



فصلنامه  
علمی- پژوهشی  
(مطالعات اسلامی سابق)

# انفقه و اصول

ISSN-Print: 2008-9139  
ISSN-Online: 2538-3892

سال ۵۰، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۴  
پاییز ۱۳۹۷



عناوین مقالات

- تاملی فقهی در قاعده عدم تأخیر اجرای حد با عارض شدن جنون  
دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر سید مجتبی حسین نژاد - حامد عابدی فیروزجایی
- خاستگاه‌های اصول عملیه در متون فریقین  
دکتر حسین حقیقت پور - دکتر محمدتقی فخلعی - دکتر محمدحسن حائری
- تحلیل عناصر کارامدی علم فقه (مطالعه موردی، شروط امر به معروف و نهی از منکر)  
دکتر عبدالحسین رضائی راد
- اثر قصد در قتل عمد  
فاطمه رضایی زارچی - دکتر سید احمد میرخلیلی
- بررسی قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» همراه با بررسی موردی مجازات زندان تعزیری  
مهدی شایق - دکتر محمدرضا شایق
- واکاوی فقهی - حقوقی ماهیت وکالت (عقد یا ایقاع مرکب)  
دکتر احسان علی اکبری بابوکانی - دکتر محمد حکیم جوادی
- نقدی فقهی بر تعیین مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر  
دکتر عباس کلانتری خلیل آباد - دکتر نفیسه متولی زاده نائینی - صدیقه گلستان رو
- تعمیم شفعه به سایر عقود معاوضی  
سپاوش گودرزی - دکتر عباسعلی سلطانی - دکتر محمد رضا علمی سولا - سید جلال موسوی نسب



## فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال ۵۰ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱۴ - پاییز ۱۳۹۷

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده به انگلیسی: احمد رضوانی

### هیئت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل قنواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصریمقدم

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.

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

### یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی مشهد 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 هیئت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

چاپ و صحافی: چاپخانه دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۳۰۰۰۰ ریال

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

<http://jfiqh.um.ac.ir/>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



## مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد).
- 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 منظور اصلاح به نویسنده برگشت داده می‌شود و در صورتی که مقاله فاقد معیار پژوهشی باشد، مردود 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 هیئت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶- نظر نهایی هیئت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.

## 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. هیئت 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- هیئت 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 هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۵۰۰ کلمه در نرم افزار word) 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- هیئت 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 شهر 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- پرانتز (،) 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 پرانتز 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، مأخذ) 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؛ عَرَضه/عَرَضه؛ حَرَف/ حَرَف.
- 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 هیئت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.



## مشاوران علمی این شماره

۱. حجت الاسلام مجتبی الهی خراسانی (استادیار دفتر تبلیغات اسلامی مشهد)
۲. دکتر علی رضا باریکلو (استاد دانشگاه تهران)
۳. دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۴. دکتر محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. دکتر رضا دانشور ثانی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۶. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج)
۹. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر سید محمدهادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران)
۱۳. دکتر ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

## فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	تاملی فقهی در قاعده عدم تأخیر اجرای حد با عارض شدن جنون دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر سید مجتبی حسین نژاد - حامد عابدی فیروزجایی
۳۱	خاستگاه‌های اصول عملیه در متون فریقین دکتر حسین حقیقت پور - دکتر محمدتقی فخلعی - دکتر محمدحسن حائری
۵۳	تحلیل عناصر کارآمدی علم فقه (مطالعه موردی، شروط امر به معروف و نهی از منکر) دکتر عبدالحسین رضائی راد
۷۱	اثر قصد در قتل عمد فاطمه رضایی زارچی - دکتر سید احمد میرخلیلی
۸۳	بررسی قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» همراه با بررسی موردی مجازات زندان تعزیری مهدی شایق - دکتر محمدرضا شایق
۱۰۵	واکاوی فقهی - حقوقی ماهیت و کالت (عقد یا ایقاع مرکب) دکتر احسان علی اکبری بابوکانی - دکتر محمد حکیم جوادی
۱۲۷	نقدی فقهی بر تعیین مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر دکتر عباس کلانتری خلیل آباد - دکتر نفیسه متولی زاده نائینی - صدیقه گلستان رو
۱۴۷	تعمیم شفعه به سایر عقود معاوضی سیاوش گودرزی - دکتر عباسعلی سلطانی - دکتر محمد رضا علمی سولا - سید جلال موسوی نسب
۱۷۶	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 3, Issue 114

Autumn 2018

DOI: 10.22067/jfu.v50i1.42854



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۴

پاییز ۱۳۹۷، ص ۲۹-۹

## تاملی فقهی در قاعده عدم تأخیر اجرای حد با عارض شدن جنون (نقدی بر تبصره ۱ ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲)\*

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد دانشگاه مازندران

Email: izadifard@umz.ac.ir

دکتر سید مجتبی حسین نژاد<sup>۱</sup>

استادیار مؤسسه آموزش عالی پارسا - بابلسر

Email: mojtaba@write.com

حامد عابدی فیروزجایی

دانش آموخته کارشناسی ارشد، پردیس فارابی دانشگاه تهران

Email: hamedabedifiroozjaee91@gmail.com

### چکیده

یکی از قواعد اختصاصی ابواب فقه جزایی قاعده «عدم تأخیر اجرای حد با عارض شدن جنون» است. مطابق با عقیده مشهور فقها اگر کسی در حال سلامت عقلی مرتکب جرم مستوجب حد شود لیکن قبل از اجرای حد مجنون شود، اجرای حد تا زمان افاقه به تأخیر نمی افتد بلکه در همان حالت جنون بر وی اجرا می شود. ولی تعدادی از فقها در این مسئله به تأخیر اجرای حد تا زمان افاقه و بهبودی عقلی قائل هستند و تعدادی نیز تفصیل و احتمالات مختلفی را در این زمینه ارائه کرده اند. نویسندگان پس از بررسی مستندات موافقان و مخالفان قاعده در نهایت با در نظر گرفتن تفصیل، اجمالاً نظریه موافقان قاعده را پذیرفته اند. این مقاله به صورت تحلیلی استنادی بر پایه یافته فوق و مستدل و مبرهن نمودن آن و نیز جرح و نقد اقوال رقیب و مستندات ایشان سامان یافته است.

### کلیدواژه‌ها:

جنون، قاعده عدم تأخیر اجرای حد، تبصره ۱ ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی، اطلاق ادله حدود.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۰/۰۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۳/۱۲.

۱. نویسنده مسئول

## مقدمه

مطابق با این قاعده اگر کسی در حال سلامت عقلی مرتکب جنایت مستوجب حد شود و پس از آن در زمان قبل از اجرای حد دیوانه شود اجرای حد تا زمان افاقه به تأخیر نمی‌افتد اعم از اینکه حد، اعدام یا تازیانه یا قطع و یا غیر از این موارد باشد بلکه حد اعم از اینکه حق الله یا حق الناس باشد، در همان حالت جنون و دیوانگی بر وی جاری می‌شود. البته نظر به اینکه در تعریف قاعده فقهیه میان فقها اختلاف نظر است، اثبات حکم شرعی «عدم تأخیر اجرای حد با عارض شدن جنون» به عنوان قاعده فقهیه بواسطه تطبیق آن بر تعریف صحیح از قاعده فقهیه در میان اقوال فقها که که البته پس از احراز تعریف صحیح از قاعده فقهیه است، بسی طولانی و خود نیازمند به تحقیق مستقلی است. منتها در هر صورت با توجه به اینکه قاعده مزبور محل تجمع مسائل متعدد در نظر گرفته می‌شود و در بردارنده موضوعات گوناگون یعنی شامل تمامی حدود می‌شود، می‌تواند با در نظر گرفتن تعریف بزرگانی چون نایینی از قاعده فقهیه- از اینکه قاعده فقهیه در حقیقت محل تجمع مسائل متعدد بوده (اجود التقریرات، ۲/ ۳۴۴) و افعال و موضوعات مختلف را در برگرفته به طوری که عنوان حکم قاعده فقهیه، حاوی تمامی آن‌هاست (فوائد الاصول، ۴/ ۳۱۰) - که تقریباً تعریفی جامع و قدر مشترک میان تعاریف فقها از قاعده فقهیه است، به عنوان یک قاعده فقهیه در باب حدود در نظر گرفته شود. همانطور که بعضی از محققان با در نظر گرفتن اوصاف مذکور از این حکم شرعی تعبیر به قاعده فقهیه نمودند (حاجی ده آبادی، ۲۲۴).

تبصره ۱ ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی در این زمینه مقرر داشته است: «هرگاه مرتکب یکی از جرائم موجب حد پس از صدور حکم قطعی دچار جنون شود حد ساقط نمی‌شود. در صورت عارض شدن جنون قبل از صدور حکم قطعی در حدودی که جنبه حق الهی دارد تعقیب و محاکمه تا زمان افاقه به تأخیر می‌افتد. نسبت به مجازات‌هایی که جنبه حق الناسی دارد مانند قصاص و دیه و همچنین ضرر و زیان ناشی از جرم، جنون مانع از تعقیب و رسیدگی نیست.» قبل از هر چیزی توجه به این نکته لازم است که بحث از اجرای قصاص بر مجنون و یا پرداخت دیه از ناحیه او در زمانی که جنون پس از جرائم مستوجب قصاص و دیات عارض شود می‌تواند تحقیق جداگانه‌ای را تحت عنوان قاعده مستقلی به خود بطلبد. لذا ما در این تحقیق فقط از جریان این قاعده نسبت به حدود سخن می‌گوییم. اما در مورد قسمت اول این تبصره «هرگاه مرتکب یکی از جرائم موجب حد پس از صدور حکم قطعی دچار جنون شود حد ساقط نمی‌شود. در صورت عارض شدن جنون قبل از صدور حکم قطعی در حدودی که جنبه حق الهی دارد تعقیب و محاکمه تا زمان افاقه به تأخیر می‌افتد.»

همانطوری که ملاحظه می‌شود، عبارت فوق از قانون‌گذار فقط بیانگر آن است که حد از گردن

مجرم مجنون پس از صدور حکم قطعی ساقط نمی‌شود ولی نسبت به اجرای حد در حالت جنون سکوت اختیار کرده است؛ زیرا عدم سقوط حد ملازم با تأخیر اجرای حد تا زمان افاقه ندارد. به عبارت دیگر، قدر متیقن از تبصره فوق تنها عدم سقوط حد بواسطه عروض جنون است و نمی‌تواند دلالتی بر آن داشته باشد که حد حتمه در همان حالت جنون و یا در زمان افاقه بر شخص جاری شود. تبیین این مطلب در قسمت مناقشات بر مستندات این قاعده و در ضمن نقد سوم از ناحیه محقق اردبیلی (۸۱/۱۳) خواهد آمد.

اما در صورتی که مراد از عدم سقوط حد، عدم سقوط اجرای حد باشد، در این صورت ما نیز در قسمتی از موارد، موافق این ماده هستیم و در بعضی از موارد نیز موافق نیستیم که البته تبیین این مطلب در نظریه مختار روشن خواهد شد.

البته با توجه اینکه عدم سقوط حد- همانطور که در انتهای قسمت تبیین اقوال فقها خواهد آمد- از مسائل اتفاقی است، لذا به نظر می‌رسد که مراد قانون‌گذار از عبارت عدم سقوط حد، عدم سقوط اجرای حد باشد که از مسائل اختلافی است. ولی در هر صورت لازم است که قانون‌گذار مراد خود را از عبارت «عدم سقوط حد» به صورت شفاف و خالی از هر گونه اجمال و ابهام بیان کند. در این تحقیق در ابتدا پس از بیان اقوال فقها در رابطه با این قاعده، به بیان مستندات قاعده، آنگاه به تحلیل و نقد و بررسی این مستندات و سپس در نهایت به ارائه نظریه مختار می‌پردازیم.

### اقوال فقها در رابطه با این قاعده

با تتبع و جستجو در نوشته‌های فقهی روشن می‌شود که در این زمینه چهار نظریه وجود دارد: نظریه اول: مشهور فقها معتقدند که عروض جنون پس از ارتکاب عمل مستوجب حد نمی‌تواند مانع از اجرای حد در حال جنون شود بلکه با توجه به قاعده «لا تأخیر فی حد» (برای تبیین این قاعده، ر.ک: فاضل هندی، ۴۹۱/۱۰-۴۹۲؛ طباطبائی کربلایی، ۲۴/۱۶؛ صاحب جواهر، ۳۹۵/۴۱؛ کاشانی، ۱۶؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۲۲۴/۱؛ حسینی شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۰۵؛ موسوی گلپایگانی، ۷۹/۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، تفصیل الشریعة - الحدود، ۲۷۸) حد در همان حالت جنون اجرا خواهد شد. بسیاری از فقهای متقدم (ابن بابویه، المقنع، ۴۳۶؛ طوسی، المبسوط، ۱۸۷/۵؛ همو، النهایه، ۷۰۲؛ ابن حمزه، ۴۱۳؛ ابن براج، ۵۲۸/۲؛ ابن ادریس، ۴۵۵/۳) و متأخر (ابن سعید، ۵۵۴؛ محقق حلی، ۲۱۶؛ علامه حلی، ارشاد الاذهان، ۱۷۴/۲؛ همو، قواعد الأحکام، ۵۳۳/۳) و معاصر (خمینی، تحریر الوسیله، ۴۶۵/۲؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۲۱۶/۱؛ فاضل موحدی لنکرانی،

تفصیل الشریعة، ۳۷۶؛ بهجت، ۲۸۴/۵ و ۲۹۹؛ تبریزی، أسس الحدود، ۱۳۴) به این نظریه قائلان هستند.

نظریه دوم: تعدادی از فقها نیز در این مقام مردد شده و احتمالات مختلفی را ارائه نمودند از جمله این احتمالات:

احتمال اول: اجرای حد در همان حالت جنون

احتمال دوم: تأخیر اجرای حد در صورتی که حد تازیانه باشد ولی در صورتی که حد تازیانه نباشد بلکه مجازاتی همچون قتل باشد در همان حالت جنون حد اجرا خواهد شد.

احتمال سوم: تأخیر اجرای حد تا زمان افاقه (اعم از اینکه حد تازیانه یا مجازاتی دیگری باشد)

احتمال چهارم: منتفی بودن اجرای حد در صورتی که جنون همیشگی و به صورت اطلاق باشد.

احتمال پنجم: تفصیل بین دو صورت اجرای حد بر مجنون در صورتی که مجنون قدرت بر درک و فهم اجرای حد را داشته باشد و صورتی که مجنون هیچ گونه تعقل و درکی نسبت به اجرای حد نداشته و نمی داند که چرا حد را بر وی اجرا می کنند.

از جمله فقها قائل به احتمال اول و دوم می توان از شهید ثانی (۳۸۰/۱۴) و از فقهای قائل به احتمال اول و سوم و پنجم می توان محقق اردبیلی (۸۱/۱۳-۸۲ و ۲۱۶) را نام برد و از فقهای قائل به تمامی این احتمالات می توان از فاضل هندی یاد کرد (۴۷۸/۱۰)؛ برای تبیین این احتمالات، ر.ک: طباطبائی کربلایی، (۵۰۱/۱۵). در عین حال تعدادی از این فقها پس از مطرح کردن این احتمالات، احتمال اول را اجمود دانسته اند (شهید ثانی، ۳۸۰/۱۴؛ محقق اردبیلی، ۸۱/۱۳).

نظریه سوم: تعداد اندکی از فقها نیز که ظاهره منحصر در فقهای معاصر است، از جمله سید محمد حسینی شیرازی (الفقه، ۴۵) و منتظری (۹۹) به صورت قاطعانه در این مسئله معتقد به تأخیر اجرای حد تا زمان بهبودی و سلامت عقلی شدند.

نظریه چهارم: ظاهره با تتبع در تقریرات درس خارج فقه گلپایگانی (۳۸۲-۳۸۳ و ۱۶۳/۲-۱۶۴ و ۴۱۴-۴۱۵/۳) از فقهای معاصر، این طور به نظر می رسد که معظم له بین صورت های مختلف از نوع حد تفصیل قائل شد به این صورت که در فرضی که حد، قتل و رجم باشد، به طور قاطعانه معتقد به نظریه اول و در فرضی که حد، تازیانه و قطع باشد، به صورت قاطعانه نظریه سوم را پذیرفت.

لازم به ذکر است که عدم سقوط حد از ناحیه فقها در این مسئله اتفاقی است و موضع اختلاف نظر

تنها در اجرای حد در حالت جنون است.

## مدارک و مستندات قاعده

### مستند اول: روایت صحیح ابو بصیر

مهم ترین مستند این قاعده و به نوعی تنها دلیل این قاعده روایت ذیل است:

«محمد بن علی بن الحسین باسناده عن الحسن بن محبوب عن علی بن رثاب عن ابي عبيدة عن ابي جعفر في رجل وجب عليه الحد فلم يضرب حتى خولط فقال إن كان لوجب على نفسه الحد وهو صحيح لا علة به من ذهاب عقل أقيم عليه الحد كأنه ما كان.» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۹/۱۰؛ ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۴/۴۲؛ حر عاملی، ۲۸/۲۳-۲۴ و ۱۲۵).

ابی عبیده حذاء از امام باقر (ع) نقل می کند که امام (ع) در مورد شخصی که حدی بر او واجب شده منتها قبل از اجرای حد دیوانه شد، فرمود: حد در صورتی که بر او در زمانی لازم شود که سالم بوده و عقلش از بین نرفته بوده، در این صورت حد اجرا می شود حال در هر وضعی که می خواهد باشد.

همان طوری که در متن این روایت ملاحظه می شود، امام باقر (ع) به طور صریح عروض جنون پس از عمل مستوجب حد را مانع از اجرای حد نمی داند بلکه اجرای حد را در فرض مزبور واجب می داند. توجه به این نکته نیز لازم است که اگرچه سؤال راوی در این روایت به صورت اختصاصی در مورد مجازات جلد و تازیانه است منتها از کبرای این روایت به وضوح فهمیده می شود که امام (ع) در مقام جعل قاعده بوده و صراحتاً در جواب سؤال راوی به صورت یک قاعده کلی، حکم مزبور را در مجازات تمامی حدود تسری داد (تبریزی، اسس الحدود، ۱۳۴؛ همو، درس خارج فقه الحدود). اما در مورد سند این روایت باید گفت:

سند این روایت در تهذیب عبارت است از:

«محمد بن الحسن بن علی الطوسی عن الحسين بن سعيد عن الحسن بن محبوب عن علی بن رثاب عن ابي عبيدة عن ابي جعفر (ع)... فقال...»

و در کتاب من لا یحضره الفقیه عبارت است از:

«محمد بن علی بن الحسین بن بابویه عن الحسن بن محبوب عن علی بن رثاب عن ابي عبيدة عن ابي جعفر (ع)... فقال...»

همان طور که ملاحظه می شود سند این روایت بنابر هر دو طریق از نقل صحیح است؛ زیرا طریق شیخ طوسی در تهذیب به حسین بن سعید اهوازی صحیح است (عاملی، ۱/۷۰-۷۱؛ علوی عاملی،

بی تا، ۱/۱۸).

در طریق دوم (نقل کتاب من لا یحضره الفقیه) نیز طریق شیخ صدوق به حسن بن محبوب سراد صحیح است (خویی، معجم رجال الحدیث، ۵/۹۱). حال با حفظ این مطلب حسین بن سعید اهوازی (طوسی، الرجال، ۳۵۵؛ همو، الفهرست، ۱۵۰) و حسن بن محبوب سراد (نجاشی، ۱۴۰ و ۱۶۰؛ طوسی، الرجال، ۳۳۴ و ۳۵۴) و علی بن رثاب کوفی (طوسی، الفهرست، ۲۶۳؛ علامه حلی، الخلاصه، ۹۳) و زیاد بن عیسی ابوعبیده حذاء (مفید، ۳۱۷؛ علم الهدی، ۶/۳۳۳؛ نجاشی، ۱۷۱؛ طوسی، الفهرست، ۱۲۲) از روایان امامی ثقه جلیل هستند. گذشته از اینکه با بودن حسن بن محبوب در این روایت از اصحاب اجماع (البته در صورت اثبات آن زیرا در بودن حسن بن محبوب از اصحاب اجماع میان فقها اختلاف نظر است منتها بنابر نظر کشی (کشی، ۲۳۸) وی از اصحاب اجماع در نظر گرفته می شود) می توان با در نظر گرفتن مبنای مشهور (ر.ک: مجلسی، ۱۹/۱۴؛ حائری، ۱/۵۰) این روایت را قابل اعتماد و عمل دانست؛ زیرا اصحاب اجماع روایتی را که از معصوم (ع) صادر نشده باشد، نقل نمی کنند؛ خواه اصحاب اجماع از راه خارجی به این اطمینان رسیده باشند یا قرائن داخلی، یعنی وثاقت اساتیدشان تا معصوم (ع). بنابراین سند این روایت بنابر هر دو طریق از نقل صحیح است. وانگهی بر فرض خدشه در سند این روایت، شهرت میان فقها بر اجرای حد در حالت جنون چه بسا اینکه می تواند جابر ضعف سند آن باشد.

جزم به صحت سند این روایت به نحوی است که حتی طرفداران قول به عدم اجرای حد در حال جنون نیز سند این روایت را صحیح دانسته و هیچ مناقشه ای را در سند این روایت معترض نشدند.

#### مستند دوم: اطلاق ادله حدود

اطلاق ادله ای همچون آیه ۳۸ سوره مائده<sup>۱</sup> و آیه ۲ سوره نور<sup>۲</sup> به صورت مطلق مقتضی آن است که حد در تحت هر شرائطی بر مجرم مستحق حد، اجرا شود اعم از اینکه مجرم پس از ارتکاب جرم مجنون شود یا قبل از آن، تنها طفل و شخصی که قبل از ارتکاب جرم مجنون بوده باشد بواسطه احادیث رفع قلم از تکلیف از اطلاق این ادله خارج می شوند (محقق اردبیلی، ۸۱/۱۳ و ۲۱۶؛ طباطبائی کربلایی، ۱۵/۵۰۱).

باید در نظر داشت که این مستند تنها می تواند به عنوان موید در صورت پذیرفتن دلالت روایت ابوبصیر (دلیل اول) بر مدعای قائلان به نظریه جاری کردن حد در حال جنون، در نظر گرفته شود؛ زیرا

۱. وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ.  
 ۲. الرَّكْبِيَّةُ وَالرَّكْبِيُّ فَاَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَ لِيُشْهَدَا عَذَابُهُمَا طَائِفَةً مِنَ الْمُؤْمِنِينَ.



اصالة الاطلاق که از جمله مصادیق اصالة الظهور است فقط در صورت شک در مراد متکلم جاری می شود (مظفر، ۱/ ۲۸-۳۱) و حال آنکه با پذیرفتن مستند اول هیچ شکی باقی نمی ماند تا اینکه به این اصل تمسک بسته شود. منتها در صورت نپذیرفتن دلالت روایت ابوبصیر بر مدعای مزبور، باید گفت که این مستند خود فی نفسه می تواند به عنوان دلیل بر مدعای قائلان به نظریه جاری کردن حد در حال جنون محسوب شود. تبیین این مستند بدین قرار است:

از جمله احادیثی که دلالت بر رفع قلم تکلیف از بچه و مجنون می کنند، عبارت اند از:

الف: در باب طهارت آمده است:

«عن ابن ظبیان قال أتى عمو بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها فقال علي ع أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن الغائم حتى يستيقظ.» (ابن بابویه، الخصال، ۹۳؛ حر عاملی، ۱/ ۴۵).

از ابن ظبیان نقل شده که امام (ع) می فرماید: در زمان عمر زن دیوانه ای زنا کرده بود و او را نزد عمر آوردند عمر نیز دستور به سنگسار کردن وی داد در این هنگام حضرت علی (علیه السلام) به عمر فرمود: ای عمر مگر نمی دانی که قلم تکلیف از سه گروه برداشته شد و آن سه گروه عبارت اند از: ۱- بچه تا زمانی که محتمل شود ۲- شخص دیوانه تا زمانی که بهبود یابد ۳- شخص خوابیده تا اینکه بیدار شود.

ب: در باب حدود نیز آمده است:

«عن حماد بن عیسی عن جعفر بن محمد عن أبیه عن علی ع قال لا حد علی مجنون حتى يفيق ولا علی صبی حتى یدرک ولا علی الغائم حتى يستيقظ.» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۰/ ۱۵۲؛ ابن بابویه، کتاب من لایحضره الفقیه، ۴/ ۵۱؛ حر عاملی، ۲۸/ ۲۲-۲۳).

امام صادق (ع) از امام باقر (ع) و ایشان نیز از امام علی (ع) نقل می کند که آن حضرت می فرماید: بر دسته هایی از افراد حد اجرا نمی شود که آن دسته ها عبارت اند از: ۱- شخص دیوانه تا زمانی که بهبود یابد ۲- بچه تا زمانی که مدرک شود ۳- شخص خوابیده تا اینکه بیدار شود.

ج: همچنین در باب قصاص آمده است:

«عن أبي البختری عن جعفر عن أبیه عن علی ع أنه كان يقول في المجنون و المعتوه الذی لا يفیق و الصبی الذی لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم.»

«عن جعفر عن أبیه عن علی «علیه السلام» انه كان يقول في المجنون و المعتوه الذی لا يفیق و الصبی الذی لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة و قدرفع عنهما القلم.» (حمیری، ۷۲؛ حر عاملی، ۲۹/ ۹۰).

امام جعفر صادق (ع) از پدرش و ایشان از امام علی (ع) نقل می کند که حضرت می فرمود: مجنون و

کسی که عقلش پوشانده شده تا زمانی که بهبود نیابد و همچنین بچه تا زمانی که بالغ نشود، عمد هر یک از این دو، خطا محسوب می‌شود به طوری که عاقله آن دو متحمل و به عهده گیرنده این خطا هستند و باید دیه بپردازند؛ زیرا قلم تکلیف از این دو (بچه و دیوانه) برداشته شده است.

همان طوری که در این روایات ملاحظه می‌شود قلم تکلیف از بچه و مجنونی که در حین ارتکاب جرم در حالت جنون بوده‌اند، برداشته شده است. حال با حفظ این مطلب ادله حدود همچون آیات و روایاتی که در زمینه زنا و سرقت وارد شده‌اند، مطلقاتی هستند که روایات دال بر رفع قلم تکلیف از بچه و مجنون و به تبع آن اشتراط این دسته از روایات بلوغ و سلامت عقل را به عنوان یکی از شرائط اجرای حد، به صورت منفصل آن را تقیید می‌کنند از طرفی در مفهوم سلامت عقل به عنوان یکی از شرائط اجرای حد تردید داریم و نمی‌دانیم که آیا معنای وسیعی دارد به طوری که سلامت عقلی - پس از ارتکاب جرم و - در حین اجرای حد را شامل گردد یا نه بلکه فقط مراد، سلامت عقلی در حین ارتکاب جرم است گرچه پس از ارتکاب جرم و در حین اجرای حد دارای سلامت عقلی نبوده بلکه مجنون شود؟ در نتیجه شبهه مفهومیه ایجاد می‌شود که با وجود چنین شبهه ای قدر متیقن از مفهوم اشتراط سلامت عقل به عنوان یکی از شرائط اجرای حد تنها سلامت عقل در حین ارتکاب جرم است نه سلامت عقل در زمان پس از ارتکاب جرم و در حین اجرای حد. اما نسبت به توسعه سلامت عقلی در زمان پس از ارتکاب جرم و در حین اجرای حد شک می‌کنیم و به تبع آن شک حاصل می‌شود که آیا در این صورت حد اجرا می‌شود یا نه، باید مانند مواردی که یقین داریم حد قطع را اجرا کنیم. زیرا در صورتی که مقید منفصل دچار اجمال شود در عین حال شبهه نیز مفهومیه باشد و امر نیز دائر بین اقل و اکثر باشد اجمال آن نمی‌تواند به اطلاق مقید (ادله حدود) سرایت کند بلکه آن مقداری که یقیناً توسط ادله رفع قلم تکلیف مقید شده است (یعنی زمانی که شخص در حالت جنون مرتکب جرم مستوجب حد شود) از تحت مقید خارج می‌شود (و در نتیجه به تبع آن سلامت عقلی در حین ارتکاب جرم شرط است) و مابقی (زمانی که شخص در حالت سلامت عقلی مرتکب جرم مستوجب حد شود منتها پس از آن و قبل از اجرای حد بر وی دیوانه شود) تحت اطلاق مقید قرار می‌گیرد (برای تبیین این مطلب، ر.ک: آخوند خراسانی، ۲۲۰؛ مظفر، ۱/۱۴۸؛ بروجردی، ۱/۴۹۲؛ حسینی فیروزآبادی، ۲/۲۶۰؛ نائینی، فوائد الأصول، ۲/۵۲۴؛ عراقی، مقالات الاصول، ۱/۴۳۹؛ سبحانی، درس خارج اصول) و در نتیجه سلامت عقلی در زمان پس از ارتکاب جرم و در حین اجرای حد شرط نیست و لذا بر شخصی که در حالت سلامت عقلی مرتکب جرم مستوجب حد شود منتها پس از آن و قبل از اجرای حد بر وی دیوانه شود، حد اجرا می‌شود.

همچنین لازم به ذکر است که با توجه به اطلاق این روایت، در جنون فرقی بین ادواری و اطباقی نیست

(فاضل موحدی لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۶۳).

البته ممکن است گفته شود که تمسک مزبور اگرچه به صورت کلی صحیح می باشد منتها در باب حدود با توجه به حاکمیت قاعده «الحدود تدرأ بالشبهات» این تمسک صحیح نیست؟ در جواب از مناقشه فوق گفته می شود اگرچه قاعده «الحدود تدرأ بالشبهات» به عنوان قاعده اختصاصی در ابواب فقه جزایی خصوصاً باب حدود محسوب می شود و لیکن هیچ وجهی برای تمسک به این قاعده پس از شمولیت اطلاق آیاتی همچون آیه سرقت و زنا بر فرض مزبور نیست. البته توجه اکید به این نکته نیز لازم است که اگر شمولیت در آیات شریفه همچون آیاتی که در زمینه زنا و سرقت وارد شده اند بواسطه دلالت الف و لام در «الزانیة و الزانی» و «السارق و السارقة» باشد از جهت اینکه این الف و لام استغراق است، در این صورت عموم دیگر اطلاقی نیست بلکه بر حسب وضع می باشد زیرا شمول در اطلاق و تقیید با توجه به مقتضای مقدمات حکمت بوده و از جمله واضحات است که یکی از مقدمات حکمت فقدان قرینه است در حالی که قرینه (الف و لام استغراق) در اینجا وجود دارد منتها تصریح به مطلق بودن این آیات شریفه از ناحیه فقهای قائل به نظریه جاری کردن حد در حال جنون می تواند کاشف از آن باشد که الف و لام داخل بر مفرد از نظر این دسته از فقها نمی تواند دلالت بر عموم داشته باشد لذا از منظر این دسته از فقها شمولیت در این هنگام مستفاد از مقدمات حکمت و به صورت اطلاقی است.

#### مستند سوم: اصل استصحاب

باید دانست با توجه به اینکه استصحاب از اصول عملیه است، تنها در صورت نپذیرفتن مستند اول و دوم می توان از این مستند بهره جست زیرا اصل عملی تنها در صورتی می تواند دلیل محسوب می شود که هیچ دلیلی غیر از آن نبوده باشد (الاصل دلیل حیث لا دلیل) لذا این مستند در مقام استناد و دلیل، در طول مستندات دیگر در نظر گرفته می شود نه در عرض آنها. تبیین این مستند از این قرار است:

بدون شک حد بر شخصی که عمل مستوجب حد را در حال افاقه و سلامت عقلی انجام داد، واجب می شود حال اگر شخص مجنون شد و شک حاصل شود که آیا حد در این صورت هم بر وی جاری است یا نه؟ اصل استصحاب در این صورت مقتضی آن است که حد بر این شخص در همان حالت جنون جاری شود (شهید ثانی، ۴۸۰/۱۴؛ محقق اردبیلی، ۸۱/۱۳ و ۲۱۶؛ فاضل هندی، ۴۷۸/۱۰؛ طباطبائی کربلایی، ۵۰۱/۱۵).

#### نقد و بررسی مستندات قاعده

باید دانست که اگرچه مستندات موافقین قاعده بر حسب ظاهر قوی به نظر می رسد منتها باید دانست

که مخالفان قاعده نقدها و مناقشاتی را در مستندات موافقان قاعده ارائه نمودند و موافقان قاعده نیز در برابر این نقدها پاسخ‌هایی را ارائه نمودند که اینک به بیان این نقدها و پاسخ آن‌ها می‌پردازیم.

### ۱. نقدها و مناقشات مخالفان قاعده بر مستندات موافقان قاعده

نقدها و مناقشات بر مستند اول (روایت ابو عبیده): اگرچه روایت ابو عبیده از نظر سندی صحیح است منتها باید دانست که مخالفان این قاعده از جمله گلیپایگانی نقدهای متعددی را بر دلالت این مستند که به عنوان مهم‌ترین مستند موافقان این قاعده در نظر گرفته می‌شود، ارائه نمودند که عبارت‌اند از:

نقد اول: اجرای حدود در حالت جنون مخالف با ارتکازات عقلانی و فلسفه اجرای آن می‌باشد زیرا مقتضای ارتکاز عقلانی از اجرای حد و فلسفه عقلی آن، تنبیه و اصلاح شخص است تا اینکه مبادا دوباره مرتکب آن عمل شنیع شود - نه اینکه اجرای حد صرف یک امر تعددی از جانب شارع در نظر گرفته شود - در حالی که وجود چنین مقتضایی در اجرای حد بر شخص مجنون به خاطر نداشتن درک و فهم، منتفی است لذا بر حسب عقل اجرای حد نیز بر وی قبیح است (محقق اردبیلی، ۸۱/۱۳؛ منتظری، ۹۹؛ موسوی اردبیلی، ۵۳۵/۱) به طوری که حتی گلیپایگانی با توجه به این مطلب - با قطع نظر از روایت ابو عبیده - اجرای حد در حالت جنون را از عجائب در ذهن شمرده است (موسوی گلیپایگانی، ۱۶۳/۲-۱۶۴). در نتیجه لازم است که تا زمان بهبودی و سلامت عقلی، اجرای حد به تأخیر بیفتد.

نقد دوم: اجرای حدود در حالت جنون منافات با مقتضای ادله رفع قلم تکلیف از مجنون دارد؛ زیرا مطابق با مضمون این ادله اجرای حد در حالت جنون به صورت مطلق جایز نیست و مقتضای اطلاق نیز عدم جواز اجرای حد بر مجنون هم در فرضی است که ارتکاب جرم در حالت جنون صورت گیرد و هم شامل فرضی می‌شود که شخص مجرم در زمان ارتکاب جرم در حالت سلامت عقلی به سر برد منتها پس از زمان ارتکاب جرم مجنون شود (منتظری، ۹۹؛ موسوی اردبیلی، ۵۳۵/۱).

نقد سوم: احتمال دارد روایت تنها در مقام بیان عدم سقوط حد بواسطه عروض جنون است و دلالتی بر آن داشته باشد که حد حتمه در همان حالت جنون بر شخص جاری شود بلکه می‌توان اجرای حد را تا زمان افاقه به تأخیر انداخت (محقق اردبیلی، ۸۱/۱۳).

مرحوم گلیپایگانی در بحث حد قذف در ضمن مسئله «أنه لو كان جنونه أذواريا وقد قذف في دور الصحة حد» پس از بیان برخی از مناقشات فوق در مقام توجیه روایت ابو عبیده حذاء چنین نتیجه می‌گیرد: مراد از روایت یکی از این دو احتمال است:

احتمال اول: در روایت اگرچه واژه «خولط» به کار رفته است منتها چه بسا اینکه مراد از آن احتمال دارد دیوانگی محض نبوده باشد بلکه مراد نقصان سلامت عقلی نه به حدی که به مرحله دیوانگی برسد،

بوده باشد به طوری که شخص مجرم تا حدودی دارای سلامت عقلی و شعور باشد. از جمله واضحات است که اجرای حد بر چنین شخصی بر حسب ارتکاز و عقل نمی‌تواند قبیح در نظر گرفته شود. احتمال دوم: بر فرض اینکه مراد از جنون دیوانگی محض باشد توجه به این نکته نیز لازم است که مراد از عبارت «کائنه ما کان» در ذیل روایت ابو عبیده، احتمال دارد عدم سقوط حد در تحت هر شرائطی باشد که این نمی‌تواند ملازم با اجرای حد در همان حالت جنون باشد بلکه مفاد این عبارت منافات با تأخیر اجرای حد تا زمان افاقه نمی‌تواند داشته باشد لذا روایت نمی‌تواند دلالت بر اجرای حد در همان حالت جنون داشته باشد (که البته تبیین این احتمال در نقد سوم گذشت).

باید دانست که بر فرض اینکه احتمال اول مورد پذیرش قرار نگیرد و واژه «خولط» ظهور در دیوانگی محض داشته باشد به ناچار باید احتمال دوم را پذیرفت و گرنه لازم می‌آید که اجرای حد در حالت خواب و بلکه حتی در حالت پس از مرگ نیز صورت گیرد یعنی اگر شخص مرتکب عمل مستوجب حد شود منتها قبل از اجرای حد بمیرد با نپذیرفتن احتمال دوم و پذیرفتن دلالت روایت ابو عبیده بر مدعای موافقان قاعده، لازمه اش اجرای حد حتی در زمان پس از مردن است (موسوی گلپایگانی، ۱۶۴/۲).

نقدها و مناقشات بر مستند دوم (اطلاق ادله حدود): باید دانست که با در نظر گرفتن مناقشاتی همچون نقد اول بر مستند اول به صورت یقینی و عاری از هر گونه شبهه‌ای نمی‌توان به اطلاق ادله حدود تمسک جست (موسوی گلپایگانی، ۱۶۴/۲؛ منتظری، ۹۹؛ موسوی اردبیلی، ۵۳۵/۱) زیرا شرط تمسک به اطلاق، احراز شمولیت و اطلاق است (آخوند خراسانی، ۲۴۷؛ عراقی، تحریر الاصول، ۴۷۲؛ فیروز آبادی، ۳۶۸/۲) که با احراز این شمولیت در شبهه مفهومیه و دوران امر بین اقل و اکثر حتی نمی‌توان به قاعده درء که از قواعد اختصاصی باب فقه جزایی است، تمسک نمود. در حالی که در فرض مسئله احراز اطلاق مزبور به خاطر وجود مناقشاتی همچون مناقشات بر مستند اول موافقان قاعده، منتفی است لذا با خدشه در اطلاق ادله چه بسا اینکه در چنین حالتی که حالت شبهه و حیرت و سرگردانی است به مقتضای قاعده درء تمسک جسته می‌شود.

نقدها و مناقشات بر مستند سوم (جریان استصحاب): قبل از هر چیزی باید در نظر داشت که جریان استصحاب طبق برخی از مبانی و عقیده بسیاری از اصولیان در شبهات حکمیه همچون مسئله مورد نظر منتفی است؛ زیرا گروهی همچون خوئی (مصباح الاصول، ۴۶۰/۳) و مکارم شیرازی (انوار الاصول، ۳/۳۱۲)، استصحاب را در شبهات حکمیه نپذیرفته‌اند در حالی که گروه دیگر چون آخوند خراسانی (۳۸۴) و علامه فیروز آبادی (۷/۵) قائل به پذیرفته شدن استصحاب در شبهات حکمیه شدند. لذا با در نظر گرفتن اختلاف بسیار شدید بین اصولیان- با احتساب بعضی از معیارها و دلایل که آوردن آن بسی طولانی است و

خارج از حوصله این تحقیق است- در تعمیم جریان استصحاب در شبهات حکمی، موافقان قاعده ابتدا باید جریان استصحاب در شبهات حکمی را اثبات نموده و قائل به پذیرای این تعمیم باشند. حال بر فرض اثبات و پذیرش این تعمیم باید گفت:

اولاً: با در نظر گرفتن عقل و جنون در مجازات‌ها به عنوان مقومات موضوع نه از عوارض آن، باید گفت که موضوع در مسئله حاضر تبدیل یافته است لذا به تبع آن جریان استصحاب نیز با فقدان بقاء موضوع که از جمله ارکان جریان استصحاب است، منتفی است (مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۱/۳۴۴؛ همو، درس خارج فقه الحدود).

ثانیاً: همان طوری که گذشت این مستند (استصحاب) بر فرض پذیرفتن دلیل اول و یا دلیل دوم، نمی‌تواند ارزش استنادی داشته باشد و نهایتاً با عدم پذیرش دلیل دوم نیز- همانطوری که گذشت- در صوت شک، به مقتضای قاعده درء تمسک بسته می‌شود لذا در تحت هر صورتی نمی‌توان به مقتضای این مستند تمسک نمود و استصحاب را جاری نمود.

## ۲. پاسخ موافقان قاعده به این نقدها و مناقشات

برخی از فقهای معاصر موافق با این قاعده در مقام جواب از مناقشات بر مستند اول پاسخ‌هایی را ارائه نمودند از اینکه اجرای حد در حالت دیوانگی نمی‌تواند لغو در نظر گرفته شود؛ زیرا چه بسا اینکه اگر حد، مجازات‌هایی همچون رجم و قتل باشد در این صورت از آنجایی که هدف از اجرای حد، محو وجود مجرم از صفحه روزگار می‌باشد با اجرای حد در حالت جنون این هدف حاصل می‌شود (فاضل موحدی لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۶۳). گذشته از اینکه هدف از اجرای حد تنها اصلاح مجرم نیست تا اینکه مناقشه لغو اجرای حد در حالت جنون لازم آید بلکه می‌تواند به جهت اهداف مختلفی همچون عبرت و ترس و رعب دیگران از انجام گناه باشد تا اینکه دیگران هر چه بیشتر به قوانین الهی احترام بگذارند و شکی نیست که این اهداف حتی در زمان اجرای حد در حالت دیوانگی نیز ایفا می‌گردد (موسوی گلپایگانی، ۲/۴۱۴ - ۴۱۵؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۱/۳۴۴). فاضل در این مورد می‌گوید:

فلسفه‌بافی برای حد و جریانش نیز نمی‌تواند وجهی را به دنبال داشته باشد زیرا معلوم نیست که فلسفه و ملاک اجرای حد چیست؟ به چه دلیلی تمام ملاک در باب حد تنها احساس و درد و ناراحتی است تا بگویند معنون آن را احساس نمی‌کند چه بسا ممکن است یکی از ملاکاتش متنبه شدن دیگران و عبرت گرفتن آنان باشد به خصوص با ملاحظه آیه شریفه «و لیشهد عذابهما طائفة من المؤمنین» (نور: ۲) و در جایی که دیوانه را تازیانه می‌زنند، این تنبه حاصل می‌شود و شاید به صورت قوی‌تر نیز حاصل گردد. در فقه نباید عقل خود را ملاک قرار داد و یک سری مطالب را به عنوان علت تخیل نمود و احکام خدا را تابع علت

تخیلی دانست بلکه در فقه، تابع به هر چه دلالت کند، متابعت کرده و فتوا می‌دهیم (فاضل موحدی لنکرانی، درس خارج فقه الحدود؛ ترابی شهرضایی، ۱/۵۰۹-۵۱۰).

همچنین توجه به این نکته نیز لازم است بر فرض اینکه فلسفه و حکمت و ارتکازات عقلیه از اجرای حد- همانطوری که در مناقشه اول بر مستند اول گذشت- تنها اصلاح مجرم باشد باز هم باید دانست که فلسفه و حکمت حکم به عنوانی چیزی غیر از علت حکم محسوب می‌شود و چه بسا اینکه در بسیاری مسائل فقهی- همچون عده نگه داشتن زنی که علم به حامله بودن وی می‌باشد- حکمت و فلسفه حکم منتفی است در حالی که خود حکم باقی است و اجرا می‌شود (موسوی خوانساری، ۷/۱۲۸؛ حاجی ده آبادی، ۲۲۹)، زیرا فقها بین علت و حکمت فرق گذاشته و علت را چیزی دانستند که قانون گذار آن را نشانه حکم و علامت حکم قرار داده است، مانند: عقد که علت نقل و انتقال ملک و تحقق بیع است و عقد ازدواج که علت حلال بودن تمتع زوجین نسبت به همدیگر است. اما مقصود از حکمت مصلحتی است که حکم شرعی به خاطر آن تشریح گردیده است؛ یعنی شارع حکمی را تشریح کرده که جلب سود بشود یا دفع ضرر. فرق علت با حکم هم، در این است که در علت قید مناسبت با حکم مطرح است؛ یعنی علت شرعی علامت و امارت است و این که مناسبتی است که آن را قانون گذار میان حکم و علت آن معتبر دانسته است و به تعبیر دیگر، علت وصف ظاهر و مضبوطی است که شارع مقدس آن را علامت حکم قرار داده است. با وجود مناسبت میان آن و حکم، مراد از مضبوط بودن این است که به اختلاف اشخاص و احوال و محیط دگرگونی پیدا نکند، بلکه ثابت و پابرجا باشد، مانند مسکر بودن که علت حرام بودن خمر است (غزالی، ۲/۵۴؛ مدکور، ۱/۱۳۶)؛ اما در حکمت قید مناسبت گرفته نشده است؛ از این روی به عنوان علامت و اماره حکم، به شمار نمی‌آید و با وجود حکمت، فهمیده نمی‌شود که حکم هم وجود دارد یا خیر؟ برخلاف علت که علامت و نشانه حکم است (حکیم، ۳۱۱). از اینجاست که هرگاه علت حکم، وجود نیابد، حکم هم هرگز وجود نخواهد داشت، ولی اگر در جایی فلسفه و حکمت حکم نباشد، همیشه به معنای نفی حکم نیست (سبحانی، الانصاف، ۵۰۹-۵۱۰؛ اراکی، ۱۰۹؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۵/۱۲).

در جواب از مناقشه دوم بر مستند اول نیز باید گفت: ادله و احادیث رفع قلم از تکلیف هیچ ارتباط موضوعی به بحث ما ندارد، بحث ما در مورد مجنونی است که در حال عقل مرتکب زنا شده است ولی موضوع این احادیث و ادله رفع قلم از تکلیف، مجنونی است که در حال جنون زنا می‌کند (فاضل موحدی لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۶۴)؛ زیرا امام (ع) در احادیثی همچون روایت حماد بن عیسی در ادامه فرموده است: «...ولا علی صبی حتی یدرک...» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۰/۱۵۲؛ ابن بابویه، کتاب من

لایحضره الفقیه، ۵۱/۴؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۸/۲۲-۲۳). همچنین امام (ع) در روایت ابن ظبیان نیز قبل از بیان حکم مجنون همانطوری که گذشت، در مورد حکم صبی فرمود: «...ألن القلم یوفع عن ثلاثة عن الصبی حتی یحتلم و...» (ابن بابویه، الخصال، ۹۳؛ حر عاملی، ۴۵/۱) از جمله واضحات است که جنون و دیوانگی اگرچه در تحت هر حالتی ممکن است بر انسان عارض شده و پس از آن از بین برود و دوباره برگردد و در نتیجه ممکن است شخص در زمان های مختلف دیوانه شده و پس از آن بهبود یابد اما کودکی پس از رسیدن به مرحله بلوغ به طوری کلی از بین می رود و دیگر هیچ وقت عود نمی کند و این طور نیست که دوباره بر انسان عارض شود لذا با در نظر گرفتن عبارات: «...ولا علی صبی حتی یدرک...» و «...ألن القلم یوفع عن ثلاثة عن الصبی حتی یحتلم و...» از اینکه بر صبی تا زمانی که بالغ نشود حد جاری نمی شود می توان از عباراتی همچون «... عن المجنون حتی یفقی...» در روایت ابن ظبیان و «...لا حد علی مجنون حتی یفقی...» در روایت حماد بن عیسی این طور استنباط کرد که ارتکاب عمل مستوجب حد تنها در حالت جنون است (موسوی اردبیلی، ۱/۵۳۵؛ حاجی ده آبادی، ۲۲۸).

در جواب از مناقشه سوم بر مستند اول نیز می توان گفت با وجود قاعده «لا تأخیر فی حد» نمی توان از باب احتمال، مراد از روایت را تنها عدم سقوط حد بواسطه عروض جنون دانست بلکه مراد با وجود قاعده «لا تأخیر فی حد» خصوصاً با در نظر گرفتن عبارت «کائنا ما کان» آن است که حد پس از انجام عمل مستوجب حد، بر شخص در هر وضعیتی که بر وی عارض شود به نحو فوری اجرا شود (حاجی ده آبادی، ۲۲۹).

همچنین مقتضای عبارت «... و هو صحیح لا علة به من ذهاب عقل...» در کلام امام معصوم (ع) - از اینکه اگر شخص در حال سلامت عقلی عمل مستوجب حد را انجام دهد، حد در هر وضعیتی که شخص باشد بر وی اجرا می شود- آن است که اگر شخص پس از ارتکاب عمل مستوجب حد، دچار ضعف عقلی یا دیوانگی محض شود در هر حال حد بر وی جاری می شود. لذا هیچ دلیلی وجود ندارد مبنی بر اینکه مراد از واژه «خولط» احتمال دارد تنها ضعف عقلی باشد بلکه مراد معنایی اعم از ضعف عقلی و دیوانگی محض است (همان).

توجه به این نکته نیز لازم است که اگرچه بعضی از مناقشات مخالفان قاعده (همچون اجرای حد در حالت خواب و بلکه حتی در زمان پس از مرگ) بر حسب ظاهر منطقی به نظر می رسد منتها با وجود نص صریح بر اجرای حد در حالت جنون به سادگی نمی توان از کنار نظریه مشهور (موافقان قاعده) گذشت و نظریه مخالفان قاعده را پذیرفت به طوری که حتی برخی از فقها همچون صاحب جواهر، ادله و مناقشات مخالفان قاعده را به جهت فقدان ادله اجتهادی کافی برای رها کردن نظریه مشهور، اجتهاد در مقابل نص



صریح از کلام معصوم قلمداد کرده‌اند (۴۱/۳۴۲-۳۴۳).

### نظریه مختار

با در نظر گرفتن پاسخ‌های موافقان قاعده به مناقشات بر مستند اول (روایت ابو عبیده) خصوصاً پاسخ به مناقشه اول، این طور به نظر می‌رسد که وجهی برای مناقشه بر مستند دوم (اطلاق ادله حدود) نیست منتها باید دانست که این مستند (اطلاق ادله حدود) همان طوری که گذشت بر فرض پذیرش مستند اول، تنها به عنوان موید و بر فرض عدم پذیرش مستند اول، می‌تواند به عنوان یک دلیل مستقل در نظر گرفته شود. حال بر فرض قبول نکردن مستند اول و خدشه در دلالت آن توسط مناقشات مخالفان قاعده و با در نظر گرفتن این مستند (مستند دوم) به عنوان یک دلیل مستقل باید دانست که- بنا بر فرض با وجود خدشه در دلالت روایت ابو عبیده توسط مناقشات مخالفان قاعده- به ضرس قاطع نمی‌توان با توجه به مناقشات مخالفان قاعده بر روایت ابو عبیده به اطلاق ادله حدود تمسک نمود بلکه نهایتاً در صوت شک از جهت عدم احراز شمولیت و اطلاق در ادله حدود- که این عدم احراز به خاطر وجود مناقشات مخالفان قاعده بر مستند اول است- به مقتضای قاعده درء تمسک جسته می‌شود.<sup>۳</sup>

همچنین همانطور که در مناقشات بر مستند سوم موافقان قاعده گذشت جریان استصحاب نمی‌تواند موضوعیتی را دارا باشد؛ زیرا اصل استصحاب گذشته از تبدل موضوع آن در مسئله حاضر تنها در صورت فقدان دلیل، موضوعیت دارد و قابل اجرا است لذا بر فرض پذیرفتن مستند اول (روایت ابو عبیده) و یا مستند دوم (اطلاق ادله حدود)، نمی‌تواند ارزش استنادی داشته باشد و نهایتاً با عدم پذیرش مستند دوم نیز- همانطوری که گذشت- در صوت شک، به مقتضای قاعده درء تمسک جسته می‌شود حتی بر فرض اینکه استصحاب، اماره نیز تلقی شود (ر.ک: خویی، مصباح الاصول، ۱۹/۳؛ فیروزآبادی، ۱۴/۵؛ خمینی، تحریرات فی الاصول، ۱۴۷/۶) به عنوان فرس الدلیل یارای مقاومت با مقتضای قاعده درء (ر.ک: حسینی شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۰۵؛ موسوی اردبیلی، ۸۴/۱؛ مصطفوی، ۱۱۷؛ بجنوردی، قواعد فقهیه، ۱/۱۷۳-۱۸۶) که از قواعد اجماعی در باب حدود است (ابن ادریس، ۴۸۵/۳؛ فاضل هندی، ۵۸۶/۱۰)، در صورت شک نیست و قاعده درء در هنگام شک، وارد بر آن است. همچنین توجه اکید به این نکته نیز

۳. یعنی بنا بر فرض- فرض عبارت است از پذیرش خدشه در دلالت روایت ابو عبیده توسط مناقشات مخالفان قاعده و به تبع آن پذیرفتن دلالت روایت ابو عبیده و پذیرفتن اطلاق ادله حدود به عنوان یک دلیل مستقل. به عبارت دیگر به حساب آوردن تمسک به اطلاق ادله حدود به عنوان مستند، مستلزم نپذیرفتن مستند اول و قبول مناقشات بر آن است- با توجه به همان مناقشاتی که نمی‌توان به روایت ابو عبیده تمسک نمود، با در نظر گرفتن همان مناقشات، اطلاق و شمولیت نیز در ادله حدود منتفی است و لذا به خاطر وجود شبهه و حیرت به قاعده درء تمسک جسته می‌شود و به تبع آن حد تا زمان افاقه به تأخیر می‌افتد.

لازم است که حد به صرف ارتکاب افعال نامشروع لازم نمی‌گردد تا اینکه بتوان آن را استصحاب نمود، بلکه علاوه بر ارتکاب، اثبات قضایی نیز لازم است و چون در مورد بحث، ارتکاب افعال نامشروع بدون مجوز شرعی هنوز ثابت نشده است - چه بسا اینکه ممکن است متهم، افعال نامشروع را از باب علم و یا از روی اختیار انجام نداده باشد بلکه از باب شبهه و یا اجبار مرتکب آن شده باشد - لذا یقینی وجود نداشته تا اینکه شک لاحق را بتوان به واسطه آن از بین برد. در نتیجه در تحت هر صورتی نمی‌توان به مقتضای این مستند تمسک نمود. و استصحاب را جاری کرد. از این رو آنچه مهم است، اثبات دلالت روایت ابو عبیده بر مدعی موافقان قاعده است.

این روایت که ظاهرًا با توجه به مطالب فوق، تنها مستند صحیح از ناحیه موافقان قاعده محسوب می‌شود، به خاطر دلالتی - که در سطرهای بعدی در ضمن تبیین نظریه مختار خواهد آمد - با در نظر گرفتن قاعده درء و بنای حدود بر تخفیفات و احتیاط در دماء و محقوبیت خون مسلمان به صورت مطلق نمی‌تواند دلالت بر مدعی موافقان قاعده کند بلکه مدعی موافقان قاعده را به صورت فی الجمله می‌توان پذیرفت.

تبیین این مطلب از این قرار است:

عروض جنون پس از ارتکاب عمل مستوجب حد ممکن است در مراحل مختلفی شکل گیرد که عبارت‌اند از:

#### ۱- تعقیب ۲- محاکمه ۳- صدور حکم ۴- اجرای حد

عروض جنون تا مرحله قبل از صدور حکم و در مواردی (یعنی ثبوت حد بواسطه اقرار) تا مرحله قبل از اجرای حد می‌تواند دارای حکمی متفاوت با حکم مراحل قبل از این دو مرحله باشد. به این نحو که اگر جنون در مرحله محاکمه و قبل از آن صورت گیرد، در این صورت اگر ثبوت جرم به وجود بینه و شهادت شهود باشد در صورتی که شخص متهم دارای سلامت عقل و روان بود، چه بسا احتمال آن است که توان دفاع از خود را داشته باشد مثلاً در مورد اتهام زنا و اقامه شهادت شهود می‌توانسته ادعای زوجیت یا وطی به شبهه یا ادعای اکراه از ناحیه شخص منکوحه یا شخص ثالثی را بنماید که هر یک از این موارد موجب عدم ثبوت حد است و یا به طرق دیگری از خود دفاع کرده و تحقق زنا مستوجب حدی را - که در بسیاری از موارد حد مزبور اعدام و محو مجرم از صحنه روزگار است - از خود نفی کند و یا در صورت عدم وجود هیچ‌یک از این دفاعیات احتمال آن است که پس از تحقق جرم و قبل از اتیان شهود و تحقق جنون، وی توبه کرده و در نتیجه در اثر این توبه مجازات‌هایی همچون مجازات اعدام از وی دفع شود در حالی که با عروض جنون وی نمی‌تواند از خود دفاع کرده و در نزد حاکم شرع اظهار کند که پس از تحقق جرم توبه

کرده است و در نتیجه حد از وی دفع شود. مسلماً این موارد از موارد شبهه‌ای است که اولاً، اثبات زنا به وسیله بینه را مخدوش می‌سازد و ثانیاً، در صورت اثبات آن هم نمی‌توان به سبب وجود شبهات، حد زنا یا غیر آن از اعدام‌های حدی را جاری نمود؛ زیرا قاعده درء و احتیاط در دماء مسلمان در این جا حاکم است. لذا اجرای حد اعم از حق الله یا حق الناس بودن آن حد در حالت جنون منتفی است و لازم است که تا زمان افاقه به تأخیر افتد. بله اگر جنون پس از مرحله محاکمه و اثبات جرم و در مرحله صدور حکم و اجرای حد تحقق یابد، در این صورت اگر جرم به وسیله بینه اثبات شده باشد، عروض جنون مانع از اجرای حد نخواهد بود؛ زیرا جرم و مسئولیت کیفری در زمان سلامت روانی محقق شده و شرط اجرای مجازات هم تحقق مسئولیت کیفری است و امکان دفاع در زمان محاکمه برایش فراهم بوده و بعد از آن دیگر راهی برای فرار از مجازات وجود ندارد.

اما اگر جرم به وسیله اقرار و در زمان سلامت روانی مجرم محقق شده باشد، با در نظر گرفتن نکات ذیل، به صورت مطلق نمی‌توان حکم به عدم تأخیر اجرای حد تا زمان افاقه داد:

**نکته اول:** ممکن است مجرم تا آخرین لحظه از اجرای حد و پایان عمر خود در فرض اجرای حد اعدامی، این فرصت را داشته باشد که حد را از خود دفع کند؛ زیرا این احتمال است که مجرم حتی در لحظه بسیار اندکی قبل از اجرای حد مثلاً پنج ثانیه قبل از اجرای حد که امکان توبه و انکار وجود دارد، دیوانه شود. در حالی که اگر دیوانه نمی‌شد می‌توانست توبه کند که به تبع آن امکان سقوط مجازات در صورت اراده حاکم شرع فراهم بود و یا می‌توانست انکار کند که انکار بعد از اقرار نیز موجب سقوط حد (البته بنا بر اختلاف در نوع مجازات‌ها) است. بلکه حتی در فرضی که اجرای مجازات به نحو تدریجی باشد مانند اجرای صد تازیانه در مجازات زنا که به صورت تدریجی بر شخص زده می‌شود و یا اجرای رجم که به صورت تدریجی منجر به مرگ شخص می‌شود، شخص حتی در صورتی که مقداری از حد بر وی اجرا شد، در وسط اجرای حد، می‌تواند به واسطه توبه و یا انکار حد را از خود دفع سازد. و حال آن که شخصی که در حال اجرای حد دیوانه باشد، نمی‌تواند هیچ یک از این فرصت‌ها را دارا باشد. بله در برخی از مجازات‌های حدی - مانند انداختن شخص از بلندی و زدن گردن مجرم بواسطه شمشیر در مجازات لواط - که به صورت آنی بر شخص زده می‌شود، ظاهر انعکاس مطلب مزبور (از اینکه شخص در زمانی که مقداری از حد بر وی زده شد دیوانه شود) راه ندارد.

**نکته دوم:** فرار از صحنه قتل هنگام اجرای مجازات رجم نیز از موجبات سقوط رجم (در صورت ثبوت آن بواسطه اقرار) است در حالی که با عروض جنون، این شخص این فرصت را نخواهد داشت که از صحنه رجم فرار کند.

بلکه به نظر می‌رسد که با توجه به دو نکته فوق، در صورت ثبوت جرم حدی به وسیله اقرار باید گفت: در مجازات‌های تدریجی همچون تازیانه و رجم، با توجه به احتمال انکار و توبه مجرم حتی در زمانی که مقداری از حد بر وی زده شود یا امکان فرار در فرض بودن حد به عنوان رجم (البته در صورت ثبوت رجم به واسطه اقرار)، اجرای حد تا زمان افاقه به تأخیر می‌افتد حتی اگر جنون پس از صدور حکم و در وسط اجرای حد عارض شود. اما در مجازات‌های آنی و به صورت دفعی همچون انداختن شخص از بلندی و زدن گردن مجرم بواسطه شمشیر در مجازات لواط، با توجه به وجود احتمال انکار و توبه مجرم تا آخرین لحظه از آغاز اجرای حد، زمانی که دیوانگی حتی پس از صدور حکم منتها قبل از اجرای حد عارض شود، اجرای حد در حالت جنون منتفی است بلکه تا زمان افاقه به تأخیر می‌افتد.

دلیل بر تمامی تفاسیل مزبور عبارت «إِنْ كَانَ لَوْجِبَ عَلَى نَفْسِهِ الْحَدَّ وَهُوَ صَحِيحٌ لَا عِلْمَةَ بِهِ مِنْ ذَهَابِ عَقْلٍ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدَّ كَأَنَّهُ مَا كَانَ» در کلام امام (ع) می‌باشد؛ زیرا این عبارت ظهور بلکه نص در آن است که تنها در صورت وجوب حد، عروض جنون پس از آن نمی‌تواند تاثیری در اجرای حد داشته باشد و از جمله واضحات است که وجوب حد فقط در صورتی است که مقتضی و تمامی شرایط ثبوت و اجرای حد به نحو کامل موجود بوده و تمامی موانع نیز مفقود باشد به طوری که هیچ‌گونه شبهه‌ای در اجرای حد وجود نداشته باشد در غیر این صورت اصلاً وجوبی تحقق پیدا نمی‌کند. حال با حفظ این مطلب، وجوب حد تنها با در نظر گرفتن تفاسیل فوق می‌تواند صادق باشد در غیر این صورت نمی‌تواند هیچ‌گونه موضوعیتی را دارا باشد.

