



انفقه و زوال

فصلنامه علمی
(مطالعات اسلامی سابق)

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

سال ۵۱، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۸
پاییز ۱۳۹۸



عناوین مقالات

- بررسی موقعیت سیره در میان ادله اقوال در معاملات صبی
- دکتر بی بی راضیه آرام - دکتر محمدتقی فخلعی - دکتر محمدحسن حائری
- بررسی فقهی سرقت نفقه توسط زوج
- دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر سید مجتبی حسین نژاد
- اسباب تحقق و زوال احصان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
- دکتر عبدالله بهمن پوری - دکتر قاسم نظری کله جویی
- تأملی بر بسط آثار و مصادیق حدود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
- دکتر سید محمد مهدی ساداتی - دکتر محمد هادی صادقی - صمد غلامیان زالی
- بررسی قلمرو و حکم تجری در فقه امامیه و شمول آن بر جرائم ناتمام
- دکتر محمد ابراهیم شمس ناتری - سید هاشم آل طه
- بازپژوهی فقهی - اصولی اثبات نقض بالفعل در نظریه نقض فرضی قرارداد
- محمد حسین فلاح یخدانی - دکتر ابراهیم تقی زاده - دکتر مجید سربازیان - دکتر حسین حیدری منور - آزاده نجفی
- درنگی در حق استتسار در فقه اسلامی
- حسن غوث - دکتر محسن رزمی - دکتر مصطفی رجائی پور
- روش شناسی اجتهاد تمدنی
- (ایزاری برای استخراج نظام‌ها و فرآیندهای مورد نیاز در مقیاس یک تمدن)
- دکتر عبدالحمید واسطی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۱ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱۸ - پاییز ۱۳۹۸

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

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 سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فتواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر لیدا کلارک

استاد ممتاز گروه مطالعات اسلامی دانشگاه کونکوردیا کانادا

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

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.

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

کارشناس: شاهسمن شاهرخ شاهیان

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده به انگلیسی: دکتر محمد هادی قبولی

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

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 اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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 داوری‌ها 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، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ، 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؛ غرضه/ غرضه؛ حرف/ 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 عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۳. دکتر محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۴. حجة الاسلام علی شفیعی (مدیر گروه فقه کاربردی پژوهشکده اسلام تمدنی)
۵. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۶. دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر سید محمد هادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران)
۱۱. دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۲. دکتر سعید نظری توکلی (دانشیار دانشگاه تهران)
۱۳. دکتر محمد محسنی دهکلانی (دانشیار دانشگاه مازندران)
۱۴. دکتر علی محمدیان (استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه بزرگمهر قائنات)
۱۵. دکتر حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	بررسی موقعیت سیره در میان ادله اقوال در معاملات صبی دکتر بی بی راضیه آرام - دکتر محمدتقی فخلعی - دکتر محمدحسن حائری
۲۹	بررسی فقهی سرقت نفقه توسط زوجه دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر سید مجتبی حسین نژاد
۴۹	اسباب تحقق و زوال احصان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
۷۱	دکتر عبدالله بهمن پوری - دکتر قاسم نظری کُله جویی تأملی بر بسط آثار و مصادیق حدود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
۹۵	دکتر سید محمد مهدی ساداتی - دکتر محمدهادی صادقی - صمد غلامیان زالی بررسی قلمرو و حکم تجری در فقه امامیه و شمول آن بر جرائم ناتمام
۱۱۵	دکتر محمد ابراهیم شمس ناتری - سید هاشم آل طه بازپژوهی فقهی - اصولی اثبات نقض بالفعل در نظریه نقض فرضی قرارداد محمدحسین فلاح یخدانی - دکتر ابراهیم تقی زاده - دکتر مجید سربازیان - دکتر حسین حیدری منور - آزاده نجفی
۱۳۷	درنگی در حق استئسار در فقه اسلامی حسن غوث - دکتر محسن رزمی - دکتر مصطفی رجائی پور
۱۵۹	روش شناسی اجتهاد تمدنی (ابزاری برای استخراج نظام ها و فرآیندهای مورد نیاز در مقیاس یک تمدن) دکتر عبدالحمید واسطی



بررسی موقعیت سیره در میان ادله اقوال در معاملات صبی*

دکتر بی بی راضیه آرام

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: razie_aram@yahoo.com

دکتر محمدتقی فخلعی^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@um.ac.ir

دکتر محمدحسن حائری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

چکیده

سیره به معنی طریقه و روش جاری و مستمر، چهره‌ای از عرف است که در متون اصولی معاصر بیش از گذشته موقعیتی در میان ادله استنباط احکام شرعی یافته و به‌رغم همه تلاش‌هایی که از سوی اصولیان برای تحدید ابعاد موضوعی و شرایط حجیت سیره صورت پذیرفته، در کارکردهای فقهی همچنان مشکلاتی بر سر راه بکارگیری دقیق و منضبطانه آن وجود دارد و نوعی پراکندگی و گسستگی آرا در این زمینه مشهود است. این مقاله به سبک مطالعه موردی به بررسی موقعیت سیره عقلا و متشرعه در میان ادله اقوال معاملات صبی پرداخته و پس از گذر سریع بر مفهوم‌شناسی سیره و صبی و مرور بر سایر ادله اقوال معاملات صبی، در پی ارائه گزارشی از دیدگاه‌های تنی چند از فقیهان در خصوص جایگاه سیره در صحیح یا باطل انگاری معاملات این‌چنینی برآمده است. حاصل این پژوهش این است که در بکارگیری دلیل سیره، طیفی از آرا پدید آمده و تضاد و منافرت میان آن‌ها حاکی از گسست چشمگیر میان صاحبان اندیشه فقهی است و ضرورت انضباط بخشی به افکار فقهی - اصولی را در این مورد بیش از پیش نمایان می‌کند.

کلیدواژه‌ها: سیره، سیره عقلا، سیره متشرعه، معاملات صبی، دلالت سیره در معاملات صبی، صحت

معاملات صبی ممیز

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۲/۱۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۲/۲۶.

۱. نویسنده مسئول

The Status of Sira (custom) among the Evidences of Opinions Concerning the Infant's Contracts

Bibi Razieh Aram, Ph.D. graduate of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Mohammad Taghi Fakhlaei, Ph.D., Professor, Ferdowsi University of Mashhad (corresponding author)

Mohammad Hassan Haeri, Ph.D., Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

Sira, meaning the continued way and method, is a manifestation of custom which has in contemporary Usuli works gained an unprecedented place in the inference of religious rules and despite all efforts by Usulis to delimit its thematic aspects and the conditions of its authority, there are problems with its accurate and systematic application from the aspect of jurisprudential functions and a sort of diversity of opinions and disagreement is noticeable in this regard. This paper, through a case study method, has studied the status of the conduct of wise and the custom of the people of the religion among the evidences of opinions regarding the infant's contracts and after a quick review of semantics of Sira and infant and an overview of other evidences of opinions regarding the infants contracts, has attempted to give a report on the opinions of a number of Islamic jurists with regard to the status of Sira in declaring validity or invalidity of such contracts. The results of this research show that in applying Sira as evidence, a spectrum of opinions has emerged and their contradiction indicates considerable diversity among the jurisprudential commentators and more than ever, reveals the necessity of regulating the jurisprudential and Usuli thoughts in this regard.

Keywords: Sira, the custom of wise, custom of people of religion, illustration of Sira in infant's contracts, validity of discerning infant's contracts.

مقدمه

جامعه عرصه تبادل کالاها بین افراد مختلف حقیقی و حقوقی است. نیاز جوامع به وجود ضوابط و قوانین آنان را در طول تاریخ بر آن داشت تا با وضع مقرراتی مرتبط و منسجم، آرامشی نسبی در عرصه‌های معاملات بین افراد به وجود آورند. در مکتب حقوقی اسلام این قوانین و مقررات گاه برآمده از اراده تشریعی خالق عالم است که در نصوص صریح یا ظاهر قرآن و روایات ائمه اطهار (علیه‌السلام) رخ نمایانده است. گاه بر خرد ناب تکیه زده و گاه بر تأسیساتی چون اجماع، سیره عقلا و سیره متشرعه که جملگی نمایشگر حاکمیت اراده قانون‌گذار یکتای عالم هستی است. مرور بر سیرتطور منابع استنباط در موضوعات معاملی پرده از این واقعیت برمی‌دارد که نگاه‌های معطوف به نص فقیهان متقدم درگذر زمان به سمت ادله لبی چون سیره گرایش آشکار یافت به‌گونه‌ای که گاه موقعیت نص در ذیل دلایل دیگری چون سیره قرار گرفت و در پرتو آن بازخوانی شد. در این نوشتار بدون اینکه بخواهیم از دلایل چنین چرخش تاریخی سراغ گیریم، فعلاً درصدد آنیم که کاستی‌ها و مبهمات مربوط به فعال کردن موقعیت دلیل سیره در فقه معاملات را در مطالعه‌ای موردی بر روی ادله معاملات صبی شناسایی کنیم.

به عنوان مقدمه می‌توان گفت بررسی معاملات صبی ازجمله مسائلی است که ذهن دانشوران فقهی را به خود مشغول کرده است. پرسش عمده در معاملات صبی این است که با توجه به اختلافات دامنه‌دار فقها در این زمینه، فقه‌های معاصر به‌ویژه با توجه به نقش سیره عقلا و متشرعه در معاملات صبی، چه رویکردی را دنبال کرده‌اند؟ آیا این معامله ذاتاً باطل است و یا اینکه بطلان آن به خاطر عدم استقلال صبی و صحت آن متوقف بر اذن ولی و یا امضاء وی است؟ دراین‌بین در مورد نحوه استدلال به دلیل سیره و تعیین ماهیت این سیره نیز ابهام‌ها و اختلاف‌نظرهایی پدید آمده است که این مقاله درصدد بررسی همه‌جانبه آن است. قبل از هر چیز واژه‌شناسی صبی و صغیر حائز اهمیت است.

واژگان شناسی بحث

معناشناسی صبی

صبی: الصاد و الباء و الحرف المعتل، به معنی صغر سن است (احمد بن فارس، ۳/ ۳۳۱) و طفلی که به سن تمیز رسیده (فیومی، ۲/ ۳۷۴) و کودکی که هنوز به احتلام نرسیده را صبی گفته‌اند (راغب اصفهانی، ۴۷۵).

معناشناسی صغیر

صغیر در لغت به معنی کوچک و خرد و لغویان در تعریف صغیر آن را مخالف کبیر دانسته‌اند. نیز

صغیر به هر چیزی که دلالت بر قلت و حقارت می‌کند اطلاق می‌شود (راغب اصفهانی، ۱/ ۴۸۵؛ فراهیدی، ۴/ ۳۷۲؛ ابن منظور، ۴/ ۴۵۸؛ طریحی، ۳/ ۳۶۵). هرگاه این وصف در مورد انسان به کار رود، مراد شخصی است که در مراحل آغازین حیات طبیعی و قبل از تکمیل قوای جسمی و فکری خود قرار دارد؛ بنابراین در اصطلاح فقهی و حقوقی صغیر کسی است که از نظر سنی به نمو جسمانی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی نرسیده باشد و در نتیجه فاقد اهلیت شناخته می‌شود (ابن زهره، ۲۵۱؛ فاضل آبی، ۱/ ۵۵۲؛ امامی، ۵/ ۲۴۳؛ صفایی، ۲۰۴).

صغیر در یک تقسیم‌بندی به ممیز و غیر ممیز تقسیم می‌شود. صغیر غیر ممیز شخص نابالغی است که قوه درک و تمیز یا نیروی تشخیص سود و زیان را ندارد و نمی‌تواند اراده حقوقی (انشایی) داشته باشد؛ در مقابل، صغیر ممیز کسی است که دارای قوه درک و تمیز نسبی است؛ گرچه به سن بلوغ نرسیده زشت را از زیبا و سود را از زیان باز می‌شناسد و می‌تواند اراده حقوقی داشته باشد (مکارم شیرازی، ۶۰؛ سعدی، ۲۰۷؛ جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۲/ ۶۳۷؛ صفایی، ۲۰۴). نیز گفته شده او کسی است که می‌تواند اثر ذاتی عقود و ایقاعات را از یکدیگر تشخیص دهد و سود و زیان و همچنین آثار و احکام مهم آن را بداند (عاملی، ۲۰۸؛ باریکلو، ۱۵۸).

معناشناسی «سیره»

۱) مفهوم لغوی

واژه «سیره» برون «فعلة» اسم مصدر از ماده (س.ی.ر) و در اصل عربی (حمیری، ۵/ ۲۳۹۰) و به معنای طریقه و روش (فیومی، ۲/ ۲۹۹). «هیئت» و «حالت» است (طریحی، ۳/ ۳۴۰)، «جریان داشتن»، «روان شدن» و «گذر و حرکت در روز و شب» (ابن فارس، ۳/ ۱۲۱) حالتی غریزی یا اکتسابی که بر انسان و یا غیر او مستولی شود نیز از دیگر معانی آن است (راغب اصفهانی، ۴۳۳).

طبق گفته‌ای سیره مصطلح، گاه به معنای هیئت و حالت فعالیت آدمی است که اگر این رفتار از انسان حکیمی به صورت پیوسته و مداوم سرزند و قانونمند باشد در این صورت مطالعه پیرامون آن می‌تواند، موجب دست‌یابی به سبک‌ها و روش‌های عملی - تربیتی را فراهم آورد (مطهری، ۲۱).

۲) مفهوم اصطلاحی

سیره در اصطلاح اندیشمندان به راه و شیوه مستمر و بنای عملی مردم نسبت به فعل و یا ترک چیزی اطلاق می‌شود. (جناتی شاهرودی، ۴۱۳).

سیره در اصطلاح اصولی در ضمن منابع حکم و استنباط و در دو قسم تحلیل می‌شود: سیره عقلا و سیره متشرعه.

برای سیره عقلا تعاریف مختلفی شده است از جمله:

- تکرار و استمرار عمل عقلا در امری و از آن جهت که عاقل اند، خواه بر سنت و آیین واحدی باشند و یا از دین و آیین مشترکی پیروی نکنند (نائینی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۲ - ۱۹۳).
- استمرار عادت مردم و تبانی عملی شان بر انجام کاری و یا ترک عملی، مراد از مردم، جمیع عقلا و عرف عام از هر ملت و گروهی که شامل مسلمین و غیر مسلمین می شود (مظفر، ۳/ ۱۷۶).
- به باور برخی، اصطلاح بنای عقلا تنها شامل عمل و سلوک عقلا نیست، بلکه شامل مرتکبات عقلایی (آن احکام عقلایی که در ژرفای ادراک و فطرت خردمندان وجود دارد، هرچند بر طریق آن سلوک عملی واقع نشده) نیز می شود (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۴/ ۲۳۴).
- برای سیره متشرعه نیز تعاریف مختلفی شده است از جمله:
- فعل و یا ترک فعلی که از جانب گروهی از مردم که متصف به دین یا مذهب معینی هستند، صادر شود و در حقیقت گونه ای از بنای عقلا که در نوع کسانی که این بنا را نهاده اند، محدودیت صورت گرفته است (حکیم، الاصول العامة فی الفقه المقارن، ۱۹۲ - ۱۹۱).
- سلوک عمومی متدینان در عصر تشریع (صدر، المعالم الجدیدة، ۱۶۸).
- گفته شده این نوع سیره در حقیقت نوعی اجماع، بلکه معتبرترین نوع آن است؛ زیرا اجماع عملی همه مسلمانان، اعم از عالمان و غیر عالمان را شامل می شود، در حالی که اجماع قولی تنها در دایره علما مطرح است. در کلمات فقها از این نوع سیره به اجماع فعلی نیز تعبیر شده است.

تفاوت سیره متشرعه با سیره عقلا

برخی از اندیشمندان علم اصول، فرق میان سیره عقلا و سیره متشرعه را در ناحیه خاستگاه آن دو، این گونه تبیین کرده اند. به زعم آنان «سیره متشرعه»، تنها بر تأسیسی اطلاق می گردد که تدبیر پدیدآورندگان، علت منحصره و تامه تکون آن بوده است و خاستگاه دیگری برای آن قابل فرض نیست. از این رو، جریانش در امور توقیفی محض شرط است. این در حالی است که «حکم ظنی و غیر منجز عقل»، (آشتیانی، ۱/ ۱۷۱)، «مصلحت حفظ نظام»، (نائینی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۳)، «اراده سیاسی سلاطین»، (همان، ۱۹۲) «تربیت پیامبرانه»، (همان)، «تمایلات غریزی»، (انصاری، فوائد الاصول، ۲/ ۵۸۲) «عقل و فطرت» (ر.ک: فخلعی، ۸۴/ ۱، ص ۱۰۴). از جمله خاستگاه های شناخته شده برای «سیره عقلا» معرفی شده است. البته این حد از تعریف برای تمایز بخشیدن به دو قسم سیره کافی نیست و نیازمند به بیان تفصیلی تر است.

یکی از اشتباهات بسیار رایج نگاشته های متأخر، کاربرد ناصحیح «سیره متشرعه» در مواضع عقلایی و خلط میان اقسام سیره است. چنانچه سیره متشرعه به سیره عقلانیّه بازگشت کند، دلیل واقعی همان سیره

عقلانیه است و استناد به سیره مشرعه حتی اگر روا باشد، تنها در حدّ مؤید مفید خواهد بود. این معنا زمانی بیشتر وضوح می‌یابد که بر سر این کبرای کلی توافق حاصل شود که مرام کلی شارع اسلام در موضوعات معاملی و تصرفات حقوقی، دایر بر امضای سیره‌های عقلانیه بوده است و خود بنای جدیدی را تأسیس نکرده است.

توضیح بیشتر این‌که هرگاه عملی که «سیره» بر پایه آن قائم است، از امور توقیفی باشد که لاجرم باید از شارع تلقی گردد، شکی در کاشفیت چنین سیره‌ای از حکم شرعی نخواهد بود و اما اگر از امور غیر توقیفی باشد که عرف عقلا - پیش از شرع - به آن توجه یافته است، به احتمال قریب، بازگشت «سیره مسلمین» به «طریقه عقلانیه» خواهد بود؛ در این بین به باور نائینی این موضوع اشکالی بر استدلال به «سیره مشرعه» در امور غیر توقیفی وارد نمی‌سازد؛ بلکه نهایت امر آن است که در مورد اجتماع «سیره» و «طریقه عقلایی» مسئله از قبیل تعدّد دلیل بر مدلول واحد خواهد بود و «سیره مشرعه» نیز در کنار سیره عقلا در زمره ادله مسئله قرار خواهد گرفت (نائینی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۴). گرچه امام خمینی سخن نائینی را ناتمام یافته و معتقد است که اتحاد متعلّق دو «سیره» - «سیره مشرعه» و «سیره عقلانیه» - مانع از طرح «سیره مشرعه» در قالب دلیلی مستقل در مواضع عقلایی است؛ بلکه بی‌شک در این گونه از مسائل، بازگشت «سیره مشرعه» به «بنائات عقلایی» خواهد بود (خمینی، تهذیب الاصول، ۲/ ۲۰۲؛ همو، انوار الهدایه، ۱/ ۳۱۵).

از سویی در تقریرات اصولی شهید صدر نیز از سه قسم «سیره» یاد می‌شود:

۱. قسم اوّل، سیره‌ای است که بر امور توقیفی و شرعی محض واقع گشته و پرواضح است که در آن تشرّع مشرعه، حیثیتی تعلیلی یافته است. نظیر «سیره مشرعه» بر جهر در نماز ظهر در روز جمعه. به چنین سیره‌ای، «سیره مشرعه به معنای خاص» گفته می‌شود.

۲. قسم دوم، سیره‌ای است که ممارست مشرعه بر آن می‌تواند احتمالاً از حیث تشرّعشان باشد و یا به مقتضای طبع عقلایی‌شان؛ مانند سیره اصحاب ائمه بر عمل به مضمون اخبار ثقات، بدون آن‌که قطع داشته باشیم که این «سیره» از طبیعت عقلایی آنان منشأ یافته است و یا از حیثیت تشرّعشان. به چنین سیره‌ای، «سیره مشرعه به معنای عام» اطلاق می‌گردد.

۳. قسم سوم و نقطه مقابل دو قسم اخیر، سیره‌ای است که طبیعت عقلایی بدون وجود دواعی خارجی، انعقاد چنین سیره‌ای را مقتضی گشته است (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۴/ ۲۴۷ - ۲۴۸).

به باور شهید صدر در دو قسم اوّل از «سیره»، احراز شرط معاصرت با معصوم لازم است؛ چه آن‌که در میدان استنباط حکم شرعی، سیره‌ای مفید است که کاشف از موضع شارع باشد و کشف از موضع شارع بر

معاصرت سیره با عصر تشریع، موقوف است (همان، ۲۳۷).

نیز به باور شهید صدر، هر دو قسم از «سیره متشرعه» به طریق برهان اثنی و کشف علت به واسطه معلول، حجیت می‌یابند؛ بدین معنا که صرف اثبات معاصرت، در حجیت آنان کافی است. جز آن‌که دلالت «سیره متشرعه به معنای خاص» از دلالت «سیره متشرعه به معنای عام» قوی‌تر است؛ زیرا از یک سو احتمال آن‌که منشأ آن طبع عقلایی باشد، منتفی است و از طرف دیگر منشأ وقوع خطا در آن ممکن است خطای حسّی و به عبارت دیگر خطای متشرعه در دریافت بیان شرعی باشد که این احتمال، بر اساس ویژگی کثرت، حساب احتمالات و منطق استقرا منتفی است (همان، ۲۴۸/۴).

البته این استدلال شهید صدر در مورد قسم دوم مورد نقد واقع شده و گفته شده است:

به نظر می‌رسد که قسم دوم نمی‌تواند به ملاک کشف علت به واسطه معلول، حجیت یابد؛ زیرا محتمل است که «سیره»، ریشه در ارتکازات ناب عقلایی داشته باشد. به دیگر بیان، اگرچه غفلت از فحص و پرسش نسبت به موقف شرعی از سوی جمیع متشرعه - به حساب احتمالات و منطق استقرا - ممتنع است و در نتیجه، «سیره» - بنفسه - استناد به موقف شارع یافته و دیگر نیازی به فحص از رادع نیست؛ لیکن این سخن در مواردی که ارتکازی راسخ در طباع عقلایی داشته باشد، تام و تمام نخواهد بود؛ چه آن‌که در این صورت عمق و وسعت رسوخ ارتکاز، مظنه غفلت همگانی را از فحص و پرسش، قوت می‌بخشد؛ به گونه‌ای که موجب می‌شود گمان شود موضع شارع در برابر آن موافق است. با این توضیح، بر خواننده محترم پوشیده نمی‌ماند که قسم دوم از «سیره متشرعه» در حجیت خود نیازمند توجهی فزون‌تر و فحص از رادع است؛ بنابراین، کفایت تحقق «سیره» برای اثبات عدم ردع، تنها در مورد سیره‌های متشرعی نوع نخست، صادق است (هاشمی شاهرودی، ۲/۲۴۷).

از سویی گرچه بنا بر برخی از مبانی، عدم ثبوت ردع در حجیت سیره‌ها و بنائات عقلایی کافی است و به مثابه سیره‌های متشرعی احتمال رادعیت، مانع حجیت نیست و تنها در صورت ثبوت ردع است که موجبات طرد «سیره» فراهم می‌آید؛ لیکن این سخن، وظیفه فحص از رادع را - آن‌گونه که در سیره‌های متشرعه مطرح است - در باب بنائات عقلایی منتفی نمی‌کند، بلکه وظیفه فحص تا حصول اطمینان همچنان ثابت است.

از این‌روست که در باب حجیت «سیره عقلا»، تحصیل موافقت شارع ولو به طریق عدم ثبوت ردع، شرط است و این در حالی است که «سیره متشرعه» به خودی خود و تنها با احراز شرط معاصرت معصوم، حجت خواهد بود (اصفهانی، ۱/۱۰۵ - ۱۰۴؛ مظفر، ۳/۱۷۹).

توجه به نکات اصولی فوق و تقسیمات ارائه شده از سیره و وجوه تمایز آن‌ها ما را به اهمیت تفکیک

عرصه‌ها و تعیین حدود دخالت سیره در موضوعات مختلف بیشتر واقف می‌کند. در ادامه این مقال این موضوع در ضمن مطالعه موردی معاملات صبی، عینی‌تر مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

حجیت سیره

طبق گفتمان اصولی مشهور، حجیت سیره عقلاً درگرو احراز امضا و یا دست‌کم ثبوت عدم ردع معصوم است، البته برخی از اصولیان صرف عدم وصول ردع را در مسائل عام البلوی دلیل امضا گرفته‌اند. به عقیده آنان مسائل این‌چنینی اگر مورد مخالفت شارع قرار داشت، لازم می‌آمد در مناسبت‌های گوناگون و بایبانی صریح مخالفت خود را ابراز می‌کرد و در این صورت انگیزه‌ای برای پنهان ماندن مخالفت او وجود نداشت و ردع و منع او حتماً واصل می‌شد؛ بنابراین عدم وصول ردع، دلیل کافی بر نبود ردع محسوب می‌گردد. (نائبی، فوائد الاصول، ۱۹۲/۳ - ۱۹۳؛ صدر، دروس ۱/ ۲۷۰ - ۲۷۱؛ حکیم، الاصول العامة فی الفقه المقارن، ۱۹۸). این در حالی است که سیره‌های متشرعیه محض، برخاسته از احساس متدبانه‌ای است که از هرگونه احساسات مشوب گشته به بدعت و اوهام، به دور است، نیازمند به اثبات و احراز موافقت، ولو به طریق عدم ثبوت ردع و فحص از رادع نیست؛ به‌طوری‌که صرف اثبات معاصرت، نشان از موافقت شارع دارد؛ مگر آن‌که به دلیل خاص، ردعی قطعاً ثابت باشد.

معامله صبی

در بحث از معامله صبی عمده‌ترین اختلاف بر سر این است که آیا این معامله ذاتاً باطل است یا اینکه صحت آن متوقف بر اذن ولی و یا امضاء اوست و دراین‌بین سیره چه نقشی در تعیین حکم معاملات صبی و تعیین قلمرو صحت و بطلان آن بر عهده دارد؟ این مقاله در پی بررسی رویکرد فقها در به‌کارگیری دلیل سیره عقلاً و متشرعه در استدلال بر درستی برخی از معاملات صبی است.

مرور بر دیدگاه‌های فقهی

۱) دیدگاه بطلان بیع صبی به‌طور مطلق

فقیهانی که با صراحت و به‌صورت مطلق بیع صبی را باطل دانسته‌اند، خواه ممیز باشد یا نباشد، معامله جزئی یا کلان باشد، با اذن ولی یا بدون اذن باشد، عبارت‌اند از: طوسی، ۱۶۳/۲؛ ابن حمزه، ۲۳۶؛ ابن زهره، ۲۱۰؛ محقق حلی، مختصر النافع، ۱۱۸؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۱/۱۰؛ همو، نه‌ایة الاحکام، ۴۵۳/۲؛ همو، تحریر الأحکام، ۲۷۵/۲؛ همو، إرشاد الأذهان، ۳۶۰/۱؛ همو، مختلف الشیعة، ۵۸/۵؛

شهید اول، الدروس الشرعية، ۱۹۱/۳ - ۱۹۲ و اللمعة الدمشقية، ۱۱۰؛ شهید ثانی، مسالك الأفهام، ۳/ ۱۵۴ و الروضة البهية، ۳/ ۲۲۶؛ بحرانی، ۱۸/ ۳۶۷؛ حسینی عاملی، ۱۲/ ۵۴۵).

علامه حلی از جمله کسانی است که به صراحت بیع صبی را باطل دانسته، ایشان در بحث حجر فرموده است: «صبی در تمام تصرفاتش به دلیل نص و اجماع محجور است، خواه اینکه ممیز باشد یا نباشد. فقط مواردی چون: عبادات، اسلام، احرام، تدبیر، وصیت، ایصال هدیه و اذن در دخول استثناء شده است، البته در مسئله اذن در دخول دادن، تأملی وجود دارد که آیا قول صبی پذیرفته است یا نه؟» (تذکره الفقهاء، ۲/ ۷۳).

شیخ انصاری در تحلیل کلام علامه حلی می‌فرماید: ایصال هدیه و اذن در دخول، قرینه‌ای است بر اینکه مستثنا منه، مطلق افعال صبی است، ایصال هدیه نه تصرف قولی است و نه فعلی، زیرا صبی به منزله آلت و ابزار است و عمل او کاشف از رضایت مالک؛ بنابراین مستثنا منه در عبارت علامه خصوص تصرفات نیست، بلکه مطلق افعال است و مطلق افعال، انشاء صبی را نیز شامل می‌شود؛ از این رو انشاء صبی همانند فعل صبی لغو است (انصاری، کتاب المکاسب، ۳/ ۲۷۵ - ۲۷۶).

۲) دیدگاه اباحه تصرف در مورد معاملات صبی ممیز

کاشف الغطاء فقیهی است که قول اباحه تصرف به او نسبت داده شده است. وی معتقد است، عقد صبی اصالتاً و کالتاً ممنوع است ولی هنگامی که صبی ممیز به جای اولیای خود بنشیند و معامله کند و یا در مقابل مردم چنین وانمود شود، مردم گمان می‌برند از سوی آنان مجاز به انجام معامله است، در این صورت، خریدار اباحه تصرف می‌یابد، به‌ویژه در کالاهای کم‌بها (کاشف الغطاء، ۱/ ۲۵۶).

شیخ انصاری در نقد نظر کاشف الغطاء می‌گوید: تصرف و معامله با اذن ولی، چه به صورت بیع و چه به صورت معاطات، خلاف مشهور است. البته اگر منظور ایشان از اباحه تصرف، اباحه تصرفی باشد که از اذن و رضایت مالک ناشی شده است، این سخن بی‌راهی نیست و از محدوده نظر علما فراتر نرفته است؛ زیرا همانند آنان معتقد است، معامله صبی سبب اباحه تصرف نمی‌شود و با کشف رضایت ولی از اوضاع و احوال، سبب اباحه تصرف شناخته شده است؛ یعنی اینکه آنچه سبب اباحه تصرف می‌شود، قول صبی و معامله او نیست، بلکه رضایت و اذن ولی اوست که نحوه انجام معامله و اوضاع و احوال بر آن دلالت دارد (انصاری، المکاسب، ۳/ ۲۸۹ - ۲۸۸).

از این نقد شیخ انصاری می‌توان پی برد که قول اباحه تصرف فقط به گونه‌ای از معاملات صبی مربوط است که با دلالت ظاهر حال، بتوان اذن ولی را به دست آورد. ضمن اینکه مراد از اباحه تصرف عقد یا معامله معینی نیست، حتی نتوان آن را معاطات نامید.

۳) دیدگاه صحت بیع صبی ممیز

محقق اردبیلی از جمله فقیهانی است که جواز بیع و شرای صبی را در حالت تمیز و رشد و بصیرت معاملی، به گونه ای که صبی نفع و زیان خود و طریق حفظ مال را بازشناسد، بعید ندانسته است. چنانکه به گمان وی بسیاری از نابالغان در این مسائل از پدرانشان هوشمندترند؛ بنابراین مانعی از ایقاع عقد توسط صبی با اوصاف این چنینی وجود ندارد. البته ایشان در پایان نقش اذن ولی را نادیده نمی گیرد و معتقد می شود، ظاهر آیات و روایات و اصل صحت، جواز تصرفات و معاملات صبی به شرط تمیز تام و اذن ولی است (اردبیلی، ۱۵۳/۸).

۴) دیدگاه صحت معاملات صبی در اشیاء جزئی و کم ارزش

جمعی از فقیهان، معاملات جزئی و کم ارزش را در صورتی که صبی عرفاً وسیله ایصال مال به شمار آید، نه طرف عقد، صحیح یافته اند (صاحب جواهر، ۸/ ۱۳۵ - ۱۳۶؛ انصاری، المکاسب، ۳/ ۲۸۷ - ۲۸۹).

در ادامه مقاله، ابعاد این نظریه و سایر نظریه های مطرح در این باب در ضمن تحلیل دلیل سیره بیشتر تبیین و تحلیل خواهد شد.

مروری بر ادله قائلین بطلان معاملات صبی

این ادله عبارتند از:

۱- آیه ابتلاء^۱

مشهور فقها با استناد به این آیه معتقدند: صبی در تصرفات خود باید رشید و بالغ باشد و آیه دلالت دارد بر اینکه بیع و شرای صبی قبل از بلوغ مطلقاً (چه با اذن ولی و چه بدون اذن) صحیح نیست؛ چون حجر او باقی است و وی نمی تواند در مال خودش تصرف کند (صاحب جواهر، ۱۹/۲۶؛ نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۹۶؛ خمینی، کتاب البیع، ۲/ ۱۰-۱۵ و ۲۱).

۲- اجماع

علامه حلی، صاحب جواهر، مراغی و شیخ انصاری به دلیل اجماع تصریح کرده اند (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۴/ ۲۴۱؛ صاحب جواهر، ۲۲/ ۲۶۰؛ مراغی، ۲/ ۶۷۴؛ شیخ انصاری، کتاب المکاسب، ۳/ ۲۷۸).

^۱ «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَ كَفَى بِاللَّهِ حَبِيبًا» (النساء / ۶).

آخوند خراسانی و محقق اصفهانی قدر متیقن از محل انعقاد اجماع را جایی دانسته‌اند که صبی در معامله خود استقلال ورزد (آخوند خراسانی، ۴۶؛ اصفهانی، ۱۶/۲).

چنین به نظر می‌رسد فقیهان متأخر در صحت دلیل اجماع تردید کرده یا قلمرو آن را محدود کرده‌اند.

۳- روایات

روایات در این زمینه به چهار دسته تقسیم می‌شوند: از دسته نخست غایت یتیم بلوغ، دسته دوم غایت یتیم رشد، دسته سوم غایت یتیم بلوغ یا رشد و دسته چهارم غایت یتیم بلوغ و رشد استفاده می‌شود.

از بررسی روایات، به ظاهر بطلان معامله صبی به طور مطلق فهمیده می‌شود. باوجود این شیخ انصاری می‌فرماید: روایاتی که بر عدم جواز بیع صبی دلالت دارد، اطلاق نداشته و بیع صبی با اذن ولی در محدوده‌ای که سیره اقتضا می‌کند بدون اشکال است و قدر متیقن از آن اشیاء خرد و کم‌ارزش (کتاب المکاسب، ۳/ ۲۷۷ - ۲۷۸).

بدین وسیله این فقیه بابی را می‌گشاید که در آن سیره توان محدود کردن اطلاق ادله بطلان تصرفات صبی را می‌یابد.

۴- سیره

تحقیق نشان می‌دهد در استناد به دلیل سیره، فقها رویکردهای ناهمگونی را پایه‌گذاری کرده‌اند. برخی از آنان برای بطلان معامله صبی و برخی برای صحت آن به سیره استدلال کرده‌اند. در مورد دامنه و قلمرو سیره نیز اقتراحات متفاوتی ارائه شده است که در ادامه این مقاله بر یکایک آرا و اقوال و استنادات، مرور می‌شود.

موقعیت سیره در میان ادله قائلان به بطلان معاملات صبی

یکی از فقهای معاصر به سیره عقلا بر بطلان معاملات صبی استدلال کرده است. به گفته او: «بنای عقلا در همه ادوار تاریخی و در میان همه ملل بر بی‌اعتباری جمیع تصرفات صبی قائم شده است. این بنا از سوی شارع اسلام نیز ردع نشده، بلکه مورد تأیید نیز واقع شده است.» (مکارم شیرازی، ۱۹۸).

به باور این فقیه هرگونه استقلال ورزیدن صبی در تصرفات حقوقی به دلیل اجماع و سیره عقلا باطل است. وی در توضیح دلیل سیره می‌گوید:

«سیره مستمر عقلا در همه ازمنه قدیم و جدید بر محجوریت صبی در جمیع تصرفات مالی قائم گشته و در این سیره فرقی میان اصحاب دیانات و دیگران وجود ندارد. جملگی برای ورود صبی به عرصه معاملات، سن قانونی معینی را معتبر دانسته‌اند و شارع اسلام نیز این سیره را اجمالاً مورد تأیید قرار داده و

فقط در ناحیه سن ملاحظات خاصی را اعمال کرده است.» (همو، ۲۰۶ - ۲۰۷).

موقعیت سیره در میان ادله اقوال تفصیل دهنده

برخی از فقها معاملات صبی را در اشیاء خرد و موارد جزئی صحیح یافته‌اند. دلایل آنان عبارت است از: قاعده لاجرح، سیره عقلا، سیره متشرعه و روایات.

مورد نخست، استدلال به قاعده لاجرح است. فیض کاشانی اولین کسی است که فتوا داد، به منظور اینکه حرجی پیش نیاید، بیع صبی در آن مقداری که در عرف جریان دارد، یعنی چیزهای کوچک، جایز و صحیح است؛ زیرا مردم معمولاً خرید اشیای خرد را به کودکان می‌سپارند و اگر صبی از معامله در اشیاء خرد منع شود، زندگی دچار حرج می‌شود، از آن رو بنا بر قاعده لا حرج این قبیل معامله صحیح است (فیض کاشانی، ۴۶/۳).

فقیهان چندی به مصاف دلیل نفی حرج اقامه شده از سوی فیض رفته و آن را به نقد کشیدند (ر.ک: انصاری، المکاسب، ۲۸۷/۳) و یا به دفاع از آن برخاستند خمینی در کتاب البیع (۴۶/۲) است که به دلیل خروج موضوعی از این مقاله، از آن‌ها عبور می‌کنیم.

پس از فیض، فقیهان بزرگی قد برافراشتند و صحت چنین معاملاتی را در پرتو دلیل سیره مورد بررسی قرار دادند. البته آنان در نحوه استدلال به سیره و قلمرو حضور سیره رویکرد یکسانی نداشتند. در پیشاپیش این گروه صاحب ریاض قرار دارد. او می‌نویسد: «معاملات صبی آنگاه صحیح است که صبی همچون وسیله‌ای در دست دارنده اهلیت تصرف باشد. ایشان دلیل صحت چنین معامله‌ای را استقرار سیره و استمرار آن دانسته، سیره‌ای که با اعتراضی از سوی شارع روبرو نشده است، بلکه می‌توان ادعای اجماع مسلمین را در مورد آن مطرح کرد.» (طباطبایی، ۲۱۷/۸)

شیخ انصاری به نقد این استدلال روی آورده و گفته است:

«احتمال قوی وجود دارد که این سیره همچون بسیاری از دیگر رویه‌های عرفی ناشی از بی‌پروایی در دین باشد. مؤید این مطلب این است که سیره فقها بر بطلان معاملات صبی همواره بر عدم تفکیک میان معاملات خرد و درشت و معاملات مستقل و غیرمستقل و معاملاتی که صبی در آن‌ها حکم آلت و ابزار دارد و دیگر معاملات دایر گشته است.» (انصاری، کتاب المکاسب، ۲۸۸/۳).

می‌توان حدس زد سیره مورد نقد شیخ انصاری، سیره متشرعه بوده، آنجا که آن را برخاسته از تساهل و بی‌پروایی مردم در دین قلمداد کرده است. ضمن اینکه عبارت اجماع مسلمین در عبارت صاحب ریاض نیز نشانه‌ای است بر اینکه سیره مورد نظر وی همان سیره متشرعه بوده است.

پس از ریاض، صاحب مقابس الانوار فقیه دیگری است که بر صحت معاملات خُرد، افزون بر دلیل نفی حرج، به سیره مستمره تمسک می‌کند. البته وی تصریح نمی‌کند که مراد از این سیره، سیره عقلانیه است یا متشرعه و فقط از این عبارت استفاده می‌کند: «مضافاً إلى السيرة المستمرة» (تستری، ۱۱۳). فقیهان دیگری مبنای عمل سیره را اباحه تصرف از سوی مالکان حقیقی و متصرفان واقعی قلمداد می‌کنند. فقیهی می‌نویسد:

«در مورد صحت معامله صبی در همه جوامع به سیره جاری میان متدینان تمسک بسته و قدر متیقن از جریان سیره معامله‌ای است که احتیاج به سنجش سود و زیان و چانه زدن بر سر بهای کالا ندارد؛ چراکه قیمت چنین عینی در خارج معین است، به طوری که از ولی انشاء تسلط صادر می‌شود و صبی صرفاً ابزار و واسطه ایصال است، ولی آنچه به ذهن نزدیک‌تر است این است که ماهیت این قبیل معاملات، اباحه مال در برابر عوض از سوی ولی و طرف دیگر عقد است.» (امامی خوانساری، ۱۹۸ - ۱۹۷).

فقیه دیگری که پیش‌تر دیدگاه معارض او در مورد صحت معاملات صبی گزارش شد، در مقام ارزیابی دیدگاهی که قائل به صحت و نفوذ معاملات خُرد صبی شده، ضمن تأکید بر استقرار سیره و ارجاع ماهیت این سیره به طبع انسانی و رد این احتمال که چنین سیره‌ای ناشی از تساهل و عدم مبالات مردم باشد، سرانجام به این نتیجه می‌رسد که معاملات این‌چنینی صرفاً مفید اباحه تصرف از سوی مالکین و اولیای طفل است و بیش از آن دلالتی ندارد (مکارم شیرازی، ۲۱۲ - ۲۱۴).

استدلال به سیره متشرعه در عبارات این دو فقیه کاملاً ظاهر است، به ضمیمه اینکه ارجاع سیره به طبع انسانی در عبارت مکارم حاکی از تلاش این فقیه برای آشتی دادن میان سیره متشرعه و سیره عقلا و ارجاع اولی در بحث جاری به دومی است. محدوده جریان سیره در این قول، معاملات خُردی است که بر روی کالای باقیمت معین صورت می‌گیرد و صبی نقش ابزاری بر عهده دارد و ماهیت این قبیل معامله نیز اباحه مال از سوی ولی است، یا هرکسی که به سِمَت نمایندگی از اهلیت تصرف در مال صبی برخوردار است.

مرحوم نائینی جزء فقیهانی است که پس از تحلیل جوانب گوناگون مرتبط به دلیل سیره صحت معاملات صبی را از باب معاطات تفسیر کرده است. او ابتدا به جریان سیره اذعان کرده و در مورد صحت پاره‌ای از معاملات صبی در برابر عمومات بطلان، چند احتمال مطرح کرده است:

نخست اینکه سیره مخصص عمومات و اطلاعات باشد و تصرفات جاری در محدوده سیره، مخصص آن. او از این احتمال پاسخ می‌دهد، سیره متدینان از عصر معصوم تا این زمان مخالف با چنین تخصیصی است؛ چه اینکه آنان از معامله با صبی در مواردی چون گوشت و لباس خودداری می‌کردند.

دوم اینکه، بگوئیم این سیره در میان افراد بی‌مبالات و متساهل در محرمات جاری بوده است.

وی التزام به این قول را نیز مشکل تر یافته است؛ زیرا به عقیده وی خرید و فروش چیزهای کوچکی چون دانه های خوراکی همواره بین متدینان معمول بوده است.

احتمال سوم این که در مواردی که جریان سیره ثابت شده است، صبی به منزله ابزار و واسطه ایصال در نظر آید. وی پس از نام بردن از چند تفسیر برای این احتمال سوم، ترجیح می دهد معاملات این چنینی صبی را مصداقی از معاطات یا در حکم معاطات بداند؛ چه اینکه به باور او حقیقت معاطات، همان تسلیط مالکانه است و صرف رضایت طرفین و وصول دو عوض به طرفین کفایت می کند و این امر در این قبیل معاملات نیز وجود دارد. سرانجام نائینی بر آن می شود که قدر متیقن از جریان سیره متشرعه معامله ای است که نیازمند به مساومه نیست، بهای مال در خارج معین است و صبی صرفاً آلت و واسطه ایصال است (نائینی، منیة الطالب، ۱/ ۱۷۵ - ۱۷۶).

امام خمینی در اعتراض به کلام نائینی می گوید:

«در معاملات صبی بی شک و شبهه خود او طرف معامله است، در حالی که نائینی او را طرف معامله نیافته، بلکه ولی را طرف معامله دانسته و به زعم او صبی نقش ابزار محض را دارد. اگر مرحوم نائینی اصل سیره یا اتصال

سیره را به عصر پیامبر (ص) را انکار می کرد، آسان تر بود تا اینکه چنین توجیهاتی را مطرح کند و ملتزم به خلاف واقع شود.» (خمینی، کتاب البیع، ۲/ ۴۹).

دیدگاه مؤلف مصباح الفقاهه هم سویی با نائینی قرار دارد. ایشان در مقام ارزیابی دلیل سیره، گرچه استقرار سیره را در معاملات صبی در امور خرد غیر قابل انکار یافته، لیکن معتقد است سیره از نافذ بودن معاملات مستقل صبی حکایت نمی کند، بلکه جهت آن همان چیزی است که در بیع معاطاتی بین مردم متداول است و آن اینکه مردم در معاملات جزئی بهای چیزی را در محل خاص خود قرار می دهند و شیء مورد نیاز خود را نیز از محل خود برمی دارند. معاملات خرد صبی نیز چیزی از این قبیل است (خویی، ۳/ ۲۶۹).

ایشان نظر نهایی خود را در مورد ماهیت دلیل سیره چنین ابراز می کند:

«حاصل این که اگر مراد از سیره، سیره عقلایی است، چنین سیره ای به وسیله روایات دال بر بطلان تصرفات صبی ردع شده است و اگر مراد سیره متشرعه است چنین سیره ای بر ابزار محض بودن صبی، قائم شده، نه بر صحت معاملات استقلالی او. در صورت تردید، باز هم نتوان به صحت معاملات صبی در امور خرد حکم کرد.» (همو).

از سخنان این دو فقیه بزرگ استفاده می شود که قلمرو سیره در تصرفات صبی، اشیای خرد را در

برمی‌گیرد و صبی صرفاً آلت و ابزار تصرفات ولی است، ولی ماهیت این معاملات، معاطات است. از سویی در عبارات نائینی قرائن کافی موجود بود که نشان دهد مراد وی از سیره، سیره متشرعه است، ولی شاگرد مکتب فقهی و اصولی وی هر دو احتمال سیره عقلا و متشرعه را از نظر دور نداشت. در برابر این دیدگاه، دیدگاه فقیه معاصر دیگری قرار دارد که خوش‌بینانه به دلیل سیره نظر افکنده و می‌نویسد:

«ظاهر این است که دلالت سیره متشرعه بر صحت معاملات صبی ممیز، موردشک و شبهه نیست؛ زیرا بعید به نظر می‌رسد که در عصر ائمه (ع) اطفال ممیز دخالتی در کارها نداشته باشند، همچنان که سیره عقلا نیز بر این مطلب استقرار یافته است؛ چراکه آنان در نفوذ و صحت معامله میان کودکی که پانزده سال او تمام گشته با کودک ممیزی که چند ساعت عمر او از پانزده سال کمتر است، تفاوتی نگذاشته‌اند.» (حکیم، نهج‌الفقاهه، ۱۸۳).

دیدگاه امام خمینی نیز دقیقاً در مقابل دیدگاه نائینی و مؤلف مصباح الفقاهه قرار دارد. ایشان با تأکید بر صحت معاملات خرد صبی می‌فرمایند:

«معاملات خُرد صبی اختصاص به زمان معینی نداشته، از اول تشکیل اجتماع بوده است و باور به حادث شدن معامله صبی در موارد جزئی بعد از عصر پیامبر (ع) و ائمه (ع) اعتقاد باطلی است؛ بنابراین متعارف این است که صبی در موارد جزئی معامله کند و چنین امر شایعی را با یک اطلاق نمی‌شود ردع کرد؛ بلکه ردع نیازمند به بیان زائد است.»

«چنانچه مراد شارع از آیات و روایات دال بر بطلان تصرفات صبی، مطلق باشد و منهی بودن معامله با صبی، حتی در اشیای خُرد نیز اراده شده باشد، در سنجش واقعیت تاریخی سه احتمال پدید می‌آید: نخست این‌که در عصر پیامبر، معاملات خرد صبی متعارف نبوده و اصلاً موضوع نداشته است. پاسخ این‌که چنین احتمالی ضرورتاً باطل است و مسلم است که صبیان در زمان پیامبر (ص) و خلفا معاملات خُرد را انجام داده‌اند.

دوم این‌که مسلمان‌ها از ابتدا در مورد بطلان بیع صبی در اشیاء خرد، با حکم اسلام مخالفت کرده و وظیفه نهی از منکر را به غفلت سپرده‌اند.

به عقیده امام خمینی این ادعا فاسدتر از مدعای پیشین است.

سوم این‌که معاملات صبی در محقرات صحیح باشد و همین هم مطلوب است.

نتیجه این‌که سیره عقلا قرینه‌ای است بر اینکه از اطلاق ادله بطلان بیع صبی، رفع ید شود؛ چراکه ادله بطلان معاملات صبی از مورد سیره انصراف دارد.

امام خمینی در پی این سخن می‌گوید:

«از آنجا که سیره، دلیلی لئی است، مقید می‌شود به معاملات خُردی که صبی به اذن ولی انجام بدهد، اذنی که بتوان آن را به طریقی گرچه ظاهر حال اکتشاف کرد، نه آنجا که صبی استقلالاً به معامله‌ای دست یازد.» (خمینی، کتاب البیع، ۴۴/۲ و ۴۵ و ۴۸).

توضیح این‌که لبی بودن دلیل سیره مانع از اطلاق آن است و سبب می‌شود که به قدر متیقن دلیل لبی بسنده شود و قدر متیقن از سیره در مورد صحت معاملات صبی در موارد خُرد، معاملاتی است که با اذن ولی انجام شود.

نکته جالب توجه اینکه امام خمینی استدلال خود بر صحت معاملات غیر مستقل صبی را بر پایه سیره عقلانیّه قرار داده و معتقد است، سیره به مثابه قرینه لئی موجب انصراف ادله بطلان معاملات صبی است، در حالی که در عبارات پیش گفته مؤلف مصباح الفقاهه از رادعیت ادله بطلان معاملات صبی سخن به میان آمد.

در این بین دیدگاه صاحب عروه بیش از همه جالب توجه است. وی معتقد است، صغیر ممیز به میزان قابلیت در انجام معامله، از سوی ولی، مأذون است. صاحب عروه برخلاف نظر صاحب ریاض، جواز معامله صبی را از جهت آلت و ابزار بودن نیافته، بلکه معتقد است صبی، خود صاحب اراده مستقل است. محدوده سیره نیز همین را اقتضا می‌کند، خواه در اشیای خُرد باشد یا درشت (طباطبایی یزدی، ۱/۱۱۵). وی ضمن خدشه در ادله متنی از قبیل حدیث «رفع القلم» و «عمد الصبی خطأ»، قدر متیقن از اجماع بر بطلان تصرفات صبی را صورت عدم اذن یافته و سرانجام بر آن شده است که حکم به جواز تصرفات صبی در مورد سیره، تابع دو ویژگی تمیز و اذن است و لا غیر؛ بنابراین در دیدگاه صاحب عروه مبنای صحت معاملات صبی، قابلیت او در انجام معامله است، البته به ضمیمه اذن ولی. به نظر می‌رسد مراد ایشان، اذن در اصل معامله است و اراده صبی در نحوه اجرای معامله، مستقل و به قابلیت‌های وی وابسته است.

نظر محقق ایروانی در این زمینه صریح‌تر است. وی پس از اینکه رشد را علت تامه در تصرفات صبی دانسته و صحت این تصرفات را به بلوغ منوط ندانسته، همه احتمالات ارائه شده در خصوص قلمرو سیره را رد کرده و معتقد شده است: «سیره بر این امر قائم شده که معاملات صبی، مادام که بتواند تعقل ورزد و عقل معاش داشته باشد، همچون معامله بالغ است بدون اینکه وجود ولی یا اذن او در آن شرط باشد.» (ایروانی، ۱/۱۰۷).

نتیجه‌گیری

در این نوشتار ضمن مروری بر اقوال فقیهان در مورد معاملات صبی، جایگاه سیره در میان ادله اقوال به طور ویژه مورد بررسی قرار گرفت و پراکندگی اقوال و نحوه‌های استناد به دلیل سیره به خوبی آشکار

گشت. در دو سر طیف فقیهانی قرار داشتند که در سویی از دلالت سیره بر بطلان معاملات صبی سخن گفتند و در سوی دیگر بر صحت معاملات وی. در این میان بر سر اینکه آیا محدوده سیره همه معاملات را دربر گرفته یا معاملات خرد را و نقش صبی آیا ابزار محض است یا اینکه او متصرف مستقل است و نیز اینکه ماهیت تصرف، معاطات است یا اباحه تصرف، اختلاف‌های دیگری بروز کرده بود. این امر، خود یکی از آسیب‌های ناشی از عدم درک درست و واقعی نسبت به مجاری و ملاکات سیره در موضوعات معاملی است که تردیدهای جدی را در مورد کارایی سیره به مثابه یک دلیل معتبر و اطمینان بخش به بار می‌آورد.

نکته دیگر اینکه بایستی معلوم شود سیره مورد استناد، کدام یک از دو قسم عقلانیه و متشرعه است، از برخی عبارات، ظهور کافی در یکی از دو مورد یا هردو استفاده می‌شد، برخی نیز از این حیث مجمل بود. به نظر راقمان این سطور، تفکیک میان سیره متشرعه و عقلانیه ضروری می‌نماید، زیرا استدلال به هریک از اقتضائات ویژه خود برخوردار است. با توجه به نکات اصولی چندی که در مدخل ورود به مبحث معامله صبی بیان شد بایستی در موضوع جریان سیره در بیع صبی به داوری نشست. شاید داوری درست در مورد آمیخت دو قسم سیره در عبارات فقها این گونه صورت گیرد که موضوعات معاملی چون بیع صبی قطعاً از ویژگی امور توقیفی برخوردار نیست و حیثیت ناب شرعی در آن دخیل نیست و بی‌گمان در همه ادوار قبل از اسلام نیز مورد ابتلا و توجه جوامع مختلف بوده است؛ بنابراین ممکن نیست سیره جاری در این مورد را به قسم اول از اقسام سه گانه در بیان شهید صدر بازگردانیم و شاید بتوان با اطمینان خروج آن از قسم دوم را نیز مدعی شد؛ چه اینکه بنا بر احتمال قریب به واقع، طبع عقلایی موجب انعقاد این سیره است نه حیث شرعی. این دو نیز یکجا و در مسئله واحد با یکدیگر گرد نمی‌آیند؛ بنابراین بایستی همراه با دیدگاه امام خمینی این ادعای نائینی که تعدد دلیل را در موضوع سیره در دو قالب سیره عقلا و سیره متشرعه ممکن یافته مردود دانست. نتیجه این که ویژگی معاملی و عرفی بیع اقتضا می‌کند جریان سیره را بر اساس رویکردها و مصلحت‌اندیشی‌های عقلایی دنبال کنیم. در این صورت حجیت چنین سیره‌ای درگرو اثبات معاصرت معصوم و احراز عدم ردع - بنا بر برخی مبانی - و با کفایت عدم وصول ردع، آن هم پس از فحص و جستجوی اطمینان بخش از وجود رادع - طبق مبنای دیگر - است. گرچه عام البلوا بودن موضوع، خود کمک می‌کند عدم وصول ردع را قرینه بر نبود قطعی ردع بباییم و بدین طریق میان دو مبنا مفاهمه پدید آوریم. البته در این صورت داوری بر سر اینکه آیا ادله بطلان معامله صبی، اطلاق و عموم دارد و این اطلاق یا عموم، رادع سیره است - آن گونه که محقق خویی معتقد است - و یا اینکه سیره قرینه انصراف و مانع از انعقاد اطلاق برای آن هاست - آن گونه که امام خمینی بدان باور یافته است - کاری دشوار می‌نماید.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، تهران، بی تا.
- آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر، *القواعد الفقهية* (بحر الفوائد فی شرح الفرائد)، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۳ ق.
- ابن زهره، حمزه بن علی، *غنية النزوع الى علمی الاصول والفروع*، قم، مؤسسه الامام الصادق، ۱۴۱۷ ق.
- ابن فارس، احمد ابن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- اصفهانى، محمدحسین، *حاشية كتاب المكاسب* (للأصفهانی، ط - الحديثة)، قم، أنوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
- امامی خوانساری، محمد، *الحاشية الثانية على المكاسب*، بی تا، بی تا.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، کتاب فروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۵۷.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الاصول*، چاپ عبدالله نورانی، قم، ۱۳۶۵.
- _____، *كتاب المكاسب* (ط - الحديثة)، کنگره جهانی شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق.
- ایروانی، علی، *حاشية المكاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- باریکلو، علیرضا، *اشخاص و حمایت های حقوقی آنان*، انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- تستری، اسدالله کاظمی، *مقابس الأنوار و نفائس الأسرار*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی تا.
- جمعی از پژوهشگران، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام*، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، قم - ایران، ۱۴۲۶ ق.
- جناتی شاهرودی، محمدابراهیم، *منابع اجتهاد* (از دیدگاه مذاهب اسلامی)، کیوان، تهران، ۱۳۷۰.
- حسینی مراغی، میر عبد الفتاح بن علی، *العناوين الفقهية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- حکیم، محسن، *نهج الفقاهه*، قم، دارالفقه، ۱۳۷۹ ق.
- حکیم، محمدتقی، *الاصول العامة فی الفقه المقارن*، بیروت، مؤسسه آل البيت، ۱۹۷۹ م.
- حمیری، نشوان بن سعید، *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*، حسین بن عبدالله العمری - مطهر بن علی الاریانی - یوسف محمد عبدالله، بیروت - لبنان، دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ ق.
- خمینی، روح الله، *انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
- خونی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۷ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، لبنان، بیروت، دارالعلم، الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.

- سعدی، ابو جیب، *القاموس الفقہی لغة واصطلاحاً*، دمشق- سوریه، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیة*، محمدتقی مروارید- علی اصغر مروارید، بیروت- لبنان، دار التراث- الدار الإسلامية، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقية* (حاشیه کلانتر)، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ق.
- صدر، محمدباقر، *المعالم الجديدة للاصول* (طبع قدیم)، تهران، کتابفروشی النجاشی، ۱۳۹۵ ق.
- _____، *بحوث فی علم الاصول*، مقرر: محمود هاشمی شاهرودی، بی جا، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *دروس فی علم الاصول: حلقات ثلاثة*، بیروت، ۱۹۷۸ م.
- صفایی، حسین و قاسم زاده مرتضی، *حقوق مدنی اشخاص و محجورین*، انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم، *العروة الوثقی*، تهران، بی تا.
- _____، *حاشیه المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.
- طباطبایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل* (ط- الحدیثه)، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران، ایران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.
- عاملی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه* (ط- الحدیثه)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- عاملی، یاسین عیسی، *الاصطلاحات الفقہیة فی الرسائل العملیة*، بیروت، دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۳ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *المختصر النافع فی فقه الإمامیة*، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة* (ط- الحدیثه)، قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۲۰ ق.
- _____، *تذکره الفقهاء* (ط- الحدیثه)، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- _____، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *نهایة الأحکام فی معرفة الأحکام*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۹ ق.

شماره ۱۱۸	فقه و اصول	۲۸
فاضل الابی، حسن بن ابی طالب، كشف الرموز فی شرح مختصر النافع ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.		
فیخلعی، محمدتقی، مقاله «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل»، مجله علمی - پژوهشی «مطالعات اسلامی: فقه و اصول» ، سال چهل و دوم، شماره پیاپی: ۸۴/۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹		
فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین ، قم، منشورات الهجره، ۱۴۱۰ ق.		
فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، مفاتیح الشرایع ، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.		
فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی ، قم، دارالهجره، ۱۴۱۴ ق.		
کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء (ط - الحديثة)، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.		
مطهری، مرتضی، سیری در سیره نبوی ، تهران، صدرا، ۱۳۶۶.		
مظفر، محمدرضا، اصول الفقه (طبع انتشارات اسلامی)، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۳۰ ق.		
مکارم شیرازی، ناصر، البيع ، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.		
_____، أنوار الفقاهة - كتاب النکاح ، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، قم، ۱۴۲۵ ق.		
_____، أنوار الفقاهة ، قم، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، ۱۴۲۵ ق.		
_____، تهذیب الاصول ، مقرّر: جعفر سبحانی تبریزی، تهران، اسماعیلیان، ۱۳۸۲.		
نایینی، محمدحسین، المکاسب و البيع ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.		
_____، فوائد الاصول ، تقریر: محمدعلی کاظمی خراسانی، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ ق.		
_____، منية الطالب فی حاشية المكاسب ، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق.		
نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ، عباس قوچانی - علی آخوندی، بیروت - لبنان، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.		
هاشمی شاهرودی، محمود، اضواء و آراء، تعليقات حول بحوث فی علم الاصول ، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۳۱ ق.		



بررسی فقهی سرقت نفقه توسط زوجه *

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد دانشگاه مازندران

Email: izadifard@umz.ac.ir

دکتر سید مجتبی حسین نژاد^۱

استادیار مؤسسه آموزش عالی پارسا - بابلسر

Email: mojtaba@writeme.com

چکیده

از جمله استثنائات مطرح شده در حد سرقت، سرقت زوجه از اموال زوج است. با جستجو در عبارات فقها دانسته می‌شود که آن‌ها در حدود و گستره این مسئله با یکدیگر اختلاف نظر دارند. گروهی به طور مطلق معتقدند که سرقت زوجه از اموال زوج در ازای نفقه جازز بوده و نمی‌تواند حد قطع را به دنبال داشته باشد. دسته‌ای دیگر بر این باورند که سرقت زوجه تنها در صورت حاجت و اضطرار به نفقه جایز است و اطلاق این کلام مقتضی آن است که در سرقت زوجه از زوج حتی اگر زوج از دادن نفقه خودداری نکند و این سرقت نیز در ازای نفقه و یا به اندازه آن نباشد متتها در حال نیازمندی زوجه به نفقه باشد، حد قطع بر وی جاری نمی‌شود. عده‌ای نیز معتقدند که چنانچه زوج از دادن نفقه خودداری کند و زوجه به مقدار نفقه از اموال وی سرقت نماید یا اگر زاید بر آن سرقت نماید آن مقدار زائد به حد نصاب قطع نرسد، در این صورت چنین سرقتی حد قطع به دنبال ندارد. پس از نقد و بررسی دلایل هر یک از این سه گروه، در نهایت با تحلیل روایت مشهور نبوی، این نتیجه حاصل است که حکم به انتفای حد نسبت به برداشتن زوجه از اموال زوج در ازای نفقه خود در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری کند، با توجه به وجود دین و صدق تقاص، مطابق با قاعده است و نیازمند استناد به روایت هند نیست. ولی حکم به انتفای حد از زوجه نسبت به برداشتن نفقه فرزند توسط زوجه از اموال زوج در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری کند، با توجه به وجود نداشتن دین و نبود موضوع تقاص، مطابق با قاعده نیست، لذا تنها مستند مسئله در این فرض روایت هند است.

کلیدواژه‌ها: سرقت زوجه، نفقه، تقاص، دین، روایت هند.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۳/۲۴، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۴/۰۳.

۱. نویسنده مسئول

Jurisprudential Study of Theft of Alimony by Wife

Ali Akbar Izadi Fard, Ph.D., Professor, University of Mazandaran

Sayyed Mojtaba Hossein Nejad, Ph.D., Assistant Professor, Parsa Higher Education Institute, Babolsar (corresponding author)

Abstract

One of the exceptions to Hadd for theft is the theft of husband's property by wife. A review of the Islamic jurists' statements indicates disagreement among them regarding the limits and scope of this issue. A group of Islamic jurists believe that theft of husband's property by wife in exchange for alimony is absolutely permitted and may not lead to the Hadd of amputation. Another group maintain that theft by wife is authorized only in case she is in emergent need of alimony and the absoluteness of this opinion necessitates that in case of theft of husband's property by wife, even if the husband does not fail to pay alimony and such theft is neither in exchange for alimony nor equal to it, while the wife is in need of alimony, the Hadd of theft is not executed on her. A third group believe that in case the husband refrains from paying alimony and the wife steals his property to the amount she needs, or if the stolen property is beyond her need, the extra amount does not reach the limit of Hadd, the punishment for such theft is not Hadd. After the arguments of these three groups are studied and criticized, finally, through analyzing the famous hadith of the Prophet, it is concluded that where the wife appropriates the husband's property in exchange for her alimony and the husband fails to pay alimony, non-execution of Hadd is in accordance with the rule, given the existence of debt and application of retaliation (taghass), and is it is not necessary to refer to the Hind's hadith. However, in case the wife appropriates the husband's property in exchange for the child's alimony and the husband fails to pay, given the non-existence of debt and the subject of retaliation (taghass), non-execution of Hadd is not in accordance with the rule. Therefore, the only source for solving the problem in this case is the Hind's hadith.

