



دانشکده الهیات و معارف اسلامی

انفقه و ر

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

سال ۵۶ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۳۶
بهار ۱۴۰۳





فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۶ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۳۶ - بهار ۱۴۰۳

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

هیئت تحریریه

دکتر جواد ایروانی

استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی

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 فنوائی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

استاد جامعه المصطفی (ص) العالمیه

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.

کارشناس: شاهسمن شاهرخ شاهیان

صفحه آرا: حسین ذکاوتی زاده

مترجم چکیده به انگلیسی: مینا ملائی

ویراستار: سیده مرضیه خالقی میران

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

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

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

راهنمای نویسندگان نشریه فقه و اصول

بخش اول: ملاحظات کلی

۱. 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.
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 مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه طبق الگوی صفحه‌آرایی مجله و یا ۸۵۰۰ کلمه در محیط ورد بیشتر باشد.
۴. چکیده مقاله (شامل: بیان موضوع، اهداف، روش و یافته‌های تحقیق) به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر (۱۰۰ تا ۲۰۰ واژه) ضمیمه شود و واژگان کلیدی (حداقل ۴ و حداکثر ۶ واژه) به دنبال چکیده بیاید.
۵. نام کامل نویسنده (نویسندگان)، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع و موقعیت سازمانی به دو زبان فارسی و انگلیسی درج شود، ترتیب نویسندگان و نویسنده مسئول تعیین شود و همراه با نشانی پستی، شماره‌تلفن و نشانی الکترونیکی ثبت و ارسال شود.
۶. مدیریت مجله در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.
۷. ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروف‌چینی شده و در سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد، سامانه مجله فقه و اصول، بارگذاری و با سایر اطلاعات مورد نیاز ثبت و ارسال شود.
۸. جهت پیشگیری از هرگونه سوءرفتار علمی (خواسته یا ناخواسته)، تمامی مقاله‌های ارسالی، در نخستین مرحله توسط مشابه‌یاب «سمیم»^۱ برای مقالات فارسی همانندجویی می‌شود. برای مشابه‌یابی چکیده مقالات لاتین از سامانه iThenticate استفاده می‌شود. نشریه تنها آثاری را برای داوری ارسال می‌کند که میزان مشابهت کلی متن اصلی با آثار انتشار یافته پیشین اندک و قابل چشم‌پوشی (حداکثر ۱۵ درصد) باشد. توصیه می‌شود نویسندگان محترم، پیش از ارسال آثار، با مراجعه به سامانه فوق، هرگونه مشابهت متن خود را با آثار منتشر شده در موضوع بررسی کنند.
۹. پذیرش اولیه مقاله به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از استاندارد اولیه پژوهشی و پذیرش نهایی آن به تأیید داوران و موافقت هیئت تحریریه وابسته است.

¹ <http://www.samimnoor.ir/view/fa/default>

۱۰. مقاله‌های ارسال شده پس از شروع فرایند بررسی بازگردانده نمی‌شود.

بخش دوم: شیوه نگارش

رعایت «دستور خط فارسی»^۲، مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است. پیشنهاد می‌شود نویسندگان محترم از «فرهنگ املائی خط فارسی»^۳ و افزونه «ویراستیار» و یا سامانه برخط «ویراست لایو»^۴ استفاده کنند. عدم رعایت شیوه‌های نگارشی پیشنهادی می‌تواند موجب تأخیر در چاپ و یا بازگرداندن مقاله به نویسنده در مرحله تولید شود.

نکات مهم مربوط به شیوه نگارش به شرح زیر است:

۱. علائم نگارشی و فاصله‌گذاری نشانه‌ها

- ۱.۱. نشانه‌های . ، : ؛ ! ؟ با قبل بی فاصله و با کلمه بعد با فاصله کامل می‌آیند.
- ۲.۱. نشانه‌های دربرگیر مانند پرانتز و گیومه « () » با درون بی فاصله و با بیرون با فاصله کامل می‌آیند.
- ۳.۱. برای درج نشانه‌های احترام، پرانتز اول بدون فاصله با نام آن شخص می‌آید: حضرت محمد(ص).
- ۴.۱. شماره ارجاع پاورقی (عدد تُک) بعد از نشانه‌ها (، ،) می‌آید نه پیش از آن‌ها.
- ۵.۱. در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی، گذاردن تنوین (ـَ ـِ ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضاف‌الیه، بعبارة آخری)، مدّ روی الف (نظیر آب، مآخذ) و یای کوتاه روی‌های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیه موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است، مگر آنکه موجب ابهام شود: معین/ معین؛ علی/ علی؛ بنا/ بنا؛ عَرَضه/عَرَضه؛ حَرَف/ حَرَف.
- ۶.۱. پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی»، مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند»، ترکیب اسم و حرف به صورت نیم فاصله می‌آیند: می‌روم، خسته‌ام، کتاب‌ها.
- ۷.۱. استفاده از گیومه غیرفارسی نظیر «» و "" ممنوع است (گیومه فارسی به این صورت «» است).
- ۸.۱. برای ایجاد نیم فاصله باید منحصراً از کلیدهای `ctrl+shift+2` استفاده کرد، البته اگر از صفحه کلید استاندارد استفاده می‌شود، می‌توان با `shift+ sppac` آن را درج کرد.

² <http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/D-1394.pdf>

³ <http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/F-E-1394.pdf>

⁴ <http://www.virastlive.com/>

۲. لایه‌بندی

۲.۱. مقاله از چند جزء اصلی تشکیل شده که شامل چکیده، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه و فهرست منابع است.

۲.۲. بدنه اصلی حاوی تعدادی عنوان اصلی است و لازم است حتی المقدور از فزونی تیتراها خودداری شود و اگر ناگزیر، تقسیمات فرعی وجود دارد، بایستی از صورت تیر درآمده و عنوان بولد شود و پیوسته بدان دو نقطه گذاشته شود و متن در ادامه ذکر شود؛ به طور مثال اگر ادله‌ای مثل آیات و روایات و... ذکر می‌شود در ادامه آن دلیل دو نقطه گذاشته و در ادامه توضیح بیان شود؛ مثل: ۱. آیات: ...

۲.۳. چکیده، مقدمه، نتیجه‌گیری و منابع شماره گذاری نشود.

۲.۴. عنوان و تیتراهای بدنه اصلی با اعداد و در حالت ناگزیری از عنوان فرعی، با اعداد متوالی نشانه‌گذاری شود.

۲.۵. برای شماره‌گذاری در لایه تیتراها فقط از نقطه استفاده شود. به طور مثال: ۱. ۲. ۳.

۳. شیوه ارجاع استنادی و تنظیم منابع

ارجاعات مقاله، مطابق با نظام شیکاگو و به روش پانویشت و منابع پایانی تنظیم شود.

شیوه ارجاعی نشریه: نظام شیکاگو «پانویشت-منابع»

در شیوه «پانویشت-منابع» نویسنده باید توضیحات و ارجاعات خود را در پانویشت درج کند و اطلاعات کتاب‌شناختی آثار را در منابع پایانی اضافه کند.

استفاده از ارجاع درون‌متنی و یا یادداشت‌های پایانی و پی‌نوشت در این شیوه مجاز نیست.

۱. چگونگی ارجاع و اجزای اصلی در ساختار پانویشت:

- قسمت‌های پانویشت با ویرگول جدا شود؛
- تنها نام خانوادگی صاحب اثر درج شود؛
- نام آثار کلان (مانند کتاب و مجله) مایل نویسی (ایرانیکی) شود؛
- نام آثار خرد (مانند مقاله) در گیومه درج شود؛
- شماره صفحه ارجاعی و احیاناً جلد درج و بین آن دو با اسلش فاصله انداخته شود.

۲. چگونگی تنظیم و اجزای اصلی در ساختار منابع

- قسمت‌های اصلی منابع با نقطه جدا می‌شود؛
- نام خانوادگی و نام کوچک صاحب اثر به صورت کامل درج شود؛

- نام آثار کلان (مانند کتاب و مجله) مایل نویسی (ایرانیک) شود؛
- نام آثار خرد (مانند مقاله) در گیومه درج شود؛
- نام مترجم، تحقیق کننده و تصحیح کننده (در صورت وجود) به ترتیب نام کوچک و نام خانوادگی درج شود؛
- در مورد کتاب مشخصات مکان نشر و ناشر (بدون به کار بردن واژه ناشر) و سال نشر درج شود.
- در مورد مقاله دوره نشر، شماره نشریه، سال انتشار، صفحات آغاز و پایان مقاله درج شود.

نمونه‌های ارجاع:

توجه: اجزای اصلی پانویس با ویرگول و اجزای اصلی در فهرست منابع با نقطه جدا می‌شود.

کتاب:

- ✓ در پانویس: علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۴/۳
- ✓ در فهرست منابع: علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

مقاله:

- ✓ در پانویس: مصطفوی فرد، «حاکمیت پارادایم عدم حجیت اخبار آحاد بر گفتمان فقه‌های شیعی سده ۵ تا ۷»، ۱۴۰.
- ✓ در فهرست منابع: مصطفوی فرد، حامد، «حاکمیت پارادایم عدم حجیت اخبار آحاد بر گفتمان فقه‌های شیعی سده ۵ تا ۷»، فقه و اصول، دوره ۵۰، ش ۱۱۳، پاییز ۱۳۹۷، ۱۳۵ تا ۱۵۹.

سایر ملاحظات ارجاع دهی و استناد

۳. فقط برای نویسنده اول در فهرست منابع نام خانوادگی پیش از نام کوچک می‌آید. در کتاب‌ها و مقالات با دو و سه نویسنده، نویسنده دوم و سوم به ترتیب با نام کوچک و نام خانوادگی و برای بیش از سه نویسنده، نام نفر اصلی + و دیگران درج شود.
- ✓ نمونه: قنوتی، جلیل، سید حسن وحدتی شبیری، ابراهیم عبدی پور، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، تهران: سمت، ۱۳۷۹.
۴. در مورد تقریرات درس، لازم است در منابع پایانی اسم صاحب درس (صاحب رأی و نظر) به عنوان پدیدآورنده ذکر شود.
- ✓ نمونه: صدر، محمدباقر، بحوث فی علم الاصول، مقرر: هاشمی شاهرودی.

در ارجاع پانویست نام مقرر لازم نیست افزوده شود.

۵. ارجاع به منابع لاتین به زبان اصلی انجام شود.

نمونه:

✓ در پانویست: Davis, *Meaning Expression and Thought*, 67.

✓ در منابع: Davis, Wayne A. *Meaning Expression and Thought*. Cambridge University Press, 2002.

۶. در ارجاع به منابع اینترنتی آدرس کامل صفحه موردنظر به همراه تاریخ دسترسی درج شود.

✓ نمونه: روش عقلانی در سیره علمی شیخ صدوق؛ <https://hawzah.net/fa/Article/View/106134> (دسترسی در ۱۴۰۲/۲/۲۰)

۷. عدد ارجاعات در سراسر مقاله پیوسته است و شماره پانویست‌های هر صفحه نباید از نو آغاز شود.

۸. همه اعداد توک (= بالانویسی شده) پس از علائم نگارشی درج شود.

۹. در ارجاعات، ترجیحاً از «همان»، «همانجا» و «همو» استفاده نشود.

۱۰. در ارجاع به آیات قرآنی در پانویست اسم سوره و شماره آیه ذکر شود و میان آن دو، دو نقطه قرار گیرد. بقره: ۲۸۲

۱۱. برای نوشتن صفحات آغاز و پایان منبع مدنظر به هیچ وجه خط تیره نیاید: ۱۷۹ تا ۱۸۰.

۱۲. یادداشت‌های توضیحی بیشتری که به نظر مؤلف ضروری است، با قراردادن توک در محل، در پانویست همان صفحه درج شود. در این یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از ضابطه مربوط به ارجاع در پانویست پیروی شود.

۱۳. ضروری است فهرست منابع بجز کتب مقدس، به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسندگان (منطبق بر مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) تنظیم شود.

۱۴. منابعی که در اصل به زبان فارسی و دارای چکیده انگلیسی هستند، بعد از برگرداندن به انگلیسی، با درج عبارت (in Persian with English abstract) در انتها مشخص شوند.

۱۵. منابعی که در اصل به زبان فارسی هستند و چکیده انگلیسی ندارند، بعد از برگرداندن به انگلیسی، با درج عبارت (in Persian) در انتها مشخص شوند.

۱۶. برای مقاله‌های منتشرشده که DOI دارند، آوردن DOI در پایان هر منبع الزامی است. DOI با آدرس دقیق ذکر شود.

۱۷. نویسه‌گردانی در این نشریه، بر پایه راهنمای جدول «IJMES»^۵ است. توضیحات بیشتر در این صفحه^۶ قابل مطالعه است. تمام منابع پایانی مقاله باید دقیقاً نویسه‌گردانی شود. نشریه مقالات پذیرفته‌شده را برون‌سپاری خواهد کرد و هزینه نویسه‌گردانی بر عهده نویسنده است.

۴. تاریخ‌نویسی

تاریخ‌های ذکرشده در مقاله اگر هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای بیایند، در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری، علامت اختصاری ق و برای میلادی، نشانه م بیاید.

نکته: همیشه و در همه جا در صورت لزوم ماه به حروف و چسبیده به روز و سال بیاید: ۱۲ فروردین ۱۳۹۰.

۵. قلم متن

توصیه می‌شود، حتی المقدور از قلم استاندارد «IRLotus»، تولیدشده توسط شورای عالی اطلاع‌رسانی^۷، استفاده شود.

⁵ <https://www.cambridge.org/core/services/aop-file-manager/file/57d83390f6ea5a022234b400/TransChart.pdf>

⁶ <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-middle-east-studies/information/author-resources/ijmes-translation-and-transliteration-guide>

⁷ <http://earmin.com/files/Standard-IRFonts-eArmin.com.zip>

فهرست مندرجات

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۹	تأثیر صرع بر پایان نکاح تبیین و مقارنه دیدگاه فقههای مذاهب خمس و قانون مدنی؛ بازاندیشی موضوع در پرتو یافته‌های جدید علمی دکتر فرزاد پارسا - ام کلثوم بهرامی جاف
۳۷	تحلیل فقهی و حقوقی از منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد دکتر حسین تهمانی - دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان - دکتر سعید محسنی - دکتر اعظم انصاری
۶۵	نقد و تحلیل مبنای فقهی ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی «دیه ناخن» دکتر صدیقه حاتمی - دکتر محمدرضا علمی سولا
۸۵	بررسی تأثیر رابطه ابوت بر تحقق جرایم علیه اموال و صدور حکم تعزیری زننده‌یاد دکتر محمدرضا رضوان طلب - داود دره شیرزی
۱۰۹	بررسی انتقادی نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی دکتر اسفندیار صفری
۱۳۷	تبیین حقیقت حکم ارشادی با محوریت درک عقل و بنای عقلا دکتر مصطفی کارگریان مروستی - دکتر محمدحسن حائری - دکتر محمدتقی فخلعی
۱۶۱	تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه دکتر رحمت الله کریم زاده
۱۸۷	واکاوی حکم فقهی تحمل و ادای گواهی در جرایم حق الله محض دکتر محمدعلی محب الرحمان - دکتر علی مظهر قراملکی - دکتر محمد مهدی محب الرحمان
۲۱۳	دکترین مثبت و منفی؛ هم‌گرایی یا واگرایی (مطالعه تطبیقی در فلسفه اخلاق و اصول فقه) مهدی نریمانپور - دکتر محمد بهرامی خوشکار - مسعود نریمانپور
۲۵۱	جایگاه قبول در وقف دکتر غلامرضا یزدانی - دکتر سید محسن موسوی فر



The Impact of Epilepsy on the Termination of Marriage: A Comparison of Viewpoints Offered by Jurisconsults in the Five Schools of Islamic Thought (*Madhāhib-i Khamsih*) and the Civil Law in Light of Recent Scientific Findings

Dr. Farzad Parsa  (Corresponding Author), Associate Professor, Department of Fiqh and Shāfi'i Law, Faculty of Humanities and Sociology, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran

Email: f.parsa@uok.ac.ir

Om-i Kolsum Bahrami Jaf, MA Graduate of Fiqh and Shāfi'i Law, Faculty of Humanities and Sociology, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran

Abstract

Epilepsy was mainly considered a mental illness in traditional medicine and the understanding of jurisconsults, attributed to the influence of bodily humors or supernatural events and Jinns. Based on this analogy, the majority of jurisconsults considered epilepsy to be one of the defects that could nullify the marriage contract, comparing it with insanity and believing that epilepsy is a mental illness. However, at the moment neuroscience holds that epilepsy is a neurological and nervous disorder. The present research uses the descriptive-analytical method and recent scientific findings to invalidate the analogy between epilepsy and insanity and contends that epilepsy does not nullify the marriage, unless it becomes a factor in hardship and inconvenience, in which case it can nullify the marriage.

Keywords: Marriage defects, epilepsy, The Five Islamic schools of thought (*Madhāhib*), Civil Law





تأثیر صرع بر پایان نکاح

تبیین و مقارنه دیدگاه فقهای مذاهب خمس و قانون مدنی؛

بازاندیشی موضوع در پرتو یافته‌های جدید علمی

دکتر فرزاد پارسا (نویسنده مسئول) 

دانشیار گروه فقه و حقوق شافعی، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه کردستان، سنندج، ایران

Email: f.parsa@uok.ac.ir

ام کلثوم بهرامی جاف

دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق شافعی، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه کردستان، سنندج، ایران

چکیده

«صرع» در یافته‌های طب سنتی و فهم فقها، غالباً یک بیماری روانی و ناشی از تأثیر خلط‌های بدن یا امور ماوراءالطبیعه و جن قلمداد می‌شد؛ براین اساس، اغلب فقهای مذاهب اسلامی با قیاس صرع بر جنون، آن را یک بیماری روانی و از عیوب موجب فسخ عقد نکاح می‌دانستند. این در حالی است که امروزه، صرع در دانش مغز و اعصاب، اختلالی نورولوژیک و عصبی به شمار می‌رود. این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی و براساس یافته‌های جدید علمی، قیاس صرع به جنون را صحیح ندانسته و این باور را تقویت کرده است که صرع تأثیری در فسخ نکاح نداشته، مگر اینکه به عسرو حرج انجامد و از این جهت، سبب فسخ نکاح شود.

واژگان کلیدی: عیوب نکاح، صرع، مذاهب اسلامی، قانون مدنی.

مقدمه

نکاح، عقدی لازم و در مذاهب مختلف دارای ارکان و شرایط خاص خود است. نکاح به دلیل اسباب مختلفی چون طلاق، مشابهاً طلاق، فسخ، مرگ و ارتداد پایان داده می‌شود. از دیگر اسباب پایان نکاح، عیوب است؛ یعنی بیماری‌ها و نواقصی که ممکن است در زوجین یا یکی از آنان وجود داشته باشد. هدف این جستار، بررسی دیدگاه فقهای مذاهب خمس و قانون مدنی ایران در خصوص امکان عیب تلقی شدن صرع و تأثیرگذاری این بیماری بر پایان نکاح و طریقه این تأثیرگذاری است. صرع، از جمله عوارضی است که از گذشته‌ها با انسان‌ها وجود داشته است. فقها، مفتیان و قاضیان باتوجه به درک و شناخت زمانه خود در خصوص ماهیت صرع و تأثیر آن در احکام مختلف فقهی، اظهار نظر و استدلال کرده‌اند و به نسبت اختلاف در فهم ماهیت صرع، تأثیر آن بر پایان نکاح نیز محل خلاف واقع شده است. لذا امروزه که به سبب پیشرفت‌های علمی در باب ماهیت و منشأ بیماری‌ها و اختلالات، درک از ماهیت این قضایا، صحیح و علمی و ضابطه‌مند است، می‌طلبید موضوع تأثیر صرع بر پایان نکاح نیز بازکاوی شود و نتایج این امر در افتا و قضا و تحلیل‌های علمی استفاده شود. این جستار، احتمالاً تنها پژوهش علمی در این مسئله است که در مطالعه‌ای توصیفی تحلیلی با رویکرد کیفی، ابتدا در پی تبیین ماهیت صرع در اندیشه طبیبان سنتی و فقها و سپس تبیین ماهیت واقعی صرع براساس یافته‌های جدید علم مغز و اعصاب است و در نهایت، اندیشه فقها و دیدگاه قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در خصوص تأثیر صرع بر پایان نکاح و امکان سنجی تغییر فتاوا و احکام موجود در این زمینه را تبیین کرده است.

۱. ماهیت صرع

تلقی و فهم طب سنتی و فقه اسلامی و پزشکی نوین از ماهیت صرع بسیار متفاوت است. بنابراین، برای درک فهم گذشتگان از صرع و آثار فقهی آن و نیز توجیه صحیح موضوع براساس فهم پزشکی نوین و امکان سنجی بازنگری برخی فتاوا در این خصوص، لازم است ماهیت صرع در این سه حوزه بررسی شود.

۱.۱. صرع در طب سنتی

در طب سنتی اسلامی واژگانی از این دست بر صرع دلالت دارند: ام‌الصبيان، صبانی، ریح الصبيان، ام‌الشیطان، فزع الصبيان، قاذونی، قسیا، ابرقلسا و مرض کاهنی.^۱ صرع یک بیماری بسیار قدیمی است که قبل از بقراط، توصیفی رسمی از آن نشده است؛ بلکه غالباً

۱. شاه ارزانی، طب اکبری، ۱۵۰ تا ۱۵۲.

یک بیماری با پایه متافیزیکی و ناشی از تأثیر شیطانی و عوامل طبیعی چون باد و ماه قلمداد می‌شد. بقراط، پدر علم پزشکی در رساله «بیماری مقدس»^۱ ضمن توصیف این بیماری، اولین کسی است که با بیان یک علت احتمالی و درمان برای این بیماری، رویکردی علمی برای مطالعه صرع ارائه و علت صرع را به اختلال عملکرد مغز نسبت داد. او صرع را «بیماری بزرگ»^۲ می‌نامید.^۳

به‌باور ابن تیمیه، برخی از بزرگان طب، چون بقراط به جن باور داشته و صرع را دو نوع ناشی از وجود خلط و صرع ناشی از تأثیر جن دانسته‌اند. وی می‌گوید: بقراط، برخی داروها را در درمان صرع نوع اول مؤثر می‌دانست، اما درمان نوع دوم را در توان «ارباب هیاکل» معرفی می‌کرد.^۴ در باور بقراط، دارو برای درمان صرع ناشی از رطوبت‌های فاسد سودمند است، اما برای صرع ناشی از ارواح، بی‌فایده است.^۵ بعد از بقراط، پزشکانی، چون جالینوس تأثیر ارواح و جنیان در ایجاد صرع را نپذیرفتند. این دیدگاه در قرون وسطی تداوم یافت، اما سلطه کلیسای کاتولیک و باورهای مذهبی و جادویی مانع پیشرفت علم پزشکی در این خصوص شدند.^۶

ابن قیم، علت نفی تأثیر جن در ایجاد صرع را جهل آنان نسبت به این ارواح و تأثیرات آن‌ها و جهل آنان نسبت به این نوع از صرع می‌دانست؛ زیرا در صنعت پزشکی وسیله‌ای برای مشاهده این ارواح و درمان این نوع صرع وجود ندارد. از نظر وی، مبتلایان این نوع از صرع، یا کاملاً دچار جنون می‌شوند یا اندک زمانی بهبود می‌یابند و سپس دچار جنون می‌شوند و در حالت افاقه، رفتارشان مانند انسان عاقل است و در زمان عود صرع، بی‌خرد می‌شوند.^۷ ابن سینا، صرع را گونه‌ای از بیماری می‌دانست که برخی اندام‌های حساس را از حس و حرکت و استقامت باز می‌دارد و تشنجی غیردائمی بر تمام بدن است؛ تشنجی است که قبل از هر چیز به مغز ارتباط دارد و اغلب از تشنجی سرچشمه می‌گیرد که آفتی، بطن پیشانی مغز را فرا می‌گیرد و به‌طور ناقص، سدی در راه نفوذ نیروی حس و حرکت بطن جلوی مغز به وجود می‌آورد و مانع برخاستن و راست‌ایستادن بیمار می‌شود.^۸

¹ Sacred Disease

² Grand mal

³ Magiorkinis, Sidiropoulou, Diamantis, Hallmarks in the history of epilepsy: Epilepsy in antiquity 105, mansoor,saadat, naseeb , A Brief History of Epilepsy, 188-186

^۴ . ابن تیمیه، الرد علی المنطقین، ۴۷۱ تا ۴۷۰.

^۵ . ابن قیم جوزی، زاد المعاد، ۴/ ۶۷ تا ۶۸.

⁶ Magiorkinis, Sidiropoulou, Diamantis, Hallmarks in the history of epilepsy: Epilepsy in antiquity, 105-107.

^۷ . ابن قیم جوزی، زاد المعاد، ۴/ ۶۷ تا ۶۸.

^۸ . ابن سینا، قانون، ۳/ ۱۴۴ تا ۱۵۲ و ۱۲۴ تا ۱۲۵.

۱. ۲. ماهیت صرع در نگاه فقها و قانون مدنی

فقهای مذاهب خمس، رویه واحدی در باب ماهیت صرع ندارند. دیدگاه آنان به شرح زیر تفصیل شدنی است:

أ. دیدگاه فقهای امامیه: اغلب فقهای شیعه؛ از جمله امام خمینی،^۱ گلپایگانی،^۲ زین الدین^۳ و سیستانی^۴ ظاهراً قضاوتی در خصوص ماهیت این بیماری نداشته و صرفاً آن را حالتی معهود و متفاوت از جنون توصیف کرده و افراد مبتلا به صرع را مشمول احکام مجانین ندانسته‌اند. سبزواری^۵ نیز به استناد اجماع و اصل و اختلاف موضوع، صرع را مشمول حکم جنون ندانسته اما معتقد است که اگر عرفاً صرع، جنون تلقی شد، حکم جنون به آن هم تسری می‌یابد. وی در حقیقت، قضاوت در خصوص صرع را به فهم عرف از موضوع احاله داده است که اگر منظور عرف متخصصان باشد، نگاهی پیشرو و علمی است.

ب. دیدگاه فقهای حنفی: در منابع حنفی، جز عبارت «وَقَدْ صَرَخَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ بِأَنَّ الْإِصْرَاعَ صَرْبٌ مِنَ الْجُنُونِ»^۶ تصریحی در باب ماهیت صرع دیده نمی‌شود، اما مقتضای کلام ابراهیم بن ابوالیمن «الْمَصْرُوعُ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الصَّرَعِ لَا يَقَعُ طَلَاؤُهُ»^۷ این است که احناف، مصروع را شبیه مجنون دانسته‌اند.

ج. دیدگاه فقهای مالکی: برخی از مالکیان، صرع را همان جنون دانسته‌اند؛ از جمله ابن حاجب می‌گوید: «فالجنون الصرع والوسواس المذهب للعقل»^۸ قرطبی نیز در تفسیر آیه «لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَحَبَّطُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ»^۹ «مس» را جنون دانسته و در ادامه، به جای واژه جنون از صرع استفاده کرده است و می‌گوید: «فِي هَذِهِ الْآيَةِ دَلِيلٌ عَلَى فَسَادِ انْكَارٍ مَنْ أَنْكَرَ الصَّرَعُ مِنْ جِهَةِ الْجَنِّ»؛^{۱۰} یعنی صرع را همان جنون و ناشی از تأثیر جن می‌داند. اما برخی، چون «خرشی» جنون را معلول عوامل متعددی، از جمله صرع می‌دانند. خرسی در بحث بیع غلامان می‌گوید: «يُرَدُّ الرَّقِيقُ بِوُجُودِ جُنُونٍ بِأَحَدِ أَبْوِيهِ إِنْ كَانَ

۱. خمینی، تحریر الوسیلة، ۲/۲۹۲.

۲. گلپایگانی، مجمع المسائل، ۲/۳۵۳.

۳. زین الدین، کلمة التقوی، ۷/۱۱۵.

۴. سیستانی، منهاج الصالحین، ۳/۸۳.

۵. سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۵/۱۱۳.

۶. ابن عابدین، المغنی فی فقه الإمام احمد بن حنبل الشیبانی، ۶/۵۷۶.

۷. ابوالیمن، لسان الحکام، ۳۲۵.

۸. ابن حاجب، جامع الأمهات، ۲۷۱.

۹. بقره: ۲۷۵.

۱۰. قرطبی، الجامع لأحکام القرآن، ۳/۳۵۵.

بطیع من وسواس او صرع مذهب للعقل لخشية عاقبته لا إن كان بمس جن.^۱

د. دیدگاه فقهای شافعی: در مذهب شافعی، نقل قول‌های مختلفی در باب ماهیت صرع وجود دارد. برخی، چون خطیب شربینی^۲ و قلیویی^۳، صرع را نوعی از جنون و ناشی از تأثیر جن می‌دانند و گروهی دیگر، صرع را گاهی ناشی از جنون و گاهی ناشی از غیر جنون می‌دانند؛ برای مثال، کلام مدابغی «وَالصَّرْعُ مِنْ جُنُونٍ حُكْمُهُ حُكْمُ الْجُنُونِ» چنین اقتضا دارد که منشأ صرع، جنون یا چیزی غیر از جنون است و در حالت اول، همان حکم جنون را دارد.^۴ اما در خصوص چیستی عامل غیر از جنون، اظهار نظر نشده است. در کلام برخی بزرگان شافعی، مانند امام الحرمین و بجیرمی، صرع از مصادیق اغما دانسته شده و گفته‌اند: «و أما الإغماء و من جملة ذلك الصرع»، اما این بدان معنا نیست که صرع ناشی از اغماست؛ زیرا در کلام افرادی چون رافعی و ابن‌رفعه و ابن‌ملقن می‌بینیم که اغما را نتیجه عواملی چون صرع دانسته‌اند، اگر کم‌دوام باشد؛ یعنی صرع را یا نوعی فقدان هوشیاری و چیزی شبیه اغمای موقت دانسته‌اند یا اینکه معتقدند اغما تحت تأثیر عوامل متعددی، از جمله صرع روی می‌دهد؛ نه اینکه صرع عین اغماست.^۵

ه. دیدگاه فقهای حنبلی: در فقه حنبلی، رویه واحدی دیده نمی‌شود: ۱. گروهی؛ چون عاصمی^۶، بهوتی^۷، رحیبانی^۸ و ابن‌عثیمین^۹، صرع را به جنون مرتبط ساخته‌اند؛ یعنی برخی، چون عاصمی و بهوتی صرع را یک بیماری شبیه جنون و نه عین جنون و رحیبانی و ابن‌عثیمین آن را مصداق جنون دانسته‌اند؛ ۲. ابن‌تیمیه، در جایی صرع را ملحق به اغما و غش می‌کند؛ با این استدلال که در زمان رخداد صرع، حواس پنج‌گانه فرد زایل می‌شود و به تبع زوال آن‌ها، عقل هم زائل می‌شود، اما جنون چنین نیست؛ زیرا جنون صرفاً عقل را مورد حمله قرار می‌دهد^{۱۰} و در جایی دیگر، صرع را ناشی از تأثیر جن می‌داند؛^{۱۱} ابن‌قیم، بیماری صرع را دو نوع دانسته است: أ. صرع به سبب رطوبت‌های فاسد که بر سیستم اعصاب فرد عارض می‌شود و

۱. خرشی، الخرشى على مختصر سیدی خليل، ۱۲۷/۵.

۲. خطیب شربینی، مغنی المحتاج، ۲۰۲/۳.

۳. قلیویی، حاشیه القلیویی، ۲۶۲/۳.

۴. بجیرمی، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ۱۸۲/۴.

۵. نک: رافعی قزوینی، العزیز شرح الوجیز، ۵۵۱/۷؛ ابن‌رفعه، کفایة النبیة فی شرح التنبیة، ۴۶/۱۳؛ ابن‌ملقن، عجالة المحتاج إلى توجیه المنهاج، ۱۲۱۵/۳.

۶. عاصمی، حاشیه الروض المربع شرح زاد المستقنع، ۳۲۵/۲.

۷. بهوتی، کشف القناع، ۴۸۲/۱.

۸. سیوطی، مطالب اولی النهی، ۱۴۷/۵.

۹. عثیمین، الشرح الممتع، ۳۵۵/۱ و ۲۱۵/۱۲.

۱۰. ابن‌تیمیه، شرح العمد، ۴۶/۱.

۱۱. ابن‌تیمیه، الرد على المتطققين، ۴۷۱ تا ۴۷۰.

موقتاً آن را از حرکت و فعالیت بازمی‌دارد؛ ب. صرع به سبب ارواح پلید زمینی.^۱ چنان‌که می‌بینیم علمای شیعه صرع را صرفاً «حالت معهود» عنوان داشته‌اند؛ یعنی اشاره‌ای به ماهیت و منشأ و عامل آن ندارند و حسب برخی اقوال، قضاوت در خصوص آن را به عرف واگذار کرده‌اند. اما غالب علمای اهل سنت بر این باورند که صرع یک بیماری روانی است؛ یعنی بر روان فرد تأثیر می‌گذارد و به همین دلیل نیز آن را به جنون ارتباط می‌دهند و فقط این‌قیم است که اثر نوعی از صرع را بر سیستم عصبی و نه روان فرد، توجیه می‌کند.

۳.۱. ماهیت صرع از منظر طب نوین

پایه و اساس درک مدرن از صرع در قرن نوزدهم با کار «جان هالینگز جکسون»،^۲ نورولوژیست لندنی بنا نهاده شد. او تشنج را به صورت تخلیه کوتاه مدت الکتروشیمیایی انرژی در مغز و نوع تشنج را بسته به محل و عملکرد منطقه‌ای در مغز که تخلیه در آن رخ می‌دهد، تعریف کرد. در سال ۱۹۲۰ نیز «هانس برگر»،^۳ روان‌پزشک آلمانی، الکتروانسفالوگرافی^۴ را اختراع کرد که نقش کلیدی در تعیین محل تخلیه حمله داشت و منجر به طبقه‌بندی تشنج‌های صرعی به انواع کانونی و عمومی شد. بنابراین، کشف ماهیت شیمیایی و فیزیکی صرع، از موفقیت‌های دوران مدرن در شناخت بیماری صرع است. تبیین علمی حمله صرعی، منجر به ابداع روش‌های هدفمند برای درمان شد. در سال ۱۸۵۷ «سر چارلز اوکوک»،^۵ اولین داروی ضد صرع مؤثر به نام برومید را معرفی کرد که به طور گسترده در نیمه دوم قرن گذشته استفاده شد. از دهه ۱۹۶۰، کشف داروهای ضدصرع شتاب گرفت که می‌تواند به دلیل درک بیشتر فعالیت‌های الکتروشیمیایی مغز، به ویژه انتقال‌دهنده‌های عصبی برانگیزاننده و بازدارنده باشد. تصویربرداری عصبی ساختاری و کارکردی، یکی دیگر از پیشرفت‌های اخیر برای درک و مدیریت صرع در چند دهه اخیر است که به نمایش بسیاری از ضایعات پنهان مغزی که عامل صرع هستند، کمک کرده است.^۶ امروزه در طب مغز و اعصاب بر این باورند که: «صرع، نوعی اختلال نورولوژیکی، اختلال سیستم عصبی مرکزی است، توأم با تشنج‌های مکرر که باعث دوره کوتاهی از حرکت غیرارادی در فرد شده و

۱. ابن‌قیم جوزی، زاد المعاد فی هدی خیر العباد، ۴/۶۷ تا ۶۷.

۲. John Hughlings Jackson.

۳. Hans Berger

۴. Electroencephalography

۵. Sir Charles L. ocock

۶. Schmidt, Shorvon, The end of epilepsy, 6-1, WHO, 69, mansoor,saadat, naseeb , A Brief History of Epilepsy, 186-188.

ممکن است همراه با ازدست دادن هوشیاری و کنترل عملکرد روده یا مثانه باشد.^۱ لیگ بین‌المللی ضدصرع (ILAE)، در تعریفی مفهومی اظهار داشته است که صرع اختلالی نورولوژیک با شاخصه استعداد پایدار برای ایجاد تشنج‌های صرعی و پیامدهای عصبی زیستی، شناختی، روانی و اجتماعی است. این تعریف از صرع، مستلزم وقوع حداقل یک تشنج صرعی است با این پیش شرط که همراه با اختلال پایدار مغز است که می‌تواند منجر به تشنج‌های دیگر شود. این مجموعه، در تعریفی عملی، صرع را اختلالی نورولوژیک می‌داند که با یکی از شرایط زیر تعریف‌شدنی است: ۱. حداقل دو تشنج غیرواکنشی با فاصله ۲۴ ساعت از هم؛ تشنج واکنشی، تشنجی است که توسط یک محرک القا می‌شود؛ ۲. یک تشنج بدون تحریک با احتمال حداقل ۶۰ درصد عود تشنج؛ ۳. تشخیص سندروم صرع.^۲

اصطلاح اختلال نورولوژیک، به هر وضعیتی اطلاق می‌شود که به دلیل اختلال در عملکرد بخشی از مغز یا سیستم عصبی ایجاد و منجر به علائم فیزیکی یا روانی می‌شود. انواع مختلفی از این اختلالات؛ مانند آلزایمر، دمانس، سکته مغزی، میگرن، پارکینسون، تومورهای مغزی و صرع وجود دارد.^۳

مشخصه صرع، تشنج‌های مکرر است. تشنج،^۴ تخلیه‌ای کوتاه و بیش از حد فعالیت الکتریکی مغز است که نحوه احساسات، افکار یا رفتار فرد را تغییر می‌دهد. علائم تشنج صرعی، گاهی ذهنی؛ یعنی تنها توسط بیمار درک می‌شود و گاهی عینی؛ یعنی قابل مشاهده توسط مشاهده‌کنندگان و گاهی هم عینی و هم ذهنی است.^۵ برخی از اختلالات وجود دارند که با صرع، وجه مشترکی از علائم و تظاهرات را دارند. این موارد، صرع محسوب نمی‌شوند و عبارت‌اند از: ۱. حملات روان‌شناختی غیرصرعی یا اختلال در کارکردهای حرکتی، حسی، اتونومیک، شناختی یا عاطفی ناشی از تجربیات روانی آسیب‌زا؛^۶ ۲. ازدست دادن موقت هوشیاری ناشی از کاهش خون‌رسانی به مغز که سنکوپ یا غش نامیده می‌شود؛^۷ ۳. دیس کنزی پاروکسیسمال.^۸

1. Johnston, Thomas, Smith, Epilepsy: A General Overview , 10.

2. sazar, Young, Absolute Epilepsy and EEG Rotation Review , 9, Valet, The Epilepsy Book: A Companion for Patients, 8.

3. CHILD NEUROLOGY FOUNDATION. 2021, WHO 2021.

4. seizure

5. Devinsky, Epilepsy Patient & Family Guide , 4, LARNER, A DICTIONARY OF NEUROLOGICAL SIGNS , 323, Valeta, The Epilepsy Book: A Companion for Patients, 24.

6. McCoy, Benbadis, Psychogenic attacks and epilepsy, 183, Valet, The Epilepsy Book: A Companion for Patients, 113.

7. Sheldon, Raj, Seizures vs Syncope , 69 Tarulli, Neurology A Clinician's Approach, 292.

8. Paroxysmal dyskinesia (PxD)

9. Sethi, Bhatia, Erro, Paroxysmal Dyskinesia: Definitions and Clinical Approach, 1, Corradi, Valente, Michetti, and ital, Pathophysiology of Paroxysmal Dyskinesia, 95

انواع صرع باتوجه به نوع تشنج و یافته‌های EEG عبارت‌اند از: صرع کانونی،^۱ صرع عمومی،^۲ ترکیبی از کانونی و عمومی،^۳ صرع پایدار و صرع ناشناخته.^{۴، ۵}

۲. صرع و بیماری روانی

بیماری روانی، وضعیتی است که بر تفکر و احساس و رفتار یا خلق و خوی فرد تأثیر می‌گذارد و سبب پریشانی یا مشکلات عملکردی در فعالیت‌های اجتماعی و کاری یا خانوادگی می‌شود.^۶ بیماری‌های روانی عبارت‌اند از: اختلالات رشد عصبی، اختلالات خلقی، اختلالات اضطرابی، طیف اسکیزوفرنی و سایر اختلالات روان‌پریشانه، اختلالات افسردگی، اختلال وسواس جبری، اختلال‌های مربوط به سانحه و عوامل استرس، اختلالات تجزیه‌ای، اختلال علایم جسمی، اختلالات مرتبط با اختلالات تغذیه و خوردن، اختلالات دفعی، اختلالات خواب-بیداری، اختلالات عملکرد جنسی و نارضایتی جنسی، اختلالات ایدایی کنترل تکانه و سلوک، اختلالات اعتیادی و مرتبط با مواد، اختلالات عصبی‌شناختی، اختلالات شخصیت، اختلالات پارافیلیک، اختلالات حرکتی و سایر عوارض جانبی ناشی از داروها.^۷ اختلال روانی ممکن است ناشی از اختلال روانی اولیه مثل اسکیزوفرنی یا ثانویه و ناشی از اختلالات عصبی چون صرع باشد.^۸

در قرن نوزدهم، علوم عصبی به‌عنوان رشته‌ای جدید و مستقل از روان‌پزشکی ظاهر شد و در آغاز قرن بیستم، «صرع» از عنوان بیماری‌های روانی خارج شد و اختلالی نورولوژیکی به شمار آمد که اختلالی پزشکی است. تفاوت اختلالات پزشکی با روان‌پزشکی در این است که در رشته‌های پزشکی، تشخیص مبتنی بر نشانه‌های جسمانی و شرح حال پزشکی و نتایج آزمون‌های آزمایشگاهی و پرتونگاری است و تشخیص بیماری صرع براساس نتایج آزمایشگاهی؛ چون الکتروانسفالوگرام، ام‌آر‌آی یا علایم جسمی بیمار است. اما در اختلالات روان‌پزشکی (به‌استثنای اختلالات ارگانیک مغزی، مانند دمانس)، به‌ندرت

1 focal epilepsy

2 generalized epilepsy

3 Combined generalized and focal epilepsy

4 idiopathic epilepsy

5 Wehner, Classification and terminology to organise seizures and epilepsy, Rugg-Gunn, Fergus, Stapley, H.B 14, Fine, Wirrell, Nickels, Classifications of Seizures and Epilepsies, 2020:64, Wirrell, Classification of Seizures and the Epilepsies, 15.

