

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



## دوستنامہ علمی مسیر فقہت

سال اول، شماره ۲، بهار و تابستان ۱۴۰۲

\*\*\*\*\*

مدیر مسئول: سید علیرضا نقیب پور

سرمدیر: صادق طهوری

مدیر اجرایی: سعید قدیری

\*\*\*\*\*

هیأت تحریریہ (به ترتیب الفبا):

غلامرضا احسنی، صادق طهوری،

محمد عشائری، احمد فربہی، مهدی مقیسہ

\*\*\*\*\*

آدرس:

قم، خیابان شهداء (صفائیہ)، کوچه آمار،

مدرسه عالی فقہ و اصول امام حسین علیہ السلام

تلفن تماس: ۳۷۷۴۲۶۲۶ - ۰۲۵



## راهنمای تدوین و ارسال مقالات

### شرایط مقاله:

- ❖ موضوع مقاله فقهی یا اصولی باشد.
- ❖ مقاله به زبان عربی یا فارسی باشد.
- ❖ مقاله باید در بردارنده‌ی نوآوری بوده و دست کم یکی از ویژگی‌های زیر داشته باشد.
  - ارائه‌کننده‌ی نظریه یا یافته جدید علمی؛
  - ارائه‌کننده‌ی تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛
  - ارائه‌کننده‌ی استدلال جدید برای یک نظریه؛
  - ارائه نقد جامع علمی یک نظریه.
- ❖ مقاله تایپ شده باشد و فایل ورد آن برای معاونت پژوهش ارسال شود.
- ❖ متن مقاله در ۱۵ تا ۳۰ صفحه A۴ با قلم ۱۴ IRLotus تنظیم شود.
- ❖ پاورقی با قلم ترافیک (IRTerafik) نازک شماره ۹ تایپ گردد.
- ❖ اگر مقاله در جای دیگری چاپ شده باشد، باید اطلاع داده شود.

### ساختار مقاله:

- مقاله باید ساختار زیر را داشته باشد.
- ❖ عنوان مقاله و نام مؤلف
- ❖ چکیده: چکیده باید با استفاده از کلمات متن، بین ۱۵۰ تا ۲۰۰ کلمه، از زبان خود پژوهشگر باشد شامل: تبیین موضوع، ساختار و نتیجه.
- ❖ واژگان کلیدی



❖ مقدمه

❖ متن اصلی مقاله

❖ نتیجه

❖ منابع و مأخذ

### روش ارجاع دهی به منابع در متن و پایان مقاله

۱. آدرس دهی مقاله باید به روش درون متنی و با ذکر نام و نام خانوادگی، نام منبع، شماره جلد و شماره صفحه‌ای که مطلب مورد نظر از آن نقل شده انجام شود. مشخصات کتاب شناسی در فهرست منابع پایان مقاله قرار گیرد.

۲. تنظیم فهرست منابع در پایان مقاله به ترتیب ذیل می‌آید:

برای درج مشخصات کتاب: نام خانوادگی و نام نویسنده، نام کتاب، ترجمه یا تصحیح یا تحقیق: نام و نام خانوادگی مترجم، مصحح یا محقق، شهر محل انتشار، انتشارات، نوبت چاپ، سال نشر.

برای درج مشخصات نشریات: نام و نام خانوادگی نویسنده، نام مقاله، نام نشریه، شماره، محل نشر، سازمان یا مؤسسه یا ارگان منتشر کننده، تاریخ انتشار.

### تذکرات:

۱. نظریات مندرج در مقالات، الزاماً بیانگر دیدگاه‌های مجله نبوده و مسئولیت آن فقط بر عهده نویسنده آن است.

۲. مجله در ویرایش، ترجمه، تصحیح، تلخیص، پذیرش یا ردّ مقالات آزاد است.



## فهرست

- ۷ قاعده فقهی حرمت اختلال نظام؛ مفاد، دلیل و گستره آن در فقه  
غلام رضا احسنی
- ۳۹ نقد و بررسی نظریه‌ی اجتهاد متوسط با واکاوی مبانی و مبادی اجتهاد  
احمد ادیب زاده؛ ابوالفضل قره خانی؛ سجاد قلی پور
- ۵۹ در محضر شیخ انصاری (۱) رویکرد شیخ انصاری رحمته الله علیه در خرید و فروش سگ  
سید علی سهیلی نیک؛ امیر عباس صابری؛ حسن میری
- ۸۵ واکاوی ادله تعین تقلید از اعلم و ادله مخالفین  
ایمان بنی اسدی؛ حامد جعفری؛ هادی خانی
- ۱۰۵ تشریح حکم با استفاده از قاعده لاضرر (مورد ضمان)  
محمود احمدی فر؛ محمد مهدی علیمردانی؛ سید احمد موسوی
- ۱۳۵ گزارشی اجمالی از مقاله نسبت سنجی قاعده «تلف المبیع فی زمن الخيار ممن لا خيار له» با  
قاعده «يسقط الخيار بتلف العين»  
حامد یزدانی؛ محمد مهدی کریمی نیا؛ صادق طه‌پوری (نوروزی)



## قاعده فقهی حرمت اختلال نظام؛ مفاد، دلیل و گستره آن در فقه

غلام رضا احسنی\*<sup>۱</sup>

### چکیده

فقیهان حرمت اختلال نظام را در سه قلمرو اختلال نظام زندگی اجتماعی، نظام زندگی فردی و اختلال نظام شریعت مورد استدلال قرار داده‌اند. اصلی‌ترین دلیل بر این قاعده فقهی در هر سه حیطة، حکم عقل مستقل است که ظاهراً ترکیبی از لزوم نقض غرض و قواعد باب تزاحم باشد. تمسک به این قاعده گاه برای بیان حکمت حکم است که در این موارد، نمی‌توان از مورد ادله تجاوز کرده یا آن را تخصیص زد و گاه به عنوان دلیل برای حکم به قاعده تمسک شده، که در این موارد حکم دائر مدار اختلال نظام بوده و با فرض انتفای آن، حکم نیز منتفی خواهد شد. باید دانست: همانگونه که به حکم عقل، انجام کاری که موجب اختلال نظام شود، حرام است، حفظ نظام نیز واجب است و اگر حفظ نظام متوقف بر تعزیر باشد و با اعمال حدود و تعزیرات مقرر شرعی، نظام حفظ نگردد، عقل حاکم به حرمت اختلال نظام، تعزیر را نیز ثابت خواهد دانست.

واژگان کلیدی: قاعده فقهی، اختلال نظام، حفظ نظام، نظام اجتماعی، نظام

فردی، نظام شریعت

---

۱. تاریخ دریافت مقاله: آذر ۱۴۰۱.

\* استاد سطوح عالی مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران.



## مقدمه

در عصور حضور امامان معصوم علیهم السلام در کنار قرآن، سنت نبوی و عقل، محور حکم فقهی نفس وجود مقدس امامان معصوم علیهم السلام بوده که راویان با مراجعه به معصومین علیهم السلام احکام را تلقی کرده و گاه درباره قواعد جمع بین روایات مختلف نکاتی را از مبینان شریعت می‌آموخته‌اند. همین سخنان دستمایه استنباط فقهی در عصر غیبت است و سنت منقول از آنان به ضمیمه آیات، حکم عقل و اجماع ادله‌ای هستند که باید با تمسک به آنها، وظیفه مکلف را در موضوعات مختلف مشخص نمود. فقیه با استنباط فقهی خویش در این ادله کاوش کرده و با توجه به مفاد ادله، فتوا می‌دهد. او در مرحله اول استنباط، موضوع را به لحاظ حکم اولی ملاحظه کرده و با تمسک به ادله خاصه یا عمومات به دنبال یافتن حکم شرعی آن است. در مرحله دوم نوبت به رجوع به قواعد عامه‌ای مانند ضرر و حرج است که حکم را به لحاظ عنوان ثانوی ملاحظه کرده است. فقیه اگر عنوان ضرر یا حرج را بر موضوعی صادق بداند، مطابق آن حکم می‌کند چه به لحاظ حکم اولی جواز را استنباط کرده و چه قایل به الزام شده باشد. قواعد عامه متعددی وجود دارد که مستمسکی برای کشف حکم ثانوی قرار گرفته که یکی از مهم‌ترین آنها حرمت اختلال نظام است.

در قاعده فقهی حرمت اختلال نظام که از آن به وجوب حفظ نظام نیز یاد شده، گفته می‌شود: هر فعلی که موجب مختل شدن نظام باشد، حرام بوده و هر فعلی که حفظ نظام متوقف بر آن باشد، واجب است. با توجه به اینکه بحث تفصیلی درباره قاعده فقهی حرمت اختلال نظام در کلمات وجود نداشته اما از طرف مقابل در احکام عدیده‌ای به حرمت اختلال نظام تمسک شده است، شناخت مراد از این قاعده مهم و پرکاربرد و دلیل بر آن ضروری اما سخت است. مقاله حاضر سعی بر تبیین مراد از قاعده اختلال نظام و استدلال بر آن با تتبع موارد تمسک به قاعده و دقت در آنها دارد. هر چند به علت ندرت بحث از این دو جنبه در کلام بزرگان، نقاط تاریک متعددی پیش روی نویسنده وجود دارد و نگارنده نتوانسته تمام این نقاط را روشن کند.

تذکر این نکته ضروری است که در کلام برخی، گاه حفظ نظام به معنای حفظ حکومت و نظام سیاسی و گاه حفظ بیضه اسلام به کار رفته و حتی برخی، قاعده حفظ





نظام را به سه قاعده مجزا تفکیک کرده‌اند. اما به نظر می‌رسد اگر حفظ نظام سیاسی و حفظ بیضه اسلام به همان مراد متعارف از حفظ نظام برگشته و دو معنای مجزا باشند، دو قاعده جدیدی هستند که در متعارف کلمات از اختلال نظام و حفظ نظام این دو معنا اراده نشده و به همین دلیل، بحث از قاعده فقهی حرمت اختلال نظام نمی‌تواند متکفل بحث از آنها باشد.

### پیشینه

به جرأت می‌توان گفت: قاعده اختلال نظام یکی از عمومی‌ترین قواعد فقهی است که در جای جای فقه و در احکام متعددی بدان استدلال شده و حتی از نحوه برخورد فقیهان با این قاعده روشن می‌شود، مفاد این قاعده نزد آنان امری مسلم است. اما متأسفانه بحث مستقل درباره آن بسیار محدود بوده و در خور شأن قاعده‌ای به این اهمیت نیست.

اولین فقهی که در کلمات او تمسک به اختلال نظام مشاهده شد، سید مرتضی است. ایشان «فساد احوال مردم و اختلال نظام آنها» را دلیل بر لزوم حکومت بیان کرده است. (رسائل الشریف المرتضی؛ ج ۲؛ ص ۲۹۴) پس از ایشان، علامه در برخی از کلمات خویش، به این قاعده استدلال کرده است. ایشان دلیل جواز تقلید در فروع را لزوم «اختلال نظام عالم» در تکلیف عوام به اجتهاد، بیان نموده است. (الاجتهاد والتقلید (مبادئ الوصول إلى علم الأصول)؛ ص: ۲۴۷) ایشان در جایی دیگر، هشتمین شرط امام علیه السلام را صاحب رأی و نظر بودن دانسته و دلیل آن را توقف «قیام نظام نوع» بر آن دانسته است. (تذکره الفقهاء ط - الحديثه)؛ ج ۹، ص: ۳۹۴) فخر المحققین پسر علامه، در موارد بیشتری به اختلال نظام استدلال نموده و تمسک به این قاعده از عصر او فراوانی و گستردگی بیشتری یافته است. ایشان وجود شریعت و حدود را برای جلوگیری از «فساد نظام نوع» لازم دانسته (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۱، ص: ۳) و بر لزوم رفع نزاع به «تمام شدن نظام نوع» با آن استدلال کرده است. (همان؛ ج ۳، ص: ۲۱۷) فخر الدین با تمسک به «اختلال نظام نوع» بیان کرده، کسانی که کار آنان در شب است مانند نگهبانان، حق قسم زن را در روز قرار داده و نمی‌توانند در حق قسم بین روز و شب جمع کنند. (همان؛ ج ۳، ص: ۲۵۰) ایشان در جایی دیگر، قضاوت را از «مهمات نظام نوع انسانی» دانسته

(همان؛ ج ۴، ص: ۲۹۳) و با تمسک به «تمام شدن نظام نوع» با تحمّل شهادت، وجوب کفایی تحمّل شهادت را نتیجه می‌گیرد. (همان؛ ج ۴، ص: ۴۴۳)

پس از این دوران هر چند در کتاب‌های متعدّدی به اختلال نظام - به عنوانین مختلف - استدلال شده است، اما در هیچ یک از کتاب‌های فقهی و اصولی حتی کتاب‌های قواعد فقهیه، بحثی مستقل از این قاعده به چشم نمی‌خورد. تنها کتابی که به صورت مستقل از قاعده اختلال نظام البته به صورت بسیار مختصر بحث کرده، کتاب مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیه الاساسیه است. (مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیه الاساسیه؛ ج ۱، ص: ۹ - ۲۶) مقالات متعدّدی درباره قاعده اختلال نظام نگارش شده که می‌توان به دو مقاله «مبانی قاعده نفی اختلال نظام در فقه اسلامی و حقوق موضوعه» (محمد علی خورسندیان، الهام شرعی، فقه و مبانی حقوق اسلامی؛ سال ۴۰، شماره اول، ص: ۸۳ - ۱۰۴) و «قاعده‌ی اختلال نظام، مفاد و قلمرو آن در فقه» (سید جواد ورعی، حکومت اسلامی؛ شماره ۷۱، ص: ۵ - ۳۲) اشاره کرد.

## فصل اول: مفهوم شناسی اختلال نظام

### ۱-۱. «اختلال» و «نظام» در لغت

«اختلال»، مصدر باب افتعال از «خلل» است. «خلل» در لغت به معنای شکاف بین دو چیز و به معنای اضطراب داشتن شیء آمده است. (المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر؛ ج ۲، ص: ۱۸۰) «اختلال» در لغت به معنای سرکه شدن آب انگور یا خرما (کتاب العین؛ ج ۴، ص: ۱۳۹) ترجمه شده و در العین آمده است: «و اُخْتَلَّتْ: افتقرت. و اُخْتَلَّتْ إِلَى رُؤْيَتِكَ. أي: اشتقت.» (همان) در لسان العرب یکی از معانی «اُخْتَلَّتْ» نحیف شدن بیان شده است. (لسان العرب؛ ج ۱۱، ص: ۲۱۹) در مصباح المنیر «اُخْتَلَّتْ الشیء» به معنای تغییر و اضطراب معنا شده است. (المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر؛ ج ۲، ص: ۱۸۰) از بین این معانی ذکر شده، شاید تغییر و اضطراب به مفاد قاعده نزدیک‌تر باشد هر چند امکان دارد هر یک از معانی پیش گفته را نیز مصداقی از مصداقی دگرگونی دانست.

«نظام» در لغت به هر نخی که مروراید یا مانند آن را کنار هم قرار دهد، گفته می‌شود. (کتاب العین، ج ۸، ص: ۱۶۶) «نظام» گاه برملاک، شیوه و روش نیز اطلاق می‌گردد (همان) که به همان معنای اول بازگشت دارد. به همین دلیل، می‌توان «نظام» را به هر چیزی که



موجب استواری و هماهنگی اشیاء مختلف باشد، معنا کرد.

«حفظ» در لغت نقیص نسیان و به معنای کمی غفلت معنا شده (کتاب العین، ج ۳، ص: ۱۹۸) و ابن فارس اصل واحد آن را مراعات شیء بیان کرده است. (معجم المقایس اللغة، ج ۲، ص: ۸۷) فیومی نیز حفظ مال را به معنای جلوگیری از تلف و گم شدن می داند. (المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، ج ۲، ص: ۱۴۲)

با معانی بیان شده، می توان «حفظ نظام» را از نظر لغت، به معنای محافظت از استواری و هماهنگی بین اشیاء مختلف معنا کرده و «اختلال نظام» را از بین رفتن این هماهنگی و استواری تفسیر نمود.

## ۲-۱. اختلال نظام در اصطلاح فقهی

قاعده اختلال نظام یا حفظ نظام، به تعابیر مختلفی در کلمات فقیهان وارد شده است. «محافظة النظام» (کتاب القضاء (للمیرزا حبیب الله)؛ ج ۱، ص: ۹۱) «فساد نظام العالم» (الفردوس الأعلى؛ ص: ۱۳۸) «اختلال نظام العالم» (الاجتهاد و التقليد (مبادئ الوصول إلى علم الأصول)؛ ص: ۲۴۷) «حفظ نظام النوع» (مصباح الفقاهة (المکاسب)؛ ج ۲، ص: ۳) «فساد نظام النوع» (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۱، ص: ۳) «اختلال نظام النوع» (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۳، ص: ۲۵۰) «کمال نظام النوع» (المهذب البارع فی شرح المختصر النافع؛ ج ۱، ص: ۴۰۱) «تمام نظام النوع» (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۳، ص: ۲۱۷) «حفظ نظام المسلمین» (دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية؛ ج ۲، ص: ۶۱۰) «اختلال نظام امور العباد» (الاجتهاد و التقليد (مبادئ الوصول إلى علم الأصول)؛ ص: ۲۴۷) «بقاء نظام الاجتماع» (المهذب البارع فی شرح المختصر النافع؛ ج ۱، ص: ۴۰۱) «اختلال نظام الناس» (رسائل الشریف المرتضی؛ ج ۲، ص: ۲۹۴) «اختلال نظام المجتمع» (الدر النضید فی الاجتهاد و الاحتیاط و التقليد؛ ج ۱، ص: ۱۸۹) «اختلال نظام الأعراض و الأموال و النفوس» (ولاية الفقیه (للسید مصطفی الخميني)؛ ص: ۱۲) «اختلال نظام الناس معادا» (التعليقة على المكاسب (للاری)؛ ج ۲، ص: ۲۰۶) «اختلال نظام المعاش» (حاشية مجمع الفائدة و البرهان، ص: ۱۶۰) «اختلال نظام الناس معاشا» (التعليقة على المكاسب (للاری)؛ ج ۲، ص: ۲۰۶) «اختلال نظام الشرعيه» (الاجتهاد و التقليد (الفصول الغروية)؛ ص: ۴۲۵) «اختلال نظام المعاملات» (جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۷، ص: ۴۳۴) «اختلال نظام اقتصادی جامعه اسلامی»



توضیح المسائل (محشی - امام خمینی)؛ ج ۲، ص: ۲۲۳) «اختلال نظام القضاء» (الفقه المأثور؛ ص: ۴۰) «اختلال نظام المجاهده» (القواعد والفوائد في الفقه والاصول والعربية؛ ج ۱؛ ص: ۲۱۷) «اختلال نظام اقامه الجماعات و اثبات الحقوق والشهادات» (مجموعه مقالات؛ ص: ۴۶۷) «اختلال نظام المصالح» (كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه؛ ج ۳، ص: ۵۷۲) «اختلال نظام أهل الأنصاري» (قاعدة لا ضرر (لأغا ضياء)؛ ص: ۱۵۱) «اختلال نظام البدن» (مستند تحرير الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۳۳۷) هر چند در بیشتر عبارات ها، «اختلال نظام» به صورت مطلق وارد شده است.

برای بهتر فهمیدن مراد از «اختلال نظام» در کلام فقیهان، اشاره به عباراتی که به عنوان عطف تفسیری به «اختلال نظام» عطف شده مفید است. «فساد احوال مردم»، «تعطیل»، «هرج و مرج»، «هرج و مرج شدید»، «تشویش امور»، «تعطیلی امور مورد احتیاج»، «تعطیل شدن بازار و خودداری از خوردن و آشامیدن»، «استقرار نداشتن مردم»، «تفرقه»،<sup>۱</sup> «سنگ رو سنگ بند نشدن»، «به هم ریختن اجتماع»، «تضییع تمام حقوق»، «فساد فراگیر»، «سلب آرامش و قرار مردم» از جمله عباراتی هستند که در کنار اختلال نظام بیان شده اند.

با تعبیر نقل شده از فقیهان و هم چنین معنای لغوی اختلال نظام، می توان نتیجه گرفت: معنای اصطلاحی «اختلال نظام» به معنای لغوی آن نزدیک است. از منظر اصطلاحی، انجام یا ترک کاری که موجب شود هماهنگی و استواری موجود در زندگی افراد یا جامعه، از بین رود، اختلال نظام جامعه یا زندگی افراد است. این امر به صورت طبیعی، موجب تحقق هرج و مرج است و آرامش و قرار را از بین می برد و حقوق را ضایع می کند.

### ۱-۳. انواع اختلال نظام

از منظر فقیهان، اختلال نظام حرام بوده و حفظ نظام واجب است. اطلاق اختلال نظام در کلام فقیهان منصرف به اختلال نظام جامعه است اما با این حال اختلال نظام فردی نیز در دیدگاه فقیهان جایز نیست البته در صورتی که حفظ نظام زندگی فردی مستلزم اختلال نظام جامعه نشود. شواهد بر این مدعا فراوان است و به همین دلیل تنها به

۱. در برخی از کتاب ها تعبیر «الفوضی» وارد شده که «الفوضی» این گونه معنا شده است: «و صار الناس فوضی ای مفرقین،» کتاب العین، ج ۷، ص: ۶۴.



بخشی از کلام عالمان در حرمت و قبح اختلال نظام فردی اشاره می‌شود.

مرحوم شیخ انصاری در مبحث انسداد، اختلال نظام امر مکلف را به حکم مستقل عقل جایز نمی‌شمارد. (فوائد الأصول؛ ج ۱؛ ص ۴۰۷). بزرگان دیگری مانند میرزای شیرازی، (تقریرات آیه الله المجدد الشیرازی، ج ۴؛ ص: ۱۱۷) محقق نائینی، (فوائد الاصول؛ ج ۳؛ ص: ۲۴۹) محقق عراقی (نهایة الأفكار؛ ج ۳؛ ص: ۱۵۳) و محقق خوئی (غایة المأمول؛ ج ۲؛ ص: ۳۱۲) نیز، احتیاطی که موجب اختلال نظام زندگی فرد شود را جایز نمی‌دانند.

علاوه بر این کلمات، در موارد متعدد دیگری به علت لزوم اختلال نظام فردی حکم نفی شده است که برخی از آنها از نظر می‌گذرد:

محقق عراقی از داستان سمره نتیجه می‌گیرد که ضرر به غیر برای دفع اختلال نظام از نفس جایز است. (قاعدة لا ضرر (للاغاضياء)؛ ص: ۱۵۱) هم چنین محقق خوئی احتیاط و سواسی در صورتی که مستلزم اختلال نظام زندگی او شود را جایز نمی‌داند (التنقیح فی شرح العروة الوثقی؛ الطهارة ۲، ص: ۱۷۱) و بیان شده اگر وطی در دبر مستلزم ضرر زیاد و اختلال نظام بدن باشد، جایز نیست. (مستند تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۳۳۷) هر چند پذیرش مثال‌های مذکور از نظر صغروی نیازمند بحث است اما همانگونه که روشن است در این موارد بدون در نظر گرفتن جنبه عمومی اختلال نظام، نظام زندگی یک فرد نگاه شده و فعلی که موجب اختلال نظام زندگی این فرد شده برای او حرام تلقی گشته است. برخی دیگر از موارد وجود دارد که امکان دارد اختلال نظام فردی از آنها اراده شده یا حداقل هر دو جنبه اختلال نظام عمومی و فردی در آن مراد باشد که این موارد از این قرار است: عدم جواز تکرار عمل به علت احتیاط در فرض لزوم اختلال نظام، (المعالم الزلفی فی شرح العروة الوثقی؛ ص: ۱۱) عدم وجوب ریاضت در عبادت برای رسیدن به مکاشفه کاشف از واقع، (النور الساطع فی الفقه النافع؛ ج ۱، ص: ۲۱۴) جواز احتساب حق قسم زن در روز برای مردان شب کار. (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۳، ص: ۲۵۰) تعبیر به کاررفته در تمسک به قاعده اختلال نظام، نشانگر عمومیت مراد از قاعده در کلام برخی از فقیهان است. بدین معنا که علاوه بر حرمت اختلال نظام نوع و اختلال نظام فرد، اختلال نظام احکام شریعت (الاجتهاد و التقليد (الفصول الغروية)؛ ص: ۴۲۵) «اختلال نظام الشریعه» و هم چنین اختلال نظام برخی از احکام شریعت و اختلال نظام برخی



از نظامات اجتماعی نیز جایز نیست. این تعابیر به خوبی نشانگر این نگاه به قاعده اختلال نظام در کلام برخی از فقیهان است: «اختلال نظام المعاملات» (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۷، ص: ۴۳۴) «اختلال نظام اقتصادی جامعه اسلامی» (توضیح المسائل - محشی - امام خمینی؛ ج ۲، ص: ۲۲۳) «اختلال نظام القضاء» (الفقه المأثور؛ ص: ۴۰) «اختلال نظام المجاهده» (القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیة؛ ج ۱؛ ص ۲۱۷) «اختلال نظام اقامه الجماعات و اثبات الحقوق و الشهادات» (مجموعه مقالات؛ ص: ۴۶۷) شاید بتوان بازگشت اختلال نظام برخی از نظامات اجتماعی را به همان اختلال نظام نوع و زندگی اجتماعی دانست زیرا نظام زندگی نوع یا اختلال نظام معاملات مختل شده و برپا نمی‌گردد.

اختلال نظام تمام احکام شریعت و برخی از احکام شریعت مانند مجاهده و اثبات حقوق را می‌توان به لزوم نقض غرض مستدلّ کرد بدین بیان که هدف شارع مقدس از بیان احکام شریعت، پیاده شدن آنها در جامعه است. حال اگر وجود یک حکم باعث شود، احکام متعددی امکان اجرا نیافته و نظام احکام متعددی پایدار نشود، نقض غرض ایجاد شده و باید برای تحصیل زمینه امکان اجرای این احکام متعدّد، حکم موجب اختلال را نفی نمود. همانگونه که روشن است بازگشت این استدلال به تراحم بوده و فرض آن است که اجرا نشدن احکام متعدّد مفسده بیشتری از اجرا نشدن حکم واحد دارد. پس مراد از اختلال نظام احکام، اجرا نشدن احکام متعدّد است نه حکم واحد. از سویی دیگر، اگر فرض شود حکم واحد موجب اختلال، به حدی از اهمیت است که مفسده ترک آن بیش از مفسده ترک احکام متعدّد دیگر است، اجرای این حکم بر احکام متعدّد تقدیم خواهد داشت. البته در وقوع خارجی این فرض، تأمل جدّی وجود دارد.

تقریب بالا برای صورتی است که اختلال نظام در مرحله امثال تأثیر گذار باشد. می‌توان اختلال نظام شریعت را در مرحله استنباط نیز تصویر کرد. به این صورت که گاه لازمه یک برداشت اختلال نظام شریعت یا برخی از احکام شریعت است. در این فرض کشف می‌شود برداشت مذکور صحیح نبوده، باید به نحوی دیگر استنباط نمود. به عنوان نمونه شرط بودن عدالت واقعی در شاهد، امام جماعت و امور دیگری که



عدالت در آنها معتبر است، باعث تعطیلی اقامه شهود، اثبات حقوق، نماز جماعت و برخی دیگر از احکام است. از لزوم اختلال نظام کشف می‌شود: عدالت واقعی شرط نیست و عدالت در ظاهر کفایت می‌کند.

### فصل دوم: موارد استناد فقیهان به قاعده اختلال نظام

با مراجعه به کلام فقیهان به موارد متعددی برخورد می‌شود که یا قاعده اختلال نظام مورد استدلال قرار گرفته یا حداقل احتمال تمسک به قاعده اختلال نظام در این موارد بیان شده هر چند خود فقیه به چنین استدلالی اشکال صغروی داشته باشد. دقت به این نکته ضروری است که مفروض تمسک به قاعده اختلال نظام در برخی از موارد ذیل مانند حجیت قرعه، اثبات حکم در محدوده‌ای است که موجب اختلال نظام شود. البته در پاره‌ای از موارد، فقیه متکفل تطبیق لزوم اختلال نظام شده و حکم را به نحو عمومی ثابت دانسته است مانند حجیت اصاله الصحة فی فعل المسلم، حجیت اماره ید، مأذون بودن فقیه در زمان غیبت و برخی دیگر از موارد. در ادامه تنها عناوین این موارد بدون توضیح و تفسیر بیان می‌گردد چرا که تعداد این موارد به حدی زیاد است که تفسیر آنها، خارج از حوصله مقاله حاضر است.

با توجه به این مقدمه، مواردی که به قاعده اختلال نظام تمسک شده، از این قرار است:

#### موارد مرتبط به ولایت فقیه و اجتهاد و تقلید:

مأذون بودن فقیه در زمان غیبت نسبت به امور حسبه، (مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة ط - القدیمة؛ ج ۱۰، ص: ۲۱) ولایت فقیه نسبت به امور حسبه، (المکاسب و البیع للمیرزا النائینی؛ ج ۲، ص: ۳۳۸) اثبات ولایت عدول در فرض تعدد فقیه، (همان؛ ج ۲، ص: ۳۳۹، التعلیقة علی المکاسب (للاری)؛ ج ۲، ص: ۱۵۶) جواز رجوع به طواغیت بر فرض نبود فقیه، (ولایة الفقیه (للسید مصطفی الخمینی)؛ ص: ۱۶) عدم جواز مزاحمت فقیه با فقیه‌ی دیگر در اموری که رجوع به حاکم در آنها واجب است، (کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج ۳، ص: ۵۷۲، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية؛ ج ۱، ص: ۴۱۶ و...) عدم وجوب عینی اجتهاد، (الاجتهاد و التقليد (تنقیح الأصول)؛ ج ۴، ص: ۶۳۲، مصباح الفقاهة (المکاسب)؛ ج ۲، ص: ۳، نظریة العقد فی الفقه الجعفری؛ ص: ۱۸ و...) اجزاء فتوایی که مجتهد



از دليل ظنی به فساد آن رسیده نسبت به اعمال سابق، (سفينة النجاة و مشكاة الهدى و مصباح السعادات؛ ج ۱، ص: ۲۶) عدم حجیت قول مجتهد میت در افتا و قضاء، (كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء (ط - الحديثية)؛ ج ۱، ص: ۲۲۷) اجزاء تقلید از مجتهد میت نسبت به امور گذشته، (المعالم الزلفی في شرح العروة الوثقى؛ ص: ۸۲) واجب نبودن تحصیل علم به فتوای مجتهد، (النور الساطع في الفقه النافع؛ ج ۲، ص: ۵۴) جایز نبودن عدول اختیاری از مجتهد، (همان؛ ج ۲، ص: ۱۶۸، مدارك العروة (للإشتهاردي)، ج ۱، ص: ۱۰۲) توقف نهی از منکر یدی بر اذن، (دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية، ج ۲، ص: ۲۱۸) وجوب اخذ به حکم حاکم، (همان؛ ج ۲، ص: ۶۱۰)

### موارد مرتبط به قضا و شهادت:

وجوب قضاوت، (كتاب القضاء (للأغاضيا)؛ ص: ۸) عدم جواز ایقاف دعوی، (التنقيح في شرح العروة الوثقى؛ الاجتهاد والتقليد، ص: ۲۰۸، القواعد الفقهية (للبجنودي، السيد حسن)؛ ج ۳، ص: ۱۱۲) لزوم نصب قاضی برای شهر بدون قاضی، (جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ۴، ص: ۴۰) جواز قضاوت مقلد در شبهات موضوعیه با نصب مجتهد، (كتاب القضاء (للأشتياني ط - الحديثية)؛ ج ۱، ص: ۷۹) عدم لزوم اعلامیت قاضی نسبت به همه، (الدر النضيد في الاجتهاد والاحتياط والتقليد؛ ج ۲، ص: ۳۶۹) لزوم نصب قاضی به نحو خاص، (الفقه المأثور؛ ص: ۴۰) شرعیّت اجرای حدود در زمان غیبت، (مقالة في تحقيق إقامة الحدود في هذه الأعصار؛ ص: ۱۸۶) عدم جواز اجرای حدود توسط آحاد جامعه، (مباني تکملة المنهاج؛ ج ۴۱ موسوعة، ص: ۲۷۳) ضرورت وجود نفع در ادعا برای تعیین مدعی و منکر، (العناوين الفقهية؛ ج ۲، ص: ۵۹۱) عدم لزوم اختبار شاهد برای احراز عدالت، (جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ۱۳، ص: ۲۸۳) لزوم اختبار شاهد برای احراز عدم فسق، (همان؛ ج ۱۳، ص: ۲۸۶) عدم جواز تعریف عدالت به ملکه، (مصایب الظلام؛ ج ۱، ص: ۴۴۱، رسائل فقهية (للشيخ الأنصاري)؛ ص: ۲۵ و...) عدم اشتراط مرتبه علیا در عدالت، (مستمسک العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۵۱) قبول شهادت مستند به استصحاب، (القضاء والشهادات (للشيخ الأنصاري)؛ ص: ۲۷۹) لزوم فحص در ادعای اعسار، (كتاب القضاء (للأشتياني ط - الحديثية)؛ ج ۱، ص: ۲۷۴) قبول شهادت تبرّعی در حقوق الله از طرف کسی که حریص بر شهادت است، (الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع (للفيض)؛ ج ۱۴، ص: ۲۱۲) حکمت لزوم حاکم، نائب





حاکم، شاهد و مجری حدود، (المهذب البارع في شرح المختصر النافع؛ ج ۱، ص: ۴۰۱) جواز حبس متهم در فرض حصول اختلال نظام با عدم حبس متهم، (مجلة فقه أهل البيت عليه السلام بالعربية؛ ج ۳۵، ص: ۳۱) محدود بودن مهلت تجدید نظر خواهی، (دیدگاه‌های نو در حقوق؛ ج ۱، ص: ۲۵۴) حکمت تشریح قصاص، (الرسائل التسع (للأشتیانی)؛ ص: ۲۳۵) وجوب تحقیق و تفحص حاکم برای رسیدن به علم در اتهام‌ها در فرض توقف حفظ نظام بر آن، (صراط النجاة (المحشى للخوائي)، ج ۱، ص: ۴۲۰) جواز تعزیر بر هر معصیتی، (الدر المنضود في أحكام الحدود؛ ج ۲، ص: ۱۵۳) ضمانت جانی نسبت به هزینه‌های درمانی مجنی علیه، (قراءات فقهية معاصرة؛ ج ۲، ص: ۳۶۵) جواز غرامت گرفتن از مسلمان در قتل کافر غیر ذمی بر فرض توقف حفظ نظام بر آن، (المسائل المستحدثة (للفیاض)؛ ص: ۱۹۴) وجوب کفایه تحمّل شهادت، (إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد؛ ج ۴، ص: ۴۴۳) وجوب کفایه نگاشتن بدهی توسط آگاه به نگارش، (کنز العرفان في فقه القرآن؛ ج ۲، ص: ۴۷)

#### دلیل برای برخی از قواعد فقهی و امارات:

حکمت جعل حجیت برای امارات، (الاجتهاد و التقليد (تنقيح الأصول)؛ ج ۴، ص: ۶۴۵) حکمت حجیت خبر واحد، (الرسائل الأربع (للسبحاني)؛ ج ۳، ص: ۹۹) حجیت تبعدی امارات و عدم اشتراط ظن به وفاق یا عدم ظن به خلاف، (فقه الشيعة - الاجتهاد و التقليد؛ ص: ۱۹۷) دلیل اصاله الصحه فی فعل المسلم، (حاشية كتاب المكاسب (للهمداني)؛ ص: ۴۱۹، تکملة العروة الوثقى؛ ج ۲، ص: ۱۸۰، القواعد الفقهية (نهاية الأفكار)؛ ج ۴، ص: ۷۸ و..) تقدیم اصاله الصحه بر استصحاب، (القواعد الفقهية (للبجنوردي، السيد حسن)؛ ج ۱، ص: ۳۰۹) حجیت اماره ید و سایر اماراتی که عدم اعتبار آنها موجب اختلال نظام است، (بلغة الفقيه؛ ج ۳، ص: ۳۰۸، القواعد الفقهية (نهاية الأفكار)؛ ج ۴، ص: ۷۸ و..) حجیت قرعه، (العناوين الفقهية؛ ج ۱، ص: ۳۵۹) دلیل قاعده فراغ، (تبيان الصلاة؛ ج ۷، ص: ۱۱۷) دلیل نفی حرج، (ثلاث رسائل (للفاضل)؛ ص: ۹۲) عدم شمول ادله لا حرج نسبت به محرمات، (کتاب نکاح (زنجانی)؛ ج ۹، ص: ۲۹۵۶)

#### تمسک در کتاب الطهارة:

عدم نجاست ملاقی با چند واسطه متنجس، (مصباح الفقيه؛ ج ۸، ص: ۲۹) عدم تنجیس متنجس خشک، (الرسائل الفقهية (للبلاغي)؛ ص: ۱۴۹) مطهریت غیبت مسلمان، (دلیل العروة



الوثقی؛ ج ۲، ص: ۶۰۹) اعتماد به قول ذی الید در طهارت، (التنقیح فی شرح العروة الوثقی؛ الطهارة، ۱، ص: ۳۲۲، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - النجاسات و أحكامها؛ ص: ۳۸۱) تقدیم قول ذی الید در طهارت بر استصحاب نجاست، (التنقیح فی شرح العروة الوثقی؛ الطهارة، ۲، ص: ۱۶۹)

### تمسک در امور حکومتی:

ضرورت حکومت، (دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية، ج ۱، ص: ۵۵۴) ولایت فقیه نسبت به امور حسبه، (المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)؛ ج ۲، ص: ۳۳۸) مالکیت حکومت، (مجلة فقه أهل البيت عليه السلام (بالعربية)؛ ج ۷، ص: ۶۲) وجوب جهاد برای حفظ بیضه اسلام یا دفع از مسلمین در زمان غیبت، (کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء (ط - الحدیثة)؛ ج ۴، ص: ۳۷۷) وجوب جهاد برای حفظ بیضه اسلام یا دفع از مسلمین در زمان غیبت، (همان؛ ج ۴، ص: ۳۷۷) حلیت اخذ خراج و مقاسمه از سلطان جائر، (کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحدیثة)؛ ج ۲، ص: ۲۰۲، حاشیة المکاسب (للیرزدي)؛ ج ۱، ص: ۴۷ و...) حرمت تسویه نکردن قبوض دولتی دولت ظالم در فرض حصول اختلال نظام، (صراط النجاة (المحشى للخوانساري)؛ ج ۱، ص: ۵۵۵) حلیت انفال برای شیعیان در فرض نبود حکومت حقه، (دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية؛ ج ۴، ص: ۱۱۹) حرمت احتکار مؤدی به اختلال نظام، (حواریات فقهیة؛ ص: ۱۹۴) حرمت فروش آزاد کالایی که با یارانه به افراد داده شده در فرض کمی کالا در بازار، (المسائل المستحدثة (للفیاض)؛ ص: ۲۱۱) عدم مالکیت محیی در زمان حاضر، (مجلة فقه أهل البيت عليه السلام (بالعربية)؛ ج ۴، ص: ۱۳۵) جواز منع از تحجیر برای حفظ نظام، (دروس تمهیدية في الفقه الاستدلالي على المذهب الجعفري؛ ج ۳، ص: ۲۱۱) تعیین نرخ از سوی دولت برای جلوگیری از اختلال نظام اقتصادی جامعه، (توضیح المسائل (محشى - امام خمینی)؛ ج ۲، ص: ۲۲۳) حرمت تجاوز از قوانین وضع شده برای عدم اختلال نظام، (مجمع المسائل (للکلبایگانی)؛ ج ۳، ص: ۲۱۳، جامع المسائل (فارسی - فاضل)؛ ج ۲، ص: ۴۵۱) جواز قتل اسیر برای حفظ نظام، (الأسیر فی الإسلام؛ ص: ۲۲۵) جواز فی الجملة اخذ جرایم رانندگی، (استفتاءات (بهجت)؛ ج ۳، ص: ۱۸۷) تأسیس و اداره زندان ها، (دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية؛ ج ۲، ص: ۴۵۸) لزوم سختگیری بر مناققان و جاسوسان و لزوم داشتن جاسوس در لانه دشمن، (دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية؛ ج ۲، ص: ۷۴۴) وجوب تجهیز نیروها و ادوات نظامی، (دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية؛ ج ۲، ص: ۷۵۶) لزوم



وضع قانون و جواز محدود کردن آزادی افراد، (نظام الحكم في الإسلام (للمنتظري)؛ ص: ۳۰۲) لزوم تحقق عدالت اجتماعی، (قاعدة لا ضرر ولا ضرار (للسيستاني)، ص: ۱۵۱) جواز قلع وسیله اضرار توسط حاکم، (قاعدة لا ضرر ولا ضرار (للسيستاني)؛ ص: ۲۰۴) لزوم انتخاب فرمانده آگاه به امور نظامی زیر نظر حاکم شرعی به هنگام دفاع حتی با فرض نبود حکومت اسلامی، (رسالة توضیح المسائل (لمکارم)؛ ص: ۴۷۳)

### سایر موارد:

وجوب صناعاتی که ترک آنها موجب اختلال نظام است، (کتاب المکاسب) للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة؛ ج ۲، ص: ۱۳۷، حاشية المکاسب (لليزدي)، ج ۱، ص: ۲۸ و... و از اخذ اجرت بر واجبات نظامیه، (بلغة الفقيه؛ ج ۲، ص: ۱۴، کتاب القضاء (للميرزا حبيب الله)؛ ج ۱، ص: ۹۱، کتاب المکاسب) للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة؛ ج ۲، ص: ۱۳۸ و... کمت جعل حکم عمومی با وجود مفسده در غالب موارد نه تمام موارد مانند حرمت غناء، (ذريعة الاستغناء في تحقيق الغناء؛ ص: ۱۰۰) جواز اعانه فاسقان در مباحات، (حاشية المکاسب (للإيرواني)؛ ج ۱، ص: ۴۲) اثبات قاعده حسن و قبح عقلی، (الاجتهاد و التقليد (بحوث في الأصول)، ج ۳، ص: ۱۲۰) اشتراط جواز تصرف در مال غیر به احراز رضایت، (الفردوس الأعلى؛ ص: ۱۳۸) کفایت رضایت تقدیری در حلیت تصرف در ملک غیر، (مصباح المنهاج - کتاب الطهارة؛ ج ۲، ص: ۵۲) صحت ازدواج غیر مسلمین، (الفقه على المذاهب الخمسة؛ ج ۲، ص: ۳۱۵) وجوب تخییری نماز در وقت و عدم وجوب اشتغال به نماز در تمام وقت، (کتاب الصلاة (لکاشف الغطاء)؛ ص: ۳۰) حرمت شبیه سازی انسان (استنساخ)، (صراط النجاة (المحشى للخنوي)؛ ج ۳، ص: ۳۹۴) اشتراط امام یا منصوب امام در وجوب نماز جمعه، (صلاة الجمعة؛ ص: ۱۶۳) حرمت پیمان شکنی، (دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية؛ ج ۲، ص: ۷۳۵) عدم اعتنا به شک نسبت به اعمال گذشته، (کتاب الزکاة (للمنتظري)؛ ج ۴، ص: ۳۲۸) جواز نکاح با زنی که مطابق مذهب شوهرش طلاق داده شده، (کتاب نکاح (زنجانی)؛ ج ۱۱، ص: ۴۰۶۱) حکمت لزوم تعیین مقدار برای مهر، (همان؛ ج ۱۷، ص: ۵۳۵۵) حرمت اکل مازّه در طرق کثیر المازّه، (حاشية مجمع الفائدة و البرهان، ص: ۱۶۰) برائت ذمه طبیب با استبراء، (التعليقة على المکاسب (لللاري)؛ ج ۲، ص: ۲۰۶) جواز بیع وقف مخروب، (همان؛ ج ۲، ص: ۲۰۶) حصول ملکیت با معاطات، (هدی الطالب في شرح المکاسب؛ ج ۱، ص: ۳۷۲)

رجوع جاهل در هر صنعتی به عالم در آن صنعت، (الدر النضید فی الاجتهاد والاحتیاط و التقليد؛ ج ۱، ص: ۱۸۹) لزوم عمل به ظاهر کلام دیگران، (همان؛ ج ۱، ص: ۱۸۹) صحت عقد مضطرّ، (مهذب الأحکام (للسبزواری)؛ ج ۱۶، ص: ۲۸۶) عدم اشکال در تخلف عقود از دواعی و مقارنات، (همان؛ ج ۱۶، ص: ۳۲۷) منعقد نشدن یمین بر فعل حرام، (همان؛ ج ۲۲، ص: ۲۶۰) لزوم تصدیق وکیل، (منهل الغمام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲، ص: ۴۴) دلیل جواز قسمت مال مشترک توسط شریکان، (کتاب القضاء (للأشتیانی ط - الحدیثه)؛ ج ۲، ص: ۷۲۶) غرض مهم از عقد ازدواج، (الفردوس الأعلى؛ ص: ۱۳۵) تشریح معاملات، (مصباح الفقاهة (المکاسب)؛ ج ۲، ص: ۳) وجوب تأدیب اطفال به ترتیب بر ولیّ، حاکم و عدول مسلمین، (موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها؛ ج ۳، ص: ۳۱۵) عمل به حالت سابقه (استصحاب)، (أجود التقریرات؛ ج ۲؛ ص: ۳۵۷) وجه تشریح عقد اجاره، (کنز العرفان فی فقه القرآن؛ ج ۲، ص: ۷۳)

### فصل سوم: دلیل قاعده حرمت اختلال نظام

برای اثبات قاعده وجوب حفظ نظام و حرمت اختلال نظام، به اجماع، حکم عقل مستقل، قاعده لطف، (التعلیقة علی المکاسب (لللاری)؛ ج ۲، ص: ۲۰۶) ضرورت قطعی (ولاية الفقیه (للسید مصطفی الخمیني)؛ ص: ۱۲) و روایات تمسک شده، که می توان قاعده لطف و ضرورت قطعی را یکی از تقریب های حکم عقل دانست.

