



فصل نامه تحلیلی-انتقادی حوزه • شماره بیست و یکم • تابستان ۱۴۰۲

درنگی در برخی از رهیافت‌های فقهی آیت‌الله العظمی

میلانی^{قدس سره}



حسین ناصری مقدم

(استاد گروه فقه و مبانی حقوقی اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

آیت‌الله العظمی سید محمدهادی میلانی^{قدس سره} یکی از چهره‌های مهم مکتب فقهی-اصولی نجف است. مکتب فقهی و اصولی در اصطلاح معاصران، ساختاری روشی است که همه مسائل فقه و اصول یا دسته‌ای از آنها را درون خود، سامان می‌دهد و می‌توان مبانی، منابع، عناصر روشی خاصی را برای آن ترسیم کرد. مکتب فقهی نجف، بیشتر نص‌بند و برای حل مسائل فقهی به دنبال روایت خاص است. اصولی، فربه دارد و بر فقه عذر (اصول عملیه) بیشتر از فقه کشف تکیه می‌کند. محقق میلانی در نظام تعلیمی متأثر از میرزای نایینی و در روش فلسفی، متأثر از میرزای اصفهانی است. فقه او به‌ویژه در ابواب معاملات، سرشار از نگرش‌های عقلی و فلسفی است ولی در عین حال، به نصوص کتاب و سنت نیز توجه کامل دارد. عرف و متفاهم عرفی را به‌عنوان یک ابزار استنباط در مواضع مختلفی به‌کار می‌بندد و از قواعد فقه به‌طور گسترده در جهت تطبیق یا کشف، بهره می‌جوید.

تبیین موضوع

یکی از رخدادهای مبارک دو سه دهه اخیر در فضای علمی حوزه‌های کشور، نگاه‌های برون‌فقهی و برون‌اصولی است که به‌مثابه معرفت‌های درجه دوم، از جنس مسائل فلسفه فقه و فلسفه اصول به شمار می‌روند. بسیاری از بزرگان حتی موضوع درس خارج خود را به این مباحث اختصاص دادند. نتایج سودمند این نوع نگاه در تغییر پارادایم‌های فقهی و اصولی فقیهان، انکارناپذیر است. از جمله مباحثی که در همین عرصه مطرح شده است و می‌شود، موضوع توجه به طبقه‌بندی^۱ در ساحات مختلف علم است که در گذشته بدین شکل کمتر سابقه داشته است.^۲ اما در سال‌های اخیر، مفاهیم و تعبیر متنوعی در این زمینه از سوی اندیشمندان تأسیس شده است که مکتب، منهج، سبک، نظریه، نظام، پارادایم، گفتمان، رهیافت و غیره از این دسته‌اند. برخی از این مفاهیم مانند پارادایم^۳، وارداتی هستند و بعضی مانند گفتمان^۴، ترجمه می‌باشند، ولی تعدادی نیز ساخته و پرداخته اذهان فقه‌پژوهان است. بررسی و تحلیل این واژه‌ها و تبیین چیستی و نسبت آنها با یکدیگر، نیازمند مجالی فراتر از این نوشتار است، اما به نظر می‌رسد این مفاهیم هم به لحاظ مفهومی و هم به جهت مصداقی، دست‌خوش نوعی عدم وضوح و جامعیت هستند. به تعبیری دیگر، شخصی برای نخستین بار مثلاً کلمه «مکتب» را در مفهومی خاص، به کار برده است بدون آنکه

دقیقاً چیستی این کلمه را تبیین مفهومی کند و سپس گروهی نیز همین کلمه را یا دقیقاً به معنای مورد نظر نخستین فرد و یا در مفهومی اعم یا اخص و یا حتی مباین با آن به کار برده‌اند. مشکل زمانی دوچندان می‌شود که در بیان مصادیق این مفهوم هم بی‌انضباطی تکرار می‌شود. از همین رهگذر، هنوز معلوم نیست واژه «مکتب» در طیف معنایی مورداستفاده، از چه زمانی و توسط چه کسی و دقیقاً در چه معنایی وارد ادبیات فقهی و اصولی و علوم وابسته شده است. اما به هر روی، به نظر می‌رسد مراد از «مکتب» در نزد فقه و اصول‌پژوهان معاصر، «یک ساختار روشی است که همه مسائل فقه و اصول یا دسته‌ای از آنها را درون خود، سامانی ویژه می‌بخشد و می‌توان مبانی، منابع، عناصر روشی خاصی را برای آن ترسیم کرد».

بر اساس تعریفی که ما از مکتب ارائه کردیم، می‌توان نسبت به تعاریف اندکی که از آن توسط برخی از بزرگان ارائه شده است، داوری کرد. استاد علی‌دوست در این ارتباط می‌گوید: «در ارتباط با واژه مکتب، تعریف مشترکی که مورد توافق همه یا بیشتر فیلسوفان فقاقت باشد، نداریم. «مکتب» یک سیستم و نظام منسجمی از مسائل است و به حکم اینکه سیستم است، اجزایش با یکدیگر مترابط هستند و بر محور یک دانش می‌چرخند. به تعبیر دیگر، مکتب، محور دارد و محور آن مسئله‌ای از یک دانش نیست، بلکه

حقوق نشد. افزون بر تحولات مهاجرتی که بر اوصاف اقلیمی تأثیر داشته‌اند، در سه دهه اخیر، رشد فزاینده فضای مجازی و رسانه‌های نوپدید، به‌طور اعجاب‌انگیزی مرزهای جغرافیایی را درنوردیده و تفکیک‌های رایج را در حوزه‌های دانشی زیر سؤال برده است. بنابراین هم اینک برخی از تعبیر رایج مانند «مکتب فقهی نجف یا قم»، چندان بار معنایی محصلی ندارد و دست‌کم، عمومیت قبل را افاده نمی‌کند.

۱. مکتب نجف و قم

در دهه‌های اخیر مقایسه بسیاری میان حوزه‌های علمیه در نجف، سامرا، کربلا، قم، مشهد و شهرهای دیگری صورت گرفته است و این حوزه‌ها به صورت ثنائی یا ثلاثی و حتی رباعی با یکدیگر سنجش و تطبیق شده‌اند. یکی از جامع‌ترین تعبیر در توصیف مکتب فقهی نجف و قم، عبارت استاد علی‌دوست است که برای هر یک از این دو مکتب (به لحاظ ساختار روشی نه ویژگی اقلیمی)، شاخص‌هایی را برمی‌شمارد: «اگر منظورمان از مکتب، تفکیک اقلیمی نباشد، بلکه دو نوع رویکرد در استنباط را قصد کنیم، تفکیک این دو مکتب قم و نجف کار دشواری نیست، چون یکی از این دو مکتب فقهی در استنباطات فقهی - به‌ویژه در بخش غیر عبادات - به‌عرف و بنای عقلا توجه بیشتری می‌کند؛ به تاریخ صدور روایات و آیات نگاه جدی‌تر و مؤثرتری دارد؛ به اهل

کلیت یک دانش است و در مجموع، آن‌قدر متمایز و چشمگیر است که خودبه‌خود پیروانی می‌یابد. بنابراین مکتب بر سراسر یک حوزه دانشی سیطره دارد».^۵ همان‌گونه که ملاحظه می‌شود ایشان «مکتب» را به‌مثابه یک «سیستم» و «نظام» بر ساخته از مجموعه‌ای از مسائل، تعریف می‌کنند که با تعریفی که ارائه شد تا اندازه‌ای متفاوت است.

اما جدا از موضوع تبیین دقیق مفهومی «مکتب» و تطبیق آن بر مصادیقش، باید اذعان کرد که بیشتر فقه‌پژوهان معاصر در طبقه‌بندی‌های فقیهان و اصولیان دو قرن اخیر، به وجود هویت‌هایی متمایز به لحاظ اقلیمی باور دارند و بر همین اساس، «مکتب فقه نجف» یا «مکتب فقهی قم» را در یک برهه زمانی پذیرفته‌اند. این که گفته شد «در یک برهه زمانی» به این جهت است که تحولات سیاسی، اجتماعی و علمی، در ایجاد تغییرات در یک مکتب و یا دگرگونی اقلیمی آن اثرگذار است؛ اتفاقی که در نیم قرن اخیر شاهد آن بوده‌ایم. مهاجرت اجباری بسیاری از فقیهان از کشور عراق به ایران در دوران صدام، سبب شد تا اندازه‌ای هم مکتب نجف و هم مکتب قم به لحاظ اقلیمی، آمیخته گردند و هم مکاتب عراق (نجف، کربلا و سامرا) به لحاظ عده و عده کوچک‌تر و ضعیف‌تر شوند. هر چند پس از سقوط صدام، وضعیت تا حدودی به حالت قبل برگشت ولی هیچ‌گاه دقیقاً شرایط پیشین

سنت در فقه و حدیث مقارن نیم‌نگاهی دارد؛ داده‌های دانش تاریخ را در استنباط مطمح نظر قرار می‌دهد؛ به وثوق صدور، بیشتر از سندشناسی توجه می‌کند؛ کمتر به صورت ریاضی فکر می‌کند. در استنباطاتش مجموعه‌ای از ظنون را در نظر می‌گیرد (درست است که تک‌تک آنها را معتبر نمی‌داند، ولی آنها را در یک نظام حلقوی تنظیم می‌کند تا از به هم پیوستن همان اسناد نامعتبر دلیل معتبری آفریده شود)، به قرآن و مقاصد توجه می‌کند، نگاهش به شریعت، اجتماعی

است، از نصوصی که در موارد خُرد وارد شده‌اند، گاه می‌تواند به یک قاعده کلان برسد؛ شهرت را در نظر می‌گیرد و آن را جابر ضعف سند یا جابر ضعف دلالت می‌انگارد. من رویکرد خاصی به دانش فقه را که دربردارنده این عناصر باشد، «مکتب قم» می‌نامم و معتقدم که بر قله آن نیز آیت‌الله بروجردی و شاگردان ایشان ایستاده‌اند.