Keywords: theft by wife, alimony, retaliation, debt, Hind's hadith.

مقدمه

سرقت یکی از مهم‌ترین جرائم علیه اموال و مالکیت اشخاص است. جرم سرقت در اقشار مختلف جوامع بشری کم و بیش شیوع داشته و پیوسته مشکلات اقتصادی، اجتماعی و گاه فرهنگی را نیز به همراه داشته است. در هر جرمه‌ای، هدف اساسی اسلام تزکیه جامعه است و برای آگاهی جامعه لازم است که مباحثی چون سرقت که هم جنبه حق الناسی و هم جنبه حق الهی دارد به صورت دقیق مطرح گردد. آگاهی و روشن سازی چنین مباحثی که دارای اهمیت بسزایی است، باعث آسایش و آرامش مردم به زندگی خواهد شد.

یکی از مهم‌ترین موضوعاتی که در باب سرقت مورد بحث و تحقیق فقهای اسلامی قرار گرفته و دارای انظار متعددی است، مسئله سرقت زوجه از اموال شوهر است. با توجه به زندگی مشترک زوج و زوجه در زیر یک سقف و با عنایت به اینکه اعتماد این دو به یکدیگر بیش از سایر افراد است، این نوع از سرقت می‌تواند از شیوع بسزایی برخوردار باشد. اهمیت این بحث از آن جهت روشن می‌شود که در صورت عدم اثبات این استثنا، گذشته از اجرای حد قطع در مراتب اولیه، در بعضی از مواقع چون مرتبه چهارم قتل زوجه و محو شدن وی از صحنه روزگار را به همراه دارد.

برخی از بزرگان چون صاحب ریاض (۹۵/۱۶-۹۶)، صاحب جواهر (۴۹۲/۴۱-۴۹۳)، آیت الله فاضل (۵۱۳؛ درس خارج فقه الحدود) و آیت الله سبزواری (۷۳/۲۸) به صورت اجمالی به بررسی حکم سرقت زوجه پرداخته‌اند، ولی با این وجود به نظر می‌رسد، با توجه به اینکه این مسئله از اهمیت بسزایی برخوردار است، بررسی اجمالی آن کافی نیست، بلکه در این زمینه نیاز به تحقیق مستقل و جامع‌تری است تا پاسخی در باب علت تعارض و تقابل دیدگاه‌ها در رابطه با این مسئله به دست آید و در نهایت با استفاده از روش تحلیل عبارات فقها و روایات موجود در این زمینه، بتوان کار دآوری در خصوص حکم این مسئله را آسان‌تر نمود. تلاش نگارندگان بر آن است که در خصوص اقوال و ادله مطرح شده از ناحیه فقها دقت بیشتری اعمال گردد، تا گامی نو و کاربردی در مسیر اعتبار سنجی این راوی برداشته شود.

در این اواخر نیز اگرچه نوشته‌هایی در قالب کتاب و مقالات به چاپ رسیده‌اند، ولی عمدتاً به صورت کلی از مباحث سرقت و فروعات مترتب بر آن بحث نموده‌اند و از محدوده و گستره احکام سرقت نسبت به سرقت زوجه از زوج یا بحثی به میان نیاورده و یا اینکه به صورت اجمالی و به صورت مختصر و تنها در قالب چند سطر در ضمن بحث به بررسی آن پرداخته‌اند.

بر این اساس اهمیت و ضرورت تحقیق در این بحث از جهاتی چون: شیوع ابتلاء آن در جامعه، اختلاف نظر فقها در حدود و گستره آن و فقدان تحقیق تحلیلی عمیق سازمان یافته به همراه نقد و بررسی

در این مورد از صاحب نظران، بر کسی پوشیده نیست.

موضوع شناسی بحث

بدون شک، سرقت در صورتی که واجد شرائط مستوجب حد باشد، حد سرقت بر سارق اجرا می‌شود. در عین حال مواردی را می‌توان تحت عنوان استثنا از حکم مذکور یافت. از جمله استثنائات مطرح شده در حکم به اجرای حد سرقت، مسئله سرقت زوجه از اموال زوج است.

مطابق با قاعده در مورد حکم سرقت زوج و زوجه از یکدیگر به خاطر امین بودن هر یک از آن دو نسبت به دیگری، همان تفصیلی برقرار است که فقها در مورد سرقت اجیر و مهمان بدان فتوا داده‌اند؛ از اینکه سرقت هر یک از زوج و زوجه نسبت به اموالی که در حرز دیگری نیست، نمی‌تواند موجب اجرای حد سرقت شود منتها اگر سرقت آن دو از دیگری از اموالی صورت گیرد که نسبت به وی محرز است، در این صورت سرقت موجب کیفر اجرای حد قطع خواهد بود. عبارت شیخ طوسی در خلاف می‌تواند مرشد به این تفصیل شمرده شود. شیخ در خلاف در رابطه با تفصیل مزبور می‌نویسد:

دلیل ما بر این تفصیل، اجماع فرقه و همچنین عمومات آیه «السارق و السارقة فاقطعوا ايديهما» (مانده: ۳۸) و روایات دال بر اجرای حد قطع بر سارق (حر عاملی، ۲۸/۲۴۳-۲۴۹ و ۲۷۶-۲۷۷) است؛ زیرا این عمومات بر اجرای حد قطع بر تمامی افراد سارق دلالت می‌کند مگر سارقانی که بواسطه دلیل خاصی از عمومات این دلیل تخصیص می‌خورند و خارج می‌شوند (۴۴۸/۵).

ولکن با تتبع در عبارات فقهی روشن می‌شود که فقها در مورد سرقت زوج و زوجه از اموال یکدیگر با تکیه به یک سری از روایات، موردی را استثناء کردند و قائل به عدم اجرای حد قطع در آن مورد شدند اگرچه سرقت از حرز نیز صورت بگیرد و آن مورد اینکه اگر زوجه از اموال زوج به ازای نفقه‌اش بردارد، حد قطع بر وی جاری نمی‌شود. البته تفصیل بحث در رابطه با حدود و گستره آن در ضمن بحث خواهد آمد.

باید دانست که ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی یکی از شرائط اجرای حد سرقت را، ربودن از حرز تلقی کرد و متذکر هیچ استثنائی در این مورد نسبت به سرقت زوجه از اموالی که زوج آن‌ها را در حرز قرار داده است، نشده است. لذا مقتضای ظاهر کلام قانون‌گذار با توجه به عدم ذکر این استثناء، اجرای حد بر زوجه در این مسئله است.

اقوال فقها در مورد استثناء در حکم سرقت زوجه

باید در نظر داشت که با توجه به ظاهر عبارات فقها می‌توان گفت که فقها در استثناء مزبور با یکدیگر

اختلاف نظر دارند که اقوال آن‌ها به صورت خلاصه عبارت‌اند از:

قول اول: گروهی از فقها که از جمله آن‌ها ابن زهره در غنیه (۴۳۲) و کیدری در اصباح الشیعه (۵۲۴) می‌باشند به صورت مطلق معتقدند:

اگر زوجه در عوض نفقه‌اش از اموال شوهرش بردارد، حد قطع بر وی جاری نمی‌شود.

همان طوری که ملاحظه می‌شود ظاهر این عبارت مطلق است بدون اینکه مقید کنند به زمانی که:

اولاً: زوج از دادن نفقه خودداری کند.

ثانیاً: زوجه به اندازه نفقه‌اش یا زائد بر آن به طوری که آن مقدار زائد به حد نصاب قطع نرسد، از اموال زوج بردارد (طباطبایی، ۹۱/۱۶).

قول دوم: تعداد اندکی از فقها که از جمله آن‌ها علامه در قواعد می‌باشد، نگاشته‌اند:

هر شخصی که مستحق نفقه می‌باشد اگر به خاطر حاجت از اموال کسی که بر عهده وی نفقه است، بردارد حد قطع بر وی جاری نمی‌شود (۵۵۸/۳).

شکی نیست در اینکه زوجه از جمله افراد واجب النفقه زوج می‌باشد. لذا با توجه به عبارت علامه اگر زوجه به خاطر حاجتی از اموال زوج سرقت نماید، این سرقت نمی‌تواند موجب اجرای حد قطع شود. با امعان نظر در عبارت فوق روشن می‌شود که ظاهر این عبارت نیز مطلق است بدون اینکه مقید شود به زمانی که اولاً: سرقت زوجه از اموال زوج در ازای نفقه باشد؛ زیرا جواز برداشتن اموال زوج در عبارت علامه مشروط به بدلیت آن از نفقه نیست، بلکه مقید به حاجت می‌باشد. لذا چه بسا اینکه ممکن است زوج از دادن نفقه خودداری نکند و نفقه را بدهد ولی زوجه به خاطر عواملی همچون از دست دادن نفقه، باز هم محتاج باشد که در این صورت هم، ظاهر اطلاق عبارت علامه آن است که سرقت این زوجه از اموال زوج نمی‌تواند باعث قطع دست وی شود. ثانیاً: سرقت زوجه از اموال زوج به خاطر امتناع شوهر از دادن نفقه باشد؛ زیرا قید «مع الحاجة» اعم از آن است که زوج از دادن نفقه خودداری کند یا نه. لذا حتی اگر نفقه ندادن زوج به خاطر استکفاف و امتناع زوج از پرداخت نفقه نیز نباشد، بلکه به خاطر عوامل دیگری مثل سفر باشد در این حال نیز زوجه محتاج در صورت برداشتنش از اموال زوج حد قطع بروی اجرا نمی‌شود. و یا همان طوری که گذشت، حتی اگر زوج نفقه را هم بدهد ولی زوجه به خاطر عواملی مانند سرقت یا غصب نفقه از وی، باز هم محتاج باشد، در این صورت نیز بر حسب مقتضای ظاهر اطلاق سخنان علامه، سرقت زوجه از اموال زوج نمی‌تواند مستوجب حد باشد. ثالثاً: سرقت زوجه از زوج به اندازه نفقه‌اش یا زائد بر آن به طوری که به اندازه حد نصاب قطع نرسد.

البته باید در نظر داشت که عبارت علامه اگرچه از این سه جهت مطلق است، ولی باید دانست که

عدم اجرای حد قطع در سرقت زوجه مقید به حاجت می باشد، لذا در صورتی که زوجه محتاج نباشد، حد قطع بر وی اجرا می شود گرچه این سرقت در ازای نفقه باشد و زوج نیز از دادن نفقه خودداری کند.

قول سوم: عده ای از فقها که از جمله آن ها صاحب ریاض (۹۵/۱۶-۹۶) و صاحب جواهر (۴۱/۴۹۲-۴۹۳) خصوصاً فقهای معاصری چون امام خمینی (۲/۴۸۴) و آیت الله فاضل (۵۱۳)؛ درس خارج فقه الحدود) و آیت الله سبزواری (۷۳/۲۸) هستند، نگاشته اند:

اگر زوج از دادن نفقه به زوجه امتناع ورزد، در این صورت اگر زوجه در ازای نفقه اش از اموال زوج به اندازه نفقه اش یا زائد بر آن - به طوری که آن مقدار زائد به اندازه حدنصاب قطع نرسد - بردارد، در این صورت حد قطع بر وی جاری نمی شود. اما در غیر این صورت، حد قطع بر وی جاری می شود.

ادله اقوال فقها در مورد استثناء در حکم سرقت زوجه

دلیل قول اول: ابن زهره در غنیه (۴۳۲) بالصراحت (طباطبایی، ۹۱/۱۶)^۱ در دلیل بر این قول ادعای اجماع می کند. همچنین دلیل دیگر این قول را ظاهر آیه سرقت (مائده، آیه ۳۸) و روایات می داند.

به نظر می رسد منظور ابن زهره آن است که چون شخصی که در ازای نفقه سرقت کرده است، از آنجایی که نفقه حق وی می باشد، این شخص در واقع به واسطه ربودن، حق خودش را به عنوان تقاص گرفته است، لذا عنوان سارق بر او صدق نمی کند تا اینکه تحت عموم آیه سرقت قرار گیرد و به تبع آن حد قطع بر وی اجرا شود.

همچنین از نظر نگارندگان، شاید منظور ابن زهره از روایات، همان روایاتی باشد که کاشف اللثام در مقام مرشد به سخن علامه ذکر می کند که نحوه استدلال و بررسی آن خواهد آمد.

دلیل قول دوم: کاشف اللثام (۵۸۵/۱۰-۵۸۶) که از جمله قائلان به قول دوم است در ذیل قول علامه می نویسد که مرشد به سوی این حکم سه چیز است:

۱. روایت مفضل بن صالح یا یزید بن عبدالملک؛ مطابق با مضمون این روایت، اگر سارق از خرمن حاکم ستمگر سرقت کند قطع دست بر او نیست، چرا که او تنها حق خویش را گرفته است ولی اگر از امام عادل باشد، کشته می شود (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۲۸/۱۰؛ حر عاملی، ۲۸۹/۲۸).
۲. روایت هند؛ مطابق با مضمون این روایت که از طریق عامه نقل شده است، زنی به نام هند به پیامبر اکرم (ص) گفت:

«ان اباسفیان رجل شجیع و انه لایعطینی و ولدی الا ما اخذ عنہ سرا و هو لایعلم. فهل علی فیه شیء؟»

۱. «صریح الغنیة الإجماع علیه».

فقال خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف» (بیهقی، ۴۶۶/۷؛ شیبانی، ۵۰/۶؛ بخاری، ۸۵/۷؛ نیشابوری، ۱۳۳۸/۳).

«ابوسفیان مرد خسیسی است و به من و فرزندم چیزی نمی‌دهد الا اینکه من به صورت مخفیانه از اموال او بردارم در حالی که او آگاه نیست آیا بر من گناهی است؟ پیامبر فرمود: به مقدار کفایت خودت و فرزندت در حد متعارف بردار».

۳. روایاتی که دلالت بر عدم اجرای حد قطع بر سارق در مورد سرقت در ایام قحطی می‌کنند. از جمله این روایات که شیخ حر عاملی آن را در باب «أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ السَّارِقُ فِي عَامِ الْمَجَاعَةِ فِي شَيْءٍ مِمَّا يُوْكَلُ» جمع آوری نموده است عبارت‌اند از:

۱- امام صادق (ع) فرمود: دست سارق در سال سینه بریده نمی‌شود. منظورشان سال گرسنگی و قحطی است (کلینی، ۲۳۱/۷؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۱۲/۱۰؛ حر عاملی، ۲۹۱/۲۸).

۲- امام باقر (ع) فرمود: دست سارق در سال خشکسالی که موجب بی‌حاصلی شود، بریده نمی‌شود - منظور در خوردنی‌هاست نه چیز دیگری (قمی، ۶۰/۴؛ حر عاملی، ۲۹۱/۲۸).

نحوه استدلال به هر یک از این روایاتی که به عنوان دلیل اول و دوم و سوم قرار گرفته‌اند، در نقد و بررسی اقوال و ادله فقها خواهد آمد.

دلیل قول سوم: بعضی از فقهای طرفداران قول سوم نیز مانند صاحب جواهر، مرشد و مؤید این حکم را نیز روایت مفضل بن صالح، روایت هند و روایاتی که در زمینه عدم اجرای حد قطع در مورد سرقت در ایام قحطی وارد شده‌اند، می‌دانند (نجفی، ۴۹۲/۴۱-۴۹۳). البته نحوه استدلال به هر یک از این روایات و بررسی آن خواهد آمد.

نقد و بررسی اقوال و ادله فقها در مورد استثناء در حکم سرقت زوجه

با توجه به دلایل این سه قول روشن می‌شود که قائلان به این اقوال در نحوه برداشت حکم از روایات با یکدیگر اختلاف نظر دارند که اینک ما به بررسی این ادله می‌پردازیم.

در مورد روایت مفضل بن صالح یا یزید بن عبدالمملک باید گفت: استدلال به این روایت بنا بر قول اول تنها در صورتی می‌تواند صحیح در نظر گرفته شود که زوج از دادن نفقه به زوجه خودداری کند؛ زیرا فقط در این صورت است که زوج در شمار ستمگران قرار می‌گیرد، در حالی که سخنان قائلان به قول اول از این جهت مطلق است. در نتیجه استدلال به این روایت در صورتی می‌تواند صحیح باشد که اولاً: سرقت زوجه در ازای نفقه باشد و ثانیاً: سرقت زوجه از زوج مقید به امتناع زوج از پرداخت نفقه باشد؛ زیرا فقط

در این صورت زوج ستمگر محسوب شده و به تبع آن سرقت زوجه نیز در این هنگام با توجه به این روایت نمی‌تواند مستوجب حد باشد.

همچنین استدلال به این روایت از منظر فقهای قائل به قول دوم نیز نمی‌تواند صحیح در نظر گرفته شود؛ زیرا طبق سخن علامه همانطوری که گذشت، زوجه فقط به خاطر حاجت، از اموال زوج بر می‌دارد، لذا سخن علامه از ناحیه پرداخت نفقه توسط زوج مطلق است و مقید به آن نیست که زوج از دادن نفقه به زوجه خودداری نماید، در نتیجه نمی‌توان زوج را از جهت پرداخت نکردن نفقه در زمره ستمگران شمرد و به تبع این روایت، حد قطع را بر زوجه اجرا نکرد.

اما استدلال به روایت مفضل بن صالح بنابر قول سوم نیز به این نحو است که از آنجایی که مطابق با این قول، زوج از دادن نفقه خودداری می‌کند و سرقت زوجه نیز در این هنگام در ازای نفقه می‌باشد، می‌توان گفت که زوج در زمره ستمگران بوده، لذا سرقت از اموال وی نمی‌تواند مستوجب حد باشد. منتها باید دانست، اگرچه استدلال به روایت به نحوی که گذشت، صحیح است، ولی این روایت حتی اگر از نظر سند هم معتبر باشد، از نظر دلالت و متن به شدت ضعیف و دارای اضطراب است؛ زیرا در انتهای این روایت، مجازات سارق اجرای حد قطع دانسته شد، در حالی که حکم قتل بر سرقت سارق مترتب نمی‌شود اگرچه این سرقت از خرمن امام نیز صورت بگیرد. لذا تعدادی از فقها همچون آیت الله فاضل (تفصیل الشریعة (الحدود)، ۵۰۸؛ همو، درس خارج فقه الحدود) و آیت الله تبریزی (اسس الحدود، ۳۱۵؛ همو، درس خارج فقه الحدود)^۱ در باب سرقت از اموال مشترک، انتهای این روایت را به صورت قطعی باطل می‌دانند.

اما استدلال به روایات وارده در زمینه قحطی، باید دانست که سند روایت اول در کافی عبارت است از:

محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن أبیه عن النوفلی عن السکونی عن أبی عبد الله (ع) قال...
و در تهذیب عبارت است از:

محمد بن الحسن عن علی بن ابراهیم عن أبیه عن النوفلی عن السکونی عن أبی عبد الله (ع) قال...
طریق شیخ طوسی در تهذیب به علی بن ابراهیم قمی با در نظر گرفتن مشیخه‌اش بدون هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای صحیح است (علامه، الخلاصه، ۲۷۵؛ خوئی، معجم رجال الحدیث، ۱۱/۱۹۴). حال با حفظ این مطلب، علی بن ابراهیم در سند این روایت امامی ثقه و از اجلاس (نجاشی، ۲۶۰؛ علامه حلی،

۱. فلا يمكن الاعتماد عليها الضعف سندها و عدم عامل بها، و معارضتها لما تقدم، و مخالفتها للكتاب المجید، فان حد السارق فيه قطع اليد لا القتل.

الخلاصه، ۱۰۰). همچنین پدر وی نیز ابراهیم بن هاشم قمی گرچه توثیق خاص ندارد، منتها بنابر مذهب تحقیق از طریق قرائنی امامی ثقة جلیل می باشد که مهم ترین این قرائن آن است که اصحاب و عالمان بزرگ شیعه، همچون کشی، نجاشی و شیخ طوسی در شرح حال این راوی نگاشته اند: «آنکه اول من نشر احادیث الکوفیین بقم»؛ زیرا قمیین در پذیرش روایات، شیوه سختگیرانه ای را متحمل بوده اند و نمی توانستند نسبت به روایات ابراهیم و انتشار آن بی تفاوت باشند. از این جهت عدم طرد او از جانب مشایخ قم، دلیل بر نهایت وثاقت او است (بروجردی، ۱/ ۴۶۲-۴۶۴؛ حائری مازندرانی، ۱/ ۲۱۳-۲۱۸؛ خوئی، معجم رجال الحديث، ۱/ ۳۱۸-۳۱۷؛ شب زنده دار، فقه الطهارة). لذا با توجه به این مطلب نباید شکی در وثاقت او نمود به طوری که حتی بعضی از دانشمندان رجالی همچون سید بن طاووس ادعای اجماع در وثاقت وی می نمایند (ابن طاووس، ۱۵۸)، منتها سند این روایت با توجه به بودن اسماعیل بن ابی زیاد سکونی به عنوان راوی عامه (حلی، نزهة الناظر، ۲۰ و ۱۴۱؛ یوسفی، ۲/ ۴۸۵؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۲/ ۲۷۸) موثق (طوسی، العده، ۱/ ۱۵۰؛ نوری، خاتمة المستدرک، ۴/ ۱۶۱-۱۶۳؛ حائری مازندرانی، ۲/ ۴۲-۴۵؛ خوئی، معجم رجال الحديث، ۳/ ۱۰۵-۱۰۸) و همچنین حسین بن یزید نوفلی البته بنابر اینکه وی نیز در اواخر عمر خودش غالی شده باشد (مقدس اردبیلی، ۷/ ۴۹۲)، موثق می باشد (برای تبیین وثاقت نوفلی، ر.ک: خوئی، معجم رجال الحديث، ۶/ ۱۱۴؛ تبریزی، ارشاد الطالب، ۱/ ۱۸۶).

سند روایت دوم نیز در کتاب من لا یحضره الفقیه عبارت است از:

محمد بن علی بن الحسین عن سکونی عن جعفر بن محمد عن ابیه ع قال ...

طریق شیخ صدوق به اسماعیل بن ابی زیاد سکونی صحیح است (خوئی، معجم رجال الحديث، ۳/ ۱۰۷). منتها سند این روایت همان طوری که در روایت قبلی گذشت، با توجه به بودن اسماعیل بن ابی زیاد سکونی به عنوان راوی عامه ثقة و همچنین حسین بن یزید نوفلی که در طریق بین شیخ صدوق و سکونی قرار گرفته است - البته بنابر اینکه وی نیز در اواخر عمر خودش غالی شده باشد - موثق می باشد. لذا روایات وارده در زمینه سرقت در ایام قحطی از حیث سند معتبرند. اما در دلالت این روایات باید در نظر داشت که با توجه به این روایات اگرچه اصل ارتکاب سرقت در غیر سال قحطی به عنوان شرط اتفاقی از ناحیه فقها در ثبوت حد سرقت بر سارق محسوب می شود، منتها فقها در نحوه پذیرش این شرط اختلاف نظر دارند؛ زیرا گروهی از آن ها مسروق را محدود دانسته و آن را مقید به «ماکولیت» یعنی خوراکی بودن کردند، در حالی که گروه دیگری آن را اعم از خوراکی و غیر خوراکی دانسته اند. همچنین گروه اول نیز در خوراکی بودن مسروق اختلاف نظر دارند؛ زیرا بعضی از آن ها شرط کردند که مسروق باید بالفعل خوراکی باشد نه بالقوه، ولی بعضی دیگر از فقها چنین چیزی را در مسروق شرط ندانسته اند. همچنین گروه دیگری از فقها در

سقوط حد بواسطه ارتکاب سرقت در سال قطعی، سارق را در این سرقت محدود کردند به جایی که مضطر باشد، در حالی که گروه دیگر از فقها اضطراب را شرط نداشته‌اند. بنابراین می‌توان گفت که فقها در اعتبار این شرط از جهت مسروق و سارق اختلاف نظر دارند.

همانطوری که روشن است، پذیرش هر یک از این مبانی در مسئله حاضر می‌تواند نتایج متفاوتی را به دنبال داشته باشد. منتها آنچه که در اینجا از همه مهم‌تر است اینکه آیا عدم اجرای حد سرقت در سال قطعی مقید به ارتکاب سرقت در صورت اضطراب است و یا اینکه اگر سارق حتی در این ایام مضطر نیز نبوده باشد باز هم حد قطع بر وی اجرا نمی‌شود. بررسی این مطلب بسی طولانیست به طوری که خود نیازمند به تحقیق مفصلی است، منتها در هر صورت در مقام نتیجه به صورت خیلی خلاصه می‌توان گفت: اگرچه از نظر بعضی از فقها همچون شیخ طوسی در خلاف (۵/۴۳۲)، محقق حلی (شرائع الاسلام، ۴/۱۶۲؛ همو، المختصر النافع، ۱/۲۲۴)، علامه حلی در ارشاد (۲/۱۸۳)، شهید اول (۲۶۱)، اطلاق این دسته از روایات مقتضی عدم فرق بین دو صورت اضطراب و عدم اضطراب سارق به سوی سرقت می‌باشد، منتها باید دانست که مقتضای مناسبت بین حکم و موضوع، و ظاهر از مفهوم واژه «مجامعه» که مأخوذ از «جوع» به معنای گرسنگی می‌باشد، آن است که حکم در این روایات اختصاص به صورت اضطراب داشته باشد و ذکر سقوط حد سرقت در فرض سرقت در ایام قحطی در این روایات تنها از باب ذکر مثال برای مصادیق اضطراب می‌باشد و نمی‌تواند هیچ گونه موضوعیتی را دارا باشند (موسوی گلپایگانی، الدر المنصود، ۳/۱۰۲؛ همو، درس خارج فقه الحدود). در نتیجه هیچ فرقی بین سرقت در ایام قحطی و غیر آن نمی‌باشد؛ زیرا سرقت در ایام غیر قحطی نیز در صورت اضطراب از نظر فقها با توجه به دلالتی همچون حدیث رفع، موجب اجرای حد سرقت بر سارق نمی‌شود. لذا دلالت احادیث وارده در زمینه سرقت در ایام قحطی، بیشتر از حدیث رفع نمی‌باشد (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة (الحدود)، ۵۴۶-۵۴۷). با پذیرش این سخن و از باب مثال دانستن احادیث وارده به عنوان مثال برای مصادیق اضطراب، هیچ فرقی در اموال مسروقه بین خوردنی یا غیر خوردنی و یا خوردنی بالفعل و غیر آن نیز نیست.

با توجه به آنچه آمد، در مسئله حاضر نیز قائلان به نظریه دوم، از آنجایی که در سرقت زوجه از اموال زوج، عدم اجرای حد قطع را مشروط به حاجت و اضطراب دانسته‌اند، به این دسته از روایات تمسک کرده‌اند. منتها باید دانست که در این هنگام حکم به عدم اجرای حد قطع بر زوجه دیگر نمی‌تواند به عنوان یک حکم استثنایی و از احکام اختصاصی زوجه در نظر گرفته شود؛ زیرا عدم اجرای حد در این هنگام از باب اضطراب به سرقت می‌باشد چرا که یکی از شرائط سرقت مستوجب حد مضطر نبودن سارق به سرقت است، در حالی که به حسب فرض زوجه در این هنگام نسبت به سرقت مضطر است. بنابراین حکم به

اجرای حد در این هنگام از جمله احکام اختصاصی زوجه در باب سرقت محسوب نمی‌شود بلکه سرقت در این هنگام از مصادیق اضطرار بوده و از باب اضطرار حد ساقط می‌شود. منتها باید دانست فتاوی کثیری از فقها در عدم اجرای حد قطع در زوجه به خاطر سرقت از اموال زوج مطلق بوده و مقید به حاجت نمی‌باشد. گذشته از اینکه روایت هند اگرچه از طریق عامه نقل شده است و فی نفسه دارای ضعف سندی است، ولی ضعف سندی آن بواسطه عمل مشهور جبران می‌شود؛ زیرا این دلیل به عنوان دلیل اشتراکی در تمامی اقوال است و مورد استناد مشهور فقها در حکم این مسئله است و حتی قائلان به قول دوم نیز به آن استناد کردند، لذا این روایت دارای ضعف سندی نیست بلکه در حکم روایت صحیحه است و به تبع آن با توجه به معتبر بودن این روایت گذشتن از کنار آن به راحتی ممکن نیست و باید این روایت را نیز در کنار دلایل دیگر مورد استناد قرار داد و آن را نسبت به دلایل دیگر سنجید. با حفظ این مطلب در این روایت پیامبر جواز سرقت هند را منوط به حاجت و اضطرار ندانست، از طرفی روایات وارده در زمینه سرقت در ایام قحطی همان طوری که گذشت اگرچه از نظر سندی معتبرند، ولی تنها به عنوان مثال و بیان مصادیق اضطرار در نظر گرفته می‌شوند، لذا تعارضی بین روایت هند و این دسته از روایات نیست تا اینکه با اخذ به مرجحات یک از آن دو را طرد کنیم بلکه نسبت بین آن دو، نسبت اطلاق و تقیید است؛ با این بیان که روایت هند از آنجایی که سرقت زوجه را مقید به حاجت و اضطرار ندانست، می‌تواند مقید اطلاق روایات وارده در زمینه اضطرار باشد به این نحو که حتی اگر زوجه مضطر هم نبوده باشد باز هم می‌تواند از اموال زوج در صورت خودداری کردن زوج از پرداخت نفقه، در ازای نفقه خود از اموال زوج بردارد. لذا با صرف استناد به این دسته از روایات، نمی‌توان قول دوم را اثبات نمود.

البته ممکن است گفته شود که از روایت نبوی می‌توان قید اضطرار را فهمید؛ زیرا هند در این روایت گفته است: «انه لایعطینی و ولدی الا ما اخذ عنه سرا و هو لایعلم»، منتها باید در نظر داشت که معنای این عبارت این نیست که هیچ اموالی ندارم و هیچ راه دیگری برای خرج زندگی‌ام غیر از سرقت از اموال ابوسفیان نیست، بلکه ظاهر عبارت هند آن است که وی در مقام بیان این است که برداشتن حقم جز از راه سرقت از اموال ابوسفیان امکان‌پذیر نیست (فاضل لنکرانی، آئین کیفری اسلام، ۶۳/۳؛ همو، درس خارج فقه الحدود). به جاست تبیین این مطلب را با کلام آیت الله فاضل به پایان برسانیم. ایشان در تفصیل الشریعه ابتدا در دلیل بر سخن امام خمینی «اذا أخذت الزوجة من مال الرجل سرقة عوضا من النفقة الواجبة آلتی منعها عنها فلاقطع علیها، اذا لم یزد علی النفقة بمقدار النصاب (موسوی خمینی، ۴۸۴/۲)» نگاشته است:

وجه در این حکم آن است که عمل زوجه در این هنگام از مصادیق تقاص می‌باشد؛ زیرا نفقه زوجه به

عنوان دین بر عهده زوج است لذا زمانی که زوج از پرداخت آن ممانعت کرد در حالی که قدرت بر پرداخت را دارد در این صورت زوجه می تواند در عوض نفقه به اندازه نفقه از اموال زوج بردارد علاوه بر اینکه روایت هند نیز مرشد به این حکم می باشد (تفصیل الشریعة، ۵۱۲).

سپس در ادامه پس از آوردن سخن علامه در قواعد در مقام نقد بر آن نوشته اند:

لکن ظاهر آن است که عدم اجرای حد قطع در زوجه به خاطر سرقت از اموال زوج - مقید به حاجت نیست چنانکه اطلاق فتاوی فقها مقتضی آن است علاوه بر اینکه روایت هند نیز مطلق و غیر مقید به حاجت است (همان، ۵۱۳).

همچنین این نکته را باید در نظر داشت که بنا بر قول سوم نیز چون صحبتي از اضطرار نیست، نمی توان در حکم به عدم اجرای حد سرقت بر زوجه به روایات وارده در حکم سرقت در ایام قحطسالی تمسک نمود. لذا وجه نقد در کلام صاحب جواهر نیز که یکی از دلایل قول سوم را روایات وارده در زمینه سرقت در ایام قحطسالی قرار داد، روشن می شود. اما استدلال به این روایات بنا بر قول اول نیز صحیح نیست؛ زیرا مقتضای ظاهر قول اول آن است که سرقت زوجه در ازای نفقه مقید به حاجت و اضطرار نیست.

اما در مورد استدلال به روایت هند باید گفت: استدلال به این روایت بنابر قول اول صحیح نیست؛ زیرا ظاهر قول اول، از جهت خودداری کردن زوج از پرداخت نفقه مطلق است، در حالی که در روایت هند به این مطلب تصریح شده است. لذا تنها در صورتی می توان به روایت هند استناد کرد که زوج از دادن نفقه خودداری کند.

همچنین استدلال به این روایت بنابر نظریه دوم نیز به خاطر مقید بودن این نظریه به حاجت و مطلق بودنش از جهاتی همچون پرداخت نکردن زوج نفقه را، صحیح نیست. چنانکه تبیین آن گذشت.

اما استدلال به این روایت بنابر قول سوم و بررسی آن در نظریه مختار خواهد آمد.

اما در مورد اجماعی که صریح کلام ابن زهره و از جمله دلایل قول اول در نظر گرفته می شود، باید گفت: از آنجایی که این اجماع مدرکی یا محتمل المدرکیت می باشد، ارزش استنادی ندارد؛ زیرا اجماع تنها در صورتی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد. از آنجایی که در فرض مزبور مدرک قطعی و یا به صورت احتمالی این اجماع، دلایل لفظی همچون روایات است، لذا آنچه که در واقع اگر بخواهد حجت باشد، منشأ این اجماع یعنی روایات است. به عبارت دیگر از آن جایی که ممکن است در اجماع مدرکی، منشأ کشف قول معصوم، همان مدرکی باشد که اجماع کنندگان به آن استناد کرده اند، باید بدون تکیه بر خود اجماع کنندگان به آن مدرک مراجعه کرد تا از صحت سند و میزان دلالتش بر مدعای آنان اطمینان حاصل شود، از جهت اینکه ممکن است اجماع کنندگان در اشتباه و از اشکالات موجود در سند یا

دلالت روایت غافل باشند. و مجتهدی که با اجماع مدرکی روبرو می‌شود در صحت سند روایت خدشه‌ای وارد کرده و یا دلالت روایت بر حکم یاد شده را نپذیرد در نتیجه در این گونه موارد مجتهد نمی‌تواند به اجماع استناد کند بلکه باید مستقیماً به مدرک این اجماع مراجعه نماید و اگر آن را معتبر دانست به آن عمل کرده و در صورتی که به اعتقاد وی دلیل یاد شده دلالت بر حکم مورد نظر نداشته باشد، باید از آن صرف نظر کند (ابن شهید ثانی، ۱۷۳). با توجه به مطالبی که گذشت، احتمال دارد روایت هند و روایت مفضل بن صالح و روایاتی که در زمینه عدم اجرای حد قطع در مورد سرقت در ایام قحطی وارد شده‌اند، به عنوان دلیل و مدرک این اجماع در نظر گرفته شوند و لذا این ادله باید مورد بررسی قرار گیرد. همانطوری که به صورت مفصل گذشت، هیچ‌یک از این دلایل نمی‌توانند اثبات کننده ادعای ابن زهره و سخنان قائلان به قول اول باشد.

نظریه مختار در مورد استثناء در حکم سرقت زوجه

چنانکه گذشت، هیچ‌یک از مستندات قول اول و دوم نمی‌تواند صحیح و اثبات کننده مدعایشان باشد، در نتیجه هر یک از این دو قول بدون دلیل باقی می‌مانند. در مورد قول سوم نیز باید در نظر داشت همانطوری که تفصیل آن گذشت، روایت مفضل بن صالح و روایات وارده در زمینه سرقت در ایام قحطی نتوانستند به عنوان مستند این قول قرار گیرند. اما در رابطه با استدلال به روایت هند بنا بر قول سوم باید گفت:

قبل از هر چیزی ابتدا باید روشن شود که آیا فتوای به این استثناء، به عنوان یک فتوای مطابق با قاعده در نظر گرفته می‌شود به طوری که با فقدان ادله و مؤیدات اقوال مذکور باز هم بتوان حکم به صحت این استثناء نمود یا نه؟

در صورتی که اگر قائل به آن شویم که نفقه به عنوان دینی بر عهده زوج می‌باشد، که باید آن را به زوجه بپردازد نه اینکه فقط به عنوان یک حکم تکلیفی در نظر گرفته شود بلکه زوج مدیون است به طوری که اگر موفق به ادای این دین نشود، زوجه می‌تواند به اندازه طلبش از مال زوج به عنوان تقاص بردارد، در این صورت اصلاً موضوع سرقت تحقق نیافته است تا اینکه حد قطع بر زوجه اجرا شود، بلکه زوجه فقط حق خودش را به نحو تقاص برداشته است. لذا فتوای به حکم استثنایی در این صورت به عنوان یک فتوای مطابق با قاعده در نظر گرفته می‌شود.

تبیین این مطلب بدین قرار است:

در صورتی که مدیون (زوج) از پرداخت دین (نفقه) خودداری نماید و امکان اخذ دین از وی از راه غیر

تقصا و وجود نداشته باشد، در این صورت ظاهراً در تقصا هیچ گونه اختلاف نظری وجود ندارد. اما اگر امکان اخذ از مدیون گرچه از طریق رجوع به سوی حاکم، وجود داشته باشد، در این صورت در جواز تقصا اختلاف نظر وجود دارد که شهید ثانی و فاضل هندی در این فرض معتقدند که اکثریت فقها قائل به جواز تقصا می باشند، ولی در هر حال بر فرض اینکه تقصا نیز جایز نبوده باشد، باز هم در این فرض اجرای حد قطع منتفی است (ر.ک: طوسی، الخلاف، ۶/ ۳۵۵؛ همو، المبسوط، ۸/ ۳۱۱؛ شهید ثانی، ۱۴/ ۷۰-۷۱؛ فاضل هندی، ۱۰/ ۱۳۳)؛ زیرا قصد سرقت که از قیود رکن روانی سرقت در نظر گرفته می شود، در اینجا وجود ندارد. بنابراین فتوای به استثنا مذکور در کلام فقها می تواند موافق با قاعده در نظر گرفته شود.

منتها باید در نظر داشت که از عبارات فقها و روایت هند چنین مطلبی را نمی توان استفاده نمود؛ زیرا همانطوری که قبلاً گذشت، روایت هند در حکم روایت صحیحیه است و فقها خصوصاً فقهای قائل به قول سوم، مهم ترین مستند این استثنا را روایت هند قرار داده اند و در روایت هند نسبت به نفقه فرزند نیز اجازه برداشتن داده شده است و از جمله واضحات است که نفقه فرزند دین نیست^۱، لذا تقصا در مورد آن نمی تواند صادق باشد؛ زیرا تقصا فقط در مورد دین صادق است و فقط نفقه زوجه است که بر ذمه زوج دین به حساب آمده و در نتیجه تقصا نیز در مورد آن می تواند معنا داشته باشد.

بر این اساس می توان حکم به انتفای اجرای حد را با نسبت به برداشتن زوجه از اموال زوج در ازای نفقه خود در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری می کند، مطابق با قاعده دانست؛ زیرا با وجود دین در

۱. آنچه از عبارات و فتاوی فقها بدست می آید، این است که پرداخت نفقه به قریاء به عنوان یک تکلیف لازم نیست بلکه یک نوع مواسات و کمک و همیاری به خویشان است و به عنوان دین بر ذمه منفق استقرار پیدا نمی کند. لذا اگر در وقت خود پرداخت نشود چیزی به ذمه منفق نمی آید اگرچه مقصر و بزه کار است و می توان او را تعزیر کرد. چنانکه صاحب جواهر در تأیید نظر محقق حلی (شرائع الاسلام، ۲/ ۲۹۷) نگاشته است: نفقه خویشاوندان قضا نمی شود و در این موضوع من مخالفی نیافتم بلکه ظاهر کلمات بعضی علما این است که این موضوع اجماعی است؛ زیرا این نفقه برای همیاری و کمک به خویشان جهت رفع نیاز است آن طور که ممکن نیست جبران آن بعد از فوت او اگرچه فوت از روی تقصیر نیز باشد پس در این هنگام این نفقه با گذشتن زمان - مثل اینکه یک روز از آن بگذرد - در ذمه شخص بدهکار قرار نخواهد گرفت اگرچه حاکم شرع هم مقدار او را تعیین کرده باشد (۳۱/ ۳۷۹).

منتها برخلاف نفقه اقارب، نفقه همسر قضا و جبران می شود؛ زیرا این نفقه به عنوان حقی محسوب می شود که بر گردن زوج در مقابل بهره و استمتاعی که از زوجه می برد، لازم می آید. پس در واقع این نفقه به عنوان عوض لازم در مقام معاوضه شمرده می شود. در حالی که نفقه اقارب و خویشاوندان چنین نیست، از جهت اینکه نفقه در این مورد اگرچه واجب است منتها وجوب آن از باب همیاری و کمک و رفع نیاز است نه از باب در ملک در آوردن، لذا چنین نفقه هایی در ذمه انسان قرار نمی گیرد ولی با ترک آن انسان معصیت کار است و لو آنکه حاکم مقدار آن را تعیین کند چرا که تعیین کردن حاکم باعث نمی شود که آن نفقه در ذمه قرار گیرد (طوسی، المبسوط، ۶/ ۳۵؛ کیدری، ۴۴۴؛ محقق حلی، المختصر النافع، ۱/ ۱۹۵؛ شهید اول، ۱۹۰). به جاست تبیین این مطلب را با کلام امام خمینی به پایان برسانیم که در این مورد نگاشته است:

نفقه خویشاوندان جبران نمی شود و اگر در وقت و زمان خود فوت شود در زمان بعدی تدارک نمی شود اگرچه شخص اتفاق کننده مقصر هم باشد و در ذمه او قرار نمی گیرد. اما همسر این طور نیست بلکه نفقه همسر در ذمه قرار می گیرد (۲/ ۳۲۲).

صورت خودداری نمودن زوج، تقاص می‌تواند معنا پیدا کند و زوجه می‌تواند از باب تقاص از اموال زوج به عنوان نفقه بردارد. لذا نیازی در اثبات عدم اجرای حد بر زوجه به روایت هند نیست. ولی حکم به انتفای اجرای حد از زوجه با نسبت به برداشتن نفقه فرزند توسط زوجه از اموال زوج در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری می‌کند، مطابق با قاعده نیست، چرا که در این فرض دینی وجود ندارد و به تبع آن تقاص هم نمی‌تواند معنایی داشته باشد، لذا چاره‌ای نیست که روایت هند به عنوان مستند برای حکم به انتفای اجرای حد از زوجه با نسبت به برداشتن نفقه فرزند توسط زوجه از اموال زوج قرار گیرد.

در نتیجه از آنجایی که سرقت در اصطلاح فقها به «ربودن مال دیگری از حرز بطور پنهانی و بدون حق»^۱ تعریف شده است (طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ۲۳/۸؛ همو، التبیان فی تفسیر القرآن، ۶/۱۶۹؛ ابن حمزه، ۴۱۷)، به طوری که دوقید تعلق گرفتن مال به دیگری و گرفتن آن مال به صورت عدوانی و بدون حق از ارکان تحقق ماهیت سرقت تلقی می‌شوند، در مجموع می‌توان گفت: ربودن زوجه از اموال زوج در ازای نفقه خود در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری کند، تحت عنوان سرقت قرار نمی‌گیرد. چرا که مال ربوده شده از آنجایی که در واقع به عنوان دین، حقی است که متعلق به زوجه است، زوجه تنها مال خود را اخذ نموده است نه از اموال شوهر، لذا قید رکنی تعلق گرفتن مال به دیگری، منتفی است. حتی اگر بر حسب عرف اموال ربوده شده در ازای نفقه را متعلق به زوج بدانیم، باز هم قید گرفتن آن مال به صورت عدوانی و بدون حق^۱ که از ارکان دیگر سرقت است، منتفی است؛ زیرا ربودن در این فرض به صورت عدوانی و بدون حق نیست، بلکه از باب رسیدن به حق است. بر این اساس در نهایت می‌توان گفت: انتفای حکم تکلیفی وجوب اجرای حد از زوجه، تنها از باب سالبه به انتفای موضوع یعنی عدم تحقق سرقت است و می‌توان گفت که این استثنا به صورت خروج موضوعی و از باب تخصّص است و تعبیر به استثنای این مسئله از حکم سرقت، از باب تسامح است.

با منتفی شدن حکم تکلیفی وجوب اجرای حد از زوجه، سوالی دیگری که در اینجا مطرح است، اینکه آیا ربودن اموال در ازای نفقه توسط زوجه حرام است یا نه؟

در پاسخ از سؤال فوق می‌توان گفت: بدون شک چنانچه قبلاً نیز گذشت، در صورتی که برای رسیدن به نفقه راه دیگری غیر از تقاص وجود نداشته نباشد، تقاص جایز است. اما اگر راه دیگری غیر از تقاص همچون مراجعه به سوی حاکم وجود داشته باشد، در جواز تقاص اختلاف نظر است. اکثریت فقها بنابر ادعای شهید ثانی و فاضل هندی در این فرض نیز چون فرض قبلی، قائل به جواز تقاص اند (ر.ک: طوسی،

۱. اگرچه در بسیاری از تعاریف ارائه شده از سرقت، قید گرفتن اموال از روی ناحق آورده نشده است، ولی باید دانست این قید می‌تواند به عنوان قید رکنی مفهوم سرقت در نظر گرفته شود و به عنوان قید احترازی نسبت به تقاص و گرفتن اموال از باب حسبه (گرفتن اموال از شخص سارق یا غاصب به نیت برگرداندن آن به صاحب مال) به شمار آید.

الخلاف، ۳۵۵/۶؛ همو، المبسوط، ۳۱۱/۸؛ شهید ثانی، ۷۰/۱۴-۷۱؛ فاضل هندی، ۱۰/۱۳۳) لذا مطابق با این مبنا ربودن در ازای نفقه از ناحیه زوجه نیز از باب تقاص جایز است.

اما گرفتن زوجه از اموال زوج در ازای نفقه فرزند در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری کند، تحت عنوان سرقت قرار می‌گیرد؛ زیرا چنانکه گذشت، نفقه فرزند نمی‌تواند دینی بر ذمه زوج باشد، لذا ربودن در اینجا تحت عنوان ربودن مال دیگری به صورت عدوانی و بدون حق است و به تبع آن حکم به انتفای اجرای حد، از باب تخصیص و خروج حکمی با توجه به روایت هند، شمرده می‌شود.

لذا حکم به انتفای اجرای حد از زوجه با نسبت به ربودن زوجه از اموال زوج در ازای نفقه فرزند در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری کند، با در نظر گرفتن روایت هند از استثنائات و احکام اختصاصی زوجه در باب سرقت محسوب می‌شود و نمی‌توان آن را تحت عنوان تقاص مطرح نمود.

با توجه مطالب فوق، وجه اشکال در قول سوم نیز روشن می‌شود؛ زیرا اولاً: این دسته از فقها مستند انتفای اجرای حد را با نسبت به برداشتن زوجه از اموال زوج در ازای نفقه خود در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری می‌کند، روایت هند دانسته‌اند که ظاهر سخنان آنان شمرده شدن استثنای در این مسئله، به عنوان خروج حکمی و تخصیصی است. در حالی که چنانکه گذشت، حکم این فرض از مسئله مطابق با قاعده است و نیازی در اثبات حکم به روایت هند نیست و تعبیر به استثنا نیز از باب تسامح و خروج به صورت تخصیصی و موضوعی شمرده می‌شود. ثانیاً: این دسته از فقها با وجود اینکه در روایت هند اشاره به گرفتن زوجه از اموال شوهر در ازای نفقه فرزند شده است، متعرض هیچ گونه حکمی نسبت به این فرض از مسئله نشده‌اند و حال آنکه چنانکه گذشت، حکم به انتفای اجرای حد در این فرض از مسئله از آنجایی که مخالف با قاعده است، روایت هند می‌تواند به عنوان مستند آن قرار گیرد.

با شمردن روایت هند، به عنوان مستند برای حکم به انتفای اجرای حد از زوجه با نسبت به ربودن زوجه از اموال زوج در ازای نفقه فرزند در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری کند، توجه به نکته ذیل ضروری است:

در روایت هند مطابق با گفته هند «انه لایعطینی و ولدی الا ما اخذ عنه سرا و هولایعلم فهل علی فیه شیء؟» و جواب پیامبر اکرم (ص) «فقال خذی مایکفیک و ولدک بالمعروف»، در صورتی می‌توان عدم اجرای حد قطع بر زوجه را در ازای نفقه فرزند نتیجه گرفت که:

اولاً: زوج از دادن نفقه امتناع ورزد. (مطابق با گفته و سؤال هند در این حدیث)

ثانیاً: سرقت در ازای نفقه باشد. (مطابق با گفته و سؤال هند و جواب پیامبر اکرم (ص) در این حدیث)

ثالثاً: سرقت اموال به اندازه نفقه- و اگر چنانچه زائد بر مقدار نفقه باشد آن مقدار زائد به اندازه حد

نصاب قطع نرسد، باشد. (مطابق با جواب پیامبر اکرم (ص) در این حدیث)

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه که آمد، می‌توان گفت:

از جمله استثنائات مطرح شده در حکم به اجرای حد سرقت، مسئله سرقت زوجه است. در دامنه این استثنا انظار متعددی است؛ اطلاق عبارت گروهی از فقها مقتضی آن است که اگر زوجه در عوض نفقه‌اش از اموال شوهرش بردارد حد قطع بر وی جاری نمی‌شود. گرچه زوج از دادن نفقه خودداری کند و یا اینکه زوجه به اندازه نفقه‌اش یا زائد بر آن به طوری که آن مقدار زائد به حد نصاب قطع نرسد، از اموال زوج بردارد. مستفاد از اطلاق عبارات گروهی نیز آن است که اگر زوجه به خاطر حاجتی از اموال زوج سرقت نماید، این سرقت نمی‌تواند موجب اجرای حد قطع شود اگرچه سرقت زوجه از اموال زوج در ازای نفقه نباشد و یا اینکه سرقت زوجه از اموال زوج به خاطر امتناع شوهر از دادن نفقه باشد و یا اینکه سرقت زوجه از زوج به اندازه نفقه‌اش یا زائد بر آن به طوری که به حد نصاب قطع نرسد. عده‌ای نیز معتقدند که اگر زوج از دادن نفقه به زوجه امتناع ورزد، در این صورت اگر زوجه در ازای نفقه‌اش از اموال زوج به اندازه نفقه‌اش یا زائد بر آن - به طوری که آن مقدار زائد به اندازه حد نصاب قطع نرسد - بردارد، در این صورت حد قطع بر وی جاری نمی‌شود. اما در غیر این صورت حد قطع بر وی جاری می‌شود. مستندات تمامی این انظار، روایاتی چون روایت مفضل بن صالح و روایات وارده در مورد سرقت اضطراری و روایت هند است. استدلال به روایت مفضل بن صالح از جهت اضطراب در این روایت و نیز استدلال به روایات وارده در مورد سرقت اضطراری، به خاطر دلایلی چون منافات داشتن قید اضطراب با اطلاق فتاوی کثیری از فقها، در تمامی اقوال صحیح نیست.

نیز استدلال به روایت هند بنابر قول اول صحیح نیست، چرا که ظاهر این قول با نسبت به خودداری کردن زوج از پرداخت نفقه مطلق است، در حالی که در روایت هند به این نکته تصریح شده است. همچنین استدلال به این روایت بنابر نظریه دوم نیز به خاطر مقید بودن این نظریه به حاجت و مطلق بودنش از جهاتی همچون پرداخت نکردن زوج نفقه را، صحیح نیست. لذا با توجه به اینکه هیچ یک از مستندات قول اول و دوم صلاحیت برای اثبات مدعیانشان را ندارد، هر یک از این دو قول بدون دلیل باقی می‌مانند. اما بنابر قول سوم، نیازی در اثبات این قول به روایت هند نیست؛ زیرا حکم به انتفای اجرای حد را با نسبت به برداشتن زوجه از اموال زوج در ازای نفقه خود در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری می‌کند، مطابق با قاعده است؛ چرا که با وجود دین در صورت خودداری نمودن زوج، تقاص می‌تواند معنا پیدا کند و زوجه

می‌تواند از باب تقاص از اموال زوج به عنوان نفقه بردارد. گذشته از اینکه، این گروه از فقها متعرض هیچ گونه حکمی نسبت به گرفتن زوجه از اموال شوهر در ازای نفقه فرزند نشده‌اند، در حالی که در روایت هند به این فرض نیز اشاره شده است و با توجه به اینکه نفقه فرزند دین نیست و به تبع آن تقاص نیز معنا ندارد، حکم به انتفای اجرای حد از زوجه در این فرض از مسئله مخالف با قاعده است، و در نتیجه روایت هند می‌تواند به عنوان مستند آن قرار گیرد.

منابع

قرآن کریم.

- ابن إدريس، محمد بن أحمد، *السرائر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۶ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *کتاب من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن حنبل، احمد بن محمد، *مسند احمد بن حنبل*، بیروت، دار صادر، چاپ اول، بی‌تا.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- ابن طاووس حلی، علی بن موسی، *فلاح السائل*، قم، بوستان کتاب، چاپ اول، بی‌تا.
- ابن غضائری، احمد بن ابی عبد الله، *الرجال*، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
- بحر العلوم، محمد مهدی، *الفوائد الرجالية*، چاپ اول، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۵ ق.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحیح بخاری*، ریاض، مرکز الدراسات و الاعلام، چاپ اول، بی‌تا.
- بیهقی، محمد باقر بن محمد اکمل، *تعلیق الوحید البیهانی*، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
- بیهقی، احمد بن حسین، *سنن البیهقی (سنن الکبری)*، چاپ اول، بیروت، دارالکفر، بی‌تا.
- تبریزی، جواد بن علی، *إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.
- _____، *أسس الحدود و التعزیرات*، چاپ اول، قم، دفتر آیت الله تبریزی، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *درس خارج فقه الحدود و التعزیرات*، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
- حائری مازندرانی، محمد بن اسماعیل، *منتهی المقال فی أحوال الرجال*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- حائری یزدی، مرتضی بن عبد الکریم، *خلل الصلاة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- حلی، یحیی بن سعید، *نزهة الناظر*، قم، چاپ اول، بی‌تا.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، ج ۲، قم، مؤسسه دارالعلم، چاپ اول، بی‌تا.
- _____، *معجم رجال الحدیث*، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
- سبزواری، عبدالأعلى، *مهذب الأحکام*، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.

- شب زنده دار، محمد مهدی، *درس خارج فقه الطهارة*، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
- شبیری زنجان، موسی، *کتاب نکاح*، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة*، بیروت، دارالتراث، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- صاحب المعالم، حسن بن زین الدین، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، قم، بی تا.
- طباطبایی، علی بن محمد، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *الرجال*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۲۷ ق.
- _____، *العدة فی اصول الفقه*، قم، چاپخانه ستاره، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *الفهرست*، نجف، المكتبة الرضویة، چاپ اول، بی تا.
- _____، *المبسوط*، تهران، المكتبة المرتضویة، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- _____، *تهذیب الاحکام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *ارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *الخلاصة*، نجف، منشورات المطبعة الحیدریة، چاپ دوم، ۱۳۸۱ ق.
- _____، *قواعد الأحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *آیین کیفری اسلام*، درس خارج فقه بخش حدود، مقرر: اکبر ترابی شهرضایی، ج ۳، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول، بی تا.
- _____، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (الحج)*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (الحدود)*، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۲۲ 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، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، ج ۷، بی جا، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.

شماره ۱۱۸	فقه و اصول	۴۸
کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، <i>اصباح الشیعة</i> ، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.		
گلپایگانی، محمد رضا، <i>الدر المنضود فی احکام الحدود</i> ، تقریرات درس خارج آیت الله گلپایگانی، مقرر: علی کریمی جهرمی، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.		
_____، <i>درس خارج فقه الحدود و التعزیرات</i> ، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.		
محقق حلّی، جعفر بن حسن، <i>المختصر النافع</i> ، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.		
_____، <i>شرائع الاسلام</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.		
مسلم بن حجاج، <i>صحیح مسلم</i> ، بیروت، دار الکتب العربی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.		
مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، <i>مجمع الفائدة و البرهان</i> ، ج ۷، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.		
میرداماد، محمد باقر بن محمد، <i>الرواشحه السماویة</i> ، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۵ ق.		
نجاشی، احمد بن علی، <i>الرجال</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.		
نوری، حسین بن محمدتقی، <i>خاتمة المستدرک</i> ، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.		



اسباب تحقق و زوال احسان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*

دکتر عبدالله بهمن پوری^۱

استادیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج

Email: bahmanpouri10@gmail.com

دکتر قاسم نظری کله جویی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج

Email: ghasemnazari60@gmail.com

چکیده

در فقه امامیه در خصوص اسباب تحقق و زوال احسان و نحوه تأثیر آن در مجازات‌ها اختلاف نظر وجود دارد. اولین بحث در این زمینه، شناخت مفهوم احسان است. اینکه احسان و عنصر اصلی تحقق آن چیست، از اهم مسائل در فقه جزایی در باب جرائم منافی عفت است. فقها در تعریف احسان قیودی را به کار برده‌اند که هر یک از این قیود می‌تواند معنا و مصادیق احسان را متفاوت سازد. تفاوت‌هایی در بیان مصادیق محسن یا محصنه در کلمات فقها دیده می‌شود که به نظر می‌رسد موجب تغییر نگرش قانون‌گذار در بحث احسان در دو قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ شده است. پژوهش حاضر در پی پاسخ به این پرسش که عنصر اصلی تحقق و زوال احسان چیست؟ به روش توصیفی و تحلیل عقلانی به این نتیجه رسیده که ملاک احسان به طور کلی امکان تمتع است و برخلاف آنچه در قانون مجازات اسلامی مقرر شده است، همسر موقت نیز می‌تواند موجب تحقق احسان شود.

کلیدواژه‌ها: احسان، اسباب تحقق و زوال احسان، امکان تمتع، همسر موقت.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۴/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۱۲/۱۹.

۱. نویسنده مسئول

Causes of Realization and Disappearance of the State of Being Married in Crimes against Chastity with a View to Islamic Penal Code of 2013

Abd Allah Bahman Pouri, Ph.D., Assistant professor, Department of Theology, Yasuj University (corresponding author)

Ghasem Nazari Kolah Jouei, Ph.D. Graduate of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Yajuj University

Abstract

In Imamia jurisprudence, there is controversy over the causes of realization and disappearance of the state of being married and how it affects penalties. The first issue in this regard is the notion of being married. The questions what is being married and what is the essential element of its realization are among the most significant issues in the area of crimes against chastity in Islamic criminal jurisprudence. The Islamic jurists have applied constraints in defining the status of being married any of which may make the concept and examples of being married different. Some differences are observed in the statements of Islamic jurists when declaring the examples of married man or woman which appear to have led to the change of the legislator's attitude towards the status of being married in the two Islamic penal codes of 1990 and 2013. The present study intends to answer the question what is the essential element of realization and disappearance of being married. The study, through a descriptive method and rational analysis has concluded that the criterion of being married is the possibility of enjoyment and contrary to what has been stated in the Islamic penal code, temporary spouse may be a cause of being married as well.

Keywords: state of being married, causes of realization and disappearance of the status of being married, possibility of enjoyment, temporary spouse.

مقدمه

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در بندهای (الف و ب) از ماده ۲۲۶، شرایط تحقق احسان را چنین بیان می‌دارد:

الف- احسان مرد عبارت است از آن که دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده، از طریق قبل با وی در حال بلوغ جماع کرده باشد و هر وقت بخواهد امکان جماع از طریق قبل را با وی داشته باشد.

ب- احسان زن عبارت است از آن که دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده، با او از طریق قبل جماع کرده باشد و امکان جماع از طریق قبل را با شوهر داشته باشد. همین معنا از احسان در بحث لواط نیز تکرار شده است.

این در حالی است که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در ماده ۸۳ چنین مقرر نموده بود: «حد زنا در موارد زیر رجم است. الف- زنای مرد محصن، یعنی مردی که دارای همسر دائمی است و با او در حالی که عاقل بوده جماع کرده و هر وقت نیز بخواهد می‌تواند با او جماع کند. ب- زنای زن محصنه با مرد بالغ، زن محصنه زنی است که دارای شوهر دائمی است و شوهر در حالی که زن عاقل بوده با او جماع کرده است و امکان جماع با شوهر را نیز داشته باشد». تفاوت‌های اساسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با قانون مصوب ۱۳۷۰ در باب احسان از قرار زیر است:

- ۱- بلوغ همسر برای احسان مرد شرط شده است.
- ۲- نزدیکی از قبل شرط شده است.
- ۳- اسبابی مانند مسافرت، حبس و سفر از باب تمثیل به عنوان اسباب زوال احسان معرفی شده است. (ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)
- ۴- شرط احسان برای مجازات مفعول لواط (ملوط) حذف شده است. (ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)
- ۵- اذن تبدیل مجازات رجم به قاضی با لحاظ شرایطی داده شده است (ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)

تفاوت‌های آشکار یاد شده دو قانون مجازات که همگی خبر از وجود اختلاف نظر فقها و نیز وجود ابهاماتی چند در تعریف قانون‌گذار از احسان، می‌دهد، نوشتار حاضر را برآن داشت به تفصیل، موضوع را بررسی نموده تا به تعریف دقیق و صحیحی از احسان دست یابیم که در مقام اجرا از سوی محاکم قضایی،

با کمترین ابهامات و مشکلات روبرو باشد. بر این اساس مقاله حاضر که مستخرج از رساله دوره دکتری است، در پی پاسخ به پرسش‌های زیر است:

اینکه شاخص‌های دقیق تشخیص و تحقق احصان چیست؟ شرایط زوال احصان برای هریک از زن و مرد کدامند؟ معنای تعبیر «امکان جماع زن» که در قانون تصریح شده است چیست؟ ملاک سفر، حبس، بیماری برای زائل کردن وصف احصان کدام است؟ و سرانجام آیا داشتن همسر موقت نیز می‌تواند موجب تحقق احصان شود؟

ذکر دو نکته ضروری است. اول این که شرایط تحقق و زوال احصان در هر دو جرم زنا و لواط یکسان است. (ماده ۲۲۶ و تبصره ۲ ماده ۲۳۴ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) دوم این که برخلاف قانون مجازات اسلامی، برخی فقها احصان را در اعمال مجرمانه تفخیز، مساحقه و زنای با میت، موثر می‌دانند. (حرعاملی، ۱۶/۲۸ و ۱۶۶، احادیث ۳۴۴۶۷ تا ۳۴۴۷۰؛ گلپایگانی، ۵۳/۲ - ۵۷؛ حسینی روحانی، ۴۵۵/۲۵ - ۴۵۷؛ خوئی، ۲۴۵/۴۱ و ۳۰۰ - ۳۰۲).

پیشینه تحقیق

پیرامون احصان و شرایط آن علاوه بر آنچه در کتب فقهاء در مبحث حدود آمده است، به تحقیقات زیر نیز می‌توان اشاره کرد:

الف: پایان‌نامه: با بررسی صورت گرفته در خصوص احصان، پایان‌نامه‌ای با عنوان بررسی فقهی حقوقی شرایط احصان در جرم زنا در مقطع کارشناسی ارشد توسط آقای میلاد کشوری در سال ۱۳۹۳ با راهنمایی آقای روشنعلی شکاری نگاشته شده است. در این پایان‌نامه به بررسی شرایط تحقق احصان پرداخته شده است.