#### ۳-۱. اجماع و تسالم

با مشاهده کلام فقیهان، به نظر می رسد بتوان ادعا کرد، مخالف جدی در مقابل قاعده حفظ نظام وجود نداشته و بسیاری با تمسک به این قاعده برای اثبات حکم شرعی، صحت آن را مفروغ و مسلم تلقی نموده اند به حدی که در کلام هیچ فقیهی غیر از مرحوم ایروانی، (حاشیة المکاسب (للایروانی)؛ ج ۱، ص: ۵۲) مناقشه در این قاعده یافت نشده است. تنها نکته ای که می تواند مانعی در مقابل تمسک به اجماع باشد، سکوت غالب فقیهان متقدم به جز سید مرتضی، نسبت به این قاعده و تمسک بدان در احکام فقهی است. حتی این بزرگان نیز که به قاعده تمسک جسته اند، در موارد بسیاری محدود و انگشت شماری، قاعده حرمت اختلال نظام را دستاویز حکم فقهی قرار داده اند که در این موارد نیز نمی توان اثبات نمود یگانه دلیل بر حکم، قاعده حرمت اختلال نظام



است. همین نکته مانع احراز اجماع است و نمی‌توان به اجماع بر حرمت اختلال نظام تمسک کرد.

### ۳-۲. حکم عقل

همانگونه که اشاره شد، در کلام فقیهان استدلال به حکم عقل با سه تعبیر مختلف حکم عقل مستقل، مصداق قاعده لطف و ضرورت قطعی، بیان شده هر چند امکان دارد مراد از ضرورت قطعی همان حکم عقل مستقل بوده، تقریب دیگری مراد نباشد. از سویی دیگر، قاعده اختلال نظام قاعده‌ای عام است، نه تنها اختلال نظام جامعه را حرام اعلام می‌کند، اختلال نظام زندگی فردی را نیز جایز نمی‌شمارد. به همین دلیل، به هنگام تقریب حکم عقل، به نحوه دلالت عقل بر حرمت اختلال نظام در زندگی فردی نیز اشاره خواهد شد.

مرحوم شیخ انصاری (فرائد الأصول؛ ج ۳؛ ص ۳۵۰) برای اثبات اصل صحت در فعل مسلم به چهار دلیل تمسک کرده که آخرین دلیل حکم عقل مستقل است. ایشان در تقریب حکم عقل مستقل بیان می‌کند: اگر مطابق اصل صحت رفتار نشود، اختلال نظام معاد و معاش حاصل می‌گردد. نکته جالب در این استدلال، مسلم دانستن عدم جواز اختلال نظام است و تنها تکیه استدلال ایشان، اثبات صغرای اختلال نظام در اصل صحت می‌باشد. مرحوم شیخ انصاری برای اثبات حرمت اختلال نظام در زندگی فردی نیز به حکم عقل تمسک کرده و می‌فرماید: «الاستقلال العقل بقبح التكليف بما يوجب اختلال نظام أمر المكلف» (فرائد الأصول؛ ج ۱؛ ص ۴۰۷)

متأسفانه تبیین حکم عقل مستقل بر حرمت اختلال نظام، در کلام هیچ یک از فقیهان و اصولی‌ها مشاهده نشد، اما به نظر می‌رسد حکم عقل مستقل در حرمت اختلال نظام هم در نظام اجتماعی و هم در نظام فردی را می‌توان در فروض مختلفی بررسی کرد که در ذیل درباره تک تک آنها بحث می‌شود.

۱. جامعه یا فرد با مشغول شدن به یک کار، باید تمام کارهای دیگر مورد احتیاج زندگی خود یا تمام تکالیف الزامی متوجه به خود را رها کند مثلاً با رعایت احتیاط در نجاست و طهارت، از خوردن و آشامیدن بیشتر خوراکی‌ها و آشامیدنی‌ها و خرید و فروش و... خودداری کنند. در این فرض به روشنی عقل نظری قبح

را درک کرده و عقل عملی حکم به حرمت این کار داشته، می‌گوید: انجام کار موجب اختلال نظام جایز نیست و باید با رها کردن این کار، به امور مورد احتیاج زندگی سر و سامان بخشید و تکالیف الزامی را رعایت نمود.

۲. جامعه یا فرد با مشغول شدن به یک کار، باید غالب کارهای مورد نیاز خود و غالب تکالیف الزامی خود را رها کند. در این فرض نیز حکم عقل به حرمت این فعل بوده و باید آن را رها کرد. مثلاً افراد جامعه برای تأمین نیاز خود به نان، باید مراحل کاشت داشت و برداشت گندم را طی کرده، آن را آرد کنند و این آرد را به نان تبدیل نمایند، اگر تمام افراد جامعه مشغول به این کار شوند، غالب نیازهای مردم مانند حفاظت از مرزها، طبابت، تعلیم و تربیت و... تأمین نخواهد شد. در این فرض گفته می‌شود: تأمین نان با این مقدمات، توسط آحاد مردم در جامعه‌ای با نیازهای گسترده، موجب اختلال نظام بوده و حرام است. به همین دلیل باید به صورت واجب کفایی، فردی تأمین نان را برای افراد جامعه بر عهده گرفته و سایر افراد جامعه نیز با تقسیم وظایف، سایر نیازهای این جامعه را به عنوان واجب کفایی، تأمین نمایند. این جامعه با تقسیم کار به تمام نیازهای دنیوی و اخروی خود خواهد رسید بدون آنکه خلل در نظام آن ایجاد گردد.

۳. جامعه یا فرد با اشتغال به یک عمل، نمی‌تواند تمام نیازهای خود را تأمین کند هر چند غالب نیازهای او قابل تأمین است. یا با اشتغال به یک عمل نمی‌تواند تمام تکالیف الزامی خود را انجام دهد هر چند انجام غالب تکالیف الزامی ممکن است. در این فرض، بین عمل مورد اشتغال و نیاز تأمین نشده او یا تکلیف غیر قابل انجام، تراحم اتفاق افتاده و باید اهمّ را بر مهمّ تقدیم کند. مثلاً با اشتغال شخص به جهاد عینی، او دیگر نمی‌تواند مشغول به کسب و کار خود بوده و نیازهای زندگی همسر و فرزندان خود را تأمین کند، در این فرض بدون شک جهاد اهمّ بوده و باید بدان مشغول شود.

البته در مورد دوم و همین‌طور مورد اول نیز تقدیم یک عمل بر سایر اعمال نیز قابل فرض است، هر چند مصداق آن در مورد اول بسیار نادر بوده و در مورد دوم افراد محدودی را شامل است.



حکم مستقل عقلی را می‌توان به نحوی تقریب کرد که به تراحم بازگشت داشته باشد بدین نحو که تأمین یکی از نیازهای زندگی یا انجام یکی از تکالیف الزامی، تنها در صورتی ممکن است که سایر نیازهای زندگی رها شده یا سایر تکالیف الزامی زمین بماند، عقل با در نظر گرفتن مصالح موجود در این نیاز یا این حکم و مقایسه آن با مصالح موجود در سایر نیازها یا سایر تکالیف الزامی، اهم را تشخیص داده و حکمی غالبی دارد که مصالح موجود در نیازها و تکالیف متعدد، اهم از مصلحت موجود در نیاز واحد یا تکلیف واحد است.

تقریب دیگری از حکم عقل ممکن است که بازگشت آن به نقض غرض است.<sup>۱</sup> نقض غرض را می‌توان این گونه تقریب کرد: قرار دادن نیازهای متعدد در انسان از جانب خداوند متعال و هم چنین تکالیف‌های الزامی متعدد، نشانگر وجود غرض الهی در تأمین این نیازها و انجام این تکالیف است. حال اگر حکمی وجود داشته باشد که لازمه عمل به آن، کنار گذاشتن این تکالیف متعدد باشد یا اشتغال به تأمین یک نیاز موجب رها کردن سایر نیازها باشد، عمل به این حکم یا تأمین این نیاز، با غرض الهی تنافی داشته و در نتیجه خداوند اجازه این عمل و تأمین این نیاز را نمی‌دهد. به نظر می‌رسد تقریب صحیح از حکم عقل مستقل، ترکیب نقض غرض و تراحم بوده و هیچ یک به تنهایی توانایی اثبات حرمت اختلال نظام را ندارند.

### ۳-۳. روایات

علاوه بر حکم عقل مستقل، به روایات نیز بر حرمت اختلال نظام تمسک شده که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

### ۳-۱. روایت حفص بن غیاث

حفص بن غیاث از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که شخصی به حضرت علیه السلام عرض کرد: اگر چیزی را در دست مردی دیدم آیا می‌توانم شهادت دهم که این مال برای اوست؟ حضرت علیه السلام فرمود: بله. آن شخص گفت: شهادت می‌دهم که آن مال در دست اوست و

۱. مرحوم شیخ انصاری در برخی از مواضع با تعبیر نقض غرض از حرمت اختلال نظام یاد کرده است. *إلا أنه لا ريب في أن الاحتياط في الجميع موجب لاختلال النظام كما ذكره المحدث المتقدم ذكره، بل يلزم أزيد مما ذكره، فلا يجوز الأمر به من الحكيم؛ لمنافاته للغرض.* (فرائد الأصول، ج ۲، ص: ۱۳۷).

شهادت نمی‌دهم که مال برای اوست شاید این مال متعلق به دیگری باشد. حضرت علیه السلام به او فرمود: آیا می‌توان این مال را از او خرید؟ آن شخص گفت: بله حضرت علیه السلام فرمود: شاید برای دیگری باشد پس چگونه خرید آن جایز بوده و داخل در ملک تو می‌شود و پس از آن می‌گویی ملک من است و حتی بر آن نیز قسم یاد می‌کنی. در حالی که شخصی را که مال را از او خریدی، مالک نمی‌دانی؟ سپس حضرت علیه السلام فرمود: اگر این امر جایز نباشد، برای مسلمانان بازاری باقی نمی‌ماند. (الکافی (ط - الإسلامية)؛ ج ۷؛ ص ۳۸۷) سلیمان بن داود المنقری و حفص بن غیاث در سند این روایت، عامی ثقه هستند. در سند نام قاسم بن یحیی وجود دارد که ظاهراً تصحیف قاسم بن محمد است زیرا نه تنها روایت در بیشتر نسخ کافی (کافی (ط - دار الحدیث)؛ ج ۱۴؛ ص ۵۸۲) و همینطور تهذیب (تهذیب الأحکام ج: ۶ ص: ۲۶۱) از قاسم بن محمد نقل شده، بلکه در هیچ یک از اسناد، قاسم بن یحیی از سلیمان بن داود روایت نداشته و در سوی مقابل، قاسم بن محمد اصفهانی راوی کتاب سلیمان بن داود بوده (رجال النجاشی ص: ۱۸۵، رقم: ۴۸۸ و فهرست الطوسی ص: ۲۲۱، رقم: ۳۲۶) و روایات متعددی را از او نقل کرده است.<sup>۱</sup> هر چند نجاشی قاسم بن محمد را مرضی ندانسته<sup>۲</sup> و ابن غضائری نیز روایات او را تنها به عنوان شاهد پذیرفته است،<sup>۳</sup> اما روایات نقل شده توسط ابراهیم بن هاشم از او، به حدی زیاد است که موجب اطمینان به وثاقت قاسم بن محمد اصفهانی می‌شود. پس باید گفت: این روایت به علت وجود سلیمان بن داود و حفص بن غیاث که عامی ثقه هستند، موثقه به شمار می‌آید.

در ناحیه دلالت روایت بر حرمت اختلال نظام، به نظر می‌رسد روایت به قرینه تعلیل که باید به امر ارتکازی باشد، ناظر به حکم عقل است. به همین دلیل، از این روایت حرمت اختلال نظام استفاده می‌شود. البته این روایت تنها اشاره به حرمت اختلال نظام در جامعه اسلامی دارد که از حکم عقل نیز بیش از این استفاده نمی‌شود.

۱. در بیش از ۱۰۰ سند قاسم بن محمد گاه با تصریح به الاصبهانی و گاه به صورت مطلق، از سلیمان بن داود نقل روایت کرده که به علت کثرت این موارد، نیازی به آدرس دهی وجود ندارد.

۲. رجال النجاشی ص: ۳۱۵، رقم: ۸۶۳ القاسم بن محمد القمي يعرف بكاسولالم يكن بالمرضي.

۳. ابن الغضائري ج: ۱ ص: ۸۶، رقم: ۱۱۳ القاسم بن محمد الأصبهاني كاسولاً أبو محمد. حدیثه يعرف تارة وینکر آخری. و يجوز أن يخرج شاهدا.



### ۳-۲-۳. روایت علل الشرائع

به روایات دیگری نیز بر قاعده اختلال نظام استدلال شده است<sup>۱</sup> که تنها به یک روایت اشاره می‌شود.

فضل بن شاذان در ضمن علل احکام، از امام رضا علیه السلام نقل کرده است:

گر پرسیده شود چرا خداوند صاحبان امری قرار داد و ما را به اطاعت از آنان امر کرد؟ در پاسخ گفته می‌شود به خاطر علت‌های زیادی از جمله: برای مردم حدی قرار داده شده و امر شده‌اند که از آن حدود تجاوز نکنند تا دچار فساد نشوند و این امر تنها در صورتی محقق می‌شود که خداوند امینی را قرار دهد که مباحات را به آنان گوشزد کند و آنان را از تجاوز در ممنوعات بازدارد. زیرا اگر چنین امینی وجود نداشته باشد، برخی لذت و سود خود را ترجیح می‌دهند هر چند موجب فساد دیگری شود. پس برای مردم سرپرستی قرار داده شد تا آنان را از تباهی بازدارد و حدود و احکام را در آنان استوار نماید. (علل الشرائع؛ ج ۱؛ ص ۲۵۳) سند روایت در علل به این نحو است: «حَدَّثَنِي عَبْدُ الْوَاحِدِ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ سُرَيْسُرٍ الْقَطَّانِيُّ قَالَ حَدَّثَنِي أَبُو الْحَسَنِ عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ قُتَيْبَةَ النَّيْسَابُورِيُّ قَالَ قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ الْفَضْلُ بْنُ شَاذَانَ النَّيْسَابُورِيُّ»

نجاشی درباره فضل بن شاذان می‌نویسد: پدرش از اصحاب یونس بود. او از امام جواد علیه السلام روایت می‌کند و گفته شده از امام رضا علیه السلام نیز روایت کرده است. او ثقة بود و یکی از اصحاب فقیه و متکلم ماست. او جایگاه و جلالتی بین شیعیان دارد و در منزلت مشهورتر از آن است که توصیف کنم. (رجال النجاشی ص: ۳۰۷ رقم: ۸۴۰) هر چند عبد الواحد بن محمد بن عبدوس در کتب رجال توثیق نشده است، اما از مشایخ شیخ صدوق است و مکرر از او روایت کرده است. همین نشانگر اعتماد شیخ صدوق به اوست و وثاقت او را ثابت می‌کند. علی بن محمد بن قتیبه نیز توثیق صریح ندارد اما شیخ طوسی او را شاگرد فضل بن شاذان و فاضل معرفی می‌کند (رجال الطوسی ص: ۴۲۹،

۱. مانند: تحف العقول؛ النص؛ ص ۳۳۲ اما تفسیر التجارات فی جمیع النبیوع و وجوه الحلال من وجیه التجارات التي يجوز للبائع أن يبيع بما لا يجوز له وكذلك المشتري الذي يجوز له شراءه بما لا يجوز له فكل ما مور به بما هو غذا للعباد و قواهم به في أمورهم في وجوه الصلاح الذي لا يقيمهم غيره بما يأكلون و يشربون و يلبسون و ينكحون و يملكون و يستعملون من جهة ملكهم و يجوز لهم الاستعمال له من جميع جهات المنافع التي لا يقيمهم غيرها من كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بيئه...



رقم: ۶۱۵۹) که ظهور در توثيق او دارد. هم چنين مورد اعتماد کشي در رجال است. (رجال النجاشي ص: ۲۵۹، رقم: ۶۷۸) امکان دارد از عبارت شيخ صدوق پس از نقل روايتي که عبد الواحد بن محمد بن عبدوس و علي بن محمد بن قتيبه در سند آن حضور دارند، نيز بتوان توثيق اين دو راوي را استفاده کرد. ايشان پس از نقل روايت، مي نويسد: و حديث عبد الواحد بن محمد بن عبدوس عليه السلام عندي أصح ولا قوة إلا بالله (عيون أخبار الرضا عليه السلام؛ ج ۲؛ ص ۱۲۷) صحيح دانستن روايت ظهور در پذيرش سند آن دارد و در اين سند، عبد الواحد بن محمد بن عبدوس و علي بن محمد بن قتيبه حضور دارند!

يکي از اشکالات مطرح شده به سند روايت اين است که پدر فضل بن شاذان از اصحاب امام جواد عليه السلام است و حتي در برخي از اسناد، فضل بن شاذان با دو واسطه از امام جواد عليه السلام روايت کرده است، (رجال الکشي؛ ص: ۴۸۴، رقم: ۹۱۳) هم چنين شيخ طوسي فضل بن شاذان را در اصحاب امام جواد عليه السلام و امام هادي عليه السلام ترجمه کرده و نامي از او در اصحاب الرضا عليه السلام نبرده است. با توجه به اين مطالب، ثابت نيست فضل بن شاذان امام رضا عليه السلام را درک کرده باشد و حتي نام نبردن فضل بن شاذان در اصحاب الرضا عليه السلام ظهور در اين دارد که فضل بن شاذان امام رضا عليه السلام را درک نکرده است. پس در نقل او از امام رضا عليه السلام سقط وجود دارد که با توجه به مجهول بودن واسطه، روايت ضعيف قلمداد خواهد شد.

اما اين اشکال صحيح نيست زيرا نهايت چيزي که با اين اشکال بيان شده، دلالت سکوت شيخ طوسي در نام بردن فضل در اصحاب الرضا عليه السلام بر درک نکردن امام رضا عليه السلام است و اين دلالت سکوتي با نقل شيخ صدوق و تصريح فضل بن شاذان از بين خواهد رفت. محمد بن علي بن قتيبه از فضل مي پرسد: آیا اين عللي که نقل کردی، با استنباط به دست آوردی و نتيجه استدلال عقلي است يا آن را شنیده ای و روايت کرده ای؟ فضل در پاسخ مي گويد: من مراد خداوند از فرايض و مراد پیامبر عليه السلام را از سنن نمی دانم و از ناحيه خودم احکام را تعليل نکردم بلکه از مولای علي بن موسی الرضا عليه السلام در جلسات مختلف شنيدم و آن را جمع آوري کردم. علي بن محمد بن قتيبه

۱. راه کار اخير برای توثيق ابن قتيبه و ابن عبدوس، متوقف بر آن است که مراد از اصح در کلام شيخ صدوق، صحت از طريق قرائن خارجي نباشد و اين قابل اثبات نيست. اما راه هايي که در ابتدا بيان شد، تمام است. بحث درباره سند اين روايت مفصل است و به همين ميزان اکتفا مي شود.



از فضل می پرسد: پس این علل را به واسطه تو از امام رضا علیه السلام نقل کنم؟ فضل گفت: بله. (عیون أخبار الرضا علیه السلام؛ ج ۲؛ ص: ۱۲۱) در این روایت بیان شده است: علت نصب صاحبان امر، جلوگیری از فساد در جامعه است. همین مطلب نشانگر آن است که فساد جامعه امری مبعوض است که خداوند برای جلوگیری از آن، امام نصب کرده است.

در جمع بندی روایات باید گفت: اگر این روایات اشاره به حکم ارتکازی عقل داشته باشند، ارشاد به حکم عقل مستقل هستند و می توانند مؤیدی برای صحت حکم عقل باشند اما در صورتی که روایات را ناظر به حکم عقل ندانسته و بیان کننده حکمی مجزا بدانیم، نمی توان از آنها عمومیت را استفاده کرد زیرا در این روایات تنها در برخی از مصادیق مانند قاعده ید و جعل اولوا الامر، به اختلال نظام تمسک شده و در آنها قاعده حرمت اختلال نظام، به عنوان قاعده ای عام بیان نشده است. از سویی دیگر، از این روایات استفاده می شود یکی از وجوهی که شارع در جعل احکام به آن توجه کرده، جلوگیری از اختلال نظام است نه آنکه حفظ نظام امری واجب بوده و تعیین مصداق آن بر عهده مکلف باشد. اشکال اخیر در کلام مرحوم ایروانی وارد شده و ظاهراً ایشان نظر خویش را در اشکال به قاعده اختلال نظام، تنها به روایات معطوف کرده است.

### ۳-۴. انکار قاعده به علت اجمال و نبود دلیل

مرحوم ایروانی در حاشیه مکاسب، (حاشیه المکاسب (للایروانی)؛ ج ۱، ص: ۵۲) وجوب صنایع به علت حفظ نظام را مبتلا به اشکال کبروی و صغروی دانسته و در تقریب اشکال کبروی می فرماید: دلیلی بر وجوب حفظ نظام وجود ندارد مگر در حفظ نفس از هلاکت و ضرر. روایت حفص بن غیاث که دلیل قاعده ید را عدم بقاء بازار در عمل نکردن بدان دانسته نیز، دلالت بر مدعا ندارد. زیرا این روایت تنها بیان می کند شارع در تکالیف خود، حفظ نظام را رعایت کرده نه آنکه حفظ نظام امری لازم بوده و تعیین مصداق آن با مکلف است. ایشان در تبیین اشکال صغروی بیان می کند: مقصود از اختلال نظام روشن نیست. آیا اختلال نظام اجتماعی اروپاییان و سرمایه داران مورد نظر است یا نظام اجتماعی ساکنان منطقه ای از آسیا یا نظام زندگی روستایی یا زندگی عشایری یا زندگی غارنشینی؟ همانگونه که روشن است نظام، عرض عریض و مراتب



مختلفی داشته و در ثانی اختلاف فاحشی در عصرهای مختلف دارد. مگر آن که گفته شود: در هر زمان، نظام زندگی متناسب با آن عصر و زمانه مورد نظر است.

به نظر می‌رسد اشکال مرحوم ایروانی در تمسک به روایت حفص بن غیاث را تنها می‌توان با نظارت روایت به حکم عقل و ضمیمه حکم عقل پاسخ داد. البته باید دقت داشت: با پذیرش حکم عقل به حرمت اختلال نظام و وجوب حفظ نظام، حتی با فرض عدم امکان استناد به روایات، قاعده فقهی حرمت اختلال نظام ثابت خواهد بود.

### فصل چهارم: گسترده قاعده حرمت اختلال نظام

#### ۱-۴. وجوب حفظ نظام یا حرمت اختلال نظام

همانگونه که بیان شد، عقل مستقل عملی که موجب اختلال نظام کلی یا غالبی شود را حرام می‌داند و حکم عمل موجب اختلال نظام جزئی را با اهمّ و مهم کردن به دست می‌آورد. با این تقریب از حکم عقل، اگر مراد از وجوب حفظ نظام، وجوب حفظ اصل نظام باشد این سخن صحیح بوده و اشکالی بر آن وارد نیست چرا که همانگونه که عقل مستقل، اختلال نظام را حرام می‌داند، جلوگیری از اختلال نظام را نیز واجب می‌شمرد که همین به معنای وجوب حفظ نظام است. اما اگر وجوب حفظ نظام کامل اراده شده باشد به این نحو که نباید در نظام زندگی اجتماعی یا فردی هیچ خللی وارد شود و در مقابل باید تمام نیازهای یک جامعه تأمین گردد، این سخن صحیح نیست. زیرا بیان شد: دلیل اصلی بر حرمت اختلال نظام، حکم عقل است و ملاک حکم نیز رعایت قواعد باب تراحم می‌باشد. به همین دلیل، گاه عقل حکم به وجوب حفظ نظام و حرمت فعل موجب اختلال نظام کرده، گاه حکم به تقدیم فعل موجب اختلال نموده و اختلال نظام را حرام نمی‌داند و به تبع آن، حفظ نظام را نیز واجب تلقی نخواهد کرد. تعابیر موجود در کلام فقیهان نیز مؤید وجوب حفظ نظام در دیدگاه آنان است چرا که، تعابیر «محافظة النظام»، «حفظ نظام النوع»، «کمال نظام النوع»، «تمام نظام النوع»، «حفظ نظام المسلمین» و «بقاء نظام الاجتماع» در کلام آنان به کار رفته است.

#### ۲-۴. ثبوت تعزیر با تمسک به قاعده اختلال نظام

آیت الله گلپایگانی پس از بیان عدم امکان انکار کبرای وجوب حفظ نظام و حرمت اختلال نظام، بیان می‌کند: هر چند هدف قوانین الهی و نظامات شرعی، ایجاد نظم در



جامعه و استقرار آن در عالم اسلامی است، اما خداوند برای حفظ نظام اموری مانند حدود و تعزیرات در موارد خاص و امر به معروف و نهی از منکر را جعل کرده و باید برای حفظ نظام بدان عمل نمود. به همین دلیل، نمی‌توان با تمسک به دلیل اختلال نظام، حدود و تعزیرات را در غیر از مواردی که شارع تجویز نموده، جایز شمرد. ایشان در تعبیری دیگر بیان می‌کند: اگر دفع اختلال واجب با اجرای مقررات شرعی و حدود و تعزیرات بیان شده در شریعت امکان داشته باشد، نمی‌توان با حکم عقل به لزوم حفظ نظام، طریق دیگری را برای حفظ نظام تعریف کرد و باید به همان طریق بیان شده در شریعت، اکتفا نمود. ایشان در انتها بیان کرده: مگر آنکه ولایت مطلقه فقیه را به این معنا که فقیه صلاحیت جعل احکام را نیز داشته باشد، اثبات کنیم که اثبات این نوع ولایت حتی برای پیامبر ﷺ و ائمه طاهرين علیهم‌السلام مشکل است. (الدر المنضود في أحكام الحدود؛ ج ۲، ص: ۱۵۳-۱۵۵)

در مراد مرحوم گلپایگانی سه احتمال وجود دارد که صحت هر یک از آنها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

اگر مراد ایشان خاص بوده و تنها بیان می‌کنند: در مواردی که با اِعمال حدود و تعزیرات مقرر شرعی، نظام قوام می‌یابد، ممکن نیست بتوان با تمسک به دلیل حرمت اختلال نظام جعل تعزیر نمود، ظاهراً این سخن حق بوده و دلیل حفظ نظام توانایی اثبات تعزیر را نداشته باشد. تعبیر دوم ایشان از اشکال که فرمود: «اگر دفع اختلال واجب با اجرای مقررات شرعی و حدود و تعزیرات بیان شده در شریعت امکان داشته باشد، نمی‌توان با حکم عقل به لزوم حفظ نظام، طریق دیگری را برای حفظ نظام تعریف کرد» ظهور در همین معنا دارد.

اما در صورتی که ایشان در فرضی که حتی با به کارگیری حدود و تعزیرات مقرر شرعی، نظام قوام نیافته و راه منحصر در حفظ نظام، تعزیر باشد، جعل تعزیر را ممکن ندانند، به نظر می‌رسد این سخن صحیح نبوده و همانگونه که عقل مستقل برای حفظ نظام حکم را اثبات کرده، تعزیر را نیز جعل خواهد کرد. البته شاید به نظر مرحوم گلپایگانی، با اِعمال حدود و تعزیرات مقرر شرعی، اختلال نظامی رخ نمی‌دهد نه آنکه با فرض امکان وقوع اختلال نظام و توقف حفظ نظام بر جعل تعزیر، نمی‌توان با تمسک به دلیل اختلال نظام، تعزیر را اثبات کرد.

امکان دارد به عنوان احتمال سومی در کلام مرحوم گلپایگانی گفته شود: ایشان قاعده اختلال نظام را تنها نافی حکم دانسته و معتقدند با تمسک به قاعده اختلال نظام نمی‌توان حکمی را اثبات کرد چه آن حکم، تعزیر بوده و چه حکمی دیگر باشد. اما نگاه به صدر و ذیل کلام مرحوم گلپایگانی و هم چنین موضوع بحث ایشان (احکام حدود) به خوبی نشانگر عمومیت نداشتن کلام ایشان بوده و ظاهراً تنها در جعل تعزیر با تمسک به قاعده اختلال نظام اشکال دارند. حتی به نظر می‌رسد ایشان تنها جعل تعزیر را در فرض قوام نظام با اِعمال حدود و تعزیرات مقرر شرعی و هم چنین امر به معروف و نهی از منکر، ممکن ندانسته است.

### جمع بندی و نتیجه گیری

دقت در موارد تطبیق قاعده اختلال نظام، نشانگر بیان قاعده در دو مقام مختلف است. گاه با تمسک به یکی از ادله اربعه، حکم تثبیت شده و در مقام بیان حکمت حکم، به لزوم اختلال نظام اشاره شده است و گاه با تمسک به لزوم اختلال نظام حکمی نفی یا اثبات شده است. همانگونه که روشن است، در مقام اول نمی‌توان حکم را منوط به اختلال نظام دانسته و در صورت عدم لزوم اختلال نظام در برخی از مصادیق یا زمان و مکان مختلف، حکم را نفی نمود. اما در مقام دوم، حکم دایره مدار اختلال نظام بوده و با نبود آن، حکم نیز منتفی خواهد بود.

اصلی‌ترین دلیل بر قاعده حرمت اختلال نظام، حکم عقل مستقل که ترکیبی از نقض غرض و قواعد باب تراحم است، می‌باشد و همانگونه که عقل مستقل، اختلال نظام را حرام می‌داند، حفظ نظام را به تفسیری که بیان شد، واجب دانسته و برای حفظ نظام، در دایره‌ای که با اِعمال حدود و تعزیرات مقرر شرعی، نظام حفظ نشده و حفظ نظام متوقف بر جعل تعزیر باشد، جعل تعزیر می‌کند.

این دلیل علاوه بر آنکه در اختلال نظام جامعه تطبیق می‌شود، در اختلال نظام فردی نیز تطبیق شده و عقل مستقل اختلال نظام زندگی فردی را نیز حرام می‌داند. باز قاعده اختلال نظام، با همین تقریب در تعطیل شدن نظام تمام احکام یا نظام برخی از احکام، جریان دارد.

## منابع و مأخذ

### نهج البلاغه؛

۱. ابن بابويه، محمد بن علی، علل الشرائع - قم، چاپ: اول، ۱۳۸۵ ش / ۱۹۶۶ م.
۲. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی، تحف العقول - قم، چاپ: دوم، ۱۳۶۳ / ۱۴۰۴ ق.
۳. ابن فارس، أحمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۴ ق. فراهیدی،
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب - بیروت، چاپ: سوم، ۱۴۱۴ ق.
۵. اشتهاودی، علی پناه، مدارک العروة (للإشتهاودی)، دار الأسوة للطباعة و النشر، تهران - ایران، اول، ۱۴۱۷ ق.
۶. اصفهانی، محمد حسین کمپانی، الاجتهاد و التقليد (بحوث في الأصول)، دفتر انتشارات اسلامی، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۶ ق
۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین، القضاء و الشهادات (للشیخ الأنصاری)، در یک جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ ق
۸. \_\_\_\_\_، رسائل فقهية (للشیخ الأنصاری)، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۴ ق
۹. \_\_\_\_\_، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحديثية)، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ ق
۱۰. \_\_\_\_\_، فرائد الأصول - قم، چاپ: نهم، ۱۴۲۸ ق.
۱۱. ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، حاشیة المکاسب (للایروانی)، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران - ایران، اول، ۱۴۰۶ ق
۱۲. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، الرسائل التسع (للآشتیانی)، انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ ق
۱۳. \_\_\_\_\_، کتاب القضاء (للآشتیانی ط - الحديثية)، انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی رحمته، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ ق
۱۴. آملی، میرزا هاشم، القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد (مجمع الأفكار)، المطبعة العلمية، قم - ایران، اول، ۱۳۹۵ ق
۱۵. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، القواعد الفقهية (للبنجنوردی، السید حسن)، نشر الهادی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ ق





۱۶. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقيه، ۴ جلد، منشورات مكتبة الصادق، تهران - ايران، چهارم، ۱۴۰۳ ق
۱۷. بحرانی، آل عصفور، حسين بن محمد، الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع (للفيض)، مجمع البحوث العلمية، قم - ايران، اول، ۱۴۲۳ ق
۱۸. بحرانی، محمد سند، فقه الطب و التضخم النقدي، مؤسسة أم القرى للتحقيق و النشر، بيروت - لبنان، اول، ۱۴۲۳ ق
۱۹. بروجردی، آقا حسين طباطبائی، تبيان الصلاة، گنج عرفان للطباعة و النشر، قم - ايران، اول، ۱۴۲۶ ق
۲۰. بلاغی، محمد جواد بن حسن، الرسائل الفقهية (للبلاغي)، مركز العلوم و الثقافة الإسلامية، قم - ايران، اول، ۱۴۲۸ ق
۲۱. بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، حاشية مجمع الفائدة و البرهان، مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، قم - ايران، اول، ۱۴۱۷ ق
۲۲. \_\_\_\_\_، مصابيح الظلام، مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، قم - ايران، اول، ۱۴۲۴ ق
۲۳. تبریزی، جعفر سبحانی، الرسائل الأربع (للسبحانی)، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ ق
۲۴. تهرانی، سيد محمد حسين حسینی، صلاة الجمعة، عرش نديشه، قم - ايران، اول، ۱۴۲۸ ق
۲۵. جزائری، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، مؤسسة دار الكتاب، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ق
۲۶. جمعی از مؤلفان، مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام (بالعربية)، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت عليهم السلام، قم - ايران، اول، بی تا
۲۷. حسنی، هاشم معروف، نظرية العقد في الفقه الجعفري، منشورات مكتبة هاشم، بيروت - لبنان، اول، بی تا
۲۸. حکيم، سيد محسن طباطبائی، مستمسك العروة الوثقى، مؤسسة دار التفسير، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ق
۲۹. حکيم، سيد محمد سعيد طباطبائی، حواريات فقهية، مؤسسه المنار، بيروت - لبنان، اول، ۱۴۱۶ ق





۳۰. \_\_\_\_\_، مصباح المنهاج - كتاب الطهارة، مؤسسة المنار، قم - ايران، بی تا
۳۱. حلی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، المذهب البارع في شرح المختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامی، قم - ايران، اول، ۱۴۰۷ق
۳۲. حلی، حسین، دليل العروة الوثقی، مطبعة النجف، نجف اشرف - عراق، اول، ۱۳۷۹ق
۳۳. حلی، مقداد بن عبد الله سیوری، كنز العرفان في فقه القرآن، قم - ايران، اول، بی تا
۳۴. خليل بن أحمد، كتاب العين - قم، چاپ: دوم، ۱۴۰۹ق.
۳۵. خمینی، سید روح الله موسوی، الاجتهاد و التقليد (للإمام الخمينی)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته، تهران - ايران، اول، ۱۴۱۸ق
۳۶. \_\_\_\_\_، المكاسب المحرمة (للإمام الخمينی)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ق
۳۷. \_\_\_\_\_، توضیح المسائل (محشی - امام خمینی)، دفتر انتشارات اسلامی، قم - ايران، هشتم، ۱۴۲۴ق
۳۸. \_\_\_\_\_، كتاب البيع (للإمام الخمينی)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته، تهران - ايران، اول، بی تا
۳۹. خمینی، سید مصطفی موسوی، مستند تحرير الوسيلة، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته، تهران - ايران، اول، بی تا
۴۰. \_\_\_\_\_، ولاية الفقيه (للسيد مصطفى الخمينی)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته، تهران - ايران، اول، بی تا
۴۱. خویی، سید ابو القاسم موسوی، التنقيح في شرح العروة الوثقی، تحت اشرف جناب آقای لطفی، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ق
۴۲. \_\_\_\_\_، المستند في شرح العروة الوثقی، بی تا
۴۳. \_\_\_\_\_، صراط النجاة (المحشی للخوئی)، مكتب نشر المنتخب، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ق
۴۴. \_\_\_\_\_، غاية المأمول - قم، چاپ: اول، ۱۴۲۸ق.
۴۵. \_\_\_\_\_، فقه الشيعة - الاجتهاد و التقليد، چاپخانه نو ظهور، قم - ايران، سوم، ۱۴۱۱ق
۴۶. \_\_\_\_\_، مباني تکملة المنهاج، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی رحمته، قم - ايران، اول، ۱۴۲۲ق

۴۷. \_\_\_\_\_، مصباح الفقاهة (المکاسب)، بی تا
۴۸. رشتی، میرزا حبیب الله، کتاب القضاء (للمیرزا حبیب الله)، دار القرآن الکریم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۱ق
۴۹. زنجانی، سید موسی شبیری، کتاب نکاح (زنجانی)، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ق
۵۰. سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحکام (للسبزواری)، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، قم - ایران، چهارم، ۱۴۱۳ق
۵۱. سیستانی، سید علی حسینی، قاعدة لا ضرر ولا ضرار (للسیستانی)، بی تا
۵۲. سیفی مازندرانی، علی اکبر، مبانی الفقه الفعّال في القواعد الفقهية الأساسية، قم - ایران، اول، بی تا
۵۳. شاهرودی، سید محمود هاشمی، قراءات فقهية معاصرة، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، قم - ایران، اول، ۱۴۲۳ق
۵۴. شفقی، سید محمد باقر، مقالة في تحقيق إقامة الحدود في هذه الأعصار، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۷ق
۵۵. شوشتری، سید محمد حسن مرعشی، دیدگاه های نو در حقوق، نشر میزان، تهران - ایران، دوم، ۱۴۲۷ق
۵۶. شهید اول، محمد بن مکی العاملی، القواعد و الفوائد في الفقه و الأصول و العربية - قم، چاپ: اول، بی تا
۵۷. شیرازی، قدرت الله انصاری و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، قم - ایران، اول، ۱۴۲۹ق
۵۸. شیرازی، میرزا محمد حسن بن محمود، تقریرات آية الله المجدد الشیرازی - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ق.
۵۹. شیرازی، ناصر مکارم، أنوار الفقاهة - کتاب البیع (لمکارم)، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب (علیهم السلام)، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ق
۶۰. \_\_\_\_\_، رسالة توضیح المسائل (لمکارم)، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیهم السلام)، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۴ق
۶۱. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان) - تهران، چاپ: چهارم، ۱۴۰۷ق



٦٢. \_\_\_\_\_، فهرست كتب الشيعة وأصولهم وأسماء المصنّفين وأصحاب الأصول (للطوسي) (ط - الحديثة) - قم، چاپ: اول، ١٤٢٠ق
٦٣. عاملی، سيد جواد بن محمد حسيني، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، اول، بی تا
٦٤. عراقی، آقا ضياء الدين، القواعد الفقهية (نهاية الأفكار)، دفتر انتشارات اسلامي، قم - ايران، اول، بی تا
٦٥. \_\_\_\_\_، قاعدة لا ضرر (للاغا ضياء)، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزة علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٨ق
٦٦. \_\_\_\_\_، نهاية الأفكار - قم، چاپ: سوم، ١٤١٧ق.
٦٧. عراقی، عبد النبي نجفی، المعالم الزلّفي في شرح العروة الوثقى، المطبعة العلمية، قم - ايران، اول، ١٣٨٠ق
٦٨. علامه حلی، حسن بن يوسف بن مطهر اسدي، الاجتهاد والتقليد (مبادئ الوصول إلى علم الأصول)، المطبعة العلمية، قم - ايران، اول، ١٤٠٤ق
٦٩. \_\_\_\_\_، تذكرة الفقهاء (ط - الحديثة)، مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم - ايران، اول، بی تا
٧٠. \_\_\_\_\_، نهاية الوصول الى علم الأصول - قم، چاپ: اول، ١٤٢٥ق.
٧١. علم الهدی، علی بن حسين، رسائل الشريف المرتضى - قم، چاپ: اول، ١٤٠٥ق.
٧٢. فخر المحققين، محمد بن حسن بن يوسف، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، اول، ١٣٨٧ق
٧٣. فيومى، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير - قم، چاپ: دوم، ١٤١٤ق.
٧٤. كابلی، محمد اسحاق فيّاض، المسائل المستحدثة (للفيّاظ)، مؤسسه مرحوم محمد رفيع حسين، كويت، اول، ١٤٢٦ق
٧٥. كاشانى، ملا حبيب الله شريف، ذريعة الاستغناء في تحقيق الغناء، مركز احياء آثار ملا حبيب الله شريف كاشانى، قم - ايران، اول، ١٤١٧ق
٧٦. كاشف الغطاء، احمد بن على بن محمد رضا، سفينة النجاة و مشكاة الهدى و مصباح السعادات، مؤسسه كاشف الغطاء، نجف اشرف - عراق، اول، ١٤٢٣ق
٧٧. كاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالكي، كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء (ط - الحديثة)، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزة علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤٢٢ق