### نتیجه‌گیری

با در نظر گرفتن قاعده درء و بنای حدود بر تخفیفات و احتیاط در دماء و محقونیت خون مسلمان به صورت مطلق نمی‌توان مدعای موافقان قاعده را پذیرفت بلکه باید به مقتضای این قاعده به صورت فی الجمله عمل نمود. بر این اساس پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار نیز به صورت فی الجمله آن را بپذیرد و جریان آن را در صورت‌های مختلف تفصیل دهد به این صورت که اگر جرم به واسطه بینه ثابت شود، عروض جنون در مرحله محاکمه و قبل از آن موجب تأخیر انداختن حد اعم از حق الله و حق الناس تا زمان افاقه می‌شود منتها در صورتی که جنون پس از مرحله محاکمه و اثبات جرم و در مرحله صدور حکم و اجرای حد عارض شود، در این صورت عروض جنون مانع از اجرای حد نخواهد بود. اما اگر جرم به واسطه اقرار ثابت شود، عروض جنون حتی در زمان پس از صدور حکم منتها قبل از اجرای حد در صورتی که اجرای مجازات آنی باشد، موجب به تأخیر انداختن اجرای حد اعم از حق الله و حق الناس تا زمان افاقه

می شود. و در مواردی که اجرای مجازات به نحو تدریجی باشد، بعید نیست که عروض جنون حتی در مرحله اجرای حد و اجرای مقداری از آن، می تواند باعث به تأخیر افتادن اجرای حد تا زمان افاقه شود.

### منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ ق.
- ابن إدريس، محمد بن أحمد، *السرائر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *الخصال*، قم، جامعه مدرسین، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *المقنع*، قم، مؤسسه امام هادی (ع)، ۱۴۱۵ ق.
- \_\_\_\_\_، *کتاب من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسیلة*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی، ۱۴۰۸ ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد، *الجامع للشرایع*، بی جا، بی تا.
- اراکی، محمد علی، *الخيارات*، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیة*، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- بجنوردی، محمد بن حسن، *قواعد فقهیة*، تهران، مؤسسه عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ ق.
- بروجردی، محمد حسن، *الحاشیة علی الكفایة*، بی جا، انتشارات انصاریان، ۱۴۱۲ ق.
- بهجت، محمد تقی، *جامع المسائل*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ق.
- تبریزی، جواد، *أسس الحدود و التعزیرات*، قم، دفتر آیت الله تبریزی، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *درس خارج فقه الحدود و التعزیرات*، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، دست نوشته.
- تراپی شهرضایی، علی اکبر، *آیین کیفری اسلام (درس های خارج فقه آیت الله محمد فاضل لنکرانی)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، بی تا.
- حاتری، محمد بن اسماعیل، *منتهی المقال فی أحوال الرجال*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۶ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی شیرازی، محمد، *الفقه (القانون)*، بیروت، مرکز الرسول الأعظم (ص)، چاپ دوم، ۱۴۱۹ ق.
- \_\_\_\_\_، *القواعد الفقهیة*، بیروت، مؤسسه امام رضا (ع)، ۱۴۱۳ ق.
- حسینی فیروزآبادی، مرتضی، *عناية الأصول*، قم، انتشارات فیروزآبادی، ۱۴۰۰ ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقه المقارن*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۹۷۹ م.
- حمیری، عبدالله بن جعفر، *قرب الإسناد*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۳ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیلة*، قم، مؤسسه دارالعلم، بی تا.

- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ١٤١٨ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، ١٤٢٢ ق.
- \_\_\_\_\_، *مصباح الاصول*، قم، کتابفروشی داوری، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *معجم رجال الحديث*، بی جا، بی نا، بی تا.
- سبحانی، جعفر، *الإنصاف فی مسائل دام فیها الخلاف*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٣٩٠.
- \_\_\_\_\_، *تقریرات درس خارج اصول*، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، دست نوشته.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ١٤١٣ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤١٨ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الرجال*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٢٧ ق.
- \_\_\_\_\_، *الفهرست*، نجف اشرف، المكتبة الرضوية، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *المبسوط*، تهران، المكتبة المرتضوية، چاپ سوم، ١٣٨٧.
- \_\_\_\_\_، *النهاية*، بیروت، دارالکتب العربی، چاپ دوم، ١٤٠٠ ق.
- \_\_\_\_\_، *تهذیب الاحکام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق.
- عاملی، محمد بن حسن، *استقصاء الاعتبار فی شرح الاستبصار*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤١٩ ق.
- عراقی، ضیاء الدین، *تحریر الاصول*، قم، مهر، ١٣٦٣.
- \_\_\_\_\_، *مقالات الاصول*، بی جا، مجمع الفکر الاسلامی، ١٤١٤ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *ارشاد الازهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٠ ق.
- \_\_\_\_\_، *خلاصة الاقوال*، نجف، منشورات المطبعة الحیدریة، چاپ دوم، ١٣٨١ ق.
- \_\_\_\_\_، *تحریر الاحکام الشرعیة*، بی جا، بی نا، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *قواعد الأحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤١٣ ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، *الذریعة*، تهران، دانشگاه تهران، ١٣٦٣.
- علوی عاملی، احمد بن زین العابدین، *مناهج الأخیار فی شرح الاستبصار*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، بی تا.
- غزالی، محمد بن محمد، *المستصفی من علم الاصول*، قم، دار الذخائر، ١٣٦٨.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ١٤١٧ ق.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله - الحدود*، قم، مرکز فقهی انمه اطهار (ع)، ١٤٢٢ ق.
- \_\_\_\_\_، *درس خارج فقه الحدود و التعزیرات*، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.

- فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- فیروزآبادی، مرتضی، *عناية الاصول*، قم، انتشارات فیروز آبادی، ۱۴۰۰ ق.
- کاشانی، حبیب الله شریف، *تسهیل المسالک إلى المدارک*، قم، المطبعة العلمية، ۱۴۰۴ ق.
- کشی، محمد بن عمر، *الرجال*، مشهد، دانشگاه مشهد، بی تا.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، *روضه المتقین*، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانیور، چاپ دوم، ۱۴۰۶ ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع*، قم، موسسه المطبوعات الدینیّه، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.
- مدکور، محمد سلام، *مباحث الحکم عند الاصولیین*، بی جا، بی تا.
- مصطفوی، محمد کاظم، *مائة قاعدة فقهية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، انتشارات اسماعیلیان، بی تا.
- مفید، محمد بن محمد، *الامالی*، بی جا، بی تا.
- محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الاصول*، قم، مدرسه الإمام علی بن أبی طالب (ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.
- \_\_\_\_\_، *أنوار الفقاهة- کتاب الحدود و التعزیرات*، قم، مدرسه الإمام علی بن أبی طالب (ع)، ۱۴۱۶ ق.
- \_\_\_\_\_، *تقریرات درس خارج فقه الحدود و التعزیرات*، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، دست نوشته.
- منتظری، حسین علی، *کتاب الحدود*، قم، دار الفکر، بی تا.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، بی جا، مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳ ق.
- موسوی خوانساری، احمد، *جامع المدارک*، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- موسوی گلپایگانی، محمد رضا، *الدر المنضود (تقریرات درس خارج فقه آیت الله گلپایگانی)*، مقرر: علی کریمی جهرمی، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق.
- نائینی، محمد حسین، *اجود التقریرات*، قم، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲.
- \_\_\_\_\_، *فوائد الاصول*، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۷۶.
- نجاشی، احمد بن علی، *الرجال*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.





## خاستگاه‌های اصول عملیه در متون فریقین\*

دکتر حسین حقیقت پور

استادیار دانشگاه یزد

Email: haghghatpoor@yazd.ac.ir

دکتر محمدتقی فخلعی<sup>۱</sup>

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@um.ac.ir

دکتر محمدحسن حائری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

### چکیده

در پژوهش‌های فقهی و اصولی معاصر کاوش در خاستگاه‌های مسائل و پی‌جویی ریشه‌های تاریخی مفاهیم و آراء، به تدریج بخشی از مبادی تصویری و تصدیقی را به خود اختصاص داده است. روشی که بی‌تردید فهم عمیق موضوع و مسأله تنها در پرتو آن میسر خواهد بود. ارائه پژوهشی دقیق در مباحث اصول عملیه نیز از این قاعده مستثنا نیست. مقاله حاضر به تحقیق در خاستگاه‌های تاریخی مباحث عام اصول عملیه پرداخته و تلاش کرده با مطالعه استقرائی همزمان در متون سنی و شیعی متقدم به پرسش‌هایی چون نحوه ورود این مفاهیم در دیوان مباحث اصولی و فقه استدلالی، ویژگی‌های مشترک، رویکرد متقدمان به اصول عملیه، ترتیب طرح این اصول، جایگاه و رابطه‌ی آن‌ها با یکدیگر و نظم موجود در میان آن‌ها پاسخ گوید. حاصل این تحقیق این است که اصول عملیه گرچه مبانی استواری در آموزه‌های ائمه (ع) دارد لیکن در عرصه تدوین، خاستگاه‌های این اصول در متون اصول و فقه استدلالی اهل تسنن سراغ گرفته می‌شود. دیگر اینکه اصول عملیه در رویکرد متقدمان شیعه و سنی دارای دو ویژگی کلی است: نخست آنکه قطعی است و دیگر این که نسبت به امارات در رتبه پایین‌تر قرار دارد.

### کلیدواژه‌ها:

اصول عملیه، استصحاب، برائت، احتیاط، خاستگاه تاریخی اصول عملیه.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۴/۱۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۱۰/۲۳.

۱. نویسنده مسئول

## مقدمه

مطالعه تاریخی و بررسی تطورات یک موضوع، و همچنین زمینه‌های طرح و بسط آن، از مقدمات و احیاناً ارکان تضلع نسبت به آن موضوع به شمار می‌آید. به گونه‌ای که با شناخت کامل محیط بحث و فضای طرح مسأله، پژوهشگر با رهیافتی محققانه نسبت به موضوع، وارد قلمرو و محمول شده و در پرتو شناخت مبدأ و غایت موضوع، قادر به ارائه تصدیقی با کمترین احتمال خطا خواهد بود. اساساً تصدیق صادق یک قضیه تنها پس از تصور کامل موضوع و محمول و نسبت حکمی میسور است و پیداست که تصور صحیح از صورت مسأله، بدون شناخت زمینه طرح آن ممکن به نظر نمی‌رسد. در علمی همچون فلسفه، کلام، تفسیر، اصول، فقه و ... که موضوعات و مسائل آن‌ها در گذر زمان با نگاه‌های متفاوت نگریده شده و دچار تحول گشته‌اند، بررسی یک مسأله بدون بررسی مقدماتی زمینه‌ها و تطورات آن به یقین ابتر خواهد بود. مگر آنکه مسأله مورد بحث دارای چنین تطوری نبوده یا کاملاً دچار تحول مفهومی شده باشد که در اینصورت شاید تجرید آن از مباحث مذکور، لطمه چندانی به کمال یافته‌ها وارد نسازد.

از همین رو برخی در شمار مقدمات اجتهاد، به لزوم شناخت مذاهب متداول در عصر ائمه اهل بیت (ع) اشاره کرده‌اند (سبحانی، الوسیط فی اصول الفقه، ۶۳۴/۴) و نقل است که محقق بروجردی معتقد بود تدوین فقه شیعی، با نگاه نقدگونه به مسائل فقهی سنی مذہبان سامان یافته و در قالب حاشیه‌نگاری نسبت به فقه اهل سنت متکامل شده است. در نتیجه فهم صحیح مسائل و فتاوا بدون مطالعه تطبیقی و البته تاریخی در همان مسأله، بطور کامل میسور نخواهد بود.

این قاعده فراگیر، بر مبحث اصول عملی نیز حاکم است. این نهاد امروزه در میان مسائل دانش اصول، بخش قابل توجهی را هم از لحاظ کمی و هم از لحاظ کیفی تشکیل می‌دهد و جزء دشوارترین مسائل علم اصول به شمار می‌رود. اشراف بر مسائل این بخش، از ارکان مهم اجتهاد است و بر اساس انگاره پیش‌گفته، نگاه تاریخی و بررسی تطورات آن مفید تضلع در این مبحث و در نتیجه تبحر در بکارگیری این ابزارهای استنباط برای استحصال قواعد و مسائل فقهی خواهد بود.

باید توجه داشت که مبحث اصول عملیه اولاً دارای سیر تطوری است و ثانیاً در سیر تطوری خویش از ابتدا تا کنون به گونه‌ای از لحاظ کمی و کیفی متحول شده که می‌توان گفت تحول این نهاد در زمان حاضر نسبت به گذشته به مراتب از تحول اصول فقه کنونی در مقایسه با اصول فقه رایج در زمان شیخ مفید افزون است.

در این نوشتار به دنبال بررسی خاستگاه‌های تاریخی اصول عملیه هستیم. ناگزیر باید با مطالعه افراد اصول عملی همچون برانت و استصحاب این مقاله را به سرانجام رسانیم؛ زیرا آنگونه که خواهد آمد،

مبحث اصول عملی تا مدتی نسبتاً طولانی اساساً به عنوان یکی از مسائل دانش اصول طرح نمی‌شد و مباحث عام آن مورد توجه و بررسی نبود.

پس با مطالعه اصول عملی مانند برائت، استصحاب و احتیاط در گفتار اصولیان، مسائل عام آن را استخراج و سپس پیگیری و تطبیق می‌کنیم. بنابراین باید توجه داشت مقصود آن نیست که آنچه را متقدمان مضاف الیه «اصل» قرار می‌دادند مطالعه کنیم بلکه می‌خواهیم پیشینه اصول رایج در عصر حاضر را کاوش نماییم. ما نهادهایی را مطالعه می‌کنیم که مفهومی مساوی یا مشابه با مفهوم اصول عملیه در زمان معاصر داشته‌اند. در این میان ضروری است نگاهی به منابع اهل تسنن نیز داشته باشیم؛ زیرا آنچنان که اشاره شد اصول و فقه شیعی خصوصاً در سده‌های نخست با رویکرد نقادانه و حاشیه‌نگارانه بر اصول و فقه سنی سامان یافته است.<sup>۱</sup>

### مفهوم‌شناسی اصل و کالبد شکافی آن در منابع متقدم

واژه اصل در لغت به معنای بن و ریشه شیء است (ابن فارس، ۱/۱۰۹). همین معنا در آیه کریمه «اصلها ثابت و فرعها فی السماء» (ابراهیم: ۲۴) نیز اراده شده است. نیز آنچه چیزی بر آن مبتنی باشد را اصل گفته‌اند خواه از جمادات باشد یا از گیاهان یا حیوانات یا معقولات و یا علوم (مصطفوی، ۱/۹۴) همچنین به بخش اسفل (پایین‌ترین قسمت) هر چیز اصل آن می‌گویند (فیومی، ۲/۱۶).

قرافی می‌گوید اصل در اصطلاح به چند معنا استعمال شده است:

۱. مقیاس علیه در مبحث قیاس ۲. رجحان مانند اینکه می‌گویند اصل در کلام حقیقت است. ۳. دلیل مانند کتاب و سنت. ۴. قاعده مستمر مانند اباحه میت برای مضطرب. (ر.ک: زرکشی، ۱/۱۱).  
بدرالدین زرکشی به این تکثیر انتقاد کرده و هر چهار مورد را در معنای دلیل خلاصه نموده است (همو).

شهید ثانی به عنوان یک فقیه شیعه مذهب، استصحاب را جایگزین مقیاس علیه کرده است (شهید ثانی، ۳۲). فاضل تونی موارد بیشتری را برشمرده است (ر.ک: فاضل تونی، ۱۹۶).

هیچ یک از این معانی از مفهوم لغوی اصل بیگانه نیست. آنچه در تمام موارد استعمال واژه اصل مشترک به نظر می‌آید، «تکیه‌گاه یا مبنای حکم و موضوع» است. اصل در حکم زمینی است که بنا بر آن

۱. ر.ک: پایگاه اطلاع رسانی آیت الله بروجردی، (<http://broujerdi.org/content/view>) به نقل از واعظ زاده خراسانی. در تأیید این سخن می‌توان به کتابها و تقریرات محقق بروجردی مراجعه نمود. وی در آثار خود همچون نه‌ایه‌التقریر، تیبان الصلاة و ... بارها به اقوال و احادیث عامه استناد کرده و یا آنها را مورد نقد و بررسی قرار داده است. رویه‌ای که از دوران قدیمین رایج بود و تا زمان علامه حلی با گذشت زمان کمرنگ‌تر شد و تقریباً از زمان شهید ثانی متروک ماند.

واقع می‌شود یا مانند سنگی است که نقش بر آن صورت می‌بندد. مثلاً وقتی می‌گویند اصل در این مسأله اجماع است مقصود، مبنا و پایه استحکام مسأله است. اصل در کلام بر مبنای حقیقت بنا شده مگر دلیلی بر مجازیت باشد، اصل بر اباحه است مگر دلیلی بر حرمت باشد، اصل بر برائت است مگر دلیلی بر تکلیف باشد و ...

به اعتقاد ما اصل در کلام متقدمان به دو معنای جامع استعمال شده است: معنای نخست «دلیل» است و معنای دوم «مستمسکی که با فقدان دلیل خاص بدان رجوع می‌شود».

شایان ذکر است که واژه «اصل عملی» در متون فقهی و اصولی متقدمان یافت نمی‌شود و ظاهراً نخستین بار توسط ملاً احمد نراقی (نراقی، ۶۵) و صاحب هدایه (ر.ک: ایوان کیفی، ۲/ ۴۹۵ و ۵۲۲) بکار گرفته شد. شاید هم بتوان تعبیر «الاجتهاد فی العمل بدلالة الاصل و دلالة الاحتیاط و غیر ذلک» از سوی محقق حلی را منشأ پیدایش اصطلاح «اصل عملی» به شمار آورد.<sup>۲</sup>

همچنین باید توجه داشت همه مفاهیمی که در زمان معاصر تحت عنوان اصل قرار می‌گیرند در ادوار نخستین مشخصه به عنوان اصل شناخته نمی‌شدند. آنچه مهم است ساختار ماهوی این مفاهیم است که همان باید مبنای تحقیق واقع شود. بطور مثال «احتیاط» در گفتار متقدمان به هیچ روی مضاف الیه «اصل» قرار نگرفته اما از لحاظ ساختار ماهوی در زمره اصول قرار می‌گیرد.

### خاستگاه‌های اصول عملیه

گرچه اصول عملیه گاه مستند به حکم عقل یا سیره خردمندان نیز می‌شوند اما به اعتقاد ما بنیادهای رسمی و اصیل اصول عملی را باید در سنت معصومان (ع) جستجو کرد. زیرا در زمان صدر اسلام و حضور معصوم (ع) در میان امت، مستند مکلفان برای عمل به وظایف دینی عموماً منحصر به سنت و احیانه کتاب الهی بود. پس از کوتاه شدن دست مردم از دامان معصوم بود که خواص امت به اجماع، حکم

۲. توضیح آنکه محقق حلی در مبحث قیاس و در نقد مستندات روایی به حدیث معروف معاذ بن جبل اشاره کرده است. متن حدیث چنین است: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذاً إلى اليمن قال له كيف تقضى إذا عرض لك قضاء قال أقتضى بكتاب الله قال فإن لم تجده في كتاب الله قال أقتضى بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فإن لم تجده في سنة رسول الله قال أجتهد برأبي لا ألو قال فضرب بيده في صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما يرضى رسول الله صلى الله عليه وسلم» (بيهقی، ۴/ ۱۳۰). نکته قابل توجه در این روایت، سؤال پیامبر است که بستر «یاس از دلیل در مقام استنباط حکم» را ایجاد نموده که با تعبیر «اجتهاد برایی» پاسخ داده شده و قائلان به حجیت قیاس مقصود از این تعبیر را همان قیاس دانسته‌اند. محقق حلی در مقام نقد این دلیل می‌نویسد: لا نسلم أن قوله: «أجتهد برأبي» إشارة إلى القیاس، بل كما یحتمل ذلك، یحتمل أنه أراد الاجتهاد فی العمل بدلالة الاصل، و دلالة الاحتیاط، و غیر ذلک من وجوه الاجتهاد، و مع الاحتمال یجب التوقف». (محقق حلی، ۲۷۱). محقق نیز این نکته را در نظر داشته و برای چاره جویی از عدم دسترسی به منبع حکم، به جای قیاس از «اجتهاد در عمل» یاد نموده و با «دلالت اصل» و «دلالت احتیاط» که مخصوص همین مقام هستند آن را توضیح داده است.

عقل، قیاس، استحسان و ... روی آوردند. بنابراین اصول عملیه هم به عنوان گریزگاه‌هایی برای رهایی از شک و تردید، در شکل و قالب ابتدایی خود توسط عموم مکلفان بکار گرفته می‌شدند اما نه با عنوان متمایز اصول عملی و نه به استناد عقل و یا سیره خردمندان بلکه به عنوان مفاد سنت قولی یا فعلی معصوم (ع). از همین روست که به گمان ما خاستگاه اصول عملی را باید سنت معصومان (ع) دانست.

تعبیر از مفاهیمی چون احتیاط، ابرائت، عدم نقض یقین به شک، حمل فعل مسلمان بر صحت تکلیفی و وضعی، اصل عدم تذکیه، ابتناء بر طهارت شیء مشکوک، ابتناء بر حلیت شیء مشکوک و ... به صراحت یا به شهادت انواع دلالت‌ها در روایات یافت می‌شوند. حتی تخییر که عموماً در اخبار مربوط به تعادل و ترجیح وارد شده، می‌تواند ریشه کشف و بکارگیری تخییر عقلی به عنوان اصل عملی محسوب شود. آنچه در میان تمامی این نهادها مشترک به نظر می‌رسد، اختصاص آن‌ها به مقام جهل به حکم شرعی است. بطور مثال وقتی معصوم (ع) در پاسخ به پرسش مخاطب خویش مبنی بر شک میان رکعت چهارم نماز، وی را به عدم نقض یقین با شک دعوت می‌کند (ر.ک: کلینی، ۶/ ۲۶۰) به وضوح موضوع سخن در شک است. یا در قضیه‌ای که سائل به امام (ع) عرض می‌کند پاسخ فرضی را که شخص ثالث از او پرسیده نمی‌داند، و امام (ع) به وی می‌فرماید: «هرگاه چنین موقعیتی پیش آمد و شما حکم مسأله را ندانستید، احتیاط کنید...» (ر.ک: کلینی، ۸/ ۵۲۹) معلوم است که دستور مبتنی بر جهل به حکم است. همچنین در اصل طهارت، روایات وارد در جوامع، همگی در این امر مشترک هستند که سائل فرضی را طرح کرده و در آن، میان طهارت یا نجاست یک شیء مردد است و امام (ع) به وی دستور فرض انگاری طهارت شیء مورد نظر را داده تا او را از حیرت جهل و تردید برهاند.

بنابراین اصول عملی از صدر اسلام نه به عنوان خاص اصول عملی و نه بطور منضبط، اما به عنوان نهادهایی که مخصوص مقام جهل و تردید هستند بکار گرفته می‌شدند. به تعبیر روشن‌تر ریشه تقسیم حالات مکلف به قطع، ظن و شک و تخصیص نهادهایی برای مقام شک در روایات معصومان (ع) یافت می‌شود.

### ظهور اصول عملیه در عرصه فقه استدلالی

آنچه گفتیم مربوط به خاستگاه‌های اصول عملیه است. این بن‌مایه‌ها اغلب در قالب قضایای جزئی وارد شده به عموم مکلفان تعلق دارند. چه اینکه در زمان حضور ائمه اهل بیت (ع) اجتهاد در مکتب تشیع

۳. برای مشاهده برخی از روایاتی که در آن‌ها جهل به حکم شرعی کلی یا جزئی اخذ شده ر.ک: کلینی، ۵/ ۴۲۷ و ۴۵۸ و ۸/ ۵۲۹.

در قالب‌هایی کاملاً نوپیدا و خام یافت می‌شد و اثری از اجتهاد مصطلح با انتظام درونی و ساختار فنی آن نبود. بلکه مفتیان بیشتر نقش راوی داشتند تا مجتهد. پس از سپری شدن عصر حضور انسان معصوم (ع) در میان عامه مردم و کوتاه شدن دست ایشان از دست‌یابی به این سرچشمه جوشان، با وجود نیاز به تفریع فروع بر اساس اصول القا شده معصومان، تفریع از مرز الفاظ نصوص تجاوز نمی‌کرد و تا مدتی طفل نوپای اجتهاد راه رفتن نیاموخته و استخوان محکم نکرده بود. فقیهان تنها فروع فقهی وارد در روایات را آن هم با همان مضامین و غالباً همان تعبیرات، به قید حذف اسناد نقل می‌کردند (گرجی، ۱۳۰).

مقصود اصیل ما پی‌جویی رگه‌های حضور اصول عملی در فقه استدلالی به معنای خاص آن است که در فقه شیعی، ابن جنید اسکافی و ابن عقیل عمانی فقیهان سده چهارم هجری آغازگر آن، و شیخ مفید و سید مرتضی به عنوان ادامه‌دهندگان راه ایشان شناخته می‌شوند (ر.ک: همان، ۱۴۰ - ۱۴۱). یعنی فضایی که فقه منصوص و متلقات جای خود را به فقه تفریعی و مستنبط سپرد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: سبحانی، المحصول فی علم الاصول، ۳/ ۲۱۲-۲۱۳). از این رو لازم است در میان آثار فقیهان این دوره و پس از آن بحث را پی‌گیری نماییم. البته از آنجا که اجتهاد به معنای مصطلح در میان اهل سنت زودتر متداول شد و نگاه‌های دانشمندان نخستین شیعه نیز بصورت حاشیه بر آثار اهل سنت تکمیل می‌شد،<sup>۴</sup> لاجرم باید از مکتب اهل سنت شروع کنیم و ادامه بحث را در آثار شیعی دنبال نماییم.

فقیهان متقدم گاه در عرصه استحصال حکم فقهی دچار بن‌بست‌هایی می‌شدند و در میان منابع متداول هیچ دستاویزی نمی‌یافتند. جامع تمام این مسائل مشابه، فرض وجود جهل یا شک و تردید در مسأله بود. مسأله‌ای که در آن هیچ‌یک از منابع رسمی اجتهاد کارآمد نبودند و بیانی هرچند غیرمستقیم نسبت بدان نداشتند. جای خالی نهادی احساس می‌شد که ظرفیت آن را داشته باشد تا از یک سو برای مجتهد به هنگام ضرورت گریزگاهی از توقف در فتوا باشد، و از سوی دیگر برای مکلفان مؤمن بوده و عذری مطمئن برای عمل به وظیفه به حساب آید. به تعبیری خلاصه‌تر نهاد یا نهادهایی لازم بود که خلو منابع از برخی مسائل را جبران نماید.

در این موقعیت، متقدمان به دو روش عمده تمسک می‌جستند:

در روش نخست نهاد احتیاط با صبغه نقلی آن پیشنهاد می‌شد.<sup>۵</sup> در این گونه با جمع میان احتمالات در مقام عمل، مکلف به نوعی آرامش دست می‌یابد و از انجام تکلیف واقعی مطمئن می‌گردد. به دیگر

۴. ر.ک: پایگاه اطلاع رسانی آیت الله بروجردی، (<http://broujerdi.org/content/view>) به نقل از واعظ زاده خراسانی.

۵. پیرامون اختصاص احتیاط به مقام فقدان نص شیخ طوسی می‌نویسد: «و ما يستحقونه من الأخماس فی الكنوز و غیرها فی حال الغیبة فقد اختلف قول أصحابنا فيه، و لیس فيه نصّ معین إلا أن کلّ واحد منهم قال قولاً يقتضیه الاحتیاط.» (طوسی، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ۲۰۰)

سخن احتیاط مکلف را بر آن می‌دارد تا کاری را انجام یا ترک نماید و در پرتو آن یقین حاصل کند تکلیف هر چه بوده از عهده‌اش ساقط شده است. تمسک به احتیاط استوارترین روش برای حصول اطمینان قلبی و رهایی ذمه از تکلیف الهی به شمار می‌رفت اما با وجود این فراگیر و همه جانبه نبود. جاری ساختن آن در تمامی موارد تردید به عسر و حرج می‌انجامید و شریعت سمحه و سهله را مبتلا به سخت‌گیری و خشونت می‌کرد. پس این روش در همه جا قابل استفاده نبود.

در روش دوم فقیهان بر اساس انگاره‌های عقلی، بازگشت به اصل و ابتدای حکم را پی می‌گرفتند. یعنی حالت اولیه و وضعیت طبیعی هر چیز را مبنای حکم قرار می‌دادند. اینجاست که معنای لغوی اصل رخ می‌نماید، آنچه چیزی بر آن بنا شده و از آن ناشی شده است. بازگشت به اصل، در عمومی‌ترین و البته ابتدایی‌ترین شکل خود در قالب اصل «عدم حکم» رخ می‌نمود، حکمی عقلی که بستر عمده‌گریزگاه‌های طرح شده برای مقام شک و تردید محسوب می‌شد. تحقیق نشان می‌دهد مفاهیمی چون «حظر و اباحه»، «اصل عدم ازلی»، «نفی حکم با استناد به نفی دلیل» یا همان «عدم الدلیل دلیل العدم» و «برائت اصلیه» همگی در ذیل همین عنوان عام قرار می‌گرفت. مفاد این اصل آن است که اصل پیشین در هر حکم فقهی، عدم تحقق آن در روز ازل است. یعنی هر حکم شرعی حادث و مسبوق به عدم است. وقتی مجتهد در مقام پی‌جویی از حکم یک مسأله در میان ادله فقه فحوص نماید و بیانی در آن مورد نیابد، همان عدم ازلی حالتی است که دچار تحول نشده و بر جای خودش باقی است. بنابراین مستمسک مناسبی جهت فرض‌انگاری عدم حکم و جری عملی بر طبق آن خواهد بود.

اصل بر آن است که حکم شرعی وجود ندارد<sup>۶</sup> و از نگاه متقدمان در صورت فقدان حکم شرعی (سمعی یا نقلی)، عقل فرصت بیان می‌یابد. بطور مثال اگر بحث از افعال یا اشیائی باشد که دارای منفعت عقلایی بوده خالی از ضرر هستند (ر.ک: جصاص، ۳/۲۴۷) و تردید مجتهد پیرامون حرمت یا عدم حرمت آن باشد (شبهه تحریمی)<sup>۷</sup> و منابع شرعی - اعم از عقل و نقل - (ر.ک: قمی، ۳/۴۶) فاقد هرگونه بیان در این جهت باشند، اصل عقلی حظر یا اباحه مرجع حل مسأله خواهد بود. از این مفهوم به «الاصل فی العقل» تعبیر شده است (ر.ک: سید مرتضی علم الهدی، رسائل الشریف المرتضی، ۲/۱۲۹).

در این موقعیت اصل برائت ذمه از اصل وجود تکلیف یا تکلیف زائد به عرصه استنباط راه یافت. بعدها استصحاب نیز به عنوان زیرمجموعه‌ای از همین اصل عام عقلی طرح شد و برائت در ذیل آن قرار

۶. سید مرتضی می‌گوید: «الاصل انتفاء الاحکام الشرعیة فمن اثبتها كان عليه الدلیل». (سید مرتضی علم الهدی، الانتصار فی انفرادات الامامیه، ۳۴۵). نیز ابن ادریس می‌نویسد: «و الاصل أن لاشرع». (ابن ادریس حلی، محمدبن منصور، ۲/۱۱۶).  
 ۷. صاحب فصول پیرامون تفاوت اصل برائت و اباحه در نگاه متقدمان چنین نگاشته است: «كان المتداول فی کلامهم استعمال أصل البراءة فی نفی الوجوب و أصل الإباحة فی نفی التحريم و الكراهة» (ابوان کیفی، ۳۵۱).

گرفت (ر.ک: صدر، ۲۰/۳). همچنین حکم به مقدار کمتر در تردید میان اقل و اکثر را نیز باید از شاخه‌های همین اصل دانست.

بنابراین اصل عدم در دو قالب جزئی‌تر، منشأ تمامی اصول عملیه در گونه دوم به شمار می‌رود. قالب نخست عدم مطلق است که همان عدم ازلی است بدان معنا که در ازل هیچ حکمی حادث نشده بود و برای اثبات هر حکمی نیاز به دلیل است. استصحاب عدم ازلی، حظر و اباحه و برائت اصلیه در این قالب جای می‌گیرند. قالب دوم عدم تغییر حالت نخست است که پس از اثبات یک حکم، تغییر آن نیاز به دلیل دارد. استصحاب حکم عقل و شرع و نیز نفی اکثر در تردید میان اقل و اکثر در این قالب قرار می‌گیرند. بعد از این بیان اجمالی، اکنون به تفصیل می‌پردازیم.

پیشوایان مکتب فکری معتزله در سده دوم هجری، از نخستین صاحب‌نظرانی هستند که کاربرد اصل عقلی را - به ویژه به مفهوم برائت - به صورت نظریه‌ای روشن بنیان نهادند. به عنوان نمونه می‌توان به عبارتی کوتاه و در عین حال اساسی که از واصل بن عطا، بنیان‌گذار معتزله در نیمه نخست سده دوم نقل شده اشاره کرد. وی گفته است: «در صورت نیافتن دلیلی از کتاب و خبری که حجت باشد، عقل سلیم تعیین‌کننده تکلیف است» (قاضی عبدالجبار، ۲۳۴). مقصود وی از «عقل سلیم» آنگونه که از تعابیر ابراهیم نظام، از شاگردان مکتب فکری او برمی‌آید، «اطلاق عقلی» است. چه اینکه نظام در بحث خود از جایگاه ادلة فقهی، در صورت فقدان دلیلی از کتاب و «خبر قاطع عذر»، اشیاء را در حکم «اطلاق عقلی» دانسته است (قاضی عبدالجبار، ۱۲۰ - ۱۲۲).

در آثار فقیهان متقدم حنفی، به دلیل گرایش شدید به قیاس و بهره‌گیری گسترده از استحسان و برخورداری از فقهی مبتنی بر رأی و اجتهاد، جای خالی نصوص اغلب با قیاس و استحسان پر می‌شود و تکیه بر اصول عقلی و یا نقلی و استفاده صریح از این اصول کمتر به چشم می‌خورد گرچه پس از فقدان نص و عدم ارائه فتوایی بر اساس قیاس و استحسان، اعمال اصل عقلی اطلاق محسوس می‌نماید.<sup>۸</sup> همچنین در بسیاری از مسائل، «احتیاط» به عنوان راه‌حلی جامع پیشنهاد شده و از آن به «احب» تعبیر شده است.<sup>۹</sup>

شافعی از آنجا که فقه خود را مبتنی بر نصوص قرار داد، آنگونه که ابوحنیفه قیاس و استحسان را بکار

۸. برای نمونه ر.ک: شبیبانی، محمدحسن، الاصل المعروف بالمبسوط.

۹. بطور مثال شبیبانی چنین می‌نگارد: «بلغنا أن عائشة رضي الله عنها قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم يُصيب من أهله وينام ولم يصب ماء ثم يقوم فإن شاء أعاد وإن شاء اغتسل قلت فإن أراد أن يأكل كيف يصنع قال يغسل يديه ويتمضمض ثم يأكل قلت فإن كانت يداه نظيفتين فأكل ولم يغسلهما قال لا بضره ذلك ولكن الأحب إلي أن يغسلهما ويتمضمض» (شبیبانی، ۵۴).



گرفته، تمایل به این دو نهاد ندارد بلکه حتی استحسان را ممنوع و مستلزم تشریح دانسته است.<sup>۱</sup> بنابراین بهره بهره بیشتری از اصول عقلی و نقلی برده است. وی شاید اولین مجتهدی است که فروض مختلف مبتنی بر شک را طرح کرده و برای آن‌ها از میان اصول عملی چاره‌جویی نموده است.<sup>۲</sup>

وی بارها در فتاوی‌اش خویش احتیاط استحبابی و نیز وجوبی را آن هم به لفظ صریح اعمال نموده است (برای نمونه ر.ک: همان، ۲۸/۱ و ۴۰ و ۵۳ و ۵۴ و ۱۰۷ و ۱۹۴).

جصاص اصل احتیاط را در ضمن مستندات دلالت امر بر فوریت آورده و آن را مبتنی بر ادله نقلی دانسته، روایاتی را در اثبات آن طرح نموده است. او اذعان داشته است که احتیاط یا همان «اخذ به ثقه» اصلی کبیر در اصول فقه است که تمامی فقها از آن بهره گرفته‌اند. وی در ادامه می‌نویسد از نظر عقل نیز چنین است؛ زیرا اگر به فردی بگویند بر سر راه تو حیوانات درنده یا دزدان قرار دارند، بر او واجب است دوراندیشی کند و این کار را ترک نماید تا وقتی که وضعیت روشن شود. جصاص با این کلام صبغه عقلی را نیز بر صبغه نقلی احتیاط می‌افزاید (ر.ک: جصاص، ۱۰۰/۲).

### مستندات حجیت اصول عملی در رویکرد متقدمان

از آنچه گفتیم معلوم می‌شود متقدمان در اثبات حجیت اصول عملی هم از عقل و هم از نقل بهره می‌گرفتند. اصل احتیاط که در متون متقدم از آن با عنوان «طریقه احتیاط» (برای نمونه ر.ک: علم الهدی، الانتصار، ۱۷۱، ۱۷۳ و ۱۷۵؛ طوسی، الخلاف، ۲/۳۲۱-۳۲۲، ۳۲۴) یاد می‌شود اغلب مستند نیست و بطور مجزا از آن بحث نشده است اما گاه در جهت تحکیم آن به روایات استناد می‌شود.<sup>۳</sup> اما در مقام استناد استناد نیز قاعده‌ای عقلی در قالب «اشتغال یقینی مستدعی فراغت یقینی است» رخ می‌نماید (برای نمونه ر.ک: طوسی، الخلاف، ۲/۲۳۴ و ۲۴۹) در برخی متون متأخر احتیاط را صریحاً به روایات مستند می‌کنند و تنها به صبغه نقلی آن اکتفا می‌نمایند. بصور مثال شهید اول مستند احتیاط در بعضی احکام را روایات خاصه در همان ابواب و نیز عموم روایت «دع ما یریبک إلی ما لایریبک» برشمرده است.<sup>۴</sup> گاه

۱. «قال الشافعی من استحسَن فقد شرَّع» به نقل از شوکانی، ۱۸۲/۲

۲. شافعی باب‌هایی را با موضوعاتی به قید شک تأسیس کرده است. بطور مثال «باب الماء یشک فیهِ» (شافعی، ۲۴)، «باب الشک فی الطَّواف» (۱۹۶) یا «باب الشک و الیقین فی الطلاق» (۲۷۹)

۳. نک: جصاص، ۹۸. وی به چند روایت از جمله «الْحَلَالُ بَيْنَ وَالْحَرَامِ بَيْنَ وَبَيْنَ ذَلِكَ أُمُورٌ مُشَابِهَاتٌ فَدَعِ مَا يَرِيبُكَ إِلَى مَا لَا يَرِيبُكَ» و «إِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى وَإِنْ حِمَى اللَّهِ تَعَالَى مَحَارِمُهُ وَمَنْ رَتَعَ حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ» استناد جسته است (نیز ر.ک: سید مرتضی، همان، ۲۶۳ و ابن حزم، ۶/۷۴۵).

۴. شهید اول، ۱/۳۱۰. البته به نظر می‌رسد مفاد این روایت خود ارشاد به حکم عقل است.

احتیاط با «سد ذرایع» یکسان انگاشته شده و در یک عنوان مورد بحث قرار گرفته است (نک: ابن حزم، همان).

به جز احتیاط که صبغه نقلی دارد و یا حداقل صبغه نقلی آن غالب است، تمامی اصول عملیه چهره‌ای عقلی دارند. از اصل اباحه و حظر با عنوان «الاصل فی العقل» یاد می‌شود. برائت اصلیه که مفاد استصحاب حال عقل به شمار رفته در ذیل حکم عقل مورد کنکاش قرار می‌گیرد و اصل عدم نیز مستند به حکم عقل است.

پیرامون استصحاب باید اذعان داشت مطالعه آثار متقدمان شیعه و سنی نشان می‌دهد در گذشته قاعده‌ای به عنوان عدم نقض یقین با شک وجود داشته که ظاهراً از استصحاب متمایز بوده است. این قاعده تماماً مستند به روایات است اما اصل استصحاب منحصر در استصحاب حال بوده که آن هم در دو شاخه استصحاب حال عقل یا همان برائت اصلیه و استصحاب حال شرع که عمدتاً به استصحاب اجماع تعریف می‌شد خلاصه می‌شده و ساختاری کاملاً عقلی داشته است. اساساً در اصول فقه قدما قاعده عدم نقض یقین با شک یا اصطلاحاً قاعده یقین،<sup>۱</sup> چهره‌ای روایی دارد و مفاد صریح روایات معصومان (ع) می‌باشد به عکس استصحاب که چهره‌ای کاملاً عقلی به خود می‌گیرد. بطور مثال شیخ مفید در مبحث طهارت و در مسأله شک در حدث یا طهارت از این روش استنباطی بهره برده است (مفید، ۴۹ - ۵۰). شیخ طوسی نیز در یک مسأله روایات عدم نقض یقین به شک را مستند فتوای خویش قرار داده بدون آنکه نامی از استصحاب ببرد (طوسی، الخلاف، ۱/ ۱۲۴).

### موقعیت اصول عملی در روش استنباطی متقدمان

چنانکه گفتیم اصول عملی در روش استدلالی متقدمان در ابتدا منحصر به احتیاط و نفی حکم بوده است. بنا بر تحقیق، احتیاط در هیچ یک از کتب اصولی شیعه و سنی بطور مستقل عنوانی به خود اختصاص نداده، منقح نشده و در نقش یک اصل توضیح داده نشده است بلکه تنها در استدلال فقهی بدان تکیه می‌شد و در بسیاری از مسائل مستند فتوا قرار می‌گرفت.

برعکس، اصل عدم یا اطلاق عقلی توسعه یافته و شاخه‌هایی برای آن طرح گردید. در ابتدا اصل برائت بطور مستقل به عنوان اصلی عقلی در زیرمجموعه ظهور یافت اما پس از طرح اصل استصحاب، برائت نیز به شاخه‌ای از استصحاب تبدیل شد. استصحاب در ابتدای ظهور خود به استصحاب حال اجماع خلاصه

۱. قاعده یقین یا همان شک ساری در اصول معاصر شیعه از استصحاب متمایز گشت و تعریف و جایگاهی متفاوت بدان اختصاص داده شد و در عین حال از نگاه مشهور حجیت آن پذیرفته نشد (ر.ک: انصاری، ۳/ ۳۰۳).

می‌شد اما سپس استصحاب حال عقل نیز بر آن افزوده شد. همچنین پس از آن استصحاب در مذهب فقهی شافعیان و حنبلیان گستره وسیع‌تری پیدا نموده و «استصحاب دلیل عام»، «استصحاب مطلق دلیل» و همچنین «استصحاب حکم شرعی به اثبات رسیده توسط یک دلیل» بدان اضافه شد. اما در بین تمامی این نهادها، ویژگی‌های مشترکی وجود دارد که بررسی آن‌ها به شناخت موقعیت اصول عملیه در بدو پیدایش خود کمک می‌کند. در ادامه به کاوش در این جهت می‌پردازیم.

### الف) تأخر اصول عملی نسبت به سایر ادله

دانشمندان نخستین اغلب تصریح به موقعیت اصول عملی در میان ادله اشاره نکرده‌اند اما تلویحاً با تعبیرات خود و روش بکارگیری اصول عملی جایگاه این نهادها را معرفی نموده‌اند. آنان تنها در صورت فقدان دلیل به اصل تمسک می‌جستند و این مهم در روش استنباطی ایشان نمایان است. بعدها این روش عملی در گفتار اصولیان نیز پدیدار شد و آنان به تفاوت جایگاه نهادهایی چون استصحاب و برائت با ادله‌ای چون کتاب و سنت و اجماع و حتی قیاس اذعان نمودند.

چنانکه قبلاً نیز گفته شد، ظاهر نخستین دانشمندانی که از اصول عقلی یاد کردند، معتزلیان بودند. واصل بن عطا معتقد بود «در صورت نیافتن دلیلی از کتاب و خبری که حجت باشد، عقل سلیم تعیین کننده تکلیف است». (قاضی عبدالجبار، ۲۳۴) و چنانکه گفتیم مقصود وی از عقل سلیم، همان «اطلاق عقلی» است.

ابواسحاق شیرازی (۴۷۶ ق) در ابتدای کتاب خود ادله را منحصر در کتاب خدا، سنت پیامبر (ص)، اجماع امت و قیاس دانسته و در صورت فقدان این چهار منبع، ابقاء بر حکم اصل را حاکم در سیر استنباط حکم شرعی می‌داند (شیرازی، ۶/۱). او در همین راستا عنوانی به شرح «فی بیان ترتیب استعمال الأدله و استخراجها» تنظیم کرده ضمن آن معتقد است ترتیب استعمال ادله بدین شرح است:

۱. ظواهر و مفاهیم نصوص (قرآنی و روایی) و افعال رسول خدا (ص)

۲. اجماع دانشمندان

۳. قیاس منصوص العله

۴. قیاس مستنبط العله

وی سپس اضافه می‌کند: «فان لم یجد فی الحادثة دلیلاً یدله علیها من جهة الشرع لا نصله ولا استنباطه أبقاه علی حکم الأصل فی العقل علی ما قدمناه». او تصریح داشته که مقام اصل عقلی به هیچ روی مساوی با سایر ادله نیست (شیرازی، ۱/۱۲۴). همو در جایی دیگر پس از اشاره به چهار منبع استنباط، پیرامون «اصل» از جمله «لأن المجتهد یفرع الیه عند عدم هذه الأدله» (شیرازی، ۷/۱) استفاده کرده است. واژه

«یفرع الیه» به خوبی نشان می‌دهد که مقصود وی آن است که مجتهد برای چاره‌جویی و رفع تحیر به اصل تمسک می‌جوید.

مقصود ابواسحاق شیرازی از اصل چنانکه توضیح عنوانی را در این باب گشوده، بیان حکم اشیاء قبل از ورود شرع، استصحاب حال و اصطلاحاً «قول بأقل ما قبل» می‌باشد (شیرازی، ۱/۱۲۲).  
تعبیرات این فقیه شافعی نشان می‌دهد اولاً اصول عملی از دیدگاه متقدمان مقامی واپسین نسبت به منابع اصیل استنباط داشته‌اند و ثانیاً این نهادها زیرمجموعه دلیل عقل محسوب می‌شدند.

از میان دانشمندان امامیه ظاهر سید مرتضی نخستین کسی است که چنین صریح به مقام پیشین کتاب و سنت و اجماع نسبت به اصل عقلی اشاره کرده است. او معتقد است اگر برای یک مسأله از میان کتاب و سنت معصوم (ع) هیچ بیانی یافت نشود و اجماع دانشمندان امامیه نیز بر آن منعقد نشده باشد باید به عقل و حکم آن رجوع نمود. البته او اذعان داشته که این منحصر در مسائلی است که اساساً هیچ قولی اعم از متفق علیه یا مختلف فیه، در میان امامیه در آن مورد وجود نداشته باشد. وگرنه در صورتی که حتی قولی اختلافی در این زمینه باشد، باید به دنبال منبع آن گشت (سید مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۱/۲۱۰).

مقصود سید مرتضی از عقل و حکم آن، همان اصل عقلی یا اطلاق عقلی، برائت اصلیه، استصحاب و مانند آن است. چه اینکه در جایی دیگر به همین مهم اشاره کرده و به جای «حکم عقل»، از تعبیر «الاصل فی العقل» یا «حکم اصل العقل» یا «حکم الاصل فی العقل» بهره گرفته و استعمال آن را مقید به فقدان ادله شرع نموده است. (سید مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۱/۱۱۹)<sup>۱</sup>  
این گمان با بررسی زمینه‌های طرح این دیدگاه در اصول اهل سنت که قبلاً بدان اشاره شد، تأیید می‌شود.<sup>۲</sup>

دانشمندان پس از وی نیز به این مهم اشاره کرده‌اند که ابن ادریس حلی از جمله آن‌هاست. وی در مقام احصای منابع چنین نگاشته است:

«فالمسألة الشرعية، لا نعلمها إلا من أربع طرق، كتاب الله العزيز، و سنة رسوله المتواترة، و إجماع الشيعة الإمامية، لدخول قول معصوم فيه، فإذا فقدنا الثلاث الطرق، فدليل العقل المفرع إليه فيها، فهذا

۱. نیز نک: همان، ۱/ ۲۱ و ۳۱۸ و الذریعه الى اصول الشریعة، ۲/ ۷۳.

۲. شهید صدر می‌نویسد: «الأصل العملي الذي كان يبنى عليه الاستنباط في الفقه الإمامي كان مندرجا من أول الأمر تحت عنوان دليل العقل الذي يورث القطع، و من هنا ذكر السيد علم الهدى و ابن إدريس (قدس سرهما) في مقام بيان المصادر و الأدلة التي يعتمدون عليها في مقام الاستنباط: إننا نعتد على أدلة كلها علمية، و لا يجوز إعمال دليل لا يفيد العلم كخبير الواحد و القياس و نحو ذلك من الأدلة الظنية، و الأدلة القطعية عندهما هي الكتاب و السنة و الإجماع و العقل، ثم يطبقان الدليل العقلي في الفقه على أصل البراءة» (صدر، ۲۰/ ۳).

معنی قول الفقهاء: دلالة الأصل» (ابن ادریس حلی، ۱/ ۴۹۵؛ نیز ر.ک: ابن ادریس حلی، ۱/ ۴۶ و ۳۷۶ و ۲/ ۲۷۸).

این دیدگاه در روش‌شناسی متاخران نیز پدیدار است. بطور مثال علامه حلی (۷۲۶ق) در مسئله ملکیت اختین، در پاسخ به استناد ابن ادریس به اصل چنین می‌نگارد: «و الجواب الأدلة غیر منحصره فیما ذکره، و قل أن يوجد شیء منها فی الفروع. و الأصل إنما یصار إليه مع عدم دلیل یخرج عنه». (مختلف الشیعه، ۷/ ۷۴) وی بارها به این نکته مهم استدلالی اشاره کرده است (ر.ک: مختلف الشیعه، ۱/ ۴۳۳ و ۴/ ۸ و ۷۴ و ۱۸۹. نیز منتهی المطلب، ۷/ ۱۳۷ و ۱۲/ ۲۳۶).

در نتیجه به نظر می‌رسد استنباط شهید صدر و دیگران (ر.ک: صدر، ۳/ ۲۰؛ سبحانی، تاریخ الفقه الاسلامی و ادواره، ۴۲۴) مبنی بر اینکه قدما در سیر استدلال، اصول عملی را در عرض کتاب و سنت و اجماع قرار می‌دادند دیدگاه دقیقی نیست؛ زیرا با مطالعه کتب اصولی و فقهی دانشمندان شیعه و نیز اهل تسنن، تصریح و تلویح معلوم می‌شود آنان برای اصول عملی همچون استصحاب و برائت مقامی متأخر نسبت به کتاب و سنت و اجماع قائل بوده‌اند.

### ب) قطعی بودن اصول عملی

شیخ طوسی در مقدمه کتاب «المبسوط فی فقه الامامیه» ضمن پاسخ به طعن بدخواهان نسبت به فقه امامیه مبنی بر قلت فروع و مسائل، اتکا بر اصل و برائت ذمه را جایگزین مناسبی برای قیاس دانسته و در عین حال این دو را روش‌هایی علم‌آور قلمداد کرده است.<sup>۱</sup> همو در مقدمه کتاب «الخلافا»، «استصحاب حال» و «دلالت اصل» را در کنار ظاهر قرآن، سنت قطعی، اجماع، دلیل الخطاب و فحوی الخطاب، ذیل عنوان ادله مفید علم تلقی کرده است (ر.ک: طوسی، الخلافا، ۱/ ۴۶).

آنچه گفته شد تلویحاً از کلمات دیگر دانشمندان نیز قابل برداشت است. بطور مثال نیاز به دلیل در «استصحاب حال» و «نفی مستند به فقدان دلیل» در کتاب «الذریعه الی اصول الشریعه» اثر سید مرتضی در قالب یک پرسش طرح شده است: «باب فی النافی و المستصحب للحال هل علیهما دلیل ام لا؟» او در مقام پاسخ به این پرسش معتقد است نافی حکم نیز نیازمند دلیل است اما عدم ورود دلیل بر حکم مورد نظر، به عنوان دلیل نفی حکم کفایت می‌کند. وی می‌نویسد: «بدان! از جمله روش‌هایی که بوسیله آن‌ها علوم، چه ضروری و چه نظری، اثبات می‌شود روش نفی است. همچون ادراک که همچنانکه

۱. «و أما ما کثروا به کتبهم من مسائل الفروع، فلا فرع من ذلك إلا و له مدخل فی أصولنا و مخرج علی مذاهبتنا لا علی وجه القیاس بل علی طریقة یوجب علماً یجب العمل علیها و یسوغ الوصول إليها من البناء علی الأصل، و براءة الذمه و غیر ذلك...» طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ۲/ ۱

روشی برای علم ضروری است، همچنین روشی برای نفی درک به شمار می‌رود» (الذریعه الى اصول الشریعه، ۲/ ۳۵۲).

چنانکه می‌بینیم سید مرتضی روش نفی را یکی از طرق اثبات علوم ضروری یا نظری می‌داند. در روش فقهی سید مرتضی و شیخ طوسی، روی گردانی از اصل برائت می‌بایست بر اساس یک دلیل قاطع باشد وگرنه حکم مسأله بر همان اصل باقی خواهد بود. بطور مثال سید مرتضی در نقد دیدگاه اهل سنت و اثبات دیدگاه شیعه مبنی بر عدم تعلق زکات به غیر موارد نه‌گانه، می‌نویسد: «أن الأصل براءة الذمة من الزکوات، و إنما يرجع إلى الأدلة الشرعية فی وجوب ما یجب منها، ولا خلاف فیما أوجبت الإمامیة الزکاة فیها، و ما عداها فلم یقم دلیل قاطع علی وجوب الزکاة فیها، فهو باق علی الأصل». (الانتصار فی انفرادات الامامیه، ۲۰۶).

گاه آنقدر به اصول عملی توجه شده که برخی از آن‌ها به عنوان «اصول مذهب» معرفی شده‌اند (ابن ادریس حلی، ۱/ ۳۸۰).

این دیدگاه در روش استدلالی فقیهان متأخر نیز وجود دارد. بطور مثال شهید اول در پاسخ به علامه حلی که در یک مسأله استناد به اصل برائت را با تکیه بر تعارض آن با احتیاط رد نموده، از آنجا که مستند حجیت احتیاط را نقلی می‌انگارد (ر.ک: شهید اول، القواعد و الفوائد، ۱/ ۳۱۰)، تعارض آن با اصل برائت را که یک نهاد عقلی و قطعی به شمار رفته نمی‌پذیرد.<sup>۱</sup>

### طرح یک اشکال و پاسخ به آن

ظاهراً میان قول به قطعی بودن اصول عملی و قول به تأخر مقام این نهادها نسبت به ادله‌ای چون ظاهر قرآن و سنت معصوم و نیز اجماع نوعی ناسازگاری وجود دارد. چگونه ممکن است اصول عملی قطعی باشند اما نسبت به دلیل دیگری که آن هم قطعی تلقی می‌شود در رتبه مؤخر قرار داده شوند؟ آری اگر مانند شهید صدر و دیگران اعتقاد داشته باشیم قدما اصول عملی را در رتبه امارات قرار می‌دادند چنین اشکالی قابل طرح نیست. اما با آنچه گفتیم معلوم شد این اعتقاد صحیح نیست. در پاسخ به این اشکال مهم حداقل سه احتمال قابل طرح می‌نماید:

احتمال نخست: اینکه مقصود از قطعی بودن اصول عملی لزوماً قطع‌آور بودن آن‌ها نیست بلکه منظور مستند آن‌هاست که حکم عقل قطعی است. بنابراین گرچه در مقام استناد پشتوانه قطعی دارند اما دلالت

۱. «و المعارضة بالاحتیاط لا یقاوم الأصل، إذ الظن لا یعارض القطعی» (شهید اول، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ۱/ ۲۸۳).

آن‌ها ظنی است و طبعاً با ادله‌ای چون کتاب و سنت و اجماع برابری نمی‌کنند.

این احتمال شاید در نگاه اول موجه باشد اما دقیق نیست. زیرا اولاً حکم عقل پیرامون اصل حظر یا اباحه و نیز برائت اصلیه بر اساس مقدمات یقینی و برهانی تشکیل شده و به هیچ روی ظنی نیست. ثانیاً رجوع به متون نشان می‌دهد قدامت این نهادها را در مقام دلالت نیز قطعی می‌دانستند. بطور مثال چنانکه در مقدمه کتاب «المبسوط» آمده شیخ طوسی استناد به اصل و برائت را جایگزین قیاس قلمداد نموده و ذیل عنوان «طریقۀ یوجب علملاً» (طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ۱/ ۲) از آن دو یاد کرده است.

احتمال دوم: اینکه قدامت میان حکم واقعی و حکم ظاهری فرق می‌گذاشتند و اصول عملی را مخصوص تعیین حکم ظاهری می‌دانستند. بنابراین از دیدگاه ایشان اصولی مانند استصحاب و برائت در تعیین حکم ظاهری مفید یقین بودند. البته از یک سو از آنجا که این یک پیش فرض غیر قابل خدشه بوده مستقیمه بدان اشاره نکرده‌اند و از سویی دیگر اصطلاح حکم واقعی و ظاهری هنوز متداول نبود و بطور رسمی وارد دانش اصول و فقه نگردیده بود. به دیگر سخن آنان معتقد بودند ممکن است خداوند در برخی مسائل حکم شرعی نداشته باشد که در اینصورت حکم عقل حاکم خواهد بود و همین منشأ تفکیک میان حکم ظاهری و واقعی قرار گرفت. بطور مثال سیدمرتضی معتقد است اگر فرض کنیم در مسأله‌ای میان دانشمندان امامیه قول اتفاقی یا اختلافی وجود نداشته باشد، در اینصورت می‌توان پذیرفت که خداوند در این مسأله حکم شرعی ندارد. بنابراین باید به عقل و حکم آن رجوع کرد (ر.ک: سیدمرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۱/ ۲۱۰ و ۲۱۵ و ۲۱۶ و ۲۱۷ و ۲۱۹؛ الانتصار فی انفرادات الامامیه، ۱۶۷؛ نیز ر.ک: ابن ادریس حلی، ۱/ ۳۷۶) و مقصود وی از حکم عقل چنانکه قبلاً اشاره شد، همان اصول عقلی است. توجه در شرط رجوع به عقل و حکم آن در کلام سید مرتضی که عبارتست از وجود نداشتن حکم شرعی برای یک مسأله، همین احتمال نخست را تقویت خواهد کرد. چه اینکه اگر حکم شرعی الهی وجود نداشته باشد، جای این پرسش هست که رجوع به حکم عقل برای یافتن چه چیزی است؟

احتمال سوم: اینکه حکم عقل که اصول عملی در ذیل آن جای می‌گرفتند، از دیدگاه ایشان مقید به فقدان دلیل بوده است. یعنی عقل می‌گوید در صورتی که برای یک مسأله دلیلی در میان منابع فقه نیافتیم باید حالت قبلی را استصحاب کنیم یا بنا را بر برائت نسبت به اصل وجود تکلیف یا تکلیف جدید بگذاریم. در اینصورت حکم عقل قطعی بوده و اصول عملی از پشتوانه قطعی برخوردارند اما با این قید که فضای حکومت این حکم عقلی، جایی است که بیانی از کتاب و سنت و یا اجماع در دسترس نباشد.

به هر حال قدامت اصول عملی را نهادهایی قطعی تلقی می‌کردند و در عین حال جایگاه آن‌ها را محدود به فقدان دلیل معتبر می‌دانستند.

### تفکیک مجرای اصول عملی در اصول متقدمان

چنانکه اشاره شد متقدمان هیچ‌گاه به موارد جریان اصول عملی و تفکیک مجاری آن‌ها نپرداخته‌اند چنانکه به دیگر مباحث عام اصول عملیه نیز اشاره نکرده‌اند. در نتیجه برای استخراج این مباحث عام می‌بایست از استقرا در موارد استعمال اصول عملیه در متون فقهی مدد جست.

**برائت:** در رویکرد متقدمان اصل برائت کاربردی مشابه با اصل اباحه عقلی دارد.<sup>۱</sup> با این تفاوت که اصل اباحه تنها در شبهات تحریمی بکار می‌رود اما اصل برائت برای هر دو مقام شبهه و جوبی و تحریمی اعمال گردیده با این قید که غالباً در شبهات و جوبی مستند فتوا قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup> هرگاه تردید در اصل وجود تکلیف باشد غالباً از برائت استفاده کرده‌اند. قید «غالبه» برای آن است که چنانکه در ادامه خواهد آمد، گاه از احتیاط نیز در چنین شبهاتی استفاده می‌شود.

از اصل برائت گاه بصورت مطلق و مستقل استفاده شده و گاه به عنوان متعلق استصحاب بکار رفته که در اصطلاح متقدمان «استصحاب حال عقل» نام دارد.

**احتیاط:** احتیاط در کلام متقدمان به هیچ روی به عنوان مضاف الیه اصل قرار نگرفته بلکه اغلب با عنوان «طریقه احتیاط» از آن یاد شده است، عنوانی که به ندرت در مورد برائت نیز استعمال شده است (برای نمونه ر.ک: طوسی، الخلاف، ۲/۳۱۰). اما از لحاظ ماهوی، احتیاط به اصول عملیه ملحق می‌شود. نکته بسیار قابل توجه آنکه احتیاط در رویکرد متقدمان در هر دو بخش شبهات حکمی تحریمی و همچنین جوبی بکار بسته شده است. مجرای احتیاط و برائت بطور مشخص تفکیک نشده و در بسیاری از مسائل تنها مستند برای اثبات اصل وجود تکلیف و جوبی قرار می‌گیرد،<sup>۳</sup> رهیافتی که حتی اخباریان که طرفداران افراطی احتیاط شناخته می‌شوند، بدان اعتقاد نداشتند.

۱. گاه اصل اباحه و برائت بطور مترادف و در کنار یکدیگر به عنوان مستند استفاده شده‌اند که نشان از اشتراک آن دو در کارایی در شبهات تحریمی دارد. برای نمونه نک: طوسی، الخلاف، ۲/۳۰۳ و ۳۰۵. صاحب فصول مشابه همین دیدگاه را در وجه تمایز اصل اباحه و برائت بیان نموده معتقد است در نگاه متقدمان اصل اباحه مختص شبهات تحریمی و تنزیهی است اما اصل برائت در شبهات و جوبی کارایی داشته است: «و كان المتداول في كلامهم استعمال أصل البراءة في نفي الوجوب و أصل الإباحة في نفي التحريم و الكراهة» (حائری اصفهانی، ۳۵۱) گرچه دیدگاه صاحب فصول در بخش اول کلامش صحیح است اما در بخش دوم تنها به قید غالب، مستند خواهد بود زیرا چنانکه خواهد آمد اصل برائت در شبهات تحریمی نیز هر چند کاملاً به ندرت استعمال شده است.

