحوم آقای منتظری به بنده می‌گفتند: «در محضر آیت‌الله بروجردی نشسته بودم. یکی از محققان ایرانی که در مرکز اسلامی آلمان فعالیت می‌کرد، خدمت ایشان آمد و گفت: "در آلمان زنان و مردان مختلفی که همه آنها مسلمان هم نیستند، به مرکز اسلامی ما می‌آیند و گاهی از اوقات برخی از این زنان دستشان را برای مصافحه به سوی ما دراز می‌کنند و ما نمی‌توانیم دست بدهیم. آنها نمی‌فهمند که چرا ما دست نمی‌دهیم و این مسئله موجب هتک آنها می‌شود و ما که می‌خواهیم جاذبه ایجاد کنیم، با این کار تفریح ایجاد می‌کنیم." آیت‌الله بروجردی گفتند: "اگر شما احساس می‌کنید که دست‌ندادن شما باعث هتک می‌شود، مانعی ندارد که دست بدهید." بعد فرمودند: "حکم حرمت دست‌دادن با زن اجنبیه، برای حفظ حرمت اشخاص، هرچند مسلمان نباشند، ساقط می‌شود." آقای منتظری همچنین نقل می‌کردند که شیخ محمدتقی قمی که در مصر فعالیت می‌کردند، خدمت آیت‌الله بروجردی آمدند و گفتند: "گاهی از اوقات برخی از سفارتخانه‌ها مثل سفارت هلند به مناسبت روز ملی‌شان که همه سفرا و شخصیت‌های مختلف را دعوت می‌کنند، ما را هم به‌عنوان نماینده شما در مجلس تقریب دعوت می‌کنند. ما هم دسته‌گل می‌خریم و به سفارت می‌رویم. گاهی از اوقات سفیر می‌خواهد مثلاً سفیر آمریکا و همسرش را که همراه او است معرفی کند، آنها هم دستشان را دراز می‌کنند که دست بدهند، ما چه کار کنیم؟ اگر دست ندهیم موجب هتک آنها می‌شود." آیت‌الله بروجردی فرمودند: "اگر موجب هتک می‌شود، اشکالی ندارد؛ دست





بدهید." آقای منتظری گفتند: «بعد آقای بروجردی فرمودند: "من تعجب می‌کنم که فقهای ما ادله نظر [به اجنبیه] را حمل کردند به صورت ریه؛ چرا در ادله لمس این انصراف را قائل نشدند؟"» (وبسایت پایگاه خبری تحلیلی پارسینه، ۱۲ آبان ۱۳۹۲).

از این سخن به دست می‌آید که دیدگاه آیت‌الله بروجردی نه فقط به دلیل مسئله هتک و حکم ثانوی است، بلکه اساساً در حکم اولی حرمت اشکال دارند. این نسبت فتوایی و اصولاً این مسئله، علی‌رغم تتبع بسیار در منابع فقهی برجای مانده از محقق بروجردی یافت نشد.

همچنین از منبع مذکور نقل شده که برخی به امام موسی صدر خرده می‌گرفته‌اند که چرا در اروپا با خانم‌هایی که به سوی ایشان دست خود را دراز می‌کردند، دست می‌دادند. ایشان در پاسخ گفته‌اند: «آیت‌الله بروجردی هم بر این کار اشکال نمی‌گرفتند...» (وبسایت پایگاه خبری تحلیلی پارسینه، ۱۲ آبان ۱۳۹۲).

اشکال مذکور بر عمومیت حکم عدم جواز مصافحه با نامحرم باعث شد تا برخی شاگردان مرحوم آیت‌الله بروجردی نظر استاد خود را تقویت کرده و خود با این عبارت به آن فتوا دهند: «دست دادن با عدم قصد التذاذ و عدم حصول آن مانعی ندارد و عرف محل ملاک آن است» (منتظری، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۳۲).

۳. واکاوی ادله حرمت مصافحه با اجنبیه و گستره دلالتی آن

در باب مصافحه و دست دادن با زنان، دو روایت معتبر در مجامع روایی نقل شده است:

۱. [محمد بن یعقوب عن] عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ بْنِ مِهْرَانَ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ مُصَافِحَةِ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ قَالَ عليه السلام لَا يَجِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَصَافِحَ الْمَرْأَةَ إِلَّا امْرَأَةً يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَرَوَّجَهَا أُخْتٌ أَوْ بِنْتُ أَوْ عَمَّةٌ أَوْ خَالَئَةٌ أَوْ ابْنَةُ أُخْتٍ أَوْ نَحْوَهَا فَأَمَّا الْمَرْأَةُ الَّتِي يَجِلُّ لَهَا أَنْ يَتَرَوَّجَهَا فَلَا يَصَافِحُهَا إِلَّا مِنْ وَرَاءِ الثُّوبِ وَ لَا يَغْمِزُ كَفَّهَا؛ سماعه گوید: «از امام صادق عليه السلام درباره دست دادن مرد با زن سؤال کردم. امام عليه السلام فرمود: "دست دادن مرد با زن

جایز نیست؛ مگر با زنی که ازدواج با او حرام است: خواهر یا دختر یا عمه یا خاله ... و اما با زنی که ازدواج با او حلال است، نباید مرد با آن زن دست دهد؛ مگر از روی لباس، و دست او را هم فشار ندهد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۲۵، حدیث ۱).

۲. «[محمد بن یعقوب عن] عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْحَرَّازِ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ هَلْ يَصَافِحُ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ لَيْسَتْ بِذِي مَحْرَمٍ فَقَالَ لَا إِلَّا مِنْ وَرَاءِ الثُّوبِ؛ ابوبصیر گوید: «خدمت امام صادق ﷺ عرض کردم: "آیا جایز است مرد با زن نامحرم دست دهد؟"، امام ﷺ فرمود: "خیر، مگر از روی لباس"» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۲۵، حدیث ۲).

در تعبیر «لا یغمر کفها» در روایت اول، دو احتمال وجود دارد؛ احتمال اول آن است که از روی شهوت باشد، چون «غمز کف» منصرف به مسئله تلذذ است و احتمال هم دارد که مراد از آن مطلق باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۴۳).

در هر حال مطابق فهم برخی صاحب نظران، موضوع در حکم حرمت دست دادن در روایت ابوبصیر (روایت دوم)، زنی است که «ذات محرم نیست»^۱ و در موثق سماعة (روایت اول)، زنی است که «ازدواج با او حلال است»^۲. با کنار هم گذاشتن دو موضوع مذکور و مخصوصاً با عنایت به مدلول واژه «ذات محرم»، فهم عرفی آن است که ذات محرم یعنی کسی که ازدواج با او حرام است و غیر ذات محرم یعنی کسی که ازدواج با او حلال است (مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص ۱۹۳).^۳

بر این اساس، موضوع حکم حرمت دست دادن با اجنبیه، زنانی هستند که ازدواج با آنان حلال باشد و هر زنی که ازدواج با او حلال باشد، دست دادن به او حرام است. به عبارت دیگر، حکم حرمت دست دادن بر موضوع کلی «زنانی که ازدواج با آنها حلال

۱. «... هَلْ يُصَافِحُ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ لَيْسَتْ بِذِي مَحْرَمٍ فَقَالَ لَا إِلَّا مِنْ وَرَاءِ الثُّوبِ».

۲. «... فَأَمَّا الْمَرْأَةُ الَّتِي يَجِلُّ لَهَا أَنْ يَتَرَوَّجَهَا فَلَا يَصَافِحُهَا إِلَّا مِنْ وَرَاءِ الثُّوبِ وَلَا يَغْمُرُ كَفَّهَا».

۳. «فمن انضمم أحدهما بالآخر ولا سيما مع النظر إلى مدلول كلمتي "ذات محرم" يفهم عرفاً من دون إشكال: أنّ ذات محرم هي من يحرم نكاحها من النساء».



فقه



است» جعل شده و هر زنی که مصداق موضوع مذکور باشد، مشمول حکم حرمت است؛ و چون زنان غیرمسلمان، مخصوصاً غیر اهل کتاب، از دائره موضوع ذکر شده خارج هستند، حرمتی که از روایات مذکور استفاده شده، شامل آنها نمی‌شود. البته پرواضح است که این حکم درباره امثال «خواهرزن»، با توجه به ادله دیگر، تخصیص می‌خورد و خللی در فهم مذکور از این دو روایت ایجاد نمی‌کند.

گویا عنایت به همین مطلب باعث شده تا برخی صاحب‌نظران عرصه فقه، به ادله دیگری برای اثبات حرمت دست‌دادن با زنان غیرمسلمان روی آورند. مثلاً برخی با این استدلال که «دست‌دادن با زنان اهل کتاب یکی از بارزترین مصادیق تولی و یکی از روشن‌ترین علامت‌های اعلان مودت و احترام به آنها است و روشن است که تولی کفار و احترام و القاء مودت به آنها در قالب دست‌دادن از اعظم محرمات است» (سیفی مازندرانی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۵۶)،^۱ به حرمت دست‌دادن با زنان غیرمسلمان فتوا می‌دهند.

شایسته ذکر است که اثبات حکم حرمت دست‌دادن با آنان، با استناد به اجماع یا شهرت فتوایی یا سیره قطعی متشرعه (ر.ک: حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۵۰)، از جهت اثبات صغرای اجماع و شهرت با تشکیک همراه است؛ چه اینکه نقل اجماع یا شهرت از علمای متأخر است و تحصیل آن نیز با توجه به انعکاس فتاوی‌ای عده کمی از فقهای متقدم ممکن نیست و ادعای سیره متشرعه نیز نیازمند اثبات اتصال آن تا به عصر معصوم است و در منابع محملی برای ابرام آن یافت نمی‌شود.

البته تسالم فقها در فهم حرمت از دو روایت مذکور درباره زنان غیرمسلمان که با شهرت و اجماع منقول تأیید می‌شود، با تمام اختلافاتشان در مبانی اخذ و تحلیل حدیث، بهترین دلیل برای اثبات عمومیت حرمت مصافحه در مسئله حاضر و غیر از استناد به شهرت و اجماع است.

همان‌طور که در ذیل عنوان «دیدگاه فقها» مطرح شد، یکی از ادله قائلان مشروعیت

۱. «والوجه فی ذلك أنّ المصافحة من أبرز مصادیق التولی و أظهر علائم المودة والاحترام و من الواضح أنّ تولی الکفار و احترامهم وإلقاء المودة إليهم بالمصافحة من أعظم المحرمات.»

مصافحه با اجنبیه غیرمسلمان، با پذیرش عمومیت حرمت مصافحه در موضوع مورد بحث، انصراف ادله حرمت لمس همچون مسئله نظر به قید قصد تلذذ و ریبه است. تبیین و تحلیل این دلیل، نیازمند اشاره به ادله نظر به اجنبیه و شرح و توضیح انصراف مذکور است:

مرحوم کلینی، در باب نظر به زنان اهل ذمه، با سند معتبر از امام صادق علیه السلام از رسول خدا صلی الله علیه و آله چنین نقل می‌کند:

«[محمد بن یعقوب عن] عَلِيِّ بْنِ إِسْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلی الله علیه و آله: لَا حُرْمَةَ لِنِسَاءِ أَهْلِ الذِّمَّةِ أَنْ يُنْظَرَ إِلَيْهِنَّ وَ أَيْدِيَهُنَّ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۲۴).^۱

این عبارت بدین معنا است که زنان اهل ذمه برای نگاه کردن به موها و دستهایشان حرمتی ندارند. این معنا، مستلزم جواز نگاه کردن به دست و موی آنان و به تبع صورت و گردن آنان است و ذکر عدم حرمت (احترام) آنان (زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۳۵۰) به مثابه علت یا حکمت حکم جواز نگاه (طباطبایی، ۱۴۲۶ق، ج ۹، ص ۵۶۲؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۱: ص ۹۸؛ سیفی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۸) نشان می‌دهد که چنین حکمی را می‌توان به سایر کفار اعم از ذمی و غیرذمی (اهل کتاب یا غیر اهل کتاب) نیز تعمیم داد؛ چون وقتی حرمت زنان اهل ذمه مطابق روایت مذکور ساقط و نگاه به دست و موی آنان جایز دانسته می‌شود، درباره سایر کفار به طریق اولی می‌توان قائل به جواز شد؛ زیرا میان غیرمسلمانان، اهل ذمه به سبب عقد ذمه از حرمت بیشتری برخوردار است.

با ذکر مقدمه مذکور، مدلول روایت در اثبات جواز نگاه به اجنبیه غیرمسلمان، نسبت به قصد لذت و ریبه و عدم آن مطلق است، ولی این اطلاق در پرتو شهرت و بلکه تسالم فقها، با تمام اختلافات در مبانی اخذ حدیث، مقید به عدم قصد ریبه و لذت در نگاه به مو و سر زنان غیرمسلمان شده است (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۳۱۳).

۱. همچنین بنگرید: صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۳۰۰، حدیث ۱۴۳۸؛ صدوق، بی‌تا، ص ۵۶۵، حدیث ۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۴، ص ۱۴۹، باب ۱۱۳، من أبواب مقدمات النکاح، حدیث ۱.



فقه



این تقیید در بیان فتوا، علی‌رغم اطلاق دلیل در مسئله نگاه، باعث می‌شود تا برخی همچون محقق بروجردی (با پذیرش انتساب نقل قول مذکور)، در فرض قبول اطلاق و شمولیت حکم حرمت دست‌دادن به تمام زنان غیرمسلمان، احتمال تقیید آن به صورت ریه و لذت را مطرح کنند؛ به این بیان که دست‌دادن با زنان غیرمسلمان بدون قصد ریه و لذت معنی ندارد و اطلاق ادله منصرف از آن است و نیازی به طرح حکم ثانوی از باب ضرورت و مصلحت و امثال آن نیست، هم‌چنان‌که فتوای شاگرد محقق بروجردی بر آن تصریح داشت.

روشن است که منصرف دانستن اطلاق ادله مصافحه به قید مذکور نیازمند دلیل است و با صرف احتمال ثابت نمی‌شود. به عبارت دیگر، فارق در مسئله نظر و مصافحه، همان تسالم فقها است که در مسئله نظر، اطلاق ادله بر قصد ریه و لذت منصرف دانسته شده، ولی در باب مصافحه، همان‌طور که در نقل کلام مرحوم سید بروجردی آمده است، چنین تسالمی وجود ندارد.

نتیجه آنکه حرمت مصافحه با اجنبیه غیرمسلمان مخصوصاً غیر اهل کتاب عمومیت دارد.

۴. تحلیل حکم مصافحه در فرض پذیرش عمومیت ادله دالّ حرمت

عمومیت حرمت مصافحه با اجنبیه در پروتکل تشریفاتی نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران در عرصه روابط بین‌الملل نیز منعکس شده است. مشاهده برخی عملکردها در فرایند تعاملات بین‌المللی و طعنه برخی نویسندگان در کتب تشریفاتی در خلال اشاره به تشریفات رایج بین‌المللی، به مشروعیت مصافحه در پرتو استناد به عناوین مصلحت نظام و ضرورت، باعث شد تا نویسنده با طرح حکم ثانوی، به تحلیل و ارزیابی جواز مصافحه با اجنبیه در عرصه تشریفات با تکیه بر قاعده اهم و مهم و جریان حکم ثانوی بپردازد.

شایان ذکر است که در مطالب ذیل، نسبت به اصل تقدیم اهم و جریان حکم ثانوی در فرض تحقق عنوان ثانوی تشکیک نمی‌شود، بلکه هدف، تحلیل صحیح در شناختن اهم و صدق عنوان ثانوی است.

توضیح آنکه ممکن است گفته شود در فرایند تشریفات استقبال تا بدرقه، مطابق برخی مبانی انسان‌شناختی و پندارهای عرفی و قراردادهای اجتماعی در برخی جوامع، عمل یا رفتاری از سوی میهمان یا میزبان، می‌تواند مخلّ کرامت و شرافت انسانی دانسته شود؛ مثلاً میهمان در فرایند سلام و احوال‌پرسی، دست‌ندادن میزبان با وی را بی‌احترامی و خدشه در کرامت انسانی و هتک حرمت خود تلقی کند. پس مکلف در جمع بین دو حکم «ممنوعیت دست‌دادن با اجنبیه» و «حرام‌بودن هتک حرمت انسان» متحیر است؛ مطابق قواعد باب تزاحم و لزوم تقدیم اهم بر مهم، میزبان در فرض مذکور، باید از عملی که هتک حرمت ادعایی میهمان را در پی دارد پرهیز کند و این ممکن نیست مگر آنکه با او دست دهد. بنابراین دست‌دادن با اجنبیه در پرتو صدق عنوان هتک حرمت و عمل به قواعد باب تزاحم منعی ندارد.

با فرض پذیرش صدق هتک حرمت و حرام‌بودن آن برای غیرمؤمنان که اول کلام است (ر.ک: درگاهی، ۱۳۹۶، صص ۳۸-۴۴) می‌توان عمل نکردن به برخی آداب و رسوم تشریفاتی همچون دست‌ندادن به اجنبیه را توجیه کرد تا شائبه هتک حرمت ادعایی برطرف گردد و اصولاً «با تفهیم حکم شرعی [اسلامی، دست‌ندادن] حمل بر اسائه ادب [و هتک حرمت] نخواهد شد» (تبریزی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۵۹، مسئله ۱۶۰۷؛ صافی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۵۸، سؤال ۱۶۶۰). به عبارت دیگر، مسئول تشریفات، مسئله دست‌ندادن با میهمان یا میزبان خانم را در جلسات مقدماتی پیش از مراسم استقبال تا بدرقه، برای طرف مقابل توجیه می‌کند تا از بروز مسائل و مشکلات احتمالی اجتناب گردد. البته این توجیه با استناد به عرف بین‌الملل صورت می‌گیرد؛ به این بیان: ملت‌ها و دولت‌ها پذیرفته‌اند که روند تشریفات، مخصوصاً تشریفات دیپلماتیک، به معنای چشم‌پوشی یا نادیده‌انگاشتن آداب و رسوم ملی و مذهبی نیست (مهدیزاده، ۱۳۹۴، صص ۶-۷) و اصولاً اگر میزبان، نظام اسلامی باشد، مطابق عرف بین‌الملل، ورود میهمان به خاک سرزمینی میزبان نباید با نقض قوانین و مقررات میزبان و نظم عمومی آن جامعه همراه باشد؛ بنابراین دست‌ندادن با استناد به رسوم ملی و مذهبی میزبان یا میهمان کاملاً توجیه‌پذیر است.

البته برخی معتقدند از آنجا که امتناع از دست‌دادن با اجنبیه به‌عنوان میزبان یا





میهمان، موجب دلخوری، ناراحتی و یا عصبانیت طرف مقابل می‌شود و حتی موجب کدورت در تعاملات و خدشه در پیشبرد اهداف ارتباطات بین‌المللی است و در عرصه دیپلماسی به روابط دو کشور ضرر می‌زند، پس به‌خاطر حفظ منافع و مصالح ملی باید این موضوع، یعنی حرمت دست‌دادن با اجنبیه را نادیده بگیریم تا به روابط بین دو نهاد، سازمان یا دولت در عرصه بین‌الملل صدمه‌ای نخورد و یا تعاملات و روابط عمیق‌تر، صمیمی‌تر و محکم‌تر در راستای اهداف ملی پیش رود. آنها به مواردی اشاره می‌کنند که بعضاً نماینده، سفیر یا مسئولی از نظام اسلامی با رئیس‌جمهور یا پادشاه یا میزبان هم‌پایه در هر نهاد، سازمان و دولتی ملاقات می‌کند و با اینکه از سوی مسئولان تشریفات به مقام خارجی گوشزد شده که مقامات ایرانی با نامحرم دست نمی‌دهند، و اصولاً بعد از گذشت چهل سال از انقلاب اسلامی، همگان از پروتکل تشریفات نظام جمهوری اسلامی در زمینه دست‌دادن با اجنبیه آگاهی لازم و کافی را دارند، ولی باز هم از سر عمد یا سهو دست خود را به سوی طرف ایرانی دراز می‌کند و امتناع طرف ایرانی از دست‌دادن با وی موجب پوزخند و یا مضحکه وی از سوی حاضران می‌شود. گاه این صحنه توسط رسانه‌های تلویزیونی نیز ثبت و منتشر گشته و گمان می‌شود به‌وجود آمدن چنین صحنه‌هایی طرف خارجی را عصبانی و طرف ایرانی را خجلت‌زده می‌کند (وب‌سایت خبرگزاری فارس، ۴ بهمن ۱۳۹۳) بنابراین، طرح مسئله مصلحت نظام اسلامی در تعاملات بین‌المللی در سطوح مختلف اعم از نهاد، سازمان یا دولت، ایجاب می‌کند که گاهی مطابق دیدگاه رایج در تشریفات استقبال تا بدرقه عمل شود تا اهداف والای نظام اسلامی در عرصه تعاملات بین‌الملل از جهت عمل نکردن به برخی آداب و رسوم مخدوش نگردد؛ یعنی در آدابی مثل دست‌دادن باید مصلحت تعامل نظام اسلامی با دیگران مدنظر قرار گیرد و سیادت آموزه‌های اسلامی در قالب عمل به حکم ثانوی در فرض مصلحت محفوظ خواهد بود.