ب: مقالات: آقای کیومرث کلانتری مقاله‌ای با عنوان زنای محصنه و اثبات آن (۱۳۸۸) نگاشته و در آن یک پرونده مربوط به زنای محصنه را تحلیل و بررسی نموده است. هم‌چنین آقای محمد ابراهیم جناتی مقاله‌ای با عنوان بررسی مبانی فقهی رجم ثبوتاً و اثباتاً (۱۳۸۹) به رشته تحریر درآورده و در آن به بیان ادله فقها و علمایی که قائل به مشروعیت رجم شده‌اند و بیان اسباب و شرایطی که باعث حکم رجم می‌شوند و نیز بیان شرایطی که مجریان حکم باید داشته باشند پرداخته است. آقای سید مصطفی محقق داماد نیز با نوشتن مقاله رجم از دیدگاه قرآن و سنت (۱۳۸۸) به بررسی تطبیقی رجم در ادیان مختلف اقدام کرده است. آقایان محمد رضا کدخدایی و محمدرضا باقرزاده با نگاشتن مقاله بررسی حکم سنگسار از منظر فقه و حقوق بشر (۱۳۹۰) به بررسی شرایط زنای مستوجب سنگسار و شرایط اثبات آن پرداخته‌اند. آقای

سید حسین هاشمی مقاله‌ای با عنوان قتل در فراش (۱۳۸۴) به رشته تحریر در آورده و در آن به بررسی ماده ۶۳۰ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ پرداخته است. اخیراً نیز آقای دکتر عادل ساریخانی مقاله‌ای با عنوان فلسفه احسان در جرائم جنسی مستوجب حد با محوریت قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (تابستان ۱۳۹۶) به رشته تحریر در آورده و در آن به بررسی تأثیر احسان در جرائم زنا و لواط و تفخیز و مساحقه پرداخته است.

با عنایت به تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ هیچ کدام از آثار فوق به ابهامات موجود در مواد ۲۲۶ و ۲۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و هم چنین مبانی روایی و فقهی اسباب تحقق و زوال احسان نپرداخته‌اند. بر این اساس تحقیق حاضر از این جهت می‌تواند دارای نتایجی جدید و غیر مسبوق باشد.

معنای لغوی احسان

تعبیر «احسان» در ساختارهای محصنات، محصنین، احصن، احصنت و... در آیات زیر و چند آیه دیگر از قرآن کریم بکار رفته است. یکی از این آیات، آیه شریفه ۲۴ از سوره مبارکه نساء است که می‌فرماید «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» در این آیه کلمه «محصنات» با توجه به این که عطف بر آیه قبل و کلمات امهات و غیره است، به معنای زنان شوهر دار است. هم چنین کلمه «محصنین» در این آیه به معنای مردان پاکدامن است. آیه دیگری که در سوره نساء آمده و در آن به یکی از مشتقات کلمه «حصن» اشاره شده است، آیه ۲۵ است. «فَإِذَا أَحْصَيْنَ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ...» کلمه «احصن» در این آیه شریفه به معنای «ازدواج کردن زنان» است. هم چنین کلمه «محصنات» در این آیه به معنای «زنان پاکدامن» است.

دیگر مشتقات کلمه «حصن» که در آیاتی مانند آیه ۵ از سوره مبارکه مائده و ۹۱ سوره مبارکه انبیاء و نیز ۴ سوره مبارکه نور آمده است، به معنای پاکدامنی است.

ماده «حصن» در لغت به معنای منع و جلوگیری است و «احسان» در باب افعال به معنای مانع شدن و محکم کردن دژسازی است. حصان به عنوان صفت برای زن به معنای عفیف و پاکدامن و نیز متزوج و دارای شوهر است. احسان به وسیله اسلام، پاکدامنی و حریت و تزویج حاصل می‌شود. (ابن منظور، ۱۳/ ۱۱۹) قاموس قرآن حصن را این گونه معنی می‌کند «حصن، قلعه و جمع آن حصون است مثل وَ ظَنُّوا أَنَّهُمْ مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنَ اللَّهِ... (حشر/ ۲) لَا يَقَاتِلُونَكُمْ جَمِيعًا إِلَّا فِي قُرَى مُحَصَّنَةٍ (حشر/ ۱۴) مراد شهرهای مستحکم و حصار شده است یعنی کارزار نکنند با شما مگر در آبادی‌های مستحکم و حصار دار. این

معنای اولی حصن است سپس به طور مجاز چنان که راغب گوید در هر تحفظ و نگه داشتن بکار می‌رود. به کسی که خود را از بی عفتی حفظ کند گوئیم محصن و به زنی که در اثر شوهر دار بودن و یا عفت، خود را از بی عفتی نگه دارد محصنه (بصیغه فاعل و مفعول) گویند. به صیغه فاعل از آن جهت که خود را از بی عفتی باز می‌دارد و به صیغه مفعول از آن سبب که از بی عفتی باز داشته شده است» (قرشی، ۱۴۹/۲) حصن در مقایسه اللغه به معنی نگه داری و دیوار و حرز داشتن آمده است (ابوالحسین، ۶۹/۲) از نظر المصباح المنیر حصن به مکانی گفته می‌شود که به خاطر ارتفاع زیاد آن کسی توانایی بالا رفتن از آن را ندارد (فیومی، ۱۳۹/۲) اصل احصان منع است و زن با اسلام و عفاف و آزادی و ازدواج محصنه می‌گردد (مصطلحات الفقه، ۴۵) دیگر معنی احصان، عفت و اجتناب از وقوع در کار حرام و نیز ازدواج است. (عبدالرحمان، ۸۳/۱).

شروط احصان

۱. امکان تمتع

شرط امکان تمتع زوج با عبارات مختلفی ذکر شده است از جمله عبارت «یغدو علیه و یروح» صحیحیه ابن سنان از امام صادق علیه السلام «قلت: ما المحصن قال (ع): من كان له فرج یغدو علیه و یروح فهو محصن» (حرعاملی، ۶۸/۲۸). روایت صحیحیه ابن سنان که می‌گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم محصن کیست؟ فرمود: کسی که همسری دارد و هر صبح و شام با او نزدیکی می‌نماید این شخص محصن است.

دو واژه «غدو» و «روح» همان طور که ازهری و دیگران گفته‌اند در نزد عرب، کنایه از هر زمان از شب یا روز می‌باشند. «فیومی، ۲۴۳/۲».

مقصود از امکان تمتع از اول صبح تا آخر شب چیست؟

آیت الله خوئی در این خصوص چنین می‌فرماید «از روایات این باب استفاده می‌شود که غیبت و دور بودن مرد از زن یا زن از شوهر خصوصیتی ندارد، بلکه ملاک و معیار این است که امکان تمتع و بهره بردن جنسی در هر زمان که بخواهد و اراده کند، برای او وجود نداشته باشد. همان گونه که معنای سخن امام علیه السلام در روایت صحیحیه اسماعیل بن جابر بود که فرمودند «من كان له فرج یغدو علیه و یروح» بنابراین هرکسی که امکان تمتع و بهره وری جنسی از همسرش را نداشته باشد، خواه این عدم امکان به جهت سفر باشد یا زندان و موارد شبیه به آن و خواه مسافت سفر به اندازه مسافت شرعی (هشت فرسخ) باشد یا کمتر از آن، غیر محصن محسوب می‌شود و هر کس که امکان تمتع جنسی از همسرش رداشته باشد، هرچند که

مسافر باشد و سفرش نیز به اندازه مسافت شرعی باشد، محصن محسوب می‌شود. ملاک احصان و عدم احصان این است که امکان تمتع جنسی زن و شوهر از یکدیگر وجود دارد یا خیر؟ برخی از روایات روی حضور یا غیاب زوج و زوجه کنار هم تکیه کرده‌اند اما باید گفت حضور و غیاب نقشی ندارد بلکه نوعاً حضور وسیله تمکن و غیبت موجب عدم تمکن است.» (موسوعه ۴۱/ ۲۴۵).

شهید ثانی می‌گوید «احصان یعنی این که مرد هر صبح و شام امکان تمتع داشته باشد و اگر دور از همسرش باشد، به طوری که در یکی از آن‌ها (صبح و شام) امکان تمتع نداشته باشد یا این که در حبس باشد به طوری که امکان رسیدن به همسرش را نداشته باشد، محصن محسوب نمی‌شود، هر چند قبل از آن با همسرش نزدیکی کرده باشد و در دوری فرقی بین مسافت کم و زیاد وجود ندارد.» (الروضة البهیة، ۹/ ۷۷).

ابن ابی عقیل محصن را این‌گونه تعریف می‌نماید «محصن کسی است که همسری آزاد و مسلمان دارد که هر صبح و شام با او نزدیکی می‌کند.» (ص، ۱۶۶). سید مرتضی می‌فرماید: «احصان موجب رجم در زنا، عبارت است از این که مرد دارای زوجه یا ملک یمین باشد و تمتع از او هر وقت که بخواهد امکان داشته باشد بدون این که حائلی مانند غایب بودن یا مرض یا حبس در میان باشد» (ص، ۵۲۱) هم‌چنین قاضی ابن براج بیان می‌دارد «حد احصان در مرد این است که فرجی در اختیار داشته باشد که از آن بهره‌برد و احصان در زن این است که شوهری داشته باشد که صبح و شام با او نزدیکی کند.» (۲/ ۵۱۹). شیخ طوسی در المبسوط فرموده است «حد احصان نزد ما این است که شخصی که حر، بالغ و عاقل است دارای زنی باشد که «غدوا و رواحا» از او متمتع باشد.» (۸/ ۳). صاحب جواهر می‌گوید «احصان مرد حاصل نمی‌شود مگر به این که زانی، بالغ و حر بوده و زن دائمی یا کنیزی داشته باشد که از قبل با او نزدیکی کرده باشد و صبح و شام به او دسترسی داشته باشد.» (۴۱/ ۲۶۹) شرایط احصان از دیدگاه شهید ثانی هشت مورد است ۱- اصابت یا وطی ۲- واطی، بالغ باشد ۳- واطی، عاقل باشد ۴- واطی، حر باشد ۵- وطی، به فرج (قبل) باشد ۶- عقد، دائم یا ملکیت باشد ۷- تمکن به صورت غدو و رواح باشد ۸- اصابت یا وطی، معلوم و محرز باشد. (الروضة البهیة، ۹/ ۷۲).

از نظر محقق حلی احصانی که رجم با آن واجب می‌شود اثبات نمی‌شود مگر اینکه زانی بالغ و آزاد باشد و از قبل با همسر دائمی یا کنیز نزدیکی کرده باشد و صبح و شام امکان بهره‌جستن از او را داشته باشد (شرائع السلام، ۴/ ۱۳۷).

عبارت دیگری که در بیان امکان تمتع در لسان امام آمده است، «عنده ما یغنیه» است. صحیح‌ه حریر قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المحصن قال «فقال الذي يزني وعنده ما يغنيه» (حرعاملی، ۲۸/

۶۹) (در مورد محصن از ایشان سؤال کردم فرمود: کسی که زنا می‌کند در حالی که همسری دارد که نیازهای وی را برطرف می‌نماید). شیخ مفید بر اساس این روایت محصن را این گونه تعریف می‌نماید: «محصن کسی است که همسر یا کنیزی دارد که او را از دیگر زنان بی‌نیاز می‌سازد و امکان نزدیکی با وی را داراست.» (مفید، ۷۷۵) در این حدیث علت محصن شناخته شدن شخص، دسترسی به همسر شرعی برای تمتع است. با این توضیح که شخصی که علی‌رغم امکان استفاده از همسر شرعی خود، اقدام به ارتکاب عمل منافی عفت زنا که در شرع اسلام حرام و مذموم بوده و توالی فاسد زیادی برای جامعه اسلامی دارد، می‌نماید، مستحق مجازات اشد است.

روایت دیگری که برای بیان چگونگی امکان تمتع، معیار به دست می‌دهد، صحیحۃ محمد بن مسلم است که می‌گوید: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «المغيب والمغيبه ليس عليهما رجم، إلا أن يكون الرجل مع المرأة والمرأة مع الرجل» (حرعاملی، ۷۲/۲۸) (محمد بن مسلم می‌گوید از ابا عبدالله شنیدم که می‌فرمود: زن و مردی که از همسران خود دور هستند، رجم نمی‌شوند مگر این که مرد با زن و زن با مرد خودش باشد). از این روایت شریفه شرط امکان تمتع برای احصان زن نیز، استفاده می‌شود.

فاضل لنکرانی برای هریک از روایات باب، ضابطه‌هایی بیان می‌نماید. ایشان ضابطه روایت اسماعیل بن جابر را «یغدو علیه و یروح» و منظور از آن را امکان تمتع در مجموع شب و روز می‌داند نه اول صبح و آخر شب (که معنای لغوی عبارت است) و این که منظور، امکان تمتع است نه فعلیت نزدیکی و ضابطه موثقه اسحاق بن عمار را «عنده ما یغنیه» و به معنی در اختیار بودن فرج (همسر) می‌داند. و ضابطه صحیحۃ محمد بن مسلم را «کونه معها» و به معنی در اختیار بودن نه همراه بودن (که معنای لغوی عبارت است) و ضابطه برخی دیگر از روایات را «در یک شهر بودن زوج و زوجه» می‌داند (ص، ۵۳). ایشان در مجموع علاوه بر اینکه ملاک اصلی احصان را امکان تمتع می‌داند، ملاک امکان تمتع را نیز، عرف معرفی می‌نماید.

۲. امکان تمتع زن

قانون‌گذار با در نظر گرفتن این نکته که نزدیکی بر اساس روایات و منابع فقهی معتبر (به جز یک شب در هر چهار ماه)، حق زن نیست، در تعریف احصان زن، از عبارت «امکان جماع از طریق قبل را با شوهر داشته باشد» استفاده کرده است این در حالی است که در تعریف احصان مرد از عبارت «هر وقت بخواهد» استفاده نموده که حکایت از محقق دانستن مرد در نزدیکی دارد. ذیلاً به تبیین معنای دقیق این قید می‌پردازیم.

صاحب جواهر در این باره می‌گوید: «و علی کل حال فما یعتبر فی إحصان الرجل معتبر فی إحصان

المرأة لكن المراد من تمکنها من الزوج إرادته الفعل على الوجه المزبور، لا إرادتها متى شئت ضرورة عدم كون ذلك حقا لها» (۲۷۷/۴۱) معنای تمکن زن از شوهر این نیست که هر زمان اراده زن تعلق گرفت مرد به او دخول کند این معنا در صورتی صحیح است که وطی حق زن باشد در حالی که می دانیم وطی حق مرد است و نه زن بلکه مراد از تمکن زن این است که مرد در اختیارش باشد و هر وقت مرد تمایل به وطی پیدا کرد با او نزدیکی کند.

از نظر آیت الله خوئی در احصان زن نیز آزادی و این که همسر دائمی داشته باشد که با وی نزدیکی کرده، شرط است در این صورت اگر زن زنا کند سنگسار می شود (موسوعه ۲۴۵/۴۱). همان طور که ملاحظه می شود در تعریف خوئی از احصان، «قید امکان جماع با شوهر» ذکر نشده است.

در ذیل برخی از روایاتی که در آن ها به موضوع حق جماع برای زن، اشاره شده است را ذکر می نماییم. صفوان بن یحیی از امام رضا علیه السلام پرسید «آیا شخصی که همسر جوانی دارد و ماه ها و حتی یک سال با او نزدیکی نمی کند، گناه کار است؟ حضرت فرمودند اگر چهار ماه نزدیکی با او را ترک کند، گناه کار است» و در روایت دیگری با همین مضمون آمده است «مگر این که با اذن همسرش نزدیکی را ترک کرده باشد که در این صورت گناه کار نیست». (حرعاملی، ۲۰/۱۴۰ - ۱۴۱).

محمد بن علی بن الحسین از محمد بن قیس از ابا جعفر علیه السلام روایت می کند که ایشان در مورد مردی که با زنی ازدواج نمود و زن شرط کرد که حق نزدیکی و حق طلاق را داشته باشد، فرمودند، این زن با سنت مخالفت کرده است و متولی حقی شده است که اهلیت آن را ندارد و این گونه حکم کرد که مهریه بر عهده مرد است و حق نزدیکی و طلاق هم با مرد است (همو، ۲۱/۲۸۹).

محمد بن علی بن الحسین از حسن بن محبوب از ابراهیم کرخی نقل می کند که اظهار داشت «از امام صادق علیه السلام در مورد حکم مردی که چهار زن دارد و در سه شبی که نزد سه تن از آن ها می خوابد با آن ها نزدیکی می کند ولی وقتی نزد زن چهارم می خوابد با او نزدیکی نمی کند، سؤال کردم آیا این مرد گناه کرده است؟ حضرت فرمودند مرد وظیفه دارد شب تا صبح نزد زن بخوابد ولی وظیفه ندارد با او نزدیکی کند اگر نخواهد». (همو، ۲۱/۳۴۲ - ۳۴۳).

همان طور که ملاحظه می شود این حدیث دلالت صریح بر عدم وجوب نزدیکی مرد با زن دارد و از آن حق جماع نداشتن زن استفاده می شود.

بر خلاف نظریه صاحب جواهر به نظر نگارندگان، نقش اراده و تمایل زن برای نزدیکی، به عنوان یک تقاضا نه به عنوان یک حق، ملحوظ نظر شارع است با این توضیح که در مواردی که زن شوهر دار متهم به زنا است، قضات رسیدگی کننده به پرونده باید این مسأله را تحقیق کنند که آیا در زندگی زناشویی هر زمان

که زن میل به نزدیکی داشته و از شوهر خود درخواست نزدیکی نموده، شوهر این تقاضا را اجابت کرده است یا خیر؟ و این که آیا نیاز جنسی زن (هر وقت که تقاضا نموده است) توسط شوهرش مرتفع شده است یا خیر؟ احراز این امر که نیاز جنسی زن با این وصف از سوی شوهرش مرتفع نشده است، فقط می‌تواند او را فاقد وصف احصان نموده و مآلاً از حد رجم برهاند لکن این موضوع به معنی محق بودن وی برای جماع و اثبات کننده این حق نیست.

التهایه آن چه که از مجموع روایات و نظرهای فقها استفاده می‌شود این است که شرط اصلی تحقق احصان، امکان تمتع مرتکب زنا از همسرش می‌باشد که با عبارت‌های مختلف در بیان روایات و فقها آمده است.

۳. زوجیت

زوجیت در اسلام به سه صورت دائم، موقت و ملک یمین محقق می‌شود. در این که زوجیت دائم و ملک یمین موجب احصان هستند، در بین فقها اختلاف نظری وجود ندارد. لکن در خصوص اقتضاء همسر موقت برای حصول احصان، اختلاف نظر وجود دارد که ابتدائاً به بررسی روایات و سپس دیدگاه فقها در این خصوص می‌پردازیم.

روایات در این خصوص دو نوع هستند. روایاتی که به طور مطلق و بدون اشاره به نوع زوجیت وارد شده‌اند و روایاتی که متعه را موجد وصف احصان نمی‌دانند. در ذیل به نمونه‌هایی از هر دو قسم اشاره می‌کنیم.

الف: روایات مطلق:

روایت صحیح‌ه ابن سنان که می‌گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم محصن کیست؟ فرمود: کسی که همسری دارد و هر صبح و شام با او نزدیکی می‌نماید این شخص محصن است. (حرعاملی، ۶۸/۲۸).

صحیح‌ه حریز که می‌گوید «در مورد محصن از ایشان سؤال کردم فرمود: کسی که زنا می‌کند در حالی که همسری دارد که نیازهای جنسی وی را برطرف می‌نماید» (همو، ۶۹/۲۸).

صحیح‌ه محمد بن مسلم که می‌گوید «از ابا عبدالله شنیدم که می‌فرمود: زن و مردی که از همسران خود دور هستند، رجم نمی‌شوند مگر این که مرد با زن و زن با مرد خودش باشد».

صحیح‌ه عمر بن یزید از ابا عبد الله (علیه السلام) که فرمود «شخصی که از همسرش دور است رجم نمی‌شود» (همو، ۷۸/۲۸).

صحیح‌ه ابی عبیده از ابا جعفر (علیه السلام) که فرمود «امیر المومنین علیه السلام در مورد مردی که

همسری در بصره داشت و وی (مرد) درکوفه مرتکب زنا شد، حکم کرد که رجم از او برداشته شود و فقط یکصد ضربه تازیانه بر او زده شود. و هم‌چنین در مورد مردی که در زندان حبس شده بود و زنی داشت که در منزلش در شهر بود و به او دسترسی نداشت و در زندان مرتکب زنا شد نیز حکم به برداشته شدن رجم و تحمل یکصد ضربه تازیانه نمودند» (همو، ۷۳/۲۸).

صحیحة محمد بن مسلم که می‌گوید از ابا عبدالله شنیدم که می‌فرمود «زن و مردی که از همسران خود دور هستند، رجم نمی‌شوند مگر این که مرد با زن و زن با مرد خودش باشد» (همو، ۷۲/۲۸).

ب: روایاتی که در آن‌ها به احسان آور نبودن عقد نکاح موقت اشاره شده است:

الف: معتبرة إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن الرجل إذا هوزني ... قلت: فإن كانت عنده امرأة متعة أتحصنه؟ «فقال: لا، إنما هو على الشئ الدائم عنده» (همو، ۶۸/۲۸). روایت معتبرة اسحاق بن عمار که می‌گوید: از ابا ابراهیم علیه السلام سؤال کردم در مورد مردی که زنا می‌کند اگر همسر موقتی داشته باشد آیا او را محصن می‌گرداند که ایشان فرمودند خیر احسان با همسر دائم محقق می‌شود. خوئی در استدلال شرط بودن دوام زوجیت به این روایت و اتفاق نظر فقها استناد می‌نماید.

ب: صحیحة عمر بن یزید عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث «قال: لا يرجم الغائب عن أهله، ولا المملک الذی لم یبین بأهله، ولا صاحب المتعة» (همو، ۶۸/۲۸) روایت صحیحه عمر بن یزید از ابا عبد الله علیه السلام که فرمود: شخصی که از همسرش دور است و هم‌چنین کسی که ملک یمینی دارد ولی با او نزدیکی ننموده است و نیز شخصی که زنی در عقد موقت دارد، رجم نمی‌شوند.

همان طور که ملاحظه می‌شود اکثر روایات به طور مطلق داشتن زوج یا زوجه ای (صرف نظر از دائم یا موقت بودنش) که نیاز جنسی (در وقت اراده و میل) را برطرف نماید، موجب وصف احسان دانسته‌اند.

سید مرتضی می‌فرماید «نکاح موقت نزد ما بر اساس قول صحیح موجب تحقق احسان نیست چرا که این نکاح غیر دائم است و معلق بر اوقات محدودی است.» (سید مرتضی، ۵۲۱).

این سخن سید مرتضی مشعر بر این است که نظر مخالفی هم وجود دارد که متعه را موجب تحقق احسان می‌داند هرچند که صاحب جواهر (صاحب جواهر، ۲۷۰/۴۱) و تبریزی (تبریزی، ۲۷) فرموده‌اند نظر مخالفی نیافته‌اند.

امام خمینی در خصوص شرط دوام زوجیت می‌فرماید «از شرایط تحقق احسان این است که دخول به واسطه عقد صحیح باشد بنابراین احسان با وطی به زنا و شبهه محقق نمی‌شود و هم‌چنین با عقد موقت هم محقق نمی‌شود، هر چند که صبح و شام با او جماع نماید.» (امام خمینی، ۴۵۸/۲).

از نظر آیت الله منتظری نیز متعه موجب تحقق احسان نیست. ایشان با استناد به عبارت «انما هو علی

الشی الدائم عنده» از روایت فوق می‌فرماید: عدم دوام متعه واضح است (ص، ۱۶).

این در حالی است که محقق اردبیلی در این خصوص نظر متفاوتی دارد ایشان می‌گویند «از مجموع روایات، دانسته می‌شود که معیار و ملاک تمکن از فرج و وصول به آن چه متعه باشد چه ملک یمین، یکی است البته می‌توان متعه‌ای که زمان قلیل باشد را نفی کرد و گفت احصان با آن محقق نمی‌شود. یعنی اگر مدت متعه طولانی باشد، موجب احصان است.» (۱۳/۱۸).

تبریزی نیز هم سو با نظر محقق اردبیلی متعه طولانی مثل متعه بیست تا صد ساله را که برای جلوگیری از توارث، به صورت موقت انشاء می‌شوند، را موجب تحقق احصان می‌داند. ایشان در رد این استدلال که صرف طولانی بودن مدت، عقد نکاح را دائم نمی‌گرداند و آثار نکاح دائم از جمله توارث زوجین از همدیگر و وجوب پرداخت نفقه زوجه از سوی زوج را بر آن مترتب نمی‌سازد، به عبارت «آن یکون عنده الشی الدائم» که در روایات باب آمده است، استدلال می‌کند (ص، ۲۸). به این معنی که ملاک احصان حضور دائمی زوجه نزد زوج است که در متعه طولانی این ملاک حاصل است.

صاحب جواهر دلیل عدم تحقق احصان با متعه را چهار امر بیان می‌نماید: اول اصل، دوم احتیاط، سوم اعتبار و چهارم اخبار (۴۱/۲۷۰).

آیت الله گلپایگانی در شرح و تحلیل دلایل صاحب جواهر می‌گوید: «منظور از اصل، اصل عدم تخصیص آیه زناست چرا که آیه زنا، مجازات زنا را مطلق یکصد ضربه تازیانه (ظاهراً در متن به اشتباه هشتاد ضربه قید شده است) بیان فرموده و تحمیل مجازات رجم، نیازمند دلیل است که در خصوص همسر دائم دلیل قطعی وجود دارد لکن زانی که همسر موقت دارد معلوم نیست از تحت اطلاق این آیه خارج شده است یا خیر و این که آیا آیه با این قید تخصیص خورده است یا خیر بنابراین اصل، عدم تخصیص است. هم چنین از نظر ایشان منظور صاحب جواهر از احتیاط، همان احتیاط در دماء و فروج است که ایشان این دو دلیل و نیز دلیل اخبار را می‌پذیرند لکن در نقد دلیل سوم (اعتبار) می‌فرماید که اعتبار از ادله اثبات حکم شرعی نیست، مضافاً این که ممکن است گفته شود اعتبار، خلاف این نظر را (عدم تحقق احصان با متعه) اقتضاء دارد یعنی اعتبار مقتضی تحقق احصان با متعه است چرا که مردی که زن موقت دارد از نظر عرف این شخص زنی دارد که او را از انجام کار حرام (زنا) بی‌نیاز می‌گرداند و عرف در صورتی که مرد از همسر موقت خود به صورت غدو و رواح امکان تمتع داشته باشد، موافق با تحقق احصان با عقد موقت است.» (۷۴/۱).

لنکرانی برای اثبات عدم تحقق احصان با متعه علاوه بر احتمال اتفاق نظر فقها در این خصوص به دو روایت موثق اسحاق بن عمار و روایت عمر بن یزید که امام علیه السلام فرموده‌اند «لا یرجم الغائب عن

أهله، ولا المملک الذی لم یبن بأهله، ولا صاحب المتعة» استناد نموده است (ص ۵۲). صاحب جواهر برای اثبات عدم تحقق احصان با متعه به روایت موثق اسحاق بن عمار استناد می‌کند. در این موثق آمده است: سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن الرجل إذا هوزنی وعنده السرية و الأمة يطأها تحصنه الأمة، فقال: نعم إنما ذاك لأن عنده ما يغنيه عن الزناء، قلت: فان كان عنده أمة زعم أنه لا يطأها فقال: لا يصدق، قلت: فان كانت عنده امرأة متعة تحصنه، قال: لا إنما هي على الشيء الدائم عنده» (۴۱/ ۲۷۰) (حدیث موثق اسحاق بن عمار که می‌گوید از آبا ابراهیم علیه السلام پرسیدم مردی که زنا می‌کند در حالی که کنیزی دارد که با او نزدیکی می‌کند آیا این کنیز او را محصن می‌گرداند؟ امام فرمود بله چون این مرد نزد خود چیزی دارد که او را از زنا بی‌نیاز می‌نماید. اسحاق می‌گوید در ادامه از امام علیه السلام پرسیدم اگر کنیزی داشته باشد ولی با او نزدیکی نکند چه؟ امام علیه السلام فرمود محصن نیست اسحاق می‌گوید پرسیدم اگر متعه‌ای داشته باشد آیا او را محصن می‌نماید؟ امام فرمود خیر مرد به خاطر چیز دائم که نزد خود دارد محصن می‌گردد).

در نقد استدلال صاحب جواهر به این روایت، به سه نکته می‌توان اشاره کرد. اول این که امام علیه السلام در تعلیل تحقق احصان با أمة می‌فرماید چون شخص مرتکب زنا، نزد خودش چیزی دارد که او را از انجام زنا بی‌نیاز می‌کند. بنابراین با وحدت ملاک گرفتن از این تعلیل، می‌توان گفت متعه‌ای که شخص را از انجام زنا بی‌نیاز کند نیز موجب تحقق احصان است چرا که همسر موقت هم مانند همسر دائم می‌تواند شخص را از انجام زنا بی‌نیاز نماید. نکته دوم این که این احتمال وجود دارد که منظور امام علیه السلام از این که در جواب اسحاق بن عمار که سؤال کرده «اگر نزد او همسر موقتی باشد آیا او را محصن می‌گرداند» فرموده است «خیر» همسر موقتی باشد که «لا يطأها» یعنی همسر موقتی که با او نزدیکی نمی‌کند و وصف همان «أمة» را دارد که در سؤال قبلی اسحاق بن عمار است. چرا که می‌دانیم بسیاری از عقود نکاح موقت به انگیزه‌هایی غیر از نزدیکی منعقد می‌شود. ضمن این که عبارت «انما هو على الشيء الدائم عنده» نیز موید این استدلال است چرا که ممکن است منظور امام علیه السلام این بوده است که همسر موقت، دائماً نزد شوهر نیست.

نکته سوم که در نقد این نظر می‌توان گفت این است که علیرغم نظر ایشان وصف «دائم» به «حضور» بر می‌گردد و وصفی برای حضور است نه برای عقد، به این معنا که منظور از عبارت «الشيء الدائم عنده» که در روایت آمده است، همسری است که در زمان زوجیت همواره در دسترس باشد نه اینکه کلمه «دائم»، وصف زوجیت باشد. در این صورت همسر موقتی که همواره در دسترس شوهر است بویژه متعه طولانی، می‌تواند شخص را واجد وصف احصان نماید.

النهاییه با توجه به این که از فحوای روایات باب احصان و نیز منابع معتبر فقهی که تفسیری از همان روایات هستند، این گونه استفاده می‌شود که ملاک اصلی احصان و نیز علت تحمیل مجازات اشد بر محصن یا محصنه، امکان تمتع وی است و این که امکان تمتع همان گونه که از همسر دائم وجود دارد، از همسر موقت نیز قابل تحقق است و در این مورد خصوصیتی که در همسر دائم وجود دارد در همسر موقت نیز موجود است لذا به نظر نگارندگان همسر موقت نیز با جمع سایر شرایط می‌تواند شخص را واجد وصف احصان نماید.

۴. اصابت

از نظر امام خمینی از شرایط احصان، جماع از قبل با همسر است و جماع از دبر بنابر احوط موجب تحقق احصان نیست (۲/ ۴۵۷).

صاحب جواهر معتقد است «قید نزدیکی با زوجه، به واسطه اجماع ثابت است. هم چنین بخاطر اصل (منظور اصل عدم تخصیص آیه زناست که مجازات زنا را مطلق یکصد ضربه تازیانه بیان فرموده و این که تحمیل مجازات رجم که یک مجازات اشد است نیازمند دلیل است که در هنگام شک، اصل، عدم تخصیص است) و احتیاط در مجازات و روایات صحیح این قید ثابت است. اما این را محقق حلی در مختصر النافع نیاورده است و گفته شده کتاب‌های بسیاری از قدما مانند مقنعه و انتصار و خلاف بدون این قید هستند. صاحب جواهر درباره عدم این قید در کتب فوق این چنین پاسخ می‌دهد «ممکن است بگوییم این قید، قید غالبی است یعنی غالباً هر کس که زن دارد با او نزدیکی می‌کند و لذا چون این قید، قید غالبی است نیاز به آوردن آن نیست. اگر چه قید نزدیکی کردن با زوجه، مطابق اصل (عدم تخصیص) و احتیاط (دردماء) است اما اگر این مسأله اجماعی نبود خالی از اشکال نبود پس اگر زنی داشته باشد که از دبر با او نزدیکی کرده باشد می‌تواند از قبل هم با او نزدیکی کند لذا باید چنین شخصی را محصن دانست. (یعنی اگر فقط از دبر نزدیکی کرده نشان‌گر این است که می‌توانسته از قبل هم نزدیکی کند لذا فعلیت نزدیکی از قبل، ملاک احصان نیست بلکه امکان تمتع از قبل، ملاک احصان است). آری اگر نزدیکی از قبل برایش امکان پذیر نباشد، محصن دانستن او مشکل است چون از سیاق روایات چنین معنایی متفاهم نیست. حتی به احتمال قوی می‌توان در محصن بودن شخص، به مطلق نزدیکی کفایت کرد به این نحو که هر جا دخول شرط باشد، منظور مطلق دخول است و روایات نسبت به دخول اطلاق دارند و حتی شامل حال حیض و احرام و روزه بودن هم می‌شوند لذا اگر در این موارد تغیب حشفه واقع شود، دخول محقق شده لذا احصان محقق می‌شود.» (۴۱/ ۲۷۱).

در نقد نظریه صاحب جواهر این نکته به نظر می‌رسد که همواره این گونه نیست که هر کسی امکان تمتع از دبر داشت، امکان تمتع از قُبَل هم دارد چرا که در زمان حیض زن و یا نفاس، با این که امکان تمتع

از دبر وجود دارد، نزدیکی از قبل حرام است. ضمن این که اصابتی که احسان آوراست، باید اکمل باشد و اکمل تمتع، در نزدیکی از قبل است به همین دلیل نزدیکی (اصابت) از دبر نمی تواند شخص را واجد وصف احسان نماید.

آیت الله منتظری در پاسخ به این اشکال که چرا علیرغم اطلاق کلمه «فرج» که در روایات باب احسان آمده و هم شامل «قبل و هم شامل دبر» می شود، نزدیکی از قبل شرط احسان ذکر شده است؟ قائل به تفصیل گردیده است به این صورت که ایشان معتقد است که اگر شخص متمکن از نزدیکی از طریق قبل با همسرش نبوده و به این خاطر از طریق دبر با وی نزدیکی نموده است در این صورت اطلاق روایت «عنده ما یغنیه» شاملش نشده و بنابر این محصن نیست لکن در صورتی که علیرغم امکان تمتع از طریق قبل، از طریق دبر به همسرش اصابت نموده است، در این صورت مشمول اطلاق روایت «عنده ما یغنیه» است و بنابر این محصن می باشد (ص، ۱۵).

سوالی که در این قسمت به ذهن متبادر می شود این است که آیا صرف نزدیکی و تغیب حشفه برای قید اصابت (نزدیکی) و مآلاً احسان کفایت می کند یا انزال شرط است؟ و از این موضوع بالاتر این است که آیا صرف انزال کفایت می کند یا این که اوج لذت باید حاصل شود؟ چرا که می دانیم همیشه انزال به معنی حصول اوج لذت نیست. آیت الله گلپایگانی از علامه نقل می کند که ایشان تغیب حشفه را شرط تحقق قید اصابت می داند لکن انزال از نظر ایشان شرط نیست (۱/ ۶۶).

از آن جایی که فلسفه تشدید مجازات مرتکب زنا، برای محصن این است که وی هم تمتع جنسی و لو برای یک بار جسته و هم امکان تمتع داشته است، به نظر می رسد نهایت لذت مورد نظر باشد، بنابراین در صورتی که از طریق انجام مشاوری با متخصصین سکسولوژی و یا طرق دیگر برای قضات محاکم محرز گردید که مرتکب زنا در نزدیکی با همسر خود به هر دلیل به اوج لذت خود نرسیده است، نمی توانند حکم رجم صادر نمایند، ضمن این که در این مورد قاعده درء و اصل برائت و نیز قاعده تفسیر قانون به نفع متهم، موید این نظر است. هم چنین در این خصوص می توان به نظر صاحب جواهر اشاره کرد که یکی از دلایل عدم احسان کسی که در زمان صغر با همسرش نزدیکی نموده و در زمان بلوغ مرتکب زنا می شود، را نقص لذت بیان می نماید (۴۱/ ۲۶۹).

اسباب زوال احسان

قبل از ورود به بحث لازم است به این نکته اشاره شود که اسباب زوالی که در ماده ۲۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ذکر شده اند، جنبه تمثیلی دارند و این بدان معناست که اسباب دیگری (هرچند در این ماده نیامده باشند) ممکن است از سوی قاضی، مانع تحقق احسان اعلام شوند. ماده ۲۲۷

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برخی از اسباب زوال احصان را این‌گونه بیان می‌دارد «اموری از قبیل مسافرت، حبس، حیض، نفاس، بیماری مانع از مقاربت یا بیماری که موجب خطر برای طرف مقابل می‌گردد مانند ایدز و سفلیس، زوجین را از احصان خارج می‌کند»

۱. مسافرت و حیض: راوندی در فقه القرآن، ملاک غایب بودن را یک ماه می‌داند (۳۷۱/۲) هم چنین روایتی وارد شده است که حد سفری که موجب خروج شخص از احصان می‌شود را، تعیین نموده است. در این حدیث عمر بن یزید می‌گوید که امام علیه السلام فرمود «شخصی که از همسر خود دور است و هم چنین کسی که ملک یمینی دارد ولی با او نزدیکی نکرده است و نیز شخصی که زنی را در عقد موقت دارند، رجم نمی‌شوند. وی می‌گوید از امام علیه السلام سؤال کردم در چه حدی از سفر شخص از احصان خارج می‌شود که امام علیه السلام فرمودند هر گاه نمازش شکسته شد و روزه‌اش افطار گردید.» صاحب جواهر در خصوص این حدیث می‌گوید «عرف بر خلاف این روایت است این روایت نمی‌تواند خلاف عرف را ثابت کند لذا بهتر است ملاک و مقدار غایب بودن را، ملاک عرف بدانیم» (۲۷۰/۴۱).

صاحب جواهر از سید بن زهره نقل می‌کند که ایشان میان غایب بودن و حیض بودن فرق گذاشته است یعنی اگر کسی که زنش حائض است زنا کند، محصن است و سنگسار می‌شود ولی اگر غایب باشد سنگسار نمی‌شود چون که حیض طولانی نیست اما غیبت ممکن است طولانی شود دیگر این که مرد از زن حائض خود از غیر قبل می‌تواند متمتع شود ولی از زن غایب نمی‌تواند متمتع شود (۲۷۳/۴۱).

این نظریه با قید «هر وقت بخواهد امکان جماع داشته باشد» در تناقض است چرا که اقل حیض سه روز است و عدم نزدیکی به مدت سه روز مخصوصاً برای جوانی که به تازگی ازدواج نموده است، عسر آور است و به نظر، نمی‌تواند وی را واجد وصف احصان گرداند.

آیت الله گلپایگانی در این خصوص نکته متفاوتی را بیان می‌نماید. ایشان می‌فرماید «این که مرتکب زنا در ایام حیض با همسرش نزدیکی نمی‌کند به خاطر حکم شرع است اگر وی این‌گونه به حکم شرع اعتنا می‌کند چگونه مرتکب زنا که از نظر شرعی گناهی بزرگ‌تر است و مجازاتی بیشتر از نزدیکی در ایام حیض دارد، می‌شود؟ پس این شخص را نمی‌شود غیر متمکن دانست مگر این که همسرش از نزدیکی در حال حیض ممانعت کند و وی توان غلبه بر همسرش را نداشته باشد. هم چنین ایشان ملاک تمکن را عرف می‌داند و معتقدند تمکن عرفی با حیض منافات ندارد (۸۳/۱).

نظر فوق از این جهت قابل نقد است که همیشه این‌گونه نیست که نزدیکی نکردن در ایام حیض صرفاً به خاطر حرمت آن باشد، بلکه وضعیت فیزیکی و جسمی زن در ایام حیض (داشتن خونریزی) عامل عدم رغبت و مانع نزدیکی مرد با همسرش است لذا از نظر نگارندگان، حیض، به طور مطلق از اسباب زوال

احسان است و ارتباطی به معتنی یا غیر معتنی بودن شخص به حکم شرعی ندارد چرا که صرف وضعیت جسمانی زن در ایام حیض، مانع تمکن جنسی مرد از قبل است.

۲. حبس: صاحب جواهر برای بیان مانعیت حبس از احسان زن به این روایت استناد می‌نماید: ربیع الاصل می‌گوید «از ابا عبدالله علیه السلام در مورد حکم مردی که زنی در عراق دارد و در حجاز مرتکب زنا می‌شود، سؤال کردم ایشان فرمودند که حد زانی که یکصد ضربه تازیانه است بر او جاری می‌شود لکن رجم نمی‌گردد ربیع در ادامه می‌گوید از امام سؤال کردم اگر این شخص به همراه همسرش در یک شهر بودند لکن مرد در زندان محبوس بود به طوری که نمی‌توانست نزد همسرش برود و همسرش نیز نمی‌توانست نزد وی برود و مرد در زندان مرتکب زنا شود، حکم چیست؟ امام علیه السلام در پاسخ فرمودند این شخص مانند کسی است که از همسرش دور است، یکصد ضربه تازیانه بر او جاری می‌شود» (۲۷۳/۴۱) در این حدیث شریف حبس به منزله غیبت معرفی گردیده است و همان طور که غیبت شوهر زن را از احسان خارج می‌نماید، حبس او نیز موجب زوال احسان زن می‌شود. امام خمینی در تحریر می‌فرماید «احسان یعنی این که مرد امکان نزدیکی از قبل داشته باشد در هر صبح و شام، پس اگر از همسرش دور و غائب باشد به طوری که امکان نزدیکی نداشته باشد، محصن نیست و هم چنین اگر در شهر همسرش باشد لکن به واسطه مانعی از قبیل حبس خودش یا حبس همسرش یا مریضی همسرش امکان نزدیکی نداشته باشد یا این که ظالمی او را از جماع با همسرش منع کند، در این صورت محصن نیست (۴۵۸/۲).

۳. موضوعیت یا طریقت حبس و مسافرت در زوال احسان: با توجه به این که اکنون در برخی از زندان‌های کشور امکان ملاقات شرعی، به این صورت که اتافی به طور مستقل در اختیار فرد زندانی و همسرش قرار داده می‌شود، وجود دارد، این سؤال مطرح می‌شود که با این حال آیا حبس موجب زوال احسان می‌شود؟

در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد موضوع یا طریق دانستن حبس و مسافرت موثر است. با این توضیح که اگر حبس و مسافرت را به عنوان مانع امکان تمتع نگاه کنیم، در این صورت طریقت داشته و با رفع مانعیت، دیگر صرف حبس از اسباب زوال احسان نخواهد بود، لکن اگر صرف حبس و مسافرت را به هر حال از اسباب زوال احسان بدانیم، در این صورت امکان ملاقات شرعی هم نمی‌تواند موجب خروج حبس و مسافرت از عداد اسباب زوال احسان شود.

از توجه به روایات باب احسان و نیز منابع فقهی و تعریف فقها از احسان، مشخص می‌شود که حبس و مسافرت، طریقت دارند، به این معنی که هرکدام از این اسباب، اگر امکان تمتع بالمعنی الاخص

(نزدیکی از قبل) را از بین ببرند، سبب زوال احصان خواهند شد لکن اگر (مثلاً) زنی علیرغم این که شوهرش در حبس به سر می‌برد به هر طریقی (مثلاً ملاقات شرعی در زندان) امکان تمتع با او را داشته باشد، محصنه بوده و در این مورد، صرف حبس موجب زوال صفت احصان زن نیست.

در این خصوص می‌توان به نظر آیت الله خوئی اشاره نمود که می‌فرماید: «مستفاد از دو روایت صحیح‌ه اسماعیل بن جابر و حریز این است که دوری شوهر از زن و زن از شوهر خصوصیتی (موضوعیتی) ندارد، بلکه ملاک این است که هر وقت خواست و اراده کرد (هریک از آن‌ها) امکان تمتع جنسی نداشته باشد. چنان‌که معنی فرمایش امام علیه السلام در روایت اسماعیل بن جابر که فرمود «من کان له فرج یغدو علیه و یروح» و فرمایش ایشان در روایت حریز که فرمود «و عنده ما یغنیه» و سایر فرمایش‌های ایشان همین است. بنابراین هرکس امکان تمتع نداشت چه به خاطر سفر یا حبس یا امثال آن‌ها و چه این سفر به حد قصر باشد یا نه، این شخص محصن نیست و هرکس متمکن از تمتع باشد و مسافر باشد چه این سفر به حد قصر باشد یا نه، محصن می‌باشد. ایشان در ادامه می‌فرماید: قبول داریم که روایت صحیح‌ه عمر بن یزید که حد سفر برای محصن شدن را حد قصر و افطار می‌داند با این روایات منافات دارد لکن به جهت مخالفتی که با اجماع و اتفاق نظر بین فقهای امامیه و روایات دیگر باب دارد، بنابراین قطعاً بین این روایت و سایر روایات، معارضه وجود دارد لذا به جهت عدم شهرت این روایت و (درمقابل) شهرت سایر روایات ناچاریم از این روایت دست برداریم.» (موسوعه ۴۱/۲۵۱).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود آیت الله خوئی روایتی که حد سفر را حد قصر و افطار بیان نموده و از نظر ایشان برای سفر موضوعیت قائل شده نه امکان تمتع، به دلیل تعارضی که با دیگر روایات مشهور (که همگی دلالت بر موضوعیت امکان تمتع دارند نه صرف سفر و یا حبس)، مطروح می‌داند.

۴. نفاس: بر خلاف قانون مجازات اسلامی، ظاهراً در منابع فقهی از نفاس به عنوان سبب زوال احصان صراحتاً نامی به میان نیامده است لکن نظر به مراتب پیش گفته با توجه به این که در زمان نفاس زن، نزدیکی امکان ندارد، از اسباب زوال احصان محسوب می‌شود.

۵. بیماری: بر خلاف قانون مجازات اسلامی که بیماری را مقید به وجود خطر نموده است، در منابع فقهی (تبریزی، ۳۶) و (فاضل هندی، ۱۰/۴۵۲) به صورت مطلق بیان شده است که به نظر می‌رسد در این مورد تعیین مصداق بر اساس نظریه‌های پزشکی صورت می‌گیرد. به این معنی که پزشکی قانونی بیماری‌هایی که با نزدیکی برای شخص خطر آفرین است را برای قضات معین می‌نماید.

۶. طلاق: با این که در قانون مجازات اسلامی از طلاق به عنوان مصداقی از اسباب زوال احصان نام برده نشده، لکن در منابع فقهی در این خصوص مفصلاً بحث شده است.

طلاق بائن و رجعی در سببیت زوال احصان با هم متفاوت هستند. بر اساس اجماع فقها با توجه به این که در طلاق بائن حتی در زمان عده حق رجوع وجود ندارد و مآلاً امکان تمتع جنسی نیز نیست، لذا این نوع طلاق سبب زوال احصان است.

در خصوص طلاق رجعی نیز چون مطلقه رجعیه مانند زوجه است «المطلقة الرجعية كالزوجة» و مرد هر وقت بخواهد می تواند در زمان عده رجوع کند و با مطلقه رجعیه نزدیکی نماید، بنابراین در صورت زنا، مرد محصن خواهد بود.

نکته ای که حائز اهمیت می باشد، این است که با توجه به این که زن مطلق به طلاق رجعی، حتی برای رجوع ندارد (صرف نظر از این که بنا به مراتب پیش گفته زن حق نزدیکی هم ندارد) بنابراین صرف اراده وی برای نزدیکی در فراهم شدن امکان تمتع برای وی کفایت نمی کند و نیازمند موافقت زوج با درخواست وی برای نزدیکی است، بنابراین در صورت زنا ی زن مطلق به طلاق رجعی در زمان عده، موافقت زوج با تقاضای وی برای رجوع و مآلاً نزدیکی، باید توسط قضات محاکم بررسی شود.

به برخی از نظریات فقها در این خصوص اشاره می نماییم. زانی و زانیه مطلق به طلاق رجعی با جمع دیگر شرایط محصن و محصنه هستند (خوئی، ۲۵۳/۴۱) و (امام خمینی، ۴۵۸/۲). طلاق بائن نیز باعث خروج از احصان می شود. هم چنین در صورت رجوع زوجه به ما بذل در طلاق خلع در صورتی که زوج قبل از دخول به زوجه زنا نماید محصن شناخته نمی شود (خوئی، موسوعه ۴۱/۲۵۴؛ امام خمینی، ۴۵۸/۴؛ حلی، ۱۳۸/۴).

نتیجه گیری

بر اساس آن چه گفته شد نتایج بدست آمده را چنین می توان تبیین کرد:

- ۱- این پژوهش به این نتیجه رسید که از روایات باب (همان طور که در بیان برخی از فقها آمده است) این گونه استفاده می شود که ملاک اصلی در تحقق و زوال احصان امکان یا عدم امکان تمتع می باشد.
- ۲- قید «امکان تمتع از طریق قبل با شوهر» که در تعریف قانون گذار از (بند ب ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) احصان زن آمده است، با امکان تمتع مرد متفاوت بوده و به معنی محقق دانستن زن برای نزدیکی نیست، بلکه به این معنی است که در پرونده های موضوع این جرائم، قضات محاکم، در صورتی می توانند حکم به رجم زن کنند که احراز نمایند هر زمان زوجه از شوهر خود درخواست نزدیکی نموده است، (به عنوان یک تقاضا نه به عنوان یک حق) شوهر با این تقاضا موافقت کرده است.
- ۳- با توجه به این که بر اساس روایات، ملاک و رکن اساسی تحقق احصان، امکان تمتع مرتکب زنا از

همسرش است و این امکان همان طور که در نکاح دائم ممکن است محقق شود، در نکاح موقت نیز امکان تحقق دارد لذا احصان در نکاح موقت نیز مصداق دارد و دوام زوجیت از شرایط احصان نیست.

۴- با توجه به این که ملاک اصلی در احصان، امکان یا عدم امکان تمتع مرتکب زنا از همسرش است و این که حبس و سفر که در ماده ۲۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از اسباب زوال احصان قلمداد گردیده اند، موضوعیت ندارند، لذا در صورتی که هر یک از آن ها (علیرغم وجود)، مانع تمتع جنسی (در زمان اراده همسر) نشوند، زائل کننده وصف احصان نیستند.

منابع

قرآن کریم

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن براج، عبد العزیز بن نحیر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ابن فارس، احمد ابن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع- دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی أحكام القرآن*، تهران، المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية، ۹۹۳ ق.
- اسکافی، ابن جنید، محمد بن احمد کاتب بغدادی، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری*، قم، ۱۴۲۷ ق.
- تبریزی، جواد بن علی، *أسس الحدود و التعزیرات*، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ ق.
- جزیری، عبد الرحمن- غروی، سید محمد- یاسر مازح، *الفقه علی المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت وفقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، محمود، *موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۳ ق.
- حراعلی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسيلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۴۰۹ ق.

- خوئی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج (موسوعة)*، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
- زحیلی، وهبه بن مصطفى، *الفقه الاسلامی وادلتہ*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۳۶ ق.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، ۱۴۱۳ ق.
- سلار ديلمی، حمزة بن عبد العزيز، *المراسم العلوية و الأحكام النبوية فی الفقه الإمامی*، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر)*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- صاحب جواهر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
- طباطبایی حائری، علی بن محمد، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل (ط - الحدیثة)*، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
- _____، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت، دار الکتاب العربی، ۱۴۰۰ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الإمامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- عمانی، حسن بن علی بن ابی عقیل حدّاء، (۳۲۹ هـ ق)، *مجموعه فتاوی ابن ابی عقیل*، قم.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد فاضل موحّدی، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الحدود*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی - ره، ۱۰۹۱ ق.
- فیومی، احمد بن محمد مقرئ، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، منشورات دار الرضی، بی تا.
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰.
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
- قرشی، علی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
- قطب الدین راوندی، سعید بن عبداللّه، *فقه القرآن*، قم، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
- قمی، صادق حسینی روحانی، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.

- گلیایگانی، محمد رضا، *الدر المنضود فی أحكام الحدود*، قم، دار القرآن الکریم، ١٤١٢ ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *حدود و قصاص و دیات*، تهران، مؤسسه نشر آثار اسلامی، ١١١٠ ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الإمامیة*، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، ١٤١٨ ق.
- _____، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٨ ق.
- محمود عبد الرحمان، *معجم المصطلحات والألفاظ الفقهیة*، بی تا.
- مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، بی تا.
- مغنیه، محمد جواد، *فقه الإمام الصادق علیه السلام*، مؤسسه انصاریان، ١٤٢١ ق.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمة الله علیه، ١٤١٣ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، ١٤٠٣ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *أنوار الفقاهة - کتاب الحدود والتعزیرات*، قم، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، ١٤١٨ ق.
- منتظری نجف آبادی، حسین علی، *کتاب الحدود (للمنتظری)*، قم، انتشارات دار الفکر، بی تا.



تأملی بر بسط آثار و مصادیق حدود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲*

دکتر سید محمد مهدی ساداتی^۱

استادیار دانشگاه شیراز

Email: mahdi.sadati@shirazu.ac.ir

دکتر محمد هادی صادقی

دانشیار دانشگاه شیراز

Email: sadeghi@shirazu.ac.ir

صمد غلامیان زالی

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شیراز

Email: samad.gholamian@gmail.com

چکیده

حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده است. در عین حال، فقهای امامیه در مورد اسباب، مصادیق، نوع و آثار حدود، آرای متفاوتی دارند. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با عدم پذیرش فتوای معیار، در زمینه حدود غالباً دو رویکرد جرم‌انگاری موسع و کیفرگذاری مضیق را در پیش گرفته است. لذا گسترش دامنه حدود همراه با گسترش مجازات‌ها نبوده است.

ضابطه‌مند نبودن این رویکرد، عدم تعیین حدود و ثغور برخی از جرائم حدی به طور دقیق، تسری ناقص آثار حدود به تعزیرات منصوص شرعی، عدم تعیین فتوای معیار در تعیین حدود، نقض اصل قانونی بودن جرم و کیفر، مخالفت این رویکرد با سیاست جرم‌زدایی قوه قضائیه، تورم کیفری، تأثیرپذیری جرم‌انگاری حدود از مفاهیم حقوق بشری غربی از جمله انتقادات به این رویکرد است.

نتیجه آن که سیاست جنایی تقنینی در زمینه جرائم حدی بایستی بر مبنای غایت‌انگاری ذاتی کیفرها، اصل را بر متغیر بودن آن‌ها گذاشته و به تبع آن در مصادیق مشتبه میان حد و تعزیر، اصل را بر تعزیری بودن آن مصادیق قرار دهد.

کلیدواژه‌ها: اسباب حدود، تعزیرات منصوصه، حدود غیرمصرح در قانون، سیاست جنایی تقنینی،

اهداف مجازات.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۶/۰۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۱۲/۰۷.

۱. نویسنده مسئول

A Reflection on Extending the Implications and Examples of Hudud in the Islamic Penal Code of 2013

Sayyed Mohammad Mahdi Sadati, Ph.D., Assistant Professor, Shiraz University
(corresponding author)

Mohammad Hadi Sadeghi, Ph.D., Associate Professor, Shiraz University

Samad Gholamian Zali, M.A. Graduate of Criminal Law and Criminology, Shiraz University

Abstract

Hadd is a punishment which cause, type, quantity and quality of its execution have been prescribed in the holy religion. Nevertheless, the Imamia jurists have different opinions about its causes, examples, type and implications. The Islamic penal code of 2013, not accepting the standard fatwa, has, mostly, adopted two attitudes of extensive criminalization and restrictive penalization in the area of hudud. Therefore, the extension of hudud domain has not been accompanied with the extension of penalties. Failing to be a regulated attitude, failure to determine, exactly, the limits of certain haddi crimes (crimes with fixed punishments), defective extension of hudud implications to religious taazirat which have been mentioned in hadiths, failure to declare the standard fatwa in determining the hudud, violation of the principle of nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali, contradiction of this attitude with the decriminalization policy of the judiciary, penal inflation and the criminalization of hudud being affected by western human rights concepts are among the critiques as to this attitude. This paper concludes that the legislative criminal policy in the field of haddi crimes should adopt the principle of changeability of penalties, based on their inherent finalism and subsequently, in case of doubt as to whether a punishment is hadd or taazir, adopt the principle that the examples are taazirat.

Keywords: causes of hudud, taazirat mentioned in hadiths, hudud not declared in the law, criminal legislative policy, the ends of punishment.

مقدمه

شریعت یعنی اراده شارع مقدس، بی تردید تابع مقتضیات زمان و مکان است. دلیل این امر آن است که شارع مقدس بنا به تصریح خود در مقام «کل یوم هو فی شأن» (الرحمن: ۲۹) بوده و لذا احکام الهی نیز تابع همین مصلحت سنجی زمانی و مکانی است. حرام شدن گوشت خوک در شریعت اسلام و امضائی بودن بسیاری از احکام اسلامی گواه این امر است.

تطبیق احکام شرع با مقتضیات زمانی و مکانی بر اساس داوری عقل دینی^۱ که به زیرپا گذاشتن احکام شرعی و تعبد نینجامد در چارچوب نهاد امامت در مذهب تشیع پیش‌بینی شده است. منظور از عقلانیت دینی در مقام داوری نیز، همان چیزی است که از آن تعبیر به ملکه اجتهاد می‌شود. لذا در عصر غیبت، این نهاد در قالب نهاد فقاها و در عصر حاضر به صورت نظریه ولایت فقیه بازتولید شده است. لیکن بررسی مجازات‌های شرعی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که موضوع این مقاله است، مشخص می‌سازد که این قانون، نظریه «ولایت فقه» را پذیرفته است و نه ولایت فقیه؛ چرا که همچنان که خواهد آمد در این قانون، از نظریات فقهی غیر مشهور و حتی گاه نظرات فقه عامه در تقنین کیفری استفاده شده است و در زمینه مسائل کیفری مربوطه، مقنن الزامی برای خود در مراجعه یا استفتاء از نظرات ولی فقیه ندیده است که این امر، بررسی و ضابطه مند نمودن این روش مقنن را در تقنین مجازات‌های شرعی (حدود) ضروری می‌سازد. لذا با در پیش گرفتن این روش توسط مقنن، علی‌رغم آن‌که حدود، مجازات‌هایی است که نوع، میزان و موجب آن در شرع مقدس تعیین شده و در همه زمان‌ها و مکان‌ها ثابت و لایتغیر است، (محقق حلی، ۴/ ۹۳۲؛ شهید ثانی، مسالک، ۳۲۵/۱۴؛ صاحب جواهر، ۴۱/ ۲۵۴؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/ ۴۴۷- ۴۱۰؛ شهید ثانی، الروضة، ۳۶/ ۹) عملاً قانون مجازات اسلامی جدید به بسط و گسترش مفهوم و آثار حدود پرداخته است.

حال با توجه به این مقدمه، پرسش اصلی این مقاله آن است که:

«سیاست جنایی تقنینی در قانون مجازات اسلامی نسبت به حدود چیست؟»

فرضیه این مقاله نیز آن است که:

«سیاست جنایی تقنینی در قانون مجازات اسلامی نسبت به حدود، بسط مفهوم حدود از حیث

اسباب، مصادیق، تبدیل مجازات‌ها و آثار بوده است.»

حقیقت متشرعه بودن لفظ حد (محقق داماد، ۴/ ۶۹-۶۴) و اقتضائات کارکردی نظام جمهوری

۱. religious common sense

اسلامی ایران^۱ از عمده دلایل تغییر در مفهوم حد و گستره آن در قانون مجازات اسلامی جدید می‌باشد، به گونه‌ای که زمینه برای ایجاد و اعمال قاعده «الحدود بما یراه الحاکم» نیز فراهم آمده است.

در مورد مفهوم و آثار حد در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تاکنون تحقیقی به عمل نیامده است، لیکن در مورد مفهوم تعزیرات منصوص شرعی، دو مقاله به چشم می‌خورد (رحمانیان و دیگران، ۱۳۹۲؛ برهانی و دیگران، ۱۳۹۴) که تنها به رابطه میان حد و تعزیر منصوص شرعی پرداخته‌اند. یکی از ابعاد این رابطه، تسری برخی آثار حدود به تعزیرات منصوص شرعی است. با این وجود، سایر ابعاد حدود مانند تعداد حدود، تبدیل مجازات‌های حدی و توسعه مصادیق حدود، مورد بررسی مقاله‌های فوق الذکر قرار نگرفته است. همچنین بررسی مفهوم تعزیر و تمایز آن با مفهوم حدود خارج از موضوع این مقاله است.^۲

لذا این مقاله جهت بررسی دقیق علت تغییر در گستره و دامنه مفهوم حد و تعیین ضوابط دقیق جهت این بسط مفهومی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در چهار بخش به مسأله افزایش اسباب حدود، توسعه مصادیق برخی از حدود، تبدیل مجازات‌های حدی و همچنین الحاق آثار حدود به تعزیرات منصوص پرداخته تا بدین وسیله نشان دهد که حدود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بدون داشتن مبنای مشخص و روشن فقهی، بسط یافته و مفهوم و آثار آن گسترش پیدا کرده است.

افزایش اسباب حدود

شمارگان حدود و نیز مجازات آن‌ها در مسیر تحول و تکامل قوانین کیفری دستخوش تغییراتی گشته‌اند. با پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب «قانون حدود و قصاص و مقررات آن» در مورخ ۱۳۶۱/۶/۳، اسباب مجازات‌های حدی مشخص و حدود به طور کامل از تعزیرات تفکیک شدند. در این قانون به هشت جرم حدی تصریح شده بود. این جرائم به ترتیب مواد قانونی عبارت بودند از: زنا، شرب مسکر، لواط، مساحقه، قوادی، قذف، محاربه و افساد فی الارض و سرقت. در این قانون از جرم تفخیز ذیل جرم لواط بحث شده بود؛ همان‌گونه که فقیهان غالباً در متون فقهی چنین کرده‌اند.

همچنین مقنن برخلاف نظر برخی فقیهان مثل نظر محقق حلی (ص ۲۳) و مطابق با نظر مشهور فقیهان امامیه محاربه را نیز در زمره جرائم حدی آورده بود. از طرف دیگر دو عنوان محاربه و افساد فی الارض نیز در کنار یکدیگر و به صورت مترادف به کار رفته بودند. ظاهراً این دو عنوان، از نظر مقنن تأسیس

۱. مجازات‌ها ارتباط مستقیم با مشروعیت دولت و حفظ امنیت دارد. در عصر حاضر نیز مسائلی مانند حقوق بشر و همین‌طور پندار مردم در مورد مشروعیت مجازات‌ها از عوامل تبدیل مجازات‌های شرعی اعم از حدود و تعزیرات بوده است. اگر چه بررسی این امر نیز نیازمند پژوهشی مجزاست.

۲. در مورد ضابطه تمایز حد از تعزیر ۹ قول وجود دارد (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۱: ۳۴-۱۱).

جداگانه به شمار نمی‌آمدند؛ چرا که اگر خلاف این بود قانون‌گذار باید افساد فی الارض را تعریف، و مجازات آن را ذکر می‌کرد. علی‌رغم این تفسیر نمی‌توان انکار کرد پس از پیروزی انقلاب، قانون‌گذار بدون توجه به قاعده قبح عقاب بلا بیان و اصل قانونی بودن جرم و مجازات، مفهوم مبهم و موسع افساد فی الارض را در موارد متعدد برای پر کردن خلأهای قانونی به کار گرفته است.

البته در این قانون، بعضی از جرائم مانند سحر و ارتداد که مشهور فقها، آن‌ها را حد می‌شمردند و نیز جرم بغی که در متون فقهی در باب جهاد به آن اشاره می‌شود، در شمارگان حدود ذکر نشده بودند. لذا در حالی که فقهای امامیه، اسباب حدود را نه مورد و شهید ثانی ده مورد می‌داند (شهید ثانی، مسالک، ۱/۳۲۶)، تنها به هشت مورد در قانون مذکور اشاره شده بود.