۷۸. کاشف الغطاء، عباس بن حسن بن جعفر، منهل الغمام في شرح شرائع الإسلام، مؤسسه كاشف الغطاء، نجف اشرف - عراق، اول، ۱۴۲۴ق
۷۹. كاشف الغطاء، على بن محمد رضا بن هادي، النور الساطع في الفقه النافع، مطبعة الآداب، نجف اشرف - عراق، اول، ۱۳۸۱ق
۸۰. \_\_\_\_\_، كتاب الصلاة (لكاشف الغطاء)، مؤسسه كاشف الغطاء، بی تا
۸۱. كاشف الغطاء، محمد حسين بن على بن محمد رضا، فردوس الأعلى، دار أنوار الهدى، قم - ايران، اول، ۱۴۲۶ق
۸۲. كليني، محمد بن يعقوب، الكافي (ط - الإسلامية) - تهران، چاپ: چهارم، ۱۴۰۷ق.
۸۳. \_\_\_\_\_، كافي (ط - دار الحديث) - قم، چاپ: اول، ق ۱۴۲۹.
۸۴. گلپایگانی، سيد محمد رضا، الدر المنضود في أحكام الحدود، دار القرآن الكريم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۲ق
۸۵. \_\_\_\_\_، مجمع المسائل (للگلپایگانی)، دار القرآن الكريم، قم - ايران، دوم، ۱۴۰۹ق
۸۶. لاری، سيد عبد الحسين، التعليقة على المكاسب، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ق
۸۷. لنكراني، محمد فاضل موحدی، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - النجاسات و أحكامها، مؤلف، قم - ايران، اول، ۱۴۰۹ق
۸۸. \_\_\_\_\_، ثلاث رسائل (للفاضل)، مركز فقهی ائمه اطهار عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۲۵ق
۸۹. \_\_\_\_\_، جامع المسائل (فارسی - فاضل)، انتشارات امير قلم، قم - ايران، يازدهم، بی تا
۹۰. لنگرودی، سيد محمد حسن مرتضوی، الدر النضيد في الاجتهاد و الاحتياط و التقليد، مؤسسه انصاريان، قم - ايران، اول، ۱۴۱۲ق
۹۱. مراغی، سيد مير عبد الفتاح، العناوين الفقهية، دفتر انتشارات اسلامی، قم - ايران، اول، ۱۴۱۷ق
۹۲. مشکيني، ميرزا على، الفقه المأثور، نشر الهادي، قم - ايران، دوم، ۱۴۱۸ق
۹۳. مغنيه، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، دار التيار الجديد - دار الجواد، بيروت - لبنان، دهم، ۱۴۲۱ق
۹۴. منتظري، حسين على، دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية، نشر تفکر، قم - ايران، دوم، ۱۴۰۹ق



۹۵. \_\_\_\_\_، كتاب الرزكاة (للمنتظري)، مركز جهاني مطالعات اسلامي، قم - ايران، دوم، ۱۴۰۹ق
۹۶. \_\_\_\_\_، نظام الحكم في الإسلام (للمنتظري)، نشر سرايي، قم - ايران، دوم، ۱۴۱۷ق
۹۷. ميانجي، علي احمدی، الأسير في الإسلام، دفتر انتشارات اسلامي، قم - ايران، اول، ۱۴۱۱ق
۹۸. نائيني، ميرزا محمد حسين غروي، أجود التقريرات - قم، چاپ: اول، ۱۳۵۲ ش.
۹۹. \_\_\_\_\_، المكاسب و البيع (للميرزا النائيني)، دفتر انتشارات اسلامي، قم - ايران، اول، ۱۴۱۳ق
۱۰۰. \_\_\_\_\_، فوائد الأصول - قم، چاپ: اول، ۱۳۷۶ ش.
۱۰۱. نجاشي، احمد بن علي، رجال النجاشي - قم، چاپ: ششم، ۱۳۶۵ ش.
۱۰۲. نجفي، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ق
۱۰۳. واسطی بغدادی، احمد بن حسين، الرجال (لابن الغضائري) - قم، چاپ: اول، ۱۳۶۴ ش.
۱۰۴. همداني، آقا رضا بن محمد هادي، حاشية كتاب المكاسب (للهمداني)، جناب مؤلف، قم - ايران، اول، ۱۴۲۰ق
۱۰۵. \_\_\_\_\_، مصباح الفقيه، مؤسسة الجعفرية لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامي، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ق
۱۰۶. يزدي، سيد محمد كاظم طباطبائي، تكملة العروة الوثقى، كتابفروشي داوري، قم - ايران، اول، ۱۴۱۴ق
۱۰۷. \_\_\_\_\_، حاشية المكاسب (لليزدي)، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، دوم، ۱۴۲۱ق



## نقد و بررسی نظریه‌ی اجتهاد متوسط با واکاوی مبانی و مبادی اجتهاد<sup>۱</sup>

احمد ادیب زاده\* ابوالفضل قره‌خانی\* سجاد قلی پور\*

### چکیده

یکی از مسائلی که در علم اصول دارای اهمیت بسیار زیادی است و جنبه‌ی مقدمی نسبت به سایر مسائل این علم دارد، مسأله‌ی اجتهاد و تقلید است. در نوشتار پیش رو، ابتدا، مبانی و مبادی اجتهاد و اختلافات فقها در این زمینه، بررسی شده است و روشن گردیده است که اخباریون، عنوان اجتهاد در منابع دینی را نفی کرده‌اند ولی در مقابل، اصولیون با ادله‌ی مختلفی همچون برخی از آیات و روایات و سیره عقلاییه، حرمت اجتهاد را نفی و حتی حکم به وجوب اجتهاد نموده‌اند. بحث نوظهور اجتهاد متوسط که توسط آیت الله لاریجانی نظریه پردازی شده است، مهمترین محور این مقاله است. تمرکز اصلی این نظریه بر تجویز تقلید شخص مجتهد، در اصول فقه می‌باشد. علاوه بر اینکه این نظریه، نیاز به تبیین و توضیح بیشتری توسط نظریه پرداز دارد، دارای ابهامات و اشکالاتی است که نمی‌شود به راحتی آن را پذیرفت.

**کلید واژگان:** مبانی، مبادی، اجتهاد، انسداد، اجتهاد متوسط

---

۱. تاریخ دریافت مقاله: بهمن ۱۴۰۱.

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران.



## مقدمه

قضیه‌ی اجتهاد در بین مسلمین از طلوع فجر اسلام، واجب کفایی بوده است و در قرآن و احادیث، معادل آن یعنی واژه‌ی تفقه، پر بسامد می‌باشد. اما از همان سال‌های اولیه در مبانی و مبادی آن اختلافات زیادی نه تنها بین مسلمین بلکه بین امامیه بروز و ظهور نموده است.

این مسأله از جمله مسائلی است که هم در اصل ثبوت آن در فرایند استنباط و هم در سعه و ضیق مبانی و مبادی آن، دارای اختلافات بسیاری است. بحث از مبانی و مبادی اجتهاد از آن جهت دارای اهمیت است که در کیفیت و کمیت علوم و معارف مورد نیاز در امر اجتهاد، تاثیر بسزایی دارد. همچنین در تبویب برخی علوم خاص مانند علم اصول نیز می‌تواند بسیار موثر باشد. به این صورت که اگر چنانچه فقیهی تنها برخی از مسائل علم اصول را برای استنباط و اجتهاد، ضروری بداند، طبیعتاً مسائل دیگر را وارد این علم نمی‌کند و ساختار این علم را به گونه‌ای دیگر پی ریزی خواهد کرد. اخباریون، جانب افراط را در نفی اجتهاد پیموده‌اند که در ادامه به گزیده‌ای از اقوال این دسته از فقها پرداخته می‌شود. در بین اصولیون نیز که مکتب اجتهاد را پر و بال داده‌اند، بعضاً در مبانی و مبادی آن اختلافی دارند و اخیراً به نظریه اجتهاد متوسط منجر گردیده است.

در این مقاله در ابتدا به اختلافات موجود در رابطه با مبانی و مبادی اجتهاد و سپس به شرح و توضیح نظریه‌ی اجتهاد متوسط پرداخته می‌شود. مراد از اجتهاد متوسط این است که اگر کسی در برخی از مقدمات استنباط به درجه‌ی اجتهاد برسد، آیا می‌تواند در دیگر مقدمات استنباط، تقلید کند و تقلید خود را منضم به اجتهاد خود در آن مقدمه نماید و به نتیجه برسد یا نه.

## مفهوم شناسی

پیش از پرداختن به مبانی و مبادی اجتهاد، ابتدا به مفهوم شناسی بحث می‌پردازیم.

## اجتهاد در لغت

اجتهاد یا مشتق از «جُهد» است (جوهری، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۴۶۱)؛ به معنای بذل طاقت و قدرت







در تحصیل حکم و یا مشتق از «جهد» است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۲۰۸)؛ به معنای تعب و رنج، که در این صورت معنای آن تحمل مشقت در تحصیل حکم می‌باشد.

## اجتهاد در اصطلاح

در تعریف اجتهاد اختلاف نظر بین علماء زیاد است که اجمالاً بعضی از آنها را ذکر می‌کنیم:

- استعداد برای استنباط احکام شرعیۀ فرعیۀ (شیخ بهایی، ۱۴۲۳، ص ۴۰۷).
- تمام توان و استعداد در تحصیل ظنّ به حکم شرعی (شیخ بهایی، ۱۴۲۳، ص ۴۰۷)
- ملکه‌ای که مجتهد به واسطه آن می‌تواند کبریات را به صغریات متصل نماید و احکام شرعی فرعی را استنباط نماید (آخوند خراسانی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۲۱)
- ولی با تمام این تفاسیل، ضرورتی در توضیح و تفسیر این تعاریف دیده نمی‌شود و اینکه آیا اینها مانع اغیار و جامع افراد می‌باشند یا خیر؛ زیرا اختلاف در تعبیرات به لحاظ اختلاف در حقیقت و هویت اجتهاد و استنباط نیست و معنای اجتهاد برای همه واضح و آشکار است و در این مسأله، اختلافی وجود ندارد، ولی از آنجا که در مقام تبیین مراد برآمده‌اند، هر کدام تعبیری را که عنوان مشیر به مقصود داشته است، ابراز کرده‌اند. گرچه آن تعبیر وافی به مقصود نبوده است.

و چه نیکو صاحب کفایة الأصول رحمته در این باب فرموده است: فقهاء در تعریف اجتهاد در صدد بیان حدّ حقیقی و یا رسم تعریفی آن نبوده‌اند، بلکه صرفاً در مقام شرح الإسم و اشاره به اجتهاد با تعبیر دیگر و الفاظ متفاوت بوده‌اند. گرچه این تعبیر از جهت مفهوم و دلالت، اخصّ یا اعمّ از لفظ و مفهوم اجتهاد است (آخوند خراسانی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۲۱)

در هر حال بحث از معنای اجتهاد و تعریف آن، چندان مفید فایده نخواهد بود، بلکه مضرّ به مقصود می‌باشد و به مطلوب، اخلال می‌رساند و موجب فوت وقت و زمان و از دست رفتن فرصت، بدون نتیجه و عائد، خواهد بود و راه به مقصود را منحرف و دور می‌سازد و از حق فاصله پیدا می‌کند.

بنابراین، حق در این است که به طور کلی از تعریف اجتهاد صرف نظر نماییم. مضافاً به اینکه اجتهاد، موضوع، برای حکم شرعی نیست، بلکه صرفاً یک معنای

اصطلاحی است که در آلسنه فقهاء متداول شده است و هیچ اثر شرعی بر آن مترتب نمی‌شود تا در مقام نقض و ابرام در تعریف برآییم و در جامعیت یا مانعیت تعریف، بحث نماییم. اگر به ناچار بخواهیم تعریفی از اجتهاد ارائه دهیم، این طور می‌گوییم: اجتهاد عبارت است از: تحصیل علم به حکم (حسینی طهرانی، ۱۴۳۴، صص ۵۵ تا ۵۷).

### موضوع اجتهاد

طبق آنچه بیان شد، موضوع اجتهاد، همان تحصیل حکم شرعی است. البته حکم شرعی که مستنبط از طرق متعارفه نزد اهل فن باشد. یا اینکه موضوع اجتهاد، همان تحصیل عذر از همان طریق است (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۹).

### مبانی اجتهاد

یکی از مباحثی که در بحث اجتهاد و تقلید بسیار حائز اهمیت است، بحث از مبانی اجتهاد است. در این زمینه دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد و فقها در این رابطه مطالب بسیاری را ایراد نموده‌اند که در اینجا به بیان بخشی از این مطالب پرداخته می‌شود:

### اجتهاد از دیدگاه اخباریون

اخباریون معتقدند که مؤسس اجتهاد و تقلید، اهل سنت بوده‌اند و علمای اصولی شیعه نیز در این باره، از آنان پیروی کرده‌اند. استرآبادی از بزرگان این نحله در این زمینه می‌نویسد: «نخست، اصولیون اهل سنت، مردم را بعد از پیامبر خدا به مجتهد و مقلد تقسیم کردند و این، سخن آنهایی است که تمسک کردن به عترت طاهرین را واجب نمی‌دانند و آنان را به عنوان وسیله‌ای برای فهم کتاب خدا و سنت پیامبر خدا قبول ندارند.» (استرآبادی، ۱۴۲۶، ص ۴۷)

شیخ حرّ عاملی صاحب وسائل الشیعه از دیگر بزرگان این نحله نیز در باره اجتهاد می‌گوید: «ما احادیث بسیاری داریم که ما را از قیاس و رأی که همان اجتهاد ظنی است، نهی می‌کند. از این احادیث استفاده می‌شود که اجتهاد و رأی، [حتی] برای پیامبر خدا و ائمه هدی نیز جایز نیست، و وقتی برای آنان که از خطا مصون هستند، جایز نباشد [که اجتهاد کنند]، جایز نبودنش برای غیر معصوم، به یقین مسلّم تر است.» (حر عاملی، ۱۴۰۳، صص ۴۰۸ و ۴۱۴)



محمدتقی مجلسی نیز در باره کسانی که به احادیث اهل بیت علیهم‌السلام رجوع کنند، می‌گوید: «آنان عمل به قول آن راوی حدیث نکرده‌اند؛ بلکه عمل به قول خدا و پیامبر او و ائمه هدی کرده‌اند.» (مجلسی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۴۸)

به هر حال، اخباریون، نه تنها اجتهاد و تقلید را حرام و از اختراعات اهل سنت می‌دانند، بلکه معتقدند که دیدگاه محدثان امامیه در سده‌های پیشین نیز همین بوده است، چنان که مرحوم کلینی نیز در «کافی» تصریح می‌کند که اجتهاد و تقلید، حرام است. (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۶۷)

### ادله اخباریون بر عدم جواز اجتهاد

اخباریون، ادله‌ای را بر عدم جواز اجتهاد اقامه کرده‌اند که به تعدادی از آن‌ها اشاره می‌شود:

الف) جایز بودن عمل به ظنّ مجتهد، مبنی است بر این که برای خدا در بعضی از وقایع، حکم معینی نیست، و یا حکم معینی است، ولیکن بر هر حکم معینی دلیل قطعی نداریم. حال آن که ما احادیث متواتری داریم که برای خداوند در هر واقعه‌ای، حکم معینی است و هم، آن حکم معین، قطعی است. (استرآبادی، ۱۴۲۶، صص ۲۸ و ۹۴ و ۱۰۳ و ۱۰۵ و ۱۰۶)

اصولیون نیز این دلیل اخباری‌ها را پاسخ داده‌اند که اولاً قبول نداریم که هیچ واقعه‌ای، خالی از حکم فعلی نیست، و مراد روایاتی که می‌گویند: «هیچ واقعه‌ای خالی از حکم نیست»، حکم واقعی است، نه فعلی. لذا بعضی از چیزهایی که حکم واقعی دارند، به مرحله فعلیت نرسیده‌اند و در نزد اهل بیت علیهم‌السلام مخزون‌اند. ثانیاً خود شما اخباریون در شبهات موضوعیه مطلق، و حکمیه وجوبیه، با وجود این آیات و روایات، قائل به توقّف و احتیاط نیستید و به ظن، عمل می‌کنید. هر چه شما در آن جا پاسخ دادید، همان پاسخ را ما در شبهات حکمیه تحریمیه می‌دهیم.

ب) یکی دیگر از ادله‌ای که اخباری‌ها بر عدم جواز اجتهاد، استدلال کرده‌اند، روایاتی است که ما را از عمل کردن به رأی و قیاس، نهی می‌کنند. مانند این روایت که امام باقر علیه‌السلام می‌فرماید: «هر کس بر اساس رأی و نظر خود برای مردم فتوا دهد، ندانسته خدا را پرستش کرده است. و هر کس ندانسته خداوند را پرستش کند، با خداوند



مخالفت کرده است؛ زیرا ندانسته، چیزی را حلال و حرام کرده است.» (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۵۸)<sup>۱</sup>

محمدامین استرآبادی و شیخ حرّ عاملی، بر این عقیده‌اند که مراد از رأی، آن است که مجتهد در فتوا دادن، به دلیل ظنی و اجتهاد، تمسک می‌کند. (استرآبادی، ۱۴۲۶، ص ۱۲۰)

مجتهدان نیز در پاسخ به استدلال به این روایات گفته‌اند که: «اولاً دلالت این روایات بر آنچه گفته شد، قطعی نیست. لذا مرحوم مجلسی می‌گوید: «مراد از رأی، آن ظنونی است که از استحسانات عقلیه و قیاسات فقهیه اخذ شده باشد، و از ادله‌ای که به شارع منتهی می‌شود، اخذ نشده باشد؛ بلکه مراد از رأی، قیاس و استحسان و تخمینی است که در بین عامّه متداول است؛ اما رجوع به ظواهر کتاب و سنّت و دیگر اصولی که در شریعت ثابت است، از باب رجوع به رأی نیست، هرچند بعد از آن که دلیلی بر اعتبارشان قائم شده است، از آنها علم به واقع پیدا نکنیم.» (اصفهان‌ی نجفی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۶۹۰) ثانیاً: بر فرض آن که دلالت آنها را قبول کنیم، می‌گوییم که این روایات، مقتید شده و تقیید خورده‌اند و از اصل عدم حجّیت ظن، ظنّ مجتهد، به اجماع و اقتضای ضرورت، خارج شده است.

ج) احادیثی داریم که دلالت دارند هر واقعه‌ای که حکم آن را از سوی ائمّه علیهم‌السلام نمی‌دانید، توقّف در حکم و احتیاط در عمل داشته باشید، و چنانچه استنباط ظنی، جایز باشد، باید توقّف و احتیاط، واجب نباشد.

این اخبار توقّف را اصولیون و حتی بعضی از اخباری‌ها پاسخ داده‌اند. سید نعمه الله جزایری می‌گوید: «این اخبار توقّف را یا حمل بر مورد تنجّز تکلیف و شک در مکلفّ به می‌کنیم، که همه قائل به احتیاط هستند؛ و یا می‌گوییم که این اخبار ردّ بر اهل رأی و اجتهادی است که در بین اهل سنّت رایج بوده است؛ زیرا آنان وقتی در مسئله‌ای، نصّی از طرف شارع وارد نشده باشد، بدون فحص برای استخراج آن حکم، سراغ ادله عقلیه ظنّیه و قیاسات می‌رفتند که اینها در نزد ما جایز نیست.» (جزایری، ۱۴۰۱، ص ۶۲)

۱. من أفتى الناس برأية فقد دان الله بما لا يعلم ومن دان الله بما لا يعلم فقد ضاد الله حيث أحلّ و حرّم فيما لا يعلم.

## اجتهاد از دیدگاه اصولیون

اصولیون، پس از آن که ادله اخباریون را پاسخ داده‌اند، ادله‌ای را بر جواز اجتهاد بلکه بر وجوب امر اجتهاد، اقامه کرده‌اند که به تعدادی از آن‌ها اشاره می‌شود:

**الف) قرآن:** در ابتدا به این آیه شریفه استناد کرده‌اند: «وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرْنَا مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ» (توبه، ۱۲۲). آیه شریفه، هدف از تفقه را انداز قرار داده و وقتی فقیهی با فتوایش، مردم را از کیفر الهی ترسانیده، باید تحذّر کرد و این وجوب تحذّر، مستلزم حجّیت فتوای فقیه است. (وحید بهبهانی، ۱۴۰۵، ص ۱۳۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸، ج ۱، صص ۶۴ و ۶۵ و ۶۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۰)

**ب) سیره عقلائیه:** در بین عقلا این سیره وجود دارد که جاهل، به عالم، مراجعه می‌کند و مقتضی این سیره، حجّیت قول مجتهد است. (کاشف الغطاء، ۱۳۱۹، صص ۶۲ و ۱۰۳)

**ج) روایات:** روایات را به چند دسته می‌توان تقسیم کرد: دسته اول، روایاتی هستند که بر تفریع فروع بر اصول و قواعد، دلالت دارند که این روایات، صحیح‌ه هستند و ابن ادریس، آنها را در آخر السرائر نقل می‌کند. هشام بن سالم، از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که ایشان می‌فرماید: «انما علينا ان نلقى اليكم الأصول و عليكم ان تفرعوا». (حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۷۵؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۴۱)

در روایت دیگری، احمد بن محمد بن محمد بن ابو نصر، از امام رضا علیه السلام نقل می‌کند که امام علیه السلام می‌فرماید: «علينا القاء الأصول و عليكم التفریع» (حلی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۷)

این دو روایت، بر صحّت اجتهاد، دلالت دارند زیرا تفریع بر اصول و قواعد، در غالب موارد، ظنّ آور است، و دلالت عمومات بر جزئیات و فروعی که مندرج در عمومات است، غالباً ظهور است و تنصیص نیست. پس شکی نیست که تفریع بر اصول، اجتهاد است و اصلاً اجتهاد در زمان ما، همان تفریع بر اصول است.

**د) ضروری دین بودن:** از ضروری دین این است که ما مکلف به تکالیف می‌باشیم و باید به آنها عمل نماییم. تحصیل علم به این تکالیف را اجتهاد گویند. آری، کیفیت تحصیل این علم بر حسب مرور زمان و بعد از مدارک احکام از معصومین علیهم السلام متفاوت است.

پس کسی که در زمان رسول خدا یا یکی از ائمه علیهم السلام بوده است، اجتهاد در حقّ



او عبارت است از: سؤال از آنها و به دست آوردن حکم شرعی بدون واسطه از ایشان. گرچه ممکن است همین شخص، نسبت به ناسخ و منسوخ و عامّ و خاصّ و محکم و متشابه و مطلق و مقید و نظایر اینها، مجبور به فحص و تأمل گردد، ولی از آنجا که سؤال از معصومین علیهم السلام بدون واسطه صورت پذیرفته است، دیگر نیازی به نظر در راوی و جهت صدور روایت از جهت تقیّه و خلاف آن نخواهد بود.

منتها هرچه از زمان معصومین علیهم السلام دورتر می شویم، مبانی اجتهاد، بیشتر و بیشتر می گردند و بدین لحاظ اجتهاد، مشکل تر خواهد شد، و در این صورت است که چاره ای جز اطلاع بر رجال اسانید و علم درایه و انس به مفاد روایات و لحن ائمه و فهم معانی کلمات آنها و نیز تمییز جهت صدور روایت در صورت تقیّه و غیر تقیّه نیست؛ مضافاً به اجتهاد در قواعد اصولیّه و اخذ به حکم مظنون و طرح مشکوک یا موهوم، بر فرض پذیرش انسداد، حکومتاً یا کشفاً!

ولی همه این موارد بر فرض غیبت امام علیه السلام و عدم وصول به خدمت او و استفاده حضوری از محضر شریفش می باشد؛ و اما در زمان حضور، اجتهاد نیازی به این مقدمات ندارد بلکه هر فردی که حکم شرعی و تکلیف خود را از زبان رسول الله یا یکی از ائمه علیهم السلام اتّخاذ نماید، مجتهد محسوب می شود، یعنی تحصیل حکم شرعی و حجّت فعلیّه قطعیه را نموده است. حتی مانعی نیست که الفاظ اجتهاد و تقلید را رأساً کنار بگذاریم، ولی از این مطلب نمی توان گذشت که: چاره ای نیست برای هر فرد مکلف که تحصیل علم به وظیفه شرعیّه خود به عنوان حکم واقعی یا ظاهری بنماید. هیچ یک از اخباریون و اصولیون در این مسأله اختلافی ندارند، بلکه همه افرادی که اطلاعی بر موازین شریعت ما دارند و از کیفیت اخذ احکام آگاه هستند، در این مسأله، اختلافی نخواهند داشت.

بنابراین، دیگر راهی برای اعتراض اخباری بر اصولی نمی ماند. به اینکه اجتهاد عبارت است از: اعمال رأی و نظر، و این مسأله در شرع، ممنوع می باشد. زیرا اعمال رأی اگر به معنای قیاس و استحسان و مشابه آنها باشد - چنانچه عامّه بدان معتقد

۱. حکومت عبارت است از: فرض حجّت ظن از باب حکم عقل به لزوم عمل به ظن در مقام اطاعت تکالیفی که نسبت به آنها علم اجمالی وجود دارد. کشف عبارت است از: فرض حجّت ظن از باب اینکه ظن، طریق و کاشف به سوی احکام واقعیّه و مثبت آنهاست. (نویسندگان).



هستند - پس اصولی از همه اینها گریزان می باشد؛ و اگر به معنای نظر در ادله و اعمال رأی و دقت در کیفیت استخراج حکم از بین روایات متعارضه و استنباط حکم از ادله باشد، پس این معنا و مفهوم چاره‌ای از آن نیست، و گمان نمی رود که از اخباریون، کسی آن را انکار بنماید. در هر حال، خلاف و اشکالی در جواز اجتهاد نمی باشد بلکه خلافتی در وجوب آن نخواهد بود؛ زیرا عمل مکلف و حکم شرعی متوقف بر آن می باشد. (حسینی طهرانی، ۱۴۳۴، صص ۵۷ تا ۵۹)

### مبادی اجتهاد

همان طور که اشاره شد یکی از مباحث اساسی در رابطه با امر اجتهاد، مبادی و مقدمات وصول به اجتهاد است. که در این بخش به بیان این مبادی و مقدمات و سپس به بیان اختلافات موجود در رابطه با آن‌ها پرداخته می شود.

یکی از مباحثی که در بحث اجتهاد و تقلید باید مورد بررسی قرار گیرد، این است که اساساً وصول به امر اجتهاد، متوقف بر تحصیل چه علوم و معارفی است؟ بسیاری از فقها در رابطه با این مسئله به بیان مطالبی پرداخته اند و مواردی را ذکر کرده اند و در مورد احصاء آن مقدمات، بین ایشان اختلاف نظر است.

مرحوم آخوند خراسانی در میان فقهاء، کمترین شروط را به عنوان شروط اجتهاد، مطرح کرده اند و تنها به بیان سه شرط اکتفا کرده اند. (آخوند خراسانی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۲۹)

آن سه شرط عبارتند از:

الف) علم به علوم عربی (و لو به صورت فی الجملة)

ب) معرفت علم تفسیر (و لو به اینکه قادر بر معرفت شود با رجوع به کتب تفسیر)

ج) علم اصول (که بیشترین چیزی که مجتهد به آن نیازمند است همین علم است)

البته در کبرای احتیاج به علم اصول، بین فقها، اتفاق وجود دارد و فرقی هم نمی کند

که مستقلاً کتابی در این باب نگاشته شود و یا اینکه مقدمه هر فرع فقهی آورده شود.

همانطور که اخباریون بزرگی مانند صاحب حدائق در مقدمه کتابش این کار را کرده

است. اختلاف اساسی، در مقدار احتیاج به علم اصول است.

محقق خراسانی در این رابطه می فرماید: «هر مستنبطی محتاج به علم اصول

است؛ گرچه مقدار توقف هر مسئله بر این قواعد متفاوت است. مثلاً در صدر اول



چون روایت در عصر حضور استنباط، سطح دسترسی آن‌ها بالاتر بود و اجتهاد خفیف المثونه بوده، به علم اصول کمتر نیازمند می‌شدند اما در دوره‌های بعدی، احتیاج به مقدمات اصولیه، بیشتر شده است.» (آخوند خراسانی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۳۰)

اگر چنانچه مدرک مسأله واضح باشد؛ مثلاً روایت (سندا و دلالتا) صحیحه باشد، قاعده اصولی که به آن نیاز می‌شود در این مسأله، فقط حجیت خبر و ظهور است. و اگر چنانچه مدرک مسأله، پیچیدگی دارد و استنباط حکم در آن، محتاج ملاحظه ظاهر و أظهر و عام و خاص و... باشد، احتیاج به علم اصول بیشتر است.

مرحوم آیت الله خوئی نیز همان شروط مرحوم آخوند را تکرار نموده‌اند لکن یک مورد را - که همان علم رجال است - به مجموعه‌ی شروط اضافه کرده‌اند. (موسوی خوئی، ۱۴۱۸، ص ۲۷) اما مرحوم فاضل تونی بیشترین شروط را در میان فقها برای مسئله‌ی اجتهاد مطرح کرده‌اند. (تونی، ۱۴۱۵، ص ۲۵۰) ایشان نه شرط را مطرح کرده‌اند. به این صورت که سه شرط از علوم ادبی، سه شرط از معقولات و سه شرط نیز از منقولات را مورد بررسی قرار داده‌اند:

- علم لغت، صرف و نحو از دسته‌ی اول

- علم اصول، کلام و منطق از دسته‌ی دوم

- تفسیر آیات الاحکام، علم به احادیث فقهی و علم به احوال روایت از دسته‌ی سوم. در میان متأخرین، مرحوم امام در کتاب اجتهاد و تقلید خود به صورت تفصیلی به بیان مقدمات امر اجتهاد پرداخته‌اند و مواردی از این مقدمات را ذکر کرده‌اند. لذا ما مطالب ایشان را محور قرار می‌دهیم و انظار دیگران را حول آن ذکر می‌کنیم:

## ۱. علم به فنون علوم عربی

توقف اجتهاد بر علوم عربیه، توقف ذی المقدمه بر مقدمات وجودیه است. زیرا عمده‌ی أدله‌ی فقه، کتاب و سنت است که عربی می‌باشند. مراد از علوم عربی در اینجا، علم صرف و علم نحو و علوم ثلاثه بلاغت؛ معانی، بیان و بدیع و علم لغت می‌باشد. اصل این شرط، متفق علیه بین فقهاء است؛ اما در رابطه با مقدار لازم برای اجتهاد بین فقها اختلاف است.

مرحوم امام می‌فرماید: «به مقداری که برای فهم کتاب و سنت به آن نیاز داریم.»

(موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۱۰)





مرحوم شیخ حسین حلی می‌فرماید: «در این علوم نکاتی است که بنیه مجتهد را قوی می‌سازد و بر استنباط و ادراک احکام، کمک می‌نماید.»

ایشان در ادامه، مقدار لازم برای اجتهاد را، صاحب نظر و مجتهد شدن در این علوم می‌دانند و می‌فرمایند: «این امور از جمله مسائلی است که چاره‌ای از آنها در تحصیل اجتهاد و استنباط نمی‌باشد و ناگزیر، متعلمی که در پی اجتهاد احکام می‌باشد، باید به طور مستوفی تحصیل آنها را بنماید تا اینکه در این علوم، صاحب رأی و نظر و مجتهد گردد و اکتفا به قرائت کتاب صرف و نحو و امثال آن نکند؛ مضافاً به اینکه این علوم در علم اصول نیز دخالت دارند؛ زیرا در علم اصول روایاتی است که مراد آنها بدون تعلّم این علوم، آشکار نخواهد شد.» (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۱۹۱)

در ادامه، بنا بر نظر مرحوم امام، به بیان توضیحی پیرامون هر یک از این علوم و مقدار نیاز به هر یک از آنها در امر اجتهاد پرداخته می‌شود: علم لغت برای إحراز معانی مفردات لازم است. مانند: لفظ صعید، غسل، مسح، مفازه، کعب، کف، ید، آنیه، غناء و...

علم نحو نیز به جهت فهم معانی ترکیبیه، حاصل از ترکیب عوامل لفظیه و معنویه با معمولات آنهاست. معرفت فاعل، مفعول، حال، مبتدأ، خبر و... امری لازم در فهم لغات دینی هستند. مثلاً مواردی داریم که اختلاف حرکت کلمه در معنا تاثیر می‌گذارد. البته تبحر در جمیع مباحث نحو، لازم نیست؛ زیرا در استنباط، تأثیری ندارد.

علم صرف، هیئات مختلف عارض بر ماده و تصاریفش را که موجب پدید آمدن معانی متشتمه بر آن، مثل ماضی، استقبال و امر می‌گردد، بررسی می‌کند.

در رابطه با علم بلاغت نیز برخی از علما مانند صاحب منتهی الدرایه تاثیر این علم را در اجتهاد، نفی می‌کند و می‌گوید: «أما علم بلاغت دخالت چندانی در اجتهاد ندارد. مانند مبحث إنشاء، إخبار، قصر و... مگر آنکه افصحیت را به عنوان یکی از مرجحات دو خبر متعارض به شمار آوریم.» (جزایری، ۱۴۱۵، ج ۸، ص ۴۳۷)

## ۲. انس به محاورات عرفی و فهم موضوعات عرفی

این شرط، متفق علیه بین فقهاء است. امام می‌گوید: یکی از شرایط مهم، انس با محاورات و موضوعات عرفی است. انس با آن محاوره‌ای است که کتاب و سنت، بر

طبق آن محاوره، جاری بوده است. همچنین باید توجه کرد که از خلط میان علوم عقلی و مباحث عرفیه‌ی سوقیه که آیات و روایات بر طبق آن تفسیر می‌شود، باید دوری گزید. (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۹)

### ۳. معرفت کتاب و سنت

مرحوم امام در این زمینه می‌گوید: «معرفت کتاب و سنت یکی از مهم‌ترین و لازم‌ترین مقدمات امر اجتهاد است. منظور از معرفت، آن مقدار معرفتی است که در استنباط به آن نیاز می‌شود و لو به صرف رجوع به آن دو، در حال استنباط باشد. از جمله اقدامات مهم در این زمینه می‌توان به فحص از معانی لغوی و عرفی کلمات کتاب و سنت، فحص از معارضات و قرائن صارفه‌ی آن‌ها و نیز رجوع به شان نزول آیات و کیفیت استدلال ائمه علیهم‌السلام به آیات اشاره نمود.» (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۱۲)

مرحوم شیخ حسین حلی یکی از مقدمات لازم برای اجتهاد را علم تفسیر می‌دانند که ما قول ایشان را ذیل عنوان معرفت کتاب و سنت می‌آوریم. ایشان در این رابطه می‌فرمایند: هم‌چنین مجتهد ناگزیر است که علم تفسیر را فراگیرد و به معانی کتاب الله که اجتهاد، متوقف بر آن است، احاطه داشته باشد. ولکن اینکه تفسیر را علم دیگری غیر از فقه و صرف و نحو بدانیم، صحیح نیست، بلکه تفسیر عبارت است از: مجموع علوم منضمّه و مدوّنه در کتاب واحد؛ و می‌توان نام آن را دائرة المعارف گذاشت. آری، گزیری نیست از رجوع به روایات وارده در معانی آیات تا گرفتار تفسیر به رأی نشویم، لکن رجوع به روایات، با رجوع به کتاب الله، فرق می‌کند و به آن، رجوع به کتاب الله نمی‌گویند. (حسینی طهرانی، ۱۴۳۴، ص ۱۹۳)

### ۴. علم منطق

این شرط، بین فقهاء اختلافی است اما در مقدار لازم برای اجتهاد، امام می‌گوید: یادگیری علم منطق باید در این حد باشد که بتواند قیاس‌ها، ترتیب حدود، اشکال قیاس‌های اقترانی و غیر اقترانی را تشخیص دهد و بتواند اشکال عقیم را از غیر عقیم تفکیک کند. همچنین بتواند مباحث رائج در نوع محاورات را بشناسد تا با اهمال بعضی از قواعد این مباحث، دچار خطا نگردد. (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۱۰)



## ۵. علم کلام

برخی از محققین گفته‌اند برای مجتهد، تحصیل علم کلام، به اندازه‌ای که در مسائلی مانند حسن و قبح عقلی مقلد نباشد، لازم است. مرحوم امام خمینی این گفتار را تأیید کرده و پذیرفته‌اند. (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۷)

## ۶. علم به مهمات مسائل علم اصول

این شرط، متفق علیه بین فقهاء است. امام در این زمینه می‌گوید: به مقداری که در فهم احکام شرعی به انسان کمک کند. اما از مسائلی که ثمره‌ای ندارد و یا مسائلی که به وسیله‌ی یک سری تدقیقات و تفصیلات، بخواهیم برای آن‌ها ثمره‌ای بسازیم، باید دوری جست. یا اینکه به صورت مختصر، از آن، عبور کرد و به مسائل اهم و اثرم پرداخت. (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۱۱)

## ۷. علم رجال

این شرط، متفق علیه بین فقهاء است اما در مقدار لازم برای اجتهاد، امام می‌گوید: به مقداری که برای تشخیص روایات به آن احتیاج داریم و لو با مراجعه به کتبی که این امر را در حال استنباط مهیا می‌کند. (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۱۰)

توضیح این نکته لازم است که عمده‌ی أدلة‌ی احکام شرعی، به جهت عدم وفاء اخبار متواتره و إجماعات قطعیه به اکثر مباحث فقهی، اخبار واحد و روایات است. بنابراین إحراز صدور این اخبار، امری لازم است و چون تحصیل علم وجدانی به صدورش میسر نیست، نیازمند تحصیل وثوق به صدور آنها هستیم که منوط به اطلاع بر تراجم و رجال سند و... است.

برای تمسک به یک روایت، به دو مطلب نیاز داریم: ثقه بودن راوی یا موثوق الصدور بودن روایت، که هر دو نیازمند علم رجال است. اگر چنانچه ملاک، حجیت موثوق الصدور بودن خبر باشد ولو مخبرش ثقه نباشد، باز هم برای تشخیص خبر ثقه از غیرش، محتاج علم رجال خواهیم بود. همانگونه که برای اطلاع بر اعراض و عدم اعراض ایشان به مراجعه به کلمات أصحاب، محتاج هستیم. البته اگر مبنای ایشان با ما یکی باشد و اعراض از سند باشد نه دلالت. به هر حال وثوق به صدور، چه خبری



و چه مخبری، ما را برای تحقیق صغرای خبر عادل، ثقه، حسن و قوی، محتاج علم رجال می‌کند.

مرحوم شیخ حسین حلی این مقدمه را انکار نموده و فرموده است: «واما علم رجال، باید اقرار نمود که فایده‌ای در زمان ما مترتب بر آن نمی‌شود؛ زیرا پس از اینکه مدار در حجیت روایات همان وثوق به روایت است، دیگر احاطه به مبانی و قواعد علم رجال چندان مفید نخواهد بود. توضیح مطلب اینکه: زمانی که ما دیدیم مشهور بر طبق روایتی عمل نموده‌اند و در کتب روایی خویش، آن را ضبط کرده‌اند و در مقام استدلال بدان عمل نموده‌اند، برای ما اطمینان و وثوق به صحت آن حاصل می‌شود، و استنادش به امام علیه السلام آشکار می‌گردد؛ و زمانی که دیدیم اصحاب از روایتی اعراض نموده‌اند و آن را مهمل و رها ساختند، دیگر به آن وثوق نداشته و عمل نمی‌نماییم، گرچه سند آن صحیح باشد». (حسینی طهرانی، ۱۴۳۴، ص ۱۹۳)

ایشان در ادامه می‌فرمایند: «آری، در زمان گذشته از آنجا که روایات، پراکنده و غیر مضبوط بودند و در کتب مختلفه به طور متشتت قرار داشتند، راهی برای تشخیص روایت صحیح از سقیم، جز به مراجعه به احوال روات وجود نداشت. و اما پس از کتب اربعه و سایر مجامیع روایی و ملاحظه کتب فقهیه، دیگر نیازی به مراجعه به اسانید نمی‌باشد و ادعای احتیاج به این مسأله، غیر مسموع می‌باشد؛ چنانچه بر مبنای ما این مسأله، واضح و آشکار است و بر این اساس در بحث حجیت خبر واحد، بناء را بر حجیت خبر ضعیف که منجر به شهرت است، قرار می‌دهیم، و عدم حجیت خبر صحیح را که اصحاب از آن اعراض نموده‌اند، می‌پذیریم.