البته تقریب مذکور شایسته دقت و تأمل و توضیح در برخی قواعد بحث است. حفظ مصالح نظام اسلامی از عناوین ثانویه‌ای است که با ایجاد حکم ثانوی به نقض برخی احکام اولیه اسلامی در حیطه تحقق همان عنوان ثانوی مشروعیت می‌بخشد؛ با این حال

تشخیص این مصالح باید بر پایه اصول و ضوابطی به منزله چهارچوب نظری و خط‌مشی استوار باشد تا با ضابطه‌مندی سنج‌های تشخیص مصالح نظام، از اقدامات خودسرانه احتمالی در عرصه تشریفات جلوگیری شده و هیچ‌گاه به بهانه مصلحت نظام اسلامی، زمینه‌ای برای اختلال نظام اسلامی ایجاد نشود. به عبارت دیگر، سیادت تعالیم و آموزه‌های اسلامی و عمل مطابق آن، باید از سیاست‌زدگی و اعمال سلیقه‌های شخصی و حزبی در مسیر مصلحت‌اندیشی‌های فردی و گروهی بر حذر باشد. حال اگر عمل به مصالح کشف‌شده، مستلزم نقض یا تعطیل برخی آموزه‌های الزامی اسلامی باشد، حکم ثانوی در پرتو عنوان ثانوی مصلحت در فقه اسلامی به اعمال مطابق آن مصلحت مشروعیت می‌بخشد. بنابراین در عرصه تشریفات، چنان‌چه مطابق آن اصول و تشخیص داده‌شده توسط مراجع ذی‌صلاح، مصالح نظام اسلامی در فرایند استقبال و بدرقه، مستلزم تعطیل یا نقض برخی آموزه‌های اسلامی بود، عمل مذکور توسط مکلفان عرصه تشریفات، مشروع است و سیادت آموزه‌های اسلامی در قالب عمل به حکم ثانوی محفوظ خواهد بود.

توضیح بیشتر آنکه در جایی که مصلحت موجود در نقض برخی آموزه‌های اسلامی در فرایند تشریفات استقبال تا بدرقه، از مفسده آن مهم‌تر باشد، قانون «لزوم تقدیم اهم بر مهم» جاری است.^۱ معیار در تراحم میان حرمت نقض ارزش‌ها و وجود مصلحت دیگر، اهم‌بودن دلیل است (مشکینی، ۱۳۸۶، ص ۸۷). پس آنکه مهم‌تر است پیش می‌افتد (نائینی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۲۷۸) و در فرض اهم‌بودن لزوم حفظ مصالح نظام اسلامی، با ایجاد عنوان ثانوی، احکام اولی در پرتو عمل به احکام ثانوی نقض می‌شود. پس شکی در کبرای مسئله وجود ندارد، اما آنچه محل تأمل و دقت است، اهم‌بودن مصلحت نظام

۱. علاوه بر اسناد نقلی و روایی این قاعده (بقره، ۲۱۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۳۷۶، حدیث ۳؛ ج ۱۷، ص ۲۱۶، حدیث ۱۱)، سند عقلی این قاعده چنین است: بدون تردید تشریح و تکوین با یکدیگر رابطه دارند و آنچه در تکوین وجود دارد و مورد نظر شارع است، نمی‌تواند در تشریح منعکس نشود و تشریح و استنباط بدون لحاظ آن صورت پذیرد. پرواضح است که تفاوت مراتب مصالح و مراتب که امری تکوینی است، ملاحظه آن در تقنین، در قالب لزوم تقدیم اهم بر مهم خواهد بود.





اسلامی در عمل به برخی آداب و رسوم رایج در عرصه تشریفات استقبال تا بدرقه در تعاملات بین‌المللی با تنازل و کوتاه آمدن از ارزش‌ها و احکام الزامی اولی است. مصالح نظام اسلامی باید به حدی قطعی و حفظ آن به حدی اقوی باشد تا بنابر قاعده تقدیم اهم بر مهم، بر علو و سیادت ارزش‌ها و احکام الزامی اولی مقدم گردد. به عبارت دیگر، برخی آموزه‌هایی که نمایش‌دهنده تفاوت ظاهری اسلام با دیگر ادیان، و تقید به آن قوام‌دهنده تمایز میان مسلمان با غیرمسلمان است، به آسانی و با بهانه مصالح ادعایی در پرتو حکم ثانوی ایجاد شده، نقض نمی‌شوند. فرض کنید میهمان یا میزبان مسلمان همچون غیرمسلمان با نامحرم دست دهد، دیگر تمایز ظاهری در عرصه تعاملات برای اسلام و آموزه‌های آن باقی نمی‌ماند.^۱ پس اثبات اهم بودن در تزامم با احکام الزامی اولی، باید از قطعیت برخوردار و توسط مراجع ذیصلاح تعیین گردد. علاوه بر این، همان‌طور که گفتیم، امروزه در عرف بین‌المللی پذیرفته شده که رعایت اصول تشریفاتی به معنای چشم‌پوشی و یا نادیده‌انگاشتن آداب و رسوم و سنت‌های ملی و مذهبی نیست، و دولت‌ها در مقام عمل، بر حسب مصالح ملی و مذهبی خود از پذیرش برخی آداب و قواعد تشریفاتی مرسوم در دیگر جوامع سر باز می‌زنند (مهدیزاده، ۱۳۹۴، صص ۶-۷)؛ بنابراین می‌توان با تکیه بر آن، قواعد تشریفات استقبال تا بدرقه در ملاقات میهمان و میزبان را سنجید و مطابق سلیق و آداب و رسوم دو طرف، تنظیم و مدیریت کرد. اصولاً تجربه فعالان در عرصه تعاملات بین‌المللی، گواه این نکته است که پابندی طرف مسلمان به اصول و ارزش‌های اسلامی، به شکل بسیار واضحی احترام طرف مقابل را برانگیخته و صرف‌نظر از دین و آیین و تفاوت‌های فرهنگی، او را به تحسین و امی دارد و گویی مصلحت در تحفظ و عمل به آموزه حرمت مصافحه با اجنبیه در تمام فروض مسئله است.

۱. «... سفرای ما در نمایندگی‌های خارجی بر حفظ صددرصد تقیدات و ظواهر اسلامی نسبت به خود و خانواده‌ها و همکارانشان مراقبت کنند و این مسئله را در گزینش‌ها رعایت نمایند. به هیچ وجه در این مسئله انعطاف و نرمش نشان ندهید که قوام شخصیت شما و شخصیت دیپلماسی ما به این است» (وب سایت دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت‌الله خامنه‌ای، ۳۱ مرداد ۱۳۶۸).

نتیجه گیری

بررسی ادله دال بر حرمت مصافحه با اجنبیه نشان می دهد که مدلول آن تنها درباره زنان نامحرمی است که ازدواج با آنها حلال است؛ پس در ظاهر شامل زنان غیر اهل کتاب نمی شود، مگر آنکه تسالم فقها در عمومیت آن درباره تمام زنان غیرمسلمان، مستند حکم حرمت مصافحه قرار گیرد. در این میان برخی انصراف به قید تلذذ و قصد ربیبه را همچون مسئله نگاه به اجنبیه غیرمسلمان مطرح کرده اند که صرف ادعا و بدون دلیل است. در فرضی که عنوان اهم و عناوین ثانوی مصلحت و ضرورت در تعاملات و ارتباطات بین المللی در فرایند استقبال و بدرقه در عرصه آداب و تشریفات مطرح شود، پرواضح است که عمل نکردن به حکم حرمت، در پرتو تقدیم حکم اهم و عمل به حکم ثانوی، نه تنها جایز بلکه لازم و واجب است؛ با این حال اهم بودن و صدق عنوان مصلحت نظام و عناوینی همچون ضرورت در این گونه مسائل محل تأمل و خدشه است و نمی توان به بهانه هتک حرمت، ضرورت و حفظ مصالح احتمالی و یا مصالح فردی در پرتو عمل به حکم ثانوی، ارزش ها و آموزه های الزامی را مخدوش کرد. والحمد لله رب العالمین.



فقه

فهرست منابع

۱. انصاری، محمدامین. (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۲. ایروانی، باقر. (۱۴۲۷ق). دروس تمهیدیه فی الفقه الإستدلالی علی المذهب الجعفری. قم: مؤسسه الفقه للطباعة و النشر.
۳. بروجردی، سید حسین. (۱۴۱۲ق). الحاشیه علی کفایة الأصول. قم: نشر انصاریان.
۴. بیدارمغز، علی محمد. (۱۳۹۱). تشریفات: راهبرد موفقیت. کاشان: انتشارات مرسل.
۵. بیدارمغز، علی محمد. (۱۳۹۶). راهبرد تشریفات در مدیریت ارتباطات. کاشان: انتشارات مرسل.
۶. تبریزی، جواد بن علی. (بی تا). استفتائات جدید. قم: دفتر معظم له.
۷. حائری یزدی، شیخ عبدالکریم. (۱۴۱۸ق). درر الفوائد. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۸. حداد عادل، غلامعلی و همکاران. (۱۳۸۱). فرهنگ واژه‌های مصوب فرهنگستان. تهران: انتشارات فرهنگستان زبان و ادب فارسی.
۹. حر عاملی، محمدحسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة (محققان: گروه پژوهش مؤسسه آل‌البیت). قم: نشر مؤسسه آل‌البیت علیه السلام.
۱۰. حکیم، سید حسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دار التفسیر.
۱۱. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۴ق). توضیح المسائل (المحشی). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ق «الف»). تحریرات فی الأصول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۳. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ق «ب»). مستند تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۴. درگاهی، مهدی؛ و حسین‌زاده، حسین. (۱۳۹۶). میان کنش کرامت انسانی و عملیات‌های اطلاعاتی، فصلنامه پژوهش‌های حفاظتی-امنیتی، دانشگاه جامع امام حسین علیه السلام، ۶(۲۱)، صص ۳۳-۶۰.
۱۵. دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۵۲). لغت‌نامه دهخدا. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.



۱۶. ذوالعین، پرویز. (۱۳۹۳). آداب و تشریفات دیپلماتیک. تهران: نشر میزان.
۱۷. روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام. قم: دار الکتب مدرسه امام صادق علیه السلام.
۱۸. زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. قم: مدرسه پژوهشی رأی پرواز.
۱۹. سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۱۷ق). دلیل تحریر الوسیلة - الستر والساتر. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۰. صافی، لطف الله. (۱۴۱۷ق). جامع الأحکام. قم: انتشارات حضرت معصومه علیها السلام.
۲۱. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۸ق). دروس فی علم الأصول. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۲. صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). کتاب من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. صدوق، محمد بن علی. (بی تا). علل الشرائع. قم: مکتبه الداوری.
۲۴. طباطبایی، سید تقی. (۱۴۲۶ق). مبانی منهاج الصالحین. قم: منشورات قلم الشرق.
۲۵. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۸). فقه و عرف. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲۶. عمید، حسن. (۱۳۵۱). فرهنگ عمید. تهران: انتشارات جاودان.
۲۷. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق)، الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۲۸. مؤمن، محمد. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسیلة - کتاب الحدود. قم: انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۲۹. مشکینی، علی. (۱۳۸۶). اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها. قم: نشر الهادی.
۳۰. معین، محمد. (۱۳۵۳). فرهنگ فارسی. تهران: انتشارات امیر کبیر.
۳۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۲. ملک فضلی اردکانی، محسن؛ حائری، محمدحسن؛ فخلعی، محمدتقی؛ و ارسطاه، محمدجواد. (۱۳۹۱). مفهوم نظام و کاربرد آن در فقه و اصول. مجله فقه و اصول، ۴۸ (۸۸)، صص ۱۱۹-۱۳۳.
۳۳. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). مبانی فقهی حکومت اسلامی (مترجم: محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری). تهران: مؤسسه کیهان.
۳۴. منتظری، حسینعلی. (بی تا). رساله استفتائات. نرم افزار جامع فقه اهل بیت ۲.
۳۵. مهدیزاده، غلامرضا. (۱۳۹۴). تشریفات و روابط اجتماعی. تهران: نشر بیشه.



۳۶. نائینی، محمدحسین غروی. (۱۳۷۷). أجدود التقیرات (تقریر: سیدابوالقاسم خویی). قم: مؤسسه صاحب الأمر.
۳۷. وبسایت پایگاه خبری تحلیلی پارسینه. (۱۳۹۲). گفتگو با آیت‌الله علوی بروجردی. بازیابی شده در ۱۲ آبان ۱۳۹۲، از <https://www.parsine.com/fa/news/164151/>
۳۸. وبسایت خبرگزاری فارس. (۱۳۹۳). گفتگو با مجتبی امانی رئیس سابق دفتر حفاظت منافع ایران در قاهره. بازیابی شده در ۴ بهمن ۱۳۹۳ از <http://www.farsnews.com/newstext.php?nn=13931104000240>.
۳۹. وبسایت دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت‌الله خامنه‌ای. (۱۳۶۸). بیانات در دیدار وزیر، مسئولان وزارت امور خارجه و رؤسای نمایندگی‌های جمهوری اسلامی ایران در خارج از کشور. بازیابی شده در ۳۱ مرداد ۱۳۶۸ از <http://www.leader.ir>
۴۰. یحیایی ایله‌ای، احمد؛ و صمدی‌راد، برات‌الله. (۱۳۹۰). اصول و آداب تشریفات. تهران: کارگزار روابط عمومی.



فقه

References

1. al-Hurr al-amili. (1409 AH). Wasa'il al-Shi'a (Research Group of Aal Aal al-Albayt Institute, Ed.). Qom: Publishing House Institute. [In Arabic].
2. Alidoost, A. (1388 AP). Jurisprudence and custom. Tehran: Institute for Islamic Culture and Thought.
3. al-Kulayni. (1407 AH). Usul al-Kafi. Tehran: Islamic Books House.
4. al-Shaykh al-Saduq. (1413 AH). Man La Yahduruhu al-Faqih: Islamic Publications Office.
5. al-Shaykh al-Saduq. (n.d.). Ilal al-sharayi'. Qom: Judicial Library.
6. Amid, H. (1351 AP). Amid dictionary. Tehran: Javadan.
7. Ansari, M. A. (1415 AH). Book of marriage. Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari.
8. Ayatollah Khamenei. (August 21, 1989 from). Statements in the meeting of the Minister, officials of the Ministry of Foreign Affairs and the heads of the missions of the Islamic Republic of Iran abroad. Retrieved <http://www.leader.ir>.
9. Ayatollah Khomeini. (1418 AH a). Tahrirat fi al-Usul. Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
10. Ayatollah Khomeini. (1418 AH b). Tahrir al-Wasila. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
11. Ayatollah Khomeini. (1424 AH). Tawzih-Ul-Masail. Qom: Islamic Publications Office.
12. Bidarmaghz, A. M. (1391 AP). Ceremonies: Success Strategy. Kashan: Mursal Publications.
13. Bidarmaghz, A. M. (1396 AP). Ritual strategy in communication management. Kashan: Mursal Publications.
14. Boroujerdi, S. H. (1412 AH). Margin on the adequacy of the principles. Qom: Ansarian Publishing.
15. Dargahi, M., & Hosseinzadeh, H. (1396 AP). Between the act of human dignity and intelligence operations. *Security Research*, 6(21), pp. 33-60.
16. Dekhoda, A. A. (1352 AP). Dekhoda dictionary. Tehran: University of Tehran Press.
17. Fars News Agency website. (February 25, 2015). Interview with Mojtaba Amani, former head of the Office for the Protection of Iran's Interests in Cairo. Retrieved from <http://www.farsnews.com/newstext.php?nn=13931104000240>.
18. Gharavi Naeni, M. H. (1377 AP). Ajwad Al-Taqrirat (lectures by Sayyid Abu al-Qasim Khoi). Qom: Sahib Al-Amr Foundation.
19. Haeri Yazdi, Sheikh Abdul Karim. (1418 AH). Durar al-Fawaid. Qom: Islamic Publication Office.
20. Irvani, B. (1427 AH). Preparation lessons in argumentative jurisprudence on the Ja'fari religion. Qom: Jurisprudence Foundation for Printing and Publishing.
21. Makarem Shirazi, N. (1424 AH). Book of marriage. Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib (PBUH) School Publications.
22. Malek Afzali Ardakani, M., Haeri, M. H., Fakhlaei, M. T., & Arasta, M. J.



فقه

- (1391 AP). The concept of the system and its application in jurisprudence and principles. *Jurisprudence and Principles*, 48(88), pp. 119-133.
23. Mehdizadeh, Gh. (1394 AP). Ceremonies and social relations. Tehran: Bishe.
 24. Meshkini, A. (2007). Terms of principles and the greatness of research. Qom: Al-Hadi Publishing.
 25. Moein, M. (1353). Persian Dictionary. Tehran: Amirkabir.
 26. Mo'men, M. (1422 AH). Basics of Tahrir al-Wasila - the book of limits. Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute Publications.
 27. Montazeri, H. A. (1409 AH). Jurisprudential principles of Islamic government (M. Salavati & A. Shakoori, Trans.). Tehran: Kayhan Institute.
 28. Montazeri, H. A. (n.d.). Tawzih-UI-Masail. Comprehensive software of Ahl al-Bayt jurisprudence.
 29. Parsineh Analytical News Website. (November 3, 2013.). Interview with Ayatollah Alavi Boroujerdi. Retrieved from <https://www.parsine.com/en/news/164151/>.
 30. Rouhani, S. S. (1412 AH). Fiqh al-Sadiq (AS). Qom: Imam Sadegh School Book Library 7.
 31. Sadr, S. M. B. (1418 AH). Lessons in the science of principles. Qom: Islamic Publication Office.
 32. Safi, L. (1417 AH). Jami' al-Ahkam. Qom: Hazrat Masoumeh Publications.
 33. Seifi Mazandarani, A. A. (1417 AH). The reason for Tahrir al-Wasila. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
 34. Shobairi Zanjani, S. M. (1419 AH). Kitab al-Nikah. Qom: Ra'y-e Parvaz Research School.
 35. Tabatabaei Hakim, S. H. (1416 AH). Mostamsak Al-Urwah al-Wuthqa. Qom: Institute of Interpretation.
 36. Tabatabaei, S. T. (1426 AH). Fundamentals of the Minhaj al-Salehin. Qom: Qalam Sharqi Publications.
 37. Tabrizi, J. (n.d.). New Esteftaat. Qom: Tabrizi office.
 38. Vocabulary group. (1381 AP). Dictionary of words approved by the Academy. Tehran: Academy of Persian Language and Literature Publications.
 39. Yahyaei Ilhayi, A., & Samadi, B. (1390 AP). Principles and etiquette of rituals. Tehran: Public Relations Agent.
 40. Zol'ayn, P. (1393 AP). Diplomatic etiquette. Tehran: Mizan.





Identify the Subject of the Contract in Customary Guarantee

Saeedeh Qanbari¹
Mohammad Sadeq Tabatabaei²

Received: 25/05/2020

Accepted: 15/11/2020

Abstract

In civil law and Imamiyah jurisprudence, based on the theory of narration and basis of the contract of guarantee on the institution of Dhimmah, the subject of this contract is limited to the fixed religion in Dhimmah and existing at the time of the contract, to the extent that most of the jurists have considered the absence of these two aforementioned conditions as the cause of the invalidity of this contract. However, the subject of guaranteed and common contracts cannot be limited to these conditions. The adequacy of the existence of the cause is not enough to solve the issue. Therefore, it is necessary to correctly identify the subject of the contract, the conditions, and its effects on these conditions, based on the nature of this type of guarantee and appropriate techniques related to this nature, in the guarantees that are used in society. The current paper, in addition to proposing a general theory in the realm of guarantee, it has broken the monopoly of the subject on religion and made obligations in its broadest sense the subject of this contract, with a descriptive-analytical method and focusing on the customary approach to the guarantee contract, by analyzing the nature of the customary guarantee and its profound difference with the narrative guarantee, and using the responsible institution instead of the institution of dhimmah in explaining the subject of the contract.

Keywords

Dhimmah, responsibility, narrative guarantee, customary guarantee, subject of the contract.