در سال ۱۳۶۴ ش. با تصویب «قانون مطبوعات» ماده ۲۶ این قانون، ارتداد را نیز بدون آن‌که آن را تعریف کند به شمارگان حدود افزود. البته شکل خاصی از ارتداد که صرفاً از طریق مطبوعات باشد.^۱ پس از آن، در «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۷۰ ش. نیز عناوین حدی «قانون حدود و قصاص» عیناً تکرار شد و به جز جابجایی مکانی برخی حدود در مواد قانونی و برخی تغییرات جزئی دیگر تفاوت قابل ملاحظه‌ای با «قانون حدود و قصاص» مشاهده نمی‌شود.

در سال ۱۳۷۵ نیز در کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی مقرر گردید که «هر کس به مقدسات اسلام و یا هر یک از انبیاء عظام یا ائمه طاهرین (ع) یا حضرت صدیقه طاهره (س) اهانت نماید اگر مشمول حکم ساب النبی باشد اعدام می‌شود و در غیر این صورت به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد» (ماده ۵۱۳).

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ موجبات حدود را دوازده مورد ذکر کرده و بسیاری از اشکالات شکلی درباره حدود و نیز ابهامات فراوانی را که در عمل موجب تشتت آراء میان حقوق‌دانان و قضات می‌شد برطرف نموده است. در ادامه مقاله، به بررسی مصادیق جدید و علل اختلاف در شمارگان حدود پرداخته می‌شود.

مصادیق افزایش اسباب حدود

سیاست جنایی مقنن در رابطه با حدود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بر آن بوده است که با هدف اجرای حداکثری دستورات شارع و بدون انتخاب مکتب یا منبع فقهی معیار، تمامی حدود مورد تصریح

۱. ماده ۲۶ قانون مطبوعات: «هر کس به وسیله مطبوعات به دین مبین اسلام و مقدسات آن اهانت کند، در صورتی که به ارتداد منجر شود حکم ارتداد در حق وی صادر و اجرا و اگر به ارتداد نینجامد طبق نظر حاکم شرع بر اساس قانون تعزیرات با وی رفتار خواهد شد.»

قرار گیرند. به عبارت دیگر، در انتخاب اسباب حدود در قانون مجازات جدید، قول مشهور فقها یا نظرات فقهی شهید ثانی، یا اندیشه‌های فقهی امام خمینی (ره)، معیار و میزان سیاست جنایی ایران قرار نگرفته است.

با این حال، در این قانون، جرم بغی و سب النبی به تبعیت از قول مشهور فقها مورد تصریح قرار گرفته و جرم افساد فی الارض نیز علی رغم مخالفت اکثر فقهای شیعه همچون امام خمینی (ره) (خمینی، صحیفه نور، ۳۹۷/۲۰) به صورت سبب جداگانه‌ای آورده شده است.^۱ در عین حال، مقنن در ماده ۲۲۰، سایر حدود ذکر نشده در قانون را نیز به رسمیت شناخته است.

۱. حد بغی

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، حد بغی به عنوان قیام مسلحانه علیه حکومت و اساس نظام جمهوری اسلامی ایران در مواد ۲۸۷ و ۲۸۸ جرم انگاری شده و برای آن مجازات اعدام و تحت شرایطی حبس تعزیری مقرر گشته است. بررسی سابقه تقنینی این جرم نشان می‌دهد که در قوانین مجازات پس از انقلاب اسلامی، بغی به عنوان یک جرم حدی مستقل جرم انگاری نشده بود. در قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ تنها به حد محاربه اشاره شده و در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز بعد از ذکر حد محاربه، مواد ۱۸۶ و ۱۸۷ حکم قیام مسلحانه گروهی در برابر حکومت اسلامی و ریختن طرح براندازی حکومت اسلامی را بیان می‌کردند. در این مواد نیز قانون‌گذار به صراحت به عنوان محاربه و افساد فی الارض اشاره می‌کرد و سخنی از حد بغی نبود.

حال، پرسش مطرح آن است که با توجه به این که مهم‌ترین منبع نظام حقوقی ایران، فقه امامیه است، چرا پیش از این حد بغی در زمره حدود ذکر نشده بود؟ جرم بغی در حالی در قانون مجازات اسلامی جدید در زمره حدود قلمداد شده است که در حدی بودن بغی میان فقها اختلاف نظر وجود دارد و فقها بغی را در بحث جهاد مطرح کرده و به نظر می‌رسد که بیشتر فقها قائل به تعزیری بودن این جرم هستند (علامه حلی، ۳۹۸/۹-۳۹۳). آیت الله خوئی نیز آن را از اسباب ۱۶ گانه حدود نیاورده‌اند (خوئی، ۸۳). همچنین به نظر برخی از حقوق‌دانان، این اقدام قانون‌گذار در حدی تلقی کردن این جرم از یک سو و پیش بینی مجازات اعدام برای آن از سوی دیگر، ماهیت و احکام این جرم را با چالش جدی مواجه ساخته است (رحیمی‌نژاد و دیگران، ۱۰۵). چرا که حکم قتال جهت دفع باغیان و وادار کردن ایشان به اطاعت از حکومت اسلامی وضع شده، و فقها قتال با آنان را بعد از تسلیم شدنشان جایز نمی‌دانند (عوده، ۶۹۸). لذا به نظر می‌رسد جرم بغی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ برخلاف فقه امامیه دارای قلمرو گسترده‌تری بوده

۱. همچنین ایشان در کتاب تحریر الوسیله، این حد را به عنوان حدی مستقل از حد محاربه ذکر نموده‌اند (خمینی، ۴۹۴-۴۹۲).

و این امر نیز مؤید رویکرد شتاب زده مقنن در بسط مصادیق و قلمرو جرائم حدی در قانون مجازات جدید است.

۲. افساد فی الارض

نه تنها مشهور فقها، بلکه می توان گفت اکثر قریب به اتفاق آنان، افساد فی الارض را از اسباب حدود ندانسته اند. در میان فقها تنها شیخ طوسی و شیخ مفید (ره)، در مصادیق متعددی افساد فی الارض را جرم جداگانه ای به حساب آورده است (شهید ثانی، الروضة، ۳/ ۳۱۷، ۳۵۶؛ مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۲۸۰-۱۷۶).

علی رغم این سابقه فقهی و همین طور ابهامات در گستره این حد در قوانین کیفری سابق (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۲/ ۱۹-۱۵)، در قانون جدید مجازات اسلامی دو حد محاربه و افساد فی الارض از یکدیگر تفکیک شده و در فصولی جداگانه به آن ها پرداخته شده است. افساد فی الارض که در قانون مجازات و سایر قوانین به صورت پراکنده مورد اشاره قرار گرفته بود برای نخستین بار به صورت مبهم و کلی (برهانی، ۱۹؛ هاشمی، ۱۲۳) و بدون در نظر گرفتن اصول ناظر به جرم انگاری از قبیل اصل جامع بودن جرم انگاری، اصل شفافیت جرم انگاری، در ماده ۲۸۶ تعریف شده است.

۳. سب النبی

مشهور فقها از جمله شهید ثانی سب النبی را حدی مجزا و جداگانه نمی دانند و آن را از مصادیق ارتداد بر می شمردند (الروضة، ۳/ ۳۰۳). تنها برخی از فقها مانند آیت الله خوئی، سب النبی را به صورت مستقل، از زمره حدود برشمرده اند (۱۲۶-۱۲۷).

در قوانین کیفری پس از انقلاب نیز این جرم، در کتاب تعزیرات ذکر شده بود. لیکن در قانون مجازات اسلامی جدید، سب پیامبر (ص)، سب هر یک از انبیاء عظام الهی، هر یک از معصومین (ع) و همچنین حضرت فاطمه زهرا (س) دارای مجازات حدی قتل دانسته شده است.

نکته قابل توجه آن که بر خلاف نظر شهید ثانی که سب النبی را موجب ارتداد دانسته، برخی فقها قائل به این هستند که سب النبی، سببی جداگانه از سبب ارتداد است. لذا سب النبی موضوعیت دارد. بنابراین در مورد سایر مصادیق سبب النبی، اگر سب آنان به سب النبی برگردد، ذیل همین عنوان مجازات صورت می گیرد (صاحب جواهر، ۴۱/ ۴۳۸). لیکن اگر سب آنان به سب النبی بر نگردد، باید به عنوان ارتداد کشته شوند. عدم اختصاص موضوع این جرم به پیامبر (ص) مؤید این امر است. چرا که سب سایر مقدسات اسلامی مانند قذف مادر پیامبر (ص) (همو، ۴۲/ ۴۳۸-۴۳۷)، فرشتگان و انبیاء (حاجی علی و دیگران، ۱۳۷) نیز از مصادیق ارتداد و این جرم دانسته شده است. چرا که ارتداد به معنی انکار ضروریات

دین بوده و سبّ موضوعات ذکر شده در فوق نیز به معنی انکار این ضروریات است.

شاید به همین دلیل باشد که به درستی در قانون مطبوعات^۱ برای اهانت به دین اسلام و مقدسات آن در صورتی که به ارتداد منجر شود، حکم ارتداد و اگر به ارتداد نینجامد، مجازات تعزیری مقرر شده بود. لذا عدم ذکر ارتداد به عنوان یکی از اسباب حدود در قانون مجازات اسلامی، از زمره دلایل برشمردن سبّ النبی به عنوان حدی مجزا است.

نتیجه آن که به نظر می‌رسد قانون‌گذار جهت انسجام در سیاست جنایی تقنینی نسبت به حدود و جرم ارتداد، بهتر بود که با پذیرش پیش فرض مشهور فقها در مورد مرتد دانستن ساب النبی، از ذکر جداگانه این جرم به عنوان حد اجتناب می‌نمود. بدیهی است که این جرم از مصادیق ارتداد بوده و بر اساس ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی نیز ارتداد از حدود غیر مذکور در قانون بوده و مجازات آن نیز بر اساس منابع معتبر فقهی، قتل است.

۴. حدود غیر مصرح در قانون مجازات اسلامی

قانون مجازات اسلامی به دادگاه‌ها این اجازه را داده است که در مورد «حدودی که در این قانون ذکر نشده است» طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل کنند (ماده ۲۲۰).

در مورد مصادیق «حدود غیر مذکور»، توجه به فرآیند تصویب قانون مجازات اسلامی نشان می‌دهد در لایحه اولیه‌ای که از سوی قوه قضائیه تنظیم و به مجلس شورای اسلامی ارسال شده بود، در فهرست حدود، سه جرم ارتداد، بدعت‌گذاری و سحر هم پیش‌بینی شده بود. اما در ادامه این فرآیند در متن نهایی که به تصویب مجلس رسید این سه عنوان مجرمانه از فهرست حدود حذف شده و به جای آن متن کنونی ماده ۲۲۰ با عبارت «حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند» به قانون افزوده شد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار به دلیل انتقاداتی که ممکن است در عرصه بین‌المللی در خصوص محدودیت آزادی بیان، رعایت حقوق بشر و مسائلی از این قبیل به قانون مجازات اسلامی به دلیل جرم‌انگاری ارتداد و بدعت‌گذاری وارد شود، ترجیح داده است از واردکردن صریح این جرائم در قانون پرهیز کرده و از سوی دیگر خلأ قانونی پیرامون مجازات مرتد را نیز رفع نماید. بدین منظور ضمن عدم ذکر صریح جرم ارتداد در قانون، به صورت ضمنی با دادن مجوز صدور حکم به استناد فتاوی معتبر، در واقع مجوز به کیفر رساندن جرم ارتداد را صادر کرده است.

مستند به این فرآیند، برخی از حقوق‌دانان معتقدند که مقصود اصلی قانون‌گذار از «حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند» صرفاً همان حدودی است که در لایحه اولیه ذکر شده بوده اما در متن نهایی ذکر

نشده‌اند. از این رو، مقصود قانون‌گذار از این عبارت، اشاره به موارد دیگری همچون نزدیکی به همسر در ماه رمضان و ... نبوده است (رحمانیان و دیگران، ۱۱۶).

به نظر می‌رسد که دیدگاه این دسته از حقوق‌دانان در مورد مصادیق «حدود غیر مذکور» چندان صحیح نباشد؛ زیرا:

۱. اعمال حرامی مانند بدعت‌گذاری در دین دارای مجازات حدی نیست.
 ۲. علاوه بر این، جرائم حدی دیگر مانند حد ممسک (طوسی، تهذیب، ۲۱۹/۱۰)، دیده‌بان، فروش انسان آزاد (شهید ثانی، الروضة، ۳/۳۱۷)، ازدواج با زن غیرمسلمان و ادعای نبوت (همان، ۳/۳۰۳)، در متون فقهی وجود دارد که در قانون مجازات ذکری از آن‌ها نشده (الهام و دیگران، ۴۵/۲)، لیکن مقامات قضایی می‌توانند با استناد به ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی و اصل ۱۶۷ قانون اساسی در مورد آن‌ها حکم به صدور کیفر دهند.
 ۳. درست است که در تفسیر کلمات و عبارات مندرج در قانون، کشف مراد قانون‌گذار اهمیت زیادی دارد؛ لیکن اصل بر آن است که مخاطب قانون در وهله اول با کلمات سروکار دارد و تبادر ذهنی از عبارت «حدود غیر مذکور» تنها محدود به ارتداد، سحر و بدعت نیست؛ به عبارت دیگر، الفاظ قانون را باید حمل بر معانی عرفی کرد (کاتوزیان، ۳۳۵). لذا این نوع تفسیر که از طرف برخی حقوق‌دانان ارائه شده، از حجیت و اعتبار برخوردار نیست.
- لذا قانون‌گذار در این ماده مفاهیمی را بیان کرده و تشخیص مصادیق آن‌ها را بر عهده مقامات قضایی نهاده است. مقامات قضایی به هنگام تشخیص مصادیق «حدود غیر مذکور» ممکن است با ابهامات بسیاری مواجه شوند؛ چرا که در متون فقهی، بر پایه روایات وارده، برای برخی جرائم مانند ارتداد (شهید ثانی، الروضة، ۳/۳۳۴)، سحر (همو، همان، ۳/۳۰۳)، بدعت‌گذاری، نزدیکی با همسر در ماه رمضان، حضور برهنه دو نفر همجنس زیرپوشش واحد (همو، مسالک، ۱۴/۳۲۶)، و بسیاری موارد دیگر، مجازات مقدر و معینی در نظر گرفته شده است. حال اگر ملاک تفکیک حد از تعزیر را تعریفی در نظر بگیریم که در متون فقهی توسط فقها ارائه شده است، یعنی معیار تقدیر و عدم تقدیر، آنگاه تفاوت حدود با تعزیرات منصوص چیست؟ آیا مصادیقی که مشتبّه میان حد و تعزیر منصوص هستند را باید به حدود ملحق کرد و طبق ماده ۲۲۰ جرم انگاری و تعیین مجازات کرد و یا آن‌ها را به تعزیرات منصوص با قواعد و آثار خاص خود ملحق کرد؟

مفهوم و مصادیق «حدود غیر مذکور» و «تعزیرات منصوص»، که دارای مصادیق مشتبّه هستند در قانون مجازات ذکر نشده و از طرف دیگر، در متون فقهی نیز در مورد قلمرو حدود و تعزیرات منصوص

میان فقها اختلاف نظر وجود دارد.

اهمیت بحث آنجا مشخص می‌شود که هر آنچه مقام قضایی آن را از مصادیق «حدود غیر مذکور»، تشخیص دهد مشمول قواعد و آثار جرائم حدی می‌شود که دارای تفاوت‌های چشمگیری با جرائم تعزیری می‌باشد. در عین حال، جرایمی که مقام قضایی آن را از مصادیق تعزیرات منصوص قلمداد کند، طبق تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی از بسیاری از نهادهای ارفاقی محروم خواهد شد.

به نظر می‌رسد با بیان دو مقدمه که در ادامه توضیح آن خواهد آمد هم بتوان مصادیق «حدود غیر مذکور» در قانون را مشخص کرد و هم برای رفع ابهاماتی که در بالا ذکر شد راهکارهایی را ارائه داد.

مقدمه اول: اصل بر «قابل تغییر بودن مجازات‌ها» می‌باشد؛ زیرا مجازات‌های ثابت نمی‌توانند اهداف متغیر را برآورده سازند. منظور از اهداف متغیر، هدف‌های اصلاحی و ارعایی مجازات با توجه به شخصیت مجرم و اوضاع و احوال ارتکاب جرم است. لذا با تمسک به این اصل، می‌توان ادعا نمود در مواردی که در حدی یا تعزیری بودن جرمی شک و تردید وجود دارد، مثل جرائم بغی و افساد فی الارض، باید این موارد را از قلمرو حدود خارج ساخت و آن‌ها را مشمول تعزیرات قرار داد.

مقدمه دوم: قلمرو حدود جرایمی را در بر می‌گیرد که علاوه بر معین بودن موجب و نوع مجازات، «میزان» مجازات هم به صورت دقیق و بدون تعیین اقل و اکثر در شرع مشخص شده باشد. نگاهی به سیاهه جرائم حدی سنتی و مشهور نیز به ما نشان می‌دهد که وجه مشترک همه آن‌ها این است که برای آن‌ها میزان مجازات به صورت ثابت و بدون اقل و اکثر تعیین شده است، مثل تعیین مجازات صد تازیانه برای زنا و هشتاد تازیانه برای شرب خمر.

در مقابل آن دسته از جرایمی که دارای موجب و نوع مجازات معین شرعی هستند اما «میزان» مجازات آن‌ها نه به صورت ثابت بلکه به صورت اقل و اکثر در شرع مشخص شده است دیگر تحت عنوان حدود قرار نمی‌گیرند، بلکه قانون‌گذار به آن‌ها عنوان تعزیر منصوص داده است.

دلیل افزایش اسباب حدود

دلیل افزایش حدود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، اختلاف سلیقه یا نظر فقها در مورد تعداد حدود است:

۱. اختلاف سلیقه فقها: یکی از علل اختلاف در شمارش حدود، سلیقه فقیه در تقسیم‌بندی حدود است. این همان زمینه‌ای است که سبب می‌شود لفظ حد به عنوان یک حقیقت مشرعه دارای بار مفهومی خاصی شود. به این معنا که هرکدام از جرائم حدی می‌تواند لواحق نیز داشته باشد که به صورت مستقل از

آن بحث بشود یا نشود. مثلاً قوادی، مساحقه و لواط را می‌توان به صورت عنوان مستقل مورد بحث قرارداد یا ذیل مبحث زنا از آن‌ها بحث کرد. جرایمی مثل سب النبی، ادعای نبوت و سحر نیز معمولاً در پایان بخش قذف مورد اشاره قرار می‌گیرند.

به عنوان نمونه محقق حلی اسباب حدود را شش جرم حدی زنا و لواط، قذف، سرقت، شرب خمر و قطع طریق دانسته (محقق حلی، ۹۳۲/۴) و در عین حال، لواط و مساحقه را به طور مستقل از اسباب حد تلقی نکرده و این دو جرم را ذیل مبحث زنا شرح می‌دهد. برخی از فقهای معاصر موجبات حد را تا شانزده مورد شمارش می‌کنند؛ چرا که جرایمی مانند قوادی، تفخیز و مساحقه را به صورت مستقل از جرائم دیگر از اسباب حدود بر شمرده‌اند (خونی، ۲۰۳).

۲. اختلاف نظر فقها: نقطه اوج این اختلاف در متون فقهی امامیه، به‌ویژه در دوره معاصر، بحث تعزیرات منصوص و حدی یا تعزیری دانستن آن‌هاست. برخی این جرائم را تعزیری (محقق حلی، ۴/۱۳۶) و برخی دیگر این قسم از تعزیرات را به تمامه جزء حدود آورده‌اند (صاحب جواهر، ۴۱/۲۵۵). برخی دیگر علی‌رغم تعزیری دانستن این جرائم معتقدند حاکم باید مجازات‌های منصوص را به اجرا بگذارد (محقق حلی، ۴/۱۳۶).

برخی از فقها ملاک حد شمردن مجازات را تصریح در «کتاب» دانسته و اظهار می‌دارند که جرائم زنا، قذف، سرقت و محاربه به علت ذکر در قرآن باید از حدود شمرده شوند و تعداد حدود را کمتر از تعداد حدود به قول کسانی که مجازات‌های معین و مقدر در سنت را نیز حد می‌دانند، دانسته‌اند (جزیری، ۵/۹).
۳. روش استخراج جرم انگاری از متون فقهی: مقنن در قانون مجازات جدید در جرایمی مانند محاربه، افساد فی الارض، بغی و زنا قلمرو جرائم را به انحاء مختلف مانند تغییر در گستره عنصر معنوی، عنصر مادی و شرایط وقوع جرم، گسترش داده است. این رویه مورد نقد جدی بسیاری از حقوق‌دانان قرار گرفته است (رحیمی‌نژاد، ۱۳۹۳؛ برهانی، ۱۳۹۴). در عین حال، یکی از دلایل این بسط مصادیقی و آثاری حدود به نداشتن روش مشخص در استخراج جرم‌انگاری‌های صورت گرفته در متون فقهی باز می‌گردد. بر همین اساس، مقنن بدون داشتن روش مشخص، اصل را بر تفسیر موسع جرائم و مجازات‌های حدی قرار داده و بر این اساس به اسباب و دامنه جرائم حدی افزوده است.

تبیین مصادیق برخی از حدود

یکی از جنبه‌های مثبت قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در کتاب حدود، ابهام زدایی و تعیین تکلیف در مورد جنبه‌ها و مصادیق مبهم برخی از حدود مثل حد زنا، قذف و شرب مسکر است که

رفع این ابهامات به گسترش شمول این دسته از حدود انجامیده است.

۱. حد زنا

بند دال ماده ۹۰ «قانون حدود و قصاص» سال ۶۱ و بند دال ماده ۸۲ «قانون مجازات اسلامی» مصوب سال ۱۳۷۰، حکم زانی به عنف را اعدام تعیین کرده بودند. حکم کلی قانون‌گذار در عمل ابهامات فراوانی را به وجود می‌آورد. این که عنف شامل چه مواردی می‌شود و آیا زنا به عنف با نابالغ نیز مشمول همین حکم است یا نه از جمله این ابهامات بود. قانون‌گذار ابهامات حکم زنا به عنف را در قانون جدید برطرف نموده و دامنه این جرم را توسعه داده است.

لذا حکم زنا به عنف با نابالغ و همچنین عدم رضایتی که ناشی از بی‌هوشی، خواب، مستی، اغفال، فریب، ربایش، تهدید و ترساندن است از مصادیق زنا به عنف محسوب شده است (تبصره ۲ ماده ۲۲۴).

۲. حد قذف

قانون «حدود و قصاص» و «قانون مجازات اسلامی» سابق، قذف را نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری تعریف کرده بودند. قانون جدید همین تعریف را با افزودن قید «هرچند مرده باشد» پذیرفته است. یکی از ایرادات وارد بر مقنن در قانون ۱۳۷۰ این بود که در ذکر نمونه‌های مختلف جرم قذف از واژه‌هایی چون «بگوید»، «شنونده»، «لفظ» و نظایر آن‌ها استفاده شده بود. این امر موجب بروز این ابهام برای خواننده می‌شد که قذف تنها با کلام قابل تصور می‌باشد (میرمحمدصادقی، ۵۳۰). در قانون جدید مصادیق قذف توسعه پیدا کرده و به صراحت قذف به صورت کتبی و الکترونیکی ممکن دانسته شده است (تبصره ماده ۲۴۶).

۳. حد شرب مسکر

قوانین کیفری پس از انقلاب با ترجمه لفظی اصطلاح «شرب مسکر»، خوردن مسکرات را موجب اعمال حد می‌دانستند؛ در حالی که امکان استعمال مسکرات از راه‌های دیگر نیز فراهم است. با توجه به این امر، قانون‌گذار با توسعه مصادیق مصرف مسکرات در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، «مصرف مسکرات» را از قبیل خوردن، تزریق و تدخین آن، کم باشد یا زیاد، جامد باشد یا مایع، مست کند یا نکند، خالص باشد یا مخلوط به گونه‌ای که آن را از مسکر بودن خارج نکند، مستوجب حد دانسته است (ماده ۲۴۶). لذا با توسعه موسع این جرم، مسکر محدود به مایعات نبوده و شیوه مصرف آن نیز منحصر در خوردن نیست.

۴. قوادی

تعریف قوادی در قانون جدید تغییری نکرده است. قوادی عبارت است از جمع کردن یا به هم رساندن

دو نفر یا بیشتر برای زنا یا لواط. فقیهان نیز معمولاً همین تعریف را برای قوادی برگزیده‌اند، جز آن‌که برخی دامنه این جرم را گسترش داده و رساندن دو نفر برای هم‌جنس‌بازی را نیز مصداق قوادی می‌دانند (صاحب جواهر، ۳۹۹/۴۱). برخی دیگر نیز با توجه به روایت مستند حکم قوادی، تنها جمع کردن زنان و مردان برای ارتکاب زنا را قوادی می‌دانند (گلپایگانی، ۹۳/۲).

درباره اجرای ۷۵ ضربه شلاق بر قواد در مرتبه اول اتفاق نظر وجود دارد، اما درباره تبعید و تشدید آن در میان فقها اختلاف است. در روایات مستند حد قوادی برای تبعید مدت تعیین نشده است؛ به همین دلیل برخی فقیهان باقی ماندن در تبعید را تا زمان توبه لازم دانسته‌اند (صاحب جواهر، ۴۰۱/۴۱).

ماده ۱۶۸ «قانون حدود و قصاص»، حد قوادی را برای مرد هفتاد و پنج تازیانه و تبعید از محل تعیین کرده بود. مدت تبعید نیز به موجب ماده مذکور توسط حاکم تعیین می‌شد. ماده ۱۳۸ «قانون مجازات اسلامی» ۱۳۷۰ با رفع این ابهام، مدت تبعید را سه ماه تا یک سال تعیین کرده بود.

در قانون مجازات اسلامی جدید تا حدودی ابهامات موجود در قوانین قبلی برطرف شده است. به این صورت که اولاً حد قوادی منوط به تحقق زنا یا لواط است و دیگر آن‌که تکرار عمل شرط تحقق جرم نیست. درباره تکرار این جرم نیز ماده ۱۳۶ تعیین تکلیف کرده و ارتکاب هر جرم حدی را برای مرتبه چهارم مستوجب مجازات مرگ دانسته است.

کیفرگذاری مضیق

با توجه به تغییر مقتضیات زمانی و وجوب حفظ نظام اسلامی، مقنن برخی تغییرات در مجازات‌های حدی را در صورت صلاحدید حاکم شرع، مجاز دانسته و لذا در برخی موارد، اجرای حدود را نیز به صلاحدید و اختیار حاکم واگذار نموده است.

۱. حد زنا

مجازات زنای محصنه در ماده ۲۲۵ «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۹۲، همانند قوانین سابق سنگسار در نظر گرفته شده است؛ لکن این ماده تصریح می‌کند: «... در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضائیه چنانچه جرم باینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد.» در تاریخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ شورای نگهبان در بررسی ماده ۲۲۵ مقرر کرد: «حکم زنای محصنه که مجازات آن با جمع شرایط رجم است آورده شود. بدیهی است حاکم اسلامی می‌تواند در مورد خاص و بر اساس مصالح اسلام مجازات جایگزین برای آن مقرر کند.» بررسی ماده قانونی بیانگر آن است که تبدیل

مجازات رجم به اعدام یا شلاق، نوعی تخفیف در مجازات می‌تواند تلقی گردد که مؤید سیاست کیفرگذاری مضیق مقنن در حدود است.

۲. لواط

مواد ۱۴۰ «قانون حدود و قصاص» و ۱۱۰ «قانون مجازات اسلامی» سال ۷۰ حد لواط را برای فاعل و مفعول قتل، و کیفیت اجرای آن را در اختیار حاکم شرع می‌دانست. حکم مشهور در مورد لواط نیز همین است (محقق حلی، ۱۴۷/۴). این حکم مستند به روایات مختلفی است که حد لواط را مطلقاً قتل می‌داند (حرعاملی، ۱۶۱/۲۸ و ۱۵۸). روایات دیگری نیز وجود دارد که فاعل را در صورت احصان مستحق قتل یا سنگسار و در غیر این صورت مستحق تازیانه دانسته‌اند. در برخی روایات نیز تصریح شده است که حد لواط مانند حد زانی است (همو، ۱۵۳/۲۸).

به همین دلیل برخلاف حکم مشهور، برخی فقیهان حکم قتل برای فاعل لواط را محل تأمل دانسته و بین لواط کار محصن و غیر محصن تفصیل قائل شده‌اند (خوئی، ۱/۲۸۰).
قانون مجازات اسلامی جدید از نظر مشهور در این زمینه عدول کرده و نظر غیر مشهور را مبنی بر اعدام لواط کار محصن و تازیانه زدن غیر محصن برگزیده است (ماده ۲۳۴).

۳. حبس ابد در سرقت

سرقت با شرایط خاصی، نزد فقهای امامیه و عامه بدون هیچ گونه اختلافی، حد شمرده شده است. در قانون مجازات اسلامی جدید در شرایط و اجرای مجازات سرقت حدی تغییراتی صورت گرفته است. در این قانون، شرایط وقوع سرقت حدی افزایش پیدا کرده که این امر به معنی افزایش امکان سقوط این مجازات می‌باشد. از جمله این شرایط جدید عبارت‌اند از:

- ربایش مال به اندازه نصاب باید در یک سرقت انجام شود. (۲۷۴)

- سارق هتک حرز کند. (بند پ ماده ۲۶۸)

- هتک حرز و سرقت مخفیانه باشد. (بند ث ماده ۲۶۸)

- در قانون سابق، ملاک بخشش سارق، به ملکیت در آمدن مال مسروقه برای سارق و سقوط حد، صرفاً تا پیش از شکایت بود، اما قانون جدید این مهلت را تا قبل از اثبات جرم توسعه داده است. (بند ز ماده ۲۶۸)

لذا همان‌طور که ملاحظه می‌گردد سیاست مقنن در حدود، مبتنی بر کیفرزدایی از طریق تحمیل شرایط بیشتر برای سرقت حدی بوده است. این منطق کیفرزدایی و به اصطلاح کیفرگذاری مضیق، حتی در اجرای مجازات سرقت حدی نیز به چشم می‌خورد.

تغییری که در این قانون در مرحله اجرای مجازات به وجود آمده، امکان تغییر مجازات حبس ابد در مرتبه سوم سرقت حدی به مجازات تعزیری است. مقنن در ذیل سرقت حدی، اقدام به وضع یک قاعده در مورد حبس های حدی نموده است: «در مورد بند (پ) این ماده و سایر حبس هایی که مشمول عنوان تعزیر نیست هرگاه مرتکب حین اجرای مجازات توبه نماید و مقام رهبری آزادی او را مصلحت بداند با عفو ایشان از حبس آزاد می شود. همچنین مقام رهبری می تواند مجازات او را به مجازات تعزیری دیگری تبدیل نماید.» (تبصره ۲ ماده ۲۷۸).

در مورد حکم این ماده چند نکته وجود دارد:

۱. در تمامی روایات وارده، علاوه بر حکم حبس ابد در مرتبه سوم سرقت حدی، بر لزوم انفاق و تأمین مخارج زندگی وی تأکید شده است. در صحیحہ قاسم از امام صادق (ع) نقل شده است که: «سألته عن رجل سرق فقال: سمعت أبا یقول: أتى علی (ع) فی زمانه برجل قد سرق فقطع یده، ثم أتى به ثانیه فقطع رجله من خلاف، ثم أتى به ثالثه فخلده فی السجن و انفق علیه من بیت المال المسلمین». (حر عاملی، ۲۸/۲۵۶-۲۵۵). در احادیث دیگر نیز که از ائمه معصومین (ع) نقل شده، به لزوم انفاق وی اشاره شده است (ابن بابویه، ۴/۶۳).

لیکن در مواد مربوطه در قانون مجازات اسلامی، به حکم انفاق سارق در حبس ابد اشاره نشده است، در حالی که احکام شرعی را باید به طور کامل اجراء نمود و اجرای برخی از احکام و ترک بقیه آنها، جایز نیست. از لحاظ استدلال عقلانی نیز در صورتی که سرپرست خانواده به حبس، خواه حدی و خواه تعزیری، محکوم گردد، خانواده وی بدون سرپرست تلقی شده و در صورت اعسار، دولت اسلامی باید مخارج زندگانی آنان را تأمین نماید.

۲. برداشت مهمی که از حکم انفاق مجرم در حبس ابد به دست می آید آن است که منظور از انفاق سارق، غذا دادن او در زندان نیست که این امر بدیهی است؛ بلکه منظور از انفاق سارق، انفاق خانواده او و افراد واجب النفقه او توسط بیت المال است و این حکم نشان دهنده ماهیت عدالت گونه مجازات های اسلامی است که در حبس های دائمی مانند حبس ابد جهت در مضیقہ قرار نگرفتن خانواده زندانی و جلوگیری از زمینه های انحراف آنان، حکم به انفاق فرد مجرم داده است. چرا که انفاق خانواده زندانیان توسط بیت المال، از لحاظ اصول حقوق کیفری، مبتنی بر اصل شخصی بودن مجازات هاست. از طرف دیگر، در جرایمی که سرپرست خانواده در زندان به سر می برد و آن خانواده دارای درآمد مکفی نیستند، قاعدتاً حاکم مسئول پرداخت نفقه آنان است؛ چرا که چنین خانواده ای بی سرپرست محسوب شده و بر اساس قاعده فقهی «الحاکم ولی من لا ولی له»، حکومت اسلامی مسئول پرداخت نفقه چنین خانواده ای

محسوب می‌شود. همچنین اکثر مطالعات کیفرشناختی بر تأثیر نامطلوب زندان بر خانواده شخص زندانی به ویژه زمانی که شخص زندانی، سرپرست خانواده محسوب شود، تأکید کرده‌اند (فاتحی، ۱۳۹۰). در این صورت، تأمین نفقه آنان، اثر مهمی در کاهش تأثیرات نامطلوب زندان بر چنین خانواده‌هایی دارد.

۳. در هیچ یک از احادیث وارده بر عفو سارق در مرتبه سوم به طور خاص تأکید نشده و حکم این تبصره، تنها ابداع مقنن بوده که بر اساس کلیات فقه کیفری و با توجه به سیاست حبس زدایی قوه قضائیه، اقدام به وضع این قاعده کرده است؛ چرا که در اکثر حدود برای حاکم اختیار عفو مجرم در صورت احراز توبه او وجود دارد (مسجدسرای و دیگران، ۲۰۸).

الحاق احکام و آثار حدود به تعزیرات منصوص

علاوه بر اسباب، مصادیق و مجازات‌های حدی، آثار حدود نیز توسعه پیدا کرده و تعزیرات منصوص شرعی را نیز به موجب مفاد قانون مجازات اسلامی دربرمی‌گیرد. در خصوص رابطه حدود و تعزیرات منصوص شرعی، سه نظر وجود دارد که پس از بیان دو نظر اول و نقد و رد آن‌ها، نظر سوم به عنوان نظریه مرجح ارائه می‌شود.

۱. حد دانستن تعزیرات منصوص با اعمال آثار ارفاقی

برخی از حقوق‌دانان معتقدند با توجه به ماهیت هر یک از حد و تعزیر، مجازات‌های مزبور با توجه به روایات زیادی که بیان‌کننده تقابل بین حد و تعزیر هستند و حد را مختص مجازات‌های مقدر و تعزیر را مختص کیفرهای غیر مقدر می‌دانند (عاملی، ۱۴۲/۲) تعزیرات منصوص به مجازات‌های حدی منصرف است (ایزدی فر و حسین نژاد، ۲۲۹).

همچنین این نظر بر آن است که با توجه به اعتقاد برخی از فقها بر تعزیری بودن این دسته از مجازات‌ها، و همچنین ابتدای مجازات‌ها بر تخفیف و مسامحه و احترام خون مسلمان، در هر مورد حکم ارفاقی اختصاصی هر یک از حد و تعزیر جاری می‌شود (ایزدی فر و حسین نژاد، ۲۲۹).

به طور مثال، کفالت و شفاعت در باب حدود پذیرفته نمی‌شود (تبریزی، ۲۱۶). در حالی که در پذیرفته نشدن باب کفالت و شفاعت در تعزیرات اختلاف وجود دارد (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۳۵). حال بر فرض پذیرش کفالت و شفاعت در تعزیرات، در جریان کفالت و شفاعت در تعزیرات منصوص مشتبّه بین حد و تعزیر، با توجه به وجود شک در حد یا تعزیر بودن این مجازات‌ها، باید گفت که مجازات‌های مذکور حکم تعزیر را دارند و به تبع آن کفالت و شفاعت در این مجازات‌ها پذیرفته می‌شود. این نظر با دو اشکال عمده روبروست

۱. احادیث مورد استناد این دسته از حقوق‌دانان، از لحاظ حجیت مورد بررسی قرار نگرفته‌اند. به عنوان نمونه، در روایتی اجتماع زن و مرد نامحرم به صورت عریان در لحاف واحد، صد تازیانه ذکر شده است (کلینی، ۱۱۷/۷). در حالی که فقها از جمله شیخ طوسی بر آن هستند که آن دسته از روایات که بیان می‌کنند حکم مسئله مذکور حد زنا یعنی همان صد تازیانه است، در مواردی است که امام علم پیدا کند زنا واقع شده است و او بر اساس علم خود حد زانی را بر آنها جاری سازد (طوسی، الاستبصار، ۴/۲۱۴). لذا اختصاص موضوع حدیث و عدم امکان تعمیم آن، نظر این دسته از حقوق‌دانان را با اشکال اساسی روبرو می‌سازد و پذیرش قول آنان بر حد دانستن تعزیرات منصوص قابل قبول نیست.

۲. این نظر، اصل را حدی بودن مجازات‌ها گرفته است و تعزیری بودن آن‌ها را خلاف اصل و محتاج دلیل (ایزدی فر و حسین نژاد، ۲۴۶-۲۴۵). این در حالی است که دقیقاً اصل برخلاف نظر این دسته از حقوق‌دانان است. بدین معنی که اصل بر قابلیت تغییر و تعزیری بودن مجازات‌هاست و حدی بودن نیازمند دلیل. اثبات این اصل در ادامه مقاله خواهد آمد.

۲. تعزیری دانستن مصادیق متشابه و الحاق آثار حدود به آن‌ها

همان‌طور که ذکر شد مجازات‌های تعزیری منصوص، مانند حدود دارای مجازات مقدر هستند با این تفاوت که میزان مجازات در آن‌ها به صورت حداقل و حداکثر بیان شده است. دیدگاه دوم مبتنی بر این گزاره است که مجازات‌های مذکور علی‌رغم مقدر بودن، تعزیر منصوص محسوب می‌شوند (محقق حلی، ۴/۱۳۶)، ولی از حیث احکام و آثار آن‌ها را به حدود ملحق می‌کنند.

این دیدگاه مورد توجه قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی جدید قرار گرفته است. قانون‌گذار به این دلیل که تعزیرات منصوص مانند حدود، مجازات مقدر داشته و لذا شبهه حد بودن آن‌ها وجود دارد و از طرف دیگر، نظر بسیاری از فقها الحاق آن‌ها به حدود می‌باشد (صاحب جواهر، ۴۱/۲۵۵)، از حیث احکام و آثار، آن‌ها را به حدود ملحق کرده است. به عبارت دیگر، مقنن سعی در جمع میان نظرات دو گروه از فقها داشته است: نخست گروهی که به تعزیری بودن این نوع مجازات‌ها اعتقاد داشتند و دوم جمعی که این مجازات‌ها را حدی تلقی می‌نمودند.

بر اساس همین رویه، شورای نگهبان شمول احکام مختلف قانونی نسبت به تعزیرات را از آن‌جا که واژه تعزیرات اطلاق دارد و شامل تعزیرات منصوص شرعی نیز می‌شود، خلاف شرع تشخیص داد^۱ و بر این نکته تأکید نمود که آزادی‌های تقنینی که در مورد تعزیرات قابلیت اجرا دارد و باز بودن دست قانون‌گذار در تقنین در حیطه تعزیرات، شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود؛ بنابراین نباید اختیاراتی که برای

۱. نظریه شماره ۸۸/۳۰/۳۷۱۳۵ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ شورای نگهبان، نکات ۹ و ۱۲.

قضات در خصوص تعزیرات وجود دارد، نسبت به تعزیرات منصوص شرعی اعمال گردد.

همان‌طور که ذکر شد حدود و تعزیرات منصوص در ویژگی مقدر بودن میزان مجازات دارای وجه اشتراک می‌باشند. بر اساس این دیدگاه، کلیه احکام و آثار اختصاصی حدود که به علت مقدر بودن این دسته از مجازات‌ها تشریع شده‌اند، مثل اصل قطعیت و حتمیت حدود و همچنین اصل قانونی بودن جرم و مجازات را باید به تعزیرات منصوص به علت مقدر بودن میزان مجازاتشان تسری داد.

۳. تعزیری دانستن مصادیق متشابه و الحاق آثار تعزیرات بدان‌ها

به طور کلی، در ارتباط با ثابت بودن مجازات حدی یا قابلیت تغییر در آن، آنچه از اهمیت بسیاری برخوردار است، «تأسیس اصل» است. به دیگر سخن آیا مقتضای اصل، ثابت بودن مجازات است یا امکان تغییر در آن؟ در صورتی که اصل بر امکان تغییر در مجازات‌ها باشد، می‌توان مواردی را که حد بودن آن مورد تردید است مشمول احکام حد ندانست.

لذا بر اساس این اصل، تعزیرات منصوص شرعی، در آثار نیز به تعزیرات ملحق شده و مشمول قواعد و تشریفات حاکم بر آن می‌گردند. چرا که دلیلی برای حمل آثار حدود بر آن‌ها از لحاظ منطقی و شرعی وجود ندارد و استثناء کردن برخی آثار تعزیرات از آن‌ها، خالی از اشکال نیست. برای اثبات این نظر، چهار دلیل وجود دارد:

۱. ذات متغیر مجازات‌ها

آن‌چه که در وهله اول درست به نظر می‌رسد آن است که مجازات‌ها به طور کلی هیچ خصوصیتی ندارند تا بتوان آن‌ها را به طور مطلق ثابت و غیرقابل تغییر دانست. در واقع اگر معتقد باشیم، مجازات‌ها با توجه به آثاری که از آن‌ها انتظار می‌رود، پیش‌بینی و تعیین شده‌اند، در صورتی که هیچ دلیل و نصی مبنی بر اینکه آن‌ها را لایتغیر بدانیم، وجود نداشته باشد نمی‌توانیم آن‌ها را مشمول حد بدانیم. بدین ترتیب، ناگزیریم که مقتضای اصل را «قابل تغییر بودن مجازات‌ها» قلمداد کنیم. از طرف دیگر، تأمین اهداف حقوق جزا و نیز تحقق عدالت جزایی، ضرورت ارزیابی بزهکار را به عنوان کسی که نه فقط از نظر اخلاقی، بلکه از جنبه اجتماعی نیز در مقابل رفتار خود مسئول است، ایجاب می‌کند (صادقی و دیگران، ۲۹۶). در حالی که اعتقاد به اصل ثابت بودن مجازات‌ها به معنی نادیده گرفتن شخصیت بزهکار و اوضاع و احوال تشکیل دهنده جرم است که بطلان این امر از لحاظ عقلی نیز مشخص است. با وجود چنین طرز تلقی‌ای می‌توان ادعا نمود در موارد مشکوک و تردید مثل جرائم بغی، افساد فی الارض و ساب النبی باید این موارد را از قلمرو حدود خارج نموده و آن‌ها را مشمول تعزیرات قرار داد.

در بحث تقنین مجازات، اصل عدم تقدیر و عدم ثبات مجازات‌ها می‌باشد. بدین ترتیب ناگزیریم که

مقتضای اصل را «قابل تغییر بودن یا انعطاف پذیری مجازات‌ها» قلمداد کنیم؛ زیرا مجازات‌های ثابت نمی‌توانند اهداف متغیر از مجازات‌ها (صادقی و دیگران، ۳۰۲-۳۰۰). را برآورده سازند.

لذا بر اساس این دیدگاه، در مورد مصادیق مشتبه حد و تعزیر منصوص با توجه به اصل مذکور و ابتدای مجازات‌ها بر تخفیف و مسامحه و احترام خون مسلمان، به نظر می‌رسد که باید آن‌ها را به تعزیرات منصوص ملحق دانست. لیکن قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی جدید گویی اصل را بر ثابت بودن مجازات‌ها دانسته و در موارد مشکوک پیش گفته، به اصل رجوع و آن‌ها را حد قلمداد نموده است.

۲. اختلاف در تعداد حدود

با توجه به تعریف فقهی «حد» به مجازات مشخص شده در شرع، قلمرو حدود به جرایمی محدود می‌شود که در شریعت برای آن‌ها مجازات تعیین و تقدیر شده است. به‌رغم معلوم بودن قلمرو حدود در تعریف مجازات حدی، موارد و شماره آن‌ها مورد اتفاق فقها نبوده و بین تعداد حدود در آثار فقها اختلافات فاحشی دیده می‌شود. با مطالعه در متون فقهی و دیدگاه فقهای مذاهب اسلامی، به نظر می‌رسد که فقط حدی بودن زنا، شرب خمر و سرقت در میان فقهای مذاهب اسلامی اجماعی است (بکری دمیاطی، ۴/ ۲۶۹) و بر حد بودن آن‌ها اتفاق نظر وجود دارد. علاوه بر سه حد مذکور، فقهای امامیه بر حدی بودن لواط، تفخیز، مساحقه و شرب خمر اتفاق نظر دارند. اما فقهای امامیه در حدی بودن جرائم، قوادی، ساب النبی، افساد فی الارض، سحر، بدعت‌گذاری، ارتداد، ممسک، دیده بان، بغی و مدعی نبوت اختلاف نظر دارند و بر حد بودن این موارد، میان آن‌ها اتفاق و اجماعی مشاهده نمی‌شود. لذا ادعای اجماع بر احصاء اسباب حدود قابل قبول نبوده و همین امر موجب می‌شود که تنها بتوان اسبابی را که در مورد آن‌ها اجماع وجود دارد، حد تلقی کرد و مصادیق مورد اختلاف را به تعزیرات ملحق نمود.

اما آنچه در «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۹۲ در کتاب حدود قابل تأمل است این است که قانون‌گذار جرایمی که حد بودن آن‌ها محل تأمل است مثل بغی و افساد فی الارض را به حدود ملحق کرده است. امری که به نظر می‌رسد با توجه به دلایلی که در ادامه مقاله خواهد آمد دارای مبنای فقهی و حقوقی موجهی نباشد.

۳. اصل عدم

مقتضای اصل به هنگام شک در حد یا تعزیری بودن کیفری که در متون دینی ذکر شده، تعزیری بودن آن است؛ از آن‌رو که «حد» به معنای رایج آن، به‌خودی‌خود مستوجب ترتب احکام خاصی است که به مقتضای «اصل عدم» بر امری که در حد بودن آن تردید باشد، جاری نخواهد شد. برای نمونه اگر کسی سه بار مرتکب جرم مستوجب حد شود و هر بار حد بر وی اجرا گردد، اگر برای بار چهارم نیز مرتکب همان

عمل شود، کشته خواهد شد. حال اگر حد بودن جرمی مثل بغی مشکوک باشد، پیداست که با فرض شک، به دلیل شک در تحقق موضوع نمی توان چنین حکمی را بر آن مترتب نمود (نوبهار، ۱۳۹).

۴. قاعده درأ

به موجب قاعده «درء» و اصل «احتیاط» نیز نمی توان آنچه را حد بودنش مشکوک است حد به شمار آورد. نباید پنداشت که برای تمسک به قاعده درأ به منظور اسقاط مجازات، نخست باید صدق عنوان حدی بودن احراز شده باشد تا بتوان به قاعده درأ استناد جست، زیرا حتی در حدیث پیامبر (ص) که می فرماید: «حدود را با وجود شبهه اجرا نکنید.» (ابن بابویه، ۷۴/۴، حدیث ۵۱۴۶) مقصود از حد، مطلق مجازات است، نه خصوص آنچه امروزه در فقه کیفری، حد نامیده می شود (نوبهار، ۱۵۶). چرا که حتی بر اساس تفسیر مضیق از قاعده درء، تعزیرات ناظر به حق الله نیز مشمول این قاعده قرار می گیرند (ساداتی، ۱۲۲-۱۱۹).

نتیجه گیری

مقنن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در صدد بسط آثار و مصادیق حدود بوده است. حقیقت متشرعه بودن لفظ حد و اقتضائات کارکردی نظام جمهوری اسلامی ایران نیز زمینه ساز این توسعه بوده است. لیکن قانون گذار به منظور نیل به این هدف، سعی در جمع نظرات فقهای امامیه داشته است. فقهای امامیه در مورد تعداد، مصادیق، نوع و آثار حدود، آراء متفاوتی دارند. قانون مجازات اسلامی با معتبر شناختن قرائت های مختلف فقهی در زمینه حدود غالباً دو رویکرد جرم انگاری موسع و کیفرگذاری مضیق را در پیش گرفته که این روش با انتقاد گسترده حقوق دانان و فقها روبرو گشته است؛ در عین حال گسترش دامنه حدود در تمامی موارد همراه با گسترش مجازات ها نبوده است. قرائت مبتنی بر تفسیر موسع مصادیق حدود حتی شامل قواعد ناظر به حدود الهی مانند قاعده درأ نیز شده و این قواعد با تفسیر موسع در قانون مجازات اسلامی نمایانده شده اند.

از حیث اسباب، شمارگان حدود از هشت مورد به دوازده مورد در قانون مجازات اسلامی افزایش پیدا کرده است. علاوه بر آن، مقنن سایر حدود را که در قانون ذکر نشده است، تحت عنوان «حدود غیر مذکور در قانون» به رسمیت شناخته و قانونی فرض نموده است. مسأله اصلی در این باب، بازشناختن این مفهوم از مفهوم تعزیرات منصوص شرعی است. مقنن از یک طرف با توسعه مصادیق حد زنا، قذف و شرب مسکر از طریق رفع برخی ابهامات، به جرم انگاری موسع این جرائم دامن زده و از طرف دیگر با تغییر و تبدیل مجازات هایی مانند حد رجم در زنا، حذف اعدام لواط کار محصن و امکان تغییر مجازات حبس ابد

در سرقت حدی، سعی در کیفرزدایی داشته است. شورای نگهبان قانون اساسی نیز در توجیه این تغییرات، مصلحت جامعه اسلامی را یکی از دلایل این امر برشمرده است.

در مورد آثار حدود نیز مقنن با پیروی از نظر شورای نگهبان، با تعزیری دانستن مصادیق متشابه میان حدود و تعزیرات منصوص، آثار حدود را بدان‌ها ملحق کرده است.

این رویکرد به دلیل عدم ضابطه‌مندی و مشخص نبودن نحوه استخراج مصادیق و آثار حدود از منابع فقهی، مشخص نکردن دقیق تمامی مصادیق جرائم حدی در قانون که به نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات انجامیده، تسری ناقص آثار حدود به تعزیرات منصوص شرعی، در تضاد بودن رویکرد جرم انگاری موسع حدود با سیاست جرم‌زدایی قوه قضائیه و در عین حال تأثیرپذیری جرم انگاری و کیفرانگاری حدود از مفاهیم حقوق بشری غربی با انتقادات مبنایی و در عین حال شرعی روبروست.

نتیجه آن‌که سیاست جنایی تقنینی در زمینه جرائم حدی باید با غایت‌انگاری ذاتی کیفرها، اصل را بر متغیر بودن آن‌ها گذاشته و به تبع آن در مصادیق مشتبه میان حد و تعزیر، اصل را بر تعزیری بودن آن مصادیق قرار دهد. همچنین دکترین حقوقی و فقهی باید روش ضابطه‌مندی جهت استخراج، استنباط و اجتهاد مصادیق و آثار حدود و قواعد ناظر به آن ارائه دهد.

منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لایحضره الفقیه*، جلد ۴، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، جلد ۳، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ق.
- ایزدی فرد، علی اکبر و سیدمجتبی حسین نژاد، «تأملی در مصادیق مشتبه حد و تعزیر با تحلیلی بر سخنان شهید ثانی»، *پژوهش‌های فقهی*، شماره ۲۰، سال ۱۳۹۴، صص ۲۲۹ تا ۲۵۸.
- برهانی، محسن، «افساد فی الارض؛ ابهام مفهومی، مفاسد عملی (تحلیل حقوقی ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی)»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناختی*، دوره ۲، شماره ۲ و ۳، سال ۱۳۹۴، صص ۴۴ تا ۱۹.
- برهانی، محسن؛ نادری فرد، مریم، «تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی»، *پژوهش‌های حقوق کیفری*، شماره ۱۰، سال ۱۳۹۴، صص ۸۹ تا ۱۱۲.
- بکری دمیاطی، ابی‌بکر، *اعانه الطالبین*، الطبعة الاولى، جلد ۴، بی‌جا، بی‌نا؛ ۱۴۱۸ ق.
- تبریزی، میرزا جواد، *اسس الحدود و التعزیرات*، قم، نشر مؤلف، ۱۴۱۷ ق.
- جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، جلد ۵، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
- حاجی علی، فریبا؛ معینی‌فر، محدثه، *بررسی تطبیقی حدود و تعزیرات در فقه مذاهب خمس*، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴.

۹۲	فقه و اصول	شماره ۱۱۸
	حر عاملی، محمد بن حسن، <i>وسائل الشیعه</i> ، جلد ۱۸ و ۲۸، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.	
	_____، <i>وسائل الشیعه</i> ، جلد ۲۸، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.	
	خمینی، روح الله، <i>صحیفه نور</i> ، جلد ۲۰، تهران، وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۴.	
	_____، <i>تحریر الوسیله</i> ، جلد دوم، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، ۱۳۷۹.	
	خوئی، ابوالقاسم، <i>مبانی تکمله المنهاج</i> ، جلد ۱ و ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۱.	
	_____، <i>مبانی تکمله المنهاج</i> ، جلد ۱، قم، مؤسسه احیاء آثار امام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.	
	دهخدا، علی اکبر، <i>لغت نامه</i> ، تهران، دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۷.	
	راوندی، قطب الدین، <i>فقه القرآن</i> ، جلد ۲، چاپ دوم، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بی تا.	
	رحمانیان، حامد و محمد جعفر حبیب زاده، «معیار تفکیک حدود غیر مذکور از تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲»، <i>مجله حقوقی دادگستری</i> ، شماره ۴، ۱۳۹۲، صص ۱۰۳ تا ۱۲۳.	
	رحیمی نژاد، اسمعیل؛ محدثه صفرخانی، بررسی جرم بغی در فقه امامیه و حقوق ایران، <i>حقوق اسلامی</i> ، سال ۱۱، شماره ۴، ۱۳۹۳، صص ۱۰۵-۱۳۳.	
	زحیلی، وهبه مصطفی، <i>الفقه الاسلامی و ادلته</i> ، جلد ۶، دمشق، ۱۴۰۴ ق.	
	ساداتی، «شرایط اعمال قاعده درأ در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی»، <i>مطالعات فقه و حقوق اسلامی</i> ، شماره ۱۴، ۱۳۹۵، صص ۱۱۳ تا ۱۴۶.	
	شریف، عبدالسلام محمد، <i>المبادئ الشرعیة فی احکام العقوبات فی الفقه الاسلامی</i> ، ج ۱، بیروت، ۱۴۰۶ ق.	
	شهید اول، محمد بن مکی، <i>القواعد والفوائد</i> ، قم، کتابفروشی مفید، چاپ اول، بی تا.	
	شهید ثانی، زین الدین بن علی، <i>الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة</i> ، جلد ۹، تصحیح و تعلیق محمد کلانتر، دار العالم الاسلامی. بی تا.	
	_____، <i>الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة</i> ، جلد ۳، چاپ سوم، قم، دار التفسیر، ۱۳۸۲.	
	_____، <i>مسالك الافهام الى تنقیح شرایع الاسلام</i> ، جلد ۱۴، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۹ ق.	
	صاحب جواهر، محمد حسن، <i>جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام</i> ، جلد ۴۱ و ۴۲، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی. ۱۴۰۴ ق.	
	صادقی، محمد هادی؛ ریاحی، جواد، «اجتهاد تعزیر: مبنای اعمال «مجازات های محدودکننده آزادی» در فقه جزایی»، <i>پژوهش های فقهی</i> ، دوره ۱۲، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۲۸۹ تا ۳۱۲.	
	طوسی، محمد بن حسن، <i>الاستبصار فیما اختلف من الاخبار</i> ، جلد ۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰.	
	_____، <i>تهذیب الأحکام</i> ، ج ۱۰، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۴.	

علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، جلد ۹، قم، مؤسسه اهل البيت، ۱۴۱۷ ق.
 _____، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، جلد ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنائي الاسلامي*، ج ۱ و ۲، بیروت: مؤسسة الرساله، الطبعة الثانية عشر، ۱۴۱۳ ق.
 فاتحی، ابوالقاسم؛ علی هواسی؛ محمود براتوند، بررسی پیامد مجازات زندان (نوع حبس) سرپرست خانواده (پدر) بر وضعیت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خانواده زندانیان شهر اهواز در سال ۱۳۹۰، *توسعه اجتماعی*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص ۲۸۳-۲۹۳
 کاتوزیان، ناصر، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، شماره ۶۶، سال ۱۳۸۳، صص ۳۳۹ تا ۳۲۹.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الفروع من الکافی*، جلد ۷، بیروت، منشورات الفجر، ۱۴۲۸ ق.
 گلپایگانی، محمدرضا، *الدر المنضود فی احکام الحدود*، جلد ۲، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق.
 محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۴ و ۲۳، قم، نشر اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، جلد ۴، چاپ بیست و پنجم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۱.
 مرکز تحقیقات شورای نگهبان، *مبانی فقهی آرای فقهای شورای نگهبان پیرامون «لایحه حدود و قصاص و مقررات آن»*، تهران، ریاست جمهوری معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، ۱۳۹۱.
 مسجدسرائی، حمید؛ کبیری، سهیل، *حدود اختیارات حاکم در حقوق کیفری اسلام*، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۵.

معاونت آموزش قوه قضائیه، *مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری*، جلد ۱ و ۲، قم، مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، چاپ اول، ۱۳۸۱.
 معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، *آسیب شناسی فقهی قوانین کیفری*، جلد ۲، قم، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۲.

معلوف، لوئیس، *المنجد اللغة*، دار الفقه، ۱۳۷۹ ق.
 میر محمدصادقی، حسین، *جرائم علیه اشخاص*، چاپ هفدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۹.
 نوبهار، رحیم، «بررسی و نقد ادله حدی بودن قوادی»، *برهان و عرفان*، شماره ۷، ۱۳۸۵، صص ۱۴۹ تا ۱۷۰.
 نوبهار، رحیم، آیا قوادی از جرائم مستوجب حد است؟، *فلسفه تحلیلی*، دوره ۳، شماره ۱، ۱۳۸۵، صص ۱۴۴-۱۲۳.

هاشمی، حسین، «نقد فقهی - حقوقی استقلال جرم افساد فی الارض در قانون مجازات اسلامی سال ۹۲»، *فصلنامه حقوق تطبیقی*، شماره ۱۰۶، سال ۱۳۹۵، صص ۱۴۶ تا ۱۲۳.

۹۴	فقه و اصول	شماره ۱۱۸
الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن، <i>درآمدی بر حقوق جزای عمومی</i>، جلد دوم، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳.		



بررسی قلمرو و حکم تجری در فقه امامیه و شمول آن بر جرائم ناتمام*

دکتر محمدابراهیم شمس ناتری^۱

دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران

Email: eshams@ut.ac.ir

سید هاشم آل طه

دانشجوی دکتری رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم

Email: seyed_aletaha@yahoo.com

چکیده

یکی از کاستی‌های حقوق کیفری کشور ما، عدم توجه کافی به موضوع تجری است؛ هر چند حکم تجری در بین فقها اختلافی است؛ ولی بی‌تردید در صورتی که تجری علیه مصالح عمومی و حق الناس باشد و حالت خطرناک متجری محرز شود، به تشخیص حاکم شرع، می‌توان او را تعزیر یا تحت اقدامات تأمینی و تربیتی قرار داد تا از جرم پیشگیری شود؛ چنین چیزی را قانون‌گذار مطمح نظر قرار نداده است. نکته دومی که در این مورد مغفول مانده است، عدم تبیین دقیق تعریف و قلمرو تجری است؛ طبق تعریف مشهوری که از تجری شده، قلمرو آن منحصر به موردی است که کسی طبق پندار قطعی خود با حکم الزامی شارع مخالفت عملی نماید، بعد معلوم شود عمل انجام شده مباح بوده است؛ اما از تعابیر برخی از فقهاء استنباط می‌شود که هرگونه مخالفت عملی با حکم الزامی شارع که اقدام کننده به مقصود خود نرسد، تجری محسوب می‌شود؛ بر این اساس، می‌توان به تعریف جدیدی از تجری دست یافت که قلمرو آن را، به جرائم ناتمام نیز تعمیم می‌دهد؛ این نوشتار سعی دارد، ضمن تبیین دیدگاه‌های مختلف فقها نسبت به قلمرو تجری، بر معنای گسترده آن تاکید نموده و جایگاه تجری را در حقوق کیفری ترسیم نماید؛ همچنین سعی دارد، منشأ اختلاف اصولیان در تجری را اجمالاً بررسی نموده، نظریه حرمت تجری را بر پایه حکم ثانویه تقویت نماید.

کلیدواژه‌ها: تجری، جرم ناتمام، حکم ثانوی، قبح فعلی، قبح فاعلی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۲/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۱۲/۰۷.

۱. نویسنده مسئول

Analysis of the Scope and Rule of Tjarri (effrontery) in Imamia Jurisprudence and its Application to Incomplete Crimes

Mohammad Ibrahim Shams Nateri, Ph.D. Associate Professor, University of Tehran,
College of Farabi (corresponding author)

Sayyed Hashem Ale Taha, Ph.D. Student of Criminal Law and Criminology, Islamic
Azad University, Qom Branch

Abstract

One of the deficiencies of the Iranian penal law is the failure to pay enough attention to the issue of tajarri (effrontery); despite disagreement among Islamic jurists regarding tajarri, undoubtedly, if tajarri is against public interests and other persons' rights and the dangerous status of the person committing effrontery (motajarri) is identified, a discretionary punishment may be executed on him or he may be sentenced to security measures at the Islamic judge's discretion, in order to prevent commitment of crime. However, such issue has not been envisaged by the legislator. The second point neglected in this regard is the failure to offer the exact definition and scope of tajarri; based on the famous definition of tajarri, its scope is limited to the case where an individual, based on his definite belief, violates practically, the divine lawgiver's obligatory verdict, but subsequently, it becomes clear that the committed act was permitted. But it is understood from the statements of some Islamic jurists that any case of practical violation of the lawgiver's obligatory verdict in which the perpetrator does not achieve his purpose, is considered as tajarri, accordingly, a new definition of tajarri may be given which extends its scope to incomplete crimes as well. The authors, in this paper, intend, in addition to explaining different opinions of Islamic jurists concerning the scope of tajarri, to emphasize on its broad definition and clarify its status in penal law. Likewise, the authors intend to study in summary the origin of controversy among Usulis and strengthen the prohibition of tajarri on the basis of secondary verdict.

Keywords: Tajarri, incomplete crime, secondary verdict, obscenity of act (ghobhe feli), obscenity of doer (ghobhe faeli).