به همین جهت است که شما ملاحظه می‌کنید، کسی از فقهاء را نشاید که مقبوله عمر بن حنظله را نفی نماید و بدان عمل نکند و کسی به واسطه سند مقبوله، ایراد و اشکال در آن نکرده است، در حالی که اصحاب در کتب خویش عمر بن حنظله را توثیق نموده‌اند. کسی که حجیت مقبوله عمر بن حنظله را و هرچه که مشابه آن از روایات در کتب مشایخ ثلاثه و سایر اصحاب است، مردود بدانند، باید او را از زمره اهل علم خارج نمود؛ زیرا اصلاً بویی از مبانی فقهی و اصول فقاہت نبرده است.» (حسینی طهرانی، ۱۴۳۴، ص ۱۹۷)



## ۸. تکرار تفریع اصول بر فروع

این شرط، مختصّ به امام است. ایشان می‌گویند: «تکرار تفریع اصول بر فروع باید تا زمانی که قوه‌ی استنباط حاصل می‌شود ادامه پیدا کند». (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۱۳)

## ۹. فحص کامل از کلمات قوم

امام در اینجا می‌فرماید: «فحص کامل از کلمات قوم خصوصاً قدمات قوم که فتوای آن‌ها همان متون اخبار واصله بوده است مانند شیخ الطائفه و صدوقین...» (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۱۳)

در این زمینه بعضی از محققین از علماء و مجتهدین فرموده‌اند: کسی که می‌خواهد حکم شرعی را استنباط کند، باید در ابتدا سراغ روایات برود و حکم را از روایات به دست آورد و بعداً فتاوی علماء و ادله ایشان را نگاه کند؛ چراکه وقتی مجتهد می‌خواهد روایات را ببیند، باید خالی‌الذهن و فارغ‌البال باشد و در ذهنش، گرایش به هیچ طرف نباشد؛ چون اگر اول به سراغ اقوال برود، چه بسا هنوز روایات را ندیده، فکرش به یک طرف متمرکز شده و در استنباط او تاثیر بگذارد. (حسینی طهرانی، ۱۴۴۱، ج ۱، ص ۲۰۰)

## ۱۰. فحص از فتاوی عامه

این شرط، متفق علیه بین فقهاء است، امام می‌گوید: یکی از شرایط اجتهاد، فحص از فتاوی عامه است؛ خصوصاً در مورد تعارض اخبار و برای علاج این اخبار متعارض. حتی باید علاوه بر فتاوی، به اخبار آنان نیز رجوع کرد؛ چرا که ما را در فهم احکام یاری می‌نماید. (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۱۴)

## ۱۱. اشتراط ملکه قدسیه در اجتهاد

در کلمات برخی از فقهاء آمده است که مجتهد علاوه بر مقدمات و شرایطی که قبلاً یاد شد، باید از یک قوه قدسیه برخوردار باشد تا بتواند احکام الهی را استنباط نماید. امام خمینی رحمته‌الله در این مورد فرموده‌اند: «هو خارج عن فهمنا» (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ص ۷)، اما بزرگان دیگری توضیح داده‌اند که مراد از این قوه و ملکه قدسیه چیست که در ادامه به بیان آن پرداخته می‌شود.

مرحوم شهید ثانی رحمته‌الله می‌فرماید: غیر از صرف، نحو، لغت، منطق، فقه، اصول، حدیث،

تفسیر و کلام، یکی از شرائط اجتهاد ملکه قدسیه است. (شهید ثانی، ۱۳۹۶، ص ۳۸۷)<sup>۱</sup>  
مرحوم علامه طهرانی رحمۃ اللہ علیہ نیز در کتاب شریف ولایت فقیه در حکومت اسلام، در شرح و تبیین عبارت شهید رحمۃ اللہ علیہ می فرماید: «بعد از تمام این علوم (صرف، نحو، ادبیات، فقه، اصول، تفسیر، کلام، روایت، درایه، رجال و أمثالها) که بایستی شخص در تمام اینها مجتهد بشود، علاوه بر اینها یک چیز دیگر هم لازم است، و آن ملکه قدسیه است. انسان باید دارای قوه قدسی و موهبت الهی باشد تا بتواند با آن ملکه قدسی و قوه قدسی، اجتهاد کند. این قوه قدسیه چیزی نیست که انسان بتواند به دست آورد. خدا به هر کس که بخواهد می دهد و به هر کس که بخواهد نمی دهد، و به واسطه اختیار به دست انسان نمی آید و بنده هم هیچ حيله ای برای به دست آوردن آن ندارد، بلکه منحه الهی و نفعه ربانی است که یخص بها من یشاء. ولیکن افرادی که مُجد باشند و التماس کنند و در این راه با صدق تمام بردارند، اثر بیینی در افاضه ملکه قدسیه خواهد داشت. و آن ملکه قدسیه اگر داده شد، آن وقت، انسان می تواند اجتهاد کند و الانمی تواند. ممکن است مراد شهید ثانی از این ملکه قدسیه، همین حالت تقوای باطنی باشد که همان نوری است که پروردگار عنایت می کند؛ لَيْسَ الْعِلْمُ بِالْتَّعَلُّمِ، إِنَّمَا هُوَ نُورٌ يَفْعُ فِي قَلْبٍ مَنْ يُرِيدُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى أَنْ يَهْدِيَهُ.» (حسینی طهرانی، ۱۴۲۱، ج ۲، صص ۱۰۸ و ۱۰۹)<sup>۲</sup>

در رابطه با مبادی و اموری که اجتهاد، متوقف بر آنهاست، اقوال دیگری هم وجود دارد که برای رعایت اختصار و جلوگیری از اطاله کلام از بیان و تبیین و توضیح آنها صرف نظر شد.<sup>۳</sup>

۱. «وَلَا يَكْفِي ذَلِكَ كَلَهُ إِلَّا هِبَةٌ مِنْ اللَّهِ تَعَالَى إلهِيَّةٌ وَقُوَّةٌ مِنْهُ قُدْسِيَّةٌ، توصله إلى هذه البغية وتُبَلِّغُهُ هذه الرتبة و هي العُمدة في فقه دين الله تعالى، ولا حيلة للعبد فيها، بل هي منحة إلهية ونفحة ربانية يخص بها من يشاء من عباده؛ إلا أن للجد والمجاهدة والتوجه إلى الله تعالى والانقطاع إليه أثرًا بيئنا في إفاضتها من الجناب القدسي؛ وَالَّذِينَ جَهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ.»

۲. علاقه مندان می توانند برای بهره مندی بیشتر به کتاب «نور ملکوت قرآن» از علامه طهرانی مراجعه نمایند. همچنین در کتاب شریف نور مجرد، جلد اول، نکات بسیار خوبی در این زمینه بیان شده است که برای طالبین علم، بسیار مغتنم و حائز اهمیت است.

۳. در کتاب «فقاہت در تشیع» به تفصیل به بیان شاخص های «اجتهاد و استنباط» و «مرجعیت و زعامت» پرداخته شده است که نکات قابل توجهی دارد که ما برای تکمیل بحث، به بیان فهرست وار آن شاخص ها اکتفا می کنیم و از توضیح و تبیین آنها صرف نظر می نماییم. کسانی که علاقه مند

## جواز افتاء

امام خمینی، شروط اجتهاد و جواز افتاء را یکی می‌داند. اما میرزای قمی بعضی شروط سلبی را به آن اضافه می‌کند. (میرزای قمی، ۱۴۳۰، ج ۴، ص ۵۰۹) ایشان یک سری شروط عدمی را نیز به مجموعه‌ی شروط اضافه کرده‌اند؛ به این معنا که یک مجتهد باید از این گونه از صفات مبری باشد:

۱. عدم اعوجاج سلیقه؛ ۲. عدم جربزی بودن؛ ۳. جریّ یا مفرط در فتوا نباشد؛ ۴. اهل توجیه و تاویل نباشد؛ ۵. بَحّاث نباشد؛ ۶. مستبد در رأی نباشد.
- شاید بتوان وجه جمعی میان قائلین به شروط حداکثری و قائلین به شروط حداقلی در بحث مقدمات اجتهاد یافت؛ به این بیان که قائلین به شروط حداقلی، شروط حصول ملکه‌ی لازمه را ذکر کرده‌اند و قائلین به شروط حداکثری، شروط استنباط فعلی را متعرض شده‌اند و شروط عدمی نیز صرفاً شروطی برای جواز افتاء است.

هستند، می‌توانند خودشان به منبع مذکور مراجعه نمایند.) شاخص‌های اجتهاد و استنباط: اطلاع بر تاریخ اسلام و چهارده معصوم علیهم‌السلام، توجه به عواقب و تبعات احکام و فتاوی صادره، نصب العین قرار دادن رضای پروردگار در همه تصرفات و احکام، تشخیص صحیح موضوعات در ترتب تکالیف با مراجعه به کارشناسان و متخصصان، توجه به محوریت حقیقت ربطیه بین عبد و مولا در همه احکام و تکالیف، وضوح و صراحت فتوا، تحصیل نور و اشراق برای فهم و ادراک شریعت، توجه و احاطه تام به تمامی روایات و حکایات وارده در باب فقه، اخلاق، توحید و...، تحقیق و تدقیق در مبانی فلسفه و عرفان اسلامی، اطلاع و احاطه کافی بر فقه اهل سنت و سایر ادیان، آگاهی از مسائل و حوادث عصر خویش و فتنه‌های دشمن، مراجعه مستقیم و خالی الذهن به کتاب الهی و سنت اهل بیت علیهم السلام، اجتهاد در ادبیات و فنون لغت عرب، منطق، کلام و فلسفه، اطلاع کافی بر سرگذشت فقهای شاخصین و اولیای الهی، وجوب اعلان و ابلاغ صریح فتوا در صورت إشاعه فتوای خلاف، رعایت ادب و احترام نسبت به بزرگان، لزوم مطابقت قول و فعل مجتهد با مبانی و قوانین شریعت، اعتقاد پدری و شفقت نسبت به همه افشار جامعه، توجه به اختلاف نفوس در پذیرش و تلقی احکام، ارائه ذهنیتی صحیح و زیبا از شریعت رسول اکرم برای ارتقاء فرهنگ عمومی، عدم اکتفاء به بیان احکام الزامیه. شاخص‌های مرجعیت و زعامت: دارا بودن نور باطن و کیاست و زیرکی، لزوم سعه صدر و ظرفیت تحمل مخالفت‌ها و اختلافات، خبریوت و بصیرت نسبت به شرایط جامعه و دیدگاه‌ها و توقعات افراد، اطلاع بر اوضاع و احوال اهل دنیا، اقتدار و قوت در تصمیم‌گیری، تبعیت از اراده و مشیت و تقدیر الهی، ارتباط با همه مذاهب و افراد در سراسر جهان، وصول به ملکه قدسی و طهارت نفس و سرّ و قلب).



## منابع

۱. قرآن کریم
۲. استرآبادی، محمد امین (۱۴۲۶)، الفوائد المدنية، رحمت الله رحمتی اراکی (چاپ دوم)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. اصفهانی نجفی، محمد تقی بن عبدالرحیم (۱۴۲۹)، هداية المسترشدين (چاپ دوم)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۸)، فرائد الأصول (چاپ نهم)، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
۵. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۳۸۹)، كفاية الاصول (چاپ دوم)، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
۶. تونی، عبدالله بن محمد (۱۴۱۵)، الوافية في أصول الفقه (چاپ دوم)، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
۷. جزائری، سيد نعمة الله (۱۴۰۱)، منيع الحياة و حجية قول المجتهد من الأموات، رؤوف جمال الدين (چاپ دوم)، بيروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۸. جزایری، محمد جعفر (۱۴۱۵)، منتهی الدراییة في توضیح الكفاية (چاپ چهارم)، قم، مؤسسه دارالکتاب.
۹. الجوهری الفارابی، ابونصر اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية (چاپ دوم)، بيروت، دارالعلم للملایین.
۱۰. حاجی سید جوادی، سید فرید (۱۳۸۸)، گزارشی از همایش کرسی نظریه پردازی اجتهاد متوسط، نشریه فقه اهل بیت علیهم السلام، مؤسسه فقه اهل بیت علیهم السلام قم، شماره ۵۹ - ۵۸، صفحات ۳۶۴ - ۳۵۵.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳)، الفوائد الطوسية، سید مهدی لاجوردی حسینی - محمد درودی، (چاپ اول)، قم، چاپخانه ی علمیه.
۱۲. حسینی طهرانی، سید محمد حسین (۱۴۲۱)، نور ملکوت قرآن (چاپ دوم)، مشهد، انتشارات نور ملکوت قرآن.
۱۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۱)، ولایت فقیه در حکومت اسلام (چاپ دوم)، مشهد، انتشارات علامه طباطبائی.
۱۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۳۴)، رساله اجتهاد و تقلید [تقریرات درس مرحوم شیخ حسین حلی]،





- ترجمه سید محمد محسن حسینی طهرانی (چاپ اول، تهران، مکتب وحی).
۱۵. حسینی طهرانی، سید محمد صادق (۱۴۳۹)، نور مجرد (چاپ اول)، مشهد، انتشارات علامه طباطبایی.
۱۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۴۱)، گلشن احباب (چاپ اول)، مشهد، انتشارات نور ملکوت قرآن.
۱۷. حسینی طهرانی، سید محمد محسن (۱۴۳۸)، فقاہت در تشیع (چاپ اول)، تهران، مکتب وحی.
۱۸. حلّی، محمد بن منصور (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (چاپ دوم)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۹. حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع، سید عبد اللطیف حسینی کوه‌کمری (چاپ اول)، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۲۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲)، مفردات الفاظ القرآن (چاپ اول)، بیروت، دار الشامیة.
۲۱. سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳)، مهذب الأحکام (چاپ چهارم)، قم، مؤسسه المنار.
۲۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۳۹۶)، منیة المرید فی ادب المفید و المستفید (چاپ دهم)، قم، مؤسسه بوستان کتاب.
۲۳. شیخ بهایی، محمد بن حسین (۱۴۲۳)، زیدة الأصول (چاپ اول)، قم، مرصاد.
۲۴. عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة (چاپ اول)، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۵. غزالی، ابو حامد محمد بن محمد (۱۴۱۵)، المستصفی من علم الاصول (چاپ اول)، بیروت، شركة دارالارقم بن ابی الارقم.
۲۶. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر (۱۳۱۹)، الحق المبین فی تصویب المجتهدین و تخطئة الاخباریین (چاپ اول)، تهران، شیخ احمد شیرازی.
۲۷. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹)، الکافی (چاپ دوم)، قم، دارالحدیث.
۲۸. مجلسی، محمد تقی (۱۴۱۴)، لوامع صاحبقرانی (چاپ دوم)، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲۹. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۱۸)، الاجتهاد و التقليد، محققان مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام (چاپ اول)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۰. موسوی خویی، سید ابو القاسم (۱۴۱۸)، التنقیح فی شرح العروة الوثقی (چاپ اول)، قم، تحت اشراف جناب آقای لطفی.



۳۱. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۳۰)، القوانین المحکمة في الأصول (چاپ اول)، قم، احیاء الکتب الاسلامیه.
۳۲. وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل (۱۴۱۵)، الفوائد الحائریة (چاپ اول)، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۳۳. همایش روش شناسی در علوم اسلامی، پیش نشست های تخصصی، کرسی نظریه پردازی، نظریه اجتهاد متوسط، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، سال ۱۳۸۷.

## در محضر شیخ انصاری (۱) رویکرد شیخ انصاری رحمته الله علیه در خرید و فروش سگ<sup>۱</sup>

سید علی سهیلی نیک \* امیر عباس صابری \* حسن میری \*

### چکیده

بین فقهاء در مسئله بیع کلب - غیر هراش - اختلاف است. شیخ انصاری قائل به جواز بیع کلب صید می‌باشد و لااقل به جواز بیع کلب صید سلوقی معتقد است و آن را قدر متیقن از اخبار و معاهدات بر می‌شمرد. ایشان ادله جواز بیع را شامل مطلق کلب صید می‌داند و ذکر کلب سلوقی از باب فرد اکمل می‌باشد. اما در غیر این دو احتیاط را در عدم جواز بیع می‌داند. حل مسئله را در ۵ محور پی می‌گیریم: (۱) رجوع به کلمات فقهاء (۲) به صورت مستقیم از روایات صحیح آن را اثبات کنیم (۳) از روایات دیه استفاده کنیم بالملازمه چون دیه لازمه مالیت است و به تبع جواز بیع می‌آید، (گرچه شیخ انصاری این ملازمه را قبول ندارد. اما مورد قبول این مقاله است) (۴) از تنقیح مناط استفاده کنیم (که مورد قبول این مقاله است، اما شیخ آن را قیاس می‌داند) (۵) از روایات جواز اکل صید ماخوذ به وسیله کلب استفاده کنیم (که به نظر دلالتی ندارد). نتیجه نهایی اینک: بجز کلب هراش بقیه کلاب مالیت دارد و خرید و فروش آن جایز است. کلید واژه‌ها: کلب سلوقی، کلب حائط، کلب بستان، کلب هراش

۱. تاریخ دریافت: بهمن ۱۴۰۱.

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران.

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران.

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران.



شیخ انصاری در مسئله کلب صید قائل به جواز بیع آن می باشد و لااقل به جواز بیع کلب صید سلوقی معتقد می گردد و آن را قدر متیقن از اخبار و معاهدات بر می شمرد. ایشان حداکثر ادله جواز بیع را شامل مطلق کلب صید می داند و ذکر کلب سلوقی از باب فرد اکمل می باشد. اما در غیر این دو احتیاط را در عدم جواز بیع می داند. البته بین فقهاء در این مسئله اختلاف است که در دویخش مخالفین و موافقین به آن می پردازیم.

به جز کلب هراش بقیه کلاب مالیت دارد. تعبیر مطلق کلاب در اینجا شامل کلب هراش نمی شود که مسلم قابل خرید و فروش نیست. و خرید و فروش آن جایز است. برای حل مسئله ۵ راه حل داریم: (۱) رجوع به کلمات فقهاء، (که اختلافی است). (۲) به صورت مستقیم از روایات صحّت آن را اثبات کنیم (که مالیت کلب سلوقی و حدّ اکثر مطلق کلب صید را اثبات می کند). (۳) از روایات دیه استفاده کنیم بالملازمه چون دیه لازمه مالیت است و به تبع جواز بیع می آید، (گرچه شیخ انصاری این ملازمه را قبول ندارد، که خواهد آمد. اما مورد قبول ما است). (۴) از اشباه و نظائر و تنقیح مناط استفاده کنیم (که مورد قبول ما است اما شیخ آن را قیاس می داند) (۵) از روایات جواز اکل صید ماخوذ به وسیله کلب استفاده کنیم (که به نظر دلالتی ندارد) فلذا در پنج فصل به آن می پردازیم.

### بخش اول: ادله مخالفین

مخالفین بیع کلب ادله ای دارند که به شرح ذیل به آن می پردازیم:

#### فصل اول: عمومات و اطلاقات

در مورد کلب عمومات یا مطلقاتی داریم که می گوید: ثمن الکلب سحت و انواع کلاب را از هراش و صید و ماشیه و... شامل می شود و بیع همه را ممنوع اعلام می کند، مانند مضمرة: **ثُمَّنُ الْكَلْبِ الَّذِي لَيْسَ بِكَلْبِ الصَّيْدِ سُحْتٌ** (شیخ صدوق ۱۳۶۲ش، ج ۳، ص ۱۷۱) (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص ۹۴).

#### فصل دوم: مفهوم مخالفه روایات

روایات منقول از محدثینی مانند کلینی و صدوقین و قدماء داریم که حصر نموده است ما یجوز بیعه در کلب صیود که مفهوم آن عدم جواز بیع بقیه کلاب است.





## فصل سوم: کلمات فقهاء

شیخ انصاری قول به عدم جواز بیع کلاب غیرصید را اشهر می‌داند (۱۴۱۵، ج ۱، ص ۵۷)<sup>۱</sup> ناقل این اشتهریت صاحب مستند (نراقی، ج ۲ ص ۳۳۴)، و صاحب مناهل (سید مجاهد ۱۴۰۸، ص ۲۷۶) است. و هم چنین در کلمات أهل فتوی مانند (مفید، ص ۵۸۹) صاحب المهذب (قاضی ۱۴۰۶ق) و صاحب غنیة (ابن زهره ۱۴۱۹ق) و (ابن سعید ۱۴۰۸ق، ص ۷۶) و صاحب شرایع (محقق، ج ۲، ص ۱۱) و کفایة الاحکام (سبزواری، ص ۸۸) و روضة المتقین (محمد تقی مجلسی ۱۴۰۶، ج ۶، ص ۴۷۰) و صاحب الحدائق (البحرانی، ج ۱۸، ص ۸۱) و مصابیح (علامه طباطبائی، ۱۳۹۱ش) و صاحب کشف الغطاء (کاشف الغطاء). شیخ حمل کلمات قدما در جواز کلب صید را بر مثال، و به تبع عدم حصر را خیلی بعید می‌داند. البته این اجماع معارض دارد همانطور که خواهد آمد و حتی اگر نقل اجماع بر جواز بیع را نپذیریم، لاقلاً موجب وهن اجماع بر عدم جواز می‌گردد با مبنای بعضی از متأخری متأخرین در اجماع که حجیت آن منوط به حصول کشف قول معصوم علیه السلام است از اتفاق جماعتی از فقهاء و لو با مخالفت اکثر.

## بخش دوم: ادله موافقین

موافقین جواز بیع کلب نیز ادله‌ای بر حکم خودشان اقامه نموده‌اند به شرح ذیل:

## فصل اول: کلمات فقهاء

در روایت تحف العقول به صورت عام می‌توان از فقره شیء من وجوه الصلاح استفاده کرد و کلاب در نزد عقلاء وجوه صلاح فراوان دارد.

اما به صورت خاص، روایات مربوط به بیع کلب در روایات شیعه به صورت صریح فقط در مطلق صید آمده و روایت کلب سلوقی صریحا در بیع نیامده.

بجز مرسله شیخ در مبسوط که بعد از تجویز بیع کلب معلّم، می‌فرماید: و روی أنّ کلب الماشیة و الحائط كذلك. (شیخ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۶۶)

شیخ انصاری در ردّ آن می‌فرماید: اولاً: کتب روایی مشهور از این روایت خالی است به طوری که حتی خود شیخ طوسی ناقل این مرسله آن را در دو کتاب روایش نیاورده است. ثانیاً: ضعف دلالت دارد، چرا که احتمال دارد شیخ طوسی مرسله را با اجتهادش

۱. کلب الماشیة و الحائط - و هو البستان - و الزرع و الأشهر بین القدماء علی ما قیل المنع.



نقل کند و فهمش در آن دخیل باشد.

نقل از امام چهارگونه است: (۱) به عین ألفاظ الإمام (ع) (۲) به لفظی دیگر مرادف با لفظ صادر از امام (ع) مثلاً بجای هلمّ بگوید تعال. که نقل به معنی می‌گویند (۳) تبدیل یک لغت به لغت دیگر مثل رفت بدل ذهب. که ترجمه می‌گویند. (۴) نقل ما یستفاد از کلام امام به حسب فهم ناقل یعنی نقل به مضمون.

و این قسم چهارم از حیث دلالت مشکل داد چون نظر شخصی ناقل در آن دخیل است و کلمه (ذلك) کما فی المتن یا (کذلك) در کتاب مبسوط قرینه بر وجه چهارم است. بعضی‌ها دنبال انجبار این مرسله رفته‌اند به واسطه اجماع منقول از شیخ و علامه و شهید ظویا به جهت شهرت فتوی بین متأخرین، اما شیخ انصاری آن را نمی‌پذیرد، چرا که، اولاً این نقل موهون است. ثانیاً معارضه می‌کند با آن، نقل اجماع از جانب خلاف و غنیه، بر عدم جواز بیع غیر معلّم از کلاب. ثالثاً: بالوجدان تحصیل خلاف عظیم کرده‌ایم از اهل روایت و فتوی داریم در قدمات اصحاب.

### ۱. حکم بیع کلب صید (سلوقی)

شیخ انصاری در مستثنیات حرمت بیع اعیان نجسه کلب سلوقی را استثناء می‌کند و آن را متیقّن از اخبار می‌داند (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص ۶۳) خلاف و منتهی و ایضاً الفوائد نیز همین نظر را دارند که خواهد آمد و هم چنین شیخ آن را مدلول معاهدات<sup>۱</sup> می‌داند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱)<sup>۲</sup> البته در مواردی روایتی شیعه روایتی در باره بیع کلب سلوقی نداریم، وسائل در کتاب البیع فقط کلب صیود را گفته و جواز بیع کلب صید سلوقی را نگفته است.

### فصل دوم: استفاده از روایات به صورت مستقیم

#### گفتار اول: بیع کلب در منابع شیعی

در روایت تحف العقول به صورت عامّ می‌توان از فقره شیء من وجوه الصلاح استفاده

۱. بلا خلاف ظاهر، إلا ما عن ظاهر إطلاق العماني قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة (۴: ۲۸): ولا يخالف

سوی الحسن العماني، علی ما حکي.

۲. يجوز بیع کلب الصید السلوقی، و هو المتیقّن من الأخبار و معاهد الإجماعات.



کرد و کلاب در نزد عقلاء وجوه صلاح فراوان دارد.

اما به صورت خاص، روایات مربوط به بیع کلب در روایات شیعه به صورت صریح فقط در مطلق صید آمده و روایت کلب سلوقی صریحا در بیع نیامده.

بجز مرسله شیخ در مبسوط که بعد از تجویز بیع کلب معلّم، می فرماید: و روی أنّ کلب الماشیة و الحائط كذلك. (شیخ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۶۶)

شیخ انصاری در ردّ آن می فرماید: اولاً: کتب روایی مشهور از این روایت خالی است به طوری که حتی خود شیخ طوسی ناقل این مرسله آن را در دو کتاب روایش شیخ نیاورده است.

ثانیا: ضعف دلالت دارد، چرا که احتمال دارد شیخ طوسی مرسله را با اجتهادش نقل کند و فهمش در آن دخیل باشد.

نقل از امام چهارگونه است: (۱) به عین ألفاظ الإمام (ع) (۲) به لفظی دیگر مرادف با لفظ صادر از امام (ع) مثلاً بجای هلمّ بگوید تعال. که نقل به معنی می گویند (۳) تبدیل یک لغت به لغت دیگر مثل رفت بدل ذهب. که ترجمه می گویند. (۴) نقل ما استفاد از کلام امام به حسب فهم ناقل یعنی نقل به مضمون.

و این قسم چهارم از حیث دلالت مشکل داد چون نظر شخصی ناقل در آن دخیل است و کلمه (ذلك) كما في المتن یا (كذلك) در کتاب مبسوط قرینه بر وجه چهارم است.

بعضی ها دنبال انجبار این مرسله رفته اند به واسطه اجماع منقول از شیخ و علامه و شهید قدّس الله أسرارهم و یا به جهت شهرت فتوی بین متأخرین، اما شیخ انصاری آن را نمی پذیرد، چرا که، اولاً این نقل موهون است. ثانیاً معارضه می کند با آن، نقل اجماع از جانب خلاف و غنیه، بر عدم جواز بیع غیر معلّم از کلاب.

ثالثاً: بالوجدان تحصیل خلاف عظیم کرده ایم از أهل روایت و فتوی داریم در قدماء اصحاب.

## ۱. حکم بیع کلب صید (سلوقی)

شیخ انصاری در مستثنیات حرمت بیع اعیان نجسه کلب سلوقی را استثناء می کند و آن را متیقّن از اخبار می داند (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص ۶۳)



خلاف و منتهی و ایضاح الفوائد نیز همین نظر را دارند که خواهد آمد و هم چنین شیخ آن را مدلول معاهدات<sup>۱</sup> می داند<sup>۲</sup>

البته در مواردی روایی شیعه روایتی در باره بیع کلب سلوقی نداریم، وسائلی در کتاب البیع فقط کلب صیود را گفته و جواز بیع کلب صید سلوقی را نگفته است.

### سلوق در لغت

سگ را دو قسم می دانند: سلوق و زغاری، و سلوقیه را منسوب به سلوق یمن؛ و خصوصیت آن منطقه را ساخت سلاح خوب و سگ های قوی می دانند و سگ های ماده آموزش پذیرتر هستند سگ های سلوقی نژادی مابین گرگ و سگ می باشند و نسل سومشان آموزش پذیر است<sup>۳</sup>. چون در آن زمان سگی معروفی را که برای شکار می بردند سگی سلوقی بود که سلوق به اصطلاح روستایی بود در یمن یا شهری بود در یمن که سگ های آن را برای صید به کار می بردند.

کلمه سلوق در بعضی از عبارات فقهای قدیم ما آمده، اما در معظم روایات ما نیامده، در کتب حدیث اهل سنت حتی فتاوی صحابه هم نیامده یعنی در نهاییه ابن اثیر کلمه سلوقی را شرح نداده است.

### سلوق در روایات

در نهاییه ابن اثیر چیزی به نام سلوق نداریم که این نشانه این است که در روایات رسول الله ﷺ یا غیر رسول الله ﷺ از کلام صحابه مهم کلمه سلوقی نبوده و بعید هم نیست که این اصطلاح در میان کتب فقهی و علمی شان راه پیدا کرده اما در کتب حدیثی شان وجود نداشته باشد

در روایات اصلی ما سلوق نیست، این یک تعبیری است که سکونی از امام صادق علیه السلام نقل کرده ظاهراً در قرن دوم عنوان سگ سلوقی جا افتاده بوده و الا در معظم

۱. بلا خلاف ظاهر، إلا ما عن ظاهر إطلاق العماني قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة (۴: ۲۸): ولا يخالف

سوی الحسن العماني، علی ما حکي.

۲. يجوز بيع كلب الصيد السلوقي، وهو المتيقن من الأخبار ومعاهد الإجماعات (المكاسب ج ۱، ص ۷۸).

۳. الكلب: وهو نوعان: السلوق والزغاري. فأما السلوقية فنسوبة إلى (سلوق)، وهي من بلاد اليمن؛ ولها سلاح

جيد وكلاب فزه. وإناث الكلاب أسرع تعلمنا من ذكورها. قالوا: تتولد السلوقية بين الثعالب والكلاب، ولا يقبل

التعليم إلا البطن الثالث منها (التعريف بالمصطلح الشريف ابن فضل الله ص ۳۰۲).





روایات ما، روایات رسول الله ﷺ که اصلاً نیست، یا صید است و یا مثلاً حائط و ماشیه اما عنوان سلوقی نیست،

ریشه کلمه کلب سلوقی خود امام صادق علیه السلام است نه رسول الله صلی الله علیه و آله، بعد هم ایشان این حدیث را نقل کردند.

باید دانست که صفت سلوقی عمومیت ندارد و شامل هر کلب متعلق به قریه سلوق نمی شود، بلکه فقط منظور صیود سلوقی را شامل است در واقع باید گفت سلوقیت مخصّص نیست که فقط شامل کلاب صید سلوقی باشد (بلکه مطلق کلب صید مراد است ولو برای نقطه ای دیگر از عالم باشد) و نه معمم است که هر کلب مربوط به سلوقی ولو کلب غیر صید باشد فلذا گفته شده: لایجوز بیع کلب السلوقی الا کلب الصید<sup>۱</sup>

## ۲. حکم بیع مطلق کلب صید<sup>۲</sup>

در تراث روایی ما روایاتی در مورد بیع. در مورد بیع کلب صید وارد شده است مانند: (یک) وَ عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْبَرْقِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي هَاشِمٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ الْوَلِيدِ الْعَمَّارِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ تَمْنِ الْكَلْبِ الَّذِي لَا يَصِيدُ فَقَالَ سُحْتُ وَ أَمَّا الصَّيُودُ فَلَا بَأْسَ بِهِ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص ۳۹۸)

(دو) عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ إِبْنِ فَضَّالٍ عَنْ أَبِي جَمِيلَةَ عَنْ لَيْثِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الْكَلْبِ الصَّيُودِ يُبَاعُ فَقَالَ نَعَمْ وَ يُؤْكَلُ تَمْنُهُ (شیخ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۱۰)

۱. بعد ما حکى العلامة التخصيص بالسلوقى عن الشيخين قال: «و عنى بالسلوقى كلب الصيد؛ لأن «سلوق» قرية باليمن، أكثر كلابها معلّمة فنسب الكلب إليها» (المنتهى ۲: ۱۰۰۹).

إن هذا الكلام من المنتهى يحتمل (احتمالاً غير الاظهر) لأن يكون مسوقاً لإخراج غير كلب الصيد من الكلاب السلوقية، وأن المراد بالسلوقى خصوص الصيود، لا كل سلوقى.

۲. هو المعروف لاجبوز وهو ظاهر إطلاق المقنعة المقنعة: ۵۸۹، و النهاية النهاية: ۳۶۴.

جبوز. وهو يمكن أن يكون مراد المقنعة و النهاية من «السلوقى» مطلق الصيود، على ما شهد به بعض الفحول من إطلاقه عليه أحياناً لعلة عليه السلام أراد بذلك ما نقله السيد المجاهد عن أستاذه في مقام الجمع بين الروايات، انظر المناهل: ۲۷۶، و يؤيد (أظهر الاحتمالين) بما عن المنتهى، حيث إته بعد ما حکى التخصيص بالسلوقى عن الشيخين قال: «و عنى بالسلوقى كلب الصيد؛ لأن «سلوق» قرية باليمن، أكثر كلابها معلّمة فنسب الكلب إليها» (المنتهى ۲: ۱۰۰۹).

و عجیب است که این حدیث را وسائل در باب بیع کلب نیاورده و فقط در باب صید و ذباحت و جواز اکل آورده است. اما طبق معمول می فرماید: **أَقُولُ: وَ تَقَدَّمَ مَا يُدُلُّ عَلَى ذَلِكَ هُنَا وَ فِي لِبَاسِ الْمُصَلِّي**

### ۳. حکم بیع کلب غیر صید

اما بیع کلب غیر صید ممنوع و سحت است همانگونه که در روایت آمده است، مانند: **وَ عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْبَرْقِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي هَاشِمٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ الْوَلِيدِ الْعَمَّارِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ تَمَنِ الْكَلْبِ الَّذِي لَا يَصِيدُ فَقَالَ سُحْتُ وَ أَمَّا الصَّيْدُ فَلَا بَأْسَ بِهِ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص ۳۹۸)**

شیخ انصاری می گوید: بیع کلب ماشیه و حائط<sup>۱</sup> (یعنی بستان<sup>۲</sup>) و زرع خالی از إشکال نیست و اقوی و احوط را منع می داند<sup>۳</sup> و در آخر با طلب فهم مسئله را تمام می کند<sup>۴</sup> فافهم.

۱. کلمه حائط محل بحث است در بعضی روایات کلمه زرع است.
  ۲. شیخ بستان را آورده ولی دار را نیاورده است چرا که بعضی از فقهاء در همان حائط هم گفته اند اختصاص به بوستان دارد چون آن روایتی که کلب الحائط دارد آن محل انتفاع هست، چرا که در روایات دارد که ملائکه در خانه وارد نمی شوند ولو کلب صید باشد.
  ۳. بیع کلب ماشیه و الحائط و هو البستان و الزرع لا تخلو عن إشکال، و إن كان الأقوی بحسب الأدلّة و الأحوط فی العمل هو المنع، فافهم.
  ۴. الف) المنع. هو الأشهر بین القدماء علی ما قیل المستند ۲: ۳۳۴، و المناهل: ۲۷۶. - بل الإجماع علیه المقنعة: ۵۸۹، الغنیة (الجوامع الفقهیة): ۵۲۴، نزهة الناظر: ۷۶، الشرائع ۲: ۱۱؛ و أما القاضي فلم نقف فی کتابیه علی ما یدلّ علی المنع، و إن نسبة إلیه فی المختلف: ۳۴۱.
- ب) الجواز.

- ۱) وفاقاً للمحکمی عن ابن الجنید رضی الله عنه، حیث قال: «لا بأس بشراء الكلب الصائد و الحارس للماشیة و الزرع»، ثم قال: «لا خیر فی الكلب فیما عدا الصیود و الحارس» حکاه عنه فی المختلف ۳۴۰، ۳۴۱. و ظاهر الفقرة الأخيرة لولم یحمل علی الاوّل - : جواز بیع الكلاب الثلاثة و غیرها، كحارس الدور و الحیام.
- ۲) حکي الجواز أيضاً عن الشيخ المبسوط ۳: ۲۵۰ (۳. القاضي في كتاب الإجارة، المهذب ۱: ۴۰۵، ۴۰۶) عن سائر المراسم: ۱۷۰، الوسيلة: ۵. ۲۴۸ (أبي الصلاح ۶) ابن حمزة (۷) ابن إدريس السرائر ۲: ۲۲۰؛ و أما أبو الصلاح در كتاب كافي ایشان فتوای به جوازش را نیافتیم. ۸) أكثر المتأخرين كالعلامة وولده السعيد القواعد ۱: ۱۲۰، إيضاح الفوائد ۱: ۴۰۲. و الشهيدین الدروس ۳: ۱۶۸، الروضة البهیة ۳: ۲۰۹. و المحقق الثاني جامع المقاصد ۴: ۱۴. و ابن



## گفتار دوم: بیع کلب صید در منابع اهل سنت

در روایت ابن عباس، نهی رسول الله ﷺ عن الثمن الكلب كه مطلق است و قید ندارد (ابن جریر الطبری، بی تا، ج ۱ ص ۲۰۳)

اما در روایت جابر مقیّد است به غیر کلب صید یا معلّم، عن جابر بن عبد الله، قال نهی رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب إلا الكلب المعلم (المتقی الهندی، ۱۴۱۹. ق، ج ۱، ص ۳۴۵) و یا با تعبیر نهی النبی ﷺ عن ثمن الكلب إلا الكلب الصيد.

## فصل سوم: ملازمه بین روایات دیه کلب و مالیت آن

اول اثبات صغرای دیه کلب می‌کنیم و سپس اثبات کبرای ملازمه بین آن و مالیت کلب ابتدائاً مقدمه‌ای باید حکم قتل کلاب بیان شود: قتل کلاب بجز کلب هراش یا عقور ممنوع است و موجب دیه می‌گردد مثل صید و ماشیه و حائط، در وسائل روایاتی را به این عنوان آوردند: جواز قتل کلاب الهراش دون کلب الصید و الماشیه و الحائط. در روایات شیعه وارد شده که کلب گزنده یا عقور جایز، بلکه واجب القتل است، مانند:

القطان في المعالم معالم الدين في فقه آل يس (مخطوط): ۱۲۶. و الصيمري تلخيص الخلاف ۲: ۷۹. و ابن فهد المهذب (البارع ۲: ۳۴۹. ۹) و غیرهم من متأخري المتأخرين منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز ۱: ۴۳۷، و الفاضل المقداد في التنقيح ۲: ۷، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ۸: ۳۷. بجز قلیلی از متأخری متأخرین مخالفت کرده‌اند و به تبع محقق در شرائع ۲: ۱۲. قائل به منع شده‌اند مانند سبزواری کفاية الأحكام: ۸۸. و التقي المجلسي روضة المتقين ۶: ۴۷۰. و صاحب الحدائق الحدائق ۱۸: ۸۱. و العلامة الطباطبائي في مصابيح المصاييح: (مخطوط)، آدرسش را نیافتیم و فقیه عصره (کاشف الغطاء) في شرح القواعد شرح القواعد (مخطوط): الورقة ۶.

(۱۰) بل ظهور الاتفاق المستفاد من قول الشيخ في كتاب الإجارة: إن أحدا لم يفرق بين بيع هذه الكلاب و إجاتها المبسوط ۲: ۱۶۶. بعد ملاحظه الاتفاق على صحة إجاتها، و من قوله في التذكرة: يجوز بيع هذه الكلاب عندنا التذكرة ۲: ۲۹۵ (كتاب الإجارة)، و من المحكي عن الشهيد في الحواشي: أن أحدا لم يفرق بين الكلاب الأربعة حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ۴: ۲۹. و من المعلوم بالإجماع و السيرة جواز الانتفاع بهذه الكلاب منفعة محللة مقصودة أهم من منفعة الصيد، فيجوز بيعها لوجود القيد الذي اعتبره فيها، و أن المنع من بيع النجس منوط بجرمة الانتفاع فينتفي بانتفائها. و عنه رحمه الله في مواضع أخر: أن تقدير الدية لها يدل على مقابلتها بالمال راجع المنتهي ۲: ۱۰۰۹. نعم، لو ادعى الإجماع أمكن منع وهنأ بمجرد الخلاف و لو من الكثير بناء على ما سلكه بعض متأخري المتأخرين في الإجماع من كونه منوطاً بمحصول الكشف من اتفاق جماعة و لو خالفهم أكثر منهم لم نقف على القائل.

۱. الشَّيْخُ حُسَيْنُ بْنُ عَبْدِ الْوَهَّابِ الشَّعْرَانِيُّ الْمُعَاوِرِيُّ لِلشَّيْخِ الطُّوسِيِّ فِي كِتَابِ عُيُونِ الْمُعْجَزَاتِ، الَّذِي رُبَّمَا يُنْسَبُ إِلَى السَّيِّدِ الْمُزْتَصَّى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي زَيْدِ التَّمِيمِيِّ عَنْ عَبْدِ الصَّمَدِ بْنِ عَبْدِ الْوَارِثِ عَنْ شُعْبَةَ عَنْ سُلَيْمَانَ الْأَعْمَشِ عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: صَلَّى النَّبِيُّ ﷺ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَيْنَا بِوَجْهِهِ الْكَرِيمِ وَأَخَذَ مَعَنَا فِي الْحَدِيثِ فَأَتَاهُ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ وَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَلْبُ فُلَانٍ اللَّذِي<sup>۱</sup> خَرَقَ ثَوْبِي وَخَدَشَ<sup>۲</sup> سَاقِي وَمَنَعَنِي مِنَ الصَّلَاةِ مَعَكَ فَقَالَ ﷺ إِذَا كَانَ الْكَلْبُ عَقُورًا وَجَبَ قَتْلُهُ الْخَبَرُ. (نوری، ۱۴۰۸ق ج ۸، ۲۹۶)

مفهومش این است که غیر کلب عقور کشتنش واجب نیست.

۲. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ﷺ: الْكَلْبُ الْأَسْوَدُ الْبَهِيمُ لَا تَأْكُلُ صَيْدَهُ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ بِقَتْلِهِ. (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص ۱۷)<sup>۳</sup>

ابن حزم از بزرگان اهل سنت نیز می گوید: رسول الله ﷺ امر بقتل الكلاب، یعنی وجوب قتل، بعد فرمودند، لولا ان الكلاب أُمَّةٌ من الامم لامرت بقتلها، ولكن اقلوا الاسود البهيم، او الاسود ذا النقطين. بهيم یعنی که رنگش تیره است. بعد هم فرمودند که چون سگ های یکی از امم هستند. و در مورد اقتناء و نگهداری می گوید: ان الملائكة لاتدخل بيتاً فيه كلب الا ما كان من كلب صيد او ماشية او زرع او حائط.

### صغرای استدلال: ديه کلب

گفتار اول: ديه کلب در منابع شیعی

#### ۱. ديه کلب صيد

روایات این باب بعضی در مطلق کلب صید است و بعضی در کلب صید سلوقی، به جهت مصداق اکمل بودنش و لازم نیست حمل مطلق بر مقید شود. و از این روایات ديه کلب صيد به دست می آید که نشانه مالیت آن است. از جمله: یک) مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتِنَادُهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي تَالِبٍ ﷺ فِيمَنْ قَتَلَ كَلْبَ الصَّيْدِ قَالَ

۱. در مصدر: الأنصاري.

۲. در مصدر: و خمس.

۳. بَابُ جَوَازِ قَتْلِ كِلَابِ الْأَهْرَاسِ دُونَ كَلْبِ الصَّيْدِ وَ الْمَاشِيَةِ وَ الْحَائِطِ وَ جَوَازِ بَيْعِ كَلْبِ الصَّيْدِ الْجِزْءِ الثَّلَاثِ وَ الْعَشْرُونَ كِتَابُ الصَّيْدِ وَ الذَّبَائِحِ أَبْوَابُ الصَّيْدِ ۴۵.