در برابر این رویکرد، مکتب فقهی دیگری قرار می‌گیرد که می‌توان آن را مکتب نجف نامید. این مکتب در همه مواردی که برای مکتب قم برشمردیم در نقطه مقابل قرار دارد که می‌توان آنها را به شرح ذیل برشمرد:

مکتب نجف، نص‌پسند است و برای یک مسئله دنبال یک روایت خاص است. البته عام را انکار نمی‌کند، ولی ترجیح می‌دهد دنبال روایت خاص باشد؛ بسیار ریاضی‌وار فکر می‌کند؛ اصول آن از حد لازم خیلی فره‌تر شده است و فقه آن، در مواردی فقه کشف نیست، فقه عذر است (ابتنای بیش‌تری بر اصول عملیه دارد). ریاضی‌وار نه به معنای عقل‌گرا، بلکه به معنای تکیه بر یک قالب ثابتی که از پیش تعریف شده باشد و عملیات استنباط فقهی را در یک مسیر تغییرناپذیر و کاملاً قابل‌پیش‌بینی جلو می‌برد.

اولاً نص‌پسند است و برای یک مسئله دنبال یک روایت خاص است. البته عام را انکار نمی‌کند، ولی ترجیح می‌دهد دنبال روایت خاص باشد؛ بسیار ریاضی‌وار فکر می‌کند؛ اصول آن از حد لازم خیلی فریه‌تر شده است و فقه آن، در مواردی فقه کشف نیست، فقه عذر است (ابتنای بیش‌تری بر اصول عملیه دارد). ریاضی‌وار نه به معنای عقل‌گرا، بلکه به معنای تکیه بر یک قالب ثابتی که از پیش تعریف شده باشد و عملیات استنباط فقهی را در یک مسیر تغییرناپذیر و کاملاً قابل‌پیش‌بینی جلو

می‌برد. به عنوان مثال آیت‌الله خویی چارچوب خاصی دارد؛ از ابتدا تا انتهای فقه‌اش هم بر همین اساس پیش می‌رود، طوری که اگر ده روایت در یک مسئله وجود داشته باشد، ممکن است یکی از آن ده روایت را به خاطر ضعف سند و تعدادی را به دلیل ضعف دلالت کنار بگذارد.^۶

دیگران نیز کوشیده‌اند تا تمایزدهنده‌هایی را در تفکیک مکتب قم و نجف ارائه کنند. به عنوان نمونه آقای محمود دریاب در مقام بیان مکتب فقهی نجف، ویژگی‌های حوزه نجف را در امور ذیل خلاصه می‌کند:^۷ حساسیت بر فراگیری عمیق ادبیات عرب؛

استدلال‌های فقهی، به‌کارگیری قواعد فقهی در استنباط، کاربست عرف ابزاری در اجتهاد.

۲. رهیافت‌های فقهی محقق میلانی

همان‌طور که اشاره شد، رهیافت‌های فقهی محقق میلانی در عرصه‌های متنوعی قابل طرح و بازنمایی است که به سبب محدود بودن نوشتار، تنها به سه عرصه اشاره می‌شود.

۱. به‌کارگیری تدقیقات فلسفی در استدلال‌های فقهی؛
۲. کاربست گسترده قواعد فقهی در استنباط احکام؛
۳. بهره‌گیری از عرف ابزاری در مجالات مختلف استنباط.

۱-۲. تدقیقات فلسفی در استدلال‌های فقهی

مهم‌ترین استاد محقق میلانی بعد از نایینی، میرزای اصفهانی است که شاید کسی مانند او فلسفه را وارد فقه و اصول نکرده باشد. یکی از شارحین نه‌ایة الدرایه میرزای اصفهانی چنین در وصف این کتاب می‌نگارد: «شرحاً وافیاً مزج فیه بین الفلسفة و الأصول».^{۱۲} و شاگرد او شیخ محمدعلی غروی اردوبادی نیز در ستایش استادش میرزای اصفهانی می‌نویسد: «او نابغه روزگار، فیلسوف زمانه و فقیه امت بود».^{۱۳} توانمندی و تبحر محقق اصفهانی در علوم فلسفی از طریق مطالعه آرا و پژوهش‌های گوناگون او آشکار می‌شود، و این امر جای شگفتی ندارد؛ زیرا این علوم را نزد فیلسوف مشهور، میرزا محمدباقر اصطهباناتی

برخورداری از جامعیت فقهی؛ طرح جامع مسئله؛ استخدام تعبیر فنی و دشوار در تألیف کتب فقهی و اصولی.^{۱۴} همان‌گونه که ملاحظه می‌شود جز مورد دوم و سوم، موارد دیگر چندان اهمیت ندارند. همچنین محقق دیگر، مهم‌ترین ویژگی‌های مکتب فقهی نجف را دو مورد برمی‌شمارد: تکیه بر ژرف‌اندیشی بیشتر به جای نقل اقوال؛ تأسیس اصل در آغاز ورود به مباحث مختلف. سپس چهار مسئله مهم فقهی را که مورد اختلاف مکتب نجف و قم است در مسئله انحلال، خطابات قانونیه، حکومت لاضرر و مسئله ترتب ویژه می‌سازد.^{۱۵}

اما از آنجاکه موضوع این نوشتار، راه و روش فقهی مرحوم حضرت آیت‌الله سید محمدهادی میلانی رحمته‌الله است و از ارتحال ایشان نزدیک به پنجاه سال می‌گذرد، ناگزیر شخصیت علمی معظم‌له را در ظرف زمانی خودش می‌سنجیم. محقق میلانی تربیت‌شده مکتب فقهی و اصولی نجف و از سرآمدان آن بود.^{۱۶} نگارنده این نوشتار در صدد شمارش شاخص‌های مکتب فقهی محقق میلانی نیست که خود مجال دیگری می‌طلبد، بلکه تنها به دنبال برشماری پاره‌ای از ویژگی‌ها و رهیافت‌های فقهی ایشان از طریق بررسی و تحلیل مباحث و استدلال‌های فقهی معظم‌له است. در این مقصد، به سه ویژگی ممتاز که بر استنباط‌های فقهی محقق میلانی اثرگذار بوده است، اشاره شده است: بهره‌گیری از تدقیقات عقلانی و فلسفی در

از بزرگان فلسفه و حکمت و از عارفان برجسته فراگرفته بود. مظفر در این باره گفته است: «او به همه دقایق و ژرفای فلسفه راه یافته بود و در تمام زوایای پنهان آن بهدقت نظر کرده بود. در هر مسئله‌ای رأیی استوار و در هر بحثی، تحقیقی ممتاز داشت. آرا و تحقیقات فلسفی او در تمام آثار و پژوهش‌هایش نمایان است، حتی در منظومه‌اش که همراه با مدح پیامبر ﷺ و ائمه علیهم‌السلام سروده است و در آن می‌گوید:

لقد تجلی مبدئ المبادی
من مصدر الوجود و الایجاد
من أمره الماضی علی الاشیاء
أو علمه الفعلی و القضائی».^{۱۴}

بی‌جهت نیست که این جوهر فلسفی در ضمیر خودآگاه و ناخودآگاه محقق میلانی نیز تبلور یافته و او را چونان استادش، مستغرق در فلسفه و مباحث عقلی نموده است. البته باید توجه داشت که آن دسته از فقیهان فلسفه‌ورز نظیر میرزای اصفهانی و محقق میلانی، به سبب تعلق خاطر عمیقی که به مبانی کلامی و تعالیم شریعت داشتند، هیچ‌گاه پا را از مرزهای مجاز فراتر نگذارند و همواره در مقام تعارض، نقل را بر عقل مرجح دانستند.