۲. شبهات و جوبی: برائت از پرداخت زکات در غیر موارد منصوص (سید مرتضی، الانتصار، ۲۱۴)، عدم انعقاد قسم و نذر به غیر صیغه مخصوص (همان، ۳۵۳)، عدم وجوب حج جز به تمامیت شرایط استطاعت (سید مرتضی، المسائل الناصریات، ۳۰۴)، عدم وجوب تخلیل لویه در وضو (طوسی، الخلاف، ۱/۷۶)، عدم وجوب غسل بر کافر در صورت مسلمان شدن (همان، ۱۲۷)، عدم وجوب نماز بر فردی که تمام وقت نماز در حال بیهوشی به سر برده (همان، ۲۷۶)، عدم احتیاج قصر به نیت (همان، ۵۸۰) و ... شبهات تحریمی: کراهت و نه حرمت تکلم برای خطیب و سامع در نماز جمعه (همان، ۶۲۵).

۳. برای نمونه ر.ک: سید مرتضی، الانتصار: وجوب صوم یوم الشک (۱۸۳)، مفطرت غسل ارتماسی (۱۸۵)، ایجاب قضا و کفاره روزه به سبب استمناء (۱۸۷)، عدم انعقاد اعتکاف جز در چهار مسجد (۱۹۹)، وجوب کفاره بر معتکفی که با همسرش



به نظر می‌رسد در متون فقهی متقدمان، در مقام استنباط احکام کلی عبادی دو رویکرد عمده وجود داشته است:

رویکرد نخست از گرفتار آمدن در دام بدعت می‌پرهیزد و از همان رو جانب احتیاط در ترک را مقدم می‌دارد. بدین ترتیب گاه آنگونه استدلال شده که گویا در اینگونه موارد جای احتیاط، آن هم در جانب ترک است با این استدلال که از استلزام بدعت پرهیز گردد.<sup>۱</sup> این مسأله در فقه اهل سنت بصورت یک قاعده بیان شده به اینکه احتیاط در عبادات تنها پس از اثبات آن‌ها جایز است و قبل از اثبات اصل عبادت، احتیاط مستلزم بدعت و بلکه مکروه است.<sup>۲</sup>

اما چنانکه گفته شد این قانون کلی در مقام تقفه و استدلال توسط فقیهان بزرگی چون سید مرتضی و ابن ادریس بصورت مکرر زیر پا گذاشته شده است. این شاید به دلیل خلوص کتب اصول فقه از مباحث عام اصول عملی و همچنین غیر نظام‌مند بودن و موجز بودن این مسائل در متون متقدمان بوده است. در رویکرد دوم به عکس عمل شده و در تردید میان بدعت و وجوب اصل یا شطر و شرط عبادات، جانب احتیاط در انجام فعل برگزیده شده است. بطور مثال شمس الاثمه سرخسی حنفی می‌نویسد: «ما تردد بین الواجب والبدعة فعلیه أن یأتی به إحتیاطاً لأنه لا وجه لترك الواجب وما تردد بین البدعة والسنة یترکه لأن ترک البدعة لازم وأداء السنة غیر لازم» (سرخسی، ۱۴۶/۲).

به نظر می‌رسد در میان فقیهان متقدم شیعه مذهب رویکرد مشخصی در این زمینه قابل ارائه نیست و چنانکه مشخص شد در این جهت بصورت ضابطه‌مند عمل نشده است.

از جمله مسائل یقینی پیرامون دیدگاه متقدمان در احتیاط آن است که باب فروج منحصره مجرای احتیاط به شمار رفته است. در این جهت سید مرتضی می‌گوید: «و الفروج و أحكامها و ما یتعلق بحظرها و إباحتها من أكد أحكام الشریعة التي قد شدد فی أمرها، و التحرز عند الاقدام علیها، و النهی من التعرض

جماع کند (۲۰۱) نیز رک: طوسی، الخلاف: اصل وجوب دو رکعت نماز طواف (۳۲۷/۲)، رکنیت سعی صفا و مروه (۲/۳۲۸)، رکنیت تلبیه در حج (۲/۳۳۰)، وجوب طواف نساء (۲/۳۳۳)، فوریت وجوب قضای حج (۲/۳۷۶)، وجوب کفاره به بقره و گوسفند در تضييع درخت بزرگ و کوچک در حرم (۲/۴۰۸)، استلزام ربا در هر جنس مکیل و موزون و عدم تفصیل بین طعام و غیر آن (۳/۴۴)، عدم جواز بیع حیوان به حیوان بصورت نسیه (۳/۴۸)، وجوب ذکر موضع تسلیم در بیع سلم (۳/۲۰۳)، وجوب پرداخت نصف قیمت برای فردی که یک چشم حیوان را در آورده در مقابل قول شافعی به وجوب ارش (۳/۳۹۷)، عدم جواز وصیت به نفع حربی (۴/۱۵۳)، وجوب پرداخت زکات به عدول و عدم جواز آن در فساق (۴/۲۲۵)، عدم جواز اعطای کفاره به کافر (۴/۵۶۰). و نیز: طبرسی: اشتراط طهارت در خطبه جمعه (۱/۲۱۹).

۱. رک: سید مرتضی، همان، ۱۵۹ (مسئله نماز ضحی) و ابن ادریس حلی، ۱/۲۹۸ (مسئله جهز قرائت در نماز ظهر روز جمعه)

۲. ابن عربی المعافری، ۱/۱۰۸. این لازمی است که ابن حزم ظاهری مذهب به دلیل آن وجوب احتیاط در دین الهی را رد کرده است گرچه حسن کلی آن را می‌پذیرد. (ابن حزم، ۶/۷۴۵) بعدها دانشمندان شیعه مذهب سعی کردند با راه حل‌هایی مناسب این اشکال را مرتفع کنند (رک: ایوان کیفی، ۳/۴۸۱)

لما یشبه منها» (سید مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۳۸/۱؛ نیز ر.ک: سرخسی، همان، ۶۴/۱۳ «لأن باب الفروج مبنی علی الاحتیاط»).

اصل احتیاط در مواردی که اشتغال ذمه مکلف به تکلیف الزامی مفروغ عنه تلقی شود، تنها مستند فتوای مجتهد است. لزوم فراغت ذمه یقینی در اشتغال ذمه یقینی قاعده‌ای است که به نظر می‌رسد برای آن استثنایی در میان متون کهن یافت نمی‌شود. بنابراین به نظر می‌رسد مجرای اصیل احتیاط، همین مقام بوده است (برای نمونه ر.ک: طوسی، الخلاف، ۸۳/۱ و ۱۴۶ و ۱۴۷ و ۲۲۶ و ۴۰۰).

**استصحاب:** استصحاب به عکس احتیاط در کتب اصولی حضوری پر رنگ دارد اما در میان متون فقهی شیعه به ندرت یافت می‌شود. این اصل در میان متون فقهی متقدم سنی مذهب بسیار به چشم می‌خورد اما در منابع فقهی شیعه چندان کاربردی نداشته است. شاید از آن روست که دو تن از بزرگ‌ترین علمای شیعه یعنی سید مرتضی و شیخ طوسی نگاه مثبتی به استصحاب نداشتند. البته گرچه شیخ طوسی در کتاب اصولی خود حجیت استصحاب را با ارجاع آن به نفی نافی پذیرفته (طوسی، العده فی اصول الفقه، ۷۵۶/۲) اما در کتب فقهی خود به هیچ وجه استفاده از آن را ترویج نکرده است. و با توجه به اینکه دانشمندان بعد از شیخ نیز تا حد زیادی مقلد روش استدلالی شیخ بوده‌اند، به نظر می‌رسد همین دلیل عمده عدم توسعه این نهاد در میان منابع فقهی گذشتگان بوده است.

به هر روی در رویکرد متقدمان جایگاه استصحاب موردی است که مسأله دارای سابقه باشد و اکنون پس از تغییر وصف موضوع، تردیدی در حکم آن بوجود آید (ر.ک: بصری، ۳۲۵/۲). حال ممکن است حالت سابقه موضوع، عدم حکم با استناد به عدم وجدان دلیل باشد که از این به استصحاب حکم عقل یاد می‌شود و یا آنکه حکمی بر موضوع مترتب بوده و پس از حدوث تغییر، در بقای آن حکم تردید بوجود می‌آید که از آن به استصحاب حال شرع یاد شده است (ر.ک: شیرازی، ۱/۱۲۲).

بنابراین در مورد رابطه استصحاب و برائت باید اذعان داشت در نگاه متقدمان، برائت در ذیل استصحاب جای داشته و تفکیکی میان این دو وجود نداشته است بلکه یکی متعلق دیگری قرار می‌گرفته است.

اشاره به این نکته نیز خالی از فایده نیست که حنفیان استصحاب را تنها در نفی و دفع حجت می‌دانستند اما در اثبات برای آن اعتباری قائل نبودند.<sup>۱</sup>

۱. ابن نجیم، ۶۳/۱. به گمان ما شاید همین دیدگاه حنفیان پیرامون استصحاب منشأ گسترش بحث در تمامی اصول عملیه و در نهایت پیدایش مبحث اصول مثبت شده است.

### خلو منابع متقدم از اصل تخییر

تخییر در رویکرد متقدمان تنها در تخییر واقعی خلاصه می‌شود و به هیچ وجه رد پایی از اصل عملی تخییر به عنوان یک حکم ظاهری و در کنار برائت و استصحاب به چشم نمی‌آید. شاید اولین کسی که به تخییر به عنوان یک حکم ظاهری نگاه کرد، محمدتقی اصفهانی صاحب کتاب هدایه‌المسترشدین بوده است (ر.ک: ایوان کیفی، ۱/۷۸).

### نتیجه‌گیری

۱. به اعتقاد نگارندگان آنچه شهید صدر پیرامون مقایسه روش استدلالی دانشمندان شیعه مذهب و سنی مذهب گفته دقیق به نظر نمی‌رسد. وی معتقد است مدار فقه اهل سنت دائم بر توصل به حکم واقعی است اما فقه شیعه این امتیاز را دارد که فرایند استنباط را در دو مرحله پی می‌گیرد: در مرحله نخست به حکم واقعی می‌پردازد و در صورت عدم دسترسی بدان، در مرحله واپسین و در پرتو اصول عملی حکم ظاهری را می‌کاود. اما با آنچه گفتیم معلوم شد این دیدگاه دقیق نیست زیرا متقدمان شیعه در روش استنباطی خود در بکارگیری اصول عملی، دنباله‌رو دانشمندان سنی مذهب بوده‌اند و روش ایشان مشابه با اصولیان و فقیهان اهل تسنن است. هر دو گروه اصول عملی را مستندات فرعی و دست دوم تلقی می‌کردند و حجیت آن‌ها را مشروط به فقدان دلیل معتبر می‌دانستند. بدون آنکه میان ایشان در این جهت تفاوتی در رهیافت باشد.

۲. اصول عملیه در رویکرد متقدمان در قالب دو نهاد عمده احتیاط و اصل عدم ارائه شدند و در ادامه اباحه و حظر، نفی حکم با استناد به عدم وجدان دلیل، برائت و استصحاب به عنوان زیرمجموعه‌های اصل عدم طرح گردیدند. سپس استصحاب، اصل غالب قرار گرفته و برائت عقلی در ذیل آن و به عنوان استصحاب حال عقل و در مقابل استصحاب حال شرع تعریف می‌شد. با این بیان تقدم و تأخر اصول عملیه در پیدایش و کاربرد نیز معلوم می‌شود.

۳. مهم‌ترین عناصر مشترک در میان اصول عملی، قطعیت آن‌ها و تاخرشان نسبت به ادله معتبر بوده است.

۴. احتیاط و برائت پرکاربردترین اصول عملی در میان متون متقدم شیعی به شمار می‌روند. بقا بر حالت گذشته در قالب قاعده نقلی عدم نقض یقین به شک ارائه می‌شود در حالیکه با استصحاب مشترک انگاشته نشده است. استصحاب حضور بسیار ضعیفی در میان متون فقهی متقدم شیعی داشته و این از آن روست که دو تن از بزرگ‌ترین متقدمان یعنی سید مرتضی و شیخ طوسی روی خوشی بدان نشان ندادند.

٥. تخییر اساساً در متون متقدم به عنوان یک حکم ظاهری طرح نشده است و به نظر می‌رسد اولین دانشمندی که تخییر را به صراحت در میان ادله ظاهری قرار داد، محمدتقی اصفهانی، صاحب حاشیه بر معالم بوده است.

### منابع

- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٠ ق.
- ابن العربي، محمد بن عبدالله، *أحكام القرآن*، بیروت، دار الکتب العلمیة، ١٤٢٤ ق.
- ابن حزم، علی بن احمد، *الاحکام فی اصول الاحکام*، بیروت، دار الآفاق الجديدة، بی تا.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤٠٤ ق.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، *الاشباه والنظائر*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ١٤١٩ ق.
- اصفهانى محمدحسین، *الفصول الغروية فی الأصول الفقهية*، قم، دار احیاء العلوم الاسلامیة، ١٤٠٤ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، ١٤١٦ ق.
- ایوان کیفی، محمدتقی بن عبدالرحیم، *هدایة المسترشدين*، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، ١٤١٦ ق.
- بصری، محمد بن علی، *المعتمد*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ١٤٠٣ ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الصغیر*، کراچی، جامعہ الدراسات الاسلامیة، ١٤١٠ ق.
- تونی، عبدالله بن محمد، *الوافية فی الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ١٤١٥ ق.
- جصاص، احمد بن علی، *الفصول فی الاصول*، کویت، وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ١٤٠٥ ق.
- زركشى، محمد بن عبدالله، *البحر المحيط فی اصول الفقه*، بیروت، دار المعرفة، ١٤١٩ ق.
- سبحانی، جعفر، *المحصول فی علم الاصول*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٣٨٣.
- \_\_\_\_\_، *الوسيط فی اصول الفقه*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٣٨٧.
- \_\_\_\_\_، *تاریخ الفقه الاسلامی و ادواره*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٣٨٤.
- شافعی، محمد بن ادريس، *كتاب الام*، بیروت، دارالمعرفة، ١٤١٠ ق.
- شمس الأئمة سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دار المعرفة، ١٤١٤ ق.
- شوکانی، محمد بن علی، *ارشاد الفحول*، بیروت، دارالکتب العربی، ١٤١٩ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤١٤ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *تمهید القواعد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤١٦ ق.
- شیبانی، محمدحسن، *الاصل المعروف بالمبسوط*، کراچی، اداره القرآن و العلوم الاسلامیة، بی تا.
- شیرازی، ابراهیم بن علی، *اللمع فی اصول الفقه*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ١٤٠٥ ق.

- صدر، محمدباقر، *مباحث الاصول*، قم، مقرر، ۱۴۰۸ ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، *الموتلف من المختلف بین ائمه السلف*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *العدة فی اصول الفقه*، قم، محمدتقی علاقبندیان، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- \_\_\_\_\_، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- \_\_\_\_\_، *الذریعة الی اصول الشریعة*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶ ق.
- \_\_\_\_\_، *المسائل الناصریات*، تهران، رابطه العلاقة و الثقافات الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *رسائل الشریف المرتضی*، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.
- فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر*، قم، منشورات دارالرضی، بی تا.
- قاضی عبدالجبار معتزلی، *فضل الاعتزال و طبقات المعتزلة*، به کوشش فؤاد سید، تونس، ۱۳۹۳ ق.
- قمی، ابوالقاسم، *القوانین المحکمه فی الاصول*، دار احیاء الکتب الاسلامیه، ۱۴۳۰ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- گرچی، ابوالقاسم، *تاریخ فقه و فقها*، تهران، مؤسسه سمت، ۱۴۲۱ ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *معارج الاصول*، لندن، مؤسسه امام علی علیه السلام، ۱۴۲۳ ق.
- مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، مرکز الکتب للترجمه و النشر، ۱۴۰۲ ق.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مفتاح الاحکام*، قم، بوستان کتاب، ۱۴۳۰ ق.



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 3, Issue 114

Autumn 2018

DOI: 10.22067/jfu.v50i3.63225



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۴

پاییز ۱۳۹۷، ص ۷۰-۵۳

## تحلیل عناصر کارآمدی علم فقه (مطالعه موردی، شروط امر به معروف و نهی از منکر)\*

دکتر عبدالحسین رضائی راد

دانشیار دانشگاه شهید چمران اهواز

Email: ahrr39@scu.ac.ir

### چکیده

در این مقاله انتقاداتی که از نظر کارآمدی به برخی از آثار فقهی و به طور ویژه به مبحث امر به معروف شده است با مطالعه موردی شروط وجوب امر به معروف و نهی از منکر از قبیل شرط علم به معروف و منکر و توانمندی و مطاع بودن و اشتراط عدم ضرر و احتمال تأثیر و بررسی اشکالات وارد شده بر آن‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد و نتایج نامطلوبی که از این گونه نگاه‌های غیر کاربردی به فقه و دین به بار آمده، مانند صدور احکام غیر قابل اجرا و یا متناقض با یکدیگر که در نتیجه به تعطیلی فرائضی چون امر به معروف و نهی از منکر انجامیده است ریشه یابی می‌گردد و راهکارهای لازم برای افزایش جنبه‌های کاربردی و کارآمد کردن این گونه مباحث فقهی ارائه می‌شود.

### کلیدواژه‌ها:

معروف، منکر، کارآمدی فقه، شرطیت ایمنی از ضرر، شرطیت تأثیر.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۱۲/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۴/۳۱.

**مقدمه**

فقها تلاش‌ها کرده‌اند تا مبانی علمی و نظری فقه را استوار سازند و احکام دین را از آن که دستخوش سلیقه‌های شخصی و برداشت‌های بی‌ضابطه گردد در امان بدارند اما از آن جا که کم‌تر توفیق داشته‌اند تا در مصدر امور اجرایی جامعه قرار گیرند و رهبری سیاسی جامعه را عهده‌دار شوند، جنبه‌های کاربردی و مطالعه راهبردی مسائل فقهی تا اندازه‌ای در آثار فقهی مغفول واقع شده است و ارزیابی آن که احکام موجود در آثار فقهی تا چه میزان قابلیت اجرایی دارد و در عمل چگونه می‌تواند اهداف و مقاصد آن احکام را بر آورده سازد چندان مورد توجه نبوده است و این کاستی ناخواسته و غیر عامدانه، پاره‌ای از احکام اجتماعی و سیاسی شرع را در عمل و مرحله اجرا با مشکلات و موانع جدی روبه‌رو کرده است یا در مسیری متفاوت با آن چه از این احکام مورد نظر بوده، کشانده است.

آن چه در مقاله مورد تحقیق قرار گرفته است بررسی این کاستی و میزان تأثیر آن در مبحث امر به معروف و نهی از منکر است و مؤلف می‌کوشد تا ضعف مطالعه راهبردی در تحقیقات دینی بخصوص در علم فقه و مبحث امر به معروف و نهی از منکر را به عنوان بخشی از علت تعطیلی این دو اصل بنیادی یا انحراف آن‌ها مورد بررسی قرار دهد.

تعطیلی امر به معروف و فراموشی آن‌ها هم در جنبه نظری (مطهری، حماسه حسینی، ۴۹/۲-۵۱)، هم در جنبه عملی و اجرایی که اکثریت قریب به اتفاق محققان این موضوع به آن اشاره کرده و از آن گله‌مند بوده‌اند (به عنوان نمونه ر.ک: غزالی، ۴۴۲/۲؛ مطهری، ده گفتار، ۷۹؛ رشید رضا، تفسیر المنار، ۳۰/۴)؛ علت‌های مختلفی می‌تواند داشته باشد اما در این تحقیق میزان ارتباط آن با شیوه مباحث فقهی و ضعف جنبه‌های کاربردی در آثار فقهی موجود مورد نظر است و یافتن پاسخی روشن به این پرسش که چگونه و با رعایت چه مؤلفه و عناصری می‌توان تحقیقات فقهی از جمله مبحث امر به معروف و نهی از منکر و شروط آن را در جنبه کاربردی ارتقا بخشید و به واقعیات جوامع بشری نزدیک کرد و به اضمحلال عملی و فراموشی تاریخی این دو اصل بنیادی پایان داد یا از شدت آن کاست؟

**پیشینه تحقیق**

مبحث امر به معروف و نهی از منکر در اکثر آثار فقهی یا کلامی یا اخلاق یا تفسیری در مذاهب مختلف اسلامی مورد جایگاه خاصی را به خود اختصاص داده است. اما متأسفانه با گذشت زمان به جای آن که مانند دیگر مباحث فقهی بر گستردگی و حجم آن افزوده گردد، دائماً در حال کاهش بوده است (مطهری، حماسه حسینی، ۴۹/۲-۵۱). حتی در بسیاری از آثار فقهی و رساله‌های عملیه به طور کلی از



شمار مباحث فقهی خارج شده و مورد توجه قرار نگرفته است (به عنوان نمونه ر.ک: صدوق، الهدایه؛ ابن البراج، جواهر الفقه؛ علامه حلی، مختلف الشیعه؛ همو، تذکره الفقهاء؛ همو، منتهی المطلب؛ همو، ارشاد الاذهان؛ همو، نهاییه الاحکام؛ رساله‌های عملیه آقایان سیستانی و خویی و وحید خراسانی) و کم‌تر کسانی مانند امام خمینی در تحریر الوسیله و امام محمد غزالی در احیاء علوم الدین و رشید رضا در تفسیر المنار می‌توان یافت که بحث مفصلی در این موضوع مطرح کرده باشد و تنها تعداد محدودی از محققان دوره‌های اخیر در فعالیت‌های فرهنگی و مبارزات سیاسی و اجتماعی دستی داشته‌اند چون امام خمینی (تحریر الوسیله، ۱/ ۴۶۲- ۴۸۴)، مطهری (مطهری، حماسه حسینی، ۴۹-۵۱؛ همو، ده گفتار، ۶۱) و شریعتی (مجموعه آثار، ۷؛ همو، شیعه، ۶۹) از شیعیان و رشید رضا (رشید رضا، تفسیر المنار، جلد ۴) و محمد غزالی (غزالی احیاء علوم الدین، ۲/ ۴۴۲) از اهل سنت در بیان جنبه‌های کاربردی و موانع اجرای این دو فریضه آن هم به طور پراکنده در بعضی آثار خود اشاراتی را آورده‌اند و هیچ تحقیق مستقل و مبسوطی در این خصوص صورت نگرفته است و امید است این تحقیق گامی باشد در جهت آغاز این گونه بررسی‌ها و گشاینده دری از مطالعات راهبردی در مباحث دینی در سایر زمینه‌ها و موضوعات.

### میزان کار آمدی شروط امر به معروف

شرط، اصطلاحی است فقهی که مقصود از آن هر چیزی است که وجود حکمی از احکام شرعی به آن وابسته است و هرگاه حکمی مشروط به شرطی باشد معنای آن این است که آن حکم بدون آن شرط وجود ندارد مانند حکم وجوب حج (حائری، درر الفوائد؛ حکیم، الاصول العامه للفقهاء المقارن، ۶۰-۶۱) که به شرط استطاعت مشروط شده است و معنای آن عدم وجوب در صورت عدم استطاعت است البته این، تمام معنای شرط نیست و شرط در مباحث فقهی به انواع مختلفی مانند شرط وجوب شرط واجب شرط صحت و مانند آن تقسیم شده است (همو) که در این مختصر در مقام بیان آن‌ها نیستیم. آن چه در این تحقیق مد نظر است این است که شروط ذکر شده در آثار فقهی به عنوان شروط وجوب امر به معروف و نهی از منکر تا چه اندازه در تحقق اهداف این دو فریضه و احیا و اجرای آن‌ها مؤثر بوده است؟ و آیا می‌توان رونق اندک این میدان را تا اندازه‌ای به غیر کاربردی و به دور از واقعیات بودن این شروط نسبت داد؟

این تحقیق عناصر کار آمدی فقه اسلامی را به طور موردی با بررسی اشکالاتی که کارآمدی مباحث امر به معروف و نهی از منکر و ترجیحاً در شروط آن‌ها وارد شده است در صدد پاسخگویی به این اشکالات و در مواردی و علت‌یابی و ارائه راهکار برای رفع آن کاستی در موارد دیگر است و این مباحث را در قالب سه اشکال و بررسی آن‌ها با تحلیلی فقهی و راهبردی مطرح نظر قرار می‌دهد.

### اشکال اول: تعدد شروط و تعارض آنها

در اکثر کتب فقهی و تفسیری برای وجوب امر به معروف شروط متعددی ذکر شده است و گرچه تعداد این شروط به ظاهر اندک است و از حدود چهار شرط تجاوز نمی‌کند اما در ضمن توضیحات آنها و با تأمل بیشتر، این چهار شرط به شروط متعددی منشعب می‌شوند که گاه تا ۱۵ شرط می‌رسد به عنوان مثال امام خمینی در تحریر الوسیله (امام خمینی، ۱/ ۴۶۵-۴۷۶)، مبحث شروط امر به معروف (مانند بسیاری از فقیهان (به عنوان نمونه ر.ک: صاحب جواهر، ۲۱/ ۳۶۶ به بعد؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ۱/ ۳۴۲-۳۴۳؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲/ ۴۱۴)) چهار شرط را برای وجوب امر به معروف ذکر می‌کنند که عبارت‌اند از علم به معروف و منکر، وجود احتمال تأثیر، مصر بودن فاعل بر فعلش و نبودن مفسده و ضرر در انجام امر به معروف و نهی از منکر اما در مقام توضیح و تبیین این شروط چارگانه ۶۶ مسئله فقهی بسیار دقیق را مطرح می‌کنند که می‌توان گفت هر کدام از این مسائل به منزله شرط جدیدی است مثلاً در دل شرط علم به معروف و منکر چند نوع و زیر شاخه برای علم را مطرح می‌کنند که دانستن آنها نیز در وجوب امر به معروف شرط است مانند علم به حکم (امام خمینی، تحریر الوسیله، ۱/ ۴۶۶، مسئله ۱)، علم به مصادیق احکام (همو، مسئله ۴)، علم به روش‌های درست امر و نهی (همو، مسئله ۴) و علم به فتاوی مختلف تا بدانند که مطابق فتوای مرجع تقلید و مذهب فاعل منکر با او رفتار کند تا مبادا عمل او مطابق فتوا و مذهب فاعل منکر نباشد (همو، ۴۶۶، مسئله ۲-۵) کنند یا در ذیل شرط احتمال تأثیر به طور ضمنی انواعی مثل تأثیر تدریجی و تأثیر در آینده یا حال یا تأثیر فردی و گروهی و مانند آن را برای تأثیر ذکر می‌کنند (همو، ۴۶۷-۴۶۸، مسائل ۳-۱۲) که احراز وجود یا عدم آنها به هوش سرشار و علم تجربه بسیار بالایی نیازمند است و اکثر افراد از آن برخوردار نیستند که در عمل بسیار موارد نادری می‌توان یافت که تمام این شروط وجود داشته باشد و لذا عملاً هیچ‌گاه این وظیفه به حد وجوب نمی‌رسد و این در حالی است که علم به معروف و منکر و مصادیق آنها از آن شروط است که خود شرطی بسیار دشوار است و شناخت مصادیق معروف و منکر به معنای دقیق کلمه چیزی است که در موارد زیادی حتی از یک مجتهد جامع شرایط هم بر نمی‌آید زیرا به علوم و تخصص‌های فراوان نیازمند است تا چه رسد به افراد عادی و اگر علوم و مهارت‌های مختلفی را که بعضی از علما هم به آن اضافه کرده‌اند (رشید رضا، ۴/ ۳۸-۴۰) و شرط قدرت و مطاع و مقبول بودن (مجلسی، بحار الانوار، ۱۰۰/ ۹۳) و لزوم اطلاع از آگاهی فاعل منکر و وجود اتمام حجت و انذار قبل از تنبیه (ابن‌اخوه، ۳۰؛ ماوردی، ۲۹۳) و سایر شرایطی از این دست را که بعضی از محققان در غیر قالب شروط بیان کرده‌اند (غزالی، احیاء علوم الدین، ۲/ ۲۸۶-۲۸۵؛ خنجی اصفهانی، ۱۹۲). نیز بدان‌ها بیافزائیم به جرأت می‌توان گفت که هیچ فردی واجد آن همه علوم و مهارت‌ها نیست و به

ندرت امکان دارد که این شروط محرز شود و امر به معروف واجب گردد و عملاً باید این اصل تعطیل بماند.

شگفتی انسان هنگامی بیش تر می شود که می بیند همان فقهای که این همه شروط دشوار را برای انجام امر به معروف بیان کرده اند در جای دیگر از تمام شروط خود صرف نظر کرده و حتی فاسقی را که خود به معروف ها و منکرها پای بند نیست واجد شرایط ادای این مأموریت می دانند (صاحب جواهر، ۲۱/۳۷۱-۳۷۴؛ جزائری، ۲۰۱؛ ابن اخوه، ۵۱؛ ماوردی، ۳۴۰-۳۴۲؛ ابویعلی، ۱۸۵) و چنین فردی را نه تنها مجاز بلکه موظف به انجام این فریضه می شمارند دلایل چنین فتوایی هر چه باشد نمی تواند پاسخ این سؤال بنیادی را بدهد که فرد فاسق که خود به امر خود به امر خود پای بند نیست و به سبب همین نقطه ضعف، به تعبیر روایات ملعون است (شهیدی، نهج البلاغه، خطبه های ۱۲۹ و ۱۲۵) چگونه می تواند مجری وظیفه ای باشد که میراث انبیاء و عصاره اصلی همه ادیان است؟ (ری شهری، ۶/۲۵۵ حدیث ۱۲۳۸۷، ۱۲۳۸۸ و ۱۲۳۸۹؛ حر عاملی، ۱۱/۳۹۷).

چنین فتاوائی اگر در فقه مصطلح هم قابل توجیه باشد در فقه به معنای اعم به هیچ عنوان قابل توجیه نیست و با هدف امر به معروف و بلکه هدف همه ادیان ناسازگار است و علاوه بر این، با سخن خود فقها که آن همه شروط را برای آمرین به معروف مطرح می سازند نیز تضاد دارد و بی شک امر به معروف از جانب چنین فردی مثل شراب و قمار است که اگر هم سودی بیخشد، به تعبیر قرآن کریم، گناهایشان از نفعشان بیشتر است (بقره: ۲۱۹؛ نیز رشیدرضا، ۴/۳۰-۳۱).

### نقد این اشکال

با مراجعه به آثار فقهی مشخص می شود که نظریه جواز تصدی وظیفه نهی از منکر توسط فاعل منکر با تکیه بر این دلیل ارائه شده است که این وظیفه، وظیفه ای است توصلی و غیر تعبدی و لذا نیاز به قصد قربت ندارد و لذا از فاسق ساقط نیست و چیزی است شبیه مسئله مکلف بودن کفار به فروع، و همچنان که در آن جا با وجود بطلان عمل کافر، فتوا به مکلف بودن کفار به فروع صادر می شود در این جا نیز با علم به غیر صحیح و غیر مؤثر بودن امر به معروف توسط فاسق، نمی توان او را از دایره شمول این تکلیف مستثنی کرد زیرا ادله این اصل همچون ادله سایر تکالیف عمومیت دارد و کافر و فاسق و مؤمن را به یک سبک و سیاق مخاطب قرار می دهد و مواردی که اشعار بر خلاف این دارد قابل توجیه است و در مقابل ادله دیگر که عمومیت تکلیف را می رساند توان مقاومت ندارد.

این سبک استدلال حتی اگر بر اساس موازین فقه مصطلح قابل قبول باشد، در حیطة فقه به معنای اعم

پذیرفتنی نیست و تنها یک جنبه قضیه را که جنبه فردی آن است حل می‌کند در حالی که این وظیفه جنبه اجتماعی هم دارد و با نگاهی اجتماعی، می‌توان چنین گفت که امر به معروف از سوی فرد فاسق نه تنها باعث اقامه معروفات و ازاله منکرات نمی‌گردد بلکه ممکن است خود منکری از منکرات باشد و باعث نفرت مردم از اسلام و تضعیف روحیه دینی در جامعه گردد و با چنین فرضی نمی‌توان به آسانی قضاوت کرد که حقیقتاً فاسق مجاز به اجرای این وظیفه است و با اجرای او تکلیف از عهده دیگران ساقط می‌گردد. با توجه به چنین مشکل آشکاری که در چنین فتاوی و وجود دارد جای این پرسش باقی است که چگونه فقها این فتوا را داده و از این مشکل عظیم غفلت ورزیده‌اند؟

در پاسخ این پرسش می‌توان چنین گفت که اگر مقصود فقها از عدم شرطیت عمل به وظایف دینی این باشد که فاسق به معنای دقیق کلمه، مجاز و بلکه، موظف به اجرای این وظیفه باشد انتقاد وارد شده به جا و قابل قبول خواهد بود اما گمان نمی‌رود که این بزرگواران از عدم شرطیت عمل به وظایف، چنین مقصودی داشته باشند بلکه فقها نه تنها از این مسئله چنین اراده‌ای نکرده‌اند بلکه حتی واژه فاسق را هم به کار نبرده‌اند بلکه از «عدم تأمر آمر» و «عدم تناهی ناهی» که به معنای امر ناپذیری آمر و نهی ناپذیری ناهی هستند استفاده کرده‌اند (صاحب جواهر، ۲۱/۳۷۳-۳۷۴؛ جزائری، ۲۰۱).

این اصطلاح با اصطلاح «فاسق» که به معنی عدم پای‌بندی عمدی به وظایف دینی است تفاوت دارد و مقصود از «عدم تأمر آمر» این است که فردی به طور استطرادی و غیر عمدی تارک وظیفه گردد و عدم شرطیت تأمر و تناهی با چنین تفسیری از معنای آن چیزی‌گریز ناپذیر است و اگر «تأمر آمر» و «تناهی ناهی» در همه شرایط، شرط وجوب امر به معروف باشد نتیجه‌اش آن خواهد بود که تنها معصومین و اولیاء الله مشمول این وظیفه باشند زیرا اکثریت قریب به اتفاق مردم عادی نمی‌توانند در همه شرایط به وظایف دینی خود پای بند بوده و حتی به طور سهوی هم گناهی از آن‌ها سر نزنند و اگر بنا باشد فقط اولیاء الله و معصومین، مشمولین این وظیفه دینی باشند علاوه بر آن که این فریضه مهم عملاً به تعطیلی و بن بست کشیده خواهد شد و پذیرش چنین نظریه‌ای با اکثر ادله این باب که عمومیت این وظیفه را بیان می‌دارند در تضاد قرار خواهد گرفت.

از اظهارات بعضی از فقها به روشنی برمی‌آید که انگیزه آن‌ها از عدم اشتراط «تأمر» و «تناهی»، جلوگیری از تعطیل شدن امر به معروف و بسته شدن باب حسبه بوده است (جزائری، ۲۰۱؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، مبحث حسبه) و این مطلب هم خود گواهی دیگر است بر این که مقصود این بزرگواران از عدم شرطیت «تأمر» و «تناهی» جواز دخالت فاسق و فجار در امر به معروف نبوده است بلکه هدف آنان جلوگیری از تضییق دایره شمول این وظیفه و اختصاص آن به معصومین بوده است.

یکی دیگر از نکاتی که در اشکال مورد بحث مطرح بود تعدد شروط مطرح شده در امر به معروف بود که به ادعای مستشکل ذکر این شروط، می‌تواند موجب تضییق دایره شمول این فریضه و در عمل موجب تعطیلی آن باشد.

این نکته، گرچه نکته‌ای قابل قبول است و مؤلف همین اثر نیز آن را می‌پذیرد و در آثار دیگر خود به عنوان یکی از عوامل مؤثر در تعطیلی امر به معروف مورد تحلیل قرار داده است اما شاید بتوان گفت راه حل این مسئله آن باشد که بگوئیم آن چه از این شروط توسط فقها بیان شده شرط واجب بوده است و نه شرط وجوب و در حقیقت نوعی خلط میان شرط وجوب و شرط واجب و عدم تفکیک میان آن دو موجب بروز چنین اشکالی گردیده است و لذا این اصل را به انزوا کشانده و جنبه فردی و حاشیه‌ای به آن بخشیده است تنها یک نگاه فرد گرایانه و اجتماع گریز می‌تواند شروط ذکر شده را شرط وجوب بداند و در صورت عدم آن‌ها وظیفه را ساقط و مکلف را بریء الذمه بشمارد زیرا با چنین نگاهی این تکلیف در اکثریت قریب به اتفاق موارد ساقط بوده و به اجرا در نمی‌آید و جامعه به همان آفتابی که برای ترک کردن آن در روایات مطرح گردیده است گرفتار می‌آید. اما با نگاه اجتماعی به این وظیفه، اگر در یک فرد این شرایط محقق نبود اما در اجتماع و با تشکیل گروه‌ها و سازمان‌ها امکان تحقق آن شروط وجود داشت این وظیفه ساقط نگردیده بلکه از فرد به گروه منتقل می‌گردد و وظیفه فرد نه تنها ساقط نمی‌شود بلکه مبدل به وظیفه دیگر می‌گردد و آن این که راه تحقق شروط را پیدا کند و با شرکت در گروه‌ها و اتحاد با سایر افراد، شروط را برای خود محقق سازد و این همان چیزی است که نحت عنوان «شرط واجب» از آن یاد کردیم و بعضی از بزرگان نیز به طور مختصر به آن اشاره کرده و شالوده آن را بنا نهاده‌اند (ر.ک: مطهری، حماسه حسینی، ۱/ ۱۹۲-۲۰۱).

### اشکال دوم: اشتراط عدم ضرر

یکی از مواردی که به عنوان نمونه‌ای از ضعف جنبه‌های کاربردی در نگرش فقها به مسئله امر به معروف مطرح شده است و ممکن است به عنوان یکی از علت‌های تعطیلی این فریضه مطرح شود مسئله اشتراط عدم ضرر است.

در اکثر قریب به اتفاق آثار فقهی شیعه تصریح شده است که امر به معروف به شرطی واجب است که ضرری برای جان و مال و آبروی آمران به معروف و حتی اصحاب آنان نداشته باشد (صاحب جواهر، ۲۱/ ۳۷۱؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ۱/ ۴۶۵) و اکثر قریب به اتفاق کتب فقهی شیعه و برخی کتب سنی به طور ضمنی (برای نمونه ر.ک: رشید رضا، ۴/ ۳۲) و در صورتی که ظن غالب به وجود ضرر حاصل شود، این فریضه ساقط می‌گردد و حتی صاحب جواهر می‌فرماید هیچ مخالفی در این مسأله ندیدم (همو)

با وجود نظر بعضی از معاصران که همه ادله این مسأله را ضعیف می‌دانند (نوری همدانی، ۹۵). دلایل آن از استحکام نسبی و قابل قبولی برخوردارند و عمده آن‌ها قاعده لاضرر و روایات صریحی است که وجوب و بلکه جواز آن را به امن از ضرر مشروط می‌سازد و لذا تلاش در رد ادله این بحث، و ورود در آن مبحث به شیوه فقه مصطلح، تلاشی بی‌نتیجه است اما با مطالعه راهبردی و نگرش برون‌فقهی، به این مسئله می‌توان پرسید؛ با توجه به ماهیت این فریضه که غالباً بدون ضرر نیست پذیرش این نظر به طور مطلق، آیا معادل جواز ترک آن در اکثر موارد نیست؟ و نوعی «تخصیص اکثر» به حساب نمی‌آید؟ و آیا این گونه فتواها نمی‌تواند عاملی مهم در تعطیلی این اصل باشد؟ و آیا قبول چنین اشتراطی باعث خنثی و بی‌اثر شدن این فریضه بنیادی و انحصار آن در موارد کاملاً جزئی و سطحی نمی‌گردد؟

بر اساس آن چه اکثر تفاسیر در تفسیر آیه «... و اصبر علی ما اصابک...» ذکر کرده‌اند. مقصود از «ما اصابک» مصائبی است که از امر به معروف ناشی می‌شود و صبر بر آن‌ها در آیه سفارش شده و مورد تأکید قرار گرفته است و این آیه و امثال آن دلالت واضح دارند بر این که ماهیت امر به معروف از دشواری جدا نیست (به عنوان نمونه ر.ک: ابن کثیر، ۳/ ۴۵۵؛ صاحب جواهر، ۲۱/ ۳۷۱؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ۱/ ۳۴۲) و تفکیک این دو از همدیگر میسر نیست.

تاریخ و سیره علمای صالح نیز موید این امر است که هیچ‌گاه آمران به معروف و ناهیان از منکر از آسیب و شکنجه و ضررهای جانی و مالی و آبرویی در امان نبوده‌اند و علما و صلحای بسیاری جان خود را در این راه فدا کرده یا سال‌هایی از عمر خود را در حبس و حصر و شکنجه به سر برده‌اند (رشید رضا، ۴/ ۳۲) آیا می‌توان گفت این علما به دلیل انجام امر به معروف ضرری، بر خلاف تکلیف عمل کرده‌اند؟ بعضی از مفسران معنای «اشترای نفس» برای خدا که قرآن کریم از آن به عنوان سنتی حسنه و وظیفه‌ای بنیادی یاد می‌کنند، به کشته شدن در راه امر به معروف و نهی از منکر تفسیر کرده‌اند (به عنوان نمونه ر.ک: واحدی نیسابوری، ۴۰).

وقتی که ضرر در ماهیت یک فریضه، آمیخته باشد و نظراً و عملاً تحمل رنج و سختی در راه آن تأیید و تشویق شده باشد، اشتراط امن از ضرر در وجوب آن به معنی صدور مجوز بر تعطیلی آن و تخصیص اکثر مصادیق آن از حکم وجوب است و این نتیجه، نتیجه‌ای است که به هیچ عنوان با بینش اسلامی و مجموعه معارف دینی که امر به معروف را از بنیادی‌ترین اصول دینی و در ردیف ایمان به خدا و معاد و نماز و زکات قرار داده (ر.ک: آل عمران: ۱۰۴، ۱۱۰، ۱۱۴؛ اعراف: ۱۵۷؛ توبه: ۱۱، ۶۷، ۷۱)، یا از آن به عنوان هدف تمامی ادیان یاد می‌کنند (ری شهری، ۶/ ۲۵۵؛ حدیث ۱۲۳۸۷) سازگار نیست و بی‌شک تابعی از نگاه فردگرایانه و حاشیه‌نشینانه و غیرکاربردی به مسائل فقهی است که همچون آفتی جدی در بسیاری از ابواب

فقهی به خصوص در ابوابی که جنبه اجتماعی و سیاسی دارند خود را نشان می‌دهد و گویی بزرگوارانی که بر این گونه فتواها پافشاری کرده‌اند گمان برده‌اند که مخاطب احکام تنها افراد جامعه به صورت انفرادی هستند و از این مهم غفلت ورزیده‌اند که امکان پذیر نبودن یک وظیفه برای یک فرد، و بیش از توان او بودنش، به معنای سقوط آن نیست و دلیلی وجود ندارد که در چنین شرایطی این وظیفه از عهده جمع هم ساقط باشد و اجتماع و حکومت، برای انجام آن و رفع موانعش وظیفه‌ای نداشته باشند.

اگر فرد به تنهایی به اجرای این فریضه بپردازد ممکن است در اکثر قریب به اتفاق موارد، احتمال یا ظن غالب به وجود ضرر بدهد اما این حالت به معنای آن نیست که امر به معروف از او ساقط است زیرا این ضرر ناشی از شیوه اوست که خود به تنهایی به این کار پرداخته است لذا وظیفه او در صورت احتمال ضرر تغییر روش و پیوستن به جمع و اتخاذ روش جمعی و تشکیلاتی برای اجرای این فریضه است به نحوی که احتمال ضرر منتفی شود و جای خود را به احتمال تأثیر بدهد.

شگفتی در این است که چرا فقیهان بزرگی که بر شرط امن از ضرر این همه تأکید ورزیده‌اند، بر ضررهای موجود در ترک امر به معروف و اسقاط آن از عهده مکلفان این قدر توجه نکرده‌اند و نگفته‌اند امر به معروف در صورتی که ضرر ترکش بیش‌تر از ضرر انجامش باشد واجب است و تنها در صورتی ساقط است که قضیه به عکس بوده و ضررهای نفعش بر ترکش راجح باشد.

آیا بهتر نبود به جای اشتراط امن از ضرر به تصحیح شیوه‌های اجرایی این دو فریضه سفارش می‌شد؟ و از مکلفان خواسته می‌شد که اجرای این فریضه را به گونه‌ای تنظیم کنند که موجب فرار مردم و نفرت آن‌ها از احکام دینی و در نتیجه سرپیچی از مواعظ و اوامر ناصحان و لذا تعطیلی این اصل نگردد؟ (رشید رضا، ۳۱/۴-۳۲).

صرف نظر از نقدی که با نگاه برون فقهی به مسئله اشتراط امن از ضرر وارد شد و در سطور فوق مورد بررسی قرار گرفت، از نگاه درون فقهی و با شیوه‌های فقه مصطلح نیز این نظریه قابل بررسی است. زیرا اگر چه اشتراط امن از ضرر با دلایل محکمی چون قاعده لاضرر و احادیث صریح، قابل تأیید است اما در مقابل این ادله، احادیث دیگری نیز داریم که فرار از امر به معروف را به بهانه وجود ضرر و عذر تراشی‌هایی از این دست سرزنش کرده (حر عاملی، ۴۰۰، حدیث ۶) و کسانی را که برای ادای این وظیفه خود را به خطر انداخته مورد تشویق و ستایش قرار داده‌اند (همو، باب ۲۲).

توجیهات قابل توجهی که بعضی از بزرگان چون صاحب جواهر در جمع این دو دسته احادیث کرده و احادیث دسته دوم را به نفع احادیث دسته اول تفسیر کرده‌اند (صاحب جواهر، ۳۷۲/۲۱) تا نظریه اشتراط عدم ضرر را که نظریه عموم فقهاست، به کرسی بنشانند؛ خالی از مسامحه نیست و نمی‌تواند صراحت

اخبار سری دوم را بر لزوم قبول ضررهای ناشی از امر به معروف تحت الشعاع قرار دهد مضاف بر این که راه ما را برای ارائه توجیهاتی مشابه برای تفسیر احادیث دسته اول به نفع احادیث دسته دوم نمی‌بندد و ما می‌توانیم به همان روش، احادیث مؤید شرط امن از ضرر را توجیه کرده و تغییر مسیر داده و احادیث سری دوم را به کرسی بنشانیم. زیرا همچنان که ایشان، احادیث لزوم تحمل ضرر را به موارد خاصی اختصاص داده و از عمومیت انداخته‌اند مخالف ایشان نیز می‌تواند احادیث اشتراط عدم ضرر را به شرایط خاصی اختصاص دهد به خصوص از آن جا که در احادیث دسته اول اصطلاح «فی هذه الهدنه» بکار رفته (حرعاملی، ۴۰۰، حدیث ۲ و ۳) و پرهیز از امر به معروف ضرری را مقید به دوره هدنه کرده است؛ و از آن جا که «هدنه» یک اصطلاح جنگی است و عقدی است که جنبه موقت دارد (محقق حلی، ۱/ ۳۳۲-۳۳۳) احتمال اختصاص حکمی که بدان مقید است به دوره خاصی از دوره‌های تاریخی که خفقان در اوج خود بوده است قوت می‌گیرد.

از برخی از روایات باب، این مسئله نیز قابل استنباط است که مقصود دسته اول یکی از پرخطرترین مصادیق امر به معروف یعنی امر به معروف در مقابل حکام است که غالباً نتیجه‌ای در بر ندارد و بسیار پرخطر نیز هست و لذا احتمال قوی دارد که روایات و ادله‌ای که امر به معروف را به عدم ضرر مشروط می‌کنند به این مصادیق استثنایی و شایع، آن هم در زمان‌های خاصی دلالت داشته باشند که یک نصیحت ساده به حاکم به منزله شهادت یکی از یاران صدیق امام بود و شرایط حساس و خفقان‌آور خاصی را مورد اشاره قرار داده باشند، که عده و عده شیعیان اندک بود و ضرر امر به معروف بیش از سود آن بود اما در شرایط دیگر که خفقان در این حد نباشد و روش‌هایی وجود داشته باشد که با کاربرد آن‌ها ضررهای ناشی از امر به معروف حاکمان به حدی برسد که پذیرش و تحمل آن مورد قبول عقلاء باشد، این روایات دلالتی ندارند.

قاعده لاضرر که مستند نظریه اشتراط عدم ضرر است هم بیش از این دلالتی ندارد زیرا اگر ضرر در حکمی در حدی باشد که عقلاء تحمل آن را جایز می‌دانند قاعده لاضرر آن را نفی نمی‌کند و این، مسئله‌ای است که هیچ فقیهی نمی‌تواند منکر آن باشد و در ابواب دیگر چون خیار غبن و مانند آن نیز مورد تأیید قرار گرفته است (امام خمینی، ۱/ ۵۲۲؛ سایر کتب فقهی ذیل عنوان خیار غبن).

### بررسی این اشکال

شکی نیست که مقید کردن اصلی چنین بنیادی به عدم ضرر، اگر درست تفسیر نشود می‌تواند در تضییق دایره شمول آن و در نتیجه تعطیلی و ترکش مؤثر باشد اما این نکته را نیز نباید از نظر دور داشت که



اعتبار این شرط در وجوب این دو فریضه چیزی است که روایات صریحه بر آن دلالت دارند و شمس فقیهانه هیچ فقیه شیعی این اجازه را نمی‌دهد که به صرف یک استحسان عقلی و مثلاً برای پیش‌گیری از ترک یا تضییق دایره شمولش، از آن چشم‌پوشی کنیم بلکه عکس این مسئله پذیرفتنی‌تر است و این دیدگاه فقیهانه‌تر و پذیرفتنی‌تر است که در صورت عدم شرط، و وجود ضرر از وجوب آن چشم‌پوشی کنیم نه آن که برای تضمین اجرای آن بر شروطی که ادله آن‌ها صراحت دارند چشم ببندیم چرا که به قول فقها: «نحن انباء الدلیل» (شهرستانی، ۲۰؛ فاضل تونی، ۳۲)، لذا بهتر است به جای چشم بر بستن بر شروط منصوصه، در جستجوی راه دیگری باشیم که به مدد آن ضمن عمل به شروط منصوصه و توجه به روایات صریحه، آن مشکل عقلی نیز مرتفع گردد به خصوص از آن جا که از ادله اشتراط عدم ضرر، قواعد اساسی و مسلمی چون قاعده لا ضرر و لا حرج است که بر تمامی ادله اولیه حکومت دارند (شیخ انصاری، ۶۳؛ بجنوردی، ۱۹۶/۱).

به نظر می‌رسد راه حل این مشکل، تصحیح برداشت از معنای ضرر و تفسیر آن به ضرر نوعی به جای ضرر شخصی است و در این صورت است که برای پیش‌گیری از ضرر جامعه و نوع بشر و نظام اجتماع تحمل ضرر شخصی پذیرفتنی می‌نماید و می‌تواند مشروع باشد و منافاتی هم با ادله اشتراط عدم ضرر ندارد زیرا در آن صورت روایات، این چنین تفسیر می‌شوند که امر به معروف مشروط به عدم ضرر نوعی است نه عدم ضرر شخصی و لذا در صورتی که امر به معروف ضرر شخصی داشت اما ضرر نوعی نداشت نه تنها ساقط نخواهد بود بلکه تحمل ضرر شخصی برای دفع ضرر نوعی پسندیده و ممدوح نیز می‌تواند بود و بدینسان تضاد میان دو دسته روایت نیز مرتفع گردیده و اصل امر به معروف در جایگاه رفیع خود قرار می‌گیرد.

اگر هم کسی به تفسیر ضرر به ضرر شخصی مصر باشد در پاسخ او نیز می‌توان گفت ضرر، زمانی می‌تواند مجوز اسقاط این دو فریضه الهی باشد که عقلاً تحمل آن را جایز ندانند مانند ضرری که در معامله غبنی و روزه حرجی مورد نظر قرار گرفته است نه ضررهای عادی و جزئی که برای انجام هر وظیفه‌ای به خصوص وظایف دینی و اجتماعی اجتناب ناپذیر است و آن ضرری است که در حد هلاکت و مصداق آیه لا تلقوا بایدیکم الی التهلکه (بقره: ۱۹۵) باشد چنانکه همین آیه نیز در ادله اشتراط عدم ضرر ذکر گردیده است (نمازی، ۵۴۷/۱۰) هر چند گاهی تحمل ضرر در حد مرگ هم پذیرفتنی است و از شمول این آیه بیرون است زیرا مرگ تهلهکه نیست هم چنانکه امام حسین علیه السلام در پاسخ کسانی که به او می‌گفتند که چرا با اینکه می‌دانی شهید می‌شوی باز هم به کربلا می‌روی و این آیه را برای او خواندند ایشان پاسخ فرمودند که «مرگ در راه خدا تهلهکه نیست» و به قول مولوی:

آن که مردن پیش چشمش تهلکه است نهی لا تلقوا بگيرد او بدست (همو).

بنابراین، اعتبار شرط عدم ضرر در وجوب امر به معروف و نهی از منکر نظیر وجوب حفظ نفس در جنگ است که هرگز به معنای فرار از جنگ و تن دادن به سلطه کفار برای حفظ جان نیست و هیچ کس از آن، چنین چیزی را نفهمیده است و همانطور که در آن جا مقصود رعایت اصول دفاعی و احتیاطات جنگی چون تقیه و استتار و مانند آن و حفظ جان خود از هلاکتی بی نتیجه است (رشید رضا، ۴/۳۲) در این جا نیز مقصود رعایت اصول و موازینی است که امر به معروف را نتیجه بخش ساخته و ضررها را به حداقل برساند نه این که با وجود کمترین ضرر امر به معروف ساقط شده و متروک گردد و لذا می توان گفت امن از ضرر شرط است اما نه شرط وجوب چون استطاعت در حج بلکه شرط واجب و به منزله طی مسافت برای حج است.

### اشکال سوم: اشتراط احتمال تأثیر

اکثر قریب به اتفاق فقها معتقدند که در صورت وجود احتمال قوی بر بی اثری امر به معروف، این وظیفه از وجوب ساقط می گردد (ر.ک: صاحب جواهر، ۲۱/۳۶۷). محقق حلی هم صدا با بسیاری از فقها می گوید، اگر امر به معروف احتمال قوی بدهد یا یقین داشته باشد که امر به معروفش اثری ندارد واجب نیست (محقق حلی، ۱/۳۴۲) صرف نظر از سخن بعضی فقهای معاصر که با اندکی اختلاف همین نظریه را پذیرفته اند و گفته اند وجود ظن قوی برای تأثیر لازم نیست و با وجود هر احتمال عقلایی برای تأثیر وجوب باقی خواهد بود (امام خمینی ۱/۴۶۷، مسئله ۱) و صرف نظر از ادله فقهی این مسئله و انتقاداتی که به آن وارد شده است مسئله ای دیگر که حائز اهمیت است و به موضوع این تحقیق مرتبط است، تأثیری است که این گونه فتواها می تواند در تعطیلی این اصل داشته باشد و جای این پرسش را باز می کند که آیا سقوط امر به معروف در صورت علم به عدم تأثیر، دایره وجوب این اصل را محدود نکرده و به منکرات سطحی و بسیار جزئی محدود نمی سازد؟ و از آن جا که منکرات پیچیده و مهم ترین تخلفات که اصل امر به معروف برای ازاله آن ها وضع گردیده است از مواردی هستند که احتمال تأثیر وجود ندارد آیا ارائه چنین نظریه هایی باعث سقوط وجوب در اکثر موارد و نوعی نقض غرض در اجرای این اصل نمی گردد؟ آیا پایه ریزی این اصل، توسط شارع مقدس و آن همه تأکید بر آن، برای این است که موارد جزئی و سطحی را شامل شود و منکرات ریشه دار عمیق و پیچیده را به حال خود رها سازد؟ و آیا چنین امر به معروفی می تواند همچنان که در روایات آمده است (حر عاملی، ۱۱/۳۹۳ و ۳۹۵-۳۹۸، حدیث ۷، ۱۱، ۱۸) باعث اصلاح جامعه و ایجاد امنیت (همو ۱۱/۴۰۳؛ مجلسی، ۷۹/۱۰۰) و تأمین کننده هدف ادیان باشد؟ (ری شهری

۲۵۵/۶، حدیث ۱۲۸۸ و ۱۲۳۸۷) و آیا ارائه چنین فتوایی نتیجه نگرش غیرکاربردی فقهاء و نگاه فردگرایانه‌ای نیست که به تعبیر شهید صدر آفتی از آفات فقه است؟ (اسلامی، ۲۷۰) و مانع گستردگی مباحث فقهی و باعث نوعی جمود و تحجر در اندیشه‌های پاره‌ای از این بزرگواران گردیده است؟ و آیا این چنین محدود نگری و انزوا طلبی‌ها در قرن‌ها انزوای فقه شیعه از صحنه‌های بین‌المللی و سیاست و اجتماع، مؤثر نبوده است؟

### بررسی این اشکال

مطرح کردن شرط احتمال تأثیر در وجوب امر به معروف، همچنان که در اشکال مورد بحث بیان شد، این خطر را در پی دارد که دایره شمول این وظیفه را محدود کرده و از آن اصلی بی‌ثمر و سطحی بسازد اما در عین حال پذیرش این اشکال به منزله نادیده گرفتن روایات صریح‌های است که بر اشتراط این شرط دلالت دارند ضمن آن که با یک نکته دقیق عقلایی نیز در تضاد قرار خواهد گرفت و آن این است که در احکام اجتماعی و غیر تعبدی که آثار دنیوی آن‌ها نیز مطلوب شارع است توجه به چگونگی اجرا و نتیجه عمل نیز حائز اهمیت است.

وظایفی اجتماعی چون جهاد و امر به معروف و نهی از منکر با وظایفی چون نماز و روزه تفاوت دارند که ادای صورت عمل به طور صحیح مجزی و مسقط تکلیف و رافع عقاب است. زیرا در این‌گونه وظایف اجتماعی، تنها آثار اخروی و رابطه میان انسان و خدا مطرح نیست بلکه مقصود اصلی از آن‌ها تأثیرات دنیوی و اصلاح امور جامعه است و اگر بنا باشد تأثیری نداشته باشد یا تأثیر معکوس داشته باشد به دلیل عدم تحقق هدف حکم، تکلیف نیز ساقط نمی‌گردد و مکلف نمی‌تواند چشم بسته و بدون توجه به نتیجه عمل به انجام آن مشغول شود و حتی در صورتی که ببیند که نتیجه عمل او معکوس است و باعث نابودی اسلام و جامعه و بشریت یا اختلال در نظام اجتماع و زندگی روز مره مردم می‌گردد باز هم به کار خود ادامه دهد.

روایاتی که از موعظه حکام خونریز و شمشیر به دست منع می‌کند (حرعاملی، ۱۱/۴۰۰) و یا در صورت علم به عدم تأثیر، نهی از منکر را ساقط می‌شمارد به این نکته مهم اشاره دارد که این‌گونه تکالیف دایر مدار تأثیرشان هستند نه دایر مدار صحت ظاهری عمل، بنابراین علی‌رغم صحت اشکال مورد بحث قبول آن با این مسئله عقلایی و اساسی در تضاد قرار خواهد گرفت و نمی‌توان بدون توجه به تأثیر امر به معروف در مورد وجوب یا عدم وجوب آن نظر دارد.

پس چه باید کرد و راه جمع چیست؟ و چگونه می‌توان ضمن دخالت دادن تأثیر در وجوب امر به

معروف از تضييق دایره وجوب آن جلوگیری کرد؟

### راه حل اول

به نظر می‌رسد یکی از راه‌حل‌های این مسئله این است که شرط تأثیر را مثل شرط امن از ضرر شرط واجب بدانیم نه شرط وجوب و احادیث باب را هم به این معنا حمل کنیم و بگوئیم این احادیث در مقام بیان کیفیت اجرا هستند نه شرایط وجوب و در حقیقت، شرایط اجزاء را بیان می‌کنند نه شرایط جواز را و از آن‌ها چنین بفهمیم که امر به معروف با شرط تأثیر مجزی است و در صورت عدم تأثیر غیر مجزی نه این که امر به معروف به شرط تأثیر مجاز و در صورت عدم تأثیر غیر مجاز باشد. در این صورت است که ضمن عمل به این احادیث می‌توانیم آفات نظریه اشتراط احتمال تأثیر را هم مرتفع سازیم و شاید بر همین اساس و با استناد به همین تحلیل است که پاره‌ای از فقهای معاصر گفته‌اند بر ما لازم است مقدمات تأثیر را فراهم کنیم (حرعاملی، ۴۰۰/۱۱ و نیز باب ۳ حدیث یک و باب ۷ حدیث ۳). هم چنان که آقای مطهری و شهید ثانی و امام خمینی نیز در مورد شرط علم چنین تحلیلی را ارائه داده‌اند (نوری همدانی، ۷۲) و آن را شرط واجب به حساب آورده‌اند.

بررسی ادله و مبنای این نظریه و استظهار شرط واجب از شروط امر به معروف و نهی از منکر به تحقیق جداگانه‌ای نیازمند است و در این مختصر نمی‌گنجد اما به طور مختصر می‌توان چنین بیان کرد که شرط وجوب شمردن این شروط، همچنان که بیان شد، علاوه بر آن با احادیث بسیاری که عمومیت این وظیفه را می‌رساند و عذر و بهانه برای ترک آن را به شدت محکوم می‌کند (حرعاملی، ۳۹۳-۳۹۹) در تضاد قرار می‌گیرد به لحاظ بیانی و عقلی نیز قابل قبول نیست و مستلزم تخصیص اکثر و خروج اکثریت قریب به اتفاق مصادیق امر به معروف از دایره شمول وجوب می‌گردد و تخصیص اکثر به لحاظ عقلی و از منظر موازین علم بلاغت مستهجن و قبیح و غیر قابل قبول است و هر برداشتی از ادله لفظی که مستوجب این امر مستهجن و قبیح باشد باید کنار گذاشته شود زیرا لازمه قبیح، قبیح است و بقول فلاسفه و متکلمین «اذا فسد اللزوم فسد الملزوم» و به دلیل همین محذور عقلی می‌توان شروط ذکر شده برای وجوب را از ظاهر خود منصرف دانسته و به شرط واجب حمل کرد.

با چنین نگرشی، هیچ دلیلی وجود نخواهد داشت که در صورت عدم تأثیر، وظیفه ساقط باشد بلکه در آن صورت وظیفه امر به معروف به وظیفه دیگر تبدیل می‌شود و آن این که شیوه درست و تأثیرگذار را پیدا کند اجرای این وظیفه با شیوه‌ای دیگر انجام پذیرد.

## راه حل دوم

اگر کسی از حمل روایات این باب به شرط واجب ابا داشته باشد و راه حل اول ما را نپذیرد و بر حمل این روایات بر شرط وجوب، اصرار بورزد راه حل دوم را به او پیشنهاد می‌کنیم.