يَعْرِضُهُ وَكَذَلِكَ الْبَايِ - وَكَذَلِكَ كَلْبُ الْغَمِّ وَكَذَلِكَ كَلْبُ الْحَائِطِ. (شيخ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۱)  
 دو) مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتَانِدُهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ  
 بْنِ عَبْدِ الْحَمِيدِ عَنِ الْوَلِيدِ بْنِ صَبِيحٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: دِيَةٌ الْكَلْبِ السَّلْوَقِيِّ ٣ أَرْبَعُونَ  
 دِرْهَمًا أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله بِذَلِكَ أَنْ يَدِيَهُ لِبَنِي خُزَيْمَةَ ٤. (شيخ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۹)  
 وَرَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنِ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شَاذَانَ  
 عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ مِثْلَهُ. (كافی ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۸)

این روایت که دو نسخه دارد که در نسخه کلینی محمد ابن اسماعیل عن الفضل ابن شاذان هم دارد پس در دو نسخه این روایت موجود بوده است.  
 سه) وَ عَنِ ٥ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ ٧  
 عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الْحَمِيدِ ٨ عَنِ الْوَلِيدِ بْنِ صَبِيحٍ ٩ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: دِيَةٌ كَلْبِ الصَّيْدِ  
 السَّلْوَقِيِّ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا. (شيخ صدوق، ص ۵۳۹، ح ۱۰)  
 وسائل باید این حدیث را ذیل حدیث اول که از شیخ طوسی هستش می آورد چون  
 یکی هستند لکن با فاصله ذکر کرده است.

۱. گاهی شیخ طوسی به اسم کسی روایت را نقل می کند و از کتاب وی روایت را گرفته است اما این قاعده کلی نیست مثلاً اینجا از کلینی گرفته است نه تفسیر علی بن ابراهیم البته در تهذیب گاهی از علی ابن ابراهیم شروع کرده است و از کتابش آورده است.
۲. این نقل شیخ به کتاب ابن ابی عمیر، برمی گردد و این نسخه ی شیخ طوسی همان نسخه ی ابراهیم ابن هاشم است.
۳. الكلب السلوقي منسوب إلى بلدة باليمن، القاموس المحيط (سليق) ۳: ۲۴۶.
۴. در مصدر: جزيمة.
۵. در مصدر محمد بن الحسن بن أحمد بن الوليد عن را نیز دارد.
۶. منظور برقی پسر است.
۷. روایات علی ابن ابی حمزه بطائنی توسط ابن ابی عمیر به ما رسیده، محمد ابن حفص ابراهیم ابن هاشم یا کتاب ایشان یا کتاب علی ابن ابی حمزه را به قم آورده است و میراث واقفیه را از راه محمد ابن حفص نقل می کند.
۸. ابراهیم ابن عبدالله الحمید ثقة است.
۹. ولید ابن سوید ثقة است.

چهار. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ ابْنِ فَضَالٍ<sup>۱</sup> عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: دِيَةٌ كَلْبِ الصَّيْدِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَ دِيَةٌ كَلْبِ الْمَاشِيَةِ عِشْرُونَ دِرْهَمًا وَ دِيَةُ الْكَلْبِ الَّذِي لَيْسَ لِلصَّيْدِ وَلَا لِلْمَاشِيَةِ زَنْبِيلٌ مِنْ تُرَابٍ عَلَى الْقَاتِلِ أَنْ يُعْطِيَ وَ عَلَى صَاحِبِهِ أَنْ يَقْبَلَ. موضوع ديه اعم از قتل مستقيم است و بطور مثال اگر سگ را حبس بکند تا اينکه بميرد را هم شامل می شود

## ۲. ديه کلب غير صيد

اصل ضمان و غرامت در روايت زير آمده است:

وَ عَنْهُ عَنْ أَبِيهِ عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِيمَنْ قَتَلَ كَلْبَ الصَّيْدِ قَالَ يُغْرَمُهُ وَ كَذَلِكَ الْبَازِي وَ كَذَلِكَ كَلْبُ الْعَتَمِ وَ كَذَلِكَ كَلْبُ الْحَائِطِ. (شيخ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۱۰)

وَ رَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنِ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۸) وَ كَذَا الَّذِي قَبْلَهُ أَقُولُ: حُجِّلَ عَلَى التَّقِيَّةِ لِمَا تَقَدَّمَ وَ يَأْتِي

در روايات زير به مناسبت حکم و موضوع تعيين ديه کرده:

يُكَمُّ (وَ عَنْهُ عَنْ أَبِيهِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ حَفْصٍ<sup>۲</sup> عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمَزَةَ<sup>۳</sup> عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عنه السلام عَنِ أَبِي

۱. از مراسل ابن فضال است. گفته اند مراسل ابن فضال هم قابل قبول است خذوا ما روا ذرو ما رواؤا. کتاب های ابن فضال پدر توسط عده ای از اعلام قم و بزرگان قم به قم آورده شد که اشهر شان مثل احمد ابن محمد ابن عیسی است اما کتاب های ابن فضال پسر ابن قدر توی قم جا نیفتاده است. ۲. این روایت به لحاظ محمد ابن حفص مشکل دارد. اگر این شخص مثلاً در روایات یکی دو مورد بود، می گفتیم اشتباهاً محمد ابن جعفر باشد، لیکن چون عدد زیادی است حدوداً بیست و چند تا که با این سند آمده است نمی توان قائل به تحریف یا تصحیف بشویم، به هر حال محمد ابن حفص را نمی شناسیم، البته یک قاعده ای هست یکی وقتی اسمی کسی در رجال برده می شود و به همان اکتفاء می شود غالباً مشهورش مد نظر است و از بین شخصیت های آن زمان، حفص ابن غیاث مشهور و معروف است. احتمال این که مراد پسر حفص باشد هم بعید نیست و پسر شیعیه شده باشد. گرچه حفص سنی است اما با اهل بیت و با امام صادق عليه السلام ارتباط دارد و یک کتابی را هم ایشان، از امام صادق دارد که تقریباً مثل یک جزوه ای بوده است در توصیف کتابش نوشته اند صد و هفتاد حدیث بوده است. ابراهیم ابن هاشم توسط علی ابن ابی حمزه یک مقدار میراث واقفیه را نقل کرده است.

۳. علی ابن ابی حمزه بنا بر معروف ضعیفه، بحث های زیادی راجع بهش شده نجاشی می گوید ایشان واقفی است،



عَبْدُ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ <sup>۱</sup> قَالَ: دِيَّةُ الْكَلْبِ السَّلُوقِيّ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا جَعَلَ ذَلِكَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَ دِيَّةُ كَلْبِ الْعَمِّ كَبُشٌّ وَ دِيَّةُ كَلْبِ الزَّرْعِ جَرِيْبٌ <sup>۲</sup> مِنْ بُرٍّ وَ دِيَّةُ كَلْبِ الْأَهْلِ قَفِيْزٌ <sup>۳</sup> مِنْ تُرَابٍ لِأَهْلِهِ. <sup>۴</sup>

دوم) مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَأْتِنَادِهِ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ <sup>۵</sup> عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: دِيَّةُ كَلْبِ الصَّيْدِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَ دِيَّةُ كَلْبِ الْمَأْشِيَةِ عِشْرُونَ دِرْهَمًا وَ دِيَّةُ الْكَلْبِ الَّذِي لَيْسَ لِلصَّيْدِ وَ لَا لِلْمَأْشِيَةِ زَنْبِيلٌ مِنْ تُرَابٍ عَلَى الْقَاتِلِ أَنْ يُعْطِيَ وَ عَلَى صَاحِبِهِ أَنْ يَقْبَلَ. سوم) پیغمبر اکرم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعد از فتح مکه که خالد ابن ولید فرستادن برای بنی جذیمه و خسارات زیادی به مردم وارد کرد به طوری که پیامبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمود اللهم انی ابرء مما صنع الخالد و سپس علی بن ابی طالب عَلَيْهِ السَّلَامُ را برای اصلاح امور و پرداخت خسارات فرستادند. البته این حادثه دو جور نقل شده، از یک طرف امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ نقل کردند که جعل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذلك. از طرف دیگر خود حضرت امیر عَلَيْهِ السَّلَامُ هم در کتاب علی عَلَيْهِ السَّلَامُ نوشتند که امر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ که دیه سگ های بنی جذیمه را برای هر کدام چهل درهم بدهد این داستان را مورخین مورد وثوق اهل سنت نیز نقل کرده اند (واقعی، ۱۳۷۶ ش، ج ۳، ۸۷۵). این روایت مؤید آن روایت قبلی است سندش هم خوب است. <sup>۶</sup>

چهارم. وَ فِي الْخُصَالِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَحْمَدَ <sup>۷</sup> بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَضَّالٍ <sup>۸</sup> عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ عَنْ عَبْدِ الْأَعْلَى بْنِ أَعْيَنَ <sup>۹</sup> عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: فِي كِتَابِ أَحْمَدَ ابْنِ حَسِينِ غَضَائِرِيٍّ مِيْ گويد: ایشان رأس واقفیه است، اصلاً سرگرده واقفی ها ایشانه، مؤسس مکتب وقف همین شخصه، که حضرت رضا هم لعنتش کردند.

۱. در دو مصدر عن أحدهما عَلَيْهِمَا السَّلَامُ دارد.
۲. الجریب: مکیال. «القاموس المحيط (جرب) ۱: ۴۵».
۳. القفیز: مکیال. «القاموس المحيط (قفز) ۲: ۱۸۷».
۴. کتاب دیات باب ۱۹ از ابواب دیات النفس باب ما له دية من الكلاب و قدر الدية.
۵. از مراسل ابن فضال است.
۶. احکام و آثار ضرر در روابط و تعاملات جهان معاصر ص ۱۹.
۷. در اینجا مراد برقی است، که به ایشان احمد ابن محمد خالد هم می گویند.
۸. ابن فضال پدر منظور است.
۹. عبد الله ابن بکیر بنا بر معروف ثقة است و جزو اصحاب اجماع هم ذکر شده، یک بحث های راجع به ایشان هست.
۱۰. ایشان احتمالاً برادر زواره باشد و ممکن است عبد الاعلی ابن اعین، باشد که من حیث المجموع روایاتش قابل قبول است.

عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ دِيَّةُ كَلْبِ الصَّيْدِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا (شيخ صدوق، ۱۳۶۲ش ج ۹، ص ۵۳۹).  
معلوم می شود اقسام دیگر در کتاب علی ابن ابی طالب عليه السلام نبوده، و آن که رسول  
الله صلى الله عليه وآله قرار داده اند و علی ابن ابی طالب عليه السلام فرمودند همان کلب صید است که ديه  
اش اربعون درهم هست (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۲۲۷)  
در مجموع دو روایت زیر در تفسیر ثمن بخش قصه یوسف عليه السلام بیست درهم معنا  
شده است.

یک) العَيَاشِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ عَنِ الْحَسَنِ عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي قَوْلِهِ «وَشَرُّهُ يَثْمَنٌ بَحْسٍ  
دِرَاهِمَةٌ مَعْدُودَةٌ» (سوره یوسف، آیه ۲۰) - قَالَ كَانَتْ عِشْرِينَ دِرْهَمًا. (عیاشی، ۱۳۸۰ق، ج ۲، ص ۱۷۲)  
دو) وَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الرِّضَا عليه السلام مِثْلَهُ وَ زَادَ فِيهِ الْبَخْسُ النَّقْصُ وَ هِيَ قِيَمَةُ كَلْبِ الصَّيْدِ  
إِذَا قُتِلَ كَانَتْ دِيَّتُهُ عِشْرِينَ دِرْهَمًا. (عیاشی، ۱۳۸۰ق، ج ۲، ص ۱۷۲)  
وَ عَنْ ابْنِ حُصَيْنٍ عَنِ الرِّضَا عليه السلام مِثْلَهُ (عیاشی، ۱۳۸۰ق، ج ۲، ص ۱۷۲) أَقُولُ: حُمِلَ عَلَيَّ  
غَيْرِ الْمُعْلَمِ لِمَا مَرَّ

### ۳. ديه کلب هراش

کلب هراش ديه ندارد مانند روایت:

یک) مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَأْتِنَادُهُ عَنِ ابْنِ فَضَالٍ<sup>۱</sup> عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ  
اللَّهِ عليه السلام قَالَ: دِيَّةُ كَلْبِ الصَّيْدِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَ دِيَّةُ كَلْبِ الْمَأْشِيَةِ عِشْرُونَ دِرْهَمًا وَ دِيَّةُ الْكَلْبِ  
الَّذِي لَيْسَ لِلصَّيْدِ وَلَا لِلْمَأْشِيَةِ زَنْبِيلٌ مِنْ تُرَابٍ عَلَى الْقَاتِلِ أَنْ يُعْطِيَ وَ عَلَى صَاحِبِهِ أَنْ يَقْبَلَ.  
دو) وَ عَنْهُ عَنِ أَبِيهِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ حَفْصٍ عَنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْرَةَ<sup>۲</sup> عَنْ أَبِي بَصِيرٍ (عَنْ أَبِي  
عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام)<sup>۳</sup> قَالَ: دِيَّةُ الْكَلْبِ السَّلُوقِيِّ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا جَعَلَ ذَلِكَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وَ دِيَّةُ كَلْبِ  
الْغَمِّ كَنْبُسٌ وَ دِيَّةُ كَلْبِ الرَّزَعِ جَرِيْبٌ مِنْ بُرٍّ وَ دِيَّةُ كَلْبِ الْأَهْلِ قَفِيْرٌ مِنْ تُرَابٍ لِأَهْلِهِ.

۱. از مراسل ابن فضال است.

۲. علی ابن ابی حمزه بنابر معروف ضعیف است، بحث های زیادی راجع به ایشان شده است. نجاشی  
می گوید ایشان واقفی است،

احمد ابن حسین غضائری می گوید: ایشان رأس واقفیه است، سرگرده واقفیها ایشان است، مؤسس  
مکتب وقف همین شخص است که حضرت رضا عليه السلام هم لعنتش کردند، .

۳. در دو مصدر دارد عن أحدهما عليه السلام.







و حتی با مهندسی معکوس می توان از صحت بیع عنوان مال بودن را احراز مرد و یا بالاتر بگوئیم اصلا صحت بیع و عقد منوط به تحقق موضوع مال نیست که اینجا جای بحث آن نیست.

بنابر این هر چیزی که دیه به آن تعلق می گیرد متعلق بیع می تواند باشد - انسان حرّ با دلیل تعددی از این ملازمه خارج شده است - و به نظر خود شیخ دایره بیع از مال اعم است و عقلا به جهت تعلق دیه عقلا بیع می کنند.

### فصل چهارم: اشباه و نظائر

با تفحص اجمالی در احکام مربوط به دیگر کلاب و احکام مربوط به صحت اجاره مطلق کلاب می توان حکم به صحت بیع مطلق کلاب نمود، به شرح ذیل:

#### الف) بیع بقیه کلاب

علامه در أوائل کتاب بیع تذکره می فرماید اگر بیع کلب صید را بپذیریم، بالملازمه باید بیع کلب صید و ماشیه و زرع و حائط را نیز بپذیریم، چون ملاک در هردو حصول نفع است که بقیه کلاب نیز موجود است.<sup>۱</sup> ابن زهره حتی منافع کلاب غیر صید را بالاتر از کلب صید می داند<sup>۲</sup> لکن شیخ انصاری این تنقیح مناط را قیاس می داند. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۵۶)

#### ب) اجاره کلاب

از کلام شیخ طوسی در کتاب اجاره استفاده می شود اجماع و اتفاق در وجود ملازمه بین بیع و اجاره کلاب (شیخ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۱۶۶).  
این یک روش جدلی است و مرسوم نزد اهل سنت هست، یجوز اجارته فیجوز بیعه، و این روش در فقه ما نیست. چون در توفقه ما دنبال روایتیم.

۱. إن سَوَّغْنَا بَيْعَ كَلْبِ الصَّيْدِ صَحَّ بَيْعُ كَلْبِ الْمَاشِيَةِ وَالزَّرْعِ وَالْحَائِطِ لِأَنَّ الْمُقْتَضِيَّ وَهُوَ التَّفْعُ حَاصِلٌ هُنَا انْتَهَى التَّذْكَرَةُ ۲: ۴۷۹.

۲. و من المعلوم بالإجماع والسيرة جواز الانتفاع بهذه الكلاب منفعه محللة مقصودة أهم من منفعة الصيد، فيجوز بيعها لوجود القيد الذي اعتبره فيها، وأن المنع من بيع النجس منوط بجرمة الانتفاع فينتفي بانتفاءها.



## فصل پنجم: اکل صید ماخوذ توسط کلب

### ۱. اکل صید ماخوذ با کلب غیر سلوقی

کلینی روایت زیر را به واسطه نوفلی از سکونی نقل می‌کند که صید ماخوذ با کلب غیر صید مثل کلب سیاه جایز نیست:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الثَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الْكَلْبُ الْأَسْوَدُ الْبَهِيمُ لَا (تَأْكُلُ) صَيْدَهُ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَ بِقَتْلِهِ<sup>۱</sup>. (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص ۱۷)

أَقُولُ: وَتَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ عُمُومًا

صاحب وسائل لایجوز را حمل بر کلب غیر معلّم یا کراحت می‌داند و می‌گوید: هَذَا يُمَكِّنُ حَمْلَهُ عَلَى غَيْرِ الْمُعَلَّمِ لِمَا تَقَدَّمَ وَيُمَكِّنُ حَمْلَهُ عَلَى الْكِرَاهِيَةِ وَهُوَ الْأَقْرَبُ.

در روایات لایجوز دارد اما عنوان باب در وسائل کراهة صید الكلب الاسود البهيم است. اینجا تعبیر به کراحت کرده و دو روایت در آن باب آورده و لایجوز را حمل بر کراحت کرده‌اند.

در وسائل باب ۱۰ که مربوط به صید و ذباحت هاست با این سند هم آورده: وَ بِالْإِسْنَادِ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ الْكَلْبُ الْأَسْوَدُ الْبَهِيمُ لَا تَأْكُلُ صَيْدَهُ - لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَ بِقَتْلِهِ.

اما متاسفانه در باب ۴۵ که مربوط به قتل و ديه کلب است این ضمیمه را نیاورده است.

تقطیعات صاحب وسائل متاسفانه در موارد متعدد موجب دردسر برای محققین و مراجعین می‌گردد.

و هم چنین از شیخ طوسی نقل کرده است که:

رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ بُنَانَ عَنْ أَبِيهِ<sup>۲</sup> عَنِ ابْنِ الْمُغْبِرَةِ عَنِ السَّكُونِيِّ

۱. وسائل الشیعة کتاب الصید و الذبائح أبواب الصید، باب جواز قتل کلاب اهراس دون کلب الصید و المناشیة و الحانیط و جواز بیع کلب الصید الجزء الثالث و العشرون.

۲. پدر بنان و پدر احمد محمد ابن عیسی اشعری قمی است

از بزرگان اشاعره است اما به شهرت پسرش احمد نیست، نه به لحاظ علمی نه به لحاظ وثاقت، درجه‌ای وثاقت و جلالت پسر را ندارد احمد معروف تر است.



سه روایت از شیخ داریم که ختم به سکونی می‌شود دو روایت آن که نوفلی در طریقش قرار دارد از کلینی گرفته شده که به واسطه همان نوفلی ضعیف است و تنها یک روایت آن که از طریق نوادر الحکمه و احمد بن محمد بن یحیی است صحیح است و از طرفی معلوم می‌شود که متن روایات منقول از کلینی و طوسی که ختم به سکونی می‌شود یکی بوده است و تقطیع شده است یعنی روایت کلب کُردی و روایت کلب سیاه یک روایت بوده است.

دو طریق به روایت سکونی داریم که یکیش ضعیف است و آن طریق کلینی است چون از طریق شاگرد سکونی است که ضعیف است اما طریق دیگر که شیخ طوسی دارد از نوادر الحکمه است که سکونی از مستثنیات ابن ولید نمی‌باشد و مشکلی ندارد.

## ۲. اکل صید ماخوذ توسط کلب سلوقی

کلب سلوقی دو روایت دارد یکی مربوط به تشبیه کلب کُردی به آن و یکی مربوط به دیه آن که گذشت.

در این روایت تعبیر به سلوقیه دارد، تعبیر به سلوقی در این روایت آمده و معلوم می‌شود که سگ‌های سلوقی اینقدر مشهور بوده‌اند که کلاب کردیه را هم به آن تشبیه کرده‌اند یعنی هر سگ آموزش داده باشند برای این که صید را بگیرد آن هم حکم سگ سلوقی را دارد.

شبهه این بوده است که آیا فقط سگ سلوقی جایز بوده است و یا اینکه سگ‌های دیگر هم جایز بوده است. احتمالاً در آن زمان بود سگ‌های را از مناطق کردستان که شمال عراق و مناطق غرب ایران بوده مثلاً درشت بودند به درد این کارها می‌خوردند امام علیه السلام می‌فرمایند فرق نمی‌کند اعتبار به تعلیم و آموزش است اگر یادگرفت شکار بکند فرقی بین سلوقی و غیر سلوقی نمی‌کند. روایت به شرح ذیل است:

نقل اول از کلینی: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: الْكِلَابُ الْكُرْدِيَّةُ إِذَا عَلِمَتْ فِيهَا بِمَنْزِلَةِ السَّلُوقِيَّةِ. (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، جلد ۲۳، ص ۳۵۵)

نقل دوم از شیخ طوسی: و رواه الشيخ عن محمد ابن احمد ابن يحيى (صاحب



کتاب نوادر الحکمه) عن بنان<sup>۱</sup>، عن ابيه، عن ابن المغیره، عن السکونی<sup>۲</sup>  
 فرق این دو نقل:

شیخ طوسی، سکونی را در عده، توثیق کرده است، اما راجع به نوفلی ساکت شده است. پس این روایت نوفلی عن السکونی را قبول نمی‌کنیم، اما اگر راوی عبدالله ابن مغیره که از اجلاء اصحاب هست اشکال نوفلی مرتفع می‌شود.

توضیح اینکه: کتاب سکونی با این که مشهور بوده در اختیار شیخ طوسی نبوده است. شیخ طوسی چون کتاب سکونی را در اختیار نداشته است آن را از جای دیگری گرفته است، و الا ایشان ده‌ها حدیث در کتاب سکونی بوده باید از خود کتاب مباشرتاً نقل بکند اما نقل نکرده است این روایت ایشان از کتاب نوادر الحکمه است، در بین قمی‌ها قاعده‌ای جاری شده بود که کتاب محمد بن یحیی را قبول می‌کردند مگر روایاتی از بعضی افراد ضعیف. و این قاعده را هم ابن الولید پایه‌گذاری کرده بود و می‌گفت این کتاب قابل اعتماد است مثلاً مگر روایتی که فلان و فلان و فلان در سندش باشد و علمای رجال می‌گویند: پس هر چه را که ابن الولید استثناء نکرده قبول می‌کنیم، چون ضعفاء را استثناء کرده و به تبع هر چه را هم ایشان استثناء نکرده قبول کرده‌اند قاعده‌ای درست شد معروف به عدم استثناء ابن الولید، عده‌ای از کتب متأخر ما دارد فهو ثقة لعدم استثناء ابن الولید اياه من نوادر الحکمة.

۱. بنان، بنان ابن عیسی، از بزرگان قم بوده است برادر احمد ابن محمد ابن عیسی اشعری یعنی عبدالله بن محمد بن عیسی، ملقب به (بنان) بوده است، برادرش احمد فوق العاده معروف و مشهور است و شخصیت اجتماعی هم هست، این برادر در حد او نیست توثیق صریح هم ندارد البته بنان را محقق خوبی از روی سند کامل الزیارات تاییدش کرده است. ولی می‌توان از عدم استثناء ابن ولید وثاقت او را احراز کرد.

۲. مراد از ابن المغیره عبدالله ابن مغیره کوفی است که از اجلاء اصحاب بوده است. نجاشی در موردش فرموده ثقة ثقة به اصطلاح جزو اصحاب اجماع هم هست، جزو کسانی است که کتاب سکونی را نقل کرده است. بزرگان اصحاب در آن زمان، به استثنای عبدالله ابن مغیره این قدر از کتاب سکونی نقل نکرده‌اند.

وی جزو اصحاب اجماع و ثقة هم هست.

و شیخ استثنایی از ابن ولید در این سند نقل نمی‌کند. و از طرفی سکونی را هم قبول دارد. پس این نقل معتبر است.



پس در دو نسخه از کتاب سکونی این مطلب آمده و شبیه هم هستند، یکی نسخه‌ی نوفلی که در اختیار کلینی قرار داشته و طریقتش به جهت نوفلی ضعیف است و یکی نسخه‌ی عبدالله ابن مغیره که در اختیار محمد ابن احمد بوده و از ایشان به شیخ رسیده است، و موید هم هستند.

گویا، ابن الولید این نسخه کتاب سکونی را در کتاب نوادر الحکمة دیده است، ولی استثناء اش نکرده پس صحیح است.

## نتیجه گیری

### ۱. بیع کلاب

شیخ انصاری مسئله بیع کلاب را از دو طرف دارای اشکال می‌داند، اما با توجه به شهرت حکم به جواز بیع بین متأخرین به ضمیمه قرائن و شواهد حصول ملکیت در مطلق کلاب و با توجه به مبنای خودش در اعتماد بر تراکم ظنون قائل به جواز بیع مطلق کلاب می‌شود مثل کلاب نگهبان و امثالهم. (الانصاری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۶۱) اما اقوی را از نظر ادله و احتیاط عملی منع و عدم صحت بر می‌شمرد<sup>۱</sup>

لکن با توجه به مطالب مطروحه در مقاله ثابت شد که اقوی جواز بیع مطلق کلاب است.

### ۲. امر به قتل کلاب

پیامبر ﷺ در یک دوره‌ای دستور دادند سگ‌های مدینه و اطراف مدینه را کشتند، دستور قتل کلاب را صادر کرد، بعد هم فرمودند لولا ان الکلاب امة من الامم لامرت بقتلها، اما یک صنف خاص را که سگ‌های هراش یا عقور بوده‌اند استثناء کرده‌اند و فرمودند: لکن اقتلوا الکلب الاسود الیهین - همانطور که در روایت (ص ۸۳ همین کتاب) ذکر گردید، سگ‌هایی بوده‌اند که به نماز گزاران حمله می‌کردند - البته نمی‌توان از وجوب قتل عدم مالیت را کشف کرد؛ چون حکم حکومتی بوده و مربوط به سگ خاص و شرایط خاص بوده است و این دستور قاعده کلی نمی‌باشد و صرفاً تحت قواعد کلی دفاع از خود و قاعده لاضرر می‌گنجد.

۱. فالمسألة لا تخلو عن إشکال، وإن کان الأقوی بحسب الأدلّة والأحوط فی العمل هو المنع، فافهم. المکاسب ج ۱، ص ۶۱.



۳. در منابع اهل سنت با دو طریق از عبد الله بن عمرو عاص نقل کرده اند ابن حزم اندلسی (المحلی ج ۱، ص ۳۱۳) آورده است:

الف) قال أبو محمد: أخبرنا أحمد بن عمر نا أبو ذر الهروي أخبرنا أحمد بن عبدان الحافظ النيسابوري في داره بالاهواز أخبرنا محمد بن سهل المقرئ أخبرنا محمد ابن اسماعيل البخاري أخبرنا أبو نعيم - هو افضل بن دكين ( قال لي قتبية نا هشيم عن يعلى ابن عطاء عن اسماعيل - هو ابن جساس - أنه سمع عبد الله بن عمرو قضى في كلب الصيد أربعين درهما. عبد الله ابن عمرو حاكم نبوده، احتمالاً قضى في كلب الصيد مراد قضاء رسول الله باشه، مانند قضی رسول الله بشفعة، قضاء رسول الله مختلف بوده. این متن اگر ثابت بشود عین متن ما امامیه است.

ب) من طریق عبد الرزاق عن سفیان الثوری عن یعلی بن عطاء عن اسماعیل بن جساس قال كنت عند عبد الله بن عمرو فسأله رجل ما عقل كلب الصيد قال: أربعون درهما قال: فما عقل كلب الغنم قال: شاة من الغنم قال: فما عقل كلب الزرع؟ قال: فرق من الزرع قال فما عقل كلب الدار؟ قال فرق من تراب حق على القاتل ان يؤديه و حق على صاحبه أن يقبله و هو ينقص من الاجرو في الكلب الذي ينبج ولا يمنع زرعاً ولا داراً ان طلبه صاحبه ففرق من تراب و الله انالنجد هذا في كتاب الله تعالى به ديه هم عقل می گفتند یکی از معانیش احتمالاً این باشد

ابن حزم اندلسی این روایت را موافق قران می داند که جزاء سیئه، سیئه می مثل اوست. و مخالف عبد الله بن عمرو عاص را روایت عقبه بن عامر می داند که در مقابل ۴۰ درهم ديه كلب صيد ۸۰۰ درهم خلیفه سوم بر می شمرد. قال: قتل رجل في خلافة عثمان كلباً لصيد لا يعرف مثله في الكلاب فقوم بثمانمائة درهم فالزمه عثمان تلك القيمة.

در منابع ما هم چهل درهم ديه برای كلب مطابق منابع اهل سنت آمده است. اما ائمه علیهم السلام در كلاب دیگر هم با احكام ولایبی ديه تعیین کرده اند.

و بین ديه كلب صيد و مالیت ملازمه را ثابت دیده اند.

لكن حضرات علیهم السلام فقط به ديه در كلاب دیگر اكتفاء کرده اند و مالیت را استخراج

نکرده اند.

البته اگر روایت سکونی را بپذیریم که قیمت برای كلاب تعیین کرده مالیت را

می توان کشف کرد لکن روایت سکونی ضعیف است.

در توضیح باید گفت: بعضی از مواردی که به عنوان قضاء رسول الله ﷺ وارد شده است:

با تعبیر اقضیه النبی ﷺ یا سنن النبی ﷺ و سه قسم قضاء النبی ﷺ داشته ایم:  
الف) احکام دائمیه رسول الله ﷺ است.

قضاء در خود به اصطلاح روایات، چون کلمه قضاء هم در روایات آمده نسبتش به رسول الله ﷺ هم در قرآن آمده، «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ» دیگر موردش کلمه لاضرر هست که مرحوم شیخ الشریعه اولین کسی است که از کتاب مسند احمد نقل کرده روایت عبادۀ صامت را از اهل سنت که قضاوت‌های حضرت است در روایت واحده: که شامل ۳۰ هزار حکم و قضاوت پیامبر ﷺ است و به صورت بریده و مجزاً قضاوت‌ها و احکام پیامبر ﷺ را کنار هم نقل کرده به طوری که ربطی بین آنها نیست

که یک موردش قاعده لاضرر و لاضرار است و یک موردش قضی بالشفعه مالم تعرف، در منابع ما از طریق عقبه بن خالد نقل شده است. و این فقرات اکثرا یا همگی در روایات ما بر ابواب مختلف توزیع و تجزیه شده است که غالبا به نقل از «عقبه بن خالد» و یا امثال «سکونی» است و گویا همه آنها در روایت «عقبه بن خالد» به نقل از امام صادق علیه السلام موجود بوده است مانند روایت «عبادۀ بن صامت» إلا اینکه ائمه حدیث آنها را تجزیه نموده و متفرق ذکر کرده‌اند و مراجعه به کتب حدیث موید این مطلب است. بنابراین، روایت مطابق نقل روایت «عبادۀ بن صامت» بدون کم و کاست است بلکه با همان الفاظ است غالبا (طهوری، صادق، ص ۵۴)

۲. گاهی تعبیر قضی رسول الله ﷺ برای فصل خصومت آمده است که آن هم قضاء بهش گفته می‌شده است. که مربوط به حجیت قول قاضی است.

۳. گاهی حکم حکومتی و احکام موقت است مثل همین امر به قتل کلاب مخصوص که با تعبیر قضاء آمده است.

### مالیت سگ در قوانین کشوری

در قوانین برای سگ مالیت در نظر گرفته شده ولی دیه را برای آن در نظر نگرفته‌اند:

از جمله: نظریه اداره کل حقوقی قوه قضائیه به شرح: نظریه ۳۹۰۲/۷ - ۶/۱۰/۱۳۸۲:





کشتن و تلف کردن سگ تربیت شده چون مالیت دارد مشمول مقررات اتلاف اموال است و با توجه به ملاک تبصره ذیل ماده ۳۵۸ قانون مجازات اسلامی آسیب رساننده ضامن قیمت آن است.

و هم چنین نظریه ۷/۹۵۱۱ - ۱۳۸۳/۱۲/۱۷:

غیر مسلمانی که در ایران زندگی می‌کنند، از اهل کتاب یا غیر آنها، طبق فتوای سال ۱۳۶۲ حضرت امام خمینی علیه السلام، «... در پناه اسلام هستند و احکام اسلام مانند مسلمان‌های دیگر درباره آنها جاری است و محقون الدم بوده و مالشان محترم است». بنابراین چنانچه طبق موازین دینی کفار مزبور، شراب و خوک و سگ مذکور در استعمال دارای ارزش مالی باشد، سرقت آن مشمول مقررات حاکم بر سرقت و مجازات آن به شرح مذکور در مواد مربوطه در قانون مجازات اسلامی است.

قانون مدنی ماده ۳۳۰

اگر کسی حیوان متعلق به غیر را بدون اذن صاحب آن بکشد باید تفاوت قیمت زنده و کشته آن را بدهد و اگر کشته آن قیمت نداشته باشد باید تمام قیمت حیوان را بدهد و لیکن اگر برای دفاع از نفس بکشد یا ناقص کند ضامن نیست.

قانون مجازات اسلامی ماده ۳۲۲

هرگاه طبیب یا بیطار و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان براثت حاصل نماید، عهده‌دار خسارت پدید آمده نخواهد بود.

قانون مجازات اسلامی ماده ۳۶۲

هرگاه کسی حیوانی را بزند و آن حیوان در اثر زدن خسارتی وارد نماید آن شخص زننده عهده‌دار خسارتهای وارد خواهد بود.

لذا در قانون بیمه اتلاف سگ موجب خسارت است به شرح ذیل: در مواردی که حیوان تلف شده، حلال گوشت نباشد اما صاحب داشته باشد؛ مثل سگ قلاهدار خسارت بر اساس ارزشی که کارشناس بیمه برای آن حیوان مشخص می‌کند پرداخت می‌شود.

تنها موردی که نیاز به جبران خسارت نیست مواقعی است که با حیوانات ولگرد تصادف کرده باشیم. در چنین مواردی جریمه خاصی برای راننده ضارب در نظر گرفته نمی‌شود.

بنابر این از لحاظ قوانین کشوری و قوانین بیمه مالیت برای سگ پذیرفته شده اما دیه آن را نپذیرفته‌اند



## منابع

۱. ابن ابی جمهور احسائی (۱۴۰۳ ق). عوالی الثآلی (چاپ اول). قم. ناشر: سید الشهداء
۲. ابن زهره، سید ابوالمکارم (۱۴۱۹ ق). غنیة النزوع (چاپ اول). قم. مؤسسه امام صادق ع
۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹ ق). غنیة النزوع (چاپ اول). قم. مؤسسه امام صادق ع.
۴. ابن سعید، الحُلوانی، حسین بن نصر (۱۴۰۸ ق). نزهة الناظر و تنبیه الخاطر (چاپ اول). قم. مدرسة الإمام المهدي عَلَيْهِ السَّلَامُ وَرِثَةُ السَّلَامِ
۵. ابن فهد الحلّی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ ق). المهذب (چاپ اول) البارع. قم. مؤسسة النشر الإسلامي
۶. ابن هشام، عبد الملك بن هشام (بيتا). السيرة النبوية (چاپ: اول). بيروت - لبنان. ناشر: دار المعرفة.
۷. إتيوبی الولوی، محمد بن علی (۱۴۳۶ ق). البحر المحيط الشجاج في شرح صحيح الإمام مسلم بن الحجاج (چاپ: اول). الرياض. دار ابن الجوزی.
۸. الانصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ هـ. ق). المكاسب (چاپ: اول). قم. الهادي.
۹. آملی، محمد تقی، (۱۴۱۳ ق) المكاسب و البيع (چاپ اول). قم. مؤسسه نشر اسلامي.
۱۰. البحرانی، یوسف (بی تا)، الحدائق الناضرة (چاپ اول)، قم: مؤسسه النشر الاسلامي.
۱۱. الحلبي أبو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳ ق)، الكافي في الفقه (چاپ: اول)، اصفهان. مكتبة الإمام أمير المؤمنين عَلَيْهِ السَّلَامُ.
۱۲. الحلّی، ابن ادريس، ابوجعفر محمد بن منصور (۱۴۱۰ ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (چاپ: دوم) قم. مؤسسه النشر الإسلامي.
۱۳. الحلّی، شمس الدین محمد بن شجاع القظان (۱۴۲۴ ق)، معالم الدين في فقه آل ياسين (چاپ: اول)، قم. مؤسسه امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ.
۱۴. سبزواری (۱۴۲۳ ق). كفاية الاحكام (چاپ: اول). قم. دفتر انتشارات اسلامي.
۱۵. سلّار، حمزة بن عبد العزيز (۱۴۰۴ ق)، المراسم العلوية والأحكام النبوية في الفقه الإمامي (چاپ: اول). قم. منشورات الحرمين.
۱۶. الشهيد الاول، محمد بن مكي (۱۴۱۰ ق)، الدروس الشرعية في فقه الإمامية (چاپ دوم)، قم: بنياد النشر الإسلامي.
۱۷. الشهيد الثاني، زين الدين بن علي جبعي عاملی (۱۴۱۰ ق). الروضة البهية (چاپ: اول). قم: انتشارات كتابخانه داوری.



۱۸. صدوق، ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۶۲ش). الخصال (چاپ: هشتم). قم. انتشارات اسلامی.
۱۹. الصیمری، مفلح بن حسن (حسین) (۱۴۰۸ق) تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف - منتخب (چاپ: اول)، قم. انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۲۰. الطباطبائی، سید محمد مجاهد (۱۴۰۸ق)، المناهل (چاپ اول)، قم. مؤسسة آل البيت عليه السلام.
۲۱. الطباطبائی، السید محمد مهدی (۱۳۹۱ش). مصابیح الاحکام (چاپ: دوم). قم. فقه الثقلین.
۲۲. طبری، محمد بن جریر الآملی (بی تا)، تهذیب الآثار وتفصیل الثابت عن رسول الله من الأخبار (چاپ: اول). القاهرة. مطبعة المدنی.
۲۳. الطوسی، محمد بن حسن بن علی (۱۳۸۷ش)، المبسوط في فقه الاماميه (چاپ: اول). طهران. المكتبة المرتضوية.
۲۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام (چاپ: چهارم)، قم. دارالکتب الاسلامیه.
۲۵. طهوری، صادق (۱۳۹۶ش)، احکام و آثار ضرر در روابط و تعاملات جهان معاصر (چاپ اول)، قم: نشر آذین گستر.
۲۶. العاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۹ق) وسائل الشیعه (چاپ: اول). قم. مؤسسه آل البيت.
۲۷. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۲ق) منتهی المطلب في تحقیق المذهب (چاپ: اول)، مشهد. مجمع البحوث الإسلامية.
۲۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة (چاپ: دوم)، قم: انتشارات اسلامی.
۲۹. عیاشی، محمد بن مسعود (۱۳۸۰ق)، التفسیر تفسیر العیاشی (چاپ اول)، طهران: مكتبة العلمية الاسلامیه
۳۰. الفاضل الآبی (۱۴۰۱ق)، كشف الرموز في شرح مختصر النافع (چاپ: سوم)، قم. انتشارات اسلامی.
۳۱. الفاضل المقداد، جمال الدین مقداد بن عبد الله سیوری (۱۴۰۴ق)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع (چاپ: اول). قم. کتابخانه آیه الله المرعشی.
۳۲. فخر المحققین (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد (چاپ: اول). قم. اسماعیلیان.
۳۳. الفيروزآبادی، مجد الدین أبو طاهر، محمد بن یعقوب (۱۴۲۶ق)، القاموس المحيط (چاپ: هشتم)، بیروت. مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع.



۳۴. قاضی، ابن البرزج (۱۴۰۶ق). المہذب (چاپ: اول). قم. ناشر: دفترانتشارات اسلامی
۳۵. کاشف الغطاء، شیخ جعفر (بی تا)، کشف الغطاء (مخطوط): الورقة ۶.
۳۶. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (چاپ: چهارم). طهران. دارالکتب الاسلامیہ.
۳۷. متقی، علی بن حسام الدین (۱۴۱۹ق)، کنز العمال (چاپ: اول)، بیروت: دارالکتب العلمیہ.
۳۸. مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶)، روضۃ المتقین فی شرح من لایحضرہ الفقیہ (چاپ: دوم)، قم. مؤسسہ فرہنگی اسلامی کوشانپور.
۳۹. المحقق الأردبیلی، أحمد بن محمد (۱۴۰۲ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذہان (چاپ: اول)، قم. بنیاد النشر الإسلامی.
۴۰. محقق کرکی (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد (چاپ دوم)، قم: مؤسسہ آل البيت علیہ السلام.
۴۱. نجم الدین محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام (چاپ: دوم)، قم: اسماعیلیان
۴۲. نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل (چاپ: اول). قم. مؤسسہ آل البيت ع.
۴۳. واقدی محمد (۱۳۷۶ش)، المغازی (چاپ اول)، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

---

یاد آوری: این مقاله بخشی از بنان و بیان استاد معظّم، صادق طهوری (نوروزی) علیہ السلام، در کتاب گرانسنگ تحریر المکاسب و آراء الفقهاء الاعاظم می باشد. باتشکر از حضرت استاد

## واکاوی ادله تعین تقلید از اعلم و ادله مخالفین<sup>۱</sup>

ایمان بنی اسدی\* حامد جعفری\* هادی خانی\*

### چکیده

مسئله تقلید از مسائل مهم فقهی است که اطراف و زوایای آن از هر جهت قابل تامل و بررسی است و یکی از فروع مربوط به آن، تقلید از اعلم می باشد که دو قول محوری عدم جواز تقلید مفضول و جواز آن، محط نظر فقهاء بوده است. در این مقاله به بررسی و تبیین ادله دو طرف پرداخته شده است. همچنین مبتکرانه قول سوم و تفصیل در حکم مربوطه، تحت عنوان «جواز رجوع به مفضول ارجح» تبیین شده است. و ابتکار دیگر، تفکیک حکم مسئله از منظر مقلد و محقق می باشد. بدین صورت که اولاً وجوب تقلید از اعلم تقلیدی نیست - همانند اصل تکلیف - و ثانیاً حکم وجوب رجوع به اعلم، متوجه مقلدی است که به اصل اختلاف در فتوای بین مجتهدین و اختلاف مراتب مجتهدین در علم و فضیلت التفات دارد. با بررسی ادله دانسته شد که تقلید از اعلم به حکم عقل واجب است و تنها در صورتی می توان به فتوای مفضول مراجعه کرد که حجیت تقلید را از باب ظنون مطلق و ظن شخصی بدانیم و از طرفی به دلیل مطابقت قول مفضول با قول مشهور یا میت اعلم یا هر دلیل دیگر، ظن به اقربیت این قول به واقع داشته باشیم که در این صورت در چنین مسئله ای باید از مفضول تقلید کرد.