-
1. Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Department of Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran, sd.ghambari@gmail.com
 2. Associate Professor, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Department of Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran (Author in charge). tabatabaei@ase.ui.ac.ir

Qanbari, S. & Tabatabaei, M. S. (2020). Identify the Subject of the Contract in Customary Guarantee, *The Scientific-research Quarterly Journal of Fiqh*, 27(103), pp. 138-164. Doi:10.22081/jf.2020.57765.2056

شناسایی موضوع عقد در ضمان عرفی

سعیده قنبری^۱ محمدصادق طباطبایی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۰۵

چکیده

در قانون مدنی و فقه امامیه، مبتنی بر نظریه نقل و ابتناء عقد ضمان بر نهاد ذمه، موضوع این قرارداد منحصر به دین ثابت در ذمه و موجود در هنگام عقد گردیده است، تا جایی که مشهور فقها فقدان دو شرط مذکور را موجب بطلان این عقد دانسته‌اند. این در حالی است که موضوع قراردادهای تضمینی و متعارف نمی‌تواند محدود به این شرایط باشد. کفایت وجود سبب نیز کافی در حل موضوع نیست. بنابراین لازم است در ضمان‌هایی که در جامعه به کار می‌رود، بر اساس ماهیت این نوع از ضمان و تکنیک‌های مناسب و مرتبط با این ماهیت، موضوع عقد، شرایط و آثار مترتب بر این اوصاف، به‌درستی شناسایی شود. نوشتار حاضر، با روش توصیفی-تحلیلی و با تمرکز بر رویکرد عرفی بر عقد ضمان، با تحلیل ماهیت ضمان عرفی و تفاوت عمیق آن با ضمان نقل، و استفاده از نهاد عهده به جای نهاد ذمه در تبیین موضوع عقد، ضمن طرح نظریه عمومی در قلمرو ضمان، انحصار موضوع به دین را شکسته و تعهدات به معنای گسترده خود را موضوع این عقد قرار داده است.

کلیدواژه‌ها

ذمه، عهده، ضمان نقل، ضمان عرفی، موضوع عقد.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. Sd.ghambari@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول). tabatabaei@ase.ui.ac.ir

* قنبری، سعیده؛ طباطبایی، محمدصادق. (۱۳۹۹). شناسایی موضوع عقد در ضمان عرفی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۷(۱۰۳)، صص ۱۳۸-۱۶۴.
Doi: 10.22081/jf.2020.57765.2056

مقدمه

عقد ضمان به عنوان یکی از قراردادهای کاربردی در روابط معاملی، نقش بسیار مهمی دارد. گسترش موضوعات قراردادهای تضمینی، عملاً دایره شمول این عقد را از انحصار به دین گسسته، به طوری که می توان گفت درصد بسیار کمی از این قراردادها بر دین ثابت و موجود منعقد می گردد و تعهد به معنای گسترده خود، موضوع این عقد گردیده است. با این حال ضمانت از تعهدات، فاقد شرایطی است که در قانون مدنی و فقه امامیه در خصوص موضوع این عقد ضروری دانسته شده است.

در ضمان مصطلح در فقه امامیه و قانون مدنی، موضوع عقد ضمان با دو شرط اعتبار شده است: ۱. موضوع این عقد منحصر به مال کلی در ذمه یا همان دین است؛ ۲. این موضوع حتماً باید در زمان عقد قرارداد موجود باشد. در صورت عدم وجود شرایط مذکور، رویکرد فقها را می توان به دو دسته تقسیم کرد؛ دسته ای از ایشان با ضروری دانستن این شرایط حکم به بطلان عقد داده و حتی ادعای اجماع کرده اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۹۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۳۵) و دسته دیگر با عدول از مبنای خویش با طرح مباحثی چون ضرورت و نیازهای اجتماعی (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۹۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۲۵) و یا به طور استثنایی (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۸) قائل به پذیرش این ضمانت ها گردیده و در نهایت با طرح نظریه کفایت وجود سبب، در صدد تعدیل این دیدگاه برآمده اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۷۶۲، ۷۷۸).

با این حال رویکرد قائلان پذیرش ضمان (نقل) در این موارد، تنها توجیهی برای این امر است؛ زیرا اولاً به طور کامل توان حل مشکل و پوشش تمام موارد را ندارد، چرا که در موارد زیادی حتی سبب دین نیز مفقود است، و ثانیاً مغایر با مبنای پذیرفته شده در این عقد است، چرا که منطقاً نمی توان قائل به ابتنای عقد ضمان بر نقل ذمه شد و از طرف دیگر ضمانت از غیر دین را صحیح دانست. پذیرش این ضمانت ها به طور استثنایی نیز فاقد وجهت است، چرا که دامنه استثنا بسیار گسترده است. بنابراین نتایج مذکور چند پرسش را پیش رو قرار می دهد: آیا قراردادهای تضمینی که دین در هنگام عقد موجود





نیست و یا اساساً موضوع در آنها دین نیست، قراردادهایی باطل و فاقد اعتبار هستند؟ قراردادهای ضمانی که هنگام عقد، حتی سبب دین نیز در آنها مفقود است، چه وضعیتی خواهند داشت؟ با وجود اجماع فقها بر بطلان چنین ضمانی از طرفی، و مبادرت به انعقاد این قراردادها در عرف جامعه از طرف دیگر، راه حل جامع در پذیرش آنها چیست؟ با توجه به ماهیت متفاوت ضمانت‌های عرفی امروز، آیا شرایط حاکم در قانون مدنی بر این نوع ضمانت‌ها نیز قابل تسری است؟

در یافتن پاسخ برای سؤالات فوق توجه به این امر ضروری است که عقد ضمان نمی‌تواند منحصر به ضمان نقل ذمه باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۷۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۹۸). هیچ دلیل عقلی یا نقلی بر انحصار عقد ضمان به نقل ذمه وجود ندارد و معنای ضمان به نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر از باب غلبه است، نه از باب تخصیص و انحصار (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، صص ۲۱۲، ۲۸۰). ضرورت‌های معاملی عرفی، شناسایی نوع دیگری از عقد ضمان را اجتناب‌ناپذیر می‌کند. این ضرورت مورد توجه برخی از فقهای امامیه نیز قرار گرفته است، به طوری که در کنار ضمان نقل، به عنوان ضمان مصطلح، قائل به شناسایی ضمان عرفی گردیده‌اند (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، صص ۷۴-۷۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، صص ۳۴۲، ۳۴۹؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۰۰).

مقاله حاضر ضمن حفظ و عدم تعرض به ضمان نقل با شرایط و محدوده خاص خود که مورد اجماع فقها است، در صدد حل مسئله با شناسایی نوع دیگری از ضمان در عرض ضمان نقل است؛ چنان که فقهای این نوع ضمان را مطرح کرده و مصادیقی از آن را بیان داشته‌اند. منظور از این نوع ضمان، هر نوع ضمانی است که شرایط ضمان نقل را ندارد اما در عرف و معاملات به آنها عمل می‌شود؛ از جمله می‌توان ضمان عهده، ضمان از نفقه آینده زوجه و ضمان اعیان را نام برد که بر مبنای ضمان نقل دارای اشکالات اساسی است، اما بر مبنای ضمان عرفی قابل پذیرش خواهد بود (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، صص ۷۴-۷۵). لازم به ذکر است که ضمان عرفی مورد بحث از جهات گوناگونی همچون ماهیت، شرایط، احکام و آثار با ضمان نقل متفاوت است، اما در این مقاله صرفاً «موضوع عقد» مورد بحث قرار می‌گیرد.

بنابراین با توجه به ابتدای مقررات قانون مدنی بر فقه امامیه در خصوص این عقد از طرفی و توجه فقها به این موضوع از طرف دیگر، بحث حاضر نیازمند واکاوی مجدد در دلایل مطرح شده و یافتن راه‌حلی جامع است.

در این نوشتار با توجه به اینکه ضمان مقرر در قانون مدنی مبتنی بر فقه امامیه، ضمان نقل است، با مبنای قرارداد این نوع ضمان به بررسی موضوع می‌پردازیم. از این رو ابتدا با آسیب‌شناسی شرایط حاکم بر موضوع عقد ضمان در قانون مدنی، ماهیت متفاوت ضمانت‌های عرفی را مورد شناسایی قرار داده و سپس شرایط حاکم بر موضوع را در این نوع ضمانت‌های عرفی مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

۱. پیشینه تحقیق

– میرزائزاد جویباری (۱۳۸۸) در مقاله «تأملی اجمالی در مفهوم عرفی بودن حقوق قراردادهای» نقش عرف را در قراردادهای بررسی نموده و به این نتیجه رسیده است که منطق حقوقی اقتضا می‌کند که در صورت تغییر عرف مبنای وضع قانون، در مقام اعمال عرف تازه برآییم و در تبیین موضوع به‌عنوان یکی از مصادیق، عقد ضمان را معرفی کرده است، اما آن را مورد بررسی قرار نداده است.

– محقق داماد (۱۳۸۱) در کتاب «قواعد فقه بخش مدنی ۲» به بررسی مباحث کلی عقد ضمان پرداخته و آن را از جمله معاملات عرفی دانسته که به اقتضای عرف وقوع عقد می‌تواند مفید ضم یا نقل ذمه باشد و آنچه در قانون مدنی پذیرفته شده، به دلیل تبعیت قانون از فقه امامیه است. بنابراین اگرچه اشاره‌ای کوتاه به عرفی بودن عقد ضمان و موضوع حاضر شده، اما به موضوع عقد ضمان عرفی پرداخته نشده است.

– کاتوزیان (۱۳۷۷) در کتاب «فلسفه حقوق» در خصوص نقش عرف در حقوق قراردادهای و اینکه بخش عمده حقوق قراردادهای ناظر به روابط مالی و خصوصی افراد است و منطقاً باید هدف و مبنای وضع مقررات این حوزه، رفع نیازهای متعارف مردم باشد بحث نموده، اما به‌طور مشخص بحثی در خصوص عقد ضمان مطرح نکرده است.

– موسوی بجنوردی (۱۳۸۵) در کتاب «عقد ضمان» با طرح این سؤال که چرا فقهای





امامیه آنچه را که میان عقلا متعارف است نمی‌پذیرند و بر نقل ذمه اصرار دارند، نقل ذمه را مورد نقد قرار داده و آنچه متعارف عقلای امروز است را ضمان وثیقه می‌داند و بیان داشته که امروزه اکثر ضمان‌ها قبل از ایجاد دین است و ضامن برای مضمون‌له در حکم وثیقه است و در نهایت مقررات قانون مدنی را دارای اشکال عقلایی می‌داند؛ چرا که معهود و متعارف میان عقلا نیست.

- کاتوزیان (۱۳۷۸) در کتاب «حقوق مدنی: عقود اذنی-وثیقه‌های دین» عقد ضمان را مورد بررسی قرار داده است. وی به‌طور خیلی خلاصه در چند خط اشاره کرده است که عرف کنونی ضمان را وثیقه اعتباری، و تعهد ضامن را فرعی می‌داند و برائت ذمه مضمون‌عنه و اشتغال ذمه ضامن را خلاف مقصود ضامن بیان داشته، اما به همین حد کفایت کرده و در خصوص تحلیل عقد ضمان با توجه به عرف کنونی و ضمانت‌های امروزی چیزی مطرح نکرده و در بحث از این عقد، موضوع را مبتنی بر نظریه نقل ذمه بررسی کرده است.

- جعفری لنگرودی (۱۳۸۲) در کتاب «مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام» در خصوص مقرراتی که بر اساس عرف زمان تدوین گشته است، تغییر این مقررات را در صورت تغییر عرف مطرح کرده است.

- جعفری لنگرودی (۱۳۸۵) در کتاب «عقد ضمان»، این عقد را به‌طور کلی مورد بررسی قرار داده و مطرح نموده است که قانون مدنی با پیروی از سابقه تاریخی خود (فقه امامیه) نظریه نقل ذمه را پذیرفته ولی در عرف مسلم عقد ضمان از عقود وثیقه است و این است آنچه که در عرف مسلم به آن عقد ضمان گفته می‌شود، با این وجود به تحلیل این عقد مطابق با نیازهای عرفی و تلقی متفاوت عرف از عقد ضمان نپرداخته است.

- نعمت‌اللهی (۱۳۸۹) در مقاله «ضمان به مثابه حکم تکلیفی»، پذیرش عقد ضمان به‌عنوان قراردادی که اثر اصلی آن پیدایش حکم تکلیفی مستقل یعنی تعهد به پرداخت است، در مقابل معنای شایع عقد ضمان که باعث پیدایش حکم وضعی (انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن) است را مطرح نموده و در این مقاله موضوع ضمان عرفی

به‌عنوان یکی از مباحث جزئی مقاله مورد بررسی قرار گرفته که موضوع در این ضمان می‌تواند غیر از دین بوده و حتی موضوع احتمالی آینده را نیز شامل شود.

- محقق داماد (۱۳۹۵) در مقاله «نوآوری‌های سید یزدی در ضمان عقدی» به‌طور کلی در مباحث عقد ضمان نظریات صاحب عروه را که در بسیاری جهات متفاوت از نظر مشهور است، مطرح نموده و از جمله در برخی موارد به موضوع این عقد که می‌تواند دین نباشد نیز اشاره نموده و به این نتیجه رسیده است که در کلام صاحب عروه ضمان به دو دسته تقسیم می‌شود؛ یکی ضمان ملکی که همان ضمان نقل ذمه است که موجب انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگری می‌شود، و دیگری ضمان عهدی. در این نوع، ضمان به معنای تعهد و التزام است که می‌توان موضوع غیر از دین را نیز موضوع ضمان قرار داد.

- الشریف (۱۳۹۶) در مقاله «تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان»، ضمانت از اعیان را مطرح کرده و به این نتیجه رسیده است که ضمانت از اعیان مطابق ضمان نقل دارای اشکال است، اما با راهکارهایی مثل جایگزینی عهده به جای ذمه و نیز با مبتنی نمودن این نوع از ضمان بر ضمان غیر مصطلح و ضمان عرفی، ایرادات مرتفع می‌گردد.

- محقق داماد (۱۳۶۸) در مقاله «ضمانت در تعهدات» به بررسی ضمان عهده پرداخته و به این نتیجه رسیده است که نباید ضمان عهده را استثنا دانست و می‌توان با مبنای قرارداد این نوع ضمان، قائل به صحت ضمانت در تعهدات به‌طور کلی شد.

در جمع‌بندی می‌توان گفت که عمدتاً این پژوهش‌ها در مورد عقد ضمان به‌طور کلی و احکام و آثار مترتب بر آن و مبتنی بر ضمان نقل نگارش یافته است و به‌طور اجمالی به بررسی موضوع پرداخته‌اند و در بعضی موارد با نگاهی گذرا به موضوع حاضر اشاره شده است و برخی تنها به بررسی یک مورد از مصادیق ضمانت‌های فاقد شرایط نقل ذمه پرداخته‌اند و هیچ‌کدام به بررسی خاص موضوع عقد ضمان در ضمانت‌های عرفی نپرداخته‌اند.

آنچه موضوع حاضر را متفاوت از پژوهش‌های مذکور می‌نماید، این است که تحقیق حاضر در پی اثبات این امر است که عقد ضمان که از جمله عقود و قراردادها



است، یک موضوع عرفی است، بنابراین تمام احکام مترتب بر آن نیز باید متناسب با این موضوع و تغییرات عرفی آن باشد؛ بنابراین مقاله حاضر با بررسی شرایط عقد ضمان مطرح در قانون مدنی و مقایسه آن با آنچه در عرف و جامعه کنونی مورد عمل واقع می‌گردد، و به‌طور خاص در «موضوع عقد ضمان»، با نگاهی عرفی و جامع در پی حل مشکلاتی است که ناشی از شکاف بین قانون مدنی و آنچه در عمل اتفاق می‌افتد است.

۲. آسیب‌شناسی شرایط حاکم بر موضوع در عقد ضمان

توجه محض به مبانی نظری، بدون ملاحظه واقعیت‌های معاملی، کارکرد قراردادها را به حداقل خود می‌رساند و حتی منجر به متروک ماندن آنها می‌گردد. شرایط مقرر در ضمان نقل، قابل انطباق بر بسیاری از قراردادها و تضمینی، چه موارد بحث‌شده در فقه و چه ضمانت‌های حال حاضر، نیست. در اکثر کتب فقهی علی‌رغم تصریح به نقل ذمه در تعارض با این مبنا، مواردی از عقد ضمان مورد بحث قرار گرفته است که موضوع در آنها دین نیست. از آن جمله ضمانت از اعیان را می‌توان نام برد (سیزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۵؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۶۲؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۷۶). همچنین ضمان عهده از دیگر مواردی است که علی‌رغم دین نبودن موضوع، مورد پذیرش فقها و قانون مدنی قرار گرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۳۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۴۶). با بررسی انواع ضمانت‌هایی که مورد توافق قرار می‌گیرد، دیده می‌شود که موضوع این ضمانت‌ها بسیار متنوع است؛ مثلاً برخی از فقهای معاصر، قسم دیگری از ضمان اعیان را مطرح کرده‌اند که در آن ضامن مالی را ضمانت می‌کند که نزد مالک آن قرار دارد (روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۶۱). صورت عقلایی و کاربردی این فرض را می‌توان در بیمه اشیاء مشاهده نمود که بیمه‌گر در قبال دریافت عوض، مسئولیت تلف یا نقص احتمالی کالای متعلق به مالک را که در تصرف خود او است بر عهده می‌گیرد و ملتزم می‌شود که اگر کالای بیمه‌شده تلف یا ناقص شد، بدل آن را به مالک بپردازد (الشریف، ۱۳۹۶، ص ۳۷)، یا مانند جایی که شخصی به مالک دستور می‌دهد مال خود را به دریا بیندازد و از آن ضمانت می‌نماید. همچنین مانند جایی که ضامن به مضمون‌له بگوید هر خسارتی که



فقه

دیگران به تو وارد سازند من پرداخت می‌کنم، یا اینکه ضامن به مضمون عنه بگوید هر خسارتی به دیگران وارد سازی پرداخت می‌کنم. در ضمانت از نفقه اقارب، نفقه آینده زوجه، مال الجعالة و بسیاری موارد دیگر نیز موضوع فاقد شرایط مقرر است؛ همچنین ضمانت از حسن انجام تعهد، ضمانت‌نامه‌های بانکی، ضمانت در بورس و اسناد تجاری، ضمانت در قراردادهای پیمانکاری و دولتی، ضمانت در اخذ وام، خرید اقساطی و بسیاری موارد دیگر که موضوع ضمانت، دین در ذمه نیست.

برخی فقها در پذیرش این موارد به ضرورت‌های اجتماعی و نیازهای عرفی استناد کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۹۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۲۵)، اما این دلایل در تعارض با مبنای پذیرفته‌شده در خصوص این عقد (نقل ذمه) است. به همین دلیل نیز برخی از ایشان این موارد را به‌عنوان استثنا ذکر کرده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۸). استثنا تلقی کردن این موارد با این اشکال مواجه است که گستره قراردادهای تضمینی امروز به حدی است که نمی‌توان تمام آنها را تحت‌عنوان استثنا توجیه نمود. از این رو نیازمند طرح نظریه‌ای عمومی است تا توان پوشش تمام قراردادهای تضمینی را داشته باشد. بنابراین لازم می‌آید اولاً مفهوم دیگری از ضمان را مورد شناسایی قرار دهیم و با توسعه قلمرو این عقد، راه برای گسترش مفهوم ضمان و انطباق آن با فهم عرفی و همسو با نظام‌های حقوقی دیگر هموار گردد و ثانیاً موضوع را در پرتو این مفهوم جدید مورد واکاوی قرار دهیم.

از این رو در ادامه در مبحث اول، به شناسایی مفهوم ضمان عرفی، و در مبحث بعد، شرایط حاکم بر موضوع در این نوع ضمان را تحلیل می‌نماییم.

۳. شناسایی ضمان عرفی

تلقی متفاوت عرف از عقد ضمان باعث شده است که برخی از فقها در کنار ضمان نقل که آن را به‌عنوان ضمان مصطلح عنوان کرده‌اند، به نوع دیگری از ضمان تحت‌عنوان ضمان غیرمصطلح یا عرفی اذعان نموده و با تحلیلی دقیق به تمایز میان این دو اشاره نمایند (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، صص ۷۴-۷۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، صص ۳۴۲، ۳۴۹؛ موسوی





خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۰۰). در این رویکرد عقد ضمان منحصر در تعریف مصطلح نیست، بلکه معنای حقیقی این عقد، تعهد مالی شخصی از دیگری دانسته شده است که عبارت است از تعهد پرداخت و توثیق طلب که منجر به ایجاد اعتبار برای مضمون‌عنه و توثیق طلب طلبکار می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۲۵). این نوع ضمان با ماهیت متفاوت، دارای ویژگی‌ها و شرایط خاص خود است که فقهای امامیه با توجه به نیازهای عرفی، به مناسبت در مباحثی از عقد ضمان، هم‌چون تنجیز در ضمان، تعلیق در ضمان، ضمان از اعیان و... مطرح کرده‌اند و در بسیاری از مباحث این عقد را که قرارداد مورد بحث با تطبیق ضمان مصطلح، دارای اشکال و حتی باطل است، صحیح شناخته و در اثبات صحت به ضمان عرفی استدلال کرده‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، صص ۳۴۶، ۳۵۹؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۰۵).