در این راه حل با قبول این که ادله باب در مقام بیان شرط وجوب هستند می‌پرسیم مفهوم تأثیر را چگونه تفسیر می‌کنید و دایره شمول آن را چگونه ترسیم می‌فرمایند؟ بی‌گمان آشکارترین مصداق تأثیر آن است که فردی یا سازمانی که مخاطب امر و نهی است آن را بپذیرد و بدان گردن نهد اما تأثیر همیشه در همین حد متحقق نمی‌شود بسا که ما کسی را امر به معروف کنیم و از منکر باز داریم اما آن شخص به گفته ما ترتیب اثر ندهد و هم چنان به روش خود ادامه دهد، حتی در چنین صورتی نمی‌توان نتیجه گرفت که گفته ما بی‌تأثیر بوده است و شاید پس از ما دیگری و دیگران او را امر یا نهی کنند و در نهایت، براین امر و نهی‌ها موجب به صلاح آمدن آن شخص شود و شاید هم سخن امر در آن شخص مطلقه اثر نکند اما دیگری از این امر و نهی بهره‌مند گردد. اگر هم هیچ‌کس اثر و ثمری از این امر و نهی نبرد همین که امر با امر و نهی، خود را نشان می‌دهد و حضور خود را اعلام می‌دارد جامعه در می‌یابد که هنوز کسانی هستند که در برابر منکرات حساسیت نشان می‌دهند و این مطلب خود بیشترین تأثیر را دارد و جرأت خاطیان را در خطا کاهش می‌دهد.

در سوره اعراف داستان کسانی آمده است که با آن که امر به معروف خود را مؤثر نمی‌دانستند خطاکاران بنی اسرائیل را امر و نهی می‌کردند گروهی دیگر که خود گرد بدی نمی‌گشتند اما در آن شرایط نیز امر و نهی خود را بی‌اثر می‌دانستند معترضانه به این امران به معروف و ناهیان از منکر می‌گفتند، چرا گروهی را پند می‌دهید که خداوند آنان را نابود خواهد کرد یا آن که آنان را سخت کیفر خواهد کرد؟ (ر. ک: شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۰۱/۳-۱۰۲؛ امام خمینی، ۴۶۷/۱، مسئله ۸؛ مطهری، حماسه حسینی، ۱/ ۱۹۲-۲۰۱) امران که هنوز از تأثیر امر و نهی خود نومید نشده بودند دو دلیل برای کار خود می‌آوردند یکی آن که نزد پروردگارشان معذور باشند و اتمام حجتی کرده باشند و دیگر آن که احتمال پندپذیری آنان را سراسر منتفی نمی‌دانستند (اعراف: ۱۶۴).

به گزارش قرآن از این سه دسته یعنی امران به معروف، تارکان معروف و مرتکبان منکر و افراد بی‌تفاوت و منفعل، تنها دسته اول یعنی کسانی که در عین نومیدی همچنان دست از تکلیف خود نمی‌کشیدند نجات یافتند و دیگران بر اثر فسق خود کیفر دیدند (همان). پس هنگامی می‌توان از تأثیر امر و نهی سخن گفت که آن را از منظر کلان و در بستر تاریخ و جامعه دید نه از نگاه کوتاه نگران، قیام امام حسین علیه السلام که به

قصد امر به معروف و نهی از منکر بود، به ظاهر، بی‌تأثیر بود اما اگر از منظری گسترده‌تر بنگریم بیش‌ترین تأثیر را داشت و دارد، درک درست تأثیر امر و نهی نیازمند شناختن قوانین جامعه و مکانیزم نفوذ کلام است. از دیدگاه امام علی علیه السلام همگان مکلف به این دو فریضه‌اند اگر هم امر و نهی خود را بی‌تأثیر دیدند نباید آن را ترک کنند بلکه باید بکوشند تا با اخلاص عمل، امر و نهی خود را مؤثر سازند و بدین ترتیب شریعت را زنده نگه دارند و خلاصه مطلب این که دایره تأثیر چنان گسترده و عمیق است که نمی‌توان آن را در چارچوب محدودی گنجانند و اگر سخنی در جایی اثر فوری نداشت نمی‌توان از مؤثر نبودن آن به طور مطلق سخن گفت.

### نتیجه‌گیری

براساس یافته‌های این تحقیق، شروطی که در آثار فقهی برای وجوب امر به معروف مطرح شده است مانند شرط علم به معروف و منکر و شرط امن از ضرر و احتمال تأثیر به دلیل گسترده دامنه شمول آن‌ها و تعدد مصادیق و زیر مجموعه‌های آن‌ها به گونه‌ای است که می‌تواند در عمل موجب تعطیلی امر به معروف و انزوا و اضمحلال این دو فریضه بنیادی گردد زیرا در عمل موارد بسیار اندکی می‌توان یافت که تمام این شروط تحقق یافته و این دو فریضه به حد وجوب برسد و این مطلب به لحاظ بررسی برون فقهی و مطالعه راهبردی می‌تواند به عنوان یک نقد و اشکال بر این بخش از تحقیقات فقهی پذیرفته شود اما با نگرش درون فقهی و با ملاحظه موازین اثبات شده و مسلمات فقهی بسیاری از این شروط به ادله محکم و غیر قابل خدشه چون احادیث متواتر لاضرر و دلایل عقلایی و مسلم مستند است و بدون رعایت آن‌ها آفت انحراف و مضر بودن امر به معروف قابل پیش‌بینی خواهد بود که از آفت تعطیلی و فراموشی آن کم‌تر نیست اما در عین حال این اشکال به قوت خود باقی خواهد بود که نباید برای حفظ یک اصل از انحراف و رعایت ادله فقهی شروط و احکام را به گونه‌ای طراحی کرد که عملاً موجب تخصیص اکثر مصادیق و تعطیلی آن حکم و غیر کار آمد شدن احکام و علم فقه گردد.

### منابع

- ابن اخوه، محمد بن احمد، *معالم القرية فی احکام الحسبة*، تحقیق، دکتر محمود شعبان هیئة المصرية العامة للكتاب، ۱۴۰۹ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *التهذیب*، قم، مؤسسه الهادی، ۱۴۱۸ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، *جواهر الفقه*، تحقیق ابراهیم بهادری، اشرف جعفر سبحانی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۱ ق.

- ابن کثیر، اسماعیل بن کثیر، *تفسیر القرآن العظیم*، اعداد ابراهیم شمس الدین، بیروت لبنان، دار الکتب العلمیة، منشورات محمدعلی بیضون، ۱۴۱۹ ق/ ۱۹۹۸ م.
- ابویعلی، محمد بن حسین، *الاحکام السلطانیة*، تحقیق: محمد حامد فقهی، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۰۳ ق. اسلامی، حسن، «رویکردهای آینده حرکت اجتهاد»، *مجموعه مقالات تاملی در نظام آموزشی حوزه*، تهران، نشر تابان، ۱۳۶۱.
- الاشقر، عمر سلیمان، *تاریخ الفقه الاسلامی*، الکویت، مکتبة الفلاح للنشر و التوزیع، دارالنفاس للنشر و التوزیع، بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد تقی، *فرائد الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیة*، قم- ایران، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق/ ۱۳۷۱.
- تونی، عبدالله بن محمد، *الوافیة فی اصول الفقه*، تحقیق: السید محمد حسین کشمیری، قم، مجمع الفکر الاسلامی الطبعة الأولى، ۱۴۱۲ ق.
- جزائری، عبدالله بن نور الدین، *التحفة السنیة فی شرح نخبة المحسنیة*، مخطوط نویسنده (ماتن) فیض کاشانی، نویسنده شرح (شارح) الجزایری، نسخه خطی میکرو فیلم کتابخانه آستانه قدس به خط عبد الله نور الدین نعمة الله سال تحریر ۱۱۷۰، شماره عمومی در کتابخانه ۲۲۶۹.
- حائری، عبدالکریم، *درر الفوائد*، قم، نشر اسماعیلیان، ۱۳۷۷.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، تصحیح و تعلیق عبدالرحیم الربانی الشیرازی، بیروت لبنان، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقه المقارن*، قم ایران، المجمع العلمی لاهل البيت، ۱۴۱۸ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیلة*، تهران، مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، سازمان انتشار و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۶۱.
- خنجی اصفهانی، فضل الله بن روزبهان، *سلوک الملوک*، بی جا، انتشارات خوارزمی، ۱۳۶۲.
- خوئی، ابوالقاسم، *توضیح المسائل*، قم، چاپ مهر، ۱۴۱۲ ق.
- رضا، محمدرشید، *تفسیر المنار*، بیروت، دارالمعرفة، بی تا.
- سیستانی، علی، *رساله توضیح المسائل*، مشهد، انتشارات هانف، بی تا.
- شریعتی، علی، *مجموعه آثار، شیعه*، تهران، نشر الهام، دفتر تدوین و تنظیم آثار معلم شهید دکتر علی شریعتی، ۱۳۷۸.
- شریف رضی، محمد بن حسین، *نهج البلاغه*، ترجمه سید جعفر شهیدی، تهران شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۴.
- شهرستانی، علی، *وضوء النبی*، قم ایران، نشر ستاره، ۱۴۱۵ ق.

- شهيد اول، محمد بن مكى، *الدروس الشرعية فى فقه الامامية*، قم، انتشارات صادق، چاپ سنگى، ١٤١٢ ق.
- شهيد ثانى، زين الدين بن على، *الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية*، جامعة النجف الدينية، نجف، بى تا.
- \_\_\_\_\_، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، تحقيق و نشر مؤسسة المعارف الاسلامية، الطبعة الاولى، ١٤١٣ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام*، تهران، دار الكتب الاسلامية، چاپ هفتم، ١٣٦٧.
- علامه حلى، حسن بن يوسف، *ارشاد الازهان*، قم، مؤسسة النشر الاسلامى ١٤١٠ ق.
- \_\_\_\_\_، *تذكرة الفقهاء*، بى جا، مكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، بى تا.
- \_\_\_\_\_، *مختلف الشيعه*، قم، مكتبة الامام امير المومنين، ١٤٠٣ ق.
- \_\_\_\_\_، *منتهى المطلب*، طبعة حجرية، بى جا. بى تا.
- \_\_\_\_\_، *نهاية الاحكام*، تحقيق السيد مهدي الرجائى، قم، مؤسسة اسماعيليان للطباعة والنشر و التوزيع، ١٤١٠ ق.
- الغزالي، محمد بن محمد، *احياء علوم الدين*، مصر، مطبعة العثمانية المصرية، ١٣٥٢ ق.
- فيض كاشاني، محمد بن شاه مرتضى، *مفاتيح الشرايح*، بيروت، ١٣٨٩ ق.
- ماوردى، على بن محمد و قاضى ابو يعلى، محمد بن حسين الفراء، *الاحكام السلطانية و الولايات الدينية*، مكتب الاعلام الاسلامى، ١٤٠٦ ق.
- مجلسى، محمد باقر بن محمد تقى، *بحار الأنوار*، بيروت، لبنان، مؤسسة الوفاء، ١٤٠٣ ق.
- محقق حلى، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام*، نجف، ١٣٨٩ ق.
- محمدى رى شهرى، محمد، *ميزان الحكمه*، قم، مكتبة الاعلام الاسلامى چاپ اول، ١٤٠٤ ق.
- مطهرى، مرتضى، *حماسه حسيني*، قم، انتشارات صدرا، ١٣٦٦.
- \_\_\_\_\_، *ده گفتار*، قم صدرا، بى تا.
- نمازى شاهرودى، على، *مستدرک سفينة البحار*، قم، ايران، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٩ ق.
- نورى همدانى، حسين، *كتاب الامر بالمعروف النهى عن المنكر*، لاهور مرتضى حسين صدر الافضل، ١٣٥٤ ق.
- وحيد خراسانى، حسين، *رساله توضيح المسائل*، قم، نشر وفائى، ١٣٧٦.



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 3, Issue 114

Autumn 2018

DOI: 10.22067/jfu.v50i3.48957



انفوسور

سال پنجاهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۴

پاییز ۱۳۹۷، ص ۷۱-۸۲

### اثر قصد در قتل عمد\*

فاطمه رضایی زارچی<sup>۱</sup>

دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا، دانشگاه میبد

Email: fatimarezaei@yahoo.com

دکتر سید احمد میرخلیلی

استادیار دانشگاه میبد

Email: dmirkhalili@gmail.com

### چکیده

قتل عمد یکی از شدیدترین جرائم جامعه بشری است که روز بروز گستردگی بیشتری می‌یابد. تحقیق حاضر به منظور بررسی اثر قصد در تحقق قتل عمد به واکاوی مستندات فقهی پرداخته است؛ و چون عمده دلیل در مباحث کیفری ادله نقلی است و جنبه تعدی بر سایر جنبه‌ها غلبه دارد؛ ادله روایی بصورت خاص مدنظر قرار گرفته است. براساس یافته‌های پژوهش حاضر در صورت اثبات قصد قتل، عمد خاص صورت می‌گیرد که علاوه بر تقصیر عامد، محکومیت او به قصاص قطعی است؛ ولی در صورتی که قصد قتل برای قاضی احراز نگردد و تنها نشانه عمد بودن، استفاده از آلت قتاله باشد؛ هر چند تقصیر به جهت استفاده از آلت قتاله ثابت است ولی این عمد عام حکم قصاص در پی ندارد و روایتی که مستند حکم به قصاص واقع شده، اضافه بر ضعف سندی از نظر دلالت نیز معارض دارد؛ و با سایر روایات و اصل احتیاط حاکم بر دماء مغایر است. بنابراین نمی‌توان در مورد عمد عام، حکم قصاص را اثبات کرد هر چند تقصیر و مجرم بودن فاعل، قطعی است.

### کلیدواژه‌ها:

عنصر روانی جرم، قصد قتل، تقصیر جزایی، قتل عمد، قصاص.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۵/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۴/۲۰.

۱. نویسنده مسئول

## مقدمه

در فقه قتل را به قتل خطای محض، شبه عمد و عمد تقسیم‌بندی کرده‌اند و برای هرکدام ضابطه‌هایی را بیان نموده‌اند (صاحب جواهر، ۱۲/۴۲؛ ابن فهدحلی، ۵/۱۴۳؛ مجلسی، ۱۰/۳۱۲؛ فاضل هندی، ۱۱/۱۰).

ضابطه در قتل خطایی، فاعل نه قصد فعل دارد و نه قصد نتیجه، مثل اینکه شخصی تیری را برای صید حیوانی رها کند و به انسانی بخورد و او را بکشد.

ضابطه در قتل شبه عمد، موردی است که قاتل قصد فعل دارد، یعنی عمل ارادی انجام می‌دهد لکن قصد نتیجه ندارد، یعنی قصد قتل ندارد، مثل پدر که به قصد تأدیب، فرزند خود را می‌زند، لکن آن زدن منتهی به قتل می‌گردد.

ضابطه در قتل عمد مواردی است که:

۱- شخصی با قصد قتل و با آلت قتاله ضربه‌ای می‌زند و می‌کشد. این صورت قدر متیقن از صور عمد است و هیچ اختلافی در آن نیست و فاعل آن مستوجب قصاص است.

۲- شخصی با قصد قتل و با آلت غیر قتاله ضربه‌ای می‌زند و می‌کشد، مشهور فقها آن را قتل عمد و فاعل آن را مستوجب قصاص می‌دانند.

۳- شخصی با قصد زدن و با آلت قتاله یعنی با چیزی که نوعاً کشنده است ضربه‌ای می‌زند و می‌کشد که نظرات فقها قابل تقسیم‌بندی است.

مساله مورد بحث در مورد ضابطه سوم قتل عمد است که اگر برای قاضی قصد قتل احراز نشود، آیا باز هم آن را قتل عمدی محسوب کند و فاعل آن را مستوجب قصاص بدانند؟

ضابطه سوم قتل عمد

شخصی با قصد زدن و با آلت قتاله می‌زند و می‌کشد، در مورد این ضابطه می‌توان نظر فقها را به چند دسته تقسیم کرد.

دسته اول: گروهی از فقها ضابطه قتل عمد را فقط موردی می‌دانند که قصد فعل همراه با قصد قتل باشد و ضابطه دیگری را بیان نکرده‌اند (ابن ادریس، ۳/۳۲۱؛ ابن براج، ۲/۴۵۶؛ ابن حمزه، ۴۲۹).

شاید به این دلیل که به لحاظ تحلیل عقلی وقتی می‌توان صحبت از قتل عمد کرد که قصد قتل وجود داشته باشد و به همین جهت است که عمدتاً فقها برای بیان ضابطه سوم قتل عمدی آن را به همان ضابطه اول ارجاع می‌دهند. به عبارت دیگر قصد انجام فعل نوعاً کشنده را همانند قصد قتل می‌دانند.

از لحاظ فقها قصد انجام عمل نوعاً کشنده، بطور مثال قصد انداختن فردی از فراز ساختمانی بسیار

بلند با علم به این ارتفاع بلند، تفاوتی با قصد قتل ندارد؛ البته باید توجه داشت که وقتی می‌توان از ضابطه سوم قتل عمدی صحبت کرد که بتوان اقناع وجدانی حاصل نمود که قصد فعل انجام شده جانی بر مجنی‌علیه مساوی قصد قتل از لحاظ او بوده است؛ از این رو بعید است که ما بگوییم صورت سوم بطور مطلق موجب قصاص می‌شود.

خوانساری حکم قصاص را در صورت سوم مشکل دانسته و می‌گوید: بایستی قرائن و امارات در نظر بگیریم، چرا که اگر ما صورت سوم را از صور عمد بحساب بیاوریم، لازمه‌اش این است که در فرض بیماری با مرض خطرناک که اگر مورد جراحی قرار نگیرد، قطعه می‌میرد و در چنین موردی پزشکی او را عمل کرد و منجر به مرگ او شد و عمل هم، عمل حساسی بود که غالباً منجر به مرگ می‌شود. در اینجا پزشک باید قصاص شود؛ زیرا صورت سوم بر آن منطبق است و حال آن که هیچ فقیهی ملتزم به این نیست (خوانساری، ۱۸۳/۷).

دسته دوم: گروهی از فقها و حقوقدانان، ضابطه قتل عمد را فقط موردی می‌دانند که قصد فعل همراه با قصد قتل باشد و این نوع قتل - قصد فعل با آلت قتاله - را در حکم عمد می‌دانند (عاملی، ۱۰۷/۱۰؛ آقایان نیا، ۷۸؛ گلدوزیان، ۲۱۰). این گروه بیان می‌کنند در جرائم عمدی مقید، مثل قتل عمد، فعل و نتیجه آن هر دو باید مورد اراده و خواست فاعل باشد. به عبارت دیگر هر گاه مجرم نتیجه‌ای را که به او نسبت داده شده است قبلاً در نظر گرفته و با توجه به نتیجه مجرمانه، عمل را مرتکب شده است، در واقع مرتکب جرم عمدی شده است، ولی اگر فاعل قصد فعل داشته باشد بدون آنکه نتیجه مجرمانه‌ای را که از آن حاصل می‌شود، درخواست کند و ترتب این نتیجه بر فعل ارتكابی محتمل و قابل پیش‌بینی باشد، ولی فاعل از ارتکاب آن نپرهیزد، عمل فاعل حسب مورد در حکم عمد یا خطاست (گلدوزیان، ۲۱۰).

بعضی از حقوقدانان قتل را در صورتی که با آلات و افعال کشنده و بدون قصد ابتدایی واقع شده باشد، در حکم عمد تلقی می‌کنند و معتقدند که بایستی میان قتل همراه با قصد نتیجه که مصداق بارز قتل عمدی است و قتل با فعل نوعاً کشنده که قانونگذار آن را عمدی دانسته، قاتل به تفصیل شد (آقایان نیا، ۷۸؛ آزمایش، ۲۷).

در قانون مجازات سابق در ماده ۱۷۱ آمده بود: هر کس عمداً به دیگری جرح یا ضربتی وارد آورد که منتهی به فوت مجنی‌علیه گردد بدون اینکه قصد کشتن داشته باشد به حبس با اعمال شاقه از ۳ تا ۱۰ سال محکوم خواهد شد، مشروط بر اینکه آلتی که استعمال شده است قتاله نباشد و اگر آلت قتاله باشد مرتکب در حکم قاتل عمدی است، بنابراین طبق قانون سابق قتل با فعل نوعاً کشنده صراحتاً در حکم عمد بود. دسته سوم: مشهور فقها استفاده از آلت قتاله را به تنهایی، مصداق قتل عمد می‌دانند و مرتکب آن را

موجب قصاص می‌دانند (صاحب جواهر، ۱۲/۴۲؛ طباطبایی، ۱۶/۱۸۳؛ حلی، ۵/۱۴۳؛ مجلسی، ۱۰/۳۱۲؛ فاضل هندی، ۱۱/۱۰؛ تبریزی، ۷). البته دلیل هر کدام متفاوت است، صاحب جواهر قصد ضرب به همراه آلت قتاله را نازل منزله قصد قتل می‌دانند و مرتکب آن را موجب قصاص می‌دانند (۱۲/۴۲). فاضل هندی تعبیر را عوض کرده و می‌نویسد: وقتی که انسان علم دارد که این سبب به مسبب منتهی می‌شود، در واقع مسبب را قصد نموده است (۱۰/۱۱). در تعبیر صاحب جواهر، ادعا نمی‌شد که قصد ضرب یعنی قصد قتل، بلکه تعبیر این بود که قصد سبب به نظر عرف نازل منزله قصد مسبب است. اما در بیان فاضل هندی که گفته: قصد سبب، قصد مسبب است، مسامحه واضحی است. چون قصد سبب لزوماً قصد مسبب نیست و فرض مقام ما این است که شخص قصد قتل ندارد، در اینجا چگونه می‌توان گفت قصد سبب همان قصد مسبب است؛ ولی ظاهراً مراد ایشان هم همان مراد صاحب جواهر است که قصد سبب عرفاً بجای قصد مسبب می‌نشیند نه اینکه قصد سبب، قصد مسبب باشد.

آقای خویی هم می‌نویسد: اظهر آن است که عمدی که موجب قصاص است با قصد کردن آن وسیله که عادتاً کشنده است محقق می‌شود اگرچه آن فرد از ابتداء قصد قتل نداشته باشد، ایشان قصد فعل را به معنای قصد قتل نمی‌دانند، اما می‌گویند فرض نمی‌شود که کسی قصد فعلی داشته باشد و بدانند که این فعل، سبب قتل است، ولی قصد تبعی قتل نداشته باشد، عادتاً چنین چیزی ممکن نیست، طبق نظر ایشان قصد فعل، قصد اصلی و قصد قتل، قصد تبعی است (۳/۲).

به نظر می‌رسد در این بیان مسامحه‌ای صورت گرفته است؛ بدلیل اینکه:

اولاً: قصد سبب در حالی که انسان علم به سببیت داشته باشد از قصد مسبب قابل انفکاک است. بنابراین انسان می‌تواند فعل را قصد کند اما مسبب را قصد نکند<sup>۱</sup> (خامنه‌ای، درس خارج فقه، ۵).  
ثانیاً: این نکته‌ای که ایشان فرمودند که قصد مسبب، تبعی است، این هم بنظر می‌رسد که مسامحه دیگری است، قصد تبعی در آنجایی است که قصد هست منتهی اصالت ندارد<sup>۲</sup> (خامنه‌ای، درس خارج فقه، ۶).

۱ قصد با علم فرق دارد. قصد، عزم و اراده است، نوعی عقد قلبی بر یک امر است که به دنبال آن حرکت جوارحی هم هست. اما علم به مسبب لزوماً ملازم با قصد آن نیست.

۲ مانند اینکه شما قصد دارید زید را ملاقات کنید، قصد خانه او را می‌کنید، این قصد، قصد تبعی است. قصد اصلی شما زیارت زید است لکن، چون زید در خانه است شما قصد خانه او را می‌نمایید. این قصد تبعی است، فلذا نمی‌توان گفت شما قصد خانه ندارید، بلکه قصد دارید به خانه زید بروید منتهی خانه زید مقصود بالذات شما نیست، مقصود تبعی است، بنابراین اگر بین راه به شما گفتند که زید در خانه نیست، از رفتن منصرف می‌شوید. این قصد تبعی است ولی عکس مورد بحث ما است (مثال مورد بحث ما این است که بگوئیم شخصی قصد دیدن خانه زید را دارد، بدلیل اینکه یک بنای تاریخی است، ولی قصد دیدن زید را ندارد در حالیکه می‌داند زید در خانه است و قهراً او را ملاقات خواهد کرد.)

بنابر این تبعیت در آنجایی است که انسان قصد مسبب را اصالتاً دارد و قصد مقدمه آن که در حکم سبب است قصد تبعی است، نه اینکه قصد سبب را دارد و قصد مسبب تبع آن باشد و دیدگاه گروهی که می‌فرمایند، اگر شخص قصد فعل دارد بالتبع قصد قتل را دارد، قابل قبول نیست، فلذا شخص می‌تواند قصد فعل را داشته باشد، اما قصد قتل را نداشته باشد (خامنه‌ای، درس خارج فقه، ۶).

### ادله دیدگاه مشهور

عمده دلیل فقها، روایات است که در اکثر روایات، قصد ضرب با آلت غالباً کشنده را به عنوان ضابطه قتل عمد بشمار آورده است.

با توجه به انواع قتل، قتل خطای محض مخصوص جایی است که چیزی را اراده کنی و به غیر آن اصابت کند، اما در مقابل این خطا، تنها عمد نیست، بلکه شبه عمد نیز هست. به عبارت دیگر عمدی که مقابل خطا است، غیر از عمدی است که با آن حکم به قصاص می‌شود، عمد در مقابل خطا، مقصر بودن و مجرم بودن را ثابت می‌کند که معنای عامی است ولی نوع مجازات را مشخص نمی‌کند، اما عمدی که علاوه بر مقصر بودن عامد، محکومیت او به قصاص شدن را نیز مشخص می‌کند عمد خاص است که هم باید قصد قتل وجود داشته باشد و هم آلت قتاله باشد.

ظاهراً فقیهان بین این دو عمد تفاوتی قائل نشده‌اند، به عبارت دیگر برخی روایات دوتایی و برخی سه‌تایی است، آن‌ها که دوتایی است و از عمد و خطا سخن می‌گوید، مراد از عمد، عمد عام است که مقصر بودن و مجرم بودن را ثابت می‌کند، ولی نوع مجازات را مشخص نمی‌کند و آن‌ها که سه‌تایی است و از عمد سخن می‌گوید، مراد از عمد، عمد خاص است که علاوه بر مقصر بودن عامد، محکومیت او به قصاص شدن را نیز مشخص می‌کند.

### روایات

الف- زراره از امام صادق (ع) نقل می‌کند: عمد آن است که با چیزی که کشنده است قصد او کند و خطا آن است که با وسیله‌ای که کشنده نیست قصد او کند ولی کشتنش را نخواهد و خطایی که در آن شکی نیست آن است که قصد چیزی کند و به دیگری بخورد<sup>۳</sup> (حرعاملی، ۳۷/۲۹ روایت ۱۳؛ محدث نوری، ۱۸، باب قتل).

۳ «و یاسئده عن علی بن الحکم عن ابان بن عثمان عن ابی العباس و زراره عن ابی عبد الله ع قال: ان العمد ان یتعمده فیقتله بما یقتل مثله و الخطا ان یتعمده و لا یرید قتله یقتله بما لا یقتل مثله و الخطا الذی لا شک فیهِ ان یتعمد شیئاً آخر فیصیبه»

این روایت تفسیر سه تایی را می گوید و به آن هیچ اشکالی وارد نیست و امری عقلایی را بیان می کند. قتل عمد آن است که قصد کشتن طرف مقابل را داشته باشد و با آلت کشنده به او حمله ور شود و او را بکشد.

قتل شبه عمد آن است که با وسیله غیر کشنده به سوی طرف مقابل برود و قصد کشتن را نداشته باشد اما او کشته شود.

قتل خطای محض آن است که قصد زدن به چیزی را داشته باشد ولی به انسانی بخورد و کشته شود. ب- ابن عباس می گوید به حضرت صادق (ع) گفتم با چیزی که مثل آن نمی کشد به فردی می زنم (و او می میرد) فرمود: این خطاست، سپس سنگریزه کوچکی را گرفت و آن را پرتاب کرد (تا مصداق چیزی که مثل آن نمی کشد را نشان دهد) گفتم: به طرف گوسفند می زنم به انسان می خورد (و می میرد) فرمود: این خطایی است که در آن شکی نیست و عمد آن است که با چیزی که مثلش می کشد زده شود؛ (حرعاملی، همان، روایت ۷؛ بروجردی، ج ۳۱، باب قتل العمد).

این حدیث را ابی العباس از امام صادق (ع) روایت کرده بود. و روایت ۱۳ را زراره و ابی العباس از امام صادق (ع) روایت کرده اند و روشن می شود که صدر روایت ۱۳ «ان العمد ان يتعمده فيقتله بما يقتل مثله» با ذیل روایت هفتم یکی است. «العمد الذي يضرب بالشئ الذي يقتل بمثله» و اگر به جای «الذي يقتل بمثله» آهن یا هر چیز تیزی را بگذارید با حدیث مرحوم صدوق از بقباق یکی می شود. اذا ضرب الرجل بالحديد فذلك العمد (۴/۱۰۵).

بسیار بعید است که ابوالعباس بقباق سه بار از امام صادق (ع) معنای عمد را پرسیده باشد و از آن بعیدتر این که امام (ع) سه جمله فرموده باشد که با هم مختلف باشند و معانی متفاوتی داشته باشند (عابدینی، ۵۲).

بنابراین احتمالاً امام فرموده باشد هر چه که کشنده است (اعم از بیخ گلو گرفتن، سر زیر آب کردن یا چیزی تیز به کار بردن) اگر با قصد کشتن طرف مقابل انجام گیرد قتل عمد است و راوی یک بار با «يضرب» یک بار با «ضرب» و یک بار با «بتعمد» و یک بار با «الحديد» آن مطلب را بیان کرده است. اما نقلی که «بتعمد» دارد علاوه بر بقباق، زراره نیز آن را نقل کرده و چون زراره به فتوای فقیهان اهل سنت مسلط بوده دقیق تر نقل کرده است و توانسته تقسیم سه گانه عقل پذیری را ارائه دهد. پس روایت ۱۳ بر دو نقل دیگر برتری دارد (عابدینی، ۵۲).

۴ «و عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ وَ عَنْ حَمِيدِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ جَمِيعاً عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ الْمَيْمُونِيِّ عَنْ أَبِي أَنَانَ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قُلْتُ لَهُ أَرْمِي الرَّجُلَ بِالشَّيْءِ الَّذِي لَا يَقْتُلُ مِثْلَهُ قَالَ هَذَا خَطَأٌ ثُمَّ أَخَذَ حَصَاةً صَغِيرَةً فَرَمَى بِهَا قُلْتُ أَرْمِي الشَّأْءَ فَأَصِيبُ رَجُلًا قَالَ هَذَا الْخَطَأُ الَّذِي لَا شَكَّ فِيهِ وَ الْعَمْدُ الَّذِي يَضْرِبُ بِالشَّيْءِ الَّذِي يَقْتُلُ بِمِثْلِهِ»

پ- «حلبی و ابی الصباح کنانی هر دو از حضرت صادق (ع) درباره مردی که با عصا دیگری را آفتدر زده تا طرف مرده است، پرسیده‌اند که آیا این ضارب به ولی مقتول داده می‌شود تا او را (به تقاص خون مقتول) بکشد؟ حضرت فرمود: بله (تحویل داده می‌شود) لیکن اجازه داده نمی‌شود که با او کارهای عبث شود بلکه با شمشیر کشته می‌شود.»<sup>۵</sup> (حر عاملی، ۳۵/۲۹، روایت ۲؛ بروجردی، ۳۱، باب قتل العمد). ضربات متعدد عصا، نه تنها کشنده است، بلکه چنین کاری شکنجه نمودن است که از قتل بدتر است، آنگاه حق قصاص مسلم و وجود دارد ولی حق شکنجه وجود ندارد. پس او را به اولیای مقتول می‌دهند تا با یک شمشیر جاننش را از بدنش بیرون کنند. یعنی بر قاتل مجازاتی کمتر از آنچه که انجام داده، اجرا می‌شود زیرا مثل کار او، شکنجه است و شکنجه حرام است پس اولیای مقتول باید از روی ناچاری به کم‌تر از آن رضایت دهند.

بنابراین کسانی که این روایت را از ادله قتاله نبودن آلت یا قصد قتل نداشتن آورده‌اند، به نظر می‌رسد راه درستی نیموده‌اند و به همین دلیل حضرت فرموده است جانی را به اولیای مقتول تحویل می‌دهند، ولی اجازه داده نمی‌شود که آنان مقابله به مثل کنند و او را با ضرب عصا بکشند.

مضمون این روایت در شماره ۱۰ و ۱۲ نیز تکرار شده است<sup>۶</sup> (حرعاملی، همان، روایات ۱۰ و ۱۲). ممکن است اشکال شود که در این سه روایت هیچ جا قصد قتل مطرح نیست و شاید برای تأدیب زده است.

در جواب آن می‌گوییم اگر یک یا دو بار زده بود، احتمال بود که قصد قتل نداشته یا اگر گفته بود، ناگهان مرد، احتمال وجود داشت که قصد کشتن او را نداشته است، ولی وقتی این تعبیرها نیست بلکه تعبیر «فلم یرفع عنه» آمده معلوم می‌شود که مسلم او قصد تأدیب نداشته است، بلکه قصد کشتن و بدتر از آن قصد با شکنجه کشتن را داشته است.

شاهد این که در هر سه روایت تعبیر به ولی مقتول، یا اولیای مقتول آمده است، و این نشان می‌دهد که از کلمه «مات» معنای اعم آنکه شامل قتل بشود مراد بوده است.

۵ «وَ عَنْهُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ جَمِيعاً عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْنَا عَنْ رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بَعْضًا فَلَمْ يَرْفَعْ عَنْهُ الضَّرْبَ حَتَّى مَاتَ أَيْدَفَعُ إِلَيَّ وَ لِي الْمَقْتُولُ فَيَقْتُلُهُ قَالَ نَعَمْ وَ لَكِنْ لَا يَتْرُكُ يَعْثُ بِهِ وَ لَكِنْ يَجِيزُ عَلَيْهِ بِالسَّيْفِ»

۶ «وَ بِالْإِسْنَادِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ عَبْدِ صَالِحٍ ع فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بَعْضًا فَلَمْ يَرْفَعْ الْعَصَا حَتَّى مَاتَ قَالَ يَدْفَعُ إِلَيَّ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ وَ لَكِنْ لَا يَتْرُكُ يَتَلَدُّ بِهِ وَ لَكِنْ يَجَاؤُ عَلَيْهِ بِالسَّيْفِ. وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُؤَيْدٍ عَنِ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ وَ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنِ ابْنِ مُسْكَانٍ جَمِيعاً عَنْ سَلِيمَانَ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بَعْضًا فَلَمْ يَرْفَعْ عَنْهُ حَتَّى قُتِلَ أَيْدَفَعُ إِلَيَّ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ قَالَ نَعَمْ وَ لَكِنْ لَا يَتْرُكُ يَعْثُ بِهِ وَ لَكِنْ يَجَاؤُ عَلَيْهِ»

ت- سکونی از امام صادق (ع) نقل کرده: همه تیزها [یا آهن‌ها] عمد محسوب است<sup>۷</sup> (حرعاملی، همان، روایت ۱۴؛ بروجردی، ۳۱، باب قتل العمد).

معلوم نیست که عمد در اینجا عام است تا نشان دهد که به کار برنده شیء تیز تنها مقصر و مجرم است یا به معنای عمد خاص است تا نشان دهد، به گونه‌ای مجرم و مقصر است که باید قصاص شود.

اما روایت از ناحیه‌ای نیز اشکال دارد، به اینصورت که نمی‌توان گفت اگر کسی وسیله‌ای تیز را به قصد کشتن گوسفندی بکار برد، ولی بطور ناگهانی به انسانی اصابت کند، قتل عمد است.

ث- پیامبر (ص) در خطبه وداع فرمود: عمد قصاص دارد و شبه عمد آن است که با عصا یا سنگ کشته شود و در آن صد شتر است و کسی که بیشتر گوید از جاهلیت است<sup>۸</sup> (حرعاملی، همان، روایت ۱۵).

این حدیث، عمد را معنا نکرده و تنها به حکمش اکتفا کرده است شاید قتل عمد را به وضوح و اگذار کرده که تصمیم بر کشتن با آلت قتاله است و شبه عمد را کشتن با عصا و سنگ دانسته است و از آنجایی که بعد از بیان عمد، شبه عمد را آورده می‌توان فهمید که منظور از عمد، عمد خاص است.

ج- ابی بصیر از حضرت صادق (ع) نقل می‌کند: اگر فردی دیگر را با سفال یا آجر یا چوبی بزند و او بمیرد، عمد محسوب است<sup>۹</sup> (حرعاملی، همان، روایت ۸).

این روایت حمل می‌شود بر اینکه آجر، سفال و چوب از امور کشته‌شده باشد یا حمل بر اینکه زدن را تکرار کرده تا طرف مقابل را کشته است (حرعاملی، همان).

به نظر می‌رسد همان توجیهی که در روایات قبل داشتیم سازگارتر است و آن اینکه عمد در این روایات مقابل خطاست پس دارای معنای عامی است که شامل شبه عمد نیز می‌شود و به عبارت راحت‌تر این روایت بیان می‌کند که ضارب مقصر است اما مجازاتش چیست؟ دیه است یا قصاص؟ از این روایت روشن نمی‌شود.

چ- امام فرمود: قتل عمد هر چیزی است که با آن عمده بزند، بر عهده او قصاص است و تنها خطا آن است که چیزی را اراده کنی و به غیر آن اصابت کند و فرمود: وقتی که علیه خودش به قتل اقرار کرد، کشته می‌شود اگر چه علیه او بینه نباشد<sup>۱۰</sup> (حرعاملی، همان، روایت ۶).

۷ «و یاسناده عن النوفلی عن السکونی عن ابي عبد اللہ قال: جميع الحديد هو عمد».

۸ «الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ شُعْبَةَ فِي تَخْفِيفِ الْقَوْلِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فِي خُطْبَةِ الْوَدَاعِ وَالْعَمْدُ قَوْلٌ وَ شِبْهُ الْعَمْدِ مَا قُتِلَ بِالْعَصَا وَالْحَجَرِ وَ فِيهِ مِائَةٌ بَعِيرٍ فَمَنْ زَادَ فَهُوَ مِنَ الْجَاهِلِيَّةِ».

۹ «وَعَنْهُ عَنِ أَحْمَدَ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: لَوْ أَنَّ رَجُلًا ضَرَبَ رَجُلًا بِخَرْقَةٍ أَوْ بِأَجْرَةٍ أَوْ بَعُورٍ فَمَاتَ كَانَ عَمْدًا».

۱۰ «وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَدِيدٍ وَ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ جَمِيعاً عَنْ جَمِيلِ بْنِ ذَرَّاجٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَخِيهِمَا ع قَالَ: قُتِلَ الْعَمْدُ كُلُّ مَا عَمَدَ بِهِ الضَّرْبُ فَعَلَيْهِ الْقَوْلُ وَ إِنَّمَا الْخَطَأُ أَنْ تُرِيدَ الشَّيْءَ فَتَضَيَّبَ غَيْرَهُ وَ قَالَ إِذَا أَقْرَعَ عَلَى نَفْسِهِ بِالْقَتْلِ قُتِلَ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ».



این حدیث نیز از حدیث‌های دوتایی است، عمد در آن معنای عامی دارد که حکمش در روایت‌های دیگر معلوم نبود که قصاص باشد، ولی این روایت ضعیف، حکم را قصاص دانسته است. از بین روایات تنها در این روایت عمد عام بود و در عین حال حکمش را قصاص دانست، ولی ضعف سند و مخالفتش با سایر روایات و اصل احتیاط ما را از عمل به آن باز می‌دارد. بنابراین معلوم می‌شود که روایات، اصل مجرم بودن شخص را ثابت می‌کنند اما چه مجازاتی را در پی دارد مشخص نمی‌کنند، عرف نیز همین‌طور است ضارب عمدی را مجرم می‌داند اما مجازاتش قصاص است یا چیز دیگری، عرف معلوم نمی‌کند. علاوه بر این دقت در تفسیر آیه ۱۷۸ سوره بقره<sup>۱۱</sup> نشان می‌دهد در صورت شک در عمدی یا غیر عمدی بودن قتل، اصل بر عدم قصاص است. «کتب علیکم القصاص فی القتل...» مقصود از کلمه (کتب) در اول آیه بیان لزوم برابری و تساوی در مجازات است که از حد و اندازای معین تجاوز نکنند (عاملی، ۱/ ۲۸۰).

ماده کتب، مقرر بودن و قانونی بودن را می‌رساند در مقابل «لفظ» که بیرون انداختن گفته می‌شود و گفته، ثبات و پایداری ندارد و موجی است که در هوا ایجاد می‌شود و نابود می‌گردد، کتابت که مقابل آن است ثبات و دوام را می‌رساند، اما وجوب، استحباب یا حق و یا حکم بودن از سایر قراین استفاده می‌شود مثلاً آیه ۱۸۰ سوره بقره «کتب علیکم ... الوصیة» بر قانونی بودن وصیت دلالت دارد نه بر وجوب یا استحباب آن و آیه ۱۸۳ سوره بقره «کتب علیکم الصیام» قانونی بودن روزه را می‌رساند و وجوب یا استحباب آن از جای دیگر استفاده می‌شود (عابدینی، ۴۵).

بنابراین قصاص امری مقرر و قانونی است، اما باید از طرف اولیای مقتول اعمال شود و می‌توان از آن گذشت، یا تبدیل به دیه کرد. این‌ها اموری است که از لفظ «کتب» معلوم نمی‌شود، از این لفظ، فقط روشن می‌شود که قصاص امری قانونی است.

بدین ترتیب اگر قتل به گونه‌ای بود که در آن هیچ شک و شبهه‌ای نبود و اولیای مقتول چنان بر قتل اصرار داشتند که هیچ چیز جلوگیری آنان نشد و شرایط جامعه به گونه‌ای بود که اجرای چنین حکمی به آن آرامش می‌داد، اجرای حکم لازم است.

۱۱. «یا ایها الذین آمنوا کتب علیکم القصاص فی القتل الحُرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ».

در میان مفسران اختلافی وجود ندارد که مراد از این آیه قتل عمد است (طبرسی، ۱/ ۴۸۰؛ طبرسی، ۱/ ۱۰۰). گرچه «قتلی» در آیه شریفه، موضوع عامی است و همه موارد عمد و خطا و شبه عمد را شامل می‌شود، لذا سیاق آیه مانع شکل‌گیری عموم می‌شود و منصرف به قتل عمد است و شامل شبه عمد و خطای محض نمی‌شود، بعبارت دیگر گرچه «قتلی» ظاهرًا در عموم استعمال شده، اما مراد جدی مولی، قتل عمد است. بنابراین در مورد شک بین عمد و غیر عمد، نمی‌توان به عموم آیه تمسک کرد، چون موضوع احراز نشده است و در نتیجه، حکم هم جاری نمی‌شود (خامنه‌ای، ۱۴).

«فمن عفی له من أخیه...»

این جمله مورد استفاده فقهاست که مجازات لازم و قطعی نیست و اگر مجازات لازم بود عفو و گذشت معنا ندارد، پس اولیاء دم مخیر در مجازات و گذشت هستند و معلوم است که این دستور در جایی است که فهمیده و دانسته کسی را بکشد (عاملی، ۱/ ۲۸۱).

و اگر از صاحبان خون تعبیر به برادران قاتل کرده است برای این بود که حس محبت و رأفت آنان را به نفع قاتل بر انگیزد و نیز بفهماند در عفو لذتی است که در انتقام نیست (طباطبایی، ۱/ ۴۳۳؛ گنابادی، ۱/ ۱۶۸).

«ذلک تخفیف من ربکم...»

حکم به قصاص و دیه تخفیف و تسهیلی از طرف خدا است، چون یهود موظف به قصاص بودند و مسیح موظف به گذشت بودند و دین اسلام میان قصاص، گذشت و گرفتن دیه مخیر کرد و این دستور از جانب خداوند نسبت به احکام تورات و انجیل تخفیف و تسهیل است (عاملی، ۱/ ۲۸۲). از تفسیر آیه می‌توان فهمید که قانون اولی تحقق پیدا کردن قصاص در عالم خارج نیست، بلکه قانون قصاص تمامی تلاشش این است که ظاهری رعب آور داشته باشد تا هیچ قتلی اتفاق نیفتد، اما وقتی که به هر دلیل قتل اول اتفاق افتاد، آیه متمایل است که قتل دوم اتفاق نیفتد و قاتل کشته نشود و جنبه ترغیبی و تشویقی به عفو و گذشت می‌دهد.

### نتیجه‌گیری

هر چند قانون کشور ما قصد ضرب با فعل نوعاً کاشنده را ولو اینکه قصد قتل نداشته باشد از ضابطه‌های قتل عمد بشمار آورده است و فاعل آن را مستوجب قصاص می‌داند، ولی چنانکه گفته شد این ضابطه بطور مطلق قابل استفاده نیست و از آنجایی که در صورت شک در عمدی یا غیر عمدی بودن قتل، اصل بر عدم قصاص است، ما بایستی بین قتل‌های هیجانی که بدون عزم و تصمیم قبلی و قتل‌هایی که با آگاهی و نقشه

قبلی صورت گرفته تفاوت قائل شویم، بنابراین قاضی بایستی با توجه به قرائن و اماراتی که وجود دارد حکم را صادر کند و اگر برای او احراز شد شخصی که فعل نوعاً کشنده انجام داده است، قصد قتل نداشته است یا حتی در مواردی که شک و تردید در وجود قصد پیدا شود، نمی‌تواند حکم قصاص را جاری کند.

### منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسیلة الی نیل الفضیلة*، قم، مطبعة الخیام، ۱۴۰۸ ق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر المنافع*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- آزمایش، علی، *تقریرات حقوق جزای اختصاصی ۱*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- آقای نیا، حسین، *جرائم علیه اشخاص*، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- بروجردی، حسین، *جامع الاحادیث الشیعه*، تهران، انتشارات فرهنگ سبز، چاپ اول، ۱۴۲۹ ق.
- تبریزی، جواد علی، *تنقیح مبانی الاحکام*، قم، دار الصدیقة الشهیدة، چاپ اول، ۱۴۲۸ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسایل الشیعه*، قم، مؤسسه آل‌البیت، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- خامنه‌ای، علی، *درس خارج فقه*، سایت تالارگفتمان داد پرور، ضابطه قتل عمد، ۱۳۹۲.
- خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- خویی، ابو القاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ قران*، لبنان، انتشارات دار العلم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، شرح سید محمد کلانتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۲۸ ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل‌البیت، چاپ اول، بی‌تا.
- طباطبائی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، *جوامع الجامع*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، انتشارات ناصر خسرو، چاپ سوم، ۱۳۷۲.
- عابدینی، احمد، *جزوه درسی فقه جزایی دوره دکتری*، دانشگاه علوم تحقیقات اصفهان، ۱۳۹۲.
- عاملی، ابراهیم، *تفسیر عاملی*، تهران، انتشارات صدوق، ۱۳۶۰ ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *نضد القواعد الفقهیه*، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

فاضل هندی، محمد بن حسن، *كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

گلدوزیان، ایرج، *حقوق جزای اختصاصی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۰.

گنابادی، سلطان محمد، *تفسیر بیان السعاده*، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.

لاهیجی، محمد بن علی، *تفسیر لاهیجی*، تهران، دفتر نشر داد، چاپ اول، ۱۳۷۳.

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، *روضه المتقین*، قم، مؤسسه فرهنگی کوشانپور، چاپ دوم، ۱۴۰۶ق.

نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسة آل البيت، چاپ اول، ۱۴۰۸ق.

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 3, Issue 114

Autumn 2018

DOI: 10.22067/jfu.v50i3.59193



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۴

پاییز ۱۳۹۷، ص ۸۳-۱۰۴

## بررسی قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» همراه با بررسی موردی مجازات زندان تعزیری\*

مهدی شایق<sup>۱</sup>

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران

Email: mahdi.shayegh110@gmail.com

دکتر محمدرضا شایق

استادیار دانشگاه یزد

Email: shayegh.mr@gmail.com

### چکیده

یکی از مسائل مهم و مورد ابتلا در دستگاه قضایی مسئله تعزیر و از کلیدی‌ترین مسائل در مبحث تعزیر تعیین نوع مجازات تعزیری است. برخی از فقها معتقدند طبق قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» تعیین نوع مجازات تعزیری به حاکم واگذار شده است. برخی دیگر اختیار قاضی در این قاعده را منحصر در تعیین میزان مجازات می‌دانند نه نوع آن. ادله گروه اول برخی از سنخ استشهدات لغوی و برخی دیگر استناد به روایات صریح در این باب است. برخی هم مستند به احکام وارده‌ای است که لازمه آن اختیار حاکم است. در این نوشتار ضمن نقد این ادله، دلیل روایی بر نفی وسعت اختیار حاکم در این مورد اقامه شده است. افزون بر این حتی با فرض اختیار تام حاکم مجازاتی مثل زندان با برخی از اصول و قواعد کلی مثل کمتر بودن تعزیر از حد و نیز با قاعده وزر در تغایر است.

### کلیدواژه‌ها:

تعزیر، زندان، مجازات، تازیانه، حاکم.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۷/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۴/۲۰.

۱. نویسنده مسئول

**مقدمه**

در کتب حدیثی شیعه به صورت مجزا و مستقل درباره تعزیر بحث نشده و مباحث تعزیر در خلال مباحث دیگر چون حدود مطرح شده است. لکن بررسی جرائم متداول بیانگر کاربرد فراوان تعزیر و اهمیت ویژه آن در این دوره است. اجرای مجازات‌های تعزیری با مشکلات متعدد روبرو است. برخی از این مجازات‌ها مانند زندان ممکن است عواقب ناگوار اجتماعی به دنبال داشته باشد و اجرای برخی دیگر از جهت بازدارندگی مشکلاتی ایجاد می‌کند. بر همین اساس در این نوشتار سعی در یافتن نظر اسلام در رابطه با نوع مجازات تعزیری و نیز راهکار شریعت برای رفع نواقص احتمالی مجازات پیشنهادی است. اما با توجه به اینکه یکی از معضلات مهم در کشور ما در سال‌های اخیر مسئله زندان بوده است، بررسی این مسئله به صورت مجزا حائز اهمیت است. از طرفی با گسترش روز افزون جرائم، قانون‌گذار ظاهراً چاره‌ای جز استفاده از مجازات زندان ندارد و از طرف دیگر استفاده از این نوع مجازات خود مشکلات متعددی در پی دارد. مجازات زندان علاوه بر تحمیل هزینه‌های سنگین بر دولت و نیز تربیت تبه‌کاران حرفه‌ای، اثرات بسیار مخربی بر خانواده فرد زندانی دارد. حال با این تفصیل باید دید زندان مصداق تعزیر است یا نه؟ وجود زندان در اسلام به صورت فی‌الجمله در بعضی جرائم (مثل حبس ابد سارق در مرتبه سوم) قطعی و مسلم است. لکن محل نزاع ثبوت زندان به عنوان تعزیر است. سؤال اصلی این نوشتار این است که آیا حاکم طبق اطلاق روایات تعزیر و قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» در انتخاب نوع مجازات تعزیری مخیر است یا اینکه اختیار او مربوط به مسائل دیگر مثل تعداد تازیانه یا عفو مجرم است؟ علاوه بر این با فرض اختیار حاکم در تعیین نوع مجازات، نظر اسلام در خصوص زندان چیست؟ یعنی آیا قواعد عام فقه اجازه اعمال مجازات زندان را به قاضی می‌دهد یا خیر؟ و اگر به این نتیجه رسیدیم که در مورد مجازات تعزیری باید به تازیانه اکتفا کرد، راهکار اسلام برای ضعف بازدارندگی این نوع مجازات در بعضی جرائم که موجب جری شدن تبه‌کاران می‌شود چیست؟

**معنای تعزیر**

مهم‌ترین معنایی که برای ریشه عزر در کتب لغت ذکر شده است معنای یاری کردن است. زیرا در قرآن تنها به این معنا استعمال شده و در کتب متقدم لغت این معنا، به عنوان معنای اصلی کلمه ذکر شده است (خلیل بن احمد، ۱/۳۵۱؛ راغب اصفهانی، ۵۹۴) و تعزیر نوعی یاری همراه با تعظیم را می‌رساند. چراکه باب تعفیل بنا بر قول لغویان به معنای تعظیم و توقیر بوده است. همچنین ورود این ریشه به باب تعفیل باعث پدید آمدن معنای مداومت و استمرار در معنای ریشه شده است (پاکتچی و لبانی مطلق، ۲۰/۲۱۶).

و آنچه برای ما مهم است معنای اصطلاحی این کلمه است. و برخی چنین استدلال کرده‌اند که لفظ تعزیر در لغت به معنای تأدیب بوده است و تأدیب شامل همه این موارد می‌شود و دلیلی بر انتقال معنا از تأدیب به ضرب کمتر از حد در زمان معصوم نداریم و اصل عدم انتقال است (مکارم شیرازی، ۳۲).

اما گذشته از آنکه چنین استصحابی استصحاب تقدیری است و حجیتی ندارد، مراجعه به کتب متقدم بیانگر آن است که اساس معنای تأدیب جزء معانی لغوی تعزیر محسوب نمی‌شود و معنای لغوی آن چیزی جز یاری کردن نیست (راغب اصفهانی، ۵۶۴؛ خلیل بن احمد، ۱/۳۵۱). به عبارت بهتر تأدیب چنانچه از معنای تعزیر باشد، از معنای اصطلاحی است و نه لغوی.

پژوهش‌های جدید زبان‌شناسی نیز شاهد و مؤید این مطلب است (پاکتچی و لبانی مطلق، ۲۰/۲۱۶) این پژوهش‌ها حاکی از آن است که این کلمه در اصل به معنای یاری و کمک کردن است که افزون بر عربی، در طیفی از زبان‌های شاخه‌های کنعانی و آرامی - که ریشه زبان عربی محسوب می‌شوند- نیز کاربرد داشته است. در این کلمه تا اواخر سده اول هجری قمری انتقال معنایی صورت نگرفته است. همچنین در حدیث نبوی و تا اواخر سده اول اثری از کاربرد آن به معنای تأدیب (یا ضرب دون الحد) دیده نمی‌شود. در منابع حدیث اهل سنت، تنها حدیثی که ادعای کاربرد این واژه در آن وجود دارد، یعنی «لا تعزیر فوق عشرة...» (طبرانی، ۷/۴۹۲) چیزی جز نقل به معنا از «لا یجولد فوق عشرة...» (حاکم نیشابوری، ۴/۴۱۰) نیست.

پژوهش مذکور بیانگر آن است که اصطلاح تعزیر در در سالهای انتقال از سده ۱ به ۲ ق پدید آمده و نخستین بار توسط تابعان عراق مانند حسن بصری و عامر شعبی به کار رفته است (پاکتچی و لبانی مطلق، ۲۰/۲۱۶). البته ناگفته نماند این پژوهش صرفاً معنای اصلی کلمه و زمان انتقال معنا را بررسی کرده است و برای فهم اینکه معنای اصطلاحی به وجود آمده چه بوده نیازمند بررسی و تحقیق بیشتر است.

لکن در هر صورت کاربرد متعدد جملات جایگزین لفظ تعزیر مثل عبارات «لا یجولد فوق عشرة...» و «لیس علیه حد، ولکن سیاط» (ابن ابی شیبۀ، ۵/۵۰۶) در قرن اول شاهد دیگری بر این نظریه است.

در اولین استعمالات و تعاریف اصطلاح تعزیر، اثری از تأدیب به معنای عام نیست. عامر شعبی (۲۴-۱۰۳ ق) تعزیر را با عبارت «التعزیر ما بین السوط إلی الأوبعین» تعریف می‌کند (همو، ۵۵۰). خلیل بن احمد فراهیدی (متوفی ۱۷۵ ق) نیز در معنای مصطلح تعزیر چیزی بیش از «ضرب دون الحد» (خلیل بن احمد، ۱/۳۵۱) بیان نمی‌کند. کسانی که می‌گویند معنای اصلی تعزیر تأدیب بوده و ضرب دون الحد نبوده است و حتی انصراف هم به ضرب دون الحد نداشته است (محقق داماد، ۴/۲۱۲) باید به این سؤال پاسخ دهند که چگونه ممکن است که خلیل بن احمد - که در آن عصر می‌زیسته - هیچ اشاره‌ای به معنای اصلی

لفظ (تأدیب) نکرده باشد و صرفاً به ضرب دون الحد اشاره کرده که نه تنها معنای لفظ نبوده، حتی لفظ انصراف به آن هم نداشته است! آیا ممکن است یک لغت دان معنای رایج و متبادر عصر خود را رها کند و به معنایی اشاره کند که لفظ نه دال بر آن است و نه منصرف؟!

راغب اصفهانی هم بر خلاف برداشت رایج تأدیب را از معنای لغوی و حتی از معنای اصطلاحی تعزیر نمی‌داند. وی در بیان وجه انتقال معنا، بیان می‌دارد که: «تعزیر به معنای یاری دادن است... و (چون) تأدیب نوعی یاری دادن است و ضرب دون الحد هم نوعی تأدیب است، پس ضرب دون الحد را تعزیر نامیده‌اند»<sup>۱</sup>. در واقع راغب چنین استدلال می‌کند که:

**مقدمه اول:** ضرب دون الحد نوعی تأدیب است.

**مقدمه دوم:** و هر تأدیبی نوعی یاری دادن است (چراکه به مجرم کمک می‌شود تا از گناه دوری کند).

**مقدمه سوم:** و یاری دادن همان تعزیر است.

**نتیجه:** ضرب دون الحد تعزیر است.

بنابراین باید گفت اولاً راغب نگفته «تعزیر تأدیب است» تا بگوییم تأدیب را از معنای تعزیر دانسته، بلکه عکس آن را گفته است؛ یعنی گفته «تأدیب نوعی تعزیر و یاری دادن است». ثانیاً اینکه راغب می‌گوید تأدیب یاری دادن است صرفاً با یک ریزبینی عقلی و شاید با مسامحه قابل قبول است والا هیچ عرف و اهل زبانی تأدیب را یاری دادن نمی‌داند. ثالثاً اصلاً راغب در مقام بیان معنای لفظ نیست بلکه او صرفاً وجه انتقال معنا را حدس زده است. برآستی اگر در زمان وی تعزیر به معنای تأدیب بود نیاز به این همه استدلال نبود و مستقیمه می‌گفت تعزیر تأدیب است.

بنابر این راغب اصفهانی معنای لغوی تعزیر را یاری دادن همراه با تعظیم و معنای اصطلاحی را همان ضرب دون الحد بیان می‌کند. و چه بسا همین طرز بیان و تعلیل راغب باعث شده عده‌ای فکر کنند تأدیب جزء معنای اصلی و اولیه لفظ تعزیر است.

آنچه از استعمال لفظ تعزیر در روایات دیده می‌شود موردی یافت نمی‌شود که قرینه‌ای دال بر استعمال این لفظ در معنای مطلق تأدیب باشد؛ اما عکس این مطلب مصادیق فراوان دارد. به عنوان نمونه در روایتی آمده است: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن التعزير قلت كم هو قال ما بين العشرة إلى العشرين» (کلینی، ۲۴۰/۷) یا در روایت دیگر از کتاب کافی آمده است: «قلت لأبي عبد الله ع كم التعزير فقال دون الحد قال قلت دون ثمانين قال فقال لا و لكن دون الأوبعين...» (کلینی، ۲۴۱/۷). در این روایات علی‌رغم اینکه

۱ - التَّعْزِيرُ: ضرب دون الحد، و ذلك يرجع إلى الأول، فإن ذلك تأديب، و التأديب نصره ما لكن الأول نصره بجمع ما يضره عنه، و الثاني نصره بجمعه عما يضره: فمن قمعته عما يضره، فقد نصرته، و على هذا الوجه قال صلى الله عليه وآله: انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً...



امام تعزیر را تعدادی تازیانه بیان می‌کند، اساساً سؤال راوی از کمیت است نه ماهیت. و این بیانگر ارتکاز ذهنی راوی و مردم آن عصر در تازیانه بودن تعزیر است. روایات مشابه که از قرائن مذکور در روایت معلوم است مراد از تعزیر تازیانه است آن قدر زیاد است که برشمردن آن در این مختصر ممکن نیست.

بررسی کتب فقهی متقدم اهل سنت بیان‌گر این است که لفظ تعزیر تا اواخر قرن دوم به معنای ضرب دون الحد استعمال داشته و هرکجا مجازاتی زائد بر تازیانه مراد بوده است جداگانه ذکر شده و به لفظ تعزیر تکیه نشده است. مثلاً در بیان حکم قتل خطا گفته شده «أرأیت القتل خطأ هل فیه تعزیر وحبس فی قول مالک» (مالک بن انس، ۱۶/۴۲۰) و در پاسخ آن آمده است که: «لا علمتان أحدا یعزر فی الخطأ أو یحبس» (همان) یا ابوعبدالله شیبانی در مورد حکم لواط می‌گوید: «فانه یعزر ویودع فی السجن» (الشیبانی، ۱/۲۸۲). و براسی اگر دلالت تعزیر بر تأدیب و زندان این قدر روشن باشد، ذکر دوباره زندان بیهوده است.

با جستجو در منابع فقهی اهل سنت تا اواخر قرن ۲ ق موردی یافت نمی‌شود که به لفظ تعزیر برای بیان مواردی چون زندان تکیه شده باشد یا به معنای مطلق تأدیب به کار رفته باشد. ابن ادریس شافعی از اولین کسانی است که تعزیر را به غیر ضرب تعمیم می‌دهد. وی خود در موارد متعدد تعزیر را به معنای خاص آن استعمال نموده است. برای مثال در مورد کافری که با بیش از چهار همسر دائم اسلام می‌آورد و حاضر به طلاق نمی‌شود می‌گوید: «حبس حتی یختار... فإن امتنع مع الحبس أن یختار عؤر وحبس أبدا حتی یختار» (شافعی، ۶/۳۸). با این حال در مقام توجیه مجازات زندان چنین می‌گوید: «وإذا قتل المؤمن الکافر عؤر وحبس ولا یبلغ بتعزیره فی قتل ولا غیره حد ولا یبلغ بحیسه سنة ولکن حبس یتلی به وهو ضروب من التعزیر». اما باید توجه داشت که او در مقام بیان معنای لغوی نیست؛ چراکه از ظاهر عبارت روشن است لفظ تعزیر در اینجا اعم از زندان و به معنای مطلق تأدیب استعمال نشده است بلکه در مقام قیاس و بیان وجه شرعی بودن زندان است.

اما با صرف نظر از آنچه بیان شد، این شواهد حتی اگر بر وضع هم دلالت نکنند، حداقل دال بر انصراف ذهنی در آن عصر به سبب کثرت استعمال در معنای ضرب دون الحد است. و این به تنهایی برای عدم امکان تمسک به اطلاق تعزیر در روایات کافی است. شاید گفته شود در اینجا منشأ انصراف کثرت استعمال نیست، بلکه کثرت وجود خارجی است و در این صورت انصراف مانع از تمسک به اطلاق نخواهد بود. اما در پاسخ گفته می‌شود که تعدد استعمال در کتب فقهی قرن دوم و سوم و نیز ذکر آن در کتب فرهنگ لغت آن دوره (کتاب العین) کثرت استعمال است. خصوصاً اینکه کتب لغت غالباً معنای متداول در عرف را نقل می‌کنند. ثانیاً اجرای مجازات تازیانه در زمان ائمه بیشتر از مجازات‌های دیگر نبوده

است تا بگوییم منشأ تبادر کثرت و غلبه وجود خارجی است. اتفاقاً مجازات‌های دیگر خصوصاً مجازات زندان، هم در فقه اهل سنت (طیبی، ۷۷، ۹۱، ۱۲۵، ۱۳۰، ۱۳۲، ۲۱۲) و هم در حکومت‌های بنی‌امیه و عباسیان کاربرد فراوان داشته است.