واژگان کلیدی: اعلم، مفضول، تقلید، مجتهد، تعین تقلید از اعلم

۱. تاریخ دریافت مقاله: بهمن ۱۴۰۱.

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران.



## مقدمه

مکلفی که مجتهد نیست و نیز در مسائل اختلافی احتیاط نمی‌کند، وظیفه‌اش تقلید از مجتهد جامع الشرائط است. اما در جایی که بین مجتهدین اختلاف فتوا وجود دارد نسبت به وظیفه مکلف، بین فقها اختلاف وجود دارد که آیا باید از مجتهد اعلم تقلید کند یا اینکه تقلید از مفضول نیز جائز است؟

جماعتی از فقهاء از جمله صاحب قوانین (میرزای قمی، ۱۴۳۰، ج ۴، ص ۵۲۲). و صاحب فصول (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴، ص ۴۲۴) و از معاصرین آقای جناتی (جناتی، ۱۳۷۲، ص ۱۰۱) قائل به جواز تقلید از مفضول شده‌اند.

محل بحث حکم مسئله از منظر شخص قادر بر اجتهاد در تعیین مقتضای ادله‌ی شرعی است. اما شخص عاجز از اجتهاد در تعیین مقتضای ادله، اگر به اختلاف فتاوی در مسئله تقلید و همچنین اختلاف فقهاء در علم و فقهات<sup>۱</sup> ملتفت باشد در این صورت بر وی لازم است که از ادراک عقلی خودش تبعیت کند. این ادراک عقلی دو صورت دارد:

صورت اول: عقل مستقلا به عدم دخل خصوصیت اعلمیت و همچنین به مساوات فاضل و مفضول در حجیت فتوی حکم کند. شیخ انصاری با تعبیر «لا یعقل تکلیفه بخلاف علمه» تکلیف کردن وی به خلاف علمش را غیر معقول می‌داند. (انصاری، ۱۴۰۴، ص ۲۷۲). بنابراین رجوع به اعلم واجب نیست چرا که تحقق مناط جواز تقلید یعنی فقهات در دین در هر دو مجتهد وجود دارد و لذا مقلد می‌تواند ابتداءً از مفضول تقلید کند. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۴).<sup>۲</sup>

صورت دوم: اگر احتمال دخل خصوصیت اعلمیت را بدهد در این صورت رجوع به اعلم بر او لازم است، چون اولاً این فرض از صغریات مسئله‌ی تعیین و تخییر در حجیت است که مرجع آن قاعده اشتغال است چرا که مکلف در اصل تکلیف که همان وجوب تقلید از مجتهد می‌باشد شکی ندارد و شک او تنها در تعیین تقلید از اعلم یا جواز رجوع به مفضول می‌باشد و از آنجا که اشتغال یقینی مستلزم برائت یقینی می‌باشد در اینجا باید به نحو تعیینی از اعلم تقلید کند زیرا در این صورت یقیناً تکلیف

۱. إذا علم المقلد اختلاف الأحياء في الفتوى مع اختلافهم في العلم والفقهة. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۴).  
۲. لا بأس برجوعه إليه إذا استقل عقله بالتساوي و جواز الرجوع إليه أيضا أو جواز له الأفضل بعد رجوعه إليه.



از او ساقط است اما اگر به فتوای مفضول رجوع کند احتمال عقاب باقی می ماند. این دلیل معروف به اصالة التعیین در دوران بین تعیین و تخییر است و همان طور که خواهد آمد از ادله قائلین به وجوب رجوع به اعلم نیز می باشد.

ثانیا: اگر با احتمال مدخلیت، به مفضول رجوع کند دور پیش می آید. توضیح دور به این صورت است: جواز تقلید مفضول بر حجیت فتوایش متوقف است و حجیت فتوایش متوقف بر حکم عقل به تخییر بین دو فتوای فاضل و مفضول است زیرا تخییر بین حجّت و لاحجّت معنا ندارد پس حجیت فتوای مفضول بر تخییر بین آن دو متوقف است و تخییر نیز بر حجیت فتوای مفضول متوقف است، و این دور مستحیل است.<sup>۱</sup> (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۴). (انصاری، ۱۴۰۴، ص ۲۷۳).

بنا بر صورت دوم، اگر فتوای مجتهد اعلم، عدم وجوب تقلید از اعلم باشد می تواند با استناد به فتوای اعلم، از مفضول تقلید کند. بنابراین در اینجا سه صورت به شرح ذیل قابل تصویر است و تنها در صورت اول است که مقلد باید به اعلم رجوع کند.

۱. احتمال بدهد اعلمیت فقیه در جواز تقلید نقش داشته باشد و فتوای اعلم هم بر عدم جواز رجوع به مفضول باشد.

۲. احتمال بدهد اعلمیت فقیه در جواز تقلید نقش داشته باشد و فتوای اعلم بر جواز رجوع به مفضول باشد. در این صورت مکلف در خصوص این مسئله از اعلم تقلید می کند و در مابقی احکام می تواند به مفضول مراجعه کند. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۴).

۳. عقل به طور مستقل به عدم اعتبار اعلمیت فقیه در تقلید حکم کند، که در این صورت مخیر است به هر یک رجوع کند.

## ۱. مفاهیم

تقلید: در اصطلاح به معنای التزام عملی به قول مجتهد مشخص است. (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۴).

۱. لا بد من الرجوع إلى الأفضل إذا احتمل تعينه، للقطع بحجته والشك في حجية غيره، ولا وجه لرجوعه إلى الغير في تقليده إلا على نحو دائر

مجتهد: در اصطلاح کسی است که توانایی استنباط حکم شرعی از کتاب و سنت را دارا می باشد. (شهرکانی، ۱۴۳۰، ص ۸۵).

اعلم: در اصطلاح اعلم کسی است که نسبت به قواعد و مدارک مسئله آگاه تر باشد و دانایتر به اخبار و نظائر قواعد و مدارک باشد و فهم بهتری نسبت به اخبار دارد و در نتیجه بهتر از دیگران استنباط کند. (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۸).

## ۲. ادله جواز رجوع به مفضول

### ۱.۲. اطلاق آیات و روایات رجوع به فقیه

مقتضای اطلاق ادله لفظی در آیات و روایات، جواز تقلید از مجتهد به صورت مطلق است. لذا تمام فتاوی مجتهدین بنحو عام استغراقی حجت هستند. پس تقلید غیراعلم هم مانند اعلم جایز است.

شیخ انصاری به نقل از عده ای از فقهاء به برخی از این اطلاقات از جمله آیه سؤال و نفر اشاره کرده است: «در توفیق اسحاق بن یعقوب عبارت «فانه حجتی علیکم» در مقام تعلیل رجوع به راویان حدیث آمده است که بر حجیت همه ی آن ها دلالت می کند. همچنین روایت امام حسن عسکری علیه السلام که می فرمایند هر کس از فقهاء که نگهبان نفس خویش، محافظ دینش و مخالف هوای نفسش باشد پس مردم می توانند از او تقلید کنند. (حسن بن علی علیه السلام، ۱۴۰۹، ص ۳۰۰). و روایاتی که دلالت می کنند بر اینکه علماء اُمناء (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۳۳) و جانشینان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله هستند. (انصاری، ۱۴۰۴، ص ۷۷).

### نقد اطلاق ادله:

شیخ انصاری در نقد اطلاق ادله ی مذکور می گوید:

(الف) بسیاری از ادله مذکور بر حجیت فتوا دلالت ندارند.

(ب) این ادله صرفاً اصل حجیت قول فقیه و مجتهد را اثبات می کنند و در مقام بیان تعارض بین فتاوی مجتهدین نیستند و در صورت تعارض باید به دلیل عقل و نقل رجوع کرد.

(ج) خطابات موجود در آیات و روایات، خطابات شفاهی و مختص به مشافهین هستند و مخاطبین این ادله که مردم عوام بودند غالباً با مراجعه به هر فقیه





برایشان علم و اطمینان حاصل می‌شد و توجهی به اختلاف بین فقهاء نداشتند، خصوصاً اینکه در موارد تعارض، امام علیه السلام در دسترس بود و می‌توانستند برای حل تعارض به امام علیه السلام رجوع کنند. (انصاری، ۱۴۰۴، ص ۷۵).

آخوند خراسانی نیز در نقد این ادله می‌گوید: آیه‌های نفر و سؤال دلالت بر جواز رجوع به مجتهدین ندارند زیرا به احتمال قوی ارجاع در این آیات، به جهت تعبد به قول عالم نیست بلکه امر برای تحصیل علم می‌باشد و همچنین در آیه سؤال مراد از اهل الذکر علماء نیستند بلکه طبق روایات تفسیری، اهل کتاب یا اهل بیت علیهم السلام می‌باشند. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۳).

و در رد اطلاق ادله نیز چنین آورده‌اند: این ادله حداکثر اصل جواز رجوع به قول عالم را اثبات می‌کنند و در مقام بیان صورت تعارض و اختلاف بین اقوال علماء نیستند. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۵).

از میان معاصرین آقای جناتی که قائل به جواز رجوع به مفضول می‌باشند در مورد اطلاقات این ادله گفته است: «این اطلاقات در مقام بیان اصل تشریح می‌باشند و شامل مورد تعارض فتاوی که مرکز اصلی بحث است نمی‌شود.» (جناتی، ۱۳۷۲، ص ۱۱۰)

## ۲.۲. روایات ارجاعیه

برخی از ائمه معصومین علیهم السلام جماعتی از شیعیان را به تعدادی از اصحاب ارجاع داده‌اند و این گونه نبوده است که آن‌ها را فقط به اعلم اصحابشان ارجاع داده باشند مضافاً به اینکه با توجه به حضور امام علیه السلام دسترسی به واقع برای افراد ممکن بود.

شیخ انصاری به نقل از صاحب فصول این گونه به این مطلب اشاره می‌کند که اگر تقلید از مفضول جایز نبود، برای شیعیان عصر ائمه علیهم السلام نیز رجوع به اصحابشان جایز نبود بلکه واجب بود به خود امام علیه السلام رجوع کنند. (انصاری، ۱۴۰۴، ص ۳۰۲).

جناتی می‌گوید: «در یک جمع بندی از محتوای روایات ارجاعیه می‌توان گفت: در مرجعیت احکام، اعلی‌ت شرط نیست و اگر اعلم بودن لازم بود بایستی نمونه و شاهدی در روایات دیده می‌شد و امام علیه السلام مردم را به اعلم اصحاب خود ارجاع می‌دادند.» (جناتی، ۱۳۷۲، ص ۱۱۲).

روایات ارجاعیه را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد.

الف) ارجاع امام علیه السلام به اصحاب در شرایطی است که دسترسی همیشگی راوی به امام علیه السلام دشوار بوده است.

عبدالله بن ابی یغفور می گوید به امام صادق علیه السلام عرض کردم برای من ممکن نیست که همیشه شما را ملاقات کنم و این درحالی است که بعضی از اصحاب به من مراجعه می کنند و از من سؤال می پرسند و پاسخ همه سؤالات نزد من نیست. امام علیه السلام ایشان را به محمد بن مسلم ارجاع دادند. (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۷، ص ۱۴۴).<sup>۱</sup>

همچنین صحیحہ عبدالعزیز بن المهتدی<sup>۲</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۷، ص ۱۴۸) و روایت علی بن المسیب الهمدانی<sup>۳</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۷، ص ۱۴۶) نیز از این دسته اند. ب) ارجاع امام علیه السلام به اصحاب، مطلق است.

مفضل بن عمر نقل می کند که امام صادق علیه السلام به فیض بن مختار فرمودند هر زمان طالب احادیث ما بودی به این شخص نشسته رجوع کن و با دست مبارکشان به زرارہ بن اعین اشاره کردند.<sup>۴</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۷، ص ۱۴۳).

روایات شعیب العقرقوفی (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۷، ص ۱۴۲)، یونس بن یعقوب (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۷، ص ۱۴۵) و احمد بن اسحاق (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۷، ص ۱۳۸) نیز از این دسته روایات هستند.

### نقد روایات ارجاعیه

#### الف) نقد روایات دسته ی اول:

در متن روایات این دسته تصریح شده است که راوی علت عدم رجوع به امام علیه السلام را،

۱. عن عبد الله بن أبي يغفور قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام إنه ليس كل ساعة ألقاك ولا يمكن القدوم و يجيء الرجل من أصحابنا فيسألني و ليس عندي كل ما يسألني عنه فقال ما يمنعك من محمد بن مسلم الثقفي - فإنه سمع من أبي و كان عنده و جيباً.

۲. عن عبد العزيز بن المهتدي و كان خير فقي رأيناه و كان وكيل الرضا عليه السلام و خاصته قال: سألت الرضا عليه السلام فقلت إني لا ألقاك في كل وقت فعمم أخذ معالم ديني فقال خذ عن يونس بن عبد الرحمن.

۳. عن علي بن المسيب الهمداني قال: قلت للرضا عليه السلام شقني بعيدة و لست أصل إليك في كل وقت فمن أخذ معالم ديني قال من زكريا بن آدم الفهمي.

۴. عن المفضل بن عمر أن أبا عبد الله عليه السلام قال للفيض بن المختار - في حديث فإذا أردت حديثنا فعليك بهذا المجلس و أوما إلى رجل من أصحابه فسألت أصحابنا عنه فقالوا زرارہ بن أعين.



دشوار بودن دسترسی به ایشان می‌داند لذا از ارجاع امام علیه السلام به این اشخاص، حجّیت فتوای مفضول به صورت مطلق اثبات نمی‌شود.

### ب) نقد روایات دسته‌ی دوم:

اولا بسیار محتمل است که چون ائمه اطهار علیهم السلام سعی داشتند نهاد فقاہت را در بین شیعه تاسیس کنند و آن را گسترش دهند شیعیان را به افرادی که از نظر فقاہت و وثاقت مورد اطمینان بودند ارجاع می‌دادند. لذا این ارجاعات دلالتی بر جواز رجوع به مفضول ندارند.

ثانیا در عصر ائمه علیهم السلام فرآیند اجتهاد مانند امروز پیچیده نبوده است و فتاویٰ اصحاب در اکثر موارد همان متن روایات بوده است و اجتهاد اصحاب تاثیر بسیار کمی در فتاویٰ داشته است لذا این روایات نمی‌توانند حجّیت قول مجتهد مفضول را ثابت کنند.

ثالثا چه بسا بتوان از باب حمل مطلق بر مقید، روایات دسته‌ی دوم را حمل بر دسته‌ی اول کرد یعنی آن‌ها را مختص به جایی دانست که دسترسی راوی به امام علیه السلام دشوار بوده است.

حتی اگر کسی روایات مذکور را دالّ بر سه احتمال فوق نداند، این احتمالات در حدی هست که روایات مطلق ارجاعیه را از ظهور بیاندازد و آن‌ها را مجمل کند و همین اندازه برای ردّ دلالت روایات ارجاعیه بر حجّیت قول مفضول کافی است.

دلیل اصلی جناتی بر حجّیت قول مفضول همین روایات ارجاعیه است (جناتی، ۱۳۷۲، ص ۱۱۲). که عدم دلالت آن‌ها گذشت.

### ۳.۲. سیره

سیره متشرعه از زمان ائمه اطهار علیهم السلام تا عصر حاضر این گونه بوده است که بدون فحص از وجود اعمام به فتوای فقهاء عمل می‌کرده‌اند در حالی که می‌دانیم بین فقهاء اختلاف وجود داشته است و در علم و فقاہت یکسان نبوده‌اند و ردعی هم نسبت به این سیره از جانب ائمه علیهم السلام وارد نشده است.



## نقد دلیل سیره:

شیخ انصاری در رد دلیل سیره می‌گوید: این سیره در جایی جاری بوده است که متشرعه علم به اختلاف فتوای فقهاء نداشته‌اند بلکه معتقد به اتفاق آراء فقها بوده‌اند و لذا اگر از رجوع به غیراعلم، منع می‌شدند تبعیت نمی‌کردند چرا که اعتقاد به واحد بودن شرع و حکم خدا و عدم اختلاف در آن داشتند و بین رجوع به اعلم و غیر آن تفاوتی قائل نبودند. (انصاری، ۱۴۰۴، ص ۷۹).

آخوند خراسانی نیز وجود چنین سیره‌ای را ممنوع می‌داند. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۵)

## تاسیس اصل در رجوع به سیره

اگر گفته شود که دلائل فوق بر رد سیره کافی نیست در جواب گفته می‌شود که این دلائل حداقل موجب شک در وجود چنین سیره‌ای می‌شود و با توجه به اینکه سیره دلیل لبی است در ظرف شک باید به قدر متیقن اخذ شود و قدر متیقن از سیره‌ی مذکور مربوط به جایی است که متشرعه علم به اختلاف فتوای مجتهدین نداشته‌اند.

## ۴.۲. قاعده نفی عسر و حرج در شریعت

از جمله ادله‌ای که برای جواز رجوع به مفضول ذکر شده است قاعده نفی عسر و حرج می‌باشد. این عسر و حرج ناشی از تشخیص اعلم است.

آخوند خراسانی در رد این دلیل می‌گوید: تشخیص اعلم دشوارتر از تشخیص اصل اجتهاد نیست. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۵). همچنین جزایری در شرح این کلام، این گونه آورده است: همان‌طور که در تشخیص اصل اجتهاد به اهل خبره رجوع می‌شود برای تشخیص اعلم نیز می‌توان به آن‌ها رجوع کرد. ضمن اینکه دشواری تشخیص اعلم در فقه بیشتر از سایر علوم و فنون نیست، مانند علم پزشکی که برای تشخیص پزشک حاذق‌تر به اهل خبره رجوع می‌شود. به علاوه اینکه می‌توان با بینه‌ای که معارض نداشته باشد نیز اعلم را تشخیص داد. (جزایری، ۱۴۱۵، ج ۸، ص ۵۴۶).

برخی از اصولیون عسر و حرج را ناشی از عامل دیگری نیز می‌دانند و آن سختی دسترسی به اعلم برای مقلدینی است که ساکن مناطق دور از محل سکونت مجتهد اعلم می‌باشند که با توجه به امکانات ارتباطی عصر حاضر، چنین عسر و حرجی وجود ندارد.



## ۲.۵. آیه هل یستوی الذین یعلمون و الذین لا یعلمون

یکی از ادله قائلین به تقلید از مفضول آیه شریفه «... هَلْ یَسْتَوِی الذِّینَ یَعْلَمُونَ وَ الذِّینَ لَا یَعْلَمُونَ...» (زمر، ۹) است و تقریر این استدلال بدین گونه است که اگر تقلید از مفضول جائز نباشد مفضول از این حیث با جاهل مساوی است زیرا تقلید از جاهل هم جائز نیست. در صورتی که طبق آیه شریفه عالم با جاهل مساوی نیست و لذا تقلید از عالم مفضول هم باید جائز باشد.

شیخ انصاری در رد این دلیل می‌گوید: این آیه شریفه نه تنها دلالتی بر ادعای مذکور ندارد بلکه می‌تواند بر عکس این مطلب دلالت کند. زیرا عالم مفضول نسبت به بخشی از علم عالم افضل جاهل است پس اگر تقلید از مفضول همانند تقلید از افضل جائز باشد نشان از مساوی بودن آن‌هاست در صورتی که طبق آیه شریفه عالم با جاهل مساوی نیست. (انصاری، ۱۴۰۴، ص ۳۰۲).

## ۲.۶. استصحاب تخییر

تقریر این دلیل به شرح ذیل است:

در فرض تساوی دو مجتهد، شکی در تخییر تقلید از هر یک از آن‌ها نیست. بعد از افضلیت یکی بر دیگری، در جواز تقلید از مفضول شک می‌شود و استصحاب تخییر جاری می‌شود و با توجه به وجود اجماع مرکب در مسئله، قول به تخییر در همه فروض ثابت می‌شود.

توضیح اجماع مرکب به این صورت است که اقوال در مسئله منحصر در تعیین تقلید از اعمام یا عدم تعیین و جواز رجوع به مفضول می‌باشد و قول به تفصیل هم وجود ندارد.

## رد نقضی استدلال

اگر در ابتداء یکی از دو مجتهد اعلم باشد حجیت تقلید از وی قطعی و حجیت تقلید از مفضول، مشکوک است. حال در صورتی که پس از مدتی هر دو مساوی شوند حجیت تقلید از اعلم را استصحاب می‌کنیم و با توجه به وجود اجماع مرکب در مسئله، در همه فروض این حجیت ثابت می‌شود.



## رد حلی استدلال

در فرض تساوی دو مجتهد عقل حکم به تخییر می‌کند و در صورتی که یکی اعلم از دیگری شود عقل حکم به تعیین تقلید از اعلم می‌کند و با توجه به اینکه عقل هرگز در موضوع خودش شک نمی‌کند اساساً ظرف شک محقق نمی‌شود و در نتیجه استصحاب جاری نمی‌شود.

### ۲.۷. اصل عملی برائت

از ادله‌ی جواز رجوع به مفضول، جریان اصل عملی برائت می‌باشد بدین صورت که در وجوب تقلید از اعلم یا عدم آن شک داریم و ادله‌ی برائت عقلی و شرعی شامل این فرض می‌شود و با جریان اصل عملی برائت، عدم وجوب تقلید از اعلم ثابت می‌شود.

### رد این دلیل:

الف) روشن است که مجرای اصول عملیه در جایی است که دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد حال آن که در اینجا عقل حکم قطعی به وجوب تقلید از اعلم می‌کند و لذا نوبت به اصل عملی برائت نمی‌رسد.

ب) مجرای اصل برائت، شک در اصل تکلیف است در حالی که در این مسئله اصل تکلیف ثابت است، که همان وجوب تقلید از مجتهد می‌باشد و در صورت تقلید از مفضول شک می‌شود که آیا اصل تکلیف ساقط شده است یا خیر؟ و بنابر قاعده اشتغال هنوز اصل تکلیف باقیست و برای یقین به برائت ذمه باید از اعلم تقلید شود.

### ۲.۸. اصالت عدم مرجحیت اعلمیت

تقریر این دلیل به شرح ذیل است:

اگر مناط تقدیم فتوای اعلم، مرجحیت اعلمیت او باشد، این مناط مخدوش است چون مرجحیت مثل حجیت از امور توقیفی است و نیاز به دلیل شرعی دارد. لذا در ظرف شک در مرجحیت اعلم، اصالت العدم جاری می‌شود که مقتضای آن عدم ترجیح قول اعلم است و در نتیجه می‌توان به مفضول رجوع کرد.

### نقد دلیل:

الف) استدلال مذکور مبتنی بر حجیت قول مفضول است در حالی که دلیل معتبری بر



این حجّیت وجود ندارد و بر فرض وجود ظن بر حجّیت آن، چنین ظنی نامعتبر است چرا که اصل در ظنون، عدم حجّیت می باشد.

ب) توقیفی بودن مرجّحیت محل خدشه است. تنها در فرض تعارض دو خبر که دلیل شرعی بر تخییر بین آن دو خبر وجود دارد مرجّحیت توقیفی می باشد. چرا که با وجود تخییر شرعی، نمی توان بر هر مرجّحی تمسک کرد مگر اینکه دلیل شرعی بر آن مرجّح موجود باشد. اما در مسئله مفروض، دلیل شرعی بر تخییر وجود ندارد لذا با وجود هر مرجّحی ولو بدون دلیل شرعی، عقل حکم به ترجیح راجح می کند که همان تعیین تقلید از اعلماست.

### ۳. ادله وجوب رجوع به اعلما

برای تعیین رجوع به اعلما ای گفته شده است که عبارتند از:

#### ۱.۳. اجماعات منقول

شیخ انصاری گفته است که علماء قبل از شهید ثانی متفق بر تعیین قول اعلما بوده اند از جمله محقق حلّی، علامه حلّی، عمیدی، شهید اول، محقق ثانی، شهید ثانی، فاضل مازندرانی و جماعتی از عامه. (انصاری، ۱۴۰۴، ص ۲۹۸).

#### نقد دلیل اجماع:

الف) اجماعی در مسئله نداریم چون در مسئله دو قول موجود است.  
ب) همان طور که آخوند خراسانی گفته است: احتمال بسیار دارد که اجماع مدرکی باشد و مدرک مجمعین اصل باشد. علاوه اینکه بر فرض حجّیت اجماع منقول، نقل اجماع موهون است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۶).

#### ۲.۳. اخبار

روایاتی که بر رجوع به اعلما دلالت دارند به دو دسته کلی تقسیم می شوند. دسته ی اول روایاتی است که در مورد اختلاف حکم دو قاضی صادر شده است و دسته ی دوم روایاتی است که دلالت بر رجوع به اعلما در فتوی دارند.

## دسته‌ی اول روایات:

الف) در روایت موسی بن اکئیل التَّمِیْرِي آمده است که امام صادق علیه السلام می‌فرماید: **يُنْظَرُ إِلَى أَعْدِهِمَا وَأَفْقَهُمَا فِي دِينِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَيَمْضَى حُكْمُهُ** (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۶ ص ۳۰۱).  
ب) در عهدنامه‌ی مالک اشتر است که امام علی علیه السلام می‌فرماید: **اخْتَرْتُ لِلْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ أَفْضَلَ رَعِيَّتِكَ...** (نهج البلاغه، نامه ۵۳).<sup>۲</sup>

ج) مقبوله عمر بن حنظله به نقل از مشایخ ثلاثه که در مورد اختلاف حکم بین دو قاضی در مورد یک موضوع است که امام علیه السلام مرجحات را بیان می‌کنند و در ادامه می‌فرماید: **«الْحُكْمُ مَا حَكَمَ بِهِ أَعْدَهُمَا وَأَفْقَهُمَا...»** (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۶ ص ۳۰۱).<sup>۳</sup>  
د) موثقه داود بن الحصین که از امام صادق علیه السلام در مورد زمانی که بین دو قاضی عادل اختلاف وجود دارد سؤال می‌پرسد و امام علیه السلام می‌فرماید: **يُنْظَرُ إِلَى أَفْقَهُمَا وَأَعْلَمَهُمَا بِأَحَادِيثِنَا.** (ابن بابویه، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۸).<sup>۴</sup>

## تقریب استدلال به دسته‌ی اول روایات

هرچند که روایات مذکور در باب قضاء صادر شده است و مربوط به اختلاف حکم دو قاضی می‌باشد اما با توجه به اینکه قضات براساس روایات حکم می‌دادند لذا

۱. عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ ذُبْيَانَ بْنِ حَكِيمِ الْأَوْدِيِّ عَنْ مُوسَى بْنِ أَكْبِيلِ التَّمِیْرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخٍ مُنَازَعَةً فِي حَقِّ فَيْتَقْفَانِ عَلَى رَجُلَيْنِ يَكُونَانِ بَيْنَهُمَا فَحَكَمَا فَاحْتَلَفَا فِيمَا حَكَمَا قَالَ «وَكَيْفَ يَحْتَلِفَانِ» قُلْتُ حَكَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلذِّي اخْتَارَهُ الخُضْمَانِ فَقَالَ «يُنْظَرُ إِلَى أَعْدِهِمَا وَأَفْقَهُمَا فِي دِينِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَيَمْضَى حُكْمُهُ».

۲. ... ثُمَّ اخْتَرْتُ لِلْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ أَفْضَلَ رَعِيَّتِكَ فِي نَفْسِكَ مِمَّنْ لَا تَضِيْقُ بِهِ الْأُمُورُ وَلَا تَمْتَحِكُهُ الخُصُومُ وَلَا يَتِمَادَى فِي الرِّزَالَةِ وَلَا يَخْصُرُ مِنَ النِّقْيِ إِلَى الْحَقِّ إِذَا عَرَفَهُ وَلَا تَشْرُفُ نَفْسُهُ عَلَى طَمَعٍ وَلَا يَكْتَفِي بِأَذْنِي فَهَمَّ دُونَ أَقْصَاءِ وَأَوْفَقَهُمْ فِي الشُّبُهَاتِ وَآخَذَهُمْ بِالْحَجَجِ...

۳. عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ صَفْوَانَ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الخُصَيْنِ عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا مُنَازَعَةٌ فِي دِينٍ أَوْ مِيرَاثٍ... قُلْتُ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اخْتَارَ رَجُلًا وَكِلَاهُمَا اخْتَلَفَا فِي حَدِيثِنَا قَالَ «الْحُكْمُ مَا حَكَمَ بِهِ أَعْدَهُمَا وَأَفْقَهُمَا وَأَصْدَقُهُمَا فِي الْحَدِيثِ وَأَوْزَعُهُمَا وَلَا يُنْتَفَتُ إِلَى مَا يَخْتَكُمُ بِهِ الْآخَرُ».

۴. رَوَى عَنْ دَاوُدَ بْنِ الخُصَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام: فِي رَجُلَيْنِ اتَّفَقَا عَلَى عَدْلَيْنِ جَعَلَاهُمَا بَيْنَهُمَا فِي حُكْمٍ وَقَعَ بَيْنَهُمَا فِيهِ خِلَافٌ فَرَضِيَا بِالْعَدْلَيْنِ فَاحْتَلَفَ الْعَدْلَانِ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلِ أَحَدِهِمَا يَمْضِي الْحُكْمُ قَالَ «يُنْظَرُ إِلَى أَفْقَهُمَا وَأَعْلَمَهُمَا بِأَحَادِيثِنَا وَأَوْزَعَهُمَا فَيُنْفَذُ حُكْمُهُ وَلَا يُنْتَفَتُ إِلَى الْآخَرِ».





اختلاف دو حکم قاضی به اختلاف دو روایت برمی‌گشت و امام علیه السلام در روایات یکی از مرجحات را افقه و افضل بودن قاضی ذکر می‌کند که این دو صفت به اعلم بودن برمی‌گردد. لذا می‌توان گفت سرچشمه اعلمیت در قضاوت، اعلمیت در فتواست. با الغاء خصوصیت، در فرضی هم که اختلاف فتوی بین دو مجتهد وجود دارد می‌توان به این روایات تمسک کرد و تعیین رجوع به اعلم را اثبات نمود.

### نقد دسته‌ی اول روایات

الف) بررسی سندی: روایت موسی بن اُکَیْل التَّمِیْرِیِّ به خاطر وجود ذُبَّانَ بْنِ حَکِیْمِ الْأَوْدِیِّ ضعیف است. (ابن غضائری، ۱۴۲۲، ص ۵۹).

ب) بررسی دلالتی: به این دسته از روایات اشکالاتی وارد شده است از جمله اینکه آخوند خراسانی می‌گوید: ترجیح در باب قضاوت مستلزم ترجیح در باب فتوی نیست زیرا ترجیح برای رفع خصومت است و فقط با ترجیح حکم یکی از دو قاضی، خصومت رفع می‌شود و این ترجیح ربطی به اختلاف فتوای دو مجتهد ندارد. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۶).

این روایات در مورد صفات قاضی است. و می‌گوییم: اگر اعلمیت در قاضی مرجح باشد دلیل نمی‌شود که در فتوی همچنین باشد زیرا قضاوت امری است که تأخیر بردار نیست و سریع باید رفع خصومت کرد برخلاف افتاء که تأخیر بردار است و فرد ممکن است برای نوشتن توضیح المسائل دو، سه سال وقت صرف کند و کسی هم در این مدت به او مراجعه نکرده باشد.

### دسته‌ی دوم روایات

الف) در حدیثی پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمودند: «... هر کس مردم را به سوی خویش دعوت کند در حالی که داناتر از او وجود داشته باشد خداوند در روز قیامت به او نگاه نمی‌کند.» (مفید، ۱۴۳۰، ص ۲۴۴).<sup>۱</sup>

ب) امام جواد علیه السلام خطاب به عمویش فرمودند: «ای عمو تقوای الهی پیشه کن و

۱. «مَنْ تَعَلَّمَ عِلْمًا لِيَمَارِي بِهِ الشُّفَهَاءَ وَ يُبَاهِي بِهِ الْعُلَمَاءَ وَ يَصْرِفَ بِهِ النَّاسَ إِلَى نَفْسِهِ يَقُولُ أَنَا رَأْسُكُمْ فَلْيَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ ثُمَّ قَالَ إِنَّ الرِّئَاسَةَ لَا تَصْلُحُ إِلَّا لِأَهْلِهَا فَمَنْ دَعَا النَّاسَ إِلَى نَفْسِهِ وَ فِيهِمْ مَنْ هُوَ أَعْلَمُ مِنْهُ لَمْ يَنْظُرِ اللَّهُ إِلَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ».



فتوا نده، در حالی که اعلم و داناتر از تو در میان امت وجود دارد...» (طبری آملی، ۱۴۱۳، ص ۳۹۰)!

### نقد دسته‌ی دوم روایات

هر دو روایت از نظر سندی ضعف دارند. از طرفی این دو روایت در مورد امامت است و امامت منصبی الهی است و با تلاش و کوشش بدست نمی‌آید و ربطی به بحث اجتهاد و مجتهد ندارد. همچنین اگر این دو روایت در مورد فتوای فقیه هم باشد در این صورت مفضول حق فتوی دادن ندارد در صورتی که فتوای مفضول هم در صورت عدم معارضه، حجت است.

### ۳.۳. اقربیت فتوای اعلم به واقع

سید مرتضی و صاحب معالم در بیان دلیل تعیین تقلید از اعلم چنین آورده‌اند که قول اعلم، اقرب به واقع است. (علم الهدی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۳۲۵). (حسن بن زین الدین، ۱۳۷۶، ص ۳۳۹).  
آخوند خراسانی نسبت به صغری و کبرای این دلیل اشکال وارد کرده است. او در رد صغری چنین می‌گوید که در بعضی از موارد ممکن است فتوای مفضول نسبت به فتوای افضل، اقرب به واقع باشد مانند زمانی که فتوای مفضول مطابق باشد با فتوای مجتهد میّتی که اعلم از مجتهدین زنده است. همچنین در رد کبرای استدلال گفته است ممکن است ملاک حجّیت تبعدی قول مجتهد، اقربیت به واقع نباشد و اقربیت هیچ تاثیری در آن نداشته باشد. بله اگر تمام ملاک حجّیت قول مجتهد، اقربیت به واقع باشد در این صورت کبرای استدلال صحیح است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷۶).  
شیخ انصاری در دفاع از این دلیل می‌گوید: اگر منکر صغرای استدلال بگوید با چشم پوشی از امور خارجیه، ظن به واقع بودن فتوای عالم و اعلم یکسان است در پاسخ گفته می‌شود که این خلاف ضرورت و وجدان است چرا که زیادت علم و بصیرت فقیه به مدارک مسئله و معارضاتش تاثیرگذار است و اگر منکر صغری بگوید با انضمام ظنون دیگر ظنّ حاصل از قول مفضول می‌تواند اقوی باشد چنین کلامی نیز مخدوش

۱. فَقَالَ لَهُ: يَا عَمَّ، اتَّقِ اللَّهَ، وَلَا تُفْتِ فِي الْأُمَّةِ مَنْ هُوَ أَعْلَمُ مِنْكَ.

فَقَالَ: إِنَّ عَمَّكَ أَفْتَانِي بِكَيْتٍ وَكَيْتٍ. فَالْتَفَتَ وَقَالَ بِأَعْلَى صَوْتِهِ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، يَا عَبْدَ اللَّهِ، إِنَّهُ عَظِيمٌ عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقِفَ غَدًا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ فَيَقُولَ لَكَ: لِمَ أَفْتَيْتَ عِبَادِي بِمَا لَا تَعْلَمُ وَفِي الْأُمَّةِ مَنْ هُوَ أَعْلَمُ مِنْكَ؟



است چون ظنون حاصل از امور خارجیه قابل اعتناء نیستند چون تقلید ظنّ خاص و تعبدی است چرا که قوّت اماره حاصل نمی‌شود مگر با مرجح داخلی مثل اعلیّت و اورعیّت و اوثقیّت و یا مرجح خارجی مثل تعاضد آن به مثلش یا اقوی از آن که از امارات معتبره باشد و حجّیتشان با دلیل قاطع ثابت شده باشد و اینجا هیچ کدام موجود نیست. (انصاری، ۱۴۰۴، ص ۳۰۵).

### ۴.۳. قبح ترجیح مرجوح بر راجح

سید مجاهد به نقل از فاضل هندی و فاضل صالح این استدلال را ذکر کرده است که اگر با وجود افضل، تقلید از مفضول جایز باشد در این صورت مستلزم ترجیح مرجوح بر راجح است که عقلاً قبیح است لذا مقدمه هم که جواز تقلید از مفضول است نیز باطل می‌باشد. (طباطبایی، ۱۲۹۶، ص ۶۲۷).

### نقد استدلال مذکور

این دلیل اخص از مدعی می‌باشد زیرا ترجیح راجح بر مرجوح فقط در حالتی پیش می‌آید که ظنّ حاصل از فتوای اعلیٰ بیشتر از فتوای مفضول باشد. اما اگر ظنّ حاصل از فتوای مفضول بیشتر باشد یا هر دو مساوی باشند ترجیح مفضول قبیح نیست، مگر اینکه قائل باشیم که ظنون خارجیه‌ای مثل موافقت فتوای مفضول با مشهور یا با میّت اعلیٰ یا با احتیاط، معتبر نباشند.

### ۵.۳. قاعده اصولی در تعارض قول مفضول و افضل

ادله‌ی تقلید شامل دو فتوای متعارض نمی‌شود لذا اطلاق حجّیت این ادله، حاکم بر ادله‌ی حرمت عمل به ظنّ نمی‌باشد. در صورت تساوی دو مجتهد، عقل حکم به تخییر می‌کند و در صورت اختلاف، حکم به تعین تقلید از اعلیٰ می‌کند و در فرض مخالفت فتوای مفضول با اعلیٰ، هیچ دلیل عقلی و نقلی بر حجّیت فتوای مفضول وجود ندارد.

با توجه به این که ادله‌ی تقلید از فتوای مجتهد در فرض عدم تعارض با قول دیگری می‌باشد، در ظرف تعارض قول دو مجتهد باید به اصل اوّلی مراجعه کرد. در تعارض دو خبر، اصل اوّلی تساقط است اما به خاطر وجود اخبار علاجیه، فقهاء قائل به تخییر یا

ترجیح به مرجّحات شده‌اند. در نتیجه در تعارض قول دو مجتهد نیز اصل اولی تساقط است اما به جهت وجود اجماع بر وجوب تقلید از مجتهد، از این اصل اولی خارج می‌شویم و از طرفی عقل حکم به تعیین رجوع به اعلم می‌کند.

### ۳. ۶. اصالة التعین

همان‌طور که در مقدمه، در بحث وظیفه مقلّد ذکر شد برای استدلال به وجوب رجوع به اعلم می‌توان از اصالة التعین در دوران بین تعیین و تخییر بهره گرفت.

### ۴. جواز رجوع به مفضول ارجح

میرزای قمی و فاضل نراقی قائل‌اند به اینکه موافقت قول مفضول با قول مجتهد دیگر موجب قوّت ظن به قول مفضول می‌شود و لذا می‌تواند بر قول اعلم مقدم شود. شیخ انصاری دلایلی در رد این قول آورده است: (انصاری، ۱۴۰۴، ص ۳۰۵)

### ۴. ۱. فرق بین توافق اقوال مجتهدین و بین تعاضد اخبار

مناطق قوت و ضعف برای ترجیح متعارضین، در بحث توافق اقوال مجتهدین با بحث تعاضد اخبار متفاوت است. زیرا در توافق اقوال مجتهدین حُسن نظر به صاحبان آن‌ها وجود دارد و اصل بر مهارتشان در تشخیص و عدم خطا در امور اجتهادیه است.

اما آنچه در تعاضد روایات مهم است تحرّز راوی از کذب است. و توافق رأی دو مفضول موجب ظن نمی‌شود چون این توافق از امری حدسی حاصل می‌شود که عبارت است از نزدیکی نظر و یکسان بودن فهم دو مجتهد در اجتهاد حکمی از احکام و ظن حاصل از امور حدسیّه قابل اعتناء نیست و لذا ظن شأنی که در ترجیح قول اعلم وجود دارد بدون معارض باقی می‌ماند.

پس روشن شد که بین تعاضد اخبار و توافق اقوال تفاوت هست، اولی موجب تقدیم خبر متعاضد به اخبار بر خبر مخالف است به خلاف دومی.

اگر گفته شود در تخییر عقلی به هر محتمل المرّحیه اخذ می‌کنیم و موافقت با قول مفضول هم از امور خارجیه است که موجب ظن می‌شود و احتمال مرجح بودن آن هست، در پاسخ گفته می‌شود درست است که بناء اصحاب در تعادل و ترجیح، بر ترجیح اخبار به مرجّحات خارجیه است ولو دلیلی بر حجیتشان نباشد (البته به شرطی که



دلیلی بر عدم حجیتشان نباشد مثل قیاس)، اما ترجیح اخبار به مطلق مرجحات داخلیه و خارجیه از اخبار ترجیح استفاده می‌شود و مانند این اخبار در محل بحث نداریم.

#### ۲.۴. حجیت اخبار به جهت افاده ظن در نظر عاملین به آن‌هاست یعنی مجتهدین نه مقلدین

حجیت اخبار به جهت افاده ظن در نظر عاملین به آن‌ها است که همان مجتهدین می‌باشد و چون نظر آن‌ها در جعل طریق ظنی معتبر است در مرجحات هم معتبر است، و اما حجیت اقوال علماء برای عوام به جهت افاده ظن در نظر قاصرین (عوام) نیست بلکه به این جهت است که نوعاً قول علماء با واقع مصادف است.

شارع چون عوام را در امور علمی قاصر دیده است، اقوال علماء را طریق تعبیدی برای ایشان در نظر گرفته است. شارع این تعبد را به اعتبار غلبه مطابقت آن‌ها با واقع ایجاد کرده است. شارع عوام را به رجوع به علماء امر کرده است بدون اینکه از آن‌ها نظر و فحص از چیزی را بخواهد. گویا در نزد شارع، نظر عوام در جمیع مقامات ساقط از اعتبار است.

#### ۳.۴. عدم ضابطه در مرجحیت ظن

ظنونی که از غیر طریق شرعی معین شده برای مقلد حاصل شود، ضابطه مند نیست. چه بسا ظن برای مقلد از قول عامی دیگر حاصل شود و یا از رمل و جفر و نجوم و مانند آن. چه بسا عوام با ملاحظه حسب و نسب و اشتها مفضول در بین مردم، او را بر دیگر مجتهدین ترجیح دهند.