در این مفهوم عقد ضمان، انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن دانسته نشده است؛ بلکه ضمان به صرف تعهد و مسئولیت پرداخت ضامن در برابر مضمون‌له تعریف شده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶)، و در حالی که مدیون دین، خود مضمون‌عنه است، ضامن، پرداخت توسط او را تضمین می‌نماید و مضمون‌له مطمئن می‌شود که دینش پرداخت می‌گردد؛ بدین وسیله که در صورت عدم پرداخت مدیون، حق مطالبه از شخص دیگری (ضامن) را خواهد داشت (فیاض کابلی، بی تا، ج ۲، ص ۳۷۲). این مفهوم از ضمان به معنای تعهد به انجام کاری مانند پرداخت دین یا تسلیم مال بیان شده است که به‌عنوان نوعی وثیقه و اعتبار بدون قصد انتقال دین، بلکه به قصد تعهد به پرداخت، در صورت عدم پرداخت مضمون‌عنه منعقد می‌گردد (موسوی خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۱۱۴-۱۱۶).

اثر اصلی این مفهوم از ضمان، پیدایش حکم تکلیفی مستقل، یعنی تعهد به پرداخت است که مبتنی بر عموماً وفای به عقد، صرفاً ایجاد تعهد می‌نماید (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹، ص ۳۱) و با ویژگی‌هایی همچون عدم اشتغال ذمه ضامن، عدم ضرورت وجود دین ثابت، استقلال تعهد ضامن، متمایز از ضمان مصطلح پذیرفته شده در فقه و قانون مدنی است که می‌توان گفت به‌عنوان یک عقد کامل توان پوشش بسیاری از قراردادهای تضمینی

را دارد که در حال حاضر منعقد می‌گردد.

ضمان مصطلح (نقل) ضمان ملکی، و مفاد آن مالکیت مافی‌الذمه برای مضمون‌له است که پس از تحقق ضمان اولاً ضامن مشغول‌الذمه می‌گردد و نه صرفاً متعهد، و ثانیاً مضمون‌له نسبت به ذمه ضامن، مالکیت می‌یابد. به عبارت دیگر دارایی مثبت دائن به مقدار ذمه ضامن افزایش می‌یابد و در مقابل دارایی منفی ضامن نیز به همان مقدار افزوده می‌شود. در مقابل ضمان عرفی ضمان عهدی است که بدون اینکه متضمن تملیک و تملک باشد، صرفاً ایجاد تعهد می‌نماید، به گونه‌ای که مفاد آن التزام و تعهد محض است (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۱۵). لازم به ذکر است که منظور از مبتنی‌بودن ضمان مصطلح بر نظریه تملیک که در مباحث دیگر این مقاله نیز بیان می‌شود، این تحلیل است.

این مفهوم از ضمان باعث اشتغال ذمه ضامن و مدیون شدن او نمی‌گردد، بلکه صرفاً او را متعهد و مسئول پرداخت توسط مضمون‌عنه می‌گرداند. از این رو برخلاف ضمان اصطلاحی در فقه و قانون مدنی که به محض انعقاد عقد، مضمون‌عنه بری و ضامن مدیون و قابل رجوع می‌گردد، اولاً مضمون‌عنه هم‌چنان مدیون اصلی باقی می‌ماند، ثانیاً مضمون‌له حق مراجعه به ضامن را نخواهد داشت، بلکه وی با عدم انجام تعهد از جانب مضمون‌عنه، مسئول و قابل رجوع خواهد بود (فیاض کابلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۷۳).
با توجه به ماهیت این نوع ضمان که مطلق تعهد و التزام است، و همان‌گونه که فقهای که این نوع ضمان را مطرح کرده‌اند در مصادیق آن بیان داشته‌اند، مصادیق ضمان عرفی مورد بحث، هم به صورت ضمان عقدی و هم به صورت ایقاع مثل ضمان امر به اتلاف و یا ضمان ناشی از وعده است.

۴. شرایط موضوع در قلمرو ضمان عرفی

بعد از شناسایی مفهومی از ضمان منطبق با فهم عرفی از آن، در این مبحث شرایط حاکم بر موضوع در این نوع ضمان را در پرتو مقایسه با شرایط حاکم در ضمان نقل، مورد تحلیل قرار می‌دهیم.





۴-۱. شرط اول: عدم انحصار به مال کلی در ذمه (دین)

بر مبنای پذیرفته شده در خصوص این عقد (ضمان نقل) و تأکید بر ذمه، موضوع عقد ضمان، مال کلی در ذمه (دین) دانسته شده است. با این توضیح که برای تحقق عقد ضمان، موضوع این عقد باید کلی باشد تا قابلیت استقرار بر ذمه را داشته باشد و با عقد ضمان قابل انتقال از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن باشد. تقریباً در تمام کتب فقهی به این امر تصریح شده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۹۰) و حتی برخی در این موضوع ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۳۵). ابتدای عقد ضمان بر نقل ذمه منجر به انحصار موضوع در این عقد به دین می‌گردد. در واقع بر مبنای دو مؤلفه این نظریه، یعنی نقل و ذمه، منطقیاً موضوع عقد به جز دین نخواهد بود.

دین در حقوق اسلامی برخلاف حقوق خارجی، مفهومی کاملاً مستقل از تعهد یا التزام دارد و ماهیتاً نوعی مال اعتباری محسوب می‌شود که متضمن اوصاف مالکیت، از جمله نقل و انتقال است (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۴، ص ۵). از آنجا که در فقه امامیه عقد ضمان مبتنی بر نقل است، موضوع این عقد، دین تعیین شده است تا با انعقاد قرارداد از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل گردد.

مؤلفه دیگر نظریه مبنایی، یعنی ذمه نیز دین بودن موضوع را توجیه می‌نماید. در این رویکرد عقد ضمان از شئون ذمه دانسته شده است، در نتیجه موارد غیر از دین نمی‌تواند موضوع این عقد باشد. در واقع از منظر دیگر، این انحصار از ابتناء و تکیه بر مفهوم ذمه در این عقد ناشی می‌گردد. از این رو آنچه مظروف این ظرف اعتباری است، می‌تواند موضوع این عقد باشد. از اینجا است که انحصار موضوع به مال کلی که قابلیت استقرار بر ذمه را داشته باشد نتیجه می‌گردد (مغنی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۵۲).

در ضمان عرفی، از آنجا که ماهیت این نوع ضمان مبتنی بر نهاد عهده و تعهد است، موضوع نیز بر این مبنای استقرار خواهد یافت. بنابراین با جایگزینی عهده به جای ذمه، موضوع نیز در این قرارداد از مال کلی (مظروف ذمه) به تعهد و مسئولیت (مظروف عهده) متفاوت خواهد بود. بنابراین لازم است موضوع را با تحلیل ذمه و عهده بررسی نماییم.

۴-۱-۱. تحلیل بر اساس ذمه و عهده

عقد ضمان در اصطلاح فقهی و قانونی خود مبتنی بر نهاد ذمه اعتبار گردیده است، با این حال در کنار نهاد ذمه می توان این عقد را بر مفهوم اعتباری دیگری تحت عنوان عهده تحلیل و تطبیق نمود.

وضعیت اعتباری عقود، منحصر به وضعیت تملیکی نیست، بلکه می توان عقود را بر مبنای تعهد و عهده نیز اعتبار نمود. هم چنان که عقد در صورت نخست دارای الزام قانونی است، در این صورت نیز قانوناً دارای الزام خواهد بود و اثر آن تحمیل مسئولیت بر متعهد، درباره خسارات و ضرر حاصل از عدم انجام تعهد است. تحلیل مذکور را برخی از فقها در خصوص عقد استصناع مطرح کرده اند؛ با این توضیح که بر اساس نظریه تملیک در عقد استصناع، موضوع عقد باید قابل تملیک در زمان عقد باشد، اما اگر عقد را بر اساس عهده تحلیل نماییم، در صحت این قرارداد ایرادی نخواهد بود و طرف عقد، موضوع را که در آینده ایجاد خواهد شد بر عهده می گیرد. در همین بحث مصداق دیگر این تحلیل عقد ضمان بیان شده است، اما ضمان مبتنی بر عهده، نه ذمه (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۲۵۴). در عقد ضمان نیز بر اساس نظریه تملیک، بر عنصر وضعی و تملیکی موضوع تأکید شده است و ضروری دانسته شده که موضوع این عقد، دین در ذمه مضمون عهه باشد. اما با تحلیل مشابه در این عقد می توان موضوع را از انحصار تملیکی بودن عقد خارج ساخت و قائل به آن شد که در عقد ضمان، ضامن می تواند متعهد به پرداخت مضمون عهه شود، نه آنکه دین مستقر بر ذمه او را به ذمه و مالکیت خود در آورد.

از این رو برخی از فقها تفاوت میان ضمان در فقه امامیه و اهل سنت را فارغ از بحث ضم و نقل، مبتنی بر این بحث مبنایی و تفاوت در ذمه و عهده دانسته اند. در این بیان، ضمان در فقه شیعه متفاوت از ضمان در فقه اهل سنت است؛ به این اعتبار که ضمان در فقه شیعه به اعتبار ذمه دانسته شده است، در حالی که در فقه اهل سنت به اعتبار عهده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۰۰؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۶۰).

در نتیجه این تحلیل، تمام آثار متفاوت ذمه و عهده بر این دو دیدگاه در عقد ضمان





بار می‌گردد که یکی از مهم‌ترین آنها تفاوت در موضوع است.

در تحلیل اولیه از مظروف ذمه و عهده می‌توان گفت ذمه ظرف دیون و عهده ظرف اعیان است. از مواضعی که به این بحث پرداخته شده، بحث ضمان از اعیان است. فقهای قائل به صحت ضمان از اعیان گردیده‌اند، در پاسخ به ایراد مطرح شده در خصوص این ضمانت که به بحث حاضر و دین نبودن موضوع عقد ضمان بازمی‌گردد، با طرح مفهومی به‌نام عهده در مقابل ذمه که ظرف اعتباری اموال کلی است در پی حل مشکل برآمده‌اند. این دسته از فقها بر این باورند که می‌توان وجود ظرف اعتباری دیگری را به‌عنوان عهده اعتبار نمود که امکان ثبوت عین خارجی در خصوص آن امکان‌پذیر است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۹۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۹). مهم‌ترین دلیل قابل استناد در این بحث مفاد دلیل «علی‌الید» است که بحث را بر مبنای این حدیث استوار می‌نماییم. وجه استدلال به این حدیث شریف بدین جهت است: اولاً در تبیین مظروف عهده است که متفاوت از ذمه می‌باشد، و ثانیاً با امکان صحت ضمان قهری از اعیان مطابق این حدیث، امکان تحقق ضمان عقدی و انشائی از دین، درباره غیر نیز ممکن گردد.

مطابق این حدیث شریف آنچه بر ذمه متصرف غیر مأذون است «مأخذت» می‌باشد؛ یعنی همان چیزی که از سوی غاصب اخذ شده، نه آنچه در دست وی یا توسط او تلف شده است. به بیان دیگر بر اساس ظاهر حدیث، موضوع ضمان یا آنچه بر عهده غاصب است، نفس عین مأخوذ یا همان عین خارجی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۹۹).

برخی از فقها ذمه و عهده را مفهومی واحد دانسته‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۵۹؛ طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص ۲۷۶)، با این حال اغلب فقها این دو مفهوم را از یکدیگر متمایز دانسته و عمده تفاوت را به مظروف این دو نهاد بازگردانده‌اند (فاضل لنگرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۹۹؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۶۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۱۱۳). در نظر ایشان عهده مانند ذمه ظرف اعتباری است، با این تفاوت که ذمه ظرف اعتباری اموال کلی است و عهده ظرف اعیان و اموال خارجی است (صدر، ۱۴۲۰ق، ص ۳۲۲). همان‌طور که ذمه امر معتبری نزد عقلا است که می‌توان به وجود یا عدم وجود مالی در آن حکم کرد، عهده نیز اعتباری

عقلایی است که می‌توان ثبوت یا عدم ثبوت عین معینی را در آن اعتبار کرد. فرق ذمه و عهده در این است که به ذمه، مطلق مال کلی اسناد داده می‌شود، ولی به عهده، مالی که به واسطه تشخیصات عینی مقید گردیده است (نوری، ۱۴۱۴ق، ص ۲۰).

با این تحلیل همان‌طور که ضمانت از دیون صحیح است، موضوع این عقد می‌تواند دین نبوده و اعیان موجود در خارج نیز مورد ضمانت واقع گردد و با استدلال به حدیث علی‌البد، همان‌طور که در ضمان قهری از طریق نهاد عهده مسئولیت عین خارجی بر عهده متصرف قرار می‌گیرد، راه برای اعتبار ضمانت از موارد غیر از دین، از طریق انشایی و ارادی نیز هموار می‌گردد. به عبارت دیگر همان‌طور که ضمان عین خارجی به معنای ثبوت عین بر عهده به حکم شارع امکان‌پذیر است، ضمان انشایی به معنای بر عهده گرفتن ارادی عین خارجی یا التزام و تعهد به ادای عین نیز امکان‌پذیر می‌شود (الشریف، ۱۳۹۶، ص ۴۲).

۱۵۱



فقه

۴-۱-۲. ذمه و عهده ظرف احکام وضعی و تکلیفی

اغلب فقها عهده را ظرف اعیان خارجی دانسته و با این وصف، عهده متمایز از ذمه به‌عنوان ظرف دیون گردیده است. علی‌رغم چنین نظری که تفاوت این دو نهاد را به تقابل عین و دین بازگردانده، به نظر می‌رسد تفاوت را باید در امر دیگری جستجو کرد. دین امری اعتباری است و تحقق خارجی ندارد و لذا فقها برای آن ظرف اعتباری به نام ذمه وضع کرده‌اند، اما اعیان خارجی، هم خودشان دارای وجود حقیقی‌اند و هم ظرفشان؛ یعنی عالم حقیقت و خارج. بنابراین جعل مفهوم عهده به‌عنوان یک ظرف اعتباری برای اعیان، نه صحیح است و نه لازم (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۹۷). لذا با رویکرد گسترده‌تری می‌توان گفت که مهم‌ترین تفاوت ذمه و عهده که در بحث مقاله حاضر نیز راه‌گشا است، این است که عهده، ظرف احکام تکلیفی است و ذمه، ظرف احکام وضعی، و تقابل این دو نهاد را می‌توان به تقابل احکام وضعی و احکام تکلیفی بازگرداند (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ص ۱۷۲)؛ تقابلی که می‌توان گفت بر تمامی مباحث راجع به تعهدات سایه افکننده و در بسیاری از مباحث راه‌گشا است (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص ۳۰۱).



در این رویکرد، عهده ظرف مسئولیت‌ها و تعهداتی است که بر یک شخص مقرر شده است و فرقی نمی‌کند که این تعهدات از طرف خود شخص جعل شده باشد، مانند التزاماتی که یک شخص در قراردادها و پیمان‌ها به عهده می‌گیرد، یا اینکه تعهدات به شکل قانون عمومی تعیین شده باشد، مانند نفقه اقارب (صدر، ۱۳۹۷، ص ۴).

در این مبحث نیز با استناد به حدیث علی‌الید به شرح مطلب می‌پردازیم. در خصوص اینکه روایت مذکور بر چه نوع حکمی دلالت می‌نماید، دو نظر مطرح شده است. نظر مشهور فقها این است که روایت بر امری وضعی، یعنی ضمان دلالت دارد، اما نه ضمان منجز، بلکه ضمان شأنی و تقدیری، یعنی وجوب رد بدل در صورت تلف عین. چون در صورت وجود عین در دست متصرف و امکان ادای عین، ضرر فعلی وجود ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۳۰۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۸۱). در مقابل برخی از فقها دلالت حدیث را بر حکم تکلیفی دانسته و ضمان موضوع روایت مذکور را منتزع از حکم تکلیفی جعل شده بر ذوالید می‌دانند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۳۴۸؛ ابروانی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۹۳). در دیدگاه قائلان به حکم وضعی، ضمان به معنای اشتغال ذمه و مبتنی بر ذمه لحاظ شده است، به طوری که مرجع ضمان، اشتغال ذمه به مثل یا قیمت در صورت تلف عین دانسته شده است و از این رو قبل از تلف، ضمان را به طور منجز قابل تحقق ندانسته‌اند. در مقابل در دیدگاه دیگر، ضمان متمایز از اشتغال ذمه و ضرورت ثبوت حکم وضعی دانسته شده است. در واقع در حالی که اشتغال ذمه تنها درباره دین قابل تحقق است، در این دیدگاه ضمان می‌تواند بدون وجود دین و اشتغال ذمه، مسئولیت جبران را بر متعهد تحمیل نماید (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، صص ۹۸-۹۹). از دو دیدگاه فوق، نظر آن دسته از فقها که دلالت این حدیث را بر حکم تکلیفی دانسته‌اند، قابل قبول‌تر است و نمی‌توان مفهوم علی‌الید را حکم وضعی ثبوت عین در عهده دانست. واژه «علی» که در این حدیث بر «ید» اضافه شده است، دلالت بر حکم تکلیفی می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۹۳؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۴۰۸). روایت علی‌الید بر وجوب حفظ و رد مال غیر دلالت می‌نماید، تا زمانی که عین مال وجود دارد؛ در این حال تنها تکلیفی که بر عهده متصرف است، حفظ مال و رد آن است، زیرا در صورتی که عین مال دیگری در دست متصرف باشد،

وی باید همان را رد کند و در صورتی که این تکلیف انجام نشود و مال ناقص یا تلف شود، متصرف از باب تسبیب، ضامن نقص یا تلف خواهد بود. بنابراین در صورت وجود عین هیچ نوع ضمانی بر عهده متصرف وجود ندارد. قرار گرفتن مال در عهده شخص به عنوان حکم وضعی، امری تصنعی است که با تفسیر تحت اللفظی از واژه «علی» ارائه شده است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۴).

در تطبیق بحث با ضمان قراردادی، ضمان در اصطلاح فقه و قانون مدنی، ضمان از حکم وضعی است، بنابراین موضوع این عقد نیز منحصر به دین می‌گردد و در این مفهوم اصولاً ضمان از حکم تکلیفی پذیرفته نیست. با تحلیل عهده به عنوان ظرفی برای احکام تکلیفی و نه تنها عین خارجی، التزام و تعهد درباره احکام تکلیفی و به طور کلی تعهدات امکان‌پذیر می‌گردد و آنچه مطروف این ظرف اعتباری است، قابلیت اینکه موضوع قرارداد تضمینی قرار گیرد را خواهد یافت. بنابراین انحصار موضوع عقد ضمان بر یک حکم وضعی (دین ثابت بر ذمه) شکسته می‌شود و تعهدات به معنای وسیع آن می‌تواند موضوع عقد ضمان قرار گیرد، تا جایی که می‌توان گفت با این تحلیل، موضوع در این مفهوم از عقد ضمان، ضمانت از تعهدات است و ضامن حتی در مواردی که موضوع مورد ضمانت دین است، دین را مورد ضمانت قرار نمی‌دهد، بلکه تعهد مدیون به پرداخت دین را تضمین می‌نماید (فیاض کابلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۷۳). با این توضیح که متعاقب حکم وضعی اشتغال ذمه مدیون، یک حکم تکلیفی و تعهد قانونی به پرداخت برای وی ایجاد می‌شود، ضامن در واقع این تعهد را ضمانت می‌کند که مدیون دین خود را ادا خواهد کرد و اگر نکرد ضامن تکلیف را انجام خواهد داد. از این رو، هم‌چنان که برخی از فقها بیان داشته‌اند: «و كما يتصور هذا المعنى من الضمان في الدين يتصور أيضا في الأعيان الخارجية الداخلة في عهدة غير المالك كالعين المغصوبة والمقبوض بالعقد الفاسد بل فيما يترقب استحقاق الغير له أيضا كمال الجعالة قبل العمل بل حتى مع فرض عدم العهدة سابقا و عدم ترقب استحقاق الغير له بان يكون نفس هذا الضمان مولدا للعهدة فلا يكون هناك مضمون عنه بل ضامن و مضمون له» (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶)، تعهدات به معنای گسترده خود می‌تواند مورد ضمانت قرار گیرد





(کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۳۴۵) و در این امر تفاوتی نمی‌کند که موضوع و منشأ تعهد دین باشد، عین باشد، دین غیر ثابت باشد، دین آینده باشد، حکم تکلیفی باشد، الزامات قراردادی یا الزامات قانونی و... باشد؛ هر نوع تعهد قانونی می‌تواند مورد قرارداد ضمان واقع گردد.

۴-۲. شرط دوم: عدم ضرورت وجود موضوع هنگام عقد

دومین شرط در ضمان مصطلح (نقل) موجود بودن موضوع قبل از انعقاد عقد، مطرح شده است و در مواردی که هنوز دین موضوع عقد ایجاد نشده است، مشهور فقها ضمانت را باطل دانسته‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۴۰۸). در خصوص این شرط نیز ادعای اجماع مطرح شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۱۱).