در ادامه نوشتار نمونه‌هایی از تدقیقات فلسفی و استدلال‌های عقلانی محقق میلانی را در ابواب مختلف فقهی به نظاره می‌نشینیم. ۱-۱-۲. کم متصل و منفصل (نماز مسافر)^{۱۵}

محقق میلانی درباره نماز مسافر چنین

می‌نگارد: «شخص مسافر با شرایط خاصی باید نمازهای رباعی خود را مقصور ادا نماید. بر اساس روایات، مکاری و جمال (فردی است که شتر خود را برای سفر اجاره می‌دهد) و مانند آنها باید نمازشان را تمام ادا کنند؛ «زیرا این کار، عمل‌شان است» و ما از این گزاره، حکم جامعی را بدین شکل استفاده کردیم که: «هر کسی سفرش بسیار است، نمازش را تمام می‌خواند» یا «هر کسی شغلش سفرکردن است، تمام ادا می‌کند». سپس دلیلی منفصل وارد شد که چنانچه مکاری، ده روز در شهری اقامت گزید، پس از آن نمازش را شکسته ادا می‌کند. در روایاتی که یونس بن عبدالرحمن روایت کرده است، عنوان «مکاری» و در روایت هشام، «مکاری و جمال» وارد شده است. پرسش آن است که آیا می‌توان از مکاری به امثال آن مانند «ملاح»، «راعی» و «تاجر» نیز تعدی کرد؟ دو دیدگاه در این باره وجود دارد: بعضی از بزرگان مانند شیخ طوسی و محقق حلی و پیروان آنها معتقد به عدم اختصاص به مکاری و جمال هستند و ذکر آنها را در روایات از باب مثال و نه انحصار می‌دانند و حتی صاحب جواهر بر این مطلب، ادعای عدم خلاف هم می‌کند».^{۱۶} اما در مقابل، برخی مانند محقق میلانی مخالف نظر مشهور هستند و معتقدند حکم، مختص به مکاری و جمال است و اجیر را در بر نمی‌گیرد. محقق میلانی مقدماتی را بیان می‌کند و در مقدمه سوم خود از مبحث کم متصل و منفصل بهره

کسانی که سفر، شغل آنان است، تعمیم داد؛ زیرا دلیلی بر این تعمیم وجود ندارد.^{۱۸} ملاحظه می‌شود که محقق میلانی برای اثبات عدم عمومیت حکم، از یک مفهوم فلسفی-منطقی یعنی «کم منفصل» بهره می‌گیرد؛ درحالی‌که فقیهان دیگری که در اصل نظر با او هم‌رأی هستند، به چنین دلیلی متوسل نشده‌اند.

۲-۱-۲. مفاهیم اعتباری (لزوم لفظ در عقود)

معاملاتی که در خارج تحقق می‌یابند یا لفظی هستند و یا معاطاتی. یکی از مسائل مهم فقهی در اعتبار لفظ در عقود از جمله عقد بیع است. بدون تردید، عقود با الفاظ محقق می‌شوند و نزاع در عقود معاطاتی است. محقق میلانی درباره اعتبار لفظ در عقد بیع

محقق میلانی برای اثبات عدم عمومیت حکم، از یک مفهوم فلسفی-منطقی یعنی «کم منفصل» بهره می‌گیرد؛ درحالی‌که فقیهان دیگری که در اصل نظر با او هم‌رأی هستند، به چنین دلیلی متوسل نشده‌اند.

می‌نویسد:

«همانطور که شیخ انصاری نوشته است، اعتبار لفظ جایی است که امکانش وجود داشته باشد اما شخص عاجز از تلفظ مانند لال، برایش اشاره کردن کافی است و این مسئله، محل نزاع نیست. اختلاف در آن است که شخص لال در صورت تمکن از وکیل گرفتن، می‌تواند خودش با اشاره، عقد بیع را واقع سازد یا خیر؟ شیخ انصاری قائل به جواز است. اما علامه ایروانی معتقد است اشتراط عجز از توکیل به وسیله حدیث رفع

می‌برد. خلاصه استدلال فلسفی ایشان این است که «اولاً اقامت ده روز، موجب انقطاع کثرت نمی‌شود (و وجوب قصر، تعبد و تخصیص است). و ثانیاً کثرت از مقوله کم منفصل است»^{۱۹} و به عنوان وصفی برای متعدد به کار می‌رود. اما همان‌گونه که اتصاف به کثرت، هنگام اجتماع و ضمیمه شدن وجودات، صادق است، هنگام از بین رفتن

برخی از وجودات نیز صادق است. خداوند متعال می‌فرماید:

«و به راستی خداوند شما را در مواضع بسیاری یاری کرد» و گفته می‌شود: «فلانی بسیار مال دارد» و «بسیار مهمان‌نواز است». بر این اساس، حتی اگر بپذیریم که اقامت ده روز، موجب انقطاع کثرت می‌شود، بدون تردید اقامت ده روز موجب انقطاع فردی از

افراد سفر می‌شود. همان‌گونه که با انعدام فردی از سفرها و وجود فرد دیگری پس از آن، باز هم «کثرت» صادق است، همینطور در جایی که فردی از سفر، منقطع شود نیز چنین خواهد بود. به بیان دیگر، اقامت ۱۰ روز، موجب انعدام اتصال بین اسفار می‌شود نه انعدام تعدد و از آن‌جاکه قوام «کثرت» به «تعدد» است؛ هر چند بعضی از افراد منعدم گردند، بنابراین اقامت ده روز سبب انقطاع کثرت نمی‌گردد. در نتیجه، نمی‌توان حکم وجوب قصر بعد از اقامت ده روز را به همه

برداشته شده است و در این مقام می‌توان به آن تمسک کرد. در پاسخ می‌گوییم: اولاً چیزی که قابلیت جعل و وضع ندارد، قابلیت رفع هم ندارد؛ زیرا شرطیت امر مجعول و اعتباری از جانب شارع نیست، بلکه امری انتزاعی است. همان‌طور که سببیت، مانعیت و مانند آنها قابل جعل نیستند. بنابراین شرطیت عجز به دلیل این‌که جعل‌شدنی نیست، قابل رفع نیز نمی‌باشد. ثانیاً اگر در این موضوع شک داشته باشیم، اصل عدم شرطیت و عدم سببیت جاری و معتبر است.^{۱۹}

در این‌جا محقق میلانی وارد بحث تقسیم موجودات به چهار گونه می‌شوند که حکایت از دقت فلسفی ایشان دارد: «امور متصوّره در ذهن چهار دسته‌اند: ۱. جواهر و اعراض؛ روشن است که این دو امر واقعی هستند، اگرچه اعراض در مقام تحقق نیازمند موضوع می‌باشند؛ ۲. امور انتزاعی: یعنی چیزی که وجودی ندارد جز به منشأ انتزاعش؛ به این معنا که منشأ انتزاع وجود دارد، نه خود انتزاع؛ مثل فوقیت که از امر واقعی به نام «فوق» انتزاع می‌شود؛ ۳. امور ذهنی محض؛ ۴. امور اعتباری: که تحقق‌شان در عالم اعتبار و به‌وسیله معتبر

محقق میلانی درباره عقد معلق می‌نویسد: «اما تحقیق آن است که عقد معلق گاه به این معناست که الان ملکیت فردا را اعتبار کند؛ یعنی اکنون اعتبار می‌کند که مالکیت در فردا محقق باشد (یعنی مشروط به آمدن فردا). بدیهی است که وجود اعتباری گاهی فعلی و گاهی غیرفعلی است. به عنوان مثال اگر کسی اکنون انشا و ایجاد این اعتبار را کند، ولی تحقق آن را به آمدن فردا وابسته سازد. در این‌جا وجود اعتباری، فعلی است، و انشائش نیز معتبر و فعلی است، اما تحقق مالکیت در خارج، در ظرف فردا خواهد بود و این اشکالی ندارد.

است؛ مانند اوضاع (قراردادهای لفظی) و همه احکام شرعی و عرفی و عقلایی؛ همه این‌ها از اعتباریات‌اند.

به همین ترتیب، احکام شرعی چه تکلیفی و چه وضعی - همگی وجودشان در موارد خود به اعتبار شارع بستگی دارد. و معنای این‌که شارع حکم به وجودشان می‌کند این است که بعد از آن‌که شارع این امور (یعنی احکام) را اعتبار کرد، از تحقق‌شان خبر و آگاهی می‌دهد؛ ولی این تحقق، تنها در همان ظرف اعتبار است، نه در مقام خارج؛ و آثارشان بر آن

مترتب می‌شود.^{۲۰}

در موضوع محل بحث یعنی اعتبار لفظ در عقود، محقق میلانی وارد بحث اعتبار و اعتباریات می‌شود. اصولاً یکی از مباحث مهم در فلسفه که به تبع در اصول و فقه هم وارد شده است، بحث «اعتبار» و «اعتباریات» است. اعتبار هم در سطح اراده و فعل الهی در علم کلام و علم فقه مطرح می‌شود و هم در سطح ذهن و اراده نفسانی انسان ملاحظه می‌گردد. اعتبار انسانی نیز در دو سطح نفسی و عقلایی عنوان می‌شود. اعتبار عقلایی به اعتباری گفته می‌شود که منشأ آن وجدان عمومی عقلای عالم (افراد خردمند در جوامع

را مطرح می‌کند که چنانچه نمازگزاری که وظیفه‌اش قصر بوده است، ولی به سبب جهل، شروع به نماز رباعی کرده است و به اشتباه در دو رکعت، سلام داده است، نمی‌توان به صحت نمازش قائل شد؛ زیرا نماز تام و نماز قصر، دو ماهیت متعدد هستند و قهراً دو امر متفاوت هم خواهند داشت.

