

فقه و اصول



پژوهشی در ماهیت، آثار و کاربردهای مہایات از دیدگاه فقه مذہب اسلامی و حقوق موضوعه / محمدعلی خورسندیان - مریم نصر اصفہانی

واکاوی نظریهٔ محقق خراسانی در افزودن مقدمهٔ چهارم بہ مقدمات حکمت / دکتر محمدرضا علمی

موضوع خمس: فوائد مکتسبه یا مطلق فوائد / دکتر سیدجفر علوی

بررسی مبانی فقهی حکم قصاص مادر در قتل فرزند / فاطمه قدرتی - دکتر فریبا حاجیلی

تأملی در کیفر لواط تحلیل فقهی حقوقی ماده ۱۱۰ ق.م.ا / دکتر حمید مسجدسرای

مفہوم نظام و کاربرد آن در فقه و اصول / دکتر محسن ملک افضلی اردکانی - دکتر محمدحسن حائری - دکتر محمدتقی فخرلی - دکتر محمدجواد ارسلا

گونه‌های کاربرد قیاس در فقه شیعہ بر اساس کتاب جواهر الکلام

محمد مهدی یزدانی - دکتر حسین صابری - دکتر حسین ناصری مقدم



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۸۸/۱ - بهار ۱۳۹۱ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: علیرضا عابدی سرآسیا

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۲۴/۱۳۷۹۵

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

دانشیار 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

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس نامه رئیس مرکز برنامه ریزی و سیاست گذاری پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در بهمن ماه ۱۳۹۰، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

یادآوری

۱ - نسخه حرفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی ارسال شود.

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 نمی شود.

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 و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه فقه و اصول انتشار یابد، شایسته است به نکات زیر توجه کنند:

۱- هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و هم زمان 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 موارد کاملاً استثنایی 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 سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی (قابل دسترس در سایت فرهنگستان) 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.
- 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؛ مثال: (شهید ثانی، ۱۱/۲-۱۲؛ مفید، ۸۷)
- ۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer, 85)
- ۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.
- ۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.
- ۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) 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- تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر مربوط به هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای ذکر شوند. در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری از علامت اختصاری ق. و برای میلادی از نشانه م. استفاده شود.
- ۱۲- برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در داخل پرانتز نوشته شود؛ مثال: (کوثر: ۲).

- ۱۴- پرائنز (،) و آکولاد [] نسبت به بعد آن با فاصله و نسبت به قبل و نیز محتوای داخل آن بدون فاصله تایپ شود. در مورد گیومه «» نیز همین قاعده رعایت می‌شود مگر آن که نسبت به ماقبل نیز با فاصله نوشته می‌شود.
- ۱۵- علائمی نظیر ویرگول (،)، نقطه (.)، نقطه ویرگول (؛)، و دو نقطه (:). نسبت به ماقبل خود بدون فاصله تایپ شوند؛ حتی اگر ماقبل آن‌ها نشانه‌هایی نظیر پرائنز و گیومه باشد.
- ۱۶- پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.
- ۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـَ و ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مآخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ غرضه / غرضه؛ حرف / حرف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیأت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی).
- 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 محمدحسن حایری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۴. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۵. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۶. دکتر عباسعلی سلطانی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. دکتر محمدتقی فخلعی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر محمدتقی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر سعید محسنی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر محمد محسنی دهکلانی (استادیار دانشگاه مازندران)
۱۱. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۲. آیه الله موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۳. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

با عنایت به طراحی سیستم مدیریت نرم‌افزاری مجلات علمی دانشگاه فردوسی و راه‌اندازی آن در پایگاه اینترنتی دانشگاه، به آگاهی می‌رساند کلیه محققان محترمی که در صدد ارسال مقالات خود به این نشریه هستند، لازم است از طریق آدرس درج شده ذیل به این امر اقدام کنند.

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

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	پژوهشی در ماهیت، آثار و کاربردهای مهائیات از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی و حقوق موضوعه محمدعلی خورسندیان - مریم نصر اصفهانی
۳۹	واکاوی نظریه محقق خراسانی در افزودن مقدمه چهارم به مقدمات حکمت دکتر محمدرضا علمی
۵۳	موضوع خمس: فوائد مکتسبه یا مطلق فوائد دکتر سیدجعفر علوی
۷۷	بررسی مبانی فقهی حکم قصاص مادر در قتل فرزند فاطمه قدرتی - دکتر فریبا حاجعلی
۱۰۱	تأملی در کیفر لواط تحلیل فقهی حقوقی ماده ۱۱۰ ق.م.ا دکتر حمید مسجدسرایبی
۱۲۵	مفهوم نظام و کاربرد آن در فقه و اصول دکتر محسن ملک افضلی اردکانی - دکتر محمدحسن حائری - دکتر محمدتقی فخلعی - دکتر محمدجواد ارسطا
۱۵۱	گونه‌های کاربرد قیاس در فقه شیعه بر اساس کتاب <i>جواهر الکلام</i> محمد مهدی یزدانی - دکتر حسین صابری - دکتر حسین ناصری مقدم
۱۷۶	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۸/۱،
بهار ۱۳۹۱، ص ۳۷-۹

پژوهشی در ماهیت، آثار و کاربردهای مہایات از دیدگاه فقه مذہب اسلامی و حقوق موضوعه*

دکتر محمدعلی خورسندیان^۱
استادیار دانشگاه شیراز
Email: mkhorsandian@yahoo.com
مریم نصرافصہانی
کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

تقسیم منافع اموال مشترک کہ در فقه اسلامی «مہایات» نامیدہ می‌شود راہ حل مناسب برای رفع ضرر ناشی از اشاعہ است، امکان استیفای عادلانہ از مال را فراہم آورده و موجب حفظ و جلوگیری از معطل ماندن آن می‌شود و راہی خردمندانہ برای ادامہ شرکت است. با وجود این قانون مدنی و قوانین دیگر ایران، بہ موضوع تقسیم منافع نپرداختہ‌اند، ہدف این تحقیق آن است کہ ابعاد مختلف این تأسیس را بررسی نمودہ و برای پارہ‌ای از ابہامات راہ حل‌هایی ارایہ کند. این مقالہ بہ پاسخ این سؤال خواهد پرداخت کہ این نوع تقسیم از دیدگاہ حقوق مذہب اسلامی در چہ محدودہ و با چہ شرایطی امکان پذیر است و مہایت و آثار آن چہ خواهد بود؟ در بخش اول مقالہ تعریفی از مہایات و عناصر آن ارائه شدہ و در پی آن، گرایش‌های متفاوتی کہ در تبیین مہایت این نہاد مطرح شدہ، برشمرده شدہ و انواع مہایات ذکر شدہ و در واپسین بخش، آثار این نوع تقسیم تبیین شدہ است.

کلید واژہ‌ها: مہایات، مہایات، مناوبہ، تہایؤ، افزاز منافع مال مشترک، مال مشاع.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۱۰/۲۰؛ تاریخ تصویب نہایی: ۱۳۹۰/۰۲/۱۴.
۱ . نویسنده مسئول.

۱- کلیات

۱-۱- تعریف تقسیم منافع (مهایات)

۱-۱-۱- **تعریف لغوی:** مهائیات (به ضم میم)، از واژه هیئت، اشتقاق یافته است. هیئت، به معنای حالت آشکار فراهم آمده برای چیزی است. (رک: ابن منظور، ۱۷۰/۱۱۵؛ لنگرودی، دایره‌المعارف، ۲۳۵/۱؛ فتح الله، ۴۱۳؛ زحیلی، ۴۷۷۳/۶؛ حیدر، ۸۴/۳) از نظر لغوی، مهائیات را به تراضی و توافق شریکان بر امری (ابن منظور، ۱۷۱/۱۵؛ زحیلی، همان؛ حیدر، همان؛ زیلعی، وب) و همچنین، کاری را به نوبت و به اندازه سهم انجام دادن (معلوف، ۲/۲^{۱۲۵}) و به برابری دو هیئت و یا دو وضع، تعریف نموده‌اند. (لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۸۰) در برخی از فرهنگ‌های فارسی، مهائیات، به معنای کاری که بر آن آمادگی و موافقت و سازداری کنند، آمده است. (عمید، ۴۲۱۳/۱، دهخدا، ۱۹۳۲۱/۱۳، به نژاد، ۷۳۴)

در برخی کتب آمده است که در مهائیات، هر شریک، به همان هیئت و شکلی از عین بهره‌مند می‌شود که شریک دیگرش. (زحیلی، ۴۷۷۳/۶، زیلعی، همان، حنفی، وب) گروهی، استفاده از واژه «مهائیات» را نیز صحیح دانسته‌اند؛ زیرا هر مالک، بهره برداری از حق خویش را به شریک دیگر برای مدت زمانی معلوم به وسیله عقد هبه انتقال می‌دهد. (رعینی، ۴۰۶/۷) هم چنین، برخی، از عنوان «مناوبه» یاد کرده‌اند. (میرزای قمی، ۲۹۹/۳، سرخسی، ۱۸۸/۱۰) باید توجه داشت که مناوبه، تنها ناظر به مهائیات زمانی است. از دیگر اصطلاحات، واژه «تهایؤ» است؛ که در تعابیر فقها، از آن در مفهومی مشابه استفاده می‌شود. (زحیلی، ۴۷۷۳/۶، کاسانی، ۱۸۷/۴، طریحی، ۴۵۰، مصری، ۲۸۶، نووی، ۱۸۵/۲۰، دسوقی، ۴۹۸/۳)

۱-۱-۲- **تعاریف اصطلاحی:** فقها و حقوقدانان، تعاریف مشابهی از مهائیات به دست داده‌اند و آن را تقسیم و افراز منافع مال مشترک (زحیلی، همان؛ لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۸۰؛ دسوقی، همان؛ فتح الله، ۴۱۳؛ حیدر، همان؛ زیلعی، همان؛ حنفی، همان؛ عاملی، ۳۲۹/۲۰؛ شهید ثانی، روضه ۳/ ۱۹۷؛ موسوعه، ۹۸۶/۱۲؛ ملاخسرو، ۵۳۱؛ لنگرودی، محشی، ۹۵۴؛ کاشانی، ۷۱) و به تعبیر دقیق‌تر، تقسیم انتفاع از مال مشترک دانسته‌اند. (گلپایگانی، ۳۶/۲، صافی، ۳۶/۲؛ سیستانی، ۱۷۴/۲؛ خمینی، ۶۳۲/۲؛ حائری شاهباغ، ۵۴۰/۱؛ امامی، ۱۵۱/۲؛ کاتوزیان، مشارکت‌ها، ۷۵) بنابراین، برخلاف نظر بعضی، مهائیات در اموال منقول نیز به مانند اموال غیر منقول امکان‌پذیر است. (قربانوند، ۳۶۰) تحریر المجله، ذیل ماده ۱۱۷۴، حقیقت مهائیات را اتفاق شرکا بر توزیع منفعت بین خود و به نسبت سهام در عین مشاع (اعم از منقول و غیر

منقول)، دانسته است. (آل کاشف الغطا، ۲۳۵/۳) واژه افزاز در اصطلاح حقوق ثبت بیشتر ناظر به تقسیم املاک است، اما در فقه ویژگی خاصی ندارد و به هر تقسیم مال مشترک گفته می‌شود. (کرکی، ۳۲۰/۱۰)

۲-۱- ارکان مہایات

اغلب نویسندگان، ماهیت حقوقی مہایات را در قالب یکی از عقود معین و یا نامعین، قابل توجیه دانسته‌اند. برای درستی هر عمل حقوقی، وجود شرایط اساسی صحت معاملات، الزامی است؛ مہایات نیز چنین است. برای مثال، طرفین تقسیم، یا «متہائین»؛ باید قاصد بوده و اهلیت لازم را برای معامله دارا باشند. گذشته از آشنایی با شرایط عمومی، برای شناخت بهتر مہایات و احاطه بر مسائل آن، بررسی ارکان و عناصر تشکیل دهنده این تاسیس حقوقی ضروری می‌نماید.

۲-۱-۱- موضوع مہایات: مہایات، تقسیم منافع مال مشاع است؛ بنابراین، مورد مہایات همواره منفعت است. گ رچه بعضی به اشتباه، مہایات را در اعیان نیز ممکن دانسته‌اند. (بینایی، ۱۵۸) حال باید روشن ساخت چه چیزهایی منفعت به حساب می‌آیند و چه چیزهایی منفعت نبوده و قابلیت تقسیم مہایاتی ندارند.

منفعت وضعیتی است که در عین مال نهفته است. (امامی، ۵۷) و یا «مالی است که از مال دیگر تولد می‌یابد و خود استقلال ندارد، بلکه وابسته به مالی دیگر است». (شہیدی، ۱۵) به این ترتیب منفعت، تدریجی الحصول است و پیدایی لحظات جدید مترتب بر نابودی آنات قبل است. به طور کلی، منافع به دو شکل قابل تحقق هستند: گاه اجزاء و آنات آن تجمع یافته و به صورت عین در می‌آیند، مثل میوه درخت، و گاه به دست آمدن هر جزئی از منفعت، منوط به از بین رفتن جزء قبلی است. یعنی آنات منفعت به طور تدریجی حاصل و معدوم می‌گردند. (قنواتی، ۵۳)

مہایات، تنها در اموالی امکان‌پذیر است که با انتفاع از آن‌ها عین آن باقی بماند، (کاتوزیان، مشارکت‌ها، ۷۵؛ زحیلی، ۴۷۷۵/۶؛ مصری، ۲۸۶؛ آل کاشف الغطا، همان؛ برهان پوری، ۴۶) ماده ۱۱۷۵ المجله نیز بر این مطلب صراحت دارد که محل مہایات باید اموال قیمی باشد؛ بر خلاف مثلیات که با انتفاع، عین باقی نمی‌ماند. (آل کاشف الغطا، همان؛ باللبنانی، ۶۴۸) تنها اموالی که در کتب فقهی مورد اختلاف قرار گرفته، پشم و شیر حیوانات و میوه و ثمره درختان است. گروهی، مہایات را در این اموال باطل می‌دانند؛ زیرا این‌ها، عین هستند نه منفعت. (زحیلی،

۷۷۵/۶؛ دسوقی، ۴۹۸/۳؛ سرخسی، ۱۴۹/۱۰؛ اسماعیل، وب؛ ابن قدامه، ۱۳۰/۹) اما دیدگاهی دیگر این اموال را، منفعت می‌داند. (آل کاشف الغطا، ۲۳۸/۳) گرچه فقیهان امامیه در نوشته های خویش، متعرض شرط بقای عین نشده اند؛ اما از خلال مثال های ایشان لزوم این شرط به روشنی معلوم می گردد؛ زیرا در اموالی که انتفاع از آنها ملازمه با اتلاف دارد، فرض وجود منفعت جدای از عین قابل تصور نیست. اما در پاره ای موارد منافع نیز موجودات مادی هستند و تنها به این اعتبار که به تدریج به دست می آیند، منفعت نامیده می شوند. (کاتوزیان، دوره مقدماتی، ۳۱۸/۱) بنابراین، همان گونه که اجاره دادن و یا به عاریه واگذار کردن یک گاو و یا درختان باغ با مانعی روبه رو نیست، تقسیم مهایاتی آنها نیز به اعتبار شیر و یا میوه اشکالی ندارد. نکته دیگر آن که اگر این گونه اموال را منفعت ندانیم، در واقع امکان انتفاع از مال مشترک را از بین برده ایم. (لنگرودی، مهایات، ۱۷) به هر روی، واضح است اگر مال مشترک، میوه چیده شده یا شیر دوشیده باشد، تقسیم منافع در آن امکان پذیر نیست؛ زیرا داخل در اعیان بوده و منفعت به حساب نمی آید.

۲-۲-۱- وجود اشاعه: تقسیم منافع به طور ضمنی مقید به وجود حالت اشاعه است؛ چه این اشاعه در اعیان باشد و چه فقط در منافع؛ زیرا اشاعه در مالکیت، جوهره شرکت است. به همین دلیل وجود مال مشاع یکی از عناصر مهم برای دعوی افراز است. (لنگرودی، مبسوط، ۴۹۹ و ۵۰۰) نویسندگان، یکی از مهم ترین تفاوت ها بین مهایات و «تایم شرینگ» را وجود عنصر اشاعه در مهایات دانسته اند. (شریعتی، ۲۵۵؛ نوین، ۶۰؛ بینایی، ۱۵۹)

۳-۲-۱- مالکیت بر منافع: موضوع مهایات، منافع مشترک است و این امر مستلزم مالکیت بر اعیان نیست. ممکن است در مغازه ای یک شریک و یک مستأجر سهم مشاع با تقسیم مهایاتی توافق نمایند. باید دید آیا صاحبان حق انتفاع و یا مأذونین در انتفاع نیز می توانند موضوع حق و یا اذن خویش را مورد مهایات قرار دهند؟ طرح پرسش به این دلیل است که در حقوق ما عناوین «مالکیت منفعت» و «حق انتفاع» و «باحه در انتفاع» یکسان نیستند و حق انتفاع در درجه ای بسیار ضعیف تر از مالکیت است. (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۰۰) در پاسخ باید گفت چه برای مهایات نتیجه تملیکی قایل شویم و چه پی آمد آن را واگذاری حق انتفاع بدانیم، تغییری حاصل نخواهد شد؛ زیرا تقسیم مهایاتی قطعاً چیزی بیش از دارایی اولیه شرکا به آنان اعطاء نخواهد کرد. بنابراین، مالی که برای انتفاع عاریه گیرندگان به آنها داده شده، قابلیت تقسیم مهایاتی خواهد داشت؛ هر چند که مستعیر مالکیتی بر منافع ندارد، در این

صورت، انعقاد مہایات این اجازہ را نخواہد داد تا موضوع تقسیم بہ تصرف غیر دادہ شود زیرا مطابق مادہ ۶۴۷ ق. م. مستعیر هیچ مال یا حقی برای واگذاردن بہ دیگری ندارد. ہمین وضعیت در مورد دارندگان حق انتفاع نیز مراعی است. انتقال گیرندگان حق انتفاع، خواه بہ صورت عمری، رقبی، سکنی و یا وقف، می توانند برای تقسیم حق انتفاع خویش، اقدام نمایند. البتہ، بعضی، بر عدم صحت مہایات در مورد عاریہ فتوی دادہ اند و دلیل آورده اند کہ در عاریہ، معیر ہر زمان کہ بخواہد رجوع می کند و در این صورت، حق مستعیری کہ ہنوز نوبت انتفاعش نرسیدہ، ہدر می رود. (زحیلی، ۶/۴۷۸۱)

۳-۱- مہایات و تایم شرینگ: برخی تایم شرینگ را گونه ای از مہایات دانستہ اند. (قربانوند، ۳۵۵؛ شریعتی، ۲۱۱؛ بینایی، ۱۵۸؛ قدس گویا، ۱۲۵) در تایم شرینگ یا «مشارکت زمانی»، مالکان بہ صورت زمانبندی شدہ حق استفادہ از ملک را می یابند. اگر در قرارداد تایم شرینگ، مالکیت مشاع بودہ و تنہا حق انتفاع از ملک، بہ صورت زمانبندی شدہ تقسیم شود، تایم شرینگ مہایات زمانی است. در این حالت، افراد برای تصرفات مادی، نیاز بہ اذن سایر شرکا دارند. بہ ہمین جہت در قرارداد شرط می شود کہ ہر یک از مالکان، بہ سایرین، اذن تصرف مادی در مال را در مدت زمان اختصاصی معینی کہ حق استفادہ از منافع را دارد، اعطا کند. (انصاری، ۴۶) در ایران ویلاہای فروختہ شدہ توسط برخی شرکتہا، با ہمین روش واگذار شدہ اند. (نگینسا، وب) اما اگر تایم شرینگ چنین توصیف شود کہ ہر کدام از مالکان، در مدتی مشخص از سال، مالک تمام عین باشند و با اتمام آن مدت، مالکیت عین بہ دیگری منتقل شود، با مہایات تمایز می یابد. (شریعتی، ۲۱۳) البتہ اگر فرضاً منفعت محل سکونت، مدت ۱۵ روز در سال، بہ مدت ۳۰ سال بہ شخصی واگذار شود، حالت اخیر، بدون شک بہ عنوان عقد اجارہ تحلیل می شود. ادارہ حقوقی قوہ قضاییہ ہم در نظریہ شماره ۵۰۴۲/۷ اعلام داشتہ کہ تایم شرینگ، مالکیتی است کہ ماہیت آن، با بیع مشاع و مہایات، تفاوت اساسی دارد.

در مقایسہ مہایات و تایم شرینگ (در مفہوم دوم) باید گفت: اولاً، در مہایات، مال مورد نظر مشاع است. در حالی کہ، در تایم شرینگ، در ہر زمان فقط یک نفر مالک عین است. ثانیاً، تایم شرینگ، انتقال مالکیت عین است و منافع نیز بہ تبع عین، انتقال می یابند. اما مہایات مربوط بہ عین نیست. (نوبین، ۴۵) ثالثاً، بر خلاف تقسیم مہایاتی، تایم شرینگ در قالب بیع، واقع می شود. و در نہایت، مطابق نظر برخی از فقہا مہایات، نوعی «اباحہ منفعت» بہ شکل معوض

است و به همین دلیل، منافع توسط مالکین مشاع، قابل نقل و انتقال و اجاره به غیر نیست. اما در تایم شرینگ، تملیک عین و منفعت با هم رخ می‌دهد و لذا خریدار می‌تواند، آنچه را که خریده و به تبع آن، منافع را به شخص ثالث انتقال یا اجاره دهد. (برای مشاهده استفتائات ر.ک: شریعتی، همان)

۲- مبانی فقهی مہایات و ماہیت حقوقی آن

۲-۱- مبانی فقهی تقسیم منافع (مہایات)

در فقه برای اثبات جواز مہایات و مشروعیت آن به کتاب، سنت، اجماع، بنای عقلا و استحسان (نزد اهل تسنن) استناد شده است:

۱-۱-۲- کتاب: دو آیه از قرآن به صراحت به مہایات اشاره نموده است. اول آیه: «قال هذه ناقة لها و لكم شرب يوم معلوم» است. (شعرا: ۱۵۵) یعنی این است شتری که او را از آب سهمی است و شما را نیز [در روز معینی] از آن سهمی است. آیه ناظر به تقسیم آب در زمان صالح پیامبر (ع) است پس از آن که آب رودخانه شهر میان آل ثمود و شتری که به تقاضای پیروان از سنگ خلق شده بود، تقسیم گشت؛ بدین صورت که حق استفاده از آب یک روز برای آل ثمود و یک روز برای شتر بود. آیه دیگر: «و نبتهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر» است. (قمر: ۲۸) یعنی به آنان خبر ده که آب میانشان قسمت شده و هر کدام را به نوبت، آب خواهد بود. این آیه نیز در ارتباط با سرگذشت قوم صالح است. «شرب» در آیه به معنای بهره ای از آب است و «محتضر» یعنی کسی که برای اوست، حاضر شود. (انصاری القرطبی، ۱۲۲/۹)

۲-۱-۲- سنت: در سیره نبوی (ص)، روایاتی نقل شده که در جنگ بدر، پیامبر اسلام (ص)، هر یک از ۷ شتر را به سه نفر می‌داد تا آنها به تناوب از آن برای سواری و جنگیدن استفاده کنند. (زحیلی، ۴۷۷/۶؛ مصری، ۲۸۶؛ کاسانی، ۳۱/۴؛ ابن قدامه، ۱۳۰/۹؛ مطلبی، ۶۱۳) هم چنین در روایتی دیگر آمده که در زمان پیامبر (ص) مردی فقیر از زنی خاستگاری کرد حضرت فرمود: چه چیز را به عنوان صدق قرار می‌دهی؟ مرد جواب داد: نیمی از بالاپوشم را. پیامبر فرمود: «زمانی که تو لباس را می‌پوشی؛ برای زن از آن چیزی نیست و زمانی که او لباس را بپوشد، برای تو چیزی نیست». برخی، این روایت را نشانگر مفهوم مہایات دانسته‌اند. (سرخسی، ۱۴۷/۱۰؛ نووی، ۲۰/۱۷۱)

۳-۱-۲- اجماع: برخی، مہایات را به اعتبار اجماع جایز می‌شمارند. (مصری، ۲۸۶؛ کاسانی، همان؛ شهید ثانی، روضه، ۱۷۱/۳؛ طوسی، ۱۳۹/۶) البته چنین اجماعاتی که در کنار آن مدارکی از آیات یا سنت یافت می‌شود از لحاظ اصولی فاقد اعتبار است. (ر.ک: صدر، ۱۴۸/۲)

۴-۱-۲- حکم عقل و بنای عقلا: حکم عقل و بنای عقلا از مهم‌ترین دلایل اثبات جواز مہایات است. نخست، لزوم مہایات از نظر عقل که مبنای آن اختلال نظام است، بیان شده و پس از آن بنای عقلا از دیرباز بر استفاده از این نهاد تبیین می‌گردد: گفته شده مہایات، از لحاظ عقلی، ضروری است؛ زیرا اگر کاربرد آن جایز نباشد، برخی از اموالی که برای انتفاع بشر خلق شده‌اند، غیر قابل استفاده می‌شوند. هم‌چنین، به گفته برخی، به توافق نرسیدن شریکان در بهره‌برداری از مال مشترک، موجب نسخ و نقض غرض آیه: «هو الذي خَلَقَ لَكُمْ ما في الأرض جميعاً» می‌شود. (سرخی، ۶۶)

از لحاظ تاریخی، مہایات از دیرباز رایج بوده است. تقسیم انتفاع از آب به عنوان یکی از قدیمی‌ترین نمونه‌های مہایات در مناطق خشک رایج بوده است. (لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۸۰) ماده ۱۵۷ ق.م. نیز به مہایات در آب اشاره می‌کند. برخی به عرف پاره‌ای از روستاهای ایران اشاره کرده‌اند که مقداری از زمین‌های اطراف ده به صورت مشاع در مالکیت همه اهالی بوده و آن‌ها طبق قرارهای مخصوصی از آن استفاده می‌کنند. به این نوع مہایات در بین آنان «برزگر بخش» می‌گویند. (لنگرودی، دانشنامه، ۶۸۵/۳) در زمان حاضر نیز بسیار دیده می‌شود که مالکان مجتمع‌های مسکونی به این نوع تقسیم، اقدام می‌ورزند. (مدنی، ۳۸۲/۱)

۵-۱-۲- استحسان: فقیهان برخی مذاهب، استحسان را نیز به عنوان مدرک مشروعیت مہایات، ذکر کرده‌اند (زحیلی، ۴۷۷/۶؛ کاسانی، ۳۱/۴؛ سیواسی، همان؛ حنفی، همان؛ زبلی، همان) یا گفته‌اند برای رهایی از مشکلات اداره مال مشاع و به دلیل نیاز مالکان و برای رفع دشواری از اشخاص، باید آن را جایز دانست. (سنه‌وری، ۸۱۸/۸) از نظر فقهای امامیه استحسان اعتبار ندارد مگر آن که در چارچوب بنای عقلا یا تنقیح مناط قطعی قرار گیرد و از آن باب حجت شود.

۲-۲- بررسی ماهیت حقوقی مہایات

بیشتر فقها و حقوق دانان، چستی مہایات و آثار آن را به سکوت برگزار نموده و به رغم تفاوت آشکار میان تقسیم عین مشترک با تقسیم منافع مشترک، در بحث از ماهیت تقسیم،

نظرات خود را مطلق بیان کرده اند. اما تعدادی، بین این دو تفاوت گذاشته‌اند و برای مہایات، مہایتی مستقل، قائل شده و حقیقت آن را عقدی از عقود و یا اباحه معوض، توصیف کرده اند:

۱-۲-۲- نظریه معاوضه بودن تقسیم: چون هر یک از شرکا، اجزای مشاع خود را که در حصه شریک دیگر قرار دارد، در مقابل اجزای فرضی مشاعی که شریک مزبور در حصه مفروز او دارد، تملیک می نماید، لذا این تقسیم را معاوضه دانسته‌اند. (سرخی، ۵۴) برخی از حقوقدانان نیز به این نظر پای‌بندند. (امامی، ۱۴۱/۲) در فرانسه هم حقوقدانان معتقدند افزاز مال مشترک، مہایت معاوضه دارد. (لنگرودی، رهن و صلح، ۱۸۱) شماری از فقہای مذہب اسلامی نیز مہایات را در زمره اصناف عقد معاوضه قلمداد کرده و بر ہمین اساس آثار آن را تحلیل نموده اند. در میان اهل تسنن، حنابلہ و شافعیہ و برخی از مالکیان این عقیدہ را تأیید نموده‌اند. (زحیلی، ۴۷۷۸/۶ و ۴۷۸۰؛ مصری، ۲۸۵؛ ابن قدامہ، ۱۳۰/۹؛ انصاری القرطبی، همان) علمای حنفی نیز مہایات را از جہتی افزاز و از جہتی مبادلہ توصیف کرده‌اند. آنان وجہ افزاز و تمییز حق بودن را در مہایات مکانی قوی تر دیدہ و مبادلہ بودن را در مہایات زمانی بیشتر دانستہ اند. (زحیلی، ۴۷۸۰/۶؛ زیلعی، همان؛ حنفی، همان؛ سیواسی، همان؛ موسوعہ، ۹۷۴/۱۲؛ ملاحظہ فرمائید، ۲۳۴) تا آن‌جا کہ سرخسی بہ صراحت آن را مبادلہ منفعت بہ جنس خود تعریف می‌کند. (سرخسی، ۱۴۶/۱۰) در تشریح مادہ ۱۱۷۴ قانون مدنی عثمانی نیز مہایات، بہ مبادلہ و معاوضه منفعت بہ منفعت تعریف شدہ است. (بازاللبنانی، ۶۴۸)

در میان امامیہ، جمعی بہ معاوضہ بودن مہایات معتقدند. (عاملی، ۳۲۹/۱۴؛ طوسی، ۶۲/۶، ۲۹۲؛ مغنیہ، ۱۱۵/۴؛ فخرالمحققین، ایضاح، ۳۶۸؛ فاضل ہندی، ۱۶۵/۱۰) و آل کاشف الغطاء، این معاوضہ را ارتکازی می‌دانند. (۲۳۸/۳) اینان دیدگاہ خود را چنین توجیہ کرده اند کہ در مہایات، ہر یک از طرفین از حق خویش بہ خاطر آن‌چہ کہ از حق شریک دیگر بہ دست خواہد آورد، صرف نظر می‌کند. (طوسی، ۵۶/۶) بہ دلیل شناسایی ہمین مہایت است کہ فقہیان شیعہ، اجبار بر مہایات را جایز ندانستہ و در ہر حال، شرکا را موظف بہ ترازی با یکدیگر نمودہ اند. قابل ذکر است کہ برخی از فقہای دیگر، گرچہ بہ صراحت نامی از معاوضہ بہ میان نیاوردہ اند، اما از فحوای سخن آنان، مبنی بر لزوم پرداخت اجرت المثل از سوی طرف استفادہ کنندہ، قبل از استیفای طرف دیگر و در صورت رجوع، استفادہ می‌شود کہ باید مہایات را معاوضہ بدانند. (صافی، ۲۲۱/۲؛ فاضل مقداد، ۵۴۱؛ حلی، قواعد، ۴۶۲؛ ہمو، تحریر، ۲۲۹/۵؛ نجفی، ۳۱۴/۱۳)

با این حال، نظریه معاوضه بودن مهایات از این جهات مورد نقد قرار گرفته است که: اولاً، شرکا نمی‌خواهند سهام جدا شده در مهایات به عنوان بهای حصه مشاع آن‌ها از کل مال تلقی شود؛ هم چنان که دو مال جداگانه را با هم معاوضه نمی‌کنند. بلکه حقی را که در مجموع مال منتشر بوده، به حقی مستقل در بخشی از آن، تبدیل می‌کنند. (کاتوزیان، مشارکت‌ها، ۵۸) ثانیاً، گفته‌اند صدق معامله بر تقسیم مال مشاع، متصور نیست؛ زیرا قدر متیقن از معامله، قراردادی است که با تملیک و تملک همراه است و در افراز، تملیک و تملک وجود ندارد. (سرخی، ۵۷) البته، به این ایراد پاسخ داده‌اند که مالیت مربوط به عوضین قرارداد است نه این که در خود مفهوم معامله مأخوذ باشد. و در نهایت، ایراد کرده‌اند که در مهایات به اجبار، معاوضه بودن قابل پذیرش نیست. هر چند پاسخ داده شده که در تقسیم به اجبار نیز نوعی مبادله وجود دارد اما «حاکم» به جای یک یا چند نفر از اطراف معامله تصمیم می‌گیرد. (کاتوزیان، همان، ۵۷)

۲-۲-۲- نظریه صلح بودن تقسیم: در بین عامه، سرخسی، هر چند مهایات را مبادله تعریف نموده؛ اما تحلیل ماهیت و آثار آن را در باب عقد صلح ذکر نموده است. در میان حقوقدانان نیز، یک تن، ماهیت مهایات را در قالب عقد صلح تحلیل می‌کند. (لنگرودی، دانشنامه، ۵۷۹/۳؛ همو، حقوق مدنی، ۱۸۱-۱۸۴) به نظر وی، هر چند قانونگذار تقسیم مال مشاع را به دنبال عقد شرکت آورده است و شرکت از عقود با نام است؛ ولی از آن‌جا که تراضی بین شرکا واقع شده است و خارج از قلمرو عقود معین، هرگونه تراضی، عنوان صلح را دارد، پس تقسیم به تراضی، نیز عنوان صلح را خواهد داشت. (لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۸۴) هم چنین اگر تقسیم را مبادله ندانیم، مانع از آن نیست که نوعی تراضی باشد و این تراضی، تحت عنوان صلح قابل توجیه است. برخی دیگر نیز تأیید کرده‌اند که مهایات، با اندکی مسامحه، نوعی صلح برای رفع تنازع موجود یا جلوگیری از تنازع احتمالی است. (نوین، ۶۲؛ قربانوند، ۳۶۵)

ایراداتی که شاید بر این نظریه وارد شود آن است که اگر بپذیریم هر جا قراردادی تحقق یابد که مضمون هیچ یک از عقود معین را نداشته باشد، صلح بدانیم؛ در این صورت، دیگر جایی برای ماده ۱۰ قانون مدنی نخواهد ماند؛ حال آن که نظر غالب، پذیرش عقود نامعین در عرض عقد صلح است. از سوی دیگر، گفته‌اند صلح نیز نیاز به قصد انشاء دارد و هر تراضی را نمی‌توان مصداقی از صلح دانست. (الشریف، ۷۰) در پاسخ می‌توان گفت قصد عنوانی که

طرفین دارند، تأثیری در ماهیت عقود ندارد. دادگاه است که قصد دو طرف را با معیارهای حقوقی مقایسه کرده و رابطه آنان را توصیف می‌کند. (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۸/۱)

۳-۲-۲- نظریه اجاره بودن تقسیم منافع: فقهای مالکی برای مطلق تقسیم، عنوانی واحد انتخاب نکرده‌اند. آن‌ها قسمت عین به تراضی را بیع می‌دانند. اما قسمت اجباری را که سهام بر اساس قرعه تعیین می‌شود، تمیز حق دانسته‌اند و تقسیم منافع را نمونه‌ای از عقد اجاره شمرده‌اند. (زحیلی، ۴۷۷۸/۶؛ قرطبی، ۲۶۶/۲) طبق این نظر، در مهایات زمانی و مکانی، هر شریک، سهم معین خود را از منافع مشاع در نوبت طرف مقابل، به وی تملیک می‌کند و اجرت را مالکیت خویش بر سهم شریک از منافع، در نوبت خود قرار می‌دهد. بنابراین، هر شریک از یک جهت موجر و از جهت دیگر مستأجر محسوب می‌شود. گروهی از فقهای حنفی نیز این نظر را فقط در مهایات زمانی اتخاذ نموده و لذا آن را عقدی لازم دانسته‌اند که تعیین مدت در آن شرط صحت است. (رعینی، ۴۰۶/۷) ماده ۸۴۸ قانون مدنی مصر مهایات را از نظر اهلیت، حقوق، تعهدات و نسبت به اشخاص ثالث اگر توافقی بر خلاف آن نباشد، تابع اجاره دانسته و این حکم در قوانین دیگر کشورهای عربی تکرار شده است. (مواد ۸۰۲ ق. م. سوریه و ۱۰۵۶ امارات)

این ایرادات به نظریه فقهای مالکی وارد شده است که: اولاً، رکن اساسی هر عمل حقوقی، قصد انشاء است. در حالی که در تقسیم، اساساً اعلام اراده لزومی ندارد و همین که تقسیم واقع شد، هیچ یک از شرکا نمی‌تواند به استناد این که قصد انشای او معیوب بوده است از آثار آن سربچی کند. (الشریف، ۵۹ و ۶۲) ثانیاً، از شرایط صحت اجاره، تعیین مدت است. اما در مهایات مکانی، نیازی به تعیین مدت نیست. سرخسی همچنین این ایراد را مطرح می‌کند که در اجاره هیچ طرف نمی‌تواند بدون عذر قانونی عقد را فسخ کند، اما تقسیم مهیاتی به محض درخواست و اجرای تقسیم عین، از بین می‌رود. همچنین وی معتقد است تقسیم مهیاتی با مرگ طرفین باقی خواهد ماند. اما اجاره با فوت پایان می‌پذیرد. (سرخسی، ۱۰/۱۴۷) اشکال دیگر آن است که شرکا به طور حتم هنگام مهایات اجاره را در اراده خود انشاء ننموده‌اند.

۴-۲-۲- نظریه اباحه معوضه بودن تقسیم منافع: سرخسی، این نظریه را به بعضی از عامه نسبت داده است. (مبسوط، ۱۷۲/۲۰) در بین امامیه نیز، کاشف‌الغطاء، مهایات را اباحه‌ای می‌داند که مقید به اباحه طرف دیگر از منفعت است. پس اگر عوض به یکی از متباینین تسلیم نشود، اشاعه به حال اول خود، باز می‌گردد. (۳/۲۳۸) همچنین، سنهوری در شرح بند اول از

ماده ۸۴۶ ق.م. مصر، که از ماده ۷۳۴ ق.م. فرانسه گرفته شده است، مهایات را اذن منفعت در برابر منفعت می داند. (۸۲۱/۸) این در حالی است که او در جای دیگر، هر یک از متهایین را در انتفاع شخصی و یا با واسطه (به صورت اجاره دادن سهم مفروز خود)، آزاد می داند و بر همین اساس، واگذاری زمین زراعی را از طریق انعقاد عقد مزارعه می پذیرد. با وجود آن که لازم است مزارع، مالک منافع زمین باشد. (۸۱۶/۸)

در هر حال، پذیرش این نظریه، موجب خواهد شد که بعد از وقوع مهایات، هیچ کس مالکیت جدیدی به دست نیاورد و نتواند منافع تقسیم شده را به دیگران انتقال دهد. در راستای همین نظریه، گروهی، دیدگاهی جدید مطرح ساخته و مهایات را عاریه فرض کرده اند. (زیلعی، همان؛ مصری، ۲۸۵؛ سرخسی، ۱۴۸/۱۰) زیرا با وقوع عاریه، نیز تنها انتفاع از مال، مباح می گردد و هیچ حقی برای مستعیر ایجاد نمی شود.

۲-۲-۵- قرارداد خصوصی بودن مهایات: برخی گفته‌اند با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، احتیاجی به تمسک به عقود دیگر، هم چون صلح، برای تشریح ماهیت مهایات نیست؛ زیرا صلح عنوانی است که باید از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. (کاتوزیان، مشارکت‌ها، ۷۵) طبق اصل آزادی قراردادها، آثار تقسیم مهایاتی مطابق با اراده طرفین تعیین می شود. ممکن است توافق شرکا بر تقسیم منافع به نحو اذن در انتفاع و جایز باشد یا آن که توافق به تملیک متقابل منافع به نحو مفروز داشته باشد تا هر طرف بتواند حصه خود را انتقال دهد. (شریعتی، ۲۵۴؛ الشریف، ۱۰۳) ایراد مهمی که در این نظریه بی جواب مانده آن است که با سکوت طرفین، تکلیف مهایات روشن نیست.

۲-۲-۶- تحلیل و اختیار نظریه: روشن شد که ماهیت چندگانه مهایات و وضعیت متفاوت آن با تقسیم عین مشاع، چه از حیث وجود یا عدم تراضی و چه از لحاظ نتیجه مترتب بر آن، موجب ابراز نظریات متفاوت شده است. همچنین، انتخاب هر یک از مبانی، می تواند آثاری مهم در بر داشته باشد که از جمله آن، جریان حکم ربا، لزوم وجود تراضی یا عدم آن و همچنین، جاری شدن انواع اختیارات است. به هر روی باید گفت هر چند هدف از تقسیم «عین» مال مشاع آن است که به هر یک از شرکا به جای سهم منتشر در مجموع، بخش معینی از مال داده شود؛ اما در مورد تقسیم «منفعت»، قرینه‌ای بر اراده واگذاری همیشگی مالکیت منافع و نهایی بودن این تقسیم وجود ندارد. در بحث‌های آینده نیز خواهد آمد که فقیهان امامیه، مهایات را قراردادی جایز و قابل فسخ می دانند. در حالی که قبول کردن و تطبیق مفاد مهایات

با عقیده تمییز حق، این نتیجه را در پی خواهد داشت که منافع مشاع به منافع مفروز تبدیل شوند. آنچه مسلم است، این است که با تحقق مهایات، هر شریک از حصه مشاع خود از منفعت، که در سهم شریک وی قرار دارد، چشم پوشی می کند تا بتواند از نصیب طرف خود استفاده کند. و این بدون تحقق یک مبادله، عملی نیست. به همین دلیل فقهای امامیه، (با آن که مالکیت مفروز را بر منافع، پس از وقوع مهایات، به رسمیت نشناخته اند) مهایات را «معاوضه» می دانند. در مورد ماهیت این معاوضه، به نظر می رسد گنجاندن مهایات در قالب عقد صلح، می تواند گزینه ای قابل قبول به حساب آید. در توضیح باید گفت هر چند صلح عقدی است که علت تشریح آن، رفع نزاع و اختلاف بوده است؛ اما چنانچه بیشتر فقیهان گفته اند صلح عقدی مبتنی بر تسالم است که می تواند برای رفع نزاع های احتمالی آینده نیز به کار رود و به عنوان عقدی مستقل در کنار سایر عقود، مشروعیت دارد. (شهید ثانی، روضه، ۱۷۳/۴؛ خمینی، ۴۷۴/۲؛ محقق کرکی، ۱۹۰) قانون مدنی نیز در ماده ۷۵۲، همین عقیده را پذیرفته است. ماهیت مهایات را می توان با عقد صلح سازگار دانست زیرا از سویی برای رفع تنازع است و از سوی دیگر در ذات آن، گونه ای مسامحه وجود دارد. (مواد ۷۶۱ و ۷۶۶ ق. م)

۳- اقسام مهایات و آثار و احکام آن

۳-۱- اقسام تقسیم منافع (مهایات)

مهایات را به دو اعتبار تقسیم نموده اند. یکی به اعتبار زمان و مکان، و دیگری به اعتبار اجبار و تراضی:

۱-۱-۳- مهایات به اعتبار زمان و مکان: چنانچه، تقسیم منافع به حسب زمان صورت گیرد، به آن مهایات زمانی و چنانچه به حسب مکان انجام شود، بدان مهایات مکانی گویند. (لنگرودی، مبسوط، ۴۹۹/۳؛ حنفی، همان؛ سیواسی، همان؛ لنگرودی، رهن و صلح، ۱۸۰؛ دسوقی، ۴۹۸/۳؛ مصری، ۲۸۵؛ کاسانی، ۳۱/۴؛ نووی، ۱۸۵/۲۰؛ شهید ثانی، روضه، ۱۱۶/۴؛ امامی، ۲۲۷/۲؛ ملا خسرو، ۲۳۴؛ سنهوری، ۸۱۶/۸؛ علامه حلی، تحریر، ۲۶۷/۵؛ قرطبی، ۲۶۹) برخی، مهایات را تنها به صورت زمانی، قابل قبول دانسته و مهایات مکانی را با تعریف و عناصر سازنده مهایات، در تضاد می شمرند. (نوبین، ۱۳۸۶: ۵۰) این گونه برداشت، در میان فقیهان نیز، دیده شده است. (الزحیلی، ۴۱۳/۶؛ دردیر، ۴۹۷/۴) قانون موجبات و عقود لبنان نیز

در ماده ۸۳۰ تنها متعرض همین نوع شده و ذکر از تقسیم منفعت به نحو مکانی نکرده است.

۱-۱-۱-۳- مہایات زمانی: در مہایات زمانی، شرکا به نوبت، تمام مال مشترک را مورد انتفاع و بهره برداری قرار می‌دهند. گاه نیز مال مشترک، اجاره داده می‌شود و مال الاجاره، برحسب زمان، به نسبت سهم بین شرکا تقسیم می‌گردد. البته در فقہ مذاہب، گروهی، تقسیم مہایاتی را بدین نحو در مورد حیوان مشترک نپذیرفته‌اند؛ زیرا امکان ایجاد تعادل در استیفا، وجود ندارد و بسته به میزان مهارت و توانایی راکبان، استفاده از حیوان دچار تغییر می‌شود. (زحیلی، ۶/۴۷۸۲؛ حنفی، همان؛ سیواسی، همان؛ موسوعه، ۱۲/۸۲۴؛ دسوقی، ۳/۴۹۸) به هر ترتیب، ماده ۵۹۴ ق.م. که در صورت امتناع برخی از مالکان قنات از تعمیر و تنقیہ آن، امکان اجبار ایشان به اجاره دادن سهم خویش را در نظر گرفته است در واقع، ناظر به همین شکل مہایات زمانی است.

مسلم است که این نوع از تقسیم مہایاتی با تقسیم طلب متفاوت است. اگر چند نفر مشترکاً طلبی از یک نفر داشته باشند که باید به اقساط پردازد نمی‌توانند در تقسیم، بعضی اقساط را به یکی از طلبکاران و بعضی اقساط دیگر را به بعضی دیگر اختصاص دهند. اما نتیجہ این امر، از طریق مہایات، امکان پذیر است. مثلاً، هرگاه خانہ مشترک بین دو نفر را به ده میلیون در سال اجاره دهند که مستأجر در ۱۲ قسط، آن را پرداخت کند نمی‌توان بین شرکا این گونه قرار داد که شش قسط اول متعلق به یکی و شش قسط دوم متعلق به دیگری باشد. (امامی، ۲/۲۲۸)

در ماده ۱۱۸۶ المجله آمده است: «چنانچه تراضی بر مہایات، از ابتدا بر اجاره دادن صورت پذیرد، مانند این که هر کدام از طرفین، اجارہ یک ماه خانہ مشترک را بگیرد و دیگری، اجارہ ماه بعد را اخذ نماید، زیادی، متعلق به هر دوی آن‌ها خواهد بود. لکن، اگر قرارداد مہایاتی در مورد چندین خانہ، بر این اساس باشد که هر یک، کرایہ یک خانہ را بستانند در صورتی که اجاره بهای یکی از خانہ‌ها بیشتر از دیگری باشد مشارکتی در آن به وجود نخواهد آمد». (بازلبنانی، ۶۵۲) برخی از نویسندگان، این حکم را پذیرفته و برای آن، دلایلی آورده‌اند: در مورد خانہ‌های متعدد، برتری با مفهوم تمییز و افراز است؛ بدین معنی، که دستیابی هر یک از شریکان، به منفعت مال (کرایہ)، هم زمان با شریک دیگر اتفاق می‌افتد. پس، هر چه را که متہائین تملک می‌کنند، برابر چیزی است که پیش از این، مالک شده بودند. اما در ارتباط با

خانه واحد، هر کدام، وکیل طرف دیگر، محسوب می شوند که در اجاره دادن نصیب او نیابت دارند و باید وجوهی را که به وکالت، قبض نموده اند مسترد دارند. به علاوه، این گونه توافق ها، اغلب از طریق مهایات زمانی است که مستلزم تصرف و استیفای یک شریک، قبل از دیگری می شود. لذا، چاره ای جز شراکت آنان در زیادی اجاره بها نیست. (حنفی، همان؛ سیواسی، همان؛ مصری، ۲۸۶؛ سرخسی، ۱۴۸/۱۰) با این وجود، برخی شارحان امامیه، این تفصیل را فاقد دلیل و اشتباه می دانند زیرا وجه تمایز صور مختلف، آشکار نیست و انعقاد مهایات به صورت مطلق، ناظر بر مشارکت طرفین در تمامی حقوق خواهد بود. مگر در صورت اندراج شرط مخالف که مورد تبعیت قرار می گیرد و حق شرکا در مطالبه مبلغ اضافی، ساقط می شود. (آل کاشف الغطاء، ۲۳۶/۳) این دیدگاه موجه به نظر می رسد.

در مهایات زمانی در مورد لزوم تعیین مدت و اثر آن نیز اختلافاتی وجود دارد. اکثر عامه معتقدند در مهایات زمانی، تعیین مدت شرط صحت است و در صورت عدم تعیین یا تعیین نادرست، تقسیم، غرری و باطل خواهد بود. (کاسانی، ۳۳/۴؛ نووی، ۱۸۵/۲۰؛ زحیلی، ۶/۷۸۲؛ اسماعیل، همان؛ ابن قدامه، ۴۹۹/۹) ماده ۱۱۷۸ المجله نیز پس از ذکر این مطلب که مهایات زمانی، از حیث تعیین زمان، در حکم اجاره است بیان می دارد که تعیین مدت در آن لازم است. (بازالبنانی، ۶۵۰) از میان حقوقدانان هم برخی، مهایات زمانی را مبتنی بر مغاینه دانسته و از این جهت، مجهول بودن مدت را موجب غرر و از موارد بطلان مهایات می دانند. (لنگرودی، محشی، ۹۵۴) در حقوق کشورهای چوچون مصر و سوریه، مهایات زمانی باید برای مدتی متناسب با حصه هر یک از طرفها، انجام پذیرد. (سنهوری، ۸/۸۱۴ و ۸۱۶؛ ماده ۸۰۱ ق. م. سوریه) در همین رابطه، فقهای مالکی، معتقدند که مدت استفاده از منافع اموال مشترکی که عمر محدودی دارند و یا در اثر استفاده، رو به استهلاک می روند نمی تواند طولانی تعیین شود و به طور کلی اموال منقول، در مهایات زمانی تنها برای مدت کوتاهی قابل تقسیم هستند. (زحیلی، ۶/۷۸۱) اما به عقیده گروهی از فقهای حنفی، تعیین مدت، شرط صحت نیست، بلکه شرط لزوم تقسیم منافع است. بنابراین، عدم تعیین مدت، مهایات را در معرض فسخ قرار می دهد. (دسوقی، ۳/۴۹۹؛ موسوعه، ۱۲/۲۳۴) علمای امامیه نیز در نوشته های خود، طرفین را به تعیین مدت، ملزم نکرده اند. این دیدگاه، ناشی از آن است که از نظر آنان، مهایات، معامله ای قابل فسخ است که در هر زمان قابل برهم زدن است. (آل کاشف الغطاء، ۲۳۶/۳) این نظر با تحلیل ماهیت حقوقی مهایات سازگار است. اما شاید بتوان در مواردی که، تقسیم مهایاتی را

لازم بدانیم تعیین دقیق مدت را ضروری فرض کنیم. به خصوص، جایی که تقسیم توسط دادگاه صورت می‌پذیرد. با توجه به آن چه بیان شد حدوث مانع موقت در نوبت یکی از شرکا یا تفاوت در زمان، به اعتبار مهایات، لطمه‌ای وارد نمی‌سازد. (میرزای قمی، ۹۷/۳)

۲-۱-۱-۳- مهایات مکانی: این قسم را برخی «تقسیم به اجزاء»، (شهید ثانی، روضه، ۱۱۶/۳؛ صافی، ۳۱۶/۲؛ حلی، قواعد، ۴۶۰) «مهایات به اعیان»، (نوری، ۱۸۵/۲۰؛ قرطبی، ۲۶۹/۲) و «تفکیک تصرف» (لنگرودی، مبسوط، ۲/ش ۵۱۰۴) نیز نامیده‌اند. در مهایات مکانی برخلاف مهایات زمانی، شریکان، به طور هم زمان از منافع استفاده می‌کنند. اما تنها بخشی از مال در اختیار ایشان قرار می‌گیرد. مهایات مکانی در اموالی امکان پذیر است که قابل قسمت باشند. (زحیلی، همان)

فقه‌های اهل تسنن، تعیین مدت را در مهایات مکانی، ضروری نمی‌بینند زیرا منافع با مشخص گشتن مکان، معلوم می‌شوند. گذشته از این، از دیدگاه آنان، وجه تمییز حق و افزاز بودن مهایات مکانی قوی‌تر بوده و لذا نیازی به تحدید زمان استفاده نیست. (آل کاشف الغطاء، ۲۳۶/۳؛ زیلعی، همان؛ حنفی، همان؛ سیواسی، همان؛ مصری، ۲۸۶؛ سرخسی، ۱۴۷/۱۰؛ کاسانی، ۳۱/۴) البته، مالکیان، در مهایات مکانی، شرط دانسته‌اند که مدت انتفاع، محدود و کوتاه باشد. (زحیلی، ۴۷۸۳/۶؛ قرطبی، ۲۷۰/۲) قانونگذار برخی کشورها نیز در مهایات مکانی، حداکثر مدت انتفاع از منافع را محدود نموده است. مطابق ماده ۸۱۵/۱ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۲۰۰۶، نگهداری مالکیت مشاع توسط ورثه نمی‌تواند بیش از پنج سال باشد البته در صورت وجود فرزندان صغیر این مدت می‌تواند تا رسیدن آنان به سن قانونی ادامه یابد و اگر زوجه متوفی ساکن ملک باشد این مدت تا مرگ او ادامه می‌یابد و نیز مطابق ماده ۸۴۶ ق.م. مصر، و ماده ۸۰۰ ق.م. سوریه، توافق بر مهایات مکانی، برای مدتی فراتر از پنج سال نادرست است. در نتیجه، اگر شرکا، مدت قرارداد را، بیش از این قرار داده باشند مهایات، با به پایان رسیدن پنج سال، منقضی شده و از بین خواهد رفت. هم چنین، اگر طرفین، بدون تعیین مدت، قرارداد بندند و یا مدتی را که بر آن توافق کرده‌اند پایان پذیرد، مهایات، برای یک سال دیگر ادامه خواهد داشت. البته پس از اتمام مدت، امکان تمدید چند باره آن وجود دارد؛ مشروط بر آن‌که از مدت تعیین شده قانونی بیشتر نشود. دیگر آن‌که، مطابق بخش دیگر ماده مذکور، اگر مهایات مکانی به مدت پانزده سال به طول انجامد، به تقسیم نهایی عین تبدیل می‌شود. البته این حکم مشروط به دو شرط است: ۱) هیچ یک از شرکا، تمایلی به پایان رساندن مهایات،

نشان ندهند؛ ۲) پیش از این، قرار نگذاشته باشند که این رابطه حقوقی، همواره براساس مهائیات تفسیر شود و به تقسیم نهایی، تبدیل نشود. (سنهوری، ۸/۸۱۳-۸۲۳؛ Civil Code, (On line)

۳-۱-۱-۳- مقایسه بین مهائیات زمانی و مکانی: ۱) در مهائیات مکانی، منافع مشترک به اجزای مفروز تقسیم می شود و از این جهت به تقسیم عین شبیه می شود اما در مهائیات زمانی، هیچ افزای صورت نمی گیرد بلکه زمان انتفاع از مال مشاع تقسیم می شود. (سنهوری، ۸/۸۲۰) ۲) طبق نظر عده‌ای، مهائیات زمانی، مبنی بر مغاینه و مهائیات مکانی مبتنی بر مسامحه است. (لنگرودی، محشی، ۹۵۴) ۳) مهائیات مکانی، عادلانه تر است زیرا هر شریک، در زمان واحد از مال مشترک بهره‌مند می شود اما مهائیات زمانی کامل تر است زیرا هر شریک از کل مال مشترک استفاده می کند. (حیدر، ۳/۱۸۷) ۴) یکی از تفاوت‌ها، نحوه اعمال هر یک از این دو نوع افزاز در اماکن تجاری مشمول قانون تنظیم روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ است. اگر مستأجرین یک ملک تجاری منافع ملک را بر مبنای واحد زمان تقسیم نمایند، احتیاجی به کسب اجازه از مالک نیست؛ زیرا چنین اقدامی با حقوق وی در تضاد نبوده و از موارد تخلف مستأجر که در این قانون آمده نیست. اما چنان چه، همان مستأجرین، تصمیم به مهائیات مکانی بگیرند که معمولاً باعث تغییر در ملک می شود، با اعلام مخالفت موجر، تقسیم صورت گرفته باطل گشته و موجر حق درخواست تخلیه عین مستأجره را به لحاظ تعدی و تفریط خواهد داشت. به علاوه، مستأجرین، حق کسب و پیشه خود را نیز از دست خواهند داد.

۳-۱-۲- مهائیات به تراضی و اجبار

۱-۲-۱-۳- مهائیات به تراضی: این مهائیات با توافق و تشخیص خود شرکا و یا با کمک اهل خبره و با ارائه طرح تقسیم صورت می پذیرد.

۲-۲-۱-۳- مهائیات به اجبار: در مورد امکان اجبار شرکا به تقسیم، نظریاتی وجود دارد. توجه به این موضوع، به خصوص در جایی بیشتر احساس می شود که تقسیم عین مشترک امکان پذیر نباشد. در این حالت، وجود شرکای ناراضی از ادامه اشاعه، موجب ضرر مالکان و ملک مشترک می شود. در بررسی این موضوع، همان گونه که می دانیم در مورد اعیان مشاع، به موجب ماده ۵۹۱ ق. م. در صورت عدم توافق مالکان، حاکم اجبار به تقسیم عین می کند؛ البته مشروط بر این که تقسیم، مشتمل بر ضرر نباشد. اما در خصوص تقسیم منافع، با نبود مقررات موضوعه، باید به منابع فقهی مراجعه کرد. در این مورد، نظراتی متفاوت بیان شده

است: از مذہب اہل سنت، تنها حنفیان، اجبار بر مہایات را جایز می دانند. دلیل آنان نیاز عمومی و مصلحت است. (حنفی، همان؛ سیواسی، همان؛ مصری، ۲۸۶؛ سرخسی، ۱۴۷/۱۰؛ زحیلی، ۴۷۷۷/۶؛ موسوعه، ۲۳۴/۱۲؛ ملا خسرو، ۳۴۵) افزون بر این، اگر اجبار مقدور نباشد اموالی کہ تقسیم آن‌ها میسر نیست، بی استفاده می مانند و این، مغایر با مقصود نہایی از آفرینش اموال، یعنی انتفاع از آن‌ها بوده و قبیح است. (زیلعی، همان) مادہ ۱۱۸۱ المجله نیز مہایات بہ اجبار را در اعیان مشترکی کہ دارای منفعت یکسان باشند، پذیرفته است. مثلاً دو خانہ ای کہ نزد دو نفر مشترک باشد. اما اگر منفعت اعیان از انواع مختلف باشد، مثل این کہ شخصی فوت نموده و خانہ و مغازہ ای بہ جا گذارد و یکی از وراثت بخواهد از خانہ استفاده کند، در این صورت، اجبار دیگری بہ انتفاع اجباری از مغازہ ممکن نیست. (بازالبنانی، ۶۵۰) برخی از حقوقدانان ایران نیز با وحدت ملاک از حکم اجبار شرکا بہ تقسیم عین کہ علت آن رفع ضرر است، معتقدند در مورد منافع نیز می توان قائل بہ اجبار شد. (کاتوزیان، مشارکت‌ها، ۷۵)

اما دیگر مذہب عامہ و بیشتر امامیہ، اجبار را چہ در منافع عین قابل قسمت و چہ غیر قابل قسمت، جایز نمی دانند. (نووی، ۱۸۶/۲۰؛ شہید ثانی، ۱۱۶/۳؛ صافی، ۳۶/۲؛ سیستانی، ۱۷۴/۲؛ فاضل مقداد، ۵۴۱؛ علامہ حلی، تحریر، ۲۲۸/۵؛ نجفی، ۳۱۴) حتی گروهی بر این سخن ادعای اجماع کرده اند. (عاملی، ۳۲۹/۱۴؛ فخرالمحققین، ۳۶۸/۴) دلایل این نظر چنین است: الف) مہایت مہایات با عقد معاوضہ قابل انطباق است کہ مبتنی بر تراضی است اما با اجبار، رکن اساسی این عمل، یعنی تراضی از میان می رود. (زحیلی، ۴۷۷۸/۶؛ مغنیہ، ۱۱۵/۴؛ فاضل ہندی، ۱۶۵/۱۰؛ فخرالمحققین، ۳۶۸/۴؛ ابن قدامہ، ۱۳۰/۹) ب) مہایات قراردادی جایز است. ج) حق ہر یک از شرکا در منفعت، حقی فوری و بدون مدت است. بنابراین، تأخیر در این حق، بدون رضایت وی جایز نیست.

گروه سوم، قائل بہ تفصیل شدہ و سہ حالت را از یکدیگر تمییز دادہ اند: (حیدر، ۱۹۹/۳؛ امامی، ۱۵۰/۱-۱۵۱) اول، عین قابل تقسیم؛ دوم، عین غیر قابل تقسیم؛ و سوم، حالتی کہ عین در مالکیت غیر باشد. ایشان در صورت اول و دوم، اجبار ممتنع را نپذیرفته اند. البتہ بعضی، در حالت دوم، یعنی موقعی کہ تقسیم عین، مقدور نباشد تشکیک نموده و قول بہ عدم اجبار را مواجہ با اشکال دیدہ اند. (عاملی، ۳۲۹/۱۴؛ فاضل ہندی، ۱۶۵/۱۰؛ فخرالمحققین، ۳۶۸) زیرا در صورت عدم وجوب اجبار بر بیع و یا اجارہ مال مشاع، تنها راہ برطرف شدن نزاع، انجام

مهایات است. و در نهایت، این گروه، در حالت سوم، پذیرفته اند که هر یک از شرکا، بتواند دیگری را اجبار کند.

بعضی از فقها، امکان اجبار را وابسته به این تقسیم نموده‌اند و معتقدند حاکم مطابق وظیفه خود به رفع نزاع و خصومت می‌تواند شریک ممتنع را مجبور به مهایات نماید. (خمینی، ۶۳۲/۲)

قانون برخی از کشورها مانند عراق، اجبار بر تقسیم منافع را در اموال منقول پذیرفته است. (ماده ۱۰۸۰ ق.م. عراق) در حقوق بعضی از کشورهای عربی نیز مهایات اجباری پذیرفته نشده است. اما فقط یک صورت استثنایی وجود دارد و آن، مهایات مکانی است که دادگاه در جریان رسیدگی به درخواست افراز عین مال مشاع، به آن اجبار می‌کند و تا خاتمه رسیدگی هم به طول می‌انجامد. در طول مدتی که دادگاه مشغول رسیدگی به تقاضای افراز است اگر شرکا بر انجام مهایات به توافق نرسند با درخواست حتی یک نفر از ایشان، تقسیم مهایاتی، به اجرا در خواهد آمد. (سنهوری، ۸۱۶/۸-۸۱۴)

۳-۲-۱-۳- نظریه برگزیده: نظریه تفصیلی واپسین، بیش از نظریات دیگر، با مبانی حقوقی و عدالت قضایی سازگار است. در تأیید آن باید سه حالت را از یکدیگر متمایز ساخت:

۱- اگر امکان تقسیم عین وجود داشته باشد اجبار ممتنع به تقسیم منافع، ممکن نیست؛ زیرا اجبار، برای رفع ضرری است که در شرکت وجود دارد در حالی که با تقسیم عین، ضرر برطرف می‌شود. گذشته از آن، مهایات، قابل فسخ است. لذا پس از اجبار، ممتنع، خواهد توانست آن را بر هم زند و در این صورت، رسیدگی دادگاه و صدور حکم، عبث به نظر می‌رسد. (امامی، ۱۵۱/۱) هم چنین، هرگاه بعد از مهایات و یا در زمان درخواست آن، یکی از طرفین، از دادگاه تقسیم عین مشترک را بخواهد دادگاه مکلف به رسیدگی بوده و الزام شریک به مهایات، وجه قانونی ندارد. (کاتوزیان، مشارکت‌ها، ۷۵؛ لنگرودی، دانشنامه، ۶۸۶/۳؛ لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۸۶؛ مصری، ۲۸۵؛ سرخسی، ۱۴۷/۱۰؛ کاسانی، ۳۲/۴؛ امامی، همان؛ علامه حلی، تحریر، ۲۲۸/۵) گذشته از آن، در تردید بین تقسیم عین و منفعت، تقسیم عین اصل به شمار می‌رود. (زیلعی، همان؛ حنفی، همان؛ سیواسی، همان) البته اگر شرکا حق تقسیم عین را به نحو الزام آور از خود سلب نموده باشند شاید بتوان اجبار بر مهایات را بر مبنای قاعده ولایت حاکم بر ممتنع و نفی ضرر پذیرفت.

۲- در صورت دوم، یعنی زمانی که امکان تقسیم عین وجود نداشته باشد، اگر برخی از شرکا توافق بر مهایات نکنند اجبار به تقسیم منافع برای دادگاه میسر است. زیرا امتناع از تقسیم، اضرار بر غیر است و عموماً جواز اجبار ممتنع، و وجوب رسانیدن حق به صاحب آن، شامل این مورد نیز می شود. (نجفی، ۳۰۹/۳۴) همچنین، در اجبار به مهایات، قطع ماده نزع است و دیگر لازم نیست که شرکا حصه خود از مال مشاع را به فروش برسانند یا آن را اجاره دهند. ماده ۵۹۴ ق.م. نیز که در باب تعمیر قنات غیر قابل تقسیم برای قلع ماده نزع و دفع ضرر به دادگاه حق اجبار می دهد به طور ضمنی به این استدلال یاری می رساند. در تاریخ فقه نیز در مورد برده ای که دو نفر به حالت اشاعه مالک آن باشند، الزام به مهایات پذیرفته شده؛ زیرا در این وضعیت، اجتماع حقوق طرفین در آن واحد ممکن نیست و تنها راه برای استفاده همه شرکا به صورت مساوی مهایات است. (عاملی، ۴۷۴/۱۴؛ نجفی، ۳۱۴/۳۴)

۳- دو حالت قبل، ناظر به موردی بود که عین مالی مشاع باشد و یک یا چند تن از شرکا خواهان تقسیم منافع باشند. اما هرگاه چند نفر به طور مشاع، تنها مالک منافع مالی باشند اجبار به مهایات ممکن است. چون در این جا برخلاف صور قبل، راه حلی دیگر برای رفع ضرر وجود ندارد. (کاتوزیان، دوره مقدماتی، ۳۸۰/۱) در همین موضوع این پرسش در نشست قضایی دادگاه های حقوقی دو سابق تهران، مطرح شده است که: اگر مستأجرین مغازه دو نفر باشند، آیا هر دو یا یکی از آنان می توانند از دادگاه تقسیم منافع را درخواست نمایند؟ در پاسخ: اکثریت گفته اند چون افزایش منافع با افزایش عین ملازمه دارد و مستلزم دخل و تصرف در عین و اضرار مالک است، اقدام دادگاه مبنی بر افزایش منافع جایز نیست. برخی هم بین افزایش منافع با تصرف در عین و یا اضرار مالک، ملازمه ندیده و افزایش منافع را روا شمرده اند. برخی هم گفته اند افزایش منافع محل کسب، فقط در صورتی امکان پذیر است که اولاً، همه شرکا راضی باشند و ثانیاً، افزایش به صورت زمانی باشد در غیر این صورت، به علت عدم امکان افزایش با اتخاذ ملاک از ماده ۳۱۷ ق. امور حسبی، منافع مورد نزع باید به فروش برسد. به نظر می رسد، جایی که عین در مالکیت غیر بوده اجبار به تقسیم منافع، مقدور باشد البته مشروط به آن که موجب اضرار مالک و شریک ممتنع نشود و یا برخلاف قوانین نباشد. شعبه ۱۹ دادگاه عمومی (حقوقی) تهران نیز، طی دادنامه ش. ۴۴۵، با توجه به قاعده لاضرر و مواد ۱۵۷ و ۵۹۴ ق. م. حکم به تقسیم منافع زمانی یک باب مغازه بین مستأجرین آن نموده است. (قربانوند، ۳۷۸)

۲-۳- احکام و آثار تقسیم منافع

۱-۲-۳- لزوم یا جواز تقسیم منافع: مطابق ماده ۵۹۹ ق.م. : تقسیم عین، «بعد از آن که صحیحاً واقع شد، لازم است و هیچ یک از شرکا نمی تواند، بدون رضای دیگران از آن رجوع کند». اما راجع به لزوم یا جواز مہایات، اختلاف نظر وجود دارد:

۱-۱-۲-۳- نظریه جواز: بسیاری از فقہا، مہایات را جایز می دانند. (میرزای قمی، ۹۸/۳ و ۲۹۹، کاسانی، ۳۲/۴؛ نووی، ۱۸۵/۲۰؛ شہید ثانی، روضہ، ۱۱۶/۳؛ صافی، ۳۶/۲ و ۲۲۱؛ گلپایگانی، ۳۶/۲؛ سیستانی، ۱۷۴/۲؛ خمینی، ۲۱۸/۲؛ ابن قدامہ، ۱۳۰/۹؛ فخرالمحققین، ۳۶۸/۴؛ علامہ، تحریر، ۲۲۸/۵؛ محقق کرکی، ۶۷، ۴۵/۷) بر این اساس، مہایات، نہ تنها بہ ارادہ ہر یک از طرفین فسخ می شود؛ کہ بہ موت و جنون و سفہ آنان نیز منفسخ می شود. استدلال ایشان آن است کہ مہایات، تقسیمی حقیقی نیست چون تقسیم حقیقی، اختصاص بہ اعیان مشاع دارد. مہایات معاملہ ای جایز است کہ قوام آن، بہ رضایت شرکا است. بنابراین، ادعای لزوم مہایات، دلیلی ندارد و شباهت بین تقسیم عین و منفعت، نباید باعث توہم لزوم در مہایات شود. (آل کاشف الغطاء، ۲۳۹/۳؛ شہید ثانی، ۱۱۶/۳)

۲-۱-۲-۳- نظریه لزوم: فقہای مالکی بہ این دلیل کہ ماہیت مہایات را اجارہ بر شمرده اند، بر لازم بودن آن تاکید کرده و حق فسخ را برای شرکا نمی شناسند. (زحیلی، ۴۷۷/۶؛ زیلعی، همان؛ مصری، ۲۸۶؛ قرطبی، ۲۰۲/۲) همچنین، بہ دلیل آن کہ از دیدگاہ آنان، مہایات، اشاعہ در منافع را از میان برده و مالکیت منافع، مفروز می شود، بعد از افراز، بازگشت بہ اشاعہ معنا نخواهد داشت؛ زیرا سبب و مزجی موجود نیست. برخی از حقوقدانان نیز آن را عقدی لازم دانستہ اند. (لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۸۶ و ۳۱۶) البتہ ایشان در نظر واپسین خویش، مہایات را اگر مبتنی بر مسامحہ باشد، عقدی قابل رجوع می دانند. (لنگرودی، محشی، ۹۵۴) دیگری نیز مہایات را لازم می دانند، اما می پذیرد کہ با درخواست تقسیم عین و افراز، مہایات منتفی می شود. (کاتوزیان، مشارکت‌ها، ۷۶) گفته شدہ لازم دانستن مہایات، ناشی از دیدگاہی است کہ مسئلہ تقسیم مال مشاع را مربوط بہ نظم عمومی می دانند. چنانچہ کاپیتان در شرح مادہ ۸۱۵ ق.م. فرانسه کہ در مورد تقسیم است، آن را مربوط بہ نظم عمومی دانستہ و اسقاط آن را ضمن قرارداد خصوصی، جایز ندانستہ است. (لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۸۷) این نظر در فقہ، وابستہ بہ آن می شود کہ افراز مال مشترک را حکم بدانیم نہ حق و در این صورت، قابل اسقاط نخواہد بود.

۳-۲-۱-۳- نظریه تفصیلی: گروه سومی قائل به تفصیل شده اند؛ بدین نحو که مهایات به تراضی را عقدی جایز و قابل فسخ می‌دانند. تنها استثنایی را که بر این امر، وارد دانسته اند آن است که یکی از شریکان، حصه خود را در نوبت خود به اجاره واگذار نموده باشد، در این صورت، تا انقضای اجاره، شریک دیگر، از حق فسخ محروم است؛ اما این گروه، مهایات به اجبار را عقدی لازم می‌دانند. (حیدر، ۱۹۸/۳ و ۱۹۹)

۳-۲-۱-۴- نظریه برگزیده: نخست، تاکید می‌شود که چنانچه یکی از شرکا، تقسیم عین مال مشاع را از دادگاه بخواهد، مهایات در هر مرحله ای که باشد منتفی است. اما راجع به لزوم یا جواز تقسیم مهایاتی، گرچه نظر مشهور، بر جایز بودن آن است، اما با توجه به پذیرش امکان اجبار بر مهایات باید بین مهایات به تراضی و مهایات به حکم دادگاه تفصیل قائل شد. چون در مهایات به تراضی، اشاعه در عین از بین نمی‌رود، همان اراده ای که توانست تقسیم را انجام دهد، همان نیز می‌تواند آن را بر هم زند. (فاضل مقداد، ۶۸) البته اگر ابتدا یکی از مالکان، در نوبت خود از مال مشترک بهره‌مند گردد و سپس، خود او یا شریک دیگر، تقسیم مهایاتی را بر هم زند، نسبت به حصه شریک، ضامن بوده و ملزم به غرامت است. (عاملی، ۳۲۹/۲۰؛ شهید ثانی، روضه، ۱۱۶/۳؛ صافی، ۲۲۱/۲؛ خمینی، ۳۸۵/۳؛ فخرالمحققین ۱۶۵/۴؛ فاضل هندی، ۳۵۰/۲؛ علامه حلی، تحریر، ۲۲۸/۵؛ محقق کرکی، ۶۷/۷) اما مهایات با حکم دادگاه، به دلیل اصولی که پیروی حکم دادگاه را الزامی می‌گرداند، لازم است. این نظر مورد تأیید برخی فقیهان متأخر قرار گرفته و دلیل آن، قواعد ولایت حاکم بر ممتنع و وظیفه حاکم به رفع خصومت است. (صافی، ۳۶/۲؛ گلپایگانی، ۳۶/۲؛ خمینی، ۶۳۳/۳ و ۶۳۲)

۳-۲-۱-۵- اشتراط مهایات در ضمن عقد لازم: در این مورد چند حالت قابل ذکر است: (۱) اگر مهایات، به صورت شرط نتیجه در ضمن عقدی لازم درآید، هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند آن را بر هم زند؛ اما اگر به صورت شرط فعل باشد مفاد شرط، تنها لزوم اجرای تقسیم است نه حفظ آن. به هر حال، اگر پس از عقد، یکی از شرکا از انجام تقسیم سرباز زند برای دیگری امکان الزام او به مفاد شرط و در صورت تعذر، حق فسخ خواهد بود. (۲) اگر حق فسخ، ضمن عقدی لازم و به نحو شرط نتیجه، از متباین سلب شود، بنا بر اصل حاکمیت اراده و لزوم وفای به شرط، اختیار بر هم زدن قرارداد از شریکان گرفته می‌شود. اما اگر در ضمن عقد لازم، طرفین تعهد نمایند که از حق فسخ خود استفاده نکنند (شرط فعل)، حق فسخ از بین نمی‌رود و با فسخ مهایات منحل شده اما کسی که شرط عدم فسخ، به سود او شده

است می تواند عقد لازم را فسخ کند. البته استفاده از خيار تخلف شرط، مانع از الزام متخلف به جبران خسارت نیست. در قرارداد برخی از شرکت‌های توریستی در ایران به جای تایم شرینگ از اشتراط مهایات ضمن عقد لازم، استفاده شده است، با افزودن این شرط که خریدار حق استفاده از مکان اقامتی را در بقیه ایام سال از خود سلب نماید. (شریعتی، ۲۵۵) شایان ذکر است گنجاندن مهایات و یا سلب حق فسخ در ضمن عقدی لازم، مانع درخواست تقسیم عین مال، نمی شود.

۲-۲-۳- اثر مهایات

۱-۲-۲-۳- بیان نظرات:

۱- برخی از حنفیان معتقدند، مهایات، مالکیت مفروز منافع را به همراه خواهد داشت. لذا شرکا مجاز خواهند بود تا حصه خود را اجاره یا رهن دهند و یا وقف و هبه کنند. (سنهوری، ۸۱۶/۸؛ مصری، ۲۶۷) این دیدگاه، در ماده ۱۱۸۵ المجله تصریح شده است. (بازالبنانی، ۶۵۲) لنگرودی نیز همین نظر را پذیرفته است. (محشی، ۹۵۴) صاحبان این نظریه معتقدند هیچ کدام از شرکا تا پایان زمان اجاره، حق بر هم زدن تقسیم مهایاتی را ندارند.

۲- دسته‌ای دیگر از فقیهان عامه، گفته‌اند در مهایات مکانی، هر یک از طرفین، حق اجاره دادن حصه خویش را دارد؛ گرچه این امر در قرارداد شرط نشده باشد؛ زیرا در مهایات مکانی وجه افراز و تمیز حق بودن غلبه دارد. (حنفی، همان؛ سیواسی، همان؛ ملا خسرو، همان) اما در مهایات زمانی، در صورت عدم شرط خلاف، هیچ‌یک، حق واگذار کردن حصه خویش را ندارد و در حالت شرط کردن این حق نیز، در صحت آن اختلاف است. (زحیلی، ۴۷۸۴/۶)

۳- بعضی حق اجاره دادن را منوط به اشتراط آن، در قرارداد مهایات می دانند. ایشان با این‌که ماهیت مهایات را اباحه متقابل منفعت، توصیف می‌کنند اما معتقدند اگر قرارداد به نحو مطلق انعقاد یابد، منصرف به انتفاع بالمباشره است. از نظر ایشان، متهایی تنها با اجازه صریح و به وکالت از شریک خویش خواهد توانست سهم مشاع را به اجاره واگذار کند. (آل‌کاشف‌الغطا، ۲۳۸/۳)

۴- بعضی از حقوقدانان معتقدند که اثر مهایات در همه موارد، یکسان نیست. گاه، موجب مالکیت منفعت است؛ مانند مورد قنات مشترک، که شریک بعد از مهایات حق دارد سهم خود را به دیگری تملیک کند؛ و گاه، نتیجه آن حق انتفاع است. (لنگرودی، مهایات، ۱۷؛ لنگرودی، حقوق مدنی، ۱۸۶) برای تشخیص اثر مهایات باید به متن قرارداد یا عرف مراجعه کرد.

۲-۲-۳- تحلیل نظرات و بیان نظریه: ملاحظه شد که برخی از امامیه با آن که مهابیات را مبادلهٔ منفعت در مقابل منفعت دانسته اند؛ اما قائل به تصرفات مستقل هر شریک در آنچه به واسطهٔ مهابیات مشخص گشته است، نشده اند و حتی فسخ مهابیات را در هر زمان ممکن می‌دانند. در حالی که برخی از علمای اهل سنت، که آنان نیز مهابیات را مبادله به حساب آورده اند، حق هرگونه تصرف مالکانه را به شرکای متہائی می‌دهند. روشن است که این نظریات با تحلیل ماهیت مهابیات سازگار نیست. به نظر می‌رسد، زمانی که مهابیات با اتفاق شرکا انجام پذیرد و آنان به صراحت در قرارداد خود، مهابیات را متضمن تملیک منافع یا اباحه در انتفاع و یا واگذار کردن حق انتفاع قرار داده باشند، ارادهٔ آنان حاکم است. البته در صورتی که توافق شرکا بر تملیک متقابل منافع باشد، هر یک اختیار اجاره دادن سهم خود را داراست. اما در صورتی که شرکا، در قرارداد خود سکوت کرده‌اند و یا در جایی که مهابیات به اجبار دادگاه به اجرا در می‌آید، به رسمیت شناختن هر یک از نتایج مذکور با موانعی روبه‌رو است: اگر پس از انعقاد قرارداد، متہائین را صاحب حق انتفاع بدانیم، ایشان می‌توانند این حق خود را به هر طریق مانند عمری، رقبی یا سکنی به دیگری انتقال دهند؛ لکن چنانچه پیش از این بیان شد، هر یک از طرفین می‌توانند حتی بدون عذر موجه، مهابیات را فسخ کنند. در این وضعیت، تکلیف حق انتفاعی که پیش از این واگذار شده روشن نیست؛ زیرا می‌دانیم که عمری، رقبی و سکنی قراردادهایی لازم و غیر قابل فسخ‌اند. شاید گفته شود که در این هنگام متہائین تا پایان قرارداد، ملزم به آن خواهند بود. اما باز در چنین صورتی، اگر عین قابل تقسیم باشد، و تقسیم انجام گردد، حق انتفاع به دلیل از بین رفتن موضوع آن از میان خواهد رفت. البته در شرایطی که مهابیات در ضمن قراردادی لازم درج شده باشد و یا شریکان به وجه ملزومی حق تقسیم را از خود سلب کرده باشند؛ این موضوع منتفی خواهد بود. این مسئله در حالتی هم که برای تقسیم مهابیاتی خاصیت و اگذاری مالکیت مفروز را بشناسیم، وجود خواهد داشت.

در رابطه با منافی که به لحاظ خصوصیت خود، به صورت عین در می‌آیند، مانند آب قنات و یا میوه درخت، می‌توان برای هر شریک مالکیت مستقل و هر نوع تصرف مالکانه را پذیرفت. در عرف کشاورزان هم دیده شده که مثلاً شریک قنات پس از وقوع مهابیات، سهم خود را به دیگری تملیک می‌کند. حالت دیگر زمانی است که شرکت، تنها در منافع وجود داشته باشد و مهابیات به رضایت و یا به اجبار انجام پذیرد و بعد از آن، یک شریک سهم خویش را به اجاره و یا حق انتفاع، به ثالثی واگذار کند. به نظر می‌رسد در این حالت، باید

منتقل^۱ الیه را قائم مقام مالک و لذا ملزم به مفاد مہایات دانست. در نہایت، گمان می رود کہ مہایات را غیر از مورد تراضی بر خلاف، سبب ایجاد اذن در انتفاع قرار دہیم و در این امر با فقہای امامیہ ہم سخن گردیم.

ہمچنین، گفتہ شد کہ در قوانین مصر و تعدادی از کشورہای عربی مہایات از حیث آثار، حقوق و تعہدات طرفین و در برابر اشخاص ثالث، تابع عقد اجارہ است. باید اذعان کرد ہر چند مہایات را از نظر ماہیت، اجارہ ندانیم، اما تبعیت از احکام اجارہ، در مواردی مانند قواعد دادرسی، وظیفہ نگہداری و تعمیر عین مورد تہائی، و بہ خصوص ضمانتہای اجرای تخلیہ، تسہیل کنندہ استفادہ از این نہاد حقوقی است و بہ جهت رواجی کہ قواعد اجارہ دارد، این قاعدہ باعث پیش گیری از ترافعات و آسانی کار محاکم خواهد بود.

۳-۲-۳- فروش اجباری عین و جانشینی آن با مہایات: اگر تقسیم مال مشترک، باعث ضرر یکی از شریکان شود یا تعدیل سهام امکان نداشته باشد، تنہا راہ، فروش مال مشاع و تقسیم ثمن حاصلہ است. اکنون این سئوال مطرح است کہ آیا می توان جایی کہ امکان انجام تقسیم مہایاتی وجود دارد، فروش اجباری مال را منتفی دانستہ و الزام بہ تقسیم منافع را بر آن برتری داد؟ قانون مدنی ایران، بہ مسئلہ فروش اجباری مال مشاع، اشارہ ای ننمودہ است؛ اما قانون امورحسی در مادہ ۳۱۷ و مادہ ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷ بر این امر تصریح دارند. بیشتر فقہای امامیہ، اجبار بر بیع مال مشاع را در جایی کہ تقسیم، متضمن ضرر و یا سلب ملکیت آن باشد نامشروع دانستہ اند. بہ علاوہ، بہ نظر مشہور، شریک را نمی توان اجبار بہ تقسیم منافع نمود. بنابراین، مال در ہمین وضعیت، بہ حال خود رہا می شود تا شریکان در استفادہ از آن مصالحہ نمایند. (عاملی، ۳۴۸/۱۴؛ فاضل ہندی، ۳۵۰/۲؛ علامہ حلی، قواعد، ۶۲/۳) دلیل این امر عدم صحت بیع بدون رضایت مالک است. با این حال، گروہی، برای جلوگیری از خراب شدن مال، ضمن عدم پذیرش اجبار بر فروش و با منتفی بودن مہایات، راہ حلی دیگر برگزیدہ اند؛ از این قرار کہ حاکم بتواند بہ استناد قاعدہ ولایت حاکم بر ممتنع و برای صیانت از مال مشاع، آن را از دست مالکان خارج نمودہ و اجارہ دہد و اجرت حاصلہ را میان آنان تقسیم کند. (فاضل مقداد، ۵۴۱؛ نجفی، ۳۱۴/۳۴) در مادہ ۵۹۴ ق.م. ناظر بہ خودداری برخی از شرکا از تعمیر و تنقیہ قنات، اجارہ یا بیع توسط دادگاہ بہ عنوان راہ حل پذیرفتہ شدہ است.

در پایان اگر چه از ظاهر ماده ۳۱۶ ق. امور حسبی و یا ماده ۴ ق. افزاز و فروش املاک مشاع، استفاده می شود که قانونگذار، الزام به فروش اموال مشترک را در صورت ممکن نبودن انواع سه گانه تقسیم، پذیرفته است؛ اما بهتر آن است که فروش مال، به عنوان آخرین راه برای پایان بخشیدن به حالت اشاعه در نظر گرفته شود و پیش از اعمال آن، از تدابیری هم چون مہایات بهره جست؛ زیرا اگر بتوان راهی یافت که به وسیله آن، مالکین مشاع هم چنان بر عین مال خود تسلط داشته باشند، عادلانه تر از آن است که به ثمن مال مشترک دست یابند. (شریعتی، ۲۶۰) شایان ذکر است در برخی متون فقهی، جایی که بین مالکان، تفاهم وجود نداشته باشد، تقسیم اجباری منافع برای جلوگیری از ورود زیان به مال و قلع ماده نزاع با کمی تردید پذیرفته شده است. (عاملی، ۳۲۹/۱۴؛ اسماعیل، وب؛ قرطبی، ۳۶۸/۲؛ کرکی، ۱۶۵/۷)

۴- جمع بندی و نتیجه گیری

۱. در تأیید مشروعیت و ضرورت مہایات مستندات معتبر از کتاب، سنت، حکم عقل و بنای عقلا وجود دارد.
۲. از جمله ارکان اساسی مہایات، وجود اشاعه در مالکیت یا انتفاع می باشد. این تقسیم، مسبوق به وجود حالتی از «اشتراک حقوق» بوده و موضوع آن همواره به صورت مشاع است. همین خصیصه، وجه ممیزه این نهاد از تأسیسات حقوقی مشابه نظیر تائم شرینگ است.
۳. موضوع تقسیم مہایاتی باید در برابر استیفای منفعت قابل بقاء باشد.
۴. در خصوص ماهیت مہایات، نظریه صلح دانستن آن از قوت بیشتری برخوردار است.
۵. شاخص ترین موارد کاربرد مہایات جایی است که مال مشاع صرف منفعت بوده و شرکا مالکیتی بر عین نداشته باشند؛ همچنین هنگامی که تقسیم عین مال با محدودیت مواجه بوده و قابلیت افزاز نداشته باشد نظر غالب آن است که با وجود امکان اجبار بر فروش مال و تقسیم ثمن، محلی برای اجرای تقسیم مہایاتی باقی نمی ماند.
۶. بیشتر نویسندگان، مہایات به اجبار را نپذیرفته اند. ولی به نظر می رسد در موردی که عین مشاع، قابلیت تقسیم را دارا نبوده و یا مالکیت شرکا فقط بر منافع مال باشد، برای ریشه کن کردن ماده نزاع، اجبار ممکن است. دلیل بر اجبار، قواعد لاضرر، وجوب رساندن حق به صاحب آن و ولایت حاکم بر ممتنع است.
۷. بر خلاف آنچه برخی گفته اند، احکام مہایات زمانی و مکانی متفاوت نیست.

۸. بیشتر محققان بر این باورند که مہایات، در حکم عقد جایز و قابل رجوع است و فوت، جنون و سفه یکی از شرکا از موجبات انفساخ خواهد بود. اما به نظر می رسد دست کم در مواردی که امکان اجبار بر تقسیم به رسمیت شناخته شود، پای بندی به آن ضروری خواهد بود.

۹. در حقوق ایران، اصلاح قانون مدنی و تکمیل قواعد آن همچون برخی کشورها، و وضع قانون در زمینه تبعیت مہایات از پاره‌ای از احکام اجاره مانند ضمانت‌های اجرای تخلیه، در ترویج این نهاد و حمایت از شرکا و اصل شرکت، ضروری به نظر می رسد.

منابع

- آل کاشف‌الغطا، محمد حسین، *تحریرالمجله*، مکتبه‌النجاح، تهران ۱۳۶۱.
- ابن علامه (فخرالمحققین)، *ایضاح الفوائد*، موسسه اسماعیلیان، جلد چهارم، قم ۱۳۸۹ ق.
- ابن قدامه، عبدالله، *المعنی*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد، *لسان‌العرب*، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، بیروت، ۱۹۸۸ م.
- اسماعیل، عبدالکریم بن محمد، *المہایاه و اثرها فی الفقه الاسلامی*، [online]<<http://www.islamtoday.net>>[1386/8/15]
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، انتشارات اسلامی، چاپ پانزدهم، تهران، ۱۳۷۹.
- انصاری، اعظم، *بررسی تطبیقی تایم شرینگ در حقوق ایران و انگلیس*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، ۱۳۸۳.
- انصاری القرطبی، احمد، *الجامع لأحكام القرآن*، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۹ ق.
- بازالبنانی، سلیم رستم، *شرح المجله*، دار احیاء التراث العربی، چاپ سوم، بیروت، ۱۹۸۶ م.
- برهان پوری، نظام‌الدین، *فتاوی‌الہندیہ*، بیروت، ۱۴۰۰ ق.
- به نژاد، عباس، *دایرة المعارف جامع اسلامی*، تهران، ۱۳۷۰.
- بینایی، اباصلت، «تایم شرینگ»، *مجله کانون وکلای مرکز*، شماره ۱۸۸ و ۱۸۹، ۱۳۸۴.
- حائری شہاباغ، سید علی، *شرح حقوق مدنی*، گنج دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۷۹.
- حیدر، علی، *درر الاحکام فی شرح مجلۃ الاحکام*، دارالجیل، بیروت، ۱۹۹۱ م.
- حنفی، محمد بن احمد، *العناية فی شرح الہدایة*، قابل دسترسی در: [online]<<http://feqh.al-islam.com/BookHier.asp?DocID=41>>

- خمينی، روح الله، *تحریر الوسيلة*، دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول، قم، ۱۴۰۹ق.
- دردیر، ابی البرکات، *الشرح الكبير*، دار احیاء الکتب العربیه، قاهره، بی‌چا، بی‌تا.
- دسوقی، شمس‌الدین محمد، *حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير*، دار احیاء الکتب العربیه، بیروت، ۱۴۱۸ق.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه*، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، تهران ۱۳۷۳.
- رعینی، الحطاب، *مواهب الجلیل فی شرح مختصر الجلیل*، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۶ق.
- زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دارالفکر المعاصر، چاپ دوم، دمشق، ۱۴۱۸ق/۱۹۹۷م.
- زیلعی، عثمان بن علی، *تبیین الحقایق فی شرح کنز الدقایق*، قابل دسترسی در:
<http://feqh.al-islam.com/Bookhier.asp?Mode=0&DocID=32&MaksamID=1> [online] <
- سرخسی، محمد، *المبسوط*، دارالفکر، بیروت، ۱۴۲۱ق.
- سرخسی، علی، *تقسیم اموال مشترک*، انتشارات فکر سازان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدني*، دار النهضة العربیه، قاهره، ۱۹۷۶م.
- سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، مکتب آیه‌الله سیستانی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ق.
- سیواسی، محمد بن عبدالواحد، *شرح فتح القدير*، ۲۰۰۳/۱۴۲۴ قابل دسترسی در:
<http://www.waqfeya.net/category.php?cid=>> [online]
- شریعتی، سعید، «بیع زمانی»، *مجله فقه اهل بیت (ع)*، شماره ۲۶، ۱۳۸۴.
- الشریف، مهران، *انحلال اشاعه و تقسیم مال مشاع*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *مسائلک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، موسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۴ق.
- _____، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۰ق.
- شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱*، انتشارات مجد، چاپ چهارم، تهران ۱۳۸۴.
- صافی، لطف‌الله، *هدایة العباد*، موسسه السیده المعصومه، نشر سپهر، قم، ۱۴۲۰ق.
- طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، مکتب نشر الثقافه الاسلامیه، بیروت، ۱۴۰۸ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، چاپ اول، المکتبه المرتضویه، قم، ۱۳۸۷ق.
- عاملی، محمد جواد، *مفتاح الکرامه*، بی‌چا، دارالتراث، بیروت ۱۴۱۸ق/۱۹۹۸م.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تحریر الاحکام*، موسسه الامام الصادق، قم، ۱۴۲۲ق.
- _____، *قواعد الاحکام*، موسسه نشر اسلامی، چاپ اول قم، ۱۴۱۳ق.
- عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۶۵.

- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *نضد القواعد الفقهية علي مذهب الامامية*، بی‌چاپ، مکتبه آیه‌الله المرعشی، قم، ۱۴۰۳ق.
- فاضل هندی، محمد بن الحسن، *کشف اللثام عن قواعد الاحکام*، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۴ق.
- فتح‌الله، احمد، *معجم الفاظ الفقه الجعفری*، قم، ۱۴۱۵ق.
- قدس گویا، فرید، «مالکیت زمانی»، *مجله کانون وکلای مرکز*، شماره پیاپی ۱۷۷، ۱۳۸۱.
- قربانوند، محمد باقر، *مهایات (افراز زمانی و مکانی سرفقلى)*، فقه و حقوق تطبیقی، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۷.
- قرطبی، ابن رشد، *بداية المجتهد و نهاية المقتصد*، دار الکتب العلمیه، چاپ دهم، بیروت، ۱۹۸۸م.
- قنواتی، جلیل، حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، امیر ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)*، نشر میزان، چاپ ششم، تهران، ۱۳۸۲.
- _____، *حقوق مدنی (مشارکت‌ها و صلح)*، گنج دانش، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۷۶.
- کاسانی، ابوبکر، *بدايع الصنایع*، المکتبه الحبیبه، کویته پاکستان، ۱۴۲۱ق.
- کاشانی، محمود، *اندیشه‌هایی در حقوق امروز*، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۷۶.
- محقق کرکی، علی بن الحسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، موسسه آل البيت، بیروت، ۱۴۱۱ق.
- گلبایگانی، محمد رضا موسوی، *هدایة العباد*، دارالقرآن الکریم، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.
- لنگرودی، محمد جعفر جعفری، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، انتشارات مشعل آزادی، تهران، ۱۳۵۷.
- _____، *مجموعه محشی قانون مدنی*، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۹.
- _____، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- _____، *ترمینولوژی حقوق*، بنیاد راستاد، تهران، ۱۳۶۲.
- _____، «مهایات»، *مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران*، سال اول، شماره اول، ۱۳۴۹.
- _____، *حقوق مدنی (رهن و صلح)*، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۰.
- _____، *دانشنامه حقوقی*، انتشارات ابن سینا، تهران ۱۳۵۲.
- مدنی، سید جلال الدین، *حقوق مدنی*، انتشارات پایدار، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۳.
- مطلبی، محمد بن اسحاق، *سیره ابن هشام*، مکتبه محمدعلی صبیح و اولاده، ۱۳۸۳ق.

- مصری الحنفی، ابن نجیم، *البحر الرائق شرح كنز الدقایق*، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۸ ق.
- معلوف، لویس، *المنجد*، انتشارات ایران، تهران ۱۳۸۴.
- مغنیه، محمد جواد، *فقہ الامام جعفر الصادق (ع)*، موسسه انصاریان، قم، ۱۳۸۳.
- مقری الفیومی، احمدین محمد، *مصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر*، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۳۹۸ ق.
- ملاخسرو، محمد، *درر الاحکام فی شرح غرر الاحکام*، استانبول، ۱۳۰۱.
- موسوعة الفقه الاسلاميه المعروفه بموسوعة جمال عبدالناصر*، وزارة الاوقاف، المجلس الاعلى للشئون الاسلاميه، قاهره، ۱۹۸۶ م.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسین، *جامع الشتات*، تصحیح مرتضی رضوی، انتشارات کیهان، تهران، ۱۳۷۱.
- نجفی، محمد حسن، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم، تهران، ۱۳۹۴ ق.
- نگینسا، مالکیت زمانی، قابل دسترسی در:
[\[online\]<http://www.neginsa.com/images/vila09>](http://www.neginsa.com/images/vila09)
- نووی، محیی الدین بن شرف، *المجموع (شرح المہذب)*، دارالفکر، دمشق، ۱۴۰۳ ق.
- نویں، پرویز، «بیع زمانی»، *مجله کانون وکلای مرکز*، شماره ۱۹۶ و ۱۹۷، بهار و تابستان ۱۳۸۶.
- Georges Rouhette, *Civil Code, (French Civil Code Trancelated in english)* [on line]
 Available in: <<http://www.legifrance.gouve/codes>>.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۸/۱،
بهار ۱۳۹۱، ص ۵۲-۳۹

واکاوی نظریه محقق خراسانی در افزودن مقدمه چهارم به مقدمات حکمت*

دکتر محمدرضا علمی

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: elmisola@um.ac.ir

چکیده

مشهور اصولیان بر این باورند که مقدمات حکمت، متشکل از سه مقدمه است: ۱. امکان اطلاق و تقیید؛ ۲. عدم نصب قرینه؛ ۳. در مقام بیان بودن گوینده. اما محقق خراسانی مقدمه چهارمی را نیز افزوده است: نبودن قدر متیقن در مقام تخاطب. برخی اصولیان متأخر مانند محقق نایینی و شاگردان مکتب ایشان، با این افزایش مخالفت کرده و آن را مردود دانسته‌اند؛ هر چند بزرگانی همانند محقق عراقی و محقق اصفهانی نیز از آن حمایت کرده‌اند. این مقاله، دیدگاه و ادله موافقان و نیز نظرگاه و دلایل مخالفان را در ترازوی بررسی و سنجش قرار داده و پس از رد نظر موافقان، قوت و استحکام ادله مخالفان را به اثبات رسانده است.

کلیدواژه‌ها: مقدمات حکمت، اطلاق، تقیید، قدر متیقن در مقام تخاطب، سیره عقلا.

* تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۱/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۱/۲۲.

طرح بحث

مشهور اصولیان بر آنند که مقدمات حکمت، متشکل از سه مقدمه است (مظفر، ۱/۱۶۹)^۱ :
 ۱- امکان اطلاق و تقیید؛ یعنی متعلق حکم و یا موضوع آن، پیش از فرض تعلق حکم به آن‌ها، قابل تقسیم به اطلاق و تقیید باشد؛ زیرا اگر پس از تعلق حکم به آن‌ها، قابلیت تقسیم یابند، مقید ساختن آن‌ها محال می‌شود و طبعاً اطلاق نیز در آن‌ها محال می‌گردد (البته بنا بر نظر مشهور).

۲- عدم نصب قرینه متصله یا منفصله بر تقیید؛ زیرا در غیر چنین صورتی، دلالت تصدیقی کلام، بر طبق اراده تقیید خواهد بود.

۳- در مقام بیان بودن متکلم؛ در غیر این صورت، کلام وی ظهور در اطلاق نخواهد داشت.

با تحقق این سه مقدمه، قرینه‌ای عمومی حاصل می‌شود که به مقدمات حکمت معروف است و نتیجه این قرینه، ظهور کلام در اراده اطلاق می‌باشد.

مرحوم محقق خراسانی مقدمه چهارمی را بر مقدمات حکمت می‌افزاید: عدم وجود قدر متیقن در مقام تخاطب. اما پس از ایشان، برخی از اصولیان بنام مانند محقق نایینی و شاگردان مکتب ایشان با افزودن مقدمه چهارم به مخالفت برخاستند، هرچند بزرگانی دیگر همانند محقق عراقی و محقق اصفهانی آن را تلقی به قبول کردند.

در این مقاله سعی شده است با بررسی و مقایسه منصفانه ادله طرفین، حقیقت امر، آشکار شود.

بررسی دیدگاه و ادله موافقان نوآوری محقق خراسانی در افزودن مقدمه چهارم

آخوند در مبحث اطلاق و تقیید در بیان مقدمات حکمت، مقدمه سوم را نبود قدر متیقن در مقام محاوره می‌داند. ایشان ضمن تقسیم قدر متیقن به قدر متیقن در مقام تخاطب (محاوره) و قدر متیقن در خارج^۲، وجود قدر متیقن در خارج را، که بیرون از مقام محاوره و تخاطب

۱. شهرت مذکور با مراجعه به کتب اصولی قابل احراز است.

۲. قدر متیقن در مقام تخاطب معمولاً در این موارد وجود دارد: ۱. مورد سؤال در یک روایت. ۲. اظهار افراد در یک روایت. اما قدر متیقن در خارج مواردی است که نزد عرف نسبت به فهم معنای لفظی به عنوان مصداق قطعی و واضح وجود دارد. مثلاً در اکرم العلماء فرض شود قدر متیقن در مقام تخاطب عالم معمم است ولی قدر متیقن در خارج، عالم معمم فاطمی است.

است، در صورتی که متکلم در مقام بیان باشد، مضرر به اطلاق نمی‌داند؛ زیرا چنین قدر متیقنی، صلاحیت بیان بودن را ندارد (آخوند خراسانی، ۱/۳۸۴)

در واقع به نظر ایشان، وجود قدر متیقن در مقام محاوره، به منزله قرینه لفظی بر تقیید است، از این رو دیگر ظهوری در اطلاق برای لفظ باقی نخواهد ماند.

سپس ایشان در توضیح مطلب می‌افزاید:

این که متکلم در مقام بیان باشد بر دو گونه است:

۱- در صدد بیان تمام موضوع حکم خود است؛ یعنی متکلم می‌خواهد آنچه را تمام موضوع حکم او است، و این که آنچه بیان کرده موضوع اوست نه غیر آن، به مخاطب تفهیم نماید.

۲- در صدد بیان تمام موضوع حکم در واقع باشد، اگر چه مخاطب درنیابد که آن، تمام موضوع است و در واقع تنها غرض متکلم آن است که ذات موضوع حکم را تماماً ذکر کند تا این که مکلف بتواند آن را امتثال نماید، اگر چه مکلف بر تفصیل و حدود موضوع، مطلع نگردد.

حال اگر متکلم در مقام بیان به نحو اول باشد، وجود قدر متیقن در مقام محاوره، مخل به ظهور مطلق در اطلاق نیست و می‌توان به اطلاق تمسک نمود؛ زیرا اگر آن قدر متیقن، تمام موضوع می‌بود، بر متکلم واجب بود آن را بیان کند و ترک بیان با تکیه بر وجود قدر متیقن، اختلال به غرض است؛ زیرا طبق فرض، وجود قدر متیقن به تنهایی تمام موضوع نیست.

اما اگر متکلم در مقام بیان به نحو دوم باشد، می‌تواند برای بیان تمام موضوع واقعی، به وجود آن قدر متیقن در مقام محاوره، اکتفا نماید؛ زیرا آنچه مکلف در مقام محاوره در می‌یابد موضوع واقعی است و بیش از آن هم لازم نیست؛ زیرا طبق فرض، غرض متکلم این نیست که ذات موضوع را به وصف تمامیت - مانند قسم اول - تفهیم کند، و در دیگر سو، در مقام امتثال، برای مکلف، فهمیدن این که فعل انجام شده، تمام موضوع است یا موضوع اعم از آن و واقعی است، لازم نیست.

مثلاً اگر گوینده بگوید: «أَدْخُلِ السُّوقَ» و قدر متیقن در محاوره، سوق خاصی باشد، و تمام موضوع متکلم در واقع نیز همین قدر متیقن باشد، وجود همین قدر متیقن، در انگیزتن مکلف برای دخول در سوق کافی است، و دیگر نیازی نیست که متکلم توضیح دهد تمام موضوع همان قدر متیقن است؛ در این جا تمسک مکلف به اطلاق برای دخول در هر سوقی جایز

نیست.

اما اگر غرض متکلم به گونه نخست باشد، او نمی‌تواند بر آن قدر متیقن اکتفا نماید و باید حدود موضوع را تماماً بیان کند، و اگر بیان نکند مکلف می‌تواند به اطلاق تمسک نماید؛ زیرا او از این عدم بیان در می‌یابد که تمام موضوع، مطلق است که شامل قدر متیقن و غیر آن می‌شود.

به طور خلاصه، به نظر محقق خراسانی «در مقام بیان بودن امر» چیزی بیش از نحوه دوم را لازم ندارد؛ زیرا در صورتی که امر در صدد بیان موضوع حکم خود باشد، برای حصول مطلوبش یعنی امثال، همین قدر کافی است. تنها در یک مورد بر متکلم واجب است که بیان کند مطلق، تمام موضوع اوست، و آن جایی است که قدر متیقن در مقام محاوره موجود باشد و تمام موضوع، مطلق باشد؛ زیرا ممکن است مکلف گمان نماید همان قدر متیقن، تمام موضوع است، و این بر خلاف غرض متکلم است.

در نتیجه هر گاه قدر متیقن در مقام محاوره موجود باشد و متکلم به طور مطلق سخن بگوید، چنین برداشت می‌گردد که موضوع حکم، همان قدر متیقن است.

دیدگاه محقق عراقی درباره مقدمه چهارم

ایشان اصل کلام آخوند را می‌پذیرد اما می‌افزاید:

این که متکلم در مقام بیان باشد مراتبی پنج گانه دارد و نقش این مقدمه به اختلاف مراتب، تفاوت می‌یابد. تنها در مرتبه دوم، سوم و پنجم است که وجود قدر متیقن در مقام محاوره و مخاطب، مانع شکل‌گیری اطلاق، می‌گردد.

مرتبه اول: گوینده در این مقام است که مخاطب، مراد وی را از خود خطاب و دلیل اجتهادی دریابد بدون آن که در فهم بخشی از مراد به اصل و حکم عقلی تکیه کند. در این صورت بدون شک، وجود قدر متیقن در مقام محاوره، مانع از اطلاق نمی‌شود؛ زیرا همان گونه که گفته شد، تکیه متکلم تنها بر خود خطاب و دلیل اجتهادی است که ارائه می‌دهد و نه چیز دیگر؛ و قدر متیقن در مقام محاوره، خارج از خطاب و دلیل اجتهادی است.

مرتبه دوم: متکلم در مقام بیان مراد خویش است چه از طریق خطاب و چه از طریق هر آنچه مقارن خطاب است؛ مانند قرینه و حکم عقل که در مقام محاوره وجود دارد. در این صورت، وجود قدر متیقن در مقام محاوره، مانع از اطلاق است.

مرتبه سوم: گوینده در مقامی وسیع‌تر از مرتبه قبل یعنی در مقام بیان مراد خود ولو به کمک قرینه خارجی مانند اجماع باشد. در این صورت، وجود قدر متیقن خارج از مقام خطاب نیز مانع از اطلاق است، و این صورت در مقام ثبوت، متصور است.

مرتبه چهارم: متکلم در مقام بیان دو چیز است: مراد و تفهیم آن و این که مخاطب نیز بداند که او در مقام بیان مراد و تمام آن است. در این صورت، وجود قدر متیقن در مقام محاوره، مانع از تحقق اطلاق نیست.

مرتبه پنجم: گوینده در مقام بیان تمام مراد خود است، اگر چه مخاطب نداند وی در چنین مقامی است. در این صورت، وجود قدر متیقن مانع از تحقق اطلاق است؛ زیرا وجود قدر متیقن، این امر را که متکلم در مقام تفهیم مخاطب به این که او در مقام بیان است، نفی نمی‌کند؛ بر خلاف هنگامی که در این مقام نباشد.

محقق عراقی معتقد است، بازگشت مقدمات حکمت به قاعده «قیح» نقض غرض است؛ زیرا اگر متکلم در مقام بیان باشد و لفظ را مطلق بیاورد ولی مقصودش مقید باشد بدون این که گزینه‌ای بر تقیید بیاورد، این کار او نقض غرض به شمار می‌رود. حال در این صورت، اگر به قطع احراز کنیم وی در مقام بیان است، این در دلالت عقلی داخل است و به باب ظواهر ارتباطی نخواهد داشت؛ و اگر به قطع احراز نشود، در باب ظواهر داخل است (خرآزی، ۲۰۶/۱).

دیدگاه محقق اصفهانی

ایشان نیز که با نظر آخوند(ره) در افزودن این مقدمه، موافق است، در این خصوص می‌نویسد:

آنچه بر مولی واجب است- در صورتی که حقیقتاً در صدد بیان موضوع حکمش باشد- آن است که ذات موضوع حکمش را به تمامه، و آنچه را که به حمل شایع، تمام محسوب می‌شود بیان کند، نه این که بیان کند که آن موضوع، تمام موضوع حکمش می‌باشد.

این که آن موضوع، قدر متیقن در مقام محاوره می‌باشد موجب احراز تمام موضوع می‌شود، اگر چه احراز نشود که آن موضوع، تمام موضوع است؛ بنابراین مخاطب نمی‌تواند خصوصیت زاید محتمل را نفی نماید؛ زیرا اگر مبین در مقام مخاطب، تمام موضوع حکمش باشد اخلاص به غرض لازم نمی‌آید و فایده تبیین تمام ذات، وجوب اکتفا بر آن و عدم تعدی از آن می‌باشد؛ زیرا سبب و موجبی بر تعدی وجود ندارد به این جهت که اطلاقی وجود ندارد

بلکه می‌توان قایل به عدم اراده مطلق شد؛ زیرا با وجود علم مولی به متیقن بودن خاص که مانع از اطلاق است، اگر مولی مطلق را اراده کند بر وی واجب است که قرینه‌ای نصب کند که مانع باشد از این که آن متیقن تمام موضوع حکمش می‌باشد؛ در غیر این صورت به غرض خویش اخلال وارد کرده است. از آنچه گفتیم دلیل بر این که همان (خاص) تمام موضوع حکمش است نیز دانسته می‌شود و فرق میان قدر متیقن در مرحله محاوره و تقیید آن است که: اولی چیزی است که با وجود آن مجالی برای اطلاق نیست، البته با بقای احتمال مراد بودن باقی بر حال خودش؛ بر خلاف دومی که دایره مراد را تضییق می‌کند و بیان است براین که باقی مراد نیست. البته باید اذعان کرد که تشخیص موضوع مشکل است (اصفهانی، ۱۳۹۷/۲).

بررسی ادله مخالفان افزودن مقدمه چهارم

۱- دیدگاه محقق نایینی (ره)

ایشان با نظریه آخوند مخالفت کرده و بر این باور است که این مقدمه از مقدمات حکمت نمی‌باشد و اصولاً وجود قدر متیقن مطلقاً - چه در مقام محاوره و چه در خارج - ضروری به تمسک به اطلاق ندارد.

وی در توضیح نظر خود می‌گوید: در مقام بیان بودن متکلم یعنی این که وی در مقام بیان آنچه اراده‌اش واقعاً به آن تعلق یافته است باشد. پس متکلم حکیم و ملتفت، باید کلامش را مطابق مرادش از نظر اطلاق و تقیید، القا نماید، و هر گاه مقصود وی قسم خاصی از مطلق باشد، باید قرینه متصل یا منفصل بیاورد و مجرد یقین به دخول آن قسم خاص در موضوع حکم وی و یا متعلق آن، نمی‌تواند قرینه بر اختصاص حکم به آن باشد؛ از این رو اگر معلوم شود برخی از افراد مطلقاً - که به آن امر شده - در مقام امتثال، مجزی است، این، قرینه‌ای بر اختصاص امر به آن قسم خاص نیست تا این که اتیان به غیر آن قسم از افراد طبیعت مأمور به در مقام امتثال، جایز نباشد.

دلیل ایشان بر منع چنین است:

اگر وجود قدر متیقن در مقام محاوره مانع از تمسک به اطلاق باشد، باید وجود قدر متیقن در خارج نیز چنین باشد؛ زیرا در اولی خصوصیتی نیست که موجب اختصاص منع از تمسک به اطلاق باشد؛ بنابراین اگر اولی مانع باشد به ملاک قدر متیقن بودن خواهد بود و این ملاک در دومی (قدر متیقن در خارج) نیز وجود دارد. پس لازم می‌آید دومی را هم مانع بدانیم، در نتیجه موردی برای تمسک به اطلاق باقی نمی‌ماند مگر به ندرت (نایینی، ۱/۵۳۰-۵۳۱).

در نتیجه چون این لازم، یعنی مانع بودن قدر متیقن در خارج، موجب فقدان مورد برای تمسک به مطلق می‌شود (مگر به ندرت)، باطل است و در نتیجه ملزوم آن یعنی این که قدر متیقن در مقام محاوره مانع از تمسک به اطلاق شود، نیز باطل خواهد بود.

۲- نظر محقق خوئی (ره)

ایشان همانند محقق نایینی، قدر متیقن در مقام تخاطب را مانند قدر متیقن خارجی دانسته است؛ یعنی همان گونه که دومی مانع از تمسک به اطلاق نیست، اولی نیز چنین است، و اگر قرار باشد اولی مانع از تمسک به اطلاق باشد، دومی هم باید چنین باشد (خوئی، ۶۰۲/۱).
به نظر محقق خوئی مراد از قدر متیقن بر حسب تخاطب آن است که مخاطب از کلام القا شده بفهمد که مراد متکلم جزماً همان است، و منشأ آن اموری است که یکی از بارزترین آن‌ها واقع شدن در مورد سؤال است.

مثلاً در موثقه ابی بکیر آمده است: زراره از امام صادق (ع) درباره نماز در کُرک روباه و فَنک (حیوانی کوچک تر از روباه) و سنجاب و غیر آن پرسید. امام (ع) نوشته‌ای را بیرون آوردند که گمان می‌رود املائی پیامبر خدا صلی الله علیه و آله باشد که: نماز در کرک و مو و پوست و ادرار و سرگین و هر چیز دیگری از حیوان حرام گوشت، فاسد است و آن نماز پذیرفته نیست تا این که در غیر آن از آنچه خداوند خوردن آن را حلال کرده، نماز گزارد (کلینی، ۳۹۷/۳؛ طوسی، ۲۰۹/۲؛ حر عاملی، ۴۰۸/۳؛ و ۳۴۵/۴).

در این جا قدر متیقن بر حسب تخاطب، مورد سؤال است؛ زیرا بدیهی است که احتمال این که امام (ع) غیر مورد سؤال را اراده کرده باشند و مورد سؤال را اراده نکرده باشند، جزماً منتفی است، اما عکس آن محتمل است. ولی سخن در این است که آیا مورد سؤال از تمسک به اطلاق منع می‌کند؟ ظاهراً مانع نیست، و علت، آن است که ظهور کلام در اطلاق، منعقد گشته است، از این رو مورد سؤال (قدر متیقن) از این جهت اثری ندارد، و طبیعی است که دست کشیدن از اطلاق، مادامی که قرینه‌ای بر خلاف آن نباشد، جایز نیست، و این جا نیز قرینه‌ای در میان نیست؛ زیرا در مورد قرینه منفصله که فرض، عدم آن است و قرینه متصله، نیز چنین است چراکه فرض آن است که قدر متیقن مزبور، صلاحیت منع از انعقاد ظهور در اطلاق را ندارد، بنابراین چاره‌ای جز تمسک به اطلاق نیست.

و چون مقام اثبات، تابع مقام ثبوت است، پس اطلاق در اولی، کاشف از اطلاق در دومی است؛ از این روی اگر از همنشینی شخص معینی در خارج پرسیده شود و پاسخ داده شود که:

همنشینی با فاسق جایز نیست، بر حسب فهم عرفی، کسی چنین احتمال نمی‌دهد که این سخن، تنها به این شخص معین، مختص باشد بلکه قطعاً غیر او را نیز شامل می‌گردد (خوئی، ۶۰۱/۱-۶۰۲).

۳- نظر امام خمینی (ره)

ایشان نیز ضمن آن که برای اجرای اصل اطلاق، نیازی به انتقای قدر متیقن نمی‌بینند و از آن بالاتر اساساً آن را بی معنا می‌خوانند می‌فرمایند: قدر متیقن در جایی مورد دارد که امر، مردّد بین اقل و اکثر باشد یعنی بین تعلق حکم به برخی افراد یا جمیع آنها تردد وجود داشته باشد. در حالی که در باب اطلاق، امر دائر است بین تعلق حکم به نفس موضوع بدون دخالت چیز دیگری در آن، و یا به مقید؛ پس امر دایر بین این است که طبیعت، تمام موضوع باشد و یا مقید تمام آن باشد. پس اگر طبیعت، تمام موضوع باشد، قید نقشی در موضوع ندارد، و چنان چه قید در موضوع، دخالت داشته باشد، موضوع عبارت می‌شود از مقید بما هو مقید، و این گونه نیست که ذات موضوع را یک محکوم و قید را محکومی دیگر فرض کنیم تا این که از قبیل اقل و اکثر باشد.

همچنین اگر طبیعت متقید، [که در مقابل طبیعتی است که در جمیع مصادیق، ساری است]، موضوع قرار گیرد و در دخالت قیدی دیگر، شک شود نیز از قبیل اقل و اکثر نخواهد بود؛ در نتیجه در هیچ مورد، امر دائر بین اقل و اکثر نیست تا این که انتقای قدر متیقن معتبر گردد (امام خمینی، ۳۲۷/۲).

دیدگاه آیه الله میرزا احسن بجنوردی (ره)

ایشان پس از این که مقام تخاطب را به مقام تفهیم و تفهّم به حسب دلالت لفظیه وضعیه، تعریف می‌کنند، اظهار می‌کنند که وجود قدر متیقن مطلقاً- به هر معنایی که باشد- ضرری به اطلاق نمی‌رساند؛ بلکه ظهور اطلاق حجت است اگر چه قدر متیقن در مقام تخاطب به معنایی که مذکور شد، موجود باشد.

روشن است که چنان چه مطلقاً در موردی خاص وارد گردد (که غالباً چنین است)، صراحتاً بر شمول آن مورد، دلالت می‌کند که همین مورد را قدر متیقن در مقام تخاطب نیز می‌نامیم. همچنین روشن است که گرچه تقیید این اطلاق نسبت به مورد خودش به دلیل استهجان، ممکن نیست ولی می‌توان آن مطلق را نسبت به موارد دیگر، تقیید نمود و با این

وجود، این تقييد به موارد ديگر، ضرری به اطلاق وارد نمی‌سازد بلکه در موارد شک، به آن اطلاق اخذ می‌شود، و کسی ادعا نکرده که مطلقاً به موارد ورودشان تخصیص می‌یابند به این اعتبار که این موارد، قدر متیقن هستند (بجنوردی، ۱/۶۸۳-۶۸۲).

دیدگاه آیه الله سید محمد سعید حکیم

ایشان بر این باورند که نظر مرحوم آخوند در صورتی وجیه است که مقصود از در مقام بودن متکلم، این باشد که وی در مقام بیان تمام افراد و احوالی که حکم وی (متکلم) شامل آن‌ها است، می‌باشد؛ به نحوی که اگر بیان وی نسبت به برخی از آن‌ها قصور داشته باشد، مخل به غرض او تلقی گردد؛ زیرا چنانچه قدر متیقنی در مقام محاوره موجود بوده و مراد متکلم نیز مختص به آن باشد، این امر مستلزم آن است که اطلاق کلام وی، برای بیان بودن تمام مراد او، صالح باشد. اما ظاهر آن است که خردمندان، آن معنا را اراده نمی‌کنند.

ایشان سپس چند دلیل بر مدعای خویش، می‌آورد:

۱- در بیش‌تر اطلاق‌ها هیچ راهی برای این که احراز شود متکلم در مقام بیان تمام مرادش با آن معنای مذکور است، وجود ندارد؛ زیرا نهایت چیزی که اصل، در مورد متکلم، اقتضا می‌کند آن است که وی درصدد بیان مراد خویش است؛ نه این که آن چه می‌گوید، تمام مرادش بوده است، بلکه این امر (این که تمام مرادش بوده) نیازمند عنایتی خاص است؛ مانند ورود بیان در مقام تحدید و امثال آن.

به نظر می‌رسد این ادعا بدون دلیل است بلکه در واقع، دلیل بر خلاف آن می‌باشد زیرا آنچه مقتضای اصل عقلایی در مورد کلام متکلم است آن است که وی در مقام بیان تمام مراد خویش است و اگر غیر از این باشد باید قرینه‌ای بر خلاف آن اصل، اقامه نماید.

۲- لازمه نظریه آخوند، ثبوت مفهوم برای اطلاق است، در حالی که بنای عقلا بر مفهوم‌گیری از اطلاق‌هاشان، نیست. مثلاً هر گاه احراز شود متکلم در گزاره «اکرم العالم»، در مقام بیان تمام افرادی است که وجوب اکرام بر آن‌ها ثابت شده است، طبق دیدگاه یاد شده، لازم می‌آید اکرام هیچ کس دیگر، به جز عالمان، واجب نباشد.

این دلیل نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا در صورتی که متکلم در مقام بیان تمام مراد خود باشد طبیعی است که در جمله یاد شده «اکرم العالم» مفید مفهوم باشد و اشکالی هم در آن

۱. یعنی همان تمام افراد و احوالی که حکم وی شامل آن‌ها می‌شود.

نیست؛ زیرا این که گفته شده «بنای عقلا در اطلاق‌های خود، آن گونه نیست» ناتمام است؛ بلکه به نظر می‌رسد بنای عقلا بر آن است که معمولاً بوسیله اطلاق، چنین مفهومی را اراده می‌کنند.

مرحوم حکیم در ادامه دلیل دومشان بر ردّ نظریه آخوند چنین می‌نویسد: آن گاه که سیره اهل استدلال در باب مرتکبات استعمالی [معانی به کار گرفته شده در محاورات] ملاحظه می‌شود، باز هم صحت ادعای ما اثبات می‌گردد، به همین جهت است که مشهور گشته که: مورد، وارد را تخصیص نمی‌زند بلکه ظاهراً این که اطلاق به موارد مثال، و اظهر افراد و مانند آن که متیقن به لحاظ مقام تخاطب‌اند، اختصاص نمی‌یابد، امری مفروغٌ عنه است (حکیم، ۵۷/۲-۵۴).

این که ایشان چنین امری را مفروغٌ عنه دانسته اند، محل تأمل است؛ زیرا هر چند قاعده «عدم تخصیص وارد به مورد»، مورد پذیرش نگارنده است اما این که تعبیر به مفروغٌ عنه شود درست نیست؛ زیرا این قاعده در لابه‌لای متون اصولی مورد نقض و ابرام قرار گرفته است و خود همین اظهار نظر و استدلال ایشان بهترین دلیل بر مفروغٌ عنه نبودن این امر می‌باشد.

دیدگاه شهید آیه الله سید محمدباقر صدر

ایشان معتقد است وجود قدر متیقن در مقام تخاطب، ضرری به انعقاد اطلاق وارد نمی‌کند، به چهار دلیل:

دلیل اول: مقصود از بیان تمام مراد، بیان تمام قیودی است که در مرحله جعل، در موضوع حکم، اخذ شده است؛ زیرا همین، مدلول خطاب می‌باشد، نه آن که مراد گوینده، بیان تمام هر آنچه که مصداق برای موضوع حکم در خارج است باشد؛ و بین این دو مطلب فرق بسیاری است زیرا به لحاظ مرحله جعل، تقیید، امری زاید بر اطلاق و طبیعت مهمله می‌باشد، در حالی که به لحاظ مرحله تطبیق خارجی، حصه [طبیعت مقیده، امر مقید]، اقل است و اطلاق، اکثر و زاید می‌باشد، و واضح است که در موارد وجود قدر متیقن در مقام محاوره، اگر چه مقید، مبین است و نیز ثبوت حکم در هر حال برای آن قدر متیقن و اندراجش تحت اطلاق در هر حال، مبین می‌باشد، اما موضوع جعل و تقیید آن به قید، مبین نیست (چرا که طبق فرض، قید لفظی در کار نیست)، پس اگر این امر (تقیید آن موضوع به قید) واقعاً و جدّاً ثابت باشد، این، بر خلاف ظهور حالی مذکور است.

دلیل دوم: اگر بپذیریم که میزان، بیان تمام آن چیزی است که به لحاظ مصادیق خارجی مراد متکلم است، و نه به لحاظ مرحله جعل، پس در این صورت بین این که قدر متیقن از خود خطاب ثابت شده باشد یا از خارج، فرقی وجود ندارد؛ زیرا طبق هر دو فرض اگر مقصود متکلم، مقید متیقن باشد، خلف لازم نمی آید؛ زیرا همان مقید متیقن، اگر چه در ضمن مطلق باشد تمام مراد بوده و مبین نیز می باشد؛

اما اگر اصلاً قدر متیقنی در بین نباشد، اطلاق منعقد می گردد زیرا اراده هر حصه (مقید) خاصی اگر چه فی حد نفسه (بدون تقابل با حصه دیگری) لحاظ شود، مبین است اگر چه در ضمن مطلق باشد؛ اما این گفته به اعتبار تعارض آن با احتمال اراده حصه دیگری در مقابل آن است، بنابراین قطعاً هیچ یک از حصه های مقابل هم، مبین نخواهد بود و این بر خلاف جایی است که در آن قدر متیقنی اگر چه از خارج، وجود داشته باشد مگر این که ادعا شود قراین دیگری وجود دارد.

دلیل سوم: طبق این طرز تفکر و تفسیر نسبت به اطلاق بین این که متکلم واقعاً در مقام بیان تمام مراد باشد یا این که افزون بر آن در مقام بیان این که آن نیز تمام مراد است، باشد فرقی نیست؛ زیرا نهایت چیزی که از آن (در مقام بیان این که آن چه گفته است، تمام مرادش نیز می باشد) لازم می آید این است که در آن جا دو ظهور حالی برای متکلم وجود دارد: یکی این که وی در مقام بیان تمام مراد است و دیگر این که وی در مقام بیان آن است که آن کلام نیز، تمام مراد وی است؛ یعنی این که غیر آن (معنا)، مراد وی نیست؛ اما اضافه نمودن این ظهور فایده ای در اثبات اطلاق ندارد، بلکه به مقتضای ظهور اول، ثابت می کنیم که مقید متیقن، همان تمام مراد است؛ زیرا ثبوت حکم بر جمیع افراد نامعلوم است؛ پس اگر همان، (ثبوت حکم بر جمیع افراد) مراد باشد کاملاً مبین نیست، و به مقتضای این که وی در مقام بیان تمام مراد است کشف می کنیم که آن اطلاق، مراد نیست و این که تمام المراد، مقید متیقن است.

دلیل چهارم: مدعای آخوند با طبیعت دلالت اطلاق و ملاک دلالت مقدمات حکمت، سازگار نیست؛ زیرا جوهر (ذات) این دلالت، مبتنی است بر این که اسم جنس به تنهایی برای دلالت بر اراده مقید کفایت نمی کند بلکه تنها برای اراده مطلق، کافی است؛ زیرا مقید، مرکب است از طبیعت جامع به اضافه تقیید، پس چنان چه متکلم بخواهد مقید را اراده کند باید بیان بیشتری ارائه کند، و این تنها بر فرض تصور نخست که در فهم و تفسیر اطلاق پیشی گرفت، استوار است. یعنی این که نظر به مرحله جعل باشد که در آن تقیید، ازید از اطلاق است، نه به

لحاظ مرحله مجعول و مصادیق خارجی که در آن، اطلاق ازید از حصه است؛ زیرا با این لحاظ، چیزی که به اثبات اطلاق دلالت کند وجود ندارد؛ زیرا اسم جنس بر اراده جمیع افراد، دلالت نمی‌کند و اثبات آن به اطلاق و مقدمات حکمت، دوری است؛ زیرا کلام در خود این مقدمات است که موقوف است بر وفای لفظ فی نفسه به اراده جمیع افراد. (اراده جمیع افراد توقف دارد بر اطلاق و مقدمات حکمت؛ و تحقق دومی توقف دارد بر اراده جمیع افراد). بدین گونه آشکار می‌شود که حتی وجود قدر متیقن بر حسب مقام مخاطب نیز ضرری به انعقاد اطلاق و تمامیت مقدمات حکمت وارد نمی‌کند؛ چه رسد به ثبوت قدر متیقن در خارج (صدر، ۴۲۶/۳-۴۲۵).

بحث و بررسی

با ملاحظه ادله طرفین می‌توان به این نتیجه رسید که مشکلات جدی در طرح آخوند خراسانی (ره) وجود دارد:

- ۱- تأثیر و کارکرد وجود قدر متیقن در مقام محاوره آن‌گونه که آخوند مطرح می‌کند از آن جا که به احراز این که متکلم در مقام بیان تمام مراد خودش باشد منوط شده است، و از طرفی احراز این امر خود به دلیل این که در اغلب اطلاق‌ها راهی برای چنین احرازی وجود ندارد، با مشکل مواجه است؛ پس نقش و تأثیر قدر متیقن مزبور، در ابهام باقی می‌ماند.
- ۲- مقدمه چهارم آخوند یعنی این که عقلاً در مقام بیان بودن گوینده را آن‌گونه که ایشان می‌گویند قرینه‌ای ثابت و مستقر در بیان اراده تمام افراد از اطلاق کلام بشمارند، نامعلوم است.
- ۳- تفاوت آشکاری بین قدر متیقن در مقام محاوره و قدر متیقن در خارج، ارائه نشده است و ملاک و معیاری روشن و قوی در این باره وجود ندارد. بنابراین فرق گذاری بین این دو نمی‌تواند مورد قبول باشد.
- ۴- آیا ورود حکم در مورد خاص را باید جزو قدر متیقن در محاوره شمرد یا خیر؟ اگر اولی را بپذیریم طبق طرح آخوند، نتیجه آن را نمی‌توانیم بپذیریم؛ زیرا مستلزم آن است که هیچ مطلقی در خارج وجود نداشته باشد مگر به ندرت، که این امر قابل قبول نیست چون ضرورتاً باطل است. و اگر دومی را قبول کنیم، باز امری بدیهی را انکار کرده‌ایم.
- ۵- فرقی وجود ندارد بین این که متکلم واقعاً در مقام بیان تمام مراد باشد یا این که علاوه بر آن در مقام بیان این که آن نیز تمام است، باشد؛ زیرا نهایتاً در حالت دوم، دو ظهور حالی

برای متکلم حاصل می‌شود: این که وی در مقام بیان تمام مراد خود است، دیگری این که وی در مقام بیان آن است که آن کلام نیز، تمام مراد وی است، یعنی غیر آن معنا، مراد وی نیست. ولی افزودن این ظهور، فایده‌ای در اثبات اطلاق ندارد بلکه همان ظهور اولی را ثابت می‌کند که مقید متیقن، همان تمام مراد است.

۶- با مراجعه به سیره عقلا در می‌یابیم آنان بر اساس یک امر ارتکازی رایج در محاوراتشان مورد را مخصّص وارد نمی‌دانند، همچنین، مثال‌ها، اظهر افراد و مانند آن را که قدر متیقن در مقام تخاطبند، رافع اطلاق نمی‌دانند.

نتیجه

دیدگاه آخوند و هم مسلکان ایشان در باب قدر متیقن در مقام تخاطب این است:

۱- وجود قدر متیقن در مقام تخاطب، به منزله قرینه لفظی بر تقیید است، از این روی دیگر برای لفظ، ظهوری در اطلاق باقی نمی‌ماند.

۲- با مراجعه به روش عقلا در محاوراتشان، ملاحظه می‌شود آنان وجود چنین قدر متیقنی را مانع از تمسک به اطلاق می‌دانند.

در مقابل، با ملاحظه ادله و انظار، روشن شد که دیدگاه و ادله مخالفان، از قوت و استحکام بیشتری برخوردار است، مهم‌ترین این دلایل عبارتند از:

۱- بین قدر متیقن در مقام تخاطب و قدر متیقن در خارج ملازمه وجود دارد؛ پس اگر اولی مانع از تمسک به اطلاق باشد، دومی هم مانع خواهد بود، در نتیجه هیچ موردی مگر به ندرت برای تمسک به اطلاق باقی نخواهد ماند.

۲- بین این که متکلم واقعاً در مقام بیان تمام مراد باشد یا این که افزون بر آن در مقام بیان این که آن نیز تمام است، باشد فرقی وجود ندارد زیرا اولی همان معنای دومی را افاده می‌کند.

۳- معلوم نیست از نظر عرف، صرف در مقام بیان بودن متکلم به نحوی که آخوند می‌گوید، صلاحیت این روش را برای بیان اراده تمام افراد از اطلاق، داشته باشد.

۴- کسی ادعا نکرده که مطلقاً به موارد ورودشان تقیید می‌یابند به این اعتبار که این موارد، قدر متیقن هستند.

۴- بر اساس ارتکازات عقلایی، مورد، مخصّص وارد نمی‌باشد و اموری نظیر مثال‌ها و اظهر افراد، با وجود این که قدر متیقن در مقام تخاطب هستند، اطلاق را از بین نمی‌برند.

منابع

- آخوندخراسانی، محمدکاظم، *کفایة الاصول*، انتشارات علمیه اسلامیة، تهران، بی تا.
- اصفهانى، محمدحسین، *نهایة الدرایة فی شرح الکفایة*، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث، قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- بجنوردی، میرزا حسن، *منتهی الاصول*، مؤسسه مطبعة العروج، الطبعة الاولى، بی جا، بهار ۱۳۷۹/ربیع - الاول ۱۴۲۱ م.
- حراغاملى، محمدبن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، چاپ مهر، قم، ۱۴۰۹ ق.
- حکیم، محمدسعید، *المحکم فی اصول الفقه*، مؤسسه المنار، الطبعة الثانية، بی جا، ۱۴۱۸ هـ/ ۱۹۹۷ م.
- خرازی، محمدباقر، *تقریرات خطی (ضیاءالدين عراقی)*، تحریر، ۱۳۵۳ ق.
- خمینی، روح الله، *مناهج الوصول الی علم الاصول*، تحقیق و نشر مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ چاپخانه مؤسسه عروج، قم، ۱۴۱۴ ق.
- خوی، ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، تقریر: محمد سرور بهسودی، چاپ کتابخانه داوری، بی جا، بی تا.
- طوسی، محمدبن حسن (شیخ طوسی)، *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید*، تحقیق و تعلیق از سیدحسن الموسوی الخراسان، دارالکتب الاسلامیة (النجف الاشرف)، مطبعة النعمان، نجف، چاپ دوم، ۱۳۷۸ ق.
- کلینی، محمدبن یعقوب، *فروع الکافی*، تحقیق شیخ محمد جواد المغنیه، دارالاضواء، بیروت، ۱۴۱۳ ق.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، نشر دانش اسلامی، بی جا، ۱۴۰۵ ق.
- نائینی، محمد حسین، *اجود التقریرات*، تقریر: ابوالقاسم خوی، مکتبة البوذرجمهری (المصطفوی)، تهران، چاپ دوم، ۱۳۶۷ ق.
- هاشمی، سید محمود، *بحوث فی علم الاصول*، (مباحث الدلیل اللفظی)، المجمع العلمی للشهید الصدر (قده)، چاپ اول، بی جا، رمضان ۱۴۰۵ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۸/۱

بهار ۱۳۹۱، ص ۷۵-۵۳

موضوع خمس: فوائد مکتسبه یا مطلق فوائد*

دکتر سید جعفر علوی

عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: Alavi.s.j@gmail.com

چکیده

گستره «فوائد» به عنوان موضوع خمس از مباحث اختلافی بین فقیهان امامی است که به لحاظ کاربردی بودن آن از اهمیت بسزایی برخوردار است. دو نظریه مهم در بحث موضوع خمس، «فوائد مکتسبه» و «مطلق فوائد» است. در این پژوهش، ادله هر یک از این دو نظریه، نقد و بررسی شده است. برای نظریه نخست، دو دلیل (آیه و روایات) و برای نظریه دوم، چهار دلیل (آیه، روایات، فحوای عرفی، الغای خصوصیت) مطرح شده است. به نظر نویسنده، از میان این دلایل، آیه خمس و برخی روایات بر نظریه مطلق فوائد دلالت دارد.

کلید واژه‌ها: خمس، مطلق فایده، فوائد مکتسبه، ارباح مکاسب، ادله خمس، موضوع خمس.

* تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۱۲/۱۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۳/۰۷.

مقدمه

خمس، یکی از مباحث مهم فقهی است که همواره در فقه امامی جایگاه ویژه‌ای داشته است. در این عنوان فقهی، مسائلی مختلف بررسی شده که بحث موضوع خمس (متعلق خمس) از دامنه‌دارترین آن‌هاست. غنائم و فوائدی که به انسان می‌رسد، یکی از متعلقات خمس است که در اصل وجوب آن، بحثی نیست؛ به گونه‌ای که این وجوب از مسائل قطعی مذهب شمرده شده است. (نجفی، ۱۶/۴۵) اما فقیهان امامی درباره گستره فوائد، هم نظر نیستند و این اختلاف نظر، باعث تفاوت قابل توجهی در گستره موضوع خمس شده است. از این رو، پرداختن به آن، از ضرورت و اهمیتی خاص، برخوردار است.

درباره غنائم و فوائد به عنوان موضوع خمس، چهار احتمال، مطرح است:

۱. سودی که از راه صنعت و حرفه به دست آید.^۱
 ۲. هر آن چه بر آن تکسب و اکتساب، صدق کند؛ و چون کسب به معنای طلب است، پس تنها سودهای با قصد تحصیل سود (درآمد) را شامل می‌شود؛ که از آن به «ارباح مکاسب» یا «فوائد مکتسبه» تعبیر می‌شود.
 ۳. هر فائده‌ای که با اختیار به انسان برسد؛ گر چه بدون قصد سود و سعی باشد مانند هدیه.
 ۴. هر سود و فائده‌ای که انسان به دست آرد؛ چه با قصد سود باشد و چه بدون قصد و سعی. از این رو به آن «مطلق فایده» می‌گویند؛ مانند ارث.
- از میان این نظریه‌ها، دو نظریه فوائد مکتسبه (نظریه دوم) و نیز مطلق فایده (نظریه چهارم) بیشتر معرکه آراست که ما نیز در این پژوهش - به لطف الهی - به بررسی این دو نظریه می‌پردازیم.
- گفتنی است سخن اصلی در این پژوهش راجع به این است که بین دو عنوان «مطلق فائده» و «فوائد مکتسبه» کدام یک موضوع خمس است. اما این که هر کدام که موضوع خمس باشد، آیا به مواردی مانند مؤونه و ارث، تخصیص خورده است یا خیر، بحث دیگری است که پرداختن به آن را به مجال دیگری موکول می‌کنیم.

۱. این نظریه به محقق خوانساری نسب داده شده است. رک: منتظری، ۳/۸۲.

نظریه نخست: فوائد مکتسبه

فقیهانی همچون محقق نراقی (۳۳/۱۰)، حاج آقا رضا همدانی (۱۰۹/۳)، آیت الله بروجردی (ابوترابی، ۷۷) و امام خمینی (۱/۳۵۶) از قائلان نظریه نخست به شمار می‌روند. این فقیهان، «فوائد مکتسبه» را موضوع وجوب خمس می‌دانند و برای اثبات نظریه خود، دلایلی مطرح کرده‌اند که هر یک را - به لطف الهی - نقل و سپس نقد می‌کنیم.

دلیل اول: آیه خمس

برخی فقیهان در استدلال بر اینکه موضوع خمس، «فوائد مکتسبه» است به واژه «غنیمت» در آیه ۴۱ سوره مبارکه انفال، تمسک کرده‌اند:

وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ
وَإِنَّ السَّبِيلَ إِن كُنْتُمْ أَمْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلْنَا عَلَيَّ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقِيهِ الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَيَّ
كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ

و بدانید هر آنچه به عنوان غنیمت به دست آوردید، از هر چیزی، یک پنجم آن برای خدا و رسول خدا [ص] و خویشان پیامبر، و یتیمان و مسکینان و در راه ماندگان است، اگر به خدا و آنچه بر بنده‌اش روز جدا کننده حق از باطل، روز رویارویی دو گروه [مؤمن و کافر در جنگ بدر] نازل کردیم، ایمان آورده‌اید [پس آن را به عنوان حقی واجب به خدا و رسول و دیگر نامبردگان بپردازید] و خدا بر هر کاری تواناست.

تقریب استدلال مزبور، به این گونه است:

در آیه مزبور، واژه غنیمت، موضوع خمس، معرفی شده و غنیمت نیز در لغت به «فایده کسب شده» معنا شده است. بنابراین موضوع وجوب خمس، «فایده کسب شده» است؛ نه هر فایده‌ای (نراقی، ۱۲/۱۰). صاحب مصباح الفقیه که از طرفداران این نظریه است، در توضیح این استدلال به کتاب مجمع البحرین اشاره می‌کند که در آن، غنیمت به «فایده مکتسبه» معنا شده است^۱ و سپس در تکمیل استدلال می‌گوید: تملک‌های قهری مانند ارث، خارج از مصادیق اکتساب است. بنابراین، «قصد اکتساب» برای تحقق «غنیمت» ضروری است. (همدانی، ۱۰۹/۳)

نقد و بررسی

موضوع خمس در این آیه، «غنیمت» معرفی شده است. بنابراین، با تبیین واژه «غنیمت» موضوع خمس در آیه مزبور و نیز دلایل مشابه، روشن خواهد شد. بحث واژه‌شناسی غنیمت

۱. الغنیمه فی الأصل هی الفائده المکتسبه. (طریحی، ۳۳۳/۳).

را در چهار مرحله تقدیم می‌کنیم: ۱. بحث لغوی؛ ۲. قرائن احتمالی در آیه؛ ۳. قرائن احتمالی در سایر استعمالات عصر نزول؛ ۴. قرائن پس از عصر نزول.

غنیمت در لغت؛

سه معنا برای واژه غنیمت از کلمات لغویان، قابل استفاده است:

۱. دست یافتن به چیزی بدون مشقت؛^۱
۲. معنای نخست آن، هر گونه به دست آوردن چیزی است که فرد، در گذشته مالک آن نبوده است و سپس معنایی خاص، پیدا کرده است و آن چیزی است که به زور و غلبه از مشرکان گرفته شود.^۲
۳. فوائد کسب شده.^۳

با تأملی در اظهار نظرهای متفاوتی که از لغویان نقل شد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که: اولاً قیدی که مستلزم برای معنای غنیمت بیان می‌کند (کسب شده) و از آن نتیجه می‌گیرد که غنیمت بر دستاوردهای قهری صادق نیست، در کتاب‌های اصیل لغوی مانند العین (م: ۱۷۵) و معجم مقائیس اللغة (م: ۳۹۵) وجود ندارد و ظاهراً تنها در کتاب مجمع البحرین (م: ۱۰۸۵) آمده است؛ که ممکن است برداشت وی از مجموع قرائن لغوی و روایی باشد نه بیان معنای لغوی صرف. ضمن اینکه غنائم جنگی - که مصداق بارز این واژه است - غنائمی نیست که لزوماً با قصد به دست آوردن آن‌ها تلاشی انجام شده باشد؛ بلکه اعم است که از اینکه با چنین قصدی باشد یا خیر. حتی ممکن است از قید «بدون مشقت» - که در عبارت اکثر لغویان دیده می‌شود - چنین نتیجه گرفت که دلیل نامگذاری دستاوردهای این چنینی جنگ به غنائم این بوده است که رزمندگان، هدفشان از تلاش مشقت بار جنگ، رسیدن به آن غنائم نیست؛ بلکه به دنبال پیروزی و اهداف متعالی ترند. (رک: حائری، ۱۴۷) اما در ضمن آن به چیزهایی دست می‌یابند که برای آن تلاشی نکرده‌اند. از این رو به آن‌ها غنیمت گفته‌اند یعنی دستاوردی که برای آن مشقتی را متحمل نشده‌اند. اما اگر کسی با هدف رسیدن به غنائم بجنگد، هرگز دستیابی بدون مشقت بر آن صادق نیست تا نام غنیمت بر آن گذاشته شود.

۱. الفوز بالشي في غير مشقة (فراهیدی، ۴/۲۶؛ و نیز رک: فیروزآبادی، ۴/۱۵۸؛ ابن منظور، ۱۲/۴۴۵).
 ۲. العین والنون والمیم والنون أصل صحیح واحد يدل علی إفادة شيء لم يملك من قبل ثم يختص به ما أخذ من مال المشركين بقهر و غلبة. (ابن فارس، ۴/۳۹۷). راغب اصفهانی نیز نظری مشابه دارد: إصابته والظفر به ثم استعمل في كل مظفور به من جهة العدى وغيرهم. (۳۶۶)
 ۳. الغنيمة في الأصل هي الفائدة المكتسبة. طريحي، (۳/۳۳۳).

ثانیاً راجع به ادعای برخی مبنی بر اینکه معنای این واژه در آیه مزبور، غنائم جنگی است، باید گفت: گر چه واژه «غنیمت» در استعمالات شرعی برای «غنیمت جنگی» فراوان به کار رفته است؛ اما نه تنها معنای اولیه خودش یعنی «دست یافتن به هر چیز» را از دست نداده؛ بلکه استعمال آن در غنیمت جنگی به گونه‌ای که وضع دیگری برای آن رقم خورده باشد (استعمال حقیقی) نیز مورد تردید است. بدین ترتیب، استفاده غنیمت جنگی از این واژه در آیه خمس، نیازمند وجود قرینه است.

ثالثاً نسبت به سایر قیودی که در عبارات لغویان آمده است، باید گفت: لغویان در اینکه معنای این واژه، مطلق به دست آوردن است یا به دست آوردنی که بدون مشقت باشد، هم نظر نیستند. لذا اگر بخواهیم برای اثبات موضوع خمس به معنای لغوی غنیمت در همین آیه، بسنده کنیم، قدر متیقن موضوع وجوب خمس در این آیه به دست آوردنی است که بدون مشقت باشد؛ یعنی اضافه شدن هر قید دیگری به قرینه داخلی یا خارجی بستگی دارد. اما در ادامه خواهیم گفت که با توجه به روایاتی که در این زمینه وارد شده، این قید نیز در موضوع خمس لحاظ نشده است.

قرائن احتمالی در آیه

قرینه اول: وجود واژه «شیء» در آیه

برخی این احتمال را مطرح کرده‌اند که واژه شیء در آیه مزبور، اشاره به گسترده بودن موضوع خمس دارد. یعنی هر سودی که بر آن، «شیء» صدق کند، موضوع وجوب خمس است؛ گر چه آن شیء، بسیار اندک باشد مانند یک درهم و روشن است چنین مواردی با غنائم جنگی سازگار نیست. (خویی، ۱۹۴)

به نظر می‌رسد نویسنده، خود نیز به ضعف این قرینه توجه داشته است و از این رو، آن را در قالب احتمال و اشاره مطرح می‌کند؛ زیرا - همان گونه که برخی نیز گفته‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۵/۱) - درست است که واژه «شیء» بر گستردگی دلالت می‌کند؛ ولی این گسترش در محدوده همان غنیمت است و نمی‌تواند در تبیین معنای غنیمت، نقشی ایفا کند. نقش «من شیء» نفی هر گونه قید اضافی بر غنیمت است. یعنی خمس غنیمت، هر غنیمتی - گر چه غنیمت اندک باشد - واجب است. بنابراین، از واژه «شیء» نمی‌توان به عنوان قرینه‌ای در تبیین مفهوم غنیمت بهره برد.

قرینه دوم: اطلاق خطاب در برخی آیات پیشین

در آیات پیشین، خطاب‌هایی وجود دارد که متوجه تمام مؤمنان است نه اینکه منحصر به رزمندگان باشد. مانند آیات ۲۸ و ۲۹:

«وَاعْلَمُوا أَنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ وَأَنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ * يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن تَتَّقُوا اللَّهَ يَجْعَلْ لَكُمْ فُرْقَانًا وَيُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ».

محقق خوبی عمومیت خطاب در این آیات را تأییدی بر عمومیت مفهوم غنیمت نسبت به غنائم جنگی دانسته است. (۱۹۴)

با توجه به اینکه این آیات در میان آیات قتال، مطرح شده است و در عمومیت آن نسبت به تمام مؤمنان - رزمندگان و غیر رزمندگان - تردیدی نیست؛ بنابراین می‌تواند تأییدی بر این باشد که وجود موضوعی مانند قتال، دلیل انحصار آیات بر مفاهیم جنگی نیست؛ و به دیگر سخن، مورد و مصداقی که حکم به مناسبت آن صادر شده است، آن حکم را تخصیص نمی‌زند. چه اگر قرار بر چنین تخصیصی باشد باید آن را منحصر در همان جنگی دانست که آیه راجع به آن نازل شده است (طبرسی، مجمع‌البیان، ۳/۱۶۳) که البته به نظر نمی‌رسد کسی چنین انحصاری را قبول داشته باشد.

قرائن احتمالی در سایر استعمالات عصر نزول

آشنایی با سایر کاربردهای واژه غنیمت در عصر نزول، می‌تواند به عنوان قرینه خارجی برای فهم معنای این واژه به کار رود. از این رو - به لطف الهی - نخست به استعمالات قرآنی و سپس سایر استعمالات عصر نزول می‌پردازیم.

یک. غنیمت در قرآن

ماده غنم و مشتقات آن نه بار در قرآن به کار رفته است.^۱ به یقین در تمام این نه مورد، معنای واحدی اراده نشده است؛ زیرا سه استعمال آن، مربوط به واژه «غَنَم» است که معنای آن «گوسفند» می‌باشد و با واژه «مغانم» که در برخی موارد به معنای غنائم جنگی است، کاملاً متفاوت می‌باشد. حتی واژه «مغانم» هم در تمام استعمالات قرآنی به یک معنا نیست؛ چه، دست کم در یک استعمال به معنای غنائم جنگی به کار رفته است؛ گر چه در موارد دیگر، چنین به نظر می‌رسد. در آیه ۹۴ سوره مبارکه نساء، واژه مزبور در معنای پاداش‌ها و نعمت‌های اخروی به کار رفته است:

۱. واژه «غنمتم»، دو بار (انعام: ۴۱ و ۶۹)؛ واژه «مغانم» چهار مرتبه (نساء: ۹۴ و فتح: ۱۵، ۱۹ و ۲۰) و واژه «غنم» سه بار (انعام: ۱۴۶، انبیاء: ۷۸ و طه: ۱۸).

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَعِنْدَ اللَّهِ مَغَانِمٌ كَثِيرَةٌ كَذَلِكَ كُنْتُمْ مِنْ قَبْلُ فَمَنَّ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَتَبَيَّنُوا إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا».

ترجمه: «ای اهل ایمان! هنگامی که در راه خدا سفر می کنید، تحقیق و تفحص کنید و به کسی که نزد شما اظهار اسلام می کند، نگویید: مؤمن نیستی [و بدین وسیله] کالای بی ارزش و ناپایدار زندگی دنیا [غنائم جنگی] را طلب کنید. پس نزد خدا غنایم فراوانی است. شما هم پیش از این، چنین بودید؛ خداوند بر شما منت نهاد. پس باید تحقیق و تفحص کنید. یقیناً خدا همواره به آنچه انجام می دهید آگاه است».

از تقابل «عرض الحیوة الدنيا» و «مغانم»، می توان به اخروی بودن این نعمت‌ها پی برد. «عند الله» هم می تواند قرینه‌ای بر این باشد که مراد از مغانم در این آیه، غنائم جنگی نیست. در این آیه، صراحتی بر قیود مطرح شده در معنای غنیمت هم دیده نمی شود. بنابراین، نمی توان استعمالات دیگر قرآنی این ماده را قرینه‌ای بر معنای واژه «غنمتم» در آیه خمس دانست.

دو. غنیمت در سایر استعمالات عصر نزول

کاربرد ماده غنم در عصر نزول، افزون بر قرآن در سایر استعمالات نیز رائج بوده است. گاهی این ماده در مصداقی خاص مانند غنیمت جنگی به کار رفته و گاهی هم در معنایی اصلی لغوی، یعنی سود و فایده، استعمال شده است. نمونه‌های زیر از مواردی است که در معنای کلی سود و فایده به کار رفته است.

حدیثی از پیامبر عزیز (ص) که می فرماید: «لا یغلق الرهن، الرهن لصاحبه الذی رهنه، له غنمه وعلیه غرمه».

«عین مرهونه از ملکیت صاحب آن خارج نمی شود؛ بلکه [همواره] ملک کسی است که به رهن گذاشته است. هر گونه سود و زیانی داشته باشد، از آن مالک است». (ابن ابی جمهور،

(۲۲۱/۱)

در اینجا واژه «غنم» در مقابل «غرم»، که به معنای ضرر و زیان است، قرار گرفته. از قرینه تقابل و این که در بحث رهن آمده، می توان فهمید که این واژه در معنای مطلق سود به کار رفته و هیچ قیدی در آن لحاظ نشده است. با بهره گیری از همین روایت قاعده‌ای فقهی شکل گرفته است که «من له الغنم فعلیه الغرم» (مصطفوی، ۲۸۴)؛ یعنی غرامت و زیان متوجه کسی می شود که سود از آن اوست.

در روایتی، امیر مؤمنان(ع) برای بیان پر ثمر بودن دیدار برادران ایمانی از واژه «مغنم» استفاده کرده‌اند:

«لقاء الإخوان مغنم جسيم وإن قلووا».

«دیدار برادران [ایمانی] سودی عظیم است؛ هر چند اندک باشند». (کلینی، ۱۷۹/۲)

ظاهراً مراد حضرت از این سود عظیم، منحصر در سودهایی نیست که انسان، قاصد آنها بوده است؛ بلکه هر گونه سودی، منظور امیر مؤمنان(ع) است.

این ماده به صورت گسترده و با مشتقات مختلفی در نهج البلاغه نیز به معنای سود و منفعت به کار رفته است. از این موارد نیز به یک نمونه اشاره می‌کنیم:

«لا تكن ممن ... يري الغنم مغرمًا و الغرم مغنمًا». (قصار ۱۵۰)

«از کسانی نباش که ... سود را زیان و زیان را سود می‌بیند».

در این استعمال نیز اولاً غیر غنائم جنگی، اراده شده است و ثانیاً دلیلی بر انحصار مفهوم «مغنم» در سودهایی که با قصد، همراه است، دیده نمی‌شود.

قرائن پس از عصر نزول

اهل بیت(ع)، قرآن ناطق‌اند و این بدان معناست که تفسیر و توضیح آیات الهی از سوی آنان، منبعی مطمئن برای فهم مراد خدای تعالی است. از این رو، به منظور فهم مراد خداوند از غنیمت، به سراغ روایاتی می‌رویم که در تفسیر آیه خمس بیان شده است.

امام جواد(ع) در روایتی، فوائد را - به طور مطلق - متعلق خمس معرفی کرده و در تأیید آن به همین آیه، تمسک می‌کنند:

«فأما الغنائم والفوائد فهي واجبة عليهم في كل عام قال الله تعالى: "واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ..." والغنائم والفوائد يرحمك الله فهي الغنيمة يغنمها المرء، والفائدة يفيدها، والجائزة ...» (طوسی، الاستبصار، ۶۱/۲)^۱

امام صادق(ع) نیز غنیمت در این آیه را به بهره‌های روزانه - به طور مطلق - معنا فرموده‌اند:

«عن حکیم مؤذن بنی عبس عن أبي عبد الله(ع) قال: قلت له قوله تعالى "واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول" قال: هي والله الإفادة يوماً بيوم ...» (همان، ۵۴)

۱. در بحث دلیل روایی - به فضل الهی - بیشتر در باره این روایات، سخن خواهیم گفت.

«حکیم مؤذن می‌گوید از امام صادق(ع) دربارهٔ آیه "واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة ولرسول" پرسیدم. حضرت فرمودند: قسم به خدا [منظور از] غنیمت، بهره و استفاده روزانه است...».

بدین ترتیب، در روایات تفسیری نیز غنیمت به فائدهٔ مطلق تفسیر شده است و قید سعی و تلاش در این فایده، مطرح نیست.

با توجه به آنچه گذشت می‌توان نتیجه گرفت:

ا. تنها آیهٔ دال بر خمس، آیه ۴۱ سورهٔ مبارکهٔ انفال است که در آن، «غنیمت» موضوع خمس معرفی شده است. با مراجعه به کتاب‌های لغت، شاهد مطمئنی بر این‌که معنای واژه «غنیمت»، «فوائد مکتسبه» باشد، یافت نمی‌شود؛ بلکه معنایی که از عبارات لغوی بر می‌آید، «فایدهٔ بدون مشقت» است.

ب. در خود این آیه و آیات همجوار، قرینه‌ای بر معنایی فراتر از معنای لغوی برای غنیمت، به دست نمی‌آید.

ج. گرچه، مادهٔ «غنم» در قرآن و سایر استعمالات عصر نزول، گاهی در مصادیقی مانند غنیمت جنگی به کار رفته است، اما همچنان در معنای اصلی خود نیز (دست یافتن به چیزی) به کار رفته است؛ و به همین دلیل نمی‌توان وضع جدیدی برای آن در نظر گرفت.

د. با توجه به این‌که لغویان در معنای دقیق «غنیمت» هم نظر نیستند و برخی قید بدون مشقت را هم اضافه کرده‌اند، معنای «غنیمت» مجمل می‌شود؛^۱ از این رو راجع به موضوع وجوب خمس در آیهٔ مزبور، باید به قدر متیقن اکتفا کرد که همان دست یافتن به چیزی بدون مشقت است. اما در هر صورت، دلیلی بر تقیید فایده به «فوائد مکتسبه» دیده نمی‌شود. بلکه می‌بایست موضوع خمس را مطلق فایده دانست و نهایت قیدی که می‌توان زد همان بدون مشقت بودن است.

گفتنی است از بحث پیشین، مفهوم روایت ابن سنان نیز روشن می‌شود. در این حدیث، ابن سنان از امام صادق(ع) نقل می‌کند:

«ليس الخمس الا في الغنائم خاصة». خمس، فقط و فقط در غنائم است. (طوسی،

الاستبصار، ۵۶/۲)

۱. البته بدون در نظر گرفتن دلایل روایی که می‌تواند به عنوان یک قرینه در معنای آیه استفاده شود و در ادامه معلوم می‌شود که چنین قیدی در روایات، لحاظ نشده است.

با توجه به اینکه معنای غنیمت را نسبت به «فوائد مکتسبه»، مطلق دانستیم، موضوع خمس در این روایت نیز منحصر به فوائد مکتسبه نیست بلکه مطلق فوائد را شامل می‌شود.

پاسخ به یک سؤال

برخی این پرسش را مطرح می‌کنند که اگر جعل وجوب خمس با این تعمیم از همان صدر اسلام بوده است، چرا گزارش تاریخی از تأکید بر خمس و دریافت آن - فراتر از غنائم جنگی - در زمان پیامبر مکرم (ص) و حاکمان بعدی تا مدت‌ها به ما نرسیده است؟ آیا نمی‌توان همین نکته را شاهدی بر این دانست که وجوب خمس در ابتدا تنها برای غنائم جنگی، جعل شد و سپس در زمان امامان بعدی این جعل، تعمیم یافت؟ چه، اگر وجوب خمس به صورت عام جعل می‌شد، حتماً گزارش‌های تاریخی از آن به ما می‌رسید. (هاشمی شاهرودی، ۴۳/۲)

در جواب می‌توان گفت: ما دلایل وجوب خمس را بررسی کردیم و به این نتیجه رسیدیم که موضوع خمس، مطلق فائده و عام است. از سوی دیگر در نقل‌های تاریخی - بر فرض - گزارشی از دریافت خمس و نیز تأکید بر آن در بعضی مصادیق خمس نداریم. براین دو مطلب مزبور، این است که خمس از همان ابتدا برای موضوعی عام جعل شده است اما نسبت به بعضی مصادیق تطبیق و تأکید نشده است. بنابراین، نمی‌توان از این دو مطلب، نتیجه گرفت که وجوب خمس برای موضوعی خاص، جعل شده است. (فیاض، ۱۱۰/۷) اما اینکه چرا چنین تطبیق و تأکیدی انجام نشده است، ممکن است به جهت وجود شرایط خاص زمانی باشد؛ مشابه آنچه در زمان امام جواد (ع) در روایت مفصلی از علی بن مهزیار مطرح شد. برخی نیز این احتمال را مطرح کرده‌اند که چون پیامبر اکرم (ص) می‌دانستند که بعد از ایشان، ظالمان و غاصبان، حکومت را به دست می‌گیرند و بخش مهمی از خمس هم به طور طبیعی به والیان می‌رسید، چنین تطبیق و تأکیدی انجام نشد. (هاشمی شاهرودی، ۴۵/۲)

دلیل دوم: روایات

برخی فقهایان در استدلال بر اینکه موضوع خمس، «فوائد مکتسبه» است، به روایات تمسک کرده‌اند. مهم‌ترین آن‌ها را بررسی می‌کنیم.

روایاتی که در آن‌ها واژه «افاد»، «استفاد» و «اکتسب» به کار رفته است:

- «علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن الحسين بن عثمان، عن سماعة قال: سألت أبا الحسن (ع) عن الخمس؟ فقال: في كل ما أفاد الناس من قليل أو كثير». (کلینی، ۵۴۵/۱)
- «سماعة از امام جواد (ع) راجع به خمس می‌پرسد. امام می‌فرماید: خمس در هر چیزی

است که مردم از آن سود می‌برند».

• «سعد بن عبد الله عن أبي جعفر عن علي بن مهزيار عن محمد بن الحسن الأشعري قال: كتب بعض أصحابنا إلى أبي جعفر الثاني (ع) اخبرني عن الخمس أ على جميع ما يستفيد الرجل من قليل و كثير من جميع الضروب و على الصناعات و كيف ذلك؟ فكتب بخطه: الخمس بعد المؤونة» (طوسی، تهذيب الاحكام، ۱۲۳/۴)

«محمد بن حسن اشعری می‌گوید: بعضی از اصحاب ما به امام جواد(ع) نامه‌ای نوشتند و در آن از خمس پرسیدند که اولاً آیا خمس بر تمام چیزهایی که فرد بهره می‌برد، چه اندک و چه بسیار، از هر نوع است و بر صنایع هم واجب است؟ ثانیاً [این وجوب] چگونه است؟ حضرت به خط خود نوشتند: خمس پس از مؤونه است».

• «وعنه [محمد بن علي بن محبوب] عن محمد بن الحسين عن عبد الله بن القاسم الحضرمي عن عبد الله بن سنان قال أبو عبد الله (ع): على كل امرئ غنم أو اكتسب الخمس مما أصاب...» (همان، ۱۲۲)

«امام صادق(ع) فرمودند: هر کسی که غنیمی به دست آورد یا کسبی کند، واجب است خمس آنچه را به وی رسیده است، پرداخت کند...».

• «أخبرني أحمد بن عبدون عن أبي الحسن علي بن محمد بن الزبير عن علي بن الحسن بن فضال عن الحسن بن علي بن يوسف عن محمد بن سنان عن عبد الصمد بن بشير عن حكيم مؤذن بني عبس عن أبي عبد الله (ع) قال: قلت له قوله تعالى "واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول" قال: هي والله الإفادة يوما بيوم...» (طوسی، الاستبصار، ۵۴/۲)

«حكيم مؤذن می‌گوید از امام صادق(ع) درباره آیه "واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول" پرسیدم. حضرت فرمودند: قسم به خدا [منظور از] غنیمت، بهره و استفاده روزانه است...».

تقریب استدلال: محور استدلال در این دلایل، معنای واژه‌های «افاده»، «استفاده» و «اكتساب» است؛ زیرا در این روایات، واژگان مزبور به عنوان موضوع خمس، مطرح شده است؛ و چون معنای این واژگان - به باور مستدل - فوائد کسب شده است نه هر فایده‌ای، پس موضوع خمس به فوائد کسب شده، محدود می‌شود.

محقق نراقی می‌گوید: معنای این واژه‌ها هر نوع فائده‌ای نیست؛ بلکه فائده‌ای است که با نوعی سعی و تلاش به دست آمده باشد. بنابراین، هنگامی که این واژه‌ها موضوع خمس قرار

می‌گیرد، متعلق خمس به ارباح مکاسب، محدود می‌شود. (نراقی، ۱۲/۱۰) برخی نیز در توضیح معنای لغوی گفته‌اند: افاد در لغت به معنای استفاد به کار رفته است و استفاد از باب استفعال است و این باب، معنای طلب و سعی را می‌رساند. بنابراین، افاد و استفاد بر فایده‌ای اطلاق می‌شود که با طلب و سعی به دست آید. (نوری همدانی، ۷۵۳)

نقد و بررسی

به لحاظ سندی، روایت اول معتبر است. اما روایت دوم به خاطر وجود محمد بن حسن اشعری، روایت سوم به جهت عبد الله به قاسم و روایت چهارم، دست کم به دلیل وجود علی بن محمد بن زبیر، قابل اعتماد نمی‌باشد.

اما برای قضاوت راجع به دلالت این روایات، باید سه واژه افاد، استفاد و اکتساب را بررسی لغوی کرده سپس به قرائن احتمالی در روایاتی که این واژگان در آن‌ها به کار رفته مراجعه کنیم تا با مشخص شدن معنای دقیق آن‌ها، موضوع خمس نیز روشن گردد.

یک. معنای لغوی افاد، استفاد و اکتساب

برخی واژه «اکتساب» را با ثلاثی مجرد آن، هم مفهوم و به معنای «طلب رزق» دانسته‌اند. اما گروهی دیگر، «اکتساب» را به طلب کردن همراه با سعی و تلاش، معنا کرده‌اند. (ابن حاجب، ۱۱۰/۱؛ فیروزآبادی، ۱/ ۱۲۴ و ابن منظور، ۷۱۶/۱) در هر صورت، معنای «طلب» در این واژه نهفته است و نمی‌توان «اکتساب» را به فوائد ناخواسته و غیر اختیاری اطلاق کرد و شامل چنین مواردی نمی‌شود.

اما ماده «فاد» در استعمال ثلاثی مجرد به معنای «ثبت» آمده است. (جوهری، ۵۲۱/۲، فیروز آبادی، ۳۲۴/۱) و با رفتن به باب افعال (افاد) دو معنا پیدا می‌کند: «عطا کردن» و «بهره بردن». (جوهری، ۵۲۱/۲؛ فیروز آبادی، ۳۲۵/۱) این دو معنا در این باب متضاد به شمار می‌روند و باید هر کدام را به کمک قرینه، تعیین کرد. اما باب استفعال این ماده (استفاد) تنها در معنای دوم یعنی «بهره بردن» به کار رفته است. (جوهری، ۵۲۱/۲) بدین ترتیب، «استفاد» با «افاد» در یکی از معانی (بهره بردن) مشترک و با آن مترادف است.

در هیچ یک از این معانی به مفهوم قصد، اشاره‌ای نشده است و لذا نمی‌توان چنین قیدی را به آن اضافه کرد. این قید از کاربرد این ماده در باب استفعال هم - که برخی آن را ادعا کرده‌اند (نوری همدانی، ۷۵۳) - قابل برداشت نمی‌باشد؛ زیرا باب استفعال، همیشه دارای معنای طلب نیست؛ بلکه این باب معانی دیگری هم دارد (استرآبادی، ۱۱۰/۱)؛ کما اینکه به نظر

بعضی، باب استفعال در این بحث، ظهور در معنای صیوررت دارد نه طلب. (رک: طباطبائی حکیم، ۵۲۱/۹)

بنابراین، معنایی که لغویان برای این دو واژه گفته‌اند، مطلق است و اضافه کردن هر قید دیگری نیازمند دلیل می‌باشد از این رو، نمی‌توان با استفاده از معنای لغوی واژگان مزبور، موضوع خمس را به فوائد مکتسبه مقید کرد.

دو. قرائن احتمالی در روایات

جستجو از قرائن احتمالی در یک سخن، نقش بسزایی در فهم مراد گوینده دارد. چه، در هر کلامی - به طور معمول - قرائنی وجود دارد که بخش قابل توجهی از مراد گوینده را به مخاطب، منتقل می‌کند. بر این اساس ممکن است در روایاتی که از موضوع خمس سخن گفته شده است، قرائنی موجود باشد دال بر اینکه آیا مراد امام(ع) از «اکتساب»، «افاده» و «استفاده» مطلق فائده است یا فوایدی که با قصد و سعی به دست آید؟

درباره قرائن احتمالی برای واژه «اکتساب»، مطلب روشن‌تر است؛ زیرا ظاهراً تنها در یک روایت از این واژه برای بیان موضوع خمس، استفاده شده است و در آن روایت، ماده غنیمت نیز در کنار این واژه برای بیان موضوع خمس به کار رفته است و چون غنیمت، هر نوع فائده‌ای را شامل می‌شود، موضوع خمس، اعم خواهد بود. بنابراین، گر چه در معنای «اکتساب»، قصد و طلب نهفته است، اما نمی‌تواند موضوع خمس را به فوائد مکتسبه، مقید کند.

اما نسبت به قرائن احتمالی راجع به واژه «افاد» و «استفاد»، دو قرینه مطرح است:

۱. قرینه اول: سیاق

برخی سیاق روایت علی بن مهزیار را قرینه‌ای بر خلاف نظر مستدل گرفته و گفته‌اند مراد از «استفاده» در این روایت، «مطلق فائده» است. در این نگاه، عباراتی مانند «جمیع ما یستفید» و «من جمیع الضروب»، مفهوم «فی کل فائده» را می‌رساند و هم چون صریح در این تعمیم است. (هاشمی شاهرودی، ۱۰۳/۲)

نقد و بررسی: گر چه واژه «جمیع»، صریح در تعمیم است؛ اما این تعمیم در دایره معنای «یستفید» محدود می‌شود. هر چه بر آن، استفاده صدق کند - پس از کسر مؤونه - موضوع خمس است. حال اگر معنای لغوی استفاده، مطلق فائده باشد، تمام فوائد را شامل می‌شود و اگر معنای آن فائده مقید به قصد و طلب باشد، همین فوائد را در بر می‌گیرد. نکته قابل توجه این است که مستدل، مشابه همین اشکال را در آیه خمس به استدلال بر تعمیم در آن آیه،

مطرح کرده است (همان ۱۵/۱) ولی در این روایت به همان شیوه، استدلال می‌کند!^۱
تذکر: برخی گفته‌اند دو واژه «افاده» و «استفاده» به روش‌های متعارف در بهره‌گیری اموال انصراف دارد نه اینکه از این جهت اطلاق داشته باشد و فوائد غیر متعارف را نیز شامل شود و نتیجه گرفته‌اند که خمس برای سودهایی غیر منتظره و غیر متعارف، جعل نشده است. (هاشمی شاهرودی، ۱۰۶/۲) اما به نظر می‌رسد با تصریحاتی که به عمومیت در روایات به کار رفته است مانند «جمع ما یستفید» و «من جمیع الضروب»، دلیلی بر این انصراف، وجود ندارد.

۲. قرینه دوم: تصریح به واژه‌هایی مانند «هدیه» و ... در روایات دیگر در بعضی روایات، نمونه‌هایی بیان شده و ائمه (ع) خمس را در آن‌ها واجب دانسته‌اند. این نمونه‌ها مصداق فوائد مکتسبه نیست بلکه از مصادیق فوائدی است که بدون سعی و طلب به دست آمده است. لذا می‌توان این روایات را - که صراحت در تعمیم دارد - قرینه‌ای بر مراد معصوم (ع) از واژه‌های مزبور (اکتساب، افاده و استفاده) دانست. بحث از این قراین را در ادله نظریه دوم (مطلق فائده) - به فضل الهی - دنبال می‌کنیم.

روایت علی بن مهزیار

امام (ع) در مکاتبه‌ای، خمس را در کالاها و مستقلات، واجب دانسته‌اند:
علي بن مهزيار قال قال لي أبو علي بن راشد: قلت له امرتني بالقيام بأمرك وأخذ حقتك فأعلمت مواليك ذلك. فقال لي بعضهم وأي شيء حقه؟ فلم أدر ما أجيبه. فقال يجب عليهم الخمس. فقلت ففي أي شيء؟ فقال: في أمتعتهم وضياعهم. قال^۲ و التاجر عليه والصانع بيده فقال: ذلك إذا أمكنهم بعد مؤونتهم. (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۲۳/۴)
علی بن مهزیار از ابوعلی نقل می‌کند که می‌گوید: به امام (ع) عرض کردم: به من دستور دادید که برای امر شما اقدام کنم و حقتان را بگیرم. این مطلب را به اطلاع دوستانتان رساندم. بعضی از آن‌ها گفتند: حق امام کدام است؟ من هم ندانستم چه جواب دهم. امام (ع) فرمودند: بر آنان خمس واجب است. عرض کردم: در چه چیز؟ فرمودند: در کالاها و مستقلاتشان. فرمودند: بر تاجر و کسی که به دست خود صنعتگری می‌کند، خمس واجب است. سپس اضافه کردند: این خمس، در صورتی است که بعد از مؤونه برایشان ممکن باشد.

۱. در بحث آیه خمس به این استدلال و جواب اشاره کردیم.

۲. در بعضی نسخه‌ها به جای «ضیاعهم»، «صناعهم» و به جای «قال»، «قلت» آمده است. رکن: حر عاملی، ۵۰۰/۹.

تقریب استدلال: مرحوم همدانی، می‌فرماید: «امتعه»، جمع متاع است و متاع یا به معنای خصوص کالای تجاری است و یا هر چه که از آن منفعتی حاصل شود. اگر معنای متاع را عام هم در نظر بگیریم، واژه «امتعه» در این روایت، انصراف به منافی دارد که با سعی و تلاش به دست آمده باشد نه هر ملکی. ظاهراً قرینه وی بر این انصراف، قسمت‌های پایانی روایت است که در آن تصریح می‌شود به وجوب خمس بر تاجر و صنعتگر؛ چه، فوایدی که نصیب تاجر و صنعتگر می‌شود با سعی و تلاش است. (همدانی، ۱۲۸/۳) بنابراین، در این روایت، موضوع خمس، فوایدی معرفی شده است که با سعی و تلاش به دست آید یعنی فوائد مکتسبه نه مطلق فوائد.

نقد و بررسی

این حدیث به لحاظ سند، صحیح است؛ اما از جهت دلالت، بستگی به واژه «امتعه» دارد. این واژه، مطلق است و هر سودی را - گر چه بدون قصد و اختیار باشد - شامل می‌شود. انصراف واژه «امتعه» از اطلاق مزبور، نیازمند دلیل است. تصریح به وجوب خمس بر تاجر و صنعتگر ممکن است به این دلیل باشد که کسی تصور نکند که تنها بر سودهای غیر اختیاری و ... خمس واجب است. اگر حتی احتمال این معنا هم باشد، دیگر ادعای انصراف بی ثمر خواهد بود.

بدین ترتیب اگر این روایت، دلیل برای نظریه مطلق فائده نباشد - کما اینکه برخی برای اثبات این نظریه به آن تمسک کرده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۰۵/۲) - دلیل برای نظریه «فوائد مکتسبه» هم نیست.

روایتی دیگر از علی بن مهزیار

محمد بن الحسین وعلی بن محمد، عن سهل بن زیاد، عن علی بن مهزیار قال: کتبت إلیه: یا سیدی رجل دفع إلیه مال یحج به، هل علیه فی ذلك المال حین یصیر إلیه الخمس أو علی ما فضل فی یده بعد الحج؟ فکتب علیه السلام لیس علیه الخمس. (کلینی، ۵۴۷/۱)

علی بن مهزیار می‌گوید: به [امام(ع)] نوشتم: سرورم! به مردی مالی داده شده است تا با آن حج انجام دهد. آیا هنگامی که این مال به او می‌رسد باید خمس آن را بدهد یا بر آنچه بعد از حج زیاد بیاید، خمس واجب است؟ حضرت نوشتند: خمس بر وی واجب نیست.

تقریب استدلال: بر اساس این روایت، حضرت، خمس را نسبت به مالی که برای انجام حج به کسی هدیه داده شده است، واجب نمی‌دانند. از سوی دیگر، قول به عدم وجوب خمس

در مالی که برای حج داده شده یا خمس نداشتن اجرت و ... مخالف قول مشهور است؛ بنابراین، عدم وجوب خمس، در این مال به جهت عدم صدق تکسب بر آن است. پس وجوب خمس، برای مطلق فائده، جعل نشده است.

نقد و بررسی

بر این استدلال، نقدهای متعددی وارد شده است که به برخی اشاره می‌کنیم:

۱. سند روایت به جهت وجود سهل بن زیاد، ضعیف است (حائری، ۱۷۴)
۲. مالی که از انجام حج، زیاد می‌آید، چندان قابل توجه نیست و شاید امام به این دلیل که چنین اموالی به طور معمول تا پایان سال، مصرف می‌شود،^۱ خمس آن را واجب ندانسته‌اند. (همان)
۳. ممکن است شخص باذل، مال را به تملیک طرف مقابل در نیاورده باشد بلکه تنها مال را برای انجام حج در اختیار وی گذارده که به نیابت از وی یا برای خودش حج انجام دهد. پس چون این مال در ملک مبذول نیست، خمسی هم بر ذمه او نخواهد بود. (خویی، ۲۱۸)
۴. سؤال از وجوب خمس بر شخص است نه بر مال. به عبارت دیگر، سؤال کننده می‌پرسد: آیا بر آن شخص، زمان دریافت مال، خمس واجب است یا زمان بازگشت از حج؟ امام (ع) هم می‌فرمایند: بر او خمس واجب نیست یعنی اکنون واجب نیست. پس سخن از این نیست که این مال، متعلق خمس است یا نه؛ بلکه سخن از این است که چه زمانی پرداخت خمس، واجب است. (همان، ۲۱۹)

به هر حال با وجود احتمالات دیگر، نمی‌توان روایت مزبور را به عنوان دلیلی برای نظریه اول مطرح کرد.

نظریه دوم: مطلق فائده

از فقیهانی که نظریه دوم را برگزیده‌اند، می‌توان به محقق بحرانی (۳۵۲/۱۲)، صاحب جواهر (نجفی، ۵۶/۱۶)، آیت الله طباطبایی حکیم (۳۵۱/۹) و مرتضی حائری (۱۶۰) اشاره کرد. طرفداران نظریه دوم به دلایلی تمسک کرده‌اند که بعضی از آنها مانند آیه خمس و سه روایتی که در آنها واژگان «اکتسب»، «افاد» و «استفاد» به کار رفته است، در ضمن نقد دلایل نظریه

۱. توضیح بیشتر این مطلب - به فضل الهی - در ضمن روایت سوم از دلایل نظریه مطلق فائده می‌آید.

اول، بیان شد و از تکرار آن خودداری می‌کنیم. اکنون به بررسی دلایل دیگری از این نظریه می‌پردازیم.

دلیل اول: روایات

روایت ابو بصیر

ابن ادريس در آخر کتاب سرائر به نقل از کتاب محمد بن علی بن محبوب حدیثی را نقل می‌کند. بر اساس این روایت، ابو بصیر در نامه‌ای از امام صادق(ع) راجع به شخصی می‌پرسد که مولای وی به او هدیه‌ای به ارزش دو هزار درهم، کمتر و یا بیشتر داده است. ابو بصیر از امام(ع) سؤال می‌کند که آیا در این هدیه خمس، واجب است؟ امام(ع) در جواب می‌نویسد که در این هدیه، خمس واجب است.

قال كتبت إليه في الرجل يهدى له مولاه والمنقطع إليه هدية تبلغ ألفي درهم، أقل أو أكثر، هل عليه فيها الخمس؟ فكتب عليه السلام الخمس في ذلك ... (۶۰۶)

هدیه از فوائدی است که غالباً بدون سعی و طلب به دست انسان می‌رسد و از این رو در شمار فوائد مکتسبه، نمی‌گنجد. با این وجود، در برخی روایات تصریح شده است که در هدیه هم خمس واجب است؛ بنابراین، باید موضوع خمس را مطلق فوائد در نظر گرفت نه فقط فوائد مکتسبه.

نقد و بررسی

این روایت به لحاظ دلالت، پذیرفتنی است؛ اما از جهت سندی به خاطر وجود احمد بن هلال، مورد اختلاف است. برخی وی را در نقل، ثقه می‌دانند؛ گرچه عقائد فاسدی داشته است (نجاشی، ۸۳؛ خوبی، ۲۱۲؛ هاشمی شاهرودی، ۱۰۴/۲) و بعضی او را به شدت تضعیف می‌کنند. (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۰۴/۹)^۱

نتیجه نهایی در این روایت، بستگی به بحث‌های رجالی دارد.

صحیحة احمد بن محمد بن عیسی

عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد بن عيسى بن يزيد قال: كتبت: جعلت لك الفداء تعلمني ما الفائدة وما حلها رأيك - أبقاك الله تعالى - أن تمن علي ببيان ذلك لكيلا أكون مقيما على حرام لا صلاة لي ولا صوم، فكتب: الفائدة مما يفيد إليك في تجارة من ربحها وحرث بعد الغرام أو جائزة. (كليني، ۵۴۵/۱)

۱. علامه حلی نیز روایت وی را مقبول نمی‌داند. رک: علامه حلی، ۳۲۰.

راوی می‌گوید: نوشتم فدایت شوم به من معنای فایده را تعلیم دهید؛ نظر شما درباره حد و مرز آن چیست؟ بر من منت گذارده، بیان فرمایید تا در حرام نیفتم و به گونه‌ای نشود که نه نمازی برایم بماند و نه روزه‌ای. ایشان نوشتند: فایده، هر چیزی است که به تو سود می‌رساند؛ [چه] در تجارت باشد که همان سود تجارت است؛ [چه] در زراعت که پس از مخارج خواهد بود و [چه] در جایزه.

نقد و بررسی

سند این روایت به دلیل «احمد بن محمد بن عیسی بن یزید» و در نتیجه مجهول شدن وثاقت «عده من اصحابنا» ضعیف است؛^۱ اما دلالت آن، پذیرفتنی است زیرا - دست کم - از اینکه جایزه از فوائد شمرده شده است می‌توان به عمومیت موضوع خمس پی برد؛ چه اینکه جایزه، جزء فوائد مکتسبه نیست. بنابراین، امام(ع) فائده‌ای که موضوع خمس است را اعم از فوائد مکتسبه معنا کرده‌اند. البته در این روایت به بحث خمس، تصریح نشده است؛ اما از قرائن روایت می‌توان موضوع سخن را حدس زد.

روایت دیگری از علی بن مهزیار

امام(ع) در ضمن جوابی طولانی به نامه ابن مهزیار، مطالبی را نوشتند که از برخی فرازهای آن می‌توان عمومیت موضوع خمس را استفاده کرد. ذیلاً به چند مورد اشاره می‌کنیم:

أ. وجوب خمس در طلا و نقره به طور مطلق؛^۲ این اطلاق، هر نوع ملکیتی در طلا و نقره را شامل می‌شود؛ چه از راه تکسب باشد و چه هدیه و ...

ب. نفی وجوب خمس از ظروف، چهار پایان و خادمان در کنار نفی آن از سوده‌های حاصل از تجارت به جهت تخفیف بر شیعیان؛^۳ سود حاصل از تجارت به یقین موضوع وجوب خمس است. امام(ع) در این روایت وجوب را از این سود و نیز از ظروف و چهار پایان و خادمان به منظور تخفیف بر شیعیان برداشته‌اند. بنابراین، در حالت عادی تمام این موارد، موضوع خمس

۱. گفتنی است که برخی احتمال داده‌اند این فرد همان «احمد بن محمد بن عیسی اشعری» باشد که در این صورت سند، صحیح خواهد بود. در بعضی نسخه‌ها هم به جای عیسی بن یزید، «عیسی عن یزید» آمده است که در صورت وثاقت وی، باز هم سند صحیح خواهد شد. اما به جهت احتمالی بودن موارد مذکور، نمی‌توان این روایت را معتبر دانست. رک: خویی، معجم رجال الحدیث، ۱۱۱/۳.

۲. وإنما أوجب عليهم الخمس في سنتي هذه في الذهب والفضة التي قد حال عليها الحول. طوسی، استبصار، ۶۱/۲.

۳. ولم أوجب عليهم ذلك في متاع ولا آنية ولا دواب ولا خدم ولا ربح ربحه في تجارة ولا ضيعة إلا ضيعة سأسفر لك أمرها تخفيفاً مني عن موالي ومنا مني عليهم. همان.

است و امام(ع) قید تکسب را برای موارد یاد شده، بیان نفرمودند.
 ج. تصریح امام(ع) به وجوب خمس در جایزه^۱ در این روایت نیز مانند روایت پیشین، واژه «جایزه» به کار رفته است و با تقریبی که گذشت، دلالت بر عمومیت موضوع خمس دارد. البته برای جایزه قید «لها خطر» یعنی «ارزشمند» هم آمده است که توضیحات متفاوتی از سوی فقیهان برای آن ارائه شده است. مانند اینکه قید مزبور به این دلیل است که جوایز غیر ارزشمند معمولاً تا قبل از یک سال، مصرف می‌شوند لذا پرداخت خمس آن واجب نیست. پس این قید برای بیان غالب موارد است و مفهوم ندارد.(خویی، ۲۱۱) یا اینکه منظور جوایز غیر منتظره است؛ چه برخی بر این باورند که سوده‌های قابل پیش بینی، متعلق خمس نیست(شاهرودی، ۱۰۶/۲) و یا بگوئیم به جهت وجود شرایط ویژه، امام(ع) فقط جوایز ارزشمند را مشمول خمس دانسته‌اند گر چه در شرایط عادی همه جوایز، متعلق خمس هستند. در هر صورت، این فراز دلالت بر عمومیت موضوع خمس، نسبت به فوائد مکتسبه دارد.

نقد و بررسی

دو نکته در نقد و بررسی این روایت، شایان توجه است:

۱. گفتنی است با اینکه فقیهان از این روایت به صحیحه تعبیر می‌کنند؛^۲ اما بعضی به جهت اینکه برخی فرازهای آن در ظاهر با دلایل دیگر در تنافی است و نیز عدم استناد مشهور به آن، آن را غیر قابل استناد دانسته‌اند و به آن توجهی نکرده‌اند.(اردبیلی، ۳۱۶/۴؛ میلانی، ۹۳/۴) اما برخی دیگر، با این توضیح که امام(ع) این حدیث را در شرایطی ویژه و برای مقطعی خاص بیان کرده‌اند، اولاً اعراض مشهور را نپذیرفتند و ثانیاً به فرض اعراض، آن را باعث سقوط حجیت آن ندانسته‌اند. بدین ترتیب روایت مزبور را به لحاظ سند و دلالت تمام دانسته و به آن استناد کرده‌اند.(خویی، ۲۱۱ و ۲۱۴؛ هاشمی شاهرودی، ۱۱۱/۲)

۲. از برخی مصادیقی که در روایات برای موضوع خمس بیان شده است مانند سوده‌های تجاری، صنعتی و نیز از عمومیت واژه‌هایی مانند «افاد» و «استفاد» می‌توان فهمید که بدون مشقت بودن، قید برای موضوع خمس، نیست. بنابراین، گر چه - همان گونه که در بحث لغوی واژه «غنم» گذشت - برخی لغت‌شناسان، این قید را برای واژه «غنم» بیان کرده‌اند ولی از

۱. والغنائم والفوائد یرحمک الله فهي الغنیمه یغنمها المرء، والفائده یغیدها، والجائزه من الانسان التي لها خطر، والمیراث الذي لا یحتسب. طوسی، استنبصار، ۶۱/۲.
 ۲. سند روایت مذکور، چنین است: محمد بن الحسن الصفار عن أحمد بن محمد وعبد الله بن محمد عن علی بن مهزیار.

قراین روایی معلوم می‌شود که یا قول بعضی دیگر از لغویان که چنین قیدی را مطرح نکرده اند، درست است و یا قید مزبور در موضوع خمس، لحاظ نشده است.

دلیل دوم: فحوای عرفی

دلیل دیگری که برخی فقیهان، برای نظریه دوم یعنی «مطلق فوائد» مطرح کرده‌اند، فحوای عرفی است. بر اساس این دلیل، در نگاه عرف، گرفتن مالیات و قرار دادن حق مالی در اموالی که به راحتی و بدون مشقت به دست می‌آید، نسبت به اموالی که با مشقت و عرق جبین حاصل می‌شود، اولویت دارد. اگر شارع حق مالی در اموالی که با مشقت به دست آمده قرار داده است، به طور حتم در مواردی که بدون مشقت، مالی به دست انسان می‌رسد، این حق وجود دارد. (هاشمی شاهرودی، ۱۰۷/۲)

نقد و بررسی

گاه بر اساس مصالحی، حقوق مالی به اموال خاص تعلق می‌گیرد و با توجه به نامعلوم بودن آن مصالح، تشخیص اولویت هم دشوار خواهد بود. مثلاً در بحث زکات، موارد خاصی، متعلق زکات‌اند و تعیین مصلحت این حکم و سپس توسعه و تضییق آن موارد، دلیل روشنی می‌طلبند. چه اشکالی دارد علت عدم تعلق خمس به اموالی مانند هبه و ارث، تخفیف شارع باشد و چون بیشتر اموال با سعی و تلاش به دست می‌آید، تخفیف به هبه و ارث و ... تعلق گرفته باشد. به هر حال اثبات اولویت، خود نیازمند دلیل است.

دلیل سوم: الغای خصوصیت

الغای خصوصیت دلیل دیگری است که برای نظریه «مطلق فایده» مطرح شده است. در این دلیل، عناوینی مانند تکسب، صنعت و تجارت که در روایات خمس آمده است، برای تقیید موضوع خمس نیست؛ بلکه به عنوان مثال و فرد غالب، مطرح شده است. متعدد بودن این عناوین در روایات شاهدی بر مدعای مزبور است. (همان)

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد الغای خصوصیت به دلیل عمومیتی است که از واژه‌هایی چون «غنم»، «افاد» و «استفاد» و سایر قراین، برداشت می‌شود؛ و بدون در نظر گرفتن آن عمومیت، نمی‌تواند به عنوان دلیلی مستقل، مطرح شود.

نتیجه گیری

بدین ترتیب دو نظریه مهم در موضوع خمس یعنی «فوائد مكتسبه» و «مطلق فوائد»، مطرح شد. دلایل نظریه اول، آیه خمس و چند روایت بود که با بررسی آنها معلوم شد آن دلایل نه تنها دلیلی بر نظریه «فوائد مكتسبه» نیست بلکه در بعضی موارد مانند آیه شریفه، دلیلی بر نظریه دوم است.

دلایل نظریه دوم هم آیه خمس، روایات، فحوای عرفی و الغای خصوصیت بود که تنها همان آیه خمس و برخی روایات، پذیرفتنی است. بنابراین، باید موضوع خمس را «مطلق فائده» دانست.

منابع

قرآن کریم

نهج البلاغه، سخنان گوهر بار امیرالمؤمنین (ع)

ابن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، تحقیق: عبدالسلام محمد هارون، ذوالحیل، بیروت، بی تا.

ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، چاپ سوم، دار الفکر، بیروت، ۱۴۱۴ق.

ابوترابی، سید عباس، *زبدة المقال*، تقریر: حسین طباطبایی بروجردی، بی نا، بی جا، بی تا.

ابن ابی جمهور، محمد بن زید الدین، *عوالي اللئالی العزیزة فی الاحادیث الدینیة*، تحقیق: مجتبی عراقی، چاپ اول، بی نا، قم، ۱۴۰۳ق.

ابن ادیس، محمد بن احمد، *النوادر او مستطرفات السرائر*، تحقیق: گروه تحقیق، چاپ دوم، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۱ق.

اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، تحقیق: مجتبی عراقی و علی پناه اشتهاردی و حسین ایزدی، چاپ اول، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۱ق.

استرآبادی، رضی الدین، *شرح شافیة ابن حاجب*، تحقیق: محمد نور الحسن و محمد زفراف و محمد محیی الدین عبد الحمید، بی جا، دارالکتب العلمیة، بیروت، ۱۳۹۵ق.

بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، تحقیق: محمد تقی ایروانی، بی جا، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا.

جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية*، تحقیق: احمد به عبد الغفور عطار، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

- حائری، مرتضی، **الخمس**، تحقیق: محمد حسین امر اللهی، مؤسسه نشر اسلامی، اول، قم، ۱۴۱۸ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه**، چاپ دوم، تحقیق و نشر: موسسه آل البیت(ع)، قم، ۱۴۱۴ق.
- خمنی، روح الله، **تحریر الوسیلة**، چاپ دوم، دارالکتب العلمیة، قم، ۱۳۹۰ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، **مستند العروة الوثقی (کتاب الخمس)**، تقریر: مرتضی بروجردی، لطفی، قم، ۱۴۰۷ق.
- _____، **معجم رجال الحدیث**، چاپ پنجم، بی نا، بی جا، ۱۴۱۳ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، **المفردات فی غریب القرآن**، چاپ دوم، دفتر نشر کتاب، بی جا، ۱۴۰۴ق.
- طباطبایی حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، انتشارات کتابخانه مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ق.
- طبرسی، حسن بن فضل، **مجمع البیان**، لجنة من العلماء والمحققین الاحصائیین، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۵ق.
- _____، **مکارم الاخلاق**، چاپ ششم، منشورات الشریف الرضی، بی جا، ۱۳۹۲ق.
- طریحی، فخر الدین، **مجمع البحرین**، تحقیق: سید احمد حسینی، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- طوسی، محمد بن حسن، **الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار**، تحقیق و تعلیق: سید حسن موسوی خراسان، بی جا، دارالکتب الاسلامیة، تهران، بی تا.
- _____، **تهذیب الاحکام**، تحقیق: سید حسن موسوی خراسان، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیة، تهران، ۱۳۶۵.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، **خلاصة الاقوال فی معرفة الرجال**، تحقیق: جواد قیومی، چاپ اول، نشر الفقهة، قم، ۱۴۱۷ق.
- خلیل بن احمد، **العین**، چاپ اول، اسوه، قم، ۱۴۱۴ق.
- فیاض، محمد اسحاق، **تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی**، بی جا، محلاتی، بی نا.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، **القاموس المحیط و القابوس الوسیط فی اللغة**، بی جا، المؤسسة العربیة، بیروت، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، تحقیق و تعلیق: علی اکبر غفاری، چاپ سوم، دارالکتب الاسلامیة، تهران، ۱۳۶۷.

مصطفوی، محمد کاظم، القواعد: مائة قاعدة فقهية معني و مدرکاً و موردآ، چاپ سوم، نشر اسلامي، قم، ۱۴۱۷ق.

منتظري، حسين علي، دراسات في ولاية الفقيه، چاپ دوم، دفتر تبليغات اسلامي، قم، ۱۴۰۹ق.
ميلاني، سيد محمد هادي، محاضرات في فقه الامامية، تحقيق: فاضل حسيني ميلاني، چاپ اول، مؤسسه چاپ و نشر فردوسي، ۱۳۹۵ق.

نجاشي، ابو عباس، رجال النجاشي، تحقيق: سيد موسى شبيري، چاپ پنجم، مؤسسه نشر اسلامي، قم، ۱۴۱۶ق.

نجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، تحقيق: عباس قوجاني، دارالكتب الإسلامية، تهران، چاپ سوم، ۱۳۶۷.

نراقي، احمد، مستند الشيعة في أحكام الشريعة، تحقيق و نشر: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ق.

نوري همداني، حسين، الخمس في ضوء مدرسة اهل البيت (ع)، چاپ دوم، دفتر تبليغات اسلامي، قم، ۱۴۱۹ق.

هاشمي شاهرودي، سيد محمود، بحوث في الفقه (كتاب الخمس)، چاپ سوم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي، قم، ۱۴۲۹ق.

همداني، رضا، مصباح الفقيه، بي جا، مكتبة الصدر، تهران.



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۸۸/۱ - بهار ۱۳۹۱ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: علیرضا عابدی سرآسیا

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۲۴/۱۳۷۹۵

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

دانشیار 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

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس نامه رئیس مرکز برنامه ریزی و سیاست گذاری پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در بهمن ماه ۱۳۹۰، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

یادآوری

۱ - نسخه حرفه‌بینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی ارسال شود.

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.

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 و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می‌شود.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۸/۱
بهار ۱۳۹۱، ص ۱۰۰-۷۷

بررسی مبانی فقهی حکم قصاص مادر در قتل فرزند*

فاطمه قدرتی^۱

دانشجوی دکتری دانشگاه تهران

Email: fatima.arta@yahoo.com

دکتر فریبا حاجیعلی

استادیار دانشگاه الزهراء

Email: faribahajiali14@yahoo.com

چکیده

قتل جزو قبیح‌ترین اعمال انسانی و جنایت‌بارترین رفتار بشری است و در فقه شیعه مجازات قتل عمد به طور عام قصاص می‌باشد. بر این اصل کلی، قتل فرزند توسط پدر استثنا شده است که به تبع آن، حکم مادر در این مسئله مطرح می‌شود و با توجه به استحکام ادله مخالفان قصاص مادر، ضرورت بررسی دوباره مبانی فقهی آن احساس می‌شود. بدین منظور این مقاله به تنقیح مناط حکم پدر از طریق الغای خصوصیت او پرداخته و بر خلاف نظر مشهور که «رابطه ابوت» را ملاک حکم می‌داند، «رابطه والدیت» به عنوان مناط حکم از ادله مزبور استنباط شده است و با توجه به دیگر مناقشات وارده در ادله موافقان قصاص مادر و همچنین ادله ارائه شده در مدعای بحث، مادر را در حکم عدم قصاص در قتل فرزند، ملحق به پدر دانسته و حتی با توجه به شمول روایات نسبت به مادر، شمولیت حکم نسبت به مادر، از همان ابتدا بدون نیاز به الحاق ممکن دانسته شده است.

کلید واژه‌ها: قتل فرزند، قصاص پدر، قصاص مادر، جد پدری.

*. تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۱/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۲/۱۴.
۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

مباحث مربوط به قتل و احکام آن از حساسیت خاصی برخوردار است و اختلاف نظر در آن عموماً باعث شکل‌گیری رفتارهای گوناگون و متعارضی در این زمینه، از جنبه‌های مختلفی چون حقوقی، اخلاقی شده است. در باب وجوب قصاص مادر به خاطر قتل فرزند، فقهای امامیه تقریباً اتفاق نظر دارند اما ادله ارائه شده از سوی طرفین نشان می‌دهد که برخی از ادله مخالفان از استحکام زیادی برخوردار است و از این رو ضرورت مطالعات فقهی و توجه قانونگذار به نظرات متفاوت مطرح شده در این مسئله، احساس می‌شود.

لذا این مقاله بر آن است تا با تنقیح مناط حکم عدم قصاص پدر از طریق الغای خصوصیت او و همچنین بررسی ادله مخالفان حکم عدم قصاص مادر و ارائه دلایلی چند در زمینه الحاق مادر به پدر، موضوع را از دیدگاه فقهای شیعه و اهل سنت و همچنین قانونگذار مورد بررسی قرار دهد.

تفاوت الغای خصوصیت و تنقیح مناط

گاه از معصوم درباره موردی خاص سؤال می‌شود، یا آن‌که سخن ایشان مربوط به فرد خاصی از یک موضوع کلی است. در این‌گونه موارد دو احتمال وجود دارد:

۱. حکم واقعاً منحصر به آن مورد خاص است.
۲. آن فرد خاص تنها به عنوان مثال ذکر شده و اراده معصوم جعل قاعده‌ای کلی بوده است.

از مواردی که قوت فقهی فقیه آشکار می‌گردد، تفکیک میان این دو قسم از احادیث است که توجه به قراین، شرایط صدور، تناسب حکم و موضوع و... همچنین توجه به سایر موارد و استقرای موارد مشابه می‌تواند فتوا و تشخیص‌ها را متفاوت نماید.

لازم به ذکر است که اگر چه غالباً این گونه تسری حکم (از طریق الغای فارق) را از سنخ تنقیح مناط (قیاسی مبتنی بر سبب و تقسیم) دانسته‌اند، اما چنانچه غزالی و برخی علمای دیگر آورده‌اند آن دو با هم تفاوت دارند (غزالی، ۲۸۶/۲؛ بهبهانی، ۱۴۷-۱۴۸)؛ چرا که در قیاس به الغای فارق، اولاً نص معینی از قانون مورد توجه قرار می‌گیرد، ثانیاً ذهن مجتهد متوجه فارق‌ها می‌شود (نه امر جامع) و فارق غیر مؤثر را ملغی می‌کند. از این رو به نص مذکور کلیتی می‌دهد که تکلیف موارد مسکوت قانون را مشخص می‌کند (رحیمیان، ۸۴). به همین جهت این

قسم از قیاس را نظیر منصوص العله دانسته‌اند که به منظور استخراج قصد مقنن صورت می‌گیرد (جعفری لنگرودی، دانشنامه، ۴/ ۴۹۹-۴۹۸) - هرچند هر گونه تعدی از نص، قیاس محسوب نمی‌شود - درحالی که در تنقیح مناط اولاً علل محتمل، به عنوان «علت» حذف می‌شوند بر خلاف قیاس به الغای فارق که خصوصیت مورد نص، حذف می‌شود، هر چند که در آن احتمال علیت نرود. ثانیاً در تنقیح مناط احراز تناسب ذاتی میان علت و حکم قانونی ضرورت دارد، اما در قیاس به الغای فارق احراز تناسب ذاتی، ضرورت ندارد (جعفری لنگرودی، همان).

در واقع تنقیح مناط مشخص کردن علت است با تفکیک آن از اوصافی که دخیل در حکم نیستند. لذا محور تنقیح مناط بحث علیت است و محور الغای خصوصیت موضوع حکم است.

تنقیح مناط از طریق الغای خصوصیت

در تعمیم دادن یک حکم به مورد غیر منصوص، لازم است نخست متعلق و مناط آن حکم، تبیین و روشن گردد، سپس گستردگی آن به غیر مورد منصوص ارزیابی شود. در باب نحوه روشن سازی و کشف علت حکم اشاره شد که در تنقیح مناط، علل محتمل (آنچه که علیت آن احتمالی باشد) حذف می‌شود و نهایتاً آنچه که در نتیجه تنقیح مناط در اختیار فقیه قرار می‌گیرد، شمول و گسترشی است که در مدلول و مفاد لفظ پیدا می‌شود. بنابراین تنقیح مناط تنها در جایی است که فقیه، به مناط حکم، قطع پیدا کرده و بر پایه قراین، استظهار عموم نموده باشد و برای این راه چاره ای جز الغای خصوصیت ندارد. همچنان که در فقه امامیه بارها دیده می‌شود که فقیه می‌گوید: «با الغای خصوصیت، نص چنین اقتضاء می‌کند، یا نص در این باره آمده است اما این مورد خصوصیتی ندارد و شامل موارد مشابه نیز می‌شود و...» و پی‌گیری دقیق در مناط احکام از طریق الغای خصوصیت صورت می‌گیرد. صاحب‌کشاف اصطلاحات اصول می‌گوید: زمانی که شارع حکمی را به سببی برای موضوعی تشریح کرده است و در ضمن آن حکم اوصافی هم موجود است، هرگاه چنان باشد که با حذف آن اوصاف علت اصلی که موجب تشریح حکم است از میان نرود، عین آن حکم را در موارد دیگر تعمیم می‌دهند (تهانوی، ۱۸۶۲، ج ۱، ص ۸۶ و ص ۹۵)

لازم به ذکر است که زمانی که اوصاف فاقد خصوصیت حذف شوند تعمیم و الحاق موارد غیر منصوص نه از باب آن است که اوصاف مشترک را در نقش «علت» تصور نموده‌ایم چرا

که صرف حذف فارق غیر موثر موجب این نخواهد شد که ما یقین نماییم که آنچه باقی می ماند نقش «علت حکم» را دارد. بنابراین در این حالت تعمیم و سرایت حکم تنها از این باب است که علت حکم اصل در فرع نیز موجود است ولی علت مشترک را تعیین و تبیین نمی کند. بنابراین می توان نتیجه گرفت که با الغای خصوصیت مورد نص، تنها می توان محدوده موضوع و گستره آن را تعیین نمود و نه این که به علت حکم دست یافت.

اما اگر ذهن مجتهد متوجه فارق ها نباشد و بلکه به امر جامع نظر داشته باشد و ثانیاً آنچه حذف می شود از این باب که علت آن محتمل است، حذف گردد (در الغای خصوصیت، حذف خصوصیت لزوماً از این باب نیست که احتمال علت حکم را ندارد بلکه از این باب است که در تحقق حکم موثر نیست) و ثالثاً قطع به تناسب ذاتی بین علت و حکم پیدا نماید در این حالت می توان ادعا نمود که به مناط و متعلق حقیقی حکم دست پیدا نموده است. در این حالت زمانی که حکم اصل را به فرع سرایت داده است در واقع بین مورد منصوص و غیر منصوص الغای خصوصیت نموده است.

علل و ادله استثنای پدر از حکم اولیه در مسئله

برای پیش گیری از وقوع قتل عمد، حکم قصاص - البته نه به عنوان حکم انحصاری - وضع شده است (وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) (بقره: ۱۷۹) و به خاطر علل و مصالحی (که ما به دنبال آنها هستیم)، مواردی از آن استثناء شده است؛ از آن جمله پدری است که عمداً فرزند خود را به قتل رسانیده است و در این حالت وصف مجرمانه بودن عمل به جای خود باقی است و حاکم شرع طبق احادیث می تواند او را به شدیدترین وجه تعزیر نماید (حر عاملی، ۲۷/۲۹، ح ۹).

برخی از فقهاء همچون آیت الله صانعی غرضی را که موجب قتل عمد شده است در مورد استثناء دخیل دانسته و از این رو استثناء پدر را تنها مختص به قتل از راه عواطف و تخلف فرزند از نصایح خیرخواهانه پدر می دانند و نه سایر مواردی که پدر با انگیزه های دیگر - که در سایر قتلها وجود دارد - مرتکب قتل شده است؛ که در آن صورت اصل اولی قصاص را ثابت می داند چرا که در سایر اغراض، والدیت و ولدیت که در لسان ادله آمده، هیچ گونه دخالت و سهمی ندارد. ایشان معتقد است که: «شمول دلیل استثناء نسبت به قتل هایی که پدر با اغراض غیر از قتل از راه عواطف، به خاطر اطلاق دلیل است اما آن اطلاق به خاطر همان اشعار ذکر

شده و یا مناسبت حکم و موضوع و فهم عقلایی که قانونگذار نمی‌خواهد جنایت فرزند را بدون قصاص بگذارد، منصرف از قتل‌هایی با انگیزه ضد بشری و ضد انسانی (یعنی قسم دوم) است و تنها شامل قسم اول (قتل پدر به خاطر عواطف پدرانه) خواهد بود. همچنین ایشان معتقد است که اگر قائل به ظهور لفظی ادله استثناء در قتل قسم اول نباشیم، این اطلاق خلاف آیه (وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) (بقره: ۱۷۹) خواهد بود، زیرا با چنین استثنایی و نداشتن ترس از قصاص، حیات فرزندان و جامعه تأمین نخواهد شد. آیت الله صانعی در ادامه معتقد است که: « آیه (وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) لسانش آبی از تخصیص است و اطلاق ادله مخالف با آن، باید ضرب علی الجدار شود. اما استثنای از قصاص در مورد قتل عاطفی ولد توسط والد که جان پدر از باب خیر خواهی به لبش رسیده، به حیات جامعه ضربه‌ای نمی‌زند، و چنان قتلی، مانع و رادع قتل پدران در آن حال خاص نمی‌باشد. علاوه این که شاید بتوان گفت، اصولاً ادله قصاص نفس مختص به دعوی افراد از همان راه‌های دشمنی و حیوانی و ضد انسانی است و از همه گذشته همین احتمال اختصاص در ادله استثناء حکم عدم قصاص پدر مانع تمسک به اطلاق ادله مزبور است و باید اقتضای بر قدر متیقن شود که همان قتل‌های عاطفی پدر می‌باشد». (صانعی، فقه الثقلین، ۲۷۶) البته در نقد سخن ایشان می‌توان گفت این استدلال از محل بحث خارج است چرا که این بیان که معمولاً پدر علاقه خاصی به فرزندان خود دارد و حتی به کوچک‌ترین ناراحتی آن‌ها راضی نیست، لذا کشتن فرزند توسط پدر باید در یک شرایط غیر طبیعی صورت گرفته باشد که در آن شرایط نتوان او را مسئول اعمال خود تلقی کرد، مشمول سایر افراد نیز خواهد بود و هر کس عمداً جرمی را انجام ندهد یا در قصد او شک حادث شود، مجرای «قاعده درء» خواهد بود. علاوه این که انگیزه فاعل جرم هیچ تأثیری در تعیین نوع قتل ندارد. علاوه این که اگر لسان آیه (وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) (بقره: ۱۷۹) آبی از تخصیص باشد، تأثیر آن در نفی هرگونه تخصیص است و نه تنها در نفی اطلاق منحصص؛ ضمن این که اصل ادعا نیز درست نیست و آیه کریمه ابای از تخصیص ندارد و اگر چه به نظر می‌رسد که علت ذکر شده در آیه شریفه حفظ حیات است، اما حیات مذکور حکمت حکم است و نه علت تامه و منصوصه آن، که حکم وجوداً و عدماً دایر مدار آن باشد. بنابراین حکم وجوب قصاص تماماً دایر مدار این حکمت نخواهد بود و با توجه به حکمت‌های دیگر می‌توان آیه را قابل تخصیص دانست.

همچنین اگر با توجه به این قاعده مسلم در فقه و حقوق که در امر خلاف اصل باید به قدر متیقن بسنده کرد بیان شود که حکم عدم قصاص پدر در قبال قتل فرزند نیز از باب اکتفاء به قدر متیقن در امر خلاف اصل است، به این صورت که قتل از سوی پدر موجب ورود شبهه عمد در قتل می‌شود. در این مورد نیز باید گفت عدم قصاص پدر به واسطه شبهه عمد، استثناء از اصل «مجازات در جرایم عمدی»، تلقی نمی‌شود چرا که محل استثناء از حکم اولیه بدین معنا است که ابتدا فرد را جزء موضوع حکم بدانیم و سپس با دلیل خاص آن را خارج کنیم. بنابراین پدری که عمد بودن قتل او احراز شده است مشمول ادله استثناء از اصل مذکور خواهد بود.

در باب خروج پدر از اصل قصاص در قتل عمد، فقهای امامیه اتفاق نظر دارند و تقریباً همگی عمده‌ترین دلیل را روایات صریحی می‌دانند که در این زمینه وجود دارد و در برداشت از روایات یکی از شرایط معتبر در تحقق قصاص را نبودن رابطه ابوت دانسته‌اند و صاحب جواهر در این خصوص ادعای اجماع منقول و محصل نموده است (نجفی، ۴۲/۱۶۰).

روایاتی که عموم آیات قصاص را تخصیص زده‌اند یازده روایت هستند که در بیش‌تر این روایات عبارت‌های زیر به کار رفته است: «لا یقتل الرَّجُل بولده اذا قتله» (حر عاملی، ۵۷/۱۹، ح ۳)، «لا یقتل الاب باینه» (همان، ح ۶) در برخی نیز آمده است: «لا یقاد والد بولده» (همان، ح ۱) و «لا یقتل والد بولده» (همان، ح ۴) و....

شهید ثانی به حدیثی از پیامبر (ص) استناد می‌کند: «لا یقاد لإبن من ایبه» (شهید ثانی، روضه، ۶۴/۱۰) و صاحب جواهر و صاحب جامع المدارک به عنوان عمده‌ترین روایت قابل استناد روایت حمران از امام باقر (ع) را مورد استناد قرار داده‌اند: «لا یقاد والد بولد» (حر عاملی، همان) لازم به ذکر است اگر لفظ و متن به حسب وضع بر تعلیل حکم دلالت نکنند، در حالی که تعلیل لازمه مدلول لفظ باشد (در حکم خلاف اصل)، این‌گونه دلالت را ایماء و تنبیه گویند، همانند آیات و روایاتی که به صورت شرط و جزاء یا فاء تفریع و میم تعقیب و تسبیب وارد شده: «السارق و السارقة فاقطعوا یدیهما» یا «الزانی و الزانیة فاجلدوا کل واحد منهما» و... در این‌گونه موارد اگر هیچ دلیلی از ادله اربعه در علت قطع یا جلد نباشد، همین علیت و سبب سرقت یا زنا برای حکم قابل استنباط است. (علامه حلی، نهاییه، بحث سوم از فصل سوم از مقصد دهم، از المدخل، ص ۱۸۴). در ارتباط با حکم عدم قصاص پدر علاوه بر اجماع و روایات بیان شده ادعای شهرت روایی یا فتوایی نیز شده است. مرعشی نجفی در این زمینه در

کتاب *القصاص علی الضوء القرآن و السنة* معتقد است: شهرت فتوایی از ظنون خاصه نیست تا حجت باشد. با این توضیح که تا زمان شریف العلماء فقها قائل بودند که ظنون مطلقه حجیت دارد مگر آنچه که با دلیل خارج شده است (مانند قیاس که ظن مطلق است ولی حجت نیست). ولی از زمان او و مخصوصاً از نظر شاگردش شیخ انصاری، تا عصر ما اصل بر عدم حجیت ظن مطلق است و شهرت فتوایی داخل در ظن مطلق است (مرعشی نجفی، ۱/ ۳۴۲ - ۳۴۱). همچنین مرحوم امام خمینی و مرحوم آیت الله بروجردی نیز شهرت را تنها در بین قدماء دارای حجیت دانسته و قائلند که شهرت در نزد متأخران فاقد حجیت می‌باشد (خمینی، انوار الهدایه، ۱/ ۲۶۴؛ بروجردی، ۲/ ۹۳). مرحوم شیخ انصاری (۱۰۷-۱۰۵) و آخوند خراسانی (۳۳۶) و میرزای نائینی (۳/ ۱۵۶-۱۵۳) و مرحوم عراقی (۳/ ۱۰۰-۹۹) نیز مطلقاً شهرت فتوایی را فاقد حجیت دانسته‌اند. اما در رابطه با شهرت روایی می‌توان آن را به عنوان یک مؤید پذیرفت چرا که این شهرت، همان‌گونه که آیت الله مرعشی نجفی می‌فرماید: بنا بر آنچه در «اخبار علائیه» آمده که خذ ما اشتهر بین اصحابک، یکی از مرجحاتی است که در متعارضین می‌توان بر اساس آن دلیل شرعی را به دست آورد (مرعشی نجفی، ۱/ ۳۴۲ - ۳۴۱).

همچنین در حکم عدم قصاص پدر در کنار ادله مؤیداتی نیز برای این حکم بیان شده است، از جمله این‌که: اگر پدر فرزند خود را قذف کند حد نمی‌خورد پس به طریق اولی در قصاص نیز چنین است؛ ولی باید گفت با وجود روایات وارده در خصوص موضوع، تمسک به این اولویات جایگاهی ندارد. بگذریم از این‌که وجه اولویتی نیز در مثال قذف یافت نمی‌شود یا این‌که برخی مسئله عدم قصاص پدر در قتل فرزند را با عدم قطع دست پدر در سرقت مستوجب حد مقایسه می‌کنند که چیزی جز قیاس و استحسانات عقلی نخواهد بود.

در باب مناط حکم: به نظر می‌رسد که در این‌جا نمی‌توان حق «ولایت پدر» را آن‌گونه که برخی همچون احمد بن حنبل بدان معتقدند، به عنوان علت حکم مزبور دانست. (دیدگاه احمد بن حنبل در کتاب مغنی ابن قدامه نقل شده است: ابن قدامه، ۷/ ۶۶۷) چرا که پدر حتی اگر ولد کبیر خود را بکشد، قصاص نمی‌شود، در حالی که ولایت بر او ندارد. بنابراین عدم ولایت برای مادر در خصوص این مسئله نمی‌تواند مانع تلقی شود.

همچنین «آیین پدر» نیز مدخلیتی ندارد چرا که بنابر سخن فقها این حکم نسبت به پدر، حتی اگر کافر یا برده باشد در حالی که فرزند او مسلمان و آزاد می‌باشد، نیز ثابت است (شهید ثانی، روضه، ۲/ ۴۰۷). البته برخی مسئله مذکور را چنین تصور می‌کنند که از یک

طرف اطلاق قاعده عدم قصاص پدر، پدر کافر را هم شامل می‌شود، ولی از طرف دیگر در حکم عدم قصاص پدر به خاطر احترامی که کافر در قبال فرزند مسلمانش، شایسته آن نیست، شک و شبهه پیش می‌آید و مجرای «تدری الحدود بالشبهات» خواهد بود و پدر کافر را نمی‌توانیم قصاص کنیم (حسینی شیرازی، ۱۴۳).

در باب «رابطه ابوت» بسیاری از فقها با توجه به دلالت ایماء و تنبیه موجود در روایات باب تخصیص پدر از حکم اولیه قصاص قاتل، قائلند که خود رابطه ابوت آن‌چنان ارزش دارد که علی‌رغم تحقق مسئولیت کیفری، مانع از اجرای مجازات در حد قصاص می‌باشد و از عوامل موجّه جرم تلقی شده است. البته این رابطه تأثیری در حذف عنوان مجرمانه از عمل ندارد و عدم قصاص به عنوان یک حق شخصی منافاتی با گرفتن دیه و نیز مجازات تعزیری نخواهد داشت؛ همچنان که در حدیث جابر از امام باقر(ع) آمده است: یُضْرَبُ ضَرْباً شَدِيداً وَ يَنْفَى عَنْ مَسْقُطِ رَأْسِهِ (حر عاملی، ۵۸/۱۹). بنابراین قائلان به این عقیده در شرایط اعمال مجازات قصاص «انتفای ابوت» را تحت عنوان «أَنْ لَا يَكُونَ الْقَاتِلُ أَبًا لِلْمَقْتُولِ» مطرح کرده‌اند (خمینی، تحریر الوسيله، ۵۲۱؛ نجفی، ۱۶۲/۴۲؛ علامه حلی، فصل سوم از کتاب الجنایات؛ طوسی، خلاف، ۳۴۴/۲ - ۳۴۳؛ ابن ادریس، ۳/۳۳۷؛ شهید ثانی، روضه، ۶۴/۱۰؛ خوئی، ۷۲/۲) و معتقدند که مقتضی منع قصاص (رابطه ابوت) موجود است و نیز اصل بر عدم اشتراط امر دیگر (مسلمان بودن، حریت و...) است (صادقی، ۱۵۲) اما برخی دیگر بیان نموده‌اند که ما به علت حکم، کاری نداریم و نمی‌توانیم بپذیریم که شرافت ابوت قصاص را منتفی کرده است؛ چرا که در این صورت باید به شرافت امومت، از مادر نیز نفی قصاص کنیم! (شهید ثانی، شرح لمعه، ۶۵/۱۰). اما در رابطه با این استدلال باید گفت که تنها یک قیاس تمثیلی است و قول به ابوت اقتضای تصدیق امومت را ندارد. لکن در باب این که آیا به راستی این «رابطه ابوت» است که مانع قصاص است یا «رابطه والدیت» باید تحقیق بیشتری در ادله ایشان که شامل اجماع محصل و منقول و دلالت روایات است، صورت گیرد که در جای خود به آن خواهیم پرداخت.

مجازات تبدیلی برای پدر

اشاره شد که عدم قصاص پدر به معنای جواز و مشروعیت عمل او نخواهد بود و وصف مجرمانه بودن عمل به قوت خود باقی است و در فقه امامیه تأدیب فرزند تنها در حد شرعی

یعنی به طوری که موجب دیه نشود و در موردی که امر به معروف و نهی از منکر موقوف به آن باشد یا در تمرین طفل به نماز در ده سالگی و امثال آن مجاز شناخته شده است (گلپایگانی، ۲۲۶/۳) همچنان که صاحب جواهر الکلام می‌گوید: «جواز مشروعیت تأدیب، مشروط به شرط سلامت و عدم وقوع جنایت است» (نجفی، ۴۲/ ۱۶۲) ماده ۵۹ ق.م.ا نیز اقدامات والدین و اولیاء قانونی و سرپرستان صغار و محجورین که به منظور تأدیب یا محافظت از آن‌ها انجام می‌شود را جرم محسوب نمی‌کند مشروط بر این که اقدامات مذکور در حد متعارف تأدیب و محافظت باشد. در ماده ۱۱۷۹ ق.م نیز مقرر شده است که ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند، ولی به استناد این حق نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب تنبیه نمایند. از میان فقهای اهل سنت شافعیه و حنابله معتقدند که ضرب به منظور تأدیب نباید عادتاً کشنده باشد ولی مالکیه معتقدند، اگر فرزند در اثر ضرب بمیرد نیز ضمانی بر آن‌ها نیست؛ چرا که آن‌ها قصد قتل نداشته‌اند. (جزیری، ۲۹۲/۵) حنفیه معتقدند در هلاک طفل قصاص است ولی دیه بر عهده پدر بوده و او از ارث محروم است (همان ۲۹۲).

در رابطه با انواع مجازات تبدیلی در نظر گرفته شده برای پدر اعم از دیه، ضرب شدید و نفی بلد و کفاره، نظرات متفاوتی بیان شده است:

در وجوب پرداخت دیه، از سوی فقها ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۶۹/۴۲؛ خمینی، ۱۳۷۹، ۵۲۱؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ۶۴/۲ و ۱۴۱۹، ۱۵۵/۱۵؛ خوئی، ۷۲/۲) آیت الله خوئی دلیل وجوب پرداخت دیه را دو امر می‌داند: ۱- این که خون مسلمان نباید هدر رود و ۲- در صحیح ظریف بن ناصح از امیر المؤمنین (ع) آمده است: پدر در امری که باعث ایراد عیب یا قطع یا... در فرزند می‌شود، قصاص نمی‌شود و باید دیه پردازد (حر عاملی، ۵۸/۱۹؛ خوئی، ۷۲/۲) در رابطه با ضرب شدید و نفی بلد که مستنبط از حدیث جابر از امام باقر است (حر عاملی، ۵۸/۱۹) آیت الله مرعشی نجفی می‌گوید: «در سند این روایت عمر بن شمر وجود دارد که به قول نجاشی کذاب و وضاع است و آقای خوئی نیز او را مجهول الحال می‌داند» (مرعشی نجفی، ۳۴۶/۱) صاحب جواهر معتقد است که این خبر شاید محمول بر بعضی از افراد (ما یراه الحاکم) یعنی تعزیز باشد (نجفی، ۴۲ / ۱۶۹). پس ما از این روایت مطلق تعزیز را در می‌یابیم و نه لزوماً ضرب شدید و نفی بلد را. قانونگذار نیز در ماده ۲۲۰ ق.م.ا صرفاً لزوم تعزیر را یادآور شده است.

در رابطه با کفاره، شیخ طوسی می‌گوید: «کفاره در قتل عمد واجب است؛ شافعی و مالک و زهری نیز همین اعتقاد را دارند ولی ابو حنیفه و اصحابش در قتل عمد چه قصاص داشته باشد و چه نه معتقد به موجب کفاره نیستند. اما به دلیل اجماع علماء، اخبار مربوطه و نیز اقتضای احتیاط، بر پدر کفاره جمع لازم است و همه فقهای عامه با این قول مخالف هستند.» (طوسی، خلاف، ۴۲۱/۲ - ۴۲۰) سرخسی در این خصوص می‌گوید: «مجازات بیان شده از شوی شارع در این گناه - قتل عمد - چیزی نیست که با کفاره رفع شود، چه قصاص را به دنبال داشته باشد و چه نداشته باشد» (سرخسی، ۸۴/۲۷).

ادله و دیدگاه فقها در رابطه با قصاص مادر

فقهای شیعه تقریباً اتفاق نظر دارند که مادر و سایر اقوام مقتول، مشمول حکم اولیه در قتل عمد هستند و عموماً برای این نظر دلیلی را ذکر نکرده‌اند؛ چرا که همواره خروج از اصل (در این جا اصل مجازات در جرایم عمدی و عدوانی) محتاج علت است و بقای بر اصل علت نمی‌خواهد.

آیات تشریح و وجوب قصاص، عام و مطلق هستند (حر عاملی، ۱۹، ب ۲۳ از ابواب قصاص نفس، ح ۳۱) و دلیل خاصی در خصوص خروج مادر از تحت عموم وجوب قصاص در دست نیست. (اسحاقی، ۱۰۶) بنابراین صرف صدق عنوان مجرمانه نسبت به او باعث خواهد شد که در تحت عمومات حکم قصاص قرار بگیرد؛ علاوه این که از میان فقهای متقدم بر قصاص مادر قول اجماع بیان شده است (نجفی، ۱۶۴/۴۲؛ علامه حلی، ارشاد، ۲۰۳/۲؛ و همو، قواعد، ۵۹۸/۴؛ محقق حلی، مختصر، ۲۵؛ مفید، ۷۴۹؛ طوسی، ۱۳۸۲، ۸۰/۳؛ فاضل آبی، ۶۰۹/۲؛ خوانساری، ۲۳۲/۷) و از میان فقهای معاصر نیز امام خمینی (تحریر، ۶۵۱/۲ مسئله ۳ و ۲)، آیت الله خویی (۷۴/۲) و آیت الله شیرازی (۳۶۷/۸۹) نیز بر این عقیده هستند.

ارزیابی ادله

۱- روایات: اشاره شد که حدود ۱۱ روایت مخصّص پدر از عمومات حکم قصاص وجود دارد که مورد استناد فقها قرار می‌گیرد، از جمله:

• صحیحۃ حمران که از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام نقل می‌کند: «لایقاد بولده و یقتل الولد اذا قتل والده عمداً» (حر عاملی، ۱۹، ب ۳۲ از ابواب قصاص نفس، ح ۱)

- صحیحہ حلبی که می‌گوید از امام صادق(ع) سؤال شد که: «... سألته عن الرجل يقتل ابنه أیقتل به؟ قال علیه الاسلام لا یقتل به» (همان: ح ۲).
 - صحیحہ ظریف بن ناصح بإسناده الی امیر المومنین(ع): «و قضي انه لا قود لرجل اصابه والده في امر فاصابه عیب من قطع و غیره و يكون له الدیه و لا یقاد» (نوری طبرسی، ۱۸/۲۳۹)
 - خبر العلاء بن الفضیل امام صادق(ع): «لا یقاد الوالد بولده و یقتل الولد بوالده و لا یرث الرجل الرجل اذا قتله و إن كان خطاء» (حر عاملی، ۱۹، ب ۳۲ از ابواب قصاص نفس، ح ۳).
 - خبر فضل بن یسار از امام صادق: «لا یقاد الوالد بولده و یقتل الولد بوالده» (همان، ح ۸)
 - خبر الدائم عن الصادق(ع): «من قتل ذا رحم له قتل به و من قتل امه قتل بها صاغراً و لم یرث و رثته تراثه عنها و یقاد من القربان اذا قتل بعضهم بعضاً الا من الوالد اذا قتل ولده» (نوری طبرسی، همان، ۲۳۸)
 - و یا معتبره اسحاق بن عمّار (حر عاملی، همان، ح ۲)، و خبر ابی بصیر (همان، ح ۴)، و روایت جابر (همان، ح ۷) و...
- نکته قابل توجه در ادله قائلان به قصاص مادر این است که تقریباً تمامی فقها با توسل به همین ادله بر خلاف قاعده اصولی دایره قدر متیقن، حکم پدر را به جد پدری نیز سرایت داده‌اند (محقق حلی، شرایع، ۹۸۸/۴؛ خمینی، تحریر، ۶۹/۲). در حالی که اگر مناط، «رابطه ابوت» باشد قدر متیقن تنها پدر است. حتی اگر به استناد «رابطه والدیت» آن گونه که برخی بیان داشته‌اند، جد پدری را نیز داخل در قدر متیقن بدانیم در این حالت عدم تسری حکم به مادر، ترجیح بلا مرجح است.
- همچنان که صاحب مسالک الافهام مناط حکم را «رابطه والدیت» دانسته و در رابطه با حکم جد پدری در مسئله بیان می‌کند: احتمال دارد کلمه والد اختصاص به پدر داشته باشد و کلمه ابن نیز اختصاص به فرزند بدون واسطه داشته باشد [و چون به دنبال قدر متیقن هستیم] قدر متیقن از پدر غیر از جد است و قدر متیقن از پسر غیر از پسر است و حقیقتاً جد را پدر نمی‌گویند. ایشان در رابطه با حکم جد پدری معتقد است که عرفاً شمول آن در قدر متیقن مشکوک است و همین شک برای عدم خروج از موضوع حکم اولیه کافی می‌باشد (شهید ثانی، مسالک، ۱۵۷/۱۵). علاوه این که بیان شد ولایت پدر در این حکم مدخلیتی ندارد و بنابراین از این بابت نیز تسری حکم به جد پدری و عدم تسری آن نسبت به مادر نیز نمی‌تواند توجیه مسئله تلقی شود.

نکته دوم در تبیین بحث این است که اگر گفته شود که با توجه به این که اطلاق نصوص و فتاوا در حکم تخصیص، اقتضای این را دارد که به دلالت عقلی التزامی بین پسر و دختر در حکم مذکور فرقی نیست و بنابراین بین پدر و جد پدری نیز تفاوتی نخواهد بود. در جواب باید گفت که در مقام تشخیص مناط ما باید به قطع برسیم و تنها در صورتی که هیچ ادله و قرینه داخلی و خارجی که مفید قطع باشد، وجود نداشت می توان علت را از اطلاق استنباط نمود - البته این در صورتی است که اطلاق مذکور را شامل جد پدری نیز بدانیم. بنابراین صرفاً نمی توان به عموم و اطلاق آیات و روایات در باب قصاص استناد کرد.

بررسی دلالت روایات: عموم فقها ادله خاص در خروج پدر را قابل تسری به مادر نمی دانند؛ چرا که معتقدند واژه «والد» ظهور در پدر دارد. (شهید ثانی، مسالک، ۱۵/۱۵۷؛ حر عاملی، ۱۹/۵۷؛ مرعشی نجفی، ۱/۳۶۷) و حتی در یک مورد کلمه «رجل» آمده که در ظهور آن در پدر تردیدی نیست (حر عاملی، همان: ح ۲).

لازم به ذکر است که روایتی در اثبات یا نفی قصاص در خصوص مادر وجود ندارد و فقها حکم مادر را ملحق به حکم سایر اقارب نموده اند و تمام روایات در باب استثنای پدر از حکم قصاص فرزند است.

در این روایات از سه واژه «أب»، «الرجل» و «والد» استفاده شده که دو واژه «أب» و «الرجل» به طور محدود و عموماً واژه «ولد» و «والد» در روایات آمده است؛ که عموماً فقها بر خلاف این فراوانی، در کتب خود بیشتر از «أب و ابن» استفاده نموده اند.

استناد به کلمه «رجل» برای تخصیص روایت به پدر، چندان موجه نیست؛ زیرا معمولاً از این واژه در روایات بدون این که نظر به جنس مذکر باشد استفاده می شود و در روایت مزبور در مسئله نیز (صحيحه حلبی) معصوم به تناسب سؤال سائل که در رابطه با پدر بوده است، در پاسخ، از واژه رجل استفاده نموده است. اساساً خطابات قرآن و روایات گر چه بعضی به لفظ مذکر صادر شده است، لکن بر همگان به یکسان صادق است و در غیر این صورت جامعه نسوان به انجام بخش اعظمی از احکام دین مکلف نخواهند بود.

همچنین واژه «أب» مثلاً در خبر ابی بصیر: «لا یقتل الأب باین اذا قتله و یقتل الابن بایه اذا قتل اباه» (حر عاملی، ۱۹/۵۷، ح ۵) ما می دانیم که حکم در مورد فرزند تنها شامل (ابن = پسر) نیست و شامل دختر نیز می باشد؛ بنابراین این روایت تمام سخن در مسئله نمی باشد.

اشاره شد که برخی تصور کرده اند که کلمه «والد» (= زاینده) در روایات تنها بر پدر صدق

می‌کند (شهید ثانی، مسالک، ۱۵۷/۱۵، حر عاملی، ۵۷/۱۹؛ مرعشی نجفی، ۳۶۷/۱) در حالی که استعمال آن در مورد مادر نیز یک استعمال حقیقی است همچنان که در کتاب معجم متن اللغه و یا در المعجم الوسیط در معنای والد ابتدا آن را «الاب» معنا نموده و در ادامه در رابطه با مادر گفته شده که «هی الوالد» و در ضمن مثالی گفته شده است که «الشاة والد ای الحامل او التي منها کثرة التاج» (احمد رضا، ۸۱۳؛ ابراهیم انیس، ۱۰۵۶) همچنان که در این روایات کلمه ولد زیاد استعمال شده و شامل فرزند دختر نیز می‌باشد و شهید ثانی به اجماع، حکم پسر در مسئله را برای دختر نیز جاری می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ۶۴/۱۰). به علاوه جعفری لنگرودی می‌گوید: «ولد فرزند حاصل از وضع حمل است اعم از پسر یا دختر و ترجمه درست «ولد» فرزند (= زاد) است و در معنی حقیقی تنها شامل فرزند صلبی است» (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی، ۳۸۵۹ / ۵)

بنابراین روایاتی که در آن از واژه «والد» و «ولد» استفاده شده که تعداد آن‌ها کم هم نیست، شامل مادر نیز است. برای تنویر بیشتر به ذکر قولی از مرحوم صدوق در این باره می‌پردازیم: مرحوم صدوق در کتاب من لایحضر الفقیه (ابن بابویه، ۲۵۹/۴-۲۵۷) روایتی را از طریق فضل بن شاذان از امام علی (ع) در مورد ارث، سهام و فرائض نقل می‌کند. در ذیل این روایت امام می‌فرماید: «...و لایحجبه عن الثلث الأ الولد و الوالد...». چنانچه ملاحظه می‌شود در این روایت کلمه «ولد» و «والد» از سوی امام علی (ع) به کار گرفته شده است. مرحوم صدوق پس از ذکر روایت می‌فرماید: «...فان قال انما قال والد و لم یقل والدین و لاقال والده قیل له: هذا جایز كما یقال: ولد، یدخل فیہ الذکر و الأنثی». همچنین شاهد دیگر بر این‌که کاربرد واژه «والد» در مورد مادر نیز یک استعمال حقیقی است این است که در بعضی از موارد که پدر و مادر با هم جمع می‌شوند، مادر نیز «أب» و «والد» نامیده می‌شود. همچون آیه شریفه «و لأبویہ لکل واحدٍ منهما السُّدُسُ» و خداوند در این آیه مادر را پدر نامیده است و یا در آیات دیگری همچون «الوصیة للوالدین و الأقربین» که مادر را «والد» نامیده است. بنابراین در روایاتی که به عنوان قاعده در این مقام به آن‌ها استناد می‌شود، کلمه «والد» در معنایی اعم از پدر و مادر استعمال شده است. کما این‌که کلمه «ولد» نیز به تصریح بزرگان در معنایی اعم از دختر و پسر به کار می‌رود.

۲- اجماع: در باب اجماعی که مرحوم شیخ طوسی و صاحب جواهر مبنی بر جواز قصاص مادر ذکر کرده‌اند (طوسی، خلاف، ۹۰؛ نجفی، ۴۲ / ۱۶۲) شکی نیست که این مسئله

اجماعی نیست و حداکثر آن است که در بین کسانی که حکم این مسئله را بیان کرده‌اند، قول به خلاف دیده نشده است. غیر از اسکافی - که از نظر زمانی قبل شیخ طوسی می‌باشد - دیگران یا تصریح نموده‌اند که مادر کشته می‌شود و یا این که تنها به ذکر حکم پدر پرداخته و قسمت دوم مسئله را اصلاً مطرح نکرده‌اند (جهانگیری، ۲۹۶) بنابراین با توجه به این که بسیاری حکم مادر را بیان نموده‌اند نمی‌توان قائل بود که اجماع بیان شده در خصوص قصاص مادر اجماع محصل می‌باشد و تنها یک اجماع مدرکی خواهد بود و اگر بگوییم عدم بیان حکم مادر از سوی فقهاء به این دلیل بوده است که حکم مادر را داخل در تحت عمومات دانسته‌اند که در این صورت دلیل ما دیگر اجماع نخواهد بود.

بنابراین علاوه این که اجماع منقول است و ابن جنید اسکافی نیز با آن مخالفت نموده، لازمه کلام فقهای همچون شیخ صدوق نیز که در باب دلالت روایات، واژه «والد» را در معنای مادر یک استعمال حقیقی می‌دانند این است که در بحث قصاص مادر، مادر نیز شامل ادله استثناء باشد اگر چه به این مطلب تصریح ننموده‌اند (ابن بابویه، ۲۵۹/۴-۲۵۷) بنابراین تنها یک اجماع منقول و مدرکی در این زمینه در دست ادعا است. مضافاً این که آیت الله مرعشی نجفی در کتاب خود اساساً اجماع را به عنوان یک دلیل مستقل قبول ندارد و می‌گوید: اجماع مصطلحی که کاشف از قول معصوم باشد، نادر است و النادر کالمعدوم (مرعشی نجفی، ۳۴۲/۱-۳۴۱)؛ چرا که اساساً دلالت اجماع در نزد امامیه به خاطر کاشفیت آن از قول معصوم است (میرزای قمی، ۳۷۳) بنابراین دلیل مستقلی در عرض آیات و روایات نخواهد بود زیرا در این حالت حجیت، متعلق به اجماع نیست؛ بلکه متعلق به قول معصوم است که به واسطه اجماع، کشف شده است.

علاوه این که وجود ادله مزبور و روایات بیان شده در کنار دلیل اجماع می‌تواند این احتمال را که دلیل دو اجماع نقل شده همین روایات باشد، قوت بخشد و در این حالت این روایات هستند که بررسی آن‌ها اهمیت دو چندان پیدا خواهد نمود و اجماع فوق را فاقد اعتبار خواهد نمود؛ زیرا یکی از شرایط کشف اجماع از حکم شرعی این است که اجماع کنندگان یا تعداد قابل توجهی از آنان به مدرک معینی تصریح نکرده باشند؛ بلکه نباید مدرک معینی وجود داشته باشد که احتمالاً مستند اجماع کنندگان باشد و این در حالی است که در رابطه با موضوع بحث ما عمده دلیل مستند موافقان قصاص مادر ارزیابی ایشان از دلالت روایات می‌باشد.

بررسی شمول حکم نسبت به جدّ

در رابطه با عدم قصاص جدّ در قتل نوّه خود، روایت و نص خاصی نداریم. جعفری لنگرودی در معنای پدر می‌گوید: «مردی است که تو از صلب او هستی بدون واسطه» (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی، ۱۰۶۰/۲) بنابراین پدر شامل جد نیست. اما فقهای امامیه حکم پدر را برای پدر نیز جاری می‌دانند (طوسی، مبسوط، ۹/۷ و ۳۴۳/۱۳۸۲، ۲؛ نجفی، ۱۷۰/۴۲؛ خوئی، ۷۳/۲، خمینی، تحریر، ۵۲۱/۲؛ حلی، قواعد، ۳/۳۲۴ و...) و حتی شهید ثانی حکم عدم قصاص را به جد مادری نیز سرایت داده است (شهید ثانی، مسالک، ۱۵۷/۱۵) و از کلام شیخ طوسی در «خلاف» نیز بر می‌آید که بر همین عقیده است: «الأم اذا قتلت ولدها (امهاتها) و کذاک امهات الأب و إن علون فاما الأجداد فیجرون مجری الأب لایقادون به لتناول اسم الأب لهم: مادر و مادرانش در قتل فرزند کشته می‌شوند و نیز مادران پدر هر چه بالاتر روند، اما اجداد حکم پدر را دارند و قصاص نمی‌شوند چرا که اسم آب شامل آنها هم می‌شود» (طوسی، خلاف، ۳۴۳/۲) و بلافاصله پس از امهات الأب، گفته «فاما الأجداد» که عموم آن اجداد مادری را نیز در بر می‌گیرد. بیان او در کتاب «المبسوط فی فقه الإمامیه» نیز این اظهار نظر را تأیید می‌کند: «اگر جدّش او را بکشد قصاص نمی‌شود ولی مادر و مادران مادر و مادران پدر در نزد ما شیعه قصاص می‌شوند و در نزد اهل سنت قصاص نمی‌شوند» (طوسی مبسوط، ۹/۷). و اگر می‌خواست شامل جد مادری نباشد باید آن را اضافه می‌کرد. به هر حال در مقابل این گروه برخی فقها نیز در شمول حکم نسبت به جد به خاطر عدم شمول واژه «والد» و «أب» نسبت به موضوع، تردید نموده‌اند (محقق حلی، مختصر، ۲۸۹).

ادله فقها برای شمول حکم نسبت به جد، اجماع محصل و منقول است که صاحب جواهر آن را بیان کرده (نجفی، ۱۷۰/۴۲) و شهرت فتوایی و اطلاق والد و آب بر جد نیز به عنوان دو دلیل دیگر مورد استناد بوده است.

در رابطه با اجماع، با توجه به تردید برخی فقها از جمله محقق حلی، در مسئله نمی‌توان قائل به تحقق اجماع بود و در رابطه با عدم حجیت شهرت فتوایی به عنوان دلیل حکم (بر خلاف شهرت روایی) بیان شد که از زمان شیخ انصاری، تا عصر ما اصل بر عدم حجیت ظن مطلق است و شهرت فتوایی داخل در ظن مطلق است (مرعشی نجفی، ۳۴۲/۱-۳۴۱). همچنین در باب استناد به اطلاق به عنوان دلیل، لازم به ذکر است که با توجه به این که در حکم خلاف اصل باید به قدر متیقن اکتفاء نمود، اسناد به اطلاق، زمانی جایز خواهد بود که قرینه داخلی و

خارجی دال بر تقیید نباشد. در حالی که ما می‌دانیم که پدر غیر از جد است هم عرفاً و هم به دلالت لفظ «والد» در روایت مربوط. شهید ثانی نیز در مسالک قائل به احتمال اختصاص حکم به پدر شده است؛ چرا که تنها پدر قدر متیقن در عدم شمول عموم آیات قصاص است و جد حقیقتاً پدر نیست (شهید ثانی، مسالک، ۱۵/۱۵۶) و از فقهای معاصر نیز آیت الله مرعشی شوشتری و آیت الله خویی مسئله را خالی از تأمل ندانسته‌اند (خویی، ۲/۷۳؛ مرعشی شوشتری، ۱۳۷۲، ۹۸). برخی در این مسئله به ولایت جد بر فرزند استناد کرده‌اند (صادق، ۴۴) ولی با توجه به عدم مدخلیت ولایت پدر در حکم - پدر در صورت قتل فرزند کبیرش نیز قصاص نمی‌شود - به طریق اولی نمی‌توان به ولایت جد در این زمینه استناد کرد.

در باب تبیین محدوده موضوع حکم عدم قصاص به نظر می‌رسد که با توجه به دلالت لغوی واژه «والد و ولد» و عموم روایات مخصص، این رابطه «والدیت» و «ولدیت» است که مناط حکم استثناء از اصل قرار گرفته است که قدر متیقن از آن شامل فرزند (دختر یا پسر) بدون واسطه و والد (پدر یا مادر) بدون واسطه خواهد بود. در واقع این روایات در صدد بیان یک حکم اولی در خصوص پدر و مادر هستند. البته برخی فقها از جمله محقق کرکی در باب مناط حکم پدر معتقدند: به واسطه این که پدر علت فاعلیه و سبب ایجاد فرزند است مسبب نمی‌تواند موجب از بین رفتن سبب و علت خود شود (محقق کرکی، ۱۰/۲۵)؛ که این حکمت در مورد مادر نیز صادق است چرا که از نظر علم ژنتیک نقش مادر در ایجاد نطفه فرزند و رشد و نمو وی، نه تنها کمتر از مرد نیست، بلکه مؤثرتر نیز می‌باشد. البته برخی این استدلال را به عنوان مصالح مرسله و استحسانات عقلی مردود می‌دانند (قانع، ۷۴).

دلایل دیگری که مخالفان قصاص مادر به آن استناد کرده‌اند

۱- استناد به قاعده درء: برخی از فقهای امامیه و اهل سنت در خصوص خروج مادر معتقدند که شک در مجازات مادر مجرای قاعده درء خواهد بود (صانعی، منتخب الاحکام ۳۳۳، س ۷۹؛ مالک بن انس، ۱۰۸/۶-۱۰۶)

اگر گفته شود که این قاعده در اینجا مجرا ندارد چرا که ما در شمول مادر و پدر زمانی که قتل انجام داده‌اند، در حکم اولی قصاص یقین داریم و در خروج آن‌ها از این اصل شک داریم در حالی که قاعده درء در موردی جاری می‌شود که ما در صدق عنوان و حکم در موردی شک داشته باشیم. مگر این که بیان کنیم که ادله مخصص، تخصیص زننده نیستند بلکه بیان

می‌کنند که پدر که قدر متیقن از ادله و مورد اجماع همه فقها است، خروج موضوعی از این اصل دارد و اساساً روایات، پدری را که فرزندش را کشته است قاتل نمی‌دانند و قتل فرزند قتل مستوجب قصاص تلقی نمی‌شود که در این حالت چون در خروج موضوعی مادر شک داریم به قدر متیقن اکتفاء می‌کنیم و مادر را قصاص نمی‌کنیم.

می‌توان پاسخ داد که قاعده در اختصاص به شبهه بدویه ندارد و هرگونه شبهه موضوعی و حکمی حتی شبهه تخصیص را نیز در بر می‌گیرد؛ بنابراین آنچه در رد آن مطرح شده فی غیر محله است و این که روایات پدری را که فرزندش را کشته است، قاتل نمی‌دانند، و مسئله خروج موضوعی است، یک ادعا است. قول استناد به قاعده درء را می‌توان در کلام برخی از اندیشمندان در زمینه مباحث فقهی دید (زراعت، ۳۱ - ۲۵).

۲- اعمال شیوه اهل سنت و قیاس به اولویت: برخی از فقهای امامیه (ابن جنید اسکافی. به نقل از: حسینی شیرازی، ۱۴۴ و جهانگیری، ۲۹۶) مانند فقهای عامه (زحیلی، ۲۶۸/۶) که معتقدند که شفقت پدر است که علت و موجب رهایی او از قصاص شده است (که البته به نظر، بیشتر یک استحسان عقلی می‌رسد تا مناط و ملاک واقعی حکم)، از باب قیاس حکم مادر به پدر و از باب استحسان عقلی، حکم به عدم قصاص مادر داده‌اند و با توجه به عظمت مقام مادر در آیات و روایات، با گمان به این که اهمیت و ارزش نفس رابطه ابوت، در حکم، ملاک بوده است معتقدند که رابطه مادر و فرزند نیز بسیار مورد توجه و گاهی بالاتر و برتر از حق پدر دیده شده است؛ همچنان که امام باقر (ع) در مورد فرزندى که مادر خود را کشته، می‌فرماید: یقتل بها ساغراً (حر عاملی، ۵۷/۱۹، ح ۵).

۳- عدم قصاص مادر از باب تعبد: برخی معتقدند که حکم استثناء پدر از قواعد عمومی و اصل اولیه در مجازات قاتل یک حکم تعبدی است و اگر بنا باشد این مسئله را صرفاً یک حکم تعبدی بدانیم بهتر است حکم مادر نیز مانند حکم پدر باشد؛ زیرا تفاوت مهمی میان آن دو وجود ندارد. (زراعت، ۳۱ - ۲۵)

به نظر می‌رسد چنین شیوه‌ای در استدلال و استنباط حکم پدر خود یک مدعا و نحوه تسری آن بر مادر کاملاً مخدوش است؛ چرا که اگر گوینده معتقد است که حکم پدر یک حکم تعبدی است همین دیدگاه باید او را باز دارد از این که حکم را در موضوع تعمیم دهد و در حالی که ایشان مبتنی بر یک قیاس فاقد حجیت، حکم را به مادر نیز تسری داده است.

بنابراین علاوه بر این که نحوه استدلال ایشان کاملاً مخدوش است همچنین ادعای تعدی بودن حکم پدر نیز قابل پذیرش نیست؛ چراکه روایات در این باب تنها حکم را بیان نموده‌اند تا صرفاً یک حکم تعدی محسوب شود بلکه در بسیاری از موارد در صدد بیان خصوصیات ویژه این حکم نیز بوده‌اند؛ نظیر خبر دائم از امام صادق (ع): «من قتل ذا رحم له قتل به و من قتل امه قتل بها صاغراً و لم يرث ورثته ترائه عنها و یقاد من القربات اذا قتل بعضهم بعضاً الا من الوالد اذا قتل ولده». (نوری طبرسی، ۲۳۸/۱۸) و همین نحوه بیان در لسان روایات است که فقها را بر آن داشته است تا اقدام به تنقیح مناط و الغای خصوصیت از مورد منصوص در روایت نمایند و الا اگر لسان روایات و همچنین ماهیت موضوع به گونه‌ای بود تنها یک حکم تعدی را ثابت می‌نمود هیچ فقیهی به خود اجازه چنین اقدامی را نمی‌داد.

دیدگاه فقهای اهل سنت

فقهای اهل سنت در باب شمول حکم عدم قصاص و دایره قدر متیقن سه دیدگاه را مطرح نموده‌اند:

دیدگاه اول: علاوه بر پدر، مادر و اجداد و جدات پدری و مادری نیز مشمول حکم عدم قصاص هستند.

این دیدگاه که دیدگاه مشهور فقهای اهل سنت است مبتنی بر این مبنا است که ملاک حکم عدم قصاص، «ولادت» دانسته شده است؛ چرا که ایشان در کتب فقهی خود شرط سوم قصاص را تحت عنوان «أن لا یكون القتل جزءاً للقاتل و یا لا یقتل رجل بانه و...» مورد بررسی قرار داده‌اند (جزیری، ۳۱۳/۵، ابن قدامه، ۶۶۶/۷؛ کاشانی، ۲۳۵/۷). و در حکم عدم قصاص، عموماً به حدیثی از پیامبر (ص) استناد می‌کنند که: «لایقاد الوالد بولد» (سرخسی، ۹۱/۲۶). در نتیجه بنا بر این مبنا که در اجرای حکم قصاص مجنی علیه نباید جزئی از قاتل باشد، به مقتضای معنای «والد»، مادر و اجداد و جدات پدری و مادری، را نیز مشمول حکم می‌دانند (رحمتی، ۲۱۵/۱، شافعی، ۲۶۷/۶، سرخسی، ۹۰/۲۶؛ صنعانی، ۴۷۸/۳؛ ابن قدامه، ۶۶۶/۷؛ جزیری، ۳۱۱/۵؛ زحیلی، ۲۶۷/۶، عوده، ۱۱۶) و در مورد عدم شمول اعمام، احوال، إخوه، و نیز عمات و خالات و اخوات در حکم عدم قصاص، اختلافی بین عامه و خاصه وجود ندارد. شافعی در این زمینه می‌گوید: «اگر عمو یا دایی بچه را بکشند، قصاص

می‌شوند؛ چراکه در معنای والد نیستند، هر چند که به سبب قرابتشان به والدین، به آن‌ها «والد» گفته می‌شود» (شافعی، ۳۴/۶).

به عنوان نمونه‌ای از اقوال قائلان به این سخن می‌توان کلام کاشانی را مثال زد. ایشان می‌گویند: «شرط قصاص آن است که مقتول جزئی از قاتل نباشد؛ بنابراین اگر پدر، فرزند خود را بکشد قصاص نمی‌شود و همین‌طور است اگر پدر پدر یا پدر مادر و بالاتر، نوۀ خود را بکشد یا مادر، فرزند خود را بکشد» (کاشانی، ۱۹۸۲: ج ۷ ص ۲۳۵)

دیدگاه دوم: هیچ قدر متیقنی در مسئله وجود ندارد

در یک نظر دیگر ابن نافع بن عبد الحکم و ابن منذر با تمسک بدان معتقدند، هیچ قدر متیقنی را در مسئله قائل نبوده و تنها به عمومات ادله قصاص استناد نموده‌اند (قانع، ۷۴؛ ابن قدامه، ۳۴۱/۹) اما با توجه به مخصصات در مسئله، این قول کاملاً مردود می‌باشد.

دیدگاه سوم: اجداد پدری و مادری قصاص می‌شوند

در رابطه با حکم جد از حسن بن حی، منقول است که جد قصاص می‌شود؛ چراکه والد منصرف از جد است (ابن قدامه، ۶۶۶/۷، عوده، ۱۱۶).

مالک نیز به نحو دیگری در حکم جد قائل به تفصیل شده و لذا در نظر او جد در صورتی قصاص نمی‌شود که قصد قتل نداشته باشد (مالک بن انس، ۵۵۹/۴ - ۵۵۸) در حالی که همان‌گونه که برخی نیز بیان نموده‌اند، این تفصیل مالک اساساً مربوط به تفاوت قتل عمد و خطا می‌باشد و مربوط به این بحث نیست (مرعشی نجفی، ۳۴۰/۱ - ۳۳۶).

برخی نیز علت خروج پدر را از حکم قصاص از احادیث دیگری استنباط نموده و سپس آن را به مادر نیز تسری می‌دهند. همچنان که عبد القادر عوده به حدیثی از حضرت رسول (ص) استناد می‌کند که: «انت و مالک لأبیک» که اگر چه در منع قصاص صریح نیست ولی نص آن مانع از قصاص است و مالکیت پدر نسبت به فرزند اگر چه حقیقی نیست ولی ایجاد شبهه می‌کند که بنا به قاعده درء قصاص منتفی خواهد بود (عوده، ۱۱۵، عبد العزیز، ۳۹؛ زحیلی، ۲۶۸/۶) که در رابطه با این دلیل اشاره شد، برای خروج از موضوع حکم اولیه، قطع لازم است و صرف شک کافی نیست و در حکم خلاف اصل - اصل جزایی قصاص قاتل - باید به قدر متیقن اکتفا نمود.

ضرورت توجه قانونگذار به نظرات مخالف

قانون مجازات اسلامی به تبعیت از نظر مشهور فقها مادر را مشمول حکم عدم قصاص در

قتل فرزند قرار نداده است. حتی اگر کسی قبول نداشته باشد که قانونگذار عمداً و با توجه مادر را مضمول قرار نداده، بنا به اصل ۱۶۷ ق. م. ا. و با مراجعه به فتاوی معتبر در می‌یابد که از نظر قانونگذار مادر در قتل فرزند قابل قصاص است. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز طی نظریه (شماره ۷/۹۰۷۶ مورخ ۱۳۶۸/۱/۷) اعلام کرده است که: «چنانچه پدری فرزند خود را به قتل برساند قابل تعقیب کیفری می‌باشد النهایه به جای قصاص باید دیه بپردازد ولی این امر در مورد مادر تجویز نشده و در صورت ارتکاب قتل عمد فرزندش، مجازات او تابع مقررات مربوط به قصاص خواهد آمد.»

اگر حقوق کیفری ایران (به خصوص حقوق کیفری اختصاصی) به شدت تحت تأثیر فقه امامیه می‌باشد باید خاطر نشان کرد که اگر چه فقهای قدیم شیعه در رابطه با قصاص مادر موضع موافقی داشتند اما امروزه فقهای معاصر بر خلاف فقهای قدیم شیعه مسئله قصاص مادر در قتل فرزند را به گونه دیگری مطرح کرده و بی‌میل به احتیاط در این باب نیستند. همچنان که مرعشی نجفی (۳۶۸/۱) و حسینی شیرازی (۱۴۴) بر این عقیده‌اند. حسینی شیرازی می‌گوید: «والد، مادر را هم شامل می‌شود همان‌طور که ولد شامل مذکر و مونث است. خداوند نیز می‌فرماید: "و والد و ما ولد" (بلد: ۳)» به همین دلیل با این‌که نص خاصی وجود ندارد مگر لفظ «ولد»، پدر در قتل دخترش قصاص نمی‌شود و حال آنکه شمول والد بر مادر اقرب است همان‌گونه که اسکافی معتقد است...». (حسینی شیرازی، همان) همچنین صانعی نیز قائل به عدم قصاص مادر است و در این زمینه می‌گوید: «عدم قصاص مادر در قتل فرزند، قوی به نظر می‌رسد، از باب تنقیح مناط و الغای خصوصیت پدر، و مناط در نزد کسانی که قائل به عدم قصاص هستند ولادت است، که فرزند از ناحیه او متولد شده باشد و این‌که ظاهراً در روایات [به طور اختصاصی] ذکری از مادر نشده است به خاطر عدم ابتلاء بوده است...». (صانعی، فقه الثقلین، ۲۷۶) بنابراین ضروری به نظر می‌رسد که قانونگذاران با رویکردی جدید و با تعمق در نوشته‌های فقهی فقهای معاصر به تغییر و تعدیل قوانین مربوط به قصاص مادر اقدام نمایند.

نتیجه گیری

۱. عذوفت پدر و شفقت پدران، که برخی آن را در حکم عدم قصاص موثر می‌دانستند، تبیین و نفی شد.

۲. این که حکم پدر تبعدی باشد و از باب اکتفاء به قدر متیقن تنها او را از حکم قصاص مستثنی بدانیم نیز مورد ارزیابی قرار گرفت و دارای مناقشاتی دانسته شد.
۳. حق ولایت پدر، که برخی فقهای اهل سنت آن را به عنوان خصوصیتی موثر در حکم عدم قصاص می‌دانستند، نیز تبیین و رد شد.
۴. نسبت به تأثیر دین و آیین پدر نیز موضوع بررسی شد و عدم تأثیر آن را ثابت نمودیم.
۵. در مورد رابطه ابوت که برخی از فقهاء با استفاده از دلالت ایماء و تنبیه موجود در روایات باب تخصیص پدر از حکم اولیه قصاص قاتل، قائلند، در بررسی ادعای ایشان به ارزیابی ادله پرداخته و نتیجه گرفتیم که این رابطه والدیت است که از ادله قابل استنباط است و نه رابطه ابوت.
۶. همچنین به دنبال تبیین محدوده و موضوع حکم بحثی را در باب عدم شمولیت حکم نسبت به جد بیان نمودیم.
- و در نهایت پس از بیان تمامی این موارد در باب محدوده موضوع حکم عدم قصاص بیان داشتیم که به نظر می‌رسد که با توجه به دلالت لغوی واژه «والد و ولد» و عموم روایات مخصص، این رابطه «والدیت» و «ولدیت» است که مناط حکم استثناء از اصل قرا گرفته است و قدر متیقن از آن شامل فرزند(دختر یا پسر) بدون واسطه و والد(پدر یا مادر) بدون واسطه خواهد بود. در واقع این روایات در صدد بیان یک حکم اولی در خصوص پدر و مادر هستند.
۷. با توجه به مطالبی که پیرامون روایات به عنوان تنها دلیل محکم برای حکم به عدم قصاص پدرگفته شد عدم قصاص مادر در مسئله مزبور بر اساس همان روایات قابل استنباط است.
۸. در رابطه با فقهای اهل سنت اگر چه به نظر می‌رسد که در نظریه مشهور خود تا حدودی به مناط درستی دست یافته‌اند اما در مرحله تطبیق بر مصداق دچار مشکل شده و به این قاعده فقهی که در حکم خلاف اصل باید به قدر متیقن بسنده شود توجهی نداشته‌اند.

منابع

ابن بابویه(شیخ صدوق)، محمدبن علی، *من لایحضره الفقیه*، به کوشش محمد جوادغفاری، تهران، نشر صدوق، ۱۳۶۷.

- ابن قدامه المقدسی، عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسی، *المعنی*، دار التراث العربی، بی تا.
 احمد رضا، *معجم متن اللغة* (موسوعه لغویه حدیثیه)، بیروت، دار مکتبه الحیاه، ۱۳۸۰ ق.
 اسحاقی، محمد، *مجازات پدر و مادر در جرم کشتن فرزند*، تهران: سفیر صبح، چاپ اول، ۱۳۸۰.
 انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، بی جا، نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.
 انیس ابراهیم، *المعجم الوسیط*، بیروت، دار الامواج، چاپ دوم، ۱۴۰۷ ق.
 بروجردی، حسین طباطبایی، *حاشیه علی الکفایة الاصول*، تقریر حجتی بروجردی، بی جا، نشر انصاریان، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
 بهبهانی، وحید، *الفوائد الحائریة*، تحقیق: لجنة تحقیق مجمع الفکر الاسلامی، قم، بی تا، ۱۴۱۵ ق.
 تهانوی، محمد اعلی، *کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم*، کلکته، چاپ محمد وجیه، ۱۸۶۲ م.
 جزیری، عبد الرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۱ ق.
 جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
 _____، *دانشنامه حقوقی*، تهران، بی تا، ۱۳۷۴.
 جهانگیری، محسن، *بررسی تمایزات فقهی زن و مرد*، قم، مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۵.
 حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۲ ق.
 حسینی شیرازی، محمد، *الفقه*، کتاب القصاص، قم، دار القرآن الحکیم، بی تا.
 الحلّی، محمد ابن ادیس، *السرائر الحاوی لتحیر الفتاوی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
 خراسانی، محمد کاظم، *کفایة الاصول*، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
 خمینی، روح الله، *انوار الهدایة فی تعلیقات علی الهدایة*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
 _____، *تحریر الوسیله*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۹.
 خوانساری، محمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
 خویی، ابو القاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، بی جا، مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۳۸۶.
 دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه دهخدا*، زیر نظر محمد معین و سید جعفر شهیدی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
 رحمتی، محمد، *کتاب القصاص*، قم، المطبعه لعلمیه، ۱۳۷۷ ق.
 رحیمیان، سعید، *فقه و زمان (فلسفه فقه)*، شیراز، انتشارات نوید، چاپ اول، ۱۳۷۹.

- زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دار الفکر، چاپ سوم، ۱۴۰۹ ق.
- زراعت، عباس، «قتل فرزند توسط مادر در فقه امامیه»، *مجله بازتاب اندیشه در مطبوعات*، شماره ۵۰، خرداد ۱۳۸۳، صص ۳۱ - ۲۵.
- سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، استامبول، دارالدعوه، ۱۴۰۳ ق.
- شافعی، محمد بن ادریس، *الأم*، بیروت، دار المعرفه، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، دار الهادی للمطبوعات، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- _____، *شرح اللمعة الدمشقیة*، ترجمه و تبیین علی شیروانی، قم، دار العلم، ۱۳۸۴.
- _____، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۹ ق.
- صادقی، محمد هادی، *حقوق جزای اختصاصی ۱*، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۶.
- صانعی، یوسف، *فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسیله: کتاب القصاص*، بی جا، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۶.
- _____، *منتخب الاحکام*، قم، میثم تمار، ۱۳۷۹.
- صنعانی، محمد بن اسماعیل، *سبل السلام شرح بلوغ المرام*، بی جا، مکتبه مصطفی البابی الحلبی، چاپ چهارم، ۱۹۶۰ م.
- طوسی، ابوجعفر، *الخلاف فی الفقه*، تهران، مطبعه تابان، چاپ دوم، ۱۳۸۲ ق.
- _____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۷۸.
- عبد العزیز، امیر، *الفقه الجنایی فی الاسلام*، قاهره، دار الاسلام، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- عراقی، ضیاء الدین، *نهاية الافکار*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، شریف رضی، بی تا.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *نهاية الوصول الی علم الاصول*، بی جا، موسسه تعلیماتی و تحقیقاتی امام صادق (ع)، ۱۳۸۴.
- عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنایی الاسلامی*، تهران، مؤسسه البعثه، چاپ دوم، ۱۴۰۲ ق.
- غزالی، محمد، *المستصفی*، قم، بی تا، ۱۳۶۸.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، *كشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.

- فیض کاشانی، محمد محسن، *الوائفی*، تحقیق و تعلیق و تصحیح ضیاء الدین حسینی اصفهانی، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمومنین چاپ اول، ۱۳۷۰.
- قانع، حسین، *بررسی مبانی فقهی و حقوقی ماده ۲۲۰ ق.م.ا.*، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق(ع) (گرایش حقوق جزا و جرم شناسی)، راهنما: امیر سپه وند، مشاور: جمال الدیم زنجانی، پاییز ۱۳۸۰.
- کاشانی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع، المصادر الفقهیه*، بیروت، لبنان، دار الکتب العلمیه، چاپ دوم، ۱۹۸۲ م.
- گلپایگانی، محمد، *مجمع المسائل*، قم، موسسه دار القرآن کریم، ۱۳۶۲.
- مالک، ابن انس، *المدونه الکبری*، بیروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، تهران، بنیاد بعثت، ۱۴۰۲ ق.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۰۳ ق.
- محقق کرکی، ابو الحسن علی بن حسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، موسسه اهل البيت، ۱۴۱۰ ق.
- مرعشی شوشتری، محمد حسن، «شرح قانون مجازات اسلامی»، *رهنمون*، ۴ و ۵، بهار و تابستان ۱۳۷۲، ص ۹۸.
- مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، *القصاص علی الضوء القرآن و السنه*، قم، مکتبه مرعشی النجفی، ۱۴۱۵ ق.
- مفید، محمد بن محمد، *المقننه فی الاصول و الفروع*، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ق.
- میرزای قمی، محمد حسن، *قوانین الاصول*، کتابفروشی علمیه اسلامی، ۱۳۷۸ ق.
- نائینی، محمد حسین، *فوائد الاصول*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ ششم، ۱۴۱۷ ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۳.
- نوری طبرسی، محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۸/۱

بهار ۱۳۹۱، ص ۱۲۴-۱۰۱

تأملی در کیفر لواط* تحلیل فقهی حقوقی ماده ۱۱۰ ق.م.ا

دکتر حمید مسجدسرای

استادیار دانشگاه سمنان

Email: h_masjedsaraie@yahoo.com

چکیده

صرف نظر از چالش‌هایی که در معنا و مفهوم لواط دیده می‌شود در مورد کیفر لواط‌کار، همواره دیدگاه‌های مختلفی در میان فقها به چشم می‌خورد به گونه‌ای که برخی از فقها مجازات قتل را هم برای لواط‌کار محصن و هم برای غیرمحصن یکی دانسته، و در مقابل، پاره‌ای دیگر از آنان در مقام جمع میان روایات وارده در این خصوص، مجازات لواط را همانند مجازات زنا در نظر گرفته و بین محصن و غیرمحصن فرق می‌گذارند. نوشتار حاضر ضمن نقل اقوال گوناگون و نیز تحلیل مستندات روایی مطرح در خصوص کیفر لواط‌کار، اطلاق روایاتی را که مستند قول مشهور فقها در برابری مجازات قتل برای لواط‌کار محصن و غیرمحصن است، قابل تقیید دانسته و معتقد است که اقتضای جمع بین روایات آن است که لواط‌کار در صورت محصن بودن محکوم به قتل بوده و چنانچه غیرمحصن باشد محکوم به تازیانه است. البته در خصوص لواط در حالت غیرایقاب، چند قول در فقه امامیه قابل بازشناسی است، چنانکه قول مشهور، تازیانه را در نظر گرفته و عده‌ای نظیر شیخ طوسی در کتاب نهاییه، به رجم محصن و تازیانه غیرمحصن فتوا داده‌اند. قانون مجازات اسلامی نیز تنها به استناد پاره‌ای از روایات، حد لواط را در صورت دخول، قتل در نظر گرفته است. در این مقاله ضمن بررسی اشکالات وارد بر تعریف قانونگذار از مفهوم لواط، به تحلیل ماده ۱۱۰ ق.م.ا. پرداخته و کوشش شده است علاوه بر تحلیل مبنای قانونگذار در پیش بینی مجازات قتل برای لواط‌کار، عملکرد تقنینی قانونگذار مورد نقد قرار گیرد.

کلید واژه‌ها: لواط، محصن، قتل، احصان، رجم، تفخیز.

* تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۸/۰۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۱۰/۱۰.

بررسی تعریف لواط

درخصوص معنای لغوی لواط، راغب اصفهانی در مفردات گفته است: لواط اسم علم است و از لاط الشی بقلبی یلوط لوطا و لیطا مشتق شده است، در حدیث آمده است الولد الوط: یعنی بچه متصل ترین چیز به قلب آدمی است (راغب اصفهانی، ۴۵۶)، در کتاب المعجم الوسیط نیز آمده است: لاط الشیء بالشیء لوطا یعنی متصل به آن شد و لاط الشیء بقلبی بدین معناست که آن چیز به قلب من وارد شده و دوستش دارم و لاط فلان لوطا یعنی عمل قوم لوط را انجام داد و لاط الحوض بالظین یعنی حوض را گل اندود نمود (ابراهیم مصطفی [و دیگران]، ۸۴۶/۲). صاحب لسان العرب نیز معنایی مشابه همین معنای اخیر را ذکر کرده و گفته است: لاط الحوض بالظین لوطا: طینه؛ یعنی حوض را گل اندود کرد (ابن منظور، ۳۵۷/۱۲) از بررسی منابع لغوی و نیز بررسی روایات چنین به نظر می‌رسد که در مورد واژه لواط، حقیقت شرعیه‌ای وجود ندارد و شارع، معنای جدیدی را برای آن اختراع نکرده است بلکه شرع مقدس، تبیین حدود و ثغور آن را به عرف واگذار نموده است (مکارم شیرازی، ۲۲/۱). البته در بین آیات قرآن، تنها آیه ۱۶ سوره نساء^۱ است که برخی از مفسران گفته‌اند، منظور از فاحشه (واللذان یأتیانها) در اینجا لواط^۲ است براین اساس که منظور از آیه «واللذان یأتیانها» دو نفر مردی است که از طریق لواط با یکدیگر خلوت می‌کنند و در آیه قبله منظور از الفاحشه، مساحقه است که بین زنان واقع می‌شود (کاظمی، ۱۹۱/۲)، در نتیجه حمل آیه شریفه بر بیان حکم لواط را أظهر دانسته‌اند؛ زیرا لفظ «منکم» اشاره است بر این که طرف مفعول^۳ به هم از رجال است و فاحشه‌ای که در تحقق آن در ظرف خارج، مرد هم نقش فاعل داشته باشد و هم نقش مفعول، تنها لواط است (جرجانی، ۶۵۵/۲) اما بیشتر مفسران برآنند که منظور از فاحشه در آیه ۱۶ سوره نساء، زنا بوده و «اللذان» مرد و زنی است که این عمل را انجام می‌دهد و مذکر بودن آن از باب تغلیب است (فاضل مقداد، ۳۳۹/۲) و چه بسا گفته شود که اگر منظور از فاحشه در اینجا لواط باشد لازمه آن عدم اجرای حد لواط نیست؛ زیرا شاید منظور از «أذی» اجرای حد بر لواط‌کار یعنی قتل است که بالاترین مرتبه اجرای حد می‌باشد. (کاظمی، ۱۹۱/۲) اما از معنای لغوی لواط که بگذریم بررسی کتب فقهی و نظریات فقها نشان می‌دهد که در اصطلاح فقها، واژه «لواط» در دو مورد به کار رفته که برای هر کدام حکم جداگانه‌ای نیز بیان

۱- واللذان یأتیانها منکم فأذوهما فان تابا و أصلحا فأعرضوا عنهما إن الله کان تواباً رحیماً (نساء: ۱۶).

۲- اگر منظور از فاحشه، لواط باشد به حمل شایع صنایع است، نه به حمل اولی ذاتی.

شده است و تعبیر بسیاری از فقها در تعریف لواط به «وطی الذکران بایقاب و غیره» (خوئی، ۲۲۹/۱، وحیدی، ۶۱، امام خمینی (ره)، ۴۲۲/۲) بر این مطلب دلالت دارد. در تعاریف مشابه برای لواط، جنس مذکر به عنوان مفعول در نظر گرفته شده است: «اللواط هو الفجور بالذکران» (مفید، ۷۸۵، ابن حمزه، ۴۱۳) و «اللواط بالذکران بالایقاب» (شهید ثانی، *الروضه البهیة*، ۱۴۱/۹) و «اللواط هو وطء الذکران سواء کان بایقاب أو بغيره» (علامه حلی، ۱۷۵/۲). به عبارت دیگر در تماس جنسی دو مذکر چه آن که دخول صورت بگیرد و یا به صورت تفخیز و غیر آن باشد که دخولی در آن صورت نمی‌گیرد «لواط» به معنای فقهی آن محقق شده است. بررسی کتب فقهی نشانگر آن است که عنوان «لواط» بر هر دو معنای نزدیکی با دخول و نزدیکی بدون دخول صدق کرده و لواط فقهی با هر دو معنا تحقق می‌یابد (ابن زهره، ۴۲۵؛ علم الهدی، ۵۱۰؛ مفید، ۷۸۵) و علت اصلی گنجاندن نزدیکی بدون دخول در معنای لواط، همانا وجود برخی روایات از ائمه علیهم السلام است که در برخی از آن‌ها دلالتی بر این تعبیر وجود دارد مانند روایت حذیفه بن منصور از امام صادق (ع) که گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم: لواط چیست؟ فرمود: ما بین الفخذین، میان دو ران است؛ آنگاه پرسیدم: پس آن که دخول می‌کند چه؟ فرمود: ذلک الکفر بما انزل الله علی نبیه (ص)، چنین کاری کفر ورزیدن به احکام الهی است (حر عاملی، ۳۴۰/۲۰، حدیث ۳).

همچنین در مورد اطلاق واژه «لواط» به نزدیکی با زن از عقب، تردید وجود دارد و این ابهام‌ها نسبت به تعیین مجازات لواط در حالت‌های مختلف نیز تأثیر دارد. برای تشخیص معنای لواط، لازم است معنای زنا نیز به درستی معلوم شود؛ زیرا در ادامه خواهیم دید که یکی از موارد اختلافی، مجازات لواط با جنس مونث است پس باید دید که زنا چه معنایی دارد و آیا نزدیکی از عقب نیز زناست تا مجازات زنا را داشته باشد یا لواط می‌باشد. تحقیق در روایات و نوشته‌های فقهی نشان می‌دهد که شارع، معنای جدیدی را برای زنا اختراع نکرده است بلکه همان معنای عرفی را دارد. (مکارم شیرازی، ۲۲/۱) در کتاب‌های لغوی نیز تصریحی نشده است که زنا مخصوص نزدیکی از جلو است یا شامل نزدیکی از عقب نیز می‌شود (ابوهلال العسکری، ۲۶۸). فقها نیز در این زمینه دو دسته شده‌اند و غالباً زنا در ذبیر را هم ممکن دانسته‌اند. مؤیدی که برای عدم صدق «زنا» به نزدیکی در عقب زن، وجود دارد آن است که هر گاه به زنی نسبت زنا داده شود و شاهد اقامه شود که آن زن باکره است، حکم به براءت وی داده می‌شود حال آنکه ممکن است از عقب با وی نزدیکی شده باشد؛ پس فقها زنا

را فقط از جلو قابل تحقق می‌دانند.

فقه‌های اهل سنت نیز غالباً زنا در عقب را ممکن می‌دانند به جز برخی از فقه‌های حنفیه که زنا و لواط را متفاوت دانسته‌اند و استدلال کرده‌اند که فلسفه ممنوعیت زنا، جلوگیری از خلط انساب است که در وطی در دبر امکان ندارد و از نظر عرفی نیز این دو واژه با یکدیگر تفاوت دارند (کاشانی ۳۳/۷، ابن عابدین ۱۵۴/۳). اما در رد این استدلال‌ها، ممکن است گفته شود که اولاً ممکن است قذف کننده فقط نسبت زنا از جلو را داده باشد. ثانیاً در بسیاری موارد زنا هم، خلط انساب وجود ندارد. تنها دلیلی که ممکن است قابلیت استناد داشته باشد، عرف است؛ زیرا می‌دانیم که بنای شارع در چنین مواردی بر عرف استوار است به‌ویژه در تشخیص موضوعات که مطابق معمول نه شارع دخالت می‌کند و نه وظیفه شارع است. پس اگر ثابت شود که عرف میان نزدیکی کردن از جلو با زن و نزدیکی کردن از عقب، تفاوت گذاشته و اولی را زنا می‌نامد در حالیکه دومی را لواط می‌داند، باید از نظر عرف تمکین نمود.

مقنن نیز در ماده ۱۳۹ قانون حدود و قصاص ۱۳۶۲ در مقام تعریف لواط بیان می‌داشت: لواط عبارت است از «وطی انسان مذکر» اما در سال ۱۳۷۰ مقنن قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۰۸ بیان نمود که لواط عبارت است از «وطی انسان مذکر، چه به صورت دخول و چه به صورت تَفخِیذ»، اما به نظر می‌رسد این عدم دقت در وضع الفاظ، آثار نامطلوبی دارد و چنانچه قانونگذار به ترجمه متون فقهی، توجه داشته است باید دقت می‌نمود که تعبیر لواط بر وطی بدون ایقاب و دخول را فقها از باب مجاز دانسته‌اند (نجفی، ۳۷۶/۴۱)؛ زیرا در غیر این صورت چنانکه برخی فقها انتقاد نموده‌اند بهتر بود تا لواط تنها به وطی همراه با دخول گفته شود و وطی بدون دخول را مانند تَفخِیذ از معنای لواط جدا سازیم (شهیدثانی، مسالک الافهام، ۴۰۱/۱۴)؛ چنانکه فقهایی نظیر صاحب جواهر (نجفی، ۳۷۵/۴۱) و شهید ثانی که به تفصیل به این بحث پرداخته‌اند به این نتیجه رسیده‌اند که لواط علی‌الاصول زمانی است که ایقاب صورت گیرد و پیشنهاد داده‌اند که معنای لواط را به همان وطی همراه دخول اطلاق نمائیم. صرف نظر از آنچه ذکر شد برای پرهیز از اشتباهات و اختلاط مفاهیم نیز بهتر است مفهوم تَفخِیذ را از لواط جدا سازیم. این اختلاط مفاهیم سبب می‌شود تا در ذهن برخی از افراد که با منابع فقهی آشنایی کمتری دارند اشتباهات و یا زمینه خطا را فراهم نماید؛ از این رو به نظر می‌رسد تعریف قانونگذار از لواط در ماده ۱۳۹ قانون حدود و قصاص بهتر و دقیق‌تر تلقی شود. و ماده ۱۰۸ را نیز نباید حمل بر لواطی نمود که مجازات سنگین حدی را دربردارد هر

چند مواد بعدی میان مجازات لواط و تفخیز، تفکیک نموده‌اند. نتیجه این که به چند دلیل باید میان معنای لواط و تفخیز تفکیک نموده و از اطلاق واژه «لواط» که دارای مجازات حدی است بر عمل تفخیز پرهیزیم؛ اولاً - علائم حقیقت و مجاز از قبیل تبادل و عدم صحت سلب اقتضا می‌کند که هنگام اطلاق واژه «لواط» آن را به معنای حقیقی حمل نمائیم و معنای حقیقی لواط که ظهور در آن دارد همان دخول است؛ زیرا معنای دخول به ذهن متبادر می‌شود و نمی‌توان این معنا را از واژه «لواط» سلب کرد. ثانیاً قاعده «درأ» اقتضا می‌کند که هنگام تردید در تحقق جرم حدی، اصل را بر عدم تحقق آن نهاده و جرم حدی را منتفی بدانیم. ثالثاً - قاعده «تفسیر مضیق قانون به نفع متهم» نیز اجرای مجازات سنگین لواط حدی بر جرم تفخیز را نفی می‌کند؛ زیرا هنگام شک باید قانون را به نفع متهم تفسیر کرد. رویه قضایی نیز به همین سو گرایش دارد. به عنوان نمونه در رأی شماره ۹۱-۷۹/۲/۴ شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور آمده است: «هر نوع تجاوزی موجب قتل نیست بلکه باید احراز گردد که دخول ایقابی بوده و علم و یقین حاصل شود که به مقدار رأس الحشفه دخول واقع شده است». رابعاً در مواد قانونی، لواط و تفخیز از نظر میزان مجازات، تفکیک شده است پس معلوم می‌شود که لواط و تفخیز با هم فرق دارد چرا که دو عمل مجرمانه متفاوت بوده و هر یک مجازات خاص خود را دارد؛ بنابراین بهتر بود که ماده ۱۰۸ تفخیز را مشمول عنوان لواط قرار ندهد.

ممکن است در مقام اثبات تشابه لواط و تفخیز گفته شود که شارع به وقاحت عمل توجه داشته و مجازات سنگینی برای آن در نظر گرفته است پس آن چه که وقاحت دارد عمل همجنس بازی است اما این که دخول نیز صورت بگیرد یا خیر، تأثیری ندارد. این ادعا یک پاسخ نقضی و یک پاسخ حلی دارد. پاسخ نقضی آن است که اگر چنین باشد باید زنا و مساحقه و رابطه نامشروع را نیز یکسان دانست. پاسخ حلی آن است که این مجازات‌ها جنبه تعبدی دارد و نمی‌توان فلسفه آن‌ها را به دست آورد همان‌گونه که می‌بینیم در جرم زنا میان دخول و عدم دخول تفاوت زیادی از نظر مجازات وجود دارد. ممکن است در همین رابطه گفته شود همان‌گونه که واژه زنا به نزدیکی با دخول و بدون دخول صدق می‌کند بدون این که عنوان زنا تغییر یابد پس در لواط نیز به دخول و عدم دخول صدق می‌کند بدون اینکه واژه «لواط» در هر دو مورد تغییر یابد.

از دیگر نارسایی‌های قانونگذار در تعریف لواط آن است که به فاعل لواط اشاره‌ای نشده است و تصریحی ندارد به این که فاعل نیز باید مذکر باشد یا خیر، همچنان که در قانون سابق

نیز همانند قانون فعلی این اشکال مشهود است، حال آن که مراجعه به منابع شرعی نشانگر آن است که فاعل نیز باید مذکر باشد و برخی از فقها از جمله صاحب غنیة النزوع به این قید تصریح کرده است: «لواط، وطی مذکر با مذکر است و بر دو قسم می‌باشد، دخول و کمتر از دخول» (ابن زهره، ص ۴۲۵). در مورد این که فاعل لواط باید انسان باشد تردیدی وجود ندارد بنابراین اگر مردی، حیوانی را مجبور کند که با وی نزدیکی نماید، عنوان لواط محقق نمی‌شود. در مورد این که چنانچه مفعول، مونث باشد آیا مجازات زنا اعمال می‌شود یا در این مورد نیز باید حسب مورد مجازات لواط را اعمال کرد، این موضوع نیز بستگی به آن دارد که عمل مادی مزبور، لواط است یا زنا محسوب می‌شود. بسیاری از فقها، با این مبنا که برای فرج، معنای عامی قائل شده‌اند با توجه به اطلاق روایات و نیز فتاوی فقها، زنا را عبارت از داخل کردن آلت تناسلی مرد در آلت تناسلی زن می‌دانند و مطابق نظر این گروه، زنا در عقب را ممکن می‌دانند. (طوسی، النهایه، ۶۸۸، مفید، ۷۷۴) و برخی از فقها، به صورت مجمل، زنا را به معنای جماع و نزدیکی کردن دانسته‌اند که اطلاق آن شامل هر دو صورت می‌شود (مفید، ۲۳) و عده‌ای به صراحت گفته‌اند که جماع به معنای داخل کردن حشفه در جلو یا عقب زن می‌باشد (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۱۴/۹؛ ابن ادریس، ۴۲۸/۳؛ محقق حلی، ۹۳۲/۴؛ فخرالمحققین، ۴۶۹/۴). گروهی نیز لواط را به معنای نزدیکی کردن دو انسان مذکر با یکدیگر دانسته‌اند (ابن حمزه، ۴۱۳؛ ابن براج، ۵۲۹/۲؛ ابن زهره، ۴۲۵).

بر اساس معنای اول، لواط با زن نیز امکان دارد؛ زیرا زنا فقط در آلت تناسلی امکان دارد و از نظر عرفی اندام تناسلی قابل تعمیم به جلو و عقب می‌باشد. اما بر اساس معنای سوم، لواط با زن امکان ندارد بلکه همان زناست و مجازات زنا دارد.

از نظر رویه قضایی در گذشته که البته مجازات زنا و لواط، مجازات حلدی نبود همین اختلاف وجود داشت و در موردی که هیأت عمومی دیوان عالی کشور، رأی شعبه دوم دیوان عالی کشور را به موجب رأی شماره ۱۱۸۹-۱۳۳۶/۳/۳۱ ابرام کرد، این شعبه لواط با إناث را قابل تحقق می‌دانست اما شعبه نهم دیوان عقیده داشت که لواط فقط با جنس ذکور قابل تحقق است.

لازم به ذکر است که بند ۷ ماده ۲۰۷ قانون مجازات عمومی، عمل لواط را جرم انگاری کرده بود و ماده ۲۰۸ نیز عبارت «عمل منافی عفت غیر از هتک ناموس» را به کار برده بود و اختلاف نظر در آن بود که آیا دخول در عقب دختر، مشمول ماده ۲۰۷ می‌باشد یا ماده ۲۰۸

شامل آن می‌شود شعبه نهم دیوان عالی کشور چنین حکم داده بود: «لواط موقعی صادق است که با جنس ذکور انجام شود و در مورد اناث، لواط صادق نیست.

از نظر قانونی نیز ماده ۶۳ قانون مجازات اسلامی، زنا را جماع مرد با زن اعم از قبل و دبر دانسته و ماده ۱ - ۲۲۱ لایحه پیشنهادی قانون مجازات اسلامی نیز همین عبارت را به کار برده است. این ماده برگرفته از نظر مشهور فقهاست که زنا را داخل کردن آلت تناسلی در «فرج» می‌دانند و فرج را شامل قُبُل و دبر دانسته‌اند. (محقق حلی، ۹۳۲/۴، ابن ادریس، ۴۲۸/۳، شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۲۸/۱۴، ۱۶/۹، محقق اردبیلی، ۵/۱۳، فخرالمحققین، ۹۳۲/۴، خوئی، ۱۶۷/۱، ابن براج، ۵۲۵/۲، گلپایگانی، ۳۱/۱). اما گروه اندکی از فقها (طوسی، النهایه، ۶۸۸، مفید، ۷۷۴) فرج را شامل دبر نمی‌دانند بلکه فقط شامل قُبُل می‌دانند که در این صورت، لواط در دبر زن نیز محقق می‌شود.

تردید در مورد این که چنانچه مردی با زنی تفخیذ نماید آیا مجازات تفخیذ را دارد یا عنوان «رابطه نامشروع» بر آن صدق می‌کند، نیز جدی است. چنانچه لواط در زن امکان داشته باشد ممکن است گفته شود که تفخیذ هم در مورد او امکان دارد اما اگر لواط امکان نداشته باشد برای دفع هرگونه شبهه‌ای باید مجازات رابطه نامشروع و نزدیکی بدون دخول، اعمال شود. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت با توجه به نظر مشهور که لواط را در زن ممکن نمی‌دانند پس تفخیذ نیز امکان ندارد و رابطه نامشروع محسوب می‌شود.

کیفیت قتل لواط‌کار از دیدگاه فقها

براساس نظر مشهور فقها، مجازات دخول ایقابی (لواط) قتل است؛ علامه حلی می‌گوید: «حدّ الايقاب القتل و يتخير الامام... : حدّ ايقاب قتل است و امام مخیر است که ...»؛ (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۲/۲۲۴) البته در مورد نحوه کشتن لواط کننده و کیفیت نوع قتل وی در لواط، حاکم شرع اختیار دارد از میان راه‌هایی که در ادامه ذکر می‌شود یک یا دو راه را انتخاب کرده و لواط‌کار را به قتل برساند.

ناگفته نماند که مشهور فقها، مجازات قتل را برای محصن و غیر محصن قابل اجرا می‌دانند. صاحب کتاب «شرائع الاسلام» در این خصوص می‌فرماید: «کیفیه اقامة هذا الحدّ القتل، ان كان اللواط ايقاباً، و في رواية إن كان محصناً رجم و ان كان غير محصن جلد، و الأوّل أشهر... : نحوه انجام این حدّ به صورت قتل است در صورتی که لواط ایقابی باشد، و در

روایتی^۱ آمده است که اگر لواطکار، محصن باشد سنگسار می‌شود و چنانچه غیر محصن باشد تازیانه می‌خورد و دیدگاه نخست [که همان قتل در صورت ایقاب باشد] قول مشهورتر است. «محقق حلی، ۹۴۳/۴»

مجازات قتل در مورد لواط مستند به روایات شرعی است، مانند روایت امام صادق (ع) که از پدرش نقل می‌کند مردی را نزد عمر آوردند که با او لواط شده بود، پس عمر خواست او را تازیانه بزند. از گواهان پرسید آیا شما دیدید که او دخول کند همان‌گونه که میل در سرمه‌دان داخل می‌شود؟ آنان پاسخ مثبت دادند، عمر از حضرت علی (ع) پرسید که نظر شما در این مسئله چیست؟ امام از مردی پرسید که با او لواط کرده بود اما وی را پیدا نکردند سپس امام فرمود به نظر من باید گردن او را بزنید. عمر دستور داد گردنش زده شد. سپس حضرت فرمود مجازات دیگری هم باقی مانده است. عمر پرسید چه مجازاتی؟ امام فرمود: دسته‌ای هیزم بیاورید پس دسته‌ای هیزم آوردند و آن مرد را در آتش سوزاندند. (حر عاملی، ۱۵۸/۲۸، حدیث ۳)

همچنین امام صادق (ع) در مورد مردی که با مرد دیگری لواط کرده بود فرمود: «اگر به اندازه کمتر از دخول باشد تازیانه می‌خورد و اگر دخول شده باشد می‌ایستد و ضربه شمشیری بر او زده می‌شود تا هر کجا که پیش برود.» سؤال کردم: آیا مجازات او قتل است؟ امام پاسخ داد: «چنین است.» (همان، ۱۵۳/۲۸، حدیث ۲)

البته برخی از متأخران بین لواطکار محصن و غیر محصن قائل به تفصیل شده و مجازات قتل را تنها برای لواطکار محصن قابل اجرا می‌دانند و حکم به مجازات قتل درخصوص غیر محصن را مورد اشکال قرار داده و وجه اشکال را چنین بیان می‌کنند که دسته اول از روایاتی که در مورد لواط وارد شده است بر وجوب قتل لواطکار دلالت می‌کنند مطلقاً - خواه محصن بوده یا غیر محصن باشد - و جمع بین روایات اقتضا می‌کند که روایات دسته اول به وسیله روایات دسته دوم که لواطکار محصن را مستحق قتل دانسته و غیر محصن را مستحق تازیانه می‌دانند، مقید شوند و در نتیجه محصن، محکوم به قتل و غیر محصن به تازیانه محکوم شود. (خوئی، ۲۳۰/۱)

۱- عبدا... بن جعفر عن ... عن علی (ع) انه كان يقول في اللوطي: «إن كان محصناً رجم وإن لم يكن محصناً جلد الحد» (حر عاملی، ۱۵۵/۲۸، حدیث ۶).

ناگفته نماند که گروه زیادی از فقها برخلاف آنچه که به عنوان قتل برای لواط‌کار تعیین کرده‌اند مجازات لواط را مانند مجازات زنا دانسته و دلیل آن‌ها روایات فراوانی است که در این خصوص وجود دارد و به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

الف) امام صادق(ع) فرمود: حدّ لواط کننده مانند حدّ زانی است؛ اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و گرنه تازیانه می‌خورد. (حر عاملی، ۱۵۴/۲۸، حدیث ۳)

روایت مذکور صراحت دارد بر این که حدّ لواط کننده، حدّ زناکار است به ویژه با توجه به صراحت آن در تفصیل میان احصان و غیر آن؛ و این که حدّ لواط کننده محصن مانند زناکار محصن، سنگسار است و حدّ غیر آن تازیانه است؛ بر این اساس برای مفعول، حدّی ذکر نشده است.

ب) امام باقر(ع) فرمود: نکاح کننده و نکاح شونده چنانچه محصن باشند سنگسار می‌گردند، چه مذکر باشند و چه مؤنث. نکاح شونده مرد سنگسار می‌شود، چه محصن باشد و چه غیر محصن. (همان، ۱۵۵/۲۸، حدیث ۸)

ج) حضرت علی(ع) فرمود: هرگاه مرد، کلام و رفتارش را مانند زنان کند و همچون زنان مورد وطی قرار گیرد او را سنگسار کنید و خجالت نکشید. (همان، ۱۵۹/۲۸، حدیث ۵)

شاید بتوان در مقام جمع میان این روایت‌ها چنین گفت که منظور روایت‌هایی که مجازات لواط را همان مجازات زنا می‌دانند موردی است که مفعول، مؤنث بوده و دخول در عقب صورت گرفته باشد زیرا دیدیم که گروهی از فقها، زنا را اعم از دخول در جلو و عقب می‌دانند. در این صورت تعارضی میان این روایت‌ها و روایت‌هایی که مجازات لواط را به صورت جداگانه پیش بینی کرده‌اند، وجود نخواهد داشت.

در مورد این که مفعول در جرم لواط باید انسان باشد، تردیدی وجود ندارد بنابراین نزدیکی با حیوانات، تابع مقررات خاصی بوده و نمی‌توان مجازات لواط را در مورد آن اعمال کرد.

مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، که مجازات لواط‌کننده -خواه محصن یا غیر محصن - قتل است حاکم شرع مخیر است از بین پنج راهی که ذکر می‌شود لواط‌کار را به قتل برساند؛ صاحب کتاب *الدر المنصود* در این خصوص چنین آورده است: «فی حدّ اللواط و یتخیر الحاکم بین القتل بالسیف، و القائه من شاهق، و اللقاء جدار علیه، و رجمه و احراقه بالنار....: حاکم شرع مخیر است که لواط‌کار را به وسیله شمشیر به قتل رسانده، یا از بلندی او را پرتاب

کند، یا دیواری را بر روی او خراب نماید یا او را سنگسار کرده، و یا با آتش بسوزاند. « (ابن طی فقعانی، ۲۹۷)

علامه حلی نیز در کتاب *ارشاد الأذهان* همین راه‌های مذکور را بیان می‌کنند: «و یتخیر الامام فی القتل بین ضربه بالسیف و التحریق و الرجم و الالقاء من شاهق، و القاء جدار علیه، و الجمع بین أحدها مع الاحراق. « (علامه حلی، *ارشاد الأذهان*، ۱۷۵/۲)

مرحوم فاضل هندی نیز پس از بیان پنج طریق مذکور، به نقل از صاحب کتاب *السرائر* متنفی بودن نظر مخالف در این زمینه را بیان می‌کند؛ وی مقرر می‌دارد: «و یتخیر الامام فی الموقب بین قتله بالسیف و رمیه من شاهق و القاء جدار علیه و رجمه و احراقه بالنار، کما ذکره الشیخان و الأكثر، و نفی عنه الخلاف فی السرائر. « (فاضل هندی، ۴۹۴/۱۰)

شیخ طوسی نیز در کتاب *مبسوط* گفته است: «کشتن کسی که با مردی لواط کرده و یا به زن اجنبی دخول کرده واجب است، امام میان گردن زدن وی و پرتاب کردن از دیوار بلند و خراب کردن دیوار بر او و سنگسار و سوزاندن با آتش مخیر است. اگر این عمل زشت را با مردی بدون دخول انجام دهد، در صورت احصان سنگسار می‌شود و در صورت بکر بودن (عدم احصان) تازیانه می‌خورد. (طوسی، *المبسوط*، ۷/۸)

مشاهده می‌شود در این عبارت، از حیث موضوع، علاوه بر مرد به زن اجنبیه نیز توسعه داده شده، و از نظر حکم، تخیر میان اقسام سه گانه قتل مطرح شده است و در فرض دخول، به روایاتی که حدّ لواط‌کار را متفاوت با حدّ زانی می‌داند، عمل شده و در کمتر از دخول، به روایاتی که حدّ لواط‌کار را حدّ زانی می‌داند عمل شده است در حالی که این جمع هیچ دلیلی ندارد.

یکی از فقهای معاصر به نقل از صاحب *تلخیص المرام* می‌نویسد: «در صورت تحقق لواط با دخول، کشتن فاعل و مفعول در صورتی که عاقل و بالغ باشند، واجب است خواه حرّ باشند و خواه عبد، مسلمان باشند یا کافر، محصن باشند یا غیر محصن، یا یکی محصن باشد و دیگری غیر محصن و امام (ع) در کشتن وی میان زدن با شمشیر و سوزاندن و سنگسار و پرت کردن از جای بلند و خراب کردن دیوار بر وی مخیر است، همچنین جمع میان سوزاندن و غیر آن جایز است. اگر دخول نشده باشد مانند استمتاع از میان دو ران، در صورت احصان مجازات وی سنگسار است و در صورت عدم احصان بنابر قولی صد تازیانه زده می‌شود.... « (یزدی، ۸۸/۳۳)

در این دیدگاه به مجازات تَفخِید نیز اشاره شده است که جدای از مجازات تَفخِید با جنس مذکر می‌باشد.

فاضل مقداد در *کنز العرفان* گفته است: «بنابر قول ابومسلم، حمل «ایذاء» در آیه ۱۶ سوره نساء^۱، بر قتل ممکن است، زیرا این حدّ لواط است.» وی حدّ لواط را قتل می‌داند و ظاهر اطلاق کلامش این است که به مقتضای روایات قسم دوم که حدّ لواط را متفاوت با حدّ زانی می‌داند تفاوتی میان محصن و غیر محصن و فاعل و مفعول نیست. (فاضل مقداد، ۳۴۰/۲)

مرحوم راوندی نیز در *فقه القرآن*، مجازات هرکسی را که علیه وی حکم به لواط با انجام دخول ثابت شده باشد یکی از این پنج چیز دانسته است: پرت کردن از جای بلند، خراب کردن دیوار بر وی، گردن زدن، سنگسار، سوزاندن با آتش؛ اگر به یکی از چهار روش نخست کشته شود می‌توان به جهت تشدید عقوبت و بزرگ نشان دادن آن، جسد وی را سوزاند. (راوندی، ۳۷۷/۲ - ۳۷۸) از این سخن راوندی دانسته می‌شود که وی، هر چند موضوع لواط را به دخول اختصاص داده است اما به روایات قسم دوم که حدّ لواط‌کار را متفاوت با حدّ زانی دانسته‌اند، عمل کرده است و ترجیح این روایات را چنین توجیه کرده که لواط، زشت‌تر از زناست و به همین جهت باید روایاتی را که حدّ لواط را حدّ زنا می‌داند، رها نمود. به ذهن ایشان خطور کرده که این روش قیاس است و آن را چنین پاسخ داده که نوعی استدلال است و نه قیاس. (همان، ۳۷۷/۲)

اما برخی از فقها به ذکر چهار راه از پنج راه مذکور اکتفا کرده و سنگسار کردن لواط‌کننده را به عنوان یکی از راههای قتل لواط‌کار بیان نکرده‌اند؛ صاحب کتاب *التحفة السنیة* در این خصوص چنین مقرر می‌دارد:

[یَطْهَرُ] مِنَ اللّوَاطِ بِه [الجلد] أَوْ بِضَرْبِہِ فِی عُنُقِہِ بِالسَّیْفِ، أَوْ الْقَائِہِ مِنْ شَہَاقٍ مِثْلَ جَبَلٍ أَوْ مَنَارَةٍ مَشْدُودِ الْیَدِیْنِ وَ الرَّجْلِیْنِ، أَوْ الْقَاءِ جِدَارٍ عَلَیْہِ یَقْتُلُ مِثْلَہُ غَالِبًا، أَوْ احْرَاقَہُ بِالنَّارِ تَخْیِیرًا، أَوْ جَمْعًا بَیْنَ اثْنِیْنِ مِنْہَا، أَحَدِہُمَا الْاحْرَاقَ، حَسَبَ مَا یَرَاهُ الْحَاکِمُ: ... یَا بَہِ وَاسْطَہُ زَدْنَ گَرْدَنِ او بَا شَمَشِیرِ، یَا پَرْتَابِ کَرْدَنِ او از بَلَنْدِی مِثْلِ کُوهِ یَا مَنَارَہِ، دَرِ حَالِی کَہِ دَسْتِہَا وَ پَاہِی او بَسْتِہُ بَاشَدِ، یَا خَرَابِ کَرْدَنِ دِیوَارِ بَرِ رُوی او، بَہِ گُونِہِی کَہِ غَالِبًا اَمْتَالَ چَنِینِ فَرْدِی کَشْتِہُ می‌شُوندِ، یَا سُوْزَانْدَنِ او بَہِ وَسِیْلَہُ آتَشِ، بَہِ طُورِی کَہِ حَاکِمِ دَرِ اجْرَایِ هَرِ یَکِ از اینِ مَجَازَاتِہَا مَخْیَرِ اسْتِ،

۱- واللذان یأتیانها منکم فأذوهما فان تابا و أصلحا فاعرضوا عنهما ان الله کان تواباً رحیمًا. (نساء: ۱۶)

یا این که بین دو نوع مجازات که یکی از آن‌ها سوزاندن با آتش باشد جمع کند، طبق آنچه که حاکم شرع مصلحت می‌بیند. (جزایری، ۲۹)

در خصوص اجرای مجازات زنا در مورد لواط باید به چند نکته توجه داشت: اولاً مجازات زنا از نظر نحوه اثبات جرم و نحوه اجرای سنگسار شرایط خاصی دارد اما نمی‌توان همه این موارد را به جرم لواط نیز سرایت داد بلکه فقط باید به مورد منصوص در قانون اکتفا کرد یعنی همان مقداری که در نص بیان شده است در مورد استثنا باید عمل شود و احکام دیگر به آن سرایت داده نمی‌شود. ثانیاً: بسیاری از فقها، مجازات سنگسار را به تبع نوشته‌های فقهی در اختیار حاکم قرار داده‌اند و جنبه الزامی ندارد بنابراین در اینجا هم باید به جنبه اختیاری بودن آن توجه داشت. ثالثاً: در جرم زنا، مقرراتی به نفع مجرم در نظر گرفته شده است مانند اینکه چنانچه زانی از گودال فرار کند و زنا ی وی با اقرار ثابت شده باشد نمی‌توان او را به گودال برگرداند. حال در این مورد نیز تفسیر قانون به نفع متهم اقتضا می‌کند همان‌گونه که شرایط سخت‌گیرانه به جرم زنا تسری پیدا نکنند، شرایط تسهیل‌کننده هم سرایت داده شود به‌عنوان نمونه چنانچه مجرم از گودال فرار کرد در حالیکه اقرار به لواط کرده بود، دوباره بازگردانده نشود.

مستند شرعی تخییر حاکم شرع در نحوه انتخاب یکی از راه‌های مذکور، روایاتی است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

الف) حضرت علی(ع) به مردی که چهار مرتبه اقرار به زنا کرده بود فرمود: «پیامبر در این مسئله سه حکم را بیان کرده است، پس هر کدام را می‌خواهی انتخاب کن؛ ضربه‌ای با شمشیر به گردنت تا هر کجا که قطع کند، پرتاب از کوه با دست و پای بسته، سوزاندن با آتش.» (حر عاملی، ۱۵۷/۲۸، حدیث ۱) در این روایت، حق انتخاب نوع قتل برعهده محکوم علیه قرار داده شده است.

ب) امام صادق(ع) در مورد شخصی که لواط کرده بود فرمود: «اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و اگر غیر محصن باشد تازیانه می‌خورد.» (همان، ۱۶۰/۲۸، حدیث ۸)

ج) امام صادق(ع) فرمود: دو مرد را در حال لواط در امارت عمر یافتند که یکی از آنان فرار کرد و دیگری دستگیر شد. آن شخص را نزد عمر آوردند و عمر حکم آن را از مردم پرسید. گروهی می‌گفتند این کار را بکن و گروهی می‌گفتند این کار را نکن. عمر حکم مسئله را از علی علیه السلام سؤال کرد. امام فرمود گردنش را بزن و عمر هم گردن او را زد، اما وقتی

می‌خواست جنازه او را ببرد امام فرمود که مقداری از مجازات او باقی است. عمر گفت چه چیزی باقی مانده است؟ امام فرمود: هیزم بیاور، و عمر نیز هیزم آورد. پس حضرت دستور داد او را سوزانند. « (همان، ۱۵۷/۲۸، حدیث ۴)

از این روایت استفاده شده است که می‌توان میان دو مجازات از مجازات‌های یاد شده جمع کرد اما یکی از آن دو باید سوزاندن باشد؛ یعنی مثلاً اول با شمشیر گردن او را بزنند و سپس او را بسوزانند، یا این که ابتدا وی را سنگسار نموده و سپس او را بسوزانند، یا از بلندی پرتاب نمایند و آنگاه او را بسوزانند. (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۳۶/۳، یحیی بن سعید حلی، ۵۵۵، محقق اردبیلی، ۱۰۲/۱۳، شهید ثانی، الروضه البهیة، ۱۴۵/۹، امام خمینی (ره)، ۴۲۳/۲).

برخی دیگر از فقها (شیخ صدوق، ۴۳۰)، به بیان سه راه اکتفا نموده و مجازات لواط کننده را سوزاندن با آتش، یا خراب کردن دیوار بر روی او، یا زدن گردن وی با شمشیر دانسته‌اند؛ و گروهی دیگر سوزاندن را بیان نکرده‌اند که سید مرتضی (علم الهدی، ص ۵۱۱) و سلار دیلمی (ص ۲۵۴) از این گروه هستند.

در میان فقهای اهل سنت نیز شافعی در یکی از نظریاتش گفته است که حکم لواط کننده، حکم زانی است؛ یعنی اگر غیر محصن باشد تازیانه می‌خورد و اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و این نظریه مورد قبول زهری، حسن بصری، ابویوسف، و محمد است. نظریه دیگر ایشان آن است که در هر صورت باید لواط کننده را کشت. مالک و احمد و اسحاق نیز همین نظر را پذیرفته‌اند. (طوسی، الخلاف، ۳۸۱/۵)

ابوحنیفه نیز قائل به تعزیر شده و حد را لازم ندانسته است، با این استدلال که دبر، محلّ وطی نیست پس شبیه غیر فرج است، اما شافعی، لواط را به منزله زنا دانسته و احصانی را که در زنا شرط شده است در لواط نیز معتبر دانسته است. (ابن قدامه، ۱۶۰/۱۰)

از مجموع اقوال فقهای امامیه به دست می‌آید که مطابق برداشت فقیهان، گویا میان روایات به شکل توسعه در موضوع لواط جمع کرده‌اند، زیرا کمتر از دخول را نیز لواط دانسته‌اند و لذا اصل لواط را که همان دخول باشد به قسم دوم حمل کرده‌اند و حکم آن را قتل به اقسامش دانسته‌اند و ملحق به لواط را که کمتر از دخول باشد بر قسم اول حمل کرده‌اند و حد آن را حد زنا قرار داده‌اند. اما این جمع جز در برخی روایات باب نکاح شاهی ندارد.

از امام صادق (ع) روایت شده که امیر مؤمنان (ع) فرمود: «اللواط مادون الدبر و الدبر هو الکفر» (حر، عاملی، ۳۳۹/۲۰، حدیث ۲).

از حدیفة بن منصور نقل شده است که از امام صادق (ع) پرسیدم: لواط چیست؟ فرمود: «ما بین الفخذین؛ آمیزش میان دو ران است»، پرسیدم: پس دخول چیست؟ فرمود: ذلک الکفر بما أنزل الله علی نبیه (ص): این کفر به دین خداست. (همان، ۳۴۰/۲۰) ظاهر این روایات بزرگ جلوه دادن این گناه و تأکید بر کافر بودن مرتکب آن است و گرنه از نظر فقهی، حکم به کفر لواط کننده نمی‌شود.

صاحب جواهر گفته است: ظاهراً اطلاق لواط بر غیر دخول مانند استفاده از میان دو ران یا میان دو کپل، استعمال مجازی است. (نجفی، ۳۷۶/۴۱)

شاهد دیگر بر جمع مشهور، مرفوعة ابویحیی واسطی است. ایشان می‌گوید: از امام (ع) درباره دو مردی که از میان دو ران یکدیگر استمتاع می‌کنند، پرسیدم. حضرت فرمود: «حدّهما حدّ الزانی، فان أدعما احدهما علی صاحبه ضرب الداعم ضربة بالسيف أخذت منه ما أخذت و ترکت یرید بها مقتله، و الداعم علیه یحرق بالنار: حدّ این دو، حدّ زناکار است، اگر یکی به دیگری دخول کره باشد ضربه کشنده‌ای با شمشیر به فاعل زده می‌شود تا هر مقدار که در او نفوذ کند و مفعول با آتش سوزانده می‌شود. (حر عاملی، ۱۵۹/۲۸، حدیث ۶)

اما برخی از صاحب‌نظران معاصر، ضمن تحلیل و بررسی روایات مربوط به مجازات لواط، قائل شده‌اند به این‌که در روایات و عمل امام (ع) مطلبی که بر خراب کردن دیوار بر لواط کننده دلالت کند یافت نمی‌شود و چگونه می‌تواند بر این کار قتل صدق کند در حالی‌که گاه منجر به قتل نمی‌شود؟ همچنین معتقدند به این‌که پرت کردن از بلندی، مجازات صحیحی نمی‌باشد؛ چه آن‌که در روایت، سخن از پرت کردن لواط کننده از کوه با دست و پای بسته به میان آمده است، که گاه منجر به قتل می‌شود و گاه هم نمی‌شود؛ زیرا پرت شدن از کوه، غلط خوردن تدریجی است ولی پرت شدن از جای بلندی، دفعی و قتل‌ی فجیع است. در مورد سوزاندن زنده محکوم نیز هیچ دلیلی که در مقام بیان حکم خداوند باشد، وجود ندارد و سرانجام قول غیرمشهور مبنی بر این‌که بر لواط کننده، حدّ زنا بار می‌شود، یعنی در صورت احصان سنگسار شده و در فرض عدم احصان به وی تازیانه زده می‌شود و در سایر استمتاعات غیر از دخول، تعزیر می‌شود را به قواعد فنی فقهی روایی نزدیک‌تر دانسته است. (یزدی، ۹۲/۳۳ - ۹۳)

در مورد روایت‌های مربوط به مجازات زنا صرف نظر از ادعایی که نسبت به سند برخی از آن‌ها وارد شده است از نظر محتوایی نیز ایرادهایی دیده می‌شود از جمله اینکه مفاد برخی از

آن‌ها با قواعد شرعی و منطقی سازگاری ندارد از جمله اینکه در برخی روایت‌ها گفته شده است که مجرم پس از قتل یا سنگسار، سوزانده می‌شود در حالیکه مجازات کردن شخص مرده، هیچ فایده و اثری ندارد و شارع مقدس اسلام در زمانی که اروپای قرون وسطایی، مردگان را مجازات می‌کردند از آن‌ها نهی می‌کرد، بنابراین نمی‌توان محتوای آن‌ها را پذیرفت.

بررسی مستندات روایی کیفر لواط

اگر روایات مربوط به مجازات لواط‌کار را مورد بررسی قرار دهیم مشاهده می‌شود که در این روایات، برای لواط‌کار مجازات‌های متعددی پیش‌بینی شده است که از جمع‌بندی این روایات، می‌توان آن‌ها را به سه دسته تقسیم کرد:

۱. روایات دالّ بر وجوب قتل مطلقاً

روایت صحیحہ مالک بن عطیہ از امام صادق(ع) که فرمود: «حضرت علی(ع) در میان اصحاب خود نشسته بود که مردی آمد و گفت، ای امیر مؤمنان، من با نوجوانی لواط کرده‌ام پس مرا پاک گردان. امام فرمود، ای مرد به خانه‌ات برگرد شاید ناراحتی صفراتو را تحریک می‌کند. فردا دوباره آن مرد برگشت و گفت ای امیر مؤمنان، من با نوجوانی لواط کرده‌ام پس مرا پاک گردان. حضرت به او گفت: به خانه‌ات برو، شاید بیماری تو را تحریک می‌کند. آن مرد برای مرتبه سوم نیز همین کار را انجام داد تا این‌که حضرت در مرتبه چهارم فرمود: ای مرد، پیامبر(ص) در موردی مانند موضوع تو سه گونه حکم کرد پس هر کدام را خواستی انتخاب کن. آن مرد گفت: این سه حکم کدام است؟ حضرت فرمود، ضربه‌ای با شمشیر بر گردن تو، تا هر کجا که فرو رود. یا پرتاب از کوه با دست و پای بسته، یا سوزاندن با آتش. آن مرد گفت، کدام یک از این مجازات‌ها سخت‌تر است؟ امام فرمود: سوزاندن با آتش ... » (حر عاملی، ۱۶۱/۲۸، حدیث ۱)

۲. روایات دالّ بر قتل محصن، و تازیانه زدن غیر محصن

روایت حمّاد بن عثمان که گوید: به امام صادق(ع) گفتم، مردی با مرد دیگری نزدیکی کرده است [حکم آن چیست؟] حضرت فرمودند: اگر محصن باشد کشته می‌شود و چنانچه غیر محصن باشد تازیانه می‌خورد. گفتم: حکم کسی که با او نزدیکی شده است چیست؟ فرمودند: وی در هر حال کشته می‌شود، خواه محصن بوده، یا غیر محصن باشد. (همان، ۱۵۴/۲۸، حدیث ۴) همین روایت را شیخ صدوق به اسناد خود از حمّاد بن عیسی و شیخ

طوسی به اسناد خود از محمد بن یعقوب نقل کرده‌اند.

۳. روایات دالّ بر سنگسار محصن، و تازیانه زدن غیر محصن

درخصوص این دسته از روایات، به ذکر سه روایت می‌پردازیم:

الف) امام صادق(ع) در مورد شخصی که لواط کرده بود فرمودند: «اگر محصن باشد سنگسار می‌شود، و اگر غیر محصن باشد تازیانه می‌خورد.» (همان، ۱۵۵/۲۸، حدیث ۶) این روایت نیز در مقام بیان حکم فاعل است و تفصیل میان محصن و غیر محصن پس از کلمه «لوطی» و این که حدّ آن حدّ زناکننده است صریح در این است که روایت در مقام بیان حکم فاعل است.

ب) یزید بن عبدالملک گوید: از امام باقر(ع) شنیدم که می‌گفت: «نکاح کننده و نکاح شونده چنانچه محصن باشند سنگسار می‌شوند، چه مذکر باشند و چه مؤنث. نکاح شونده مرد سنگسار می‌شود، چه محصن باشد و چه غیر محصن.» (همان، ۱۵۵/۲۸، حدیث ۸)

ج) ابن ابی عمیر به نقل از امام صادق(ع) گوید که آن حضرت در مورد کسی که لواط کرده بود فرمودند: «اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و چنانچه محصن نباشد تازیانه می‌خورد.» (همان، ۱۶۰/۲۸، حدیث ۸)

طبق این روایت، حکم لواط کننده و حدّ او، حدّ زناکار است و به هر دو قسم حدّ یعنی سنگسار در صورت احصان و تازیانه در فرض عدم احصان نیز تصریح کرده است. با توجه به صحّت سند و صراحت دلالت و موافقت آن با دیگر روایات صحیح یا موثّق - چنان که صاحب وسائل از شیخ نقل کرده است - حمل این روایت بر تقیّه بی‌وجه است.

روایت مذکور دلالت دارد بر این که حکم فاعل و مفعول در صورت دخول، کشتن است؛ اما تقسیم به احصان و عدم احصان و این که مجازات او مانند زنا در صورت عدم احصان، تازیانه است می‌فهماند که در اینجا قتل با شمشیر نیست، بلکه با سنگسار است. چنان که تبدیل سنگسار به کشتن با شمشیر و غیر آن در صورت وجود مصلحت خاصی جایز است، مانند این که زنا با بیّنه ثابت شده باشد، نه با اقرار؛ زیرا در سنگسار ممکن است شخص از گودال فرار کند که در این صورت اگر زنا با اقرار ثابت شده باشد برگرداندن او جایز نیست؛ چرا که فرار به منزله انکار است و در مورد زنا نصّ خاصّ داریم که انکار بعد از اقرار، حدّ را ساقط می‌کند.

مؤید این که روایت می‌فهماند که کشتن در اینجا با سنگسار است نه با شمشیر، این است

که حکم مفعول بدون تفاوت میان محصن و غیر محصن بیان شده است و این روایت با روایات قبلی که می‌گفت: حدّ مفعول، حدّ زناکار است، منافات ندارد و مذکر چه محصن باشد چه غیر محصن در صورت مفعول واقع شدن - با توجه به عدم تصریح به شمشیر و ذکر قتل - سنگسار می‌شود.

مقتضای جمع میان روایات این است که مراد از قتل، کشتن با سنگسار یا غیر آن در همان صورتی است که کشتن زناکار به غیر سنگسار جایز باشد. بنابراین مدلول روایت یاد شده، مخالف مدلول روایات پیشین که می‌گفت: حدّ آن حدّ زناکار است نمی‌باشد؛ به علاوه این که سند حدیث به سبب وجود معلی بن محمد ضعیف است؛ زیرا این شخص طبق نقل علامه حلی در کتاب خلاصه الأقوال، و نجاشی در کتاب رجال خود، از نظر حدیث و مذهب، مضطرب است چنانکه در این حدیث وی نیز اضطراب مشاهده می‌شود (نجاشی، ۴۱۸، اردیبه‌لی، ۲/۲۵۱).

ملاحظه می‌شود که روایت‌های شرعی، مجازات‌های متفاوتی را برای جرم زنا بیان کرده‌اند و برخی از آن‌ها به صراحت یا با بیان مصایق مجازات‌ها، شباهت مجازات زنا و لواط را مطرح کرده‌اند. نکته‌ای که از نحوه بیان روایت‌ها بدست می‌آید، آن است که شارع مقدس توجه زیادی به نزدیکی این دو جرم از نظر زشتی و قبح فاعلی دارد و تاکید بر مجازات ثابت و خاصی ندارد بلکه مجازات‌های متعددی را می‌توان اعمال نمود. بنابراین شاید بتوان نتیجه گرفت که مجازات زنا و لواط یکسان بوده و دست مجتهدان نیز برای تعیین مجازات، بازگذاشته شده است تا در زمان‌ها و مکان‌های متفاوت و اوضاع و احوال مجرمان، مجازات مناسبی را در نظر بگیرند. این استنباط با مبانی علمی جرم‌شناسی و کیفرشناسی نیز سازگار است زیرا هدف از جرم‌انگاری جرائم، جلوگیری از وقوع آن‌ها و تنبیه مجرمان است و مجازات‌ها نیز باید همسو با همین هدف باشد. پس اگر یک مرد دینی و عالم به احکام زنا و لواط یا یک حاکم و معلم و استاد، مرتکب این جرائم شود هرگز مجازات وی با مجازات انسان عادی و جاهل، یکسان نیست. همچنین نوع جوامع نیز در این موضوع، تأثیر دارد به-عنوان نمونه شخصی که در جامعه بد حجاب یا بی‌حجاب مرتکب جرم زنا یا لواط می‌شود با شخصی که در جامعه‌ای مذهبی مرتکب این جرایم می‌شود، وضعیت یکسانی ندارند. پس قانونگذار مجازات‌های متعددی را بیان کرده است تا نشان دهد که دست قانونگذار در این زمینه باز است و تشابه جرم نیز ارشاد به وحدت مجازات می‌نماید.

بررسی مجازات لواط‌کار از دیدگاه قوانین موضوعه

ماده ۱۱۰ قانون مجازات اسلامی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، لواط را در صورت دخول، مستوجب قتل دانسته و اختیار حاکم را در انتخاب کیفیت و نحوه قتل به رسمیت شناخته است اما به راه‌های قتل اشاره‌ای نکرده است؛ ماده یاد شده چنین مقرر می‌دارد: «حدّ لواط در صورت دخول قتل است و کیفیت نوع آن در اختیار حاکم شرع است.» «حدّی که در این ماده بیان شده است برای فاعل و مفعول می‌باشد و تنها به فاعل اختصاص ندارد و دخول نیز باید به مقدار ناپدید شدن حشفه در مقعد مفعول صورت گیرد.

ماده ۱۱۰ قانون مجازات اسلامی، به رغم نظر فقیهان امامی که برای کیفیت نوع قتل راه‌هایی نظیر: کشتن با شمشیر، سوزاندن، سنگسار کردن، پرتاب کردن از بلندی، خراب کردن دیوار بر روی مجرم بیان کرده‌اند به نحوه قتل اشاره‌ای نکرده است. مسئله‌ای که در مورد ماده فوق باید مطرح شود این است که آیا کیفیت نوع قتل به نحو مطلق در اختیار قاضی است، چنان‌که از ظاهر ماده مربوط مستنبط است، و یا این‌که کیفیت‌های مخصوص را شارع مقدس برای قتل تعیین کرده است و خارج از کیفیت‌های برشمرده، قاضی نمی‌تواند اقدام به قتل لواط‌کار نماید؟

در مورد مجازات فاعل و مفعول در لواط، در زمانی که شرایط عامه تکلیف را داشته باشند باید بر آن بود که گرچه برخی از متأخران که به تفصیل در این باره سخن گفته‌اند میان محصن و غیر محصن تفکیک کرده‌اند (خوئی، ۲۳۰/۱) و مجازات قتل را تنها برای محصن قابل اجرا می‌دانند اما نظریه مشهور فقها، مجازات قتل را هم برای محصن و هم غیر محصن قابل اجرا می‌داند (نجفی، ۳۸۱/۴۱، امام خمینی (ره)، ۴۲۳/۲) و رجوع به کتب فقهی نشان می‌دهد که فقهای اسلامی با توجه به روایات رسیده، قاضی را مخیر نموده‌اند که از بین پنج راهی که برای قتل توسط روایات تعیین شده است یکی از آن موارد را تعیین کند که آن پنج راه عبارتند از: ۱- او را با شمشیر از پای درآورند، ۲- با آتش بسوزانند، ۳- سنگسارش نمایند، ۴- دیواری را روی او خراب نمایند، ۵- وی را از بلندی به زیر پرتاب نمایند. (بازگیر، ۳۳۸)

بنابراین از بررسی اقوال فقها درباره مجازات فاعل یا مفعول لواط این نتیجه به دست می‌آید که دایره اختیار قاضی در محدوده راه‌های تعیین شده می‌باشد، و خارج از مواردی که ذکر شد قاضی نمی‌تواند روش دیگری را برای اجرای حکم تعیین نماید، و به همین دلیل است که اختیار مطلق که در ماده ۱۱۰ ق.م.ا. برای حاکم شرع تعیین شده است با موازین فقهی

ناسازگار می‌نماید، و گرچه ممکن است عدم ذکر مجازات‌های فوق در قانون به دلیل شدید بودن آن‌ها بنا بر ملاحظات خاصی صورت گرفته باشد اما در این حالت نیز مقنن قادر بود به جای تفویض اختیار مطلق به حاکم شرع برای تعیین کیفیت نوع قتل، اشاره‌ای به پنج مجازات موجود در شرع می‌نمود تا این‌که قضات دادگاه‌ها با رجوع به کتب فقهی و رؤیت نظر مشهور، پی به راه‌های اجرای حکم ببرند؛ در نتیجه قاضی اختیار دارد که نحوه قتل را فقط از میان همان انواع مذکور انتخاب کند و از اختیار مطلق برخوردار نمی‌باشد.

ماده ۱۰۸ قانون مجازات اسلامی کنونی، لواط را اعم از دخول و تخیذ می‌داند و عبارت «وطی انسان مذکر» ابهام دارد که آیا فاعل را در نظر دارد یا مفعول یا هر دو را؟ اما ماده ۸-۲۲۱ لایحه پیشنهادی قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی تا حدودی این ابهام را برطرف نموده است و از قضا مفاد آن همسو با نتیجه‌ای است که در این مقاله به آن دست یافته‌ایم. متن ماده پیشنهادی بدین شرح است: «لواط عبارت است از دخول آلت رجولیت به اندازه ختنه گاه در دبر انسان مذکر هر چند مرده باشد». تخیذ در این ماده حذف گردیده است و لواط نیز منحصر به داخل کردن آلت رجولیت در دبر انسان مذکر دانسته شده است. بنابراین چنانچه این ماده پیشنهادی به همین صورت به تصویب نهایی برسد به اختلاف حقوق دانان در مورد امکان یا عدم امکان لواط با جنس مؤنث پایان داده می‌شود؛ زیرا عبارت «در دبر انسان مذکر» جای هیچ گونه ابهام و تردیدی را باقی نمی‌گذارد و طبیعی است که انتظار نیز همین اقدام مثبت بود؛ زیرا اگر چه مفاد قوانین از متون شرعی اتخاذ می‌شود و متون شرعی نیز با استنباط‌های مختلفی روبه‌روست اما متن قانون باید صریح باشد و قانونگذار یک دیدگاه را انتخاب کرده و در لباس قانون درآورد.

نتیجه و پیشنهاد

۱- مستند قول مشهور فقها که مجازات قتل را برای لواط‌کار محصن و غیرمحصن یکی می‌دانند پاره‌ای روایات است که از اطلاق برخوردار می‌باشد و می‌توان آن‌ها را به وسیله روایاتی که بین محصن و غیرمحصن فرق گذاشته‌اند تقیید زد؛ بنابراین لواط‌کار در صورت محصن بودن محکوم به قتل بوده، و چنانچه غیرمحصن باشد محکوم به تازیانه می‌باشد و این مقتضای جمع بین روایات است. به علاوه این که اثبات رجم بر لواط‌کار محصن منافاتی با حکم به قتل غیر محصن ندارد.

۲- در ماده ۱۰۸ قانون مجازات اسلامی، لواط به: «وطی انسان مذکر با مذکر ... همراه با دخول» تعریف شده و تصریح به اعم بودن لواط از دخول و غیر دخول برداشته شده است. همچنین در ماده ۱۲۱ ق.م.ا. که در مقام بیان حد تفخیز است به گونه‌ای به تعریف آن نیز پرداخته شده است؛ چه آن که به عدم دخول تصریح گردیده است و از همین جا تفاوت لواط و تفخیز نیز معلوم می‌گردد.

۳- در لواط دخول شرط نیست اما حد دخول و غیر دخول متفاوت است، بنابراین لازم است در کنار ماده ۱۰۸ ق.م.ا. که در تعریف لواط وارد شده است ذیل ماده جداگانه‌ای به تعریف تفخیز نیز تصریح گردد تا از اختلاط مفاهیم این دو اصطلاح جلوگیری شده و زمینه خطا و اشتباه از بین برود.

۴- اختیار مطلق که در ماده ۱۱۰ برای قاضی تعیین شده است با موازین فقهی ناسازگار به نظر می‌رسد؛ بنابراین مناسب‌تر آن است که قانونگذار ذیل تبصره‌ای برای ماده مذکور، در مورد انتخاب کیفیت نوع قتل، پنج نوع مجازات موجود در شرع را به گونه‌ای مدنظر قرار دهد. این اقدام باعث خواهد شد تا اولاً- قضات دادگاه‌ها با مراجعه به کتب فقهی و نظر مشهور، پی به راه‌های اجرای حکم ببرند، ثانیاً- از تشتت آراء دادگاه‌ها در استفاده از سایر مجازات‌ها غیر از پنج نوع مجازات مذکور جلوگیری کند. البته سیاست قانونگذار، آن است که مجازات‌هایی همچون سنگسار و آتش زدن در قانون ذکر نشود بلکه قضات به منابع شرعی مراجعه کنند که در این صورت عمل قانونگذار قابل توجیه است اما با قواعد مسلم دیگر همچون اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها تعارض دارد.

۵- با توجه به اینکه مجازات لواط، مجازاتی حدی است و بسیاری از مقررات آن به شرع موکول شده است، مناسب می‌باشد که قضات صالح برای رسیدگی به این جرائم، مجتهدانی باشند که ابلاغ ویژه برای رسیدگی داشته باشند.

۶- با توجه به اینکه جرم لواط دارای مجازات‌های متفاوتی است که رسیدگی به برخی از آن‌ها (مانند شلاق یا تبعید) در صلاحیت دادگاه عمومی است و رسیدگی به برخی از آن‌ها (مانند قتل و سنگسار) در صلاحیت دادگاه کیفری استان می‌باشد باید قانونگذار، مرجع صالح رسیدگی را مشخص کند.

۷- سیاست تفرید مجازات‌ها که امروزه مورد قبول تمامی نظام‌های حقوقی است و جزء اصول مسلم حقوق کیفری اسلام می‌باشد در مورد جرم لواط قابل اعمال نیست. قانونگذار باید

در این زمینه نیز چاره اندیشی کند به‌ویژه که راه توبه در این نظام بر روی مجرمان، گشوده است.

۸- با توجه به اینکه از نظر فقهی در مورد امکان تحقق لواط در زن، اختلاف نظر وجود دارد، پیشنهاد می‌شود قانونگذار، جرم داخل کردن آلت تناسلی در عقب زن را جرم مستقلی به حساب آورده و مجازاتی غیر از مجازات حدی (یعنی مجازات تعزیری) برای آن تعیین کند. این پیشنهاد در مورد تفخیز با زن نیز وجود دارد.

منابع

- ابراهیم مصطفی [و دیگران]، *المعجم الوسيط*، المكتبة الاسلامية، ترکیه، بی تا.
- ابن ادریس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن براج، قاضی عبد العزیز، *المهذب*، تحقیق آیه الله سبحانی، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۶ ق.
- ابن حمزه طوسی، ابوجعفر، *الوسيلة الي نيل الفضيلة*، چاپ اول، مكتبة آیت ... مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علي زهرة حلي، *غنية النزوع الي علمي الاصول والفروع*، تحقیق: ابراهیم بهادری، چاپ اول، موسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
- ابن طی فقحانی، علی بن محمد طی فقحانی، *الدر المنضود في معرفة صيغ النيات والايقاعات والعقود*، تحقیق: محمد برکت، چاپ اول، مكتبه مدرسه امام العصر (عج)، شیراز، ۱۴۱۸ ق.
- ابن عابدین، *رد المختار*، دارالفکر للطباعة و النشر، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
- ابن قدامة، ابو محمد عبدا... بن احمد بن محمود بن قدامة، *المعنى*، دار الكتاب العربي، بیروت، بی تا.
- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، *لسان العرب*، چاپ اول، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
- اردبیلی (مقدس)، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الاذهان*، تحقیق اشتهاردی و عراقی و یزدی، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۳ ق.
- اردبیلی، محمد بن علی، *جامع الرواة و ازاهة الاشتباهات عن الطرق و الاسناد*، مكتبة آیه الله المرعشي النجفي، قم، ۱۴۰۳ ق.

بازگیر، ید... *قانون مجازات اسلامی در آئینه آرای دیوان عالی کشور (حدود)*، چاپ دوم، انتشارات، بازگیر، تهران، ۱۳۸۲

جزائری، سیدعبدا...، *التحفة السنية في شرح النخبة المحسنة*، بی نا، بی جا، بی تا.
حر عاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، چاپ دوم، موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۴ ق.

حسینی جرجانی، سیدامیر ابو الفتح، *تفسیر شاهمی*، چاپ اول، انتشارات نوید، تهران، ۱۴۰۴ ق.
حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، تحقیق: لجنة التحقیق باشراف الشیخ السبحانی، موسسه سید الشهداء (ع)، قم، ۱۴۰۵ ق.

خمینی (ره)، امام روح ا...، *تحریر الوسيلة*، دار المنتظر، بیروت، ۱۴۰۳ ق.
خوئی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، مطبعة الآداب، نجف اشرف، بی تا.
راغب اصفهانی، ابی القاسم حسین بن محمد، *مفردات غریب القرآن*، چاپ دوم، دفتر نشر الكتاب، ۱۴۰۴ ق.

راوندی، قطب الدین ابوالحسن سعید بن هبه ا...، *فقه القرآن*، چاپ دوم، مکتبه آیه ا... العظمی المرعشی النجفی، قم، ۱۴۰۵ ق.
زراعت، عباس، *شرح قانون مجازات اسلامی (بخش حدود)*، چاپ اول، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۸۰.

سلار، حمزة بن عبدالعزیز دیلمی، *المراسم العلویة فی الاحکام النبویة*، تحقیق: سیدمحمد حسینی امینی، المعاونه الثقافیه للمجمع العالمی لأهل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۴ ق.
سیوری، جمال الدین مقداد بن عبدا... (فاضل مقداد)، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، چاپ پنجم، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، تهران، ۱۳۷۳.

شهید ثانی، زین الدین عاملی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تحقیق: محمد کلانتر، موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، بی تا.
_____، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، چاپ اول، موسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ ق.

شیخ فارس حسون، *خلاصة الأقوال*، تحقیق جواد قیومی، مؤسسه نشر الفقاهة، قم، ۱۴۱۷ ق.
_____، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، چاپ اول، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.

- صديق (شيخ صدوق)، محمد بن علي بن حسين بن بابويه قمی، **المقنع**، مؤسسة الامام الهادي (ع)، قم، ۱۴۱۵.
- طوسی، محمد بن حسن بن علی، **المبسوط في فقه الامامية**، تحقيق: سيد محمد تقی كشفى، چاپ سوم، المكتبة المرتضوية، تهران، ۱۳۷۸ ق.
- _____ **النهاية في مجرد الفقه والفتاوى**، دارالاندلس، بيروت، (افست منشورات قدس، قم)، بی تا.
- _____ **كتاب الخلاف**، تحقيق: سيد علی خراسانی و سيد جواد شهرستاني و شيخ مهدي نجف، چاپ دوم، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۰ ق.
- العسكري، ابوهلال، **الفروق اللغوية**، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.
- علامه حلی، حسن بن يوسف بن مطهر اسدی، **ارشاد الازمان الى احكام الايمان**، تحقيق: شيخ فارس حسون، چاپ اول، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- _____ **تحرير الاحكام**، مؤسسة آل البيت، مشهد، بی تا.
- علم الهدی (سيد مرتضى)، علی بن حسين موسوی بغدادی، **الانتصار**، چاپ اول، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۵ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد اصفهانی، **كشف اللثام عن قواعد الاحكام**، چاپ اول، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۶ ق.
- فخر المحققين، محمد بن حسن بن يوسف بن مطهر حلی، **ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد**، تحقيق كرماني، اشتهاردی و بروجردی، چاپ اول، مؤسسه اسماعيليان، قم، ۱۳۸۹ ق.
- كاشانی، ابوبكر، **بدائع الصنائع**، چاپ اول، المكتبة الحبيبية، بيروت، ۱۴۰۹ ق.
- كاظمی، محمد جواد، **مسالك الأفهام إلى آيات الاحكام**، چاپ دوم، انتشارات مرتضوی، ۱۳۶۷.
- گلبایگانی، سيد محمد رضا، **الدر المنضود في احكام الحدود**، چاپ اول، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۱۲ ق.
- محقق حلی، نجم الدين جعفر بن حسن، **شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام**، تحقيق: سيد صادق شيرازي، چاپ دوم، انتشارات استقلال، تهران، ۱۴۰۹ ق.
- مفيد، محمد بن نعمان، **المقنعة**، چاپ دوم، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- مكارم شيرازي، ناصر، **انوار الفقاهة في احكام العترة الطاهرة**، انتشارات مدرسه علی بن ابی طالب، قم، ۱۳۸۷.
- نجاشی، احمد بن علی، **رجال النجاشی**، تحقيق سيد موسى شيبيري زنجاني، چاپ پنجم، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۶ ق.

نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق: عباس قوچانی، چاپ سوم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۷.

وحیدی، سیدمحمد، *النقد و التفریعات فی احکام الحدود و التعزیرات*، مطبعة مكتب الاعلام الاسلامی، قم، بی تا.

یزدی، محمد، *نکته ای در مجازات لواط*، مجله فقه اهل بیت، ش ۳۳.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۸/۱

بهار ۱۳۹۱، ص ۱۵۰-۱۲۵

مفهوم نظام و کاربرد آن در فقه و اصول*

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی^۱

استادیار دانشگاه قم

Email: mohsenmalekafzali@yahoo.com

دکتر محمد حسن حائری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

دکتر محمد تقی فخلعی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@um.ac.ir

دکتر محمد جواد ارسطا

استادیار دانشگاه تهران (پردیس قم)

چکیده

یکی از مسائلی که همواره در ابواب مختلف فقه، اصول و سایر متون اسلامی، مورد توجه و تأکید دانشمندان اسلامی قرار گرفته، مسئله «حفظ نظام» است. این اهتمام ناشی از اهمیت اجتماع و سامان داشتن زندگی اجتماعی مردم و پرهیز از هرج و مرج و اختلال امور در اسلام است. این مسئله به اندازه‌ای پرکاربرد است که می‌توان آن را به عنوان یک قاعده فقهی مهم و فراگیر، طرح کرد و مورد بررسی قرارداد؛ هرچند در آثار فقهی پیشینیان، از چنین قاعده‌ای نام برده نشده است. اما اینکه اصطلاح «نظام» به چه معنی و مفهومی به کار رفته و دارای چه مراتبی است و میان هر یک از این مراتب چه رابطه‌ای برقرار است و هر یک چه احکامی دارد، موضوع تحقیق حاضر را تشکیل می‌دهد که به نوبه خود نوآوری نیز محسوب می‌شود. روش تحقیق در این مقاله، روش توصیفی و کتابخانه‌ای است؛ بدین صورت که ابتدا با توجه به کاربردهای لغوی و اصطلاحی نظام، انواع آن را برشمرده، آنگاه موارد کاربرد این مسئله در لسان فقها را به بررسی می‌گذاریم.

کلید واژه‌ها: نظام، حفظ نظام، اختلال نظام، اجتماع

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۷/۱۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۱/۲۲.
۱ . نویسنده مسئول.

مقدمه: (بیان مسئله و ضرورت تحقیق)

ضرورت پرداختن به مبانی، مدارک و آثار قاعده حفظ نظام، به عنوان یک قاعده فقهی مستقل و با اهمیت، در کنار سایر قواعد فقهی، از اهمیت بالایی برخوردار است. در بیش‌تر ابواب فقهی به حفظ نظام به عنوان دلیل یا حکمت حکم شرعی، استناد شده است. از لحاظ فقه سیاسی نیز بحث و گفت‌وگو پیرامون این قاعده، اهمیت زیادی دارد؛ چرا که تاریخ اسلام نشان می‌دهد در دوره‌های مختلف همواره زمامداران مسئله حفظ نظام جامعه، دولت و کشور را سرلوحه کارهای خویش قرار داده و اخلال‌گران به نظام را به اشد مجازات محکوم می‌کرده‌اند؛ تا در سایه این استراتژی، هم جامعه دینی و توسعه یافته‌ای تشکیل داده و از کیان آن حراست نمایند، هم آسایش و رفاه زندگی مردم را تأمین و یا آنکه ثبات و استمرار قدرت خویش را تضمین نمایند.

در جمهوری اسلامی ایران، یکی از نکاتی که همواره مورد تأکید بوده و به عنوان دلیل برخی اقدامات در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی از سوی مسئولان نظام و دولت مورد استناد قرار گرفته، مسئله «حفظ نظام» است که گاهی از آن به «مصلحت حفظ نظام» یاد می‌شود. این اصطلاح به ویژه در امر قانون‌گذاری اهمیت بسزایی دارد به گونه‌ای که برای تشخیص مصلحت نظام نهاد ویژه‌ای به نام «مجمع تشخیص مصلحت نظام» در قانون اساسی نهاده شده است.

روی دیگر این سکه «حرمت اختلال نظام» است که از آن نیز در جایگاه خود مورد استناد قرار می‌گیرد و توجیه‌کننده پاره‌ای از اقدامات اجرایی دولت مردان و احکام قضایی دادرسان واقع می‌شود.

اما به روشنی معلوم نیست که تعریف دقیق «نظام» و عناصر آن چیست و حفظ آن چگونه است و چه اقداماتی می‌تواند با استناد به آن انجام شود و به عبارت دیگر گستره «نظام، حفظ و اختلال آن» تا کجا است و این امر چه اندازه می‌تواند مستمسک اقدامات حکومتی قرار گیرد و مرجع تشخیص مصلحت حفظ آن کیست و این مصلحت به چه معنی است و چه عناصری دارد؟ بدیهی است از لحاظ شرعی یعنی از نظر فقه سیاسی اسلام ضرورت دارد ابعاد مختلف این مسئله، روشن شده تا به اقتضای مورد، آثار و احکام آن به اجرا درآید. علاوه بر آنکه در سایر ابواب فقهی نیز کاربرد دقیق و شفاف «نظام و حفظ نظام» از اهمیت و ضرورت بالایی برخوردار است. در این تحقیق در نظر است به چند محور اساسی این مسئله پرداخته شود؛

یعنی بیان مفهوم نظام و انواع و مراتب آن و کاربردهای آن در لسان فقها.

مفهوم نظام

۱. نظام در لغت

واژه «نظام»^۱ (از ریشه نظم) به معنی نظم دادن، آراستن، به رشته کشیدن مروارید، رویه، عادت و روش، آمده است. (عمید، ج ۲، ذیل واژه) ابن منظور در بیان معنی این لغت گفته است: نظام به معنی تألیف، تجمیع و قرین کردن چیزی به چیز دیگر و نخی که با آن لؤلؤ یا هر چیز دیگری (مثل مهره) به نظم کشیده می‌شود، است. همچنین وی نظام را در معنی هدیه، سیره و عادت به کار برده است. (لسان العرب، ۵۷۹/۱۲).

امام علی (ع) نیز در مقام مشورت دادن به عمر، هنگامی که وی در مورد رفتنش به جنگ با فارسیان^۲ طلب مشورت کرد، با در نظر گرفتن معنی لغوی این کلمه، فرمود:

و مكان القیم بالأمر مكان النظام من الخرز یجمعُهُ و یضمُّهُ فَإِنْ انقطع النظام تفرق الخرز و ذهب ثم لم یجتمع بحذافیرهِ؛ جایگاه زمامدار حکومت همچون جایگاه ریسمان خرز است که دانه‌های آن را جمع کرده و به هم ضمیمه کرده می‌کند. هرگاه این ریسمان از هم بگسلد، دانه‌های خرز (مهره‌ها) از هم پاشیده و پراکنده می‌شود، آنگاه نمی‌توان جوانب و اطراف آن را دور هم جمع کرد. (نهج البلاغه، خطبه ۱۴۶؛ مجلسی، ۱۳۷/۳۱ و ۱۹۳/۴۰)

در روایتی از پیامبر گرامی اسلام (ص) در مورد لزوم فرمان‌برداری از ولی امر که به نصب الهی به این سمت، منصوب شده است، او را نظام الاسلام معرفی کرده و می‌فرماید:

إسمعوا و أطيعوا لمن ولاء الله فَإِنَّهُ نظام الاسلام؛ سخن کسی را که خداوند او را امارت داده بشنوید و از او فرمان برید؛ که همانا او نظام اسلام است. (مجلسی، ۲۹۸/۲۳، ح ۴۳؛ مفید، ۱۴)

دانشمند لغوی دیگری هم گفته است: «لیس لأمره نظام ای لا تستقیم طریقهِ» (فراهدی، ۱۶۶/۸) در مجمع البحرین نیز آمده، هرگاه گفته می‌شود: «نظمت الخرز» یعنی مهره‌ها را در یک سلک و ردیف قرار دادم که به آن نظام گفته می‌شود و از این ریشه است:

۱- SYSTEME: در فرهنگ لغت انگلیسی به فارسی واژه «سیستم» به معنی «مجموعه منظمی از عناصر به هم پیوسته که برای رسیدن به هدف مشترکی که با هم در تعامل هستند» تعریف شده است.

۲- در اینکه این کلام حضرت مربوط به چه واقعه‌ای است میان مورخان اختلاف نظر است؛ بعضی آن را مربوط به جنگ قادسیه و بعضی دیگر مربوط به واقعه نهالوند می‌دانند. رک: ابن ابی‌الحدید، ۹۷/۹.

۳- این جمله با عبارت «ان مکانک من النظام من الخرز یجمعه و یمسکه» نیز نقل شده است. (ابن ابی‌الحدید، همان، ۹۹).

۴- مهره، آنچه به نخ کشیده شود از مهره‌ها و دانه‌های شیشه‌ای و گلی و صدف و امثال آنها؛ واحدش خرز است؛ عمید، ج ۱، ذیل واژه.

«انت اساسُ الشیء و نظامه» و «نظمتُ الأمر فانظمت». همچنین وقتی گفته می‌شود: «و هو علی نظام واحد» یعنی: «علی نهج واحد غیر مختلف» (۱۷۷/۶)

۲. نظام در اصطلاح^۱

عبدالرحمن عالم - نویسنده سیاسی - در بیان مفهوم اصطلاحی نظام ابتدا چند تعریف گوناگون از نظریه پردازان در این زمینه ارائه کرده، آنگاه عناصر نهفته در مفهوم نظام را احصاء کرده است او می‌نویسد:

نظام یعنی «مجموع عناصر دارای کنش و واکنش»، «مجموعه هدف‌ها با روابط میان هدف‌ها و میان خواص آن‌ها» و «هر مجموعه از عناصر که بتواند به نحوی به طور متداخل با یکدیگر عمل کند، می‌تواند به صورت یک سیستم نگریسته شود. کهکشان‌ها، تیم‌های فوتبال، قوه‌های مقننه و احزاب سیاسی هر کدام یک سیستم (نظام) هستند». (عالم، ۱۴۹)

وی در ادامه، ویژگی‌های بنیادین نظام را به طور خلاصه چنین بر می‌شمارد:

۱. نظام از اجزای متفاوتی تشکیل شده است که با همراهی، آن را به وجود می‌آورند. نظام مفهومی یکتاگرا نیست.

۲. نظام، جمع شدن صرف اعضا نیست؛ بلکه این اجزا باید به روالی منظم مرتب شده باشند. باید میان آن‌ها رابطه منظم وجود داشته باشد.

۳. نظم و ترتیب این اجزا باید یک الگو به وجود بیاورد. اجزای یک ساعت باید چنان ترتیب یابد که به وجود آورنده الگویی باشد که آن را ساعت می‌نامیم.

۴. میان اجزای نظام رابطه بنیادینی وجود دارد. هر جزء وظیفه خاصی برای اجرا دارد. نظام با هر جزء و هر جزء با نظام ارتباط دارد.

۵. همه اجزا در کل، یک واحد را تشکیل می‌دهند. اگرچه هر جزئی وظایف متفاوتی دارد، اما از لحاظ کارکردی به نحوی با دیگر اجزا ارتباط دارد که واحد جدیدی می‌آفریند. نقصانی بر هر جزء ممکن است بر کار نظام اثر گذارد. (همان، ۱۴۹-۱۵۰)

۱- در موسوعه السیاسیة، اثر عبدالوهاب الکیالی، اصطلاح نظام این‌گونه تعریف شده است که: «نظام بر پدیده‌ها، روابط و نهادهای اجتماعی اطلاق می‌شود؛ به گونه‌ای که فایده پیاپی سازی و انتظام آن‌ها در پایه‌ها، مصالح، ارزش‌ها و رویکردهای متمایز جامعه، پدیدار می‌گردد؛ و نظام سیاسی عبارت است از مجموع مبادی، کارکردها، نهادها، سازمانها، و ابزار انتظامی که برای تحقق هدف یا مصلحتی به کار گرفته می‌شود. این دانش‌واژه در فرهنگ‌های سیاسی به معنی رهبری، ترکیب و عقلانیت حاکمیت در کشوری به کار می‌رود». (۵۸۲/۶)

اقسام و مراتب نظام در مفهوم اصطلاحی

با توجه به موارد کاربرد اصطلاح «نظام» در متون گوناگون، می‌توان گزاره‌های زیر را به عنوان اقسام و مراتب مفهوم اصطلاحی نظام برشمرد. هر یک از این مفاهیم بر اساس مورد کاربرد آن معنی پیدا کرده و تشخیص می‌یابد، هرچند در اکثر مواقع پس از واژه نظام، مضاف‌الیهی قرار می‌گیرد که مفهوم خاص و مورد نظر را بیان می‌کند؛ مثل وقتی که گفته می‌شود «نظام الخلق» یعنی نظام به مفهوم نخست که در زیر بدان اشاره خواهد شد.

گفتنی است در ذکر موارد زیر، اصل ترتیب و سلسله مراتب رعایت شده است؛ بدین معنی که بین این مفاهیم رابطه طولی از بالا به پایین به نحو ابتنایی، وجود دارد؛ یعنی وجود و حفظ هر یک از نظام‌های مذکور در هر مرتبه، مبتنی بر وجود و حفظ نظام‌های مرتبه و مراتب پایین‌تر است؛ به گونه‌ای که هرگاه هر یک از این نظام‌ها دچار اختلال شود، نظام یا نظام‌های بالادست آن نیز با اختلال مواجه خواهد شد.

۱. نظام به معنی «سامان داشتن زندگی و معیشت مردم»

این مفهوم عام‌ترین و پرکاربردترین مفهوم نظام بوده و منظور از آن این‌گونه بیان شده است:

حفظ نظامات داخلی مملکت و تربیت نوع اهالی و رسانیدن هر ذی حقی به حق خود و منع از تعدی و تجاوز آحاد ملت، بعضهم علی بعض الی غیر ذلک از وظایف نوعیه راجعه به مصالح داخلی مملکت و ملت. (میرزای نایینی، ۳۹-۴۰)

در ادبیات امروزی نظام به این مفهوم این‌گونه تعریف شده است که:

نظام، آراستگی درونی جامعه و نهادهای آن از هرج و مرج است که ایجاد ارتباط معقول و منطقی را میان ساختارهای حکومت مد نظر دارد و محیط جامعه را برای اجرای احکام الهی آماده می‌کند و نقطه ثقل آن، سامان‌دهی نظام معیشت جامعه است. (شریعتی، ۲۵۲)

بدیهی است، کمال و سعادت انسان‌ها، که همان قرب و منزلت نزد خداوند است، به عنوان برترین و مهم‌ترین هدف جوامع انسانی دانسته شده است. (طباطبایی، ۱۵۴/۴) و این مهم زمانی دست یافتنی خواهد بود که زندگی مردم آرامش و سامان داشته و هرچیزی در جای خود قرار گرفته باشد. (همان و نیز ر.ک: آل عمران: ۲۰۰ و ۱۰۵) چه آنکه هرج و مرج و اختلال نظام زندگی، افراد را از توجه به امر مبدأ و معاد باز داشته و به حلّ و فصل اختلال‌های پیش آمده وامی‌دارد. به همین خاطر است که فقها آنچه را نظام معیشت جامعه بدان نیاز دارد، واجب

کفایی یا عینی، قلمداد کرده و قسم مستقلی از اقسام واجبات تحت عنوان «واجبات نظامیه» تأسیس نموده‌اند.

ملاحظه و بررسی موارد کاربرد این اصطلاح در کلمات فقها آشکار می‌سازد، هرگاه اصطلاح نظام، به طور مطلق و بدون هرگونه قیدی به کار رود، منظور این مفهوم است و آن را به ذهن متبادر می‌نماید. مگر آنکه در بایب خاص به کار رفته باشد که منظور نظام خاص مربوط به همان باب فقهی است؛ هر چند در مواردی نیز ممکن است همین مفهوم عام مورد نظر باشد.

۲. نظام به معنی «کیان کشور اسلامی و مسلمانان»

کاربرد این مفهوم غالباً در مباحث مربوط به جهاد و دفاع از کشور اسلامی به چشم می‌خورد که گاهی از کیان و حدود و ثغور کشور اسلامی، در متون اسلامی به «حفظ بیضه اسلام»^(۱) می‌شود. (میرزای نایینی، ۳۹) در حقیقت دشمنان اسلام و مسلمانان هرگاه در صدد از بین بردن اصل اسلام باشند از داخل و خارج بلاد اسلامی پرچم جنگ با حکومت اسلامی را برافراشته و به مرزهای سرزمین اسلامی حمله کرده یا در درون مرزها علیه امام مسلمین سرکشی و طغیان می‌کنند و در مقام براندازی نظام حاکم برمی‌آیند. در این صورت است که جهاد بر مردم واجب می‌شود. صاحب جواهر در این زمینه می‌گوید:

بدون تردید در این حالت، حتی در کنار حاکم جائز، جهاد واجب است؛ لکن به قصد دفاع از کیان اسلام نه کمک به سلطان جور. (نجفی، ۴۷/۲۱)

امام خمینی^(ره) نیز در این زمینه می‌گوید:

اگر سرزمین‌های مسلمانان یا مرزهای کشور آنان مورد هجوم دشمن قرار گیرد به طوری که ایجاد خطر برای بیضه اسلام و اجتماع مسلمانان نماید، بر آنها واجب است به هر وسیلهٔ ممکن اعم از بذل مال و جان، از آن دفاع کنند. (خمینی، ۱۳۰۴ق، ۱/۱۷، فصل فی الدفاع، مسئله ۱).

وی در ادامه چنین جهاد دفاعی را مشروط به حضور و اذن امام یا نایب خاص یا عام او ندانسته و دفاع را بر همهٔ مکلفان با هر وسیله‌ای بدون هیچ قید و شرطی واجب می‌شمارد (همان، مسئله ۲).

۱- بیضه الإسلام: مجتمع الإسلام و أصله (حلی، السرائر، ۴/۲)

میرزای نایینی «تحفظ از مداخله اجانب و تحذر از حیل معموله در این باب و تهیه قوه دفاعیه و استعدادات حربیه و غیر ذلک (که) این معنی را در لسان متشرعین، «حفظ بیضه اسلام» و سایر ملل «حظ وطنش خوانند»، را از وظایف اصولی سلطنت اسلامی و امامت در جهت حفظ نظام عالم و حفظ شرف و قومیت هر قومی می‌داند (همان، ۳۹-۴۰).

۳. نظام به معنی «حکومت یا رژیم سیاسی موجود»

گاهی کلمه «حکومت»^۱ به معنی نظام سیاسی به کار می‌رود.^۲ همچنان که گاهی «دولت» نیز در معنای نظام سیاسی به کار رفته است (ویلفرید روریش، ص ۲۷). به طور کلی، واژه حکومت سه معنی مختلف را به ذهن متبادر می‌کند: ۱. عمل حکومت و رهبری. ۲. رژیم سیاسی. ۳. ارگان‌هایی که عملاً حکومت را در یک دولت کشور بر عهده دارند؛ به ویژه ارگان‌هایی که قوه اجرایی را اعمال می‌کنند. این معنی سوم که در زبان فارسی از واژه «دولت»^۳ نیز استفاده می‌شود، بیشتر از سایر معانی در اذهان رایج است. (ر.ک: قاضی، ۳۱۵) در فرهنگ لالاند، حکومت یعنی مجموعه ارگان‌هایی که به واسطه آنان، حاکم به اقتدار می‌پردازد. پس نادرست است که این واژه را فقط مخصوص قوه مجریه یا کابینه وزرا اطلاق کنیم.^۴ به عبارت دیگر حکومت عبارت است از ابزار اجرای حاکمیت^۵، شامل قوای مختلف مقننه، مجریه و قضائیه و دستگاه‌های مستقل دولتی و وابسته به دولت که اجراییکی از شئون حاکمیت را بر عهده دارند.

سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که، آیا حکومت یا همان رژیم سیاسی (قاضی، ۳۱۶) به معنی نظام سیاسی است تا موضوع سخن ما قرار بگیرد یا خیر؟

۱-GOVERNMENT

۲- مثلاً در اصل اول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است: «حکومت ایران جمهوری اسلامی است...». پر واضح است که با توجه به تعریف حکومت و نظام در منابع حقوقی، مراد از حکومت در این اصل، نظام سیاسی است نه حکومت به معنی رایج حقوقی آن.

۳- STATE در فرهنگ‌های انگلیسی این لغت مترادف GOVERNMENT نیز به کار رفته است.

۴- قاضی، ۳۱۶، از: فرهنگ LALAND قسمت ضمیمه، ص ۱۲۳۷.

۵- SOVEREIGNTY در مورد ماهیت و مفهوم حاکمیت و منشأ آن، متکلمان، فلاسفه و حقوق‌دانان مباحث و اقوال گوناگونی را مطرح کرده‌اند و میان آن‌ها اختلافات عمیق و مبنایی وجود دارد. دکتر قاضی پس از بیان چندین قول و نظریه در این خصوص، به عنوان جمع بندی می‌گوید: «حاکمیت عبارت است از: قدرت برتر فرمان‌دهی یا امکان اعمال اراده‌ای فوق اراده‌های دیگر» که به دو گونه حاکمیت برونی (حاکمیت دولت یا استقلال) و حاکمیت درونی (حاکمیت در دولت یا خود مختاری) تقسیم می‌کنند. (ر.ک: قاضی، ۱۸۴-۲۰۲). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ضمن اصالت بخشیدن به حاکمیت مطلق الهی، حاکمیت انسان بر سرنوشت اجتماعی خودش را، در طول حاکمیت خداوند به رسمیت شناخته است. اصل پنجاه ششم این قانون مقرر داشته: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداوند است و همو انسان را بر سر نوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است...».

به نظر می‌رسد، دانش‌واژه‌های «رژیم و رژیم سیاسی» با دانش‌واژه‌های «نظام و نظام سیاسی» مترادف است (ابوالحمد، ۱۹۶).

۴. نظام به معنی «هر یک از خرده نظام‌های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی»

از دیدگاه جامعه‌شناسان، تشکیل نظام به مفهوم کلان آن، که اصطلاحاً در جامعه‌شناسی به آن، «جامعه کل»^۱، گفته می‌شود، بدین صورت است که در سطح خرد دو عنصر «فرد» و «تعامل» با یکدیگر ترکیب می‌شوند و عنصر «ما» (جامعه خرد) به وجود می‌آید و همینطور «ماها»ی دیگر تا اینکه جامعه کلان یا جامعه کل تشکیل می‌شود و نظم فراگیر ایجاد می‌کند و در سطح خرد با وجود گروه‌های کوچک یا خرد یا «ماهای» متعدد، نظم یا نظام عام یا کلان تشکیل می‌شود که در بر دارنده نظم‌های متعدد در سطح خرد است. (چلبی، ۲۲ به بعد)

با این پیش فرض که اصطلاح «نظم» در جامعه‌شناسی، معادل و مترادف اصطلاح «نظام» در این تحقیق است؛ در ادامه به تجزیه نظام اجتماعی کلان و خرده‌نظام‌های نهفته در آن می‌پردازیم. اصولاً «نظم اجتماعی دارای چهار بعد، شامل ابعاد اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی است. دو بعد اولی وجوه سخت و اثباتی نظم کلان را تشکیل می‌دهند و دو بعد آخری وجوه نرم و اظهاری آن هستند». (همان، ۵۳)

تالکت پارسونز جامعه‌شناس - نیز چهار ساختار یا خرده‌نظام را برای هر جامعه‌ای قائل است که عبارتند از: ساختار اقتصاد یا همان خرده نظامی که از طریق کار، تولید و تخصیص مشاغل، کارکرد تطبیق با محیط را انجام می‌دهد. ساختار دیگر، ساختار سیاست یا نظام سیاسی است که از طریق پیگیری هدف‌های اجتماعی و بسیج کنش‌گران و منابع اجتماعی در جهت این هدف‌ها، کارکرد دستیابی به هدف را انجام می‌دهد؛ و ساختار سوم، خرده نظام اعتقادی که از طریق انتقال هنجارها و ارزش‌های فرهنگی به کنش‌گران، کارکرد سکون یا نگه‌داشت الگو را انجام می‌دهد؛ و سرانجام خرده‌نظام عرف اجتماعی که با هماهنگ‌سازی عناصر گوناگون اجتماعی از طریق تنظیم و اجرای قواعد و قوانین اجتماعی، کارکرد اجتماعی را انجام می‌دهد. (ریترز، ۱۸۳)

۵. نظام به معنی «نظام اسلام»

تاکنون چهار معنی از نظام ارائه کرده‌ایم؛ ولی با بررسی متون دینی می‌توان معنی دیگری از

آن به دست آورد که عبارت است از «نظام اسلام» یا «دین» که از آن به «نظام الملّة» نیز یاد شده است. همچنان که در بعضی روایات به صراحت از «اطاعت از اهل البيت(ع)» به عنوان عامل حفظ نظام الملّة، نام برده شده است. مانند این فقره از خطبه حضرت زهرا(س) که در مورد فدک ایراد فرموده است:

فَفَرَضَ اللَّهُ... طَاعَتَنَا نِظَامًا لِلْمَلَّةِ؛ همانا خداوند اطاعت از ما [اهل بیت] را برای [حفظ] نظام ملت، واجب گردانیده است. (طبرسی، ۹۷/۱؛ مجلسی، ۲۲۳/۲۹؛ إربلی، ۴۸۰/۱؛ طبری، ۳۲)¹
بدیهی است واژه «ملّة» در فرهنگ لغت به معانی مختلفی به کار رفته است؛ اما وجه غالب استعمال آن در متون دینی به معنی «دین» و «شریعت» است.²

البته در روایتی دیگری از «امامت» به عنوان حافظ نظام اُمّت، و از «اطاعت از امام» به عنوان تعظیم امامت، یاد شده است. از تقارن این دو روایت می‌توان این‌گونه استنباط نمود که نظام دین با نظام گروه مردمان برابری می‌کند؛ یعنی همان‌طور که حفظ نظام دین لازم و واجب است حفظ نظام زندگی اجتماعی مردم نیز واجب است؛ چرا که بدون حفظ نظام زندگی اجتماعی، نظام دین نیز سامان نخواهد داشت. این روایت از امام علی(ع) است که می‌فرماید:

وَالْإِمَامَةُ نِظَامًا لِلْأُمَّةِ وَالطَّاعَةُ تَعْظِيمًا لِلْإِمَامَةِ؛ و امامت موجب نظام گروه مردم است و اطاعت موجب گرامی‌داشتن امامت است. (آمدی، ۱۷۶)³

ابن ابی‌الحدید، در شرح این فقره می‌گوید:

امامت به عنوان نظام اُمّت، فرض شده است چون، هرج و مرج و ظلم و ستم و دشمنی و سرقت از مردم، صرفاً با امتناع آن‌ها از اعمال قبیح و وعده آخرت مرتفع نخواهد شد؛ مگر آنکه سلطانی قوی و قاهر وجود داشته باشد تا مصالح آن‌ها را تنظیم و دست ظالم را کوتاه و دست ناتوانان را بگیرد؛ و طاعت تعظیم امامت شمرده شده است، چون امر امامت تمام نمی‌شود مگر به فرمان‌پذیری مردم؛ در غیر این صورت اگر مردم از امر امامشان سرپیچی نمایند، از امامت و ریاست او بهره‌ای نخواهند برد. (۹۰/۱۹)

اما مراد از نظام دین یا نظام ملّت در اینجا چیست؟ به گفته بعضی از فقها مراد از نظام

۱- در نقل دیگری آمده است: «فَفَرَضَ اللَّهُ... الطَّاعَةَ نِظَامًا لِلْمَلَّةِ وَ الْإِمَامَةَ لِمَا مِمَّا لُفِرْقَةَ» (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۵۶۸/۳؛ همو، علل الشرایع، ۲۴۸/۱ و مجلسی، ۱۰۷/۶)

۲- الملّة فی الأصل: ما شرع الله لعباده علی السنة الأنبیاء لیتوصلوا به إلی جوار الله (طریحی، ۴۵۷/۵)؛ الجلّة: الشریعة والدین (ابن منظور، ۶۳۲/۱).

۳- در بعضی نقل‌ها گفته شده: «الإمامة نظام الأمة» (آمدی، ۳۳۹). همچنین در بعضی نقل‌ها آمده است: «والطاعة تعظیماً للسلطان» (مجلسی، ۱۱۰/۶ و ابن شهر آشوب، ۳۷۷/۲).

اسلام در اینجا عبارت است از:

آنچه که پیامبر اسلام برای بشر آورده است شامل عقاید، اخلاق و احکام عملیه (منتظری،

(۲۵)

به عقیده یکی دیگر از محققان:

منظور از نظام اسلام، سازمان دین، موجودیت و استقرار حاکمیت آن می باشد که معمولاً به بیضه اسلام تعبیر می شود و در تعبیر دیگری شامل ایدئولوژی و محتوای دین، سازمان های عهده دار آن، موجودیت عینی دین در جامعه و حالت استیلا، جو حاکم و نفوذ معنوی و اجرایی اسلام در عینیت جامعه می باشد. (عمید زنجانی، ۳۵)

این تعریف به طوری عام و کلان ارائه شده است که در بر گیرنده همه مفاهیم نظام و انواع خرده نظام که تاکنون به آن ها اشاره کردیم، می شود. نتیجه ای که از این جامع نگری حاصل می شود این است که در جامعه اسلامی، هدف غایی از حفظ نظام به هر یک از معانی فوق، «حفظ نظام اسلام» یا عینیت بخشیدن به دین اسلام در جامعه، برای نیل به اهداف متعالی آن یعنی سعادت دنیوی و اخروی انسان ها است.

امام خمینی (ره) در همین راستا، می گوید:

حفظ اسلام یک فریضه الهی است، بالاتر از تمام فرایض؛ یعنی هیچ فریضه ای در اسلام

بالاتر از حفظ خود اسلام نیست.

اگر حفظ اسلام جزء فریضه های بزرگ است و بزرگترین فریضه است، بر همه ما و شما و همه ملت و همه روحانیون حفظ این جمهوری اسلامی از اعظم فرایض است. (صحیفه امام،

(۳۲۹/۱۵)

در واقع، سخن امام، ناظر به وجود سلسله مراتبی است که میان مفاهیم مختلف نظام وجود دارد؛ با این توضیح که برای حفظ نظام اسلام، حفظ حکومت جمهوری اسلامی، واجب است. به عبارت دیگر هر چند حفظ نظام جمهوری اسلامی، در جای خود یک فریضه مستقل و ارزش، به حساب می آید، اما در اینجا، جنبه مقدمی برای حفظ نظام اسلام دارد که اصطلاحاً به آن واجب غیری (در مقابل واجب نفسی) گفته می شود.

قلمرو و موارد کاربرد و استناد به «حفظ نظام»

در بیان فقها، در مورد حفظ نظام، هم به جنبه ایجابی مسئله، به معنی وجوب حفظ نظام،

پرداخته شده است و هم به معنی سلبی آن، یعنی حرمت اختلال نظام؛ اگرچه از جهت آثار و ثمرات بحث، فرقی بین طرح مسئله به این دو نحو نیست. در ادامه برخی از مهم‌ترین موارد کاربرد حفظ نظام ارائه می‌شود؛ ضمن آن‌که یادآور می‌شویم، غیر از آنچه ذکر خواهد شد، مسائل بسیاری وجود دارد که برای رعایت اختصار از ذکر آن صرف نظر می‌شود.

قلمرو کاربرد و استناد به «حفظ نظام» در فقه

مسئله «حفظ نظام»، همواره نزد فقهای شیعه مخصوصاً فقهای معاصر، از اهمیت بالایی برخوردار بوده و هست؛ به گونه‌ای که در ابواب گوناگون فقه و به ویژه در ابواب فقهی مربوط به معاملات به معنی عام آن، که در مورد رابطه انسان با دیگران است، مثل فقه اقتصادی، فقه قضایی و فقه سیاسی، کاربرد و استناد به حفظ نظام بیش‌تر از ابواب دیگر، به چشم می‌خورد. شبهه‌ای نیست که انسان مدنی بالطبع است و به ناچار باید برای تأمین حاجت‌های خود، با دیگران در تعامل و ارتباط باشد؛ «لذا حفظ نظام نوع و مصون ماندن اجتماع از هرج و مرج، متوقف بر تشریح مبادله اموال بین مردم است. در غیر این صورت مردم برای رفع نیازهای خود، مانند سایر حیوانات، به قهر و غلبه بر یک‌دیگر روی می‌آوردند. بنابراین برای حفظ نظام چاره‌ای جز تشریح معاملات نیست». (خوئی، مصباح الفقاهه، ۵/۲) پر واضح است که «معاملات» در این‌جا، عام بوده و شامل همه موارد مربوط به تعامل انسان با دیگران می‌شود؛ در ادامه طی چند سر فصل مستقل، نمونه‌هایی از موارد کاربرد حفظ نظام در کلام فقها مربوط به این دسته از احکام فقهی را بیان می‌کنیم. در این قسمت در نظر است ضمن رعایت تنوع مثال‌ها، مهم‌ترین موارد ذکر شود.

۱. فقه قضایی

از جمله باب‌های فقهی که در آن بر حفظ نظام، بیش از ابواب فقهی دیگر، تأکید شده است، باب قضا و سایر باب‌های مرتبط با آن یعنی حدود، قصاص و دیات، است. در گفتار فقها موارد زیادی به چشم می‌خورد که در مباحث قضایی و جزایی، بر این مسئله تأکید شده و به عنوان علت تشریح حکمی خاص مورد اشاره قرار گرفته است؛ گو اینکه به اعتقاد فقها مهم‌ترین و اصلی‌ترین دلیل و غرض از تشریح قضا و مجازات‌های گوناگون، حفظ نظام است. (گلپایگانی، ۱۴۰۱ق، ۱، ۱۵)

به اعتقاد یکی از محققان، به طور کلی، تخویف، جعل مجازات و وعده عقاب، موجب

هراس مجرمان و محافظت آن‌ها از ارتکاب جرایم و پیش‌گیری از وقوع آن‌ها در مفسده است. وی در خصوص وعده‌های عمومی عذاب از سوی خداوند نیز می‌افزاید:

در حقیقت، مصلحت تخویف عمومی، حفظ نظام است و [و این امر ناشی از این است که] خداوند حکیم، مصلحت عمومی و کلی را رعایت می‌کند. پس همچنان که اگر تخویف فردی نباشد، او از خطا و گناه دست بر نمی‌دارد، اگر تخویف کل جامعه نیز نباشد، نظام کلان محفوظ نخواهد ماند. در نتیجه عمومیت تخویف، توعید و ترهیب، چیزهایی است که در حفظ نظام کلان جامعه مؤثر است؛ همان نظامی که هیچ نظامی برتر از آن نیست. (غروی، ۶۰/۲)

أ) آیین دادرسی و حفظ نظام:

در آیین دادرسی اسلامی، صدور حکم قاضی تابع تشریفات خاصی است؛ و پس از صدور حکم از سوی وی، هیچ مرجعی حق نقض آن را ندارد مگر آنکه خلاف شرع بودن آن ثابت شود. رأی حاکم به اندازه‌ای استحکام دارد که حتی از سوی فقهای دیگر نیز قابل نقض نبوده و برای آن‌ها نیز لازم‌الاتباع است. این همه به منظور جلوگیری از اختلال نظام است. یکی از فقهای معاصر در این باره می‌گوید:

جایز نیست حکم حاکم (قاضی) جامع شرایط نقض شود؛ حتی از سوی مجتهد دیگر، مگر آنکه خطا یا خلاف شرع بودن آن آشکار شود و اگر خطای او به اثبات نرسد و یا در مورد مخالفت یا مطابقت آن با شرع تردید وجود داشته باشد (و مخالفتش با شرع آشکار نباشد)، نباید نقض شود، چرا که موجب اختلال نظام خواهد شد. (سبزواری، ۱۰۲/۱)

همچنین مهم‌ترین دلیل تشریح پذیرش شهادت شاهد و سوگند در قضا و جواز صدور حکم بر طبق آن، علاوه بر ادله نقلی، لزوم حفظ نظام و پیش‌گیری از اختلال آن دانسته شده است. (خوئی، ۱۴۱۸ق، ۶۴/۲)

ب) مجازات و حفظ نظام:

مرحوم کاشف الغطاء، غرض و فلسفه جعل حدود را، دو چیز می‌داند؛ آن دو عبارتند از: حفظ نظام اجتماع و دفع بدی و شرارت از انسان‌ها. (۳۰۳) این سخن ناظر به مطلبی است که فقها در مورد مقاصد شریعت در بحث از مصلحت، بیان کرده‌اند؛ به این بیان که تشریح احکام شرعی به ویژه احکام جزایی اسلام، با هدف تأمین و تحقق مصلحت حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال است. به تعبیر یکی از فقهای پیشین:

إنَّ نِظَامَ النُّوعِ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِحِفْظِ النِّفْسِ وَ الْعَقْلِ وَ الدِّينِ وَ النَّسَبِ وَ الْمَالِ؛ نِظَامِ نِوعِ (نظام

کلان اجتماعی) به دست نمی‌آید مگر با حفظ جان، عقل، دین، نسب و مال. (علامه حلی، ۱۴۰۵، ۳۰)

بدین ترتیب که جهاد و حد ارتداد برای حفظ دین، قصاص برای حفظ جان، حد شرب مسکرات برای حفظ عقل، حد زنا و لواط برای حفظ نسل و حد سرقت برای حفظ مال تشریح شده است. ناگفته نماند به جز احکام جزایی (حدود، قصاص و دیات)، سایر احکام شرعی نیز در ارتباط با همین مصالح است. به عنوان مثال احکام مربوط به نکاح و طلاق و سایر احکام مرتبط با حوزه زناشویی و خانواده برای حفظ نسل، احکام مربوط به خرید و فروش در جهت حفظ مال، تشریح گردیده است. بدون تردید حفظ این امور نتیجه‌ای جز حفظ نظام اجتماعی نخواهد داشت.

در این راستا در اسلام، حکم زندان متهمان برای کشف جرم و تعزیر به این منظور، مجاز شمرده شده است. (طبری، ۵۷) به ویژه اگر متهم در معرض فرار باشد و اگر بگوییم حبس متهم در این موارد جایز نباشد، موجب تضییع حقوق و اموال مردم و اختلال در نظام خواهد شد. (منتظری، ۳۸۳/۲) ناگفته نماند تعزیر متهم برای اعلام و اعتراف به جرم، از این باب جایز شمرده می‌شود که بر اساس قاعده جواز تعزیر بر ترک هر کار واجب، چون اعلام ارتکاب جرم بر متهم واجب است، می‌توان او را به خاطر ترک این واجب تعزیر نمود. (طبری، همان) به طور کلی فقها، تعزیر کسی را که در نظم عمومی اختلال وارد می‌کند جایز می‌شمارند. (گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ۲۱۳/۳) طبق آنچه گذشت، در حقیقت حدود و تعزیرات از ابزار تضمین کننده حفظ نظام به شمار می‌روند.

۲. فقه اقتصادی

در جای جای فقه اقتصادی موارد و نشانه‌های زیادی از مسئله حفظ نظام به چشم می‌خورد. در زیر به بعضی از این موارد اشاره می‌نماییم:

أ) اخذ اجرت بر واجبات و حفظ نظام:

فقها یکی از انواع اجاره غیر مشروع یا تکسب حرام را اخذ اجرت بر «واجبات»^۱ یا «کارهای حرام»^۲ می‌دانند. اما اگر واجبات به گونه‌ای باشد که حفظ نظام متوقف بر آن باشد، به طوری که اگر آن عمل ترک شود، نظام اجتماعی و زندگی مردم یا کیان اسلامی آسیب می‌بیند،

۱- مثل عدم جواز اخذ اجرت بر تجهیز میت و قضاوت در بین مردم. ر.ک: علامه حلی، تذکره الفقها، ۲۹۹ به بعد؛ رشتی، الاجاره، ۲۷۰؛ همو، کتاب القضاء، ۹۱/۱ و بحر العلوم، بلغة الفقیه، ۴۱/۲.

۲- مثل حمل شراب برای کسی که شراب می‌نوشد. ر.ک: علامه حلی، همان، ۳۰۰.

با اختلافات جزئی، فتوا بر جواز داده‌اند؛^۱ چرا که در غیر این صورت ممکن است کسی نسبت به انجام آن مبادرت نکرده، در نتیجه نظام، دچار آسیب شود. بدیهی است چون این حکم مستند به عنوان ثانوی ضرورت - یعنی ضرورت حفظ نظام - است، از احکام ثانویه شمرده می‌شود.

ذکر نمونه‌ای از کلام فقها در این خصوص، خالی از فایده نیست:

شیخ انصاری^(ره)، در مکاسب محرّمه یکی از انواع تکسّب حرام را اخذ اجرت بر واجبات دانسته و بحث نسبتاً مبسوطی را در مورد این مسئله مطرح کرده و پس از آن که اصل را بر حرمت می‌گذارد، اشکالی را بیان کرده^۲ و در پاسخ به آن وجوه هفت‌گانه‌ای را ذکر می‌نماید و پس از بررسی و جرح هر یک از آنها، می‌گوید:

حق آن است که اگر واجب، عینی و تعینی باشد، اخذ اجرت بر آن جایز نیست؛ حتی اگر از صناعاتی باشد که نظام بر آن مترتب است (مثل طبابت) ... اما اگر واجب کفایی باشد، اخذ اجرت بر آن جایز است و با انجام عمل، از فاعل و دیگران ساقط می‌شود؛ هر چند با گرفتن اجرت، امتثال برای او حاصل نشده است.^۳

امام خمینی (ره)، نیز در این خصوص علاوه بر آنکه در کتاب مکاسب محرّمه به طور مفصل، در این زمینه بحث می‌کند، در کتاب الاجارة تحریر الوسيله نیز این مسئله را این گونه بیان کرده است که:

برای انسان جایز نیست جهت به جا آوردن آنچه عیناً بر او واجب است، مانند نمازهای یومیه و بنا بر احتیاط (واجب) برای به جا آوردن آنچه به طور کفایی بر او واجب است، در صورتی که وجوب کفایی آن به عنوان خاص خودش باشد مانند غسل دادن اموات و دفن و

۱- بعضی این دسته از واجبات - یعنی واجبات نظامیه - را واجبات «کفائیه توصیّیه» نامیده‌اند و هدف از آنها را «حفظ مجتمع» دانسته و حکم به جواز استرباح به آنها داده‌اند؛ مثل: حجّامی، طبابت و... (ر.ک: صدر، ۱۳۳-۱۵) بعضی دیگر این دسته از مشاغل را به عنوان واجب توصیّی قلمداد کرده‌اند؛ چرا که در آنها قصد قربت شرط نیست. (ر.ک: سید محمد تقی حکیم، ۷۵).

۲- ثمّ إنّ هنا إشکالاً مشهوراً، و هو أنّ الصناعات التي يتوقّف النظام عليها تجب كفاية؛ لوجوب إقامة النظام، بل قد يتعيّن بعضها على بعض المكلفين عند انحصار المكلف القادر فيه، مع أنّ جواز أخذ الأجرة عليها ممّا لا كلام لهم فيه، و كذا يلزم أن يحرم على الطبيب أخذ الأجرة على الطبابة؛ لوجوبها عليه كفاية، أو عیناً كالفقاهة. (المحرّمه، ۱۳۷/۲)

۳- فالتحقیق... أنّ الواجب إذا كان عینياً تعینياً لم یجز أخذ الأجرة عليه و لو كان من الصناعات، فلا يجوز للطبيب أخذ الأجرة على بيان الدواء أو تشخيص الداء... و إن كان كفايياً جاز الاستئجار عليه، فيسقط الواجب بفعل المستأجر عليه، عنه و عن غيره و إن لم يحصل الامتثال. (همان، ۱۴۱-۱۴۲). وجه عدم حصول امتثال به خاطر اخذ اجرت و فقدان قصد قربت است.

کفن آن‌ها، اجبر شود. اما آنچه که از جهت حفظ نظام و احتیاج مردم به آن واجب است مانند صنعت‌هایی که به آن‌ها نیاز است و طبابت و مانند این‌ها اجبر شدن و گرفتن اجرت بر آن‌ها اشکالی ندارد؛ چنان‌که اجبر شدن شخص برای نیابت کردن از دیگری - خواه زنده باشد و یا مرده - در آنچه که بر آن دیگری واجب است و نیابت در آن مشروعیت دارد، اشکالی ندارد. (تحریر الوسیله، ص ۴۵۵، مسئله ۳۴)^۱

یکی از محققان ضمن پذیرش حکم جواز اخذ اجرت عمل از سوی عامل یا صاحب حرفه‌ای که حفظ نظام بر آن مبتنی است، نکته ظریف دیگری را افزوده است و آن اینکه، به همان دلیلی که بر جواز اخذ اجرت بر این‌گونه حرفه‌ها حکم می‌شود، به همان دلیل نیز، حکم به وجوب پرداخت اجرت از سوی مشتری یا استفاده‌کننده از آن صنعت نیز می‌شود؛ به عبارت دیگر، دلیل این حکم از یک‌سو، بر جواز اخذ اجرت توسط عامل دلالت کرده و از سوی دیگر، بر وجوب پرداخت آن توسط مشتری، دلالت می‌کند و در غیر این صورت نظام مختل می‌شود؛ چرا که مردم از انجام دادن کارهای تبرعی سر باز می‌زنند. از نگاه دیگر زمانی بر طبیب، مداوای مریض واجب است که اجرت او پرداخت شود. مریض نیز از باب وجوب حفظ جان خود می‌بایست مزد او را پرداخت کند. (آشتیانی، ۳۶)

(ب) قاعده ید و حفظ نظام:

یکی از مسائلی که نزد همه فقها مورد قبول واقع شده، دلالت و حجیت «ید» به عنوان «اماره ملکیت» است که از آن به عنوان «قاعده ید» نام برده می‌شود. به جز ادله شرعی که در این زمینه ارائه شده است، مثل روایات^۲ و بنای عقلا (ر.ک: بیجنوردی، ۱/۱۴۰)، «حکمت» این امر یعنی اعتبار و حجیت ید و دلالت آن بر مالکیت ذوالید - حفظ نظام بازار و اقتصاد و رفع

۱- سوری در جای دیگر عبارتی شبیه این مسأله را بیان می‌کند: «اجرت گرفتن برای واجبات عینی جایز نیست و در واجبات کفایی که به عنوان مخصوص خود واجب شده است مانند غسل و تکفین و تدفین میت، بنا بر احتیاط واجب اجرت گرفتن جایز نیست، و اما در واجبات کفایی که به عنوان حفظ نظام اجتماعی و احتیاجات عمومی واجب است مانند انواع صنایعی که مورد نیاز است و طبابت و امثال آن‌ها اجرت گرفتن جایز است.» (رسالة نجات العباد، ۲۵۵، مسأله ۳۱)

۲- به عنوان نمونه: عَلِيُّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَعَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ الْقَاسَانِيِّ جَمِيعًا عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ يَحْيَى عَنِ سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ عَنْ حَفْصِ بْنِ غِيَاثٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ قَالَ لَهُ رَجُلٌ إِذَا رَأَيْتُ شَيْئًا فِي يَدِي رَجُلٌ أَيْجُوزُ لِي أَنْ أَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ قَالَ نَعَمْ قَالَ الرَّجُلُ أَشْهَدُ أَنَّهُ فِي يَدِي وَ لَا أَشْهَدُ أَنَّهُ لَهُ فَلَعَلَّهُ لِيْغْيِرُهُ فَقَالَ لَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع أَيْجُوزُ لِي الشَّرَاءُ مِنْهُ قَالَ نَعَمْ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع فَلَعَلَّهُ لِيْغْيِرُهُ فَمِنْ أَيْنَ جَازَ لَكَ أَنْ تَشْتَرِيَهُ وَ يَصِيرَ مِلْكًا لَكَ ثُمَّ تَقُولُ بَعْدَ الْمَلِكِ هُوَ لِي وَ تَخْلِفُ عَلَيْهِ وَ لَا يَجُوزُ أَنْ تُنْسِبَهُ إِلَيَّ مِنْ صَارَ مِلْكُهُ مِنْ قَبْلِهِ إِلَيْكَ ثُمَّ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع لَوْ لَمْ يَجْزُ هَذَا لَمْ يَقُمْ لِلْمُسْلِمِينَ سُوقٌ (الكافي، ج ۷، ص ۳۸۸؛ الفقيه، ج ۳، ص ۵۱؛ التهذيب، ج ۶، ص ۲۶۱ و وسائل الشيعه، ج ۲۷، ص ۲۹۲).

اختلال در نظام اقتصادی، شمرده شده است. (خمینی، ۱۳۸۵ق، ۱/۲۶۴؛ روحانی، زبده الاصول، ۲۵۷/۴)

حکمت بودن، بدین جهت است که دلیل انحصاری یا علت تامه در حجیت ید، حفظ نظام نیست؛ بلکه ادله دیگری بر حجیت ید دلالت دارد؛ علاوه بر این، دلایل دیگری نیز بر ضرورت حفظ نظام اقتصادی، دلالت می‌کند. در نتیجه، همان‌گونه که حجیت ید فی‌الجمله به حفظ نظام سوق وابسته است، همین‌طور ممکن است به موارد دیگر وابسته باشد. یعنی گاهی برای حجیت ید نیاز به اقامه حجت دیگری است؛ مثل وقتی که ذوالید بخواهد متاعش را وثیقه قرار دهد (محمد سعید حکیم، ۳۸۲/۵)، که لازم است مثلاً شاهد بیاورد یا سند ارائه کند. در این‌گونه موارد حفظ نظام سوق، بستگی به اعتبار ید ندارد؛ به این معنی که در این موارد اگر حکم به عدم اعتبار ید شود، به نظام اقتصادی خلل وارد نمی‌شود.

مسئله دیگری که در مورد قاعده ید و ارتباط آن با حفظ نظام، قابل ذکر است، مسئله تقدم این قاعده بر استصحاب است که در کتاب‌های قواعد فقهی که پیرامون این قاعده بحث شده به تفصیل از آن گفت‌وگو شده است. مهم‌ترین دلیلی که برای این امر بیان گردیده این است که اگر حکومت و تقدم قاعده ید بر استصحاب پذیرفته نباشد، هرآینه اختلال نظام پیش می‌آید. (محمد بحر العلوم، ۳۵۱/۳)

ج) قاعده صحت و حفظ نظام:

در مورد قاعده «صحت» نیز، یکی از دلایل پذیرش جریان آن (به مفهوم حکم وضعی)، در روابط تجاری مردم با یکدیگر، حفظ نظام سوق یا نظام اقتصادی جامعه دانسته شده است. (همان، ۴۶۷/۵) به این معنی که هرگاه در صحت معامله واقع شده، تردید پیش آید، اصل بر صحت آن است. این امر به خاطر حفظ نظام اقتصادی و کسب و کار مردم است؛ چرا که بدیهی است اگر چنین حکمی پذیرفته نباشد، به خاطر پیش آمدن شک و تردید در عقود و معاملات واقع شده بین مردم و در نتیجه حدوث تزلزل در آن‌ها، نظام اقتصادی جامعه از هم پاشیده شده، و طرفین معامله هر لحظه باید منتظر فسخ آن از سوی طرف دیگر باشند. رفته رفته این عدم ثبات و اطمینان در امور اقتصادی که مهم‌ترین عنصر معاش مردم است، موجب ایجاد هرج و مرج و عدم ثبات در جامعه و اختلال نظام به معنی کلان آن، خواهد شد. اجرای قاعده یا اصل صحت به اندازه‌ای اهمیت دارد که چون اختصاص به اشخاص عادل نیافته، لذا فرقی بین شخص عادل و شخص فاسق گذاشته نمی‌شود و اگر غیر از این باشد، یعنی فقط در

مورد عادلان جاری شود، نظام مختل و پاره‌ای از احکام باطل می‌شود. (سبزواری، ۳/۳۹۴)

(د) ضمان صاحبان حرفه‌های خاص و حفظ نظام:

حکم دیگری که مربوط به حفظ نظام اقتصادی است، ضمان دانستن صاحبان حرفه‌هایی است که کالای مردم نزد آن‌ها باقی می‌ماند؛ شامل حرفه‌های مختلفی از قبیل: صباغی (رنگ‌ریزی)، قصاری (خیاطی) و صائغی (صنعت کاری) و برخی دیگر از حرفه‌ها که در منابع روایی ذکر شده مثل غسالی (رخت شوئی)؛ که اگر به خاطر حوادثی غیر از غرق شدن یا سیل و حریق و هر حادثه‌ی خارج از توان صاحب حرفه، کالا تلف شود، صاحب آن حرفه، ضامن کالای تلف شده است.^۱

اگرچه روایاتی نیز وجود دارد که دلالت بر عدم ضمان آن‌ها می‌کند. آیت‌الله مکارم شیرازی در بیان فلسفه این حکم می‌گوید:

بعید نیست که این حکم [یعنی ضمان دانستن صاحبان حرفه‌های گفته شده] از جمله احکام سلطانیه [حکومتی] باشد که به دست حاکم است. لذا گاهی حاکم مصلحت می‌بیند برای حفظ نظام اجتماع، ارباب حرفه‌ها را در مقابل اموال مردم، ضامن بداند؛ مثل جائی که آن‌ها در نگه داری کالای مردم بی‌مبالاتی کنند. (القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۶۱)

وی در این عبارت ضمن بیان حکمت ضمان دانستن صاحبان بعضی از حرف، وجه جمع دو دسته روایاتی که در فوق مورد اشاره قرار گرفت را نیز بیان کرده است.

۳. فقه سیاسی

یکی از محققان، در مقام بیان تعریف فقه سیاسی می‌گوید:

در فقه مباحثی تحت عنوان: جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، حسبه، امامت و خلافت، نصب امراء و قضات، مأمورین جمع آوری وجوهات شرعی، مؤلفه قلوبهم، دعوت به اسلام، جمعه و جماعات، آداب خطبه‌ها و برگزاری مراسم عید، صلح و قرارداد با دولت‌های دیگر،

۱- عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع يُضَمِّنُ الصَّبَّاعَ وَالْقَصَّارَ وَالصَّائِغَ اخْتِطَاطًا عَلَيَّ أُمَّتِيَعَةَ النَّاسِ وَ كَانَ لَا يُضَمِّنُ مِنَ الْغُرُقِ وَالْحَرَقِ وَالشَّيْءِ الْغَالِبِ؛ عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْكَاهِلِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْقَصَّارِ يُسَلِّمُ إِلَيْهِ التُّوبَةَ وَ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَ فِي وَفْتٍ قَالَ إِذَا خَالَفَ وَ ضَاعَ التُّوبَةُ بَعْدَ الْوَفْتِ فَهُوَ ضَامِنٌ (الاستبصار، ج ۳، ص ۱۳۲)؛ همچنین رك: الكافي، ج ۵، ص ۲۴۱؛ الفقيه، ج ۳، التهذيب، ج ۷، ص ۲۱۹؛ وسائل، ج ۱۹، ص ۱۴۲.

۲- الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَيْسَى وَ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الصَّبَّاعِ وَالْقَصَّارِ قَالَ لَيْسَ يُضَمَّنَانِ. مرحوم شیخ در توجیه این روایات و وجه جمع بین آن‌ها و روایات فوق می‌گوید: «فَالْوَجْهُ فِي هَذَا الْخَبَرِ أَنَّهُمَا لَا يُضَمَّنَانِ إِذَا كَانَا مَأْمُورَيْنِ فَأَمَّا إِذَا اتَّهَمَهُمَا ضَمَّنَا حَسَبَ مَا قَدَّمْنَا فِي خَبَرِ أَبِي بَصِيرٍ وَ غَيْرِهِ»، (تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۲۲۱)

تولگی و تبرّی، همکاری با حاکمان و نظائر آن به طور مستقیم یا غیر مستقیم مطرح شده است که به آن‌ها احکام سلطانیه یا فقه سیاسی گفته می‌شود.

به این ترتیب فقه سیاسی شامل آن دسته از مسائل حقوقی می‌شود که تحت عناوینی چون حقوق اساسی و حقوق بین الملل و نظائر آن مطرح می‌گردد. (عمید زنجانی، ۵۰/۲)

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، عبارت فوق بیش از این که تعریفی از فقه سیاسی باشد، بیانگر برخی از مسائل و موضوعات فقه سیاسی است. جز آنکه، از این عبارت می‌توان این نکته را استنباط کرد که اساساً موضوعات و مسائل فقه سیاسی از یک سو، مربوط به حقوق و تکالیف انسان در زندگی سیاسی و اجتماعی و از سوی دیگر مربوط به روابط دولت با اشخاص دیگر اعم از اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی خصوصاً اشخاص حقوقی عمومی می‌شود.

از نگاه نگارنده، می‌توان تعریف زیر را، برای فقه سیاسی بیان نمود:

فقه سیاسی، مجموعه قواعد و مسائل فقهی استنباط شده از منابع معتبر شرعی است که مربوط به حاکمیت و ساختار سیاسی کشور شامل شکل حکومت و قوای سازنده آن و نحوه ارتباط آن‌ها با یکدیگر و با مردم و ادراة امور کشور در بُعد داخلی و خارجی است.

پس از روشن شدن اجمالی مفهوم فقه سیاسی و گستره شمول آن، در ادامه برخی از مسائل این عرصه را که در رابطه با حفظ نظام است، مورد اشاره قرار می‌دهیم. با تکرار و تأکید بر این نکته که تمام مسائل مربوط به حسن جریان امور در کشور که به منظور حفظ نظم عمومی و حفظ نظام اجتماعی از سوی دولت اعمال می‌شود، اعم از این‌که امور مربوط به روابط دولت با مردم، یا امور مربوط به روابط اجزای دولت با یکدیگر باشد، از مهم‌ترین محورهای مباحث فقه سیاسی یا حقوق عمومی است. لذا مواردی که در زیر ذکر می‌شود همگی از مصادیق مسائل فقه سیاسی، محسوب می‌شود.

آنچه در ادامه آورده می‌شود، سؤال و جواب‌هایی است که از برخی فقهای معاصر در زمینه‌های مختلف، از جمله «رعایت قوانین و مقررات عمومی کشور» است که با استفاده از وحدت ملاک، می‌توان حکم کلی شرعی در مورد سایر موارد مشابه صادر نمود و به این ترتیب گفت که در هر مورد که با اقداماتی نظام جامعه، دچار اختلال شود، باید از آن پیش‌گیری شود.

آیت الله اراکی^(ره) در پاسخ به استفتایی در مورد پابندی به مقررات دولتی، حکم به عدم

جواز هرج و مرج و اختلال در نظام معاش انسانی، داده است. متن استفتاء و پاسخ آن به این شرح زیر است:

سؤال: آیا رعایت مقررات دولتی که مسؤولین نظام مقدس اسلامی برای حفظ نظام تصویب می‌کنند و آنرا به مصلحت نظام تشخیص می‌دهند واجب است و همچنین مقرراتی که برای نظم تصویب می‌کنند مانند مقررات رانندگی؟

جواب: اموری که باعث هرج و مرج و اختلال نظام معاش انسانی می‌شود، جایز نیست و مقررات دولت برای حفظ این دو جهت، تصویب شده است. (۶۰۲)

همچنین آیت‌الله گلپایگانی^(ره) در پاسخ به استفتایی، بر وجوب رعایت مقررات دولت اسلامی که برای حفظ نظم کشور قرار داده شده، فتوا داده است. به این ترتیب که:

سوال- اهانت به مأمورین دولت در حین انجام وظیفه و تمرد نسبت به مأمور دولت در حین انجام وظیفه در صورت گذشت شاکی خصوصی، قابل گذشت می‌باشد یا خیر؟

جواب- مراعات مقررات مشروع دولت اسلامی که برای حفظ نظام کشور است، لازم و اهانت به مسلمان معصیت است. (۲۱۴/۳، ۱۴۱۴/۳)

وی در جای دیگری حفظ نظام را به عنوان یک ضابطه برای جواز برخی اقدامات ولی فقیه، از جمله تصرف در اموال خصوصی مردم در موارد خاص، صحه گذاشته است.^۱

پر واضح است که در این سؤال و جواب‌ها که به طور کلی، حکم لزوم رعایت مقررات مربوط به حفظ نظام بیان شده است، مفهوم کلی و دایره گسترده فقه سیاسی، طبق تعریفی که ارائه کردیم، نهفته است. با این توضیح که وقتی گفته می‌شود: «مقررات مشروع دولت اسلامی که برای حفظ نظام کشور است» یا «اموری که باعث هرج و مرج و اختلال نظام معاش انسانی می‌شود»، منظور از آن کلیه قواعد و مقررات ناظر به موضوعات حقوق عمومی یا فقه سیاسی است که مورد اشاره قرار گرفت.

در این جا، به برخی مسائل اختصاصی فقه سیاسی که در آن مسئله حفظ نظام مورد اهتمام قرار گرفته است، به طور فهرست‌وار اشاره می‌نماییم:

- عدم مشروط بودن امر جهاد به دست آحاد مکلفان: (منتظری، ۲/۲۱۸)

۱-سوال: هل للفقیه الحق فی التصرف بأموال المؤمنین الزائده عن حاجتهم و إذا کان نعم، فبأي مقدار أو ما هي الضابطه لذلك؟

جواب: باسمه تعالی: لاحق له فی ذلك، إلا إذا اقتضت الضرورة و توقف حفظ نظام الاسلام و المسلمین علیه، والله العالم (۱۴۱۳ق، ۱۸۰).

- لزوم اقامه حدود به دست حاکم شرعی؛ (روحانی، ۳۵/۱۳)
 - جواز رجوع به سلطان جائز در صورت عدم امکان دست‌یابی به حاکم عادل؛ (مصطفی خمینی، ۱۶)
 و موارد دیگری که از ذکر آنها صرف نظر می‌شود.

۴. فقه عبادی

هر چند در نگاه نخست به نظر می‌رسد، فقه عبادی در زمینه مسئله حفظ نظام، ساکت باشد؛ اما با بررسی متون فقهی روشن می‌شود، در پاره‌ایی از مسائل این ابواب نیز، این مسئله به عنوان دلیل یا حکمت، مورد اهتمام قرار گرفته است. نمونه‌های زیر از این دست است:
 ا. عدم تنجیس متنجس در صورت تعدد واسطه؛ (خویی، ۱۴۱۰ق، ۳۲۲/۱)
 ب. اعتماد به قول ذی‌الید در مورد طهارت یا نجاست آنچه در دست اوست؛ (همان)
 ج. عدم اعتماد به وسوسه در قضایای طهارت و نجاست. (همان، ۱۷۲/۲)

قلمرو کاربرد و استناد به «حفظ نظام» در اصول فقه

علاوه بر فقه، برخی از مسائل اصول فقه نیز به صراحت به حفظ نظام، مستند شده است. در ادامه به بعضی از مهم‌ترین موارد مذکور در این خصوص می‌پردازیم:

الف) امارات و حفظ نظام

به اذعان فقها و اصولیان، امارات، توانایی قرار گرفتن به جای علم یا قطع را دارند؛ چرا که حیات اجتماع وابسته به عمل بر اساس امارات است و اگر قرار باشد هرکس در زندگی اجتماعی و امور روزانه، همواره به دنبال تحصیل علم و قطع باشد، نظام اجتماع مختل می‌شود. به همین خاطر است که عقلاً ناگزیرند به قول فرد موثق و ظواهر کلام، اعتماد کرده و بر طبق آن عمل می‌کنند. (ر.ک: خمینی، تهذیب الاصول، ۳۳۳/۲ و نایینی، ۱۳۵/۳) به نظر برخی، یکی از دلایل «حجیت خبر واحد»، آن است که اگر این امر را نپذیریم، زندگی مردم، مختل می‌شود؛ لذا برای حفظ نظام معاش مردم باید برای خبر واحد حجیت قائل شویم. (خوانساری، جامع المدارک، ۴۲۹/۷)

یکی از محققان، پس از بحث مبسوط در زمینه خاستگاه اعتبار «سیره عقلا» و ذکر اقوال و نظرات گوناگون اصولی در این زمینه، سرانجام نتیجه می‌گیرد که «مقوله مصلحت حفظ نظام» رایج‌ترین و قابل دفاع‌ترین دیدگاه ابراز شده از سوی اصولیان، در باب خاستگاه سیره‌های

عقلایی است. از نگاه وی، استوارترین و ماندگارترین سیره‌ها، همان است که بر پایه این قییل مصالح بنا شود. نمونه این مصالح عبارت است از: سیره عقللا در تشکیل حکومت و ایجاد سازمان سیاسی در جامعه، توزیع مسؤولیت‌ها از طریق نهاد حقوقی نمایندگی و بر اساس شایستگی‌ها و مهارت‌ها، لزوم وفای به پیمان‌ها و معاهدات بین‌المللی، رعایت اصل مصونیت دیپلماتیک در روابط بین‌الملل. (فخلعی، ۱۰۴)

ب) اصول عملیه و حفظ نظام

در مورد اصول عملیه نیز مشابه استدلال فوق وجود دارد؛ بدین صورت که اگر در دست‌یابی به حکم واقعی تردید حاصل شده باشد، بر اساس اصول عملیه، به حکم ظاهری عمل می‌شود. غرض مهم‌تر برای گذر از غرض عمل به حکم واقعی، چیزی نیست مگر حفظ نظام عباد و مصون داشتن آن‌ها از اعراض از دین و ایجاد رغبت در آن‌ها برای گرایش به سوی شریعت. در حقیقت مولای حکیم نیز در این گونه موارد، غرض اهم را بر غرض مهم مقدم می‌دارد؛ به خاطر تحفظ بر آنچه اولی و اقدم است. (خمینی، تهذیب الاصول، ۳۰۹)

۱. اصل استصحاب:

به اعتقاد برخی فقها، خاستگاه «اصل استصحاب» و محل رشد و تطوّر آن، اجتماعات بشری بوده که برای حفظ اجتماع و نظام خود، به وجود چنین اصلی نیاز دارند و آن را در روابط خود حفظ می‌کنند. (حکیم، ۴۴۵) ضمن آنکه زیربنای استصحاب را نیز، حفظ نظام می‌دانند. (محمد حسین اصفهانی، ۳۶۹)

امام خمینی^(ره) به پیروی از میرزای نایینی یکی از دلایل حجیت استصحاب را، حفظ نظام می‌داند؛ به طوری که اگر استصحاب پذیرفته نشود اختلال نظام در زندگی و اقتصاد و ارتباطات مردم پیش می‌آید.

۲. اصل احتیاط:

شاید یکی از مسائل اصولی که در آن بیش از هر مسئله اصولی دیگر، بر حفظ نظام تأکید شده است، «اصل احتیاط» است؛ به گونه‌ای که هیچ عالم اصولی نیست، مگر آنکه در این بحث اشاره‌ای به حفظ نظام کرده باشد. علاوه بر اینکه در مباحث کلی مربوط به حکم واقعی و حکم ظاهری نیز، حسب مورد به این مسئله پرداخته شده است. به عنوان نمونه امام خمینی^(ره)

۱- أنه لو لا حجیة الاستصحاب، لزم اختلال نظام الناس في معاشهم و سوقهم و مراسلاتهم، و لیس ذلك من جهة رجاء البقاء؛ لأنه لو كان كذلك لم يُقدّموا علی إرسال البضائع و لا الأموال التجارية و غيرها إلى شركائهم مع احتمال موتهم. (۱۳۷۶، ۳۷/۴)

در مقام جمع میان احکام ظاهری و احکام واقعی، پس از آنکه به منظور عمل به حکم واقعی، الزام به رعایت احتیاط از سوی شارع را ممکن می‌داند، مقرر می‌دارد:

اگر در عمل به احتیاط، محذوری شدیدتر از رخصت عمل به حکم ظاهری وجود داشته باشد، عمل به حکم ظاهری [و ترک حکم واقعی] جایز است. (۱۴۱۵ق، ۲۱۰/۱)

به این معنی که جایز است عمل به احتیاط و در نتیجه عمل به حکم واقعی ترک شود. همچنین ایشان در مقدمه چهارم دلیل انسداد یعنی بحث عمل به اطراف علم اجمالی، نیز عمل به احتیاط تام را چنانچه موجب عسر و حرج شدید و اختلال نظام شود، لازم نمی‌دانند. (همان، ۳۴۷ و ۳۶۵-۳۶۷) بلکه برخی فتوا به عدم جواز احتیاط در این مقام داده‌اند. (حکیم، همان، ۳۴۰) بعضی دیگر از اصولیان این مسئله را در مقدمه سوم دلیل انسداد، مطرح کرده‌اند. (مظفر، ۳۱/۲) هرچند دلایل نقلی مثل ادله نفی عسر و حرج، بر عدم رعایت احتیاط و رفع تکلیف بر این مسئله، دلالت دارد، عقل نیز به نوبه خود بر این امر دلالت می‌کند؛ به طوری که بعضی گفته‌اند در این مورد، چون عقل مستقلاً حکم می‌کند، اصولاً نیازی به استناد به حکم شرع نیست. (گلپایگانی، ۱۴۱۰ق، ۱۰۷/۲-۱۰۹)

شیخ انصاری (فرائد الاصول، ۳۶۷/۱) و آخوند خراسانی (۳۱۳) و نایینی (۲۴۳/۳) نیز با تعابیر مشابهی، احکام مشابهی را در مورد عدم لزوم رعایت احتیاط در اطراف علم اجمالی، بیان کرده‌اند.

نتیجه گیری

از مجموع آنچه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که:

اولاً؛ در اسلام و منابع فقهی و کلمات فقها به مسئله اجتماع و حفظ آن، اهمیت زیادی داده شده است؛ به گونه‌ای که داشتن نظام پایدار و با ثبات، زمینه‌ساز رشد، تکامل و سعادت دنیوی و اخروی انسان محسوب می‌شود.

ثانیاً؛ نظام دارای مفاهیم مختلفی است و میان آن‌ها نوعی رابطه سلسله مراتبی وجود دارد. در رأس همه نظام‌های بر شمرده شده اعم از نظام عام اجتماع و سایر خرده‌نظام‌ها، نظام اسلام قرار داشته و اخلال در هر یک از آن‌ها، به اخلال در نظام اسلام خواهد انجامید.

ثالثاً؛ یکی از کانون‌های توجه فقها در تبیین مسائل فقهی و افتاء، مسئله حفظ نظام بوده که گاهی فقها، از باب ضرورت - یعنی ضرورت حفظ نظام - به عنوان حدوث یک عنوان

ثانوی، دست به صدور حکم ثانوی زده‌اند.

رابعاً؛ با توجه به کاربرد وسیع مسئله حفظ نظام، در ابواب مختلف فقهی، می‌توان از آن به عنوان یکی از قواعد فقهی مهم با گستره عام یاد کرد.

منابع

- نهج البلاغه**، ترجمه محمد دشتی، چاپ اول، انتشارات اسد آبادی، قم، ۱۳۷۹.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، **لسان العرب**، چاپ اول، دار احیاء التراث العربی بیروت، ۱۴۰۸.
- ابوالحمد، عبدالحمید، **مبانی علم سیاست**، چاپ دهم، نشر توس، تهران، ۱۳۸۴.
- آبی، فاضل، حسن بن علی بن ابی طالب، **کشف الرموز فی شرح مختصر النافع**، مصحح شیخ علی پناه اشتهازدی و آقا حسین یزدی، چاپ سوم، مؤسسه انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۷ق.
- آخوند خراسانی، ملا محمد کاظم، **فوائد الاصول**، چاپ اول، وزارت ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۷ق.
- آخوند خراسانی، ملا محمد کاظم، **کفایة الاصول**، چاپ اول، ۱۴۰۹هـ.ق، مؤسسه آل‌البیته (ع)، و نسخه سه جلدی، تحقیق عباس علی سبزواری، چاپ سوم، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۷ق.
- اراکي، محمد علی، **توضیح المسائل**، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۱۵ق.
- إربلی، علی بن عیسی، **کشف الغمّة فی معرفة الأئمة**، مکتبه بنی هاشمی، تبریز، ۱۳۸۱ق.
- اصفهانى، محمد حسین، **الفصول الغرّیة**، دار الاحیاء العلوم الاسلامیة، ۱۴۰۴ق.
- آصفی، محمد مهدی، **مبانی نظری حکومت اسلامی**، مترجم: محمد سپهری، چاپ اول، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، تهران، ۱۳۸۵.
- آل کاشف الغطاء، محمد حسین، **اصل الشیعة و اصولها**، الطبعة الاولى، مؤسسه الامام علی (ع) بی‌جا، ۱۴۱۵ق.
- آمدی، عبدالواحد بن محمد تمیمی، **غررالحکم و درر الکلم**، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حمزه علمیه قم، ۱۳۶۶.
- انصاری، شیخ مرتضی، **المکاسب**، تحقیق: لجنة الحقیق تراث الشیخ الاعظم، الطبعة الثانية، المؤتمر العالمي بمناسبة الذکری المئویة لمیلاد الشیخ الانصاری، قم، ۱۴۲۰ق.
- انصاری، شیخ مرتضی، **فوائد الاصول**، دفتر انتشارات اسلامی، قم، بی‌تا.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، **بلغة الفقیه**، چاپ چهارم، منشورات مکتبه الصادق، تهران، ۱۴۰۳ق.

- البحرانی، کمال الدین میثم بن علی بن میثم، شرح نهج البلاغه، الطبعة الاولى، انوار الهدی، قم، ۱۴۲۷ق.
- جلبی، مسعود، جامعه شناسی نظم؛ تشریح و تحلیل نظری نظم اجتماعی، چاپ سوم، نشر نی، تهران.
- حقیقت، سید صادق، مسأله شناسی مطالعات سیاسی، چاپ اول، بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۳.
- حکیم، سید محمد تقی، الاصول العامة للفقهاء المقارن، چاپ دوم، المجمع العالمي لأهل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۸ق.
- حکیم، سید محمد سعید، المحکم فی اصول الفقه، الطبعة الاولى، مؤسسة المنار، بیروت، ۱۴۱۴ق.
- حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، چاپ دوم، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم ۱۴۱۰ق.
- حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر، الألفین، مكتبة الالفین، الكويت، ۱۴۰۵ق.
- _____ تحرير الأحكام الشريعة على مذهب الامامية، تحقيق: شيخ ابراهيم بهادري، الطبعة الاولى، مؤسسه امام صادق (ع) قم، ۱۴۲۰ق.
- _____ تذكرة الفقهاء، (طبع قديمی).
- خمینی، سید مصطفی، ثلاث رسائل (ولاية الفقيه)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۳۷۶.
- خمینی، روح الله، الرسائل، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۳۸۵ق.
- _____ تحرير الوسيلة، مكتبة اعتماد، تهران، ۱۴۰۳ق.
- _____ تنقيح الاصول، تقرير حسين تقوى اشتهاردی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ۱۳۷۶.
- _____ انوار الهداية، چاپ دوم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ق.
- _____ تهذيب الاصول، تقرير جعفر سبحانی، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۳۸۲ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، فقه الشیعة، چاپ سوم، مؤسسه آفاق، قم، ۱۴۱۸ق.
- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۶.
- خویی، ابوالقاسم، کتاب الطهارة، چاپ دوم، انتشارات لطفی، قم، ۱۴۱۰ق.
- _____ مصباح الفقاهة، الطبعة الاولى، مكتبة الداوري، قم، بی تا.
- رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله بن محمد علی (م ۱۳۱۲ه ق)، کتاب الإجارة، قابل دسترسی در نرم افزار لوح فشرده مكتبة اهل البيت.
- رشتی، میرزا حبیب الله بن محمد علی، کتاب القضاء، محقق: سید احمد حسینی، چاپ اول، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۰۱ق.
- روح الله شریعتی، قواعد فقه سیاسی، چاپ اول، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۷.

- روریش، ویلفرید، *سیاست به مثابه علم*، مترجم: ملک یحیی صلاحی، سمت، تهران، ۱۳۸۵.
- ریترز، جورج، *نظریه جامعه شناسی در دوران معاصر*، مترجم: محسن ثلاثی، چاپ دهم، نشر علمی، تهران، بی تا.
- الزحلی، وهبة، *الفقه الاسلامی و ادلته*، الطبعة الرابعة، دارالفکر، سوریه، بی تا.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، مصحح: مؤسسه المنار، چاپ چهارم، دفتر آیه الله سبزواری، ۱۴۱۳ق.
- شمس الدین، محمد مهدی، *نظام الحکم و الادارة فی الاسلام*، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للطباعة و النشر، قم، ۱۴۱۲ق.
- شیخ صدوق، محمد بن علی بن حسن بن بابویه قمی، *علل الشرايع*، انتشارات مكتبة الداوری، قم، بی تا.
- _____ *من لا يحضره الفقيه*، انتشارات جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۳ق.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*، دارالکتاب الاسلامیة، تهران، ۱۳۹۰ق.
- _____ *تهذیب الأحکام*، دارالکتاب الاسلامیة، تهران، ۱۳۶۵.
- صدر، سید محمد، *ماوراء الفقه*، مصحح جعفر هادی دجیلی، الطبعة الاولى، دارالأضواء للطباعة و النشر، بیروت، ۱۴۲۰ق.
- طباطبایی، سید محمد حسین، *تفسیر المیزان*، ترجمه موسوی همدانی سید محمد باقر، چاپ پنجم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۷۴.
- طبرسی، احمد بن علی، *الاحتجاج*، چاپ اول، نشر مرتضی، مشهد، ۱۴۰۳ق.
- طبری، محمد بن جریر آملی (متولد قرن ۴ق)، *دلائل الامامة*، دارالذخائر للمطبوعات، قم، بی تا.
- طبسی، نجم الدین، *الموجز فی السجن و النفی فی مصادر التشريع الاسلامی*، قابل دسترسی در نرم افزار لوح فشرده مكتبة اهل البيت.
- طریحی، فخر الدین، *مجمع البحرين*، چاپ اول، دار و مكتبة الهلال، بیروت، ۱۹۸۵م.
- عالم، عبدالرحمن، *بنيادهاي علم سياست*، چاپ ۱۲، نشر نی، تهران، ۱۳۸۳.
- عاملی، شیخ حر، *وسائل الشیعه*، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۰۹ق.
- عمید زنجانی، عباسعلی، *قواعد فقه سیاسی (مصلحت)*، چاپ اول، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۸۴.
- غروی، محمد حسین، *بحوث فی الاصول*، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.

فخلعی، محمد تقی، «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل» *دوفصلنامه مطالعات اسلامی*، شماره ۸۴/۱، بهار و تابستان ۸۹.

فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، منشورات الهجرة، قم، ۱۴۱۰ق.

کلینی، ثقة الاسلام محمد بن یعقوب بن اسحاق (م ۳۲۹ق)، *الکافی*، دار الکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۵. گلبایگانی، سید محمد رضا، *ارشاد المسائل*، اعداد: موسی مفید الدین عاصی العالمی، الطبعة الاولى، دارالصفوة، بیروت، ۱۴۱۳ق.

_____ *افاضة العوائد*، چاپ اول، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۱۰ق.

_____ *کتاب القضاء*، چاپ خانه خیام، قم، ۱۴۰۱ق.

_____ *مجمع المسائل*، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۱۴ق.

مازندرانی، محمد بن شهر آشوب، *مناقب آل ابی طالب (ع)*، مؤسسه انتشارات علامه، قم، ۱۳۷۹ق.

مازندرانی، مولی محمد صالح، *شرح اصول کافی*، تصحیح: سیدعلی عاشور، الطبعة الاولى، دار احیاء التراث العربی للطباعة والنشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۲۱ق.

مجلسی، محمد باقر، *بحار الانوار*، مؤسسه الوفاء بیروت، لبنان، ۱۴۰۴ق.

مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، چاپ پنجم، انتشارات اسماعیلیان، قم، بی تا.

مفید، محمد بن محمد بن نعمان، *الامالی*، کنگره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ق.

منتظری، حسینعلی، *دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية*، الطبعة الثانية، منشورات المركز العالمی للدراسات الاسلامیه (جامعة المصطفی العالمیة)، قم، ۱۴۰۸ق.

موسوی بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ، *القواعد الفقهية*، چاپ اول، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ق.

نابینی، میرزا محمد حسین، *فوائد الاصول*، چاپ ششم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ق.

نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن بن باقر (۱۲۶۶ هـ)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، مصحح: شیخ عباس قوچانی، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.

نرم افزار، *صحیفه امام*، مرکز کامپیوتری علوم اسلامی نور.

نصرتی، علی اصغر، *نظام سیاسی اسلام*، چاپ چهارم، مرکز نشر هاجر، قم، ۱۳۸۵.

نمازی، حسین، *نظام های اقتصادی*، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۶.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۸/۱،
بهار ۱۳۹۱، ص ۱۶۸-۱۵۱

گونه‌های کاربرد قیاس در فقه شیعه بر اساس کتاب جواهر الکلام*

محمد مهدی یزدانی^۱

دانشجوی دکتری دانشگاه فردوسی مشهد

Email: Yazdanikamarzard@gmail.com

دکتر حسین صابری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: hsaberi66@gmail.com

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@gmail.com

چکیده

مسئله قیاس و چگونگی برخورد با آن از مسائل دیرین در فقه و اصول مذاهب است. در این میان، در مذهب شیعه هر چند رویکرد کلی از دیر باز رویکردی منفی بوده است و هنوز هم این رویکرد ادامه دارد، ولی مطلب مهمی که صرف نظر از دیدگاه‌های اصولی فقها باید مورد توجه بیشتر و دقت نظر عمیق‌تر قرار گیرد، برخورد آنان با قیاس در کتاب‌های فقهی است. در کتب فقهی مواردی را می‌توان یافت که به نظر می‌رسد مصداق استفاده از قیاس باشد. این مطلب با نظریه مشهور شیعه یعنی بطلان قیاس، سازگاری ندارد.

مقاله حاضر بر اساس همین رویکرد و با مبنا قرار دادن کتاب جواهر الکلام به ذکر نمونه‌هایی پرداخته که به قیاس بودن آنها تصریح شده یا تعریف قیاس بر آنها منطبق است و در صدد پاسخ گویی به پرسش‌هایی است که در این زمینه مطرح می‌باشد.

کلید واژه‌ها: قیاس، تعمیم حکم، اشتراک حکم، مسالک تعلیل

* تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۱۰/۲۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۰۴/۱۵.
۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

از مباحثی که عامه و خاصه در آن اختلاف نظر بارزی دارند و هر یک از طرفین در دو جانب افراط و تفریط قرار گرفته‌اند، موضوع قیاس است. نسبت به اقسام و شرایط قیاس و نیز نسبت به کیفیت نفی و اثبات و طریق استدلال و جهات دیگر، آراء مختلفی وجود دارد. این اختلاف نظرها است که این مبحث را کمی پیچیده کرده است.

در این مقاله ما نمی‌خواهیم جنبه اصولی بحث قیاس یعنی مباحثی همچون تعریف قیاس، انواع قیاس، قیاس محل نزاع بین شیعه و اهل سنت و ادله موافقان و مخالفان قیاس را مورد بحث قرار دهیم و لذا به آن نپرداخته‌ایم. در مجموع، رویکرد کلی شیعه در باره قیاس از گذشته یک رویکرد منفی بوده و هنوز هم این رویکرد ادامه دارد. در این میان، مطلب بسیار مهمی که صرف نظر از دیدگاه‌های اصولی فقها باید مورد توجه بیشتر و دقت نظر عمیق‌تر قرار گیرد، برخورد آنان با قیاس در کتاب‌های فقهی است. به نظر می‌رسد در برخی از آثار فقهی شیعه، نظم و انضباط چندانی در رد یا به کارگیری قیاس به چشم نمی‌خورد و موارد زیادی را می‌توان یافت که مصداق استفاده از قیاس به شمار می‌رود. در این صورت لازم است بررسی شود که آیا موارد فوق قیاس باطل است و فقها به طور ناخواسته در دام آن گرفتار آمده‌اند و یا این موارد، اگر چه در ظاهر و نگاه ابتدایی قیاس به نظر می‌رسند، اما اصولاً قیاس باطل نیستند.

همچنین در موارد متعددی ملاحظه می‌شود که فقها یکدیگر را به اعمال قیاس مؤاخذه کرده و بر همین اساس نظرات یکدیگر را رد نموده‌اند که لازم است علل و عوامل این گونه ابهامات و اختلاف برداشت‌ها مشخص گردد.

آیا حقیقت و ماهیت قیاس در نزد فقها از وضوح مفهومی کاملی برخوردار نبوده و در نتیجه جا برای ارائه تعاریفات جدید و تازه از قیاس باطل و صحیح وجود خواهد داشت و یا مشکلات به مقام عمل بر می‌گردد که فقها در عملکرد خود، انضباط و دقت عمل کافی اعمال نکرده و نسبت به این مسئله توجه لازم و کامل ننموده‌اند؟

آنچه در این مقاله آمده است، ذکر نمونه‌هایی است از کاربرد قیاس که در متون فقهی شیعه به آن تمسک شده و یا حداقل اینگونه به نظر می‌رسد.

همان طور که گفته شد دیدگاه عالمان شیعی نسبت به قیاس، دیدگاهی منفی است و آنان به پیروی از احادیث رسیده از امامان معصوم (ع) (رک: حر عاملی، ۱۸/۲۰-۴۱ و ۱۹/۲۶۸)؛

نوری، ۲۴۳/۱۷-۲۵۰)، از آغاز، پرچمدار مبارزه با به کارگیری قیاس در استنباط احکام الهی بوده‌اند و مکتب اهل بیت(ع)، مکتبی مخالف با اعمال رأی و قیاس در احکام الهی شناخته می‌شود. این مطلب هم در کتب اهل سنت به شیعه نسبت داده شده است(رک: شیرازی، ۲۷۶؛ آمدی، ۵/۴؛ غزالی، المستصفی، ۲۸۳؛ همو، المنحول، ۴۲۳) و هم در منابع اصول شیعه بدان تصریح شده است(رک: علم‌الهدی، ۶۷۵/۲؛ طوسی، العده، ۶۵۲/۲؛ محقق حلی، معارج الاصول، ۱۸۳؛ علامه حلی، مبادئ الوصول، ۲۱۹).

مخالفت بزرگان و فقیهان شیعه با کاربرد قیاس به قدری عمیق است که بی اعتباری آن از ضروریات و مسلمات فقه شیعه شمرده می‌شود.(علامه حلی، همان، ۲۱۴؛ ابن شهید ثانی، ۲۲۶؛ استرآبادی، ۲۶۹؛ شیخ بهائی، ۱۰۸)

برخورد فقها با قیاس در متون فقهی

با وجود مخالفت فقهای امامیه با قیاس، در متون فقهی به مواردی بر می‌خوریم که مشاهده می‌کنیم فقها به قیاس عمل کرده‌اند. بر فرض که برداشت ما از یک متن فقهی و عمل یک فقیه، اشتباه باشد و ما به غلط، کار او را قیاس بپنداریم، به کرات مشاهده می‌کنیم که فقهای بزرگی همچون صاحب جواهر از عمل فقهای دیگر، قیاس را برداشت نموده و در مقام پاسخ‌گویی و رد آنان، فرموده است: «هذا قیاس لانقول به». از این گونه تعبیرات می‌توان پی برد که استدلال طرف مقابل، به گونه‌ای بوده است که صاحب جواهر آن را قیاس دانسته و به همین جهت نظر او را صائب ندانسته است. همچنین عکس آن هم به چشم می‌خورد یعنی گاهی اوقات صاحب جواهر برای ادعای خود به دلیلی استدلال کرده است که از دیدگاه خود او قیاس نیست، اما دیگران آن را قیاس باطل دانسته و مردود شمرده‌اند. بنا بر این وجود قیاس در متون فقهی مطلبی است که کلام بزرگان فقه بر آن دلالت دارد. امام خمینی نیز در کتاب الطهاره خود وجود چنین مواردی را در کتاب‌های فقه تأیید کرده و توجیهی برای آن نیز بیان کرده‌اند که در نتیجه گیری آن را بیان خواهیم کرد.(۴۵۹/۳)

در نتیجه یک پژوهش استقرائی که با محوریت کتاب جواهر الکلام در کتب فقهی صورت گرفت، بیش از چهارصد مورد گونه‌های مختلف قیاس به دست آمد که فقها آن‌ها را مورد استناد قرار داده و بر اساس آن حکم صادر کرده‌اند. تعداد این قیاسها اصلا اهمیت ندارد. آنچه مهم و محل سؤال است این است که اگر عمل به قیاس در فقه شیعه به طور مطلق درست

نیست، فقها اصلاً حتی در یک مورد هم نباید از آن استفاده کرده باشند. بنا بر این، استناد آنان به قیاس در متون فقهی چه مفهومی دارد؟

قیاس منصوص العله، قیاس اولویت^۱ و قیاس تنقیح مناط قطعی مورد قبول فقهای امامیه است و محل نزاع نیست. اما بسیاری از قیاس‌های به دست آمده قیاس مستنبط العله است. این گونه قیاس‌ها محل نزاع قرار دارد و استناد ما نیز بیشتر به همین قسم از قیاس است.

اینک به ذکر نمونه‌هایی از تمسک به قیاس توسط فقها می‌پردازیم. در این مثال‌ها، صرف نظر از درستی یا نادرستی عمل فقیه مورد نظر و نقدهایی که ممکن است بر آن وارد باشد، آن چه که دارای اهمیت است، نفس استناد به قیاس است؛ خواه به عنوان یک دلیل مستقل مطرح شده باشد و خواه به عنوان مؤید و شاهد؛ و خواه عنوان قیاس به آن داده باشند و یا عنوانی دیگر. آنچه در ذیل ذکر می‌شود، دو دسته قیاس است: دسته اول قیاس‌هایی است که خود صاحب جواهر آن‌ها را آورده و یا تأیید کرده است. دسته دوم قیاس‌هایی است که فقهای دیگر انجام داده‌اند و صاحب جواهر آن‌ها را قیاس دانسته و به همین دلیل با آن‌ها مخالفت کرده است.

الف: قیاس‌های مورد تأیید صاحب جواهر

۱. قیاس ارتداد زوج به طلاق: اگر شوهر بعد از انجام عقد ازدواج و قبل از آنکه با همسرش هم بستر شود، مرتد شود، عقد ازدواج آنان باطل و به نظر محقق در کتاب شرایع، نصف مهر بر مرد لازم می‌آید (۲/۵۲۰).

صاحب جواهر این ارتداد را نازل منزله طلاق قبل از دخول دانسته و احکام طلاق قبل از دخول را بر آن بار کرده است. بنا بر این همان گونه که بر اساس روایات، طلاق قبل از دخول نصف مهریه را بر مرد واجب می‌کند (حر عاملی، ۱۵/۶۱)، ارتداد قبل از دخول هم موجب ثبوت نصف مهر می‌شود (۴۸/۳۰).

۱. به نظر این جانب با توجه به تعریف قیاس اولویت، می‌توان گفت که تمام موارد این نوع قیاس نیز داخل در محل نزاع قرار می‌گیرد. در این نوع قیاس، گام اول شناخت علت یا جامع است و مادامی که علت استخراج نشود و به آن علم پیدا نکنیم، قضاوت در باره وجود یا عدم آن در فرع بی معنا خواهد بود، تا چه رسد به بحث از اقوا بودن، مساوی بودن و یا اضعف بودن وجود علت در فرع. بنا بر این اگر علت، منصوص نباشد و مجتهد خود بخواهد علت را به دست آورد، فرقی بین انواع مختلف قیاس وجود ندارد و صرف اولویت، دلیل بر صحت و حجیت آن و در نتیجه خروج از محل نزاع نمی‌شود.

۲. قیاس امام جماعت غیر مسافر (در صورت پیشی در رکعات از مأمومین) به امام جماعت مسافر: امام جماعت مسافری که بر غیر مسافرین امامت می کند، می تواند بعد از سلام یکی از مأمومین را به عنوان امام معین کند، تا مردم نماز را به امامت او به جماعت ادامه دهند (حر عاملی، ۵/۴۰۴). به نظر صاحب جواهر، در جایی که امام، مسافر نیست ولی از بقیه مردم، نمازش زودتر تمام می شود نیز، بر اساس همان ملاک، تعیین امام جماعت جدید برای او جایز می باشد. (۳۷۳/۱۳)

در اینجا صاحب جواهر به صراحت قیاس صحیح را حجت دانسته و قائل به تعدی حکم از موارد منصوصه به سایر موارد می باشد و لذا می بینیم ایشان، نه تنها قائل به تعدی حکم فوق از مسافر به غیر مسافر می شود، بلکه مطلق نقل نیت اقتدا از یک امام به امام دیگر و یا از امام به یکی از مأمومین را، بر اساس همین روایات جایز می داند. (۳۷۳/۱۳)

علامه حلی نیز در *منتهی المطلب* (۱/۳۶۶) و *تذکره* (۱۷۵) با صاحب جواهر هم رأی است. ۳. قیاس اقتدا به امام جماعت دوم در یک نماز از روی اختیار به موارد منصوص مثل فوت امام یا پیش آمدن مشکل برای او: اگر در وسط نماز جماعت، امام فوت کند یا حادثه دیگری برای او اتفاق بیفتد و مانع ادامه نماز وی شود، در این صورت جایز است شخص دیگری به عنوان امام جماعت دوم در جای امام قرار گیرد. در روایات، به این حکم تصریح شده است (حر عاملی، ۵/۴۴۰).

صاحب جواهر، اقتدا به امام جماعت دوم در یک نماز در حال اختیار را، به مواردی که نص بر صحت آن ها داریم، قیاس کرده و آن را نیز جایز دانسته است. (۳۱/۱۴)

۴. قیاس نگاه زن به نگاه مرد در هنگام ازدواج: مردی که می خواهد با زنی ازدواج کند، برای او نگاه کردن به صورت، دست ها و موی سر آن زن جایز است. همچنین می تواند بقیه زیبایی های او را نیز در حال راه رفتن و یا ایستادن، از روی لباس تماشا کند. (۶۳/۲۹) در روایات فقط حکم نگاه مرد به زن بیان شده است. (حر عاملی، ۵۹/۱۴؛ نوری، ۱۴/۱۹۳) به نظر صاحب جواهر، می توان در این مسئله زن را به مرد ملحق کرد و گفت: همان گونه که مرد می تواند به زنی که قصد ازدواج با او را دارد، نظر کند، زن هم جایز است به مردی که قصد ازدواج با او را دارد، نظر کند؛ زیرا هر دو در علت مشترک هستند. (۶۸/۲۹)

۵. قیاس اموال پیدا شده در بیابان به اموال پیدا شده در دار مخروبه: اموالی که در دار مخروبه پیدا می شود، در صورتی که صاحب آن پیدا نشود، مال کسی است که آن را پیدا

می‌کند. (حر عاملی، ۳۵۴/۱۷)

به نظر صاحب جواهر، اموال پیدا شده در غیر دار مخروبه نیز مال یابنده آن‌ها است. وی این اموال را به اموال پیدا شده در دار مخروبه قیاس کرده و حکم هر دو را یکسان دانسته است. (۳۱۰-۳۰۹/۳۸)

طباطبائی در کتاب *ریاض المسائل* نیز قول به اختصاص حکم به خربه را رد کرده و آن را در مفازه نیز ثابت و بلکه اولی دانسته است. (۴۱۶/۳)

همچنین شیخ طوسی در کتاب *نهایه* حکم فوق را از دار مخروبه به فلات تعمیم داده و هر دو را دارای حکم واحد دانسته است. (۳۲۲)

۶. **قیاس دندان اضافی به انگشت اضافی:** اگر انسان انگشت اضافی کسی را قطع کند، دیه‌ای که در اثر این جنایت باید بپردازد ثلث دیه انگشت اصلی است. روایاتی که در بردارنده حکم مذکور هستند، دیه ثلث را فقط در مورد انگشت بیان کرده‌اند. (حر عاملی، ۲۶۷/۱۹)

اکثر فقها دیه دندان زائد را نیز ثلث دیه کامل دانسته‌اند؛ به عنوان نمونه محقق حلی در کتاب‌های *شرایع* (۱۰۳۴/۴) و *المختصر النافع* (۳۰۰)، شهید ثانی در کتاب *مسالك* (۴۲۱/۱۵) و شیخ طوسی در کتاب‌های *مبسوط* (۱۰۰/۷) و *نهایه* (۷۶۷) دارای این نظر هستند. این حکم فقها در واقع دلیلی به جز قیاس دندان زائد به انگشت زائد ندارد.

صاحب جواهر در ابتدا می‌فرماید: این حکم مختص انگشت اضافی است و سرایت دادن آن به بقیه اعضا قیاس است؛ اما بعد با یک استدراک نظر خود را عوض می‌کنند و می‌فرمایند: مگر اینکه ما از روایات، یک قاعده کلی را استخراج کنیم و بگوییم دیه قطع همه اعضا اضافی در بدن، ثلث دیه عضو اصلی است آن‌گونه که از کتاب‌های *مسالك* و *مجمع البرهان* این مطلب به دست می‌آید. نتیجه آن که صاحب جواهر از روایات، ملاک حکم را استنباط کرده و با استفاده از آن ملاک، حکم دیه جنایت بر سایر اعضای زاید بدن را نیز به دست آورده است. (۲۳۴/۴۳)

۷. **قیاس هر نوع مباشرتی که منجر به انزال شود به جماع:** به نظر محقق کرکی در *جامع المقاصد* (۱۰۱/۳) و محقق حلی در *شرایع* (۱۶۱/۱)، معتکف در صورتی که به وسیله جماع اعتکاف خود را باطل کند، علاوه بر بطلان اعتکاف، کفاره نیز بر او واجب می‌شود.

در روایات، کفاره فقط برای جماع ذکر شده است. (حر عاملی، ۴۰۶/۷) اما صاحب جواهر (۲۰۸/۱۷) و شیخ طوسی در *المبسوط* (۲۹۴/۱) هر نوع مباشرتی که منجر به انزال شود

را به جماع ملحق کرده و آن را جاری مجرای جماع نموده و در آن‌ها نیز کفاره را لازم دانسته‌اند. بنا بر این لازم دانستن کفاره برای این امور، از باب قیاس آن‌ها به جماع خواهد بود.

۸. قیاس نذر و عهد به قسم: قسم فرزند نسبت به پدر، قسم زن نسبت به شوهر و قسم مملوک نسبت به مالک، لازم الوفاء نیست و مخالفت با آن موجب کفاره نمی‌شود. (حر عاملی، ۱۲۹/۱۶)

صاحب جواهر، نذر و عهد را نیز به قسم ملحق کرده است. به نظر وی ذکر قسم در روایات فاقد خصوصیت است و با استفاده از مضمون آن‌ها می‌توان حکم را به نذر و عهد تسری داد. (۳۳۷/۱۷)

۹. قیاس گفته وکیل در مورد مال مورد وکالت به گفته زن در امور زنانه: صاحب جواهر با استفاده از روایات باب حیض (حر عاملی، ۵۹۶/۲) و به دست آوردن علت پذیرش گفته زنان درباره حیض و طهر از آن روایات، حکم را تعمیم داده و در هر امری که علت فوق وجود داشته باشد، یعنی اقامه بینه بر آن دشوار یا ناممکن باشد، گفته مدعی را با سوگند قابل پذیرش دانسته است و چون وکیل در بیشتر موارد برایش امکان اقامه بینه ناممکن یا دشوار است، پس نتیجه گرفته است که گفته او با سوگند پذیرفته و بر گفته مالک مقدم می‌شود. (۴۳۲/۲۷)

۱۰. قیاس ازدواج موقت و ملک یمین به ازدواج دائم: اگر مردی با دختر صغیره ازدواج دائم کند، بر اساس روایات ائمه معصومین (ع)، بر مرد حرام است که با او وطی انجام دهد و در صورتی که مرتکب این عمل حرام شود و عیبی بر زن وارد شود، ضامن خواهد بود. (حر عاملی، ۷۰/۱۴)

صاحب جواهر گفته است: این که در روایات، حرمت وطی با صغیره فقط در ازدواج دائم ذکر شده است، دلالت بر تخصیص حکم به آن نمی‌کند؛ بلکه حکم فوق، در ازدواج موقت و ملک یمین نیز وجود دارد؛ زیرا علت حکم که افضاء باشد در هر سه مورد هست، پس حکم حرمت نیز در هر سه وجود خواهد داشت. (۴۱۴/۲۹)

۱۱. قیاس خواهر زن به زن چهارم: علامه حلی در قواعد الاحکام گفته است: اگر شخصی بخواهد زنش را غیباً طلاق دهد و بعد خواهر او را بگیرد یا زن چهارم اختیار کند، باید یک سال صبر کند و سپس مبادرت به ازدواج فوق نماید. (۱۳۳/۳)

به نظر صاحب جواهر این مرد باید نه ماه منتظر شود و پس از گذشت نه ماه اقدام به

ازدواج نماید. (۱۴۵/۳۲)

نکته‌ای که در اینجا بسیار حائز اهمیت است آن است که در روایت فقط صورتی ذکر شده است که مرد قصد ازدواج با زن چهارم را دارد و مورد ازدواج با خواهر زن اصلاً ذکر نشده است. (حر عاملی، ۴۷۹/۱۵) اما فقها هر دو مسئله را با هم ذکر کرده و هر دو را دارای یک حکم دانسته‌اند با آنکه صورت دوم اصلاً در روایت ذکر نشده است. علت تعمیم حکم از زن چهارم به خواهر زن، چیزی جز قیاس نمی‌تواند باشد.

صاحب جواهر صریحاً به این تعمیم اشاره و آن را نیکو دانسته است. (۱۴۵/۳۲)

۱۲. قیاس زکات فطره به دین: صاحب جواهر قائل به جواز تبرع در پرداخت زکات فطره است؛ گر چه همراه با اذن معیل نباشد. دلیلی که صاحب جواهر برای جواز آورده است، عبارت است از قیاس زکات فطره به دین؛ یعنی همان‌طور که قرض گیرنده می‌تواند زکات مالی را که قرض دهنده به او قرض داده است، از طرف او تبرعاً بپردازد و در این خصوص روایاتی داریم که در آن‌ها این کار جایز شمرده شده است، (حر عاملی، ۶۷/۶) معال هم می‌تواند از طرف معیل زکات فطره را تبرعاً پرداخت نماید. (۵۰۷/۱۵)

محقق عاملی در مدارک این استدلال صاحب جواهر و فرآیندی را که برای اثبات ادعای خود به کار گرفته است، به صراحت قیاس دانسته است. عین عبارت صاحب مدارک چنین است: «وحمله علی الدین أو الزکاة المالیه لا یخرج عن القیاس.» (۳۱۹/۵)

ب: قیاس‌های دیگر فقها که صاحب جواهر آن‌ها را به دلیل قیاس بودن رد کرده است

۱. قیاس غسل به وضو: قاعده تجاوز در باب وضو جاری نمی‌شود؛ بلکه در آنجا، در صورت شک در جزء، باید دوباره آن را اتیان کند. در روایات این حکم فقط در مورد وضو بیان شده است. (حر عاملی، ۳۳۰/۱)

طباطبائی در کتاب ریاض غسل را به وضو قیاس نموده و گفته است که این قاعده در باب غسل نیز همچون باب وضو جاری نمی‌شود. (۲۷۷/۱)

صاحب جواهر این نظر طباطبائی را نپذیرفته و آن را عجیب دانسته است. علت تعجب صاحب جواهر آن است که طباطبائی غسل را به وضو قیاس کرده و این مسئله مورد قبول فقها نیست. (۵۵/۲)

۲. قیاس هزینه کفن زوجه به دین و نفقه: بر طبق روایات، خرج کفن زن بر عهده شوهر است. (حر عاملی، ۷۵۹/۲) به گفته محقق سبزواری در ذخیره المعاد، در نزد اصحاب این حکم در صورتی است که زوج معسر نباشد. (۸۹/۱)
- محقق کرکی در جامع المقاصد نیز گفته است: اگر زوج معسر باشد، خرج کفن زوجه از او ساقط می شود و از ترکه خود زن آن را تهیه می کنند. (۳۹۹/۱)
- دلیل سقوط هزینه کفن زوجه از زوج معسر، قیاس کفن به دین و نفقه است و به همین خاطر، صاحب جواهر این نظر را قابل قبول نمی داند. (۲۵۶/۴)
۳. قیاس سجدهتین به رکوع: اگر کسی از روی سهو، دو سجده نماز را فراموش کند، به نظر ابن سعید حلی در کتاب الجامع للشرایع، اگر فراموشی سجدهتین، در دو رکعت اول باشد، نماز باطل است ولی اگر در دو رکعت آخر باشد، باید رکوع رکعتی که سجده های آن را فراموش کرده است، به حساب نیاید و رکعت بعدی را رکعت قبلی حساب کند و نماز را به پایان برساند و رکوع اضافه شده خللی به نماز وارد نمی کند. (۸۳)
- به نظر صاحب جواهر دلیلی برای این نظریه، جز قیاس دو سجده فراموش شده به رکوع فراموش شده وجود ندارد (۱۲۷/۱۰)؛ زیرا بنا بر برخی از نصوص، اگر نمازگزار در هنگام نماز رکوع را فراموش کند، در صورتی که رکوع فوق، در رکعت اول باشد، نمازش باطل است؛ اما اگر در غیر رکعت اول باشد، باید سجدهتین را از اعتبار بیندازد و رکعت بعدی را رکعت دوم خود قرار دهد و نماز باطل نمی شود و سجدهتین اضافی خللی به نماز وارد نمی کند. (حر عاملی، ۹۳۴/۴)
۴. قیاس شک بین چهار و شش به شک بین چهار و پنج: بنا بر روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع) در صورتی که نمازگزار بعد از سجده دوم، بین رکعت چهار و پنج شک کند، باید بعد از سلام دو سجده سهو انجام دهد و نمازش صحیح است. (حر عاملی، ۳۲۶/۵)
- علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه از ابن ابی عقیل نقل کرده است که وی حکم شک بین چهار و بیشتر از پنج را همانند حکم شک بین چهار و پنج دانسته و احکام هر دو را یکی دانسته است (۳۹۱/۲) و در واقع شک چهار و شش را به شک چهار و پنج قیاس کرده است.
- شاهد بر این ادعا برداشت صاحب جواهر است که او نیز بعد از نقل مطلب فوق از ابن ابی عقیل، به دلیل آنکه مستند او قیاس است، آن را ضعیف دانسته و رد کرده است. (۳۵۶/۱۲)
۵. قیاس سایر مبطلات روزه به جماع: به نظر محقق کرکی در جامع المقاصد، (۱۰۱/۳)

محقق حلی در *شرایع الاحکام* (۱۶۱/۱) و صاحب جواهر، (۲۰۸/۱۷) معتکف در صورتی که به وسیله جماع اعتکاف خود را باطل کند، علاوه بر بطلان اعتکاف، کفاره نیز بر او واجب می‌شود.

شهید اول در دروس، در بقیه مفطرات روزه نیز کفاره را لازم دانسته است. (۳۰۲/۱) با توجه به اینکه در روایات، کفاره فقط برای جماع ذکر شده است، (حر عاملی، ۴۰۶/۷) لازم دانستن کفاره برای بقیه مفطرات روزه، از باب قیاس آن‌ها به جماع خواهد بود. صاحب جواهر این عمل را قیاس محض دانسته است. (۲۰۹/۱۷)

۶. قیاس تمام الفاظ کنایه‌ای دال بر طلاق به «اعتدی»: صیغه طلاق باید با الفاظ خاصی که صریح در طلاق است مثل «انت طالق» و یا لفظ «اعتدی» که در روایات ذکر شده است، جاری شود. (حر عاملی، ۲۹۵/۱۵) شهید ثانی در *مسالك*، طلاق با سایر الفاظ کنایه‌ای را به لفظ کنایه‌ای «اعتدی» ملحق کرده و گفته است که با آن‌ها نیز طلاق واقع می‌شود. (۷۹/۹)

شهید ثانی در اینجا مرتکب قیاس شده و لذا صاحب جواهر این نظر شهید ثانی را غریب و مایه تعجب دانسته است. (۶۶/۳۲)

۷. قیاس جواب سلام در نماز به جواب سلام در غیر نماز: به نظر محقق حلی در *شرایع* (۷۳/۱) و صاحب جواهر (۱۰۰/۱۱)، در پاسخ «سلام علیکم» در نماز، واجب است فقط به همان اندازه پاسخ وی داده شود. از سوی دیگر، مطابق با روایات منقوله از ائمه (ع)، سزاوار است جواب سلام در غیر حال نماز با الفاظ بهتر و کامل و جامع‌تر از اصل سلام داده شود. (نوری، ۳۷۱/۸؛ حر عاملی، ۴۴۷/۸)

شهید ثانی در *مسالك* (۲۳۲/۱)، سلام معهود یعنی «سلام علیکم» را نیز در مقام جواب، در نماز جایز دانسته و آن را به جواب سلام در غیر نماز، قیاس کرده است. صاحب جواهر از عده دیگری از فقها نیز این قیاس را نقل کرده ولی به این جهت که آنان مرتکب قیاس شده‌اند، آن را رد نموده است. (۱۰۵/۱۱)

۸. قیاس عدول از نماز قضا به نماز ادا، به عدول از نماز ادا به نماز قضا: کسی که دو نماز فوت شده دارد و می‌خواهد آن‌ها را قضا کند، اگر اول نماز قضای دوم را شروع نماید، مستحب است که در وسط نماز، از نماز فوت شده دوم به نماز فوت شده اول، عدول نماید و نیز اگر کسی که نماز قضا بر عهده‌اش است، وارد نماز ادا شود، می‌تواند در وسط نماز ادا نیت خود را به نماز قضا تغییر دهد. (حر عاملی، ۲۱۱/۳)

شهید اول در کتاب ذکری عدول از نماز فائته به نماز حاضره را به عدول از نماز حاضره به فائته قیاس کرده و در صورت ضیق وقت، آن را نیز جایز دانسته است. (۴۳۷/۲) وی حتی در جای دیگری از کتاب ذکری این عدول را به طور مطلق یعنی بدون قید ضیق وقت، جایز می‌داند. (۲۵۱/۳)

به نظر صاحب جواهر از آنجا که جواز عدول در نمازها یک امر تعبدی است و این کار در واقع یک نوع قیاس است، این مطلب را نمی‌توان پذیرفت. (۱۳۷/۱۳)

۹. قیاس روزه به نماز تمام: اگر مسافری قصد اقامت ده روزه را در شهری بنماید و پس از آنکه در آن شهر یک نماز تمام خواند، از نیت ده روز برگردد، باید بقیه نمازهایش را تمام بخواند. (حر عاملی، ۵/۵۳۲)

علامه حلی در قواعد (۳۲۶/۱) و تحریر (۳۳۸/۱) تصریح کرده است که روزه گرفتن هم مثل نماز تمام خواندن است، یعنی اگر این شخص بعد از نیت ده روز، شروع به روزه هم کرده باشد و سپس از نیت اقامت ده روز برگردد، باید بقیه نمازهایش را تمام بخواند. شهید ثانی در مسالک نیز از جماعتی از اصحاب نقل کرده است که آنان روزه را به نماز تمام ملحق کرده‌اند. (۳۴۷/۱)

از دیدگاه صاحب جواهر، در اینجا در واقع این گروه از فقها، مرتکب قیاس شده و روزه را به نماز تمام قیاس کرده‌اند به همین دلیل صاحب جواهر خود این قول را قبول نکرده است. (۳۲۲/۱۴)

۱۰. قیاس فقیر غیر مسافری که قصد سفر ضروری دارد به ابن سبیل: یکی از موارد مصرف زکات، ابن سبیل است. ابن سبیل مسافری است که در راه مانده باشد. (حر عاملی، ۶/۱۴۶)

به نظر شهید ثانی در کتاب شرح لمعه، شخصی هم که بالفعل مسافر نیست ولی قصد سفر ضروری دارد و صاحب مال و اموالی نیست، حکم ابن سبیل را دارد و مستحق زکات خواهد بود. (۵۰/۲)

صاحب جواهر این حکم شهید ثانی را قیاس دانسته و لذا آن را ضعیف شمرده و قابل پذیرش نمی‌داند. (۳۷۳/۱۵)

۱۱. قیاس همه مواردی که زمان مرگ دو نفر مشتبه می‌شود مثل آتش سوزی و قتل در میدان جنگ به مرگ در زیر آوار و غرق شدن: اگر دو نفر که از یکدیگر ارث می‌برند، بر

اثر منهدم شدن بنا، زیر آوار مانده و فوت کنند یا هر دو در اثر غرق شدن، از دنیا بروند، با شرایطی از هم ارث می‌برند. این حکم در روایات فقط برای دو دسته بالا بیان شده است. (حر عاملی، ۱۷/۵۹۰)

برخی از فقها مثل شیخ طوسی در کتاب *نهایه* (۶۷۴)، ابن حمزه در کتاب *وسیله* (۴۰۰) و ابن سعید حلی در کتاب *الجامع للشرائع* (۵۲۰)، سایر مواردی که زمان مرگ دو نفر مشتبه شده و تقدم و تأخر مرگ یکی بر دیگری مشخص نمی‌شود همچون موارد بالا را به مهدوم علیهم و غرقی ملحق کرده و قائل به ارث بردن هر کدام از دیگری می‌باشند. دلیل بر این مطلب آن است که اشتباه که علت حکم است، در آن موارد نیز وجود دارد.

صاحب جواهر در اینجا حکم فوق را منحصر در مهدوم علیهم و غرقی دانسته است و تعدی از این دو سبب به سایر اسباب را نمی‌پذیرد و آن را قیاس باطل به حساب می‌آورد. (۳۰۸/۳۹)

نتیجه گیری

آنچه ذکر شد نمونه‌هایی از استفاده از قیاس در کتب فقهی شیعه است که فقها برای اثبات یک حکم شرعی یا به عنوان مؤید به آن تمسک کرده‌اند.

ممکن است کسی اصل قیاس بودن موارد مذکور را نپذیرد و بگوید این‌ها هیچ‌کدام قیاس نیست و آن‌ها را یا از باب القاء خصوصیت و تنقیح مناط قطعی بدانند و یا بگویند قیاس منصوص العله هستند و یا مدعی شود که عموم لفظی دلیل اصل، شامل فرع و مقیس^۱ علیه شده و حکم آن را بیان کرده است و یا امثال آن‌ها که مورد قبول فقهای امامیه قرار دارد، فرض کند. شاید بهترین و راحت‌ترین راه که ممکن است اقرب به صحت هم باشد، همین راه است. اما بسیاری از استدلال‌های ذکر شده در مقاله که مورد استناد فقها قرار گرفته است، توسط فقهای دیگر، قیاس نامیده شده و آنان به همین جهت آن استدلال را نپذیرفته و رد کرده‌اند؛ همچنین تعاریفی که برای قیاس در کتب اصولی اهل سنت و حتی شیعه ذکر شده است، بر این موارد قابل تطبیق است؛ علاوه بر این در مفهوم و ماهیت استدلال‌های مشابه قیاس از قبیل القاء خصوصیت، تنقیح مناط، عموم لفظی، اصالة الظهور، قیاس اولویت و غیره شفافیت دقیقی که آن را کاملاً از قیاس متمایز کرده و بر مصادیق خارجی آن قابل تطبیق باشد، دیده نمی‌شود. در نتیجه، این سه عامل دست به دست هم داده و این اطمینان را از انسان سلب می‌کنند که او بپذیرد موارد فوق قیاس نیست.

اینک باید دید با فرض قبولی این تنافی میان نظرات اصولی و عملکرد فقها، چگونه می‌توان آن را توجیه کرد و چه نتیجه‌ای می‌توان از آن به دست آورد؟

یک توجیه آن است که همه آنچه را که قیاس به نظر می‌رسد، خطاهایی بدانیم که فقها ناخواسته دچار آن شده‌اند. این خطاها دو صورت دارد: یک صورت آن است که بگوییم فقها قصد قیاس نداشته‌اند و سهواً و از روی غفلت بدون آنکه متوجه باشند که کار آن‌ها قیاس است، مرتکب قیاس شده‌اند.

ظاهر امر این است که این احتمال در برخی از موارد تمسک به قیاس پذیرفتنی است؛ به ویژه در جاهایی که تنها وجود یک نوع شباهت میان فرع و اصل، باعث شده باشد فقیه حکم اصل را برای فرع ثابت کند؛ از قبیل قیاس زبان نوزاد به زبان شخص لال از این جهت که هر دو شخص قادر به سخن گفتن نیستند؛ و بعد نتیجه گیری شود که دیه قطع زبان آن دو نیز مساوی خواهد بود؛ چنان‌که علامه حلی در تحریر (۵/۵۷۳) مبادرت به این کار نموده است. این قیاس، قیاس شبه نامیده می‌شود و در حجیت آن میان اهل سنت اختلاف شده است و به گفته شیرازی در *اللمع* (ص ۲۱۰) اکثریت آن را حجت نمی‌دانند. علاوه بر آنکه این قیاس، قیاس در مقادیر نیز هست که زرکشی در *المثبور* گفته است اهل سنت آن را نیز قبول ندارند. (۳/۱۹۴) اما موارد استفاده فقها از قیاس که بتوان به آنان نسبت خطا و اشتباه داد بسیار اندک و غیر قابل توجه است.

صورت دوم خطا آن است که بگوییم فقیه‌ای که متهم به قیاس شده است، در حقیقت قیاس انجام نداده است اما دیگران از عمل او برداشت غلط نموده و سهواً او را به عمل به قیاس رمی نموده‌اند. احتمال تحقق این فرض نیز در برخی از موارد منتفی نیست. اما موارد زیادی را می‌توان یافت که این احتمال در مورد آن‌ها ضعیف است و پذیرش اینکه قیاسی صورت نگرفته بسیار دشوار است.

نتیجه دیگری که از تنافی و ناهماهنگی میان نظرات فقها در کتاب‌های اصولی آنان و عملکردشان در فقه می‌توان به دست آورد این است که ادعا کنیم برداشت آنان از مفهوم و معنای قیاس باطلی که در روایات از عمل به آن نهی شده، کاملاً واضح و روشن نبوده است و حداقل می‌توان گفت که میان آنان در این رابطه وحدت نظر وجود ندارد و تعاریف آنان از قیاس باطل و منهی^۱ عنه با یکدیگر متفاوت می‌باشد.

به نظر می‌رسد در این زمینه نیز کلمات فقها دارای ابهام است. اینکه آنان قیاس اولویت را

به طور مطلق حجت می‌دانند و توجه نمی‌کنند که آیا جامع که وجودش در فرع قوی‌تر از اصل است، از راه نص به اثبات رسیده یا نتیجه استنباط خود فقیه است (چرا که در فرض اول داخل در قیاس منصوص العله و در فرض دوم داخل در قیاس مستنبط العله خواهد شد) و اینکه در قیاس تنقیح مناط، تنها عدم فارق میان اصل و فرع را برای تساوی حکم آن دو کافی می‌پندارند و در اکثر موارد تنقیح مناط، ادعای قطع می‌کنند حال آنکه معیار مشخصی برای اثبات قطع ارائه نمی‌دهند و موافقان قیاس همان موارد فوق را ظنی دانسته و با استناد به قیاس، حجیت آن را ثابت می‌کنند و نیز اینکه در برخی از موارد که موافقان و مخالفان قیاس، بالاتفاق در مورد مسئله‌ای حکمی را صادر نموده و برای آن از یک استدلال بهره گرفته‌اند و فقط در صدق عنوان قیاس بر آن اختلاف نظر دارند بدین صورت که مخالفان، با ادعای ظاهر بودن نص در علیت و سپس تعمیم علت فوق به موارد مشابه، حکم شرعی را در مورد آن مسئله ثابت می‌کنند و موافقان، همان حکم را به قیاسی که علت آن را فقیه از راه استنباط به دست آورده است، مستند می‌سازند و بسیاری از موارد مبهم دیگر در بحث قیاس، همه حاکی از این است که حداقل در پاره‌ای از موارد، نزاع‌ها لفظی است و آنچه که اختلاف به نظر می‌رسد ناشی از عدم تعریف یا برداشت مشترک از بعضی از اصطلاحات است.

جهت دیگری که برای توجیه تنافی میان نظر و عمل فقها در مورد قیاس، با بهره‌گیری از سخنان صاحب جواهر می‌توان بیان کرد، بحث نقش مذاق شرع است، در آنجا که گفته است: «إذ الفقيه بعد ممارسته لكلامهم (عليهم السلام) وأنسه به صار كالحاضر المشافه في كثير من الأمور فإذا فهم وانساق إلى ذهنه من بعض الأدلة التعدى من مواردها إلى غيرها كان حجة شرعية يجب عليه العمل بها» (۳۷۳/۱۳). توضیح مطلب آن است که انس ذهنی فقیه که بر اثر ممارست در نصوص پدید می‌آید، می‌تواند در وی این توانایی را ایجاد می‌کند که با استفاده از علم و تجربه خویش، گاهی اوقات به ملاکات احکام اطمینان حاصل کرده و بر اساس آن حکم را از موارد مذکور به موارد دیگر تعمیم دهد.

مواردی که مشاهده می‌کنیم فقها قیاس کرده‌اند از این باب است. در این موارد، گرچه در نص به علت و جامع تصریح نشده است، اما به گونه‌ای است که فقیه، ظهور در علیت را از آن می‌فهمد و برای او در این مورد اطمینان حاصل می‌شود. آنگاه با توجه به آشنایی و ممارستی که با نصوص دارد، علت حکم را از آن استنباط می‌کند و به موارد مشابه که دارای علت مذکور هستند، حکم را تسری می‌دهد. در این حالت، روایات نهی از قیاس شامل آن نمی‌شود.

بر اساس این نتیجه گیری، نکته‌ای که در اینجا بسیار حائز اهمیت است، نقش کسی است که قیاس می‌کند. این شخص اگر مجتهد باشد و سالیان درازی از عمر خویش را صرف مطالعه و بررسی منابع فقهی و آیات قرآن و روایات صادره از پیامبر(ص) و ائمه معصومین(ع) کرده باشد و بر روایات هر باب احاطه و تسلط کافی داشته و به اصطلاح ذائقه شرع را درک کرده باشد، تا حد زیادی می‌تواند ملاکات احکام را تشخیص دهد و در صورت ظهور آیات و روایات در علیت امری، به استناد آن حکم را تعمیم دهد. اما اگر قیاس کننده مجتهد نباشد و به صرف مشاهده یک نص و استنباط ملاک حکم از آن مطابق با تشخیص و سلیقه شخصی خویش، آن را به موارد دیگر سرایت دهد، در این حالت، ادله نهی از قیاس شامل آن می‌شود و قیاس او مورد قبول نخواهد بود. بنا بر این می‌پذیریم که فقها فی الجمله قیاس انجام می‌داده‌اند گرچه موارد آن معدود و در شرایط خاص و توسط افراد خاصی این کار صورت می‌گرفته است. نتیجه دیگری که امام خمینی در کتاب الطهاره خود بعد از اذعان به اینکه در کتب فقها گونه‌هایی از استدلال به چشم می‌خورد که مشابه قیاس است، از این مسئله گرفته‌اند آن است که فقها تعمداً این کار را انجام داده‌اند تا با استفاده از روش خود مخالفان، نظرات آنان را رد و آنان را محکوم نمایند و الا قصد آنان استناد به آن ادله نبوده است و اگر کسی به آنان نسبت عمل به قیاس بدهد، این فرد غافل است و به آنان تهمت زده است. (۴/۵۹۹) این سخن هم در پاره‌ای موارد صحیح است، اما تشخیص موارد آن کار بسیار سختی است و کمی ابهام دارد.

در هر صورت، از مجموع مواردی که فقهای بزرگوار شیعه حکمی را تعمیم داده و اسم آن را تنقیح مناط، القاء خصوصیت، عدم اختصاص به مورد، عموم لفظی، قیاس اولویت و امثال آن گذاشته‌اند و در همین حال برخی دیگر آن را قیاس می‌دانند و حتی بعضی از فقهای امامیه نیز مصداق‌هایی از آن را قیاس باطل دانسته و به همین سبب با آن به مخالفت برخاسته‌اند، به دست می‌آید که در مورد مسئله قیاس، انضباط فکری کافی در میان فقها وجود ندارد و ابعاد نظری مسئله نزد همه کاملاً روشن نشده است و همین ابهامات و اختلاف در مفاهیم و برداشت‌ها، مسئله قیاس را کمی پیچیده کرده و لزوم بازنگری آن را توسط فقهای عظام جدی‌تر نموده است و بر خلاف آنچه که در کتاب‌های اصولی متأخران رسم شده است که به دلیل وضوح بطلان قیاس، از طرح آن در کتاب‌هایشان خودداری می‌کنند، تبیین شفاف‌تر قیاس و بیان وجوه تشابه و افتراق آن با موارد مشابه، امری کاملاً ضروری به نظر می‌رسد، به ویژه که این مسئله از قدیم الایام و از قرون اولیه اسلام محل نزاع قرار داشته است.

منابع

- ابن حمزة، محمد بن علي، *الوسيلة الي نيل الفضيلة*، تحقيق: شيخ محمد الحسون، قم: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، ١٤٠٨ق.
- ابن شهيد ثاني، حسن بن زين الدين، *معالم الدين في الاصول*، قم: مؤسسة النشر الاسلامي.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، *لسان العرب*، قم: أدب الحوزة، ١٤٠٥ق - ١٣٦٣.
- استرآبادي، محمد امين بن محمد شريف، *الفوائد المدنية*، تحقيق: شيخ رحمة الله رحمتي اراكي، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤٢٤ق.
- آمدی، علي بن محمد، *الاحكام في اصول الاحكام*، المكتب الاسلامي، ١٤٠٢ق.
- انصاري، مرتضى بن محمد امين، *كتاب النكاح*، تحقيق: لجنة التحقيق، قم: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، ١٤١٥ق.
- بحراني، يوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة*، قم: مؤسسة النشر الاسلامي.
- جوهری، اسماعيل بن حماد، *الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية*، تحقيق: احمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين، ١٤٠٧ق - ١٩٨٧م.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشيعة في تحصيل احكام الشريعة*، تحقيق وتصحيح: الشيخ عبد الرحيم الرياني الشيرازي، بيروت: دار احياء التراث العربي، ١٤٠٣ق - ١٩٨٣م.
- حلي، يحيى بن سعيد، *الجامع للشرائع*، تحقيق وتخريج: جمع من الفضلاء، قم: مؤسسهُ سيد الشهداء العلمية، ١٤٠٥ق.
- خميني، روح الله، *كتاب الطهارة*، نجف: مطبعة الآداب، ١٣٨٩ق - ١٩٧٠م.
- زركشي، محمد بن بهادر، *المثبور في القواعد (فقه شافعي)*، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، كويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ١٤٠٥ق.
- شهيد اول، محمد بن مكي، *الدروس الشرعية في فقه الامامية*، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٢ق.
- _____ *اللمعة الدمشقية*، قم: دار الفكر، ١٤١١ق.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، تحقيق: السيد محمد كلانتر، جامعة النجف الدينية، ١٣٩٨ق.
- _____ *مسالك الافهام في شرح شرايع الاسلام*، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ١٤١٣ق.
- شوكانی، محمد، *ارشاد الفحول الي تحقيق الحق من علم الاصول*، تحقيق: محمد سعيد البدری أبو مصعب، بيروت: دار الفكر، ١٤١٢ق - ١٩٩٢م.

- شیخ بهائی، محمد بن حسین، *زبدة الاصول*، تحقیق: فارس حسون کریم، مرصاد، ۱۴۲۳ق-۱۳۸۱.
- شیرازی، ابراهیم بن علی، *اللمع فی اصول الفقه*، بیروت: عالم الکتب، ۱۴۰۶ق.
- طباطبائی، علی، *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *العدة فی اصول الفقه*، تحقیق: محمد رضا انصاری قمی، قم: ۱۴۱۷ق-۱۳۷۶.
- _____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تصحیح و تعلیق: السيد محمد تقی الکشفی، تهران: المكتبة المرצועیة لإحیاء آثار الجعفریة، ۱۳۸۷.
- _____، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، قم: قدس محمدی.
- _____، *تهذیب الاحکام*، تحقیق و تعلیق: السيد حسن الموسوی الخرسان، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۶۴.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الاحکام الشریعة علی مذهب الامامیة*، تحقیق: الشیخ ابراهیم البهادری، قم: مؤسسه الإمام الصادق(ع)، ۱۴۲۰ق.
- _____، *تذکرة الفقها*، المكتبة الرضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.
- _____، *مبادئ الوصول الی علم الاصول*، تعلیق و تحقیق: عبد الحسین محمد علی البقال، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
- _____، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، چاپ سنگی.
- علم الهدی، علی بن حسین، *الذریعة الی اصول الشریعة*، تصحیح و تعلیق: أبو القاسم گرجی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۶.
- غزالی، محمد بن محمد، *المنحول من تعلیقات الاصول*، تحقیق: محمد حسن هیتو، دمشق: دار الفکر، ۱۴۱۹ق-۱۹۹۸م.
- _____، *المستصفی فی علم الاصول*، تصحیح: محمد عبدالسلام عبدالشافی، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۷ق-۱۹۹۶م.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام عن قواعد الاحکام*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۶ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع*، تهران: قسم الدراسات الإسلامیة فی مؤسسه البعثة، ۱۴۱۰ق.
- _____، *شرايع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، تعلیق: سيد صادق شیرازی، تهران: استقلال، ۱۴۰۹ق.

_____ ، **معارج الاصول**، اعداد: محمد حسين رضوى، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام للطباعة والنشر ١٤٠٣ق.

موسوى عاملى، محمد بن على، **مدارك الاحكام فى شرح شرايع الاسلام**، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ١٤١٠ق.

نجفى، محمد حسن بن باقر، **جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام**، تحقيق: عباس قوچاننى، تهران: دار الكتب الاسلامية، ١٣٦٧.

نورى، حسين بن محمد تقى، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، بيروت: مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، ١٤٠٨ ق-١٩٨٧ م.

Shī'ism the universal approach in this respect has since long ago been a negative one and it still continues to be so, the important issue that has to be taken into further consideration and more deeply contemplated on despite the theological viewpoints of the jurists is their treatment of analogy in legal books. In legal books, certain instances can be found that seem to be an evidence of using analogy. This does not contradict the widely known Shī'ī view, namely, invalidity of analogy.

According to this approach and on the basis of *Jawāhir al-Kalām*, the present article has presented some examples, which are asserted to be analogical or the definition of analogy applies to them. It is also intended to answer the questions raised in this respect.

Keywords: analogy, generalization of the legal decision (*ḥukm*), equivocation of *ḥukm*, ways of explanation.

applicable that it can be brought up and examined as an important and pervasive legal principle; although such a principle is not mentioned in earlier legal works. However, such questions as what meaning the term *nizām* has been used in, what ranks it enjoys, what relation exists between these ranks, and what rulings each one has, are the subject of the present research, which is regarded as an innovation in its own right. The research method employed in this article is the descriptive and library method; that is to say, first, with respect to its lexical and technical applications, various types of *nizām* are recounted, and then the instances for the application of this issue in jurists' language are examined.

Keywords: *nizām*, preserving the *nizām*, disorder in *nizām*, community.

Types of Application of Analogy in Shī'a Jurisprudence According to *Jawāhir al-Kalām*

Muḥammad Mahdī Yazdānī, Ph.D. Student

Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Ḥusayn Ṣābirī, Associate Professor

Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Ḥusayn Nāṣirī Muqaddam, Associate Professor

Ferdowsi University of Mashhad

Analogy and how to treat it is among the earliest issues in the jurisprudence and principles of legal schools. Meanwhile, although in

lapidation for the married man and lashes for the unmarried man. The Islamic penal law, on the basis of some traditions, has simply considered death penalty as the punishment for pederasty in case of penetration. Examining the objections made against the lawmaker's definition of pederasty, the present research analyzes article 110 of Iranian Civil Law and tries to criticize the lawmaker's legislative function besides analyzing the lawmaker's basis in establishing punishment for pederasty.

Keywords: pederasty, married man, death penalty, legitimate union (*iḥṣān*), lapidation, *tafkhīdh* (robbing the genitals against thighs).

The Concept of Socio-political System (*Nizām*) and its Application in Jurisprudence and Principles

Dr. Muḥsin Malik Afḍalī Ardakānī, Assistant Professor, Qum Univ.

Dr. Muḥammad Ḥasan Hā'irī, Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī, Associate Professor
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muḥammad Jawād Araṣṭā, Assistant Professor
Tehran University, Qum Pardis

One of the issues that has always been of interest to and emphasized by Muslim scholars in various sources of jurisprudence, principles, and other Islamic texts is the issue of "preserving the socio-political system." This endeavor results from the importance of community, integration of people's social life, and avoidance of anarchy and disturbances in social affairs in Islam. This issue is so widely

mother, paternal grandfather.

A Deliberation on Punishment for Pederasty: Legal-Judicial Analysis of Article 110 of Iranian Civil Law

Dr. Ḥamīd Masjidsarā'ī, Assistant Professor

Semnan University

Despite the challenges noticed in the meaning and concept of pederasty (*lawāṭ*), different viewpoints have always existed among the jurists concerning the punishment of the pederast, to the extent that some jurists have decreed death penalty equally for both the married and unmarried pederast. In contrast, some others have reconciled among the related traditions in this respect and considered the same punishment for pederasty as the one for adultery and have distinguished between the married and the unmarried pederast. Quoting various opinions as well as analyzing the evidences derived from traditions concerning the punishment of the pederast, the present article considers as constrainable the absoluteness of the traditions referred to by the jurists who believe in the equal punishment for the married and unmarried pederast and maintains that the exigency of the reconciliation among the traditions is that the pederast, in case of being married, is sentenced to death and if unmarried is sentenced to lashes. Of course, as for pederasty in case of non-penetration (*ghayr īqāb*), several views are recognizable in Imāmiya jurisprudence, as the generally accepted view has considered lashes and some jurists like Shaykh Ṭūsī in *Al-Nihāya* have decreed

Fāṭima Qudratī, Ph. D. Student Tehran University

Dr. Farībā Ḥājī'ālī, Assistant Professor Al-Zahra University

Murder is among the most abominable human acts and the most criminal behavior of mankind; in Shī'a jurisprudence, punishment for deliberate murder is *qiṣās* (retaliated punishment) in general. On the basis of this general principle, murder of child by father is regarded as an exception. On that account, the ruling concerning the mother in this respect is set forth and with respect to the solidity of evidences of the opponents to the *qiṣās* of the mother, a reappraisal of the legal principles of this ruling is being felt. To this end, the present article deals with the refinement of the basis of the ruling concerning the father through annulment of his specificity, and contrary to the generally accepted view, which regards the "paternal relation" as the criterion for this ruling, implies the "parental relation" as the annulment of the basis of the ruling implied from the above evidences. Furthermore, given the other disputes entered into the evidences of the proponents of the *qiṣās* of the mother as well as the evidences presented in the claim under discussion, the article regards the mother as annexed to the father in the ruling of non-retaliated punishment for murder of the child, and even given the inclusion of the traditions in relation to the mother, it considers as possible the inclusion of the ruling to the mother from the very beginning and without need for annexation.

Keywords: murder of one's child, *qiṣās* of the father, *qiṣās* of the

view of the proponents, goes on to prove the strength and solidity of the opponents' view.

Keywords: premises of *ḥikmat*, absoluteness, limitation, agreed certitude in conversing face to face, the attitude of the intellectual.

The Issue of *Khums*: Acquired Benefits or Benefits in General

Dr. Sayyid Ja'far 'Alawī, Faculty Member

Razavi University of Islamic Sciences

The extent of “benefits”, as the subject of *khums*, is one of the controversial discourses among the Imāmī jurists, which is of great importance because of its applicability. The “acquired benefits” and “benefits in general” are the two significant views in the discourses concerning *khums*. In this research, the evidences for any of these two views are critically reviewed. For the first view, two evidences (verses and traditions) and for the second view, four evidences (verses, traditions, conventional connotation, and annulment of specification), are brought up. To the author's opinion, from among these evidences, the verse on *khums* and some traditions signify the view of benefits in general.

Keywords: *khums*, benefit in general, acquired benefits, profits from professions, evidences for [obligatoriness of] *khums*, subject of *khums*.

Examining the Legal Principles of the Ruling on the Retaliated Punishment (*Qiṣās*) of Mother for Murdering her Child

would be like.

In the first part of the article, a definition of *mahāyāt* and its elements is presented; then, different trends brought up in determining the nature of this institution are recounted and various types of *mahāyāt* are touched upon; and in the final part, the impacts of this division is explained.

Keywords: *mahāyāt* (division of profits), *mahābāt* (reciprocal gifting), *munāwiba* (mutual turn-taking), *tahāyu'* (mutual compromise), partition of common property, joint property.

Delving into Muḥaqqiq Khurāsānī's View on Addition of the Fourth Premise to the Premises of *Ḥikmat*

Dr. Muḥammad Riḍā 'Ilmī, Assistant Professor

Ferdowsi University of Mashhad

The renowned majority of legal theoreticians (*uṣūliyyūn*) believe that the premises of *ḥikmat* are three: 1. the possibility of absoluteness and limitation (*itlāq wa taqyīd*); 2. non-provision of evidence (*qarīna*); and 3. the speaker being in an expressive position. Muḥaqqiq Khurāsānī, however, has added a fourth premise, i.e., lack of agreed certitude in conversing face to face (*takhātub*). Some later legal theoreticians, such as Muḥaqqiq Nā'inī and the disciples of his school of thought have opposed to this addition and rejected it; nevertheless, some dignitaries like Muḥaqqiq Arāqī and Muḥaqqiq Iṣfahānī have supported it. This article appraises the viewpoints and arguments of the proponents and opponents of this addition and after rejecting the

ABSTRACT

A Research on the Nature, Impacts, and Functions of *Mahāyāt* from the Viewpoint of Islamic Sects' Jurisprudence and the Statutory Law

Dr. Muḥammad 'Alī Khursandiyān, Assistant Professor
Shiraz University

Maryam Naṣr Isfahānī, M.A. in Private Law

Division of profits from common properties, known in Islamic jurisprudence as *mahāyāt*, is a suitable solution for preventing the loss resulting from commonage and can allow for the possibility of equitable vindication of the property and prevention of its idleness and is a wise procedure for sustaining the partnership. Nevertheless, the civil law and the other Iranian laws have not dealt with the issue of dividing profits. This research is intended to examine different dimensions of this institution and to present some solutions for some of the ambiguities.

This article will provide an answer to the question as to, from the viewpoint of Islamic schools' law, how far and in what conditions this type of division would be possible and what its nature and impacts

Table of Contents

A Research on the Nature, Impacts, and Functions of <i>Mahāyāt</i> from the Viewpoint of Islamic Sects' Jurisprudence and the Statutory Law	9
Dr. Muḥammad 'Alī Khursandiyān - Maryam Naṣr Isfahānī	
Delving into Muḥaqqiq Khurāsānī's View on Addition of the Fourth Premise to the Premises of <i>Ḥikmat</i>	39
Dr. Muḥammad Riḍā 'Ilmī	
The Issue of <i>Khums</i>: Acquired Benefits or Benefits in General	53
Dr. Sayyid Ja'far 'Alawī	
Examining the Legal Principles of the Ruling on the Retaliated Punishment (<i>Qisās</i>) of Mother for Murdering her Child	77
Fāṭima Quḍratī – Dr. Farībā Ḥājī'alī	
A Deliberation on Punishment for Pederasty: Legal-Judicial Analysis of Article 110 of Iranian Civil Law	101
Dr. Ḥamīd Masjidsarā'ī	
The Concept of Socio-political System (<i>Nizām</i>) and its Application in Jurisprudence and Principles	125
Dr. Muḥsin Malik Afḍalī Ardakānī - Dr. Muḥammad Ḥasan Hā'irī - Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī - Dr. Muḥammad Jawād Arastā	
Types of Application of Analogy in Shī'a Jurisprudence According to <i>Jawāhir al-Kalām</i>	151
Muḥammad Mahdī Yazdānī - Dr. Ḥusayn Ṣābirī - Dr. Ḥusayn Nāṣirī Muqaddam	
Abstracts of the Papers in English Language	176

In the Name of Allah



Islamic Studies

A Quarterly Research Journal of
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 88/1, Spring 2012

ISSN 1010-4992

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Editor in Chief: Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādīfard

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

Associate 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

Associate 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) 8834909

Fax: (+98511) 8834909



Ferdowsi University of Mashhad

ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES

Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 88.1, Spring 2012