ماهیت متفاوت ضمان عرفی، این شرط را نیز متفاوت از ضمان نقل می‌نماید. در واقع ضرورت وجود موضوع در ضمان نقل، از شرط اول در این عقد حاصل می‌گردد و شرط دوم، نتیجه منطقی شرط اول است، چرا که با تعریفی که از دین در شرط اول گفته شد، این تعریف موجود بودن در هنگام عقد را در دل خود دارد و اساساً تعریف دین، مال کلی موجود در ذمه است و این همان شرط دوم است، در حالی که با تغییر موضوع از دین به تعهد، چنین محذوری لازم نمی‌آید.

از طرف دیگر در ضمان نقل، از آنجا که این عقد مبتنی بر مالکیت است، بنابراین موضوع عقد باید هنگام قرارداد موجود باشد، اما در ضمان عرفی، این ضرورت نیز منتفی می‌گردد. با وجود این، چنین نیست که در این مفهوم از ضمان، عقد بر معدوم محقق گردد، بلکه مانند عموم قراردادهای دیگر باید موضوعی وجود داشته باشد تا محل عقد قرار گیرد، اما موجودیت در این نوع ضمان، شرایط متفاوتی دارد که در ادامه بررسی می‌شود.

۴-۲-۱. کفایت وجود عرفی موضوع

در عرف امروز نه تنها ضرورتی برای وجود دین قبل از عقد نیست، بلکه به عکس، ابتدا تضمینات کافی اخذ می‌گردد و سپس عقد موجب تحقق دین منعقد می‌شود. مثلاً یک

نهاد وام‌دهنده اول تضمینات کافی اخذ می‌کند و بعد به متقاضی وام پرداخت می‌شود. یا یک بنگاه فروش اقساطی ابتدا تضمینات را اخذ و سپس اقدام به انشای بیع اقساطی می‌کند. در این خصوص حتی برخی معتقدند معامله قبل از اخذ تضمینات، نوعی عمل سفهی است و در حقوق، توافقات سفیهانه مورد حمایت قرار نمی‌گیرد (باریکلو، ۱۳۸۸، ص ۱۴۹). از این رو مسلم بودن چنین عرفی در بازار، منجر به این می‌گردد که وجود دین به معنای عرفی آن حمل گردد و عرفاً همین که برای شخصی فرصت استفاده از دین پدید آید، آن دین موجود تلقی شود.

چنین رویکردی درباره موضوع این قرارداد، ناشی از عرفی بودن ماهیت عقد ضمان است. تحقق یا عدم تحقق این عقد دایرمدار صدق عرفی آن است و تا زمانی که شارع از آن منع نکرده باشد، صحت آن قابل خدشه نخواهد بود. وجود قراردادهای تضمینی متعدد بدون موجود بودن موضوع در زمان انعقاد آنها و مبادرت به انعقاد عقد ضمان در خصوص آنها نزد عرف و عقلا، تأییدکننده صحت آن است و نمی‌توان بعد از صدق عنوان عرفی عقد ضمان بر چنین توافقاتی به دلیل موجود نبودن موضوع هنگام عقد، آنها را باطل دانست (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، صص ۲۸۰، ۲۸۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۹، ص ۲۵۷؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۵۰).

عرفی بودن عقد ضمان در میان فقهای متأخر و همچنین فقهای متقدم مورد اشاره و تصریح قرار گرفته است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۹۴؛ طباطبایی مجاهد، بی تا، ص ۱۳۳؛ اشتهاوردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص ۳۷۰) و به طور خاص در مورد بحث حاضر، در جمع بین بنای عقلا در صحت این تعهد از طرفی و اجماع فقها بر بطلان و فساد چنین ضمانی، صدق عرفی عنوان عقد ضمان نزد عرف و عقلا ملاک صحت و اعتبار قرار گرفته است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۴۸).

از این میان مرحوم سبزواری در کتاب مذهب الاحکام در مقابل اجماع فقها بر بطلان، عنصر عرف را مورد تصریح قرار داده است. در این تحلیل ملاک صحت، تشخیص عرف مطرح شده و موضوعی که عرفاً در خصوص آن مبادرت به انعقاد عقد ضمان شود موجود پنداشته و انعقاد ضمان در خصوص آن صحیح دانسته شده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۲۶). در این تحلیل فارغ از دلایل دیگر، عنصر عرف به عنوان





دلیل مستقل که توان اثبات قراردادهای متعارف بین افراد جامعه را دارد، مورد تمسک قرار گرفته است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۵۳). این دسته از فقها قائل به اعتبار ضمان بدون وجود دین گردیده‌اند، اما نه با تمسک به دلیل وجود و کفایت سبب دین، بلکه به دلیل شناسایی و اعتبار چنین قراردادی نزد عرف (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۴۹).

۲-۲-۴. کفایت وجود اعتباری موضوع

اگرچه در ضمان نقل، موجودیت بالفعل موضوع ضروری است، در ضمان عرفی که صرف تعهد و التزام است، لازم نیست موضوع عقد بالفعل موجود باشد، بلکه صرف اعتبار وجود محلی برای آن، به لحاظ توقع حصول محل، در اعتبار موجود بودن آن کافی است. معاملات عرفی از مقوله امورات اعتباری هستند و ضرورتی ندارد موضوع در این امور حتماً بالفعل موجود باشد و ممکن است محل و موضوع آن در ظرف اعتبار موجود باشد (قنوتی، ۱۳۸۲، ص ۴۶)؛ لذا اعتبار عقلایی موجودیت موضوع نیز بر همین مبنا در انعقاد قرارداد ضمان عرفی محقق عقد است. ضمان عرفی در واقع التزام به پرداخت است و در این صورت از لحاظ حقوقی و عقلی اشکالی وجود ندارد که این التزام به تعهد و دین احتمالی آینده تعلق گیرد، چرا که عقلاً چنین موضوعی را برای چنین تعهدی دارای اعتبار می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، صص ۲۷۰-۲۷۱). به عبارت دیگر، در ضمان عرفی رابطه معاملی منعقدشده، امری اعتباری است و تابع اعتبار عقلا و شارع است، چه آنکه مورد معامله موجود باشد یا وجود آن متوقع باشد. در عالم اعتباری معاملات، این امکان وجود دارد که موضوع را اعتباراً موجود پنداشت و عقد را بر آن منعقد نمود. بر این اساس، اعتبار موجود بودن امری به اعتبار عقلا، می‌تواند آن را موضوع عقد قرار دهد و اگر از لحاظ مبانی دیگر، آن چنان که در ضمان نقل چنین است، ضرورت وجود بالفعل در میان نباشد، موجودیت اعتباری کفایت می‌کند. بنابراین اعتبار وجود دین غیر موجود و صرف تعهد، به‌طور مثال در خصوص ضمانت در اعیان مضمونه و یا حتی تعهد و مسئولیت غیر موجود در زمان عقد قرارداد، مثل ضمانت در اعیان غیر مضمونه که در هنگام ضمانت، حتی تعهد و مسئولیت امین نیز موجود نیست و با تعدی و تفریط بعدی ایجاد می‌گردد، به‌عنوان موضوع عقد، خللی در صحت و اعتبار این قرارداد ایجاد نمی‌کند.

در این مفهوم از عقد ضمان، برای اعتبار وجود موضوع، حتی نیازی به وجود سبب نیز نیست. چنان که گفته شد، کفایت وجود سبب برای تحقق ضمان را برخی از فقهای امامیه در ضمان نقل مطرح کرده‌اند، با این حال به نظر می‌رسد طرح این نظر در چارچوب ضمان نقل، خالی از اشکال نیست و نیازمند تحلیل بیشتر در این مبحث است.

۳-۲-۴. نقش سبب در تحقق موضوع

برخی از فقها، قائل به صحت در صورت وجود سبب بدون تحقق کامل دین گردیده‌اند. به نظر ایشان حکم به بطلان عقد ضمان در این موارد با بسیاری از مصادیق این عقد منافات خواهد داشت (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۷۶۲، ۷۷۸).

صاحب عروه به‌عنوان فقیهی که بسیاری از مباحث را با مسائل روز جامعه و ضرورت‌های اجتماعی تحلیل می‌کند، در این خصوص حتی فراتر از این امر پیش رفته و عقد ضمان را حتی بدون وجود سبب، قابل تحقق و معتبر دانسته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۶۲).

در قانون مدنی نیز با اینکه از نظر نقل ذمه پیروی شده است، از مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ چنین برمی‌آید که پیدایش سبب برای درستی ضمان بسنده است (کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۳۸۸). فقها و حقوق دانان با پذیرش این نظر متمایل بدان هستند که از بطلان پاره‌ای از ضمانت‌ها که از دیرباز مورد نیاز جامعه بوده پرهیز کنند و تا جایی که در قالب ایجاد سبب دین امکان دارد، ضمان دین آینده را بپذیرند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۸۲).

با وجود تأیید نظر قائلان به صحت در صورت عدم وجود دین و حتی عدم وجود سبب دین، باید گفت که این وسعت نظر در چارچوب مبنای پذیرفته‌شده در ضمان نقل، نمی‌تواند محقق ضمان اصطلاحی باشد و باید بر مبنای دیگری آن را تحلیل کرد (موسوی خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۱۹۷، ۲۰۱، ۲۰۷) و البته پرواضح است که به‌طریق اولی در صورت عدم وجود سبب نیز عقد ضمان به‌طور صحیح محقق نمی‌گردد. نظر فقهای متأخر مبنی بر کفایت سبب دین، نشان‌دهنده آن است که چگونه نیازها، نظریه‌ها را به دنبال خود می‌کشد، اما نمی‌توان این رویکرد را در قالب ضمان مصطلح پذیرفت. بی‌تردید مفاد چنین قراردادی نمی‌تواند مفاد ضمان عقدی، در اصطلاح فقهی و قانونی





آن باشد، چرا که مفاد ضمان اصطلاحی این است که ذمه ضامن همراه با عقد ضمان مشغول شده و مضمون عنه بری گردد. تردیدی نیست که چنین قراردادی بدون وجود دین ثابت امکان‌پذیر نیست (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۲۰).

در میان فقهای متأخر، صاحب کتاب کلمة التقوی، به صراحت ضرورت وجود دین و اشتغال ذمه بالفعل را برای تحقق ضمان مصطلح لازم دانسته و قائل به عدم کفایت سبب دین برای تحقق ضمان مصطلح شده است. در پرتو همین تحلیل مبنایی، شارحان کلام سید یزدی نیز نظر ایشان را خلاف مبنای پذیرفته شده در فقه امامیه دانسته و وجود دین را عنصر غیرقابل حذف در ضمان مصطلح دانسته‌اند. با این حال ایشان بعد از بیان عدم کفایت وجود سبب برای تحقق عقد ضمان، این رویکرد را خالی از اشکال نمی‌داند و تحلیل آن را به مباحث بعد ارجاع داده و در فصلی جداگانه تحت عنوان ضمان عرفی، عقد ضمان بدون وجود دین را صحیح دانسته است (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۵۷). شارحان کلام صاحب عروه نیز در تحلیل بحث، نهایتاً تحقق عقد ضمان را بر مبنای تحلیل دیگری از عقد ضمان (ضمان عرفی) پذیرفته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، صص ۲۵۶، ۲۶۵).

به نظر می‌رسد که با استدلال مطرح شده، حق با این دسته از فقها است و استناد به کفایت سبب برای اعتباربخشی به این ضمانت‌ها کافی نبوده و نمی‌توان در ضمان نقل، قائل به صحت به صرف وجود سبب گردید، بلکه با تحلیلی که از ضمان عرفی مطرح شد، در چارچوب و قلمرو مفهوم و ماهیتی که از این نوع ضمان ارائه شد، می‌توان قائل به صحت چنین ضمانت‌هایی شد. علاوه بر این، همان‌طور که سید یزدی مطرح نموده و شارحان، کلام ایشان را تکمیل کرده‌اند، در این مفهوم از ضمان (ضمان عرفی) است که حتی بدون وجود سبب نیز تحقق عقد ضمان معتبر و صحیح می‌نماید.

نتیجه‌گیری

بسیاری از قراردادهای عرفی ضمان، با ماهیت و شرایطی متفاوت از ضمان مصطلح در فقه امامیه و قانون مدنی منعقد می‌گردد. در منابع فقهی نیز متأثر از این امر، برخی از فقها در

کنار ضمان مصطلح، قائل به شناسایی ضمان غیر مصطلح یا ضمان عرفی گردیده و در این معنا از ضمان که در مقابل انتقال دین ثابت در ذمه، به معنای صرف تعهد ضامن در مقابل مضمون له است، شروط مقرر در خصوص موضوع ضمان نقل را ضروری ندانسته اند.

با تحلیل دو شرط مقرر در قانون مدنی و فقه امامیه در خصوص موضوع عقد ضمان (نقل) و در مقایسه با ضمان عرفی، روشن می‌گردد که انحصار موضوع در ضمان نقل، به مال کلی در ذمه (دین)، نشأت گرفته از ابتدای این عقد بر نهاد ذمه است. با تحلیل عقد ضمان بر نهاد عهده به عنوان ظرفی اعتباری برای احکام تکلیفی و تعهدات به طور کلی و نه فقط اعیان، در تقابل با ذمه به عنوان ظرف اعتباری دین، انحصار موضوع در این عقد به مال کلی در ذمه شکسته می‌شود و مطروف این ظرف اعتباری که تعهدات به معنای گسترده خود است، قابلیت این را می‌یابد که موضوع عقد ضمان قرار گیرد. در خصوص شرط دیگر و ضرورت موجود بودن موضوع در هنگام عقد نیز اگرچه فقها و حقوق دانان کفایت وجود سبب را برای حل مسئله مطرح کرده‌اند، اما نمی‌توان از طرفی قائل به ابتدای عقد ضمان بر نظریه نقل و نهاد ذمه شد و از طرف دیگر وجود سبب بدون تحقق کامل دین را کافی برای تحقق این عقد دانست. از این رو، این نتیجه حاصل می‌گردد که وجود موضوع هنگام عقد، از عناصر غیر قابل حذف در تحقق ضمان مصطلح در فقه و قانون مدنی است، اما در ضمان عرفی با توجه به ماهیت متفاوت این عقد، ضرورتی برای وجود موضوع در هنگام عقد وجود ندارد و وجود عرفی و اعتباری موضوع کافی است.

بنابراین صحت و اعتبار قراردادهای تضمینی که موضوع در آنها فاقد شرایط مذکور در ضمان نقل است، بر اساس تحقق عرفی این عقد و بر مبنای ضمان عرفی، قابل پذیرش است. با توجه به گسترش و تنوع قراردادهای تضمینی امروز و همچنین با توجه به شناسایی مفهوم دیگری از عقد ضمان در فقه امامیه مبتنی بر تلقی عرفی از این عقد، مقررات قانون مدنی در خصوص عقد ضمان، من جمله موضوع این عقد، نیازمند تعدیل و اصلاح است.



فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. اشتهااردی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). مدارك العروة (چاپ اول). تهران: دار الأسوة للطباعة والنشر.
۳. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). مکاسب (چاپ اول). قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم.
۴. ایروانی، میرزاعلی. (۱۳۸۴). حاشیه مکاسب (چاپ اول). تهران: کیا.
۵. باریکلو، علیرضا. (۱۳۸۸). حقوق مدنی ۷ (چاپ اول). تهران: انتشارات مجد.
۶. بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). قواعد فقهیه (چاپ اول). قم: نشر الهادی.
۷. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۰۳ق). بلغة الفقيه (چاپ چهارم). تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۸. بصری بحرانی، زین الدین. (۱۴۱۳ق). کلمة التقوی (چاپ سوم). قم: سید جواد وداعی.
۹. جعفری خسروآبادی، نصراله. (۱۳۹۴). نظریه عمومی دیون در حقوق اسلام و مقایسه آن با حقوق غرب. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، (۴)، صص ۱-۱۸.
۱۰. حسینی حائری، سید کاظم. (۱۴۲۳ق). فقه العقود (چاپ دوم). قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۱۱. حسینی عاملی، محمد جواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. روحانی قمی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (چاپ اول). قم: دارالکتاب.
۱۳. سزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (چاپ چهارم). قم: مؤسسة المنار.
۱۴. الشریف، محمد مهدی. (۱۳۹۶). تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران. فقه و اصول، (۱۱۰)، صص ۵۰-۳۱.
۱۵. صدر، محمد. (۱۴۲۰ق). ماوراء الفقه (چاپ اول). قم: دار الاضواء للطباعة والنشر والتوزيع.
۱۶. صدر، محمد باقر. (۱۳۹۷). حواله. فقه اهل بیت، (۲۱)، صص ۳-۲۰.
۱۷. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۰ق). حاشیه منهاج الصالحین (چاپ اول). بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۱۸. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (چاپ اول). قم: مؤسسة دارالتفسیر.



۱۹. طباطبایی حکیم، سید محسن. (بی تا). نهج الفقاهة (چاپ اول). قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۲۰. طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۲۶ق). مبانی منهاج الصالحین (چاپ اول). قم: منشورات قلم الشرق.
۲۱. طباطبایی مجاهد، سید محمد. (بی تا). مناہل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۲۲. طباطبایی یزدی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). عروة الوثقی (چاپ دوم). بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۲۳. طباطبایی یزدی، محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیه مکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۴. عاملی کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۲۵. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۲۶. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقہا (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۲۷. غروی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۹ق). حاشیه مکاسب (چاپ اول). قم: محقق.
۲۸. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۱۶ق). قواعد الفقہیة (چاپ اول). قم: چاپخانه مهر.
۲۹. فیاض کابلی، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین. بی جا: بی نا.
۳۰. فتواتی، جلیل. (۱۳۸۲). مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع. اندیشه‌های حقوقی، ش ۵، صص ۲۹-۶۱.
۳۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). عقود معین. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۲. کاشانی، محمود. (۱۳۸۸). قراردادهای ویژه (چاپ اول). تهران: نشر میزان.
۳۳. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۴). نوآوری‌های سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در ضمان عقدی (۱). تحقیقات حقوقی، (۷۲)، صص ۱۱-۳۴.
۳۴. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۵). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۵. مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق). فقه الإمام الصادق علیہ السلام (چاپ اول). قم: مؤسسه انصاریان.
۳۶. موسوی خویی، ابوالقاسم. (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی (چاپ اول). قم: منشورات مدرسه دارالعلم.



٣٧. نجفی، محمدحسن. (١٤٠٤ق). جواهر الکلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
٣٨. نعمت اللہی، اسماعیل. (١٣٨٩). ضمان به مثابه حکم تکلیفی. حقوق اسلامی، (٢٧)، صص ٥٥-٢٩.
٣٩. نعمت اللہی، اسماعیل. (١٣٩١). ذمه و عهده در فقه شیعه. مجله فقه و اصول، (٩٠)، صص ١٥٥-١٧٦.
٤٠. نوری، فضل الله. (١٤١٤ق). رساله فی قاعدة ضمان الید (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٤١. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (١٤٢٣ق). قراءات فقهیة معاصرة (چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.



References

1. Allamah al-Hilli. (1414 AH). Note of jurisprudence (1st ed.). Qom: Aal al-Albayt Institute.
2. Al-Sharif, Mohammad Mahdi. (1396 AP). Analysis of the nature and effects of aristocracy in Iranian jurisprudence and law. *Jurisprudence and Principles*, (110), pp. 31-50. [In Arabic].
3. Ameli Karaki, A. (1414 AH). Jami' al-Maqasid (2nd ed.). Qom: Aal al-Albayt Institute.
4. Ameli, Z. (1413 AH). Masalik al-Ifham (1st ed.). Qom: Islamic Enlightenment Foundation.
5. Ansari, M. (1415 AH). al-Makasib (1st ed.). Qom: Congress in honor of Shaykh Azam.
6. Ardabili, A. (1403 AH). Al-Faida Walbarhan Assembly (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.
7. Bahr al-Ulum, M. (1403 AH). Balgha al-Faqih (4th ed.). Tehran: Al-Sadiq School Publications.
8. Bariklo, A. (1388 AP). Civil Law 7 (1st ed.). Tehran: Majd.
9. Basri Bahrani, Z. (1413 AH). The word piety (3rd ed.). Qom: Seyed Javad Vedaei.
10. Bojnordi, S. H. (1419 AH). Rules of jurisprudence (1st ed.). Qom: Al-Hadi Publishing.
11. Eshtehardi, A. (1417 AH). Al-Urwa Documents (1st ed.). Tehran: Dar Al-Aswa for printing and publishing.
12. Fayyaz Kaboli, M. I. (n.d.). Minhaj Al-Salehin. n.p.
13. Fazel Lankarani, M. (1416 AH). Rules of Jurisprudence (1st ed.). Qom: Mehr.
14. Gharavi Isfahani, M. H. (1419 AH). Hashia al-Makasib (1st ed.). Qom: Mohaqiq.
15. Hashemi Shahroudi, S. M. (1423 AH). Contemporary jurisprudential readings (1st ed.). Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence Institute. [In Arabic].
16. Husseini Ameli, M. J. (1419 AH). The Key of Glory (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.
17. HUSseini Haeri, S. K. (1423 AH). Jurisprudence of contracts (2nd ed.). Qom: Islamic Thought Association.
18. Irvani, M. A. (2005). Hashia al-Makasib (1st ed.). Tehran: Kia.
19. Jafari Khosrowabadi, N. (1394 AP). General Theory of Debt in Islamic Law and Its Comparison with Western Law. Comparative Research of Islamic and Western Law, (4), pp. 1-18.
20. Kashani, M. (1388). Special Contracts (1st ed.). Tehran: Mizan.
21. Katoziyan, N. (1378 AP). Certain contracts. Tehran: Enteshar Co.
22. Mohaqiq Damad, S. M. (1394 AP). Innovations of Seyyed Mohammad Kazem Tabatabaei Yazdi in Marriage Guarantee (1). Legal Research, (72), pp. 11-34.
23. Mohaqiq Damad, S. M. (1395 AP). General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center.



