



فصلنامه علمی  
(مطالعات اسلامی سابق)

# انفکهور

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

سال ۵۱، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۹  
زمستان ۱۳۹۸



عناوین مقالات

چیستی شناسی قطع و تأثیر آن در باب ظواهر اصول فقه

دکتر محمد حسین انصاری حقیقی - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر محمد صادق علمی سولا  
مسئولیت پیش قراردادی آخذ به سؤم، مبنا و آثار مترتب بر آن

دکتر ابراهیم جوانمرد فرخانی

بررسی فقهی و حقوقی شرط «بازگشت موقوفه به ملک واقف هنگام نیاز» به عنوان شرط فاسخ در عقد وقف

دکتر سید مهدی قریشی - دکتر محمدحسن جوادی - دکتر حامد رحمانی - دکتر حسین جوادی

نقد و تحلیل دیدگاه مشهور در تعیین سال خمسی و دوره زمانی کسر مئونه از ربیع

دکتر محمدرضا کیخا - محمدعلی قادری

کاربرد اصل مثبت در علم اصول و فقه

الهام معزی نجف آبادی - دکتر سید ابوالقاسم نقیبی

قلمرو شفاعت در اقسام مجازات

دکتر احمد میرخلیلی - دکتر عباس کلانتری خلیل آباد - دکتر حسین دشتی

خوانشی نو از ادله فقهی قطع دست راست سارق در فرض فقدان یا از کارافتادگی دست چپ

(بررسی مستندات فقهی ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)

دکتر علی واعظ طبسی - دکتر احسان جعفری عراقی - دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی

کاوشی در «تعدد اعتباری (معنوی) جرم» در فقه امامیه و حقوق ایران

دکتر میرزاحمد واعظی - دکتر عباسعلی سلطانی



## فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۱ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۱۹ - زمستان 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 لیندا 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://zfiqh.um.ac.ir/>

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

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



## مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد).
- ۲- اعلام وصول پس از دریافت مقاله.
- ۳- بررسی شکلی و صوری مقاله (در صورتی که موارد ذکر شده در «راهنمای تدوین مقالات» رعایت نشده باشد، مقاله به منظور اصلاح به نویسنده برگشت داده می‌شود و در صورتی که مقاله فاقد معیار پژوهشی باشد، مردود می‌شود).
- ۴- در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
- ۵- نتایج داورها در جلسات هیئت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶- نظر نهایی هیئت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.

## راهنمای تدوین مقالات

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

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

۲- زبان غالب نشریه فارسی است؛ ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۵۰۰ کلمه در نرم افزار word) بیشتر باشد.

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

- ۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی (قابل دسترس در سایت فرهنگستان) الزامی است.
- ۶- هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.
- ۷- شکل لاتینی نام‌های خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.
- ۸- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- ۹- ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان ( ) بیاید.
- ۹-۱- منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شماره جلد و صفحه منبع یا کد متداول آن است؛ مثال: (شهید ثانی، ۱۱/۲-۱۲؛ مفید، ۸۷)
- ۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer, 85)
- ۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.
- ۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.
- ۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی در مورد مقاله‌ها، کتاب‌ها و گزارش‌ها و سایر مراجع به شرح زیر است:
- ۱۰-۱- مقاله‌ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار، شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.
- ۱۰-۲- کتاب‌ها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام مترجم یا مصحح، 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؛ عَرَضه/عَرَضه؛ حَرَف/ حِرْف.
- 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. امین امیرحسینی (دانشجوی دکتری دانشگاه شهید بهشتی)
۳. دکتر جواد ایروانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۴. دکتر محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۶. دکتر سید محمد هادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۹. دکتر حسین حقیقت پور (استادیار دانشگاه یزد)
۱۰. دکتر رضا دانشور ثانی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۱۱. دکتر عبدالحسین رضائی راد (دانشیار دانشگاه شهید چمران اهواز)
۱۲. دکتر محمد محسنی دهکلانی (دانشیار دانشگاه مازندران)
۱۳. دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج)
۱۴. دکتر محمد جواد عنایتی راد (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۵. دکتر سیدجعفر علوی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۱۶. دکتر محمدرضا علمی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۷. دکتر سیدمصطفی محقق احمدآبادی (داماد) (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۸. دکتر حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

## فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	چیستی شناسی قطع و تأثیر آن در باب ظواهر اصول فقه دکتر محمد حسین انصاری حقیقی - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر محمد صادق علمی سولا
۳۱	مسئولیت پیش قراردادی آخذ به سَوم، مینا و آثار مترتب بر آن دکتر ابراهیم جوانمرد فرخانی
۵۱	بررسی فقهی و حقوقی شرط «بازگشت موقوفه به ملک واقف هنگام نیاز» به عنوان شرط فاسخ در عقد وقف
	دکتر سید مهدی قریشی - دکتر محمدحسن جوادی - دکتر حامد رحمانی - دکتر حسین جوادی
۷۵	نقد و تحلیل دیدگاه مشهور در تعیین سال خمسی و دوره زمانی کسر مئونه از ربح دکتر محمدرضا کیخا - محمدعلی قادری
۹۳	کاربرد اصل مثبت در علم اصول و فقه الهام معزّی نجف آبادی - دکتر سید ابوالقاسم نقیبی
۱۱۵	قلمرو شفاعت در اقسام مجازات دکتر احمد میرخلیلی - دکتر عباس کلانتری خلیل آباد - دکتر حسین دشتی
۱۳۹	خوانشی نو از ادله فقهی قطع دست راست سارق در فرض فقدان یا از کارافتادگی دست چپ (بررسی مستندات فقهی ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)
۱۵۷	دکتر علی واعظ طبسی - دکتر احسان جعفری عراقی - دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی کاوشی در «تعدد اعتباری (معنوی) جرم» در فقه امامیه و حقوق ایران دکتر میرزامحمد واعظی - دکتر عباسعلی سلطانی



## چیستی شناسی قطع و تأثیر آن در باب ظواهر اصول فقه \*

دکتر محمد حسین انصاری حقیقی

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران

Email: [ansari.mh47@gmail.com](mailto:ansari.mh47@gmail.com)

دکتر حسین ناصری مقدم<sup>۱</sup>

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: [nasari1962@um.ac.ir](mailto:nasari1962@um.ac.ir)

دکتر محمد صادق علمی سولا

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: [sola-m@um.ac.ir](mailto:sola-m@um.ac.ir)

### چکیده

اصولیان متأخر از شیخ انصاری با تقسیم سه گانه احوال مکلف، مباحث حجیت را در سه باب: «قطع، ظن و شک» مورد بررسی قرار داده‌اند. دیدگاه‌های برگزیده ایشان در زمینه قطع، مبانی ایشان در دو بخش دیگر را تشکیل داده، آن‌ها را تحت تأثیر قرار داده است. یکی از این دیدگاه‌ها در باب چیستی شناسی قطع است. بر اساس دیدگاه برخی از اصولیان جدید، ظاهر لفظ، بیانگر مراد متکلم و خاستگاه ظهور، اراده استعمالی است. بدین سان، ظهور لفظ در ذهن مخاطب یا شنونده دیگر، با تصدیق به مراد متکلم تحقق می‌یابد و منشأ آن، اصولی عقلایی است. قطعی دانستن این اصول عقلایی موجب قطعی دانستن تصدیق به ظهور و قطعی دانستن دلالت ظاهر است. قطعی یافتن دلالت ظواهر تأییراتی در پی دارد از جمله آن که موجب می‌شود ظواهر، با خروج از سلک امارات ظنی و ورود به جرگه ادله قطعی، حجیت ذاتی یابند و تخصصاً از ادله نهی از عمل به غیر علم خارج شوند. بدین ترتیب، می‌توان ادعا کرد علاوه بر آن که حجیت ظواهر، مقتضای اصل اولی است؛ عمل به ظواهر از سوی شارع غیر قابل ردع است.

**کلیدواژه‌ها:** قطع، علم، ظن، حجیت، ظواهر الفاظ، خاستگاه ظهور، مراد استعمالی.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۱۲/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۷/۳۰. (این مقاله بنا بر نظر داوران و مصوبه هیئت تحریریه، علمی پژوهشی محسوب است.)

۱. نویسنده مسئول

---

## The quiddity of certitude (Qat) and its implications in the appearances area of Usul al-Fiqh

**Mohammad Hossein Ansari Haghighi, Ph.D.** Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Islamic Azad University, Shiraz Branch, Shiraz, Iran

**Hossein Nasser Moghaddam, Ph.D.** Professor, Ferdowsi University of Mashhad (Corresponding Author)

**Mohammad Sadegh Elmi Sola, Ph.D.** Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad

### Abstract

The Usulis who came after Seikh Ansari, by dividing the duty-bound conditions into three, have discussed topics of authority in three fields of certitude (Qat), conjecture (Zann) and doubt (Shakk). Their selected opinion with regard to certitude has constituted their basics in the two other fields and affected them. One of the above said opinions concerns the quiddity of certitude. According to the viewpoint of some new Usulis, the appearance of a word denotes the speaker's purpose and the origin of appearance is the usage intention. Accordingly, the appearance of a word in the mind of addressee or other hearer is realized through acknowledgement of the speaker's purpose and its origin is rational principles. Considering these principles as rational leads to considering acknowledgment and denotation of appearance as definite. Considering denotation of appearances as definite has implications. For instance, the appearances by exiting the scope of al-Amarat al-Zanniya and entering the realm of definite proofs acquire inherent authority and exit by their nature the area of proofs which prohibit acting without knowledge. Therefore, it may be claimed that not only the authority of appearances is the requirement of the primary principle but also acting on the basis of appearances may not be deterred by the lawgiver.

**Keywords:** certitude, knowledge, conjecture, authority, appearances of words, origin of appearance, usage intention

**مقدمه**

علم اصول، علمی است که غایت آن را تشخیص حجت شرعی از لاجبت و شناسایی ادله فقهی دانسته‌اند. بنابراین، مهم‌ترین بخش این علم مباحث حجت است که گفته‌اند هدف نهایی این علم در همین بخش مورد بحث قرار می‌گیرد (مظفر، اصول الفقه، ۷/۲). این بخش از اصول فقه نیز همه برمدار بحث علم می‌چرخد چرا که حجت شرعی یا باید به خودی خود موجب قطع به حکم شرعی باشد، یا دلیلی قطعی حجیت آن را اثبات کند. از این رو است که شیخ انصاری در تدوین نوآورانه علم اصول فقه، مباحث حجّت را بر اساس تقسیم حال مکلف به سه حالت قطع، ظن و شک بنا نهاده است. اصولیان پس از وی نیز این تقسیم را پذیرفته، اصول فقه جدید را این چنین پی گرفته‌اند و مباحث حجّت را به تبع شیخ انصاری، با تبیین مباحث قطع آغاز کرده‌اند و پس از آن امارات و اصول عملیه را تابعی از مباحث قطع قرارداده‌اند. بدین ترتیب تمام مباحث این بخش ریشه در دیدگاه ایشان در چیستی قطع دارد. مباحثی همچون: حجیت ذاتی قطع، حجیت قطع قطّاع، تجری، حجیت قطع حاصل از مقدمات عقلی و حکم تعارض آن با قطع حاصل از مقدمات نقلی، حجیت ظواهر قرآن، حجیت خبر واحد، بحث انسداد و باقی مباحث باب حجّت، همه ریشه در بحث قطع و تبیین ماهیت و ارزش علم دارند. بلکه می‌توان مباحثی از اصول عملیه هم چون اماریت استصحاب و تعارض اصول عملیه را نیز تحت تأثیر آن دانست. این همه بدین معنی است که دیدگاه عالم اصولی در ماهیت قطع و ارزش آن، سرنوشت نظر وی در مباحث مذکور را رقم می‌زند.

این تحقیق، در صدد یافتن پاسخ به این سؤال است که دیدگاه یک عالم اصولی نسبت به چیستی قطع، چه تأثیری در آراء او در مباحث ظواهر دارد؟

این تحقیق دارای دو بخش است. در بخش نخست به چیستی شناسی قطع و ظاهر و در بخش دوم به تأثیری که دیدگاه چیستی شناسانه اصولیان در بحث ظواهر اصول فقه دارد پرداخته می‌شود.

**بخش نخست: چیستی شناسی قطع و ظاهر****قطع در لغت و اصطلاح**

قطع در زبان عربی مصدری است که در اصل به معنای بریدن و جدا کردن است. این مصدر، موارد استعمال فراوانی دارد که هر یک به نحوی متناسب با معنای اصلی است. مواردی مانند پیمودن راه، راهزنی، تصمیم گرفتن از این جمله است (طریحی، ۵۲۴/۲). در قرآن کریم نیز به معنی بریدن، متمایز ساختن، پیمودن و تصمیم گرفتن آمده است (به ترتیب: بقره: ۲۷، اعراف: ۱۶۰، توبه: ۱۲۱، نمل: ۳۲). علم و یقین

یکی از معروف‌ترین معانی قطع، در لسان دانشمندان اسلامی است در علم اصول فقه نیز به همین معنی استعمال شده است<sup>۱</sup> (مشکینی، ۲۱۹)؛ اما در قرآن به این معنا به کار نرفته و در روایات نیز به ندرت در این معنا استعمال شده است.<sup>۱</sup> اصولیان، اصطلاح قطع به این معنا را در علم اصول فقه تنقیح نکرده‌اند که شاید چنان که برخی گفته‌اند به دلیل روشنی معنای قطع نزد ایشان باشد (همو). به نظر می‌رسد مرادف دانستن قطع و علم و یقین، خود در مواردی موجب وقوع برخی مغالطه‌های ناخواسته و خلط بحث و همچنین باعث عدم تبیین چستی شناسانه قطع شده است. از این رو در این بخش از تحقیق، به اختصار، به چستی شناسی قطع از منظر اصولیان پرداخته می‌شود.

### چستی قطع از منظر اصولیان

با وجود آن که اصول فقه نوین، پس از شیخ انصاری بر مدار قطع می‌چرخد و اصولیان متأخر از شیخ انصاری به تبع وی، مباحث امارات را با تقسیم حال مکلف در مواجهه با تکلیف شرعی به حالت قطع، ظن و شک آغاز می‌کنند، اما ایشان مفهوم و ماهیت قطع را به طور مستقل مورد بررسی قرار نداده و به مباحث چستی شناسانه در این باب نپرداخته‌اند. هرچند ایشان در اثنای مباحث قطع، بحث‌های دقیقی را ارائه کرده‌اند که می‌تواند مرجعی برای یافتن نظرات اصولیان در چستی شناسی قطع باشد.

قرینه مقابله قطع با ظن و شک، این نتیجه رساند که مراد ایشان از قطع، «اعتقاد راجح، همراه با عدم احتمال خلاف» باشد. این مفهوم، یکی از انواع علم نزد منطقیان است بنا بر این باید ریشه ماهیت قطع را در علم منطقی جستجو کرد.

توضیح آن که علم، نزد منطقیان به حضوری و حصولی و سپس علم حصولی به تصور و تصدیق تقسیم می‌شود. تصدیق نزد ایشان به معنی ترجیح یکی از دو طرف وقوع یا عدم وقوع یک نسبت است؛ که اگر این ترجیح، با احتمال طرف مقابل همراه باشد ظن و اگر با احتمال طرف مقابل همراه نباشد، جزم یا یقین نامیده می‌شود. (مظفر، المنطق، ۱۶) بنا بر این، ترجیح یکی از دو طرف، به منزله جنس برای یقین و ظن، و احتمال خلاف و عدم احتمال آن فصل ممیز میان آن دو است.

بنابراین، می‌توان به این نتیجه رسید که مراد اصولیان از قطع، همان جزم یا یقین، به اصطلاح منطقیان و عبارت از «اعتقاد راجح، بدون احتمال خلاف» و ظن، «اعتقاد راجح همراه با احتمال خلاف» است.

در دیدگاه غالب منطقیان، جزم یا یقین، با توجه به عدم احتمال خلاف در نظر صاحب جزم و یقین، از افراد علم شمرده می‌شود هرچند جهل مرکب و غیر مطابق با واقع باشد؛ در حالی که مرحوم مظفر چنین

۱. تا آنجا که این تحقیق جستجو کرده است تنها یک مورد را می‌توان یافت که قطع به این معنی باشد. در دعای کمیل آمده است: «فیالیقین أقطع...» (قمی، عباس، مفاتیح الجنان)

اعتقادی را از افراد علم نمی‌شمارد (همو، همان، ۲).

یقین نیز در علم منطق انواع مختلف دارد چرا که منطقیان، یقینیات را به شش دسته: اولیات، مشاهدات، تجربیات، حدسیات، متواترات و فطریات تقسیم کرده‌اند. ایشان قیاسی را که از این دسته قضایا تشکیل یافته باشد، برهانی و قیاسی را که از قضایای مسلّمات یا مشهورات تشکیل یافته باشد، جدلی نامیده‌اند (سبحانی، رساله فی التحسین و التقیح، ۳۸-۳۹).

منظور منطقیان از مشهورات، قضایایی است که مورد پذیرش انسان‌ها است که خود چند دسته از جمله: واجب القبول به معنی یقینیات و آراء محموده است. مراد ایشان از آراء محموده، آن دسته قضایا است که گروه‌های انسانی آن را حسن یا قبیح می‌دانند؛ مانند: «عدل خوب است» و «ظلم قبیح است» (مظفر، المنطق، ۳۲۶-۳۳۶؛ سبحانی، رساله فی التحسین و التقیح، ۳۸-۳۹).

بنابراین، قضایایی که مبتنی بر حسن و قبح باشد از مشهورات است و ارزش آن بسته به ارزش مسأله تحسین و تقبیح عقلی است. بنابر این لازم است ارزش این دو مسأله نزد دانشمندان تبیین و تعیین شود.

#### ارزش قضایای مبتنی بر تحسین و تقبیح عقلی

در نظر بسیاری از فلاسفه، مسأله حسن و قبح از یقینیات و نزد برخی از ایشان همچون شیخ الرئیس، محقق طوسی، قطب الدّین رازی، عمر بن سهلان السّاوی، از آراء محموده است. محقق اصفهانی و شاگرد وی مظفر نیز همین نظر را پذیرفته‌اند (سبحانی، همان، ۳۹). بنابراین مسأله حسن و قبح، بنا بر دیدگاه نخست، برهانی و بنا بر دیدگاه دوم، جدلی است. از این رهگذر ارزش قضایای مبتنی بر تحسین و تقبیح عقلی تعیین می‌شود. بدین ترتیب که بنابر دیدگاه آنان که قضیه تحسین و تقبیح را برهانی می‌دانند، قضایای مبتنی بر این دو قضیه، قضایایی برهانی و بنابر دیدگاه آنان که این دو قضیه را جدلی می‌دانند قضایایی جدلی هستند.

حال باید دید تحقّق ظهور از کدام دسته قضایا به شمار می‌آیند و در نتیجه، ارزش آن تا چه میزان است. به نظر می‌رسد تبیین چیستی شناسانه ظاهر، ارزش آن و رویکرد اصولیان در ارزش گذاری بر آن را روشن می‌کند.

#### خاستگاه بحث ظواهر در علم اصول فقه

بحث ظواهر، در دو بخش از علم اصول فقه مطرح می‌شود. در بخش نخست از یافتن مصادیق ظاهر یعنی تحقّق ظهور و در بخش دوم از حجّیت آن پس از فرض تحقّق ظهور بحث می‌شود. بحث از معنای ماده و هیأت امر و نهی، بحث از مفاهیم، اطلاق و تقیید و عام و خاص و امثال آن‌ها که در مباحث الفاظ اصول فقه آمده است در واقع با هدف تشخیص و اثبات تحقّق ظهور در این موارد است. سپس در مباحث

حجّت از حجّیت این ظواهر به طور کلی بحث می‌شود.

از آنجا که چیستی شناسی قطع، در هردو بخش ظواهر تأثیر دارد لازم است ابتدا به شناخت ظاهر و مصادیق و مناشی آن نزد اصولیان و سپس به اقوال و کلمات و انظار ایشان در حجّیت آن پرداخته شود.

### دیدگاه اصولیان در چیستی ظاهر

«ظاهر» نیز همچون «قطع» در تحقیقات اصولیان متقدم و متأخر مورد بررسی مستقلّ چیستی‌شناسانه قرار نگرفته است. بلکه به سختی می‌توان تعریفی از ظاهر را در میان کلمات ایشان یافت. از این رو، دستیابی به تعریف ایشان از ظهور، به سادگی میسر نیست و نیازمند بررسی تحقیقات ایشان و کشف تعریفی برای ظاهر، از لابه لای مباحث آنان است.

به نظر، دو دیدگاه در تعریف ظاهر میان دانشمندان وجود داشته باشد؛ دیدگاه نخست متعلّق به دانشمندان پیش از شیخ انصاری و دیدگاه دوم متعلّق به دانشمندان متأخر از وی است.

### ۱) دیدگاه اصولیان پیش از شیخ انصاری

دستیابی به تعریفی صریح برای ظاهر در کتب اصولیان پیش از شیخ انصاری، به راحتی امکان پذیر نیست چون به رغم آن که ایشان در مباحث خود از ظاهر سخن گفته‌اند اما غالب ایشان ظاهر را تعریف نکرده‌اند (سیدمرتضی، ۱۰/۱؛ طوسی، ۴۹/۱). علامه حلّی یکی از دانشمندانی است که می‌توان گفت به تعریف ظاهر پرداخته است. وی در یکی از کتاب‌های اصولی خود در تبیین ظاهر، چنین گفته است: «لفظ مفید، اگر جز معنایی که از آن فهمیده می‌شود احتمال دیگری داده نشود، نصّ است و اگر احتمال دیگری باشد، اگر هر دو مساوی باشند، آن لفظ مجمل است و در غیر این صورت، آن معنای راجح، ظاهر و معنای مرجوح، مؤول است.» (علامه حلّی، ۶۵).

میرزای قمی در قوانین می‌گوید: «آنگاه که معنی حقیقی از مجازی متمایز باشد، هرگاه لفظ، بدون قرینه استعمال شود، اصل، حقیقت، یعنی ظاهر است. یعنی چون غالباً وضع است که مبنای تفهیم و تفهّم است.» (قمی، ۳۹).

امین استرآبادی نیز گرچه از اخباریان است اما در الفوائد المدتیّه، به تبیین معنای ظاهر پرداخته، آن را این گونه تعریف می‌کند: «لفظی که بر یکی از احتمالات خود دلالت راجحه‌ای داشته باشد به گونه‌ای که احتمال معنی یا معانی دیگر هم منتفی نباشد.» (استرآبادی، ۵۴).

وی، سپس ظاهر را به چهار نوع که عبارت‌اند از: ظاهر بر حسب عرف، مانند دلالت غائط بر فضله، راجح به حسب شرع، مانند دلالت لفظ صوم بر امساک از مفطرات، مطلق و عام تقسیم می‌کند. وی مؤول

را به عنوان لفظ مقابل ظاهر چنین تعریف می‌کند: «لفظی که از میان معانی محتمل، معنی مرجوح آن اراده می‌شود مانند: وَيَقِي وَجْهَ رَبِّكَ ... (رحمن: ۲۷) (همو).

از عبارات این دانشمندان چنین بر می‌آید که ظاهر، عبارت از مدلول حقیقی، یعنی موضوع له لفظ باشد که اراده غیر آن معنی حقیقی، نیازمند قرینه است و لفظ، در صورت عدم قرینه بر اراده معنی غیر حقیقی، به معنی حقیقی حمل می‌شود؛ و در صورت وجود قرینه دال بر اراده معنی غیر حقیقی، بر آن معنی غیر حقیقی حمل می‌شود. پس در این دیدگاه، ظاهر، همان مدلول حقیقی است که گاه از سوی گوینده اراده می‌شود، گاه اراده نمی‌شود.

حاصل آن که از دیدگاه دانشمندان پیش از شیخ انصاری، منظور از ظاهر، معنایی مساوق با مدلول حقیقی لفظ و در نتیجه، خاستگاه ظهور نیز در نظر ایشان مرحله دلالت تصویری بوده است که مرحله‌ای متقدم از مرحله اراده است.

## ۲) دیدگاه اصولیان متأخر از شیخ انصاری

شیخ انصاری و محقق خراسانی و غالب اصولیان متأخر از ایشان نیز به رغم بحث از ظواهر قرآن، متعرض تعریف قرآن نشده‌اند (انصاری، ۱/۱۳۹؛ آشتیانی، ۱/۸۶؛ آخوند خراسانی، ۲۸۱؛ اصفهانی، ۱۶۳/۲/۲؛ نائینی، ۳/۱۳۵).

بنا بر این باید برای یافتن دیدگاه ایشان در این باره به تحقیقات ایشان مراجعه کرد.

در نظر دانشمندان متأخر از شیخ انصاری، منظور از ظاهر معنای دیگری است که الزاماً به معنی موضوع له و معنی حقیقی نیست. یعنی گاه ظاهر، همان معنی حقیقی، گاه معنایی غیر از آن خواهد بود. شیخ انصاری در ابتدای بحث حجیت ظواهر، از «تشخیص مراد متکلم» سخن به میان آورده است و از آنجا که تشخیص مراد متکلم در مرحله استعمال معنا می‌یابد، مشخص می‌شود که رویکرد شیخ انصاری در تبیین معنای ظاهر به مرحله استعمال است.

یکی از شارحان کفایه نیز ظهور را این گونه تعریف می‌کند: «ظاهر آن است که ظاهر عبارت باشد از تجلی معنی از لفظ و انسباق آن به ذهن و خطور آن در خاطر به گونه‌ای که اگر لفظ به عرف القاء شود عرف آن را بر آن معنی حمل می‌کند (فیروزآبادی، ۳/۱۱۱).

در این تعریف نیز از تجلی معنی در ذهن مخاطب هنگام «القای» لفظ سخن رفته است بنابراین رویکرد این تعریف نیز به مرحله استعمال لفظ است.

محقق نائینی پس از تقسیم دلالت، به تصویری و تصدیقی، دلالت تصویری را به معنی دلالت مفردات کلام بر معانی لغوی و عرفی و دلالت تصدیقی را به معنی دلالت مجموعه کلام بر معنای مندرج در کلام

می‌داند که گاه طبق دلالت مفردات است و آن هنگامی است که قرینه‌ای در کار نباشد و گاه بر خلاف دلالت مفردات است و آن در صورتی است که قرینه‌ای بر خلاف آن وجود داشته باشد (نائینی، ۱۴۰/۳).

سپس می‌گوید: «دلالت تصدیقی، موجب دلالت بر این است که ظاهر، از سوی گوینده اراده شده است و بعد از فرض انعقاد ظهور، موجب تصدیق به این می‌شود که ظاهر، مراد گوینده است (همو).

چنان که مشاهده می‌شود، در نظر وی نیز رتبه انعقاد ظهور، متأخر از دلالت تصویری و البته متفاوت با آن است. بنابراین در دیدگاه وی ظاهر به معنی مدلول حقیقی و حاصل وضع نیست بلکه ظهور، حاصل مرحله استعمال است که گاه با معنای حقیقی هم سو و گاه با آن ناهم سو است.

خوبی نیز همین نظر استادش محقق نائینی را پذیرفته است (خوئی، ۱۲۷/۲).

مظفر نیز معتقد است ظهور یک مرحله بیشتر ندارد که همان دلالت تصدیقی است. یعنی آن که از علم به صدور لفظ، علم یا ظنّ به مراد [و مقصود] متکلم از لفظ لازم آید (مظفر، اصول الفقه).

از نظر شهید صدر، ظهور دارای دو مرحله تصویری و تصدیقی است. در عبارت وی آمده است:

«بنا بر این ما دو ظهور داریم؛ یکی ظهور لغوی کلمه بحر در معنای حقیقی که امری فراتر از انتقال ذهن به تصور آن معنی پیش از تصور معانی دیگر نیست، دیگری ظهور حالی تصدیقی که عبارت باشد از ظهور حال متکلم در این که مراد (مقصود) او از لفظ، همانند نزدیک‌ترین معنای لغوی آن لفظ است و این ظهور به معنی آن است که ارجح در حال متکلم آن است که او از لفظ، معنای ظاهر را اراده می‌کند.» (صدر، ۱۴۱).

در نظر وی، ظاهر می‌تواند دو معنا داشته باشد: یکی مدلول تصویری و دیگری مدلول تصدیقی است. مدلول تصویری، ناشی از دلالت تصویری، یعنی صرف انتقال ذهن از لفظ به معنا است و مدلول تصدیقی، حاصل دلالت تصدیقی، به معنی دلالت صدور لفظ از سوی متکلم، بر اراده متکلم است. حاصل آن که از نظر شیخ انصاری و اصولیان متأخر از وی، منظور از ظاهر، مراد متکلم و خاستگاه آن مرحله استعمال و اراده معنا از سوی متکلم است. بنا بر این در دیدگاه اصولیان گذشته، تحقق ظهور عبارت از تصدیق به وضع یک لفظ در یک معنا و در دیدگاه اصولیان جدید عبارت از تصدیق به آن است که یک معنا از سوی متکلم اراده شده است. به دیگر سخن، ظهور در دیدگاه گذشتگان عبارت از تصدیق به وضع و در دیدگاه اصولیان جدید، عبارت تصدیق به اراده متکلم است.

#### مناشی ظهور

پس از تبیین دو دیدگاه در چیستی ظاهر و این که ظهور در حقیقت از مصادیق تصدیق و از مقوله علم است؛ این پرسش پدید می‌آید که آیا این تصدیق از کدام دسته تصدیقات مذکور در علم منطقی است؟ آیا از برهانیات یا جدلیات یا یقینیات یا از آراء محموده است؟ پاسخ به این پرسش در گرو پاسخ به این پرسش

است که آیا تحقق این تصدیق معلول چیست؟ و منشأ این تصدیق چیست؟ این پرسش همان پرسش از مناشی ظهور است. بنابر این لازم است مناشی ظهور مورد بررسی قرار گیرد.

یافتن مناشی ظهور با توجه به چیستی ظهور، قابل بررسی و توجیه است. یعنی با توجه به دیدگاه نخست که ظهور را به معنی اراده معنای حقیقی می‌داند - وضع، منشأ ظهور است؛ و هرگاه موضوع له یک لفظ شناخته شد، ظاهر آن لفظ شناخته شده است. اما بنا بر دیدگاه دوم که ظهور را مساوی با اراده متکلم می‌داند، ممکن است ظهور، مستند به هر یک از وضع یا قرینه یا هر دو است. از این رو غالب اصولیان گذشته، در مصداق یابی ظواهر به دنبال کشف معنای حقیقی لفظ بوده‌اند و در مباحثی مانند ماده و صیغه امر، نهی، الفاظ عموم، مفاهیم و مانند آن، به دنبال کشف معنای حقیقی به وسیله علائم آن از قبیل تبادر و غیر آن داشته‌اند. اما اصولیانی که دیدگاه دوم را پذیرفته‌اند، در مباحث فوق، علاوه بر وضع، به دنبال کشف قرائن عامه و خاصه نیز بوده‌اند.

به عنوان مثال، اصولیان گذشته، دلالت جمع محلی به لام بر عموم را با تبادر که یکی از علائم حقیقت است، اثبات می‌کردند؛ (سیدمرتضی، ۲۹/۱؛ طوسی، ۱۶۱/۱؛ محقق حلی، ۶۳ و ۸۵؛ علامه حلی، ۹۲؛ ابن‌الشہید الثانی، ۱۰۲)؛ اما اصولیان جدید برای اثبات آن به اطلاق استناد کرده‌اند (آخوند خراسانی، ۲۱۷) و در بحث صیغه امر، دلالت آن بر نسبت طلبیه را با وضع، اما دلالت آن بر عدم رخصت بر ترک را به قرینه اطلاق اثبات کرده‌اند. بدین گونه فرآیند ظهور صیغه افعال در وجوب را مرکب از وضع و اطلاق دانسته‌اند. ایشان همین ساز و کار را در اثبات ظهور صیغه امر در وجوب نفسی، تعیینی، عینی و امثال آن به کار بسته‌اند (همو، ۷۲ و ۷۶ و ۱۰۸).

در بحث مفاهیم نیز گذشتگان، ظهور در مفهوم را دایر مدار وضع می‌دانستند (سید مرتضی، ۳۹۲/۱؛ ابن‌الشہید الثانی، ۷۸) از این رو در اثبات و نفی آن به اثبات و نفی وضع ترکیبات مورد بحث در مفهوم و نفی وضع استناد می‌کرده‌اند؛ حال آن که اصولیان جدید، منشأ دلالت بر مفهوم و ظهور در آن را اعم از وضع یا قرینه می‌دانند. از این رو محقق خراسانی مسأله مفاهیم را این گونه طرح می‌کند:

«مفهوم، عبارت است از حکم انشایی یا اخباری که در پی خصوصیت معنای اراده شده از لفظ، حاصل می‌آید؛ اگر چه با قرینه حکمت باشد» (آخوند خراسانی، ۱۹۳).

چنان که مشاهده می‌شود وی منشأ ظهور در مفهوم را شامل قرینه حکمت و اعم از آن می‌داند. اصولیان متأخر از وی نیز همین روش را پی گرفته‌اند. از این رو دلالت جمله شرطیه بر مفهوم را تنها حاصل وضع نمی‌دانند بلکه آن را منوط به ثبوت علقه بین شرط و جزاء، ثبوت علیت بین آن دو و در نهایت، انحصار شرط می‌دانند. ایشان، اولی را به وضع، دومی و سومی را به اطلاق (مقدمات حکمت) اثبات

می‌کنند (نائینی، ۱-۲/۴۸۰؛ مظفر، اصول الفقه، ۱/۱۰۷).

اصولیان جدید، تحقق ظهور را متوقف بر طیّ مراحل سه‌گانه‌ای می‌دانند که عبارت از نخست، احراز ارادی بودن تلفظ گوینده، دوم، عدم غفلت وی از مدلول لفظ و در نهایت، وجود غرض فهماندن و حکایت مدلول لفظ است. وجود غرض فهماندن مدلول لفظ همان است که از آن به استعمال تعبیر می‌شود. از نظر ایشان، اراده متکلم پس از احراز این مراحل احراز می‌شود (مظفر، اصول الفقه، ۱/۱۹؛ امام خمینی، ۱/۲۳۹).

نتیجه آن که در دیدگاه اصولیان جدید، منشأ ظهور، تصدیق به تحقق مراحل مذکور است.

ایشان احراز این امور و اثبات طیّ این مراحل را نیز حاصل دلالت عقلی می‌دانند.

امام خمینی در این زمینه می‌گوید:

«لفظی که از متکلم صادر می‌شود از آن جهت که فعلی از افعال اوست، به دلالت عقلی - نه به دلالت لفظی - دلالت بر آن می‌کند که فاعل آن، مرید آن است و مبدأ صدور آن (فعل)، اراده اوست. چنان که به دلالت عقلی نیز بر آن دلالت دارد که صدور آن به غرض افاده بوده لغو نیست. همه این دلالت‌ها دلالت‌های عقلی است که بنای عقلا در محاوراتشان بر آن دلالت می‌کند و خروج از این دلالت‌ها خروج از طریقه عقلا است.» (امام خمینی، ۱/۲۳۹).

این عبارت، علاوه بر این که منشأ ظهور را تبیین می‌کند بر این امر تصریح دارد که تصدیق به امور مذکور، حاصل دلالت عقلی است.

خوبی منشأ ظهور را اصالت عدم غفلت گوینده دانسته است (خوئی، ۲/۱۱۹).

در تحقیقات سیستانی آمده است:

«این دلالت تصدیقی، دلالت لفظی نیست بلکه دلالتی سیاقی و مقامی است به معنای آن که ظاهر این که گوینده در مقام بیان و تفهیم است آن است که وی واقعاً اراده معنای ظاهر را دارد.» (سیستانی، ۱۷۴).

نتیجه آن که از بررسی دیدگاه اصولیان چنین به دست می‌آید که اصولیان گذشته، وضع را منشأ ظهور می‌دانستند اما در نظر اصولیان جدید، منشأ ظهور، تصدیق به امور مذکور است و این تصدیقات نیز حاصل دلالت عقلی است. به دیگر عبارت، منشأ ظهور نزد اصولیان گذشته وضعی و نزد اصولیان جدید، عقلی یا عقلایی است.

### تأسیس اصل در حجّیت و عدم حجّیت ظواهر

یکی از ابتکارات شیخ انصاری در تحقیقات خود آن است که وی در ابتدای بحث از امارات، به تأسیس اصل در مسأله پرداخته و بنای تحقیقات خود را بر اساس آن استوار ساخته است. وی اصل را بر عدم حجّیت ظنّ نهاده، سپس با توجّه به این اصل، اماراتی را که دلیل قطعی خاصی بر حجّیت آن‌ها وجود دارد از این اصل خارج دانسته است. اصولیان متأخّر از وی نیز همین روش را برگزیده‌اند. همچنین ایشان برای تأسیس این اصل به ادله نقلی همچون آیه «قُلْ أَللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ» (یونس: ۵۹) و روایت نبوی که قاضی را که بدون علم حکم به حقّ می‌کند (حرّ عاملی، ۱۱/۱۸ ح ۶) اهل جهنّم دانسته است، همچنین به اجماعی که وحید بهبهانی نقل کرده است و حکم عقل استناد کرده‌اند (انصاری، ۱/۱۲۵؛ نائینی، ۱۱۹/۳). محقّق خراسانی در کفایه و به تبع وی اصولیان متأخّر از وی عدم حجّیت ظنّ را مقتضای ذات ظنّ و در نتیجه، شکّ در حجّیت ظنّ را مساوق با عدم حجّیت قرار داده‌اند (آخوند خراسانی، ۲۸۰، مظفر، اصول الفقه، ۱۷/۲).

در نظر اصولیان، ظواهر کتاب از این اصل خارج شده است و به تعبیر شیخ انصاری هر چند اصل اولی عدم حجّیت ظواهر است اما به دلیل سیره عقلا، این اصل تخصیص خورده مقتضای اصل ثانوی جواز عمل به مطلق ظواهر الفاظ، از جمله ظواهر قرآن است (انصاری، ۱/۱۵۳).

### اقوال در حجّیت و عدم حجّیت ظواهر قرآن

غالب اصولیان، قائل به حجّیت مطلق ظواهر و برخی از ایشان قائل به حجّیت ظواهر در صورت وجود ظنّ به وفاق، برخی قائل به حجّیت در صورت عدم ظنّ به خلاف و برخی قائل به اختصاص حجّیت به مقصودین به افهام شده‌اند. در مقابل اصولیان، اخباریان قائل به عدم حجّیت ظواهر قرآن مگر در صورت ورود تفسیر از معصومین علیهم السلام شده‌اند. قول ایشان در حقیقت به معنی عدم حجّیت ظواهر قرآن است. این اقوال را می‌توان در قالب دو دیدگاه قرار داد:

۱- دیدگاه حجّیت ظواهر قرآن

۲- دیدگاه عدم حجّیت ظواهر قرآن

دیدگاه نخست دیدگاه اصولیان و دیدگاه دوم دیدگاه اخباریان است.

### ادله اصولیان بر حجّیت ظواهر قرآن

در میان مباحث اصولیان می‌توان سه دلیل را برای اثبات حجّیت ظواهر یافت.

۱- سیره عقلا: سیره عقلا، دلیل عمده و مشترک میان تمامی اصولیان است. گاه برخی از ایشان

تصریح کرده‌اند که دلیل منحصر ایشان است (مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، ۱۳۰/۲).

۲- روایات: اصولیان روایات را به عنوان دلیل مستقل ذکر نکرده‌اند؛ اما از آنجا که روایات بسیاری در میان مباحث ایشان در ضمن نقد ادله اخباریان مورد استناد واقع شده است؛ می‌توان این روایات را به عنوان دلیل دوم اصولیان بر حجیت ظواهر قرآن به شمار آورد.

۳- سیره متشرّعه: شهید صدر این دلیل را پس از سیره عقلا به عنوان دلیل دیگری بر حجیت ظواهر آورده است. (صدر، دروس فی علم الاصول، ۲/ ۲۶۷).

### ادله اخباریان بر عدم حجیت ظواهر قرآن

عمده دلیل اخباریان برای نفی حجیت ظواهر قرآن، اخبار است. بلکه به تصریح صاحب قوانین، تنها دلیل ایشان اخبار است (قمی، ۳۹۳).

محتوای اخبار مورد استناد اخباریان عبارت است از:

- اختصاص فهم قرآن به اهل آن (حرّ عاملی، ۱۸/ ۳۰).

- اشتمال قرآن بر مضامین عالی خارج از دسترس (عیاشی، ۱/ ۱۷ ح ۵)

- ممنوعیت تفسیر به رأی قرآن (همو)

- تشابه آیات قرآن (حرّ عاملی، ۱۸/ ۲۹؛ استرآبادی، ۲۰۷-۲۷۱. در گزارش دلایل اخباریان از گزارش شیخ انصاری، صاحب کفایه و نایینی استفاده شده است. ر.ک: انصاری، ۱/ ۱۳۹ - ۱۴۲؛ آخوند خراسانی، ۲۸۱؛ نائینی، ۳/ ۱۳۵ - ۱۳۶).

ایشان، تشابه عرضی ظواهر قرآن را نیز دلیل دیگری بر مدّعی خویش دانسته‌اند. تشابه عرضی از نظر ایشان ناشی از علم اجمالی به ورود تخصیص و تقيید بر ظواهر است (همانان).

اصولیان، تمامی دلایل اخباریان را نقد کرده‌اند. به این ترتیب که اختصاص فهم قرآن به اهل آن، به معنی اختصاص فهم کلّ قرآن است و به معنی نفی فهم برخی از آیات نیست. استعمال قرآن بر مضامین عالی به معنی نفی استفاده از ظواهری که اهل محاوره با اعمال قواعد ادبی به آن دست می‌یابند نیست. نهی از تفسیر به رأی به معنی نفی استناد به ظواهر نیست. چون اساساً استناد به ظاهر مفهوماً با تفسیر متفاوت است و اگر هم تفسیر باشد تفسیر به رأی نیست. چون تفسیر به رأی به معنی استفاده از الفاظ بر اساس قواعد ادبی و عقلایی نیست (انصاری، ۱/ ۱۴۲ - ۱۵۰؛ آخوند خراسانی، ۲۸۳-۲۸۵، نائینی، ۳/ ۱۳۷ - ۱۳۹). نیازی به بیان تفصیلی پاسخ‌های ایشان به دلایل اخباریان نیست؛ چنان که شخصیتی اصولی مانند امام خمینی در یکی از کتاب‌های خود پس از پاسخ اجمالی به ادله اخباریان، ذکر ادله و نقد آن‌ها را تکرار دانسته از ورود به آن خودداری کرده است (امام خمینی، ۱/ ۲۴۷).

این اخبار از نظر غالب اخباریان در جایگاه رادع از سیره عقلا در عمل به ظواهر و به نحوی مخصّص آن بنا است و موجب آن است که ظواهر قرآن از اصل حجّیت مطلق ظواهر خارج شود. اصولیان نیز در مقام پاسخ به استدلال اخباریان، اخباری را ذکر کرده‌اند که مفاد آن‌ها خلاف مدّعی اخباریان است. هرچند مستند عمده اصولیان برای حجّیت ظواهر قرآن، استقرار سیره عقلا است اما این اخبار را می‌توان به عنوان دلیل دیگری برای اصولیان بر حجّیت ظواهر قرآن برشمرد و به استدلال ایشان به سیره عقلا افزود. اصولیان، دلالت روایات مذکور را بر مدّعی اخباریان نقد کرده‌اند (انصاری، ۱/ ۱۴۲-۱۵۰؛ آخوند خراسانی، ۲۸۳-۲۸۵؛ نائینی، ۳/ ۱۳۷-۱۳۹) و نیازی به بازگویی نقدهای ایشان نیست؛ چنان‌که شخصیتی اصولی مانند امام خمینی در یکی از کتاب‌های خود پس از پاسخ اجمالی به ادله اخباریان، ذکر ادله و نقد آن‌ها را تکرار دانسته از ورود به آن خودداری کرده است (امام خمینی، ۱/ ۲۴۷).

### بخش دوم: تأثیر چیستی‌شناسی قطع بر بحث ظواهر

چیستی‌شناسی قطع در هردو بخش مباحث صغروی و کبروی ظواهر در علم اصول فقه تأثیر گذار است. در ادامه، به تأثیر در هردو بخش پرداخته می‌شود.

#### ۱- تأثیر بر چیستی ظاهر

در بررسی مناشئ ظهور این امر تبیین شد که تحقق ظهور، در دیدگاه اصولیان جدید، نتیجه دلالت عقلی و بنای عقلا در محاورات ایشان است. تصدیق شنونده به اراده مدلول لفظ از سوی متکلم، معلول سه تصدیق یعنی: «تصدیق به صدور ارادی لفظ»، «تصدیق به وجود قصد افهام مدلول لفظ» و «تصدیق به عدم غفلت از ذکر قرینه» است.

سنخیت میان علّت و معلول اقتضا می‌کند که قطعیت یا ظنّیت این سه تصدیق به عنوان منشأ و علّت ظهور، به ترتیب موجب قطعیت یا ظنّیت تصدیق به ظهور باشد. این سخن به معنی راز گشایی از علّت قطعیت و ظنّیت ظاهر است.

یکی از اصولیان نیز تصریح کرده است:

«اگر وجود قصد افهام و عدم قرینه، با قطع احراز شود، انعقاد ظهور به صورت قطعی است؛ اما اگر این دو مقدّمه، با اصول عقلایی اثبات شود (که در اولی اصالة الجهه و در دومی اصالة عدم الغفله نامیده می‌شود) از آنجا که این اصول عقلایی نزد اصولیان ظنی‌اند، دلالت کلام متکلم بر مدلول لفظ نزد ایشان ظنی است.» (روحانی، ۴/ ۲۱۰).

بنا بر این ظنی دانستن ظاهر ناشی از ظنی دانستن این اصول است. پس اثبات قطعیت ظواهر نیز در گرو اثبات قطعیت این اصول است و اگر بتوان قطعیت این اصول را اثبات کرد می‌توان قطعیت ظواهر را اثبات کرد.

در بحث چیستی شناسی قطع مشخص شد که عدم احتمال خلاف، فصل ممیز میان قطع و ظن است بنا بر این اگر اصول عقلایی مذکور را بتوان به گونه‌ای تقریر کرد که از احتمال خلاف عاری باشند، می‌توان قطعیت ظواهر را نتیجه گرفت.

برخی اصولیان به عدم احتمال خلاف در هنگام اجرای این اصول تصریح کرده‌اند.

به نظر می‌رسد لازمه عقلی دانستن دلالت تصدیقی، قطعی دانستن دلالت ظاهر است. چون لازمه عقلی دانستن اصول مذکور که منشأ ظهورند قطعی دانستن آن‌ها است و با قطعی دانستن آن‌ها ظواهر نیز قطعی می‌شوند.

در تحقیقات اصولیان جدید می‌توان مواردی را نشان داد که ایشان اصول عقلایی مذکور را قطعی دانسته‌اند. به عنوان نمونه برخی از این موارد ذکر می‌شود.

#### تصریح برخی اصولیان به قطعی بودن دلالت ظواهر

تصریح به قطعی بودن دلالت ظواهر در میان تحقیقات برخی اصولیان همچون محقق اصفهانی و میرزای نایینی یافت می‌شود؛ اما در بیان اصولی معاصر، جعفر سبحانی جدا بدان پرداخته شده است. در این قسمت از تحقیق، سخن محقق اصفهانی و سبحانی ذکر می‌شود.

محقق اصفهانی در میانه تحقیقات خود می‌گوید:

«حکم عقل به تبع نقض غرض، دلیل بر این است که معنایی که مقصود گوینده است همان معنایی است که مختص به این لفظ است و بنای عقلا که شامل همه اقوال و افعال می‌شود، دلیل بر حمل تمامی افعال و اقوال بر جد است.» (اصفهانی، ۱۷۳/۲).

وی قبح نقض غرض را که همان برهان خلف باشد دلیل بر حمل لفظ بر معنی ظاهر آن دانسته است و بنای عقلا را دلیل بر حمل استعمال لفظ بر جد یا همان قصد تفهیم دانسته است و روشن است که قبح نقض غرض، دلیلی عقلی و مفید قطع است.

وی در جای دیگری تصریح کرده است که بنای عقلا مفید قطع است. وی در بحث از اصل عدم قرینه

می‌گوید:

«بنای عقلا بر آن است که به ظاهری که کاشف قوی تر بر خلاف آن نیامده است عمل کنند و با عدم کاشف اقوی، عمل ایشان بر طبق ظاهر است و با وجود کاشف اقوی عمل ایشان بر طبق آن کاشف اقوی

است... پس با عدم وصول وجدانی کاشف اقوی، قطعاً مانعی از اتباع ظهور وجود ندارد. پس جزماً مقتضی حجّیت کاشف اقوی نیز وجود ندارد... پس در حقیقت، عقلاً بنا بر عمل به قرینه محتمل ندارند نه این که عقلاً بنا را بر عدم قرینه محتمل بگذارند که مفاد اصل عدم قرینه است.» (اصفهانی، ۱۷۳/۲).

از نظر محقق اصفهانی هنگام احتمال وجود قرینه، در حقیقت از نظر عقلای عالم، قرینه‌ای وجود ندارد؛ نه اینکه احتمال قرینه وجود داشته باشد ولی با اصل عدم قرینه نفی شود. چون آن قرینه‌ای که موجب حمل لفظ بر خلاف ظاهر است قرینه‌ای است که اثباتاً واصل باشد نه قرینه‌ای که ثبوتاً صادر شده باشد. به این ترتیب عدم وصول قرینه نزد عقلاً همان عدم قرینه است. در نتیجه در نظر اصولیانی همچون محقق اصفهانی، اصول عقلایی پیش گفته (که علت تصدیق به ظاهر است) قضایایی قطعی محسوب می‌شوند. سبحانی از میان فقیهان معاصر به صورت مستقل و صریح از قطعی بودن دلالت ظاهر سخن گفته است. وی در اثبات قطعی بودن ظواهر می‌گوید:

«آنچه سبب ظنی دانستن کشف ظواهر است، در این خلاصه می‌شود که چند احتمال... [از جمله احتمال] آن که گوینده لفظ را در معنی مجازی استعمال کرده باشد... و مانند آن موجب تردید در کشف مراد استعمالی از مراد جدی می‌شود... اما رفع این احتمالات از وظایف ظواهر نیست تا به خاطر آن به ظنی بودن موصوف شوند. بلکه وظیفه ظواهر، تنها احضار معنی است... بعضی از احتمالات مذکور، در نصوص نیز موجود است در حالی که ما آن‌ها را از قطعیات می‌شماریم... این احتمالات با اصول عقلایی با ادعای وجود اصول عقلایی از سوی قوم، علاج شده است؛... اما ظاهر آن است که نیازی به این اصول نیست چون زندگی اجتماعی بر اساس مفاهیم با ظواهر بنا نهاده شده است... بدین ترتیب کشف ظواهر از مراد استعمالی بلکه مراد جدی، کشف قطعی است.» (سبحانی، الوسیط فی اصول الفقه، ۴۴/۲ - ۴۷).

در سخن این دو اصولی مشاهده شد که ایشان دلالت ظواهر را دلالتی قطعی می‌دانند. سخن میرزای نایینی و مظفر نیز در این باره در بخش پایانی این تحقیق خواهد آمد.

حاصل آن که نتیجه پذیرش دیدگاه اصولیان جدید در چیستی قطع و ظاهر و مناشی آن قطعیت ظواهر است.

## ۲- تأثیر در تأسیس اصل در حجّیت ظواهر

با توجه به آنچه در تأثیر چیستی شناسی قطع در چیستی ظاهر ذکر شد - یعنی قطعی بودن ظاهر بنا بر مبانی برخی اصولیان - به نظر می‌رسد بنابر این دیدگاه، اصل اولی در باب ظواهر نمی‌تواند عدم حجّیت باشد. چون به دلیل حجّیت ذاتی قطع، اصل عدم حجّیت ظواهر، کاملاً مخدوش بلکه بی‌پایه می‌نماید. در نتیجه، ادله عدم اعتبار غیر علم که دلیل اصل اولی در حجّیت ظنون است شامل ظواهر نمی‌شوند. چرا که

با تقریر مذکور در مبنای اصولیان پیش گفته، عمل به ظاهر عمل به علم است. علاوه بر آنکه قابل ردع از سوی شارع نیز نیست چرا که حجّیت آن نیز قابل جعل یا سلب از سوی شارع نیست.

### ۳- تأثیر در رویکرد کلی به ادله حجّیت ظواهر

به نظر می‌رسد چپستی‌شناسی قطع، به تبع تأثیری که در تبیین چپستی ظاهر و همچنین در تأسیس اصل در حجّیت آن دارد؛ در رویکرد به ادله طرفین در بحث حجّیت ظواهر نیز تأثیرگذار است. این تأثیر در دو مرحله است نخست: در رویکرد کلی به ادله و قیمت‌گذاری آن‌ها به معنی تبیین جایگاه کلی این ادله، دوم در رویکرد جزئی به هر یک از آن‌ها.

در مرحله نخست، یعنی مرحله تأثیر در رویکرد کلی به ادله مثبتان و مانعان حجّیت ظواهر، هریک از دو دیدگاه ظنّیت و قطعیت ظاهر، دو رویکرد متفاوت با دیگری را به ادله طرفین پدید می‌آورد. بنا بر دیدگاه ظنّیت ظواهر، ادله مثبتان حجّیت ظواهر، در جایگاه مخصّص ادله اصل عدم حجّیت ظن قرار می‌گیرند و موجب اخراج ظواهر از اصل عدم حجّیت به شمار می‌آیند و ادله مثبتان در این دیدگاه، ادله‌ای تأسیسی و شرعی خواهند بود؛ چنان که ادله نافیان حجّیت ظواهر، ادله‌ای مطابق اصل محسوب می‌شوند. بنا بر این در صورت توازن میان ادله مثبتان و نافیان، ترجیح با ادله نافیان خواهد بود. بلکه می‌توان گفت: نیازی به ترجیح ادله نافیان نیست چرا که شک در حجّیت، مساوق با عدم حجّیت است. اما بنا بر دیدگاه قطعیت ظواهر، اولاً، ادله مثبتان حجّیت ظواهر، ادله‌ای هم سو با اصل محسوب می‌شوند، ثانیاً، از آنجا که قطع، قابلیت جعل حجّیت ندارد و دست جعل، نفیاً و اثباتاً بدان نمی‌رسد؛ این ادله در جایگاه ادله‌ای تأکیدی و ارشادی قرار می‌گیرند. در مقابل، ادله نافییه حجّیت ظواهر، ادله‌ای خلاف اصل محسوب می‌شوند و به دلیل مخالفت با قطع، طرح یا به غیر ظاهر خود حمل می‌شوند. در ادامه، تأثیر متفاوت این دو دیدگاه در مرحله دوم یعنی تأثیر در هر یک از ادله طرفین، مورد بررسی قرار می‌گیرد. این تأثیر در هریک از ادله طرفین، به تفکیک ذکر می‌شود.

### ۴- تأثیر بحث در استدلال به سیره عقلا بر حجّیت ظواهر

استدلال به سیره عقلا بر اثبات حجّیت ظواهر از دو مقدمه تشکیل یافته است: مقدمه نخست آن که ظاهر مظنون الدّلاله از ظنونی است که سیره عقلا بر عمل به آن استقرار یافته است. یعنی ایشان تفهیم مقاصد و مرادات خویش و پی بردن به مراد از لفظ را منوط به حصول قطع به مراد گوینده نمی‌دانند (مظفر، اصول الفقه، ۲/ ۱۳۰).

مقدمه دوم آن که شارع نیز در باب ظواهر، با عقلا متّحد المسلك است و در محاورات و استعمال الفاظ برای تفهیم مقاصد خویش از این سیره و روش عقلا خارج نشده است. چرا که شارع نیز از عقلا بلکه

رئیس آنان است و از سوی او مخالفتی با این سیره ثابت نشده است (همو) این دو مقدمه به ضمیمه کبرای حجیت سیره عقلا، حجیت ظواهر ظنی نزد شارع را اثبات می‌کند.

چنان که مشاهده می‌شود استقرار سیره عقلا که در مقدمه نخست آمده است از احکام و عوارض ظاهر و حدّ وسط در دستگاه قیاسی است که حجیت شرعی را برای ظاهر مظنون الدلاله اثبات می‌کند. جایگاه سیره عقلا در مقدمه نخست، عقد الحمل قضیه است. چنین جایگاهی برای سیره عقلا حاصل ظنی بودن ظاهر است. اما با در نظر گرفتن این که ظاهر، حاصل بنای عقلا و در نتیجه مدلول قطعی لفظ باشد، جایگاه سیره عقلا از عقد الحمل قضیه به عقد الوضع آن منتقل می‌شود.

یعنی در حقیقت، استقرار سیره عقلا کاشف از قطعیت دلالت ظاهر است. بدین معنی که ظاهر با توجه به سیره عقلا، مقطوع الدلاله است و ظاهر مقطوع الدلاله، مشمول احکام قطع می‌شود که از جمله این احکام، حجیت ذاتی قطع است. در نتیجه، مقدمه نخست (استقرار سیره عقلا بر عمل به ظواهر) بی نیاز از ضمیمه کردن مقدمه دوم (اتحاد مسلک شارع با عقلا) است. بلکه اثبات حجیت آن نیازمند اثبات حجیت سیره عقلا نیز نیست.

حاصل آنکه دیدگاه برخی اصولیان جدید در چیستی شناسی قطع - مبنی بر قطعی دانستن ظواهر - موجب آن می‌شود که در استدلال به سیره عقلا در اثبات حجیت ظواهر، نیازی به اثبات اتحاد مسلک شارع با عقلا یا هر مقدمه دیگری نباشد. به عبارت دیگر تصوّر ظهور به این معنی، خود موجب تصدیق به حجیت آن باشد. بلکه بنا بر این معنا به دلیل عدم امکان جعل یا سلب حجیت قطع، ردع شارع از سیره عقلا و عمل به ظاهر ناممکن باشد.

این ادعا را می‌توان در اثباتی تحقیقات اصولیان یافت چنان که محقق اصفهانی و میرزای نایینی در لابه‌لای بحث‌های خود آنجا که به بیان معنی حجیت ظواهر پرداخته‌اند صراحتاً حجیت ظواهر را به معنی الغاء احتمال خلاف از سوی عقلا گرفته‌اند. (اصفهانی، ۱۶۷/۲؛ نایینی، ۱۳۵/۳).

##### ۵- تأثیر در استدلال به روایات بر حجیت و عدم حجیت ظواهر قرآن

چنان که پیش از این ذکر شد، اخبار، یکی از ادله مورد استناد اخباریان و اصولیان در بحث حجیت ظواهر قرآن کریم است. مستند عمده اخباریان بر عدم حجیت ظواهر قرآن، بلکه به تصریح صاحب قوانین، تنها دلیل ایشان اخبار است (قمی، ۳۹۳).

به نظر می‌رسد اخبار مورد استناد اخباریان به رغم تنوع محتوایی، همگی به یک امر بازمی‌گردند و آن نفی اعتبار غیر علم است. عناوینی همچون: «اختصاص فهم قرآن به اهل آن»، «اشتمال قرآن بر مضامین عالی خارج از دسترس»، «ممنوعیت تفسیر به رأی قرآن» و «تشابه ذاتی و عرضی آیات قرآن»، همه تحت

یک عنوان مشترک و جامع قرار می‌گیرد. این عنوان مشترک، همان غیر علمی بودن دلالت ظواهر قرآن است. به عبارت دیگر در نظر اخباریان، راز نفی حجیت ظواهر قرآن، همان علمی نبودن آن است. بنا بر این، اگر دلالت ظاهر، قطعی محسوب شود هیچ یک از عناوین مذکور، بر استفاده از ظاهر قرآن صدق نمی‌کند. بدین ترتیب که فهم ظواهر مختص به اهل قرآن نیست؛ فهم ظواهر قرآن در دسترس آشنایان به اصول و ضوابط کلام است؛ حمل لفظ قرآن بر ظواهر آن، تفسیر به رأی نبوده تفسیر به علم است و بالاخره ظاهر، از مصادیق متشابه نبوده از مصادیق محکمات است. این همه در سایه قطعی دانستن ظاهر و ثمره آن است.

بلکه فراتر از روایات مذکور، آیات مشتمل بر نهی از عمل به ماورای علم و نهی از اتباع ظن نیز نمی‌تواند شامل عمل به ظواهر باشد. چنان که دو اصولی بر جسته محقق اصفهانی و میرزای نایینی، در بحث خبر واحد، استقرار بنای عقلا بر عمل به خبر واحد را موجب علمی شدن این اماره و در نتیجه خروج تخصصی آن از ادله نهی از عمل به غیر علم دانسته‌اند. سخن هردو در ادامه ذکر می‌شود:

#### سخن محقق اصفهانی

محقق اصفهانی می‌گوید: «لسان نهی از اتباع ظن و این که لایغنی من الحق شینه لسان تعبد به امری خلاف طریقه عقلایی نیست بلکه از باب ارجاع امر به عقل مکلف است. از آن روی که مجوزی برای اعتماد به ظن از آن جهت که ظن است وجود ندارد. بنابراین، آیات ناهیه، بر آنچه که سیره عقلایی به خاطر خبر ثقة بودن بر آن استقرار یافته است، ناظر نیست. از این رو است که راویان درباره وثاقت راوی سؤال می‌کرده‌اند چون برای ایشان لزوم اتباع گزارش ثقة پس از فرض وثاقت او مفروض عنه بوده است (اصفهانی، ۳/۳۶).

#### سخن میرزای نایینی

میرزای نایینی نیز می‌گوید: «آیات ناهیه از عمل به ظن، شامل خبر ثقة نمی‌شود چون عمل به خبر ثقة، در روش وسیره عقلا، عمل به غیر علم نیست؛ بلکه خبر ثقة، از افراد علم است. چون عقلا به احتمال مخالفت خبر با واقع التفات نمی‌کنند. چون طبع ایشان بر این امر جاری و عادت ایشان بر آن مستقر شده است. پس عمل به خبر ثقة، موضوعاً از عمل به ظن خارج است بنا بر این، آیات ناهیه از عمل به غیر علم را نشاید که رادع از عمل به خبر ثقة باشند. بلکه ردع از آن، نیازمند دلیل خاص است.» (نایینی، ۳/۱۹۵).

هرچند این دو اصولی بزرگ خروج تخصصی خبر واحد از آیات نهی از عمل به ظن و ماورای علم را با این صراحت در بحث خبر واحد ذکر کرده‌اند. اما این سخن در مورد ظاهر نیز صادق است زیرا که هردو، حاصل سیره عقلا و در این خصوصیت، مشترک هستند. چنان که مرحوم مظفر، شاگرد مکتب این دو،

صراحتاً این ویژگی را شامل هر یک از خبر واحد و ظواهر دانسته است. وی پس از نقل دو عبارت فوق می‌افزاید: «به هر حال اگر این آیات را شایسته بود که از مثل خبر واحد و ظواهر که سیره عقلا و از جمله مسلمانان بر عمل به آن دو استقرار یافته است، ردع کنند؛ این ردع در میان مسلمانان معروف و بر ایشان آشکار می‌بود و اتفاق بر عمل به خبر واحد و ظواهر نمی‌کردند و سیره ایشان بر آن مستقر نمی‌شد. (مظفر، اصول الفقه، ۲/ ۸۴).

حاصل آن که این اصولیان، ظاهر را حاصل بنای عقلا و در نتیجه از مصادیق علم دانسته‌اند و عمل به آن را عمل به علم و تخصصاً از ادله نهی از اتباع ظن و غیر علم خارج دانسته‌اند.