6 American Psychiatric Association (2022).

۷. انجمن روانپزشکی آمریکا، راهنمای تشخیصی و آماری اختلال‌های روانی - DSM، ۵.

8- Eva Tsola, Hadjicharalambous, Psychotic Symptomatology, 3, Maguire, singh, marson, Epilepsy and psychosis 106.

تغییرات مشاهده‌شده‌ی در ساختار مغز وجود دارد که به تشخیص کمک کند و در حال حاضر نیز هیچ تست تشخیصی استاندارد برای اختلالات روانی وجود ندارد.^۱

۳. جنون

ارتباط میان صرع و جنون در کلام بسیاری از فقها و نیز طبای قدیم ملاحظه‌شده‌ی است. جنون، واژه‌ای عربی، به معنای پوشیده و پنهان و زوال و فساد عقل است.^۲ محقق حلی^۳ و شهید ثانی^۴ جنون را فساد عقل و فاضل هندی^۵ آن را اختلال در عقل دانسته‌اند. در نگاه تفتازانی^۶، جنون، زوال یا تباهی و اختلال در عقل یا تغییر و دگرگونی در عقل است، به گونه‌ای که جز در موارد نادر، مانع وقوع کردار و گفتار براساس عقل می‌شود. امام مالک، جنون را اختلال در عقل و غزالی، جنون را از بین برنده‌ی عقل تعریف کرده‌اند.^۷ بنابراین، جنون در نگاه فقها، اختلال در عقل است و عقل، درک حقیقت حسن و قبح و کمال و نقص موجود در شیء یا درک خوب از خوبتر و بد از بدتر یا درک مطلق امور به سبب وجود قوه‌ی تشخیص حسن و قبح در فرد است. اگر جنون در دوران کودکی و قبل از بلوغ در فرد وجود داشته است، آن را جنون اصلی و اگر بعد از بلوغ بر شخص عارض شود، آن را جنون عارضی گویند. اگر جنون دوره‌ای باشد به آن غیرمطبق و اگر پیوسته و بدون افاقه باشد، به آن جنون مطبق گفته می‌شود.^۸ از دیدگاه فقها، تنها یک بیماری خاص، مصداق جنون نیست؛ بلکه جنون مفهومی است عام و منطبق بر هر بیماری که زوال عقل را در پی داشته باشد. در نگاه آنان، جنون در فرد به سبب بیماری، پیری، مصیبت و طبع رخ می‌دهد.

اشکال شدید اختلال عملکرد روانی و رفتاری از زمان‌های قدیم شناخته شده است که منجر به ایجاد مفاهیمی، مانند جنون و شیدایی و زوال عقل شده است. ادبیات پیش از قرن نوزدهم مملو از توصیف جنون است. باین حال، مبانی نظری آن کمتر شناخته شده است. در زبان انگلیسی، واژه Sanity، به معنای

1 - mansoor, saadat, naseeb, A Brief History of Epilepsy, 187, Adachi, Akanuma, Delusions and Hallucinations, 74, Semple, Smyth, Oxford Handbook of Psychiatry, 68, Dolman, Scheepers, Psychopathology in People with Epilepsy and Intellectual Disabilities, 230, Jurczyk, Kotas, J u r c z y k, and ital, Mental disorders in patients with epilepsy.

۲. حدادی عبادی، الجوهره النيرة، ۳۶۴/۳۴؛ مطرزی، المغرب فی ترتیب المغرب، ۱۶۶/۱.

۳. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۵۴۱/۲.

۴. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۸۵/۵.

۵. فاضل هندی، کشف اللثام، ۳۵۹/۷.

۶. تفتازانی، شرح التلویح، ۳۸۴/۲.

۷. صاوی، حاشیة الصاوی، ۵/۲.

۸. تفتازانی، شرح التلویح، ۳۸۴/۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۵۴۱/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۸۵/۵؛ صاوی، حاشیة الصاوی، ۵/۲؛ ابن عابدین، حاشیة رد المحتار، ۲۷۶/۶؛ شروانی، حواشی الشروانی، ۲۵۴/۷؛ خطیب شربینی، مغنی المحتاج، ۳۳/۱؛ بابرئی، العناية شرح الهدایة، ۴۸/۳؛ زیلعی، تبیین الحقائق، ۳۴۰/۱؛ شمس الأئمة سرخسی، المبسوط، ۱۵۷/۳.

سلامت عقل و واژه insanity به معنای جنون است و از لحاظ اصطلاحی، insanity دو کاربرد داشته است: Insanity اصطلاح قانونی تاریخی است که معمولاً به این معناست که فرد از نظر روانی بیمار است و نمی‌تواند مسئول یک جرم باشد. این اصطلاح حقوقی، معمولاً نشان‌دهنده ناتوانی در درک غیرقانونی بودن یک عمل است. کاربرد دیگر، در طب بوده است، زمانی که فردی به عنوان مجنون تشخیص داده شده است و با واقعیت در ارتباط نباشد. اما این واژه، امروزه دیگر در حوزه پزشکی کاربرد ندارد و تنها برای اشاره به مفهوم قانونی آن به کار می‌رود. اصطلاح روان‌پریشی psychosis را به عنوان اصطلاحی جایگزین در اواسط قرن نوزدهم، پزشک اتریشی، «ارنست فون فوشترسلین»^۱ برای اشاره به حالات ذهنی همراه با جنون insanity به کار گرفت.^۲

۴. دیدگاه فقها در باب تأثیر صرع بر پایان عقد نکاح

صرع از بیماری‌های مشترک بین زوجین است؛ یعنی گاهی زوج مبتلا به صرع است و گاهی زوجه و گاهی ممکن است هر دو مبتلای به صرع باشند. گاهی، وجود یا وقوع صرع قبل از ازدواج بحث می‌شود و گاهی، بعد از ازدواج این موضوع محل نزاع است. ممکن است طرفین نیز از وجود صرع قبل از عقد آگاه بشوند و گاهی ممکن است کتمان شود یا به هر دلیلی غیر از کتمان، به اطلاع طرف مقابل نرسد؛ مثلاً مهم و مؤثر قلمداد نشود.

نکاح، یک عقد است و فرقت‌های مختلفی دارد؛ گاه با مرگ پایان می‌یابد و گاهی با طلاق و مشابهات آن؛ چون خلع و گاهی با مواردی چون عسرو حرج پایان داده می‌شود و نیز نکاح عقدی فسخ‌شدنی است، لذا گاه عقد نکاح فسخ می‌شود. فسخ نکاح دو نوع است: اختیاری و اجباری. موجبات فسخ اختیاری نکاح، مواردی چون عیوب زوجین و تغیر و عدم کفایت و موجبات فسخ اجباری نکاح، مواردی چون اختلاف دین و لعان است. بعضی از این موارد، وقوعشان در فقه منوط به حکم قاضی و برخی، بی‌نیاز از آن است. عیوب، بعضی مختص زوج و بعضی مختص زوجه و برخی مشترک بین زوجین است. هر کدام از این فرقت‌ها، تأثیر و آثار خاص خود را بر عقد نکاح دارند. تأثیر هر کدام از مذکورات سابق بر پایان نکاح، محل بحث و مناقشه علمای مذاهب است. موجبات فسخ نکاح و میزان تأثیر آن‌ها بر فسخ نکاح نیز از این اختلاف مصون نبوده و محل خلاف و مناقشه فقها واقع شده است که تفصیل آن‌ها در منابع فقهی محل

۱. Ernst von Feuchtersleben

۲. Broussard, Compton, The First Episode of Psychosis, 5, Matsumoto, The Cambridge Dictionary of Psychology, 258, Reznik, EVIL OR ILL ? Justifying the insanity defence. Taylor & Francis e-Library, 16, dictionary. cambridge, Moskowitz, Heinimaa, der Hart, The Cambridge Dictionary of Psychology, 10, Berrios, Descriptive Psychiatry and Psychiatric Nosology during the Nineteenth Century, 353).

توجه است. براساس این مقدمه، صرع به عنوان یک بیماری مشترک میان زوجین، محتمل وقوع در زمان های مختلف است و تأثیر آن بر پایان عقد نکاح به طریق فسخ یا ایجاد عسرو حرج بررسی می شود.

۱.۴. قبل از عقد نکاح

قبل از عقد بدیهی است علقه زوجیت میان طرفین برقرار نیست و عقدی وجود ندارد، لذا وجود صرع در هر کدام از زوجین که باشد، تأثیری بر فسخ یا پایان عقد نخواهد داشت؛ زیرا اصلاً عقدی وجود ندارد و عیب تلقی شدن آن اصلاً محل بحث نیست؛ اما می تواند به عنوان مستمسک و بهانه ای برای برهم زدن نامزدی استفاده شود. همچنین علم زوجین به این بیماری در این دوران، در صورت عیب دانستن این بیماری می تواند رضایت به پذیرش این عیب به حساب آید و در نتیجه، در صورتی که آن را موجب فسخ بدانیم شخص مقابل بعداً حق استفاده از این موضوع را به عنوان عاملی برای فسخ عقد نکاح نخواهد داشت، مگر اینکه این بیماری زمینه دیگر عوامل پایان نکاح، چون عسرو حرج را فراهم آورد. در صورت عیب تلقی شدن این بیماری نیز کتمان و پوشاندن این بیماری در این دوران، تدلیس به حساب می آید و موجبات خیار در فسخ نکاحی را که بعداً انجام خواهد شد، فراهم خواهد آورد. بدیهی است که جهل و عدم علم طرفین به وجود بیماری یا جهل و عدم علم به عاملیت صرع در فسخ یا پایان نکاح، در صورتی که جهل معتبر تلقی شود، عذر محسوب خواهد شد.

۲.۴. بعد از انجام عقد نکاح

اثر صرع بر عقد نکاح بعد از انجام این عقد، از دو جهت بررسی می شود.

۱.۲.۴. صرع به عنوان عیب موجب خیار

در قانون مدنی در این خصوص بحث نشده است و ظاهراً پرداختن به موضوع را به فتاوی فقهای امامیه موکول کرده اند. اما دیدگاه فقهای مذاهب خمس در خصوص احتساب صرع به عنوان عیب موجب خیار به شکل زیر ذکر می شود:

أ. دیدگاه فقهای امامیه: در نگاه فقهای امامیه، بیماری صرع در هر کدام از زوجین که باشد، از عیوب موجب فسخ نکاح نیست.^۱ سبزواری می گوید: علاوه بر اصل و اجماع، به دلیل اختلاف موضوع میان جنون و صرع، صرع، جنون نیست و حکمی که برای جنون ثابت است؛ یعنی فسخ نکاح شامل صرع نمی شود، اما اگر در عرف، صرع، جنون محسوب شود، حکم جنون به صرع نیز تسری می یابد.^۲

۱. طوسی، الخلاف، ۳۴۶/۴؛ گلپایگانی، مجمع المسائل، ۱۹۴/۲؛ سیستانی، مجمع المسائل، ۸۳/۳؛ زین الدین، کلمة التقوی، ۱۱۵/۷؛ خمینی، تحریر الوسیلة، ۲۹۶/۲.

۲. سبزواری، مهذب الأحكام، ۱۱۳/۲۵.

ب. دیدگاه فقهای حنفی: احناف، براساس قاعدة کلی خود که «عیوب زوجه را موجب خیار برای زوج نمی‌دانند» تصریح کرده‌اند که ابتلای زوجه به جنون و صرع که شبیه آن است، برای زوج ایجاد خیار فسخ نمی‌کند؛ زیرا زوج می‌تواند با طلاق ضرری را که متوجه او شده است، رفع کند. اما درباره حق زوجه در طلاق در صورت ابتلای زوج به جنون با هم اختلاف دارند. ابوحنیفه و ابویوسف معتقدند: ابتلای زوج به جنون و صرع موجب ایجاد خیار برای زوجه نیست. اما محمدبن حسن برای دفع ضرر از زوجه برای او قائل به خیار شده و معتقد است که زوج با استفاده از طلاق امکان دفع ضرر از خود را دارد، اما زوجه چنین امکانی ندارد. همچنین ضرر مصاحبت با مجنون، بیشتر از ضرر مصاحبت با مرد عنین است؛ لذا چون درباره عنین حق فسخ برای زوجه وجود دارد، به طریق اولی برای جنون هم وجود خواهد داشت.^۱

سرخیی در تأیید دیدگاه احناف در خصوص عدم وجود خیار برای زوج در فسخ نکاح زوجه می‌گوید: دلیل ما، قول عبدالله بن مسعود است که می‌گوید: «لا ترد الحرة عن عيب». از علی بن ابی طالب نیز نقل است که فرموده است: اگر شخصی یکی از این عیوب را در زن خود مشاهده کرد، نکاح برای او لازم است، اما اگر خواست می‌تواند او را طلاق دهد یا اینکه زن خود را نگه دارد. وی می‌گوید: اما اینکه از عمر بن خطاب روایت است که وی قائل به خیار شده است، منظور خیار طلاق است. آنچه از رسول خدا (ص) نیز نقل است که ایشان خطاب به زن خود که دارای برص بود، فرمود: «الحقی باهلیک» و آن زن را برگرداند، منظور این نیست که با خیار عیب او را برگردانند؛ بلکه منظور این است که او را طلاق دادند، زیرا جمله «الْحَقِّي بِأَهْلِكَ» از کنایات طلاق است.^۲

ج. دیدگاه فقهای مالکی: مالکیه، صرع را عیب و از موجبات فسخ نکاح دانسته‌اند،^۳ اما درباره چگونگی و شروط این حق، اختلاف نظر و تفصیلی به شکل زیر دارند:

۱. صاوی معتقد است که اگر زوجه در زمان انجام عقد متوجه ابتلای زوج به صرع شد، می‌تواند رد به عیب کند، در صورتی که قبلاً از وجود عیب اطلاع نداشت. اگر بعد از عقد و حتی بعد از دخول نیز زوج دچار صرع شود، زوجه حق رد به عیب را دارد؛ زیرا این بیماری آزار و اذیت فراوانی را برای زوجه به همراه دارد و او امکان صبر بر آن را نخواهد داشت و چنان‌که می‌دانیم زوجه برخلاف زوج دارای حق طلاق نیست.^۴

۱. حدادی عبادی، الجوهر النيرة، ۶۲۶۳/۴؛ شمس الأئمة سرخیی، المبسوط، ۱۷۳/۵ تا ۱۷۷.

۲. شمس الأئمة سرخیی، المبسوط، ۱۷۴/۵.

۳. جندی، التوضیح فی شرح المختصر، ۱۰۷/۴.

۴. صاوی، حاشیة الصاوی، ۱۵۹/۵.

۲. اگر زوجه بعد از عقد دچار صرع شد، برخی فقها معتقدند که زوج حق رد به عیب را ندارد؛ زیرا این مصیبتی است که بر او نازل شده و او مختار است که یا صبر بر مصیبت کند یا اینکه زوجه را طلاق دهد. اما برخی دیگر معتقدند که زوج نیز همانند زوجه امکان رد به عیب را دارد.^۱

۳. در باب سلامت شخص طالب خیار از عیوب موجب فسخ، برخی معتقدند که سلامت طالب خیار از عیب، شرط حق خیار نیست. بنابراین ابتلای طالب خیار و طرف مقابل به عیب هم جنس؛ مانند ابتلای هر دو به صرع یا ابتلای طالب خیار به عیب غیر هم جنس؛ مانند ابتلای زوج به برص و زوجه به صرع تفاوتی در استحقاق این حق ایجاد نمی کند؛ زیرا اجتماع دو بیماری سبب ضرر بیشتری خواهد بود. برخی دیگر معتقدند که ابتلا به عیب مخالف؛ مانند ابتلای زوج به صرع و زوجه به جذام، برای طرفین مانع خیار نیست، اما ابتلای زوجین به عیب هم جنس؛ مانند صرع، زوجه را از حق خیار محروم می سازد و صرفاً زوج حق مطالبه خیار دارد؛ زیرا او صدقاً زوجه سالم را پرداخت کرده، درحالی که او غیر سالم است.^۲

د. دیدگاه فقهای شافعی: دیدگاه شافعیان در باب امکان و چگونگی فسخ نکاح با صرع به شکل زیر تفصیل شدنی است:

۱. شافعیان، صرع را دو نوع دانسته اند: أ. صرعی که از انواع جنون است. این نوع از صرع در رأی راجح، مانند جنون، موجب فسخ نکاح است؛ خواه دوره ای و علاج شدنی یا مطبق یا منقطع باشد، زیرا می تواند منجر به ضرر و جنایت شود. اما متولی، کسی را که جنون او به صورت دوره ای و خفیف باشد و در برخی از زمان ها بر شخص عارض شود، از این حکم خارج کرده است. «بجیرمی» نیز جنون بسیار کم، مثلاً در سال یک بار روی دهد را موجب خیار نمی داند. ب. صرعی که از انواع جنون نیست که در کلام بسیاری از علما مانند اغما با آن تعامل شده است؛ یعنی اگر دائمی باشد (منظور از دائمی آن است که به صورت کامل بهبودی حاصل نشود یا به صورت دوره ای رخ دهد و از درمان بیمار قطع امید شود)؛ همانند جنون موجد خیار است، مشروط بر اینکه از بهبودی بیمار قطع امید صورت گرفته باشد. اگر پزشکان تشخیص دهند که اغمای بیمار علاج شدنی است، هر چند روند درمان طولانی باشد، این بیماری مؤثر بر فسخ نیست.^۳

۲. براساس رأی اصح مذهب شافعی در خصوص عیوب، عیب حادث در زوج بعد از عقد؛ خواه قبل

۱. صاوی، حاشیه الصاوی، ۱۵۹/۵.

۲. دسوقی، حاشیه الدسوقی، ۲۷۷/۲.

۳. نک: قلیویی، حاشیه القلیویی، ۲۶۲/۳؛ شروانی و عبادی، حواشی الشروانی، ۳۴۵/۷؛ خطیب شربینی، مغنی المحتاج، ۴۲۰/۲؛ ابن حجر هیثمی، تحفه المحتاج، ۴۸۱ تا ۴۷۹/۳۰؛ بجیرمی، تحفه الحبیب، ۱/۴.

از دخول یا بعد از دخول، موجد خیار فسخ برای زوجه خواهد بود، زیرا زوجه راهی غیر از فسخ برای دفع ضرر از خویش ندارد. در خصوص عیوب حادث بعد از عقد در زوجه، قول قدیم شافعی این است که زوج حق فسخ ندارد؛ زیرا فریبی از سوی زوجه صورت نگرفته است و زوج می‌تواند با طلاق، از خویش دفع ضرر کند. شافعی در قول جدید خود، عیب حادث بعد از عقد در زوجه را سبب خیار برای زوج می‌داند، آنچنان‌که چنین حقی برای زوجه وجود داشت.^۱

۳. در خصوص سلامت شخص طالب خیار، قول اصح این است که ابتلای زوجین به عیوب نکاح، مانع خیار فسخ نمی‌شود؛ خواه عیب آنان مختلف، مانند صرع و جذام یا همانند، مثل صرع باشد؛ زیرا شخص برخلاف عیوب و بیماری دیگران، از عیب و بیماری خود احساس اشمئزاز نمی‌کند. در مقابل، اظهار شده است که اگر زوجین مبتلا به عیب مشترکی، مانند صرع با اندازه و شدت برابر باشند، این همانندی و برابری، مانع خیار فسخ نکاح است.^۲

۴. شافعیان حق خیار را فوری دانسته‌اند؛ به این معنا که، بعد از آگاهی از بیماری صرع لازم است بی‌درنگ، اقدام به مطالبه حق فسخ و مراجعه به حاکم شود؛ لذا تأخیر در مطالبه حق فسخ، مبطل چنین حقی است. اما اگر طالب حق فسخ، راجع به فوریت آن جهل داشت، به دلیل آنکه بسیاری از مردم از فوریت چنین حقی آگاه نیستند، حق فسخ ساقط نمی‌شود.^۳

۵. فرقت حاصل از عیب صرع، فسخ محسوب می‌شود. این فسخ در نگاه برخی فقهای شافعی به دلیل اختلافی بودن موضوع، منوط به صدور حکم حاکم است، اما برخی معتقدند که زوجه بعد از اثبات عیب صرع نزد قاضی، در فسخ نکاح استقلال دارد و نیازی به حکم حاکم نیست.^۴

براساس همین فتاوی شافعیان، دادگستری شهرستان کامیاران در پرونده کلاسه ۹۷۰۹۹۸۸۷۳۶۸۰۰۳۱۶ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی (خانواده) و برابر تصمیم نهایی شماره ۹۸۰۹۹۷۸۷۳۶۸۰۰۵۰۶ در خصوص شکایت زوجه از زوج درباره ابتلای وی به صرع، با استدلال به شافعی بودن زوجین و قیاس صرع بر جنون در تاریخ ۱۳۹۸/۴/۱۷ حکم به فسخ نکاح می‌کند.

ه. دیدگاه فقهای حنبلی: دیدگاه فقهای حنبلی در خصوص امکان و چگونگی فسخ نکاح با صرع به شرح زیر تفصیل شدنی است:

۱. غزالی، الوسيط فی المذهب، ۱۶۱/۵؛ انصاری، أئني المطالب، ۸۳/۲؛ خطیب شربینی، مغنی المحتاج، ۴۲۰/۲؛ ماوردی، الحاوی فی فقه الشافعی، ۳۷۴/۹؛ انصاری، فتح الوهاب، ۱۷۶/۳.

۲. انصاری، فتح الوهاب، ۱۷۶/۳؛ ابن حجر هیثمی، تحفه المحتاج ۴۷۷/۳.

۳. ماوردی، الحاوی، ۳۴۸/۹؛ نووی، منهاج الطالبین، ۲۷۴/۱۶.

۴. نووی، منهاج الطالبین، ۱۷۶/۷؛ نووی، روضة الطالبین، ۳۷۷/۱۶ و ۲۸۸؛ ماوردی، الحاوی، ۳۴۸/۹ و ۳۷۵؛ انصاری، غرر البیہ، ۲/۱۵.

۱. ابن عثیمین می‌گوید: اگر صرع به دلیل بیماری اعصاب باشد و به طور کامل معالجه شود و نظر پزشکان به صورت قطعی بر این باشد که به دلیل از بین بردن علت تشنج، دیگر بیماری عود نخواهد داشت، از عیوب فسخ نکاح محسوب نمی‌شود؛ زیرا بسیار طبیعی است که انسان مریض می‌شود و بهبودی می‌یابد، اما اگر صرع به سبب جن یا ناشی از بیماری اعصابی باشد که معالجه نشود، مثبت فسخ نکاح است.^۱ رَحِیْبَانِی نیز صرع را از انواع جنون یا شبیه به جنون بر شمرده است که برخی اوقات بر مبتلا عارض می‌شود و به موجب آن خیار نکاح برای زوجین ثابت می‌شود.^۲

۲. اگر زوجین هر دو دارای عیب باشند اما عیب آن‌ها از یک نوع نباشد، هر دو دارای خیار هستند، اما اگر عیب هر دو یکی باشد؛ مثلاً هر دو صرع داشته باشند، برخی فقها معتقدند که هر دو فاقد خیار هستند؛ چراکه هر دو در عیب مساوی هستند و مزیتی بر یکدیگر ندارند و مانند دو نفر سالم هستند که برای آن‌ها خیار نیست. برخی دیگر معتقدند که هر دو دارای خیار هستند؛ زیرا انسان از عیب دیگران روی گردان است، گرچه خود نیز چنین مشکلی را داشته باشد.^۳

۳. از نظر جمهور حنابله، به دلیل تأخیر در مطالبه حق فسخ تا زمانی که دلیلی بر رضایت به بیماری صرع؛ خواه به صورت قولی یا فعلی وجود نداشته باشد، خیار ساقط نمی‌شود. اما برخی، چون ابن عقیل و قاضی ابویعلی مطالبه حق فسخ را فوری دانسته‌اند؛ به این معنا که، اگر به صورت نامتعارف به تأخیر افتد، حق فسخ به سبب بیماری صرع ساقط می‌شود.^۴

۴. فرقت حاصل از صرع با قیاس بر رد مبیع معیوب، فسخ است و زوجین در اجرای حکم فسخ نکاح استقلال ندارند؛ زیرا از امور اختلافی و نیازمند حکم حاکم است. پس فسخ نکاح توسط حکم حاکم یا با واگذاری آن از سوی حاکم به صاحب خیار انجام می‌پذیرد.^۵

علاوه بر ادله پیش گفته در خلال مباحث، استدلال مالکیه و شافعیان و حنابله^۶ در باب فسخ نکاح به دلیل جنون و به تبع آن صرع، به موارد زیر است:

۱. از عمر بن خطاب روایت است که می‌گوید: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَبِهَا جُنُونٌ أَوْ جُدَامٌ أَوْ بَرَصٌ أَوْ

۱. عثیمین، الشرح الممتع، ۱۲/۲۱۶ تا ۱۵/۳۵۵.

۲. زیلعی، تبیین الحقائق، ۵/۱۴۷.

۳. ابن قدامة، المغنی، ۷/۵۷۹؛ عاصمی، حاشیه الروض المربع، ۶/۳۴۲؛ بهوتی، کشف القناع، ۵/۱۱۱؛ ابن قدامة، الکافی، ۳/۴۲.

۴. مرداوی، الإنصاف، ۸/۱۴۷ تا ۸/۱۴۸؛ ابن قدامة، المغنی، ۷/۵۷۹.

۵. مقدسی، العدة شرح العدة، ۲/۲۸ تا ۲/۲۹؛ ابن قدامة، الکافی، ۳/۴۲.

۶. ابن رشد، بداية المجتهد، ۲/۵۰؛ خطیب شربینی، مغنی المحتاج، ۴/۲۳۱؛ زرکشی، شرح الزرکشی علی مختصر الخرقی، ۲/۴۰۴.

قَرْنٌ فَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الصَّدَاقُ بِمَسِّهِ إِيَّاهَا وَهُوَ لَهُ عَلَى الْوَلِيِّ^۱» شافعیان معتقدند که این روایت، اجتهاد شخصی عمر نیست و بلکه توقیفی و منقول از پیامبر (ص) است.^۲

۲. از علی بن ابی طالب (ع) نقل است که فرمود: «أَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً وَبِهَا بَرَصٌ أَوْ جُنُونٌ أَوْ جَذَامٌ أَوْ قَرْنٌ، فَزَوْجُهَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَمْسِهَا، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ، وَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا.»^۳

۳. از زهری نقل است که فرمود: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَالرَّجُلُ عَيْبٌ لَمْ تَعْلَمْ بِهِ، جُنُونٌ، أَوْ جَذَامٌ، أَوْ بَرَصٌ خَيْرٌ.»^۴

۴. ۲. ۲. صرع به عنوان عامل ایجاد عسرو حرج

در فقه اسلامی مقاصد متعددی برای عقد ازدواج ذکر شده است. این مقاصد، دسته‌بندی و اولویت‌بندی خاص خود را دارند که در اینجا مجال پرداختن به آن نیست. از این مقاصد می‌توان به مواردی از این دست اشاره کرد: زادوولد، انس‌گرفتن، همکاری در تأمین مصالح دینی و اخروی، کام‌جویی و لذت‌جویی حلال. برخی از این اهداف، منصوص و برخی مورد اشاره و برخی مستنبط هستند. در شریعت اسلامی در صورتی که امری مانع تأمین این مقاصد شود، پذیرفتنی نیست و برخلاف مقتضای عقد و قرارداد نکاح محسوب خواهد شد. به همین منظور، راهکارهای متعدد فقهی برای مدیریت این مقاصد و جلوگیری از ظلم و اجحاف به طرفین در نظر گرفته شده است. یکی از این راه‌ها، نفی عسرو حرج و ضرر در زندگی زناشویی است، موضوعی که در آیات و روایات متعدد و در قواعد متعددی فقهی، چون «لاضرر و لاضرار» و «نفی عسرو حرج» و «المَشْقَةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ» بحث شده است؛ به این معنا که، اگر موضوعی زندگی زوجیت را دچار عسرو حرج کرد یا سبب ضرر به یکی از طرفین می‌شد، راه برای ازاله این عسر و ضرر و حرج باز می‌شود و یکی از این راه‌ها، پایان‌دادن به زندگی زناشویی و عقد ازدواج است. از این رو، چون بیماری صرع و درمان آن در مواردی می‌تواند سبب مشکلات و عوارضی؛ مانند اختلال در عملکرد جنسی، کاهش باروری، خطر سرایت صرع به فرزندان، محدودیت در مشاغل خاص، خطر آسیب جسمی در مبتلایان و ضرورت ایمنی برای جلوگیری از آسیب و عدم کنترل تشنج‌ها در برخی مبتلایان شود و در نتیجه، زندگی زناشویی و مقاصد نکاح را مختل و مشکلاتی را ایجاد کند که سبب مشقت و عسرو حرج در زندگی

۱. بیهقی، السنن الکبری، ۱۳۵/۷.

۲. خطیب شربینی، مغنی المحتاج، ۲۳۱/۴.

۳. بوصیری، اتحاف الخیرة المهره، ۳۹/۴.

۴. ابن ابی شیبیه، مصنف ابن ابی شیبیه، ۴۸۷/۳.

زناشویی شود و خارج از توان و تحمل شخص مقابل و سبب زیان به او باشد، می‌توان به استناد قواعد و مستندات مذکور به نکاح پایان داد. البته این راهکار شاید بیشتر در خصوص زنان مصداق داشته باشد؛ زیرا مرد حق طلاق دارد و در صورت بروز مشکلات ناشی از صریح زوجه که خارج از توان او باشد، می‌تواند با استفاده از حق طلاق و اراده خود، زوجه را طلاق دهد و بدین شکل از خود رفع حرج و ضرر کند. این موضوع را در فتاوی‌ای مذاهب اسلامی می‌توان مشاهده کرد؛ برای مثال، مالکیان می‌گویند: «در صورتی که زوج موجب ضرر رساندن به زوجه باشد، چه ضرر تکرار شود و چه نشود؛ مانند ناسزاگویی، زدن، سخن‌نگفتن و روی‌گردان‌بودن زوج از او، می‌تواند درخواست طلاق دهد.»^۱ دردیر هم می‌گوید: «هرآنچه را که شرعاً جایز نباشد، ضرر گویند. طلاق گرفتن زوجه به سبب ضرر؛ مانند ترک زوجه از جانب زوج بدون عذر شرعی، زدن او، دشنام‌دادن به زوجه. در این حالات زوجه اختیار جدایی یا ماندن با زوج را دارد و در صورت انتخاب ماندن با زوج، حاکم نیز زوج را از ارتکاب اعمالی که موجب ضرر به زوجه می‌شود، باز می‌دارد.»^۲ نووی شافعی می‌گوید: «اگر زوج بیمار باشد و بیماری او طول بکشد، موجب خیار فسخ برای زوجه خواهد بود؛ زیرا به سبب این بیماری، زوج از پرداخت نفقه او عاجز است و موجب متضرر شدن زوجه می‌شود.»^۳ همچنین بنابر ماده ۱۱۳۰ ق.م. «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.» در تبصره (المحاقی) ۱۳۷۹/۷/۳ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۱/۴/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام) عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از: «به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد.» یکی از مواردی که در این تبصره در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب شده است، عبارت است از: «ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.» به‌باور کاتوزیان، ریشه این ماده را بایستی فتوای سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، یکی از بزرگان فقه در قرن اخیر دانست. در ملحقات عروة الوثقی^۴ و هنگام طرح مسئله طلاق زن درباره غیبت طولانی و بی‌خبر شوهر، به قاعده نفی ضرر و حرج در جایی که دسترسی به حاکم نباشد و مسلمانان

۱. تسولی، البهجة فی شرح التحفة، ۴۸۰/۱؛ مواق، التاج والأکلیل، ۱۷/۴.

۲. دردیر، الشرح الکبیر، ۳۴۵/۲.

۳. نووی، روضة الطالبین، ۲۶۸/۱۸.

۴ - یزدی، ملحقات العروة، ۶۸/۲.

بایستی به جای او در این امر حسبی دخالت کنند، استناد می‌کند. او از مفاد اخبار چنین نتیجه می‌گیرد که هر جا خودداری از طلاق و باقی گذاشتن رابطه زناشویی سبب قرارگرفتن قهری زن در معصیت و ارتکاب فعل حرام می‌شود، لازم است برای حفظ او و احتراز از گناه حکم به طلاق داده شود.^۱

نتیجه‌گیری

۱. فقها باتوجه به درک علمی موجود در زمان خود، تصور و بینشی از بیماری صرع داشته‌اند که ناشی از مواردی از این قبیل است: قیاس عوارض ظاهری صرع بر اموری، چون جنون یا ناشی از دخالت دادن مواردی، چون خلط‌های بدن یا برخی امور ماوراءالطبیعه در حدوث این بیماری.

۲. فرض و ابتدای فقها در تفسیح نکاح با عیوب به طور عام، عدم امکان استمتاع، ایجاد عار، احتمال انتقال وراثتی آن بیماری به فرزندان، ایجاد نفرت و کراهیت و هراس و ضرر در طرف مقابل و در خصوص صرع، ایجاد رعب و وحشت در طرف مقابل و احتمال ایجاد ضرر برای وی است؛ چراکه از نظر غالب آنان، صرع نوعی از جنون یا شبیه جنون است و همان‌طور که چنین احتمالاتی در فسخ نکاح به علت جنون مطمح نظر واقع شده، این احتمالات به صرع نیز تسری داده شده است. در قانون مدنی نیز همان بینش فقه امامیه در خصوص این موضوع ملاحظه شدنی است.

۳. فقها برای تأثیر عیوب و از جمله آن‌ها تأثیر صرع بر خیار نکاح، عدم آگاهی از وجود این بیماری را در طرف مقابل در حین عقد شرط کرده‌اند. طالب جدایی باید قبل از عقد و هنگام عقد، از بیماری صرع طرف مقابل آگاه نباشد و در صورت اطلاع از آن، حق خیار نکاح او ساقط می‌شود؛ زیرا قبول عقد در چنین حالتی دلالت بر رضایت به عیب دارد. فقهای قائل به تأثیر صرع بر خیار نکاح، عدم رضایت به عیب صرع را بعد از اطلاع از آن نیز شرط کرده‌اند. شرط است طالب جدایی بعد از اطلاع از بیماری صرع طرف مقابل، به آن راضی نباشد و حق خیار را مطالبه کند. اگر طالب جدایی از بیماری صرع اطلاعی نداشت و بعد از عقد از آن مطلع شد و به آن راضی بود، حق خیار جدایی از او ساقط می‌شود و در تفصیل آن بیان کرده‌اند: بعد از اطلاع، زوج، عملی مانند تلذذ را که دلالت بر رضایت او به بیماری صرع دارد، انجام ندهد و زوجه نیز در صورت آگاهی از بیماری صرع زوج، تمکین نکند و ماندن با او چنان طول نکشد که مظنه رضایت به بیماری صرع طرف مقابل باشد.

۴. صرع در نظر غالب فقها نوعی از جنون دانسته شده یا بر آن قیاس شده است. از نظر فقهای که جنون را سبب فسخ دانسته‌اند در هر حالت موجب فسخ است؛ خواه ادواری باشد یا دائم؛ درمان‌شدنی باشد یا

۱. کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۳۸۳/۱.

درمان‌نشدنی، اما در خصوص صرع، رویه واحدی مشاهده نمی‌شود.

۵. در بسیاری مذاهب فقهی، صرع را با قیاس بر جنون، عیب تلقی می‌کنند و از موجبات فسخ نکاح می‌دانند. جنون چنان‌که ذکر شد امروزه از نظر علمی واژه‌ای غیر تخصصی تلقی می‌شود اما از نظر قدما، بر بیماری‌ها و اختلالات روانی اطلاق می‌شد. البته این واژه به دلیل منشأ فقهی قوانین در ایران، هنوز در متون قانونی و حقوقی ما مشاهده می‌شود. اما امروزه در علم پزشکی مغز و اعصاب، صرع به عنوان یک بیماری نورولوژیک و عصبی و نه روانی دسته‌بندی شده است که در ابتدای بحث به آن اشاره شد و در موارد زیادی، برخلاف مصادیق جنون درمان‌شدنی و کنترل‌شدنی است. لذا می‌توان نتیجه گرفت که قیاس صرع بر جنون، قیاسی مع الفارق و ناصحیح است؛ در نتیجه لازم است حسب این فهم جدید، در این فتاوا تجدیدنظر شود و صرع از مصادیق و حکم جنون خارج شود و دیگر به عنوان یک عیب معرفی نشود و در نتیجه، خیار موجب فسخ نکاح نباشد. اما اگر صرع و عوارض آن، زندگی را برای زوجه دچار ضرر و عسرو حرج کرد، قطعاً زوجه می‌تواند به استناد همان مبانی فقهی که اشاره شد، با مراجعه به محاکم به ازدواج خود پایان دهد.

منابع

- ابن ابی شیبه، عبدالله بن محمد. مصنف ابن ابی شیبه. بی‌جا: بی‌نا. ۱۴۰۹ق.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم. الرد علی المنطقیین. بیروت: دار المعرفه. بی‌تا.
- ابن حاجب، عثمان بن عمر. جامع الأمهات. بی‌جا: الیمامه. ۲۰۰۰م.
- ابن حجر هیثمی، احمد بن محمد. تحفة المحتاج فی شرح المنهاج. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.
- ابن رشد، محمد بن احمد. بدایة المجتهد و نهاية المقتصد. مصر: مصطفى البابي الحلبي. ۱۹۷۵م.
- ابن رفعه، احمد بن محمد. کفاية النبیة فی شرح التنبیه. بیروت: دار الکتب العلمیه. ۲۰۰۹م.
- ابن سینا، حسین بن عبدالله. قانون. مترجم: عبدالرحمن شرف‌کندی. تهران: سروش. ۱۳۸۹.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر. حاشیه رد المختار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار فقه ابوحنیفه. بیروت: دار الفکر. ۲۰۰۶م.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. الکافی فی فقه ابن حنبل. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. المغنی فی فقه الإمام احمد بن حنبل الشیبانی. بیروت: دار الفکر. ۱۴۰۵ق.
- ابن قیم جوزی، محمد بن ابی بکر. زاد المعاد فی هدی خیر العباد. کویت: المنار الإسلامیه. ۱۹۹۴م.
- ابن ملقن، عمر بن علی. عجاله المحتاج إلى توجیه المنهاج. اردن: دار الكتاب. ۲۰۰۱م.
- ابوالیمن، ابراهیم بن محمد. لسان الحکام. قاهره: البابي الحلبي. ۱۹۷۳م.

انجمن روان‌پزشکی آمریکا. راهنمای تشخیصی و آماری اختلال‌های روانی. مترجم: فرزین رضاعی و همکاران. تهران: ارجمند. ۱۳۹۳.

انصاری، زکریا بن محمد. اسنى المطالب فى شرح روض الطالب. بيروت: دار الكتب العلمية. ۱۴۲۲ق.

انصاری، زکریا بن محمد. غرر البهية فى شرح البهجة الوردية. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

انصاری، زکریا بن محمد. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. بيروت: دار الكتب العلمية. ۱۴۱۸ق.

بابرتی، محمد بن محمد. العناية شرح الهداية. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

بجیرمی، سلیمان بن محمد. تحفة الحبيب على شرح الخطيب. بيروت: دار الكتب العلمية. ۱۹۹۶م.

بوصیری، احمد بن ابی بکر. اتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة. ریاض: دار الوطن. ۱۹۹۹م.

بهوتی، منصور بن یونس. كشف القناع عن متن الإقناع. بيروت: دار الفكر. ۱۴۰۲ق.

بیهقی، احمد بن حسین. السنن الكبرى. بيروت: دار الفكر. ۲۰۰۰م.

تسولی، علی بن عبدالسلام. البهجة فى شرح التحفة. بيروت: دار الكتب العلمية. ۱۴۱۸ق.

تفتازانی، مسعود بن عمر. شرح التلویح على التوضیح لمتن التنقیح فى اصول الفقه. بيروت: دار الكتب العلمية. ۱۴۱۶ق.

جندی، خلیل بن اسحاق. التوضیح فى شرح المختصر الفرعى لابن الحاجب. بی‌جا: مرکز نجیویه. ۲۰۰۸م.

حدادی عبادی، ابوبکر بن علی. الجوهرة النيرة فى شرح مختصر القدوری. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

خرشی، محمد بن عبدالله. شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل. بيروت: دار الفكر. بی‌تا.

خطیب شربینی، محمد بن احمد. مغنی المحتاج الى معرفة معانی الفاظ المنهاج. بيروت: دار الفكر. ۲۰۰۶م.

خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. نجف: دار الكتب العلمية، ۱۳۹۰.

دردیر، احمد بن محمد. شرح الكبير على مختصر للخليل. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

دسوقی، محمد. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. بيروت: دار الفكر. بی‌تا.

رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد. العزیز شرح الوجیز. بيروت: دار الكتب العلمية. ۱۹۹۷م.

زركشى، محمد بن عبدالله. شرح الزركشى على مختصر الخرقى. بيروت: دار الكتب العلمية. ۲۰۰۲م.

زیلعی، فخرالدین. تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق. قاهرة: دار الكتب الإسلامی. ۱۳۱۳ق.

زین الدین، محمد امین. کلمة التقوى. بی‌جا: چاپخانه مهر. ۱۴۱۳ق.

سبزواری، عبدالأعلى. مهذب الأحكام فى بیان الحلال و الحرام. قم: دار التفسیر. ۱۴۱۷ق.

سیستانی، علی. منهاج الصالحين. قم: چاپخانه ستاره. ۱۴۱۶ق.

سیوطی، مصطفی بن سعد. مطالب أولى النهی فى شرح غاية المنة. دمشق: المكتبة الإسلامی. ۱۹۶۱م.

شاه ارزانی، محمد اکبر بن محمد. طب اکبری. منتشر شده به صورت الکترونیکی. ۱۳۹۳.