پس در مقام ترجیح یا باید مطلقاً تمام ظنون حاصله از طرق غیر شرعی را معتبر بدانیم یا هیچ یک را معتبر ندانیم چرا که مناط مشخص است و فارقی هم بین ظنون مختلف نداریم تا تفصیل دهیم، و از آن جا که اولی منجز به مفاسد عظیم در دین و هرج و مرج می‌شود لذا دومی متعین می‌شود.

#### ۴.۴. اقوائت ظن در اعلیٰ نسبت به ظنون داخلیه مفضول

ظن موجود در طرف اعلیٰ قابل معارضه با ظنون داخلیه نیست چون فرض مسئله این است که فاضل و مفضول در جمیع جهات غیر فضل متساوی اند و لذا عقل حکم قطعی بر وجوب عمل به اقوی الامارتین می‌دهد.



جواز تقلید از مجتهد از ظنون خاصه است که حجیتش با دلیل خاص ثابت می‌شود نه اینکه از ظنون مطلقه باشد و لذا مقلد نمی‌تواند به هر اماره‌ای عمل کند. بلکه امکان دارد بگوییم علماء بر عدم اعتبار افکار عوام و مقلدین در جمیع مقامات حتی ترجیح، متفق القول هستند. البته محقق قمی قائل است که مقلد نیز همانند مجتهد می‌تواند به هر اماره‌ای اخذ کند که این قول شاذّ است.

#### ۵.۴. جمع بندی این قسمت:

اعتبار طرق مجعوله شارع که تقلید از مجتهد هم یکی از آن‌ها است مبنی بر افاده ظن نوعی است نه ظن شخصی. و عقل حکم بدیهی می‌دهد بر مراعات اقوی الامارتین که حجیت آن‌ها از جهت ظن نوعی باشد.

لذا پندار محقق قمی مبنی بر اینکه تقلید از ظنون مطلق شخصی است صحیح نیست و لذا نمی‌توان به صرف اقوی بودن ظن حاصل از قول میّت و مفضول نسبت به قول مجتهد زنده اعلم، به آن اخذ کرد. همچنین تقلید از امور تعبدی محض نیست تا گفته شود از اساس نمی‌توان به اقوی الاقوال که ناشی از ظن نوعی است اخذ کرد. ضمن این که ممکن است گفته شود فتوای میّت از جمیع جهات حتی از جهت مرجحیت ساقط است.

#### نتیجه گیری

با نقد و بررسی ادله دانسته شد که اگر حجّیت تقلید را از باب ظنون مطلق و ظن شخصی بدانیم در این صورت هر فتوایی که ظن به آن تعلق گیرد حجت است، چه فتوای اعلم باشد چه مفضول. اما اگر ظن به هیچ طرفی تعلق نگیرد حکم عقل به قبح ترجیح مرجوح در مقام موجود است و لذا تقلید از اعلم متعین است. اما اگر حجیت تقلید را از باب حجیت ظن نوعی بدانیم و اعتباری برای ظنون مطلق قائل نباشیم در این صورت تقلید از اعلم متعین است، چرا که حکم عقل به قبح ترجیح مرجوح موجود است. حتی اگر چنین حکمی پذیرفته نشود دوران بین تعیین و تخییر پیش می‌آید که باز هم عقل از باب احتیاط و فراغت ذمّه، حکم به وجوب تقلید از اعلم می‌کند.

## منابع

١. ابن غضائري، احمد بن حسين. (١٤٢٢). الرجال (ابن الغضائري، طبع جديد). قم: مؤسسه علمى فرهنگى دار الحديث. سازمان چاپ و نشر.
٢. ابن بابويه، محمد بن على. (١٣٦٣-١٤٠٤). من لا يحضره الفقيه (ج ١-٤). قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم. مؤسسة النشر الإسلامى.
٣. ابن شهيد ثانى، حسن بن زين الدين. (١٣٧٦ش). معالم الأصول (چاپ دوم). قم: قدس.
٤. انصارى، مرتضى بن محمد امين. (١٤٠٤ق). مجموعة رسائل فقهية وأصولية (انصارى) (ج ١-١). قم: مكتبة المفيد.
٥. \_\_\_\_\_ . (١٤٠٤ق). مطارح الأنظار (طبع قديم). قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
٦. آخوند خراسانى، محمد كاظم بن حسين. (١٤٠٩ق). كفاية الأصول (ج ١-١). قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
٧. جزائرى، محمد جعفر. (١٤١٥ق). منتهى الدراية في توضيح الكفاية (ج ١-٨). قم: مؤسسه دار الكتاب (الجزائري).
٨. جناتى، محمد ابراهيم. (١٣٧٢ش). نظريه تعيين تقليد از اعلم. كيهان انديشه، ش ٥١، صص ١٠١-١١٥.
٩. حائرى اصفهانى، محمد حسين بن عبدالرحيم. (١٤٠٤). الفصول الغروية في الأصول الفقهية (ج ١-١). قم: دار احياء العلوم الاسلاميه.
١٠. حر عاملى، محمد بن حسن. (١٤١٦ق). تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة (ج ١-٣). قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
١١. حسن بن على عليه السلام، امام يازدهم (١٤٠٩ق). التفسير المنسوب إلى الإمام الحسن العسكري عليه السلام (چاپ اول). قم: مدرسة الإمام المهدي عجل الله تعالى فرجه الشريف.
١٢. شهركانى، ابراهيم اسماعيل (١٤٣٠ق). معجم المصطلحات الفقهية. قم: ذوى القربى.
١٣. طباطبايى، محمد بن على (١٢٩٦ق). مفاتيح الأصول (چاپ اول). قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
١٤. طبرى آملى، محمد بن جرير (١٤١٣ق). دلائل الإمامة (ج ١-١). قم: بنياد بعثت. مركز چاپ و نشر.





۱۵. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۵ش). تهذيب الأحكام (ج ۱-۱۰). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۱۶. علم الهدی، علی بن حسین (۱۳۷۶ش). الذريعة إلى أصول الشريعة (چاپ اول). تهران: دانشگاه تهران. مؤسسه انتشارات و چاپ.
۱۷. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). الکافي (ج ۱-۸). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۱۸. مفید، محمد بن محمد (۱۴۳۰ق). الإختصاص (ج ۱-۱). بیروت لبنان: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۱۹. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۳۰). القوانين المحكمة في الأصول (ج ۱-۴). قم: احیاء الکتب الاسلامیة.
۲۰. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم؛ و مراجع تقلید (۱۴۰۹-۱۹۸۸). العروة الوثقی (أعلام العصر، مؤسسة الأعلمی) (ج ۱-۲). بیروت لبنان: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.



## تشریح حکم با استفاده از قاعده لاضرر (مورد ضمان)<sup>۱</sup>

محمود احمدی فر\* محمد مهدی علیمردانی\* سید احمد موسوی\*

### چکیده

قاعده لاضرر بسی دقیق و راهگشا در عرصه‌های مختلف زندگی بشری است، بی‌جهت نیست که بعضی از فقهاء (کاشف الغطاء، ۲۴) این قاعده را مانند قاعده رفع حرج، از قواعد محکم و اساسی در شریعت اسلام می‌دانند و این کلام رسول خدا ﷺ را از معجزات ایشان وجوامع الکلم آن حضرت است. گفته شده (شهید اول، ۷۴): کل فقه به پنج قاعده بر می‌گردد. و این قاعده یکی از قواعد پنجگانه است. که ابعاد و زوایای گوناگون دارد و از جهات مختلف می‌توان به آن پرداخت. تحقیق پیش رو به یکی از ابعاد این قاعده مهم می‌پردازد و آن اینکه آیا با کمک آن می‌توان جعل حکم شرعی نمود مانند ضمان؟ این مسئله محلّ اختلاف بین فقهاء شده است، که در این مقاله باتوجه به مبانی مختلف در تفسیر قاعده به این مهم پرداخته شده است. و نهایتاً نتیجه گیری شده است که: جعل حکم شرعی با کمک قاعده لاضرر امکان پذیر است در موضوعاتی که به جهت عدم وجود حکم شرعی موجب ورود ضرر بر مکلفین می‌شود مانند مورد ضمان شخص مضرّ.

کلید واژه‌ها: ضرر، ضرار، ضمان، جعل، حکم عدمی، حکم ایجابی

۱. تاریخ دریافت مقاله: دی ماه ۱۴۰۱

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران

\* دانش پژوه مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران.

مقدمه:

ابتدائاً به مفاهيم مندرج در قاعده می پردازیم:

### الف) معنای ضرر در لغت

ضرر در کتب لغت به معانی گوناگون آمده است

۱. در قران کریم به معنای سوء حال آمده در مفردات أَلْفَاظِ الْقُرْآنِ می گوید:  
الضَّرُّ: سوء الحال.

حال این سوء حال یا در نفس است به خاطر قَلَّتْ علم و فضل و عَفَّتْ

یا در بدن به خاطر نقص، یا جراحت در بدن

یا در ظاهر حال از جهت قَلَّتْ مال و جاه،

و آیات: ﴿فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرِّ﴾ (الأنبياء/۸۴)،

و ﴿إِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ﴾ (یونس/۱۲)، و ﴿فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّكَانَ لَمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرِّ

مَسَّهُ﴾ (یونس/۱۲)، هر سه احتمال را در مفردات الفاظ قرآن می دهند (راغب اصفهانی، ۵۰۳)

بعضی از لغویین (فیومی، ۲: ۳۶) ضرر در آیه قران ﴿مَسَّنِيَ الضُّرُّ﴾ را مَرَضٌ معنا کرده که

همان سوء حال می باشد و اسم مصدر را ضرر.

علامه طباطبایی در المیزان (طباطبایی: ۱: ۱۷۷) ذیل آیه ﴿...وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ

وَالضَّرَّاءِ...﴾ ضراء را به معنای ضرر می داند و می فرماید: کلمه (ضراء) مانند کلمه (ضرر)

هر دو به این معنا است که آدمی با مرض یا زخم یا فوت مال یا مرگ فرزند، متضرر شود.

۲. مرحوم آخوند ضرر را مقابل نفع می داند

در نهایته اثیریبه نیز همین را می گوید: الضُّرُّ: ضِدُّ النِّفْعِ، ضَرَّهُ يَضُرُّهُ ضَرًّا وَ ضِرَارًا وَ أَضَرَ بِهِ

يُضِرُّ إِضْرَارًا. فعنی قوله «الاضر»: ای لا يَضُرُّ الرجلُ أخاه فينقصه شيئاً من حقه (ابن اثیر، ج ۳: ۸۱).

در صحاح اللغة (جوهری: ۲: ۷۱۹) آمده است که: الضُّرُّ: خلاف النِّفْعِ. و قد ضَرَّهُ وَ ضَارَهُ

بمعنى. و الاسم الضَّرُّنُ

۱. الضُّرُّ: سوء الحال، إما في نفسه لقلّة العلم و الفضل و العفة، و إما في بدنه لعدم جراحة و نقص، و إما في

حالة ظاهرة من قلّة مال و جاه، و قوله: ﴿فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرِّ﴾ (الأنبياء/۸۴)، فهو محتمل لثلاثتها، و

قوله: ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ﴾ (یونس/۱۲)، و قوله: ﴿فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّكَانَ لَمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرِّ مَسَّهُ﴾

(یونس/۱۲).



۳. در لسان العرب هم بمعنای نقصان هم آمده (ابن منظور، ۴، ص: ۱۲۳) در کتاب العين (فراهیدی ۷: ۷) نیز گفته که: الضَّرْرُ: النُّقْصَانُ يَدْخُلُ فِي الشَّيْءِ، يقال: دَخَلَ عَلَيْهِ ضَرْرٌ فِي مَالِهِ.

۴. بمعنای ضیق هم گفته اند

عرب ها وقتی آب مجرای تنگ داشته باشد و لو کثیر باشد در کتاب های صحاح و لسان. در تاج العروس به نقل از ایشان می گویند: ماؤها ضَرْرٌ، ای ماءٌ تَمِيرٌ فِي ضَيْقٍ، و أراد أَنَّهُ غَزِيرٌ كَثِيرٌ فَجَارِيه تَضِيقٌ به و إنَّ اتَّسَعَتْ. (زبیدی ۷: ۱۲۶)

و بعضی دیگر هم می گویند مثل صاحب تاج العروس (۷: ۱۲۶) و صاحب لسان العرب (ابن منظور، ۴: ۴۸۴) نقل می کنند که عرب وقتی می گوید: مکان ذو ضرر یعنی مکان ضیق و تنگ

۵. عمل مکروه در حق دیگری نیز گفته شده مثل مصباح المنیر (الفیومی، ۲: ۳۶۰): (ضَرَّةٌ) (يَضُرُّهُ) مِنْ بَابِ قَتَلَ إِذَا فَعَلَ بِهِ مَكْرُوهًا وَ (أَضَرَ) بِهِ يَتَعَدَّى بِنَفْسِهِ ثَلَاثِيًّا وَ بِالْبَاءِ رُبَاعِيًّا. ثلاثی مجردش متعدی بنفسه است و ثلاثی مزید با (باء) متعدی می شود.

۶. به معنای فقر و فاقه و سوء حال نیز آمده

مصباح المنیر می گوید: الضُّرُّ: الْفَاقَةُ وَ الْفَقْرُ بِضَمِّ الضَّادِ اسْمٌ وَ يَفْتَحُهَا مَضْرُورٌ ماده ضرر متعدی استعمال می شود وقتی مجرد می آید و گفته می شود «ضَرَّه يَضُرُّهُ» و متعدی به باء می شود وقتی از باب افعال می آید و گفته می شود: «أَضَرَ بِهِ» (الفیومی، ۲: ۳۶۰) از مجموع قول لغویین می شود برداشت کرد که این معانی مختلف به یک معنای واحد بر می گردد یعنی نقص و ضعف و کمبود.

در زندگی اجتماعی سود و زیان با هم آمیخته است بالاخره هر نفعی باعث ضرر به دیگران است ولی همه این ضررها ایجاد مسئولیت نمی کند بسیاری از خسارت ها لازمه ی زندگی اجتماعی است. اگر مثلاً کالای محدودی را زودتر از دیگران بخرید یا در اثر تبلیغ یک کالا، گروهی از مشتریان را به مؤسسه خودتان جلب کنید در واقع به دیگران ضرر می زنید ولی عرف آن را ضرر حقوقی نمی داند.

آیا قاعده بر عدم نفع تطبیق می شود؟

ضرر اسم مصدر است و معنای عرفی آن که مقابل منفعت است که آن هم اسم

مصدر است و مصدر اولی ضرر و مصدر دومی نفع است و این محکی از صحاح و مصباح است و ضرر فعل ضار است و نتیجه اش ضرر است.

که عبارت است از نقص در اموال و انفس، و اعضاء، که در لغت از آن به اطراف تعبیر می کنند مثل دو دست و دو پا.

و مصدر آن ضرر در مقابل نفع است که مصدر منفعت است.

مثلاً در نقص مالی و نفسی گفته می شود: ضرره الغذاء الفلانی و أضر به، و ضره البیع الفلانی و أضر به، و نفعه البیع الفلانی و أنفع به.

بعضی از فقهاء مثل صاحب العناوین الفقهیه (المراغی، ۱: ۳۱۰) هر عدم نفعی را مساوی ضرر نمی داند و رابطه آن دو را تضاد می داند نه تناقض و نتیجه می گیرد که اگر شخصی مانع از رسیدن نفعی به دیگری برسد بر وی عنوان مضر صدق نمی کند مگر اینکه نفع مزبور بالفعل یا بالقوه ی قریب به فعلیت در معرض حصول بوده باشد.

و برای عدم ضرر با دو مثال مطلب را روشن می کند

۱. شخصی زمینی دارد و در صدد احیاء آن است لکن شخصی دیگر مانع از آن می شود و چون موجب نقصان مالی نشده است فقط حکم کیفری بر آن مترتب می شود چون تفویت حق سلطه مالک نموده است.

۲. اگر شخصی مانع از بیع سودمندی برای مالک بشود اینجا نمی توان گفت که موجب نقصی در مال وی شده است.

اما اگر شخصی ملک آبادی داشته باشد و مانعی بیاید از محافظت آن جلوگیری نماید و موجب خرابی آن شود، اینجا عنوان ضرر صدق می کند (همان)

هر چند در موارد خاصی ممکن است مجرای قاعده باشد. از قبیل اینکه آب چشمه ای به طبع خود به خانه ی زید می رسد، جواز تغییر مسیر آب مورد اشکال است. و شاید بتوان حکم به حرمت کرد.

مفاد ماده ۷۲۸ آئین دادرسی مدنی صدق ضرر بر عدم نفع است چرا که نص آن چنین است: ضرر ممکن است بواسطه از بین رفتن مالی باشد یا بواسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می شود. (آئین دادرسی مدنی، ماده ۷۲۸)

بین ضرر و نفع واسطه داریم چرا که مال وقتی زیاد و کم نشود صدق نفع و ضرر



نمی‌کند پس ایندو ضدین بدون فرد سؤمند زیرا عدم نفع مساوی ضرر نیست بخاطر وجود واسطه بین آندو.

### معنای (ضرار)

به طور مختصر به بررسی معنای ضرار می‌پردازیم:

#### الف) به معنای ضرر

نظر آخوند این است که ضرار بمعنای ضرر است که برای تاکید ضرر آمده است (آخوند خراسانی، ۳۸۱) و گرچه مصدر از باب مفاعله است لکن اینجا فعل الاثین نیست. بلکه تاکید لاضرر است و محقق نائینی بعد از اعتراف به اینکه اصل در باب مفاعله مشارکت است می‌گوید: «إلا اینکه ظاهر بلکه متعین در أغلب موارد استعمالش این است که بمعنی ضرر باشد» (محقق نائینی، ۱۹۹)

#### ب) سعی در ایصال ضرر<sup>۲</sup>

از بعضی آیات شریفه استظهار این معنا می‌شود مثل قول خداوند در قران: ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا﴾

و همچنین: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ و همچنین: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا﴾ که اضرار با قصد حرام است یعنی از امور قصدی است: مانند روایت در مورد مردی که زنش را که طلاق داده به قصد اضرار به وی رجوع کند و سپس او را طلاق دهد (حرعاملی، ۲۵: ۴۰۰)

#### ج) جزاء بر ضرر (ابن اثیر)<sup>۳</sup>

البته می‌توان آن را از مصادیق فعل اثین نامید لکن ضرر دوم به عنوان جزاء بر ضرر اولی وارد شود.

یعنی چون ضرار باب مفاعله است و دلالت بر صدور مبدأ از دو نفر می‌کند ضرر اول را شروع کننده وارد نموده و ضرر نفر دوم به عنوان مجازات بر ضرر نفر اول.

۱. كما أن الأظهر أن يكون «الضرار» بمعنى الضرر جيء به تأكيدا.

۲. إلا أن الظاهر بل المتعين في أغلب موارد استعماله أن يكون بمعنى الضرر رسالة في قاعدة لاضرر، ص ۱۹۹.

۳. النهاية: «و الضر ابتداء الفعل و الضرار الجزاء عليه».

اما این احتمال هم مردود است چرا که اگر منفی جزاء بر ضرر باشد خلاف آیه شریفه: «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدا علیکم» است که ضرر جزائی را جایز می‌داند.

د) درصدد این باشد که به دیگران ضرر برساند.

این احتمال را مرحوم اصفهانی و مرحوم حکیم داده‌اند  
بر این وجه هم می‌توان اشکال کرد که صرف درصدد اضرار بودن حرام نیست و اگر مقارن با ورود ضرر باشد که بخشی از مفهوم «لاضرر» است و «لاضرار» لغو است.

ه) اصرار بر اضرار به دیگری

این وجه مختار محققان نائینی (نائینی ۱۹۹) و عراقی است، که اولاً متوقف است بر اِحراز اینکه «ضرار» مصدر باب مفاعله باشد.

و ثانیاً: باب مفاعله دلالت بر مزاوله ماده کند به نحوی که فاعل به آن متصف باشد مثل کلمه مجاهد و ماطل و مثل آیندو. و موید این قول خصوص قضیه سمره است که در صدد اضرار به انصاری بوده است، به قرینه معارضه اش با کلام نبی ﷺ هنگامی که او را امر به استیذان نمودند و سپس از وی بیع نخله را طلب کردند و یا تعویض آن با نخلی در بهشت، پس مراد از مضارّ اصرار بر ضرر می‌باشد

با این مقدمات به بیان موضوع مقاله می‌پردازیم:

در اینکه از طریق این قاعده می‌توان احکام ضرری را رفع کرد، تردیدی وجود ندارد؛ اما اگر از نبود حکمی ضرری محقق شود، این اختلاف وجود دارد که آیا می‌توان با استناد به این قاعده آن حکم را جعل کرد. لزوم جبران ضرر یک مسئله عقلی است و عقل در این خصوص بین امور وجودی و عدمی تفاوتی نمی‌گذارد.

آیا قاعده احکامی را جعل می‌کند که مستلزم نفی ضرر از شخص باشد، یا فقط ناظر به نفی حکم یا نهی از آن می‌باشد و احکام وجودی را مضیق و محدود می‌کند؟  
آیا همانطور که لاضرر شامل نفی احکام وجودی ضرری می‌شود، شامل نفی عدم احکام که مستلزم ضرر باشد می‌گردد. و به تبع آن اثبات احکام وجودی نافی ضرر می‌شود؟ یا خیر.



مثلاً: اگر غیر اجبیری حبس شود که موجب فوت عملش شود، قواعد ضمان شامل آن می‌شود یا خیر؟

در حالی که اسباب ضمان مانند مواردی که مبنای حکم را بر لاضرر قرار داده‌اند مانند غصب، استیفاء، اتلاف، تسبیب، آیا نشانه مشرعیّت و مقننیت لاضرر نیست؟ یا دلیل خاصّ در این موارد دلالت بر ضمان می‌کند؟ آیا حدیث نفی ضرر مانند بقاء زوجه بر زوجیت وقتی زوج غائب باشد و این بقاء مضرّ به حال زوجه باشد را شامل می‌شود؟ چرا که نبود حکم طلاق به دست زوجه یا حاکم شرعی یا عدول مومنین در این مورد ضرری است و مانند موردی که عبد تحت ضیق و شدت است و عدم عتق وی ضرر حساب شود محل بحث این است که آیا لاضرر شامل این موارد می‌شود یا خیر؟ که اگر شامل شود لازمه اش این است که حق طلاق به دست زوجه باشد و یا عبد آزاد شود. اینجا دو قول موجود است: اوّل: قول به جعل حکم به خاطر قاعده. دوم: قول به عدم جعل حکم به لحاظ عدم دلالت قاعده

### مستندات قاعده لاضرر

فقها و اصولیین برای اثبات «قاعده لاضرر» به قرآن، سنت، اجماع و عقل استناد کرده‌اند: الف) کتاب: در قرآن مجید آیات بسیاری وجود دارد که با تصریح به واژه ضرر و مشتقاتش در موارد خاص، احکامی را ارائه کرده که از باب تعلیق حکم بر وصف، حاوی معنای عامی است و لاضرر را بصورت یک قاعده می‌تواند تثبیت کند. مانند آیه مربوط به طلاق: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ». (بقره/۲۳۱) که از آن می‌توان به صورت کلی حرمت اضرار به غیر را برداشت نمود.

ب) سنّت: در خصوص لاضرر روایات بسیار زیادی وارد شده که از فرط تعدّد بصورت تواتر اجمالی در آمده است. چون ذکر همه آنچه فقها و محدثان در باب قاعده لاضرر بصورت روایت نقل کرده‌اند، غیر ممکن است، اجمالاً به ذکر شمه‌ای از آن می‌پردازیم:

احادیثی که از طریق علمای امامیه درباره قاعده لاضرر رسیده است به دو دسته



تقسیم می شوند؛ یک دسته از آنها بطور مطابقی بر این قاعده دلالت دارند. مثل قضیه سمره بن جندب.

و دسته دوم اخباری است که به طور ضمنی دلالت دارند. از دسته اول روایات زیر نقل می شوند: شایان ذکر است که جمله «لاضرر و لاضرار» در ذیل روایات فراوان دیگری نیز دیده می شود از جمله: در روایت شفعه، عقبه بن خالد از حضرت امام صادق علیه السلام چنین نقل می کند: که آن حضرت فرمود: «و قضی رسول الله صلی الله علیه و آله بالشفعة بین الشركاء فی الارضین و المساکن و قال لا ضرر و لاضرار» یعنی حضرت رسول صلی الله علیه و آله در مورد شفعه بین شرکاء در زمین و مسکن قضاوت کرد و فرمود: «لاضرر و لاضرار».

از این حدیث معلوم می شود که علت و حکمت حق شفعه برای شریک همان لزوم نفی ضرر و ضرار است؛ زیرا انسان به هر شریکی راضی نیست و در مورد شفعه اشاره می شود که این سخن در اموال مشاع و اموالی که قابل قسمت باشد، قبل از تقسیم مصداق دارد و بعد از تقسیم دیگر شفعه نیست. زیرا در دنباله حدیث پیغمبر صلی الله علیه و آله می فرماید: «اذا ازف الازف و حدت الحدود فلا شفعه»؛ یعنی اگر در زمین علامت ها گذاشته شد، و حدود تعیین گردید، دیگر شفعه ای در کار نیست.

روایتی دیگر در کافی از امام محمد باقر علیه السلام بدین مضمون است که پیغمبر صلی الله علیه و آله بین اهل مدینه درباره آبیاری نخلستان ها و در میان صحرانشینان درباره آب آشامیدنی قضاوت فرموده و گفته است: «لاضرر و لاضرار».

روایت دعائم الاسلام از حضرت صادق علیه السلام نیز بدین شرح در همین موضوع می باشد: فخر المحققین در کتاب «ایضاح الفوائد فی شرح القواعد» در باب رهن ادعای تواتر اینگونه احادیث را می نماید.

و شیخ حر عاملی در کتاب وسایل الشیعه بابی به نام باب: «انه لا يجوز الاضرار بالمؤمن» ترتیب داده و تعدادی از احادیث را نقل نموده و تعدادی دیگر را در ابواب احیای موات و شفعه و سایر ابواب نقل کرده است. با تتبع در موارد عذیده تقریباً اطمینان حاصل می شود که این حدیث شریف یعنی «لاضرر» از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله وارد شده است و از جوامع الحکم آن حضرت است و شخص ایشان و ائمه اطهار علیهم السلام موارد متعددی را بر این حدیث تطبیق فرموده اند.





احادیثی که بطور ضمنی بر این قاعده دلالت دارند فراوانند. مانند روایات قصه انصاری و سمرة بن جندب (العاملی، الجزء ۱۷، الباب ۱۲) و نزاع مردم مدینه بر سر آب و مرتع و... (العاملی، ج ۱۷، کتاب احیاء الموات، الباب ۷، الحدیث ۲) که برای اختصار از آوردن همه آنها خودداری می‌شود.

برخی از این روایات از حیث سند موثقه و یا صحیح است و بعضی دیگر از حیث سند ضعیف است، اما با توجه به اینکه بزرگان اصحاب همگی بر طبق این روایات عمل کرده‌اند، روایت شهرت عملی یافته است و ضعف با شهرت عملی جبران می‌شود.

احادیث بسیاری نیز از اهل سنت رسیده است که مؤید قاعده لاضرر می‌باشند. (ج) اجماع: اجماع فقهای امامیه، بل فقهای اسلام بر حجیت این قاعده است و مستندشان نیز همین روایت است. علمای عامه نیز به این روایت استناد می‌کنند و امام احمد بن حنبل در مسند و دیگر کتب روایت خود آن را ذکر کرده است. البته این اجماع اصولی اصطلاحی که محقق سنت باشد محسوب نمی‌گردد، زیرا اجماع مذکور با توجه به این ادله مدرکی است و هیچ‌گونه ارزش فقهی و حقوقی ندارد.

(د) عقل: بر نفی ضرر و ضرار علاوه بر مستندات شرعی، دلایل عقلی محکمی نیز موجود است؛ و در واقع باید گفت که مدلول این قاعده جزو مستقلات عقلیه است و مهمترین دلیل بر حجیت آن، مدرک و منبع چهارم فقه یعنی عقل است.

### متن حدیث لاضرر

این حدیث به سه نحو وارد شده است: «لاضرر ولا ضرار»؛ «لاضرر ولا ضرار فی الاسلام»، «لاضرر ولا ضرار علی مؤمن». آنچه مسلم و متواتر و در سه نوع قرائت مشترک است نحوه اول است و دو نحوه دیگر به حد تواتر نرسیده، بنابراین بهتر است همان قرائت نوع اول نقل و از انتساب آنچه مورد تردید است، خودداری شود. لذا عمده در مقام این قاعده تتبع در معانی و مفاد کلمات «ضرر و ضرار» در حدیث است؛ چرا که ذکر معانی «علی مؤمن» و «فی الاسلام» - بنا بر فرض ثبوت هر یک - تأثیری در بحث اصلی قاعده یعنی نفی ضرر و ضرار ندارد و معانی آنها واضح می‌باشد.

با توجه به اینکه در شرح و تبیین این قاعده مبانی مختلفی مطرح شده است و

دیدگاه‌های مختلف در این موضوع تاثیر گذار است. ابتدا بنا به شرح و تبیین این قاعده با مبانی مختلف می‌پردازیم:

### مبانی فقهاء در هیئت ترکیبیه لاضرر

#### الف) نفی حکم ضرری (نظریه شیخ انصاری)

شیخ انصاری بعد از قول به تعدّر اراده حقیقت می‌فرماید معنای حدیث این است که: شارع تشریح نکرده حکمی را که از آن لازم بیاید ضرر بر کسی تکلیفی یا وضعیاً. همینطور تشریح حکمی که با آن ضرر حادث، باقی می‌ماند.

پس احکام زیر به خاطر نفی ضرر تشریح نشده است:

۱. لزوم بیع با غبن حکمی است که از آن ضرر بر مغبون لازم می‌آید
۲. لزوم بیع بدون شفعه برای شریک از آن ضرر بر شریک وارد می‌شود
۳. وجوب وضوء بر کسی که لایجد الماء إلا بئمن کثیر
۴. سلطنت مالک (سمره) بر دخول به عذقش و اباحه اش برای او بدون اذن از انصاری (صاحب خانه)

۵. حرمت ترافع به حکام جور وقتی اخذ حق بر آن متوقف باشد.

۶. براءت ذمه ضارّ از تدارک ضرری که بر متضرر وارد کرده؛ زیرا همانطور که تشریح

حکمی که ضرر از آن ناشی می‌شود با این خبر منتفی می‌گردد.

همینطور تشریح حکمی که با آن ضرر حادث، باقی می‌ماند بلکه واجب است که

حکم مشروع طوری باشد که با آن ضرر تدارک دیده شود گویا اصلاً ضرری حادث نشده

است. (شیخ انصاری ۴۶۰: ۲)

و در واقع شیخ انصاری از روایت لاضرر حکم ضمان مضرّ را برداشت می‌کند که

مخالفینی هم دارد که به نظر ایشان زبان روایت، برداشتن حکم شرعی است، نه قرار

دادن حکم، و ضمان مالی، قرار دادن مسؤولیت بر عهده شخص است پس بر حکم

وضعی ضمان دلالتی ندارد.

شیخ انصاری در رساله لاضرر می‌فرماید ارجح در معنای روایت بلکه متعین نفی

ضرر است لکن صرفاً در روایت «لاضرر ولا ضرار» بدون تقیید، یا با تقیید به قید «فی

الإسلام»، نه با قید «علی المومن»



أما روایت: «لاضرر ولا ضرار علی مؤمن» مختص به حکم ضرری در مورد غیر است، پس شامل نفی وجوب وضوء و حج با ضرر نمی شود. (شیخ أنصاری، ۱۱۶)

### ب) نفی حکم به لسان نفی موضوع (تقریر آخوند خراسانی)

به نظر آخوند خراسانی قاعده در صدد نفی حکم ضرری است به لسان نفی موضوع که سالبه به انتفاء موضوع باشد. و در واقع نفی حکم است به لحاظ نفی موضوعش. مثل «لا شک لکثیر الشک» که نفی موضوع حکم شک است. یعنی شکی نیست تا حکم آن باقی باشد. این احتمال مختار صاحب کفایه است.

تقریر مسئله: واضح است که ضرر در خارج موجود است، پس نفی آن باید به لحاظ حکمش باشد پس منفی حقیقه حکم آن است نه نفس ضرر و مصحح تعلق نفی به نفس ضرر با توجه به وجود تکوینی ضرر و وجود خارجی آن. اینگونه باید ادعاء شود که گر چه ضرر در خارج موجود است، لکن آثارش بر آن مترتب نمی شود، و هر چیزی که مترتب نشود اثر مترقب بر آن، نازل منزله عدم می شود مثل رجل غیر شجاع خائف قاعد از قتال در میدین جنگ و جدال، که سلب رجولیت از آن صحیح است و گفته می شود رجل نیست به خاطر عدم اثر بارز برای مردان در وی که شجاعت باشد مثلاً. منفی حقیقتاً حکم است چرا که آن قابل وضع و رفع است تشریعا با رفع موضوع خارجی، إلا اینکه به خاطر عدم ترتب اثر بر ضرر نازل منزله عدم شده است وجودش. و در این نفی حکم به لسان نفی موضوع اعتبار شده است که برای طبیعت حکمی شرعی یا عرفی ثابت باشد تا نفی رافع آن حکم گردد از آن طبیعت یا از بعضی افرادش مثل «لا رهبانیه فی الإسلام» و «لا قیاس فی الدین» و «لا سرف فی الوضوء» و «لا ربا بین الوالد و الولد» و «لا غیبیه لمن تجاهر بالفسق» چرا که مثلاً جواز رهبانیت در شرائع سابقه ثابت بوده و مثلاً جواز قیاس ثابت بوده نزد عامه که این جواز از جمیع افراد رهبانیت برداشته شده و هم چنین قیاس در اسلام، و حرمت ربا و إسراف و غیبت که اینها از بعضی افراد ربا و غیبت و اسراف، برداشته شده و مرجع اول به نسخ، و دوم به تخصیص است.

ووجه در اعتبار این شرط واضح است زیرا مقروض این است که موضوع خارجی شرعاً صحیح نیست مگر با نفی آنچه که وضع و رفعش به دست شارع است.

و آن جز حکم، چیزی نیست پس نفی ربا - یعنی زیاده - معنا ندارد إلا به نفی حکم

ثابت برای طبیعت ربایعنی حرمت، پس معنای «لاضرر» نفی حکم ثابت برای عنوان ضرر است پس اگر فرض شود که ضرر حکمش جواز است این قاعده آن را نفی می‌کند پس هر حکم تکلیفی یا وضعی مجعول برای عنوان ضرر با قاعده نفی ضرر برداشته می‌شود.

### ج) نظریه نهی شیخ الشریعه

این احتمال از صاحب عناوین است و شیخ الشریعه اصفهانی در رساله قاعده نفی ضرر آن را تائید و تقویت نموده است که عبارت باشد از «إرادة نهی از نفی مثل اراده بعث از جمله خبریه».

صاحب منتقی الاصول نظریه نهی را به دو صورت ذیل تقریر می‌کند:

۱. جمله «لاضرر ولا ضرار» خبریه باشد اما در مقام انشاء استعمال شده و داعی بر نفی ضرر، نهی و تحریم ضرر باشد. نظیر جملات خبریه‌ای که به منظور انشاء استعمال می‌شود. از قبیل «یعیّد الصلاة» و غیره.

و جمله خبریه دلالتش بر وجوب آکد از جمله طلبیه است. که در مبحث اوامر بیان کرده‌اند. و همین مطلب در استعمال جمله خبریه در مقام نهی، نیز صادق است. یعنی نهی می‌تواند اخبار باشد از عدم وقوع و لکن کنایه از کراهت فعل و زجر از آن باشد.

۲. مقصود از نفی ضرر، نفی حقیقی باشد و لکن مقصود اصلی از این نفی، اخبار از ملزوم است که همان وجود مانع شرعی باشد از ضرر خارجی که این مانع همان حرمت است و عدم ضرر لازمه این حرمت و منع شرعی است که متوجه مکلف شده است. مواردی از این قبیل در عرف زیاد است که خبر از عدم معلول می‌دهد و مقصود اصلی اش خبر از وجود مانع است (روحانی، سید محمد ۳۹۹: ۵)

شیخ انصاری بعد از اینکه یک نکته به معنای نهی تکلیفی اضافه می‌کند که باید از نهی علاوه بر تحریم، فساد و عدم مضمی اراده شود؛ آن را به معنای نفی برمی‌گرداند. و در مقایسه بین معنای نفی و نهی معنای نفی را اظهر می‌داند با توجه نفس فقره و نظائر و تطبیقات لاضرر در روایات ائمه علیهم‌السلام و فهم علماء، مثل فخرالدین در ایضاح الفوائد (به نقل تزشیخ انصاری، ج ۲، ص ۴۵۷)

مسئله مهم در نظریه نهی آن است که آیا از نهی می‌توان فساد را کشف نمود؟



مواردی در قانون مدنی داریم از جمله جرم بودن فروش اجناس قاچاق یا دارای علامت مجهول، تدلیس یا تقلب در کسب، نکاح کودکان خردسال، عدم ثبت نکاح در دفاتر رسمی، یا استخدام و به کارگیری مشمولین نظام وظیفه.

بعضی از تحریم‌ها و جرم‌های کیفری موجب بطلان تعهد و قرارداد نیست ولی بعضی موارد مانند خرید و فروش شارع و مسجد و ابنیه تاریخی و کتابخانه‌های عمومی و... علاوه بر مجازات کیفری بطلان تعهد و قرارداد را در پی دارد.

در مورد قاعده لاضرر نیز همین بحث جاری و ساری است که معاملات ضرری بر مبنای نظریه نهی آیا صرفاً حکم تکلیفی حرمت را دارد مثل قسم اول یا موجب بطلان نیز می‌گردد مانند قسم دوم.

#### د) نظریه ضرر غیرمتدارک

این وجه از فاضل تونی و فاضل نراقی است و مقصود از نفی، نفی ضرر غیر متدارک باشد. این احتمال نیز به دو صورت ذیل قابل توجیه است.

۱. مجاز در حذف باشد و منظور از نفی ضرر، نفی حصّه‌ی خاصّ از ضرر باشد، یعنی ضرر غیر متدارک.

و منظور بیان لازم آن باشد یعنی تمام ضررها متدارک است؛ با جعل ضمان. لذا ضرر غیر متدارک نداریم. مقصود از جمله ثبوت ضمان است که لازمه عادی ضرر است.

۲. مجاز ادعائی سکاکی باشد، یعنی منفی طبیعت ضرر باشد نه حصّه‌ای خاص که ضرر غیرمتدارک باشد به لحاظ تحقق تدارک. وقتی ضرر وارده جبران می‌شود، عرفاً گفته می‌شود ضرری متوجه آن شخص نشده است. هر چند با دقت عقلی اطلاق ضرر شود، ولی با جبران ضرر عرف اطلاق نفی ضرر می‌کند. مثل کسیکه مالش غصب شده اما به مقدار مالش عوض دریافت نموده، عرفاً گفته می‌شود چنین شخصی ضرر نکرده است.

چرا که منفی ضرر غیر متدارک است، بمعنای نهی شارع از ضرر غیر مجبور بشیء ای از ضمان و مانند آن، پس ضرر متدارک به حکم شارع نازل منزله عدم می‌شود، و عرفاً هم اینگونه است لذا تاجری که سود کند در یکی از معاملاتش بیست دینار مثلاً

و ضرر کنند در بعضی معاملاتش همین مقدار، این تاجر متضرر محسوب نمی شود؛ پس «لاضرر» کنایه از لزوم تدارك ضرر شرعاً برای متضرر است.

این وجه مشترك است با دو تفریر نفی طبیعت ضرر، و از جهتی با آندو فرق می کند به اینکه این مقید به تدارك است. و مصحح نفی طبیعت حکم شارع است به لزوم تدارکی که وجودش نازل منزله عدم می شود. و نتیجه آن لزوم تدارك طبیعت ضرر است.

## ۵) نفی سلطانی و ولائی

این احتمال از امام خمینی می باشد. که چند مقدمه دارد که به بعضی از آنها اشاره می شود، مقدمه اول: رسول خدا ﷺ سه منصب دارد:

۱. منصب تبلیغ و نبوت و رسالت یعنی تبلیغ احکام الهیه چه وضعی و چه تکلیفی حتی آرش الخدش و اوامر و نواهی ایشان إرشاد به حکم الهی است و مخالفتش مخالفت با خداست نه با حضرتشان.

۲. مقام سلطنت و ریاست و سیاست؛ ایشان از جانب خدا سائس بلاد و رئیس عباد بود

و اطاعت از ایشان واجب است از حیث سلطان و حاکم بودن، اوامر ایشان مثل اوامر خداوند واجب الإطاعه است و إرشاد به حکم الله نیست بلکه اوامر مستقله است و آیه ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، ناظر به این اوامر است.

۳. مقام قضاوت و حکومت شرعیه در زمان تنازع مردم در حق یا مال. و حکمش نافذ است و جایز نیست تخلف از آن نه بخاطر رئیس و سلطان بودن بلکه بخاطر قاضی و حاکم شرعی بودن.

مقدمه دوم: هر چه از رسول الله و أمير المؤمنين بلفظ «قضی» یا «حکم» یا «امر» و أمثال اینها وارد شده برای بیان حکم شرعی نیست بلکه بعنوان قاضی یا حاکم شرعی است مگر قرینه برخلافش باشد و به همین خاطر ورود تعبیرات این چنینی از سائر ائمه علیهم السلام که ریاست و سلطنت ظاهریه نداشته اند و قضاء و حکم به دستشان نبوده وارد نشده است.

و حدیث (لاضرر و لا ضرار) حکم سلطانی است از جهت ریاست عامه، پس مفادش منع از ضرر و ضرار در محدوده حکومتش بوده. البته در نقل اهل سنت کلمه



(قضی) آمده و درست است که در نقل امامیه با این تعبیر نیامده و این با حکم الهی یا قضائی ناسازگار است و لکن باتوجه به این که این حکم، حکم غیر روشن و مشتبهی در موردش نبوده تا نبی ﷺ بخواهد راجع به آن بفرماید حکم ضرری منفی است در اسلام یا منهی عنه است از جانب خدا. پس بیان حکم منظور نیست.