«بله، اگر جامع میان قصر و تمام، همان واجب باشد، به این معنا که اصل نماز مأموّره باشد و این دو (قصر و تمام) دو فرد از آن باشند - بلکه همان‌طور که گفته می‌شود همه انواع نمازها افراد یک حقیقت واحد هستند که بر مکلفان واجب است - غایت امر اینکه افراد آن بسته به اختلاف حال مکلف متفاوت هستند، در این صورت، خطا در تطبیق در این مقام محقق شده است و این از گونه تطبیق کلی بر برخی افرادش بنابر اعتقاد و قصد مکلف خواهد بود، درحالی‌که در خارج بر فرد دیگری منطبق شده است و این اشکالی نخواهد داشت؛ زیرا آنچه قصد امتثال آن را کرده است، همان امر به کلی بوده است و اعتقاد او بر اینکه فرد این کلی در این حال منحصر در چیزی است که نیت انجامش را داشته، ضرری به امتثال نمی‌زند، اگر در خارج بر فرد واقعی منطبق شود. ولی عقلاً ممکن نیست که این جامع، مأموّره باشد، مگر در صورتی که زائد بر آن، واجب در واجب باشد بدون آن که قید آن به‌شمار آید و لازمه چنین فرضی این است که نماز حتی با ترک عمدی آن

انسانی) باشد نه صرفاً ساخته ذهن یک شخص خاص و نه انشای شارع مستقیماً و به تنهایی بلکه نوعی قرارداد ذهنی و قراردادی اجتماعی میان انسان‌هاست که نظم زندگی اجتماعی را تأمین می‌کند. مثلاً مالکیت، ضمان، وکالت و همه تعهدات قراردادی از اعتبارات عقلایی هستند.

فقیهان بر این باورند اگر اعتبار عقلایی باشد، شارع مقدس هم غالباً آن را امضا می‌کند (تایید شرعی). اگر خلاف شرع نباشد، اعتبار عقلایی حجت است. مثلاً: عقد بیع، اجاره، صلح. همه اینها اول در میان عقلای بشر بوده و شارع آنها را تایید کرده است.^{۳۱} محمد سند در رساله‌ای مستقل پس از آن که موضوع اعتبار را از موضوعات محوری علم اصول می‌شمارد و جای طرح مستقل آن را در میان کتب اصولی خالی می‌انگارد، به تفصیل درباره آن سخن می‌گوید. «از نظر او، اعتبارات ادراکات موهومی است که تحقق خارجی ندارند، ولی زمینه‌ساز پدید آمدن اراده برای تحصیل و ایجاد آن در خارج هستند».^{۳۲} محقق میلانی نیز در تأیید همین نظر می‌نویسد: «هیچ تردیدی نیست که صیغه‌های عقود و ایقاعات تنها بر انشای اعتباری دلالت می‌کنند، و حقیقت همه معاملات در نهایت به همین امر بازمی‌گردد؛ چه به‌عنوان سبب و چه به‌عنوان مسبّب».^{۳۳} ۳-۱-۲. تعدد امر در تعدد ماهیت (قصر و اتمام)

در فرعی از فروع قصر در نماز، این مسئله

(یعنی آن وصف زائد) نیز صحیح باشد. اما اگر اجزا به یکدیگر ارتباط داشته باشند و به قیود و شرایط خاص مقید باشند، ناگزیر باید امرهای متعدد به آنها تعلق گیرد. و به طور خلاصه هرگاه ماهیت‌ها حتی به کمترین جزء یا شرطی - با هم تفاوت داشته باشند، در مقام تعلق امر به آنها، ناگزیر امرها متعدد خواهند بود؛ زیرا امر در مقام تشریع چه مقصود از آن بعث باشد و چه اراده - از حیث وجود متحد با متعلق خود است و قوام امر به وجود متعلقش است. پس امر متعلق به قصر، مستقل و کاملاً مغایر با امر متعلق به تمام است. بنابراین اگر مکلف، قصد امتثال امر قصر را نداشته باشد، آن را امتثال نکرده است و دو رکعتی که به جا آورده است، باطل خواهد بود.^{۲۴}

۴-۱-۲. تعدد یا وحدت نسبت مالک و مملوک (زکات)

محقق میلانی در بحث زکات، بیانی فلسفی از مفهوم مالکیت ارائه می‌دهند: «مالکیت، امری است که بر مملوک قائم است، اما این گونه نیست که به طور قهری موجب انعقاد دو مفهوم متضایف یعنی مالکیت و مملوکیت شود. حال در این جا این پرسش مطرح می‌شود: آیا مالکیت و مملوکیت از گونه‌ی برخی اضافات خارجی است؛ مانند سقف واحدی که چند نفر زیر آن نشسته‌اند؟ چنان که گاه گفته می‌شود سقف، فقط یک جهت بالا نسبت به همه دارد، و گاه گفته می‌شود به تعداد افرادی که

زیر آن نشسته‌اند، جهت‌های فوقیت متعدد وجود دارد، چون متضایفان در وحدت و کثرت، قوه و فعلیت با هم متكافی هستند. اینک اگر شخصی مالک چند چیز باشد، آیا او یک مالکیت نسبت به همه اموالش دارد؟ یا به تعداد هر مملوک، مالکیتی مستقل خواهد داشت؟ ظاهر این است که همان وجه اول، صحیح است، یعنی یک مالکیت واحد نسبت به مجموع مملکات وجود دارد.^{۲۵}

۵-۱-۲. التنجیز

شرطیت تنجیز (قطعی بودن) در عقود، از اموری است که نزد بیشتر فقها شهرت دارد، مانند شیخ طوسی، ابن ادریس، علامه حلی، شهیدین، محقق ثانی و دیگران - چه قدما و چه متأخران - چه آنها که این شرط را آشکارا بیان کرده‌اند و بایستی مستقل برایش گشوده‌اند، چه آنها که از فحوای کلامشان در مباحث مختلف برمی‌آید.

شیخ انصاری نیز گفته است: تعلیق در انشا جایز نیست و اصلاً معنایی برای انشای معلق بر امری که وجودش مشروط به چیزی باشد، وجود ندارد؛ زیرا آن امر یا در واقع موجود است یا معدوم و تعلیق بر هر یک از این دو یا استعمال متناقض است، یا تحصیل حاصل.^{۲۶}

محقق میلانی درباره عقد معلق می‌نویسد: «اما تحقیق آن است که عقد معلق گاه به این معناست که الان ملکیت فردا را اعتبار کند؛ یعنی اکنون اعتبار می‌کند که مالکیت در فردا محقق باشد (یعنی مشروط به آمدن

معلق کند: اگر مضمون، بالفعل محقق باشد، این خلف است؛ زیرا هنوز امر معلق علیه نیامده است. و اگر تحقق مضمون پس از تحقق معلق علیه باشد، لازمه اش این است که ایجاب (انشا) را از وجود آن به تأخیر اندازد؛ درحالی که مالکیت از تملیک به وجود می آید و هر دو در یک لحظه تحقق می یابند، پس در همان زمان واحد، تملیک نسبت به مالک و مالکیت نسبت به خریدار محقق می شود».^{۲۷}

۲-۲. قواعد فقهی

در تعریف قواعد فقهی گفته شده است: «هی احکام عامة فقهية تجرى فی أبواب مختلفة». قاعده فقهی همانند مسئله فقهی، حکمی

کلی است با این تفاوت که قاعده فقهی عمومیت و گستره بیشتری دارد. مثلاً گزاره «الماء اذا بلغ قدر کُر لا ینجسه شیء» یک مسئله فقهی است، ولی محدودیت در سعه دارد، درحالی که «الشیء الذی یشک فی طهارته فهو طاهر» که به قاعده طهارت مشهور است، از کلیت و سعه بیشتری برخوردار است. قواعد فقهی بیشتر در مقام تطبیق به کار می روند، بر خلاف قواعد اصولی که در مقام توسیط کاربرد دارند. محقق میلانی در مباحث خود

در تعریف قواعد فقهی گفته شده است: «هی احکام عامة فقهية تجرى فی أبواب مختلفة». قاعده فقهی همانند مسئله فقهی، حکمی کلی است با این تفاوت که قاعده فقهی عمومیت و گستره بیشتری دارد. مثلاً گزاره «الماء اذا بلغ قدر کُر لا ینجسه شیء» یک مسئله فقهی است، ولی محدودیت در سعه دارد، درحالی که «الشیء الذی یشک فی طهارته فهو طاهر» که به قاعده طهارت مشهور است، از کلیت و سعه بیشتری برخوردار است. قواعد فقهی بیشتر در مقام تطبیق به کار می روند، بر خلاف قواعد اصولی که در مقام توسیط کاربرد دارند. محقق میلانی در مباحث خود به ویژه در کتاب بیع، از قواعد فقهی استفاده می کند.

فردا). بدیهی است که وجود اعتباری گاهی فعلی و گاهی غیرفعلی است. به عنوان مثال اگر کسی اکنون انشا و ایجاد این اعتبار را کند، ولی تحقق آن را به آمدن فردا وابسته سازد. در این جا وجود اعتباری، فعلی است، و انشائش نیز معتبر و فعلی است، اما تحقق مالکیت در خارج، در ظرف فردا خواهد بود و این اشکالی ندارد. بنابراین روشن شد که انشا و منشأ از حیث فعلیت متحد هستند و جدایی در همان مرتبه ندارند... سپس چند برهان عقلی را که بر منع عقد معلق اقامه شده است، می آورد که دو مورد را بیان می کنیم:

۱. کسی که بر انجام چیزی

عزم دارد، اقدام او به خاطر اراده

جدی است و عقود و معاملات از همین قبیل هستند. این اراده با تعلیق، منافات دارد. (ولی) ممکن است گفته شود: تعلیق با این اراده، منافات ندارد؛ زیرا تملیک مقدر را انشا می کند، یعنی انشای او به داعی احتمال تحقق امر معلق علیه در خارج است. و روشن است که معامله با جدیت هرچند به طور تقدیری- انجام می شود.