- شروانی، عبدالحمید؛ احمدبن قاسم عبادی. حواشی الشروانی و العبادی. بی جا: بی نا. بی تا.
- شمس الانمه سرخسی، محمدبن احمد. المبسوط. بیروت: دار الفکر. ١٤٢١ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: داوری. ١٤١٠ق.
- صاوی، احمدبن محمد. حاشیة الصاوی علی الشرح الصغیر. بی جا: بی نا. ١٤١٥ق.
- طوسی، محمدبن حسن. الخلاف فی الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ١٤٠٧ق.
- عاصمی، عبدالرحمن بن محمد. حاشیة الروض المربع شرح زاد المستقنع. بی جا: بی نا. ١٣٩٧ق.
- عثیمین، محمدبن صالح. الشرح الممتع علی زاد المستقنع. بی جا: ابن الجوزی. ١٤٢٨ق.
- غزالی، محمدبن محمد. الوسیط فی المذهب. قاهره: دار السلام. ١٤١٧ق.
- فاضل هندی، محمدبن حسن. کشف اللثام فی شرح قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ١٤٢٠ق.
- قرطبی، یوسف بن عبدالله. الجامع لأحکام القرآن. ریاض: دار عالم الکتب. ٢٠٠٣م.
- قلیوبی، احمدبن احمد. حاشیة القلیوبی علی شرح الجلال الدین المحلی علی المنهاج الصالحین. بیروت: دار الفکر. ١٩٩٨م.
- کاتوزیان، ناصر. دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ خانواده. تهران: یلدا. چاپ اول، ١٣٧١.
- گلپایگانی، محمدرضا. مجمع المسائل. قم: دار القرآن الکریم. ١٣٧٢.
- ماوردی، علی بن محمد. الحاوی فی فقه الشافعی. بیروت: دار الکتب العلمیة. ١٤١٤ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام. تهران: استقلال. ١٤٠٩ق.
- مرداوی، علی بن سلیمان. الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الإمام احمد بن حنبل. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ١٤١٩ق.
- مطرزی، ناصر بن عبدالسید. المغرب فی ترتیب المعرب. حلب: اسامة بن زید. ١٩٧٩م.
- مقدسی، بهاء الدین. العدة شرح العمدة. بیروت: دار الکتب العلمیة. ١٤٢٦ق.
- مواق، محمد بن یوسف. التاج و الإکلیل لمختصر خلیل. بیروت: دار الفکر. ١٣٩٨ق.
- نووی، یحیی بن شرف. روضة الطالبین و عمدة المفتین. بیروت: المکتب الإسلامی. ١٤٠٥ق.
- نووی، یحیی بن شرف. منهاج الطالبین و عمدة المفتین. بیروت: دار المعرفة. بی تا.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم. ملحقات العروه الوثقی. نجف: مطبعة حیدریه. ١٣٣٩ق.
- Magiorkinis, Emmanouil; Sidiropoulou, Kalliopi; Diamantis, Aristidis (2010): *Hallmarks in the history of epilepsy. Epilepsy in antiquity. journal Of Epilepsy & Behavior*, volume 17, Issue 1, Pp 103 – 108.
<https://doi.org/10.1016/j.jyeb.2009.10.023>
- Schmidt, Dieter; Shorvon, Simon (2016). *The end of epilepsy. Oxford University Press.*

World Health Organization (2019). *Epilepsy: a public health imperative*. Geneva: World Health Organization

Mansoor, salman; saadat, shoab; Kakar, Naseeb ullah; Khan; Shahar Y. Khan, Saad. (2018). *A Brief History of Epilepsy*. *SAS Journal of Medicine* (SASJM). volume 11, Issue 4, 186-188.

Thomas, Ray Wynford; Johnston, A; Smith, P. E (2016). *Epilepsy: A General Overview*. Prasher, Vee P; Kerr, Mike: *Epilepsy and Intellectual Disabilities*. (pp9-35). (Second Edition). Springer International Publishing

Sazgar, Mona; Young, Michael G (2019). *Absolute Epilepsy and EEG Rotation Review*. Springer Nature Switzerland AG

Valeta, Thalia (2017). *The Epilepsy Book: A Companion for Patients*. Springer International Publishing AG.

Devinsky, Orrin (2008). *Epilepsy Patient & Family Guide*. (Third Edition) Demos Medical Publishing, LLC.

LARNER, A J (2011). *A DICTIONARY OF NEUROLOGICAL SIGNS*. (THIRD EDITION) Springer Science+Business Media, LLC.

McCoy, Bláthnaid; Benbadis, Selim (2015). *Psychogenic attacks and epilepsy*. Louis, Erik K. St; Ficker, David M; O'Brien, Terence J (*Epilepsy and the interictal state*). (pp183-194). by John Wiley & Sons, Ltd

Sheldon, Robert S; R. Raj, Satish (2020). *Seizures vs Syncope: Distinguishing Features for the Clinic*. Brignole, Michele; Benditt, David G: *Syncope An Evidence-Based Approach*. (pp 69-82). (Second Edition). Springer Nature Switzerland AG

Tarulli, Andrew (2021). *Neurology A Clinician's Approach* (Third Edition). Springer Nature Switzerland AG.

Erro, Roberto; Sethi, Kapil D; Bhatia, Kailash P (2021). *Paroxysmal Dyskinesia: Definitions and Clinical Approach*. Sethi, Kapil D; Erro, Roberto; Bhatia, Kailash P. *Paroxysmal Movement Disorders*. (pp1-6). Springer Nature Switzerland AG.

Corradi, Anna Margherita; Valente, Pierluigi; Michetti, Caterina (2021). *Pathophysiology of Paroxysmal Dyskinesia*. Sethi, Kapil D; Erro, Roberto; Bhatia, Kailash P. *Paroxysmal Movement Disorders*. (pp95-108). Springer Nature Switzerland AG

Wehner, Tim (2017). *Classification and terminology to organise seizures and epilepsy*. Rugg-Gunn, Fergus; Stapley, H. B (EPILEPSY 2017). (pp 11-18). University of Oxford Mathematical Institute. International

League Against Epilepsy.

Fine, Anthony L; C. Wirrell, Elaine; Nickels, Katherine C (2020). *Classifications of Seizures and Epilepsies*: Wasade, Vibhangini S; Spanaki; Marianna V: *Understanding Epilepsy*. (Pp 58-77). Cambridge University Press.

Wirrell, Elaine C (2021). *Classification of Seizures and the Epilepsies*: Cascino, Gregory D; Sirven, Joseph I; Tatum, William O: *Epilepsy*. (Pp11-20). Wiley & Sons, Ltd

Tsola, Maria-Eva; *Hadjicharalambous, Xenia Anastassiou* (2012). Psychotic Symptomatology: Clinical Features, Assessment and Differential Diagnosis. HADJICHARALAMBOUS, XENIA ANASTASSIOU (*PSYCHOSIS CAUSES, DIAGNOSIS AND TREATMENT*) (pp 1-24). New York, Nova Science Publishers, Inc.

Maguire, Melissa; Singh, Jasvinder; marson, Anthony (2018). *Epilepsy and psychosis: a practical approach*: BMJ. pp106-114.

Adachi, Naoto; Akanuma, Nozomi (2016). *Delusions and Hallucinations*: Mula, Marco: (Neuropsychiatric Symptoms of Epilepsy). (pp 69-90). Springer International Publishing Switzerland.

Sample, David; Smyth, Roger (2019). *Oxford Handbook of Psychiatry*. Fourth Edition. Oxford University Press.

Dolman, J. Scheepers, M. (2016). *Psychopathology in People with Epilepsy and Intellectual Disabilities: Prasher, Vee P; Kerr, Mike* (Epilepsy and Intellectual Disabilities). (pp 227-265). Second Edition: Switzerland: Springer International Publishing.

Jurczyk, Klaudia- Jeżowska; Kotas, Roman; J u r c z y k, Piotr and ital (2020). *Mental disorders in patients with epilepsy*. Psychiatr. Pol. volume 54. Issue (1): 51–68. <https://doi.org/10.12740/pp/93886>

Broussard, Beth; Compton, Michael T (2021). *The First Episode of Psychosis*. New Y ork: Oxford University Press.

Matsumoto, David (2009). *The Cambridge Dictionary of Psychology*. New York, Cambridge University Press.

Reznek, Lawrie (1997). EVIL OR ILL? *Justifying the insanity defence*. Taylor & Francis e-Library(2005).

Moskowitz, Andrew; Heinimaa, Markus; der Hart, Onno van (2019). *Defining Psychosis, Trauma, and Dissociation*: Moskowitz, Andrew; Dorahy, Martin J; Schäfer, Ingo (Psychosis, Trauma and Dissociation)

(pp 9-30) Second Edition. John Wiley & Sons Ltd.

Berrios, German (2008). *Descriptive Psychiatry and Psychiatric Nosology during the Nineteenth Century*.

Wallace, Edwin R; Gach, John (*History of Psychiatry and Medical Psychology*). (pp 353-380). New York,

Springer ScienceBusiness Media, LLC.

<https://www.childneurologyfoundation.org/what-is-a-neurologic-disorder>

<https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/mental-health-neurological-disorders>

<https://www.psychiatry.org/patients-families/what-is-mental-illness>

<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/sanity>.

Transliterated Bibliography

Abū al-Yaman, Ibrāhīm ibn Muḥammad. *Lisān al-Hukkām*. Cairo: al-Bābī al-Ḥalabī. 1973/1351.

Anjuman Ravānpizishki Āmrīkā. *Rāhnamāy Tashkhiṣi va Āmārī Ikhtilāl-hā-yi Ravāni*. Translated by Farzīn

Rizā'i va et al. Tehran: Arjmand. 2015/1393.

Anṣārī, Zakariyā ibn Muḥammad. *Asnā al-Maṭālib fī Sharḥ al-Rawḍ Ṭālib*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.

2001/1422.

Anṣārī, Zakariyā ibn Muḥammad. *Faṭḥ al-Wahhāb bi Sharḥ Manhaj al-Ṭullāb*. Beirut: Dār al-Kutub al-

‘Ilmiyya. 1997/1418.

Anṣārī, Zakariyā ibn Muḥammad. *Ghurār fī Sharḥ al-Bahjah al-Wardiyah*. s.l. s.n. s.d.

‘Āṣimī, ‘Abd al-Raḥmān ibn Muḥammad. *Ḥāsiya al-Rawḍ al-Murbi‘ Sharḥ Zād al-Mustaqni‘*. s.l. s.n.

1977/1397.

Bābartī, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-‘Ināyah Sharḥ al-Hidāya*. s.l. s.n. s.d.

Bayhaqī, Aḥmad ibn Ḥusayn. *al-Sunan al-Kubrā*. Beirut: Dār al-Fikr. 2000/1378.

Buhūti, Manṣūr ibn Yūnus. *Kashshāf al-Qinā ‘an Matn al-Iqnā’*. Beirut: Dār al-Fikr. 1982/1402.

Bujayrimī, Sulaymān ibn Muḥammad. *al-Tuḥfah al-Ḥabīb ‘alā Sharḥ al-Khaṭīb*. Beirut: Dār al-Kutub al-

‘Ilmiyya. 1996/1417.

Būṣīrī, Aḥmad ibn Abī Bakr. *Itḥāf al-Khiyarah al-Maharah bi-Zawā'id al-Masānīd al-‘Asharah*. Riyāḍ: Dār al-

Waṭan. 1999/1420.

Dardīr, Aḥmad ibn Muḥammad. *Sharḥ al-Kabīr ‘alā Mukhtaṣar li-l-Khalīl*. s.l. s.n. s.d.

Dasūqī, Muḥammad. *Ḥāsiya al-Dasūqī ‘alā al-Sharḥ al-Kabīr*. Beirut: Dār al-Fikr. s.d.

- Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām fi Sharḥ Qawā'id al-Aḥkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2000/1420.
- Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Wasīf fi al-Madhhab*. Cairo: Dār al-Salām. 1997/1417.
- Gulpāyigānī, Muḥammad Rizā. *Majma' al-Masā'il*. Qum: Dār al-Qurān-i al-Karīm. 1993/1372.
- Ḥaddād 'Abādī, Abū Bakr ibn 'Alī. *al-Jawharah al-Nayyirah fi Sharḥ Mukhtaṣar al-Qudūrī*. s.l. s.n. s.d.
- Ibn Qudāmah, 'Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Kāfi fi Fiqh ibn Ḥanbal*. s.l. s.n. s.d.
- Ibn Qudāmah, 'Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Mughnī fi Fiqh al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal al-Shibānī*. Beirut: Dār al-Fikr. 1985/1405.
- Ibn Taymiyyih, Aḥmad ibn 'Abd al-Ḥalīm. *al-Rad 'alā al-Mantiqīyn*. Beirut: Dār al-Ma'rifa. s.d.
- Ibn Abī Shayba, 'Abd Allāh ibn Muḥammad. *al-Muṣannif Ibn Abī Shayba*. s.l.: s.n. 1989/1409.
- Ibn 'Abidin, Muḥammad Amīn ibn 'Umar. *Ḥāshiyā Rad al-Mukhtār 'alā al-Dur al-Mukhtār Sharḥ Tanwīr al-Abṣār Fiqh Abū Ḥanīfā*. Beirut: Dār al-Fikr. 2006/1427.
- Ibn Ḥajar Haythamī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Tuḥafā al-Muḥtāj fi Sharḥ al-Minhāj*. s.l. s.n. s.d.
- Ibn Ḥājib, 'Uthmān ibn 'Umar. *Jāmi' al-Umahāt*. s.l. al-Yamāmah. 2000/1378.
- Ibn Mulaqqin, 'Umar ibn 'Alī. *Ujālat al-Muḥtāj ilā Tawjīh al-Minhāj*. Urdun: Dār al-Kitāb. 2001/1422.
- Ibn Qayyim Jawziyāh, Muḥammad ibn Abi Bakr. *Zād al-Ma'ād fi Hudā Khayr al-'Abād*. Kuwait: al-Minār al-Islāmiyya. 1994/1414.
- Ibn Rifā'ah, Aḥmad ibn Muḥammad. *Kifāya al-Nabīh fi Sharḥ al-Tanbīh*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya. 2009/1387.
- Ibn Rushd, Muḥammad ibn Aḥmad. *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtaṣid*. Miṣr: Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī. 1975/1395.
- Ibn Sīnā, Ḥusayn ibn 'Abd Allāh. *Qānūn*. Translated by 'Abd al-Raḥmān Sharafkandī. Tehran: Surūsh. 2011/1389.
- Jundī, Khalīl ibn Ishāq. *al-Tawḍīḥ fi Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Far'ī li-Ibn al-Ḥājib*. Markaz-i Najibawayh. 2008/1429.
- Kātūziyān, Nāṣir. *Davrah-yi Muqadamātī Huquq Madanī; Khānivādih*. Tehran: Yaldā. Chāp-i Awwal, 1992/1371.
- Kharshī, Muḥammad ibn 'Abd Allāh. *Sharḥ al-Kharshī 'alā Mukhtaṣar Sayyidi Khalīl*. Beirut: Dār al-Fikr.

s.d.

Khaṭīb Shirbīnī, Muḥammad ibn Aḥmad. *Mughni al-Muḥtāj ilā Ma'rifa Ma'āni Alfāz Minhāj*. Beirut: Dār al-Fikr. 2006/1427.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Taḥrīr al-Wasīlah*. Najaf: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. 1970/1390.

Maqdisī, Bahā’ al-Dīn. *al-Udda Sharḥ al-Umda*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. 2005/1426.

Māwardī, ‘Alī ibn Muḥammad. *al-Ḥāwī fī Fiqh al-Shafi’i*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. 1994/1414.

Mawwāq, Muḥammad ibn Yūsuf. *al-Tāj wa al-Iklīl li-Mukhtaṣar Khalīl*. Beirut: Dār al-Fikr. 1978/1398.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Sharā’i‘ al-Islām*. Tehran: Istiqlāl. 1989/1409.

Murdāwī, ‘Alī ibn Sulaymān. *al-Inṣāf fī Ma'rifa al-Rājiḥ min al-Khilāf ‘alā Madhhab al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Tūrāth al-‘Arabī. 1999/1419.

Muṭarrizī, Nāṣir ibn ‘Abd al-Sayyid. *al-Mugharrab fī Tartīb al-Mu’arrab*. Ḥalab: Usāma ibn Ziyd. 1979/1399.

Nawawī, Yahyā ibn Sharaf. *al-Rawḍa al-Ṭālibīn wa ‘Umda al-Muftīn*. Beirut: al-Maktab al-Islāmī. 1985/1405.

Nawawī, Yahyā ibn Sharaf. *Minhāj al-Ṭālibīn wa ‘Umda al-Muftīn*. Beirut: Dār al-Ma'rifa. s.d.

Qalyūbī, Aḥmad ibn Aḥmad. *Ḥāsiya al-Qalyūbī ‘alā Sharḥ al-Jalāl al-Dīn al-Maḥallī ‘alā Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Beirut: Dār al-Fikr. 1998/1419.

Qurṭabī, Yūsuf ibn ‘Abd Allāh. *al-Jāmi‘ li-Aḥkām al-Qurān*. Riyāḍ: Dār ‘Ālim al-Kutub. 2003/1424.

Rāfi‘ī Qazwīnī, ‘Abd al-Karīm ibn Muḥammad. *al-‘Aziz Sharḥ al-Wajīz*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. 1997/1417.

Sabziwārī, ‘Abd al-A‘lā. *Muhaddhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Dār al-Tafsīr. 1997.1417.

Ṣāwī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Ḥāsiya al-Ṣāwī ‘alā al-Sharḥ al-Ṣaghīr*. s.l. s.n. 1995/1415.

Shah Arzānī, Muḥammad Akbar ibn Muḥammad. *Ṭibb-i Akbarī*. Muntashir Shudih bi Ṣurat Iliktrūnikī. 2014/1393.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fī Sharḥ al-Lum’a al-Dimashqiya*. Qum: al-Dāwarī. 1990/1410.

Shams al-A‘immah Sarakhsī, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Fikr. 2001/1421.

Shirwānī, ‘Abd al-Ḥamīd; Aḥmad ibn Qāsim ‘Abbādī. *Ḥawāshī al-Shirwānī wa al-‘Abbādī*. s.l. s.n. s.d.

Sistānī, ‘Alī. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Chāpkhānah-yi Sitārih. 1996/1416.

Suyūṭī, Muṣṭafā ibn Sa‘d. *Maṭālib Ulī al-Nuhā fī Sharḥ Ghāya al-Muntahā*. Dimashq: Maktaba al-Islāmī. 1961/1380.

Taftāzānī, Mas‘ūd ibn ‘Umar. *Sharḥ al-Talwīḥ ‘alā al-Tawḍīḥ li-Matn al-Tanqīḥ fī Uṣūl al-Fiqh*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. 1995/1416.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Khilāf fī al-Aḥkām* Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. 1987/1407.

Tusūlī, ‘Alī ibn ‘Abd al-Salām. *Al-Bahjah fī Sharḥ al-Tuḥfah*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. 1997/1418.

‘Uthaymīn, Muḥammad ibn Ṣāliḥ. *al-Sharḥ al-Mumti‘ ‘alā Zād al-Mustaqni‘*: s.l. Ibn Jawzī. 2007/1428.

Yazdī, Muḥammad Kāzīm ibn ‘Abd al-‘Azīm. *Mulḥaqāt al-Urwa al-Wuthqā*. Najaf: Maṭba‘a Ḥaydariyya. 1921/1339.

Zarkashī, Muḥammad ibn ‘Abd Allāh. *Sharḥ al-Zarkashī ‘alā al-Mukhtaṣar al-Khiraqī*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. 2002/1423.

Zayla‘ī, Fakhr al-Dīn. *Tabyīn al-Ḥaqā’iq Sharḥ Kanz al-Daqa’iq*. Cairo: Dār al-Kutub al-Islāmī. 1895/1313.

Zayn al-Dīn, Muḥammad Amīn. *Kalimah al-Taqwā*. s.l. Chāpkhānah-yi Mihr. 1993/ 1413.



A Jurisprudential and Legal Analysis of the Nullification of the Purpose of Contract Formation

Dr. Hossein Tahami, PhD Graduate, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Dr. Sayyed Mohammad Mahdi Ghabooli Dorafshan , Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Dr. Saeid Mohseni, Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Dr. A'zam Ansari, Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Abstract

Civil Law does not include a specific provision regarding the nullification of the purpose of contract formation, and jurisprudential sources have not addressed the issue explicitly either. The present research applies the descriptive-analytical method and aims at analyzing this issue from a jurisprudential and legal standpoint, in order to answer the question whether a general theory can be formulated regarding the impact of nullification of the purpose of contract formation. The findings of the study illustrate that there are instances in jurisprudence, within certain contracts including lease agreements, gardening partnerships (*musāqāt*), etc., where it can be argued that nullification of the purpose of contract formation has been exemplified. Since the aforementioned instances are not specific, they can be generalized and analyzed within the framework of the theory of nullification of the purpose of contract formation. According to this theory and in respect to the impacts of nullification of the purpose of contract formation, a guarantee of performing dissolution and the establishment of the right to dissolution can be presented within specific frameworks and conditions. However, in exercising the right to dissolve, compensation for the other party's loss must also be considered.

Keywords: fundamental purposes of contract formation, nullification of the subject of contract, nullification of the purpose of contract, transaction direction





تحلیل فقهی و حقوقی از منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد

دکتر حسین تهامی

دانش آموخته دکتری گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

Email: ghaboli@um.ac.ir

دکتر سعید محسنی

دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

دکتر اعظم انصاری

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

چکیده

قانون مدنی، مقررۀ خاصی در خصوص «منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد» ندارد و منابع فقهی نیز صریحاً به این موضوع نپرداخته‌اند. این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی در پی بررسی موضوع یادشده از نظرگاه فقهی و حقوقی و پاسخ‌گویی به این سؤال است که آیا می‌توان نظریه‌ای عمومی در خصوص تأثیر منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد، اصطیاد کرد؟ نتایج حاکی از این است که در فقه در ضمن برخی عقود معین؛ مانند اجاره، مساقات و... مصادیقی وجود دارد که با تحلیل آن می‌توان ادعا کرد مصادیق مزبور، هریک مصادیقی است از «منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد» و از آنجاکه مصادیق مزبور خصوصیتی ندارند، درخور تعمیم است و می‌توان آن را در قالب نظریه «منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد» تحلیل کرد. براساس نظریه یادشده، در خصوص تأثیر منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد، ضمانت اجرای انفساخ و ایجاد حق فسخ در چهارچوب و شرایط خاص ارائه‌شدنی است. البته در اعمال حق فسخ، خسارت طرف مقابل نیز باید جبران شود.

واژگان کلیدی: هدف اساسی قرارداد، منتفی شدن موضوع قرارداد، منتفی شدن هدف قرارداد، جهت معامله.

مقدمه

اشخاص با انگیزه و اهداف متفاوتی اقدام به انعقاد قرارداد می‌کنند؛ گاه، به اهداف خود نائل می‌شوند و گاه، ناکام می‌مانند که ممکن است این ناکامی به علت منتفی شدن این اهداف باشد. برای مثال، بعد از ازدواج دختر و پسر می‌تواند ممکن است پدر پسر برای تأمین مخارج برگزاری مراسم وی و پدر دختر برای تهیه جهیزیه دختر خود، اقدام به فروش بعضی از اموال خود کنند. زوجین نیز برای شروع زندگی مشترک، اقدام به استفاده از امتیاز وام ازدواج از طریق بانک و سپس برای برگزاری مراسم شروع زندگی مشترک، اقدام به انعقاد قرارداد با تالار و گروه فیلم برداری نمایند. در این مدت ممکن است برخی از بستگان و دوستان اقدام به خرید هدایایی برای هدیه دادن به زوجین نمایند.

هدف از انعقاد تمام قراردادهای مذکور، شروع زندگی مشترک یک زوج است. حال اگر قبل از شروع زندگی مشترک، نامبردگان به علت اختلاف شدید از یکدیگر جدا شوند، تکلیف قراردادهای مذکور چه می‌شود؟ در مثالی دیگر، بسیاری از قراردادهای مربوط به حوزه گردشگری که با هدف جذب گردشگر منعقد می‌شود، اگر صنعت گردشگری به علت شیوع بیماری کرونا دچار رکود شود و یکی از طرفین در رسیدن به اهداف خود ناکام ماند، تکلیف چیست؟ در اینجا سؤالی که به صورت کلی مطرح می‌شود این است که اگر هدف از انعقاد قرار داد بعداً منتفی شد، آیا این موضوع تأثیری در وضعیت قرارداد منعقد شده خواهد داشت یا خیر؟ آیا مؤثر بودن این اهداف، سبب در معرض انحلال قرارگرفتن بسیاری از قراردادها نمی‌شود؟ آیا می‌توان سابقه‌ای از این موضوع، در فقه و حقوق و رویه قضایی پیدا کرد یا خیر؟

در خصوص منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد، آثار چندانی به رشته تحریر در نیامده است. در برخی از این آثار محدود^۱ نیز بیشتر سعی در بررسی حقوق سایر کشورها شده و کمتر به جایگاه و مبانی آن در حقوق ایران و فقه امامیه پرداخته شده است. در این جستار، با استفاده از روش توصیفی تحلیلی، سعی بر بررسی تأثیر منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد بر اساس مبانی فقهی و حقوقی شده است. در صورتی که بتوان برای آن جایگاهی پیدا کرد، تعیین چهارچوب و شرایط تحقق و مبانی آن و نیز بررسی ضمانت اجرای حاکم بر آن از رسالت‌های پژوهش فعلی است. در این راستا و از آنجاکه بین دو مفهوم «منتفی شدن موضوع قرارداد» و «منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد» شباهت‌های زیادی وجود دارد، شایسته است ابتدا به بررسی تفاوت‌های این دو مفهوم پرداخت تا به تحلیل بهتر موضوع کمک کند. سپس امکان ارائه نظریه‌ای

۱. مسعودی تفرشی، جهت معامله، «مقایسه آن با تئوری علت و نظریه خنثی شدن هدف»؛ دارانی، «مطالعه تطبیقی معاذیر اجرای قرارداد در حقوق انگلیس، آمریکا و ایران»؛ غفاری فارسائی، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی در حقوق ایران و آمریکا»؛ میراحمدیان، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی».

کلی را در خصوص مؤثر بودن یا مؤثر نبودن منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد بررسی کرد و نهایتاً از شرایط و آثار نظریه سخن گفت.

۱. مقایسه مفهوم «منتفی شدن موضوع قرارداد» و «منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد»

برای جلوگیری از خلط مسئله منتفی شدن مورد معامله با مسئله منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد، بررسی این دو مفهوم و تفاوت آن‌ها امری بایسته است.

نویسندگان حقوقی در خصوص تعریف مورد معامله یا موضوع معامله اختلاف نظر دارند. برخی در تعریف موضوع معامله گفته‌اند: «موضوع معامله عبارت است از مبادله دو مال یا ایجاد تعهد و به‌طور کلی، اعمالی که برای تحقق یافتن آن تراضی می‌شود»؛ لذا در تملیک منافع یک مال در برابر عوض معین، موضوع معامله را اجاره می‌دانند و در تملیک عین در قبال عوض، موضوع معامله را بیع می‌دانند.^۱ در مقابل، برخی گفته‌اند: موضوع معامله یا مورد معامله در معاملات مالی شامل اموال (معین یا کلی) یا عمل (مثبت یا منفی) حقوقی یا مادی است که اثر معامله به‌عنوان وضعیتی حقوقی در آن ثابت می‌شود؛ برای نمونه، در بیع عین معین، موضوع عقد یا مورد معامله، همان عین معین است که اثر عقد؛ یعنی انتقال مالکیت آن از فروشنده به خریدار در آن عین ثابت می‌شود.^۲ برخی معتقدند: مورد معامله ممکن است مال یا عملی باشد که طبق قرارداد، متعهد، تعهد به تسلیم (انتقال مال) یا ایفاء آن نماید که عقود معوض، دارای دو مورد معامله (عوض و معوض) و عقود غیر معوض، دارای یک مورد معامله است.^۳

چنان‌که ملاحظه می‌شود طبق نظر گروه نخست، عقودی که برای تحقق یافتن آن تراضی شده است؛ مانند خود عقد بیع یا خود اجاره، مورد معامله محسوب می‌شوند؛ در حالی که طبق نظر دوم، مورد معامله، مال یا انجام عملی حقوقی یا مادی است. در مقام رفع تعارض می‌توان گفت: عقد دارای دو معنای مصدری و محصولی است. عقد به معنای مصدری، به معنای همکاری دو اراده برای ایجاد ماهیت حقوقی است. در این صورت، آن ماهیت حقوقی خاص؛ یعنی ماهیت بیع یا معاوضه و... را می‌توان موضوع عقد معرفی کرد. اگر مقصود از عقد، معنای محصولی آن باشد، ماهیت حقوقی ایجاد شده مثل بیع یا معاوضه را نمی‌توان موضوع عقد دانست؛ بلکه این عناوین، ماهیت حقوقی خود عقد است که با همکاری دو طرف

۱. شیرزادخانی، «تأثیر سبب و جهت در اعمال حقوقی»، ۷۷ تا ۷۵.

۲. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۲۷۶.

۳. امامی، حقوق مدنی، ۲۰۸/۱؛ طاهری، حقوق مدنی، ۵۱/۲.

ایجاد می‌شود؛^۱ لذا در تعریف گروه نخست، موضوع قرارداد براساس تعریف عقد، به معنای مصدری آن مدنظر است، ولی گروه اخیر، تعریف موضوع قرارداد براساس معنای محصولی عقد را مدنظر داشته‌اند. باتوجه به صراحت ماده ۲۱۴ قانون مدنی که اِشعار می‌دارد: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کند»، نظر گروه دوم که مورد معامله را مال یا انجام عملی مادی یا حقوقی می‌دانند با ظاهر قانون سازگارتر است. در فقه نیز برخی از فقها در مقام تعیین متعلق عقد که همان مورد معامله است، از مال؛ اعم از عین یا منفعت، به عنوان متعلق عقود مختلف؛ مانند بیع، اجاره، مساقات، رهن، هبه و... یاد کرده‌اند.^۲ نکته دیگر اینکه، معمولاً فقها در بررسی عقود مختلف، شرایط عوضین را جدای از شرایط عقد بررسی می‌کنند.^۳ لذا باتوجه به تفکیک بین شرایط عقد و شرایط عوضین و از آنجا که منظور از عوضین، مال یا انجام عملی است؛ این امر نیز دلیلی دیگر بر صدق مورد معامله یا موضوع معامله بر اموال (اعم از عین منفعت) و اعمال (اعم از مادی و حقوقی یا مثبت و منفی) است که همین معنا ملاک عمل در پژوهش فعلی خواهد بود.

در بیشتر آثار حقوقی، هدف از انعقاد قرارداد، تحت عنوان «جهت» یاد می‌شود. برای مثال، در تعریف جهت معامله گفته شده است: هدف شخصی هریک از متعاملین در معامله معین... که در فقه، غرض و داعی است، به همین معناست.^۴ در تعریفی دیگر گفته شده است: «جهت معامله، داعی یا انگیزه غیر مستقیم و با واسطه‌ای است که طرف معامله در تشکیل عقد، در سر دارد. جهت معامله را هدف و نیز انگیزه معامله می‌گویند. این انگیزه یا داعی یا هدف در اشخاص مختلف به تناسب وضعیت شخصی و شرایط اقتصادی متفاوت است.»^۵ یا گفته شده است: جهت، امری شخصی و متغیر است که هریک از متعاملین را به انجام معامله وا می‌دارد.^۶ چنان‌که مشاهده می‌شود، هدف از انعقاد قرارداد با عناوین مشابه؛ مانند «جهت»، «داعی»، «غرض» یا «انگیزه» به کار رفته است و وجه مشترک تمام آن‌ها این است که منظور از آن، انگیزه شخصی است که شخص را به انعقاد قرارداد ترغیب می‌کند. برای مثال، در خرید طلا ممکن است هدف خریدار، استفاده شخصی از آن یا هدیه دادن به دیگری باشد یا به قصد حفظ ارزش

۱. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۲۷۸.

۲. نائینی، مکاسب و البیع، ۱۳۳/۲؛ علامه حلی، قواعد الأحكام، ۳۱۷/۲؛ محقق کرکی، رسائل المحقق الکرکی، ۱۷۱/۲؛ رشتی، کتاب الإجارة، ۲۹۰؛ مامقانی، غایة الآمال، ۲۷۹/۲؛ خویی، الشروط، ۲۴۸/۱؛ سیفی مازندرانی، دلیل تحریر الوسيلة؛ الوقف، ۴۴۴.

۳. انصاری، کتاب مکاسب، ۹/۴؛ بحر العلوم، بلغة الفقیه، ۲۷۶/۲؛ نائینی، منية الطالب، ۲۷۷/۱؛ بجنوردی، القواعد الفقهية، ۳۰۸/۱؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۳۰۵/۴؛ زین الدین، کلمة التفوی، ۳۸/۴.

۴. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۲۰۹.

۵. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۳۳۲.

۶. صفایی، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۸.

سرمایه خود، اقدام به خرید طلا کرده باشد. لذا این هدف، بسته به نیازهای شخصی، اجتماعی، اقتصادی و... هر شخص متفاوت است. در پژوهش فعلی، همین هدف شخصی از انعقاد قرارداد مدنظر است.

باتوجه به توضیحات مذکور، یکی از تفاوت‌های اساسی دو مفهوم فوق این است که موضوع قرارداد معمولاً مالی یا عملی است که در عالم خارج یا وجود دارد یا می‌تواند نمود پیدا کند؛ درحالی‌که هدف، امری ذهنی است و نمود خاصی ندارد، هرچند ممکن است نتیجه نهایی آن هدف، ملموس باشد. البته تفاوت‌های دیگری در این زمینه متصور است که به علت عدم ارتباط زیاد با بحث فعلی، از طرح آن خودداری می‌شود.

توضیحات و تفاوت بیان شده در تحلیل دقیق برخی از مصادیق مشکوک بین این دو مفهوم به شرحی که خواهد آمد کارساز است.

۲. بررسی سوابق فقهی و حقوقی منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد

قانون مدنی در خصوص نقش و تأثیر هدف از انعقاد قرارداد و منتفی شدن آن، مقررۀ خاصی ندارد. ظاهراً هدف طرفین از انعقاد قرارداد، علی‌الأصول در تشکیل قرارداد نقشی ندارد و صرفاً در صورتی که این هدف نامشروع باشد، طبق ماده ۲۱۷ ق.م. به عنوان مانعی سبب بطلان قرارداد می‌شود که این موضوع مربوط به مرحله تشکیل قرارداد است، ولی موضوع پژوهش فعلی مربوط به منتفی شدن هدف بعد از انعقاد قرارداد است. در کتب فقهی نیز صراحتاً به این موضوع پرداخته نشده است، ولی از آنجاکه طبق رسمی دیرینه، فقها اغلب موضوعات مختلف را به صورت مصادیقی بررسی می‌کرده‌اند؛ لذا در این جستار سعی بر آن است که با بررسی منابع فقهی و همچنین حقوقی به این سؤالات پاسخ داده شود: آیا در قانون و منابع فقهی می‌توان مصادیق جزئی از منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد و تأثیر آن بر قرارداد را پیدا کرد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا از این مصادیق جزئی می‌توان قاعده و نظریه‌ای عام استخراج کرد؟

در بین نویسندگان حقوقی، برخی معتقدند: هرگاه هدف یا غرض از انجام قراردادی محقق نشود، این موضوع صدمه‌ای به عقد وارد نمی‌کند؛ مانند اینکه شخصی برای پذیرایی از مهمانان خود، سفارش غذا بدهد و مهمانان خلف وعده کنند و نیابند که این موضوع تأثیری در خرید غذا ندارد.^۱ در مقابل، بعضی از نویسندگان با استناد به برخی فتاوی فقهی، منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد را دارای سابقۀ طولانی در

۱. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۵۰۸.

منابع فقهی می‌دانند.^۱ برخی نیز با استناد به قواعد کلی و روح قانون مدنی، وجود نظریه منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد در حقوق ایران را تأیید کرده‌اند.^۲

برخی فقها معتقدند: اغراض شخصی طرفین، در انعقاد قرارداد دخالتی ندارد.^۳ برخی، غرض معاملی را به دو قسم تقسیم کرده‌اند: غرض شخصی و غرض معاملی نوعی نزد عقلا و در توضیح آن گفته‌اند: نقض غرض شخصی از انجام معامله نزد فقهای امامیه مؤثر نیست، مگر اینکه غرض در عقد ذکر شده باشد یا عقد بر این مبنا منعقد شده باشد. اغراض نوعی عقلایی؛ مانند قابل سکونت بودن منزل یا قابلیت سواری دادن چهارپا و... به منزله شرط ضمنی است و تخلف از آن به منزله تخلف از شرط ضمنی است.^۴ صرف نظر از مطالب کلی فوق، شاید از برخی مصادیق جزئی مطرح شده در کتب فقهی بتوان آثاری از منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد پیدا کرد که در ذیل به بررسی این مصادیق می‌پردازیم.

برخی فقها معتقدند: اقوی این است که اگر مغازه‌ای برای فروش لباس اجاره شود و لباس‌ها بسوزد یا سرقت رود، عقد اجاره باطل است.^۵ در اینجا، موضوع قرارداد اجاره، انتقال منافع در مقابل اجاره‌بهاست و به نظر می‌رسد فروش لباس، هدف یا انگیزه مستأجر از انعقاد قرارداد بوده است و احتمالاً همین انگیزه مستأجر، وارد قلمرو تراضی نیز شده است که با از بین رفتن آن، هدف قرارداد نیز منتفی شده است. لذا می‌توان گفت: هر چند منشأ حکم مذکور صراحتاً مشخص نیست، ولی به نظر می‌رسد مبنای آن منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد است، والا باتوجه به تعریفی که از موضوع معامله به عمل آمد، در اینجا نمی‌توان گفت موضوع معامله (منافع در قبال عوض) منتفی شده است. البته لازم به ذکر است که منتفی شدن هدف پنهانی یکی از طرفین، به تنهایی نمی‌تواند در سرنوشت عقد مؤثر باشد که در مباحث بعدی، به طور مفصل به این موضوع می‌پردازیم.

در مصادیق دیگر، برخی فقها معتقدند: در اجاره اجیر برای کشیدن دندان، اگر بعد از قرارداد، درد دندان از بین برود، این امر سبب انفساخ قرارداد است و علت آن را از بین رفتن موضوع دانسته‌اند.^۶ برخی بدون اشاره به علت آن، بحث انفساخ را مطرح کرده‌اند.^۷ در مقابل، به اعتقاد برخی نیز از آنجاکه احتمال

۱. دارانی، «مطالعه تطبیقی معاذیر اجرای قرارداد در حقوق انگلیس، امریکا و ایران»، ۱۳۹.

۲. مسعودی، «جهت معامله، مقایسه آن با تئوری علت و نظریه خنثی شدن هدف»، ۱۳۷.

۳. صدر، البک اللاریوی، ۱۷۶.

۴. اصفهانی، الإجارة، ۱۳.

۵. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۱۴۸/۶.

۶. مغنیه، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ۲۶۹/۴.

۷. طباطبائی، العروة الوثقی، ۵۹۰/۲.

بازگشت درد وجود دارد یا ممکن است دلیل دیگری برای کشیدن دندان وجود داشته باشد، قائل به انفساخ نیستند.^۱ با بررسی نظرات فوق، قدر متیقن این است که موضوع عقد اجاره، کشیدن دندان خراب (انجام عملی) در مقابل اجرت است و حداقل طبق نظر برخی، از بین رفتن درد، سبب منتفی شدن موضوع قرارداد نمی شود. در همین راستا، بعضی از فقها بدون استناد به منتفی شدن موضوع قرارداد، مسئله را این گونه توجیه کرده اند که کشیدن دندان بدون درد حرام است و به همین دلیل، عقد اجاره باطل است؛^۲ لذا طبق نظر اخیر، علت بطلان عقد، وجود مانع شرعی (کشیدن دندان بدون درد) است و نه منتفی شدن موضوع قرارداد. البته هر چند برخی از فقیهان، کشیدن دندان بدون درد را حرام می دانند ولی معتقدند: اگر دندان فاسد، سبب سرایت باشد، کشیدن آن دیگر حرام نیست.^۳ لذا طبق نظر اخیر، کشیدن دندان بدون درد ولی فاسد، شرعاً حرام نیست. با توجه به مراتب یاد شده، سؤال کلی مطرح این است که آیا می توان گفت: کشیدن دندان بدون درد شرعاً حرام است؟ برخی معتقدند: چون غالباً احتمال عود درد وجود دارد، صرفاً در صورتی کشیدن آن حرام است که به علت خونریزی سبب خطر جانی شود.^۴ برخی دیگر نیز معتقدند: اگر کشیدن دندان سبب خونریزی مداوم شود یا امکان معالجه دندان باشد؛ چون اجاره برای آن حرام است، قرارداد باطل است، وگرنه چون سبب آن از بین رفته است، مستأجر به علت شرط ارتکازی، حق فسخ اجاره را دارد.^۵ لذا حداقل طبق نظر گروه اخیر، دندان دردناک، موضوع عقد اجاره نیست و کشیدن دندان صرفاً در صورتی حرام است که سبب خطر جانی باشد. اکنون سؤال این است که در فرض اخیر^۶ که کشیدن دندان با مانع شرعی روبه رو نیست، علت ایجاد حق فسخ با استناد به شرط ارتکازی چیست؟ از آنجاکه در زمان های قدیم کشیدن دندان فاسد با وسایل ابتدایی، به شدت زجرآور بوده است، معمولاً اشخاص با هدف از بین رفتن درد شدید و غیرقابل تحمل دندان، حاضر به تحمل رنج کشیدن آن می شدند؛ لذا به نظر بتوان گفت: در زمان انعقاد قرارداد، هدف از کشیدن دندان، رفع درد است و هدف مذکور آن قدر مهم است که قرارداد همراه با این شرط ارتکازی است که اگر این هدف بدون لزوم دخالت اجیر منتفی شود و مستأجر بهبود یابد، وی حق فسخ قرارداد را داشته باشد. در خصوص ماهیت این شرط باید گفت: شرط مذکور، شرط نتیجه معلق است. به عبارت بهتر، حق فسخ به صورت شرط نتیجه ای است که تأثیر آن معلق بر

۱. فیاض، منهاج الصالحین، ۲/۲۳۰؛ خویی، المستند فی شرح العروة الوثقی، ۱۷۴.

۲. خویی، منهاج الصالحین، ۲/۸۸؛ اصفهانی، الإجارة، ۲۶۶.

۳. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۹۵/۵.

۴. خویی، المستند فی شرح العروة الوثقی، ۱۷۴.

۵. سیستانی، منهاج الصالحین، ۲/۱۲۲.

۶. سیستانی، منهاج الصالحین، ۲/۱۲۲.