مقدمه سوّم: حدیث تعلیل کرده امر به قلع را در قضیه سمره با اینکه اگر مراد نفی حکم ضرری یا نهی اوّلی از آن باشد وجیه نیست که تعلیل برای آن باشد، زیرا این دو معنی موجه نمی‌کنند اضرار بالغیر را بوسیله قلع. چون خود قلع هم فی حد نفسه اضرار است و امر به آن نیز حکم ضرری، است و تنها موجه آن اعمال ولایت است قطعاً برای حسم ماده فساد و دفع ضرر و ضرار، پس مفاد (لاضرر) حکم سلطانی است تا تعلیل حکم را معلّل بسازد (امام خمینی، ۵۰: ۱)

### نتیجه مقدمات

حدیث نفی ضرر و ضرار که از مسند أحمد بن حنبل به روایة عبادة بن صامت در ضمن قضایا رسول الله ﷺ و سلّم ذکر شده و لفظش اینگونه است: «و قضی ان لا ضرر و لا ضرار» و روشن شد لفظ «قضی» یا «حکم» یا «امر» ظاهر است در بودن «مقضی به» از احکام رسول الله از آن حیث که سلطان یا قاضی است و از قبیل تبلیغ احکام الله و کشف مراد ایشان نیست و مقام همچنین از قبیل قضاوت و فصل خصومت نیست پس قول حضرتش: «قضی ان لا ضرر و لا ضرار» ظاهر است در بودن حکم وی از احکام سلطانی پس مفادش این می‌شود که حکم کرد رسول الله ﷺ و امر کرد به اینکه کسی به کسی ضرر نزند و او را در ضیق و حرج و مشقت قرار ندهد پس واجب است که امت اطاعت از ایشان کند به عنوان سلطان مفترض الطاعة

بر استفاده ایشان از این روایت عامی اشکال کرده‌اند به اینکه ایشان قبلاً اذعان کرده بود به عدم جواز استناد به روایت أحمد و عدم حجیتش و اینکه توثیق عبادة بن صامت کفایت نمی‌کند در اعتماد بر این حدیث چرا که در طریقیش رجال دیگری هستند که وثاقتشان ثابت نشده چون احمد بن حنبل با شش واسطه آن را نقل می‌کند. مقرر بحث ایشان اشکال استفاده استادشان از روایت عامی را اینگونه توجیه می‌کند که:

ایشان استناد به این حدیث نجسته بلکه تأیید کرده مقاله‌اش را به موافقت مضمونش با آنچه که از طرق ما وارد شده و مراد ایشان صرفاً استجماع شواهد و تظافر قرائن است بر اینکه این حکم حکم مولوی سلطانی است نه اینکه ایشان اعتماد بر سند روایت عامی کرده که مستلزم تصحیح وسائط باشد. اما اشکالی که بر ایشان وارد می‌شود این است که حکم سلطانی بودن موجه امر به قلع فی حد ذاته نمی‌شود زیرا فرقی بین نوع نهی در عدم صحت اضرار نیست.

و قرار دادن قاعده لاضرر را به عنوان وسیله برای اعمال سلطنت صحیح نیست و پیامبر ﷺ از وسائل اجرائی دیگری می‌توانست دفع این ظلم بنماید نه به وسیله دفع ضرر با اضرار به سمره. ظاهراً ایشان بین قضاوت و حکم سلطانی با حکم تشریحی الهی منافات می‌بینند، لکن می‌توان به ایشان اشکال نمود که آیا چون پیامبر ﷺ در مقام قضاوت یا حکومت است نمی‌تواند تکیه بر حکم کلی تشریحی الهی عام بکند؟

آیت الله سیستانی در کتاب قاعده لاضرر و لا ضرار (سیستانی، ۱۸۷) مستبعد دانسته التزام به معنای قضا را در مواردی مثل (قضى في الركاز الخمس) با اینکه خمس ثابت است در غنیمت به معنای اعم در قول خداوند «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ» که شامل رکاز هم می‌شود.

در نتیجه، سلطانی دانستن این قاعده، کاربرد حکومتی آن در قلمرو فقه حکومتی است و نظریه نفی و نهی دلالت هم بر معنای نفی و هم معنای نهی.

مختار صاحب کتاب منتقى الاصول در معنای جمله «لا ضرر ولا ضرار» این است که مراد استعمالی و جدی شارع نفی ضرر و ضرار در خارج به نحو حقیقی است. ولیکن قصد اصلی شارع از این نفی بیان این مطلب است که مقتضی ضرر برداشته شده و یا مانعی ایجاد شده است تا جلو تحقق ضرر را بگیرد. این نحوه از بیان که استعمال لفظ در معنای حقیقی باشد و منظور و مقصود لوازم کلام باشد در عرف زیاد است.

روشن است که این گونه استعمال از باب استعمال لفظ در اکثر از یک معنا نیست، تا مورد اشکال قرار گیرد.



## موافقین جعل حکم عدمی مثل ضمان

کسانی که «لا» را نافیه می‌دانند، معتقدند از آنجا که حدیث، امتنانی است در محدوده احکام تکلیفی، حکم الزامی و در محدوده احکام وضعی، لزوم را نفی می‌کند.

مرحوم «مراغی» نیز به این امر مهم اشاره کرده و معتقد است آنچه در مورد قاعده لاضرر اهمیت دارد، رابطه آن با احکام وضعی است و استفاده احکام وضعی از قاعده همان چیزی است که به ما سود می‌بخشد وگرنه استفاده حکم تکلیفی از (ادله لاضرر) شایسته بحث نیست «(مراغی، ۱۴۱۷ق: ۱، ۳۱۷)».

شیخ انصاری در «رسائل فقهیه» برخلاف محقق نایینی معتقدند قاعده لاضرر تنها امور وجودی و مجعول را نفی نمی‌کند، بلکه هر چیزی را که در شریعت اسلام ضرری باشد برمی‌دارد، خواه وجودی و خواه عدمی باشد (انصاری، ۱۴۱۴: ۱۱۹)

آیت الله سیستانی نفس نبودن حکمی از سوی شارع که مانع از ضرر باشد را سبب ضرر دانسته‌اند و به بررسی تحلیلی این قاعده می‌پردازند (سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۹۲).

شهید صدر نقد می‌کنند دیدگاه کسانی که معتقدند قاعده لاضرر تنها قدرت نفی دارد. (صدر، ۵: ۴۹۲)

آیت الله مکارم شیرازی برای اثبات نظریه اثباتی بودن قاعده لاضرر چند دلیل را ذکر می‌کنند و معتقدند که احکام عدمی به احکام وجودی بازگشت دارد و قاعده لاضرر این قابلیت را دارد که اثبات حکم کند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۸۵)

حسینی مراغی در کتاب «العناوین» می‌گوید: قاعده لاضرر علاوه بر قدرت نفی، قدرت اثباتی نیز دارد. (حسینی مراغی، ۳: ۳۱۸).

## ادله موافقین جعل در حکم عدمی مثل ضمان

اول) شیخ انصاری در رساله لاضرر از آیات قران مویداتی برای جعل ضمان به وسیله لاضرر بیان می‌کند به شرح ذیل:

۱. جِزَاءِ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلَهَا

۲. لَمَنْ اَنْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأَوْلٰئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيْلٍ

۳. فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِمْ مِثْلَ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيْهِمْ. لکن دلالت آنها را قاصر از اثبات مسئله

می‌داند. (شیخ الانصاری، ۱۲۰)



آنچه که نفی شده به وسیله این قاعده خصوص مجعولات نیست بلکه مطلق آنچه به آن تدین انجام می شود در امور دین و آنچه با آن معامله می شود در شریعت اسلام، چه وجودی باشد و چه عدمی را شامل می شود پس همان طور که در احکام شارع نفی احکام ضرری واجب است همچنین جعل احکامی که با نبود آن ها ضرری ایجاد شود نیز واجب است.

البته شیخ انصاری در رساله لاضرر می گویند: قاعده لاضرر شامل احکام عدمی نمی شود اما در فرائد الاصول از این سخن عدول کرده اند با دو عبارت:

۱. همانا حکم عدمی لازمه اش حکم وجودی است بدین صورت که عدم ضمانت آنچه از منافع فوت شده مستلزم حرمت مطالبه و حرمت تقاص است که این امر وجودی است.

۲. می توان شمول قاعده بر احکام عدمی را از روایت سمره بن جندب استفاده کرد بدین صورت که پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، شخص انصاری را مسلط بر کندن نخل سمره کرده اند، به تحلیل نفی ضرر، زیرا عدم تسلط انصاری بر کندن نخل ضرری بر اوست که طبق قاعده رفع شده، همان طور که سلطنت سمره بر مالش و رفت و آمد در زمین و خانه انصاری بدون اجازه اش نیز ضرر است.

مرحوم شیخ این مسئله را دارای دو وجه می داند. از طرفی طبق مبنای خودش که قاعده را به نفی حکم ضرری تفسیر می کرد نتیجه می گیرد که با این قاعده فقط می توان تضییق دائره احکام شرعی نمود حکومتا و نمی توان به خاطر عدم تحقق ضرر حکم شرعی وضع نمود (شیخ انصاری ۱۱۹) در فرائد الاصول هم ابتدائاً اینگونه می گوید

در رساله وجه دوّم اشکال را اینگونه مطرح می کند که این قاعده علاوه بر نفی احکام ضرری وجودی باید احکام عدمی را نیز بردارد و با جعل حکم از ورود ضرر جلوگیری نماید. بلکه استمرار عدم جعل حکم ممکن است موجب متضرر شدن شخص شود.

۱. أنّ المعنى بعد تعذر إرادة الحقيقة: عدم تشريع الضرر، بمعنى أنّ الشارع لم يشترع حكماً يلزم منه ضرر على أحد، تكليفيّاً كان أو وضعياً.

فلزوم البيع مع الغبن حكم يلزم منه ضرر على المغبون فينبى بالخبر، وكذلك لزوم البيع من غير شفعة للشريك، وكذلك وجوب الوضوء على من لا يجد الماء إلاّ بئس كثير، وكذلك سلطنة المالك على الدخول إلى عذقه و إباحته له من دون استئذان من الأنصاري، وكذلك حرمة الترافع إلى حكّام الجور إذا توقّف أخذ الحق عليه.



وموید آن را قضیه سمره قرار می دهد که حضرت جعل جواز قلع نخل برای مرد انصاری جعل کرد (شیخ انصاری ۲: ۴۶۰) و حتی قائل می شود به اینکه با همان مبنای نفی ضرر می توان غیرمستقیم جعل حکم نمود (همان) همانطور که در فرائد الاصول هم پس از تفسیر لاضرر به نفی حکم، غیر مستقیم جعل حکم را برای فرار از ورود ضرر می پذیرد. مثالی که ایشان می زند حکم به برائت ذمه ضار است که چون این حکم منشا ضرر است و با قاعده نفی می شود و این عجیب است و تکلفی است که شیخ انصاری بدان دچار شده است به خاطر اینکه خود را در زمره مخالفین جعل حکم می دانسته زیرا واضح است که برائت ذمه ضار حکم مجعول شرعی نیست (شیخ انصاری ۲: ۴۶۱)<sup>۲</sup> لازم به توضیح است که: اگر لاضرر حکم ضرری را نفی یا نهی می کند، پس به استناد این روایت تنها باید از ورود سمره به خانه مرد انصاری، بدون اجازه جلوگیری کرد، اما واضح است که پیامبر «لاضرر و لا ضرار» را بر کندن درخت سمره و دور انداختن آن تطبیق نمودند.

و اینجا دو حکم بر قاعده تطبیق شده که لااقل یکی آن وضعی و قانونگذارانه بوده است اگر نگوئیم که حتی ممکن است ولایی و سلطانی باشد. البته برخی امر به کندن درخت را امری ولایی بدانند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۲۰۹).

بنابر نظریه شهید صدر، امکان اجرای قاعده در حیطه گسترده تری نسبت به دیدگاه های پیشین فقهی فراهم شده و فقیهان در عرصه های خصوصی بهتر می توانند در راستای حل مشکلات پنهان مردم مداخله نمایند.

---

۱. من أن المنقح ليس خصوص المجعولات بل مطلق ما يتدين به و يعامل عليه في شريعة الإسلام، وجوديًا كان أو عدميًا، فكما أنه يجب في حكمة الشارع نفي الأحكام الضررية، كذلك يجب جعل الأحكام التي يلزم من عدمها الضرر.

هذا كله، مضافاً إلى إمكان استفادة ذلك من مورد رواية سمرة بن جندب، حيث إنّه عليه السلام سَلَطَ الْأَنْصَارِيَّ عَلَى قَلْعِ نَخْلِ سَمْرَةَ مَعْلًا بِنَفِي الضَّرْرِ، حيث إنَّ عدم تسلطه عليه ضرر، كما أنَّ سلطنة سمرة على ماله و المرور عليه بغير الإذن ضرر. رسالة لاضرر (للشيخ الأنصاري) ص ۱۱۹.

۲. و منه: براءة ذمة الضار من تدارك ما أدخله من الضرر، إذ كما أنَّ تشريع حکم يحدث معه الضرر منقح بالخبر، كذلك تشريع ما يبقى معه الضرر الحادث، بل يجب أن يكون الحكم المشروع في تلك الواقعة على وجه يتدارك ذلك الضرر كأن لم يحدث.

همچنین در دیدگاه امام، این قاعده در دستان فقیه حاکم قرار گرفته و به عنوان يك ابزار مهم در فقه حکومتی به حل مسائل اجتماعی می پردازد. اجرای احکام وضعی؛ مانند حکم به ضمان یا اجرای حکمی کیفری به ویژه در مناسبات پیچیده جوامع امروز نیاز به سلطه قضایی یا حکومتی دارد.

یکی از فوائد بسیار مهم در جعل ضمان مربوط به خیار غبن است همانطور که می دانیم فقهاء در خیار غبن قائل به حق فسخ برای مغبون هستند و رجوع به مابه التفاوت در آن محلی از اعراب ندارد لکن شیخ با استفاده از قاعده لاضرر احتمال رجوع به مابه التفاوت که در عرف بازار مرسوم است در مقابل حق رد مغبون قائل به غرامت بودن مابه التفاوت می گردد که موجب انتفاء حق خیار موضوعاً می گردد در مقابل نظریه هبه مستقله. مرحوم شیخ با اضراب از مطالب قبلی، مسئله ضرر را مستقلاً مبنای جعل خیار می داند ولو در عقود دیگری غیر از بیع ولو تحت خیارات معروف ننگنجد. مثلاً در کنار خیار غبن و عیب و... می توانیم خیار ضرر داشته باشیم و این نکته کلیدی جعل غرامت ما به التفاوت با استفاده از قاعده لاضرر می تواند رهگشای فقیه و قانونگذار باشد. آنجا که شیخ استدراک می کند از حق رد با استفاده از قاعده لاضرر و جعل حق رد در کل مورد معامله برای متضرر متناسب نمی داند و بلکه باید بسنده شود بر مقدار ضرر و اخذ ما به التفاوت، نه حق فسخ کل معامله و این خلاف فتوای فقهاء است یعنی حق فسخ در کل معامله. (طهوری: ۲۱۲)

لکن ایضاً الفوائد و جامع المقاصد با اخذ مابه التفاوت به عنوان غرامت مخالفت نموده و مقتضای لاضرر را صرفاً تزلزل عقد و حق رد و امضاء برای مغبون می دانند نه بیشتر و پرداخت مابه التفاوت را هبه مستقلاً می دانند که موجب نفی خیار مغبون نمی شود و استصحاب بقاء حق خیار پس از دفع مابه التفاوت نیز مؤید هبه مستقل بودن می باشد، که این نظریه با مبنای شیخ در تفسیر لاضرر سازگار و متناسب است. (محقق کرکی ۲۹۴: ۴)<sup>۱</sup> اما شیخ اعظم سقوط حق خیار با پرداخت مابه التفاوت یعنی نظریه غرامت نه نظریه

۱. فخر المحققین پس از توضیح کلام سابق علامه می فرماید: و الأصح عندی عدم انتفاء الخیار بذلك. ایضاً الفوائد، ج ۱، ص ۴۸۵.

محقق کرکی نیز پس از توضیح کلام علامه می فرماید: و لو دفع التفاوت في مقابل ترك الفسخ، كان ذلك منوطاً بالتراضي، وهذا هو الأصح. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۹۴.



هبه مستقل را ترجیح می دهد (شیخ انصاری: ۵: ۱۶۴) و همانطور که ملاحظه می گردد نظریه رجوع به غرامت مبتنی است بر استفاده از قاعده لاضرر برای جعل در احکام عدمی.

### دوم) نظریه آیت الله خویی رحمته الله علیه

ایشان کبری را پذیرفته اند بدین معنی که ایشان قبول دارند می شود به وسیله لاضرر حکمی جعل کرد تا مکلف از عدم الحکم ضرر نبیند لکن نظرشان اینست که در خارج موردی نداریم که صغری برای این کبری کلی باشد.

### سوم) نظریه محقق سبحانی

ایشان شمول این قاعده را بر احکام عدمی می پذیرند بدین بیان که احکام عدمی نیز مثل احکام وجودی امری مجعول است شرعاً فلذا قاعده لفظاً و ملاکاً شامل آن می شود و می توان گفت این عدم الحکم خودش مجعول است احکام عدمی نیز حکم مجعوله هستند زیرا ما در روایات خود این مطلب را داریم که ما من موضوع الا وله حکم عند الشارع و همچنین که احکام عدمی نیز حکمکند و تنها تفاوتشان در همین بیان عدمی و ایجابی بودن است اما از این حیث که این موارد را شارع انشاء نموده هیچ تفاوتی ندارند.

### مویدات جعل ضمان

عناوین فقهیه پنج دلیل ارائه می کنند مبنی بر اینکه شخص مضارّ ضامن است و باید ضرری را که وارد کرده رفع کند حتی اگر لا به معنای نفی باشد و نه نهی. (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۲۰ - ۳۱۸)

امکان استفاده احکام وضعی به وسیله قاعده لاضرر از «صحیح حلبی» هم به دست می آید.

امام صادق علیه السلام فرمود برزن باردار مطلقه باید انفاق نمود تا زمان زایمان وی و او به فرزند خود برای شیردادن در ازای وجهی که هر زن دیگری هم همان را طلب می کند سزاوارتر است؛ چرا که خداوند فرموده مادر و پدر نباید به فرزند خود ضرر بزنند و بر وارث هم همین حکم لازم است. (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۴۷۲)

طبق این بیان با توجه به سیاق آیه ۲۳۳ سوره بقره و قرائن داخلی آن، برای زن، هم حق رضاع و هم ضمان نفقه ثابت می شود.

- در موارد متعددی فقهاء به تعیین ضمان فتواء داده‌اند مانند:
۱. ضمان حابس حرّ ظلما که منجر به تلف دابه او یا فرار عبدش یا پرواز پرنده اش می‌شود.
  - البته این مورد را می‌توان با دلیل دیگری غیر از قاعده لاضرر توجیه کرد و دلیل ضمان را قاعده اتلاف که خود موجب ضمان است بدانیم
  ۲. ضمان منافع عبد محبوس بر حابس.
  ۳. در عروة الوثقی ذکر شده که جایز است حاکم طلاق دهد زوجه کسی را که تمکن از نفقه ندارد.

به تقریب اینکه: عدم حکم به جواز طلاقش توسط حاکم ضرر بر زوجه است پس این عدم حکم به وسیله حدیث نفی ضرر رفع می‌شود و به نظر مرحوم خوئی در تکملة العروة الوثقی مقتضایش جواز طلاق زوجه است برای حاکم، (الخوئی: ۱: ۷۵) گرچه مانند استادشان از مخالفین جعل حکم می‌باشند - بصورت کلی می‌توان گفت ضمان یا احکام دیگر در این فروع مستند به اتلاف، ید، یا نصوص خاصه است و استناد فقهاء در این موارد به قاعده نفی ضرر ثابت نشده است.

صاحب منتقى الاصول (الروحانی؛ ج ۵؛ ص ۴۵۳) - که از مخالفین جعل حکم در موارد ضرر ناشی از عدم حکم می‌باشد - مسئله طلاق زوجه را از احکام وجودی می‌داند و نه عدمی تا بگوئیم از مصادیق جعل در عدمیات است، چرا که آنچه که موجب ضرر بر زوجه می‌گردد ناشی از جعل حکم ثبوتی بودن طلاق در دست زوج است پس موضوعا از محلّ نزاع خارج است!

۴. مسئله شفعه همانطور که به روایت آن در بالا اشاره شد و از عقبه بن خالد از ابي عبد الله عليه السلام، بود در آن اثبات حقّ شفعه بوسیله «لاضرر و لا ضرار» فرمودند. در حالی که اگر نفی حکم از این قاعده مدّ نظر بود، باید برای نفی لزوم بیع شریک

---

۱. أما مسألة الزوجة تحت الضيق مع غياب الزوج أو امتناعه عن الطلاق، فالحكم المستلزم للضرر فيها وجودي لاسلبي عدمي. فان الموجب لوقوع الزوجة في الضيق - بعد المفروغية عن عدم زوال العلة الزوجية بغير الطلاق - هو حصر حق الطلاق بالزوج، وهو أمر ثبوتي منتزع من جعل حق الطلاق للزوج وعدم جعله لغيره، وقد بينه الشارع بمثل: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» ومثله وإن لم يكن حكما مجعولا، إلا انه لما كان منتزعا من الحكمين المجعولين أمكن نفيه شرعا بحدیث لا ضرر.



از قاعده استفاده می‌شد. البته شیخ انصاری در رساله لاضرر مسئله را مشکل می‌داند و برای هر دو دلیل می‌آورد ولی کلامش ظهور در اختیار قول اول دارد. (الشیخ الانصاری، ۱۲۰)

### مخالفین جعل حکم مثل ضمان با استفاده از قاعده لاضرر

صاحب کتاب عوائد الایام معتقد است که قاعده، نفی حکم ضرری می‌کند، ولی برای شخص ضررزننده جعل ضمان نمی‌کند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۰)، و همچنین محققان نائینی و خوئی، از مخالفین جعل حکم در عدمیات مثل ضمان با استفاده از قاعده لاضرر می‌باشند و می‌گویند لاضرر توان جعل حکم را ندارد و حدیث لاضرر ناظر به احکام مجعوله است یعنی اگر در خارج حکمی وجود داشت که التزام به آن حکم موجب ضرر بر مکلفین شود شارع مقدس به واسطه این بیان می‌خواهند بفرمایند چنین احکامی مجعول من نمی‌باشند به عنوان مثال اگر فرض کنیم که وضو گرفتن برای شخصی موجب ضرری در جسم او شود یا مثلاً سبب تشدید بیماری او گردد شارع می‌فرماید در چنین موردی وجوب وضو از او برداشته می‌شود و لازم نیست که این شخص برای نماز خود وضو بگیرد پس حدیث لاضرر در این مواردی که حکمی وجود دارد دخالت می‌کند و حکم را بر می‌دارد لکن در مواردی که اصلاً حکمی نیست لاضرر نمی‌تواند بگوید چون عدم الحکم موجب ضرر به مکلف است پس من دخالت می‌کنم و حکمی را جعل می‌کنم که نافی ضرر باشد، خیر لاضرر ناظر به احکام مجعوله است.

### ادله مخالفین جعل حکم

دیدگاه مخالفین جعل حکم، بر دو مقدمه مهم استوار است: اولاً اینکه مقتضی اثبات وجود ندارد، یعنی آیات و روایات باب لاضرر مطلق نیستند؛ ثانیاً مانع وجود دارد، یعنی اثبات حکم از طریق قاعده لاضرر مستلزم تشریح است (خوانساری، ۱۳۷۳: ۲۹۴).

### ۱. عدم مقتضی در جعل حکم با قاعده لاضرر

مرحوم نائینی و آیت الله خوئی رحمهما الله فرموده‌اند که طبق تقریر درستی که از قاعده لاضرر وجود دارد به این بیان که: شارع تسبیب به ضرر نمی‌کند پس نمی‌توان برای قول به ضمان از این قاعده استفاده کرد، بلکه اگر تقریر عده‌ای دیگر که می‌گویند مفاد لا ضرر نفی ضرر غیر متدراک است را بپذیریم و بگوییم ضرری که در لاضرر منتفی شده

است ضررهایی هستند که جبران نشوند یعنی شارع حکم کرده است که اگر کسی به دیگری ضرری زده است باید آن را جبران کند و خسارت آنرا بپردازد در این صورت لا ضرر می تواند دلیل بر ضامن فرد ضار در مثال ما باشد لکن در جای خود به اثبات رسید که این معنی از لا ضرر صحیح نمی باشد بنابراین لا ضرر نمی تواند دلیل بر ضامن حابس باشد.

### جواب از اشکال قصور مقتضی قاعده لا ضرر در جعل مثل ضامن

در جواب ایشان می گوئیم برای استدلال به ضامن در مثال مذکور نیازی به تقریر دیگری نیست و حتی بنابر تقریر مشهور هم می تواند ضامن را از لا ضرر استفاده کرد بدین معنی که مشهور می گویند لا ضرر دلالت دارد بر اینکه از ناحیه شارع تسبیب الی الضرر صورت نمی گیرد چه این تسبیب به واسطه یک حکم ضرری باشد و چه اینکه موجب ضرر عدم وجود حکم باشد حال در مورد بحث ما برای اینکه عدم حکم به ضامن موجب ضرر به شخص محبوس و ضرر شخصی که مالک پرندگان بود می شود و این ضرر هم متناسب به شارع است به خاطر اینکه این گونه موارد مقتضی و قابلیت جعل حکم را دارند لذا اگر شارع حکم به ضامن نکند در واقع تسبیب الی الضرر شده است و حال آنکه فرض ما اینست که شارع با لا ضرر می خواست بفرماید که ضرر متناسب به او به کلی منتفی است، فلذا نتیجه می گیریم که در این موارد به مقتضای لا ضرر می توان حکم وجودی ضامن را برای ضار جعل کرد.

### ۲. تالی فاسد جعل ضامن با استفاده از قاعده لا ضرر

استفاده از جعل حکم با قاعده لا ضرر مستلزم تاسیس فقه جدید می باشد چرا که لازمه اش وجوب تدارک هر ضرری از متضرر است و لو از بیت المال مثل جبران دم مسلم. به همین خاطر است که مثلاً در شرایع الاسلام می فرماید: اگر شخصی صنعتگری را حبس کند وی ضامن اجرت انتفاع مفؤته محبوس نیست مادامی که منتفع به منافعش نگردد (محقق حلی، ۱۸۵: ۳)<sup>۱</sup>

محقق نائینی بیانی دارند بر اینکه این قاعده شامل احکام عدمی نمی شود بدین

بیان که اگر قرار باشد شامل آن ها شود لازم می آید تاسیس فقه جدید چرا که:

۱. ولو حبس صانعاً لم یضمن أجرته ما لم ینتفع به لأن منافعہ فی قبضتہ.





۱. لازمه اش وجوب تدارک هر ضرری از متضرر است، اگر انسان سبب ضرر باشد ضامن است و الا از بیت المال باید پرداخت شود مثل جبران دم مسلم.

محقق سبحانی جواب می دهند:

اگر ضرر مستند به حکم شرع یا فعل یک انسان باشد در این صورت التزام به وجوب تدارک امری است که محذوری در آن نخواهد بود.

و اگر مستند به حکم شرع یا فعل یک انسان نیست مثل آفات سماوی از قبیل سیل و زلزله در این صورت حکم به لزوم تدارک ضرر امری غریب است زیرا قاعده در مقام بیان امور و مواضع خارجیّه مثل آفات و بلیات تکوینی و سماوی نیست تا آنها را شامل شود.

۲. لازم می آید امر طلاق به دست زوجه باشد اگر بقاء بر زوجیت مضرّ به حالش باشد. مثل غیبت زوج یا عدم انفاق به جهت فقر یا عصیان ...

و نمی توان به سبب این قاعده اثبات ولایت برای حاکم شرعی نمود به بهانه این که عدم ثبوت ولایت ضرر بر زوجه است. مضافاً به قول حضرت علیه السلام: «الطلاق بید من أخذ بالساق» که ظهور دارد در این که رفع علقه زوجیت منحصر در طلاق زوج است الا در بعضی موارد مثل جنون

محقق سبحانی جواب می دهد که: مسئله طلاق صور کثیری دارد چون زوج یا حاضر است یا غائب یا علم به حیات زوج دارد و یا خیر یا ولی زوج مفقود بر زوجه انفاق می کند و یا خیر.... که هر کدام حکم خاصّ خودش را دارد و در ضمن قول به لزوم تدارک ضرر در این موارد باعث نمی شود که طلاق به دست زوجه بیفتد بلکه صرفاً وجوب حلّ علقه زوجیت را میرساند اما اینکه این حلّ به دست چه کسی است قاعده بیان کننده آن نیست بلکه این امر داخل در اموری می شود که فقیه جامع الشرائط متکفل حل آن خواهد بود.

۳. مقتضای این جعل رفع بقاء علقه زوجیت و علقه رقیّت است

و کسی به آن ملتزم نیست بلکه حدّ اکثر طلاق حاکم را نازل منزله طلاق زوج می گیرند. از باب این که ضروریات تتقدّر بقدرها. قاعده به اندازه رفع ضرر از زوجه و عبد دلالت می کند و نه بیشتر.

و اما طلاق و حرّیت چون ضرورتی به وقوع آنها نیست و مازاد بر ضرورت است دلالت نمی‌کند.

### نتیجه گیری و نظریه مختار

یکی از ظرفیت‌های مهم فقهی برای حل پاره‌ای از مشکلات، قاعده لاضرر است. این قاعده افزون بر حکم تکلیفی، بر احکام وضعی دلالت می‌کند، و در قانونگذاری کاربرد ویژه دارد.

دلالت روایات لاضرر بر احکام وضعی از منظر شیخ انصاری که حکم وضعی را از حکم تکلیفی انتزاع می‌کند در صورتی امکان پذیر است که مراد از «لا» در روایات، ناهیه بوده و نهی، تحریمی باشد. در این صورت، به دلالت التزامی احکام وضعی از روایات استنباط می‌شود.

روایاتی که در ابواب مختلف فقهی پراکنده هستند بیان گر این است که قاعده دو معنا به کار رفته است:

۱. مواردی پیامبر به عنوان حاکم جامعه استناد به لاضرر کرده و به نفی ضرر دستور دادند.

۲. در موارد جزئی که به قاعده استدلال شده و حکم تبیین شده است.

به نظر لاضرر دلالتش بر جعل حکم در مواردی عدم وجود حکم سبب ضرر می‌شود تمام است و هم اینکه در خارج مواردی داریم که صغرای این مسئله هستند و ما به کمک این قاعده حکمی را جعل می‌کنیم تا مکلف متضرر نشود.

به بیان دیگر: در جایی که قابلیت جعل حکم وجود داشته باشد ولی شارع حکمی در آن جایگاه نداشته باشد همین عدم الحکم به نحوی حکم محسوب می‌شود هر چند ظاهرش این باشد که حکمی صادر نشده باشد همانطور که عدم التقیید در جایی که جایگاه تقیید است نشانگر اینست که متکلم اراده‌ی اطلاق کرده است.

اما در بیان صغری برای محل بحث مثالی که وجود دارد و بعضی از علما فرموده‌اند این مثال از مواردی است که دلیل آن فقط قاعده لاضرر می‌تواند باشد و آن مثال هم اینست که کسی انسانی که اهل کسب و کار است را در جایی زندانی کند و به این خاطر عمل آن انسان محبوس ضایع و فوت شود بدین معنی که اگر او را زندانی نمی‌کرد سراغ کار خود می‌رفت و درآمدی کسب می‌کرد لکن حابس مانع از این عمل شده و



بدین خاطر شخص محبوس متضرر شده یا اینکه کسی قفس پزندگان دیگری را باز کند و باعث شود که پزندگان پرواز کنند و بروند و با این کار طبیعتاً به مالک آنها ضرر وارد می‌شود.

البته با توجه به مبانی فقهاء در هیئت ترکیبیه لاضرر می‌توان گفت جعل در عدمیات مانند ضمان با مبنای نظریه ضرر غیر متدارک صاحب عناوین فقهیه و فاضل نراقی و همچنین نظریه ولائی و سلطانی امام خمینی سازگار است.

شهید صدر با توجه به نظریه جمع بین نفی و نهی صاحب منتقی الاصول و ملهم از گفتار ایشان در جمع دو معنای طولی برای قاعده در نظر می‌گیرند و معتقدند این معنای طولی در فهمی واحد و عرفی از قاعده پدید می‌آید. فهم دوم، مکمل فهم اول و راهی برای پیدایش احکام وضعی و تکلیفی متعدد برای جبران ضرر پدید آمده است و در یک لابدیت عقلی فهم می‌شود. به عبارت دیگر، يك دلالت التزامی قوی است که بدون آن، نفی ضرر به عنوان یک مدلول قطعی در دین حاصل نخواهد شد. عبارت ایشان از قرار ذیل است:

ضرر در دو مرتبه طولی، نفی شده است. در مرتبه اول خود ضرر به لحاظ آنچه در شریعت است، نفی شده است و در این مرحله زمانی که نفی را بر قضیه سمره با مرد انصاری تطبیق می‌کنیم نفی ضرر حداکثر به این معناست که شارع بر سمره ضرر رسانی بر مرد انصاری را حرام کرده است، اما در مرحله دوم ضرری نفی می‌شود که در مرحله اول نفی آن عملی نشد. به عبارت دیگر، در این مرحله ضرر حرام نفی می‌شود که این یک علاج قانونی غیر از راه حل پیشین است. این تعبیر دوم دری رابه سوی درهای متعددی در فقه می‌گشاید. برای مثال، اگر زوج تلاش کند که از حقوق شرعی خود مانند حق طلاق بر علیه زن استفاده کند، برای ضرر رسانی به زن و محروم کردن او از برخی حقوقی که بر عهده دارد؛ مانند کاری که سمره کرد که (ظاهراً) می‌خواست بر حق ملکیت خود نسبت به درخت تحفظ کند و حق مرد انصاری را نسبت به عرض و کرامتش نادیده گیرد و اجبار زوج هم نسبت به ادای حقوق زن ممکن نباشد، پس این ضرر رسانی به زوجه است. در چنین فرضی روشن است تحریم ضرر به تنهایی سودمند نیست، بلکه باید به مرحله دیگری منتقل شد و آن رفع تسلط شوهر بر ابقای زوجیتی



است که هدفش اضرار به زن است که نتیجه نفی ضرر در این مرحله اعطای ولایت به حاکم برای طلاق (به سود) زن است (همان، ص ۲۹۰).

با این بیان، می‌توان به فراخور مورد، تدارک ضرر را بر عهده حاکم نهاد. این نظریه در واقع بسط نظریه شیخ انصاری است که در رسائل می‌فرماید براءت ذمه ضار منافی نفی ضرر استدامه‌ای است و همانطور که حدوثة ضرر نفی می‌گردد بقاء هم نفی می‌گردد و الا با مدلول لاضرر که نفی مطلق ضرر است منافات دارد.

این مقاله برگرفته از کتاب استاد طه‌وری به نام (احکام و آثار ضرر در روابط و تعاملات جهان معاصر) است.

## منابع

۱. قرآن

۲. ابن اثیر جزری، (۱۳۶۷ ش). مبارک بن محمد، النهاية فی غریب الحدیث و الأثر، قم مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان
۳. اصفهانی، شیخ الشریعه، رساله لاضرر (۱۳۳۹ ه ق). قم. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۴. اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۴ ق) نهاية الدراية في شرح الكفاية. قم، مؤسسه آل البيت
۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۹ ه ق). نهاية الدراية في شرح الكفاية (چاپ: دوم) بیروت. مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحياء التراث
۶. امام خمینی، روح الله، الرسائل (۱۴۱۰ ه ق) چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان
۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۴ ق)، رساله لاضرر (للشیخ الأنصاري) چاپ اول، قم، المكتبة الفقهية
۸. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۹ ق)، فرائد الأصول؛ ج ۲ قم، مجمع الفكر الاسلامی
۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵ ه ق). المكاسب. (چاپ: اول). قم. كنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری
۱۰. آزمون، مهدی صیادی شریف (۱۳۹۵ ش). آئین دادرسی مدنی، (چاپ: پنجم)
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۷۶ ق). تاج اللغة و صحاح العربية الصحاح. (چاپ: اول). بیروت دار العلم للملایین
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۱۰۴ ق) وسائل الشیعة (چاپ: اول). قم. مؤسسه النشر الاسلامی
۱۳. الحسینی، السيد مير عبد الفتاح (۱۴۱۷ ق). العناوين الفقهية (چاپ: دوم). قم. مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين
۱۴. حسینی سیستانی، علی. قاعدة لاضرر و لاضرار (چاپ: اول). قم
۱۵. خلیل بن احمد، العین (۱۴۰۹ ه ق). (چاپ: دوم). قم. مؤسسه دار الهجره
۱۶. خوانساری نجفی، موسی، (۱۳۷۳ ق). رساله فی قاعدة لاضرر، این رساله در ضمن کتاب «منیة الطالب فی حاشیة المكاسب» چاپ شده است. (چاپ: اول). تهران. المكتبة المحمديه.
۱۷. روحانی، محمد (۱۴۱۳ ه ق) منتقى الاصول (چاپ: اول). قم. دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی





۱۸. زبیدی، مرتضی (۱۴۱۴ ق). تاج العروس من جواهر القاموس (چاپ: اول). بیروت دارالفکر
۱۹. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۰ ه ق). نیل الوطر من قاعده لاضرر (چاپ: اول). قم. مؤسسه امام صادق علیه السلام
۲۰. شهید اول، محمد بن مکی العاملی (۱۴۰۰ ه ق). القواعد و الفوائد (چاپ: اول). قم. انتشارات کتاب فروشی مفید
۲۱. صدر، سید محمد باقر (۱۳۸۶ ش). قاعده لاضرر و لاضرار (چاپ: دوم). قم دارالصادقین.
۲۲. طباطبائی، محمد حسین (۱۳۹۰ ق). تفسیر المیزان (چاپ: دوم). لبنان - بیروت. مؤسسه الأعلمی للمطبوعات
۲۳. طهوری، صادق (۱۳۹۶ ش). احکام و آثار ضرر در روابط و تعاملات جهان معاصر (چاپ: اول). قم. سپهر آذین
۲۴. فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴ ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی (چاپ: دوم). قم. مؤسسه دارالهجره
۲۵. کاشف الغطاء، محمد حسین، ساعدی محمد، تحریر المجله (۱۳۸۰ ش)، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی
۲۶. محقق داماد دکتر سید مصطفی (۱۴۰۱) قاعده لاضرر (چاپ: شصت و دوم). طهران. مرکز نشر علوم اسلامی
۲۷. مرادی، محمد رضا، کیان مهر اصغر (۱۳۹۸ ش). آئین دادرسی مدنی قانون یار
۲۸. مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ ق). العناوین الفقہیة (چاپ: اول) قم. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۲۹. نراقی، ملا احمد بن مهدی (۱۳۷۵ ش). عوائد الاثام (چاپ: اول). قم. بوستان کتاب

## گزارشی اجمالی از مقاله نسبت سنجی قاعده «تلف المبیع فی زمن الخيار ممن لا خيار له» با قاعده «یسقط الخيار بتلف العین»<sup>۱</sup>

حامد یزدانی \* محمد مهدی کریمی نیا \* صادق طه‌وری (نوروزی) \*

یکی از مسائل فقهی - حقوقی، «حکم تلف عین در زمان خيار» است. این مسأله در عقود لازم مطرح است، بدین صورت که می‌توان گفت: این مسأله در عقود لازم در بحث اختیارات دارای نقش موثری است که آیا با تلف عین حق خيار ساقط می‌شود یا خیر؟ مفاد، اقوال و ادله، دامنه و آثار وقواعد مرتبط با این مسأله از منظر فقیهان و دیدگاه‌های موجود در این مسأله بررسی نشده و با توجه به اینکه در این بحث در ابعاد مذکور تبیین و تحلیلی صورت نگرفته است. لذا خلأ نبود دیدگاه واضح و واحد نسبت به حکم «سقوط وعدم سقوط به سبب تلف عین در زمان خيار» قابل توجه می‌باشد.

در این مقاله به تبیین مسأله از منظر فقیهان و قانون مدنی پرداخته شده است و در صدد برآمده که این حکم را در ابعاد مختلف وقواعد و ادله‌ی موجود بررسی کند و تعارض ادله‌ی موجود در این حکم با دیگر ادله‌ی موجود مربوط به محل بحث، دامنه و شمولیت و همچنین آثار این مسأله را از منظر فقیهان و قانون مدنی بررسی و تجزیه و تحلیل کرده است و سؤال‌های پیرامون آن را مطرح نموده و پاسخ مناسب، براساس دیدگاه‌های فقیهان و نقاط قوت و ضعف این دیدگاه‌ها را ارائه نموده است.

در بین فقها اعم از متقدمان و متاخران قریب به اتفاق معتقدند که مالکیت به صرف عقد واقع می‌شود و ایجاب و قبول برای آن کافی می‌باشد، اما اگر در عقد، اختیاری

۱. تاریخ دریافت گزارش: بهمن ۱۴۰۱، منتشر شده در فصلنامه علمی تخصصی فقه و حقوق معاصر.

\* دانش‌آموخته مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران.

\* دانش‌آموخته حوزه علمیه، قم، ایران.

\* مدرّس و استاد سطوح عالی و خارج مدرسه عالی فقه و اصول امام حسین علیه السلام، قم، ایران.



وجود داشته باشد این عقد متزلزل است حال باتوجه به معاملات پیچیده امروزی مانند معاملات بازار بورس در صورتی که طرف معامله عین معینی باشد سوالات مختلفی در مورد این اختیار مطرح است، لذا براین اساس باید بررسی کرد در صورتی که عین تلف شود باز هم این اختیار باقی است یا خیر؟ در صورت بقاء اختیار جایگاه قاعده تلف المبیع فی زمن الخيار ممن لا خيار له چیست؟ از منظر قانون مدنی و شرع مقدس مبنای حکم تلف مبیع در زمان اختیار چیست؟

باتوجه به اینکه قاعده (تلف المبیع فی زمن الخيار ممن لا خيار له) با سقوط اختیار منافات دارد؛ زیرا از یک طرف قاعده تلف المبیع فی زمن الخيار ممن لا خيار له اشاره دارد به اینکه تلف در زمان اختیار از مال کسی است که اختیار ندارد و از طرف دیگر قاعده یسقط الخيار بتلف العین دلالت بر این دارد که با تلف شدن عین اختیار ساقط می شود حال باید بررسی کرد که چگونه این تنافی برطرف می گردد؟

هرچند بحث هایی در مورد عدم سقوط اختیار با تلف عین در محدوده مفاد، ادله، شروط، قلمرو و آثار قاعده بر اساس حقوق اسلامی در مقاله ای با عنوان بررسی عدم سقوط اختیار با تلف عین تجزیه و تحلیل شده است و همچنین در مورد قاعده تلف المبیع فی زمن الخيار بحث هایی در کتب مختلف مانند مکاسب و مقالات مطرح شده است ولی به نسبت این دو قاعده با هم اشاره ای نشده است و در این مقاله به سقوط و عدم سقوط اختیار بر اساس مبانی فقهی آن و اختلاف های موجود در این مسأله با توجه به سوال های فوق و پاسخ آنها از منظر فقهاء و بررسی ادله هر یک از آنها و همچنین بررسی و واکاوی این مسأله در قانون مدنی پرداخته شده است.