مقدمه

موضوع تجری از جمله مباحث چالش برانگیزی است که هم در علم کلام، هم در علم اصول فقه و هم در فقه مورد بررسی قرار گرفته است. وقتی سخن از قبح تجری است، بحث اصولی است، وقتی سخن از حرمت تجری است، بحث فقهی است و وقتی سخن از عقاب متجری است، بحث کلامی است (سبحانی، جعفر، المحصول، ۴۴؛ همو، درس خارج ۱۳۸۸/۱/۱۷) آنچه مشهور است آن که: اصطلاح «تجری» در مقابل معصیت، نظیر اصطلاح «انقیاد» در مقابل طاعت است؛ یعنی همانطور که اگر کسی یقین داشته باشد یا گمان کند فعلی یا ترک فعلی مطلوب مولاست و آن را انجام دهد، در صورتی که پندار او مطابق واقع باشد، طاعت و چنانچه مطابق واقع نباشد، انقیاد است، همینطور اگر کسی یقین کند یا گمان کند فعلی یا ترک فعلی مخالف امر مولاست و آن را انجام دهد در صورتی که پندار او مطابق واقع باشد، معصیت و چنانچه مطابق واقع نباشد تجری است (مشکینی، ۹۴ - ۹۶). مسأله‌ای که در این موضوع قابل طرح است، آن است که اگر پندار مرتکب مطابق با واقع بود و مخالفت عملی را شروع کرد؛ ولی به دلیل موانع خارجی، عمل مجرمانه او متوقف شد و یا عملیات به اتمام رسید؛ اما به دلیل اشتباه و یا عوامل خارجی به مقصود و هدف خود نرسید، حکم آن چیست؟ آیا تجری محسوب می‌شود یا ملحق به معصیت است و مجازات کامل دارد؟. ظاهر آن است که مخالفت عملی که منتج به مقصود فاعل نمی‌شود، باید ملحق به تجری شود؛ چون تا زمانی که گناه و جرم کاملاً محقق نشده عنوان گناه و جرم خاص بر آن اطلاق نمی‌شود و جرم ناتمام تلقی می‌شود و مجازات کامل متناسب آن نیست، ولی از آنجایی که در تعریف و مبنای حکم تجری اختلاف نظر وجود دارد در این مورد نیز اختلاف نظر سرایت کرده است. عده‌ای این موارد را تحت عنوان تجری، مستحق عقاب می‌دانند و آن‌ها را در تعریف تجری لحاظ کرده‌اند؛ در مقابل عده‌ای این موارد را تجری محسوب نمی‌کنند هر چند مواردی از آن‌ها را تحت عناوین دیگر قابل تعزیر می‌دانند.

نکته دیگری که تحقیق در این موضوع را ضروری می‌نماید آن است که علی‌رغم گذشت چهار دهه از استقرار نظام جمهوری اسلامی و چندین بار بازنگری در قانون مجازات اسلامی، خلأ قانونی در این زمینه وجود دارد. از آنجایی که متجری «به خود جرأت و جسارت نقض قوانین و ارتکاب بزه را می‌دهد به تعبیر جرم شناسی دارای حالت خطرناک است» (میرخلیلی، ۲۵) و پیشگیری از جرم نیز اقتضا دارد، افراد خطرناک تحت اقدامات تأمینی و تربیتی و تعزیری متناسب قرار گیرند؛ لازم است قانون‌گذار تجری را به عنوان جرم مانع و بازدارنده، مورد توجه ویژه قرار دهد تا شاهد موفقیت بیشتر در عرصه پیشگیری از جرم باشیم.

این مقاله در چهار قسمت تنظیم شده است؛ در قسمت اول سه تعریف مختلف از تجری ارائه و قلمرو هر کدام جداگانه مطرح شده است؛ در قسمت دوم انواع تجری بیان شده است؛ قسمت سوم به حرمت تجری اختصاص دارد که در این قسمت، اقوال علماء در تجری و منشأ اختلاف آن‌ها مطرح و در آخر نقد شده است، قسمت چهارم به جایگاه تجری در حقوق کیفری فعلی ایران می‌پردازد.

تعریف و قلمرو تجری در فقه جزایی

تجری در لغت از ریشه «جرأ» به معنای شجاعت است (ابن منظور، ۴۴/۱). براین اساس، معنای آن عبارت است از «دلیری کردن، گستاخی نمودن» (معین، ۳۳۶)؛ خواه این دلیری در مقابل مولا باشد که جنبه منفی دارد و نافرمانی و سرپیچی تلقی می‌شود و یا در مقابل غیر مولا (ظالم) باشد. نافرمانی در مقابل مولا نیز اعم از آن است که در واقع مخالفتی صورت گرفته باشد یا نه؛ یعنی اعم از معصیت است (هاشمی شاهرودی، ۳۵۸/۲). اما معنای اصطلاحی تجری محدودتر از معنای لغوی آن است؛ البته در تعریف و قلمرو آن اختلاف نظر وجود دارد؛ اما قدر مسلم آن است که دو محدودیت و تفاوت در تجری اصطلاحی نسبت به معنای لغوی آن وجود دارد؛ اولاً، شامل جنبه مثبت تجری لغوی نمی‌شود؛ بلکه فقط ناظر به جنبه منفی آن است که عبارت از مخالفت با حکم الزامی شرعی و سرکشی در مقابل مولا است؛ ثانیاً، شامل معصیت و عصیان مطابق با واقع نمی‌شود؛ یعنی مخالفت عملی که منجر به تحقق مقصود مرتکب می‌شود، خارج از مفهوم اصطلاحی تجری است. در خصوص تجری اصطلاحی سه تعریف مختلف مطرح شده است که می‌توان آن‌ها را به تعریف «اخص»، تعریف «خاص» و تعریف «اعم» نام‌گذاری کرد. وجه تسمیه این سه قسم آن است که تعریف مشهوری که اغلب اصولیان از تجری ارائه کرده‌اند، از جهت قلمرو و مصادیق، نسبت به دو تعریف دیگر آن، محدودتر است؛ لذا تعریف اخص محسوب می‌شود؛ در نقطه مقابل آن، تعریف شیخ انصاری قرار دارد که مصادیق گسترده‌ای را دربرمی‌گیرد؛ لذا تعریف اعم قلمداد می‌شود و تعریف ارائه شده توسط برخی از علمای اصول که از جهت قلمرو، بینابین این دو تعریف قرار دارد، می‌توان آن را تعریف خاص نامید که به شرح هر یک از آن‌ها می‌پردازیم.

۱. تعریف اخص

تعریف اخص، تعریفی است که فقط ناظر بر مصداق بارز تجری است و از شهرت بیشتری برخوردار است مطابق با این تعریف، تجری عبارت است:

«از مخالفت عملی با حکم الزامی مولا اعم از واجب یا حرام به اعتقاد انجام دهنده؛ در حالی که پندار وی بر خلاف واقع بوده و در حقیقت مخالفتی صورت نگرفته است، مانند کسی که آب را به گمان شراب

بودن بنوشد، سپس معلوم گردد که آن مایع، آب بوده است نه شراب» (هاشمی شاهرودی، ۳۵۸/۲).

در تجری چهار رکن وجود دارد که در این تعریف و مثال آن قابل تمیز است: اول، «مُتَجَرِّی» یعنی کسی که در تجری قصد مخالفت با مولا کرده است؛ دوم، «مُتَجَرِّی_علیه» یعنی کسی که در تجری با او مخالفت شده است که در اینجا مراد مولا است؛ سوم، «مُتَجَرِّی_به» یعنی عملی که در تجری با قصد مخالفت انجام شده است که در مثال مذکور همان خوردن آب به عنوان خمر است؛ چهارم، شیئی خارجی که در تجری، عمل روی آن انجام شده است که در مثال مذکور آب است. طبق تعریف اخص، سه شرط اساسی در تحقق تجری لازم است اولاً، باید قصد گناه و انجام عمل مجرمانه یا ترک واجب وجود داشته باشد؛ ثانیاً، علاوه بر قصد باید مخالفت عملی آغاز و عمل مورد نظر به اتمام رسیده باشد؛ ثالثاً، علم و یقین متجری برخلاف واقع باشد یعنی «مُتَجَرِّی_به» و شیئی خارجی مباح باشد؛ یعنی علم او خلاف واقع باشد. بر اساس این تعریف، قلمرو تجری بسیار محدود است؛ زیرا: صرف نیت گناه و قصد جرم و انجام مقدمات و شروع به آن‌ها، در قلمرو تجری قرار نمی‌گیرد، حتماً باید مخالفت عملی انجام و پایان یافته باشد و همچنین اگر مخالفت عملی انجام شود و علم او نیز مطابق با واقع باشد؛ اما به عللی وقوع جرم غیر ممکن باشد یا به دلیل دیگر مثل موانع و عوامل خارجی، به مقصودش نرسد، تجری محسوب نمی‌شود هر چند تحت عناوین دیگر قابل تعزیر باشد.

ایرادی که به این تعریف وارد است آن است که قید «علم خلاف واقع» که از آن تعبیر به «قطع غیر مصیب» می‌شود و وجه اصلی تمایز این تعریف با تعاریف دیگر از تجری است، به صورت قید احترازی وارد شده است و مصادیق زیادی از تجری را از تعریف خارج می‌کند. البته تردیدی نیست، مصداق مهم تجری، قطع خلاف واقع است و به همین دلیل علمای اصول فقه نیز این بحث را در قسمت مربوط به «باب قطع» مورد بررسی قرار داده‌اند، اما ذکر این قید به صوت انحصاری باعث غفلت از سایر مصادیق تجری شده است در حالی که همه علماء اتفاق نظر دارند، تجری مقابل معصیت است چه اینکه انقیاد در مقابل طاعت است (مشکینی، ۹۴ - ۹۵) و همانگونه که منقاد در هر مرحله‌ای از عمل مستحق ثواب است هر چند به مقصود خود نرسد، متجری نیز مستحق عقاب است اعم از اینکه علم و قطع او خلاف واقع باشد یا به علل خارج از اراده او عملش ناتمام بماند و به مقصود خود نرسد.

۲. تعریف اعم

منظور از تعریف اعم، تعریفی است که بیشترین مصادیق را در برمی‌گیرد و قلمرو تجری اصطلاحی را گسترش می‌دهد؛ در واقع به معنی لغوی آن نزدیک می‌شود. دیدگاهی که شیخ انصاری در خصوص اقسام و ملاک تجری دارد، در مقایسه با سایر تعاریف، تعریف اعم را بدست می‌دهد. ایشان ملاک و مبنای

تجری را عبارت از بی مبالاتی و یا کمی مبالات نسبت محرمات الهی می‌داند و می‌گوید: تجری شش قسم دارد که وجه اشتراک همه آن‌ها بی مبالاتی و یا کمی مبالات نسبت به معاصی است که حکایت از خبث باطن و سوء سریرت فاعل آن دارد؛ لذا فاعل آن‌ها مستحق مذمت است؛ سپس شش قسم را چنین بر می‌شمارد: اول، قصد معصیت بدون هیچ اقدامی؛ دوم، قصد معصیت همراه با تدارک مقدمات آن؛ سوم، قصد معصیت همراه با انجام آنچه یقین دارد معصیت است (اما یقین او خلاف واقع باشد)؛ چهارم، انجام عملی که احتمال می‌داده معصیت است و به امید ارتکاب حرام مرتکب شود؛ پنجم، انجام عملی که احتمال می‌داده معصیت باشد؛ اما با بی مبالاتی مرتکب شود و ششم، انجام عملی که احتمال می‌داده معصیت باشد؛ اما به امید آنکه حرام نباشد، مرتکب شود البته در سه قسم اخیر تحقق تجری مشروط بر آن است که عذر شرعی یا عقلی نباشد؛ مثل موردی که مشمول شبهه محصوره و جوبیه و یا تحریمیه باشد؛ اما در موارد براءت و استصحاب، هر چند احتمال مخالفت با نظر واقعی شارع داده می‌شود، اما شرعاً معذور است و تجری محقق نمی‌شود (انصاری ۱/ ۴۸ - ۴۹).

بنابر این، طبق نظر شیخ **اولاً**، ملاک اصلی در تحقق تجری، بی مبالاتی نسبت به محارم الهی است؛ خواه بی مبالاتی اعتقادی و صرف قصد باشد؛ خواه قصد همراه با انجام مقدمات و مخالفت عملی غیر منتج به معصیت باشد؛ بنابر این، برخلاف نظر مشهور تجری فقط منحصر به مخالفت عملی و همی نیست؛ **ثانیاً**، علاوه بر مخالفت یقینی، مخالفت احتمالی با حکم الزامی شرعی نیز تجری تلقی شده است؛ لذا سه قسمت آخر تجری به احتمال اختصاص یافته است؛ **ثالثاً**، شیخ قید «اعتقاد و قطع خلاف واقع» را فقط در قسمت سوم تجری لازم دانسته است؛ شامل قسم اول و دوم نمی‌شود؛ لذا اگر قصد گناه واقعی کند یا مقدمات گناه واقعی را فراهم آورد، تجری محسوب می‌شود و لازم نیست در این دو مورد اعتقاد او خلاف واقع باشد؛ در واقع قسم سوم تجری مورد نظر شیخ، منطبق بر تعریف اخص است و سایر موارد را شیخ، به نظریه مشهور افزوده است.

حال سؤالی که در اینجا قابل طرح است آن است که آیا جرائم ناتمام (شروع به جرم، جرم محال، و جرم عقیم) که قصد و علم مرتکب به خطا نرفته اما عملیات انجام شده به عللی خارج از اراده مرتکب ناتمام و عقیم بماند و مرتکب به مقصود خود نرسد، مشمول تجری مورد نظر شیخ، قرار می‌گیرد یا خیر؟ هر چند شیخ در این مورد صراحتاً اظهار نظر نکرده است، اما با توجه به اینکه شیخ قصد گناه و انجام مقدمات گناه را تجری می‌داند، به طریق اولی جرائم ناتمام که عملیات بعد از مقدمات را شامل می‌شود، مشمول تجری خواهد شد، شاید به همین دلیل برخی از حقوقدانان حوزوی اظهار داشته‌اند:

«با این تعریف تجری نه تنها شامل جرم محال می‌شود بلکه جرم عقیم، شروع به جرم، تهیه مقدمات

ارتکاب جرم و حتی قصد ارتکاب جرم را نیز در بر می‌گیرد چون در تمامی این مراحل هتک حرمت و بی‌مبالاتی اوامر و نواهی قانونگذار وجود دارد.» (قیاسی و دیگران، ۱۴۹/۲).

اما در نقد نظر شیخ باید گفت؛ اولاً، گسترش قلمرو تجری به قصد، قابل دفاع به نظر نمی‌رسد و فقط بر مبنای نظر کسانی که مثل شیخ برای تجری فقط قبح فاعلی قائل هستند و آن را مستوجب عقاب نمی‌دانند، قابل توجیه است؛ اما طبق نظر مشهور فقهاء که تجری را حرام و مستوجب عقاب اخروی و تعزیر بیش از توبیخ می‌دانند، شمول عنوان تجری بر صرف قصد بدون اقدام عملی قابل قبول نیست؛ ثانیاً، شیخ از ملاک دو گانه برای تعیین اقسام تجری تبعیت کرده است؛ چون از یک طرف برای تجری قبح فعلی قائل نیست و آن را فقط مشمول قبح فاعلی دانسته است بر همین اساس صرف قصد گناه را تجری می‌داند و تجری به معنای مشهور یعنی قطع غیر مصیب را نیز غیر قابل عقاب می‌داند؛ از طرف دیگر انجام مقدمات گناه را مشمول عنوان تجری قرار داده است؛ در حالی که این قسم از تجری، طبق نظر شیخ نیز قبح فعلی دارد و مشمول حرمت و عقاب است؛ چه اینکه خود شیخ نیز در همین مبحث، در جمع دو دسته از روایات متعارض که برخی قصد گناه را موجب عقاب می‌داند و برخی معاف از عقاب می‌داند، گفته است: روایات دسته اول را یا باید بر حمل بر استمرار قصد گناه بدون توبه کرد یا حمل بر قصد همراه برانجام مقدمات گناه نمود؛ سپس وی حمل دوم را ترجیح می‌دهد و در استدلال خود به نقل از برخی فقهاء می‌گوید: چون انجام مقدمات گناه، بر اساس قاعده تنقیح مناط، تعاون بر اثم محسوب می‌شود؛ لذا حرام و مستحق عقاب است (انصاری، ۴۸)؛ ثالثاً، ایراد دیگری که به تعریف شیخ وارد است آن است که علی‌رغم آنکه طبق مبنای ایشان، تعریف تجری شامل جرائم ناتمام هم می‌شود، اما این قسم از تجری در تعریف مغفول مانده است.

۳. تعریف خاص

از مصادیقی که برخی فقهاء برای تجری ذکر کرده‌اند و همچنین از استدلال غالب آن‌ها به برخی از روایات، می‌توان گفت در مقابل دو تعریف اعم و اخص، که با ایراداتی مواجه بود، تعریف خاص و معتدلی از جهت ملاک و گستردگی قلمرو، قابل استنباط است. برخلاف تعریف اخص که، ملاک اصلی تجری، فقط قطع خلاف واقع است؛ یعنی عمل انجام شده بر خلاف پندار قطعی متجری، باید مباح باشد، طبق این دیدگاه، ملاک اصلی تحقق تجری، عدم تحقق مقصود متجری است (مظاهری، درس خارج اصول مورخ ۷۴/۹/۲۱)؛ اعم از اینکه عمل انجام شده فی نفسه مباح باشد یا مباح نباشد به دیگر سخن، ملاک اصلی تجری آن است که در واقع مخالفت با حکم الزامی مولا به نتیجه مقصود نرسد، خواه این عدم تحقق به علت پندار خلاف واقع متجری باشد و خواه به علل عوامل خارج از اراده او باشد؛ مانند موانع خارجی،

اشتباه در نحوه عمل و نشانه‌گیری و یا ناممکن بودن موضوع مقصود. یکی از فقهاء علاوه بر مصداق مشهور تجری، موارد دیگری را نیز به عنوان نمونه از باب تجری قابل عقوبت می‌داند و می‌گوید:

«انّ من اراد قتل المولى فأقدم عليه لکنّه اخطأ فيه، او اراد الفحشاء بزوجه فلم یوفق لذلك، او اراد نهب ماله فلم یقدر علیه، فالعقلاء لا یکتفون بمذمته، بل یرون عقوبته» (مظاهری، عوائد الاصول، ۲/ ۲۵) یعنی کسی که اراده می‌کند که مولی را به قتل برساند سپس علیه مولا اقدام می‌کند؛ اما در انجام این کار خطا می‌کند یا اراده می‌کند به زن او تجاوز کند؛ اما موفق در این امر نمی‌شود یا اراده می‌کند مال مولا را غارت کند؛ اما قدرت بر انجام این کار را پیدا نمی‌کند، عقلاً فقط به مذمت او اکتفا نمی‌کنند بلکه به عقوبت او نظر می‌دهند.

یکی از حقوقدانان فقیه نیز در خصوص برخی از مصادیق تجری اظهار مشابهی دارد، می‌گوید:

«کسی که مرتکب گناه محال یا عقیم شده است گرچه به عنوان خاص مرتکب گناهی نشده ولی به یقین تجری کرده و چنانکه در گذشته اشاره شد متجری در صورتی که سوء نیت خود را به نحوی ابراز کرده باشد گناهکار است و حاکم می‌تواند او را هر طور که صلاح می‌بینید تعزیر کند.» (گرجی، ۱۱۲).

همانگونه که ملاحظه می‌شود، مصادیق مذکور حرام است؛ یعنی قصد و علم او به خطا نرفته است؛ بلکه در عمل موفق به انجام مقصود نشده است؛ لذا با قید انحصاری تعریف مشهور «قطع غیر مصیب» منطبق نیست و همین امر یکی از وجوه اصلی تمایز این دیدگاه با دو تعریف مذکور است؛ همچنین این دیدگاه اختلافی که با تعریف اعم دارد آن است که صرف قصد را بدون مبرز و مظهر عملی، تجری مستوجب عقاب نمی‌داند؛ اما انجام امور مقدماتی که مبرز قصد ارتکاب حرام باشد تجری محسوب می‌شود (مظاهری، درس خارج اصول، مورخ ۸۹/۲/۱۴) بنابر این یکی از وجوه اشتراک این دو تعریف، آن است که مقدمات مؤثر که مظهر عملی نیت جرم و گناه است تجری تلقی می‌شود. بر این اساس، می‌توان گفت تعریف خاص تجری طبق این دیدگاه عبارت است از:

«هرگونه مخالفت عملی با احکام الزامی شارع به صورت فعل یا ترک فعل که اقدام کننده به دلیل خلاف واقع بودن پندارش یا به دلیل عوامل خارج از اراده‌اش به مقصود خود نرسد.»

به نظر می‌رسد این تعریف نسبت به دو تعریف قبلی کامل‌تر و دقیق‌تر است و ایرادات قبلی بر آن وارد نیست. یکی از روایاتی که در این مورد قابل استناد است، و از طرق مختلف و در منابع شیعه و اهل سنت نقل شده است، روایت صحیح زید بن علی است. متن این روایت نبوی که در کتب اصولی در باب تجری مورد استناد قرار گرفته چنین است:

«إذا التقى المسلمان بسيفهما على غير سنة فالقاتل والمقتول في النار، فقیل یا رسول الله هذا القاتل

فما بال المقتول؟ قال: لانه أراد قتله» (ابن بابویه، ۴۶۲/۲؛ متقی هندی، ۲۶/۱۵) یعنی اگر دو مسلمان بدون دلیلی از سنت، با شمشیر به یکدیگر حمله کنند و یکی دیگری را بکشد هر دو در جهنم هستند سؤال شد حکم قاتل معلوم است؛ اما مقتول چرا؟ حضرت رسول اکرم (ص) فرمود: بخاطر اینکه او هم نیت کشتن فرد مقابل را داشته است.

این روایت دلالت دارد که موضوع تجری اعم از قطع خلاف واقع است؛ زیرا قصد کشتن و کشیدن شمشیر و درگیری حرام است؛ بنابراین، عمل قصد شده مباح نیست و قطع او خلاف واقع نبوده است؛ یعنی ملاک تعریف اخص در آن محقق نیست؛ در عین حال به عنوان دلیل حرمت تجری مورد استناد فقها قرار گرفته است. این امر دلالت دارد که ملاک این دسته از فقها در تحقق تجری، مخالفت عملی با احکام الزامی شارع است که به هر دلیل ابتر و ناتمام مانده است و در این روایت نیز به دلیل ناتوانی و مانع خارجی شخص مورد نظر موفق به کشتن طرف مقابل نشده است. اما قصد کشتن را داشته و در پندار او خلاف واقع نبوده بلکه عمل او طبق مقصود محقق نشده است. علاوه بر این روایت، چهار روایت نبوی دیگر با همین مضمون در کتب اهل سنت ملاحظه شد که مؤید روایت صحیح مذکور است (متقی هندی، ۱۹/۱۵ و ۲۳ و ۲۶).

انواع تجری

تجری از جهت پندار خلاف واقع و غیر مصیب که مصداق بارز در تعاریف سه‌گانه تجری محسوب می‌شود، به دو شکل قابل تصور است؛ گاهی پندار متجری، نسبت به تشخیص موضوع خارجی که آن را حرام می‌پندارد، خلاف واقع است که می‌توان آن را «تجری موضوعی» نامید؛ گاهی پندار متجری نسبت به تشخیص خود حکم، خلاف واقع است که می‌توان آن را «تجری حکمی» نامید. بنابر این تجری از این جهت بر دو نوع است: تجری موضوعی و تجری حکمی، مثال مشهور تجری موضوعی همان شرب آب به تصور خمر است. مثال تجری حکمی مثل کسی که یقین کند که سیگار کشیدن حرام است و با قصد مخالفت با شارع عمداً سیگار بکشد؛ در حالی که سیگار کشیدن در واقع حرام نیست و پندار او نسبت به حکم سیگار خلاف واقع است. امروزه در حقوق موضوعه، این قسم تجری را جرم وهمی می‌نامند.

حکم شرعی تجری

۱. اقوال در حکم تجری

در مورد حکم تجری به معنای اخص در بین فقها و اصولیان اتفاق نظر وجود ندارد و از جمله مباحث

چالش برانگیز اصول فقه است؛ البته ناگفته نماند، قبل از شیخ انصاری، نظر مشهور فقهاء مبتنی بر حرمت تجری بوده و حتی ادعای اجماع شده است؛ شیخ ضمن اذعان به این موضوع (انصاری، ۳۷)؛ در مقابل دلیل اجماع، متوسل به این استدلال شده که: مسأله تجری عقلی است و جایی برای اجماع منقول نیست؛ از طرفی برخی از جمله شیخ در کتاب نهاییه و شهید نیز در کتاب قواعد رأی خلاف داده‌اند و لذا اجماع محقق نیست (انصاری، ۳۹)؛ اما بعد از شیخ، تاکنون تعداد زیادی از فقهاء تحت تأثیر استدلال ایشان قرار گرفته و معتقدند تجری قبح فعلی و حرمت شرعی ندارد؛. با این همه، تعدادی از فقهای بزرگ و صاحب نام، نظر شیخ را نپذیرفته‌اند.

در یک جمع‌بندی می‌توان نظرات مهم در این مورد را در چهار قول دسته‌بندی کرد: قول اول آن است که تجری عقلاً استحقاق عقاب دارد؛ اما حرمت شرعی ندارد. عده‌ای از فقها از جمله محقق خوئی چنین نظری دارند (خوئی، ۲/۲۶)؛ قول دوم آن است که تجری هم عقلاً استحقاق عقاب دارد؛ و هم شرعاً حرام است. شهید محمد باقر صدر از جمله قائلان این قول است (صدر، ۲/۴۰-۴۱). قول سوم آن است که تجری عقلاً و شرعاً حرام نیست و لذا استحقاق عقاب ندارد؛ فقط متجری مستحق مذمت و سرزنش است. این قول را شیخ انصاری مطرح کرده است (انصاری، ۳۹) و عده قابل توجهی از معاصران از شیخ تبعیت کرده‌اند؛ قول چهارم نظر تفصیلی است و قبح تجری را مشروط به آن می‌داند که فعل یا ترک فعل انجام شده در واقع واجب و مصلحت نباشد؛ این قول را محقق حائری اصفهانی، صاحب فصول مطرح کرده است. ایشان می‌گوید: قبح تجری ذاتی نیست؛ بلکه با توجه وجوه و اعتبارات و مصالح واقعی حکم آن مختلف است، لذا اگر کسی مأمور کشتن فردی شود که قطع پیدا کند که قتل او واجب است، ولی تجری کند و او را نکشد؛ سپس متوجه شود که او محقون الدم بوده؛ مثل اینکه معلوم شود فرزند مولا بوده است. تجری در این مورد عقاب ندارد در واقع در اینجا مصلحت واقع قبح تجری را جبران می‌کند و مولا او را سرزنش نخواهد کرد. (۴۳۱/۱).

۲. منشأ اختلاف نظرات

مهم‌ترین مناشی اختلاف در حکم تجری به معنای اخص را می‌توان در سه منشأ اساسی به شرح زیر دسته‌بندی کرد: اولین منشأ اختلاف ناشی از آن است که: آیا از سوی شارع، قطع به حکم شرعی به طور مطلق، بر مکلف، حجت است ولو آنکه مخالف با واقع باشد یا تنها در صورت انطباق با واقع حجت است؟ (صدر، ۱/۱۵۸؛ هاشمی شاهرودی، ۲/۳۵۹). کسانی که معتقدند قطع به طور مطلق حجت است تجری را حرام و متجری را مستوجب عقاب می‌دانند هر چند مخالفت او مطابق با واقع نیست؛ اما کسانی که قطع مطابق با واقع را شرط می‌دانند تجری را حرام نمی‌دانند (هاشمی شاهرودی، ۲/۳۵۹).

دومین منشأ اختلاف مربوط به ملازمه عقل و شرع در این موضوع است؛ سؤال این است که آیا ملازمه‌ای بین استحقاق عقاب (قبح عقلی) و حرمت شرعی وجود دارد یا خیر؟ یعنی هر جا قبح عقلی محرز شد و استحقاق عقاب وجود داشت، آیا حرمت شرعی اثبات می‌شود؟

«نظر مشهور اصولیان امامیه آن است که بین حکم عقل عملی و حکم شرعی ملازمه وجود دارد» (صدر، ۲۵۶/۲). بر این اساس، طبق نظر این دسته از علماء «آنچه به تلازم میان آن‌ها حکم می‌کند، قاعده ملازمه است؛ یعنی به حکم عقل فعل متجری قبیح است و فعل قبیح، استحقاق عقاب را دارد و بنا به ملازمه شرع هم به حکم عقل، حکم می‌کند و لذا شرع به حرمت تجری حکم می‌کند» (امینی و پورمنوچهری، ۵۲).

شهید صدر در این خصوص می‌گوید: مولا «حق الطاعه» بر بندگانیش دارد که ناشی از حکم عقل به لزوم احترام مولا و رعایت حرمت اوست که با تجری هتک می‌شود و از این جهت همانند عاصی است و هر دو مستحق عقاب هستند (۱/۱۵۸).

اما در مقابل برخی از اصولیان با این مبنا مخالف‌اند از جمله محقق خوئی اظهارات مفصل‌تری دارد که خلاصه آن چنین است: برای تحقق ملازمه اولاً، باید ادراک قطعی عقل متعلق به سلسله علل احکام از مصالح و مفاسد باشد، یعنی مصلحت ملزم‌های را درک کند که ملاک حکم باشد. اگر چه این امر در احکام تکلیفیه بعید است و در احکام وضعیه ممکن است؛ اما به هر حال در مانحن فیه، درک عقل مربوط به سلسله معالیل است یا به عبارتی در مرتبه معلولات احکام شرعی قرار دارد؛ یعنی قبلاً امری و نهی از شارع قبلاً صادر شده است و حالا عقل درک می‌کند که مخالفت با حکم شارع قبیح است این درک مربوط به علت و ملاک حکم نیست؛ بلکه معلول حکم است؛ ثالثاً؛ وقتی حکم قطعی عقل (در سلسله معالیل) صادر می‌شود مثل قبح تجری یا حسن اطاعت، دیگری نیازی به حکم مولوی مجدد شرعی نیست؛ در واقع این حکم عقل، فرع بر حکم مولوی قبلی شارع است و ممکن نیست مجدد شارع حکم صادر کند؛ چون این امر لغواست و از خدا کار لغو صادر نمی‌شود؛ بنابراین قاعده ملازمه در مورد تجری جاری نیست (خوئی، ۲۶/۲)؛ لذا علی‌رغم اینکه محقق خوئی، تجری را قبیح و مستحق عقاب می‌داند؛ اما قائل به حرمت شرعی نیست. ولی کسانی که ملازمه عقل و شرع را در این بحث جاری می‌دانند، تجری را شرعاً حرام می‌دانند.

سومین منشأ اختلاف مربوط به ارتباط قبح فعلی و فاعلی با حرمت و عقاب است. برخی معتقدند حرمت و عقاب فقط نتیجه قبح فعلی یعنی فعل خارجی است و برخی معتقدند، خبث باطن و سوء نیت شخص که به آن قبح فاعلی گویند نیز می‌تواند منشأ حرمت و عقاب باشد. (مشکینی، ۹۴). از آنجایی که

طبق تعریف مشهور تجری، فعل انجام شده مباح است؛ برخی مثل شیخ انصاری معتقدند: استحقاق عقاب به فعل تعلق می‌گیرد نه به فاعل و چون در تجری قبح فعلی وجود ندارد، حرمت و عقاب در تجری ثابت نیست؛ فقط قبح فاعلی دارد و متجری مستحق سرزنش است (انصاری، ۳۹). در مقابل او، محقق آخوند خراسانی، علی‌رغم آنکه فعل خارجی انجام شده توسط متجری را به دلیل آنکه معتقد است، قبح تجری به «مُتَجَرِّی به» سرایت نمی‌کند، مباح می‌داند؛ اما معتقد است قبح فاعلی در تجری فقط خبث باطنی صرف نیست؛ بلکه همراه با عزم و اراده در مخالفت با مولا و هتک حرمت اوست و لذا مستحق مجازات است. (ص، ۲۵۹) در مقابل نظر سومی مطرح شده است که: گرچه «مُتَجَرِّی به» بر اساس حکم اولیه مباح است؛ اما به دلیل آنکه علاوه بر قصد گناه و عزم جدی در مخالفت، عملاً نیز اقداماتی را با نیت هتک حرمت مولا انجام داده، که بر اساس حکم ثانویه، حرمت بر آن عمل عارض می‌شود (مظاهری، درس خارج ۷۴/۱۰/۲).

البته ناگفته نماند این اختلافات مربوط به تجری به معنای اخص یعنی قطع غیر مصیب است؛ اما در حرمت و استحقاق عقوبت جرائم ناتمام، اعم از اینکه تحت عنوان تجری یا عنوان مستقل دیگر مطرح شود، این اختلاف نظرها وجود ندارد و همه در وجود قبح و حرمت آن اتفاق نظر دارند.

۳. نظریه برگزیده

به نظر نگارندگان نظریه دوم که مبتنی بر حرمت و استحقاق عقوبت است، از مبانی و ادله قوی‌تری برخوردار است؛ زیرا اولاً، عقل و وجدان عمومی تجری را طغیان در برابر مولا و مستوجب عقوبت بیش از سرزنش می‌داند؛ همانگونه که انقیاد را که در نقطه مقابل آن است، تسلیم در برابر مولا و مستوجب پاداش می‌داند؛ ثانیاً، هرچند اثبات حرمت شرعی از طریق ملازمه عقل و شرع در این مبحث، مورد مناقشه است؛ اما برای اثبات حرمت شرعی تجری، تنها راه، اثبات قاعده ملازمه نیست؛ بلکه همانگونه که از برخی فقهاء نقل شد در این مورد، می‌توان به حکم ثانویه که عارض عمل متجری می‌شود، استناد کرد؛ به دیگر سخن، اگرچه نیت مجرمانه و قصد گناه، به تنهایی مستوجب عقوبت نیست، اما در تجری قصد مخالفت با مولا وارد مرحله عملیاتی شده است، صرف قصد نیست، قصد منضم به کالبدِ فعلِ خاص شده و لذا، قبح فاعلی به فعل انجام شده نیز سرایت می‌کند؛ یعنی به حکم ثانویه «متجری به» حرام می‌شود؛ چه اینکه تشبیه به فعل حرام نیز، به همین دلیل جایز نیست؛ مثل آنکه دو لیوان آب را به روش شراب خوران به هم بزنند تا تشبیه به آن‌ها پیدا کنند (مکارم شیرازی، استفتاء شماره ۵۲۲۱۰). در این مورد با وجود آنکه آب خوردن حلال است؛ اما تشبیه به عمل حرام، باعث می‌شود اینگونه آب خوردن جایز نباشد؛ در تجری این ملاک به طریق اولی وجود دارد؛ چون در تشبیه به عمل حرام، فقط وانمود به عمل حرام می‌کند؛ اما در تجری،

شخص یقین دارد فعل حرام است؛ اما مرتکب می‌شود؛ لذا فعل او چون با نیت گناه انجام شده، قبیح و مستحق عقاب است.

جایگاه و قلمرو تجری در حقوق کیفری فعلی ایران

پس از طرح حکم و قلمرو تجری در فقه، این سؤال مطرح می‌شود که جایگاه و قلمرو تجری در حقوق کیفری ایران چگونه است و تا چه اندازه متأثر از فقه است؟ آیا متجری مسئولیت کیفری دارد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال، به طور کلی می‌توان گفت، در حقوق کیفری کشور ما، توجهی به این مهم نشده است؛ به طوری که علی‌رغم گذشت چهار دهه از استقرار نظام جمهوری اسلامی و چندین بار بازنگری در قانون مجازات اسلامی، قانون‌گذار تا کنون در مورد تجری به معنای اخص، حکمی وضع نکرده است، همچنین وضعیت برخی مصادیق تجری به معنای اعم، از جمله جرم عقیم و محال نیز شفاف نیست. به صورت جزئی‌تر اگر بخواهیم وضعیت تجری را در حقوق کیفری و فقه امامیه به صورت تطبیقی بررسی کنیم؛ لازم است ابتدا فرایند تحقق جرم به اجمال ترسیم شود؛ سپس ارتباط تجری فقهی را با فرایند جرم تبیین و دیدگاه برخی از حقوقدانان را در این فرایند مطرح شود.

به طور اجمال در خصوص فرایند تحقق جرم می‌توان گفت، کسی که تصمیم می‌گیرد مرتکب جرم شود، مسیر و فرایند خاصی را می‌گذراند. ابتدا قصد و نیت ارتکاب جرم در ذهن شخص خطور می‌کند؛ سپس مقدمات ارتکاب جرم را فراهم می‌کند؛ بعد مرحله شروع به جرم شکل می‌گیرد، در صورت عدم انصراف ارادی، دو صورت قابل تصور است؛ یا عملیات در مرحله شروع به جرم، به دلیل موانع خارجی، مثل دستگیری توسط پلیس، متوقف می‌شود؛ یا عملیات تا پایان ادامه می‌یابد؛ در صورت اخیر نیز دو صورت ممکن است رخ دهد، اول اینکه مرتکب به مقصود خود برسد و جرم تام محقق شود، دوم اینکه مرتکب علی‌رغم پایان عملیات، به مقصود و هدف خود نرسد؛ صورت اخیر نیز دو قسم است یا عدم تحقق به علت، اشتباه، عدم مهارت مرتکب و یا سایر عوامل خارج از اراده اوست؛ مثل آنکه به دلیل عدم مهارت یا کارآمد نبودن اسلحه، تیر او به خطا رود که به آن جرم عقیم گفته می‌شود یا علت عدم تحقق جرم، از بین رفتن یا نبودن موضوع است؛ مثل آنکه کسی به قصد سرقت دست در جیب فردی کند که جیب او خالی است یا به قصد کشتن به کسی شلیک کند که قبلاً مرده است که به آن جرم محال گویند. حال به ترتیب به ارتباط تجری با این مراحل به شرح ذیل می‌پردازیم:

۱. ارتباط قصد جرم با تجری

در متون قانونی و رویه قضایی صرف قصد جرم و تصمیم، بدون آنکه اقدام عملی در پی داشته باشد،

مستولیت کیفری ندارد؛ فقط استثنائاً در مواردی که از یک تصمیم مجرمانه، ممکن است مفسده‌ای عظیم متوجه جامعه شود، قانون جزا تصمیم بر ارتکاب جرم را مستوجب مجازات دانسته است؛ مانند ماده ۶۱۰ ق.م.آ.ت. که مربوط به اجنماع و تبانی چند تن بر ضد امنیت کشور است و ماده ۶۶۹ همان قانون که مربوط به تهدید به قتل که البته در این دو مورد هم صرف قصد نبوده بلکه فراتر از آن در قالب تبانی و تهدید دارای عنصر مادی است و این تصمیم به شکلی در رفتار بزهکار نمود پیدا کرده است (اردبیلی، ۱/۲۱۷). «در حقوق اسلام نیز بدون شک برای گناه عنصر مادی وجود دارد و مجرد قصد گناه تا به منصف ظهور بروز نرسیده باشد جرم محسوب نمی‌گردد، موقعی شخص، حد یا تعزیر و غیره می‌شود که عملی را انجام داده و یا ترک کرده باشد که اسلام آنرا معصیت شناخته باشد» (گرگی، ۱۰۱).

در خصوص رابطه تجری و قصد جرم نیز همانگونه که معلوم شد، طبق تعریف خاص و اخص تجری؛ صرف قصد اصولاً تجری به معنای مصطلح نیست؛ بلکه مخالفت عملی شرط تحقق آن است؛ اما طبق تعریف اعم، قصد گناه، مشمول تجری است، لیکن تجری در این تعریف مشمول حرمت و عقاب اخروی نمی‌شود، تنها مستوجب سرزنش و توبیخ است و توبیخ نیز هر چند طبق نظر برخی از فقهاء، ادنی مرتبه تعزیر شرعی محسوب می‌شود؛ اما در قانون چنین تعزیری برای قصد جرم، مقرر نشده است.

۲. ارتباط انجام مقدمات جرم با تجری

طبق مقررات کیفری ایران، صرف تهیه وسایل و مقدمات ارتکاب جرم، جرم نیست؛ لذا ماده ۱۲۳ ق.م.آ.ت. تصریح دارد: «عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد، شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی‌باشد» بنابر این، گرچه از افعال مادی به شمار می‌رود، ولی چون قصد مرتکب را به وضوح آشکار نمی‌کند، طبق قانون مجازات اسلامی نمی‌توان او را به این دلیل، قابل تعقیب کیفری و مجازات دانست؛ با این حال قانونگذار مواردی را استثنائاً پیش‌بینی کرده که اعمال مقدماتی خود به عنوان جرائم خاص قابل تعقیب شناخته شده است؛ مانند ساخت و تهیه کلید یا هر نوع وسیله برای ارتکاب جرم که به موجب ماده ۶۶۴ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ به مجازات حبس محکوم می‌شود (اردبیلی، ۱/۲۱۸). همچنین به موجب ماده ۶ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰، خرید و نگهداری سلاح گرم یا سرد جنگی یا سلاح شکاری یا قطعات مؤثر یا مهمات آنها، جرم مستقلی محسوب می‌شود. همچنین تشکیل جمعیت به عنوان مقدمه برهم زدن امنیت و طراحی و برنامه ریزی جهت براندازی به ترتیب در ماده ۴۸۹ قانون تعزیرات و ماده ۱۷ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ جرم مستقل تلقی شده و مجازات سنگینی برای آنها پیش‌بینی شده است. در واقع، جرم انگاری در اینگونه موارد بر مبنای جرم مانع و

بازدارنده و برای پیشگیری از یک خطر شدید صورت گرفته و اقدام قانون‌گذار مصلحت طلبانه است. این دیدگاه قانونی از نظر برخی فقها اقتباس شده است که معتقدند مقدمه حرام، حرام نیست و قاعده ملازمه بین مقدمه و ذی‌المقدمه را نمی‌پذیرند؛ از جمله امام خمینی چنین نظری دارند؛ مگر آنکه مقدمه، جزء اخیر از علت متصل به ذی‌المقدمه باشد (۱/ ۲۸۲-۲۸۳). محقق آخوند خراسانی و عده قابل توجهی از اصولیان معتقدند در صورتی که مقدمه تولیدی (سببی) باشد؛ به عبارت دیگر موصله باشد؛ یعنی بلافاصله پس از انجام آن علت، معصیت محقق شود، حرام است؛ اما اگر اعدادی باشد؛ یعنی زمینه ساز و معد گناه باشد، به نحوی که مرتکب فرصت انصراف را از معصیت به طور اختیاری داشته باشد، حرام نیست (ص، ۱۲۸). اما در مقابل این نظر، برخی مثل شهید محمد باقر صدر انجام مقدمات اعدادی حرام را از باب تجری حرام می‌داند (۲/ ۲۸۸) و برخی مثل محقق نائینی در مقدمات اعدادی قائل به تفصیل شده‌اند. او معتقد است اگر مقدمه اعدادی به قصد تحقق معصیت انجام شود، به دلیل تجری حرام است؛ اما اگر به قصد رسیدن به حرام نباشد حرام نیست (۱/ ۲۴۹-۲۵۰). برخی نیز مثل کاشف الغطاء و شیخ انصاری انجام مقدمات گناه را از باب اعانت بر گناه حرام، و مستحق عقاب می‌دانند (انصاری، ۴۸).

بنابر این، در خصوص ارتباط تجری با مقدمات جرم باید گفت کسانی که تجری را به معنای خاص تعریف کرده‌اند، مقدمات جرم و گناه را از باب تجری حرام و مستوجب عقاب می‌دانند؛ چون مقدمات جرم، علاوه بر همراهی با قصد مجرمانه که نشانگر خبث باطن متجری است، با مخالفت عملی نیز همراه است؛ همچنین کسانی که در تعریف تجری معنای اعم را پذیرفته‌اند؛ مقدمات جرم را از باب تجری و یا تحت عنوان اعانت بر گناه حرام و مستوجب عقاب می‌دانند و اما کسانی که معنی اخص تجری را پذیرفته‌اند، دو دسته‌اند: عده‌ای مقدمه حرام را حرام نمی‌دانند و عده‌ای حرام می‌دانند؛ بدیهی است آن‌هایی که حرام می‌دانند از باب تجری مصطلح حرام نمی‌دانند؛ چون آن را مشمول تعریف تجری نمی‌دانند و اگر کلمه تجری را استعمال کرده‌اند مرادشان تجری لغوی است؛ یعنی طغیان و سرکشی در مخالفت با مولا که پندار آن‌ها موافق با واقع است و لذا دلیل اصلی آن‌ها را باید در عناوین دیگر مثل، اعانت بر گناه یا حرمت غیري طبق ملازمه مقدمه و ذی‌المقدمه و یا عنوان مستقل جستجو کرد.

۳. ارتباط شروع به جرم با تجری

طبق ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ شروع به جرم چنین تعریف شده است: هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، مجازات می‌شود. حال سؤال این است آیا شروع به جرم، تجری تلقی می‌شود یا خیر؟ یکی از حقوقدانان در این خصوص چنین اظهار داشته است:

«به نظر ما بحث تجری با بحث شروع به جرم قابل تطبیق نیست و نمی‌توان حکم تجری، هر چه باشد، را به شروع به جرم سرایت داد؛ زیرا در مرحله شروع به جرم مرتکب علاوه بر قصد عصیان، وارد اجرای عملیات اجرایی جرم نیز می‌شود. به نحوی که اگر عامل خارجی دخالت نکند، گناه واقع می‌شود و همین مقدار از عملیات اجرایی جرم نیز دارای مفسده و آثار نامطلوب اجتماعی است و از نظر موضوع و به تبع آن از نظر حکم قابل مقایسه با تجری نیست. لذا موضوع تجری فقط با قصد ارتکاب جرم و به قول یکی از حقوقدانان با جرم وهمی قابل مقایسه است؛ هر چند ممکن است تفاوت‌هایی هم داشته باشند... این اعمال قابل مجازات نیستند، زیرا یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم، عنصر قانونی است و در مورد این اعمال چنین عنصری وجود ندارد، لذا به عنوان جرم یا شروع به جرم قابل مجازات نیستند» (حبیب زاده، شماره ۱۸، ص ۲۰).

ایرادی که به این اظهارات وارد است آن است که اولاً، جرم وهمی منطبق بر تجری حکمی است، شامل تجری موضوعی نمی‌شود. این دو نوع تجری از جهت آثار و نتایج اجتماعی و از جهت مؤاخذه و عقاب یکسان نیستند؛ بنابراین، نباید جرم وهمی را معادل همه مصادیق تجری دانست؛ ثانیاً، این تحلیل فقط بر مبنای تعریف اخص از تجری صحیح است، اما بر مبنای تعریف خاص و اعم صحیح نیست؛ زیرا همانگونه که گذشت، بر مبنای تعریف خاص، کلیه اقدامات مرتکب که با قصد مجرمانه انجام می‌شود، اما به هر دلیل منتهی به تحقق مقصود مرتکب نمی‌شود، تجری تلقی می‌شود؛ لذا شروع به جرم نیز مشمول عنوان تجری است و طبق قانون فعلی نیز مسئولیت کیفری دارد. البته در فقه مطلبی تحت عنوان شروع به جرم مطرح نشده است؛ اما برخی علما در مقدمه حرام بحثی تحت عنوان مقدمه موصله مطرح کرده‌اند؛ یعنی بلافاصله پس از انجام آن مقدمه، معصیت محقق می‌شود، که این بحث منطبق بر شروع به جرم است و دقیق‌تر از عنوان مقدمه موصله، تعبیر امام خمینی است ایشان هر چند مقدمه حرام را حرام نمی‌دانند؛ اما تصریح دارند که اگر مقدمه، جزء اخیر از علت متصل به ذو المقدمه باشد، حرام است؛ (۱/۲۸۲-۲۸۳) در واقع ارتکاب جزء اخیر مقدمه، همان عملیاتی است که بلافاصله بعد از آن جرم و گناه محقق می‌شود این مطلب، منطبق بر تعریفی است که از شروع به جرم در حقوق کیفری مطرح شده است.

بنابر این، علمایی که حرمت مقدمه را مشروط به موصله بودن و یا جزء اخیر بودن، کرده‌اند، شروع به جرم را حرام می‌دانند و علمایی که مقدمه حرام را اعم از اینکه موصله باشد یا نباشد، حرام می‌دانند؛ به طریق اولی شروع به جرم را حرام می‌دانند؛ لذا می‌توان نتیجه گرفت که اگر چه همه علما مقدمه حرام را حرام نمی‌دانند؛ اما اکثریت قریب به اتفاق آن‌ها شروع به جرم را حرام می‌دانند. این حرمت از دو راه قابل اثبات است: اول از طریق قاعده ملازمه و تسری حرمت ذی المقدمه به مقدمه که حرمت غیري است؛ دوم

از طریق حرمت تجری است؛ لذا طبق مبنای کسانی که تجری را به مفهوم اعم یا خاص تعریف کرده‌اند حرمت شروع به جرم از هر دو طریق قابل اثبات است. و طبق مبنای کسانی که تجری را به معنای اخص تعریف کرده‌اند، حرمت شروع به جرم از طریق اول، قابل اثبات است.

۴. ارتباط جرم محال با تجری

از آنجایی که جرم محال دارای اقسامی است، لازم است به تقسیمات کلی محال اشاره شود تا معلوم شود که آیا همه اقسام آن با تجری قابل انطباق هست یا نیست؟ حقوقدانان جرم محال را به دو قسم تقسیم می‌کنند: محال نسبی و محال مطلق؛ مراد از محال نسبی آن است که جرم واقعاً می‌توانسته وجود داشته باشد ولی در لحظه ارتکاب، موضوع به طور اتفاقی مفقود بوده است؛ مثل دست کردن به جیب کسی که اتفاقاً جیب او خالی است؛ اما محال مطلق آن است که موضوع آن اصلاً وجود نداشته یا وصف لازم قانونی جهت تحقق جرم را نداشته است. مانند سعی در سقط جنین زنی که اصلاً حامله نبوده است یا تیراندازی به کسی که قبلاً مرده است (گلدوزیان، ۱۷۶). همانگونه که از ظاهر تعریف محال مطلق پیداست این تعریف از دو قسمت تشکیل شده که قابل تفکیک است؛ قسمت اول آن به عدم وجود موضوع جرم اشاره دارد و قسمت دوم آن به فقدان شرایط قانونی یا فقدان عنصر قانونی اشاره دارد؛ لذا محال مطلق به دو قسم، محال مطلق موضوعی و محال مطلق حکمی (قانونی) تقسیم می‌شود. البته در تعریف محال حکمی بین حقوقدانان اختلاف وجود دارد. اگر مراد از محال حکمی فقدان عنصر قانونی باشد: محال حکمی آن است که: «مرتکب با قصد ارتکاب جرم رفتاری را انجام می‌دهد که یقین دارد در قانون جرم انگاری شده و قابل مجازات است لیکن فی الواقع عمل ارتكابی جرم نیست» (شمس ناتری و دیگران، ۲۷۴).

این تعریف منطبق با جرم وهمی است که همان تجری حکمی است که شرح آن گذشت؛ اما اگر مراد از محال حکمی، فقدان شرایط قانونی باشد، محال حکمی منطبق با جرم وهمی نیست؛ چه اینکه برخی گفته‌اند: «عنصر قانونی جرم به معنای ممنوعیت کیفری قانون‌گذار برای نتیجه مقصود فاعل، همچنان وجود دارد و تنها به خاطر اینکه این مقاصد مجرمانه از لحاظ قانونی امکان وقوع ندارند محقق نمی‌شوند یا به عبارت بهتر به دلیل اینکه یکی از «شرایط قانونی» جرم فراهم نیست، جرم غیرممکن می‌شود و نه اینکه «عنصر قانونی» موجود نباشد ... مثال تیراندازی به قصد قتل یک جسد و یا سقط یک جنین مرده به عنوان مثال‌های بارز و مبین وضعیت محال قانونی، عنصر قانونی قتل و یا سقط جنین وجود دارد و فقط به خاطر فقدان شرط قانونی زنده بودن انسان و جنین است که هر دوی این جرائم، محال قانونی می‌باشند» (فتحی و دیگران، ۴۶۲).

بنابر این، محال حکمی نیز به دو قسم مذکور قابل تقسیم است. به هر حال عده‌ای از حقوقدانان تجری

را منطبق بر جرم محال دانسته‌اند. البته تعابیر در این مورد مختلف است در برخی اظهارات آمده است: نوع خاصی از جرم محال در قالب تجری قابل طرح است (گلدوزیان، ۱۷۶). در اظهار نظر دیگری به نقل از برخی از حقوقدانان به طور کلی گفته شده است: جرم محال منطبق با تجری است. (اردبیلی، ۱/ ۲۲۴). با توجه به تعاریف مختلفی که از تجری مطرح شد، پاسخ این سؤال آن است که اگر مبنای تطبیق و ارزیابی، تعریف خاص و اعم تجری باشد طبق شرحی که گذشت همه اقسام جرم محال، تجری محسوب می‌شوند؛ چه اینکه یکی از حقوقدانان فقیه علاوه بر جرم محال، جرم عقیم را نیز با این مبنا تجری می‌دانند. (گرچی، ۱۱۲)؛ اما اگر مبنای تطبیق و ارزیابی، تعریف اخص باشد، آنچه مسلم است، قسم محال حکمی از نوع فقدان عنصر قانونی، منطبق با تجری است؛ اما سایر اقسام در صورتی منطبق با تجری است که اقدامات انجام شده در واقع مشروع و مجاز باشد، ولی مرتکب با تصور اینکه نامشروع است، مرتکب شود؛ لذا مصادیقی از جرم محال، مانند تیر اندازی به قصد قتل به جسد مرده یا تیر اندازی به کسی که از دسترس خارج شده یا دست در جیب خالی به قصد سرقت، هر چند قتل و سرقت محقق نشده است، اما تیر اندازی و دست در جیب کسی کردن تحت عناوین دیگر، جرم تلقی می‌شود؛ اما مصادیقی مثل دادن دارو با تصور اینکه سم کشنده است یا برداشتن مال خود از غیر حرز به قصد سرقت، منطبق با تجری به معنی اخص است؛ چون عمل انجام شده در واقع مجاز است.

۵. رابطه جرم عقیم با تجری

جرم عقیم به جرمی اطلاق می‌شود که فاعل تمام کوشش خود را برای رسیدن به نتیجه به کار می‌گیرد ولی بنا به عللی غیر قابل پیش‌بینی که خارج از اراده اوست نتیجه حاصل نمی‌شود؛ (اردبیلی، ۱/ ۲۲۷) یا به دلیل عدم مهارت خود به مقصود نمی‌رسد. (صانعی، ۱/ ۲۹۴) بر مبنای تعریف مشهور (اخص)، تجری نیست؛ زیرا در جرم عقیم وارد عملیاتی شده که وصف مجرمانه دارد؛ اما در تجری در واقع وارد عملیات مجرمانه نمی‌شود و امکان تحقق جرم نیست. لیکن طبق تعریف اعم و تعریف خاص تجری، جرم عقیم نیز همانند سایر جرائم ناتمام، مشمول تعریف تجری می‌باشد.

نتیجه‌گیری

۱. هر چند حکم تجری به معنای قطع غیر مصیب، در بین فقها اختلافی است؛ برخی فعل متجری را فقط عقلاً قبیح می‌دانند و برخی به استناد ملازمه عقل و شرع یا تحت عنوان حکم ثانوی، تجری را شرعاً نیز حرام و مستوجب کیفر اخروی و دنیوی می‌دانند و برخی به دلیل آنکه تجری را فاقد قبح فعلی می‌دانند، استحقاق عقاب اخروی را نمی‌پذیرند؛ ولی همه اتفاق نظر دارند که در تجری قبح فاعلی وجود دارد و

متجری مستحق مذمت و توبیخ است و از آنجایی که توبیخ نوع خفیفی از تعزیر محسوب می‌شود، می‌توان گفت در واقع همه فقهاء اتفاق نظر دارند که متجری استحقاق تعزیر خفیف را دارد؛ وانگهی در مواردی که تجری علیه مصالح عمومی باشد و حالت خطرناک متجری محرز باشد، حتی فقهای مخالف حرمت تجری نیز معتقدند که می‌توان با استناد به حکم حکومتی و یا حکم ثانوی، تعزیر متناسب مقرر و یا متجری را تحت اقدامات تأمینی و تربیتی قرار داد. بنابر این، مراتب مختلف تعزیر برای بسیاری از مصادیق تجری، طبق اتفاق نظر فقهاء قابل اعمال است.

۲. نتیجه دیگری که این تحقیق به دست می‌دهد آن است که جرائم ناتمام نیز مشمول تعریف تجری قرار می‌گیرند و از آنجایی که در قبح و حرمت جرائم ناتمام، اختلاف قابل توجهی بین فقهاء نیست، با پذیرش این نظریه، ادله حرمت تجری و استحقاق عقوبت متجری که منطبق با نظر مشهور فقهاء است، تقویت می‌شود؛ زیرا وحدت ملاک در این موضوع اقتضاء دارد، حکم یکسانی در مورد ماهیت و مصادیق تجری مقرر شود، هرچند با توجه به شدت و ضعف نوع جرایمی که نسبت به آن‌ها تجری صورت می‌گیرد، باید مراتب مختلف تعزیر، متناسب با آن اعمال شود؛ اما حکم کلی آن‌ها از جهت حرمت یکسان است؛ لذا بر این اساس نیز مقتن می‌تواند نظر مشهور فقهاء را به صورت کامل ترجیح داده و خلأ قانونی موجود در مورد تجری را برطرف نماید.

منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، ج ۱، قم، نشر آدب، ۱۴۰۵ ق.
- اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، تهران، نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۳.
- امینی، علیرضا؛ پورمنوچهری، سید علی «تجری در حوزه فقه و اصول» *پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۱۴، سال ۱۳۸۷، صص ۵۱ - ۶۶.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، ج ۱، قم، مجمع فکر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، چاپ هفتم، نشر گنج دانش تهران، ۱۳۷۴.
- حائری اصفهانی، محمدحسین، *الفصول الغرویة فی الأصول الفقهیة*، ج ۱، قم، دار الاحیاء علوم، ۱۴۰۴ ق.
- حبیب زاده، محمد جعفر، «تحلیل ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی»، *ماهنامه دادرسی*، شماره ۱۸، تهران، ۱۳۷۸، صص ۱۸ تا ۲۴.
- خمینی، روح الله، *تهذیب الاصول*، تقریر جعفر سبحانی، ج ۱، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳.
- خوئی، ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، تقریر محمد حسینی بهسودی، ج ۲، قم، نشر داوری، چ پنجم، ۱۴۱۷ ق.
- سبحانی، جعفر، *المحصول فی علم الاصول*، تقریر سید محمود جلالی، ج ۳، قم، مؤسسه امام صادق (ع)،

_____، *درس خارج اصول*، www.eshia.ir/feqh، ۱۳۸۸.

شمس ناتری، محمدابراهیم، و حمید رضا کلاتری و ابراهیم زارع، *قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی*، چ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.

صانعی، پرویز، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، چ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۴.

صدر، محمد باقر، *بحوث فی علم الأصول*، تقریر سید محمود شاهرودی، ج ۲، قم، مجمع علمی شهید صدر، ۱۴۰۵ ق.

_____، *دروس فی علم الأصول*، ب چ دوم، ج ۱، بیروت، دارالکتب لبنانی، ۱۴۰۶ ق.

ابن بابویه، محمد، *علل الشرائع*، ج ۲، نجف، مکتبه الحیدریه، ۱۳۸۵ ق.

فتحی، محمد جواد؛ ره دار پور، حامد؛ چنگایی، فرشاد، «جرم وهمی در مقایسه با مفاهیم مشابه» *فصلنامه تحقیقات حقوقی* شماره ۶۰، تهران، سال ۱۳۹۱، صص ۴۴۱ تا ۴۷۴.

قیاسی، جلال الدین؛ ساریخانی، عادل؛ خسرو شاهی، قدرت الله، *حقوق جزای عمومی اسلام و حقوق موضوعه*، ج ۲، چ سوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.

گرجی، ابوالقاسم، «حقوق جزای عمومی اسلام»، *نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی*، شماره ۶، تهران، سال ۱۳۵۸، صص ۸۵-۱۴۸.

گلدوزیان، ایرج، *بایسته های حقوق جزای عمومی*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.

متقی هندی، علاء الدین علی بن حسام، *کنز العمال*، ج ۱۵، چاپ پنجم، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۰۱ ق.

مشکینی، میرزا علی، *اصطلاحات الأصول*، قم، نشر الهادی، ۱۳۷۱.

مظاهری، حسین، *درس خارج اصول* www.eshia.ir/feqh، سال ۱۳۸۹.

_____، *درس خارج اصول*، www.almazaheri.ir، سال ۱۳۷۴.

_____، *عوائد الاصول الصغیر*، ج ۲، چ اول، اصفهان، مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهرا، ۱۳۹۳.

معین، محمد، *فرهنگ فارسی یک جلدی*، چ دوم، تهران، انتشارات راه رشد، ۱۳۸۴.

مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات*؛ سایت <http://makarem.ir>، بی تا.

میرخلیلی، محمود «بازپژوهی تجری در آموزه های اسلامی با نگاهی به حالت خطرناک از منظر جرم شناسی» *نامه مفید*، شماره ۸۲، قم، سال ۱۳۸۹، صص ۲۵-۴۲.

نائینی، محمد حسین، *أجود التقریرات فی علم الأصول*، به قلم سید ابوالقاسم خوئی، ج ۱، قم، انتشارات مصطفوی، سال ۱۳۵۱.

هاشمی شاهرودی، محمود، *فرهنگ فقه فارسی*، ج ۲، چ دوم، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۳۸۵.



بازپژوهی فقهی _ اصولی اثبات نقض بالفعل در نظریه نقض فرضی قرارداد*

محمدحسین فلاح یخدانی^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

Email: pnu.fallah@gmail.com

دکتر ابراهیم تقی زاده

استاد، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

Email: taghizadeh@gmail.com

دکتر مجید سر بازیان

استادیار، گروه حقوق، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

Email: sarbazian20@gmail.com

حسین حیدری منوّر

عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور

Email: heydaritechlaw@yahoo.com

آزاده نجفی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی بیرجند

Email: azadehnajafi1980@gmail.com

چکیده

در حقوق قراردادهای بین المللی، ضمانت اجرای حق تعلیق قرارداد به دلیل نقض فرضی، با مبانی متعدّد، مورد قبول واقع شده است. به موجب این حق، متعهدّله که قبل از موعد اجرای تعهد به طور معقول و متعارف به این نتیجه رسیده که متعهد در موعد مقررّ به هر دلیل به تعهد قراردادی خویش عمل نخواهد کرد، با توجه به معیار جهات نوعی و نیز مدّ نظر قراردادن تمام اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، اختیار تعلیق اجرای تعهد خود را دارد. در این پژوهش با رویکرد تطبیقی در کنوانسیون وین، امکان سنجی فقهی _ اصولی آن در حقوق اسلام مورد بررسی قرار می گیرد و ضمن ارائه مبانی پیشنهادی، با تمسک به قاعده مقدّمه وجودیه و قواعد و مسائل برخاسته از آن، همچون؛ مقدّمات عقلیه، تبعیه، و مفوّته، هم می توان اصل موضوع مورد بحث را (اعمال حق تعلیق در نقض فرضی) و هم نقض بالفعل مورد مناقشه را اثبات کرد، تا پایگاه این ضمانت اجرا در قانون مدنی ایران تثبیت و تقویت شود.

کلیدواژه ها: حق تعلیق، نقض فرضی، تعهدات قراردادی، موعد قرارداد، مقدّمه وجودیه عقلیه، مقدّمه تبعیه

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۹/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۱۲/۱۴.

۱. نویسنده مسئول

A Jurisprudential and Usuli Restudy of Proving Actual Breach in the Anticipatory Breach of Contract Doctrine

Mohammad Hossein Fallah Yakhani, Ph.D., Student of Private Law, Payame Nour University, Tehran

Ibrahim Taghi Zadeh, Ph.D., Professor, Payame Nour University, Tehran
(Corresponding Author)

Majid Sarbazian, Ph.D., Assistant Professor, Shiraz University

Hossein Heidari Monavvar, Ph.D., Staff Member, Payame Nour University

Azaheh Najafi, Ph.D., Student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Islamic Azad University of Birjand,

Abstract

In the law of international contracts, the suspension right remedy due to the anticipatory breach of contract has been accepted based on multiple foundations. Under this right, the creditor who, before the due date of fulfillment of obligation has, reasonably, concluded that the debtor, for any reason, would not perform their obligation, has the option to suspend his obligation according to the objective aspects criterion and after considering all surrounding circumstances of the case. In this paper, through a comparative approach in the Vienna Convention, its jurisprudential and Usuli feasibility in Islamic law will be studied and while presenting the suggested bases, by resorting to the rule of existence premise (moghaddameh vojoudieh) and the rules and issues originated from it such as rational, subordinate and annihilatory premises (moghaddameh mofavvete), the main discussed issue (execution of the right to suspend in anticipatory breach) and the disputed actual breach may be proven so that the status of this remedy is established and strengthened in the Iranian Civil Code.