بهبودی یا رفع درد است. در صورت بهبودی، معلق علیه محقق می شود و حق فسخ از آن زمان اعمال شدنی است. لذا در موضوع مذکور هر چند علت حکم تصریح نشده است؛ ولی با توجه به استدلال های مذکور و با کمی تسامح می توان علت ایجاد حق فسخ را منتفی شدن هدف دانست.

در مصداقی دیگر، اگر پدری، زن شیردهی را برای شیردادن به فرزند خود اجیر کند، گفته شده است: اگر کودک یا زن شیرده فوت کند، عقد اجاره باطل می شود.^۱ در توجیه این حکم گفته شده است: فوت زن شیرده سبب از بین رفتن منفعت از طریق از بین رفتن محل آن است. در خصوص فوت کودک شیرخوار نیز به علت از بین رفتن آنچه عقد به واسطه استیفای او از منفعت منعقد شده است، عقد باطل می شود.^۲ لازم به توضیح است اجاره زن شیرده ممکن است از سوی خود پدر باشد یا وی به ولایت از طفل خود، مباشر آن باشد؛^۳ به عبارت بهتر، پدر هم خود می تواند اصالتاً مستأجر باشد و هم می تواند از اموال صغیر خود و ولایتاً اقدام به انعقاد قرارداد اجاره کند. لذا اگر خود پدر مستأجر محسوب شود، طفل جزئی از طرفین قرارداد نیست. از طرفی، در اینجا موضوع قرارداد اجاره، شیردادن زن (منفعت) در قبال عوض (اجاره بها) است. حال در صورتی که طفل شیرخوار فوت کند، باید دید چه تغییری در طرفین و موضوع قرارداد صورت می پذیرد؟ در فرض گفته شده، زن شیرده و پدر، به ترتیب به عنوان اجیر و مستأجر همچنان زنده هستند و لذا تغییری در خصوص طرفین قرارداد صورت نمی پذیرفته است. در خصوص موضوع قرارداد نیز گفته شد: موضوع قرارداد اجاره، منفعت (شیر) در مقابل اجاره بها بوده است که با فوت طفل شیرخوار باز هم تغییری در موضوع قرارداد به وجود نیامده و اجیر همچنان قادر به شیردادن است؛ لذا فوت طفل، سبب منتفی شدن موضوع قرارداد نشده است. حال باید دید چه چیزی دستخوش تغییر شده است و علت صدور حکم مذکور توسط فقها چیست؟ در پاسخ می توان گفت: تنها و اصلی ترین هدف مستأجر (پدر) برای اجیرکردن زن شیرده، شیردادن وی به فرزندش بوده است، حال این هدف به طور کلی با فوت طفل شیرخوار منتفی شده است. استدلال فقها در توجیه علت انحلال قرارداد اجاره با عبارت: «به علت از بین رفتن آنچه عقد به واسطه استیفای او از منفعت، منعقد شده است»، در واقع تعبیری غیرمستقیم از همین منتفی شدن هدف است؛ ولی چون منتفی شدن هدف قرارداد، اصطلاح شناخته شده ای نیست، از عبارت فوق استفاده شده است. در توجیه علت مؤثر بودن فوت طفل بر مبنای منتفی شدن هدف می توان گفت: از آنجا که عرفاً کسی تردید ندارد هدف اصلی و اساسی از قرارداد اجاره مذکور، شیردادن به طفل شیرخوار است؛ لذا قرارداد همراه با این

۱. محقق حلی، شرائع الاسلام، ۱۴۶/۲؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۹۹/۲۷.

۲. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲۱۰/۵.

۳. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۹۹/۲۷ تا ۳۰۰.

شرط ضمنی است که در صورت فوت طفل شیرخوار، قرارداد خودبه‌خود منفسخ شود و عدم ذکر آن در عقد، به‌علت وضوح آن است و عقد متبانیاً بر آن واقع شده است. ماهیت شرط مذکور را می‌توان براساس شرط نتیجه معلق توجیه کرد؛ بدین معنا که، شرط انفساخ، به‌صورت شرط نتیجه است و تأثیر آن معلق بر فوت طفل شیرخوار است و با فوت طفل شیرخوار، معلق علیه محقق می‌شود و عقد بدون نیاز به هیچ اقدامی منفسخ می‌شود. تفاوت آن با مسئله قبلی که سبب امکان فسخ قرارداد بود، این است که در فرض اخیر، هیچ امکان استفاده دیگری از شیر زن وجود ندارد، اما در مسئله قبل ممکن است بعد از مدت کوتاهی مجدداً درد یا بیماری عارض شود و نیاز به دخالت اجیر باشد که در بحث ضمانت‌اجراها بیشتر به این موضوع می‌پردازیم.

در عقد مساقات ممکن است وظیفه عامل صرفاً آبیاری درختان باشد، همچنان که ممکن است علاوه بر آبیاری درختان، انجام برخی امور مربوط به نگهداری آن‌ها نیز جزء وظایف وی باشد. حال اگر درختان عادتاً نیاز به آبیاری داشتند ولی به‌علت بارندگی زیاد سیراب شدند، وضعیت عقد مساقات به چه شکلی خواهد بود؟ آیا از حصه عامل، چیزی کسر می‌شود یا خیر؟ برخی فقها گفته‌اند: چیزی از حصه عامل کسر نمی‌شود؛ زیرا این مورد، مانند اجاره اجیر برای کشیدن دندان نیست که اگر دندان خودش بیفتد اجیر به‌علت عدم انجام عملی برای مستأجر، مستحق اجرت نباشد؛ چون در آنجا اجرت در مقابل عمل است، ولی در مساقات همانند مزارعه، حصول زرع و میوه مراد است که احتیاج به عمل عامل دارد و اگر به‌واسطه فعل خداوند یا فعل شخص دیگر، نیاز به آن عمل نباشد، سبب سقوط حصه عامل نخواهد بود، به‌خصوص اینکه ممکن است علاوه بر آبیاری، انجام اعمال دیگری نیز ضروری باشد که انجام آن اعمال همچنان باقی است؛ ولی اگر هیچ عملی غیر از آبیاری نباشد و به‌سبب باران یا شبیه آن آبیاری نیز لازم نشود، در استحقاق عامل برای اخذ حصه، اشکال وجود دارد.^۱ برخی بدون بررسی فرض اخیر، به‌صورت کلی عامل را مستحق دریافت اجرت دانسته‌اند^۲ و برخی، تنها با بررسی فرض اخیر معتقدند: اگر هیچ عملی غیر از آبیاری بر عهده عامل نباشد و به‌واسطه باران یا شبیه آن آبیاری نیز لازم نباشد، در استحقاق عامل برای اخذ حصه، باوجود عدم هرگونه اقدامی، اشکال وجود دارد.^۳ برخی در فرض اخیر (عدم لزوم هیچ اقدامی به‌جز آبیاری) دریافت حصه را ممنوع دانسته‌اند.^۴ برخی دیگر معتقدند: چون عملی از عامل صورت نپذیرفته است،

۱. طباطبایی، العروة الوثقی، ۷/۴۹۲؛ هاشمی شاهرودی، بحوث فی الفقه الزراعی، ۳۴۴، حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۲۱۱/۱۳.

۲. صاحب‌جواهر، جواهرالکلام، ۸۲/۲۷؛ مغنیه، فقه الإمام الصادق علیه‌السلام، ۱۹۰/۴.

۳. خمینی، تحریر الوسیله، ۶۴۴/۱؛ اصفهانی، وسیله النجاة، ۴۶۳.

۴. خویی، موسوعه، ۳۶۱/۳۱.

دریافت حصه شبیه اکل مال به باطل است.^۱ برای تحلیل نظریات فقهای مذکور ابتدا لازم است بررسی شود که موضوع عقد مساقات چیست؟ به عبارت بهتر، حصه عامل از ثمره درختان، در مقابل چه چیزی قرار می‌گیرد؟ اگر عامل، مانند اجیر در عقد اجاره باشد می‌توان گفت: منفعت (انجام عمل آبیاری) در مقابل اجرت قرار می‌گیرد، ولی طبق نظر اکثر فقهای مذکور، مراد در مساقات، حصول ثمره است که احتیاج به عمل عامل دارد و اگر به سبب بارندگی زیاد یا فعل شخص دیگر و... نیاز به آن عمل نباشد، سبب سقوط حصه عامل نخواهد بود؛ لذا حصه عامل از ثمره، در مقابل عمل وی قرار نمی‌گیرد، والا مساقات و مزارعه را باید مصداقی از عقد اجاره دانست. بنابراین، مراد در مساقات، حصول ثمره است و عمل عامل در راستای تحقق آن صورت می‌پذیرد. حال اگر به سبب فعل خداوند یا فعل شخص دیگر، نیاز به آن عمل نیز نباشد، فقها صراحتاً حکم به سقوط حصه عامل نداده‌اند، بلکه اخذ اجرت را محل اشکال دانسته‌اند. این حکم، منشأ ایجاد اختلاف است؛ بدین معنا که، آیا منظور این است که دریافت حصه حرام است و در صورت اخذ باید مسترد شود؟ یا طرفین باید مصالحه کنند؟ و اگر حاضر به مصالحه نشدند، تکلیف چیست؟! شاید علت این تردید فقها، عدم وجود مبنایی دقیق برای صدور حکم بر عدم تعلق حصه به عامل است. طبق استدلال فوق، عمل عامل، فی نفسه موضوع قرارداد نیست؛ بلکه در اینجا حصه عامل در مقابل به ثمرنشتن درختان قرار می‌گیرد و عمل وی صرفاً در راستای ثمردهی درختان است و از این جهت با عقد اجاره اشخاص که عمل در مقابل اجرت قرار می‌گیرد، دارای تفاوت است. حال باید بررسی شود نقش عمل عامل در عقد مساقات چیست؟ پاسخ این سؤال نیازمند تحلیل اراده طرفین است. مالک ممکن است به علت مشغله زیاد یا عجز و ناتوانی از آبیاری درختان یا وسعت زیاد باغ و... حاضر به انعقاد قرارداد مساقات شده باشد، لذا هدف اساسی او این است که عامل در قبال دریافت حصه‌ای از ثمره، در راستای به ثمرنشدن درختان، اقدام به آبیاری آن‌ها کند. حال اگر مالک بداند درختان وی به علت بارندگی زیاد نیاز به آبیاری ندارد و خود به ثمر می‌نشیند، حاضر به تعیین حصه‌ای از میوه درختان برای عامل نمی‌شود. در طرف مقابل، عامل هم می‌داند برای به دست آوردن عوض (حصه) و به ثمرنشدن درختان باید فعالیت کند. عرف نیز هدف از عقد مساقات را آبیاری درختان و اقدامات لازم از سوی عامل برای به ثمرنشتن درختان می‌داند. در نتیجه، می‌توان گفت: هدف اصلی و اساسی مالک از انعقاد عقد مساقات، آبیاری درختان توسط عامل بوده است، حال اگر به هر علت، از جمله بارندگی زیاد نیازی به اقدام عامل نباشد، هدف از انعقاد قرارداد، منتفی تلقی می‌شود. از آنجاکه این هدف هم منطبق بر اراده طرفین است و هم عرف بر آن

۱. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة: المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدین و...، ۱۷۸؛ کلایگانی، هدایة العباد، ۶۱/۲؛ صافی کلایگانی، هدایة العباد،

صححه می‌گذارد، می‌توان گفت: در اینجا عقد مساقات همراه با این شرط ضمنی است که اگر به هر علت، نیازی به اقدام عامل از جمله آبیاری نباشد، وی مستحق اجرتی نیست و مالک حق فسخ قرارداد را دارد. عدم تصریح این شرط در ضمن قرارداد به علت وضوح آن نزد طرفین و حتی عرف، خدشه‌ای به صحت و لازم‌الایتناع بودن آن وارد نمی‌آورد. لذا در این مصداق نیز با تحلیل دقیق اراده طرفین، می‌توان نظریات فقهای فوق‌الذکر را بر مبنای منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد توجیه کرد.

حال پس از ذکر مصادیق فوق، در پاسخ به امکان استخراج نظریه‌ای عام در خصوص منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد، در یک جمع‌بندی می‌توان گفت: تنها برخی از فقها به بررسی نقش منتفی شدن هدف از قرارداد، پس از انعقاد آن و تأثیر آن بر سرنوشت قرارداد پرداخته و به علت کمتر شناخته‌بودن منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد این موضوع به طور صریح مورد بررسی بسیاری از فقها قرار نگرفته است. شاید بر همین اساس، در این مصادیق پیش‌گفته معمولاً فقها یا از نزدیک‌ترین نظریه مرتبط؛ یعنی نظریه منتفی شدن موضوع معامله به عنوان مبنای احکام فوق استفاده می‌کردند یا صراحتاً هیچ مبنایی برای آن ذکر نکرده و به بیان موضوع و حکم آن اکتفا کرده‌اند. با توجه به تحلیل و استدلال‌های به عمل آمده و تفاوت‌های بین منتفی شدن موضوع معامله و منتفی شدن هدف می‌توان گفت: مبنای احکام مذکور به صورت غیرمستقیم، منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد بوده است. از آنجاکه مصادیق فوق و احکام آن، خصوصیتی ندارد و در هر جایی که هدف از انعقاد قرارداد با احراز شرایطی منتفی شود، امکان طرح نظریه‌ای عمومی تحت عنوان منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد وجود دارد؛ پذیرش این نظریه و انتساب آن به اراده طرفین، راه‌حلی منطبق با قواعد حاکم بر قراردادهاست. همچنین پذیرش نظریه منتفی شدن هدف قرارداد این مزیت را دارد که مانع از به تکلف افتادن فقها و حقوق‌دانان برای توجیه مصادیق پیش‌گفته و مصادیق مشابه است. در مباحث بعد، به بررسی مبنای این نظریه و شرایط تحقق و ضمانت اجرای حاکم بر آن می‌پردازیم.

۳. مبنای نظریه منتفی شدن هدف

باتوجه به ناشناخته‌بودن نظریه منتفی شدن هدف، در خصوص مبنای آن نیز مباحث خاصی مطرح نشده است. به نظر می‌رسد باتوجه به اینکه برای اعمال این نظریه باید هدف از انعقاد قرارداد، اساسی باشد و وارد قلمرو تراضی شود تا مستند باشد؛ لذا باید مبنای این نظریه را در اراده طرفین جست‌وجو کرد. در این زمینه، گاهی اراده‌ای صریح وجود دارد و گاهی در قالب شرط ضمنی یا بنایی یا ارتکازی باید به آن پرداخت.

گاهی طرفین در خصوص تحقق یا عدم تحقق احتمالی هدف، صراحتاً تصمیم‌گیری و ضمانت‌اجرای حاکم را تعیین می‌کنند؛ در اینجا، مبنای منتفی شدن هدف، منتسب به اراده صریح طرفین است و توافق مذکور وفق ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و لازم‌الاجراست. گاهی رسیدن به هدف از انعقاد قرارداد یا مطلوب بودن مورد قرارداد برای رسیدن به آن هدف، توسط طرف دیگر تضمین می‌شود، ولی ضمانت‌اجرائی در این خصوص تعیین نمی‌کند. در اینجا نیز موضوع، انتساب‌شدنی به اراده طرفین است و آثار و تبعات آن براساس قواعد کلی حاکم بر این نظریه تعیین خواهد شد.

گاهی، طرفین صراحتاً در خصوص منتفی شدن هدف هیچ‌گونه توافقی نکرده‌اند، ولی با توجه به هدف اساسی یکی از آنان که مبنای انعقاد قرارداد توسط وی است و طرف مقابل نیز از اهمیت آن آگاه است، دیگر نمی‌توان طرفین را نسبت به منتفی شدن این هدف بی‌تفاوت تلقی کرد؛ در نتیجه، مبنای منتفی شدن هدف، منتسب به اراده ضمنی آنان است. در همین راستا، برخی نویسندگان حقوقی، مبنای منتفی شدن جهت را ممتنع شدن شرط صریح، بنایی یا ضمنی عقد دانسته‌اند.^۱ برخی از فقها نیز معتقدند: اگر غرض یا همان هدف شخصی در عقد ذکر شده یا عقد براساس آن منعقد شده باشد، نقض این غرض در قرارداد مؤثر خواهد بود.^۲ برخی، امکان برهم زدن قرارداد مربوط به کشیدن دندان یا عمل جراحی به علت بهبودی را وجود شرط ارتكازی می‌دانند.^۳ منظور از شرط ضمنی ارتكازی، شروط ضمنی است که در قرارداد تصریح نشده است، ولی قصد مشترک طرفین راجع به آن محرز باشد؛^۴ لذا در موضوع پژوهش فعلی، شرط بنایی و ارتكازی به عنوان مبنای نظریه، دارای مستنداتی نیز در منابع فقهی است.

البته در خصوص مبنای انتخابی نباید افراط کرد و همه چیز را به اراده طرفین منتسب کرد؛ برای مثال، کمی دشوار است گفته شود: طرفین در ذهن خود به تمام آثار و تبعات منتفی شدن هدف، توجه داشته‌اند و این موارد نیز به اراده آنان منتسب است که در بحث ضمانت‌اجراها به این موضوع بیشتر می‌پردازیم.

۴. شرایط احراز منتفی شدن هدف

هر نظریه‌ای دارای شرایط و چهارچوب خاص خود است. با بررسی مصادیق منتفی شدن هدف، می‌توان گفت: منتفی شدن هدف برای اینکه بتواند در قرارداد مؤثر واقع شود باید دارای شرایطی باشد، برخی

۱. غفاری فارسانی، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا» ۲۳۶ تا ۲۳۷؛ میراحمدیان، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی»، ۹۵.

۲. اصفهانی، الإجارة، ۱۳.

۳. سیستانی، منهاج الصالحین، ۱۲۲/۲.

۴. محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۲۸۴.

از این شرایط در آثار سایر نویسندگان مشاهده می‌شود، ولی چندین شرط دیگر می‌بایست بر آن افزوده شود که در ادامه این شرایط بررسی می‌شود:

۴. ۱. اساسی بودن هدف منتفی شده

منتفی شدن هدف‌های ساده و غیراساسی نمی‌تواند مستند و مستمسکی برای استناد به نظریه منتفی شدن هدف تلقی شود. در مقام ارائه ضابطه‌ای برای تشخیص اساسی بودن هدف می‌توان گفت: هدف اساسی، هدفی است که آن‌قدر برای ذی‌نفع مهم باشد که اگر چنین هدفی نبود، نامبرده نیز حاضر به انعقاد قرارداد نمی‌شد. البته از آنجاکه هدف از انعقاد قرارداد، امری شخصی و ذهنی است و حقوق، وسیله‌ای برای بررسی انگیزه‌های شخصی ندارد؛ لذا در اینجا می‌توان با توجه به شرایط قرارداد و قرائن موجود به احراز این انگیزه پرداخت. برای مثال، وقتی کسی یک شهر بازی بزرگ را یک‌ساله اجاره کرده و هدف اساسی وی، فعالیت در آن و کسب درآمد از طریق بلیت‌فروشی است، اگر به‌علت شیوع بیماری کرونا هیچ‌کس حاضر به حضور در شهر بازی نشود، ممکن است هدف اساسی مستأجر، منتفی شده تلقی شود.

۴. ۲. ورود هدف به قلمرو قرارداد

افراد با اهداف و انگیزه‌های مختلف اقدام به انعقاد قرارداد می‌کنند. اکثر افراد تمایلی به بیان هدف خود از انعقاد آن ندارند. این‌گونه اهداف بر فرض منتفی شدن، از شمول نظریه منتفی شدن هدف خارج است. در مقابل، ممکن است هدف از انعقاد قرارداد، به‌صورت صریح در قرارداد ذکر شود یا قرارداد بر مبنای آن منعقد شده باشد؛ برای مثال، هرگاه شرکت فعالی در حوزه گردشگری اقدام به اجاره یک‌ساله هتلی برای اسکان مسافران و مشتریان خود کند، حتی اگر هدف مذکور در قرارداد ذکر نشود، ولی عقد بر مبنای آن هدف (اسکان مسافران) منعقد شود و مالک هتل نیز به این امر واقف است، لذا می‌توان گفت: هدف مذکور، وارد قلمرو تراضی شده است. لزوم وارد شدن هدف در قلمرو قرارداد، مورد تأکید برخی نویسندگان دیگر نیز واقع شده است.^۱

وقتی هدفی وارد قلمرو تراضی می‌شود، چند فرض متصور است: اول، هدف صرفاً در قرارداد ذکر شده یا عقد عرفاً بر مبنای آن هدف منعقد شده است و طرفین توافق خاص دیگری نکرده‌اند؛ دوم، طرفین در زمان عقد، ضمن بیان هدف خود، در خصوص تحقق یا عدم تحقق آن نیز تعیین تکلیف کرده‌اند. در اینجا نیز دو حالت متصور است: ا. تحقق هدف از انعقاد قرارداد، توسط طرف مقابل تضمین یا اشاره می‌شود و موضوع قرارداد مناسب برای تحقق آن هدف است. ب. در قرارداد صراحتاً قید شود، تحقق یا عدم تحقق

۱. مسعودی، «جهت معامله، «مقایسه آن با تنوری علت و نظریه خنثی شدن هدف»، ۱۳۷؛ غفاری فارسانی، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، ۲۳۴؛ میراحمدیان، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی»، ۹۲.

هدف یکی از طرفین تأثیری در آینده قرارداد نخواهد داشت. فرض اخیر باتوجه به تصریح طرفین، از شمول نظریه فعلی خارج است. سایر موارد با احراز شرایط دیگر می تواند مشمول نظریه منتفی شدن هدف شود.

۳.۴. قابل اغماض نبودن منتفی شدن هدف از نظر عرف

ممکن است هدف اساسی از انعقاد قرارداد، به طور صریح یا ضمنی وارد قلمرو تراضی شده باشد، ولی منتفی شدن آن هدف عرفاً اغماض شدنی باشد؛ برای مثال، شخصی با هدف شرکت در جلسه ای کاری، اقدام به خرید بلیت هواپیما می کند، ولی چند ساعت قبل از پرواز متوجه می شود جلسه اش لغو شده است. در اینجا منتفی شدن هدف از خرید بلیت، عرفاً غیر مؤثر و اغماض شدنی است؛ زیرا بسیاری از سفرهای هوایی و زمینی و دریایی با هدف هایی مانند انجام امور شغلی و اداری و سیاحتی و... صورت می پذیرد و شرکت های ارائه دهنده این خدمات هم عرفاً از آن اطلاع دارند و اگر منتفی شدن هدف از خرید بلیت، بر ادامه حیات قرارداد مؤثر باشد، فعالیت بسیاری از این شرکت ها دچار اختلال می شود.

در مقام ارائه ضابطه ای برای تشخیص غیر قابل اغماض بودن منتفی شدن هدف می توان گفت: در قراردادهای کوچک یا غیر تخصصی، مانند خرید مایحتاج روزانه و سایر کالا و خدمات عمومی مورد نیاز خانوارها، منتفی شدن هدف عرفاً تأثیری بر روند اجرای آن ندارد. همچنین اگر به علت رسیدن موعد اجرای تعهد، طرف مقابل برای اجرای آن متحمل هزینه های زیاد و غیر قابل برگشتی شده باشد، در اینجا نیز منتفی شدن هدف، عرفاً درخور استناد و مؤثر نیست؛ برای نمونه، در مثال مربوط به قرارداد زوجین با متصدی تالار، برگزاری مراسم ازدواج، اگر مراسم در همان روز برگزاری به علت اختلاف شدید طرفین یا هر سبب خارجی دیگر برگزار نشود، ولی متصدی تالار اقدام به طبخ غذا، خرید میوه و شیرینی و سایر هزینه های مربوطه کرده باشد، عرفاً منتفی شدن هدف استناد شدنی نیست و نمی توان به ضمانت اجرای حاکم بر نظریه منتفی شدن هدف متوسل شد. البته در این فرض، متصدی تالار باید به محض اطلاع از لغو مراسم، از انجام هزینه های بعدی خودداری و آن را از مبلغ نهایی کسر کند. زوجین در این فرض، مختار به هرگونه تصمیم گیری در خصوص غذاهای طبخ شده و... هستند. لذا بسته به نوع و شرایط قرارداد ممکن است منتفی شدن هدف عرفاً اغماض شدنی و غیر مؤثر تلقی شود.

۴.۴. انتساب منتفی شدن هدف به اسباب خارج از اراده طرفین

اگر منتفی شدن هدف مستند به فعل و اراده خود متضرر از آن باشد، دیگر نمی تواند به این نظریه متوسل شود. منتفی شدن هدف باید ناشی از سببی خارجی باشد.^۱ این سبب می تواند ناشی از حوادث

۱. غفاری فارسانی، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، ۲۳۳؛ میراحمدیان، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی»، ۹۱.

طبیعی، مثل سیل و زلزله و طوفان یا حوادث خاص اجتماعی، مثل اغتشاش یا شیوع یک بیماری خطرناک یا فوت و... باشد. سبب خارجی باید دارای ویژگی غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل دفع باشد. برای مثال، ممکن است پدری با هدف مداوای فرزندش توسط پزشک حاذق، به شهر دیگری مسافرت کند و فرزند خود را در بیمارستان آن شهر بستری کند و بسته به طول درمان، برای اسکان خود نیز اقدام به اجاره منزلی نماید و موجر را نیز از این هدف مطلع سازد. حال اگر پس از مدت کوتاهی به‌علت فوت فرزند یا پزشک، هدف از اجاره منزل منتفی شود، ممکن است با احراز سایر شرایط بتوان قرارداد اجاره منزل را مشمول نظریه منتفی شدن هدف دانست.

۴.۵. لزوم توجه به زمان منتفی شدن هدف قرارداد

در قراردادهای مستمر مانند اجاره، منتفی شدن هدف می‌بایست در اثنای مدت قرارداد باشد؛ زیرا با انقضای مدت، دیگر قراردادی وجود ندارد که هدف از انعقاد آن منتفی شود. در قراردادهای آنی نیز اگر بین زمان انعقاد قرارداد تا اجرای تعهد فاصله باشد یا در قراردادهای طولانی مدت مانند اجرای پروژه‌ای بزرگ، منتفی شدن هدف باید مربوط به قبل از انجام تعهد یا تسلیم کالا یا خدمات باشد؛ مثلاً اگر قرارداد احداث یک سد بر روی رودخانه‌ای منعقد شود و قبل از اجرای پروژه، مسیر رودخانه تغییر یابد یا به‌علت خشک‌سالی، هدف از احداث سد منتفی شود، در اینجا امکان توسل به نظریه منتفی شدن هدف وجود دارد، ولی اگر حوادث مذکور بعد از اتمام پروژه باشد، تأثیری در قرارداد ندارد. همچنین اگر فردی برای کنترل بیماری سرطان پدرش، سفارش خرید دارویی به شرکت فعالی در این زمینه بدهد و مریض قبل از ارسال دارو فوت کند، از آنجاکه هدف از خرید دارو منتفی شده است، قرارداد تحت تأثیر قرار می‌گیرد، ولی اگر مریض بعد از تحویل و قبل از تزریق دارو فوت کند، دلیلی برای تأثیر آن بر قرارداد وجود ندارد.

۴.۶. انتفای هدف به صورت کامل یا در حکم کامل

در مواردی که هدف از انعقاد قرارداد، اساسی باشد، این سؤال مطرح است که آیا تحقق کامل هدف مدّ نظر بوده است یا امکان تحقق نسبی آن نیز کافی است؟ زیرا در فرض اول، با عدم تحقق مقداری از هدف اساسی یکی از طرفین، همچنان امکان توسل به نظریه منتفی شدن هدف وجود دارد. اما در فرض دوم، اگر امکان تحقق نسبی هدف مدّ نظر باشد، تحقق مقداری از اهداف نیز کفایت می‌کند و دیگر امکان توسل به این نظریه وجود ندارد. از آنجاکه در عالم واقع، ممکن است اشخاص به تمام اهداف خود از انعقاد قرارداد دست نیابند؛ لذا به طریق اولی در نظریه منتفی شدن هدف نیز می‌توان گفت: آنچه مدّ نظر طرفین است، تحقق نسبی هدف است؛ لذا صرفاً در صورتی می‌توان به این نظریه استناد کرد که هدف به صورت مطلق منتفی شود. عرف نیز این مقدار از تحقق نیافتن هدف را در قالب خطرپذیری ناشی از هر قراردادی

می‌پذیرد. برای نمونه، در مثال شهربازی، اگر به‌علت شیوع کرونا برخلاف تصور اولیه مستأجر، مشتریان شهربازی به نصف یا یک‌سوم تقلیل یابد و سود چندانی نصیب وی نشود، این مقدار از عدم تحقق هدف از انعقاد قرارداد عرفاً پذیرفتنی است. البته در همین مثال، اگر میزان درآمد شهربازی به کمتر از ده درصد برسد، شاید بتوان گفت: این میزان، عرفاً در حکم تحقق نیافتن هدف است و همچنان امکان توسل به نظریه منتفی شدن هدف وجود دارد. در اینجا نیز ضابطه تشخیص، داوری عرف است که در هر قرارداد باید به‌صورت خاص بررسی و اظهار نظر شود.

۷.۴. عدم مغایرت اعمال نظریه منتفی شدن هدف با نظم عمومی و قوانین آمره

برخی نویسندگان باتوجه به محدود بودن موارد حق فسخ در عقد نکاح، منتفی شدن هدف در این عقد را مؤثر ندانسته‌اند؛^۱ اما به نظر می‌رسد عقد نکاح خصوصیتی ندارد در مواردی که لزوم عقد از نوع حکمی است و امکان شرط خیار در آن وجود ندارد، مانند عقد نکاح و عقد وقف و... منتفی شدن هدف از انعقاد آن نیز نمی‌تواند منتهی به انحلال قرارداد شود؛ زیرا قانونگذار و شارع، انحلال این عقود را جز در موارد بسیار محدود، نپذیرفته است و افزودن بر این موارد، به‌علت مخالفت با قواعد آمره و نظم عمومی ممنوع است.

منتفی شدن هدف در صورتی مؤثر است که تمام شرایط فوق محقق شده باشد، لذا فقدان یکی از این شرایط کافی است تا منتفی شدن هدف، از شمول این نظریه خارج شود. چنان‌که ملاحظه می‌شود باتوجه به شرایط دقیق و سخت‌گیرانه مذکور، بسیاری از مصادیق منتفی شدن هدف، به‌علت فقدان برخی از این شرایط از شمول نظریه خارج می‌شوند و درصد بسیار کمی از قراردادها ممکن است مشمول آن شود. برای نمونه، در مثال فروش اموال توسط والدین دختر و پسر با هدف خرید جهیزیه و تأمین مخارج ازدواج آنان با خرید کادو به قصد هدیه دادن به آنان و... به‌علت فقدان برخی از این شرایط، از شمول این نظریه خارج می‌شوند.

۵. ضمانت اجرای منتفی شدن هدف

یکی از مباحث مهم جستار فعلی، بررسی ضمانت اجرای حاکم بر منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد است. در بررسی مبنای این نظریه گفته شد: منتسب کردن تمام آثار و تبعات ناشی از این نظریه، از جمله ضمانت اجرای حاکم بر آن به اراده طرفین کمی دشوار است، لذا در اینجا با یک خلأ مواجه خواهیم بود. در توجیه این خلأ می‌توان گفت: در بسیاری از اعمال حقوقی، اشخاص به آثار و تبعات آن عمل حقوقی

۱. غفاری فارسانی، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، ۲۳۶.

توجه کافی ندارند، ولی این موضوع خللی به صحت آن عمل حقوقی وارد نمی‌آورد؛ برای مثال، اشخاص در انعقاد عقود؛ مانند بیع، صلح، هبه، نکاح و... به تمام آثار و تبعات آن آگاهی کامل ندارند، ولی به صرف اینکه توافق آنان در قالب یکی از عقود مذکور قرار گیرد، آثار و تبعات آن طی احکام مختلفی توسط شارع یا قانونگذار بر آن بار می‌شود. در موضوع جستار فعلی نیز همین اندازه که طرفین به اصل موضوع منتفی شدن هدف توجه داشته باشند، هرچند متوجه آثار و ضمانت اجرای آن نباشند، می‌توان با توجه به اصول و قواعد فقهی و حقوقی، این خلأ را جبران و ضمانت اجرای اعمال شدنی را تعیین کرد. پس از ذکر مقدمه فوق، برخی از ضمانت‌اجراهایی که در خصوص منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد مطرح شده است، شامل انفساخ و حق فسخ، به تفکیک تجزیه و تحلیل می‌شود.

۵. ۱. انفساخ

یکی از ضمانت‌اجراهای اعمال‌شدنی در صورت منتفی شدن هدف، انفساخ قرارداد است. چنان‌که گفته شد: مصادیق مطروحه در کتب فقهی، مانند سوختن کالاهایی که مکانی برای فروش آن اجاره شده است یا از بین رفتن درد دندان بعد از اجیرکردن دیگری برای کشیدن آن یا فوت طفل شیرخواری که پدر وی، زنی را برای شیردادن به وی اجیر کرده است، حمل بر منتفی شدن هدف شد. فقها در این مصادیق، ضمانت اجرای آن را بطلان قرارداد دانسته‌اند.^۱ البته به نظر می‌رسد در موارد فوق، اصطلاح بطلان در معنای عام خود به کار رفته است؛ زیرا بطلان نزد فقها شامل انفساخ و بطلان ابتدایی است.^۲ در اینجا یقیناً منظور بطلان ابتدایی نیست و همان انفساخ و بی‌اثر شدن قرارداد نسبت به آینده مدنظر بوده است. در خصوص مبنای انفساخ نیز گفته شد: با تحلیل اراده طرفین، برخی از مصادیق پیش‌گفته را می‌توان در قالب شرط نتیجه معلق توجیه کرد؛ بدین معنا که، شرط انفساخ به صورت شرط نتیجه است و تأثیر آن، معلق بر منتفی شدن هدف است و با منتفی شدن هدف، معلق‌علیه محقق می‌شود و عقد بدون نیاز به هیچ اقدامی منفسخ می‌شود.

در فرضی که هدف اساسی از انعقاد قرارداد منتفی می‌شود و امکان هیچ‌گونه استفاده متعارفی از موضوع قرارداد در آینده وجود ندارد؛ مانند مثال فوت طفل شیرخوار، ضمانت اجرای انفساخ بهترین ضمانت اجراست. همچنین درباره تعهداتی که از حیث عنصر زمان، وحدت در اجرای آن مطلوب است، این ضمانت اجرا اعمال‌شدنی است. برخی نیز معتقدند: اگر تحقق هدف، قید تراضی باشد، عقد منفسخ

۱. علامه حلی، قواعد الأحکام، ۱۴۸/۶؛ مغنیه، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ۲۶۹/۴؛ خویی، منهاج الصالحین، ۸۸/۲؛ اصفهانی، الإجارة، ۲۶۶؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۴۶/۲؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۹۹/۲۷؛ طوسی، المبسوط، ۲۳۸/۳ تا ۲۳۹؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲۱۰/۵.
۲. محقق داماد، قواعد فقه، ۱۴۰/۲؛ قبولی درافشان و محسنی، نظریه عمومی بطلان در قراردادها، ۳۹.

می‌شود.^۱ البته به نظر می‌رسد در مواردی که امکان استفاده مشابه از موضوع قرارداد وجود دارد به شرحی که خواهد آمد، انحلال قهری نمی‌تواند همیشه ضمانت اجرای مناسبی باشد و ممکن است ذی‌نفعی که هدف اساسی او منتفی شده است، در نتیجه انفساخ قرارداد نیز متضرر شود.

۵. ۲. حق فسخ

یکی دیگر از ضمانت‌اجراهای اعمال‌شدنی در صورت منتفی شدن هدف، ایجاد حق فسخ برای کسی است که هدف اساسی او منتفی شده است. این ضمانت اجرا در فقه دارای طرف‌دارانی است؛ مانند فرضی که بدون نیاز به جراحی یا کشیدن دندان، مرض یا درد بهبود یابد که برخی فقها برای مستأجر قائل به حق فسخ اجاره (برای امور فوق) به علت شرط ارتکازی هستند.^۲ در تحلیل این فتوا گفته شد: منظور از شرط ارتکازی، شرط مربوط به منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد است. برخی فقها نیز معتقدند: اگر غرض یا همان هدف، در عقد ذکر شده باشد یا عقد بر این مبنا منعقد شده باشد، تخلف از آن سبب حق فسخ است.^۳ برخی نویسندگان حقوقی نیز با استناد به ممتنع شدن شرط صریح یا ضمنی یا بنایی، حق فسخ را به عنوان ضمانت اجرای منتفی شدن هدف معامله پذیرفته‌اند.^۴ منتفی شدن هدف و ایجاد حق فسخ، در برخی از آرای قضایی نیز مشاهده‌شدنی است؛ برای مثال، در خصوص دعوی فسخ اجاره یک باب مغازه فروش فست‌فود به علت شیوع کرونا، شعبه ۱۳ تجدیدنظر استان خراسان رضوی حسب دادنامه شماره ۱۴۰۰/۷/۱-۱۴۰۰/۲۵۳۹۰۰۰۷۰۳۸۸۶۶ این گونه استدلال کرده است: «...لذا به لحاظ ادامه وجود این ویروس، باید آن را برای مستأجر، [باعث] عدم کسب منفعت مقصود از عقد اجاره دانست و عذر عام یادشده، ایجاد حق برای مستأجر می‌نماید که ادامه رابطه استیجاری را فسخ نماید...». در این رأی، منظور از عدم کسب منفعت مقصود، همان منتفی شدن هدف مستأجر از قرارداد است. البته برخی فقها، اغراض را به شخصی و نوعی تقسیم کرده‌اند و اغراض نوعی و عقلانی در اجاره را شامل قابل سکونت بودن منزل یا قابل سوارشدن بر چهارپا و... اعلام داشته‌اند؛^۵ لذا در رأی فوق حق فسخ ایجادشده، براساس منتفی شدن این غرض یا هدف نوعی نیز توجیه‌شدنی است.

۱. مسعودی، «جهت معامله، مقایسه آن با تئوری علت و نظریه خنثی شدن هدف»، ۱۳۷.

۲. سیستانی، منهاج الصالحین، ۱۲۲/۲.

۳. اصفهانی، الإجارة، ۱۳.

۴. غفاری فارسانی، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، ۲۳۶؛ میراحمدیان، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی»، ۹۵.

۵. اصفهانی، الإجارة، ۱۳.

در باره مبنای حق فسخ یا باید براساس نظرات فوق، آن را منتسب به اراده ضمنی طرفین و مبتنی بر شرط نتیجه معلق دانست یا گفته شود: انتساب آن به اراده طرفین مشکل است و خلأ موجود را با استناد به قاعده لاضرر جبران کرد و مبنای خیار را با استناد به همین قاعده توجیه کرد؛ زیرا باتوجه به منتفی شدن هدف، اصرار بر اجرای آن با استناد به اصل لزوم قراردادها سبب تضییع آن هدف می شود؛ در نتیجه با استناد به قاعده لاضرر، لزوم عقد برداشته می شود و ذی نفع می تواند با اعمال حق فسخ، از خود رفع ضرر کند. در هر حال، مستند حق فسخ، خواه اراده ضمنی و خواه قاعده لاضرر باشد، باید مصلحت طرف دیگر نیز در نظر گرفته شود؛ زیرا دفع ضرر از یک طرف قرارداد و تحمیل تمام خسارت ها به طرف دیگر، قابل انتساب به اراده طرفین نیست و نیز مخالف اعمال قاعده لاضرر است. در همین راستا گفته شده است: اعمال قاعده لاضرر در صورتی که سبب ضرر بلاوجه طرف مقابل شود، مانع از امکان استناد به آن است؛^۱ لذا از آنجاکه معمولاً انحلال قرارداد به علت منتفی شدن هدف یکی از طرفین سبب تضییع طرف دیگر می شود، باید راهکاری برای رفع این ایراد اندیشید. در این راستا، برخی از نویسندگان با طرح نظریه فسخ کارآمد معتقدند: ذی نفع در صورتی می تواند حق فسخ خود را اعمال کند که خسارات متعارف طرف مقابل را جبران کند؛^۲ برای نمونه، در مثال قرارداد زوجین با تالار و گروه فیلم برداری برای برگزاری مراسم عروسی ممکن است مدتی قبل از تاریخ برگزاری مراسم، به علت جدایی طرفین یا فوت یکی از آنان، هدف از برگزاری مراسم منتفی شود و با احراز شرایط مربوط به نظریه منتفی شدن هدف، نامبردگان درصدد فسخ قرارداد برآیند. از آنجاکه متصدی تالار یا گروه فیلم برداری باتوجه به برگزاری مراسم متعدد اقدام به استخدام تعدادی کارمندان ثابت یا اجاره وسایل و... می کنند و در صورت عدم برگزاری مراسم نیز باید هزینه های ثابت را پرداخت کنند؛ ازین رو چنین خساراتی باید توسط ذوالخیار جبران شود. در اینجا هرچند به طور کامل از طرف مقابل (متصدی تالار و فیلم بردار) دفع ضرر نمی شود، ولی پرداخت این میزان خسارت، از عدم پرداخت هیچ گونه خسارتی بهتر و با عدالت نیز سازگارتر است.

منظور از جبران خسارت، شامل خسارت عدم النفع نیست و خسارت واقعی نیز در صورتی مطالبه شدنی است که جبران نشده باقی بماند؛ برای مثال، اگر متصدی تالار یا گروه فیلم برداری بعد از فسخ قرارداد مجدداً بتوانند برای همان تاریخ، مراسم زوج دیگری را جایگزین آن کنند، دیگر نمی توانند خسارت ناشی از عدم برگزاری مراسم را مطالبه کنند؛ زیرا عرفاً خسارت جبران نشده ای باقی نمانده است. به طور کلی، در مقام ارائه ضابطه ای می توان گفت: بسته به نوع و شرایط قرارداد، در صورت فسخ قرارداد با استناد به

۱. موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ۱/۳۷۳.

۲. تهامی و دیگران، «تحلیل حقوقی و اقتصادی تأثیر بیماری های پاندمیک بر اجرای تعهدات قراردادی»، ۳۵.

منتفی شدن هدف، ذی نفع باید تمامی هزینه‌های ضروری انجام شده تا زمان انحلال قرارداد را بپردازد. این هزینه‌ها ممکن است مربوط به حمل و نقل کالا یا هزینه‌های ضروری ساخت محصولی سفارش داده شده و سایر هزینه‌های ثابت و... باشد که تشخیص مصادیق آن براساس داور عرف صورت می‌پذیرد.