۲. این که اگر مضمون عقد را به چیزی

به ویژه در کتاب بیع، از قواعد فقهی استفاده می‌کند.

۱-۲-۲. قاعده عدالت و نفی ظلم

بهره‌گیری از قاعده عدالت و نفی ظلم در این معنای به‌کارگرفته‌شده معمولاً در کتب رایج قواعد فقهی نمی‌آید و در بحث قرعه، به قاعده «عدل و انصاف یا تنصیف» اشاره می‌شود. ولی محقق میلانی در چند موضع به آن استناد می‌کند. نخست در مبحث مقبوض به عقد فاسد می‌فرماید: «آیا مالک، حق مطالبه قیمت یا مثل مال تلف‌شده را دارد؟ روشن است که مطالبه قیمت موجب خُلف است؛ زیرا فرض این است که مال تلف‌شده مثلی است، پس مالک، حق مطالبه مثل را دارد، نه قیمت. اما درباره مثل، این مسئله مربوط به مالیت مثل است. اگر حق مالک، در مثل منحصر باشد و مالیت آن جنبه عرضی داشته باشد، در این صورت می‌توان گفت مالک دو حق دارد: یکی حق در مالیت مثل و دیگری حق در اوصاف ذاتی آن.

اما استحقاق مالک فراتر از اوصاف ذاتی نمی‌رود و مالیت تنها عنوان وصف است، نه بیشتر. و چون هر وصفی با فقدان موصوفش از بین می‌رود، بنابراین مالیت هم با تعدد (ناممکن‌شدن) مثل، متعذر می‌شود. بر این اساس می‌فهمی که هیچ دلیلی برای این ادعا وجود ندارد که ممنوع کردن مالک از مطالبه قیمت، ظلم به اوست؛ زیرا معنای ظلم، محروم کردن دیگری از حقش است،

درحالی‌که در اینجا اصلاً حقی وجود ندارد. پس این از گونه «سالبه به انتفای موضوع» است.^{۳۹} این نفی ظلم را از تمسک ایشان به اطلاق نفی اعتدا در کریمه نیز می‌توان برداشت کرد:

«... بلکه ممکن است این مطلب از اطلاق آیه «الاعتداء» نیز استفاده شود؛ زیرا آیه بیانگر حق تقاص است و اجازه می‌دهد که فرد متضرر به همان مقدار از فرد متعدی، مال بگیرد و روشن است که اطلاق آیه، همه زمان‌ها و مکان‌ها را دربرمی‌گیرد.^{۴۰}

یا در فرع دیگری می‌نویسد: «اگر دو نفر چیزی نزد شخصی به امانت بگذارند؛ مثلاً یکی دو درهم و دیگری یک درهم، و از مجموع آنچه نزد امانت‌دار بوده است، یک درهم تلف شود، درحالی‌که معلوم نباشد آن یک درهم تلف شده است، به کدام یک از آن دو متعلق بوده است، و هر دو هم ادعا کنند که مال تلف‌شده، مال دیگری است (یعنی هیچ‌کدام نمی‌خواهد بار ضمان را بپذیرد)، در این صورت، امانت‌دار بین آنها تنصیف می‌کند، چون اختیار با اوست. ادعا شده است که مورد ما نیز از همین گونه است. اما حقیقت آن است که این شبهه نیز مانند مشابَهاتش- باطل است؛ زیرا سبب تنصیف در مسئله ودیعه با مورد بحث ما تفاوت دارد. بدیهی است که علت تنصیف در آنجا (مسئله ودیعه)، یکی از دو امر زیر است: ۱. امتزاج: در نتیجه امتزاج، مال به‌صورت مشاع میان آن دو درآمده است و بر اساس

محقق میلانی در مواردی به آن اشاره می‌کند. در مبحث تفویت منافع مستوفات، شیخ انصاری و مشهور به وجوب رد بدل قائل هستند. محقق میلانی می‌نویسد: «در مقابل آنان، ابن حمزه طوسی در کتاب الوسيله، معتقد است در صورت فساد بیع و جهل متبایعان به آن، تنها بازگرداندن خود مبیع لازم است نه منافع مستوفات.

مستند او در این حکم، نبوی مرسل الخراج بالضمن است». در ادامه محقق میلانی حدیث

را به سبب ارسال یا عدم شهرت آن رد نمی‌کند و گویا مضمون آن را تلقی به قبول می‌نماید.^{۳۴}

۲-۳-۲. قاعده صلح قهري

یکی از قواعدی که فقیهان در ابواب مختلف مانند خمس، شرکت، بیع، اجاره و غصب، بدان استناد می‌کنند^{۳۵} «صلح اجباری یا قهری» است. احتمالات مختلفی درباره صلح قهری وجود دارد؛ مانند عقد بودن یا حکم قضایی و امثال آنها.^{۳۶} تشریع صلح قهری برای رفع تنازع یا خروج از تحیر است، ولی محقق میلانی آن را نمی‌پذیرد: «بدیهی است مورد رجوع به حاکم، زمانی است که مالک و ضامن با یکدیگر در حال نزاع باشند، و هر یک دیگری را از تصرف در مال منع کند، درحالی که معلوم

قاعده امتزاج، تنصیف صورت می‌گیرد و در این صورت اشکالی هم نیست.

۲. یا اگر گفته شود که علت، اقتضای عدالت در داوری است تا یکی از آن دو محروم نشود؛ این هم پذیرفتنی نیست؛ زیرا در این صورت ممکن است مالک واقعی از حق خود محروم شود و عدالت واقعاً رعایت نشود.

اما در مورد بحث ما، نه امتزاجی در کار است تا حکم مشاعیت بیاید، و نه دلیلی

برای اجرای عدالت به نحوی که منجر به محروم شدن مالک واقعی شود. در نتیجه هیچ وجهی برای حکم به تنصیف در این گونه موارد وجود ندارد، نه امتزاج (همانند فرض اول)، و نه اقتضای عدالت (همانند فرض دوم). و این مطلب آشکار است و جای هیچ ابهامی نیست.^{۳۷} همچنین در جایی دیگر می‌نگارد: «از ابن ادریس نقل کرده‌اند که مقتضای عدل اسلام، ادله شرعی و اصول مذهب این است که مالک حق دارد در هر شهری چه محل تلف و چه غیر آن- مطالبه کند».^{۳۸}

۲-۳-۲. قاعده الخراج بالضمن

قاعده معروف به «الخراج بالضمن» اصولاً یک قاعده سنی‌تبار است و کمتر در کتب فقهی و قواعد فقهی امامیه به کار می‌رود.^{۳۹}

بهره‌گیری از قاعده عدالت و نفی ظلم در این معنای به کار گرفته شده معمولاً در کتب رایج قواعد فقهی نمی‌آید و در بحث قرعه، به قاعده «عدل و انصاف یا تنصیف» اشاره می‌شود. ولی محقق میلانی در چند موضع به آن استناد می‌کند. نخست در مبحث مقبوض به عقد فاسد می‌فرماید: «آیا مالک، حق مطالبه قیمت یا مثل مال تلف شده را دارد؟»

است هر دو امر (یعنی ردّ عین یا ردّ بدل) از آن مالک است، ولی نه به‌طور تعیین‌شده (بلکه به‌صورت تخییری). پس ناچار مرجع حل اختلاف، حاکم صالح (حاکم شرعی) خواهد بود که با حکم او خصومت پایان می‌یابد و نزاع برطرف می‌شود. اینک آیا حاکم می‌تواند آنان را مجبور به صلح کند؟ و یا می‌تواند هر یک از آن دو را که بخواهد، به پرداخت مال به مالک ملزم نماید؟ هیچ دلیلی بر این امور نداریم، بلکه همان‌طور که پیش‌تر شنیدی - در چنین فرضی قرعه بین آن دو زده می‌شود. بر اساس آنچه گفته شد، دانستی که قرعه تنها پس از آن است که ضامن هر دو چیز (عین و بدل) را نزد حاکم حاضر کند، همان‌طور که دلیلی برای اجبار به مصالحه نیز وجود ندارد.^{۳۷}

۴-۲-۲. قواعد اصطیادی

محقق میلانی در برخی موارد تصریح می‌کند که قاعده مورد استفاده دارای مأخذ خاصی نیست و از مجموعه نصوص برگرفته شده است. به‌عنوان نمونه در قاعده «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» می‌نویسد: «تقریب استدلال به این قاعده روشن است. این قاعده، روایت نیست، بلکه فقها آن را از موارد مختلف فقهی مانند اجاره، مضاربه، رهن و غیره استخراج (اقتناص) کرده‌اند».^{۳۸} در جایی دیگر در رد کلام سید طباطبایی می‌گوید:

«ثانیاً این قاعده -مانند برخی قواعد و ادله دیگر فقهی- از مواردی گرفته شده که

در آنها به ضمان حکم شده است و روشن است که دلیل ضمان در آن موارد، تابع حدود و ضوابط همان موارد است؛ یعنی سعه و ضیق آنهاست که تعیین‌کننده دامنۀ ضمان خواهد بود».^{۳۹}

در قاعده حیلولة نیز چنین سخنی را تکرار می‌کند.^{۴۰}

۳-۲. ارجاع به عرف ابزاری و متفاهم

عرفی

یکی از مباحث پر دامنه و چالشی در فقه و اصول، مبحث چیستی، دامنه و حجیت «عرف» است. با چشم‌پوشی از تعاریف پرشماری که برای عرف شده است، می‌توان عرف را جریان بدون وقفه و مکرر یک فهم، رفتار، گفتار و یا ترک توسط همگان یا گروهی خاص دانست که ضمن برخورداری از پیشینه، از نظر عقل جمعی ستایش شده و توسط نهاد ناپیدا و وجدان جمعی، پاسداری شده است. باید توجه داشت که مراد از عرف، پدیده‌ای اجتماعی حقوقی است که در شکل رفتار، گفتار، سلوک، ترک و غیره متبلور می‌گردد و نه خود مردم. به همین جهت، واژه عرف به عقلا و مردم و ناس و امثال آنها افزوده می‌شود و مثلاً می‌گویند عرف عقلا، عرف مردم و غیره. به دیگر بیان، مراد از عرف در مباحث فقهی و اصولی، خود سلوک و رفتار به‌عنوان وصفی برای مردمی است که به آن عمل می‌کنند نه وصف خود آن مردم».^{۴۱}

اما درباره حجیت و اعتبار عرف در مقام

اما گاهی عرف، تنها به عنوان ابزاری در طریق ادله احکام قرار می‌گیرد و تنها به تفسیر مفاهیم به کار رفته در آنها می‌پردازد. به این عرف، عرف ابزاری یا آلی اطلاق می‌شود. چیزی که از کاربرد عرف نزد فقیهان امامی به دست می‌آید، کاربرد آلی و ابزاری عرف است.^{۴۳} محقق میلانی در جای جای مباحث فقهی خود، «عرف» و «متفاهم عرفی» را با کاربرد ابزاری به کار می‌گیرد. برخی از این مجالات از این قرار است:

۱-۳-۲. تمییز مفاهیم و واژه‌های وارد شده در متون دینی (فهم ظهورات و تشخیص مراد شارع از ترکیبها)

مثلاً در پاسخ به این پرسش که آیا در تحقق عقد بیع، الفاظ خاصی لازم است یا با هر لفظی که می‌توان با آن، بیع را ایجاد کرد نیز صحیح است؟ می‌نویسد:

«و الحق ما افاده الشيخ فی المقام من ان کل لفظ له ظهور عرفی معتد به یکفی فی ایجاد البیع سواء کان بمادة البیع ام بمادة التملیک و غیرهم».^{۴۴}

یا در مبحث امکان استفاده از الفاظ کنایی و مجازی در تحقق عقد بیع، ضمن رد استدلال علامه حلی به استصحاب عدم انتقال ملک بایع به مشتری در صورت یاد شده، می‌نگارد: «و بالجملة صحة الاستصحاب المذكور انما هی فیما لم یصدق للمعقود بالكتابة بیع فی عرف العقلاء و اما مع الصدق فیشمله العمومات و الاطلاقات کاحل الله البیع و اوفا بالعقود و غیر ذلک».^{۴۵}

استنباط، به بیان یکی از محققان معاصر اشاره می‌شود. از دیدگاه ایشان عرف می‌تواند به مثابه یکی از سه معیار «مبنا، منبع، و سند» لحاظ گردد. مبنا به معنای مصلحت‌های کامنه در احکام است که در حقیقت، سرچشمه پنهان احکام به شمار می‌روند. اما منبع احکام، سرچشمه ظاهری احکام و به منزله علت فاعلی تشریع است. اما همین منابع، زمانی که مورد مراجعه فقیه در مقام استنباط واقع می‌شوند، عنوان «سند» به خود می‌گیرند و گفته می‌شود کتاب، سنت، اجماع و عقل، مدارک و اسناد استنباط هستند. به بیان دیگر، قرآن کریم منبع تشریع احکام و سند/دلیل فقهی بر احکام است. بیان تفاوت مبنا، منبع و سند از این جهت، اهمیت دارد که برخی معتقدند مجتهد در اجتهاد خود، تنها باید بر سند، تکیه کند، نه بر مبنا و منبع.^{۴۶}

اما به عرف سه‌گونه می‌توان نگاه کرد: گاهی عرف، مصدر و منبع شریعت است و همانند اراده الهی، منبع تقنین و تشریع به شمار می‌رود. گاهی عرف نه به مثابه منبعی برای تشریع که همانند سند و دلیلی برای کشف از شریعت و قانون الهی محل رجوع واقع می‌شود. در این دو نگاه، عرف به گونه‌ای استقلالی، حضور دارد. بنابراین عرف استقلالی یعنی عرفی که منبع یا سند حکم قرار گیرد. بدین معنا که یا خود، در کنار اراده الهی منبع و مصدر حکم و قانون است و یا دلیلی برای کشف شریعت و اراده الهی است.

۲-۳-۲. برداشت عرف از

مجموعه دلیل یا ادله

محقق میلانی فهم ادله ضمانات را که با لسان‌های بسیاری وارد شده است، به عرف وابسته می‌کند:

«اما دلیل اینکه با وجود فراوانی ادله ضمان، فهم آنها به عرف واگذار شده است، به خاطر آن چیزی است که پیش‌تر بیان کردیم؛ اینکه ضمان، همان‌طور که در کتاب‌های ادبی آمده است، به معنای کفالت است و هر کفیل، مسئول چیزی است که آن را کفالت کرده است؛ چنان‌که از فرمایش امام (علیه السلام) استفاده می‌شود که فرمودند هر که کسی را شبانه از خانه‌اش بیرون ببرد، ضامن است تا زمانی که او به

خانه‌اش بازگردد. اما از آنجاکه عین (مال) به‌طور شخصی باز نمی‌گردد، باید بدل آن با همان صفات، غیر از عینیت، بازگردانده شود. پس مثل، جایگزین عین به‌شمار می‌آید و مانند آن است که خود عین، بازگردانده شده است. بنابراین اصل در ضمان، مثل است، مگر اینکه دلیل بر قیمیت (یعنی پرداخت ارزش مالی) دلالت کند».^{۴۶}

«و به‌طور کلی، در نصوص این باب جزء

عنوان «ضمان» نیامده است و فهم آن به درک عرفی وابسته است؛ یعنی آنچه عرف از این واژه می‌فهمد، حجت در این باب است، هرچند در موارد دیگر حجت نباشد».^{۴۷}

۳-۳-۲. تطبیق مفاهیم بر

مصادیق

یکی از موضوعات چالشی در باب خمس، اعتبار نصاب در معدن است. محقق میلانی سه قول را در این مسئله بر می‌شمارد:

«اول) وجوب خمس معدن، چه کم چه زیاد، بدون شرطیت رسیدن به نصاب اجماعاً؛ ب) وجوب خمس در صورت رسیدن به نصاب (۲۰ دینار) که قول متأخران است؛ ج) وجوب خمس در صورت رسیدن به نصاب (یک دینار).

قائلان قول دوم به صحیحۀ بزنتی از امام ابوالحسن (علیه السلام) استناد کرده‌اند که می‌گوید: سألت أبا الحسن (علیه السلام) عما أخرج المعدن من قليل أو كثير هل فيه شيء؟ قال ليس فيه شيء حتى يبلغ ما يكون في مثله الزكاة عشرين ديناراً».

سپس در مقام اشکال می‌گوید: «اشکال این است که شاید عشرين ديناراً قرینه باشد از مراد معدنی که سؤال شده است؛ معدن

قاعده معروف به «الخراج بالضمان» اصولاً یک قاعده سنی‌تبار است و کمتر در کتب فقهی و وقواعد فقهی امامیه به کار می‌رود. محقق میلانی در مواردی به آن اشاره می‌کند. در مبحث تقویت منافع مستوفات، شیخ انصاری و مشهور به وجوب رد بدل قائل هستند. محقق میلانی می‌نویسد: «در مقابل آنان، ابن حمزه طوسی در کتاب الوسيله، معتقد است در صورت فساد بیع و جهل متبایعان به آن، تنها بازگرداندن خود مبیع لازم است نه منافع مستوفات. مستند او در این حکم، نبوی مرسل الخراج بالضمان است». در ادامه محقق میلانی حدیث را به سبب ارسال یا عدم شهرت آن رد نمی‌کند و گویا مضمون آن را تلقی به قبول می‌نماید

که روایات، این مسئله را نیز دربرمی گیرند. می فرمایند بین این روایات و آن قاعده کلیه «الربح یتبع الملك» عموم من وجه است و در ماده اجماع شان یتعارضان پس تساقط می شود. ولی چون الاتجار بمال الصغیر، غالب و متعارفش همین گونه است که انسان به کلی خرید کند درحالی که قصد دارد آن را از مال صغیر آدا نماید، پس اگر بخواهیم ماده اجتماع را از تحت این روایات، خارج کنیم لازم می آید که باقی تحت روایات، در جایی باشد که بعین مال صغیر، خرید کرده باشد که این فرد، نادر است. بنابراین این ماده اجتماع را مورد روایات قرار می دهیم و آن قاعده کلیه الربح للمالك را تخصیص می دهیم».^{۴۸}

ملاحظه می شود که برای جمع بین ادله متعارض از عرف غالب استفاده می کند. ۵-۳-۲. استفاده از قوامیس لغت در تبادل عرفی محقق میلانی در استدلال های خود در ابواب مختلف فقهی در موارد بسیاری به معاجم و منابع لغوی که خاستگاه اصلی عرف خاص هستند، مانند مجمع البحرین، مفردات الفاظ القرآن، القاموس المحيط، تاج اللغة و صحاح العربیة و مانند آنها ارجاع می دهد. به عنوان نمونه:

«أقول اما قوله ان البیع من الاضداد فقد جاء فی اکثر مراجع اللغة ومصادر الأدب انه منها، لکنه ذکر الراغب فی مفرداته ان الشراء والبیع متلازمان ... و من البین ظهور الفرق بین ما فصل به مع غیره من اهل اللغة

ذهب و فضه ای باشد که پاسخ این است که ذهب و فضه، مصداق بارز معدن هستند».^{۴۸}
۴-۳-۲. در مقام جمع میان ادله متعارض^{۴۹}
محقق میلانی در مبحث بیع فضولی می نویسد:

«شیخ رضوان الله علیه می فرمایند که هرگاه با مال صغیر، تجارت کند اگر عین مال صغیر را مورد معامله قرار دهد به این گونه که جنسی را به عین مال صغیر بخرد، آنگاه مشمول روایات است و ایشان منکر بیع فضولی در اینجا هستند ولی ما مصر هستیم که بیع فضولی است و براساس برهان آن را فضولی می دانیم، ازاین رو اگر مبادله بعین مال صغیر شود، طوریکه آن را عوض و ثمن قرار دهد، پس به مقتضای روایات، ربح را متعلق به یتیم می دانند. اما مسئله اینست که اگر مال صغیر را عیناً مورد معامله قرار ندهد بلکه مال کلی بخرد و قصدش این باشد که بعداً از مال صغیر ادا کند، این مسئله مشکل خواهد بود درحالی که متجر به کلی خریده است، پس این تاجر، مالک شده است و ربح نیز برای خود اوست، از طرفی قاعده کلیه ای داریم به اینکه «الربح یتبع الملك» پس هرکسی هر مالی را مالک شود، آنگاه ربحش نیز متعلق به او خواهد بود. در اینجا چگونه بتوان گفت که ربح برای صغیر می باشد. و از سید مجاهد نقل می کنند که روایات، اینجا را نیز دربرمی گیرد، بلکه بالواسطه از مرحوم بهبهانی رضوان الله علیه نقل می کنند که الأظهر این است

حيث ميز التعاطى بالسلعة والثلثن ... وحكى عن «المصباح المنير» عن بعضهم ان البيع من الأضداد ... (وذكر) الطريحي فى المجمع انه من الأضداد».^{۵۱}

نتیجه‌گیری

با تأمل در مباحث فقه استدلالی محقق میلانی می‌توان به نتایج ذیل دست یافت:

- محقق میلانی به لحاظ وجهه تعلیمی، با اساتید بلندآوازه خود به‌ویژه محقق نایینی و میرزای اصفهانی قرابت دارد. او در دسته‌بندی مباحث و چیدمان منطقی و در عین حال قابل فهم برای طلاب، سختگیر است. در هر مبحث فقهی، معمولاً در آغاز به بیان اجمالی و خوشه‌وار مطالب می‌پردازد و سپس شقوق و اقسام مختلف آن را شرح و بسط می‌دهد.^{۵۲}
- آنچه از درس‌های خارج محقق میلانی منتشر شده است، منحصر به مباحث بیع، صلوات، خمس و زکات است. ایشان درس بیع و تجارت خود را بر مبنای کتاب البیع شیخ اعظم تنظیم کرده است، ولی مباحث صلوات، زکات، خمس را بر طبق شرایع محقق پیش می‌برد.
- محقق میلانی هر چند در مباحث عبادی (صلوات، خمس و زکات) خود هم از تدقیقات فلسفی بهره گرفته است، اما بیشترین استدلالات فلسفی ایشان در مباحث بیع است.

- حضور پر رنگ شیخ اعظم، میرزای نایینی و میرزای اصفهانی تنها در مباحث بیع محقق میلانی مشاهده می‌شود. و در دیگر دروس کمتر دیده می‌شود. ضمن این که ایشان در مباحث فقهی و اصولی، کمتر از معاصران نجفی خود مانند محقق خویی نام می‌برد.
- محقق میلانی چه در مباحث بیع و چه در عبادیات، به نقل کلمات فقیهان متقدم و متأخر می‌پردازد. از شیخ طوسی، ابن زهره، ابن ادریس حلی تا محقق و علامه حلی و سید طباطبایی، شهیدین، محق اردبیلی،
- با بررسی مباحث فقهی ایشان، روشن می‌شود که استفاده از احتیاط در فتاوی محقق میلانی، بسیار اندک است.
- محقق میلانی در عین تعظیم و تکریم بسیار اساتید بلافصل و غیربلافصل خود به هنگام نقل کلمات آنان، در مقام داوری و قضاوت، بدون هیچ پروایی به نقد علمی و استدلالی آنها می‌پردازد و تنها تابع و پیرو محض نیست. در مواردی بسیاری محقق میلانی نظرات استادان خود مانند نایینی و محقق اصفهانی را به نقد می‌کشد.
- یکی از شاخص‌ترین عناصر فقهی محقق میلانی، به‌کارگیری گسترده، عمیق و عالمانه اصطلاحات و مفاهیم فلسفی در مجالات استدلال فقهی است. البته ذهن فلسفی ایشان هیچ‌گاه سبب

■ قواعد فقهی، جایگاهی مهم در فقه استدلالی محقق میلانی دارد و به ویژه در فقه معاملات، به طور گسترده از قواعد فقهی بهره می گیرد.

نشده تا نسبت به نصوص کتاب و سنت، کم توجه باشد، بلکه خردورزی خود را در بستر متون دینی به کار می بندد.

پی نوشت ها

1. categorization

۲. مثلاً تقسیم فقیهان به متقدمان و متأخران که بیشتر بر عنصر زمان تأکید می کرد یا دسته بندی فقیهان به محدثان و مجتهدان در عصور اولیه یا تقسیم مجتهدان به اصولیان و اخباریان در چهار قرن اخیر.

3. Paradigm

4. Discourse

۵. علیدوست، روش شناسی مکتب قم و نجف: برگرفته شده از روش شناسی اجتهاد (روشنا).

۶. علیدوست، روش شناسی مکتب قم و نجف: برگرفته شده از روش شناسی اجتهاد (روشنا).

۷. دریاب، امتیازات فقهی اصولی مکتب نجف.

۸. همان.

۹. محمد مهدی شب زنده دار، نگاهی به مکاتب اجتهادی نجف، قم و ...، ص ۱۹۵-۲۲۴.

۱۰. از این به بعد جهت اختصار، از ایشان به «محقق میلانی» تعبیر می شود.

۱۱. در اثبات این گزاره که محقق میلانی تبلور مکتب فقهی نجف است، سخن یکی از بزرگان را نقل می کنیم. «آقای میلانی در

زمان حیاتش مشهور به علمیت از بقیه آقایان بود. یعنی حاج آقا مرتضی حائری [به ایشان ارجاع می کرد]. علامه طباطبایی هم رسماً به او ارجاع می کرد و تقلید از بقیه را جایز نمی دانست و می گفت که میلانی اعلم است. بعضی از فضلاء مشهد می خواستند برای ادامه تحصیل به نجف بروند. به قم آمدند و گفتند دیداری با آقای طباطبایی کنیم و برای رفتن به نجف خداحافظی کنیم. وقتی پیش ایشان رفتند، تازه آقای میلانی به مشهد آمده بود. گفتند که برای خداحافظی آمدیم تا به نجف برای ادامه تحصیل برویم. آقا کلمات تندی به آنها گفت و بعد گفت خود «نجف» پیش شما آمده است؛ شما می خواهید نجف بروید. مقصودش آقای میلانی بود. اینها به تذکر علامه طباطبایی برگشتند و به نجف رفتند. نقل از سید محمد علی موسوی جزایری.

۱۲. محمد حسین غروی اصفهانی، نهاییه الدراية، ج ۱، ص ۸.

۱۳. همان، ص ۱۲.

۱۴. همان، ص ۱۳.

۱۵. سید محمد هادی میلانی، محاضرات (کتاب الصلاة)، ص ۱۹۶.

۱۶. محمد بن حسن طوسی، *النهاية في غرور اصفهانی، نهاية الدراية في شرح الكفاية*، ج ۱، ص ۲۰.

۲۲. محمد سند، *سند الأصول، بحوث في أصول القانون و مبانى الأدلة*، ج ۱، ص ۹۳.

۲۳. علی علمی اردبیلی، *دلیل الفقه*، ص ۲۲.

۲۴. سید محمدهادی میلانی، *محاضرات: صلات*، ص ۳۵۶.

۲۵. همان، *زکات القسم الاول*، ص ۱۶۰.

۲۶. مرتضی انصاری، *المکاسب*، ج ۱، ص ۳۷۷.

۲۷. علی علمی اردبیلی، *دلیل الفقه*، ص ۵۱.

۲۸. مکارم شیرازی، *القواعد الفقهية*، ص ۲۳/۱.

۲۹. علمی اردبیلی، *دلیل الفقه*، ص ۱۷۷.

۳۰. همان، ص ۱۷۴.

۳۱. همان، ص ۱۵۴.

۳۲. همان، ص ۱۷۴.

۳۳. مکارم، *القواعد الفقهية*، ۲.

۳۴. علی علمی اردبیلی، *دلیل الفقه*، ص ۱۱۸-۱۱۹.

۳۵. علامه حلی، *تذکرة الفقهاء*، ج ۱۳، ص ۴۸؛ محمد بن مکی (شهید اول)، *الدروس الشرعية في فقه الامامية*، ج ۳، ص ۳۳۳؛ محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام في شرح شرايع الاسلام*، ج ۴۲، ص ۱۹۷.

۳۶. رضا آوان و دیگران، *صلح قهری*، ص ۵-۱۲.

۳۷. علی علمی اردبیلی، *دلیل الفقه*، ص ۳۷.

۱۶. محمد بن حسن طوسی، *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى*، ص ۱۲۲؛ محقق حلی، *شرايع الاسلام*، ج ۱، ص ۱۲۴؛ محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام في شرح شرايع الاسلام*، ج ۱۴، ص ۲۶۸-۲۶۹.

۱۷. اصطلاح کم متصل و کم منفصل از مفاهیم مهم در فلسفه اسلامی و به‌ویژه در مبحث مقولات است. این دو اصطلاح را عمدتاً در منطق و فلسفه طبیعی مطرح می‌کنند. کم متصل به مقداری گفته می‌شود که اجزاء آن به‌گونه‌ای پیوسته و غیرمنفصل باشند. به عبارت دیگر، اجزاء آن به‌صورت امتداد پیوسته در کنار هم‌اند و اگر فرضاً خط یا سطح یا حجم را تقسیم کنید، اجزای آن را جدا نکرده‌اید بلکه همچنان امتداد دارند. مانند خط (دارای امتداد یک‌بعدی)، سطح (دارای امتداد دوبعدی)، جسم (دارای امتداد سه‌بعدی)، زمان (دارای امتداد متصل). اما کم منفصل به مقداری گفته می‌شود که اجزای آن در خارج از ذهن منفصل و جدا از هم‌اند. یعنی اجزاء، حدّ مشترک ندارند و از یکدیگر جدا هستند مانند عدد. در فلسفه اسلامی عدد را اعتباری بین ذهن و خارج می‌دانند: صدرالدین شیرازی (ملاصدرا)، *الحکمة المتعالیة فی الأسفار الأربعة العقلية*، ۱۳/۱.

۱۸. علی علمی اردبیلی، *دلیل الفقه*، ص ۱۰.

۱۹. همان.

۲۰. همان، ص ۱۱.

۲۱. انصاری، *مکاسب*، ج ۱، ص ۸۸؛ امام خمینی، *البیع*، ج ۱، ص ۳۶؛ آخوند خراسانی، *کفاية الاصول*، ج ۱، ص ۲۰-۲۲؛ محمدحسین

۵۰. میلانی، محاضرات (مبحث الزکاة): -
 من تجب علیه و ما تجب فيه و من تصرف
 اليه - زکاة مال اليتيم (نوار ۱ - درس ۷).
 ۵۱. علی علمی اردبیلی، دليل الفقه،
 ص ۲۳-۳۵.
 ۵۲. استاد مقتدایی نقل می کند پس
 از برگشت خدمت آیت الله العظمی گلپایگانی
 گزارشی دادیم که در مشهد در ایامی که به
 زیارت رفته بودیم، الحمد لله زیارتی خالص
 نبود، بلکه درس هم می رفتیم. ایشان پرسیدند
 درس چه کسی؟ گفتم درس آیت الله میلانی.
 بعد ایشان فرمودند درس آقای میلانی را چگونه
 دیدی و در چه سطحی بود؟ گفتم خیلی منظم
 و دسته بندی شده بود و این بحث غوص و
 شقوقی را که مطرح کرده بودند مثال زدم که
 دسته بندی شده بود و در ذهن باقی می ماند
 و گفتم این خصوصیت قابل تحسین است.
 مرحوم آیت الله گلپایگانی فرمودند این روش را
 آقایان از مرحوم نایینی دارند که این گونه بود.
 درس خارج فقه استاد مقتدایی ۱۳۹۳/۱۱/۲۰.

ص ۱۵۴.
 ۳۸. همان، ص ۱۲۲.
 ۳۹. همان، ص ۱۲۶.
 ۴۰. همان، ص ۱۲۹.
 ۴۱. حسین ناصری مقدم، سید یزدی
 فقیهی عرفنگر یا عرفی گرا، ص ۱۰۸-۱۴۷.
 ۴۲. علی دوست، فقه و عرف، ص ۸۵-۹۶.
 ۴۳. بله در اصول و فقه شیعه، عرف
 خاصی که بنای عقلاء نام دارد، دارای اعتباری
 به مثابه دلیل و سند هست ولی با ویژگی ای
 که آن را در شمار سنت قرار می دهد.
 ۴۴. علی علمی اردبیلی، دليل الفقه،
 ص ۱۳.
 ۴۵. همان، ص ۱۴-۱۵.
 ۴۶. همان، ص ۱۴۵.
 ۴۷. همان، ص ۱۵۷.
 ۴۸. دروس فقه، مبحث خمس- مما
 یجب فيه.
 ۴۹. حسین ناصری مقدم، سید یزدی
 فقیهی عرفنگر یا عرفی گرا، ص ۱۰۸-۱۴۷.

منابع

- * قرآن کریم.
۱. آوان، رضا؛ ناصری مقدم، حسین؛ قبولی،
 سید محمد تقی؛ «درنگی در چیستی و
 مبانی صلح قهری در فقه امامیه»، مجله
 فقه و اصول، ۱۴۰۲.
 ۲. انصاری، مرتضی، المکاسب، چاپ اول.
 قم: دار الذخائر، ۱۴۱۱ق..
 ۳. حسینی میلانی، سید علی، کتاب البیع:
- من ابحات آیت الله العظمی الميلانی،
 چاپ اول، قم: نشر حقایق، ۱۴۳۴ق.
 ۴. خمینی (امام)، سید روح الله، البیع، چاپ
 اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار
 امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
 ۵. دریاب، محمود، امتیازات فقهی اصولی
 مکتب نجف، پایگاه اطلاع رسانی
 مؤسسه فرهنگی فهیم.

- ۱۳۹۱، <http://fahimco.net/Post/Details/>.
۶. سند، محمد. سند الأصول، بحوث فی أصول القانون و مبانى الأدلة، چاپ اول، بیروت: نشر الاميرة، ۱۴۳۴ق.
۷. شبزنده دار، محمدمهدی، «نگاهی به مکاتب اجتهادی نجف، قم و ...»، مجله فقه، دوره ۱۸، شماره ۶۷، ص ۱۹۵-۲۲۴، ۱۳۹۰.
۸. شهید اول، محمد بن مکى، الدروس الشرعية فی فقه الامامية، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۷ق.
۹. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (الطبعة القديمة)، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۰. صدرالدین شیرازی (ملاصدرا)، محمد، الحکمة المتعالیة فی الأسفار الأربعة العقلیة، چاپ سوم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱م.
۱۱. طوسی، محمد بن حسن، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت: دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ق.
۱۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، چاپ اول، قم: آل البيت، ۱۴۱۴ق.
۱۳. علمى اردبیلی، علی، دلیل الفقه. تقرير درس بیع آیت الله میلانی، مشهد: چاپخانه خراسان، ۱۳۹۶ق.
۱۴. علیدوست، ابوالقاسم، روش شناسی مکتب قم و نجف: برگرفته شده از روش شناسی اجتهاد (روشنا) ravesh-ejtehad.blog.ir. 1396.
۱۵. غروی اصفهانی، محمدحسین، نهایة الدراية فی شرح الکفایة، با مقدمه مؤسسه آل البيت، چاپ دوم، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ق.
۱۶. محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۷. مقتدایی، مرتضی، درس خارج فقه. <https://eshia.ir/search> ۱۳۹۳/۱۱/۲۰
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیة، چاپ سوم، قم: مدرسه الامام علی، ۱۳۷۰.
۱۹. موسوی جزایری، سید محمدعلی، درس خارج فقه، ۱۳۹۲.
- <https://eshia.ir/Feqh/Archive/text/jazayeri/fe>
۲۰. میلانی، سید محمدهادی، محاضرات فی فقه الامامية (کتاب الصلاة) جمعها و علق علیها فاضل الحسینی الميلانی. مشهد: انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۵۵ش.
۲۱. ناصری مقدم، حسین، «سید یزدی فقیهی عرفانگریا عرفی گرا»، مجله فقه، دوره ۱۹، شماره ۷۳، ۱۳۹۱. ص ۱۰۸-۱۴۷.