### سخن میرزای قمی

آنچه در سخنان دو اصولی مذکور دیده شد، می‌توان در سخن صاحب قوانین نیز سراغ داد. وی تصریح کرده است:

«اگر فرض شود که خبری صحیح بلکه اخباری صحیح وارد شده است درباره این که اساساً و قطعاً علم، منحصر در معصومین علیهم السلام است و احدى جز ایشان قرآن را نمی‌فهمد و عمل به قرآن جز به بیان ایشان جایز نیست؛ این خبر یا اخبار را تأویل می‌کنیم یا در سنبل خویش می‌نهمیم. حال آن که خبری که به ظهور یا به صراحت بر این مطلب دلالت کند موجود نیست.» (قمی، ۳۹۷).

البته مقصود آن نیست که گفته شود صاحب قوانین هم نظر با اصولیان جدید است اما پذیرش این سخن وی مبنی بر تأویل یا طرح روایت یا روایات صحیحی که بر اختصاص علم به ظواهر قرآن به معصومین علیهم السلام دلالت دارند؛ با پذیرش مبنای مذکور قابل توجیه است.

### نتیجه‌گیری

عدم احتمال خلاف، فصل ممیز قطع از سایر افراد ادراک است و بنابر نظر برخی اصولیان استقرار سیره عقلا بر عمل به یک اماره به معنی عدم احتمال خلاف موّدای ان اماره است. این موجب می‌شود که آن اماره نه از مصادیق ظنّ که از مصادیق قطع باشد. ظاهر نیز از نظر اصولیان جدید، حاصل بنای عقلا و معلول اصول عقلایی است. این دیدگاه موجب آن می‌شود که ظاهر از جرگه امارات ظنّی خارج و در زمره قطع و علم وارد شود. قطعیت دلالت ظاهر موجب آن است که اولاً، حجّیت ظاهر، مقتضای اصل اولی باشد؛ ثانیاً، اثبات حجّیت آن با استناد به سیره عقلا نیازمند اثبات عدم ردع شارع نباشد؛ ثالثاً ردع از حجّیت آن ممکن نباشد. رابعاً، ظاهر، تخصصاً از شمول ادله نهی از عمل به ظن و غیر علم خارج باشد.

## منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چاپ اول، ١٤٠٩ق.
- آشتیانی، محمد حسن، *بحر الفوائد فی شرح الفرائد*، بی جا، بی تا.
- استرآبادی، محمد امین بن محمد شریف، *الفوائد المدتیة و الشواهد المکیة*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ اول، ١٤٢٤ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *نهاية الدراية*، قم، انتشارات سيّد الشهداء، چاپ اول، ١٣٧٤.
- جوهرى، اسماعيل ابن حماد، *الصحيح فى اللغة*، بيروت، دارالعلم للملایین، چاپ چهارم، ١٤٠٧ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، بيروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ پنجم، ١٤٠٣ق، ١٩٨٣م.
- خمینی، روح الله، *انوار الهدایه*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ١٤١٣ق - ١٣٧٢.
- خوئی، ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، مقرر: بهسودی، محمد سرور، قم، مکتبه الداوری، چاپ پنجم، ١٤١٧ق.
- روحانی، صادق، *منتقى الاصول*، قم، چاپخانه الهادی، چاپ دوم، ١٤١٦ق.
- سبحانی، جعفر، *الوسيط فى اصول الفقه*، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام، چاپ دوم، ١٤٢٦ق - ١٣٨٤.
- \_\_\_\_\_، *رساله فى التحسين و التقيح العقليتين*، قم، مؤسسه الامام الصادق، چاپ اول، ١٤٢٠ق.
- سید مرتضی (علم الهدی)، علی بن حسین، *الدريعه الى اصول الفقه*، تحقیق ابوالقاسم گرجی، تصحیح و تقدیم و تعلیق: ابوالقاسم گرجی، چاپخانه دانشگاه تهران، ١٣٤٦.
- سیستانی، علی، *الرافد فى اصول الفقه*، تقریر سید منیر قطیفی، دفتر آية الله العظمی سید علی سیستانی، چاپ اول، ١٤١٤ق.
- صاحب معالم، حسن بن زین الدین، *معالم الدين و ملاذ المجتهدين*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، بی تا.
- صدر، محمد باقر، *المعالم الجديده*، تهران، مکتبه النجاح، چاپ دوم، ١٣٩٥ق - ١٩٧٥م.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرين*، اعاده عادل محمود، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ دوم، ١٤٠٨ق - ١٣٦٧.
- طوسی، محمد بن حسن، *العده فى اصول الفقه*، تحقیق: محمد رضا الأنصاری القمی، قم، چاپخانه ستاره، چاپ اول، ١٤١٧ق - ١٣٧٦.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *مبادئ الوصول الى علم الاصول*، تعلیق و تحقیق: عبد الحسين محمد علی البقال، قم، مرکز نشر دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ سوم، ١٤٠٤ق.
- عیاشی، محمد بن مسعود، *تفسیر العیاشی*، تحقیق: سید هاشم رسولی محلاتی، تهران، المکتبه العلمیة الاسلامیة، بی تا.
- فیروزآبادی، مرتضی، *عناية الأصول فى شرح كفاية الأصول*، قم، منشورات الفيروزآبادی، چاپ هفتم، ١٣٨٥ -

۱۳۸۶.

قمی، ابوالقاسم، *قوانین الاصول*، تهران، انتشارات علمیّه اسلامیّه، بی تا.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، *معارج الاصول*، تحقیق: إعداد: محمد حسین الرضوی، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس*، بیروت، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۴ ق- ۱۹۹۴ م.

مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۷۰.

\_\_\_\_\_، *المنطق*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.

ملکی اصفهانی، مجتبی، *فرهنگ اصطلاحات اصول*، چاپ اول، انتشارات عالمه، ۱۳۸۱.

نائینی، محمد حسین، *فوائد الاصول*، مقرر: کاظمی خراسانی، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۰۴ ق.



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. 4, Issue 119

Winter 2020

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v51i4.70028>



انفجور

سال پنجاه و یکم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۹، دانشگاه ارباب رجوع

زمستان ۱۳۹۸، ص ۴۹-۳۱

## مسئولیت پیش‌قراردادی آخذ به سَوم، مبنا و آثار مترتب بر آن\*

دکتر ابراهیم جوانمرد فرخانی

استادیار گروه الهیات دانشگاه گنبد کاووس

Email: [javanmardebrahim@yahoo.com](mailto:javanmardebrahim@yahoo.com)

### چکیده

مالی که برای فروش عرضه می‌شود و خریدار آن را تصرف می‌کند در اصطلاح «مأخوذ به سَوم» و گیرنده مال را «آخذ به سَوم» و عمل را «آخذ به سَوم» می‌نامند. تسلیم کالا توسط فروشنده به مشتری می‌تواند ایجاب یا وعده بیع به شمار آید. نویسنده در این مقاله به دنبال پاسخگویی به این سؤال است که مسئولیت گیرنده مال نسبت به خسارت وارده بر آن تا زمانی که در اختیار او قرار دارد، چیست؟ گروهی بر این نظرند که ید گیرنده مال، امانی است و عده‌ای نیز وی را ضامن یافته‌اند. برخی مسئولیت مزبور را قراردادی دانسته و برخی دیگر قائل به قهری بودن ضمان ید مذکور شده‌اند. نظریات یاد شده در این نوشتار با روش توصیفی تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته و این نتیجه به دست آمده که ید آخذ به سَوم بر مالی که جهت آزمایش در اختیار دارد، امانی است و حکم به ضمان برای فردی که به اذن مالک و به منظور سنجیدن و اختبار، مال را در اختیار گرفته و همانند دانستن او با گیرنده بدون اذن، خلاف منطق حقوقی و توجیه ناپذیر است.

**کلیدواژه‌ها:** سَوم، آخذ به سَوم، مسئولیت قراردادی، ضمان قهری

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۱۰/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۵/۱۰. (این مقاله بنابر نظر داوران و مصوبه هیئت تحریریه، علمی پژوهشی محسوب است.)

**Pre-contractual Liability of the Person who Takes Possession of Another's Property  
Offered for Sale, its Basis and Implications**

**Ibrahim Javanmard Farrokhani, Ph.D.** Assistant Professor, Department of Theology, Gonbad Kavous University

**Abstract**

The property which is offered for sale and possessed by buyer is terminologically called makhuz belsaum, the possessor is called akhez belsaum and the act is called akh belsaum. Delivery of property by the seller to the buyer may be considered either offer or promise to sell. The author in this paper seeks to answer the following question: what is the liability of the possessor of property with regard to property damage while in his possession? A group of jurists believe that he acts in a fiduciary capacity while the others consider him liable. Some jurists maintain that his liability is contractual while the others consider his liability as tort liability. The above said opinions have been studied through analytical-descriptive method and it has been concluded that the possessor is considered to be in a fiduciary capacity with regard to the property in his possession for testing and it is against legal logic and unjustifiable to consider liable a person who, by the owner's authorization possesses a property to test and verify and consider him as unauthorized possessor.

**Keywords:** Saum, Akhz belsaum, contractual liability, non-contractual liability

## مقدمه

غالباً مشتری برای خرید یک کالا، ابتدا آن را از فروشنده می‌خواهد تا در اختیار بگیرد و چنانچه از هر حیث نظر او را جلب کند به خرید آن اقدام نماید. در فقه امامیه از مالی که شخص اخذ می‌نماید تا به خصوصیات آن پی ببرد، تعبیر به «مأخوذ بالسوم» یا «مقبوض للشراء» می‌شود (صاحب جواهر، ۳۷/۷۳). این بحث در کتب حقوقی تحت عنوان وعده بیع و مسئولیت پیش‌قراردادی شناخته شده و مورد بررسی قرار گرفته است (کاتوزیان، عقود معین، ۱/۳۲۶). به همین منظور برای بررسی این امر و تبیین مسئولیت فروشنده و خریدار باید دید چه توصیف‌هایی از عرضه کالا و برداشتن آن می‌توان داشت. چنانچه عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن آن از جانب مشتری را ایجاب ملزم<sup>۱</sup> بدانیم، دیگر گوینده ایجاب نمی‌تواند از آن رجوع کند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/۳۰۹). اما اگر عرضه کالا و برداشتن آن را دعوت به معامله و وعده بیع بدانیم، در این صورت اراده وعده دهنده برای او ایجاد تعهد نمی‌کند و می‌تواند از آن رجوع کند (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۱۴۴؛ صفایی، ۲/۶۹). هر چند برای این اختلاف نظر دلایل گوناگونی می‌تواند وجود داشته باشد، اما یکی از اساسی‌ترین عوامل مؤثر در آن نوع نگرش به ماهیت حقوقی اخذ بالسوم است که باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد. نکته بعدی اختلاف نظر فقها و حقوقدانان درباره مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش در این فاصله زمانی یعنی دوره پیش‌قراردادی و توافق‌های مقدماتی است. محل نزاع در جایی است که کالا با اذن فروشنده جهت بررسی بیشتر در اختیار خریدار قرار می‌گیرد و آن مال بدون تعدی یا تفریط در دست وی تلف یا معیوب می‌شود. در این مورد برخی از فقها با استناد به وجود اذن از طرف فروشنده و اصل برائت ذمه، ضمان گیرنده مال را قبول نکرده و او را امین تلقی نموده‌اند (اردبیلی، ۱۰/۴۹۸؛ فخرالمحققین، ۲/۱۶۶) و عده‌ای نیز طبق قاعده ضمان ید، گیرنده مال را در هر حال ضامن تلقی نموده و وی را مانند غاصب مسئول هر تلف و نقص فرض کرده‌اند (سبزواری، ۲۱/۳۰۹؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۱۷۷). در بین حقوقدانان نیز دیدگاه‌های مختلفی در خصوص منشأ ضمان اخذ بالسوم بیان شده است. برخی از حقوقدانان معتقدند که مسئولیت مذکور مسئولیت قهری و ناشی از قانون است (امامی، ۲/۱۷۰) و برخی دیگر مبنای تعهد و التزام خریدار را قراردادی و از نوع تعهد به نتیجه می‌دانند (موسوی بجنوردی، ۲/۱۱؛ کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۹۷). در قانون مدنی ایران نیز راه حلی برای ضمان مأخوذ بالسوم پیش‌بینی نشده است و باید از طریق قواعد کلی آن را استنباط نمود.

۱. ایجاب ملزم یا غیر قابل عدول، ایجابی است که گوینده آن به صراحت یا به دلایل قرائن مدنی برای ابراز قبول طرف مقابل معین می‌کند.

با توجه به مراتب مذکور، سؤال اساسی این تحقیق آن است که ماهیت و آثار حقوقی سوم چیست؟ اگر مال در دست گیرنده بدون تعدی و تفریط تلف یا ناقص یا معیوب شود ضمان متوجه چه کسی است؛ خریدار یا فروشنده؟ آیا ادله عدم ضمان امین شامل آخذ بالسوم می‌شود؟ با فرض احتمال ضمان، مسئولیت گیرنده مال قراردادی است یا قهری؟ کسانی که قائل به مسئولیت قراردادی یا قهری هستند چگونه آن را توجیه می‌نمایند؟

به منظور پاسخگویی به سؤالات فوق، ضمن تبیین لغوی و اصطلاحی واژه سوم به بررسی توصیفات ارائه شده در رابطه با عرضه یا برداشتن کالا می‌پردازیم و در این مرحله توصیفی را که به عنوان توصیف مناسب است می‌پذیریم و در نهایت دیدگاه فقهای امامیه و حقوقدانان را در زمینه مسئولیت آخذ بالسوم تحلیل و واکاوی می‌نمائیم.

### تاریخچه بحث

در این زمینه در کتب فقهی و حقوقی به صورت مستقل و منسجم بحثی مطرح نگردیده است و فقها و حقوقدانان به صورت استطرادی و در ضمن مباحث دیگر مطالبی در این خصوص بیان نموده‌اند. تا جایی که نگارنده بررسی کرده، در رابطه با توصیف آخذ به سوم به وعده بیع یا ایجاب پژوهش مستقلی یافت نشد؛ اما آثاری با رویکردهای دیگر به رشته تحریر درآمده است. از جمله:

۱. قاسم زاده و خسروی (۱۳۸۵) در پژوهشی همسو با عنوان «مسئولیت مدنی آخذ بالسوم در فقه و قانون مدنی» در سه فصل اختلاف نظرهای فقها و حقوقدانان را در زمینه مسئولیت آخذ بالسوم بررسی نموده‌اند. به نظر نویسندگان مقاله حاضر، چون دلیلی بر خارج کردن آخذ بالسوم از شمول ماده ۳۰۱ ق.م.وجود ندارد، لذا او مسئولیت عینی در جبران خسارت دارد.

۲. نیازی و بادینی (۱۳۹۲) در مقاله خود با عنوان «بررسی مسئولیت آخذ بالسوم با نگاهی تطبیقی» آثاری که اذن مالک می‌تواند بر ضمان مال مأخوذ بالسوم داشته باشد، مورد بررسی قرار داده و دیدگاه برخی از فقهای امامیه و حقوقدانان ایران را بیان نموده‌اند. به نظر آنان، هرچند آخذ بالسوم امانی است اما برای ایجاد اعتماد در بازار می‌توان مبنای ضمان را اراده مشترک طرفین که همان مسئولیت قراردادی است، دانست.

ما نیز در این مقاله تلاش نموده‌ایم تا با مراجعه به منابع معتبر گام‌های مؤثر و جامع‌تری را در تبیین نتایج منطقی برداریم. پژوهش حاضر به دلیل ارائه رویکردهای جدید بر مبنای حقوق موضوعه و رفع ابهام از ماهیت حقوقی سوم از جنبه‌های جدیدی برخوردار بوده و دارای نوآوری است.

### سوم در لغت و اصطلاح

پیش از ورود به اصل بحث لازم است مفهوم «سوم» را از نگاه معناشناختی مورد ارزیابی قرار داده و با تعریف لغوی و اصطلاحی این واژه، موضوع بحث را منقح سازیم.

«سوم» بر وزن یوم ریشه ثلاثی آن س، و، م است. سوم در لغت به معنای طلب خرید و شراء است و به مذاکرت طرفین قبل از انعقاد قرارداد و چک و چانه زدن نیز سوم و مساومه می‌گویند (ابن اثیر، ۲/۴۲۶). در جای دیگر، برخی از لغویان گفته‌اند: سام الماشیه فی المرعی: چهارپایان را برای چراها کرد. ساوم: سازش کرد، معامله کرد. سام: سوما و سواما [سوم] السلعه: کالا را عرضه و بهای آن را ذکر کرد. (سام) المشتري السلعه: خریدار خواست تا کالا را بخرد و بهای آن را بداند (مصطفوی، ۵/۲۷۵، فیومی، ۲/۲۹۷). پس واژه سوم برای چند معنای حقیقی به طور مجزا وضع شده و مشترک لفظی بین آن معانی است. از این رو تعیین معنایی که مقصود گوینده است نیازمند قرینه معینه است.

«سوم» در اصطلاح فقها در سه معنا به کار رفته است؛ اول به معنای عرضه کالا برای فروش: «عرض السلعه علی البیع» و درخواست قیمت برای خرید: «اصل السوم طلب سعر المتاع» (شهید ثانی، حاشیه المختصر النافع، ۹۳). دوم به معنای تجارت: «نهی النبی (ص) أن یسوم الرجل علی سوم آخیه» و سوم به معنای چریدن حیوان: «فیه تسیمون، أی ترعون؛ الغنم السائمه و هی الراعیه» (شهید اول، ۲/۳۶؛ خوانساری، ۲/۲۴). از این بیان دانسته شد که این واژه با معانی مورد نظر لغویان اختلاف چندانی ندارد و قانون‌گذار اسلام برای این واژه معنای جداگانه‌ای در نظر نگرفته است. پس این واژه، حقیقت شرعیه و متشرعیه ندارد و معنای آن همان معنای لغوی است.

گفتنی است دیدگاه حقوق‌دانان نیز در این باره بسیار به هم نزدیک است و همگی اتفاق نظر دارند که سوم به معنای عرضه کالا از طرف فروشنده و تقاضای فروش از طرف مشتری است و در مانحن‌فیه نیز همین معنی کاربرد دارد (محقق داماد، ۱۰۴؛ کاتوزیان، عقود معین، ۱/۷۳).

### ماهیت حقوقی سوم و آثار آن

عرضه کالا و برداشتن آن حداقل به دو حالت می‌تواند تبیین شود. یک تبیین اینکه، پیشنهاد و عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کالا از جانب مشتری، ایجاب معرفی گردد. تبیین دیگر اینکه، عرضه کالا و درخواست فروش تنها یک دعوت به معامله ساده و وعده بیع به شمار آید؛ زیرا ایجاب تعریف و شرایطی دارد که بر این فعل قابل تعمیم نیست (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/۳۷۷). به این ترتیب، بسته به

اینکه چه توصیفی را بپذیریم الزامات و آثار قابل بحثی را موجب می‌شود که هر یک از دیگری متفاوت است.

### ۱. نظریه ایجاب بودن سوم

غالباً ایجاب از سوی بایع صورت می‌پذیرد و لکن این مسئله الزامی نیست و گاه ممکن است از ناحیه مشتری مطرح گردد. بنابراین همان‌طور که فروشنده می‌تواند با عرضه کالا صادرکننده ایجاب به شمار آید، مشتری نیز می‌تواند با انتخاب و برداشتن کالا موجب تلقی گردد. با این اوصاف، چنانچه موافق نظری باشیم که عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کالا از جانب مشتری را ایجاب می‌داند، نتیجه‌ای که از این توصیف گرفته می‌شود این است که موجب می‌تواند تا زمانی که طرف مقابل قبول خود را اعلام نکرده از انعقاد قرارداد خودداری کند. لکن چنانچه گوینده ایجاب برای اعلام قبول توسط قابل به صراحت یا با قرائن مهلتی معین نماید، ایجاب الزامی است و تا قبل از اتمام این مهلت، او ملزم به ایجاب خود است و در صورت رجوع از ایجاب و ورود خسارت مسئول قلمداد خواهد شد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳۰۰/۱؛ صفایی، ۶۹/۲).

لازم به ذکر است هر چند بر اساس نظر مشهور فقها ایجاب برای گوینده آن هیچ‌گونه تعهد و التزامی ایجاد نمی‌کند و تا قبل از قبول، او می‌تواند از این ایجاب عدول نماید (انصاری، ۱۷۸/۳؛ نائینی، ۲۵۴/۱)، اما برخی دیگر از فقها قائل به پذیرش تعهد ناشی از ایجاب می‌باشند (ر.ک: خمینی، کتاب البیع، ۲/۲۸۳؛ طباطبایی یزدی، ۹۲). با قبول این دیدگاه، ایجاب منبع تعهد پذیرفته شده و موجب نمی‌تواند پس از انشاء از آن رجوع نماید.

به هر تقدیر، نظریه ایجاب بودن سوم قابل قبول به نظر نمی‌رسد و عرضه داشتن کالا اساساً نمی‌تواند ایجاب باشد زیرا نباید هر پیشنهادی برای انجام معامله را ایجاب به شمار آورد. برای آنکه چنین پیشنهادهایی، از نظر حقوقی ایجاب نامیده شوند، نیازمند شرایط و ویژگی‌های خاصی هستند که از میان آن‌ها دلالت بر قصد التزام اهمیت ویژه‌ای دارد. از آنجا که نمی‌توان از این پیشنهاد، اراده قطعی بر بیع را برداشت نمود لذا چنین پیشنهادی علی‌القاعده ایجاب نبوده و آثار حقوقی ایجاب را ندارد. در واقع، صرف عرضه کالا به معنای علاقه و پیشنهاد فروشنده به فروش آن است ولی منتهی به ایجاب برای فروش نمی‌شود و صرفاً دعوت به ایجاب به شمار می‌آید.

### ۲. نظریه وعده بودن سوم

عرضه یا برداشتن کالا می‌تواند وعده یک طرفه از سوی فروشنده یا خریدار برای انتقال کالا و یا وعده دو طرفه از هر دوی آن‌ها تلقی شود. با این اوصاف، چنانچه عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کالا از

جانب مشتری را دعوت به معامله و وعده بیع توصیف نماییم، دیگر وعده دهنده تعهدی به انجام مفاد دعوت ندارد و می‌تواند از آن رجوع کند چرا که او در این گونه موارد قصد قطعی بر انجام معامله نداشته و در مرحله پیشنهاد است. عرضه کالا از زبان فروشنده یعنی من کالاهای عرضه شده را به قیمت تعیین شده در اختیار دارم و اگر تو تمایل به خرید آن‌ها داری، من تمام تلاشم را خواهم نمود تا آن‌ها را به تو تحویل دهم. برداشتن کالا از زبان خریدار نیز یعنی من رغبت و تمایل به خرید این کالا دارم و پس از اختیار و آزمایش تصمیم نهایی خود بر خرید آن را اعلام می‌کنم. همچنین مالکیت فروشنده به قوت خود باقی است و در اثر وعده بیع کالای مورد نظر به مشتری منتقل نشده است (باقری، ۴۳). از این رو، فروشنده می‌تواند هر تصرفی در آن انجام دهد؛ در عین حال که همه منافع و نمانات آن نیز متعلق به فروشنده است. از این منظر، صرف امتناع از انعقاد قرارداد بعد از مذاکره و توافقی‌های مقدماتی موجب مسئولیت امتناع‌کننده نخواهد شد مگر در فرض ورود زیان به طرف مقابل و احراز ارکان مسئولیت مدنی.

به هر ترتیب، با توجه به آنچه در خصوص ماهیت حقوقی سوم بیان شد، به نظر می‌رسد نظریه وعده دو طرفه از نظر منطبق حقوقی و شیوه استدلال قوی‌تر است زیرا فروشنده و مشتری با عرضه کالا و گرفتن آن قصد انشای فعلی عقد را ندارند بلکه می‌خواهند نسبت به انعقاد عقد در آینده ملتزم شوند. در این صورت، همان‌طور که خریدار می‌تواند به وعده خود پای‌بند نبوده تغییر عقیده داده و از خرید کالا امتناع ورزد، فروشنده نیز می‌تواند از فروش کالایی که عرضه کرده به خریدار خودداری نماید.

### مسئولیت آخذ بالسوم

در باره مسئولیت آخذ بالسوم نسبت به کالایی که در اختیار دارد، امکان جریان دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد که باید مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد:

#### ۱. نظریه ضمانی بودن ید آخذ بالسوم

مشهور فقهای امامیه به استناد قاعده علی الید معتقدند که ید آخذ بالسوم ضمانی است. طبق این قاعده، هر کس مالی از دیگری بگیرد ملزم است آن را به صاحبش برگرداند و تا زمانی که مال را رد نکرده است، مسئولیت خواهد داشت (صاحب جواهر، ۳۷/۷۳؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴/۲۸؛ محقق حلی، ۲/۷۴۶؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۱۷۷). صاحبان این نظریه بر این باورند که فروشنده اذن در تصرف و قبض داده است نه اذن در تلف و باید بین مساله اباحه تصرف که ناشی از اذن است و مساله رفع ضمان تمکیک قائل شد زیرا مطلق اذن در تصرف مسقط ضمان نیست؛ چنانکه در عاریه مضمونه این گونه است (قمی، ۵۴۱؛ مراغی، ۲/۵۱۳). به دیگر سخن، چه در اذن قانونی و چه در اذن مالکی اثر اذن تنها

اباحه است و اباحه نفی ضمان نمی‌کند (صاحب جواهر، ۳۸/۳۷۲). پس رابطه اذن با امانت رابطه عموم و خصوص مطلق است به این نحو که هر امینی مأذون است ولی هر مأذونی امین نیست (محقق داماد، ۱۰۵). نتیجه آنکه، ادله عدم ضمان امین شامل آخذ بالسوم نمی‌شود و حکم به ضمان از این ادله تخصصاً خارج است و قاعده علی الید به قوت خود باقی می‌ماند (فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه، ۳۹). علاوه بر آنکه، اصل بر ضمانی بودن ید است و اگر گیرنده مال را ملزم به جبران خسارت ندانیم، موجب می‌شود که افراد در اموال یکدیگر تصرف نمایند و موجبات ضرر به دیگران را فراهم سازند (عاملی، ۶/۲۱۶). به هر ترتیب، نظریه ضمانی بودن ید آخذ بالسوم نظریه مشهور در بین فقهای امامیه است و شهرت به عنوان یک اماره می‌تواند در این خصوص راه‌گشا باشد.<sup>۱</sup>

## ۲. نظریه امانی بودن ید آخذ بالسوم

در مقابل نظر مشهور فقها، عده‌ای بر این عقیده‌اند که به دلیل وجود اذن مالک، آخذ بالسوم امین به شمار می‌آید و لذا فقط در صورت تعدی و تفریط ضامن است و در غیر این صورت ملزم به جبران خسارت وارده بر کالای تحت اختیار خویش نیست (ابن ادریس حلی، ۲/۸۶؛ علامه حلی، ۵/۳۲۱؛ بحرانی، ۱۸/۴۶۶؛ فخرالمحققین، ۲/۱۶۷). برخی دیگر از فقها نیز در این مورد اشکال و تردید نموده‌اند (عاملی، ۶/۲۱۶؛ سیستانی، ۲/۲۵۸). محقق اردبیلی در این زمینه می‌فرماید: «دلیل ضمان در اخذ بالسوم روشن نیست مگر حدیث مشهور علی الید، که صحت و دلالت آن واضح نیست و اصل بر برائت ذمه و فرض بر عدم تعدی است و رضایت مالک نیز وجود دارد، لذا ضامن بودن آخذ بالسوم محل تأمل است بلکه قول به عدم ضمان به واقعیت و حقیقت نزدیک‌تر است» (اردبیلی، ۱۰/۴۹۸).<sup>۲</sup> بر این اساس مال موضوع معامله در نزد آخذ بالسوم امانت است و اگر تلف شود یا نقص و خسارت بر آن وارد گردد، ضمانی بر عهده وی نیست.

براساس تحلیلی، مبنای عدم ضمان را باید در امانت شرعی و قانونی جستجو نمود که از جانب قانون‌گذار تحت عنوان اختیار و امتحان به آخذ بالسوم داده شده است. بدین وسیله قانونگذار با عنایت به حدیث نبوی «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» (حرعاملی، ۱۲/۳۳۰) به مشتری اجازه داده است که مبیع را

۱. فقهای اهل سنت در این زمینه دو فرض را بیان نموده‌اند: فرض اول اینکه، فروشنده قیمت کالا را بیان می‌کند یا اینکه مشتری قیمت را می‌پرسد و با یکدیگر مذاکره نموده و بر سر قیمت به توافق می‌رسند. سپس کالا با اذن فروشنده جهت بررسی بیشتر در اختیار مشتری قرار می‌گیرد و بدون تعدی یا تفریط در دست وی تلف یا معیوب می‌شود. فرض دوم اینکه، قیمت کالا بیان شده سپس مشتری کالا را با اذن فروشنده جهت آزمایش در اختیار می‌گیرد و به فروشنده می‌گوید اگر پسندیدم، آن را می‌خرم. در این دو صورت، فقهای حنبلی، شافعی، مالکی و حنفی اتفاق نظر دارند که گیرنده کالا ضامن است (جزیری، ۲/۲۴۱؛ ابن نجیم الحنفی، ۵/۱۰۶).

۲. «دلیل الضمان بالقبض بالسوم غیر ظاهر، الا الحدیث المشهور علی الید ما أخذت حتی تؤدی و صحته و دلالت غیر واضحین، و الأصل براءة الذمه، و الفرض عدم التعدی و الأخذ برضا المالك، فالضمان محل التأمل، بل خلافه قریب».

قبض و آن را مورد ارزیابی قرار دهد. پس در واقع آخذ بالسوم امین شرعی به شمار می‌آید و در صورت عدم تعدی و تفریط ضامن نیست.

اما باید گفت اولاً امانت شرعی و قانونی در جایی متصور است که صاحب کالا غایب و مفقود باشد و یا در صورت حضور صلاحیت تصرف نداشته باشد مانند اخذ مال گمشده، تصرف در اموال غائبین و محجورین (امامی، ۱۶۷/۲). لکن بحث اخذ بالسوم در جایی مطرح می‌شود که فروشنده حاضر و غیر محجور است و با اذن وی تصرف صورت می‌گیرد.

### مبنا و منشأ مسئولیت آخذ بالسوم

در توجیه مسئولیت آخذ بالسوم دو نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان مسئولیت مزبور را قراردادی و برخی دیگر قهری می‌دانند که در مقام تبیین نظر خود این گونه استدلال می‌کنند:

#### ۱. قراردادی بودن مسئولیت

براساس این نظریه، ریشه تعهد گیرنده مال نسبت به جبران خسارت را باید در رابطه قراردادی جستجو نمود. بر طبق این قرارداد، گیرنده مال از زمانی که کالا را تحویل می‌گیرد باید نسبت به سلامتی آن دقت نموده و در صورت عدم تمایل به خرید، سالم برگرداند. بدین ترتیب، گیرنده کالا تعهد به نتیجه می‌کند که یا کالا را مسترد دارد یا ثمن و عوض آن را. لذا اگر هم در این بحث اذن مالک وجود دارد ولی یک اذن مقید و مشروط وجود دارد که از آن ضمان قابض قابل برداشت است. به عبارت دیگر، فروشنده به قصد امانت کالا را به مشتری تحویل نداده است بلکه قبض به عنوان مقدمه بیع یا ضمان واقع می‌شود که یا باید مشتری آن را بخرد یا هر گاه اراده خریدن کالا را نگیرد، ضامن خسارات آن است (موسوی بجنوردی، ۱۱/۲). مبنای رابطه گیرنده مال با مالک نیز احسان و تبرع و مسامحه نیست بلکه کسب سود است و باید گیرنده مال به این توافق عمل کند، هر چند به طور صریح بیان نشده باشد چون شرط ضمنی به شمار می‌آید؛ چنانکه مرحوم محقق سبزواری در این زمینه معتقد است که اگر اراده دو طرف بر لحاظ شرطی باشد، به نحوی که هر کدام قصد دیگری را بدانند و عقد مبتنی بر آن واقع شود، چنین شرطی در حکم ذکر در متن عقد است. ایشان تصریح نموده‌اند: «اذن فروشنده در مأخوذ بالسوم اذن ضمنی است به این معنا که بنا و قصد فروشنده از تحویل کالا به مشتری آن است که در صورت تلف، عوض آن را بپردازد». (سبزواری، ۲۱/۳۰۹)

۱. «أن الإذن في المقبوض بالسوم إذن تضميني بمعنى أن البائع يعطي السلعة إلى المشتري مشروطاً بالشرط البنائي على أنه لو تلف في يده يعطيه بدله».

از طرف دیگر، عرف بر این شرط ضمنی دلالت دارد و هر امری که در عرف به عنوان شرط قرارداد دلالت کند، لازم الاتباع است. به عبارت دیگر، متبادر عرفی از اوضاع و احوال این قرارداد آن است که آخذ بالسوم ملزم است یا مال را برگرداند و یا عوض آن را به مالک بپردازد. از این رو، هرگاه قابض نه تصمیم به خرید کالا گرفته و نه آن را به فروشنده تسلیم کند، مرتکب نقض تعهد قراردادی شده است. برطبق این نظریه، تعهدی که گیرنده مال پذیرفته این نیست که برای حفظ مال بکوشد بلکه او ملتزم شده است که هرگاه تصمیم به خریدن مال نگرفت، آن را چنانکه سالم گرفته است برگرداند (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۹۷). بدین ترتیب، فروشنده نیازی به اثبات تقصیر و بی‌مبالاتی متصرف ندارد ولی هرگاه گیرنده مال ثابت کند که قوه قاهره یا فورس ماژور سبب تلف یا نقص مال شده است، از مسئولیت مبری می‌شود. در هر حال به نظر می‌رسد که نمی‌توان از این منظر مسئولیت قراردادی را برعهده گیرنده مال مستقر دانست زیرا برای اثبات دعوی مسئولیت قراردادی باید پیمان و عقدی معتبر بین طرفین وجود داشته باشد در حالی که در آخذ بالسوم هیچ رابطه قراردادی بین طرفین ایجاد نشده است. این تعهد و شرط ضمنی تنها در صورتی ثابت می‌شود که شواهد یقینی وجود داشته باشد. لکن اگر چنین علائم و اماراتی وجود نداشته باشد، اصل بر عدم و برائت ذمه آخذ بالسوم است. مسلماً قبض کالا از سوی خریدار به عنوان مقدمه قرارداد است نه قراردادی مستقل و حکم ذی‌المقدمه به مقدمه آن تسری نمی‌یابد (فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه، ۳۹). اصطلاح توافق و شرط تبانی نیز به طور معمول در موردی به کار می‌رود که فرد بنا به اراده خود انجام یا خودداری از کاری را عهده دار می‌شود لکن گیرنده چنین مالی قصد ندارد که برای خود ایجاد التزام کند و حقی به فروشنده دهد و بنای دو طرف بر اباحه انتفاع است. همچنین تبادر عرفی بین طرفین مبنی بر پرداخت ثمن کالای دریافتی و یا مسترد نمودن آن توسط خریدار نیز محرز نیست.

## ۲. قهری بودن مسئولیت

عده‌ای از حقوقدانان یکی از اسباب و موجبات ضمان قهری را آخذ بالسوم به شمار آورده‌اند. آنان آخذ بالسوم را غاصب می‌دانند و او را وفق قواعد عام مسئولیت مدنی، ضامن جبران خسارت وارده می‌دانند. صاحبان این نظریه بر این باورند که اگر مأخوذ بالسوم در دست خریدار تلف یا ناقص شود، او در هر حال ضامن است هر چند اثبات کند که تلف یا نقص به دلیل وجود قوه قاهره مانند طوفان، سیل یا زلزله بوده است (امامی، ۲/ ۱۷۰؛ قاسم‌زاده، ۱۸۷؛ جعفری لنگرودی، ۱/ ۲۰۸). لکن فروشنده باید ارکان مسئولیت مدنی خارج از قرارداد یعنی تقصیر، رابطه سببیت و زیان وارده را به اثبات برساند.

به طور کلی، کسانی که در مرحله پیش‌قراردادی معتقد به مسئولیت قهری آخذ بالسوم هستند، چند استدلال در این زمینه مطرح نموده‌اند. یک استدلال اینکه، بر اساس ملاک ماده ۶۳۱ قانون مدنی که چنین

بیان داشته: «هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است، بنابراین مستأجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن‌ها ضامن نمی‌باشد مگر در صورت تعدی و تفریط...» کسانی امین به حساب می‌آیند که مقررات قانونی آنان را امین قرار داده باشد: مانند مستأجر نسبت به عین مستأجره و قیم یا ولی نسبت به مال صغیر و امثال آن‌ها. این افراد در صورتی ضامن هستند که افراط یا تفریط کرده باشند ولی قانون مدنی در هیچ متنی آخذ به سؤم را امین قرار نداده است. پس او را نمی‌توان مشمول حکم ماده ۶۳۱ ق.م شمرده و قهراً و قانوناً مسئول تلف و نقص مال است گرچه تعدی و تفریط نکرده باشد (شهیدی، اصول قراردادهای و تعهدات، ۱۰۹؛ امامی، ۱۷۰/۲).

استدلال دیگر اینکه، مسئولیت آخذ بالسوم تابع قواعد کلی ماده ۳۰۷ قانون مدنی است. بر اساس ماده ۳۰۷ ق.م چهار مورد از موجبات ضمان قهری است: ۱- غصب و آنچه در حکم غصب است. ۲- اتلاف. ۳- تسبیب. ۴- استیفا. در این خصوص ممکن است گفته شود که مسئولیت آخذ بالسوم تحت عنوان یکی از سه قسم اول ماده ۳۰۷ قرار می‌گیرد. لکن باید توجه داشت که عمل آخذ بالسوم مسلماً غصب و در حکم غصب نیست زیرا این دو عنوان ناظر به مواردی هستند که انسان مال دیگری را بدون رضایت او و با قهر و عدوان بر می‌دارد اما در اخذ بالسوم اذن از سوی مالک برای تصرف در مال وجود دارد. پس ید غاصب ضمانتی عدوانی است اما ید آخذ بالسوم مأذون غیر عدوانی است. با این وجود، با استناد به اتلاف و تسبیب که دو منبع اصلی ضمان قهری در مسئولیت مدنی هستند می‌توان آخذ بالسوم را مسئول دانست. همچنین براساس ماده یک قانون مسؤولیت مدنی که بیان می‌دارد: «هرکس بدون مجوز قانونی، عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی... موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خویش است» می‌توان گفت اگر مأخوذ بالسوم توسط خریدار تلف یا ناقص شود، الزام او به جبران خسارات وارد بر فروشنده به استناد دعوای مسؤولیت مدنی قابل طرح است.

با این وجود، پذیرفتن این نظر دشوار است زیرا با وجود اذن مالک و امانت مالکانه دیگر نوبت به امانت شرعی و قانونی نمی‌رسد. اذن صاحب کالا موجب امانی بودن ید گیرنده آن می‌شود و دیگر ضرورتی ندارد که قانون‌گذار در ماده ۶۳۱ ق.م با دیگر مقررات قانونی به امین بودن وی تصریح نماید. با این وصف، چگونه می‌توان آخذ بالسوم را در زمره غاصبان آورد و به حکم قانون مسؤل شمرده؟ (ر.ک: کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرار داد، ۹۸). این ماده در واقع تفسیری مختصر از امین ارائه داده و مصادیق تمثیلی آن را با عبارت «و امثال آن‌ها» بیان کرده است. اگر این ماده حصری باشد، تنها باید کسانی امین به شمار آیند که مقررات قانونی آنان را امین قرار داده در حالی که در هیچ متن قانونی از امین بودن وکیل و

اجیر و موقوف علیهم سخن به میان نیامده است و التزام به این تفسیر موجب می‌شود که این موارد را از مصادیق امین به شمار نیاوریم. علاوه بر اینکه، مراد از عبارت ماده ۶۳۱ قانون مدنی: «مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است» تنها مصرّحات قانونی نیست بلکه اصول و قواعد مستخرج از قانون نیز بخشی از قانون و نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد و بی‌تردید از مجموع قانون مدنی سببیت اذن برای رفع ضمان قابل استنباط است (شریف و جعفری دولت آبادی، گفتاری در حقیقت امانت و نقش اذن در ایجاد امانت مالکانه، ۱۵).

### نظر مختار

به نظر می‌رسد گرچه نظریه امانی بودن ید آخذ بالسوم خالی از ابهام و اشکال نیست ولی در مجموع راه صواب را پیموده است زیرا از مجموع مطالب ذکر شده به خوبی استنباط می‌شود که حکم به عدم ضمان گیرنده مال به عدالت نزدیک‌تر و با واقعیات بیع منطبق‌تر است.

در اثبات این نظر می‌توان به مسأله «مأخوذ برای نظر» اشاره کرد که در این خصوص هیچ فقیهی نگفته است کسی که مال دیگری را برای ملاحظه و نظر نه به قصد خرید و معامله در اختیار گرفته ضامن مال مأخوذ در زمان تصرف است<sup>۱</sup> (کاشف الغطاء، ۱/ ۲۲).<sup>۲</sup> بنابراین با وحدت ملاک می‌توان حکم این مورد را به همانند آن تسری داد و استنباط نمود که شخصی هم که به قصد خرید، مال دیگری را در اختیار گرفته تا پس از بررسی و پسندیدن آن را خریداری کند، در صورت تلف، ناقص و یا معیوب شدن مال بدون تعدی یا تفریط ضامن نیست.

لازم به ذکر است فقها در بحث جواز بیع مشک در پوست معتقدند که مشتری می‌تواند برای رفع جهالت از مبیع نخعی را با سوزن در آن داخل کند و بیرون بیاورد و ببوید. در این صورت، اگر بررسی و آزمایش مال باعث عیب یا فساد آن شود، مشتری ضامن نخواهد بود (محقق کرکی، ۴/ ۹۶). در اخذ بالسوم نیز شرایطی مشابه به همین مسأله جریان دارد و مالک به خریدار اجازه می‌دهد که مبیع را قبض و آن را مورد اختبار و ارزیابی قرار دهد، پس در واقع او امین به شمار می‌آید و در صورت تلف مال ضامن نیست؛ چنانکه برخی از شارحان مکاسب تصریح نموده‌اند که ملاک و معیار این دو مسأله واحد است (حسینی

۱. چنانکه فقهای اهل سنت نیز معتقدند که اگر گیرنده مال با اذن مالک آن را به جهت نگاه کردن نه خرید تحویل بگیرد، خواه ثمن بیان شده یا نشده باشد، ضامن نخواهد بود. به عنوان مثال، فروشنده بگوید قیمت این کالا هزار تومان است یا بدون ذکر قیمت، آن را به قبض تحویل دهد و بگوید اگر پسندیدی آن را بخر. سپس قبض آن را با اذن فروشنده بردارد تا نگاه کند اما وعده خرید ندهد بلکه تنها قصد او نگاه کردن باشد. در این صورت، قبض ضامن تلف یا نقص آن مال نخواهد بود زیرا او امین است (ابن عابدین، ۴/ ۵۷۳).

۲. «ما یقبض علی سوم النظر و هو ان یقبض مالا لیظنر الیه او یریه لآخر سواء بین ثمنه أم لا فیکون امانه فی ید القابض فلا یضمن إذا هلک بلا تعد».

شیرازی، ۱۰/۲۴۱). بنابراین می‌توان مبنای یاد شده را به سایر حوزه‌ها نیز تسری داد و با استناد به این مبنا به امانی بودن یاد آخذ بالسوم اندیشید.

اما در مورد قاعده علی الید و شمول آن بر مساله مزبور، به این نکته باید توجه نمود که تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست. با این توضیح که، حکم نمی‌تواند موضوع خود را اثبات کند بلکه حکم برای موضوع مفروض الوجود ثابت می‌شود. مثلاً اگر در عدالت شخصی تردید داشته باشیم نمی‌توانیم به عموماً جواز اقتدای به عادل استدلال کنیم (صالحی مازندرانی، ۴/۶۹). بر همین اساس، تکیه به عمومیت قاعده علی الید نیز بستگی به احراز موضوع دارد و در جایی که موضوع احراز نشود، استدلال به عام جایز نیست و در این مورد، ما احراز نکرده‌ایم که مأخوذ بالسوم از مصادیق قاعده علی الید است. به دیگر سخن، صدق موضوع عام بر مصداق مشکوک است زیرا قاعده علی الید با ادله عدم ضمان امین تخصیص خورده است و با وجود مخصص منفصل و شک در مصداق نمی‌توان به عموم عام تمسک نمود. پس شمول و دلالت قاعده علی الید در این فرض مشکوک است (فاضل لنکرانی، درس خارج فقه، جلسه بیست و چهارم)، با این حال چگونه ممکن است به عام استدلال نمود؟ علاوه بر اینکه، به تصریح برخی از فقها معنای ید تسلط و استیلا بر مال است. لذا چنانچه فردی لباسی را که در تن مالکش است با دست بگیرد و در همان زمان لباس تلف شود، ضامن نیست زیرا این مورد مشمول قاعده علی الید که متوقف بر استیلا است، نیست (مراغی، ۲/۴۱۹). از همین ملاک می‌توان برداشت نمود که مأخوذ بالسوم نیز از شمول قاعده علی الید خارج است زیرا در این باب صرفاً قبض وجود دارد، اما تسلط و استیلا نیست. به عبارت دیگر، گیرنده مال با حضور مالک استیلا و سیطره‌ای ندارد بلکه مال تحت اختیار و اراده مالک است و اگر استیلائی هم فرض شود استیلائی نسبی است و عرف که در این موارد حاکم است، استیلائی نسبی را استیلا نمی‌داند.

از سویی دیگر، آخذ بالسوم به عنوان شخصی که اذن در تصرف مجانی مال دیگری دارد تا زمان تقصیر امین است چرا که دو عنصر موجب تحقق ید امانی می‌شود: یکی اذن مالک و دیگری مجانی بودن (محقق داماد، ۹۶) که در فرض اخذ بالسوم هر دو عنصر وجود دارد. از استقراء در قانون مدنی نیز می‌توان استنتاج نمود که در هر موردی که استیلا و اذن مالک صورت گرفته، ید متصرف امانی تلقی شده است و امانت حاصل اذن و رضایت مالک به تصرف است. به دیگر سخن، تنها نکته‌ای که در تمام صور امانت مالکی مشترک است و مستعیر و مستأجر و وکیل و عامل و امثال آن را به یکدیگر متصل می‌کند این است که در

تمامی آن‌ها مالک با رضایت، مال خود را تحت تسلط دیگری قرار داده است. موادی همچون ماده ۱۴۹۴ و ماده ۳۳۷ ق.م.ا که متصرف مأذون را تنها در برابر منافعی که بهره‌مند شده ضامن شناخته است، به خوبی حکایت از آن دارد که قانون‌گذار ید متصرف مأذون را امانی قلمداد کرده و الا باید حکم به ضمان منافع اعم از مستوفات و غیر مستوفات می‌نمود. شیوه بیان ماده ۳۰۸ ق.م.ا نیز که از استیلائی بدون مجوز به عنوان علت ضمان ید سخن گفته، نشان می‌دهد که از نظر قانون‌گذار استیلائی با مجوز و مستند به اذن مالک از شمول دلیل ید خارج است. بنابراین برای امین به شمار آوردن شخص کافی است مأذون بودن استیلا احراز شود و نیازی به تأکید قانون‌گذار به امین بودن متصرف و عدم ضمان وی نیست. همچنین به کمک اصل عدم حصر توقف رفع ضمان بر جهات معین نیز می‌توان حکم به ارتفاع ضمانت گیرنده مال نمود (ر.ک: شریف و جعفری دولت آبادی، ۲۳).

ممکن است گفته شود که اذن مالک به تصرف در کالا اذن به اتلاف نیست و عرف هم چنین ملازمه‌ای را در نمی‌یابد و حتی اذن به خودی خود هیچ‌گاه مسقط ضمان نیست. زیرا ماهیت اذن رخصت در تصرف است اعم از اینکه به نحو ضمان باشد و یا به نحو عدم ضمان مانند مقبوض به عقد فاسد و مأخوذ بالسوم که با وجود اذن ضمان هم محقق است (مراغی، ۵۱۳/۲).

در پاسخ باید گفت اگر گیرنده مال را ضامن بدانیم دیگر نباید فرقی بین شخصی که از صاحب کالا اذن در قبض داشته و تعدی و تفریط نیز نکرده است و شخصی که بدون اذن کالا را قبض نموده و یا در صورت اذن تعدی و تفریط نموده است، وجود داشته باشد. پس ثمره اذن مالک چیست؟ علاوه بر اینکه، تمامی فقها ید کسی که مال گمشده‌ای را پیدا کند، امانی می‌دانند با اینکه اذن وجود ندارد. پس در مورد آخذ بالسوم که اذن صاحب کالا وجود دارد مسلماً باید ید متصرف امانی باشد (ر.ک: لطفی، ۹۷).

گفتنی است در قانون ایران ماده‌ای که به صراحت مسئولیت آخذ بالسوم را مطرح کند، وجود ندارد. بنابراین با توجه به سکوت قانون مدنی و دیگر قوانین مربوط باید به اصل برائت ذمه آخذ و عدم ضمان رجوع نمود. علاوه بر اینکه، برخی از حقوق‌دانان تصریح نموده‌اند: «اگر آخذ بالسوم پس از اخذ مال از فروشنده یا برداشتن آن از بساط وی بگریزد، عمل وی سرقت به شمار نمی‌آید زیرا با اطلاع و اجازه صریح

۱. ماده ۴۹۴ ق.م.ا «عقد اجاره به محض انقضای مدت برطرف می‌شود و اگر پس از انقضای آن، مستأجر، عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد موجه برای مدت مزبور مستحق اجرت‌المثل خواهد بود اگر چه مستأجر استیفای منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت‌المثل بدهد که استیفای منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده کند».

۲. ماده ۳۳۷ ق.م.ا «هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی، از مال غیر استیفای منفعت کند، صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع، مجانی بوده است».

۳. ماده ۳۰۸ ق.م.ا «غصب، استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است».

یا ضمنی مالک مال را وضع ید نموده است. از این رو، با وجود عنصر سپردن و امانت مالکی بردن مال در این شرایط به خیانت در امانت شباهت بیشتری دارد» (میرمحمد صادقی، ۶۸). با این توضیح معلوم می‌شود که ید آخذ بالسوم بر مالی که برای آزمودن در اختیار دارد، ید امانی است.

از سویی دیگر، در یک طرف قرارداد، مالک کالا با ایجاد محل‌های ویژه فروش اجناس به دنبال کسب سود و بازده بیشتر است و در سوی دیگر گیرنده مال که برای تأمین مایحتاج مورد نیاز خویش راهی جز معامله ندارد. لذا براساس قاعده «تلازم بین نماء و درک» و قاعده «عدم استحقاق ربح ما لا یضمن»<sup>۱</sup> صاحب کالا از سود ناشی از فروش برخوردار می‌شود و مسئولیت تلف یا عیب ناشی از اختبار و بررسی کالا نیز بر عهده اوست (هاشمی شاهرودی، ۲/۲۲۰). از این منظر، در صورتی که انسان احتمال خطر و ضرر در مال را نپذیرفته باشد، به طوری که در صورت ورود خسارت ثمن آن مال بر ذمه‌اش نباشد، استحقاق سود و بازده آن مال را نمی‌یابد. بنابراین گیرنده مال که ارزش افزوده و نماء متصل و منفصل آن کالا شرعاً برای او نمی‌باشد، خسارت آن کالا نیز بر ذمه او نیست زیرا هر شخص عاقلی غرامت کالا را بر عهده نمی‌گیرد مگر به جهت اینکه نماء آن کالا را به تملک درآورد.

این نکته نیز قابل ذکر است که اگر خریدار ضامن تلقی گردد، برای جلوگیری از ضرر از گرفتن کالا امتناع می‌ورزد. در این صورت، در سهولت اجرای بسیاری از دادوستدها خلل ایجاد می‌شود؛ زیرا مبادله کالاها نیازمند بررسی و معاینه آن‌هاست و این مسئولیت موجب عسر و حرج می‌گردد. به این ترتیب، بر مبنای ضمانتی بودن ید آخذ بالسوم، هرگاه خریدار مرتکب بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی نشده و با این حال ظرف یا کالای شکستنی که در دستش بوده به واسطه تته خوردن یا لغزش، افتاده و بشکند یا هنگامی که در حال تست کردن لباس انتخابی‌اش است درزی پاره شود و یا دکمه‌ای بیفتاد، در هر حال ضامن است و فروشنده نیازی به اثبات تقصیر و بی‌مبالاتی متصرف ندارد مگر آنکه گیرنده مال ثابت کند که قوه قاهره یا فورس ماژور سبب تلف یا نقص مال شده است یا اینکه شیء حادثه آفرین از سر بی‌احتیاطی فروشنده در آن مکان قرار گرفته است. با اتخاذ چنین مبنایی، از مشتری این انتظار می‌رود که در موقع خرید قبل از قدم‌هایی که بر می‌دارد، به شرایط زمین توجه خاص داشته باشد و این امر موجب حرج در معاملات می‌گردد. از طرف دیگر، پذیرش این نظر منجر به ورود ضرر و زیان غیرمتدارک به آخذ بالسوم می‌شود زیرا وی با یک دقت متعارف و بدون قصور و کوتاهی، اقدامات لازم برای حفظ مال را به کار برده اما همچنان مسئول جبران خسارت تلقی می‌گردد. چنانچه گفته شود با حکم به عدم ضمان آخذ بالسوم، صاحب کالا

۱. هر کس عهده‌دار (پذیرنده پیامدهای ناخوشایند و ناخواسته) غرامت باشد، مالک منافع است.

نیز متضرر می‌گردد؛ در پاسخ خواهیم گفت این دو ضرر با هم تعارض نموده و از درجه اعتبار ساقط می‌شوند و در نهایت به اصل عدم ضمان و برائت ذمه آخذ رجوع می‌کنیم.

بی‌گمان فروشنده نیز نیاز به حمایت قانونی دارد اما حمایت از فروشنده منحصر به ضامن شناختن آخذ بالسوم نمی‌شود بلکه وی می‌تواند با انتخاب تدابیر و اقدام‌های مؤثر، هماهنگی مناسب را میان موقعیت خود و مصرف‌کننده مهیا سازد. همچنین برای ایجاد اعتماد در بازار و افزایش اهتمام ورزیدن در حفظ مال فروشنده می‌توان به استناد قواعد عام مسئولیت مدنی خریدار را در صورت بی‌مبالائی مسئول جبران خسارت وارده دانست.

### نتیجه‌گیری

- با امعان نظر و پس از بحث و بررسی پیرامون مسئولیت آخذ بالسوم و آثار مترتب بر آن مشخص گردید:
۱. توصیف مناسب در مورد ماهیت حقوقی سوم توصیفی است که عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کالا از جانب مشتری را وعده دوطرفه بیع می‌داند زیرا صرف رغبت به انجام معامله انشای نهایی عقد به شمار نمی‌آید و پیشنهادکننده قصد نهایی خود به انعقاد قرارداد را موکول به رضایت طرف مقابل می‌سازد.
  ۲. مسئولیت آخذ بالسوم را به سختی می‌توان قراردادی دانست زیرا احراز وجود قرارداد با توجه به بنای دو طرف که صرف پیشنهاد و دعوت به معامله بوده است، بسیار مشکل به نظر می‌رسد.
  ۳. امکان انتساب مسئولیت قهری به آخذ بالسوم منتفی است زیرا ید آخذ بالسوم در هیچ قانونی ضمانتی لحاظ نشده است و در صورت شک اصل برائت و عدم ضمان اجرا می‌شود.
  ۴. ثمره تفاوت تحلیلی در منشأ ضمان آخذ بالسوم در این است که با قهری شمردن مسئولیت، گیرنده مال در صورت وجود قوه قاهره نیز ضامن تلف مال است در حالی که در صورت وجود رابطه قراردادی دیگر او مسئول حوادث خارجی نیست.
  ۵. الزام آخذ بالسوم به جبران خسارات وارد بر فروشنده در فرض تلف یا نقص کالای در معرض فروش به استناد مسئولیت قراردادی یا قهری ممکن نیست ولی دعوای مسئولیت مدنی علیه او قابل طرح است.
  ۶. در سکوت قانون مدنی و دیگر قوانین مربوط، به نظر می‌رسد دیدگاهی که ید آخذ بالسوم را امانی می‌داند از توجیه قانونی مناسب‌تری برخوردار بوده و با قواعد فقهی: «عدم استحقاق ربح ما لا یضمن» و «لاضرر و لا ضرر فی الاسلام» هماهنگی بیشتری دارد. علاوه بر اینکه، با تقیح مناط و الغای خصوصیت از مساله «مأخوذ برای نظر» و «بیع مشک در پوست»، می‌توان حکم عدم ضمان گیرنده چنین مالی را به

مورد مشابه تسری داد و استنباط نمود که ید آخذ بالسوم بر مالی که جهت بررسی در اختیار دارد، امانی است.

## منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ ق.
- ابن نجیم حنفی، زین الدین، *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب مکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- باقری، احمد، *عقود تملیکی: بیع - اجاره*، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۴.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- جزیری، عبد الرحمن، *الفقه علی المذاهب الأربعة*، بیروت، دارالثلثین، ۱۴۱۹ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- حسینی شیرازی، محمد، *ایصال الطالب الی مکاسب*، تهران، منشورات اعلمی، بی تا.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسيله*، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.
- خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
- سنهوری، عبد الرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- سیستانی، علی، *منهاج الصالحین*، قم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
- شریف، محمد مهدی و نصرالله جعفری دولت آبادی، «گفتاری در حقیقت امانت و نقش اذن در ایجاد امانت مالکانه»، *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۴۰، شماره ۸، زمستان ۱۳۸۹.
- شهید اول، محمد بن مکی، *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *حاشیة المختصر النافع*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
- \_\_\_\_\_، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

شماره ۱۱۹	فقه و اصول	۴۸
	شهیدی، مهدی، <i>اصول قراردادهای و تعهدات</i> ، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۹.	
	_____، <i>تشکیل قراردادهای و تعهدات</i> ، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.	
	صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، <i>جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام</i> ، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.	
	صالحی مازندرانی، اسماعیل، <i>شرح کفایه الأصول</i> ، قم، نشر صالحان، ۱۳۸۲.	
	صفایی، حسین، <i>قواعد عمومی قراردادهای</i> ، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.	
	طباطبایی یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، <i>حاشیه مکاسب</i> ، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.	
	عاملی غروی، جواد بن محمد، <i>مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه</i> ، قم، موسسه آل البيت، بی تا.	
	علامه حلّی، حسن بن یوسف، <i>منتهی المطالب فی تحقیق المذهب</i> ، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیه، ۱۴۱۲ ق.	
	فاضل لنکرانی، محمد جواد، <i>القواعد الفقهیة</i> ، قم، انتشارات مهر، ۱۴۱۶ ق.	
	فاضل لنکرانی، محمد، <i>درس خارج فقه: کتاب الغصب</i> ، جلسه بیست و چهارم، ۱۳ ذی القعدة ۱۴۲۵ ق.	
	فخر المحققین، محمد بن حسن، <i>ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد</i> ، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.	
	فیومی، احمد بن محمد، <i>المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی</i> ، قم، منشورات دار الرضی، بی تا.	
	قاسم زاده، مرتضی، <i>الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد</i> ، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.	
	کاتوزیان، ناصر، <i>الزامهای خارج از قرارداد</i> ، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.	
	_____، <i>عقود معین: معاملات معوض عقود تملیکی</i> ، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.	
	_____، <i>قواعد عمومی قراردادهای</i> ، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.	
	کاشف الغطاء، محمد حسین، <i>تحریر المجله</i> ، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.	
	لطفی، اسدالله، «قاعده استیمان در سقوط ضمان»، <i>مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران</i> ، شماره ۴۴، تابستان ۱۳۷۸.	
	محقق حلّی، جعفر بن حسن، <i>شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام</i> ، بیروت، تحقیق و نشر مرکز الرسول الاعظم (ص)، ۱۴۱۹ ق.	
	محقق داماد، مصطفی، <i>قواعد فقه، بخش مدنی</i> ، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۳.	
	محقق کرکی، علی بن حسین، <i>جامع المقاصد فی شرح القواعد</i> ، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.	
	مصطفوی، حسن، <i>التحقیق فی کلمات القرآن الکریم</i> ، تهران، مرکز کتاب لترجمه و النشر، ۱۴۰۲ ق.	
	موسوی بجنوردی، حسن، <i>القواعد الفقهیة</i> ، نجف، دار الکتب العلمی، ۱۳۸۹ ق.	
	میرزای قمی، ابوالقاسم، <i>جامع الشتات</i> ، منشورات شرکه الرضوان، بی تا.	
	میر محمد صادقی، حسین، <i>جرائم علیه اموال و مالکیت</i> ، نشر میزان، ۱۳۷۶.	

نائینی، محمد حسین، *منية الطالب في حاشية المكاسب*، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق.  
هاشمی شاهرودی، محمود، *قراءات فقهیه معاصره*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.





## بررسی فقهی و حقوقی شرط «بازگشت موقوفه به ملک واقف هنگام نیاز» به عنوان شرط فاسخ در عقد وقف\*

دکتر سید مهدی قریشی<sup>۱</sup>

استادیار دانشگاه ارومیه

Email: sm.ghoreishi@urmia.ac.ir

دکتر محمدحسن جوادی

استادیار دانشگاه ارومیه

Email: mh.javadi@urmia.ac.ir

دکتر حامد رحمانی

استادیار حق التدریس گروه حقوق، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران

Email: rahmanihamed@ut.ac.ir

دکتر حسین جوادی

مربی گروه حقوق، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران

Email: jahosseini10@yahoo.com

### چکیده

در مورد صحت یا بطلان وقفی که در آن، واقف شرط کند در حالت نیازمندی، موقوفه به وی بازگردد، دیدگاه‌های متفاوتی در فقه ارائه شده است. مخالفان صحت این عمل، یا آن را از اصل باطل می‌دانند و یا معتقدند چنین عملی منطبق بر عنوان حبس است و نه وقف؛ زیرا در هر صورت، وقف باید دائمی باشد و شرط بازگشت موقوفه به واقف، در تعارض با این ویژگی و مغایر مقتضای عقد وقف است. گروه سوم نیز، وقف و شرط مذکور را صحیح دانسته‌اند. برگشت این نظریه‌ها، به مسأله «شرط بودن دوام در عقد وقف» و امکان قرار دادن شرط فاسخ در آن است، پژوهش حاضر با بررسی دیدگاه‌های فقهی موجود و پذیرش نظریه عدم اشتراط «تأیید» در وقف، به اثبات صحت نظریه «صحت وقف مشروط به بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز» پرداخته و با بررسی مفهوم شرط فاسخ در حقوق، آن را منطبق بر شرط مذکور در عقد وقف دانسته و معتقد است بر مبنای این نظریه پذیرفته شده در فقه، امکان قرار دادن شرط فاسخ در عقد وقف وجود دارد و شرط «بازگشت موقوفه به واقف در صورت نیاز»، بارزترین مصداق آن است.

**کلیدواژه‌ها:** شرط فاسخ، عقد وقف، ابدی بودن وقف، شرط رجوع

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۴/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۴/۰۳. (این مقاله بنا بر نظر داوران و مصوبه هیئت تحریریه، علمی پژوهشی محسوب است.)