Keywords: right to suspend, anticipatory breach, contractual obligations, execution date of contract, rational existence premise, subordinate premise.

مقدمه

یکی از موضوعات مهم در حقوق قراردادهای به کارگیری نظریه نقض فرضی قرارداد، به منظور افزایش اطمینان و تسریع و تسهیل در مبادلات تجاری است. اصولاً در قراردادهای، دغدغه اصلی متعهدله، ایفای تعهدات از سوی طرف مقابل است؛ چون بسیار اتفاق می افتد که از زمان انعقاد قرارداد تا قبل از اجرای کامل آن، متعهد به دلایلی از قبیل پشیمانی یا در اثر بروز حوادثی، توانایی یا تمایلی به اجرای قرارداد ندارد و بقای عقد مورد تردید قرار می گیرد. در این حالت این سؤال مهم مطرح می شود که راهکار منطقی در نظام های حقوقی چیست؟

راهکار سنتی که برخی از نظام های حقوقی مثل ایران از آن تبعیت می کند این است که - با توجه به لزوم وفای به عهد - تا پیش از فرا رسیدن موعد، هیچ دعوایی از سوی متعهدله، علیه متعهد، پذیرفته نخواهد شد. راهکار دیگری که در نظام حقوق عرفی (کامن لا)^۱ و مقررات تجاری بین المللی مطرح شده و مبتنی بر تفسیری نوین از اصل لزوم است، به شخصی که خود را یک طرف قراردادی می بیند که با فرض مسلم و نه محتمل می داند که متعهد در موعد مقرر، مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، اجازه می دهد که نسبت به تعلیق قرارداد و مطالبه خسارت اقدام نماید (Audi, 154). از سویی دیگر کنوانسیون بیع بین المللی کالا در ماده ۷۱ به منظور جلوگیری از سوء استفاده طرف مقابل، شرایطی را برای تعلیق اجرای قرارداد توسط متعهدله تعیین نموده است (Larry & et al, 125)، با این استدلال که قواعد حقوقی تنظیم کننده روابط بین اشخاص، باید به گونه ای طراحی شوند که علاوه بر ایجاد نظم و برقراری عدالت، موجب سهولت معاملات و مانع از هدر رفتن منابع انسانی و مادی گردند (Joshu, 5).

هر چند از زمان ورود این نظریه به نظام حقوقی کامن لا و حقوق تجارت بین الملل، مدت زمان طولانی می گذرد،^۲ اما به نظر می رسد که این ضمانت اجرا، هنوز به طور کامل مورد مذاقه قرار نگرفته و مخصوصاً از زاویه حقوق موضوعه ایران و حقوق اسلام به آن توجه نشده است. بنابراین در این پژوهش با رویکرد تطبیقی، تلاش می شود تا علاوه بر بررسی این موضوع در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، امکان سنجی فقهی _ اصولی اعمال حق تعلیق در حقوق اسلام نیز تبیین و تشریح گردد تا این مطالعه تطبیقی و

۱. Common Law

۲. در دوازده آوریل ۱۸۵۲ میلادی، با طرح دعوی معروف هاجستر علیه دولاتور (Hochster v. De La Tour (1853), 2 E. & B. 678)، نظریه نقض فرضی قرارداد در حقوق انگلیس مطرح و با صدور رأی از سوی قاضی گورد کمپبل (Lord Chief Justice Campbell) در سال ۱۸۵۳ میلادی، این نظریه به منصفه ظهور رسید (Rowley, 573)، و در سال ۱۹۰۶ میلادی نیز در ماده ۵۷ قانون متحد الشکل بیع آمریکا مورد پذیرش قرار گرفت؛ و پس از کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰)، مفاد نظریه در دیگر اسناد حقوقی بین المللی نظیر اصول قراردادهای تجاری بین المللی (PICC) [ماده ۴-۳-۷] و اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL) [ماده ۱:۱۰۵] راه یافت.

رهیافت روشن‌گرانه آن در حقوق ایران، بتواند به غنی‌تر شدن مباحث مربوط به ضمانت اجراها مدد رساند. و در نهایت با ارائه مبانی پیشنهادی، قانونگذار را ترغیب کند که جهت کارآمد کردن ضمانت اجرای قراردادی، از استدلال‌های مقتبس از مسائل و قواعد فقهی - اصولی همچون مقدمه وجودیه عقلیه و مقدمه تبعیه بهره بگیرد.

حق تعلیق اجرای قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰)

به مستفاد از ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در صورت معلوم شدن عدم اجرای بخشی مهم از تعهدات پس از انعقاد قرارداد، موارد ذیل را می‌توان به عنوان علل ایجاد حق تعلیق قرارداد از سوی متعهدله به شمار آورد:

(۱) ظهور نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار مالی او

(۲) نحوه رفتار متعهد در تمهید مقدمه اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد

هر چند که اعطای حق اعلام برائت از تعهدات قراردادی به یک طرف، با هدف کنوانسیون که معتبر نگه داشتن قراردادهای تجاری بین‌المللی است، هماهنگی ندارد (پلاتنار، ۳۶۱)، اما تهیه‌کنندگان کنوانسیون به این موضوع نیز توجه داشته‌اند که در این حالت اگر احتمال زیادی وجود داشته باشد که طرف مقابل وی بخش اساسی تعهداتش را انجام نخواهد داد، سزاوار حمایت است در غیر اینصورت منجر به تحمل زیان غیر قابل انکاری خواهد شد (Bennett, 513-518). ماده مذکور در ۳ بند تنظیم گردیده که هر یک مسایلی را عنوان می‌دارد، که ما نیز به تفسیر هر یک به طور جداگانه می‌پردازیم.

۱- شرایط و علل تعلیق

در کنوانسیون، تقصیر متعهد ناقض قرارداد، شرط نیست؛ ضمن اینکه هر نقضی برای استناد به حق تعلیق اجرای تعهد کافی نیست؛ بلکه نقض تعهدات - اصلی یا فرعی - باید بخش مهمی از قرارداد را تحت تأثیر قرار داده باشد (اندرز، ۱۹) که با لحاظ کلّ قرارداد و تفسیر اراده و خواسته‌های طرفین، نقض بخش مهم و عمده قرارداد معلوم می‌شود. (Honold, 480). البته در این خصوص هم باید معیار نوعی و شخص متعارف ملاک قرار گیرد و مرجع قضایی باید اوضاع و احوال و تمامی حقایق پرونده را در نظر بگیرد (Ibid, 430). در واقع، ناتوانی در اجرای تعهد نه تنها باید خود یکی از طرفین را در مورد اجرای قرارداد نگران کرده باشد بلکه باید چنان باشد که یک ناظر بی‌طرف عرفاً عدم اجرای تعهد را پیش‌بینی کند (Schlectriem, 92). لذا ترس و بیم شخصی به نقض در آینده، توجیه‌کننده تعلیق نیست (Ibid, 96). پس هم توجه به معیار جهات نوعی و عرفی، و هم مدّ نظر قراردادن تمام اوضاع و احوال حاکم بر قضیه و

لزوم توجه به کل قرارداد و خواسته‌ها و انتظارات متعاقدين (معیار شخصی)، شرط لازم در اعمال حق مذکور است (Azeredo, 8).

البته متن کنوانسیون معیار مشخصی برای تعیین میزان قطعیت لازم برای رسیدن به این نتیجه که یک طرف بخش مهمی از تعهدات خود را انجام نخواهد داد، ارائه نمی‌دهد. با وجود این، از آنجا که اعمال بند ۱ ماده ۷۱ باید براساس معیارهای نوعی بوده و باید مصتیق تفسیر شود، لذا سیاق عبارت ماده ۷۱ مؤید این مطلب است که احتمال عدم اجرا باید در حد قطعیت واقعی^۱ که معیار آن عرف تجاری است باشد (Bennet, 522). به عنوان قاعده کلی، یک طرف نمی‌تواند تعهدات خود را در قبال نقض‌های نسبتاً کوچک^۲ معلق کند. هر چند که برخلاف نظر برخی از نویسندگان (هوزیه، ۳۷۱) لازم هم نیست نقض تعهد در حد اساسی به مفهوم ماده ۲۵ باشد. ضمن این که دلیلی برای تناسب بین میزان نقض و تعلیق که توسط برخی از مفسران ارائه شده نیز از کنوانسیون استنباط نمی‌شود. معیار مهم بودن نقض را می‌توان عرف دانست که اصل حسن نیت هم، مؤید آن است (Schlectriem, 95).

اما در خصوص علل ایجاد حق تعلیق، در بند ۱ ماده مذکور، دو مورد ذکر شده که در واقع هر دو شرط مطروحه در این بند، برای هر چه نوعی‌تر کردن زمینه‌های تعلیق تنظیم شده است.

الف. نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار او

نقصان فاحش در توانایی اجرای تعهد ممکن است مربوط به بایع یا خریدار باشد و این که علت نقصان چه چیزی است اهمیتی ندارد (Enderlein&Masko, 286). نقصان امکان دارد امری شخصی باشد مثل ورشکستگی و ممکن است یک امر نوعی باشد مثل دستور مقامات عمومی یا تحریم اقتصادی (Azerdo, 5).

نقصان در اعتبار نیز همانند نقصان در توانایی اجرا ممکن است به هر دو طرف مربوط باشد؛ یعنی نه تنها به خریداری که تعهد به پرداخت ثمن کرده، بلکه به فروشنده‌ای که کالای فروخته شده را نمی‌تواند تأمین مالی کند نیز مربوط می‌شود. در رأی که از دیوان داوری اتاق بازرگانی و صنعتی مجارستان صادر شده، به فروشنده حق تعلیق اجرای تعهد داده شده بر این اساس که خریدار نتوانسته است ضمانت نامه بانکی مؤثر افتتاح کند (Hungary Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest, 1995, Arbitral VB/94124.17).

نقصان فاحش در اعتبار خریدار ممکن است از تأخیر در پرداخت ثمن به فروشنده در دیگر قراردادهای

^۱ Virtual certainty

^۲ Relatively minor

فیمابین استنباط شود (جمعی از نویسندگان، ۶۱/۲). در یک رأی صادره از دادگاه بخش بلژیک به فروشنده حق داده شد که اجرای تعهدات خود را معلق کند به خاطر این که خریدار در پرداخت ثمن قراردادهای بیع قبلی به مدت هفت ماه تأخیر کرده بود و در نهایت نتوانسته بود ثمن را پرداخت کند (Belgium Rechtbank [District court] van, koopphander Hasselt, 1 March 1995, AR.3641/94).

به عقیده برخی از مفسرین، منظور از اجرای قرارداد مذکور در این بند، عدم اجرای قراردادهای مشابه در گذشته یا عدم انطباق سیستماتیک کالاهایی که در گذشته تسلیم کرده است می‌باشد (پلاتنار، ۳۵۹). اما برخی دیگر نحوه رفتار متعهد در اجرای قرارداد را اجرای همان قراردادی که معلق می‌شود، قلمداد می‌کنند (رحیمی، ۱۲۲). اما به نظر می‌رسد آن چه در نقض فرضی اهمیت دارد این است که متعهدله با تکیه بر معیارهای معقول و عینی به این نتیجه برسد که طرف دیگر مرتکب نقض قرارداد خواهد شد؛ بنابراین نباید در این مورد تفاوتی بین رفتار متعهد در اجرای قراردادهای مشابه یا در اجرای همان قراردادی که معلق می‌شود قائل شد.

ب. رفتار متعهد در تمهید مقدمه اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد

این موضوع در قسمت ب از بند ۱ ماده ۷۱ پیش‌بینی شده است و این قسمت را باید با توجه به مواد ۳۲ و ۳۴ در مورد تعهدات بایع و مواد ۵۴ و ۶۰ و ۶۵ کنوانسیون در مورد تعهدات مشتری تفسیر کرد. همان‌طوری که طرفین می‌توانند انجام اعمال مقدماتی را برای اجرای قرارداد شرط کنند، کنوانسیون نیز ممکن است انجام این امور را مقرر کرده باشد؛ مانند انعقاد قراردادهای لازم برای حمل کالا (ماده ۳۲)، تسلیم اسناد (ماده ۳۴)، گشایش اعتبارات اسنادی (ماده ۶۴) یا تعیین مشخصات کالا (ماده ۶۵) (Azeredo, 5). حتی رفتار مزبور در این قسمت ممکن است به اجرای قراردادهای دیگر مربوط باشد؛ مثل استفاده از مواد خام نامناسب در اجرای تعهدات در قراردادهای مشابه (Lookofsky, 148).

عدم اجرای اعمال مقدماتی ضروری توسط یک طرف، دلیل معتبری برای طرف مقابل برای تعلیق اجرای تعهدات بر طبق قسمت ب از بند ۱ ماده ۷۱ است و طرفی که با شرایط قانونی تعهد خود را معلق می‌کند، ناقض تلقی نمی‌شود؛ زیرا تعلیق، نقض قرارداد نیست بلکه حقی یک طرفه برای تغییر زمان اجرای تعهد است (ICC, January 1999, Award no. 8786).

۲- منع تسلیم کالای در حال حمل

برخلاف بند نخست ماده ۷۱ که نسبت به طرفین قابل اعمال است، مطابق بند دوم این ماده، حق تعلیق اجرای تعهد، فقط مختص فروشنده است. این بند به موردی می‌پردازد که پس از ارسال کالا معلوم می‌شود که خریدار تعهد خود مبنی بر پرداخت ثمن را انجام نخواهد داد. در اینجا به فروشنده اجازه داده شده که

تعهد خود مبنی بر تسلیم کالا را معلق کند و متصدی حمل و نقل را از تحویل کالا به خریدار منع کند، ولو آن که خریدار اسنادی مانند بارنامه دریایی داشته باشد که وی را مستحق دریافت کالا کند (Secretariat Commentary on art.62 of the 1978 Draft).

غیر از بند ۲ ماده ۷۱، بند ۲ ماده ۵۸ نیز به فروشنده اجازه می دهد شرط کند که کالا در صورتی تحویل داده شود که ثمن پرداخته شود. بنابراین، در صورتی که بند ۲ ماده ۷۱ رجوع می شود که کالا با چنین شرطی ارسال نشده باشد (جمعی از نویسندگان، ۶۲).

بدیهی است که بند ۲ ماده ۷۱ فقط زمانی فایده دارد که خطر احتمالی عدم پرداخت پس از ارسال کالا و قبل از تسلیم آن به مشتری کشف شود و فروشنده کنترل خود را نسبت به کالا برای مثال به وسیله نگه داشتن بارنامه دریایی قابل انتقال (بند ۲ ماده ۵۸) حفظ نکرده باشد (Honnold, 490).

به مستفاد از قسمت آخر بند ۲ ماده ۷۱، اولاً: حق فروشنده مبنی بر امتناع از تحویل کالا به خریدار، بر حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت که کالا به آنها باز فروش شده یا مالکیت کالا به آنها منتقل شده تأثیر ندارد (Vilus, 243-244). اما اگر طرفین با توجه به ماده ۶ کنوانسیون بر اعمال قانون ملی توافق کرده باشند و قانون ملی در این موارد چنین حقی را برای فروشنده پذیرفته باشد، او می تواند به متصدی حمل دستور عدم تسلیم کالا را بدهد (اصغری آقمشهدی و نوری، ۸۷).

ثانیاً: حق فروشنده مبنی بر توقف کالای در حال حمل، تأثیری بر روابط بین متصدی حمل و خریدار ندارد و این که آیا متصدی حمل یا انباردار باید از دستورات فروشنده تبعیت کند یا نه به قرارداد راجع به کرایه و انبارداری و حقوق داخلی بستگی دارد (Schlectriem, 94). در واقع، این سؤال که اگر خریدار دارای اسنادی باشد که وی را مستحق مطالبه کالا می کند، تبعیت متصدی حمل از دستورات فروشنده امری اجباری است یا اختیاری؟ تحت حاکمیت شروط قرارداد منعقد شده برای حمل و نقل و قانون حاکم بر شکل حمل و نقل است (Kritzer, 461). مطابق کنوانسیون هیچ تعهدی که متصدی حمل و نقل را بر تبعیت از درخواست فروشنده مبنی بر توقف کالای در حال حمل مجبور کند وجود ندارد (Chengwei, 15).

۳- اخطار تعلیق

براساس بند ۳ ماده ۷۱ «طرفی که اجرای تعهدات خود را، خواه قبل از ارسال کالا (بند ۱ ماده ۷۱) یا پس از ارسال و در حال حمل (بند ۲ ماده ۷۱) معلق می کند، مکلف است فوراً تعلیق خود را به طرق دیگر اطلاع دهد». اگر یک طرف اعلام کند که تعهدات خود را انجام نخواهد داد، طرف دیگر ملزم نیست که تعلیق اجرای تعهد خود را اطلاع دهد (Larry et al, 125). برخی از مفسران معتقدند هرچند یک طرف

می‌تواند قرارداد را بدون مطلع کردن طرف مقابل از قصد خود مبنی بر تعلیق معلق کند، ولی باید پس از تعلیق، فوراً طرف دیگر را از تعلیق مطلع کند (8, Azeredo). این اطلاع دادن، به طرف دیگر اجازه می‌دهد که تضمین کافی ارائه دهد و در نتیجه طرف مقابل، اجرای تعهد خود را مجدداً ادامه دهد. در یک رأی، دادگاه اطلاع هفت ماه پس از تعلیق را اطلاع فوری ندانست و غیر قابل قبول اعلام کرد (Belgium Hof van 1997/AR/2235, Beroep [Appellate Court] Gent, 26 April 2000).

اگر طرف متضرر نتواند تعلیق را اطلاع دهد، وی حق تعلیق اجرای تعهد را از دست نمی‌دهد، اما باید خسارت وارد به طرف دیگر را جبران کند (14, Chengwei). در مقابل مطابق برخی از آراء و دکترین، تعلیق‌کننده در صورت عدم ارسال اخطاریه صحیح نه تنها مسئول خسارت وارده به طرف مقابل است، بلکه به حق تعلیق اجرای قرارداد هم نمی‌تواند استناد کند (Germany Amtsgericht [AG] [petty District Court] Frankfurt a. M., 31 January 1991, 32 C 1074/90-41 (CLOUT case no51)). حتی گفته شده است که اگر طرف تعلیق‌کننده در ارسال اخطاریه غفلت کند، طرف دیگر می‌تواند با اثبات اینکه در صورت مطلع شدن بلافاصله تضمین کافی می‌داد، قرارداد را فسخ کند (9, Azeredo). بار اثبات این که اخطاریه به موقع و به نحو مناسب ارسال شده است بر عهده ارسال‌کننده اخطاریه است. در یک پرونده دادگاه آلمان رأی داد که تردیدهای متعارف در مورد اعتبار خریدار دلیلی بر ندادن اخطاریه توسط فروشنده مطابق بند ۳ ماده ۷۱ نیست و استدلال کرد که اگر فروشنده می‌خواست حق تعلیق خود را اعمال کند، می‌بایست خریدار را در مورد هر نوع تردید در خصوص اعتبار یا توانایی انجام وظایف یا مسئولیت‌هایی که مطابق قرارداد بیع داشت مطلع می‌کرد (Germany AG Frankfurt, 3 January 1991, 32 C 1074/90-41).

بند ۳ ماده ۷۱ به محتوای اطلاعیه و صریح و روشن بودن آن اشاره می‌کند ولی وسیله ابلاغ آن را ذکر نمی‌کند که در این خصوص باید طبق ماده ۲۷ کنوانسیون عمل شود. آنچه از ماده ۲۷ استنباط می‌شود این است که برای این که اطلاعیه مؤثر واقع شود، لازم نیست که توسط طرف دیگر دریافت شود و همین که ارسال شود کافی است (94, Schlechtriem). به عبارت دیگر، ریسک انتقال اخطاریه برعهده گیرنده است. با وجود این، توجه به این که هدف از اخطاریه تعلیق این است که به گیرنده اجازه داده شود تضمین کافی ارائه کند و طرفین با هم همکاری کنند و عقد را هم چنان نگه دارند، به نفع طرف تعلیق‌کننده است که مطمئن شود اخطاریه تعلیق توسط طرف مقابل دریافت شده است (8, Azeredo).

در خصوص ارائه تضمین باید گفت طرفی که تعلیق به او اخطار داده شده بایست دلایلی قانع‌کننده و معقول ارائه کند که به تعهد خود عمل خواهد کرد؛ مانند تضمین پرداخت قیمت کالا توسط بانک، و یا

اثبات این که توقف تولید به علت نبود مواد اولیه بوده و با تأمین ماده اولیه از منبع دیگر، تولید ادامه خواهد یافت (صفایی و دیگران، ۳۳۷).

حق تعلیق اجرای قرارداد در حقوق اسلام

نظریه نقض فرضی قرارداد هر چند که در حقوق اسلام _ که پایه و اساس حقوق ایران را تشکیل می‌دهد _ مشخصاً مورد توجه فقها قرار نگرفته و مطلبی نیز در خصوص آن در ابواب مختلف فقهی دیده نمی‌شود، اما ریشه‌ها و مبانی آن در حقوق اسلام دیده می‌شود که اجمالاً به آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱- بنای عقلا

بنای عقلا که به معنای روش و سلوک عملی خردمندان بر انجام عملی یا ترک عملی بدون دخالت و تأثیر عوامل زمانی، مکانی، نژادی و دینی است (مظفر، ۱/۱۵۳) و با تعابیر دیگری نظیر؛ سیره عقلا، عرف عقلا، طریقه عقلا و ... بکار رفته است، (فیض، ۲۲۴) در فرآیند استنباط‌ها و قواعد فقهی و اصولی (از قبیل قاعده لاضرر، شرط ضمنی و بلاخص مقدمه وجودیه عقلیه) نقش بسزایی داشته و حتی برخی فقها معتقدند که هر عقد عقلایی _ معین یا نامعین _ صحیح است مگر آنکه با دلیلی خاص، از شمول ادله خارج شده باشد (طباطبایی یزدی، ۷۱/۲) و برخی نیز دلیل فقهی بسیاری از احکام معاملات را بنای عقلا دانسته‌اند از جمله صحت معامله معاطاتی، لزوم تعادل عوضین و موارد دیگر (صاحب جواهر، ۲۳/۲۱۸؛ بجنوردی، ۵/۹۴).

در خصوص حجّیت بنای عقلا، گروهی بر این نظرند که بنای عقلا در همه موارد باید مستند به رأی معصوم و مورد تأیید ایشان باشد تا مشروعیت یابد (حکیم، ۱۹۸؛ صدر، قاعده لاضرر، ۱/۲۷۰) اما عده‌ای دیگر نظر مخالف داشته و بنای عقلا را صرفاً از آن جهت که مبتنی بر فطرت اجتماعی عقلایی است و بر اساس قاعده ملازمه، حکم به مشروعیت آن داده‌اند (خمینی، ۲/۱۳۰؛ اصفهانی، ۵/۳۰) از منظر این گروه، بنای عقلا به طور کلی مستند به حکم بدیهی عقل و طبع عقلایی است، عقلی که در شمار منابع استنباط احکام شرعی و همطراز کتاب و سنت است (فاضل لنکرانی، ۱۰/۵۷۶).

اما در رابطه با اعمال حق تعلیق در صورت نقض فرضی قرارداد، به نظر می‌رسد که این حق از مدرکات عقل آدمی است و به همین جهت بنای عقلا بر آن مستقر و ثابت است؛ زیرا عقل سلیم و بنای عقلا، انجام تعهد توسط یک طرف و الزام او را _ حداقل در مواردی که متعهد صراحتاً اعلام می‌دارد که تمایلی به اجرای تعهدات قراردادی خویش ندارد _ تأیید نمی‌کند و قائل نشدن به چنین حقی برای متعهدله، برخلاف

سیره عقلا، وجدان اخلاقی، انصاف و شهود حقوقی است.^۱

۲- قاعده لاضرر

بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه، بر اساس نفی حکم ضرری، حکمی که متضمن ضرر _ مادی یا معنوی_ باشد، تشریع نشده و بالذات چنین حکمی نفی شده است (انصاری، فرائد الاصول، ۲/ ۵۱۵؛ نراقی، مشارق الاحکام، ۲۷۳؛ مامقانی، ۳۳۲؛ نائینی، رساله فی قاعده نفی الضرر، ۲۰۱؛ اصفهانی، ۱۰۰؛ مصطفوی، ۲۴۳؛ بجنوردی، ۲۵۸/ ۱؛ روحانی، ۴۰۷/ ۵؛ صدر، قاعده لاضرر، ۱/ ۱۶۴؛ خوئی، ۱/ ۵۴۰؛ موسوی کمار، ۷۲). این قاعده از قواعد عام و فراگیر در همه نظام‌های حقوقی است و اختصاص به جامعه اسلامی و مسلمانان ندارد (محقق داماد، قواعد فقه، ۱۳۴)؛ چون از مستقلات عقلی است و فطرت بشری آن را می‌پذیرد (سیستانی، ۱۶۶-۱۸۳؛ خوئی، ۵۰۳؛ انصاری، المکاسب، ۱/ ۲۳۰؛ نراقی، عوائد الایام، ۵۱). عقل آدمی حکم می‌کند که انسان معقول در صورت فرض احتمال ورود ضرر قریب الوقوع، به انتظار وقوع آن ننشیند و سپس در صدد چاره‌جویی جهت خسارات وارده برآید؛ بلکه قبل از ورود خسارت، تمام اقدامات لازم جهت دفع آن انجام دهد (انصاری، فرائد الاصول، ۲/ ۱۲۱) در همین راستا، اعمال حق تعلیق، یکی از راه‌های مقابله با نقض فرضی قرارداد (ضرر قریب الوقوع) محسوب می‌گردد؛ چرا که با استنباط از قاعده لاضرر، هیچ ضرری نباید بدون تدارک و جبران باقی بماند و چون وقتی که عقل سلیم جبران ضرر مسلم آتی را لازم می‌داند، لزوم پیشگیری از ورود آن ضرر از طریق تعلیق قرارداد، عقلایی‌تر خواهد بود. حتی برخی از فقهای معاصر (خمینی، ۲/ ۵۶۵؛ خوئی، دراسات فی علم الاصول، ۶۳۴؛ طباطبایی یزدی، ۲/ ۱۷۲) معتقدند که در صورت اثبات استنکاف متعهد از انجام تعهد، طرف مقابل نیز محق است که خود را از قید تعهدات قراردادی رها سازد؛ چون با استناد به قاعده مذکور، لزوم عقد بیع برداشته می‌شود. زیرا هرچند که اصل لزوم، طرفین را ملزم به حفظ قرارداد می‌نماید اما نه در هر

۱. ضمن توجه به تفسیری نوین از اصل لزوم قراردادها که در مقدمه این پژوهش ذکر گردید، در نظام حقوق عرفی نیز، اصل الزام به انجام تعهد، به عنوان راهکار اولیه جبران خسارت تلقی نمی‌شود؛ زیرا اولاً: وفای به عهد، تنها به معنای الزام به انجام عین تعهد نیست، بلکه عملی نمودن توقعات معقول و متعارف طرف مقابل، وجه دیگری از وفای به عهد است (Duxbury, 102). ثانیاً: با توجه به اصل کسب سود در معاملات تجاری، گاهی انجام تعهد بعد از نقض قرارداد (فرضی یا واقعی) مطلوب طرفین نیست و در مواردی حتی عقلانی هم نیست؛ چون فرآیند دادرسی طولانی پیش‌بینی شده برای این امر، چه بسا موجب ورشکستگی متعهد می‌شود که کمتر قابل تدارک است و به همین ترتیب اگر این اتفاق برای سایر تجار رخ دهد، اقتصاد جامعه متزلزل می‌شود. (اسکینی، ۱/ ۴۵؛ عرفانی، ۱۵). از سویی دیگر، به خاطر بُعد مسافت متعاقدين در این نوع قراردادها، اجرای عین تعهد با مشکلات خاص اجرایی مواجه است؛ ضمن اینکه در قراردادهای تجاری بین‌المللی، تعارض قوانین و اختلاف در صلاحیت دادگاه، فرآیند اجرای عین تعهد را طولانی‌تر می‌نماید. لذا در این موارد، عدم الزام به انجام تعهد، منطقی، اقتصادی و به نفع متعهد و جامعه است که اصرار بیش از حد بر انجام تعهد، با اصول اولیه حقوق تجارت سازگاری ندارد (ستوده تهرانی، ۱/ ۱۸). با توجه به همه این دلایل، نباید از این نکته مهم غافل شد که چون نظریه نقض فرضی قرارداد، نظریه استثنایی است، بنابراین در خصوص اعمال حق تعلیق در نقض فرضی می‌بایست _ با تفسیری مضیق و با توجه به رعایت کلیه شرایط لازمه _ به قدر متیقن به آن استناد نمود و به طور قطع و یقین، در موارد شک و تردید، اصل بر عدم امکان اعمال حق مذکور است.

شرایطی؛ در واقع التزام طرفین به مفاد قرارداد و اجرای تعهدات ناشی از آن نیز تا حدی مورد قبول انصاف، قانون و عرف است که حقوق طرفین و عدالت معاوضی رعایت شود. پس هرگاه وجود حکمی موجب بروز ضرر گردد، به دلیل حکومت قاعده لاضرر بر احکام اولیه (به عنوان مثال، حکم اوفوا بالعقود که مبنای اصل لزوم وفای به قراردادها می باشد) باید آن حکم را در خصوص مورد، منتفی و کأن لم یکن تلقی نمود^۱ (اسماعیلی، ۶۲).

۳- شرط ضمنی

شرط ضمنی یا غیر صریح، که از اقسام شروط ضمن عقد محسوب می گردد، شرطی است که نه به دلالت صریح و مطابقی بلکه به دلالت التزامی از عقد فهمیده می شود (انصاری، المکاسب، ۱/ ۲۴۸). به عبارتی شروط ضمنی نه همانند شروط تبانی یا بنایی قبل از عقد و نه همانند شروط صریح در ضمن عقد به صراحت مورد توافق قرار نمی گیرد بلکه عرف و عادت و بنای عقلا وجود آن را مسلم فرض می کند (محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ۱/ ۱۶۵).

از نظر برخی از دکترین، مبنای ارتباط شرط ضمنی با مفاد عقد، یکی از این سه عامل است: ۱) عقل و بدها (۲) عرف و عادت (۳) قانون. لذا ایشان بر اساس این مبنا، شرط مذکور را به واقعی، عرفی و قانونی تقسیم کرده اند (کاتوزیان، ۲۱۲-۲۱۴). در شرط ضمنی واقعی، عقل آشکارا و بدون هیچ تردیدی وجود شرط را از لوازم عقد به شمار می آورد به طوری که حتی بدون تصریح، قرارداد دربردارنده آن می باشد هرچند که متعاقدین نسبت به آن توجه نداشته باشند؛ به عنوان مثال وجوب انفاق زوجه از جمله شروط ضمنی واقعی عقد نکاح است (سیستانی، ۲۹۶). در شرط ضمنی عرفی هم که عرف، التزام و پابندی به آن را بر متعاقدین تحمیل می کند - مگر آن که خلاف آن تصریح شده باشد - اگر یکی از طرفین برخلاف چنین شرطی عمل کند، مرتکب نقض شرط ضمنی عرفی و متعاقب آن نقض قرارداد شده هرچند که موعد اجرای تعهد اصلی قرارداد نرسیده باشد (کاتوزیان، ۳/ ۲۱۴).

النهاییه با این نحوه استدلال می توان در تحلیل یکی دیگر از مبانی اعمال حق تعلیق در نقض فرضی قرارداد به شرط ضمنی (اعم از واقعی و عرفی) ضمن عقد استناد نمود که بر اساس آن متعاقدین حق تخلف از مفاد قرارداد را ندارند پس وقتی متعهد مفاد عقد را پیشاپیش رد کند، در واقع با این اقدام از مفاد شرط ضمنی تخلف نموده فلذا بر خلاف اصل لزوم قراردادها، سرنوشت عقد به دست متعهدله رقم می خورد و مشارالیه می تواند قرارداد را به حالت تعلیق درآورد.

۱. در نظام های حقوق موضوعه ای چون ایران هم با توجه به طولانی بودن دادرسی ها و مشکلات عملی، الزام متعهدله جهت رجوع به دادگاه و تقاضای اجبار، گاهی یک حکم ضرری است و چه بسا باعث عسر و حرج متعهدله می شود و دادگاه راه حل را در مطالبه خسارت اعلام می کند.

۴- مبانی پیشنهادی

بنا بر آنچه گذشت، اعمال حق تعلیق تعهدات قراردادی از جانب متعهدله به دلیل نقض فرضی قرارداد از سوی متعهد، منوط به رعایت دو شرط اساسی است: ۱) نقض اساسی تعهدات قراردادی - ارادی یا غیر ارادی - توسط متعهد به صورت مسلم و قطعی قبل از موعد قرارداد، ۲) پیش‌بینی‌های معقول و متعارف متعهدله با دلایل منطقی و غیرقابل انکار، نسبت به نقض قرارداد در آینده؛^۱ که شرط نخست، جنبه ثبوتی دارد و شرط دوم، جنبه اثباتی.^۲

آنچه که نیازمند تحلیل و بررسی است، موضوع فرانسیدن موعد قرارداد در شرط نخست است با این توضیح که با توجه به فرانسیدن موعد اجرای عین تعهد، بر مبنای چه اصول و منطقی می‌توان نقض فعلی را اثبات نمود؟ به عبارت دیگر با لحاظ این نکته مهم که اشکال اصلی در اعمال حق تعلیق در نقض فرضی قرارداد، عدم حلول زمان اجرای تعهد اصلی است و با توجه به اینکه تعهد متعهد، با فرانسیدن موعد انجام تعهد بالفعل می‌شود، با چه دلیل و منطقی متعهدله محق می‌گردد که قبل از زمان مورد توافق در قرارداد، نسبت به تعلیق قرارداد اقدام نماید؟

هر چند که اهمیت و ضرورت پذیرش حق مذکور، با توجه به دلایل سه‌گانه‌ای که در مبحث حقوق اسلام مطرح شد (بنای عقلا، قاعده لاضرر و شرط ضمنی)، واضح و مبرهن و همچنین اعمال این حق، مطابق با سیره عقلا، وجدان اخلاقی، انصاف است، اما پذیرش اعمال آن در حقوق داخلی - هم به لحاظ تقنینی^۳ و هم قضایی -، در قالب اصول و قواعد ماهوی موجه و معقول، لازم و ضروری است. به نظر نگارنده در منطق حقوقی اسلام، قواعدی وجود دارد که به مستفاد از آن، نه تنها می‌توان این نقیصه را در حقوق داخلی مرتفع نمود، بلکه اعمال حق موصوف را با روشی کاملاً منطقی و علمی، تبیین و مورد پذیرش قرار داد تا ضمن واکنش معقول نسبت به رفتار ناقضانه متعهد و حمایت از منافع متعهدله و تأمین اطمینان خاطر برای او، استحکام و ایفای به‌هنگام تعهدات قراردادی متعاقدين را نیز به همراه داشته باشد.

در نظام حقوقی اسلام، با تمسک به قاعده مقدمه وجودیه و قواعد و مسائل برخاسته از آن، همچون؛ مقدمات عقلیه، تبعیه، و مفوته، هم می‌توان اصل موضوع مورد بحث (اعمال حق تعلیق در نقض فرضی) و

۱. این دو شرط، از مجموع مباحث مطروحه در قسمت «شرایط و علل تعلیق» که در همین پژوهش تبیین گردید، استنباط می‌گردد.

۲. شرط دوم هر چند که از ارکان اصلی و شروط مهم لازمه جهت اعمال حق مذکور محسوب می‌شود، اما به دلیل اینکه این شرط از موضوعات مبحث اثبات و دلیل اثبات است که خود نیازمند بحث مستقلی است، در این نوشتار مورد بررسی قرار نمی‌گیرد.

۳. در پیش‌نویس پیشنهادی مرکز تحقیقات و توسعه قضایی قوه قضاییه، جهت اصلاح قانون مدنی، ماده‌ای بدین شرح پیش‌بینی شد: «چنانچه پس از انعقاد قرارداد از اوضاع و احوال، مسلم شود که متعهد از انجام تعهد مؤجل خود ناتوان خواهد بود، متعهدله می‌تواند از متعهد درخواست تضمین نماید و در صورت امتناع از دادن تضمین، معامله را فسخ نماید». با وجود این دیری نپایید که این طرح به فراموشی سپرده شد.

هم نقض بالفعل مذکور را اثبات نمود. نگاه تاریخی به روند طرح مسأله هر یک از مقدمات مذکور و ریشه‌های اختلاف و موارد کاربرد آن در منابع فقهی متقدم و متأخر، نشان‌دهنده میزان اهمیت نظری و عملی آن در تحلیل‌های فقهی - حقوقی مربوط به مسائل فردی و اجتماعی است که به تفصیل در کتب اصولیون مطرح شده که چون هر یک نیازمند بحث مستقلی است، در این نوشتار به طور اجمالی و صرفاً باتوجه به فراخور بحث به هریک اشاره خواهد شد (دیلمی، ۴۵).

الف. مقدمه وجودیه عقلیه

مقدمه وجودیه، مقدمه دخیل در تحقق و امثال ذی المقدمه است به گونه‌ای که وجود ذی المقدمه، وابسته به آن است؛ یعنی گاهی چیزی زمینه و مقدمه وجود ذی المقدمه است به طوری که اگر محقق نشود، ذی المقدمه نیز وجود پیدا نمی‌کند (سبحانی، ۲۰۵).

بنابراین اصل وجود تکلیف به این مقدمه به گونه‌ای است که وجود ذی المقدمه و امثال آن در خارج، به آن بستگی دارد؛ مانند پیمودن مسافت برای حج، که وجود حج - نه وجوب آن - بر پیمودن مسافت و حضور در حرم، متوقف است (مظفر، ۱/ ۲۵۴).

مهم‌ترین تفاوت میان مقدمه وجوب و مقدمه وجود در این است که فراهم ساختن مقدمات وجوب، بر مکلف لازم نیست، اما در مقدمات وجود، مکلف وظیفه دارد به قصد توصّل به ذی المقدمه، آن‌ها را تحصیل نماید. بحث مقدمه واجب، در مقدمه وجود جریان دارد؛ به خلاف مقدمه وجوب که از آن خارج است. (صدر، دروس، ۱/ ۱۷۵؛ محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ۲/ ۱۱۹؛ نائینی، فوائد الاصول، ۲۷۱)

مقدمه عقلیه، مقدمه‌های است که عقل به تنهایی، توقف تحقق ذی المقدمه را بر آن درک نموده و به محال بودن وجود تکوینی ذی المقدمه، در صورت فقدان مقدمه، حکم می‌کند، بدون این که در این مسئله از شرع کمک بگیرد. در واقع، مقدمه عقلیه، عمل یا اعمالی است که بدون آن، تحقق ذی المقدمه عقلاً ممکن نیست؛ یعنی انسان هر چند هم که تلاش کند، بدون آن مقدمه نمی‌تواند به ذی المقدمه برسد؛ مثلاً اگر کسی بخواهد اعمال و مناسک حج را انجام دهد باید خود را به مکه برساند، پس پیمودن مسیر و طی مسافت اینجا تا مکه از مقدمات عقلی انجام حج می‌باشد و ما عقلاً می‌دانیم که تا این مسیر را نرویم و خود را به مکه نرسانیم، امکان انجام دادن مناسک حج وجود ندارد. بنابراین در مقدمه عقلیه، بر خلاف مقدمه شرعیه، حکم‌کننده به لزوم مقدمه، عقل است؛ یعنی آن مقدمه عقلاً لازم است (آخوند خراسانی، ۹۲؛ عراقی، ۲۷۱).

ماحصل کلام اینکه مقدمه وجودیه عقلیه به مقدمه دخیل در تحقق خارجی ذی المقدمه به لحاظ عقل اطلاق می‌شود. این مقدمه که مقابل مقدمه وجودیه شرعیه قرار دارد، به حسب اعتبار عقل، وجود

ذی‌المقدمه در خارج، به وجود آن منوط گردیده است؛ به بیان دیگر، امثال امر شرعی نسبت به ذی‌المقدمه بر وجود آن مقدمه متوقف است، بدون آن که شارع آن را قید ذی‌المقدمه قرار داده باشد (محمّدی، مبانی استنباط، ۲۰۸).

ب. مقدمه تبعیه

مقدمه فاقد خطاب مستقل شرعی، و مدلول غیر مطابقی کلام را مقدمه تبعی گویند. این مقدمه که مقابل مقدمه اصلی می‌باشد، به مقدم‌های گفته می‌شود که اصالتاً و اولاً و بالذات و به طور مستقیم، مراد مقصود متکلم نبوده و خطاب مستقلاً بر آن دلالت نمی‌کند، بلکه مقصود اصلی متکلم بیان مطلب دیگری است، اما بالتبع و بالعرض، این عمل هم مقصود است؛ به بیان دیگر، مقدمه تبعی از توابع مقصود مولا بوده و اراده تبعی وی به آن تعلق گرفته است؛ برای مثال، زمانی که مخدوم به خادم امر می‌کند بر خرید مبیع، مقصود اصلی او وجوب خرید مبیع است، اما از این کلام او، رفتن به بازار هم بالتبع و با محاسبه عقل، فهمیده می‌شود. از این رو، رفتن به بازار، مقدمه تبعی خرید مبیع است (مشکینی، ۲۸۱؛ محمّدی، شرح اصول فقه، ۱۹۶).

ج. مقدمه موقوفه

مقدمه لازم الاجرا قبل از دخول وقت ذی‌المقدمه را مقدمه موقوفه نامند؛ یعنی امر یا اموری که اگر پیش از فرا رسیدن وقت ذی‌المقدمه انجام نگیرد، سبب تفویت ذی‌المقدمه در وقت خودش می‌گردد. مانند این که وظیفه مکلف پیش از موسم حج، تهیه گذرنامه و پیمودن مسافت است تا بتواند در زمان حج، آن مناسب را به جا آورد. همچنین وجوب غسل جنابت قبل از فجر برای روزه. در واقع، مقدمه موقوفه در مورد تکالیف و واجب‌های موقت (زمان‌دار) معنا پیدا می‌کند که از سوی شارع برای آن‌ها وقت معینی منظور شده است که بر این اساس، مقدمات قبل از زمان ذی‌المقدمه نیز واجب هستند (صدر، بحوث، ۲/۳۲۵؛ محمّدی، شرح اصول فقه، ۱۹۲-۱۹۶) نکته حائز اهمیت اینکه اگر شارع مقدس بر وجوب این مقدمات حکم نکرده باشد، تحقیقاً عقل به لزوم انجام آن‌ها حکم می‌کند؛ زیرا ترک آن‌ها موجب تفویت واجب در ظرف خودش می‌شود و نیز عقل حکم می‌کند که تارک این مقدمات، مستحق عقاب بر ترک واجب در ظرفش باشد چرا که مقدمات آن را ترک کرده است (مظفر، ۱/۲۷۵).

تحلیل حقوقی مقدمات اصولی فوق‌الذکر در ارتباط با موضوع این پژوهش

تشریح رابطه و پیوند میان بحث مقدمات موصوف و نقض مذکور، و متعاقب آن تبیین پذیرش اعمال حق مذکور در حقوق داخلی، منوط به اثبات دو امر است: ۱) گسترش حوزه عمل متعلق تعهد و اجبار به

انجام مقدمات مذکور، ۲) بالفعل شدن تعهد و اجبار به انجام مقدمات، قبل از فرا رسیدن موعد فعلیت تعهد نسبت به ذی المقدمه.

مطابق با اصل سرایت الزام و ضرورت از ذی المقدمه الزامی به مقدمات آن، موضوع وجوب و الزام، محدود به خود ذی المقدمه که موضوع مستقیم تعهد و الزام و حتی استحقاق است، نیست؛ بلکه تا سر حد مقدمات آن نیز تسری پیدا می کند (مظفر، ۱/ ۲۵۹-۲۶۹؛ صدر، ۳/ ۳۳۶-۳۳۷)؛ اما صرف اثبات این موضوع، دلیلی متقن بر پذیرش این راهکار در حقوق داخلی نیست؛ زیرا مسئولیت متعهد، در خصوص تهیه مقدمات موضوع تعهد، صرفاً بعد از فعلیت الزام و تعهد به آن (حلول موعد قراردادی) شروع می گردد و تعهد بالفعل متعهد قبل از آن، ثابت نمی گردد و نقض تعهد هم سالبه به انتفاع موضوع است؛ پس استفاده از اعمال حق تعلیق تعهدات قراردادی از جانب متعهدله (پیش از موعد قراردادی) در نقض فرضی، هم قابل طرح نیست. طبق قاعده اصولی حاکم بر مقدمات موصوف، متعهد قبل از فرا رسیدن موعد تعهدات اصلی قراردادی، نسبت به انجام مقدمات موضوع تعهد، عقلاً، منطقی و تبعاً، تعهد و الزام بالفعل پیدا می کند که عدم اقدام مقتضی نسبت به آن ها در مهلت معقول و متعارف قبل از فرا رسیدن موعد انجام تعهد اصلی، در واقع نقض تعهد به شمار می آید که لازم است از ضمانت اجرا و برخورد قانونی مناسبی همراه باشد.

در تحلیل دقیق تر استدلال فوق، می توان به ذکر این مثال بسنده نمود که وقتی به موجب قراردادی، فروشنده دستگاه (خصوصاً مبیع منحصر به فرد) متعهد است که در کشور مبدأ، دستگاه مورد نظر را بسازد و آن را در کشور مقصد به خریدار تحویل دهد، در این مثال، تعهدات فروشنده را می توان چنین تشریح نمود:

۱) تعهد بر انجام کلیه اقدامات لازم نسبت به تهیه مصالح و مواد اولیه جهت ساخت کالا و متعاقباً حمل آن (مقدمه وجودیه عقلیه) تا حصول نتیجه مبنی بر تحویل کالا به متعهدله.

۲) تعهد اصلی متعهد مبنی بر تسلیم عین تعهد و به عبارتی تحویل مبیع (ذی المقدمه) به خریدار مطابق با مشخصات قراردادی.

در خصوص تعهد دوم بایع مبنی بر انجام تعهد اصلی (ذی المقدمه) یعنی تحویل مبیع به خریدار بحثی نیست. اما در رابطه با تعهد یا تعهدات مقدماتی اولیه یعنی تهیه مواد اولیه، ساخت کالا، بارگیری، حمل و ... با لحاظ مسائل و قواعد اصولی مذکور، توجه به نکات ذیل، حائز اهمیت است:

الف) با استناد به مقدمه وجودیه عقلیه، انجام امور مقدماتی (تهیه مواد اولیه، ساخت کالا، بارگیری و ...)، عقلاً دخیل در تحقق خارجی ذی المقدمه (تحویل مبیع) است و بدون انجام این امور مقدماتی، هر

چقدر هم که متعهد تلاش کند، نمی‌تواند تعهد قراردادی خویش را مبنی بر تحویل مبیع (ذی‌المقدمه) انجام دهد.

ب) با استناد به مقدمه تبعی، انجام امور مقدماتی مذکور (تهیه مواد اولیه، ساخت کالا، بارگیری و ...) از سوی متعهد، هر چند که در قرارداد منعقد، تصریح نشده است (مقدمه فاقد خطاب مستقل شرعی است)، اما به عنوان مدلول غیرمطابقی، انجام این امور مقدماتی، بالتبع و بالعرض، مقصود و منظور متعاقبین بوده و به عبارتی از توابع مقصود ایشان بوده و اراده تبعی آن‌ها به آن تعلق گرفته است.

ج) با استناد به مقدمه مفوت‌ه که قبل از دخول وقت ذی‌المقدمه لازم‌الاجراست و اگر پیش از فرا رسیدن وقت ذی‌المقدمه (تحویل مبیع) انجام نشود سبب تفویت ذی‌المقدمه در وقت خودش می‌شود، متعهد نسبت به مقدار زمانی هم که جهت ساخت کالا، حمل، بارگیری و ... به طول می‌انجامد، تعهد بالفعل دارد که اقدامات لازم نسبت به تهیه مصالح و مواد اولیه جهت ساخت کالا و متعاقباً حمل مبیع انجام دهد در غیر این صورت اگر در زمان مناسب نسبت به انجام این مقدمات، اقدامی ننمود، انجام تعهد اصلی مبنی بر تحویل مبیع، ممکن نخواهد بود.

التهایه با توجه به اینکه عدم حصول هر یک از مقدمات وجودیه، عقلیه، تبعیه، و مفوت‌ه _ در زمان مناسب _ پیش از حلول اجرای عین تعهد (ذی‌المقدمه) باعث عقیم ماندن انجام تعهد اصلی در زمان اجرای قرارداد می‌شود، پس با تمسک به قواعد اصولی و منطقی مذکور، هم اصل موضوع مورد بحث (اعمال حق تعلیق در نقض فرضی) و هم نقض بالفعل مذکور اثبات می‌گردد؛ چرا که اولاً؛ الزام‌آور بودن انجام چنین مقدماتی در زمان معقول و متعارف، خود از احکام عمومی عقل بشری است که نیازی به تصریح قانونگذار ندارد؛ همچنان که عقل عمومی حکم می‌کند که اگر متعهد، مبادرت به فراهم آوردن چنین اقدامی نکرد و در نتیجه در زمان انجام تعهد اصلی قادر به وفای به عهد نبود، مسئولیت قراردادی یا غیرقراردادی خواهد داشت (امام خمینی، ۷۷/۳؛ بهجت، ۹۰). ثانیاً؛ نقض در انجام هر یک از تعهدات مقدماتی فوق، حمل بر نقض تعهد اصلی (نقض فرضی) قبل از موعد می‌شود که در این صورت طرف دیگر قرارداد نیز حق تعلیق قرارداد را دارد؛^۱ با این استدلال که متعهد، یک تعهد بالفعل را نقض نموده است؛ چون اجرای تعهد اصلی (ذی‌المقدمه) امری نیست که فوری و بلادرنگ انجام شود، بلکه فرایندی است که لزوماً با انجام مقدماتی (تهیه مواد اولیه جهت ساخت کالا، ساخت کالا، بارگیری، حمل و ...) آغاز و با تحویل کالا به متعهدله، اصولاً خاتمه می‌یابد. بنابراین عدم انجام مقدمات لازمه در زمان

۱. به نظر نگارنده، متعادل‌ترین راهکار برای مقابله با نقض فرضی قرارداد، اعمال حق تعلیق و متعاقب آن اخذ تضمین از متعهد برای انجام تعهدات در موعد مقرر است؛ زیرا علاوه بر ایجاد اطمینان خاطر برای متعهدله، استحکام و احترام به تعهدات قراردادی طرفین را نیز در پی خواهد داشت. پر واضح است که این مزایا در مورد راهکار دیگر، یعنی فسخ قرارداد مصداق نمی‌یابد.

مقتضی، در حکم نقض بالفعل قرارداد می‌باشد^۱ که حاکم اسلامی می‌تواند برای جلوگیری از نقض احکام وجوبی و به صورت کلی تکلیفی، تمهیدات لازم ولو تمهیدات ناظر به احکام وضعی را مقرر دارد و از جمله بنا بر مصالح زمان و مکان، به وضع مقرراتی چون حق تعلیق بپردازد.

نتیجه‌گیری

به مستفاد از کنوانسیون وین - بدون ملاحظه به؛ تقصیر متعهد ناقض احتمالی قرارداد، تناسب بین احتمال نقض تعهد و تعلیق و همچنین درجه تعهد (اصلی یا فرعی) - توجه به معیار جهات نوعی و عرفی، و همچنین توجه به تمام اوضاع و احوال حاکم بر قضیه در اعمال حق مذکور، شرط لازم است و ارائه تضمین کافی (واقعی)، موجب می‌شود تا حق تعلیق موصوف، منتفی شود. البته در کنوانسیون به مدت تعلیق اشاره‌ای نشده و مشخص نیست که در صورت عدم ارائه تضمین مناسب، تعلیق تا چه زمانی ادامه خواهد داشت.

با بررسی مبانی و قواعد فقهی - اصولی آن از قبیل؛ شرط ضمنی، قاعده لاضرر، بنای عقلا، و خصوصاً با ارائه مبانی پیشنهادی و طرح قاعده مقدمه وجودیه و قواعد و مسائل برخاسته از آن، همچون؛ مقدمات عقلیه، تبعیه، و موقوفه، هم اصل موضوع مورد بحث (اعمال حق تعلیق در نقض فرضی) و هم نقض بالفعل مورد مناقشه اثبات شده است تا امکان تثبیت و تقویت پایگاه این ضمانت اجرا در حقوق موضوعه ایران فراهم شود. البته پیشنهاد می‌گردد در ذیل بحث مربوط به قواعد عمومی قراردادها و تعهدات در قانون مدنی، ماده ۲۲۲ با موضوع ضمانت اجرای ناشی از تخلف از انجام تعهد به شرح زیر اصلاح گردد:

ماده ۲۲۲ اصلاحی:

«هرگاه بعد از عقد و قبل از فرا رسیدن موعد اجرای تعهد، اطمینان حاصل شود که متعهد در موعد مقرر به تعهد خود عمل نخواهد کرد، متعهدله مخیر است قرارداد را فسخ و یا با اعمال حق تعلیق، برای اجرای عین تعهد در موعد مقرر تضمین بخواهد. در صورتی که متعهدله، مایل به اجرای عین تعهد باشد و اجبار ملتزم به انجام آن، غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله متعهدله یا شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن تعهد را فراهم کند یا هزینه آن را به وسیله کارشناس تعیین و متعهد را ملزم به پرداخت آن نماید».

۱. شایان ذکر است اگر متعهد، اعلام کند که دیرتر از موعد به تعهدات قراردادی خویش عمل می‌کند، با وجود نقض در وعده، به جهت اساسی نبودن نقض، نمی‌توان اعمال حق تعلیق را برای متعهدله به رسمیت شناخت.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- اسکینی، ربیعاً، *حقوق تجارت* (کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری)، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۲.
- _____، *حقوق تجارت* (ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته)، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۱.
- اسماعیلی، محسن، *نظریه خسارت*، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۷.
- اصغری آقشهیدی، فخرالدین و نوری، فخری، «حق حبس در کنوانسیون بیع بین المللی کالا»، *مجله نامه مفید*، ش ۵۲، ۱۳۸۴، صص ۸۱-۹۶.
- اصفهانى، فتح الله، *قاعده لاضرر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *نهایة الدراية فی شرح الکفایه*، ج ۵، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ق.
- اندرز، داود، «تعلیق اجرای تعهد»، *فصلنامه حقوق دانشگاه تهران*، دوره ۴۰، ش ۳، ۱۳۸۹، صص ۳۶-۱۷.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، ج ۱، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ق.
- _____، *فرانده الاصول*، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، تحقیق: مهدی المهریزی، ج ۵، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
- بجنوردی، محمد، *قواعد فقهیه*، ج ۱، تهران، مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ق.
- بهجت، محمدتقی، *مباحث الاصول*، ج ۲، قم، شفق، ۱۳۸۸.
- پلانتار، ژان پیر، «حقوق جدید بیع بین المللی، کنوانسیون سازمان ملل متحد مورخ ۱۱ آوریل ۱۹۸۰»، ترجمه ایرج صدیقی، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی*، ۱۳۷۰، ش ۱۴ و ۱۵، صص ۲۸۶-۳۷۵.
- جمعی از نویسندگان، *تفسیری بر حقوق بیع بین المللی*، ج ۲، ترجمه مهراب داراب پور، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۴.
- خمینی، روح الله، *کتاب البیع*، ج ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۴.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، ج ۳، قم- تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- خونی، ابوالقاسم، *دراسات فی علم الاصول*، تقریر هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۱۹ق.
- _____، *هدایة فی الاصول*، ج ۱، تقریر هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه صاحب الامر (عج)، ۱۴۱۷ق.
- دیلمی، احمد، «نظریه- پیش- بینی نقض قرارداد و منطق حل معضل ناشی از آن در فقه امامیه»، *فصلنامه- پژوهش- های حقوق تطبیقی*، ۱۳۹۶، دوره ۲۱، ش ۱، صص ۵۲-۲۷.
- رحیمی، حبیب اله، «پیش بینی نقض قرارداد»، *مجله پژوهش حقوق و سیاست*، ۱۳۸۴، سال هفتم، ش ۱۵-۱۶، صص ۱۱۵-۱۴۴.

روحانی، محمد، *منتفی الاصول*، ج ۵، تقریر عبدالصاحب حکیم، قم، دفتر آیت الله سید محمد روحانی، ۱۴۱۳ق.
 سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.
 ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، ج ۱، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۵.
 سیستانی، علی، *قاعده لاضرر و لاضرار*، قم، دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۱۴ق.
 صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، ج ۲۳، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ق.
 صدر، محمدباقر، *بحوث فی علم الاصول*، ج ۲، بیروت، بی تا.
 _____، *دروس فی الاصول*، ج ۱ و ۳، بیروت، بی تا.
 _____، *قاعده لاضرر و لاضرار*، تقریر حسن صافی اصفهانی، ج ۱، قم، دارالصادقین للطباعه و النشر، ۱۴۲۰ق.

صفایی، حسین و دیگران، *حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
 طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
 عراقی، ضیاء الدین، *مقالات الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.
 عرفانی، محمود، *حقوق تجارت*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.
 عسگری، جعفر، *نقض قابل پیش بینی قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران*، رساله دکتری حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۳.
 فاضل لنکرانی، محمد جواد، *سیری کامل در اصول فقه*، ج ۱۰، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۹.
 فیض، علیرضا، *مبایذ فقه و اصول*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
 کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ق.
 مامقانی، ملا عبد الله، *حاشیه علی رساله لاضرر*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ق.
 محقق داماد، مصطفی، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، ج ۱، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
 _____، *قواعد فقه ۲* (بخش مدنی)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
 _____، *مباحثی از اصول فقه*، ج ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
 محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، چاپ پازدهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
 محمدی، علی، *شرح اصول فقه*، ج ۱، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۸۷.
 مشکینی، علی، *اصطلاحات الاصول*، قم، دفتر نشر الهادی، ۱۳۷۱ق.
 مصطفوی، محمد کاظم، *مائه قاعده فقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
 مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
 موسوی کماری، مهدی، *رساله فی قاعده لاضرر و لاضرار*، تهران، پیام، ۱۴۱۵ق.
 نائینی، محمد حسن، *رساله فی قاعده نفی الضرر*، ضمیمه منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریر موسی

- خوانساری، تهران، تهران، المكتبة المحمديه، ۱۳۷۲ق.
- _____، *فوائد الأصول*، تقريرات به قلم محمد على كاظمى خراسانى، قم، ۱۴۰۴ق.
- نراقى، احمد بن محمد مهدى، *عوائد الايام فى بيان قواعد الاحكام*، قم، دفتر تبليغات اسلامى، ۱۴۱۷ق.
- _____، *مشارك الاحكام*، قم، كنجره نراقيين، ۱۴۲۲ق.
- هوزيه فانسان، *المطول فى العقود* (بيع السلع الدولى)، باشراف جاك غستان، ترجمه منصور القاضى، بيروت، مجد المؤسسه الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع، ۲۰۰۵م.
- Audi, Bernard "La vente internationale de marchadises", L. G. J., Paris, (1990).
- Azeredo da Silveira,Mercedeh "Anticipatory Breach Under the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods", Nordic Journal of Commercial Law. (2005)
- Belgium Hof Van Bereop [appellate court] Gent, 28 April 2000, 1997/A.R/2235, available online at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000426bl.html>.
- Belgium Rechtbank [district court] Van. Koophandel Hasselt, 1 March 1995, A.R.3641/94, available online at: <http://cisg3.law.pace.edu/cases/95031b1.html>.
- Bennett, Trevor (1987) "Comments on Article 71, in Cesar Massimo Bianco& Michael Joachim Bonell, Commentary on the International Sale-the 1980 Vienna Sale Convention", Available on line at: <http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>2013/3/20>.
- Chengwei, Liu (2003) "Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL", Available on line at: <http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>2012/8/1>
- Duxbury, Robert (2004), Contract law in a Nutshell, London, sweet & Maxwell, Third edition.
- Enderlein, Fritz &Maskow, Dictrech (1992) "International Sales Law", Available on line at: <http://www.Cisg.Law.pace.edu/>2012/10/1>.
- Germany Amtsgericht [petty district court] Frankfurt a. M., 31 January 1991, 32 C 1074/90-41 (CLOUT case No.51), available online at: <http://cisg3.law.pace.edu/cisg/cases/910131g1.html>.
- Hochster V. De La Tour (1853) E. & B. 678, Q.B, Available at:
- Honnold, John, O (1999) "Uniform Law for International Sales Under the 1980. United Nations Convention" Available on line at: <http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>2013/2/1>.

<http://cisg3.law.pace.edu/cisg/cases/951117h1.html>.

<http://www.cisg.Law.pace.edu/cisg/text/peclcomp72html>.

Hungary Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest, 17 November 1995, Arbitral Award VB/94124, available online at:

ICC, July 1999, case no. 9448.11, available online at: <http://www.cisg-online.ch/cosg/urteile/707.html>.

JoshuKarton D.H. (2008), "Contract Law in International Commercial Arbitration: The Case of Suspension of Performance", available at: [http://worksbeepress.com/joshu-karton/5./](http://worksbeepress.com/joshu-karton/5/)

Kritzer Albert H, (1988), "Guide to Practical Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Kluwer Law and Taxation Publisher.

Larry A. Dimatteo, Lucien J. Dhooge, Stephane G. Maurer, Marisa Anne Pagnattro, (2005), "International Sales Law (A Critical Analysis of CISG Jurisprudence)", Cambridge University Press.

Lookofsky Joseph, (2000), "the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available online at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/10071.html>.

Rowley, Keith A. A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, University of Sinsinnati Law Review, Vol. 69, 2001, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=968943M>.

Schlechtriem Peter, "Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (English translation by Geoffrey Thomas)", Second Edition Oxford, Clarendon Press. (1998),

Secretariat Commentary, The United Nations Secretariat, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, available online at: <http://cisg3.law.pace.edu/text/secom/secom.html>.

VilusJeland, (2005), "Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer", available online at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/opie/html>.



درنگی در حق استئسار در فقه اسلامی*

حسن غوث

دانشجو دکتری دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

Email: Ghowth@iaubir.ac.ir

دکتر محسن رزمی^۱

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

Email: Razmi0109@mshdiau.ac.ir

دکتر مصطفی رجائی پور

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

Email: Rajaeepoor0250@mshdiau.ac.ir

چکیده

پدیده اسارت مولود جنگ است. اسیر، رزمنده‌ای است که در اثنای تخاصم مسلحانه، به دست نیروهای دشمن می‌افتد. در خصوص احکام و حقوق اسیران پرسشی مهم که کمتر بدان پرداخته شده است، آن است که اسارت یک حق است؟ اگر هست، حق اسیرشونده است یا اسیرگیرنده یا هردو؟ در حقیقت، ما به دنبال احکام پیشینی اسارت هستیم نه پسینی؛ یعنی اساساً آیا فقه اسلامی پدیده‌ای به نام «اسارت» را به رسمیت می‌شناسد؟ حقوق بین الملل معاصر در این خصوص، چه موضعی دارد؟ این نوشتار ضمن بررسی احتمالات مسئله، به این نتیجه رسیده است که «اسارت» برای رزمنده ناتوان، یک حق و برای نیروهای غالب، یک حکم و تکلیف است. منابع احکام، شامل کتاب، سنت، سیره عقلا، همه بر لزوم صیانت جان رزمنده ناتوان از ادامه نبرد، دلالت دارند. کنوانسیون‌های بین المللی نیز بر رعایت همه‌جانبه حقوق اسیران به ویژه حفاظت از جان آنان، تأکید ورزیده‌اند.

کلیدواژه‌ها: اسارت، استئسار، جنگ، جهاد، حقوق بشردوستانه، بردگی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۷/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۴/۰۹.