فقه

24. Mousavi Khoei, A. (1409 AH). Foundations of Al-Urwa Al-Wathqi (1st ed.). Qom: Dar Al-Alam School Publications.
25. Mughniyeh, M. J. (1421 AH). Fiqh of Imam Sadiq (AS) (1st ed.). Qom: Ansarian Institute.
26. Najafi, M. H. (1404 AH). Jawahir al-Kalam (7th ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
27. Nematollahi, I. (1389 AP). Guarantee as a mandatory sentence. *Islamic Law*, (27), pp. 29-55. [In Persian].
28. Nematollahi, I. (1391 AP). Duty in Shiite jurisprudence. *Jurisprudence and Principles*, (90), pp. 155-176. [In Persian].
29. Nouri, F. (1414 AH). Letter in the rule of guarantee (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
30. Qanawati, Jalil. (1382 AP). A comparative study of the time of transfer of ownership in a contract of sale. *Legal Thoughts*, (5), pp. 29-61. [In Persian].
31. Rouhani Qomi, S. S. (1412 AH). Fiqh al-Sadiq (1st ed.). Qom: Dar al-Kitab.
32. Sabzwari, S. A. A. (1413 AH). Civil Code (4th ed.). Qom: Al-Manar Foundation.
33. Sadr, M. (1420 AH). Transcendental jurisprudence (1st ed.). Qom: Dar Al-Azwa 'for printing, publishing and distribution.
34. Sadr, M. B. (1397 AP). Hawale. *Fiqh of Ahl al-Bayt*, (21), pp. 3-20.
35. Tabatabaei Hakim, S. M. (1410 AH). Hashia of Minhaj al-Salehin (1st ed.). Beirut: Press Office.
36. Tabatabaei Hakim, S. M. (1416 AH). Mostamsak Al-Urwah al-Wuthqa (1st ed.). Qom: Dar al-Tafsir Foundation. [In Arabic].
37. Tabatabaei Hakim, S. M. (n.d.). Approach to jurisprudence (1st ed.). Qom: 22 Bahman Publications.
38. Tabatabaei Mojahid, S. M. (n.d.). Manahel (1st ed.). Qom: Aal al-Albayt Institute.
39. Tabatabaei Qomi, S. T. (1426 AH). Basics of Minhaj Al-Salehin (1st ed.). Qom: Qalam-e Sharqi.
40. Tabatabaei Yazdi, M. K. (1409 AH). Al-Urwah al-Wuthqa (2nd ed.). Beirut: Scientific Foundation for Publications.
41. Tabatabaei Yazdi, M. K. (1421 AH). Hashia al-Makasib. Qom: Ismailiyan Institute.



فقه



The Image of Presence of a Woman Next to the Muhtadar as Makruh

Mohammad Jafar Sadeqpour¹
Farahnaz Qasemi Sarab²

Received: 10/03/2020

Accepted: 15/11/2020

Abstract

Most of contemporary authorities have considered the presence of Junub person and menstruating women as well as leaving women alone with the Muhtadar (A person who is about to die and whose soul is about to leave his body) as Makruh. These fatwas are always followed by the legislators, and therefore, women are sometimes prevented from appearing next to a Muhtadar. Since no extensive research has been carried out on this, then, the question of examining the jurisprudential ruling on the presence of a woman next to a Muhtadar is an issue that needs to be explored until the answer stage. It is necessary to study the jurisprudential principles of these rulings in the sense that in addition to practical fruits, it can express a kind of attitude towards women. Achieving this goal is possible in the shadow of describing and analyzing jurisprudential propositions by collecting library data. The findings of this study suggest that, even if the presence of a menstruating woman next to a Muhtadar is accepted based on the principle of Tasamoh (laxity) in the arguments of Sunnah, but undoubtedly this ruling is only for the time of Talqin (some phrases regarding Islamic beliefs that are recited for the deceased before burying his or her corpse) and does not cover the whole period of Ihtidar. The ruling of leaving women alone with the Muhtadar as makruh also lacks religious support and fatwas.

Keywords

Women, Muhtadar, makruh, Ha'id, Junub, leaving alone.

-
1. Researcher at the Office of Jurisprudential Studies of Forensic Medicine, Qom, Iran. jafar.samen.1367@gmail.com
 2. Graduated in Level 3 (M.A) from Al-Zahra University, Qom, Iran (author in charge). f.ghasemisarab@chmail.ir

Sadeqpour, M. J. & Qasemi Sarab, F. (2020). The image of presence of a woman next to the Muhtadar as Makruh, The Scientific-research Quarterly Journal of *Fiqh*, 27(103), pp. 166-189. Doi: 10.22081/jf.2020.57071.2014

پندارواره کراهت حضور زن محض

فرحناز قاسمی سراب^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۵

محمدجعفر صادق پور^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۲۰

چکیده

عموم مراجع معاصر حضور مُجَنَّب و زن حائض و نیز تنها گذاشتن نسوان نزد محض را مکروه دانسته‌اند. این فتاوا همواره توسط متشرعان مورد عمل قرار می‌گیرد و از همین رو، گاه از حاضر شدن زنان نزد محض ممانعت می‌شود. از آن رو که پژوهشی موسع در این باره صورت نگرفته است، پرسش از بررسی حکم فقهی حضور زن نزد محض مسئله‌ای است که نیازمند کاویدن تا مرحله پاسخ درخور است. بررسی مبانی فقهی این احکام از این حیث ضروری است که علاوه بر ثمرات عملی، می‌تواند بیانگر نوعی نگرش به زنان باشد. نیل به این مقصد در سایه توصیف و تحلیل گزاره‌های فقهی با گردآوری داده‌های کتابخانه میسر است. بر پایه یافته‌های این پژوهش، حتی اگر کراهت حضور زن حائض نزد محض با استناد به قاعده تسامح در ادله سنن پذیرفته شود، اما بی‌تردید این حکم تنها به زمان تلقین اختصاص دارد و تمام بازه زمانی احتضار را در بر نمی‌گیرد. حکم کراهت تنها گذاشتن زنان نزد محض نیز فاقد پشتوانه شرعی و فتوایی است.

کلیدواژه‌ها

زنان، محض، کراهت، حائض، مُجَنَّب، تنها گذاشتن.

۱. پژوهشگر دفتر مطالعات فقهی پزشکی قانونی، قم، ایران.

۲. jafar.samen.1367@gmail.com

* صادق پور، محمدجعفر؛ قاسمی سراب، فرحناز. (۱۳۹۹). پندارواره کراهت حضور زن نزد محض. فصلنامه علمی

فقه، ۲۷(۱۰۳)، صص ۱۶۶-۱۸۹.

Doi: 10.22081/jf.2020.57071.2014



مقدمه

احتضار که پایانی‌ترین لحظه عمر آدمی است، به دلیل پیوندی که میان مرگ و زندگی برقرار می‌سازد، دارای احکام و آداب خاصی است. این احکام را می‌توان به واجبات، مستحبات و مکروهات تقسیم نمود. تنها حکم وجوبی احتضار، استقبال محتضر است. تلقین، انتقال محتضر به مصلی و تلاوت قرآن نیز احکام مستحبی آن به شمار می‌رود، اما نظرات در خصوص شمار مکروهات احتضار گوناگون است. فقیهان معاصر عموماً شش عمل مکروه برای محتضر برشمرده‌اند که عبارتند از: ۱. تنها گذاشتن محتضر، ۲. گذاشتن چیز سنگین روی شکم او، ۳. حضور جنب و حائض نزد او، ۴. حرف زدن زیاد نزد وی، ۵. گریه کردن نزد محتضر، و ۶. تنها گذاشتن زن‌ها نزد او (راشدی و راشد، ۱۳۹۳، ص ۳۱۲). سید یزدی به این موارد دو مورد دیگر نیز افزوده که عبارتند از: مس کردن محتضر در حال جان‌دادن و حاضر شدن کسانی که کارهای کفن و دفن اموات را انجام می‌دهند بر بالین محتضر (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۸). احصای شش یا هشت مورد فعل مکروه در ضمن احکام احتضار از سوی فقیهان معاصر در حالی است که اغلب این مکروهات اساساً در نگاه‌های فقهی گذشتگان وجود ندارد. به عنوان نمونه، «محقق حلی» فقط گذاشتن شیء آهنین بر شکم محتضر و حضور حائض و جنب نزد وی را از احکام مکروه درباره احتضار دانسته است (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۶۴). همین امر موجب می‌شود بازاندیشی در مبانی فقهی این احکام ضرورت یابد. از میان این مکروهات، مورد سوم و ششم یک وجه اشتراک دارند و آن اینکه هر دو مربوط به حضور زنان نزد محتضر هستند. گرچه کراهت حکمی الزامی نیست، اما علاوه بر تقید متشرعان به پرهیز از مکروهات، از جهت علمی بسی حائز اهمیت است که احکام مختلف مخصوص زنان بررسی شود و روشن گردد که کدام حکم مبتنی بر مبنای استوار شرعی، و کدام حکم برآیند انگاره‌های فرهنگی، سنتی، جغرافیایی و... است. در همین راستا، در ادامه در دو محور کلی «حضور حائض یا جنب» و «حضور غیر حائض و غیر جنب» به واکاوی این موضوع پرداخته می‌شود.

۱۶۷



فقه



۱. حضور حائض یا جنب نزد محضرت

جهت تبیین حکم حضور حائض یا جنب نزد محضرت شایسته است ابتدا دیدگاه‌های فقها در این زمینه بررسی و آن‌گاه به ارزیابی آنها پرداخته شود.

۱-۱. دیدگاه‌های فقهی

پیش از ارائه نظرات مختلف فقها، لازم است به دو نکته اساسی توجه شود: یک. وصف جنب در این تقسیمات بر خلاف وصف حائض، مخصوص زنان نیست و شامل مردان جنب نیز می‌شود، لکن از آنجا که موضوع بحث ما حضور زنان نزد محضرت است، بدیهی است که مطالب با محوریت زنان جنب مطرح می‌شود. دو. هر چند در اینجا سخن از زن حائض است اما برخی از فقها در این مسئله نساء را نیز ملحق به حائض دانسته‌اند (آملی، ۱۳۸۰، ج ۵، ص ۳۷۵). گرچه چنین الحاقی به دلیل تأکید روایات (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۴۲۸) بر تعبیر «الحائض» اندکی دشوار است، اما با این وجود، در این خصوص، نفیاً و اثباتاً مطلبی ارائه نخواهد شد و تمرکز بر حکم حضور زنان حائض است. باری، بررسی مسئله حضور حائض و جنب نزد محضرت به دو اعتبار مختلف امکان‌پذیر است:

۱-۱-۱. به اعتبار حکم مسئله

نظریات فقها را می‌توان به اعتبار تفاوت حکم این مسئله در چارچوب زیر طبقه‌بندی کرد:

الف. نظریه عدم جواز

از میان فقهای امامیه، شیخ صدوق، حضور زن حائض و شخص جُنُب نزد محضرت را جایز نمی‌داند. وی در کتاب المقنع چنین می‌نویسد:

لا يجوز أن يحضر الجُنُب والحائض عند التلقين، لأن الملائكة تتأذى بهما؛ حضور زن حائض و شخص جُنُب نزد محضرت در هنگام تلقین جایز نیست؛ زیرا ملائکه از حضور آنان اذیت می‌شوند (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق، ص ۵۵؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۸ق، ص ۱۰۵).

گرچه از تعبیر «لا یجوز» در این فتاوا چنین استظهار می‌شود که مرحوم صدوق حضور حائض و جنب نزد محض را حرام می‌داند، لکن فقیهان پس از وی از این تعبیر «کراهت شدید» برداشت کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۰۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۸).

ب. نظریه کراهت

جز مرحوم صدوق که از تعبیر «لا یجوز» برای بیان حکم حضور حائض و جنب نزد محض استفاده کرده، هیچ یک از فقیهان امامیه فتوا به عدم جواز نداده، بلکه یا با آوردن نهی مذکور در روایات، به طور کلی از آن نهی کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۷۴؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۳۰)، و یا اینکه به صراحت بر کراهت آن تأکید ورزیده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۶۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۲۱۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ص ۳۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱۱۴؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۱۰۳؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۳۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۱۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۳۸؛ حلی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۶۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۰۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۵۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۸؛ راشدی و راشدی، ۱۳۹۳، ص ۳۱۲).

۱-۲. به اعتبار زمان حضور

اگر حکم مسئله فوق را مطابق رأی مشهور کراهت فرض کنیم، در اینکه این حکم شامل تمامی بازه زمانی احتضار می‌شود یا اینکه صرفاً مربوط به زمان تلقین است، اختلاف نظر وجود دارد. این اختلاف را می‌توان به ترتیب زیر طبقه‌بندی کرد:

الف. شمول کراهت به تمام زمان احتضار

نخستین رویکردی که در خصوص کراهت حضور حائض و جنب نزد محض وجود دارد این است که این حکم شامل تمام طول زمان احتضار می‌شود و همین که شخص محض محسوب شود، تا زمانی که در حالت احتضار به سر می‌برد، مکروه است که حائض یا جنب نزد وی حاضر شود. برخی فقیهان که حضور حائض و جنب را بدون تقیید به زمان خاصی مکروه دانسته‌اند، می‌توانند معتقد به این دیدگاه تلقی شوند (طوسی، ۱۴۰۸ق، ص ۶۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۸؛ عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۵۹).





ب. اختصاص کراهت به زمان تلقین

دومین رویکردی که در خصوص کراهت حضور حائض و جنب طرح شده، این است که حکم کراهت صرفاً مختص به هنگامه تلقین محتضر است. این انگاره از سوی برخی فقیهان بزرگ امامیه مطرح شده و در میان آنان طرفداران جدی دارد (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۶۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۰۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۳۷۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۹).

۱-۲. ارزیابی دیدگاهها

تدبر و تأمل در نظریات فوق موجب می‌شود که حکم حضور حائض و جنب نزد محتضر، با اتکا به نصوص شرعی در سه ساحت مختلف واکاوی شود.

۱-۲-۱. استواری نظریه کراهت

همان‌طور که گفته شد جز شیخ صدوق، فقیهان امامیه جملگی بر کراهت حضور حائض نزد محتضر اتفاق نظر دارند و عموماً فتوای صدوق را حمل بر کراهت کرده‌اند. به نظر می‌رسد دیدگاه مشهور فقها به صواب نزدیک‌تر باشد؛ زیرا اولاً در روایاتی که در زمینه حضور حائض و جنب نزد محتضر وارد شده، از تعبیر «لَا تَحْضُرُ الْحَائِضُ ... وَالْجُنْبُ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۴۲۸) یا «لَا يَحْضُرُ الْحَائِضُ وَالْجُنْبُ» (صدوق، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۹۸؛ حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۶۸) استفاده شده که با عنایت به تعلیل ذیل آنها، یعنی «آزار ملائکه: لِأَنَّ الْمَلَائِكَةَ تَتَأَدَّى بِهِمَا»، به روشنی دلالت بر کراهت دارد؛ چه اینکه تعلیل مذکور اشاره به یک امر شبه‌اخلاقی دارد و به انضمام نهی فوق‌الذکر، می‌تواند مفید کراهت باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۸)؛ همان‌طور که این تعلیل، ذیل روایات ناهی از پیاز خوردن (مجلسی دوم، ۱۴۱۰ق، ج ۶۳، ص ۲۵۱) و داعی به مسواک زدن (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۵) وارد شده و در عین حال، حکم الزامی در خصوص هیچ‌یک از این دو صادر نشده است. ثانیاً مرحوم صدوق علاوه بر اینکه با تعبیر «لا یجوز» به حکم حضور حائض و جنب نزد محتضر اشاره کرده، در قیود نهادن میت توسط حائض و جنب را نیز دارای همین حکم

دانسته است (صدوق، ۱۴۱۵ق، ص ۵۶؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۹۲). چنان که برخی فقها (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق الف، ج ۴، ص ۲۰۵) به درستی اشاره کرده‌اند، این هم‌سانی حکمی به خوبی نشان می‌دهد که مراد وی از تعبیر «لا یجوز» کراهت بوده است؛ زیرا هیچ فقیهی به حرمت درقبرنهادن میت توسط حائض و جنب فتوا نداده است. همچنین وی در کتاب خصال، پس از بیان دو حکم فوق، جلوس در محل نشستن زن در حالی که هنوز سرد نشده را با تعبیر «لا یجوز» بیان کرده (صدوق، ۱۳۶۲ق، ج ۲، ص ۵۸۶) که وفق دیدگاه تمامی فقها حکم آن بی‌تردید کراهت است و نه حرمت (حلی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۹۷؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق ب، ج ۱، ص ۱۷۹). بنابراین، مراد شیخ صدوق نیز از تعبیر «لا یجوز»، کراهت بوده است و بر این پایه می‌توان ادعا کرد که اساساً در مسئله مذکور اختلاف نظری وجود ندارد و نظریه کراهت معارضی ندارد.

۱-۲-۲. اختصاص کراهت به زمان تلقین

همان‌طور که گفته شد، برخی فقها کراهت حضور زن نزد محتضر را به صورت مطلق و بدون تقیید به زمانی خاص مطرح کرده‌اند، اما بسیاری این حکم را مختص زمان تلقین دانسته‌اند. دیدگاه اخیر به جهت تطابق با نصوص شرعی از استواری بیشتری برخوردار است؛ چه اینکه در روایات وارده، حکم مذکور به زمان تلقین اختصاص یافته است. برای نمونه در روایت یونس بن یعقوب از امام صادق علیه السلام آمده است: «لَا تَحْضُرُ الْحَائِضُ الْمَيِّتَ وَلَا الْجُنْبُ عِنْدَ التَّلْقِينِ؛ زن حائض و شخص جنب به هنگام تلقین میت حاضر نباشند» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۴۲۸).

چنان که روشن است، در این روایت نهی از حضور به زمان تلقین اختصاص یافته است؛ همان‌طور که در مرفوعه منقول در کتاب علل الشرایع نیز همین مسئله تکرار شده است (صدوق، ۱۳۸۶ق، ج ۱، ص ۲۹۸). مضافاً اینکه در روایت علی بن ابی حمزه نیز امر به خروج حائض، معطوف به فرضی دانسته شده که شخص مریض «در حد مرگ» است و «ملائکه به جهت قرب مرگ وی، در محل حضور یافته‌اند». این وضعیت می‌تواند بیانگر لحظات پایانی احتضار باشد که در آن میت تلقین می‌شود:





قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ عليه السلام الْمَرْأَةُ تَقْعُدُ عِنْدَ رَأْسِ الْمَرِيضِ وَهِيَ حَائِضٌ فِي حَدِّ الْمَوْتِ فَقَالَ لَا بَأْسَ أَنْ تُمَرِّضَهُ فَإِذَا خَافُوا عَلَيْهِ وَقَرُبَ ذَلِكَ فَلْتَسَنَّحْ عَنْهُ وَعَنْ قُرْبِهِ فَإِنَّ الْمَلَائِكَةَ تَتَأَدَّى بِذَلِكَ: به امام موسی کاظم عليه السلام گفتم: «حکم اینکه زن در حالی که حائض است بر بالین مریض مشرف به موت بنشیند چیست؟» امام عليه السلام فرمود: «اشکالی ندارد که مریض را تیمار کند، اما اگر بر مریض بترسند و مرگ وی نزدیک باشد، از وی و نزدیک او دور شود، زیرا ملائکه به واسطه حضور حائض آزار می‌بینند» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۳۸).

بنابراین، کراهت حضور حائض و جنب نزد محتضر، تمام بازه زمانی احتضار را در بر نمی‌گیرد، بلکه معطوف و مربوط به زمان تلقین است. دقیقاً به همین علت است که صاحب مدارک پس از بیان روایات، حکم کراهت را بدون تقييد به زمان تلقین، غیرقابل استنباط از روایات دانسته است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۱۲۶).