۱. نویسنده مسئول

---

**The Stipulation of “return of the Endowment Object to the Donor’s Property in Case of Need” as a Resolutive Condition in the Endowment Contract**

**A Jurisprudential and Legal Study**

**Sayyed Mahdi Ghoraishi, Ph.D.** Assistant Professor, Urmia University (Corresponding author)

**Mohammad Hassan Javadi, Ph.D.** Assistant Professor, Urmia University

**Hamed Rahmani, Ph.D.** Visiting Professor, Islamic Azad University, Urmia Branch

**Hossein Javadi, Ph.D.** Instructor, Department of Law, Islamic Azad University, Urmia Branch

**Abstract**

Different opinions have been presented regarding the validity or invalidity of an endowment in which the donor incorporates a condition under which in case of need, the endowment object returns to his property. The opponents of validity of this act either consider it void ab initio or believe that such act is in fact a surrender of property not endowment; since in any situation, endowment must be perpetual and the condition that the object returns to the donor contradicts the essential character of endowment and is against the requirements of endowment contract. The third category consider the endowment and the condition as valid. The origin of all of the above said theories is the issue of “requirement of perpetuity in endowment contract” and the possibility of incorporating a resolutive condition therein. The present research, after studying the current jurisprudential opinions in this connection and accepting the theory of non-requirement of perpetuity in endowment, has proven the correctness of “the validity of endowment on condition that the endowment object returns to the donor’s property in case of need” and by examining the concept of resolutive condition in law has considered it as applicable to the condition incorporated in endowment contract and the authors believe that based on the theory accepted in Islamic jurisprudence, it is permitted to incorporate a resolutive condition in the endowment contract and the condition of return of the object to the donor in case of need is its most obvious instance.

**Keywords:** resolutive condition, endowment contract, perpetuity of endowment, withdrawal condition

## مقدمه

در صورتی که واقف در ضمن عقد شرط کند که هرگاه نیازمند شد، موقوفه به وی بازگردد، درباره صحت و بطلان چنین عقد و شرطی در گام اول، و عنوانی که بر عمل وی در فرض صحت اطلاق می‌شود در گام دوم، نظرات متفاوتی در فقه ارائه شده است. برخی از فقها معتقدند وقف و شرط، هر دو باطل است (محقق حلی، المختصر النافع، ۱/۱۵۶). ابن ادریس در کتاب سرائر بر این قول ادعای اجماع نموده است (ابن ادریس حلی، ۳/۱۵۶ - ۱۵۷).

گروهی از فقها، وقف و شرط، هر دو را صحیح دانسته‌اند (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۶/۲۹۰ - ۲۹۱)؛ بنابراین، تمام آثار وقف تا زمانی که واقف به مرحله نیاز نرسیده است بر آن مترتب می‌شود و آن‌گاه که واقف به آن نیاز پیدا کرد، وقف منحل شده و به ملک واقف بازمی‌گردد. سید مرتضی این قول را از افراد امامیه دانسته و بر آن ادعای اجماع نموده است (علم الهدی، ۶۸ - ۴۶۹).

نظر سوم آن است که چنین شرطی صحیح است ولی درج آن در کنار عمل مزبور باعث می‌شود آن عمل با عنوان حبس صحیح باشد، نه وقف. علامه در قواعد (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۳۸۹) و محقق در شرایع (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۲/۱۷۱) این نظر را برگزیده‌اند.

تبع در آرای فقها نشان می‌دهد پذیرش یا عدم پذیرش صحت وقف مشروط به بازگشت موقوفه هنگام نیاز (اعم از آنکه در حالت دوم، آن را از اصل باطل بدانند یا تنها به عنوان وقف باطل بدانند و نه حبس)، ریشه در اختلاف نظر آنان در شرط دانستن یا ندانستن «تأبید» در صحت وقف و امکان جعل شرط فاسخ در عقد وقف دارد. به این معنا که، فقهایی که ابدی بودن را شرط صحت عقد می‌دانند، شرط بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز را که به معنای انفساخ عقد هنگام تحقق شرط است، به دلیل مخالف بودن با مقتضای عقد، باطل و مبطل عقد می‌دانند (قمی، ۴/۲۷)؛ زیرا شرط مخالف مقتضای عقد، باطل و مبطل عقد است. ولی فقهایی که ابدی بودن را نه شرط صحت، بلکه مقتضای اطلاق عقد تلقی می‌کنند، وقف مقرون به شرط بازگشت به ملک واقف در صورت نیاز را تا زمان حصول شرط، صحیح و باقی می‌دانند (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۵/۳۵۵؛ طباطبایی یزدی، تکملة العروه، ۱/۲۰۲ - ۲۰۴) طرفداران قول سوم نیز مانند قول اول که ابدی بودن را شرط صحت وقف می‌دانند قائل به بطلان چنین عملی با عنوان وقف هستند؛ ولی از آنجا که معتقدند وقف و حبس، ماهیت یکسانی دارند و تفاوت آن‌ها تنها در مؤبد بودن یکی و موقت بودن دیگری است، عملی که با این قصد و مقرون به شرط بازگشت عین به ملک واقف انشاء شده است، با عنوان حبس تطابق دارد و در واقع، وجود چنین شرطی در ضمن عقد، قرینه بر اراده نوع موقت از این عمل، یعنی همان حبس است (حسینی عاملی، ۲۱/۴۶۲؛ بحرانی، ۲۲/۱۳۹).

هرچند لازم است در حالتی که حبس به صورت موقت منعقد می‌شود، اجل آن به طور مشخص تعیین شود؛ ولی اختلاف در جایی است که شخص، عمل حقوقی مورد نظر خود را با عنوان «وقف» واقع سازد<sup>۱</sup> و با درج شرط «بازگشت موقوفه به مالک هنگام نیاز»، خواهان بطلان وقف در زمان بروز نیاز برای وی و بازگشت مال وقفی به ملک خویش باشد. از آنجا که شرط مورد نظر واقف غیرقابل پیش‌بینی و اساساً نامعلوم است، نمی‌توان برای آن اجل تعیین نمود. از این رو باید در جستجوی نهادی بود که در عین تأمین اراده واقف (مبنی بر قرار دادن منافع مال خود برای دیگران به طور رایگان)، به شروط مورد نظر وی نیز جامه عمل بپوشاند. نهادی که در حقوق کنونی در این گونه موارد به کار می‌رود، «شرط فاسخ» است<sup>۲</sup> که منوط بودن اثر آن به «وقوع حادثه‌ای در آینده» و «احتمالی بودن وقوع حادثه»، از اوصاف واقعی آن محسوب می‌شود و در صورت تحقق، به انحلال عقد می‌انجامد (عابدی، ۴۴-۳۷).

با این مقدمه به نظر می‌رسد برای بررسی وضعیت حقوقی شرط بازگشت موقوفه هنگام نیاز از سوی واقف به عنوان شرط فاسخ در وقف و تشخیص اینکه آیا چنین شرطی با مقتضای عقد وقف مخالف است یا خیر و آیا اساساً امکان قرار دادن شرط فاسخ در ضمن عقد وقف وجود دارد یا نه، ضروری است ابتدا وضعیت اشتراط «تأیید» در وقف را مورد بررسی قرار داد و سپس بر مبنای نظر برگزیده و نیز مفهوم شرط فاسخ، در مورد وضعیت حقوقی شرط رجوع موقوفه هنگام نیاز به عنوان شرط فاسخ و وضعیت عقد به دلیل تحقق شرط فاسخ، به تحلیل و ارزیابی پرداخت.

### وضعیت شرط بودن دوام در وقف

«دوام» به معنای پایداری و بقاء است و در برخی از متون فقهی به عنوان یکی از شروط عقد وقف لحاظ شده است. شرط نیز در اصطلاح فقهی عبارت از «تعلیق و اناطه شیئی بر شیء دیگر» یا «التزام در ضمن التزام دیگر» است. شرط در معنای نخست همان است که صحت عقد به وجود یا تحقق آن منوط می‌شود؛ به عبارت دیگر، هریک از شرایط انعقاد و صحت عقد را «شرط» گویند؛ همانند شرط اهلیت متعاقدين، شرط تعقب ایجاب به قبول، شرط قبض و ... شرط به معنای اخیر نیز در قالب شروط ضمن عقد قرار می‌گیرد و ضمانت اجرای امتناع از ایفای آن، الزام مشروط علیه به انجام آن یا تسلط مشروط له بر

۱. بدیهی است توصیف عمل وی با عنوان «حبس»، باعث بطلان آن در زمان فوت او می‌گردد؛ ولی اگر عمل وی «وقف» باشد، در صورت عدم بروز نیاز برای واقف (که اصولاً وقوع آن مورد خواست واقف نیست و شاید اصلاً واقع نشود)، بعد از زمان فوت وی نیز جریان خواهد داشت و واقف از ثمرات آن در زمان بعد از فوت خود نیز بهره‌مند خواهد شد.

۲. نهاد مزبور دو فایده مهم دارد: نخست آنکه تأمین‌کننده اراده واقف است و نیاز وی را در صورت فقر و احتیاج به مال وقفی برآورده می‌کند؛ دوم، در صورت عدم تحقق نیاز برای واقف، در زمان بعد از وفات واقف نیز تداوم می‌یابد و برخلاف حبس، با فوت وی باطل نمی‌شود و واقف را به اهداف معنوی و اخروی مورد اراده‌اش می‌رساند.

فسخ عقد است (محقق داماد، ۱۳/۱ - ۱۴) مراد از شرط در اینجا، معنای نخست آن است. در مورد شرط بودن دوام در وقف، دو نظر متفاوت از سوی فقها ارائه شده است. گروهی از آنان، دوام و غیرقابل بازگشت بودن را شرط صحت وقف و رکن ماهوی آن معرفی کرده و گروهی دیگر، دائمی بودن را مقتضای اطلاق عقد وقف دانسته‌اند.

#### نظر اول: دوام، شرط صحت عقد وقف

همان‌طور که اشاره شد، برخی از فقها، «دوام» را از شروط صحت وقف قرار داده (بحرانی، ۱۳۴/۲۲؛ کاشف الغطاء، جعفر، کشف الغطاء، ۲۴۹/۴؛ کاشف الغطاء، عباس، منهل الغمام، ۲۶/۳؛ خراسانی، ۲۹) و عده‌ای بر آن ادعای اجماع نموده‌اند (حلبی، ۲۹۸؛ ابن ادریس حلی، ۱۵۶/۳ - ۱۵۷) مطابق این دیدگاه، وقفی که مقرون به زمان خاصی گردد، یا استمرار آن مشروط به اراده واقف شود، باطل خواهد بود (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳۸۸/۲). دلیل بطلان وقف در حالت مذکور، تنافی میان قید و شرط مذکور با مقتضای عقد وقف، یعنی همان دائمی بودن است؛ زیرا قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد مقتضای عقد است؛ یعنی قصد انشای وقف به صورت موقت و قابل انحلال بودن آن بعد از گذشت مدتی از زمان تشکیل، با قصد انشای وقف به صورت دائم منافات دارد. از این رو، شرط و قید منافی با مقتضای عقد، باطل و مبطل عقد است. همچنین است اگر واقف شرط کند که موقوفه هنگام نیازمند شدن واقف، به وی بازگردد (سبزواری، ۱۳/۲)؛ زیرا بازگشت چنین شرطی به عدم اعتبار تأیید در وقف است درحالی‌که طبق فرض، تأیید شرط صحت وقف است و هر شرطی مخالف آن، شرط منافی مقتضای ذات عقد بوده و باطل و مبطل عقد خواهد بود.

نخستین دلیل اشتراط دوام در وقف، اجماع است (حلبی، ۲۹۸؛ ابن ادریس حلی، ۱۵۶/۳). ابن ادریس پس از نقل اجماع، این نظر را به شیخ طوسی و بزرگان فقهای امامیه نسبت می‌دهد و می‌نویسد: «دلیل این سخن آن است که در مورد صحت وقف آن‌گاه که از شرط مخالف دوام داشتن، عاری باشد، اختلاف نظری وجود ندارد و در مورد صحت وقف مقرون به چنان شرطی [شرط بازگشت موقوفه هنگام نیاز] اختلاف نظر وجود دارد.» (همو، ۱۵۷).

دومین دلیل در اشتراط دوام در وقف، استناد به روایاتی است که در این زمینه و در بیان اوقاف ائمه (علیهم السلام) وارد شده است. در یک نگاه کلی می‌توان این روایات را به دو دسته تقسیم کرد. دسته اول روایاتی است که از وقف با عنوان صدقه یاد کرده کرده‌اند. تعداد این روایات فراوان است (ابن بابویه، ۴/۲۳۷ - ۲۵۱؛ مجلسی، مرآة العقول، ۵۱/۲۳ - ۵۲). از جمله، در یکی از آن‌ها آمده است: «از امام صادق علیه السلام در مورد صدقه رسول خدا صلوات الله علیه و حضرت فاطمه علیها السلام پرسیدیم؛ فرمود:

صدقه آنان برای بنی هاشم و بنی مطلب بود.» (کلینی، ۴۸/۷) همان‌گونه که صاحب کتاب الوافی نگاشته، «امام در این بیان، از اصطلاح صدقه، وقف را اراده نموده است؛ چرا که ائمه زمین‌ها و آب‌ها را بر فرزندان‌شان و بر فقرا و نیازمندان وقف می‌نمودند و نام آن را صدقه می‌نهادند و اطلاق اسم صدقه بر وقف در بین ایشان، امری رایج و متعارف بود و این مطلب از سایر روایت‌هایی که در این باب آمده است، به خوبی به دست می‌آید.» (فیض کاشانی، ۱۰/۵۵۷).

استفاده‌ای که از این دسته روایات می‌شود این است که اطلاق عنوان صدقه بر وقف از سوی ائمه (علیهم السلام)، آن را در حکم صدقه و غیرقابل برگشت می‌گرداند؛ زیرا صدقه برگشت‌ناپذیر است (صاحب جواهر، ۲۸/۱۳۰).

دسته دوم شامل روایاتی می‌شود که در مورد نحوه وقف ائمه (علیهم السلام) و تعبیراتی که در وقف‌های خود به کار برده‌اند، وارد شده و در اصطلاح «وقف‌نامه» امامان (علیهم السلام) هستند. در برخی از این وقف‌نامه‌ها عبارت «صدقه لا تباع و لا توهب و لا تورث» به کار رفته و در برخی دیگر، عبارت «حتی یرثها الله الذی یرث السماوات و الأرض» استفاده شده و این تعبیرات بیانگر آن است که دائمی بودن جزو شرایط وقف است و وقف به صورت غیردائمی (موقت) محقق نمی‌شود. توضیح آنکه، نفی امکان بیع و هبه و ارث هم‌زمان در مورد یک عین، اقتضای دائمی بودن آن را دارد و وقفی که هیچ‌یک از تصرفات مذکور را در خود نداشته باشد، یا انتهای آن به خدا واگذار شود، دوام خواهد داشت.

دلیل دیگر بر اشتراط دوام در وقف، استدلال به لزوم قصد قربت در وقف است. به این معنا که، چون قصد قربت در وقف ضروری است و هر چیزی که با قصد قربت و برای خدا قرار داده شده باشد، مطابق روایت «إنما الصدقه لله عز و جل فما جعل لله فلا رجوع له فیه» (ابن حیون، ۲/۳۳۹)، غیرقابل رجوع و برگشت‌ناپذیر است، پس وقف باید ابدی باشد.

#### نظر دوم: دوام، مقتضای اطلاق عقد وقف

در مقابل دیدگاه پیشین، گروهی دیگر از فقها، دوام و ابدی بودن را جزو شروط صحت عقد وقف ندانسته و بلکه پایدار بودن را تنها مقتضای اطلاق عقد وقف در نظر گرفته‌اند (طباطبایی یزدی، تکملة العروه، ۱/۱۹۲؛ سیفی مازندرانی، ۱۳۵). صاحب عروه در مقام استدلال به مردود بودن دیدگاهی که «شرط بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز را باعث بطلان عقد می‌دانند» آورده است: «انّ هذا [البقاء أبدا] مقتضی إطلاقه لا مطلقه.»؛ یعنی ابدی بودن وقف، مقتضای مطلق بودن وقف است؛ نه اقتضای مطلق وقف (طباطبایی یزدی، تکملة العروه، ۱/۲۰۳). مطابق این دیدگاه، آنچه لازم است در انشای عقد وقف مورد توجه قرار گیرد، عدم توقیت آن است؛ زیرا قرار دادن زمان برای آن، موجب تبدیل

وقف به حبس می‌گردد. توضیح آنکه، حبس نیز مانند وقف، منع کردن عین از نقل و انتقال و قرار دادن منافع آن برای انتفاع دیگران است و تنها تفاوتی که با وقف دارد، موقت بودن این انتفاع (در مقابل مؤبد بودن) است که ممکن است مقید به عمر حبس کننده یا منتفع یا هر زمان دیگری شود و در صورتی که قصد حبس به صورت مطلق برقرار شود، با فوت حبس کننده پایان خواهد یافت و مال مورد حبس به عنوان میراث به ورثه وی منتقل خواهد شد؛ بنابراین، قصد حبس مطلق با قصد وقف مطلق متفاوت است. قصد حبس مطلق (بدون ذکر مدت برای انتفاع در آن) حبس محسوب می‌شود و با فوت حبس کننده پایان می‌پذیرد؛ ولی قصد وقف مطلق (بدون ذکر قید ابد در آن) وقف محسوب می‌شود و تا زمانی که دلیلی برای انحلال آن پدیدار نشده استمرار می‌یابد.

در استدلال به این دیدگاه، علاوه بر آنچه گفته شد، به ماهیت وقف و معنای مرتکز از آن در اذهان متشرعه نیز تمسک شده است. با این توضیح که، «لفظ وقف در اصل لغت، حبس کردن است و همان‌طور که در تعریف فقها - که از روایت نبوی مشهور «حبس الأصل و سبب الثمرة» برگرفته شده است - آمده، آن را به «حبس کردن عین و تسبیل کردن منافع آن» تعریف نموده‌اند؛ بنابراین، در تعریف و ماهیت وقف - نه از نظر لغت و نه در اصطلاح - معنای دوام و ابدی بودن اخذ نشده است و از همین رو می‌توان گفت دوام داشتن، مقتضای اطلاق وقف است؛ یعنی انشاء وقف به صورت مطلق و بدون قید. به این معنی که اگر واقف وقف را به صورت مطلق و بدون مقید کردن به قیدی انشاء نماید، چنین وقفی اقتضای دوام دارد و در غیر این صورت، وقف با موقت کردن و قرار دادن زمان برای آن، باطل می‌گردد.» (سیفی مازندرانی، ۱۳۱ و ۱۳۵).

### نقد و ارزیابی

بر اساس آنچه در تبیین دیدگاه‌های پیشین و دلایل اعتبار «دوام» به عنوان مقتضای عقد وقف و شرط صحت آن یا مقتضای اطلاق وقف گفته شد، می‌توان به این نتیجه رسید که عمده‌ترین دلیل بر اعتبار این شرط در وقف، اطلاق نصوصی است که رجوع از وقف را غیرممکن اعلام می‌کنند؛ زیرا امکان دارد اجماع مورد ادعا، متکی به روایات وارد شده در این زمینه و در اصطلاح، «اجماع مدرکی» باشد و در این صورت، غیرقابل اعتنا برای استدلال و اثبات مدعا خواهد بود (سیفی مازندرانی، ۱۳۱).

در مقام ایراد به استدلال یاد شده نسبت به روایات نیز باید گفت این روایت‌ها در مورد قضایای جزئی صادر شده و اشتراط دوام در آن‌ها اختصاص به همان مورد خاص دارد و از اطلاق و عمومیتی برخوردار نیست؛ به عبارت دیگر، «در هیچ‌یک از روایت‌های یاد شده، کبرای کلی شامل اشتراط دوام برای همه اوقاف وجود ندارد تا بتوان با استدلال به آن، دوام داشتن را برای همه وقف‌ها به اثبات رساند.» (همو، ۱۳۶)

- (۱۳۷).

از سوی دیگر، استدلال به این روایات مبتنی بر این است که وقف یکی از انواع صدقه است و در صدقه قصد قربت شرط است و ائمه (علیهم السلام) در مقام تعیین این نوع از صدقه است که گفته اند: «نه قابل بیع است، نه قابل هبه و نه به ارث می رسد.» اشکال این استدلال آن است که این صفات از ویژگی های ماهوی وقفی است که با قصد قربت صورت گیرد و در این صورت، مصداق صدقه قرار می گیرد؛ زیرا در این روایات، حسب قواعد نحو عربی، واژه «صدقه» مفعول مطلق نوعی است و عبارت «لا تباع و لا توهب و لا تورث» صفت تعیینی برای آن است. پس معنی عبارت این می شود که حضرت صدقه ای را که نه قابل بیع و نه قابل هبه و نه قابل ارث باشد مد نظر قرار داده اند و آن ممکن است وقف مقرون به قصد قربت یا صدقه به معنای خاص باشد. این برداشت با روایات دیگری که صدقه را غیرقابل رجوع معرفی می کنند مطابقت دارد و بدیهی است که رکن تحقق صدقه و وجه تمایز آن با سایر امور خیر، لزوم وجود قصد قربت در آن است. در این روایات، غیرقابل رجوع بودن به عنوان «صدقه» تعلق گرفته و در آن ها اسمی از وقف به میان نیامده است؛ بنابراین، موضوع در این روایات، «صدقه» و حکم مترتب بر آن، عبارت از «عدم امکان رجوع» است. پس به استناد دلیل «مناسبت حکم و موضوع» و اثبات تعیین حکم به موضوع از جهت خاص (اشتراط قصد قربت) بر مبنای انصراف<sup>۱</sup>، می توان حکم عدم امکان رجوع را مربوط به انفاقی دانست که با قصد قربت توأم باشد؛ اعم از اینکه قصد قربت، شرط صحت آن باشد (صدقه به معنای خاص) یا شرط کمال و ترتب ثواب (صدقه به معنای وقف). بدین ترتیب، موضوع وقف برای حکم عدم امکان رجوع، تنگ تر می شود و تنها به مواردی از وقف اختصاص می یابد که همراه با قصد قربت انشاء شده باشد. در گام بالاتر می توان «صدقه» را موضوع انحصاری برای حکم «عدم امکان رجوع» دانست و وقف مقرون به قصد قربت را یکی از مصداقیق آن به حساب آورد.

با التفات به مطالب پیش گفته می توان دریافت که هر انفاقی که مقرون به قصد قربت صورت گیرد (اعم از اینکه عنوان آن صدقه به معنای خاص باشد یا صدقه به معنای عام و مشمول وقف نیز گردد) بعد از تحقق به نحو صحیح، غیرقابل رجوع خواهد بود. در نتیجه روایات مورد بحث در مورد وقف های ائمه (علیهم السلام)، ناظر به وقف همراه با قصد قربت بوده و به فرینه روایات دیگر، از سایر وقف ها منصرف است (سیفی مازندرانی، ۱۳۶؛ همچنین نک. حسینی روحانی، ۱/ ۲۷۵).

۱. «مناسبت حکم با موضوع» عبارت است از حالات و خصوصیات موضوع که حکم را آورده و گاه باعث گستردگی اثبات حکم به موارد دیگر و گاه تنگی و محدودیت حکم را خواهان است؛ به گونه ای که یارای سرایت به دیگر موارد را نخواهد داشت. (علیشاهی قلعه جوقی و ارژنگ، ۹۱: ۷۲) ساز و کارهای تشخیص مناسبت و نیز کارکردهای آن متعدد است و «منشأ انصراف» که در متن مورد استناد قرار گرفته، یکی از آن موارد می باشد. (همان دو: ۷۴ به بعد)

از همین جا ایراد دلیل دیگر بر اشتراط دوام در وقف نیز روشن می‌شود و آن، استدلال به لزوم قصد قربت در وقف است. ایراد این استدلال هم از جهت صغری و هم از جهت کبرای به کار رفته در آن است؛ زیرا اولاً لزوم قصد قربت در وقف، مورد اختلاف فقها است و نظر مشهور، عدم اشتراط آن است (بحرانی، ۲۲/۲۶۵). ثانیاً، تعارضی میان قصد قربت و منع دوام در وقف نیست. اشکال کبروی این استدلال نیز آن است که میان شرط قصد قربت در وقف (برفرض قبول) با عدم صحت بازگشت موقوفه به موجب شرط، ملازمه نیست؛ زیرا مدعی صحت شرط می‌گوید: «شرط قصد قربت در وقف تا هنگامی است که به آن نیاز نباشد و پس از نیاز، وقف نیست؛ نه این که وقف است و برمی‌گردد. به عبارت دیگر، این وقف از اول محدود جعل شده است» (رحمانی، ۱۸ و ۱۷/۲۹۱) و با تحقق شرط، موضوع از وقف بودن خارج می‌گردد؛ بنابراین، با خروج موضوعی، شرط ضمن آن (قصد قربت) نیز منتفی می‌شود و بدین ترتیب، حکم (ممنوعیت بازگشت موقوفه) نیز که متکی به وجود موضوع و شرط (قصد قربت) بود، سالبه به انتفاء موضوع می‌شود و این با ممنوعیت رجوع از وقف در روایات متفاوت است؛ زیرا مورد مذکور در روایات (ابن بابویه، ۴/۲۴۷) اختصاص به مواردی دارد که موضوع صدقه (وقف) باقی باشد؛ درحالی که در بحث ما، موضوع منتفی شده است. در هر صورت، استناد به روایت یاد شده در استدلال به برگشت‌ناپذیر بودن وقف صحیح نیست؛ زیرا «این حدیث ممکن نیست هر عملی را که برای خدا واقع می‌شود (مانند داد و ستد) شامل شود و نیز ممکن نیست هر عملی را که شرط صحت آن قصد قربت است؛ مانند وقف، شامل گردد بلکه تنها افعالی را که قصد قربت مقوم آن‌ها است فرا می‌گیرد.» (اصفهانی، محمدحسین، ۲/۵۰). ممکن است گفته شود شرط بازگشت مال موقوفه مستلزم وقف بر نفس است و وقف بر نفس، باطل است. در پاسخ باید گفت اولاً هنگامی که مال وقفی به مالک برمی‌گردد، عنوان وقف منتفی شده و دخالت و انتفاع وی، دخالت در مال وقفی نیست؛ بلکه دخالت در ملک خویش است. ثانیاً چنین وقفی که بعد از بروز نیاز برای واقف به ملک وی برمی‌گردد، از نظر شرایط و آثار، داخل در عنوان «وقف منقطع الآخر» قرار می‌گیرد که در صحت آن تردیدی نیست (خمینی، ۲/۶۷).

### شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز در فقه

در مجموع و با التفات به مباحث پیش‌گفته و مطالب فقها، باید گفت در مورد وقفی که مشروط به «بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز» انشاء می‌شود، سه نظریه به صورت زیر ارائه شده است:

#### نظر اول: بطلان وقف و شرط

از جمله فقهایی که وقف مقرون به شرط بازگشت به ملک واقف در صورت نیاز را باطل می‌داند، ابن

ادریس است. وی در این باره می‌نویسد: «از جمله شروط صحت وقف این است که شرط اختیار واقف در بازگشت به وقف، در آن وارد نشود؛ پس هرگاه چنین چیزی را شرط نمایید، طبق نظر صحیح در میان اصحاب ما، وقف باطل خواهد بود.» (ابن ادریس حلی، ۱۵۶/۳). این فقیه در ادامه با نقل نظر سید مرتضی مبنی بر اینکه برای واقف جایز است شرط نماید در صورت نیاز به مال وقفی در زمان حیات خود، آن را بفروشد و از ثمن آن استفاده کند، آن را نظر اختلافی دانسته و در مقابل، با توصیف نظر خود با عنوان «نظر غیر اختلافی» و انتساب آن به شیخ طوسی و بزرگان فقها، شرط بازگشت موقوفه به واقف در صورت نیاز را نامعتبر و فاقد دلیل معرفی می‌نماید (همو، ۱۵۶ - ۱۵۷).

فقیه دیگری، ضمن پذیرش این نظر، در بیان دلیل آن می‌گوید: «به دلالت دو روایت صحیح اسماعیل و روایات دیگر غیر از این دو، بر مجموع آنچه که وی قصد کرده است (عقد و شرط)، حکم صحت جاری نمی‌شود. از سوی دیگر، حبس بودن این مال در مدت خاصی، مقصود اصلی وی در این عقد نبوده است؛ پس عقد [و شرط] باطل می‌شود؛ بنابراین اگر این فرد تا لحظه مرگ، نیازمند نشود و بمیرد، قول قوی‌تر این است که آن مال به ورثه وی بازمی‌گردد.» (سبزواری، ۱۳/۲).

در توضیح این دلیل باید گفت مطابق این دیدگاه، آنچه منظور واقف بوده (وقف مؤبد) به دلیل درج شرطی مخالف مقتضای وقف در آن، واقع نشده است؛ زیرا طبق فرض، ابدی و دائمی بودن، مقتضای عقد وقف و شرط صحت آن است و بازگشت چنین شرطی، به نفع تأیید در وقف است. از سوی دیگر، آنچه واقع شده (وقف موقت یا همان حبس به معنای خاص)، مورد نظر واقف نبوده است (ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد)؛ بنابراین هم عقد باطل است و هم شرطی که در ضمن آن گنجانده شده و فرع و تابع عقد اصلی بوده است.

علامه حلی در مختلف الشیعه، با بیانی دیگر به دلیل این دسته از فقها اشاره کرده و آورده است: «فقهایی که چنین شرطی را مانع صحت عقد می‌دانند، چنین دلیل آورده‌اند که این شرط، منافی با [مقتضای] عقد وقف است؛ پس وقف به خاطر دربرداشتن شرطی فاسد، باطل است.» (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۲۹۲/۶).

شیخ طوسی در المبسوط و ابن حمزه در الوسیله نیز نظری مشابه اتخاذ کرده و هرگونه شرط خیار یا شرطی که منجر به بازگشت موقوفه به ملک واقف گردد را غیر معتبر و موجب بطلان عقد دانسته‌اند (طوسی، المبسوط، ۳/۳۰۰؛ ابن حمزه، ۳۷۰).

#### نظر دوم: بطلان وقف و صحت شرط

بر اساس تتبعی که در میان نظرات فقها به عمل آمد، ظاهراً محقق حلی (م. ۶۷۶ ق) نخستین فقیه‌ای

است که نظریه صحت شرط بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز و بطلان وقف را مطرح کرده و معتقد است چنین عملی صحیح است ولی نه با عنوان وقف؛ بلکه با عنوان «حبس». وی در این باره آورده است: «اگر واقف برگشت مال وقف را به هنگام نیازمندی شرط کند، شرط صحیح است و وقف باطل می‌شود و تبدیل به حبس می‌گردد که به هنگام نیاز به او برمی‌گردد و به ارث می‌رسد.» (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۷۱/۲؛ همو، نکت النهایه، ۱۱۹/۳). برخی از فقهای دیگر نیز همانند محقق، این نظر را مورد تأیید قرار داده‌اند (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳۸۹/۲؛ همو، ارشاد الاذهان، ۴۵۲/۱؛ فخر المحققین، ۳۸۲/۲؛ شهید اول، غایة المراد، ۴۳۱/۲؛ محقق کرکی، ۳۰/۹؛ قطان حلی، معالم الدین، ۱/۵۵۸؛ ابن داود حلی، الجوهره، ۱۴۰).

مهم‌ترین استدلال‌های این گروه از فقها، در موارد زیر خلاصه می‌شود:

۱- شرط «بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز»، شرطی صحیح است؛ زیرا وقف نیز مانند اجاره، تملیک منافع است و از این رو، جایز است در آن شرط خیار قرار داد. علاوه بر این، چنین شرطی داخل در عموم ادله لزوم وفای به عقد (أوفوا بالعقود) و شرط (المؤمنون عند شروطهم) و نیز فرمایش امام حسن عسکری (علیه السلام)، یعنی «الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها» قرار می‌گیرد (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۶۴/۵ - ۳۶۵).

۲- وقف و حبس، حقیقت مشترکی دارند و تفاوت آن‌ها در مؤبد بودن یکی و موقت بودن دیگری است و آنجا که عمل حبس به صراحت یا به کمک قرینه، به صورت غیر مؤبد و برگشت‌پذیر انشاء شود، دلالت بر نوع موقت آن، یعنی حبس خواهد داشت؛ برخلاف آنجا که این عمل به صورت مؤبد انشاء گردد که در این صورت بر وقف دلالت خواهد نمود؛ زیرا ابدی بودن شرط صحت وقف است (محقق کرکی، ۲۹/۹). شرط بازگشت موقوفه به مالک هنگام نیاز نیز قرینه بر غیر مؤبد بودن عمل انجام شده و بیانگر تعلق اراده واقعی شخص به حبس است.

۳- روایتی که اسماعیل بن فضل از امام صادق (علیه السلام) نقل کرده و در آن آمده است: «اسماعیل پسر فضل، از امام صادق (علیه السلام) درباره مردی که بعضی از اموالش را در زمان حیاتش در راه خیر صدقه می‌دهد (وقف می‌کند) و می‌گوید اگر به چیزی از مال یا غله آن نیازمند شدم، خودم سزاوارتر باشم، آیا این حق برای او هست؛ درحالی که این مال را برای خدا قرار داده؟ آیا این مال در زمان حیات فرد برای خود فرد است که پس از مرگ او، به میراث می‌رسد یا به عنوان صدقه تداوم می‌یابد؟ فرمود: این مال به عنوان میراث به خویشاوندان وی برمی‌گردد.» (شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۷۱/۹) این روایت بر صحت چنین عملی دلالت دارد.

توضیح روایت آن که، عبارت «یرجع میراثاً» ظهور در صحت این عمل به عنوان حبس دارد؛ زیرا اگر چنین عملی از اصل باطل بود، برگشت (رجوع) مال به ملک واقف بی معنی بود؛ چرا که در این صورت، به دلیل بطلان وقف، عین و منفعت مال موقوف همچنان در ملک واقف باقی می ماند؛ به عبارت دیگر، «باید وقف صحیح باشد تا صادق بیاید که بعد موت، رجوع می کند به میراث.» (قمی، ۲۷/۴) ولی حبس این گونه نیست؛ چرا که منفعت ملک در مدت زمان حبس، از ملک حبس کننده خارج می شود و بنابراین، استعمال رجوع در مورد آن به صورت حقیقی صحیح است (حسینی عاملی، ۵۱۵/۲۱).

#### نظر سوم: صحت وقف و شرط

سومین نظریه در خصوص وقف مشروط به بازگشت موقوفه به واقف در صورت نیاز، نظریه صحت وقف و شرط است؛ یعنی چنین عملی با عنوان وقف صحیح است و با بروز نیاز برای واقف، عقد وقف منحل شده و مال موقوفه در اختیار واقف قرار می گیرد. شیخ طوسی در این زمینه می نگارد: «اگر واقف شرط کند که هرگاه به چیزی از موقوفه نیاز پیدا کرد، اختیار فروش موقوفه و تصرف در آن را داشته باشد، چنین شرطی صحیح است و وی اختیار دارد آنچه را که شرط کرده، انجام دهد.» (شیخ طوسی، النهایه، ۵۹۵ - ۵۹۶). شبیه این عبارت را فقهای دیگر از جمله شیخ مفید، سلار و ابن براج در نوشته های خود آورده اند و سید مرتضی بر آن، ادعای اجماع نموده و چنین مسأله ای را از انفادات فقه امامیه برشمرده است (بغدادی، ۶۵۲؛ دیلمی، ۱۹۷؛ ابن براج، ۹۳/۲؛ علم الهدی، ۴۶۸ - ۴۶۹).

مهم ترین دلایل این نظریه، علاوه بر آنچه در مورد صحت شرط در نظریه پیشین ارائه شد (عموم ادله لزوم وفای به عقد و شرط) عبارت از موارد زیر است:

۱- اجماع. نخستین فقیهی که در این مسأله به اجماع استناد کرده، سید مرتضی است. وی می نویسد: «از موضوعاتی که جزو مسائل اختصاصی فقه امامیه محسوب می شود، این سخن است که هر کس وقفی بنماید، جایز است شرط نماید که اگر در زمان حیاتش به آن نیاز پیدا کرد، اختیار فروش موقوفه و بهره برداری از منافعی را داشته باشد. دلیل ما برای این سخن، اتفاق نظر فقهای امامیه است؛ و نیز به این دلیل که موقوفه بودن هر چیز، تابع اختیار واقف و شرایطی که وی قرار می دهد، است. پس اگر آنچه را گفتیم برای خود شرط نماید، مانند سایر شرط هایی خواهد بود که در وقف قرار می دهد.» (علم الهدی، ۴۶۸ - ۴۶۹).

۲- اصل صحت در عقد و شرط. به موجب این اصل، هرگاه در صحت و فساد عقدی به جهت احتمال فقدان شرط یا احتمال وجود مانع، تردید وجود داشته باشد، به صحت آن عقد حکم می شود و عقد، داخل در عموم ادله لزوم وفای به عقد قرار می گیرد (حسینی مراغی، ۱۴/۲). علامه حلی در استدلال به این اصل

برای اثبات صحت وقف مشروط به بازگشت موقوفه هنگام نیاز آورده است: «دلیل ما برای این نظریه، اصل صحت عقد و شرط با هم است.» (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۶/۲۹۱).

۳- روایت محمد بن حسن صفار از امام عسکری (علیه السلام) که در آن فرمود: «الوقوف علی حسب ما یقفها أهلها إن شاء الله.»؛ [امور] وقف‌ها مطابق آنچه صاحبان آن‌ها وقف می‌کنند، خواهد بود؛ إن شاء الله. (طوسی، تهذیب الاحکام، ۹/۱۳۰) اطلاق این روایت شامل شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز نیز می‌شود و بدیهی است چنین شرطی از جمله شروطی نیست که با دلیل از اطلاق این روایت خارج شده باشد؛ زیرا همچنان که پیش از این به اثبات رسید، این شرط خلاف مقتضای عقد وقف نیست و مخالفی هم از سوی کتاب یا سنت در این زمینه وارد نشده است.

۴- دو روایتی که اسماعیل بن فضل از امام صادق (علیه السلام) نقل کرده و سند آن‌ها، طبق اعلام روایت پژوهان، موثق همانند صحیح است (مجلسی، ملاذ الأخیار، ۴۳۳/۱۴؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ۹/۱۵۰) مطابق این دو روایت، بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت تحقق شرط (حصول نیاز) که مورد سؤال روای بوده، مورد تأیید قرار گرفته است و این دلالت بر صحت شرط و صحت عمل صورت گرفته با عنوان وقف دارد.

۵- به اجماع فقها، مشروط ساختن وقف، امری جایز است؛ پس هرگاه شرطی که در ضمن عقد وقف گنجانده شده از بین رود، وقف استمرار نخواهد داشت؛ بنابراین، اکنون که عقد قابل مشروط ساختن می‌باشد و از سوی دیگر، امکان انتقال مال موقوفه از موقوفه‌علیه به دیگری وجود دارد، نباید مانعی در خصوص این شرط وجود داشته باشد (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۶/۲۹۲).

### نقد و ارزیابی

در جمع‌بندی و ارزیابی نظریات سه‌گانه فقهی باید گفت هرچند برخی دلایل ارائه شده برای نظریه سوم، از جمله اجماع مورد ادعای سید مرتضی به دلیل وجود نظر مخالف و نیز اجماع پیش‌گفته علامه حلی به دلیل احتمال مدرکی بودن<sup>۱</sup>، فاقد شرایط اصولی اجماع و بنابراین، غیرقابل استناد برای استدلال هستند، ولی این نظر نسبت به دو نظر دیگر، به دلایل زیر از استواری بیشتری برخوردار و مورد پذیرش است:

۱- پس از اثبات عدم اشتراط دوام در صحت وقف (که پیش از این بیان شد)، می‌توان هر شرطی را که منقطع‌کننده وقف و منتقل‌کننده موقوفه به واقف یا دیگران می‌شود را در عقد وقف گنجانده. اعم از اینکه آن

۱. دلیل این احتمال، روایت معروف محمد بن حسن صفار از امام حسن عسکری (علیه السلام) است که حضرت در جواب نامه وی که درباره وقف و احکام آن پرسیده بود، نوشتند: «الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها إن شاء الله» (طوسی، تهذیب، ۹/۱۳۰) این روایت در کتاب الکافی، از طریق محمد بن یحیی نقل شده است. (نک. کلینی، ۷/۳۷)

شرط، شرط صفتی باشد که در موقوف علیهم در نظر گرفته می‌شود و با زوال آن صفت، وقف در مورد آنان منفسخ می‌گردد؛ یا شرط، عبارت از اختصاص منافع موقوفه به فرد یا افراد خاصی باشد و آنان منقرض شوند و با انقراض آنان، وقف منحل گردد؛ یا نظیر مورد بحث ما، شرط اختصاص به واقف داشته باشد و وی بازگشت موقوفه به خود در زمان نیازمندی اش را شرط کند و در زمانی بعد از تحقق وقف، این شرط حاصل شود و موقوفه به واقف بازگردد. آنچه ممنوع است، مقید کردن وقف به «زمان» خاصی مثلاً یک سال یا صد سال است و طبق نظر پذیرفته شده، وقف باید از این حیث، مطلق انشاء شود. ولی مقید کردن آن به امری غیر از «زمان» که ممکن است در آینده‌ای دور یا نزدیک اتفاق افتد، ممنوع نیست و باعث بطلان وقف نمی‌شود.

۲- مطابق قاعده شروط، مفاد شرط در هر عقدی، هر امری است که مخالف مقتضای ذات عقد یا مخالف کتاب و سنت نباشد. پیش از این به اثبات رسید که شرط بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیازمندی وی، شرطی خلاف مقتضای عقد وقف نیست و علاوه بر آن، مخالفتی از کتاب یا سنت در این باره وارد نشده است. بلکه روایت حسن صفار از امام حسن عسکری (علیه السلام) که لزوم تبعیت وقف از شروط واقف را بیان می‌کند (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۰/۹)، بر مشروع بودن چنین شرطی دلالت می‌نماید؛ بنابراین، وقف مشروط به بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز، عقدی صحیح و دارای اثر است.

۳- به موجب قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود»، عقد از قصد تبعیت می‌کند؛ بنابراین آنجا که اراده شخص به وقف تعلق گرفته، نمی‌توان نتیجه حبس را بر آن مترتب نمود. همچنین به موجب این قاعده، اگر قرار دادن شرط بازگشت موقوفه به واقف با مقتضای عقد وقف تنافی داشته باشد، باید موجب بطلان وقف شود، نه اینکه باعث تغییر ماهیت وقف و تبدیل آن به عقدی دیگر (حبس) گردد (ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد).

۴- ماهیت وقف با ماهیت حبس متفاوت است و نمی‌توان آن دو را یک عقد محسوب نمود. وقف عبارت از حبس مال به صورت مطلق است و این مستلزم فک ملک از مالک است ولی در حبس، منافع مال برای مدتی موقت در اختیار دیگران قرار می‌گیرد و به این دلیل، فک ملک صورت نمی‌گیرد؛ بلکه مال همچنان در ملک حبس کننده باقی می‌ماند؛ بنابراین، مشروط کردن وقف به امری که ممکن است در آینده رخ دهد را نمی‌توان دلیل بر اراده نوع موقت از حبس (حبس به معنای خاص) دانست.

۵- دو روایت اسماعیل بن فضل، به صحت عمل صورت گرفته با عنوان وقف دلالت دارد؛ زیرا از یک سو عبارت «یرجع» ظهور در صحت این عمل تا زمان تحقق شرط و تحقق رجوع با حادث شدن شرط

دارد؛ زیرا رجوع تنها در صورت صحیح بودن عمل مفهوم پیدا می‌کند. از سوی دیگر، عبارت «أویمضی صدقه» دلالت بر اراده «وقف» در سؤال راوی دارد؛ زیرا تنها وقف است که در صورت صحیح نبودن شرط بازگشت موقوفه هنگام نیاز، قابلیت استمرار در زمان بعد از فوت واقف را دارا است و حبس با تحقق فوت برای حابس، در هر صورت باطل می‌گردد.

### تحلیل حقوقی شرط بازگشت موقوفه هنگام نیاز به عنوان شرط فاسخ

پیش از تحلیل موضوع باید یادآور شد در کنار اختلاف نظر فقهی در مورد وضعیت وقتی که مشروط به بازگشت به ملک واقف در صورت نیاز، انشاء می‌شود، در حقوق نیز در مورد صحت وقتی که در هنگام انشاء، به شرط فسخ یا شرط فاسخ مشروط می‌شود، نظر قاطعی ابراز نشده است. در بهترین نظر از میان نظرات موجود در این باره گفته شده است شرط فاسخی که در کنار عقد وقف قرار داده شده باشد، نشان از غیردائمی بودن حبس مورد نظر واقف دارد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۵/۳۴۶)؛ یعنی در واقع، اراده واقعی فرد، بیانگر ماهیت حقوقی عمل وی خواهد بود و از راه تفسیر اراده باید به عنوان حقوقی عمل وی، پی برد.

#### ۱. تعریف شرط فاسخ

آن دسته از دانشمندان حقوق که به بحث نهاد شرط فاسخ توجه نشان داده‌اند، این نهاد را تراضی دو طرف قرارداد درباره انفساخ احتمالی عقد در آینده معرفی کرده (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۵/۴۰۱) و در تعریف آن می‌گویند: «تعلیق انفساخ عقد یعنی وابسته کردن انحلال عقد به تحقق امری در آینده؛ مانند اینکه شخصی خانه خود را به دیگری هبه کند که اگر متهب ظرف دو سال و پیش از واهب فوت کند، عقد هبه منفسخ شود.» (شهیدی، ۵۶)

فقه‌های شیعه، شرط فاسخ را قید انفساخ عقد می‌دانند؛ به این معنا که به محض تحقق شرط، عقد خود به خود و بدون نیاز به هیچ سبب و عملی - جز تحقق شرط - منفسخ می‌گردد (نراقی، ۳۸۶/۱۴؛ صاحب جواهر، ۳۷/۲۳؛ مامقانی، ۶۰؛ طباطبایی بزدی، حاشیه المکاسب، ۲/۴۷۶ - ۴۷۷؛ خوانساری، ۳/۱۵۵؛ خمینی، البیع، ۴/۳۳۴ - ۳۴۵؛ حسینی روحانی، منهاج الفقاهه، ۵/۳۵۹؛ اراکی، ۱۲۲). این تعریف هماهنگ بین دانشمندان فقه و حقوق، تقریباً همان استنباطی است که از سیاق و فحوای صحیح‌ه سعید بن یسار (حر عاملی، ۱۲/۳۵۴)، موثق اسحاق بن عمار (همو، ۱۲/۳۵۵) و روایت معاویه بن میسر (همو، ۱۲/۳۵۵ - ۳۵۶) به دست می‌آید؛ چه اینکه در همه این روایات، از حضرت امام صادق (علیه السلام) درباره معامله‌ای پرسش می‌شود که انفساخ و انحلال قهری آن به رد ثمن مشروط است بدون

اینکه به فسخ و انشای آن، هیچ‌گونه اشاره‌ای شده باشد. حضرت امام صادق (علیه السلام) در پاسخ به پرسش طرح شده، قرارداد مشروط به شرط فاسخ را جایز و عاری از اشکال می‌دانند و تصریح می‌دارند که اگر فروشنده در مدت معین، ثمن را برای خریدار پس آورد، مال به مالک پیشین آن برمی‌گردد.

صحت و مشروعیت شرط فاسخ علاوه بر روایات خاص مورد اشاره، از عمومات وفای به شرط نیز به دست می‌آید. چه آنکه، روایات دال بر وجوب و لزوم وفای به شرط که مطابق نظر برخی از فقها، مستفیض و بلکه متواتر دانسته شده‌اند (انصاری، ۱۱۱/۵؛ خونی، ۲۰۱/۶؛ سبزواری، ۱۱۲/۱۷) و در صحت و توثیق سند آن‌ها هیچ تردیدی وجود ندارد (حرعاملی، ۳۴/۱۲-۳۵۳)، با عموم و اطلاق خویش، بر صحت و اعتبار و لزوم وفای به هر شرط غیر ابتدایی دلالت می‌نمایند که در مخالفت کتاب عزیز خداوند سبحان و سنت رسول اعظم (ص) نباشد (خونی، ۲۰۱/۶) و شرط فاسخ نیز یکی از گونه‌های شرطی است که قرارداد به آن مشروط می‌گردد و مخالفتی از کتاب و سنت نیز برای شرط فاسخ دیده نشده است؛ بنابراین، شرط فاسخ، شرطی صحیح، دارای اعتبار و لازم الوفاء است. (ابن براج؛ شیخ طوسی، ۵۴؛ حلبی، ۱/۲۱۵؛ اردبیلی، ۴۰۱/۸؛ نراقی، ۳۸۶/۱۴؛ حسینی عاملی، ۵۶۵/۴؛ جواهر الکلام، ۳۷/۲۳؛ مامقانی، ۶۰؛ اراکی، ۱۲۲؛ سبزواری، ۱۱۲/۱۷؛ حائری طباطبایی، ۱۸۹/۸؛ طباطبایی، ۳۳۲).

التفات به تعریف شرط فاسخ و مطالب بیان شده، به انطباق شرط نتیجه بر شرط فاسخ اذعان دارد؛ چه آنکه انحلال عقد به محض تحقق شرط مذکور در قرارداد، در حقیقت نتیجه همان اراده طرفین قرارداد به هنگام انشای ایجاب و قبول عقد می‌باشد؛ بنابراین، بی‌تردید باید شرط فاسخ را یکی از مصادیق شرط نتیجه به شمار آورد. لذا تابع احکام و قواعد عمومی آن می‌باشد. این حقیقتی است که بسیاری از دانشمندان فقه شیعه به آن تصریح دارند (عراقی، ۱۴۷/۵؛ طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۴۷۶/۲؛ خمینی، البیع، ۴/۳۳۴ و ۳۳۵ و ۳۳۸؛ حسینی روحانی، منهاج الفقاهه، ۳۵۹/۵؛ همو، فقه الصادق، ۹۸/۱۴).

موضوع شرط فاسخ را نیز «قرارداد غیرممنوع از انحلال ارادی» تشکیل می‌دهد؛ به این معنا که، قرارداد مشروط به شرط فاسخ باید صحیح، منجز و نافذ باشد تا بتوان از وابسته ساختن انحلال آن، سخن به میان آورد. از انحلال ارادی آن نیز، منعی نباید وجود داشته باشد؛ زیرا اگر انحلال قرارداد شرعاً و قانوناً به تحقق سبب یا اسباب معینی موقوف باشد و یا اسباب فسخ قرارداد در اموری مشخص، منحصر گردد، تعلیق انحلال این قرارداد به امری غیر از اسباب مذکور در شرع و قانون، صحیح و روا نخواهد بود (شهیدی، ۶۱؛ انصاری، ۵۹/۶-۶۱).

## ۲. تحلیل حقوقی شرط بازگشت موقوفه به هنگام نیاز

تحلیل و بررسی ماهیت شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز در عقد وقف و نظریه صحت وقف و شرط در فقه در مقابل دو نظریه دیگر (که پیش از این بیان شد)، این حقیقت را آشکار می‌سازد که چنین شرطی در عقد وقف، با شرط فاسخ انطباق کامل دارد؛ زیرا بر طبق آنچه پیش از این در تعریف و بیان ویژگی‌های شرط فاسخ و دلایل پذیرش نظریه صحت وقف و شرط در فقه بیان شد، «موکول ساختن انحلال عقد به شرطی خارجی یا حادثه‌ای در آینده» مضمون اصلی شرط فاسخ را تشکیل می‌دهد و حادثه‌ای که در اینجا، انحلال عقد وقف به آن وابسته شده است، همان «نیازمند شدن واقف به مال مورد وقف» در زمانی بعد از انشای وقف است که مضمون اصلی دو روایت اسماعیل بن فضل از امام صادق (ع) را تشکیل می‌دهد؛ بنابراین با تحقق شرط (نیازمند شدن واقف) در زمانی بعد از تحقق عقد، وقف خود به خود منحل و منفسخ می‌گردد و چون اثر حادثه از هنگام بروز آن است (کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ۱۱۹)، آثار وقف از آن لحظه، از بین می‌رود و مال موقوفه به ملک مالک پیشین آن، یعنی واقف برمی‌گردد و اگر واقف در حالت نیاز فوت کرده باشد، مال به ورثه او تعلق می‌گیرد (رجع میراثاً)؛ زیرا به اقتضای شرط فاسخ، به محض تحقق نیاز، وقف باطل می‌گردد و اگر واقف از تصرف در آن خودداری نماید، دلیل بر عدم نفوذ شرط و بقای وقف نیست؛ بلکه وقف باطل است و آن مال، ملک شخصی وی محسوب می‌شود و این همان نتیجه‌ای است که از پذیرش نظریه «صحت وقف و شرط» در فقه به دست می‌آید.

با دقت در تعریف شرط فاسخ و دلایل پذیرش نظریه مذکور در فقه روشن می‌شود از نظر حقوقی نیز شرط انفساخ تابع احکام خیار شرط نیست؛ بلکه نهادی است جداگانه که نفوذ آن را باید بر طبق قواعد کلی شروط و طبیعت عقد سنجید.

اصل، نفوذ شرط فاسخ است و باید این مسأله را در سایه ماده ۱۰ قانون مدنی مورد تحلیل و بررسی قرار داد. به نظر می‌رسد شرط انفساخ بر معنای ذکر شده از شرط نتیجه انطباق دارد؛ زیرا اولاً شرط فاسخ بر مبنای تراضی و اصل حاکمیت اراده در ضمن عقد قرار داده شده است و همین اراده‌هایی که در تشکیل و انعقاد آن نقش ایفاء کرده‌اند، می‌توانند شرایط آن را تغییر داده یا بر خلاف آن تراضی کنند. ثانیاً شرط فاسخ نیز مانند شرط نتیجه، خود به خود و بدون دخالت اراده تأثیرگذار است و برای ایفاء نقش آن، نیازمند دخالت اراده‌های تشکیل‌دهنده آن یا یکی از آن اراده‌ها نیست؛ بنابراین، انحلال عقد به وسیله شرط فاسخ، در عین حال که سببی ارادی دارد، انحلالی قهری به شمار می‌آید؛ زیرا آنچه باعث انفساخ و از هم گسیختن عقد می‌شود، «حادثه» و امری خارجی است و نه اراده و انشای فعلی طرفین قرارداد؛ وگرنه باید به خیار شرط و فسخ، تعبیر گردد؛ بنابراین باید تفاوت ماهوی میان شرط فاسخ و شرط فسخ در نظر گرفت و شرط

فاسخ را برخلاف شرط فسخ، از اسباب قهری انحلال معاملات به حساب آورد (نک. رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴/۳ مورخ ۱۳۷۱/۱۱/۱۹ به نقل از: بازگیر، ۱۳۸۲: ۶۵).

از همین جا مشخص می‌شود آن‌چنان که در فقه بیان شده است، «شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز، مقتضی آن است که با تحقق شرط، برگشت مال موقوفه به واقف، متوقف بر فسخ عقد توسط وی و انشائی مستقل نباشد؛ بلکه به مجرد ظهور شرط (همان بروز نیاز)، وقف منفسخ گردد و این همان معنای ظاهری از شرط واقف است؛ زیرا شرط واقف، بازگشت موقوفه هنگام نیاز است، نه بازگرداندن موقوفه؛ بنابراین، با تحقق نیاز، موقوفه عملاً به ملک واقف باز می‌گردد و دلیل آن، ظاهر شرط و داخل بودن آن در عموم «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد.» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۶۷/۵ - ۳۶۸؛ همو، حاشیه شرایع الاسلام، ۵۲۶).

همان‌طور که از این دیدگاه فقهی به خوبی برمی‌آید، انحلال وقف در صورت بروز نیاز برای واقف، تشریفات و شکل خاصی ندارد و صرف تحقق نیاز، وقف را خود به خود از بین می‌برد و لازم نیست فسخ آن به وسیله یکی از طرفین وقف انشاء گردد؛ بلکه فسخ آن به موجب تحقق شرطی صورت می‌گیرد که در لحظه انشای وقف، انشاء شده و به آن پیوند داده شده است و زمان اثرگذاری آن، اکنون و در زمانی متأخر از زمان اثرگذاری انشای مربوط به وقف فرارسیده است. از تطبیق این سخن بر ماهیت شرط فاسخ در فقه و حقوق روشن می‌گردد که در آنجا نیز انشای انحلال و انفساخ قرارداد مشروط به شرط فاسخ، ضمن انشای خود عقد به عمل می‌آید ولی زمان تشکیل و تحقق عقد با زمان تحقق انفساخ یکی نیست؛ هرچند که زمان انشای آن دو به لحاظ وحدت خود انشاء، یکی می‌باشد.

بنابراین شرط بازگشت موقوفه به مالک هنگام نیاز منطبق بر شرط فاسخ است و با شرط فسخ، تفاوت ماهوی دارد؛ زیرا در شرط فسخ (خیار شرط)، انحلال عقد به موجب انشای فعلی دارنده حق فسخ صورت می‌پذیرد و اگر در فسخ عقد در زمان معین، کوتاهی کند و وضع موجود را به حال خود واگذارد، عقد همچنان استمرار خواهد داشت. ولی در شرط فاسخ و شرط بازگشت موقوفه به مالک هنگام نیاز، در صورت بروز نیاز برای واقف، وقف به صورت قهری و خارج از اراده او و بدون نیاز به انشای فسخ توسط وی انحلال می‌یابد؛ به عبارت دیگر، انحلال عقد به وسیله شرط فاسخ، در عین حال که سببی ارادی دارد، انحلالی قهری به شمار می‌آید؛ زیرا آنچه باعث انفساخ و از هم گسیختن عقد می‌شود، «حادثه» و امری خارجی است و نه اراده و انشای فعلی طرفین قرارداد؛ وگرنه باید به خیار شرط و فسخ، تعبیر گردد. از این رو، شرط فاسخ برخلاف شرط فسخ، از اسباب قهری انحلال معاملات به حساب می‌آید (نک. رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴/۳ مورخ ۱۳۷۱/۱۱/۱۹ به نقل از: بازگیر، ۱۳۸۲: ۶۵).

نکته دیگر آنکه، مطابق قاعده «الوقوف علی حسب ما یقفها أهلها» (بجنوردی، ۲۲۷/۴ - ۳۱۶)، وقف در نحوه انعقاد و اداره و اجرا، تابع نظر و اراده واقف است و وی می‌تواند هرگونه شرطی را که مخالف کتاب و سنت یا مخالف مقتضای وقف نباشد، برای تحقق آن بگمارد و هر طرحی را برای اداره موقوفه بریزد. شرط بازگشت موقوفه به واقف در صورت نیاز نیز از همین قبیل است و مخالفتی از کتاب و سنت در مورد آن وجود ندارد و بلکه بسیاری از فقها به جواز آن تصریح کرده‌اند و نیز تخالفی میان آن و مقتضای عقد، به اثبات نرسیده است و آنچه در مورد مخالفت این شرط با ویژگی دائمی و ابدی بودن وقف گفته شده است، بنا به اجماع پیش‌گفته سید مرتضی در خصوص صحت چنین وقف و شرطی (علم‌الهدی، ۴۶۸ - ۴۶۹) و استدلال تکملة العروه و دلیل تحریر الوسیله، مبنی بر «قلمداد شدن تأیید در وقف به اقتضای اطلاق وقف و نه مطلق وقف» (طباطبایی یزدی، تکملة العروه، ۲۰۳/۱؛ سیفی مازندرانی، ۱۳۵) مردود است.

نباید چنین تصور کرد که شرط فاسخ، حاصل تراضی دو طرف قرارداد است ولی شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز، حاصل حکومت اراده یکی از طرفین عقد وقف، یعنی واقف است و اراده و رضایت موقوف‌علیه در آن نقشی ندارد؛ بنابراین، این دو نهاد با همدیگر تفاوت دارند؛ زیرا علاوه بر این که وقف، به تصریح قانون مدنی و مشهور فقهای امامیه، «عقد» است و جز با قبول از طرف مقابل، محقق نمی‌گردد؛ قاعده کلی «الوقوف» نیز بر صحت چنین اشتراطی در وقف، دلالت دارد. توضیح آنکه، عقد، حاصل «توافق دو اراده» است و از دو انشای متقابل به وجود می‌آید. از این رو به همان اندازه که اراده واقف در ایجاد و تحقق مضمون اصلی وقف و شرط نقش دارد، اراده موقوف‌علیه نیز به عنوان طرف قبول در ایجاد و تحقق آن نقش دارد؛ بنابراین، نتیجه به دست آمده، منتسب به اراده هر دو طرف عقد است. هرچند مشروطه در این گونه از عقد و شرط، واقف است و طرف مقابل او (موقوف‌علیه)، صرفاً نقش قبول را ایفا می‌کند و جز الحاق بدین طرح، نقشی ندارد (کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین، ۱۷۲/۳) و این تصویر از عقد وقف، آن را به عقود الحاقی نزدیک می‌سازد ولی این باعث نمی‌شود عنوان «عقد بودن» از آن ستانده شده و نقش «قبول» در آن نادیده گرفته شود. علاوه بر این که کسی در عقد بودن عقود الحاقی تردید نکرده است.

ویژگی اختصاص داشتن شرط فاسخ به «عقد غیر ممنوع از انحلال ارادی» نیز در مطلب مورد نظر ما اشکالی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا از یک سو، پیش از این به اثبات رسید که ابدی بودن، شرط صحت وقف نیست و آنچه باعث بطلان عقد می‌شود، تقیید وقف به زمان خاصی مثلاً یک سال یا ده سال می‌باشد و اساساً وقف غیر مؤبد، مانند وقف بر موقوف‌علیه‌می که غالباً منقرض می‌شوند صحیح است (اسکافی، ۲۳۴؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۰۲/۶ - ۳۰۴)؛ بنابراین شرط بازگشت موقوفه هنگام نیاز، مخالفتی

با قابل انحلال ارادی نبودن وقف ندارد. از سوی دیگر، انحلال به وسیله شرط فاسخ، در عین حال که سببی ارادی دارد، انحلالی قهری به شمار می‌آید؛ زیرا آنچه باعث انفساخ و از هم گسیختن عقد می‌شود، «حادثه» و امری خارجی است و نه اراده و انشای فعلی طرفین قرارداد؛ وگرنه باید به خیار شرط و فسخ، تعبیر گردد.

### نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفت، نتایج زیر به دست می‌آید:

۱- دوام داشتن و ابدی بودن - علیرغم اجماعی که در این زمینه وجود دارد - به دلایل متعدد و از جمله مدرکی بودن اجماع مورد ادعا و مخالفت برخی دیگر از فقها، شرط صحت وقف نیست و تنها مقتضای اطلاق عقد وقف است و از این رو شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز، مخالفتی با مقتضای ذات عقد وقف ندارد.

۲- نظریه «صحت وقف مشروط به بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز و استمرار وقف تا زمان بروز شرط» در فقه، در مقابل دو نظریه دیگر که قائل به بطلان کلی این عمل و یا صحت آن با عنوان حبس و نه وقف هستند، به دلیل قرار گرفتن در عموم ادله لزوم وفای به عقد و شرط، ادله لزوم تبعیت عقد از قصد، قاعده الوقوف، قاعده شروط و دلالت ظاهری روایاتی که در این زمینه وجود دارد، از استحکام و استواری بیشتری برخوردار و مورد پذیرش قرار گرفته است.

۳- «شرط بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز» در فقه، با «شرط فاسخ» در حقوق که قرارداد صحیح نافذ را از زمان تحقق شرط در حالت انفساخ قرار می‌دهد و نوعی از شرط نتیجه محسوب می‌شود، انطباق کامل دارد؛ بنابراین و بر اساس نظر مورد پذیرش در فقه، امکان قرار دادن شرط فاسخ در عقد وقف وجود دارد و وقف مشروط به بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز، صحیح است و تا زمان تحقق نیاز برای واقف استمرار می‌یابد و بعد از آن منحل می‌گردد.

۴- به رسمیت شناختن شرط فاسخ در عقد وقف، مطابق با اصل حاکمیت اراده در حقوق و قاعده «الوقوف» در فقه است و این باعث قرار گرفتن وقف در شمول قواعد عمومی قراردادها و همسوئی آن با سایر عقود لازم می‌گردد.