۱. نویسنده مسئول

A Reflection on the Right to be granted the Prisoner of War status in the Islamic Jurisprudence

Hassan Ghaws, Ph.D., Student, Islamic Azad University, Mashhad Branch

Mohsen Razmi, Ph.D., Assistant Professor, Islamic Azad University, Mashhad branch
(corresponding author)

Mostafa Rajaei Pour, Ph.D., Assistant Professor, Islamic Azad University, Mashhad Branch

Abstract

The phenomenon of captivity is caused by war. Captive is a combatant captured by enemy forces during an armed conflict. As far as the captives' rules and rights are concerned, a significant question not discussed adequately, is whether captivity is a right. If the answer is positive, is it the captive's right or the captor's or the right of both? In fact, the authors intend to identify the post-captivity rules not pre-captivity rules; i.e. principally, does Islamic jurisprudence recognize a phenomenon such as "captivity"? What is the attitude of contemporary international law in this regard? This paper, after studying the possibilities of this issue, has concluded that captivity is a right for the powerless combatant and a rule and duty for prevailing forces. The sources of religious rules including the holy Quran, sunna and the behavior of wise all indicate the necessity of preserving the life of combatant who is not able to continue the battle. International conventions have emphasized on the encompassing respect of the captives' rights particularly preserving their lives.

Keywords: captivity, prisoner of war status, war, Jihad, humanitarian rights, slavery.

مقدمه

جنگ رخدادی شوم است که گاه چاره‌ای از آن نیست. نخستین نزاع، با ستیز فرزندان آدم آغاز شد، نزاعی که همچنان تداوم دارد. فقه اسلامی در ابواب مختلف به ویژه کتاب الجهاد، به برخی از احکام جنگ و جهاد و منازعات مسلحانه پرداخته است. حقوق بین الملل نیز حقوق و تکالیف اشخاص درگیر در نبرد را تحت عنوان «حقوق بشر دوستانه» در قالب معاهدات بین المللی تدوین و لازم الاجرا کرده است. موضوعات گوناگونی در باب حقوق بشر دوستانه مطرح یا قابل طرح است. یکی از این موضوعات، بحث اسارت و احکام اسیران است. تا کنون از زوایای مختلفی به این موضوع نگریسته شده است. بیشترین مبحثی که نظر اندیشمندان را جلب کرده و کنوانسیون‌های بین المللی بر اساس آن، تنظیم گشته است، موضوع رفتار با اسیران، پس از اسیر شدن است. به عنوان نمونه این مباحث در این ارتباط مطرح می‌شود: اصل رفتار با احسان و احترام، منع از کشتن اسیر، حمایت از گروه‌های خاص، حق معالجه و بهداشت، حق غذا خوردن و آشامیدن، حق پوشاک، حق مکان مناسب، منع بیگاری، منع تخلیه اطلاعاتی، حق تنظیم وصیت‌نامه، حق ارتباط با خانواده، حفظ وحدت خانوادگی، احترام به بزرگان جامعه، حق آزادی و بازگشت؛ اما جای یک بحث همچنان خالی است و آن ماهیت‌شناسی اسارت از منظر «حق» یا «حکم» بودن آن است. پرسش این است که آیا اسیر شدن حق اسیر است یا حقی است برای اسیرکننده؟ یا حکمی است برای آن دو؟ پاسخ این پرسش از چند جهت، حائز اهمیت است. یکی از جهت عدم امکان سلب این حق از سوی نیروی متخاصم و دیگری از جهت مزایایی که برای اسیر، به وجود می‌آورد. برای پاسخ به این پرسش لازم است در آغاز برخی از مفاهیم ضروری تحدید شود مانند مفهوم حق، حکم و اسیر.

چیستی حق

حق در لغت

واژه «حق» از واژه‌های سهل و ممتنع است چه آن که همگان از آن استفاده می‌کنند ولی دقیقاً معنای آن تبیین نشده است. در محاورات روزمره زیاد می‌گوییم و می‌شنویم که: حق با من است؛ یا او حق ندارد چنین کاری بکند؛ یا حقوق اساسی مردم باید پاس داشته شود و ... باید اذعان کرد «حق» گاهی در معنای لغوی خود به کار می‌رود و گاهی در معنای اصطلاحی. با نگاه به کتب لغت به این نتیجه می‌رسیم که واژه «حق» دارای معانی بسیاری است مانند خدا، قرآن، اسلام، مرگ، ثبوت، نفس الامر، ضد باطل و ... (فیروزآبادی، ۸۷۴؛ زبیدی، ۷۹/۱۳). با این حال راغب اصفهانی معتقد است که حق در اصل، به معنای

مطابقت و موافقت (با واقع) است. اما به نظر می‌رسد همه این معانی به منشاء واحدی که همان ثبوت و تطابق با واقع است می‌رسند (راغب اصفهانی، ۲۴۶). البته گروهی نیز حق را به معنای امر ثابت غیر قابل انکار معنی کرده‌اند (طریحی، ۵۴۷/۱). اینان در تأیید نظر خود به آیاتی استشهد می‌کنند که حق در معنای ثبوت به کار رفته است. مانند: «و یحق الله الحق بکلماته»^۱. هر چند محقق اصفهانی بر این باور است که ذکر معانی مختلف برای «حق»، از باب خلط مفهوم به مصداق است (غروی اصفهانی، ۳۸/۱). اما به نظر می‌رسد همان‌طور که گفته شد، ماحصل همه معانی به ثبوت (معنای مصدری) و ثابت (معنای وصفی) بر می‌گردد.

حق در اصطلاح

حق در علوم مختلف، دارای معانی و تعابیر متفاوتی است که گردآوری همه آن‌ها در ذیل یک تعریف، ناممکن می‌نماید. حق در کاربردهای قرآنی و روایی، در متون حقوقی، فقهی، فلسفی، اخلاقی، سیاسی و امثال آن به وفور، کاربرد دارد که بایسته است از هم باز شناخته شوند تا خلط و اشتباهی پیش نیاید. گاهی حق در همان معنای لغوی یعنی امر ثابت و محقق، به کار می‌رود. در این کاربرد، حق به چیزی اضافه نمی‌شود مانند: «أنا ارسلناک بالحق» (بقره: ۱۱۹)، «لا تلبسوا الحق بالباطل» (بقره: ۲۶)، «الوزن یومئذ الحق» (اعراف: ۸).

گاهی حق در برابر حکم به کار می‌رود. این کاربرد بسیار پر دامنه و مهم است و آثار و نتایج فقهی و حقوقی ویژه‌ای بر آن بار می‌شود. حق مالکیت، حق حضانت، حق شفعه، حق خیار، حق اولویت از مثال‌های این معنی از حق به حساب می‌آیند. حق به این معنی سه ویژگی دارد: اول، قابل اسقاط است؛ دوم، قابل انتقال است؛ سوم، قابل توریث است، حال آن‌که حکم وضعی نه قابل اسقاط است، نه قابل انتقال و نه قابل به ارث گذاشتن ... پنجم: حق در مقابل تکلیف. حق حیات، حق مقاومت در برابر ظلم، حق مساوات در برابر قانون، حق تصرف و تعیین سرنوشت، حق انتخاب عقیده و دین، حق برخورداری از دادرسی عادلانه، حق انتخاب شغل و مسکن، حق امنیت، حق آزادی، حق تأمین اجتماعی از جمله مصادیق حق به معنای پنجم است. این حقوق در آغاز به عنوان حقوق فطری یا حقوق طبیعی معرفی می‌شدند اما به تدریج ماهیتی کاملاً عرفی و وضعی و قراردادی یافتند و از لوازم انسان از حیث انسان بودن او شمرده شدند. این حقوق فراتر از عقیده، دین و ایدئولوژی خاصی تعریف می‌شود. منشأ این حقوق، بشری و قراردادهای انسانی است. حق به این معنی در متون دینی به کار نرفته است اما با عنایت به این‌که

اکثر مصادیق حقوق به این معنی، عقلایی هستند می‌توانند در زمره امضانیات دین به حساب آیند (کدیور، ۱۳۸۶، صص ۱۶-۷۸).

ماهیت حق

پس از بیان کاربردهای حق، اینک باید به ماهیت حق در مصطلح فقیهان پرداخت. چند نظر در بازه مفهوم حق ابراز شده است. برخی از فقیهان حق را مرتبه ضعیفی از ملک می‌دانند. محقق نائینی، در برخی عباراتش حق را ملکیت ناقصه یا مرتبه ضعیفی از ملک دانسته است (نائینی، ۱/ ۱۰۵). اما بنا بر نظر مشهور، حق عبارت است از «سلطنت اعتباری» (غروی اصفهانی، ۱/ ۱۸). به نظر می‌آید شیخ انصاری، نخستین فردی است که تعریفی از حق ارائه نموده است. وی حق را «سلطنت فعلی» می‌داند (انصاری، ۳/ ۹). امام خمینی بر این باور است که «حق» خود یک مفهوم مستقل و اصیل است و لازم نیست که توجیه به یکی از مفاهیم ملک یا سلطنت گردد (البیع، ۱/ ۳۹). افزون بر این نظریات، سید یزدی بر این باور است که حق یک نوع سلطنت و ملکیت اعتباری است. محقق اصفهانی معتقد است حق مشترک لفظی است و در هر مورد، یک معنی دارد. مثلاً حق در حق التحجیر به معنای اولویت و در حق الولایه، خود ولایت است که یک حکم وضعی خاص است (غروی اصفهانی، ۱/ ۴۴).

آثار حق

۱. قابلیت اسقاط

گروهی از فقیهان بر این باورند که جواز اسقاط از مقومات «حق» است و اموری که غیر قابل اسقاط هستند، اصولاً حق به شمار نمی‌آیند (انصاری، ۵/ ۶۱؛ بحر العلوم، ۱/ ۱۳). نائینی می‌نویسد: «طبیعت حق، چون سلطنت است، باید امر آن هم به دست صاحب حق باشد» (منیة الطالب، ۱/ ۱۰۷). البته به نظر می‌رسد این که قوام حق را به قابل اسقاط بودن آن بدانیم، مورد مناقشه باشد و بسته به نوع ارتکاز عقلا یا مقدار دلالت دلیل شرعی، اسقاط‌پذیر بودن حق، متفاوت باشد.

۲. قابلیت نقل و انتقال

یکی از آثار «حق»، قابلیت برای نقل و انتقال گفته شده است. اما به نظر می‌رسد حقوق از این نظر با هم تفاوت داشته باشند. برخی از حقوق قابل نقل و انتقال اختیاری و قهری نیستند مانند حق ولایت و زوجیت. دسته‌ای دیگر از حقوق، قابل نقل و انتقال هستند مانند حق رهنانت، حق تحجیر، حق خیار. گروهی فقز قابل نقل قهری با ارث هستند مانند حق شفعه. و برخی قابل نقل مجانی هستند مانند حق قسم

بین زوجه‌ها (بحرالعلوم، ۱/ ۱۷).

چیستی حکم

معمولاً حق را در برابر حکم، مورد سنجش قرار می‌دهند. بحر العلوم در تعریف حکم می‌نویسد: حکم عبارت از جعل تکلیف یا وضع، نسبت به فعل انسان است؛ حکم با اسقاط، ساقط نمی‌شود و با نواقل، قابل انتقال نیست زیرا امر حکم، به دست حاکم است نه محکوم علیه (همو، ۱/ ۱۳). او در ادامه می‌افزاید: تشخیص حق از حکم، تنها با ادله امکان‌پذیر است و نمی‌توان با رجوع به آثار، حکم یا حق بودن چیزی را فهمید زیرا برخی از حق‌ها نیز همانند حکم، غیر قابل نقل و اسقاط‌اند (همو، ۱۴). به هر حال، مشخصه اصلی حکم آن است که قابل اسقاط و نقل و انتقال نیست.

جمع‌بندی

با توجه به آنچه در تعریف حق و حکم گفته شد، به نظر می‌رسد «استئسار» و تسلیم شدن رزمنده ناتوان در اثنای نبرد یا پس از خاتمه آن، «حق» او باشد، البته حقی که نه قابل اسقاط و نه قابل انتقال است. چرا که ویژگی بارز «حق» را دارا است یعنی سلطنتی و امتیازی است که برای فرد، جعل شده است. باید توجه داشت که پیش از پایان نبرد، سپاه غالب نیز دارای «حق» نبرد تا نابودی دشمن است و بنا بر این، دو حق با هم تراحم می‌کنند: حق رزمنده ناتوان و حق سپاه غالب در ادامه نبرد. طبیعی است که هیچ نظام حقوقی‌ای نمی‌تواند از سپاه غالب بخواهد در هنگامه نبرد، به گردآوری اسیران بپردازد مگر آن که این امر با مصالح آنان در تنافی نباشد. بله در صورتی که نبرد خاتمه یافته باشد یا سپاه غالب را خطری تهدید نکند، اسیرگیری یک «حکم» و «تکلیف» برای آنان است و در صورت تخطی، شرعاً مرتکب معصیت شده‌اند و قانوناً قوانین بین‌المللی را نقض کرده‌اند.

مفهوم اسیر

اسیر در لغت از «اسر» به معنای به چنگ آوردن، حبس و امساک، گرفته شده است زیرا اسیر را با بند و طناب می‌بستند و فراچنگ می‌آوردند (ابن فارس، ۱/ ۱۰۷). ابن منظور هم می‌نویسد: «اسیر از اسار به معنای ریسمان گرفته شده است و چون هر کسی را می‌گرفتند با ریسمان می‌بستند، به هر گرفتار شده‌ای اسیر گفتند هر چند با ریسمان بسته نشده باشد» (ابن منظور، ۴/ ۱۹؛ سید مرتضی، الانتصار، ۳۷۹). روشن است که کاربرد اصطلاحی اسیر با معنای لغوی آن کاملاً در ارتباط است. در قرآن کریم این واژه و

مشتقات آن چندین بار به کار رفته است. «و یطعمون الطعام علی حبه مسکیناً و یتیمّاً و اسیراً» (الانسان/۸)؛ «و انزل الذین ظهروهم فریقاً تقتلون و تأسرون فریقاً» (احزاب/۲۶)؛ «ماکان لبنی ان یكون له اسری حتی یشخن فی الارض» (انفال/۶۷)؛ «یا ایها النبی قل لمن فی ایدیکم من الاسری ان یعلم الله فی قلوبکم خیراً یونکم خیراً مما اخذ منکم و یغفر لکم و الله غفور رحیم» (انفال/۷۰). فقیهان نیز در ابواب مختلف فقه به ویژه در باب جهاد، امر به معروف و نهی از منکر و احکام اهل ذمه، از همین واژه (اسیر) بهره گرفته‌اند و به بیان احکام آن پرداخته‌اند (طوسی، الخلاف، ۳۴۰/۵؛ همو، المبسوط، ۱۵/۲ و ۲۴۶/۷؛ قاضی بن براج، ۱۶۵/۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۲/۲؛ محقق حلی، ۲۴۳/۱؛ علامه حلی، تحریر الاحکام، ۱۵۳/۲؛ محقق کرکی، ۳۹۴/۳). در ادبیات فقهی معاصر نیز اسیر چنین معنی شده است: «جنگجویان مردی از کفار که زنده در کنترل مسلمانان قرار گیرند» (وهبة الزحیلی، ۴۲۹). بر اساس این تعریف، غیر جنگجویان در مفهوم اسارت نمی‌گنجد. البته هر چند واژه «رجل» و مرد در این تعریف آمده است ولی این به لحاظ غلبه است و گر نه جنسیت نقشی در مفهوم «اسیر» ندارد (ابن حمزه، ۲۰۲).

اما از منظر قوانین و کنوانسیون‌های بین المللی، افراد خاصی تحت عنوان «اسیر» مندرج شده‌اند. در ماده چهار کنوانسیون سوم ژنو و بند یکم ماده ۴۳ پروتکل شماره یک، این افراد، در صورتی که در حین نبرد، دستگیر شوند، اسیر به شمار می‌آیند: ۱. اعضای نیروهای مسلح یکی از متخاصمین و نیز اعضای چریکی و گروه‌های داوطلب که جزو نیروهای مسلح مذکور می‌باشند. ۲. اعضای سایر گروه‌های چریکی و اعضای دیگر دسته‌های داوطلب به علاوه نهضت مقاومت متشکل، متعلق به یک دولت متخاصم که در داخل یا خارج خاک خود دست به عملیات زند، هر چند خاک مزبور اشغال شده باشد، مشروط به این که اولاً یک نفر رئیس، مسئول اعمال آن‌ها باشد، ثانیاً علامت مشخصه قابل رویت از دور داشته باشند، ثالثاً به طور علنی سلاح حمل کنند و رابعاً در عملیات خود طبق قوانین و سنت‌های جنگ رفتار نمایند. ۳. اعضای نیروهای مسلح منظم که خود را وابسته به دولت یا مقامی معرفی کنند که از طرف دولت دستگیر کننده به رسمیت شناخته شده باشد. ۴. کسانی که همراه با نیروهای مسلح نیستند، هر چند که به طور مستقیم جزو آن‌ها باشند، از قبیل اعضای غیر نظامی، کارکنان هواپیماهای جنگی، خبرنگاران، تهیه‌کنندگان اجناس و اعضای واحدهای کار و خدمات که عهده‌دار آسایش نیروهای مسلح هستند، مشروط بر این که از طرف نیروهای مسلح مجاز باشند، به شرط داشتن کارت هویت مصدق از طرف آن‌ها طبق نمونه مقرر شده... (حجازی، ۱۰۸).

مفهوم استتسار

واژه «استتسار» در لغت به معنای تسلیم شدن، طلب اسیری کردن، به دنبال اسیرگیری رفتن، درخواست اسیرشدن آمده است (آذرنوش، ۱۳۸۴، ذیل اسر). این واژه را در مبحث حقوق بشردوستانه دو گونه می‌توان معنی کرد: نخست به عنوان یک خصلت مذموم در سپاه غالب که به دنبال تزیاید در اسیرگیری است بدون آن که دارای وجهت منطقی و اخلاقی باشد. این معنی قطعاً مراد ما در این نوشتار نیست. دوم به معنای حق تسلیم شدن و به اسارت درآمدن است که مراد این نوشتار همین معنی است. یعنی یک رزمنده در میدان نبرد، زمانی که از جنگیدن ناتوان گشت، آیا حق دارد خود را تسلیم دشمن کند و آیا آنان نیز باید این حق را به رسمیت شناسند یا خیر؟

چند نکته:

نخست آن که بحث این نوشتار تنها به کسانی اختصاص دارد که از نظر حقوق بین الملل، «اسیر» به حساب می‌آیند. بنا بر این، افراد دیگری که به اسارت در می‌آیند مشمول بحث نخواهند بود. مانند افراد غیر نظامی شامل کودکان، زنان، سالخورده‌گان، بیماران و ... که اگر چه به لحاظ حکمی، در اکثر موارد به طریق اولی، مشمول حمایت قوانین اسیران جنگی هستند، ولی به لحاظ موضوعی از بحث ما خارج‌اند. دوم آن که بین مفهوم اسیر در مصطلح روایات و سخنان فقیهان با تعاریف حقوقی جدید، عموم مطلق وجود دارد. هر اسیر جنگی بنا بر کنوانسیون‌های بین المللی، اسیر به اصطلاح فقهی هم هست ولی عکس آن، وجود ندارد.^۱ یعنی ممکن است در روایات یا لسان فقیهان (ابن حمزه، ۲۰۲)، بر کسی عنوان اسیر صادق باشد ولی مشمول تعاریف جدید نگردد. به هر حال، چیزی که در این نوشتار، ملاک بحث و نظر قرار گرفته است، تعریف حقوقی است.

طرح مسئله اصلی

آیا بر اساس آموزه‌های اسلامی، «اسیرشدن» حقی برای فرد است یا خیر؟ در صورت پذیرش چنین حقی، آیا او می‌تواند این حق را اسقاط یا منتقل کند؟ آیا نیروی غالب، مکلف به گرفتن اسیر است؟

۱. دلیل بر این مطلب آن است که ماده (آ س ر) در لغت به معنای محکم بستن فرد با طناب و امثال آن است (فراهیدی، العین، ۷/ ۲۹۴) و اسیر به معنای محبوس و کسی که او را بسته‌اند آمده است و اطلاق دارد. (صاحب بن عباد، المحيط فی اللغة، ۸/ ۳۷۲؛ جوهری، الصحاح، ۲/ ۵۷۸). همچنین در آیات قرآن و روایات نیز، گاهی اسیر به معنای مطلق افرادی که به چنگ مسلمانان درآمده‌اند به کار رفته است و اگر در جایی، اسیر بر مبارزان اطلاق شده است، از باب غلبه است: بقره، ۸۵، انفال، ۶۷ و ۷۰، احزاب، ۲۶، انسان، ۸، تفسیر الامام العسکری، ص ۱۰۸؛ و علی (ع) در باره ابن ملجم می‌فرماید: احبسوا هذا الاسیر و اطعموه و اسقوه و احسنوا اساره: میزان الحکمة، ۱/ ۷۶. در برخی روایات آمده است: و لا تقتلوا شیخاً فانیاً و لا صبیاً و لا امراه (کلینی، کافی، ۵/ ۳۰) که بیان‌گر این نکته است که زنان و کودکان نیز به اسارت در می‌آیند. ناگفته نماند برخی از اندیشمندان معاصر در تعریف اسیر چنین آورده‌اند: هم الرجال المقاتلون من الکفار اذا ظفر المسلمون باسیرهم احیاء: زحیلی، وهبة، آثار الحرب فی الفقه الاسلامی، ۴۲۹.

نظر به این که این بحث جدید است و از این منظر کمتر بدان پرداخته شده است^۱، نمی توان برای ابعاد مسئله، به چند قول دست پیدا کرد، از این رو، موضوع را در ذیل احتمالات قابل تصور، مطرح می کنیم. در هر بخش، نخست دیدگاه اسلامی را آورده و سپس به ذکر دیدگاه حقوق بین الملل خواهیم پرداخت.

۱- حق یا حکم بودن اسارت

این مسئله از دو زاویه قابل تأمل است. اول این که آیا به لحاظ احکام شرعی، رزمنده ای که در میدان نبرد، توان ادامه مبارزه را از دست داده است و نیروی دشمن بر او مستولی شده است، واجب است خود را تسلیم کند یا خیر؟ آیا تسلیم کردن خود، حقی برای او محسوب می شود یا یک حکم شرعی گریزناپذیر است؟

بند اول (از منظر رزمنده مغلوب):

آیا فرد ناتوان (اعم از رزمنده مسلمان یا غیر مسلمان) از ادامه نبرد که دوراه بیشتر در پیش رو ندارد، یا اسارت یا کشته شدن، موظف است با به اسارت دادن خود، جاننش را حفظ کند؟ پاسخ این سؤال را در دو حالت باید مطرح کرد: نخست در باره رزمنده غیر مسلمان و نبردهای غیر جهادی که در جهان، اتفاق می افتد. در این خصوص باید گفت، تکلیف چنین فردی را قوانین بین المللی مشخص می کند و در مطالب بعدی به آن اشاره خواهد شد. اما در مورد رزمنده مسلمان باید معتقد شد در چنین شرایطی باید خود را تسلیم کند. وجوب تسلیم در این موقعیت، یک «حکم» است. مستند این حکم، ادله وجوب حفظ نفس و حرمت انتحار است. قرآن کریم از افکندن خود در هلاکت، نهی فرموده است (نساء: ۲۹ بقره: ۱۹۵)^۲ و روایات (حر عاملی، ۲۹/ ۲۴)، قاعده لاضرر (طوسی، تهذیب الاحکام، ۷/ ۱۴۷) و عقل مستقل^۳ نیز بر

۱. تا جایی که نگارندگان اطلاع دارند، نخستین کسی که اصل مسئله را به این صورت مطرح کرد، دکتر سید مصطفی محقق داماد در مقاله ای موجز با عنوان «حق استئسار در حقوق بین الملل اسلامی براساس کتاب سیره نبوی» بود. بنگرید: مجموعه مقالات همایش اسلام و حقوق بین الملل بشردوستانه، ص ۶۰۲.

۲. آیه اول: «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منکم و لا تقتلوا انفسکم ان الله کان بکم رحیمًا و من یفعل ذلک عدوانًا و ظلمًا فسوف نصلیه ناراً و کان ذلک علی الله یسیراً (نساء، ۲۹) گر چه برای آیه معانی دیگری غیر از حرمت خودکشی، متصور است (مانند: با تجارت های حرام نظیر تجارت ربوی یا امثال آن، خویشن را در هلاکت و تباهی دنیوی میندازید. یا یکدیگر را نکشید، با انجام گناهان، خود را به هلاکت میندازید) اما آیه ظهور در حرمت خودکشی دارد؛ محقق اردبیلی در زبده می نویسد: «این آیه دلالت بر تحریم خودکشی دارد» (بی تا، ص ۴۲۸). آیه دوم: «و انفقوا فی سبیل الله و لا تلقوا بایدیکم الی التهلكة و احسنوا ان الله یحب المحسنین» (بقره، ۱۹۵). نهی لا تلقوا، در این آیه نیز همانند آیه نخست، احتمال دارد به معنای حرمت زیاده روی در انفاق باشد که مجازاً اطلاق شده است. و یا بر عکس، با ترک انفاق خویش و جامعه خویش را به هلاکت میندازید. یا نا امیدی از غفران الهی سبب نشود مرتکب معاصی گردید، یا در صورت ناتوانی در مقابله با دشمن، وارد جنگ با آنان نشوید، یا در اموری که سبب سخت گیری بر شما می شود، زیاده روی نکنید (طبرسی، مجمع البیان، ۵/ ۵۷).

۳. برای استدلال به حکم عقل، باید بتوان چنین گزاره ای فراهم آورد: خودکشی و خود را در معرض کشتن قرار دادن بدون جهت عقلایی و شرعی، عقلاً قبیح است. و سپس با افزودن قاعده ملازمه، حکم به تحریم خودکشی داد. ابن ادریس در سرائر چنین استدلال کرده است: چنانچه فردی به خوردن مُردار اضطراب یابد، خوردن آن بر او واجب است و نخوردنش جایز نیست به دلیل این که بدیهی است که دفع زیان از خود به دلیل عقل، لازم است (۱۴۱۰ ق، ج ۳، ص ۱۲۵).

حرمت و قبح این عمل دلالت دارند. در برخی روایات، افزون بر وعید دوزخ دادن برای خودکشی، آمده است که مؤمن به هر بلیه‌ای مبتلی می‌شود و به هر گونه‌ای می‌میرد ولی هرگز خودکشی نمی‌کند (همو). البته توجه به دو نکته ضروری است: نخست آن که حرمت استتکاف ورزیدن از اسارت، در صورتی است که فرد یقین داشته باشد در صورت عدم اسارت، کشته خواهد شد و ضمناً نیروی متخاصم او را اسیر خواهد کرد. بنا بر این، چنانچه او علم داشته باشد که دشمن او را خواهد کشت، موضوع وارد باب تزاحم خواهد شد و فرد باید هر کدام را که دارای مصلحت بیشتری است برگزیند. مثلاً اگر ممکن است در صورت اسارت و پیش از کشته شدن، اطلاعات مهمی را در اثر شکنجه در اختیار دشمن گذارد، تسلیم نشدن و مبارزه تا مرز شهادت، واجب خواهد بود. نکته دوم آن که حرمت استتکاف از اسارت، استثنائاتی هم دارد. به یک نمونه در سطور پیشین، اشاره شد؛ یعنی جایی که رزمنده مسلمان یقین یا اطمینان دارد که در صورت اسارت توسط دشمن، اطلاعات مهمی را در اختیار آنان خواهد گذارد. در این صورت، تن به اسارت دادن او حرام خواهد بود مگر یقین داشته باشد که در زیر فشارهای فیزیکی و روانی دشمن، توان تحمل دارد. مورد بعدی جایی است که رزمنده مسلمان می‌داند حتی اگر تن به اسیری دهد، باز هم توسط دشمن، کشته خواهد شد. در چنین صورتی، چون کشته شدن توسط نیروی متخاصم، از شأن و کرامت او خواهد کاست، به نظر می‌رسد سزاوارتر، ادامه نبرد تا مرز شهادت باشد.^۱ در حقیقت، انتخاب «مرگ» برای فردیک «حکم» است و او در چنین شرایطی، مکلف به ادامه نبرد است.

باید توجه داشت که برخی از اسارت‌ها در شرایط الحاء کامل تحقق می‌یابد که فرد، توان تصمیم‌گیری ندارد. مثلاً در اثر جراحت، بیهوش شده است و در چنگ دشمن گرفتار می‌شود یا طی یک کمین، به دست نیروهای دشمن، اسیر می‌گردد. در چنین، شرایطی فرد به لحاظ فقدان اراده و اختیار، مشمول احکام فوق نخواهد بود. کسانی که خود تجربه شرکت در نبردهای مسلحانه را داشته‌اند به ویژه افرادی که در چنین موقعیت‌های هولناکی قرار گرفته‌اند، به خوبی می‌دانند که قضاوت کردن در باره رفتار این رزمندگان، کار آسانی نیست. در فقه و حقوق جزایی نیز عنصر قصد و اراده، از جایگاه مهمی برخوردار است. حالت اضطراب و خطر، سبب می‌شود امتیازات بیشتری به اشخاصی که در چنین شرایطی گرفتار آمده‌اند اعطا شود.^۲

بر اساس آنچه در مقدمه همین مقاله گفته شد، «حیات» یک حق اولیه و مقدم بر هر حقی است؛ از دیگر سو، این حق، از جمله حقوقی است که قابل اسقاط نیست مگر در مواردی که شرع و قانون، اجازه

۱. البته چنین نیست که همواره، اسارت با کرامت او در تضاد باشد؛ این موضوع، به فرهنگ و نحوه برخورد سپاه غالب بستگی دارد.

۲. در دوره دفاع مقدس، گاهی مشاهده می‌شد افرادی به دیده سرزنش به رزمندگانی که خود را اسیر کرده بودند، نگاه می‌کردند و چه بسا برخی از خود همین رزمندگان نیز در درون خویش، احساس ناخوشایندی داشتند.

اسقاط آن را داده‌اند^۱ مانند دفاع مشروع (اگر منجر به کشته شدن مدافع بینجامد) و اجرای حکم قتل در مورد کسی که حقی کشته شدن است (مانند قصاص جانی، مهدور الدم و ...).

بند دوم (از منظر رزمنده غالب):

آیا گرفتن اسیر (استئسار)، برای نیروی غالب، یک حق است یا یک حکم؟ به دیگر بیان، آیا سپاه پیروز، در اثنای نبرد حق دارد افراد سپاه مغلوب را به اسیری گیرد یا خیر، اسیرگیری یک حکم واجب است (مگر در موارد استثنایی)؟ اگر استئسار، یک حق باشد، باید پرسید آیا از جمله حقوقی است که قابل اسقاط‌اند یا خیر؟^۲

پاسخ دادن به این پرسش که استئسار یک حق است یا یک حکم، بستگی به نوع نگرش به مقوله «جنگ» دارد. از گذشته‌های دور تا کنون، مبنای اکثر جنگ‌ها، توسعه قلمرو، اخذ غنایم، انتقام‌گیری، نسل‌کشی قومی و مذهبی، برده‌گیری و امثال آن بوده است. تنها پیامبران الهی بودند که نبردهایشان تنها برای اعتلای کلمه حق و ادحاض باطل صورت گرفته است. قرآن کریم به عنوان خاستگاه اصلی آموزه‌های اسلامی، جهت‌گیری نبرد بایسته را مشخص کرده است. «و قاتلوا فی سبیل الله الذین یقاتلونکم ولا تعتدوا ان الله لایحب المعتدین» (بقره، ۱۹۰). این کریمه، بنیادی‌ترین اصل را در مخاصمات مسلحانه مسلمانان، تأسیس می‌کند. از این رهگذر، نبرد مشروع باید صرفاً «در راه خدا» باشد و صرفاً با کسانی باشد که با مسلمانان از در مخاصمه در آمده باشند و نکته بسیار مهم، حرمت «اعتدا» است. واژه اعتدا در لغت به معنای خارج شدن از حد و تجاوز به دیگران است و بر اساس اطلاق آن، هر موردی را که «تجاوز» محسوب شود، در بر می‌گیرد (شیخ طوسی، التبیان، ۱۴۳/۲؛ طبرسی، مجمع البیان، ۲/۲۸). محقق اردبیلی تصریح می‌کند که آیه دلالت بر عدم جواز تجاوز و ستم به جان و مال افراد دارد و این که نباید با کسی که قصد جنگ ندارد یا مقاتله را واگذارده، نبرد کرد (زبدۃ البیان، ۳۰۷). بنا بر این، هدف ابتدایی هر نبرد مشروعی، نابودی دشمن است تا زمانی که از دشمنی و عداوت دست بردارند. بر همین اساس، به نظر می‌رسد حکم اولی در مواجهه با دشمنی که ناتوان شده و سلاح بر زمین گذارده است، «وجوب اسیرگیری» است. ادله این «حکم» از این قرار است:

۱. در باره مستثنیات انتحار، مباحث زیادی وجود دارد. از جمله این که در صورت اکراه، آیا فرد مکروه می‌تواند دست به خودکشی بزند؟ یا چنانچه انتحار او نتایج عقلایی دارد مانند این که فرد در تحقیقات پزشکی اجازه دهد واکسن خطرناک به او تزریق شود یا رزمنده برای گریز از اسارت، خود را خلاص کند.

۲. نظر به این که این تحقیق درصدد بررسی احکام فقهی استئسار است، طبیعی است که مراد از «حق اسیر گرفتن» در اینجا، برای سپاه اسلام است. بدیهی است که اگر این موضوع بخواهد به عنوان بخشی از تعهدات بین المللی در حقوق بشردوستانه قرار گیرد و به عنوان یک میثاق جهانی، مورد عمل واقع شود، باید استدلال‌ها جنبه جهان‌شمولی داشته باشند که خود، مجال دیگری می‌طلبد.

دلیل نخست: کتاب

در جهان بینی اسلامی، خداوند انسان را بزرگ داشته است (و لقد کرّمنا بنی آدم؛ اسراء: ۷۰) و پیامبر (ص) می‌فرماید: «ما شیء اکرم من ابن آدم» (ری‌شهری، ۱/ ۴۲۶). بنا بر این، هیچ شرایطی، حتی موقعیت جنگی، نمی‌تواند این اصل بنیادین اسلامی را نقض کند. معروف است جنازه یک یهودی از کنار پیامبر (ص) رد شد و حضرت برخاستند. اصحاب گفتند او یهودی است! پیامبر (ص) فرمود: آیا مگر انسان نیست؟ (مجلسی، ۲۷۳/ ۷۸). می‌توان با اتحاد ملاک و الغای خصوصیت، نتیجه گرفت که رزمنده مغلوب در میدان نبرد، در صورتی که خطری متوجه سپاه اسلام نباشد، از حرمت برخوردار است و کسی حق کشتن او را ندارد. طبعاً دو راه باقی می‌ماند: یا آزادی و یا اسارت. و از آن جا که آزادی او در حین نبرد، عاقلانه نیست، باید «حق اسارت» او را محترم دانست. نکته دیگری که باید بدان توجه داشت «اصل آزادی انسان» است که شرعاً و عقلاً پذیرفته شده است. امام علی (ع) در وصایای خود به امام حسن (ع) می‌نویسد: لا تکن عبد غیرک و قد جعلک الله حراً (سید رضی، نامه ۳۱، ص ۳۴۴). بر اساس این اصل مترقی، ایجاد هر گونه محدودیت برای اشخاص، نیازمند دلیل قطعی است و بدون آن، نمی‌توان آزادی فردی را سلب کرد.

پس از تأسیس «اصل» در مسئله که مبتنی بر «کرامت» و «آزادی» انسان است، می‌توان نتیجه گرفت که استئسار، یک «حق» برای جنگجوی شکست خورده است و چون هر حقی با یک تکلیف، همراه است، برای ارتش پیروز، یک «حکم واجب» است. این وجوب از ظهور صیغه امر در آیه شریفه نیز قابل برداشت است. «فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشرکین حیث وجدتموهم و آخذوهم و احصروهم و اعدوا لهم کل مرصد...» (توبه، ۵). کلمه «آخذوهم» فعل امر است و فعل امر هم در بعث انشایی با اراده حتمی، ظهور دارد (سبحانی، ۹۲-۹۰). ذکر وجوب اخذ، پس از وجوب قتل، شاید دلالت بر ترتیب داشته باشد، یعنی در وهله نخست آنان را بکشید (و چنانچه دچار هزیمت شدند) آنان را بگیرید. در آیه دیگر با استفاده از روش کنایی، وجوب اسیر کردن کافران را بیان فرموده است: «فذا لقیتم الذین کفروا فضرب الرقاب حتی اذا انخنتموهم فشدوا الوثاق...» (محمد، ۴). در این کریمه نیز پس از آن که امر به درگیری و از پای درآوردن دشمن می‌کند، می‌فرماید: آن گاه که از کشته‌ها پشته درست شد، آنان را محکم ببندید که کنایه از اسیر کردن آن‌ها است. تاریخ و سیره پیامبر (ص) و خلفا نیز نمایانگر همین مسئله است که همواره در خلال این جنگ‌ها، گروهی از کفار و دشمنان، به عنوان اسیر، دستگیر شده و در اختیار مسلمانان قرار گرفته‌اند.

نکته‌ای که باید در این آیه مورد توجه قرار گیرد آن است که موضوع کشتن و گردن زدن دشمن در زمانی

است که درگیری و نبرد، در جریان است (حتی تضع الحرب اوزارها) که مفهوم مخالف آن چنین می‌شود: حق کشتن و به اسارت در آوردن پس از پایان جنگ، وجود ندارد. البته چنانچه در اثنای جنگ با کافران، اسیری مسلمان شد، خونش محقون خواهد بود (حر عاملی، ۷۲/۱۵؛ صاحب جواهر، ۱۲۴/۲۱).

پرسش:

یکی از چالش‌های مهم در برابر این حکم یعنی وجوب اسارت دشمن در صورتی که سبب ناتوانی مسلمانان نشود، روایاتی است که مسلمانان را در برابر چهار کار مخیرگذارده است: به بردگی کشیدن، آزاد ساختن بدون فدیة، آزاد ساختن با فدیة و کشتن (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۱۵/۴؛ حر عاملی، ۲۵/۱۵ و ۲۸).^۱ بررسی بحث بردگی فعلاً در این مجال ناممکن است. اما گرفتن فدیة در برابر آزادی، به نظر منافاتی با اصلی که در مسئله، تأسیس شد ندارد زیرا اخذ وجوهی برای تقویت بنیه نظامی مسلمانان در مقابل تهاجمی که از سوی دشمن صورت گرفته است و هزینه‌هایی که بر مسلمانان تحمیل کرده است، کاملاً عقلی و عقلائی است. تنها نقطه‌ای که پرسش برانگیز است، موضوع جواز کشتن اسیران است. اگر ما اسیر شدن را یک حق پذیرفته شده از سوی شارع و عقلا، تلقی کنیم، با حکم به قتل آنان، ناسازگار خواهد بود و باید چاره‌ای برای آن اندیشیده شود؟

باید توجه داشت عام قرآنی، سرنوشت اسیران را در دو چیز منحصر می‌کند و در صورت شک در تخصیص، باید بر اساس اصل عموم، عمل کرد. مراد از عام قرآنی، آیه شریفه چهار سوره محمد (ص) است که می‌فرماید: «... فشدوا الوثاق فاما منا بعد و اما فداء حتی تضع الحرب اوزارها...».

چالش:

آیه ۶۷ سوره مبارکه انفال چنین می‌فرماید: «ما کان لنبی ان یکون له اسیری حتی یشخن فی الارض تریدون عرض الدنیا و الله یرید الاخرة و الله عزیز حکیم». «اثخان فی الارض به معنای شدت ورزیدن در زمین با کشتن بسیار است. مجاهد می‌گوید اثخان یعنی قتل» (طوسی، تبیان، ۱۵۶/۵). شیخ طوسی بر این باور است که معنای آیه آن است که هیچ پیامبری حق ندارد به جهت گرفتن فدیة و متاع دنیوی، از کشتن کافران سرباز زند (همو) از ظاهر این آیه چنین استفاده می‌شود که هیچ پیامبری، تا زمانی که از کشته پشته نسازد، حق ندارد اسیر بگیرد. صاحب مجمع می‌نویسد: «در عهد خدا با هیچ پیامبری نیامده است که برای کسب فدیة و یا منت گذاردن بر آنها، اقدام به گرفتن اسیر کند مگر تا زمانی که در کشتن و مقهور کردن مشرکان، مبالغه ورزد، تا با این کار، دیگرانی را که در میدان نبرد حضور ندارند از ادامه خصومت، باز دارد. مخاطب این آیه، اصحابی بودند که بسیار مایل بودند به سرعت، از اسیران، فدیة دریافت کنند و به

۱. همچنین صاحب جواهر بر این موضوع، ادعای اجماع کرده است: صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۲۲/۲۱.

جمع‌آوری غنیمت بپردازند (طبرسی، مجمع البیان ۴/ ۴۹۳). طبرسی بر این باور است که این حکم (حرمت اسیرگرفتن) در جنگ بدر بوده که مسلمانان ضعیف بودند. ولی بعداً که قدرت یافتند، آیه (فاما منا بعد او فداء) نازل گشت (طبرسی، جوامع الجامع، ۲/ ۳۷). همو در مجمع در ذیل آیه (فاما منا بعد او فداء) می‌گوید: «در این باره اختلاف شده است؛ برخی گفته‌اند اسیر گرفتن با آیه انفال حرام بود ولی با این آیه، مباح شد زیرا این آیه پس از آیه انفال نازل شده است. و پس از آن که کفار را اسیر کردند، امام بین منت گذاردن (آزاد سازی بدون شرط) و فدیة گرفتن و کشتن و تبعید کردن، مختار است؛ و این، قول شافعی، ابو یوسف و محمد بن اسحاق است. و برخی گفته‌اند امام تنها بین منّ و فدا و تبعید، مخیر است و حق کشتن اسیران را ندارد (مجمع البیان، ۹/ ۱۶۲). کلینی در کافی از امام صادق (ع) روایت می‌کند که: پدرم می‌فرمود: جنگ دارای دو حکم است. زمانی که جنگ بر پا است و سلاح‌ها بر زمین نهاده نشده و کشته‌ها فزونی نیافته، در چنین حالی امام مخیر است که اسیران را گردن زند یا دست و پای آنان را به طور مخالف قطع کند و این اشاره به آیه محاربه دارد (مانده، ۳۳)؛ ولی چنانچه جنگ پایان یافته و کسانی که باید کشته شوند، کشته شده‌اند، امام مخیر است میان منّ، فداء و تبعید به جایی که برده شوند (کلینی، ۵/ ۳۲؛ عروسی حویزی، ۱/ ۶۲۱).

جمع‌بندی دو آیه:

ممکن است چنین به نظر بیاید که بر اساس منطوق آیه انفال، مسلمانان حق ندارند مبادرت به گرفتن اسیر کنند. اما برای پاسخ به این پرسش باید گفت: اولاً برخی از مفسران بر این باورند که این آیه توسط آیه سوره محمد نسخ شده است^۱ و به همین علت، فقیهان به این آیه استناد نکرده‌اند و فقیهی مانند محقق اردبیلی در کتاب زبده، اصلاً این آیه را در محل بحث، نیاورده است. و ثانیاً اساساً باید گفت، مورد دو آیه با هم متفاوت است. آیه انفال مربوط به زمانی است که جنگ در اوج شدت است و اصولاً از نظر منطق نظامی، گرفتن اسیر، توجیهی ندارد به ویژه اگر گروهی بخواهند به جای تثبیت تفوق نظامی مسلمانان، به جمع‌آوری اسیر و غنائم، بپردازند (همان‌طور که در جنگ‌های صدر اسلام، مرسوم بوده است). این عمل، افزون بر مخالفت با اهداف و آرمان‌های غایی نبرد مشروع، ممکن است به ضربه خوردن سپاه اسلام نیز بینجامد. بنا بر این و بنا بر عمومات قرآنی، در صورتی که پیروزی مسلمانان قطعی باشد، رزمندگان سپاه مغلوب، حق دارند از قاعده «استسار» بهره‌مند شوند و خود را تسلیم نیروهای اسلام کنند و کسی حق کشتن آن‌ها را نخواهد داشت. اما این که پس از اسارت، با آنان چه باید کرد، مطلب دیگری است که محل

۱. آقای خوئی در البیان نظریه نسخ آیه سوره انفال را نمی‌پذیرد و بر این باور است که حکم وجوب کشتن، مقید به آمدی بوده است که با پایان یافتن آن آمد، حکم هم خود به خود، پایان می‌پذیرد (ص ۳۶۶).

بحث این نوشتار نیست. ولی عجیب آن است که شیخ طوسی به اصحاب امامیه نسبت داده است که حتی پس از خاتمه جنگ نیز امام میان استرقاق و قتل آنان، مخیر است! شیخ طبرسی هم از ایشان متابعت کرده است. در حالی که هیچ روایتی در این زمینه وجود ندارد (و با مفهوم آیه نیز در تخالف است) و خود شیخ طوسی نیز در مبسوط، تصریح می‌کند که پس از پایان نبرد، کشتن اسیر، جایز نمی‌باشد (خوئی، البیان، ۳۶۷).

دلیل دوم: سنت

هم سنت رفتاری و هم سنت گفتاری معصومان (ع) حاکی از پذیرش این اصل الهی و عقلی «احترام به حق استئسار» است. اما در سنت گفتاری، افزون بر روایاتی که در ذیل آیات مربوط به «اسیر» صادر گشته‌اند، روایاتی نیز به طور خاص در باب اسیران، وارد شده است. اما نکته بسیار مهمی که حائز التفات است آن است که همان‌گونه که کراراً اشاره شد، سخن ما در این نوشتار، در ارتباط با اصل مقوله «اسارت» با نگاه پیشینی است. روایاتی که در این باب وارد شده است معمولاً از واژه «اسیر» یا «اسری» استفاده می‌کنند که ظهور در فردی دارد که اسیر شده است. اما باید توجه کرد که از دو راه می‌توان احکام این روایات را به «پیشاسارت» نیز تعمیم داد. نخست از باب مجازگویی و استعمال «مشتق» در فردی که در آینده، متلبس به مبدأ خواهد شد (مظفر، ۱۰۲/۱). قرینه این تجوز، قرب زمانی و در شرف وقوع بودن است. بنا بر این، بر شخصی که در آستانه اسارت است نیز «اسیر» اطلاق می‌شود. دوم از باب تنقیح مناط قطعی است. این که در روایات گفته شده مثلاً با اسیر مدارا و مهربانی کنید، از باب حرمت و کرامت اوست، و «اسیر» بودن، خصوصیتی ندارد. بر این اساس، رزمنده دشمن، حتی پیش از اسارت هم سزاوار برخوردی عطف‌آمیز است و این عطف، در قالب احترام به حق استئسار او تجلی می‌یابد. اینک تنها دو روایت را از نظر می‌گذرانیم:

- ۱- شهید اول از طریق میثم از مولای متقیان علی (ع) که در اکثر مدت عمر خود، مواجه با اقسام نبردها بود نقل می‌کند: «مِنْ كَرَمِ الْعِظَمَاءِ الرَّفِيقِ بِالْأَسْرَاءِ» (مجلسی، ۴۴۹/۹۷). حرعاملی هم در وسائل الشیعه بابی را با عنوان «استحباب الرفق بالأسیر» آورده است (۹۱/۱۵).^۱
- ۲- پس از پایان جنگ صفین، عمار از علی (ع) پرسید: با اسیران چه خواهید کرد؟ حضرت فرمود: بالمن و العفو كما سار النبي (ص) فی اهل مكة (نوری، ۵۷/۱۱).

۱. ممکن است گفته شود این دسته از نصوص، جنبه پسینی دارند یعنی بعد از اسارت، را تبیین می‌کنند در حالی که بحث ما در جنبه پیشینی است. در پاسخ باید گفت این اشکال بنا بر اثبات دیدگاه اصولیان در باب مشتق است که مشتق حقیقت در متلبس به مبدأ است و اطلاق آن به لحاظ گذشته و آینده، مجاز است. اما به هر حال نظر به کثرت وقوع مجاز بالمشافه در کلام عرب، بعید نیست بتوان این نصوص را به پیش از اسارت هم تعمیم داد. افزون بر آن، با تنقیح مناط قطعی و مسلک تعلیل نیز می‌توان حکم را تسری داد.

اما سیره رفتاری معصومان (ع) نیز خود گواه روشنی بر این رهیافت است. امام هادی (ع) می‌فرماید: «علی بن ابی طالب در جنگ با اهل جمل، فراریان را تعقیب نکرد؛ بر مجروحان نتاخت و کسی را که اسلحه بر زمین نهاد، امانش داد...» (مجلسی، ۱۰/۳۶۰).

امام صادق (ع) می‌فرماید: ان علیا سار بالمن و الکف (مجلسی، ۳۳/۴۴۳). هم از ایشان منقول است که: ان علیاً اعتق الف نسمة من کذب یده جماعة لا یحصون کثرة. (ابن شهر آشوب، ۱/۳۸۸).

امیر مؤمنان (ع) پس از پایان جنگ صفین دستور آزادی همه اسیران را صادر کردند. آنان پس از آزادی نزد معاویه آمدند و او خطاب به عمرو عاص گفت: تو می‌گفتی اسیران را باید بکشیم و حال آن که علی بن ابی طالب آنان را آزاد کرده است! و حضرتش این گونه بود که اسیر را رها می‌کرد مگر کسی را به قتل رسانده بود (مجلسی، ۹۷/۳۹).

آن حضرت در روز بصره فرمان می‌دهد: لا تسبوا لهم ذریة و لا تدفخوا علی جریح و لا تتبعوا مدبراً و من اغلق بابہ و القی سلاحه فهو آمن (مجلسی، ۷۵/۱۶۹). ممکن است در مقام اشکال گفته شود این حکم فقط در باره مسلمانان باغی است و شامل هر نوع جنگی نمی‌شود. در پاسخ باید گفت که با تنقیح مناط قطعی می‌توان به اشتراک در حکم، قائل شد. قطعاً نمی‌توان گفت دشمنی اصحاب جمل و امثال آن‌ها با علی (ع) بیشتر از کافران و مشرکان بوده است.^۱

دلیل سوم: اجماع

همان گونه که در مباحث قبلی اشاره شد، برخی از فقیهان بر احترام خون اسیر پس از خاتمه نبرد، ادعای اجماع کرده‌اند (صاحب جواهر، ۲۱/۱۲۸-۱۲۶). البته این اجماع همه‌جانبه نیست تا دقیقاً بر همه ابعاد کنوانسیون‌های حمایت از حقوق اسیران، منطبق باشد، ولی در حد قدر متیقن آن، مفید است. البته خدشه‌ای که بر این گونه اجماعات وارد می‌شود، مدرکی بودن آن‌ها است. آیات و روایاتی که در این خصوص، وارد شده است، به اندازه کافی، بسنده هستند و بعید نیست این اجماعات نیز بر پایه همین مدارک، قوام یافته باشند.

دلیل چهارم: سیره متشرعه.

یکی از ادله و منابع احکام، «سیره» است که خود اقسامی دارد و یکی از آن‌ها سیره مسلمانان یا متشرعه است. در تعریف آن گفته شده: استمرار عادت مسلمانان از آن جهت که مسلمان هستند بر فعل یا

۱. یکی از چالش‌های مهم در بحث رفتار مسلمانان با اسیران، واقعه بنی قریظه است که با حکمت سعد بن معاذ، مردان بالغ آنان، اعدام شدند (حر عاملی، ۱/۴۴). اگر این واقعه تاریخی صحیح باشد، باید آن را حمل بر لزوم متابعت از «تحکیم» کرد چه آن که خود بنی قریظه به تحکیم سعد بن معاذ، رضایت دادند (ابن حیون، ۱/۳۷۷).

ترک فعل (حکیم، ۱/ ۲۳۴؛ صدر، ۲/ ۱۱۴، مظفر، ۲/ ۱۵۴). در باب اصل و کیفیت حجیت سیره متشرعه، مباحث بسیاری وجود دارد ولی حجیت آن فی الجمله، مورد اتفاق همگان است. در حجیت این سیره، امتداد آن تا عصر معصوم (ع) و مشارکت معصوم، شرط است (حکیم، ۱/ ۲۳۴). در محل بحث یعنی رفتار عملی مسلمانان با مبارزان دشمن که در حین جنگ به اسارت مسلمانان درمی‌آمدند، تاریخ گواه است که همواره (جز در مواردی که اقتضای مصالح جنگی بوده است)، از کشتن سربازانی که از دشمن، به چنگ آنان افتاده بودند و دیگر توان ادامه نبرد نداشته‌اند، اجتناب کرده‌اند. این روش عملی، از زمان معصومان (ع) و جنگ‌های پیامبر (ص)، امام علی (ع)، امام حسن (ع) و دیگر خلفا به بعد، استمرار داشته است. البته اگر گهگاهی رفتارهایی مخالف با این سیره دیده شده است، در میان اشخاصی بوده که به پابندی چندان به آموزه‌های شریعت نداشته‌اند.^۱

چالش:

در قوانین حقوق بشردوستانه، هدف از به اسارت گرفتن نیروهای دشمن، تضعیف قدرت جنگی طرف مخاصمه است. در واقع هر یک از طرف‌های مخاصمه تلاش می‌کند با اسارت گرفتن رزمندگان طرف مقابل، طرف دیگر را از دراختیارداشتن مهم‌ترین عامل توان رزمی خود یعنی نیروی انسانی، محروم کند. هدف از اسارت، انتقام‌گیری و یا بهره‌برداری از نیروی کار دشمن نبوده و آنان تبهکار محسوب نمی‌شوند زیرا تلاش آن‌ها در عملیات نظامی، قانونی است (بند ۲ ماده ۴۳ پا ۱) (داعی، ۲۸). اصولاً قوانین جدید، رزمنده را فارغ از نژاد، دین، مذهب، هدف و ... صاحب «حق» می‌داند، حق برخورداری از تسلیم شدن. اینکه او چه تعدادی از نیروهای دشمن را کشته است یا چه نقشی بر تفوق دشمن داشته است، تأثیری بر حق برخورداری او از حقوق اسیران ندارد. با نگاهی به قوانین حقوق بشردوستانه در ارتباط با وضعیت اسیران، تغایر برخی با احکام اسلامی در این خصوص، آشکار است. به عنوان نمونه، به حاکم اسلامی اجازه داده شده است که از اسیر در ازای آزادیش، مبلغی دریافت کند (فدا) یا او را به استرقاق در آورد.^۲ در حالی که قوانین بین‌المللی هیچ‌کدام از این دو رفتار را برنمی‌تابند. در پاسخ این پرسش باید گفت: به نظر می‌رسد احکام مربوط به اسیران، یا احکام ولایی و سلطانی بوده‌اند یا حداقل جزو احکام ثابت اسلام

۱. برای آگاهی بیشتر از نحوه برخورد مسلمانان با مبارزان به دام افتاده دشمن در جنگ‌ها، بنگرید: ابن هشام، سیره رسول الله، ۱/ ۶۴۳-۶۴۴؛ طبری، تاریخ الرسل و الملوک، ۲/ ۴۲۱-۴۷۲؛ سرخسی، شمس الدین، شرح السیر الکبیر، ۱۰۲۳ و ۱۱۴۸.

۲. اصولاً موضوع رقیب و بندگی و به تبع آن، استرقاق و به بندگی درآوردن، یکی از چالش‌های مهم فقه اسلامی است که فقیهان دو گونه موضع در برابر آن اتخاذ کرده‌اند. گروهی آن را از احکام ثابت اسلام دانسته‌اند و احکام مربوط به آن را حتی در این روزگار نیز قابل جریان می‌دانند (مگر مصلحت ملزم‌های بر عدم اجرا، وجود داشته باشد). و در مقابل، اندیشمندان نیز بسیاری برای برون‌رفت از آن، تلاش کرده‌اند و خواسته‌اند آن را با روح اسلام، ناسازگار جلوه دهند. یکی از این افراد دکتر محقق داماد است که بر این باور است باید میان برده‌داری با برده‌سازی تمایز قائل شد. پیامبر (ص) بنا بر اقتضائات زمانی، با برده‌داری مخالفت نکرد ولی قوانین و مقرراتی آورد که برده‌سازی را به تدریج ملغاً سازد. محقق داماد، سید مصطفی، ۶۰۲-۶۱۳.

نیستند. توضیح مطلب آن که برخی از احکامی که توسط پیامبر (ص) و امیر مؤمنان (ع) بیان شده‌اند نه از موضع تشریع و حکم اولی الهی بوده‌اند بلکه صرفاً از مقام رهبری و ولایتی که بر مردم داشته‌اند صادر گشته‌اند. امام خمینی (ره) این ایده را در تفسیر حدیث لا ضرر بیان کرده و می‌افزاید: جاهایی که در روایات، تعبیر به «قضی» یا «حکم» شده است، احکام سلطانی هستند (امام خمینی، الرسائل، ۵۹-۴۵).^۱ نتیجه این نظریه آن است که این گونه احکام، مجعولات تشریعی الهی نیستند تا نتوان در کم و کیف آن سخنی گفت بلکه قضایایی بودند که در ظروف خاص و بنا بر مصالحی، ابراز شده‌اند. به نظر می‌رسد بتوان در مواردی که در سیره معصومان (ع) چنین احکامی در ارتباط با اسیران آمده است، چنین نظریه‌ای را پذیرفت چرا که این دست از احکام، در فرآیند عمل و در حین اجرای برنامه‌های حکومتی، بیان شده‌اند. راه دوم برون‌رفت از این مشکل، تمسک به نظریه‌هایی است که در دهه‌های اخیر تحت عناوینی چون «ثابت و متغیر»، «عنصر زمان و مکان» و «منطقه الفراغ» و ... ارائه شده است. بر اساس این نظریه‌ها می‌توان احکامی را که در ارتباط با اسیران در صدر اسلام، صادر گشته است، یا جزو متغیرها قلمداد کرد، یا اقتضائات زمانی و مکانی را در تشریع آن‌ها دخیل دانست و یا تصمیم‌گیری در مورد آن‌ها را از اختیارات حاکم در قلمرو منطقه مباحات دانست. به هر حال، مقوله حقوق اسیران، مانند بسیاری از دیگر پدیده‌های مدرن، دست‌خوش تغییرات ارزشی و هنجاری شده است و نیازمند بازخوانی فقهی است.

نتیجه‌گیری

۱. اسیر فردی از قوای مسلح یک کشور یا گروه نظامی است که در اثنای نبرد مسلحانه، به دام نیروهای خودی افتاده است.
۲. از منظر فقه و حقوق موضوعه، احکام و قوانین اسیران، در دو سطح قابلیت طرح دارند: نخست اصل جواز و عدم جواز اسیر گرفتن (حکم پیشینی) و دوم نحوه برخورد با اسیران (حکم پسینی). مقاله حاضر به جنبه اول پرداخته است.
۳. اکثر قوانین و کنوانسیون‌های بین‌المللی به بخش پسینی یعنی کیفیت رفتار با اسیران پرداخته‌اند.
۴. با توجه به تفاوت ماهوی «حق» از «حکم»، به نظر می‌رسد، استئسار و تسلیم شدن رزمنده متخاصم، یک «حق» برای او تلقی شود و از دیگر سو، «حکم» و «تکلیفی» برای سپاه غالب، به شمار آید.
۵. ادله این مدعا عبارت‌اند از: کتاب، سنت، اجماع و سیره معصومان (ع).

۱. بناء علی ما ذهبنا الیه فی حدیث نفی الضرر، لایکون دلیلہ حاکماً علی ادلة الاحکام الاولیة سوی قاعدة السلطنة، فان دلیل نفی الضرر ورد لکسر سورة تلك القاعدة الموجبة للضرر و الضرر علی الناس و هو صلی الله علیه و آله بامرہ الصادر منه بما انه سلطان علی الاممة و بما ان حکمه علی الاولین حکمه علی الاخرین، منع الرعية عن الاضرار و الضرر ...

۶. سپاه اسلام تا پیش از پیروزی کامل، می‌تواند در صورت نیاز نظامی، دشمن را از پای درآورد ولی پس از پایان نبرد، حق به قتل رساندن آنان را ندارد.
۷. برخی از احکام فقهی در باب اسیران، با قوانین حقوق بشردوستانه جدید، مغایرت دارد که باید در آن‌ها تجدید نظر کرد، مانند استرقاق و به بندگی گرفتن، اخذ فدیة و... این تجدید نظر بر مبنای نظریه‌های ثابت و متغیر، زمان و مکان، منطقة الفراغ و امثال آن‌ها استوار خواهد بود.

منابع

قرآن کریم.

- آذرنوش، آذرتاش، *فرهنگ معاصر عربی-فارسی*، تهران، نشر نی، چاپ پنجم، ۱۳۸۴.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر *المهذب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، منشورات مكتبة آيت الله المرعشي النجفي، چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- ابن حیون، نعمان بن محمد مغربی، *دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الاحکام*، مصحح و محقق: فیضی، آصف، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم، ۱۳۸۵ق.
- ابن شهر آشوب، مشیرالدین محمد علی، *مناقب آل ابی طالب (ع)*، نجف، المكتبة الحيدرية، ۱۳۷۶ق.
- ابن فارس، احمد ابن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی قم، ۱۴۰۴ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.
- ابن هشام، عبد الملک بن ایوب، *السيرة النبوية*، مصر، شركة و مطبعة الالبابي، چاپ دوم، ۱۳۷۵ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب مکاسب و البیع و الخيارات*، قم، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقيه*، تهران، منشورات مكتبة الصادق (ع)، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ق.
- تفسیر الامام العسكري*، قم، مدرسه امام مهدی (عج)، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- حجازی، محمد علی، *حقوق اسیران جنگی*، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقه المقارن*، تهران، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية، چاپ اول، ۱۴۳۱ق.
- خمینی، روح الله، *البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

- _____، *الرسائل*، تهران، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
- خونی، ابو القاسم، *البيان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دار الزهراء، چاپ چهارم، ۱۳۹۵ ق.
- داعی، علی، *حقوق اسیران جنگی در حقوق بین الملل بشردوستانه*، تهران، پیام آزادگان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت، دار العلم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- الزحیلی، وهبة، *آثار الحرب فی الفقه الاسلامی*، بیروت، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۱۹ ق.
- سبحانی، جعفر، *الوسیط فی اصول الفقه*، قم، مؤسسة الامام الصادق (ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.
- شریف رضی، محمد بن حسین، *نهج البلاغة*، قم، مؤسسه نهج البلاغة، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- شریف مرتضی، علی بن حسین، *الاتصار*، قم، مؤسسة النشر الاسلام، ۱۴۱۵ ق.
- شمس الائمة سرخسی، محمد بن احمد، *شرح السیر الکبیر*، الشركة الشرقية للاعلانات، ۱۹۷۱ م.
- صاحب جواهر، محمد حسن نجفی، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
- صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، بیروت، دار الکتب اللبنانی، چاپ دوم، ۱۴۰۶ ق.
- طباطبائی، محمد حسین، *تفسیر المیزان*، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، انتشارات محمد، ۱۳۶۰.
- طبرسی، فضل بن حسن، *جوامع الجامع*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- _____، *مجمع البیان*، چاپ اول، بیروت، مؤسسة الاعلمی، ۱۴۱۵ ق.
- طبری، محمد بن جریر، *تاریخ الرسل والملوک*، بیروت، دارالتراث، چاپ دوم، ۱۳۸۷ ق.
- طریحی، فخر الدین بن محمد، *مجمع البحرین*، مکتب نشر الثقافة الاسلامیة، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *التبیان*، قم، مکتبة الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *الخلاف*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۰ ق.
- _____، *المبسوط*، قم، المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، بی تا.
- _____، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- عروسی حویزی، عبد علی بن جمعه، *تفسیر نور الثقلین*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۲ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الاحکام*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- غروی اصفهانی، محمد حسین، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، دمشق، مؤسسة الرسالة، ۱۹۹۸ م.
- کدیور، محسن، *حق الناس اسلام و حقوق بشر*، تهران، انتشارات کویر، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۹ ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الانوار*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ سوم، ۱۴۰۳ ق.

- محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی احکام القرآن*، تهران، المكتبة الجعفرية لآحياء الجعفرية، بی تا.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرايع الاسلام*، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- محقق داماد، مصطفی، «حق استئسار در حقوق بین الملل اسلامی براساس کتاب سیره نبوی»، *مجموعه مقالات همایش اسلام و حقوق بین المللی بشردوستانه*، تهران، جمعیت هلال احمر، ۱۳۸۶.
- محمدی ری شهری، محمد، *میزان الحکمة*، قم، دار الحديث، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس*، بیروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ۱۴۱۴ ق.
- مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی تا.
- نائینی، محمد حسین، *منية الطالب فی شرح المکاسب*، تهران، المكتبة المحمدية، چاپ اول، ۱۳۷۳ ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل*، بیروت، مؤسسة آل البيت لآحياء التراث، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.



روش‌شناسی اجتهاد تمدنی*

(ابزاری برای استخراج نظام‌ها و فرآیندهای مورد نیاز در مقیاس یک تمدن)

عبدالحمید واسطی

استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی و مدرس حوزه

Email: hvaseti@gmail.com

چکیده

مسئله اصلی در مقاله بررسی «ابزارهای اصلی برای فهم گزاره‌های دینی در مقیاس کلان» است. این بحث در پارادایم کلام شیعی، دین تمدنی، فقه و اصول فقه جواهری مطرح است. در این دستگاه معرفتی، «اجتهاد» عبارتست از «کشف الحکم عن مدرکه» و «حکم» عبارتست از: «الاعتبار الشرعی المتعلق بأفعال العباد»؛ و به علت قید «افعال العباد» در تعریف حکم، رویکرد رفتاری فردی به خود گرفته است. داعیه تمدن‌سازی اسلام و مواجهه با نیازها در مقیاس اجتماعی و بین‌المللی، سبب شده است تا تلاش برای استخراج دیدگاه اسلام در مقیاس جمعی و با رویکرد استخراج «فرآیندها»، مورد توجه جدی قرار بگیرد. ضرورت «حجت بودن» برای استناد به دین، سبب تمرکز بر روش‌شناسی چنین تلاشی شده است. این مقاله، به چنین مقصودی می‌پردازد و نتیجه آن در سه محور اصلی عبارتست از: ۱- تغییر تعریف حکم به «الاعتبار الصادر من الشارع لتنظیم حیاة الانسان» ۲- تغییر هویت «وضع الفاظ» از وضع برای مصادیق، به وضع برای روح معنا (فرآیند) ۳- استفاده از منطق سیستم‌ها برای جمع ادله. مقصود از منطق سیستم‌ها، دیدن هر «حکم» به عنوان یک پردازشگر برای تبدیل ورودی‌های مربوطه‌اش به خروجی مورد نظرش است که در آن نقطه شروع پردازش، هسته مرکزی، مراحل، نقاط بحران، مبتنی بر ادله، تعریف شده باشد.

کلیدواژه‌ها: علوم انسانی اسلامی، اجتهاد تمدن‌ساز، اجتهاد سیستمی، روش‌شناسی اجتهاد

Methodology of Civilization-Making Ijtihad

(A Tool to Extract Systems and Processes Needed on the Scale of a Civilization)

Abd al Hamid Vaseti, Ph.D. Assistant Professor of Research Institute for Islamic Culture and Thought and Lecturer at Hawza

Abstract

The main issue in this paper is studying the main tools to understand religious propositions at macro-scale. This topic is discussed in the paradigm of Shiite theology, civilization-making religion, Islamic jurisprudence and Javaheri Usul. In this epistemic system, "Ijtihad" means "discovering the rule from its source" and "rule" means "religious creation relating to the acts of servants" and due to the qualification "the acts of servants" in the definition of rule, it has taken a behavioral individual approach. The claim that Islam is civilization-making and deals with needs at the social and international scale, has caused the attempt to infer the viewpoint of Islam at a collective scale and with extraction of processes attitude to be taken seriously. The necessity of having authority for religion in order to be cited, has led to concentration on methodology of such attempt. This paper pursues such purpose and its results in three main respects are: 1- changing the definition of rule to "the creation issued by the divine lawgiver to regulate the man's life"; 2- changing the nature of adoption of words from adoption for examples to adoption for spirit of meaning (process); 3-using the systems logic for gathering evidences. By systems logic it is meant considering each rule as a processor to convert its relevant inputs into intended output in which the starting point of process, central core , stages, crisis points are defined based on evidences.

Keywords: Islamic humanities, civilization-making Ijtihad, systematic Ijtihad, methodology of Ijtihad.

مقدمه

تلاش برای تحقق جامعه مبتنی بر نظر اسلام نیازمند گذر از فضای نظری، به صحنه اجرا است یعنی دستیابی به چگونگی پیاده‌سازی اهداف و راهبردهای کلانی که در منابع نظری ذکر شده است. اولین تلاش برای اسلامی‌سازی جامعه، تزریق معارف نظری به مردم بوده است به این امید که وقتی کارگزاران و عموم مردم، تفکر اسلام را بشناسند بتوانند عملکردهای اسلامی تولید کنند؛ دومین قدم، تعیین اهداف کلان و مرزها در عملکردها بوده، باز به امید این که وقتی اهداف و مرزها مشخص میشود، عملکردها سبب تحقق اهداف اسلام شوند؛ اما نتایج این دو راهبرد، نشان داد که اینها لازمند ولی کافی نیستند و نمی‌توانند سبب تولید عملکردهای ایجابی لازم برای تحقق اهداف شوند؛ لذا توجه نظریه‌پردازان به استخراج فرآیندها برای تحقق سیستم اقتصاد اسلامی، فرهنگ اسلامی، رسانه اسلامی، آموزش اسلامی، خانواده اسلامی، و... جلب شده است و هم‌چنین روابط گسترده این سیستم‌ها با یکدیگر در صحنه اجتماعی داخلی و صحنه بین‌الملل، سبب شد تا بررسی نقشه تمدن اسلام و ابرفرآیندها نیز در رصد محققین علوم و معارف اسلام قرار گیرد.

برای این استخراج، ابزار معتبری که در دسترس علماء بود علم فقه بود؛ اما در روند استفاده از آن برای استخراج فرآیندها در مقیاس کلان، محققین دریافتند که رویکرد تحلیل‌ها بر رفتارهای فردی (فعل مکلف) محدود است و در همان حیطه نیز، بر تبیین مرزها (احکام تکلیفی) و بیان قوانین حداقلی (واجب و حرام) محصور شده است و حتی در همان حیطه نیز حداقل استخراج از ادله و بیشترین استفاده از «اصول عملیه» با اعلام «فقدان دلیل»، صورت گرفته است. از سوی دیگر، روش‌شناسی استنباط موجود، یک دستگاه منسجم و مستحکم و حجیت‌ساز داشت که منطق فهم دین را ارائه می‌کرد، لذا تلاش‌ها متمرکز بر تکامل و غنی‌سازی این روش استنباط شد و عناوینی مانند تکامل علم اصول، اصول فقه حکومتی، فقه النظام، فقه‌های مضاف، فقه النظریه، اصول فقه تمدنی و اجتهاد تمدن‌ساز به ظهور رسید.

شهید صدر، با طرح «روش استنباطی موضوعی» در مواجهه با ادله^۱، و طرح «فقه النظریه» برای تجمیع ادله^۲، روش‌شناسی اجتهاد را وارد مرحله جدیدی نمود (صدر، محمدباقر، المدرسه القرآنیه، ص ۲۱)؛ نظریه‌پردازانی مانند منیرالدین حسینی در فرهنگستان علوم اسلامی قم، و نظریه‌هایی مانند «اندیشه مدون» (هادوی، ص ۲۱)، «نگرش سیستمی به دین» (واسطی، ص ۱۰) ضرورت دیدگاه‌های نظام‌واره را توصیف

۲. در تعریف «فقه نظریه» چنین آمده است: «فهم نصوص الشریعه فهما یراد منه اکتشاف و استخلاص النظریات الاسلامیه، او انها الاجتهاد القائم علی القرآن الکریم و السنه المطهره و العقل، لاکتشاف النظریات الاسلامیه فی مختلف مجالات الحیاه الّتی یراد للّدین ان یتقدم الی دوره فی القیمومه علیها» (فقه النظریه عند الشّهِید الصدر، مجله القضايا الاسلامیه المعاصره، شماره ۱۱ ص ۱۳)

کردند، تلاش برای تولید علم دینی و علوم انسانی اسلامی، جریان اندیشه‌ورزی را فعال‌تر کرد و مدل‌های علم دینی مانند «پارادایم اجتهادی دانش دینی» (حسنی و علیپور، ص ۵۱) و «مدل حکمی - اجتهادی» (خسروپناه، ص ۲۹۰) ارائه شدند.^۱ برخی موسسات و مراکز نیز اهتمام به فقاہت تمدنی نمودند؛ صاحب‌نظرانی نیز به تولید ادبیات فقاہت تمدنی پرداختند (مانند حجت‌الاسلام مبلغی، حجت‌الاسلام علیدوست).

در این مقاله تلاش شده است با تمرکز بر سه محور در علم اصول فقه، سرنخ‌هایی برای حرکت از استنباط فردی به استنباط تمدنی ارائه شود و به این مسأله پاسخ داده شود که: با چه ابزارهای علمی می‌توان «تفریع فروع» در مقیاس کلان کرده، حکم فرآیندهای مورد نیاز برای شکل‌گیری سیستم‌ها و نظام‌ها را استنباط نمود؟

پیش‌فرض‌ها (اصول موضوعی)

این تحقیق، براساس «نگرش سیستمی به دین» است که دین را «بیان معادلات حرکت انسان در شبکه هستی، برای اتصال به خداوند» می‌داند و قلمرو دین را حداکثری و پوشش‌دهنده کلیه سطوح نیازهای انسان تا تشکیل تمدن می‌شمارد و اصل در گزاره‌های دین را «راهردهای تغییر برای تأمین نیازهای فوق» قرار می‌دهد (واسطی، عبدالحمید، ص ۱۹).

هم‌چنین این تحقیق، در رویکرد «فقه جواهری» معنادار است که گزاره‌های دین را حاوی نظر شارع، تابع مصالح و مفاسد واقعی، مُنَجَز و مُعَدَّر، قابل فهم با محوریت ماتن و مولف، وجود چندمعنایی در گزاره‌ها، تبعیت فهم از قرآن و ضرورت تجمیع قرآن، ضرورت انسجام ادله، اعتبار قرائن عقلی قطعی و قرائن تجربی و عرفی قطعی، عدم وابستگی معنای گزاره‌ها به مصادیق آن می‌داند.

مفاهیم اصلی: (کلیه تعاریف، پیشنهادات مولف است).

۱. مقصود از «اجتهاد» در این مقاله، روش موجه برای کشف نظر خداوند از ادله معتبر است.
۲. «روش‌شناسی»: ارائه مراحل قدم‌به‌قدم انجام یک کار و اعتبارسنجی آن مراحل است.
۳. «تمدن»: زندگی جمعی هم‌افزای معرفت‌افزاست که دارای کلان سیستم‌های اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی است.

۴. «علم دینی»: تک گزاره‌ها یا دستگاه گزاره‌ای متشکل از ادله نقلی (آیات و روایات) بعلاوه الزامات

۱. توصیفات دیگری برای تولید علم دینی ارائه شده‌اند که به مبانی پرداخته‌اند و هم‌چنین کمتر رویکرد اجتهادی را مد نظر داشته‌اند، مانند مدل دکتر گلشنی، مدل دکتر خسرو باقری، مدل آیت‌الله جوادی.

عقلانی آنهاست، که کاشف از نظر خداوند باشد (توصیف یا توصیه)

۵. «فقه جواهری»: روشی در استنباط است که مبتنی بر جمع قرائن نقلی و عقلی، در کشف نظر شارع است و در تحلیل‌های فقهی در کتاب جواهرالکلام تألیف محمدحسن نجفی، ارائه شده است.
۶. «حجت و حجیت»: اعتبار در استناد به شارع است (اعتبار نظر حاصل از روش موجه در استنباط) که از لوازم آن منجزیت و معذرت است.
۷. «سیستم و منطق سیستم‌ها»: سیستم، مجموعه اجزاء بهم پیوسته است که به صورت برآیندی، اثر جدیدی را تولید می‌کنند؛ و منطق سیستم‌ها، پردازش عناصر ورودی برای دستیابی به خروجی مورد نظر است، پردازشی که مبتنی بر قوانین هستی‌شناسانه عناصر ورودی را توسط علل اربع، مقولات عشر و مقومات سته حرکت، تحلیل و ترکیب می‌کند و خروجی را تحویل می‌دهد.
- مولفه‌های اصلی سیستم یا شبکه عبارتند از: اجزاء و عناصر (متغیرهای ورودی)، روابط بین اجزاء، هدف سیستم، مرز سیستم، محیط سیستم (تفکیک بین عوامل خارج از سیستم و عوامل داخلی آن)، جریان سیستم (نحوه فعالیت متغیرهای داخلی و خارجی برای رسیدن به هدف سیستم)، بازخورد (بررسی نتایج به دست آمده از جریان سیستم و اصلاح نقاط نامناسب و بهینه‌سازی جریان، و اعمال دوباره آن به سیستم)، پایداری سیستم (میزان قابلیت مقابله یا انعطاف سیستم در برابر تغییرات احتمالی)^۱
۸. «مقیاس کلان»: مجموعه پُرشمار از عناصر مرتبط به هم که تغییر در هر عنصر سبب تغییر در کل شود.
۹. «فرآیند»: فعل و انفعالاتی که میان عناصر مختلف برای رسیدن به یک برآیند و اثر جدید برقرار می‌گردد.
۱۰. «مدل» یا الگو عبارت است از: شبیه‌سازی واقعیت خارجی بوسیله ترسیم روابط علت و معلولی بین اجزاء درونی و همچنین روابط مجموعه با متغیرهای بیرونی و فرموله کردن متغیرها^۲، برای ایجاد قدرت پیش‌بینی رفتارهای آن پدیده و درک ویژگی‌های آن.

فرضیه بحث

سه فرضیه در این مقاله مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند:

۱. با گسترش هویت «حکم» از «ما يتعلق بفعل المكلف» به «ما صدر عن الشارع لتنظيم الحياه»،

۱. ر.ک. به پویایی‌های سیستم، (حمیدی‌زاده، ۱۳۷۹) تجزیه و تحلیل و طراحی سیستم، رضائیان و همکاران، ۱۳۹۳، انتشارات سمت.

۲. منظور از فرموله کردن متغیرها، دستیابی به تابع تبدیل سیستم است.

برای اجتهاد در مقیاس کلان، مبناسازی می‌شود.

۲. با تغییر مبنای «وضع الفاظ» از «وضع برای مصادیق» به «وضع برای روح معنا و فرآیند حاکم بر مصادیق»، ابزار استنباط در مقیاس کلان (کشف فرآیندها) ایجاد می‌شود.

۳. با استفاده از «منطق سیستم‌ها» در «جمع دلالتی»، و بالخصوص جمع میان «مُثَبِّتات»، ابزار مدل‌سازی در مقیاس کلان، ایجاد می‌شود.

در مقاله، تلاش شده است تا این سه فرضیه، توصیف و تبیین شود.

۲- بدنه بحث: (توصیف و تبیین فرضیه‌ها)

مرکز اصلی اجتهاد تمدنی، تغییر مقیاس در تحلیل «موضوع» و «حکم» و و دیدن مقیاس کلان در معانی روایات است. اگر نظر دین را راجع به موضوعی بخواهیم، باید مجموعه گزاره‌های احتمالا مرتبط با آن موضوع را در منابع دین، رصد کرده، اعتبارسنجی و تحلیل کنیم و نسبت آنها را با یکدیگر و با کلان دین (زیرساخت‌های عقلانی و عرفی قطعی + اهداف و مقاصد دین + قواعد فوقانی دین) بسنجیم؛ سپس از متن گزاره‌ها و معنای ارائه شده در یک مصداق یا یک مفهوم، به «روح معنا» یا به تعبیر دیگر به «فرآیند» نهفته در آن مصداق یا مفهوم برسیم و براساس آن فرآیند و الزامات قطعی عقلانی‌اش، راهبرد و برنامه دین برای آن موضوع را استخراج کنیم و با ترکیب کل ادله مرتبط با موضوع، براساس منطق سیستم‌ها، مدلی برای توصیف و تبیین آن موضوع ارائه دهیم؛ علم دینی چنین به‌دست می‌آید.

سه ابزار برای فعال شدن این اجتهاد لازم است: گسترش هویت حکم، گسترش هویت وضع، مدلی

برای جمع دلالتی

فرضیه اول: گسترش هویت «حکم»

در فرضیه اول چنین آمده بود که:

«با گسترش هویت «حکم» از «ما يتعلق بفعل المكلف» به «ما صدر عن الشارع لتنظيم الحياه»، برای

اجتهاد در مقیاس کلان، مبناسازی می‌شود.»

۱- استدلال:

قلمرو فقه، تابع هویت حکم است، هویت حکم، بیان اراده شارع در مورد فعل مکلف است، یعنی ایجاد تغییرات در رفتارهای او طبق رضای مولی. لکن تغییرات، اعم از فردی و جمعی، و اعم از رفتار و افکار و احساس‌ها است؛ و ایجاد تغییرات در رفتارهای فردی نیز متأثر از مولفه‌های غیرفردی است و هم-چنین ایجاد تغییرات توسط فرآیندها صورت می‌پذیرد بنابراین می‌توان لازمه حکم را بیان اراده شارع نسبت به فرآیندها دانست. تعبیر شهید صدر در مورد هویت حکم نیز موید همین معناست.

۲- توضیح:

گسترش در هویت علم فقه، از الزامات اجتهاد تمدنی است، برخی موضوع علم فقه را «فعل مکلف از جهت اقتضاء و تخییر» دانسته‌اند (علامه حلی، منتهی‌المطلب، ۷/۱)^۱؛ و برخی «جميع افعال العباد» (فاضل مقداد، ۵/۱)^۲؛ در تعریف مشهور فقه نیز چنین آمده است: «العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة» (محقق قمی، ۵/۱)^۳.

مفهوم کلیدی مشترک میان تمام تعاریف، «کشف موجه حکم الهی» است؛ براین اساس «حکم»، محور اصلی علم فقه است و هر گونه تغییر در قلمرو فقه، تابعی از تغییر در هویت حکم است. در تعریف حکم چنین آمده است: «التشريع الصادر من الله تعالى لتنظيم حياة الانسان» (شهید صدر، دروس، ۱/۶۲).

نمونه‌ای از تعاریف حکم در دیدگاه فقهاء و اصولیین در جدول زیر ارائه شده است:

ردیف	صاحب نظر	تعریف ارائه شده	نشانی
۱.	اصفهانى، ۱۳۶۱ق	حقیقة الحكم هو الإنشاء المنبعث عن إرادة حتمية أو غير حتمية بداع البعث والتحرك.	نهاية الدراية، ۳/۳۵۴
۲.	محقق خوئی، ۱۴۱۳ق	الأمر الاعتباري النفساني المبرز في الخارج ببرز؛ و العبارة الجامعة أن الأحكام التكليفية عبارة عن الاعتبار الصادر من المولى من حيث الاقتضاء والتخيير.	محاضرات فى الاصول، ۴/۵۱ مصباح الاصول، ۲/۷۸
۳.	شهید صدر، ۱۴۰۰ق	التشريع الصادر من الله تعالى لتنظيم حياة الانسان؛ و الخطابات الشرعية في الكتاب و السنة مبرزة للحكم و كاشفة عنه، و ليست هي الحكم الشرعي نفسه.	دروس فى علم الاصول، ۱/۶۲

با توجه به وابستگی هویت فقه به هویت حکم، می‌توان احتمالاتی را در مورد موضوع علم فقه مطرح کرد:

۱. آیا فقه فقط به افعال می‌پردازد یا به نسبت‌ها^۱، وضعیت‌ها^۲ و فرآیندها^۳ هم می‌پردازد؟

۱. «منتهی‌المطلب فی تحقیق المذهب» ۷/۱، (علامه حلی، ۱۴۱۲ق).

۲. فاضل مقداد در کتاب «التفیح الرائع لمختصر الشرائع» چنین آورده است: موضوعه أفعال المكلفين من حيث يحل و يحرم و يصح و یفسد. (۵/۱)، حلی، فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق).

۳. (محقق قمی، قوانین الاصول، ۵/۱)

۴. مثلاً نسبت میان حاکم و مردم، نسبت میان مرد و خانواده، نسبت میان فرهنگ عمومی و رفتارهای فردی، ...

۲. آیا فقه فقط به افعال فردی می‌پردازد یا افعال جمعی هم در قلمرو فقه است؟
 ۳. آیا فقه فقط به افعال جوارحی^۳ می‌پردازد یا افعال جوانحی هم در قلمرو فقه است؟
 ۴. آیا ارائه نظام‌های اجتماعی مانند نظام اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و... در حیطه فقه است؟
 ۵. آیا تدوین سیاست‌های کلان و پروتکل‌های راهبردی در عرصه‌های مختلف زندگی در حیطه فقه است؟
 ۶. آیا تنظیم آیین‌نامه‌های اجرایی برای هر یک از حوزه‌های مختلف زندگی در قلمرو فقه است؟
 ۷. آیا فقه فقط جنبه سلبی^۴ دارد یا کارکرد ایجابی نیز در حیطه فقه است؟
 ۸. آیا فقه فقط توصیه و تجویز دارد یا توصیف نیز می‌کند؟
- با توجه به تعریف فقه و رویکرد فقهاء در مباحث اصول‌فقهی که به دنبال دست‌یابی به «المؤمن عن العقاب»^۵ و «التعذیر و التنجیز»^۶ هستند و براساس اینکه «علم فقه»، از «علم اخلاق» متمایز باشد، می‌توان گفت:
- «علم فقه» موجود، هویت حقوقی دارد به معنی اینکه موضوع آن «حقوق و تکالیف» است و از باید‌ها و نباید‌هایی سخن می‌گوید که فعل یا ترک آنها جرم محسوب می‌شود و مجازات دارد؛ به تعبیر دیگر، «علم فقه» فعلی ارائه‌کننده «نظام حقوقی اسلام» است.^۷
- با تعیین محورهای مختلف در «حقوق و تکالیف» که موضوع علم فقه است می‌توان قلمرو علم فقه را به‌دست آورد: (مهم)

۱. مثلاً وضعیت کلی فقر در جامعه، وضعیت آموزش در خانواده، وضعیت آسیب‌ها در زندان‌ها،....

۲. مثلاً چگونگی تحقق تامين اجتماعی، فرآیند دست‌یابی به فرهنگ الهی، فرآیند بهینه‌سازی محصولات،....

۳. فیض کاشانی در المحجۃ البیضاء به نقل از غزالی چنین آورده است: «ان علم الفقه مجاور لعلم طریق الاخره لانه نظر فی اعمال الجوارح» (المحجۃ البیضاء ۱/ ۵۹)

۴. یعنی فقط تعیین‌کننده مرزها و خطوط قرمز است و اینکه هیچ فعلی نباید با این موارد مغایر باشد.

۵. تعابیر زیر در این فضا، در کتب اصولی به کار رفته است: التخلّص عن العقاب، التامین عن العقاب، التحرّز عن العقاب، الفرار عن العقاب؛ (ر.ک. اجودالتقریرات، نائینی، ۲/ ۲۰۹) مقصود از این تعابیر این است که در فضای عبدومولایی، عبد باید به دنبال انجام تکالیفش باشد تا در معرض مجازات قرار نگیرد.

۶. مقصود از این تعابیر این است که در فضای عبدومولایی، اگر «عبد» نتوانست مراد مولی را کشف کند، باید از روش‌هایی استفاده کند که در صورت بروز خطا در آنها، در معرض مجازات مولی قرار نگیرد.

۷. البته با تمایزهای زیر نسبت به اصطلاح «علم حقوق»: علم حقوق موجود، عموماً به رابطه انسان‌ها با همدیگر می‌پردازد؛ منابع حقوقی اعم از منابع شرعی است (مانند رویه قضایی و دکترین‌های حقوقی)؛ هدف حقوق صرفاً ایجاد انضباط دنیوی در مقیاس اجتماعی است؛ ضمانت اجرایی در حقوق صرفاً دنیایی است.

«حقوق و تکالیف» می‌تواند در محور ارتباط انسان با خداوند تعریف شود یا در محور ارتباط با خود، یا محور ارتباط با محیط، یا محور ارتباط با ممنوع؛ همچنین می‌تواند در مقیاس فردی تعریف شود یا در مقیاس جمعی؛ همچنین می‌تواند در مورد افعال جوارحی تعریف شود یا افعال جوانحی؛ و همینطور می‌تواند در مورد امور آخرتی تعریف شود یا دنیایی؛ در امور زندگی عمومی تعریف شود یا در امور حکومتی و همچنین می‌تواند توصیف وضعیت لازم برای تحقق یک حق و تکلیف را بنماید یا راهکار دست‌یابی به یک حق و تکلیف را ارائه کند.^۱

نکته مهم: در ارائه هر حق و تکلیفی، باید شرایط تحقق، اسباب و علل تحقق و موانع تحقق، شرایط صحت و فساد آن نیز ارائه شود (احکام وضعی)

هم‌چنین از مباحث حیاتی در بحث «حکم»، متعلق حکم است که آیا افراد خارجی مخاطب حکم هستند؟ یا افراد نوعی؟ یا اصلاً احکام و قوانین به صورت قضایای حقیقه وضع می‌شوند و بیانگر لزوم انجام کاری و تحقق اثری هستند و مخاطب خاصی را مورد نظر ندارند؟ محقق نائینی، نظریه جعل احکام به‌نحو «قضیه حقیقه» را ارائه کرد و چنین بیان داشت:

«جنس گزاره‌هایی که در کتاب و سنت وجود دارد، از جنس قضایایی است که یک مفهوم کلی را که وجود حقیقی دارد^۲ منتقل می‌کنند و ناظر به مصادیق و افراد آن نیستند؛ این‌گونه قضایا «قضایای حقیقه» نامیده می‌شوند.

قضیه حقیقه عبارتست از: گزاره‌ای که محمول آن بر یک «عنوان کلی» بار شده است، عنوانی که کلیه مصادیق موجود و مصادیق آینده‌اش را در بر می‌گیرد.» (نائینی، فوائد الاصول، ۱/۱۷۳).

رهبر کبیر انقلاب قدس سره، نظریه‌ای را با عنوان «خطابات قانونی» پردازش کرده‌اند که بیانگر این معناست که خطابات شرعی بالاصاله متوجه کلان جامعه است و اگر افراد نیز خود را مخاطب شارع می‌بینند، از آن رو است که افراد جامعه مخاطب شارع می‌باشند (امام خمینی، مناهج الوصول، ۲/۲۷)

نتیجه

قلمرو فقه، تابع هویت حکم است، هویت حکم، بیان اراده شارع در مورد ایجاد تغییرات در زندگی است، تغییرات زندگی، اعم از فردی و جمعی، و اعم از رفتار و افکار و احساس‌ها است؛ هم‌چنین ایجاد تغییرات توسط فرآیندها صورت می‌پذیرد بنابراین می‌توان گفت هویت حکم، بیان اراده شارع نسبت به

۱. در این راستا، منابع زیر بحث تفصیلی ارائه کرده‌اند: خسروپناه، قلمرو دین؛ آیت‌الله جوادی، قلمرو دین؛ نصری، انتظار بشر از دین؛ ضیایی فر، فلسفه فقه؛ اسلامی، مدخل علم فقه؛ گفتگوهای فلسفه فقه

۲. کلی طبیعی، نه کلی عقلی؛ زیرا کلی طبیعی فارغ از افراد نیست بلکه ناظر به وجود افراد است.

فرآیندهاست.

فرضیه دوم: گسترش هویت «وضع»:

در فرضیه دوم، چنین آمده بود که:

«با تغییر مبنای «وضع الفاظ» از «وضع برای مصادیق» به «وضع برای روح معنا و فرآیند حاکم بر مصادیق»، ابزار استنباط در مقیاس کلان (کشف فرآیندها) ایجاد می‌شود.»

استدلال:

ستون فقرات فقهات، استظهار از ادله است؛ استظهار از ادله تابع هویت دلالت و هویت دلالت تابع هویت وضع الفاظ، ترکیبات، و قرائن است؛ لذا اگر در هویت وضع، قائل به وضع برای مصادیق شویم یا قائل به وضع برای ملاک موجود در مصادیق شویم، فضای استظهار تضییق یا توسعه می‌یابد. نظریه مشهور در کیفیت وضع الفاظ، وضع برای مصادیق معانی است؛ به تبع آن دایره اطلاق و عموم کلام محدود می‌شود، و برای توسعه آن نیاز به قرینه (از باب تعدد دالّ و مدلول، یا مجاز) می‌باشد. اما اگر اصل پایه دلالت را، وضع لفظ برای روح معنا بدانیم، استظهار کلام، بدون نیاز به قرینه، توسعه طولی و عرضی خواهد یافت.

براساس مبنایی که در مورد «حکم» ذکر شد، فقهات، نیاز به استنباط فرآیندها دارد که فارغ از مصادیق هستند لذا با نظریه مشهور در مورد وضع، راه برای استخراج فرآیندها از ادله بسته می‌شود؛ برای استنباط حکم در موضوعات کلان، و تولید فقه حکومتی و تمدنی، نیاز به «سعه موضوع له» داریم.

توضیح:

نمونه نظریات اصولیان مشهور در باب هویت وضع چنین است:

۱. نظریه «اختصاص»: (محقق خراسانی)

ارتباط خاصی است که بین لفظ و معنای برقرار می‌شود، و موجب اختصاص لفظ به معنا می‌شود؛ گاهی در اثر تخصیص لفظ به معنا و گاهی به جهت کثرت استعمال لفظ در معنا تحقق پیدا می‌کند (آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۹/۱).

۲. نظریه «تعهد»: (آیت الله خوئی)

وضع عبارت است از یک قضیه شرطیه تعهدیه به اینکه هر گاه این لفظ را به کار برده می‌شود، منظور اراده افهام معنای آن است (خوئی، محاضرات، ۴۸/۱)

۳. نظریه «قرن اکید»: (شهید صدر)

وضع لفظ بر معنا یک عملیات تکوینی در قالب استفاده از قوای ذهنی و زبانی، برای ایجاد اقتران مؤکد

بین لفظ و معنا می‌باشد، اقترانی که به مقبولیت عرفی و نوعی بینجامد (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۱/ ۸۲).

در تمام این نظریه‌ها، الفاظ برای مصادیق خاص از معنا وضع شده‌اند و کاربرد لفظ در غیر آن مصادیق، مجاز است؛ لکن نظریه دیگری در مورد وضع الفاظ شکل گرفته است که قائل به «وضع الفاظ برای روح معنا» است.

۴. نظریه «وضع الفاظ برای ارواح معانی»:

نظریه وضع الفاظ برای ارواح معانی، بیانگر وجود «مراتب معنایی در نظام گفتاری» می‌باشد، به این شکل که الفاظ، برای «لب معنا» وضع شده‌اند، بدون دخالت هر گونه خصوصیت خارج از موضوع له. معنا، همان نفس الامر است که مفهوم، حاکی از آن است؛ و مصادیق، تحقق خارجی مقید آن است. نظریه وضع الفاظ برای ارواح معانی، مدعی وجود مراتب و لایه‌ها در معنای موضوع له است، که باید مراد کلام بر اساس آن کشف شود؛ مدعی خلق مراتب معنایی نیست، لذا توسعه معنایی (الحاق اصناف جدید معنایی به مفهوم مادر) بر اساس این نظریه، در چارچوب پذیرش واقعیت «مراد جدی در کلام متکلم» مطرح است؛ نه اینکه «متن» را یک وجود مستقل از متکلم بداند که قابلیت تفسیر به معانی مختلف را داشته است.

علامه طباطبایی در این مورد چنین آورده‌اند: «در الفاظی که انسان از آنها هدف و غایت خاصی را دنبال می‌کند همیشه موضوع له، آن هدف و غایت خاص است، و آن خصوصیتی که در تأمین هدف دخیل نیستند، داخل موضوع له نیستند (بیشتر در ابزار و ادوات). الفاظی که وضع شده‌اند برای معنایی دارای غایت خاص هستند، موضوع له حقیقی‌شان «محقق (به کسر) غرض» است و ما زاد بر آن دخیل در موضوع له نیست. یعنی اعم هستند از خصوصیات ما زاد بر «محقق غرض» (طباطبایی، المیزان، ۲/ ۳۱۹). تعبیر برخی از اصولیان نیز چنین است:

«موضوع له الفاظ طبیعی معنا است، بدون این که عوارض وجود در آن دخالتی داشته باشد. چون عوارض دائر مدار علل و مقتضیات خارجی است؛ و این خارج از مراد واضع و خصوصیات وضع است، و ربطی به موضوع له ندارد» (عبدالاعلی سیرزاری، ۱۶/ ۲۱۳).

آنچه در اینجا مورد نظر است توجه به همسانی «روح معنا» با اصطلاح «فرآیند» در عبارت «استنباط فرآیندها از گزاره‌های دین» است.

نتیجه و نمونه

در قسمت «مفاهیم تحقیق» ذکر شد که «فرآیند»، فعل و انفعالی است که سبب تولید اثری جدید می‌شود (ترکیب اتحادی نه انضمامی)؛ از سوی دیگر، روح معنا عبارتست از: معنای مصدری مشترک میان

مصادیق مختلف؛ و معنای مصدری در اولین ظهور خود، در قالب یک فعل و انفعال (پدید آمدن یک حالت، یک تغییر، یک حرکت، یک خصوصیت) آشکار می‌شود؛ مثلاً کلمه میزان، برای روح معنایی «ابزار سنجش» وضع شده است که حاوی فرآیند «سنجش» است، یا کلمه صراط، برای روح معنایی «رابط برای حرکت میان دو چیز» وضع شده است که حاوی فرآیند «برقراری ارتباط» است.

در قسمت مقدمه مقاله ذکر شد که برای دست‌یابی به تمدن اسلام، نیاز به استنباط فرآیندهای تمدن‌سازانه از گزاره‌های دین داریم در حالی که اغلب گزاره‌ها، حکم مصادیق را در مقیاس خرد بیان کرده‌اند! اگر نظریه وضع الفاظ برای روح معنا را بپذیریم آنگاه با تلاش برای کشف روح معنایی در گزاره‌های دین، می‌توانیم فرآیندهای لازم برای مدیریت در مقیاس کلان را استخراج نماییم. (تفریع فروع در مقیاس تمدنی) تطبیق این مطلب را در برخی موارد در زیر ببینیم:

۱. در روایت شریفه «اقنع تعز» (ابن شعبه حرانی، ۲۱۵)، فهم اولیه، فهم یک توصیه اخلاقی فردی است که با قناعت می‌توان عزت را حفظ کرد؛ لکن مبتنی بر مبنای حداکثری بودن دین و حداکثری بودن فقه، اصل این است که این گزاره باید دارای معنایی در مقیاس کلان و فارغ از حیطه صرفاً اخلاقی نیز باشد؛ که با استفاده از نظریه روح معنا، می‌توان این لایه از معنای گزاره را استخراج کرد.

بررسی مفهوم «قناعت»، فرآیند «حداقل‌سازی مصرف» را آشکار می‌کند و بررسی مفهوم «عزت»، فرآیند «استقلال همراه با برتری در محیط ارتباطی» را نمایان می‌سازد، که با ترکیب آن‌دو به این معنا می‌رسیم: «حداقل‌سازی مصرف، سبب برتری در محیط رقابت می‌شود» که راهبردی برای مقیاس سازمانی، اجتماعی و تمدنی است.

۲. در روایت شریفه «من تطبب فلیتق الله و لینصح و لیجتهد» (نعمانی مغربی، ۱۴۴/۲)، فهم اولیه، فهم یک توصیه اخلاقی فردی به پزشکان است که خیرخواه و پرتلاش باشند؛ لکن معنای گزاره طبق فرضیه تحقیق، منحصر به این توصیه نیست و دارای معنا در مقیاس کلان و برای بیان فرآیندها نیز هست، که با بررسی مفهوم «تقوی»، به فرآیند «مدیریت احساس»، با بررسی مفهوم «نصح» به فرآیند «نفع‌رسانی» و با بررسی مفهوم «جهد» به فرآیند «حداکثرسازی» می‌رسیم که ترکیب آنها معنای زیر از روایت مربوطه را به دست می‌دهد: «راهبرد فضای پزشکی در تمدن اسلام، دست‌یابی به مهارت حداکثرسازی نفع بیمار است.»

۳. «فَضَّلُ خُبْرَ الشَّعِيرِ عَلَى الْبُرِّ كَفَضْلِنَا عَلَى النَّاسِ وَمَا مِنْ نَبِيٍّ إِلَّا وَقَدْ دَعَا لِأَكْلِ الشَّعِيرِ وَبَارَكَ عَلَيْهِ وَمَا دَخَلَ جَوْفًا إِلَّا وَآخَرَجَ كُلَّ دَاءٍ فِيهِ» (کلینی، ۳۰۴/۶) (ترجمه: برتری نان جو بر نان گندم مانند برتری ما معصومین بر دیگر مردم است و تمام پیامبران برای نان جو برکت قائل بودند و هر که نان جو بخورد از بسیاری از بیماری‌ها مصون بماند.)؛ براساس این روایت، فتوا به استحباب نان جو داده شده است (شیخ

حر عاملی، ۱۶/ ۳۳۴؛ که اگر با دید فرآیندی به آن بنگریم، معنای «استحباب» در مقیاس کلان، «فرهنگ‌سازی» خواهد شد و معنی روایت چنین می‌شود: «مطلوبیت فرهنگ‌سازی برای قرار گرفتن نان جو در سبد غذایی جامعه»

۴. «اتَّقُوا اللَّهَ وَ قُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ». (احزاب: ۳۳) ترجمه: «اهل تقوا باشید و سخن سنجیده بگویید تا رفتارهایتان صلاح شود»؛ اگر با دید کشف معنای فرآیندی به این آیه نگاه شود، چنین خواهد شد:

۱- تقوا = فرآیند مدیریت احساس براساس نظر خداوند؛

۲- قول سدید = فرآیند اصلاح الگوهای گفتاری

۳- اصلاح اعمال = اصلاح الگوهای رفتاری

و نتیجه چنین می‌شود: اگر برای مدیریت احساس تلاش کنید و الگوهای گفتاری خود را اصلاح کنید، رفتارهایتان اصلاح می‌شود (چه در مقیاس خرد و چه در مقیاس کلان) که در مقیاس کلان می‌توان چنین تعبیر کرد: راهبرد اصلاح الگوهای گفتاری برای اصلاح فرهنگ اجتماعی.

روش کشف روح معنایی:

روح معنایی، مانند «قدر جامع» در بحث اصولی «وضع الفاظ برای صحیح یا اعم از صحیح و فاسد» است و با فحص در کیفیت کشف قدر جامع معنایی می‌توان گفت که این قدر جامع باید پنج خصوصیت داشته باشد:

۱. جامع باید ارتکازی بین مستعملین، و در حیطه ادراک باشد.

۲. جامع باید با قطع نظر از تعلق به مصادیق خودش، تحقق و واقعیت داشته باشد.

۳. جامع باید غیر متعین باشد.

۴. جامع باید از مفاهیم قریب باشد.

۵. جامع باید شبکه‌ای باشد.

اصطلاح «شبکه‌ای» در قدر جامع برای این است که دریافت شود اصل فرآیند و هیئت مبهمه اختصاص به «سطح مادی یا نفسانی معنا» ندارد؛ بلکه یک منشأ خزائنی دارد که در هر سطحی از شبکه هستی، شکلی از مراتب به خود می‌گیرد و برای دست‌یابی به آن باید کلیه عوارض تسعه را از مصادیق محتمل، تجرید کرد تا جامع غیر متعین خود را نشان دهد. هم‌چنین هر پدیده‌ی ممکنه دارای علل اربع است؛ بنابر نظریه مختار، علت صوری شاخص روح معنایی می‌باشد.

فرضیه سوم: نقش منطق سیستم‌ها در اجتهاد تمدنی

در فرضیه سوم چنین آمده بود که:

«با استفاده از «منطق سیستم‌ها» در «جمع دلالتی»، و بالخصوص جمع میان «مُثَبِّتات»، ابزار مدل‌سازی در مقیاس کلان، ایجاد می‌شود.»

استدلال:

جمع دلالتی، شبکه‌سازی از گزاره‌های دین در مورد یک موضوع است، این شبکه‌سازی با کشف روابط بین گزاره‌های مربوط به یک موضوع به دست می‌آید، این روابط را به صورت «عرفی» می‌توان در قالب ورودی، خروجی و پردازش (تعیین نقطه شروع، مرکز ثقل فرآیند، مسیر حرکت قدم به قدم، نقاط بحران و نقطه پایان و فرآیند بازخوردگیری) ارائه داد، در صورت «جمع عرفی» با این منطق، می‌توان یک مدل تولید کرد.

توضیح:

براساس «نگرش سیستمی به دین»^۱، گزاره‌های دین، علاوه بر تعیین اهداف و شاخص‌ها در ابعاد مختلف زندگی، ارائه کننده راهبردها (استراتژی) نیز هستند؛ و از آنجایی که راهبردها تعیین «فرآیند بهینه» برای تحقق آثار مورد نظر هستند، تشخیص و استخراج آنها از گزاره‌های دین، بسیار حیاتی است؛ روش «اجتهاد سیستمی یا اجتهاد فرآیندی» اشاره به همین مطلب دارد.

اجتهاد سیستمی (نظام‌واره)، تلاش معرفتی برای کشف نظر خداوند در پاسخ به نیازهای خرد و کلان جامعه با تولید مدل‌ها و سیستم‌های مورد نیاز بشر، از منابع دین با روش «اجتهاد جواهری» بعلاوه «منطق استنباط فرآیندها» است.

۱ اصل «نگرش سیستمی» مبتنی بر پیش‌فرض‌های زیر است:

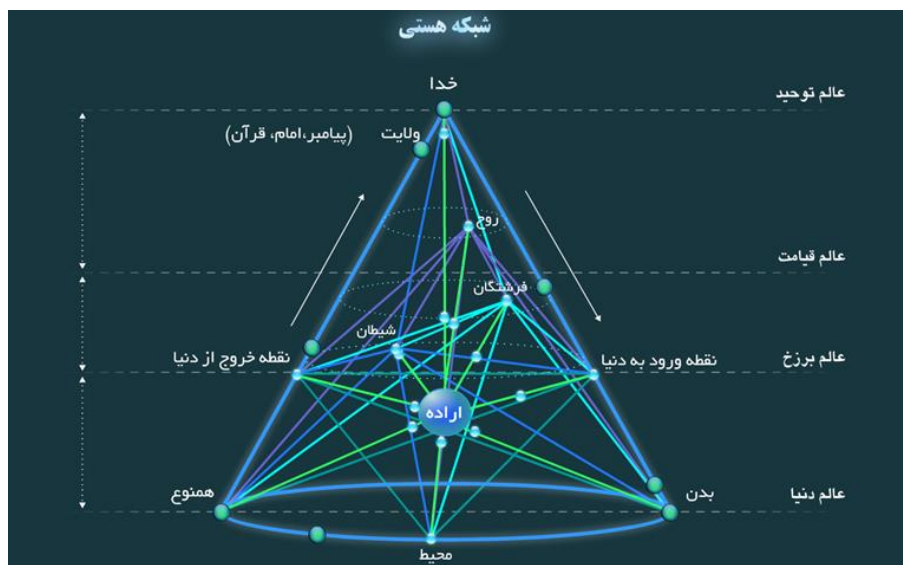
- موضوع مورد نظر احتمالا دارای اجزاء مرتبط با یکدیگر است.
 - این اجزاء احتمالا دارای لایه‌های درونی و عمیق‌تر نیز هستند. (تجزیه تا رسیدن به ذرات بنیادین)
 - ارتباط اجزاء با یکدیگر احتمالا به صورت بُرداری و برآیندی است. (موضوع، مجموعه‌ای از عناصر مستقل از هم نیست).
 - موضوع مورد نظر احتمالا دارای ارتباط با متغیرهای بیرون از خود می‌باشد.
 - ارتباط موضوع با متغیرهای بیرون از خود احتمالا به صورت برداری و برآیندی است. (موضوع، کارکردی مستقل از دیگر عناصر محیط ندارد).
 - ارتباط موضوع با متغیرهای بیرون از خود احتمالا دارای سطوح و مراتب فوقانی متعددی نیز می‌باشد. (ترکیب تا رسیدن به علت‌العلل‌های کلان و ریشه‌ای در ابعاد مختلف)
 - موضوع مورد نظر و عناصر درونی و بیرونی، احتمالا در حال تغییر دائمی هستند.
 - موضوع مورد نظر هدفی را در هستی دنبال می‌کند.
 - موضوع، احتمالا دارای اهداف اولیه و میانی نیز هست.
 - هدف نهایی و دیگر اهداف موضوع، احتمالا دارای شدت و ضعف نیز می‌باشند.
 - صورت‌بندی موضوع، احتمالا از زوایای دید مختلف، تغییر می‌کند
- نگرش سیستمی به دین، یعنی بررسی دین و گزاره‌های دینی در فضای کلیه احتمالات فوق. (رک. کتاب نگرش سیستمی به دین، واسطی عبدالحمید، نشر مؤسسه مطالعات راهبردی علوم و معارف اسلام)

از آنجایی که هستی شبکه‌ای است^۱، موقعیت و مختصات تمام پدیده‌ها و موضوعات، در برآیند روابط آنها با کلان هستی باید محاسبه شود؛ و از آنجایی که تشریع مطابق تکوین و تجلی تکوین است وقتی بخواهیم نظر خداوند در مورد یک موضوع را بدانیم باید موقعیت آن موضوع در مجموعه گزاره‌های دین محاسبه و تشخیص داده شود. محورهای این محاسبه به صورت زیر است:

- ورودی سیستم: شبکه مسائل و موضوعات زندگی، شبکه مسائل علوم انسانی
- محیط سیستم: شبکه هستی^۲
- فرآیندهای پایه سیستم: ساختارها و قوانین هستی، عقل و فطرت (اصول عقلانی و عقلانی - تاسیس اصل)
- داده‌ها و منابع اطلاعات: شبکه گزاره‌های دین
- مرزهای سیستم: شبکه اهداف دین (مقاصد الشریعه)
- و چهارچوب‌ها و ارزش‌های بنیادین دین (عمومات فوقانی)
- فرآیند کشف و تحلیل اطلاعات: منطق فهم دین و الگوریتم اجتهادجواهری

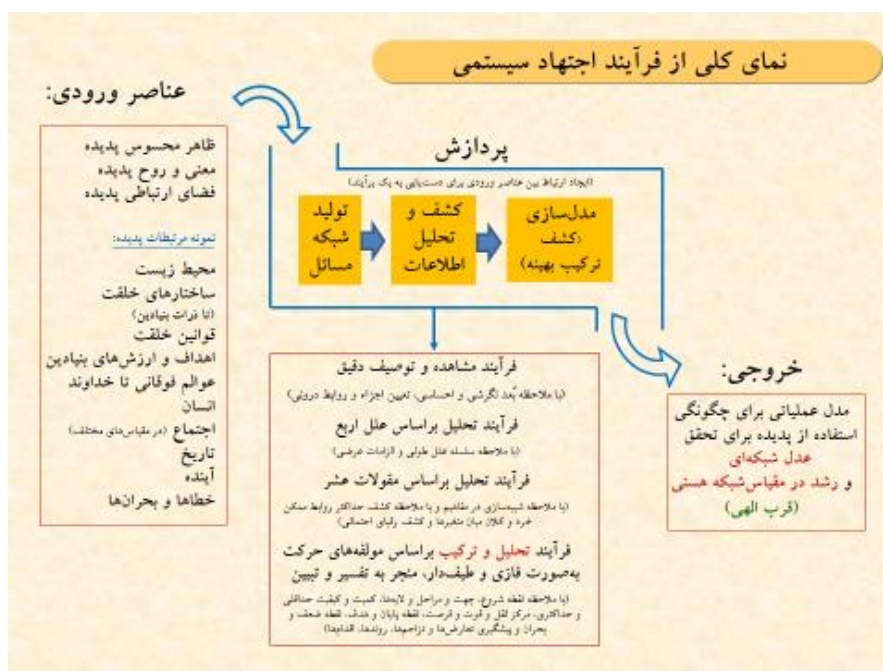
۱ اشاره به مبنای تصدیقی هستی‌شناسانه که: هستی شبکه وجودی گسترش یافته از وحدت بی‌نهایت (خداوند) به کثرت (مخلوقات)، بهم‌پیوسته، دارای مراتب تشکیکی و حرکت از قوه به فعل و نظام علت و معلولی است و جهان، دارای ساختار و فرآیندهای ثابت ولی طیف‌دار و فازی است و ساختارها و قوانین طبیعی، زیرساخت‌های معرفت و حرکت موجودات هستند.

۲ شکلی نمادین از شبکه هستی را می‌توان به صورت زیر شبیه‌سازی کرد:



- ابعاد سیستم: مفهوم گسترش یافته «حُکم» از ما يطلبه الشارع، به ما صدر عن الشارع لتنظیم الحياه و مفهوم گسترش یافته «موضوع» از فعل جوارحی مکلف واحد، به کلیه شؤون زندگی (خرد و کلان)
- ابزار تحلیل مفهومی: منطق فرآیند یابی در تحلیل (با توجه به نظریه وضع الفاظ برای روح معنا)
- ابزار گسترش دامنه مفهوم: منطق فقه تفریعی در تطبیق
- منطق مدل سازی در ترکیب: علل اربع + مقولات عشر + فرمول حرکت = ابزار ترکیب متغیرها
- ابزار جستجو: جدول کلیدواژه‌ها
- ابزار کشف متغیرها و روابط و جمع دلالتی: جدول تحلیل گزاره‌ای
- خروجی: نظریه شارع در باره موضوع مورد نظر
- فرآوری: ترجمه گزاره دین به زبان فرضیه علمی و استخراج راهبرد
- ابزار کشف دامنه و بُرد نظریه و آزمون انسجام بیرونی: موقعیت یابی فرضیه در الگوی پیشرفت و نقشه تمدنی^۱

تصویر زیر نمایی کلی از اجتهاد سیستمی (نظام‌واره) را ارائه کرده است:



^۱ دست‌یابی به انسجام هر قسمت از سیستم با سیستم‌های دیگر در نقشه کلان یک تمدن

نکته مهم: کلیه عباراتی که در تصویر مشاهده می‌شود، عنوانی کلی هستند که در هر موضوعی باید به تناسب آن موضوع، مصداق‌گذاری شوند، این مصداق‌گذاری باید براساس «ادله موجه مستند به دین» صورت پذیرد.

اجتهاد سیستمی (نظام‌واره) یعنی در مورد هر مساله و موضوعی که می‌خواهیم نظر دین را در مورد آن به‌دست آوریم باید تعیین کنیم که در گزاره‌های دین، چه متغیرهایی با چه خصوصیات و روابطی با یکدیگر ترکیب شده‌اند تا برآیندی در موضوع مورد بحث به‌دست آید. اجتهاد سیستمی، به زبان فقهی، «جمع دلالی» ادله معتبر عقلی و نقلی براساس منطق سیستم‌هاست؛ یعنی تعیین این که ادله مختلف مرتبط با یک موضوع، هر کدام ناظر به کدام بُعد از ابعاد سیستمی هستند که موضوع مورد نظر به آن ارتباط دارد؛ آیا تعیین اهداف هستند یا تعیین اجزاء یا تعیین زاویه دید یا تعیین زمینه تحقق یا شرایط مورد نیاز، یا نقطه شروع، یا مرکز ثقل، یا مراحل، یا نقاط بحران و خلل و موانع، یا انواع نتایج خروجی عملی، یا شاخص ارزیابی، یا کیفیت بهبود و اصلاح.

نتیجه و تطبیق بر یک نمونه:

اجتهاد سیستمی، به زبان فقهی، «جمع دلالی» ادله معتبر عقلی و نقلی براساس منطق سیستم‌هاست؛ یعنی تعیین این که ادله مختلف مرتبط با یک موضوع، هر کدام ناظر به کدام بُعد از ابعاد سیستمی هستند که موضوع مورد نظر به آن ارتباط دارد؛ آیا تعیین اهداف هستند یا تعیین اجزاء یا تعیین زاویه دید یا تعیین زمینه تحقق یا شرایط مورد نیاز، یا نقطه شروع، یا مرکز ثقل، یا مراحل، یا نقاط بحران و خلل و موانع، یا انواع نتایج خروجی عملی، یا شاخص ارزیابی، یا کیفیت بهبود و اصلاح.

نمونه‌ای را بررسی کنیم ← از سیستم عبادی اسلام/مدل «صلوه»:

«نماز» با خصوصیتی که مسلمانان می‌خوانند، مدلی از عبادت است که با تمام جزئیات و شرایط در دین ارائه شده است؛ ملاحظه «نماز» به‌عنوان یک مدل، یعنی تشخیص فرآیندی در نماز که ورودی‌ها را به خروجی مورد نظر تبدیل می‌کند؛ بنابراین برای رسیدن به نتیجه، باید ورودی‌ها، خروجی و فرآیند تبدیل (زمینه، نقطه شروع، نقطه مرکزی، مراحل، نقاط بحران) از گزاره‌های دین به‌دست آیند. اگر مجموعه احکام فقهی مربوط به نماز را کنار هم بگذاریم خواهیم دید که مدلی به صورت زیر داریم:

۱. ورودی‌های سیستم = انسان (بدن، ذهن و فکر، قلب و روح) با تمام لوازم و ملزومات، محیط، زندگی، سرنوشت، ماوراء، کمال، نیروهای مثبت و نیروهای منفی در هستی، دیگر انسان‌ها (در محیط

خانواده، محیط کار، محیط شهر، محیط بین‌الملل)، گذشته و آینده، قوانین طبیعی جسمی، فکری و روحی، مشکلات و بحران‌های انسانی، قوانین و مدل‌ها و سیستم‌های دیگر دینی.

۲. **خروجی‌های سیستم** = (اهداف، آثار و نتایجی که توسط نماز کامل ایجاد می‌شوند) = تمرکز فکری و روحی، فعال شدن احساس حضور خدا و معنادار شدن سطحی عمیق‌تر از حیات، اتصال به آگاهی جامع الهی، جذب نیروهای مثبت و نورانی و افزایش نیرو و انرژی روحی، دفع نیروهای منفی و ارتقاء در درجه خلوص ادراکات و معرفت‌ها، آرامش و بهداشت معنوی فردی و جمعی، همسو شدن کلیه نیروهای روحی با نیروهای جاری در هستی در کل زمین، از بین رفتن آثار منفی عملکردهای قبلی، تعمیق فهم و احساس از دیگر دستورات الهی برای حرکت در زندگی دنیا و عبور به سوی ابدیت.

۳. **فرآیند پردازش / تعیین مرزهای سیستم** = تمام افراد انسان اعم از مرد و زن بالغ و کودکانی که به تشخیص رسیده‌اند، در تمام مکان‌ها و در تمام زمان‌ها و در هر شرایط، تا آخر عمر

۴. **فرآیند پردازش / تعیین زمینه‌ساز اولیه** = طهارت بدن و لباس + وضوء + تعیین قبله و رو به قبله ایستادن + تشخیص زمان + طهارت مکان سجده + آرامش بدن و قرار گرفتن در موقعیت مراقبه و دوری از خوردن و آشامیدن و حرکت کردن و حرف زدن

۵. **فرآیند پردازش / تعیین نقطه شروع** = اذان و اقامه + نیت + قیام + تکبیر (که در هر کدام کمیت و کیفیت ظاهری و باطنی آن ذکر شده است)

۶. **فرآیند پردازش / تعیین مراحل فرآیند** = قرائت + رکوع + سجود + تشهد + سلام (که در هر کدام کمیت و کیفیت ظاهری و باطنی آن ذکر شده است)

۷. **فرآیند پردازش / تعیین مرکز ثقل** = توجه به خداوند و فهم اینکه چه می‌کند و چه می‌گوید

۸. **فرآیند پردازش / تعیین نقاط بحران** = کلیه رفتارهای منجر به شک یا منجر به بطلان نماز (احکام خلل در نماز، چه نماز فردی و چه نماز جماعت و چه نمازهای جمعیتی مانند نماز عید فطر یا نماز جمعه)

۹. **فرآیند پردازش / بازخورد در سیستم** = کلیه احکام مربوط به رفع نقص و شک در نماز

۱۰. **متغیرهای تقویت و تشدید کننده** = کلیه مستحبات نماز (در کلیه انواع نماز)

۱۱. **متغیرهای تضعیف کننده و بازدارنده** = کلیه مکروهات در نماز (در کلیه انواع نماز)

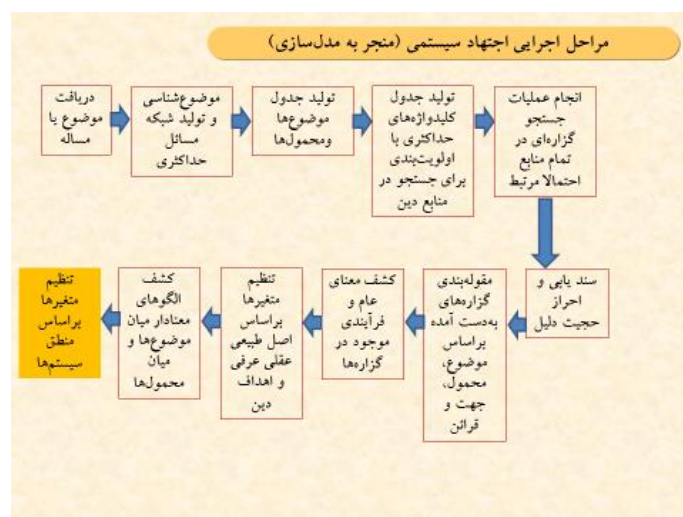
نتیجه‌گیری

برای دستیابی به نقشه عملیاتی یک تمدن، نیازمند تعریف نظام‌ها و سیستم‌هایی هستیم که آن تمدن را می‌سازند، و از آنجایی که قلب هر نظام و سیستمی، «فرآیند» جاری در آن است، تا «فرآیندهای لازم» در هر یک از سیستم‌های تمدنی، تعریف نشوند تحقق یک تمدن ممکن نخواهد بود.

«اجتهاد تمدنی»، ماموریت استنباط این فرایندها را از ادله شرعی دارد و برای مبناسازی و عملیاتی‌سازی، حداقل نیازمند سه امر زیر است:

- توسعه در هویت حکم، از «فعل مکلف»، به «کل ما يحتاج الیه الناس»
- توسعه در هویت وضع، از «وضع للمصادیق» به «وضع لارواح المعانی»
- استفاده از «اجتهاد سیستمی» برای جمع دلالتی

نتیجه بحث را می‌توان در دو تصویر زیر نیز ارائه کرد:



منابع

- اسلامی، رضا، *مدخل علم فقه*، قم، مرکز مدیریت حوزه علمیه، ۱۳۸۴.
- اصفهانى، محمدحسین، *نهایه الدرایه فی شرح الکفایه*، بیروت، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۳۶۱ق.
- برى، باقر، «فقه النظرية عند الشهيد الصدر»، *مجله قضایا اسلامیه معاصره*، بغداد، مرکز دراسات فلسفه الدین، ۱۴۲۱ق، ص ۱۶۵ تا ۲۰۲.
- حسنی، حمیدرضا و علی پور، مهدی، *پارادایم اجتهادی دانش دینی*، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ۱۳۸۹.
- حکیم، محمدتقی، *الاصول العامه فی الفقه المقارن*، قم، مجمع جهانی اهل بیت، ۱۴۲۳ق.
- حمیدی زاده، محمدرضا، *پویایی های سیستم*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۹.
- خسروپناه، عبدالحسین، *انتظار بشر از دین*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۲.
- خمینی، روح الله، *مناهج الوصول الی علم الاصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ق.
- خوئی، ابوالقاسم، *محاضرات فی الاصول*، قم، مؤسسه احیاء الآثار الامام الخوئی، ۱۴۱۳ق.
- رضائیان علی و همکاران، *تجزیه و تحلیل و طراحی سیستم*، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۳.
- سبحانی، جعفر، *أصول الفقه المقارن فیما لا نص فیہ*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۳.
- صدر، محمدباقر، *المدرسه القرآنیه*، قم، مرکز نشر آثار شهید صدر، ۱۴۲۱ق.
- _____، *دروس فی علم الاصول*، قم، دارالهدی، ۱۴۰۰ق.
- طباطبایی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، انتشارات اسماعیلیه، ۱۳۹۱ق.
- ضیایی فر، سعید، *فلسفه فقه*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲.
- عراقی، ضیاء الدین، *نهایه الافکار*، قم، جامعه مدرسین حوزه، ۱۳۶۱ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرایع*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی ۱۴۰۴ق.
- فیض کاشانی، ملاحسن، *المحججه البیضاء فی تهذیب الاحیاء*، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۳۸۳ق.
- محقق اصفهانی، محمدتقی، *هدایه المسترشدين*، مؤسسه قم، النشر الاسلامی، ۱۲۴۸ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *معارض الاصول*، لندن، مؤسسه الامام علی علیه السلام، ۶۷۶ق.
- مصطفوی، سیدکاظم، «ماهیت حکم» *فصلنامه حقوق*، تهران، دانشگاه ۱۳۸۸، جلد دوره ۳۹ شماره ۱.
- منتظری، حسین علی، *دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه*، قم، نشر تفکر ۱۴۰۹ق.
- مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، *خطابات قانونیه*، تهران، نشر عروج، ۱۳۸۵.
- میرزا قمی، ابوالقاسم، *القوانین المحکمه فی الاصول*، قم، احیاء الکتب الاسلامیه، بی تا.
- نائینی، محمدحسین، *اجود التقريرات*، قم، مطبعه العرفان، ۱۳۵۵.
- نجفی مرعشی، سیدشهاب الدین، *القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی ۱۴۲۲ق.

نصری، عبدالله، *انتظار بشر از دین*، تهران، مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر ۱۳۷۸.

واسطی، عبدالحمید، *دوره طراحی سیستم‌های دینی* [گزارش]، مؤسسه مطالعات راهبردی علوم و معارف اسلام مشهد مقدس، ۱۳۹۳.

_____، *نگرش سیستمی به دین*، مؤسسه مطالعات راهبردی مشهد، ۱۳۸۱.

هادوی تهرانی، مهدی، *مکتب و نظام اقتصادی اسلام*، نشر خانه خرد، تهران، ۱۳۷۷.

Table of Contents

The Status of Sira (custom) among the Evidences of Opinions Concerning the Infant's Contracts	9
Dr.Bibi Razieh Aram - Dr. Mohammad Taghi Fakhlaei - Dr.Mohammad Hassan Haeri	
Jurisprudential Study of Theft of Alimony by Wife	29
Dr. Ali Akbar Izadi Fard - Dr.Sayyed Mojtaba Hossein Nejad	
Causes of Realization and Disappearance of the State of Being Married in Crimes against Chastity with a View to Islamic Penal Code of 2013	49
Dr. Abd Allah Bahman Pouri - Dr. Ghasem Nazari Kolah Jouei	
A Reflection on Extending the Implications and Examples of Hudud in the Islamic Penal Code of 2013	71
Dr.Sayyed Mohammad Mahdi Sadati - Dr.Mohammad Hadi Sadeghi - Samad Gholamian Zali,	
Analysis of the Scope and Rule of Tjarri (effrontery) in Imamia Jurisprudence and its Application to Incomplete Crimes	95
Dr. Mohammad Ibrahim Shams Nateri - Sayyed Hashem Ale Taha -	
A Jurisprudential and Usuli Restudy of Proving Actual Breach in the Anticipatory Breach of Contract Doctrine	115
Mohammad Hossein Fallah Yakhdani - Dr. Ibrahim Taghi Zadeh - Dr. Majid Sarbazian - Dr.Hossein Heidari Monavvar - Azaheh Najafi	
A Reflection on the Right to be granted the Prisoner of War status in the Islamic Jurisprudence	137
Hassan Ghaws - Dr. Mohsen Razmi – Dr. Mostafa Rajaei Pour	
Methodology of Civilization-Making Ijtihad (A Tool to Extract Systems and Processes Needed on the Scale of a Civilization)	159
Dr. Abd al Hamid Vaseti	

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. □: Issue 11□, Autumn 2018

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Dr. Sayyad Mohammad Hadi Ghabooli

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādifard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M.T.Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jalīl Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. Lynda Clarke

Prof. of Religion, Concordia University, Canada

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī Moghadam

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

Journal of Figh and Usul



Faculty of Theology and Islamic Studies

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 51, No. 3: Issue 118, Autumn 2019