۱-۲-۳. تأملاتی درباره کراهت حضور حائض

با وجود اینکه استواری نظریه کراهت و اختصاص آن به زمان تلقین با تکیه بر مبانی فقهی توجیه‌پذیر است، لکن تأملات و ملاحظاتی در خصوص این حکم وجود دارد که توجه به آنها ضروری است. این ملاحظات را می‌توان به قرار زیر بیان نمود:

یک. روایات سه‌گانه ای که در راستای اثبات کراهت حضور حائض مورد استناد قرار گرفته، دچار ضعف سندی هستند. توضیح اینکه علاوه بر مرفوعه بودن روایت منقول در علل الشرایع، روایت یونس بن یعقوب علی‌رغم فطحی ثقه بودن وی (کشی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۸۵؛ علامه حلی، ۱۳۸۱ق، ص ۱۸۵)، به جهت وجود مسمعی در سلسله سند آن ضعیف قلمداد شده است (مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۳، ص ۲۲۲). روایت علی بن ابی حمزه بطائنی که از بزرگان واقعی بوده، از دو روایت پیشین ضعیف‌تر است، زیرا در کتب رجالی وی را کذاب، متهم و ملعون خوانده‌اند (کشی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۰۳؛ علامه حلی، ۱۳۸۱ق، ص ۲۱۳). البته برخی از بزرگان شیعه، اخبار وی را در صورتی که روایت معارضی نداشته باشد، معمولاً به تلقی کرده (شیخ طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۱۵۰) و برخی نیز جروح فوق را

مربوط به روایاتی می‌دانند که او پس از انشعاب از امامیه نقل نموده است (حکیم، بی‌تا، ج ۶، ص ۳۴). با این همه، مسلم این است که استناد به این دست روایات به جهت این گونه اختلافات به سادگی ممکن نیست و چه بسا ضعف سندی مجموع این روایات موجب شده فقیهی چون محقق حلی ضمن تصریح به ضعف شدید مستندات فوق، «فتوای فضلا» را به عنوان تنها پشتوانه پابندی به این حکم معرفی نماید (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۶۳).

دو. استناد به روایت یونس بن یعقوب در راستای بیان یکی از مکروهات احتضار با یک اشکال اساسی روبرو است. این اشکال ناشی از استعمال تعبیر «المیت» در این روایت است؛ زیرا استعمال «المیت» به جای «المحتضر» این احتمال را تقویت می‌کند که حکم کراهت مربوط به حضور حائض و جنب به هنگام تلقین پیش از دفن میت است و نه تلقین حال احتضار. البته در ادامه این روایت تعبیر «وَلَا بَأْسَ أَنْ يَلِيَا عُسْلَةً» آمده که با توجه به تأخر زمانی غسل بر تلقین زمان احتضار، می‌تواند شاهد بر این باشد که مراد از تلقین در اینجا، تلقین حال احتضار است و واژه «المیت» به علاقه ماکان استعمال شده است. لکن از آنجا که در فقه‌الرضا پس از عبارت فوق، سخن از در قبر نهادن وی به میان آمده (منسوب به امام رضا علیه السلام، ۱۴۰۶ق، ص ۱۶۵)، چنان که در کتاب خصال نیز همین مطلب صادق است (صدوق، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۵۸۶)، این برداشت با چالش مواجه می‌شود. چه بسا همین تردیدها موجب شده که برخی فقها حکم کراهت را معطوف به حضور حائض نزد «میت» بیان دارند و نه محتضر (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۶۳). همچنین با فرض چشم‌پوشی از مشکلات سندی روایت علی بن ابی حمزه، با توجه به کاربرست فعل امر در آن به جای صیغه نهی، اساساً نمی‌توان در راستای اثبات کراهت از آن بهره برد، بلکه تنها می‌تواند استجاب خروج حائض را ثابت نماید. چه بسا به همین جهت «فیض کاشانی» در «مفاتیح» عدم حضور جنب و حائض را از مستحبات احتضار برشمرده است (فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۶۲).

سه. برخی از مفتیان اهل تسنن کراهت حضور حائض و جنب نزد محتضر را ناظر به صورتی دانسته‌اند که این اشخاص به جهت بی‌مبالاتی و اهمال به تطهیر خود، از غسل





سر باز زده و بر بالین محاضر حاضر شوند (علام، ۲۰۱۸م). گرچه اثبات این سخن به جهت اطلاق روایات بسیار مشکل است، اما به هر روی آنچه می‌تواند به ارمغان آورد، توجه بیشتر به فلسفه تشریح این حکم بر فرض ثبوت آن است.

چهار. با تکیه بر مطالبی که بیان شد، تنها با استناد به قاعده «تسامح در ادله سنن» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، صص ۳۴۰-۳۲۶) می‌توان به کراهت حضور حائض، آن هم در هنگام تلقین معتقد شد. در عین حال باید توجه داشت که تمسک به این قاعده در موضوع حاضر بر این مبنا استوار است که مدرک این قاعده اصل احتیاط دانسته شود (شیخ انصاری، ۱۴۱۴ق، ص ۱۶۰)، نه اخبار «من بلغ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۸۷)؛ زیرا چنان که برخی بزرگان تصریح کرده‌اند (نائینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۲۱۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۳۳۷) این اخبار تنها شامل تسامح در ادله مستحبات می‌شود و مکروهات را در بر نمی‌گیرند.

۲. حضور زن غیر حائض و غیر جنب نزد محاضر

علاوه بر کراهت حضور حائض و جنب نزد محاضر، در برخی آثار فقهی «تنها گذاشتن زنان با محاضر» نیز مشمول حکم کراهت دانسته شده است. برای بررسی حکم این نحوه حضور که نسبت به مسئله قبل گستره ضیق تری دارد، ضروری است ابتدا دیدگاه‌های مختلف در این زمینه بررسی و آن‌گاه به ارزیابی آنها پرداخته شود.

۲-۱. دیدگاه‌های فقهی

مجموعاً دو نظریه مختلف در خصوص حکم تنها گذاشتن زنان نزد محاضر مطرح است: نظریه اباحه و نظریه کراهت.

۲-۱-۱. نظریه اباحه

تا آنجا که نگارندگان بررسی نمودند، هیچ اثری از حکم «کراهت تنها گذاشتن زنان نزد محاضر» در نگاه‌های فقهی امامیه تا قرن سیزدهم هجری وجود ندارد. آنچه در آثار

فقیهان این دوره به عنوان مکروهات احتضار بیان شده، یا صرفاً «حضور حائض و جنب» است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۷۴؛ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۰) و یا اینکه «گذاردن آهن بر شکم محتضر» را نیز به مورد اول افزوده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۲۸؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۲۶۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۲۱۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۱، ص ۳۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۱۱۴؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۱۰۳؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۳۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۱۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۳۸؛ حلی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۶۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۱۰۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۵۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۲۸). بنابراین می‌توان ادعا کرد که در فقه امامیه تا قرن سیزدهم هجری، هیچ فقهی به کراهت تنها گذاشتن زنان با محتضر فتوا نداده است.

۲-۱-۲. نظریه کراهت

تبع در آثار فقهی نشان می‌دهد که کراهت تنها گذاشتن زنان نزد محتضر، نخستین بار توسط شیخ جعفر بن خضر مالکی معروف به «کاشف الغطاء» از فقیهان قرن سیزدهم امامیه بیان شده و به تدریج در کتب فقهی دیگر راه یافته است. وی در «کشف الغطاء» در این رابطه می‌نویسد:

الظاهر کراهیه حضور کلّ من تلبس بلباس الغافلین عن الآخرة، و مسّ بدنه، والبهاء عنده، والتخلية بينه وبين النساء خوف الهجوم عليه، وارتفاع الأصوات، وكثرة الضجيج وربما حرمت، لاشتغالها على الأذية وربما بعثت على حلول المنية؛ ظاهر این است که حضور هر کس که از آخرت خویش غافل است نزد محتضر مکروه است. همچنین است مس بدن وی و گریه نزد وی و تنها گذاشتن وی با زنان؛ چه اینکه خوف هجوم زنان بر وی می‌رود. و نیز بلند کردن صدا و شیون زدن نزد وی مکروه است و چه بسا حرام باشد؛ زیرا مشتمل بر آزار وی است و ممکن است موجب فرار سیدن مرگ وی گردد» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۲۵۲).

پس از کاشف الغطاء این نظریه توسط سید یزدی مورد استقبال قرار گرفت و در «العروة الوثقی»، یکی از مکروهات درباره شخص محتضر، «أن یخلّي عنده النساء



وحدهن» بیان شد (کاشف الغطاء، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۳۷۶). پس از سید، به جهت جایگاه ویژه عروه نزد فقیهان معاصر، فتوای مذکور به عمده رساله‌های عملیه و کتب فقهی راه یافت و به مثابه یکی از مکروهات اصلی احتضار قلمداد گشت (موسوی خمینی، ۱۴۲۶ق، ص ۱۲۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۶ق، ص ۸۹؛ شبیری زنجانی، ۱۴۳۰ق، ص ۱۲۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۱۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ق، ص ۹۸؛ سبحانی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۸۹).

۲-۲. ارزیابی دیدگاه‌ها

تبیین دقیق دیدگاه‌های فوق نیازمند بیان مطالبی است که به قرار زیر قابل ارائه است:

۲-۲-۱. مفاد حکم کراهت

نکته قابل توجه در فتاوای معتقدان به حکم کراهت، مفاد این حکم است که با تعبیر «تنها گذاشتن زن‌ها» انعکاس یافته است. این تعبیر که در نگاه‌های فقهی عربی در قالب عباراتی همچون «أن یخْلِی عنده النساء وحدهن» (طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۳۷۶) یا «التخلية بينه وبين النساء» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۲۵۳) آمده است، مفید سه نکته شگفت و قابل تأمل است:

یک. ممکن است میان تعبیر «أن یخْلِی عنده النساء وحدهن» که مفید کراهتِ «تنها گذاشتن زنان با محتضر» است و تعبیر «التخلية بينه وبين النساء» که کاشف الغطاء به کار برده و سرمنشأ این حکم بوده، اندکی تفاوت باشد؛ زیرا تعبیر اخیر چه بسا لزوماً به معنای تنها گذاشتن نباشد بلکه به معنای «وانهادن محتضر در اختیار زنان» باشد که ممکن است علیرغم حضور مردی در مجلس نیز تحقق یابد. مؤید این برداشت این است که چنین عبارت در زمینه قبض اموال غیرمنقول نیز توسط فقها استفاده شده است: «فقبضُ التخلية بينه وبينها» (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۳۶۶) یعنی «قبض عین مستأجره به واسطه وانهادن آن در اختیار مشتری حاصل می‌شود». با این حال، فقهای پس از کاشف الغطاء و در رأس آنان سید یزدی (طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۳۷۶) جمله‌گی از عبارت وی چنین برداشت کرده‌اند که مرادش از عبارت فوق، «تنها گذاشتن محتضر با زنان» است (موسوی



فقه

خمینی، ۱۴۲۶ق، ص ۱۲۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۶ق، ص ۸۹؛ شبیری زنجانی، ۱۴۳۰ق، ص ۱۲۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۱۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ق، ص ۹۸؛ سبحانی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۸۹).

دو. مفاد تعبیر «تنها گذاشتن» با آنچه در مسئله حضور حائض و جنب گذشت متفاوت است؛ در اینجا حکم کراهت دائرمدار تنها گذاشتن زنان و محضرم معرفی شده و در نتیجه اگر مردانی بر بالین محضرم حاضر باشند و بدین ترتیب زنان با وی تنها گذارده نشوند، حکم کراهت مترتب نخواهد شد. این در حالی است که در مسئله پیشین، آنچه مکروه بود، حاضر شدن حائض و جنب بر بالین محضرم بود؛ خواه مردی در مجلس حضور داشته باشد و خواه حاضر نباشد.

سه. استفاده از تعبیر «تنها گذاشتن» یا «التخلیه» ظاهر در این است که تکلیف متوجه وابستگان محضرم است که بایستی مراقب باشند زنان با محضرم تنها گذارده نشوند. این در حالی است که در مسئله حضور حائض و جنب، تکلیف متوجه خود آنان بود و حکم کراهت معطوف به حاضر شدن آنان بر بالین محضرم صادر شده بود. باری، فارغ از مفاد ویژه و شگفت‌انگیز کراهت تنها گذاشتن زنان نزد محضرم، با دقت در مبانی و منابع این حکم می‌توان تأملاتی به قرار زیر در خصوص آن ارائه نمود:

۲-۲-۲. فقدان مستند شرعی برای حکم کراهت

نخستین و اصلی‌ترین اشکالی که در رابطه با کراهت تنها گذاشتن زن غیر حائض و غیر جنب نزد محضرم وجود دارد، فقدان مستند شرعی است؛ زیرا گذشته از اینکه فقیهان گذشته امامیه تا قرون اخیر هیچ‌گاه این مسئله را از مکروهات احتضار برنشمرده‌اند، معتقدان به کراهت آن نیز هیچ دلیلی بر نظریه خویش اقامه نکرده‌اند. این در حالی است که کراهت و استحباب نیز از احکام شرعی محسوب شده و به جهت توقیفی بودن احکام، وجود دلیل واضح شرعی برای پایبندی به آنها ضروری است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۴۲۰).

۲-۲-۳. امکان تکلیف بودن حضور زن غیر حائض و غیر جنب نزد محضرم

فقدان مستند شرعی برای حکم کراهت تنها گذاشتن غیر حائض و غیر جنب نزد محضرم



فقه



در حالی است که چه بسا بتوان ادعا کرد حضور آنان در فرضی که هیچ مردی نزد محتضر نباشد به مثابه یک تکلیف غیرالزامی محسوب می‌شود که لااقل می‌تواند مزایل کراهت باشد. توضیح بیشتر اینکه شیخ صدوق در «علل الشرایع» در مقام حکایت از برخی نگاهشده‌های پدر بزرگوار خویش روایتی نقل می‌کند که وفق آن از تنها گذاشتن میت نهی شده است (صدوق، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۳۰۷). این روایت در «الکافی» بدون استفاده از صیغه نهی به قرار زیر گزارش شده است: «لَيْسَ مِنْ مَيِّتٍ يَمُوتُ وَيُتْرَكُ وَحْدَهُ إِلَّا لَعَبٌ بِهِ الشَّيْطَانُ فِي جَوْفِهِ؛ هیچ میتی نیست که پس از مردن تنها گذارده شود، مگر اینکه شیطان در درون وی خلجان نماید» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۳۸).

برخی از محدثان نامور شیعه مضاف بر اینکه این روایت را دال بر کراهت دانسته‌اند (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۳۷۰)، آن را حمل بر زمان احتضار کرده و بدین شکل تفسیر نموده‌اند که اگر محتضر تنها گذارده شود، شیطان در این لحظات پایانی عمر وی را رها نمی‌کند، بلکه با وسوسه‌های خود موجبات گمراهی وی را از عقاید حقه فراهم می‌آورد (مجلسی دوم، ۱۴۱۰ق، ج ۷۸، ص ۲۴۷). گرچه عموم محدثان این روایت را حمل بر ظاهر کرده و مراد از «لعب به الشیطان» را استیلائی حشرات بر «میت» دانسته‌اند (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۳۷۰)، اما اگر توجیه فوق پذیرفته شود، تنها گذاشتن محتضر مکروه خواهد بود؛ چنان‌که مراجع تقلید فعلی آن را در زمره مکروهات احتضار دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۶ق، ص ۱۲۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۶ق، ص ۸۹؛ شبیری زنجانی، ۱۴۳۰ق، ص ۱۲۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۱۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ق، ص ۹۸؛ سبحانی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۸۹). به هر روی، اگر کراهت تنها گذاشتن محتضر متکی به روایت فوق‌الذکر ثابت شود، با توجه به فقدان دلیل درباره کراهت حضور زن غیرحائض و غیرجنب، می‌توان معتقد شد که در صورت حضور یافتن این دو گروه بر بالین محتضری که هیچ کس نزد وی نیست، حکم کراهت تنها گذاشتن محتضر زایل شده و در نتیجه حضور زنان نزد محتضر تنها گذاشته‌شده، خود یک امر غیرالزامی و البته زایل‌کننده حکم کراهت است.

۲-۲-۴. تشویش و اضطراب در احصای موارد کراهت

پیش‌تر گفته شد که فقیهان گذشته امامیه، عموماً یا تنها حضور حائض و جنب را نزد محضرمکروه دانسته‌اند و یا اینکه گذاردن آهن بر شکم او را نیز به این مورد افزوده‌اند. این در حالی است که به تدریج به تعداد این مکروهات افزوده شد و اکنون به شش یا هشت مورد رسیده است. به نظر می‌رسد تسامح در احصای مکروهات و مستحبات موجب شده که فقیهان آن‌گونه که در خصوص واجبات و محرمات حساسیت نشان می‌دهند، در این موارد بذل‌جهد نکنند. به‌عنوان نمونه، کراهت گذاشتن آهن بر شکم محضرمکروه که امروزه از مکروهات احتضار شمرده می‌شود، ابتدا توسط عالمانی چون «شیخ مفید» در «المقنعه» برای میت، و نه محضرمکروه، بیان شد و رفته‌رفته به محضرمکروه اختصاص یافت. مضافاً اینکه از ظاهر کلام شیخ مفید چنین برمی‌آید که اساساً این مسئله یک حکم شرعی نیست، بلکه سنتی در میان عوام و جاهلان بوده که شیخ پیروان خود و شیعیان را از آن نهی نموده است (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۷۴). فقدان دلیل شرعی برای این حکم، استظهار فوق را تقویت می‌کند.

به هر روی، همین تشویش و اضطراب در بیشتر مکروهات حال احتضار وجود دارد؛ چنان‌که در زمینه کراهت تنها گذاشتن محضرمکروه وجود داشت و حقیقتاً نمی‌توان از تعبیر «میت» در روایت مستند آن چشم پوشید. همچنین در مسئله حضور حائض و جنب نیز به جهت کاربست تعبیر «میت» در برخی روایات همین چالش به‌نوعی کم‌رنگ‌تر وجود دارد. بنابراین به نظر می‌رسد که ضروری است تمامی مکروهات و مستحبات مربوط به احتضار مورد بازبینی قرار گیرد؛ زیرا با توجه به استفاده از تعبیر «مَنْ سَمِعَ شَيْئاً» و «مَنْ بَلَغَهُ ثَوَابٌ» در مستندات قاعده تسامح (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۸۷) شرط اصلی تمسک به این قاعده، وجود خبر ضعیف است و در جایی که اساساً خبری در بین نیست، تمسک به این قاعده بلاوجه خواهد بود. لذا با بازبینی در مستندات هر یک از مستحبات و مکروهات احتضار، بایستی مانع از آن شد که قاعده تسامح، متمسکی جهت تشریح حکم تکلیفی تلقی گردد و در نتیجه «خروج از سنت» رخ دهد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۳۷۲).



۲-۲-۵. تأملاتی در زمینه دیدگاه کاشف‌الغطاء

گفته شد نخستین فقیهی که بر کراهت تنها گذاشتن غیر حائض و غیر جنب نزد محضرت فتوا داده، شیخ جعفر کاشف‌الغطاء است. وی این نظریه را در کتاب کشف‌الغطاء بیان کرده بود. در این رابطه چند نکته اساسی باید مدنظر قرار گیرد:

یک. کاشف‌الغطاء رساله کوتاهی در خصوص «احکام الأموات» نگاشته که تعابیر وی در این رساله با آنچه در کشف‌الغطاء آمده متفاوت است. وی در این کتاب در مقام بیان مکروهات احتضار می‌نویسد:

الظاهر كراهة حضور كل من تلبس بلباس الغافلين عن الآخرة، ومس بدنه والبقاء عنده والتخلية بينه وبين الناس خوفاً عليه وارتفاع الأصوات؛ ظاهر این است که حضور هر کس که از آخرت خویش غافل باشد نزد محضرت مکروه است؛ همچنین است مس بدن وی و گریه نزد وی و تنها گذاشتن وی با مردم؛ چه اینکه بر او ترسیده می‌شود و همچنین است حکم بلند کردن صدا (کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ص ۱۳).

چنان که روشن است در این عبارت به جای تعبیر «النساء» از واژه «الناس» استفاده شده است. اگر این تعبیر پذیرفته شود، اساساً حکم کراهت ربطی به جنس نسوان نخواهد داشت. اما به نظر می‌رسد تعبیر «الناس» در رساله مذکور به خطا استنساخ شده باشد؛ زیرا اولاً حکم به کراهت تنها گذاشتن محضرت نزد مردم معنای روشنی ندارد، و ثانیاً شواهدی وجود دارد که نشان می‌دهد در ضبط کلمات رساله مذکور دقت کافی لحاظ نشده است. به عنوان مثال در این رساله یکی دیگر از مکروهات حال احتضار حضور شخص عطر آگین شده «بورد أو زعفران» (کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ص ۱۳) عنوان شده که در کشف‌الغطاء با این عبارت آمده است: «بورس أو زعفران» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۲۵۲). عبارت اخیر که تعبیر «الورس» در آن استفاده شده، درست‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا این تعبیر برگرفته از روایت کم‌فروغی در کتاب «الجعفریات» است که در آن چنین آمده است:



فقه

إِنَّ الْمَلَائِكَةَ لَا تَشْهَدُ جِنَاةَ الْكَافِرِ وَلَا الْمُتَمَخِّخِ بِالْوَرِيسِ وَالرَّعْفَرَانِ وَلَا الْجُنْبِ إِلَّا جُنْبًا يَتَوَضَّأُ؛ ملائکه بر جنازه کافر، جنازه کسی که خود را به ورس و زعفران خوشبو ساخته و جنازه جنب حاضر نمی‌شوند؛ مگر جنبی که وضو گرفته باشد (کوفی، بی‌تا، ص ۲۰۴).