### منابع

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کتاب فی الوقف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر؛ طوسی، محمد بن حسن، *جواهر الفقه - العقائد الجعفریة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسيلة إلى نیل الفضیلة*، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- ابن حیون، نعمان بن محمد، *دعائم الإسلام*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ دوم، ۱۳۸۵ ق.
- ابن داود حلّی، حسن بن علی، *الجوهرة فی نظم التبصرة*، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- اراکي، محمدعلی، *الخيارات*، قم، فی طریق الحق، ۱۴۱۴ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان*، مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاودی، حسین یزدی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۱ ق.
- اصفهانى، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، منشورات مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۴۱۸ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، *المکاسب*، قم، مجمع الفکر الإسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۰ ق.
- بازگیر، یدالله، *قانون مدنی در آینه آرای دیوان عالی کشور (عقود و تعهدات)*، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیة*، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الى تحصيل مسائل الشریعه*، عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، دار احیاء التراث، ۱۳۸۲ ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- خمینی، روح الله، *البیع*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ ق.
- \_\_\_\_\_، *تحریر الوسيلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
- خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.

- خوئی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، محمدعلی توحیدی تبریزی، قم، مؤسسه انصاریان، الطبعة الاولى، ١٤١٧ ق.
- رحمانی، محمد، «شرط خيار رجوع به وقف هنگام نیاز از نگاه آیه الله سید احمد خوانساری»، *مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)*، شماره ١٧ و ١٨، ١٣٧٨، صص ٢٧٤ - ٣٠٩.
- روحانی، صادق، *فقه الصادق*، قم، المطبعة العلمية، الطبعة الاولى، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *منهاج الفقاهه*، قم، بی تا، الطبعة الاولى، ١٤١٨ ق.
- روحانی، محمد، *المرتقى إلى الفقه الأرقى (كتاب الخيارات)*، تهران، مؤسسة الجلیل للتحقیقات الثقافية (دار الجلی)، چاپ اول، ١٤٢٠ ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، *مهذب الاحكام فی بیان حلال و الحرام*، نجف، دفتر مؤلف، الطبعة الاولى، ١٤١٦ ق.
- سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفاية الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤٢٣ ق.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة و الأحكام النبویة*، قم، منشورات الحرمن، چاپ اول، ١٤٠٤ ق.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر، *دلیل تحریر الوسيلة - الوقف*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ١٤٣٠ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٤ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *حاشیة شرائع الإسلام*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤٢٢ ق.
- \_\_\_\_\_، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٣ ق.
- شهیدی، مهدی، *سقوط تعهدات*، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ١٣٨١.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ١٤٠٤ ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ١٤١٨ ق.
- طباطبائی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *تکملة العروة الوثقی*، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ١٤١٤ ق.
- \_\_\_\_\_، *حاشیة المكاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ١٤٢١ ق.
- طباطبائی، محمد، *المناهل*، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، بی تا.

طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.

\_\_\_\_\_، *النهاية في مجرد الفقه والفتاوى*، بيروت، دار الكتاب العربي، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.

\_\_\_\_\_، *تهذيب الأحكام*، تهران، دار الكتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.

عابدی، محمد، *اجل در تعهدات و قراردادهای*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۵.

عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

عراقی، ضیاء‌الدین، *شرح تبصره المتعلمین*، محمد حسون، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، دفتر انتشارات اسلامی، قم: چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

\_\_\_\_\_، *قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

\_\_\_\_\_، *مختلف الشيعة في أحكام الشريعة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

علم‌الهدی، علی بن حسین، *الانتصار في انفرادات الإمامية*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

علیشاهی قلعه‌جوقی، ابوالفضل؛ ارژنگ، اردوان، «مناسبت حکم و موضوع: کارکردها و سازوکارهای تشخیص در بیان فقیهان»، *مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۱، زمستان ۱۳۹۱، صص ۸۶-۶۷.

فخر المحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.

فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، *الوافی*، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.

القطن الحلی، شمس‌الدین محمد، *معالم الدین في فقه آل یاسین*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.

قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات في أجوبة السؤالات*، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادهای*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۹۲.

\_\_\_\_\_، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران: مؤسسه نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۴.

کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

کاشف الغطاء، عباس، *منهل الغمام في شرح شرائع الإسلام*، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران: دار الكتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.

شماره ۱۱۹	فقه و اصول	۷۴
	مامقانی، عبدالله، <i>نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال</i> ، نجف، المطبعة المرتضویه، الطبعة الاولى، ۱۳۴۵ ق.	
	مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، <i>مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول</i> ، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق.	
	_____، <i>ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار</i> ، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.	
	محقق حلّی، جعفر بن حسن، <i>المختصر النافع فی فقه الإمامیة</i> ، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.	
	_____، <i>شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.	
	_____، <i>نکت النهایة</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.	
	محقق داماد، مصطفی، <i>قواعد فقه (بخش مدنی)</i> ، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ق.	
	محقق کرکی، علی بن حسین، <i>جامع المقاصد فی شرح القواعد</i> ، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.	
	مفید، محمد بن محمد، <i>المقنعة</i> ، قم، کنگره جهانی هزازه شیخ مفید - رحمة الله علیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.	
	نراقی، احمد بن محمد مهدی، <i>مستند الشیعه فی أحكام الشریعه</i> ، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ ق.	

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. 4, Issue 119

Winter 2020

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v51i4.68818>



انفهور

سال پنجاه و یکم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۹، دانشگاه اوزبک

زمستان ۱۳۹۸، ص ۷۵-۹۲

## نقد و تحلیل دیدگاه مشهور در تعیین سال خمسی و دوره زمانی کسر مئونه از ربح\*

دکتر محمدرضا کیخا<sup>۱</sup>

دانشیار دانشگاه سیستان و بلوچستان

Email: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

محمدعلی قادری

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان

Email: mohamad.gh.fani@gmail.com

### چکیده

خمس ارباح مکاسب، به اجماع فقها پس از کسر مخارج عرفی فرد و عائله واجب النفقه، محاسبه می‌شود؛ از این رو تعیین مبدأ و پایان زمانی جهت محاسبه مئونه ضروری است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که اولاً: در هیچ موضعی از روایات، تصریح به تعیین سال خمسی نشده است و روایت علی بن مهزیار مورد استناد هم منطبق بر شرایط استثنایی آن دوره، از معصوم صادر شده و در این مسئله قابل استناد نیست. حجیت اجماع منقول نیز با توجه به مخالفت برخی از فقها و مدرکی بودن و تنافی با روایت امام صادق (ع) مردود است. از سویی مبدأ این واجب موسع، نه شروع به کسب است و نه سپری شدن یک سال از شروع به کسب یا ظهور ربح، بلکه تنها معیار وجوب خمس، ظهور ربح و مازاد بر مئونه بودن است. تفصیل بین مشاغل با درآمدهای تدریجی و دفعی، نیز بی‌مبنا است.

**کلیدواژه‌ها:** خمس، سال خمسی، متعلق خمس، مئونه.

\* تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۸/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۴/۱۶. (این مقاله بنابر نظر داوران و مصوبه هیئت تحریریه، علمی پژوهشی محسوب است.)

۱. نویسنده مسئول

### **Critique and analysis of the famous opinion on determination of Khumsi year and the period of deducting expense from profit**

**Mohammad Reza Kheikhah, Ph.D.** Associate Professor, University of Sistan and Baluchestan (Corresponding Author)

**Mohammad Ali Ghaderi, Ph.D.** Student of Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, University of Sistan and Baluchestan

#### **Abstract**

According to the Islamic jurists' Idjma, Khums of profits of income must be calculated after deduction of customary expenses of the duty-bound and those family members entitled to receive maintenance; hence the need to determine the beginning and end of a period to calculate expenses. The results of this research are as follows: first. Determination of Khumsi year has not been expressed in any parts of the narrations and the Ali ibn Mahzyar's narration which is resorted to has been issued by the Infallible under the exceptional circumstances of the particular time and recourse may not be had thereto in this regard. The authority of narrated Idjma is also refused given the opposition of some Islamic jurists and the fact that its source is known and due to its contradiction with Imam Sadegh's narration. In addition, the beginning of this expanded duty is not either the start of the business or lapse of one year from the start of the business or the rise of profit, but the only criteria for duty to pay Khums is the rise of profit and it being surplus to expenses. Distinction between businesses with immediate or gradual incomes is meaningless too.

**Keywords:** khums, khumsi year, khums subject, expense

## مقدمه

یکی از متعلقات خمس «ارباح مکاسب» است. هرکسی از کسب مشروعی سودی به دست آورد، بعد از اخراج مئونه<sup>۱</sup> سالیانه خود و عیال واجب النفقه اش، باید از باقیمانده سود، خمس آن را بپردازد. این مورد خمس از مسلمانات نزد علماء شیعه است، علاوه بر اجماعی بودن این حکم در میان شیعه، در روایات عامه نیز اشارتی بدان آمده است (ابن حسام، ۶۵/۷). بنابر دیدگاه علماء معاصر و مشهور علماء قدیم، مئونه‌ای که از سود کسر می‌شود، برای یک بازه زمانی یکساله محاسبه می‌گردد؛ که شروع آن از زمان شروع به تکسب یا ظهور اولین ربیع بوده و شامل تمامی شغل‌ها - چه شغل‌های با درآمد دفعی و چه درآمد تدریجی - می‌شود. اما این شیوه محاسبه با اشکالاتی مواجه است که عبارت‌اند از:

اولاً: از حیث ادله نقلیه، هیچ دلیل صریحی بر تعیین سال خمسی و کسر مئونه به شیوه مذکور وجود ندارد.

ثانیاً: با بررسی روایات باب خمس درمی‌یابیم، که شارع با حکم جواز کسر مئونه از سود، به دنبال پیش‌گیری از ایجاد عسر و حرج و فقر برای مکلفان است. اما بر اساس شیوه رایج، اگر فرد فقیر و محتاجی، لحظاتی قبل از اتمام سال خمسی اش مالی را کسب کند، باید خمس آن را بپردازد، اگرچه خود به آن محتاج باشد. خصوصاً اگر قائل باشیم به اینکه هدیه و ارث و امثال این‌ها نیز متعلق خمس هستند؛ در این صورت حتی صدقه‌ای که به فقیر داده می‌شود نیز خمس دارد. حال آنکه سیره معصومان کمک به فقراء و مساکین بوده است، نه آنکه برسختی زندگی‌شان بیفزایند.

ثالثاً: در این شیوه معنای حقیقی کسر مئونه تحقق پیدا نمی‌کند. چرا که مکلف مجالی برای کسر مئونه به معنای تهیه موارد نیاز حقیقی خود و عیالش، نخواهد داشت. خصوصاً در مورد کسانی که دارای درآمدهای تدریجی بوده و یا کسب اتفاقی دارند؛ و درآمدهای آن‌ها در روزهای پایانی سال خمسی به دست می‌آورند.

رابعاً: اگر مکلفی دارای کسب دیر بازده باشد (همانند بسیاری از تجارت‌ها) و در طول سال به سود کارش دست نیافت و تنها یک روز بعد از سال خمسی به سود کلانی رسید؛ در این صورت براساس شیوه محاسبه رایج، او ملزم به پرداخت خمس از آن مال نخواهد بود. ولی اگر یک روز قبل آن را به دست می‌آورد، باید یک پنجم آن را می‌پرداخت. و این علاوه بر باز کردن یک راه حيله شرعی، باعث عدم تفاوت بین غنی و فقیر شده، که خلاف مقصود شارع است. زیرا مکلفان می‌توانند با تبانی، دریافت سود خود را تا شروع سال خمسی جدید به تأخیر اندازند.

۱ معنای لغوی مَوْنًا و مَوْنَةٌ [مَوْن]؛ مخارج او را تأمین نمود و روزی او را بر عهده گرفت (زبیدی، ۷۷۲).

لذا در این مقاله قصد داریم ضمن بررسی مبانی و نظرات فقهاء در زمینه مبنای محاسبه مبدأ سال خمسی، نقدهای مطرح بر شیوه مذکور را بررسی کنیم و پاسخی منطقی و علمی برای سؤالات ذیل به دست آوریم:

**اولاً:** بر فرض قبول استثنای مئونه کسب و عیال از این قسم، بازه زمانی استثنای مئونه، کدام است؟ روز یا ماه یا سال؟ و ثانیاً: مبدأ سال خمسی از چه زمانی خواهد بود؟ زمان تکسب یا زمان ظهور یا حصول ربح؟ ثالثاً: زیادتی ربح - چه بر مبنای زمان تکسب و چه زمان ظهور و حصول ربح - بعد از محاسبه مئونه در مورد افراد چند شغله و افرادی که دارای درآمد تدریجی هستند، چگونه محاسبه می‌شود؟

### بازه زمانی محاسبه مئونه

محاسبه مئونه امری ساری است که تدریجاً اتفاق می‌افتد و در ظرف زمان امکان‌پذیر است. لذا ضروری است به این سؤال پاسخ داد که بازه زمانی محاسبه مئونه چه قدر است؟ پاسخ به این سؤال، با این مشکل مواجه است که در روایات اسمی از زمان محاسبه مئونه نیامده و مشهور بین علماء (مکارم، انوار الهدایه، ۳۷۳) این است که گذر یک سال در هیچ یک از انواع خمس شرط نیست، اما در خصوص سود کسب، تسالم فقهاء دلالت دارد بر این که مکلف اجازه دارد در یک دوره زمانی یک ساله، مئونه را محاسبه نموده<sup>۱</sup> و هر آنچه اضافه آید، خمس آن را بپردازد.<sup>۲</sup> و دلائل مطرح از جانب برخی از علماء<sup>۳</sup> بر اثبات آن عبارت است از:

۱. اجماع: ابن ادریس حلی (۴۸۹/۱) و علامه حلی (تذکره، ۲۵۳/۱) از فقهای هستند که در این مسئله تصریح به اجماع کرده‌اند، اما مخالف این دیدگاه، «ابن براج» است که در کتاب المهدب خود می‌گوید: «زمان وجوب اخراج خمس، وقت حصول مال است؛ بدون در نظر گرفتن گذشت سال یا چیز دیگری». (ابن براج، ۱/۱۷۹).

اما اثبات تحقق اجماع در این مسئله، مشکل است. چراکه برخی از علماء، اصل وجوب خمس ارباح مکاسب را ذکر نکرده‌اند (طباطبائی حائری، ۱/۲۹۶؛ صیمری، ۱/۲۹۸)، چه برسد به تعیین سال خمسی. و فارغ از آن، با توجه به استدلال علماء به روایت علی بن مهزیار، اجماع مذکور مدرکی بوده و عدم حجیت

۱ مشهور علماء معتقدند، وجوب پرداخت خمس با ظهور ربح یا شروع به تکسب است و تأخیر آن تا یک سال از باب احتیاط است. (فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۱/۲۲۷؛ امام خمینی، تحریر، ۱/۳۶۱). اما ابن ادریس حلی، پرداخت خمس را تنها پس از گذشت یک سال واجب می‌داند (۱/۴۸۹).

۲ رک: علامه حلی، ارشاد، ۱/۲۹۲، محقق حلی، ۱/۶۳؛ شهید اول، ۱/۲۵۸، و شیخ طوسی، الخلاف، ۲/۱۱۸ و...

۳ از جمله: صاحب مدارک، ۵/۳۸۵ و صاحب جواهر ۱۶/۷۹ و محقق اردبیلی، ۴/۳۱۷.

آن واضح است (شوشتری، ۱/۴۴). خصوصاً که روایت مذکور که در ذیل بررسی شده، از نظر مدلول مطرود است.

۲. روایات: در مورد روایات به دو صورت استدلال شده است. اول: آقای بروجردی یک استدلال کلی در مورد روایات باب خمس دارند، به این صورت که: «عمده ای از روایات در باب محصولات کشاورزی است که محصول آن‌ها به صورت سالیانه حاصل می‌شود و مئونه نیز به همان نسبت یکساله کسر می‌شود و از طرفی با توجه به یکسان بودن حکم وجوب خمس در محصولات کشاورزی با صنایع و تجارت، مشخص می‌شود که این موارد نیز باید سال به سال لحاظ شود.» (بروجردی، زبدة المقال، ۹۱).  
دوم: استدلال به تنها روایتی که در آن اشاره به «زمان» شده - البته برای پرداخت خمس، نه کسر مئونه - روایتی طولانی از علی بن مهزیار است (حرعاملی، ۵۰۱/۹) و برخی از فقهاء (مکارم، انوار الهدایه، ۳۳۳؛ بروجردی، زبدة المقال، ۹۲) به چهار جمله از آن استناد کرده‌اند: جمله اول: «وَلَمْ أُوجِبْ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ فِي كُلِّ عَامٍ» جمله دوم: «إِنَّمَا أُوجِبْتُ عَلَيْهِمُ الْخُمْسَ فِي سَنَتِي هَذِهِ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ الَّتِي قَدْ حَالَ عَلَيْهِمَا الْحَوْلُ» جمله سوم: «فَأَمَّا الْغَنَائِمُ وَالْفَوَائِدُ فَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِمْ فِي كُلِّ عَامٍ» جمله چهارم: «فَأَمَّا الَّذِي أُوجِبُ مِنَ الصِّيَاعِ وَالْغَلَّاتِ فِي كُلِّ عَامٍ» و استدلال شده است که با توجه به استعمال کلمه سال در این عبارات، خصوصاً عبارت «فَأَمَّا الْغَنَائِمُ وَالْفَوَائِدُ...» کسر مئونه و پرداخت خمس باید سال به سال صورت گیرد، چراکه امام با در نظر گرفتن پیش فرض ذهنی مردم در مورد سال خمسی این بیان را فرمودند (بروجردی، زبدة المقال، ۹۲ - ۹۳).

#### تحلیل و نقد ادله:

اول: در پاسخ به دیدگاه بروجردی باید گفت اولاً: اگرچه تمام مکاسب از جهت عنوان، تحت موضوع حکم وجوب خمس قرار می‌گیرند، و از جهت قید کسر مئونه نیز یکسان هستند، اما عقلاً و عرفاً کسر مئونه زمانی ممکن است که ربیع حاصل شده باشد، پس بین کسر مئونه و زمان حصول ربیع تلازم است و این تنها معیاری است که از اطلاق روایات<sup>۱</sup> استدراک می‌شود و پس در تمام مکاسب - فارغ از تدریجی الحصول بودن یا دفعی بودن - معیار حصول ربیع است، نه گذر سال.

دوم در مورد روایت علی ابن مهزیار از جهت سند این روایت صحیح السند است و تمام رواات آن ثقه هستند (ر.ک: مکارم، انوار الهدایه، ۳۰۴). پس از جهت سند نمی‌توان به آن خدشه‌ای وارد نمود. اما از

۱ ر.ک: روایت امام رضا (ع): «... أن الخمس بعد المئونه» (حرعاملی، ۵۰۸/۹) و روایت از امام صادق (ع): «...حَتَّى الْخِيَابُ - بِخَيْطٍ قَمِيصاً بِخُمْسِهِ دَوَانِقٍ - فَلَنَا مِنْهُ دَانِقٌ - إِلَّا...» (همو، ۵۰۳/۹)

نظر دلالت و ظواهر بر آن اشکالاتی وارد شده و تعدادی از علماء، ظاهر آن را مطرود دانسته‌اند (عاملی، ۳۷/۵). و برخی از علماء نیز در صدد پاسخ برآمده‌اند (سبحانی، ۲۸۰) که تفصیل آن چنین است:

**نقد استناد بر عبارت اول:** کلمه «عام» در عبارت «فی کلّ عام...»، اشاره به تشریح سال خمسی و کاشف از رخصت امام به مکلفان، جهت کسر مئونه نیست. بلکه عبارت مذکور به دایره زمانی حجیت خود حکم اشاره دارد. دلیل این معنا این است که:

اولاً: امام (ع) پیش از بیان عبارت مذکور، در ابتدا به عنوان مقدمه نکاتی را می‌فرمایند، از جمله: «همانا آن چه واجب اعلام می‌کنم تنها در سال جاریست... و کراهت دارم از بیان برخی مطالب به جهت خوف از انتشار آن»<sup>۱</sup> و «قصد دارم شیعیان را در سال جاری در امر خمس پاک کنم»<sup>۲</sup>. کلمه «سال» در تمام این عبارات به عنوان قیدی برای حکم است، تا مردم بدانند حکم امام مخصوص همان سال است. و سپس امام با بیان عبارت «وَلَمْ أُوجِبْ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ فِي كُلِّ عَامٍ» به صراحت فهماندند که حکم امسال با سال‌های گذشته متفاوت است و برخلاف آن سال‌ها - که پرداخت خمس واجب نبود - امسال واجب است. پس اساساً ذکر «سال» در تحدید موضوع حکم و تعیین متعلق خمس و شیوه پرداخت آن نقشی ندارد. ثانیاً: هدف امام از ذکر سال «۲۲۰ ق» اخبار از حادثه مهمی است که در انتظار جامعه بود، و آن اتمام عمر شریف حضرت بود. لذا دریافت مفهوم سال خمسی مصطلح از این عبارات صحیح نیست؛ خصوصاً که سال خمسی تمام مردم یکسان نیست و همچنین امام هم در مقام بیان تعیین سال خمسی نبودند.

**نقد استناد به عبارت دوم:** «إِنَّمَا أُوجِبْتُ عَلَيْهِمُ الْخُمْسَ...»

اولاً: اگر محل استشهداد، کلمه «فِي سَنَتِي هَذِهِ» باشد، علاوه بر موارد قبل، باید توجه شود «سنة» قیدی برای حکم است، نه قیدی برای تعیین دوره کسر مئونه و پرداخت خمس. خصوصاً که ادات حصر در ابتدای آن آمده و آن را محدود به همان سال کرده.

ثانیاً: اگر محل استشهداد عبارت: «قَدْ حَالَ عَلَيْهِمَ الْحَوْلُ» باشد. و بخواهند بگویند امام (ع) با این عبارت فهماندند که برای تمام متعلقات خمس یک‌سال مهلت وجود دارد. باید در پاسخ گفت اولاً: اگر «گذشت یک سال» در تمام موارد ارباح مکاسب شرط بود، نباید امام این قید را فقط در مورد طلا و نقره به کار می‌برد؛ بلکه برای موضوعات بعدی هم ذکر می‌نمودند. ثانیاً: عبارت قبل، یک قرینه است که حکم مذکور برای اعم از مشافهین و حاضرین و غیر آن نیست. بلکه یک تخفیف با توجه به شرایط آن زمان است. ثانیاً: مهلت یکساله، تنها در ارباح مکاسب پذیرفته شده، نه در موارد دیگر خمس. ولی روایت عام

۱ «إِنَّ الَّذِي أُوجِبْتُ فِي سَنَتِي - هَذِهِ وَ هَذِهِ سَنَةُ عَشْرِينَ وَ مَائَتِينَ فَقَطْ - لِمَعْنَى مِنَ الْمَعَانِي أَكَرَهُ تَفْسِيرَ الْمَعْنَى كُلَّهُ - خَوْفًا مِنَ الْإِنْتِشَارِ»  
 ۲ «وَأَرْكَبُهُمْ بِمَا فَعَلْتُ مِنْ أَمْرِ الْخُمْسِ فِي عَامِي هَذَا»

است و شامل موارد دیگر خمس نیز هست، پس مقید کردن آن به سال خمسی معنا ندارد (حکیم، ۱/ ۲۲۶).

نقد استناد به عبارت سوم: «فَأَمَّا الْغَنَائِمُ وَالْفَوَائِدُ فَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِمْ فِي كُلِّ عَامٍ» ظاهر روایت تا حدی دچار تناقض است و برداشت تعیین سال خمسی از ظاهر آن منتفی است و قطعاً مراد از آن سال خمسی نیست. جهت ادراک این موضوع باید به نکات ذیل توجه کرد.

اولاً: ظاهراً امام (ع) با آوردن «فاء»<sup>۱</sup> و «أما»<sup>۲</sup> در «فَأَمَّا الْغَنَائِمُ» ضمن اشاره به تغییر موضوع سخن، بین موضوع جدید با موضوع قبل تفصیل می‌دهند. و تفصیل به این دلیل است که حکم موضوع جدید با موارد قبل متفاوت است. یعنی بر خلاف موارد قبل که خمس واجب نبود، در مورد «غنائم و فوائد» واجب است. و این تفصیل نیاز به قید زمان داشت، و امام (ع) برای تعیین آن از «کُلِّ عَامٍ» استفاده نمودند.

ثانیاً: با دقت در معنای «الْغَنَائِمُ وَالْفَوَائِدُ» تناقض ظاهری روایت مشخص می‌شود. امام (ع) با ذکر «فوائد» معنای کلمه غنائم را نیز توضیح دادند. و سپس فرمودند: «فَهِيَ الْغَنِيمَةُ يَغْنُمُهَا الْمَرْءُ وَالْفَائِدَةُ يَفِيدُهَا» و به صورت مختصر پاسخی به شبهه «عدم تعلق خمس به غیر از غنائم جنگی» را نیز دادند. معنای لغوی غنائم جمع الغنیمه از ریشه «غنم» و به معنای «فیء» یعنی آنچه بدون جنگ از کفار به دست آید و «غُنْمًا» بالضم و «غُنْمَه» را «زیادته و نَمَاوَه و فاضل قیمته» یعنی سود و فایده معنا کرده‌اند (ابن مکرم، ۱۲/ ۴۴۵). در کتاب شمس العلوم: «أصل الغنم: الربح و الزيادة.» آمده است. (حمیری، ۸/ ۵۱۹) اما معنای فائده از ریشه فود، در «تاج العروس» به معنای: به دست آوردن یا از دست دادن مال یا ... است (زبیدی، ۵/ ۱۷۱). در روایتی از اصول کافی از معصوم (ع) سؤال شد منظور از فائده چیست؟ حضرت در جواب فرمودند: «... و فایده آنچیزی است که به تو برسد از سود تجارت‌ها، یا محصول کشاورزی که به ثمر رسیده، یا جایزه...» (عاملی، ۱/ ۵۴۵) در نتیجه معنای «غنیمت» اعم از غنائم جنگی است و شامل کلیه اموال و منافع مکتسب انسان می‌شود.

اما تناقض مورد بحث در روایت، با توجه به معنایی که برای «غنائم و فوائد» ذکر شد، ظاهر می‌شود. زیرا قبل از اینکه امام (ع) حکم و جوب پرداخت خمس «غنائم و فوائد» را ذکر کنند، بسیاری از مصادیق این دو از «سود تجارت‌ها و خدم و حشم و ظروف و ...» را استثناء نمودند و پرداخت خمسشان را در آن سال، واجب ندانستند. بنابراین در «فَأَمَّا الْغَنَائِمُ وَالْفَوَائِدُ فَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِمْ فِي كُلِّ عَامٍ» عبارت «فهی واجبه علیهم» ظاهراً با عبارت «وَلَمْ أُوجِبْ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ...» در تناقض است. چراکه در حکم اخیر مصادیقی را

۱ فاء عطف، به سه معنا به کار می‌رود: ۱. ترتیب ۲. تعقیب ۳. سببیت. (ابن هشام، ۱۶۱) که در اینجا ترتیب را می‌رساند.  
 ۲ برای «أما» سه معنا ذکر شده: ۱. شرط ۲. تفصیل ۳. تأکید که در اینجا به معنی تفصیل است. همانند آیه ۱۷۵ سوره نساء «فَأَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَاعْتَصَمُوا بِهِ فَسَيُدْخِلُهُمْ فِي رَحْمَةٍ مِّنْهُ...» (ابن هشام، ۶۱)

واجب می‌دانند که قبلاً فرمودند واجب نیست.

اما راه رفع این تناقض، توجه به قیده‌های کلام است. یعنی قید «سِنْتِي» برای «وَلَمْ أُوجِبْ» و قید «فِي كُلِّ عَامٍ» برای «فَهِيَ وَاجِبَةٌ». و برای جمع این دو حکم باید بگوییم: امام با صدور حکم اول، در صدد بیان یک حکم ثانوی برای تخفیف به مکلفان بود و با حکم دوم در صدد بیان حکم اولیه، برای پرداخت خمس در تمام دوران‌ها بوده‌اند. خصوصاً که امام با علم امامت، آگاه بودند که سال صدور این حکم («سِنْتِي هَذِهِ» ۲۲۰ ق) آخرین سال عمر شریفشان بوده است. لذا با بیان حکم اولیه مردم را نسبت به وجوب خمس، آگاهی دادند تا پس از ایشان کار برای ائمه بعد دشوار نشود. در هر صورت عبارت «كُلُّ عَامٍ» در روایت، دلالتی بر شیوه و زمان پرداخت خمس ندارد. و ذکر «كُلُّ» یک قرینه محسوب می‌شود تا بدانیم این یک قید برای امد حجیت حکم است. همچنین قطعاً مراد از «كُلُّ عَامٍ» و «سِنْتِي هَذِهِ» سال قمری بوده است، نه سال خمسی مد نظر علماء. و گرنه ذکر «هَذِهِ» و ذکر سال «۲۲۰ ق» در متن روایت لغو بود.

#### وجود روایت ناقض:

اما در روایت حکیم از امام صادق (ع) اینگونه آمده است:

حُكِيمٌ مُؤَدِّنٌ بِنِي عَبَسَ مِي كَوَيْد: «به امام صادق (ع) عرض کردم: آیه «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ» (الأنفال: ۱۱) [مقصودش چیست؟] امام صادق (ع) در پاسخ فرمودند: والله این آیه می‌رساند [وجوب] روز به روز را. اما پدرم شیعیان را در این مورد آزاد قرار داد تا پاک بمانند. [مرتکب اکل حرام نشوند]» (طوسی، تهذیب، ۱۲۲/۴) بر اساس این روایت، با استناد به آیه که قید (انما غنمتم) را مطلق آورده و به سال مقیدش نکرده، معلوم می‌شود، صرف کسب غنیمت و کسر مئونه برای وجوب پرداخت خمس کافی است، هر چند مجبور باشیم به صورت روزانه خمس را بپردازیم. پس تأخیر از پرداخت روزانه خمس، تنها به واسطه اجازه امام جایز است. و ما در زمان غیبت، چنین شرایطی برای کسب اجازه نداریم. مگر آنکه بگوییم مرجع تقلید به عنوان نائب عام امام، می‌تواند چنین اجازه‌ای صادر کند.

۳. عرف عقلاء: استدلال برخی از علماء (مکارم، انوار الهدایه، ۳۳۱) این است که: عقلاء وقتی بخواهند سود و مخارج را برای هر انسانی بسنجند، مجموع دارایی یکساله را محاسبه، و مخارج همان سال را از آن کسر می‌کنند؛ و زیاده را سود خالص می‌دانند. و در تجارت‌ها و صنایع و کشاورزی و حتی در دولت‌ها و حکومت‌ها هم سود و زیان را سالیانه محاسبه می‌کنند. و اطلاق قول معصوم علیه السلام («الخمس بعد المئونه») (حرعاملی، ۵۰۰/۹) منصرف بر همین نگاه متداول عرفی بین آن‌هاست.

اما این دلیل نیز مردود است به اینکه اولاً: در روایات آنچه ذکر شده، تنها کسر مئونه است<sup>۱</sup>. و حقیقت

۱ ر. ک: روایت ابن ابی نصر از امام صادق (ع). (حرعاملی، ۵۰۸/۹)

«مئونه» اگرچه مطلق است، اما نسبت به حوائج انسان از قبیل: خوراک مورد نیاز، پوشاک، مسکن، درمان و سفر و... متفاوت می‌شود. و تعیین زمان برای سنجش هر کدام فرق می‌کند. به عنوان مثال: اگر فردی غذای ذخیره برای روزهای آتی دارد، چه موقع می‌گوییم «بیشتر از نیازش» است؟! یا کسی که برای آینده لباس دوخته، چه موقع می‌گوییم این‌ها مازاد بر نیازند؟! یقیناً عقلاء برای همه این‌ها معیار «سال» را قبول ندارند. نکته دیگر آن‌که: آیا نگاه عرف و دین در مورد پس‌انداز یکی است؟ مثلاً: نظر دین در مورد ذخیره غذا در جایی که احتمال قحطی یا عدم تکسب نمی‌رود چیست؟ آیا عقلاء در این موارد، عرف بخصوصی دارند؟ به فرض اثبات این عرف عقلانی، با اندکی بررسی متوجه می‌شویم بین این عرف و آنچه نظر مشهور در مورد خمس است، تفاوت جدی وجود دارد. به عنوان مثال: پس‌انداز غذا برای یک‌سال از نظر عقلاء غالباً بیش از نیاز است، ولی از نظر مشهور تا زمانی که سال خمسی نرسیده بیشتر از مئونه محسوب نمی‌شود. همچنین در ردّ این وحدت رویه وقتی به کتب فقهی مراجعه می‌کنیم، یکی از مستحبات تجارت، ترک سود گرفتن از مؤمنین پس از کسب قوت روزانه ذکر شده است (شهیدثانی، الروضه، ۳/۲۹۲) همانگونه که در روایات نیز اشاره شده است (طوسی، تهذیب، ۷/۷) در حالی که عرف، خلاف آن عمل می‌کند. لذا بین عرف و دین لزوماً نمی‌توان وحدت رویه‌ای وجود داشته باشد.

۴. سیره مشرعه: تعدادی از علماء نیز استدلال کرده‌اند که: ما در بین مشرعه در پرداخت خمس به صورت سالیانه و تعیین سال خمسی، یک سیره مستمره می‌بینیم. که به جهت ابتلای فراوان به این موضوع، نمی‌تواند اتفاقی باشد و قطعاً این کاشف از قول معصوم است. در پاسخ باید گفت اولاً: دلیلی بر استمرار این سیره تا زمان معصومان وجود ندارد. ثانیاً: یکی از دلایل وجود سیره، فتاوی‌ای علماء است. و قبلاً ذکر شد که مخالفینی نیز داشته است و همچنین به جهت مدرکی بودن اجماع منقول، این فتاوا حجیت ندارند.

### مبدأ سال خمسی

با توجه به دیدگاه مشهور مبنی بر رخصت مکلف در تأخیر پرداخت خمس تا یک سال، و حتی بر مبنای معیار بودن «تحقق کسر مئونه»، باید مبدئی برای این بازه زمانی معین شود. لذا باید به این سؤال پاسخ داد که مبدأ دوره محاسبه خمس چیست؟ در پاسخ سؤال، اقوال علماء متفاوت است. سبحانی (سبحانی، 93/10/29 درس خارج) به ۴ قول اشاره دارند: ۱. ظهور ربیع<sup>۱</sup>. ۲. شروع به تکسب<sup>۲</sup>. ۳. تفصیل

۱ علمایی از جمله: آقا ضیاء (۲۸۵/۴) وحید خراسانی (مسئله ۱۷۶۹ و ۱۷۷۰) مکارم شیرازی (مسئله ۱۴۷۵) و سیستانی (مسئله ۲۲۹۸ و مسئله ۲۳۰۰).

۲ علمایی از جمله: شهید ثانی (روضه، ۷۸/۲: همو، مسالک، ۱/۴۶۷) و صاحب مدارک (۳۹۱/۵)

بین فواید اکتساب و فوائد اتفاقیه<sup>۱</sup> ۴. تفصیل بین امثال صنعت و تجارت با امثال زراعت و کشاورزی.<sup>۲</sup> اما در این مسئله دو مبنای اصلی وجود دارد که یکی شروع به تکسب و دیگری ظهور یا حصول ربح است. و دو مورد تفصیلی دیگر، هیچ دلیل فقهی برای آن ذکر نشده و در هیچ جایی از روایات به آن اشاره نشده است، و علاوه بر این در حقیقت بازگشت آن‌ها نیز به دو مورد قبل است. یعنی ابتدا باید مشخص شود معیار، ظهور ربح است یا شروع به تکسب؟ لذا ضروری است که ضمن بررسی ادله هر کدام، مبنای صحیح تبیین شود.

۱. **ادله قائلان به «شروع کسب»:** ۱. اگر مبنای ظهور ربح یا شروع به کار را به صورت مجزاً در هر شغل معیار قرار دهیم، این مستلزم به هم ریختگی و هرج و مرج در محاسبات مردم می‌شود؛ چرا که باید برای هر منفعت جدیدی مبدأ سال خمسی مجزاً در نظر گرفت و نمونه را به صورت مشخص از یکی یا چند تا از آن‌ها کسر کرد و زیاده را برای هر کدام جداگانه سنجید. و این واقعاً مشکل است. و این امر موجب تکلیف بما لا یطاق و موجب عسر و حرج خواهد شد (مکارم، انوار الهدایه، ۲/۳۳۳). متعارف بین مردم مشرع در گذشته و حال، محاسبه به همین صورت بوده است. و با توجه به نبود حکم تعبّدی از جانب شارع، مرجع تشخیص، عرف خواهد بود. و حتی اگر ما مبنا را ظهور ربح نیز بگیریم با توجه به تدریجی بودن حصول ربح در غالب مکاسب، عرفاً ملازم خواهد بود با شروع به کسب (سبزواری، ۱۱/۴۴۳).

اما در پاسخ به دلیل اول می‌توان گفت: اولاً: بر اساس این مبنا که معیار وجوب خمس، «مازاد بودن بر نیاز است» (نه گذر سال)، باید دقت کرد که بر اساس عرف رایج بین عقلاء، به طور کلی تأمین نیازهای اساسی انسان، به دو شیوه اتفاق می‌افتد: برخی نیاز به پس انداز دارند و برخی خیر. پس تمام پس اندازهایی که برای رفع نیاز اساسی بشر است، بر مبنای استثنای نمونه، متعلق خمس نیستند. و بقیه اموالی که مورد نیاز نیستند محاسبه آن‌ها بسیار آسان است. ثانیاً: اگر معیار وجوب خمس را «اتمام مهلت یکساله از زمان ظهور ربح» نیز فرض کنیم، باید توجه داشت که در زندگی عموم مردم، کمتر دارایی به چشم می‌خورد که تا یک سال بدون استفاده و مازاد بر نیاز باشد و اگر هم هست به راحتی قابل تشخیص و محاسبه است، موارد استثناء نیز عموم البلوی نیستند تا هرج و مرج عمومی ایجاد کنند. ثالثاً: بی‌شک شارع مقدس در مقام تکلیف، عسر و حرج را بر مکلفان نپسندیده است. پس محاسبه تقریبی که رافع تکلیف باشد کفایت می‌کند. رابعاً: محاسبه اموال و اعمال انسان از موارد مورد توصیه شارع است، اگرچه سختی‌هایی دارد. و

۱ علمایی از جمله: شهید اول (۲۵۹/۱) و علامه حلی (۱۸۴/۱) و صاحب حدائق (۳۵۴/۱۲) و صاحب عروه (۲۸۵/۴) و بروجردی (توضیح المسائل، مسئله ۱۷۶۱ و ۱۷۶۲ و ۱۷۶۳) و مرعشی‌نجفی (۲۸۸/۱) و سبزواری (۴۴۳/۱۱) و کاشف الغطاء (سفینه النجاة، ۲/۱۱۹) ۲ علمایی از جمله: سید ابو الحسن اصفهانی (۲۸۵/۴) و گلپایگانی (۲۸۵/۴) و امام خمینی (۳۵۷/۱) مسئله ۱۰. فاضل لنگرانی (تعلیقات عروه، ۲/۱۹۳).

توجه معصومان (ع) به محاسبه نفس (مجلسی، ۶۷/۷۳) و دقت در کسب مال (مجلسی، ۱۰۳/۱۰)، در روایات به وفور ملاحظه می‌شود. خامساً: یک جواب نقضی وجود دارد. و آن وجود همین مشکل مذکور حتی در شیوه رایج است. چراکه: ۱. حتی بر مبنای شروع به کسب نیز با توجه به تعدد کسب‌ها این مشکل وجود دارد، مگر آن‌که بگوییم مطلق کسب، معیار است که دلیل روایی ندارد. ۲. به اجماع علماء، مالی که خمسش پرداخت شده دیگر خمس ندارد؛ با این فرض آیا جدا کردن اموالی که در طی سالیان گذشته خمسش را داده‌اند از بقیه اموال، ایجاد هرج و مرج نمی‌کند؟

در پاسخ به دلیل دوم نیز باید گفت: اولاً: نظر به تفاوت فتاوا، وجود سیره واحد منتفی است. ثانیاً: استمرار این سیره تا زمان معصومین اثبات نشده است.

۲. ادله قائلان به «ظهور ربیع»: اولاً: در آیه «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَلِلَّهِ خُمُسُهُ وَ...» (انفال: ۴۱) وجوب پرداخت خمس بر زمان کسب غنیمت موکول شده، نه بر زمان شروع به کسب یا جمع آوری غنائم. ثانیاً: نقش «أنما» در جمله در کنار «غنمتم» به این معنا که «هر وقت سودی به دست آوردید» نه وقتی که شروع به جنگ یا شروع به کسب کردید. این به صراحت معیار «ظهور ربیع» را تأیید می‌کند. ثانیاً: روایات با عبارات مختلف ظهور دارند در مبنا بودن «ظهور ربیع». از جمله: در روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) که ایشان فرمودند: «حَتَّى الْخِيَاطُ - يَخِيطُ قَمِيصاً بِخُمْسَةِ دَوَانِيْقٍ - فَلَنَا مِنْهُ دَانِيْقٌ» (حرعاملی، ۵۰۱/۹؛ آقا ضیاء، عروه محشی، ۴/۲۸۵) در این روایت تعلق خمس به پس از کسب سود معلق شده است. و خیاطی که ۵ درهم سود به دست آورد به عنوان مثال ذکر شد، و خمس آن را امام بیان فرمودند. همچنین در روایت ابی بصیر از امام صادق (ع) در مورد کسی که باغستانی دارد و از میوه‌های آن می‌خورد و مقداری را می‌فروشد، امام (ع) فرمودند: «أَمَّا مَا أَكَلَ فَلَا - وَأَمَّا الْبَيْعُ فَتَعْمُ هُوَ كَسَائِرِ الضِّيَاعِ.» (حرعاملی، ۵۰۳/۹) اگر ملاک «شروع به کسب» بود امام به او می‌فرمود: از زمان شروع باغداری یک سال فرصت داری! درحالی‌که کلام برخلاف این ظهور دارد. همچنین از مجموعه روایاتی که متعلق خمس را فواید و یا ربیع می‌دانند مانند روایت سماعة که می‌گوید: «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَنِ الْخُمْسِ - فَقَالَ فِي كُلِّ مَا أَفَادَ النَّاسُ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ.» (حرعاملی، ۵۰۳/۹) استدراک می‌شود که وجوب خمس پس از صدق فایده یا ربیع است. و این قطعاً پس از ظهور ربیع است. و ثالثاً: حکم عقل این است که: تعلق حکم وجوب خمس به چیزی که وجود خارجی ندارد ممکن نیست. و کسر مئونه که متقدم بر کسر خمس از مال است، تنها پس از ظهور ربیع، امکان‌پذیر است.

#### نتیجه بررسی ادله:

بدین ترتیب بنابر عبارات فوق، خمس هر فایده‌ای به مجرد ظهور، باید پرداخت شود، جز این که ادله

دلالت بر جواز تأخیر تا برداشت هزینه‌های معمول و روزمره زندگی دارد. ولی پس از کسر نمونه، باید خمس باقیمانده پرداخت شود. و آلا دلیلی بر تأمل یکساله نداریم. دلیل دیگری هم وجود ندارد که حکم به جمع و محاسبه مجموع فواید یکساله و کسر موونه‌های یکساله داشته باشد و خمس را بعد از چنین محاسبه‌ای لازم بداند. لذاست که نمونه را باید با زمان ظهور ربح و فایده سنجید تا بتوان هر نمونه‌ای را از فواید موجوده کسر کرد.

### شیوه محاسبه زیادی ربح در افراد چند شغله

اگر کسی رشته‌های کاری متنوعی داشته باشد، که از هر یک درآمدی کسب کرده و سودی می‌برد؛ و ما قائل به تعیین سال خمسی به صورت رایج نباشیم و معیار را صرفاً مازاد بودن ربح حاصل شده بدانیم، دیگر فرقی بین مشاغل مختلف نخواهد بود. اما بر فرض پذیرش مبنای مشهور در تعیین سال خمسی، در مورد اینکه آیا باید برای هر یک از رشته‌های کاری و درآمد آن، سال جداگانه‌ای در نظر گرفته و سود و نمونه را نسبت به همان محاسبه کند؟ یا یک سال از اولین روز تکسب یا ظهور ربح را به عنوان سال خمسی خود تعیین کرده و در این دوره هر آنچه از سود بدست می‌آورد و هزینه‌های روزمره زندگی را با هم کسر و انکسار کرده و از باقیمانده، خمس را خارج کند؟ سه دیدگاه وجود دارد.

**دیدگاه اول:** جمع تمام درآمدها و کسر نمونه از آن است. قول مشهور<sup>۱</sup> بر آنست که مجموع فوایدی که در طول سال بدست مکلف می‌رسد موضوع واحدی برای خمس بوده و بعد از استثنای هزینه‌های یکساله از سود یکساله انواع رشته‌های کاری، خمس باقیمانده را باید محاسبه و اخراج نماید.

**دیدگاه دوم:** برای هر رشته کاری سال جداگانه باید در نظر گرفت. این قول منتسب به مرحوم کاشف الغطاء و ابن براج (۱۷۹/۱) و قول شهید در مسالک (۷۸/۲) و مرحوم آیه الله خوئی (منهاج الصالحین، ۱/۳۳۵) است. آن‌ها معتقدند که برای هر رشته کاری و سودی که از آن بدست می‌آید از زمان سود آوری، یک سال خمسی مستقل تعیین کرده و می‌توان هزینه‌های هر سال خمسی از سود همان دوره کسر کرد و در باقیمانده اموال هر یک از آن مشاغل در سر سال خمسی خود، باید خمس را خارج کرد.

**دیدگاه سوم:** تعدادی از علماء نیز قائل به تفصیل بین درآمدها هستند. شهید اول در دروس (۲۵۹/۱) و صاحب معالم (۱۸۴/۱) و صاحب حدائق (۳۵۴/۱۲) و امام خمینی (۹۱/۲) سبحانی (۳۳۰)؛ همو درس خارج (۲۹/۱۰/۹۳) و سیستانی (مسأله ۲۲۹۸ و مسأله ۲۳۰۰). اصفهانی (عروه محسّی، ۴/۲۸۵)

۱ از جمله: شهید اول (۲۵۹/۱) و صاحب جواهر (۵۲/۱۶) و شیخ طوسی (۱۱۸/۲) و ابن ادریس حلی (۴۸۵/۱) و محقق حلی (۶۳/۱) و علامه حلی (۲۹۲/۱) و سید ابوالحسن اصفهانی (۳۰۷) اراکی (۲۸۶) مرعشی نجفی (۲۸۸/۱) و مکارم (مسئله ۱۴۷۵)

قائل به تفصیل بین درآمد کسب و درآمدهای اتفاقی هستند. و تأخیر در پرداخت خمس درآمدهای اتفاقی و تعیین سال خمسی مجزاً را جایز می‌دانند.

**مستندات دیدگاه اول:** اول اطلاق قول معصوم (ع) در روایت علی بن مهزیار است. همانگونه که ذکر شد در صحیح علی بن مهزیار آمده است: «فاما الغنائم و الفوائد فهی واجبة علیهم فی کل عام» و ظاهر این عبارت به ما می‌فهماند که باید مجموع درآمد را در نظر گرفت، نه این که برای هر درآمدی سال مستقلی را قرار دهیم. و این که گفته شود: شارع در مقام بیان تعیین مبدأ سال خمسی نبوده؛ با توجه به ظاهر عبارت «فی کل عام» مردود است.

در رد این دیدگاه می‌توان گفت: اگر اطلاق را قبول کنید باید برای کل مردم یک روز مشخص را برای دریافت خمسشان قرار دهید، چرا که «فی کل عام» ظهور دارد در همین سالهای قمری، همانگونه که سلاطین برای اخذ مالیات انجام می‌دهند. در حالی که هیچ کس این را قبول ندارد. همچنین پاسخ‌هایی که قبلاً به این حدیث داده شد، اینجا هم صدق می‌کنند.

اما دلیل دوم: سیره متشرعه است. همدانی (۱۴/۱۸۷) و آیت الله مکارم (انوار الهدایة، ۳۳۳) و محقق داماد (۳۲۵) به این استدلال کرده‌اند که عموم افراد متشرع، سود یک سال خود را جمعاً و بدون در نظر گرفتن مشاغل مختلف، محاسبه می‌کنند. و در پایان سال با کسر هزینه‌های یک‌ساله از سود همان سال، خمس باقیمانده را می‌پردازند. این در حالی است که بیشتر مردم دارای مشاغل متعددی هستند، از زراعت و تجارت و..... و اگر برای هر کدام از آن‌ها وجود یک سال خمسی مشروع بود، باید از گذشته تا به حال، این موضوع رایج می‌بود. در حالی که خلاف آن رایج است.

**اشکال به این دلیل:** اولاً: وجود این سیره جز در بین مردم معاصر اثبات شده نیست. و ما نیز هیچ دلیلی بر اتصال این سیره به زمان معصومان نداریم. و همان‌طور که از روایت علی بن مهزیار استظهار می‌شود، در بسیاری از دوران‌ها خمس به واسطه ارفاق معصومان یا نبود شرایط، پرداخت نمی‌شده است. لذا نمی‌توان سیره واحدی را که کاشف از نظر معصوم (ع) باشد اثبات نمود. ثانیاً: متشرعین حقیقی تابع فتاوی‌ای علمای خود هستند، لذا با توجه به عدم اجماع و نظرات مختلف علماء، بی شک سیره واحدی از مکلفان نباید انتظار داشت. پس وجود این سیره منتفی است.

#### مستندات دیدگاه دوم:

اطلاق آیه خمس و روایات و دلیل عقل. در آیه «فإذا غنمتم...» (الأنفال: ۴۱) و جوب پرداخت خمس منوط به کسب غنیمت شده، بدون اینکه جنگ‌ها و یا مشاغل مختلف را جمع کند و بدون اینکه بین آن‌ها تفصیل قائل شود. پس با کسب هرگونه غنیمت و فایده‌ای، چنانچه بی جهت خمس آن را تأخیر ببیند،

در نزد شارع معذور نخواهیم بود. و اگر دلیلی بر اجازه شارع بر تأخیر داریم، این اجازه کلی است و خطاب شامل هر ربی منفرداً و مستقلاً خواهد شد، و معیار آن کسر مئونه است. و ما دلیلی بر تجمیع و کسر از این مهلت شرعی در برخی از منافع را نداریم. پس زمان شروع این مهلت برای هر ربی، زمان ظهور آن خواهد بود.

همچنین در روایاتی مثل «حَتَّى الْخَيَاطِ - يَخِيْطُ قَمِيصاً بِخَمْسَةِ دَوَانِيْقٍ - فَلَمَّا مِنْهُ دَانِيْقٌ» (حرعاملی، ۹/۵۰۳) و روایت: ابی بصیر از امام صادق (ع) در مورد کسی که باغستانی دارد و از میوه‌های آن می‌خورد و مقداری را می‌فروشد، که امام فرمودند: «آنچه خورده خمس ندارد و اما آنچه فروخته مانند دیگر درآمدها است.» (حرعاملی، ۹/۵۰۳) و اطلاق قول معصوم (ع): «أَنَّ الْخُمْسَ بَعْدَ الْمُئُونَةِ.» (حرعاملی، ۹/۵۰۸) و از همه این روایات بر می‌آید که به محض کسب فائده و سود، و محاسبه مئونه، پرداخت آن واجب است، اگرچه وجوب آن را موسع بدانیم. در هر صورت در روایات چیزی که دلالت بر جمع بین فوائد کند و پس از آن بخواهد یک سال کلی تعیین کند نداریم. پس با کسب غنیمت و سود، حکم وجوب خمس فعلیت پیدا می‌کند. و به حکم و دلیل عقلی نیز، کسر مئونه در برخی نیازها (از قبیل مسکن و مرکب و...) بسته به شرایط افراد متفاوت است. و ممکن است رفع این نیاز هزینه‌های زیادی را متحمل شود، و به همین جهت مکلف نیازمند به جمع فوائد خود در مدتی بیش از یک سال باشد. و ما نمی‌توانیم او را بدون دلیل وادار کنیم از درآمدهای اخیر خود خمس را کسر کند، درحالی که نتوانسته نیاز حقیقی خود را برطرف سازد. و این عمل برخلاف روایات است که مهلت کسر مئونه از ربح را کلی و بدون محدودیت گذاشته است. و فرموده: «الخمس بعد المئونه».

**مستندات دیدگاه سوم:** اما برای قول سوم دلایل مستقلاً نیافتیم. تنها سبحانی در درس خارج فقه خود، پس از ذکر نظریه خود مبنی بر تفصیل بین شغل‌های با درآمد تدریجی و درآمد دفعی، می‌فرمایند: «و ما ذکرناه من التفصیل هو الأحوط وإلا فالأقوی ما علیه صاحب الجواهر من أن المنساق من النصوص و الفتاوی احتساب مؤونة السنة من أول حصول الربح، إذ ذلک وقت الخطاب بالخمس» (سبحانی، درس خارج ۲۹/۱۰/۹۳) پس ایشان قول صاحب جواهر را که قائل است به مبدأیت ظهور ربح برای سال خمسی در تمام انواع مکاسب را اقوی می‌دانند و آن را با سیاق روایات هم‌سوتر دانسته‌اند. اما نظر خودشان را از جنبه رعایت احتیاط، صحیح‌تر می‌دانند. و دلیل دیگری برای آن ذکر ننموده‌اند.

### نتیجه‌گیری

اولاً: همانطور که ذکر شد، در هیچ جایی از روایات تصریح به تعیین سال خمسی نشده است. و تنها

روایتی که در این خصوص بدان استناد شده، روایت علی بن مهزیار است. اما ظاهر این روایت نیز براساس شرایط استثنایی آن دوره، غیر قابل استدراک است. خصوصاً اینکه ظاهر عبارات مورد استناد در این روایت، نیز با موضوع دعوا بکلی تفاوت دارند و کاملاً در اثبات مدّعی ناتوان است. و از مجموع دلایل مطرح شده در این باب، تنها اجماع علماء، که به صورت منقول از محقق اردبیلی و صاحب مدارک و صاحب جواهر، مطرح شده قابل تأمل است. البته با وجود مخالفت «ابن براج» اجماع به معنای حقیقی کلمه نیست. اما مدرکی بودن اجماع مذکور و همچنین وجود روایت معارض با این اجماع از امام صادق (ع) که فرمودند: «هی والله افادة يوم بیوم» کار را برای حجّیت این اجماع سخت کرده است. مضافاً بر آن اطلاق روایات تنها عامل تأخیر در پرداخت خمس را «کسر مئونه» ذکر کرده‌اند. به گونه‌ای که می‌توان گفت: این تریخیز در پرداخت خمس تنها به خاطر اختیارات مراجع، حجیت شرعی دارد. وگرنه از روایات نمی‌توان چنین چیزی را استدراک کرد.

ثانیاً: با توجه به اینکه حکم وجوب خمس، نیاز به متعلّق دارد. مبدأ این واجب موسّع نمی‌تواند «شروع به کسب باشد»، چراکه قبل از ظهور ربیع، نمی‌توان متعلّقی برای این وجوب در نظر گرفت. و اصلاً وجوب خمس قبل از ظهور ربیع معقول نیست و ظاهر آیه «أنا غنمتم...» و روایات «کل فائده یفیدها...» نیز دلالت بر ظهور ربیع دارند. پس تنها معیار وجوب خمس، «ظهور ربیع و اضافه بودن از مئونه» است.

ثالثاً: با توجه به اینکه «ظهور ربیع» معیار شروع واجب موسّع است. تفاوت راه کسب این ربیع، هیچ نقشی در زمان کسر مئونه نخواهد داشت. و تفصیل بین مشاغل با درآمدهای تدریجی و دفعی، بی‌معنا خواهد بود. خصوصاً این که برای این تفصیل در روایات، هیچ مؤیدتی وجود ندارد. همچنین برای جمع سود مکاسب مختلف (برای افراد چند شغله) و کسر مئونه یک ساله پس از شروع به کسب نیز هیچ مؤیدتی وجود ندارد و اطلاق روایات مخالف با آن است. و چون از درآمد پایانی سال، «کسر مئونه» به صورت حقیقی اتفاق نمی‌افتد، مخالف با روایات نیز هست.

پس به طور کلی معیار برای پرداخت خمس، «وجود و ظهور ربیع» در ملکیت و ید مکلف است که آن را از راه کسب مشروعی به دست آورده و مازاد بر مئونه عرفی خود و عیال واجب النفقه‌اش است. و گذشت سال از شروع به کسب یا ظهور اولین ربیع، معیار نیست.

## منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.  
 ابن براج، عبد العزیز بن نحریر، *المهذب (لابن البراج)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.  
 ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.



زمستان ۱۳۹۸ نقد و تحلیل دیدگاه مشهور در تعیین سال خمسی و دوره زمانی کسر مؤونه از ربیع ۹۱

طباطبایی حائری، علی بن محمد، *ریاض المسائل (ط - القديمة)*، مؤسسه آل البيت عليهم، بی تا.  
طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقى (المحشی)*، ۵ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

\_\_\_\_\_، *العروة الوثقى*، ۲ جلد، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.

\_\_\_\_\_، *العروة الوثقى مع تعليقات الفاضل*، ۲ جلد، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، بی تا.

طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.

\_\_\_\_\_، *تهذیب الأحكام*، تهران - ایران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.

عاملی، محمد بن علی، *مدارک الأحكام فی شرح عبادات شرائع الإسلام*، ۸ جلد، بیروت، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۱ ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، ۲ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.  
\_\_\_\_\_، *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية (ط - الحديثة)*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.

\_\_\_\_\_، *تذکرة الفقهاء (ط - الحديثة)*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)، قم، چاپ اول، بی تا.

قطان حلّی، محمد بن شجاع، *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.  
کاشف الغطاء، احمد بن علی، *سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات*، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف اشرف، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، باب الفیء و الأنفال، تهران - ایران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.

متقی هندی، علی بن حسام الدین، *کنز العمال فی سنن الأقوال والأفعال*، مکتبة التراث الإسلامی، ۱۳۸۹ ق.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الأنوار*، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر، ۱۴۱۰ ق.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الإمامية*، ۲ جلد، قم، مؤسسة المطبوعات الدينية، ۱۴۱۸ ق.

محقق داماد، محمد، *کتاب الخمس*، در یک جلد، قم، دار الإسراء للنشر، ۱۴۱۸ ق.

مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، انتشارات دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.

مرعشی شوشتری، محمد حسن، *دیدگاه های نو در حقوق*، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.

مرعشی نجفی، شهاب الدین، *منهاج المؤمنین*، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.

معلوف، لويس، المنجد، فرهنگ ابجدی عربی - فارسی، ترجمه احمد سیاح، تهران، انتشارات اسلام، چاپ ششم، ۱۳۸۵.

مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة - كتاب الخمس والأطفال، در یک جلد، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.

\_\_\_\_\_، رساله توضیح المسائل، قم، انتشارات امام علی بن ابی طالب، چاپ چهل و هفتم، ۱۳۹۱. همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، مصباح الفقیه، قم، مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۶ ق.

وبگاه اینترنتی

سایت مدرسه فقهت، درس خارج فقه آیت الله سبحانی، ۹۳/۱۰/۲۹.

<http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/93/931029>

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. 4, Issue 119

Winter 2020

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v51i4.66738>



فقه و اصول

سال پنجاه و یکم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۹، دانشگاه تهران

زمستان ۱۳۹۸، ص ۹۳-۱۱۴

### کاربرد اصل مثبت در علم اصول و فقه\*

الهام مُعزّی نجف آبادی<sup>۱</sup>

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

Email: Emona691@gmail.com

دکتر سید ابوالقاسم نقیبه

دانشیار دانشگاه شهید مطهری

Email: da.naghbi@yahoo.com

### چکیده

اصل مثبت در ادبیات اصولی به استصحابی اطلاق می‌شود که آثار شرعی بر مؤدای آن به واسطه لوازم عقلی و عادی و اتفاقی (مثبتات) مترتب شود. اصولیان متقدم بر شیخ انصاری، مثبتات استصحاب را حجت می‌دانستند؛ اما مشهور اصولیان متأخر از ایشان، قائل به عدم حجیت اصل مثبت شدند. مبتنی بودن بی‌اعتباری برخی از مسائل اصولی بر عدم اعتبار اصل مثبت و تأثیر این مسائل در فتاوی فقها، نشان از کاربرد وسیع این مسأله دارد. عدم حجیت اصل تأخر حادث و استصحاب عدم ازلی، عدم جواز اموری همانند ترتیب آثار فرد بر استصحاب کلی، ترتیب آثار مقتضا بر استصحاب عدم مانع در قاعده مقتضی و مانع و اثبات موضوع حکم به شکل مقید با استصحاب جزء موضوع، جملگی به عدم حجیت اصل مثبت مربوط است.

**کلیدواژه‌ها:** اصل مثبت، اصل تأخر حادث، استصحاب عدم ازلی، استصحاب کلی، قاعده مقتضی

و مانع.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۵/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۵/۱۰. (این مقاله بنابر نظر داوران و مصوبه هیئت تحریریه، علمی پژوهشی محسوب است.)

۱. نویسنده مسئول

## Application of Probative Principle in the Usul al-Fiqh and Islamic Jurisprudence Sciences

**Ilham Moezzi Najaf Abadi** , Ph.D. Student of Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, University of Tehran (Corresponding Author)

**Sayyed Abolghasem Nghibi, Ph.D.** Associate Professor, Shahid Motahari University

### Abstract

Probative principle, in the Usulis' literature, is an Istishab which rational, ordinary and accidental requirements have religious effects on its result. Although the Usulis prior to Sheikh Ansari considered authority for requirements of Istishab, the famous Usulis who came after him didn't consider authority for probative principle. The fact that non-validity of some Usuli issues is based on non-validity of probative principle and their effect on jurists' fatwas indicate the vast application of this issue. Non-authority of the principle of posterior occurrence of an event and Istishab of eternal non-existence, non-permissibility of issues such as extending the implications of the individual to universal Istishab, extending the implications of origin to the Istishab of non-existence in the rule of origin and impediment, proof of the object of the rule in a qualified form through Istishab of an constituent of object are all related to non-authority of probative Istishab.

**Keywords:** probative principle, principle of posterior occurrence of an event, Istishab of eternal non-existence, universal Istishab, the rule of origin and impediment

## مقدمه

اصولیان برای عدم حجیت اصل مثبت، دلایل متعددی بیان نموده‌اند. برخی دلیل آن را یک اشکال ثبوتی و جوهری همانند عدم امکان جعل شرعی برای آثار عقلی و عادی (انصاری، فرائد الاصول، ۳/۲۳۴)، سنخ مجعول در دلیل استصحاب (نائینی، فرائد الاصول، ۴/۴۸۸-۴۸۹) و لحاظ قوت محتمل (نوع حکم مشتبه) در تراحم حفظی (صدر، مباحث الاصول، ۳/۳۹) دانسته‌اند که هرکدام مورد نقد واقع شده‌اند. برخی دیگر دلیل آن را مربوط به مقام اثبات و دلالت دلیل دانسته و برای عدم حجیت اصل مثبت عللی همانند وجود قدر متیقن در دلیل استصحاب نسبت به آثار شرعی بی‌واسطه (آخوند خراسانی، ۳/۲۴۱)، انصراف ادله استصحاب به آثار شرعی بی‌واسطه (اراکی، ۴/۱۸۰)، تعارض و تساقط اصل در ناحیه ثابت و مثبت (کاشف الغطاء، ۱/۲۰۰-۲۰۱) و عدم تعلق یقین به لوازم عقلی یا عادی و اتفافی (امام خمینی، الرسائل، ۱/۱۷۹) ذکر نموده‌اند. از میان دلایل گوناگونی که برای عدم حجیت مثبتات اصل مثبت ذکر شده است، دلیل اقامه شده توسط امام خمینی، غیر قابل خدشه به نظر می‌رسد.

اگرچه مسأله عدم حجیت اصل مثبت در مسائل متعدد اصولی تأثیرگذار بوده است؛ اما این مسائل به صورت مدون گردآوری نشده است، بنابراین لازم دیده شد تا با استفاده از روش تحلیلی و توصیفی مسائل اصولی مبتنی بر اصل مثبت را جمع آوری کرده و در ضمن آن‌ها، مثال‌های فقهی نیز بیان شود.

## استصحاب کلی و ترتیب آثار فرد

یکی از مصادیق اصل مثبت، استصحاب کلی و ترتیب آثار فرد بر آن می‌باشد. منظور از استصحاب کلی، تعبد به بقاء کلی (جامع بین دو یا چند فرد از حکم یا موضوع خارجی)، در صورت یقین به وجود کلی (در ضمن فردی از افراد آن) و شک در بقاء آن کلی می‌باشد (مظفر، ۲/۲۹۱). مشهور اصولیون (مکارم شیرازی، انوارالاصول، ۳/۳۷۷) در مورد استصحاب کلی، سه قسم ذکر نموده‌اند<sup>۱</sup> که عبارت‌اند از:

## ۱- استصحاب کلی قسم اول:

در این قسم از استصحاب کلی، یقین به وجود کلی به جهت وجود فرد آن موجود است؛ اما در بقای آن کلی شک می‌شود و منشأ شک در بقاء کلی، شک در بقاء همان فردی که یقین به وجود آن تعلق گرفته است، می‌باشد؛ همانند یقین به تحقق کلی حدث به جهت خروج منی از فرد و شک در بقاء آن، به جهت احتمال تحویل طهارت (جمعی از پژوهشگران، ۱/۴۲۴؛ انصاری، فرائد الاصول، ۳/۱۹۱؛ امام خمینی،

۱. برخی برای استصحاب کلی قسم چهارم و پنجمی نیز ذکر نموده‌اند (ر.ک. خوئی، مصباح الاصول، ۳/۱۱۸؛ مصطفی خمینی، تحریرات فی علم الاصول، ۸/۵۰۴)

(الاستصحاب، ۸۴)

### ۲- استصحاب کلی قسم دوم:

در این قسم از استصحاب کلی، شک در بقاء کلی ناشی از شک در بقاء یک فرد نیست، بلکه ناشی از این است که نمی‌دانیم کلی از ابتدا در ضمن فردی موجود شده است که تا زمان شک مقطوع البقاء است و یا در ضمن فردی موجود شده است که مقطوع الارتفاع است.

برای مثال، اگر مکلف اجمالاً بداند که از او رطوبتی مردد (بین بول و منی) خارج شده است، و بعد از آن وضو بگیرد، در این صورت، او پیش از وضو، به تحقق کلی حدث در ضمن فرد مردد یقین داشته است؛ اما بعد از وضو شک می‌کند که آیا کلی حدث مرتفع شده است یا خیر و شک او ناشی از آن است که نمی‌داند آیا آن حدث، بول (مقطوع الارتفاع) بوده است که در نتیجه با وضو از بین رفته باشد و یا منی (مقطوع البقاء) بوده است که در نتیجه با وضو از بین نرفته باشد (امام خمینی، الاستصحاب، ۸۵؛ مظفر، ۲/۲۹۲).

### ۳- استصحاب کلی قسم سوم:

در این قسم از استصحاب کلی، یقین به وجود کلی در ضمن فرد خاص موجود است که آن فرد در زمان شک از بین رفته است؛ اما شک در بقاء کلی، ناشی از شک در وجود فرد دیگری به جای فرد اول، می‌باشد که پیدایش فرد دوم ممکن است همزمان با حدوث فرد اول باشد و یا همزمان با زوال فرد اول؛ برای مثال اگر بدانیم شخصی در منزل داخل شده است و بعد از مدتی از منزل خارج شده است ولی شک کنیم همزمان با داخل شدن یا خارج شدن آن شخص، شخص دیگری داخل منزل شده است، در این صورت استصحاب کلی انسان، از نوع استصحاب کلی قسم سوم است (انصاری، فرائد الاصول، ۳/۱۹۵؛ مظفر، ۲/۲۹۲).

### ۴- استصحاب کلی قسم چهارم

مشهور است که استصحاب کلی سه قسم است اما برخی برای آن قسم چهارمی نیز ذکر کرده‌اند که عبارتست از اینکه علم به وجود یک فرد معین و ارتفاع آن فرد حاصل شود و بعد علم دیگری حاصل می‌شود به وجود یک فرد دیگری که معنون به یک عنوان کلی است، که محتمل است این عنوان کلی منطبق بر همان فرد قبلی باشد که از بین رفته یا منطبق بر یک فرد محتمل الحدوث باشد. اگر این عنوان منطبق بر آن فرد یقینی الارتفاع باشد کلی هم مرتفع می‌شود؛ اما اگر منطبق بر این فرد محتمل الحدوث باشد، کلی باقی است. برای مثال اگر کسی علم به جنابت پیدا کرد و بعد غسل کرد، مثلاً در روز پنجشنبه علم پیدا کرد به اینکه جنب شده است و غسل کرد، روز جمعه در لباس خودش یک منی دید، بر این منی یک عنوان کلی

جنابت منطبق است؛ اگر این کلی منطبق بر همان فرد سابق باشد یعنی این همان منی روز گذشته بوده، چون غسل کرده، یقیناً مرتفع شده، اما احتمال می‌رود آن نباشد و یک فرد دیگری حادث شده باشد.

استصحاب کلی قسم چهارم با استصحاب قسم سوم در احتمال تقارن فرد دیگری با فرد معین که علم به ارتفاع آن وجود دارد، مشترک می‌باشد، اما تفاوت این دو در این است که در استصحاب نوع سوم یک علم وجود دارد که متعلق به فرد معین است، گر چه احتمال دارد فرد دیگری در هنگام حدوث و یا ارتفاع آن فرد معین با او مقارن شده باشد، به خلاف استصحاب کلی قسم چهارم که در آن دو علم وجود دارد: یکی علم به وجود فرد معین و دیگری علم به وجود عنوانی که احتمال انطباق آن هم بر این فرد و هم بر فرد دیگری وجود دارد (فاضل لنکرانی، سیری کامل در اصول فقه، ۵۱۹/۱۴).

به نظر همگی اصولیان (محمدی، شرح رسائل، ۱۶۴/۵)، در قسم اول، هم استصحاب کلی (با قطع نظر از خصوصیات فردی) جاری شده و آثار شرعی آن، مترتب می‌شود و هم استصحاب فرد با تمام مشخصات فردی جاری شده و آثار آن مترتب می‌شود؛ اما نمی‌توان با استصحاب کلی، آثار فرد را ثابت نمود؛ چرا که از مصادیق اصل مثبت خواهد بود؛ چون بقاء کلی، عقلاً مستلزم آن است که در ضمن آن فرد باشد (کلی منحصر در آن فرد است) (اصفهانی، ۱۶۰/۳؛ حکیم، المحکم فی اصول الفقه، ۲۰۳/۵؛ جزایری مروج، ۳۳۶/۷).

بنابراین در مثال ذکر شده در مورد قسم اول، هم می‌توان استصحاب جنابت (فرد معین) نمود و آثار آن همانند حرمت ماندن در مسجد را مترتب نمود و هم می‌توان استصحاب کلی حدث را جاری نمود و آثار آن مانند حرمت مس قرآن را مترتب نمود؛ اما نمی‌توان با استصحاب کلی حدث، آثار جنابت را مترتب نمود؛ چون از مصادیق اصل مثبت خواهد بود (حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ۲۳۲/۲).

هم چنین اگر آبی به اندازه کر در حوض موجود باشد و بعد از آن مقداری آب از آن برداشته شود، در صورتی که در بقاء آب کر در حوض شک شود، نمی‌توان با استصحاب کلی آب کر، وجود آب کر را در حوض نتیجه گرفت و قائل به مطهر بودن آن شد؛ چرا که ترتیب آثار فرد با استصحاب کلی، از مصادیق اصل مثبت می‌باشد (محمدی، شرح رسائل، ۱۹۹/۵).

در مورد قسم دوم از اقسام استصحاب کلی، مشهور اصولیان (انصاری، فرائد الاصول، ۱۹۱/۳؛ مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۳۸۳/۳) قائل به حجیت استصحاب کلی و ترتیب آثار آن شده‌اند؛ اما استصحاب فرد برای ترتیب آثار فرد را جاری ندانسته و در مورد فرد، استصحاب عدم جاری می‌کنند. باید توجه داشت که نمی‌توان با استصحاب کلی، آثار فرد را ثابت نمود؛ چرا که وجود فرد (طویل العمر) از لوازم عقلی بقاء کلی است؛ چون کلی طبیعی در خارج در ضمن فرد موجود است و استصحاب در این موارد از مصادیق

اصل مثبت است (امام خمینی، الرسائل، ۱/۱۲۹).

بنابراین در مثال ذکر شده در مورد استصحاب کلی قسم دوم، فقط می‌توان استصحاب کلی حدث را جاری نموده و آثار کلی را مترتب نمود و در نتیجه مس قرآن برای او جایز نیست؛ اما نمی‌توان آثار فرد طویل العمر (جنابت) را بر آن مترتب نمود؛ برای مثال نمی‌توان حکم به حرمت قرائت سوره‌های عزائم نمود (مظفر، ۲/۲۹۳).

در مورد جریان استصحاب کلی در قسم سوم، اگرچه برخی بین موردی که احتمال حدوث فرد دیگر همزمان با حدوث فرد اول است و موردی که احتمال حدوث فرد دیگر بعد از حدوث فرد اول است، قائل به تفصیل هستند و استصحاب کلی را در قسم اول جاری دانسته؛ اما در قسم دوم جاری نمی‌دانند؛ اما مشهور اصولیان قائل به عدم جریان استصحاب کلی هستند (ایروانی، ۴/۲۳۹)؛ بنابراین بحث ترتیب آثار فرد بر استصحاب کلی سالبه به انتفاء موضوع است؛ اما بنا بر نظر گروهی که قائل بر جریان استصحاب کلی در نوع اول از این قسم شده‌اند نیز استصحاب کلی و ترتیب آثار فرد نیز امکان‌پذیر نیست؛ چرا که واضح است که از مصادیق اصل مثبت خواهد بود (انصاری، ۳/۱۹۶).

در مورد استصحاب کلی قسم چهارم برخی معتقدند این قسم مطلقاً حجت است. برخی دیگر معتقدند استصحاب کلی قسم رابع حجت ندارد و برخی دیگر قائل به تفصیل هستند که نقد و بررسی این اقوال از عهده این مقاله خارج است. اما بنابر اینکه استصحاب کلی، جاری شود با جریان استصحاب، نمی‌توان ثابت نمود که عنوان کلی بر فرد جدید منطبق است چون از مصادیق اصل مثبت خواهد بود (خوئی، مصباح الاصول، ۳/۱۱۸).

### ترتیب اثر بر مستصحب به واسطه محمول (عنوان کلی) متحدالوجود با آن

یکی از مصادیق احتمالی اصل مثبت، مواردی است که اثر شرعی بر عنوان کلی مترتب می‌شود ولی مستصحب، فردی از آن عنوان کلی است؛ در این موارد، سؤالی که مطرح می‌شود آن است که آیا با استصحاب بقای فرد، می‌توان آثار عنوان کلی را بر فرد مترتب نمود و آیا ترتیب این آثار بر مستصحب، ترتیب اثر شرعی با واسطه غیر شرعی است.

عنوان کلی (محمولی) که با مستصحب اتحاد وجودی دارد، سه حالت دارد:

حالت اول: گاهی عنوان کلی که بر مستصحب به حمل شایع صناعی حمل می‌شود، مُتَنَزَع از مرتبه ذات مستصحب است، مثل: جنس و فصل. مثلاً اگر در خارج، خمیری وجود داشته باشد، در صورتی که در بقاء آن خمر به جهت تردید در منقلب شدن آن به سرکه، شک شود، در این صورت، با وجود این‌که

نجاست و حرمت بر طبیعت و عنوان خمیرت مترتب شده است آیا اثر خمیرت کلی، که جنس آن خمیر خارجی است، بر آن بار می‌شود یا خیر؟

حالت دوم: گاهی آن عنوان کلی متحدالوجود با مستصحب، از عرضیاتی است که انتزاعی بوده تنها در عالم اعتبار تحقق داشته و مابازای خارجی ندارند (عرض خارج محمول)؛ همانند زوجیت و ملکیت (محمودی، شرح کفایه الاصول، ۱۶۷/۵)؛ مثلاً اگر محمد زوج فاطمه باشد و در حیات محمد شک شود و حیات او استصحاب شود، در این صورت آیا آثار زوجیت مانند عدم جواز نکاح زوجه با مرد دیگر ثابت می‌شود و یا خیر و آیا ترتیب آثار زوجیت بر این استصحاب، ترتیب اثر شرعی با واسطه عقلی و عادی است یا خیر؟

حالت سوم: گاهی محمول متحدالوجود با مستصحب، از اعراضی است که در خارج حقیقتاً موجود است و مابازای خارجی دارد (محمول بالضمیمه)، مانند سفیدی و سیاهی که از شیء سفید و سیاه انتزاع می‌شود (لنکرانی، ایضاح الکفایه، ۴۵۷/۵) مثلاً اگر جسمی سفید باشد و در بقاء آن، شک شود و استصحاب شود، آیا می‌توان بر این مستصحب (بقای جسم)، آثار سفیدی را مترتب نمود؟

برخی معتقدند قسم اول و دوم، از مصادیق اصل مثبت نیست؛ اما قسم سوم از مصادیق آن می‌باشد، به این دلیل که اثر در این دو صورت در واقع، حقیقتاً برای خود مستصحب است؛ چرا که برای عنوان کلی محمول بر مستصحب در خارج، مابازایی جز مستصحب وجود ندارد؛ زیرا کلی طبیعی به عین وجود فردش موجود می‌شود، همان‌طور که در عنوان کلی قسم دوم نیز فقط منشأ انتزاع عنوان کلی که همان مستصحب باشد، در خارج موجود است؛ پس آن چه که اثر بر آن مترتب شده، فرد (در قسم اول) یا منشأ انتزاع در خارج (در قسم دوم) است که بنا به فرض مورد استصحاب واقع شده است، بنا بر این ترتیب اثر بر مستصحب بدون واسطه است، نه این‌که اثر بر شیء دیگر مترتب شده باشد که ترتیب آن بر مستصحب، با واسطه آن شیء باشد. پس در این دو صورت اصلاً واسطه‌ای وجود ندارد.

اما در صورت سوم، اثر در واقع برای نفس مستصحب نیست، بلکه برای عرضی است که مابازای خارجی دارد و در نتیجه وجود عنوان کلی، عین وجود فرد نیست، بنابر این اگر در دلیل، اثر شرعی بر عرض محمول بالضمیمه که تأصل و حقیقت دارد، مترتب شده باشد، نمی‌توان با استصحاب بقاء معروض، آن اثر را مترتب نمود، برای مثال در صورتی که اثر برای سفیدی و سیاهی باشد، با استصحاب بقای جسم، نمی‌توان آثار این دو را مترتب نمود؛ چرا که در این مورد، سفیدی و سیاهی بین مستصحب و اثر شرعی واسطه شده است چون عنوان سیاهی و سفیدی با عنوان جسم سیاه و سفید متفاوت است و هر دو در خارج موجودند؛ بنا بر این از مصادیق اصل مثبت خواهد بود (آخوند خراسانی، ۲۴۵-۲۴۶؛ محمدی، شرح

کفایه الاصول، ۱۶۹/۵).

اما ادعای ایشان مورد اشکال است؛ چراکه علت ترتیب اثر بر عنوان کلی مستصحب، از آن جهت نیست که کلی و فرد در خارج متحدالوجود هستند، بلکه از آن جهت است که اثر در واقع برای خود فرد است نه برای کلی؛ چرا که اگر چه احکام به نحو قضیه حقیقیه جعل شده‌اند؛ اما در واقع حکم برای افراد آن کلی جعل شده است، البته بدون این که خصوصیات فردی آن افراد مورد نظر باشد و گرنه کلی بما هو کلی حکمی ندارد؛ مثلاً وقتی حکم به حرمت خمر می‌شود، در واقع خمر خارجی حرام است نه طبیعت کلی خمر.

اما در مورد قسم دوم باید گفت اگر مراد ایشان آن است که استصحاب در منشأ انتزاع جاری شود و اثر امر انتزاعی که بر فرض بقای مستصحب، لازمه آن است، بر آن مترتب شود، در این صورت از مصادیق اصل مثبت خواهد بود. مثلاً اگر بدانیم جسمی در مکانی وجود دارد و بدانیم جسم دیگری در مکان پایین تری از جسم اول قرار دارد و شک در بقای جسم اول در مکانش داشته باشیم، در این صورت ترتیب اثر فوقیت بر جسم دوم به دلیل استصحاب وجود جسم اول در مکانش از مصادیق اصل مثبت خواهد بود، بنابراین فقط قسم اول از مصادیق اصل مثبت نمی‌باشد (خوئی، مصباح الاصول، ۱۷۱/۳؛ امام خمینی، الرسائل، ۱/۱۸۸؛ صدر، بحوث فی علم الاصول، ۲۰۷/۶-۲۰۸).

### ترتیب آثار اتصاف به عدم وصف در استصحاب عدم ازلی

منظور از استصحاب عدم ازلی، اتصاف موضوع به عدم وصف در زمان عدم تحقق موضوع است (حسینی خامنه‌ای، ۳۹)؛ اما قبل از بیان اشکال مثبتیت در استصحاب عدم ازلی، لازم است که انواع لحاظ وصف عدم، بیان شده و محل بحث منقح گردد.

گاهی عدم فی نفسه لحاظ می‌شود، بدون آن که وصف موضوع خود باشد که در این صورت عدم محمولی نامیده می‌شود و علت تسمیه آن به عدم محمولی، آن است که محمول قضیه واقع می‌شود؛ مثل این که گفته می‌شود «زید معدوم است» و یا «قریشی بودن زن معدوم است» و گاهی نیز عدم، وصف موضوع قرار می‌گیرد، در این صورت عدم نعتی نامیده می‌شود؛ مانند این که گفته شود «زنی که متصف به قریشی بودن نیست، حکمش چنین است» (ایروانی، ۲۵۶/۴).

اجرای استصحاب در مورد عدم محمولی در صورتی که اثر شرعی بر همان عدم محمولی مترتب شود، مطابق قاعده صحیح می‌باشد و اشکال مثبتیت نیز پیش نخواهد آمد. اجرای استصحاب عدم نعتی نیز در صورتی که خود حالت سابقه یقینی داشته باشد، از مصادیق اصل مثبت نخواهد بود؛ برای مثال اگر

شخصی در گذشته قطعاً عادل نبوده است و شک شود که آیا صفت عدالت را کسب کرده است، در این صورت نیز استصحاب جاری شده و اشکال مثبتیت رخ نخواهد داد؛ زیرا هم عدم عدالت و هم اتصاف به عدم عدالت حالت سابقه یقینی دارند.

اما اگر اتصاف موضوع به وصف عدمی، حالت سابقه یقینی نداشته باشد بلکه خود وصف به اعتبار اصل عدم ازلی، معدوم باشد، در این صورت بحث اجرای استصحاب عدم ازلی و مثبتیت آن مطرح می‌شود (خوئی، محاضرات فی اصول الفقه، ۵/ ۲۱۸؛ مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۲/ ۱۰۸) توضیح آن که اگر با اجرای استصحاب عدم ازلی نسبت به عدم اتصاف موضوع به آن صفت که قبل از تحقق موضوع ثابت است (استصحاب عدم محمولی)، اتصاف موضوع به عدم آن وصف، نتیجه گرفته شود، اصل مثبت مصداق پیدا می‌کند؛ چون در این صورت اتصاف به عدم، لازمه عقلی عدم اتصاف است و در واقع ثبوت عدم نعتی (اتصاف به عدم) با استصحاب عدم محمولی (عدم اتصاف) از آثار عقلی استصحاب است نه از آثار شرعی آن (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱/ ۸۶).

برای مثال اگر دلیلی بگوید «المرأه تحيض الی خمسین سنة الا القریشیة» و شک در قرشیت زن خاصی شود، مقتضای اصل عدم ازلی عدم اتصاف به قرشیت او است، یعنی وقتی نمی‌دانیم این زن غیر قریشی است و تا ۵۰ سالگی حیض می‌شود یا قریشی است و تا ۶۰ سالگی حیض می‌شود، اصل عدم ازلی می‌گوید زمانی که این زن هنوز متولد نشده بود، از قریش متولد نشده بود، همان طور که از غیر قریش هم متولد نشده بود. اما بعد از تولد نمی‌دانیم آیا از قریش متولد شده است یا نه، در این صورت اگر اصل عدم ازلی حجت باشد، مقتضای آن این است که همان حالتی که سابق داشت و از قریش متولد نشده بود، هنوز استمرار دارد و از قریش متولد نشده است؛ اما همان طور که گفته شد این اصل فقط اثبات می‌کند که این زن متصف به قریشی بودن نیست و آثار عدم اتصاف به قریشی بودن بر او مترتب است، نه این که اثبات کند این زن متصف به عدم قریشیت است که آثار اتصاف به عدم قریشی بودن بر آن مترتب شود؛ چون اثبات اتصاف به عدم قریشیت توسط استصحاب عدم اتصاف به قریشیت از مصادیق اصل مثبت است (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۳/ ۲۶۱).

لازم به ذکر است که معمولاً بحث استصحاب عدم ازلی در علم اصول، در مبحث تمسک به عموم عام در شبهه مصداقیه مطرح می‌شود. به گفته برخی از بزرگان بحث استصحاب عدم ازلی نسبت به مبحث تمسک به عام در شبهه مصداقیه یک بحث کبروی است؛ چرا که سؤال مطرح شده در این صورت آن است که عدم مأخوذ در موضوع حکم عام منحصراً به نحو عدم نعتی است که در این صورت اصل عدم ازلی به دلیل اشکال مثبتیت حجت نخواهد بود یا عدم محمولی است که در این صورت استصحاب عدم ازلی

حجت خواهد بود.

به عنوان مثال در صورتی که دلیل عام بگوید «اکرم العلماء» و دلیل خاص بگوید «لا تکرّم الفساق منهم» در این صورت موضوع حکم عام قبل از تخصیص، یک امر وجودی است؛ اما بعد از تخصیص یک امر عدمی نیز به آن اضافه می‌شود و در واقع موضوع حکم، مرکب از یک امر وجودی و یک امر عدمی می‌شود (روحانی، ۳/ ۳۶۵).

مشهور است که تمسک به عموم عام در شبهه مصداقیه جایز نیست (مظفر، ۱/ ۱۴۴)؛ اما آیا بعد از عدم امکان تمسک به عموم عام در شبهه مصداقیه، می‌توان با اجرای اصل عدم ازلی فرد مشتبه را در مصادیق عام داخل نمود یا خیر.

بعضی، با اجرای استصحاب عدم ازلی، موارد مشتبه را تحت عموم عام قرار داده‌اند و آن را از مصادیق اصل مثبت ندانسته‌اند و معتقدند در صورتی که عامی توسط مخصّص منفصل و یا مخصّص متصلی مانند استثناء تخصیص بخورد؛ چون مابقی افراد عام بعد از تخصیص، معنون به عنوان خاص نیستند، در این صورت اگر در مورد فردی از حیث مصداق عام بودن شک شود، در غالب موارد می‌توان به وسیله اصل موضوعی آن را تحت مصادیق عام قرار داد؛ اگرچه تمسک به عموم عام در شبهه مصداقیه جایز نمی‌باشد؛ برای مثال اگر دلیلی بگوید زنان تا پنجاه سالگی حیض می‌شوند؛ مگر زنان قریشی و نسبت به زنی شک شود که از زنان قریشی است یا از زنان غیر قریشی، می‌توان با اصل عدم تحقق انتساب بین وی و قریشی بودن (استصحاب عدم ازلی)، او را در زمره کسانی قرار داد که تا پنجاه سالگی حیض می‌شوند؛ چون زنی که بین وی و قریشی بودن انتسابی وجود ندارد تحت عنوان عام باقی می‌ماند و فقط زنان قریشی از آن خارج می‌شوند (آخوند خراسانی، ۲/ ۱۵۷؛ خوئی، محاضرات فی اصول الفقه، ۵/ ۲۰۷).

اما استصحاب عدم ازلی در این موارد حجت نمی‌باشد (نائینی، اجود التقریرات، ۱/ ۴۷۴؛ انصاری، فرائد الاصول، ۳/ ۲۹۳؛ فیروزآبادی، ۲/ ۲۷۲)؛ چون اثر شرعی بر استصحاب عدم نعتی مترتب است نه بر استصحاب عدم ازلی و اثبات عدم نعتی توسط استصحاب عدم ازلی (عدم محمولی)، از واضح‌ترین مصادیق اصل مثبت می‌باشد (نائینی، فرائد الاصول، ۲/ ۵۳۳)؛ بنابراین نمی‌توان با اجرای این استصحاب موضوع عام را احراز نمود (طباطبایی حکیم، الکافی فی اصول الفقه، ۲/ ۴۴۱).

هم چنین براساس آیه شریفه «قل للمؤمنین یغصّوا من ابصارهم و یحفظوا فروجهم» (نور: ۳۰) مؤمنین نباید در مواردی که حرام است به زنان نگاه کنند؛ اما این آیه نسبت به زنان محرم تخصیص خورده است. حال اگر شک شود که زنی جزء محارم است که نگاه به او جایز است یا جزء زنان نامحرم است که نگاه به او جایز نیست، در این صورت برخی همانند مرحوم آخوند و مرحوم خوئی قائل‌اند که با استصحاب عدم

ازلی، عدم جواز نظر اثبات می‌شود؛ مثلاً اگر شک دارد که این زن، خواهر او است تا نگاه جایز باشد یا بیگانه است که نظر به او ممنوع باشد، چون قبل از خلقت محرمیت نسبی در کار نبوده، استصحاب عدم محرمیت جاری می‌شود، یا فردی را که نمی‌تواند تشخیص دهد زن است یا مرد که اگر زن باشد نگاه به او ممنوع و اگر مرد باشد، نگاه به او جایز باشد، چون قبل از خلقت، مماثل و مرد نبوده تا استثناء شود، حال که نمی‌داند پس از خلقت عنوان مستثنی بر او صدق می‌کند یا نه، در این صورت استصحاب عدم ازلی جاری می‌شود؛ اما همانطور که گفته شد در این مورد استصحاب به دلیل اشکال مثبتیت حجت نیست؛ در نتیجه باید در این موارد به اصول دیگر رجوع نمود (ششیری زنجانی، ۱۰۰۱/۳؛ مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱/۸۶).

### ترتیب آثار مقتضا بر استصحاب عدم مانع در قاعده مقتضی و مانع

یکی دیگر از مصادیق کاربردی اصل مثبت، جریان استصحاب عدم تحقق مانع در مورد قاعده مقتضی و مانع و ترتیب آثار مقتضا است. منظور از قاعده مقتضی و مانع عبارتست از: حکم به وجود مسبب و مقتضا، در صورت احراز وجود سبب و مقتضی آن و شک در وجود مانع از تأثیر مقتضی؛ مثلاً اگر به افتادن آتش بر روی لباس یقین داشته باشیم و شک کنیم که آیا رطوبتی مانع از تأثیر آتش برای احراق شده است یا خیر، بر اساس حجیت این قاعده، باید حکم به حصول احتراق نمود. هم چنین اگر علم به ملاقات نجاست با آبی قلیل وجود داشته باشد که مقتضی تنجس آن است و در کر شدن آن آب قلیل، قبل از ملاقات نجاست شک شود، بنابراین قاعده باید حکم به نجاست آن آب داد. هم چنین اگر علم به وجود مصلحت یا مفسده ملزم‌های در فعلی داشته باشیم و شک در تعلق و جوب یا حرمت به دلیل وجود مانعی از تعلق حکم به فعل شود، در این صورت طبق حجیت این قاعده باید حکم به جوب یا حرمت فعل کنیم (مشکینی، ۲۰۶؛ گرجی، ۲۷۹).

باید توجه داشت که مراد از کلمه «مقتضی» در این قاعده با مراد از آن در مسأله شک در مقتضی و رافع متفاوت است. منظور از مقتضی در مسأله شک در مقتضی و رافع، استعداد مقتضی برای بقاء است که به این بحث مربوط نمی‌شود (نائینی، فوائد الاصول، ۳۱۵/۴؛ بجنوردی، منتهی الاصول، ۳۸۰/۲)؛ اما مراد از مقتضی در باب قاعده مقتضی و مانع سه مورد است:

- ۱- مقتضی در باب علت و معلول تکوینی که در صورت وجود شرط و عدم مانع اثر خود را می‌گذارد و در مقابل مانع، به معنای آن‌چه که از تحقق اثر تکوینی جلوگیری می‌کند، می‌باشد همانند مثال اول. ۲-
- مقتضی اثر شرعی به حسب جعل شارع و در مقابل مانع به معنای آن‌چه که از تحقق اثر شرعی جلوگیری

می‌کند، می‌باشد، همانند مثال دوم. ۳- مقتضی حکم، یعنی ملاکات و مصالح و مفسدات و در مقابل مانع به معنای آن‌چه که از تشریح حکم جلوگیری می‌کند، می‌باشد؛ همانند مثال سوم.

برخی از اصولیان این قاعده را حجت می‌دانند و معتقدند در صورتی که یقین به وجود مقتضی تعلق بگیرد و در تحقق مانع از تأثیر مقتضی شک شود، بنا بر تحقق مقتضی گذاشته می‌شود و لازم نیست که عدم مانع از تأثیر مقتضی احراز شود، به عبارت دیگر در ترتیب آثار مقتضی، مجرد احراز مقتضی کافی است (آملی، ۱۳/۴).

اما بسیاری از اصولیان آن را حجت ندانسته و آن را از شمول ادله حجیت استصحاب خارج می‌کنند؛ چرا که در جریان استصحاب، وحدت متعلق یقین و شک شرط است، در حالی که در این قاعده متعلق یقین، وجود مقتضی است و متعلق شک، وجود مانع است؛ در نتیجه استصحاب جاری نمی‌شود (خوئی، دراسات فی علم الاصول، ۲۳۶/۴؛ ایروانی، ۸/۴؛ بجنوردی، منتهی الاصول، ۳۸۰/۲) البته در این موارد می‌توان استصحاب عدم مانع نمود؛ اما نمی‌توان با استصحاب عدم مانع، آثار مقتضی را مرتب نمود؛ چون در این صورت اصل مثبت مصداق پیدا می‌کند که حجت نمی‌باشد (سبحانی، المحصول فی علم الاصول، ۱۵/۴؛ گلپایگانی، ۲۶۱/۲).

فقه‌ها در موارد متعددی عدم حجیت این قاعده و مبتنی بودن آن بر اصل مثبت را متذکر شده‌اند، برای مثال مرحوم خوئی می‌فرماید بعضی از فقها، در صورت شک در وجود حاجب هنگام ریختن آب برای تحصیل طهارت از حدث یا خبث، به دلیل اصل عدم مانع، حکم به عدم اعتناء به شک در حاجب می‌کنند؛ اما چنین حکمی صحیح نمی‌باشد؛ چرا که اثر شرعی که رفع حدث یا خبث است، مرتب بر وصول آب به پوست و تحقق خارجی غسل است و با اصل عدم مانع، نمی‌توان این امر را اثبات نمود؛ چون از مصادیق اصل مثبت خواهد بود؛ زیرا در این مورد غسل پوست، از لوازم عقلی عدم مانع است و با استصحاب عدم مانع، نمی‌توان این لازم عقلی را ثابت نمود (خوئی، مصباح الاصول، ۱۶۶/۳؛ انصاری، کتاب الطهاره، ۳۵۳-۳۵۵/۲).

### اجرای استصحاب در اجزاء موضوعات مقید و اثبات تقید

یکی از مصادیق دیگر و مهم اصل مثبت، اثبات تقید یا عنوان بسیط انتزاعی با استصحاب در اجزاء موضوعات مقید است. توضیح آنکه گاهی از اوقات موضوع حکم شرعی، بسیط می‌باشد، مثلاً موضوع حکم حرمتِ روزه گرفتن، روز عید فطر می‌باشد. در موضوعات بسیط، اگر ارکان استصحاب به طور کامل وجود داشته باشد، استصحاب بلا اشکال جاری است.

اما گاهی اوقات، موضوع حکم شرعی مرکب از عناصر متعددی است که در این صورت دو حالت متصور است. حالت اول آن است که این عناصر به شکل مقید لحاظ شده باشند یا این که از مجموع آن‌ها، عنوان بسیطی انتزاع شده باشد و آن عنوان، موضوع حکم قرار گرفته باشد، مثل عنوان مجموع یا اقتران. حالت دوم آن است که خود ذات عناصر مورد حکم قرار گرفته باشند، بدون این که در موضوع حکم، عنوان انتزاعی بسیط دخیل باشد، به عبارت دیگر موضوع مرکب در نظر گرفته شود.

در حالت اول، اجرای استصحاب نسبت به خود اجزاء جایز نیست؛ زیرا اگر مقصود از اجرای استصحاب، اثبات حکم به شکل مستقیم باشد، این امر ممکن نیست؛ چون حکم بنا بر فرض بر عنوان بسیط انتزاعی مترتب است، نه بر ذات اجزاء و اگر مقصود از اجرای استصحاب، اثبات حکم به وسیله اثبات عنوان بسیط توسط استصحاب اجزاء باشد، این امر نیز غیر ممکن است؛ چون عنوان اجتماع و اقتران و مانند آن، لازم عقلی ثبوت اجزاء است و با استصحاب اجزاء، نمی‌توان این عنوان را ثابت نمود، چون از مصادیق اصل مثبت خواهد بود که حجت نیست، پس اگر در حصول عنوان بسیط انتزاعی در این حالت شک شود، استصحاب عدم حصول آن جاری می‌شود؛ حتی اگر یکی از اجزاء وجداناً محرز باشد.

اما در حالت دوم، اجرای استصحاب نسبت به اجزاء در صورت وجود یقین سابق صحیح می‌باشد، زیرا موضوع حکم، خود اجزاء می‌باشد. بر این اساس می‌توان گفت معیار اجرای استصحاب در اجزاء موضوعات مرکب از عناصر متعدد دو امر می‌باشد: ۱- ترتب اثر بر خود اجزاء ۲- وجود یقین سابق به حدود و شک در بقاء اجزاء (صدر، دروس فی علم الاصول، ۳/ ۵۲۴؛ ایروانی، ۴/ ۲۴۵-۲۴۶).

فقها در بسیاری از مواردی به مثبت بودن استصحاب در اجزاء موضوعات مقید برای اثبات موضوع حکم به شکل مقید، متذکر شده‌اند که در ذیل چند نمونه از این موارد بیان می‌گردد.

۱- هر گاه شخصی، مسلط بر مال غیر باشد و آن را تلف کند و مالک مال بگوید که آن شخص، به صورت عدوانی بر مالش مسلط شده و در نتیجه ضامن تلف آن است؛ اما شخص مسلط بر مال، ادعا کند که مأذون بوده مثلاً آن را عاریه گرفته است و در نتیجه ضامن نیست، در این صورت فقها فتوا داده‌اند که می‌توان استصحاب عدم اذن را جاری نمود و حکم به ضمان آن شخص داد، در حالی که حکم به تصرف عدوانی، اثر شرعی این استصحاب نمی‌باشد، بلکه اثر عقلی آن است و به عبارت دیگر استصحاب عدم رضایت مالک، نمی‌تواند عدوانی بودن ید را ثابت نماید مگر بر اساس یک ملازمه عقلی (خوئی، مصباح الاصول، ۳/ ۱۶۸).

برخی معتقدند این مسأله، از مصادیق اصل مثبت نمی‌باشد؛ زیرا موضوع حکم ضمان، مرکب از دو جزء می‌باشد. یک جزء آن تحقق ید و استیلا بر مال غیر است و جزء دیگر آن، عدم رضایت مالک در مورد

این استیلا است که جزء اول آن با وجدان ثابت است و جزء دوم آن با اصل استصحاب؛ در نتیجه موضوع مرکب محقق شده و حکم ضمان بر آن مترتب می‌شود (نائینی، فوائد الاصول، ۴/۵۰۳؛ اراکی، ۴/۱۹۰؛ آملی، ۴/۱۵۰).

اما این نظر صحیح نمی‌باشد چون موضوع حکم ضمان، ذات دو جزء فی نفسه (بدون این که ربطی بین آن‌ها باشد) نیست، بلکه موضوع ضمان استیلائی مقترن و مقید به عدم رضایت مالک است و همان طور که گفته شد در واقع با استصحاب مزبور، این تقید اثبات نمی‌شود؛ چرا که در این صورت از مصادیق اصل مثبت خواهد بود؛ چون تقید و اقتران، لازمه عقلی استصحاب عدم رضایت مالک است (روحانی، ۶/۲۲۵؛ سبحانی، ارشاد العقول، ۴/۲۰۷).

۲- مرحوم خوئی در مسأله شک در طهارت لباس متنجسی که با آب مشکوک الطهاره شسته شده می‌گوید بر اساس آن چه که از ادله استفاده می‌شود، حکم به پاک شدن لباس از نظر شرعی، مترتب بر شستن آن با آب طاهر می‌باشد و در نتیجه شک در طهارت آب، سبب شک در طهارت لباسی است که با آن شسته می‌شود؛ اما از آن جایی که شستن لباس با آب، با وجدان محرز است و پاک بودن آب نیز با اجرای اصل استصحاب احراز شده است، در نتیجه موضوع طهارت لباس، ثابت شده و می‌توان حکم به طهارت لباس داد (خوئی، دراسات فی علم الاصول، ۴/۲۵۳)؛ اما در نقد ایشان باید گفت، از آن جایی که دلیل اجتهادی در این مورد عبارت است از: «إن الماء الطاهر یزیل الحدث و الخیث» پس موضوع حکم، آب مقید به طهارت است و احراز قید با اصل و احراز مقید با وجدان، مستلزم احراز تقید نمی‌باشد (خمینی، مصطفی، ۲/۱۷۱).

۳- محقق حلّی در یکی از مسائل قصاص عضو می‌گوید، اگر شخصی دست کسی را قطع کند و بعد از مدتی، وی بمیرد و جانی ادعا کند که آن شخص بعد از قطع دست، در اثر نوشیدن سم مرده است؛ اما ولیّ شخص میت ادعا کند که وی بر اثر سرایت جراحت مرده است، هم چنین اگر شخصی ملفوف به پارچه‌ای باشد و شخص دیگری او را با ضربه شمشیر به دو نیم کند و آن شخص بمیرد و جانی ادعا کند که وی قبلاً مرده بوده است؛ اما ولیّ میت ادعا کند که وی زنده بوده است و در اثر ضربه جانی مرده است، در هر دو مورد چون هر دو احتمال مساوی است، قول جانی مقدم است؛ چون اصل، عدم ضمان است و در این مسأله احتمال ضعیف دیگری نیز وجود دارد (محقق حلّی، ۴/۲۲۶) که این احتمالات توسط علامه حلّی نیز مطرح شده است (علامه حلّی، ۵/۵۲۴).

در توضیح این مطلب باید گفت اگر موضوع ضمان دیه را تحقق قتل که یک امر بسیط است بدانیم (چنانکه ظاهر روایات و آیات نیز همین است)، باید قائل به عدم ضمان در این موارد شویم؛ چرا که اصل،

عدم ضمان است و نمی‌توان با اصل عدم سبب دیگری در تحقق قتل (در مثال اول) و یا استصحاب حیات در زمان قتل (در مثال دوم)، قائل به ضمان شد؛ چون در این صورت از مصادیق اصل مثبت خواهد شد؛ زیرا قتل لازمه عقلی عدم وجود سبب دیگر است.

اما اگر موضوع ضمان دیه را مرکب از جنایت و عدم سبب دیگر در مثال اول و مرکب از جنایت و حیات در مثال دوم بدانیم، در این صورت اشکالی در جریان استصحاب و اثبات ضمان نیست؛ چرا که موضوع ضمان دو جزء دارد که یکی وجداناً ثابت است و دیگری به وسیله استصحاب؛ اما مرکب بودن موضوع ضمان خلاف واقع است، چون موضوع آن یک امر بسیط (قتل) است (اراکی، ۱۹۱/۴؛ خوئی، مصباح الاصول، ۱۶۷/۳).

۴- اگر فرض شود که شخصی، مرتکب قتلی شده است و ادعا می‌کند که پدر مقتول است تا قصاص از او دفع شود، حکم قصاص ثابت است؛ چون موضوع آن که مرکب از دو جزء قتل و عدم رابطه پدری با مقتول است محقق است، به این شکل که یک جزء آن که قتل باشد، وجداناً ثابت است و جزء دیگر آن نیز که عدم وجود رابطه پدری است، توسط اصل استصحاب ثابت است و موضوع مقید نیست تا اجرای استصحاب در آن با مشکل مثبتیت مواجه باشد (روحانی، ۲۵/۲۶؛ خوئی، مبانی تکمله المنهاج، ۲/۸۷).

### حجیت اصل تأخر حادث

اگر در اصل حدوث حادثی، شک وجود داشته باشد، استصحاب عدم حدوث حادث بلا اشکال جاری می‌شود؛ اما اگر شیء حادثی، مقطوع الحدوث باشد ولی تقدم و تأخر این حادث مشکوک باشد، در این صورت بحث اصل تأخر حادث مطرح می‌شود (انصاری، فرائد الاصول، ۲۴۷/۳) که برای آن، دو حالت متصور است. گاهی تقدم و تأخر حادث، نسبت به اجزای زمان ملاحظه می‌شود و گاهی تقدم و تأخر حادث نسبت به حادث دیگر ملاحظه می‌شود.

#### ۱- لحاظ تقدم و تأخر حادث در رابطه با اجزاء زمان

در این مورد، یک حادث معلوم التحقق وجود دارد که تقدم و تأخر آن نسبت به اجزای زمان مشخص نیست. برای مثال علم به موت زید در روز جمعه وجود دارد؛ اما در مبدأ موت او و تقدم و تأخر آن نسبت به روز پنجشنبه شک وجود دارد. پس شک می‌شود موتی که واقع شده است، روز پنجشنبه تحقق پیدا کرده است یا روز جمعه. در این صورت استصحاب عدم حدوث حادث تا آن زمان جاری می‌شود؛ چرا که عدم حدوث آن حادث تا زمان مشکوک، متیقن بوده است و شک در تحقق آن در زمان مشکوک می‌شود؛ در

نتیجه ارکان استصحاب تام بوده و جاری می‌شود و تمام احکام و آثار شرعی مترتب بر عدم حدوث آن مترتب می‌شود. برای مثال آثار شرعی مترتب بر عدم موت زوج در روز پنج‌شنبه که عبارتست از: وجوب انفاق بر زوجه و حرمت تقسیم اموال بین وراثت و مانند آن مترتب می‌شود (سبحانی، الموجز، ۲/۳۹۲) باید توجه داشت اگر عنوان عدم حدوث حادث، موضوع اثر شرعی باشد، استصحاب جاری شده و ترتیب اثر شرعی بر آن از مصادیق اصل مثبت نخواهد بود.

اما اگر عنوان مأخوذ در دلیل شرعی، تأخر حادث از زمان اول و یا حدوث آن در زمان دوم باشد، در این صورت نمی‌توان با استصحاب، آثار این عناوین را مترتب نمود؛ چرا که تأخر حادث از زمان اول و یا حدوث آن در زمان دوم، از آثار عقلی مستصحب است و در نتیجه از مصادیق اصل مثبت خواهد بود که حجت نمی‌باشد (کوه کمره‌ای، ۲/۴۲۴؛ لنگرانی، سیری کامل در اصول فقه، ۱۵/۲۹۴-۳۰۰؛ مغنیه، ۳۸۴).

برای مثال اگر زوجه‌ای در روز سه‌شنبه ناشزه شود و زوج بداند، زوجه او در روز جمعه از نشوز خارج شده است؛ اما نداند که خروج از نشوز، در روز پنج‌شنبه حادث شده است یا در روز جمعه، در این صورت به وسیله استصحاب، عدم خروج او از نشوز در روز پنج‌شنبه ثابت می‌شود و اثر شرعی عدم اشتغال ذمه زوج به نفقه، بر این استصحاب مترتب می‌شود؛ اما با اجرای استصحاب ثابت نمی‌شود که خروج او از نشوز در روز جمعه حادث شده است؛ چرا که گفته شد با استصحاب، فقط عدم وجود در زمان اول ثابت می‌شود، نه حدوث آن در زمان دوم.

هم‌چنین اگر اموال میّتی در روز جمعه قسمت شده باشد و بدانیم که یکی از ورثه که قبلاً کافر بوده است اسلام آورده است؛ اما تاریخ اسلام آوردن او را ندانیم که آیا در روز پنج‌شنبه بوده است یا در روز جمعه، در این صورت، عدم اسلام او تا روز پنج‌شنبه استصحاب می‌شود و آثار شرعی بر عدم اسلام وی که همان نجاست او باشد، مترتب می‌شود؛ اما بر این استصحاب، آثار تأخر اسلام او از روز پنج‌شنبه مترتب نمی‌شود؛ چرا که این آثار، آثار عقلی مستصحب است که به دلیل عدم حجیت اصل مثبت بر آن مترتب نمی‌شود (آخوند خراسانی، ۳/۲۵۱).

## ۲- لحاظ تقدم و تأخر دو حادث معلوم الحدوث نسبت به یکدیگر

در این قسم، دو حادث معلوم الحدوث وجود دارد که در تقدم و تأخر یکی از آن دو، نسبت به دیگری شک می‌شود، مثل این که علم به صدور دو حکم نسبت به یک موضوع وجود دارد که یکی ناسخ دیگری است؛ اما نمی‌دانیم کدام متقدم است و کدام متأخر و یا مثل این که می‌دانیم دو شخص متوارث فوت کرده‌اند، اما نمی‌دانیم کدام یک متقدم بوده و کدام یک متأخر.

در این صورت گاهی هر دو حادث، مجهول التاريخ هستند و گاهی فقط تاريخ یکی از آن دو مجهول است

## ۲-۱- مجهول بودن تاريخ هر دو حادث

آخوند خراسانی برای این فرض، صورت‌های متفاوتی را بیان نموده است که مجالی برای ذکر آن در این مختصر نیست (۲۵۲/۳)؛ اما شیخ انصاری به طور اجمال می‌گوید اگر تاريخ هر دو حادث، مجهول باشد، در این صورت نمی‌توان حکم به تأخر یکی از دیگری داد؛ چرا که تأخر فی نفسه مجرای استصحاب نیست، چون مسبوق به یقین نیست و اصل عدم یکی در زمان حدوث دیگری متعارض به مثل است؛ چون در مورد هر دو حادث، چنین اصلی قابل جریان است؛ در نتیجه حکم آن تساقط است و در این‌که اگر در مواردی تقارن قابل تصور باشد، بتوان حکم به تقارن آن دو حادث کرد دو وجه وجود دارد: وجه اول آن‌که، بگوئیم تقارن امر وجودی است و لازمه عقلی عدم هر یک از آن دو در زمان حدوث دیگری است و در نتیجه در این صورت، استصحاب حجت نخواهد بود؛ چون از مصادیق اصل مثبت است که حجت نیست و وجه دوم آنکه، قائل شویم تقارن از لوازم خفیه استصحاب عدم است و در نتیجه از عدم حجیت اصل مثبت، مستثنی است (انصاری، فرائد الاصول، ۲۴۹/۳).

## ۲-۲- معلوم بودن تاريخ یکی از دو حادث

شیخ انصاری در این مورد نیز به طور کلی می‌فرماید اگر تاريخ یکی از دو حادث معلوم و تاريخ حادث دیگر مجهول باشد، در این صورت، فقط می‌توان با اصل استصحاب، عدم وجود مجهول التاريخ را در زمان وجود معلوم التاريخ، ثابت نمود؛ اما نمی‌توان حکم به تأخر وجود آن از معلوم التاريخ نمود؛ چرا که در این صورت از مصادیق اصل مثبت خواهد بود (فرائد الاصول، ۲۴۹/۳-۲۵۱) اصولیان دیگر نیز به مثبت بودن استصحاب عدم حدوث برای اثبات تأخر حدوث، متذکر شده‌اند (اصفهانی، ۱۰۹/۳؛ اراکی، ۲۰۹/۴-۲۱۰؛ خمینی، الرسائل، ۱۹۵/۱-۱۹۷).

اگرچه شیخ انصاری اجمالاً در این مورد حکم به جریان استصحاب عدم حدوث مجهول التاريخ در زمان حدوث معلوم التاريخ نموده‌اند؛ اما صاحب کفایه برای این فرض، اقسام متعددی را همانند فرض قبل بیان نموده است که باز این مختصر گنجایش بیان آن را ندارد.

فقها در بسیاری از موارد به مبتنی بودن اصل تأخر حادث بر اصل مثبت، اشاره نموده‌اند که ذیلاً چند نمونه از این موارد بیان می‌گردد.

مثال اول: اگر بدانیم شی‌ای هم نجس بوده و هم آب کشیده شده و تاريخ نجاست مشخص باشد؛ اما تاريخ طهارت مشخص نباشد، در این صورت با استصحاب عدم حدوث طهارت در زمان نجاست،

نمی‌توان تأخر آن را از نجاست ثابت نمود؛ چرا که نهایت چیزی که بر این استصحاب مترتب می‌شود، تأخر آن فی حد ذاته است؛ اما تأخر آن از نجاست یک امر عادی است که به وسیله اصل ثابت نمی‌شود؛ چون از مصادیق اصل مثبت است که حجت نمی‌باشد (کاشف الغطاء، ۲/۱۰۲؛ شریف کاشانی، ۲/۷۶۱).

مثال دوم: صاحب جواهر در مسأله زن بارداری که شوهرش او را به شکل رجعی طلاق داده است و زن ادعا می‌کند که طلاق بعد از وضع حمل رخ داده است؛ در نتیجه مرد باید نفقه او را بدهد؛ در حالی که مرد ادعا می‌کند که طلاق قبل از وضع حمل بوده است؛ در نتیجه، نفقه به عهده او نیست، از صاحب مسالک نقل می‌کند که ایشان گفته‌اند در صورتی که مرد و زن در مورد تاریخ طلاق و یا وضع حمل اتفاق نظر داشته باشند و در تقدم یا تأخر دیگری اختلاف نظر داشته باشند، در این صورت قول مدعی تأخر مقدم می‌شود؛ چون اصل عدم تقدم است، برای مثال اگر فرض شود که روز جمعه طلاق واقع شده است و در مورد زمان وضع حمل اختلاف شود، در این صورت اگر زن ادعا کند وضع حمل روز پنجشنبه اتفاق افتاده است و مرد ادعا کند روز شنبه اتفاق افتاده است، در این صورت قول مرد مقدم است. اما در مقام نقد ایشان باید گفت اصل تأخر حادث مقتضی تأخر آن فی نفسه است، نه این که مقتضی تأخر آن از حادث دیگر باشد؛ چرا که در این صورت از اصول مثبت خواهد بود که معارض دارد و اثبات اقتران با اصول معارض نیز امکان ندارد، چون از مصادیق اصل مثبت خواهد بود (۳۶۴/۳۱).

مثال سوم: در صورتی که بین بایع و مشتری در مورد حصول و عدم حصول غبن اختلاف شود، در صورتی که علم به تاریخ تغییر قیمت و تنزل قیمت آن وجود داشته باشد؛ اما تاریخ وقوع عقد مجهول باشد، در این صورت اگرچه استصحاب عدم حدوث عقد در زمان تنزل قیمت، مقتضی تأخر عقد از زمان تنزل قیمت است؛ اما با این استصحاب ثابت نمی‌شود که عقد بر زائد از قیمت منعقد شده است تا خیار غبن ثابت شود؛ چرا که این مورد از مصادیق اصل مثبت خواهد بود و گفته شد که شرط جریان استصحاب آن است که یقین سابق و شک لاحق وجود داشته باشد که در مورد احکام و موضوعات شرعی این شرط وجود دارد؛ اما در مورد لوازم عقلی و عادی یا عرفی این شرط وجود ندارد، برای مثال اگر مردی که دوزن دارد از دنیا برود و هر دوی آن‌ها پسری داشته باشند و ادعا کنند که تاریخ ولادت پسر خود بر پسر دیگری مقدم است، تا این که حبه نصیب فرزند او شود، در این صورت اگر چه استصحاب عدم تقدم ولادت یکی بر دیگری جاری می‌شود؛ اما با این استصحاب تقدم ولادت دیگری ثابت نمی‌شود تا این که ثابت شود که فرزند او بزرگ‌تر است و در نتیجه حبه نصیب او شود؛ چون بزرگ‌تر بودن از لوازم عقلی استصحاب عدم تقدم ولادت فرزند دیگر است و لوازم عقلی از احکام شرعی نیستند و در نتیجه با استصحاب ثابت

نمی‌شوند (انصاری، کتاب المکاسب المحشی، ۱۷۶/۱۵)

مثال چهارم: اگر پدر و جد دختری، او را به عقد دو نفر در بیاورند در این صورت ممکن است یکی مقدم بر دیگری باشد و احتمال نیز دارد که هر دو متقارن باشند. از طرف دیگر ممکن است تاریخ هر دو مجهول باشد و یا تاریخ یکی معلوم و تاریخ دیگری مجهول باشد. بنا براین، این مسأله باید در دو صورت بررسی شود (شبیری زنجانی، ۴۲۱۴/۱۲)

صورت اول: عقد هر دو مجهول التاریخ است:

در این صورت استصحاب عدم حدوث یکی در زمان دیگری در مورد هر دو عقد جاری می‌شود و مقتضای این استصحاب آن است که عقد پدر تا زمان عقد جد حادث نشده است و عقد جد نیز تا زمان عقد پدر حادث نشده است؛ در نتیجه این دو تعارض کرده و تساقط می‌کنند؛ اما در مورد این‌که در این موارد تکلیف دختر چیست؟ صاحب جواهر دو احتمال می‌دهد (صاحب جواهر، ۲۹/۲۱۱) اول اینکه تمسک به قرعه برای تعیین یکی از دو زوج به عنوان همسر دختر؛ دوم اینکه تقدیم عقد جد به دلیل استصحاب، به این توضیح که مقتضای استصحاب عدم حدوث عقد پدر تا زمان عقد جد و استصحاب عدم عقد جد تا زمان عقد پدر، ثبوت اقتران بین دو عقد است که در موارد اقتران هر دو عقد اجماع است که عقد جد مقدم است.

اما به نظر می‌رسد قرعه مربوط به مواردی است که احتیاط ممکن نباشد؛ اما در این موارد احتیاط ممکن است هم‌چنین، اقتران لازمه عقلی عدم حدوث هر یک در زمان دیگری است که با استصحاب نمی‌توان آن را ثابت نمود؛ چرا که از مصادیق اصل مثبت خواهد بود؛ در نتیجه در این موارد باید احتیاط کرد.

صورت دوم: تاریخ عقد یکی از دو عقد پدر یا جد معلوم است؛ اما تاریخ دیگری مجهول است، در این صورت اگر تاریخ عقد جد مشخص باشد و تاریخ عقد پدر نامشخص باشد، همگی فقها فتوا داده‌اند که عقد جد صحیح است و عقد پدر باطل است؛ چون استصحاب عدم حدوث عقد پدر در زمان عقد جد جاری می‌شود؛ اما اگر تاریخ عقد پدر مشخص باشد و تاریخ عقد جد مشخص نباشد، اقوال فقها متفاوت است؛ اما به نظر می‌رسد باید فرقی بین دو مورد نباشد و در نتیجه در هر دو مورد عقد معلوم التاریخ صحیح است (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۳۱/۲).

## نتیجه‌گیری

۱- در تمام موارد استصحاب کلی قسم اول و دوم و سوم، با استصحاب کلی فقط می‌توان آثار کلی را

مترتب نمود؛ اما نمی‌توان آثار فرد را ثابت نمود؛ چراکه ترتیب آثار فرد بر استصحاب کلی از مصادیق اصل مثبت می‌باشد که حجت نیست.

۲- ترتیب آثار شرعی عنوان کلی، بر استصحاب فرد آن کلی در صورتی از مصادیق اصل مثبت می‌باشد که عنوان کلی، از اعراض باشد چه اعراض خارج محمول که در خارج مابازایی ندارند و چه اعراض محمول بالضمیمه که مابازای خارجی دارند؛ اما در صورتی که عنوان کلی از ذاتیات مستصحب باشد، همانند جنس و فصل، استصحاب فرد و ترتیب آثار شرعی مترتب بر عنوان کلی، از مصادیق اصل مثبت نیست.

۳- منظور از استصحاب عدم ازلی، اتصاف موضوع به عدم وصف در زمان عدم تحقق موضوع است. بنابراین اگر با اجرای استصحاب عدم ازلی نسبت به عدم اتصاف موضوع به آن صفت که قبل از تحقق موضوع ثابت است (استصحاب عدم محمولی)، اتصاف موضوع به عدم آن وصف، نتیجه گرفته شود، اصل مثبت مصادیق پیدا می‌کند که حجت نیست.

۴- قاعده مقتضی و مانع به دلیل فقدان رکن اتحاد متعلق یقین و شک حجت نمی‌باشد؛ به علاوه آن‌که استصحاب عدم مانع و اثبات اثر مقتضا در این قاعده، از مصادیق اصل مثبت خواهد بود که حجت نیست.

۵- اگر مقصود از اجرای استصحاب نسبت به اجزاء در موضوعات مقید، اثبات حکم به وسیله اثبات عنوان بسیط توسط استصحاب باشد، این امر غیر ممکن است؛ چون عنوان اجتماع و اقرار آن، لازم عقلی ثبوت اجزاء است و با استصحاب اجزاء، نمی‌توان این عنوان را ثابت نمود، چون از مصادیق اصل مثبت خواهد بود که حجت نیست.

۶- اصل تأخر حادث در برخی از صور، به جهت مثبتی بودن بر اصل مثبت حجت نیست.

## منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۳۱ ق.
- آملی نجفی، هاشم، *مجمع الافکار و مطرح الانظار*، تقریر محمد علی اسماعیل پور، قم، کتابفروشی علمیه، ۱۳۹۶ ق.
- اراک، ضیاءالدین، *نهایة الافکار*، تقریر محمد تقی بروجردی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.
- اصفهان، محمد حسین، *نهایة الدراية فی شرح الکفایة*، قم، انتشارات سیدالشهداء، چاپ اول، ۱۳۷۴ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ نهم، ۱۴۲۸ ق.
- \_\_\_\_\_، *کتاب الطهارة*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *کتاب المکاسب المحشی*، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.

- ایروانی، باقر، *الحلقه الثالثه فی اسلوبها الثانی*، قم، المحبین، چاپ اول، بی تا.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیة*، قم، الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- \_\_\_\_\_، *منتهی الاصول*، قم، کتابفروشی بصیرتی، چاپ دوم، بی تا.
- جزایری مروج، محمد جعفر، *منتهی الدراییة*، قم، انتشارات دارالکتاب جزایری، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر آیت الله سید محمد هاشمی شاهرودی، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، قم، مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- حکیم، محمد سعید، *الکافی فی اصول الفقه*، بیروت، دار و مکتبه الهلال، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *المحکم فی اصول الفقه*، بی جا، مؤسسه المنار، چاپ دوم، ۱۴۱۸ ق.
- خامنه‌ای، علی، *حکم فقهی صائبان*، قم، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- خمینی، روح الله، *الإستصحاب*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *الرسائل*، تقریر مجتبی تهرانی، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۸۵ ق.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- \_\_\_\_\_، *کتاب الطهاره*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- خوئی، ابوالقاسم، *دراسات فی علم الاصول*، تقریر علی هاشمی شاهرودی، بی جا، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.
- \_\_\_\_\_، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- \_\_\_\_\_، *محاضرات فی اصول الفقه*، تقریر محمد اسحاق فیاضی، بی جا، انتشارات انصاریان، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *مصباح الاصول*، تقریر محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، قم، کتابفروشی داوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.
- روحانی، محمد حسین، *منتقى الاصول*، تقریر سید عبدالصاحب حکیم، بی جا، چاپخانه امیر، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دارالکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- سبحانی، جعفر، *ارشاد العقول الی مباحث الاصول*، تقریر محمدحسین الحاج العاملی، قم، مؤسسه امام صادق (ع) چاپ دوم، ۱۴۳۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *المحصل فی علم الاصول*، تقریر محمود جلالی مازندرانی، قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۸ ق.
- \_\_\_\_\_، *الموجز فی اصول الفقه*، قم، مؤسسه امام صادق، چاپ دوم، ۱۴۲۰ ق.
- شبییری زنجانی، موسی، *کتاب نکاح*، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- شریف کاشانی، ملا حبیب الله، *منتقد المنافع فی شرح المختصر النافع - کتاب الطهاره*، قم، انتشارات دفتر

- تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۸ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.
- صدر، محمد باقر، *بحوث فی علم الاصول*، تقریر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *دروس فی علم الاصول*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۸۴.
- \_\_\_\_\_، *مباحث الاصول*، تقریر کاظم حسینی حائری، قم، مقرر، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الاحکام الشرعیه*، قم، مؤسسه امام صادق، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- فیروز آبادی، مرتضی، *عنایه الاصول فی شرح کفایه الاصول*، قم، انتشارات فیروز آبادی، چاپ چهارم، ۱۴۰۰ ق.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- کوه کمره ای، محمد حجت، *المحجة فی تقریر الحججة*، تقریر علی صافی گلپایگانی، قم، آستان مقدسه حضرت معصومه سلام الله علیها، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- گرجی، ابوالقاسم، *تاریخ فقه و فقها*، تهران، مؤسسه سمت، چاپ سوم، ۱۴۲۱ ق.
- گلپایگانی، محمدرضا، *افاضة العوائد فی التعليق علی درر الفوائد*، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- لنکرانی، محمد فاضل، *ایضاح الکفایه*، تقریر محمد حسین قمی، قم، انتشارات نوح، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
- \_\_\_\_\_، *سیری کامل در اصول فقه*، قم، انتشارات فیضیه، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- محمدی خراسانی، علی، *شرح رسائل*، قم، انتشارات دارالفکر، چاپ سوم، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *شرح کفایة الاصول*، قم، الإمام الحسن بن علی، چاپ سوم، ۱۳۸۳.
- مشکینی اردبیلی، علی، *اصطلاحات الاصول و معظم ابیائها*، قم، حکمت، ۱۳۴۸.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، انتشارات دارالذکر، چاپ اول، ۱۳۸۳.
- مغنیه، محمدجواد، *علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید*، قم، انتشارات مکتبه الزهراء، چاپ دوم، ۱۹۸۰ م.
- مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الاصول*، تقریر احمد قدسی، قم، نسل جوان، چاپ دوم، ۱۴۱۶ ق.
- \_\_\_\_\_، *کتاب النکاح*، قم، انتشارات مدرسه علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- نائینی، محمد حسین، *اجود التقریرات*، تقریر ابو القاسم خوئی، قم، انتشارات مصطفوی، ۱۳۶۸.
- \_\_\_\_\_، *فوائد الاصول*، تقریر محمد علی کاظمی خراسانی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.



## قلمرو شفاعت در اقسام مجازات\*

دکتر احمد میرخلیلی<sup>۱</sup>

استادیار دانشگاه میبد

Email: [mirkhalili@meybod.ac.ir](mailto:mirkhalili@meybod.ac.ir)

دکتر عباس کلانتری خلیل آباد

دانشیار دانشگاه میبد

Email: [abkalantari@meybod.ac.ir](mailto:abkalantari@meybod.ac.ir)

دکتر حسین دشتی

دانش آموخته دکتری فقه و حقوق جزا دانشگاه میبد

Email: [drdashti@chmail.ir](mailto:drdashti@chmail.ir)

### چکیده

شفاعت در اصطلاح به معنای وساطت شخص سوم به نفع شخص خطاکار برای عفو و بخشش و نوعی تلاش برای گذشتن از خطای شخص و ترک مجازات او است. شفاعت در امور کیفری یکی از مباحث مطرح در فقه اسلام است که درباره جواز یا عدم جواز و قلمرو آن در اقسام مجازات اختلاف است. با توجه به سیاست کیفر زدایی و وجود این نهاد در حقوق اسلام، بررسی قلمرو این مسئله با توجه به منابع فقهی اسلام یعنی کتاب و سنت و اجماع و عقل، اهمیت فراوان دارد. در این پژوهش با استفاده از روش کتابخانه‌ای پس از بررسی آیات و روایات مربوط به شفاعت به تعیین قلمرو شفاعت در اقسام مجازات بر مبنای تقسیم جرائم به حق الله و حق الناس پرداخته شده و این نتیجه حاصل شده است که در جرائم حق الناسی شفاعت نزد صاحب حق هیچ منعی ندارد. در جرائم حق اللهی شفاعت جایز نیست اما در جرائم تعزیری که اختیار تعیین آن با حاکم اسلامی است، پذیرش یا عدم پذیرش شفاعت در اختیار حاکم قرار دارد که با توجه به مصلحت و مفسده موجود در آن و مقتضیات زمان و مکان تصمیم‌گیری کند.

**کلیدواژه‌ها:** شفاعت، حق الله، حق الناس، حد، تعزیر.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۱۰/۱۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۴/۰۹. (این مقاله بنابر نظر داوران و مصوبه هیئت تحریریه، علمی پژوهشی محسوب است.)

۱. نویسنده مسئول

### The Scope of Intercession in Different Types of Punishments

**Ahmad Mirkhalili, Ph.D.** Assistant Professor, University of Meybod (Corresponding Author)

**Abbas Kalantari Khalil Abad, Ph.D.** Associate Professor, University of Meybod

**Hossein Dashti, Ph.D.** Graduate of Islamic Jurisprudence and Criminal law, University of Meybod

#### Abstract

Intercession, terminologically, means a third party's mediation in favor of the sinner to be forgiven and is some attempt to ignore the person's sin and avoid his punishment. Intercession in penal affairs is one of the topics discussed in the Islamic jurisprudence which permissibility and scope in different types of punishments are controversial. Given the decriminalization policy and the existence of this establishment in Islam, studying its scope relying on the jurisprudential sources of Islam i.e. the Holy Quran, Sunna, Idjma (consensus) and intellect is of high significance. In this research, through a library method, after an examination of the verses and hadiths concerning intercession, the authors have determined the scope of intercession in different types of punishments on the basis of dividing crimes into crimes against Allah's right and crimes against individuals' rights and concluded that there is no prohibition on intercession before the right owner in crimes against individuals' rights. Intercession in crimes against Allah's right is not permitted. However, in Taaziri crimes which determination is left to the religious judge's discretion, it depends on the latter to accept or refuse intercession taking into account its interests and evils and the requirements of time and place.

**Keywords:** intercession, Allah's right, individuals' rights, hadd, taazir

## مقدمه

حقوق کیفری اسلام به منظور برخورد با پدیده مجرمانه از اجرای مجازات‌های گوناگون شدید و خفیف مانند جزای نقدی، حبس، تازیانه تا اعدام استفاده نموده است. در کنار تعیین مجازات، نهادهای گوناگون دیگری مانند عفو و توبه نیز به عنوان راهکاری برای نجات مجرمینی که پشیمان و اصلاح شده‌اند در احکام جزایی اسلام پیش‌بینی و مورد پذیرش قرار گرفته‌اند.

یکی از مباحث مطرح در حقوق کیفری اسلام، بحث شفاعت و پذیرش یا عدم پذیرش آن است. در کتب فقهای شیعه و سنی و در کتب حدیثی بحث شفاعت و قلمرو آن همواره مورد توجه بوده است، از آنجاکه مجازات‌های اسلامی به حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم شده‌اند. بحث شفاعت از این جهت مورد بحث بوده است؛ برخی از فقها شفاعت را به عنوان تفاوتی میان حد و تعزیر بر شمرده و معتقدند که شفاعت در حد راه ندارد، اما در جرائم تعزیری شفاعت جایز است (صاحب جواهر، ۴۱/۲۵۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۳/۱). در مقابل عده‌ای نیز معتقدند سرایت حکم ممنوعیت شفاعت به تعزیرات نیز بعید نیست (منتظری، ۱۸۶). هر گروه از فقها نیز برای دیدگاه خود به روایات و ادله گوناگونی استناد نموده‌اند. تاکنون درباره شفاعت در امور کیفری و تعیین قلمرو شفاعت کتابی جداگانه تألیف نشده است اما مقالاتی نگارش شده مانند مقاله «شفاعت در حد و تعزیر» که توسط رحیم نوبهار نوشته شده است در این پژوهش مسئله شفاعت و تعریف و قلمرو آن با توجه به آیات و روایات بررسی شده و در نهایت با تمرکز بر مسئله استحباب شفاعت حسنه و این که شفاعت مردود شفاعتی است که منجر به تضییع حد شود، شفاعت در مجازات و حتی حدود را در صورت رعایت مصلحت اقوی پذیرفته شده و فاقد منع دانسته شده است؛ اما نویسندگان در این پژوهش برآنند که گذشته از بررسی آیات و روایات به بررسی قلمرو شفاعت در اقسام مجازات با توجه به تقسیم‌بندی جرائم به حق‌الله و حق‌الناس بپردازند و از این راه به تعیین قلمرو شفاعت از دیدگاه متفاوتی دست یابند.

به هر صورت با توجه به این که در کتب فقهی کتابی جداگانه به نام کتاب شفاعت تدوین نشده است درباره شفاعت سؤالات و مباحث مختلفی مطرح است مانند این که آیا شفاعت در امور کیفری جریان دارد؟ در کدام قسم از مجازات‌های اسلامی شفاعت جریان دارد؟ چرا مشهور فقهای اسلام شفاعت در حدود را نپذیرفته‌اند؟ شفاعت نزد صاحب حق و حاکم چه حکمی دارد؟ هدف اصلی در این تحقیق، پاسخ به این سؤالات بر مبنای بررسی تحلیلی آیات و روایات مربوط به شفاعت، توجه به مبنای پذیرش یا عدم پذیرش شفاعت در امور مختلف و تعیین قلمرو شفاعت است.

## مفاهیم و مبانی

### ۱. شفاعت

شفاعت در لغت: شفع به معنای ضمیمه شدن چیزی به چیز دیگر است و شفاعت ضمیمه شدن شخص به دیگری است تا آن دیگری یار و یاور او باشد (راغب اصفهانی، ۴۵۷). شفع خلاف تنهایی است و به معنای زوج است تو می‌گویی: او تنها بود و من او را شفاعت کردم (او را از تنهایی در آوردم). تشفع به معنای طلب کردن است (ابن منظور، ۸/۱۸۳).

شفاعت در اصطلاح: طلب دفع ضرر و آسیب از شخص ثالث توسط کسی که رتبه و درجه او بالاتر از آن چیزی است که طلب کرده است؛ و همچنین انضمام کسی که رتبه‌اش بالاتر است به کسی که رتبه‌اش پایین‌تر است برای کمک رساندن به او (سعدی، ۱۹۸). شفاعت این است که یک موجود مادون که استعداد جهش و پیشرفت دارد، از موجود بالا و به صورت یک امر قانونی، استمداد و مدد می‌طلبد، البته مدد خواه از نظر کمال روحی باید به حدی سقوط نکند که نیروی جهش و تکامل را از دست بدهد و امکان تبدیل او به یک انسان پاک، از میان برود (سبحانی، ۸/۱۷۲). پس شفاعت در جایی است که انسانی بخواهد به کمالی و خیری برسد که شرایط آن را ندارد و اجتماع او را شایسته آن کمال و آن خیر نمی‌داند و یا بخواهد از خود شری را دفع کند، شری که به خاطر مخالفت متوجه او می‌شود، در اینجا متوسل به شفاعت می‌شود، یعنی وساطت شخص برای رساندن خیر و یا دفع شر از شخص دیگر را شفاعت می‌نامند.

با توجه به این که آنچه در دعاوی در فقه و حقوق مطرح است، اجرای مجازات در حقوق کیفری یا الزام به ادای حق غیر در دعاوی مدنی است، شفاعت در اصطلاح فقه و حقوق به معنای وساطت شخص سوم که دارای توان و موقعیت است برای طلب عفو و بخشش شخص خطاکار از سوی شخص صاحب حق عفو است.

### ۲. حق الله و حق الناس

از آنجاکه تعیین قلمرو شفاعت بر مبنای تقسیم جرائم به حق الله و حق الناس هدف این پژوهش است، مفهوم شناسی کلمه حق و تقسیم آن به حق الله و حق الناس لازم است.

واژه حق که جمع آن حقوق است، در لغت و اصطلاح علوم مختلف تعاریف و اقسام متعددی دارد؛ حق در لغت: به معنای مطابقت و موافقت است (راغب اصفهانی، ۲۴۶) و به معنای دیگر نیز آمده است مانند نقیض باطل، راستی، یقین (فراهیدی، ۶/۳). در معنای مطرح شده، معنای ثبوت نهفته است، یعنی حق به معنای ثبوت است.

در کلام فقها معانی گوناگونی برای واژه حق بیان شده است که عبارت‌اند از: نسبت خاص و سلطنت

مخصوصی است که قائم به دو طرف است؛ کسی که حق به نفع اوست و کسی که حق به ضرر اوست و کسی که حق به سود اوست، مسلط بر دیگری است (تبریزی، ۱۰/۲)؛ البته گاهی کسی که حق به ضرر او باشد، وجود ندارد مانند حق وصی که صاحب حق و متعلق حق وجود دارد، اما «من علیه الحق» ندارد. طبق یک دیدگاه تعریف صحیحی به جنس و فصل برای حق که امری اعتباری است، غیرممکن است، پس می‌توان گفت: مقومات حق عبارت است از: ۱. سلطنت ۲. اعتبار و لوازم حق عبارت‌اند از: ۱. اضافه ۲. اختصاص (رضا، ۲۳)؛ یعنی بیان مقومات و لوازم را برای تعریف و شناخت حق کافی دانسته است. مصطفی زرقا در تعریف حق می‌گوید: حق، اختصاصی است که شرعاً سلطه یا تکلیفی را مقرر نموده است (زحیلی، ۹/۴). به نظر می‌رسد این تعریف تا حد زیادی معرّف حق است، البته با این اصلاح که بگوییم: حق، اختصاصی است که شرعی، قانونی یا عقلی و طبیعی سلطه یا تکلیفی را مقرر نموده است. یکی از تقسیمات مربوط به حق، تقسیم حق از لحاظ صاحب حق به حق الناس و حق الله و حق مشترک است که در تعریف و تبیین و معیار آن اختلاف نظر وجود دارد؛

شهید اول در تعریف حق الله و حق الناس می‌گوید: حق الله فرمان الهی است که راهنمای بندگان است یا همان پیروی از دستورات الهی است و حدیث صحیح پیامبر (ص) و اهل بیت (ع) نیز همین معنا را بیان می‌کند که فرمودند: حق خداوند متعال بر بندگان آن است که او را پرستش کنند و برای او هیچ شریکی قرار ندهند. حق الله بدون حق الناس وجود دارد، اما حق الناس بدون حق الله وجود ندارد که همان امر الهی به دادن حق به مستحق است (شهید اول، القواعد و الفوائد، ۴۳/۲).

برخی معتقدند: حق خداوند متعال آن است که اگر بنده آن را اسقاط کند، ساقط نمی‌شود و از میان نمی‌رود، مانند نماز و روزه و... حق بنده حقی است که با اسقاط او از بین می‌رود، مانند حق قصاص (جوادی آملی، ۲۵).

حق الله و حق الناس دارای آثار متفاوت قضایی هستند، در حق الله چون مبنای حقوق بر تسامح و تخفیف است، خداوند متعال با کوچک‌ترین شبهه‌ای، حق خود را ساقط می‌فرماید، اما در اجرای حق الناس اصل بر مداقه است و تساهلی ندارد (روحانی، ۱۰۸). از این‌رو تلاش‌های زیادی جهت ارائه معیار خاص برای تعیین حق الله و حق الناس صورت گرفته است و معیارهای گوناگونی مانند قابل اسقاط بودن حق الناس و غیرقابل اسقاط بودن حق الناس، رسیدگی به جرائم حق الهی بدون مطالبه و دادخواست و در جرائم حق الناسی در صورت مطالبه ممکن است و دیگر معیارهایی که به نظر می‌رسد بیشتر بیانگر آثار حق الله و حق الناس است تا اینکه بیانگر معیاری برای تمیز این دو حق باشند.

برخی معتقدند کاربرد واژه حق در ترکیب حق الله، مجاز است، زیرا حق ناشی از نیاز و کمبود و ضعف

است، اعمال حق باید به ذی حق سود برساند و سلب حق نیز امکان بالقوه داشته باشد که این سه ویژگی و امکان آن برای خداوند متعال قابل تصور نیست، پس حق به معنای حقوقی آن برای خداوند متعال مصداقی در خارج ندارد (مرادی، ۱۳۸-۱۳۷). به نظر می‌رسد استدلال مطرح شده، درست نیست، زیرا لازمه حق بودن چیزی، امور سه‌گانه فوق نیست؛ زیرا در بعضی حقوق مانند حق وصایت، دیگری به صاحب حق نیازمند است و اعمالش به ذی حق سودی نمی‌رساند و سلب آن نیز در برخی شرایط امکان‌پذیر نیست! حتی اگر این دیدگاه را بپذیریم بازهم در آثار مسئله تفاوتی ایجاد نمی‌شود، چون می‌توان گفت منظور از حق الله، حکم الله در موارد خاص است که بر بندگان مقرر فرموده است. پس در آثار قضایی و حقوقی تغییری ایجاد نمی‌شود.

به‌ویژه در مباحث جزایی که می‌توان گفت: حق چون از طرف شارع جعل می‌شود، می‌تواند از مصادیق حکم به معنای اعم باشد. این حق از این باب نیست که خداوند متعال محتاج به چنین حقوقی است، بلکه به خاطر حفظ حاکمیت خداوند متعال و اطاعت از اوست به منظور حفظ مصالح جامعه و افراد، به بیان دیگر حق خاص خداوند است که بندگان اوامر و نواهی او را اطاعت کنند و منشأ پیدایش حق الله در فقه اسلامی همین است و از جهت اهمیتی که دارند از حقوق الهی به شمار می‌آیند و تصمیم و اجرای آن بر عهده حاکم است. منشأ حق الله حق حاکمیت خداوند متعال است که بر طبق آن هر کس با این احکام مخالفت کند، خداوند متعال حق مجازات او را دارد (مرعشی، ۲۳۵-۲۳۴).

اختلاط در معنای حق الله و حق الناس به ریشه عبری کلمه برمی‌گردد. اصل عبری واژه حق به معنای حکم است؛ چیزی که از سوی خداوند مقرر شده و اعم است از «حق لی» یا حقی که به نفع من است و اختیارش در دست من است و «حق علی» یا حقی بر من که رعایتش بر من واجب است و زمام آن در دست من نیست. فقهای اسلام از اولی به نام حق الناس و از دومی به حق الله تعبیر کرده‌اند. حق الناس حکمی است که اعمال یا اسقاط آن با انسان است و می‌تواند آن را به کار گیرد یا از آن چشم‌پوشد، مانند حق قصاص، برخلاف حق الله که اختیار آن با انسان نیست مانند نماز، روزه و عده طلاق برای زن (موحد، ۵۲). در مجموع حق الله، احکام الهی است که شامل عبادات و اوامر و نواهی مربوط به حفظ امنیت و نظم جامعه می‌شود و حق الناس نیز به منافع شخصی و یا عمومی مرتبط است که جنبه حفظ نظم و امنیت در آن ملحوظ نباشد و در برخی امور، هر دو حق باهم اجتماع می‌کنند.

به هر شکل حساسیت بیشتری در احکام جزائی که جنبه حق الهی دارند، وجود دارد زیرا در واقع آنچه در فقه و در بخش حدود به‌عنوان حق الله از آن یاد می‌شود، جعل حکم تکلیفی توسط خداوند متعال برای حاکم شرع است و او را موظف می‌کند که آن احکام را اجرا نماید و به همین جهت حاکم شرع در این‌گونه

موارد هیچ‌گونه اختیاری از خود ندارد (مرعشی، ۲۳۴). پس حق‌الله در واقع اوامر و نواهی الهی است که مخاطب آن حاکم شرع است که موظف به اجرای آن به‌عنوان حکم تکلیفی است، از این‌رو اجرای مجازات دارای وصف حق‌الله به‌عنوان یک تکلیف شرعی واجب، از حساسیت ویژه‌ای برخوردار است در برابر حق‌الناس که اجرای آن با حصول شرایط بسته به خواست و مطالبه صاحب حق دارد و در صورت درخواست صاحب حق اجرای آن بر حاکم واجب و لازم می‌شود و حساسیت و الزاماتی که در اجرای مجازات برای حاکم در حق‌الله وجود دارد در حق‌الناس نیست. بر همین مبنای حق‌الله و حق‌الناس تشخیص قلمرو شفاعت ممکن است.

### مستندات شفاعت در امور کیفری

مسئله شفاعت اخروی، در کتب کلامی مورد توجه و بحث و بررسی دانشمندان اسلامی قرار گرفته است، اما در کتب فقهی بابی با عنوان شفاعت دیده نمی‌شود، از این‌رو برای تشخیص و تعیین ادله و ارکان شفاعت باید به منابع اصلی احکام مراجعه نمود؛ درباره شفاعت دنیوی در کتاب و سنت ادله و مستنداتی وجود دارد که عبارت‌اند از:

#### ۱. کتاب

آیات گوناگونی درباره شفاعت وجود دارد،<sup>۱</sup> اما تنها آیه‌ای که به‌صراحت درباره شفاعت دنیوی است و می‌تواند به‌عنوان مستندی برای شفاعت قرار گیرد، آیه ۸۵ سوره مبارکه نساء است که می‌فرماید:

«مَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كُفْلٌ مِنْهَا» (نساء/۸۵)

«هر کس شفاعت پسندیده‌ای کند، برای وی از آن نصیبی خواهد بود و هر کس شفاعت ناپسندیده‌ای کند، برای او از آن {نیز} سهمی خواهد بود.»

خداوند متعال در این آیه به مؤمنین تذکر می‌دهد که به آنچه برایش شفاعت می‌کنند توجه کنند چون اگر در آنچه شفاعت می‌کنند شر و فساد باشد از آن نصیبی خواهند داشت. آیه از شفاعت سیئه یعنی شفاعت اهل ظلم و طغیان و نفاق و شرک و مفسدین فی‌الارض نهی می‌کند (صاحب ریاض، ۲۹/۵). از آیه چنین استنباط می‌شود که خداوند به مؤمنین یادآوری می‌کند اگر چیزی که در آن شفاعت می‌کنند از امور دارای فساد است از شفاعت کردن دوری کنند چون اگر شر و فساد از بین نرود به‌مرور زمان رشد می‌کند و جامعه را به‌سوی شر و فساد و نابودی می‌کشاند، یعنی از شفاعت نمودن در امور بد و ظلم و فساد دوری کنید؛ اما در برابر شفاعت از انسانی که در زندگی مرتکب عمل نادرستی شده است و شفاعت و در

۱. مانند آیات ۵۱ و ۷۰ سوره انعام و ۴۳ و ۴۴ سوره زمر. آیات ۲۵۴ بقره، ۵۱ و ۷۰ سوره انعام و ۴۳ و ۴۴ سوره زمر.

پی آن بخشش او موجب تغییر و تحول در رفتار آن‌ها خواهد شد و دارای آثار تربیتی خواهد بود، به نوعی شفاعت نیک به شمار می‌آید. این آیه به تشویق و ترغیب افراد برای پادرمیانی و شفاعت انسان نیازمند به بخشش می‌پردازد و این عمل را موجب بهره و ثواب شخص شفیع و پاداش دادن خداوند متعال به این دسته از افراد می‌داند و به نوعی انسان‌ها را به شرکت در حل اختلافات و درخواست بخشش گناهکاران فرامی‌خواند. باین وجود آیه بیان شده فقط شفاعت دنیوی را تأیید می‌کند، اما تصریحی در جواز شفاعت در امور کیفری ندارد. تنها چیزی که این آیه درباره شفاعت در امور کیفری به اثبات می‌رساند، جواز شفاعتی است که حسنه و شرعی باشد یعنی اگر شفاعت در امور کیفری از مصادیق شفاعت نیک و حسنه باشد، طبق این آیه انجام دادن آن مجاز است.

## ۲. سنت

در کتب روایی، روایات متعددی درباره شفاعت اخروی و دنیوی و نجات گناهکاران و مجرمان از مجازات دنیوی و اخروی بیان شده است. روایات مربوط به شفاعت دنیوی و مباحث کیفری را می‌توان به دودسته تقسیم کرد:

دسته‌ای از روایات، بدون هیچ قیدی و مطلقاً هرگونه شفاعت در حدود را مورد نهی قرار داده‌اند:

۱. روایت اسامه بن زید:

سلمه از امام صادق (ع) نقل می‌کند که می‌فرماید: اسامه بن زید نزد رسول الله (ص) از مجرمانی که استحقاق اجرای حدود نداشتند شفاعت می‌کرد، روزی مجرمی را که مستحق حد بود نزد آن حضرت آوردند، اسامه طبق عادت از او شفاعت کرد. حضرت به او فرمود: درباره حد شفاعت مکن (حر عاملی، ۱۸/۳۳۳؛ کلینی، ۷/۲۵۴).

در سند این روایت سلمه بن ابوحفص واقع است که وضعیت او در کتب رجال، مجهول است (خوئی، معجم رجال، ۹/۲۰۸). با توجه به این که یکی از راویان مجهول است، این روایت ضعیف است.

بخاری نیز این روایت را زیر عنوان «باب کراهت شفاعت در حدی که به سلطان ارجاع شده باشد» می‌آورد و در ادامه آن می‌گوید، پیامبر (ص) فرمود: مردم پیش از شما گمراه شدند، هرگاه فرد شریفی دزدی می‌کرد، او را رها می‌کردند و اگر ضعیفی سرقت می‌کرد، او را مجازات می‌کردند، سوگند به خداوند متعال اگر فاطمه دختر محمد سرقت کند، دست او را قطع می‌کنم (بخاری، ۸/۱۶). ممکن است نهی پیامبر (ص) با توجه به خطبه‌ای که پس از آن ایراد فرمودند به این دلیل بوده است که بین فقیر و غنی و صاحب منصب و شریف و انسان‌های معمولی در اجرای احکام الهی تفاوتی نباشد.

۲. روایات ام سلمه

امام صادق (ع) می‌فرماید: ام سلمه همسر پیامبر کنیزی داشت که مالی را از مردم دزدید. او را نزد

پیامبر (ص) آوردند؛ ام سلمه درباره او با پیامبر (ص) سخن گفت، پیامبر (ص) فرمود: ام سلمه این حدی از حدود الهی است و نباید تضييع شود و به قطع دست کنیز فرمان دادند (حرعاملی، ۱۸/۳۳۳؛ کلینی، ۷/۲۵۴). این روایت با نفی شفاعت در حد سرقه، هرگونه شفاعت در حدود الهی را نفی می‌نماید و به جنبه حق الهی بودن جرم ارتكابی به‌عنوان ملاکی برای عدم شفاعت اشاره می‌نماید.

### ۳. روایت مرسله صدوق

قال امیرالمؤمنین (ع): «إدروا الحدودَ بالشُّبُهَاتِ وَ لَا شِفَاعَةَ وَ لَا كِفَالَهَ وَ لَا يَمِينٍ فِي حَدِّ» (ابن بابویه، می‌لایحضره الفقیه، ۴/۷۴) امام علی (ع) می‌فرماید: حدود را با شبهات دفع کنید و شفاعت و کفالت و سوگند در حد نیست.

این روایت مرسل است، در نتیجه از نظر سند جزء احادیث ضعیف به‌شمار می‌آید، اما در احادیث مرسل، اگر راوی از اشخاص مطمئن و مورد اعتماد باشد، مرسل به‌منزله مسند و مورد قبول خواهد بود و این حدیث نیز به جهت بیان آن از سوی ابن بابویه که مراسیل ایشان معتبر دانسته شده است (محقق داماد، ۴۸). چون مشهور فقهای شیعه در بحث حدود به‌طور مطلق شفاعت در حد را مردود و غیرقابل قبول می‌دانند، این روایت دارای شهرت عملی و معتبر است. هرچند عمل اصحاب در این روایت مطلقاً شفاعت در حد نفی شده است.

### ۴. روایت نبوی

«مَنْ حَالَتْ شِفَاعَتُهُ دُونَ الْحَدِّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فَقَدْ ضَادَ اللَّهَ» (احسائی، ۱/۱۶۵) هر کس شفاعتش مانع اجرای حدی از حدود الهی شود، او ضد و دشمن خداوند متعال است. در این روایت نیز شفاعت از حد، مورد نفی قرار گرفته است و هرچند روایت مرسل است، اما کتاب عوالی اللئالی از کتب معتبر حدیث شیعه به‌شمار می‌آید (تهرانی، ۱۶/۷۲).

در کنار روایات دال بر نفی مطلق شفاعت در حدود، در مقابل روایت سکونی پذیرش شفاعت در شرایط خاص را بیان کرده است:

### ۱. روایت سکونی:

امام صادق (ع) از امام علی (ع) روایت می‌فرماید که فرمود: هیچ‌کس در حدی که امر آن به امام رسیده است، شفاعت نکند، زیرا چنین حدی در اختیار امام نیست، اما درباره حدی که هنوز به امام نرسیده، هنگامی که پشیمانی مجرم را دیدی، شفاعت کن و درباره غیر حد در صورتی که مشفوع له از کرده خود پشیمان شده و رجوع کرده است، نزد امام شفاعت کن، اما درباره حق انسان مسلمان و غیرمسلمان، نباید جز به اذن او شفاعت شود (حرعاملی، ۱۸/۳۳۳؛ کلینی، ۷/۲۵۴؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام،

۱۰/۱۲۴).

در این روایت که معتبره سکونی نامیده شده است، سندش صحیح نیست اما معتبر است، (خوئی، مبانی تکمله المنهاج، ۱/ ۱۸۵). برخی فقها معتقدند که مقتضای تعلیل در روایت آن است که عدم جواز شفاعت به حدودی اختصاص دارد که امام حق عفو در آن را ندارد، پس در آنچه حق عفو دارد مانند حدی که با اقرار ثابت شده، مانعی از شفاعت در آن نیست (همان). امام در صورتی حق عفو دارد که حد با اقرار ثابت شده و مجرم توبه کرده است، در آن صورت امام اختیار دارد که مجرم را عفو یا مجازات نماید، (شهید اول، اللمعه، ۲۳۷) با توجه به متن روایت شفاعت در این مرحله و پس از توبه مجرم ایرادی ندارد که البته نفس توبه به حاکم اختیار عفو مجرم را می‌دهد و شفاعت شخص ثالث به‌عنوان ضمیمه‌ای بر توبه مجرم و تقویت‌کننده آن در جهت بخشش و عفو مجرم توسط حاکم باشد تا امکان عفو مجرم توسط حاکم بیشتر شود.

#### نقد و بررسی روایات

نخستین نکته این است که؛ با توجه به پذیرش شفاعت در قرآن کریم روشن است که در اسلام اصل شفاعت مورد تأیید و پذیرش قرار گرفته است. در روایات مطرح شده نیز، اصل شفاعت مورد رد و نقض قرار نگرفته، پس اصل بر جواز شفاعت است مگر این که مواردی از تحت این اصل به دلایل خاص خارج شده باشد.

دوم: با توجه به روایات مطرح شده درباره عدم پذیرش شفاعت در حدود، مشخص می‌شود که بدون شک دسته‌ای از جرائم و مجازات‌ها از اصل جواز شفاعت خارج شده‌اند؛ اما منظور از حدود در این روایات چیست؟ در روایت اسامه با توجه به شفاعت اسامه درباره مجرمانی که استحقاق حد نداشتند به نظر می‌رسد منظور از حد، مجازات معین شرعی در برابر تعزیر باشد. روایت ام سلمه نیز درباره حد سرقت شفاعت شده، حد به معنای مجازات معین شرعی است؛ اما در مرسله صدوق، روایت نبوی و روایت سکونی نهی از شفاعت در حدود به‌طور مطلق بیان شده است که ظاهراً به معنای مجازات است زیرا قرینه‌ای بر اراده معنای تعزیر یا حد اصطلاحی وجود ندارد.

سوم: با توجه به اطلاق روایت ام سلمه، زید بن ثابت و مرسله صدوق، از یک سو و روایت سکونی از سوی دیگر درباره قلمرو شفاعت ممنوعه این بحث مطرح است که شفاعت در چه مواردی ممنوع است؟ در روایت ام سلمه مبنای نهی پیامبر (ص) از شفاعت، حد الهی بودن عنوان شده است. در روایت سکونی نیز عدم اختیار حاکم در اجرای حد به عنوان دلیل منع شفاعت بیان شده است.

پس در مجموع شفاعت در حدود مورد نهی قرار گرفته است و با توجه به معنای کلمه حد که در برخی

روایات حد اصطلاحی و در برخی مجازات است، برای تعیین قلمرو شفاعت باید به مبنا و دلیل نهی از شفاعت در حدود استناد نمود که با توجه به روایات دو دلیل برای منع از شفاعت مطرح شده است؛ ۱. شفاعت در حد الهی جاری نیست. ۲. حاکم اختیاری در عدم اجرای حد ندارد.

### قلمرو شفاعت

با توجه به مباحث مطرح شده، از آنجاکه اصل شفاعت در قرآن کریم و سنت مورد تأیید قرار گرفته است، مسئله مهمی که درباره شفاعت مطرح می‌شود، قلمرو شفاعت است و این که شفاعت درباره چه جرائمی و نزد چه کسی مورد پذیرش قرار دارد، با بررسی کتب فقهی و دیدگاه فقها در این باره، دیدگاه‌های گوناگونی مشاهده می‌شود که با توجه به جرائم ارتكابی و مجازات مربوط به آن در فقه جزایی اسلام مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۱. شفاعت در حدود

حدود به معنای مجازات معین شرعی است که درباره تعداد آن‌ها میان فقها اختلاف وجود دارد، هر چند همگی بر حد بودن زنا، لواط، مساحقه، قیادت، قذف، شرب خمر، سرقت و محاربه اتفاق نظر دارند، اما درباره ارتداد اختلاف است و محقق حلی آن را از تعزیرات برشمرده، اما مشهور فقها ارتداد را از جرائم مستوجب حد دانسته‌اند (شهید ثانی، مسالک، ۱۴/۳۲۷). با توجه به روایات مطرح شده درباره شفاعت، آنچه یقیناً از معنای کلمه «حد» در این روایات برداشت می‌شود، منع شفاعت در حدود معین شرعی است به‌ویژه در روایت ام سلمه که درباره سرقت و از جرائم مستوجب حد است. البته درباره شفاعت در حدود دو دیدگاه توسط فقها بیان شده است؛

#### الف) نفی مطلق شفاعت در حدود

مشهور فقها شفاعت در جرائم مستوجب حد را نپذیرفته‌اند و شفاعت در حدود مورد رد فقها قرار گرفته است، (محقق حلی، ۱۰/۹۴۳؛ علامه حلی، ۳/۵۳۵؛ خمینی، ۲/۴۶۹) درباره علت این حکم نیز مطالب گوناگونی را بیان کرده‌اند، مانند شفاعت در اسقاط حدود پذیرفته نیست، زیرا خداوند متعال درباره اجرای حد بر زناکار می‌فرماید: «وَفَار» یعنی: «در {کار} دین خدا، نسبت به آن دو دلسوزی نکنید.» و به خاطر احادیث مستفیضی که «لا تشفع فی حد» را بیان نموده‌اند. (صاحب ریاض، ۱۳/۵۱۳-۵۱۲؛ فاضل هندی، ۱۰/۴۹۲) شهید ثانی می‌گوید: استیفای حد، حقی واجب بر عهده امام است و از این رو شفاعت در آن جایز نیست و شفاعت تنها در چیزی جایز است که حق اوست و روایات زیادی درباره آن وارد شده است (شهید ثانی، مسالک، ۱۴/۴۱۸)؛ زیرا شفاعت در اسقاط حد جایز نیست، چون حق الله یا مشترک

بین حق الله و حق الناس است، مانند حد قذف (شهید ثانی، شرح لمعه، ۹/۱۶۶).

ادله دیگری که در نفی شفاعت در حد بیان شده عبارت‌اند از: ۱. پذیرش شفاعت در حدود موجب تعطیل حکم خداوند متعال و تضييع حدود الهی است. ۲. شفاعت موجب تأثیر در امر الهی می‌شود و حاکم باید فقط تحت دستور خداوند متعال باشد. ۳. شفاعت بدون رضایت صاحب حق، موجب تضييع حق الناس است. ۴. شفاعت موجب تعطیل یا تأخیر حد می‌شود. ۵. شفاعت بنا بر صراحت قرآن کریم نیازمند به اذن خاص یا عام است، «إِلَّا مَنْ أَدْنَى لَهُ الرَّحْمَنُ» (نبا/۳۸) که در حق الله چنین اذنی نیست (عمید زنجانی، ۱۹۹) این گروه از فقها معتقد به منع مطلق شفاعت هستند.

#### ب) نفی شفاعت در حدودی که امام حق عفو ندارد یا به امام ارجاع شده

در مقابل برخی از فقها نفی مطلق شفاعت در حدود را رد کرده و معتقدند؛ نفی شفاعت در حدود اختصاص به مواردی دارد که امام حق عفو در آن را ندارد. صاحب وسائل الشیعه احادیث مربوط به نفی شفاعت را با عنوان «باب عدم جواز شفاعت در حد، زمانی که مورد به امام ارجاع شده باشد.» (حر عاملی، ۳۳۲/۱۸) که نشانگر دیدگاه ایشان بر نفی شفاعت پس از ارجاع به امام است که به نظر می‌رسد مسئله عفو مجرم پس از ارجاع به امام با مسئله شفاعت خلط مبحث شده است، چون در این قسمت روایات مربوط به گذشت صاحب مال از سارق پس از مراجعه به حاکم بیان شده که مربوط به مسئله عفو است، در حالی که شفاعت و عفو دو مسئله جداگانه با ارکان و شرایط گوناگون هستند.

صاحب مبانی تکمله المنهاج می‌گوید: عفو به واسطه شفاعت جایز نیست، بدون اختلاف ظاهری که تعدادی از روایات بر آن دلالت می‌کند، معتبره سکونی و مقتضای تعلیل در آن که عدم جواز شفاعت را اختصاص به حدودی داده است که امام حق عفو در آن ندارد، اما در آنچه حق عفو دارد مانند مواردی که حد با اقرار ثابت شده و مجرم توبه کرده است، مانعی از شفاعت در آن نیست (خوئی، مبانی تکمله، ۱/۱۸۵)؛ البته برخی از فقها توبه بعد از اقامه شهود را نیز موجب سقوط حد می‌دانند (شیخ مفید، ۷۷۷). صاحب جواهر با اشاره به حدیث سکونی می‌گوید: در سند حدیث، حسین بن یزید النوفلی است که درباره او بحث و اشکال است و در ادامه با تعبیر به «قیل» اضافه می‌کند: گفته شده که مقتضای تعلیل مزبور «فانَّ الامامَ لا یملکه» در این حدیث این است که جواز شفاعت نزد امام جایی است که امام در عفو مجرم تخیر دارد، اما اطلاق سخن اصحاب آن را نفی می‌کند (صاحب جواهر، ۴۱/۳۹۶-۳۹۵) که مشخص است صاحب جواهر به رد این دیدگاه تمایل دارد.

#### نقد و بررسی دیدگاه‌ها:

مستند اصلی کسانی که معتقد به پذیرش شفاعت در حدود در مواردی که حاکم حق عفو و بخشش

دارد، حدیث سکونی است که از نظر سند، ضعیف است و مشهور فقها به مضمون آن عمل ننموده و شفاعت در حدود را به طور مطلق رد کرده‌اند.

از سویی استدلال‌های مطرح درباره رد شفاعت در حدود و آیات قرآن کریم و روایات مطرح درباره اهمیت حدود و اجرای حد در جامعه اسلامی که تعطیل حدود را منع می‌کند، همگی موافق دیدگاه منع مطلق شفاعت در حدود است. از سویی شفاعت برای مرتکب جرم حدی، مصداق بارز رأفت و دلسوزی است که طبق قرآن کریم (نور: ۲) مورد نهی قرار گرفته است.

حد حق الله است و حاکم موظف به اقامه آن است، بر طبق ادله‌ای همچون؛ فرموده امام صادق (ع) که در حق الله بر حاکم واجب است که حق را اقامه کند و حد را اجرا نماید، اما اگر حق الناس باشد، اختیارش با خود آن‌هاست (حرعاملی، ۱۸/۳۳۴؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۰/۴۴). با توجه به این حدیث و این که حد از حقوق الهی به شمار می‌آید، شفاعت در حد، مانع اجرای حق الله است و چون اجرای حد بر قاضی واجب است، درخواست شفاعت در واقع درخواست ترک عمل واجب از قاضی و ممنوع است. در حقیقت حدود که به‌عنوان حق الله هستند، خداوند متعال اقدام به جعل حکم تکلیفی بر عهده حاکم شرع فرموده است و او موظف شده که آن‌ها را اجرا کند و به همین جهت حاکم شرع در جهت اجرای تکلیف هیچ‌گونه اختیاری از خود ندارد.

با توجه به حق عفو امام و اطلاق روایات عدم شفاعت در حدود، پذیرش شفاعت مردود است و امام با توجه به شرایط و در نظر گرفتن مصلحت، می‌تواند مجرم را عفو یا مجازات نماید و شفاعت نمی‌تواند به‌عنوان عاملی مؤثر در رأی امام مطرح شود، زیرا توسط ادله دیگر مورد رد قرار گرفته است. البته در جنبه حق الناسی حدود مانند گذشت صاحب مال از لزوم استرداد مال و یا شفاعت نزد صاحب مال پیش از مراجعه به حاکم و همچنین شفاعت در قذف به‌عنوان حدی که حق الناس به شمار می‌آید، شفاعت نزد صاحب حق هیچ معنی ندارد.

درباره مواردی که پذیرش توبه از سوی حاکم مورد قبول قرار گرفته نیز ادله خاص بر آن دلالت دارد و نمی‌توان بر مبنای اختیار حاکم در پذیرش توبه بعد از اقرار، شفاعت را نیز پذیرفت؛ زیرا برای رفع تکلیف اجرای مجازات توسط حاکم باید دلیل مستقل وجود داشته باشد، زیرا اختیار قاضی برای پذیرش توبه در چنین مواردی دارای سند و مدرک مستقل است که طبق مصلحت می‌تواند اقدام به اجرای حد یا عدم اجرای آن نماید.

در مجموع به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق ادله منع شفاعت در حدود و این که پس از توبه مجرم، حاکم در عفو یا مجازات مرتکب اختیار دارد، شفاعت به‌عنوان عاملی برای سقوط مجازات حدی به شمار

نمی‌آید، چون روایت سکونی نیز از نظر سند ضعیف بود. از سوی دیگر درباره قلمرو و اختیار حاکم در عفو مجرم بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقط توبه پس از اقرار را موجب اختیار امام در عفو مجرم می‌دانند (شیخ طوسی، نهاییه، ۶۹۶) و عده‌ای نیز معتقدند که امام مطلقاً حق عفو مجرمی را دارد که مرتکب یکی از جرائم حق‌اللهی شده است (ابن بابویه، المقنع، ۴۳۰). پس نمی‌توان صرفاً بر مبنای ظاهر این روایت که دارای سند ضعیف است و با وجود اختلاف در قلمرو و حق عفو امام، جواز شفاعت در برخی حدود را نتیجه‌گیری نمود. بلکه مسئله توبه و قلمرو سقوط حد به خاطر توبه برای رهایی مجرم کفایت می‌کند و با توجه نصوص و رأی اصحاب بر عدم جواز شفاعت در حدود، جواز شفاعت مردود است؛ اما با توجه به روایات وارد شده، پیش از مراجعه به حاکم می‌توان نزد بزه دیده شفاعت نمود و از مرافعه و مراجعه به حاکم خودداری شود که در صورت مشاهده پشیمانی مجرم توسط شفیع صورت می‌گیرد.

البته از این نظر که به خاطر اختیار حاکم در اجرای حد، مسئله وجوب اجرای حد به اباحه تبدیل می‌شود، منعی که ناشی از حق‌الله بودن حدود به وجود آمده بود، از میان می‌رود و از جهت حق‌الله بودن، منعی در پذیرش شفاعت وجود ندارد؛ اما شفاعت در حدود قابل اثبات نیست به دو دلیل؛ نخست اینکه حدیث سکونی که مستند جواز شفاعت در حدودی است که مجرم توبه کرده و حاکم حق عفو او را دارد، ضعیف است و دوم اینکه سایر روایات و بیان فقها در نفی شفاعت مطلق است و هیچ استثنایی در عدم پذیرش شفاعت در حدود قرار نداده‌اند، از این رو شفاعت در حدود جایز نیست چون مطلقاً شفاعت در حدود را مردود اعلام کرده‌اند.

## ۲. شفاعت در قصاص

قصاص یکی از مجازات‌هایی است که در آیین اسلام مورد پذیرش قرار گرفته است. قصاص به معنای پیروی کردن است، در واقع گویا برای مجازات جانی از او پیروی و همانند خودش رفتار می‌شود. (شهید ثانی، شرح لمعه، ۱۱/۱۰) در جنایت بر عضو، حق قصاص به مجنی علیه اختصاص دارد و در قصاص نفس این حق به اولیاء دم تعلق دارد. هدف از قصاص تشفی خاطر مجنی علیه یا اولیای اوست و بدون اختلاف حق قصاص از جمله حق‌الناس به شمار می‌آید، هر چند از جهت اقدام جانی به ایجاد اخلال در نظم و امنیت عمومی این جرم دارای جنبه حق‌اللهی نیز است.

اما خداوند متعال با اینکه قصاص را به عنوان حقی برای اولیای دم بیان نموده، اما عفو جانی را صدقه و

کفاره گناهان به شمار آورده است و می‌فرماید:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عَفَى لَهٗ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَادِّاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ

ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (بقره/۱۷۸) «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، درباره کشتگان، بر شما {حق} قصاص مقرر شده: آزاد عوض آزاد و بنده عوض بنده و زن عوض زن. و هر کس که از جانب برادر {دینی} اش {یعنی ولی مقتول} چیزی {از حق قصاص} به او گذشت شود، {باید از گذشت ولی مقتول} به طور پسندیده پیروی کند و با {رعایت} احسان، {خون بها} را به او بپردازد. این {حکم} تخفیف و رحمتی از پروردگار شماست، پس هر کس، بعد از آن از اندازه درگذرد، وی را عذابی دردناک است.»

پس می‌توان گفت: شفاعت در قصاص، غالباً جایز بلکه مستحب به شمار آمده است (نوبهار، ۱۲۱). در مجموع می‌توان گفت: چون قصاص از جمله حق الناس است، شفاعت از آن نزد صاحب حق هیچ منعی ندارد، حتی حاکم اسلامی نیز حق دخالت در مسئله قصاص را ندارد، در نتیجه شفاعت نزد صاحب حق برای گذشتن از حق خود و بخشش جانی، هیچ منعی ندارد و با توجه به تصریح قرآن و روایات دال بر حسن عفو، شفاعت در جرائم مستوجب قصاص، نوعی تشویق و پادرمیانی برای انجام عمل مستحب و نیکو است؛ اما حکم جواز یا عدم جواز شفاعت در جنبه حق الهی قصاص، یعنی تعزیر جانی به خاطر ارتکاب جنایت موجب قصاص در قلمرو تعزیرات و حکم ناشی از آن مربوط است.

### ۳. شفاعت در دیات

در اصطلاح، دیه مالی است که پرداخت آن به خاطر جنایت بر نفس یا اعضای انسان واجب می‌شود چه میزان مشخصی برای آن باشد چه نباشد. هر چند دیه معین را در اصطلاح دیه و دیه نامعین آرش یا حکومت نامیده‌اند (صاحب جواهر، ۲/۴۳). درباره دیات نیز از سویی در حق الناس بودن آن هیچ تردیدی وجود ندارد و از سوی دیگر با توجه به دیدگاهی که دیه را جبران خسارت می‌داند، در کیفر بودن دیه اختلاف است و از این رو جواز شفاعت نزد کسی که مستحق دریافت دیه است هیچ منع شرعی یا عقلی ندارد. همان‌گونه که شفاعت نزد مردم در سایر دعاوی که غیر کیفری هستند، هیچ منعی ندارد، چون اصل بر جواز و اباحه شفاعت است و فقط در امور کیفری این مسئله با نهی و محدودیت شرعی روبرو شده است.

### ۴. شفاعت در تعزیرات

فقها بر طبق منابع فقهی، شفاعت دنیوی را مجاز دانستند اما برای آن قلمرو و محدوده مشخص قرار داده‌اند. تعزیرات به‌عنوان مجازات‌های نامعین شرعی، از جمله مواردی است که جواز شفاعت در آن مانند حد، محل اختلاف دیدگاه میان فقها است. غالب فقهای شیعه باب جداگانه‌ای را به تعزیرات اختصاص نداده‌اند و احکام آن را در ضمن حدود مطرح نموده‌اند، درباره مسئله شفاعت نیز تنها به عدم جواز شفاعت در حدود اشاره نموده‌اند و از آنجا که جواز یا عدم جواز شفاعت را به‌عنوان تفاوت حد و تعزیر بیان نکرده‌اند

(علامه حلی، ۳/۵۳۵؛ شهید اول، اللمعه، ۲۳۹). ظاهراً ایشان معتقد به منع شفاعت در تعزیرات بوده‌اند و ادله منع شفاعت در حدود را شامل تعزیرات نیز دانسته‌اند.

در مقابل گروهی از فقها شفاعت در تعزیر را مجاز دانسته‌اند، صاحب جواهر پس از تعریف حد به‌عنوان مجازات معین شرعی، می‌گوید: نام حد به این معنا در نصوص بسیاری مانند درء الحد بالشبهه... و عدم الشفاعة فی الحد... به‌کار رفته است (صاحب جواهر، ۴۱/۲۵۷). ایشان کاربرد واژه حد به معنای مطلق عقوبت را از این جهت مشکل می‌داند که احکام نام‌برده شده، به حدود اختصاص دارد و شامل تعزیرات نمی‌شود، یعنی یکی از تفاوت‌های حد و تعزیر را عدم پذیرش شفاعت در حدود و پذیرش آن در تعزیر دانسته است.

گروهی که شفاعت در تعزیر را مجاز دانسته‌اند چند دلیل استناد نموده‌اند که عبارت‌اند از؛

الف) روایات: این دسته از فقها برای اثبات شفاعت در تعزیر به روایات استناد می‌کنند. در روایت اسامه که پیامبر (ص) او را از شفاعت در حد نهی فرمودند (حر عاملی، ۱۸/۳۳۳)، اگر شفاعت در تعزیر جایز نبود، رسول اکرم (ص) اسامه را منع می‌فرمود (انصاری، ۳۴۰). از این روایت گذشته از جواز شفاعت در تعزیر، نکته دیگری نیز دریافته می‌شود و آن واگذاری امر تعزیر به حاکم است چون اگر حاکم چنین اختیاری نداشت، اسامه چنین اقدامی نمی‌کرد و همچنین وقتی اسامه نزد پیامبر (ص) شفاعت می‌کرد، پیامبر (ص) عدم اختیار حاکم در این زمینه را به وی گوشزد می‌کرد و او را نهی می‌فرمود (صافی گلپایگانی، ۸۵). البته همان‌گونه که بیان شد این روایت ضعیف است. روایت دیگری که مورد استناد ایشان قرار گرفته، روایت سکونی از امام علی (ع) فرمودند: چنانچه مشفوع له درخواست شفاعت دارد، نزد حاکم در غیر حد از او شفاعت کن (حر عاملی، ۱۸/۳۳۳) که به‌صراحت، جواز شفاعت را نشان می‌دهد.

ب) اصل عملی بر جواز و اباحه: صاحب‌التعزیر درباره شفاعت در تعزیر می‌گوید: مقتضای اصل بر جواز شفاعت و همچنین جواز پذیرش شفاعت توسط حاکم است (صافی گلپایگانی، ۸۱). همان‌گونه که بیان شد اصل جواز شفاعت مورد تأیید فقها قرار دارد، فقط در قلمرو آن اختلاف وجود دارد. پس اگر در جواز شفاعت در چیزی اختلاف شد، اصل بر اباحه و جواز آن است.

ج) قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» که بیانگر اختیار عام حاکم در زمینه تعزیرات است. طبق این قاعده حکم بر تعزیر بر گناهان وابسته به نظر امام است که مشخص کند در کدام گناهان تعزیر لازم است و در کدام یک تعزیر لازم نیست، طبقه‌بندی گناهان و تعیین میزان تعزیر و وظیفه حاکم است (عمید زنجانی، ۱۵۳-۱۵۲) پس چون حاکم در این باره اختیار دارد، شفاعت در تعزیرات جایز است و منعی ندارد.

زیرا چه بسا ممکن است حاکم تشخیص دهد که اعلام تعزیر و انذار به آن برای منع مجرم و بازداشتن او از ارتکاب گناه و مصلحت نظام کافی باشید. چه بسا اگر تعزیر نکردن مجرم توسط حاکم به خاطر شفاعت مؤمنین صورت گیرد، برای منع و بازداشتن و پیشگیری از بازگشت مجرم به ارتکاب دوباره گناه، قوی تر باشد. به طور کلی جواز پذیرش و عدم پذیرش شفاعت، با اینکه مسئله تعزیر به حاکم واگذار شده است. بسته به نظر حاکم است. تعیین تعزیر وابسته به دلایل صحیح شرعی و ملاحظات سیاسی و تدبیر امور یا انگیزه‌های نفسانی است، آنچه مراعاتش بر حاکم در مقام اجرای تعزیر و عدم آن و پذیرش شفاعت لازم است؛ مصالح نظامی و رعایت مصلحت مردم و منع از گناهان و پیشگیری از هر آنچه موجب فساد امور است و تحقیر کسی که مرتکب محرمات شده، در این باره باید به کمترین اقدام و مجازاتی که این اهداف را محقق نماید، با کمال احتیاط اکتفا کند. همانا بزرگ‌ترین چیزی که حاکم به آن مبتلا می‌شود این است که از حد تجاوز کند و تازیانه‌ای را نابجا و زیاده‌تر از حد معین بر کسی که قصد تأدیب او را داشته بزند (گلپایگانی، ۸۲-۸۱). رسول‌الله (ص) می‌فرماید: مبعوض ترین مردم نزد خداوند متعال کسی است که کمر مسلمانی را به ناحق تازیانه برند (حرعاملی، ۱۸/۳۳۶) و در حدیث نادری نیز می‌فرماید: برای حاکمی که به خداوند متعال و روز جزا ایمان آورده است، حلال نیست که بیش از ده ضربه تازیانه به کسی ضربه بزند (ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۴/۵۲).

د) عفو مجرم از مناصب حاکم است. (نهج البلاغه، نامه ۵۳) ادله‌ای که عفو مجرم به وسیله حاکم را جایز می‌داند، جواز شفاعت در تعزیرات را نیز ثابت می‌نماید (انصاری، ۳۴۲).

#### نقد و بررسی دیدگاه فقها درباره شفاعت در تعزیرات

از آنجاکه اصل بر جواز شفاعت است و بحث اصلی این است که چه مواردی از حکم جواز شفاعت خارج شده است، آنچه برای حل این مسئله باید مورد بررسی قرار گیرد، نصوصی است که موجب استثناء برخی موارد از تحت حکم جواز شفاعت بود، همان‌گونه که بیان شد شفاعت در حدود مورد نهی قرار گرفته است و نصوص مطرح درباره حدود هستند، اما پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا این نصوص قابل تعمیم به تعزیرات نیز هستند؟ پس منشأ اصلی این اختلافات واژه حدود در روایات مربوط به نفی شفاعت در حدود است.

حد بدون قرینه به معنای مطلق عقوبت است و به کمک قرینه و از باب علاقه کل و جزء حمل بر معنای عقوبت معین و یا تعزیر و... می‌شود؛ و ممکن است حکم‌های منع شفاعت و... به تعزیر نیز سرایت نماید. (موسوی اردبیلی، ۱۳/۱) چون روایت مرسله ابن بابویه از امام علی (ع) (ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۴/۷۴) که به طور مطلق به نفی شفاعت در حدود می‌پردازد و قرینه‌ای مبنی بر این که منظور از حد

در اینجا حدود معین شرعی است، وجود ندارد، پس این روایت دلالت بر منع مطلق شفاعت در مجازات‌ها دارد.

اما در روایت مربوط به شفاعت زید بن ثابت و ام سلمه و روایت سکونی ظاهر نصوص از اختصاص به حدود حکایت دارد و تعمیم حدود به تعزیرات در همه احکام قابل تأمل است مگر آنکه با توجه به علل مذکور در نصوص قاعده از باب تنقیح مناط آن را بر تعزیرات نیز حاکم کرد؛ زیرا تعزیرات هم به نوعی حدود الهی به معنای عام به شمار می‌آید (عمید زنجانی، ۲۰۰-۱۹۹). پس واژه حد ممکن است به معنای مطلق مجازات باشد از این رو بررسی علت نهی از شفاعت در حدود، می‌تواند به عنوان راهگشای این مسئله و تعیین جواز یا عدم جواز شفاعت در تعزیر به کار برود، زیرا همان‌گونه که بیان شد، اصل بر جواز شفاعت است مگر مواردی که به موجب ادله احکام مورد نهی قرار گرفته است.

اما اینکه طبق نصوص علت منع از شفاعت چیست؟ با بررسی روایات مطرح شده چند علت برای عدم جواز شفاعت بیان شده مانند این که حاکم اختیاری در زمینه عدم اجرای حد ندارد و حق عفو را ندارد (حر عاملی، ۳۳۳/۱۸). حد از جمله حق الله است و در حدود الله شفاعت جایز نیست (همان) که دلیل عدم اختیار حاکم در اجرای حد نیز، همان حق الله است. پس با توجه به مباحث مطرح شده به نظر می‌رسد آنچه ملاک و دلیل ممنوعیت شفاعت در حدود است، مسئله حق الله و لزوم اطاعت از اوامر و نواهی الهی است؛ زیرا اجرای حدود بر حاکم واجب است و نمی‌توان به وسیله شفاعت مانع از انجام تکلیف واجب توسط حاکم گردید.

تعزیرات نیز با توجه به ملاک‌هایی که برای تشخیص حق الله از حق الناس بیان شده است، گاهی از جمله حق الله و گاهی حق الناس هستند. جرائمی که ملحق به قذف هستند یعنی ناسزاگویی‌هایی که به اتهام لواط یا زنا نمی‌رسد، اما موجب تأدی و آزار شنونده می‌شود، مانند کسی که به دیگری بگوید: فاسق، خائن، سارق، شارب خمر یا چیزی که از اسباب فسق است، اما آن شخص در ظاهر، عادل باشد، حد قذف بر او جاری نمی‌شود، بلکه تعزیر می‌شود (ابن ادریس، ۵۲۹/۳)؛ اما جرائم ملحق به زنا و لواط و سحر از جمله حق الله هستند؛ مانند جمع بین دو زن و مرد، دو مرد یا دو زن برهنه زیر یک پوشش که مستوجب تعزیر دانسته شده است. پس در جرائم تعزیری حق الناس، شفاعت نزد صاحب حق جایز است و منع شرعی ندارد.

اما درباره جرائم تعزیری که دارای ویژگی حق اللهی هستند، نکته دیگری که در بحث تعزیرات به عنوان عامل تعیین‌کننده در جواز یا عدم جواز شفاعت در تعزیرات مطرح می‌شود، بحث تعزیرات منصوص شرعی است. تعزیرات منصوص شرعی دسته‌ای از تعزیرات هستند که نوع و میزان آن‌ها در شرع مشخص

شده است و از این رو حاکم موظف به اجرای آن است. درباره تعداد و مصادیق تعزیرات منصوص میان فقها اختلاف نظر وجود دارد، سخن ایشان در این باره وجود بین ۲ تا ۱۵ مورد تعزیر منصوص است (برهانی، ۱۰۴-۱۰۳) که موارد مختلفی را دربر می‌گیرد، مانند؛ یکی از مواردی که مشهور فقها آن را به عنوان تعزیر منصوص بیان کرده‌اند، جمع دو زن یا دو مرد یا زن و مرد برهنه زیر یک پوشش است. درباره میزان تعزیر در این باره اختلاف دارند. صاحب تحریر الوسیله ۹۹ ضربه تازیانه را لازم دانسته است (خمینی، ۴۷۱/۲) و دیگران بین ۳۰ تا ۹۹ ضربه شلاق را برای چنین جرمی بیان کرده‌اند (خوئی، مبانی تکمله، ۲۳۹/۱)، یا نزدیکی با همسر در ماه مبارک رمضان که در صورت همراهی زن، حد هر کدام ۲۵ تازیانه و در صورتی که زن آکره شود، مرد ۵۰ تازیانه زده می‌شود (شهید اول، دروس، ۲۷۶/۱؛ فخرالمحققین، ۲۲۹/۱) در چنین مواردی که میزان تعزیر در سنت تعیین شده است، امر و نهی شرعی روشن است و از این رو اطاعت از امر شارع برای اجرای مجازات لازم است؛ اما اختیار تعیین و اجرای دیگر تعزیرات با حاکم است.

از آنجاکه فقها در مسئله نهی از شفاعت در حدود، مسئله را به طور مطلق بیان نموده‌اند و از سویی در روایات مطرح شده نیز در برخی نهی به طور مطلق بیان شده که به معنای مطلق مجازات است و تنها روایت سکونی می‌توانست به عنوان دلیلی بر جواز شفاعت در تعزیرات مطرح شود که با توجه به ضعف سند و عدم عمل مشهور فقها به این روایت و از سوی دیگر عدم تصریح یا حتی ظهور کلام فقها به جواز شفاعت در تعزیرات، جواز شفاعت در تعزیرات ثابت نمی‌شود و اصل منع شفاعت در مسئله مجازات‌ها باقی می‌ماند، مگر مواردی که جواز آن با دلیل و مستند ثابت گردد.

پس در تعزیرات باید قائل به تفکیک شد، در تعزیراتی که جنبه حق الناسی دارند، درخواست شفاعت از صاحب حق جایز است، سایر تعزیرات به دو دسته تقسیم می‌شوند، در تعزیرات منصوص شرعی چون حق الله هستند و میزان آن‌ها توسط شارع مشخص شده است، پذیرش شفاعت جایز نیست، چون شفاعت در این موارد به منزله درخواست عدم اجرای تکلیف واجب الهی است که بر عهده حاکم قرار داده شده است، اما در دیگر تعزیرات اصل مسئله شفاعت و جواز یا عدم جواز آن منوط به دیدگاه حاکم است که با توجه به شرایط تاریخی و اجتماعی، در اصطلاح مقتضیات زمان و مکان و مصلحت فرد و جامعه می‌تواند به موجب قانون گذاری آن را بپذیرد یا رد نماید، زیرا اصل مسئله تعزیرات به اختیار حاکم است که می‌تواند با توجه به شرایط پذیرش شفاعت در قلمرو آن را نیز بپذیرد یا رد کند.

در زمینه امکان پذیرش شفاعت توسط حاکم در جهان امروز چند نکته باید مورد توجه قرار گیرد: نخست: با توجه به اهداف مجازات‌ها و اجرای عدالت به عنوان یکی از این اهداف، بحث تعیین دامنه شفاعت، عدالت کیفری و تبعیض آمیز نبودن نوع شفاعت نیز بسیار تعیین کننده است. ممکن است بیان شود

که با توجه به پذیرش شفاعت اخروی، بحث ناعادلانه بودن بهره‌مندی برخی انسان‌ها از شفاعت و محرومیت دیگران در آنجا نیز مطرح است، پس پذیرش این شفاعت در این دنیا نیز منعی نخواهد داشت. در پاسخ باید گفت: چون در بحث شفاعت اخروی با علم پیامبران، ائمه و فرشتگان و... هر انسانی که سزاوار شفاعت باشد از آن برخوردار می‌شود و از این رو نابرابری و بی‌عدالتی نخواهد بود اما در امور دنیوی نمی‌توان در زمینه شفاعت قطعی هر انسان شایسته بخششی مطمئن بود و این به بی‌عدالتی منجر خواهد شد، یعنی یک نفر به خاطر شفاعت از مجازات رها شود و دیگری به خاطر عدم شفیع محروم شود. چون متأسفانه در جهان امروز و با توجه به مآذون بودن قضات و روابط مردم نمی‌توان درباره صحت شفاعت مطرح‌شده، یقین داشت و از سویی صرف عدم بهره‌مندی یک شخص از شفیع درحالی‌که شایسته شفاعت باشد، اجرای عدالت را با مانع جدی روبرو خواهد ساخت. از سویی شبهه رابطه و وساطت نزد حاکم مردم را نسبت به حاکم بی‌اعتماد می‌کند، اما توبه و عفو مسئله‌اش فرق دارد و چنین شبهه‌ای را ایجاد نمی‌کند. دوم: شفاعت به‌ویژه پس از اثبات جرم و صدور حکم توسط قاضی، موجب وارد شدن آسیب به قطعیت اجرای مجازات است و عدم قطعیت مجازات یکی از عواملی است که موجب ضعف بازدارندگی خاص و عام می‌شود.

درحالی‌که شفاعت در حق الناس با توجه به گذشت صاحب حق و این‌که صاحب حق می‌تواند در برابر گذشت و پذیرش شفاعت حق مالی یا معنوی ضایع شده خود را مطالبه نماید، هیچ‌یک از شک و شبهه‌های احتمالی، پیش نمی‌آید.

### نتیجه‌گیری

شفاعت یکی از نهادهای موردقبول در دین اسلام است که نوعی وساطت شخص موجه و موردقبول برای بخشش مشفوع له است، با توجه به آیه و روایت‌های مطرح‌شده در این باره و در کنار دیدگاه و آرای فقها درباره آن، این نکته روشن می‌شود که در فقه اسلام، برخلاف حقوق جزا که شدت و ضعف میزان مجازات را مبنای تقسیم‌بندی جرائم و مجازات‌ها می‌داند، آنچه در درجه‌بندی مجازات و تقسیم جرائم اهمیت دارد، مسئله حق‌الله و حق‌الناس است و بر همین مبنا احکام و آثار گوناگونی بر هر دسته از مجازات‌ها مترتب می‌گردد؛ مانند شیوه اثبات و امکان صدور حکم غیابی که بین جرائم حق‌الله و حق‌الناس در این باره متفاوت است. یکی از مسائلی که بر مبنای حق‌الله و حق‌الناس می‌توان به آن پرداخت، تعیین قلمرو شفاعت در حقوق کیفری است.

بر این مبنا در جرائمی که جنبه حق‌الناسی دارند، شفاعت در آن‌ها نزد صاحب حق، منع شرعی ندارد،

بلکه شفاعت حسنه و مورد تأیید قرآن کریم است، اما چون حق الله در واقع اوامر و نواهی الهی هستند و حکم به اجرای مجازات که به عنوان تکلیفی بر عهده قاضی است و شفاعت در حق الله به منزله درخواست از قاضی برای عدم اجرای تکلیف شرعی است، مسئله فرق دارد و در نتیجه در حدودی که جنبه حق الهی دارند، شفاعت بر طبق روایات، مردود است اما در حدودی که حق الناس هستند، شفاعت نزد صاحب حق هیچ منعی ندارد. در سایر جرائم یعنی در جرائم تعزیری نیز، تعزیرات منصوص شرعی که حق الله هستند، شفاعت ممنوع است، اما در سایر تعزیرات که جنبه حق الهی دارند، اختیار صدور یا عدم صدور مجوز برای شفاعت با توجه به شرایط زمان و مکان و مصلحت جامعه بر عهده حاکم است که به نظر می‌رسد با توجه به این که اجرای عدالت با شبهه جدی مواجه می‌شود و امکان دخالت رابطه‌ها و رشوه را زیاد می‌کند و از سوی دیگر قطعیت اجرای مجازات نیز ممکن است دچار آسیب شود، منع شفاعت در چنین مواردی به پشتوانه روایات منع از شفاعت، منطقی است. اما شفاعت در تعزیراتی که حق الناس هستند نزد صاحب حق جایز است. در حقیقت مسئله شفاعت بیشتر اخلاقی و فرهنگی و مربوط به سیاست جنایی مشارکتی برای مشارکت مردم جهت حل مسائل کیفی از راه ایجاد صلح و سازش میان بزه دیده و بزه‌کار است.

## منابع

- آقابزرگ طهرانی، محمد محسن، *الذریعة إلى تصانیف الشیعة*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، *عوالی اللئالی*، قم، بی‌نا، ۱۴۰۳ ق.
- ابن ادیس، محمد بن احمد، *السرائر*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۱ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *المقنع*، قم، امام هادی (ع)، ۱۴۱۵ ق.
- \_\_\_\_\_، *من لایحضره الفقیه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، ادب حوزه، ۱۴۰۵ ق.
- انصاری، قدرت اله، انصاری، محمد جواد، بهشتی، ابراهیم، طباطبایی، علی اکبر، *تعزیرات*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحیح البخاری*، بی‌جا، دارالفکر، ۱۴۰۱ ق.
- برهانی، محسن، نادری فرد مریم، «تعزیرات منصوص شرعی»، *پژوهش حقوق کیفری*، سال سوم، شماره دهم، ص ۸۹-۱۱۲، بهار (۱۳۹۴).
- تبریزی، جواد بن علی، *ارشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
- جوادی آملی، عبدالله، *حق و تکلیف در اسلام*، قم، اسراء، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- جرعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی‌تا.

شماره ۱۱۹	فقه و اصول	۱۳۶
	خمینی، روح الله، <i>تحریر الوسيلة</i> ، قم، دارالکتب العلمیه، چاپ دوم، ۱۳۹۰ ق.	
	خوئی، ابوالقاسم، <i>مبانی تکملة المنهاج</i> ، قم، بی نا، چاپ دوم، ۱۳۹۶ ق.	
	_____، <i>معجم الرجال</i> ، بی جا، بی نا، چاپ پنجم، ۱۴۱۳ ق.	
	راغب اصفهانی، حسین بن محمد، <i>مفردات</i> ، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.	
	رضا، محمدباقر، «معیار تشخیص حق الله و حق الناس و مصادیق مهم آن در فقه مذاهب اسلامی»، <i>پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی</i> ، شماره ۱۵، ص ۵۰-۲۱، پاییز (۱۳۸۴).	
	روحانی مقدم، محمد، «آثار قضایی حق الله و حق الناس»، <i>پژوهش های فقه و حقوق اسلامی</i> ، شماره ۱، ص ۹۹-۱۱۰، پاییز، (۱۳۸۴).	
	زحیلی، وهبه، <i>الفقه الاسلامی و ادلته</i> ، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.	
	سبحانی، جعفر، <i>منشور جاوید</i> ، قم، امام صادق (ع)، ۱۳۸۳.	
	سعدی، ابو جیب، <i>القاموس الفقہی</i> ، دمشق، دار الفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.	
	شهید اول، محمد بن مکی، <i>الدروس</i> ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.	
	_____، <i>القواعد و الفوائد</i> ، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.	
	_____، <i>اللمعة الدمشقیة</i> ، قم، دارالفکر، ۱۴۱۱ ق.	
	شهید ثانی، زین الدین بن علی، <i>الروضة البهیة</i> ، قم، داورى، ۱۴۱۰ ق.	
	_____، <i>مسالك الأفهام</i> ، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶ ق.	
	شیخ مفید، محمد بن محمد، <i>لمتقنه</i> ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.	
	صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، <i>جواهر الکلام</i> ، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۳.	
	صافی گلپایگانی، لطف اله، <i>التعزیر</i> ، بی جا، بی نا، بی تا.	
	طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی، <i>ریاض المسائل</i> ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.	
	طوسی، محمد بن حسن، <i>النهاية</i> ، قم، قدس محمدی، بی تا.	
	_____، <i>تهدیب الاحکام</i> ، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.	
	علامه حلی، حسن بن یوسف، <i>قواعد الاحکام</i> ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.	
	علم الهدی، علی بن حسین، <i>رسائل</i> ، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.	
	عمیدزنجانی، عباسعلی، <i>قواعد فقه بخش حقوق جزا</i> ، تهران، سمت، ۱۳۸۶.	
	فاضل هندی، محمد بن حسن، <i>کشف اللثام</i> ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.	
	فخرالمحققین، محمد بن حسن، <i>ایضاح الفوائد</i> ، قم، بی نا، ۱۳۸۷ ق.	
	فراهیدی، خلیل ابن احمد، <i>العین</i> ، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.	
	کلینی، محمد بن یعقوب، <i>الکافی</i> ، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷.	

- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام*، تهران، استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه بخش جزایی*، تهران، علوم اسلامی، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.
- مرادی، خدیجه، رنجبر، یحیی، «بررسی معرفت شناختی مفهوم حق الله در فقه اسلامی»، *فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۱۲، ص ۱۵۹-۱۳۷، (۱۳۹۵).
- مرعشی، محمدحسن، *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران، میزان، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- منتظری، حسین علی، *کتاب الحدود*، قم، دارالفکر، بی تا.
- موحد، محمدعلی، *در هوای حق و عدالت*، تهران، کارنامه، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، قم، انتشارات دانشگاه مفید، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.
- نوبهار، رحیم، «شفاعت در حد و تعزیر»، *پژوهش حقوق کیفری*، سال دوم، شماره هفتم، ص ۱۳۰-۱۰۳، (۱۳۹۳).





## خوانشی نو از ادله فقهی قطع دست راست سارق در فرض فقدان یا از کار افتادگی دست چپ\*

دکتر علی واعظ طبسی<sup>۱</sup>

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

Email: avt.vaez@yahoo.com

دکتر احسان جعفری عراقی

دانش آموخته دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

Email: mrtaha\_jafary@yahoo.com

دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

Email: mr\_kazemigolvardi@yahoo.com

### چکیده

حقوق ایران با توجه به ریشه‌های عمیق آن در فقه شیعی، مجازات سرقت حدی را در ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ گنجانده است. این مجازات برای مرتبه اول، قطع انگشتان دست راست سارق است. پرسش مقاله این است که آیا قطع انگشتان دست راست سارق به صورت مطلق و در تمامی شرایط ثابت است یا در موارد خاص این اصل تخصیص می‌خورد و حد قطع ید اجرا نمی‌شود؟ در کتب فقهی فرضی مورد بحث قرار گرفته که چنانچه سارق دست چپ نداشته باشد آیا حد قطع دست راست در مورد وی اجرا می‌شود یا خیر؟ مشهور فقها با استدلال به کتاب و سنت قول به قطع دست راست را در فرض ذکر شده پذیرفته و در مقابل، گروهی از فقها قول به عدم قطع را ترجیح داده‌اند. در مقاله پیش رو، نگارندگان با اتکای به روش تحلیلی توصیفی و با توجه به اصول فقهی و در پی ارزیابی ادله دو گروه بر این عقیده استوارند که در فرضی که سارق فاقد دست چپ باشد نباید دست راست وی قطع شود و حد سرقت در خصوص چنین فردی قابل اجرا نیست. با توجه به اینکه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به این نکته پرداخته نشده و مقتن موضعی را نفیاً یا اثباتاً اتخاذ نکرده پیشنهاد اصلاح و پیش‌بینی این مطلب در متن قانون، مطرح گردیده است.

**کلیدواژه‌ها:** سرقت، قطع ید، حد سرقت

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۹/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۶/۲۶. (این مقاله بنابر نظر داوران و مصوبه هیئت تحریریه، علمی پژوهشی محسوب است.)

۱. نویسنده مسئول

### A New Reading of Jurisprudential Proofs of Amputation of the Right Hand in Case of Lack or Disability of the Left Hand

**Ali Vaez Tabasi, Ph.D.** Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Islamic Azad University of Mashhad, Mashhad, Iran (Corresponding Author)

**Ihsan Jafari Araghi, Ph.D.** Graduate Department of Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Islamic Azad University of Mashhad, Mashhad, Iran

**Mohammad Reza Kazemi Golvardi, Ph.D.** Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Islamic Azad University of Mashhad, Mashhad, Iran

#### Abstract

The Iranian law, given its deep roots in the Shiite jurisprudence, has incorporated the punishment of haddi theft in article 278 of the Islamic Penal Code of 2013. The punishment is, for the first time, amputation of the thief's right fingers. The question of this paper is whether amputation of thief's right fingers is an absolute ruling and must be administered in all circumstances or in specific cases, this principle is restricted and the amputation of the right hand is not administered. A hypothesis has been discussed in Islamic jurisprudential books: where the thief lacks the left hand is it permitted to administer the hadd of amputation of the right hand to him? The famous Islamic jurists, relying on the Holy Quran and Sunna have accepted the viewpoint that in such case the right hand is amputated; on the contrary, a group of Islamic jurists have preferred non-amputation. In the present paper, through an analytical-descriptive method and taking into account the Usul-al-Fiqh principles, and after evaluating the evidences of the two groups, the authors have concluded that in case the thief does not have the left hand, his right hand mustn't be amputated and the hadd of theft is not applicable to him.

Given the fact that the Islamic penal law of 2013 has not dealt with this issue and the legislator has not adopted a positive or negative attitude, it has been recommended in this paper to amend the law and prescribe this issue therein.

**Keywords:** theft, amputation of hand, hadd of theft

## مقدمه

از زمان‌های گذشته که بشر در مسیر نظم و قانون قرار گرفته، سرقت از جمله رفتارهای نهی شده و مذموم محسوب می‌شده است. امروزه در بیشتر کشورهای جهان به دلیل تنوع و گستردگی سرقت، مجازات‌های متفاوتی نیز برای هر یک در نظر گرفته شده است (میرمحمد صادقی، ۲۰۳) دین اسلام برای سرقت، مجازات سنگینی در نظر گرفته است. خداوند در سوره مائده در مورد مجازات سارقین می‌فرماید: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا»، و مرد و زن دزد را به سزای آنچه کرده‌اند، دستشان را به‌عنوان کیفری از جانب خدا ببرید.<sup>۱</sup>

برای سرقت در حقوق موضوعه نیز مجازات‌های خاصی در نظر گرفته شده است. به طور کلی سرقت در قانون مجازات اسلامی به دو نوع سرقت‌های مستوجب تعزیر (سرقت‌های ساده و سرقت‌های خاص) و سرقت حدی تقسیم شده است (میرمحمد صادقی، ۲۴۲؛ زراعت، ۲/۲۳۴) عمده مجازات‌های در نظر گرفته شده برای انواع سرقت‌های مستوجب تعزیر: شلاق و حبس تعزیری است؛ لکن برای مجازات سرقت حدی همان‌طور که در ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده برای «سرقت در مرتبه اول قطع دست راست و در مرتبه دوم قطع پای چپ سارق از پایین برآمدگی است و در مرتبه سوم، حبس ابد و در مرتبه چهارم، اعدام است».

آنچه مطرح نظر است و در این جستار بدان پرداخته می‌شود مجازات قطع دست به‌عنوان یکی از مجازات‌ها و حدود در نظر گرفته شده برای سرقت است. همان‌طور که بیان کردیم حد سرقت برای مرتبه اول قطع چهار انگشت دست راست سارق از انتهای آن است، به طوری که انگشت شست و کف دست باقی بماند و همین مطلب نیز در قانون مورد تأیید قرار گرفته است. فرضی که در کتب فقهی به آن پرداخته شده است مربوط به جایی است که سارق در صورت شمول حد سرقت بر وی و باوجود تمامی شرایط برای اجرای حد سرقت در مرتبه اول چنانچه فاقد دست چپ باشد آیا در چنین فرضی نیز اجرای حد در خصوص وی اجرا می‌شود؟ غالباً فقها ذیل عنوان «و لو لم یکن له یسار» به شرح و بسط این مبحث پرداخته و نظریات خویش را تبیین نموده‌اند لکن این مطلب در قانون مجازات اسلامی مغفول مانده است و بدان اشاره‌ای نگردیده است که این خود جای اشکال دارد و درخور بود که در قانون مجازات اسلامی که با فراز و نشیب‌های فراوان به تصویب رسیده، این مهم مورد توجه قرار می‌گرفت. آنچه در این پژوهش بدان پرداخته می‌شود، بررسی عقلی و نقلی قطع انگشتان دست راست سارق در اجرای حد سرقت برای مرتبه اول است و به این سؤال مهم پاسخ می‌دهد که اگر دست چپ سارق بر اثر قصاص یا حوادث دیگر قطع

۱ سوره مائده آیات ۳۸ و ۳۹، با ترجمه محمد مهدی فولادوند.

شده باشد، آیا بازهم می‌توان حکم به قطع دست راست وی داد؟ آیا با اجرای حکم قطع دست راست سارق برای فردی که بر اثر عواملی دست چپ وی نیز قطع شده است و با اجرای حد هر دو دست خویش را از کف می‌دهد، رفتاری عادلانه خواهیم داشت؟ و این حکم با موازین و ملزومات شارع در اجرای حدود و مذاق شارع همخوانی دارد؟ قانون مجازات اسلامی به‌عنوان قانون بنیادی در حقوق کیفری ایران، وامدار فقه پویای شیعی است و پس از سال‌ها فراز و نشیب و با اما و اگرهای فراوان به تصویب رسیده است در خصوص این مسئله پاسخی دارد یا خیر؟ اگر در قانون برای این مسئله پاسخی در نظر گرفته نشده است، قانون‌گذار ایران چگونه می‌تواند این نقیصه را جبران کند؟

با توجه به اینکه در زمینه سؤال این جستار، پژوهش مستقلی انجام نگرفته است، در نوشتار حاضر برای تبیین این موضوع ابتدا کلام فقها و نظریات ایشان ذکر می‌شود و سپس از رهگذر بیان ادله ایشان و نقد و ارزیابی استدلال‌های مطروحه در سنجه فقاہت، به تبیین نظر برگزیده می‌پردازیم.

### اقوال فقیهان

حسب تتبع صورت گرفته اقوال فقها در این مسئله به سه دسته تقسیم می‌شود:

اول: قائلان به قطع دست راست سارق مطلقاً (همین قول مختار مشهور فقهای عظام در مسئله نیز می‌باشد)

دوم: قائلان به عدم قطع دست راست سارق در فرضی که سارق فاقد دست چپ باشد.

سوم: توقف در مسئله

#### ۱. قائلان به قطع دست راست سارق مطلقاً

شیخ طوسی در النهایه اشاره‌ای به موضوع مورد تنازع نکرده است و در المبسوط ذیل عنوان «إذا سرق و یساره مفقودة أو ناقصة قطع یمینه» قول به قطع دست راست سارق را در فرض فقد دست چپ اقوی دانسته است (طوسی، المبسوط، ۴۰/۸). در خلاف نیز در نهایت همین قول را پذیرفته است و معتقد شده در صورتی که سارق فاقد دست چپ باشد می‌بایست دست راست وی برای حد سرقت در مرتبه اول قطع شود (همو، الخلاف، ۴۴۲/۵). محقق حلی پس از ذکر نظر شیخ طوسی و نیز بیان نظر مخالف، نظر مشهور را پسندیده است (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۶۴/۴)

علامه حلی نیز نظر مشهور را پذیرفته است (علامه حلی، تبصره المتعلمین، ۲/۴۲۰؛ همو، إرشاد الأذهان، ۲/۱۸۴؛ همو، تحریر الأحکام، ۲/۲۳۱).

مشهور علمای متأخر و معاصر به تبعیت از شیخ طوسی همین نظر را پذیرفته و سارقی که برای مرتبه

اول مرتکب سرقت حدی می‌شود و فاقد دست چپ است، حال چه این فقدان دست چپ به علت نقص مادرزادی باشد یا در قصاص یا حوادث دیگر قطع شده باشد، را مستوجب اجرای حد می‌دانند و معتقدند چنین سارقی می‌بایست دست راست وی به خاطر حد سرقت قطع شود و فقدان دست چپ را موجب استثنای وی از عموم قطع دست راست ندانسته‌اند (فخر المحققین، ۴/۵۴۰؛ گلپایگانی، ۳/۱۸۶؛ شهید اول، غایة المراد، ۴/۲۶۱؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲/۳۸۳؛ همو، حاشیه الارشاد، ۴/۲۶۱؛ همو، مسالک، ۱۴/۵۲۱؛ صاحب جواهر، ۴۱/۵۳۵؛ شیرازی، ۲/۴۲۰؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۴۹۰؛ موسوی اردبیلی، ۳/۳۵۹؛ طبرسی، ۲/۴۱۳؛ صمیری، تلخیص الخلاف، ۳/۲۵۱؛ همو، غایة المرام، ۴/۳۴۶؛ قطان حلی، ۲/۵۱۳؛ مجلسی، ملاذ الاخیار، ۱۶/۲۱۳؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۱/۱۳۷؛ حائری، ریاض، ۱۶/۱۳۹؛ حائری، الشرح الصغیر، ۳/۳۸۵).

## ۲. قائلان به عدم قطع دست راست سارق در صورت عدم وجود دست چپ

ابن جنید اسکافی اولین کسی است که عقیده به عدم قطع دست راست در صورت فقدان دست چپ، داشته (ابن جنید، ۳۵۰). پس از ایشان نیز از میان متأخران و معاصران فقهایی برخاسته‌اند که عقیده داشته‌اند چنانچه سارق فاقد دست چپ باشد حکم قطع انگشتان دست راست در مرتبه اول سرقت اجرا نمی‌شود (فاضل هندی، ۱۱/۱۸۴؛ تبریزی، ۳۶۰؛ شوشتری، ۱۱/۱۸۳؛ روحانی، ۲۵/۵۲۹؛ وحید خراسانی، ۳/۴۹۶؛ بهجت، ۵/۳۲۱).

## ۳. توقف در مسئله

مرعشی نجفی در کتاب السرقه علی ضوء القران تمامی نظرات را با ادله آن بیان نموده است و استدلالات را نیز بیان نموده است لکن نظر خویش را در پرده‌ای از ابهام نهاده و صراحتاً نظری را نپذیرفته است (مرعشی نجفی، ۳۵۹) البته می‌توان از عبارات وی به‌گونه‌ای تمایل به نظر مخالف را استنباط نمود. صاحب الزبدۃ الفقهیه نیز فقط به ذکر نظرات پرداخته است. لکن هیچ نظری ابراز ننموده است و در مسئله توقف کرده (ترحینی عاملی، ۹/۳۸۴) ابن فهد حلی در هر دو کتابش المقتصر و المهذب که در شرح کتاب المختصر محقق حلی نگاشته است نیز در مسئله مردد مانده و فقط به ذکر نظرات مختلف پرداخته‌اند (ابن فهد حلی، ۵/۱۱۰).

محقق اردبیلی نیز در شرحی که بر ارشاد الاذهان محقق حلی نوشته است در مسئله مردد شده است با بیان عبارت «فتأمل» این تردید را بیان نموده است (محقق اردبیلی، ۱۳/۲۶۰) همچنین علامه مجلسی در کتاب خویش صرفاً به بیان اقوال پرداخته است (مجلسی، حدود و قصاص و دیات، ۳۷) محمد اسحاق فیاض کابلی، نیز نظر صریحی را بیان ننموده است (فیاض، رساله توضیح المسائل، ۶۶۷) وی همچنین در

کتاب دیگرش نظری صریح ابراز نموده است (فیاض، منهاج الصالحین، ۳/۳۰۵).  
 برخی از فقها پس از ذکر سایر شقوق مسئله حد سرقت متعرض مسئله پژوهش حاضر نگردیده است و هیچ نظری در این خصوص ابراز نموده است (ابن ادریس، ۳/۴۸۹؛ ابن براج، ۲/۵۴۶؛ طبرسی، ۲/۴۱۱؛ ابن سعید، ۱/۱۲۲) آنچه مبرهن است شمار زیادی از فقها به بحث حاضر اشاره‌ای نکرده‌اند و البته ما در جست‌وجوی این فقیهان و نیز علت عدم ذکر موضوع نیستیم چه بسا بتوان این عدم ذکر موضوع را به انحای مختلف تفسیر نمود که از حوصله این مقاله خارج است.

### تبیین و بررسی ادله دیدگاه‌های ارائه شده

#### بیان دلایل قول مشهور:

۱. اطلاق آیه شریفه: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا»

برای سرقت چهار حد مختلف وجود دارد. حد مرتبه اول قطع انگشتان دست راست است، حد مرتبه دوم قطع پای چپ، حد مرتبه سوم حبس ابد و حد مرتبه چهارم قتل است؛ لذا نباید بگوییم: حد سرقت قطع دست است، بلکه اطلاق آیه شریفه «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» توسط روایات به حد مرتبه اول تقیید شده است و نهایتاً اجماع فقهای شیعه بر قطع چهار انگشت دست راست سارق و باقی گذاشتن کف دست و انگشت ابهام است. از جمله روایات وارده و همچنین منطوق آیه می‌توان اطلاقی را برای قطع دست راست سارق استنباط نمود که این اطلاق حتی فرض مقطوع بودن دست چپ را هم در برمی‌گیرد.

غالب فقهای بعد از شیخ طوسی به عبارات شیخ در مبسوط اشاره نموده‌اند یکی از عبارات شیخ در مبسوط عموم ادله است. از جمله در عبارت صاحب الزبده الفقهیه چنین آمده است: «چهارم اگر سارق دست چپ نداشته باشد حال در قصاص قطع شده باشد یا مادرزاد دست چپ نداشته باشد؛ ولی دست راست وی سالم و بی‌عیب باشد و سپس مرتکب سرقت حدی گردد آیا دست راست وی برای حد سرقت قطع می‌شود یا خیر؟ شیخ طوسی در المبسوط بیان داشته است دست وی قطع می‌شود و اکثر فقها نیز از وی تبعیت نموده‌اند و دلیل ایشان نیز عموم ادله وارده در باب حد سرقت است که قطع دست راست را مقید به هیچ فرضی نکرده‌اند (ترحینی عاملی، ۹/۳۸۳).

محمدرضا موسوی گلپایگانی نیز عباراتی با همین مضمون دارد (گلپایگانی، ۳/۱۸۶) و منظور ایشان از عبارت «لاطلاق ادله» و «لعموم ادله» همین اطلاق‌گیری از ادله قطع ید راست سارق است که آن را به هیچ فرضی مقید نموده است و حتی در فرضی که سارق فاقد دست چپ باشد یا حتی در بعضی فروع

چنانچه دست چپ یا دست راست وی فلج باشد نیز دست راست می‌بایست قطع گردد. باوجود این اطلاق دیگر نمی‌توان فرض فقدان دست چپ را مستمسکی برای عدم اجرای حد سرقت در مرتبه اول نمود و از قطع دست راست سارق صرف نظر نمود. البته در ادامه بیان خواهیم نمود که موافقان این قول در شرایطی دست از این اطلاق برمی‌دارند و در فروضی خاص قائل به عدم قطع دست راست سارق در مرتبه اول می‌شوند.

## ۲. اطلاق روایات وارده در این باب

چنانچه در اطلاق آیه شبهه گردد، روایات مطلق متعدد هستند. در حقیقت آیه و روایات وارده مطلق هستند و قطع انگشتان دست راست را به سالم بودن هر دودست و یا معیوب نبودن هر دودست یا معیوب نبودن دست راست و قیودی دیگر از این قبیل از جمله عدم فقدان دست چپ مقید ننموده‌اند. برای نمونه می‌توان به چند روایت معتبره و صحیحه در ذیل اشاره کرد:

الف) در این موثقه، عبدالله بن هلال از امام صادق (ع) سؤالاتی در باب حد سرقت می‌نماید. وی سؤال می‌کند: علت قطع دست راست و پای چپ سارق چیست؟ چرا دست راست و پای راست وی را قطع نمی‌کنند حضرت می‌فرماید: سؤال خوبی است اگر دست راست و پای راست سارق را قطع کنند سارق به سمت چپ می‌افتد و توانایی ایستادن را از دست می‌دهد ولی اگر از هر دو سمت وی قطع گردد، تعادل وی برقرار می‌شود. سؤال کرد: باوجود اینکه پایش را قطع می‌کنند چگونه می‌تواند ایستادگی کند؟ حضرت فرمود: قطع پا به نحوی که متداول است، صحیح نیست بلکه باید از کعب (برآمدگی) بریده شود تا از قدمش مقداری برای ایستادن و نماز خواندن باقی بماند و بتواند عبادت پروردگار بجا آورد. سؤال کرد دست راست را از چه محلی قطع می‌کنند؟ حضرت فرمود: فقط چهار انگشت را قطع می‌کنند و انگشت شصت را قطع نمی‌کنند در چنین صورتی کف دست نیز باقی می‌ماند. امام (ع) در بیان علت این حکم می‌فرماید: کف دست و انگشت شصت را باقی می‌گذارند تا هنگام نماز بدان تکیه کند و صورتش را با آن بشوید (حر عاملی، ۱/۱۸، ۴۹۴؛ کلینی، ۷/۲۲۵؛ ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۴/۶۹؛ طوسی، تهذیب، ۱۰/۱۰۳؛ مجلسی، روضة المتقین، ۱۰/۱۹۲؛ فیض، ۱۵/۴۴۲؛ مجلسی، مرآة العقول، ۲۳/۳۴۹؛ بروجردی، ۳۰/۹۲۲).

ب) مرسله سماعه بن مهران از امام (ع) که می‌فرماید: اگر سارق دستگیر گردید باید دستش را از وسط کف قطع کنند (چهار انگشت) و در مرتبه دوم پای وی را از وسط قدم قطع می‌نمایند و چنانچه برای مرتبه

۱ و عن محمد بن یحیی، عن محمد بن الحسین، عن محمد بن عبدالله بن هلال، عن أبيه، عن أبي عبد الله ع، قال: قلت له: أخیرنی عن السارق لئلا یقطع یدیه الیمنی ورجله الیسری ولا تقطع یدیه الیمنی ورجله الیمنی؟ فقال: ما أحسن ما سألت! إذا قطعت یدیه الیمنی ورجله الیمنی سقط علی جانبه الیسر ولم یقدر علی القيام، فإذا قطعت یدیه الیمنی ورجله الیسری، اعتدل واستوی قائمًا قلت له: جعلت فداک، وکیف یقوم وقد قطعت رجله؟ فقال: إن القطع لیس من حیث رأیت یقطع، إنما یقطع الرجل من الکعب ویتربک من قدمه ما یقوم علیه ویصلی ویعبد الله. قلت له: من أين تقطع الید؟ قال: تقطع الأربع أصابع ویتربک الإنهام یعتمد علیها فی الصلاة ویغسل بها وجهه للصلاة.

سوم مرتکب سرقت گردید زندانی می‌گردد و اگر در زندان هم مرتکب سرقت گردید به قتل می‌رسد. (حر عاملی، ۴۹۳/۱۸؛ کلینی، ۲۲۳/۷؛ ابن بابویه، المقنع، ۴۴۵؛ مجلسی، بحار الانوار، ۱۹۰/۷۶؛ نوری، ۱۲۴/۱۸؛ کاشانی، ۲۷۷/۲؛ خوانساری، ۱۵۵/۷).

ج) در روایتی مرسل، حارث بن حنظله چنین گوید: یک فرد حبشی را در مدینه دیدم که دستش بریده شده بود، از وی سؤال کردم: چه کسی دستت را قطع کرد؟ پاسخ داد: بهترین انسان‌ها دستم را قطع کرد. هشت نفر بودیم که به خاطر سرقت دستگیر گردیدیم، نزد امیرالمؤمنین علی (ع) بردند. نزد ایشان به سرقت اعتراف کردیم. فرمودند: آیا به حرمت سرقت آگاه بودید و سرقت گردید؟ گفتیم بلی. دستور داد انگشتانمان را از آن قسمت که به کف دست متصل است قطع کردند و کف دست و انگشت شصت را باقی گذاشتند. سپس ما را در منزلی محبوس کردند و به ما روغن و غسل دادند تا جای جراحات خوب شد سپس ما را نزد ایشان بردند و به ما لباس‌های مناسب پوشانیدند و حضرت فرمودند: اگر توبه نماید و نیت کنی که دیگر سرقت ننمایید برایتان نیکوتر است و پروردگار بین شما و انگشتانتان را در بهشت پیوند می‌دهد ولی اگر توبه ننمایید، شما به انگشتانتان در جهنم می‌پیوندد (حر عاملی، ۵۲۸/۱۸؛ کلینی، ۲۶۴/۷؛ مجلسی، روضة المتقین، ۲۳۲/۱۰؛ فیض، ۴۴۶/۱۵؛ بروجردی، ۹۲۴/۳۰).

اگر به تمامی روایت‌های فوق دقت شود هیچ قید یا شرطی در اجرای حدود اربعه سرقت از جمله قطع دست راست سارق بیان نشده است و به صورت مطلق گفته شده است که انگشتان دست راست سارق در مرتبه اول سرقت از ناحیه متصل به کف دست قطع می‌شود به نحوی که کف دست و انگشت شصت باقی بماند. مشهور فقها به عموم و اطلاق این روایات استناد کرده و در مسئله اصلی پژوهش حاضر که بررسی قطع دست راست سارق در فرض نبودن دست چپ است، به قطع دست راست قائل شده‌اند.

۳. روایات خاص که قطع دست راست را در هر فرضی متعین دانسته‌اند:

الف) در روایتی صحیح، ابن سنان از امام صادق (ع) سؤال کرد: مردی مرتکب سرقت می‌گردد و دست راست یا دست چپ وی شل و ازکارافتاده است، چه حکمی دارد؟ امام (ع) فرمودند: دست راست

۱ و عنهم، عن أحمد بن محمد بن خالد، عن عثمان بن عیسی، عن سماعه بن مهران، قال: قال: إذا أخذ السارق قطع يده من وسط الكف، فإن عاد قطع رجله من وسط القدم، فإن عاد استودع السجن فإن سرق في السجن قتل.

۲ محمد بن یعقوب، عن الحسين بن محمد، عن معلى بن محمد، عن علي بن مرداس، عن سعدان بن مسلم، عن بعض أصحابنا عن الحارث بن حنظله قال: مررت بحبشي وهو يستقي بالمدينة فإذا هو أقطع، فقلت له: من قطعك؟ قال: قطعني خير الناس، إنا أخذنا في سرقة ونحن ثمانية نفر، فذهب بنا إلى علي بن أبي طالب فأقرنا بالسرقة، فقال لنا: تعرفون أنها حرام؟ قلنا: نعم. فأمر بنا فقطعت أصابعنا من الراحة وخليت الإبهام، ثم أمر بنا فحبسنا في بيت يطعمنا فيه السمن والغسل حتى برئت أيدينا، ثم أمر بنا فأخرجنا وكسانا فأحسن كسوتنا، ثم قال لنا: إن تتوبوا وتصلحوا فهو خير لكم يلحقكم الله بأيديكم في الجنة، وإلا تفعلوا يلحقكم الله بأيديكم في النار.

وی در هر صورت قطع می‌شود (طوسی، الاستبصار، ۴/۲۴۲؛ کلینی، ۷/۲۲۵؛ ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۴/۶۹)¹.

ب) روایت ابن محبوب که از دو طریق روایت شده است، یکی از طریق زراره به امام باقر (ع) می‌رسد و سند دیگر از طریق عبدالله بن سنان به امام صادق (ع) می‌رسد، البته هر دو سند صحیح است. امام می‌فرماید: فردی که دست راست وی معیوب است، اگر سرقت کند به هر حال دست راستش قطع می‌شود و در این حکم فرقی ندارد که دست وی سالم باشد یا فلج و اگر در دفعه دوم سرقت کرد، پای چپ وی قطع می‌شود و در سرقت برای مرتبه سوم، حبس می‌شود و خارجش از بیت‌المال پرداخت می‌گردد تا آسایش به مردم نرسد (عاملی، ۲۸/۲۶۷؛ خوانساری، ۷/۱۵۸؛ ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۴/۶۶؛ همو، المقنع، ۴۴۷؛ فیض، ۱۵/۴۴۱)².

همان‌طور که در این دو روایت ملاحظه گردید، عبارت «تقطع یده الیمنی علی کل حال» جمله‌ای عام است که در اکثر کتب فقهی برای اثبات قطع دست راست سارق بدان استناد جسته می‌شود.

## بیان ادله مخالفان

۱. روایات وارد شده در باب حد سرقت در کتب فقهی

الف) در مقابل مشهور، روایت صحیح‌ه عبدالرحمان بن حجاج قرار دارد که اسکافی بر آن فتوا داده است.

در این روایت راوی از امام صادق (ع) در مورد سارقی که دست راست و پای چپش را بریدند، و بار دیگر مرتکب سرقت شد، می‌پرسد که حکمش چیست؟ آیا باز قطع دست و پا درباره او هست؟ امام (ع) فرمود: در کتاب علی (ع) این جمله وجود دارد که رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله) از دنیا رفت در حالی که در مورد سارق بیش از یک دست و یک پا قطع نکرد. امیرمؤمنان (ع) می‌فرمود: از خداوند حیا می‌کنم سارق را بدون دستی که با آن تطهیر و پایی که بر آن راه برود رها سازم. راوی گفت: اگر دست چپ سارقی را به جهت قصاص بریدند، سپس دزدی کرد، با او چه می‌کنند؟ امام (ع) فرمود: دست راستش را نمی‌برند و او را بدون ساق رها نمی‌کنند (طوسی، الاستبصار، ۴/۲۴۳)

ب) حدیث مفصل بن صالح را نیز می‌توان به‌عنوان مؤید ذکر نمود:

۱ محمد بن یعقوب، عن محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد بن عیسی، عن ابن محبوب، عن ابن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أثل الید الیمنی أو أثل الشمال، سرق. قال: تقطع ید الیمنی علی کل حال.  
۲ محمد بن علی بن الحسین یاسناده عن الحسن بن محبوب، عن علاء، عن محمد بن مسلم، عن زرارة، عن أبي جعفر. وعن ابن محبوب، عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله ع، أن الأثل إذا سرق قطعت یمینه علی کل حال، شلاء کانت أو صحیحه، فإن عاد فسرق قطعت رجله الیسری فإن عاد خلد فی السجن واجری علیه من بیت المال وكف عن الناس.

در این روایت مفضل بن صالح از امام صادق (ع) چنین روایت شده است: اگر مردی سرقت کند و دست چپش فلج شده باشد دست راست وی قطع نمی‌شود و پای چپ وی نیز قطع نخواهد شد لکن اگر دست چپ مردی فلج باشد و دست دیگری را قطع کند دست فلج وی قصاص خواهد شد یعنی در خصوص سرقت دست وی قطع نمی‌شود؛ لکن در مورد قصاص دست فلج هم قطع می‌شود (حر عاملی، ۲۸/۲۶۷).

## ۲. تفسیر مضیق قوانین و قواعد کیفری و قاعده درأ (ادراء الحدود بالشبهات)

در بیان استدلال به قاعده مذکور باید گفت متن قاعده آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم یا میزان مسئولیت داشتن و استحقاق مجازات وی بنا به دلایلی مشکوک باشد باید مجازات را منتفی دانست. تمامی فقهای امامیه بلکه فقهای اسلام در موارد متعددی فتوای خویش را برطبق به این قاعده داده‌اند و به آن استناد کرده‌اند. در تمامی مسائل جزایی، هرگاه شبهه‌ای پیش آمده است فقهای امامیه و عامه با تعبیری مانند «لأنه من الشبهه الدارئه» به مجازات نشدن متهم قائل شده‌اند (صاحب جواهر، ۵۵۹/۴۱).

این قاعده از نظر حقوق دانان اسلامی از قواعد تفسیری است و با قاعده «تفسیر به نفع متهم» در حقوق جزایی عرفی، از جهاتی یکسان است. باید برای روشن شدن مطلب گفت که در فقه امامیه، شبهه گاهی مربوط به حکم است و گاهی مربوط به موضوع. بر همین اساس، شبهات به دو قسم کلی تقسیم می‌شوند: حکمیه و موضوعیه.

شبهات حکمیه: منظور آن است که حکم کلی چیزی در تردید و شک باشد. جهل به حکم کلی ممکن است به سه طریق باشد: ۱. یا ناشی از فقدان نص معتبر است؛ ۲. یا اجمال نص؛ ۳. یا تعارض نصوص. مثلاً، به علت فقدان نص معتبر: در ممنوعیت عملی - مانند استعمال دخانیات - تردید می‌شود.

شبهات موضوعیه: مقصود آن است که شخص حرمت و ممنوعیت عمل را می‌داند، ولی به موضوع حکم، جهل دارد. مثلاً می‌داند که شرب خمر در اسلام حرام است؛ ولی نمی‌داند که مایع حاضر از مصادیق خمر است یا آب.

تردیدی نیست که قاعده مورد بحث شامل شبهات موضوعیه می‌شود و روایاتی که جاهل به حکم را معذور می‌داند مطلق و عام بوده و شامل تمامی شبهات می‌شوند؛ بنابراین، باید گفت که کلمه «الشبهات» عام بوده و شامل تمام مصادیق شبهه می‌شود و در دلالت قاعده نسبت به شامل شدن اقسام شبهه، کوتاهی و نقصی وجود ندارد. (محقق داماد، ۵۹/۴) در بحث پیش روی نیز می‌توان به عام بودن قاعده مذکور استدلال کرد و در یک مثال چنین گفت که باتوجه به اینکه در صورت نداشتن دست چپ و نظر به

مشکلاتی که برای سارق در صورت قطع هر دودست ایجاد می‌شود شبیه ایجاد می‌شود که آیا قطع دست راست در چنین صورتی جایز است یا خیر؟ و در اینجا باید گفت شبیه، مانع از حکم به قطع ید سارق خواهد گردید.

البته پس از بیان مطالب فوق باید عنوان داشت که درباره شمول قاعده درء باید این‌گونه گفت که اگرچه نسبت به شبهات موضوعیه نیز غالباً نظر بر آن است که این قاعده شامل این نوع شبهه نیز می‌شود لکن محل بحث موضوع ما شبهه حکمیه است که قدر متیقن شمول قاعده درء بر آن است و درباره شامل شدن قاعده بر محل بحث حاضر هیچ منعی نیست.

### ۳. مطابقت با مذاق شرع

هرچند ابتدا باید درباره اصطلاح «مذاق شرع» تعاریف لغوی و اصطلاحی آن را بیان نمود و همچنین به کاربرد فقها از این عبارت پرداخت تا بتوان به آن به‌عنوان یکی از طرق اثبات ادعا استناد کرد. لکن به علت طولانی شدن نوشتار حاضر از آن صرف نظر می‌شود.<sup>۱</sup>

در اصطلاح: به آگاهی از سبک و سیاق و آهنگ شارع در تصویب و قرار دادن احکام، «مذاق شرع» گفته می‌شود که از راه‌های گوناگونی به دست می‌آید و فقیه با این آگاهی، توانایی فهم و درک حکم شرعی را پیدا می‌کند؛ زیرا این حکم را با روش شارع در آن زمینه یا زمینه‌های گوناگون سازگار می‌بیند. در بعضی موارد حکم مستند به مذاق شارع می‌شود، به‌گونه‌ای که اگر حکم معتبر شناخته نشود، آثار نامطلوب و پذیرفته نشده‌ای خواهد داشت.<sup>۲</sup>

۱ در لغت: مذاق، مصدر میمی یا اسمی است که از فعل «ذاق یذوق» گرفته شده است و معنایی مانند: مزه، طعم و چشیدن (فراهیدی، العین، ۲۰۱/۵)، آگاهی یافتن از چیزی (جوهری، همان، ۴/۱۴۷۹ و ۱۴۸۰) دارد. مفهومی که بیش از همه در این واژه به چشم رخ می‌نماید، «آگاهی» است که دستمایه این چشیدن است. می‌توان گفت: «ذوق» همان نیرویی است که شخص را توانا می‌کند تا ریزه‌کاری‌ها و زیبایی‌های پنهان در سخن را دریابد (طریحی، ۲/۱۱۱) به عبارت امروزی می‌توان آن را همان «انگیزه» نامید که اشتیاق انجام‌دادن هر کاری است. این منظور ابتدا ماده ذوق و مذاق را در معنای مصدری آورده، می‌گوید: به معنای چشیدن و به‌دست‌آوردن مزه خوردنی‌ها و آشامیدنی‌ها است. سپس می‌افزاید که این واژه به امری نیز گفته می‌شود که آزموده شده و با تجربه آشکار شده است (ابن منظور، ۱۰/۱۱۰). جوهری در «صحاح اللغه» نیز همین معنای ابتدایی و اطلاق را مانند «لسان العرب» آورده است (جوهری، ۳/۱۴۸۰). در تفاوت کاربرد این واژه با «اکل» [خوردن] می‌توان گفت: ذوق در جایی به کار می‌رود که آزموده اندک باشد (تنها آن را بچشند) و در جایی که آزموده زیاد باشد، لفظ «اکل» می‌آید (زیبیدی، ۱۳/۱۵۷).

۲ کاشف الغطاء در توضیح آن می‌فرماید: مذاق شرع، فهم و درک جدیدی است که فقیه با بهره‌گیری از ذوق سلیم و درک منضبط، پس از جست‌وجو در مجموع ادله، به آن دست پیدا می‌کند. وی از آن می‌گوید: همان طور که ادراکات حسی، بهره‌ای از چشایی، بویایی و نطق دارد، عقل آدمی نیز مانند آن بهره‌ای دارد که با حواس ظاهری، قابل درک نیست. البته کاشف الغطاء نتیجه می‌گیرد که نمی‌توان در اعتبار چنین درک و فهمی تردید کرد؛ زیرا این امر نیز از موارد نصوص است و خارج از آیات و روایات نیست (کاشف الغطاء، ۱/۱۸۷). صاحب جواهر نیز در این باره می‌گوید: سزاوار است که فقیه آگاه به زبان شارع، برای تمامی جزئیات، فقط به دنبال آیه و روایت نباشد (۲/۵۲) خوئی در استدلال بر شرط مرد بود برای مرجع تقلید می‌فرماید: از مذاق شرع به دست می‌آید که وظیفه زنان، محفوظ داشتن خویش از طریق پوشش و خانه‌داری و امثال آن است و اجتناب از اموری که منافی با آن است. بنابراین اشتغال به افتاء و مرجعیت و ریاست، موجب می‌شود که مورد مراجعه فراوان مردان قرار بگیرند که شارع بدان رضایت نمی‌دهد (خوئی، ۱/۱۸۷).

با مذاقه در آثار فقهی می‌توان موارد زیادی از کاربرد این اصطلاح در فروع فقهی را به دست آورد. هر چند در خصوص مسئله قطع دست راست سارق در صورتی که وی از نعمت دست چپ محروم باشد، چه این فقدان به صورت مادر زادی باشد یا در اثر اجرای قصاص یا سانحه‌ای رخ داده باشد، در کلام و گفتار فقها بیان صریحی در خصوص استدلال به «مذاق شرع» صورت نگرفته است؛ لکن با در نظر گرفتن مبانی شارع در تسامح و تسهیل در اجرای حدود و قواعدی که در این باب مطرح است و با در نظر گرفتن فروعاتی که در این ابواب مختلف حدود مطرح شده است می‌توان مذاق شارع را بدین نحو استنباط نمود، چنانچه سارقی فاقد دست چپ باشد آنچه با مذاق شارع مناسبت دارد عدم اجرای حد بر وی است تا وی از نعمت هر دودست محروم نگردد.

### نقد و بررسی اقوال

۱. ادله‌ای که مشهور برای قول به قطع دست راست سارق به صورت مطلق و بدون قید و شرط آورده‌اند غالباً روی عموم و اطلاق آیه شریفه و روایات وارده است؛ لکن در این خصوص باید گفت: این اطلاق نمی‌تواند دلیل محکمی برای موضوع باشد چراکه غالب فقهای مشهور در خصوص فرض احتمال خطر جانی در صورت اجرای حد قائل به عدم قطع دست راست شده‌اند.

امام خمینی در مسئله سوم این باب می‌فرماید: «اگر احتمال خطر جانی در قطع دست راست ناسالم سارق دهیم، و این احتمال عقلایی با منشأ و اساس عقلایی باشد، مانند اینکه طیب به ما بگوید: اگر دستش را قطع کنید، می‌میرد یا احتمال مردنش قوی است، در این صورت، به خاطر اینکه بر حیات و جان سارق محافظت کرده باشیم، دستش را نمی‌بریم، لیکن آیا دست چپ سالم یا دست چپ ناسالم که در قطعش احتمال خطری نیست، قطع می‌گردد؟ شبهه به قواعد عدم قطع است.» در حقیقت، این کلام، استثنایی از حکم فرع سابق است که شیخ طوسی در کتاب مبسوط (۳۵/۸) به آن اشاره کرده است. در چنین صورتی که پس از قطع دست امکان التیام و بهبودی نیست و خوف مرگ و هلاکت سارق وجود دارد، نمی‌توان گفت اطلاقات قطع دست راست شامل این فرد نیز می‌شود، بلکه به طور حتم و یقین ادله مطلق از این مورد منصرف است. بنابراین مشهور به رغم اینکه در باب قطع دست راست سارق در فرض مورد بحث به اطلاق آیه شریفه و نیز روایات وارده استناد می‌کنند؛ لکن در مورد فرضی که در قطع دست راست خوف جانی باشد قطع را جایز نشمرده و از آن عدول می‌نمایند. علت این فتوای ایشان نیز همان خوف ضرر مستتر در این امر است. حال بحث این است که در صورت قطع دست راست سارقی که دست چپ ندارد به طریق اولی خوف ضرر وجود دارد و اصلاً چنین فرضی بدون خوف ضرر نمی‌شود

همان طور که در صحیحہ عبدالرحمن بن حجاج از امیرالمؤمنین علی (ع) نقل گردیده است: «اِنِّی لَأَسْتَحِیُّ مِنْ رَبِّیْ أَنْ لَا أُدْعَ لَهُ یَدًا یَسْتَنْجِ بِهَا أَوْ رَجُلًا یمشی علیها» بنابراین همان طور که خود مشهور در مواردی از اطلاق روایات عدول نموده‌اند در خصوص موضوع بحث نیز می‌بایست از آن عدول نمود و به روایت ذکر شده در باب که ذیلاً بدان اشاره می‌رود اکتفا نمود. بنابراین دلیل اصلی مشهور در اثبات حکم قطع دست راست در فرض پژوهش همان اطلاق است که با مبحث گفته‌شده مورد تقیید واقع می‌شود؛ لکن در خصوص سایر روایات که حکم قطع را به صورت کلی بیان کرده است و بیان داشته است که «تقطع علی کل حال» و این فراز نیز با صحیحہ ابن‌سنان که پیش‌تر ذکر آن گذشت معارضت دارد که می‌توان با تقیید این کلیت و اطلاق به مواردی که سارق دست چپ داشته باشد رفع مشکل نمود. بنابراین در خصوص روایات خاص که با قید عبارت «تقطع علی کل حال» قطع دست راست را در هر فرضی متعین دانسته‌اند نیز باید گفت: با وجود روایات متعارض مثل صحیحہ ابن‌سنان نمی‌توان بر آن اطلاق اعتماد نمود و به واسطه این روایات دست از امثال صحیحہ ابن‌سنان کشید.

۲. بررسی ادله مخالفان: در بررسی اقوال مخالفان هرچند به حسب ظاهر یکی دو روایت بر فحوای نظر ایشان دلالت دارد یکی صحیحہ ابن‌سنان و دیگری حدیث مفضل بن صالح که حتی از جهت سندی برخی به روایت دوم ایراد نموده‌اند؛ لکن در مجموع و با در نظر گرفتن مباحثی چون قاعده درء و مذاق شارع می‌توان نظر ایشان را بر قول مشهور ارجحیت داد. آنچه با مذاق حقوق معاصر نیز همسویی بیشتری دارد البته در کتب فقهی بحث است که چنانچه حد قطع دست اجرا نگردید در مراحل بعدی چه مجازاتی اجرا گردد که به جهت جلوگیری از اطاله بحث بدان پرداخته نمی‌شود؛ لکن درنهایت قول به عدم قطع می‌تواند بیشتر نظر شارع مقدس را تأمین نماید.

### جایگزین حد قطع دست راست سارق در صورت فقدان دست چپ

با توجه به آنچه گذشت، به نظر نگارندگان، اجرای حد در این مورد خاص ممکن نیست؛ اما بحثی که در ادامه قابل طرح است اینکه، مجازات سارق در این حالت چیست؟ همان طور که بیان شد اکثر قریب به اتفاق فقها وارد این بحث نشده‌اند لذا طبیعی مجازاتی به‌عنوان جایگزین حد، نیز مطرح نکرده باشند. برخی از فقهای که این بحث را مطرح کرده‌اند، با توجه به قاعده «التعزیر فی کل معصیه» قائل به جایگزینی تعزیر به جای این حد شده‌اند (فیض کاشانی، ۱۵/۴۴۲؛ صاحب جواهر، ۴۱/۵۳۷؛ گلپایگانی، ۳/۱۸۶؛ موسوی اردبیلی، ۳/۳۶۲) از نگاه قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز با توجه به ماده ۲۷۶ که بیان داشته است: «سرق در صورت فقدان هر یک از شرایط موجب حد، حسب مورد

مشمول یکی از سرقت‌های تعزیری است» و نیز تبصره ۱ ماده ۲۷۸ قانون مرقوم که چنین آورده است: «هرگاه سارق، فاقد عضو متعلق قطع باشد، حسب مورد مشمول یکی از سرقت‌های تعزیری می‌شود» که می‌توان از مناسبت این دو ماده نیز استفاده نمود و مدعی گردید، در صورتی که فردی برای مرتبه اول مرتکب سرقت مستوجب حد گردید و دست چپ نداشت، با توجه به ملاکات و ادله ذکر شده از قطع دست راست وی صرف نظر نموده و بجای آن وی را حسب مورد مشمول مجازات یکی از سرقت‌های تعزیری، مندرج در بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ دانست.

### نتیجه‌گیری

۱. در خصوص موردی که سارق فاقد دست چپ است و فقط دست راست دارد، بین فقها اختلاف شده است که آیا دست راست سارق در چنین فرضی قطع می‌شود یا خیر؟ مشهور فقها با توجه به اطلاقات موجود در این باب قول به قطع دست سارق را پذیرفته‌اند لکن گروه دیگر از جمله ابن جنید اسکافی که از قدیمین محسوب است و نیز محقق خوئی قول به عدم قطع را پذیرفته‌اند که با بررسی اقوال می‌توان پی برد که نظر گروه مخالف هم از جهت بررسی و اطلاق و تقیید روایات صحیح می‌باشد و هم با مقتضای مذاق شارع مطابقت دارد و در نهایت با مذاق حقوق موضوعه و دکترین حقوقی تطابق بیشتری دارد.

۲. مقنن در ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حد سرقت را ذکر نموده است. در تبصره ۱ همان ماده قید شده است: «هرگاه سارق، فاقد عضو متعلق قطع باشد، حسب مورد مشمول یکی از سرقت‌های تعزیری می‌شود». بدین ترتیب در خصوص فرضی که سارق فاقد دست راست (عضو متعلق قطع) باشد تعیین تکلیف نموده است؛ لکن در خصوص موضوع پژوهش حاضر یعنی فرضی که فردی برای مرتبه اول مرتکب سرقت می‌شود ولی فاقد دست چپ می‌باشد، در آن ماده و سایر مواد قانون اظهار نظر نگردیده است. سؤالی که قانون‌گذار باید بدان پاسخ دهد آن است که با توجه به اینکه فلسفه درج تبصره ۱ ماده ۲۷۸، اهتمام مقنن به حقوق متهم و ابتدای وی بر تسامح و تساهل است، چراکه در خصوص سارقی که فاقد عضو متعلق قطع است در کتب فقهی فتاوای دیگری نیز ذکر گردیده است مانند اینکه گفته شده چنانچه سارق فاقد دست راست بود باید پای چپ وی قطع شود؛ اما با این وجود مقنن تبصره را بر مبنای فتوایی تصویب نموده است که مناسب‌تر به حال متهم است. حال با وجود این ابتدای مقنن بر تسامح و تساهل و نظر به اینکه چنانچه سارقی فاقد دست چپ باشد، قطع دست راست برای وی بسیار سخت‌تر و عذاب‌آورتر است و چه بسا مجازاتی مضاعف محسوب شود و سارق باید ادامه زندگی را بدون هر دودست خویش ادامه دهد و با عنایت به اصولی چون قاعده درأ و تفسیر به نفع متهم چرا مقنن در خصوص این فرض سکوت کرده است؟ چه بسا اگر قانون‌گذار، نگاه مجددی به این مبانی فقهی بیندازد و مجدداً موضوع

را مورد کاوش قرار دهد نسبت به درج و الحاق تبصره‌ای به ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی اقدام و قانون را در این قسمت تصحیح نماید. جستار حاضر در نهایت پیشنهاد تصحیح و تکمیل قانون را در این قسمت دارد.

## منابع

قرآن کریم، ترجمه محمد مهدی فولادوند.

- آملی، محمد تقی، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، تهران، مؤلف، ۱۳۸۰ ق.
- ابن ادريس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، المقنع، قم، مؤسسه امام هادی علیه السلام، ۱۴۱۵ ق.
- \_\_\_\_\_، من لا يحضره الفقيه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- ابن براج، عبدالعزيز بن نحریر، المهذب فی الفقه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد، نزهة الناظر فی الجمع بین الأشباه والنظائر، قم، منشورات رضی، ۱۳۹۴ ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقائیس اللغة، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- ابن فهد حلی، أحمد بن محمد، المقتصر من شرح المختصر؛ مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، النشر الإسلامي، ۱۴۰۷ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم، منشورات دار الذخائر، ۱۴۱۱ ق.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقيه، تهران، منشورات مکتبة الصادق، ۱۴۰۳ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- بروجردی، حسین، جامع أحادیث الشيعة، تهران، انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ق.
- بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ق.
- ترحینی عاملی، محمد حسن، الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
- حسینی شیرازی، صادق، التعليقات علی شرائع الإسلام، قم، انتشارات استقلال، ۱۴۲۵ ق.
- خراسانی، وحید، منهاج الصالحین، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
- خمینی، روح الله، تحرير الوسيلة، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۴۲۰ ق.
- \_\_\_\_\_، کتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۱ ق.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
- خوئی، سید ابو القاسم، تکملة المنهاج، قم، نشر مدینة العلم، ۱۴۱۰ ق
- \_\_\_\_\_، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۲۲ ق

- \_\_\_\_\_، **التنقيح في شرح المكاسب**، نجف، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، ١٤٢٥ق.
- \_\_\_\_\_، **الهداية في الأصول**، قم، صاحب الامر (عج)، ١٤١٧ق.
- \_\_\_\_\_، **دراسات في علم الأصول**، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت (ع)، ١٤١٩ق.
- \_\_\_\_\_، **غاية المأمول**، قم، مجمع الفكر الاسلامي، ١٤٢٨ق.
- \_\_\_\_\_، **كتاب الاجتهاد والتقليد**، قم، دار أنصاريان، ١٤١٠ق.
- \_\_\_\_\_، **كتاب الحج**، قم، مدرسة دار العلم، ١٤٠٩ق.
- \_\_\_\_\_، **كتاب الخمس**، قم، العلمية، ١٣٦٤ق.
- \_\_\_\_\_، **كتاب الصلاة**، قم، مدرسة دار العلم، ١٣٦٨ق.
- \_\_\_\_\_، **كتاب الطهارة**، قم، مدرسة دار العلم، ١٤١٠ق.
- \_\_\_\_\_، **كتاب النكاح**، قم، مدرسة دار العلم، ١٤٠٤ق.
- \_\_\_\_\_، **مصباح الأصول**، قم، مؤسسة إحياء آثار السيد الخوئي، ١٤٢٢ق.
- \_\_\_\_\_، **مصباح الفقه**، قم، مكتبة الداوري، بي.تا.
- \_\_\_\_\_، **معجم رجال الحديث و تفصيل طبقات الرجال**، بي.جا، بي.نا، ١٤١٣ق.
- \_\_\_\_\_، **موسوعة الإمام الخوئي**؛ قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، ١٤١٨ق.
- راغب اصفهاني، حسين بن محمد، **مفردات ألفاظ القرآن**، سوريه، دار العلم - الدار الشامية، ١٤١٢ق.
- زراعت، عباس، **شرح مختصر قانون مجازات اسلامي مصوب ١٣٧٥**، تهران، ققنوس، ١٣٩٢.
- شهيد اول، محمد بن مكي، **غاية المراد في شرح نكت الإرشاد**، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، ١٤١٤ق.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، ١٤١٢ق.
- \_\_\_\_\_، **حاشية الإرشاد**، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، ١٤١٤ق.
- \_\_\_\_\_، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ١٤١٣ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٤ق.
- \_\_\_\_\_، **تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف**، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفي - ره، ١٤٠٨ق.
- \_\_\_\_\_، **غاية المرام في شرح شرائع الإسلام**، بيروت، دار الهادي، ١٤٢٠ق.
- طباطبائي، علي بن محمد علي، **الشرح الصغير في شرح مختصر النافع - حديقة المؤمنين**، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفي قدس سره، ١٤٠٩ق.

- \_\_\_\_\_، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۳ ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بين أئمة السلف*، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۰ ق.
- طریحی، فخر الدین بن محمد، *مجمع البحرين*، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۳۶۳ ش.
- \_\_\_\_\_، *الإقتصاد الهادي إلی طریق الرشاد*، تهران، مکتبه جامع چهلستون، ۱۴۰۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *النبيان فی تفسیر القرآن*، قم، مکتب الاعلام الإسلامي، ۱۴۰۹ ق.
- \_\_\_\_\_، *الخلاف*، قم، النشر الإسلامي، ۱۴۰۹ ق.
- \_\_\_\_\_، *العدة فی أصول الفقه*، قم، بی نا، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *الغیبة*، قم، المعارف الإسلامية، ۱۴۱۱ ق.
- \_\_\_\_\_، *الفهرست*، نجف، المکتبه المرتضویة، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبه المرتضویة، ۱۳۵۱ ش.
- \_\_\_\_\_، *تهذیب الأحكام فی شرح المقنعة للشیخ المفید*، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۳۶۴ ش.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین*، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- \_\_\_\_\_، *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الامامیه (ط - القديمة)*، مشهد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۲۲ ق.
- \_\_\_\_\_، *تذکره الفقهاء*، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- \_\_\_\_\_، *تهذیب الوصول الی علم الأصول*، لندن، الامام علی (ع)، ۱۳۸۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *خلاصة الأقوال*، قم، نشر الفقاهة، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *مبادئ الوصول إلی علم الأصول*، قم، مکتب الاعلام الإسلامي، ۱۴۰۴ ق.
- \_\_\_\_\_، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم، النشر الإسلامي، ۱۴۱۳ ق.
- \_\_\_\_\_، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۴ ق.
- \_\_\_\_\_، *نهاية الوصول الی علم الأصول*، قم، الامام الصادق (ع)، ۱۴۲۵ ق.
- \_\_\_\_\_، *نهج الحق و كشف الصدق*، قم، دار الهجرة، ۱۴۲۱ ق.
- عمیدی، سید عمید الدین، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ هـ ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، قم، نشر هجرت، ۱۴۱۰ ق.
- فیاض، محمد اسحاق، *رساله توضیح المسائل*، قم، انتشارات مجلسی، ۱۴۲۶ ق.

- \_\_\_\_\_، **منهاج الصالحين**، ٣ جلد، بی تا.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، **الوافی**، اصفهان، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام، بی تا.
- قطان حلی، محمد بن شجاع، **معالم الدین فی فقه آل یاسین**، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ١٤٢٤ ق.
- کاشانی، ملا حبیب الله، **منتقد المنافع فی شرح المختصر النافع** - کتاب الطهارة، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ١٤٢٨ ق.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، **کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ١٤٢٢ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ١٤٠٧ ق.
- گلپایگانی، محمد رضا، **الدر المنضود فی أحكام الحدود**، قم، دار القرآن الکریم، ١٤١٢ ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، **بحار الأنوار**، بیروت، مؤسسة الطبع والنشر، ١٤١٠ ق.
- \_\_\_\_\_، **حدود و قصاص و دیات**، تهران، مؤسسه نشر آثار اسلامی، ١٤٠١ ق.
- \_\_\_\_\_، **مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول**، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ١٤٠٤ ق.
- \_\_\_\_\_، **ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار**، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، ١٤٠٦ ق.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، **روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه**، قم، مؤسسه فرهنگي اسلامی کوشانبور، ١٤٠٦ ق.
- \_\_\_\_\_، **یک دوره فقه کامل فارسی**، تهران، مؤسسه و انتشارات فراهانی، ١٤٠٠ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، **المختصر النافع فی فقه الإمامیة**، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیة، ١٤١٨ ق.
- \_\_\_\_\_، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٨ ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، **تاج العروس من جواهر القاموس**، بیروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزیع، ١٤١٤ ق.
- مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، **السرقه علی ضوء القرآن و السنة**، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، ١٤٢٤ هـ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤٠٣ ق.
- موسوی اردبیلی، عبد الکریم، **فقه الحدود و التعزیرات**، قم، مؤسسة النشر لجامعة المفید، ١٤٢٧ ق.
- میر محمد صادقی، حسین، **جرایم علیه اموال و مالکیت**، تهران، نشر میزان، ١٣٩٦ هـ ش
- نوری، حسین بن محمد تقی، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ١٤٠٨ ق.



## کاوشی در «تعدد اعتباری (معنوی) جرم» در فقه امامیه و حقوق ایران\*

دکتر میرزامحمد واعظی<sup>۱</sup>

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد و طلبه درس خارج فقه حوزه علمیه مشهد

Email: Vaez1392@gmail.com

دکتر عباسعلی سلطانی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: soltani@um.ac.ir

### چکیده

«تعدد اعتباری یا معنوی جرم» یکی از جهات عمومی تشدید مجازات و در اصطلاح، شمول چند وصف جزایی بر فعل واحد است. این مسئله از اهمیت ویژه‌ای در حقوق جزا برخوردار است؛ چرا که تعیین مجازاتی متناسب با بزه انجام شده باعث رعایت اصول انسانی و اسلامی چون: عدالت کیفری و تناسب بین جرم و مجازات است و در پی آن سلامت روانی جامعه تأمین می‌گردد. قانون‌گذار ایران همچون برخی دانشیان حقوق، نظریه تعدد معنوی را پذیرفته، در برخی موارد، قائل به جمع مجازات‌ها و در مواردی دیگر، به تداخل مجازات‌ها شده است. به نظر می‌رسد با توجه به سخنان فقهای امامیه، هنگامی که در تعدد معنوی جنایتی بر عضو و نفس یا عضو و منفعت وارد شود، مجازات‌ها تداخل نموده و دیه بیشتر تعیین پیدا می‌کند و در صورت تداخل قصاص نفس با دیگر اعضا یا منافع به دلالت فحوا فقط قصاص نفس جاری می‌شود. اما در مواردی مثل جنایت موجب دیه دو عضو یا دو نفس و نظیر آن با توجه به نبود نص و عدم امکان تعمیم نصوص موجود به غیر از موارد مذکور و نیز اصل عدم تداخل، تعیین چند مجازات، امری موجه است. حاصل اینکه اصل عدالت کیفری که مستفاد از عقل و شرع است در پاره‌ای از مواد قانونی مدنظر در این نوشتار، رعایت نشده و قانون مجازات اسلامی نیازمند اصلاح است.

**کلیدواژه‌ها:** تشدید مجازات، جهات عام، تعدد جرم، تعدد اعتباری، تعدد معنوی.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۱/۱۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۱۱/۰۲. (این مقاله بنا بر نظر داوران و مصوبه هیئت تحریریه، علمی پژوهشی محسوب است.)

۱. نویسنده مسئول

---

**A study on the “abstractive (ideal) plurality of crimes” in Imamia Jurisprudence and Iranian Law**

**Mirza Mohammad Vaezi, Ph.D.** Ph.D. Graduate of Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Student of Supreme Course of Islamic Jurisprudence, Mashhad Hawza Ilmiah (Corresponding Author)

**Abbas Ali Soltani, Ph.D.** Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad

**Abstract**

“Abstractive or ideal plurality” of crimes is a general cause of aggravation of punishment and terminologically it is the application of multiple criminal titles to a single act. This issue is of special significance in criminal law since determination of a punishment proportionate to the committed crime leads to compliance with human and Islamic principles such as criminal justice and proportionality of crime and punishment and as a result, the mental safety of society is ensured. The Iranian legislator, like a number of legal scholars, has accepted the ideal plurality of crimes theory, adopting the application of multiple punishments in some cases and their overlap in others. Given the Imamia jurists' opinions, it appears that where, in case of ideal plurality, a crime is committed against a limb or the soul or the limb and profit, the punishments overlap and the more blood money is specified and in case qisas for life and for other limbs or profits overlap, only qisas for life is administered according to the purported signification. But in cases such as crime leading to blood money for two limbs or two lives and the like, given the absence of text and the impossibility of extending the available texts to cases not mentioned therein and the principle of non-overlap, determination of multiple punishments may be justified. The conclusion is that the principle of criminal justice which is deducted from intellect and sharia has not been complied with in certain articles of law considered in this paper and the Islamic penal code needs to be amended.

**Keywords:** aggravation of punishment, general causes, plurality of crimes, real plurality, ideal plurality

**مقدمه**

تشدید مجازات متناسب با جرم، یکی از مصادیق اجرای «اصل عدالت کیفری» است و از جمله مباحثی که ارتباطی تنگاتنگ با تشدید مجازات دارد، مقوله تعدد اعتباری یا معنوی جرم است که از جهات عمومی تشدید مجازات می‌باشد تا «اصل عدالت کیفری» بهتر اجرا شود، چرا که متناسب نمودن مجازات‌ها با توجه به نوع جرم مجرم در عادلانه‌تر نمودن نظام کیفری کمک شایانی می‌کند.

این مهم با نگاهی دقیق و کنکاشی عمیق در تعدد اعتباری جرم و مبانی آن در حقوق و همچنین تطبیق آن مبانی در فقه اهل بیت علیهم السلام میسور می‌شود تا اصولی مثل «اصل عدالت کیفری»، «تناسب بین جرم و مجازات» و «قانونی بودن جرم و مجازات» در رابطه با مجرم با دقت و حدت بیشتری اعمال شود و در نهایت سلامت روانی جامعه به صورت حداکثری تأمین گردد.

بنابراین پرسش‌های اساسی تحقیق پیش‌رو عبارت است از این‌که: قانون‌گذار اسلامی از میان نظرات حقوق‌دانان در خصوص موضوع «تعدد اعتباری جرم» چه موضعی را اتخاذ نموده است؟ همچنین با توجه به این‌که در کشور ما مبنای قانون‌گذاری بر اساس شریعت اسلامی و نظرات فقهاء و پیاده‌سازی روایات حضرات معصومین علیهم السلام می‌باشد، این پرسش نیز باقی می‌ماند که آنچه مدنظر حقوق‌دانان و قانون‌گذار ما بوده است، همان است که در شریعت ما موجود است یا این‌که متفاوت از آن است؟ و پژوهش در این زمینه و عرضه کردن مطالب ارائه شده توسط حقوق‌دانان و قانون‌گذار به شریعت، به دلیل این‌که با جان، آبرو و مال مردم ارتباطی مستقیم دارد، اهمیت موضوع را دو چندان می‌کند، که قوانین موجود با نظرات شارع تطبیق می‌کند یا نیاز به بازخوانی مجدد دارد؟

در نتیجه در این نوشتار سعی می‌شود که این پدیده حقوقی از زاویه‌های حقوقی، قانونی و فقهی در مکتب امامیه مورد کند و کاو قرار گیرد.

**تعریف مفردات تحقیق**

با عنایت به این‌که تعدد جرم از جمله عناوینی است که مجازات را تشدید می‌نماید و از جهت منطقی قسم تکرار جرم است. ابتدا از اصطلاح «تشدید مجازات» که به منزله مقسم است صحبت می‌شود و در وهله بعد از اصطلاحات «تکرار جرم» و «تعدد جرم» توضیحی ارائه خواهد شد و بعد از آن به تبیین مسئله ارائه می‌شود.

**تعریف تشدید جرم:** تشدید مجازات از منظر حقوق بدین معناست که گاهی اوقات، شرایط و اوضاع و احوال به گونه‌ای است که اقتضا می‌کند در مجازات افراد خاطی با شدت بیشتری برخورد نمود؛ یعنی

عوامل مختلف در ارتکاب جرم پدیدار می‌شود که ناخودآگاه قانون‌گذار عادل را به عکس العمل شدیدتری وامی‌دارد (صانعی، ۷۹۰).

از تشدید مجازات در فقه گاه به تغلیظ العقوبه تعبیر شده است و در کتب فقهی تعریفی از آن ارائه نشده، اما در بعضی از واژه‌نامه‌ها و فرهنگ‌های فقهی تعابیری آمده است. از جمله این‌که: «جرائم در حالت عادی، مجازات معمول و مشخص خود را دارند، ولی گاهی اوضاع و احوال، زمان و مکان و یا حتی کیفیت اجرای جرم، از شقاوت و سنگدلی بیش از حد مجرم حکایت دارد و به دلیل همین شخصیت نامتعادل او، مجازات عادی برای او کافی نیست. از این‌رو در مجازات او شدت و حدت بیشتری لازم است، که به آن تشدید مجازات گفته می‌شود (خاوری، ۱۲۴). در کتاب فرهنگ فقه، تغلیظ (سختگیری و در تنگنا قرار دادن کسی) به دو گونه گفتاری و رفتاری تقسیم شده و از تغلیظ فعلی تعبیر به تشدید مجازات شده است (فرهنگ فقه، ۵۴۹/۲).

**تعریف تکرار جرم:** در تعریف تکرار جرم از منظر حقوق بیان شده که حالت شخصی است که به طور قطعی به مجازات محکوم می‌شود و به واسطه ارتکاب مجدد جرم، در معرض محکومیت جزائی قرار می‌گیرد (علی آبادی، ۲۸۶/۲). همچنین گفته شده که گاه شخصی واحد مرتکب جرائم متعدد می‌شود، در این فرض دو صورت پیش می‌آید. یکی آن‌که است که جرم یا جرائم بعدی پس از صدور محکومیت قطعی در مورد جرم قبلی، انجام می‌شود و آن را تکرار جرم می‌نامند (صانعی، ۷۶۸).

تکرار جرم در اصطلاح فقه جزا وضعیتی است که شخص بعد از محکومیت قطعی و اجرای مجازات، مجدداً مرتکب همان جرم شده باشد (واعظی، ۱۸۹).

**تعریف تعدد جرم:** دانشمندان حقوق جزا از تعدد جرم تعاریف مختلفی ارائه داده‌اند از جمله این‌که، هر گاه شخصی واحد در فاصله زمانی کوتاه مرتکب جرائم متعدد شود و به هر تقدیر به خاطر جرم یا جرائم قبلی محکومیتی نیافته باشد، می‌گویند تعدد جرم مصداق پیدا کرده است (صانعی، ۲۶۴). تعدد جرم عبارت از این است که شخص مرتکب چند فقره جرم مجزا از هم در زمان‌های مختلف بشود بدون آن‌که یک محکومیت قطعی فاصل بین آن‌ها باشد، اعم از این که مرتکب توانسته با توسل به هر ترفندی خود را از تعقیب کیفری مصون بدارد یا آن‌که ارتکاب جرائم متعدد در فواصل کوتاهی از یکدیگر مانع تحت تعقیب قرار گرفتن وی و در نتیجه حکم محکومیت قطعی گردیده باشد (پیمانی، ۷). تعدد جرم در اصطلاح حقوق جزا عبارت است از انجام جرائم گوناگون، بی آن‌که برای اتهامات پیشین متهم، محکومیت قطعی کیفر صادر شده باشد (اردبیلی، ۲۲۰/۲).

تعدد جرم نیز صورت‌های گوناگون دارد. گاه کسی مرتکب افعال متعددی شده است که هر یک از

آن‌ها جرم واحدی به شمار می‌رود، یعنی افعالی مادی که هر یک وصف قانونی مستقلی دارد، در این صورت با فرض تعدد واقعی روبرو هستیم. ولی تعدد جرم فرض دیگری دارد با عنوان تعدد اعتباری (معنوی یا روانی) و آن این است که کسی فعل واحدی مرتکب شده، لیکن فعل او دارای عناوین متعدد جرم است و مشمول چند توصیف مجرمانه است (همو، ۲۲۱/۲).

### تبیین بحث در تعدد اعتباری (معنوی)

مقصود از تعدد اعتباری جرائم، شمول چند وصف جزایی بر فعل واحد است؛ یعنی یک فعل مجرمانه، اوصاف متعدد کیفری دارد و با یک عمل مجرمانه چند ماده قانون کیفری نقض می‌شود. مثل فردی که در ماه مبارک رمضان علنی مبادرت به شرب خمر کند. این شخص با یک فعل، مرتکب سه جرم شرب خمر، روزه خواری و تظاهر به فسق در علن شده است. و یا فردی مرتکب هتک ناموس محارم به عنف شود که یک فعل دارای عناوین متعدد جزایی می‌شود.

در تعدد اعتباری فقط یک فعل تحقق خارجی یافته است اما این فعل می‌تواند به عبارات مختلف توصیف شود. حال مسئله‌ای که فراروی ماست این است که تعیین مجازات بزهکار به یک اعتبار یا این که به جمیع اعتبارات مجرمانه صورت گیرد؟

یکی از حقوق‌دانان بیان می‌دارد که اگر کیفر به جهت توصیفات ناشی از فعل باشد، هر توصیفی خود سبب مستقل تلقی می‌شود و تعدد مجازات لازم می‌آید و توجیه پذیر می‌گردد ولی اگر اقتضای منطق و عقل مجازات به سبب فعل باشد نه توصیف آن، مجازات به اعتبارهای مختلف، یعنی تعدد مجازات توجیهی ندارد (الهام، ۱۴۲).

در بیان مصادیق تعدد معنوی موارد زیر قابل ذکر است:

۱- یک فعل مجرمانه متضمن چند عنوان جزایی است. مثلاً شخصی با کمک یک پاسپورت مجعول که توسط کارمند متخلف اداره مربوطه تهیه شده است، اموال به امانت گذارده شده دیگری را از انبار راه آهن دریافت می‌کند. این عمل از یک سو استفاده از سند مجهول و از طرف دیگر کلاهبرداری است. در این باره نظر قانون‌گذار چنین است که: «هر گاه فعل واحد دارای عناوین متعدد یا از جرائم باشد، مجازات جرمی داده می‌شود که جزای آن اشد است.»

در موردی که فعل واحد متضمن چند عنوان جزایی باشد نتایج زیر بدست می‌آید: ۱. مجازات جرمی داده می‌شود که جزای آن اشد است. ۲. هنگامی که فعل واحد تحت یکی از عناوین آن رسیدگی شد و دادرسی خاتمه پذیرفت اعتبار امر مختوم را پیدا می‌کند و دیگر مرتکب را از جهت همان عمل تحت

عناوین دیگر آن نمی‌توان مورد تعقیب و محاکمه قرار داد.

۲- چند عمل واقع شده که بعضی مقدمه جرم دیگر باشند گاهی ارتکاب چند جرم به طور جداگانه و بدون وابستگی به هم ممکن نیست به نحوی که ارتکاب یکی مقدمه ارتکاب دیگری یا از لوازم آن به حساب می‌آید.<sup>۱</sup> مثل ورود سارق به منزل دیگری برای سرقت. در این موارد نیز به حکم قاعده کلی، مجازات جرمی داده می‌شود که جزای آن اشد است.

۳- مجموع چند فعل مجرمانه ارتكابی در قانون، عنوان جرم خاصی را داشته است. مثل موردی که شخصی مرتکب سرقت توأم با بالا رفتن از دیوار یا شکستن حرز یا مقرون آزار و اذیت می‌شود. در واقع مجموع هر یک از این جرائم و کیفیات مربوط به آن، جرم واحدی را تشکیل داده و در نتیجه از مصادیق اعتباری جرم محسوب می‌شود. اما قانون‌گذار ایران این مورد را از مقررات تعدد جرم خارج داشته است چه که در ماده ۲ الحاقی به آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۱۱ و چه در ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲، حکم این مورد را به این شرح صادر کرده است: «در صورتی که مجموع جرائم ارتكابی در قانون جرم خاص داشته باشد مقررات تعدد جرم رعایت نخواهد شد و مرتکب به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌گردد.»<sup>۲</sup>

#### نظریات مختلف در مورد تعدد اعتباری

در رابطه با قبول یا نفي تعدد اعتباری، از طرف دانشمندان حقوق عقاید مختلفی ابراز شده است. برخی آن را پذیرفته و برخی دیگر نپذیرفته‌اند و در قبول آن نیز تحلیل‌های مختلفی به شرح زیر ارائه کرده‌اند:

##### ۱. نظریه یکسانی تعدد واقعی و اعتباری

بعضی از حقوق‌دانان بین تعدد اعتباری و واقعی فرقی قائل نیستند (الهام، ۱۴۴؛ اردبیلی، ۲/۲۲۳) و چنانچه شخصی مرتکب فعلی شود که در عین حال مصداق چند مجرمانه باشد در واقع مرتکب آن جرائم گردیده و باید با او به مانند مرتکب تعدد واقعی برخورد کرد. چرا که هر چند یک فعل صورت گرفته است اما اعتبارات مختلف مجرمانه بر آن صدق می‌کند. پس از نظر نتیجه همانند تعدد واقعی است اما این نظر از دو جنبه اصلاً عادلانه نیست (علی‌آبادی، ۲۶۹).

اول بدین علت که اوصاف متعدد لزوماً از خطرناکی عمل سرچشمه نگرفته است و ممکن است ناشی

۱. اداره حقوقی وزارت دادگستری در شماره‌های ۷/۹۲۸ - ۱۴/۴/۱۳۶۷ و ۲۹۹۳ - ۱۳۱۸/۱۱/۲۱ و ۱۸۲۱ - ۱۳۲۶/۱۱/۱۲ در این خصوص نظراتی ارائه نموده است.

۲. در ذیل ماده ۴۷ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۰ تصریح شده است که: «... اگر مجموع جرائم ارتكابی در قانون عنوان جرم خاص داشته باشد مجازات مقرر در قانون محکوم می‌گردد.» و تبصره دو ماده ۱۳۴ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ علاوه بر آن تصریح نموده که: «...مقررات تعدد جرم اعمال نمی‌شود...».

از طرز نگارش و تنظیم قانون باشد.

دوم این که کیفیاتی که در ارتکاب یک بزه موجب صدق چند عنوان مجرمانه بر عمل واحد می‌گردند. کیفیات وقوع عمل هستند و نه اعمال مستقل و مجزا از جرم اصلی؛ بنابراین مجازاتی که به جهت ارتکاب یک عمل مجرمانه واقع می‌شود نبایستی در مورد کیفیات مقرون به آن عمل مجرمانه به طور جداگانه اعمال گردد. اما فایده این نظریه سادگی آن است که سختی‌های تشخیص تعدد مادی از تعدد اعتباری را حل کرده است.

#### ۲. نظریه مبنی بر نفی تعدد اعتباری

به عقیده برخی از حقوق‌دانان اساساً امکان این که یک عمل مشمول چند عنوان جزایی با فرض وجود عناصر مجزای مادی و معنوی باشد وجود ندارد، چرا که در هر حال مرتکب فقط یک عمل انجام داده که در بر گیرنده یک عنصر مادی و معنوی است؛ بنابراین چگونه ممکن است با ارتکاب یک عنصر مادی مرتکب چند جرم و با چند عنصر معنوی گردد (الهام، ۱۴۴).

#### ۳. نظریه مبنی بر قبول تعدد اعتباری<sup>۱</sup>

مطابق این نظریه تعدد اعتباری از انطباق چند عنوان قانونی مجرمانه بر عمل واحد ارتكابی مجرم حاصل می‌شود و چون هیچ جرمی نباید بدون مجازات بماند و نیز برای هیچ جرمی نباید بیش از یک مجازات اعمال گردد (اردبیلی، ۲/۲۲۳). قانون‌گذار کشور ما نیز نظریه تعدد اعتباری را پذیرفته است.

### تعدد اعتباری در قوانین کیفری ایران

حقوق کیفری ایران در مباحث تعدد اعتباری از نظر علمای حقوق فرانسه و رویه قضایی آن کشور مبنی بر قبول تعدد اعتباری پیروی کرده است. تعدد اعتباری از جمله موضوعات کیفری است که کمتر دچار تغییر و تحول شده و تقریباً از لحاظ قانونی روند ثابتی را داشته است.

پایه و زیر بنای تعدد اعتباری با تصویب قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ بنا نهاده شد و پس از پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی و ضرورت تجدید نظر در مقررات کیفری مطابق موازین شرعی در سال ۶۱ قانون راجع به مجازات اسلامی تصویب شد و ضمن اصلاحات کلی در قوانین قبل از انقلاب، تعدد

۱. به نظر نگارنده تفاوت این نظریه با نظریه اول در این است که در نظریه اول یک فعل مجرمانه دارای چند وصف، در حکم چند فعل مجرمانه است و در نتیجه از جهت ماهیت و آثار تمایزی بین تعدد واقعی و اعتباری نیست و به دلیل همسانی تعدد اعتباری و واقعی همیشه چند مجازات در نظر گرفته می‌شود، اعم از آن‌که یک فعل با چند وصف مجرمانه باشد یا چند فعل مجرمانه صورت گیرد؛ اما در نظریه سوم علاوه بر تمایز تعریفی و ماهیتی بین تعدد اعتباری و واقعی، تعیین مجازات نیز متفاوت خواهد بود با این توضیح که در تعیین مجازات تعدد اعتباری در برخی از مواقع مجازات اشد و در بعضی از حالت‌ها، چند مجازات و در پاره‌ای از موارد فقط یک مجازات صورت می‌گیرد.

اعتباری نیز تا حدودی تغییر کرد. طبق ماده ۴۲ این قانون: «در جرائم قابل تعزیر هر گاه فعل واحد دارای عناوین متعدد جرم باشد مجازات جرمی داده می‌شود که مجازات آن اشد است».

مقررات این ماده عیناً در ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ تکرار شده است. آنچه که در ماده ۴۶ این قانون اشاره شده، تعیین نحوه مجازات و محاسبه آن فقط برای یکی از شقوق سه گانه تعدد اعتباری جرم می‌باشد و متن این ماده با کمی اختلاف همان متنی است که در ماده ۳۱ قانون مجازات ۵۲ بدان اشاره شده است.

در مورد ماده ۴۶ مسائلی زیر را می‌توان در مورد تعدد اعتباری ابراز کرد: ۱. قانون‌گذار ضمن قبول قاعده تعدد اعتباری، آن را فقط در مورد جرائم قابل تعزیر مجزی دانسته است و در موارد حدود، قصاص، دیات مطابق تبصره ماده ۴۷ باید به ابواب مربوط مراجعه نمود. ۲. مطابق ماده مزبور در تعدد اعتباری مجازات جرمی داده می‌شود که مجازات آن اشد باشد با توجه به این که در حقوق جزای اسلامی در باب تعدد اسباب (جرائم) قاعده جمع مجازات‌ها و عدم تداخل مجازات‌ها حکمفرماست. ممکن است در نظر اول چنین تصور شود که قانون‌گذار در این مورد از قاعده مزبور عدول کرده است اما با کمی تأمل بی پایه بودن چنین تصویری معلوم می‌شود؛ زیرا در تعدد اعتباری فعل واحد بوده ولی اوصاف متعدد دارد و این غیر از بحث تعدد اسباب است که موجب تعدد مسببات یا به عبارتی جمع مجازات‌ها می‌شود. فلسفه اعمال مجازات اشد نیز به خاطر وجود کیفیت مشدده اوصاف متعدد جرم است.

در ماده ۱۳۱ ق.م.آ مصوب ۱۳۹۲ مقرر شده است که: «در جرائم موجب تعزیر هرگاه رفتار واحد، دارای عناوین مجرمانه متعدد باشد، مرتکب به مجازات اشد محکوم می‌شود.» و در ماده ۱۳۲ نیز بیان شده که: «در جرائم موجب حد، تعدد جرم موجب تعدد مجازات است. مگر در مواردی که جرائم ارتكابی و نیز مجازات آن‌ها یکسان باشد.» که همان مسائلی ابراز شده در ماده ۴۶ قانون سابق قابل قبول است، با توجه به این که ماده ۱۳۲ قانون لاحق نیز با قرینه «جرائم ارتكابی» تعدد مادی را در جرائم حلدی ذکر می‌کند و تبصره ماده ۴۶ را نیز حذف نموده است؛ پس قبول تعدد اعتباری در قوانین جزائی سال‌های ۱۳۰۴، ۱۳۵۲، ۱۳۷۰، ۱۳۶۱ و ۱۳۹۲ پذیرفته شده است.

تعدد اعتباری علاوه بر تعزیرات در حدود، قصاص و دیات نیز قابل پیگیری است. تبصره ماده ۴۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مقرر می‌دارد: «حکم تعدد جرم در حدود قصاص و دیات همان است که در ابواب مربوطه ذکر شده است.» و در قانون جدید نیز (با وجود نبود تبصره) با توجه به این که مواد قانونی در دو قسمت کلیات و جرائم طبقه بندی شده، در ذیل هر جرم به تعدد جرم نیز پرداخته است. در رابطه با تعدد اعتباری در حدود مثلاً قتل مسئولین سیاسی، می‌تواند مجمع دو عنوان قتل و محاربه

باشد یا سرقت گسترده از مراکز مهم مالی می‌تواند مجمع دو عنوان سرقت و افساد فی الارض باشد. همچنین حکم تعدد اعتباری را می‌توان از مندرجات ماده ۱۴۴ قانون مذکور به شرح زیر استنتاج نمود: «هر گاه کسی به قصد نسبت دادن زنا به شخصی مثلاً چنین گوید (زن...) یا خواهر... یا مادر... نسبت به کسی که زنا را به او نسبت داده است محکوم به حد قذف می‌شود و نسبت به مخاطب که به واسطه این دشنام او را اذیت کرده است، تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیر می‌شود.»

به طوری که ملاحظه شد، بکار بردن لفظ واحد از ناحیه قاذف، دارای دو وصف مجرمانه است، که از نظر قانون واجد عناوین متعدد توهین و قذف خواهد شد که از مصادیق تعدد اعتباری است و منطبق با قواعد این نوع تعدد است.

در رابطه با تحقق تعدد اعتباری در قصاص، ماده ۲۸۸ قانون مزبور هم چنین مقرر می‌دارد: «قطع لاله گوش که موجب زوال شنوایی می‌شود دو جنایت محسوب می‌شود.» اما در قصاص نفس بر طبق ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی، یک ضربه منجر به نقص عضو و قتل شده که فقط مجازات قصاص نفس را در پی خواهد داشت.

قانون‌گذار در اجرای مجازات، هنگامی که عنوان تعدد اعتباری در دیات صدق می‌کند رویه متفاوتی را اتخاذ نموده است به گونه‌ای که در برخی موارد، قاعده جمع مجازات‌ها را پذیرفته است و در موارد دیگر، قائل به تداخل مجازات است.

برای مثال، اگر در اثر کندن چشم، بینایی نیز از بین برود، دیه آن واحد است، در صورتی که هر گاه در اثر بریدن بینی حس بویایی از بین برود یا در اثر ضربه به سر، عقل زائل شود، دو دیه لازم می‌شود.<sup>۱</sup>

### معیار مجازات اشد

قانون‌گذار سال ۱۳۵۲ مجازات‌ها را به جنایت، جنحه و خلاف تقسیم کرده بود. این مجازات‌ها در طول هم قرار داشتند و تعیین مجازات اشد چندان مشکل نبود؛ بنابراین مجازات جنایت شدیدتر از مجازات جنحه و مجازات جنحه شدیدتر از مجازات خلاف بود.

قانون‌گذار بعد از انقلاب اسلامی در سال ۱۳۷۰ مجازات‌ها را به حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده تقسیم کرد که سه نوع اول مجازات‌های ثابت و غیر قابل تغییر می‌باشند و در سال ۱۳۹۲ مجازات‌ها را به دو گروه اصلی (شامل حدود، قصاص، دیات و تعزیرات) و تبعی (تکمیلی) تقسیم نموده است و به طور دقیق نمی‌توان گفت کدام‌یک از این مجازات‌ها نسبت به دیگری اشد است.

۱. جهت اطلاع بیشتر رک: مواد ۲۱۸، ۴۵۸، ۴۶۶، ۴۵۶، ۴۶۷ ق.م.آ.

در واقع بر خلاف قانون سابق این مجازات‌ها در عرض یکدیگر قرار دارند به گونه‌ای که در برخی از مواقع مجازات یک گروه نسبت به گروه دیگر سبقت می‌گیرد و در پاره‌ای از اوقات عکس آن صادق است مثلاً مجازات حد گاهی بیشتر از قصاص و گاهی کمتر از آن است.

با تمام این اوصاف به هر حال منظور از جرم اشد در ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی چیست؟ علاوه بر آن که معیار تشدید نیز در تعدد جرم نادیده گرفته شده است، چرا که تعیین حداکثر مجازات مقرر در قانون حتی در غیر حالت تعدد نیز توجیه قانونی دارد؛ و اگر منظور از تشدید فرا رفتن از حداکثر مجازات مقرر در قانون باشد، این کار با اصل قانونی بودن مجازات منافات دارد (میرمحمد صادقی، ۱۰۷).

در حال حاضر با توجه به این که معیار موجود در قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ (مجازات جنایت، جنحه و خلاف) منسوخ شده است و همچنین با وجود تنوع مجازات‌های تعزیری تشخیص مجازات اشد به سادگی امکان پذیر نیست. برای مثال معلوم نیست که از میان حبس‌های کوتاه مدت و مجازات شلاق کدام یک شدیدتر است.

در این خصوص اداره حقوقی دادگستری تشخیص شدت و ضعف مجازات را با توجه به نوع و میزان مجازات به نظر عرف واگذار کرده است. حال، از نظر شدت و ضعف مجازات‌ها کدام یک از این تعزیرات (حبس، جزای نقدی، شلاق) شدیدتر و کدام یک خفیف‌تر است؟

نظریه اداره حقوقی ۷/۳۲۷ مورخ ۱۳۶۳/۱/۱۸: «چون در قانون راجع به مجازات اسلامی درجات مجازات از حیث شدت و ضعف تعیین نشده است، تشخیص شدت و ضعف مجازات با توجه به نوع و میزان مجازات‌ها به نظر عرف است و اجمالاً می‌توان گفت که جزای نقدی اخف از حبس و شلاق است.» (شهری، ۲۳۰).

کمیسیون استفتانات و مشاورین عالی قضایی در این خصوص چنین نظر داده است: «در قوانین جزائی اسلام اشاره به اخف یا اشد بودن مجازات حبس از شلاق و بالعکس نشده است و بستگی به وضع اجتماعی و اخلاقی و شغل متهم و مجرم دارد و هر کدام را که مناسب‌تر به حال فرد و خفیف‌تر بداند ممکن است نسبت به او از نوع اخف تلقی نمود.» (پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتانات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضائی)

یکی از حقوق‌دانان در این خصوص معتقد است که مرجع تشخیص در مجازات اشد فعلاً به دادگاه محول شود (نوربها، ۲۹۹). و می‌توان در این مورد گفت: که مجازات اشد با توجه به شخصیت مجرم تعیین شود. مثلاً در مورد فردی که منتظر موقعیتی است تا به زندان راه یافته تا در یک پناهگاه مطمئن به زندگی بپردازد و در مدت حبس نیز تازه‌ترین شگردهای جنایت را بیاموزد، باید مجازات دیگری که در مورد

او شدیدتر است اعمال نمود. به طور مثال او را به شلاق محکوم نمود. یا در مورد فردی که از لحاظ جسمی قوی است و مجازات شلاق در او اثری نمی‌گذارد و از طرفی از زندان گریزان است مجازات حبس را در مورد او به اجرا گذاشت؛ بنابراین قاضی محکمه باید با توجه به شخصیت متهم و اوضاع و احوال مجازات اشد را در مورد وی اعمال نمایند (ر.ک: اردبیلی، ۲/ ۲۲۹).

در آخر این بحث باید اذعان کرد در وضعیت کنونی تشخیص موضوع قدری مشکل و جنبه موردی داشته و بر عهده محاکم است؛ بنابراین جهت جلوگیری از هر گونه تشتت آراء دیوانعالی کشور می‌بایستی دخالت کرده و رویه واحدی را ایجاد نماید.<sup>۱</sup>

### تبرئه متهم از یک جهت در تعدد اعتباری جرم

مسئله دیگر این که اگر در مورد تعدد اعتباری متهم از جهت یکی از موارد عمل انتسابی تبرئه شده آیا می‌توان وی را از جهت دیگری مورد تعقیب قرار داد؟ در این خصوص بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد (سمیعی، ۱۰۰). عده‌ای تصور دارند که تعقیب متهم از جهت دیگر منعی ندارد چرا که تبرئه فقط ناظر به جهتی است که مورد حکم واقع شده است و نمی‌توان او را از حیث جنبه‌های دیگر مبری دانست. عده‌ای دیگر معتقدند آن چیزی که مورد حکم قرار گرفته، عمل عادی متهم است و نه جنبه‌های معنوی آن و چون عمل واحد را نمی‌توان بیش از یک نوبت رسیدگی کرد، تعقیب مجدد متهم را مغایر امر مختوم کیفری می‌دانند.

می‌توان گفت که نظر دوم به اصل انصاف نزدیک‌تر باشد؛ زیرا به نفع متهم بوده و ارفاق بیشتری نسبت به وی صورت می‌گیرد. اما با این وجود تفصیل در این مسئله به نظر می‌رسد که با اصول شرعی ما و اصل عدالت کیفری بیشتر منطبق باشد، مثلاً اگر جرمی از دو جهت جرم‌انگاری شده باشد و شخص متهم از جنبه حق الناس تبرئه شود، تعقیب متهم از جهت حق الله مختوم اعلام شود و اگر فرض مسئله برعکس شد، با توجه به اهمیت شارع به حقوق مردم مختوم شدن اتهام توجیهی صحیح ندارد.

علاوه بر آن تبرئه شدن متهم در یک جهت از جرم، در پاره‌ای از موارد سبب از بین رفتن اصل اتهام خواهد بود و به اصطلاح سالبه به انتفاع موضوع می‌شود و در بعضی جرائم نیز جهت دیگر مستقلاً جرم‌انگاری شده است، پس باید به حسب مورد بعد از تبرئه متهم از یک جهت، حکم به تبرئه یا عدم تبرئه متهم، در جهت دیگر نمود.

۱. این بحث از این جهت که یکی از معیارهای تعیین مجازات در تعدد اعتباری، تعیین مجازات اشد است به قسمتی از مقاله - که کاوش حقوقی این مسئله است - مرتبط می‌باشد.

### میزان مجازات تعدد اعتباری جرم در فقه امامیه

در فقه کیفری اسلام به جبران خسارت مجنی علیه در مجازات‌ها و جرائم توجه خاصی مبذول شده است و اجرای قاعده جمع مجازات‌ها در قصاص و دیات نیز به همین علت بوده است، که در قصاص جنبه تشفی معنوی مجنی علیه و در دیات جنبه جزایی خسارت مد نظر قرار گرفته شده است. با توجه به این مطالب شاید در بادی امر چنین تصور شود که تعدد اعتباری در فقه اسلامی جایگاهی ندارد در حالی که در فقه شیعه مواردی از آن ذکر شده است به طوری که عنوان خاص تعدد اعتباری وجود ندارد ولی با کمی دقت در فقه جزائی اسلام مفهوم آن را مشاهده می‌کنیم.

برای تجزیه و تحلیل این موضوع شایسته است، با بررسی کتب فقهی امامیه و ادله آن‌ها (با توجه به این که اکثر مواد قانون مجازات اسلامی برگرفته شده از نظرات فقهاء است) بحث را به یک نتیجه مطلوب برسانیم.

به نظر نگارنده در تعدد اعتباری جرم چند مؤلفه مؤثر در تعیین نوع مجازات مجرم می‌باشد، که عبارت‌اند از:

۱- نوع مجازات، مثلاً با یک فعل یک جنایت مستوجب تعزیر و یک جنایت مستوجب حد مرتکب شود یا دو جنایت تعزیری یا دو جنایت حدی.

۲- جنس جنایت، مثلاً با یک فعل یک جنایت بر عضو باشد و یک جنایت بر نفس یا جنایت بر دو عضو یا جنایت بر دو نفس یا جنایت بر دو منفعت یا جنایت بر عضو و منفعت و نفس.

علاوه بر این مؤلفه‌های دیگری همچون قصد مجرم، آلت جرم و جنس تعدد را نیز می‌توان در تعیین نوع مجازات مؤثر دانست و بررسی تمامی آن‌ها نیاز به تحقیق مستقل دیگری دارد. در این میان فقهاء بیشتر به مؤلفه دوم یعنی جنس جنایت مثل جنایت بر عضو و منفعت، پرداخته‌اند.

مشهور بین اصحاب این است که جنایت موجب دیه عضو و منفعت تداخل نمی‌کنند مثل این که به سر شخص ضربه بخورد و عقل او نیز زائل شود و فرقی نمی‌کند که با یک ضربه یا بیشتر باشد (فاضل آبی، ۲/۶۶۴؛ ابن فهد حلی، ۵/۳۵۴؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۴/۱۰۳۹؛ همو، المختصر النافع، ۲/۳۰۲؛ شهید ثانی، شرح اللمعة، ۱۰/۲۵۴؛ علامه حلی، ۲/۲۴۲) زیرا هر یک از اعضاء و منافع سبب مستقلی در وجوب دیه هستند و برای هر یک مقدار مشخصی دیه تعیین شده است پس تداخل نمی‌کنند (مسالک الافهام، ۱۵/۴۴۴) همچنین قاعده «إِنَّ كُلَّ مَا كَانَ فِي الْإِنْسَانِ مِنْهُ وَاحِدٌ كَانَ فِيهِ الدِّيَةُ» مؤید این مطلب است (طباطبایی، ۲/۵۵۳).

با این وجود در ضربه سر که موجب از بین رفتن عقل شود، شیخ طوسی قائل به تداخل دیه‌ها و مقرر

شدن یک دیه کامل است (النهایه، ۷۷۱) محقق خوئی نیز به دلیل وجود روایت این نظر را اتخاذ نموده است (۲۱/۲).

در مورد جنایت موجب دیه عضو و نفس، مشهور فقهاء به صورت مطلق قائل به تداخل دیه عضو در دیه نفس شده‌اند<sup>۱</sup> (طوسی، الخلاف، ۱۶۳/۵؛ همو، المبسوط، ۲۲/۷ و ۶۷؛ ابن ادریس حلی، ۴۰۶/۳). و دلیل آن اجماع فرقه، أخبار و اصل برائت ذمه نسبت به مازاد است (طوسی، الخلاف، ۱۶۴/۵). صاحب شرایع نیز دخول دیه عضو را در دیه نفس امری اجماعی می‌شمارد (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۹۷۷/۴) هر چند که برخی تداخل دیه اعضاء را در دیه نفس محل تأمل شمرده و عدم تداخل را بعید نمی‌دانند (امام خمینی، ۵۱۶/۲). برخی نیز قائل به تفصیل شده، بدین نحو که اگر با یک ضربه باشد تداخل می‌شود اما اگر با دو ضربه باشد اصل، عدم تداخل است (خوئی، ۲۱/۲ - ۲۲). و در جای دیگر تفصیل خود را توضیح داده، بدین نحو که اگر دو جنایت در طول هم باشند و دیه یکی بیشتر باشد، تداخل صورت می‌گیرد (همو، ۳۴۵ - ۳۵۳).

در تداخل یا عدم تداخل قصاص عضو و نفس، فتاوی اصحاب اضطراب دارد<sup>۲</sup>.

در مورد جنایت بر دو عضو مثل قطع دو دست، و لو با یک ضربه، دو جنایت است که تداخل نمی‌کنند (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴۵۶/۱۵؛ صاحب جواهر، ۴۳/۳۳۰؛ محقق اردبیلی، ۱۴/۴۶۲).

درباره جنایت بر دو نفس بیان شده که اگر با یک ضربه یا ریختن دیوار، دو یا چند نفر کشته شوند، تمام اولیاء دم می‌توانند در صورت عمد، مطالبه قصاص و در صورت خطا، مطالبه آرش کنند (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۵۰۴/۱۰؛ آل عصفور، ۴۲۷/۱).

بعضی از معاصران نیز به صورت مطلق بر اصل جنایت تکیه نموده، با این بیان که اگر جنایات متعدد با یک ضربه واقع شود، بیشترین دیه أخذ می‌شود و در صورتی که در میان دیه‌ها، دیه نفس باشد، همان أخذ می‌شود (تبریزی، ۴۲۶/۱).

در مورد بعضی از حدود مثل قذف نیز بیان شده که: اگر کسی با یک لفظ واحد جماعتی را قذف کند و آن‌ها به صورت متفرق تقاضای حد کنند، پس به تعداد مقذوفین، قاذف حد می‌خورد (مفید، ۷۹۶؛ ابوصلاح حلبی، ۴۱۴؛ ابن حمزه، ۴۲۱؛ شهید اول، ۲۴۰؛ سلار، ۲۵۹؛ امام خمینی، ۴۷۵/۲؛ خوئی، ۱/۲۵۸). همچنین تعریض با یک لفظ نسبت به جماعتی که موجب تعزیر است، حکم قذف را دارد

۱. اعم از این که با یک یا چند ضربه باشد.

۲. جهت اطلاع بیشتر رک: المبسوط، ۲۲/۷ و ۶۷ و ۱۱۳؛ السرائر، ۲۹۶/۳؛ الخلاف، ۱۶۳/۵ و ۲۱۰؛ شرح اللمعه، ۹۲/۱۰؛ جامع المدارک، ۷/۱۸۹؛ مبانی تکمله المنهاج، ۲۲/۲.

(ابوصلاح حلبی، ۴۱۹)¹.

### تحلیل و بررسی اقوال فقهاء در میزان مجازات تعدد اعتباری جرم

در میان اقوال فقهاء بهترین سنگ محک، رجوع به روایات موجود و تحلیل آن و در وهله بعد عرضه نمودن سخنان فقهای گرانقدر بر روایات است، تا صحت و سقم نظرات در نزد مخاطب عیان شود. در میان روایات مرتبط با این مسئله، نگارنده با بذل بضاعت خویش پنج حدیث شریف را که از جهت سند بلا منازع بوده، یافته است که عبارت‌اند از:

روایت اول: مُحَمَّدُ بْنُ يُحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بِعَمُودٍ فَسَطَّاطَ عَلَى رَأْسِهِ ضَرْبَةً وَاحِدَةً فَأَجَافَهُ حَتَّى وَصَلَتِ الضَّرْبَةُ إِلَى الدَّمَاعِ فَذَهَبَ عَقْلُهُ فَقَالَ إِنْ كَانَ الْمَضْرُوبُ لَا يَعْقِلُ مِنْهَا الصَّلَاةَ وَلَا يَعْقِلُ مَا قَالَ وَلَا مَا قِيلَ لَهُ فَإِنَّهُ يَنْتَظِرُ بِهِ سَنَةً فَإِنْ مَاتَ فِيهَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ السَّنَةِ أُقِيدَ بِهِ ضَارِبُهُ وَإِنْ لَمْ يَمُتْ فِيهَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ السَّنَةِ وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ عَقْلُهُ أُعْرِمَ ضَارِبُهُ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ لِذَهَابِ عَقْلِهِ قُلْتُ لَهُ فَمَا تَرَى عَلَيْهِ فِي الشَّجَةِ شَيْئاً قَالَ لَا لِأَنَّهُ إِنَّمَا ضَرَبَهُ ضَرْبَةً وَاحِدَةً فَجَنَّتِ الضَّرْبَةُ جِنَايَتَيْنِ فَأَلْزَمَهُ أَغْلَظَ الْجِنَايَتَيْنِ وَهِيَ الدِّيَةُ وَلَوْ كَانَ ضَرَبَهُ ضَرْبَتَيْنِ فَجَنَّتِ الضَّرْبَتَانِ جِنَايَتَيْنِ لِأَلْزَمْتُهُ جِنَايَةَ مَا جَنَّتَا كَانَتْمَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمَا الْمَوْتُ فَيَقَادَ بِهِ ضَارِبُهُ [بِوَاحِدَةٍ وَتُطْرَحُ الْأُخْرَى قَالَ وَقَالَ] فَإِنْ ضَرَبَهُ ثَلَاثَ ضَرْبَاتٍ وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ فَجَنَّتِ ثَلَاثَ جِنَايَاتٍ أَلْزَمْتُهُ جِنَايَةَ مَا جَنَّتِ الثَّلَاثَ ضَرْبَاتٍ كَانَتْ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا الْمَوْتُ فَيَقَادَ بِهِ ضَارِبُهُ قَالَ وَقَالَ فَإِنْ ضَرَبَهُ عَشْرَ ضَرْبَاتٍ فَجَنَّتِ جِنَايَةً وَاحِدَةً أَلْزَمْتُهُ تِلْكَ الْجِنَايَةَ الَّتِي جَنَّتْهَا الْعَشْرُ ضَرْبَاتٍ [كَانَتْهَا مَا كَانَتْ] (كلبینی، ۷/ ۳۲۵؛ حرعاملی، ۲۹/ ۳۶۶).

قسمت اول این روایت، در مورد جنایت بر عضو و منفعت با یک ضربه سخن گفته است، راوی سؤال می‌کند که به خاطر ضربه بر سر علاوه بر دیه از بین رفتن عقل، دیه مازاد اخذ می‌شود؟ حضرت پس از گفتن «لا»، علت عدم مازاد را ضربه واحد بیان نموده و این تعلیل را با «إِنَّمَا» محصور نموده است، هرچند که در اثر یک ضربه، دو جنایت وارد شده است و در ادامه با تعبیر «فَأَلْزَمْتُهُ أَغْلَظَ الْجِنَايَتَيْنِ»، دیه بیشتر را در بین چند جنایت لازم می‌شمارند. پس هرچند اصل عدم تداخل مجازات دو جنایت است، اما روایت مزبور در صورت بروز یک ضربه و بروز چند جنایت (تعدد اعتباری)، فقط دیه بیشتر را کافی و لازم می‌داند.

۱. «تعدد اعتباری» یک اصطلاح حقوقی است که از جمله فروع آن، سخن از تداخل یا عدم تداخل مجازات حاصل از جرمی است که عنوان «تعدد اعتباری» بر آن صادق باشد. که در صورت تداخل مجازات‌ها، صحبت از مجازات اشد مطرح می‌شود و در صورت عدم تداخل مجازات‌ها، چند مجازات مستقل برای مجرم در نظر گرفته خواهد شد.

قسمت دوم روایت، در مورد ورود جنایات متعدد و منجر شدن به موت است، که با عبارت «إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمَا الْمَوْتُ فَيَقَادَ بِهِ صَارِبُهُ بِوَاحِدَةٍ وَ تُطْرَحُ الْأُخْرَى»، جاری شدن قصاص و رها کردن بقیه جنایات را بیان نموده است؛ در نتیجه در صورت اعمال یک ضربه و کشته شدن مجنی علیه می توان با توجه به فحوای خطاب، در مورد جنایت موجب قصاص عضو و نفس در تعدد اعتباری فقط قصاص را جاری نمود، هر چند که بعضی از اعضا، جوارح یا منافع نیز صدمه دیده است.

روایت دوم: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْوَلِيدِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ فُرَاتٍ عَنِ الْأَصْبَغِ بْنِ نُبَاتَةَ قَالَ: سُئِلَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ صَرَبَ رَجُلًا عَلَى هَامَتِهِ فَادَّعَى الْمَضْرُوبُ أَنَّهُ لَا يَبْصُرُ شَيْئًا وَلَا يَسْمُ الرَّائِحَةَ وَ أَنَّهُ قَدْ ذَهَبَ لِسَانُهُ فَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ إِنَّ صَدَقَ فَلَهُ ثَلَاثُ دِيَّاتٍ فَقِيلَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ وَ كَيْفَ يَعْلَمُ أَنَّهُ صَادِقٌ فَقَالَ أَمَا مَا ادَّعَا أَنَّهُ لَا يَسْمُ الرَّائِحَةَ فَإِنَّهُ يَدْنِي مِنْهُ الْحِرَاقُ فَإِنْ كَانَ كَمَا يَقُولُ وَ إِلَّا نَحَى رَأْسَهُ وَ دَمَعَتْ عَيْنُهُ وَ أَمَا مَا ادَّعَا فِي عَيْنِهِ فَإِنَّهُ يَقَابِلُ بَعِينِهِ الشَّمْسُ فَإِنْ كَانَ كاذِبًا لَمْ يَتِمَّ الْكَ حَتَّى يَغْمِضَ عَيْنَهُ وَ إِنْ كَانَ صَادِقًا بَقِيَّتَا مَفْتُوحَتَيْنِ وَ أَمَا مَا ادَّعَا فِي لِسَانِهِ فَإِنَّهُ يَضْرِبُ عَلَى لِسَانِهِ بِإِبْرَةٍ فَإِنْ خَرَجَ الدَّمُ أَحْمَرَ فَقَدْ كَذَبَ وَ إِنْ خَرَجَ الدَّمُ أَسْوَدَ فَقَدْ صَدَقَ (كلینی، ۳۲۱/۷؛ ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۱۹/۳).

صدر این روایت مرتبط با این مسئله است، که در مورد مضروب شدن فردی و بر جا گذاشتن سه جنایت سؤال شده است و پاسخ حضرت در صورت صدق ادعایش، سه دیه می باشد. با این وجود، روایت مذکور تصریح در تعداد ضربات ندارد؛ بلکه صرفاً بیان می کند «رَجُلٍ صَرَبَ رَجُلًا عَلَى هَامَتِهِ»، که فقط بر ضرب تصریح دارد. در حالی که روایت سابق بر تعداد ضرب در تمامی سطورش تصریح داشت و بر این روایت در فرض وجود تعارض مقدم می شود.

روایت سوم: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي حَمَزَةَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ فَقَأَ عَيْنِي رَجُلٍ وَ قَطَعَ أُذُنِي ثُمَّ قَتَلَهُ فَقَالَ إِنْ كَانَ فَرَّقَ ذَلِكَ أَقْتَصَّ مِنْهُ ثُمَّ يَقْتُلُ وَ إِنْ كَانَ صَرَبَهُ صَرِبَةً وَاحِدَةً صُرِبَتْ عَنْقُهُ وَ لَمْ يَقْتَصَّ مِنْهُ (حرعاملی، ۱۱۲/۲۹؛ بروجردی، ۱۴۸/۳۱).

در این روایت از دو جنایت سخن گفته است، که ذیل آن مربوط به تعدد اعتباری است و آن هنگامی است که با یک ضربه، چند جنایت توأم با مرگ باشد، ضارب فقط قصاص می شود و دیگر قصاص ها در مورد جانی انجام نمی شود و عبارت «وَ إِنْ كَانَ صَرَبَهُ صَرِبَةً وَاحِدَةً صُرِبَتْ عَنْقُهُ وَ لَمْ يَقْتَصَّ مِنْهُ» شاهد بر آن است ولی در صورت تعدد ضربات، ابتدا قصاص از آن ها و سپس کشته می شود.

روایت چهارم: وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَفْصِ بْنِ

الْبُخْتَرِيُّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ ضَرَبَ عَلَى رَأْسِهِ فَذَهَبَ سَمْعُهُ وَبَصَرُهُ وَاعْتَقَلَ لِسَانَهُ ثُمَّ مَاتَ فَقَالَ إِنْ كَانَ ضَرْبُهُ ضَرْبَةً بَعْدَ ضَرْبَةٍ اِقْتَصَّ مِنْهُ ثُمَّ قُتِلَ وَإِنْ كَانَ أَصَابَهُ هَذَا مِنْ ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ قُتِلَ وَلَمْ يَقْتَصَّ مِنْهُ (ابن بابویه، المقنع، ۵۲۱؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۴۵/۱۰؛ حرعالمی، ۱۱۲/۲۹؛ بروجردی، ۱۴۸/۳۱).

ذیل این حدیث مثل روایت سوم در مورد اعمال یک ضربه و منجر شدن سه جنایت توأم با مرگ سخن گفته است و عبارت «وَإِنْ كَانَ أَصَابَهُ هَذَا مِنْ ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ قُتِلَ وَلَمْ يَقْتَصَّ مِنْهُ» فقط دلالت بر اجرای قصاص نفس و ترک قصاص های باقی مانده است.

روایت پنجم: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدِ الْبَرْقِيِّ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَيْسَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عُمَرَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بَعْصًا فَذَهَبَ سَمْعُهُ وَبَصَرُهُ وَلِسَانُهُ وَعَقْلُهُ وَفَرْجُهُ وَانْقَطَعَ جَمَاعُهُ وَهُوَ حَيٌّ بِسِتِّ دِيَاتٍ (كليني، ۳۲۵/۷؛ ابن بابویه، المقنع، ۵۲۲؛ بروجردی، ۶۳۰/۳۱).

روایت مذکور بر شش دیه در صورت بروز شش جنایت دلالت می کند. در حالی که بر تعداد ضربات هیچ اشاره ای ننموده است و صرفاً بیان نموده که «رَجُلٌ ضَرَبَ رَجُلًا بَعْصًا». هرچند بعضی بر وجود شش دیه حتی در صورت اعمال یک ضربه، حکم نموده اند. و به نظر می رسد که روایت در صدد بیان تعداد ضربات نیست و به صورت مطلق بیان شده است؛ در حالی که برای انصراف به یک ضربه نیاز به قرینه و دلیل می باشد.

همچنین با عنایت به این که شش جنایت در آن واحد در چند موضع بدن توأم با بعد مکانی، فقط در مقام فرض ممکن است، خود می تواند قرینه ای بر ورود چند جنایت با ضربات متوالی باشد و روایت را منصرف به ضربات متعدد نماید که موضوع بحث «تعدد واقعی جرم» خواهد بود؛ در حالی که گستره تحقیق ما مرتبط با «تعدد اعتباری جرم» است. اما بر فرض هم که این قرینه مقبول نباشد، روایت مزبور اعم از مدعای مذکور است و نمی توان از این روایت، استناد به چند دیه با انجام یک ضربه نمود؛ چرا که به صورت مطلق بیان شده است و بر ضربه واحد و متعدد، توأمان دلالت دارد.

### نتیجه گیری

در رابطه با تعدد اعتباری، بعضی از دانشمندان حقوق آن را پذیرفته اند و برخی آن را همانند تعدد واقعی مورد سنجش قرار داده اند. پاره ای نیز تعدد اعتباری را قبول نموده و برای جرمی که مصداق تعدد معنوی باشد، نوعاً مجازات اشد را از میان چند وصف مجرمانه تعیین نموده اند.

قانون گذار کشور ما نیز نظریه تعدد اعتباری را پذیرفته است و در قوانین مصوب نیز کمتر دچار تغییر و

تحول شده و تقریباً از لحاظ قانونی روند ثابتی را داشته است. با این وجود در اجرای مجازات تعدد اعتباری رویه متفاوتی را بکار نگرفته است بگونه‌ای که در برخی موارد، قاعده جمع مجازات‌ها را پذیرفته است و در موارد دیگر، قائل به تداخل مجازات است.

در فقه امامیه این مسئله با این عنوان مطرح نشده است. اما با جستجو در کلمات فقهاء می‌توان به مضمون تعدد اعتباری ریافت. از جمله این‌که در هنگام تداخل اسباب در مجازات‌ها، اصل را بر عدم تداخل گذاشته‌اند، همچنین مشهور بین اصحاب امامیه این است که جنایت موجب دیه عضو و نفس در صورتی که با یک ضربه باشد، تداخل می‌کنند، در مورد بعضی از حدود نیز مثل قذف، در صورت تقاضای جمعی مقذوفین، تداخل صورت گرفته و بیش از یک حد جاری نمی‌شود. و در باره تداخل یا عدم تداخل قصاص عضو و نفس، فتاوی‌ای اصحاب اضطراب دارد.

اما در دیگر موارد یعنی جنایات موجب دیه عضو و منفعت، دیه دو عضو و دو نفس مشهور حکم به عدم تداخل داده‌اند، هرچند که در این موارد اقوال مخالف هم بسیار رونق دارند.

با توجه به لسان روایات، فقط روایت اول، سوم و چهارم بر ضربه واحد (تعدد اعتباری) و بر مواردی همچون جنایت بر دو عضو تصریح داشته‌اند و دیگر روایات در مقام بیان تعداد ضربات نمی‌باشند؛ بلکه بعضاً بر ضربات متعدد (تعدد مادی) اشاره دارند و بر فرض شمولیت آن‌ها بر ضربه واحد و ضربات متعدد، می‌توان روایت دوم و پنجم را مطلق دانست، که لسان دیگر روایات، آن‌ها را مقید می‌کند.

بنابراین با عنایت به روایات مذکور، هنگامی که در تعدد معنوی جنایتی بر عضو و نفس یا عضو و منفعت وارد شود، مجازات‌ها تداخل نموده و دیه بیشتر تعیین پیدا می‌کند و در هنگام تداخل قصاص نفس با دیگر اعضاء یا منافع، بالفحوی فقط قصاص نفس جاری می‌شود. اما در مواردی مثل جنایت موجب دیه دو عضو یا دو نفس، به نظر می‌رسد که با توجه به عدم وجود نص و عدم تعمیم نصوص موجود به غیر از موارد مذکور در روایات و همچنین اصل عدم تداخل، تعیین چند مجازات امری موجه باشد.

در نتیجه پیشنهاد می‌شود که در مورد جنایت موجب دیه عضو و منفعت و همچنین جنایت موجب دیه عضو و نفس، در صورتی که فقط با یک ضربه باشد، دیه بیشتر (مجازات اشد) تعیین شود. و در مورد چند جنایت موجب قصاص عضو و نفس با یک ضربه، فقط قصاص نفس برای مجازات ضارب تعیین شود. و در موارد دیگر با توجه به اصل عدم تداخل و عدم وجود نص، حکم به تعیین مجازات‌های متعدد با جرائم متعدد شود، هر چند که تعدد اعتباری باشد.

در مورد بعضی از حدود مثل قذف، اگر کسی با یک لفظ واحد جماعتی را قذف کند و آن‌ها به صورت متفرق تقاضای حد کنند، با توجه به قاصد بودن قاذف نسبت به همه مقذوفین، اصل عدم تداخل و نبودن

هیچ خلاقی در افعال، به تعداد مقذوفین برای قاذف حد تعیین شود.  
 بعضی از مواد قانونی مثل ماده ۶۸۸، ۶۹۲، ۶۹۴، ۷۰۳ و ۷۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب  
 ۱۳۹۲ اصلاح شده و مطابق با محتوای موادی مثل ماده ۶۷۳، ۵۴۳، ۵۴۴ و ۵۴۱ تنظیم شود.

### منابع

- آل عصفور، حسین بن محمد، *عیون الحدائق الناظرة فی تمة الحدائق الناضرة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن إدريس، محمد بن أحمد، *السرائر*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *المقنع*، قم، مؤسسه امام مهدی عجل الله تعالی فرجه الشریف، ۱۴۱۵ ق.
- \_\_\_\_\_، *من لا یحضره الفقیه*، با تحقیق غفاری، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسيلة الی نیل الفضیله*، قم، نشر آیه الله مرعشی شوشتری، ۱۴۰۸ ق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، *المهذب البارع*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، نشر مکتب امیر المؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۶ ق.
- اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
- إلهام، غلامحسین، *مبانی فقهی و حقوقی تعدد جرم*، نشر بشری، ۱۳۷۲.
- بروجردی، حسین، *جامع أحادیث الشیعة*، تهران، انتشارات فرهنگ سبز، ۱۳۸۶.
- پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضائی، ۱۳۶۳.
- پیمانی، ضیاءالدین، *بررسی تاریخی و تطبیقی تعدد جرم*، قم، معاونت پژوهشی مجتمع عالی، ۱۳۷۴.
- تبریزی، جواد، *صراط النجاة*، دفتر نشر برگزیده، ۱۴۱۶ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسایل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ ق.
- خاوری و همکاران (زیر نظر آیه الله زنجانی)، *واژه نامه تفصیلی فقه جزا*، انتشارات دانشگاه رضوی، مشهد.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار الکتب العلمیة، ۱۴۰۹ ق.
- خوئی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، نشر لطفی، ۱۴۰۷ ق.
- دائرة المعارف فقه اسلامی (زیر نظر آیه الله شاهرودی)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)*، ۱۳۸۴.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة فی الاحکام النبویة*، قم، مجمع عالمی، ۱۴۱۴ ق.
- سمیعی، حسن، *حقوق جزا*، تهران، چاپخانه شرکت مطبوعات، چاپ چهارم، ۱۳۳۳.
- شهری، غلامرضا، *نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری*، روزنامه رسمی، ۱۳۷۳.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقیة*، قم، دار الفکر، ۱۴۱۱ ق.

- شهید ثانی، زین الدین بن علی، شرح اللمعة، با تحقیق محمد کلانتر، قم، انتشارات داوودی، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، مسالك الافهام الى تفهيم شرايع الاسلام، مؤسسه معارف اسلامي، ۱۴۱۶ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۳۶۷.
- صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، تهران، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۲.
- طباطبائي كربلايي، علي بن محمد علي، رياض المسائل، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ق.
- طبرسي، فضل بن حسن، مجمع البيان في تفسير القرآن، بيروت، مؤسسه الاعلمي، ۱۴۱۵ ق.
- طوسي، محمد بن حسن، الخلاف، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، المبسوط في الفقه، مكتب مرتضوي، ۱۳۸۷ ق.
- \_\_\_\_\_، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، قم، انتشارات قدس، بی تا.
- \_\_\_\_\_، تهذيب الاحكام، با تحقیق خراسان، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ ق.
- علامه حلی، حسن بن يوسف، ارشاد الازهان الى احكام الايمان، قم، جامعه مدرسين، ۱۴۱۰ ق.
- علي آبادی، عبدالحسين، حقوق جنائی، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ اول، ۱۳۶۸.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، كشف الرموز في شرح المختصر النافع، قم، جامعه مدرسين، ۱۴۱۰ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام، قم، نشر مكتب آية الله مرعشي نجفی، ۱۴۰۵ ق.
- فخرالمحققين، محمد بن حسن، ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد، مؤسسه اسماعيليان، ۱۳۸۹ ق.
- قانون تشديد مجازات مرتكبين ارتشاء و اختلاس و كلاهبرداری ۱۳۶۷/۹/۱۵.
- قانون راجع به مجازات اسلامي ۱۳۶۱/۷/۲۱.
- قانون مجازات اسلامي ۱۳۹۲.
- قانون مجازات اسلامي ۱۳۷۰/۵/۸.
- قانون مجازات عمومي ۱۳۵۲.
- قانون مجازات عمومي مصوب ۱۳۰۴ و اصلاحات بعدی.
- كليني، محمد بن يعقوب، الكافي، با تحقیق غفاری، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، المختصر النافع في الفقه الاماميه، تهران، مؤسسه بعثت، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.
- مفيد، محمد بن محمد، المقنعة، قم، جامعه مدرسين، ۱۴۱۰ ق.
- موسوي خوانساري، احمد، جامع المدارك، تهران، نشر مكتب صدوق، ۱۳۵۵ ق.
- مير محمد صادقي، حسين، جرائم عليه اموال و مالكيت، تهران، نشر ميزان، چاپ نهم، ۱۳۸۱.
- نوربها، رضا، زمينه حقوق جزای عمومي، تهران، كانون وكلاي دادگستري، چاپ اول، ۱۳۶۹.

واعظی، محمد، «تأملی در تکرار جرم...»، مجله مطالعات اسلامی، شماره ۸۴/۱، تابستان ۱۳۸۹.

## Table of Contents

<b>The quiddity of certitude (Qat) and its implications in the appearances area of Usul al-Fiqh</b>	9
Dr.Mohammad Hossein Ansari Haghighi - Dr.Hossein Nasser Moghaddam - Dr. Mohammad Sadegh Elmi Sola	
<b>Pre-contractual Liability of the Person who Takes Possession of Another's Property Offered for Sale, its Basis and Implications</b>	31
Dr. Ibrahim Javanmard Farrokhani	
<b>The Stipulation of "return of the Endowment Object to the Donor's Property in Case of Need" as a Resolutive Condition in the Endowment Contract A Jurisprudential and Legal Study</b>	51
Dr. Sayyed Mahdi Ghoraiishi - Dr. Mohammad Hassan Javadi - Dr. Hamed Rahmani - Dr. Hossein Javadi	
<b>Critique and analysis of the famous opinion on determination of Khums year and the period of deducting expense from profit</b>	75
Dr. Mohammad Reza Kheikhah - Dr. Mohammad Ali Ghaderi	
<b>Application of Probative Principle in the Usul al-Fiqh and Islamic Jurisprudence Sciences</b>	93
Ilham Moezzi Najaf Abadi - Dr. Sayyed Abolghasem Nghibi	
<b>The Scope of Intercession in Different Types of Punishments</b>	115
Dr. Ahmad Mirkhalili - Dr. Abbas Kalantari Khalil Abad - Dr.Hossein Dashti	
<b>A New Reading of Jurisprudential Proofs of Amputation of the Right Hand in Case of Lack or Disability of the Left Hand (examination of the jurisprudential evidences of article 278 of the Islamic Penal Code of 2013)</b>	139
Dr. Ali Vaez Tabasi - Ihsan Jafari Araghi – Dr.Mohammad Reza Kazemi Golvardi	
<b>A study on the "abstractive (ideal) plurality of crimes" in Imamia Jurisprudence and Iranian Law</b>	157
Dr. Mirza Mohammad Vaezi - Dr. Abbas Ali Soltani	



*In the Name of Allah*



## **Journal of Fiqh and Usul**

Vol. 51, No. 4: Issue119, Winter 2020

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'ī

### **Executive Director**

Hussain Zekavatizadeh

### **Translation of Abstracts**

Dr. Sayyad Mohammad Hadi Ghabooli

## **Editorial Board**

### **Dr. A. A. Īzadifard**

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'ī**

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 Fiqh and Usul



Faculty of Theology and Islamic Studies

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

**Vol. 51, No. 4: 119, Winter 2020**

FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD PRESS