بنابراین از آنچه گذشت معلوم می‌شود لفظ تعزیر در دوران ائمه علیهم‌السلام به معنای مطلق تأدیب کاربردی نداشته بلکه همه شواهد تاریخی مبنی بر آن است که این لفظ در این دوران به معنای تازیانه استعمال فراوان داشته است.

حتی اگر با اغماض از این ادعا تصور کنیم معنای لغوی تعزیر همان تأدیب است؛ اینکه بگوییم معنای لغوی تعزیر تغییر نکرده است و موارد مذکور در روایات صرفاً از باب بیان مصداق و نمونه است، مستلزم این است که تعزیر شامل هر ضربی بشود ولو اینکه بیش از حد باشد. در واقع کمتر از حد بودن قیدی است که اهل زبان بدان آگاه نبوده‌اند و لاجرم آن را از شارع آموخته‌اند و این نشان دهنده یک وضع جدید از جانب شارع است (مدنی، ۳۹۶/۸). با این توصیف دیگر نمی‌توان گفت آن روایاتی که تعزیر را ضرب دون الحد نامیده در مقام بیان مصداق است، بلکه باید گفت در مقام بیان ماهیت تعزیر نزد شارع است.

## قاعده التعزیر بما یراه الحاکم و ادله آن

### ۱. نظرات فقها

هرچند لفظ تعزیر در لسان شارع به معنای اخص استعمال شده، لکن ممکن است ادله دیگری دال بر سعه اختیارات حاکم در مجازات مجرمین باشد. از جمله این ادله که مورد استناد واقع شده است، قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» است. این قاعده عیناً در روایات ذکر نشده است و در کتب فقهی هم به بیان‌های مختلفی مثل «التعزیر بما یراه الحاکم» (صاحب جواهر، ۱۶۹/۴۲) و «یعزر بما یراه الامام» (مفید، ۷۷۶) و نظائر این‌ها بیان شده است. صرف نظر از اینکه در این قاعده صاحب اختیار، قاضی محکمه باشد یا ولی امر مسلمین، در بررسی این قاعده باید به این سؤال پاسخ داد که آیا در تعزیر، حاکم تنها در تعیین تعداد تازیانه اختیار دارد یا اینکه تعیین نوع مجازات هم از اختیارات حاکم است؟

برخی از فقها چون شیخ مفید (مفید، ۷۷۴) و شیخ صدوق و ابوالصلاح حلبی در سراسر کتب خود هرکجا از تعزیر نام برده‌اند آن را به معنای خاص استعمال نموده‌اند. این گروه در برخی موارد حتی واژه تأدیب را هم به همین معنا استعمال نموده‌اند (ابو‌الصلاح حلبی، ۴۱۷ و ۴۲۰؛ ابن‌بابویه، ۲۴/۴؛ مفید، ۷۷۴، ۷۷۶، ۷۸۹). برخی دیگر چون شیخ طوسی هرچند در موارد متعدد تعزیر را در معنای تازیانه استعمال نموده است، لکن بنا بر نظر ایشان اگر قاضی صلاح دید می‌تواند تعزیر را با تأدیب جایگزین کند

که تأدیبات شامل زندان و توبیخ هم می‌شود (طوسی، المبسوط، ۸/ ۹۷) در نگاه اول چنین رأیی با اینکه بگوییم تعزیر به معنای مطلق تأدیبات است و شامل زندان و مجازات‌های دیگر می‌شود تفاوت عملی ندارد؛ چراکه در هر دو صورت زندان مشروع است و قاضی حق زندانی کردن دارد. اما مراجعه به تعاریف شیخ طوسی نسبت به تأدیبات بیانگر تفاوت مهم این دو نظر است. چراکه ایشان به دقت میان تعزیر و تأدیبات تفکیک می‌کند و طبق نظر ایشان تأدیبات مجازاتی بی‌حد و قید نیست که صرفه منوط به نظر حاکم باشد، بلکه مجازاتی کمتر از تعزیر است؛ همانگونه که تعزیر مجازاتی کمتر از حد است. در واقع جایگزینی تعزیر با تأدیبات نوعی تخفیف از سوی حاکم است. طبق نظر شیخ طوسی چنین مجازاتی اختصاصی به حاکم ندارد و برای ولی صغیر، قیم یتیم، معلم، جد و زوج هم ثابت است (همان، ۸/ ۶۹). این نظر مؤیداتی هم از روایات دارد. مثلاً در کتاب فقه‌الرضا با تفکیک تأدیبات از تعزیر، تأدیبات مجازاتی کمتر از تعزیر و مابین ۳ تا ۱۰ ضربه تازیانه تعریف شده است (علی بن موسی (ع)، ۳۰۹). در ادامه مؤیداتی بیشتری از روایات در رابطه با این نظر ذکر خواهد شد. در هر صورت طبق این نظر حاکم در مجازات‌های کوچک حق تعیین نوع و کیفیت مجازات را خواهد داشت.

لازم به ذکر است شیخ طوسی در کتاب الخلاف این نظر که زندان هم نوعی تعزیر است را به ابوحنیفه نسبت می‌دهد (طوسی، الخلاف ۵/ ۵۰۵). طبیعتاً اینکه پس از بیان آراء مذاهب مختلف امامیه و اهل سنت این نظر را تنها به ابوحنیفه نسبت می‌دهد اگر دال بر شاذ بودن آن نزد شیخ نباشد حداقل بیانگر آن است که این حرف که زندان هم تعزیر است - بر خلاف تصور شایع - نه از باب معنای لغوی، بلکه از باب اجتهاد و رأی فقهی است؛ والا اختصاص آن به ابوحنیفه بی‌معنا است.

اما در دوره‌های بعد، علامه حلی (۵/ ۴۱۱) و صاحب جواهر (۴۲/ ۹۵ و ۴۳/ ۱۷۵) تعزیر را اعم از تازیانه دانسته و به شمول آن بر زندان و توبیخ تأکید کرده‌اند. در نتیجه طبق نظر ایشان حاکم حق تعیین نوع مجازات را هم خواهد داشت. هرچند دقت در نظراتشان بیانگر آن است که در بسیاری از مواقع تعزیر را به معنای خاص استعمال کرده‌اند و این خود جای تأمل است.

اما این نظر هم آنگونه که برخی تصور کرده‌اند به معنای بی‌قید و شرط بودن اختیار نیست؛ بلکه تعزیر باید در حدود شرع باشد. به همین دلیل فقها برای تعزیر شروطی نظیر کمتر از حد بودن (محقق حلی، ۴/ ۱۵۵) و منع از مجازات مالی و جانی (علامه حلی، ۵/ ۳۴۹) ذکر کرده‌اند. باید توجه داشت شروطی که فقهای مختلف برای تعزیر بیان کرده‌اند یکسان نیست. مثلاً برخی گفته‌اند اقل تعزیر مشخص نیست ولی حد اکثر آن معلوم است. برخی دیگر هم اقل و هم اکثر را معین کرده و برخی دیگر گفته‌اند از هیچ طرف حدی ندارد (مجلسی، ۶۰).

## ۲. بررسی ادله لفظی

به عنوان مقدمه باید گفت روایاتی که در باب تعزیر وارد شده است به لحاظ الفاظ به چند قسم کلی تقسیم می‌شوند:

**قسم اول** روایاتی است که در آن نوع مجازات یعنی تازیانه ذکر شده است.

**قسم دوم** روایاتی است که در آن از الفاظ عامی مثل تعزیر یا تأدیب استفاده شده است.

**قسم سوم** روایاتی است که صرف نظر از ذکر لفظ تعزیر یا تأدیب، با عباراتی نظیر «حدا لیس له وقت»، «حدا غیر الحد»، «ذلک إلى الإمام» و «هو دون الحد» به گونه‌ای تعزیر را توضیح داده‌اند. به عبارت بهتر در این روایت تعریف شرعی تعزیر و حدود آن توسط معصوم بیان شده است.

### روایات قسم اول

بی‌تردید قسم اول نمی‌تواند اثبات‌کننده اختیار حاکم در تعیین نوع مجازات باشد؛ زیرا تازیانه بودن مجازات از قبل مفروض و معین است. بلکه در صورتی که قائل به اختیار والی شدیم باید این روایات را به گونه‌ای توجیه کنیم. اما دو قسم دیگر هر کدام می‌تواند به صورت عام یا خاص دلیلی برای اثبات این مدعا باشد.

### روایات قسم دوم (ادله عام)

الف) در موارد متعددی در احادیث از لفظ تعزیر استفاده شده است. به عنوان مثال در مورد افتراء به اهل کتاب از امام صادق (ع) سؤال شده است: «هل یجوز المسلم الحد فی الافتراء علیهم» و امام در پاسخ می‌فرماید: «لا و لکن یعزّو» (کلینی، ۲۴۰/۷) یا در مورد توهین به دیگری امام صادق (ع) می‌فرماید: «لا حد علیه و یعزّو» (همو، ۲۴۱/۷). در این روایات امام می‌فرماید يعزر و قید دیگری را بیان نمی‌کنند. بنابراین با توجه به اینکه بسیاری از لغت‌دانان تعزیر را به معنای تأدیب معنی کرده‌اند، حاکم هرگونه صلاح دانست می‌تواند مجرم تأدیب کند. در واقع طبق این نظر آنچه مسلم است این است که تأدیب از معانی اصلی این کلمه است و انتقال به معنای ضرب دون الحد یا حتی انصراف به آن امری غیر معلوم است. اگر انصرافی هم باشد ناشی از کثرت وجود خارجی است که صلاحیت تقید لفظ را ندارد. لکن این استدلال با اشکالاتی روبرو است:

**اشکال اول:** همانگونه که به تفصیل در بیان معنای تعزیر گفته شد، اساساً تأدیب جزء معانی لغوی این لفظ نبوده است تا بتوانیم عدم انتقال را استصحاب کنیم. و ثانیاً مفصلاً دلایل و شواهدی بر استعمال این لفظ به معنای ضرب کمتر از حد بیان شد که مجدداً تکرار نمی‌شود.

**اشکال دوم:** هرچند در چندین روایت لفظ تعزیر به صورت مطلق بیان شده است، اما در مقابل

روایات متظافر همراه با قرائن و الفاظی است که چیزی جز تازیانه از تعزیر برداشت نمی‌شود. حتی در بسیاری از موارد تعداد تازیانه هم ذکر شده است و مقتضای قواعد اصولی حمل مطلق بر مقید است نه بالعکس. در اینجا نمی‌توان گفت تازیانه از باب بیان مصداق است؛ چراکه امام در مقام اجرای حکم نیست که ناگزیر باشد یکی از مصادیق تعزیر را جهت اجرا بیان نماید؛ بلکه در مقام بیان حکم شرعی است که باید تمام مراد خود را بیان کند. ضمناً اگر بتوان در این مورد گفت مواردی که تازیانه در آن ذکر شده از باب ذکر مصداق است، مستلزم این است که بگوییم در تمام موارد تعارض مطلق و مقید، قید مقید از باب ذکر مثال و نمونه است و این خلاف فهم عرف است.

**ب) همچنین در مواردی در روایات اهل بیت علیهم السلام از لفظ تأدیب استفاده شده است (کلینی، ۲۴۲/۷) و در شمول معنای این لفظ تردیدی نیست و لذا باید به اقتضای اطلاق این لفظ در روایات حکم به اطلاق اختیار حاکم در تأدیب مجرمین کنیم.**

بر این استدلال نیز چندین اشکال وارد است:

**اشکال اول:** غالب این روایات، به جز دو مورد (همو، ۲۸۴) که در ادامه بررسی خواهد شد؛ دارای مقیداتی در خود روایت مثل بیان نوع مجازات یا حتی تعداد تازیانه هستند که مانع از اطلاق هستند.

**اشکال دوم:** هر چند معنای لغوی تأدیب شمول دارد، اما بررسی روایات مختلف و کتب فقهی متقدم بیانگر آن است که این لفظ در روایات غالباً برای مجازات‌هایی کمتر از تعزیر استفاده شده است. این استعمالات متعدد اگر کاشف از حقیقت متشرعه در آن عصر نباشد، بیانگر نوعی انصراف است. به عنوان نمونه به موارد زیر اشاره می‌شود:

در موارد متعدد برای مجازات کودکان از لفظ تأدیب استفاده شده است. «قلت لأبی عبد الله ع فی أدب الصبی و المملوک فقال خمسة لوسنة و اوفق.» (همو، ۲۶۸/۷) و نیز در روایت دیگر در کتاب وسائل الشیعه آمده است: «عن أبی عبد الله ع قال: يؤدب الصبی علی الصوم- ما بین خمس عشرة سنة إلی ست عشرة سنة.» (حر عاملی، ۱/۲۳۷).

همچنین در مورد تربیت عبد از لفظ تأدیب استفاده شده است. «عن أبی عبد الله علیه السلام قال: لا بلأس أن يؤدب المحرم عبده ما بینه و بین عشرة أسواط.»

در کتب فقهی هم درباره مجازات کودک، مجازات همسر با چوب مسواک (طوسی، المبسوط ۴/۳۳۸) و مواردی از این دست از لفظ تأدیب استفاده شده است. همانگونه که پیش از این نیز ذکر شد، در کتاب فقه منسوب به امام رضا (ع) هم تأدیب مجازاتی کمتر از تعزیر و مابین ۳ تا ۱۰ ضربه تازیانه ذکر شده است (علی بن موسی (ع)، ۳۱۰).

با این تفسیر می‌توان گفت تأدیبات مجازاتی کمتر از تعزیر است که چه بسا اختصاصی به حاکم ندارد بلکه ولی صغیر، مولا و حتی ناهی از منکر هم چنین اختیاری دارند که البته این خود می‌تواند موضوع پژوهشی مستقل باشد. لکن حداقل می‌توان گفت دلالت این لفظ بر مدعای مشهور مردود است (خصوصاً اینکه در غالب این روایات تازیانه بودن مجازات هم مفروض است) و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

**اشکال سوم:** شاید در پاسخ گفته شود با بررسی روایات دو سه مورد دیده می‌شود که لفظ تأدیبات به صورت مطلق در رابطه با کبانر در گفتار معصومین علیهم السلام به کار رفته است. یکی در مورد آکل ربا (کلینی، ۲۴۲/۷) و دیگر درباره گروهی که مشترکاً یکی را کشته‌اند و یکی از آن‌ها اعدام شده است و در مورد مابقی قاتلین گفته شده: «ثم إن الوالی بعد یلی أدهم و حبسهم» (همو، ۲۸۴). اما با توجه به شیوع نقل به معنی نمی‌توان به این دو روایت تکیه کرد. خصوصاً اینکه در خصوص تعزیر موارد متعددی از نقل به معنی در روایات دیده می‌شود. مثلاً همانگونه که در بحث معنای لغوی گذشت یک روایت نبوی خاص یکبار با عبارت «لا تعزیر فوق عشرة...» و بار دیگر با عبارت «لا یجلد فوق عشرة...» نقل شده است. همچنین در رابطه با قضاوت امیرالمؤمنین در مورد شخصی که به دیگری گفته بود «احتلمت بأمک» در یک روایت آمده است «سنضربه حتی لا یعود» و در روایت دیگر آمده است «ضربه ضرباً وجیعاً» و در روایت دیگر آمده است «أؤدبه لئلا یعود». (بروجردی، ۸۴۲/۳۰) و واقعاً با این شیوع نقل به معنی خصوصاً در رابطه با الفاظی مثل تأدیبات که معادلها و مشابه‌های متعدد دارد، چگونه می‌توان با این دقت و ریز بینی به الفاظ این دو روایت استناد کرد؟

**اشکال چهارم:** حتی اگر فرض کنیم در روایاتی لفظ تأدیبات به صورت مطلق برای مجازات مجرمین استعمال شده است، وجود مقیدات فراوان در سایر نصوص مانع تمسک به این اطلاق است. توضیح بیشتر آنکه در برخی از روایات گفته شده تأدیبات می‌شود و نوع مجازات را معین نکرده و در برخی دیگر گفته شده با تازیانه تأدیبات می‌شود. طبعاً در مقام ورود دو حکم (موافق در جهت) مطلق و مقید در موضوع واحد مطلق بر مقید حمل می‌گردد.

#### روایات قسم سوم (ادله خاص)

روایات این قسم هر چند کراره برای اثبات عمومیت این قاعده مورد استناد واقع شده است ولی تنها در صورت تقطیع می‌تواند مدعا را اثبات کند. در واقع اگر با دقت بنگریم می‌بینیم در تمام این روایات تازیانه بودن مجازات مفروض است. برای توضیح بیشتر باید یک به یک هر کدام از این روایات را بررسی نمود:

**الف:** گفته شده است در اسلام دو نوع مجازات داریم. مجازاتی که از نظر کمی و کیفی مقدر و معلوم است و مجازاتی غیر مقدر که کم و کیف آن به حاکم تفویض شده است (مکارم شیرازی، ۳۸) هر چه از

قبل تعیین شده حد است و آنچه از قبل تعیین نشده، تعزیر است. روایات مختلف هم شاهد بر این مدعا است. در یک روایت در مورد تعزیر آمده است «حدایس له وقت»: حدی که اندازه‌ای برای آن نیست؛ و در روایت دیگر آمده است «حدای غیر الحد»: حدی (مجازاتی) غیر از حدود.

اما برای داوری بهتر نسبت به این ادعا باید روایات مذکور را به طور کامل بیان و سپس بررسی نمود:

- روایت اول: عن سماعة قال: «سألته عن شهود الوور قال فقال یجلدون حدایس له وقت و ذلک الی الإمام و یطاف بهم حتی یعرفهم الفاس» (کلینی، ۲۴۱/۷): از امام درباره شهود زور پرسیدم و ایشان در پاسخ فرمودند: به حدی که مقدار معین ندارد تازیانه می‌خورند و آن به اختیار امام است و سپس آن‌ها را در شهر می‌گردانند تا مردم آنان را بشناسند.

در این روایت، هم گفته شده تعزیر مقدار معین ندارد و هم این اختیار به امام داده شده است که این مقدار را تعیین کند؛ لکن نوع مجازات با عبارت «یجلدون» کاملاً معلوم است. و با مفروض بودن نوع مجازات مجالی برای تعیین آن توسط حاکم نمی‌ماند و لاجرم حاکم تنها در تعیین تعداد تازیانه اختیار خواهد داشت. به عبارت دیگر «ذلک الی الامام» به معنای نداشتن حد شرعی نیست، بلکه امام تعداد تازیانه را بر حسب گناه فرد و طاقت او تعیین می‌کند. کما اینکه در مورد حد محارب هم عین همین عبارت ذکر شده است (حر عاملی، ۳۰۸/۲۸) و حال آنکه حد آن معلوم است.

- روایت دوم: عن سماعة قال: «سألْتُ أبا عبد الله ع- عن الرجل یأتی بهیمة أو شاة أو ناقة أو بقرة قال فقال علیه أن یجلد حدای غیر الحد» (همو، ۲۰۴): از امام صادق (ع) درباره حکم مردی که با حیوان چهارپایی یا گوسفند یا شتر ماده یا گاو ماده نزدیکی کند، سؤال کردم و ایشان در پاسخ فرمودند: باید او را به حدی غیر از حد تازیانه زند.

در این روایت نیز نوع مجازات توسط امام معین شده است و با این قرینه معلوم می‌شود تفاوت صرفه در تعداد تازیانه است که در حد معلوم است و در تعزیر معلوم نیست.

ب: در برخی از روایات تعزیر با عبارت «دون الحد» بیان و تعریف شده است. (کلینی، ۲۴۱/۷) غالب فقها در اینجا دون را به همان معنای متداول (مقابل فوق) معنی کرده‌اند. اما برخی دیگر «دون» را به معنای غیر دانسته‌اند (محقق داماد، ۲۱۶). همانگونه که در برخی از آیات کریمه قرآن نظیر آیه «و من الفاس من یخذ من دون الله أندا...» (بقره: ۱۶۵) و آیه «...و لا یخذ بعضنا بعضاً أوبابله من دون الله...» (آل عمران: ۶۴) در این معنی استعمال شده است. و در نتیجه تعزیر هر مجازاتی است که غیر از حد باشد و به عبارت روشن‌تر معین نباشد.

اما در برخی از این روایات اصلاً لفظ تعزیر ذکر نشده است بلکه صرفه گفته شده «جلد دون الحد» یا

«ضرب دون الحد» (کلینی، ۱۹۹/۷) که در این موارد نوع مجازات با الفاظ ضرب و جلد کاملاً معلوم و معین است و لذا نمی‌تواند مستمسک خوبی برای عدم تعیین نوع مجازات تعزیری توسط شارع باشد. و در برخی دیگر لفظ تعزیر ذکر شده است و در توضیح تعزیر گفته شده که تعزیر دون الحد است.

حال باید دید آیا در این روایات می‌توان دون را به معنای غیر ترجمه کرد؟

- **روایت اول:** عن حماد بن عثمان قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام كم التعزير فقال دون الحد قال قلت دون ثمانين قال فقال لا ولكن دون الأوبعين فإنه حد المملوك قال قلت و كم ذلك قال قال علي قدر ما يرى الوالی من ذنب الرجل و قوة بدنه.» (همو، ۲۴۱).

- **روایت دوم:** عن الفضل بن إسماعيل الهاشمي عن أبيه قال: «سألت أبا عبد الله و أبا الحسن ع عن امرأة زنت فأنتت بولد و أقوت عند إمام المسلمين بأنها زنت و ألغ ولدها ذلك من الوئني فأقيم عليها الحد و إن ذلك الولد نشأ حتى صار رجلا فافتري عليه رجلا هل يجلد من افتري عليه فقال يجلد و لا يجلد فقلت كيف يجلد و لا يجلد فقال من قال له يا ولد الوئني لم يجلد إنما يعزور و هو دون الحد و من قال له: يا ابن الوئنية، جلد الحة تامه فقلت: كيف يجلد هذا هكذا؟ فقال...» (همو، ۲۰۶).

لکن چنین ترجمه‌ای از اصطلاح «دون الحد» با اشکالات متعدد روبرو است:

**اولاً:** چنین استدلالی مبنی بر این است که بدانیم لفظ تعزیر در این روایات به معنای مطلق تأدیب است نه تازیانه یا ضرب دون الحد؛ زیرا اگر معنای تعزیر تازیانه باشد، دون را هرطور معنا کنیم نمی‌توان گفت تعزیر شامل غیر تازیانه هم می‌شود چون خلاف فرض است و چنین چیزی حداقل محل تردید است و همین تردید برای بطلان این استدلال کافی است. و اصلاً محل نزاع همین است که تعزیر، مطلق تأدیب است یا خصوص شلاق؟ و اینکه مستدل تأدیب بودن آن را مفروض گرفته مصادره بر مطلوب است.

**ثانیاً:** در این روایات نیز تازیانه بودن مجازات توسط معصوم معین شده است. و حال آنکه ادعای مستدل این است که تعزیر مجازاتی است که نوع آن توسط شارع معین نشده است.

**ثالثاً:** چنین ترجمه‌ای مستلزم این است که بگوییم بیش از ۱۰۰ تازیانه هم تعزیر است؛ چون غیر از حد است. به عبارت بهتر اگر دون به معنای غیر باشد لازم می‌آید حاکم بتواند به عنوان تعزیر بیش از مقدار حد تازیانه بزند و فقط باید متفاوت باشد. مگر اینکه بگوییم حاکم اگر خواست تازیانه بزند باید کمتر از حد مجازات کند ولی اگر خواست مجازات دیگر اعمال کند دیگر کمتر بودن ملاک نیست بلکه غیریت ملاک است. اما این حرف مستلزم استعمال لفظ (در استعمال واحد) در دو معنی است؛ معنای کمتر در مورد تازیانه و معنای غیر در سایر مصادیق. و مشهور استحاله چنین استعمالی است.

**ج:** اما آخرین دلیل عباراتی مثل «ذلک إلى الإمام»، «علی قدر ما یری الوالی» و «یعاقبه الامام علی



قدر ما یری من جرّمه» است که صریحاً می‌گوید تعزیر به امام واگذار شده است. به نظر می‌رسد قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» هم مأخوذ از همین روایات است. بنابر این با بررسی میزان دلالت این روایات می‌توان میزان دلالت این قاعده را نیز فهمید.

- **روایت اول:** و فی القوی کالصّحیح، عن حماد بن عثمان قال: قلت لأبي عبد الله ع کم التعزیر فقال دون الحد قال قلت دون ثمانین قال فقال لا و لكن دون الأوبعین فإنه حد المملوک قال قلت و کم ذلك قال قال علی قدر ما یری الوالی من ذنب الرجل و قوّة بدنه. (مجلسی اول، ۱۰/۱۰۹).

- **روایت دوم:** عن سماعة قال: سألته عن شهود الزور قال فقال یجلدون حدّ لیس له وقت و ذلك إلى الإمام و یطاف بهم حتی یعرفهم الفاس

- **روایت سوم:** قال جعفر بن محمد ع و أمّو المحارب و هو الذی یقطع الطریق و یسلب الفاس و یغیو علی أموالهم و من کان فی مثل هذه الحال فالأمو فیها إلى الإمام فإن شاء قتل و إن شاء قطع و إن شاء نفی و یعاقبه الإمام علی قدر ما یری من جرمه (ابن حیون، ۲/۴۷۷).

- **روایت چهارم:** قال: قلت لأبي جعفر ع عشرة قتلوا رجلاً قال إن شاء أولیائوه قتلوهم جمیعاً و غرموا تسع دیات و إن شاءوا أن یتخیروا رجلاً فیقتلوه قتلوه و أدى التسعة الباقون إلى أهل المقول الأخیر عشر الدیة کلّ رجل منهم قال ثم إن الوالی یلی أذیهم و حبسهم (کلینی، ۷/۲۸۳).

سه روایت اول با همان مشکل مذکور در موارد قبل روبرو است. یعنی اختیار حاکم در مرحله‌ای متأخر از بیان نوع مجازات بیان شده است و لذا اختیار حاکم شامل تعیین نوع حکم نمی‌شود. مضاف بر این روایت سوم در رابطه با حدود است و تعمیم آن به تعزیرات مستلزم قیاس است.

اما در روایت چهارم از لفظ ادب استفاده شده و بر آن همان اشکالاتی وارد است که پیش از این در بررسی روایت قسم دوم (ادله عام) ذیل مبحث تأدیبات بیان شد. در مورد لفظ حبس مذکور در این روایت بعد از این نکاتی خواهد آمد.

### ۳. بررسی ادله غیر لفظی

اما گروهی دیگر از ادله نه به طور خاص و نه به طور عام دلالت بر اعم بودن تعزیر از شلاق ندارند؛ بلکه لازمه صدور آن‌ها از معصوم عمومیت مفهوم تعزیر است. در بررسی روایات و قضاوت‌های صورت گرفته توسط ائمه علیهم السلام مواردی دیده می‌شود که نه از جنس حدود است و نه از جنس تازیانه. حال این سؤال مطرح می‌شود که این موارد اگر تعزیر نیست پس چیست؟ و اگر بگوییم از باب تعزیر است مدعا ثابت می‌شود (محقق داماد، ۴/۲۱۹). توضیح بیشتر آنکه این موارد مستقیماً دلالت بر اعمیت تعزیر

نمی‌کند بلکه باید جداگانه اثبات نمود این‌ها قضیه‌ای در مورد خاص نبوده بلکه از باب تعزیر بوده است که البته اثبات چنین چیزی دشوار است.

### موارد زندان در اسلام

در احکام اسلام در موارد متعددی زندان دیده می‌شود. لکن آنچه مناسب این بحث و موضوع است مواردی است که تعزیری بودن آن معلوم باشد. اما موارد مسلم زندان در اسلام به چهار قسم تقسیم می‌شود:

**قسم اول زندان حدی است.** نظیر حکم حبس ابد برای سرقت در دفعه سوم. چنین مواردی تخصصاً از محل نزاع خارج است.

**قسم دوم اصلاً از باب مجازات نیست بلکه نوعی نگهداشتن موقت برای اعاده حقوق است.** بازداشت گاهی با هدف نگه داشتن مجرم تا اجرای حکم است که در اینجا معلوم است چنین حبسی مجازات نیست بلکه از مقدمات مجازات است. و گاهی نگه داشتن متهم قبل از ثبوت حکم است. در اینجا نیز چون جرمی ثابت نیست امکان ندارد از باب تعزیر و تأدیب باشد، بکله صرفه یک احتیاط عقلی و شرعی برای فرار نکردن متهم و ضایع نشدن حقوق است. موارد متعددی از بازداشت در اسلام دیده می‌شود. مثل حبس متهم به قتل و همچنین حکم قرآن به حبس شاهدان غیر مسلمان وصیت، در صورت علم ورثه به کذب یا تردیدشان به صحت ادعای آنان (مانده: ۱۰۶). چنین حبسی معمولاً زندان نامیده نمی‌شود و با عنوان بازداشت ذکر می‌شود. و همان طور که برخی از فقها هم گفته‌اند لفظ «حبس» ظهور در بازداشت و لفظ «سجن» ظهور در زندان به عنوان مجازات دارد (صافی، ۵۵).

**قسم سوم نه حد است و نه بازداشت، بلکه اهرم فشاری است برای اجبار شخص به کاری که حاضر به انجام آن نیست.** مثل شخص ثروتمندی که دین دیگری ادا نمی‌کند. یا فردی که حاضر به آزاد کردن عبد خود نیست (در صورت وجوب عتق) حبس می‌شود تا عبدش را آزاد کند (کلینی، ۱۳۳/۶). در واقع این کار اجبار است و بی‌تردید اجبار غیر از مجازات است و قطعه اگر مجازات بود حاکم حق داشت بعد از ادای دین هم او را نگه دارد.

**قسم چهارم زندان تأدیبی و کوتاه مدت است.** مثلاً درباره شاهد زور نقل شده حضرت امیرالمؤمنین (ع) پس از تعزیر و گرداندن مجرم در شهر او را چند روز زندانی می‌کرد (طوسی، تهذیب الاحکام، ۶/۲۸۰). همانطور که قبلاً درباره تفاوت تأدیب با تعزیر به تفصیل توضیح دادیم چنین زندانی نیز نمی‌تواند از مصادیق تعزیر باشد.

اما در موارد دیگری دیده می‌شود که معصومین حکم به زندان نموده‌اند و ذکری از زمان زندان نشده

است. برخی تلاش کرده‌اند اثبات کنند این موارد از باب تعزیر است.

به لحاظ ضرورت رعایت اختصار امکان ذکر این موارد نیست و صرفاً به گزارشی از آن اکتفا می‌شود. این روایات در رابطه با دزدی علنی (الدغارة المعلننة) (کلینی، ۲۲۵/۷)، نیش قبر (ابن حیون، ۴۷۶/۲)، دزدی که قبل از اخراج از حرز دستگیر شده (ابن حیون، ۴۷۳/۲)، قتل عبد، قتل فردی توسط چندین قاتل (کلینی، ۲۸۳/۷) و همچنین در مورد علمای فاسق و طیبیان جاهل (ابن بابویه، ۳۱/۳) است.

اما استدلال به این روایات پس از اثبات صدور آن، مقوم به سه رکن است:

**اولاً** اینکه احراز شود این موارد از سنخ این چهار قسم مذکور در اینجا نیست و به عبارات بهتر این موارد از باب تعزیر است نه از باب حد، بازداشت، اهرم فشار و یا زندان کوتاه مدت تأدیبی.

**ثانیه** حکم زندان مذکور در روایات، اختصاصی به این چند موضوع نداشته باشد، بلکه بتوان با الغای خصوصیت حکم را تعمیم داد و در نتیجه قاضی حق داشته باشد در سایر موضوعات نیز به زندان حکم نماید. و الا باید بگوییم قاضی حق اعمال مجازات زندان را ندارد مگر در همین موارد.

**ثالثه** قاضی در اجرای این احکام مختار باشد؛ چراکه اگر قاضی ملزم به اجرای زندان در این موارد باشد در این صورت چنین زندانی با ماهیت تعزیر که عنصر اختیار و نظر حاکم (وصف بما یراه الحاکم) در آن دخیل است منافات دارد.

حال آنکه هیچکدام از این ارکان متحقق نیست. زیرا:

**بر خلاف رکن اول** ممکن است این روایات از آن چهار قسم مذکور باشد. چراکه میزان زندان در این روایات چندان معلوم نیست و چه بسا از قسم چهارم یعنی زندان کوتاه مدت و تأدیبی باشد.

**بر خلاف رکن دوم**، روایات مذکور به غیر از یک روایت (که آن هم مرسل بوده) و در مورد علمای فاسق و اطبای جاهل است، مابقی در رابطه با سرقت و قتل است. و انصافاً این دو موضوع از ویژگی‌های خاص و منحصر به فردی برخوردار هست که آثار این خصوصیات در تمایز مجازات آن‌ها با سایر جرائم پیدا است. خصوصاً اینکه تنها روایت صحیح در این میان، در مورد مشارکت در قتل است و ویژگی خاص این موضوع بر کسی پوشیده نیست. از این رو نمی‌توان این موارد را به مواضع دیگر تعمیم داد.

**رکن سوم نیز محقق نیست زیرا** از این ادله چنین بر نمی‌آید که اگر قاضی تشخیص داد زندان می‌کند و اگر تشخیص نداد مجازات دیگری اعمال می‌کند، بلکه مجازات زندان متعین و مفروض است و جایی برای اختیار حاکم نمی‌ماند تا وصف ما یراه الحاکم محقق گردد.

اما صرف نظر از موارد مذکور، صدور این روایات از معصوم کاملاً محل تردید است. زیرا اولاً به جز یک مورد مابقی ضعیف‌السند هستند. ثانیاً این روایات، هم خلاف فتوای امامیه است و هم غالباً موافق

عامه‌اند. (طبسی، ۷۷، ۹۱، ۱۲۵، ۱۳۰، ۱۳۲، ۲۱۲) علاوه بر این تنها روایت صحیح، در رابطه با مشارکت چند نفر در قتل یک نفر است. در این مورد هم حتی اگر اعراض فقها را موجب ضعف سند ندانیم، هیچ دلیلی بر الغای خصوصیت در مورد آن نداریم و لاجرم باید به مورد نص اکتفا کنیم.

### اقامه دلیل بر عدم گستردگی اختیارات حاکم

از مهم‌ترین اهداف ارسال رسولان برپایی عدل و داد است. خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید: «ما پیامبرانمان را با دلیل‌های روشن فرستادیم و با آن‌ها کتاب و ترازو، را نیز نازل کردیم تا مردم به عدالت قیام کنند...» (حدید: ۲۵). و طبیعتاً بدون وجود احکام دقیق و جامع اقامه قسط امکان ندارد. در روایات متعدد از جانب ائمه اطهار بیان شده است که خداوند برای هر چیزی حد و اندازه‌ای معین کرده است و برای کسانی که از این حدود تجاوز کنند مجازات خاصی معین نموده است:

– عن أبي عبد الله ع قال قال النبي ص لسعد بن عبادة إن الله جعل لكل شيء حده و جعل على كل من تعدى حده من حدود الله عز و جل حده (کلینی، ۱۷۴/۷).

در برخی از این روایات امام مسائل جزئی اشاره می‌نماید و می‌فرماید این مسائل هم حدی دارد حتی در برخی از روایات امام تأکید می‌کنند زمان اجرای حد هم حدی دارد. چنین روایاتی مقتضی این است که اسلام همه مسائل را خود به خوبی مشخص کند. طبق این روایات نه تنها انواع جرائم مشخص است بلکه نوع و میزان جزا هم مشخص است.

اما طبق نظریه‌ای که قائل به اختیار حاکم در تعیین نوع مجازات است و حتی چنانچه برخی گفته‌اند جرم بودن جرم هم منوط به قانونی بودن و تأیید حاکم است (محقق داماد، ۴/ ۲۴۴) عملاً شارع حد و مرز چندانی مشخص نکرده و اگر کرده در غالب موارد مجازاتی برای آن تعیین نکرده است. مراجعه به دعاوی و مجازات‌های متداول در دستگاه قضایی بیانگر این است که درصد ناچیزی از آن‌ها مربوط به حدود است. حال اگر تعزیرات را به آنچه در شرع نامعین است تفسیر کنیم در مقام عمل کثیری از احکام نامعین است و این خلاف تصریح روایات متعدد است. اما اگر بگوییم تعزیر هم مانند حد، مجازاتی شارع است و تنها در کمیت آن اختیاراتی به حاکم داده شده است، هرگز با چنین مشکلی روبرو نمی‌شویم. خصوصاً اینکه در برخی از روایات تأکید شده است که مراد از بما یراه الامام تفویض نیست، بلکه باید حکم خدا را اجرا کند.

### انحصار یا عدم انحصار تعزیر در تازیانه

حتی در صورتی که فرض کنیم تعزیر به معنای مطلق تأدیب است و حاکم هم حق تعیین نوع تعزیر را دارد، مسلمة اختیار حاکم به معنی بی قید و شرط بودن نیست. به عبارت بهتر حتی با فرض سعه اختیارات

حاکم، او حق ندارد هر مجازاتی را اعمال کند ولو اینکه خلاف شرع بین باشد. علامه حلی در این رابطه پس از بیان اینکه تعزیر اعم از ضرب است و شامل حبس و توبیخ و امثال آن‌ها نیز می‌شود می‌گوید: «ولیس فیه قطع شیء منه، و لا جرحه، و لا أخذ ما له» یعنی حاکم حق ندارد عضوی از مجرم را قطع کند یا او را مجروح کند یا از اول مالی اخذ کند (علامه حلی، ۳۴۹/۵) هر چند ممکن است مصادیق مذکور در اینجا اختلافی باشد.

بنابراین باید بپذیریم که فی الجمله یک قیود و شروطی از شرع برای اعمال مجازات معین شده است. لکن چه چیزی در این مقام تعیین کننده شرعیت یا عدم شرعیت یک مجازات خاص است؟ به نظر می‌رسد برای یافتن این پاسخ باید ابتدا در قواعد کلی باب تعزیر و سپس سایر قواعد فقهی جستجو و آن را با مجازات مورد نظر تطبیق داد تا نظر شرع در رابطه با آن مجازات خاص معلوم شود. اما در این مقام امکان بررسی همه قیود و شروط نیست و صرفاً به بررسی حکم زندان - و تطابق یا عدم تطابق آن با قواعد باب تعزیر و سایر قواعد فقهی - اکتفا می‌شود.

#### ۱. التعزیر ما دون الحد

همانگونه که پیش از این نیز گفته شد در روایات متعدد گفته شده است که تعزیر «دون الحد» است. غالب فقها دون را به معنای ظرف در مقابل فوق ترجمه نموده‌اند و برخی هم به غیر معنی کرده‌اند. پیش از این در «بررسی ادله لفظی» به تفصیل اشکالات ترجمه «دون» به غیر بیان شد. بنابراین تعزیر باید کمتر از حد باشد. این کمتر بودن در تازیانه مشخص است ولی در سایر مجازات‌ها ملاک کمتری چیست؟ ممکن است بگوییم چون امکان مقایسه دقیق مجازات‌های مثل زندان با حدود نیست باید احتیاطاً به غیر از تازیانه مجازات نکنیم. یا اینکه بگوییم ملاک سنجش کمتر بودن عرف است و عرف باید بگوید چنین مجازاتی تقدیراً از ۷۵ ضربه شلاق کمتر است. که صعوبت اثبات و تحصیل نظر عرف در این مورد واضح است. و راه سوم آن است که بگوییم برخی گفته‌اند نفی بلد که نوعی حد است یک سال زندان است و زندان تعزیری باید کمتر از یک سال باشد (در حالی که با ادنی تأملی واضح است که نه عرف این را حبس می‌داند نه شرع). لکن اولاً این نظر تنها مشکل زندان را حل می‌کند و در انواع دیگر مثل مجازات مالی باید به دو روش قبل پناه برد و ثانیاً در تازیانه، حدود مختلف داریم و کمترین میزان آن (برای حر) ۷۵ ضربه است. آیا یک سال زندان هم کمترین میزان زندان حدی است؟

در هر صورت بعید به نظر می‌رسد هیچ عرفی زندان بیش از یک سال را کمتر و راحت‌تر از ۷۵ ضربه شلاق بداند و با این تفسیر هیچ جایی برای زندان طولانی مدت نمی‌ماند.

حتی در صورتی که معتقد باشیم «دون الحد» یعنی غیر الحد باز هم نمی‌توان قائل به اختیار تام حاکم شد. چون مسلم اگر حاکم تازیانه را انتخاب کند باید میزان تازیانه کمتر از میزان حد باشد. یعنی در عمل غیریت این مورد نتیجه همان کمتر بودن را دارد. حال باید پرسید چه فرقی میان شلاق و غیر آن است که در شلاق حاکم نباید از یک حد خاص بیشتر مجازات کند ولی در سایر مجازات‌ها هیچ مرزی وجود ندارد؟ اگر شارع فرموده مجازات تعزیرات باید کمتر از مجازات حدود باشد بی‌تردید ناشی از ویژگی خاص جرائم مربوط به این دو است که فاعل برخی از گناهان را لایق مجازات کمتری می‌دانسته است و لذا گفته است فاعل این گناهان باید کمتر از مقدار حد مجازات شود. به عبارت بهتر قطعه این کمتر بودن مجازات ناشی از ویژگی خاص گناه است نه ویژگی خاص تازیانه. و گناه در هر حال یکسان است، پس در هر صورت باید مجازات تعزیری کمتر از مجازات حدی باشد؛ چه مجازات از سنخ ضرب باشد چه از سنخ ضرب نباشد.

## ۲. قاعده نفی وزر

یکی از قواعد مسلم فقهی قاعده نفی وزر است. این قاعده برگرفته از آیه «و لا تزوروا زورا و زورا آخری...» (فاطر: ۱۸) است. طبق این قاعد نباید هیچ فردی را به خاطر جرم دیگری مؤاخذه نمود. بنابراین اگر مجازات شخصی مستلزم مجازات دیگری باشد این مجازات خلاف عقل و شرع خواهد بود. مگر مواردی که دلیل خاص از جانب شرع بر آن اقامه شده باشد مثل دیه قتل خطای محض که بر عهده عاقله است. البته طبیعی است که آثار بسیاری از مجازات‌ها به اطرافیان مجرم از قبیل عائله و سایر ارحام وی نیز سرایت می‌کند (مثل سرایت آثار قصاص نفس به اولاد) لکن در همچو مواضعی دلیل قطعی بر تخصیص قاعده نفی وزر وجود دارد، همانطور که قاعده نفی حرج در مواضعی چون جهاد و نهی از منکر تخصیص زده شده است. لکن در موضوع مورد بحث با کدام دلیل قطعی یا حجتی این قاعده نقض می‌گردد؟

تحقیقات علمی جدید بیانگر اثرات بسیار مخرب زندان بر خانواده است. برخی از پژوهش‌های علمی بیانگر آن است که زنانی که همسرانشان مجازات زندان را تحمل می‌کنند بهداشت روان آن‌ها در زمان مجازات حبس همسر در ابعاد مختلف به شدت کاهش یافته است. بنابراین، با توجه به هزینه‌های سنگینی که زنان در ابعاد مختلف بهداشت روان در مدت زمان محکومیت همسرانشان می‌بایست پرداخت نمایند، مجازات زندان بیش از آن که مجازات خود زندانیان باشد، مجازات زنان آن‌ها است (احمدی و نیک‌پور قنواتی، ۱۳۸۹). دانشمندان علوم اجتماعی از تأثیر سوء زندانی شدن سرپرست بر خانواده به عنوان نوعی از بحران خانوادگی، تضعیف روحیه و قربانی شدن کودکان یاد کرده‌اند. میانگین عملکرد تحصیلی دانش‌آموزان قبل از دستگیری والدینشان برابر ۹۱/۶۱ است و در طول حبس به ۴۹/۴۱ کاهش یافته است (معروفی، ۱۳۸۴). نه تنها تحقیقات علمی بلکه حتی مشاهدات عرف عام گواه آن است که زندانی شدن

افراد موجب تضییع حقوق مادی و معنوی اعضای خانواده و بدتر از آن موجب تزلزل و حتی نابودی بینان خانواده می‌گردد.

همه این موارد مصادیقی از مجازات افراد بی‌گناه و بر خلاف قاعده وزر است. بنابراین تنها در صورتی می‌توان به زندان تعزیری حکم نمود که مستلزم چنین توالی فاسدی نباشد. مثل زندان‌های کوتاه مدت و چند روزه که در مباحث قبل مطرح شد.

از این گذشته مطابق شریعت اسلامی هر فرد (خصوصاً سرپرست خانواده) موظف به ادای حقوقی نسبت به خانواده خود می‌باشد که کمترین آن نفقه است. زندان از یک سو خلاف قاعده نفی وزر و از سوی دیگر اجبار شخص به ترک واجبات متعدد است که قطعاً اگر چنین کاری از غیر حاکم صادر می‌شد خود حاکم او را به سختی عقاب می‌کرد.

ممکن است گفته شود در این جا دلیل خاص بر جواز زندان اقامه شده است و آن ادله‌ای است که دال بر اختیار حاکم در تعزیر است. لکن چنین استدلالی نظیر تمسک به عام در شبهات مصداقیه است. زیرا آن ادله در صورت صحت می‌گویند حاکم اختیار دارد هر نوع مجازات مشروعی را اعمال کند و ما در مقام بحث از مشروعیت یک مجازات نمی‌توانیم به آن دلیل استناد کنیم.

### مشکل عدم بازدارنگی تازیانه

آخرین اشکالی که در اینجا مطرح می‌شود، مشکل عدم بازدارنگی مجازات شلاق است. بسیاری از مجرمان بزرگ و حرفه‌ای که دلیلی بر حکم قتل آنان نیست، با شنیدن حکم تازیانه ترسی هم که از عقوبت داشته‌اند می‌ریزد و در نتیجه بر ارتکاب جرم جری‌تر می‌شوند.

اما چنین اشکالی ناشی از اجرای ناقص احکام جزایی اسلام است. حذف تنها یک مورد از یک منظومه منسجم ممکن است به از کار افتادن کل مجموعه منتهی گردد.

در ابتدا باید یادآوری کرد این تصور که در صدر اسلام جرائم ساده بوده است و لذا نیازی به مجازات‌های سخت مثل زندان نبوده، کاملاً اشتباه است. زیرا منشأ خطاهای انسانی هوا و هوس و جهالت است که منحصر به عصر خاصی نیست و نیز بررسی روایات بیانگر آن است که برخی از جرائم هرچند در نگاه عامیانه ساده به نظر می‌آید ولی ترک آن نزد شارع مقدس در غایت اهمیت است. به عنوان نمونه در روایت صحیحی، امام صادق (ع) در مورد ربا می‌فرماید: «دوهم ربا لشد من سبعین زنیة کلها بذات محرم» (کلینی، ۱/۵) و این نشان دهنده شدت اهمیت این موضوع نزد شارع مقدس است. و همین قانون‌گذار در حل این موضوع راهی جز تازیانه انتخاب نکرده است.

لکن شارع مقدس برای اینکه فاعل کبیره با ضرب شلاق جری تر نگردد راهکار بسیار مهمی اندیشیده و آن حکم به قتل در مرتبه سوم است. طبق روایات متعدد فاعل کبیره در مرتبه سوم یا چهارم کشته می شود. اینکه شخص مجرم پس از تعزیر خود را در دو قدمی مرگ ببیند خود بزرگترین عامل بازدارنده است. در این روش افراد، سالها عمر خود را از دست رفته نمی بینند و در نتیجه کسی که به این روش تنبیه شده، هم انگیزه بیشتری برای جبران دارد و هم ترس بیشتری نسبت به تکرار. البته کارآمدی این روش منوط به تیز بینی قوای قضایی در یافتن جرائم و قاطعیت در اجرای احکام الهی است.

### نتیجه‌گیری

از آنچه گذشت معلوم می شود:

۱. تعزیر در روایات اهل بیت به معنای ضرب دون الحد کاربرد داشته و هر کجا مجازات دیگری غیر از تازیانه مد نظر بوده عیناً ذکر شده است.
۲. بررسی ادله روایی قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» بیانگر آن است که در این قاعده آنچه در اختیار حاکم است تعیین تعداد تازیانه است چراکه در این روایات نوع مجازات مفروض است. یا اگر اطلاقی هم باشد با وجود مقیدات فراوان تمسک به چنین اطلاقاتی آسان نیست. مضاف بر این استناد به روایات برای اثبات شمولیت تعزیر مسلتزم مصادره به مطلوب است.
۳. مواردی از روایات و سیره اهل بیت که گفته شده لازم آن اعمیت تعزیر از تازیانه است هیچکدام نمی تواند مدعا را اثبات کند. این موارد هم سنداً محل خدشه است و هم دلالت آن بر محل نزاع معلوم نیست. بسیاری از آن‌ها نوعی مجازات کوچک است که اختصاصی به حاکم ندارد و حتی ولی یا مولا هم می توانند چنین مجازاتی را اعمال کنند.
۴. تعدادی از روایات اهل بیت علیهم السلام تأکید فراوان بر شمولیت احکام شرعی و حتی تعیین موارد جزئی توسط شارع دارد. در جای خود مفصلاً بیان شد که این روایات با نامعین بودن نوع مجازات تعزیری در تضاد است.
۵. حتی در صورت عدم تعیین نوع مجازات تعزیری توسط شارع، مجازات زندان با قواعد کلی باب تعزیر و برخی دیگر از قواعد فقهی مثل قاعده وزر در تضاد است.
۶. مشکل بازدارنگی کم تازیانه در اسلام با وضع مجازات شدید قتل برای مصر بر کبیره در دفعه سوم حل شده است.

### منابع



پاییز ۱۳۹۷ بررسی قاعده «التعزیر بما یراه الحاكم» همراه با بررسی موردی مجازات زندان تعزیری ۱۰۳

ابن ابی شیبہ، عبداللہ بن محمد، *الکتاب المصنف فی الأحادیث والآثار*، ریاض: مکتبۃ الرشد، ۱۴۰۹ ق.  
ابن حیون، نعمان بن محمد، *دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الأحكام عن اهل بیت رسول الله علیه و علیهم افضل السلام*، قم: مؤسسۃ آل البیت علیہم السلام لاحیاء التراث، بی تا.  
ابن بابویہ، محمد بن علی، *من لا یحضرہ الفقیہ*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳.  
ابو الصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان: کتابخانہ عمومی امام امیرالمؤمنین علی (علیہ السلام)، ۱۴۰۳ ق.

احمدی، حبیب و لیلیا نیک پور قنواقی، «تأثیر زندانی شدن محکومین به جرائم مواد مخدر بر وضعیت بهداشت روان زنان آن‌ها»، *جامعه شناسی کاربردی*، جلد ۱، ش ۲۱، ۱۳۸۹.  
بروجردی، حسین، *جامع احادیث الشیعة*، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ق.  
پاکتچی، احمد و محمدصادق لبانی مطلق، «حدود و تعزیرات»، *دائرة المعارف بزرگ اسلامی*، جلد ۲۰، ۱۳۶۷.  
حاکم نیشابوری، محمد بن عبداللہ، *المستدرک علی الصحیحین*، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۱ ق.  
حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم: مؤسسۃ آل البیت لاحیاء التراث، بی تا.

خلیل بن احمد، *کتاب العین*، قم: مؤسسۃ انتشارات هجرت، بی تا.  
راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، بیروت: دار الشامیة، بی تا.  
شافعی، محمد بن ادیس، *الأم*، بیروت: دار المعرفۃ، ۱۳۹۳.  
شیبانی، محمد بن حسن، *الجامع الصغير و شرحه النافع الكبير*، بیروت: عالم الکتب، ۱۴۰۶ ق.  
صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲.

صافی، لطف اللہ، *التعزیر، احکامه و حدوده*، قم: دفتر معظم له، بی تا.  
طبرانی، سلیمان بن أحمد، *المعجم الأوسط*، قاهره: دار الحرمین، ۱۴۱۵ ق.  
طبری، نجم الدین، *موارد السجون فی النصوص والفتاوی*، قم: مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۴.

طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم: جامعہ مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.  
\_\_\_\_\_، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: مکتبۃ المرتضویه، ۱۳۸۷.

\_\_\_\_\_، *تهدیب الاحکام*، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ ق.  
علامه حلی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (طبع جدید)*، قم: مؤسسۃ امام صادق علیہ السلام، ۱۳۷۸.

- علی بن موسی (ع)، امام هشتم، *الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام*، قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب *الکافی*، ویراسته ع. ا. غفاری، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- مالک بن انس، *المبدؤة الكبرى*، بیروت: دار صادر، بی تا.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، *روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *حدود و قصاص و دیات*، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
- مدنی، علیخان بن احمد، *الطراز الأول و الكنز لما علیه من لغة العرب المعول*، مشهد مقدس: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، بی تا.
- معروفی، یحیی، «بررسی تأثیر زندانی شدن والدین بر عملکرد تحصیلی فرزندان»، *خانواده و پژوهش*، جلد ۱، ش ۲، ۱۳۸۴.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، *تعزیر و گستره آن*، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، بی تا.

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 3, Issue 114

Autumn 2018

DOI: 10.22067/jfu.v50i3.57469



انفهور

سال پنجاهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۴

پاییز ۱۳۹۷، ص ۱۰۵-۱۲۵

## واکاوی فقهی - حقوقی ماهیت وکالت (عقد یا ایقاع مرکب)\*

دکتر احسان علی اکبری بابوکانی<sup>۱</sup>

استادیار دانشگاه اصفهان

Email: e.aliakbari@ahl.ui.ac.ir

دکتر محمد حکیم جوادی

استادیار دانشگاه امام صادق

Email: javadi@gmail.com

### چکیده

به رغم این که در دکترین حقوقدانان و فقها ضوابط تمیز عقود از ایقاعات روشن است، اظهار نظر در مورد ماهیت برخی از اعمال حقوقی به دلیل شباهت‌هایی که با عقد و ایقاع دارند، همچنان مشکل است. نهاد وکالت گرچه به صراحت قانون مدنی و قول مشهور در میان فقها و نویسندگان حقوقی عقد محسوب است، لیکن در تعیین ماهیت حقوقی آن همچنان اختلاف نظر وجود دارد. برخی ماهیت وکالت را عقد دانسته و گروهی نظر به ایقاع بودن آن داده‌اند. عده‌ای نیز نتوانسته یکی از دو دیدگاه را ترجیح دهند، ماهیت آن را برزخی بین عقود و ایقاعات دانسته‌اند. شک در خصوص عقد یا ایقاع بودن وکالت، به دو ماده ۶۵۶ و ۶۸۱ قانون مدنی بازمی‌گردد. چه، ماده ۶۵۶ صراحتاً از عقد بودن وکالت سخن گفته ولی ماده ۶۸۱ به گونه‌ای تدوین شده که نظریه ایقاع بودن وکالت را به ذهن نزدیک می‌کند. پذیرش ادنی بودن عقد وکالت هم عاملی در جهت تقویت همین نظر است. نویسندگان در مقاله حاضر بر این عقیده‌اند که بر حسب مبانی و تعریف و آثار وکالت، ابداع تأسیس جدیدی بنام ایقاع مرکب و پذیرش وکالت به عنوان مصداقی از آن، راهگشا و حل‌کننده اختلافات است.

### کلیدواژه‌ها:

عقد، ایقاع، ایقاع مرکب، وکالت، ایجاب و قبول، اذن.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۴/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۴/۱۷.

۱. نویسنده مسئول

## مقدمه

اعمال حقوقی عبارت‌اند از اعمال ارادی که منشأ اثر حقوقی باشند. اگر اعمال حقوقی با یک اراده واقع شوند «ایقاع» نامیده می‌شوند و در صورتی که انشای اثر حقوقی، نیازمند دو اراده باشد، عمل انجام شده «عقد» است. هرچند تفکیک عقود از ایقاعات با ملاک وحدت یا تعدد اراده در انشای اثر حقوقی به ظاهر ساده می‌نماید؛ ولی اظهار نظر در مورد ماهیت حقوقی برخی اعمال، به جهت شباهت‌هایی که با عقود و ایقاعات دارند دشوار است (طالب احمدی، ۱۱۱). وکالت از جمله نهادهایی است که در خصوص ماهیت پیچیده آن به سادگی نمی‌توان اظهار نظر کرد از همین رو در آثار فقها و حقوقدانان در تعیین ماهیت حقوقی وکالت اختلاف دیده می‌شود. لذا بی‌معنا نیست که در مورد ماهیت حقوقی نهاد وکالت از عبارت «وکالت در برزخ عقد و ایقاع» استفاده شود.

مطالعه ماهیت حقوقی وکالت از جهات گوناگون می‌تواند مفید باشد؛ چراکه با تعیین ماهیت حقوقی وکالت، می‌توان مقررات حاکم بر آن را شناخت. اگر آن را عقد بدانیم باید بر آن بود که وکالت مانند سایر عقود، جز در مواردی که دارای مقررات ویژه است پیرو اصول حاکم بر قراردادها است. لذا، در تفسیر قواعد حاکم بر آن، می‌توان از مقررات عقود دیگر استفاده نمود. لکن، در صورتی که ماهیت آن را، ایقاع بدانیم از شمول قواعد مربوط به عقود خارج شده و در مباحث استثنایی ایقاعات باید به آن پرداخت. از سوی دیگر، نقد و بررسی ادله قائلین به اقوال مختلف، موجب روشن شدن ملاک‌هایی می‌شود که در تمیز عقود و ایقاعات باید مورد توجه واقع شوند و از نتایج این تحقیق می‌توان در تمیز ماهیت اعمال حقوقی مشتبه دیگر مانند «جعاله» و «وصیت» استفاده کرد. از این رو است که در خصوص ماهیت وکالت بحث‌های مفصلی صورت گرفته است و در ماهیت آن بین فقها اختلاف نظر وجود دارد (ر.ک: صاحب‌الجواهر، ۳۴۷/۲۷؛ محمد کاظم یزدی، تکملة العروه الوثقی، ۱/۱۱۹).

قانون مدنی نیز وکالت را در زمره عقود قرار داده، به طوری که در ماده ۶۵۶ آمده است: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌گرداند.» اما علی‌رغم صراحت قانون‌گذار در عقد بودن وکالت، وجود ماده ۶۸۱ ق.م. که بیان می‌کند: «بعد از اینکه وکیل استعفا داد مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند» باعث تردیدهایی در عقد بودن وکالت شده و شاید این دوگانگی قانون‌گذار متأثر از نظرات اختلافی فقها در مورد عقد یا ایقاع بودن وکالت باشد.

به هر حال واضح است که عقد با ایجاب و قبول محقق می‌گردد و با انحلال نیز اثر خود را از دست می‌دهد و برای تحقق دوباره نیاز به ایجاب و قبول جدید است. اما در مورد عقد وکالت، چگونه است که

علی‌رغم انحلال عقد در صورتی که موکل بر اذن خود باقی بماند نیاز به ایجاب و قبول جدید نیست و وکیل می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند؟ سؤالاتی از این قبیل سبب شده که بحث «اذنی» بودن وکالت مطرح گردد (موسوی، ۱۲۴) و منطق ایجاب می‌نماید که اگر وکالت اذنی باشد باید در زمره ایقاعات قرار گیرد، چه، اذن ایقاع است (انصاری، ۱/۳۹۴). به عنوان اثر اصلی وکالت، تنها با اراده موکل قابل تحقق است و نیازی به ضمیمه شدن اراده وکیل ندارد. شاید به همین جهت است که پاره‌ای از فقها ماهیت وکالت را ایقاع و حتی پاره‌ای از آن‌ها آن را شبه ایقاع می‌دانند.

روش تحقیق در این نوشتار روش تحلیلی و توصیفی با استفاده از منابع کتابخانه ایست. در این مقاله سعی گردیده است که با تحلیل مفاهیم مرتبط به بحث و نظریات فقها و حقوقدانان تصویر روشنی از ماهیت وکالت ارائه گردد. به این صورت که با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای دیدگاه‌های موجود و نظریات فقها و حقوقدانان احصاء گردیده و پس از آن به طرح دیدگاه تازه‌ای پرداخته گردد.

در این مقاله پس از بررسی مفاهیم بحث چه از لحاظ لغوی و چه اصطلاحی، دیدگاه‌های موجود در رابطه با ماهیت عقد وکالت همراه با ادله هر دیدگاه را مطرح نموده و در این ضمن دیدگاه جدید (ایقاع مرکب) را نیز طرح خواهیم نمود. سپس به داوری میان اقوال فوق پرداخته و قول حق را تبیین خواهیم نمود.

### وکالت در لغت

وکالت در لغت بیشتر بدین معانی به کار رفته است: حفظ و نگه‌داری (المزمّل: ۷۳ و ۹)، حمایت و همراهی (آل عمران: ۳ و ۱۷۳) تفویض و واگذاری (ابراهیم: ۱۴ و ۲۰)، اعتماد و تکیه کردن (معلوف، ۹۱۶) به همین خاطر برخی از دانشمندان معنی وکالت را تنها «تفویض» و «حفظ» دانسته‌اند (ابن منظور، ۳۲/۱).

وکالت اسم مصدر توکیل و از فعل ثلاثی مجرد معتل الفاء «وکل» مأخوذ شده است. جوهری در کتاب صحاح اللغه در تعریف لغوی وکالت آورده که: و توکل عبارت است از: اظهار عجز و اعتماد بر دیگری و اسم آن تکلان می‌باشد. هنگامی که گفته می‌شود: (اتکل علی فلان فی امری)، زمانی است که بر دیگری اعتماد نموده باشید (جوهری، ۵/۱).

### وکالت در اصطلاح

بیشتر فقهای امامیه، تعریف کوتاهی از وکالت ارائه داده‌اند و آن را اعطای نمایندگی در تصرف (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۹۹۱، ۷/۴) معنا کرده‌اند و گاهی قید بالذات را هم افزوده‌اند تا آشکار سازند که

هدف اصلی و مقصود ذاتی وکالت، نیابت در تصرفات حقوقی است، نه نمایندگی در نگهداری مال معین هر چند همواره انجام اعمال حقوقی همراه با نگهداری است (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۵/۵۹ - ۶). گاهی نیز آن را نیابت دادن ویژه (صاحب جواهر، ۲۷/۳۴۰) معرفی کرده‌اند، تا به معنای عرفی آن توجه کرده، چه، این «استنابت» به گونه‌ای است که، با سایر عقود نیابتی تفاوت دارد و شرع نیز همین دریافت عرفی را پذیرفته است. برخی دیگر از فقها در تعریف وکالت آورده‌اند: عقدی است که انسان، دیگری را در زمان حیات خویش، در تصرفی که مالکیت دارد، جانشین خود سازد (مغنیه، ۴/۲۳۷). امام خمینی نیز وکالت را این‌گونه تعریف نموده‌اند: «وکالت سپردن و تفویض کار یا ارجاع رسیدگی به آن است به دیگری در زمان حیات موکل» (موسوی، ۱۲۳).

حقوق دانان نیز به زعم خود تعاریفی از وکالت ارائه داده‌اند. یکی از حقوق دانان در تعریف وکالت بیان نموده: «سپردن صلاحیت تصرف از جانب موکل به کسی است، در زمان حیات، مطلق باشد یا مقید، در آن مواردی که جائزالتصرف بوده و نیابت از آن مشروع است، لزومی ندارد که اختیاری و یا اضطراری باشد؛ وکالت دهنده را موکل و قبول کننده وکالت را وکیل می‌گویند.» (لطفی، ۱/۶).

قانون مدنی ایران نیز در ماده ۶۵۶ در تعریف وکالت آورده است: «وکالت یعنی کسی، دیگری را جانشین خود قرار دهد که به نیابت از او کاری را انجام دهد». به هر حال آنچه در تعریف وکالت واضح است آنکه یکی به نیابت از دیگری انجام امور وی را برعهده بگیرد.

بعضی از فقها وکالت را با فرض عقد بودن آن تعریف کرده‌اند و گروهی نیز بدون لحاظ چنین فرضی به تعریف وکالت پرداخته‌اند. از جمله کسانی که بدون در نظر گرفتن عقد بودن وکالت، ابتدائاً آن را تعریف نموده، شهید اول است. ایشان در تعریف وکالت آن را استنابه در تصرف عنوان نموده است یعنی شخصی، دیگری را جهت تصرف در امری نائب خود قرار می‌دهد (شهید اول، ۱۴۷). نزدیک به همین تعبیر در کشف الرموز و ریاض المسائل نیز آمده است (فاضل آبی، ۲/۳۶؛ سید علی طباطبایی، ۱۰/۵۳).

شهید ثانی نیز به همین ترتیب با اضافه نمودن قید «بالذات» می‌گوید: وکالت اساساً و ذاتاً غیر از استنابت، چیزی دیگری نیست و استنابت را به منزله جنس (نه خود جنس) برای وکالت می‌داند که شامل امانات مالکیه (همانند ودیعه و عاریه و قراض و غیر آن می‌شود و با قید تصرفی که شهید اول آورده، ودیعه از تعریف خارج می‌گردد، چرا که ودیعه فقط استنابه در حفظ و نگهداری است اما در قراض و مساقات و مزارعه، استنابت به صورت ضمنی یا التزامی وجود دارد (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۵۹/۲۳۷).

بنابراین طبق اصطلاح منطقیون وکالت به حمل شایع صناعی، استنابت است (مظفر، ۱/۱۵۸). و گروهی دیگر از فقهاء شیعه همانگونه که پیش تر معروض افتاده، وکالت را با فرض عقد بودن آن

تعریف کرده‌اند. یعنی عقد وکالت را تعریف کرده‌اند و نه وکالت را. مثلاً علامه حلی آورده: «و هو ما يدل علی استنباه فی التصرف» یعنی عقد وکالت عبارت است از: هر آنچه که دلالت نماید بر استنباه در تصرف (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/ ۳۴۹). محمد جواد حسینی عاملی نیز در شرح قواعد علامه نیز به تبعیت از او ضمن بیان معنی اصلی وکالت یعنی اسمی برای توکیل بودن آن، مراد از آن را عقدی دانسته که دلالت بر استنباه در تصرف می‌نماید (عاملی، مفتاح الکرامه، ۷/ ۵۲۲).

در نهایت آنچه که به عنوان علت وجود تعاریف متعدد و گوناگون در خصوص وکالت می‌توان ارائه نمود این است که اصولاً "به وکالت می‌توان از دو منظر نگریست:

الف: وکالت از منظر نیابت دادن

گاهی وکالت در مقام نائب کردن و کسی را جانشین و عهده‌دار امور خود کردن است که روشن است در اینجا حقیقت وکالت مبتنی بر اعطای نیابت است و مفاد اولی و اصلی وکالت اعطای نیابت و نمایندگی است؛ بدین معنا که موکل اقدام وکیل را در مورد انجام اعمال حقوقی به منزله اقدام خود می‌داند و به او اختیار می‌دهد که به نام و حساب خود او تصرفات حقوقی انجام دهد؛ بنابراین وکیل نسبت به آثار اموری که انجام می‌دهد، در حکم واسطه است و آنچه عمل می‌کند، برای موکل محسوب می‌شود؛ لذا تعهداتی را که پذیرفته، بر موکل تحمیل می‌شود و اگر نفعی در بین باشد، برای او محاسبه می‌گردد؛ در این صورت وکیل نمی‌تواند برخلاف خواسته منوب عنه عمل نماید (مصطفوی، ۱۳) در نتیجه در این مقام، حقیقت عقد وکالت «اعطای نمایندگی و نیابت به وکیل است» البته، ساختار نمایندگی و نیابت مبتنی بر اذن و رضایت است؛ زیرا نایبی که مأذون نباشد و به بیان دیگر عمل کردش مورد رضایت منوب عنه نباشد، قابل تصور نمی‌باشد؛ لذا قوام نیابت بر اذن و رضایت است؛ ولی وکالت اذن صرف نیست.

ب: وکالت از منظر اباحه در تصرف

در این نگاه وکالت چیزی جز استنباه در تصرف نیست و مفهوم استنباه نیز از مفهوم اذن قابل انشکاک نیست بنابراین آنچه قابل دریافت است این است که ما در وکالت ابتدائاً تعهد و الزام و التزامی نمی‌بینیم بلکه آنچه اثر اصلی وکالت است تنها صدور یک اذن و اباحه در تصرف است و به نظر می‌رسد که همین شباهت ماهیت وکالت با مفهوم اذن باعث گردیده که برخی از فقها عقودمانند عاریه وکالت و ودیعه را عقد ندانسته و آن را از مصادیق اذن بدانند و معتقد شوند که در تحقق آن‌ها نیازی به قبول نیست (یزدی، حاشیه مکاسب، ۲/ ۱۲۰) و اذن در مقام تأثیر خود غنی بالذات از قبول وکیل است.

به نظر می‌رسد عدم تفکیک این دو نگاه منجر به این موضوع خواهد شد که نتوان ماهیت وکالت را به خوبی تشخیص داد و به نحو صحیح رأی بر عقد بودن و یا ایقاع بودن آن کرد.

### اعمال حقوقی

اعمال حقوقی وقایعی است که با اراده اشخاص به وجود آمده، آثار حقوقی آن نیز تابع همان اراده است؛ بنابراین عمل حقوقی عملی است که شخص با قصد حصول اثر حقوقی آن را به صورت ارادی انجام می‌دهد. مانند اینکه شخصی با قصد ایجاد عقد بیع، عمل فروختن را انجام می‌دهد. در مقابل رویدادهایی هستند که آثار حقوقی آن‌ها در نتیجه اراده شخص نیست و به حکم قانون به وجود آمده است؛ اعم از این که ایجاد خود واقعه، ارادی باشد (مثل غصب و اتلاف مال غیر) یا این که طبیعی باشد (مثل مرگ و تولد شخص) به این رویدادهای حقوقی واقعه حقوقی گویند (کاتوزیان، حقوق مدنی - اعمال حقوقی - دوره مقدماتی، ۶) که از بحث ما خارج است.

آنچه در این مقال می‌گنجد شناخت اعمال حقوقی است، که منقسم می‌شود به: ۱- عقد ۲- ایقاع

#### ۱- عقد

عقد در لغت به معانی جمع بین اطراف یک شیء (راغب اصفهانی، ۵۷۶) و بستن (ابن منظور، ۳/ ۲۹۶) آمده است. اما در اصطلاح، عقد یک امر حادث و جدید و پدیده‌ای فقهی و حقوقی است که از ارتباطی خاص میان طرفین آن بوجود می‌آید.

عقد پدیده‌ای است فقهی یا حقوقی که تحقق آن متوقف بر قصد انشاء دو طرف (بایع و مشتری) است. قانون‌گذار نیز در ماده ۱۹۰ قانون مدنی از لزوم قصد و رضا به عنوان اولین شرایط لازم برای تحقق عقد سخن گفته است و این دو شرط، تعبیر دیگری از لزوم اراده برای تحقق عقد است (قبولی درافشان، ۲۸).

در آثار فقهی تعاریف چندی برای عقد به چشم می‌خورد. برخی بیان داشته‌اند «العقد عهد» (مراغی، ۱۱۳/۲) محقق اصفهانی آن را قراری مرتبط به قرار دیگر می‌داند (محقق اصفهانی، ۴/ ۱۹۰). بجنوردی می‌گوید عقد عبارت است از تعهد شخصی همراه دیگری در امری از امور (بجنوردی، ۳/ ۱۳۵) برخی دیگر آن را گره زدن یک التزام به التزامی دیگر تعریف نموده‌اند (دیدگاه خوبی به نقل از سید کاظم حائری، ۱/ ۱۸۳) و دیگری آن را ربط خاصی دانسته که حاصل از دو التزام است (مروج جزائری، ۱/ ۵). در مورد دو دیدگاه اخیر باید گفت در واقع دیدگاه نخست حقیقت عقد را اعمالی می‌داند که موجب این ارتباط است و دیدگاه دوم نتیجه این اعمال و آنچه در نهایت در عالم اعتبار واقع می‌گردد و به تعبیری اثر این تعهد طرفینی را عقد می‌داند.

در میان حقوق دانان نیز عقد با تعابیر گوناگونی تعریف گردیده است. برخی گفته‌اند عقد آن عملی است که ارادی و مشروع است و با توافق اراده طرفین تعهد بوجود می‌آید (تاج آبی، ۸) تعریف مشابه دیگری که از عقد ارائه شده است آن را عبارت از: «همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد



ماهیت حقوقی» می‌داند (شهیدی، ۱/۳۹) در پایان باید از تعریف قانون مدنی از عقد یاد کرد که در ماده ۱۸۳ این تعریف را از عقد ارائه می‌دهد: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.»

## ۲- ایقاع

بر خلاف عقد، قانون‌گذار در قانون مدنی و سایر قوانین، تعریفی از ایقاع ارائه ننموده است و تعریف این قسم از اعمال حقوقی را شاید به دلیل بدیهی بودن آن مسکوت گذارده است.

ایقاع در لغت عرب از باب افعال به معنای واقع ساختن و تحقق بخشیدن آمده است (زبیدی، ۱۱/۵۲۵). در اصطلاح حقوقی ایقاع دارای دو معنی مصدری و اسم مفعولی یا محصولی است (شهیدی، ۱/۴۲).

به طور کلی در تعریف ایقاع می‌توان چنین گفت:

«انشاء اثر حقوقی عملی یک طرفه است که با یک اراده انجام می‌گردد در برابر عقد که اثر حقوقی مطلوب آن نتیجه تراضی دو طرف است، تنها با یک انشاء تحقق می‌یابد» (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۵/۶۹).

دکتر لنگرودی در ماده ۸۹۳ طرح اصلاح قانون مدنی خود نیز در تعریف ایقاع این‌گونه از آن تعریف به عمل می‌آورد:

«ایقاع عملی است حقوقی که به صرف قصد یک طرف موجب یا موجب اثر حقوقی (مدنی) می‌گردد بدون اینکه مستلزم اضرار احدی باشد خواه قابل رد از طرف دیگری باشد خواه نباشد.»

نکته مشترکی که در این دو تعریف بخوبی مشهود است این است که اثر حقوقی حاصله از انشاء ایقاع منحصر به وسیله یک اراده محقق شده (شجاعی، ۱۱۱) و در ایقاع برای تحقق اثر بر خلاف عقود آن حالت انتظار بعد از انشاء یک طرف وجود ندارد.

بر این اساس، در ایقاع، به محض انشاء توسط موقع، آثار ایقاع بدون نیاز به اراده شخص دیگری بوجود می‌آید. مانند طلاق دادن که به اراده زوج متکی است و به قبول زن نیاز ندارد و در معنی اسم مفعولی به ماهیت حقوقی ناشی از اراده یک طرف گفته می‌شود.

## ۳- تمیز عقد و ایقاع

عقد و ایقاع هر دو از اعمال حقوقی هستند. بنابراین اراده در هر دو از شرایط اساسی محسوب می‌گردد و اصولاً قواعد مربوط به اهلیت که در باب عقود از آن‌ها ذکر می‌شود در مورد ایقاعات نیز جاری است.

طبیعی است که عمل حقوقی، به اعتبار چگونگی نیروی مولد آثار آن به دو قسمت تقسیم شود. این

تقسیم سنتی از دیرزمان انجام شده است و عقد و ایقاع در برابر هم قرار گرفته‌اند.

الف- برای تحقق عقد حداقل دو اراده لازم است و از برخورد این دو اراده است که اثر معهود به‌دست می‌آید. برای تحقق عقد، گذشته از ضرورت وجود دو اراده دو شرط لازم است (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۷/۱).

۱- اراده‌هایی که با هم توافق می‌کند باید جنبه انشایی داشته باشد، یعنی اثری را به‌وجود آورد. اگر یکی از دو طرف دعوی به ایجاد حقی در گذشته اقرار و دیگری گفته او را تصدیق کند، این توافق را نباید عقد پنداشت؛ زیرا طرفین در «اخبار به حق» اشتراک نظر پیدا کرده‌اند نه در انشای آن (ماده ۱۹۱ ق.م).

۲- اثر دلخواه باید ناشی از توافق دو اراده باشد. پس اگر یک اراده بتواند حقی را به‌وجود آورد، عمل حقوقی را نباید عقد شمرد، هرچند که اراده دیگر بتواند آن را از بین ببرد. به بیان دیگر، توافق اراده‌ها باید سبب ایجاد اثر حقوقی باشد نه شرط بقای آن. برای مثال در وصیت عهدی اعطای نیابت به وصی تنها به اراده موصی انجام می‌شود، لکن وصی نیز می‌تواند در زمان حیات موصی آن را رد کند و اثر ایجاد شده را زائل سازد (ماده ۸۳۴ ق.م). حال اگر وصی سمتی را که به او داده شده است بپذیرد یا از اختیاری که در وصایت دارد استفاده نکند، نمی‌توان ادعا کرد که وصایت عقد است. زیرا اعطای نیابت به وصی به قبول او نیاز ندارد و در زمره ایقاعات است، ورود وصی مانع از نفوذ وصایت می‌شود.

ب- در ایقاع اثر حقوقی با یک اراده کامل می‌گردد به عبارتی برای وقوع آن قصد و رضای یک طرف کافی است. مانند طلاق که در حقوق ایران، یک عمل حقوقی یک‌جانبه به‌شمار می‌آید؛ زیرا اگرچه توافق زوجین می‌تواند انگیزه و مبنای طلاق باشد ولی خود طلاق عملی است که در آخرین مرحله، بعد از صدور گواهی عدم امکان سازش، زوج یا نماینده او واقع می‌سازد و اراده زن در این مرحله برای تحقق طلاق شرط نیست. همچنین حیازت مباحات که یکی از اسباب تملک است ایقاع به‌شمار می‌آید، چه به موجب قانون در تحقق آن اراده و عمل حیازت‌کننده کافی است (ماده ۱۴۷ ق.م) (صفایی، ۲۰/۲).

### نظریه‌ها و شناخت ماهیت وکالت

در خصوص ماهیت وکالت سه نظریه وجود دارد که هرکدام از زاویه‌ای به شناخت ماهیت وکالت پرداخته، و در راستای این شناخت به دلایلی تمسک جسته‌اند. قائلان به هر نظریه با ارائه دلایلی سعی نموده که نظریه مخالف را رد کنند. در این قسمت ما تلاش نموده‌ایم که دلایل هر نظریه را مطرح و مورد نقد قرار دهیم. پس از به آن تقابل نظریه‌ها خواهیم پرداخت.

### ادله موافقان ایقاع بودن وکالت

بر اساس عقیده این گروه، وکالت در مرحله حدوث تنها نیاز به یک اراده دارد، و آن اراده در قالب اذن ظاهر می‌شود. به همین دلیل است که، اگر نماینده از تفویض اختیار اطلاعی نداشته و عمل مورد نیابت را انجام دهد آن عمل فضولی نخواهد بود و دیگر نیازی به تنفیذ اصیل نیست. به نظر می‌رسد ماده ۶۸۱ ق.م.م.وید همین مطلب است.

عمده دلایل این گروه، به قرار ذیل است:

۱- بقای اذن با انحلال وکالت: به نظر این گروه، وکالت صورت خاصی از اذن است که با ایجاب و قبول واقع می‌شود. پس اگر حادثه‌ای باعث بطلان یا انحلال وکالت شود موجب از بین رفتن اذن عام نمی‌شود. به عبارتی، استنابه، اذنی است که به موجب آن به مأذون (وکیل) اختیار قیام به انجام عمل مورد وکالت داده می‌شود که این را تفویض اختیار می‌گویند که این تفویض اختیار، ذات‌غنی از قبول وکیل است (جعفر لنگرودی، دایرةالمعارف عمومی حقوقی الفارق، ۵/ ۴۲۵).

۲- کفایت رضایت باطنی برای تشکیل عقد: برای قبول هر عقد، اظهار قبول لازم است. در حالی که برخی از فقها، قبول وکالت از جانب وکیل را لازم ندانسته‌اند (سید محمد کاظم یزدی، تکمله العروه الوثقی، ۱/ ۱۱۹) و رضایت باطنی را برای تشکیل عقد کافی دانسته‌اند (علامه حلی، تذکره الفقها، ۱۵/ ۱۰). هرگاه وکیل، وکالت را آشکارا قبول یا رد نکند و به اجرای آن بپردازد، همین اجرا، قبول محسوب می‌گردد و نیازی به اعلام قبول نیست. به اجرا در آوردن عقد قبل از اعلام قبول ایجاب، با ایقاع بودن، سازگار است.

۳- عدم لزوم توالی عرفی میان ایجاب و قبول: طبق ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی رعایت توالی عرفی میان ایجاب و قبول، شرط صحت عقد است. در حالی که در وکالت رعایت چنین شرطی ضرورت ندارد. احتمال دارد وکالت پس از سپری شدن مدت‌ها از طرف وکیل مورد قبول قرار گیرد. بنابراین توجیه عقد بودن وکالت به دلیل عدم رعایت توالی عرفی میان انشای موکل و قبول وکیل ممکن نیست (طالب احمدی، ۱۲۳). لذا این گروه عدم رعایت فاصله زمانی بین ایجاب و قبول را دلیل بر ایقاع بودن وکالت می‌دانند (زراعت، ۴۴۱).

### ادله موافقان عقد بودن وکالت

مطابق این نظریه وکالت در مرحله حدوث نیاز به دو اراده دارد. لذا، نهاد وکالت به مانند عقود دیگر به وسیله ایجاب و قبول که حکایت از توافق قصد و رضای طرفین است منعقد می‌گردد (امامی، ۶۲/ ۷) و

اینکه طرفداران نظریه ایقاع بودن وکالت گفته‌اند رضای باطنی برای تحقق وکالت کافی است منطبق با اصول حقوقی نمی‌باشد زیرا رضای باطنی بدون داشتن قصد که در قالب «قبول» ظهور پیدا می‌کند نمی‌تواند «قبول» محسوب گردد به همین دلیل این گروه معتقدند ماهیت وکالت عقد است. این گروه، که وکالت را عقد می‌دانند با تمسک به استدلال‌هایی که در ذیل می‌آید، دلایل گروه قائلان به ایقاع بودن وکالت را غیرقابل قبول می‌دانند.

۱- عدم لزوم تقارن میان ایجاب و قبول: برخی نویسندگان با بیان این که ارتباط معنوی بین ایجاب و قبول لازم است و نه اتصال مادی و این که مدت ایجاب بستگی به اراده گوینده آن دارد و این اراده را به یاری عرف و شواهد باید احراز کرد به توجیه عدم لزوم تقارن میان ایجاب و قبول در وکالت پرداخته‌اند (کاتوزیان، عقود معین، ۴/۱۳۴).

۲- دلالت یک کاشف خارجی بر دو انشای درونی: در ماده ۶۵۸ ق.م گفته شده وکالت ایجاب و قبولاً به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند، واقع می‌شود. در این ماده، با ذکر فعل در ردیف لفظ، قبول فعلی را در ردیف قبول لفظی، قرار داده است. اجرای نیابت همیشه منوط به تهیه مقدماتی است که اقدام به آن‌ها خود قبول فعلی است و پیش از انجام عمل حقوقی مورد وکالت را محقق می‌سازد. برای مثال، عرضه فروش و رفتن به دفترخانه و درخواست نوشتن سند بیع از افعالی است که دلالت بر قبول وکالت می‌کند و نوبت به امضای دفتر یا انجام فروش نمی‌رسد تا در صلاحیت آن برای قبول وکالت تردید شود. به علاوه، از قانون مدنی بیش از این بر نمی‌آید که برای تحقق عقد باید اراده باطنی وسیله کاشف خارجی اعلام شود. (ماده ۱۹۱ ق.م) و هیچ مانع عقلی وجود ندارد که یک کاشف خارجی دلالت بر دو انشای درونی کند. چنانکه اگر کسی ایجاب فروش کالایی را به دیگری بکند و طرف خطاب، آن را به شخص ثالثی بفروشد، تردید نباید کرد که فروش دوم دلالت بر قبول بیع نخست نیز دارد. پس چرا نباید فروش مالی که برای انتقال آن بیع فروشنده وکالت داده شده است، قبول آن وکالت نیز محسوب شود و چرا نباید دو انشای گوناگون در یک لفظ بگنجد (کاتوزیان، عقود معین، ۴/۱۳۴).

باید اضافه شود که به اعتقاد اکثریت حقوقدانان لزومی ندارد که موضوع قبول وکیل به اطلاع موکل برسد ولی یکی از نویسندگان با بیان اینکه حقوق مدنی در ارتباط با روابط واقعی مردم در جامعه است و بدین جهت موکل باید از نتیجه تصمیم وکیل مربوط به قبول یا عدم قبول وکالت آگاه گردد تا بتواند وضعیت خود را نسبت به آینده تطبیق دهد، معتقد است که قبولی وکیل باید به اطلاع موکل برسد (نوبین، ش ۷۱، ۲/۸۸).

### ادله موافقان ایقاع مرکب

این نظریه بیانگر تأسیسی جدید است. چه به موجب این نظریه تقسیم اعمال حقوقی به عقد و ایقاع

حصری نیست. بلکه می‌توان از شق سومی تحت عنوان ایقاع مرکب نام برد.

۱- آنچه در تعیین ماهیت وکالت و اینکه آنرا باید عقد بدانیم و یا ایقاع، یاری می‌نماید، نخست مراجعه به تعاریف ارائه شده در خصوص عقد و وکالت است، همانطور که پیش‌تر ذکر گردید فقهای امامیه در مقام تعریف عقد اینگونه بیان داشته‌اند که العقد عهد و یا از عباراتی چون الزام و التزام و یا قرار مرتبط استفاده نموده‌اند که در نتیجه می‌توان وجود تعهد و التزام را جزء ذات عقد دانست باید اشاره نمود که تعریف ارائه شده از عقد در قانون مدنی مقتبس از این نگاه است<sup>۱</sup> از طرف دیگر با تدقیق در تعاریف وکالت و ماهیت عقود اذنی و همانطور که متعاقباً مفصلاً بحث می‌گردد وکالت چیزی جز استنباه در تصرف نیست و مفهوم استنباه نیز از مفهوم اذن قابل انفکاک نیست بنابراین ما در وکالت ابتدائاً تعهد و الزام و التزامی نمی‌بینیم بلکه اثر اصلی وکالت تنها صدور یک اذن و اباحه در تصرف است و به نظر می‌رسد شباهت ماهیت وکالت با مفهوم اذن باعث گردیده که برخی از فقهای عقود مانند عاریه وکالت و ودیعه را عقد ندانسته و آن را از مصادیق اذن بدانند و معتقد شوند که در تحقق آن‌ها نیازی به قبول نیست (بزدی، ۲/۱۲۰) و اذن در مقام تأثیر خود غنی بالذات از قبول وکیل است.

۲- منصرف از ادله موجهه ایقاع بودن وکالت که پیش‌تر ذکر گردید با تأمل در موضوع وصیت تملیکی و بررسی ماهیت آن نیز می‌توان بیان داشت که نیز نظریه ایقاع بودن وصیت تملیکی آن بیشتر منطبق با موازین است و ادله وصیت در کتاب و سنت از نظر اعتبار قبول و عدم آن اطلاق دارند و بعبارت دیگر تمامی عموماً وارد عمل وصیت را به موصی نسبت می‌دهند و تحقق را آن به هیچ وجه به شرط دیگری متوقف نساخته‌اند و هر چند مالک شدن موصی له نسبت به موصی به نیازمند قبول باشد ولی قبول وی نقشی در تحقق وصیت نداشته و مکمل عمل وصیت نخواهد بود (حر عاملی، ۱۹/۲۵۸) بلکه عنصر قبول در ورود موصی به، به ملکیت موصی له مؤثر است.

۳- علیهذا حسب آنچه ذکر گردید به نظر می‌رسد که طرح یک تقسیم‌بندی در حوزه ایقاعات باعث خروج از تشویش در ما نحن فیه می‌گردد و آن این است که ایقاعات به ایقاعات محض و ایقاعات مرکب منقسم می‌گردد. وجه اشتراک این ایقاعات در این است که هر دو در مرحله حدوث و وجود تنها به یک

<sup>۱</sup>تعریف عقد به تعهد در حقوق اروپایی نیز امری مشهود است. به طور مثال، در حقوق انگلیس آمده است: «قرارداد، تعهد یا تعهداتی است که به حکم قانون اجرا می‌شود.» در ماده ۱۱۰۱ ق.م.فرانسه نیز عقد به تعهد تعریف شده است: «عقد، عبارت است از تراضی دو طرف بر تعهد انتقال مالکیت و یا تعهد انجام عمل یا تعهد ترک عمل معین» (برای دیدن مؤیداتی از حقوق آلمان، سوئیس، فرانسه و موافقت‌نامه ملل متحد درباره قراردادهای بیع بین‌المللی کالا ر.ک: ناصر کاتوزیان: قواعد عمومی قراردادها، ۲/۱۴۹ - ۱۵۱ و نیز ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، دوره عقودمعین (۱)، شرکت انتشار، تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۴ ش، ص ۲۹ و ۳۰).

اراده نیازمندند و بی‌نیاز از اراده طرف دیگر هستند ولی نوع دوم ایقاعات در مرحله بقا نیازمند اراده و به عبارتی قبول طرف دیگر هستند و باید اذعان نمود که وابستگی این نوع از ایقاعات در مرحله بقا به قبول طرف دیگر باعث نمی‌گردد که ماهیت آنان را ایقاع ندانست و به عقد بودن آنان رأی داد. در نتیجه به نظر می‌رسد ایقاع دانستن وکالت با موازین و منطق سازگاری بیشتری دارد.

توضیح آنکه از سخنان پیشگامان برمی‌آید که اعمال حقوقی را حصرًا عقد و ایقاع می‌دانند. و هر جا که در مورد نهادی نسبت به عقد بودن آن اشکالاتی مطرح می‌شده بی‌گمان آن را ایقاع می‌دانستند در حالی که مواردی دیده می‌شود که هم نسبت به ایقاع، و هم نسبت به عقد بودن آن‌ها، می‌توان اشکال وارد کرد. در اینجا لزوم برای رفع این مشکل می‌توان به شق سوم از اعمال حقوقی توجه نمود که در برزخ بین عقد و ایقاع قرار دارند. این موارد عبارت‌اند از: وکالت، وصیت تملیکی و جعاله (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۴/۲۲۸).

سؤال قابل طرح در این قسمت آن است که، آیا طرز تفکر حصری بودن عقد و ایقاع استقرار پیدا کرده است؟ تاریخ حقوق ما سندی برجای نهاده که به اتکای آن سند پاسخی از روی یقین داده شود. لذا حدس بر آن می‌رود که تنظیم روابط جامعه بر اساس عقود آسان‌تر است؛ به همین جهت یک حالت گریز از ایقاع در دماغ بعضی جای گرفته تا آنجا که استدلال آن‌ها درباره عقد بودن نهادهایی مانند وصیت تملیکی، جعاله و وکالت گاه به گاه به صورت خنده آور جلوه می‌کند (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۴/۲۲۸). لذا بر اساس عناصر عقود می‌توان نسبت به مواردی که اختلاف نظر وجود دارد تصمیم قطعی گرفت. که آن‌ها عقد یا ایقاع و یا برزخ بین عقد و ایقاع هستند.

در جهت تثبیت نظریه ایقاع مرکب لازم است گریزی نیز به بحث اختلافی ایقاع یا عقد بودن وصیت داشته باشیم. علی‌رغم پذیرش نظریه عقد بودن وصیت تملیکی از جانب برخی فقها مثل علامه (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۴۴۴) و محقق که به لزوم و اعتبار قبول موصی له نظر داده (محقق حلی، شرائع الاسلام، ۱۴۰۸ ق، ۲/۱۸۹)؛ بنا به دلایل زیر وصیت تملیکی را باید در زمره ایقاعات به شمار آورد و بر آن شد که قانون مدنی از این نظر پیروی کرده است:

- ۱- لحن ماده ۸۲۷ قانون مدنی<sup>۲</sup> گویای این مطلب است که مقنن قبول موصی له را نه در تحقق وصیت تملیکی بلکه در تأثیر آن که مالکیت وی نسبت به موصی به می‌باشد معتبر دانسته است.
- ۲- همان طور که می‌دانیم یکی از موارد زوال ایجاب، مرگ گوینده ایجاب، پیش از اعلام قبولی طرف

<sup>۲</sup> تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی.

دیگر است. حال با توجه این که ممکن است اعلام قبولی از جانب موصی له بعد از فوت موصی صورت بگیرد اگر وصیت تملیکی عقد باشد در اثر فوت موصی دیگر مجالی برای قبولی وصیت باقی نمی ماند، چه در این صورت ایجاب خود به خود از بین رفته است. در صورتی که اطلاق ماده ۸۲۷ قوام بر اعتبار قبول بعد از فوت موصی دلالت دارد، مضافاً بر اینکه برابر صدر ماده ۸۳۰ ق.م «نسبت به موصی له رد یا قبول وصیت بعد از فوت موصی معتبر است...» و بدیهی است که مفاد مواد فوق با نظریه عقد بودن وصیت تملیکی سازگاری ندارد.

۳- هر عقدی از لحظه ای که تحقق می یابد یعنی از زمانی که قبول کننده موافقت خود را به ایجاب کننده اعلام می دارد، اثر می گذارد بنابراین به عنوان یک قاعده کلی می توان گفت که عقود اثر فقهیایی ندارند. با توجه به این مطلب اگر قبول در وصیت به عنوان یکی از اجزاء وصیت تملیکی تلقی گیرد باید بر آن بود که مالکیت موصی له بر مورد وصیت باید از موقعی به وجود آید که وی قبولی خویش را اعلام می دارد. در صورتی که بسیاری از طرفداران نظریه عقد در وصایای تملیکی بالصراحه بر چنین نتیجه ای پایبند نبوده و معتقدند که با قبول موصی له مالکیت او نسبت به موصی به از حین فوت موصی محقق خواهد شد (صیمری، ۲/۴۱۶).

پس بدین دلایل می توان گفت قبولی موصی له به نحو شرط در این قبیل از وصایا معتبر می باشد نه به عنوان جزئی از عقد و در نتیجه وصیت تملیکی از ایقاعات به شمار می آید.

در نهایت با ذکر مطالب فوق می توان گفت، برخلاف دو نظر مذکور که یکی، حدوث تنها یک اراده (ایقاع) را برای تحقق وکالت کافی دانسته و دیگری حدوث دو اراده (عقد) را لازمه وقوع وکالت شناخته، نظریه ایقاع مرکب معتقد است باید بین مرحله حدوث و بقا در وجود اراده تفکیک قائل شد (مصطفوی، ۱۱).

اگر وکالت را مطابق قانون مدنی عقد بدانیم باید پذیرای آن باشیم که هرگاه به دلایلی وکالت محقق نگردد مثلاً؛ اگر وکیل وکالت را رد کرده باشد عقد را منحل شده بدانیم. حال چگونه است وقتی که وکالت از جانب وکیل رد می گردد اما موکل بر اذن خود باقی است وکیل می تواند به تصرفات حقوقی خود ادامه دهد. مگر نه آن است که باید ایجاب و قبول دیگری مجدداً صورت گیرد. و اگر بر اساس ماده ۶۸۱ ق.م ماهیت وکالت را ایقاع محض بدانیم در تعارض با مواد ۶۵۶ و ۶۵۷ ق.م قرار می گیریم که وکالت را صریحاً عقد دانسته است. اینجا است که به نظر می آید ظهور نهادی تحت عنوان ایقاع مرکب حلال مشکل است.

نگارنده بر این عقیده است که وکالت نوعی ایقاع مرکب است. در تفاوت بین ایقاع ساده و مرکب باید

گفت؛ ایقاع ساده نیاز به یک اراده دارد اما، در ایقاع مرکب باید به وجود اراده در مرحله حدوث و بقا تفاوت گذاشت. لذا وکالت ایقاعی است که در مرحله حدوث تنها یک اراده می‌خواهد (اراده موکل) ولی در مرحله بقا نیازمند اراده وکیل نیز می‌باشد. به همین خاطر است که برخی گفته‌اند وکالت صورت خاصی از اذن است. پس اگر حادثه‌ای باعث بطلان یا انحلال عقد شود موجب از بین رفتن اذن عام نمی‌گردد. بنابراین تا زمانی که اذن باقی است وکیل می‌تواند بر مبنای آن عمل مورد نیابت را انجام دهد (کاتوزیان، عقود معین، ۱۲۶/۴).

### بررسی نظریه‌ها

در ابتدا لازم است توضیحی مختصر در خصوص عقد یا ایقاع بودن وکالت داده سپس به چالش‌های موجود در این زمینه می‌پردازیم. ماده ۶۵۶ ق.م. به پیروی از نظر مشهور (زاهدی، ۲۶) در فقه وکالت را «عقد» دانسته است. نویسندگان این قانون، برای رفع هرگونه تردید، در ماده ۶۵۷ افزوده‌اند: «تحقق وکالت منوط به قبول وکیل است». ولی باید دانست که پاره‌ای از بزرگان فقها وکالت را در زمره ایقاعات آورده‌اند: بدین مضمون که، اگر نیابت از راه ایجاب و قبول داده شود، در شمار عقود می‌آید ولی تحقق مفهوم آن نیازی به قبول ندارد (طباطبایی، ۱۱۹/۲۲).

با این وجود نظریه «ایقاع بودن وکالت» در احکام وکالت، چه در فقه و چه در قانون مدنی، بی‌تأثیر نبوده و نشانه‌های بارز آن را می‌توان مشاهده کرد.

از آنجا که اثر مهم نیابت دادن به وکیل، مأذون ساختن او در پاره‌ای تصرفات است، بسیاری از فقیهان دو مفهوم «اذن» و «نیابت» را با هم مخلوط ساخته‌اند. به نظر اینان، وکالت صورت خاصی از اذن است که به شکل ایجاب و قبول داده می‌شود. پس اگر حادثه‌ای باعث بطلان یا انحلال عقد شود، موجب از بین رفتن اذن عام نمی‌گردد (ر.ک: صیمری، ۳۳۷/۲؛ محقق اردبیلی، ۵۳۶/۹). بنابراین تا زمانی که اذن باقی است، وکیل می‌تواند بر مبنای آن در مال موکل تصرف کند. ماده ۶۸۱ ق.م. نیز، یکی از آثار این تحلیل را بدین عبارت پذیرفته است که: «بعد از اینکه وکیل استعفا داد، مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند» و این حکم در صورتی منطقی به نظر می‌رسد که وکالت مخلوطی از یک عقد و یک ایقاع باشد یا وکالت در زمره ایقاعات درآید. زیرا اگر وکالت عقد باشد و اعتبار ایجاب آن بیش از سایر قراردادها به حساب نیاید، نفوذ و بقای اذن موکل منوط به وجود متکای اصلی آن یعنی عقد است: به بیان دیگر، نیابت اثر عقد است نه اثر اراده موکل، بنابراین با انحلال عقد نباید هیچ چیز باقی بماند و منشأ اثر حقوقی شود. اذن در قالب این کل تجزیه ناپذیر (ایجاب و قبول) داده



می‌شود و با شکسته شدن آن از بین می‌رود (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین، ۶۱/۲).

با توضیح فوق روشن شد هرچند، مشهور فقهای امامیه وکالت را عقد دانسته‌اند. اما در مقابل نظری است که به موجب آن وکالت را ایقاع شمرده است (طباطبایی، ۱۱۹/۲۲). بدین مفهوم که اگر وکالت از راه ایجاب و قبول واقع شود جزء عقود محسوب می‌گردد ولی در تحقق مفهوم آن نیازی به قبول نیست (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین، ۱۲۶/۲).

برخی از حقوقدانان نیز وکالت را در شمار ایقاعات می‌دانند (جعفر لنگرودی، دایرةالمعارف عمومی حقوقی الفارق، ۴۲۵/۵) و معتقدند وکالت، عمل حقوقی یک طرفه‌ای است که با اعلام اراده منحصر اصیل دایر بر تفویض اختیار تشکیل می‌شود؛ چه اگر نماینده از تفویض اختیار مطلع نگردد و به خیال این که اختیار ندارد مانند فضول عمل کند، آن عمل به نمایندگی واقع خواهد شد و دیگر نیازی به تنفیذ اصیل نخواهد بود (امیری قائم مقامی، ۱۳۹/۲). به همین دلیل، وکالت با امضای منحصر اصیل در ذیل وکالت‌نامه تشکیل می‌شود. در پاسخ می‌توان گفت مانعی ندارد که عمل حقوقی یک طرفه تفویض نمایندگی (به ویژه وکالت) نقش ایجاب را ایفا کند و با اعلام قبول نماینده، نمایندگی به شکل عقد درآید. همچنین پاسخ دیگری که می‌توان ارائه داد آن است که، قبولی در وکالت ممکن است به وسیله لفظ یا نوشته یا فعل باشد. بنابراین، وکیل می‌تواند به طور صریح و در وکالت‌نامه آن را بپذیرد یا کاری انجام دهد که حاکی از قبول نیابت باشد. این کار بایستی به منظور اعلام قبول انجام گردد و جنبه انشایی داشته باشد. زیرا در هر عقد، اراده انشایی، باید چهره خارجی پیدا کند. حتی از این فراتر نیز گروهی از فقهای امامیه معتقدند در وکالت رضای نفسانی کافی است و لزومی ندارد که قبول، به صورت سایر قراردادها اعلام شود. بر مبنای همین نظر است که گفته شده اگر وکیل، بدون اینکه نیابت اعطا شده را بپذیرد: آن را اجرا کند این عمل در حکم قبول است (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۳۲۲/۱). به بیان دیگر اجرای وکالت کاشف از رضای باطنی وکیل به مفاد ایجاب است و چون رضای باطنی نیز برای تحقق وکالت کافی است، پس رد نکردن ایجاب موکل و اجرای دستور او به منزله قبول است. در پاسخ به این نظر، گروه مقابل می‌گویند؛ انجام کاری که درستی و تحقق آن منوط به تحقق وکالت است و در زمره آثار آن به شمار می‌آید، صلاحیت آن را ندارد که قبول وکالت به حساب آید. زیرا فرض این است که پیش از پایان فعل، وکالت محقق نمی‌شود؛ پس چگونه می‌توان آن را به مفهوم اجرای وکالت پنداشت (صاحب جواهر، ۳۵۱/۲۷). به عنوان مثال، اگر کسی به دیگری بگوید که تو را وکیل کردم که اتومبیل را بفروشی و آن شخص اتومبیل را بفروشد، بیع انجام شده صحیح است. در حالی که فقط ایجاب شکل گرفته است. اگر وکالت عقد باشد، باید اول وکیل قبول نماید

و عقد وکالت تحقق پیدا کند، بعد مبادرت به فروش اتومبیل کند. در اینجا، بنا به استدلال کسانی که وکالت را عقد می‌دانند، در این مثال، عقد بیع غیرنافذ است. چون قبل از بیع باید وکالت محقق می‌شد و سپس بیع واقع می‌شد. در واقع، در اینجا، درستی بیع بستگی به تحقق وکالت دارد؛ در حالیکه تحقق وکالت نیز منوط به انجام آن فعل است.

کسانی که وکالت را عقد می‌دانند، استدلال می‌کنند که چون قانون مدنی در ماده ۶۵۶ وکالت را عقد می‌داند و در ماده ۶۵۷ تحقق آن را منوط به قبول وکیل می‌کند؛ لذا اینکه گفته‌اند وکالت در زمره ایقاعات است یا رضای باطنی برای تحقق آن کافی است، قانون مدنی این نظر را نپذیرفته است (کاتوزیان، حقوق مدنی: عقود معین، «عقود اذنی، وثیقه‌های دین»، ۱۳۸).

در مقابل، یکی از طرفداران نظریه ایقاع بودن وکالت، با بیان اینکه وکالت در واقع اذن ضمن تراضی است که قبول وکیل در آن به وجود آورنده عقد نیست بلکه جنبه تصویبی (تصویب اذن موکل) دارد، معتقد است که؛ اذن در مقام تأثیر خود غنی بالذات از قبول وکیل است. به بیان ایشان، اذن در وکالت تام رضای یک طرف عقد است که اختیار تصرف در پاره‌ای از امور خود را به طرف دیگر که مأذون است، می‌دهد (جعفری لنگرودی، دایرةالمعارف عمومی حقوقی الفارق، ۱۹۴/۲). طبق این تعریف، اذن موقعی داخل عقد وکالت است که حالت اناطه و ارتباط بین اذن موکل و رضای وکیل برقرار شده باشد. این اناطه، عنصر تراضی است و تراضی، عنصر عمومی عقود است. اگر این اناطه نباشد، اذن وجود دارد ولی اذن محض یعنی؛ «اذن خارج از عقد» به همین جهت، اذن اعم از عقد وکالت است و رد مأذون بر اذن محض بی اثر است. زیرا آن اذن به هیچ وجه در اختیار مأذون نیست تا وی بر آن اذن اثر کند.

از ایرادات دیگری که طرفداران نظریه ایقاع بودن وکالت مطرح می‌کنند، علامت ایقاع بودن وکالت را توکیل غیابی می‌دانند که موکل دور از وکیل است و به وسیله نامه و قاصد دست به توکیل می‌زند و ممکن است که ماه‌ها طول بکشد تا نامه به دست وکیل برسد (جعفری لنگرودی، دایرةالمعارف عمومی حقوقی الفارق، ۴۲۵/۵). در مقابل، جواب داده‌اند؛ در این که ممکن است ایجاب و قبول مدت‌ها فاصله بیفتند اختلاف مهمی وجود ندارد (عاملی، ۵۲۵/۷). اما در مقابل، پاسخ گفته‌اند؛ آنچه که اهمیت دارد ارتباط معنوی بین ایجاب و قبول است و ارتباط معنوی را نباید با اتصال مادی اشتباه گرفت و دو طرف عقد باید درباره یک مفهوم به توافق برسند و لازمه تراضی، این است که نه تنها دو طرف عقد یک اثر را بخواهند بلکه قبول در زمانی گفته شود که ایجاب، به حیات حقوقی و اعتباری خود ادامه دهد. دوام ایجاب به اراده گوینده آن بستگی دارد و این اراده را به یاری شواهد و داورى عرف باید احراز کرد. اذن در تصرف همیشه به یک اندازه ادامه ندارد و گاه نیز تا زمانی که از آن عدول نشده، باقی است. امکان به تأخیر افتادن قبول وکیل

را نباید استثنایی بر قاعده دانست یا دلیل عقد نبودن وکالت شمرد. دلیل این امکان در طبیعت عقد و اثر آن «اذن» نهفته است و حکم عرف، اراده موکل را به گونه‌ای تعبیر می‌کند که اختیار وکیل تا مدتی باقی بماند (کاتوزیان، حقوق مدنی: عقود معین، «عقود اذنی، وثیقه‌های دین»، ۱۳۴).

در نهایت در مورد نظریات مطرح شده در خصوص عقد یا ایقاع بودن وکالت باید قائل به تفکیک شد. در صورتی که حقیقت وکالت مبتنی بر اعطای نیابت باشد باید آن را عقد بدانیم، چه اینکه نماینده شدن شخص نیاز به توافق و تراضی است لذا، قبول شخص وکیل لازم است؛ چون احتمال عدم پذیرش این نمایندگی از طرف وکیل وجود دارد (مصطفوی، ۲۹). بنابراین، عقد وکالت محقق نمی‌گردد مگر آنکه ایجاب و قبولی فی مابین آن‌ها وجود داشته باشد. در مقابل در صورتی که به وکالت از منظر اذن و اباحه تصرف بنگریم باید آن را ایقاع بنامیم چه اذن در مقام تأثیر خود غنی بالذات از قبول وکیل است و این امر جنبه ایقاع بودن وکالت را تقویت می‌کند.

### نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه گذشت می‌توان اینگونه نتیجه گرفت:

- ۱- هرچند در تعاریفی که از وکالت ارائه شده بیشتر آن‌ها حاکی از آن است که وکالت عقد است؛ ولی به دلیل مشابَهت‌هایی که این نهاد با عقود و ایقاعات دارد، قضاوت در ماهیت آن را دشوار است. این اختلاف توصیفی باعث شده تا کسانی که در غلبه قواعد عقود و ایقاعات در نهاد وکالت به نتیجه نرسیده‌اند به شناسایی ماهیتی برزخی برای آن بسنده کنند.
- ۲- قانون مدنی با پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه نظریه عقد بودن وکالت را پذیرفته است و در ماده ۶۵۷ تحقق وکالت را منوط به قبول وکیل کرده است. از طرفی وجود ماده ۶۸۱ ق.م سبب شده که در بین نویسندگان حقوقی نیز بر سر عقد یا ایقاع بودن وکالت اختلاف نظر باشد. لذا در تحلیل این عقد بر خلاف نظر کسانی که عنوان می‌کنند اذن، اثر عقد وکالت است، به نظر می‌رسد، اذن، داخل مدلول عقد وکالت است. بدین جهت که بین اذن موکل و رضای وکیل ارتباط وجود دارد. اگر این ارتباط بین اذن موکل و رضای وکیل نباشد، اذن وجود دارد ولی اذن محض و خارج از عقد که اعم از عقد و یک اذن عام است که اگر رضای وکیل به آن متصل شود، تشکیل عقد می‌دهد، و در واقع، با این وصف، وکالت از یک عقد و یک ایقاع تشکیل شده که پس از تشکیل عقد وکالت، فسخ وکالت از جانب وکیل فقط می‌تواند عقد را از بین ببرد ولی ایقاع یا همان اذن عام باقی است. دلیل بر این مطلب، ماده ۶۸۱ ق.م است که می‌گوید: «بعد از این که وکیل استعفا داد مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت

داشته اقدام کند». با توجه به این ماده، اگر وکالت واقعاً عقد بود باید پس از استعفای وکیل چیزی باقی نمی ماند تا وکیل بعداً بر اساس آن اقدام کند ولی این ماده نشان می دهد که اذن عامی وجود دارد که اراده وکیل هیچ دخالتی در آن ندارد و قبول وکیل در عقد وکالت، قبولی نیست که عنصر سازنده عقد باشد و تنها رضایت به خواست موکل است و در حقوق کشور ما هم رضا، سازنده عقد نیست بلکه این قصد است که سازنده عقد است. همچنین اینکه قبولی وکیل حتی پس از رد وکالت معتبر است، نشان می دهد که اذن موکل، چیزی بیش از یک ایجاب است و اگر فقط یک ایجاب بود با رد وکیل از بین می رفت. با این وصف، اذنی که در وکالت وجود دارد، چیزی بیش از یک ایجاب است و اذنی عام است که در مقام تأثیر خود نیازی به قبول وکیل ندارد و قبول وکیل، در واقع، فقط وکیل و موکل را به مفاد قرار داد ملتزم می سازد ولی در اصل اذن صادره از موکل، بی تأثیر است.

۳- نگارنده بر این عقیده است که وکالت نوعی ایقاع مرکب است. در ایقاع مرکب باید به وجود اراده در مرحله حدوث و بقا تفکیک قائل شد. چه آنکه وکالت ایقاعی است که در مرحله حدوث آن، تنها یک اراده کافی است (اراده موکل) ولی در مرحله بقا نیازمند اراده وکیل نیز می باشد. به همین خاطر است که وکالت صورت خاصی از اذن است. پس اگر حادثه ای باعث بطلان یا انحلال عقد شود موجب از بین رفتن اذن عام نمی گردد. بنابراین تا زمانی که اذن باقی است وکیل می تواند بر مبنای آن، عمل مورد نیابت را انجام دهد.

## منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، انوارالهدی، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۱.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، تهران، انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- انتظاری، علیرضا، «قاعده اذن از دیدگاه علامه ملا احمد نراقی»، *مجله پژوهش های مدیریت راهبردی*، ش ۲۷، بی تا.
- انصاری، محمدعلی، *الموسوعة الفقهية*، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
- بعجنوردی، حسن، *القواعد الفقهية*، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- تاج آبی، علی، *خبر نامه کانون وکلای دادگستری*، شماره صفر، ۱۳۸۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دایرةالمعارف عمومی حقوقی الفاروق*، تهران، انتشارات گنج دانش،

۱۳۸۵.

\_\_\_\_\_، *فلسفه حقوق مدنی*، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰.

\_\_\_\_\_، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶.

جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح*، بیروت، انتشارات دار العلم، بی تا.

حائری، کاظم، *فقه العقود*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.

حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ ق.

حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

داد مرزی، سید مهدی، «مفهوم عقد در قانون مدنی»، *مجله پژوهش های فلسفی کلامی*، شماره ۴،

۱۳۷۹.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.

زاهدی، ریحان الله، باب وکالت، *مجله کانون*، سال هفتم، شماره ۸۱، ۱۳۴۲.

زراعت، عباس، *شرح الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، تهران انتشارات فکر سازان، ۱۳۸۷.

زهیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی وادلتہ*، دمشق، دارالفکر للطباعة و التوزیع و النشر، ۱۴۰۵ ق.

شجاعی، کیوان و رفیعی، محمد تقی، «تاملی فقهی - حقوقی در شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات»، *مجله*

*پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۵، ۱۳۸۶.

شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقية*، تهران، انتشارات دارالعلم، چاپ اول، ۱۳۷۷.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، بیروت، دارالعلم، الطبعة

الثانية، ۱۹۸۸ م.

\_\_\_\_\_، *مسالك الافهام*، قم، انتشارات اسلامی، بی تا.

شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار احیاء التراث

العربی، ۱۴۰۴ ق.

صفایی، حسین، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۳.

صیمیری، مفلح بن حسن، *غایة المرام في شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دارالهادی، ۱۴۲۰ ق.

طالب احمدی، حبیب، «ماهیت حقوقی وصیت تملیکی در فقه و حقوق ایران»، *مطالعات فقه و حقوق*

*اسلامی*، سال ۳، شماره ۴، ۱۳۹۰.

طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۸ ق.

طباطبائی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *تکملة العروة الوثقی*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.

- \_\_\_\_\_، *ملحقات العروة الوثقى*، قم، مكتبة الداوری، بی تا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ق.
- \_\_\_\_\_، *تذکرة الفقهاء*، تهران، انتشارات مرتضویه، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- قاسم زاده، مرتضی، «وکالت بدون فسخ وکالت بلاعزل و وکالت بدون استعفا» *مجله دیدگاه های حقوقی قضایی*، شماره ۳، ۱۳۷۵.
- قبولی درافشان، سید محمد مهدی و دیگران، «بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادها در مورد شروط ضمن عقد»، *دوفصلنامه علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی*، شماره نخست، ۱۳۹۱.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: اعمال حقوقی، دوره مقدماتی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵.
- \_\_\_\_\_، *حقوق مدنی، عقود معین: عقود اذنی، وثیقه های دین*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- \_\_\_\_\_، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین*، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.
- \_\_\_\_\_، *عقود معین*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- \_\_\_\_\_، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۲۴ ق.
- لطفی، اسد الله، *سلسله مباحث فقهی و حقوقی وکالت*، تهران، انتشارات جاودانه، چاپ اول، ۱۳۹۰.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، تعلیق و شرح سید عبد الزهرا حسینی، بیروت، دار الزهراء، الطبعة الاولى، ۱۹۹۱ م.
- \_\_\_\_\_، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- مدنی، جلال الدین، *عقود معین*، تهران، انتشارات پایدار، ۱۳۹۰.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.

- مروج جزائری، محمد جعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
- مصطفوی، مصطفی، «بررسی فقهی و حقوقی تأسیس وکالت بلاعزل»، *ره‌نمون*، شماره ۳۸، ۱۳۸۴.
- معلوف، لویس، *المنجد*، تهران، انتشارات اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۶۲.
- مغنیه، محمد جواد، *فقه الامام جعفر صادق*، قم، مؤسسه السبطين العالمیه، الطبعة الثانية، ۱۳۸۳.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح الارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- مهرابی، فرهاد، «آثار اذنی یا عهدی بودن وکالت»، *مجله کانون وکلا*، شماره ۲۱۰، ۱۳۸۹.
- موسوی، صادق و حسینی، مسعود، «تحلیل فقهی ضمانت اجرای وکالت بدون فسخ و تطبیق آن با آرای امام خمینی (ره)»، *پژوهش نامه متین*، سال ۱۵، شماره ۵۸، ۱۳۹۲.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *رسائل و مسائل*، قم، بی نا، ۱۴۲۲ ق.
- نوبین، پرویز، *حقوق مدنی: عقود معین*، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.





## نقدی فقهی بر تعیین مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر\*

دکتر عباس کلانتری خلیل آباد<sup>۱</sup>

دانشیار دانشگاه میبد

Email: abkalantari@meybod.ac.ir

دکتر نفیسه متولی زاده نائینی

استادیار دانشگاه میبد

Email: motavallizade@meybod.ac.ir

صدیقه گلستان رو

دانش آموخته دکتری فقه و حقوق جزا، دانشگاه میبد

Email: golestanroo4722@yahoo.co

### چکیده

تجارت مواد مخدر، پدیده‌ای است که سال‌ها جامعه بشری را تهدید می‌کند و قانون‌گذاران در کشورهای گوناگون، در پی راهکاری برای پیشگیری از وقوع آن و برخورد با مرتکبان این جرم هستند. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران نیز با سیاست جنایی سرکوبگرانه و تعیین مجازات سنگین با این پدیده مجرمانه مواجه شده است. یکی از مجازات‌هایی که در این باره تعیین شده، مجازات اعدام است. پرسشی که در این باره مطرح می‌شود، آن است که آیا تعیین مجازات سنگین مرگ برای تجارت مواد مخدر از دیدگاه فقه اسلام درست است؟ مبنای فقهی آن چیست؟ از دیدگاه حقوقی آیا چنین تقنینی، موجه است؟ پژوهشگران در این پژوهش با بررسی مبانی فقهی و حقوقی به نقد این شیوه قانون‌گذاری کیفری درباره مواد مخدر پرداخته و در پی اثبات این مطلب هستند که تجارت مواد مخدر یک جرم تعزیری است. تعیین مجازات اعدام به گونه‌ای که در قانون مبارزه با مواد مخدر آمده است، پشتوانه فقهی محکمی ندارد و نیازمند اصلاح است.

### کلیدواژه‌ها:

مواد مخدر، مجازات اعدام، قانون مبارزه با مواد مخدر، مفسد فی الارض

\* تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۱۲/۰۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۵/۰۷.

۱. نویسنده مسئول

## ۱. مقدمه

قانون گذاری یکی از مهم ترین مراحل در حقوق کیفری است، زیرا جرم انگاری و تعیین مجازات متناسب با آن، در این مرحله صورت می گیرد. مجازات‌ها در قانون مجازات اسلامی بر مبنای فقه اسلام تعیین می شود. بر مبنای احکام جزایی اسلام حاکم و قانون گذار جامعه اسلامی در تعیین جرایم منجر به تعزیر و میزان تعزیر آزاد است، از این رو درباره جرایم تعزیری حاکم می تواند بر مبنای مصلحت اقدام به تعیین تعزیر و مجازات حبس، تازیانه یا جزای نقدی کند.

اما درباره تعیین مجازات اعدام، قانون گذار چنین آزادی ندارد، زیرا یکی از مجازات‌هایی که بی تردید از کیفرهای حدی شمرده می شود، مجازات مرگ است و تعزیر تنها در قلمرو کمتر از حد، برای قانون گذار مجاز دانسته شده است. آن چه به صراحت محدودیت مجازات اعدام در اسلام را نشان می دهد، سخن خداوند بلند مرتبه درباره قتل انسان‌ها است که می فرماید: «و لا تقتلوا النفس التي حوّم الله إلا بالحق» (اسراء: ۳۳ و انعام: ۱۵۱) و نفسی را که خداوند حرام کرده است، جز به حق مکشید.

صدور و اجرای مجازات مرگ همواره با اما و اگرهای فراوان همراه بوده است، زیرا از یک سو مجازات سالب حیات نقطه پایان زندگی یک انسان و حادثه‌ای غیر قابل جبران است و این مجازات همواره با آسیب‌هایی همراه بوده، همچون بحران ناشی از مرگ یکی از افراد خانواده، نبودن پدر یا مادر و ... که چه بسا منجر به بیماری‌های روحی این اشخاص و جرایم جدید گردد و حذف یک انسان که می تواند موجب تحمیل هزینه‌های حمایتی بر دولت گردد، از سوی دیگر مجازات اعدام اقدامی برای از میان برداشتن مجرمین خطرناک است، زیرا گاهی میزان آسیب‌های اجتماعی ناشی از یک جرم، به اندازه‌ای است که در آیین اسلام برای مرتکب آن، مجازات مرگ تعیین شده، در واقع این مجازات مبتلا به تضاد میان حقوق فرد و اجتماع است و به همین دلیل از سوی برخی مکاتب حقوقی مورد ایراد قرار گرفته و در بسیاری از قوانین کشورهای جهان حذف شده است، با توجه به این امور و این که یکی از ایرادهای مهمی که از سوی جوامع غیراسلامی به آیین اسلام وارد می شود، قانون گذاری و اجرای مجازات مرگ است. اگر اعدام مطابق با آموزه‌های صحیح اسلامی و با رعایت تمام محدوده‌های آن صورت نگیرد، این امر موجب تبلیغ منفی جهانی بر ضد دین اسلام می شود، در حالی که اگر از منابع اصیل اسلامی، احکام و محدوده دقیق حکم به مجازات مرگ مشخص شود، چنین پیامدهایی نخواهد داشت.

یک دسته از جرایمی که منجر به مجازات مرگ می شوند، جرایم مواد مخدر هستند که سالهاست جمهوری اسلامی ایران با سیاستی سرکوبگرانه و خشن با این دسته جرایم برخورد نموده است، با این حال درباره این جرایم و کاهش آمار جنایی آن بهبودی دیده نمی شود.

چندین سال است که بحث مجازات اعدام برای مواد مخدر و آمار بالای اعدامیان این جرایم محل بحث در جامعه ایران است، بسیاری از اعدام‌ها در ایران به خاطر جرایم مربوط به مواد مخدر است، از این رو بررسی این دسته جرایم و قانون گذاری مجازات اعدام درباره آن‌ها اهمیت دو چندان می‌یابد. نگارندگان در این پژوهش بر آن هستند ادله و مستندات این دسته جرایم و مجازات مربوط به آن‌ها را مورد بررسی فقهی قرار دهند و به بررسی فقهی و حقوقی جرم انگاری و تعیین مجازات اعدام درباره جرایم مواد مخدر بپردازند.

## ۲. مبانی فقهی جرم انگاری مواد مخدر

با توجه به تعیین مجازات اعدام برای موارد متعددی در جرایم مواد مخدر، این پرسش مطرح می‌شود که؛ آیا قرار دادن مجازات اعدام برای این دسته از جرایم با مبانی فقهی همخوانی دارد؟ برای پاسخ به این پرسش در ادامه به بررسی مبانی فقهی این دسته از جرایم پرداخته می‌شود.

نخستین نکته‌ای که باید به آن توجه نمود، آن است که؛ بیشتر مواد مخدر از جمله مسائل مستحدثه هستند و در قرآن و روایات مستندی ندارند، از این رو باید به موارد مشابه آن یعنی احکام مربوط به مسکرات مراجعه نمود، از این رو نخست به تعریف این مواد و شباهت و تفاوت مخدرات و مسکرات پرداخته می‌شود.

ریشه‌ی مسکر از واژه سکر به معنی مستی و زوال عقل آمده است. (اصفهانی، ۴۱۶) مسکر اسم فاعل است از باب لِسْكَار، لِسْكَار به معنی مست کردن و مایه‌ی مستی شدن است و مسکر به معنی مست کننده است. مخدرات یا مخدر از کلمه الخدر گرفته شده که بمعنای ضعیف سستی، نرمی و ناتوانی است همچنین به معنای سردی نیز آمده و معانی ترس، کندی، حیرانی، تردد، تبلی، بی غیرتی و بی همتی را در بر می‌گیرد، (ابن منظور، ۲۳۲/۴) و همه این صفات در شخص معتاد به مواد مخدر پیداست. می‌توان گفت مواد مخدر، موادی دارای عناصر تحریک کننده یا تسکین دهنده هستند که در غیر موارد طبی یا صنعتی به کار برده شود و مصرف این مواد شخص را به مداومت و معتاد شدن بکشاند.

### ۱-۲. شباهت و تفاوت مواد مخدر و مسکرات

بین مواد مخدر و مسکرات شباهت‌ها و تفاوت‌هایی وجود دارد که در تعیین احکام مربوط به این امور اهمیت به سزایی دارند.

#### الف) شباهت‌ها

مهم‌ترین وجوه اشتراک که بین مسکرات (خمر) و مواد مخدر وجود دارد، به شرح ذیل می‌باشد:

الف) بین مواد مخدر و خمر (شراب) نقطه‌ی مشترکی وجود دارد که آن، عبارت است از این که هر دو در فساد و تباهی عقل و پدید آوردن سستی در اعضا و بدن مشترک هستند و در ضمن هر دو باعث به وجود آوردن افکار پلید و فاسدی می‌گردند که منجر به ارتکاب برخی از جرائم و جنایات می‌شود. این امر واقعیتی است که تحقیقاتی که به صورت میدانی بر معتادان انجام گرفته، آن را به اثبات رسانیده است. (طیار، ۸۹)

ب) مصرف مسکرات و مواد مخدر هرکدام به گونه‌ای باعث اعتیاد و وابستگی فرد مصرف‌کننده می‌شود. (همان)

ج) مواد مسکر و مخدر هرکدام به گونه‌ای ویژه باعث ایجاد تحریک و انگیزش در بدن می‌گردند. مخدرها به عنوان آرامش‌دهنده و مشروبات الکلی به عنوان محرک‌های نشاط‌آور.