جالب این است که بر فرض پذیرش سند این روایت، اولاً اساساً ربطی به بحث احتضار ندارد، و ثانیاً این روایت در خصوص حضور ملائکه بر بالین این افراد است، نه حضور این افراد بر بالین میت. لکن کاشف‌الغطاء بدون توجه به این نکات، آن را از جمله مکروهات احتضار آورده است. همین کم‌دقتی‌ها خود مانع اعتقاد به استواری حکم کراهت تنها گذاشتن زنان نزد محتضر می‌شود.

دو. با توجه به فقدان دلیل بر کراهت تنها گذاشتن زنان نزد محتضر و تعلیلی که مرحوم کاشف‌الغطاء ذیل این مورد آورده: «خوف الهجوم علیه»، به نظر می‌رسد آنچه موجب فتوا به کراهت این امر شده، «ایذاء محتضر» یا «هتک حرمت» وی بوده است و اساساً تنها گذاشتن وی با زنان یا موارد دیگری همچون گریه و شیون کردن و... در این زمینه موضوعیت ندارد. به عبارت دیگر، آنچه موجب ترتب حکم کراهت شده، صدق عنوان ایذاء یا هتک بر فعل هجوم بر محتضر و شیون و گریه و زاری فراوان بر بالین وی است. اگر چنین باشد، دو اشکال عمده بر سخن کاشف‌الغطاء وارد است: نخست اینکه وجهی برای اختصاص این حکم به زنان وجود ندارد؛ زیرا ممکن است به جهت تألمات روحی شدید، فرزندان ذکور محتضر بیش از بستگان اناث وی بی‌تابی و جزع کنند، و دوم اینکه در صورتی که به واسطه هجوم و گریه و شیون اطرافیان، موجبات ایذاء محتضر فراهم آید، حکم مسئله کراهت نخواهد بود، بلکه به استناد دلایل مختلف «ممنوعیت ایذاء مؤمن» (احزاب، ۵۸؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۳۵۰) حرام خواهد بود. چه بسا به همین جهت کاشف‌الغطاء در پایان عبارت خود افزوده است: «ربما حرمت لاشتمالها علی الأذیة وربما بعثت علی حلول المنیة؛ ممکن است این افعال حرام باشند، زیرا مشتمل بر اذیت محتضر بوده و چه بسا موجب حلول مرگ وی شوند» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۲۵۲). اما مشکل این است که در صورت تحقق ایذاء، حکم کراهت یا



حرمت برآیند رجوع به «اصل ممنوعیت ایذاء» است و در نتیجه «تنها گذاشتن زنان» یا حضور آنان، هیچ موضوعیتی در مسئله نخواهد داشت.

به هر روی، فقدان مستند شرعی جهت اثبات حکم فوق از یک سو، و عدم دقت در احصای دیگر موارد کراهت توسط فقها و به خصوص مرحوم کاشف الغطاء از سوی دیگر موجب می‌شود که نتوان حکم کراهت که حکمی توقیفی است را در اینجا ثابت دانست.

نتیجه‌گیری

تبع در متون فقهی نشان می‌دهد حکم کراهت حضور زن نزد محضّر در دو محور کلی قابل بررسی است: نخست حضور زن حائض یا جنب نزد محضّر؛ و مورد دوم، حضور زن غیر حائض و غیر جنب نزد محضّر. در محور نخست با توجه به مستندات شرعی مسأله، حکم به کراهت و نیز اختصاص آن به بازه زمانی تلقین استوارتر به نظر می‌رسد. با این وجود، به جهت اشکالات سندی روایات مستند این حکم و نیز برخی تأملات مربوط به مفاد آنها، پابندی به حکم کراهت تنها بر مبنای قاعده تسامح در ادله سنن - آن هم در فرضی که مبنای آن را احتیاط بدانیم - ممکن است. اما محور دوم موضوع که مربوط به حضور زن غیر حائض و غیر جنب نزد محضّر است، در نگاشته‌های فقهی معاصر در قالب «کراهت تنها گذاشتن زنان با محضّر» بازتاب یافته است. مطابق بررسی‌های به عمل آمده، این حکم نخستین بار توسط شیخ جعفر کاشف الغطاء طرح شده و رفته‌رفته در کتب فقیهان دیگر راه جسته است. چنین دیدگاهی علاوه بر فقدان مستند شرعی، دارای تأملات محتوایی نیز هست که پابندی به آن را ناممکن می‌سازد.



فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. آملی، میرزا محمدتقی. (۱۳۸۰ق). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی (چاپ اول). تهران: مؤلف.
۲. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۴ق). رسائل فقهیه (چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۳. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۵ق الف). کتاب الطهارة (چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۵ق ب). کتاب المكاسب (چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ موسوی. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه (چاپ اول). قم: نشر الهادی.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (چاپ اول). قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
۷. حرّ عاملی، محمد بن الحسن. (۱۴۱۴ق). وسائل الشیعة (چاپ اول). قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۸. حکیم، سید محمدسعید طباطبایی (بی تا). مصباح المنهاج - کتاب الطهارة (چاپ اول). بی جا: مؤسسة المنار.
۹. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۳۸۱ق). رجال العلامة (چاپ دوم). نجف: منشورات المطبعة الحیدریة.
۱۰. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۱ق). تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین (چاپ اول). تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۱. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۲. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۹ق). نهاية الإحکام فی معرفة الأحکام (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.





۱۳. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۴. حلی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن. (۱۴۲۴ق). معالم الدین فی فقه آل یاسین (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۵. حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع (چاپ اول). قم: مؤسسة سيد الشهداء العلمية.
۱۶. خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارك في شرح مختصر النافع (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۷. راشدی، لطیف؛ و راشدی، سعید. (۱۳۹۳). رساله توضیح المسائل نه مرجع (چاپ یازدهم). تهران: انتشارات پیام عدالت.
۱۸. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۲۹ق). رساله توضیح المسائل (چاپ سوم). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۹. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. (۱۴۲۳ق). كفاية الأحكام (چاپ اول). قم: جامعه مدرسین.
۲۰. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۳۰ق). رساله توضیح المسائل (چاپ اول). قم: انتشارات سلسبیل.
۲۱. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعية في فقه الإمامية (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۲ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - سلطان العلماء، چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۳. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳ق). المقنعة (چاپ اول). قم: کنگره جهانی شیخ مفید.
۲۴. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۳۶۲). الخصال (چاپ اول). قم: بی نا.
۲۵. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۳۸۶). علل الشرائع (چاپ اول). قم: کتابفروشی داوری.
۲۶. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (چاپ دوم). قم: انتشارات اسلامی.
۲۷. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۵ق). المقنع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.

٢٨. صدوق، محمد بن علي بن بابويه. (١٤١٨ق). الهداية في الأصول والفروع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام هادی عليه السلام.
٢٩. طباطبائي، سيد محمد كاظم. (١٤٠٩ق). العروة الوثقى (چاپ دوم). بيروت: مؤسسة الأعلمي.
٣٠. طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٣٨٧). المبسوط في فقه الإمامية (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية.
٣١. طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٤٠٠ق). النهاية في مجرد الفقه والفتاوى. چاپ دوم، بيروت: دار الكتاب العربي.
٣٢. طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٤٠٧ق). تهذيب الأحكام (چاپ چهارم). تهران: دار الكتب الاسلاميه.
٣٣. طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٤١٧ق). العدة في أصول الفقه (چاپ اول). قم: علاقبندان.
٣٤. طوسي، محمد بن علي بن حمزه. (١٤٠٨ق). الوسيلة إلى نيل الفضيلة (چاپ اول). قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفی عليه السلام.
٣٥. عاملی، محمد بن علي موسوی. (١٤١١ق). مدارك الأحكام في شرح عبادات شرائع الإسلام (چاپ اول). بيروت: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
٣٦. علام، شوقي ابراهيم (٥ آوريل ٢٠١٨م). بازيابی از سايت دار الإفتاء: <http://dar-alifta.org>.
٣٧. فاضل لنكراني، محمد. (١٤٢٦ق). رساله توضيح المسائل (چاپ صد و چهاردهم)، قم: بی نا.
٣٨. فاضل هندی، محمد بن حسن. (١٤١٦ق). كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٣٩. فيض كاشاني، محمد محسن بن شاه مرتضى (بی تا). مفاتيح الشرائع (چاپ اول). قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفی عليه السلام.
٤٠. كشي، ابو عمرو محمد بن عمر بن عبدالعزيز. (١٤٠٩ق). رجال الكشي (چاپ اول). مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.
٤١. كليني، ابو جعفر محمد بن يعقوب. (١٤٠٧ق). الكافي (چاپ چهارم). تهران: دار الكتب.
٤٢. كوفي، محمد بن محمد اشعث. (بی تا). الجعفریات - الأشعثيات (چاپ اول). تهران: مكتبة نينوى.





۴۳. مجلسی اول، محمدتقی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه (چاپ دوم). قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.
۴۴. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار (چاپ اول). قم: کتابخانه مرعشی نجفی رحمته الله.
۴۵. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۱۰ق). بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار عليهم السلام (چاپ اول). بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۴۶. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۷ق). المعبر في شرح مختصر (چاپ اول). قم: مؤسسه سیدالشهداء عليه السلام.
۴۷. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۸. مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). العناوين الفقهية (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۹ق). رساله توضیح المسائل (چاپ پنجاه و دوم). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب عليه السلام.
۵۰. منسوب به امام رضا، علی بن موسی عليه السلام. (۱۴۰۶ق). الفقه - فقه الرضا (چاپ اول). مشهد: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۵۱. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۶ق). توضیح المسائل (چاپ اول). بی جا: بی نا.
۵۲. نائینی، محمد حسین. (۱۳۵۲). أجود التقريرات (چاپ اول). قم: مطبعة العرفان.
۵۳. نجفی، جعفر بن خضر مالکی. (۱۴۲۲ق). كشف الغطاء عن مهمات الشريعة الغراء (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۵۴. نجفی، جعفر بن خضر مالکی. (بی تا). رسالة في أحكام الأموات (چاپ اول). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۵. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار الإحياء التراث العربي.
۵۶. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). توضیح المسائل (چاپ نهم). قم: مدرسه امام باقر عليه السلام.

References

*Holy Quran.

1. Alam, Sh. I. (April 5, 2018). Retrieved from <http://dar-alifta.org>.
2. al-Hurr al-amili. (1414 AH). Wasa'il al-Shi'a (1st ed.). Qom: Aal al-Albayt Foundation.
3. al-Kulayni. (1407 AH). Usul al-Kafi (4th ed.). Tehran: Dar Al-Kitab.
4. Allamah al-Hilli. (1381 AH). Rijal (2nd ed.). Najaf: Al-Haydari Press Releases.
5. Allamah al-Hilli. (1411 AH). Teachers' commentary on the rules of religion (1st ed.). Tehran: Publishing Institute affiliated to the Ministry of Culture and Islamic Guidance.
6. Allamah al-Hilli. (1414 AH). Note of the jurists (1st ed.). Qom: Aal al-Albayt Institute.
7. Allamah al-Hilli. (1419 AH). The end of the rulings in the knowledge of the rulings (1st ed.). Qom: Aal al-Albayt Institute.
8. Allamah al-Hilli. (1420 AH). Writing the Shari'a rulings on the Imamiyya religion (1st ed.). Qom: Imam Sadiq Institute.
9. al-Shahid al-Awwal. (1417 AH). Sharia courses in Imami jurisprudence (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office.
10. al-Shahid al-Thani. (1412 AH). Al-Rawdah al-Bahiyya in the explanation of Damascus (1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary.
11. Al-Shaykh Al-Mufid. (1413 AH). Al-Muqna' (1st ed.). Qom: Shaykh Mufid World Congress.
12. al-Shaykh al-Saduq. (1362). Al-Khisal (1st ed.). Qom: n.p.
13. al-Shaykh al-Saduq. (1413 AH). I do not attend the jurisprudent (2nd ed.). Qom: Islamic Publications.
14. al-Shaykh al-Saduq. (1415 AH). al-Muqna' (1st ed.). Qom, Imam Hadi (PBUH) Institute.
15. al-Shaykh al-Saduq. (1418 AH). Guidance in the principles and branches (1st ed.). Qom: Imam Hadi (PBUH) Institute.
16. al-Shaykh al-Saduq. (2007). Causes of Sharia (1st ed.). Qom: Arbitration Bookstore.
17. Ameli, M. (1411 AH). Evidence of the rulings in the explanation of the worships of Islamic law (1st ed.). Beirut: Aal al-Albayt Institute.
18. Amoli, M. M. T. (1380 AH). Misbah Al-Huda in Sharh Al-Urwa Al-Wathqa Tehran: Moalef.
19. Ansari, M. (1414 AH). Rasail al-Fiqhiya (1st ed.). Qom: World Congress in honor of Shaykh Azam Ansari.
20. Ansari, M. (1415 AH b). al-Makasib (1st ed.). Qom: World Congress in honor of Shaykh Azam Ansari.
21. Ansari, M. (1415 AH). Kitab al-Tahara (1st ed.). Qom: World Congress in honor of Shaykh Azam Ansari.
22. Ayatollah Khomeini. (1426 AH). Tawzih-Ul-Masail (1st ed.). n.p.
23. Bahrani, Y. (1405 AH). al-Hadaiq al-Nazira fi Ahkam al-Itrat al-Tahira (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.



فقه

24. Bojnordi, S. H. (1419 AH). Jurisprudential rules (1st ed.). Qom: Al-Hadi Publishing.
25. Fadhil Hindi, M. (1416 AH). Discovering the illusions and ambiguities about the rules of rulings (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.
26. Fayz Kashani, M. M. (n.d.). Keys of Sharia (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications.
27. Fazel Lankarani, M. (1426 AH). Tawzih-Ul-Masail (144th ed.). Qom: n.p.
28. Hilli, Sh. (1424 AH). Teachings of religion in the jurisprudence of Al-Yasin (1st ed.). Qom: Imam Sadiq Institute.
29. Hilli, Y. (1405 AH). Comprehensive Law (1st ed.). Qom: Sayyid Al-Shuhada Al-Alamiya Foundation.
30. Imam al-Rida (AS). (1406 AH). al-Fiqh al-Radawi (1st ed.). Mashhad: Aal al-Bayt Institute.
31. Kashi, A. A. M. (1409 AH). Rijal al-Kashi (1st ed.). Mashhad: Mashhad University Press.
32. Khansari, S. A. (1405 AH). Comprehensive evidence in a brief description of the benefits (2nd ed.). Qom: Ismailiyan Institute.
33. Kofi, M. (n.d.). Al-Ja'fariyat - Ash'athiyat (1st ed.). Tehran: Neinava Library.
34. Majlesi, M. B. (1406 AH). The other options in understanding the refinement of news (1st ed.). Qom: Marashi Najafi Library.
35. Majlesi, M. B. (1410 AH). Bihar al-Anwar (AS) (1st ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
36. Majlesi, M. T. (1406 AH). The shrine of the pious in the explanation of not attending the jurispudent (2nd ed.). Qom: Kushanpour Islamic Cultural Institute.
37. Makarem Shirazi, N. (1429 AH). Tawzih-Ul-Masail (52nd ed.). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib (AS) School Publications.
38. Maraghi, S. M. A. F. (1417 AH). al-A'navin al-Faqih (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.
39. Mohaqiq Hilli. (1407 AH). Authentic in brief description (1st ed.). Qom: Sayyid al-Shuhada Institute.
40. Mohaqiq Hilli. (1408 AH). Islamic Sharia in Matters of Halal and Haram (2nd ed.). Qom: Ismailiyan Institute.
41. Naeini, M. H. (1352 AP). Exodus (1st ed.). Qom: Mystic Press.
42. Najafi, J. (1422 AH). Kashif al-Ghita' on the ambiguities of Sharia law (1st ed.). Qom: Publications of the Islamic Propaganda Office of the seminary.
43. Najafi, J. (n.d.). Resalat in the rules of the dead (1st ed.). Najaf: Kashif al-Ghatta Institute.
44. Najafi, M. H. (1404 AH). Jawahar al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam (7th ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
45. Rashedi, L., & Rashedi, S. (2014). The treatise on the explanation of issues, not the reference (11th ed.). Tehran: Payam-e-Adalat Publications.
46. Sabzwari, M. B. (1423 AH). Sufficiency of rulings (1st ed.). Qom: Teachers Association.
47. Shaykh Tusi. (1400 AH). The end in the single jurisprudence and fatwas. Se-



- cond Ed., Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi.
48. Shaykh Tusi. (1407 AH). Tahdhib al-Ahkam (4th ed.). Tehran: Islamic Bookstore.
 49. Shaykh Tusi. (1417 AH). The number in the principles of jurisprudence (1st ed.). Qom: Interested parties.
 50. Shaykh Tusi. (2008). Enabling in Imami jurisprudence (3rd ed.). Tehran: Mortazavi Library.
 51. Shubairi Zanjani, S. M. (1430 AH). Tawzih-Ul-Masail (1st ed.). Qom: Salsabil.
 52. Sobhani T, J. (1429 AH). Tawzih-Ul-Masail (3rd ed.). Qom: Imam Sadiq (PBUH) Institute.
 53. Tabatabaei Hakim, S. M. S. (n.d.). Misbah Al-Minhaj – Kitab al-Tahara (1st ed.). n.p.: Al-Manar Foundation.
 54. Tabatabaei, S. M. K. (1409 AH). Al-Urwah al-Wuthqa (2nd ed.). Beirut: Scientific Foundation.
 55. Tusi, M. (1408 AH). The means to reach the virtue (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications.
 56. Vahid Khorasani, H. (1428 AH). Tawzih-Ul-Masail (9th ed.). Qom: Imam Baqir School

۱۸۹



فقه

پنداره کراهت حضور زن نزد مجتهد

Editorial Board

Abdorrezza Eizadpanah

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

Reza Esfandiari (Eslami)

Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy

Sayyed Ahmad Hoseini

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

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 Moballeghi

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 Sadegh Mazinani

Fourth Level Researcher at Qom Seminary

Mohammad Hassan NajafiRad

Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy

Reviewers of this Volume

Reza Esfandiari (Eslami), Mahdi Dargahi, Mohammad Salehi Mazandarani, Seifullah Sarrami, HassanAli AliAkbarian, Mahdi Firoozi, Mohsen Malek afzali ardakani, Sayyed Abbas Mousavian, Mohammad Hassan Najafi rad, Hashem Niazi.



Fiqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Vol. 27, No. 3, Autumn 2020

103

Islamic Propagation Office, Qom Seminary
Islamic Science and Culture Academy
(Research Center for Jurisprudence and Law)
www.isca.ac.ir

Director-in-Charge:
Abdorrezza Eizadpanah

Editor-in-Chief:
Reza Esfandiari (Eslami)

Secretary of the Board:
Abdul Samad Aliabadi

Executive expert:
Sayyed Hosein Mousavi

Translator of Abstracts:
Mohammad Reza Amouhosseini

Translator of References:
Ali Mirarab

Tel.: + 98 25 31156912 • P.O. Box. 37185-3688
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 می باشد. لطفاً پس از انتخاب مجله مورد نظر، فرم ذیل را تکمیل کرده و به نشانی ارسال فرمایید.

فرم اشتراک

حوزه	فقه	نقد و نظر	آینه پژوهش	جستارهای فقهی و اصولی
یک سال اشتراک ریال ۸۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۹۶۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۸۰۰/۰۰۰
پژوهشهای قرآنی	اسلام و مطالعات اجتماعی	علوم سیاسی	تاریخ اسلام	آیین حکمت
یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰

نام پدر:	نام و نام خانوادگی:
میزان تحصیلات:	تاریخ تولد:
	نام نهاد شرکت:

کد اشتراک قبل: پیش شماره: تلفن ثابت: تلفن همراه:	کد پستی:	استان: شهرستان: خیابان: کوچه: پلاک:	نشانی:
	صندوق پستی:		
	رایانامه:		

هزینه های بسته بندی و ارسال به عنوان تخفیف محاسبه شده است.

قم، چهارراه شهدا، ابتدای خیابان معلم، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
 کد پستی: ۳۷۱۵۶-۱۶۴۳۹ تلفن: ۰۲۵-۳۷۱۱۶۶۶۷
 شماره پیامک: ۳۰۰۰۲۷۰۲۵۰۰۰۰ رایانامه: magazine@isca.ac.ir

شماره حساب سیبایانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی