



فقه و اصول



حزب و تحزب در اندیشه اسلامی / دکتر بهرام اخوان کاظمی

حکم اهانت به مریم مقدس در شریعت مسیحیت / دکتر محمدرضا جواهری - دکتر سیدرضا موسوی

سقوط مجازات قصاص به سبب تملک حق قصاص / دکتر محمد ابراهیم شمس - حمیدرضا کلانتری

پژوهشی درباره نقش اجتهاد در تشخیص موضوعات احکام / سیدجعفر علوی گنابادی - دکتر محمدتقی فخری

اجرای حدود در عصر غیبت / حمید مسجدسرای - دکتر عابدین مؤمنی

مبنای مسؤلیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد / دکتر سیدحسن وحدتی شبیری

تحلیلی از تعلیق در انحلال عقد در فقه امامیه و حقوق فرانسه / دکتر علیرضا یزدانیان



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۸۲/۱ - بهار و تابستان ۱۳۸۸ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیر مسؤول: دکتر سید کاظم طباطبایی

سرمدیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: دکتر حسین ناصری مقدم

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۳۷۹۵/۱۲۴

هیأت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس رأی یکصد و بیستین جلسه مورخ ۱۷/۳/۷۶ کمیسیون بررسی اعتبار نشریات علمی کشور حائز شرایط دریافت درجه علمی - پژوهشی شناخته شد و بر اساس رأی کمیسیون مزبور، اعتبار آن در اسفند ماه ۱۳۸۶ تمدید گردید.

یادآوری

۱ - نظر به اینکه مطالب این نشریه بر روی اینترنت قابل دسترسی است، شایسته است مقاله‌ای که جهت درج در آن ارسال می‌شود به منظور تبدیل به فایل pdf بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و نسخه نرم افزاری آن ضمیمه باشد.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی‌شود.

نمونه خوان: حسین ذکاوتی زاده

حروفچین و صفحه آرا: ریحانه فدوی

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشار دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۸۰۰۰ ریال

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱۱ ۸۸۳۴۹۰۹، نمابر: ۰۵۱۱ ۸۸۳۴۹۰۹

نشانی اینترنتی: <http://jm.um.ac.ir/index.php/muslim>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری نمایه می‌شود.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

با عنایت به طراحی سیستم مدیریت نرم‌افزاری مجلات علمی دانشگاه فردوسی و راه‌اندازی آن در پایگاه اینترنتی دانشگاه، با نهایت خرسندی به آگاهی می‌رساند که از این پس امکان ارسال مقالات به روش تحت وب نیز فراهم شده‌است. بنابراین کلیه محققان محترمی که درصدد ارسال مقالات خود به این نشریه هستند، می‌توانند از طریق آدرس درج شده در ذیل به این امر اقدام کنند. امیدواریم این به مثابه گام نخستی باشد برای مکانیزه کردن کلیه عملیات ارسال مقالات تا فرجام داوری و اعلام نتایج و گامهای بعد به تدریج برداشته شود.

سردبیر

<http://jm.um.ac.ir/index.php/muslim>

راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت نشریه مطالعات اسلامی عبارت است از: ۱ - علوم قرآن و حدیث؛ ۲ - فقه و حقوق اسلامی؛ ۳ - فلسفه. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیشگفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب‌نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه مطالعات اسلامی انتشار یابد، شایسته است به نکات مشروحه زیر توجه فرمایند:

۱ - هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و همزمان برای نشریه‌ای دیگر نیز فرستاده نشده باشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.

۲ - زبان غالب نشریه فارسی است. ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳ - حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه مجله بیشتر باشد.

۴ - چکیده مقاله (شامل اهداف، روشها و نتایج) به دو زبان فارسی، و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلیدواژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

۵ - رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی

است.

۶- هیأت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.

۷- شکل لاتینی نامهای خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر

شماره در پاورقی درج شود.

۸- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به

دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد. در مقالات مشترک، نام نویسنده مسؤل قید شود.

۹- ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل

مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان () بیاید.

۹- ۱- منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شماره جلد و صفحه منبع یا

کد متداول آن است. در صورت لزوم می‌توان اطلاعات دیگری از مأخذ بدان افزود.

۹- ۲- در مورد منابع لاتین لازم است نام صاحب اثر و سایر اطلاعات در داخل

دو کمان به فارسی بیاید و صورت لاتین آن در پایین همان صفحه درج شود.

۹- ۳- یادداشتهای توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری

به نظر رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشتهای چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، ذکر نام نویسنده و شماره جلد و صفحه کافی است و مشخصات تفصیلی مأخذ باید در فهرست پایان مقاله بیاید.

۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر

نویسندگان در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی در مورد مقاله‌ها، کتابها و گزارشها و سایر مراجع به شرح زیر است:

۱۰- ۱- مقاله‌ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا

مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار، شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.

- ۱۰ - ۲ - کتابها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام مترجم یا مصحح، نوبت چاپ، نام ناشر، محل انتشار، سال انتشار.
- ۱۰ - ۳ - گزارشها و سایر مراجع: اطلاعات کافی و کامل داده شود.
- ۱۱ - چون مطالب این نشریه بر روی شبکه اینترنت قابل دسترسی است، شایسته است مقاله به منظور تبدیل به فایل pdf بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و سه نسخه از مقاله با نسخه نرم افزاری آن ارسال گردد.
- ۱۲ - مقاله‌های رسیده بازگردانده نمی‌شود.

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- مقالات هم به روش دستی و با نسخه کاغذی و هم با نسخه الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی، دریافت می‌شود.
- ۲ - اعلام وصول پس از دریافت مقاله.
- ۳ - بررسی شکلی و صوری مقاله (در صورتی که موارد ذکر شده در «راهنمای تدوین مقالات» رعایت نشده باشد، مقاله به نویسنده برگشت داده می‌شود).
- ۴ - در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
- ۵ - نتایج داورها در جلسات هیأت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶ - نظر نهایی هیأت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.
- ۷ - پس از چاپ، ده نسخه از مقاله و یک نسخه از مجله به نویسندگان اهدا خواهد شد. چنانچه نویسندگان به نسخه‌های بیشتری نیاز داشته باشند، می‌توانند به شیوه‌ای که در «برگ درخواست اشتراک» توضیح داده شده است نسبت به خرید مجله اقدام کنند.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجة الاسلام مجتبی الهی خراسانی (حوزه علمیه مشهد)
۲. دکتر علی اکبر ایزدی فرد (استاد دانشگاه مازندران)
۳. دکتر علی تولایی (استادیار دانشگاه یزد)
۴. دکتر محمد حسن حایری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۶. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۷. حجة الاسلام موسی صدر (محقق حوزه علمیه مشهد)
۸. آیه الله عباسعلی عمید زنجانی (استاد دانشگاه تهران)
۹. دکتر محمد تقی فخلعی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. احمد مبلغی (دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)
۱۱. آیه الله محمد موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۲. دکتر حسین مهرپور (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۳. دکتر حسین ناصری مقدم (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر سیدرضا موسوی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۵. دکتر محمدحسن وحدتی شبیری (استادیار دانشگاه قم)

فهرست مندرجات

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱۱	حزب و تحزب در اندیشه اسلامی دکتر بهرام اخوان کاظمی
۴۳	حکم اهانت به مریم مقدس در شریعت مسیحیت دکتر محمدرضا جواهری - دکتر سیدرضا موسوی
۷۱	سقوط مجازات قصاص به سبب تملک حق قصاص دکتر محمد ابراهیم شمس - حمیدرضا کالانتری
۹۹	پژوهشی درباره نقش اجتهاد در تشخیص موضوعات احکام سیدجعفر علوی گنابادی - دکتر محمدتقی فخلعی
۱۳۵	اجرای حدود در عصر غیبت حمید مسجدسرای - دکتر عابدین مؤمنی
۱۶۹	مبنای مسؤولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد دکتر سیدحسن وحدتی شبیری
۲۰۵	تحلیلی از تعلیق در انحلال عقد در فقه امامیه و حقوق فرانسه دکتر علیرضا یزدانیان
۲۳۹	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شماره پیاپی ۸۲/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۴۲-۱۱

حزب و تحزب در اندیشه اسلامی*

دکتر بهرام اخوان کاظمی

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز

Email: Kazemi@shirazu.ac.ir

چکیده

حزب و تحزب در معانی متأخر، پدیده ای جدید و از دیدگاه فقهی، مسأله ای نوظهور در جامعه و فرهنگ شیعی است و در اندیشه دینی پیرامون مقبولیت و یا مطرودیت آن، ابهامها، دغدغه ها و دیدگاه های متعدّد و بعضاً متنافری وجود دارد.

در تبیین موضوع تحزب در اندیشه اسلامی؛ یا تلاش شده است در منابع قرآنی و روایی و سیره معصومین و تاریخ صدر اسلام به دنبال ما بازاهای حزب و تحزب باشند و یا آنکه سعی کنند حزب و تحزب را به عنوان امری جدید و مستحدثه تلقی کرده و بنا به کارکردهای مثبت و عقلانی آن، و ملازمت شرع با عقل، جواز مشروعیت برای این پدیده مدرن سیاسی را صادر کنند. در این پژوهش، ضمن توجه به این دو چارچوب روشی، - ضمن ارجح دانستن رویکرد دوم - ابتداء جایگاه حزب و تحزب در قرآن بررسی شده و سپس دیدگاه و استدلالات مخالفین و موافقین با مشروعیت دینی تحزب مورد بحث قرار می گیرد و بر دیدگاه «موافقت معتدل» صحّه گذاشته می شود.

کلید واژه‌ها: تحزب، حزب الله، سیاست، اندیشه اسلامی، روایات، شریعت، عقل،

فقه سیاسی، کلام.

* تاریخ وصول: ۱۳۸۶/۹/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۴/۳۰.

مقدمه

حزب سیاسی، در تعاریف جدید؛ جمعیتی سازمان یافته و در درون یک نظام سیاسی است که بر اساس عقیده و مرام‌نامه‌ی مشترک، به صورتی قانونی برای کسب و به‌کارگیری قدرت سیاسی و اجرای دیدگاه‌ها و اهداف خود، تلاش و مبارزه می‌کنند. تاریخچه احزاب و تحزب امروزین،^۱ با تاریخچه دموکراسیهای غربی جدید و معاصر، همزاد و همپیوند است زیرا که تحزب از سازوکارهای اصلی اینگونه دموکراسی‌ها به شمار می‌رود و با سایر مؤلفه‌ها و سازوکارهای این نوع نظام اندیشه‌ایی و مدیریتی، ارتباطی تنگاتنگ دارد.

حزب بنا به تعریف فوق، پدیده‌ای جدید و از دیدگاه فقهی، مساله‌ای نوظهور در جامعه و فرهنگ شیعی است که به رغم ضرورتی که در زندگی سیاسی دارد، کمتر مورد کاوش قرار گرفته است (مدیرشانه چی، ص ۱۵-۲۸). آنچه مسلم است تأمل و اندیشه‌ورزی در این زمینه بعد از انقلاب اسلامی، عمق و شدت افزونتری یافته و تلاش گردیده است که جایگاه احزاب در اندیشه دینی و مقبولیت و یا مطروذیت آن در اسلام مورد بازکاوی قرار گیرد و به پرسشهایی از جمله سؤالات زیر پاسخ لازم و در خور داده شود:

- ۱- آیا احزاب از مشروعیت دینی برخوردارند؟
- ۲- آیا حزب و تحزب در صدر اسلام سابقه دارد؟
- ۳- آیا منشاء حزب و تحزب دارای خاستگاه کلامی است یا فقهی؟
- ۴- به فرض نبود حزب و تحزب در فقه، آیا تحزب از حوادث واقعه و مسائل مستحدثه محسوب می‌شود؟
- ۵- آیا تحزب مایه تفرقه امت اسلامی می‌شود؟

۱. برای اطلاع بیشتر از این تاریخچه رک به: حجت الله ایوبی، *پیدایی و پایایی احزاب سیاسی در غرب*، تهران، سروش، ۱۳۷۹.

۶- آیا منظور از تحزب، تحزب آزاد و بی قید و شرط و منجر به هرج و مرج و عبور از احکام و مقررات اسلامی است؟

۷- آیا با توجه به پیامدهای مثبت و منفی تحزب، می توان فواید تحزب را ارجح بر معایب آن دانست و مطابق قاعده ترجیح اهم بر مهم عمل کرد و به تحزب مشروعیت دینی و عقلانی بخشید؟

۸- آیا با توجه به کارکردهای مثبت احزاب و تحزب، و عقلانی بودن فعلی آن در دنیای حاضر، می توان آن را موضوع سیره عقلانیت دانست و به جواز مشروعیت دینی آن حکم کرد؟

۹- آیا از باب قاعده «وجوب مقدمه واجب» می توان عملکرد احزاب را مشروع دانست؟

بدیهی است سؤال های بیشمار دیگری از این دست قابل طرحند که ارائه و پاسخ به همه آنها در این جا میسر نیست ولی در هر حال پرسش آنها حاکی از وجود ابهامها و دغدغه های فراوانی پیرامون تحزب در فکر و اندیشه اسلامی از دیرباز تا کنون است. در هر صورت دو چارچوب نظری برای پاسخ به این پرسش ها از سوی صاحب نظران اختیار گردیده است: یکی آنکه تلاش شده است در منابع قرآنی و روایی و سیره معصومین و تاریخ صدر اسلام به دنبال ما بازا های حزب و تحزب باشند و دیگر آن که سعی کنند حزب و تحزب را به عنوان امری جدید و مستحدثه تلقی کرده و بنا به کارکردهای مثبت و عقلانی آن، و ملازمت شرع با عقل، جواز مشروعیت برای این پدیده مدرن سیاسی صادر کنند. در این قسمت از بحث، ضمن توجه به این دو چارچوب روشی، - ضمن ارجح دانستن رویکرد دوم - ابتداء جایگاه حزب و تحزب در قرآن بررسی شده و سپس دیدگاه مخالفین و موافقین با مشروعیت دینی تحزب مورد بحث قرار می گیرد.

حزب و تحزب در قرآن

نام یکی از سوره های قرآن مجید «احزاب» است. در مورد کاربرد این کلمه و مشتقات آن در این کتاب آسمانی باید اشاره کرد که کلمه «حزب» ۷ بار (۲ بار در سوور مکی و ۵ بار در سوور مدنی)، و کلمات «حزب» و «حزب» هر کدام یکبار در سوور مکی به کار رفته است. همچنین کلمه «الاحزاب» یازده بار (۶ بار در سوور مکی و ۵ بار در سوور مدنی) کاربرد داشته است (محمود روحانی، ص ۷۳ و ۶۵۹ و ۶۶۰). بدین ترتیب ۴ کلمه مشتق از ثلاثی مجرد حزب، بیست بار در قرآن تکرار گردیده است که ۸ بار به صورت مفرد، یکبار بصورت تثنیه و یازده بار بصورت جمع می باشد و به تقریب همه جای قرآن این لفظ به مفهوم دسته، طایفه، فرقه و گروه و... ذکر گشته است. و این تعبیر با معانی اصحاب لغت نیز همخوانی دارد همچنان که مثلاً راغب اصفهانی در «المفردات» چنین می گوید: الحزب جماعة فیها غَلَط؛ حزب، گروه و جماعتی را می گویند (که با داشتن آرمان مشترک) با حماسه و احساس خاص از آن دفاع نمایند و یا به تعبیری دیگر، جماعتی که در آن فشرده‌گی و بهم پیوستگی باشد. به نظر راغب منظور از «احزاب» در آیه ۲۲ سوره احزاب، (آنگاه که مومنان احزاب را دیدند)، عبارت از جماعتی است که برای جنگ علیه پیامبر (ص) گرد هم آمده بودند و منظور از حزب الله در آیه ۵۶ سوره مائده، یاران خدا می باشد (اصفهانی، ص ۱۱۵).

قرآن شناس دیگری می نویسد: «الحزب، هو التجمع اذا كان علی رأی واحد و هدف واحد» (مصطفوی، ج ۲، ص ۲۲۲)، حزب تجمع و گروهی است که بر اندیشه و هدف واحدی توافق داشته باشد. در قرآن کریم، در این باره آمده است:

« فَتَقَطَّعُوا أَمْرَهُمْ بَيْنَهُمْ زُبُرًا كُلُّ حِزْبٍ بِمَا لَدَيْهِمْ فَرِحُونَ^۱ »
 « مِنَ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيعًا كُلُّ حِزْبٍ بِمَا لَدَيْهِمْ فَرِحُونَ^۲ »

۱. امر (دین) خود را پاره پاره کردند (و در آیین خود فرقه فرقه شدند) و هر گروهی به آنچه نزد خود پسندیدند دلشاد شدند (مؤمنون، ۵۳).

۲. از آنان که دین خود را متفرق و پراکنده ساختند و فرقه فرقه شدند هر گروهی به آنچه دارند دلشادند (روم، ۳۲).

این دو آیه به وضوح دال بر این است که در تحزب و تحزب گرای، نوعی تعصب فکری و حزبی وجود دارد که باعث آن می شود که هر حزبی از افکار و اندیشه خود راضی بوده و خود را از دیگران متمایز بشمارد. به تعبیر راغب، واژه «فئة» جماعت همکار و پشتیبانی را می گویند که به پشتیبانی همدیگر، کار جمعی انجام می دهند.^۱ آیه «كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ»^۲ شاهد این معنی است. اما واژه قرآنی «فرقه» اگر چه امروز در اصطلاح کلامی به فرقه مذهبی گفته می شود، اما این واژه در اصل، به معنای، گروه خاصی از مردم است که از دیگران جدا هستند و خصوصیات ویژه ای دارند و آیه ۱۲۲ سوره بقره «فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ»^۳، شاهد این مطلب است. البته، امروز، واژه فرقه بیشتر در معنای فرقه مذهبی به کار می رود، اما در هر حال واژه های حزب، فئه و فرقه دلالت بر یک نوع تجمع همیار و متعاضد است که هدف واحدی را دنبال می کنند و معمولاً دارای تعصب و کیش گروهی هستند.

همچنین به گروهی هم‌رأی و همراه و یا دسته ای از آیات همسو و همجهت و یا به قطعه ای از زمین که خاک آن فشرده و روی هم انباشته باشد نیز حزب گفته اند. بر همین منوال، تحزب به معنای تجمع و به هم پیوستن گروهی از انسانهای همفکر می باشد، ضمن این که وزن، «تفعل»، مفهوم کارورزی و کوشش برای دستیابی به هماهنگی و همفکری را با خود دارد. از سویی واژه های «تحازب» و «محازبه» نیز واجد معنای تعصب و ورزیدن برای همدیگر و تلاش کردن برای همسانی و همنوایی با یاران در رسیدن به هدف واحد و تمایل و تعاطف به یکدیگر است.

امین الاسلام در تفسیر مجمع البیان، در زیر آیه ۳۷ سوره مبارکه مریم،^۴ حزب را

۱. الفئه: الجماعة المتظاهرة التي يرجع بعضهم الى بعض في التعاضد (اصفهان، ص ۳۸۹).

۲. بسیار شده که گروهی اندک به یاری خدا بر سپاهی بسیار غالب آمده و خدا با صابران است (بقره، ۲۴۹).

۳. «پس چرا از هر فرقه ای از آنان، دسته ای کوچ نمی کنند تا [دسته ای بمانند و] در دین آگاهی پیدا کنند و قوم خود را - وقتی به سوی آنان بازگشتند - بیم دهند» (توبه، ۱۲۲).

۴. فاختلف الاحزاب من بينهم فويل للذين كفروا من مشهد يوم عظيم، آنگاه طوایف مردم در میان خود اختلاف کردند پس وای بر این مردم کافر از حضور در آن روز بزرگ قیامت.

عبارت از «اختلاف مذهبی؛ یعنی این که هر قومی دارای عقیده ای باشد که خلاف عقیده قوم دیگر است می داند. به نوشته او؛ احزاب به جمع و گروهی که در رأی و اندیشه از دیگران جدا هستند اطلاق می شود وی؛ «تحرزبوا» را؛ «حزب حزب و دسته دسته شدن»، تفسیر نموده است (ج ۲، ص ۵۱۴ و طوسی، ج ۷، ص ۱۲۶).

از سویی علامه طباطبایی در تفسیر المیزان در ذیل همین آیه تعریف مشابهی را با گستردگی کمتری بیان می دارد: «احزاب جمع حزب است و آن به جمع و گروهی که در رأی و نظر از دیگران جدا هستند اطلاق می شود» (ج ۱۴، ص ۲۵۰). از جانب دیگر محدث قمی در کتاب سفینه البحار، که کتابی حدیثی است، حزب و جمع آن احزاب را؛ «گروه و جماعت مردم»، معرفی نموده است. از نظر وی، منظور از روز احزاب، روزی است که قبایل عرب - قریش، بنی تهمامه، غطفان، بنی قریظه، بنی نضیر - برای جنگ علیه رسول الله (ص) صف آرایی کردند و آن روز جنگ خندق است (محدث قمی، ص ۲۴۷).

جالب این جا است که کلمه احزاب (به صورت جمع) در یازده بار استعمال در قرآن، در تمام موارد در مقام ذمّ به کار رفته است و معمولاً به دو مفهوم عام و خاص اشاره دارد؛ معنای عام آن ظاهراً تمام گروه ها و دسته هایی را در برمی گیرد که علیه پیامبران قیام می کردند و خداوند آنها را درهم کوبید^۱ و معنای خاص آن - مانند سوره ص آیه ۱۱ تا ۱۳ و غافر آیه ۵- به دسته هایی از مشرکان قریش و غطفان و دیگر اعراب مشرک و یهودیانی اطلاق می شود که علیه رسول خدا (ص) حزب تشکیل دادند و علیه مسلمانان به جنگ پرداختند و به مدینه لشکرکشی کردند. پس، احزاب در معنای خاص، همان لشکریان یا دشمنان رسول خدا (ص) هستند که همگی علیه آن حضرت متحد شده بودند (طباطبایی، ج ۱۶، ص ۳۰۴) همچنان که آیات ۲۰ و ۲۲ سوره

۱. علامه طباطبایی در تائید این مطلب آورده است: «قرآن» ایشان (مشرکان قریش) را جزو احزابی معرفی کرده که همواره علیه انبیاء صف آرایی کرده و حزب تشکیل می دادند و خداوند همواره ایشان را هلاک کرد (طباطبایی، ج ۱۷، ص ۲۸۱).

احزاب به این دسته های محارب اشاره دارد.

همچنین کلمه حزب در قرآن، همانند آیه ۳۲ سوره روم و آیات ۵۲ و ۵۳ سوره مؤمنون، حالت گروه مشرکان را بیان می دارد و حزب در این آیات به گروه مشرکانی اطلاق شده که از راه دین و فطرت سرباز زده و دسته دسته، متفرق و منشعب شده اند و بر خلاف دعوت پیامبران که بشریت را به سوی امت واحد و وحدت عقیده و جماعت واحد دعوت کرده بودند، تفرقه و حزب حزب شدن را پیشه کردند ضمناً خصوصیت مشترک همه این گروه های متفرق، شرک و دوری از باری تعالی بوده است.

با توجه به تأکیدات آیات مذکور بر امت واحد و پرهیز از تفرقه گرایی، شاید بتوان از مباحث قرآنی مطروحه این گونه استنباط کرد که اگر تعدد احزاب و رقابتهای آنان و تکیه و تأکید بر دیدگاه های حزبی در حد تفاوت سلیقه ها و برای شکوفایی استعدادها به تناسب تفاوت شرایط زمانی و مکانی باشد و اینها همه تجلیات متفاوت یک حقیقت باشد، نه تنها منعی ندارد که ضرورت حیات و لازمه حرکت است ولی اگر این تعدد و تعصب منجر به تکه تکه شدن جامعه ی یک دست و یک دل و صرف تواناییها در مسیر پیکار بر سر تقسیم قدرت و مواهب دنیایی بدون توجه به ارزش های الهی و مصالح جمعی باشد، راهی به بیراهه خواهد بود و چنین تحزبی از نگاه قرآنی مورد تقبیح و نکوهش و در تضاد با رفتار مومنانه و جمع مؤمنین است و از خاستگاهی با خصال ناپسند و هواهای نفسانی برخوردار می باشد.

حزب الله در قرآن

حزب و احزاب در قرآن مجید تنها در مقام ذم به کار نرفته است بلکه با ورود به بحث «حزب الله» که در سه موضع آیات الهی وارد شده، استعمال واژه حزب در مقام مدح نیز به کار رفته است. قرآن در سوره مائده که حزب الله را در آیه ۵۶ مورد

بحث قرار می دهد مفهوم ولا و تولی را به عنوان مهمترین ویژگی حزب الله مورد تأکید قرار می دهد:

«و من يتول الله و رسوله و الذين آمنوا فان حزب الله هم الغالبون» و کسانی که ولایت خدا و پیامبر او و افراد با ایمان را بپذیرند (پیروزند، زیرا) حزب خدا پیروز است.

با توجه به آیه قبل از آیه فوق، می توان استنباط کرد که از نگاه قرآنی، حزب الله به گروهی که حول مفهوم ساده دوستی و یابوری جمع شوند اطلاق نمی شود؛ بلکه تشکلی مؤمن، ولایت پذیر با خط مشی اصلی قرآن و سنت است که باید ولایت پذیری خویش را به اثبات برساند و با هدف پیروزی دنیوی و اخروی تابع محض الله، رسول خدا و ائمه اطهار باشد. همچنین آیه ۲۲ سوره مجادله، به ایمان راستین حزب الله اشاره دارد که با صفاتی چون دوستی با دشمنان خدا سازگار نیست.

بنا به آیات مذکور قرآنی و با عنایت به تعریف حزب الله از منظر این کتاب آسمانی و با مرور آیات ۵۱ تا ۵۸ سوره مائده می توان به صراحت اذعان نمود که ولاء و تولی مهمترین رکن تشکلی - تحزب - در فرهنگ سیاسی اسلام است بلکه باید گفت که تولی همان تحزب است یعنی کسی که ولایت الهی را پذیرفته و در مسیر آن با اقتدا به رهبری امام حرکت می کند، وارد حزب الهی شده است. که اعضای آن بر محور و مبنای تولی، دارای همگرایی، همراهی، همدلی و پا به پای یکدیگر حرکت کردن و احساس مودت و محبت متقابل هستند که آنان را نسبت به یاران خودی - مؤمنین - مهربان و متواضع و نسبت به بیگانه؛ نفوذ ناپذیر و مقاوم و متقابل می کند و نوعی تعهد جمعی و وابستگی متقابل در این تشکلی ولایی ایجاد می کند. بنابراین در حزب الله، محور تشکلی و همگرایی انسانها فقط خداوند و تولی به ولایت او و کسانی که در پوشش ولایت او هستند می باشد و جز او هیچ کس دیگری نمی تواند تشکلهای پایدار و ماندگار انسانی معطوف به اهداف الهی را سامان دهد.^۱ اعضای حزب الله بنا به

۱. برای اطلاع بیشتر از رابطه تولی و تحزب ر.ک به (لطیفی، ص ۱۸۰-۱۷۱).

آیه ۵۴ سوره مائده، بر پای دارندگان نماز و پرداخت کنندگان زکات هستند و فروتنی و تواضع در مقابل مؤمنین از شاخصه های آنان است. بین ایشان با هم و بین آنها با خداوند دوستی و مودت متعاملی برقرار است و در مقابل کافران سخت گیرند همچنان که با دشمنان خدا و رسولش دشمن هستند هر چند آنها پدران و فرزندانشان باشند؛ این به معنای نفی کامل هر گونه تعصب کورکورانه حزبی به معنای مصطلح امروزی، در حزب الله است زیرا روابط نسبی و سببی و خانوادگی و حزبی مانع حق خواهی و راستگویی آنها نیست و نیرنگ در کارشان راه ندارد و بر خلاف حزب شیطان، شیطان و هواهای نفسانی بر آنها چیرگی نمی یابد.

مشروعیت دینی تحزب

أ. دیدگاه مخالفین

در میان صاحب نظران مسلمان اعم از متقدم و متأخر کسانی هستند که با ادله خویش مشروعیت دینی احزاب را زیر سؤال برده اند. البته این مخالفها بیش از پیش در بین اندیشمندان عرب سنی وجود دارد. برخی از برهانهای اصلی این مخالفین به شرح زیر است:

۱- تحزب مورد نکوهش شریعت بوده و موجب رواج تباهی و برخی محرمات و عامل تفرقه و خدشه جماعت مورد تأکید اسلام است:

بنابراین دیدگاه (الصاوی، ص ۴۳)، نظام تحزب و تعدد احزاب جایگاهی در جامعه اسلامی ندارد و ارکان و قواعد مذهب را برنمی تابد چون اصول و قواعد شریعت را خدشه دار و موجب ترویج تباهی و منکرات در جامعه است از این رو باید با قدرت تمام با آن مقابله کرد به دلیل آن که احزاب همواره در نصوص شرعی مورد مذمت و نکوهش قرار گرفته اند و تنها در مورد دشمنان دین، این اصطلاح بکار رفته است و هیچگاه مؤمنین با این اصطلاح، مخاطب کلام خداوند نبوده اند و تنها در دو

مورد در قرآن با صیغه مفرد این لفظ یعنی حزب الله معرفی شده اند و این بیانگر آن است که شریعت اسلام تنها یک حزب را به رسمیت می شناسد و آن حزب الله است. اما تعبیری همچون احزاب شامل تمامی گروه ها و نحله های خارج از جماعت مسلمانان است. علاوه بر این ما در این جا با ادله دیگر مواجهیم که ما را از تفرقه و اختلاف بر حذر داشته و سفارش به همکاری و اتحاد می کند و دو آیه (انعام/۱۵۹)^۱ و (آل عمران/۱۰۳)^۲ از جمله آیاتی هستند که امر به این معنا می کنند.

همچنین در احادیث نبوی آمده است که: «جماعت رحمت است و اختلاف و تفرقه عذاب» (محمدی ری شهری، ج ۱/۴۰۶) یا «بر شما باد به اتحاد و اجتماع و پرهیزید از اختلاف و تفرقه» (ابن ابی عاصم، ص ۴۲). از سویی خلافت اسلامی قرن‌ها بدون حاجت و اتکا به تحزب، قلمروی اسلامی را اداره کرده و تنها با اتکا به اجماع امت و طرد تفرقه و اختلاف، جامعه اسلامی را به پیش برد. در این زمینه احادیث دیگری مانند «همه در آتشند مگر جماعت» و روایاتی که رقابت گروهی و طرح و تبلیغ اشخاص را (چنانچه در انتخابات معمول است) نکوهش می کند، قابل بحث و استناد است (مطبعه چی، ص ۳۲۲).

همچنین در نفی و طرد تحزب، بنیانگذاران اخوان المسلمین بر این باور بودند که تحزب به تفرقه و اختلاف اجتماع مسلمین می انجامد، به عنوان نمونه حسن البنا معتقد بود؛ اسلام دین و مبشر وحدت و یگانگی، صفا برادری، تعاون و همکاری صادقانه در تمام زمینه ها و برای آحاد جامعه بشری است، و تحزب و تکثرگرایی در میان گروه ها و اقشار یک جامعه با این پیام و همچنین مضمون آیه ۱۰۳ سوره آل عمران، مخالف است؛ به باور وی؛ تمامی لوازم و پیامدهای نظامهای حزبی همچون اختلاف، جدایی، خصومت و کینه ورزی بشدت از سوی اسلام و آیات و روایات متعدد

۱. «ان الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعا لست منهم في شيء اما امرهم الى الله»، آنان که دین را پراکنده نمودند و فرقه فرقه شدند چنین کسان به کار تو نیابند، کار آنها با خداست...».

۲. «واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا»، همگی به ریسمان الهی چنگ زنید و متفرق نشوید».

مورد نکوهش قرار گرفته است (البناء، ص ۲۳۰).

محمد عبدالقادر ابوفارس، در کتاب «کثرت گرایی در دولت اسلامی»، نیز از جمله کسانی است که مشروعیت دینی تحزب را زیر سؤال می برد؛ او نیز معتقد است که از جمله مهمترین عوارض نفی تکثرگرایی و احزاب سیاسی، ایجاد تفرقه و تنازع و احیا و گسترش اختلافات مکنون در جامعه اسلامی است که باعث تضعیف قوای امت اسلامی و سستی بنیاد دولت اسلامی در برابر دشمنان می شود در حالی که این مسأله، مغایر با اوامر قرآنی است.^۱ از سویی فعالان حزبی و حامیان عامه آنان قهراً مرتکب بعضی از محذورات و محرّمات شرعی شده و طبعاً احزاب سیاسی در طریق مقدمات ارتکاب حرام قرار می گیرند. مسائلی نظیر غیبت، نمّامی، دروغ و شهادت دروغ، تعریف بیجا و اغراق آلود همدلان و بدگویی از مخالفان، افترا و تجسس حرام را سبب شده و به طور کلی باعث چهره سازی مثبت و منفی در سایه تبلیغات احساسی می شوند و موجب رشد تدلیس و ریا در عقاید و رفتار سیاسی می گردند. بدین ترتیب در شرایط التهاب انتخاباتی، احزاب سیاسی که در جستجوی رأی مردم هستند، فکر اجتهادی رقیب را به شدت مورد هجوم قرار می دهند. خصوصتها و پرده دریاها افزون شده و مخاصمات از سطح زبان به درگیریهای اجتماعی کشیده می شود (ابوفارس، ص ۴۰-۴۲ و فیرحی، ص ۱۴۵).

آنچه مسلم است اینگونه نگرش مخالفان تحزب؛ بسیار بدبینانه بوده و نوعاً در مورد عملکرد احزاب ناکارآمد و فاقد شرایط لازم، مصداق می یابد.

۲- مغایرت تعصبات و جانبداریهای حزبی با آموزه های اسلام و استقلال و آزادی عقاید فردی به باور مخالفان دینی تحزب، به طور کلی، نظامهای حزبی همواره از کارویژه اصلی خود، به عنوان ابزار کشف مصالح نوعی و مشارکت سیاسی، تغییر

۱. «ولا تنازعوا فتفشلوا و تذهب ریحکم، هرگز راه اختلاف و تنازع نپوئید که در اثر تفرقه ضعیف شده و قدرت و عظمت شما نابود خواهد شد».

ماهیت داده و شریعت و انسانها را در خدمت منافع حزبی و جناحی قرار می دهند و طبعاً «حیات معقول» انسانها را محدود و تهدید می کنند. به باور ابوفارس، تعصب حزبی یکی از آفات است که موجب خدشه در آزاد اندیشی و عقلانیت افراد می شود. فعّالان حزبی که با توجه به الزامات حزب و جناح خود عمل می کنند، در واقع، بسیاری از قوانین و احکام شریعت را بنا بر مصالح حزب و گروه خاص خویش توجیه و تفسیر می کنند و همواره خود و گروه خود را در مقابل رقیب تزکیه می کنند (رک به، همان) و به مانند این است که خود را مورد خطاب آیه ۳۲ سوره نجم قرار می دهند که می فرماید: «پس خودستایی نکنید، او به حال هر که متقی است از شما، داناتر است»^۱.

ابوعلای مودودی، اندیشمند پاکستانی نیز، در نفی تحزب؛ تعصبات کورکورانه و جانبداریهای بی قید و شرط حزبی را با روح حق طلبانه و عدالت جویانه و استقلال رأی افراد در تفکر اسلامی، مغایر دانسته و بر مبنای همین استدلال و ترجیح ملاکهای حق گرایانه بر ملاکهای حزبی، معتقد است؛ در انجمن مشاوره ای اسلامی هیچ گونه تقسیمات حزبی نمی تواند وجود داشته باشد (مودودی، ص ۴۹).

۳- فقدان سابقه حزب و تحزب در صدر اسلام و در مبانی فقهی و کلامی

اسلامی

این استدلال از سوی دو گروه مورد استفاده قرار گرفته است: از یک طرف سنت گرایان و اصول گرایان دینی قرار دارند که به دلیل نبود ما بایزای تحزب در صدر اسلام و سیره نبوی و صحابه، به مشروعیت دینی تحزب تن نمی دهند و از طرف دیگر عده ای از نواندیشان مسلمان هستند که با ذکر این استدلال، معتقدند که نباید بدنبال خاستگاه دینی احزاب رفت بلکه چون تحزب یک مساله جدید و عقلانی است باید آن را عقلاً پذیرفت. محمد مجتهد شبستری از جمله افراد اخیر است به نظر وی تحزب اساساً خصلت نظامهای معین دموکراتیک است، این در حالی است که اسلام ذاتاً دموکراتیک

۱. «فلاترکوا انفسکم هوا علم بمن اتقی».

نیست، زیرا به گواهی تاریخ؛ در عصر پیامبر اکرم (ص)، و در جامعه حجاز، نه نظام سیاسی دموکراتیک بر مبنای حق حاکمیت ملت و آزادی و مساوات تمام انسان ها در حقوق سیاسی و اجتماعی وجود داشته است و نه سیستم چند حزبی، بلکه رژیم سیاسی دیگر با مبانی و ساختاری دیگری وجود داشته که مشروعیت آن هم با شخص پیامبر (ص) به عنوان فرستاده خداوند بوده است. بنابراین نمی توان انتظار داشت که در کتاب و سنت، مبانی فقهی و کلامی برای تحزب به عنوان یک مسأله عقلانی، وجود داشته باشد. با این وجود، شبستری صحت تحزب را به دلیل عدم منع آن در منابع دینی، تجویز می نماید و می نویسد:

« در جامعه ای که نظام سیاسی دموکراتیک نداشته باشد، سخن گفتن از تحزب معنا ندارد ... تأسیس مبانی فقهی یا کلامی برای مسأله تحزب یا هر مکانیسم سیاسی جدید دیگری که با نظام های دموکراتیک سر و کار داشته باشد، ممتنع است. اما چون در کتاب، سنت، مسلمانان از تأسیس نظام دموکراتیک سیاسی و اجتهادهای جدید که لازمه آن است منع نشده اند، مسلمانان می توانند در عصر حاضر به تأسیس نظام دموکراتیک سیاسی اقدام کرده و سیستم چند حزبی را که لازمه ی بقا و فعال بودن چنین سیستمی است بوجود آورند» (شبستری، ص ۱۳۲ و ۱۳۵ و ۱۳۶).

۴- خاستگاه تحزب، تفکر اومانستی، مادی و معنویت ستیز دموکراسی غربی سکولار و غیر دینی است

بر مبنای این دیدگاه؛ مفاهیمی چون مشارکت سیاسی به شیوه غربی، حزب و نظام دموکراسی از جمله موضوعاتی هستند که مبتنی بر نظام فکری جوامع غربی است. اگر نگرش اجمالی به تاریخ ابداع و آفرینش این نوع مفاهیم صورت گیرد فهمیده می شود که همه این موضوعات شاخه های شجره ی فکری اومانیسم و به عبارت دیگر انسان سالاری است که بر اساس آن انسان، محور همه چیز و خالق همه ارزش ها و ملاک تشخیص خیر و شر است. وجدان انسانی داور نهایی در تشخیص کژیها از

خوبیها است. و رای انسان و عمل او، ارزش، اخلاق و فضیلتی وجود ندارد. طبق این تفکر، انسان بجای خدا می نشیند. با توجه به این دیدگاه تکامل جامعه در جهت بهروزی فرد در اجتماع است و پیشفرض آن این است که زندگی انسان در حیات مادی خلاصه می شود. حاکمیت انسان بر سرنوشت خویش بدون توجه به نقش دین و معنویت صورت می گیرد و هر گونه نیروی معنوی بی اعتبار و مورد انکار واقع می شود. اومانیسیم مدعی است که بهشت موعود را در همین جهان فرا روی انسانها قرار می دهد و انسان هیچ گونه تکلیفی در قبال دین و خداوند نخواهد داشت؛ نقش انسان در سرنوشت خود بر اساس حقی است که در جامعه دارد و از این راه تکلیفی بر او معین نیست. بنابراین ساختار اجتماعی انسانها بر اساس حقوق آنها شکل می گیرد. بر اساس این تفکر، انگیزه اصلی زندگی در جهان سود و منافع شخصی است (رک به محمدعلی وکیلی، ص ۲۳۱) و بر مبنای همین تفکر و نحله نظری و عملی سکولاریستی، احزاب می بایستی شکل گرفته در رقابتهای کسب قدرت و منافع خود را آغاز کنند. بدیهی است تحزب با چنین رویکرد نظری و عملی فاقد مشروعیت و تجویز دینی است.

۵- در جامعه دینی تحزب برای مسلمانان ناروا و برای غیر مسلمانان روا و مجاز است.

این استدلال گرچه استدلال شایعی در آرای صاحب نظران نیست اما به آن اشاره شده است. به عنوان نمونه در مجلس خبرگان اول (تدوین قانون اساسی) جمهوری اسلامی ایران، در حین بحث ذیل اصل مربوط به قانون تشکیل احزاب (اصل ۲۶)، آقای فاتحی تنها مخالف اصل مربوط به احزاب و تشکیل احزاب سیاسی بود؛ به نظر وی، اسلام به مسلمانان اجازه تاسیس حزب را نمی دهد اما در راستای آزادی بیان و شرح عقاید و ایجاد بستر طرح مباحث استدلالی و به منظور تبیین حق، به دیگر فرق و سایر ادیان، اجازه تشکیل حزب را می دهد. ایشان ضمن تأکید بر ضرورت ایجاد حزب

واحد یعنی « حزب خدا »، بر این باور است که در نظام اسلامی به سایر تشکلات و مؤسسات مشورتی که در چارچوب اسلام تشکیل می شوند، دیگر حزب اطلاق نمی شود (صورت مشروح مذاکرات، ج ۱، ص ۶۰۸).

ب. دیدگاه موافقان

بر خلاف دیدگاه مخالفین قبلی، دیدگاه غالبتر در میان اندیشمندان مسلمان و بویژه نواندیشان دینی موافقت با حزب و تحزب است. این دسته به ویژه با تأکید بر استدلالهای عقلی و تأکید بر کارویژه های ایجابی تحزب بر مشروعیت دینی آن صحه می گذارند. در هر صورت شاید بتوان دیدگاه های موافقت با مشروعیت دینی تحزب را بر اساس نوع استدلال آنها در مورد مشروعیت تحزب _ و نه الزامآیین شروط آن _ در سه دیدگاه موافقین اصولی، موافقین معتدل و موافقین مشروط طبقه بندی کرد که البته ممکن است این تقسیم بندی پیشنهادی اولیه خالی از اشکال نباشد^۱ اما بدلیل ندرت و چه بسا فقدان پژوهش و یا تقسیم بندی های مشابه، توجه به این تقسیم بندی و طرح مقدماتی می تواند زمینه ساز بحثهای نقادانه و پیشنهاد های بعدی باشد، بنابراین ذیلاً دیدگاه های مزبور تشریح می گردد:

۱- موافقت اصولی یا مبتیایی

این دسته از صاحب نظران بر خلاف کسانی که به شدت با سازگاری و بدیل یابی احزاب فعلی و تحزب با نهادهای مدنی صدر اسلام مخالف هستند، احزاب و تحزب را واجد سابقه و بدیل مشابه در صدر اسلام به شمار می آورند و همچنان که عده ای نیز

۱. مثلاً ممکن است اشکال شود که کلیه دیدگاه های موافقین مذکور در این نوشتار، عملکرد احزاب و تحزب را بلا شرط قبول ندارند و لذا از یک منظر همه ی آنها را می توان در دیدگاه موافقت مشروط قرار داد. از نظر نگارنده این نقد و برداشت درست و درفحوای مقاله به گونه ای مضمّن وجود دارد اما واقعیت آن است که شرطگذاری موافقین مشروط برای تحزب به مراتب سخت گیرانه تر و مضیق تر بوده و خوشبینی آن به تحزب از دو دیدگاه قبلی کمتر است. با این توضیح شاید بتوان دیدگاه موافقین با تحزب را نیز به دو دیدگاه کلی تر ۱- موافقین مشروط منعطف (شامل موافقین اصولی و موافقین معتدل) و ۲- موافقین مشروط متصلب تقسیم نمود. با این وجود با تقسیم بندی قبلی به نحو سهولتر، جزئی تر و تحلیلی تری می توان به موضوع این نوشتار پرداخت.

معتقد به انطباق کامل فلسفه سیاسی دموکراسی غربی با فلسفه سیاسی حکومت در اسلام بوده و دموکراسی مزبور را به مثابه ی زیر مجموعه‌ای از آیین اسلام و مندرج در آن، تلقی می‌کنند. معتقدان به سابقه حزب و تحزب در صدر اسلام به استدلال‌هایی هم پرداخته‌اند، از جمله عبدالله العلامی می‌نویسد:

«مورخان اسلامی معتقدند که حزب‌گرایی به سرعت به جامعه نوپای اسلامی راه یافت و هر حزب با گرایش خاص و قبیله‌گی خود، دنبال کردن اهداف خود و رسیدن به اغراض خود را شروع کرد. این حزب‌گرایی که از آن سخن می‌گوییم، از آن‌گونه حزب‌گرایهای سودمند و نتیجه‌بخش نبود، بلکه بیشتر مغرضانه و سودجویانه و بر پایه فرصت‌طلبی ساخته شده بود» (برترین هدف در برترین نهاد، ج ۲، ص ۱۲۳).

از نظر این صاحب نظر، احزاب مختلف که بعد از رحلت پیامبر به فعالیت پرداختند عبارت بودند از:

۱- حزب نفاق و منافقان ۲- حزب اموی ۳- حزب مثلث ابوبکر، عمر و ابوعبیده جراح ۴- حزب انصار ۵- قریش و حزب مهاجران ۶- دو تیره مهم عدنانی و قحطانی ۷- شیعه و تشیع یا حزب اهل بیت یا حزب پاسداران اسلام ۸- حزب ملت یا مردم، که اعضای این حزب مرکب از ابوذر غفاری در ربنده و شام، مالک اشتر در مصر، محمد بن ابی خذیفه و محمد بن ابی بکر بودند که خصیصه آن تندروی بود.

البته علانی خود نیز در نهایت اعتراف می‌کند که: «اگر ما واژه «حزب» را بر اینان اطلاق می‌کنیم به عنوان عمومی و مجازی آن است و گرنه حزب بدان معنا که امروز مصطلح است بر هیچ گروهی به جز حزب اموی اختصاص پیدا نمی‌کند (همان، ص ۱۳۳).

همچنین سید محمد شیرازی در کتاب خود یعنی «الفقه السياسي فی الاسلام» در همین راستا استدلال کرده که به لحاظ تاریخی نیز می‌توان به این نکته پی برد که

پیشوایان معصوم (ع) نه تنها کمترین مخالفتی با تشکیلات سیاسی و تشکل های دینی و سیاسی نداشته اند که خود تقویت کننده و مروج آن بودند. به زعم وی داستان جماعت مهاجرین و انصار که به رغم مشترکات بنیادی در مسایل اساسی دین، از وجوه متمایزی در زمینه های اجرایی و سیاستگذاری مسایل جزئی برخوردار بودند نمونه ای از تشکل سیاسی است که با درنوردیدن مرزهای زمانی و مکانی و چشم پوشی از خصایص و لوازم احزاب سیاسی معاصر، می توان این تجمعات را نیز به عنوان یک حزب سیاسی - دینی عنوان کرد (شیرازی، ص ۳۷۵).

یکی دیگر از پژوهشگران، اصطلاح «اصحاب» در متون دینی را در اکثر موارد با توجه به اهداف، کارکرد و وظایف شان با احزاب سیاسی معاصر قابل مقایسه دانسته است، از منظر یاد شده؛ اصحاب کهف و اصحاب صُفّه نمونه های بارزی از این تشکیلات است که عده ای از افراد با تعهد و پایبندی روی اهداف مشترک دور هم گرد آمدند و برای دستیابی به اهداف شان برنامه ریزی، رایزنی و مشارکت داشتند (رک، سجادی، ص ۸۴).

به نظر می رسد که این گونه بدیل سازی حزب و تحزب در صدر اسلام فاقد روایی لازم باشد و بنا به مباحث آتی می توان با نظر اکثریت اهل فن، اعم از مسلمان و غربی همداستان شد که حزب و تحزب پدیده ای نوین و عصری و فاقد نمونه مشابه امروزی در گذشته های دور است.

۲- موافقت معتدل

استدلالاتی این دسته از اندیشمندان از اعتدال و صحت معتناهی برخوردار است و به همین خاطر بسیاری از اهل فن و صاحب نظران مسلمان در مشروعیت دینی کاربرد احزاب در حوزه عمل سیاسی از این رویه پیروی کرده اند. این دسته به ویژه با تأکید بر استدلالهای عقلی و تأکید بر کارویژه های ایجابی تحزب بر مشروعیت دینی آن صحه می گذارند. بدیهی است این دسته از موافقین، با تأیید و خوشبینی بیشتری با

تَحزَب، به نسبت «موافقین مشروط» برخورد می کنند. استدلالهای موافقین معتدل - که مورد قبول راقم این نوشتار نیز هست - بدین شرحند:

۱- کارآمدی و کارکردهای مثبت احزاب، عامل صحت تحزب

بر این مبنا و بر اساس منظری کارکرد گرایانه، محاسن عملکردی احزاب بیش از مضار آن است و در واقع همین کارکردهای مثبت که مورد نیاز حکومت اسلامی و مورد تأیید فقه سیاسی اسلام است باعث می شود که احزاب و تحزب ضروری شمرده شوند.

۲- عدم تردید در فلسفه وجودی احزاب به عنوان ابزار و سازکاری تجربه شده برای نظارت بر قدرت و افزایش مشارکت سیاسی.

بسیاری برای ضروری شمردن احزاب در جمهوری اسلامی به دنبال اثبات شرعی وجود احزاب هستند و برای اثبات آن، به تشابه «نقبا» در جوامع و تشکیلات قبایلی و مانند آن اشاره می کنند یا به جستجوی دلایل نقلی می پردازند و از این راه در صدد هستند تا به تشکیلات جامعه مدنی مشروعیت دینی ببخشند. در حالی که فلسفه وجودی احزاب به عنوان ابزار و سازکاری برای نظارت بر قدرت، و افزایش مشارکت سیاسی مورد تردید نیست و این شیوه تجربه شده، یکی از ارکان جامعه ای است که بر انتخابات و رأی گیری و تقسیم و تحدید قدرت مبتنی است و در این موارد فرقی بین شرق و غرب، مسلمان و غیر مسلمان نیست و اگر روشی در گوشه ای از جهان مورد تجربه قرار گرفت و مفید واقع شد، استفاده از آن برای مسلمانان نه تنها منعی ندارد، بلکه طبق احادیث پیامبر (ص) ضرورت دارد؛ به عنوان نمونه آمده: «خذ الحکمه و لو من المشرکین» (مجلسی، ج ۲، ص ۹۷) یعنی «حکمت را اخذ کن گرچه از مشرکین و کفار باشد».

همچنین در روایتی دیگر آمده است: «الحکمه ضالة المؤمن فاطلبوا و لو عند المشرک تکونوا احق بها» (همان، ص ۴۵)، «دانش و حکمت گمشده مؤمن است، پس

بجویند آن را اگرچه در میان مشرکین، شما سزاوارتر هستید که حکمت را از دیگران بگیریید».

بنابراین نمی توان گفت چون تعبیر به حزب و تشکیلات سیاسی در اسلام و قرآن به معنای امروزی نیامده، پس این شیوه از تشکیلات، وارداتی و غربی است و از نظر اسلام مشروعیت ندارد (ایازی، ص ۱۱).

۳- عملکرد بهینه احزاب و تحزب به عنوان مصلحت عقلی و رویکردی مبتنی بر سیره عقلا

تأکید تجربه عقلانی بشری در تأیید استفاده از احزاب و تحزب به خوبی نشانگر آن است که می توان بر اساس مناظ سیره عقلا، کلیت بهره گیری از آن را در مدیریت و تدبیر نظام سیاسی اسلامی پذیرفت، بنابراین می توان به دلیل الزام و مصلحت عقلی تحزب، این پدیده سیاسی را دارای روایی و الزام شرعی دانست. اساساً بر خلاف کلام اشعری و فقه اهل سنت، کلام و فقه شیعی به گونه ای بسیار افزونتر و بین تر، دارای رویه عقلایی و عقلانیت اندیش است و سیره عقلا و عقلانیت در این کلام و فقه، ملحوظ و دارای مداخلت آشکار است؛ از این رو، از این منظر می توان به مشروعیت دینی احزاب و تحزب حکم نمود.

با این توضیحات واضح می گردد که در صورت عقلانی بودن عملکرد احزاب و تحزب، و مبتنی بودن کارکرد آنها بر اساس سیره عقلا و مصلحت، به صحت شرعی آن می توان حکم کرد و بنا به قاعده معروف اصولی «هر آنچه که عقل بدان حکم کند شرع نیز بدان حکم خواهد کرد» (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع).

۴- تجویز احزاب و تحزب به عنوان «امری مستحدثه» و موضوعی در حوزه «مالانص فیه»؛ با استفاده از ملاک «عدم تعارض و یا معارضه با دین»

اجتهاد فقهی شیعی بر مبنای شیوه و روش عقلایی خویش واجد این قابلیت هست که حتی در صورت عدم کشف سوابق قرآنی و روایی تحزب به معنای امروز، به

این پدیده به عنوان امری جدید و مستحدثه و موضوعی که جزء «منطقه الفراغ» بوده و نصی شرعی تجویزی و یا معارضی پیرامون آن نیامده، نگریسته شود و بر مبنای ملاکهای عقلی و فقهی حکم به تجویز آن داده شود. بنابراین در بسیاری از اوقات در سنجش روایی یا مشروعیت دینی بسیاری از امور یا پدیده ها که حکم شرعی خاصی نیز برای آنها نیامده باشد می توان از این ملاک استفاده کرد و در صورت عدم تعارض موضوع یاد شده با مبادی و احکام و محکّمات دینی، به تجویز آن اقدام کرد. واقعیت آن است که اصل حزب و تحزب - فارغ از آفات محتمل آن که قابل پیش آمد در هر موضوعی است - با نصوص دینی قرآنی و روایی تعارضی ندارد.

۵- تجویز تحزب به عنوان «وجوب مقدمه واجب»

در احکام فقهی از قاعده وجوب مقدمه واجب زیاد استفاده می شود؛ به عنوان نمونه اگر نماز واجب است مقدمات آن نیز همانند وضو، به عنوان مقدمه واجب، دارای وجوب است. از این اصل نیز می توان استفاده کرد که امروزه بسیاری از واجبات و تکالیف و مسؤولیتهای سیاسی فردی و جمعی در نظام سیاسی اسلامی جهت تحقق، نیاز به نوعی مشارکت ساختارمند و نهادینه مانند تحزب دارند و انسان مکلف و مسؤول مسلمان در چنین نظامی نمی تواند نسبت به اصل مسؤولیت و تکالیف خویش بی اعتنا باشد و بدیهی است با حضور افراد در تشکلاتی مانند احزاب، انجام این مسؤولیتهای و تکالیف سیاسی بهتر ممکن و میسر خواهد گشت و ضرورت انجام چنین تکالیفی موجب طرح ضرورت تشکیل احزاب و تحزب است.

۶- تجویز تحزب بر اساس قاعده فقهی اختلال نظام

یکی از قواعد معروف فقهی قاعده اختلال نظام یا به تعبیر صحیحتر قاعده عدم اختلال نظام است. شرح این قاعده چنین است که هر گاه امری موجب اختلال و آشفتگی نظام مسلمانان شود باید آن را نفی و نهی کرد ولو آن که ظاهراً چیز خوبی باشد، بنابراین گاهی بر اساس حکم عقلی و سیره عقلی جهت پیشگیری از اختلال نظام

حکمی در وجوب یا حرمت امری صادر می شود زیرا شارع از این حکم عقلی متابعت می کند. امروزه واضح گردیده است که در صورت عدم تحزب و وجود احزاب، باند بازیها و بسیاری گروه های غیر ذیصلاح در راستای منافع نامشروع خود وارد عمل خواهند شد و از سوی دیگر رابطه دولت با مردم دچار اختلال خواهد شد و یا با تضعیف نظارت مردم - که قبلاً از طریق احزاب صورت می گرفت - خودکامگی دولت ها افزایش خواهد یافت و بدین ترتیب اختلال در نظام سیاسی اسلامی ایجاد خواهد شد و همین مسأله باعث آن می گردد که با استفاده از قاعده عدم اختلال نظام، حکم به تجویر شرعی کارکرد تحزب کرد.

البته ممکن است گفته شود همانطور که عدم تحزب می تواند به اختلال نظام بیانجامد، عملکردهای انحرافی حزبی هم به چیزی جز آن نمی انجامد. این استدلال گرچه دور از صحت نیست ولی تقریباً این یک باور اجماعی است که کارکردهای ایجابی تحزب معمولاً از کارکردهای سلبی و منفی منجر به اختلال نظام آن، همواره و به مراتب بیشتر بوده است و کاربست مداوم این پدیده در اکثر کشورهای دنیا، مؤید این ادعا است..

۷- احزاب و تحزب مصداق مهمی از انجام ساختارمند و گسترده امر به معروف و نهی از منکر و امور حسبیه

حسبه یا «اداره حسبه» از دیر باز در فقه سیاسی اسلام مطرح بوده است. حسبه از خانواده «احتساب» است و به معنای آغاز کردن کاری با تمام دشواری های آن به انگیزه معنوی و گسترش دادن نیکی ها در جامعه به شیوه خویش آیند و برای خشنودی خداوند است. با گذشت زمان، قلمرو حسبه و امور مربوط به آن تا حدی گسترش یافت که اندیشمندان مسلمان، نظارت مردم و حراست از مصالح همگانی جامعه اسلامی را از وظایف این نهاد اسلامی عنوان کرده اند و حتی تاریخ گواهی می دهد که در عصر نبوی، امور حسبیه در مفهوم واقعی آن یعنی نظارت بر مسائل اجتماعی از

سوی حکومت نبوی مراعات می شده است. با چنین ملاحظه‌ای از امور و اداره حسبه، اشاعه تمامی امور معروف و پسندیده و تشویق جامعه بدان سو در قلمرو این نهاد جای می گیرد و بدیهی است از اصلی ترین وظایف این نهاد دینی و سیاسی، انجام گسترده امر به معروف و نهی از منکر به عنوان یک واجب شرعی است. به نظر می رسد که با استفاده از پاره‌ای مشابهت‌ها میان وظایف کارکردی نهاد حسبه و احزاب، می توان احزاب و تحزب را نیز ابزاری در خدمت تحقق وظایف سازمان و نهاد حسبه دانست و از دلایل و مبانی فقهی ضرورت اداره حسبه، برای تجویز دینی احزاب نیز سود جست. همین موضوع نیز در رابطه انجام امر به معروف و نهی از منکر توسط احزاب قابل بحث و تقریر است.

در آیات و روایات اسلامی بر لزوم امر به معروف و نهی از منکر، بسیار ترغیب و اصرار شده است. از سوی دیگر، از عموماً بسیاری از آیات، بویژه آیات مربوط به امر به معروف و نهی از منکر^۱ نتیجه گرفته می شود که تحقق این دو فرضیه، مستلزم وجود تشکیلات منظم و سازماندهی و هماهنگی است^۲ و این تشکیلات نماینده قدرت مردم در برابر قدرت حکومت و کارگزاران آن است و می تواند از باب «النصيحة لائمة المسلمين»، با نصایح خیر خواهانه، از افسار گسیختگی حاکمان و زمامداران جلوگیری کرده و بر کار آنها نظارت کنند. از این رو وجوب احزاب به عنوان یکی از اصلی ترین کارگزاران کارویژه های مزبور ضروری است. و بدیهی است احزاب می توانند با تحصیل قدرت وسیع و نیروی مجهز و فعال که با تشکیلات و سازماندهی و آموزش همراه است، معروف را در جامعه محقق کرده و از منکر جلوگیری کنند. و مشخص

۱. برای نمونه ر، ک به (آل عمران، ۱۱۰): «کنتم خیر امة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف و تنهون عن المنکر و تؤمنون بالله».

۲. در اصل ۸ قانون اساسی ج ۱.۱. نیز وظیفه امر به معروف و نهی از منکر وظیفه ای همگانی و متقابل به شمار آمده است: «در جمهوری اسلامی ایران دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و کیفیت آن را قانون تعیین می کند...».

است که انجام امر به معروف و نهی از منکر در سطح کلان جامعه و نظام سیاسی میسر نیست مگر با تشکل و تحزب و تعاون افراد مؤمن، آگاه، صالح که با سازمان یافتگی لازم در مقابل انحرافات و تعدیات احتمالی ایستاده و قدرت حاکم را با نظارت و کنترل روشمند از فساد برحذر دارند.

۸- احزاب، راهکاری برای اهتمام به امور مسلمین و تحقّق اصل شورا و مشورت در روایات متعدّدی از مسلمانان خواسته شده است که نسبت به رفتاری دیگر مسلمانان بی تفاوت نباشند و همّت خویش را مصروف حلّ مشکلات آنان کنند. در برخی از این دسته روایات، این اهتمام و اعتنا به دردها و مشکلات اجتماع، نشانه مسلمانی، و بی اعتنائی دلیل نامسلمانی تلقی شده است. امام صادق(ع) از قول رسول گرامی اسلام (ص) نقل می کند:

«من أصبح ولا يهتمّ بأمر المسلمین فليس منهم و من سمع رجلاً ينادی یا للمسلمین فلم يجبه فليس بمسلم» (الکلبی، ج ۲، ص ۱۶۴).

هر که صبح کند و به امور مسلمین همّت نگمارد، از آنها نیست، و هر که فریاد مردی را بشنود که مسلمانان را به دادخواهی می خواند و اجابت نکند مسلمان نیست». کلمه ی «امور المسلمین» که در این گونه روایات به کار رفته است، اطلاق دارد و شامل هر گونه مشکل و رفتاری می شود، یعنی به رفتاری های شخصی و فردی اختصاص ندارد. بنابراین، جود ظلم و بی عدالتی اجتماعی، مشکلات اخلاقی و فرهنگی جامعه، فقر و بیکاری، فساد مدیران اجتماع و مانند آن همگی داخل در امور مسلمین است و اهتمام به حلّ آنها وظیفه اجتماعی هر فرد مسلمان است. واضح است که در یک اجتماع کوچک چه بسا به گونه ای فردی و بدون نیاز به تشکیل انجمن و هیأت و گروه های خاص، بتوان از عهده حلّ برخی از رفتاری ها و معضلات جامعه برآمد؛ اما در جوامع پیچیده و متطوّر کنونی، اهتمام به امور مسلمین در بسیاری زمینه ها محتاج به تدابیر نوین جمعی و همیاری و همکاری نهادینه و گروهی است (ر.ک به

واعظی، ص ۱۳۴).

از سویی مشروعیت اصل شورا و مشورت نیز می تواند مبنایی برای یکی از قالبهای نهادینه شورا یعنی احزاب باشد. شورا و مشورت به ویژه در مسایل مربوط به حکومت و اخذ تدابیر سیاسی در فقه و کلام اسلامی پیشینه طولانی دارد و حجیت خود را نزد شیعه علاوه بر مبانی قرآنی و روایی، از سیره پیامبر (ص) و معصومین (ع) اخذ می کند. همچنان که استناد مشروعیت خلافت ابی بکر و عثمان از ارکان حجیت شورا در نزد اهل سنت است.

شورا و مشورت در واقع به معنای اظهار نظر خواستن از دیگران و دخالت دادن آنها نسبت به یک امر، پرهیز و از تکروری و استبداد رأی می باشد که برای درک حقایق و دستیابی به بهترین گزینه، طریقه‌ای عقلانی و مرسوم بین انسانها است و تأکید اسلام به انجام مشورت در امور، در حقیقت تأیید و تأکیدی بر همین طریقه عقلایی پرثمر است تا آن جا که در قرآن مجید سوره چهل و دوم آن «شوری» نام گرفته است.

در سوره آل عمران آیه ۵۹ خطاب به پیامبر اکرم (ص) می فرماید:

«به سبب رحمت خداست که تو با آنان نرم خویی کردی و اگر تندخوی و سختگیر بودی از گرد تو پراکنده می شدند؛ پس از ایشان در گذر و برایشان آمرزش بخواه و در کار با آنان مشورت کن».

در این آیه افراد مشورت کننده واجد این صفات به شمار آمده اند: ۱- نرم خویی و مهربانی، ۲- گذشت و مغفرت طلبی، ۳- دوری از استبداد و استغنا از توجه به رأی دیگران. همچنین در آیه ۳۸ سوره شوری، مشورت یکی از صفات مؤمنین محسوب گردیده است:

«و کسانی که ندای پروردگارشان را پاسخ می گویند و نماز بر پای می دارند و

کارشان با مشورت با یکدیگر است و از آنچه به آنها دادیم انفاق می کنند».

همچنین در آیاتی دیگر نیز بدون کاربرد کلمه شوری یا مشورت بر مطلوب و

مؤکد بودن این امر، صحه گذاشته شده است، همانگونه که در آیه ۱۸ سوره زمر آمده است: «پس بشارت بده به آن بندگان من که به سخن گوش فرا می دهند و بهترین آن را پیروی می کنند. اینان کسانی هستند که خداوند هدایتشان کرده است».

بدین ترتیب با تأکیدان قرآنی و روایی متعدّد، اصل مشروعیت و مطلوبیت مشورت و دست کم الزامی و ضروری بودن آن در برخی امور، جای بحث و انکار ندارد. مسأله ی کیفیت مشورت و موارد آن، نظیر بحث «النصيحة لأئمة المسلمين»، کیفیت و شرایط و موارد آن پیامد پاسخ به این پرسش اساسی است که آیا اسلام الگو و روش و گونه خاصی را برای تحقّق این گونه مشارکتهای مردم پیش بینی کرده است، یا آن که بر قالب و شکل خاصی تأکید نکرده و شیوه آن را به مناسبات اجتماعی در هر زمان و افزایش تجارب عقلایی و انباده است، بدیهی است گزینه دوم صحیح است و احزاب و تحزب را می توان از قالبهای نوین شور و مشورت در عصر امروزی دانست و از آن به عنوان یکی از ابزارهای اجرای اوامر قرآنی و روایی به مشورت در کلیه امور اجتماعی و سیاسی در سطوح کلان نظام اسلامی سود جست.

شایان ذکر است چه موافقین معتدل و چه موافقین اصولی نیز، تحزب مورد قبول خود را نیز بدون شرط نمی پذیرند اما بدیهی است که دایره شروط موافقین مشروط و سختگیری آنها نسبت به دو دیدگاه دیگر، گسترده تر است که در ادامه دیدگاه موافقت مشروط تشریح می شود.

۳- موافقت مشروط

صاحبان این دیدگاه بطور خلاصه نظر به وجود آفات موجود در کارکردهای احزاب و از طرفی فواید تحزب، کفه ابعاد مثبت تحزب را بر کفه ابعاد منفی مرجح می دانند و معتقدند تنها با لحاظ شرایطی احزاب از دیدگاه اسلام دارای مشروعیت و صحت عمل هستند. صاحبان این دیدگاه بر اساس قواعد:

«الضرورات تُبيح المحظورات»^۱ و «دفع افسد به فاسد» حکم به مشروطیت

۱. «ضرورت ها، محظورات را مباح و برطرف می سازند».

عملکرد احزاب می دهند. از این منظر، احزاب و تحزب در نظامهای سیاسی و با توجه به تالی فاسدهای حکومت فردی و استبدادی یک ضرورت هستند. از طرفی چون آموزه های شریعت و مبانی اسلام ضمن تأکید بر وحدت ملی و جلوگیری از تنازع و تفرقه های سیاسی که منشاء تضعیف ملت و امنیت کشور می گردد و همچنین نفی هر گونه فریبکاری و ارزش نهادن به آزادی و کرامت انسان، بر جلوگیری از رکود سیاسی و مشارکت سیاسی مردم با ساز و کارهای مختلف از جمله امر به معروف و نهی از منکر، حق انتقاد، حقوق متقابل حاکم اسلامی و ملت، نظارت قانونی ملت بر عملکرد هیأت حاکمه و غیره تأکید فراوان کرده است؛ بنابراین فعالیت احزاب و تشکل های سیاسی در جامعه اسلامی مشروط به امور ذیل است: (ر.ک به: ابوفارس، ص ۵۷-۵۹)

۱- احزاب سیاسی به اصول عقاید اسلامی و احکام ارزشهای شریعت ایمان داشته باشند و بر اساس آیاتی مانند (آل عمران، ۸۵)^۱ نباید از آموزه های اسلام عدول کنند.

۲- همکاری و مودت احزاب و گروه های سیاسی در جامعه اسلامی با گروه ها و جمعیت های غیر اسلامی بر پایه آیات الهی^۲ جایز نیست.

۳- مبارزه احزاب و گروه های سیاسی اسلامی با اندیشه ها و گروه هایی که در راستای دور کردن اسلام از عرصه زندگی سیاسی و اجتماعی تلاش می کنند و در صدد جریان سازی احکام و قوانین سکولار در جامعه دینی هستند بنا به آیات الهی^۳ امری ضروری است.

۱. «و من ینتغ غیر الاسلام دیناً فلن یقبل منه و هو فی الاخرة من الخاسرین»، هر کس غیر از اسلام دینی اختیار کند هرگز از وی پذیرفته نیست و او در آخرت از زیانکاران است».

۲. به عنوان نمونه ر.ک به (مائده، ۵۱ و ۵۷) و (توبه ۲۳).

۳. به عنوان نمونه ر.ک به (مائده، ۴۴، ۴۵، ۴۷).

- ۴- نظارت و مراقبت مستمر احزاب بر عدم مخالفت احکام و تصمیم گیریهای سیاسی با شریعت اسلام نیز از شرایطی است که آیه ۷۵ سوره بقره^۱ بر آن تأکید دارد.
- ۵- رعایت موازین فقهی و شرعی و اخلاقی در هنگامی که با احزاب رقیب اختلاف نظر پیدا می شود؛ یعنی به کارگیر ابزارهای مشروع در تبلیغات حزبی و نیز تحمّل و عدم انکار و تکفیر احزاب اسلامی دیگر و بکار نگرفتن شیوه های غیر اخلاقی و ظالمانه همچون بهتان به یکدیگر.
- ۶- اهتمام به وحدت امت اسلامی و وحدت ملی و پرهیز از اختلاف و تفرقه های مضر، همچنان که آیه ۱۰۳ سوره آل عمران^۲، تأکیدی بر این معنا است.
- ۷- اعتقاد احزاب به حاکمیت خداوند متعال و نیز اطاعت از حاکم اسلامی که شرایط حاکمیت دینی از جمله عدالت، علم، تقوا، مدیریت و... را داراست بر اساس آیه «اطيعوا الله و اطيعوا الرسول و اولی الامر منکم (نساء ۵۹) لازم است.
- یکی دیگر از صاحب نظران عدم مشروعیت و مقبولیت دینی احزاب و تحزب را منحصر به موارد ذیل کرده است:
- أ- اگر احزاب سیاسی به تنازع و تفرقه و اختلاف سیاسی منجر شوند و تضعیف و سستی قوای دولت اسلامی و امنیت ملی کشور را به ارمغان آورند، بر اساس آیه «و لا تتنازعوا فتفشلوا و تذهب ریحکم» (انفال ۴۶) مشروعیت دینی ندارند.
- ب- اگر احزاب سیاسی با تبلیغات و برنامه ها و فشارهای آشکار و پنهان، شخصیت و آزادی فردی را از میان بردارند
- ج- اگر احزاب سیاسی، فریب کاری و برنامه های رنگارنگ را جهت کسب

۱. آیا طمع دارید که یهودیان به شما بگردند در صورتی که گروهی از آنان کلام خدا را شنیده و به دلخواه خود تحریف می کنند با آنکه در کلام خدا تعقل کرده و معنای آن را دریافته اند».

۲. «و همگی به رشته خدا چنگ زده و به راه های متفرق نروید و به یاد آورید این نعمت بزرگ خدا را که شما با هم دشمن بودید، خدا در دلهای شما الفت و مهربانی انداخت و به لطف خدا همه برادر دینی یکدیگر شدید».

منافع شخصی گروهی پیشه خود سازند از نظر قرآن و نصوص دینی ارزشمند نیستند بلکه ضد ارزشند.

د- فعالیت سیاسی احزاب غیر اسلامی اعم از احزاب اهل کتاب و احزاب سکولار اگر در راستای مخالفت با ارزشها و آموزه ها و قوانین اسلامی باشد از دیدگاه جامعه و دولت اسلامی که صیانت و حفاظت از اسلام و دستورات او را مرام سیاسی خود قرار داده است، مشروعیت ندارد و آیه «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»^۱ و دیگر آیات قرآنی، اجازه نمی دهند احزاب غیر اسلامی به قدرت سیاسی و اجتماعی دست یابند.

ه- برای جلوگیری از آفات و زیانهای احزاب باید بر اساس قوانین، احکام و ارزشهای اسلامی، تلاشی جدی در نهادینه کردن و نظارت قانونی بر فعالیت احزاب فراهم کرد تا بر اساس آیه «وجادلهم بالتی هی احسن» (نحل، ۱۲۵) و آیه «فبشر عباد الذین يستمعون القول فيتبعون احسنه» (زمر، ۱۷) به فعالیتهای سیاسی پردازند.

بدیت ترتیب فعالیتهای سیاسی احزاب و گروه های اسلامی با فرض این که در چارچوب احکام، عقاید و ارزشهای اسلامی باشد و از منابع دینی و نصوص اسلامی در برنامه ریزی، اهداف، و راهبردها و جذب قدرت سیاسی استفاده گردد بلامانع است (خسروپناه، ص ۷۰).

نتیجه گیری

در این نوشتار تلاش گردید که جایگاه احزاب در اندیشه دینی و مقبولیت و یا مطرودیت آن در اسلام، مورد بازکاوی قرار گیرد، از این رو ابتدا جایگاه حزب و تحزب در قرآن بررسی شد و بیان گردید که با وجود کاربرد کلمه «حزب» در منابع قرآنی و روایی، بدیل سازی حزب و تحزب در صدر اسلام با مفاهیم جدید و امروزی

۱. «و خداوند هیچ گاه برای کافران نسبت به اهل ایمان راه تسلط باز نخواهد کرد» (نساء، ۱۴۱).

از آنها، فاقد روایی لازم است و باید با نظر اکثریت اهل فن، اعم از مسلمان و غربی همداستان شد که حزب و تحزب؛ پدیده ایی نوین و عصری و فاقد نمونه مشابه امروزمین در گذشته های دور است.

سپس دیدگاه مخالفان و موافقین با مشروعیت دینی تحزب مورد بحث قرار گرفت و دیدگاه موافقین به سه دسته: اصولی یا مبنایی؛ معتدل؛ مشروط؛ تقسیم گردید و گفته شد دیدگاه های موافقین تحزب، عملکرد احزاب و تحزب را بلا شرط قبول ندارند و بنابراین از یک منظر همه آنها را می توان در دیدگاه موافقت مشروط قرار داد و چه بسا بتوان دیدگاه موافقین با تحزب را نیز به دو دیدگاه کلی تر ۱- موافقین مشروط منعطف (شامل موافقین اصولی و موافقین معتدل) و ۲- موافقین مشروط متصلب تقسیم کرد. با این وجود، واقعیت آن است که شرط گذاری موافقین مشروط برای تحزب به مراتب، سخت گیرانه تر و مضیق تر بوده و خوشبینی آن به تحزب از دو دیدگاه قبلی کمتر است.

بیان شد که دیدگاه غالب تر در میان اندیشمندان مسلمان و بویژه نواندیشان دینی «موافقت معتدل» با حزب و تحزب است. این دسته به ویژه با تأکید بر استدلالهای عقلی و تأکید بر کارویژه های ایجابی تحزب بر مشروعیت دینی آن صحه می گذارند. بدیهی است این دسته از موافقین، با تأیید و خوشبینی بیشتری با تحزب، به نسبت «موافقین مشروط» برخورد می کنند. البته چه موافقین معتدل و چه موافقین اصولی نیز، تحزب مورد قبول خود را نیز بدون شرط نمی پذیرند اما بدیهی است که دایره شرط موافقین معتدل و سختگیری آنها نسبت به دو دیدگاه دیگر، گسترده تر است.

از سویی مهمترین ادله مشروعیت دینی تحزب از منظر نحله «موافقین معتدل» به شرح زیر است:

۱- کارآمدی و کارکردهای مثبت احزاب، عامل صحت تحزب.

۲- عدم تردید در فلسفه وجودی احزاب به عنوان ابزار و سازکاری تجربه شده

برای نظارت بر قدرت و افزایش مشارکت سیاسی.

۳- عملکرد بهینه احزاب و تحزب به عنوان مصلحت عقلی و رویکردی مبتنی بر سیره عقلا.

۴- تجویز احزاب و تحزب به عنوان «امری مستحدثه» و موضوعی در حوزه‌ی «مالانص فیه» با استفاده از ملاک «عدم تعارض با دین».

۵- تجویز تحزب به عنوان «وجوب مقدمه واجب».

۶- تجویز تحزب بر اساس قاعده فقهی اختلال نظام.

۷- احزاب و تحزب مصداق مهمی از انجام ساختارمند و گسترده امر به معروف و نهی از منکر و امور حسبیه.

۸- احزاب، راهکاری برای اهتمام به امور مسلمین و تحقق اصل شورا و مشورت.

با توجه به قوت این استدلالها، به نظر می رسد که در مبحث مشروعیت دینی تحزب، دیدگاه موافقت معتدل از صحتی درخور و روایی بیشتری برخوردار است.

منابع

- ابن ابی عاصم، عمرو، *کتاب السنّة*، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۴۱۶.
- ابو فارس، محمد عبد القادر، *التعددية في ظلّ الدولة الاسلامية*، لبنان، الریان، ۱۹۹۴م.
- اصفهانى، راغب، *معجم المفردات لالفاظ القرآن*، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۶۲.
- ایازی، سید محمد علی، «مقدمه ای بر شناخت جایگاه تحزب در اسلام» (مندرج در *تحزب و توسعه سیاسی، کتاب سوم: اسلام و تحزب*، تهران، انتشارات همشهری، زمستان ۱۳۷۸).
- ایوبی، حجت الله، *پیدایی و پایایی احزاب سیاسی در غرب*، تهران، سروش، ۱۳۷۹.
- البناء، حسن، *مکتوبات الامام الشهيد حسن البناء*، اسکندریه، دارالدعوة، بی تا.

- الحر العاملی، محمد بن الحسن، *وسائل الشیعة*، ج ۱۱، بیروت، دار الحیاء التراث العربی، بی تا.
- خسروپناه، عبدالحسین، «جایگاه احزاب در حکومت ولایی»، (مناظره در تحزب و توسعه سیاسی، کتاب سوم، پیشین).
- روحانی، محمد، *المعجم الإحصایی لالفاظ القرآن کریم*، فرهنگ آماری کلمات قرآن کریم، جلد دوم، مشهد، مؤسسه چاپ و انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۶۶.
- سجادی، عبدالقیوم، «مبانی فقهی تحزب در اسلام»، (مناظره در تحزب و توسعه سیاسی، کتاب سوم، پیشین).
- شیرازی، سید محمد، *الفقه السياسي فی الاسلام*، قم، مطبعة رضایی، ۱۴۰۳ ق.
- الصاوی، صالح، *التعددية فی الدولة الإسلامية*، قاهره، دار الاعلام الدولي، م ۱۹۹۳.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج اول، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
- طباطبایی، محمد حسین، *المیزان*، ج ۱۴، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۸.
- الطبرسی، الفضل الابن الحسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، ج ۲، تهران، بی جا، ۱۳۹۰ ق، ۱۳۴۹ ش.
- طوسی؛ محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، نجف، چاپ آخوندی، ۱۹۵۷ م.
- العلائلی، عبدالله، *برترین هدف در برترین نهاد*، ج ۲، ترجمه سید محمد مهدی جعفری، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۷۴.
- فیرحی، داود، «مبانی آزادی و حزب در مذهب شیعه»، *فصلنامه علوم سیاسی*، شماره ۳ زمستان ۱۳۷۷.
- الکلینی، محمد بن یعقوب، *الاصول من الکافی*، قم، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۶۵ ش.
- لطیفی، محمود، «عاشورا، محور سازماندهی سیاسی»، *حکومت اسلامی*، شماره ۲۷، بهار ۱۳۸۲.

مجتهد شبستری، محمد، «امتناع مبانی فقهی و کلامی تحزب»، (مندرج در تحزب و توسعه سیاسی، کتاب سوم، پیشین).

مجلسی، محمد باقر، *بحار الانوار*، ج ۲، قم، دارالکتب الاسلامیه، بی تا.

المحدث القمی، *سفینه البحار*، بیروت، دارالمرتضی، بی تا.

محمودی، ری شهری، محمد، *میزان الحکمة*، قم، دارالحديث، ۱۳۷۵ ش.

مدیرشانه چی، محسن، *احزاب سیاسی ایران*، تهران، مؤسسه فرهنگی رسا، ۱۳۷۵.

مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، ج ۲، تهران، مرکز نشر کتاب، بی تا.

مطبعه چی، مصطفی، تحزب از دیدگاه یک اندیشمند مسلمان عرب (مندرج در: احزاب سیاسی در ایران، قم، بنیاد تاریخ انقلاب اسلامی، ۱۳۷۸).

مودودی، ابوالاعلی، *تئوری سیاسی اسلام*، ترجمه محمد مهدی حیدرپور، تهران، انتشارات بعثت، بی تا.

واعظی، احمد، *جامعه دینی، جامعه مدنی، تهران*، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۸۱.

وکیلی، محمد علی، «در جایگاه و کارکردهای احزاب در نظام سیاسی، (مندرج در تحزب توسعه سیاسی، کتاب سوم، پیشین).

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شماره پیاپی ۸۲/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۶۹-۴۳

حکم اهانت به مریم مقدس در شریعت مسیحیت*

دکتر محمدرضا جواهری^۱

استادیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

Email: Jvaheri@ferdowsi.um.ac.ir

دکتر سیدرضا موسوی

استادیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

Email: mosavi-r@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

اهانت به شخصیت‌های مقدس هر یک از ادیان الهی، از جانب پیروان دین دیگر گفتگوی ادیان را به بن بست می کشاند. ولی احترام و تکریم آنان زمینه را برای برقراری ارتباط، تقریب ادیان و تفاهم در راه شناخت حق فراهم می آورد و آثار مثبت و سازنده‌ای دارد. آگاهی از احکام ادیان الهی در مسئله توهین به شخصیت‌های مقدس، از رویارویی و تقابل پیروان ادیان می‌کاهد و آنان را از توهین به مقدسات یکدیگر باز می‌دارد. این پژوهش فقهی درصدد است بر اساس مدارک و منابع معتبر شرعی مسیحیت، حکم اهانت به مریم مقدس را به دست آورد. از این رو نخست منابع اصلی پذیرفته شده از جانب مذاهب مسیحی شناسایی و معرفی شده و سپس فضایل مریم مقدس از درون کتاب و سنت مسیحی و آرای پاپ استخراج گردیده و در نهایت حکم و جزای توهین به این شخصیت بی‌نظیر مسیحیت استنباط و ارائه شده است.

کلید واژه‌ها: مریم، شریعت، مسیحیت، توهین، مقدسات.

*. تاریخ وصول: ۱۳۸۶/۲/۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۶/۳/۲۶.
۱. نویسنده مسؤول، این مقاله، مستخرج از پایان‌نامه دکتری نویسنده است.

در مقدمه این پژوهش شایسته است مفاهیم واژه‌های شخصیت، توهین و اهانت روشن شود. شخصیت مصدر جعلی شخص است و صفات ویژه هر انسان و خصوصیات فردی وی، مجموعه عوامل باطنی شخص، نفسانیات، احساسات، عواطف و خلق و خوی مخصوص یک فرد، بزرگواری، شرافت، رفعت و درجه انسان را «شخصیت» نامند (دهخدا، ۱۴۱۸۳/۹؛ معین، ۲۰۳۲/۲؛ عمید، ۷۸۹).

ریشه توهین و اهانت تفاوت دارد؛ زیرا حروف اصلی توهین «و ه ن» و حروف اصلی اهانت «ه و ن» است، ولی به دلیل نزدیکی معانی، در فرهنگ‌های فارسی برای ترجمه و تبیین معانی یکدیگر نوشته شده‌اند (دهخدا، ۳۶۵۳/۳؛ انوری، ۶۶۴/۱؛ عبدالله، ۵۳).

توهین به معنای ضعیف گردانیدن و سست کردن (فراهیدی، ۹۲/۴؛ راغب اصفهانی، ۵۳۵؛ زمخشری، ۵۱۱؛ ابن منظور، ۴۵۳/۱۳)، تکسّر و درهم شکستن (ثعالبی، ۲۷۰؛ بعلبکی، ۸۱) تحقیر نمودن، خوار و خفیف کردن و کوچک و سبک شمردن (دهخدا، ۷۱۶۰/۵؛ معین، ۱۱۷۱/۱) آمده است. اهانت نیز به معنای استخفاف و سبک کردن، استحقار و حقیر شمردن، ضعیف و ذلیل گردانیدن (راغب اصفهانی، ۵۴۷؛ زمخشری، ۴۸۹؛ ابن منظور، ۴۳۸/۱۳ و ۴۳۹؛ طریحی، ۳۳۱/۶) استهزاء و مسخره کردن (خوری، ۱۴۱۱/۲) خوارداشتن و کوچک نمودن، پست کردن و آزردها (دهخدا، ۳۶۵۳/۳؛ معین، ۴۰۸/۱؛ عمید، ۲۱۹) است. منظور از توهین به شخصیت مریم مقدس در این پژوهش، هر گفتار، نوشتار و رفتاری است که موجب تضعیف، سست کردن، درهم شکستن، سبک شمردن و کوچک ساختن جایگاه مریم مقدس، مقام و شخصیت حقیقی و حقوقی، امتیازها و صفات معنوی ایشان در سنت مسیحیت گردد. افزون بر اوصاف پذیرفته شده و مشترک بین سه مذهب کاتولیک، ارتدوکس و پروتستان، امتیازهایی را که واتیکان و پاپ برای مریم اثبات نموده‌اند در شخصیت دینی مریم مقدس ملاحظه می‌گردد.

در آغاز پژوهش برای استنباط و تبیین حکم شرعی توهین به شخصیت مقدس حضرت مریم - سلام الله علیها -، باید منابع معتبر فقهی مسیحیت را شناسایی کرد؛ زیرا روشن شدن این واقعیت که بنیان احکام فقهی هر کدام از مذاهب مسیحی بر چه منابعی استوار است و هر گروه چه منابعی را حجت، مقدس و محترم می‌شمارد، دین پژوهان را در استخراج حکم مسئله اهانت به مریم مقدس یاری می‌رساند.

مدارک و منابع معتبر

«کتاب مقدس» مهم‌ترین منبع دارای اعتبار در نزد مسیحیان است. احترام، اعتبار، مرجعیت، حجیت و ضرورت پیروی کامل از کتاب مقدس وجه اشتراک تمام مسیحیان جهان و رکن اصلی ایمان مسیحی است. همه مذاهب مسیحی در لزوم تکریم و تعظیم کتاب مقدس اتفاق نظر دارند. بنابراین، لزوم پیروی از کتاب مقدس اجماعی است. کاتولیک‌ها (رابرتسون، ۹ و ۱۱؛ وان و ورست، ۴۰، ۱۲۰، ۱۲۱؛ میشل، ۲۲، ۲۳ و ۴۳؛ اهیوم، ۳۸۲ و ۳۸۳؛ مولند، ۱۶۲؛ هاینس دشنر، ۷ و ۶)، ارتدوکس‌ها (لین، ۱۳۸-۱۴۰) و پروتستان‌ها (دانستن، ۲۴، ۵۰، ۵۶، ۱۰۲، ۱۰۳ و ۱۳۵؛ تیواری، ۱۷۴-۱۷۶؛ لین، ۲۷۰، ۳۲۷ و ۳۲۸؛ مک گراث، ۳۰۶-۳۰۸) همگی به صدق، صحت، قداست و اعتبار کتاب مقدس، اعتقاد دارند و بر الهی بودن و عاری از اشتباه بودن آن تصریح کرده‌اند (ناس، ۶۳۰ و ۶۳۱؛ هاکس، ۷۱۸ و ۷۱۹؛ جوویور، ۱۳، ۳۷، ۳۸ و ۳۹؛ اهیوم، ۳ و ۳۸۴؛ تیواری، ۱۵۳؛ میشل، ۲۶، ۴۹ و ۵۱؛ توفیقی، ۱۶۳؛ فاستر، ۳۳۶، ۳۳۸ و ۳۴۲). «سنت» منبع دوم برای عموم مسیحیان جهان است. علاوه بر کاتولیک‌ها و ارتدوکس‌ها که همواره بر مرجعیت و اعتبار سنت تأکید دارند (جوویور، ۱۲۲-۱۲۴؛ مولند، ۴۹ و ۵۴ و ۵۵ و ۸۹؛ مک گراث، ۳۵۷ و ۳۵۸؛ ویر، ۵۲) پروتستان‌ها نیز به پذیرش نوعی سنت مجبور شده‌اند و از «متون مقدس» و «کلیسا» و «شهادت درونی روح القدس» و «نداهای پیامبرگونه» برای زندگی دینی و عمل صالح مطابق سنت مسیحی یاد می‌کنند (دانستن، ۸۴-۸۹ و ۳۲۹-۳۳۱؛ ویر، ۴۸). به اعتقاد

کاتولیک‌ها و شورای جهانی مسیحیان، سنت منبع جداگانه الهی افزون بر کتاب مقدس است که -به خواست خدا- به عنوان وحی الهی برای جبران کاستی‌های کتاب مقدس تعیین شده و حجیت و اعتبار آن، همسنگ با کتاب مقدس است (گراث، ۲۹۶، ۳۱۳، ۳۱۴ و ۳۵۷-۳۶۰؛ گریدی، ۲۰۴-۲۰۶؛ لین، ۴۹۱؛ ویر، ۴۸). سنت طرح زنده ای است که رشد و توسعه می پذیرد و برای کلیسا و مسیحیان قوانین شرعی جدید تولید می‌کند. گرچه سنت از عصر رسولان و پدران کلیسا آغاز شد، ولی همواره در حال شکوفایی و تکامل و پاسخگویی به نیازهاست. تحرک، پویایی، استمرار و تداوم سنت عامل گسترش و توسعه آموزه های مشروع و قانونی کلیسای جهانی است (مولند، ۸۶-۸۹ و ۹۰؛ لین، ۴۹۲؛ گریدی، ۲۰۶؛ مصطفوی کاشانی، ۷۸، ۱۶۳ و ۱۶۴؛ ویر، ۴۵، ۵۳ و ۵۴؛ عبدخدایی، ۵۱؛ محمدیان و دیگران، ۴۰۴ و ۴۰۸). برای اثبات حجیت و اعتبار سنت، استمرار و پایداری آن به «کتاب مقدس» (انجیل متی، ۱۸/۱ تا ۲۰؛ لاک، ۶۳؛ دانستن، ۳۱) و «وحی، هدایت و لطف الهی» (مولند، ۹۰؛ گریدی، ۲۰۸) و «تجلی حضور، تعلیم، الهام و ارشاد کلیسا توسط روح القدس» (لین، ۸۴، ۱۳۹، ۳۶۱ و ۳۶۲؛ میشل، ۵۰ و ۵۱؛ ابطحی، ۸۹، ۹۵ و ۹۶؛ جوویور، ۳۱، ۹۳ و ۴۸۶) استدلال شده است. کلیسای کاتولیک پاپ را دارای قدرت مطلق و نامحدود می‌شمارد که پیروی کامل از آرای وی وظیفه عموم مسیحیان است (کونگ، ۹۲، ۱۴۶، ۱۵۲، ۱۹۰، ۲۳۵ و ۲۳۶؛ ناس، ۶۵۲؛ پالارد، ۲۴؛ فلاورز، ۱۲۲؛ گیربرانت، ۴۵، ۶۰، ۶۴، ۷۱ و ۷۶؛ لون، ۷). وی خلیفه خدا و نائب عیسای مسیح بر روی کره زمین و فوق امپراتور است. حق الهی قانون گذاری و تشریح برای عموم مسیحیان از او است (فاستر، ۴۰۶ و ۴۰۸؛ دورانت، ۴/۶۷۸، ۶۸۰، ۷۰۸ و ۸۴؛ کونگ، ۱۴۸ و ۲۵۱؛ مولند، ۸۷؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۵۷۸) او مشروعیت، اعتبار و لزوم اجرای فتاوی پاپ بستگی به پذیرش مردم ندارد (غوری، ۱۳۲-۱۳۵). علامه یوحنا پطرس غوری مدارک و اسناد قدرت قانونگذاری و حق تشریح کلیسای کاتولیک به رهبری پاپ را، «کتاب مقدس» (انجیل یوحنا، ۲۱/۱۵-۱۸؛ انجیل متی، ۱۶/۱۳-۱۹؛ انجیل لوقا، ۱۰/۱۶؛ اعمال

رسولان، ۲۸/۱۵) و «دلیل عقلی» و «سنت کلیسایی» (غوری، ۱۱۵) می‌داند. پاپ در اظهار نظر خویش از اشتباه پاک است. وی هیچ‌گاه در فرمان‌های رسمی پاپی در جایگاه رهبری مسیحیان اشتباه نمی‌کند. مقام عصمت و خطاناپذیری پاپ یک امتیاز الهی است که در شورای جهانی مسیحیان، شورای اول و دوم واتیکان تأیید و تصویب گردید (لین، ۴۸۱ و ۴۹۳؛ کونگ، ۲۲۷؛ اینارمولند، ۹۱ و ۹۲؛ وورست، ۴۳۸). در متن تصویب شده پیرامون خطاناپذیری پاپ در شورای واتیکان اول برای اثبات این اصل ایمانی و عقیدتی بر «سنت مسیحی»، «ترفیغ و تکریم مذهب کاتولیکی»، «نجات مسیحیان»، «مکاشفه الهام الهی»، «تأیید شورای مقدس»، «مساعدت و کمک الهی»، «جان‌شینی پطرس»، «اقتدار عالی رسولی» و «انجام وظیفه تعلیم و آموزش مسیحیان» تکیه شده است (ورست، ۴۳۸-۴۴۰؛ لین، ۴۸۱؛ زیبایی نژاد، ۲۶۷). در سند مسیحی شورای واتیکان دوم نیز اصل «اقتدار آموزشی قدسی پاپ» در عرض «کتاب مقدس» و «سنت مقدس» به عنوان منبع سوم معتبر مسیحی شناخته شد که با هدایت روح القدس کلام خدا را دریافت می‌کند و به نام عیسی مسیح آموزش می‌دهد (مصطفوی کاشانی، ۱۳۹-۱۴۱، ۱۴۸ و ۱۴۷). بنابراین، فرمان‌های پاپ و آموزه‌های دینی وی، مصوبات شورای جهانی کلیسا و واتیکان و مسیحیان با حضور پاپ و تأیید و تصویب وی، منبع معتبر دیگری برای شناخت شخصیت‌های مقدس مسیحی و حکم اهانت به آنان می‌باشد.

حضرت مریم - علیها السلام - در جایگاه برتر

مریم چهره بسیار جذاب و پر از قداست و حرمت است. پس از عیسی مسیح هیچ شخصیتی به موقعیت و جایگاه مریم مقدس نمی‌رسد. او بر همه رسولان و شاگردان عیسی برتری داشت (ورست، ۵۲۳). احترام، عزت، عظمت و جلال حضرت مریم روز به روز در بین مسیحیان رشد و افزایش یافت و به صورت سرسپردگی عمومی درآمد، گریدی، ۱۶۵). چهره انسانی و دوست داشتنی ملکه ملکوت حضرت مریم به

عنوان یک زن، آن گونه که در هیئت «مریم عذرا با ردای بلند» نمایان است بی نهایت معروف و مشهور گشت، به ویژه به عنوان مددکار بینوایان، مردم ستمدیده و بی کس (کونگ، ۱۶۸). کم کم در دل عموم مردم حضرت مریم مقامی ارجمندتر و شامخ تر از خود مسیح احراز کرد، به گونه‌ای که مردم با دیده پرستش به او نگریستند و او را شفیع و واسطه خدا و انسان دانستند. برناردینوس در قرن پانزدهم میلادی در این خصوص مبنای تعلیمات خود را این طور قرار داده بود که مادر برتر از پسر است، پس مریم برتر از خداست (الدر، ۵۱). حضرت مریم به عنوان ملکه آسمان ارتباط با ارزشی بین عیسی و مسیحیت برقرار کرد؛ او چهره زنانه خدا را آشکار کرد و اهمیت دائمی معنوی مردمی او انکارناپذیر است. وی نخستین زن در تاریخ مسیحیت است که پیش از مسیح و نیز در زمان حیات زمینی و زمان بر صلیب رفتن و رستخیز او زنده بود و برای همه مسیحیان، چه مرد و چه زن، الگو است. او به نظر بسیاری از مسیحیان، پس از خود مسیح دومین کسی است که آشکارکننده معنای درونی مسیحیت است (کاکس، ۷۱). شاهکار خطرناک و بسیار ارزشمند حضرت مریم در زندگی اش پذیرش بارداری و آبستنی از روح القدس و زایش معجزه آسای مسیح است که شان و مقام عالی بی نظیری بود (کاکس، ۶۷؛ وورست، ۵۹). بدین سان مریم با پذیرش خواسته خدا که می توانست آن را رد کند چون آزاد بود، در حقیقت حادثه‌ای را ممکن ساخت که بدون آن مسیحیت وجود نمی یافت: خدا «جسم گردید و در میان ما ساکن شد». این «آری» مریم، به هر معنایی که باشد بیان کننده این است که مریم با اطمینان کامل به محبت خدا و اشتیاقش برای پذیرش زحمات و ننگ اجتماعی، که ناچار به این خاطر که بدون ازدواج کودکی آورده بود به او نسبت داده می شد، نقش انکارناپذیری در ماجرای نجات ایفا کرد (کلارک، ۱۰؛ کاکس، ۶۷ و ۶۸).

سیمای حضرت مریم در کتاب مقدس

کتاب مقدس مسیحیان از دو بخش عهد قدیم و عهد جدید تشکیل شده است. این هر دو بخش برای تمام مسیحیان ارزشمند و محترم است و برای تبیین حکم شرعی به هر دو عهداستناد می کنند.

مریم مقدس در عهد قدیم

در عهد قدیم دو بار از مریم یاد شده است. در نخستین بار آن بشارت «حوای نوین» نهفته است. زمانی که حوا همسر حضرت آدم در دام فریب مار گرفتار گردید و در بهشت از شجره ممنوعه خورد، خدای متعال در هنگام لعنت کردن مار چنین گفت: «عداوت در میان تو و زن و در میان ذریّت تو و ذریّت وی می گذارم. او سر تو را خواهد کوبید و تو پاشنه وی را خواهی زد» (سفر پیدایش، ۱۵/۳). «ذریّت زن» در تفسیر نویسندگان مسیحی همان منجی پیروز و زن نیز مادر باکره و همان «حوای دوم» است. قدیس ژوستین شهید (د. ۱۶۲ م.) نخستین گواه این ادعا است. او چنین می گوید: «او که از باکره مولود شد انسان گردید تا آن نافرمانی ای را که به واسطه مار به وجود آمده بود به همان شیوه ای که آغاز شده بود پایان دهد؛ زیرا حوا تا آن زمان باکره ای سالم بود از سخنان مار فریفته شد و نافرمانی و مرگ را به دنیا آورد. اما مریم باکره با ایمان و شادمانی پرشد، آن هنگام که جبرئیل فرشته این بشارت سرورآمیز را به وی داد که روح خدا بر او خواهد آمد، قدیس ایرنیوس (د. ۲۰۲ م.) که اولین متفکر الهی درباره مریم خوانده می شود این مقایسه را به این صورت بسط و توسعه می دهد: «حوا که زن آدم و با این حال هنوز باکره بود. . . نافرمانی کرد و بنابراین مرگ را بر خود و تمام نسل بشری آورد. مریم نیز که مانند حوا نامزد شده و در عین حال باکره بود، به وسیله اطاعت خویش باعث نجات خود و تمام نسل بشر گردید. . . اگر چه یکی نسبت به خدا نافرمانی کرد، دیگری اطاعت را به جا آورد و بنابراین مریم باکره شفیع و مدافع حوای باکره گردید و هم چنان که نسل بشر به وسیله یک باکره به مرگ محکوم شد به همین

شکل نیز به واسطه اطاعت باکره ای دیگر به تعادل می رسد». نویسندگان بعدی مسیحی کاربرد تفکر حوای نوین را گسترده تر کردند. قدیس آمپروز (د. ۴۲۰ م.) می گفت: «حوا مادر نسل بشر نامیده می شود. اما مریم مادر نجات». او این مقایسه را به شکل یک قاعده کلی بیان می کند: مرگ از طریق حوا حیات از طریق مریم. قدیس افریم (د. ۳۷۵ م.) گفت: «شکوه دوست داشتنی انسان که از طریق حوا از بین رفت از طریق مردم به انسان بازگشت. این مار بود که پاشنه حوا را زد، این پای مریم بود که مار را لگدکوب کرد» (بهرام محمدیان و دیگران، ۴۰۵). در حدود هفتصد سال پیش از آبتنی حضرت مریم نیز در عهد قدیم اشعیای نبی درباره باکره بودن و وعده ظهور مسیح نوشت: «خود خداوند به شما آیتی خواهد داد: اینک باکره آبتن شده پسری خواهد زایید (اشعیاء، ۱۴/۷).

مریم مقدس در عهد جدید

گرچه مریم در عهد جدید حضور کم رنگی دارد و تنها بخشی محدود از زندگانی وی در کتاب مقدس گزارش شده است، اما منشا و زیربنای شخصیت مقدس وی، همان مطالب موجود در کتاب مقدس است. مریم به عقد یوسف درآمده بود و قبل از آن که به خانه شوهر برود به وسیله روح القدس آبتن شد (متی، ۱۸/۱). جبرئیل فرشته الهی بارداری مریم از روح القدس را به خود وی (لوقا، ۳۵/۱) و همسرش یوسف (متی، ۲۰/۱) یادآوری کرد. بنابراین باکره و دوشیزه (متی، ۲۳/۱ و ۲۵؛ لوقا، ۳۴/۱؛ دوران، ۶۵۸/۳؛ رابرتسون، ۲۵؛ وورست، ۵۹) بود که آبتن شد و معجزه الهی روی داد و عیسی را به دنیا آورد. جبرئیل امین بر مریم وارد شد (کلارک، ۹؛ لوقا، ۲۶/۱ و ۲۷؛ هاکس، ۲۷۸) و گفت: سلام ای کسی که مورد لطف هستی، خداوند با تو است. مریم از آنچه فرشته گفت مضطرب شد و ندانست که معنی سلام چیست. فرشته به او گفت: ای مریم! نترس؛ زیرا خداوند به تو لطف فرموده است. تو آبتن خواهی شد و پسری خواهی زایید و نام او را عیسی خواهی گذارد... مریم به فرشته گفت: این چگونه

ممکن است؟ من با هیچ مردی رابطه نداشته‌ام. فرشته به او پاسخ داد: روح القدس بر تو خواهد آمد و قدرت خدای متعال بر تو سایه خواهد افکند... مریم گفت: باشد، من کنیز خداوند هستم، همان‌طور که تو گفتی بشود. فرشته از پیش او رفت (لوقا، ۲۸/۱-۳۵). در این گفتگوی حضرت مریم با فرشته وحی الهی «برگزیدگی مریم»، «لطف الهی نسبت به وی»، «تصریح بر باکره بودن او»، «آبستنی با قدرت الهی و فرود روح القدس بر وی» و «روحیه تسلیم و فرمانبرداری مریم» نمایانگر شخصیت مقدس آن حضرت است. مریم با الیزابت مادر یحیی دیدار کرد، به خانه زکریا وارد شد بر الیزابت سلام کرد. با شنیدن سلام مریم بچه در رحم الیزابت تکان خورد و از روح القدس پر شد و با صدای بلند به مریم گفت: تو در بین زنان «متبارک» هستی و مبارک است ثمره رحم تو! من کی‌ام که مادر خداوندم به دیدنم بیاید؟ همین که سلام تو به گوش من رسید بچه از شادی در رحم من تکان خورد (لوقا، ۳۹/۱-۴۴). در گفتگوی این دو زن با ایمان و با تقوا، مادر پیامبر خدا یحیی مریم را وجودی «متبارک» و «مادر خداوند» نامیده و با دریافت سلام مریم از روح القدس پر شده است. در پایان این گفتگو، حضرت مریم سخنی گفت که مهم‌ترین سخن وی در کتاب مقدس است (کاکس، ۶۹ و ۷۰). او در این سخن خودش را کنیز حقیر و ناچیز خدا شمرده و خدا را به دلیل لطفش بر خود ستوده و تأثیر مهمی را که عیسی بر جهان خواهد گذاشت پیشگویی کرده است. مهم‌ترین سخنی که در کتاب مقدس از حضرت مریم مادر مسیح آمده همین سخنان آتشین است. او در این سخن تأثیر مهمی را که عیسی بر جهان خواهد گذاشت پیشگویی کرده و چند نمونه از اقدام‌های انقلابی آن حضرت را بر شمرده است. وی در این سخن که به سرود مریم شهرت یافت می‌گوید: جان من خداوند را می‌ستاید و روح من در نجات دهنده من، خدا، شادی می‌کند؛ چون او به کنیز ناچیز خود نظر لطف داشته است. از این پس همه نسل‌ها مرا خوشبخت خواهند خواند؛ زیرا آن قادر مطلق کارهای بزرگی برای من کرده است. نام او مقدس است، رحمت او پشت در پشت برای کسانی است

که از او می ترسند، دست خداوند با قدرت کار کرده است، متکبران را با خیال‌های دلشان تار و مار کرده، و زورمندان را از تخت‌های شان به زیر افکنده، و فروتنان را سربلند کرده است. همو گرسنگان را با چیزهای نیکو سیر کرده و ثروتمندان را تهی دست روانه ساخته است. به محبت پایدار خود، از بنده خود اسرائیل حمایت کرده است، همان‌طور که به اجداد ما یعنی به ابراهیم و به اولاد او تا به ابد وعده داد (لوقا، ۱/۴۶-۵۵). این گزارش از کارها و اقدام‌های انقلابی عیسی از مادرش حضرت مریم گزارش واقعی از زندگانی یک انقلابی بزرگ است. فروپاشی حکومت دیکتاتورها و نابودی طاغوت‌ها و زورمندان، تارومار کردن متکبران و گردنکشان، گرفتن ثروت سرمایه داران و سیر کردن گرسنگان بخشی از اقدام‌های زیر بنایی و بنیادی عیسی در مسیر انقلاب اجتماعی و سیاسی دینی است. هاروی کاکس با اشاره به این سخن حضرت مریم می گوید: این سروده که «تسبیح مریم» خوانده می شود، ارزش‌های فرمانبرداری و تسلیم خدا بودن را به شدت ارج می نهد. در این جا مریم از پراکنده کردن متکبران، خوار کردن حاکمان امپراتوری، غذا دادن به گرسنگان و دست‌خالی روانه کردن ثروتمندان سخن می گوید. هیچ عجیب نیست که مریم گاهی الهام بخش جنبش‌هایی از نوع قیام اجتماعی بوده باشد. برای مثال گروه‌های انقلابی روستایی مکزیکی امیلیانو زاپاتا (Emiliano Zapata) در مکزیکوسیتی در حالی راهپیمایی می کنند که تصاویری از خانم گوادالوپ (Guadalupe) یکی از ظهورهای مریم را در نوارهای کلاه‌های خود قرار داده اند (کاکس، ۷۰ و ۷۱). مریم سه ماه نزد الیزابت ماند و سپس به منزل خود بازگشت (لوقا، ۱/۵۶). وی در عصر زمامداری هیرودیس در بیت لحم عیسی را به دنیا آورد (متی، ۱/۲؛ لوقا، ۱/۲-۷)، گفتگوی فرشته با چوپانان در اطراف جایگاه زایش عیسی را شنید و درباره آن عمیقاً اندیشید (لوقا، ۸/۲-۱۹). مجوسیانی که از مشرق برای دیدن و پرستش عیسی به اورشلیم آمده بودند در بیت لحم حضرت مریم و عیسی را دیدند، بی نهایت خوشحال شدند، به روی درافتادند و او را پرستش کردند و هدایای

خود را به او تقدیم داشتند (متی، ۱/۲-۱۲) مریم با همسر و فرزندش به مصر (متی، ۱۳/۲-۱۵) و از آنجا به ناصره رفت و در آنجا ساکن گردید (متی، ۲۳/۲). در دامن مریم، عیسی بزرگ و تربیت شد، به رسالت و پیامبری برانگیخته شد و مردم را دعوت کرد. زمانی هم که به صلیب کشیده شد فرزندش در پای دار حاضر بود و درد و رنج او را مشاهده کرد وقتی عیسی مادر خود را دید که کنار یوحنا، شاگردی که دوستش می داشت، ایستاده است به مادر گفت: مادر این پسر تو است و به شاگرد خود گفت: این مادر تو است و یوحنا او را به خانه خود برد (یوحنا، ۱۹/۲۵-۲۷). گرچه در کتاب مقدس دو برخورد سرد از عیسی نسبت به مادرش گزارش شده است (متی، ۱۲/۴۶-۵۰؛ مرقس، ۳/۳۱-۳۵؛ لوقا، ۸/۱۹-۲۱؛ یوحنا، ۱/۲-۵)، اما در آستانه رحلت زمانی که روی صلیب رنج می دید مادر خود را از یاد نبرد و شاگرد محبوب خود یوحنا را مأمور نگهداری او کرد (یوحنا، ۱۹/۲۵-۲۷؛ کلارک، ۲۷۶).

سیر صعودی احترام مریم مقدس در کلیسا

اعتبار، احترام و قداست حضرت مریم در نزد مسیحیان و در کلیسا به تدریج افزایش یافت. سران مسیحیان جهان در شوراهاى عمومى، «احکام» جدیدی درباره حضرت مریم صادر کردند و تصمیم‌های مهمی گرفتند. وی در الهیات مسیحی و زندگانی کلیسایی موقعیت خاصی پیدا کرد. کلیسا «چهارحقیقت» را درباره حضرت مریم به شیوه‌ای رسمی و جدی اعلام کرده است: «مادر خدا»، «بکارت مادام العمر»، «لقاح مطهر و آزادی از گناه نخستین» و «صعود به آسمان». این چهار امتیاز در اصول دین مسیحیت قرار گرفت و اعتقاد و ایمان به آنها بر همگان لازم شمرده شد. به سال ۴۳۱ م. سومین شورای جهانی کلیسا در افسس تشکیل شد. در متن بیانیه‌ای که این شورا صادر کرد پس از تأکید بر خدای کامل و انسان کامل بودن عیسی مسیح و همداتی خدای پسر و پدر آمده است: برطبق این ادراک از وحدت اختلاط ناپذیر دو طبیعت، ما اعتراف می کنیم که باکره مقدس مادر خدا است، زیرا کلمه خدا متجسم و انسان شد و

از زمان لقاح خود کلمهٔ بدنی را که از مریم مقدس گرفته بود با خود متحد کرد (لین، ۹۷). بنابراین، شورای افسس «مادر خدا» را به جای «مادر مسیح» به کار برد و قداست حضرت مریم را افزایش داد و از ایشان با لقب مادر خدا یاد کرد (دورانت، ۱۰۰۲/۴؛ کونگ، ۱۶۷؛ مولند، ۵۲). اعتقاد نامه‌ای که شورای کلسدون به سال ۴۵۱م. تصویب کرد دربارهٔ باکره بودن و مادر خدا بودن مسیح می‌گوید: عیسی مسیح پیش از خلقت جهان، از خدای پدر در مقام خدا به وجود آمده بود که در روزهای آخر از مریم «باکره»، «مادر خدا» همچون انسان به دنیا آمد (لین، ۱۰۵). در دومین شورای قسطنطنیه به سال ۵۵۳م. آموزه «بکارت همیشگی» حضرت مریم در آموزه‌های رسمی کلیسا قرار گرفت: بنابراین، او پیش از تولد عیسی و در حال تولد و پس از آن تا آخر عمر باکره بوده است (مولند، ۵۲، ۵۳ و ۹۷) کاتولیک‌ها برای تثبیت آموزه همیشه باکره بودن حضرت مریم آنچه را در کتاب مقدس دربارهٔ خواهران و برادران عیسی مسیح بود به خویشاوندان وی تأویل کردند (زیبایی نژاد، ۲۴۵؛ مولند، ۹۷). در نوزدهمین شورای عمومی و جهانی کلیسا، شورای ترنت در قرن ششم میلادی به طور کلی مریم مقدس عاری از گناه نخستین شناخته شد (لین، ۳۶۰، ۳۶۱ و ۴۷۶؛ زیبایی نژاد، ۲۸). در قرن هفتم عصمت و عاری از گناه بودن مریم باکره پذیرش عمومی یافت. جای این سؤال وجود داشت که چه زمانی وی از گناه وارسته شده است؟ داتراسکوتوس این نظر را مطرح کرد که لقاح حضرت مریم لقاح مطهر بوده است و از همان لحظه لقاح، وی از هر گناهی پاک بوده است. در سال ۱۸۵۴م. پاپ پیوس نهم در یک فرمان آموزه لقاح مطهر و آبستنی معصومانه را یکی از اصول ایمانی کلیسا قرارداد (لین، ۴۷۶؛ دورانت، ۱۰۰۴/۴). او حکم کرد که مادر عیسی از همه لوازم سقوط آدم و نتایج گناه آلود برای بقیهٔ انسانیت کاملاً پاک است. این حکم اوج احترام روزافزون به مریم از نیمه دوم قرون وسطا است (وورست، ۴۴۷؛ لین، ۴۷۶ و ۴۷۷). او با وضع یک قاعده، مسئلهٔ عصمت و طهارت مریم عذرا را طرح کرد و آن را یکی از اصول دین مسیحیت اعلام داشت (مولند، ۹۷). بر طبق

این اصل هر کاتولیک مؤمنی باید معتقد شود که مریم، مادر عیسی، برای آن که اهلیت و استحقاق مادری عیسی مسیح را داشته باشد از گناه اصلی و ذنب ازلی پاک بوده و بالفطره طاهر و معصوم متولد شده است (ناس، ۶۹۱). متن فرمان پاپی پیوس نهم چنین بود: از آنجا که ما باتواضع و روزه، هرگز از تقدیم دعا‌های خود و کلیسا به خدای پدر از طریق پسرش دست برداشته‌ایم، تا از روی لطف، ذهن ما را با قدرت روح القدس هدایت و تقویت کند، پس از کمک خواستن از همه سپاه آسمانی و توسل در حال زانو زدن به روح القدس فارقلیط، با الهام او و برای احترام به تثلیث مقدس و تقسیم ناپذیر و برای شکوه و زینت «باکره مقدس»، «مادر خدا»، و برای ستایش ایمان کاتولیکی و برای ترویج دین مسیحی، با اقتدار، اعلام و اظهار و تعریف می‌کنیم: مریم باکره مبارک از همان نخستین لحظه لقاح و بارداری‌اش، به فیض و رحمت ویژه و بی نظیر خدای قادر مطلق، نظر به فضیلت و شایستگی‌های عیسی مسیح منجی بشریت از هر اثر گناه اولیه حفظ شده و مطهر و مبرا بوده است. این آموزه، اعتقادی است که خدا آن را وحی کرده و توسط خدا مکشوف شده است. بنابراین، همه مؤمنان باید از صمیم قلب و پیوسته به این آموزه ایمان داشته باشند (وورست، ۴۴۷ و ۴۴۸؛ لین، ۴۷۶ و ۴۷۷). این اصل لقاح مطهر و آبستنی معصومانه از اصول ایمانی اصلاح نشدنی و خطاناپذیر پاپی و دائمی کلیسا است (لین، ۴۷۵). در شورای واتیکانی اول ۱۸۷۰م. آموزه لقاح مطهر یکی از ارکان مسیحیت شناخته شد (بستانی، ۷۸۴/۵؛ لین، ۴۷۸). پاپ لئوسیزدهم در ۱۸۹۱م. در بخشنامه پاپی اعلام داشت: همان گونه که خدا خود اراده کرده است، هیچ چیزی جز به وسیله مریم از سوی او به ما بخشیده نمی‌شود. بنابراین، همان‌طور که هیچ کس جز به وسیله پسر نمی‌تواند به پدر اعلی نزدیک شود، به همین صورت نیز هیچ کس جز توسط مادر مسیح، نمی‌تواند به پسر نزدیک شود (لین، ۴۸۴). باور «صعود و معراج حضرت مریم» نخستین بار در قرن چهارم میلادی در کتاب «مراجعت مریم مقدس» منسوب به پاپ هیلاریوس مطرح شده است: مریم که پس از به صلیب کشیدن عیسی

و رستاخیز و صعود وی زنده بوده است ۲۲ سال پس از مرگ عیسی مسیح توسط فرشتگان به آسمان برده شده است (آشتیانی، ۱۴۶). در قرن بیستم، پاپ پیوس دوازدهم در سال ۱۹۵۰م. در مرامنامه رسالتی خود، باور «صعود و معراج حضرت مریم پس از مرگ» را جزو اصول ایمانی مسیحیت و عقیده دینی ضروری تعریف کرد (مولند، ۱۸۰؛ لین، ۴۱۷، ۴۱۸، ۴۸۳). کارل گوستاو یونگ (Carl Gustar Jung) زمانی نوشت: اعلام عقیده «صعود مریم» در سال ۱۹۵۰م. مهم ترین حادثه در جهان مسیحیت از زمان اصلاحات بود، چون جنس مونث را تا مکان امنی در الوهیت بالا برد (کاکس، ۷۱). در بیانیه و مرامنامه رسالتی پاپ پیوس دوازدهم آمده است: از آنجا که عیسی مسیح قادر بوده حضرت مریم را چنان مکرم بدارد که وی را از فساد قبر محفوظ نگاه دارد، ما باید ایمان داشته باشیم که وی چنین کرده است... مادر شوکتمند خدا... در نهایت به عنوان تاجی که مکمل امتیازهای او بود، برای این که از فساد قبر در امان ماند، همچون پسر خود که قبل از وی چنین شد، برای غلبه بر مرگ، باید با بدن و جان خود در جلال الهی ملکوتی برافراشته می شد تا در آنجا، بر دست راست خود، پادشاه نامیرای همه اعصار، همچون ملکه حکمروایی کند (لین، ۴۸۳). پاپ پیوس دوازدهم چند بار ویژگی های مربوط به مریم را در دینداری عمومی مورد التفات و تأیید قرار داد. وی در هشتم دسامبر سال ۱۹۴۲م. سراسر جهان را به قلب پاک مریم اهدا کرد تا به آرزوی مریم در مادونای فاطمه تحقق بخشیده باشد. ابتدا پرتغال به تنهایی در هفته های اول این اهدا را دریافت کرد. بعد در ۱۹۴۷م. این امر برای کانادا تکرار شد و نیز در ۱۹۴۹م. برای انگلستان، در ۱۹۵۰م. برای فرانسه و در ۱۹۴۵م. برای آلمان. پرستش قلب مقدس مریم به اضافه قلب مقدس عیسی جنبه قابل توجهی از دین داری مریمی است که به وسیله پاپ تثبیت شده است (مولند، ۱۸۱). در شورای واتیکانی دوم ۱۹۶۵م. آموزه مریم در فصل نهایی سند قرار گرفت و در آن تمام آموزه های سنتی در مورد مریم، از جمله آموزه های لقاح مطهر و صعود وی به آسمان مجدداً تصدیق شد، نقش مریم در امر

نجات به روشنی تعریف گردید و تصریح شد رضایت خاطر وی برای تجسم عیسی ضرورت داشت و فعالانه در امر نجات انسان ها با مسیح همکاری دارد و وی به جهان حیات می بخشد، مرگ توسط حوا و حیات توسط مریم نازل شده است و هنگامی که عیسی بر صلیب رنج می کشید وی نیز در رنج کشیدن با عیسی با وی متحد گشت. مریم شفیع است یعنی کسی که بین ما و خدا شفاعت می کند و این به هیچ وجه واسطه بودن مسیح را کم رنگ نمی سازد یا آن را خدشه دار نمی کند. بلکه قدرت آن را نشان می دهد (لین، ۴۹۰؛ محمدیان و دیگران، ۴۱۰). ویل دورانت درباره جایگاه مریم در مسیحیت و رشد پایگاه مردمی مریم در مسیحیت نوشته است: خود مردم در باغ معنوی قرون وسطی، زیباترین گل را به وجود آوردند و مریم را محبوب ترین شخصیت تاریخ کردند... مردم، به میل و نظر خویش، رعب‌هایی را که علمای الهی توصیف کرده بودند به کمک شفقت مادر مسیح کاهش دادند. از این‌رو، گناهکاران برای تقرّب به مسیح دست به دامان مریم می زدند که هیچ کس را نمی راند و فرزندش نمی توانست شفاعت او را بپذیرد. رهبانی کایساریوس نام، اهل هایستر باخ نقل می‌کند... یکی از برادران عامی فرقه سیسترسیان را شنید که در مناجات خویش به عیسی می گفت: خداوندا اگر تو مرا از بند این وسوسه نرہانی شکایت تو را به مادرت خواهم کرد. مؤمنان آن قدر مریم عذرا را شفیع می ساختند و به درگاهش دعا می کردند که عیسی در اذهان مردم به صورت مردی حسود در آمده بود... در واقع مادر، یعنی قدیمی ترین شخص در آیین پرستش به صورت سومین اقنوم از اقانیم ثلاثه جدید درآمد. همه کس در تمجید و عشق نسبت به وی شریک شدند... احساساتی ترین اشعار قرون وسطی سرود روحانی ای بود که با شعور و گرمی تمام جلالش را اعلام می داشت و کمکش را خواستار می شد. صورت‌هایی از وی همه جا، حتی در گوشه معابر، چهار راه‌ها و کشتزارها نصب شد. سرانجام، در قرون دوازدهم و سیزدهم، با عالی‌ترین تجلیات احساسات مذهبی در تاریخ، فقیر و غنی، خرد و کلان، روحانی و

عوام، و هنرمند و صنعتگر اندوخته‌ها و مهارت‌های خویش را برای تجلیل و تکریم مریم در هزاران کلیسای فخیم به کار بردند. این کلیساها تقریباً همه به نام وی بودند یا نمازخانه مخصوصی را به عنوان باشکوه‌ترین قسمت کلیسا به زیارتگاه وی اختصاص داده بودند. دین جدیدی پدید آمده بود و شاید مذهب کاتولیک با جذب این کیش نوین پایدار ماند. یک انجیل مریم به وجود آمد که مقامات شرع را در آن دستی، نبود عقل از تصور آن حیران می‌ماند و لطافت آن به وصف در نمی‌آمد. مردم افسانه‌ها را خلق می‌کردند و راهبان آن‌ها را به کتابت در می‌آوردند. ویل دورانت در ادامه گزارش مریم‌گرایی مسیحی مردمی تعدادی از داستان‌های راجع به قدرت و شفاعت مریم را آورده و نوشته است: کلیسا نمی‌توانست به این گونه داستان‌ها روی موافق نشان دهد. لکن حوادث مهم زندگانی مریم را به صورت جشن‌ها و اعیاد بزرگی در آورد. از آن جمله بود: عید بشارت، عید دیدار مریم، تطهیر عذرا و عید صعود مریم... . مریم پرستی مذهب کاتولیک را از صورت یک مذهب رعب آور که شاید برای قرون تیرگی ضروری بود به یک مذهب ترحم و محبت مبدل کرد... کلیسا در هنرهای زیبا و سرودهای روحانی و لیتورژی، از سر عقل، جایی برای مریم پرستی باز کرد (دورانت، ۱۰۰۲/۴-۱۰۰۵). حرمت و قداست فوق‌العاده و بی‌انتهای مریم در بین مسیحیان از گفتار و رفتار آنان روشن می‌شود: جشن‌ها و اعیادی که به نام و یاد حضرت مریم در مسیحیت به وجود آمد نشانه تعظیم و تکریم فراوان و بی‌حد و حصر مسیحیان برای مریم است. علاوه بر جشن‌های عید بشارت، عید دیدار مریم، عید بارداری پاک (کاکس، ۲۸) و عید صعود جسمانی و روحانی مریم به آسمان (الدر، ۵۱)، پاپ پیوس دوازدهم جشنواره جدیدی را به افتخار مریم به عنوان «ملکه آسمان و زمین» پی ریزی کرد که باید درسی و یکم ماه مه هر سال برگزار شود. این مکملی است برای جشن مسیح پادشاه که از سابق برگزار می‌شده است (مولند، ۱۸۱). هاروی کاکس با اشاره به برخی اختلاف‌ها بین مذاهب مسیحی درباره حضرت مریم می‌نویسد: با وجود

این اختلاف‌های عقیدتی درباره مریم، باز هم او تقریباً در میان همه مسیحیان چهره ای بسیار محبوب و محترم است. او یک چهره محوری برای پرستش عمومی و موضوع مناسبی برای هنرمندان است (صدها تصویر مریم مربوط به رنسانس ایتالیا را در نظر آورید). او در چوب، سنگ، پلاستیک و سیمان، درحالی که نوزادی را در بغل گرفته و یا بدون وی، بر روی داشبورد اتومبیل‌ها و طاغچه‌ها و در باغ‌ها، حیاط‌های جلو و سرداب‌ها، در هر جای جهان به صورت آرامی ایستاده است. برخی از مردم معتقدند که او باز در مکان‌هایی مانند لورد، فاطیما و اخیراً مدیوگوری در یوگسلاوی، به منظور الهام، تشویق و آموزش کسانی که خواهند شنید، ظاهر می‌شود. پس از «دعای خداوند» که عیسی به شاگردانش تعلیم داد، دعای «سلام بر مریم» احتمالاً بیش از هر دعای دیگری در جهان مسیحیت خوانده می‌شود (کاکس، ۶۸ و ۶۹). کارل هاینس دشنر در زمینه حضور و نقش مریم مقدس در نبردهای مسیحیان می‌گوید: به نام عیسی مسیح و به نام مادر مقدس، در همه جبهه‌ها، اسقف‌های اسپانیا شادی می‌کردند... درست مانند جنگ حبشه، برای سربازان فرانکو نیز مادر مقدس نقش مهمی بازی می‌کرد، مدافعان شهر الکازار و حتی فرمانده آن‌ها، همگی خود را سربازان و فدائیان مریم مقدس می‌دانستند، یا آن‌گونه که اسقف دیازه‌ی. گومارس گفته است: جنگجویان ما نجات دهنده مریم باکره اند و فاتح دشمن نابکار. رزمندگان صلیبی شمایل مریم مقدس را در سوگواری‌ها حمل می‌کردند (هاینس دشنر، ۳۷ و ۳۸).

حکم اهانت به مریم مقدس

تصور جایگاه بی نظیری که مسیحیت برای تنها شخصیت مقدس مهم خویش قائل، از جنبش زنان، است راهنمای پژوهشگران دینی به سوی درک حکم انکار مقام‌ها، فضایل و درجات مریم مقدس و اهانت به این شخصیت مقدس بزرگ است. دختر باکره‌ای که روح القدس بر وی وارد شد و آبستنی و زایش معجزه آسای مسیح را

پذیرفت، با ولادت حضرت عیسی در به وجود آوردن دین مسیحیت نقش اساسی داشت، جبرئیل امین بر وی نازل شده است و در رنج های دوران بعثت عیسی و به صلیب کشیدن وی شریک بود و مسیحیان جهان او را «پاک از گناه» و «مادر خدا» و «ملکه آسمان و زمین» و «شریک عیسی در نجات بشر» می نامند هرگز اسائه ادب و بی حرمتی را نمی پذیرد و کوچکترین اهانت به وی گناهی بسیار بزرگ و جرمی سنگین و خطرناک است. امتیازهای فراوان و ارزشمند و صفات ویژه الهی بی نظیر، زیر بنای تعظیم، تکریم و تقدیس حضرت مریم شده و همگان را به تجلیل و بزرگداشت وی وا داشته است. این امتیازها چنان قداست و قدرتی به مریم داد که سرکشان و شکاکان و هجاگویان و کفرگویان را نیز از بی حرمتی به وی بازداشت و درعمل اهانت به وی غیرممکن گردید. ویل دورانت این سطح گریز از بی حرمتی و اهانت گریزی را گزارش کرده است: سرکشانی چون آبلار، سر در برابر مریم خم کردند. هجاگویانی چون روتبوف و شکاکان لاف و گزاف گویی مانند دانشوران خانه به دوش هرگز جرئت نکردند کلمه ای نسبت به او بی حرمتی کنند. شهسواران قسم خوردند که خود را وقف خدمت وی کنند و شهرها کلیدهای خود را در پای تندیس وی می نهادند. طبقه بورژوازی در حال رشد مریم را مظهر تقدیس مادری و خانواده دید. مردان خشن اصناف، حتی دلاوران کفرگوی سربازخانه ها و میدان های جنگ، در برداشتن دعا به درگاه مریم و نهادن تحفه ها به پای پیکره او با دختران دهاتی و مادران محرومیت چشیده رقابت می کردند (دورانت، ۱۰۰۳/۴). کایساریوس راهب اهل هایستر باخ می گوید: شیطان جوانی را فریفت تا به امید ثروتی سرشار مسیح را انکار کند. لکن هر چه وسوسه کرد جوان حاضر به انکار مریم نشد. هنگامی که جوان توبه کرد، مریم عذرا فرزند خویش را ترغیب کرد تا جوان را ببخشد (دورانت، ۱۰۰۲/۴ و ۱۰۰۳). مسیحیان عدم پذیرش هریک از امتیازهای مریم مقدس را نکوهش کرده و مستوجب مجازات دانسته اند. نستوریوس اسقف قسطنطنیه در قرن پنجم بود. وی لقب «مادر خدا» برای

مریم را رد کرد. سیریل اسکندریه ای نامه ای شدیدالحن به نستوریوس نوشت و از وی خواست دوازده «ملعون باد» را امضا کند؛ یعنی دوازده گزاره ای را که سیریل آن‌ها را بیانگر افکار بدعت آمیز او می دانست محکوم کند. نستوریوس نپذیرفت. شورای افسس وی را از مقام اسقفی خلع کرد. نخستین «ملعون باد» در موضوع «مادر خدا» بودن مریم بود. در آن «ملعون باد» آمده بود: اگر کسی اعتراف نکند باکره مقدس، مادر خدا است و نیز اگر اعتراف نکند که او در جسم خود کلمه خدا را که جسم گردید به دنیا آورد ملعون باد (لین، ۹۲-۹۵). پاپ پیوس نهم در سال ۱۸۵۴م. در حکمی که آبستنی بدون آلودگی مریم و پاکی و عصمت وی از گناه نخستین را اعلام داشت در پی تاکید بر ضرورت ایمان قاطع و پیوسته همه مسیحیان به طهارت مریم نوشت: پس اگر کسی خدای نخواستہ جرأت کند و دردل خود به گونه ای دیگر غیر از آنچه ما بیان کرده ایم، بیندیشد باید بداند و کاملاً بفهمد که با داوری خویش محکوم خواهد شد. وی کشتی ایمانش را در هم شکسته و از وحدت کلیسا دور افتاده است. افزون بر این، طبق همین حکم، اگر با گفتاری نوشتاری هر وسیله دیگر، آنچه را در دلش می اندیشد بیان کند، خودش را در معرض کیفرهایی که در قانون مقرر شده است قرار خواهد داد (وان وورست، ۴۴۸؛ الدر، ۵۱). پاپ در این حکم حتی «اندیشه» ناهماهنگ با آبستنی معصومانہ مریم را محکوم کرده و در هم شکستن ایمان و دور افتادن از کلیسا دانسته و گفتار و نوشتاری غیر از این آموزه پاپی پیرامون مریم مقدس را مستحق کیفر قانونی شناخته است. اگر اندیشه یا گفتار و نوشتاری که با آموزه پاپی درباره پاکی و عصمت مریم مطابق نباشد بی حرمتی تلقی شود و مستوجب مجازات باشد قطعاً و به طریق اولی، اهانت به آن حضرت، عامل محکومیت و در هم شکسته شدن ایمان و دور افتادن از کلیسا و شایسته کیفر و مجازات است. پاپ پیوس دوازدهم در نوامبر ۱۹۵۰م. صعود و عروج مریم را در اصول عقاید کلیسا قرار داد. در این حکم وی کسانی که جرأت انکار یا شک در آن را به خود راه دادند محکوم شدند که «آن‌ها کاملاً از دیانت و ایمان

کاتولیک دور شده اند» (مولند، ص ۱۸۰). در صورتی که تنها نپذیرفتن یک ویژگی مریم مقدس مستلزم دوری کامل از دیانت و ایمان کاتولیکی باشد، قطعاً و حتماً اهانت به وی چنین وضعی بلکه سخت تر از آن را خواهد داشت.

حکم اهانت به مریم مقدس در دادگاه تفتیش عقاید

برخورد و مبارزه با بدعتگذاران، مرتدان، کافران و اهانت کنندگان در زمان حضرت عیسی مسیح و رسولان وی آغاز شد و همواره وجود داشته است و اکنون نیز ادامه دارد. در زمانی که کلیسا به رهبری پاپ بزرگ ترین قدرت اروپا و جهان مسیحیت بود (بکراش، ۱۵، ۱۶، ۲۳ و ۲۷؛ فلاورز، ۱۳، ۱۶، ۱۷ و ۱۲۰؛ بازرگان، ۳۰؛ لین، ۱۱۱، ۱۴۷ و ۲۴۱) دادگاه تفتیش عقاید کلیسایی با استناد به کتاب مقدس (انجیل متی، ۱۸/۸؛ انجیل مرقس، ۱۰/۴۳-۴۸؛ انجیل لوقا، ۱۴/۱۵-۲۳؛ انجیل یوحنا، ۶/۱۵؛ اول قرنیتیان، ۳/۱-۶؛ رومیان، ۱/۱۳-۴) و سنت مسیحی (لین، ۸۵؛ کونگ، ۹۷؛ لاک، ۹؛ بکراش، ۹، ۱۱، ۱۲، ۴۱، ۴۲، ۹۶ و ۱۲۶؛ دوران، ۴/۴۴ و ۱۰۴۵؛ هگل، ۷۹) در آغاز قرن سیزدهم به فرمان رسمی پاپ اینوکتیوس سوم (دوران، ۴/۱۰۴۰ و ۱۰۴۸؛ بکراش، ۲۳ و ۲۴) پدید آمد و با حمایت پاپ گری گوری نهم به یک تشکیلات کلیسایی بین المللی با قدرت و نفوذ فوق العاده تبدیل شد (بکراش، ۲۷). این تشکیلات بسیار مجهز و عظیم، با امکانات فراوان کلیسا، تا پایان قرن هجدهم، به صورت آشکار و سراسری با اعمال قدرت پاپ ادامه یافت (فرآل، ۵۳۲ و ۵۲۳). ولی به تدریج با ضعف قدرت دینوی کلیسا و پاپ محدود شد (بکراش، ۷ و ۸ و ۱۲۷ و ۱۳۰ و ۱۳۱). دادگاه تفتیش عقاید در این شش قرن با هدایت و نظارت مستقیم پاپ ها استمرار یافت و در این مدت تمام ۷۶ پاپ کلیسای رومی و واتیکان (عبدخدایی، ۴۴۵ و ۴۴۵) اصل دادگاه را پذیرفته، رفتار دادگاه را تأیید و همواره از آن پشتیبانی کرده اند. بنابراین، کارنامه و رفتار این دادگاه شرعی دینی، منبع مهمی برای کشف نظریه مسیحیت درباره دفاع از مقدسات و شناسایی حکم شرعی و مجازات اهانت کنندگان به شخصیت مقدس

حضرت مریم است. در فهرست جرم‌ها و اتهام‌های زندانیان و کسانی که در دادگاه مقدس تفتیش عقاید مجازات شدند، اهانت به مریم مقدس جرم بسیار بزرگ و خطرناک بود (مارتینی، ۴۵؛ وایت، ۱۹؛ بکراش، ۱۷؛ لین، ۹۲-۹۵؛ وان وورست، ۴۴۸؛ الدر، ۵۱؛ مولند، ۱۸۰) و کیفر و مجازات سنگین زندان، شکنجه، زنده سوزاندن، خفه کردن و سوزاندن و به صلیب کشیدن را در پی داشت (وایت، ۴۳؛ دورانت، ۱۰۴۶/۴، ۱۰۵۲، ۱۰۵۴ و ۲۷۴/۷، ۷۳۰، ۷۲۳، ۷۳۲، ۷۳۱ و ۷۳۲؛ بکراش، ۵۷، ۹۳ و ۱۰۷-۱۱۱، ۱۱۶، ۱۱۹ و ۱۲۱؛ مارتینلی، ۲۰۹؛ ناس، ۶۶۵؛ لون، ۲۷؛ مک گراث، ۲۱۴؛ آرمسترانگ، ۱۷ و ۱۸).

مجازات اهانت به اقاییم سه گانه

با توجه به روش استنباط احکام شرعی در اسلام، به نظر نویسنده این مقاله می‌رسد که اهانت به مریم مقدس اهانت به اقاییم ثلاثه است. از سویی او «کنیز خدا» بود و «مأموریت الهی» داشت، از جانب خدا برگزیده شد و با جان و دل این مأموریت الهی را پذیرفت و مورد لطف خدا قرار گرفت و از سوی دیگر قدرت خدای پدر از راه روح القدس بر وی سایه افکند و آبستنی معصومانه وی با نزول روح القدس بر وی تحقق یافت و از جانب دیگر و مادر خدا، مادر عیسی مسیح است. از این رو اهانت به مریم مقدس از روی اراده و اختیار و با اطلاع و آگاهی از لوازم آن، در واقع اهانت به اب و ابن و روح القدس است و مجازات‌های اهانت به آنان را خواهد داشت. اهانت به مریم مقدس، حکم گناهکاران (انجیل متی، ۱۹/۵ و ۱۰/۱۵-۲۰ و ۳۱/۲۵-۴۶؛ انجیل مرقس، ۱۴/۷-۲۳؛ انجیل یوحنا، ۲۱/۸-۲۴؛ اول یوحنا، ۴/۳-۶، ۸، ۱۰، ۱۲ و ۲۲-۲۴ و ۱/۵-۵، ۱۶، ۱۷ و ۲۱/۸، ۲۳ و ۲۴؛ اول پطرس، ۱۷/۴ و ۱۸؛ دوم پطرس، ۴/۲ و ۵؛ اول قرنتیان، ۱۶/۳، ۱۷ و ۳۳/۱۵ و ۳۴؛ دوم قرنتیان، ۱۰/۱۳ و ۷/۱۳) و بدعت (دوم پطرس، ۱/۲-۱۳؛ اول قرنتیان، ۱۱/۱۸ و ۱۹؛ غلاتیان، ۲۰/۵ و ۲۱؛ تیطس، ۳/۱۰ و ۱۱) و ارتداد (انجیل متی، ۱۳/۴۱ و ۴۲، ۶/۱۸ و ۸ و ۹؛ انجیل مرقس، ۹/۴۲-۴۸؛ انجیل لوقا، ۱۷/۱ و ۲؛ دوم پطرس، ۱۷/۲-۲۲؛

اول تیموتاوس، ۱/۴ و ۲؛ عبرانیان، ۸-۴/۶) و کفرگویی (سفرلاویان، ۱۱/۲۴ و ۱۳-۱۶ و ۲۳؛ انجیل یوحنا، ۲۴/۳-۲۶؛ اول تیموتاوس، ۱۹/۱ و ۲۰ و ۷/۴ و ۸؛ دوم تیموتاوس، ۴/۴-۱۶-۱۸؛ رومیان، ۱/۲۵) و نفی و انکار کتاب مقدس (انجیل لوقا، ۹/۲۶؛ انجیل یوحنا، ۱۲/۴۸؛ اول پطرس، ۴/۱۷؛ دوم قرنتیان، ۴/۴؛ دوم تسالوکیان، ۱/۷-۹) را دارا است. همچنین اهانت به مریم مقدس در حکم اهانت به روح القدس است و بدگویی و اهانت به روح القدس بر طبق سخن حضرت عیسی در انجیل از گناهانی است که هرگز بخشیده نخواهد شد (انجیل متی، ۱۲/۳۲؛ انجیل لوقا، ۱۲/۱۰) و مطابق گزارش پطرس رسول، دروغگویی به روح القدس برای آزمایش وی منتهی به مرگ می گردد (اعمال رسولان، ۵/۱۱ تا ۱۱).

اهانت به مریم مقدس، اهانت به فرزند وی مسیح است. بنابراین، شامل آنچه درباره حکم رد و انکار فضایل و امتیازات حضرت مسیح در کتاب مقدس (انجیل متی، ۱۰/۱۴، ۱۵، ۳۳ و ۲۰/۱۱-۲۴ و ۳۰/۱۲؛ انجیل لوقا، ۹/۵ و ۱۱/۲۳؛ انجیل مرقس، ۶/۱۱؛ انجیل یوحنا، ۵/۴۳-۴۶؛ اعمال رسولان، ۳/۲۳) و سنت مسیحیت و فتوای پاپ (بایرناس، ۶۳۴ و ۶۴۶؛ لینیف، ۵۱ و ۸۱-۸۵، ۱۱۷، ۱۱۸ و ۱۶۸؛ بازگان، ۴۸، ۴۹، ۵۰ و ۵۶؛ گریدی، ۱۷۷-۱۸۲؛ دورانت، ۴/۱۰۳۹-۱۰۵۰؛ بکراش، ص ۱۹ تا ۲۱) وجود دارد می شود به علاوه تمام آنچه را که کتاب مقدس (انجیل یوحنا، ۵/۲۲، ۲۳، ۲۹/۸ و ۱۵/۲۳-۲۵؛ انجیل متی، ۵/۱۱، ۱۲ و ۱۳/۵۷؛ انجیل مرقس، ۶/۴؛ انجیل لوقا، ۴/۲۴؛ اول قرنتیان، ۱۱/۲۷-۳۱ و ۱۵/۲۵؛ اول یوحنا، ۲/۱۸، ۱۹، ۲۲ و ۳/۴؛ فیلیپیان، ۱۵/۲۵؛ اول تیموتاوس، ۱/۱۲-۱۷) و سنت مسیحیت و آرای پاپ برای اهانت مستقیم به شخصیت حضرت مسیح ذکر کرده اند بر اهانت کننده به مادر وی جاری است.

منابع

انجیل شریف، ترجمه جدید فارسی، (عهد جدید خداوند و نجات دهنده ما عیسی مسیح که از زبان یونانی ترجمه شده است)، ۱۹۸۱م، تهران انتشارات انجمن کتاب مقدس،

تهران، ۱۹۸۱م.

کتاب مقدس (عهد عتیق و عهد جدید که از زبان های اصلی عبرانی و کلدانی و یونانی ترجمه شده است)، ترجمه انجمن کتاب مقدس، چاپ دوم در ایران، انجمن کتاب مقدس ایران، ۱۹۷۸م.

آرمسترانگ، کارل؛ *زندگینامه پیامبر اسلام محمد صلی الله علیه وآله و سلم*، ترجمه کیانوش حشمتی، انتشارات حکمت، تهران، ۱۳۸۳-۱۴۲۵ق.

آشتیانی، جلال الدین؛ *تحقیقی در دین مسیح*، نشر نگارش، تهران، ۱۳۶۸. ابطحی، محمد علی؛ *دیالوگ با دانشمندان مسیحی (دین در جهان معاصر)* طرح نو، تهران، ۱۳۷۹.

الدر، جان؛ *تاریخ اصلاحات کلیسا*، نورجهان، تهران، ۱۹۴۷م.

انوری، حسن؛ *فرهنگ بزرگ سخن، سخن*، تهران، ۱۳۸۱.

بازرگان، مهدی؛ *گمراهان (حدیثی مفصل از قرون وسطای مسیحیت در ارتباط با سوره حمد)*، تهران مهر، نهضت آزادی ایران، ۱۳۶۲.

بستانی، بطرس؛ *دایرة المعارف بستانی*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۹۰۰م.

بکراش، بورا؛ *تفتیش عقاید*، ترجمه مهدی حقیقت خواه، ققنوس، تهران، ۱۳۸۳.

پالارد، جان؛ *واتیکان و فاشیسم ایتالیا ۳۲-۱۹۲۹*، ترجمه مهدی سحابی، نشرمرکز، تهران، ۱۳۶۶.

توفیقی، حسین؛ *آشنایی با ادیان بزرگ*، سمت، ۱۳۸۵.

تیواری، کدارات؛ *دین شناسی تطبیقی*، ترجمه مرضیه (لوییز) شنکایی، سمت، تهران، ۱۳۸۱.

جوویور، مری؛ *درآمدی به مسیحیت*، ترجمه حسن قنبری، مرکز مطالعات تحقیقات ادیان و مذاهب، قم، ۱۳۸۱.

خوری شرتونی لبنانی، سعید؛ *اقرب الموارد فی فصیح العربیة و الشوارد*، منشورات

- مکتبه آیت الله العظمی المرعشی، قم، ۱۴۰۳ق.
- دانستن، جی، لسلی؛ *آیین پروتستان*، ترجمه عبدالرحیم سلیمانی اردستانی، موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، قم، ۱۳۸۱.
- دورانت، ویل و آریل؛ *تاریخ تمدن*؛ ترجمه ابوالقاسم طاهری و دیگران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، تهران، ۱۳۸۱.
- دهخدا، علی اکبر؛ *لغت نامه*، زیر نظر محمد معین و جعفر سجادی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- رابرتسون، آرچیبالد؛ *عیسی ارسطوره یا تاریخ*، ترجمه حسین توفیقی، مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، قم، ۱۳۷۸.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ *المفردات فی غریب القرآن*، دفتر نشرالکتاب، ۱۴۰۴ق.
- زمخشری، محمودبن عمر؛ *اساس البلاغه*، به تحقیق عبدالرحیم محمود، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، بی تا.
- زیبایی نژاد، محمد رضا؛ *مسیحیت شناسی مقایسه ای*، سروش، تهران، ۱۳۸۴.
- شجاعی زند، علیرضا؛ *عرفی شدن در تجربه مسیحی و اسلام*، انتشارات باز و مرکز بازشناسی اسلام و ایران، تهران، ۱۳۸۱.
- طریحی، فخرالدین؛ *مجمع البحرین و مطلع الثیرین*، انتشارات کتابفروشی مرتضوی، تهران، ۱۳۶۲.
- عبدالله، ناصر علی؛ *المعجم البسیط*، انتشارات دانشگاه علوم رضوی، مشهد، ۱۳۸۰.
- عبدخدایی، مجتبی؛ *واتیکان (کلیساهای جهانی کاتولیک)*، انتشارات بین المللی، تهران، ۱۳۸۲.
- عمید، حسن؛ *فرهنگ فارسی*، امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۳.
- غوری، یوحنا بطرس؛ *مختصراللاهوت الادبی*، ترجمه از لاتین به عربی توسط یوحنا

- حبیب الخوری، مطبعة العمومیه الکاتولیکیه، ۱۸۷۹م.
- فاستر، مایکل ب؛ *خداوندان اندیشه سیاسی*، ترجمه جواد شیخ الاسلامی امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۲.
- فرآل، م. و؛ *دادگاه تفتیش عقاید* (انگریسیون)، ترجمه لطفعلی بریمانی، انتشارات توس، تهران، بی تا.
- فلاورز، سارا؛ *اصلاحات*، ترجمه رضا یاسایی، چاپ دوم، ققنوس، تهران، ۱۳۸۲.
- کاکس، هاروی؛ *مسیحیت*، ترجمه عبدالرحیم سلیمانی اردستانی، مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، قم، ۱۳۷۸.
- کلارک، دنیس؛ *زندگانی و تعالیم عیسی مسیح*، ترجمه ط میکائیان، دوستداران، انتشارات مسیحی، تهران، ۱۹۸۰م.
- کونگ، هانس؛ *تاریخ کلیسای کاتولیک*، ترجمه حسن قنبری، مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، قم، ۱۳۸۴.
- گریدی، جوان؛ *مسیحیت و بدعتها*، ترجمه عبدالرحیم سلیمانی اردستانی، موسسه فرهنگی طه، قم، ۱۳۷۷.
- گیربرانت، آلن؛ *کلیسای انقلابی*، ترجمه پرویز هوشمند راد، شباویز، تهران، ۱۳۶۷.
- لون، وان؛ *انگریسیون (تفتیش عقاید)*، ترجمه غلامرضا سعیدی، هندریک ویلم، بی-جا، بی تا.
- لاک، جان؛ *نامه ای در باب تساهل*، ترجمه شیرزاد گلشاهی، نشرنی، تهران، ۱۳۷۷.
- لین، تونی؛ *تاریخ تفکر مسیحی*، ترجمه روبات آسریان، نشر پژوهش فروزان، تهران، ۱۳۸۰.
- مارتینلی، فرانکو؛ *تاریخ تفتیش عقاید* (تاریخ، سفاکی‌ها، شکنجه‌ها و سادیسم‌ها) ترجمه ابراهیم صدقیانی، جهان رایانه امین، تهران، ۱۳۷۸.
- محمدیان، بهرام و دیگران؛ *دایره المعارف کتاب مقدس*، روزنو، تهران، ۱۳۸۰.

- مصطفوی کاشانی، لیلی؛ *شورای واتیکان دو میعادگاه کلیسای کاتولیک با تجددگرایی*، مرکز مطالعات فرهنگی بین المللی و انتشارات بین المللی الهدی، تهران، ۱۳۷۸.
- معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۲.
- مکارم شیرازی، ناصر و دیگران؛ *دائرة المعارف فقه مقارن*، مدرسه الامام علی ابن ابی طالب علیه السلام، قم، ۱۳۸۵.
- مک گراث، آلیستر؛ *مقدمه ای بر تفکر نهضت اصلاح دینی*، ترجمه بهروز حدادی، مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، قم، ۱۳۸۲.
- مک گراث، ایستر؛ *درسنامه الهیات مسیحی*، ترجمه بهروز حدادی، مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، قم، ۱۳۸۴.
- مولند، اینار؛ *جهان مسیحیت*، ترجمه محمد باقر انصاری و مسیح مهاجری، امیرکبیر، تهران، ۱۳۸۱.
- میشل، توماس؛ *کلام مسیحی*، ترجمه حسین توفیقی، مرکز تحقیقات ادیان و مذاهب، قم، ۱۳۷۷.
- ناس، جان بایر؛ *تاریخ جامع ادیان*، (با ویرایش جدید)، ترجمه علی اصغر حکمت، ویرایش پرویز تابکی، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، تهران، ۱۳۸۵.
- وان وورست، رابرت ای؛ *مسیحیت از لابه لای متون*، ترجمه جواد باغبانی و عباس رسول زاده، مرکز انتشارات آموزشی و پژوهشی امام خمینی، قم، ۱۳۸۴.
- وایت، مایکل؛ *پاپ و مرد مرتد* (زندگی حقیقی جوردانو برونو)، ترجمه فروغ پوریآوری، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، تهران، ۱۳۸۴.
- ویر، کالیستوس؛ *سنت از دیدگاه مسیحیت (مقدمه ای بر شناخت مسیحیت)*، ترجمه همایون همتی، نقش جهان، تهران، ۱۳۷۹.
- هاکس، جیمز؛ *قاموس کتاب مقدس*، مطبوعه آمریکایی، بیروت، ۱۹۲۸ م.

هاینس دشنر، کارل؛ *فاشیسم و کلیسا*، ترجمه مهدی ثامنیه، انتشارات محقق، مستند ۱۳۸۰.

هگل، گئورک ویلیهام فردریش؛ *استقرار شریعت در مذهب مسیح*، ترجمه باقرپرهام، نشرآگه، تهران، ۱۳۶۹.

هیوم، رابرت ارنست؛ *ادیان زنده جهان*، ترجمه عبدالرحیم گواهی، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران، ۱۳۸۳.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شماره پیاپی ۸۲/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۷۱-۹۷

سقوط مجازات قصاص به سبب تملک حق قصاص*

دکتر محمد ابراهیم شمس^۱

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران (پردیس قم)

Email: shams_m_e@yahoo.com

حمیدرضا کلانتری

دانشجوی کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه تهران (پردیس قم)

Email: hrk1362@yahoo.com

چکیده

نظام حقوقی اسلام علی‌رغم پذیرش "اصل قصاص" در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، بر رجحان عفو و گذشت تأکید کرده و آن را بر انتقام از جانی مقدم دانسته است. بدین لحاظ، اهمیت بررسی عوامل سقوط قصاص یعنی عواملی که پس از تحقق و ثبوت قصاص، موجب زوال آن می‌گردند، روشن می‌شود. در این مقاله با استناد به فتاوی فقیهان بزرگ و ادله و روایات در خصوص سقوط یا عدم سقوط مجازات قصاص به سبب تملک حق قصاص به توجیه نظریه مختار پرداخته شده است. در نهایت نیز به دلیل عدم وضوح قوانین موضوعه در این خصوص پیشنهادهایی ارائه گردیده است.

کلید واژه‌ها: سقوط قصاص، تملک قصاص، حق قصاص، حقوق ایران، فقه اسلامی.

* تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۵/۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۱۱/۱۰.

۱. نویسنده مسؤول.

مقدمه

مجازات ابتدایی قتل عمدی در حقوق جزای اسلام، قصاص نفس است؛ لیکن در پاره‌ای موارد، عواملی حادث می‌شوند و مجازات مقرر را مرتفع می‌سازند. یکی از جهات سقوط قصاص در برخی متون فقهی تملک حق قصاص است. متأسفانه موضوع مذکور در طی دوران قانونگذاری اثباتاً یا نفیاً مورد توجه مقنن اسلامی قرار نگرفته است. در نگارش این مقاله در ابتدا به طور مختصر به بررسی مفهوم سقوط مجازات قصاص می‌پردازیم و سپس تملک حق قصاص و موارد آن را به عنوان یکی از عوامل سقوط مجازات قصاص نفس مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم.

مفهوم سقوط مجازات قصاص و موارد آن

سقوط در لغت به معنی افتادن، فرود آمدن، لغزیدن و اشتباه کردن آمده است (ابن منظور، ج ۷، ۲۰۷؛ معلوف، ۳۳۹). این کلمه در ترکیب با کلمه مجازات بیانگر حالتی است که علی‌رغم تحقق قتل عمدی و ثبوت حق قصاص به جهتی از جهات قانونی مانند عفو اولیای دم (قانون مجازات اسلامی، ماده ۲۶۱)، صلح (همان، مواد ۲۵۷ و ۲۵۸) و فوت جانی (همان، مواد ۲۵۹ و ۲۶۰) مجازات قصاص ساقط می‌شود. بدین ترتیب در عوامل موجهه جرم مانند دفاع مشروع و نیز عوامل رافع مسؤولیت کیفری مانند صغر و جنون با توجه به این‌که مجازات قصاص اساساً ثابت نمی‌شود، بحث از سقوط مجازات منتفی است. به عبارت دیگر در صورت عدم وجود شرایط ثبوت قصاص یعنی تساوی در دین، تساوی در عقل و انتقای ابوت، اساساً مجازات قصاص به منصفه ظهور و ثبوت نمی‌رسد تا از سقوط آن بحث شود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹-۱۴۴؛ صادقی، ۱۴۹-۱۵۵). در حالی که در بحث سقوط مجازات قصاص با مواردی مواجه هستیم که علی‌رغم ثبوت قصاص باعث سقوط آن می‌گردند.

با این وصف، منظور از موارد سقوط مجازات قصاص، مواردی است که جرم قتل

یا جرح عمدی محقق شده و قاتل از شمول علل موجهه یا عوامل رافع مسؤولیت کیفری خارج بوده و مستحق قصاص است ولی به سبب عروض برخی عوامل خارجی، مجازات قصاص ساقط می شود (آقایی نیا، ۱۶۰؛ میرمحمدصادقی، ۱۸۴).

در متون مربوط به حقوق اسلامی مواردی به عنوان عوامل سقوط مجازات قصاص بیان شده است که برخی از آنها با عوامل سقوط مجازات قصاص در حقوق موضوعه مطابقت دارد و برخی دیگر از آنها فقط در شرع مقرر شده است. روی هم رفته شرع مقدس در این زمینه نیز همانند سایر احکام مربوط به قتل دارای مقررات خاصی است. این عوامل که برخی مورد اتفاق تمامی فقها اعم از امامیه و اهل سنت و برخی دیگر اختلافی است؛ عبارتند از:

- ۱- عفو (قانون مجازات اسلامی، ۱۳۷۰: ماده ۲۶۱)
- ۲- صلح (همان. مواد ۲۵۷ و ۲۵۸)
- ۳- فوت جانی (همان. مواد ۲۵۹ و ۲۶۰)
- ۴- اسلام آوردن قاتل (محقق حلی، ۲۱۱؛ نجفی اصفهانی، ۱۵۸)
- ۵- امتناع از پرداخت مازاد دیه (نجفی اصفهانی، ۸۲)
- ۶- تملک حق قصاص (علّامه حلی، ۶۰۸؛ محقق حلی، ۲۱۵-۲۱۴؛ نجفی اصفهانی، ۱۷۶-۱۷۵).

از موارد مذکور برخی قطعاً و بدون تردید باعث سقوط مجازات قصاص اند مانند عفو اولیای دم، صلح و فوت جانی؛ برخی نیز محل اختلاف اند یعنی در این که باعث سقوط مجازات قصاص می شوند یا خیر تردید است مانند تملک حق قصاص، امتناع از پرداخت مازاد دیه و ... در ادامه تملک حق قصاص را به عنوان یکی از موارد سقوط مجازات قصاص مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد.

موارد سقوط قصاص ناشی از تملک حق قصاص

یکی از مواردی که در شرایط خاصی می‌تواند موجب سقوط قصاص شود؛ تملک حق قصاص است. در این قسمت ابتداءً به طور مختصر به طرق تملک حق قصاص اشاره می‌کنیم و سپس به بررسی این موضوع در لسان فقها و حقوق کیفری ایران می‌پردازیم.

طرق تملک حق قصاص

حق قصاص به دو صورت قابل تملک است: بالاصاله (اصالتاً) و بالارث (تبعاً). حق قصاص بالاصاله در جایی است که شخص بلاواسطه ولی دم مقتول باشد همانند والدینی که فرزندشان به قتل رسیده یا فرزندان که ولی دم پدر یا مادر مقتول خود هستند و امثال آن. اما تملک حق قصاص به صورت تبعی در مواردی محقق می‌شود که ولی دم یا اولیای دم اصلی به دلیلی از بین می‌روند یا قابلیت مالکیت حق قصاص را از دست می‌دهند و حق قصاص به وراث اولیای دم اصلی منتقل می‌شود. نحوه تملک حق قصاص، از جمله موضوعاتی است که به لحاظ اهمیت و دارا بودن آثار فراوان، به طور جداگانه و مستقل مورد بحث فقیهان، اعم از امامیه و اهل سنت قرار گرفته است.

در موردی که اولیای دم متعدد هستند، دو نظریه کلی در مورد چگونگی تملک حق قصاص میان فقیهان مطرح شده است:

۱. نظریه وحدانی یا مجموعی بودن حق قصاص: بنابر این نظریه این حق برای مجموع اولیای دم، برقرار شده است بنابراین استیفای قصاص توسط هر یک از اولیای دم منوط به اذن بقیه است.
۲. نظریه انحلالی بودن حق قصاص: طبق این نظریه، ثبوت حق قصاص برای هر یک از اولیای دم به نحو استقلال و کمال است، از این رو هر یک از اولیای دم می‌توانند بدون اذن بقیه، جانی را قصاص کنند.

قائلین به هر یک از این دو نظریه، مبانی و استدلالی دارند که مجال بررسی آنها در این مقاله نیست.^۱ گرچه اغلب فقهای امامیه در مورد حق قصاص بالاصاله، قائل به انحلالی بودن حق قصاص هستند، لکن در مورد نحوه توارث حق قصاص به اولیای دم تبعی یا با واسطه اختلاف نظر دارند. در این رابطه در متون فقهی دو دیدگاه مطرح شده است که در ذیل به اختصار به آنها اشاره می‌کنیم:

۱. نظریه وحدانی یا مجموعی بودن حق قصاص اولیای دم تبعی یا با واسطه

برخی از فقهاء معتقدند که در صورت فوت اولیای دم اولیه، قبل از استیفای قصاص نفس، اگر یکی از اشخاصی که حق قصاص نفس به واسطه توارث به آنها منتقل می‌گردد، جانی را عفو کند، حق قصاص سایرین ساقط می‌شود؛ زیرا حق قصاص بالارث مانند حق خیار بالارث، بسیط و تجزیه ناپذیر است و از این رو شرکت همه آنها در حق به طور جمعی امکان دارد؛ حق به مجموع تعلق می‌یابد و زمانی قابل استفاده است که وارثان در این راه به توافق برسند. البته به خاطر از بین رفتن خون مسلمان، حق مطالبه دیه از جانی را دارند (خویی، ۱۶۱-۱۶۰؛ تبریزی، ۲۵۰؛ الخراسان، ۲۴۳-۲۴۲). به علاوه ممکن است حق قصاص ابتداءً برای مورث ایجاد شده باشد و مورث قبل از استیفا، فوت کند، مثلاً مردی دست همسرش را قطع کند و مجنی علیها قبل از استیفای قصاص در اثر حادثه‌ای فوت کند، در این صورت اگر یکی از اشخاصی که حق قصاص عضو به واسطه توارث به آنها منتقل می‌شود، جانی را عفو کند، حق قصاص سایرین بنابر دلایل مذکور ساقط می‌شود. البته به خاطر هدر نشدن خون مسلمان، حق مطالبه دیه از جانی را دارند (همان). به عبارت دیگر قائلین به این نظریه معتقدند اگر استیفا کنندگان حق قصاص، آن را ابتداءً به عنوان مجعول له اصلی حق، کسب کرده باشند، می‌توانند انفراداً و به طور مستقل از یکدیگر آن را استیفا کنند. اما در صورتی که حق مزبور را از مجعول له اصلی حق، به ارث ببرند بایستی این حق را به طور جمعی

۱. در این رابطه ر.ک: محقق حلی، ۲۲۸-۲۳۰؛ نجفی اصفهانی، ۲۸۹-۲۹۰ و ۳۰۸-۳۰۴؛ خویی، ۱۵۸-۱۶۱.

اعمال کرده، همگی بر استیفای آن توافق کنند.

۲. نظریه انحلالی بودن حق قصاص اولیای دم تبعی یا با واسطه

قائلین به این نظریه معتقدند اگر ولی دم فوت کند، حق قصاص برای هر یک از وراثت او مستقلاً ثابت است زیرا وراثت حق قصاص را نه از حیث وارث بودن بلکه از حیث ولی دم بودن به ارث می‌برند و از آنجا که ارث بردن از حق قصاص با عنوان ولی دم است و عنوان ولی دم منطبق بر هر یک از وراثت است، از این رو برای هر یک از وراثت حق قصاص وجود دارد (اصفهانی، ۲۵۳-۲۵۲؛ موسوی خمینی، ۲۶۹-۲۶۸).

استنادات و استدلال هر یک از این دو دیدگاه (انحلالی یا مجموعی بودن حق قصاص اولیای دم با واسطه یا تبعی) قابل تأمل است لیکن مجال بررسی آنها در این مقاله نیست.

لازم به ذکر است، در ماده ۳۱۵-۹ لایحه پیشنهادی قانون مجازات اسلامی به مجلس شورای اسلامی که یک فوریت آن در دی ماه ۱۳۸۶ به تصویب رسید، آمده است:

«هر گاه مجنی علیه یا ولی دم فوت کند، حق قصاص به ورثه متوفی می‌رسد، حتی اگر وارث، شوهر یا زن مجنی علیه باشد و هر کدام از ورثه مستقلاً حق قصاص دارند.»

بنابراین در لایحه جدید ضمن این که تکلیف ارث قصاص به صراحت روشن شده، نظریه انحلالی بودن حق قصاص تبعی پذیرفته شده است.

موارد تملک اصلی (صاحب حق قصاص شدن فرزند جانی)

همانگونه که اشاره شد منظور از تملک اصلی حق قصاص در جایی است که شخص، ولی دم بلاواسطه مقتول باشد. حال ممکن است ولی دم مقتول، فرزند جانی باشد، در این صورت مجازات قصاص چه وضعیتی پیدا می‌کند؟ در ذیل حکم این فرض در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران بطور تفصیلی مورد تجزیه و تحلیل قرار

می گیرد.

ا- تعیین قلمرو بحث و بیان مسئله

قبل از وارد شدن به بحث، جهت رفع ابهام و همین طور ابتدای بحث بر مبانی استدلالی آن ذکر این نکته مهم لازم است که یکی از شرایط ثبوت قصاص «عدم وجود رابطه اُبوّت بین قاتل و مقتول است». به این صورت که اگر پدری فرزند خود را بکشد اساساً مجازات قصاص ثابت نمی شود (علّامه حلّی، ۶۰۸؛ محقق حلّی، ۲۱۴؛ نجفی اصفهانی، ۱۷۱-۱۶۹). علاوه بر این حکم جرح و قطع نیز چنانکه بعضی از روایات (حر عاملی، ۸۰-۷۹) بر آن دلالت دارند؛ به همین منوال است (نجفی اصفهانی، ۱۶۹؛ حسینی شیرازی، ۱۴۳؛ تبریزی، ۱۴۶). این حکم که شرعاً مورد اتفاق فقهاست از موضوع بحث، خروج موضوعی دارد. اما در فرض مورد بحث در مواردی ممکن است فرزند مرد جانی ابتداءً ولیّ دم واقع شود مانند موردی که مردی همسرش را به قتل برساند، و ولیّ دم منحصر مادر، فرزند قاتل باشد، که در این صورت کلّ حقّ قصاص را مالک می شود (علّامه حلّی، ۶۰۸).

لازم به ذکر است که فرض مورد بحث در قانون مجازات اسلامی پیش بینی نشده، لیکن فقها بطور تفصیلی در مورد آن بحث کرده اند.

ب - تحلیل فقهی موضوع

در مورد این که در حالت مذکور آیا فرزند جانی که ولیّ دم محسوب می شود، حقّ قصاص پدر را دارد یا خیر؟ دو نظریه در فقه امامیه مطرح شده است که ذیلاً مورد اشاره و تجزیه و تحلیل قرار می گیرند:

ب - ۱- عدم جواز قصاص پدر توسط فرزند: مشهور فقهای امامیه قائل به عدم قصاص پدر توسط فرزند می باشند (شهید ثانی، ۱۵۹). در کتاب *مسائلک الافهام* آمده است:

«همانطور که فرزند بالاصاله حقّ قصاص بر پدر را ندارد، تبعاً و از طریق ارث

هم این حق را ندارد. به این مطلب شیخ طوسی در کتاب «مبسوط» (۱۰) و علامه حلی در کتابهایش (قواعد الاحکام، ۶۰۸؛ تحریر الاحکام، ۴۶۱؛ ارشاد الازدهان، ۲۰۳) به واسطه عموم ادله و صلاحیت داشتن علت موجب حکم قطع و یقین دارند (شهید ثانی، ۱۵۹).

فی الواقع صاحبان این نظریه با توسعه حدیث نبوی «لا یقاد والد بولده» (حرعاملی، ۷۷) آن را صرفاً ناظر به زمانی که پدر فرزند خود را بکشد دانسته و ناظر به صورتی که فرزندی حق قصاص خود نسبت به پدرش را بخواهد اعمال کند، نیز می‌دانند. به عبارت دیگر حدیث مذکور را عام دانسته یا حداقل از طریق وحدت ملاک و قیاس اولویت آن را در فرض مورد بحث نیز اعمال می‌کنند. به تعبیر یکی از فقهای معاصر «اگر پدر فرزندش را به قتل برساند، قصاص نمی‌گردد. بنابراین به خاطر قتل دیگری (مادر فرزند خود) نیز به طریق اولی، فرزند حق قصاص پدر را ندارد» (فاضل لنکرانی، ۱۵۹).

در عین حال صاحبان این نظریه معتقدند هر گاه این فرزند شریکی در استیفای قصاص داشته باشد که جزئی از حق قصاص را به ارث ببرد (مانند این‌که زن مقتول بجز فرزند جانی (شوهرش) فرزندی از همسر قبلی خود داشته باشد که در این صورت صاحبان حق قصاص هر دو آنها می‌باشند). شریک حق استیفای قصاص را با دادن تفاوت دیه به ورثه پدر به طور کامل و مستقل خواهد داشت. بر خلاف این نظر، برخی فقهای عامه به دلیل قول به وحدانی بودن حق قصاص قائل به این هستند که این حق میان ورثه تقسیم می‌شود و باید همه به قصاص رضایت دهند (کاسانی حنفی، ۲۴۱-۲۴۲، ۲۶۹-۲۷۳؛ الأردیبلی، ۱۳۳-۱۵۶، ۱۳۲-۱۵۵؛ ابن قدامه، ۴۸۶؛ رافعی قزوینی شافعی، ۱۶۷-۱۶۶؛ منجی تنوخی حنبلی، ۴۳۱-۴۳۰؛ ابن مفلح، ۲۷۵؛ السید سابق، ۳۵۷؛ عوض الجزیری، ۱۳۰۸-۱۳۰۷؛ نجیب المطیعی، ۲۸۳؛ الحصری، ۵۵۰-۵۴۶، ۶۶۹-۶۶۱)، در حالی که فقهای امامیه به دلیل قول به انحلالی بودن حق قصاص معتقدند که هر یک

از ورثه مستقلاً حق قصاص خواهند داشت و در صورتی که یکی از آنها شرایط اجرای حق قصاص را داشته باشد با پرداخت تفات دیه می‌تواند حق خود را اجرا کند (محقق حلی، ۲۱۴-۲۱۵؛ نجفی اصفهانی، ۱۷۶؛ علامه حلی، ۶۰۸؛ شیخ طوسی، ۱۱-۱۰؛ شهید ثانی، ۱۶۰؛ عوده، ۱۷۱-۱۶۹).

مؤلف کتاب *مبانی تکملة المنهاج* نیز مطابق قول مشهور معتقد به عدم ثبوت حق قصاص برای فرزند است (موسوی خویی، ۸۹). میرزا جواد تبریزی نیز قائل به همین نظر می‌باشد (۱۵۳-۱۵۲).

اصلی‌ترین ادله فائین به این نظریه عبارتند از:

- قیاس اولویت، بدین توضیح که اگر پدر فرزندش را به قتل برساند، قصاص نمی‌گردد. بنابراین به خاطر قتل دیگری نیز به طریق اولی فرزند حق قصاص پدر را ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۵۹).

- عموم و اطلاق نص حدیث نبوی «لایقاد والد بولده» بدین توضیح که استیفای قصاص متوقف بر مطالبه صاحب حق است و زمانی که مستحق حق قصاص همان فرزند باشد و مطالبه‌ی قصاص کند، سبب قصاص تلقی می‌شود و عموم یا اطلاق نص این فرض را نیز فرا می‌گیرد و در نتیجه حق قصاص ثابت نخواهد شد (شهید ثانی، ۱۶۰-۱۵۹).

- صحیح محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل قذف ابنه بالزنا، قال: لو قتله ما قتل به، وإن قذفه لم یجلد له... - إلى أن قال - وإن كان قال لإبنة: یا بن الزانیة، و أمه میتة و لم یکن لها من یأخذ بحقها منه إلا ولدها منه فإنه لا یقام علیه الحد، لأن حق الحد قد صار لولده منها...» (حر عاملی، ۱۹۶).

«از امام باقر (ع) پرسیدم راجع به مردی که فرزند خود را به زنا نسبت دهد، فرمود: اگر پدر فرزند را بکشد در برابر او کشته نمی‌شود، و اگر او را قذف کند برای او حد زده نمی‌شود. - ... - و اگر به فرزند خود، که مادرش مرده، و جز او کسی را ندارد

که حَقِّش را بگیرد بگوید: «ای پسر زن زناکار» در این صورت بر او اقامه حد نمی‌شود چون حق حد از مادر به فرزند رسیده است...».

- پدر سبب وجود فرزند است و مسبب (فرزند) نمی‌تواند موجب زوال سبب (پدر) شود.

- پدر بر فرزند حق ولایت دارد، از این رو مقتضی احترام به پدر عدم ثبوت حق قصاص برای فرزند است (نجفی اصفهانی، ۱۷۵).

ب- ۲- جواز قصاص پدر توسط فرزند: محقق حلّی، صاحب جواهر و امام خمینی (ره) از قائلین به این نظریه می‌باشند. محقق حلّی در *شرایع الاسلام* قائل شدن به حق قصاص برای فرزند را به جهت محدود ساختن منع قصاص پدر به مورد نصّ ممکن دانسته است (۲۱۴). صاحب جواهر نیز در کتاب *جواهر الکلام* نظر مصنف (محقق حلّی) را تصدیق کرده است (۱۷۶-۱۷۵). امام خمینی در *تحریر الوسيله* می‌فرماید: «بنابر قول صحیحتر فرزندان زن مقتول و حتی فرزندان که از آن زن برای مرد هستند، می‌توانند پدر خود را قصاص کنند. بعضی گفته‌اند فرزندان مشترک مالک چنین حقی نمی‌باشند، لیکن این قول وجیه نیست» (۲۹۲). شیرازی، حسینی روحانی، موسوی اردبیلی و صانعی نیز قائل به همین نظر می‌باشند (۱۴۶؛ ۵۵-۵۴؛ ۱۸۱-۱۸۰؛ ۲۸۱-۲۸۰).

اصلی‌ترین دلیل قائلین به این نظریه عبارت است از:

- قاعده قصاص و لزوم اکتفاکردن در حکم مخالف با قاعده به خصوص مورد

خاصّ نصّ

در استفتائاتی که از مراجع بزرگ تقلید به عمل آمده است حضرات فاضل لنکرانی (۵۲۴)، صافی گلپایگانی (گنجینه آرای فقهی - قضایی، سؤال کد ۱۷۴)، مظاهری (۲۰۰۷) و گرامی (استفتاء مورخ ۱۳۸۶/۹/۶) قائل به عدم جواز قصاص پدر توسط فرزند و آیات عظام بهجت (گنجینه آرای فقهی - قضایی، همان؛ ۴۸۴) موسوی اردبیلی

(گنجینه آرای فقهی - قضایی، همان) نوری همدانی (گنجینه آرای فقهی - قضایی، همان) منتظری (فتوای شماره ۷۸۵۰ مورخ ۱۳۸۶/۷/۲۶) و مکارم شیرازی^۱ (فتوای شماره ۱۹۵۲۸ مورخ ۱۳۸۶/۷/۲۴) قائل به جواز قصاص پدر توسط فرزند می باشند ضمن آن که ترک قصاص در این مورد را موافق احتیاط دانسته اند.

آیت الله صانعی در این زمینه می نویسد: اقوا ثبوت قصاص برای فرزند و اکتفا به مورد نصّ است. مورد نصّ هم ظهور در عدم قتل پدر در مقابل قتل فرزند دارد (لایقاده والد بولده) نه غیر آن و رجوع به اطلاق آیات مرتبط مثل «و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً»، قول به ثبوت قصاص برای فرزند است و در این مورد فرقی بین ولی دم صغیر و غیرصغیر نمی باشد (۱۵۱-۱۵۰).

در فقه عامّه اگر فرزند قاتل یا یکی از نوادگانش صاحب حق قصاص شوند یا جزء ورثه مقتول باشند، قاتل را قصاص نمی کنند و به دیه رجوع کنند، مانند حالتی که کسی زن پسرش را به قتل برساند یا همسر خود را بکشد و از او فرزندی داشته باشد (کاسانی حنفی، ۲۴۲-۲۴۱؛ الأردبیلی، ۱۳۳-۱۳۲؛ ابن قدامه، ۴۸۶؛ الحصری، ۶۶۶-۶۶۲؛ الجزیری و دیگران، ۴۵۷-۴۵۵).

نقد نظریه عدم جواز قصاص پدر توسط فرزند

قائلین به نظریه عدم جواز قصاص پدر توسط فرزند برای اثبات نظریه خویش به شرحی که گذشت به دلایلی چند تمسک کرده اند:

۱- اولین استدلال در این خصوص قیاس اولویت می باشد، لیکن اولویت مذکور غیر قابل قبول است زیرا عدم قصاص پدر به واسطه قتل فرزندش به دلیل اقتضای رابطه ای ابوت و بنوت است. بدین توضیح که حتی اگر مطالبه قصاص پدر برای فرزند مقتول وی ممکن فرض می شد و تقاضای قصاص قاتل را می داشت، به دلیل اقتضای مزبور امکان نداشت. این دقیقاً بر خلاف جایی است که مطالبه قصاص به خاطر مادر

۱. البته ایشان پیش از این معتقد بودند که فرزندان نمی توانند تقاضای قصاص برای پدر کنند، بلکه می توانند از او دیه بگیرند (علیان نژادی، ۵۲۳).

است که خود به دلیل عدم حیات قادر به مطالبه قصاص نیست. از این رو اگر فرض شود مادر می‌توانست مطالبه‌ی قصاص کند، خود مادر طلب‌کننده‌ی قصاص بود و درخواست وی پذیرفته می‌شد و از آن‌جا که مجرد زوجیت مقتضی عدم مطالبه نیست، بنابراین ولی دم او می‌تواند متقاضی مطالبه قصاص باشد. بنابراین ادعای تساوی مقام در این صورت ممنوع است چه برسد به اولویت (فاضل لنکرانی، ۱۶۰-۱۵۹). به عبارت دیگر در فرض قتل فرزند توسط پدر وجود مقتضی (رابطه‌ی ابوت و بنوت) موجب عدم جواز قصاص پدر به واسطه قتل فرزندش است در حالی که در فرض قتل مادر فرزند توسط پدر همان فرزند مقتضی مذکور وجود ندارد.

۲- یکی دیگر از استنادات نظریه مذکور، عموم یا اطلاق حدیث نبوی «لایقاد والد بولده» است. این استدلال نیز قابل رد است زیرا آنچه که عرف از این روایت می‌فهمد - به ویژه با توجه به ادامه روایت که سببیت قتل را مورد تصریح قرار داده است^۱ و روایاتی مانند آن از جمله روایت «لایقاد مسلم بذمی» - این است که قتل فرزند سبب قصاص پدر نمی‌شود نه این‌که هر گونه مطالبه قصاص از سوی فرزند مانع قصاص پدر شود. بنابراین سببیت مزبور در روایت «لایقاد والد بولده» قابل تعمیم به تمام موارد سببیت از جمله سببیت به معنای مجرد مطالبه نشده و اطلاق آن نیز شامل موارد دیگر نمی‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۶۰؛ صانعی، ۲۸۱). همچنین ظاهر «باء» به کار رفته در این روایت «سببیت» است و وقتی «سببیت» صدق می‌کند که فرزند شخصاً کشته شده باشد، لکن اگر مقتول، مورث فرزند باشد و فرزند صرفاً مطالبه قصاص کند دیگر فرزند سبب واقعی نیست، بلکه مورث سبب واقعی خواهد بود (شهید ثانی، ۱۶۰). به عبارت دیگر مطالبه حق قصاص از قبیل شرط است نه سبب، و سبب اصلی، نفس قتل می‌باشد. بنابراین حدیث «لایقاد الوالد بالولد» تنها شامل موردی است که پدر، فرزند خود را کشته باشد (نجفی اصفهانی، ۱۷۶؛ مرعشی، ۳۵-۳۴؛ صانعی، ۲۸۱).

۱. «... و یقتل الولد إذا قتل والده عمداً» (حر عاملی، ۷۷).

همچنین ادله ای از قبیل سببیت پدر نسبت به فرزند و ولایت پدر بر فرزند چیزی بیش از استحسان نمی‌باشند که در فقه امامیه از جایگاه معتبری برخوردار نمی‌باشد از این رو به استناد این موارد نمی‌توان از اطلاق ادله قصاص دست کشید. احترام به پدر و مصاحبت بالمعروف نیز دایره‌اش آنچنان وسیع نیست که مواردی را که در آن شرعاً حقوقی ثابت شده است، فرا گیرد (حسینی شیرازی، ۱۴۷-۱۴۶).

نقد نظریه جواز قصاص پدر توسط فرزند

استدلال اصلی قائلین به نظریه جواز قصاص پدر توسط فرزند «اصالة القصاص و لزوم الاقتصار فی الحکم المخالف للقاعدة علی خصوص مورده»^۱ می‌باشد. این استدلال ممکن است قابل مناقشه باشد، زیرا هر چند اصل بر قصاص است لیکن هر اصلی استثنائاتی دارد. از جمله استثنائات اصل قصاص، فرض مزبور است که نص صحیح محمد بن مسلم نیز مؤید آن است، بدین توضیح که مقتضای عموم تعلیل مذکور در روایت (لأن حق الحد قدر صار لولده منها) عدم ثبوت قصاص در این فرض است، بویژه با ملاحظه صدر روایت که ظهور در ملازمه بین قصاص و حد قذف دارد، از این رو وقتی حد قذف در فرض مذکور در ذیل روایت (منحصر بودن مطالبه کننده ی حق حد قذف به واسطه مقذوف در فرزند مشترک) ثابت نمی‌شود، قصاص هم به جهت ملازمه میان قصاص و حد قذف ثابت نخواهد شد. این ادعا که موضوع تعلیل حق حد قذف است و دلیلی برای تعمیم آن نسبت به قصاص وجود ندارد، قابل قبول نیست زیرا ظاهر تعلیل آن است که انتقال حق به فرزند مانع ثبوت حق نسبت به والد است بدون این که تفاوتی میان حد قذف و قصاص وجود داشته باشد (فاضل لنکرانی، ۱۶۱؛ تبریزی، ۱۵۲).

لکن باید گفت که اطلاق ادله قصاص آنچنان محکم و قطعی است که با استظهارهای اینگونه، تخصیص یا تقیید آن مردد می‌نماید و در نتیجه نمی‌توان از اطلاق

۱. قاعده قصاص و لزوم اکتفا در حکم مخالف با قاعده به خصوص مورد خاص نص.

آیه شریفه در خصوص قصاص جز در موارد وجود دلیل قطعی الصدور و قطعی الدلاله دست کشید.

نظریه مختار

با توجه به ملاحظه نظر موافقان و مخالفان جواز قصاص پدر توسط فرزند باید گفت در خصوص جواز قصاص یک قاعده کلی وجود دارد که آیات شریفه به وضوح بر آن دلالت و بلکه تصریح دارند^۱ و براساس آن اولیای دم نسبت به قاتل سلطه دارند که اگر بخواهند قصاص کنند و الا ببخشایند.^۲ آیات مربوط در این خصوص عام و مطلق بوده و تمام موارد قتل عمد را با وجود شرایط شاملند. از سوی دیگر دلیل خاص^۳ منفصلی وجود دارد که صرفاً اختصاص به مورد قتل فرزند توسط پدر داشته و در نتیجه سببیت قصاص را منحصر در قتل فرزند توسط پدر کرده است که این دلیل نیز روشن و در نتیجه، مخصّص آیه شریفه است. اما در خصوص ما نحن فیه یعنی آنجا که قتل فرزند سبب قصاص پدر، نیست بلکه سبب قصاص پدر قتل زوجه توسط زوج بوده و فرزند زوج فقط نقش مطالبه کننده را دارد، این که دایره خاص^۴ منفصل آنقدر وسیع باشد که این قسم را نیز شامل گردد قابل تأمل و مشکوک است و در موارد شک در این که موضوعی ملحق به عام است و یا خاص منفصل، علمای علم اصول موضوع را ملحق به عام می کنند و از تسری حکم خاص به مورد مشکوک امتناع می ورزند (مظفر، ۲۰۱؛ سبحانی، ۲۰۵-۲۰۴). به همین دلیل است که بزرگانی از فقهای متقدم همچون مرحوم محقق حلی (۲۱۴) و فقهای متأخر یا معاصر همچون صاحب جواهر (ره) (۱۷۶-۱۷۵) یا امام خمینی (ره) (۲۹۲) قائل به جواز قصاص شده اند. این که برخی از فقیهان معاصر^۳

۱. «و کتبنا علیهم فیها أن النفس بالنفس...» (مانده: ۴۵)؛ «یا ایها الذین امنوا کتب علیکم القصاص فی القتلی الحر بالحر و العبد بالعبد و الانثی بالانثی فمن عفی له من اخیه شیء...» (بقره: ۱۷۸).

۲. «... من قتل مظلوما فقد جعلنا لولیه سلطانا...» (اسراء: ۳۳).

۳. مقام معظم رهبری در این زمینه می فرماید: شکی نیست که بهتر این است، پسر در اینجا عفو کند، چون حق عفو دارد. پسر اگر بخواهد حق خود را استیفا کند، حیات پدر گرفته خواهد شد، این جا مذاق شرع و ارتکاز متشرعه این است که شارع مقدس نمی خواهد پدر به دست پسر کشته شود، اگر چه در موارد دیگر هم عفو مستحب است. لکن این جا امر مؤکدی است، شاید بتوان گفت احتیاط هم این است که پسر در این گونه مواقع استیفا حق نکند، چون اجباری وجود ندارد که حتما استیفا حق کند. پس عفو پدر، مطلقاً یا با اخذ دیه مادر موافق احتیاط است (خامنه ای، ۹۰).

نیز در ما نحن فیه با نظر شک و شبهه با مسأله برخورد کرده اند نیز به دلیل مذکور می‌باشد. از یک سو عموم و اطلاق دلیل محکم موجود در کتاب و سنت مبنی بر قصاص قاتل و از سوی دیگر حرمت پدر که سبب حیات فرزند بوده و مصاحبت بالمعروف با وی که توصیه خاص شده است^۱، تصور مطالبه قصاص پدر توسط فرزند که موجب شکستن حرمت پدر و از بین رفتن سبب به دست مسبب می‌گردد برای این دسته از فقیهان غیر قابل تحمل و مشکل می‌نماید. از این رو به جای فتوای فقهی به توصیه اخلاقی پرداخته اند و یا ترک قصاص را موافق احتیاط دانسته اند.^۲

ج - حقوق کیفری ایران

در حقوق کیفری ایران این موضوع از حیث مباحث آکادمیک مغفول مانده و تنها عدّه قلیلی به این امر اشاره کرده‌اند، آنها بر خلاف نظر مشهور فقهای امامیه معتقدند، با توجه به عدم اشاره قانونگذار به مسأله مذکور، بر خلاف حدّ قذف، حق قصاص برای فرزند باقی است (گرجی، ۱۵۷؛ میرمحمدصادقی، ۱۴۲؛ صادقی، ۱۵۴-۱۵۳؛ زراعت، ۱۴۹) برخی دیگر در این موضوع ظاهراً قائل به عدم ثبوت حق قصاص برای فرزند می‌باشند (میرحسینی، ۲۲۹).

به نظر می‌رسد با توجه به این که مقتضای اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها نه تنها این است که مقنن باید جرایم و مجازاتها را دقیقاً مشخص کنند بلکه باید استثنائات وارد بر آن را نیز ذکر کند؛ در این مسأله نیز قانونگذار اصل را بر این قرار داده که قتل عمد مستوجب قصاص است و تنها قتل فرزند توسط پدر را مشمول این اصل ندانسته است از این رو در این مورد باید به قدر متیقن اکتفا کرده و استثنا مذکور را تفسیر مضیق نماییم (محمدی، ۱۹۵؛ ذهنی تهرانی، ۱۷۸۹). به عبارت دیگر در قوانین کیفری ایران نیز با توجه به این که ماده ۲۲۰ ق.م.ا. صرفاً در خصوص قتل فرزند توسط پدر یا جد پدری بوده و در این صورت ماده ۲۰۵ و ۲۰۷ ق.م.ا. تخصیص می‌خورند،

۱. «...و صاحبهما فی الدنيا معروفاً...» (لقمان: ۱۵).

۲. ر.ک: فتاوی مذکور در صص ۶ و ۷.

در سایر موارد از جمله مورد موضوع بحث، عموم و اطلاق ماده ۲۰۵ و ۲۰۷ مذکور بر جای خود باقی بوده و از تخصیص یا تقیید مصون می ماند و در این خصوص تفاوتی میان مطالبه کنندگان در قانون پیش بینی نشده است و در نتیجه با توجه به اطلاق و عموم مواد مذکور در ما نحن فیه، پدر در صورت مطالبه قصاص از سوی فرزند محکوم به این مجازات خواهد شد. ممکن است گفته شود، دیدگاه قائلین به ثبوت حق قصاص برای فرزند در این مسأله با اصول مسلم حقوق جزا از جمله تفسیر به نفع متهم که ریشه در اصل برائت دارد و خود مبتنی بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات هاست، سازگار نیست، از این رو قاضی کیفری به دلیل سکوت قانون در این فرض باید براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱ و تبصره ۱ ماده ۱۸ قانون اخیرالذکر اصلاحی ۱۳۸۵ به فقه مراجعه کرده و طبق نظر مشهور یا نظر ولی فقیه عمل کند، در پاسخ باید گفت، اولاً: در صورتی که بتوان نظر مقنن را از منطوق قانون یا با مراجعه به بیان مقنن در هنگام تقنین بدست آورد دیگر نوبت به تفسیر به نفع متهم نمی رسد، از این رو در فرض مذکور با توجه به محرز بودن نظر مقنن، تفسیر به نفع متهم جایگاهی ندارد. ثانیاً: قاضی کیفری براساس مستندات مذکور در صورت سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه می تواند با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند؛ در حالی که در مسأله مذکور حکم قانون واضح و روشن است. ثالثاً: به نظر می رسد مقنن در هنگام تدوین قانون مجازات اسلامی به تحریرالوسیله امام خمینی توجه داشته است و همان گونه که ذکر شد امام خمینی از قائلین به ثبوت حق قصاص برای فرزندان در مسأله مذکور می باشند.

۱. برای دیدن نظر موافق ر.ک: نوریها، ۳۷ و ۱۷۲؛ اردبیلی، ۱۴۲؛ حبیب زاده و قیاسی، ۴۱. برای دیدن نظر مخالف ر.ک: هاشمی، ۴۰۶-۴۰۳؛ محقق داماد، ۴۰-۳۵؛ کاتوزیان، ۲۱۹-۲۱۸؛ گلدوزیان، ۱۶۲-۱۶۰ و ۲۳۷-۲۳۵؛ آخوندی، ۴۴ و ۱۱۹-۱۱۶. برای دیدن دیدگاههای مختلف در این رابطه ر.ک: کوشا و هاشمی، ۹۶-۶۹.

اداره کل امور حقوقی و اسناد و امور مترجمین قوه قضائیه در نظریه مشورتی خود به استعلام شماره ۴۰۱۲۲ مورخ ۸۶/۱۱/۱۶ مستشار دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان در این زمینه اشعار می‌دارد: «اصل این است که مجازات قانونی قتل عمدی با شرائط مقرر در قانون، قصاص نفس است (مواد ۲۰۵ و ۲۰۷ و ۲۱۰ و ۲۱۹...) و از این رو در موارد استثنای بر اصل، باید به نص اکتفا شود مانند نص ماده ۲۲۰ همان قانون مجازات اسلامی که مقرر داشته: «پدر یا جد پدری که فرزند خود را بکشد قصاص نمی‌شود و به پرداخت دیه قتل و به ورثه مقتول و تعزیر محکوم خواهد شد» اما این انتفای قصاص نسبت به مادر طفل تسری ندارد بلکه مجازات قصاص نسبت به او در صورت تحقق سایر شرایط قابل اجرا می‌باشد. بنا به مراتب مزبور، اگر مردی همسر خود را بکشد قصاص نفس وی با رعایت شرایط قانونی قابل اجرا است و لو این‌که ولی دم منحصر مقتوله، فرزند مشترک قاتل و مقتوله باشد و تقاضای قصاص کند»^۱.

جالب آن‌که، در ماده ۱۷-۳۱۳ لایحه پیشنهادی قانون مجازات اسلامی هم که یک فوریت آن در دی ماه ۱۳۸۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، منطبق با نظریه مختار آمده است:

«منظور از شرط چهارم از شروط قصاص، پدر و جد پدری نبودن، نسبت به مجنی علیه است نه نسبت به ولی دم یا وارث مجنی علیه، مثلاً چنانچه پدری مادر فرزند خودش را عمداً بکشد یا دستش را قطع کند و مادر فوت کند، فرزند حق قصاص پدر را دارد.»

موارد تملک تبعی

همانطور که اشاره شد منظور از تملک حق قصاص به صورت تبعی مواردی است که ولی دم یا اولیای دم اصلی به دلیلی از بین می‌روند یا قابلیت مالکیت حق

۱. نظریه مذکور در پاسخ به سؤال ذیل بیان شده است:

«اگر مردی، همسرش را به قتل برساند و وارث منحصر مادر، فرزند قاتل باشد. آیا فرزند حق قصاص پدر را دارد؟».

قصاص را از دست می‌دهند و حقّ قصاص به وراثت اولیای دم اصلی منتقل می‌شود. حال ممکن است ولیّ دم تبعی، خود جانی یا مقتول فرزند جانی باشد، در این صورت مجازات قصاص چه وضعیتی پیدا می‌کند؟

۱- صاحب حقّ قصاص شدن خود جانی

آثار قتل وارثی که مورث خود را بکشد دارای خصوصیت نسبی بودن یا شخصی بودن است بدین معنا که مانعیت قتل عمدی از ارث، فقط بین وارث قاتل و مورث مقتول مؤثر است، از این رو کسی که مورث خود را به قتل می‌رساند فقط از ارث او ممنوع بوده ولی می‌تواند از مورث دورتر و از اقربای دیگر خود ارث ببرد. حتی وارثی که قاتل مورث است می‌تواند اموالی را که مستقیماً به علت قتل مورث خود نمی‌توانسته تملک کند به طور غیرمستقیم همان اموال را به عنوان وراثت تملک کند. مانند کسی که پدر خود را به قتل رسانده و میراث پدر به برادر او منتقل گردد و برادر فوت کند که در این صورت برادر (قاتل) اموال پدر خود را از طریق برادرش به ارث می‌برد (بندرچی، ۱۱۳-۱۱۲). لیکن آیا حقّ قصاص نیز مانند سایر اموال به قاتل به ارث می‌رسد؟ به عبارت دیگر آیا قاتل می‌تواند ولیّ دم مقتول خود شود؟

در فقه عامّه، به ارث بردن حقّ قصاص، به عنوان یکی از علل سقوط مجازات قصاص ذکر شده است (کاسانی حنفی، ۲۹۶؛ عوده، ۱۷۱-۱۶۹؛ الحصری، ۶۶۹-۶۶۱؛ الزحیلی، ۵۶۹۸-۵۶۹۷). در کتاب ارزشمند *التشريع الجنائي الاسلامي* آمده است: اگر قاتل کلّ حقّ قصاص یا جزئی از آن را به ارث ببرد، ساقط می‌شود؛ اگر یکی از فرزندان پدر را بکشد، و فرزند دیگر (پس از فوت پدر) بمیرد و وارثی جز قاتل (برادر خود) نداشته باشد، قاتل مالک جان خود می‌شود، در این صورت قصاص ساقط می‌گردد (عوده، ۱۶۹). به عبارت دیگر اگر مقداری از ارث مقتول به قاتل منتقل شود، قصاص واجب نمی‌شود و ساقط می‌گردد (شیخ الاسلام کردستان، ۲۷۶-۲۷۵). برای فهم بهتر مطلب مثالی ذکر می‌شود، فرض کنید پدری دو پسر به نامهای حسن و حسین دارد، حسن پدر خود را

می‌کشد، در این صورت حسین حق قصاص حسن را دارد، اما قبل از استیفای قصاص، حسین فوت می‌کند، از این رو حق قصاص حسین به حسن به ارث می‌رسد، زیرا قتل پدر مانع ارث بردن از برادر نیست، در نتیجه قصاص ساقط می‌گردد.

برخی معتقدند اگر چه قصاص، جزء حقوق قابل نقل است ولی نقل آن به جانی ممکن نیست، زیرا صاحب حق و من علیه الحق در یک فرد جمع می‌گردد و این امر مشکل و ممتنع است. از این رو این قسم نقل صحیح نیست و نمی‌تواند دارای آثار قانونی و فقهی باشد (میرحسینی، ۲۲۹). همچنین می‌توان گفت: با توجه به این‌که قاعده بر وراثت برادران است؛ و استثنا این است که اگر یکی از متوارثین دیگری را به قتل برساند، قاتل از حق وراثت مقتول محروم می‌شود. در فرض مزبور برادری که پدر را به قتل رسانده است به استناد استثنا مذکور از وراثت پدر محروم می‌شود. بنابراین برادر دیگر، وارث تمام ترکه پدر از جمله حق قصاص می‌شود. اگر برادر (وارث) قبل از استیفای قصاص فوت کند و فرزندی یا وارث اقربی غیر از برادرش (قاتل پدر) نداشته باشد، در این صورت به مقتضای قاعده، برادرش (قاتل پدر) وارث تمام ترکه برادر متوفی از جمله حق قصاص خود می‌شود. با توجه به این‌که قوام هر حقی منوط به وجود دارنده و متعلق حق است، در مورد حق قصاص، دارنده و متعلق حق در شخص واحد جمع شده است، از این رو چون معقول نیست کسی حق قصاص یا انتقام از خویش داشته باشد، حق قصاص به دلیل عدم وجود مستقل دارنده از متعلق حق ساقط می‌شود. برخی دیگر نیز به پیروی از فقهای عامه، معتقد به سقوط قصاص در فرض مذکور می‌باشند (میرمحمدصادقی، ۱۹۴). همچنین ممکن است گفته شود که در فرض مذکور حق قصاص به خود جانی منتقل می‌شود، لیکن جانی باید یا از حاکم تقاضای قصاص خود را کند یا با او بر دیه مصالحه کند.

در استفتائاتی که از مراجع بزرگ تقلید به عمل آمده است، مظاهری (۲۰۰۷)، مکارم شیرازی (۲۰۰۷)، گرامی (استفتای مورخ ۱۳۸۶/۹/۶) و منتظری به اتفاق معتقدند

در فرض مزبور حق قصاص به خاطر مقتول به قاتل منتقل نمی‌گردد و به امام می‌رسد (استفتای مورخ ۱۳۸۶/۹/۱۲).

اداره کل امور حقوقی و اسناد و امور مترجمین قوه قضائیه در نظریه مشورتی خود به استعلام شماره ۴۰۱۲۲ مورخ ۸۶/۱۱/۱۶ مستشار دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان در این زمینه اشعار می‌دارد: «اولاً پسری که پدر خود را کشته است، مجازاتش قصاص نفس است و برادرش که ولی دم منحصر محسوب می‌شود حق قصاص قاتل را دارد و اگر این ولی دم منحصر هم قبل از درخواست قصاص فوت کند و هیچ وارثی غیر از قاتل باقی نماند، حق قصاص که حق درخواست مجازات است به قاتل، تعلق نمی‌گیرد و مقتول در حکم مجنی علیه فاقد ولی خواهد بود و از این رو باید طبق ماده ۲۶۶ قانون مجازات اسلامی رفتار شود»^۱.

در مجموع می‌توان گفت با توجه به فلسفه تشریح مجازات قصاص از جمله هدر نرفتن خون مسلمان از یک طرف و لزوم متمایز بودن دارنده حق از متعلق آن برای وجود هر حقی از طرف دیگر و با عنایت به نظرات فقهای عظام، در فرض مذکور چون قاتل، متعلق حق قصاص است، از این رو حق قصاص قابل نقل به جانی نیست و مربوط به حاکم شرع می‌شود و حاکم شرع می‌بایست یا قاتل را قصاص کند یا بر اخذ دیه، با قاتل توافق کند (نجفی اصفهانی، ۴۳).

۲- صاحب حق قصاص شدن فرزند جانی

در این صورت اگر قاتل به وحدانی یا مجموعی بودن حق قصاص اولیای دم تبعی یا با واسطه باشیم، به نظر می‌رسد از دیدگاه قائلین به عدم جواز قصاص پدر توسط فرزند، در صورت فوت اولیای دم اولیه، قبل از استیفای قصاص نفس یا فوت مجنی علیه قبل از استیفای قصاص عضو اگر یکی از اشخاصی که حق قصاص نفس یا

۱. نظریه مذکور در پاسخ به سؤال ذیل بیان شده است:

«اگر الف» که دارای یک برادر به نام «ب» است، پدرش را به قتل برساند و ولی دم مقتول که تنها «ب» است؛ قبل از استیفای قصاص فوت کند، آیا قاتل حق قصاص را از برادرش «ب» به ارث می‌برد و قصاص ساقط می‌شود؟ در غیر این صورت چه حکمی دارد؟ (فرض این است که متوفی «ب»، در طبقات سه گانه ارث هیچ وارث دیگری جز شخص قاتل «الف» ندارد).

عضو به واسطه توارث به آنها منتقل شده، فرزند جانی باشد، حق قصاص سایرین ساقط گشته و بنابر دلایل قبلی کلیه وارثین، تنها حق مطالبه دیه از جانی را دارند. لیکن اگر قائل به انحلالی بودن حق قصاص اولیای دم تبعی یا با واسطه باشیم، چنانچه فرزند جانی یکی از وارثین حق قصاص باشد، طبق هر دو نظریه مطروحه (عدم جواز قصاص پدر توسط فرزند و جواز قصاص پدر توسط فرزند) تأثیری بر حق قصاص دیگر وارثین ندارد.

نتیجه گیری

با توجه به آنچه گذشت معلوم می شود:

- ۱- علی‌رغم نظر مشهور در میان فقیهان اهل سنت و امامیه، در صورت مطالبه قصاص پدر توسط فرزند، می‌توان پدر را به قصاص محکوم کرد. به عبارت دیگر مطالبه قصاص از سوی فرزند مسقط مجازات قصاص نیست.
- ۲- بر خلاف نظر فقهای عامه حق قصاص به دلیل عدم امکان تملک حق قصاص توسط قاتل و عدم امکان ولی دم واقع شدن او، مطلقاً (بی واسطه یا با واسطه - کلاً یا جزئاً) قابل نقل به جانی نیست، از این رو در صورتی که وارث دیگری در میان طبقات سه گانه ارث وجود نداشته باشد، بر طبق قاعده «الحاکم ولی من لا ولی له» حق قصاص به ولی امر مسلمین منتقل می‌شود تا ایشان تصمیم مقتضی را در این خصوص اتخاذ نماید.
- ۳- در صورت فوت اولیای دم اولیه قبل از استیفای قصاص نفس، اگر یکی از اشخاصی که حق قصاص نفس به واسطه توارث به آنها منتقل می‌شود، فرزند جانی باشد، خود می‌تواند تقاضای قصاص پدر را کند و حق قصاص سایرین نیز ساقط نمی‌شود.
- ۴- در صورت فوت مجنی علیه قبل از استیفای قصاص عضو، اگر یکی از

اولیای دم فرزند جانی باشد، خود می تواند تقاضای قصاص پدر را کند و حق قصاص سایرین نیز ساقط نمی شود.

۵- بر مقتن اسلامی لازم است برای جلوگیری از تضییع حقوق شهروندان و با توجه به این که در مواردی آرای مبهمی در فروض مذکور در مقاله صادر شده است که بعضاً حقوق شهروندان را با چالش روبرو کرده است، قوانین واضح و بدون ابهامی را در این خصوص وضع کند.

منابع

- قرآن کریم، ترجمه مهدی الهی قمشاهی، چاپ اول، قم، دانش، ۱۳۸۴.
- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری کلیات و دعاوی ناشی از جرم، ج ۱، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۰.
- آقایی نیا، حسین، جرایم علیه اشخاص (جنایات)، تهران، میزان، ۱۳۸۵.
- ابن قدامه، ابی محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامه، المغنی، ج ۱۱، قاهره، هجر، ۱۴۱۰.
- ابن مفلح، ابی اسحاق برهان الدین ابراهیم بن محمد بن عبدالله بن محمد، المبدع فی شرح المقنع، ج ۸، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۴۲۱.
- ابن منظور (ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم ابن منظور الافریقی المصری)، لسان العرب، ج ۷، بیروت، المکتب الاسلامی، ۲۰۰۴.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
- الأردبیلی، یوسف بن ابراهیم، الانوار لاعمال الابرار، ج ۳، کویت، دارالضیاء، ۱۴۲۷.
- اصفهان، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۵، قم، پایه دانش، ۱۴۲۵.
- بندرچی، محمدرضا، موانع ارث در حقوق مدنی و فقه شیعه، تهران، سازمان انتشارات کیهان، ۱۳۷۲.

- بهجت، محمدتقی، *استفتانات از محضر آیت الله العظمی بهجت*، ج ۴، قم، دفتر حضرت آیت الله بهجت، ۱۳۸۶.
- تبریزی، جواد، *تنقیح مبانی الأحكام، القصاص*، چاپ دوم، قم، دارالصدیقه الشهیده (س)، ۱۴۲۶.
- الجزیری، عبدالرحمن و دیگران، *کتاب الفقه علی مذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت*، ج ۵، بیروت، دارالثقلین، ۱۴۱۹.
- حبیب زاده، محمد جعفر و قیاسی، جلال الدین، «حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری»، *مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، دوره ۱۷، ش ۱ (پیاپی ۳۳)، پاییز، صص ۴۲-۳۳، ۱۳۸۰.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۲۸ و ۲۹، قم، مؤسسه آل بیت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۱۴.
- حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق*، ج ۲۶، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۴.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد، *الفقه، کتاب القصاص*، قم، دارالقران الحکیم بی تا.
- الحصری، احمد، *السیاسة الجزائیة، جرائم القصاص - الدیات - العصیان المسلح فی الفقه الاسلامی المقارن و القانونی*، ج ۳، بیروت، دارالجيل، ۱۴۱۳.
- خامنه ای، سیدعلی، *تقریرات درس خارج فقه، کتاب القصاص*، جلسات ۸ و ۱۷۱ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۱۲ و ۱۳۸۰/۱۱/۹.
- الخراسان، سیدمحمدعلی، *محاضرات آیه الله العظمی الخوئی فی الموارث*، قم، مؤسسه السبطين العالمیه، ۱۴۲۴.
- خسرو شاهی، قدرت الله، *فلسفه قصاص از دیدگاه اسلام*، قم، بوستان کتاب قم، ۱۳۸۰.
- ذهنی تهرانی، سیدمحمدجواد، *تحریر الفصول فی شرح کفایه الاصول*، ج ۳، قم، مؤسسه الامام المنتظر (ع)، بی تا.
- رافعی قزوینی شافعی، أبی القاسم عبدالکریم بن محمد بن عبدالکریم، *العزیز شرح*

- الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج ١٠، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤١٧.
- الزحيلي، وهبه، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ج ٧، دمشق، دارالفكر، ١٤١٨.
- زراعت، عباس، *شرح قانون مجازات اسلامی بخش قصاص (جرائم عمدی عليه تمامیت جسمانی)*، تهران، ققنوس، ١٣٨١.
- سبحانی، جعفر، *الوسيط في اصول الفقه*، ج ١، قم، مؤسسه الامام صادق (ع)، ١٤٢٢.
- السيد سابق، *فقه السنه*، بيروت، لدار الفتح للإعلام العربي، ج ٢، ١٤٢٢.
- شهيد ثاني (زيد الدين بن علي جبعي عاملی)، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية* ج ١٠، بيروت، دار احياء التراث العربي، بی تا.
- شهيد ثاني (زيد الدين بن علي جبعي عاملی)، *مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الاسلام*، ج ١٥، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ١٤٢٥.
- شيخ الاسلام كردستان، سيد محمد، *راهنمای مذهب شافعی*، ج ٢، تهران، دانشگاه تهران، ١٣٧٩.
- شيخ طوسی (ابى جعفر محمد بن الحسن بن علي بن الحسن الطوسی)، *المبسوط في فقه الاماميه*، ج ٧، بی جا، المكتبة المرتضوية، بی تا.
- صادقی، محمدهادی، *حقوق جزای اختصاصی (١) جرایم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)*، تهران، میزان، ١٣٨٤.
- صانعی، یوسف، *فقه الثقلین فی شرح تحرير الوسيلة*، کتاب القصاص، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی، ١٤٢٤.
- صانعی، یوسف، *استفتائات قضایی*، ج ١، تهران، میزان، ١٣٨٤.
- علّامه حلّی (ابومنصور جمال الدين حسن بن يوسف بن علي بن المطهر الحلّی الاسدی)، *قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام*، ج ٣، قم، مؤسسه نشر الاسلامی، ١٤١٩.
- _____، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الايمان*، ج ٢، قم، مؤسسه النشر

الإسلامی، ۱۴۱۰.

_____، *تحریر الاحکام الشرعیہ علی مذهب الامامیۃ*، ج ۵، قم، مؤسسہ الامام صادق (ع)، ۱۴۲۲.

علیان نژادی، ابوالقاسم، *استفتائات جدید/مکارم شیرازی*، ج ۲، قم، امیرالمؤمنین (ع)، ۱۳۸۱.

عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي*، ج ۲، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵.

عوض الجزیری، عبدالرحمن بن محمد، *کتاب الفقه علی مذاهب الاربعه*، بیروت، دار ابن حزم، ۱۴۲۲.

فاضل لنکرانی، محمد، *جامع المسائل*، ج ۲، قم، امیرالعلم، ۱۳۸۰.

_____، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، القصاص، قم، مرکز فقه الائمه الاطهار*، ۱۴۲۱.

قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ همراه با اصلاحات و تغییرات و

قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ و اصلاحی ۱۳۸۱ و ۱۳۸۵

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و اصلاحیه های بعدی آن.

کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.

کاسانی حنفی، علاء الدین ابی بکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، ج ۱۰، بیروت، دار کتب العلمیه، ۱۴۱۸.

کوشا، جعفر و هاشمی، سید حسین، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل

قانونی بودن جرایم و مجازاتها»، *نامه مفید*، شماره ۲۶، سال هفتم، تابستان،

صص ۹۶-۹۹، ۱۳۸۰.

- گرامی، محمدعلی، نامه به نگارندگان، ۱۳۸۶/۹/۶.
- گرچی، ابوالقاسم، *حدود و قصاص و تعزیرات*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- گلدوزیان، ایرج، *حقوق جزای عمومی ایران*، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- گنجینه آرای فقهی - قضایی*، قم، معاونت آموزش قوه قضائیه - دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی، بی تا.
- لایحه قانون مجازات اسلامی.
- محقق حلی (ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن الحلی)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۴، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۳.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه ۴، بخش جزایی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۱.
- محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- مرعشی، سید محمد حسن، *شرح قانون حدود و قصاص*، ج ۱، بی جا، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۵.
- مظاهری، حسین، نامه به نگارندگان، ۲۸ اکتبر و ۲۰ نوامبر ۲۰۰۷.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵.
- معلوف، لویس، *المنجد*، چاپ دوم، قم، دارالعلم، ۱۳۸۴.
- مکارم شیرازی، ناصر، نامه به نگارندگان، ۱۳۸۶/۷/۲۴.
- _____، نامه به نگارندگان، ۲۵ نوامبر ۲۰۰۷.
- منتظری نجف آبادی، حسینعلی، نامه به نگارندگان، ۱۳۸۶/۷/۲۶ و ۱۳۸۶/۹/۱۲.
- منجی تنوخی حنبلی، زین الدین، *المتع فی شرح المقنع*، ج ۵، بیروت، دارخضر، ۱۴۱۸.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، *فقه القصاص*، بی جا، نجات، ۱۴۱۸.

موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، ترجمه علی اسلامی، ج ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳.

_____، *کتاب البیع*، ج ۵، قم، مهر، بی تا.

موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۲، قم، مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۴۲۲.

میرحسینی، حسن، *سقوط قصاص در نظام حقوقی اسلام و ایران*، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
میرمحمد صادقی، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی (۱) جرایم اشخاص*، تهران، میزان،
نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۳۹ و ۴۰،
دارالاحیاء التراث العربی، بیروت. بی تا.

نجیب المطیعی، محمد، *کتاب المجموع شرح المهدب للشیرازی*، ج ۲۰، جده، مکتبه الارشاد. بی تا.

نوربها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران، کتابخانه گنج دانش و دادآفرین،
۱۳۸۱.

هاشمی، سیدمحمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۲، تهران، میزان، ۱۳۸۲.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شماره پیاپی ۸۲/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۹۹-۱۳۴

پژوهشی درباره نقش اجتهاد در تشخیص موضوعات احکام*

سید جعفر علوی گنابادی^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: Alavi.S.J@gmail.com

دکتر محمد تقی فخلعی

استادیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

در فرایند استنباط احکام شرعی، همان گونه که بحث از حکم ضروری است، بحث و بررسی راجع به «معروض یا موضوع حکم» و آنچه در تعیین این معروض، دخالت دارد نیز اجتناب ناپذیر است. موضوعات احکام، دارای تنوع خاصی است و عوامل مختلفی در تشخیص آنها تأثیر گذار است. از میان این عوامل، «اجتهاد» بحثهای دامنه داری برانگیخته است. در پژوهش حاضر نقش و میزان تأثیر این عامل در تشخیص موضوعات احکام در دو حوزه شناسایی مفهومی و مصداق یابی به بحث کشیده شده است. این نقش در شناسایی مفهومی نیز در سه بخش موضوعات صریحه، مستنبطه شرعی و مستنبطه عرفی دنبال شده است. از این سه مورد، اجتهاد، تنها در موضوعات مستنبطه شرعی دخیل است. در موضوعات عرفی، گرچه اجتهاد مصطلح نقشی انحصاری ندارد ولی اظهار نظر فقیه به صورت جزئی، مُجاز و حتی در مواردی لازم است. در سوی دیگر اجتهاد اصطلاحی را نمی توان عاملی مؤثر در مرحله مصداق یابی (تشخیص موضوعات خارجی) تلقی کرد.

کلید واژه‌ها: اجتهاد، موضوعات احکام، موضوعات صریحه، موضوعات مستنبطه شرعی، موضوعات مستنبطه عرفی، موضوعات خارجی.

طرح مسأله

* تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۶/۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۸/۱.
۱. نویسنده مسؤول این مقاله مستخرج از رساله دکتری نویسنده است.

فقیهان از جایگاهی عظیم و رسالتی سنگین - به ویژه در دوران غیبت امام عصر عجل الله تعالی فرجه الشریف - در محافظت از کیان اسلامی و تبیین احکام الهی برخوردارند. آنان در طول تاریخ و در شرایط مختلف از هر فرصتی برای انجام این رسالت بهره برده‌اند که تألیفات دقیق و گسترده آنان، نمونه‌ای از این تلاش ارزشمند به شمار می‌رود. آنان به منظور تبیین وظیفه شرعی مکلفان و بیان دستورهای الهی، به بیان احکام بسنده نکرده؛ بلکه افزون بر آن در موضوع شناسی احکام و تبیین شرایط فعلیت حکم^۱ نیز به یاری مکلفان آمده‌اند. از این رو، در موارد فراوانی به اظهار نظر راجع به هر آنچه در معروض یک حکم دخالت دارد مانند «متعلق حکم»، «متعلق متعلق»، «شرایط فعلیت تکلیف»،^۲ «موضوعات خارجی» و «مصادیق احکام»، پرداخته‌اند.^۳

در این پژوهش برای سهولت کار از واژه «موضوع» برای این معنای گسترده یعنی «آنچه در معروض حکم، دخالت دارد» بهره گرفته می‌شود. گفتنی است معنایی که در اینجا از «موضوع» اراده شده، همان معنای اصطلاحی دانش منطقی است که بسیار فراتر از معنای اصطلاحی موضوع در دانش اصول است^۴ که البته برای همین معنای وسیع نیز در اصول، کاربردهای فراوانی وجود دارد.

۱. این تعبیر برگرفته از تعریفی است که اصولیان از موضوع حکم دارند. شهید صدر در تعریف «موضوع» می‌گوید: «موضوع الحکم مصطلح اصولی نرید به مجموع الاشياء التي تتوقف علیها فعلیة الحکم المجمعول». ترجمه: «موضوع حکم، اصطلاحی اصولی است که منظورمان از آن، تمام چیزهایی است که فعلیت حکم مجعول، به آن بستگی دارد» صدر، *دروس فی علم الاصول*، ۱۰۷/۱.

۲. عباراتی هم چون «حکم»، «متعلق حکم»، «متعلق المتعلق» و «شرایط فعلیت تکلیف» در دانش اصول، معانی و کاربردهای خاص خود را دارد که تعریف دقیق آنها را به جایگاه مناسب خود، موکول می‌کنیم.

۳. «نصف توضیح المسائل، تشخیص موضوعی است و کار فقیه در فروع، پنجاه درصد، کارشناسی موضوعی است» مکارم شیرازی، *مجله نقد و نظر*، ۱۸/۵.

۴. مراد از موضوع در اصطلاح اصولی آن چیزی است که وجود آن در متعلق حکم، مفروض گرفته شده است؛ مانند عاقل بالغ مستطیع. به عبارت دیگر، «موضوع»، مکلفی است که از وی فعل یا ترک عملی خواسته شده است با تمام قیود و شرایط آن که همان عقل و بلوغ و مانند آن می‌باشد» نائینی، *فوائد الاصول*، ۱ و ۱۴۵/۲ و نیز ر ک: صدر، *دروس فی علم الاصول*، ۱۰۷/۱. اما موضوع در منطقی به هر چیزی گفته می‌شود که در یک قضیه حملیه بر آن حکم می‌شود و به دیگر سخن، موضوع در منطقی، همان محکوم علیه است ر ک: مظفر، *المنطق*، ۱۵۳.

به هر حال، همان گونه که بحث از حکم در استنباط فقهی ضروری است، بحث و بررسی راجع به «معروض حکم» و آنچه در تعیین این معروض، دخالت دارد نیز اجتناب ناپذیر خواهد بود. در واقع شناخت دقیق و کامل «معروض حکم»، شرط لازم برای عمل به آن حکم به شمار می‌رود. افزون بر این، نگاهی به عوامل اختلاف فتاوا اهمیت این بحث را روشنتر می‌کند. چه با این نگاه در می‌یابیم که یکی از عوامل مؤثر در این زمینه، اختلاف نظر در مسائلی است که در «معروض حکم» دخالت دارد؛ به گونه‌ای که اگر فقیهان در این موارد و به لحاظ «معروض حکم»، هم نظر باشند، دیگر راجع به حکم آن، اختلافی نخواهند داشت. اما سخن این جاست که چگونه می‌توان به تشخیص صحیح در موضوعات احکام رسید؟ فقیهان چه تدابیری در بحث موضوع شناسی اندیشیده‌اند تا با استفاده از آن، میزان خطا در موضوع شناسی به پایینترین سطح خود برسد؟

موضوعات احکام، دارای تنوع خاصی است و عوامل مختلفی در تشخیص آنها تأثیر گذار است. تعیین این عوامل و میزان تأثیر هر یک، بسیاری از اشتباهها را تصحیح می‌کند و اختلاف فتاوا را کاهش می‌دهد. از این عوامل می‌توان به اجتهاد؛ عرف عام؛ عرف خاص، تشخیص مکلف، دقت‌های علمی و عقلی و نشانه‌های تعبیدی اشاره کرد که از میان آنها «اجتهاد» از جایگاه خاصی برخوردار است و در پژوهش حاضر نقش و میزان تأثیر این عامل در تشخیص موضوعات احکام بررسی خواهد شد. این نکته راهم باید افزود که مقصود از اجتهاد در محل بحث همان مفهوم اصطلاحی آن در دانش اصول، یعنی «به کار بستن نهایت سعی و تلاش به منظور به دست آوردن حجت در احکام شرعی و یا تعیین وظیفه عملی در صورت دست نیافتن به چنین حجتی» است (خویی، مصباح الاصول، ۴۳۴/۳).

سؤال اساسی این است که «اجتهاد» با همین تعریف اصطلاحی تا چه میزان در تشخیص و تبیین موضوعات احکام نقش دارد؟ مجتهد، حکم حرمت را برای «غنا»

استنباط می‌کند؛ اما بیان چیستی غنا به عهده کیست؟ آیا بر عهده فقیه است و تبیین این چیستی بخشی از عملیات استنباطی و اجتهادی است یا او را در این باره شأنی نیست؟ در موضوعات خارجی یا همان شبهات مصداقیه، چه باید کرد؟ آیا اگر مجتهدی درباره مصداقی خارجی اظهار نظر کرد و مثلاً فردی را عادل معرفی کرد و یا مایعی را خمر دانست، باید از نظرش تبعیت کرد؟

در پاسخ به اینگونه پرسشها، نخست می‌بایست مراحل موضوع شناسی را از یکدیگر تفکیک کرد؛ چه این که دیدگاه فقیهان در این مراحل، یکسان نیست. برای موضوع شناسی سه مرحله بایستی در نظر گرفت:

أ) یافتن ارتباط بین حکم و موضوع؛ بدین معنا که حکم در مرحله جعل و تشریح بر چه موضوعی بار شده است و حکم مستفاد از ادله اربعه، مربوط به کدام موضوع است؟ مثلاً در بحث سبق و رمایه، آیا آنچه از حکم حرمت شرط بندی استثنا شده و موضوع حلّیت، قرار گرفته، تنها مسابقه با اسب، الاغ، شتر، فیل و تیر اندازی است یا هرگونه تمرینی که برای آمادگی رزمی و دفاعی باشد، استثنا شده است. تشخیص این که موضوع واقعی حکم، کدامیک است، در مرحله اول موضوع شناسی، انجام می‌شود.

ب) شناسایی مفهومی موضوع؛ به عنوان مثال، غنایی که حکم آن حرمت است، به چه چیز اطلاق می‌شود و حدود مفهومی آن کدام است؟ منظور از «غنیمت» که موضوع وجوب خمس است، چیست؟

ج) مصداق یابی موضوع؛ این که کدام مورد عینی و خارجی، مصداق فلان موضوع است،

از این سه مرحله، تنها مراحل دوم و سوم یعنی «شناسایی مفهومی» و «مصداق یابی» به بحث این مقاله مربوط است.

شناسایی مفهومی

در این مرحله، افزون بر بحث «شناسایی مفهومی» به بحث «مصدق یابی از طریق مفهوم شناسی» نیز می‌پردازیم. توضیح این که «مصدق یابی» به دو قسم، قابل تقسیم است؛

۱. مصداق یابی از طریق مفهوم شناسی. در این مورد، ابهام در مصداق است که به طور نهایی به نامشخص بودن مفهوم بر می‌گردد. به دیگر سخن، در مرحله نخست، سؤال در ناحیه مصداق، مطرح می‌شود؛ اما در واقع، سؤال مزبور، به این دلیل است که نمی‌دانیم آیا محدوده مفهوم مورد نظر به گونه‌ای است که شامل این مصداق هم می‌شود یا خیر؟ یعنی اصل ابهام در ناحیه مفهوم است. بدین ترتیب، اولاً در این موارد، از مصداق پی جویی می‌شود؛ و ثانیاً ابهام موجود، ناشی از ابهام در مفهوم است.

۲. تشخیص موضوعات خارجی؛ در برخی موارد شک ما از ناحیه حدود مفهوم نیست؛ بلکه در خصوصیات خارجی مصداق است. یعنی معلوم نیست آیا این فرد خارجی، دارای خصوصیت «الف» است تا مصداقی از مصداق مفهوم مورد نظر باشد یا چنین خصوصیتی ندارد تا از آن مفهوم، خارج شود. گاه از چنین مثالهایی به «شبهه موضوعیه» تعبیر می‌شود. در این موارد نیز همچون قسم قبلی باید به دنبال مصداق بود؛ اما تردید، ناشی از خود مصداق است نه مفهوم. به هر حال، در بررسی نقش اجتهاد، «مصدق یابی از طریق مفهوم شناسی» به مرحله «شناسایی مفهومی» ملحق شده و از هر دو بحث به ضمیمه هم سخن به میان می‌آید.

مرحله «شناسایی مفهومی» و بخش الحاقی آن، از تنوع خاصی برخوردار و دارای حوزه‌های مختلفی است. دیدگاه فقیهان در برخی از این حوزه‌ها یکسان و در بعضی متفاوت است. از این رو، به منظور بررسی دیدگاههای مزبور، نخست باید اقسام موضوع را تبیین کرد و سپس به نقل و نقد آنها در هر یک از این اقسام پرداخت. موضوعات احکام از جهت چگونگی تشخیص به دو گونه تقسیم می‌شوند:

أ) موضوعات صرفه ب) موضوعات مستنبطه؛ موضوعات مستنبطه نیز دارای دو قسم‌اند: (۱) مستنبطه شرعی (۲) مستنبطه عرفی. مستنبطه عرفی هم به دو نوع «مستنبط عرف عام» و «مستنبط عرف خاص» قابل تقسیم است و اینک به نقل و بررسی دیدگاه مجتهدان در هر یک از اقسام ذکر شده، می‌پردازیم:

موضوعات صرفه

موضوعات صرفه همان موضوعاتی است که تشخیص مفهوم آنها نیازمند استدلال نیست؛ یعنی به قدری واضح است که هر کسی آن را می‌فهمد (نک: صنفور، ۹۱۵). مفهوم موضوعات مزبور، کاملاً واضح است و نیازی به کارشناسی ندارد. بنابراین شناسایی مفهومی راجع به این گونه موضوعات مطرح نیست تا صحبت از عوامل مؤثر در این شناسایی به میان آید. از این رو، اجتهاد هیچ نقشی در مفهوم شناسی آنها ندارد؛ و مجتهد در این زمینه، دارای شأن و رسالت خاصی نیست. تنها نکته‌ای که ممکن است ابهام‌آمیز باشد، تشخیص مصادیق خارجی است که - به فضل الهی - در مباحث آینده به تفصیل از آن سخن به میان خواهد آمد. به طور مثال، مفهوم «آب» برای همه روشن است و اجتهاد، کمکی به فهم بهتر «آب» نمی‌کند؛ چرا که مفهوم آب جزء «موضوعات صرفه» است و از این رو در فهم آن بین مجتهد و مقلد فرقی وجود ندارد. اما ممکن است در مصادیق خارجی «آب» ابهاماتی وجود داشته باشد که مثلاً این مایع، آب است یا شراب؛ تشخیص موضوعات خارجی و مباحث مربوط به آن همان است که در بحث قبل از آن صحبت شد. به هر حال به نظر می‌رسد راجع به بحث شناسایی مفهومی در موضوعات صرفه، مخالفی بین مجتهدان، وجود ندارد بزرگانی چون: صاحب غرره (طباطبایی یزدی، ج ۵۷/۱) بروجردی (طباطبایی یزدی ۵۸/۱)، سید محسن حکیم (۱۰۵/۱)، خویی (التنقیح، الاجتهاد والتقليد، ۴۱۲) و تبریزی^۱ از جمله عالمانی هستند که موضوعات صرفه را غیر تقلیدی دانسته‌اند.

۱. <http://tabrizi.org/index1.php?W3Village=boo/tanqih> 1/9.

گفتنی است برخی موضوعات در نگاه اول، جزء موضوعات صرفه به شمار می‌روند؛ اما با توجه به مصادیق مبهمی از آنها بایستی آنها را از این قسم، خارج و در ضمن «موضوعات مستنبطه عرفی» بررسی کرد. مفاهیمی مانند «خط»، «جهر و اخفات» و «مجسمه» از این قبیل اند.

موضوعات مستنبطه شرعی^۱

موضوعات مستنبطه شرعی موضوعات احکامی است که تشخیص مفهوم و شناسایی حدود و خصوصیات آن نیازمند مراجعه به منابع دینی و دقت نظر و استدلال است. موضوعاتی که اساساً به وسیله شارع ایجاد شده‌اند و پیش از آن حتی اگر عناوین و اسما آنها نزد عرف متداول بوده لیکن اطلاق آنها بر هیأت ترکیبی معین پس از جعل و اختراع شارع اسلام صورت گرفته است. در این باره باید از عناوین عبادات چون صلوات و صوم و حج و وضو و تیمم به عنوان مثالهای بارز یاد کرد.

ممکن است موضوعاتی که پیش از اسلام به گونه ای میان مردم به کار می‌رفته و معانی عرفی از آنها اراده می‌شده؛ در پی آن شارع مقدس با تصرف در آن مفاهیم و ایجاد تغییراتی در آنها، همان مفهوم را با سعه و ضیق جدیدی ارائه کرده است از قبیل عناوین عقود و معاملات چون بیع و اجاره و نکاح و عناوین دیگری چون غنا نیز جزء موضوعات شرعی به شمار آید. لیکن بر اساس نظر دیگر افزودن قیدی در مقام مطلوبیت شرعی سبب نمی‌شود که این موضوعات از حقایق لغوی و عرفی خود فاصله بگیرند و وضع شرعی جدیدی بیابند (اراکی، ۶۹/۱).

به هر حال تشخیص موضوعات شرعی با تفصیل جزئیات آن نیازمند تخصص

۱. در شروع این بحث یاد آوری نکته ای ضروری است و آن این که بحث از موضوعات شرعی چون صلوات و صوم و زکات و حج، اعم از باور آوردن به حقیقت شرعیه است چه این که خواه به حقیقت شرعیه یعنی وضع این الفاظ در عصر شارع باور آوریم یا به حقیقت متشرعه گرایش یابیم و یا حتی بر این باور شویم که این عناوین در عصر قبل از اسلام نیز به کار می‌رفته و در دوران اسلام حقیقت لغوی بوده است باز چاره ای نداریم جز این که ساختار نوین شرعی آنها در عصر اسلام و پیرو تعالیم شارع مقدس را باور آوریم و در این صورت است که از آنها به عنوان موضوعات شرعی باید یاد کرد.

ویژه یعنی همان اجتهاد است و از غیر مجتهد، چنین تشخیصی ساخته نیست. بنابراین در تشخیص مفهومی این دسته از موضوعات، تنها نظر مجتهدان پذیرفتنی است؛ و اجتهاد، نه تنها عاملی مؤثر که عاملی منحصر در شناسایی مفهومی این قسم از موضوعات به شمار می‌رود. یعنی پاسخ به سؤالهایی از قبیل «نماز، دارای چه اجزایی است؟» «روزه چیست؟» «خمس به چه معناست؟» «وطن شرعی کدام است؟» جز با استنباط از دلیل شرعی به دست نمی‌آید و تنها اجتهاد است که استنباط را به ثمر می‌نشانند.

تمام مجتهدان در این مسئله هم نظرند و اختلافی بین آنها دیده نمی‌شود. به باور صاحب عروه، تقلید در موضوعات مستنبطه شرعی مانند نماز و روزه و غیره، جریان دارد؛ همچنان که در احکام عملی جاری است» (طباطبایی یزدی، ج ۵۸/۱).

موضوعات مستنبطه عرفی

موضوعات مستنبطه عرفی موضوعات احکامی است که تشخیص مفهوم و شناسایی حدود و خصوصیات آن نیازمند مراجعه به منابع عرفی و فحص و بررسی دقیق توأم با استدلال است و از سنخ موضوعات صرفه نیست که تشخیص آنها برای هرکس واضح باشد.

شارع نسبت به موضوعات مستنبطه عرفی، تنها به بیان حکم آنها اکتفا کرده و با این که موضوعات مزبور، نیازمند دقت نظر و استنباط است، راجع به آنها اظهار نظری نکرده است. نیاز موضوعات مزبور به دقت نظر و استنباط می‌تواند ناشی از عوامل مختلفی باشد. به عنوان مثال، نامعلوم بودن معنای لغوی، تخصصی بودن موضوع و یا اختلافی که میان اهل عرف وجود دارد، هر یک می‌تواند علتی برای به وجود آمدن ابهام در موضوع تلقی شود. از این رو، موضوعات مستنبطه عرفی را می‌توان در ذیل دو عنوان «عرف عام» و «عرف خاص» بررسی کرد. «عرف عام» موضوعاتی را در بر می‌گیرد که برای تعیین آنها می‌بایست به عموم مردم مراجعه کرد و میزان را فهم شایع

در بین مردم قرار داد؛ اما «عرف خاص» موضوعاتی را شامل می‌شود که تعیین آنها به نظر گروه خاصی از مردم بستگی دارد و در موارد مختلف، می‌بایست به گروه‌های متفاوتی مراجعه کرد.

بیشتر فقیهان «موضوعات مستنبطه عرفی» را به دو بخش موضوعات «عرفی» و «لغوی» تقسیم کرده و سپس به اظهار نظر در مورد آنها پرداخته‌اند (نک: طباطبایی یزدی، ۵۸۷/۱؛ حکیم، ۱۰۵/۱؛ خویی، *التنقیح، الاجتهاد والتقلید*، ۴۱۲؛ مکارم شیرازی، *تعلیقات علی العروة الوثقی*، ۱۰) مقصود آنان از موضوعات لغوی ظاهراً موضوعاتی است که بر وضع لغوی خود باقی مانده و کاربردهای عرفی تغییری در آنها بیار نیآورده است. بدیهی است که مرجع تعیین مفاهیم این دسته موضوعات، لغویان هستند و راه دستیابی به این مفاهیم تتبع در آثار اصحاب معاجم لغوی در حد اطمینان آور است. اما موضوعات عرفی آن دسته موضوعاتی هستند که در کاربرد های شایع خود نزد اهالی عرف از حقیقت لغوی خود فاصله گرفته‌اند اعم از این که حقیقت عرفیه یافته و یا به عنوان مجاز شایع به کار رفته باشند. برای نیل به مفاهیم آنها رجوع به اقوال لغویان کفایت نمی‌کند بلکه این مفاهیم با مطالعه وسیع در احوال عرف به دست می‌آید. این نکته نیز افزودنی است که مقصود از عرف - در کثیری از موارد - عرف زمان صدور خطابات شرعی کتاب و سنت است. به تعبیر دیگر احکام شرعی بر روی مفاهیم عرفی زمان صدور محمول واقع شده است. به طور مثال از موضوع غنا می‌توان یاد کرد که گرچه لغوی آن را صوت مُرَجَع معنا کرده باشد لیکن در کاربردهای عرفی بعدی چه بسا قیدی چون مُطَرَب بودن بر آن افزوده شده است. موضوعات فقهی دیگر چون مدعی و مُنکِر و شرط نیز از همین قبیل‌اند و رجوع به منابع لغت نمی‌تواند در باره آنها بی‌نیازی آورد بلکه بایستی در فهم آنها به معیار های عرفی رجوع کرد.

به هر حال در این قسم از موضوعات بر خلاف دو قسم پیشین، اتفاق نظری بین عالمان دینی دیده نمی‌شود، صاحب عروه از فقیهانی است که به این بحث

پرداخته است. پس از وی بسیاری از فقیهان دیگر نیز در حاشیه *عروة الوثقی*، نظر خود را تحت دو عنوان «موضوعات لغوی» و «موضوعات عرفی»، مطرح کرده و بعضی دلیل دیدگاه خود را نیز بیان کرده اند. گر چه در کتاب مزبور، این دو عنوان («موضوعات لغوی» و «موضوعات عرفی») به تفکیک بیان شده؛ اما به نظر می رسد رأی فقیهان در هر دو مورد یکسان است؛ یعنی کسانی که تقلید در موضوعات لغوی را روا دانسته اند، تقلید در موضوعات عرفی را هم توصیه کرده اند؛ عالمانی هم که تقلید در موضوعات لغوی را جایز نشمرده اند، تقلید در موضوعات عرفی را نیز مانع شده اند. به دیگر سخن برخی اجتهاد را به عنوان عاملی مؤثر در تشخیص موضوعات مستنبطه عرفی پذیرفته اند و برخی با تأثیر اجتهاد در تشخیص موضوعات مزبور، مخالفت ورزیده اند. این دیدگاهها در دو بخش تحت عناوین «موافقان و مخالفان تأثیر اجتهاد»، مطرح می شود.

موافقان تأثیر اجتهاد

تمام فقیهان به جز معدودی از آنان، «موضوعات مستنبطه عرفی» را قابل تقلید دانسته اند. از جمله شیخ عبدالکریم حائری، سید ابوالحسن اصفهانی، آیت الله بروجردی و بعضی دیگر به صراحت و بدون توضیح خاصی، گفته اند: «چاره ای جز تقلید در موضوعات مستنبطه، مانند نماز، روزه، غنا، جذع، ثنی^۱ و مانند آن، وجود ندارد» (طباطبایی یزدی، ج ۱/۵۷ و ۵۸).^۲ برخی مختار خویش را با توضیح بیشتری بیان کرده اند. مرحوم نایینی در این زمینه گفته است:

موضوع مستنبط - مانند این که معنای صعید، «تراب خالص» است یا مطلق

۱. این دو واژه، هر کدام برای سن معینی از برخی چهارپایان به کار می رود.

۲. «اما التقليد فی الموضوعات المستنبطه كالصلاة والصيام والغناء والجذع والثنی ونحوها فلامنص عنه». فیاض، ۳۲/۱. گفتنی است اگر بتوان از کلام شیخ انصاری که یکی از موارد افتا را «موضوعات استنباطیه» معرفی کرده است، اطلاقی گرفت، ایشان را نیز می توان از موافقان تقلید از موضوعات مستنبطه عرفی دانست. کلام مذکور، چنین است: «اللفقیه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة: أحدها: الإفتاء فیما یحتاج إليها العامی فی عمله، ومورده المسائل الفرعیة، والموضوعات الاستنباطیة من حیث ترتب حکم فرعی علیها. ولا إشکال ولا خلاف فی ثبوت هذا المنصب للفقیه، إلا ممن لا یری جواز التقليد للعامی» انصاری، ۵۴۵/۳.

«سطح زمین» [یعنی همان موضوع لغوی] - به خودی خود، تقلید بردار نیست؛ اما به جهت این که به دنبال این موضوع، حکم شرعی جواز تیمم و ... قرار می‌گیرد، موردی برای تقلید خواهد بود (طباطبایی یزدی، ج ۱/۵۷).

محمد حسین کاشف الغطا معیاری کلی برای سنجش موضوعات، معرفی کرده و گفته است: ملاک تقلید در موضوعات، عرفی یا لغوی بودن یا چیز دیگر نیست؛ بلکه معیار، کلی یا جزئی بودن موضوعات است. (طباطبایی یزدی، ج ۱/۵۷). به دیگر سخن، تعیین مفاهیم به عهده شارع و تشخیص مصداق به عرف واگذار شده است و تقلید، تنها در مفاهیم شایسته است. به عنوان مثال راجع به این که منظور شارع از واژه «صعید»، مطلق وجه الارض است یا خاک به تنهایی مراد اوست، می‌بایست تقلید کرد ولی راجع به این که در خارج، چه چیز خاک است و چه خاک نیست، نمی‌توان تقلید کرد.

مرحوم حکیم این گونه موضوعات را دو قسم کرده و گفته است: در موضوعاتی که مفاهیم و حدودشان برای همه روشن بوده و نیازی به استدلال ندارند، بین مجتهد و مقلد فرقی نیست؛ اما در موضوعاتی که نیازمند استدلال هستند، مانند غنا و ظرف، باید تقلید کرد. اگر در این موارد، تقلید را جایز ندانیم، باید گفت اجتهاد یا احتیاط در موضوعات مزبور، بر همه واجب است؛ که بعید است کسی به این مطلب ملتزم شود. از این رو است که صاحب عروه و دیگران، تبیین این مفاهیم را در کتابهایی که برای بیان فتوا آماده شده است، گنجانده‌اند (۱/۱۰۵).

محقق خوبی نیز تقلید در موضوعات لغوی را پذیرفته است. ایشان در این باره می‌فرماید: «... نظریه درست این است که در تمام موضوعات مستنبطه، چه شرعی و چه غیر شرعی می‌بایست تقلید کرد؛ زیرا شک در این موضوعات، دقیقاً شک در احکام آنهاست و واضح است که مرجع در احکام شرعی‌ای که بر موضوعات مستنبطه، مترتب می‌شود، مجتهد است. به عنوان مثال، مجتهد بنا را بر این می‌گذارد که اگر در اطراف

مرد نمازگزار، شخص دیگری از جنس مخالف، مشغول نماز شود، نمازش باطل است؛ مگر این که فاصله بین آن دو لاقبل، ده ذراع باشد. معنای سخن مزبور، این است که نماز، عنوانی برای اجزا و شرایطی است که یکی از آن شرایط، قرار نگرفتن در پیرامون زنی است که مشغول نماز است. [مجتهد از یک نگاه، حکم را بیان کرده و از نگاه دیگر به حدود موضوع توجه داده است]. همین گونه است زمانی که مجتهد در رساله خویش می‌نویسد: غنا به صوتی گفته می‌شود که دارای ترجیع است؛ چه مطرب باشد و چه مطرب نباشد. معنای کلام مزبور این است که حرمت شرعی هم شامل صوت مطرب می‌شود و هم غیر مطرب؛ مشروط بر این که همراه ترجیع باشد (التفحیح، الاجتهاد والتقلید، ۴۱۲).

بنابراین برای بیان دقیق حکم شرعی می‌بایست موضوع نیز تعریف شود. از این رو، کسی که در عمل به احکام از مجتهدی تقلید می‌کند، در موضوعات احکام نیز ناگزیر از تقلید است؛ چه این که تبیین حکم بدون روشن شدن موضوع، امکان پذیر نیست.

آیت الله تبریزی موضوعات مستنبطه عرفی و لغوی را تقلیدی دانسته و در استدلال بر آن، چنین مثال زده است: اگر برای مقلد، معلوم نباشد که مراد از غنا هر صوتی است که زمینه طرب در آن باشد؛ - منظور از طرب، خروج نفس از حالت طبیعی است - یا به گونه‌ای از صوت گفته می‌شود که دارای ترجیع و تردید صدا در حلق است، گرچه در کلام باطل نباشد؛ و یا خصوص مواردی است که در ضمن کلام باطل ادا شود، در این صورت مقلد باید از هر اظهار نظری که مجتهد راجع به موضوع دارد، پیروی کند. مواردی مانند «گنج» و «صعید» نیز همین گونه است. مثلاً مقلد نمی‌داند «گنج» به هر مال پنهان در زمین گفته می‌شود یا تنها به طلا و نقره پنهان؛ آیا معنای «صعید»، «سطح زمین» است یا خصوص «خاک و شن»؟ در این موارد باید به نظر مجتهد، عمل کند. زیرا چه مجتهد، غنا را به صورت اول یعنی کلی تعریف کرده و

حکم آن را بیان کند و چه بگوید خصوص صوت مرجعی که در کلام باطل باشد، حرام است، در هر صورت، مجتهد حکم راجع به موضوعی بیان کرده و وظیفه مقلدی که نسبت به آن بی اطلاع است تبعیت از حکم است.^۱

آقای مکارم شیرازی نیز تقلید در بخش خاصی از موضوعات عرفی را می‌پذیرد. به نظر ایشان، فرد غیر مجتهد در موضوعاتی می‌تواند تقلید کند که فهم آنها نیازمند دقت نظر، سلامت ذوق، ممارست و احاطه به آنها باشد که فرد مقلد فاقد این اوصاف است (نک: بحوث فقهیه هامة، ۳۹۵؛ تعلیقات علی العروة الوثقی، ۱/۱۰۱).

برخی نیز به صورت کلی، موضوعاتی را که نیازمند استنباط است، تقلیدی دانسته‌اند. در استفتایی از محضر رهبر انقلاب آمده است:

نزد فقها معروف است که تشخیص موضوعات احکام به عهده خود مکلف است و وظیفه مجتهد، تشخیص حکم است، ولی در عین حال مجتهدین در بسیاری موارد، در تشخیص موضوعات احکام نیز اظهار نظر می‌کنند، آیا متابعت از نظر مجتهد در موضوع نیز واجب است؟

ایشان پاسخ گفته است: «تشخیص موضوع، موکول به نظر خود مکلف است و متابعت از مجتهد در تشخیص موضوع واجب نیست، مگر آن‌که به آن تشخیص اطمینان پیدا کند و یا موضوع از موضوعاتی باشد که تشخیص آن نیاز به استنباط دارد» (خامنه‌ای، رساله اجوبه استفتاءات/۱).

نقد و بررسی

گرچه موافقان نقش اجتهاد در تشخیص «موضوعات مستنبطه عرفی» بسیارند؛ اما در کلام بیشتر آنان دلیلی بر این موافقت بیان نشده است و به نظر می‌رسد مجموع دلایلی هم که در کلام سایرین دیده می‌شود را نیز در دو مورد می‌توان خلاصه کرد و اینک هر یک به همراه نقد آن تقدیم می‌شود.

۱. <http://tabrizi.org/index1.php?W3Village=boo/tanqih1/9>.

دلیل نخست: تبعیت موضوع از حکم

موضوع به خودی خود تقلید بردار نیست؛ اما از آنجا که برای فهم احکام، باید موضوع نیز شناخته شود، همانگونه که در حکم، تقلید لازم است، در موضوع هم باید تقلید کرد (نک: طباطبایی یزدی، ۵۷/۱ و خویی، *التنقیح، الاجتهاد والتقلید*، ۴۱۲) بر این دلیل دو نقد، وارد است:

نخستین نقد، اشکالی نقضی است؛ به این بیان که اگر استدلال مزبور، صحیح باشد، می‌بایست تشخیص موضوعات خارجی هم تقلیدی باشند. زیرا به همان شیوه‌ای که مستدل، «موضوعات مستنبطه عرفی» را تقلیدی دانست، باید تشخیص مصداق خارجی را نیز قابل تقلید معرفی می‌کرد. چه این که به عنوان مثال، وقتی مجتهدی اعلام می‌کند صدایی خاص از خواننده‌ای مشخص، مصداقی برای صوت مُرَجَّع است، معنایش بیان حکم شرعی آن مصداق است. بر اساس استدلال مذکور، مجتهد در اینجا نیز به تبیین حکمی شرعی پرداخته که تقلید در آن، تقلید در حکمی شرعی است. بنابراین همان طور که تعریف «موضوعات مستنبطه عرفی» به نوعی تبیین حکم شرعی است، بیان موضوعات خارجی هم، گونه‌ای از حکایت حکم شرعی است؛ و این در حالی است که عموم فقیهان حتی خود محقق خویی، تقلید در تشخیص موضوعات خارجی را ممنوع دانسته‌اند.

نقد دوم همراه با بیانی تحلیلی است. با توجه به این که مبنا و دلیل اصلی تقلید در احکام شرعی، سیره عقلا در رجوع جاهل به عالم است، باید دید این سیره در چه مواردی ساری و جاری است و در چه مواردی چنین نیست. به دیگر سخن، ملاک اصلی در جواز تقلید و تأثیر گذاری اجتهاد، این نیست که هر تقلیدی که به تقلید در حکم انجامد، جایز و سایر تقلیدها ممنوع‌اند؛ بلکه مبنای تقلید، سیره عقلا در رجوع به کارشناس و خیره است. معلوم است که در هر کاری تخصصی ویژه لازم است. با این نگاه، مثالهای مستدل را دوباره مرور می‌کنیم. تبیین معنای نماز، نوعی از موضوع

شناسی است و بیان موضوعی از موضوعات مستنبطه شرعی، یافتن تعریف دقیقی از نماز با تمام قیود و شرایطش به اجتهاد نیاز دارد و عملی تخصصی است. بنابراین مورد سیره عقلا رجوع به متخصص آن یعنی مجتهد است.

رسیدن به حکم غنا نیز نیازمند تخصص اجتهادی است و غیر مجتهد به حکم سیره عقلا ناگزیر از مراجعه به مجتهد است. اما تشخیص معنای غنا گر چه ممکن است تخصصی باشد، ولی آن تخصص، لزوماً اجتهاد اصطلاحی نیست؛ بلکه در موارد مختلف، کاملاً متفاوت است. به عنوان مثال، در موضوعات لغوی، تخصصی که برای تشخیص مفهوم لازم است، لغت شناسی است نه اجتهاد مصطلح. حال اگر مجتهدی، لغت شناس ماهری هم بود، می‌توان به لحاظ تخصص دوم وی به او مراجعه و از او تقلید کرد؛ این در واقع، تقلید از مجتهد نیست بلکه پذیرش قول لغوی پس از حصول اطمینان است. بنا بر این برای شناخت چنین موضوعی، نمی‌توان اجتهاد را به عنوان عاملی تأثیرگذار معرفی کرد. اما در خصوص موضوعات عرفی نباید از نظر دور داشت که فهم و استنباط فقیه به دلیل احاطه ذهن و ممارست در ادله و شواهد نصی و تاریخی از هر کس دیگری در تشخیص این مفاهیم به واقع نزدیکتر است و شاید بتوان تلاش فقیه در این زمینه را به مثابه یک عملیات اجتهادی و استنباطی تمام عیار به شمار آورد. ولی پرسش این است که آیا کسب این مهارت شأن اختصاصی فقیه است و کس دیگری را حق ورود به این عرصه نیست؟ چنین به نظر نمی‌رسد.

به هر حال برای جواز تقلید در «موضوعات مستنبطه عرفی» نمی‌توان به بازگشت آن به تقلید در احکام، استدلال کرد.

دلیل دوم: استبعاد اجتهاد یا احتیاط در موضوعات

همان طور که برای فراغ ذمه از تکلیف، تنها سه راه وجود دارد: اجتهاد، احتیاط و تقلید؛ برای تشخیص موضوعاتی که نیازمند استنباط‌اند مانند «صعید» و «غنا» نیز همین سه شیوه پذیرفتنی است. بنابراین در صورت نپذیرفتن شیوه تقلید، بر مکلف

واجب است برای تشخیص این موضوعات یا اجتهاد کند و یا احتیاط؛ و چون هیچ یک از این دو روش را نمی‌توان به تمام غیر مجتهدان توصیه کرد، تنها تقلید را باید برای غیر مجتهد، برگزید (حکیم، ۱۰۵/۱).

این دلیل نیز تأمل برانگیز است و نقد سه گانه ای راجع به آن مطرح می‌شود.

یکم: این نکته صحیح است که تشخیص «موضوعات مستنبطه عرفی» نیازمند استدلال و استنباط است و برای استدلال و تشخیص، تخصصی ویژه لازم است؛ اما - همان گونه که در گذشته نیز یادآوری شد - این تخصص، همواره اجتهاد مصطلح نیست. آری؛ اجتهاد برای شناسایی «موضوعات مستنبطه شرعی» ضروری است؛ ولی مهارت اجتهاد، دست کم برای همه «موضوعات مستنبطه عرفی» ضرورتی ندارد. نباید این حق را از موضوع شناس عرفی زوال آورد که بتواند با اعمال روش استنباطی در قراین و احوال عرفی و یا تتبع در آثار لغوی به نتایج اطمینان بخش تری نسبت به فقیه مرجع خود دست یابد. بر این اساس، باید گفت: تشخیص «موضوعات مستنبطه عرفی» اعم از لغوی و غیر لغوی مانند صعید و غنا منحصر به آن سه شیوه نیست؛ و ممکن است کسی نه مجتهد باشد، نه مقلد و نه محتاط؛ بلکه لغت شناس و عرف شناس ماهر باشد و بتواند مفهوم صعید و غنا را تشخیص دهد. بنابراین نمی‌توان با برهان سبر و تقسیم یعنی حذف موارد اجتهاد و احتیاط، تقلید را نتیجه گرفت؛ چه گزینه دیگری هم وجود دارد که آن هم تخصص غیر مجتهد در تشخیص موضوع است.

دوم: حتی در صورت انتخاب گزینه تقلید، لازم نیست در همه حال از مجتهد، تقلید کند؛ بلکه در موارد تعارض میان قول فقیه و کارشناس عرفی دیگر بایستی به ملاک اعلم بودن گفته هر یک را که اطمینان آورتر است ترجیح دهد. به دیگر سخن، این درست است که تقلید، راهی برای تشخیص «موضوعات مستنبطه عرفی» است؛ ولی تقلید از کارشناسان تشخیص موضوع، اعم از مجتهد و غیر مجتهد و برای کسانی که هیچ تخصصی ندارند، تقلید از مجتهد تنها راه حل نیست و تقلید از کارشناس تشخیص

موضوع به ملاک اطمینان آوری پذیرفتنی است.

سوم: مستدلّ برای تشخیص «موضوعات مستنبطه عرفی» سه راه، مطرح کرده که یکی از آنها اجتهاد است. اما به نظر می‌رسد - با توجه به آنچه در نقد نخست بیان شد - اساساً نمی‌توان اجتهاد به مفهوم کلاسیک یعنی توانمندی در استنباط احکام شرعی را ابزاری کارآمد برای این تشخیص معرفی کرد. چرا که استنباط موضوعات عرفی، توانمندی‌های دیگری را نیز می‌طلبد. تخصص‌هایی چون پزشکی، جامعه‌شناسی، لغت‌شناسی، جغرافیا، حقوق، علوم سیاسی، روابط بین‌الملل و مانند آن در موارد مختلف، از جمله ضرورت‌های تشخیص چنین موضوعاتی است و این مسأله در موضوع شناسی مسایل نوپیدای فقهی اهمیت مضاعف می‌یابد. البته ممکن است مجتهدی افزون بر اجتهاد در برخی موارد دیگر مانند لغت نیز کارشناس بوده و دیدگاه‌های وی در آن حوزه نیز صائب باشد؛ اما اجتهاد به خودی خود چنین توانی ندارد. بنابراین نه تنها اجتهاد شیوه انحصاری در تشخیص موضوعات مزبور نیست بلکه لزوماً شیوه مطمئنی برای این منظور به شمار نمی‌رود.

بدین ترتیب، این دلیل نیز با توجه به سه نقدی که بر آن وارد شد، پذیرفتنی نیست.

نتیجه این که از مجموع آنچه موافقان تأثیر اجتهاد در موضوعات مستنبطه عرفی بیان کردند، دو دلیل به دست آمد و هر یک از دو دلیل دارای اشکالی بود که اهمیت آن را به عنوان دلیل تمام عیار ساقط کرد.

در پایان بحث از تأثیر اجتهاد در موضوعات مستنبطه عرفی ناگزیر از اذعان به نکته‌ای باید بود و آن این که فهم این قبیل موضوعات علاوه بر عوامل پیش گفته، چون مفاهیم لغوی و عرفی و سایر دانش‌های مورد نیاز گاه در گروهی مواردی چون کشف مناسبت حکم و موضوع، تحلیل قیودی که در لسان ادله نقلی ذکر شده و مانند آن نیز هست. به طور مثال برخی از فقها با تحلیل روایات باب غنا قید «در کلام باطل

بودن» را در مورد غنای حرام دخیل دانسته اند (نک: انصاری ۲۸۷/۱، خوانساری ۱۶/۳). بدیهی است که احاطه بر این امور، جزء شؤن انحصاری فقیه و بخشی از عملیات اجتهادی به معنای مصطلح است. این مسأله اجمالاً به مفهوم پذیرش نقش اصیل مجتهد در بخشی از عملیات موضوع شناسی در موضوعات عرفی است. جز اینکه در مثال مورد اشاره ممکن است گفته شود دخالت شارع در مسأله و افزودن قید معینی به موضوع، غنا را از سلک موضوعات عرفیه خارج کرده و در زمره موضوعات شرعیه در آورده است.

مخالفتان تأثیر اجتهاد

به نظر می‌رسد سید محمد کاظم طباطبایی، مؤلف کتاب «عروة الوثقی» برجسته‌ترین شخصیتی است که نظر مجتهد را در هیچ یک از موضوعات مستنبطه، چه شرعی و چه عرفی، نافذ ندانسته و در این باره نوشته است: «جایگاه و مورد تقلید، احکام فرعی عملی است. بنابراین تقلید در اصول دین، مسائل اصول فقه، مبادی استنباط مانند نحو و صرف و موضوعات مستنبطه عرفی یا لغوی ... جریان نمی‌یابد» (طباطبایی یزدی، ج ۵۷/۱).

آقا مصطفی خمینی نیز با صاحب عروه، هم عقیده است؛ البته ایشان نه تنها نظر مجتهد را در این امور نافذ نمی‌داند بلکه افزون بر آن، دخالت فقیهان در موارد مزبور را ممنوع می‌شمارد. به نظر وی فقیه، تنها در موضوعاتی می‌تواند دخالت کند که شارع در آن موضوعات تصرف کرده و تعریفی خاص از آنها ارائه نموده و فهم آن را به مردم واگذار نکرده است. ایشان بر این باور است که اظهار نظر فقیهان در این گونه موضوعات، اولاً حجّت نیست؛ ثانیاً ثمره و فایده‌ای بر آن مترتب نمی‌باشد؛ و ثالثاً این دخالتها خطا و اشتباه و حتی در برخی موارد اغرای به جهل خواهد بود. وی این مطلب را چنین توضیح می‌دهد:

«در جای خود این نکته را بیان کردیم^۱ که فقیه نباید در تعریف مفهومی موضوعات دارای حکم، دخالت کند. زیرا نظر او در این مسئله حجّت نیست. بسیار پیش می‌آید که مقلدان گمان می‌کنند باید به این چارچوب توجه و مطابق تشخیص فقیهان عمل کنند؛ با این که تشخیص خود مقلدان بر خلاف نظر فقیهان است. البته چنانچه خبر آنان حجت باشد - یعنی خبر عادل به تنهایی در موضوعات کافی بوده و نیازی به ضمیمه نباشد - این اظهار نظر می‌تواند صحیح باشد؛ آن هم به شرط این که نظر مقلد بر خلاف فهم فقیه نباشد. به همین دلیل است که می‌نگری روایات و دستورات دینی از دخالت در این امر، ساکتند و مسأله به خود مقلدان واگذار شده است تا بر اساس سرشت و عادت، تصمیم‌گیری کنند. بنابراین دخالت فقیهان راجع به تشخیص صغراهای فقهی که در کتابها و رساله‌های عملیه آنان دیده می‌شود، به حقیقت اشتباه، خطای غیر عمدی و گاه اغرای به جهل است. از این رو، بحث از چیستی گندم و جو در زکات، خرما، کشمش و آب انگور در مباحث طهارت، چیستی عیب و ... بی معنا است و در موارد بسیاری به نتیجه‌ای منتهی نمی‌شود؛ چه تعاریف بسیاری از فقیهان به دلیل آنچه که نمی‌توان به آن ملتزم شد، نقض می‌شود. این مسأله حتّی در تعاریف ماهیت عقود، ایقاعات، ماهیت حکم، انشاء، وضع و تکلیف هم دیده می‌شود. زیرا فقیهان [پس از بیان تعاریف مزبور] زمانی که به نمونه‌ای عملی برخورد می‌کنند، به محیط خود مراجعه می‌کنند و بر خلاف آن تعاریف [می‌یابند]. آن نیز به این دلیل است که جایز نیست فهم عرفی را کنار زنند، به چارچوبی مراجعه کنند که بر اساس تخیلاتشان بنا شده است. نتیجه این می‌شود که خود را تخطئه کرده، بر خلاف میلشان از مردم کوچه و بازار پیروی می‌کنند؛ آری اگر در شریعت مقدس، تعریف برخی از موضوعات - که از آن به موضوعات مستنبطه تعبیر می‌شود - ثابت شود و این تعاریف بر تعریفهای رایج در منطقه و محیط [همان زمان] حمل شود و شارع مقدس آنها را

۱. ظاهراً مراد، حاشیه ایشان بر عروة الوثقی است. نک: مصطفی خمینی، *تحریر العروة الوثقی*، ۳۲/۱.

برای تمام زمانها و مکانها در نظر نگیرد، دقت و تعمق در معانی فعلی آن ممنوع است؛ چون با گذشت زمان دیگر، فایده‌ای بر آن مترتب نیست. اما اگر از دلیلی استفاده شد که شارع مقدس، دخالت کرده و حتی با کنار زدن سیره عرف بر خلاف فهم عرف نظر داده است - که البته بسیار بعید است - در این صورت باید از نظر شرع پیروی کرد و یقیناً عرف حجت نخواهد بود» (خيارات، ۲۷۳/۱).^۱

در جمع بندی کلام صاحب عروه و آقا مصطفی خمینی می‌توان گفت: صاحب عروه، پس از تقسیم موضوعات، به طور مشخص، تقلید در «موضوعات مستنبطه عرفی» را نپذیرفته؛ و دلیلی بر مخالفت خود نیز ارائه نکرده است. اما مرحوم آقا مصطفی بدون تقسیم موضوعات، به طور کلی راجع به اظهار نظر فقیهان نسبت به مفهوم موضوعات احکام سخن گفته است. به نظر می‌رسد محور بحث وی «موضوعات صرفه» و «موضوعات مستنبطه عرفی» است. زیرا در پایان کلام خود، تنها «موضوعات مستنبطه شرعی» را خارج کرده است. بدین ترتیب ایشان نیز با تأثیر اجتهاد در تشخیص «موضوعات مستنبطه عرفی» مخالفت ورزیده است.

به هر حال در کلام آقا مصطفی نکات مختلفی بیان شده که نیازمند بررسی است. مهمترین آنها در سه ادعای ذیل، خلاصه می‌شود: (۱) عدم حجیت تشخیص مجتهد در «موضوعات مستنبطه عرفی»؛ (۲) حرمت اظهار نظر راجع به این تشخیص و دلیل این حرمت؛ (۳) جواز اظهار نظر فقیه در تشخیص موضوعات به دو شرط مخالف نبودن نظر فقیه با نظر مقلد و حجّت دانستن خبر یک عادل در موضوعات.

۱. ایشان در جای دیگر نیز این مطلب را با تعابیر مشابهی می‌آورد: «إن شئت قلت: الجاری فی المآثر، عنوان یشیر إلی ما یرتکز عند العرف والعقلاء، ولا حاجة إلی تحدید الفقهاء، بل فی ذلک إغراء بالجهل، وإلقاء فی التهلكة، لأنه من الموضوعات العرفية الواضحة عندهم، فكما أنهم لا يعرفون الموضوعات العرفية، لأن العرف هو السند فيها، فكذلك على الفقهاء العظام ذلك». مصطفی خمینی، کتاب الطهارة، ۱۸۳/۱؛ «ولعمری، إنه بعد عدم دخالة الشرع الأقدس فی السبب، فدخالة أرباب الفتوى نفيًا وإثباتًا، توجب الفساد، لتوهم العرف لزوم تبعيتهم لهم فی ذلک. فالأولى الأحوط أن يقال: إذا تحقق البيع فأحكامه كذا وكذا، وما به يتحقق موكول إلی العرف، وتشخیص مصاديقه بیدهم، وعليهم - رضوان الله تعالى عليهم - اتباعهم، فهم والعرف متعاكسان فی المرجعية» سید مصطفی خمینی، مستند تحریر الوسيلة، ۱۹/۲.

در عبارت ایشان می‌توان دلایل دو ادعای اول را هم یافت که برای بررسی بهتر این سخن، دلایل به تفکیک بیان می‌شود.

دلیل وی بر مدّعی اول (عدم حجّیت تشخیص مجتهد در «موضوعات مستنبطه عرفی») دو چیز است:

۱. «عدم دخالت شارع مقدّس در تعیین موضوعات مزبور». یعنی چون شارع مقدّس، راجع به تشخیص موضوع، اظهار نظر نکرده، پس تعیین آن به مکلفین واگذار شده است؛ و از این رو، دلیلی بر حجّیت نظر مجتهد در مسأله‌ای که به وی واگذار نشده و در واقع، خارج از اختیارات اوست، وجود ندارد.

۲. بی‌فایده بودن بحث فقیهان راجع به موضوعات در بسیاری از موارد؛ به دلیل خلاف واقع بودن برخی از این اظهارات و نقض آنها.

گواه بر این که تشخیص موضوعات احکام به مردم واگذار شده، سکوت روایات در این باره است.

اما دلیل حرام بودن این اظهار نظرها، اغرای به جهل است. مکلف برای عمل به دستورات الهی، تکلیف خویش را در تقلید می‌بیند و بدین منظور به مجتهد مراجعه می‌کند. در این میان اکثریت نزدیک به تمام مکلفان نمی‌دانند که تنها در احکام شرعی و «موضوعات مستنبطه شرعی» باید تقلید کنند و تقلید از مجتهد در «موضوعات صرفه» و «موضوعات مستنبطه عرفی» ضرورتی ندارد؛ و حتّی بیشتر کسانی هم که به این نکته توجه دارند، به راحتی نمی‌توانند موارد تقلیدی را از غیر آن تفکیک کنند. این در حالی است که خود مکلف در بسیاری از موارد، توان تشخیص موضوعات صرفه و یا مستنبطه عرفی را دارد و یا حتی در مواردی یقین بر خلاف نظر مجتهد دارد ولی چون خود را مکلف به تقلید در تمام نظریه‌های مجتهد می‌داند، از او تقلید می‌کند؛ با این که وظیفه مکلف در این موارد، عمل بر طبق یقین خویش بوده است. بدین ترتیب اظهار نظر فقیهان، ممکن است مکلف را به اشتباه اندازد و به تعبیر دیگر اغرای به جهل باشد.

گفتنی است درباره ملّعی سوّم که همان استثنای عدم حجّیت اظهار نظر فقیه در تشخیص موضوعات است، دلیلی ارائه نشده است؛ ولی در نقد و بررسی ذیل به آن خواهیم پرداخت.

نقد و بررسی

با توجه به آنچه گذشت، هر سه نکته‌ای که از این کلام استفاده شده، قابل نقد است.

درباره نکته اول یعنی «عدم حجّیت تشخیص مجتهد در موضوعات مستنبطه عرفی»، توجه به این مسأله ضروری است که به جز استثنایی که مستدلّ بیان کرده است، استثنای دومی هم وجود دارد و آن زمانی است که مجتهد در تشخیص موضوعی که درباره آن اظهار نظر می‌کند، تخصّص داشته و مکلف از این تخصّص، محروم باشد. در بحث «نقد و بررسی دلایل موافقان اجتهاد» به تفصیل از این مسأله سخن گفته شد که در مواردی که تشخیص موضوع، نیازمند به تخصّص و مکلف از آن بی بهره است، سیره عقلا در رجوع به کارشناس است؛ گر چه این کارشناس، مجتهد باشد. بنابراین به طور کلی نمی‌توان تشخیص مجتهد در موضوعات مستنبطه عرفی را مردود دانست؛ و به همین دلیل نیز در بسیاری از استفتاءات، مکلفان از مجتهدان می‌خواهند به کلی گویی در احکام اکتفا نکنند و راجع به موضوعات هم اظهار نظر کنند. در واقع، بسیاری از «موضوعات مستنبطه عرفی» - به لحاظ استنباطی بودنشان - از پیچیدگی خاصی برخوردارند و بدین جهت تشخیص آنها برای بسیاری از افراد جامعه، دشوار است؛ از این رو، به دنبال مرجعی برای این تشخیص می‌گردند. این مسأله در تعامل مردم با معصومان هم وجود داشت. یکی از شیعیان، نامه‌ای به امام کاظم(ع) نوشت و در آن از حکم سجده بر شیشه پرسید. پس از این که نامه به امام(ع) رسید با خود اندیشید: شیشه از رویدنیهای زمین است؛ [پس سجده بر آن جایز است] و وجهی برای سؤال من از ایشان نبود. امام(ع) در جوابش چنین نوشتند:

«بر شیشه نماز نگزار؛ گر چه در نفس خود، آن را از رویدنیهای زمین پنداشتی، اما شیشه از نمک و سنگ ریزه است که تغییر صورت داده و به خلوص و صرافت خود باقی نمانده است»^۱.

این تشخیص، گر چه از سوی معصوم(ع) - انجام گرفته، اما فقیه نیز به دلیل ممارست فراوان - دست کم با بخشی از موضوعات احکام - تخصص ویژه‌ای در شناسایی آنها پیدا کرده است. این آشنایی در مورد موضوعات عرفیه محسوستر است چه آن که گفته شد پی بردن به احوال عرف زمان صدور از میان شواهد نصی و تاریخی مهارتی است که فقیه به دلیل احاطه و انس ذهنی بیش از دیگران برخوردار است از این رو مرجعیت وی در این تشخیص، هیچ گونه استبعاد ندارد و می‌توان گفت: همان گونه که مکلف به منظور یافتن حکم شرعی بایستی به مجتهد مراجعه کند چون خود قادر به تشخیص نیست، در موضوعات عرفی نیز هرگاه نتواند خود به نتیجه رسد، مراجعه به مجتهد اشکالی ندارد آن هم در فرضی که مجتهد در تشخیص «موضوعات مستنبطه عرفی» تخصصی بیش از کارشناس عرفی دیگر پیدا کرده است. البته باید توجه داشت اظهار نظر مجتهد در این موضوعات نه به خاطر ویژگی مجتهد و فقیه بودن او بلکه از آن حیث که که مهارت و تخصص یافته است، می‌باشد. آگاهانند مکلف به این مسأله هم ضروری است.

با این بیان، اشکال اغرای به جهل نیز منتفی خواهد شد. زیرا اولاً اگر این اظهار نظرها را اغرای به جهل بدانیم، باید هر گونه اظهار نظری حتی صدور حکم شرعی را هم اغرای به جهل به شمار آوریم. چه در حکم شرعی نیز به مثابه موضوع حکم شرعی خطا و صواب راه می‌یابد و ممکن است مجتهد در برخی موارد، دچار اشتباه شود و

۱. «محمد بن یحیی، عن محمد بن الحسین أن بعض أصحابنا كتب إلى أبي الحسن الماضي(ع) يسأله عن الصلاة على الزجاج قال: فلما نفذ كتابي إليه تفكرت وقلت: هو مما أنبتت الأرض وما كان لي أن أسأله عنه قال: فكتب لي لا تُصل على الزجاج وإن حدثتكَ نفسك أنه مما أنبتت الأرض ولكنه من الملح والرمل وهما ممسوخان»
کلبینی، ۳/۳۳۲.

دیگران را به اشتباه اندازد. با عنایت به این نکته که اغرای به جهل جزء عناوین قصديه است، مجتهد در هیچ یک از این دو مورد قصد به اشتباه انداختن دیگران را ندارد. ثانیاً آگاهانند مکلف به این امر که رأی مجتهد در موضوعات مستنبطه عرفی مربوط به شأن اجتهادی او نیست مانع از اغرای به جهل می شود.

بدین ترتیب، اولاً دو وجه برای حجیت اظهار نظر مجتهد در «موضوعات مستنبطه عرفی» وجود دارد؛ پس نمی توان حجیت آن را به صرف سکوت شارع، مخدوش دانست. ثانیاً با توجه به همین دو موردی که ذکر شد، تشخیص موضوع به وسیله فقیه، لزوماً اغرای به جهل نیست؛ همان گونه که خود مستدل هم اغرای به جهل بودن این نظریه ها را همیشگی نمی داند؛ بنابراین هیچ دلیلی وجود ندارد که دخالت فقیه در تشخیص «موضوعات مستنبطه عرفی» به طور کلی ممنوع اعلام شود. بنا بر آنچه ذکر شد با این که ممکن است دخالت فقیه در تشخیص این موضوعات، مجاز بوده و حتی معتبر هم باشد، با وجود این، اجتهاد به خودی خود در این تشخیص، نقشی ندارد.

راجع به مدعای سوم، که در آن، گفته شد: اگر خبر یک عادل را در موضوعات، حجّت بدانیم، نظر مجتهد نیز در تشخیص موضوعات، حجّت است، تنها این مطلب را یاد آور می شویم که اصولیان، خبر عادل را تنها در امور محسوس، حجّت می دانند (نابینی، ۱۴۷/۳) و از آنجا که بحث ما در شناسایی مفاهیم موضوعات است، باید دید این شناسایی به صورت حسی انجام می شود یا حدسی؟ به نظر می رسد اظهار نظر فقیه راجع به مفهوم یک لغت، اگر تنها نقل دیدگاه یک لغوی باشد، این نقل فقیه، اخبار حسی است.^۱ اما اگر با بررسی نظریه های مختلف و استعمالات گوناگون به نتیجه رسد نوعی استنباط است که در این صورت، اظهار نظر وی اخبار حدسی و استنباطی محسوب می شود. تشخیص وی از موضوعات عرفی غیر لغوی نیز کاملاً آمیخته با

۱. «تعیین معانی الألفاظ داخلاً من قبیل الأمور الحسیة لأن اللغوی ینقلها علی ما وجده فی الاستعمالات والمجاورات، ولیس له إعمال النظر والرأی فیها». خویی، مصباح الاصول ۱۳۱/۲.

عملیات حدسی و استنباطی است. بنابراین نکته سومی که از سخنان فقیه مذکور بیان شد، تنها در مواردی پذیرفتنی است که اظهار نظر فقیه به صورت حسّی باشد.

دیدگاه برگزیده

راجع به تقلیدی بودن «موضوعات مستنبطه عرفی» و نقش اجتهاد در آن، دو نظریه مطرح شد که بر اساس این نظریه‌ها برخی موافق و بعضی مخالف تاثیر اجتهاد بودند. هر کدام از این دو نظریه دارای اشکالاتی بود، که بیان شد. با جمع بندی نقد و بررسی‌هایی که در هر یک از این دو نظریه مطرح شد، دیدگاه برگزیده نایل می‌شویم. در این دیدگاه اولاً برای اجتهاد به خودی خود، هیچ نقشی در تشخیص «موضوعات مستنبطه عرفی» قائل نیستیم و ثانیاً اظهار نظر فقیهان را در این موضوعات به صورت جزئی، مجاز دانسته و حتی با شرایطی معتبر می‌دانیم. به دیگر سخن، این که اجتهاد به خودی خود، نقشی در استنباط موضوعات عرفی ندارد، دلیل بر این نیست که تشخیص مجتهد هرگز معتبر نباشد، اظهار نظر او حرام یا تقلید از وی ممنوع، تلقی شود. مجتهد مجاز است و می‌تواند به تشخیص موضوع احکام بپردازد؛ بلکه گاه این تشخیصها ضرورت پیدا می‌کند و از باب انجام تکلیف و وظیفه شرعی بایستی درباره موضوعات احکام اظهار نظر کرده و به دیگران اعلام کند. چه در پاره‌ای موارد در صورت سکوت مجتهد، مکلف بلا تکلیف می‌ماند و یا به اشتباه افتاده و در مفسده قرار می‌گیرد. تخصص فقیهان پیشین در علوم گوناگون را می‌توان در همین راستا توضیح داد؛^۱ و شاید به همین دلیل نیز برخی فقیهان، آشنایی با علوم رایج زمان خویش را به عالمان دینی توصیه کرده‌اند و آشنایی با آنها را مکمل اجتهاد دانسته‌اند.^۲ فاضل تونی که حدود چهار قرن پیش می‌زیسته است، از دخالت علمی مانند جبر و مقابله، نجوم، بعض مسائل هندسه و پزشکی در اجتهاد، یاد کرده است. (فاضل تونی، ۲۸۰).

۱. شیخ مفید و نجاشی نمونه‌ای از این عالمانند و مدرسه خواجه نصیر الدین طوسی و مدارس که در مکتب سامرا به وجود آمد و در آنها علمی همچون هندسه، ریاضیات، پزشکی و جامعه‌شناسی تدریس می‌شد، مثالهای روشنی در این باره‌اند (نک: رضوی، ۳۰۶).

۲. بدین ترتیب، تصور برخی مبنی بر این که فقیهان توجهی به موضوع شناسی و علوم مربوط به آن نداشته‌اند، تصویری نابجاست (نک: فنایی، ۸۷).

به هر حال تفصیل این مطالب در ضمن نقد دو نظریه قبل، بیان شد و در اینجا یادآوری چهار نکته ضروری است:

أ. گاه دخالت مجتهد در بیان مصادیق موضوعات مستنبطه عرفی در واقع به مرحله نخست موضوع شناسی مربوط است.^۱ به عنوان مثال، فقیه در بحث «آنچه سجده بر آن جایز است»، سجده بر خوردنیها و پوشیدنیها را غیر مجاز معرفی کرده می‌گوید: سجده بر چیزهایی که از زمین می‌روید و خوراک حیوان است مثل علف و کاه، صحیح است (روح الله خمینی، رساله توضیح المسائل، ۳۹۰). گرچه این که خوراک حیوان، مصداقی از خوردنیهای مزبور، هست یا نیست، به نوعی به تبیین مصادیق خوردنیها باز می‌گردد، اما در واقع معنای آن این است که با مراجعه به ادله مربوط، سجده بر خوردنیهایی مجاز نیست که خوراک انسان باشد نه حیوان. به دیگر سخن، عنوان «المأکول» که در مرحله جعل آمده و سجده بر آن غیر مجاز دانسته شده، منصرف است به خوردنی انسان. این مطلب، بیان محدودۀ موضوع است که به مرحله نخست موضوع شناسی باز می‌گردد.

ب. در پاره‌ای موارد فقیه به بیان مصادیقی می‌پردازد که ممکن است در نگاه اول، عملی غیر اجتهادی به نظر رسد ولی در واقع این تشخیص، بر اساس یک اجتهاد، انجام شده است. مثال برخی نویسندگان، این مطلب را بیشتر توضیح می‌دهد:

«استطاعت» و «مستطیع»، مفاهیم واضحی هستند که در دلیل وجوب حج^۲ موضوع حکم قرار گرفته است. لکن با مراجعه به نوشته‌های فقیهان با امثال این پرسش مواجه می‌شویم؛ اشخاصی که مانند برخی از طلاب حوزه‌های علمیه که از طریق گرفتن شهریه زندگی خود را اداره می‌کنند و با فرض اخذ شهریه قادرند به مکه روند و حج

۱. در این مرحله - همان گونه که بیان شد - به این سؤال، پاسخ داده می‌شود که «حکم در مرحله جعل و تشریح بر چه موضوعی بار شده و حکم مستفاد از ادله اربعه، مربوط به کدام موضوع است؟»
 ۲. وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا، آل عمران/۹۷.

انجام دهند، آیا چنین اشخاصی مستطیع‌اند؟^۱ و در پاسخ با دو نظر از سوی فقها مواجه می‌گردیم؛^۲ سؤالی که در اینجا رخ می‌نماید، این است که طرح این پرسش و پاسخ با توجه به این که این کار مصداق شناسی برای یک موضوع ساده فقهی است، در نوشته فقیهان چه می‌کند و چرا فقیهان بدین امر پرداخته‌اند؟! آیا نظر فقیه در این باره اعتبار فقهی دارد؟! لکن توجه به یک نکته این شبهه را جواب می‌دهد و آن، این است که هر چند موضوع استطاعت و مستطیع از مخترعات شرعی یا موضوعی پیچیده و عرفی نیست، حتی از موضوعات مستنبطه هم نیست که باید به دلیلی که این موضوع در آن، ذکر گردیده است، مراجعه کرد، اما این موضوع در شمول یا عدم شمولش نسبت به برخی مصادیق، محتاج به استنباط فقیه است. مثلاً در نمونه پیش گفته می‌توان صدق یا عدم صدق مستطیع بر کسی که از سهم امام(ع) استفاده می‌کند را بر بحثی اجتهادی و فقهی متوقف دانست و آن این که آیا این گروه سهم امام(ع) را مالک می‌گردند یا تنها حق مصرف دارند، بدون این که آن را مالک گردند؟ در فرض اول مستطیع و در فرض دوم مستطیع نیستند» (علیدوست، ۳۸۰).

ج. تفکیک موضوعات عرفی از غیر آن و نیز تشخیص اینکه عرف کدام زمان، ملاک تعیین موضوعات عرفی است، بر عهده فقیه می‌باشد؛ و در این جهت فرقی نمی‌کند که تشخیص خود این موضوعات را وظیفه فقیه بدانیم یا خیر. زیرا جداسازی موضوعات عرفی از غیر آن، عملی اجتهادی است و جز از فقیه انتظار نمی‌رود. همچنین تشخیص اینکه کدام عرف باید ملاک قرار گیرد، نیازمند تخصص فقهی است. د. در مباحث گذشته بیان شد در صورتی که خود مکلف، موضوعات عرفی را تشخیص دهد، تقلید از مجتهد نارواست؛ و نیز چنانچه مکلف، مهارت تشخیص این موضوعات را داشته باشد و یا بخواهد به کارشناسی غیر از فقیه مراجعه کند، می‌تواند

۱. نک: روح الله خمینی، مناسک حج، مساله ۴۸، ۵۰، ۵۸، ۸۲، ۹۰ و ۱۰۰.

۲. نک: تعلیقه مراجع بر مناسک حج امام خمینی ذیل مسائل مذکور در رقم سابق.

از مرجع خویش، تقلید نکرده، به تشخیص خود یا متخصص دیگری عمل کند. با توجه به این مسأله، مناسب به نظر می‌رسد فقیهان در ضمن اظهار نظرهای فقهی خویش، موضوعات عرفی را از موضوعات غیر عرفی، مشخص سازند. به عبارت دیگر، در هر فتوایی به این نکته تذکر دهند که تقلید در کدام موارد، الزامی است؛ در کدام موارد - به جهت موضوعی بودن فتوا و یقین بر خلاف از سوی مکلف - ممنوع است و در کدام موارد، بین مجتهد و کارشناسان دیگر، حق انتخاب دارد. این یادآوری از یک سو، نیاز بسیاری از مکلفان به تشخیص موضوعات عرفی را برطرف می‌سازد و از سوی دیگر، اشکال اغرای به جهل را به طور کلی حل می‌کند.

مصادق یابی

در مباحث تمهیدی «مصدق یابی» به دو قسم تقسیم گردید؛ و از قسم نخست آن در ضمن بحث «شناسایی مفهومی» سخن به میان آمد؛ و اکنون بحث به قسم دوم آن یعنی «تشخیص موضوعات خارجی» اختصاص می‌یابد.

تشخیص موضوعات خارجی

راجع به «تشخیص موضوعات خارجی» باید گفت: گرچه در مقام صدور حکم و فتوا، احکام و فتاوی متفاوت فراوانی وجود دارد، اما به لحاظ مباحث علمی، به نظر می‌رسد فقیهان امامی، «اجتهاد» را به عنوان عاملی مؤثر در «تشخیص موضوعات خارجی» به رسمیت نشناخته و به دیگر سخن، این مرحله را از حیطه وظایف فقیه، خارج دانسته‌اند؛^۱ و در این باره اختلافی به چشم نمی‌خورد. سخن فقیهان راجع به این موضوع را می‌توان ذیل مباحث «موضوعات صرفه» - که نوعی از «مفهوم شناسی» است - مشاهده کرد. موضوعات مزبور به لحاظ مفهومی واضح‌اند؛ به همین دلیل در ناحیه

۱. «لا یجری التقلید فی مقام تطبیق الکبریات علی الصغریات سواء کانت المفاهیم الکلیة الشرعیة أو لغویة أو عرفیة، فالتقلید یلزم فی أن الصعید هو التراب أو مطلق وجه الأرض لا فی أن هذا تراب أو لیس بتراب». طباطبایی یزدی، ج ۵۸/۱؛ و نیز نک: خویی، مستند العروة الوثقی، ۱۷۸/۵.

مفهوم شناسی نیاز به هیچ مهارتی ندارند؛ و برای تعیین موضوع، تنها نیازمند تطبیق بر مصادیق‌اند. از این رو، تفصیل بحث در «موضوعات صرفه» در این مرحله از موضوع شناسی یعنی مصداق یابی مطرح می‌شود.

برخی فقیهان در ضمن بحث از «موضوعات صرفه» به این نکته تصریح می‌کنند که نه تنها نظر فقیه در تطبیق کلی (کبرا) بر جزئی (صغرا) که همان «تشخیص موضوعات خارجی» است، بر سایرین برتری ندارد؛ بلکه در پاره‌ای موارد، نظر دیگران در مقایسه با نظر فقیه، صائبتر است؛ چرا که تطبیق مزبور، امری حسّی است و نیازمند استدلال و استنباط نیست. به دیگر سخن، تشخیص این نوع از موضوعات، تنها به تطبیق کبری‌ها بر صغری‌ها نیاز دارد و این امر، بر پایه حسّ صورت می‌گیرد؛ از این-رو مهارت اجتهاد نسبت به آن نقشی نداشته و مجتهد، بر مقلد ترجیح نمی‌یابد.^۱ این مسأله تا بدان حدّ نزد فقیهان، روشن است که در بحث تشخیص موضوعات صرفه می‌گویند (خویی، *التنقیح، الاجتهاد والتقلید*، ۴۱۲): موضوعات صرفه تقلید بردار نیست؛ زیرا مفهوم آن ابهامی ندارد و برای همه واضح است و راجع به یافتن مصداق هم فرقی بین مجتهد و مقلد، وجود ندارد و گاه مقلد نسبت به مجتهد از آگاهی بیشتری برخوردار است؛ و بر این اساس نتیجه می‌گیرند که «موضوعات صرفه» به طور کلی تقلید بردار نیست.

بررسی: همان گونه که از استدلال مطرح شده پیداست، دلیل تقلید بردار نبودن «موضوعات صرفه» چنین مطرح شده که تشخیص موضوع، امری حسّی است و در امور حسّی، مجتهد بر دیگران برتری ندارد. یعنی نه تنها در بسیاری از موارد، آگاهی مجتهد و مقلد، در این باره، یکسان است؛ بلکه گاه، آگاهی مقلد نسبت به موضوعات، بیشتر از مجتهد است. بدین ترتیب، پیش فرض استدلال مزبور، این است که مجتهد در

۱. «... فإنّ التطبيقات أمور حسیة والمجتهد والمقلد فیها سواء بل قد یكون العامی أعرّف فی التطبيقات من المجتهد فلا یجب علی المقلد أن یتابع المجتهد فی مثلها» خویی، *التنقیح، الاجتهاد والتقلید*، ۴۱۲.

تشخیص موضوع بر مقلد، برتری ندارد. در مواردی اگر فردی به هر دلیل نتوانست موضوع حکمی را تشخیص دهد، و شخص دیگری چون مجتهد به دلیلی - مثلاً - ممارست بیشتر - مهارتی در تشخیص موضوعات پیدا کرده بود، می توان به نظر او اعتماد کرد و این در موارد حسنی از باب شهادت یا رجوع به مخبر عادل و در موارد دیگر که تشخیص مصداق در گروهی دقت نظر و انجام عملیات استنباطی است از باب رجوع جاهل به کارشناس و عالم معنا می یابد.

در خصوص مورد دوم توضیحی افزون تر خالی از فایده نیست. از جمله دلایلی که برای حجیت قول و فتوای مجتهد در احکام ارائه شده، سیره یا بنای عقلاست. مراجعه جاهل به عالم، یکی از مرتکبات ذهنی و از مواردی است که بنای عقلا به آن تعلق گرفته است. بنای عقلا نه تنها در هر صنعت و مهارتی بلکه در هر کاری - چه آن کار مربوط به زندگی معیشتی باشد یا زندگی اخروی - بر این است که جاهل به عالم مراجعه کند. مراجعه مذکور، بدین جهت است که فرد مرجع، شخصی کارشناس و اهل خبره است. در شرع مقدس اسلام هم ردع و نهی نسبت به سیره مزبور دیده نمی شود (خویی، *التنقیح، الاجتهاد والتقلید*، ۸۳). بنابراین مراجعه مردم به مجتهد برای دریافت حکم شرعی به تأیید شارع مقدس رسیده و حجّت است.

همین دلیل که برای حجیت تقلید در احکام شرعی مطرح شده، راجع به پذیرش قول مجتهد یا هر کارشناس دیگر در بسیاری از «موضوعات صرفه» نیز قابل طرح است. در این موضوعات نیز می توان گفت: کسی که در تطبیق کلی بر جزئی و یافتن مصادیق خارجی یک مفهوم، مهارتی پیدا کرده است، می تواند برای کسانی که از چنین مهارت و تشخیصی محرومند، مرجع باشد و همان سیره در چنین مواردی نیز جاری است. سیره عقلا در مراجعه جاهل به عالم به مواردی محدود نیست که جهل در آن به لحاظ مفهومی است بلکه مصداق یابی هم می تواند نمونه ای از آنها به شمار آید. به عنوان مثال، می دانیم مواد مسموم برای انسان مضر و گاه کشنده است. در

این مثال، «مواد مسموم» موضوع است و «مضر» و یا «گشنده» محمول و در بحث ما به مثابه حکم آن تلقی می‌شود. مفهوم این «موضوع» و «محمول»، کاملاً واضح است و ابهامی ندارد. اما تشخیص مواد مسموم، کار هر کسی نیست. در بسیاری از موارد برای تشخیص یک ماده سمی، باید به آزمایشگاه مراجعه کرد و آن را به کارشناس تحویل داد تا پس از طی مراحل آزمایشگاهی، مشخص شود که این ماده، مصداق برای مواد مسموم هست یا خیر؟ در سلوک عقلایی می‌توان فراوان به چنین مراجعاتی دست یافت که تنها برای تشخیص مصداق خارجی صورت می‌گیرد و گر نه از جهت مفهومی هیچ ابهامی وجود ندارد. از این رو، به راحتی می‌توان رجوع جاهل به عالم در مرحله مصداق یابی را هم جزء سیره عقلا دانست. اگر صحیح باشد که این را هم تقلید بنامیم این نکته معلوم است که فرقی اساسی با تقلید در احکام شرعی دارد و آن این است که در فهم احکام شرعی، هیچ تخصصی جایگزین اجتهاد نمی‌شود و برای دریافت حکم شرعی، نمی‌توان به شخصی غیر از مجتهد مراجعه کرد؛ اما اجتهاد برای تشخیص مصداق، ضرورتی ندارد. توضیح این که «موضوعات صرفه» گاه به گونه‌ای است که مصداق آن نیز به راحتی قابل شناسایی است. در این موارد به هیچ تخصصی نیاز نیست؛ نه اجتهاد و نه غیر آن. اما مکلف در پاره‌ای موارد، در تطبیق مفهوم بر مصداق، دچار سردرگمی و تردید می‌شود؛ در این موارد مراجعه به فردی که به لحاظ ممارست و یا تخصصی که دارد، مصداق را به خوبی شناسایی می‌کند، عملی پسندیده نزد عقلاست. گر چه این تخصص، لزوماً اجتهاد نیست. بر این اساس، مصداق یابی خواه عمل حسنی دقیق یا نیازمند به تجربه و آزمون و محاسبات علمی باشد نیازمند رجوع به اهل فن و مهارت است.

با توجه به آنچه گذشت، راجع به تأثیر اجتهاد در «تشخیص موضوعات خارجی» باید گفت: از آنجا که اجتهاد - در اصطلاح - به معنای توانایی استنباط احکام است، حتی اگر شناسایی مفهوم موضوع را هم در استنباط احکام شرعی، شرط بدانیم،

«تشخیص موضوعات خارجی» دخالتی در استنباط مزبور ندارد. از این رو، اجتهاد اصطلاحی به خودی خود عاملی مؤثر در این مرحله از موضوع شناسی تلقی نمی شود. اما تقلید به مفهوم عرفی آن یعنی پذیرش رأی و نظر کارشناس در آن راه می یابد. در پایان یادآوری دو نکته را لازم می دانیم:

نکته اول: بسیاری از احکام و فتاوایی که از سوی فقیهان صادر می شود، به «تشخیص موضوعات خارجی» اختصاص دارد. برخی تنها یک وجه برای حجیت این اظهار نظرها بیان کرده اند؛ و آن، حجیت خبر ثقه در موضوعات خارجیّه است.^۱ زیرا تشخیص موضوعات خارجی، معمولاً بر اساس حسن، صورت می گیرد و خبر ثقه نیز در همین امور حجّت است.^۲ اگر از این زاویه به فتاوی مزبور بنگریم، نه تنها پذیرش سخن این مجتهدان، بی اشکال است بلکه پذیرش آن برای تمام مکلفین واجب است؛ چه آن مکلف، مقلد همان مجتهدی باشد که اظهار نظر کرده است و چه از وی تقلید نکند (خویی، *التنقیح، الاجتهاد والتقلید*، ۴۱۲). با توجه به آنچه بیان شد، به نظر می رسد گاه حجیت این گونه فتاوا را باید از باب رجوع جاهل به عالم در مسائل حدسی و استنباطی پذیرفت.^۳ همان گونه که در مثال مواد مسموم بیان شد. به دیگر سخن، اظهار نظر در موضوعات خارجی یا بر اساس حسن صورت می گیرد که به مقوله خبر ثقه مربوط می شود و یا بر پایه حدس و استنباط است که به وادی سیره عقلا در رجوع به خبره و کارشناس بازگشت می کند. بدین ترتیب، اگر فرد ثقه ای مانند

۱. «... و بعد الفراغ عن حجیته [خبر الواحد فی الشبهات الموضوعیة]، یقع الکلام فی أن موضوع الحجیة هل هو خبر العادل خاصة أو مطلق خبر الثقة؟ ولا شك فی أن جملة من الأدلة السابقة لها اطلاق یقتضی حجیة خبر الثقة مطلقاً ولو كان فاسقاً، كالسيرة العقلیة، والروایات». صدر، *بحوث فی شرح العروة الوثقی*، ۱۰۱/۲.

۲. بدیهی است با توجه به حجیت خبر ثقه در امور حسی، اگر تشخیص موضوعی بر اساس حدس و استنباط، صورت گیرد از این باب، حجّت نخواهد بود.

۳. ممکن است این عبارت نیز به همین نکته نظر داشته باشد: «... بعد ما أفتی المجتهد: بأن الماء طاهر و مطهر، والمسکر المائع بالأصالة نجس، و بین معنی «المیعان بالأصالة» لا یجوز الاتکاء علی نظره فی مصداقه إلا بما أنه أهل خبرة و ثقة» مصطفی خمینی، *تحریر العروة الوثقی*، ۳۲/۱.

مجتهد از یک مصداق، خبر دهد و کارشناسی در همان مسأله بر خلاف نظر فرد ثقه، اظهار نظر کند، چند صورت برای آن متصور است:

ا. هر دو نظر (نظر مجتهد و کارشناس) بر پایه حسن صورت گرفته است. در این فرض، تعارض بین دو خبر حسنی است.^۱

ب. در واقع هر دو خبر بر اساس رأی و استنباط، مطرح شده است. در این فرض نیز تعارض بین دو خبر حدسی است.

ت. گاه در نگاه اول، نظری حسنی و یا حدسی است؛ اما با اندکی دقت، معلوم می شود هر دو حسنی و یا حدسی است. مثلاً در برخی موارد که کارشناس با استفاده از ابزار آزمایشگاهی، نظر خود را اعلام می کند، تنها از حسن خود به کمک ابزار بهره گرفته است. در این موارد نیز تعارض بین حدس و حسن پیش نخواهد آمد.

ث. ممکن است در موردی، فردی خبری حسنی دهد ولی دیگری در همان مورد از رأی و نظر خود بهره گیرد و بر خلاف خبر فرد ثقه اظهار نظر نماید. به این پندار که تشخیص مسأله به حدس و استنباط نیازمند است. در بسیاری از موارد کارشناسان امور آزمایشگاهی و غیره با به کارگیری نیروی استنباطی و تجزیه و تحلیل داده ها و نتایج آزمونها نظر می دهند. در این موارد است که می توان تعارض بین این گونه اظهار نظرها و اظهار نظرهای حسنی ظاهری را مطرح کرد. در این جا گفته می شود تعارض بین دو «حجت» پدید آمده است. ولی در مقام حل این تعارض، ممکن است گفته شود: از آن جا که دلیل اصلی در هر دو مورد، سیره عقلاست، مناسب است برای جمع بین این گونه تعارضها به همان سیره مراجعه کنیم و عقلا اگر موضوع را تخصصی بیابند خبر کارشناس را مقدم می کنند. در واقع اظهار نظر کارشناس حاکی از خطای طرف

۱. این مسأله را در یکی از فتاوی اخیر رهبر انقلاب می توان مشاهده کرد که ایشان بر خلاف تلقی رایج فقهای معاصر به استناد نظر کارشناسان مربوط، فتوا به حلیت گوشت انواعی از ماهیها دادند که قبلاً بدون فلس شناخته می شد و در گزارش کارشناسی مورد اعتماد سطح بدن این ماهیان نیز پوشیده از فلس معرفی شد. این اظهار نظر کارشناسی را که در واقع بر پایه دقتهای حسنی صورت گرفته است، می توان در مقابل تلقی حسنی فقیهان پیش از آن قرار داد.

دیگر در حسی انگاشتن مسأله است. است. به دیگر سخن، حجیت خبر ثقه در موضوعات خارجی، مقید به عدم اظهار نظر کارشناس، راجع به آن است؛ و عقلاً در صورت اظهار نظر کارشناس به نظر فرد ثقه توجهی نمی‌کنند.

نکته دوم: معمولاً سخن از تشخیص «موضوعات خارجی» تنها درباره موضوعات صرفه و موضوعات مستنطه عرفی مطرح است نه موضوعات مستنطه شرعی. اما به نظر می‌رسد همین بحث با نتیجه‌ای که گرفته شد، راجع به موضوعات مستنطه شرعی نیز قابل طرح باشد.

منابع

قرآن کریم.

- اراکي، ضياء الدين، *نهاية الافكار*، مؤسسه نشر اسلامي، ۱۳۶۴ ش.
- انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، تحقیق و نشر: لجنة تراث الشيخ الاعظم، قم، ۱۴۲۰.
- حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، انتشارات کتابخانه مرعشی نجفی، ۱۴۰۴.
- خامنه ای، علی، *رساله اجوبه استفتاءات* (ترجمه فارسی)، تهران، الهدی، ۱۳۸۱.
- خمینی، (امام) روح الله مصطفوی، *رساله توضیح المسائل محشی*، مؤسسه مطالعاتی منتظران موعود، هاتف، ۱۳۸۳.
- _____، *مناسک حج*، با حواشی مراجع تقلید، تهران، نشر مشعر، ۱۳۷۶.
- خمینی، سید مصطفی، *تحریر العروة الوثقی*، تحقیق و نشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸.
- _____، *خیارات*، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸.
- _____، *کتاب الطهارة*، تحقیق و نشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸.
- _____، *مستند تحریر الوسيلة*، تحقیق و نشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی،

۱۴۱۸.

خوانساری، احمد، *جامع المدارک*، تعلیق: علی اکبر غفاری، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۶۴ ش.

خویی، ابوالقاسم، *مستند العروة الوثقی (کتاب الصلاة)*، تألیف: مرتضی بروجردی، قم، دار العلم، ۱۳۶۸.

_____، *مصباح الأصول*، تألیف: سید محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۷.

_____، *التنقیح فی شرح العروة الوثقی (کتاب الطهارة)*، تألیف: علی غروی تبریزی، چاپ سوم، دار الهادی، قم، ۱۴۱۰.

رضوی، سید عباس، مرجعیت و موضوع شناسی، *مجله حوزه*، شماره ۵۶ و ۵۷. صدر، سید محمد باقر، *بحوث فی شرح العروة الوثقی*، مجمع الشهدید آیت الله صدر علمی، ۱۴۰۸.

_____، *دروس فی علم الاصول*، دار الكتاب اللبنانی، بیروت، ۱۴۰۶.

صنقور، محمد، معجم الاصولی، قم، بی نا ۱۴۲۱.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، تحقیق و نشر: مؤسسه نشر اسلامی، تعلیق: عدة من فقهاء العظام، قم، ۱۴۱۹.

علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵. فاضل تونی، *الواقیة فی اصول الفقه*، تحقیق: محمد حسین رضوی، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵.

فناپی، ابوالقاسم، جایگاه موضوع شناسی در اجتهاد، *مجله نقد و نظر*، سال دوم، شماره پنجم.

فیاض، محمد اسحاق، *تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی*، محلاتی، بی جا، بی نا.

فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، المؤسسة العربية، بیروت، بی تا.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تحقیق: علی اکبر غفاری، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.

مظفر، محمد رضا، *المنطق*، چاپ سوم، بی نا، نجف، ۱۳۸۸ق.

مکارم شیرازی، ناصر، *مجله نقد و نظر*، سال دوم، شماره ۵، زمستان ۱۳۷۴.

_____، *بحوث فقهیه هامة*، قم، مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع)، ۱۴۲۲.

_____، *تعليقات على العروه الوثقى*، قم، مدرسة الامام امير المؤمنين (ع)، ۱۴۰۲.

نایینی، *فوائد الأصول*، تألیف: محمد علی کاظمی خراسانی، تعلیق: آقا ضیاء عراقی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۶.

<http://tabrizi.org/index1.php?WVillage=boo/tanqih1/9>.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شماره پیاپی ۸۲/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۱۶۸-۱۳۵

اجرای حدود در عصر غیبت*

حمید مسجدرایی^۱

دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تهران

Email: h_masjedsaraie@yahoo.com

دکتر عابدین مؤمنی

استادیار دانشکده الهیات دانشگاه تهران

Email: abedinmomeni@ut.ac.ir

چکیده

گرچه آموزه‌های دینی ما برای اجرای حدود و تعزیرات، علاوه بر آثار مثبت وضعی آن اهتمام خاصی قایل شده‌اند اما همواره یکی از مسائل پرماجرا در فقه، موضوع اقامه حدود و یا تعطیلی آن در عصر غیبت معصومین(ع) بوده است تا آنجا که منجر به ایجاد دو جبهه متقابل گردیده است؛ عده‌ای از فحول فقهای امامیه در صف موافقین قرار گرفته‌اند، و برخی از محققین فقها نیز مخالف اجرای حدود در زمان غیبت گردیده و این حق را وظیفه اختصاصی معصوم یا نایب خاص ایشان دانسته‌اند. در مورد تعزیرات نیز این اختلاف به چشم می‌خورد که تعیین کمیّت و کیفیت تعزیر به عهده حاکم به معنای قاضی بوده و یا این که از اختیارات حاکم اسلامی یعنی ولی امر است. در این مقاله کوشش شده است ضمن بررسی و تحلیل ادله طرفین در هر دو موضوع، مستندات روایی موجود در این زمینه را مطرح ساخته و ابعاد گوناگون این موضوع مورد کنکاش قرار گیرد.

کلید واژه‌ها: حاکم، حدّ، تعزیر، سلطان، حکم، کیفر.

* تاریخ وصول: ۱۳۸۶/۱۱/۲۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۷/۱۳.
۱. نویسنده مسؤل، این مقاله مستخرج از پایان‌نامه دکتری نگارنده است.

مقدمه

بر اساس آنچه که از روایات به دست می‌آید اقامه حدّ بر مرتکب جرم، مورد اهتمام شارع مقدّس قرار گرفته است تا آنجا که مطابق روایتی از پیامبر اکرم (ص) «اقامه حدّ بهتر از باران چهل صبح است» (حرّ عاملی، ۳۰۸/۱۸، باب ۱، حدیث ۴)؛ یا در اهمیت اجرای حدود آمده است که امام حسین (ع) یکی از علل قیام در مقابل حکومت اموی را تعطیلی حدود الهی می‌شمارد (نجمی، ص ۱۴۸). گذشته از این، فلسفه تشریح نظام کیفری اسلام، تشکیل جامعه سالم بر مبنای سالم‌سازی محیط زندگی و پیشگیری از جرائم است تا بشر در پی آشنایی با وظایف فردی و اجتماعی‌اش، از انجام هرگونه انحرافات خودداری ورزد و در صورت عدم تأثیر این راهکارها، مجازات دنیوی (حدّ و تعزیر) در نظر گرفته شده است تا این که با برپایی حدود، مصالح بنیادین جامعه پاسداری شود و با اجرای تعزیرات بزهکاران تأدیب و اصلاح شوند.

نظام جزایی اسلام با اعلام کردن و نشان دادن اصیل‌ترین مصالح و ارزش‌های حاکم، حدود و ثغوری را که جامعه یا قدرت عمومی برای مجازات بزهکاران در نظر دارد، ترسیم می‌نماید و از طریق تحمیل مجازات، افراد را به احترام و رعایت قوانین جزایی وادار می‌کند، چرا که مطابق روایات و آموزه‌های برگرفته شده از مکتب معصومین علیهم السلام: «ظَهَرَ الْمُؤْمِنُ حِمَى اللَّهِ الْأَمْنِ حَدًّا: مؤمن مورد حمایت خداوند است و کسی حقّ تعرّض به او را ندارد، مگر آنگاه که مستحقّ مجازات گردد» (میرزا حسین نوری، ۲۷/۱۸، باب ۲۳، حدیث ۲)، بنابراین اسلام تدابیری ویژه چون ارائه جهان‌بینی توحیدی، تعلیم و تربیت، امر به معروف و نهی از منکر، انذار و تبشیر را با توجه به مقام والای انسانی برای پیشگیری از جرم اندیشیده و سعی نموده بشر را به وظایف فردی و اجتماعی خود آشنا سازد و از ارتکاب اعمال خلاف باز دارد، لذا در مواردی که این تدابیر مؤثر نباشد مجازات دنیوی را وضع کرده است.

به رغم مطالب مطرح شده، یکی از مسائل پرماجرا در فقه امامیه، مسأله جواز یا

عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت امام(ع) می‌باشد به گونه‌ای که با بررسی کتابهای فقهی، در مورد اجرا یا عدم اجرای حدود در زمان غیبت با نظرات مختلفی روبرو می‌شویم تا آنجا که اختلاف است که آیا در زمان غیبت امام زمان(ع)، مجتهد عادل می‌تواند اقامه حدود کند یا نه؟ جمع کثیری از فقها معتقدند که مجتهد عادل جامع شرایط می‌تواند در زمان غیبت اجرای جمیع حدود بکند، حتی دست بُردن، سنگسار کردن، و به دار کشیدن. برخی گفته‌اند حدودی را که به کشتن نرسد می‌تواند جاری کنند، و برخی دیگر گفته‌اند آنچه منتهی به جراحت شود نیز می‌تواند اجرا کنند، و برخی دیگر گفته‌اند حد زدن مطلق کار امام صلوات الله علیه بوده و تأدیپ خاصّ اوست و مجتهد هیچ حدی را نمی‌تواند اجرا کند.

اما باید توجه داشت که بحث در وجوب اجرای حدّ توسط فقیه جامع شرایط است؛ به عبارت دیگر فقهایی که این حق را برای مجتهد جامع شرایط قائلند اجرای حدود را بر مجتهد جامع شرایط واجب می‌دانند. مرحوم نراقی در کتاب «عوائد الایام» می‌نویسد: مقصود کسانی که برای فقیه حقّ اجرای حدود را قائلند «وجوب» است، زیرا این عدّه به اطلاق اوامر مثل «فاجلدوا» و «فأقطعوا» استناد کرده‌اند و امر دلالت بر وجوب می‌کند، و نیز فقها تصریح کرده‌اند که بر مردم واجب است فقها را در اجرای حدود مساعدت نمایند. این دو نکته می‌رساند که اجرای حدود توسط فقیه واجب می‌باشد(نراقی، ص ۱۹۶).

نکته دیگر این است که اجرای حدّ، حقّ امام معصوم(ع) است و در مورد آن هیچ شکّی وجود ندارد، اما بحثی که در میان فقها وجود دارد این است که آیا تمام اختیاراتی که برای امام معصوم است برای فقیه هم وجود دارد؟ فقها می‌گویند برخی از اختیارات، خاصّ امام معصوم است که به فقیه منتقل نمی‌شود. آن کسانی که معتقدند حدّ در زمان غیبت امام معصوم صورت نگیرد اجرای حدود را از اختیارات خاصّ امام می‌دانند. این مطلب مورد اجماع فقهاست که اجرای حدّ مختصّ به امام و یا کسی که

امام او را نصب کرده است می‌باشد، اما بحث اینجاست که آیا فقها که منصوب به اذن عام امام هستند این حق را دارند یا ندارند. مخالفان این را از اختصاصات امام معصوم (ع) می‌دانند. اگر خواسته باشیم نظر ایشان را به صورت دیگری تقریر کنیم می‌توان چنین گفت که اجرای حدود نوعی ولایت و تصرف در جان و بدن دیگران است و اصل، آن است که هیچ کس بر دیگری ولایت ندارد مگر این که دلیل قطعی بر آن داشته باشیم و آنچه دلیل بر آن داریم این است که امام معصوم (ع) حق اجرای حدود را دارد. به همین جهت است که مخالفان سعی کرده‌اند از ادله موافقان جواب دهند، و نه این که دلیل خاصی را برای مدعای خود بیان کنند، زیرا اصل با ایشان است.

اقوال فقها پیرامون اجرای حدود

موضوع اقامه حدود و یا تعطیلی آن در عصر غیبت معصومین (ع) از مسائل پرماجرا در فقه امامیه بوده است، به گونه‌ای که فقهای عظام در این باره به ارائه نظرات کاملاً متفاوت پرداخته‌اند. نظر مشهور فقهای امامیه آن است که فقیه جامع شرایط می‌تواند در عصر غیبت به اقامه حدود بپردازد؛ علامه حلی (تبصره المتعلمین/۱۱۵)، محقق کرکی (جامع المقاصد، ۴۹۰/۳)، ابوالصلاح حلبی (الكافی فی الفقه/۴۲۳)، سلار دیلمی (المراسم العلویة/۲۶۳) از این گروه هستند. ایشان فرماید: «..... فقد فوضوا عليهم السلام الى الفقهاء اقامة الحدود و الأحكام بين الناس بعد أن لا يتعدوا واجباً و لا يتجاوزوا حداً، و أمروا عامّة الشيعة لمعاونة الفقهاء على ذلك ما استقاموا على الطريقة و لم يحيلوا» (همان/۲۶۴ - ۲۶۳).

علامه حلی نیز در برخی از کتابهای خود، اقامه حدود توسط فقهای جامع شرایط فتوی را جایز دانسته است (ارشاد الأذهان، ۳۵۳/۱؛ تحریر الاحکام، ۱۵۸/۱؛ قواعد الاحکام، ۲۵۲/۱)؛ مؤلف المهدب البارع نیز می‌گوید: «لأنّ الفقيه المأمون منصوب عن الامام حال الغيبة، و لهذا يجب الترافع اليه و تمضي احكامه و على الناس مساعدته على

اقامة الحدود و القضاء بين الناس» (ابن فهد حلی، ۴۱۴/۱) و در جایی دیگر آورده است که: «للفقهاء اقامة الحدود على العموم و....» (همان، ۳۸۲/۲).

مرحوم کاشف الغطاء نیز اجرای حدود و تعزیرات را در عصر غیبت برای مجتهد جایز دانسته و چنین اظهار می‌دارد: «تمامی اقسام حدود و تعزیرات، به گونه‌ای که در باب حدود بیان کردیم به امام یا نایب خاص یا عام ایشان مربوط می‌شود؛ بنابراین اقامه حدود و تعزیرات در عصر غیبت برای مجتهد جایز است و بر تمامی مکلفین واجب است که ایشان را تقویت و یاری دهند و در صورت امکان مانع غلبه دیگران شوند» (کاشف الغطاء، ۴۲۰/۲).

شهید ثانی در **مسالك الأفهام** نیز پس از ذکر فتوای محقق حلی و ادله روایی ایشان، قول به جواز را قوی‌تر دانسته است به شرط این‌که ایمنی از ضرر بر فقیه و سایر مؤمنین وجود داشته باشد (شهید ثانی، ۱۰۷/۳).

از عبارت صاحب کتاب **«التحفة السنیة»** نیز جواز اقامه حدود برای فقها فهمیده می‌شود؛ ایشان چنین می‌گویند: «انحصار النائب فی مثل القضاء و الافتاء و اقامة الحدود و نحوها فی الفقیه، لا یقتضی انحصاره فی امامة الجمعة فیہ مع ورود الرخص» (جزائری، ۱۱۴).

از مجموع اقوال موافقین اجرای حدود در عصر غیبت شاید بتوان چنین برداشت کرد که دخالت مجتهد جامع شرایط در اجرای حدود، بخاطر ولی بودن و قاضی بودن اوست؛ مؤید این ادعا آن است که در روایت حفص بن غیاث، راوی از امام (ع) سؤال می‌کند که حدود را چه کسی اجرا می‌کند، سلطان یا قاضی؟ حضرت می‌فرمایند: «اقامة الحدود الی من الیه الحکم: هر کسی که حکم کردن یعنی قضاوت نمودن به دست اوست، حق اجرای حدود را دارد» (حرّ عاملی، ۳۳۸/۱۸، حدیث ۱). بر اساس ادله، «من الیه الحکم» در زمان غیبت فقها هستند و آنها هستند که حق اجرای حکم و قضاوت را دارا می‌باشند.

جالب توجه این که برخی از فقها، حتی به عهده گرفتن قتل و جرح در امر به معروف و نهی از منکر توسط فقیه در عصر غیبت را مبتنی بر جواز حدود می‌دانند، چنان که محقق کرکی در این زمینه می‌گوید: «فلو افتقرالی الجراح أو القتل ففی الوجوب مطلقاً، أو باذن الامام قولان و الثانی الاشتراط لما یخشی من ثوران الفتنه، و هو الأصح. فعلى هذا هل یجوز للفقیه الجامع للشرائط أن یتولاه فی زمان الغیبة؟ ینبغی بناؤه علی جواز اقامه الحدود: اگر [امر به معروف و نهی از منکر] به قتل و جرح نیاز باشد آیا این کار واجب است مطلقاً، یا این که اذن امام شرط است؟ در اینباره دو قول است.... قول دوم این است که اذن امام (ع) شرط می‌باشد چرا که خوف برپایی فتنه می‌رود و قول صحیح‌تر، همین شرط بودن اذن امام است؛ بر این اساس، آیا برای فقیه جامع شرایط جایز است که در زمان غیبت، قتل و جرح در امر به معروف و نهی از منکر را به عهده بگیرد؟ سزاوار است که این امر را مبتنی بر جواز اقامه حدود [توسط فقیه در عصر غیبت] بدانیم»^۱ (محقق کرکی، ۴۸۸/۳).

با وجود قول مشهور فقها مبنی بر جواز اقامه حدود در عصر غیبت معصومین (ع) توسط فقهای جامع شرایط، برخی نیز این وظیفه را مختص امام و یا شخص منصوب از طرف ایشان می‌دانند، و اجرای حدود توسط فقها را در عصر غیبت جایز نمی‌دانند؛ مرحوم ابن ادریس در این باره چنین می‌فرماید:

« اما اقامة الحدود فلیس یجوز لأحد اقامتها، ألسلطان الزمان المنصوب من قبل الله تعالی، و من نصبه الامام لاقامتها، و لایجوز لأحد سواهما اقامتها علی حال: اقامة حدود برای احدی جایز نیست مگر برای سلطان زمان که از طرف خداوند متعال منصوب گردیده است و نیز کسی که امام (ع) ایشان را برای اقامه حدّ نصب کرده است، و هیچ کس دیگری غیر از این دو نفر نمی‌تواند حدود را جاری سازد» (ابن ادریس،

۱. ایشان در بحث نماز جمعه می‌فرمایند: «انّ الفقیه المأمون الجامع لشرائط الفتوی منصوب من قبل الامام، و لهذا تمضی أحكامه و تجب مساعدته علی اقامة الحدود و القضاء بین الناس»: کرکی، ۳۷۵/۲.

۲/۲۴). از ظاهر کلام ابن ادریس برمی آید که اجرای حدود در زمان غیبت جایز نبوده است، و این امر به زمان حضور معصوم (ع) اختصاص دارد. برخی دیگر از فقها نیز احتیاط را در منع جواز اقامه حدود توسط فقها در زمان غیبت دانسته‌اند (ابن ابی جمهور، ۹۷).

مرحوم شیخ مفید در کتاب «المقنعه» می‌فرماید: «... و اما مسؤولیت اقامه حدود برعهده سلطان است، کسی که از جانب خداوند به این مقام نصب شده است و آنان ائمه هدی (ع) از خاندان پاک پیامبرند، همچنین اُمرا و حاکمانی که از جانب آنان به این مقام منصوب شده‌اند و آنان اعمال نظر در این‌گونه مسائل را در صورت تمکن به فقهای شیعیان خویش واگذار نموده‌اند» (شیخ مفید، ۸۱۰).

محقق حلی فقیه نامدار قرن هفتم هجری نیز می‌گوید: «لایجوز لأحد اقامة الحدود ألاً الامام علیه السلام فی وجوده أو من نصبه لاقامتها: در زمان حضور امام هیچ کسی جز او و یا کسی که از سوی او برای این سمت منصوب شده، مجاز نیست که اقامه حدود نماید» (محقق حلی، ۱/۸۶۰).

سپس قول به جواز اقامه حدود در زمان غیبت را به افرادی بدون ذکر نام منتسب می‌سازد: «و قیل یجوز للفقهاء العارفين اقامة الحدود فی حال الغیبة: و گفته شده است که فقیهان آگاه [جامع شرایط] می‌توانند در حال غیبت امام معصوم (ع) اقامه حدود نمایند» (همان، ۱/۸۶۱). این جمله از نظر فقهی بیانگر این مطلب است که محقق حلی اجرای حد در زمان غیبت را نپذیرفته و در آن توقف کرده‌اند.

ایشان در دیگر کتاب خود می‌فرماید: «و کذا الحدود لاینفدها ألاً الامام أو من نصبه و قیل: یقیم الرجل الحدّ علی زوجته و ولده و مملوکه و کذا قیل: یقیم الفقهاء الحدود فی زمان الغیبه اذا أمنوا» (همان، ۱۱۵).

از ظاهر عبارت مرحوم محقق که در هر دو متن، تعبیر به «قیل» کرده است برمی آید که علاوه بر مطرح ساختن مخالفت یا لااقل تردید خود، قول مقابل را ناچیز و

نادر و شاذ معرفی می‌نماید.

نکته‌ای که در کلام محقق حلّی قابل تأمل است این‌که دلایل مخالفت خود را مطرح نکرده است. او در کتاب شرائع یا المختصر النافع نمی‌گوید که چرا جواز را قبول نکرده است. البته این دو کتاب، کتاب‌های استدلالی نبوده‌اند و مرحوم محقق تنها نظرات خود را عنوان کرده است.

صاحب جواهر، فقیه بزرگ شیعه در قرن سیزدهم، پس از ردّ نادر و شاذ بودن نظریه جواز اقامه، آن را به قول مشهور فقیهان امامیه منتسب می‌سازد و دلایل محکمی به نفع آنان مطرح می‌کند و آنگاه که خویشان را در اثبات نظریه مطلوب، پیروز و موفق می‌بیند به مخالفین چنین می‌گوید: «شگفتا که برخی در این امر وسواس به خرج می‌دهند بلکه گویی این افراد نه چیزی از طعم فقاقت چشیده‌اند و نه از لحن گفتار ائمه و رموز کلمات آنان چیزی فهمیده‌اند.... خلاصه آن‌که مسأله از واضحات (مسلمات) است و نیازی به اقامه دلایل ندارد» (نجفی، ۳۹۷/۲۱).

با دقت و تأمل در گفتار مخالفین جواز اجرای حدود در عصر غیبت این نکته بدست می‌آید که برخی فقها که می‌گویند فقیه در زمان غیبت نباید حدّ را اجرا کند ظاهراً نمی‌خواهند بگویند که به طور مطلق نمی‌توان حدّ را در زمان غیبت اجرا کرد، بلکه می‌خواهند بگویند یکی از شئونات فقیه بما هو فقیه، اجرای حدّ نیست. در این‌که فقیه مثلاً حقّ مرجعیّت و فتوا دادن و اجرای حکم خدا در صورت تخصص و فصل خصومت دارد از آن جهت که فقیه است شکی نیست؛ به تعبیر دیگر یکی از شئونات پذیرفته شده فقیه، فتوا دادن و قضاوت نمودن در مخاصمات و دعاوی غیر کیفری مثل ارث و دین است. اما این‌که یکی از شئونات فقیه اجرای حدّ باشد محلّ بحث است. ممکن است نظر مخالفان این باشد که فقیه بما هو فقیه، حقّ اجرای حدّ ندارد بلکه حقّ اجرای حدّ مخصوص فقیهی است که حکومت را عهده‌دار شده است.

با این رویکرد باید گفت که مسأله اجرای حدود و تشکیل حکومت اسلامی

لازم و ملزوم یکدیگر می‌باشند به گونه‌ای که اجرای حدود فقط در فرضی قابل طرح خواهد بود که حکومت اسلامی تشکیل شده و فقها مبسوط الید باشند و در فرض عدم تشکیل حکومت اسلامی یا وجود حکومت جور، اجرای حدود نیز میسر نخواهد بود و وظیفه اجرای حدود عملاً از دست فقهای جامع الشرایط خارج خواهد شد. در تأیید این مطلب می‌توان به کلامی از امام خمینی (ره) استناد جست؛ ایشان می‌فرمایند: لازم است که فقها اجتماعاً یا انفراداً برای اجرای حدود و حفظ ثغور و نظام، حکومت شرعی تشکیل دهند و این امر را برای کسانی که امکان آن را داشته باشند واجب عینی، وگرنه واجب کفایی دانسته است (امام خمینی «ره»، ص ۶۷). چنان که آیت الله خوئی نیز با بکار بردن واژه «حاکم»، به نوعی حاکمیت را شرط دانسته و فقهای را مجاز به اجرای حدود می‌داند که علاوه بر مقام والای فقاها، واجد حکومت و بسط ید باشند.

اما باید دانست که پس از صاحب جواهر، این موضوع توسط فقهای تعقیب شده است و به واضح و مسلم نگری صاحب جواهر بسنده نکرده‌اند، بلکه با کمال دقت نظر به پژوهش و ژرف نگری پرداخته‌اند و دلایل ذکر شده توسط ایشان را بازبینی نموده‌اند و هر یک از مخالف و موافق، نتیجه اجتهاد خود را آزادانه اعلام داشته‌اند. برخی موافق و همراه ایشان شده و بعضی به صراحت دلایل ایشان را مخدوش و مردود شناخته‌اند و نظر بر منع جواز اجرای حدود در عصر غیبت معصوم (ع) داده و نظریه تعطیل را مرجح دانسته‌اند، لازم به ذکر است که فقهای اهل سنت نیز اقامه حدود را از وظایف حاکم دانسته‌اند، چنان که مؤلف کتاب الفقه الاسلامی و ادلته پس از تقسیم وظایف حاکم به دو دسته: وظایف دینی و وظایف سیاسی، چهارمین وظیفه سیاسی حاکم را اقامه عدل بین مردم دانسته و یکی از راه‌های اجرایی شدن این امر را اقامه حدود می‌داند تا این که حرمت الهی حفظ شده و حقوق ندگان خداوند از اتلاف و نابود شدن مصون بماند (وهبة الزحیلی، ۷۰۱/۶).

اگر مجموع اقوال فقهای متقدم و متأخر را در این زمینه مورد بررسی قرار دهیم

- می‌توان گفت که در ارتباط با اجرای حدود در زمان غیبت، چهار قول وجود دارد:
- ۱- قول به عدم جواز اجرای حدود در عصر غیبت امام معصوم (ع) و اختصاص آن به زمان حضور؛ که از آن جمله مرحوم محقق حلی (ره) می‌باشد که قول به جواز اجرای حدود در زمان غیبت را تضعیف نموده و از آن تعبیر به «قیل» کرده است. دو فقیه بزرگوار ابن زهره و ابن ادریس نیز همان طور که در کتب فقها نقل شده است قایل به عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت بوده‌اند (نجفی، ۳۹۴/۲۱).
 - ۲ - قول به عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت و جایگزینی تعزیر به جای آن که محقق شهیر، میرزای قمی در کتاب جامع الشتات این قول را اختیار کرده‌است (میرزای قمی، ۳۹۵/۱).
 - ۳- قول به جواز اجرای حدود در زمان غیبت امام معصوم (ع) به شرط اثبات آن از طریق خاص شرعی مذکور در شرع انور، که این قول مختار برخی از فقهای معاصر است.
 - ۴- قول به جواز اجرای حدود در زمان غیبت به طور مطلق، ولو آن که با علم قاضی ثابت گردد. این مبنا مختار برخی از فقهای معاصر می‌باشد.

بررسی ادله موافقین اجرای حدود

صاحب جواهر در رأس موافقین قرار دارد و معتقد است که مشهور امامیه بر آنند که اشخاص واجد شرایط عدالت و اجتهاد سطح بالا یعنی در حد داشتن توان استنباط فروع از منابع اولیه، می‌توانند در زمان غیبت بر افراد مرتکب جرائم حدی، حدود شرعی را اجرا سازند.

او در بیان ادله نقلی، به مقبوله عمر بن حنظله^۱ (حرر عاملی، ۹۹/۱۸، حدیث ۱) و

۱. متن روایت چنین است: عن عمر بن حنظله: قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاء أ يحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم في حق أو باطل فأنما تحاكم إلى الطاغوت و ما يحكم له فأنما يأخذ سحتاً و ان كان حقاً ثابتاً له، لأنه أخذ به حكم الطاغوت و ما أمر الله أن يكفروه، قال الله تعالى (يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت و قد أمروا أن يكفروا به) قلت: كيف يصنعان، قال: ينظران من كان منكم ممن قد روي حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حكماً فأنى قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فأنما استخف بحكم الله و عليه رد و الراد علينا الراد على الله و هو على حد الشرك.

نیز مقبوله ابی خدیجه استناد می‌کند؛ در این روایت چنین آمده است که: «بپرهیزید از این که برخی از شما نزد حاکمان جور اقامه دعوا کند، بلکه باید بنگرید به شخصی از خودتان که از قضایای ما مطلع بوده و او را حاکم خود قرار دهید، چه آن که من ایشان را قاضی قرار داده‌ام. سپس نزد چنین کسی اقامه دعوا کنید» (همان، ۴/۱۸، حدیث ۵). لازم به ذکر است که شهیدثانی در *مسالك الافهام*، روایت ابی خدیجه را ضعیف دانسته است، اما مقبوله عمر بن حنظله را مؤید این حکم می‌داند (شهید ثانی، ۱۰۸/۳) سپس به توفیق شریف امام عصر(ع) (و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فیها الی رواة احادیثنا....) (همان، ۱۰۱/۱۸، حدیث ۹) استناد می‌جوید، با این توضیح که منظور از حوادث واقعه، اموری است که در آنها نیاز به مراجعه به حاکم است و اقامه حدود نیز از این قبیل است.

در باب ادله غیرنقلی نیز معتقد است که اولاً - تعطیلی حدود به ارتکاب محارم و گسترش مفسد می‌انجامد در حالی که مطلوب از نظر شارع، ترک این امور است؛ ثانیاً - مقتضی اقامه حد در هر دو حال حضور و غیبت امام وجود دارد و حکمت اقامه حدود قطعاً بر اقامه کننده حد بر نمی‌گردد بلکه این حکمت به مستحق آن مربوط می‌شود و یا به نوعی از مکلفین؛ و در هر دو فرض حدود باید اقامه شود مطلقاً، زیرا فقها در بسیاری از امور نیابت دارند به گونه‌ای که معلوم می‌شود بین تمامی مناصب امام فرق نباشد بلکه شاید بتوان گفت چنین ادعایی بین امامیه مفروع عنه است، چه آن که در موارد عدیده‌ای از رجوع به حاکم سخن به میان آمده است در حالی که منظور، نایب الغیبه می‌باشد (نجفی، ۳۹۶/۲۱ - ۳۹۴).

شهید اول نیز از جمله فقهای است که اقامه حدود را برای فقها در زمان غیبت جایز می‌داند به شرط این که از وجود ضرر بر جان خود و سایر مؤمنین در امان باشند و نیز جایز است که در میان مردم قضاوت کرده و حقوق مردم را به وسیله بینه و قسَم و غیر این دو ثابت کنند (شهید اول، ۷۲). شهید ثانی نیز می‌گوید: از این که شهید اول،

اقامه حدود را برای فقهای جایز دانست که از راه دلیل، حکم شرعی را استنباط می‌کنند فهمیده می‌شود که اقامه حدود برای غیرفقها، یعنی برای مقلدین جایز نیست، و شهید اوّل و دیگر فقها به این مفهوم تصریح کرده‌اند در حالی که به طور جزم آن را بیان کرده بدون این که قول مخالفی را در این مسأله از دیگران نقل کرده باشند (شهید ثانی، ۴۱۸/۲).

از فقهای معاصر، امام خمینی (ره) در آخر بحث امر به معروف و نهی از منکر کتاب *تحریرالوسیله* چنین نظر می‌دهند: «لیس لأحد تکفّل الامور السیاسیّه کاجراء الحدود و القضائیه و المالیه كأخذ الخراجات و المالیات الشرعیّه ألاً امام المسلمین (ع) و من نصبه لذلك: هیچ کسی نمی‌تواند امور سیاسی مانند اجرای حدود و قضاوت و مالیه نظیر گرفتن خراج و مالیات‌های شرعی را متکفّل گردد، مگر امام مسلمین و کسی که از سوی او منصوب است» (امام خمینی، ۴۸۲/۱).

سپس در مسأله دوّم از همین بخش، امور مذکور در مسأله قبل را برای نایب امام یعنی فقیه جامع شرایط ثابت دانسته و چنین اظهار می‌دارند: «فی عصر غیبه ولیّ الامر و سلطان العصر عجل الله فرجه الشریف یقوم نوابه العامه و هم الفقهاء الجامعون لشرائط الفتوی و القضاء، مقامه فی اجراء السیاسات و سائر ما للإمام ألاً البدأة بالجهاد: در عصر غیبت حضرت ولیّ امر و سلطان عصر (عج)، نواب عامه آن حضرت که عبارتند از فقهای جامع شرایط فتوا و قضاوت، قائم مقام او می‌باشند و تمام امور سیاسی را اجرا می‌سازند مگر جهاد ابتدایی (همان، ۴۸۲/۱).

ایشان در جایی دیگر، اجرای حدود را یکی از شئون فقیه دانسته و چنین می‌گویند: «یکی از اموری که فقیه، متصدی ولایت آن است اجرای حدود (یعنی قانون جزای اسلام) است. آیا در اجرای حدود بین رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلّم - و امام و فقیه امتیازی است؟ آیا چون رتبه فقیه پائین‌تر است، باید کمتر بزند؟ حدّ زانی که صد تازیانه است اگر رسول اکرم (ص) جاری کند ۱۰۰ تازیانه، و فقیه ۵۰ تازیانه؟ یا

این که حاکم، متصلی قوه اجرائیه است و باید حدّ خدا را جاری کند، چه رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم باشد و چه حضرت امیرالمؤمنین - علیه السلام - باشد، یا نماینده و قاضی آن حضرت در بصره و کوفه، یا فقیه عصر...» (همان، ص ۶۵، ۶۶). «پس از ثبوت این مطلب، لازم است که فقها اجتماعاً یا انفراداً برای اجرای حدود و حفظ ثغور و نظام، حکومت شرعی تشکیل دهند. این امر اگر برای کسی امکان داشته باشد واجب عینی است و گرنه واجب کفایی است، در صورتی هم که ممکن نباشد ولایت ساقط نمی‌شود، زیرا از جانب خدا منصوبند. اگر توانستند باید مالیات و زکات و خمس و خراج را بگیرند و در مصالح مسلمین صرف کنند، و اجرای حدود کنند...» (همان، ص ۶۷).

صاحب مبانی *تکملة المنهاج* نیز قول به جواز اجرای حدود در زمان غیبت را أظهر دانسته و می‌گوید: «يجوز للحاكم الجامع للشرائط إقامة الحدود على الأظهر: أظهر آن است که فقیه جامع شرایط فتوا می‌تواند به اقامه حدود بپردازد» (خویی، ۲۲۴/۱). همان‌گونه که ملاحظه می‌شود مرحوم خوبی در متن مذکور، به جای واژه «فقیه» که در متن محقق حلّی آمده است واژه «حاکم» را آورده است و چنین پیداست که علاوه بر فقهات و عدالت، شرط حاکمیت را نیز معتبر دانسته و معتقدند فقیهان هر چند واجد درجه علیای اجتهاد بوده ولی فاقد حکومت و بسط ید باشند، مجاز نیستند به اجرای حدود مبادرت نمایند. وی در ادامه برای جواز اجرای حدود توسط حاکم جامع شرایط دو دلیل ارائه می‌کند:

(۱) اقامه حدود برای مصلحت عمومی و جلوگیری از فساد و نشر فجور و سرکشی در میان مردم وضع گردیده است. اختصاص داشتن آن به زمانی خاص با این هدف منافات دارد و قطعاً حضور شخص امام دخالتی در این مطلب ندارد، به عبارت دیگر حکمتی که تشریح حدود را اقتضا کرده است، اقتضا می‌کند که در زمان غیبت هم همانند زمان حضور، حدود اقامه و اجرا شود (همان، ۲۲۴/۱). به تعبیر دیگر آیه شریفه

که می‌گوید زانی را شلاق بزیند به این خاطر بوده است که جلوی فساد گرفته شود. این نکته هم در زمان حضور امام است و هم در زمان غیبت؛ مثل حکمت آیه شریفه که می‌گوید: «ان الصلوة تنهى عن الفحشاء و المنکر» اختصاص به زمان حضور ندارد و شامل تمام زمان‌ها می‌شود (همان، ۲۲۴/۱).

۲) یکی دیگر از ادله، اطلاقات ادله حدود است. به این معنا که مثلاً آیه شریفه که می‌فرماید: «الزانیة و الزانی فاجلدوا کلّ واحد منهما مائة جلدة» (قرآن کریم، نور ۲۴۱) اطلاق دارد؛ این که می‌فرماید: زن و مرد زناکار را صد ضربه شلاق بزیند از حیث زمان اطلاق دارد و اینطور نگفته که در زمان حضور امام معصوم صد ضربه بزیند، و یا آیه شریفه «السارق و السارقة فاقطعوا أیدیهما» (همان، مائده، ۳۸) مطلق است و مقید به زمان خاصی نیست. اگر آیه گفته بود که دست مرد و زن سارق را در زمان حضور معصوم (ع) ببرید، مقید بود و تنها در زمان حضور قابل اجرا بود اما چون مقید به زمان خاصی نیستند پس در تمام زمان‌ها لازم‌الاجرا می‌باشد. نکته‌ای که وجود دارد این است که اگر بگوئیم تمام افراد حق اجرای حد را دارند باعث هرج و مرج و اختلال نظام می‌شود، لذا باید به قدر متیقن اکتفا کرد و قدر متیقن هم حاکم جامع شرایط است که باید حد را اجرا کند (خویی، ۲۲۴/۱-۲۲۵). مضافاً آن‌که از برخی روایات نیز منع جواز اقامه توسط افراد عادی مستفاد می‌گردد؛ از جمله روایت داود بن فرقد از امام صادق (ع)^۱ در مورد گفتگوی رسول الله (ص) با سعد بن معاذ که گمان می‌کرد اگر

۱. ترجمه کامل روایت چنین است: «اصحاب رسول خدا به سعد بن عباده گفتند که اگر ببینی شخصی با همسر تو در حال تجاوز است چه می‌کنی؟ گفت او را با شمشیر می‌زنم، جریان نزد رسول خدا (ص) کشانده شد و پیامبر به ایشان گفت: ای سعد، اگر مردی اجنبی را در فراش خود در حال تجاوز به همسرت مشاهده کنی چه می‌کنی؟ پس به پیامبر گفتم: او را با شمشیر می‌کشم. پیامبر فرمود: ای سعد، چهار شاهد را چه می‌کنی؟ سعد گفت: ای رسول خدا، پس از آن‌که چشم من مشاهده کرده است و خداوند می‌داند که آن شخص چه کرده است [دیگر چه نیازی به چهار شاهد است؟] رسول خدا گفت: آری، به خدا قسم، درست است که چشم تو او را دیده است و خداوند می‌داند که او چنین کرده است اما [باید دانست که] خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده است و برای کسی که از آن حد تجاوز کند نیز حدی.»

شخصی، مرد اجنبی را در فراش خود در حال تجاوز به ناموسش ببیند، می‌تواند او را بکشد، رسول الله(ص) او را منع کرد (حر عاملی، ۳۰۹/۱۸ - ۳۱۰، حدیث ۱)؛ با توجه به مراتب، بایستی قدر متیقن را اخذ نمود و قدر متیقن برای اجرای حدود، من الیه الامر، یعنی حاکم شرعی است(همان، ۲۲۵/۱).

صاحب کتاب *مبانی تکملة المنهاج* پس از اتمام دو دلیل اثبات کننده جواز اقامه حدود در زمان غیبت امام معصوم(ع)، به ذکر مؤیداتی از ادله نقلی (روایات) می‌پردازد که به شرح زیر است:

۱- روایت اسحاق بن یعقوب: وی از محمد بن عثمان عمری (نایب خاص حضرت ولی عصر(عج)) خواسته است که مکتوب وی را که حاوی مسائلی بوده است خدمت امام(ع) تقدیم کند؛ امام(ع) پاسخ سؤالات را مرقوم فرموده‌اند: در یکی از فقرات پاسخ چنین آمده است: «..... و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فیها الی رواه احادیثنا فانهم حجّتی علیکم و انا حجّة الله: رویدادهای جدید را به راویان احادیث ما عرضه کنید، آنان حجّت من بر شماست و من حجّت خدایم» (حرعاملی، ۱۰۱/۱۸، حدیث ۹).

۲- روایت حفص بن غیاث: از امام صادق(ع) سؤال کرد، چه کسی حدود را اقامه می‌کند؟ سلطان یا قاضی؟ امام(ع) در پاسخ فرمود: «اقامة الحدود الی من الیه الحکم: اقامه حدود به دست کسی است که «حکم» به دست اوست (همان، ۳۳۸/۱۸، حدیث ۱) و با ضمیمه کردن روایاتی که دلالت دارند بر این که «من الیه الحکم» در زمان غیبت، فقهاء هستند نتیجه گرفته می‌شود که اقامه حدود شرعی با آنان بوده و از جمله وظایف ایشان محسوب می‌شود.

سپس ایشان در ردّ نظر کسانی که برای عدم جواز اقامه حدود به روایت منقول در کتاب *دعائم الاسلام* و کتاب *مستدرک الوسائل استدلال* کرده‌اند مبنی بر این‌که: «لا یصلح الحکم و لا الحدود و لا الجمعة الا بامام: حکم کردن (قضاوت) و اجرای حدود

و اقامه جمعه صحیح نیست مگر به وسیله امام^۱ « (نوری، ۲۹/۱۸) می‌گوید:

اولاً - روایت مذکور در کتاب دعائم الاسلام به خاطر مرسل بودن ثابت نشده است، ثانیاً - جمله اول روایت و نیز جمله دوم روایت، به طور قطع باطل است زیرا قول صحیح و مشهور آن است که اقامه جمعه در زمان غیبت جایز می‌باشد؛ پس اگر روایت صحیح باشد لازم است که در مدلول آن تصرف صورت گیرد و آن را بر وظیفه اولیه حمل کنیم و چنین حمله با جواز اقامه جمعه و اجرای حدود، توسط اذن خاص یا عام امام منافات ندارد (خویی، ۲۲۷/۱ - ۲۲۶).

بررسی ادله مخالفین اجرای حدود

در رأس مخالفین جواز اقامه حدود در زمان غیبت، قطع نظر از متقدمین نظیر ابن زهره و ابن ادریس حلّی، دو فقیه بزرگ قرن هفتم و هشتم، محقق و علامه حلّی قرار گرفته‌اند (نجفی، ۳۹۶/۲۱). از میان فقهای معاصر، مرحوم حاج سید احمد خوانساری، اختصاص اقامه حدود را به امام معصوم اقوی دانسته و بنابراین در زمان غیبت امام معصوم (ع) اجرای حدود را مجاز نمی‌داند. ایشان در باب امر به معروف و نهی از منکر کتاب «جامع المدارک» که شرحی است موجز و در عین حال دقیق و مفید بر «المختصر النافع» محقق حلّی، کلیه دلایل و مؤیدات ارائه شده توسط موافقین را مطرح و مورد نقد قرار داده است.

در پاسخ به دلیل اول و دوم که در کلام اغلب فقهای جناح مقابل به چشم می‌خورد و ما آنها را از کتاب مبانی تکملة المنهاج نقل کردیم، می‌گویند:

لازمه این دو دلیل آن است که اقامه حدود شرعیه در تمام ازمنه واجب باشد مطلقاً، بدون آن که به نصب معصوم نیازی وجود داشته باشد. و بدون صدور مقبوله عمر

۱. لازم به ذکر است که همین روایت در کتاب دعائم الاسلام از امام صادق (ع) روایت شده است و در آنجا آمده است «به وسیله امام عادل»: تمیمی مغربی، ۱۸۲/۱.

بن حنظله و توقیع مبارک و واگذاری این امر به فقها نیز اقامه حدود لازم و وظیفه شرعی گردد، و چنانچه مقتضای حکمت تشریح حدود بر محور مستحقین مجازات دور بزند و اقامه کننده و مجری آن نقشی نداشته باشد، بایستی در فرض عدم دسترسی به مجتهدین واجد شرایط، عدول مؤمنین و سپس حتی فساق آنان بایستی متصدی اقامه حدود شرعی گردند و هیچ‌گاه این امر تعطیل نگردد، همانند حفظ اموال غائبین و محجورین که در غیاب حاکم شرعی، عدول و سپس فساق هم موظف به انجام این وظیفه شرعی می‌باشند (کرکی، ۴۱۲/۵).

با توجه به این امر، موافقین اجرای حدود در عصر غیبت نمی‌توانند ملتزم به این نتیجه شوند، چرا که آنان به‌طور حتم معتقدند در زمان حضور امام (ع) کسی جز نواب آن حضرت و یا منصوبین از سوی او اجازه اقامه ندارند، و در زمان غیبت امام تنها مجتهدین عادل جامع شرایط مجاز به اقامه حدود می‌باشند و لاغیر. حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر ادله اقامه حدود مطلق است و نه زمان می‌تواند قید و خصوصیتی محسوب گردد، و نه شخصیت اقامه کننده دخالتی دارد، پس چرا اولاً در زمان حضور، شخص اقامه کننده بایستی منصوب از سوی امام باشد؟ و ثانیاً در زمان غیبت، در فرض آن‌که مجتهد عادل موجود نباشد چه باید کرد؟ آیا می‌پذیرید که عادلان مردم عادی و سپس در فرض نبود مردم عادی، فساق آنان هم بتوانند مبادرت به اقامه حدود شرعی بکنند؟ علی‌الظاهر پاسخ منفی است و در این حالت بی‌گمان به علت فقدان مجری صالح واجد شرایط، تعطیلی حدود را پذیرا خواهید شد، چرا که ادعای آن‌که هر فاسق و فاجری در کمال جهل و بی‌سوادی بتواند متکفل اقامه حدود شرعی الهی شود واضح البطلان است. با این توضیح، ادله حدود دیگر به اطلاق خود باقی نمی‌ماند و به‌وجود مجری صالح مقید می‌گردد. بنابه مراتب، به نظر ایشان اقوی آن است که اقامه حدود شرعی از امور مختص به معصومین (ع) است، همانگونه که جهاد ابتدایی با کفار نیز از مختصات معصومین می‌باشد و به هیچ وجه جز آنان کسی مجاز به اقدام در این امر

نخواهد بود.

از دیدگاه مرحوم خوانساری، بحث اجرای حدّ در زمان غیبت مانند جهاد ابتدایی است. در دفاع از جامعه اسلامی، اذن امام (ع) شرط نیست اما در بحث جهاد ابتدایی، فقها معتقدند که ما این حقّ را نداریم که برای مسلمان کردن کشوری کافر به آن کشور حمله کنیم. فقها معتقدند جهاد ابتدایی در زمان غیبت جایز نیست و جهاد خاص امام معصوم است. از دیدگاه مخالفان، اجرای حدّ هم مانند جهاد ابتدایی است که تنها حقّ امام یا کسی است که از جانب ایشان نصب خاص شده باشد.

سپس ایشان روایات استنادی توسط سایر فقها مبنی بر جواز اقامه حدود را چنین نقّادی می‌کند:

اولاً - اقامه حدود، داخل در عنوان امر به معروف و نهی از منکر همگانی نیست تا مشمول عمومات و اجماع فقها گردد، چرا که اقامه حدود مستلزم آزار بدنی است و در چنین مواردی تنها پیامبر، امامان معصوم و منصوبین خاص از سوی آنان مجاز به اقدامند و جز آنان هیچ کسی مجوّز شرعی ندارد، بنابراین، استدلال به عمومات امر به معروف و نهی از منکر موردی نخواهد داشت.

ثانیاً - مقبوله عمر بن حنظله هیچ‌گونه ظهوری نسبت به اقامه حدود ندارد.

ثالثاً - روایت حفص بن غیاث با قطع نظر از سند، با مشکل دلالت روبروست، چرا که در روایت مزبور در پاسخ این سؤال که چه کسی اقامه حدود می‌کند سلطان یا قاضی؟ آمده است: «اقامة الحدود الی من الیه الحکم: اجرای حدود به دست کسی است که حکومت در دست اوست، از این روایت نمی‌توان نتیجه گرفت که قاضی مجاز به اقامه حدود است، لأنّ القاضی له الحکم من طرف المعصوم و لایقال الیه الحکم زیرا قاضی کسی است که از سوی معصومین حکم کردن میان مردم به او واگذار شده است، و به او گفته نمی‌شود به سوی او حکم است» (همان، ۴۱۲/۵).

در توضیح سخن مؤلف جامع المدارک می‌توان گفت که از سؤال پرسش کننده

چنین معلوم می‌گردد که در نظر وی، این امر مسلم بوده که یکی از دو مقام یا سلطان و یا قاضی، می‌توانند اقامه حدود کنند و از امام می‌پرسد که کدام یک از این دو چنین اختیاری دارد؟ و با توجه به زمان انجام این گفتگو، که نیمه قرن دوم هجری یعنی زمان منصور خلیفه عباسی است منظور از سلطان، خلیفه و از قاضی، شخص متصدی امور قضاء است که از سوی خلیفه تعیین می‌شده است. پس در حقیقت سؤال وی این بوده است که آیا اقامه حدود شرعیّه نسبت به مرتکبین معاصی همانند رفع تخاصمات فیما بین مردم از مناصب قضایی است با آن‌که از امور اجرایی و احکام سلطانیه می‌باشد که مَجری آن سلطان است؟ امام صادق(ع) در چنین موقعیتی که از طرفی می‌خواستند حکم خدا را بیان کنند، و از طرف دیگر می‌خواستند نه سلطان را تأیید کنند و نه قاضی را، لذا فرموده‌اند: اقامه حدود شرعیّه به دست کسی است که خداوند حکومت مردم را به او واگذار کرده و حاکم مشروع است، یعنی خود آن حضرت.

رابعاً - روایت مقبوله ابی خدیجه به محاکمات و رفع خصومت‌های خصوصی مربوط می‌شود و ربطی به اقامه حدود ندارد.

خامساً - توقیع شریف در پاسخ به سؤالات مکتوب تقدیمی صادر شده است و در مورد «الحوادث الواقعه» تعیین تکلیف فرموده‌اند؛ احتمال دارد که الف و لام در کلمه «الحوادث» از نوع عهدی باشد، و بنابراین اشاره به همان رویدادهای مذکور در نامه ارسالی باشد و چون ما نمی‌دانیم که آن رویدادها چه بوده است، بنابراین تمسک به حدیث برای اثبات مدعا مفید نخواهد بود (همان، ۴۱۲/۵).

نحوه تعیین مجازات تعزیری

با توجه به این‌که حاکم اسلامی می‌تواند برای تنبیه بزهکاران و متخلفین، انواع مجازات‌های متناسب با جرایم ارتكابی نظیر زندان، جریمه مالی، تبعید، نگهداری در مراکز تأمینی و تربیتی، محرومیت از مشاغل دولتی، تعطیل مراکز فعالیت و کار و نظایر

آن برحسب شرایط زمان و مکان و توانایی‌های اشخاص تعیین کند، حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا تعیین میزان تعزیر به‌طور کامل به نظر حاکم و قاضی محکمه بستگی دارد؟ یا این‌که می‌توان با تعیین اقل و اکثر از طریق مراجع ذی‌صلاح، او را در یک چهارچوب معین و محدودی بین اعمال مجازات اقل و اکثر مخیر کرد؟

به عبارت دیگر آیا تعیین میزان مجازات در هر حال بستگی به نظر قاضی دادگاه رسیدگی کننده به پرونده دارد، و اوست که در هر مورد با توجه به کیفیت جرم و نوع آن و وضعیت مرتکب و جهات مختلفه، حکم لازم را می‌دهد و اجرا می‌کند؟ یا این‌که حکومت و دستگاه قانون‌گذاری می‌تواند ضوابطی را تعیین کند و حداقل و حداکثری برای انواع جرایم مشخص نماید که قاضی مکلف باشد در محدوده تعیین شده قانون، مجرم را مجازات کند؟

برخی معتقدند که امر مجازات در تعزیرات، مطلقاً به دست حاکم یعنی قاضی پرونده بوده و قانون‌گذار نمی‌تواند هیچ حدّ و مرزی برای آن تعیین کند. لذا تعیین نوع و مقدار مجازات نیز به نظر خود قاضی بستگی داشته، و تعیین مجازات قانونی، خلاف شرع است. عمده دلیل این گروه، قاعده مسلم فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم» است که از این منظر، هر نوع تعیینی خواه در نوع مجازات باشد خواه در مقدار آن، برخلاف مفاد این قاعده مسلم فقهی است و غیر شرعی خواهد بود.

این گروه در تقویت استدلال خویش می‌افزایند: القای نظر بر حاکم (قاضی) و الزام او بر نوع یا مقدار معین، گاه موجب تعطیل تعزیر مناسب، و گاه موجب ظلم بر تعزیر شونده می‌گردد و به‌طور کلی چنین الزامی موجب می‌شود که همواره عمل قاضی برخلاف رأی و نظر خود باشد.

به نظر این گروه مقصود از «حاکم» در قاعده مورد بحث، قاضی محکمه می‌باشد، به همین جهت اینان در پاسخ به این ایراد که: «حکم شرعی مزبور (علی‌المایراه الحاکم) به قضات واجد شرایط قضاوت اختصاص دارد، و کسانی که فاقد شرایط شرعی

باشند ولی برحسب ضرورت و به اجازه یا نصب فقیه جامع الشرایط (ولی امر) به امر قضا اشتغال ورزند به دلیل عدم صدق عنوان «حاکم شرع» مشمول حکم نمی گردند، اظهار می دارند: اگر بنا باشد از باب اضطرار و ضرورت، غیر فقیه متصدی امر قضا و اجرای حدود و تعزیرات شود، حتی اگر نوبت به عدول مؤمنین برسد باز دستورالعمل همین است و نمی توان آن را مختص به قاضی فقیه دانست. به عبارت دیگر یا باید بر آن بود که در زمان فقدان قضات واجد شرایط، تعزیرات جاری نشده و تعطیل می گردد، و یا باید اجرا شود. اگر قبول کنیم که باید اجرا شود تعیین دستور دیگری برای آن حجت و دلیل شرعی ندارد. بنابراین در مسأله ای که قانون گذار اسلامی، امر آن را به ملاحظه موارد و خصوصیات موکول نموده، اگر به فرض دستورالعمل واحدی مقرر شود که در آن رعایت مصالح مجرمین و نیز شرایط زمان و مکان نگردد، در بیشتر موارد، اهداف شارع از بین رفته و احکام واقعی خداوند ضایع می گردد (محقق داماد، ۲۲۶ - ۲۲۷).

در مقابل، عدّه ای معتقدند که تعیین مقدار کیفرهای تعزیری به تناسب جرم و اجرای حدود به طور کلی، به دست حاکم به معنای ولی است، نه قاضی (هاشمی شاهرودی، ۲۰۸)؛ آن گاه به روایات مربوط به حدود و تعزیرات استناد جسته که در آنها نیز عنوان والی، امام، رسول الله (ص) امیر المؤمنین (ع) و مانند آنها آمده است و از جمله در روایت صحیحہ حمّاد که مهمترین دلیل شرعی بر مجازات های تعزیری است عنوان «والی» که همان حاکم است وارد شده است: «..... علی قدر ما یری الوالی من ذنب الرجل و قوّة بدنه» (حرّ عاملی/ ۴۷۲، حدیث ۶)؛ از اینجا می توان دریافت که قاضی هر چند مجتهد باشد نمی تواند اندازه تعزیر را ابتدائاً معین کند، مگر این که ولی امر، افزون بر مقام قضایی، این کار را نیز به عهده خود او واگذار کند (هاشمی شاهرودی، ۲۰۸).

عمده دلیل این گروه آن است که اگر اختیار تعیین نوع و مقدار مجازات تعزیری به قضات محاکم واگذار گردد، علاوه بر حالت انفعالی قضات به هنگام مواجه شدن با

جنایتکاران و جنایت‌های ارتكابی، سلیقه‌ها و نظرات آنان یکسان نبوده و چه بسا حدّت و شدّت هر یک از قضات با دیگری به‌طور فاحش متفاوت باشد. نتیجه قهری اتخاذ این روش، صدور احکام بی‌رویه بسیار متفاوت، و نیز عدم تناسب بین آرای صادره از محاکم می‌شود و موجب خواهد گردید که هر دادگاه برای یک جرم، نوعی مجازات با کمیّت‌های متفاوت تعیین کند که این امر در نتیجه، اعتبار دستگاه قضایی را متزلزل می‌کند.

گروه مخالف در ردّ این استدلال اظهار می‌دارند: محاذیر و مشکلاتی که در مورد اجرای تعزیرات «بمایراه الحاکم» مطرح شده است چندان مهمّ و قابل توجه نیست، زیرا اولاً: این مشکلات و محاذیر که عمده آن اختلاف آرای قضات بلکه قاضی واحد است به فرض این‌که مشکل و محذور محسوب شوند، ناشی از طبع حکم «بمایراه الحاکم» است حتّی اگر قاضی، فقیه باشد. زیرا نظر قاضی به حسب اوضاع و شرایطی که جرم واقع شده و احوال مجرمین، مختلف می‌گردد. در واقع کیاست، فراست، فطانت و حذاقت قاضی در این‌جا نقش مؤثری ایفا می‌نماید. چه بسا که قاضی واجد این اوصاف اگر چه فقیه هم نباشد نسبت به قاضی فقیه، مناسبات تشدید یا تخفیف مجازات را بهتر درک نماید. چنان‌که قاضی فقیه تازه کار با قاضی مجربّ باسابقه در این درک قابل مقایسه نیست. لذا نمی‌توان با این‌گونه عذرها که ناشی از طبع حکم «بمایراه الحاکم» است از آن رفع ید نمود، و برای صدور حکم حاکم ترتیب خاصّ و معینی مقرر کرد. به علاوه می‌توان گفت مشکلات و معایب تعیین و تحدید تعزیرات به مراتب بیشتر است و راهی جز حکم «بمایراه الحاکم» نیست (محقق داماد، ۲۲۸).

بررسی مستندات روایی

اینک باید دید که در لسان روایات، اجرای تعزیرات به‌عهده چه کسی گذارده شده است و این امر وظیفه کیست. با بررسی متون روایی معتبر چنین بدست می‌آید که

عبارت «التعزیر بمایراه الحاکم» که مورد استناد گروهی از صاحب‌نظران قرار گرفته، در هیچ یک از متون حدیثی معتبر وارد نشده است بلکه متون مذکور صرفاً دارای تعبیر «الی الامام» و یا «الی الوالی» می‌باشند.

۱- امام باقر(ع) دربارهٔ کیفر کسی که شهادت دروغ داده می‌فرماید: «یجلد شاهد الزور جلداً لیس له وقت و ذلک الی الامام، ویطاف به حتّی یعرفه الناس.... : شاهد دروغگو تازیانه می‌خورد اما زمان آن مشخص نیست و طبق نظر امام می‌باشد، سپس بین مردم گردانده می‌شود تا او را بشناسند» (نوری، ۱۹۵/۱۸، حدیث ۲۲۴۸۶).

۲- در صحیحہ سماعه نیز دربارهٔ مجازات کسانی که به دروغ شهادت داده‌اند چنین آمده است: «یجلدون حدّاً لیس له وقت، فذلک الی الامام: آنها تازیانه می‌خورند و زمان معینی ندارد، اما مقدار آن طبق نظر امام است» (حرّ عاملی، ۵۸۴/۱۸، باب ۱۱، حدیث ۱ و ۲).

۳- در صحیحہ حمّاد هنگامی که از مقدار تعزیر با تازیانه سؤال شده است در جواب چنین آمده است: «.... علی قدر مایراه الوالی من ذنب الرجل و قوّه بدنه: مقدار آن طبق رأی والی می‌باشد که نسبت به گناه مجرم و قدرت بدنی‌اش می‌سنجد» (همان، ۵۸۴/۱۸، حدیث ۳؛ ۴۷۲/۱۸، حدیث ۶).

۴- همچنین در باب حدود و اجرای آن در موارد متعددی، تعبیری چون عبارات زیر وارد شده است:

«و یعاقبه الامام علی قدر مایری من جرمه» (نوری، ۱۵۶/۱۸)، «ینبغی للامام اذا جلدّه أن ینفیه من الأرض الّتی جلدّه فیها الی غیرها سنّه و علی الامام أن ینخرجه من المصر» (همان، ۱۳۸/۱۸)؛ «لا یصلح الحکم و لا الحدود و لا الجمعه الّا بامام» (همان، ۲۹/۱۸)؛ «أن یربطها امام المسلمین» (حرّ عاملی، ۴۱۲/۱۸ و ۴۰۳)؛ و «اذا رفعوا الی حکّام المسلمین» (همان، ۳۳۸/۱۸).

هر چند متون روایی فوق در خصوص اجرای حدود است، ولی نشان دهندهٔ این

است که اجرای مجازات به عهده امام و والی جامعه اسلامی است، و تعزیرات نیز نوعی مجازات الهی بوده، و در این خصوص با حدود تفاوتی ندارد.

بررسی گفتار فقها

فقها نیز در خصوص قاعده مورد بحث، تعبیرات مختلفی دارند ولی هیچ کدام از محدوده مقام ولایت کُبرا فراتر نمی روند. برخی «سلطان الاسلام»، یا «سلطان» و برخی دیگر «امام» یا «ولی امر» یا «اولی الامر» به کار برده اند که مقصود از این تعبیر، امام معصوم و کسانی است که شایستگی نیابت آن مقام را داشته باشند.

شیخ مفید می گوید: «و من قذف المسلمین بشيء من القبائح سوى الزنا و اللواط و لكن يوجب التعزير و الأدب، بحسب ما يراه السلطان: هرکس به مسلمانان نسبت ناروایی از اعمال زشت بدهد - بجز زنا و لواط اما موجب تعزیر می گردد آن هم طبق نظر حاکم» (شیخ مفید، ۷۹۵).

باز در جای دیگر می گوید: «و كل شيء يؤذي المسلمين من الكلام دون القذف بالزنا و اللواط، ففيه أدب و تعزير، علی ما يراه سلطان الاسلام: هر گفتاری که موجب آزار مسلمانان گردد، در حالی که به صورت قذف به زنا و لواط نباشد طبق نظر حاکم شرع تأدیب و تعزیر دارد» (همان، ۷۹۷).

صاحب غنیه النزوع نیز می گوید: «و اعلم أن التعزير يجب بفعل القبيح و الاخلال بالواجب الذي لم يرد الشارع بتوظيف حدّ عليه، أو ورد ولكن لم يتكامل شروط اقامته علی حسب ما يراه ولی الامر: باید دانست که تعزیر به خاطر انجام دادن کار زشت و اخلال نمودن نسبت به واجبی است که از طرف شارع، حدّی برای آن تعیین نشده است؛ یا این که حدّی معین گردیده، اما شروط اقامه حدّ تکمیل نشده است... طبق نظر ولی امر» (ابن زهره، ۴۳۵).

شیخ طوسی در این باره می گوید: «التعزير الى الامام بلاخلاف، ألا أنه اذا علم أنه لايردعه ألا التعزير لم يجز تركه: تعزیر به عهده امام است و در این جهت اختلافی

نیست، اما اگر بداند که مجرم را چیزی جز تعزیر باز نمی‌دارد جایز نیست آن را ترک کند» (شیخ طوسی، ۴۹۷/۵).

ابن ادريس در آخر باب (حدّ الفرية و مايجب فيه التعزير)، تعبیر سلطان الاسلام را بکاربرده و فقط «نائبه» را به آن افزوده است: «فليزم سلطان الاسلام أو نائبه تأديبه بما يردعه و غيره» (ابن ادريس، ۵۳۵/۱). علامه حلی نیز در موارد مختلف چنین عبارتی را تکرار نموده است «أنه بحسب ما يراه الامام» (قواعد الاحكام، ۳/۱۱۱-۵۴۸-۵۴۲-۵۴۰؛ مختلف الشيعه، ۱۵۷/۹).

صاحب الكافي في الفقه نیز چنین اظهار می‌کند: «فيلزم سلطان الاسلام تأديبه بما يردعه و غيره عن الاخلال بالواجب، و يحمله و سواه على فعله: بر حاکم شرع واجب است که مجرم را با وسیله‌ای ادب کند که وی و دیگران را از اخلال نمودن نسبت به واجب الهی بازدارد و آنان را به سوی انجام واجبات سوق دهد» (حلبی، ۴۱۷).

صاحب الجامع للشرایع نیز درباره کسی که با حیوانی جمع شود می‌گوید: «و يعزّر بحسب ما يراه الامام: طبق نظر امام تعزیر می‌شود» (یحیی بن سعید، ۵۶۸).

صاحب وسایل الشيعه برای روایات، بابی را تحت این عنوان مطرح می‌سازد: «باب ثبوت التعزير بحسب ما يراه الامام» (حرّعاملی، ۳۶۳/۱۸) و در همین باب در توجیه برخی از روایات، عبارت «الامام» به کار می‌برد مثل: «حمل الشيخ الحدّ في هذا و أمثاله على التعزير بحسب ما يراه الامام» (همان، ۳۶۶/۱). ایشان در ابواب مقدمات حدود و احکام عامّه آن (باب ۳۲)، در احادیث شماره‌های اول تا سوم و نیز در صفحات (۳۴۴ و ۳۴۳) باز همان لفظ «امام» را به کار می‌برد.

در کلام سایر فقها نیز عباراتی مشابه عبارات مذکور آمده است و اگر احیاناً عبارت «حاکم» به جای «امام» به کار رفته باشد همانگونه که در مسالک الأفهام آمده است مقصود، حاکم مطلق است (شهید ثانی، ۴۵۷/۱۴) که شامل مقام ولایت و نیابت عامّه می‌گردد.

البته در مورد تعزیرات باید به این نکته توجه داشت که با توجه به ویژگی‌ها و اهداف مجازات تعزیری، واقعیت کاملاً مبرهن است که زمان و مکان در اجرای تعزیرات نقش اساسی دارد، به جهت آن‌که فلسفه اصلی تشریح کیفرهای تعزیری، تأدیب می‌باشد بنابراین اجرای مجازات تعزیری تابع مصلحت است. حاکم اسلامی باید از یک سو با توجه به مقتضیات زمان و مکان، ویژگی‌های اخلاقی، روانی و جسمانی مجرم و از سوی دیگر مصالح فرد و جامعه را در تعیین و اجرای کیفر تعزیری مورد توجه قرار دهد. به این ترتیب مجازات تعزیری از سبک‌ترین کیفرها تا سنگین‌ترین مجازات‌ها را شامل می‌شود.

از بحث تعزیرات که بگذریم در مورد مجازات‌های بازدارنده باید گفت به نظر می‌رسد که تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده تفاوتی با هم ندارند چنان که نظریه مشورتی شماره ۷/۱۰-۱۳۸۱/۱/۱۵ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز گویای این مطلب است؛ بنابراین مجازات بازدارنده، مجازاتی است که از طرف شرع مقرر نشده و حکومت برای حفظ نظم، آنها را تعیین می‌کند و منظور از حکومت، قوه مجریه نیست بلکه مجموعه دولت و حکومت و به ویژه قوه مقننه است. تفکیک این مطلب که چنانچه جرمی در متون شرعی سابقه داشته باشد تعزیری است هرچند مجازات خاصی برای آن تعیین نشده باشد، و اما اگر سابقه‌ای در متون شرعی نداشته باشد، مجازات بازدارنده است با این مبنا که تعزیرات و مجازات بازدارنده از این جهت که تعیین آنها بر عهده حاکم است یکسان می‌باشند فاقد پشتوانه منطقی و موجّه است. البته در مورد واژه «حاکم» که در ماده ۱۶ ق.م.ا. آمده است گرچه فقها، حاکم را قاضی می‌دانند اما در شرایط کنونی که وضع مجازات‌ها در صلاحیت انحصاری قوه مقننه است و قاضی فقط مجری آنها می‌باشد باید حاکم را حمل بر مجلس شورای اسلامی کرد.

در مورد نقش زمان و مکان در اقامه حدود نیز، بررسی روایات به‌عنوان یکی از منابع استنباط احکام اسلامی در این زمینه حائز اهمیت است؛ به خصوص احادیثی که

بیانگر سیرهٔ جزائی رسول خدا(ص) و امام علی(ع) هستند از اهمیت بیشتری برخوردارند، چرا که ایشان تشکیل حکومت دادند، لذا تبیین اقدامات حکومتی آن بزرگواران در زمینه اجرای حدود که ریشه در وحی دارد می‌تواند الگو باشد.

از روایات استفاده می‌شود که پیامبر(ص) و امامان معصوم(ع) اهتمام ویژه‌ای به اقامه حدود داشته‌اند و تأخیر در اجرای آن را برای لحظه‌ای جایز نمی‌دانستند؛ با وجود این تأکیدات، در قضاوت‌های پیامبر اکرم(ص) و حضرت علی(ع) مواردی موجود می‌باشد که به دلایلی حدّ را اجرا نکرده‌اند یا اقامهٔ آن را موقتاً به تأخیر انداخته، و یا مجرم را مورد عفو قرار داده‌اند که تأخیر در اجرای حدّ بر زن باردار و مجرم بیمار، اجرای حدّ در غیر حرم، عدم اجرای حدّ بر زن یهودی، عفو مجرمان در زمان جنگ، و عفو زنان بی‌شوهر و عدم اجرای حدّ در سال قحطی نمونه‌هایی از این قبیل است (حرّعاملی، ۳۳۶/۱۸ به بعد؛ ابواب مقدمات ورود، حدّ زنا، حدّ مرتد).

نتیجه‌گیری

از مطالبی که پیرامون موضوع «اجرای حدود در عصر غیبت» ارائه گردید می‌توان به نتایج زیر دست یافت:

۱- منظور از «حدود» در اینجا معنای عام آن است که همان «مجازات» می‌باشد نه معنای خاص آن یعنی مجازات‌هایی که نوع و میزان و کیفیت آن در شرع تعیین شده است. زیرا مجازات‌ها همگی دارای اثر تنبیهی و ایجاد محدودیت برای تعرض به جسم یا جان یا مال یا حیثیت افراد می‌باشند بنابراین از جهت ممنوعیت یا جواز اجرای آنها در عصر غیبت، فلسفه و حکمت یکسانی دارند و همانگونه که شرب خمر بعنوان جرم حدی مستوجب مجازات شلاق است، استعمال مواد مخدر نیز بعنوان جرم تعزیری مستوجب همین مجازات می‌باشد و توجیهی ندارد که اجرای مجازات شلاق بعنوان حد برای شرب خمر جایز باشد اما اجرای مجازات شلاق بعنوان مجازات تعزیری برای

استعمال مواد مخدر جایز نباشد.

۲- در قوانین موضوعه، میان تعزیر و مجازات بازدارنده تفکیک شده است؛ در تعریف تعزیر، چنین آمده است: «تأدیب و یا عقوبتی که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد.» (ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی) و مجازات بازدارنده نیز چنین توصیف شده است: «تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد.» (ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی). رویه قضایی در مقام تفکیک میان تعزیر و مجازات بازدارنده، مقرر داشته است که تعزیر به مجازاتی گفته می‌شود که در شرع، دارای ممنوعیت و حرمت شرعی باشد مانند مجازاتی که برای نزدیکی با حیوانات و خوابیدن دو مرد برهنه زیر یک لحاف و... پیش بینی شده است اما مجازات بازدارنده به مجازاتی گفته می‌شود که هیچ سابقه‌ای در متون شرعی و فقهی ندارد مانند مجازات صدور چک بلامحل یا هواپیماربابی یا رانندگی بدون پروانه و... (رأی وحدت رویه شماره ۶۵۹-۱۳۸۱/۳/۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور). اما آنچه که در قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» مورد نظر ماست شامل هر دو مورد می‌شود و تعزیر به معنای خاص آن یعنی مجازاتی که در مقابل مجازات بازدارنده قرار دارد، مورد نظر نیست. البته ممکن است از ظاهر مواد ۱۶ و ۱۷ قانون مجازات اسلامی چنین برداشت شود که واژه «حاکم» در ماده ۱۶ به معنای قاضی دادگاه است و منظور از واژه «حکومت» در ماده ۱۷، قانون‌گذار می‌باشد.

۳- با توجه به این که ادله نظریه «جواز اجرای حدود در زمان غیبت» قوی‌تر از ادله نظریه عدم جواز می‌باشد و مشهور فقها نیز از نظریه اول حمایت کرده‌اند بنابراین می‌توان گفت که نظریه «اجرای تعزیر در زمان غیبت» به طریق اولی، مشروعیت خواهد داشت زیرا دست حاکم و حکومت در وضع و اجرای تعزیرات بازتر از وضع و اجرای

حدود است.

۴- نظریه فقهای که با نظریه «جواز اجرای حدود در زمان غیبت» مخالفت کرده‌اند قابل توجیه است و شاید بتوان دلایل این گروه را با نظریه جواز همساز کرد و از جمله این توجیه‌ها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

اولاً - عبارت «مَنْ نَصَبَ الامام لامامتها» عبارت عامی است که فقط منحصر در نمایندگان و حاکمانی نیست که در زمان حضور امام (ع) از سوی وی برای اجرای حدود، منصوب گردیده باشند بلکه شامل فقها و مجتهدین جامع الشرایط در زمان غیبت امام (ع) نیز می‌شوند و همانگونه که دیدیم برخی از فقها، عبارت «من نصبه لذلک» را شامل فقهای عصر غیبت نیز دانسته‌اند (امام خمینی، ۴۸۲/۱).

ثانیاً - می‌توان گفت که امامان معصوم (ع) و فقهای که اجرای حدود در عصر غیبت را ممنوع کرده‌اند نظر به زمانی داشته‌اند که حکومت جامعه در دست حاکمان و سلطان‌های ظالم بوده و ایشان برخی از فقها را برای اجرای حدود، منصوب کرده‌اند و مؤید این ادعا، آن است که امامان معصوم (ع) معمولاً در زمانی زندگی کرده‌اند که حکومت جامعه در دست خلفای بنی امیه و بنی عباس بوده است بنابراین چنانچه حکومت جامعه در دست حاکمان عادل و فقهای جامع الشرایط باشد، اجرای حدود نیز توسط ایشان، ایراد نخواهد داشت و مؤید این توجیه آن است که دیدیم برخی از فقها واژه «حاکم» را بجای واژه «فقیه» بکار برده بودند (خویی، ۲۲۴/۱) و شهید اول نیز شرط اجرای حدود را عدم ضرر بر جان مجری حدّ و سایر مؤمنان دانسته بود (شهید اول، ص ۷۲).

بنابراین در جمع میان دیدگاه موافقان و مخالفان و دلایل آنها می‌توان گفت: کسانی که اجرای حدود در زمان غیبت را جایز نمی‌دانند، زمانی را در نظر دارند که حکومت جامعه به دست حاکمان ستمگر است و قضات و مجریان حدود را نیز چنین حاکمانی تعیین می‌کنند و کسانی که اجرای حدود در زمان غیبت را جایز می‌دانند،

منظورشان، زمانی است که حکومت جامعه به دست فقهای جامع شرایط است و این حاکمان، حدود را مانند سایر امور جامعه، انجام می‌دهند چنانچه در روایتی هم تصریح به لزوم اجرای حدود توسط امام (ع) شده باشد مربوط به زمان صدور روایت است که امام معصوم (ع) در جامعه حضور داشته و یا زمانی که امام عصر (عج) ظهور فرمایند و سؤال کنندگان نیز خواهان حل مشکل زمان خود بوده‌اند بنابراین نمی‌توان حکم نفی و ممنوعیت اجرای حدّ در زمان غیبت را از این دسته روایت استنباط کرد.

۵- اگر اداره جامعه را در صلاحیت فقهای جامع شرایط بدانیم همانگونه که حق نیز چنین است، در این صورت ناگزیر به پذیرش نظریه «اجرای حدود در زمان غیبت» خواهیم بود زیرا نمی‌توان میان این دو مورد، تفکیک کرد و اجرای حدود نیز بخشی از اداره جامعه خواهد بود. مگر این که اداره جامعه در صلاحیت حاکمان و سلاطین مستمر دانسته شود که چنین دیدگاهی، جایگاه مستحکم و مستدلّ فقهی ندارد و این نظریه، شاذّ و نادر است که فقط امام معصوم (ع) صلاحیت اداره جامعه و حکومت را داشته باشد.

۶- بسیاری از فقها برای حاکمانی که مجتهد جامع شرایط می‌باشند و علاوه بر زعامت شرعی بر مسلمانان، امور دنیوی ایشان را نیز رهبری و هدایت می‌کنند، دو منصب و جایگاه در نظر گرفته‌اند؛ یکی جایگاه شرعی آنهاست که بعنوان نماینده شارع به امور شرعی مردم می‌پردازند و دیگری جایگاه حکومتی و ولایی و سیاسی آنهاست که بعنوان حاکم و قاضی و والی، اداره جامعه را بر عهده دارند. حال باید دید که مسأله «اجرای حدود» در حیطة مسائل دسته نخست است و امری عبادی و شرعی می‌باشد یا در شمول مسائل دسته دوم قرار می‌گیرد و امری اداری و حکومتی است؟ این مسأله از جهت وسعت یا محدودیت اختیارات حاکم، منشأ اثر است و اگر مجتهد و فقیه را فقط مختار در امور دینی و شرعی بدانیم، قضاوت و اجرای حدود از حیطة اختیارات او خارج می‌شود؛ اما اگر وی را در هر دو زمینه، صاحب اختیار بدانیم پس اجرای حدود

نیز در شمول اختیارات و وظایف وی قرار می‌گیرد و فقها از جهت نظری و عملی، به دیدگاه دوم گرایش پیدا کرده‌اند و می‌بینیم که نوشته‌های فقهی، آکنده از مباحث مربوط به جرایم، مجازات‌ها، معاملات، سیاسیات و... می‌باشد و حجم این مطالب در کتابهای فقهی به مراتب بیشتر از مطالب مربوط به عبادات و مسائل شرعی و عبادی به معنای خاص آن است. بنابراین می‌توان گفت که فقها عملاً به نظریه «جواز اجرای حدود در زمان غیبت» گرایش دارند و گرنه این همه بحث در مورد شرایط و احکام اجرای حدود و مجازات‌ها، قابل توجیه نبود و فقها فقط به تشریح احکام و مسائل عبادی می‌پرداختند.

۷- بر اساس حکم اولی، نظریه جواز اجرای حدود در زمان غیبت صحیح است، حال ممکن است قایل باشیم که بر اساس حکم حکومتی یا احکام ثانویه، حدود در زمان غیبت اجرا نشود. یعنی اگر اجرای حد خاصی باعث وهن اسلام شود، در این صورت حاکم شرع این حق را دارد که جلوی اجرای حد را بگیرد. به تعبیر دیگر اگر مصلحت اقتضا کند حد اجرا نشود. بنابراین باید بین اجرا نشدن حدود بر اساس حکم اولی و بر اساس حکم ثانوی و حکومتی تفاوت گذاشت، در نتیجه اگر اجرای حد خاصی در زمان غیبت باعث انزجار از اسلام شده و وهن اسلام را در پی داشته باشد در این صورت از اختیارات ولی امر است که آن را اجرا نکند.

۸- در مورد تعیین مجازات تعزیری نیز باید توجه داشت با عنایت به این که در روایات مخصوصاً «صحیح سماعه و حماد بن عثمان» در مورد تعزیرات صرفاً به نظر امام و والی واگذار گردیده است و این امر نشان‌دهنده آن است که این موضوع از جمله مسؤولیت‌های مهم رهبری جامعه اسلامی است نباید از این نکته غافل شد که تعیین نوع و مقدار هر تعزیر، به نظر ولی امر بستگی دارد و از مسؤولیت‌های آن مقام به‌شمار می‌آید و از اینجا می‌توان دریافت که قاضی هر چند مجتهد باشد نمی‌تواند اندازه تعزیر را ابتدائاً معین کند مگر این که ولی امر، افزون بر مقام قضایی، این کار را نیز به عهده

خود او واگذار کند.

اصولاً عدم تعیین مقدار و کیفیت این نوع مجازات در شریعت اسلام و واگذاری آن به حاکم اسلامی، از افتخارات دین مبین و از علایم جاودانگی آن است، چون اصلاح، تأدیب و منع بزهکار در زمانها و مکانهای مختلف، راهکار ویژه‌ای می‌طلبد؛ به همین دلیل اسلام، وضع، تعیین و اجرای این مجازات را از وظایف حاکم اسلامی دانسته است تا هرگونه که مصلحت می‌بیند اقدام کند.

منابع

- ابن ابی جمهور، محمد بن علی بن ابراهیم احسانی، *الأقطاب الفقهية على مذهب الامامية*، تحقیق محمد حسون، مکتبه آية الله العظمی المرعشی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد بن ادريس، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن زهرة، حمزه بن علی بن زهرة حلی، *غنية النزوع الى علمي الأصول و الفروع*، تحقیق ابراهیم بهادری، مؤسسه الامام الصادق، ۱۴۱۷ ق.
- تمیمی مغربی، نعمان بن محمد بن منصور، *دعائم الاسلام*، دارالمعارف، ۱۳۸۳ ق.
- جبعی عاملی (شهیدثانی)، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ ق.
- _____ *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، تحقیق سیدمحمد کلانتر، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، بی تا.
- جزائری، سید عبدالله، *التحفة السنّية في شرح نخبة الحسينية*، بی تا، بی جا، بی تا.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشرعية*، داراحیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- حلی، ابی الصلاح، *الكافي في الفقه*، تحقیق رضا استادی، مکتبه امیر المؤمنین، اصفهان،

۱۴۰۳ق.

حلی (ابن فهد حلی)، احمد بن محمد بن فهد حلی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، تحقیق مجتبی عراقی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۷ق.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *إرشاد الأذهان الی احکام الایمان*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ق.

_____ *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، انتشارات فقیه، تهران، چاپ اول ۱۳۶۸.

_____ *تحریر الاحکام*، مؤسسه آل البيت، مشهد، بی تا.

_____ *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ق.

_____ *مختلف الشیعة*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.

حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، مؤسسه البعثه، تهران، ۱۴۱۳ق.

_____ *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، تحقیق سیدصادق شیرازی، انتشارات استقلال، تهران، ۱۴۰۹ق.

حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، مؤسسه سیدالشهداء قم، ۱۴۰۵ق.

خوئی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، مطبعه الآداب، نجف، بی تا.

خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۳۵۵ق.

الزحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دارالفکر، دمشق، ۱۴۰۹ق.

سلار، حمزة بن عبدالعزيز ديلمی، *المراسم العلویة فی الاحکام النبویة*، تحقیق سید محسن حسینی امینی، المعاونه الثقافیه للمجمع العالمی لأهل البيت، قم، ۱۴۱۴ق.

شهری، غلامرضا، ستوده جهرمی، سروش، *مجموعه نظرهای اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری*، روزنامه رسمی، ۱۳۷۷.

- طوسی (شیخ طوسی)، محمد بن حسن بن علی، *الخلاف*، تحقیق خراسانی و شهرستانی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات*، انتشارات کیهان، تهران، ۱۳۷۱.
- کاشف الغطاء، جعفر، *کشف الغطاء عن مبهمات شریعة الغراء*، انتشارات مهدوی، اصفهان، بی تا.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین کرکی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۰۸ ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه (بخش جزائی)*، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۷۹.
- مفید (شیخ مفید)، محمد بن محمد بن نعمان، *المقنعة*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین، *اللمعة الدمشقیة*، نشر یلدا، تهران، ۱۴۱۱ ق.
- الموسوی الخمینی (امام)، سیدروح الله، *تحریر الوسیلة*، دارالمنتظر، بیروت، ۱۴۰۵ ق.
- _____، *ولایت فقیه (حکومت اسلامی)*، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۶۰.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق عباس قوچانی، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۷.
- نجمی، محمد صادق، *سخنان حسین بن علی*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۶۵.
- نراقی، ملا احمد، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*، منشورات مکتبه بصیرتی، بی تا.
- نوری، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط الوسائل*، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، *بایسته های فقه جزا*، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۸.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شماره ۸۲/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۲۰۴-۱۶۹

مبنای مسؤولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد*

دکتر سیدحسن وحدتی شبیری
استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

چکیده

مسؤولیت مدنی به معنای تعهد به جبران خسارت به دو قسم مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت قهری تقسیم می‌شود. تفاوت این دو در وجود رابطه قراردادی میان دو طرف قبل از ایراد خسارت است. این‌که تفاوت یاد شده منشاء فرق اساسی در مبنا و آثار دو نوع مسؤولیت می‌شود مورد اختلاف بین حقوقدانان است. نظریه جا افتاده، منشأ مسؤولیت قراردادی را اراده صریح یا ضمنی دو طرف عقد و منشأ مسؤولیت قهری را حکم قانون‌گذار می‌داند. همین تفاوت باعث می‌شود دامنه مسؤولیت در مسؤولیت قراردادی تابع اراده دو طرف قرار گیرد و آنان بتوانند گستره تعهد به جبران خسارت را بر فرض تخلف از محدوده قانون، فراتر یا محدودتر سازند. نظریه جدیدتر، این تفاوت را انکار و سایر تفاوت‌ها را امور فرعی قلمداد می‌کند.

مقاله حاضر دیدگاه نخست را تقویت می‌کند و نگارنده معتقد است چون منشأ مسؤولیت قراردادی اراده طرفین عقد است پس آنان می‌توانند با اراده صریح یا ضمنی خود، مسؤولیت را شدیدتر یا خفیف‌تر از آنچه در مقررات آمده قرار دهند و این توافق برخلاف احکام امری شارع و قانون‌گذار نیست.

کلید واژه‌ها: مسؤولیت مدنی، مسؤولیت قراردادی، نقض قرارداد، اجرای تعهد.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۴/۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۹/۴.

درآمد

مسئولیت به معنای پاسخگو بودن نسبت به تعهد و تکلیف از نظر حقوقی عبارت از «تعهد یا الزامی است که به دستور قانون برای رفع تجاوز متجاوز مقرر شده است» (جعفری لنگرودی، *تاریخ حقوق ایران*، ص ۲۹۷). در برابر واژه مسئولیت در زبان بیگانه، دو واژه «Liability» و «Responsibility» به کار می‌رود. هر دو به معنای حالت پاسخگو بودن فرد نسبت به یک تعهد است ولی واژه نخست کاربرد بیشتری دارد (Blacks' law dictionary, p: 974, 1312).

مسئولیت، انواع گوناگون اخلاقی، کیفری و مدنی دارد: مسئولیت اخلاقی، مسئولیتی است که شخص در وجدان خویش نسبت به خود یا خانواده و یا جامعه احساس می‌کند بدون آن که قانون‌گذار نسبت بدان موضع‌گیری خاصی داشته باشد.

مسئولیت کیفری، مسئولیتی است که براساس آن، مرتکب جرم، به این دلیل که یکی از حدود الهی یا قوانین مربوط به نظم اجتماعی را زیرپا نهاده است به یکی از کیفرهای مصرح در قانون محکوم می‌شود.

و بالاخره مسئولیت حقوقی یا مسئولیت مدنی که شخص به این دلیل که تکلیف قانونی و یا تعهد قراردادی را نقض کرده به پرداخت خسارت ملزم می‌گردد (جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق*، ص ۶۴۴).

مسئولیت مدنی به دو قسم مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد تقسیم می‌شود. تفاوت این دو در وجود رابطه قراردادی قبل از ایراد خسارت است. بدین معنا که در قسم نخست، شخص در ضمن عقد، تعهدی را بر دوش می‌گیرد و سپس در اثر عدم اجرای تعهد و یا اجرای نامناسب آن، به طرف تعهد زیانی را وارد می‌سازد در حالی که در مسئولیت خارج از قرارداد، هیچ گونه رابطه قراردادی که خسارت در نتیجه تخلف از اجرای آن باشد، میان دو طرف وجود ندارد. اکنون پرسش آن است که اگر در اثر عدم اجرا یا اجرای نامناسب قرارداد، به طرف ذی‌نفع خسارت

وارد شده، مبنای مسؤولیت متخلف چیست تا براساس آن، دامنۀ مسؤولیت مشخص شود. بنابراین، موضوع بحث در این مقاله «مبنای مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد» است. در این راستا، ابتدا مفهوم مسؤولیت یاد شده را بررسی و سپس اثر هر یک از مبانی بر قلمروی مسؤولیت را مورد اشاره قرار خواهیم داد.

أ- مفهوم مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد

هر یک از انواع مسؤولیت، دارای ارکانی است که شناخت آن بدون بررسی ارکان مزبور امکان‌پذیر نیست. به عنوان مثال، مسؤولیت کیفری، پایه در وجود قانون و تخلف از آن دارد. بدین معنا که بایستی پیش از ارتکاب عمل از سوی متهم، قانونی که حدود جرم و مجازات را به دقت تعیین کند وجود داشته و متهم با داشتن سوء نیت، اقدام به انجام عمل مجرمانه کرده باشد.

مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد نیز دارای ارکانی است که با فقدان هر یک از آنها، مسؤولیت یاد شده نیز منتفی خواهد بود. این ارکان عبارتند از: وجود رابطه قانونی ناشی از یک عمل حقوقی، ورود خسارت، رابطه سببیت میان تخلف از اجرای تعهد و خسارت وارده. اینک به منظور آشنایی بیشتر با مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد به بررسی هر یک از ارکان سه‌گانه بالا می‌پردازیم.

۱. تعهد ناشی از یک عمل حقوقی

برای آن‌که مسؤولیت به معنای مورد بحث پدید آید، می‌بایست پیش از ایراد خسارت از سوی عامل زیان، تعهدی وجود داشته و این تعهد بر اثر یک عمل حقوقی به وجود آمده باشد. منظور از عمل حقوقی هر نوع عقد یا ایقاعی است که تحقق آن منوط به قصد انشا بوده و قانون‌گذار بر اثر آن، تعهداتی را بر دوش یک و یا هر دو طرف گذاشته است (شهیدی، شماره ۱۷). برخلاف واقعه حقوقی که پدیده‌ای است خارجی و ارتباطی با جهان اعتبار ندارد، ولی قانون‌گذار بدون آن‌که قصد انشا در تحقق

آن دخیل باشد، آثار قانونی بر آن بار کرده است. الزامات خارج از قرارداد همچون غصب، اتلاف و تسبیب هر کدام یک واقعه حقوقی است.

در رابطه با رکن اول از ارکان مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد، توجه به چند نکته ضروری است:

یکم. تعهد انواع گوناگون دارد. گاهی تعهد، «موضوع مستقیم» عقد است. همچون عقد ضمان، حواله و كفالت که در آنها مفاد عقد، ایجاد یا انتقال تعهد است. و گاهی نیز تعهد، از «آثار» موضوع عقد به شمار می‌رود بدون آنکه در متن عقد، نسبت بدانها تصریحی صورت گرفته باشد. مثلاً تعهد خریدار و مشتری نسبت به تسلیم میع و ثمن از آثار تملیک آنهاست که موضوع مستقیم عقد را تشکیل می‌دهد (شهیدی، شماره‌های ۹۸ و ۹۹).

دوم. تعهدات یکطرفه در حقوق ما نمی‌تواند سر منشأ یک تعهد باشد؛ تعهدی که قانون‌گذار از آن حمایت کرده باشد و تخلف از آن را مبنای مسؤولیت قلمداد کند. تعهد یکطرفی هر چند که با اراده انشایی یک شخص همراه است، نمی‌توان آن را با ایقاع مقایسه کرد. در ایقاع، یک ماهیت حقوقی همچون طلاق یا ابراء انشا می‌شود، ماهیتی که قانون‌گذار از پیش، تحقق آن را با یک قصد پذیرفته است. به دیگر سخن، ایقاع از منابع عمومی تعهدات به شمار نمی‌آید و فرد نمی‌تواند صرفاً با اراده خود، خویشتن را در برابر دیگران ملتزم سازد. این که اراده یک فرد به طور کلی بتواند به نفع دیگری ایجاد تعهد کند، نیاز به دلیل شرعی یا تأیید قانونی دارد که هیچ یک ثابت نیست. عموماً نفوذ شرط همچون «المؤمنون عند شروطهم» نیز نمی‌تواند شامل مورد باشد زیرا کلمه «شرط» در جایی است که توافق دو اراده انشایی هست هر چند فقط یک طرف متعهد می‌شود و به اصطلاح فقهی «شرط ابتدایی» پدید می‌آید (نائینی و خوانساری، ص ۱۲۳؛ آل کاشف الغطاء، ص ۵۳؛ جلیل فنواتی و ...، ص ۹۵؛ شهیدی، شماره ۱۶۸). بدین ترتیب رجوع از ایجاب و تخلف از قرارداد باطل نمی‌تواند موجب

خسارت قراردادی باشد چرا که در این دو مورد قرارداد یا عمل حقوقی در عالم اعتبار تحقق نمی‌یابد.

در یک تقسیم دیگر، تعهد گاه ناشی از عقد لازم است و گاه از یک عقد جائز سرچشمه می‌گیرد. در همه این اقسام تخلف از اجرای تعهد موجب مسؤلیت مدنی متعهد است، اعم از آن‌که تعهد موضوع مستقیم عقد و یا مفاد شرط صریح یا شرط ضمنی بوده باشد. چنانکه عقد جائز مادام که یکی از دو طرف آن را بر هم نزنند، ایجاد تعهد و تخلف از اجرای آن برای متعهد تولید مسؤلیت می‌کند. علامه حلی از فقیهان امامیه، عقود جائز را نیز همچون عقود لازم، مشمول دلیل وجوب وفا به عقد می‌شمارد (حلی، *مختلف الشیعة*، ج ۶، ص ۲۱۹؛ مراغی، ص ۲۰۹).

۲. ورود خسارت

برای اینکه مسؤلیت، تحقق پیدا کند، باید خسارتی به متعهد له وارد شود. مقصود از خسارت چیست؟ آیا واژه «خسارت» با «ضرر» یکی است یا بین آنها فرق است؟ برای پاسخ به این پرسشها نیز به چند نکته اشاره می‌کنیم:

یکم. واژه «خسارت» در لغت به معنای آسیب، تباهی و از دست دادن دارائی یا حق است (محمد معین، ج ۲، ذیل واژه خسارت). ولی در متون قانونی ما، گاهی به همین معنا و گاه به معنای مالی که زیان را جبران می‌کند به کار رفته است. واژه «خسارت» در ماده ۲۲۱ ق.م. به معنای نخست و در دو ماده ۲۲۶ و ۲۲۷ این قانون به معنای دوم به کار رفته است.

خسارت به معنای اول خود بر دو گونه است: گاهی به صورت از دست دادن مال است. خواه آن مال، عین خارجی یا منفعت و یا حق مالی نظیر حق تحجیر باشد. و زمانی به صورت ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی است که مقتضی آن حاصل شده است. مثل توقیف غیرقانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شده است و از آن به خسارت «عدم النفع» تعبیر می‌کنند.

واژه ضرر (که به نظر می‌رسد مترادف با واژه خسارت است) در برابر منفعت به معنای پیدایش نقصانی است که در اثر یک عامل خارجی در بدن یا مال یا عرض و یا حق قانونی شخص پدید آید (ابن اثیر، ص ۸۱؛ فیروزآبادی، ص ۱۰۷؛ جوهری، ص ۷۱۹). درباره صدق عنوان ضرر بر از دست دادن منفعت در صورتی که مقتضی آن کامل باشد، میان فقیهان اختلاف نظر است. برخی برآنند که ضرر مالی در جایی صادق است که نقصانی در اموال فعلی شخص پدید آید خواه آن مال، عین باشد یا منفعت. مثلاً وقتی یک فرد را که در استخدام دیگری است بدون جهت حبس می‌کند و یا خانه‌ای را بدون رضای مالک غصب می‌کند، به وی ضرر زده است ولی وقتی تاجری را از فروش کالای خود منع می‌کند تا قیمت کالا در بازار پایین می‌آید، یا مالک را از بازسازی قنات بایر خویش باز می‌دارد، تنها مانع منفعت و تحصیل سود شده ولی به او ضرری وارد نیامده است (نراقی، ص ۵۰؛ مراغی، ج ۱، ص ۳۱۰).

برخی نیز عدم النفع را در صورتی که مقتضی آن تمام بوده و نفع در معرض وصول باشد ضرر دانسته‌اند، هر چند که در شمول قاعده لاضرر نسبت به آن تردید کرده‌اند (روحانی، ص ۳۹۵). عده‌ای هم نه تنها عدم النفع با وجود مقتضی را ضرر دانسته بلکه آن را مشمول حدیث لاضرر نیز تلقی کرده‌اند (طباطبائی، ص ۳۰۲؛ شهید مدرس، ص ۳۱۰؛ وحید بهبهانی، ص ۶۱۴). در این باره بعد از این سخن خواهیم گفت.

دوم. خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد، شکل‌های گوناگون به خود می‌گیرد: گاهی در اثر تخلف، قراردادی مالی از بین می‌رود. مثلاً شخصی تعهد می‌کند درختان مالک را آبیاری و از آنها مراقبت نماید و در نتیجه سهل‌انگاری و تخلف از اجرای تعهد خویش، درختان خشک می‌شوند و از بین می‌روند. و همچنین در حکم تلف است جایی که متعهد له به اعتماد انجام تعهد، هزینه‌هایی را متحمل شده و آن

هزینه‌ها با تخلف متعهد، بی‌فایده گشته‌اند. مثلاً شرکتی تعهد می‌کند ماشین‌آلات مورد نیاز برای تأسیس کارخانه‌ای را بسازد و تحویل دهد. متعهد له با اعتماد بر این تعهد، زیرسازی لازم برای نصب ماشین‌آلات را به انجام می‌رساند ولی شرکت از انجام تعهد خودداری می‌کند و در نتیجه هزینه‌های انجام شده بلا استفاده می‌ماند.

گاهی نیز خسارت به صورت تلف مال نیست ولی در اثر تخلف قراردادی، نفع مسلمی که در صورت اجرای تعهد، به متعهد له می‌رسیده است از میان می‌رود. به قسم اخیر، خسارت عدم النفع می‌گویند. در یک مثال، تاجر لوازم خانگی، تعهد می‌کند ده دستگاه یخچال با ویژگی‌های معین و در تاریخ مشخص به خریدار که خود یک فروشنده خرده‌پاست، تحویل دهد. تاجر از تحویل یخچالها خودداری می‌کند و بر اثر تخلف او، فروشنده خرده‌پا، مشتریان خویش را از دست می‌دهد و هم مجبور می‌شود همان نوع یخچال را از تاجر دیگری با قیمت بیشتر خریداری کند.

در مثال یاد شده، متعهد له از دو جهت زیان دیده است: از یک سو چندین معامله را که در هر یک سود می‌برده از دست داده و از سوی دیگر ما به التفاوت میان قیمت قراردادی و قیمت بازار را پرداخته است. آیا می‌توان تاجر لوازم خانگی را به دلیل تخلف از اجرای تعهد به پرداخت این خسارتها ملزم ساخت؟ پاسخ این سؤال را در بحثهای آینده خواهیم دید. نیز خسارت گاهی به صورت اجرة المثل است همچون جایی که شخص در ضمن عقد تعهد کرده عملی را انجام دهد و از انجام آن خودداری می‌کند. متعهد له در صورتی که انجام عمل از دیگری برآید و زمان انجام عمل نگذشته باشد می‌تواند از دادگاه بخواهد تا به هزینه متعهد، آن عمل توسط شخص دیگری انجام یابد (سید محمد کاظم طباطبائی، ص ۶۱۱، مسأله ۴؛ سید ابوالقاسم خوئی، کتاب اجاره، ص ۲۹۸، و منهاج الصالحین، ص ۱۱۲).

۳. رابطه سببیت

برای این که خسارت وارده در نتیجه تخلف از اجرای تعهد، قابل جبران باشد،

بایستی میان تخلف از قرارداد و ورود خسارت، رابطه سببیت وجود داشته باشد. متعهد له که از تخلف متعهد زیان دیده است، برای مطالبه خسارت خویش باید علاوه بر اثبات ورود ضرر، رابطه سببیت مستقیم را نیز اثبات نماید. در این باره نیز به چند نکته اشاره می‌کنیم:

یکم. در تعریف سبب در باب مسئولیت مدنی، میان فقیهان وفاق نظر وجود ندارد. برخی سبب را عبارت از کاری دانسته‌اند که با وجود آن، پیدایش خسارت، هر چند به علتی دیگر، انتظار می‌رود. به عبارت دیگر سبب چیزی است که در قصد ضرر زننده بین آن و ورود ضرر ملازمه عرفی وجود دارد، (محقق کرکی، ج ۶، ص ۲۰۶؛ علامه حلی، **تحریر الاحکام**، ج ۴، ص ۵۱۹) برخی دیگر، سبب را انجام کاری دانسته‌اند که لازمه آن، علت خسارت خواهد بود (فخرالمحققین، ج ۲، ص ۱۶۶). در تعریف نخست، قصد عامل زیان در تحقق سبب دخیل دانسته شده است به این معنا که عامل زیان با انجام عمل خویش باید قصد تحقق ضرر داشته باشد، در حالی که قصد، هیچ دخالتی در صدق عنوان سبب ندارد. مثلاً فردی که بدون مجوز قانونی در مسیر عبور مردم چاه می‌کند و احتیاطات لازم را مراعات نمی‌کند، ضامن هر گونه خسارتی است که از حفر چاه به دیگران وارد می‌شود هر چند که قصد ایراد خسارت هم نداشته باشد.

به نظر می‌رسد که آنچه در تحقق رابطه سببیت دخالت دارد استناد عرفی خسارت به عامل زیان می‌باشد. در تحقق این استناد عوامل گوناگون تأثیرگذار است. عنصر تقصیر از سوی عامل زیان در موارد تسبیب از جمله عوامل یاد شده است. چنانکه قابل پیش‌بینی بودن خسارت، در مواردی، در استناد عرفی زیان به عامل آن تأثیر می‌گذارد.

دوم. این گونه نیست که هر نوع خسارتی در حین اجرای عقد و یا به مناسبت آن، خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد قلمداد شود. مثلاً وقتی یک پیمانکار

ساختمانی در حین تخریب، به منزل همسایه خسارت وارد می‌کند، خسارت قهری است و نه قراردادی.

اکنون سؤال آن است که آیا در تخلف از اجرای تعهد به نفع ثالث نیز قواعد مسؤلیت قراردادی حکم فرماست؟ به عنوان مثال در جایی که خیاطی ضمن قرارداد متعهد می‌شود تا روز معینی یک دست لباس برای شخص ثالث بدوزد ولی از تعهد خویش سرباز می‌زند. آیا ذی‌نفع ثالث می‌تواند بدون دخالت طرف عقد، از خیاط خسارت بخواهد؟ رویه قضایی فرانسه در این زمینه مردد بوده است (اریک ساو، ص ۱۳۳). ولی در حقوق ما با توجه به ماهیت تعهد به نفع ثالث می‌توان گفت حق ثالث سرمنشأ قراردادی دارد و از عقد سرچشمه گرفته است، بنابراین خودداری از اجرای تعهد، نقض قرارداد به شمار می‌آید (کاتوزیان، مسؤلیت مدنی، شماره ۱۱).

ب- نظریه‌ها درباره مبنای مسؤلیت

پرسش از این‌که چرا باید متخلف از اجرای تعهد از نظر مدنی مسئول قلمداد شود، از اهمیت خاصی برخوردار است. زیرا پاسخ به این پرسش در تعیین حدود مسؤلیت تأثیر فراوان دارد. پاسخ به پرسش یاد شده همان مبنای مسؤلیت قراردادی است که درباره آن نظریه واحدی میان حقوقدانان وجود ندارد. نظرات ارائه شده در این باب را می‌توان به دو دسته: کلاسیک و جدید تقسیم کرد. در نظریه کلاسیک از اختلاف ماهوی میان دو مسؤلیت قراردادی و قهری حمایت شده و در نظریه جدید، از وحدت دو نوع مسؤلیت، سخن به میان آمده است. در ذیل به بیان نظریات مطرح شده می‌پردازیم.

۱. نظریه اختلاف مبنای دو نوع مسؤلیت

قائلین به این نظریه، در پاسخ به این پرسش که چرا متخلف از اجرای تعهد را نسبت به خسارت ناشی از نقض عهد، مسئول می‌دانیم می‌گویند: چون قبلاً در مورد

این مسئولیت توافق شده و متعهد پذیرفته است که در صورت تخلف از اجرای تعهد، خسارت طرف دیگر را جبران کند. این در حالی است که در مسئولیت قهری، چنین توافقی از پیش، میان عامل زیان و زیان دیده وجود ندارد. بلکه این قانون و نظم عمومی است که وارد کننده خسارت را به دلیل آن که احتیاط لازم را در رفتار خویش نداشته مسئول می‌شناسد. حقوق ایران و حقوق فرانسه در مختلف بودن مبنای مسئولیت اشتراک دارند، ولی به نظر می‌رسد که در توجیه اختلاف مبنای دو نوع مسئولیت و تبیین مسئولیت قراردادی با یکدیگر متفاوتند. در ذیل، هر یک از دو نظام حقوقی را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

حقوق فرانسه

در ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی فرانسه، خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد مورد تصریح قرار گرفته است. از این ماده چنین برمی‌آید که ضامن بودن متخلف از اجرای تعهد، لازمه تعهد است. ترجمه این ماده چنین است: «هر تعهدی به انجام یا ترک انجام کاری در صورت عدم ایفای آن از سوی متعهد، مستوجب خسارت است» (Art. 1142: Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêt, en cas d'inexécution de la part de débiteur.

عبارت *se résout en dommages et intérêt* که به زبان انگلیسی *resolve itself* ترجمه شده است می‌رساند که ضمان متعهد به خسارات، لازمه ذات تعهد است. و این، ریشه در نگرش حقوق روم باستان درباره تعهدات دارد. چرا که در نظام روم قدیم، متعهد چنان پای بند به تعهد خویش بود که در صورت خودداری از اجرای آن، متعهد له می‌توانست او را به بردگی خویش درآورد (صبیح مسکونی، ص ۲۲۱).

اکنون که نظام برده‌داری منسوخ گردیده، ضمانت اجرای تعهد (sanction) به صورت پرداخت خسارت جلوه‌گر شده است.

بدیهی است این ماده قانونی در جایی صدق می‌کند که تعهد، زمان

مشخصی برای اجرا داشته و آن مدت سپری شده باشد. چرا که در حقوق فرانسه آنچه در درجه اول اهمیت قرار دارد اجرای تعهد است و تا هنگامی که امکان عمل به تعهد و استفاده از ابزارهای اجبار وجود دارد نوبت به جبران‌های دیگر نمی‌رسد (ر. ک: مبحث سوم از فصل سوم *قانون مدنی فرانسه* تحت عنوان اثر تعهدات).

این در حالی است که در حقوق کامن لا، نخستین جبران، پرداخت خسارت است و اجرای عین تعهد (Specific enforcement) در درجات بعدی اهمیت قرار دارد. به تعبیر برخی از نویسندگان، تفاوت اساسی تر حقوق فرانسه و حقوق انگلیس در تأکید حقوق کامن لا بر روی «جبران‌ها» و تأکید حقوق نوشته بر «حقوق و تکالیف» طرفین است (The French law of contract, Barry Nicholas FBA, second Edition, p: 211).

به هر حال، جدا ساختن مواد قانونی مربوط به مسؤولیت قراردادی (مواد ۱۱۴۲ تا ۱۱۴۵ ق. م. ف.) از مواد مربوط به ضمان قهری (مواد ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۶ ق. م. ف.) در قانون مدنی فرانسه و قرار دادن مواد مربوط به مسؤولیت قراردادی در ذیل عنوان اثر تعهدات، (Chapitre III: De l'effet des obligation) نشانه آن است که از نظر قانون‌گذار مدنی این کشور، مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت قهری هر یک مبنای جداگانه دارند. به همین دلیل به نظر می‌رسد که نمی‌توان از مواد مربوط به مسؤولیت قراردادی الغای خصوصیت کرد و احکام مربوط را به ضمان قهری سرایت داد (به عنوان مثال در ماده ۱۱۴۲ ق. م. ف. منافع (interêts) در کنار خسارات (dommages)، مورد تصریح قرار گرفته و بر این اساس متخلف از اجرای تعهد، ضامن منافع شمرده شده است. در مواد ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۶ سخن از منافع به میان نیامده مگر آنکه با تفسیر وسیع، واژه خسارت، شامل منافع نیز بشود).

این در حالی است که حقوقدانان فرانسوی در زمینه مبنای مسؤولیت قراردادی نظر واحدی ندارند. می‌توان گفت نظریه مرسوم میان حقوقدانان پیشین فرانسه به دنبال

قانون مدنی این کشور، تفاوت بنیادین بین دو نوع مسؤولیت قراردادی و قهری بود. به نظر آنان همه تعهدات به طور ضمنی این حق را به طلبکار می‌دهد که برای جبران زیان‌هایی که در نتیجه عدم اجرای تعهد به وجود آمده است از مدیون خسارت بخواهد (ابری ورو، *حقوق مدنی*، چاپ ششم، ج ۴، ص ۱۳۶، کولن و کاپیتان ولامور اندیر، ج ۲، شماره ۱۰۴۲؛ استارک، *حقوق مدنی*، ج ۲، (تعهدات)، ش ۲۰۵۱، کاربینه، ج ۲، ش ۱۵۴، به نقل از کاتوزیان، *مسؤولیت مدنی*، ش ۲۲ و نیز *نظریه تعهدات*، ص ۳۹۳، ش ۲۶۶).

پاره‌ای از نویسندگان نیز در توجیه جدایی دو نظام مسؤولیت گفته‌اند: مسؤولیت قراردادی در همه حال، نتیجه تجاوز از قرارداد است ولی مسؤولیت غیر قراردادی، گاه نتیجه تجاوز از تکلیف اخلاقی و گاه ناشی از تجاوز از تکلیف قانونی و زمانی هم اثر خطری است که شخص ایجاد کرده است (ساواتیه، رساله *مسؤولیت مدنی در حقوق فرانسه*، چاپ دوم، ج ۱، ش ۱۰۹، به نقل از کاتوزیان، *مسؤولیت مدنی*، ش ۲۲). ولی حقوقدانان متأخر، تفاوت ماهوی بین دو نوع مسؤولیت را انکار کردند (آندره تنک، *مسؤولیت مدنی*، شماره ۴۰). امروزه میان حقوقدانان فرانسوی این نظریه مطرح است که دیگر مسؤولیت قراردادی باید کنار گذاشته شود چرا که هدف از مسئول دانستن متعهد، جبران خسارت وارده به متعهد له نیست بلکه هدف، پرداخت «معادل تعهد» به طلبکار متعهد له می‌باشد (اریک ساو، ص ۱۳۳). در مطالب آینده به بیان این دیدگاه خواهیم پرداخت.

حقوق ایران

بررسی مواد قانون مدنی ایران نشان می‌دهد که قانون‌گذار الگوی خویش را قانون مدنی فرانسه قرار داده و تلاش وافری به خرج داده است تا محتوای آن را با فقه امامیه منطبق سازد.

متن ماده ۲۲۱ ق.م. در زمینه مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد، ترجمان ماده ۱۱۴۲ ق.م. ف. است، با این تفاوت که امکان مطالبه خسارت را مشروط به وجود

شرط صریح یا ضمنی می‌سازد. ماده مزبور چنین می‌گوید: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این‌که جبران خسارت، تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد».

ماده بالا مصداق بارزی از تلفیق میان حقوق فرانسه با فقه امامیه است چرا که بخش نخست را از ماده ۱۱۴۲ ق.م.ف. گرفته و تلاش کرده است با ضمیمه ساختن بخش دوم و با استمداد از نهاد فقهی «شرط ضمن عقد» آن را با مبانی فقهی سازگار سازد.

برای داوری درباره این اختلاط که به منظور پیوند میان حقوق اروپایی با فقه اسلامی انجام گرفته بایستی به چند نکته توجه داشت:

۱. در فقه اسلامی در ابواب معاملات، همه مطالب، حول محور «معامله» دور می‌زند و مرکز مباحث «عقد» است و تعهد یا دین به عنوان امری فرعی مورد گفتگو قرار می‌گیرد (به عنوان نمونه ر.ک: ملا احمد نراقی، *عوائد الایام*، ص ۱۱؛ مولی محمد نراقی، *مشارق الاحکام*، ص ۷۹؛ میرفتاح مراغی، *العناوین*، ج ۲، ص ۷۰؛ سید کاظم حائری، *فقه العقود*، ج ۲، ص ۸۲). در حالی که در حقوق فرانسه، مرکز مطالعه و عنوان اصلی، «تعهد» است و عقد همچون سایر اعمال و وقایع حقوقی، در شمار منابع تعهد قرار می‌گیرد. و اگر در متون اسلامی و فقهی، سخنی از «عهد» یا «تعهد» به میان آمده در معنای وسیعتر آن مرادف با عقد استعمال شده است (کاتوزیان، *نظریه عمومی تعهدات*، ص ۱۸).

۲. واژه تعهد در ادبیات حقوقی کشور ما دو نوع کاربرد دارد: گاهی به معنای مصدری استعمال می‌شود یعنی به عهده گرفتن انجام یا ترک انجام عملی در برابر دیگری، خواه در برابر آن عوض باشد یا نباشد. مثل آن‌که صنعتگری تعهد می‌کند ماشین‌آلات مورد نیاز کارخانه‌ای را بسازد و تحویل دهد. گاهی نیز به معنای اسم مصدری به کار می‌رود و آن عبارت از وظیفه حقوقی است که بر عهده شخص، ثابت می‌شود، و در صورت

خودداری از سوی مراجع قضایی به انجام آن الزام می‌گردد. این تعهد ممکن است به اراده شخص پدید آید و یا بدون دخالت اراده، مستقیماً به حکم قانون ثابت شود. چنانکه در مبحث ضمان قهری، تعهد به جبران خسارت چنین حالتی دارد (برای توضیح بیشتر ر. ک: دکتر مهدی شهیدی، *تشکیل قرار دادها و تعهدات*، ص ۴۲).

به نظر می‌رسد واژه «تعهد» در ماده ۲۲۱ ق. م. به معنای اول به کار رفته زیرا در ذیل ماده، سخن از شرط ضمنی و صریح به میان آمده و شرط صریح صرفاً در اعمال حقوقی قابل تصور است.

افزون بر این، عبارت «اگر کسی تعهد اقدام به امری نماید...» تعهد به معنای مصدری است. در حالی که واژه «obligation» در ماده ۱۱۴۲ ق. م. ف. تعهد به معنای اسم مصدری می‌باشد. بدین ترتیب، قانون‌گذار مدنی ایران برای تطبیق حقوق اروپایی بر مبانی فقهی امامیه، دو کار انجام داده است: نخست تعهد را به معنای مصدری آن به کار گرفته که همان عقد و قرارداد است، و دوم از آنجا که فقه، لزوم پرداخت خسارت ناشی از تخلف قراردادی را لازمه ماهیت تعهد نمی‌داند تلاش کرده تا به نحوی آن را به اراده طرفین منتسب سازد و خویشتن را از مخالفت با مشهور فقیهان برهاند.

بدین ترتیب، تفاوت اساسی میان حقوق فرانسه و حقوق ایران آشکار می‌شود، هر چند که هر دو نظام، در مختلف بودن مبنای مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری مشترکند. بیان مطلب این‌که حقوق فرانسه مسئولیت متخلف از اجرای تعهد را امری اصیل قلمداد می‌کند، در حالی که حقوق ایران با آن بسان یک امر استثنایی برخورد کرده است. تعبیر دیگر ماده ۲۲۱ ق. م. آن است که اصولاً متخلف از اجرای تعهد، مسئولیتی نسبت به خسارات حاصله ندارد مگر آنکه شرط صریح یا شرط ضمنی عرفی و یا قانونی مبنی بر ضمان یاد شده وجود داشته باشد.

۲. نظریه وحدت مبنای مسئولیت

این نظریه به شکلهای مختلف تبیین شده که ذیلاً به بیان حقوق‌دانان معاصر

در فرانسه و حقوقدانان آمریکا اشاره می‌کنیم:

حقوق جدید فرانسه

در برابر حقوقدانان پیشین فرانسه، از یک قرن پیش، مخالفت با نظریه مرسوم که اختلاف مبنای دو نظام مسؤولیت بود شروع شد. پلانبول، حقوقدان معروف فرانسوی، یک مفهوم عام از تقصیر ارائه کرد. به نظر او تقصیر به معنای نقض تعهد است. نهایت، گاهی تعهد قانونی است که نقض آن جرم مدنی و ضمان قهری به بار می‌آورد و زمانی نیز تعهد قراردادی است که نقض آن، مسؤولیت قراردادی ایجاد می‌کند. به نظر وی، با تخلف متعهد (خواه تعهد قانونی یا قراردادی) تعهدی جدید به منظور جبران خسارت و مستقل از تعهد قراردادی پدید می‌آید.

به این وسیله بود که پلانبول، زمینه را برای تغییر بنیادین در ماهیت حق جبران ضرر و زیان فراهم ساخت. زیرا به نظر او، منبع حق جبران ضرر، قرارداد نیست بلکه «عدم اجرای قرارداد» است. نقض قرارداد یک واقعه حقوقی است و ارتباطی با متن عقد ندارد (André Tunc, N: 42).

نظریه بالا امروزه نظریه مدرن قلمداد می‌شود و کسانی چون هوک (HUC) و اریک ساو از این نظریه طرفداری و گاهی از آن به نظریه طرد مسؤولیت قراردادی تعبیر می‌کنند. براساس نظریه یاد شده، منظور از جبران خسارت متعهد له، ترمیم ضرر وارد به او نیست، ضرری که به دنبال عدم ایفا یا ایفای نامناسب متعهد به متعهد له تحمیل شده است. بلکه منظور، جلب رضایت متعهد له می‌باشد (اریک ساو، ص ۱۳۳).

بدین ترتیب، مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت قهری، هر دو «نقض تعهد» اند و هر دو منبع تعهد جدید به شمار می‌روند. مبنای هر دو یکی است و تفاوت ماهوی میان آنها وجود ندارد.

نظریه حقوقدانان آمریکا

حقوقدانان آمریکا وحدت مبنای دو نوع مسؤولیت را به گونه‌ای دیگر تبیین

کرده‌اند. به نظر آنان، در تعهد قراردادی نیز، این «قانون» است که اثر را بر آن بار می‌کند. به تعبیر دیگر، نقش دو طرف در حین انعقاد عقد، صرفاً ساختن یک «قالب» است که در پی آن قانون‌گذار، محتوا را در این قالب می‌ریزد و بدان اثر قانونی می‌بخشد (Jolowicz and winefield, law of torts, p: 12; as quoted by André Tunc, p: 22). در نگاه حقوقدانان آمریکایی، تعهد، ناشی از توافق دو طرف و قصد انشای آنها نیست. همیشه تعهد ناشی از حکم قانون است خواه وسیله آن، عمل حقوقی و یا واقعه حقوقی باشد. به همین دلیل است که در عقد، تعهداتی بر دوش دو طرف نهاده می‌شود در حالی که هیچ یک، آنها را قصد نکرده‌اند.

در الزامات خارج از قرارداد نیز، این قانون است که در اثر تقصیر عامل زیان، برای وی تعهد به جبران خسارت را پدید می‌آورد. بدین ترتیب، در هر دو نوع مسئولیت، تعهد به حکم قانون به وجود آمده چه سرمنشأ آن، عمل زیان‌بار و یا تخلف از اجرای عقد باشد (Ibid). اکنون باید دید هدف حقوقدانان برای تلاش در جهت ایجاد اتحاد میان مبنای مسئولیت قراردادی و قهری چیست.

ج- تأثیر مبنای مسئولیت در قلمرو مسئولیت

اهمیت بحث از مبنای مسئولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد، در قلمرو مسئولیت یاد شده پدیدار می‌شود. زیرا انتخاب هر یک از نظریه‌ها تأثیری شگرف در میزان مسئولیت متعهدی دارد که از اجرای تعهد خویش تخلف ورزیده است. ذیلاً به اثر هر یک از آنها اشاره می‌کنیم:

۱. تأثیر نظریه اختلاف مبنای مسئولیت در قلمرو مسئولیت

از بحث‌های گذشته مشخص شد که این نظریه، خود به دو شاخه تقسیم می‌شود: نظریه اصل بودن مسئولیت قراردادی و نظریه استثنایی بودن آن. پس باید هر یک را جداگانه مورد کنکاش قرار داد.

قلمرو مسؤولیت براساس نظریه اصل بودن مسؤولیت قراردادی

مطابق این نظریه که از قانون مدنی فرانسه استنباط می‌شود، اراده طرفین تأثیری در پیدایش مسؤولیت ندارد. به دیگر سخن، حتی اگر ثابت شود که دو طرف هیچ تصمیمی درباره اصل مسؤولیت و میزان آن نداشته‌اند باز هم متخلف از اجرای تعهد نسبت به خسارات و منافع ضامن خواهد بود. زیرا ضمان نسبت به خسارات و منافع، از ذات تعهد برمی‌خیزد و تعهد، بدون مجازات متخلف، امری بی‌محتوا تلقی می‌گردد. این نکته از واژه «se resout» در ماده ۱۱۴۲ ق.م. فرانسه به دست می‌آید که به معنای انحلال خود به خود است (resolve itself).

از سوی دیگر براساس این نظریه، هدف از جبران خسارت، ترمیم ضرری است که به متعهد له از ناحیه عدم اجرای تعهد وارد گشته است. از این رو قلمروی مسؤولیت تا اندازه‌ای است که وضعیت متعهد له را به حالت پیش از انعقاد عقد باز می‌گرداند. نیاز به توضیح ندارد که از نظر قانون مدنی فرانسه با توجه به ماده ۱۱۴۲ این قانون، عدم النفع در مسؤولیت قراردادی خود، ضرری است که بر متعهد له وارد شده و بازگشت به حالت پیشین، جبران خسارت و عدم النفع می‌باشد.

با این حال، باید توجه داشت که قانون فرانسه، مبنای مسؤولیت قراردادی را از مسؤولیت قهری جدا ساخته و پیامد این جداسازی آن است که قواعد مربوط به هر یک از دو نظام مسؤولیت را اصولاً نمی‌توان به دیگری سرایت داد مگر آن‌که دلیل خاص، آن را اقتضا کند. از این نکته در بحثهای آینده سخن خواهیم گفت.

قلمرو مسؤولیت براساس نظریه استثنایی بودن مسؤولیت قراردادی

بر طبق این نظریه که از قانون مدنی ایران مستفاد می‌شود، تخلف از اجرای تعهد در صورتی موجب مسؤولیت است که شرط صریح یا ضمنی (عرفی یا قانونی) مبنی بر جبران خسارت وجود داشته باشد. در صورتی که شرط یاد شده احراز نگردد و یا قانون مبنی بر ضمان متعهد نباشد، نمی‌توان متعهدی را که از اجرای تعهد خویش تخلف

ورزیده است، ضامن خسارت طرف مقابل دانست.

نتیجه این مطلب آن است که دو طرف نه تنها می‌توانند در اندازه مسئولیت، کاهش و یا افزایش ایجاد کنند بلکه ممکن است با شرط صریح، عرف و یا قانون مبنی بر ضمان متخلف را نادیده انگارند.

ماده ۲۲۱ ق.م. نشان می‌دهد که از نظر قانون‌گذار مدنی ایران، قواعد مربوط به ضمان قهری قابل اعمال نسبت به خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد نیست. زیرا در نتیجه تخلف قراردادی، در اغلب موارد مالی از بین نرفته و ضمان قهری از دید قانون مدنی منحصر در از بین رفتن مال است. ملاحظه موادی چون ۳۲۸ و ۳۳۲ و ۳۳۲ این قانون نشان می‌دهد که هر نوع خسارتی موجب ضمان نیست بلکه باید بر آن، اتلاف یا تسبیب در تلف مال صدق کند.

مثلاً وقتی یک فروشنده جزء، ده دستگاه لوازم خانگی از یک تاجر خریداری می‌کند و تاجر از تحویل کالا خودداری کرده و فروشنده جزء، مشتریان خویش و نفعی را که از طریق فروش به آنان دستگیر او می‌شده از دست می‌دهد و یا مجبور می‌شود همان کالا را از تاجر دیگر با قیمت بالاتر خریداری کند، مالی تلف نشده، هر چند که فروشنده جزء، از این تخلف قراردادی زیان دیده باشد.

بدین ترتیب، خسارت ناشی از تخلف قراردادی از اراده طرفین و متن عقد برمی‌خیزد و چون معمولاً مصداق این خسارت، عدم النفع است نمی‌توان با استناد به قواعد ضمان قهری و اتلاف و تسبیب آن را مطالبه کرد.

۲. تأثیر نظریه وحدت مبنا در قلمرو مسئولیت

براساس نظریه وحدت مبنا، می‌توان قواعد مربوط به هر یک از دو نظام مسئولیت را به دیگری تسری داد. مثلاً اگر قانون‌گذار در مواد مربوط به ضمان قهری سخنی از عدم النفع به میان نیاورده ولی در مواد مربوط به خسارت قراردادی آن را

مورد تصریح قرار داده است.^۱ براساس نظریه یاد شده می‌توان عدم النفع را در ضمان قهری نیز موجب مسؤلیت دانست. در این رابطه به حقوق کامن لا و قانون تعهدات سویس اشاره می‌کنیم.

حقوق کامن لا

در حقوق کامن لا، وقتی یک طرف، از اجرای تعهد خودداری می‌کند یا به طرف مقابل می‌فهماند که قصد اجرای تعهد قراردادی خود را ندارد، نقض قرارداد (breach of contract) رخ می‌دهد. نقض قرارداد، حداقل برای طرف بی‌تقصیر، حق مطالبه خسارت ایجاد می‌کند. نقض‌های جدی‌تر، علاوه بر حق مطالبه خسارت، به طرف بی‌تقصیر اجازه می‌دهند که خود را مبراً از قرارداد محسوب کند. چنانکه ممکن است نقض را نشانه فسخ گرفته و یا تصمیم به تأیید کردن قرارداد بگیرد. (حسین میر محمد صادقی، *مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان*، ص ۱۹۰).

در حقوق کامن لا، خسارت معمولاً بر این اساس مورد حکم قرار می‌گیرند که طرف متضرر در همان وضعیت مالی قرار گیرد که در صورت اجرای صحیح قرارداد در آن وضعیت قرار می‌گرفت. یعنی باید غرامت از دست رفتن معامله یا از دست رفتن منافع مورد انتظار او به وی اعطا گردد.

در موارد استثنایی برای جبران هزینه‌هایی که خواهان با تکیه بر قرارداد متحمل شده است و این هزینه‌ها به دلیل نقض خواننده بی‌فایده شده‌اند، حکم به پرداخت خسارت داده می‌شود. در چنین موردی هدف، قرار دادن خواهان در وضعیتی است که پیش از انعقاد قرارداد در آن وضعیت قرار داشت (همان، ص ۲۰۱).

قواعد خاصی برای اندازه‌گیری میزان خسارت وجود ندارد. این امر بسته به نظر

۱. (قانون مدنی فرانسه در مواد ۱۱۴۲ و ۱۱۴۹ منافع را در خسارت قراردادی صریحاً مورد ضمان دانسته ولی در مواد مربوط به ضمان قهری (مواد ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۶) سخنی از منافع به میان نیاورده است. چنانکه قانون آیین دادرسی مدنی سابق ایران نیز در ذیل ماده ۷۲۸، ضرر را اعم از عدم النفع دانسته بود ولی موضوع این ماده صرفاً خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد را شامل نمی‌گشت).

دادگاه است. البته براساس قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ وقتی فروشنده از تحویل کالا خودداری می‌ورزد و بازاری برای تهیه اجناس وجود دارد، میزان خسارت، ما به التفاوت میان قیمت قراردادی و قیمت جاری بازار خواهد بود.

در جایی که بایع، فروشنده حرفه‌ای باشد، خسارت ناشی از روند معمولی امور عبارت خواهد بود از فوت شدن منفعتی که در صورت فروخته شدن کالاها به آن خریدار خاص به دست می‌آمده است. بدیهی است که اگر او توانسته باشد خریدار دیگری به همان قیمت یا بالاتر از آن به دست آورد، خسارت پرداختی بسیار اندک خواهد بود (همان، ص ۲۰۷، دعوی Charter V. Sullivan در دادگاه استیناف در سال ۱۹۵۷).

آنچه از آرای صادره در دادگاههای کامن لا استفاده می‌شود آن است که مبنای مسئولیت قراردادی همان مبنای مسئولیت قهری است. همانگونه که وقتی عامل زیان، مال زیان دیده را تلف می‌کند باید بدل آن را بپردازد، در تخلف از اجرای تعهد نیز باید بدل تعهد را بپردازد تا آنجا که وضعیت متعهد له به حالت پس از اجرای عقد درآید (ر. ک: رأی قاضی Lord Reid در پرونده Hediey Byrne V. Heller).

قانون تعهدات سویس

یکی بودن مبنای مسئولیت قراردادی و قهری در قانون تعهدات سویس به وضوح نمایان است. این قانون مواد ۹۷ تا ۱۰۹ را به آثار عدم اجرای تعهدات و مواد ۴۱ تا ۶۷ را به مسئولیت مدنی خارج از قرارداد اختصاص داده است. پیداست که بیشتر قواعد مربوط در ذیل عنوان مسئولیت خارج از قرارداد آمده است از جمله ضمان عدم النفع در مواد ۴۵ و ۴۶ و ۴۹ در مبحث ضمان قهری مطرح شده است.^۱ بدین ترتیب، نظام مسئولیت قراردادی، تفاوت ماهوی با نظام مسئولیت قهری

۱. (بند ۲ ماده ۴۵ در خصوص خسارات ناشی از مرگ می‌گوید: «اگر مرگ بلافاصله رخ ندهد، خسارات مزبور بخصوص هزینه معالجه و نیز زیانهای ناشی از عدم توانایی بر انجام کار را دربرمی‌گیرد» و بند ۱ ماده ۴۶ می‌گوید: «در مورد صدمات جسمی، صدمه دیده حق دریافت هزینه‌ها و خسارات ناشی از محروم شدن از انجام کار را خواه کلی و خواه جزئی دارد و نیز حق دارد جبران لطمات وارده به وضع اقتصادی آینده خود را مطالبه کند.» و بند ۱ ماده ۴۹ می‌گوید: «هر کس به منافع شخصی‌اش لطمه وارد شود می‌تواند در صورت وجود تقصیر، مطالبه خسارت کند...» ولی در بند ۳ ماده ۹۹ می‌گوید: «مقررات مربوط به مسئولیت ناشی از جرم مدنی، بنابر قیاس، در مورد آثار تقصیر قراردادی قابل اجرا خواهد بود».

ندارد و در نتیجه، قواعد هر یک قابل تسری به دیگری خواهد بود. این در حالی است که در قانون مدنی فرانسه یا قانون مدنی ایران، مقررۀ مشابهی به چشم نمی‌خورد.

د- مبنای مسؤلیت قراردادی از نظر فقه

پرسش اصلی در این زمینه آن است که آیا خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد را می‌توان بر قواعد فقهی نظیر اتلاف، تسبیب و قاعدۀ لاضرر که همگی مصادیق ضمان قهری می‌باشند استوار ساخت یا این‌که مسؤلیت یاد شده فقط می‌تواند براساس ارادۀ دو طرف برقرار گردد؟

از عبارات فقیهان استفاده می‌شود که قاعدۀ اتلاف و تسبیب، صرفاً در مورد از بین رفتن اموال، جریان می‌یابد،^۱ عبارت معروف «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» نیز شاهدی بر این مدعاست.

بدین ترتیب، در جایی که نتیجۀ تخلف از اجرای تعهد، از بین رفتن مال است مثل آن‌که شخصی در ضمن عقد، متعهد می‌شود درختان باغ متعهد له را آبیاری کند و از انجام آن خودداری می‌کند و درختان خشک می‌شوند و از میان می‌روند، تردیدی در لزوم جبران خسارت نیست. یعنی باید قیمت اصله‌های درخت را که خشک شده به متعهد له بپردازد. ولی آیا ضامن میوه‌هایی که در صورت آبیاری به عمل می‌آمد نیز هست؟ به ویژه اگر هنوز میوه‌ها بر درخت، ظهور و بروز نیافته‌اند، مسؤلیت متخلف از اجرای تعهد از نظر فقهی، جای تردید است. زیرا قاعدۀ اتلاف و تسبیب به شرح بالا جاری نیست ولی از لحاظ قاعدۀ لاضرر هر چند برخی بر این عقیده‌اند که می‌توان به

۱. (به عنوان نمونه ر. ک: میرزا حبیب‌الله رشتی، کتاب غصب، ص ۴، ایشان در نقصان قیمت بازار به این دلیل که «تلف مال» رخ نداده اشکال می‌کند، و ص ۲۰ در مورد منع شخص از فروش کالای خویش و نقصان قیمت بازار می‌گوید: «ان التسبیب الموجب للضمان عبارة عن اعدام مال موجود عيناً أو منفعة و النفع فی هذه المقامات ليس اعداماً لموجود بل هو دفع لوجود مال»؛ نیز *جوهر الکلام*، ج ۳۷، ص ۴۰، ایشان نیز تصریح می‌کند که تسبیب در صورتی موجب ضمان است که به تلف اموال تعلق گیرد؛ نیز: علامه حلی، *قواعد الاحکام*، ج ۲، ص ۲۲۹، ایشان هم کاهش قیمت مال مغضوب در بازار را موجب مسؤلیت غاصب نمی‌شمارد).

استناد قاعده مزبور، تفویت منفعت مسلم را خسارت دانست و مسبب را مشمول جبران آن شناخت، (سید حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج ۱، ص ۲۴۵). ولی هم از جهت صدق عنوان ضرر بر عدم النفع و هم از نظر دلالت قاعده لاضرر بر مسؤولیت مدنی و ضمان، اختلاف فقهی وجود دارد. ذیلاً به طور اجمال به اختلاف یاد شده می‌پردازیم:

أ- صدق ضرر بر عدم النفع

در اصطلاح فقهی، تفویت منفعت با عدم النفع تفاوت دارد و آنچه از کتابهای مفصل فقهی برمی‌آید، ضمان نسبت به تفویت منفعت است و نه عدم النفع. توضیح مطلب آن که وقتی شخص، مالی را غصب می‌کند، منفعت آن را تفویت کرده است هر چند از آن بهره‌برداری نکرده باشد. و یا هنگامی که یک صنعتگر را که در استخدام دیگران است حبس می‌کند، منفعت او را از بین برده و ضامن اجرت اوست چرا که با انعقاد قرارداد استخدام، منفعت او به طور مستقل، مال محسوب می‌شود.

ولی در جایی که روند معمولی امور، حاکی از رسیدن نفعی به شخص است و عامل زیان، این روند را قطع می‌کند، مثلاً اگر درختان آبیاری می‌شدند به طور معمول، به میوه می‌نشستند و ثمر می‌دادند، ولی متعهد با تخلف خویش روند جاری را از بین برده و مانع رسیدن میوه‌ها و سود متعهد له گشته است، برخی از فقیهان امامیه در صدق عنوان ضرر یا اضرار بر آن تردید کرده‌اند. (نراقی، *عوائد الایام*، ص ۵۰؛ *العناوین*، ج ۱، ص ۳۱۰؛ خویی، *مصباح الاصول*، ج ۲، ص ۵۲۲ و *مستند العروة*، کتاب اجاره، ص ۴۱۷. ایشان ضرر را نقص در مال معنا کرده‌اند؛ *مشارق الاحکام*، ص ۲۷۰).

با این حال، به نظر می‌رسد اگر از نظر عرف، منفعتی مسلم فرض شود، منع از رسیدن آن به شخص، ضرر و خسارت انگاشته می‌شود. مثلاً وقتی یک فروشنده حرفه‌ای که شغل او فروش لوازم خانگی است، بر اثر تخلف کارخانه سازنده و تحویل کالا از فروش محروم می‌شود، عرف او را زیان دیده می‌بیند (سید محمد روحانی، *منتقى الاصول*، ج ۵، ص ۳۹۵).

ب- دلالت لاضرر بر مسؤولیت مدنی

فقیهان امامیه درباره دلالت حدیث نبوی «لاضرر و لا ضرار» بر مسؤولیت مدنی و ضمان عامل زیان، وفاق نظر ندارند. برخی به این دلیل که لسان روایت، صرفاً نفی حکم است نه ثبوت حکم، دلالت حدیث بر مسؤولیت مدنی را انکار کرده‌اند. (نراقی، ملااحمد، *عوائد الایام*، ص ۵۵). به نظر آنان، بر فرض که حدیث، دلالت بر ثبوت حکم در مواردی کند که از نبود آن ضرر لازم آید، این در صورتی است که راه جبران ضرر منحصر در ضمان و مسؤولیت باشد، در حالی که جبران از بیت‌المال یا ثواب الهی امکان‌پذیر است و راه جبران ضرر منحصر در «ضمان» عامل زیان نیست تا او را نسبت به خسارت وارده مسؤول سازد.

برخی دیگر عقیده دارند که بر فرض، قاعده لاضرر موجب اثبات حکم در صورت لزوم ضرر از فقدان آن باشد، ناظر به نفی ضرر در جهان تشریح و ظرف قانون‌گذاری است و در باب مسؤولیت مدنی، این عامل زیان است که باعث ورود ضرر گشته است نه حکم به عدم ضمان تا با جریان لاضرر حکم به ثبوت ضمان شود (سید ابوالقاسم خوئی، *مصباح الاصول*، ج ۲، ص ۵۶۰).

در بیان دیگر، گفته‌اند: حدیث لاضرر در جایگاه امتنان بر اُمت اسلامی وارد شده یعنی برای تسهیل بر مردم و منت گذاشتن بر آنها صادر شده است. و در باب مسؤولیت مدنی، حکم به ضمان براساس قاعده لاضرر برخلاف امتنان بر عامل زیان است هر چند برای زیان دیده تسهیل و منت باشد (همان، ص ۵۶۷).

در برابر گروه نخست از فقیهان، عدّه‌ای دیگر با نقد دلایل یادشده، دلالت حدیث بر مسؤولیت مدنی و ضمان را پذیرفته‌اند. به نظر آنان، آنچه در شریعت، نفی شده ضرری است که به نحوی تدارک نشده باشد و الا ضرر در احکام شرعی و در حوزه حکومت اسلامی فراوان یافت می‌شود. احکامی چون جهاد و مالیاتها اصولاً مستلزم نقص در مال و جان افراد است. در میان مردم و در روابط روزمره، زیان به

یکدیگر فراوان یافت می‌شود. پس مقصود، نفی ضرر تدارک نشده است. در نتیجه ضرر زیان دیده باید از اموال عامل زیان، تدارک شود تا حدیث لاضرر صادق آید (فاضل تونی، *الوافیه*، ص ۱۹۳؛ سید علی طباطبایی، *ریاض المسائل*، ج ۲، ص ۳۰۲؛ *حاشیه وحید بهبهانی بر مجمع الفائدة و البرهان*، ص ۶۱۴؛ شهید مدرس، *الرسائل الفقهیه*، ص ۱۱۰).

برای ارزیابی دو نظریه بالا به چند نکته اشاره می‌کنیم:

۱. برای تفسیر حدیث شریف و توضیح هر یک از مفردات آن، اقوال گوناگونی مطرح شده که بررسی و نقد هر یک از آنها به درازا می‌انجامد (برای مطالعه بیشتر ر. ک: *عوائد الایام*، ص ۴۸؛ رساله شیخ انصاری در باب قاعده لاضرر). ولی از میان این اقوال، آنچه صحیح‌تر به نظر می‌رسد این است که ضرر به معنای ایجاد نقص در جان، مال، آبرو و یا حق قانونی است و تفاوت آن با ضرار در این است که ضرر اسم مصدر و در برابر منفعت و ضرار مصدر به معنای اقدام به ضرر دیگری و در مقام زیان رسانیدن به دیگران برآمدن از روی تعهد است، هر چند به نتیجه نرسیده باشد. کلمه «لا» نیز در عبارت «لاضرر و لاضرار» نافی است بدین معنا که پیامبر گرامی (ص) زیان و زیان رسانیدن به غیر را در شریعت اسلامی و در حوزه حکومت خویش نفی نموده است. نتیجه آن که براساس عبارت «لاضرر» احکامی که به خودی خود ضرری نیستند در صورتی که از نظر عرفی در مصداق خاصی، موجب ضرر گردند، برداشته خواهند شد. و بر طبق عبارت «لاضرار» حاکم اسلامی اجازه سوء استفاده از حق را نمی‌دهد و با کسی که در مقام زیان رسانیدن به دیگران برآید برخورد می‌کند و او را نسبت به ضرر وارده مسئول می‌شناسد (ادعای نفی به انگیزه نهی).

۲. حکم به ضمان عامل زیان برخلاف امتنان بر او نیست، چرا که خود باعث مسئولیت خویش گشته است. بی‌مبالاتی و عدم مراقبت در رفتار موجب پدید آوردن خسارت به دیگران شده و شخص بی‌مبالات باید پاسخگوی رفتار خویش باشد. بنابراین نمی‌توان

در دلالت حدیث بر مسؤولیت عامل زیان به دلیل امتنانی بودن حدیث، اشکال کرد. (این اشکال از فاضل نراقی و محقق نائینی است. ر. ک: نراقی، *عوائد الایام*، ص ۵۰ و نائینی، *منیة الطالب*، ج ۲، ص ۲۲۱). البته در جایی که عامل زیان، هیچ تقصیری مرتکب نشده حکم به ضمان برخلاف امتنان بر اوست که در این صورت پاسخ دوم کافی خواهد بود. وانگهی، لازم نیست جریان قاعده لاضرر، مستلزم، عدم امتنان بر دیگران نباشد. بدین معنا که قاعده لاضرر جریان می‌یابد و به نفع زیان دیده اعمال می‌شود هر چند که با امتنان بر دیگران سازگار نباشد. (حدیث رفع به دلیل عبارت «رفع عن امتی...» چون در خصوص امت اسلامی آمده، امتنانی است و اگر با امتنان بر دیگران تنافی داشته باشد جاری نیست. به همین دلیل اگر شخصی در حالت اضطرار از مال دیگران خورده باشد، ضامن مال در برابر مالک است هر چند حرمت تکلیفی تصرف در مال غیر به دلیل حدیث رفع برداشته شود). آنچه مانع اجرای قاعده است، تعارض آن با ضرر دیگری است که موجب سقوط قاعده لاضرر در دو طرف متعارض می‌گردد. ولی اگر تعارضی نباشد صرف تنافی با امتنان بر دیگران موجب کنار گذاشتن قاعده نخواهد گشت.

۳. برای اثبات مسؤولیت مدنی عامل زیان، می‌توان به هر دو فقره «لاضرر» و «لاضرار» استناد کرد. زیرا وقتی شارع پس از ورود خسارت، عامل زیان را مسئول شناخت و او خسارت را جبران کرده و زیان دیده را به وضعیت پیشین بازگرداند، از نظر عرفی، می‌توان گفت بقاءً زیانی متوجه شخص نشده است. در حالی که اگر شارع وی را مسئول نشناسد، این کاشف از وجود ضرر در حوزه احکام شرعی است و هر جا از نبود حکم شرعی، ضرر لازم آید، قاعده لاضرر جریان می‌یابد و حکم را برقرار می‌سازد. چنانکه در بحث از خیار غبن، فقدان خیار، موجب زیان مغبون است و با جریان قاعده، به وی حق فسخ داده می‌شود (محقق داماد، ص ۱۶۷).

از طرف دیگر مطابق فقره «لاضرار» نیز حتی اگر «لا» برای نهی نباشد، باید عامل

زیان را مسئول قلمداد کرد چرا که قطع ریشه فساد با صرف حرمت تکلیفی تحقق نمی‌یابد و شخصی که اراده زیان رسانیدن دارد بایستی از عواقب اجتماعی رفتار خویش هراسناک باشد. پیامبر گرامی اسلام نیز در برخورد با سمرة بن جندب به حرمت تکلیفی اکتفا نکرد و درخت وی را از ریشه برکند (برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر. ک: *العناوین*، ج ۱، ص ۳۱۹).

نتیجه مطالب بالا آن است که اولاً تفویض منفعت و هم جلوگیری از رسیدن نفع مسلم به شخص، از نظر عرفی، «خسارت» و «ضرر» محسوب می‌شود. و ثانیاً روایت مشهور لاضرر که اجمالاً تردیدی در درستی سند آن نیست، فی الجمله دلالت بر ضمان و مسؤولیت مدنی عامل زیان می‌کند.

با این همه، مشهور فقیهان با دلالت حدیث به نحوی که گذشت، مخالفت ورزیده‌اند و در مسائلی چون ضمان غاصب نسبت به کاهش قیمت مال مغضوب در بازار و ضمان منافع در توقیف صنعتگر آزاد و مسائلی از این دست، عامل زیان را به این دلیل که تلف مالی صورت نگرفته بلکه جلوگیری از کسب مال، تحقق یافته است، ضامن نشناخته‌اند (محمد حسن نجفی، ج ۳۷، ص ۱۵؛ رشتی، ص ۲۰؛ محقق حلّی، ج ۳، ص ۱۸۴؛ علامه حلّی، *قواعد الاحکام*، ج ۲، ص ۲۲۹؛ محقق کرکی، ج ۶، ص ۲۶۴؛ سید جواد عاملی، ج ۶، ص ۲۲۵؛ سید ابوالقاسم خوئی، *منهاج الصالحین*، ج ۲، ص ۱۷۹؛ امام خمینی، *تحریر الوسیلة*، ص ۶۴۴، مسأله ۵).

به همین دلیل است که قانون مدنی ایران نه تنها ماده صریحی به ضمان عدم النفع اختصاص نداده است بلکه از برخی مواد قانونی می‌توان استفاده کرد که عدم النفع از دیدگاه قانون‌گذار مدنی موجب ضمان نیست. مثلاً ماده ۳۱۲ ق.م. در جایی که مال مغضوب، مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود قیمت حین الأداء را معیار قرار داده است در حالی که اگر بازار نوسان قیمت داشته، بنابر نظر غیر مشهور باید بالاترین قیمت معیار بوده باشد (وحید بهبهانی، ص ۶۱۸؛ محقق اردبیلی، ص ۵۲۸).

علاوه بر اینها، تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ صریحاً، مقرر می‌دارد: «خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی، قابل مطالبه می‌باشد».

و بدین وسیله، قانون‌گذار، ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را که مقرر می‌داشت: «ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است» صریحاً نسخ کرده است. و آنچه در ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ آمده مبنی بر اینکه منافعی که ممکن الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم و متضرر می‌شود قابل مطالبه می‌باشد، بر موارد تقویت منفعت مال حمل خواهد شد همچون جایی که مالی غصب شده و منافع آن تقویت شده یا کارمند در استخدام غیر، توقیف شده و از شغل خویش باز مانده است.

با این توجیه، تعارض بین ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی از میان می‌رود. و بر فرض که این توجیه را نپذیریم، قانون اخیر ناسخ مواد معارض خویش بوده و در نتیجه خسارت عدم النفع قابل مطالبه نخواهد بود.

ج- استناد به قاعده شروط به عنوان مبنای مسؤلیت قراردادی

با توجه به آنچه گذشت برای مطالبه خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد در جایی که خسارت به صورت عدم النفع است توجیه فقهی از نظر اتلاف و تسبیب یا قاعده لاضرر باقی نمی‌ماند. ولی راه، منحصر به قواعد یاد شده نیست. قاعده شروط، در خصوص خسارت قراردادی، می‌تواند مبنای فقهی مناسبی برای آن دسته از خسارات باشد که از طریق قواعد ضمان قهری قابل مطالبه نیست.

توضیح این‌که شرط یا صریح است یا ضمنی. و شرط ضمنی یا شرط ضمنی عرفی است، و یا شرط ضمنی قانونی. شرط ضمنی تعهدی است که صریحاً در متن

عقد نیامده ولی رویه معمول بین دو طرف، یا عرف خاص و یا عرف عام، چنین تعهدی را بر دوش متعهد می‌گذارد. چنین شرط‌هایی وابسته به زمان و مکان خاص است و از زمانی به زمان دیگر تغییر می‌یابد. گاهی نیز قانون‌گذار برای حفظ تعادل میان دو طرف عقد و حمایت از طرف ضعیف، تعهدی را بر دوش طرف دیگر می‌گذارد.

با این توضیح می‌گوییم: اصولاً دو طرف می‌توانند برای ضمانت اجرای تعهد، خسارات را از پیش تعیین کنند. این خسارت ممکن است مبلغ مقطوع داشته یا تعیین دقیق آن به کارشناس واگذار شود. چنانکه مثلاً در عقد بیع بر فروشنده شرط می‌شود در صورت تأخیر در تحویل کالاهای فروخته شده باید خسارت عدم النفع را نیز بپردازد.

ممکن است اشکال شود که شرط یاد شده برخلاف احکام شرعی است و هر شرطی که مخالف احکام شریعت است باطل قلمداد می‌شود (المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً خالف کتاب الله؛ شیخ حرّ عاملی، *وسایل الشیعه*، ج ۱۲، ص ۲۵۳، باب ۶ از ابواب خیار، حدیث ۲) و چون خسارت عدم النفع در ضمان عامل زیان نیست پس شرط ضمان عدم النفع هم برخلاف شریعت و باطل است. پاسخ آنکه ضمان به معنای تعهد به پرداخت مبلغی به عنوان خسارت ممکن است منشأ قانونی و جعل شرعی یا منشأ قراردادی داشته باشد. اینکه از نظر شرعی، عدم النفع مورد ضمان نیست، بر فرض پذیرش، بدان معناست که به خودی خود منشأ قانونی و جعل شرعی نمی‌وان برای آن در نظر گرفت و این منافاتی با امکان برقراری ضمان از طریق شرط ضمن عقد ندارد. به سخن دیگر عدم ضمان نسبت به خسارت عدم النفع یک حکم امری نیست که توافق برخلاف آن ممکن نباشد. چنانکه ضمان و مسؤولیت مدنی نیز نهادی نیست که پدید آمدن آن فقط به حکم شارع امکان‌پذیر باشد. بر همین اساس، معتقدیم شرط ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره برخلاف شرع نیست هر چند اصولاً مستأجر ید او امانی است و ضمانی ندارد.

در خصوص عقد قرض، این خسارت که از آن به «خسارت تأخیر تأدیه» تعبیر می‌شود، براساس قاعده شروط، محلّ تردید و تأمل است. شرط خسارت در عقد قرض به سود مُقرض می‌باشد ولی نفعی را به صورت «معلّق» به او می‌رساند یعنی اگر این را در موعد نپرداخت، باید مبلغی را علاوه بر میزان دین به قرض دهنده بپردازد و براساس روایات، هر شرطی به نفع قرض دهنده عقد را ربّوی و باطل می‌سازد که اطلاق آنها، شرط معلّق را نیز شامل می‌شود (ر.ک: سید حسن وحدتی شبیری، مقاله خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد، فصلنامه حوزه و دانشگاه، سال نهم، پاییز ۱۳۸۲ شماره ۳۶). ولی در سایر عقود، مطابق قاعده لزوم وفا به شرط جای تردید نیست.

شرط خسارت در ضمن قرارداد، شکل‌های گوناگونی دارد: گاهی اصل مسؤلیت را برعهده متعهد می‌گذارد بدون آن‌که نسبت به میزان آن توافقی صورت گیرد. در این صورت دادگاه باید پس از اثبات ورود خسارت، میزان آن را بر طبق نظر کارشناسی معین نماید. گاهی نیز نسبت به حدود و میزان خسارت در متن عقد، تصمیم‌گیری می‌شود یعنی مبلغی مقطوع به عنوان خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد معین می‌گردد. در صورت اخیر، به نظر می‌رسد صرف اثبات تخلف از قرارداد کافی است تا متعهد له بتواند مبلغ معین را مطالبه کند و دیگر نیازی به اثبات ورود خسارت و میزان آن نمی‌باشد. البته این مبلغ ممکن است کم و یا بیش از میزان خسارت واقعی باشد و حاکم نیز نمی‌تواند متعهد متخلف را به بیشتر یا کمتر از آنچه مُلزم شده است محکوم کند.

برخی در نفوذ شرط اخیر در فرضی که ثابت شود میزان واقعی خسارت کمتر از مبلغ مقطوع است، تردید کرده‌اند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ش ۸۳۵). ولی به نظر می‌رسد جایی برای تردید نیست. زیرا تعیین مبلغ، گاهی به عنوان حداکثر خسارت است بدین معنا که مسؤلیت متعهد را تا میزان مشخصی کاهش می‌دهد که در این صورت، زیان دیده باید میزان خسارت وارده را نیز ثابت کند و اگر کمتر از مبلغ

مورد توافق بود همان مبلغ کمتر را می‌تواند مطالبه کند.

و گاهی نیز مبلغ قطعی مشخص می‌شود به گونه‌ای که حتی اگر ثابت شود میزان واقعی خسارت کمتر بوده باز قابل مطالبه است. به عبارت دیگر، شرط یاد شده، شرط تضمین یا وجه التزام است و اثبات خلاف آن امکان‌پذیر نیست.

آنچه گفتیم در رابطه با خسارت قراردادی ناشی از عدم النفع بود. مصداق دیگر خسارت قراردادی، اجرة المثل عملی است که در ضمن قرارداد بر عهده متعهد آمده و او در زمان مشخص شده به تعهد خویش عمل نکرده است. وقتی یک نقاش ماهر تعهد می‌کند تا زمان معینی تابلو را نقاشی کند، در بازار، برای عمل وی ارزش اقتصادی قائلند و کارشناس می‌تواند میزان آن را مشخص کند. بنابراین می‌توان گفت وقتی نقاش از انجام تعهد خویش سرباز می‌زند تا زمان تحویل فرا می‌رسد، در واقع مال متعهد له را که عمل خاص در ذمه متعهد بوده، تلف کرده است پس صرف اعطای حق فسخ و یا خودداری از پرداخت اجرت یا حق استرداد آن کافی برای جبران خسارت متعهد له نیست بلکه او می‌تواند قرارداد را ابقا کند و قیمت عمل مورد تعهد را مطالبه نماید. این حکم در برخی از مصدق آن مورد تأیید عده‌ای از فقیهان قرار گرفته است. به عنوان مثال، اگر در ضمن عقد مساقات، انجام کاری معین بر عهده عامل شرط شود و او از انجام تعهد خویش سرباز زند تا وقت عمل سپری شود، برخی عقیده دارند که مشروط له می‌تواند علاوه بر حق فسخ، عقد را ابقا کند و اجرة المثل را مطالبه نماید (علامه حلی، *تحریر الاحکام*، ج ۳، ص ۱۵۲؛ سید کاظم طباطبایی، *عروة الوثقی*، کتاب مساقاة، ص ۷۴۰، مسأله ۱۱؛ سید محسن حکیم، *مستمسک العروة*، ج ۱۳، ص ۱۷۸). بلکه برخی از ایشان با الغای خصوصیت از عقد مساقات مسأله را به سایر عقود تسری داده‌اند. (سید محمد کاظم طباطبائی، همان). عده‌ای دیگر نیز با این حکم مخالفت کرده‌اند. به نظر آنان، در صورتی متعهد له می‌تواند قیمت عمل را از متعهد مطالبه کند که ماهیت شرط، تملیک عمل به مشروط له باشد به گونه‌ای که عمل در زمره اموال وی

به حساب آید. در حالی که چنین نیست و اگر بخواهند اموال او را شماره کنند، عمل موضوع تعهد را به حساب نمی‌آورند. بنابراین در درجه نخست می‌توان متعهد را اجبار کرد و اگر اجبار به انجام عمل امکان‌پذیر نبود، عقد را به استناد خیار تخلف شرط، فسخ نمود (جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۶۹؛ سید ابوالقاسم خوئی، مستند العروة، کتاب مسافاة، ص ۲۸، ۲۷).

برخی هم به این دلیل که از دیدگاه مشهور فقیهان، متعهد نسبت به انجام عمل مورد تعهد، مسؤولیت دارد و نه نسبت به قیمت آن، با نظریه نخست مخالفت ورزیده‌اند. در نتیجه هر گاه متعهد از انجام عمل خودداری کرد، حتی اگر از روی عمد هم چنین کرده باشد، نمی‌توان او را نسبت به عملی که بر عهده داشته، ضامن دانست. به دیگر سخن، ارتکاز عرفی، ضمان متعهد نسبت به قیمت عمل را نمی‌پذیرد هر چند که عمل را مملوک متعهد له بدانیم (سید محسن حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۹۶، مسأله ۳).

شاهد بر مدعای ایشان آن است که در اجاره اشخاص، عده‌ای معتقدند اگر اجیر تخلف کند و در زمان مقرر اقدام به انجام عمل نکند، مستأجر، تنها می‌تواند اجرت را باز پس گیرد در حالی که اجاره به معنای تملیک منفعت است. چنانکه در تخلف از شرط فعل نیز در صورتی که اجبار به انجام عمل ممکن نبوده یا بی‌فایده باشد، طرف دیگر، فقط می‌تواند عقد را فسخ کند (ر. ک: سید ابوالقاسم خوئی، مبنای العروة الوثقی، ص ۲۷؛ و سید محسن حکیم، مستمسک العروة، ج ۱۳، ص ۱۷۶).

اما به نظر می‌رسد که ضمان متعهد نسبت به عمل مورد تعهد هر چند برخلاف مشهور میان فقیهان پیشین است ولی امروزه مورد توجه حقوقدانان در همه کشورهاست. (به بحثهای پیشین درباره حقوق بیگانه مراجعه شود، به عنوان نمونه بر اساس حقوق انگلیس، جبران خسارت، طرف زیان دیده را باید در همان موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد در آن وضع قرار می‌گرفت). در عبارات فقهی نیز

علاوه بر آنچه گفته شد، رد پای این نظریه را می‌توان یافت. مثلاً وقتی یک شخص، خود را برای انجام کاری، اجیر دیگران می‌سازد، در صورت تخلف و گذشت زمان عمل، مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ و اجرت را باز پس گیرد یا آن را ایفا و اجرة المثل عمل را مطالبه کند. البته مسأله صورتهای گوناگونی دارد. زیرا شخص گاهی تمامی منافع خویش را در زمان معین به طرف دیگر تملیک می‌کند و گاهی منفعت خاصی مثلاً دوخت لباس را ملک او قرار می‌دهد و زمانی هم، عمل خاصی را بر ذمه می‌گیرد بدون آنکه منفعت خارجی تملیک شده باشد (برای دیدن احکام هر یک از صورتهای و اختلافات فقهی. ر. ک: سید ابوالقاسم خویی، *مستند العروة*، کتاب اجاره، ص ۲۹۸، و سید محسن حکیم، *مستمک العروة*، ج ۱۲، ص ۱۰۰).

چنانکه در مبحث شرط نیز، از برخی عبارات فقهی می‌توان استفاده کرد که ضمانت اجرای تعهد، اجرة المثل عملی است که زمان انجام آن گذشته و انجام نشده است. (شیخ انصاری، *المکاسب*، ص ۲۸۵). بدین ترتیب، یکی از راههای جبران خسارت زیان دیده از تخلف قراردادی، مطالبه اجرة المثل عملی است که موضوع تعهد قرار گرفته است.

نتیجه‌گیری

خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد شکل‌های گوناگون به خود می‌گیرد: گاهی در نتیجه تخلف قراردادی، مال موجودی از بین می‌رود؛ گاه هزینه‌های صورت گرفته بر اثر انجام نشدن تعهد، بلااستفاده می‌ماند و زمانی نیز خسارت به صورت از دست دادن منافع است یعنی منفعی که از اجرای عقد به متعهد له می‌رسید، از دست می‌رود. پاسخ به این پرسش که چرا باید متخلف قراردادی را مسؤول شناخت، اهمیت فراوان داشته و در تعیین قلمروی مسؤولیت، تأثیر به سزا دارد. درباره مبنای مسؤولیت قراردادی، دو نظریه کلی وجود دارد: نظریه نخست، مبنای مسؤولیت قراردادی را اراده

دو طرف و مبنای مسؤولیت قهری را حکم قانون‌گذار می‌داند و نظریه دوم، مبنای هر دو مسؤولیت را حکم قانون می‌شناسد. براساس دیدگاه نخست، اندازه مسؤولیت، اصولاً در اختیار طرفین است و آنچه در قانون آمده حکم تکمیلی است که می‌توان به اراده صریح یا ضمنی دو طرف، اندازه آن را تغییر داد. ضمناً تسری احکام مربوط به هر یک از دو مسؤولیت به دیگری اصولاً امکان‌پذیر نیست. حال آن‌که بنا بر نظریه دوم علی‌الاصول می‌توان مقررات مربوط به هر یک از دو مسؤولیت را به دیگری سرایت داد. از میان دو دیدگاه، نظریه نخست با حقوق ایران و مبانی فقهی سازگارتر به نظر می‌رسد زیرا در ماده ۲۲۱ ق.م. خسارت قراردادی را به قاعده شروط مستند ساخته و از سوی دیگر مشهور فقیهان، مصادیق رایج خسارت قراردادی را از این باب که عدم النفع است و نه تلف مال موجود، در ضمان متخلف قراردادی نمی‌بینند. بنابراین بهترین راه برای اثبات مسؤولیت قراردادی، مبتنی ساختن آن بر اراده صریح یا ضمنی دو طرف عقد می‌باشد. اراده مزبور برخلاف احکام امری شارع نخواهد بود.

منابع

قرآن کریم.

- آل کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجله*، ج ۱، نجف، مطبعه حیدریه، ۱۳۶۱.
- اردبیلی، *مجمع الفائدة و البرهان*، ج ۱۰، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۲.
- اریک ساو، *پایان مسؤولیت قراردادی*، ترجمه حسین نوروزی، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۳۵.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، دوره ۶ جلدی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۴.
- انصاری، مرتضی، *المکاسب*، چاپ سنگی، تبریز، ۱۲۷۵ هـ.
- انصاری، مرتضی، *المکاسب*، ج ۴، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۰.
- بهبهانی، وحید، *حاشیه بر مجمع الفائدة و البرهان*، قم، کنگره بزرگداشت مقدس

اردبیلی، ۱۴۱۷هـ

بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، *السنن الكبرى*، حیدرآباد، دار المعارف، افست دار الفکر.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تاریخ حقوق ایران*، تهران، کانون معرفت، بی تا.

_____، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۷.

حرّعاملی، محمدبن الحسن، *وسایل الشیعه*، دار إحیا التراث العربی، ۱۴۱۲هـ.

حسینی حائری، سید کاظم، *فقه العقود*، قم، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۱۲هـ.

حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین*، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸هـ.

حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة*، ج ۱۲، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶.

_____، *منهاج الصالحین*، با حاشیه سید محمدباقر صدر، بیروت،

دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰هـ.

حلی (علامه)، *تحریر الاحکام*، قطع رحلی، افست قم، مؤسسه آل البيت.

_____، *قواعد الاحکام*، ج ۲، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۶هـ.

_____، *مختلف الشیعه*، ج ۶، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲هـ.

حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرایع*، قم، مؤسسه سیّد الشهداء، ۱۴۰۵هـ.

خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰ش.

خوئی، سید ابوالقاسم، *مبانی العروة الوثقی*، ج ۲، قم، لطفی، ۱۴۰۸هـ.

_____، *مستند العروة*، کتاب اجاره، قم، مطبعه علمیه، ۱۳۶۷.

_____، *مصباح الاصول*، ج ۲، قم، مکتبه داورى، ۱۴۰۹هـ.

_____، *منهاج الصالحین*، ج ۲، قم، مطبعه علمیه، ۱۳۹۵هـ.

رشتی، میرزا حبیب الله، *الغصب*، چاپ سنگی، تهران، ۱۳۲۲هـ.

روحانی، سید محمد، *منتقى الاصول*، ج ۵، قم، الهادی، ۱۴۱۶هـ.

شبییری زنجانی، حاج آقا موسی، *کتاب نکاح (تقریرات)*، قم، مؤسسه رای پرداز، ۱۳۸۴.

- شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- _____، *مجموعه مقالات حقوقی*، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.
- طباطبائی، سید علی، *ریاض المسائل*، قطع رحلی، ج ۲، چاپ افست، مؤسسه آل‌البتیت، ۱۴۰۴ هـ.
- طباطبائی، سید کاظم، *العروة الوثقی*، ج ۲، بیروت، مؤسسه اعلمی، ۱۴۰۹ هـ.
- العالمی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *مسالك الافهام*، ج ۷ و ۸، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۶.
- عاملی، سید جواد، *مفتاح الكرامة*، ج ۶، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- فاضل تونی، عبدالله بن محمد، *الواقیة فی اصول الفقه*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲ هـ.
- فخر المحققین، *ایضاح الفوائد*، ج ۲، اسماعیلیان، ۱۳۸۸ هـ.
- فیروزآبادی، مجدالدین، محمد بن یعقوب، *القاموس المحیط*، ج ۲، بیروت، دار احیاء التراث، ۱۴۱۲ هـ.
- قنواتی، جلیل و سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور، *حقوق قراردادهای در فقه امامیه*، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۴، تهران، شرکت انتشارات، ۱۳۷۶.
- _____، *مسؤولیت مدنی*، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- _____، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- کرکی، علی بن الحسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل‌البتیت للاحیاء التراث، ۱۴۱۵.
- مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، ج ۱۰۰، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ هـ.
- محقق ثانی، *جامع المقاصد*، ج ۸، قم، مؤسسه آل‌البتیت، ۱۴۱۴ هـ.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، ج ۲، تهران، سازمان سمت، ۱۳۷۴.

مدرّس، شهید سید حسن، *الرسائل الفقهية*، تهران، ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت مدرس، ۱۴۰۸ هـ.

مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین*، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ هـ.

مروارید، علی اصغر، *سلسله الینایع الفقهیة*، ج ۳۸، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۳. مسکونی، صبیح، *القانون الرومانی*، ۱۹۷۱، بغداد، مطبعة شفیق.

میر محمد صادقی، حسین (مترجم)، *مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان*، رابرت داکسبری، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.

نائینی، میرزا حسین، *منیة الطالب*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ هـ.

نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.

النجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، ج ۳۱، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۶.

نراقی، ملا احمد، *عوائد الایام*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵.

نراقی، مولی محمد، *مشارق الاحکام*، قم، کنگره بزرگداشت نراقی، ۱۳۸۰.

وحدتی شبیری، سید حسن، خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد، *فصلنامه حوزه و دانشگاه*، سال نهم، پاییز ۱۳۸۲، شماره ۳۶، ص ۷۶.

یزدی، سید محمد کاظم، *سؤال و جواب*، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.

Barry Nicholas F.B.A. , French law of contract, 2nd ed. , 1992.

André Tunc, International Encyclopedia of comparative law, vol. 6, Torts, London,

Martinus publishers, 1983.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شماره پیاپی ۸۲/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۲۰۵-۲۳۲

تحلیلی از تعلیق در انحلال عقد در فقه امامیه و حقوق فرانسه*

دکتر علیرضا یزدانیان

استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

Email: Dr.Alireza_Yazdanian@yahoo.com

چکیده

در فقه امامیه علی‌رغم اجماع ادعایی در خصوص بطلان تعلیق در انعقاد عقد می‌توان به نهادهای معلق دست یافت که بسیار شبیه به «تعلیق در انحلال تعهد» در حقوق فرانسه می‌باشد. از سویی منبع قانون مدنی ایران در قسمت تعهدات، فقه امامیه و قانون مدنی فرانسه بوده ولی جای این نهاد حقوقی خالی است. در این صورت این تردید به میان می‌آید که آیا تعلیق در انحلال تعهد، مضمول اجماع مزبور می‌باشد و با حقوق ایران سازگاری نداشته که صراحتاً پذیرفته نشده است یا این که برای تکمیل قانون با توجه به برخی از تأسیسات فقهی می‌توان چنین نهاد حقوقی را خارج از اجماع دانسته و در حقوق ایران نیز پذیرفت؟ در این مقاله با استفاده از مطالعه تطبیقی، تعلیق در انحلال عقد و آثار آن مطرح شده است.

کلید واژه‌ها: تعلیق در انحلال عقد. سقوط تعهدات. اثر فقه‌رانی.

* تاریخ وصول: ۱۳۸۶/۱۲/۱۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۵/۱۶.

طرح مسأله

در فقه امامیه در خصوص تعلیق عقد نظر غالب فقها بطلان چنین نهادی است (حلی، ۲۵۷ و ابن علامه، ۹۸ و مقدّس اردبیلی، ۲۲۹). اکثر فقها تنجیز را شرط صحّت عقد دانسته و بر آن ادعای اجماع نموده اند (جیلانی قمی، ۲۰۸ و حکیم، ۴۲۹). برخی نیز با تفکیک تعلیق در انشاء و تعلیق در مُنشاء قسم اول را محال و در نتیجه باطل دانسته‌اند و نوع دوم آن را ممکن و صحیح شمرده اند (موسوی بجنوردی، ۲۹۰). زیرا در تعلیق در مُنشاء، به جهت وجود فعلی انشاء، عقد باطل نیست (نجفی، ۵۹). حال از نظر حقوق موضوعه ایران ممکن است گفته شود در قانون مدنی به صحّت عقد معلق تصریح نشده بلکه قانون مدنی در دو قرارداد ضمان (ماده ۶۹۹) و عقد نکاح (ماده ۱۰۶۸) تعلیق را سبب بطلان عقد دانسته است و بنابراین با تنقیح مناط می توان گفت این که قانون مدنی تعلیق را پذیرفته باشد جای تأمل دارد. با این که این استدلال خالی از قوّت نیست با این حال به نظر می رسد علی‌رغم اجماع ادعا شده در فقه و علی‌رغم استدلال اخیر مبنی بر امکان تنقیح مناط از مواد ۶۹۹ و ۱۰۶۸ در حقوق موضوعه ایران، در ماده ۱۸۹ ق.م، تعلیق در عقد پذیرفته شده است. زیرا اولاً قانون مدنی فقط در دو عقد نکاح و ضمان تصریح به بطلان نموده و اگر نظر نویسندگان قانون مدنی بطلان عقد معلق می بود، باید مانند فقها در ماده ۱۹۰ در مقام بیان شرایط صحّت عقد، به لزوم تنجیز اشاره ای می داشتند که چنین اشاره ای وجود ندارد و بنابراین اختصاص حکم بطلان به عقد ضمان و نکاح می تواند قرینه ای بر صحّت تعلیق در سایر عقود باشد. دلیل دیگر این که قانونگذار در ماده ۱۸۴ به بیان تقسیم بندی عقود پرداخته و مقرر داشته است: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می شوند: لازم، جایز، خیاری، منجّز و معلق» و این واضح است که قانونگذار در مقام تقسیم عقود صحیح بوده است نه باطل. وانگهی در ماده ۷۲۳ قانون مدنی یک نمونه از تعلیق صراحتاً پذیرفته شده است. طبق این ماده: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیة دین دیگری ملتزم شود؛ در این

صورت تعلیق به التزام، مبطل نیست، مثل این که کسی التزام خود را به تأدیة دین مدیون معلق به عدم تادیه او نماید» وانگهی در ماده ۳۵۰ قانون تجارت تعلیق به صراحت پذیرفته شده است: «هرگاه معامله، مشروط به شرط تعلیقی باشد دلال پس از حصول شرط، مستحق اجرت خواهد بود». به همین جهت نویسندگان حقوق مدنی صرف نظر از شیوه توجیه، همه معتقد به صحّت عقد معلق می باشند (شهیدی، ۷۵ و کاتوزیان، ۵۸ و امامی، ۱۶۹). نکته بعدآن که در فقه حتی کسانی که ادعای اجماع را در خصوص بطلان عقد پذیرفته اند، مباحثی چون تعلیق در ایقاع (خویی، ۹۲ و در فقه عامه سمرقندی، ۲۴۶) و تعلیق در شرط و خیار (روحانی، ۱۴۲) و تعلیق فسخ (طوسی، ۲۳۰) را مطرح و حتی برخی در مورد تعلیق در انحلال عقد از این اجماع چشم پوشی نموده و به نوعی به این نهاد حقوقی اشاره ای داشته اند و گویا بطور ضمنی دو گونه تعلیق را از هم باز شناخته اند: یکی تعلیق در انعقاد و دیگری تعلیق در انحلال (روحانی، ۱۴۱) تعلیق در انعقاد که به عقیده اکثر فقها مشمول اجماع بوده و باطل است، در حقوق موضوعه ایران در ماده ۱۸۴ و ۱۸۹ پذیرفته شده است اما تعلیق در انحلال که مشمول اجماع نبوده (روحانی، ۱۴۱) و قاعدتاً باید صحیح باشد، در قانون مدنی درج نشده است. در حقوق فرانسه نیز ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی به تفکیک تعلیق در انعقاد عقد و تعلیق در انحلال آن پرداخته است که در قسمت های آتی این مقاله، موضوع مزبور با مطالعه تطبیقی مورد بررسی قرار می گیرد.

مفهوم تعلیق در انحلال

در حقوق فرانسه منظور از تعلیق در انحلال عقد، این است که ضمن شرطی در قرارداد، انحلال عقد معلق به امری در آینده گردد، به نحوی که پس از تحقق معلق علیه، عقد خود به خود منفسخ شود (کانه^۱، ۷۳). در حقوق فرانسه این نهاد یعنی انفساخ

1. kanner

معلّق یکی از اسباب سقوط تعهدات بوده و ماده ۱۱۸۳ق.م فرانسه در تعریف تعلیق در انحلال عقدا شرط فاسخ مقرر داشته است: «شرط فاسخ شرطی است که هنگامی که به وقوع می‌پیوندد، سبب فسخ تعهد می‌شود و امور را به همان وضعیتی برمی‌گرداند که گویا تعهد هرگز به وجود نیامده است. این شرط موجب تعلیق در اجرای تعهد نیست بلکه این شرط متعهدّله را ملزم می‌نماید که اگر شرط تعلیقی به وقوع بپیوندد آنچه را دریافت نموده است مسترد دارد». بنابراین در حقوق فرانسه تعلیق یا در انعقاد عقد است یا در انحلال عقد و از نظر ساختاری تعلیق در انحلال با تعلیق در انعقاد عقد تقریباً مشابه می‌باشد که هر دو در ماده ۱۱۶۸ق.م فرانسه مطرح شده است (کولن، کاپیتان^۱، ۳۷۰ و مجموعه دالوز، ۲۰۲).

در فقه امامیه گذشته از مطرح شدن تعلیق در ابراء به عنوان یکی از طرق سقوط تعهدات (موسوی بجنوردی، ۱۰۷ و در فقه عامه حصفکی، ۲۷۷ و ۸۶۳) و تعلیق در خیار به عنوان یکی از طرق انحلال عقد (روحانی، ۱۴۲) و در فقه عامه، تعلیق در فسخ (بهوتی، ۲۲۱)، موارد دیگری وجود دارد که فقها تعلیق در انحلال را مطرح ساخته‌اند. صرف نظر از بحث استیمار که فسخ منوط به مشورت با شخص ثالثی می‌گردد (انصاری، ۲۹۹) و به عقیده برخی از فقها، قطعاً تعلیق می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۲۶). در بیع شرط در خصوص تعلیق خیار بر ردّ ثمن (روحانی، ۲۵۲) و به عبارتی بر سر این که ردّ ثمن چه تأثیری بر عقد داشته و این که خود آیا فسخ است یا مقدمه و معلّق علیه انفساخ است یا نه، به کرات میان فقها مورد بحث قرار گرفته است. مرحوم شیخ انصاری پنج احتمال در مورد تأثیر ردّ ثمن مطرح نموده است: اول: ردّ ثمن می‌تواند قید خیار باشد. به عبارتی خیار، معلّق به ردّ ثمن بوده و قبل از ردّ ثمن اصلاً خیار وجود نداشته باشد. دوم: ردّ ثمن می‌تواند معلّق علیه فسخ باشد. در این صورت خیار از زمان عقد

1. Colin.Capitant

2. Dalloz

هست ولی اثر فسخ معلق به ردّ ثمن می باشد. سوم: ردّ ثمن می تواند فسخ فعلی باشد. چهارم: ردّ ثمن می تواند معلق علیه انفساخ باشد. یعنی به مجرد ردّ ثمن، عقد منفسخ گردد. پنجم: ردّ ثمن می تواند قید وجوب اقاله باشد (انصاری، ۲۳۰). صرف نظر از گرایش فقها به هر کدام از نظرات فوق، طرح احتمال چهارم یعنی انفساخ معلق می تواند روزنه‌ای بر پذیرش انفساخ معلق باشد.

در حقوق ایران نیز با توجه به این سابقه فقهی می توان گفت مانند فرانسه دو تعلیق وجود دارد: یکی در انعقاد و دیگری در انحلال (کاتوزیان، ۱۱۷). حال با این که گفته شد ساختار هر دو یکی است با این وجود بین شرط تعلیقی و انحلال معلق، هم در حقوق فرانسه و هم در حقوق ایران این تفاوت وجود دارد که در انحلال معلق، عقد از زمان انشاء به وجود می آید و تمام آثار آن بار می شود جز اینکه انحلال آن معلق بر امری گردیده است (بودری، لاکانتینی، ۱۰۹^۱ و گودمه، ۴۲۹^۲). در نتیجه در تعلیق در انحلال، متعهد له می تواند متعهد را اجبار به انجام تعهد کند (مازو، ۱۰۵۶^۳). در حالی که در عقد معلق قبل از حصول معلق علیه وفای به عهد لازم نبوده و نمی توان متعهد را مجبور به وفای به عهد نمود (فلور، اوبرت، فلور، ساوو، ۲۰۸^۴ و مازو، ۱۰۵۲^۵) و این امر نشان می دهد که در انحلال معلق، دین ناشی از عقد بر ذمه متعهد بار شده و وفای به چنین عهدی قبل از تحقق شرط فاسخ، صحیح بوده و اگر متعهد قبل از تحقق معلق علیه، وفای به عهد کند، نمی تواند آنچه را داده، استرداد کند (سنهوری، ۶۹). اما در عقدی که انعقاد آن معلق است اگر مدیون قبل از تحقق معلق علیه اشتبهاً وفای به عهد کند ایفا نارواست (استارک، ۵۴۸^۶ و تره.سیمله.لکت، ۱۱۷۲^۷). و در حقوق ایران طبق

1 . Baudry.Lacantine

2 .Gaudmet

3 .Mazeaud

4 . Flor.Aubert,Flour,Savaux

5 . Mazeaud

6 .Starck

7 . Terré,Simler,Lequette

ماده ۳۰۲ ق.م.و در حقوق فرانسه طبق ماده ۱۲۳۵ ق.م.م متعهد می‌تواند آنچه را پرداخته مسترد دارد (پرشی، سیمون^۱، ۴۱۵ و سنهوری، ۴۲).

بنابراین همانگونه که در بدو امر اشاره شد در هر دو سیستم حقوقی ایران و فرانسه از نظر ساختاری ماهیت این دو نهاد حقوقی یکی است و اگر تفاوت‌هایی نیز وجود دارد، تفاوت‌ها ناشی از تفاوت در معلق‌علیه‌نیست. بلکه تفاوت آنها در این است که در یکی تشکیل عقد معلق شده و در دیگری انحلال آن. بنابراین اگر تشکیل عقدی معلق به بازگشت برادر فروشنده از مسافرت شود و یا انحلال عقدی، معلق به بازگشت برادر فروشنده از مسافرت شود، تفاوت آنها در این است که در یکی تشکیل قرارداد منوط به امری است و در دیگری انحلال آن. همین تفاوت سبب شده که آثار و احکام خاصه‌ای بر هر کدام بار شود که به نمونه‌هایی از آن اشاره شد. با این وجود با توجه به این که ماهیت آنها تا حدودی یکسان است، تمییز تفاوت در تعلیق تشکیل عقد با تعلیق در انحلال آن گاه بسیار دشوار می‌گردد (سنهوری، ۳۰). به عنوان مثال گفته شده در فروش کالایی معلق بر این که بایع ظرف یکسال دارای فرزندی نشود؛ اگر مراد این باشد که عقد، معلق به عدم پیدایش فرزند باشد، تعلیق در تشکیل عقد بوده و اگر ظرف این یکسال فرزندی به دنیا نیامد، عقد، کامل می‌گردد و اگر منظور این باشد که پیدایش فرزند، معلق‌علیه‌انحلال باشد، باید تعلیق در انحلال دانست و در این صورت اگر ظرف یکسال فرزندی به دنیا آمد، عقد منحل می‌گردد (کاتوزیان، ۱۱۸). به همین جهت در این موارد حقوقدانان احراز اراده طرفین را بهترین شیوه حل مساله می‌دانند (سنهوری، ۳۰).

پس از شناخت هر دو تعلیق برای تبیین تعلیق در انحلال و تفکیک آن از نهادهای مشابه به بررسی تاسیسات مشابه در فقه امامیه می‌پردازیم:

تفاوت تعلیق در انحلال و خیار شرط

علی‌رغم اختلاف نظر فقهای عامه در صحت یا عدم صحت خیار شرط (خطیب

شربینی، ۴۱۱ و شیخی زاده، ۳۴)، در فقه امامیه صحّت خيار شرط اجماعی بوده (انصاری، ۲۲۸) و در ماده ۳۹۹ ق.م، خيار شرط پذیرفته شده است. شباهت تعلیق در انحلال و خيار شرط در این است که هر دو سبب انحلال قرارداد و سقوط تعهد می‌باشند. با این وجود در تعلیق در انحلال با تحقّق معلّق علیه، عقد خود به خود منفسخ شده و نیازی به اراده انشائی هیچ یک از طرفین نیست. حتی اگر معلّق علیه امری ارادی باشد انفساخ خود به خود انجام می‌گردد. مانند ردّ ثمن در بیع شرط که اگر این تحلیل پذیرفته شود که ردّ ثمن، فسخ نیست بلکه تسلط و سلطنت بر سبب انفساخ می‌باشد (انصاری، ۲۳۰) با توجیه اخیر، با ردّ ثمن، بیع خود به خود منفسخ می‌شود. در حالی که در خيار شرط، اعمال خيار مستلزم اراده انشائی بوده و نوعی ایقاع می‌باشد خواه ابراز اراده با قول باشد یا با فعل.

تفاوت تعلیق در انحلال و حق معلّق فسخ (حق فسخ به صورت معلّق)

گاه ایجاد حق خيار معلّق به امری است (انصاری، ۲۹۹) که در این موارد قبل از تحقّق معلّق علیه اصلاً حق خياری وجود ندارد. (انصاری، ۲۳۰) در فقه عامه نیز ضمن طرح این مسأله تصریح شده که در این موارد پیدایش حق فسخ معلّق بر تحقّق امری در آینده است (ابن قدامه، ۶۷) شیخ انصاری در احتمال اول خود، حق معلّق فسخ را پذیرفته و ردّ ثمن را معلّق علیه حق خيار دانسته بود (انصاری، ۲۳۰). بدیهی است ردّ ثمن به عنوان معلّق علیه خصوصیتی نداشته و هر واقعه ای می‌تواند معلّق علیه به شمار آید که البته نه تنها باید معلّق علیه دارای مدت معین باشد بلکه زمان خيار نیز باید معین باشد (انصاری، ۲۲۸ و طباطبایی یزدی، ۲۸). به عنوان مثال اگر شخصی منزل خود را به دیگری بفروشد که اگر فرزند بایع ظرف یک سال ازدواج نماید (مدت یک سال برای تحقّق معلّق علیه) بایع حق فسخ عقد را برای مدت دو روز داشته باشد، (مدت دو روز برای اعمال خيار) این شرط «حق معلّق فسخ» می‌باشد (طباطبائی یزدی، ۲۶). در حقوق موضوعه ایران ماده ۴۵۸ ق.م در «بیع شرط» مقرر می‌دارد «در عقد بیع متعاملین

می‌توانند شرط کنند که هرگاه بایع در مدت معین تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد...» که اگر ماده با این توجیه یعنی احتمال اول شیخ انصاری تفسیر گردد، فرق بیع شرط (ماده ۴۵۸) و خیار شرط (ماده ۳۹۹) در این است که در خیار شرط، حق فسخ منجز بوده در حالی که در بیع شرط ایجاد حق فسخ معلق به رد ثمن است (انصاری، ۲۸۳ و طباطبایی یزدی، ۲۶). حال با فرض پذیرش تفسیر اول شیخ انصاری یعنی حق معلق فسخ، از نظر تحلیلی در تفاوت حق معلق فسخ و تعلیق در انحلال عقد باید گفت که در تعلیق در انحلال، پس از تحقق معلق علیه، عقد خود به خود و بدون نیاز به انشا منفسخ می‌شود ولی در حق فسخ معلق پس از تحقق معلق علیه فقط حق فسخ ایجاد می‌شود، اما انفساخ رخ نمی‌دهد مگر این که ذی‌نفع خیار خود را اعمال نماید که این امر فسخ است نه انفساخ. به همین جهت در ماده ۴۵۸ ق.م. رد ثمن، اگر فسخ فعلی نباشد (کرکی (محقق ثانی)، ۲۹۲) فقط به منزله تحقق معلق علیه برای ایجاد خیار فسخ است و فسخ نیاز به انشاء دارد (جبعی العاملی، ۲۰۲). مگر اینکه گفته شود رد ثمن عرفاً فسخ فعلی است، (حسینی شیرازی، ۳۶۴ به بعد) علی‌رغم این که هر دو استدلال در فقه در مورد شرط مطرح شده (نجفی، ۳۹، ۳۸) ولی از ظاهر عبارات ماده ۴۵۸ ق.م. استدلال اول قابل برداشت است.

تفاوت تعلیق در انحلال و حق فسخ معلق

در مواردی طبق توافق طرفین ایجاد حق خیار منجز است ولی اثر گذاری خیار، معلق به واقعه ای می‌شود. این توجیه در فقه عامه به چشم می‌خورد (بهوتی، ۵۴۶) و در فقه امامیه نیز توجیه دوم شیخ انصاری به این ترتیب بود که در بیع شرط، خیار از همان لحظه انعقاد عقد بوجود آید، ولی فسخ عقد زمانی رخ دهد که ثمن رد شده باشد (انصاری، ۲۳۰) که در این صورت نه تنها زمان خیار باید معین باشد (ابن حمزه، ۲۳۸) بلکه زمان حصول معلق علیه هم باید معین شده باشد (روحانی، ۱۴۱ و طباطبایی یزدی، ۲۸). به عنوان مثال اگر در قرارداد اجاره مغازه ای شرط شود که مستأجر ظرف

دو ماه (مدت دو ماه برای اعمال خیار) بتواند فسخ اجاره را معلق بر خرید زمینی طرف یکسال انشا کند (مدت یکسال برای تحقق معلق علیه)، ظرف دو ماه مشروطاً له می تواند اجاره را فسخ کند اما فسخ در صورتی اثر دارد و عقد را منفسخ می کند که ظرف یکسال زمینی پیدا شود. تفاوت احتمال اول و دوم شیخ انصاری در این است که در احتمال اول یعنی حق معلق فسخ، ایجاد حق خیار معلق است در حالی که در احتمال دوم یعنی حق فسخ معلق، ایجاد حق خیار منجز است جز این که تأثیر اعمال خیار یعنی انشای فسخ معلق به تحقق امری در آینده گردیده است (جیلانی قمی (میرزای قمی)، ۱۷۴).

حال به فرض پذیرش تفسیر دوم شیخ انصاری یعنی حق فسخ معلق، تفاوت حق فسخ معلق و تعلیق در انحلال در این است که در حق فسخ معلق، ابتدا مشروطاً له ظرف مدت معین باید با اراده انشائی، انشای فسخ کند ولی تأثیر اعمال حق فسخ مزبور، موکول به تحقق امری در آینده می باشد. اما در تعلیق در انحلال بعد از تحقق معلق علیه، انفساخ عقد خود به خود بوده و نیازی به انشای فسخ، نیست.

انتقاد از تعلیق در انحلال عقد

پس از بررسی نهادهای مشابه روشن شد که در تعلیق در انحلال عقد، در زمان انشای عقد، انحلال آن بر حادثه ای محتمل و نامعلوم در آینده معلق می گردد که با حصول معلق علیه، عقد بدون نیاز به انشای فسخ، خود به خود منحل می گردد. برخی از فقهاء احتمال داده اند که این شرط با چند ایراد منطقی روبرو است. نخست این که تعلیق در عقود اجماعاً باطل است و در این راستا تعلیق فسخ نیز نمی تواند صحیح باشد؛ زیرا او علت بطلان تعلیق در این است که انشا نیازمند جزم است و تعلیق منافی جزم می باشد. بنابراین فرقی بین تعلیق در انعقاد و انحلال عقد نبوده و تابع اجماع بوده و باطل است (طهوری، ۴۰۷). ثانیاً در این موارد، انفساخ عقد بدون انشا صورت می پذیرد. چنانچه به فرض، تحقق معلق علیه در آینده بتواند عقد را منحل سازد، این

انفساخ بدون سبب قانونی خواهد بود؛ زیرا زوال عقد منوط به اسباب خاصی است و انفساخ عقد بدون انشا و بدون سبب معنا ندارد (انصاری، ۲۳۰). ثالثاً در تعلیق در انحلال عقد، همزمان با انشای عقد، انشای فسخ معلق بر حصول معلق علیه نیز صورت می پذیرد که در این صورت انشای فسخ همزمان با انشای عقد، در تضاد بوده و عقد و شرط هر دو باطل می باشند. زیرا در زمان انشای عقد، فسخ آن نیز صورت می پذیرد.

از طرف برخی از فقها به ایراد اول چنین پاسخ داده شده است که عمده دلیل بطلان تعلیق، اجماع است که آن هم در عقود می باشد و تعلیق در شروط منعی ندارد (طباطبایی یزدی، ۲۸). وانگهی شاید در انحلال معلق، صرف شرط به عنوان سبب کافی بوده و معلق علیه تأثیری به عنوان سببیت نداشته باشد تا شبهه اجماع مطرح گردد (طباطبایی یزدی، ۲۶). به ایراد دوم فوق چنین پاسخ داده شده است که انفساخ عقد بدون سبب نیست؛ زیرا همان اراده‌ای که عقد را انشا کرده است انفساخ آن را نیز به صورت معلق انشا نموده است و ایراد سوم نیز به این شکل برطرف می گردد که بعد از انشای عقد نیازی به انشای فسخ جداگانه نبوده و در این صورت تضادی بین انشای عقد و انشای فسخ آن در خود عقد نیست (طباطبایی یزدی، ۲۸). زیرا در لحظه انعقاد عقد گرچه زمان انشای هر دو عرفاً یکی است اما زمان تحقق عقد با زمان تحقق انفساخ دو زمان جداگانه است. با یک انشاء ابتدا عقدی به وجود می آید و پس از مدتی با حصول معلق علیه منفسخ می گردد. در صورتی امکان تضاد بین عقد و فسخ بود که زمان تشکیل عقد، و زمان انفساخ آن یکی بود، در حالی که در تعلیق در انحلال، عقد زمان عقد و فسخ متفاوت است. در تعلیق در انحلال، عقد یک ماهیت حقوقی منجز است که فوراً در عالم اعتبار پدید می آید ولی این شرط در آن درج گردیده که اگر معلق علیه مورد نظر در آینده به وقوع بپیوندد عقد مزبور منفسخ گردد. با توجه به این که عقد، معلق نیست بلکه فقط شرط، معلق است به فرض که ادعای اجماع نیز پذیرفته شود، اجماع مربوط به «عقد» معلق است نه «شرط» معلق و در صحت چنین ماهیتی

ایرادی به نظر نمی‌رسد. به همین دلیل تعلیق در عقد و ایقاع به ویژه اگر در مُنشأء باشد در عرف و شرع مصادیق زیادی دارد (طهوری، ۴۱۴). حال ممکن است این اشکال وارد شود که عموماً نفوذ عقد همچون «اوفوا بالعقود» ناظر به مصادیق متعارف و به عبارتی عقود معین بوده و عقدی که انحلال آن بصورت معلق شرط شده غیر متعارف بوده و عموماً صحت شامل آن نشده و بنابراین باطل است (نراقی، ۷ و نجفی، ۲۱۲). و به قول میرزای قمی «عموم اوفوا بالعقود و امثال آن محمول است بر عقود معهوده در زمان شارع نه هر چه هر کس خواهد اختراع کند» (جیلانی قمی، ۴۱) در پاسخ به نظر می‌رسد باید با فقهایمانند صاحب عناوین همراه شد که عموماً نفوذ عقد را شامل هر آنچه که بر آن بتوان اطلاق عقد نمود می‌دانند (حسینی المراعی، ۱۲ و نجفی خوانساری، ۷۳) و انگهی ادله نفوذ عقد و شرط، هر شرطی را که مخالف کتاب و سنت نباشد در بر می‌گیرد و از این رو قراردادی که در آن شرط انحلال درج شده است مشمول ادله نفوذ و صحت شرط می‌گردد (خویی، ۳۳۹). در حقوق امروزی نیز ماده ۱۰ ق.م همراه با اصل صحت مندرج در ماده ۲۲۳ ق.م، صحت چنین شرطی را تأیید کرده و نفوذ هر عقد و شرطی را جز در مواردی که خلاف صریح قانون باشد در بر می‌گیرد (کاتوزیان، ۳۵۴).

زمان تأثیر شرط

تا اینجا روشن گردید که گرچه انشای زوال عقد در خود عقد و همزمان با آن است ولی زمان تحقق معلق علیه انحلال با عقدیکسان نیست و در آینده خواهد بود. اما می‌توان این سؤال را مطرح نمود که اگر زمان تحقق آینده باشد زمان تأثیر نیز آینده است یا این که شرط، سیر قهقرائی داشته و از زمان انعقاد عقد، آن را منفسخ می‌سازد؟ به عنوان مثال اگر در عقد اجاره ای این شرط درج گردد که اگر از زمان انعقاد تا یک سال دیگر، فرزند موجد از دانشکده فارغ التحصیل گردد، اجاره منفسخ شود. اگر بعد از

یازده ماه از زمان انعقاد عقد، فرزند مزبور بتواند فارغ التحصیل شود آیا عقد از زمان فراغت از تحصیل منفسخ می‌گردد یا از زمان انعقاد عقد؟

در حقوق فرانسه ماده ۱۱۷۹ ق.م.فرانسه در مورد حصول معلق علیه اثر قهقرائی در نظر گرفته شده است و مقرر می‌دارد: «شرط دارای اثر قهقرائی^۱ از روز تشکیل تعهد است...». و در مورد اثر قهقرائی در انحلال معلق عقد، صراحت بیشتری وجود داشته و ماده ۱۱۸۳ مقرر می‌دارد: «شرط فاسخ شرطی است که هنگامی که به وقوع می‌پیوندد سبب فسخ تعهد می‌شود و امور را به همان وضعیتی برمی‌گرداند که گویا تعهد، هرگز به وجود نیامده است...». بنابراین در حقوق فرانسه برای تعلیق عقد و تعلیق انحلال عقد، اثر قهقرائی در نظر گرفته شده و در عقد معلق، عقد از زمان تشکیل اثر داشته است و در تعلیق در انحلال نیز از روز انعقاد، عقد زایل می‌شود به نحوی که گویا هیچ زمان عقدی بوجود نیامده است (استارک^۲، ۵۴۸). البته اثر قهقرائی انحلال، فرضی بیش نیست (کولن.کاپیتان^۳، ۳۷۶) یعنی امره نبوده بلکه از مقررات تکمیلی می‌باشد که شرط خلاف آن باطل نیست (استارک^۴، ۵۴۹) لازم به ذکر است که در مورد زمان تأثیر شرط در حقوق تعهدات رویه واحدی وجود ندارد جز این که حقوقدانان مقررات آن را تکمیلی می‌دانند. به همین جهت حتی اگر زمان تأثیر شرط از زمان حصول معلق علیه باشد، حکم مزبور تکمیلی بوده و توافق بر خلاف آن ممکن است (کاتوزیان، ۱۲۰). به عنوان مثال بند ۲ ماده ۱۵۰ قانون تعهدات سوئیس از این رویه پیروی نموده و مقرر داشته که زمان تأثیر شرط، زمان حصول معلق علیه است مگر این که بر خلاف آن توافق شده باشد.

در فقه و به تبع آن در حقوق ایران به نظر می‌رسد با توجه به وحدت ملاک

1 . effect rétroactif

2 . Starck

3 . Colin.Capitant

4 . Starck

فسخ عقد، زمان تأثیر شرط از زمان وقوع معلق علیه است یعنی عقد از زمان تشکیل عقد تا زمان تحقق معلق علیه صحیح و دارای اثر بوده است و از زمان وقوع معلق علیه، منحل می گردد. زیرا این که عقدی تشکیل شده و آثار خود را داشته باشد ولی پس از حصول معلق علیه از روز انعقاد کان لم یکن شود با مبانی فقهی سازگار نیست (نجفی، ۳۸ و ۳۹).

البته نسبت به عوضین عقد باید گفت با تحقق معلق علیه عقد منحل شده و عوضین به جای نخستین خود باز می گردند (انصاری، ۳۰۲ و ۲۳۰ و در فقه عامه، شروانی و ابن قاسم العبادی، ۶۰۳). و از این منظر یاد آور اثر قهقرائی در حقوق فرانسه است، اما نسبت به منافع با توجه به فقه (نجفی، ۳۸ و ۳۹) و وحدت ملاک موادی مانند ماده ۲۸۷ در مورد اقاله و ماده ۴۵۹ در بیع شرط، اثر شرط نسبت به آینده است مگر طرفین بر خلاف آن توافق کرده باشند. در حقوق برخی از کشورهای اسلامی مانند ماده ۲۷۰ ق.م.مصر نیز به تبع از فرانسه برای تعلیق، اثر قهقرائی در نظر گرفته شده است مگر از اراده طرفین یا طبیعت عقد خلاف آن ظاهر گردد (سنهوری، ۵۹).

ظرف زمانی تحقق معلق علیه

با توجه به شباهت شرط انحلال معلق و خیار شرط این سؤال به ذهن می رسد که آیا در تعلیق در انحلال مانند شرط خیار، درج مدت معینی لازم است یا نه؟ در پاسخ به این سؤال بین حقوق فرانسه و ایران تفاوت وجود دارد.

در حقوق فرانسه ذکر مدت معین برای تعلیق لازم نیست (کولن، کاپیتان^۱، ۳۶۸ و فابر، مانیا^۲، ۱۵۰). گرچه طرفین قرارداد معمولاً برای تحقق معلق علیه خواه در انعقاد معلق یا انحلال معلق، مهلتی را درج می کنند و این امر از خلال برخی از مواد قانون مدنی فرانسه مانند مواد ۱۱۷۶ و ۱۱۷۷ بر می آید با این وجود درج مدت در حقوق

1 . Colin.Capitant

2 . Faber.Magnan

فرانسه الزامی به نظر نمی رسد.

در فقه ذکر مدت برای شرط ضروری است اما در مورد مدت مضبوط برای شرط هم در فقه امامیه اختلاف است (علم الهدی، ۴۳۴ و انصاری، ۲۲۸ و جواهرالکلام، ۳۲) و هم در فقه عامه (بکری، ۴۶ و جزیری، ۱۷۷) ولی به تبع برخی از فقها که معتقد به مدت معین و مضبوط برای شرط می باشند (محقق حلی، ۲۲) ماده ۴۰۱ ق.م.مقرر می دارد: «اگر برای خیار شرط، مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است». که علت چنین حکمی پرهیز از غرر است (جبعی العاملی، ۳۲۴ و علامه حلی، ۶۶) و در تعلیق نیز برخی از فقها به ظرف زمانی اشاره نموده اند (خویی، ۱۱۰ و طباطبایی یزدی، حاشیه مکاسب، ۲۸) که عقد صحیحی نیز که انحلال آن در ظرف مدت مجهولی معلق شده باشد غرری و باطل است (نجفی، ۳۲). بنابراین در حقوق ایران به تبع از فقه باید برای تحقق معلق علیه مدت معینی تعیین شود. در توجیه این امر که چرا زمان حصول معلق علیه باید روشن نباشد چند توجیه ارائه شده است: برخی معتقدند که وجود شرط مزبور در ارزش مبیع تاثیر فراوانی دارد. زیرا همانگونه که بعداً مطرح خواهد شد در عقدی که چنین شرطی درج شده مشروط علیه نمی تواند در مورد معامله دخل و تصرف کند و چنانچه مدت مجهول باشد ارزش مبیع به مقدار مجهولی کاهش پیدا می کند و این امر از مصادیق شرط مجهولی است که جهل آن به عوضین سرایت کرده و به استناد ماده ۲۳۳ قانون مدنی، باطل و مبطل خواهد بود. به عبارتی شرط، قسمتی از عوض است که اگر مجهول باشد عوض، مجهول بوده و عقد باطل است (طباطبایی، ۵۲۴). همچنان که می توان به استناد غرری بودن عقد را باطل دانست (نجفی، ۳۲).

آثار عقد قبل از حصول معلق علیه در تعلیق در انحلال عقد

در این قسمت به بیان آثاری پرداخته می شود که قبل از حصول معلق علیه بر عقدی که انحلال آن معلق شده بار می گردد. با توجه به تشکیل عقد و با توجه به

شباهت های زیاد حقوق ایران و فقه و فرانسه در قسمت قراردادهای به شرح این آثار پرداخته می شود.

در حقوق فرانسه تعلیق در انحلال، گاه در عقود عهدی و گاه تملیکی است که در هر دو، عقد صحیح بوده و سبب تملیک یا ایجاد تعهد می باشد (مجموعه دالوز^۱، ۲۰۱). اگر انحلال عقد تملیکی معلق گردد مانند فروش یک باب منزل با این شرط که اگر ظرف یک سال فرزند فروشنده ازدواج نماید عقد منفسخ شود در حقوق فرانسه، عقد صحیح بوده است (مازو^۲، ۱۰۹۱). و تملیک حاصل می گردد (سنهوری، ۳۴). همچنین در این رژیم حقوقی در عقدی که انحلال آن معلق شده است، مالکیت به منتقل^۳ الیه انتقال می یابد (استارک^۳، ۵۴۴ و ۵۴۷ و بودری، لاکانتینری^۴، ۱۰۹) که این مالکیت نامستقر است (استارک^۵، ۵۴۷).

در فقه نیز علی رغم عقاید مختلف در عقد خیار^۱ که شبیه به چنین نهادی است هم در فقه عامه (حجی الکردی، ۲۴۱ و شیخ نظام، ۴۰) و هم در فقه امامیه (بحرانی، ۳۱) در عقد تملیکی که انحلال آن معلق شده است باید معتقد به تملیک عین به مشتری شد که قانون مدنی نیز در مواد ۳۶۴ و ۴۵۹ ق.م از همین نظر پیروی کرده است که به تبع این تملیک منافع نیز ملک منتقل^۲ الیه است (ماده ۴۵۹ ق.م). البته این، مالکیت نامستقر بوده (حلی، ۳۸۵) و دخل و تصرف منتقل^۳ الیه در مال نباید منافی حق^۴ مشروط^۴ له باشد (انصاری، ۲۹۸) که ماده ۴۶۰ ق.م به تبع از فقه (جیلانی قمی، ۲۰۶ و ۳۸) مقرر می دارد: «در بیع شرط، مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید». بنابراین تصرفات مالکانه در حدود مالکیت نامستقر منتقل^۳ الیه به شرط رعایت حقوق ذی نفع صحیح است (انصاری، ۲۹۹) (ماده ۵۰۰ ق.م).

1. Dalloz

2. Mazeaud

3. Starck

4. Baudry.Lacantinerir

5. Starck

بنابراین، انحلال معلق به نوعی، تصرفات ناقله منتقله الیه را محدود می‌کند. ماده ۴۵۴ ق.م بیان می‌دارد: «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر این‌که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است». که درج شرط تعلیق برای انحلال، یکی از مواردی است که تصرفات ناقله به صورت ضمنی منع می‌شود (جیلانی قمی (میرزای قمی)، ۱۷۴).

اگر انحلال عقد عهدی نیز معلق گردد در حقوق فرانسه تمام آثار عقد عهدی ایجاد می‌گردد و متعهد له قبل از حصول شرط باید بتواند وفای به عهد را از متعهد، مطالبه کند و در صورت امتناع، اجبار وی به انجام تعهد را از دادگاه بخواهد؛ در این موارد وفای به عهد لازم بوده (استارک^۱، ۵۴۷) و چنین وفایی ایفای ناروا نیست. همچنان‌که چنین دیونی می‌تواند مشمول اسباب سقوط تعهدات از قبیل تبدیل تعهد، ابرا و... شود. همچنین حواله دین و ضمان و رهن برای آن صحیح می‌باشد (مازو، ۱۰۵۳).

در فقه نیز این مسأله مطرح شده است که خیار مانع از انتقال نیست (انصاری، ۲۹۸) که ماده ۳۶۳ ق.م نیز همین نظر را پذیرفته است. حال بدیهی است که اگر ثمن، عین معین باشد درج خیار مانع از انتقال ثمن به بایع نخواهد شد و اگر ثمن، کلی ما فی الذمه باشد نیز بر ذمه مشتری بار شده و به عنوان یک تعهد، وجود خیار مانع از امکان مطالبه آن نیست.

آثار عقد بعد از حصول معلق علیه در تعلیق در انحلال عقد

از منظر فقه با تحقق معلق علیه، قراردادی که انحلال آن معلق شده است منفسخ می‌شود (انصاری، ۲۹۹) و در حقوق فرانسه وضعیتی بوجود می‌آید که بیشتر شبیه

1 . Starck

2 . Mazeaud

بطلان است تا انفساخ (استارک^۱، ۵۴۴). همین امر سبب شده که آثار عقد پس از حصول معلق^۲ علیه در دو سیستم حقوقی در مواردی مشترک و در مواردی متفاوت باشد. اگر عقد تملیکی باشد مانند بیع عین معین، در فقه در خصوص عوضین باید گفت مبیع به ملکیت بایع و ثمن نیز اگر عین معین باشد به ملکیت مشتری بازگشته و اگر ثمن، کلی باشد مانند پول بر ذمه بایع استوار می‌گردد (توحیدی تبریزی، ۲۳۱). در حقوق فرانسه نیز نتیجه مشابهی به چشم می‌خورد (استارک^۲، ۵۴۸ و توله^۳، ۲۸۸).

در عقد عهدی نیز اگر به تعهدات ناشی از عقد عمل نشده باشد با تحقق معلق^۴ علیه، عقد منفسخ شده و ذمه بری می‌گردد. گرچه در فقه این موضوع مطرح شده که اگر در بیع شرط هنوز ثمن پرداخت نشده و وفای به عهدی صورت نگرفته باشد خیار هست یا نه که علی‌رغم وجود تردید حکم به امکان انفساخ داده شده است (انصاری، ۲۳۰).

در حقوق فرانسه نیز در چنین وضعیتی طبق ماده ۱۲۳۴ ق.م. فرانسه، تعهدات ساقط می‌گردد (بودری. لاکانتینری^۴، ۱۰۹).

اگر وفای به عهد صورت گرفته باشد در حقوق فرانسه اجرای تعهد، مانع از انحلال نبوده و با تحقق معلق^۵ علیه عقد منحل می‌گردد (مازو^۵، ۱۰۵۶).

در فقه نیز با تحقق معلق^۶ علیه عقد منحل شده و ذمه متعهد له به رد مال دریافت شده مشغول می‌گردد (انصاری، ۲۳۰).

تا این جا معلوم شد که در مرحله بعد از حصول معلق علیه نسبت به عوضین در فقه و حقوق ایران با حقوق فرانسه شباهت هایی موجود است اما نسبت به منافع و

1 . Starck

2 .Starck

3 . Toulet

4 . Baudry.Lacantinerie

5 .Mazeaud

تصرفات تفاوت هایی وجود دارد:

نسبت به منافع عوضین در حقوق فرانسه طبق ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی در تعلیق در انحلال عقد، معلق علیه اثر قهقرائی داشته است (آلکس، تره^۱، ۹۵۶) و امور به همان وضعی برمی گردد که قبل از عقد بوده است (استوفل، مانک^۲، ۶۷۲) به نحوی که اثر انحلال به گذشته سرایت می کند، بطوری که گویا عقدی منعقد نشده است و بنابراین معلوم می گردد که طرفین هیچ زمان مالکیتی نسبت به منافع پیدا نکرده اند و بنابراین مالکیت منافع باید متعلق به مالک قبل از عقد باشد (استارک^۳، ۵۴۸).

در فقه اثر انحلال در مورد منافع نسبت به آینده می باشد (نجفی، ۳۷) اما از نظر بازگرداندن عوضین به ملکیت طرفین قبل از انعقاد عقد، اثری شبیه به اثر قهقرائی حقوق فرانسه دارد. به عنوان مثال در بیع یک باب منزل با این شرط که اگر فرزند بایع ظرف یک سال متأهل شود بیع فسخ گردد، اثر تحقق معلق علیه این است که منزل را به ملکیت بایع در آورده و ثمن نیز بر ذمه بایع قرار می گیرد. (علامه حلی، ۹۶) بنابراین مانند حقوق فرانسه عوضین به وضعیت قبلی بازمی گردد اما بر خلاف حقوق فرانسه بقیه آثار مانند منافع و غیره ناظر به آینده است. بنابراین از زمان عقد تا زمان حصول معلق علیه و انحلال عقد، طرفین مالک منافع منفصل به حساب می آیند.

نسبت به تصرفات نیز در حقوق فرانسه بعد از تحقق معلق علیه، تصرفات منتقل الیه از زمان عقد تا زمان حصول معلق علیه باید باطل باشد (استارک^۴، ۵۴۸). زیرا در حقوق فرانسه شرط، اثر قهقرائی داشته و امورا به همان وضعیتی برمی گرداند که گویا هیچ زمان عقد بوجود نیامده و منتقل الیه هیچ زمان مالک نبوده است (بودری، لاکانتینری^۵، ۱۰۹).

1 . Alex.Terré

2 . Stoffel.Munck

3 . Starck

4 . Starck

5 . Baudry.Lacantinerie

در فقه چنین تصرفاتی از زمان عقد تا زمان حصول معلق^۱ علیه، اگر منافی حق^۲ مشروط^۳ له نباشد، صحیح است و از زمان حصول معلق^۴ علیه اگر با حق مشروط^۵ له منافات داشته باشد صحیح نیست (انصاری، ۲۹۵). ماده ۵۰۰ ق.م. در یک مورد مقرر می‌دارد: «در بیع شرط، مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که با بیع حق^۶ خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بیع باشد باید به وسیله جعل خیار یا نحو آن حق^۷ بیع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافی با حق^۸ بیع باشد باطل خواهد بود». وانگهی منافع منفصله از زمان عقد تا زمان حصول معلق^۹ علیه و انحلال عقد، ملک مالک بعد از عقد بوده و از زمان حصول معلق^{۱۰} علیه به ملکیت مالک قبل از عقد بازمی‌گردد (ماده ۴۵۹ ق.م.).

نکته دیگر این که در حقوق فرانسه در عقود عهدی که موضوع آن انجام عملی بوده و انحلال آن معلق است اگر متعهد، قبل از تحقق معلق^{۱۱} علیه، وفای به عهد کرده باشد، بعد از تحقق معلق^{۱۲} علیه با توجه به اثر قهقرائی شرط، متعهد^{۱۳} له موظف است آنچه را گرفته به متعهد، مسترد دارد (استارک^{۱۴}، ۵۴۸). همچنان که به عنوان مثال اگر در عقد اجاره‌ای شخصی اجیر شده باشد تا دیواری را به مبلغ صد هزار ریال رنگ‌آمیزی نماید مشروط به این که اگر برادر کارفرما ظرف یک ماه از دواج نماید عقد منفسخ شود، با تحقق معلق^{۱۵} علیه، عقد منفسخ شده و اجیر باید صد هزار ریال را به صاحب کار بازگردانده و صاحب کار نیز موظف به پرداخت اجرة المثل به اجیر است. در برخی از کشورهای اسلامی با این که در تحقق معلق^{۱۶} علیه اثر قهقرائی را پذیرفته‌اند اما در مورد عقود مستمر^{۱۷} مانند اجاره قائل به استثنا شده‌اند و اثر تحقق شرط را فقط نسبت به آینده می‌دانند و بنابراین در عقد اجاره مورد مثال از زمان تحقق شرط، عقد اجاره را منفسخ می‌دانند (سنهوری، ۷۲).

1. Starck

2. contrat a execution successive

نتیجه‌گیری

علی‌رغم این‌که فقها در بحث تعلیق اصولاً تنجیز را شرط صحّت عقد دانسته و تعلیق را با آن مغایر و سبب بطلان عقد می‌دانند و بر این نکته نیز ادعای اجماع شده است ولی بررسی فقه اسلامی حاکی از آن است که برخی از فقها تعلیق در عقد را خصوصاً تعلیق در مُنشأء را پذیرفته‌اند و قانون مدنی نیز از عقاید این دسته از فقها پیروی نموده است. ماده ۱۸۹ ق.م.مقرر می‌دارد: «عقد منجّز آنست که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود». البته این ایراد منطقی به ظاهر ماده ۱۸۹ ق.م.م وارد است که ظاهر عبارت بیشتر با تعلیق در تأثیر سازگار است نه تعلیق در مُنشأء. ولی شارحین قانون مدنی معتقدند منظور نویسندگان قانون مدنی به تبع از فقه، تعلیق در منشاء یا خود عقد بوده نه تعلیق در اثر (شهیدی، ۶۷) که به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۱۸۴ ق.م.م که در مقام تقسیم بندی عقود، سخن از عقد معلق به میان آورده است نه اثر عقد و با توجه به بداهت بطلان تعلیق در انشاء باید عقد معلق قانون مدنی را منصرف به تعلیق در منشاء دانست. وانگهی دایره تعلیق، محدود به تشکیل عقد نمانده و در برخی از آرای فقهی تعلیق در انحلال نیز مطرح گردیده است. تعلیق در انحلال عقد در حقوق فرانسه مطرح شده و به نظر می‌رسد می‌توان از احکام تعلیق استفاده کرد و به کمک فقه مخصوصاً با توجه به مقررات خیار شرط و بیع شرط و با توجه به وحدت ملاک این مقررات می‌توان در حقوق ایران نیز تعلیق در انحلال عقد را صحیح دانست. حتی اگر ادعای اجماع مبنی بر بطلان عقد معلق را بتوان پذیرفت، می‌توان آن را از تعلیق در انحلال منصرف دانست. همچنان‌که با توجه به ماده ۱۰ ق.م. و اصل صحّت، اعتقاد به نفوذ شرط، اقوا به ذهن می‌رسد و منافاتی با موازین فقهی نخواهد داشت. چنانچه برخی از کشورهای اسلامی در پذیرش آن تردید به خود راه نداده‌اند.

بنابراین می‌توان این انتظار را از مقنن داشت تا برای تکمیل قانون مدنی ایران

در کنار تعلیق در انعقاد عقد؛ تعلیق در انحلال آن را نیز مطرح کند و شبهه بطلان آن را از ذهن ها بزدايد؛ انسان که در فقه اسلامی این کار انجام شده است. بدین ترتیب این انتظار از مقلّین می رود تا غبار از چهره نهاد تعلیق در انحلال که یکی از ظرافت های موجود در فقه اسلامی است بزدايد تا نه تنها بر غنای قانون مدنی افزوده شود بلکه توجیه برخی از موادّ قانون مدنی آسان تر گردد.

منابع

الف: منابع فارسی

- امامی، دکتر سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران انتشارات اسلامیه، ج ۱، ۱۳۷۰.
- شهیدی، دکتر مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، نشر حقوقدان، ج ۱، ۱۳۷۷.
- کاتوزیان، دکتر ناصر، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، انتشارات بهنشر، ج ۱، ۱۳۷۲.
- _____، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، انتشارات بهنشر، ج ۲، ۱۳۶۶.
- _____، *حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات*، نشر یلدا، ۱۳۷۴.

ب: منابع عربی

- ابن علامه، فخر المحققین، *ایضاح الفوائد* ج ۲، بی جا ۱۳۸۷ ه.ق.
- ابن حمزه، ابی جعفر محمد بن علی طوسی، *الوسيلة الى نیل الفضیلة*، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، *ردّ المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار* ج ۷، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ه.ق ۱۹۹۴.
- ابن قدامه، ابی محمد عبدالله بن احمد بن محمد، *المعنی*، ج ۴، دارالکتب العلمیه، ۱۳۶۲.
- انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*، ایران، تبریز، اطلاعات، ۱۳۷۵ ه.ق.
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة*، ج ۱۲، جامعه المدرسین، بی تا.

- بهوتی، منصور بن یونس، **كشف القناع**، ج ٣، دار الكتب العلمیه ١٤١٨ هـ ق.
- باز، سلیم رستم، **شرح المجلة**، المطبعة الادبیه، ١٩٢٣ م.
- بكرى، ابى بكر عثمان بن محمد شطا الدمیاطی، **حاشية اعانه الطالبین**، ج ٣، ادار الكتب العلمیه، ١٤١٥ هـ ق. ١٩٩٥ م.
- توحیدى تبریزی، محمدعلی، **مصباح الفقاهة**، تقریرات، درس آیت الله سید ابوالقاسم الخویى، قم، چاپ صدر، ١٩٩٦ م، ١٤١٧ هـ ق جلد ٦.
- جبعى العاملی، زین الدین، **مسالك الافهام**، ج ٣، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ١٤١٤ هـ ق.
- جبعى العاملی، زین الدین، **الروضة البهیة** ج ١، مكتب الاعلام الاسلامی ١٣٧٢.
- جیلانی قمی، (میرزای قمی) میرزا ابولقاسم بن الحسن، **جامع الشتات**، ج ٢، مؤسسه کیهان، ١٤١٣ هـ ق.
- _____، **جامع الشتات**، ج ٣، مؤسسه کیهان، ١٣٧١.
- _____، **غنائم الايام فى مسائل الحلال، والحرام**، ج ٤، مكتب الاعلام الاسلامی ١٤١٧ هـ ق.
- جزیری، عبدالرحمن، **كتاب الفقه على المذاهب الاربعة**، ج ٢، دار احیاء التراث العربی، ١٤١٣ هـ ق ١٩٩٣ م.
- محقق حلی، ابی القاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، **شرايع الاسلام**، قم، چاپخانه امیر، ١٣٧٤ هـ ش، جلد ٢.
- حلی (علامه) حسن بن یوسف بن مطهر، **مختلف الشیعه**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٥ هـ ق، جلد ٥.
- _____، **تبصرة المتعلمین**، چ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ١٤١١ هـ ق. ١٩٩٠ م.
- حلی، (ابن فهد)، **المهذب البارع**، ج ٢، جامعه المدرسین ١٤١١ هـ ق.
- حلی، یحیی بن سعید، **الجامع الشرايع**، مؤسسه سید الشهداء ١٤٠٥ هـ ق.

حسینی المراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین الفقهیة*، ج ۲، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة الجماعة المدرسین بقم المشرفة.

حسینی شیرازی، حاج سید محمد، *ایصال الطالب*، مؤسسه الاعلمی، ۱۳۷۳.

حجی کردی، احمد، *بحوث فی الفقه الاسلامی*، دار المعارف للطباعة، ۱۳۹۷ هـ.ق. ۱۹۷۷ م.

حصفکی، علاء الدین، *الدر المختار*، دار الفکر ۱۴۱۵ هـ.ق.

_____، *الدر المختار*، دار الفکر ۱۴۱۵ هـ.ق.

حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة*، ج ۱۲، مکتبه السید المرعشی ۱۴۰۴ هـ.ق.

خویی، ابوالقاسم، *اجاره*، مطبعة العلمیه ۱۳۶۵ هـ.ق.

_____، *المسافات*، دار العلم ۱۴۰۹ هـ.ق.

_____، *مصباح الفقاهة*، ج ۷، نشر وجدانی، ۱۳۶۸.

خطیب شربینی، شمس الدین محمد بن محمد، *معنی المحتاج*، ج ۲، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵

هـ.ق. ۱۹۹۴ م.

روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق*، ج ۱۷، مؤسسه دار الکتب ۱۴۱۴ هـ.ق.

روحانی، سید محمد صادق، *المرتقی الی الفقه الارقی*، ج ۱، مطبعة ستاره ۱۴۲۰ هـ.ق.

سنهوری، دکتر عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت، لبنان،

منشورات الحلبي الحقوقية، ۱۹۹۳ م، جلد ۳.

سمرقندی، علاء الدین، *تحفة الفقهاء*، ج ۳، دارالکتب العلمیه، بی تا.

شروانی، عبدالحمید، ابن قاسم العبادی، حواشی الشروانی وابن قاسم العبادی علی *تحف*

المحتاج شرح المنهاج، ج ۱۵، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ هـ.ق.، ۱۹۹۶ م.

شیخ نظام، *الفتاوی الهندیة*، ج ۳، دار الصار، ۱۴۱۱ هـ.ق.، ۱۹۹۱ م.

شیخی زاده، عبدالرحمن بن محمد بن سلیمان الکیبولی، *مجمع الانهر فی شرح ملتقى*

الابحر، ج ۳، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۹ هـ.ق.، ۱۹۹۸ م.

طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی، *المبسوط*، ج ۲، چ ۳، المطبعة الحیدریه، ۱۳۷۸.

- _____، *المبسوط*، ج ٤، مكتبة المرتضوية، ١٣٧٨.
- طبا طبایبی یزدی، محمد کاظم، *حاشیة مکاسب* ج ٢، اسماعیلیان ١٣٧٨ هـ.ق.
- طباطبایبی، سید علی، *ریاض المسائل*، ج ١، مؤسسه آل البيت، ١٤٠٤ هـ.ق.
- طهوری، شیخ صادق، *محصل المطالب فی تعلیقات المكاسب*، ج ١، انتشارات انوار الهدی ١٤١٩ هـ.ق.
- علم الهدی، علی بن الحسین الموسوی البغدادی، *الانتصار*، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٥ هـ.ق.
- کرکی (محقق ثانی) علی ابن الحسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ٤، مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، ١٤١١ هـ.ق، ١٩٩١ م.
- مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفایده و البرهان*، ج ١٠، جامعه المدرسین ١٤١٢ هـ.ق.
- موسوی بجنوردی، سید محمد حسین، *القواعد الفقهیة* ج ٣، الهادی ١٤١٩ هـ.ق.
- _____، *القواعد الفقهیة*، ج ٦، الهادی ١٤١٩ هـ.ق.
- نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام*، ج ٢٢، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٨.
- _____، *جواهر الکلام*، ج ٢٣، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٥.
- _____، *جواهر الکلام*، ج ٤٠، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٢ هـ.ش.
- نجفی خوانساری، شیخ موسی، *منیة الطالب*، ج ٣، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٨.
- نراقی، ملا احمد، *عواید الایام*، ج ١، مكتبة بصیرتی، ١٤٠٨ هـ.ق.

ج) منابع فرانسوی

Alex.Weill.Terré.Francois.Driot civil.Les obligations.Dalloz.2é.éd.1975.

Baudry- Lacantinerie. H. précis de Droit civil. Paris. Librairie de la société de Recueil sirey. 12é. éd. 1921. T. 2.

Colin. Ambroise. Capitan. H. Droit civil Français. Paris. Librairie Dalloz. 8é. éd.

1935. T. 2.

- Dalloz. Précis de Droit civil. Paris. Librairie Dalloz. 2^e. éd. 1928. T. 2.
- Faber-Magnan(Muriel).Les obligations,press universitaires de France
1^e.éd.2004.
- Flor(Jacques)Aubert(Jean-Luc)Flour(Yvonne)Savaux(Eric).Droit civil.Les
obligations.sirey .Dalloz.4^e.éd.2006.
- Gaudmet.Eugéne.Theorie générale des obligations.Dalloz.1^e.éd.2004.
- Kanner. M. le Droit simple et complet. Paris. Librairie Générale de Droit et de
Jurisprudence. 5^e. éd. 1965.
- Mazeaud(Henri,Leon,Jean,)Chabas(Francois)Lecon de Droit
civil.Montchrestien.9^e.éd.par Francois Chabas.1985.T .2.
- Malourie(Philippe)Aynes(Laurent)Stoffel-Munk(Philippe)Droit civil.Les
obligation.Defrénois.1^e.éd. 2004.
- Porchy-Simon(Stephanie)Droit civil.Les obligation.Dalloz.3^e.éd 2004.
- Starck. Boris. Droit civil. Obligations. Paris. Librairie Techniques. Librarire de la cour
de cassation. 1972.
- Terré.(Francois)Simler(Philippe)Lequette(yves)Droit civil.Les
obligstions.Dalloz.9^eéd.2005.

(established laws) can be found in Imāmī jurisprudence, which are very similar to "suspension in cancellation of commitment" in French law. In one respect, the source of Iranian civil law in commitments section has been Imāmī jurisprudence and French civil law, but this legal institution is missing here. Thereby, the question arises as to whether suspension in cancellation of commitment is included in the above-mentioned consensus and is not compatible to the Iranian law, hence not being explicitly accepted; or, for complementing the law, such legal institutions can be considered as out of consensus with regard to some jurisprudential establishments and accepted in Iranian law, too. Using the comparative study, this article is addressing suspension in cancellation of contract and its effects.

Keywords: suspension in cancellation of contract, lapse of commitment, retrogressive effect.

by the legislator. This difference makes the domain of responsibility in the conventional responsibility subject to the intention of the two, enabling them to expand or restrict the extent of their commitment to the compensation of damage in case of violating the law. The more recent view denies this difference and considers other differences as peripheral.

The present article highlights the first viewpoint and the author believes that since the origin of conventional responsibility is the intention of the two sides, they can assume the responsibility to be bigger or smaller than what is asserted in rules and that this agreement is not against the imperative rulings of the law-maker or the legislator.

Keywords: civil responsibility, conventional responsibility, violation of contract, fulfillment of commitment.

An Analysis of Suspension in Cancellation of Contract in Imāmī Jurisprudence and French Law

Dr. ‘Alīriḍā Yazdāniān, Assistant Professor

Department of Law, Isfahan University

Despite the claimed consensus concerning the cancellation of suspension in signing a contract, certain suspended institutions

while studying and analyzing the arguments of the two sides on both issues, to touch upon the evidences derived from traditions available in this respect and to explore into different dimensions of this subject.

Keywords: ruler, legal punishment, penalty, Sultan, ruling, punishment.

The Basis for Civil Responsibility or Liability Resulting from the Failure to Fulfill a Commitment

Sayyid Ḥasan Vaḥdatī Shubayrī, Assistant Professor

Faculty of Law, Qum University

Civil responsibility, meaning to undertake to compensate the damage, is divided into two types of conventional and natural responsibility. The difference of these two lies in the existence of a conventional relation between the two sides before infliction of damage. That the above-mentioned difference becomes the origin for a dramatic difference in the basis and outcomes of the two types of responsibility is controversial among the jurists. The well-known view considers the origin of conventional responsibility to be the explicit or implicit intention of the two sides of convention and the origin of natural responsibility to be the ruling ordained

Execution of Legal Punishments in the Age of Occultation

**Ḥamīd Masjidsarā'ī, PhD Student of Jurisprudence and
Fundamentals of Islamic Law**

Tehran University

Dr, 'Ābidīn Mu'minī, Assistant Professor

Faculty of Theology, Tehran University

Although our religious doctrines have given special importance to the execution of legal punishments and penalties for their conventional outcomes, the execution of legal punishments or their suspension in the age of occultation of the Infallible Imam (A.S.) has been one of the controversial issues in jurisprudence, to the extent that it has created two conflicting fronts; one, a group of distinguished Imāmī jurists who ranked among the proponents, and the other, a group of the jurist scholars who opposed the execution of legal punishments during the occultation, considering this privilege as the exclusive responsibility of the Infallible Imam (A.S.) or his special deputy. In relation to the legal penalties (*ta'zīrāt*), there is a disagreement as to the question whether determining the quantity and quality of penalties lies with the ruler as a judge or it is within jurisdiction of the Islamic ruler, namely, *walī 'amr* (supreme leader). It is attempted in this article,

ruling is essential, the discussion and examination of the "object of ruling" and what is involved in determining this object is also indispensable. The objects of rulings are specially varied and various elements are effective in their discernment. Among these elements, *ijtahād* (legal reasoning) has prompted widespread discussions. In the present research the role and degree of the impact of these elements on the discernment of the objects of rulings are discussed in two fields of conceptual discerning and proving applicability. This role in conceptual discerning is also followed up in three sections of plain, legally implied, and conventionally implied issues (questions). Of these three instances, *ijtahād* is involved only in legally implied issues. Concerning conventional topics, although the commonly used *ijtahād* is not exclusively involved, the jurist's expression of opinion is partially permissible and in some cases even essential. On the other hand, the commonly used *ijtahād* can not be regarded as an effective element in the stage of proving applicability (discernment of external issues).

Keywords: *ijtahād*, objects of rulings, plain issues, legally implied issues, conventionally implied issues, external issues.

in the crimes against the physical entirety of people, the Islamic Legal System has stressed the preference of forgiveness and considered it as having precedence over retaliation. Therefore, the importance of studying the factors involved in lapse of *qiṣās*, i.e, the factors which after actualization and proof of *qiṣās* lead to its cancellation, becomes evident. With reference to the legal judgments (*fatwas*) of great jurists and the evidences and traditions concerning the lapse and non-lapse of *qiṣās* punishment due to taking possession of the right to *qiṣās*, the present article has undertaken to justify Mukhtār's view. In conclusion, due to the lack of clarity of the statutory laws in this respect, some suggestions are presented.

Keywords: lapse of *qiṣās*, taking possession of *qiṣās*, right to *qiṣās*, Iranian law, Islamic jurisprudence.

A Research on the Role of *Ijtahād* in Discernment of the Objects of Rulings

Sayyid Ja'far 'Alawī Gunābādī, PhD Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law

Ferdowsi University of Mashhad

Dr Muḥammad Taqī Fakhla'ī, Assistant Professor

Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

In the process of inferring legal rulings, as discussion about the

advocates of religions and prevent them from profanity towards each other's holy figures. This jurisprudential research tries to find out the ruling for disrespect to the Holy Mary according to credible legal sources of Christianity. Thus, first the main sources approved by Christian nominations are identified and introduced; and then the merits and virtues of the Holy Mary are extracted from the Christian Scripture and tradition and the Pope's opinions; and finally, the ruling and punishment for disrespect to this unique female character of Christianity is inferred and introduced.

Keywords: Mary, religious law, Christianity, disrespect, holy beings.

Lapse of *Qiṣāṣ* Punishment due to Taking Possession of the Right to *Qiṣāṣ*

Dr. Muḥammad Ibrāhīm Shams, Assistant Professor

Faculty of Law, Tehran University (Qum Pardis)

Ḥamīd Riḍā Kalāntarī, M.A. Student of Criminal Law and

Criminology

Faculty of Law, Tehran University (Qum Pardis)

Despite accepting the "principle of *qiṣāṣ* (retaliated punishment)"

the status of party and partisanship in the Qur'an, and then discusses the viewpoints and arguments of the proponents and opponents of the religious legitimacy of partisanship and endorses the "moderate consent" viewpoint.

Keywords: partisanship, Allah's party, politics, Islamic thought, traditions, religious law, intellect, political jurisprudence, theology.

The Ruling for Disrespect to the Holy Mary in Christian Law

Dr. Muḥammad Riḍā Jawāhirī, Assistant Professor

Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Sayyid Riḍā Mūsawī, Assistant Professor

Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

Disrespect towards holy characters of any of the Revealed religions by the followers of another religion would drive dialogue among religions to a standoff; but showing respect and reverence to them would pave the ground for developing relations, approximation among religions, and empathy toward knowing the Truth, and would yield positive and constructive outcomes. Knowledge about the Revealed religions' rulings for disrespect towards their holy characters would reduce confrontation and conflict between the

ABSTRACTS

Party and Partisanship in Islamic Thought

Dr. Bahrām Akhawān Kāzīmī, Assistant Professor

Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University

Party and partisanship, in modern meaning, are new phenomena and, from the jurisprudence point of view, newly-emerged issues in Shī'a community and culture. In religious thought, there are ambiguities, uncertainties and sometimes varied and even conflicting viewpoints concerning their acceptance or rejection.

In elucidation of partisanship in Islamic thought, it is either attempted to seek for its equivalent in the Qur'an and *ḥadīth* sources, the *sīra* of the Infallible Imams and the early history of Islam, or to regard party and partisanship as modern and newly-arisen issues and according to their positive and intellectual functions and due to the concomitance of religious law with intellect, to issue legitimacy license for this modern political phenomenon. Considering these two methodological frameworks – with preference of the second – the present paper first studies

Table of Contents

Party and Partisanship in Islamic Thought	11
Dr. Bahrām Akhawān Kāzimī	
The Ruling for Disrespect to the Holy Mary in Christian Law	43
Dr. Sayyid Riḍā Mūsawī - Dr. Muḥammad Riḍā Jawāhirī	
Lapse of <i>Qisās</i> Punishment due to Taking Possession of the Right to <i>Qisās</i>	71
Dr. Muḥammad Ibrāhīm Shams - Ḥamīd Riḍā Kalāntarī	
A Research on the Role of <i>Ijtahād</i> in Discernment of the Objects of Rulings	99
Sayyid Ja‘far ‘Alawī Gunābādī - Dr. Muḥammad Taqī Fakhla‘ī	
Execution of Legal Punishments in the Age of Occultation	135
Ḥamīd Maṣjidsarā‘ī - Dr. ‘Ābidīn Mu‘minī	
The Basis for Civil Responsibility or Liability Resulting from the Failure to Fulfill a Commitment	169
Sayyid Ḥasan Vaḥdatī Shubayrī	
An Analysis of Suspension in Cancellation of Contract in Imāmī Jurisprudence and French Law	205
Dr. ‘Alīriḍā Yazdāniān	
Abstracts of the Papers in English Language	239

In the Name of Allah



Islamic Studies

A Quarterly Research Journal of
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 82/1, Spring, Summer 2009

ISSN 1010-4992

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Editor Managing: Prof. S.K. Tabatabaee

Editor in Chief: Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādifard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. Ā. Baqirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence,
Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Assistant Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Mihrpūr

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī

Assistant Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Translation of Abstracts

A. Rezwani

Printing & Binding: Ferdowsi University
Press

Circulation: 500

Price: Rs 8000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+98511) ۸۸۳۴۹۰۹

Fax: (+98511) ۸۸۳۴۹۰۹



ISSN 1010-4992

ISLAMIC STUDIES

Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 81.1, Autumn & Winter 2008-2009