د) استعمال هر یک از مخدرات و مشروبات الکلی بر سیستم اعصاب مرکزی تأثیر می‌گذارد.

ه) استعمال هر یک از مسکرات و مواد مخدر در افراد با ویژگی‌های مختلف، به میزان متفاوتی باعث فقدان شعور و آگاهی و گاهی موجب از بین رفتن قدرت تمییز و تشخیص می‌شود.

و) استعمال هر یک از مواد مخدر یا مسکر باعث ضرر رساندن به سلامتی افراد می‌شود و همچنین زیان‌های روانی، جسمی و اجتماعی را در پی دارد. (فتوحی بهنسی، ۲/ ۳۹۶-۳۹۴)

ز) تأثیر مسکر و مخدر بر یک شخص فرق می‌کند، همچنین از نظر کمیت تأثیر آن در افراد مختلف، متفاوت است. ولی آنچه بدون هیچ شبهه‌ای مسلم است، این است که تأثیر مواد مخدر از تأثیر مسکر اگر بالاتر و بیشتر نباشد، کمتر هم نیست. (طیار، ۱۴)

### ب) تفاوت‌ها

مواد روان‌گردان و مخدر و مسکرات (خمر) در موارد متعددی باهم دیگر متفاوت هستند که مهم‌ترین آن‌ها به شرح ذیل می‌باشد:

الف) الکل موجود در مسکرات با عنوان بهترین حلال شیمیایی مورد استفاده قرار می‌گیرد، اما مواد مخدر این‌گونه نیستند.

ب) مواد مخدر برای تسکین دردها و بیماری‌ها به عنوان آرام‌بخش و مسکن استفاده می‌شود، اما الکل این‌گونه نیست.

ج) مواد مخدر مستقیماً بر خودمصرف‌کننده تأثیر می‌گذارد، اما مشروبات الکلی، صرفاً موجب تحریک و هیجان و احساس شور و نشاط در شخص می‌شود و گاهی شخص را برای ماجراجویی و فتنه آماده می‌سازد.

د) مواد مخدر در عمل‌های جراحی با عنوان بیهوش کننده و داروهای بی حس کننده مورد استفاده قرار می‌گیرد، اما مسکرات این گونه نیستند. (همو)

ه) در خصوص مشروبات الکلی، ذات مسکر حالاتی مانند، طرب، شادی، احساس هیجان، عریده‌کشی، خشم و احساس زور و قدرت به شارب مسکر دست می‌دهد، ولی از ذات تخدیر عکس این حالات؛ یعنی احساس رخوت، ضعف و سستی، سکوت، خواب و بیهوشی به فرد مصرف کننده‌ی مواد مخدر، دست می‌دهد.

پس صحیح است که هر مخدری را مسکر بدانیم. به عنوان مثال می‌توان گفت که بنج و امثال آن، مسکر و مخدر هستند، اما صحیح نیست بگوییم که هر مسکری، مخدر هم می‌باشد؛ بنابراین جایز نیست که بگوییم خمر؛ مسکر و مخدر است. (هلالی، ۱۴۵) البته این سخن قابل نقد است که بتوان هر مخدری را مسکر دانست، زیرا تفاوت‌ها مانع این گونه قضاوت کردن می‌شود که در ادامه مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

البته تفاوت و شباهت‌های دیگری نیز میان مخدرات و مسکرات وجود دارد، اما موارد بیان شده از اهم این امور هستند.

### ۳. مسکر بودن یا نبودن مواد مخدر و روان گردان

درباره الحاق یا عدم الحاق حکم مخدرات و روان گردان به مسکرات میان فقها دیدگاه‌های گوناگونی بیان شده است. فقهای مذاهب اسلامی، درباره‌ی چگونگی و تطبیق مواد مخدر اختلاف نظر دارد که آیا این مواد، مواد سکرآور و نشئه‌آور هستند و به مسکرات ملحق می‌گردند؟ یا این مواد تنها مخدرند و به مسکرات ملحق نمی‌شوند؟

شهید اول در این باره می‌گوید: آن چه بر اثر مصرف آن عقل آدمی از بین می‌رود، بر چند قسم است: اگر به همراه از بین رفتن عقل، حواس پنج‌گانه نیز از بین برود، این ماده مرقد (خواب‌آور) است، چنان چه با از بین رفتن عقل، حواس پنج‌گانه از بین نرود، بلکه حالت شادی و نشاط در انسان ایجاد شود، این ماده سکرآور است. اگر با از بین رفتن عقل، احساس شادی و سرور پیدا نشود آن ماده فساد آور است مانند بنگ. علمای معاصر و گذشته اتفاق دارند استعمال حشیش، حرام است و این حکم یا به خاطر فساد آن است، پس استعمال کننده مشمول مجازات تعزیر قرار می‌گیرد، یا این تحریم به خاطر سکرآور بودن آن است که در این صورت بر استعمال کننده حد شرعی واجب می‌شود. موادی مانند حشیش، خلط‌های مخفی در بدن را هر چه باشد برمی‌انگیزد، مثلاً کسی که صفرا داشته باشد، صفرایش تیزتر می‌شود، کسی

که بلغم دارد، سنگینی و خاموشی به او دست می‌دهد و کسی که دارای سودا است، گریه و پریشانی بر او عارض می‌شود و در برخی حالت خاموشی و سکوت ایجاد می‌شود، بر خلاف خمر که از گریه و خاموشی دور است. این امور اگر صحیح باشد، تعارضی با زوال عقل ندارد، بلکه زوال عقل را تاکید می‌کند. (شهید اول، القواعد و الفوائد، ۲/ ۷۴-۷۳) یعنی شهید به وجود دو دیدگاه و ثمره آن اشاره نموده‌اند، یعنی اگر حرمت به خاطر مسکر بودن باشد، موجب حد و در غیر این صورت و اگر به خاطر فسادآور بودنش باشد، منجر به تعزیر خواهد شد.

مسکرات با مرقدات و مفسدات در سه چیز فرق دارند؛ لزوم اجرای حد، نجس بودن و حرام بودن مقدار اندکی از آن؛ مرقد و مفسد، حد ندارد و نجس نیست و کسی که افیون یا بنگ به همراه دارد، اجماعاً نمازش باطل نیست و مصرف اندکی از آن نیز جایز است، پس مصرف یک حبه بنگ، افیون یا شوکران جایز است تا جایی که به اندازه تأثیرگذاری بر عقل یا حواس انسان نرسد. (قرافی، ۲۱۸)

برخی فقها ملاک را در اقامه حد، مسکر بودن دانسته‌اند، هر مسکری جامد باشد یا مایع ملحق به خمر است مانند حشیش. (امام خمینی، تحریرالوسیله، ۲/ ۱۶۶؛ علامه حلی، ۳/ ۳۳۲) صاحب جواهر درباره مسکرات می‌گوید: در فهم معنای مسکر، همانند دیگر الفاظ به عرف مراجعه می‌شود، عبارت است از آن چه موجب اختلال در نظم کلام می‌شود و راز پنهان را آشکار می‌کند یا عقل را تغییر می‌دهد و ایجاد شادمانی و انرژی در بیشتر اشخاصی که خورده‌اند، می‌گردد. آن چه تنها عقل را تغییر می‌دهد و حواس خمره را از بین ببرد، مرقد است، در غیر این صورت، مانند بنگ، مفسد عقل است. عرف بین مسکر و مخدر و مرقد، تفاوت را پذیرفته است و آن‌ها را یکی نمی‌داند. (۴۱/ ۴۴۹) با توجه به این که تشخیص موضوعات احکام، هنگامی که شارع درباره آن ساکت است، به عرف واگذار شده است، صاحب جواهر نیز با استناد به همین قاعده به تشخیص مسکر از غیر آن پرداخته است. این بهترین دیدگاه است و با این ملاک نمی‌توان مواد مخدر را مسکر دانست، بلکه قلمرو آن‌ها جداگانه است.

از سویی استعمال کنندگان خمر همه مست و مسرور و از حالت خاموشی و گریه به دور هستند. نوشندگان شراب در حالت مستی شروع به عربده‌کشی می‌کنند، طغیانگر می‌شوند، به کارهایی هجوم می‌برند که در حالت هوشیاری چنین کاری را انجام نمی‌دهند؛ اما استعمال کنندگان مواد مخدر از قبیل حشیش وقتی دورهم جمع می‌شوند چنین چیزی بین آن‌ها اتفاق نمی‌افتد، بلکه افسرده و خاموش می‌باشند. عربده‌کشی‌هایی که از شراب‌خوار شنیده می‌شود، از این‌ها شنیده نمی‌شود. از این رو مواد مخدر از مفسدات هستند. (قرافی، ۲۱۸) در کنار سخن صاحب جواهر که عرف را حاکم بر تشخیص مسکر و مخدر دانست و توجه به قاعده درء می‌توان این نکته را پذیرفت که جدا دانستن مسکرات از مخدرات و در

نتیجه پذیرفتن تعزیر برای استعمال مخدرات دیدگاه بهتری است.

سید محمد باقر صدر تیزبینانه تفاوت مسکر و مخدر را بیان نموده است، ایشان دلیل حرمت شرب خمر را اسکار و مست کنندگی و دلیل حرمت مخدرات را ضرر آن‌ها می‌داند. (۳/ ۳۶۸-۳۶۷)

شایان ذکر است که به طور کلی در مذهب امامیه، فقها بر حرمت استعمال مواد مخدر و روان‌گردان اتفاق نظر دارند. (باصری، ۶۱) و فقهای معاصر بر حرمت مواد مخدر اجماع دارند، برای نمونه می‌توان به دیدگاه برخی از فقها اشاره نمود: هرئین حرام است و ارتزاق به آن جایز نیست و اعتیاد به تریاک جایز نیست و معتاد در صورت عدم لزوم ضرر (یعنی اگر ضرر نداشته باشد) باید آن را ترك کند و خرید و فروش یا کشت منوط است به مقررات دولت اسلامی و تخلف جایز نیست. (خمينی، استفتانات: ۳۷-۳۵)

استعمال مواد مخدر و استفاده از آن‌ها مطلقاً حرام است، به خاطر ضررهای فردی و اجتماعی که بر آن‌ها مترتب است و به همین جهت خرید و فروش و جابجایی و نگهداری آن‌ها هم حرام است، مگر در مورد معالجه مرض، آن هم با تشخیص پزشک ماهر و مورد اعتماد که در این صورت، استعمال آن به مقدار ضرورت اشکالی ندارد. (خامنه ای، ۱۱۰) استعمال مواد مخدر و خرید و فروش آن‌ها حرام است و استعمال دخانیات نیز اگر زمینه اعتیاد را ایجاد کند، حرام است و معتاد در صورت عدم ضرر باید آن را ترك کند و خرید و فروش یا کشت منوط است به مقررات دولت اسلامی و تخلف جایز نیست. (لنکرانی، ۲۱۹)

اما حکم حرمت ملازمه‌ای با مسکر بودن مواد مخدر و روان‌گردان، ندارد. از این رو الحاق مواد مخدر و روان‌گردان به مسکرات و قلمرو حدود، صورت نمی‌گیرد و این امر با تفسیر مضیق قوانین جزایی و عدم جواز قیاس در حدود نیز همخوانی دارد.

#### ۴. تعزیر یا حد بودن تجارت مواد مخدر و روان‌گردان

همان گونه که در مواد قانون مبارزه با مواد مخدر، دیده می‌شود، مجازات‌ها برای حمل و نگهداری و خرید و فروش مواد مخدر است، برای پی بردن به حکم مربوط به تجارت مواد مخدر و روان‌گردان نیز باید به موارد همانند و نزدیک به آن یعنی آرای فقها درباره تجارت مسکرات مراجعه نمود.

نخستین نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد، آن است که؛ حکم تجارت مسکرات چیست تا در پی آن بتوان حکم تجارت مواد مخدر و روان‌گردان را استخراج نمود. درباره حکم به حرمت خرید و فروش خمر و مسکرات، میان فقها اختلافی دیده نمی‌شود، اما مسئله خرید و فروش مسکرات طی دو شاخه بیان شده است؛

**الف) خرید و فروش خمر (شراب انگوری):** مسلمین بر حرمت خمر به معنای شراب انگوری که

مست کننده باشد، اجماع دارند. (طوسی، خلاف، ۴۷۴/۵) از سویی یکی از اموری که موجب تحقق جرم ارتداد می‌شود، حلال شمردن یکی از محرّمات اجماعی همچون؛ مرده، خون، زنا، گوشت خوک، است که در این صورت اگر مرتد فطری باشد، کشته می‌شود وگرنه توبه داده می‌شود و اگر توبه نکرد، کشته می‌شود. (شهید اول، لمعه دمشقیه، ۲۴۲) با توجه به این دو حکم، روشن می‌شود که هر کس خمر را حلال بشمارد مرتد است و حکم مرتدین برای او اجرا می‌شود. (ابن ادریس حلی، ۴۷۶/۳) پس شراب انگوری از این جهت که مورد اتفاق همه مسلمین قرار دارد، از دیگر مسکرات جدا می‌شود.

اما حکم خرید و فروش خمر بستگی به اعتقاد طرفین معامله دارد؛ اگر با اعتقاد به حلیت خرید و فروش نماید، فقها دو دیدگاه را ارائه داده اند؛ گروهی معتقدند: هر کس خمر را خرید و فروش کند توبه داده می‌شود، بدون توجه به فطری یا ملی بودن، و گرنه کشته می‌شود. (طوسی، نهایه، ۷۱۳-۷۱۲، سلار، ۲۵۹) اما دیدگاه بهتر آن است که چون تحریم خمر از ضروریات دین اسلام است و هر ضروری که حلال شمرده شود، حلال شمارنده کافر است و چنین شخصی مرتد به شمار می‌آید و به ملی و فطری تقسیم می‌شود. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴۶۹/۱۴) و این دیدگاه با مبانی فقه سازگارتر است، زیرا توبه، ویژه مرتد ملی است و جدا کردن حکم ملی و فطری، دیدگاه درستی است.

اما اگر کسی فقط خمر را خرید و فروش نماید، بدون اعتقاد به حلیت، تحریمش معلوم نیست زیرا در شرایط اضطراری و برای حفظ جان نوشیدن خمر جایز است. (نجفی اصفهانی، ۴۶۷/۴۱) از این رو کسی که خمر را خرید و فروش می‌کند و حلال نمی‌شمارد، تعزیر می‌شود. (محقق اردبیلی، ۲۰۵/۱۳) پس خرید و فروش خمر فقط با اعتقاد به حلیت و با وجود شرایط ویژه آن، مستوجب مجازات مرگ است.

**ب) خرید و فروش دیگر مسکرات:** اما درباره مسکرات دیگر همچون فقاق که مسلمین بر حرمت آن‌ها اجماع ندارند، حلال شمارنده آن‌ها کشته نمی‌شود، چون شبهه وجود دارد و مسلمین درباره آن اختلاف دارند و بعضی آن را حلال می‌دانند و همین نکته برای کافر ندانستن کسی که آن را حلال می‌داند، کافی است، چون از ضروریات دین اسلام نیست. بلکه چنین شخصی به خاطر ارتکاب حرام، تعزیر می‌شود. (شهید ثانی، ۴۷۰/۱۴) پس خرید و فروش مسکرات بجز خمر موجب حکم قتل نیست، حتی اگر توبه نکند، بلکه تأدیب می‌شود. (علامه حلی، ۵۵۲/۳) مهم ترین و تنها دلیل تعزیر کسی که غیر خمر را خرید و فروش می‌نماید، اختلاف مسلمین درباره حرمت غیر خمر است که موجب می‌شود از ضروریات دین اسلام نباشد و مرتکب آن، مرتد شمرده نشود و گذشته از آن صرف خرید و فروش خمر موجب تعزیر است، پس به طریق اولی خرید و فروش غیر خمر نیز موجب تعزیر است و حد ندارد.

با توجه به حکم فقهی مسکرات و این که خرید و فروش غیر خمر، تعزیر دارد، حکم خرید و فروش



مواد مخدر و روان گردان روشن می‌شود، زیرا حتی اگر حرمت و مسکر بودن این مواد را با وجود اختلاف دیدگاه‌ها بپذیریم، باز هم خرید و فروش این مواد تعزیر خواهد داشت و مستوجب حد نیست، زیرا مصرف این مواد حتی اگر آن را ملحق به مسکرات بدانیم، یقیناً شرب خمر شمرده نمی‌شود و از ضروریات دین اسلام که حلال شمردنش منجر به ارتداد می‌شود نیز محسوب نمی‌گردند، پس حلال شمردن مواد مخدر و روان گردان موجب ارتداد نمی‌شود، از سویی زمانی که خرید و فروش مسکرات غیر خمر که برای بسیاری از آن‌ها نص شرعی داریم و حتی خمر که از ضروریات اسلام است، خرید و فروشش بدون اعتقاد به حلیت، مستوجب تعزیر است، به طریق اولی خرید و فروش مواد مخدر و روان گردان یقیناً مستوجب تعزیر است.

#### ۵. شرعی یا غیر شرعی بودن مجازات اعدام برای تجارت مواد مخدر

از آن جا که خرید و فروش مواد مخدر و روان گردان از تعزیرات شمرده می‌شود، باید به قواعد حاکم بر تعزیرات توجه نمود. قاعده حاکم بر میزان مجازات‌های تعزیری «التعزیر دون الحد است» که بر مبنای آن تعزیر در کمتر از حد ممکن است. (شیخ مفید، ۷۹؛ سید مرتضی، ۵۱۳، امام خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ۴۹۸) فقهای اهل سنت نیز در موارد تعیین تعزیر برای جرایمی مانند نزدیکی با چهارپایان، حکم تعزیر کم تر از حد را بیان نموده‌اند. (ابن حزم، ۱۱/۳۸۶؛ نووی، ۲۰/۲۸) و تعزیر بنابر تعریف مشهور به معنای کیفری است که شارع اندازه معینی برای آن مشخص نکرده است. (محقق حلی، ۴/۹۳۲) البته گاهی شارع اقدام به تعیین تعزیر نموده است، اما در موارد دیگر که شارع اقدام به تعیین مجازات نموده، امر تعزیر و تعیین مجازات تعزیری بر عهده حاکم قرار داده شده است، مشخص نمودن این که کدام گناهان موجب تعزیر هستند و تعیین مقدار مجازات تعزیری، بر عهده حاکم است. که از آن به «التعزیر بما یراه الحاکم» نام برده می‌شود. (عمید زنجانی، ۱۵۲)

با توجه به این مطالب و از آن جا که یکی از کیفرهایی که به طور یقینی از مجازات‌های حدی شمرده می‌شود، اعدام است. مهم‌ترین و کم‌ترین دستاورد حاصل از قاعده التّعزیر دون الحد، این است که هیچ کس را نمی‌توان از طریق تعزیر اعدام کرد. (محقق داماد، ۲۱۸) بر همین مبنا است که هیچ یک از فقهای شیعه به جواز قتل مجرمین به عنوان تعزیر، فتوا نداده‌اند. (انصاری، ۲۳۶) زیرا اعدام از جمله مجازات‌های حدی است و حاکم موظف است، در صدور حکم به مجازات تعزیری، ملاک کمتر از حد را رعایت نماید.

با این مقدمات روشن می‌شود؛ تعیین مجازات اعدام برای جرمی که تعزیری شمرده می‌شود، با مبانی

فقهی سازگاری چندانی ندارد و از دیگر سو با توجه به قاعده احتیاط در دماء و این که چنین مجازاتی باید به طور یقینی و با ادله یقینی صادر گردد، با ایراد جدی مواجه است و این قانون نیازمند بازبینی است. زیرا مستندی از جمله دلیل قطعی یا اماره شرعی برای صدور حکم اعدام به خاطر ارتکاب جرایم مواد مخدر وجود ندارد، در نتیجه درباره جواز یا عدم جواز صدور حکم تردید ایجاد می‌شود و در این باره قاعده احتیاط در دماء، مجرای عمل می‌یابد و بر طبق آن بدون دلیل یقینی نمی‌توان چنین حکمی را قانون گذاری و در پی آن اجرا نمود، از این رو بهتر است قانون گذار برای حل این مشکل اقدام به تعیین مجازات‌های دیگری برای این گونه جرایم بنماید. تعیین مجازات مرگ برای یک جرم تعزیری؛ آن هم حمل و جابجایی مواد مخدر، به این صورت و با این گستردگی، به شدت با قاعده احتیاط در دماء، تعارض دارد و این قاعده مانعی جدی برای اجرای چنین مجازاتی است.

قانون گذار در تعیین مجازات‌های تعزیری با محدودیتی که در تعیین مجازات‌های حدی روبرو است، روبرو نمی‌باشد، زیرا تعیین آن به حاکم سپرده شده است. اگر ایراد گرفته شود که حاکم به عنوان تعزیر می‌تواند اقدام به مجازات اعدام نماید، باید به این نکته توجه نمود که؛ حتی اگر اعدام در تعزیر را هم روا بدانیم، قاعده درء به عنوان مانعی برای تعیین و اجرای مجازات مرگ برای تجارت مواد مخدر و روان گردان، وجود دارد. زیرا در قانون مبارزه با مواد مخدر و تعیین مجازات مرگ برای برخی از مرتکبین این جرایم، از آن جا که فقها درباره خرید و فروش مشروب بدون اعتقاد به حلیت، حکم به عدم اجرای حد داده اند. (طوسی، النهایه، ۷۱۲) قانون گذار با تردید روبرو می‌شود و این حکم، واردکننده شبهه جدی بر تدوین و وضع چنین موادی است، آن هم درباره مواد مخدر و روان گردان که درباره الحاق یا عدم الحاق آن به مسکرات اختلاف وجود دارد. با وجود شبهه برای قانون گذاری و اجرای مجازات اعدام برای مرتکبین تجارت مواد مخدر و روان گردان، قاعده درء مانع این روند خواهد بود و مواد مربوط به مجازات اعدام در قانون مبارزه با مواد مخدر نیازمند بازبینی و اصلاح است، اما مجازات‌های حبس و جزای نقدی چون تعزیری و وابسته به دیدگاه حاکم اسلامی است، از این جنبه با ایراد و اشکالی روبرو نیستند.

### ۶. مفسد فی الارض بودن یا نبودن قاچاقچی مواد مخدر

شاید برخی این اشکال را مطرح نمایند که حکم اعدام قاچاق مواد مخدر به خاطر افساد فی الارض است! در پاسخ به این دیدگاه می‌توان گفت: درباره تعریف و تعیین قلمرو جرم افساد فی الارض و این که آیا این جرم جدا از محاربه است و یا یکسان هستند، میان فقها دیدگاه‌های گوناگونی مطرح است و در این باره اتفاق ندارند.

گذشته از روایات، مستند اصلی جرم انگاری محاربه و افساد فی الارض، قرآن کریم است که می‌فرماید: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأُولُجُهِمْ مِنْ خِلَافِ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» (مائده: ۳۳) «سزای کسانی که با [دوستاناران] خدا و پیامبر او می‌جنگند و در زمین به فساد می‌کوشند، جز این نیست که کشته شوند یا بر دار آویخته گردند یا دست و پایشان در خلاف جهت یکدیگر بریده شود یا از آن سرزمین تبعید گردند، این، رسوایی آنان در دنیا است و در آخرت عذابی بزرگ خواهند داشت.»

در این آیه خداوند بلندمرتبه پس از بیان «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ» جمله «يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» آمده است که مشخص می‌کند منظور از محاربه، فساد در زمین است از راه اخلال در امنیت عمومی و راهزنی، و امنیت عمومی فقط با ایجاد ترس عمومی و قرار گرفتن ترس به جای امنیت، مختل می‌شود. ترس عمومی نیز طبعاً و عادتاً فقط از راه به کارگیری سلاح و تهدید به قتل ایجاد می‌شود، از این روست که فساد در زمین در روایات به کشیدن شمشیر و سلاح‌های کشنده دیگر تفسیر شده است. (طباطبائی، ۱۲۷-۱۲۶) پس این آیه به جرم محاربه اشاره نموده و افساد فی الارض را ویژگی آن دانسته، یعنی این آیه یک جرم را بیان می‌نماید، محاربه به قصد افساد فی الارض که این برداشت با روایات و فهم فقها هماهنگ است. (هاشمی، ۱۹۶-۱۹۵) پس این آیه فقط محاربه را بیان می‌کند، حتی اگر محاربه را جرمی جداگانه بدانیم، در این آیه نوع خاصی از افساد فی الارض بیان شده است. با استناد به این آیه تنها می‌توان قاچاق مسلح مواد مخدر که موجب ترس مردم و سلب امنیت شود را جرم انگاری نمود.

البته در آیه پیشین نیز به افساد فی الارض اشاره شده است؛ «مَنْ أُجِلَّ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّفْسَ جَمِيعَةً» (مائده: ۳۲)

مفسران ذیل این آیه بیان نموده اند که؛ فساد در زمین فقط با حرب الله و رسول او و ناامنی راههاست، بنابراین آن چه خداوند بلندمرتبه در آیه بعد فرموده است. (طبرسی، ۳/۳۲۲؛ طوسی، تبیان، ۳/۵۰۳) پس این آیه توسط آیه بعد تفسیر به محاربه شده است و این آیه نمی‌تواند مستند جرم افساد فی الارض قرار گیرد.

آیا می‌توان با استدلال به این آیه، افساد فی الارض را جرم جداگانه و موجب مجازات اعدام دانست؟ آیا افساد فی الارض عنوانی عام است و جرایم توزیع مواد مخدر و... را در بر می‌گیرد؟ به نظر می‌رسد، نمی‌توان چنین استدلالی نمود، زیرا این آیه بیش از این دلالت ندارد که حکم حرمت قتل نفس در پاره‌ای از موارد یعنی در مواردی که قتل نفس در مقابل قتل نفس یا افساد در زمین باشد، منتفی است، اما بیان شروط

و قیود قتل نفس در برابر نفس و افساد، در این آیه بیان نشده است و باید از ادله دیگر به دست آورد، شاید قید محاربه که در آیه بعد و روایات بیان شده است، شرط باشد. (هاشمی، ۱۹۹) پس با استناد به این آیه نمی‌توان مجوز قتل مفسد فی الارض را صادر نمود، زیرا بلافاصله آیه بعد درباره محاربه که قصد افساد فی الارض داشته محکوم به قطع، صلب، تبعید یا اعدام، شده است که درباره تعیین مجازات اعدام برای مفسد، ایجاد شبهه می‌نماید و همین شبهه به خاطر قاعده درء، برای عدم جواز تعیین مجازات اعدام کافی است.

از سویی فقها در پاره‌ای موارد، حکم به مجازات مجرم به عنوان افساد فی الارض داده اند، اما تنها گاهی و در برخی موارد خاص، مانند کسی که عادت به قتل کفار ذمی کرده باشد، حکم به اعدام مفسد فی الارض داده اند. (شهیدثانی، شرح لمعه، ۵۵/۱۰) که خود نشانگر آن است که فقها نیز بر تعیین اعدام مفسد فی الارض چنین اتفاق نظری ندارند.

پس از دیدگاه فقها درباره استقلال یا عدم استقلال این جرم، اختلاف نظر است و هیچ یک از فقهای امامیه برای این جرم باب جداگانه‌ای را اختصاص نداده است و از سویی درباره قلمرو این جرم نیز اختلاف است، تا جایی که برخی محققان تشخیص مصادیق و تعریف مفسد فی الارض را عرفی دانسته اند، مبنی بر این که: اقدام به هر عملی با قصد به فساد کشاندن گسترده جامعه اسلامی و تلاش در راستای بر هم زدن امنیت نظام اسلامی، افساد فی الارض است. (گلدوزیان، ۲۶۸) که به نظر می‌رسد، نمی‌توان مشخص شدن قلمرو جرمی حدی و بر طبق قانون مجازات اسلامی، موجب مجازات مرگ را به عرف واگذار نمود. رویه شارع بر آن است که در جرایم حدی، تمام شرایط لازم برای تحقق یک رفتار مجرمانه، شیوه اثبات و حتی چگونگی اجرای مجازات را به طور دقیق، بیان نماید. پس چنین برداشتی با رویه شارع درباره جرایم حدی همخوانی ندارد.

با توجه به اختلافات موجود درباره میزان مجازات مفسد فی الارض و قلمرو آن، درباره جرم انگاری مستقل و تعیین مجازات برای این جرم اتفاق نظر وجود ندارد، پس قاعده درء در این جا حکم به عدم مجازات در موارد مشکوک می‌دهد، به ویژه آن که درباره مجازات اعدام، قاعده احتیاط در دماء نیز مانع حکم مرگ در موارد مشکوک است، پس بهترین گزینه آن است که در چنین مواردی به قدر متیقن اکتفا شود و آن یکسان دانستن جرم محاربه و افساد فی الارض است یا در صورت جدا نمودن آن‌ها، اکتفا به موارد حداقلی است، زیرا اگر هدف شارع جرم انگاری مستقل مفسد فی الارض به طور گسترده بود، در کتاب و سنت به آن اشاره دقیق و بدون ابهام صورت می‌گرفت.

به هر صورت، از ارکان اصلی جرم محاربه و افساد، ایجاد ناامنی است در حالی که تجارت مواد

مخدر چنین اثری ندارد. باز هم تنها قاچاقچیان مسلح که سلاح کشیده اند، بر طبق قانون مجازات اسلامی و فقه اسلامی به قلمرو جرم محاربه نزدیک تر هستند تا افساد فی الارض، زیرا شاید جهت ترساندن مردم و حمل و نقل راحت مواد اقدام به چنین کاری نمایند. گروهی که به صورت باند و سازمان یافته اقدام به قاچاق می کنند، در صورت گستردگی عملکرد، در قلمرو افساد فی الارض قرار می گیرند. از این رو مانع مهم فقهی در جرم انگاری و تعیین مجازات اعدام برای جرایم مواد مخدر نمایان می شود و آن قاعده درء است که حکم به درء حدود به واسطه وجود شبهه می نماید، از این رو نمی توان تجارت مواد مخدر را افساد فی الارض و موجب اعدام دانست. از سوی دیگر بر طبق قاعده احتیاط در دماء نیز درباره مجازات مرگ باید به قدر متیقن اکتفا نمود و در موارد مشکوک باید از صدور و اجرای حکم اعدام خودداری نمود و قدر متیقن از افساد فی الارض، تجاوز به جان و مال و ناموس مردم و سلب امنیت از جامعه است و چنین معنایی، آن هم به سختی، شامل باندهایی که به طور گسترده و شبکه ای کار می کنند، می شود.

از دیدگاه قانونی نیز در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۲۸۶ مفسد فی الارض به این صورت تعریف شده است؛ «هر کس به طور گسترده مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اختلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آن ها گردد، به گونه ای که موجب اختلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه فحشا در حد وسیع گردد مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می گردد.» با توجه به این ماده، حتی اگر بپذیریم مجازات مفسد فی الارض اعدام است و قاچاق مواد مخدر را به قلمرو این جرم بیفزاییم، از دیدگاه عنصر قانونی جرم بسیاری از مواد قانون جرایم مواد مخدر، با اشکال و ایراد روبرو هستند، زیرا در ماده ۲۸۶ ق.م.ا قانون گذار برای تحقق جرم افساد فی الارض، گستردگی عمل مجرمانه، ایجاد اختلال شدید در نظم عمومی کشور و یا ورود خسارت عمده را لازم دانسته است، در حالی که در موادی از قانون جرایم مواد مخدر، بدون وجود چنین عناصری حکم به مجازات مرگ صادر شده است. به طور مثال:

ماده ۲: هر کس مبادرت به کشت خشخاش یا کوکا کند و یا برای تولید مواد مخدر یا روان گردان های صنعتی غیر داروئی به کشت شاهدانه بپردازد، علاوه بر امحاء کشت بر حسب میزان کشت به شرح زیر مجازات خواهد شد: ... ۱- بار اول، ده تا صد میلیون ریال جریمه نقدی ... ۴- بار چهارم، اعدام.

ماده ۴: هر کس بنگ، چرس، گراس، تریاک، شیر، سوخته، تفاله تریاک و یا دیگر مواد مخدر یا روان

گردان‌های صنعتی غیر داروئی که فهرست آن‌ها به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد را به هر نحوی به کشور وارد و یا به هر طریقی صادر یا ارسال نماید یا مبادرت به تولید، ساخت، توزیع یا فروش کند یا در معرض فروش قرار دهد با رعایت تناسب و با توجه به مقدار مواد مذکور به مجازات‌های زیر محکوم می‌شود:

۱- تا پنجاه گرم، تا چهار میلیون ریال جریمه نقدی و تا پنجاه ضربه شلاق...

۴- بیش از پنج کیلوگرم، اعدام و مصادره اموال ناشی از همان جرم.

تبصره- ... در اوزان بالای بیست کیلوگرم مرتکبین تحت هر شرایطی اعدام می‌شوند.

ماده ۵: « هرکس تریاک و دیگر مواد مذکور در ماده ۴ را خرید، نگهداری، مخفی یا حمل کند با رعایت تناسب و با توجه به مقدار مواد و تبصره ذیل همین ماده به مجازات‌های زیر محکوم می‌شود:

۱- تا پنجاه گرم، تا سه میلیون ریال جریمه نقدی و تا پنجاه ضربه شلاق...

۶- بیش از یکصد کیلوگرم، علاوه بر مجازات جریمه نقدی و شلاق مقرر در بندهای ۴ و ۵ حبس ابد و در صورت تکرار اعدام و مصادره اموال ناشی از همان جرم...

ماده ۶ - ... چنانچه در نتیجه تکرار جرائم موضوع بندهای مذکور از ماده ۴ میزان مواد به بیش از پنج

کیلوگرم برسد مرتکب به مجازات اعدام و مصادره اموال ناشی از همان جرم محکوم می‌شود و ...

ماده ۸ - هر کس هروئین، مرفین، کوکائین و دیگر مشتقات شیمیایی مرفین و کوکائین و یا لیزرژیک اسید دی اتیل آمید (ال.اس.دی)، متیلن دی اکسی مت آمفتامین (ام.دی.ام.آ. یا آکستاسی)، گاما هیدروکسی بوتیریک اسید (جی.اچ.بی)، فلونیتراپام، آمفتامین، مت آمفتامین (شیشه) و یا دیگر مواد مخدر یا روان‌گردان‌های صنعتی غیرداروئی که فهرست آنها به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد را وارد کشور کند و یا مبادرت به ساخت، تولید، توزیع، صدور، ارسال، خرید یا فروش نماید و یا در معرض فروش قرار دهد و یا نگهداری، مخفی یا حمل کند با رعایت تناسب و با توجه به میزان مواد به شرح زیر مجازات خواهد شد.

۱- تا پنج سانتی گرم، از پانصد هزار ریال تا یک میلیون ریال جریمه نقدی و بیست تا پنجاه ضربه شلاق...

۶- بیش از سی گرم، اعدام و مصادره اموال ناشی از همان جرم...

ماده ۹: مجازات‌های مرتکبین جرائم مذکور در بندهای ۱ تا ۵ ماده ۸ ... چنانچه در مرتبه چهارم مجموع مواد مخدر در اثر تکرار به سی گرم برسد مرتکب در حکم مفسد فی الارض است و به مجازات اعدام محکوم می‌شود. حکم اعدام در صورت مصلحت در محل زندگی محکوم و در ملاء عام اجرا خواهد

شد. چنانچه مجموع مواد مخدر در مرتبه چهارم در اثر تکرار به سی گرم نرسد مرتکب به چهل تا شصت میلیون ریال جریمه نقدی ده تا پانزده سال حبس و سی تا هفتاد و چهار ضربه شلاق محکوم می‌شود. ماده ۱۱: مجازات اعدام به قاچاق مواد مخدر یا روان‌گردان‌های صنعتی غیر دارویی موضوع این قانون به طور مسلحانه اعدام است و حکم اعدام در صورت مصلحت در محل زندگی مرتکب در ملاء عام اجرا خواهد شد.

ماده ۱۸: هرکس برای ارتکاب هر یک از جرائم موضوع این قانون، اشخاصی را اجیر کند یا به خدمت گمارد و یا فعالیت آنها را سازماندهی و یا مدیریت کند و از فعالیت‌های مذکور پشتیبانی مالی یا سرمایه‌گذاری نماید، در مواردی که مجازات عمل مجرمانه حبس ابد باشد به اعدام و مصادره اموال ناشی از ارتکاب این جرم و در سایر موارد به حداکثر مجازات عمل مجرمانه، محکوم می‌شود. مجازات سرکرده یا رئیس باند یا شبکه اعدام خواهد بود.

ماده ۳۵: هرکس اطفال و نوجوانان کمتر از هجده سال تمام هجری شمسی و افراد محجور عقلی را به هر نحو به مصرف و یا به ارتکاب هر یک از جرائم موضوع این قانون وادار کند و یا دیگری را به هر طریق مجبور به مصرف مواد مخدر یا روان‌گردان نماید و یا مواد مذکور را جبراً به وی تزریق و یا از طریق دیگری وارد بدن وی نماید به یک و نیم برابر حداکثر مجازات قانونی همان جرم و در مورد حبس ابد به اعدام و مصادره اموال ناشی از ارتکاب این جرم محکوم می‌شود. در صورت سایر جهات از جمله ترغیب، مرتکب به مجازات مباشر جرم محکوم می‌شود.

همان گونه که در این مواد قانونی دیده می‌شود، قانون‌گذار تنها به میزان مواد مخدر کشف شده، توجه نموده و آن را مبنا و ملاک تعیین مجازات اعدام قرار داده است که با مبانی فقهی و قانونی همخوانی ندارد، زیرا قانون‌گذار قیدهای شدید و عمده را لازم دانسته و چنین اموری با مقدار مواد مکشوفه روشن نمی‌شود و از دیدگاه فقهی نیز تجارت مواد مخدر یک جرم تعزیری است و مفسد فی الارض بر شمردن این جرم، آن هم با مسامحه کامل باند و تشکیلات گسترده می‌تواند بشود. از این رو نمی‌توان مجرمی که ۵ کیلوگرم مواد مخدر به همراه دارد را مفسد فی الارض دانست و به اجرای حکم اعدام اقدام نمود.

## ۷. نقدی بر طرح الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر

نمایندگان مجلس شورای اسلامی یک فوریت طرح «الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر» را که منجر به کاهش موارد اعدام در این جرایم می‌شود را در آذرماه ۱۳۹۵، تصویب کردند که در صورت تصویب نهایی این طرح، یک ماده به شرح زیر به عنوان ماده ۴۶ به قانون مبارزه با مواد مخدر الحاق

می‌شود.

«مرتکبان جرایم مرتبط با مواد مخدر در موارد زیر مفسد فی الارض محسوب شده و در سایر موارد که اعدام و حبس ابد در نظر گرفته شده است، به بیش از ۲۵ سال تا ۳۰ سال حبس درجه یک محکوم می‌شوند:

الف - مواردی که مباشر جرم یا حداقل یکی از شرکا حین ارتکاب، سلاح گرم همراه داشته یا سلاح سرد و یا گرم کشیده باشند.

ب - مواردی که مرتکب بر اساس ماده ۱۸ این قانون یا ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی، سردسته گروه مجرمانه سازمان یافته باشد.

پ - مواردی که مرتکب سابقه محکومیت به اعدام یا ۱۰ سال حبس یا بیش از آن یا گذراندن حداقل پنج سال حبس به علت ارتکاب جرایم موضوع قانون مواد مخدر را داشته باشد.

ت - ساخت یا تولید یا وارد کردن مواد موضوع ماده ۸ این قانون به کشور، مشروط بر آنکه بیش از ... کیلوگرم باشد».

حجم مواد حمل شده در بند «ت» این ماده در کمیسیون حقوقی و قضایی تعیین خواهد شد.

همچنین بر اساس تبصره این ماده «در مورد جرایم موضوع این قانون که حبس بیش از دو سال دارد، مرتکب الزاماً باید حداقل مجازات قانونی را طی کند و کمتر از این مدت، به جز تبصره ماده ۳۸ این قانون، مشمول معافیت، تخفیف، تبدیل، آزادی مشروط، مرخصی از زندان و سایر نهادهای ارفاقی نخواهد شد. در صورتی که حکم به مجازات بیش از حداقل مجازات قانونی باشد، دادگاه می‌تواند بخشی از مجازات حبس را پس از گذراندن حداقل مجازات قانونی به مدت ۱۰ الی ۱۵ سال تعلیق کند. این قانون شامل دارندگان محکومیت قطعی فعلی نیز می‌شود».

یک فوریت این طرح با ۱۴۷ رأی موافق، ۲۱ رأی مخالف و ۴ رأی ممتنع از مجموع ۱۹۵ نماینده حاضر در صحن به تصویب رسید و کلیات و جزئیات آن نیز پس از بررسی و تصویب در کمیسیون حقوقی و قضایی در صحن مجلس بررسی خواهد شد.

تصویب این طرح گام مؤثری در راه کاهش اعدام جرایم مواد مخدر است، اما مشکلی که در این ماده وجود دارد، آن است که؛ گسترش قلمرو جرم افساد فی الارض که یک جرم حدی است، در آن صورت گرفته که از چند جنبه ایراد دارد؛

در بند الف، صرف به همراه داشتن سلاح گرم، حتی اگر آشکار نباشد، موجب تحقق افساد فی الارض شده است، در حالی که گسترده بودن و ایجاد ناامنی از لوازم تحقق جرم افساد فی الارض است، پس بهتر



است، این بند حذف شود و یا در صورت آشکار شدن سلاح و سلب امنیت و ترسیدن مردم، مرتکب در قلمرو جرم محاربه قرار گیرد.

در بند پ این ماده، تنها وجود یک بار سابقه تحمل حبس، موجب تحقق افساد فی الارض دانسته شده است، بر چه مبنایی؟ چگونه یک بار انجام یک عمل مجرمانه، موجب تحقق جرمی حدی که قانون گذار، مجازات اعدام را برای آن تعیین نموده است، می شود؟ با توجه به این که قانون گذار در تعریف مفسد فی الارض از قیود؛ گسترده و شدید، استفاده کرده است، چنین الحاقی به نظر صحیح نمی آید. از سویی حتی فقهایی که درباره شخصی که عادت به قتل اهل ذمه نموده است، با وجود اختلاف در مفسد فی الارض بودن چنین شخصی، درباره این که انجام عمل مجرمانه برای بار دوم یا سوم، موجب تحقق افساد فی الارض است، اختلاف دارند. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴۱۶: ۱۴۴) این ایراد بر بند پ وارد است که قاعده درء، در چنین مواردی مانع صدور و اجرای حکم اعدام است. از این رو این شبهه به میان می آید که آیا می توان به صرف یک بار محکومیت و تحمل مجازات و تکرار عمل برای بار دوم، شخص را مفسد فی الارض دانست یا در مرتبه سوم چنین چیزی به واقع نزدیک تر است که با توجه به قاعده درء و این که بنای حدود بر تخفیف است، دست کم باید این حکم به مرتبه سوم اختصاص یابد یا به طور کلی این بند، حذف گردد.

و در بند ت باز هم مقدار و کمیت مواد مکشوفه به عنوان مبنایی برای جرم افساد فی الارض دانسته شده است، در حالی که کمیت مواد، هیچ ملاک و مبنایی برای تعیین گسترده بودن جرم و قصد ایجاد فساد و اخلال در جامعه نیست... این امور با تفسیر مضیق قوانین جزائی و عدم جواز قیاس در حدود، همخوانی ندارد. درباره تعیین مجازات اعدام باید به قدر متیقن اکتفا نمود، زیرا مهم ترین مانع برای تدوین این سه بند، قاعده احتیاط در دماء است که در موارد غیر یقینی باید از صدور حکم به قتل خودداری نمود.

### نتیجه گیری

هدف از تعیین و اجرای مجازات، پیشگیری عام و خاص و کاستن از آمار جرم است، اما درباره تجارت مواد مخدر با وجود سالها برخورد سخت و اعدام های فراوان، چنین کاهشی دیده نمی شود، زیرا تجارت پرسود مواد مخدر بسیار فریبنده است و مجرمین، به ویژه طبقه متوسط و فقیر، از آن چشم پوشی نمی کنند و این یعنی ناکارآمدی مجازات اعدام و از سوی دیگر، این شیوه برخورد موجب شده آمار اعدام در ایران به شدت افزایش یابد و در نتیجه تلاش های جمهوری اسلامی ایران برای مقابله با تجارت مواد مخدر، دیده نشود، زیرا سایه اعدام هزاران انسان بسیار سنگین تر از آن است که کسی به علت آن توجه نماید.

کنکاشی در مبانی فقهی جرم انگاری مواد مخدر، این نکته را به روشنی می‌نمایاند که تجارت مواد مخدر یک جرم تعزیری است و در نتیجه قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران حق تعیین مجازات اعدام را برای این دسته جرایم، به دلیل قاعده «التعزیر دون الحد» ندارد و تنها در صورتی می‌تواند اقدام به مجازات اعدام، آن هم با اما و اگرهای فراوان، نماید که تجارت مواد مخدر ذیل عنوان مجرمانه افساد فی الارض قرار گیرد، که جرم انگاری آن نیز با ایراد روبرو است و نیازمند پژوهشی جداگانه می‌باشد، که در آن صورت نیز تنها برخی از مواردی که جرم قاچاق مواد مخدر موجب سلب امنیت گردد و به صورت گسترده و به قصد اختلال در امنیت کشور باشد، می‌تواند موجب مجازات اعدام گردد، نه این که بر مبنای مقدار مواد مکشوفه حکم به اعدام تعیین و اجرا گردد.

از سویی مجرم انسان است و شارع مقدس اسلام به حفظ جان اهتمام ویژه‌ای دارد و نمی‌توان بدون مبنایی از قرآن و سنت به مرگ یک انسان حکم داد، زیرا شارع با توجه به این که در مجازات‌ها مسئله جان و مال و آبروی انسان‌ها در میان است، با تعیین قاعده درء الحد و احتیاط در دماء، فروج و اموال، که حکم این قواعد متوجه قانون‌گذار نیز می‌باشد، قانون‌گذار را در تعیین و اجرای مجازات محدود نموده است. درباره مجازات اعدام در مواد مخدر نیز این قواعد حاکم می‌باشند، زیرا تجارت مواد مخدر یک جرم تعزیری است و تعیین مجازات اعدام برای آن با شبهه روبرو است و به موجب قاعده احتیاط در دماء نیز در چنین مواردی باید از حکم به اعدام و تهجم به دماء خودداری نمود. اما متأسفانه قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران بدون توجه به این قواعد فقهی، اقدام به اعدام گسترده مرتکبین تجارت مواد مخدر نموده که شایسته است هر چه سریع‌تر با قانون‌گذاری صحیح و جایگزینی مجازات‌های دیگر به جای اعدام، این قانون را اصلاح نماید و شدت عمل در برخورد با چنین مجرمینی را به گونه‌ای دیگر، همچون ممنوعیت عفو اعمال نماید.

در طرح یک فوریتی نیز که توسط مجلس تصویب شده، هر چند به محدودیت و نظام مند شدن مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر می‌انجامد، اما باز هم وجود یک بار سابقه محکومیت و اجرای حکم حبس مواد مخدر و یا میزان مواد مکشوفه در مواردی موجب مجازات اعدام دانسته شده که با مبانی فقهی و قواعد فقهی درء و احتیاط در دماء، ناهمخوان است و بهتر است، اکنون که گامی برای اصلاح این قانون برداشته شده است، این گام به طور شایسته برداشته شود و تا حد امکان این مجازات محدود گردد و بر مبنای فقهی و حقوقی صحیح بنیان نهاده شود، یعنی یا به طور کامل و بر مبنای احتیاط در دماء، این مجازات حذف گردد که کاری به جا و پسندیده خواهد بود و یا طبق قانون جدید مجازات اسلامی و تعریفی که از مفسد فی الارض شده است، فقط محدود به پخش‌کننده‌هایی در سطح گسترده در کشور، اختصاص

یابد و تکرار در مرتبه سوم و یا چهارم را منجر به اعدام بدانند تا چهره نیک و درستی از اسلام و قوانین اسلامی آن گونه که بایسته است، در قوانین جمهوری اسلامی ایران، نمایان شود و جان بسیاری از انسان‌ها، بدون استناد شرعی گرفته نشود.

## منابع

- قرآن کریم، ترجمه محمد مهدی فولادوند.
- ابن ادريس حلی، احمد، السرائر، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن حزم اندلسی، ابي محمد علی بن أحمد، المحلی، بی جا: دارالفکر، بی تا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دارالعلم، ۱۴۱۴ق.
- اصفهانى، حسین بن محمد راغب، مفردات الفاظ قرآن، لبنان- سوریه: دارالعلم، دارالشامیه، ۱۴۱۲ق.
- انصاری قدرت الله، انصاری، محمدجواد، بهشتی، ابراهیم، طباطبائی، علی اکبر، تعزیرات، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶.
- باصری، علی اکبر، مواد مخدر در منابع فقهی و فتاوی مراجع تقلید عظام، چاپ سوم، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.
- خامنه ای، سیدعلی، اجوبة الاستفتائات، بیروت: الدارالاسلامیه للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ق، ۱۹۹۹م.
- خمینی، روح اله، استفتائات، چاپ پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ق.
- خمینی، روح اله، تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- سلار بن عبدالعزیز، المراسم العلویة، قم: المعاونه الثقافیه للمجمع العالمی لأهل البیت (ع)، ۱۴۱۴ق.
- سید مرتضی علم الهدی، سید حسین، الانتصار، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان، المقنعة، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، قم: کتاب فروشی مفید، بی تا.
- ، اللمعة الدمشقية، قم: منشورات دارالفکر، ۱۴۱۱ق.
- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، قم: منشورات جامعه النجف الدینیة، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، مسالك الأفهام فی شرح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶ق.
- صدر، محمد باقر، بحوث فی شرح العروة الوثقی، نجف: مطبعة الاداب، ۱۹۷۱م، ۱۳۹۱ق.
- طباطبائی، محمدحسین، المیزان، قم: منشورات جماعه المدرسين فی حوزه العلمیه، بی تا.
- طبرسی، ابي علی الفضل بن حسن، مجمع البیان، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۹۹۵م، ۱۴۱۵ق.

- طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن، **الخلافت**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ق.
- \_\_\_\_\_، **النهاية**، قم: قدس محمدی، بی تا.
- \_\_\_\_\_، **تبیان**، بی جا: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۹ق.
- طیار، عبدالله بن محمد، **المخدرات فی فقه الاسلامی**، چاپ دوم، دار ابن جوزی، ریاض، ۱۴۱۸ق/ ۱۹۹۷م.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، **قواعد الاحکام**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- فتحی بهنسی، احمد، **الموسوعة الجتائیة فی الفقه الاسلامی**، بیروت: دار النهضة العربیة، ۱۴۱۲ق.
- قانون مبارزه با مواد مخدر.**
- قانون مجازات اسلامی.**
- قرافی، شهاب الدین أحمد بن ادريس، **الفروق**، بی جا: عالم الکتب، بی تا.
- گلدوزیان، ایرج، احمدزاده، ابوالفضل، **بررسی تعریف جرم محاربه و افساد فی الارض در فقه و حقوق با رویکردی به لایحه پیشنهادی قانون مجازات اسلامی**، تهران: فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ش ۱، ۲۷۰-۲۵۵، ۱۳۸۸.
- محقق اردبیلی، احمد، **مجمع الفائدة و البرهان**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، **شرايع الاسلام**، تهران: استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه بخش جزایی**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.
- عمید زنجانی، عباسعلی، **قواعد فقه بخش حقوق جزا**، تهران: سمت، ۱۳۸۶.
- هاشمی، محمود، **محارب کيست و محاربه چيست**، فقه اهل بیت، شماره ۱۱ و ۱۲: ۱۴۳-۲۰۰، ۱۳۷۶.
- هلالی، سعد الدین مسعد، **التأصيل الشرعی للخمر و المخدرات دراسة فقهية مقارنة**، کویت: المنظمه الاسلامیه للعلوم الطیبیه، ۱۴۲۱ق/ ۲۰۰۱م.
- نجفی اصفهانی، محمد حسن، **جواهر الکلام**، چاپ دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳.
- نووی، محی الدین، **المجموع**، بی جا: دارالفکر، (بی تا).
- لنکرانی، محمد فاضل موحدی، **جامع المسائل**، قم: انتشارات امیر قلم، (۱۴۲۵ق)

## تعمیم شفعه به سایر عقود معاوضی\*

سیاوش گودرزی<sup>۱</sup>

دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا، دانشگاه خوارزمی تهران

Email: siavash.goodarzi@stu.um.ac.ir

دکتر عباسعلی سلطانی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: soltani@um.ac.ir

دکتر محمد رضا علمی سولا

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: elmisola@um.ac.ir

سید جلال موسوی نسب

مریی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

Email: mousavinasab@pnu.ac.ir

### چکیده

حق شفعه در فقه و حقوق موضوعه یکی از اسباب تملک و موضوع ماده ۱۴۰ قانون مدنی است. از جمله شروط اساسی ایجاد حق شفعه انتقال حصه شریک به وسیله عقد بیع است که مشهور فقها و قانون مدنی بر آن تأکید دارند. در این مقاله نخست شروط اساسی ثبوت این حق بر شمرده شده و دیدگاه‌های متفاوت در مورد این شروط بیان شده است. در پی آن، مستندات قول مشهور نقد و بررسی شده و با توجه به تعلیل مذکور در روایات و نیز غرض قطعی شارع یعنی نفی ضرر و همچنین لزوم قانون‌گذاری صحیح و اجتناب از باز گذاشتن راه حيله و نیرنگ، این نتیجه بدست آمده است که حق شفعه عمومیت داشته و در سایر عقود معاوضی نیز راه دارد.

### کلیدواژه‌ها:

شفعه، بیع، عقد معاوضی، لاضرر.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۵/۰۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۱/۲۹.

۱. نویسنده مسئول

## مقدمه

اعمال حقوقی به دودسته مهم قراردادها یا اعمالی که با تراضی واقع می‌شوند و ایقاعات یا اعمالی که با اراده یک نفر واقع می‌شوند، تقسیم می‌شوند. ایقاعات در زندگی اجتماعی نقشی بسیار مهم و غیرقابل انکار دارند. یکی از ایقاعات بسیار مهم، حق شفعه است که در فقه و حقوق مدنی راجع به احکام و آثار آن بحث‌های فراوانی صورت گرفته است. ولی حق شفعه با توجه به اینکه حقی استثنائی بوده و همواره به صورت محدود و مضیق تفسیر شده و عدم همخوانی با برخی قواعد عمومی حاکم بر قراردادها حتی تا اوایل قرن پنجم هجری، در میان ابواب فقه، سرگردان بود و هریک از مولفان آن را درجایی قرار می‌دادند. در اواخر قرن پنجم آن را پس از باب غصب قراردادند، شاید به خاطر آنکه تصرف غاصب و شفیع، به‌رغم رضای مالک صورت می‌گیرد. اما این دیدگاه صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا غصب خلاف شرع است ولی شفعه شرعاً جایز است. همان‌گونه که گفتیم حق شفعه همواره به‌عنوان یک حکم خلاف اصل در میان فقها و حقوقدانان مطرح بوده و هست و بر اساس این تفکر، همواره این حق را به‌طور بسیار محدود تفسیر کرده‌اند. قانون مدنی استثنایی‌ترین چهره ممکن در مورد حق شفعه را پذیرفته و در ماده ۸۰۸ چنین مقرر داشته که «هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دونفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به‌قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند». این ماده در مقام بیان شرایط ایجاد حق شفعه آن را مختص اموال غیر منقول، قابل تقسیم، مشاع میان فقط دو نفر و انتقال به‌قصد بیع نموده است. برای بررسی بهتر شرایط ایجاد حق شفعه ابتدا باید مبانی فقهی قانون مدنی در مورد شرایط مذکور را به‌طور خلاصه تبیین کنیم، تا ببینیم آیا در فقه امامیه که الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی بوده نیز همگان اتفاق نظر بر چنین شروط و قیودی دارند یا خیر؟ در ادامه خواهیم دید که به‌جز شرط انتقال به‌وسیله عقد بیع تمامی شروط بیان‌شده برای ایجاد حق شفعه محل گفتگو و بحث و اختلاف نظر است و نمی‌توان گفت همه فقها حق شفعه را حقی استثنایی پنداشته‌اند، ولی با توجه به اینکه حق شفعه همواره تفسیر محدودشده در بدو امر قبول تعمیم شفعه به‌تمامی عقود معاوضی مشکل به‌نظر می‌رسد. ابتدا به‌طور مختصر شرایط ایجاد حق شفعه را برشمرده و اختلاف‌نظرهای موجود را یادآور خواهیم شد و سپس به بررسی موضوع اصلی این نوشتار مبنی بر امکان تعمیم شفعه به‌تمامی عقود معاوضی می‌پردازیم.

## شروط اخذ به شفعه

فقهای امامیه و نیز ماده ۸۰۸ قانون مدنی شرایطی را برای ایجاد و اعمال حق شفعه بیان کرده‌اند که ما

ذیلاً آن‌ها را بیان کرده و هرکدام را توضیح مختصری خواهیم داد:

### وجود شرکت

وجود شرکت و حالت اشاعه در اموال میان دو شریک زمینه اصلی ایجاد حق شفعه است. تصرف مشترک شریکان در مال مشاع و تعامل و همزیستی در نفع گوناگون در یک موضوع، نیاز به حسن نیت و صبر و تحمل فراوان دارد زیرا شریک نااهل می‌تواند انتفاع از مال را غیرممکن سازد و حتی آن را به نابودی کشاند. اگر گفته شود که هریک از شرکا می‌توانند شراکت را به هم بزنند و درخواست تقسیم مال را بنمایند در جواب باید گفت که تحمل تقسیم ضرر نیز آسان نیست، و نه تنها در برخی موارد هزینه فراوان دارد، گاهی اوقات از مرغوبیت و کمال انتفاع مال می‌کاهد. به همین دلیل باید گفت شخصیت هر شریک برای طرف مقابل اهمیت اساسی و بنیادین دارد. حق شفعه وضع گردیده برای جلوگیری از ضرری که به واسطه این تغییر شریک به وجود آمده است و راه‌حلی است برای برهم زدن حالت اشاعه و ایجاد وحدت مالک (کاتوزیان، ایقاع، ۲۲۳).

### غیرمنقول بودن مال

مشهور فقهای امامیه با تکیه بر نصوص وارده در باب شفعه حق شفعه را فقط در اموال غیرمنقول پذیرفته‌اند. این شرط اولین شرط مذکور در ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز هست. صاحب جواهر می‌گوید این مسئله از مسائل اجماعی است (۳۷/۲۴۰)، اما در مورد ثبوت حق شفعه در اموال منقول میان فقهای اختلاف نظر وجود دارد محقق اردبیلی در مورد این شرط از اختلاف بسیار میان فقهای امامیه یاد می‌کند (۱۳/۹). کسانی همچون شیخ طوسی، شیخ مفید، سید مرتضی، ابن ادریس و ابوصلاح حلبی حق شفعه را در اموال منقول، چون: لباس، ابزار آلات، کشتی، حیوان و امثال آن جاری دانسته‌اند (طوسی، ۴۲۳؛ مفید، ۶۱۹؛ سید مرتضی، ۴۴۸؛ ابن ادریس، ۳۸۸/۲؛ حلبی، ۳۶۲).

### قابل تقسیم بودن مال

مطابق نص صریح ماده ۸۰۸ و نیز گفته‌های صریح فقهای امامیه، مال غیرمنقول باید از اموالی باشد که قابل تقسیم باشد، تا اینکه زمانی که شریک دیگر حق خود را واگذار نمود، شریک دیگر بتواند با اعمال حق شفعه حصه مزبور را تملک کند (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۲۴۲). این شرط نیز نظیر شرط سابق (غیرمنقول بودن مال) از شروط اختلافی میان فقیهان امامیه است. بزرگانی همچون شیخ طوسی،

شیخ مفید، سید مرتضی، ابن جنید اسکافی، ابن ادریس حلی و برخی دیگر شرط قابل تقسیم بودن مال را پذیرفته‌اند. صاحب ریاض و امام خمینی نیز به این قول تمایل دارند. صاحب ریاض قول به عدم اشتراط قابل تقسیم بودن مال را اظهر دانسته است. (طباطبایی، ۱۴/۵۵).

### دو نفر بودن شرکا

مطابق متون فقهی و نیز قانون مدنی، حق شفعه در مال غیر منقول قابل تقسیم، زمانی برای شریک دیگر به وجود می‌آید که مال مزبور فقط در مالکیت دو نفر باشد و نه بیشتر، و هرگاه تعداد شرکا بیش از دو نفر باشد هیچ‌یک نمی‌تواند با استناد به شفعه، حصه فروخته‌شده را تملک کند (شاهد ثانی، الروضه البهیة، ۲/۲۳). در مورد شرط مزبور نیز باید گفت که از شروط اجماعی نبوده و در مورد آن اختلاف دیدگاه وجود دارد. هر دو گروه نیز روایات را مستند خود می‌دانند زیرا که در برخی روایات، نظیر روایت یونس آمده: «إن زاد علی الاثنین فلا شفعة لأحد منهم» و در روایات دیگری نیز آمده است: «الشفعة علی عدد الوجال» (حر عاملی، ۲۵/۴۰۲). سید مرتضی در کتاب الانتصار از ابن جنید نقل می‌کند که ایشان معتقدند که در «عقار» (املاک غیر منقول) برای بیشتر از دو شریک نیز حق شفعه وجود دارد. در ماده ۱۰۱۳ المجله نیز شفعه با تعدد شرکا مورد قبول واقع شده است: «إذا تعددت الشفعاء يعتبر عدد الوءوس و لا يعتبر مقدار السهام، یعنی لا اعتبار لمقدار الحصص» (کاشف الغطاء، ۳/۱۸۰)؛ به این معنا که هرگاه شرکای دارای حق شفعه بیش از دو نفر باشند، تعداد آن‌ها ملاک محاسبه است، نه میزان سهم الشرکه. کاشف الغطاء نیز همین قول را مشهور میان فقهای امامیه می‌داند. (همو)

### انتقال از طریق بیع

مشهور فقهای امامیه بلکه اکثریت قریب به اتفاق آنان، با تکیه بر نصوص وارده در باب شفعه معتقدند که حق شفعه تنها در موردی به وجود خواهد آمد که حصه مبیعه به وسیله عقد بیع به دیگری منتقل شده باشد. بنابراین هرگاه یکی از دو شریک سهم خویش را به سبب یکی دیگر از عقود معاوضی نظیر صلح معاوضی به دیگری منتقل کند، برای شریک دیگر، حق شفعه به وجود نمی‌آید (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۵/۳۳۹؛ محقق حلی، ۳/۲۰۰). قانون مدنی نیز در ماده ۸۰۸ همین دیدگاه را پذیرفته و مقرر داشته است: «... هرگاه ... یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند ...» قانون مدنی برای دفع هرگونه ابهام در ماده ۷۵۹ تصریح می‌کند که: «حق شفعه در صلح نیست، هرچند در مقام بیع باشد. همان‌گونه که گفته شد مستند فقهای امامیه نصوص وارده در مقام است، نظیر حدیث امام صادق علیه السلام که فرموده‌اند: «الشفعة فی البیوع» (حر عاملی، ۲۵/۳۹۶) و نیز روایت دیگری که در



مقام پدید آمدن حق شفعه می‌گوید: «... فباع أحدهما نصيبه» (همان، ۴۰۲). فقهای امامیه با توجه به اجماع و نیز با استناد به روایاتی که در مضمون آن‌ها فقط کلمه بیع استعمال شده است، حکمی را استخراج کرده‌اند که از نظر فقهی و حقوقی و با توجه به قواعد حاکم بر قراردادها، به هیچ وجه قابل توجیه نیست. ما در ادامه بحث، نقد اقوال فقها و ادله خویش را برای تعمیم شفعه به سایر عقود معاوضی می‌آوریم:

### استناد به اجماع

فقهای امامیه ادعای اجماع دارند که حق شفعه تنها در صورتی ایجاد می‌شود و شریک حق اخذ به شفعه می‌یابد که حصه مشاع به وسیله عقد بیع منتقل شده باشد و انتقال به وسیله سایر عقود حتی عقد صلح معوض، تأثیری در ایجاد حق شفعه ندارد (حسینی عاملی، ۱۸/۴۴۲). تعاریف متفاوتی در مورد اجماع از طرف فقهای اسلام اعم از سنی و شیعه ارائه شده است ولی می‌توان گفت قدر جامع میان این تعبیرات آن است که کسانی که نظرشان برای اثبات احکام شرعی دارای ارزش و اعتبار است، اتفاق نظر بر یک حکم خاص داشته باشند (محمد رضا مظفر، ۳/۱۰۲). البته علمای ما معتقدند که اجماع در صورتی از ادله اثبات احکام شرعی است که کاشف از قول و رأی معصوم باشد. اما آنچه ضعف اجماع یاد شده را ظاهر می‌کند روایاتی است که در مورد حق شفعه از جانب پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) وارد شده است که فقها همواره برای اثبات اصل وجود حق شفعه و احکام خاص آن و خصوصاً اختصاص شفعه به عقد بیع بدان‌ها تمسک کرده‌اند؛ از این رو قطعه اجماع مزبور مدرکی بوده و چنین اجماعی نمی‌تواند کاشف از قول معصوم باشد و در نتیجه حجت نیست. و در موارد چینی که روایات در اختیار است و حکم اجماعی نشئت گرفته از آن است، بهتر آن است که به اجماع استناد نشود زیرا ضعف آن واضح است. این نکته را نیز یادآور می‌شویم که در میان فقها ابن جنید مخالف قول مشهور بلکه اجماع فقهای امامیه است، لیکن از آن جا که وی گویا قائل به حجیت قیاس بوده و گفته شده عمل به قیاس در آراء او غیر قابل انکار است، مخالفت او را مضر به اجماع نمی‌دانند. اینکه ابن جنید در استنباط احکام شرعی از قیاس مردود یاری می‌جسته تقریباً واضح است ولی در این مورد خاص یعنی عدم اختصاص حق شفعه به عقد بیع، قیاس او از نوع قیاس منصوص العله بوده که باطل نیست و در ادامه در مورد آن بیشتر بحث خواهیم کرد.

### اطلاق بیع بر تمامی معاوضات در عصر شارع

در عصر شارع و نزول وحی، بیع به معنی مطلق معاملات معوض به کار گرفته شده است؛ چنانکه از آیه نهم سوره جمعه برمی‌آید، وگرنه کسانی که مشمول آیه یازدهم بوده‌اند می‌توانستند نماز را ترک کرده و دنبال قافله‌های تجارتی بروند و مقاصد خود را تحت عنوان عقد صلح درآورند، حال آنکه هیچ کس چنین کاری را

نکرده و نمی‌کند. در صدر اسلام، بیع موضوعه معنی وسیع داشت که بیع کنونی شعبه‌ای از آن است. بعدها در مفهوم بیع دگرگونی‌هایی پدید آمد. شاهد مثال این موضوع فقط آیه کریمه نیست و نه تنها لفظ بیع در زمان نزول وحی در مورد مطلق معاوضات به کار گرفته می‌شده بلکه در میان روایات منقول از ائمه اطهار نیز اطلاق بیع بر دیگر عقود وجود دارد به‌عنوان مثال روایتی<sup>۱</sup> بدین مضمون در باب اجاره وارد شده است: از امام (ع) درباره کسی پرسیدم که چراگاه‌هایی می‌خرد - که در آن به پنجاه درهم یا کمتر یا بیشتر به چرا داده می‌شود - و قصد می‌کند تا با خود کسانی را که در آن محل چهارپایانی بچرانند داخل گرداند و قیمتش را از آنان بگیرد - حضرت فرمود: می‌تواند هر کسی را که بخواهد با خود داخل گرداند به بعضی (بخشی از) آنچه داده است - و اگر با خود چهل و پنج گوسفند داخل گرداند - و هر گوسفند به یک درهم باشد اشکالی ندارد - و اگر آن شخص در آن محل چهارپایی را چرانیده باشد قبل از اینکه یک یا دو ماه یا بیشتر از آن، شخصی را داخل گرداند، بعد از اینکه به آنان مسئله را توضیح داده باشد، اشکال ندارد و نمی‌تواند آن جا را به ۵۰ درهم بفروشد و به همراه آنان چهارپا بچرانند - و نه بیشتر از پنجاه و به همراه ایشان بچرانند - مگر اینکه در آن چراگاه کاری را انجام داده باشد - چاهی را حفر کرده باشد یا رودی را شکافته باشد (ایجاد کرده باشد) - یا با رضایت صاحبان چراگاه، در آن محل رنج و زحمتی متحمل گردد (کاری صورت دهد) - پس اشکالی نیست در اینکه آن محل را بفروشد به بیش از آنچه خریده است؛ زیرا در آن جا کاری انجام داده و به این سبب، فروش وی صحیح است (حرعاملی، ۱۳۱/۱۹). صاحب وسائل الشیعه ذیل این روایت چنین می‌گوید که ظاهرًا منظور از خرید و فروش در اینجا اجاره است، همانگونه که کلینی و دیگران چنین برداشت کرده‌اند و گرنه این احکام در بیع جاری نیست (همان). مثال دیگر روایتی<sup>۲</sup> است که در مورد بیع کالی به کالی وارد شده است که مضمون آن چنین است. به امام رضا (ع) عرض کردم مردی دینی را که بر عهده شخص دیگری بوده خریده، سپس به مدیون اصلی مراجعه کرده و گفته است که آنچه را که فلان شخص برعهده تو دارد به من بپرداز؛ زیرا آن را از او خریده‌ام، امام (ع) فرمودند: آنچه آن شخص به طلبکار پرداخته را می‌تواند بگیرد و مدیون نسبت به باقیمانده بری می‌شود (حرعاملی، ۳۴۷/۱۸). شهید ثانی می‌گوید: می‌توان گفت که در این روایت از کلمه بیع معنی مجازی ضمان اراده شده است، زیرا که هر دو

۱ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أُخْيَيْهِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى مَرَاعِي يَرْعَى فِيهِ بَحْمَسِيَّيْنِ دَرَهْمًا أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ - فَأَرَادَ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ مِنْ يَرْعَى فِيهِ وَ يَأْخُذُ مِنْهُمْ الثَّمَنَ - قَالَ فَلْيَدْخُلْ مَعَهُ مِنْ شَاءَ بِنِغْضِ مَا أُعْطِيَ - وَ إِنْ أَدْخَلَ مَعَهُ بِنِشْعَةٍ وَ أَرْبَعِينَ - وَ كَانَتْ غَنَمُهُ بِدَرَهْمٍ فَلْيَأْسَ - وَ إِنْ هُوَ رَعَى فِيهِ فَيَقْبَلُ أَنْ يَدْخُلَ بِشَهْرٍ أَوْ شَهْرَيْنِ - أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ يَبَيِّنَ لَهُمْفَلَا يَأْسَ - وَ لَيْسَ أَنْ يَبِيعَهُ بَحْمَسِيَّيْنِ دَرَهْمًا وَ يَرْعَى مَعَهُمْ - وَ لَا بِأَكْثَرَ مِنْ خَمْسِينَ وَ يَرْعَى مَعَهُمْ - إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ عَمِلَ فِي الْمَرْعَى عَمَلًا - حَفَرَ بُئْرًا أَوْ شَقَّ نَهْرًا - أَوْ تَعْنَى فِيهِ بَرِيضًا أَصْحَابَ الْمَرْعَى - فَلْيَأْسَ بِبَيْعِهِ بِأَكْثَرِ مِمَّا اشْتَرَاهُ - لِأَنَّهُ قَدْ عَمِلَ فِيهِ عَمَلًا فَبِذَلِكَ يَصْلُحُ لَهُ.

۲ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى وَ غَيْرِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ قَالَ: قُلْتُ لِلرَّضَاءِ رَجُلٌ اشْتَرَى دِينَارًا عَلَى رَجُلٍ - ثُمَّ ذَهَبَ إِلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ - فَقَالَ لَهُ ادْفَعْ مَا لِفُلَانٍ عَلَيْكَ فَقَدْ اشْتَرَيْتَهُ مِنِّي - قَالَ يَدْفَعُ إِلَيْهِ قِيمَتَهُ مَا دَفَعَ إِلَيْ صَاحِبِ الدَّيْنِ - وَ بَرَى الَّذِي عَلَيْهِ الْمَالُ مِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ.

عقد در این امر که عقد معاوضی هستند، شبیه یکدیگرند (شهیدثانی، الروضة البهیه، ۱/۳۴۳). این روایت با اینکه در عصر امام رضا (ع) وارد شده و از عصر پیامبر اکرم فاصله زیادی داشته است باز هم این احتمال داده شده که مراد از بیع، عقد ضمان باشد با آنکه عقد ضمان تفاوت‌های اساسی با عقد بیع دارد حال چه رسد به عقود همچون معاوضه یا صلح معوض که تشخیص آن‌ها از عقد بیع کاری بس دشوار است و در برخی موارد فقط قصد طرفین است که نوع عقد را مشخص می‌کند. البته درست است که نمی‌توان به‌طور قطع و یقین گفت که منظور امام (ع) از بیع و شراء، عقد ضمان است ولی چون این اطلاق در میان روایات وجود دارد، چنین احتمالی از سوی فقها مطرح شده است که می‌تواند مؤیدی بر مدعای ما باشد. شاهد مثال دیگر تصریح به لفظ بیع در روایات مبنی بر عدم جواز بیع سلاح به اعدای دین است مثلاً در روایتی<sup>۳</sup> از امام صادق (ع) این مضمون رسیده که: ای علی (ع) ده گروه از این امت کفر به خداوند ورزیده‌اند، و از جمله فروشنده سلاح به اهل حرب (حرامی، ۱۷/۱۰۳). عدم جواز در اختیار قراردادن سلاح به اعداء دین در کلام فقها نیز به همان لفظ بیع آمده است (شهید اول، ۱۰۳). حال آیا می‌توان به استناد اینکه در روایت لفظ بیع آمده است، قائل به جواز هبه یا مصالحه سلاح به اعداء دین شد؟ قطعاً نمی‌توان چنین برداشتی از کلام معصوم (ع) کرد؛ زیرا غرض از صدور چنین حکمی عدم همکاری و تقویت جبهه کفار است؛ از این رو باید هدف این قانون رعایت شود. در مورد بیع سلاح به اعداء دین حتی امام تصریح به غرض خود نکرده است که البته غرض ایشان از صدور چنین حکمی معلوم است ولی در مورد حق شفعه دقیقاً هدف خود از وضع چنین حکمی را بیان داشته و آن جلوگیری از اضرار به شریک است. بنابراین باید به دنبال هدف شارع از تأسیس این حکم و امثال آن باشیم نه آنکه در پی تفسیر مضیق نصوص برآیم و در الفاظ آن‌ها جمود ورزیم. این‌گونه موارد از قبیل تفسیر متون جزائی و کیفری نیست که قانونگذار از هر واژه‌ای استفاده کند باید کلام وی در حدود معنی همان کلمه تفسیر شود و نتوان به‌هیچ وجه از مفاد آن الفاظ تعدی کرد. با توجه به ادله مذکور می‌توان گفت شفعه در سایر معاوضات نیز بدون تردید وجود دارد. برخی از حقوقدانان نیز معتقدند تقابل میان صلح و بیع بدین صورت که امروزه وجود دارد در قرون بعدی پدید آمده و در صدر اول اسلام نبوده است (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۳/۲۲۹۶).

### عدم تصریح روایات به غیر بیع

در روایات صادره در مورد شفعه هیچ تصریحی به عدم ایجاد حق شفعه در سایر عقود معاوضی به چشم نمی‌خورد، فقط همان‌گونه که صاحب مفتاح الکرامه می‌گویند (حسینی عاملی، ۱۸/۴۴۲) در یک

<sup>۳</sup> مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَمْرٍو وَ أَنَسِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ آبَائِهِ عَ فِي وَصِيَّةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: يَا عَلِيُّ كَفَّرَ بِاللَّهِ الْعَظِيمِ مِنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ عَشْرَةٌ إِلَى أَنْ قَالَ وَ بَانَغِ السَّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ.

روایت در مورد شخصی که سهم خویش، از مال مشاع را صدقاً زوجه خویش قرار داده است آمده، که شریکان دیگر حق شفعه ندارند.

برای وضوح بیشتر مطلب بهتر آن است که یادآور اصل روایت بشویم. در این روایت آمده است که: سؤال کردم از امام باقر علیه السلام در مورد مردی که با زنی ازدواج کرده و منزلی را صدقاً او قرار داده است و آن مرد با دیگران در آن خانه شریک بوده است. امام علیه السلام فرمودند که جایز است مهریه قرار دادن آن خانه برای مرد و قبول آن توسط زن نیز صحیح است و سپس فرمودند برای هیچ یک از شرکا حق شفعه وجود ندارد (حرعاملی، ۴۰۷/۲۵).

اما اولاً سؤال اینجاست که چگونه فقها بدین روایت برای اثبات عدم حق شفعه در قرار دادن مال مشاع به عنوان مهریه استناد کرده‌اند و حال آنکه در روایت لفظ «شرکا» آمده و نه «شریکین»، مگر نه آن است که فقهای امامیه و به تبعیت از ایشان قانون مدنی حق شفعه را فقط در موردی جاری می‌دانند که مال مشاع میان دو شریک باشد.

ثانیاً این گونه نیست که عقد نکاح از عقود معاوضی باشد آن هم نوعی از معاوضات که تعادل میان عوض و معوض به طور دقیق مدنظر طرفین باشد و حال آنکه ما می‌گوییم حق شفعه زمانی به وجود می‌آید، که انتقال به وسیله یکی از عقود معوض نظیر صلح معاوضی باشد، آن هم بدین شرط که تعادل میان عوض و معوض عرفاً رعایت شود و به اصطلاح بهتر همان نتیجه بیع مدنظر باشد. اما اینکه در روایات لفظ بیع آمده است منافی آن نیست که شفعه در سایر معاوضات راه نداشته باشد چنان که شهید ثانی در توضیح کلام محقق که فرموده‌اند در ایجاد حق شفعه شرط است که انتقال به وسیله بیع باشد می‌فرمایند: «هذا هو المشهور بین الأصحاب، بل کاد یکون إجماعاً. و لیس علیه دلیل صریح، و إنما تضمنت الروایات ذکر البیع، و هو لا ینافی ثبوتها بغيره» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۷۳/۱۲)؛ یعنی حکم ایجاد حق شفعه به وسیله عقد بیع مشهور در میان اصحاب است و حتی مسئله نزدیک به مسائل اجماعی است ولی دلیل صریحی بر این حکم وجود ندارد و اینکه روایات تنها بیع را متذکر شده‌اند منافاتی ندارد با ثبوت شفعه در سایر معاوضات. مرحوم خوانساری نیز در این زمینه پس از نقل روایات باب شفعه که در آن‌ها لفظ «بیع» آمده و فقها از آن حصر را استفاده نموده‌اند و نیز اجماع منقول در مبسوط شیخ طوسی، می‌فرماید: اگر مسئله از اجماعیات باشد بحثی نیست، و الا می‌توان در روایات خدشه نمود، زیرا که از روایات نمی‌توان «حصر» را استفاده نمود و سپس مثال می‌زنند که مثلاً اگر گفته شود صلح جایز است مگر آنکه حرامی را حلال نماید، یا حلالی را حرام نماید، آیا می‌توان از چنین کلامی حصر را استفاده نمود؟ ایشان در ادامه در تمامی روایات باب شفعه که در آن‌ها لفظ «بیع» و نظایرش آمده و فقها بدان استناد نموده‌اند خدشه و

مناقشه کرده‌اند (خوانساری، ۱۳۱۵/۶). در مورد اجماع نیز باید گفت که اجماع ادعاشده قطعه مدرکی بوده و مجالی برای استناد به آن نیست.

### استناد به لا ضرر ذیل روایت شفعه

آن گونه که در روایات نبی اکرم (ص) در مقام تشریح حق شفعه آمده است حضرتشان برای وضع حق شفعه دلیل را قاعده لا ضرر دانسته‌اند. فقها نیز در آثار خویش تأکید دارند که تشریح حق شفعه برای دفع ضرر شریک است (طباطبایی، ۱۳۴/۵۵؛ ملامحسن فیض، ۳/۷۶). برای تبیین هرچه بهتر موضوع، قبل از استناد به قاعده لا ضرر که در روایات مربوط به حق شفعه مذکور است بهتر آن است که ابتدا شرح داده شود که مراد از ضرر ناشی از انتقال حصه مال مشاع توسط شریک چیست؟ به عبارت بهتر اگر حق شفعه نبود چه ضرری بر شریک دیگر وارد می‌شد که ایجاد حق شفعه آن ضرر را نفی می‌کند؟ نخست باید متن روایت عقبه بن خالد را بیاوریم که بدین قرار است «قضى رسول الله ص بالشفعة - بين الشركاء فى الأوصين و المساكين - و قال لا ضرر و لا ضرار - و قال إذا أوفت الأوف - و حدث الحدود فلا شفعة». مراد از ضرر در حدیث مذکور ضرری است که پس از نقل حصه به شخص ثالث بروز می‌کند، یعنی ضرر ناشی از قسمت در مقابل ضرر ناشی از شرکت، البته چنانچه بتوان شرکت را از عیوب به شمار آورد؛ زیرا بیشتر به عدم النفع شباهت دارد. پس ضرر در باب شفعه عبارت است از افزایش درصد احتمال مطالبه افزای مال مشاع (از سوی شریک جدید یا همان مشتری) که اگر این اتفاق بیفتد می‌تواند هزینه‌های زیادی را بر شریک دیگر تحمیل کند مانند حفر چاه جدید، ساختن انباری، آشپزخانه و غیره، خرید تلفن جدید و نصب کنتور آب و گاز و غیره. اما قبل از انتقال حصه، دو شریک روزگاری باهم انس و عادت گرفته‌اند و با یکدیگر و در کنار هم به اداره مال پرداخته‌اند (جعفری لنگرودی، الفارق، ۳/۱۷۴). فقهایی که حق شفعه در ملک همسایه را قبول نکرده‌اند به همین دلیل است؛ زیرا چنین ضرری در آن وجود ندارد.

از میان فقهای امامیه تنها شخصی که قائل به وجود حق شفعه در سایر معاوضات است ابن جنید است. ظاهر ایشان نیز با توجه به لا ضرر که علت منصوص در روایت است، چنین نظری را ارائه کرده است. وی برای اثبات دیدگاه خویش چنین استدلال نموده است: حکمی که شفعه را در عقد بیع اثبات کرده در سایر معاوضات نیز وجود دارد، بنابراین هیچ عقدی از دیدگاه شرع در این زمینه دارای خصوصیت ویژه نیست، از این رو باید حق شفعه در تمامی معاوضات جاری شود و یا در هیچ یک جاری نشود و اثبات شفعه در برخی از معاوضات و عدم جریان آن در برخی دیگر ترجیح بلا مرجح است (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۵/۳۴۰).

علامه و دیگران در جواب از دلیل ابن جنید گفته‌اند که این عمل قیاس بوده و ما به قیاس عمل نمی‌کنیم. درحالی‌که علت وضع حق شفعه در روایات ما بیان شده و هدف از آن جلوگیری از اضرار به دیگری است؛ هدفی که در شرع مقدس جایگاه والایی دارد. این نوع از استدلال که در کلام ابن جنید آمده در کلام فقهای بزرگی نظیر صاحب جواهر و فقهای دیگر نیز دیده می‌شود که ذیلاً به چند مورد اشاره می‌شود:

۱- تعمیم حکم ارتداد زوج به طلاق: اگر زوج بعد از انعقاد عقد نکاح و قبل از آنکه با همسرش هم‌بستر شود، مرتد شود، عقد ازدواج آن دو باطل شده و مطابق نظر محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام نصف مهر بر مرد لازم می‌شود (محقق حلی، ۲/۲۳۸). صاحب جواهر این ارتداد را نازل منزله طلاق قبل از دخول دانسته و احکام طلاق قبل از مباشرت را بر آن بار کرده است. بنابراین همان‌گونه که بر اساس روایات طلاق قبل از دخول نصف مهریه را بر مرد واجب می‌کند، ارتداد قبل از دخول هم موجب ثبوت نصف مهر می‌شود (یزدانی، محمد مهدی و دیگران، ۱۵۴).

۲- تشبیه دندان اضافی به انگشت اضافی؛ اگر شخصی انگشت اضافی کسی را قطع نماید. دیه‌ای که در اثر این جنایت باید پردازد، یک‌سوم دیه اصلی است. روایاتی که حکم مذکور را بیان داشته‌اند، دیه ثلث را فقط در مورد انگشت بیان کرده‌اند. اکثر فقها دیه دندان زائد را نیز ثلث دیه کامل دانسته‌اند (شیخ طوسی، مبسوط، ۷/۱۰۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵/۴۲۱). در این حکم فقها حکم مذکور در روایات در باب انگشت زائد را به دندان زائد تعمیم داده‌اند.

صاحب جواهر در ابتدا می‌گوید: این حکم مختص انگشت اضافی است و تعمیم دادن آن به بقیه اعضا قیاس است، سپس با یک استدراک نظر خود را تغییر داده، می‌نویسد: مگر اینکه ما بتوانیم از روایات یک قاعده کلی را استخراج کنیم و بگوییم که قطع هر عضو اضافی در بدن، ثلث دیه عضو اصلی است همان‌گونه که از کتاب مسالک و مجمع الفائدة والبرهان این مطلب به دست می‌آید. در نتیجه صاحب جواهر از روایات ملاک حکم را استنباط کرده و با استفاده از آن ملاک، حکم دیه جنایت بر سایر اعضای زائد بدن را نیز به دست آورده است (۲۳۴/۴۳). نظیر این‌گونه استدلال و تعمیم و ملاک‌گیری در احکام در میان فقها زیاد دیده می‌شود. و حال آنکه هیچ تصریحی به علت وضع حکم در آن موارد نشده است، ولی در مورد شفعه بدین شکل نیست بلکه در خود روایت استناد به لا ضرر شده است و حتی نویسندگان کتب قواعد فقه روایت تشریح شفعه را از مستندات قاعده لا ضرر می‌دانند (بجنوردی، ۱/۲۱۲).

با توجه به نکات مذکور می‌توان دیدگاه ابن جنید در این مورد را پذیرفت و گفت که تعمیم شفعه به سایر عقود معاوضی از باب قیاس باطل نیست. این نوع از استدلال را شاید بتوان مطابق قاعده اشباه و

نظایر که بعضی از حقوقدانان ارائه داده‌اند و مدعی آن هستند که از نوع قیاس باطل نیست، نیز توجیه نمود (جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۶۸).

در مورد قاعده لاضرر و استناد به آن باید یادآور نکته‌ای بشویم و آن اینکه ممکن است کسی چنین ایراد کند که هیچ‌یک از فقهای امامیه برای تعمیم شفعه به عقود دیگر غیر از بیع به قاعده لاضرر استناد نکرده‌اند. چنین اشکالی ممکن است مطرح شود زیرا برخی از اعظام فقه امامیه در مورد قاعده لاضرر که نقشی بس مهم در استنباط احکام اسلامی دارد این‌گونه نظر داده‌اند که نمی‌توان به‌طور آزادانه و بدون قید و شرط به این قاعده عمل کرد و آن را بر مسائل فقهی انطباق بخشید، بلکه بایستی همواره رعایت دیدگاه‌ها و فتاویٰ اصحاب را نمود و بایستی از حدود آن فتاوا خارج شد و گرنه فقهی جدید تأسیس می‌گردد. مثلاً در مورد شرط فاسد در عقد، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد و عده‌ای معتقدند که فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند که این دیدگاه را قانون مدنی در ماده ۲۳۲ پذیرفته است. اما فرع دیگری که ناشی از این دیدگاه است و در بحث حاضر مدنظر ماست آن است که آیا مشروطه در شرط فاسد و ممنوع، اگر جاهل به فساد شرط است، می‌تواند به وسیله اختیار، عقد را فسخ کند یا خیر؟ قانون مدنی که در ماده ۳۹۶ اختیارات را احصا کرده است در این مورد سخنی به میان نیاورده است ولی برخی معتقدند که مشروط له چنین حقی دارد که عقد را فسخ کند، زیرا که این مورد هم از قبیل اختیار تخلف شرط است. شیخ انصاری در رد این دیدگاه چنین بیان می‌دارد: «أن العمدة فی خيار تخلف الشرط هو الإجماع، و أدلة نفی الضرر قد تقدم غیر مرة أنها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعی إذا لم یعضد بعمل جماعة؛ لأن المعلوم إجمالا أنه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جدید» یعنی عمده دلیل و مدرک اختیار تخلف شرط (ماده ۴۴۴ قانون مدنی) اجماع فقهای امامیه و نیز قاعده لاضرر است. ولی زمانی می‌توان به لاضرر استناد کرد که عده‌ای از اصحاب هم به آن عمل کرده باشند؛ زیرا پیدا است که هرگاه به عموم لاضرر عمل کنیم فقهی جدید تأسیس می‌شود (شیخ انصاری، ۱۰۱/۶). شاید دلیل آنکه فقهای ما در مورد شفعه به قاعده لاضرر و عمومیت این قاعده عمل نکرده‌اند نیز همین باشد که کسی در این مورد خاص به آن عمل نکرده است. ولی اولاً دلیلی بر این مدعا وجود ندارد که حتمه باید عده‌ای از فقها در یک حکم خاص به قاعده لاضرر استناد کرده باشند تا دیگران نیز بتوانند به آن عمل کنند. ثانیاً در روایات باب شفعه نص لاضرر آمده است و نمی‌توان به سادگی از آن چشم‌پوشی کرد.

### تفسیر مستلزم نقض غرض شارع یا قانون‌گذار

فقهای امامیه نقش عقل در استنباط احکام شرعی را پذیرفته‌اند و به عقل انسان و درستی نتایجی که از

این راه به دست می‌آید در حدود قلمرو حجیت عقل، اعتقاد و اعتماد کامل دارند و احکامی را که عقل از متون روایات استنباط می‌کند پذیرا هستند. وقتی قانون‌گذار عادی در مجالس قانون‌گذاری به‌طور مسلم در گفتار خود رعایت قوانین عقل و منطق را می‌کند، شارع مقدس که در رأس عقلا است به‌طور حتم اهداف متعالی و خاصی را در وضع احکام رعایت می‌کند و قواعدی را به دست می‌دهد که به‌وسیله این قواعد می‌توان اغراض او را کشف نمود و راه‌حلی برای وضع بهتر قوانین به دست آورد. حال در مقام تفسیر کلام شارع و قانونگذار از شرایط اساسی و بنیادین آن است که نتیجه مستخرج با اغراض مسلم او متناقض یا در تضاد نباشد. این امر در مورد قانون‌گذار عادی از طریق قوه مقننه، امری واضح و روشن است زیرا هر عاقل عادی سعی دارد که از تناقض‌گویی برکنار باشد. به‌عنوان مثال اگر کسی قبل از فوت و در حال مرض موت، اموال خویش را به‌قصد محروم کردن برخی از ورثه به یکی از آن‌ها یا به شخص دیگر صلح بلاعوض یا محاباتی کند این صلح را که متضمن حیله و تقلب نسبت به قانون است و مخالف غرض قانون‌گذار از مقررات ارث (که هدف آن حفظ خانواده است) باید مشمول ماده ۷۵۴ قانون مدنی دانست، و حکم به ابطال آن نمود. اگر ماده مذکور را به نحوی دیگر تفسیر کنیم باید ناگزیر مقنن را به نقض غرض خویش متهم کنیم و این تالی فاسدی است که نمی‌توان به آن ملتزم شد. دیدیم که در مقام تفسیر عباراتی که در مقام قانون‌گذاری از طرف قانون‌گذار عادی هستند باید عبارات به نحوی تفسیر شود که به غرض قانون‌گذار لطمه وارد نشود. حال که امر در مورد قانون‌گذار عادی بدین شکل است در مورد شارع مقدس که رئیس عقلا است به‌طریق اولی باید کلام او متناسب با غرض او تفسیر شود. چگونه ممکن است شارع حکیم حق شفعه را تشریح نموده و دلیل آن را جلوگیری از ضرر رساندن به غیر بداند، سپس به‌راحتی اجازه بدهد که اشخاص قالب عقد را تغییر داده و برخلاف اغراض او به‌طرف مقابل ضرر وارد کنند. چنین عملی از مجالس قانون‌گذاری عادی سر نمی‌زند چه رسد به شارع مقدس. اما در مورد شفعه باید این نکته را یادآور شد که بدین گونه نیست که ما به‌وسیله تنقیح مناط غیر قطعی یا قیاس و این دست از قواعد استنباط که مورد قبول فقهای امامی نیست به دنبال کشف غرض شارع از ایجاد حق شفعه باشیم، بلکه خود شارع مقدس تصریح به هدف از وضع حق شفعه کرده و بیان داشته که هدف او نفی ضرر است. در سیستم حقوقی اسلام هرگاه مراد شارع محرز باشد، کسی حق ندارد تفسیری برخلاف اراده شارع مقدس ارائه کند.

### مسدود کردن باب حیله و نیرنگ

اختصاص حق شفعه به عقد بیع این عیب مهم را دارد که باب حیله را می‌گشاید. مثلاً شریکی که قصد فروش حصه خود را دارد مقصود خود را در قالب صلح پیاده کرده و آسوده‌خاطر از مزاحمت شریکان،



حصه را انتقال می‌دهد و به راحتی به شریک خود ضرر وارد می‌کند. نظام حقوقی (آن هم نظام حقوقی اسلام که از منبع وحی مستفاد است) باید از بند بازی با الفاظ و نیرنگ‌ها خلاص شود و به سوی نیازهای اجتماعی و عقلی شدن گام بردارد. حق اولویت شریک در خرید سهم مشاع شریک دیگر، نیازی است معقول؛ ولی قانون‌گذار باید با احترام به این نهاد دیرپا و تاریخی آن را چنان بیاراید که تعارض کمتری با قواعد پیدا کند.

### اختصاص حکم به عقود معاوضی

قراردادها همواره نقشی اساسی و بنیادین در زندگی اجتماعی دارند اما نقش اساسی و اصلی آن‌ها در زندگی بشر توزیع و مبادله ثروت از راه طبیعی و عادلانه آن است، راهی که ابتکارهای شخصی را تقویت کند و در رعایت آن اجبار خارجی احساس نشود. در دنیای کنونی، اگر کسی مالی را به دیگری بدهد و یا تعهدی را در مقابل دیگری به گردن می‌گیرد، غالباً برای آن است که در مقابل نفعی به همان اندازه و یا بیشتر به دست آورد. به همین دلیل، معمولاً قراردادها دارای دو تعهد یا تملیک متقابل هستند، یعنی هریک از طرفین قرارداد، در مقابل مالی که می‌پردازد یا دینی که بر عهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری را به دست می‌آورد، این گروه از قراردادها که بر حسب طبیعت خود وسیله معاوضه و معامله است، عقود معوض نامیده می‌شوند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/۱۱۳). باین همه نباید چنین پنداشت که در همه قراردادها هدف نهایی کسب سود و به دست آوردن درآمد است. در کنار ملاحظاتی اقتصادی، اخلاق نیز سهمی بسیار زیاد در گسترش نقش عقود و قراردادها در میان جامعه دارد. گاه شخص به قصد احسان با طرف دیگر پیمان می‌بندد یا اقدام او جنبه عبادی و غیر خواهی دارد و رنگ و بوی خودخواهی به همراه ندارد. مثلاً مال خود را به دیگری می‌دهد یا دینی را بر عهده می‌گیرد، بدون اینکه در برابر آن تعهدی به دست بیاورد. این گونه از قراردادها عقود مجانی هستند. مانند آن که در عقد هبه، واهب مالی را به متهد تملیک می‌کند، بدون اینکه در برابر آن انتظار به دست آوردن چیزی را داشته باشد یا مثلاً در عاریه مالک به دیگری اذن می‌دهد که به طور مجانی از منافع مال او بهره بگیرد. ذکر مطالب مذکور برای مشخص کردن هدف و غایت عقود معوض و مجانی ضروری می‌نمود تا بهتر بتوانیم در مورد شمول حق شفعه به عقود مجانی و غیر معوض نظر بدهیم. با توجه به مطالب مذکور در مورد عقود معوض و مجانی باید گفت که هدف تمامی عقود به یک شکل نیست بلکه در برخی از آن‌ها هدف، احسان به دیگران و نیکوکاری است، در این گونه عقود معمولاً شخصیت طرف مقابل نقشی بسیار مهم و اساسی دارد، به شکلی که اگر در این عقود اشتباه در طرف معامله رخ بدهد موجب بطلان آن عقد خواهد شد. مثلاً اشخاص غالباً اموال خود را به فرزندان

یا نزدیکان خود هبه می‌کنند یا در مقابل بهایی اندک تملیک می‌کنند. باین وجود برخی از فقهای عامه در برخی اقوالشان و نیز اساتید حقوق قائل هستند که حق شفعه در تمامی عقود راه دارد، حتی در عقود مجانی نظیر هبه نیز این حق جاری است و شفیع قیمت مال را به شریک می‌پردازد (جعفری لنگرودی، المدونه، ۳۴۵). هرچند این قول خصوصاً با توجه با تعلیل ذیل روایت که علت وضع حق شفعه را نفی ضرر دانسته خالی از قوت نیست ولی به سختی می‌توان در این عقود و قراردادها قبول کرد که شریک دارای حق شفعه باشد و بتواند مال را به طور قهری از تحت تصرف و ملکیت شخصی که هدف اصلی از انتقال بوده است خارج کند. زیرا گفتیم که در این عقود هدف صرفه کسب سود و درآمد نیست بلکه هدف واهب یا موصی مثلاً آن است که مال در اختیار شخص خاصی قرار بگیرد و ایجاد حق شفعه با غرض اصلی این نوع از نقل و انتقالات تعارض دارد. و مثلاً در برخی موارد که شخص می‌خواهد اموال و میراث خانوادگی خود را منتقل کند و معمولاً این عمل را از طریق وصیت یا هبه و امثال آن‌ها انجام می‌دهد، اگر قائل بدان باشیم که به صرف انتقال حصه مشاع حق شفعه برای شریک به وجود می‌آید ضرری بیشتر از ضرر تقسیم یا تحمل شریک ناهل که ممکن است بر شریک وارد شود، بر موصی له یا متهب وارد می‌شود. با توجه به مطالب مذکور به نظر می‌رسد اختصاص حق شفعه به عقود معاوضی که غالباً آنچه مدنظر طرفین است صرف نقل و انتقال و رعایت تعادل میان عوض و معوض است و شخصیت طرف مقابل معمولاً نقشی در آن ندارد، قوی‌تر می‌کند، خصوصاً اینکه ایجاد حق شفعه در تمامی نقل و انتقالات اعم از معوض و مجانی در برخی موارد باعث ضرر بیشتر بر مشفوع‌منه می‌شود. شاید با توجه به همین دلایل بوده که حتی کسانی که حق شفعه را در همه نقل و انتقالات روا دانسته‌اند، هیچ‌کدام این حق را در انتقال به وسیله ارث قائل نیستند.

### قول به تعمیم شفعه در فقه اسلامی

پس از تتبع در میان آثار فقهای امامیه، جز ابن جنید کسی را نیافتیم که قائل به تعمیم حق شفعه در تمامی معاوضات باشد تا جایی که یکی از ادله فقهای امامیه برای اختصاص شفعه به عقد بیع اجماع است که ذکر آن گذشت. فقط برخی از ایشان مانند شهید ثانی و مرحوم خوانساری در حکم اختصاص شفعه به عقد بیع مناقشاتی دارند که ذکر شد ولی در انتها، نظر مخالف ابراز نکرده‌اند و به خاطر اجماع در مسئله همان قول مشهور را پذیرفته‌اند. اما فقهای چهار مذهب اهل سنت قائل به تعمیم شفعه به عقود دیگر غیر از عقد بیع هستند. اختلاف اقوال در این مورد است که آیا حق شفعه در عقود غیر معاوضی هم راه دارد یا نه؟ در ادامه به طور مختصر آرای ایشان را نقل می‌کنیم. فقهای شافعی موافق با تعمیم حکم شفعه به عقود معاوضی هستند، عبارت برخی از این فقها در این زمینه چنین است: «حق شفعه در ملک مشاع که فروخته

می‌شود ثابت است به خاطر حدیث جابر از نبی اکرم (ص) که فرمودند: اگر شریک (مال مشاع) را بفروشد و به شریک دیگر خبر ندهد او سزاوارتر به مال است. و شفعه در هر موردی که ملک مشاع به وسیله عقد معوض منتقل می‌شود نظیر اجاره و نکاح و خلع وجود دارد زیرا که این‌ها عقد معاوضی هستند و اشکال ندارد که حق شفعه همان‌طور که در بیع وجود دارد در آن‌ها نیز باشد. اما در مواردی که جزء مال به غیر عوض تملک می‌شود مانند وصیت و هبه، حق شفعه وجود ندارد زیرا مال بدون اینکه چیزی در مقابل آن باشد تملیک شده است، پس حق شفعه در آن راه ندارد» (نوی، ۳۰۱/۱۴؛ ابواسحاق شیرازی، ۲/۲۱۴). البته قولی از شافعی نقل شده که در نقل و انتقالات غیر معوض نظیر هبه و صدقه نیز شفعه وجود دارد (ابن رشد، ۴/۴۲)، ولی همگی اتفاق دارند که در میراث حق شفعه وجود ندارد (همان). فقه مالکی نیز موافق قول شافعی است و مشهور نزد امام مالک آن است که شفعه در هر موردی که نقل و انتقال ملک، معوض باشد مانند بیع و صلح و مهر و غیر از آن‌ها وجود دارد (مالک ابن انس، ۴/۲۴۴). در فقه حنفی نیز شفعه را در عقد بیع و آنچه در معنی بیع است جایز می‌دانند ولی در عقود غیر معاوضی روا نمی‌دانند. عبارت کتاب بدائع الصنائع در مورد شرایط وجوب شفعه که اولین آن‌ها انتقال به وسیله عقد معاوضی است بدین شکل است: «شرائط ایجاد حق شفعه چند چیز است: یکی از آن‌ها (انتقال به وسیله) عقد معاوضی است و آن عقد بیع و آنچه در معنی بیع می‌باشد، است. پس در آنچه که بیع یا در معنی بیع نیست، شفعه وجود ندارد. یعنی این‌که در هبه، صدقه و میراث و وصیت، شفعه وجود ندارد» (ابوبکر کاسانی، ۵/۱۰؛ سرخسی، ۱۴/۱۴۰). فقهای حنبلی نیز معتقدند هرکجا که انتقال در مقابل عوض باشد حق شفعه وجود دارد، برخلاف آنجا که معامله به غیر عوض باشد (ابن قدامه، ۵/۲۳۴).

### تعمیم حکم خلاف اصل

قاعده تسلیط از قواعد بسیار مهم در حقوق اسلامی است که مقبول همه فقهای اسلام است، بلکه می‌توان مفاد آن را مقبول همه عقلا دانست. قاعده سلطنت بدین معنا است که مالک می‌تواند به هر شکل که بخواهد در اموالش تصرف بکند و هیچ‌کس نمی‌تواند مانع تصرفات او گردد و هر نوع شکی که در مورد تصرفات مالک به وجود بیاید، با توجه به این قاعده برطرف می‌شود و به جواز تصرفات مالک حکم می‌شود (مصطفوی، ۱۳۶). مفاد این قاعده در ماده ۳۰ قانون مدنی بازتاب یافته است. در حقوق مدنی اخذ به شفعه تنها موردی است که با اینکه مالک در قید حیات است و مال او کاملاً تحت تصرف اوست دیگری می‌تواند ملک او را بدون موافقتش تملک کند (امامی، ۳/۱۶). ممکن است گمان شود که تملک قهری اختصاص به مورد شفعه دارد ولی بدین گونه نیست زیرا عناصر تملک قهری از قرار ذیل است:

اول: مال یا ملکی که دارای مالک باشد؛ پس تملک از طریق حیازت مباحات، از موضوع تملک قهری خارج شد.

دوم: غیر مالک، آن مال یا ملک را به ضرر مالک آن، تصاحب و تملک کند. این اعم است از اینکه عوض آن را قانوناً بدهد یا دادن عوض، قانوناً شرط آن نباشد.

سوم: قانون صریحاً اذن تملک قهری را داده باشد. پس تملک قهری از ایقاعاتی است که قانون آن را شناخته است مانند اخذ به شفعه.

پس اقسام تملک قهری از قرار ذیل است:

الف) اخذ به شفعه. این تملک معوض است.

ب) تملک لقطه بعد از حول تعریف در حدود قانون. این تملک مضمون به عوض است (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۱/ ۲۶۰). با توجه به تشریح حق شفعه فقهای اسلام با یک تضاد دست به گریبان شده‌اند بدین شرح که:

۱) از یک طرف گمان کرده‌اند که تملک قهری در شفعه خلاف قاعده است، قاعده آن است که تملیک و تملک به تراضی صورت بگیرد. با توجه به این اصل، روایات شفعه خلاف اصل تسلیط است و باید محدود به قدر متیقن گردد. در فقه امامیه همگی بر همین منوال حرکت می‌کنند و بر این اساس: اولاً- شفعه را مختص عقد بیع دانسته‌اند.

ثانیاً- شفعه را مختص مبیع مشاع دانسته‌اند. پس در ثمن مشاع شفعه نیست.

۲) اما طرف مقابل این تضاد، این است که در نص وارد و کلام فقها، بارها به «لا ضرر» استناد شده است. حال که حکمت وضع حق شفعه، «لا ضرر» است در صلح سهم مشاع و وصیت به سهام مشاع هم لا ضرر باید جاری شود و نمی‌توان تعلیل ذیل روایات را نادیده گرفت و مفهوم لا ضرر در باب شفعه باید کاملاً دقیق بررسی شود.

اما در مورد اینکه شفعه خلاف اصل است، باید گفت که معروف میان فقها آن است که نصوص باب شفعه، خلاف قاعده است و نقل و انتقال مال به تراضی است که شایع است، اما تملک قهری در باب شفعه، خلاف شایع است و این مطلب واضح است. اما سؤال اینجاست که کدام آیه، روایت یا حکم عقل قطعی می‌گوید هرچه خلاف شایع است خلاف قاعده است؟ همه می‌دانند احکام شرع تابع مصالح و مفاسد است، این خود یک قاعده مهم است، تملیک و تملک که به تراضی صورت می‌گیرد مطابق مصالح اجتماعی است، اما تملک قهری شفیع در انتقال سهم مشاع هم با قلمرو محدودی که دارد در چهارچوب خاص خود تابع مصالح اجتماعی است. پس هم در شفعه و هم در تراضی تبعیت از مصالح می‌شود،

مصالح در ترازی شایع است، مصالح باب شفعه خلاف شایع است اما خلاف قاعده نیست (جعفری لنگرودی، تئوری موازنه، ۱۹۱). بیشتر مواردی که عبارت «خلاف قاعده» را به کار برده اند با این رویکرد که هر خلاف شایع خلاف اصل نیست توجیه می شود. برخی حقوقدانان نیز در این مورد چنین نظر داده اند که حق شفعه در تمامی معاوضات راه دارد که عبارت ایشان در تبصره ماده ۲۸۵ طرح اصلاح قانون مدنی چنین است: «حق شفعه اختصاص به عقد بیع ندارد» (جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ۸۳۳).

### نتیجه گیری

ایجاد حق شفعه نیازمند تحقق شروطی است که در لابه لای کتب فقهی و شروح قانون مدنی به تفصیل بحث شده است. مشهور فقها برای ثبوت این حق، انتقال حصه مشاع به وسیله عقد بیع را شرط می دانند و تأکید دارند که اگر این معاوضه به وسیله سایر عقود مملک نظیر صلح معوض و یا هبه معوضه صورت پذیرد حق شفعه برای شریک دیگر به وجود نمی آید. قانون مدنی نیز همین دیدگاه را پذیرفته و شاید برای فرار از بعضی نتایج نامطلوب این شرط، به جای استفاده مطلق کلمه بیع کلمه «قصد» را نیز بدان افزوده است، ولی اضافه کلمه قصد نیز راهگشا نیست، زیرا حقوق ابزاری در اختیار ندارد که به سادگی به مقاصد افراد پی ببرد. مشهور برای اثبات مدعای خویش به روایات وارده در باب شفعه و نیز اخذ به قدر متقین استناد نموده اند. اما باید گفت این دلایل کافی برای اثبات مطلوب نبوده و روایات منافی آن نیست که شفعه در سایر معاوضات راه داشته باشد چنان که شهید ثانی و صاحب جامع المدارک نیز فرموده اند. اخذ به قدر متقین نیز زمانی صحیح است که منتهی به نقض غرض شارع و قانون گذار و نقض در قانون گذاری و باز کردن راه حيله و نیرنگ برای فرار از مقاصد قانون گذار نگردد، نویسندگان با ارائه مستندات و غرض شارع از وضع حق شفعه معتقد هستند که حق شفعه در سایر عقود معاوضی غیر از بیع نیز راه دارد. لذا باتوجه به دستاوردهای تحقیق، پیشنهاد می شود قانون گذار با تصریح به عدم اشتراط انتقال به وسیله عقد بیع، نسبت به اصلاح ماده قانون مذکور اقدام کند.

### منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.  
 ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسیلة علی نیل الفضیلة*، در یک جلد، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.  
 ابن رشد، محمد بن احمد، *بدایة المجتهد و نهاية المقتصد*، قاهره، دار الحدیث، ۱۴۲۵ ق.

- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المعنى*، قاهره، مكتبة القاهرة، ۱۳۸۸ ق.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، *لسان العرب*، ۱۵ جلد، بيروت، دارالفكر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- ابو الصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم، *الكافي في الفقه*، اصفهان، كتابخانه عمومی امام امیر المومنین علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، ۶ جلد، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۱.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المكاسب*، ۶ جلد، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهية*، ۶ جلد، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *الفارق* (دائرة المعارف عمومی حقوق)، ۵ جلد، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- \_\_\_\_\_، *المدونه*، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- \_\_\_\_\_، *تئوری موازنه*، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- \_\_\_\_\_، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ۵ جلد، تهران، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
- \_\_\_\_\_، *مجموعه محشی قانون مدنی*، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۱.
- \_\_\_\_\_، *مقدمه عمومی علم حقوق*، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ یازدهم، ۱۳۸۷.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، بی تا.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، لبنان، دار العلم-الدار الشامیه، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- شمس الأئمه سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۴ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقية*، در یک جلد، بیروت، دارالتراث-الدار الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- \_\_\_\_\_، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- شیرازی، ابراهیم بن علی، *المهذب في فقه الإمام الشافعي*، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*، ۴۳ جلد، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.

- طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل‌البتیت، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، المكتبة المرتضویة، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت، دار الكتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- \_\_\_\_\_، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- علم‌الهدی، علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، یک جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.
- فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، ۳ جلد، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی، چاپ اول، بی‌تا.
- کاتوزیان، ناصر، *اموال و مالکیت*، در یک جلد، تهران، میزان، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۰.
- \_\_\_\_\_، *ایقاع*، در یک جلد، تهران، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۹۰.
- کاسانی حنفی، ابوبکر ابن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، ۷ جلد، بیروت، دار الکتب العلمیة، چاپ دوم، ۱۴۰۶ ق.
- کاشف الغطا، محمد حسین، *تحریر المجلة*، نجف، المكتبة المرتضویة، چاپ اول، ۱۳۵۹ ق.
- کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
- مالک ابن انس، *المدونة*، ۴ جلد، بیروت، دار الکتب العلمیة، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ۴ جلد، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

- مصطفوی، محمد کاظم، *مائة قاعدة فقهية*، در یک جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ ق.
- مظفر، محمدرضا، *اصول فقه*، ۴ جلد، قم، انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، در یک جلد، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، ۱۴ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- موسوی خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع شرح المذهب*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- یزدانی، محمد مهدی، صابری، حسین و حسین ناصری مقدم، «گونه‌های کاربرد قیاس در فقه شیعه بر اساس کتاب جواهر الکلام»، *فقه و اصول*، بهار ۱۳۹۱، شماره ۸۸، صص ۱۵۱ - ۱۶۸.



**Dr. Abbasali Soltani**, Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad

**Muhammad Reza Elmi Sula**, Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad

**Sayyid Jalal Mousavinasab**, Lecturer, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

The right of pre-emption presented in jurisprudence and statutory law is one of the causes of acquisition and an object of Article 140 of Civil Law. One of the main conditions for acquiring the right of pre-emption, which most jurists and the Civil Law assert, is transferring the share by one shareholder through a sale contract. The paper, at first, mentions the main conditions needed for acquiring pre-emption right and presents different views regarding these terms, and then explores the supporting documents of the famous view. There are some indications such as: considering the justification mentioned for this right in hadiths, considering the Holy Legislator's (*shāri'*) definite aim for this right that is the denial of harm, and the necessity for right legislation and prevention of fraud; which would lead to the conclusion that pre-emption is a general right that could be extended to other bilateral contracts.

**Keywords:** pre-emption right, sale contract, bilateral contract, the denial of harm.

and the legislators of different countries are in search of the ways for prevention of drug trade and fight with drug traffickers. The legislature of the Islamic Republic of Iran has encountered that criminal matter by adopting an aggressive strategy and passing heavy penalties. One of the punishments enacted for such crimes is death penalty. There are some questions regarding the issue that comes to mind, like: is prescribing a heavy punishment like death penalty for drug crimes in conformity with Islamic jurisprudence? What are its jurisprudential bases? Is such enactment judicially justifiable? The writers analyze this way of legislating criminal law against the narcotic drug in this paper by exploring its legal-judicial grounds and intend to prove that drug trade is of the crimes that entail discretionary punishment. Imposing death sentence as it is pronounced by drug law has no strong jurisprudential support and needs some amendment.

**Keywords:** narcotic drugs, death penalty, drug law, *mufsid fi al-'ard* (a person who corrupts on earth).

### Generalizing Pre-emption Right to other Bilateral Contracts

Siavash Goodarzi, (Corresponding Author), Ph.D. Student of  
Jurisprudence and Islamic Law

articles 656 and 681 of Civil Law. Article 656 explicitly mentions power of attorney as an '*aqd*', while Article 681 is codified in a way according to which a power of attorney is more similar to an '*īqā'*'. Counting power of attorney among the contracts that are revocable easily by withdrawing the permission strengthens that view. Considering the definition, conditions, and the results of power of attorney, the writers of the paper believe, shows a way out of dissension that is establishing a new kind of legal contract namely "combined '*īqā'*" whose one instance could be power of attorney.

*Keywords:* '*aqd*', '*īqā'*', combined '*īqā'*', power of attorney, offer and acceptance, permission.

### A Jurisprudential Critique of Prescribing Death Penalty for Drug Crimes

**Dr. Abbas Kalantari Khalilabad**, (Corresponding Author), Associate professor, Meybod University

**Dr. Nafisa Mutawallizade Na'ini**, Assistant Professor, Meybod University

**Seddiqa Golestanroo**, Ph.D. Graduate of Jurisprudence and Criminal Law, Meybod University

Drug trade has been threatening the human society for many years

like *wizr* (personal responsibility of offence) and “*ta‘zīr* must be more lenient than *ḥadd*”.

**Keywords:** *ta‘zīr*, prison, punishment, lash, ruler.

### A Legal-Judicial Exploration into the Legal Character of Power of Attorney (Combined ‘*Aqd* and *Īqā*’)

**Dr. Ehsan Aliakbari Baboukani**, (Corresponding Author), Assistant Professor, Isfahan University

**Dr. Muhammad Hakim Javadi**, Assistant Professor, Imam Sadeq University

Although jurists and legal experts have clear standards for distinguishing ‘*aqd*’ (a bilateral act) from ‘*īqā*’ (a unilateral act), but it is difficult to say about some legal contracts whether they are among ‘*uqūd*’ or ‘*īqā*’ because of the similarities they have with both kinds. Although a power of attorney is explicitly counted as ‘*uqūd*’ in Civil Law as well as the famous view among jurists and judiciary writers, its legal character is still a matter of debate. Some scholars say that power of attorney is an ‘*aqd*’ in legal character while the others regard it an ‘*īqā*’; however, some scholars cannot prefer one view and believe that power of attorney is something between ‘*aqd*’ and ‘*īqā*’. Indecision about the legal character of power of attorney origins in

**Exploring the Rule of “*Ta’zīr* is Left to the Discretion of the Ruler”  
and a Case Study of Discretionary Prison Sentence**

**Mahdi Shayeq**, (Corresponding Author), Ph.D. Student of Jurisprudence and Islamic Law, Tehran University

**Muhammad Reza Shayeq**, Assistant Professor, Yazd University

Defining the type of punishment is an important matter about *ta’zīr* (discretionary punishment) which, in turn, is an important and everyday issue in the judicial system. Some scholars believe that according to the rule of “*ta’zīr* is left to the discretion of the ruler”, the ruler enjoys considerable leeway in deciding an appropriate form as well as the amount of punishment, while other scholars say that the freedom given to a judge through this rule is restricted to the amount of punishment and the form of punishment is out of his jurisdiction. The first group of scholars, in addition to the lexical references, has resorted to explicit hadiths received regarding the issue, as well as the ordinances that show the vast scope of the authority a ruler possesses. The paper, after criticizing the above-mentioned reasons, presents evidence from hadiths to refute the wide authority of a ruler claimed by these scholars. Moreover, even supposing such wide authority of a ruler, the punishments like imprisonment are inconsistent with some principles and general rules

---

Jurisprudence and Criminal Law, Maybod University

**Dr. Sayyid Ahmad Mirkhalili**, Assistant Professor, Meybod University

Willful murder is an extremely serious crime in human society, which is increasing day by day. The article explores into jurisprudential proofs to find out the impact of intent on considering killing as a willful murder. Because the sources of criminal law are mainly scriptural, and as the devotional approach presides over other approaches, so the hadiths are considered more specifically in this paper. The research findings show that if the intent to murder is proven, then it would be a specific intent that, in addition to proving the perpetrator's fault, definitely leads to the judgment of retaliation. But, if the intent to murder is not proved to the judge, and the only evidence which shows the intent to murder is using lethal weapon, then, although he is definitely guilty of using lethal weapon, this general intent would not result in retaliation, and the tradition that is resorted to issuing the sentence of retaliation in this case is not only weak and unconfirmed, but it is in conflict with other traditions as well as the principle of prudence in blood. Consequently, the sentence of retaliation is not proved in general intent, though the fault and guilt of the perpetrator is inevitable.

**Keywords:** psychological element of crime, intent to murder, criminal fault, willful murder, retaliation.

**Analyzing the Efficiency Elements of Jurisprudence (Case Study, the Terms of Enjoining the Right and Forbidding the Wrong)**

**Dr. ‘Abd al-Ḥusayn Riḍā’ī Rād**, Associate professor, Shahid Chamran University of Ahvaz

The paper is to examine the objections to the efficiency of some jurisprudential issues especially concerning the matter of enjoining the right and forbidding the wrong through the case study of its terms like: having enough knowledge about the right and the wrong, capability and power, safety, and the chance of impact. It also explores the origins of the harming consequences that have been brought about by such impractical approaches to jurisprudence and religion, the consequences like issuing infeasible or contradictory rulings that have resulted in the suspension of such practices as enjoining the right and forbidding the wrong. Then, it proposes the working methods for improving the efficiency and applicability of such jurisprudential issues.

**Keywords:** the right, the wrong, the efficiency of jurisprudence, the conditionality of being safe, the conditionality of impact.

**The Impact of Intent on Willful Murder**

**Fatemeh Rezaee**, (Corresponding Author), Ph.D. Student of

origins and historical traces of concepts and views has gradually become a part of their conceptual and assertoric principles; the method that definitely would be the only way to have a profound understanding of an issue. Likewise, it is necessary to apply this method to have an in-depth research regarding *uṣūl ‘amalīyah* (practical principles). The paper explores the historical origins of general matters of *uṣūl ‘amalīyah* and, through an inductive study in earlier Shī‘a and Sunnī texts, intends to answer the questions like: the way these concepts entered in demonstrative jurisprudence and *uṣūl* discourses, their common characteristics, the earlier scholars’ approach to *uṣūl ‘amalīyah*, application order of these principles, their position, their relation with each other, and their internal order.

The research concludes that *uṣūl ‘amalīyah*, however, have firm bases in Imams’ (A.S.) teachings, but as regards compiling, their origins trace back to Sunni demonstrative jurisprudence and *uṣūl* texts.

From earlier Shī‘a and Sunnī scholars’ point of view, *uṣūl ‘amalīyah* have two general characteristics: first, these principles are definite, and second, that they come into effect after *amārāt* (denotations).

**Keywords:** *uṣūl ‘amalīyah*, *istiṣhāb* (continuance), *barā‘a* (exemption), *iḥtiyāt* (precaution), the historical origins of *uṣūl ‘amalīyah*.



when he is still insane. However, some jurists believe in suspension of the punishment until the criminal regains his mental health. Some other jurists, however, have presented other possibilities and views on the issue. After considering the approving and disapproving proofs of the principle, and in view of the details, the writers accept the principle in general. The paper provides a reference-based analysis of the above-mentioned conclusion by presenting its supporting proofs and criticizing and discrediting the opponents' views and evidence.

**Keywords:** insanity, the principle of not suspending the implementation of *ḥadd*, Note 1 of Article 150 of Islamic Penal Code, inclusiveness of the proofs of *ḥudūd* (legal punishments).

### The Shī'a and Sunnī Textual Origins of *Uṣūl 'Amaliya* (Practical Principles)

Husayn Haqiqatpour, Assistant Professor, Mazanderan University

Dr. Muhammad Taqi Fakhla'i, (Corresponding Author), Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muhammad Hasan Haeri, Professor, Ferdowsi University of Mashhad

In contemporary researches about the issues concerning fiqh and uṣūl (jurisprudence and the principles of jurisprudence), exploring the

## ABSTRACT

A Jurisprudential Deliberation on the Principle of not Suspending the Implementation of Ḥadd (legal punishment) upon Occurring Insanity (A Critical View on Note 1 of Article 150 of Islamic Penal Code of 1392/2013)

**Dr. Ali Akbar Izadifard**, Professor, Mazanderan University

**Dr. Sayyid Mojtaba Husaynnezhad**, (Corresponding Author)

Assistant Professor, Parsa Higher Education Institute, Babolsar

**Hamed Abedi Firoozjaee**, M.A. Graduate, Farabi Pardis, Tehran University

“Not suspending the implementation of *ḥadd* (legal punishment)” is a jurisprudential principle exclusive to the Criminal Law. According to the famous view among jurists, if a man with sanity commits a crime worthy of legal punishment but becomes insane before receiving the punishment, implementation of the punishment would not be suspended until he recovers his sanity, rather he would be punished

## Table of Contents

<b>A Jurisprudential Deliberation on the Principle of not Suspending the Implementation of Ḥadd (legal punishment) upon Occurring Insanity</b>	9
Dr. Ali Akbar Izadifard- Dr. Sayyid Mojtaba Husaynnezhad- Hamed Abedi Firoozjaee	
<b>The Shi'a and Sunnī Textual Origins of Uṣūl 'Amaliya (Practical Principles)</b>	31
Husayn Haqiqatpour- Dr. Muhammad Taqi Fakhla'i- Dr. Muhammad Hasan Haeri	
<b>Analyzing the Efficiency Elements of Jurisprudence (Case Study, the Terms of Enjoining the Right and Forbidding the Wrong)</b>	53
Dr. 'Abd al-Ḥusayn Riḍā'ī Rād	
<b>The Impact of Intent on Willful Murder</b>	71
Fatemeh Rezaee - Dr. Sayyid Ahmad Mirkhalili	
<b>Exploring the Rule of "Ta'zīr is Left to the Discretion of the Ruler" and a Case Study of Discretionary Prison Sentence</b>	83
Mahdi Shayeḡ - Muhammad Reza Shayeḡ	
<b>A Legal-Judicial Exploration into the Legal Character of Power of Attorney (Combined 'Aqd and Īqā')</b>	105
Dr. Ehsan Aliakbari Baboukani- Dr. Muhammad Hakim Javadi	
<b>A Jurisprudential Critique of Prescribing Death Penalty for Drug Crimes</b>	127
Dr. Abbas Kalantari Khalilabad - Dr. Nafisa Mutawallizade Na'ini- Seddiqa Golestanroo	
<b>Generalizing Pre-emption Right to other Bilateral Contracts</b>	147
Siavash Goodarzi - Dr. Abbasali Soltani - Muhammad Reza Elmi Sula- Sayyid Jalal Mousavinasab	
<b>Abstracts of the Papers in English Language</b>	176

*In the Name of Allah*



## **Journal of Fiqh and Usul**

**Vol. 50, No. 3: Issue 114, Autumn 2018**

**ISSN-Print:2008-9139**

**ISSN-Online:2538-3892**

### **License Holder**

Ferdowsi University of Mashhad

### **Managing Editor & Editor in Chief**

Dr. M.T. Fakhla‘

### **Editorial Board**

**Dr. A. A. zad fard**

Prof, Dept of Law, M zandar n Univ

**Dr. . Baqir**

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehr n Univ

**Dr. M. H. H ’ir**

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. H. S bir**

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. M.T. Fakhla‘**

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. Jal l Qanav t**

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

**Dr. S M. Muhaqqiq D m d**

Prof, Dept of Law, shah d Bihisht Univ

**Dr. H. Mihrp r**

Prof, Dept of Law, shah d Bihisht Univ

**Dr. H. N sir**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

### **Executive Director**

Hussain Zekavatizadeh

### **Translation of Abstracts**

Ahmad Rezwani

**Printing & Binding:** Ferdowsi University of Mashhad Press

**Circulation:** 500

**Price:** Rs 30000

### **Address:**

Faculty of Theology and Islamic Studies  
Ferdowsi University of Mashhad Campus  
Azadi Sq. Mashhad – Iran

**Post Code:** 9177948955

**Tel:** (+9851) 38803873



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

# Journal of Figh and Usul



**The Research Journal  
of the faculty of Theology and Islamic Studies**

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 50, No. 3: Issue 114, Autumn 2018