چنان‌که گفته شد: در مواردی که بسته به شرایط و نوع قرارداد، امکان استفاده مشابه از موضوع معامله وجود داشته باشد یا احتمال تحقق هدف در آینده وجود دارد، حق فسخ بهترین ضمانت اجراست. برای نمونه، در مثال از بین رفتن کالایی که برای فروش آن محلی اجاره شده است یا از بین رفتن درد دندان، متضرر از منتفی شدن هدف ممکن است در صورت عدم شرط مخالف در قرارداد، کالای دیگری را جایگزین آن کند یا بعد از مدتی به علت درد مجدد دندان، ناچار از کشیدن آن شود. گذشته از آن، خود ذی نفع منتفی شدن هدف، بهترین شخصی است که می‌تواند در خصوص ادامه حیات یا خاتمه دادن به آن تصمیم‌گیری کند. این موضوع، به خصوص در قراردادهایی که احتمال تحقق هدف در آینده وجود دارد، مانع انحلال بی‌جهت قراردادها می‌شود.

نتیجه‌گیری

با بررسی‌های به عمل آمده در این پژوهش این نتیجه حاصل شد که می‌توان برای پرکردن خلأهای نظام حقوقی ایران در زمینه ضمانت اجرای منتفی شدن هدف قرارداد، از تلاش‌های مصداقی فقها استفاده کرد؛ توضیح اینکه، با استقرا در کتب فقهی، مصادیقی شناسایی شد که قابلیت انطباق با منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد دارد. مصادیقی که فقها مؤثر بودن آن‌ها بر قرارداد را تأیید کرده‌اند، اما به علت ناشناخته بودن اصطلاح منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد، معمولاً این موضوعات را براساس نهاد مشابه؛ یعنی منتفی شدن موضوع قرارداد، مورد توجیه و صدور حکم قرار داده‌اند. با تحلیل‌های به عمل آمده در این جستار این گونه به نظر می‌رسد که تمام مصادیق مذکور، مبتنی بر منتفی شدن هدف از انعقاد آن‌هاست و می‌توان از باب الغای خصوصیت، نظریه‌ای عام تحت عنوان نظریه منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد ارائه کرد که بر انفساخ یا امکان فسخ قرارداد در صورت وجود شرایطی دلالت می‌کند. مبنای نظریه یادشده نیز ریشه در اراده صریح یا ضمنی طرفین دارد. نظریه مذکور در چهارچوب شرایط بیان شده، تعارضی با اصل لزوم قراردادها ندارد، ولی چون استثنایی بر اصل لزوم است باید از آن تفسیری مضیق کرد و در موارد مشکوک، اصل لزوم را جاری ساخت. در خصوص شرایط اجرای نظریه مزبور نیز این نتیجه حاصل شده است که منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد در صورتی بر سرنوشت آن قرارداد مؤثر است که این هدف اساسی باشد و وارد قلمرو قرارداد شود و ناشی از سببی خارجی باشد. همچنین منتفی شدن آن باید عرفاً اغماض شدنی

نباشد و در اثنای مدت اجرای تعهد باشد و هدف را به کلی منتفی سازد و اعمال نظریه نیز مخالف نظم عمومی و قوانین آمره نباشد. در خصوص اینکه هریک از انفساخ یا فسخ در چه صورتی رخ می‌دهد نیز این نتیجه حاصل شده است که در مواردی که امکان استفاده مشابه از موضوع قرارداد وجود ندارد یا قراردادهایی که از حیث دخالت عنصر زمان در اجرای آن، «وحدت» مطلوب است، ضمانت اجرای انفساخ توجیه‌شدنی است. در مواردی که امکان استفاده مشابه یا امکان تحقق هدف در آینده وجود دارد یا از حیث عنصر زمان در اجرای آن، تعدد مطلوب است و شرط مخالفی در قرارداد استنباط‌شدنی نباشد، استفاده از ضمانت اجرای حق فسخ مؤثرتر است. مبنای حق فسخ نیز خواه اراده طرفین و خواه قاعده لاضرر باشد، در هر دو فرض، ذوالخیار در زمان اعمال حق فسخ باید مقداری از خسارت طرف مقابل را جبران کند و ترجیح دادن یکی از طرفین بر دیگری و تحمیل تمام ضرر بر دیگری، نه با اراده ضمنی طرفین و نه قاعده لاضرر توجیه‌شدنی نیست.

باتوجه به عدم وجود مقرره‌ای خاص در زمینه منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد، تصویب ماده‌ای براساس یافته‌های این پژوهش به این شرح به قانونگذار پیشنهاد می‌شود: «هرگاه بعد از انعقاد قرارداد و در اثنای اجرای آن بر اثر حوادثی خارج از اراده طرفین، هدف اساسی از انعقاد قرارداد که در آن تصریح شده یا عقد بر آن مبنا منعقد شده است به طور کلی منتفی شود، به گونه‌ای که عرفاً اغماض‌شدنی نباشد، سبب ایجاد حق فسخ قرارداد برای ذی‌نفع خواهد بود.

تبصره ۱: در مواردی که امکان استفاده مشابه از موضوع قرارداد وجود ندارد یا قراردادهایی که از حیث دخالت عنصر زمان در اجرای آن، وحدت مطلوب است، قرارداد خودبه‌خود منفسخ خواهد بود.

تبصره ۲: ذی‌نفع در زمان اعمال حق فسخ می‌بایست خسارت مادی طرف مقابل، شامل هزینه‌های ضروری انجام‌شده توسط وی را بپردازد. عدم‌النفع شامل این خسارات نیست.»

از آنجاکه قانونگذاری امری زمان‌بر است، در کوتاه‌مدت، قضات با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توانند ضمن مراجعه به فتاوی فوق‌الأشعار با احراز شرایط بیان‌شده، اقدام به حل اختلافات احتمالی بین طرفین کنند.

منابع

- اصفهان، ابوالحسن. وسیلة النجاة. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
اصفهان، محمدحسین. الإجارة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
امامی، سیدحسن. حقوق مدنی. تهران: کتاب‌فروشی اسلامییه. ۱۳۷۶.

انصاری، مرتضی بن محمد امین. کتاب مکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

بجنوردی، حسن. القواعد الفقهية. قم: الهادی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی. بلغة الفقيه. تهران: مكتبة الصادق. چاپ چهارم، ۱۴۰۳ق.

تهامی، سید حسین و دیگران. «تحلیل حقوقی و اقتصادی تأثیر بیماری‌های پاندمیک بر اجرای تعهدات قراردادی»، دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی. دوره ۲۵، ش ۲، بهار و تابستان ۱۴۰۱، ۴۲۱-۴۲۸.

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2022.75835.1162>

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش. چاپ سی و دوم، ۱۳۹۹.

حکیم، محسن. مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. قم: دار العلم. چاپ اول، بی تا.

خویی، ابوالقاسم. المستند فی شرح العروة الوثقی؛ الإجارة. بی جا: بی تا. بی تا.

خویی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. بی جا: بی تا. بی تا.

خویی، ابوالقاسم. منهاج الصالحین. قم: مدينة العلم. چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ق.

خویی، ابوالقاسم. موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

خویی، محمد تقی. الشروط أو الإلتزامات التبعية فی العقود. بیروت: دار المؤرخ العربی. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

دارائی، محمد هادی. «مطالعة تطبیقی معاذیر اجرای قرارداد در حقوق انگلیس، آمریکا و ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی. دوره ۶، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴، ۱۰۷ تا ۱۵۰. <https://doi.org/10.22059/JCL.2015.54405>

رشتی، حبیب الله بن محمد علی. کتاب الإجارة. بی جا: بی تا. ۱۳۱۱ق.

زین الدین، محمد امین. کلمة التقوی. قم: سید جواد وداعی. چاپ سوم، ۱۴۱۳ق.

سیستانی، علی. منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی. چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.

سفی مازندرانی، علی اکبر. دلیل تحریر الوسيلة؛ الوقف. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد. چاپ دهم، ۱۳۹۳.

شیرزادخانی، مرتضی. تأثیر سبب و جهت در اعمال حقوقی، پایان نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی اسدالله امامی، قم: دانشگاه قم، دانشکده علوم انسانی، ۱۳۷۷.

صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

صافی گلپایگانی، لطف‌الله. هدایة العباد. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

صدر، محمدباقر. البک اللاروی فی الإسلام. بیروت: دار التعارف. چاپ هفتم، ۱۴۰۱ق.

صفایی، سیدحسین. قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان. چاپ یازدهم، ۱۳۸۹.

طاهری، حبیب‌الله. حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.

طباطبایی، محمدکاظم. العروة الوثقی. بیروت: اعلمی. چاپ دوم، ۱۴۱۹ق.

طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة. چاپ سوم، ۱۳۷۸ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

غفاری فارسانی، بهنام. «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، مطالعات حقوق خصوصی. ش ۱۳، بهار ۱۳۸۹، ۲۱۹ تا ۲۳۸.

فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة؛ المضاربة، الشریعة، المضاربة، المساقاة، الدین و... . قم: مرکز فقه ائمه اطهار. چاپ اول، ۱۴۲۵ق.

فیاض، محمد اسحاق. منهاج الصالحین. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.

قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی؛ سعید محسنی. نظریة عمومی بطلان در قراردادها. تهران: جنگل. چاپ اول، ۱۳۹۱.

گلپایگانی، محمدرضا. هدایة العباد. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

مامقانی، محمدحسن بن عبداللّه. غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب. قم: مجمع الذخائر الإسلامیة. چاپ اول، ۱۳۱۶ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.

محقق داماد، سیدمصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ق.

محقق داماد، سیدمصطفی. نظریة عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ پنجم، ۱۳۹۵.

محقق کرکی، علی بن حسین. رسائل المحقق الکرکی. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

مسعودی تفرشی، بابک. جهت معامله، مقایسه آن با تئوری علت و نظریه خنثی شدن هدف، پایان نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی حسنعلی درودیان، تهران: دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۵.

مغنیه، محمدجواد. فقه الإمام الصادق علیه السلام. قم: انصاریان. چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.

موسوی بجنوردی، محمد. قواعد فقهیه. بی جا: عروج. چاپ سوم، ۱۴۰۱ق.

میراحمدیان، نرگس. منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی، پایان نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی راضیه عبدالصمدی، اصفهان: دانشکده حقوق و الهیات دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی، ۱۳۹۷.

نائینی، محمدحسین. المكاسب و البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

نائینی، محمدحسین. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب. مقرر: نجفی خوانساری. تهران: المكتبة المحمدية. چاپ اول، ۱۳۷۳ق.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. بحوث فی الفقه الزراعی. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ اول، ۱۴۲۶ق.

Transliterated Bibliography

- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī’a fi al-Aḥkām al-Sharī’a*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1993/1413.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā’id al-Aḥkām fi Ma’rifā al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb-i al-Makāsib*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāshṭ Shaykh A’zam Anṣārī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Bahr al-‘Ulūm, Muḥammad ibn Muḥammad Taqī. *Bulghat al-Faqīh*. Tehran: Maktaba al-Ṣādiq. Chāp-i Chāhārum, 1983/1403.
- Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Qum: al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Dārā’ī, Muḥammad Hādī. “Muṭālī’ih-yi Taṭbīqī Ma’ādhīr Ijrāy Qarārdād dar Ḥuqūq England, America and Irān”, *Muṭālī’āt Ḥuqūq Taṭbīqī*. Durīh-yi 6, no. 1, spring and summer 2016/1394, 107-150.
- Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. s.l. s.n. s.d.
- Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Taḥṣīl al-Sharī’a; al-Muḍāriba, al-Shirka, al-Muzāri’a, al-Musāqāt, al-Dīn, ...* Qum: Markaz-i Fiqhī A’imma Aṭṭār(AS). Chāp-i Awwal, 2004/1425.
- Ghafārī Fārsānī, Bihnam. “Muntafi Shudan Jahat Mu’āmalah va Athar ān bar Ravābt-i Qarārdādī Muṭālī’ih-yi Taṭbīqī dar Ḥuqūq Irān va America”, *Muṭālī’āt Ḥuqūq Khuṣūṣī*. no. 13, spring 2010/1389, 219-238.

- Gulpāyghānī, Muḥammad Riḍā. *Hidāya al-‘Abād*. Qum: Dār al-Qurān-i Karīm. Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- Ḥakīm, Muḥsin. *Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Dār al-Tafsīr. Chāp-i Awwal, 1995/1416.
- Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. *Buḥūth fi al-Fiqh al-Zirā‘ī*. Qum: Mū‘assisa Dāyrah al-Ma‘ārif-i Fiqh-i Islāmī bar Madhhab-i Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 2005/1426.
- Imāmī, Sayyid Ḥasan. *Huqūq-i Madanī*. Tehran: Kitābfurūshī Islāmīyyah. 1998/1376,
- Isfahānī, Abū al-Ḥasan. *al-Wasīlah al-Najāt*. Qum: Mū‘assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Ijārah*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Duwvum, 1989/1409.
- Ja‘farī Langirūdī, Muḥammad Ja‘far. *Tirmīnūlūzhī Huqūq*. Tehran: Kitābkhānah Ganj-i Dānish. Chāp-i Sī va Duvvum, 2021/1399.
- Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *al-Mustanad fi Sharḥ al-‘Urwa al-Wuthqā*; al-Ijārah. s.l. s.n. s.d.
- Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Mausū‘at al-Imām al-Khū‘ī*. Qum: Mū‘assisa Ihyā’ Āsār al-Imām al-Khū‘ī. Chāp-i Awwal, 1997/1418.
- Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Madīnah al-‘Ilm. Chāp-i Bist va Hashtum, 1990/1410.
- Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. s.l. s.n. s.d.
- Khū‘ī, Muḥammad Taqī. *al-Shurūṭ aw al-Itizāmāt al-Tab‘īyah fi al-‘Uqūd*. Beirut: Dār al-Muwarakh al-‘Arabī. Chāp-i Awwal, 1994/1414.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Taḥrīr al-Wasīlah*. Qum: Dār al-‘Ilm. Chāp-i Awwal, s.d.
- Māmaqānī, Muḥammad Ḥasan ibn ‘Abd Allah. *Ghāya al-Āmāl fi Sharḥ Kitāb al-Makāsib*. Qum: Majm‘ al-Dhakhā‘ir al-Islāmīyya. Chāp-i Awwal, 1898/1316.
- Mas‘ūdī Tafrishī, Bābak. *Jahat Mu‘āmalah Muqāyisih ān bā Tīūrī ‘Ilāt va Nazariyih-yi Khunthā Shudan Hadaf*, Master Thesis, Supervisor: Ḥasan ‘Alī Darūdiyān, Tehran: University of Tehran, Faculty of Law and Political Sciences, 1997/1375.
- Mir Aḥmadiyān, Nargis. *Muntafi Shudan Jahat Mu‘āmalah va Athar ān bar Ravābt-i Qarārdādī*, Master Thesis, Supervisor: Rāziyih ‘Abd al-Ṣamad, Isfahān: Faculty of Law and Theology, Shahid Ashrafi Isfahāni University, 2019/1397.
- Mughniyah, Muḥammad Javād. *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq (AS)*. Qum: Anṣariyān. Chāp-i Duvvum, 2001/1421.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Nazarīyah-yi ‘Umūmī Shurūṭ va Itizāmāt dar Huqūq-i Islāmī*. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulum Islāmī. Chāp-i Panjum, 2017/1395.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Qawā’id Fiqh*. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulum Islāmī. Chāp-i Davāzdahum, 1986/1406.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Sharā‘i‘ al-Islām fi Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā‘iliyān. Chāp-i Duvvum, 1988/1408.

Muḥaqqiq Karakī, ‘Alī ibn Ḥusayn. *al-Rasā’il al-Muḥaqqiq al-Karakī*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Musawī Bujnūrdī, Muḥammad. *Qawā’id Fiqhiyah*. s.l. ‘Urūj. Chāp-i Sivum, 1981/1401.

Nā’inī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Makāsib wa al-Bay‘*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Nā’inī, Muḥammad Ḥusayn. *Munya al-Ṭālib fi Ḥāshiyā al-Makāsib*. Muqarr Najafī Khuwānsārī. Tehran: al-Maktaba al-Muḥammadiya. Chāp-i Awwal, 1994/1373.

Qabūli Durafshān, Sayyid Muḥammad Mahdī; Sa’id Muḥsinī. *Nazarīyah-yi ‘Umūmī Buṭān dar Qarārdād-hā*. Tehran: Jangal. Chāp-i Awwal, 2013/1391.

Rashti, Ḥabīb Allāh ibn Muḥammad ‘Alī. *Kitāb-i al-Ijārah*. S.l. s.n. 1893/1311.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *al-Bank a-lā-ribawī fi al-Islām*. Beirut: Dār al-Ta‘āruf. Chāp-i Haftum, 1981/1401.

Ṣafā’ī, Sayyid Ḥusayn. *Qavā’id ‘Umūmī Qarārdād-hā*. Tehran: Mīzān. Chāp-i Yāzdahum, 2010/1389.

Ṣafī Gulpāygānī, Luṭf Allāh. *Hidāya al-‘Abād*. Qum: Dār al-Qurān-i Karīm. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. Beirut: Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Haftum, 1984/1404.

Sayfi Māzandarānī, ‘Alī Akbar. *Dalīl Taḥrīr al-Wasīlah; al-Waqf*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsar-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2009/1430.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. Qum: Mū’assisa al-Ma‘ārif al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Shahīdī, Mahdī. *Tashkīl Qarārdād-hā va Ta’ahudāt*. Tehran: Majd. Chāp-i Dahum, 2015/1393.

Shirzādkhānī, Murtaḍā. *Tasīr Sabab va Jahat dar A’māl Huqūqī*, Master Thesis, Supervisor: Asad Allah Imāmī, Qum: University of Qom, Faculty of Humanities, 1998/1377.

Sistānī, ‘Alī. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Daftar-i Ḥazrat Āyat Allāh Sistānī. Chāp-i Panjum, 1996/1417.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāẓim. *al-‘Urwa al-Wuthqā*. Beirut: A‘lamī. Chāp-i Duvvum, 1998/1419.

Tahāmī, Sayyid Husayn et al. “Tahlil-i Huqūqī va Iqtisādī Ta thīr-i Bimārī-hā-yi Pāndimik bar Ijray Ta’ahudāt Qarārdādī”, *Dū Faṣlnāmih-yi Dānishnāmih-yi Huqūq Iqtisādī*. Durīh-yi 25, no. 2, spring and summer 2023/1401.

Ṭāhirī, Ḥabīb Allāh. *Huqūq-i Madanī*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1997/1418.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūt fi Fiqh al-Imāmiyah*. Tehran: al-Maktaba Murtaẓawīya li-Iḥyā’ al-Āsar al-Ja‘fariya. Chāp-i Sivum, 1959/1378.

Zayn al-Dīn, Muḥammad Amīn. *Kalima al-Taqwā*. Qum: Sayyid Javād Widā ‘ī. Chāp-i Sivum, 1993/1413



An Analysis of the Islamic Jurisprudential Basis for Article 645 of the Islamic Penal Code Regarding “Monetary Compensation (*dīya*) for Nail Injury”

Dr. Sedigheh Hatami  (Corresponding Author), Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Ilam, Ilam, Iran
.Email: se.hatami@ilam.ac.ir

Dr. MohamadReza Elmi Sola, Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Abstract

In Iran, Islamic Law (*Shari'a*) is the basis of legislations. For this reason, most of the laws in the Islamic Republic of Iran are formulated according to prevalent jurisprudential opinions. The Islamic Penal Code set in 1392 A.S./2013 A.D. is not an exception and major parts have been drafted and approved based on the prevalent opinions of jurists. However, the popularity of one opinion does not necessarily justify its correctness or validity. It is possible that one view, despite its rarity, be considered as correct, valid, and acceptable due to its reliance on credible sources. For instance, Article 645 of the Islamic Penal Code follows the prevalent view of the jurisconsults and sets the monetary compensation for the loss of a nail at five Dinārs if the nail grows back, and at ten Dinārs if it does not, or is grown with deformity. Through an analysis of written jurisprudential sources, four opinions regarding the hypothetical question were identified. After study and analyzing the viewpoints and their documents, it is concluded that the reason for the prevalent viewpoint and two of the rare viewpoints are faced with insurmountable shortcomings. On the other hand, one of the rare opinions is based on strong jurisprudential reason and sufficiently responds to the challenges posed against it. This opinion is correct and defensible and can serve as the basis for legislative action in the Islamic Penal Code.

Keywords: monetary compensation for nails, jurisprudential fundaments, prevalent jurisprudential opinion, rare jurisprudential opinion





نقد و تحلیل مبنای فقهی ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی «دیه ناخن»

دکتر صدیقه حاتمی (نویسنده مسئول)

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایران
Email: se.hatami@ilam.ac.ir

دکتر محمدرضا علمی سولا

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

چکیده

مبنای قانون گذاری در جمهوری اسلامی ایران شریعت اسلامی است و به همین جهت در عمده موارد قوانین جمهوری اسلامی ایران بر اساس نظر مشهور فقها تدوین شده است. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز از این امر مستثنی نبوده و عمده مطالب آن بر اساس نظر مشهور فقها تدوین و تصویب شده است، اما مشهور بودن یک دیدگاه طبعاً دلالت بر صحت یا وجاهت آن ندارد؛ چه بسا دیدگاهی با وجود نادر بودن به جهت استناد به ادله قابل قبول، صائب و صحیح باشد. یکی از مواد قانون مجازات اسلامی که دارای همین اشکال است، ماده ۶۴۵ آن است که با تبعیت از دیدگاه مشهور فقیهان میزان دیه از بین بردن ناخن را در صورت رشد مجدد پنج دینار و در صورت عدم رشد و یا معیوب رشد نمودن ده دینار قرار داده است. با کنکاش در آثار مکتوب فقهی چهار دیدگاه در فرض مسئله مورد شناسایی قرار گرفت. در نوشتار فرارو با پژوهشی توصیفی-تحلیلی و با نگاهی مسئله محورانه، پس از بررسی و ارزیابی تمام دیدگاهها و مستندات آن ها مشخص می شود که ادله دیدگاه مشهور و دو دیدگاه نادر دیگر با اشکالات غیرقابل توجیهی همراه هستند؛ در مقابل یکی از نظریات نادر به دلیل استناد به ادله محکم فقهی و پاسخ به اشکالات وارده بر آن، صائب و قابل دفاع است که می تواند مبنای عمل قانون گذار در قانون مجازات اسلامی قرار گیرد.

واژگان کلیدی: دیه ناخن، مبانی فقهی، روایت، دیدگاه مشهور

مقدمه

ناخن همانند سایر اعضا فواید زیادی دارد؛ ازجمله فواید آن می‌توان به مواردی از این دست اشاره کرد: تکیه‌گاه رأس انگشتان برای گرفتن اشیا، انجام عمل زدودن و خاراندن، برچیدن اشیای ریز و کوچک توسط انگشتان و زیبایی و... . ناخن‌های پا نیز مانع از انتقال چرک‌های کفش و عرق پا به پا می‌شود و آن را از عفونت محفوظ می‌دارد؛ لذا شارع برای کندن آن همانند بسیاری از اعضای بدن دیه تعیین کرده است.

مسئله بحث‌برانگیز در این زمینه، روایات موجود در زمینه دیه کندن ناخن است که هرکدام مقادیر متفاوتی را بیان داشته‌اند. برخی از این روایات ضعیف است؛ اما مورد عمل مشهور فقها قرار گرفته است و برخی دیگر از روایات، معتبر و صحیح است، لکن مشهور از آن اعراض کرده است. روایات متفاوت در این مورد، سبب پدیدارشدن چهار نظریه در میان فقهای امامیه شده است:

۱. دیه کندن ناخن در صورت عدم‌رویش مجدد یا سیاه‌رویدن، ده دینار و در صورت رویش مجدد، پنج دینار است (دیدگاه مشهور).

۲. دیه کندن ناخن ابهام دست، ده دینار و سایر ناخن‌های دست، پنج دینار، دیه ناخن انگشت بزرگ پا، سی دینار و سایر ناخن‌ها، هرکدام ده دینار است. همه این مقادیر در صورت عدم‌رویش مجدد یا سیاه‌رویدن است، اما در صورت رویش مجدد، نصف آن است (دیدگاه ابن‌جنید).

۳. دیه کندن ناخن در صورت عدم‌رشد مجدد، ده دینار و در صورت سیاه‌رویدن، دوسوم ده دینار است (دیدگاه ابن‌ادریس و برخی از متأخران).

۴. دیه کندن هرکدام از ناخن‌های دست، پنج دینار، ناخن شست پا، سی دینار و سایر انگشتان غیر از شست، ده دینار است (دیدگاه خوئی و برخی از معاصران).

در زمینه اختلاف نظرات موجود در باب دیه ناخن تاکنون هیچ‌گونه پژوهشی انجام نگرفته است. ابتدا دیدگاه‌های موجود در مسئله و مستندات آن‌ها را در محک فقه تبیین و تحلیل می‌کنیم و سپس به تبیین قول مختار می‌پردازیم.

۱. دیدگاه مشهور

مشهور فقیهان امامیه معتقدند: دیه کندن ناخن هر انگشتی از انگشتان دست یا پا در صورتی که دیگر نروید یا سیاه بروید، ده دینار و اگر مجدداً سالم و سفید بروید، پنج دینار است. این دیدگاه توسط بسیاری

از فقها به مشهور نسبت داده شده است.^۱

قانون مجازات اسلامی نیز در این زمینه در ماده ۶۴۵ با پیروی از دیدگاه مشهور چنین مقرر می‌دارد: «دیة از بین بردن ناخن به طوری که دیگر نرود یا فاسد و معیوب برود، یک درصد دیة کامل و اگر بدون عیب برود، نیم درصد دیة کامل می‌باشد.»

در ذیل به نقل عباراتی از فقیهان پیروی این نظریه اشاره شده می‌پردازیم:

شیخ صدوق در المقنع، دیة کندن ناخن در صورت عدم رشد مجدد را بیان کرده و اشاره‌ای به دیة آن در صورت رشد مجدد نکرده است. ایشان مقرر می‌دارد: «در کندن ناخن ده دینار ثابت است، زیرا ناخن یک‌دهم از انگشت است و ناخن انگشت دست و پا در این مقدار دیه، باهم برابرند.»^۲ شیخ طوسی در نهاییه، سردمدار این دیدگاه است. صریح کلام ایشان چنین است: «در ناخن اگر قطع شود و دوباره رشد نکند یا سیاه رشد کند، ده دینار ثابت است، اما اگر سفید و سالم رشد کند، در آن پنج دینار ثابت است.»^۳ ابن حمزه در الوسيله از دیدگاه شیخ طوسی پیروی کرده است: «و اما اگر ناخن، سفید در بیاید، در هر ناخن پنج دینار ثابت است و اگر سیاه در بیاید یا اصلاً در نیاید، در هر ناخن ده دینار ثابت است.»^۴ علامه حلی در مختلف الشیعه این قول را به ابن‌براج نیز نسبت داده است،^۵ گرچه با تتبع در کتاب المذهب ابن‌براج چنین بیانی یافت نشد، لکن احتمال دارد وی در کتاب الکامل خود چنین فتوا داده باشد که این کتاب در دسترس نیست. قطب‌الدین کیدری در اصباح الشیعه نیز موافق با مشهور فتوا داده است: «در کندن ناخن اگر در نیاید یا سیاه درآید، ده دینار ثابت است و اگر سفید در آید، پنج دینار ثابت است.»^۶

محقق حلی در شرائع الإسلام می‌گوید: «ناخن در صورتی که دوباره در نیاید یا آنکه سیاه درآید، ده دینار ثابت است و اگر سفید در آید، پنج دینار ثابت است.»^۷ علامه حلی نیز نظری موافق با مشهور ارائه داده است؛^۸ گرچه ایشان در مختلف الشیعه، دیدگاه ابن‌ادریس را بدون اشکال دانسته است.^۹ شهید اول در

۱. علامه حلی، تحریر الأحکام، ۶۰/۵؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۳۰/۱۰؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۲۹/۱۵؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۰۵/۱۴؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۱۵۱/۲؛ فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام، ۳۷۹/۱۱؛ طباطبائی، الشرح الصغیر، ۴۷۰/۱۶؛ خوانساری، جامع المدارک، ۲۳۷/۶.

۲. ابن‌بابویه، المقنع، ۵۱۳ و ۵۳۲.

۳. طوسی، نهاییه، ۷۶۸.

۴. ابن حمزه، الوسيله، ۴۵۴.

۵. علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۹۴/۹.

۶. قطب‌الدین کیدری، اصباح الشیعه، ۵۰۶.

۷. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۲۱۵/۴.

۸. علامه حلی، ارشاد الأذهان، ۲۳۹/۲؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۶۰/۵.

۹. علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۹۴/۹.

اللمعة الدمشقية، همانند بیشتر فتاوی خود، از مشهور پیروی کرده است: «در ناخن در صورتی که دوباره در نیاید یا آنکه سیاه در آید، ده دینار ثابت است و اگر سفید درآید پنج دینار ثابت است.»^۱ فقحانی در الدر المنضود این گونه اذعان می‌دارد: «در ناخن در صورتی که دوباره نرود یا آنکه سیاه برود، ده دینار است و اگر ناخن، سفید برود، پنج دینار ثابت است و در غیر این دو حالت، ارش ثابت است.»^۲ صاحب‌جواهر در جواهر الکلام گفته است: «اگر ناخن کسی را بشکند و دوباره به جای آن، ناخن نرود یا ناخن سیاه برود، دیه آن ده دینار است و اگر به جای آن، ناخن سفید روید، دیه آن پنج دینار است.»^۳

امام خمینی در تحریر الوسیله، دیدگاه مشهور را احوط دانسته است: «در ناخن در صورتی که نرود یا به‌طور سیاه و فاسد برود، بنابر احوط ده دینار است و اگر به‌صورت سفید برود، پنج دینار است.»^۴ سبزواری در مذهب الأحکام چنین بیان می‌دارد: «اگر با جنایت ناخن از انگشت جدا شود، در صورتی که دیگر نرود یا سیاه برود، ده دینار ثابت است و اگر سفید برود، پنج دینار ثابت است، بدون اینکه در این حکم فرقی بین دیه ناخن انگشت دست و پا وجود داشته باشد.»^۵

۱.۱: مستندات دیدگاه مشهور و ارزیابی آن

۱. شهرت فتاوی: این دیدگاه، از شهرت فتاوی برخوردار است، به‌گونه‌ای که بسیاری از فقها دیدگاه مزبور را به مشهور نسبت داده‌اند.^۶

۲. روایت مسمع بن عبدالمملک از امام صادق (ع): «امیرالمؤمنین درباره ناخن در صورتی که قطع شود و نرود یا سیاه و فاسد برود، به ده دینار دیه حکم فرمود و اگر سفید و سالم برود به پنج دینار حکم کرد.»^۷

۳. روایت عبدلله بن سنان از امام صادق (ع): «دیه هر ناخن پنج دینار است.»^۸ این روایت بر موردی که ناخن افتاده و به رنگ سفید (معمولی) رشد کرده است حمل می‌شود؛ تا بدین ترتیب بین آن دو روایت (مسمع و ابن سنان) جمع شده باشد؛ به عبارتی، روایت عبدلله بن سنان مطلق است و فقها به اطلاق این روایت عمل نکرده‌اند؛ لذا روایت مزبور به‌وسیله روایت مسمع، مقید به حالت روییدن مجدد ناخن

۱. شهید اول، اللمعة الدمشقية، ۲۸۰ تا ۲۸۱.

۲. فقحانی، الدر المنضود، ۳۲۵.

۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۳/۲۵۸.

۴. خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۵۸۰.

۵. سبزواری، مذهب الأحکام، ۲۹/۲۱۷ تا ۲۱۸.

۶. علامه حلی، تحریر الأحکام، ۵/۶۰؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۰/۲۳۰؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۵/۴۲۹؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۱۴/۴۰۵؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۲/۱۵۱.

۷. «قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) فِي الظُّفْرِ إِذَا قُطِعَ وَلَمْ يَنْبُتْ أَوْ خَرَجَ أَسْوَدَ فَايْدَأُ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ فَإِنْ خَرَجَ أَيْضَ فْخُمْسَةُ دَنَانِيرَ.» حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۹/۳۴۹.

۸. «وَفِي الظُّفْرِ خُمْسَةُ دَنَانِيرَ.» حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۹/۳۵۰.

می‌شود که دیه آن در این صورت پنج دینار است.^۱

برخی از فقها بر ادله مشهور اشکالاتی به قرار ذیل وارد کرده‌اند:

۱. اشکال وارده بر روایت مسمع: روایت مسمع به دلیل وجود سهل بن زیاد، ابن شمعون و اصم در سلسله اسناد آن ضعیف است،^۲ به ویژه ابن شمعون که مجهول و کذاب و غالی درباره اش گفته‌اند؛ لذا این روایت صلاحیت استناد ندارد.^۳

لکن اشکال مزبور چنین پاسخ یافته است که روایت مسمع گرچه ضعیف است اما مشهور فقها به آن عمل کرده‌اند،^۴ بلکه برخی از فقها عمل اصحاب را بر مبنای این روایت قرار داده‌اند؛^۵ بنابراین، ضعف روایت با عمل مشهور جبران‌شدنی است.

۲. اشکال وارده بر روایت عبدالله بن سنان: شهید ثانی ایراد گرفته است که مقید کردن روایت عبدالله بن سنان که روایت صحیحی است با روایت مسمع که روایتی ضعیف است، برای اینکه بین آن دو روایت جمع شده باشد، عجیب است؛^۶ چون روایت ضعیف، تاب‌وتوان معارضه با روایت صحیح را ندارد و بر فرض آنکه حمل آن درست باشد، حملی بعید است.^۷ فیض کاشانی نیز در مفاتیح الشرائع چنین حملی را بعید دانسته است.^۸

صاحب مفتاح الکرامه و صاحب جواهر، ایراد شهید ثانی را عجیب دانسته‌اند؛ بدین صورت که، وجهی برای چنین تعجیبی نیست، زیرا روایت تفصیلی مسمع گرچه ضعیف است اما ضعف آن جابر به عمل مشهور است، به ویژه اینکه هیچ‌کدام از فقها به چنین اطلاقی از صحیح عبدالله بن سنان عمل نکرده‌اند؛ لذا حمل، متعین می‌شود.^۹

ناگفته نماند اینکه صاحب جواهر مدعی پشتیبانی روایت مسمع با عمل فقها و اجماع شده است،^{۱۰} محل اشکال است؛ زیرا روایت مزبور گرچه مورد عمل مشهور قرار گرفته، اما اجماعی بر فرض مسئله

۱. فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ۵۰۲/۴؛ صیمری، غایة المرام، ۴۵۶/۴؛ طباطبائی، الشرح الصغير، ۴۷۰/۱۶.

۲. ابن‌فهد حلی، المقتصر، ۳۳۹/۵؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۳۰/۱۵؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ۴۰۵/۱۴؛ خونی، مبنای تکملة المنهاج، ۳۸۱/۲.

۳. صیمری، غایة المرام، ۴۵۶/۴؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۳۰/۱۰.

۴. محقق حلی، شرایع الإسلام، ۲۵۱/۴؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۶۰۱/۵؛ آبی، کشف الرموز، ۶۵۹/۲؛ فاضل هندی، کشف اللثام والإبهام، ۳۸۰/۱۱.

۵. فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ۵۰۲/۴.

۶. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۳۱/۱۰.

۷. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۳۰/۱۵.

۸. فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۱۵۱/۲.

۹. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۳۲۶: ۴۳۲/۱۰؛ طباطبائی، الشرح الصغير، ۴۷۰/۱۶.

۱۰. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۵۹/۴۳.

محقق نشده است؛ چراکه از فقهای متقدم، ابن جنید با دیدگاهی نادر و ابن ادریس نیز با دیدگاه نادر دیگر، خلاف مشهور فتوا داده‌اند و از طرفی، موضع بسیاری از متقدمان امامی؛ از قبیل ابن عقیل عمانی، شیخ مفید در المقنعه، سیدمرتضی علم الهدی در المسائل الناصریات و الانتصار، ابوالصلاح در الکافی، ابن زهره در غنیة النزوع، در فرض مسئله مشخص نیست؛ با این وجود چگونه می‌شود در چنین حالتی ادعای اجماع کرد؟

۲. دیدگاه ابن جنید

ابن جنید به نقل از علامه حلی در مختلف الشیعه در زمینه دیه ناخن، دیدگاه نادری را پذیرفته است، دیدگاهی که مختص ایشان است و موافقی را از میان فقیهان به همراه نداشته است. این نظریه برخلاف دیدگاه مشهور، از طرفی میان دیه ناخن دست و پا و از طرف دیگر، میان دیه ناخن انگشت بزرگ با ناخن سایر انگشتان تفاوت قائل شده است، بدین صورت که: «دیه ناخن ابهام دست، ده دینار و ناخن‌های دیگر دست، پنج دینار و دیه ناخن انگشت بزرگ پا، سی دینار و ناخن‌های دیگر پا، ده دینار، همه این‌ها در صورتی است که ناخن نروید یا سیاه بروید و اگر سالم بروید، نصف این‌ها ثابت است.»^۱ با تتبع در کتب روایی به دست می‌آید که روایتی با چنین تفصیلی که ابن جنید در مسئله میزان دیه ناخن بیان کرده است، وجود ندارد؛ لذا دلیلی برای اثبات مدعای ایشان وجود ندارد و همین مسئله سبب شده است که هیچ‌کدام از فقیهان از متقدمان تا متأخران و معاصران، پیروی در این مسئله نشوند.

۳. دیدگاه ابن ادریس

ابن ادریس در زمینه دیه ناخن، دیدگاه نادری را پذیرفته است که دیدگاه وی بعدها موافقانی را به همراه داشته است، از جمله: علامه حلی در مختلف الشیعه، شهید ثانی، فخرالمحققین و ابن فهد حلی. دیدگاه ابن ادریس، شبیه به دیدگاه مشهور است و تنها تفاوت آن با مشهور، در میزان دیه ناخن سیاه رویده است که مشهور، قائل به ثبوت ده دینار است، اما ابن ادریس قائل به ثبوت دو ثلث ده دینار شده است. ایشان در سرائر چنین اذعان داشته است: «دیه کندن ناخن در صورتی که دیگر نروید، ده دینار و اگر سیاه بروید، دوسوم ده دینار است... و در صورتی که سفید بروید، پنج دینار ثابت است.»^۲

۱. به نقل از علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۹۴/۹.

۲. ابن ادریس، السرائر، ۳۸۸/۳ تا ۳۸۹.

علامه حلی در مختلف الشیعه، دیدگاه ابن ادریس را بلا اشکال دانسته است^۱ و فخرالمحققین در ایضاح الفوائد بعد از نقل اقوال مختلف در این مسئله، قول ابن ادریس را قوی دانسته است.^۲ ابن فهد حلی نیز در المقتصر این قول را حَسَن معرفی کرده است^۳ و شهید ثانی نیز در الروضة البهیة آن را حَسَن و در مسالک الأفهام اولی معرفی کرده است.^۴

۳. ۱. مستندات دیدگاه ابن ادریس و ارزیابی آن‌ها

فقه‌های پیرو نظریه مزبور به منظور اثبات مدعای خود به ادله ذیل استناد کرده‌اند:

۱. اصل برائت ذمه: ^۵ برای ناخنی که سیاه رویده است، اصل عدم وجوب ده دینار است؛ به عبارتی، اصل، برائت ذمه جانی از وجوب مقدار زاید بر دوسوم، ده دینار است و مشغول الذمه شدن، نیازمند دلیل است، حال آنکه در اینجا دلیلی وجود ندارد؛ چراکه دلیل مشهور، یعنی روایت مسمع، ضعیف است.^۶
 ۲. استبعاد: در صورتی که ناخن، سیاه رویده و در صورتی که اصلاً نرویده، بعید است که دیه مساوی داشته باشد.^۷ همین دلیل را ابن ادریس با عبارات دیگری بیان کرده است: ناخنی که سیاه رویده، همانند ناخنی نیست که اصلاً نرویده است، بلکه ناخن، رویده اما به رنگ سیاه رویده است، بنابراین دیه آن باید کمتر از دیه ناخنی باشد که اصلاً نرویده است.^۸
 ۳. فلج بودن ناخن سیاه: شهید ثانی که از پیروان این نظریه است، دلیل دیگری را به ادله این قول اضافه می‌کند و آن اینکه: چون سیاه رویدن ناخن، در حکم و معنای شل و فساد عضو است؛^۹ لذا در این مورد نیز قاعده «ثبوت دو ثلث دیه عضو در صورت فلج شدن عضو» جاری می‌شود.
- بر ادله دیدگاه مذکور همانند دو دیدگاه دیگر اشکالاتی به قرار ذیل وارد است:
۱. برخی از فقها ایراد وارد کرده‌اند که هیچ‌یک از ادله دیدگاه ابن ادریس ارزشی ندارند؛ بدین دلیل که، جریان اصل برائت ذمه و اصل استبعاد در فرض مسئله، در واقع به معنای طرح و ترک روایات وارد در این

۱. علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۹۴/۹.

۲. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۶۹۸/۴.

۳. ابن فهد حلی، المقتصر، ۴۵۵/۵.

۴. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۳۱/۱۰؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۳۰/۱۵.

۵. ابن ادریس، السرائر، ۳۸۸/۳.

۶. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۳۱/۱۰.

۷. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۳۱/۱۰.

۸. ابن ادریس، السرائر، ۳۸۹/۳.

۹. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۳۱/۱۰.

مورد است؛^۱ به عبارتی، در این مورد نصوصی از روایات وارد شده است که حکم دیه ناخن در صورت سیاه روییدن را مشخص کرده است؛ لذا به تعبیر برخی از فقها، با وجود نصوص وارده استناد به اصل برائت ذمه و استبعاد، در واقع اجتهاد در مقابل نص است.^۲

۲. همچنین اشکال شده است که سیاه روییدن به معنای شل شدن عضو نیست تا حکم ثبوت دوسوم دیه عضو بر آن ثابت شود.^۳ رئیس پزشکی قانونی مشهد مقدس در استعلام به عمل آمده توسط دادیار، اظهار نظر دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۶ مشهد مقدس در خصوص اینکه آیا سیاه شدن ناخن یا هر عضوی مصداق شل شدن و فلج بودن آن عضو می تواند باشد؟ در نامه به شماره ۴۸/الف/۳ مورخ ۱۴۰۱/۰۹/۰۹ بیان داشته است، سیاه شدن مصداق شل شدن آن عضو نیست و ناخن، عضو محسوب نمی شود.

۳. برخی دیگر از فقها، ادله ابن ادریس و شهید ثانی را استحسانات ظنی دانسته اند که در استنباط حکم شرعی کافی نیست.^۴

۴. اشکال دیگری که می توان بر مبنای فقهایی که تبعض در حجیت بخشی از روایت را جایز نمی دانند، مطرح کرد این است که این دیدگاه به طور دل خواه، به بخشی از روایت مسمع (آنجا که دیه قطع ناخن را در صورت عدم رشد، ده دینار تعیین کرده) عمل کرده و به آن استناد کرده است و بخش دیگری از روایت را (آنجا که دیه روییدن ناخن به صورت سیاه را ده دینار تعیین کرده) ترک کرده است، حال آنکه چنین چیزی بعید و خارج از قواعد استنباط احکام شرعی است؛ زیرا برای اثبات میزان دیه ده دینار در صورت عدم رشد مجدد ناخن، دلیلی جز روایت مسمع نیست، مگر در این مورد ادعای اجماع شود که چنین اجماعی بر فرض مسئله، محقق نشده است؛ چراکه ابن جنید با دیدگاهی نادر، خلاف مشهور حکم کرده است و همچنین موضع بسیاری از متقدمان امامی در فرض مسئله مشخص نیست. بنابراین یا باید از کل روایت رفع ید می کردند و در صورت عدم رشد مجدد ناخن نیز اصل برائت ذمه را جاری کنند یا باید در هر دو مورد (عدم رشد مجدد و رشد به رنگ سیاه) به روایت عمل می کردند.

گرچه این دیدگاه چنانچه برخی از فقها نیز اذعان کرده اند؛ در صورتی که بر ثبوت دوسوم ده دینار در صورت سیاه روییدن ناخن دلیلی از اجماع یا همانند آن وجود داشته باشد، نظر خوبی است، ولی ظاهراً

۱. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، ۴۰۶/۱۴.

۲. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۲/۱۰؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۵۹/۴۳.

۳. حسینی شیرازی، الفقه: کتاب الدیات، ۳۱۰.

۴. موسوی اردبیلی، فقه الدیات، ۴۵۹.

چنین دلیلی وجود ندارد.^۱

۴. دیدگاه آیت‌الله خوئی

آیت‌الله خوئی با ضعیف شمردن قول مشهور، دیدگاه متفاوتی را در این مورد ارائه می‌دهد. ایشان در مبانی تکملة المنهاج چنین اذعان می‌دارد: «دیة کندن هرکدام از ناخن‌های دست، پنج دینار و ناخن شست پا، سی دینار و ناخن سایر انگشتان پا، ده دینار است.»^۲

برخی از فقیهان معاصر نیز با رد ادله مشهور، با نظریه خوئی هم‌رأی شده‌اند، از جمله: مدنی کاشانی در کتاب الدیات^۳ و جواد تبریزی در تنقیح مبانی الأحکام.^۴

خوئی، تنها مستند دیدگاه مشهور را روایت مسمع اعلام کرده و این روایت نیز همه راویانش، غیر از مسمع ضعیف است، لذا اعتماد بر آن ممکن نیست^۵ و روایت، گرچه مورد عمل مشهور واقع شده است؛ اما از نظر ایشان عمل مشهور، جابر ضعف سند حدیث نیست؛ ازین‌رو وی در مسئله دیة ناخن به دیدگاه جدید تفصیلی روی آورده است؛ مطلقاً و بدون تفاوت در روییدن مجدد ناخن و نرویییدن آن یا سیاه‌روییدن چنین قائل است: ا. ثبوت پنج دینار در هرکدام از ناخن‌های انگشت دست؛ ب. ثبوت سی دینار در ناخن انگشت شست پا؛ ج. ثبوت ده دینار در سایر ناخن‌های انگشت پا.

۴. ۱. مستندات دیدگاه آیت‌الله خوئی و ارزیابی آن‌ها

خوئی در راستای اثبات نظریه بدیع خویش، به روایت عبدالله بن سنان و بخش‌های مختلفی از روایت ظریف استناد کرده است:

ا. ثبوت پنج دینار در هرکدام از ناخن‌های انگشت دست: وی در این باره به دو دلیل استناد کرده است: ۱. صحیحہ عبدالله بن سنان از امام صادق (ع): در آن صحیحہ آمده است که: «دیة هر ناخن پنج دینار است.»^۶ ۲. روایت ظریف بن ناصح: روایتی مشهور در باب دیات است که مشهور فقها به نقل از امام علی (ع) بدان استناد کرده‌اند:^۷ «امیرالمؤمنین (ع) فتوا داد... در ناخن هریک از انگشتان چهارگانه‌ای که به

۱. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۰۶/۱۴.

۲. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۸۰/۲ تا ۳۸۲.

۳. مدنی کاشانی، کتاب الدیات، ۲۳۱.

۴. تبریزی، تنقیح مبانی الأحکام، ۱۸۹ تا ۱۸۸.

۵. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۸۱/۲.

۶. «وَفِي الظُّفْرِ خَمْسَةُ دَنَانِيرٍ» حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۵۰/۲۹.

۷. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۳۸۶/۱۰؛ موسوی خوانساری، جامع المدارک، ۲۱۹/۶؛ خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۴۰/۲ و ۴۳۱.

کف دست متصل اند، پنج دینار ثابت است.^۱

در این حدیث معتبر، هرچند از ناخن انگشت شست دست سخنی به میان نیامده است؛ لکن صحیحۀ عبدالله بن سنان برای اثبات آن کفایت می‌کند.^۲

ب. ثبوت سی دینار در ناخن انگشت شست پا: ایشان در اینجا به بخش دیگری از روایت ظریف استناد کرده است، آنجا که امام علی (ع) می‌فرماید: «دیه ناخن انگشتان شست پا سی دینار است؛ زیرا آن، یک سوم دیه پاست.»^۳

ج. ثبوت ده دینار در سایر ناخن‌های انگشت پا: ایشان در اینجا نیز به بخش دیگری از روایت ظریف استناد کرده است،^۴ آنجا که امام علی (ع) می‌فرماید: «دیه هر ناخن از ناخن‌های چهارگانه پا، ده دینار است.»^۵

خوئی اذعان کرده است که ممکن است بر روایت ظریف در آن بخش که امام می‌فرماید: «دیه جداکردن ناخن شست پا، سی دینار است؛ زیرا آن یک سوم دیه پاست»، اشکالاتی به قرار ذیل وارد شود:

۱. علامه مجلسی و صاحب ریاض مدعی شده‌اند که هیچ‌کدام از فقها به این بخش از روایت ظریف عمل نکرده‌اند.^۶

۲. علت ذکرشده در این روایت (ذلک لانه ثلاث دية الرجل)، درست و مطابق با واقع نیست.

ایشان اشکالات واردشده را مردود می‌شمرد و چنین بیان می‌دارد که: صرف عمل نکردن فقها به روایتی، برای رد کردن آن کافی نیست تا زمانی که اجماع برخلاف آن وجود نداشته باشد و به‌طور قطع، چنین اجماعی در اینجا وجود ندارد. از ایراد دوم نیز پاسخ می‌دهد که: عدم امکان عمل به تعلیل مذکور (و نادرست بودن تعلیل) سبب دست برداشتن و نادیده گرفتن اصل حکم نمی‌شود، افزون بر اینکه ممکن است در عبارت، کلمه‌ای جا افتاده و صحیح آن چنین باشد: «لان دية الإبهام ثلاث دية الرجل؛ زیرا دیه انگشت شست، یک سوم دیه پاست.»^۷

ایشان نهایتاً چنین بیان می‌دارد که در هر صورت، استدلال به معتبره بلامانع است و با این روایت،

۱. «في ظفر كل إصبع منها خمسة دنانير» کلینی، الکافی، ۳۳۷/۷؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۰۲/۲۹.

۲. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۸۱ تا ۳۸۰/۲.

۳. «وفي ظفره ثلاثون ديناراً و ذلك لأنه ثلاث دية الرجل» کلینی، الکافی، ۳۴۱/۷؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۰۹/۲۹.

۴. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۸۲ تا ۳۸۱/۲.

۵. «و دية كل ظفر عشرة دنانير» کلینی، الکافی، ۳۴۲/۷؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۱۰/۲۹.

۶. مجلسی، ملاذ الأخیار، ۶۶۶/۱۶؛ طباطبائی، الشرح الصغير، ۴۷۲/۱۶.

۷. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۸۱/۲.

اطلاق صحیحہ عبداللہ بن سنان مقید می‌شود که دیة ناخن را پنج دینار تعیین کرده است.^۱ اما پاسخ خوئی به ایرادات بیان‌شده، توسط برخی از فقها به شرح زیر اشکال شده است:

۱. در خصوص اشکال اول اینکه خوئی اذعان کرده است که عمل نکردن فقها بر روایتی یا به عبارتی، اعراض مشهور از روایت، سبب رد حجیت روایت نیست، باید گفت: اولاً، اعراض همه اصحاب از روایتی، هرچند روایت صحیح هم باشد، سبب وهن آن روایت است؛^۲ ثانیاً، مسئله حجّت یا عدم حجیت روایتی به سبب اعراض مشهور، مسئله‌ای مبنایی است که بر مبنای خوئی، چنین امری سبب رد حجیت روایت نمی‌شود؛ اما بر مبنای بسیاری از فقها، اعراض مشهور از روایت، سبب ضعف آن می‌شود و عمل بر طبق آن جایز نیست.^۳

۲. در خصوص اشکال دوم اینکه عدم امکان اخذ به دلیل حکم، سبب ترک اصل حکم نمی‌شود، باید گفت: اولاً، چنین مطلبی پذیرفتنی نیست که اگر امکان اخذ به علت نباشد، نباید از اصل حکم رفع ید کرد؛ زیرا وقوع جمله نادرست در کلام درجایی که شارع در مقام بیان تعلیل است، سبب تردید در اصل حکم و تالی می‌شود و عقلاً چنین چیزی را معتبر نمی‌دانند و ادله حجیت شامل چنین چیزی نمی‌شود؛ زیرا آن امری است غیر از آنچه عقلاً بر آن تسالم دارند؛^۴ ثانیاً، «تعلیل» هرچه باشد، خواه آنچه در حدیث آمده و خواه آنچه در متن کتاب مبانی التکملة المنهاج، مطابق با واقع نیست؛ زیرا دیة ناخن انگشت شست، یک سوم دیة پا نیست و اگر گفته شود حدیث افتادگی دارد و صحیح این است که «لأنّ دیة الابهام ثلث دیة الرجل»، باز هم علت با واقع تطبیق نمی‌کند؛ یعنی بین سی دینار دیة ناخن با یک سوم بودن دیة انگشت شست ارتباطی وجود ندارد، دیة انگشت شست دست نیز یک سوم دیة دست است، لکن ناخن آن سی دینار است؟^۵ خیر، بلکه بر مبنای مشهور ده دینار و مطابق با دیدگاه خوئی پنج دینار است.

۵. دیدگاه مختار نگارنده

نظریه وجیه و اظهر در این مسئله، نظریه خوئی است؛ زیرا در این مسئله، دو روایت معتبر عبداللہ بن سنان و روایت ظریف وجود دارد که در روایت اول، «دیة هر ناخن پنج دینار تعیین شده است» و در روایت دوم، «دیة ناخن انگشت دست، پنج دینار، دیة ناخن انگشت شست پا، سی دینار و در سایر ناخن‌های

۱. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۸۱/۲.

۲. قبله‌ای خوئی، ترجمه و تعلیق بر مبانی تکملة المنهاج، ۱۴۶.

۳. موسوی اردبیلی، فقه الدیات، ۴۵۹.

۴. موسوی اردبیلی، فقه الدیات، ۴۵۹.

۵. قبله‌ای خوئی، ترجمه و تعلیق بر مبانی تکملة المنهاج، ۱۴۶.

انگشتان پا، ده دینار تعیین شده است.» روایت عبدالله بن سنان، صحیح و روایت ظریف نیز از نظر اسنادی به طرق عدیده‌ای توسط مؤلفان کتب اربعه نقل شده است که برخی از طرق آن معتبر است؛^۱ لذا بسیاری از فقیهان بر اعتبار سندی روایت تصریح کرده‌اند.^۲

اما روایت سومی از مسمع نیز در این میان وجود دارد که سبب پیدایش نظریه مشهور میان فقیهان امامیه شده است و آن اینکه، «دیه هریک از ناخن‌های انگشتان دست و پا در صورتی که مجدداً رشد کند، پنج دینار و در صورت عدم رشد یا اینکه سیاه رشد کند، ده دینار است» و این روایت، گرچه ضعیف است اما مورد عمل مشهور فقها قرار گرفته است. بر استناد به روایت مزبور اشکال وارد است؛ زیرا با وجود دو روایت معتبر (عبدالله بن سنان و ظریف)، ضرورتی برای عمل به روایت ضعیف نیست و اینکه فقیهان پیرو نظریه مشهور، اطلاق موجود در روایت عبدالله بن سنان و روایت ظریف را آنجا که می‌گوید «وَفِي ظُفْرِ كُلِّ إِصْبَعٍ مِنْهَا خَمْسَةُ دَنَانِيرَ»، مقید به روایت مسمع کرده‌اند، مورد ایراد است و چنانچه شهید ثانی نیز اذعان کرده، چنین حملی بعید است؛ زیرا اولاً، تعارض میان روایات در صورتی است که هر دو روایت صحیح باشند، حال آنکه روایت مسمع ضعیف است و اگر ایراد شود که ضعف روایت مجبور به عمل مشهور است، در این صورت نیز چنین حملی بعید است؛ زیرا حمل عام بر خاص یا مطلق بر مقید در جایی است که خاص در خصوصیتش اظهار از عام در عمومیتش باشد، اما اگر عام در عمومیتش درنهایت، ظهور باشد؛ وجهی برای تخصیص نیست، همان‌گونه که در این مورد این‌گونه است؛ صحیح عبدالله بن سنان و آنچه در روایت ظریف آمده است درنهایت، مطلقاً ظهور در ثبوت پنج دینار است (خواه مجدداً بروید یا نروید یا سیاه بروید).

در صورتی که اشکال وارد شود که ضعف روایت مسمع با شهرت عملی جبران می‌شود، زیرا مشهور فقها برای اثبات مدعای خود به این روایت استناد کرده‌اند؛ بدین اشکال نیز می‌توان این‌گونه پاسخ داد که: حتی بر فرض پذیرش این مبنا^۳ اولاً، چنان به نظر می‌آید بسیاری از فقها به روایت مزبور عمل نکرده‌اند و عمل بخشی از فقها به روایتی نمی‌تواند جابر ضعف سند باشد، زیرا در چنین حالتی وثوق به خبر ضعیف، منتفی یا دست‌کم ضعیف است؛ ثانیاً، حتی بر فرض عمل مشهور فقها به روایت مزبور، عمل مشهور به روایت ضعیف در صورتی جابر ضعف سند است که فقهای متقدم به اعتبار نزدیکی به عصر معصومان(ع)

۱. ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۷/۷۵؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۵۸/۱۰.

۲. روحانی، فقه الصادق، ۲۴۴/۲۶؛ شوشتری، النجعة، ۳۶۴/۱۱.

۳. نک: خویی، مصباح الأصول، ۲۰۱/۲.

۴. ابن ادریس، السرائر، ۳۸۸/۳ و ۳۸۹؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۳۹۴/۹؛ فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۶۹۸/۴؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۳۱/۱۰.

به روایت استناد و عمل کرده باشند؛^۱ حال آنکه، هیچ کدام از فقیهان متقدم پیرو نظریه مشهور؛ از جمله شیخ مفید، شیخ طوسی، ابوصلاح حلبی، ابن حمزه و قطب الدین کیدری، متعرض روایت مزبور نشده‌اند. اگر ایراد شود که روایت ظریف مورد عمل فقها واقع نشده است، از این ایراد نیز جواب داده می‌شود که اولاً: اسقاط یا عدم اسقاط حجیت روایت با اعراض مشهور از آن مسئله‌ای مبنایی است؛ لذا گرچه بسیاری از اصولیان اعراض مشهور از روایت را سبب اسقاط حجیت روایت می‌دانند؛ اما در مقابل، برخی از اصولیان نیز اعراض مشهور از روایت را سبب اسقاط حجیت و اعتبار آن ندانسته‌اند؛ زیرا ادله اعتبار خبر واحد، مطلق است و حجیت آن را مقید به قید یا مخصص به خصوصیتی نکرده‌اند؛ بنابراین حتی اگر ظنی (همچون اعراض مشهور از روایت) برخلاف خبر واحد صحیح تحقق یابد، حجیت آن ساقط و منتفی نخواهد شد؛^۲ ثانیاً، از میان فقیهان متقدم، ابن جنید اسکافی و از میان معاصران نیز فقهایی چون خوئی در مبانی تکملة المنهاج، مدنی کاشانی در کتاب الدیات^۳ و جواد تبریزی در تنقیح مبانی الأحکام،^۴ به روایت ظریف در این مورد استناد کرده‌اند؛ ثالثاً، شاید دلیل عمل نکردن مشهور به مضمون روایت ظریف به دو دلیل است: ۱. تعلیل نادرست مذکور در این روایت؛ ۲. روایات متعددی که دیه انگشتان پا و دست را برابر قرار داده‌اند، حال آنکه در این روایت تفاوت قائل شده است. ولی هیچ کدام از این دو دلیل مانع از تمسک به روایت ظریف نمی‌شود؛ زیرا عدم صحت تعلیل سبب رفع ید از حکم وارده بر آن نمی‌شود و شاید علت نادرست بودن تعلیل، اشتباه در ضبط حدیث باشد و همچنین روایات وارده در خصوص تساوی دیه انگشتان دست و پا هستند، نه درباره ناخن‌های انگشتان. بنابراین با این توضیحات، اظهر، عمل به صحیحه عبدالله بن سنان است و آنچه در کتاب ظریف آمده است.

نتیجه‌گیری

در زمینه دیه ناخن چهار دیدگاه در فقه امامیه بازشناسی شده است:

نخستین دیدگاه متعلق به مشهور امامیه است که ادله استنادی این دیدگاه محل مناقشه است؛ زیرا روایت مسمع، ضعیف است و مورد عمل مشهور فقها نیز واقع نشده است، حتی بر فرض عمل مشهور فقها به روایت مزبور، هیچ کدام از فقیهان متقدم پیرو نظریه مشهور، متعرض روایت مسمع نشده‌اند و از طرفی، روایت عبدالله بن سنان نیز روایتی صحیح است که مقید کردن آن به روایت ضعیف (روایت مسمع) بعید

۱. نک: مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۵۲۴/۳؛ مظفر، اصول الفقه، ۲۵۳/۳؛ حکیم، الأصول العامة، ۲۲۱/۱؛ نائینی، اجود التقریرات، ۱۵۹/۲.

۲. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۳۳۲ تا ۳۳۳؛ خوئی، مصباح الأصول، ۲۳۶/۱؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۰۵/۱۴.

۳. مدنی کاشانی، کتاب الدیات، ۲۳۱.

۴. تبریزی، تنقیح مبانی الأحکام، ۱۸۸ و ۱۸۹.

است.

دیدگاه دوم که متعلق به ابن جنید اسکافی است، دلیلی برای توجیه این مدعا نتوانستیم پیدا کنیم؛ لذا چنین به نظر می‌آید که ادعایی بدون دلیل است و همین مسئله سبب شده است که هیچ‌کدام از فقیهان، پیروی در این مسئله نشوند.

دیدگاه سوم که متعلق به ابن ادریس حلی است نیز مستند به ادله‌ای است که همگی قابل مناقشه است، زیرا استناد به ادله فقهی (اصل برائت) در فرض فقدان ادله اجتهادی است، حال آنکه در فرض مسئله دو روایت معتبر عبدالله بن سنان و ظریف موجود است. همچنین سیاه‌روئیدن ناخن به معنای شل شدن آن نیست تا آن را عضوی فلج محسوب نموده و مطبق با قاعده دیه، آن را دو سوم دیه عضو سالم قرار داد و همچنین استناد به بخشی از روایت مسمع نیز مورد ایراد است، زیرا اولاً روایت ضعیف است و ثانیاً عمل به بخشی از روایت و رها نمودن بخش دیگر آن خارج از قواعد استنباط احکام شرعی است.

دیدگاه چهارم که متعلق به آیت الله خوئی و برخی از فقهای متأخر است، به دلیل استناد به ادله درخور دفاع می‌تواند مبنای عمل قانون مجازات اسلامی قرار گیرد؛ ایشان در این دیدگاه به دو روایت معتبر و مشهور عبدالله بن سنان و ظریف استناد کرده است و با وجود چنین روایاتی، ضرورتی برای عمل به روایت ضعیف مسمع نیست.

پس از مطرح کردن اشکالات وارده بر نظریه مشهور در زمینه دیه ناخن و مواجه بودن این اشکالات و در مقابل، ثبوت دیدگاه جدید به نظر می‌رسد شایسته است ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی که به تبعیت از دیدگاه مشهور تدوین یافته است، به این صورت اصلاح شود: «دیه از بین بردن هر کدام از ناخن‌های دست، نیم درصد دیه کامل و ناخن انگشت شست پا، سه درصد دیه کامل و سایر ناخن‌های انگشت پا یک درصد دیه کامل است.»

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. المقنع. قم: امام هادی (ع). چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی. الوسيلة الى نيل الفضيلة. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره). چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد. المقتصر من شرح المختصر. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.

آبی، حسن بن ابیطالب. کشف الرموز فی شرح المختصر النافع. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی. چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الأصول. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
تبریزی، جواد. تنقیح مبانی الأحکام: کتاب الدیات. قم: دار الصدیقة الشهیدة (س). چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.

حسینی شیرازی، محمد. الفقه: کتاب الدیات. قم: مکتبة الإمام المهدي (عج). چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ اول، ۱۳۲۶ق.

حکیم، محمدتقی. الأصول العامة فی الفقه المقارن. قم: بی نا. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
خمینی، روح الله. تحریر الوسيلة. قم: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۲۷ق.
خویی، ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
خویی، ابوالقاسم. مصباح الاصول. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
روحانی، صادق. فقه الصادق علیه السلام. قم: دار الکتاب - مدرسه امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار؛ دفتر حضرت آیت الله. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.

شوشتری، محمدتقی. النجعة فی الشرح للمعة. تهران: کتاب فروشی صدوق. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
شهید اول، محمد بن مکی. اللعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة. بیروت: دار التراث؛ الدار الإسلامیة. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللعة الدمشقیة. قم: کتاب فروشی داوری. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

صیمری، مفلح بن حسن. غایة المرام فی الشرح شرائع الإسلام. بیروت: دار الهادی. چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
طباطبایی، علی بن محمد. الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع؛ حدیقة المؤمنین. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی قدس (سره). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.

طوسی، محمد بن حسن. النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتاب العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.
طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیة. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. إرشاد الأذهان إلى احكام الإيمان. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشيعة في احكام الشريعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی قدس سره. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.

فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۳۸۷ق.
ققعانی، علی بن علی. الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقات و العقود. قم: مکتبه امام العصر (عج) العلمية. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

فیض کاشانی، ملا محسن. مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره). چاپ اول، بی تا.
قبله ای خوبی، خلیل. ترجمه و تعلیق بر مبانی تکملة المنهاج. تهران: سمت. چاپ اول، ۱۳۹۲.
قطب الدین کندی، محمد بن حسین. اصباح الشیعه بمصباح الشریعة. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامی. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی قدس سره. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن. شرایع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
مدنی کاشانی، رضا. کتاب الدیات. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
مظفر، محمد رضا. اصول الفقه. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. قم: نسل جوان. چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه الدیات. قم: مکتبه امیرالمؤمنین. چاپ اول، ۱۳۷۵.
موسوی خوانساری، احمد. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
نائینی، محمد حسین. اجود التقريرات. قم: عرفان. چاپ اول، ۱۳۵۲.

Transliterated Bibliography

Ābī, Ḥasan ibn Abī Ṭālib. *Kashf al-Rumūz fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfiʿ*. Qum: Intishārāt-i Daftar-i Tablighāt-i Islāmī. Chāp-i Sivum, 1996/1417.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzim ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1989/1409.

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Irshād al-Adhhān ilā Ahkām al-Īmān*. Qum: Intishārāt-i Daftar Tablighāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shiʿa fī al-Ahkām al-Shariʿa*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Duvum, 1993/1413.

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Ahkām al-Shariyah ʿalā **Mazhab** al-Imāmiya*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 2000/1420.

Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām ʿan Qawāʿid al-Ahkām*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Fāḍil Miqdād, Miqdād ibn ʿAbd Allāh. *al-Tanqīḥ al-Rāʾi li-Mukhtaṣar al-Sharāʾiʿ*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Marʿashī **Najafi**. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Fakhr al-Muḥaqqiqin, Muḥammad ibn Ḥasan. *Īdāḥ al-Fawāʿid fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawāʿid*. Qum: Ismāʿiliyān. Chāp-i Awwal, 1967/1387.

Faqʿānī, ʿAlī ibn ʿAlī. *al-Durr al-Manḍūd fī Maʿrifā Shiyagh al-Niyyāt wa al-Iqāʿāt wa al-Uqūd*. Qum: **Maktaba** Imām al-ʿAṣr al-ʿIlmiyya. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Fiyḍ Kāshānī, Mulā Muḥsin. *Mafātiḥ Sharāʾiʿ*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Marʿashī **Najafi**. Chāp-i Awwal, s.d.

Ḥakīm, Muḥammad Taqī. *al-Uṣūl al-ʿĀmah fī **Al-Fiqh** al-Muqārīn*. Qum: s.n. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Ḥurr ʿĀmili, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasāʾil al-Shiʿa ilā Taḥṣīl Masāʾil al-Shariʿa*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Ḥusaynī ʿĀmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawāʿid ʿAllāma*. Beirut: **Dār Ihyaʾ al-Tūrāth al-ʿArabi**. Chāp-i Awwal, 1908/1326.

Ḥusaynī Shīrāzī. Muḥammad. *al-Fiqh: Kitāb-i al-Diyāt*. **Maktaba** al-Imām al-Mahdī(AS). Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Ibn Ḥamzih, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Wasīlah ilā Niyāl al-Faḍīlah*. Qum: Intishārāt-i Kitābkhānah Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī. Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Muqni’*. Qum: **Imām Hādī(AS)**. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Duwwum. 1993/1413.

Ibn Fahd Ḥilli, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Muqtaṣar min Sharḥ al-Mukhtaṣar*. Mashhad: Majma‘ Buḥūth al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā’ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.

Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Qum: Mū’assisa Āsar-i Imām Khū’ī, Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Qum: Mū’assisa Ihya’ Āsar Imām Khū’ī. Chāp-i Awwal, 2007/1428.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Taḥrīr al-Wasīlah*. Qum: Dār al-‘Ilm. Chāp-i Awwal, 2006/1427.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmī. Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.

Madanī Kāshānī, Rizā. *Kitāb-i al-Dīyāt*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1988/1408.

Majlisi, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Malādh al-Akhyār fi Fahm Tahdhīb al-Akhhār*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Mar‘ashī **Najafī**. Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Uṣūl*. Qum: Nasl-i Javān. Chāp-i Awwal, 2007/1428.

Muḥaqqiq Ḥilli. Ja‘far ibn Ḥasan. *Sharāy‘ al-Islām fi Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā‘īliyyān. Chāp-i Duwwum, 1988/1408.

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Fā’ida wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Musawī Ardabīlī, ‘Abd Karīm. **Fiqh** *al-Dīyāt*. Qum: Maktaba Amīr al-Mu’minīn. Chāp-i Awwal, 1997/1375.

Musawī Khuwānsārī, Aḥmad. *Jāmi‘ al-Madārik fi Sharḥ Mukhtaṣar al-Nāfi’*. Qum: Ismā‘īliyyān. Chāp-i Duwwum, 1985/1405.

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 2009/1430.

Nā’īnī, Muḥammad Ḥusayn. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Qum: ‘Irfān. Chāp-i Awwal, 1973/1352.

Qiblahī Khū’ī, Khalīl. *Tarjumah va Ta’līq bar Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Tehran: Samt. Chāp-i Awwal,

2014/1392.

Qutb al-Dīn Kiydarī, Muḥammad ibn Ḥusayn. *Iṣbāḥ al-Shi'a bi Miṣbāḥ al-Sharī'a*. Qum: Imām Ṣādiq (AS). Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Rūḥānī, Ṣādiq. *Fiqh al-Ṣādiq(AS)*. Qum: Dār al-Kitāb- Madrisah-yi Imām Ṣādiq (AS). Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Sabzawārī, 'Abd al-A'lā. *al-Muhadhdhab al-Aḥkām fi Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: al-Minār; Daftar Ḥaẓrat Āyat Allāh. Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.

Ṣāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharā'i al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī. Chāp-i Haftum, 1984/1404.

Ṣaymarī, Mufliḥ ibn Ḥasan. *Ghāyat al-Marām fi Sharḥ Sharā'i al-Islām*. Beirut: Dār al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1999/1420.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Lum'a al-Dimashqiya fi Fiqh al-Imāmiya*. Beirut: Dār al-Turāth; Dār al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahīya fi Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiya*. Qum: Kitābfurūshī al-Dāwārī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i al-Islām*. Qum: Mū'assisa al-Ma'ārif al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Shushtarī, Muḥammad Taqī. *al-Naj'a fi al-Sharḥ al-Lum'a*. Tehran: Kitābfurūshī Ṣadūq. Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Ṭabāṭabāyī, 'Alī ibn Muḥammad. *al-Sharḥ al-Ṣaghīr fi Sharḥ Mukhtaṣar al-Nāfi'; Ḥadiqa al-Mūminīn*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar'ashī **Najafi**. Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Tabrizī, Javād. *Tanqīḥ Madanī al-Aḥkām: Kitāb-i al-Diyāt*. Qum: Dār al-Ṣidiqa al-Shahīda. Chāp-i Awwal, 2007/1428.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Nihāya fi Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī. Chāp-i Duvum, 1980/1400.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhīb al-Aḥkām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.



Analyzing the Impact of Father-Son Relationship on Crimes Against Property and the Issuance of Discretionary Judgment (*Hukm-i Ta'zirī*)

Dr. Mohammad Reza Rezvan Talab (Corresponding Author), Late Associate Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, University of Tehran, Tehran, Iran

Email: mrezvan@ut.ac.ir

Davood Darrehshiri, PhD Candidate of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

According to the *Shr'a* jurisconsults, the execution of punishment (*hadd*) cannot be applied if the thief is the father or paternal grandfather of the victim. The question is whether in this case it is neither possible to implement the discretionary punishment (*Ta'zirī*) as well as the punishment of *hadd*. Adopting the descriptive-analytical method, the current study attempts to demonstrate that issuing discretionary judgment is not possible, and that such an offender cannot be labeled as a thief. Moreover, according to the evidence and documentations, this ruling applies not only to theft, but also to other crimes against property. Given the current legislative status, it is possible to employ this theory in the implementation of law as well.

Keywords: discretionary (*Ta'zirī*) theft, crimes against property, the punishment of *hadd* for the thief, Theft of father from son





بررسی تأثیر رابطه ابوت بر تحقق جرایم علیه اموال و صدور حکم تعزیری

زننده یاد دکتر محمدرضا رضوان طلب (نویسنده مسئول)

دانشیار درگذشته گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

Email: mrrezvan@ut.ac.ir

داود دره شیرینی

دانشجوی دوره دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

چکیده

بنابر نظر فقهای شیعه چنانچه سارق، پدر یا جد پدری مالباخته باشد امکان اجرای حد فراهم نیست. در این صورت آیا علاوه بر حد، مجازات تعزیری مرتکب نیز ناممکن می‌گردد یا خیر؟ در این مقاله به روش توصیفی تحلیلی سعی در اثبات این موضوع به عنوان یک حکم فقهی معتبر شده است که امکان اعمال مجازات و صدور حکم تعزیری وجود ندارد و نمی‌توان به چنین مرتکبی عنوان سارق را بار نمود علاوه بر این با توجه به ادله و مستندات این نظر قائل به این هستیم که علاوه بر عنوان سرقت در خصوص سایر جرایم علیه اموال نیز همین حکم جاری می‌باشد و با توجه به وضعیت تقنینی موجود امکان بکارگیری این نظریه در مقام اجرای قوانین نیز وجود دارد.

واژگان کلیدی: سرقت تعزیری، ابوت، اموال، حقوق، مجازات

مقدمه

وجود حق مالکیت در خصوص مالی، مقتضی آن است که خروج آن از تسلط مالک بدون اذن یا اجازه وی پذیرفته نباشد؛^۱ لذا به محض پیدایش مفهوم مالکیت، در صورتی که مال بدون رضایت از ید مالک خارج شود، مرتکب این فعل، مستحق تقبیح و مذمت و مجازات شمرده می‌شود. بازگرداندن اصل مال به صاحب آن و جبران خسارت، بخش تردیدناپذیر این عقوبت‌هاست که تحت عنوان رسیدگی حقوقی از آن یاد می‌شود. جنبه دیگر بحث، عقوبت کیفری فاعل است. شارع مقدس نیز در خصوص هر دو جنبه، احکامی بیان کرده است. آنچه در این نوشتار مدنظر قرار گرفته است، بررسی مجازات کیفری پدر و جد پدری از اموال فرزند در حد تعزیر و امکان تعمیم آن به سایر جرایم علیه اموال و مالکیت است.

به‌طور طبیعی، مجازات مرتکب جرم، فراگیر و غیرناظر به آحاد و اشخاص مرتکب است؛ لیکن فقها در مواضع مختلفی در خصوص مجازات پدر و جد پدری در قبال ارتکاب جرم نسبت به فرزند احکام جدیدی را بیان کرده‌اند؛ از جمله، در مبحث قتل فرزند توسط پدر^۲ و نیز بحث کذب فرزند توسط پدر^۳ یا سرقت حدی پدر از اموال فرزند،^۴ به صراحت قائل به عدم اجرای قصاص و حد شده‌اند، به گونه‌ای که ادعای اجماع در تعیین این احکام شده است.^۵

در باره نحوه مواجهه با سرقت تعزیری پدر و جد پدری از اموال فرزند و ورود آن به مباحث کیفری، حکم مورد اتفاقی در منابع فقهی وجود ندارد و همین اختلاف نظر در سیاست تقنینی نظام حقوقی ایران نیز دیده می‌شود که شرح موضوع در ادامه مباحث بیان خواهد شد. این اجمال و ابهام سبب شده است لزوم ورود به بحث، به صورت متمایز جلوه پیدا کند. این چالش در حال حاضر در خصوص پرونده‌های جاری در دستگاه قضایی کشور فراروی قضات این پرونده‌ها قرار گرفته و رویه قضایی نیز از این منظر دچار تشتت شده است.

چند سؤال مهم وجود دارد، در صورتی که سرقت توسط پدر یا جد پدری صورت گیرد، آیا اساساً مرتکب، مستوجب مجازات است یا خیر؟ در صورت عدم امکان اعمال مجازات حدی، آیا امکان مجازات تعزیری نیز وجود ندارد؟ اگر در وجود مؤلفه‌های حکم کیفری دچار شک شویم، اصل و قاعده در این باره چیست؟ اگر قائل به این هستیم که مطلقاً امکان اعمال مجازات وجود ندارد، این حکم به سایر جرایم علیه

۱. امامی، حقوق مدنی، ۴۲؛ احمدی میانجی، مالکیت خصوصی در اسلام، ۶۸.

۲. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۶۹/۶۲؛ ابن‌براج، المذهب، ۴۵۹؛ محقق حلی، نکت النهایة، ۳۷۱.

۳. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۴۹/۱۳.

۴. علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۱۸۹.

۵. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۶۳/۳.

اموال و مالکیت نیز تعمیم‌دادنی است یا خیر؟ رفع ابهام و جواب‌دادن به این سؤالات، منوط به بررسی دقیق موضوع است. در صورتی که بتوان علت صدور حکم در خصوص سرقت حدی را استنباط کرد و به شناخت دقیقی از این موضوع رسید، آنگاه می‌توان پاسخ دقیقی به این سؤالات داد. اگر متوجه شویم حکم شارع، بیان مصداقی از مصادیق اصل کلی است، متفاوت از این است که بیان شارع در خصوص سرقت حدی را استثنای بر حق مالکیت فرد و تبعات و آثار ناشی از آن بدانیم. بدیهی است، در صورت اول، امکان بررسی بحث در سایر جرایم علیه اموال نیز وجود دارد، هرچند جزئیات و استثنائاتی وجود دارد که باید بیان شود. فروع بحث از جهات مختلفی تفکیک‌شدنی و درخور بررسی است؛ از جمله اینکه، آیا تسری حکم عدم امکان مجازات به غیر از پدر وجود دارد یا خیر؟ برخی قائل به امکان شده‌اند.^۱ بررسی آن‌ها می‌تواند موضوع مقاله دیگری قرار گیرد، لیکن این نوشتار سعی بر پاسخ‌گویی به همان ابهامات مطروحه دارد. به هر روی، ارائه پاسخ متقن منوط به تحلیل دقیق ارکان جرایم علیه اموال است و بزه سرقت به‌عنوان نمونه‌ای از این نوع جرایم بررسی قرار شده است، لیکن استدلال‌ات مطروحه در متن، منطبق با سایر جرایم از این نوع است.

در زمینه سوابق پژوهش، هرچند در خصوص تأثیر خویشاوندی بر نحوه اجرای قوانین کیفری مقالاتی تحریر شده است که در ادامه به تعدادی از آن‌ها اشاره می‌شود؛ لیکن درباره تأثیر رابطه ابوت تاکنون مقاله‌ای به چاپ نرسیده است. مقالات مرتبط و تفاوت‌های آن با پژوهش حاضر به شرح زیر نمایه می‌شود. ۱. «بررسی مجازات سرقت از فرزندان»، نوشته دکتر محمد اسحاقی، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۴۶، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، این مقاله به شرایط سرقت حدی اختصاص یافته و درباره تعمیم معافیت مجازات پدر به مادر نیز بحث شده است، اما سایر موضوعات این پژوهش در آن مقاله مطرح نشده است.

۲. «تأملی فقهی در حکم سرقت مادر از اموال فرزندان»، نوشته فاطمه قدرتی و مجتبی عظیم‌پناه در مجله فقه و حقوق خانواده، بهار و تابستان ۱۳۹۶، شماره ۶۶. همان‌طور که عنوان مقاله نمایانگر آن است، تفاوت موضوع با مقاله حاضر واضح و روشن است. بنابراین، پژوهش خانم قدرتی اشاره‌ای به حکم سرقت تعزیری پدر از اموال فرزند ندارد.

۳. «بررسی فقهی بند ۶ ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی»، نوشته حسین جاور و علی مراد حیدری و محدثه اصولی یامچی، مجله پژوهش‌های فقهی، شماره ۴، دوره یازدهم زمستان ۱۳۹۴، موضوع آن مربوط

۱. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۳۵/۹.

به شمول حکم معافیت از کیفر پدر در باب سرقت از اموال فرزند به سرقت پدر بزرگ از اموال نوه است و تمایز آن با موضوع این نوشتار واضح است.

۴. «بررسی ابعاد فقهی و حقوقی حدیث أَنْتَ وَ مَالُكَ لِأَبِيكَ (ولایت پدر بر فرزند)»، نوشته خلیل الله احمدوند در دو فصلنامه تحقیقات حقوق قضایی، دوره اول، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، شماره دوم، نویسنده در این مقاله ورود در مباحث ولایت پدر بر فرزند از منظر حقوق مدنی داشته است، بدین سبب که تعیین کند از منظر حقوق خصوصی، پدر تا چه حد حق تصرف در اموال فرزند را دارد و از این نظر با مقاله حاضر متمایز است.

پژوهش حاضر می تواند راهگشای چالش ها و بن بست های موجود در پرونده های موجود در نظام قضایی کشورمان باشد که با این عنوان در دادگاه ها و محاکم گشوده شده است. از این رو، ثمره این تحقیق تنها به درآمدی علمی محدود نمی شود؛ بلکه در صورت موفقیت پژوهشگر در ارائه ادله متقن می تواند منشأ آثار عملی در نظام قضایی باشد. افزون بر اینکه، موضوع سرقت تعزیری در هیچ کدام از پژوهش ها بررسی نشده است و لذا می تواند دارای آورده جدید نیز تلقی شود. در راستای ارائه پاسخ دقیق به سؤالات پژوهش و اثبات فرضیه، ابتدا موضوع را از منظر فقهای امامیه و اهل سنت بررسی می کنیم و سپس به بررسی سیاست تقنینی و رویه قضایی در این خصوص می پردازیم.

۱. ارتکاب جرم سرقت توسط پدر علیه فرزند از منظر فقه امامیه

تعدی و تجاوز به حقوق دیگران از چالش های پرتکراری است که به دغدغه ای مهم در زندگی همه انسان ها تبدیل شده است. این چالش، فقه و حقوق اسلامی را به عرصه پاسخ گویی درباره احکام این مسئله کشانده است و برقراری موازنه بین میزان خسارت ناشی از تعدی و جزای ارتکاب این تعدی ضروری می نماید.

وجهی از جبران به موضوع خسارات ناشی از این فعل بر می گردد که در نظام مسئولیت مدنی جای می گیرد و از شمول بحث حاضر خارج است. وجه دیگر، مقابله کیفری با موضوع است؛ چراکه با فعل مرتکب، نظم اجتماعی و حقوق اشخاص تضییع شده است و این تضییع نیاز به برخورد مناسب و پیشگیرانه با موضوع دارد تا هم خود مرتکب به عقوبت فعل خود برسد و هم از ارتکاب رفتار مشابه و مجدد ازسوی وی یا سایر افراد جلوگیری شود. لذا در منظر عرف و عام باید تحلیل و توجیه دقیقی درباره تناسب بین رفتار ارتكابی و مجازات مربوطه وجود داشته باشد؛^۱ به همین دلیل است که نظر شریعت بر این

۱ خمینی، کتاب البیع، ۳/۶۶.

نیست که برای هر کار خلاف و حرامی، عقوبت مجازات‌گونه قرار دهد. تطبیق این ادعای مطرح‌شده با قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» بدین صورت است که هرچند در نگاه اولیه به نظر می‌رسد باتوجه‌به این قاعده برای هر عمل حرامی بنابر نظر برخی شلاق در نظر گرفته شده است؛ لیکن نگاه دقیق‌تر این است که تعزیر، اعم از کیفرهایی از قبیل شلاق و حتی مواردی مثل توبیخ یا موعظه است^۱ و باید از نگاه نادرست مبنی بر اینکه به هر عمل حرامی باید کیفری از قبیل مجازات‌های موجود در متن قوانین کیفری داده شود، پرهیز کرد؛ چراکه در پس قاعده پیش‌گفته، قاعده تعزیر بما یراه الحاکم قرار داده شده است تا به‌نوعی اختیار تعزیر به دست حاکم باشد تا بسته به هر موضوعی حکم صادر کند و طبیعی است این اختیار از این نظر بوده که حاکم بتواند در مواردی تعزیر را در حد توبیخ یا موعظه‌ای تقلیل دهد،^۲ عملی که به‌هیچ‌عنوان در نظر عرف، مجازات و کیفر تلقی نمی‌شود.^۳ مواجهه شریعت با بسیاری از اعمال خلاف شرع نیز در حد تأدیب مرتکب است و نظری بر اعمال مجازات‌های مرسوم نداشته است؛ به بیان دیگر، شریعت مقدس در مواجهه با بسیاری از افعال از قبیل دروغ و غیبت و ترک نماز، حکم تعزیری بر موضوع بار نمی‌کند و تأدیب مرتکب را کافی می‌داند.

در خصوص سرقت پدر از اموال فرزند، عده‌ای از فقها قائل‌اند که ربودن مال غیر، جرم است و در صورتی که هر فردی مرتکب این جرم شود، خواه رابطه خویشاوندی باشد و خواه نباشد، باید مجازات شود، لیکن اگر پدر علیه فرزند خود مرتکب جرم سرقت شود، در صورتی که سرقت حدی باشد، اکثریت فقها قائل به عدم اجرای حد در خصوص پدر شده‌اند.^۴ ادله آن‌ها نیز در نظر برخی، روایت^۵ و برخی، اجماع^۶ است و بعضی نیز با قیاس سرقت از مال فرزند به قذف،^۷ قائل به عدم امکان اجرای حد شده‌اند. هرچند عدم اجرای حد در خصوص پدر مورد اتفاق فقهای امامیه است؛ لیکن در این خصوص که آیا پدر از مجازات تعزیری نیز معاف است یا خیر؟ حکم مورد اتفاقی وجود ندارد. نظر فقها در این خصوص در دو دسته درخور طبقه‌بندی است که در ادامه اشاره می‌شود.

۱. منتظری، نظام الحکم فی الإسلام، ۳۰۵؛ غلامی، «سازوکارهای اجرای قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»»، ۴.

۲. کدخدایی، «بررسی فقهی و حقوقی قاعده «التعزیر فی کل معصیه»»، ۱۰۳.

۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۴۸/۴۱.

۴. ابن‌زهره، غنیة النزوع، ۴۳۵.

۵. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۸۸/۴۱.

۶. طوسی، الخلاف، ۴۸۸/۵.

۷. فاضل لنگرانی، تفصیل الشریعة، ۴۹۸.

۲. ادله قائلان به امکان اجرای مجازات تعزیری

بسیاری از فقها قائل اند که اگر مرتکب سرقت، پدر یا جد پدری باشد، در صورتی که حد جاری نشود باید مرتکب، محکوم به تعزیر شود. بیان فقها در این خصوص متفاوت است؛ لیکن بازگشت نظر آنها به دو دلیل است.

۲. ۱. لزوم عقوبت مرتکب فعل قبیح

اولین و مهم ترین استدلال این است که حکم اولیه و عام، مجازات فاعل فعل قبیح از جمله سرقت است؛ یعنی اساساً مرتکب هر فعل حرامی یا ترک کننده هر واجبی باید مجازات شود و استثنائی وجود دارد که آن هم در موردی است که سرقت، حدی و سارق، پدر مال باخته باشد که در این مورد حد جاری نمی شود.^۱ در این خصوص، سارق از سارق بودن خارج نمی شود و همچنان عنوان سارق بر وی صدق می کند و فقط مجازات حد بر وی بار نمی شود و در صورت وجود شرایط و تطبیق موضوع با سرقت تعزیری می توان مجدداً به حکم عام رجوع کرد. به بیان دیگر، این دسته از فقها حکم مندرج در باب سرقت حدی را درخور تعمیم به سایر موارد نمی دانند. در نظر قائلان به این نظر، خروج پدر از شمول حکم سرقت حدی، موافق قاعده نیست و امکان اخذ وحدت ملاک وجود ندارد. جالب است که این دسته از فقها در مقام بیان حکمت و مؤید این نظر اعلام می دارند که اجرای حد سرقت، سبب از بین رفتن واجباتی از قبیل وجوب اعظام و... می شود و شریعت موافق این نیست که با اجرای حدودی که حق الله است سایر موارد واجب از بین برود.^۲

۲. ۲. روایات منع عقوبت پدر

علت دیگر بیان شده در این خصوص، به نوعی استنباط از مفاد احادیث و روایات است: «به نقل از حسین بن ابی علاء، به امام صادق (ع) عرض کردم: چه مقدار از مال فرزند برای پدر حلال است؟ حضرت فرمود: هرگاه ناچار شود می تواند به اندازه خوراک روزانه خود به شرطی بردارد که در حد اسراف نباشد. عرض کردم: پس فرموده رسول خدا (ص) چیست که وقتی شخصی پدر خود را پیش آن حضرت به دادخواهی آورد، پیامبر فرمود: «خودت و دارایی ات از آن پدرت هستی»؟ امام (ع) فرمود: او پدر خود را پیش پیامبر (ص) آورد و گفت: ای رسول خدا! این پدر من حق مرا از ارثیه مادرم نمی دهد و پدرش به رسول خدا عرض کرد: آن را خرج او و خودش کرده است. در اینجا بود که رسول خدا (ص) فرمود: «تو و دارایی ات از آن پدرت هستی» و آن مرد چیزی نداشت که به پسرش بدهد؛ چون همه را خرج او و خودش

۱. قمی، جامع الخلاف و الوفاق، ۵۹۷.

۲. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۳۵/۹.

کرده بود. آیا رسول خدا(ص) باید پدر را به دلیل اعتراض فرزند بازداشت می کرد؟!^۱ احادیثی نیز از شخص رسول اکرم(ص) بیان شده که نمایانگر همین مفهوم است، از جمله: «پیامبر خدا(ص) به مردی که به ایشان عرض کرد: من برای خود مال و عیالی دارم و پدرم نیز برای خودش مال و عیالی دارد و حالا می خواهد اموال مرا بگیرد، فرمود: هم خودت و هم اموالت از آن پدرت هستی»^۲ و «پیامبر خدا(ص) به مردی که به ایشان عرض کرد: پدرم دارایی مرا غصب کرده است، فرمود: خودت و داراییات از آن پدرت هستی»^۳ و «پیامبر خدا(ص) به مردی که از پدر خود نزد آن حضرت به شکایت آمده بود، فرمود: تو و داراییات از آن پدرت هستی»^۴؛ توضیح اینکه، به دلیل وجود این احادیث نمی توان اجرای حد سرقت را بدون شبهه دانست؛ لذا به دلیل وجود شبهه و باتوجه به شمول قاعده درأ، امکان اجرای سرقت حدی فراهم نیست، اما در خصوص سرقت تعزیری، دلیلی بر اعمال قاعده درأ وجود ندارد و این شبهات مانع از اعمال مجازات تعزیری نیست.^۵ استفاده فقها از این حکم برای رفع حکم حدی نشان می دهد که حدیث نیز انصرافی ندارد به مولی علیه و فرزند نابالغی که پدر بر وی ولایت دارد. همچنین اشاره و برداشت فقهی و صدور این حکم از سوی پیامبر اکرم(ص) در مقابل تقاضای صدور حکم فرزند در موارد متعدد، حاکی از این است که حدیث مزبور فقط واجد جنبه پند و نصیحت اخلاقی نیست و باید به عنوان حکمی پذیرفته شود.^۶

۳. ادله قائلان به عدم امکان مجازات تعزیری پدر در سرقت از اموال فرزند

در مقابل، عده ای از فقها قائل اند که امکان تعیین و اجرای مجازات وجود ندارد؛ چه حدی باشد و چه تعزیری. آیت الله مکارم شیرازی در این خصوص اعلام می دارد: «سؤال ۹۷۳: هنگامی که سارق، پدر یا جد پدری صاحب مال باشد، آیا تنها حد سرقت از او ساقط می شود یا سایر عقوبات نیز از او برداشته می شود؟ پاسخ: از باب سرقت، حد و تعزیر ندارد، مگر اینکه عنوان ثانویه ای بر موضوع تطبیق یابد»^۷ بعضی از فقها نیز با کمی احتیاط،^۸ اجرا و اعمال تعزیر در چنین فرضی را ناممکن می دانند و دلایلی نیز در

۱. کلینی، الکافی، ۱۳۶/۵.

۲. طوسی، المبسوط، ۳۶/۶.

۳. محمدی ری شهری، میزان الحکمة، ۵۰۳/۱۳.

۴. محمدی ری شهری، میزان الحکمة، ۵۰۳/۱۳.

۵. قمی، جامع الخلاف و الوفاق، ۵۹۷.

۶. خمینی، کتاب البیع، ۴۴۱/۲؛ «فان الظاهر منها أن قوله (ص) مخصوص بهذا المورد فقط، لغرض انصراف الولد عن والده، لكن فيه مع كلام في سندها أن ما ورد هذه الجملة فيها روايات كثيرة صحيحة السند لا يمكن رفع اليد عنها بمثل هذا الأشعار الضعيف. مع أن عدم قبول دعوى الولد دليل على أن قوله (ص) ليس موعظة، بل الحكم الشرعي»

۷. مکارم شیرازی، الفتاوى الجديدة، ۳۳۶/۳.

۸. تبریزی، أساس الحدود و التعزیرات، ۳۲۱؛ «يمكن الاستدلال على ذلك بما ورد من أن الولد و ماله لأبيه، بمعنى أن الوالد لا يؤخذ بالتعزیر بسبب مال ولده، و

این خصوص بیان کرده‌اند. براساس بررسی ادله احکام، می‌توان حکم معتبر را در این خصوص تعیین کرد.

۳. ۱. دلیل نقضی

موافقان اجرای مجازات، به مواردی به عنوان دلیل یا مؤید اشاره کرده‌اند، از جمله اینکه؛ عدم اجرای حد از این روست که اجرای آن منجر به از بین رفتن واجباتی، از قبیل صلۀ رحم می‌شود.^۱ این موارد، اعم از اینکه دلیل یا مؤید تلقی شوند، در سرقت تعزیری نیز وجود دارند، حتی می‌توان گفت: به طریق اولی باید جلوی اجرای مجازات را گرفت؛ چراکه از منظر قانونی نیز مجازات بارشده بر پدر مرتکب سرقت تعزیری، حبس است و در پیشگاه وجدان و عقل سلیم کدام مورد مانع صلۀ رحم است؛ قطع ید پدر یا وجود پدر در زندان؟ و اگر علت عدم اجرای حد، مخالفت آن با لزوم اعظام پدر و جد پدری باشد،^۲ هر دو مورد حد و تعزیر، مخالف با اعظام و بزرگداشت است؛ لذا اگر این موارد، دلیل است، باید آن را در خصوص سرقت تعزیری نیز جاری بدانیم.

۳. ۲. قیاس اولویت

اگر علت عدم اجرای حد، احادیث پیش گفته و ایجاد شبهه باشد، باید در خصوص سرقت تعزیری نیز به قیاس اولویت حکم اجرا نشود. قبل از تشریح این قیاس لازم به توضیح است که ممکن است عده‌ای در ردّ این نظر که امکان اجرای مجازات تعزیری فراهم نیست، اعلام کرده باشند: اگر شارع مقدس از حکم سرقت حدی که اشدّ است عدول کرده است، دلیل بر عدول از مجازات اخف نیست و در این موارد که مجازات خفیف‌تر است، شارع سکوت کرده است و حکم عام باید اجرا شود. اگر فقط به هر دو مجازات توجه شود، به نظر می‌رسد این ادعا صحیح باشد، اما قاعدتاً نباید این نوع نگاه را دقیق دانست؛ چراکه آنچه باید لحاظ شود، مجازات نیست؛ بلکه جرم ارتكابی است که متناسب با آن، چه برخوردی داشته باشیم؛ لذا باید از این تحلیل دست کشید.

اصل تناسب بین جرم و مجازات چنین حکم می‌کند که باید بین جرم ارتكابی و درجه شدت و ضعف و اثرات آن و مجازات مربوطه تناسب باشد، اگر قانونگذار در خصوص موضوع سرقت حدی، حکم قطع ید بار می‌کند، نشان از اثرات سوء و شدید سرقت مزبور دارد و اگر سرقت دارای این آثار نبود، قانونگذار نیز چنین مجازات سنگینی بر آن بار نمی‌کرد؛ در نتیجه باید تخفیف یا تعلیق یا عدم اجرای مجازات چنین جرمی به حداقل ممکن برسد؛ بنابراین اگر قانونگذار در خصوص سرقت حدی، حکم به عدم مجازات پدر

مقتضی هذا و ما قبله عدم الفرق بین الأب و الجد للأب و ان علا.

۱. سابق، فقه السنة، ۴۹۱/۲.

۲. شهید ثانی، الروضة البهیة؛ رافعی قزوینی، العزیز شرح الوجیز، ۱۸۲/۸.

و جد پدری می‌دهد، به طریق اولی باید در خصوص سایر سرقت‌ها که بنابر فرض، اخف از موضوع سرقت حدی است و آثار سوء کمتری دارد نیز حکم به عدم اجرای مجازات دهد. چگونه ممکن است شارع مقدس پدری را که مرتکب سرقت شدیدالوجهی نسبت به اموال فرزند شده است از مجازات معاف کند، لیکن اگر پدر مرتکب سرقت خفیف‌تری شود، حکم به مجازات و کیفر مرتکب بدهد؛ منطقی نیست باوجود حکم موجود در سرقت حدی باز هم قائل به اجرای مجازات در سرقت تعزیری باشیم. همین قیاس اولویت، در نظر قائلان به امکان اعمال مجازات تعزیری نیز بیان شده است و در مقام بیان علت اینکه چرا حد قذف و حد سرقت بر پدر جاری نمی‌شود، اعلام داشته‌اند: چگونه ممکن است مجازات اشد که قصاص است از مرتکب برداشته شود، ولی مجازات اخف که قطع ید و جلد است، مورد حکم قرار گیرد.^۱ این دسته از فقها قائل‌اند که به‌منظور تعیین اولویت باید آنچه که مرتکب انجام داده است بررسی شود؛ اگر پدر، مرتکب عمل دارای اثر بعضاً جبران‌نشدنی مانند قتل علیه فرزند شده است و باین‌وجود، از مجازات معاف می‌شود، چگونه در زمان انجام عملی که دارای خسارت کمتر است عقوبت شود؟ شارع نیز علی‌رغم حساسیتی که در اجرای حدود الهی و عدم تعطیل اجرای آن دارد، درباره سرقت پدر، حد را متوقف می‌کند و قاضی را از صدور حکم، به دلیل لزوم حفظ جایگاه ابوت منع می‌کند و درباره اجرای تعزیر که اختیار آن در دستان قاضی نهاده شده است، سکوت می‌کند. به نظر می‌رسد در این باره قاضی رأساً باید استنباط کند و از صدور حکم تعزیری خودداری کند.

۳.۳. امکان تعمیم مالکیت فرزند به پدر

تاکنون، اقوال فقها در خصوص پدر و جد از اموال فرزند و ادله هر یک از نظرات بیان شد. از آنجاکه قاعده جزایی برای تضمین حقوق مالی وضع می‌شود^۲ و به بیان دیگر، مقررات جزایی زمانی استفاده و حکم به مجازات می‌شود که بتوان به مرتکب جرم، از بین بردن مال غیر را منتسب کرد؛ لذا به نظر نگارنده به‌گونه دیگری نیز می‌توان موضوع را بررسی کرد. به همین منظور برای بررسی حکم و اثبات فرضیه مطروحه ابتدا باید اصل سرقت را تحلیل و تعیین کنیم که در خصوص جرم سرقت، عنوان مالک و ملک چگونه و درباره چه شخص یا اشخاصی محقق می‌شود.

سرقت عبارت است از ربودن مال غیر. پس در هر سرقتی، به‌ناچار باید سه رکن باشد: اولاً، ربودن باشد، به‌گونه‌ای که مال از تسلط مالک خارج شود و تا زمانی که از تسلط خارج نشود سرقت واقع نمی‌شود و در بعضی فروض می‌تواند مصداق شروع به جرم باشد؛ ثانیاً، آنچه از تسلط مالک خارج می‌شود، مالیت

۱. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة: الحدود، ۴۹۸؛ موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۱۴۹/۱۳؛ نجفی مرعشی، السرقة علی ضوء القرآن و السنة، ۹۴.

۲. خدابخشی، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، ۲۹۱.

داشته باشد؛ با این قید، مواردی که موضوع سرقت شیئی فاقد مالیت است خارج می‌شود، حتی این شرط مالیت به صورتی توسط قانونگذار و مجریان قانون پذیرفته شده است که در بعضی موارد، به دلیل مالیت شرعی نداشتن مشروبات الکلی، آن را از شمول عنوان قاچاق اموال نیز خارج دانسته‌اند؛^۱ ثالثاً، این مال مسروق، متعلق حق غیر باشد. از جمع این سه شرط است که می‌توان مرتکب را به جرم سرقت محکوم کرد. در فرض مورد بحث، دو مورد اول (ربودن و مالیت) وجود دارد، لیکن تعلق حق غیر بر این مال محل مناقشه است. توجه به حدیث ذکرشده از امام صادق (ع) و سایر احادیث نشان می‌دهد که قید «أنت و مالک لأیک» وجه مشترک استدلال در تمام این احادیث است. نکته اینجاست که پیامبر اکرم (ص) در مقام صدور حکم نگفته‌اند هرچند سرقت شکل گرفته است، لیکن پدر مجازات نمی‌شود؛ بلکه گفته‌اند اساساً مال برده‌شده تنها متعلق به شاکی نیست و به پدر نیز متعلق است. در خصوص حدیث مزبور، اقوال و برداشت‌های متعددی صورت گرفته است که پیش از این، اهم آن موارد بیان شد، اما همان‌گونه که اشاره شد حدیث مزبور صرفاً موعظه اخلاقی نیست و باید آن را همانند حکمی شرعی تلقی کرد.^۲ بر همین اساس، در صدور احکام نیز منشأ اثر شده است. در این خصوص که عده‌ای حدیث مزبور را منشأ شبهه مالکیت دانسته‌اند^۳ یا اینکه آن را تا میزان نفقه واجب، درخور تسری دانسته‌اند^۴ نیز استنتاجی است که ما برای آن دلیلی نیافتیم و به نظر می‌رسد موضوع مورد اشاره قائلان به این نظریات، به نوعی استنباط شخصی تلقی می‌شود، درحالی‌که بنابر قواعد حکومت مشخص می‌شود می‌توان به گونه دیگری نیز موضوع را بررسی کرد.

از نظر نگارنده، در آن موارد، شارع مقدس پدر را مالک مال موضوع ادعا قلمداد کرده است و بدیهی است که با این تلقی، رکن سوم سرقت که تعلق مال به غیر بود شکل نمی‌گیرد؛ به همین دلیل است که بعضی از فقها نظر بر این داشته‌اند که در این حالت اساساً پدر عنوان سارق پیدا نمی‌کند.^۵ مسلماً منظور شارع از تعلق مال به پدر، تعلق حقیقی نیست^۶ و مالک حقیقی همان فرزند است و برای مثال، اگر این مال توسط پدر به فروش برسد، معامله فضولی خواهد بود، لیکن در بحث اعمال مجازات در قبال ارتکاب جرم، شارع به صورت تعبدی حکم به این داده است که اساساً ما این مال را متعلق به خود مرتکب تلقی

۱. مهدی‌پور، گزارش نشست قضایی استان، ۳۷.

۲. خمینی، استفتانات، ۴/۴۱.

۳. نجفی مرعشی، السرقه علی ضوء القرآن و السنة، ۱۳۹؛ رافعی قزوینی، العزیز شرح الوجیز المعروف، ۱۸۲/۸.

۴. رافعی قزوینی، العزیز شرح الوجیز، ۱۸۲.

۵. نجفی مرعشی، السرقه علی ضوء القرآن و السنة، ۹۴.

۶. فاضل لکرائی، تفصیل الشریعة؛ الحدود، ۴۹۸.

می‌کنیم و سرقت را محقق نمی‌دانیم؛ با این وصف، موضوع از شمول عنوان مخصص و خاص بودن، خارج می‌شود و در شمول بحث حکومت قرار می‌گیرد.

اصطلاح حکومت، به معنای تصرف یکی از دو دلیل حاکم در موضوع یا محمول دلیل دیگر، به صورت توسعه یا به صورت تضییق است؛ یعنی یکی از دو دلیل با شرح و تفسیر موضوع یا محمول دلیل محکوم، قلمرو آن را گسترده‌تر یا محدودتر می‌کند.^۱ در این خصوص نیز شارع مقدس به صورت تبعیدی دایره شمول حکم را مضیق کرده و اعلام داشته است که در غیر از این موارد، حکم به وقوع سرقت می‌دهیم و در این موارد اصلاً سرقت واقع نشده است؛ همانند فرضی که فرد از مال خود چیزی بردارد.^۲ نتیجه این می‌شود که موضوع سرقت مدّ نظر شارع، مربوط به فرضی است که مرتکب، پدر مال‌باخته نباشد و موضوع از شمول عنوان عام و خاص خارج است و نتیجه دیگر این است که حکم مندرج در حدیث، موافق قاعده است؛ چراکه رکن سوم، یعنی تعلق مال به غیر منتفی است و برابر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، امکان اعمال مجازات وجود ندارد. به بیان دیگر، از ابتدا موضوع سرقت ناظر به غیر از حالتی است که پدر مرتکب سرقت شود و به نوعی حدیث، حاکم بر دلیل عام «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»^۳ است؛ با این وصف، امکان تسری حکم به سایر موارد نیز امکان می‌یابد که در محل خود بررسی می‌شود.

در مقابل، ممکن است این‌گونه بیان شود: در فرض صحت استدلال، مجرای آن بحث سرقت حدی است و تسری آن به سرقت تعزیری ممکن نیست و به نوعی، انصراف به حد دارد؛ لیکن این اشکال نیز وارد نیست. توجه به متن حدیث و قید این جمله «أَفْكَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ يَحْبِسُ الْأَبَّ لِلْأَبْنِ؟!»^۴ اشعار به این دارد که موضوع سؤال، بحث سرقت حدی نیست؛ چراکه مجازات سرقت حدی قطع ید است و اگر موضوع سؤال سائل هم سرقت حدی بود، اشاره امام (ع) به اینکه آیا توقع داشته‌ای رسول‌الله (ص) پدر را برای مال فرزند حبس کند، خالی از وجه جلوه می‌کرد. هر چند تعزیر، منحصر در حبس نیست؛ لیکن پاسخ امام (ع) و تعیین سرقت به عنوان عقوبت عمل نشان می‌دهد باید موضوع سؤال مربوط به فرضی باشد که اعمال مجازات، منتهی به حبس پدر شود که این موضوع در سرقت تعزیری امکان دارد و حتی می‌توان کاربست این قسمت انتهایی حدیث مزبور را درباره تمام جرایم علیه اموال و مالکیت قرار داد. بالاین وجود، می‌توان سایر شبهات مطروحه را نیز مرتفع کرد؛ چراکه دلیل عمده این دسته، خلاصه در

۱. حسینی‌خواه، قاعدة فراق و تجاوز، ۱۱۵/۱.

۲. شفق‌طی، شرح زاد المستقنع، ۳۸۸/۳.

۳. مانده: ۳۸.

این بود که ارتکاب فعل حرام نباید بی پاسخ بماند. حال که اساساً مشخص شد شریعت، نظری بر حرمت این فعل نداشته است، دیگر وجهی برای تمسک به قواعدی از قبیل التعزیر لکل امر حرام باقی نمی ماند و باید حکم به اباحه موضوع از منظر شرع کرد. توجه به موضوع مورد سؤال در احادیث مختلفی که پیامبر اکرم (ص) در مقام بیان علت حکم، اشاره به حدیث «انت و مالک لأبیک» دارد نیز بیانگر این است که محل اعمال مقرره مزبور، نه تنها درباره سرقت است؛ بلکه در خصوص سایر جرایمی که علیه اموال فرزندان صورت می گیرد نیز می توان از این مقرره در مقام صدور حکم استفاده کرد.

نباید وجود این حکم را نیز خلاف حقوق فرزند نسبت به مال خود تلقی کرد. روح حاکم بر شریعت اسلام موافق اصل تساوی حقوق است و اصل تشابه حقوق را برخلاف بسیاری از مکاتب قبول ندارد.^۱ خروج از حکم سرقت حدی و تعمیم آن به سایر جرایم علیه اموال با این مانع مواجه نیست که این حکم استثناست و اگر صراحتی در این خصوص نبود، خلاف عدالت تلقی می شد. با توضیحات پیشین روشن شد که اساساً از نظر ما این حکم خاص نیست و تحت قواعد حکومت، موافق اصل برائت است و امکان تسری به سایر جرایم علیه اموال نیز وجود دارد. برای بررسی تضییع حقوق افراد در قبال موضوعی خاص باید این موضوع را در پرتو عموم احکام صادره درباره آن فرد بررسی کرد و به همین دلیل نمی توان به صراحت قائل بر این شد که این حکم و نظر، مخالف حق مالکیت فرزند بر اموال خود و در تعارض با عدالت است تا از این طریق، صدور چنین حکمی از سوی شارع تردید شود.

۴. بررسی موضوع از منظر فقه اهل سنت

همان طور که در بررسی نظر فقهای شیعه، تفاوت و اختلاف نظر ملاحظه شد، همین اختلاف نظر کم و بیش در بین فقهای اهل سنت نیز دیده می شود. در اینکه سرقت پدر از اموال فرزند، واجد وصف سرقت حدی نمی شود تقریباً اختلافی بین آنها نیست.^۲ اما درباره مجازات تعزیری اختلاف نظر است که البته هر چند در نوع استدلال متفاوت اند، نتیجه در دو مورد بیشتر خلاصه نمی شود؛ عده ای اساساً شمول مجازات تعزیری بر پدر را به سبب حق بر اولاد ممکن نمی دانند و اعلام می دارند که اساساً عقوبت پدر به دلیل حقوق فرزند ممکن نیست.^۳ عده ای نیز بیان داشته اند: فرزند همچون بضعه پدر است و در واقع، فرزند تکه ای از وجود پدر است؛ ازین رو مالی که مورد تصرف پدر قرار گیرد، در واقع مورد تصرف مالک

۱. مطهری، نظام حقوق زن در اسلام، ۱۴۹.

۲. ابن عبدالله، المغنی، ۱۳۳/۹.

۳. مجموعه ای از نویسندگان، الموسوعة الفقهية الكويتية، ۲۶۰/۶؛ ملاخسرو، درر الحکام شرح غرر الأحکام، ۷۲/۲.

مال قرار گرفته است و عقوبتی از این جهت بر مرتکب بار نمی‌شود.^۱

در مقابل، اعلام شده است که در این فرض، مجازات تعزیری اعمال می‌شود؛ چراکه برای هر امر حرامی که کفاره و حد ندارد، به‌ناچار تعزیر قرار داده شده است یا اینکه اگر عمل حرام باشد، نباید بدون عقوبت بماند و باید تعزیر صورت گیرد.^۲ این در حالی است که عده‌ای از فقها در حدیث: «انت و مالک لایبک»، حرف «لام» را مفید معنای اباحه دانسته‌اند.^۳ اگر تصرف فرد مباح است، چگونه می‌توان عمل را حرام تلقی کرد و صدور حکم تعزیری را برای آن ناگزیر دانست. پیامبر اکرم (ص) در موارد متعددی که فرزند از پدر خود شکایت کرده است، اعلام داشته‌اند که: «انت و مالک لایبک» و هیچ مؤاخذه‌ای از پدر نکرده‌اند. اگر عمل پدر حرام بود، مسلماً پیامبر اکرم (ص) این رفتار پدر را نهی می‌کرد، درحالی‌که چنین نهی‌ای وجود ندارد و پیامبر گرامی اسلام (ص) هیچ‌گونه نهی و ردعی راجع به فعل صورت گرفته انجام نداده‌اند و خود این عدم‌انزجار می‌تواند مؤید اباحه و عدم حرمت رفتار مرتکب باشد؛ بدین جهت این استدلال که چون برای هر عمل حرامی تعزیر وجود دارد باید اینجا نیز حکم به تعزیر داده شود، می‌تواند محل مناقشه قرار گیرد؛ چراکه اساساً عمل حرامی وجود ندارد و اگر فعل حرامی واقع می‌شد قطعاً پیامبر اکرم (ص) به عقوبت مرتکب می‌پرداخت.

۵. سیاست تقنینی سرقت تعزیری پدر از اموال فرزند

نظر به دیرپا بودن مباحث جرایم علیه اموال از همان ابتدای قانونگذاری بشری، توجه به این مقوله و تعیین مجازات برای فاعل آن مدّ نظر قانونگذاران بوده است؛ برای مثال، ماده ۲۲ مجمع قوانین حمورابی، قدیمی‌ترین متن موجود در خصوص سرقت است. در قوانین کیفری ایران نیز ابتدا موضوع سرقت و مجازات‌های مرتبط با آن در مواد ۲۲۲ تا ۲۳۲ قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۳۰۴/۱۰/۲۳ تصویب شد و سپس در قوانین متفرقه، بعضی از مصادیق سرقت اشاره شد.

در حال حاضر، قوانین جاری در خصوص سرقت به دو دسته سرقت حدی موضوع مواد ۲۶۷ تا ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و فصل بیست و یکم از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و قوانین متفرقه تقسیم می‌شود. در بند ج ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قانونگذار به صراحت اعلام کرده است که در صورتی که سارق، پدر مالباخته باشد، حد سرقت جاری

۱. شنیطی، شرح زاد المستقنع، ۳/۳۸۸.

۲. عوده، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ۵۹۲/۲؛ رافعی قزوینی، العزیز شرح الوجیز، ۱۸۲/۸.

۳. مجموعه‌ای از نویسندگان، الموسوعة الفقهية الكويتية، ۲۹۹/۲۴.

نمی‌شود.

در چنین فرضی یا در صورت شمول موضوع بر سایر عناوین سرقت تعزیری، در فرضی که سارق، پدر مال‌باخته باشد، می‌توان حکم به مجازات پدر کرد یا خیر؟ به نظر می‌رسد حکم صریحی وجود ندارد. شاید بتوان گفت پدر فقط از حکم مندرج در موضوع سرقت حدی مبرا شده است، لیکن در خصوص سرقت تعزیری دلیلی بر عدم امکان اجرای مجازات وجود ندارد؛ ازین‌رو به همان حکم عام مواد مربوطه مراجعه می‌شود و مجازات را بر پدر هم جاری می‌کنیم.

ماده ۲۷۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشعار می‌دارد که: «سرقت در صورت فقدان هریک از شرایط موجب حد، حسب مورد مشمول یکی از سرقت‌های تعزیری است.» در تأیید همین نظر می‌توان به آرای دست یافت؛ برای مثال، در پرونده‌ای به شماره دادنامه ۹۹۰۹۹۷۵۱۲۲۳۰۰۳۸۰ که در شعبه ۳۲۵ دادیاری دادرسی عمومی و انقلاب مشهد مطرح شده است، فردی به هویت «مهدی. ث» اصالتاً و به ولایت از «نیکا. ث و امیرپاشا. ث»، شکایتی تحت عنوان سرقت علیه «احمد. ث» که پدر اصیل و پدر بزرگ مولی‌علیهما و «روح‌انگیز. ث» که مادر و مادر بزرگ شکات است طرح کرده است. قاضی رسیدگی‌کننده، در نهایت قرار منع تعقیب بدین شرح صادر کرده است: «در خصوص اتهام احمد. ث و روح‌انگیز. ث دائر بر تخریب عمدی و سرقت موضوع شکایت مهدی. ث و نیکا. ث و امیرپاشا. ث..... به دلیل فقدان ادله کافی، مستنداً به ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، قرار منع تعقیب نامبردگان صادر و اعلام می‌گردد.....» همان‌طور که ملاحظه می‌شود جهت صدور قرار، فقدان ادله کافی برای انتساب بزه بوده است، این بدان معناست که قاضی عقیده بر این داشته است که موضوع در صورت اثبات، واجد وصف کیفری است. پس از اعتراض به قرار نهایی دادرسی، پرونده به شعبه ۱۴۸ دادگاه کیفری دو ارسال می‌شود که آنجا نیز ضمن تأیید نظر دادرسی، قرار صادره را به دلیل فقدان ادله کافی بدین شرح تأیید کرده است. «در خصوص اعتراض مهدی و امیرپاشا و نیکا، همگی مشهور به ث..... قرار مذکور مصون از تعرض باقیمانده دادگاه، ضمن رد اعتراض قرار معترض عنه را تأیید.....» آنچه که از مفاد رأی صادره بر می‌آید این نکته است که ظاهراً تمایل بر این است که موضوع به سمت کیفری تلقی کردن سوق داده شود؛ حال آنکه به نظر می‌رسد باید ابتدا بررسی می‌شد اساساً موضوع، واجد وصف کیفری هست یا خیر؟

می‌توان با تحلیل دیگری، اعمال نظریه مطروحه در این پژوهش را در قوانین جاریه نیز ممکن تلقی کرد؛ بدین توضیح که، همان‌طور که بیان شد دلیل امکان اعمال مجازات تعزیری، نبود دلیل خاص بر برائت پدر و تمسک به حکم عام اعلام شده است. به نظر می‌رسد دلیل خاص وجود دارد؛ چراکه در خصوص ماده ۲۷۶ قانون اخیرالذکر مشخص است با آن اطلاق، مدّ نظر قانونگذار نیست و بازگشت ماده

۲۷۶ قانون مزبور به تمامی شرایط احصاشده در ماده ۲۶۸ همان قانون، به شدت محل تردید است. اگر اثبات شود که ماده ۲۷۶ ق.م.ا لزوماً اشاره‌ای به تمام بندهای ماده ۲۶۸ ق.م.ا ندارد، امکان خارج کردن بند ج ماده مزبور «سارق، پدر یا جد پدری صاحب مال نباشد» از شمول ماده ۲۷۶ نیز میسر می‌شود و می‌توان قائل به این نظر شد که ماده مزبور اشاره‌ای به بند ج ماده ۲۶۸ ق.م.ا ندارد و با توجه به عدم تصریح در خصوص وضعیت سرقت تعزیری پدر از اموال فرزند و وجود ابهام و اجمال، اجازه مراجعه به منابع معتبر فقهی توسط قانونگذار داده شده است و حکم معتبر فقهی نیز از نظر نگارندگان، عدم امکان اجرای مجازات تعزیری است. برای مثال، یکی از شرایط مطروحه در بحث سرقت حدی این است که شیئی مسروق شرعاً مالیت داشته باشد، در صورتی که شرع مالیتی برای شیئی قائل نباشد، امکان استناد بزه سرقت به مرتکب، محل تردید است؛^۱ لذا می‌توان در اطلاق ماده ۲۷۶ ق.م.ا ۱۳۹۲ دست برد و آن را در این فرض جاری ندانست. در خصوص بند ژ ماده مزبور نیز که اعلام داشته است: «مال مسروق از اموال سرقت شده یا مغضوب نباشد» اعمال مقرر ماده ۲۷۶ ق.م.ا نیز محل تردید است؛ چراکه مقرر مزبور اظهار می‌دارد که اگر هریک از شرایط وجود نداشت، موضوع مشمول یکی از سرقت‌های تعزیری قرار می‌گیرد؛ حال آنکه در این حالت می‌توان گفت: در صورت نبود این شرط، امکان مجازات فاعل رفتار به عنوان سارق وجود ندارد؛ چراکه سرقت عبارت است از ربودن مال غیر و ربودن، به معنای خارج کردن مال از تسلط مالک است، در چنین فرضی که مال قبلاً سرقت شده است و اساساً مالک تسلطی بر مال ندارد، طبیعتاً سرقت دوم، معنای ربودن و خارج کردن مال از تسلط مالک را در بر نمی‌گیرد و شاید از این رو باشد که بعضی هم که قائل به عدم اباحت این فعل شده‌اند و مجازات مرتکب را تحت عنوان تصرف در مال غیر جاز دانسته‌اند و صراحتاً قائل به سارق بودن فرد نشده‌اند.^۲

از طرفی هم امکان تمسک به منابع فقهی در بعضی موارد توسط قانونگذار اجازه داده شده است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته است در موارد صریح نبودن یا سکوت و اجمال و ابهام مواد قانونی می‌توان از منابع معتبر فقهی استفاده کرد. به نظر نگارندگان در خصوص سرقت تعزیری پدر از فرزند، حکم صریح قانونی وجود ندارد و بنابر اطلاق و عموم سایر مواد قانونی می‌توان به هر دو نظر متمسک شد، در چنین حالتی و با توجه به اینکه صراحتی از نظر قانونی وجود ندارد، به حکم اصل ۱۶۷ ق.ا و ماده ۳ ق.آ.د.م می‌توان مراجعه به حکم معتبر فقهی کرد که در هنگام بررسی هر دو نظر، حکم معتبر فقهی در این زمینه، عدم امکان شمول مجازات بر پدر تعیین شد.

۱. میر محمد صادقی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ۲۹۰.

۲. مکارم شیرازی، الفتاوی الجدیدة، ۳۷۸/۳.

متن اولیه لایحه پیشنهادی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز متضمن این حکم بود که در صورتی که سارق، پدر مال باخته باشد، افزون بر عدم امکان اجرای حد، امکان اجرای مجازات تعزیری نیز وجود ندارد، لیکن شورای محترم نگهبان در نظری، این مورد را خلاف شرع تشخیص داد، در حالی که براساس اصول ۴، ۷۲، ۹۱ و ۹۶ قانون اساسی، وظیفه شورای نگهبان تشخیص انطباق مقرر با احکام و موازین اسلامی نیست و تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با موازین و احکام اسلام کفایت می‌کند.^۱ در خصوص موضوع مورد بحث، حتی اگر امکان تعیین نظریه مطروحه در پژوهش به عنوان فتوای معتبر فقهی نباشد، حداقل امکان پذیرش آن به عنوان حکمی عدم مغایر با احکام اسلام وجود دارد، به خصوص اینکه عده‌ای از فقها نیز قائل به این نظر هستند و همین فتوا را صادر کرده‌اند.

از سوی دیگر، حکم مندرج در ماده ۱۲۰ ق.م.ا که اظهار می‌دارد: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد، جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود» نیز می‌تواند در این مورد مستمسک قرار گیرد؛ بدین شرح که، در همان بحث سرقت حدی نیز دلیل عدم اجرای حد را بعضاً وجود شبهه دانسته‌اند. باتوجه به مفاده ماده مزبور که قاعده در آن را در همه جرایم جاری دانسته است، دیگر دلیلی وجود ندارد بر اینکه حکم تعزیری را از حد متفاوت بدانیم؛ چراکه تمام مستندات و مستدلانی که برای عدم اجرای حد سرقت به سبب وجود شبهه ذکر شد، در سرقت تعزیری نیز با ملاک قویتر وجود دارد. «احد» از اساتید حقوقی در این زمینه بیان کرده است: «بسیاری از فقها با استناد به روایت «انت و مالک لابیک» که منسوب به پیامبر اکرم (ص) بوده و بر تعلق شخص و اموال وی به پدرش تأکید دارد، معتقدند هرگاه پدر یا جد پدری مال فرزند خود را سرقت کند، حد بر وی جاری نخواهد شد. فلسفه وضع حکم شاید وجود این شبهه باشد که باتوجه به وجوب انفاق فرزند توسط پدر، اموال فرزند در واقع از پدر ناشی شده است و بنابراین حد را با وجود چنین شبهه‌ای نباید اجرا کرد. البته پدر مجازات سرقت تعزیری را تحمل خواهد کرد، مگر در صورتی که فرزند متمکن باشد و نفقه پدر نیازمند خود را ندهد و پدر در حد نیاز از اموال فرزند برباید که طبق نظر فقیهان در این مورد پدر حتی تعزیر هم ندارد.»^۲

توجه به متن مزبور و استدلال‌های مندرج در آن حاکی از این است که از این ادله می‌توان در رد همین نظر نیز استفاده کرد: اولاً، اگر عدم اجرای حد به دلیل وجود شبهه باشد، براساس مقرر ماده ۱۲۰ ق مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قاعده در آن در تمامی جرایم، چه حدی و چه غیر حدی جریان دارد و

۱. یزدی، قانون اساسی برای همه، ۳۱.

۲. میر محمد صادقی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ۳/۳۱۰.

استدلالی که در متن سبب ایجاد شبهه تلقی شده است در سرقت تعزیری نیز وجود دارد، پس دلیلی بر عدم اعمال قاعده در آن وجود ندارد؛ ثانیاً، در فرض وجوب نفقه پدر بر فرزند، حکم سرقت تعزیری را نیز ساقط شده تلقی کرده‌اند و نظریه فقها را هم مؤید نظر خود قرار داده‌اند، درحالی که حتی در این فرض نیز اعمال مجازات سرقت تعزیری را قانونی دانسته‌اند؛ ثالثاً، قانونگذار در بحث سرقت حدی هم رفع مجازات را منوط به وجوب انفاق یا نیاز پدر و... قرار نداده و مطلقاً حکم به عدم اجرای حد بر پدر در فرض سرقت حدی داده است و این در حالی است که اگر وجوب انفاق و نیاز پدر رافع مسئولیت و حد بود، باید در باب شرایط سرقت حدی به صراحت قید می‌شد؛ رابعاً، بنابر قیاس اولویت نیز اگر قانونگذار حکم سرقت حدی را بر موضوع جاری نمی‌داند، باید حکم سایر سرقت‌ها را نیز منتفی بداند؛ خامساً، همان‌طور که نویسنده محترم در استدلال خود قید کرده است، نظر فقها اشاره به حدیث «انت و مالک لایبک» دارد که از نظر ما این حدیث درباره سرقت تعزیری نیز جاری است.

در همین راستا، شعبه ۶۲۱ دادیاری داسرای عمومی و انقلاب مشهد به شماره دادنامه ۱۴۰۰۲۵۹۳۹۰۰۵۸۲۶۹۰۴، در رأی صادره بدین شرح استدلال کرده است که: «در خصوص شکایت م.ا علیه غ.ا دائر بر خیانت در امانت..... با عنایت به..... و همچنین نظر به اینکه شرط ابوت نیز در تحقق یا عدم تحقق جرایم علیه اموال مؤثر است، امری که به صراحت در خصوص سرقت حدی قید شده است و حتی می‌توان این‌گونه بیان نمود: اگر مرتکب جرم مستوجب حد، در صورت وجود رابطه ابوت معاف از مجازات است؛ به طریق اولی مرتکب سایر جرایم که مجازات اخف از سرقت حدی دارد نیز باید معاف از مجازات تلقی گردد و از طرفی، هرچند تسری بحث سرقت حدی به سایر جرایم علیه اموال از این جهت به صراحت در قوانین موضوعه پیش‌بینی نشده است، لیکن نظر به پذیرش اعمال قاعده در آن در کلیه جرایم از ناحیه قانونگذار و وجود شبهه در اعمال مجازات علیه پدر در این موارد، پذیرش این نظر خالی از وجه نیست..... قرار منع تعقیب صادر و اعلام می‌گردد.....».

باتوجه به متن رأی مزبور ملاحظه می‌شود که دادنامه مزبور در تأیید نظری است که اعمال مجازات بر پدر در جرایم علیه اموال را ممکن نمی‌داند. از جمع مطالب پیش‌گفته می‌توان قائل به این نظر شد که عقیده قانونگذار همان‌طور که در لایحه تصویب شده مجلس قانونگذاری منعکس شده است، عدم شمول مجازات سرقت تعزیری بر پدر یا جد پدری است.

این حکم در مقررات قانونی نیز نه تنها استثنا نیست، بلکه موافق قاعده و بیان یکی از مصادیق آن است؛ چراکه شرط اعمال مجازات سرقت، تعلق مال به غیر بود که در این مورد چنین شرطی وجود ندارد و با استمداد از مفاد قواعد حکومت، مال موضوع ادعای سرقت پدر از فرزند، در واقع مال پدر تلقی می‌شود،

رضوان طلب، دره شیری؛ بررسی تأثیر رابطه ابوت بر تحقق جرایم علیه اموال و صدور حکم تعزیری/۱۰۳

به‌خصوص اینکه تمام وجوه مختلف موضوع و استدلال‌های مطروحه فقها و نظرات مختلف در موضوع می‌تواند سبب القای شبهه در ذهن قاضی رسیدگی‌کننده شود و در این صورت می‌توان قائل به این شد که اساساً چنین امری سرقت نیست.

نتیجه‌گیری

جرایم علیه اموال از این‌رو که مربوط به اموال افراد است، مشترک هستند و استدلال‌های مطروحه نیز در خصوص تمامی این جرایم درخور تسری است. در واقع، بین بزه سرقت و خیانت در امانت و تخریب، از این جهت تفاوتی نیست و در این موارد نیز مرتکب به اموال متضرر از جرم آسیب وارد می‌کند. پیامبر اکرم (ص) نیز در برخورد با موارد مختلفی که غیر از سرقت و مربوط به اموال بوده است همان حدیث را بیان کرده‌اند؛ لذا چنین بر می‌آید ظاهراً نظر معتبر در فقه، عدم وصف کیفری سرقت پدر از اموال فرزند است و این حکم صادره، موافق قاعده است، لیکن امکان تسری تا چه حد وجود دارد؟ و تا چه میزان می‌توان از این موضوع، ملاک گرفت و حکم را تعمیم داد؟ به نظر نگارنده و باتوجه به تعلیل پیش‌گفته، امکان تعمیم از جهت حکم وجود دارد؛ به این معنا که، حدیث «أَنْتَ وَ مَالُكَ لِأَبِيكَ» در خصوص تمام جرایم علیه اموال سرایت دارد و علاوه بر سرقت حدی، شامل سرقت تعزیری یا حتی جرایم دیگر علیه اموال، از جمله تخریب و خیانت در امانت نیز می‌شود و در این موارد، در صورتی که مرتکب، پدر مال‌باخته باشد، امکان تعقیب کیفری فراهم نیست. در مواردی، مانند فروش مال غیر که متضرران از جرم دو شخص مختلف هستند، این حکم تنها نسبت به فرزند جاری است و در مقابل ثالث غیرفرزند باید به عمومات مراجعه کرد.

در خصوص مقررات قانونی نیز بستگی به نظر قاضی رسیدگی‌کننده دارد؛ در صورتی که قاضی عقیده داشته باشد که نظریه امکان اعمال مجازات بر پدر معتبر است، دیگر بحثی نمی‌ماند و به همین روش عمل می‌کند، لیکن در صورتی که نظریه عدم امکان مجازات را معتبر بداند، به نظر باوجود همین قوانین نیز امکان اعمال نظریه خود را دارد؛ چراکه مفاد ماده ۲۷۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ ممانعتی از تحلیل و بررسی موضوع ندارد. در نهایت، پیشنهاد می‌شود که قانونگذار ضمن پافشاری و ابرام بر نظریه خود و ارائه مستندات خود از این جهت بر لزوم معافیت پدر نه تنها در ارتکاب سرقت تعزیری، بلکه در خصوص سایر جرایم علیه اموال تأکید کند؛ سیاست تقنینی‌ای که به نظر، مطابق نظر شریعت است و از تعزیر پدر در قبال شکایت فرزند جلوگیری می‌کند، امری که موافق سیاست جرم‌زدایی است و به تأیید امام صادق (ع) در انتهای حدیث مزبور رسیده است که آیا توقع داری به سبب شکایت فرزند، پدر را حبس کنیم: «أَفَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ (ص)

منابع

قرآن کریم

- ابن براج، عبدالعزیزین تحریر. المذهب. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ۱۴۰۶ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی. غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۴۱۷ق.
- ابن عبدالله، عبدالله بن احمد. المغنی. قاهره: مكتبة القاهرة. ۱۹۸۶م.
- احمدوند، خليل الله. «بررسی ابعاد فقهی و حقوقی حدیث اَنْتَ وَ مَالُكَ لِأَيِّكَ؛ ولایت پدر بر فرزند»، دو فصلنامه تحقیقات حقوق قضایی. دوره اول، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، ۱۵۳ تا ۱۷۰.
- احمدی میانجی، علی. مالکیت خصوصی در اسلام. تهران: دادگستر. ۱۴۲۴ق.
- اسحاقی، محمد، «بررسی مجازات سرقت مادر از اموال فرزند»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی. دوره ۴۶، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ۱۶۱ تا ۱۸۱. <https://doi.org/10.22059/jjfil.2013.51923>
- امامی، سیدحسن. حقوق مدنی. تهران: اسلامی. بی تا.
- تبریزی، جواد. اساس الحدود و التعزیرات. قم: دفتر مؤلف. ۱۴۱۷ق.
- جاور، حسین؛ علی مراد حیدری؛ محدثه اصولی یامچی. «بررسی فقهی بند ۶ ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی»، مجله پژوهش های فقهی. دوره یازدهم، ش ۴، زمستان ۱۳۹۴، ۷۳۷ تا ۷۶۲. <https://doi.org/10.22059/jorr.2015.57732>
- حسینی خواه، سیدجواد. قاعده فراق و تجاوز. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). ۱۳۸۸.
- خدابخشی، عبدالله. تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری. تهران: شهر دانش. چاپ دوم، ۱۳۹۲.
- خمینی، روح الله. استفتانات. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ پنجم، ۱۴۲۲ق.
- خمینی، روح الله، کتاب البیع. قم: اسماعیلیان. بی تا.
- رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد. العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الكبير. بیروت: دار الکتب العلمیه. ۱۴۱۷ق.
- سابق، سید. فقه السنة. بیروت: دار الکتب العربی. چاپ سوم، ۱۳۹۷ق.
- شنقیطی جکنی، سالم محمد محمود احمد. شرح زاد المستقنع. بی جا: بی نا. بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. محشی: کلانتر. قم: کتاب فروشی داوری. ۱۴۱۰ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

چاپ چهل و دوم، ۱۴۰۴ق.

طوسی، محمدبن حسن. الخلاف فی الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.

طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية. چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. تبصرة المتعلمین فی احکام الدین. تهران: مؤسسه چاپ و نشر. ۱۴۱۱ق.
عوده، عبدالقادر. التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي. بيروت: دار الكاتب العربي. بی تا.
غلامی، علی. «سازوکارهای اجرای قاعده «التعزیر لكل عمل محرم»، مجلة فقه و حقوق اسلامی. س ۲، ش ۴، بهار و تابستان ۱۳۹۱، ۴۸ تا ۲۷.

فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة؛ الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

قدرتی، فاطمه؛ مجتبی عظیم پناه. «تأمل فقهی در حکم سرقت مادر از اموال فرزند»، مجلة فقه و حقوق. ش ۶۶، بهار و تابستان ۱۳۹۶، ۱۱۹ تا ۱۴۵. <https://doi.org/10.30497/flj.2017.63801>

قمی، علی بن محمد. جامع الخلاف و الوفاق بین الامامیه و بین ائمه الحجاز و العراق. بی جا: زمینه سازان ظهور امام عصر (ع). ۱۴۲۱ق.

کدخدایی، عباس. «بررسی فقهی و حقوقی قاعده «التعزیر فی کل معصية»، مجلة فقه اهل بیت. ش ۵۴، ۱۴۲ تا ۹۱.

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

مجموعه ای از مؤلفان. الموسوعة الفقهية الكويتية. کویت: دار السلاسل. چاپ دوم، ۱۴۰۴ تا ۱۴۲۷ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن. نکت النهایة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ۱۴۱۲ق.

محمدی ری شهری، محمد. میزان الحکمة. قم: دار الحديث. چاپ هفتم، ۱۳۸۶.

مطهری، مرتضی. نظام حقوق زن در اسلام. تهران: صدرا. چاپ پنجاه و نهم، ۱۳۹۰.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی. ۱۴۰۳ق.

مکارم شیرازی، ناصر. الفتاوی الجديدة. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.

ملا خسرو، محمد بن فرامرز. درر الحکام فی شرح غرر الأحکام. بی جا: دار إحياء الكتب العربية. بی تا.

منتظری، حسینعلی. نظام الحکم فی الإسلام. قم: سرایی. چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات. دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید (ره). ۱۴۲۷ق.

مهدی پور، حمید. «گزارش نشست قضایی استان»، نشریه قضاوت. ش ۳۶، بهمن و اسفند ۱۳۸۴.

میر محمد صادقی، حسین. جرایم علیه اموال و مالکیت. بی جا: بنیاد حقوقی میزان. چاپ چهل و دوم، ۱۳۹۳.

نجفی مرعشی، شهاب الدین. السرقه علی ضوء القرآن و السنة. قم: کتابخانه و چاپخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره). ۱۴۲۴ق.

یزدی، محمد. قانون اساسی برای همه. تهران: امیرکبیر. چاپ اول، ۱۳۷۵.

Transliterated Bibliography

Aḥmadī Miyānji, ‘Alī. *Mālikiyat-i Khuṣūṣi dar Islām*. Tehran: Dādgustar. 2004/1424.

Aḥmadvand, Khalīl Allāh. “Barrīsī Ab’ād-i Fiqhī va Huqūqī Ḥadith Anta wa Māluka li-Abik; Vlāyat-i Pidar bar Farzand”, *Dū Faṣḥnāmih-yi Taḥqīqāt-i Huqūq-i Qaḍāyī*. Durīh-yi 1, no. 2, autumn and winter 2020/1399, 153-170.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tabṣira al-Muta’allimīn fī Ahkām al-Dīn*. Tehran: Mū’assisah-yi Chāp va Nashr. 1991/1411.

‘Aūdah, ‘Abd al-Qādir. Al-Tashrī‘ al-Jinā‘ī al-Islāmī Muqāraran bi-al-Qānūn Waḍ‘ī. Beirut: Dār al-Kātib al-‘Arabī. s.d.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Taḥṣīl al-Sharī‘a fī Sharḥ Taḥrīr al-Wasīla; al-Ḥudūd*. Qum: Markaz-i Fiqhī A’imma Aṭṭhār(AS). Chāp-i Awwal, 2002/1422.

Ghulāmī, ‘Alī. “Sāzu Kār-hā-yi Ijrāy Qā’idih-yi al-Ta’zīr li-Kul-i ‘Amal Muḥaram”, *Majalīh-yi Fiqh va Huqūq Islāmī*. yr. 2, no. 4, spring and summer 2012/1391, 27-48.

Ḥusaynikhāh, Sayyid Javād. *Qā’idih-yi Farāq va Tajāvuz*. Qum: Markaz-i Fiqhī A’imma Aṭṭhār(AS). 2009/1388.

Ibn ‘Abd Allāh, ‘Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Mughnī*. Cairo: Maktaba al-Qāhirah. 1986/1406.

Ibn Barrāj, ‘Abd ‘Aziz ibn Niḥrīr. *al-Muḥadhdhab*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. 1986/1406.

Ibn Zuhrah, Ḥamza ibn ‘Alī. *Ghunya al-Nuzū‘ ilā ‘Ilmī al-Uṣūl wa Furū‘*. Qum: Mū’assisah-yi Imām Ṣādiq (AS). 1997/1417.

Imāmī, Sayyid Ḥasan. *Huqūq-i Madanī*. Tehran: Islāmī. s.d.

Ishāqī, Muḥammad, “Barrīsī Mujāzāt Sirqat Mādar az Amvāl-i Farzand”, *Nashriyeh-yi Fiqh va Mabānī Huqūq Islāmī*. Durīh-yi 46, no. 2, autumn and winter 2013/1392, 161-181.

Jāvar, Ḥusayn; ‘Alī Murād Ḥiydarī; Muḥaddithih Uṣūlī Yāmchī. “Barrīsī Fiqhī Band-i 6 Mādih-yi 268 Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī”, *Majalīh-yi Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*. Durīh-yi Yāzdahum, no. 4, winter 2015/1394,

737-762.

Kadkhudāyī, ‘Abbās. “Barrisi Fiqhī va Ḥuqūqī Qā’idih-yi al-Ta’zīr fī Kul-i Ma’ṣiya”, *Majalīh-yi Fiqh Āl al-Bayt(AS)*, no. 54, 91-142.

Khudābakhshī, ‘Abd Allāh. *Tamāyuz-i Bunyādīn-i Ḥuqūq-i Madanī va Ḥuqūq-i Kiyfārī*. Tehran: Shahr Dānish. Chāp-i Duvvūm, 2013/1392.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb-i al-Bay‘*. Qum: Ismā‘īlīyān. s.d.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. Qum: *Istiftā’āt*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Panjum, 2002/1422.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.

Mahdīpūr, Ḥamīd. “Guzārish-i Nishast-i Qazāyī Ustān”, *Nashriyeh-yi Qizāwat*. No. 36, Bahman va Isfand 2005/1384.

Majmū‘ah-i az Mu‘ālifān. *al-Mausū‘a al-Fiqhiya al-Kuwaitiya*. Kuwait: Dār al-Salāsīl. Chāp-i Duwwum, 1984/1404-2006/1427.

Makārim Shīrāzī, Nāsir. *al-Fatāwā al-Jadīda*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS). Chāp-i Duwwum, 2006/1427.

Mīr Muḥammad Šādīqī, Ḥusayn. *Jarāym ‘Alayh-i Amvāl va Mālīkiyat*. S.l. Bunyād-i Ḥuqūqī Mizān. Chāp-i Chihil va Duwwum, 2014/1393.

Muḥammadīrī Shahrī, Muḥammad. *Mizān al-Hikma*. Qum: Dār al-Ḥadīth. Chāp-i Haftum, 2007/1386.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Nukat al-Nihāya*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. 1992/1412.

Mulā Khusrū, Muḥammad ibn Farāmarz. *Durar al-Ḥukām fī Sharḥ Ghurar al-Aḥkām*. s.l. Dār Ihya’ al-Kutub al-‘Arabīyya. s.d.

Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. *Nizām al-Ḥukm fī al-Islām*. Qum: Sarāyī. Chāp-i Duwwum, 1997/1417.

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Fā’ida wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhḥān*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. 1983/1403.

Mūsawī Ardabīlī, ‘Abd Karīm. *Fiqh al-Ḥudūd wa al-Ta’zīrāt*. Qum: Mū’assisa al-Nashr li-Jāmi‘ah al-Mufīd. 2006/1427.

Muṭaharī, Murtaḍā. *Nizām Ḥuqūq Zan dar Islām*. Tehran: Šadrā. Chāp-i Panjāh va Nuhum, 2011/1390.

Najafī Mar‘ashī, Shahāb al-Dīn. *al-Sariqa ‘alā Ḍaw’ al-Qurān wa al-Sunna*. Qum: Kitābkhanah wa Chāpkhanah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī. 2004/1424.

Qudratī, Fāṭimah; Mujtabā 'Azīmpānāh. "Ta'āmul Fiqhī dar Ḥukm-i Sirqat Mādar az Amvāl Farzand", *Majalīh-yi Fiqh va Ḥuqūq*. no. 66, spring and summer 2017/1396, 119-145.

Qumī, 'Alī ibn Muḥammad. *Jāmi' al-Khilāf wa al-Wifāq Bayna al-Imāmiyya wa Bayna A'imma al-Hijāz wa al-'Irāq*. s.l. Zamīnihsāzān-i Ṣuhūr Imām 'Aṣṣ(AS). 2001/1421.

Qurān-i Karīm

Rāfi'ī Qazwīnī, 'Abd al-Karīm ibn Muḥammad. *al-'Azīz Sharḥ al-Wajīz al-Ma'rūf bi al-Sharḥ al-Kabīr*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya. 1997/1417.

Sābiq, Sayyid. *Fiqh al-Sunna*. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī. Chāp-i Sivum, 1977/1397.

Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī. Chāp-i Chihil va Duwwum, 1984/1404.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahīya fī Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqīya*, Muḥashshī: Kalāntar. Qum: Kitābfurūshī, Dāwarī, 1990/1410.

Shanqīṭī Jakānī, Sālim Muḥammad Maḥmūd Aḥmad. *Sharḥ Zād al-Mustaqni'*. s.l. s.n. s.d.

Tabrizī, Javād. *Asās al-Ḥudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Daftar-i Mu'ālif. 1997/1417.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Khilāf fī al-Aḥkām*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyya*. Tehran: al-Maktaba al-Murtazawīya li-Ihya' al-Āsār al-Ja'fariyya. Chāp-i Sivum, 1968/1387.

Yazdī, Muḥammad. *Qānūn-i Asāsī Barāy Hamīh*. Tehran: Amīr Kabīr. Chāp-i Awwal, 1996/1375.



Critical Analysis of the Theory of “Obligation and the Financial Rights of the *Dhimmi*” Regarding the Condition of the Financial Act

Dr. Estandiar Safari , Assistant Professor, Department of Intellectual Property Law, Faculty of Law, University of Qom

Email: e.safari@qom.ac.ir

Abstract

There is a difference of opinion in response to the question of the essential effect of the condition of financial act and the guarantee of its enforcement in case of breach. Some of the prominent contemporary authors hold opposing views with well-known jurisconsults and the apparent content of the provisions regarding the Iranian Civil Code. They believe that the condition of a financial act leads to the establishment of ownership in favor of the conditional beneficiary in the possession of the conditional obligor upon its establishment, similar to the consequential condition. Therefore, breaching the condition is not possible in such conditions of financial act. This opinion is referred to as the theory of "Obligation and Financial Rights of the *Dhimmi*" regarding the condition of the financial act, and scholars such as 'Allāmiḥ Ḥilli and Muḥaqqiq Ṭabāṭabā'i Yazdi are also attributed to being advocates of the theory. To prove the correctness of the theory, references have been made to the interpretation of the two parties' intentions, customary practice (*zuq-i 'urfī*), and religious reasons for commitment and obligation. After elucidating the theory and mentioning its eightfold shortcomings, the present study will demonstrate that attributing the theory to the two aforementioned jurisconsults is invalid.

Keywords: Obligation, rights, *dhimmi*, property, condition of the act



This is an open access article under the CC BY license: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



بررسی انتقادی نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی

دکتر اسفندیار صفری ^{id}

عضو هیأت علمی گروه حقوق مالکیت فکری دانشکده حقوق دانشگاه قم

Email: e.safari@qom.ac.ir

چکیده

در پاسخ به چستی اثر ماهوی شرط فعل مالی و ضمانت اجرای تخلف از آن، اختلاف نظر پدید آمده است. بعضی از نویسندگان نامدار معاصر، برخلاف مشهور فقیهان و ظاهر مواد باب شروط قانون مدنی ایران معتقدند: شرط فعل مالی به محض انشا، همچون شرط نتیجه، سبب ثبوت ملکیت به نفع مشروط له در ذمه مشروط علیه می شود؛ ازین رو، در چنین شرط فعل هایی هیچ وقت خیار تخلف از شرط فعل محقق نمی شود. از این دیدگاه به عنوان نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» در باره شرط فعل مالی یاد شده و علامه حلی و طباطبایی یزدی نیز موافق این نظریه قلمداد شده و برای اثبات نظریه، به تفسیر قصد طرفین، ذوق عرفی و سبب دین بودن التزام و تعهد استناد شده است. در این جستار با به کارگیری روش توصیفی تحلیلی پس از تبیین نظریه مذکور و بیان اشکالات هشت گانه آن، عدم صحت انتساب نظریه مذکور به دو فقیه یاد شده نیز اثبات شده است.

واژگان کلیدی: تکلیف، حق، ذمه، ملک، شرط فعل.

مقدمه

شرط در گستره مباحث قراردادها در یک تقسیم کلی، سه نوع است: ۱. شرط فعل، ۲. شرط صفت، ۳. شرط نتیجه. شرط فعل یکی از نهادهای کلیدی در حوزه حقوق معاملات در فقه امامیه است. در صورتی که مشهور فقها شرط ابتدایی را می‌پذیرفتند، اکنون در حوزه حقوق تعهدات که در دانش حقوق مطرح است، گنجینه بسیار پربهایی داشتیم که از هر نظر راهگشا بود. مشهور فقیهان، در خصوص اعتبار شرط ابتدایی مناقشه کرده‌اند؛ باین وجود، در حوزه شرط فعل، مواد خام بسیار ارزشمندی وجود دارد که برای کشف احکام حقوق تعهدات، تکیه‌گاه مناسب و درخور استفاده‌ای است. به دلیل مذکور، هرچه درباره شرط فعل از جنبه‌های گوناگون تحقیق شود، سودمند و در راستای غنای ادبیات فقهی حقوقی است. در هر صورت، شرط فعل شرطی است که مشروط‌علیه در ضمن عقدی ملتزم می‌شود فعلی مادی یا حقوقی را انجام دهد یا ترک کند. برای مثال، تعهد به ساختن یک باب خانه با مشخصات معین در ضمن عقدی، التزام به انجام فعلی مادی است. تعهد به انتقال ملکیت یک باب خانه معین در ضمن عقدی، تعهد به انجام عملی حقوقی است. تعهد به نساختن یک باب خانه معین یا تعهد به عدم انتقال ملکیت یک باب خانه معین، به ترتیب، تعهد به انجام ندادن فعلی مادی و حقوقی است.

شرط نتیجه عبارت است از: تحقق عملی حقوقی یا نتیجه عملی حقوقی، در عالم اعتبار، متعلق شرط واقع شود. برای مثال، در ضمن عقد بیع یک باب خانه معین شرط شود خریدار، وکیل فروشنده در فروش ماشین او باشد یا شرط شود ملکیت ماشین فروشنده به خریدار منتقل شود. در ادامه، برای روشن شدن پرسش اصلی این جستار چهار مثال بیان می‌شود:

مثال اول: الف و ب در ضمن عقدی لازم، به صورت شرط نتیجه توافق کنند ملکیت هزار کیلوگرم برنج موجود در خارج به ب منتقل شود. مثال دوم. الف و ب در ضمن عقدی لازم، به صورت شرط نتیجه توافق کنند ب مالک هزار کیلوگرم برنج در ذمه الف شود. تفاوت مثال اول و دوم در این است که در مثال اول، عین معین خارجی «متعلق مشروط به» واقع شده، ولی در مثال دوم، کلی فی الذمه «متعلق مشروط به» قرار گرفته است.

مثال سوم. الف و ب در ضمن عقدی لازم، به صورت شرط فعل توافق کنند الف هزار کیلوگرم برنج از انبار برنج موجود و معین به ب تحویل دهد.

مثال چهارم. الف و ب در ضمن عقدی لازم، به صورت شرط فعل توافق کنند الف هزار کیلوگرم برنج به ب تملیک کند. تفاوت مثال سوم و چهارم در این است که در مثال سوم «متعلق مشروط به» تحویل عین معین خارجی است، ولی در مثال چهارم «متعلق مشروط به» انجام فعلی حقوقی نسبت به هزار کیلوگرم

برنج است. بعد از وقوع شرط، مشروط‌علیه باید هزار کیلوگرم برنج آماده کند و آن‌ها را به مشروط‌له تملیک کند. بعد از تحقق تملیک مذکور، مشروط‌له مالک برنج‌ها می‌شود.

شرط فعل و شرط نتیجه، از نظر آثار ماهوی و ضمانت اجرا تفاوت‌های مهمی دارند. این تفاوت‌ها از ماهیت مختلف این دو شرط نشئت می‌گیرد. به بعضی از این تفاوت‌ها به کوتاهی اشاره می‌شود:

۱. طبق نظر نزدیک به اتفاق فقیهان و حقوق‌دانان، شرط نتیجه سبب می‌شود به محض اشتراط، ملکیت «متعلق مشروط‌به» (یک تن برنج در مثال مذکور) در عالم اعتبار به ب منتقل می‌شود. در مثال اول، به محض اشتراط، مشروط‌له مالک یک هزار کیلوگرم برنج خارجی می‌شود. در مثال دوم، مشروط‌له به محض اشتراط در ذمه مشروط‌علیه مالک هزار کیلوگرم برنج کلی می‌شود.

در صورتی که شرط طرفین قرارداد، شرط فعل باشد، تا زمانی که مشروط‌علیه «متعلق مشروط‌به» را به مشروط‌له تحویل ندهد، ملکیتی برای مشروط‌له حاصل نمی‌شود. در زمان انشای شرط، مشروط‌له صرفاً حق مطالبه ایفاء شرط از مشروط‌علیه را دارد. در مثال سوم، هنگام تسلیم «متعلق مشروط‌به» (هزار کیلوگرم برنج)، ملکیت برای مشروط‌له حاصل می‌شود. در مثال چهارم، بعد از آماده کردن برنج و تملیک آن به مشروط‌له، تازه ملکیت متعلق مشروط‌به برای مشروط‌له واقع می‌شود.

۲. تخلف از ایفاء شرط نتیجه، سالبه به انتفای موضوع است؛ به دلیل اینکه به محض اشتراط شرط نتیجه، در صورتی که شرایط صحت عقد و شرط رعایت شده باشد، ملکیت مشروط‌له نسبت به متعلق مشروط‌به واقع می‌شود. در شرط نتیجه، مشروط‌علیه تعهدی ندارد تا بتواند از ایفاء آن تخلف ورزد. در مثال اول در صورتی که مشروط‌علیه مانع تسلیم مشروط‌له نسبت به هزار کیلوگرم برنج شود، از نظر حقوقی غاصب شمرده می‌شود؛ زیرا مانع تصرف مالک (مشروط‌له) در ملک خود («متعلق مشروط‌به») = هزار کیلوگرم برنج خارجی می‌شود. در صورتی که مشروط‌علیه همان برنج‌ها را به شخص دیگری از طریق قرارداد انتقال دهد، انتقال مذکور به دلیل تصرف در ملک دیگری فضولی خواهد بود. در مثال دوم نیز به محض اشتراط شرط نتیجه، مشروط‌له در ذمه مشروط‌علیه مالک هزار کیلوگرم برنج می‌شود. هرگونه تصرفات حقوقی؛ از قبیل انتقال طلب، ثمن قرارداد، مهر قرارداد و... را نسبت به ملک مذکور می‌تواند انجام دهد. از سوی دیگر، وظیفه شرعی و قانونی مشروط‌علیه نیز این است که هزار کیلوگرم برنج تهیه کند و با تحویل آن‌ها به مشروط‌له ذمه خود را ابراء کند. وظیفه مذکور ربطی به ماهیت شرط نتیجه ندارد، بلکه از احکام قانونی آن شمرده می‌شود.

اگر شرط مقرر بین طرفین، شرط فعلی باشد؛ چنان که در قالب مثال سوم و چهارم بیان شد، طبق نظر مشهور فقیهان صرفاً یک التزام و تعهد به عهده مشروط‌علیه می‌آید. در مثال سوم، هزار کیلوگرم برنج معین

خارجی همچنان در ملکیت مشروط‌علیه باقی می‌ماند؛ تا زمانی که او برنج‌ها را به مشروط‌له تحویل ندهد، مشروط‌له مالک آن‌ها نمی‌شود. در مثال چهارم نیز تا زمانی که مشروط‌علیه برنج‌ها را آماده و تملیک نکرده باشد، مشروط‌له ملکیتی در خصوص آن‌ها نخواهد داشت. طبق نظر مشهور فقیهان، هم در مثال سوم و هم در مثال چهارم، مشروط‌له حق مطالبه ایفاء تعهد از مشروط‌علیه را دارد، ولی اگر مشروط‌علیه تخلف از ایفاء تعهد کند، ضمانت اجرای این تخلف چیست؟ در متون فقه اختلاف نظر وجود دارد. در مجموع، در این باره حداقل پنج دیدگاه وجود دارد. دیدگاه سوم و چهارم مهم‌ترین دیدگاه‌هاست. دیدگاه اول و دوم نیز از جهت تاریخی بازگو می‌شود. بررسی دیدگاه پنجم، مسئله اصلی این مقاله است. دیدگاه پنجم، شرط فعل‌های مذکور در مثال سوم و چهارم را طوری تحلیل می‌کند که ماهیت آن‌ها منطبق با شرط نتیجه شود و تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع شود. این دیدگاه، تفاوت بنیادین با نظر مشهور فقیهان دارد. مسئله اصلی این نوشتار نیز این است: آیا تحلیل ارائه‌شده در دیدگاه پنجم مبنی بر عدم تفاوت شرط فعل مالی با شرط نتیجه، از نظر ضمانت‌اجرا درست است یا خیر؟ در ادامه، به بازگویی دیدگاه‌های فقهی در ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل می‌پردازیم. پس از بیان دو مقدمه کلیدی، نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی بودن» شرط فعل مالی و آثار آن را تبیین می‌کنیم و به پنج تفاوت آن با نظریه مشهور فقیهان امامیه اشاره می‌کنیم. در ادامه، نظریه مورد نقد، بر پنج مسئله فقهی حقوقی تطبیق داده می‌شود. در قسمت دوم نیز نظریه مذکور با بیان هشت اشکال نقد و رد می‌شود.

دیدگاه نخست: عمل به شرط فعل واجب نیست، بنابراین صرفاً ضمانت اجرای تخلف از آن، خیار تخلف از شرط است. این نظریه، مربوط به شهید اول است^۱ اما در این باره به دو نکته باید دقت کرد. در نوشتارهای مربوط به شروط، از این دو نکته غفلت شده است:^۲ نکته اول، شهید اول شرط فعل‌های گنجانده‌شده در ضمن عقد نکاح را واجب می‌داند؛^۳ نکته دوم، شهید اول برخلاف نظر پیشین، در بعضی از آثار خود، عمل به شرط را واجب می‌شمارد.^۴

دیدگاه دوم: عمل به شرط فعل از نظر تکلیفی بر مشروط‌علیه واجب است، اما اجبار وی در خصوص انجام شرط ممکن نیست؛^۵ بنابراین، اگر مشروط‌علیه ترک واجب کند، مشروط‌له صرفاً حق فسخ عقد مشروط را دارد.

۱. شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۱۲۰ و ۱۳۰ و ۱۳۱.

۲. نک: محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۲۳۴ و ۳۰۳؛ علیدوست و سنجرانی، «آثار شروط ضمن عقد نکاح»، ۱۰۷ و ۱۰۸.

۳. شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۱۸۴.

۴. شهید اول، الدروس الشرعیة، ۲۱۴/۳ و ۴۱۱.

۵. طوسی، المبسوط، ۱۵۱/۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۳۴/۲.

دیدگاه سوم: عمل به شرط فعل برای مشروط‌علیه واجب است. در فرض تخلف او، مشروط‌له مختار است مشروط‌علیه را از طریق حاکم اجبار به ایفای شرط کند یا اینکه عقد مشروط را فسخ کند. به عبارت دیگر، طبق این نظر، حق اجبار و حق فسخ در عرض هم هستند، نه در طول هم.^۱

دیدگاه چهارم: عمل به شرط فعل واجب است. تا زمانی که امکان اجبار مشروط‌له بر ایفای شرط ممکن باشد، مشروط‌له نمی‌تواند عقد مشروط را به استناد خيار تخلف از شرط فسخ کند.^۲ به عبارت دیگر، حق فسخ در طول اجبار مشروط‌علیه است. قانونگذار نیز در تدوین مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی ایران متأثر از این دیدگاه بوده است. لازم به ذکر است حداقل طبق دیدگاه‌های سوم و چهارم، شرط فعل سبب ثبوت التزام وضعی و مشمول ادله لزوم عقد مشروط می‌شود. طبق مفاد شرط فعل، عنوان متعهد (ملتزم) بر مشروط‌علیه صدق می‌کند، هرچند تعهد و التزامش به صورت تبعی و در ضمن یک عقد حادث می‌شود، نه به صورت مستقل.

دیدگاه پنجم: افزون بر دیدگاه‌های چهارگانه مذکور، نظریه‌ای دیگر نیز در خصوص اثر ماهوی و ضمانت اجرای شرط فعل مالی مطرح شده است. این نظریه درصدد است تفاوت شرط نتیجه و شرط فعل مالی را از نظر ضمانت اجرا منتفی سازد. طبق این نظریه، همچنان‌که در شرط نتیجه به محض اشتراط، مشروط‌له در خارج یا در ذمه مشروط‌علیه، مالک متعلق مشروط‌به شده است و تخلف از تعهد برای مشروط‌علیه، سالبه به انتفای موضوع است، شرط فعل مالی نیز دقیقاً چنین است. صاحب این نظریه، از نویسندگان نامدار فقهی حقوقی است. اسم نظریه خود را «نظریه تکلیف و حق مالی ذمی» نامیده است. نخست، نظریه مذکور را به تفصیل تبیین می‌کنیم و در ادامه، به نقد آن می‌پردازیم. در ادبیات فقهی حقوقی ایران، این نظریه هنوز آن‌چنان‌که شایسته است تبیین و نقد نشده است. تبیین و نقد نظریه مذکور و اثبات نادرستی آن موضوع اصلی این مقاله در ادامه مباحث است. در کنار آن، آثار عملی نظریه مذکور نیز به صورت روشن نشان داده شده است. جنبه نوآوری این است که تاکنون نظریه مذکور به صورت مستقل بررسی و نقد نشده است و بعضی از نویسندگان صرفاً در حد اشاره به نظریه مذکور پرداخته‌اند، بدون اینکه آن را به صورت مستقل تبیین و نقد کرده باشند.^۳ پیش فرض‌هایی که سبب شده است نظریه مذکور به عنوان رقیب نظریه مشهور فقیهان ارائه شود، نقد شده است. با زدودن زوایای مبهم شرط فعل، ضمن فربه‌شدن

۱. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۵۲/۱۰؛ نراقی، مستند الشیعه، ۴۱۲/۱۴؛ طباطبایی، حاشیه کتاب المکاسب، ۳۳۲/۲ تا ۳۳۷؛ جعفری، القواعد الفقهية، ۳۰۳/۳ و ۳۰۴؛ خمینی، کتاب البیع، ۳۲۸/۵؛ خونی، التنقیح، ۹۱/۵ تا ۹۳.

۲. شهید ثانی، الروضة البهية، ۲۷۴/۲؛ انصاری، کتاب المکاسب، ۷۱/۶؛ آل کاشف الغطاء، شرح خيارات اللعنة، ۲۵۱ و ۲۵۲.

۳. جعفری خسروآبادی، «شرط فعل از تکلیف محض تا اشتغال ذمه»، ۹۶۵ تا ۹۶۸.

ادبیات فقهی حقوقی شرط فعل ثابت شده است. این پیش فرض ها که شرط فعل مالی صرفاً سبب اشتغال عهده مشروط علیه و بیانگر حکم تکلیفی محض است، درست نیست؛ بلکه شرط فعل مالی با همان ماهیتی که در متون فقهی براساس نظریه مشهور تقریر و تثبیت شده است را می توان موجب تحقق مصداقی از حکم وضعی (حق) در عالم اعتبار شمرد. این موجود اعتباری، معاوضه شدنی است و سبب اشتغال ذمه مشروط علیه در گستره منشأ خود می شود. در صورت وفات وی نیز می توان حق مذکور را از ترک مشروط علیه استیفا کرد. برای رسیدن به نتیجه مطلوب نباید شرط فعل مالی را مصداقی از شرط نتیجه تلقی کرد و تمام مرزهای این دو نهاد فقهی حقوقی مستقل را نادیده گرفت. بدون آمیختن مرزها با تحلیل دیگر و با ادله ای استوارتر، پیش فرض هایی را باید کنار نهاد که بدون پشتوانه محکم، مسلم تلقی شده اند. این امر سبب می شود شرط فعل مالی با همان ماهیت مشهور خود، با نظریه عمومی حقوق تعهدات سازگار و بیش از پیش کاربردی تر شود. درست است در نقد نظریه مذکور از مواد خام متعدد ادبیات فقهی موجود بهره برداری شده است، ولی گزینش و پالایش و چینش و کشف دلیل از آن ها در راستای نقد نظریه موضوع مقاله، مخصوص این جستار است و در سایر نوشته های فقهی حقوقی وجود ندارد. کوتاه سخن اینکه، این نوشتار می تواند ادبیات فقهی حقوقی در حوزه شروط را توسعه دهد و دقت مطالعه کنندگان در این حوزه را دوچندان کند.

۱. مفاهیم

بعضی از نویسندگان نامدار، «نظریه تکلیف و حق مالی ذمی» را به عنوان اثر ماهوی شرط فعل مالی و ضمانت اجرای آن، وارد گستره ادبیات فقهی حقوقی کرده و علامه حلی و سید محمد کاظم طباطبایی یزدی را نیز از طرفداران این نظریه شمرده اند.^۱ با توجه به آثار متعدد این نظریه در گستره حقوق معاملات، جا داشت بعد از ارائه شدن نظریه مذکور، نویسندگان فقهی و حقوقی به تبیین و نقد آن بپردازند. با این همه، نگارنده تاجایی که اطلاع دارد تاکنون از این امر مهم غفلت شده است. امید است این نوشتار فتح بابی شود تا محققان بعدی نواقص را مرتفع سازند و در این باره گام های بهتری بردارند. پیش از تبیین نظریه محل بحث، لازم است به دو مقدمه خیلی کوتاه اشاره شود.

مقدمه نخست؛ اشاره به مفهوم ذمه و عهده: طبق نظر بعضی از فقیهان، بین ذمه و عهده تفاوت است. ذمه، ظرف دین و عهده، ظرف تکلیف است. وقتی ذمه الف در برابر ب مشغول می شود، به همان میزان دینی که به ذمه الف تعلق گرفته است، ملکیت ب در دارایی اش افزایش پیدا می کند؛ بنابراین ب

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۰۵.

می‌تواند ملک مذکور را به‌عنوان مهر در عقد نکاح یا به‌عنوان ثمن در قرارداد بیعی قرار دهد. اما وقتی عهده الف در برابر ب مشغول می‌شود، صرفاً مشروط‌علیه تکلیف به انجام فعلی یا ترک آن در برابر مشروط‌له را دارد، بدون اینکه مدیون وی باشد؛ برای مثال، وقتی شخصی طبق قانون ملزم به پرداخت نفقه اقارب می‌شود، خویشاوند فقیر در ذمه خویشاوند مستطیع، راجع به نفقه پرداخت ملکیت پیدا نمی‌کند؛ بلکه خویشاوند دارای استطاعت مالی، صرفاً از نظر تکلیفی ملزم به پرداخت نفقه است.^۱ کوتاه سخن، ذمه، ظرف مصادیق حکم وضعی از قبیل ملکیت است، ولی عهده، ظرف مصادیق حکم تکلیفی است.

مقدمه دوم؛ عدم امکان برداشت هزینه‌های شرط فعل مالی از ترکه طبق: بعضی معتقدند: شرط فعل‌های مالی، مثل تحویل هزار کیلوگرم برنج یا ساختن یک باب خانه بر عهده مشروط‌علیه قرار می‌گیرد، نه در ذمه‌اش. بنابراین، شرط فعل، سبب حدوث تکلیف برای مشروط‌علیه و حق مطالبه انجام متعلق مشروط به برای مشروط‌له می‌شود، بدون اینکه دارایی مشروط‌له به اندازه متعلق مشروط به افزایش پیدا کند. طبق این دیدگاه، چنانچه به هر دلیلی مشروط‌علیه قبل از انجام شرط فعل بمیرد، نمی‌توان هزینه‌های اجرای شرط فعل مالی را از ترکه متوفای برداشت کرد؛ زیرا صرفاً دیون از ترکه برداشت می‌شود، نه تکالیفی که مستقر بر عهده مشروط‌علیه شده است.^۲

بررسی و نقد تفصیلی مبانی ذکر شده در دو مقدمه مذکور از حوصله این مقاله خارج است. در ادامه، به اختصار به نقد آن‌ها می‌پردازیم.

۲. تبیین نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی

خلاصه نظریه مذکور چنین است: عقد، گاهی عهده‌ای است و گاهی تملیکی. خرید یک تن برنج به صورت عین معین از فروشگاه، مصداق عقد تملیکی است و سبب افزایش دارایی خریدار به همان اندازه می‌شود. در صورتی که خریدار، یک تن برنج را به صورت کلی فی‌الذمه بخرد، طبق متون فقهی، عقد تملیکی است، به همان اندازه خریدار در ذمه فروشنده مالک می‌شود. برخلاف حقوق فرانسه که چنین عقود را عقد عهده‌ای می‌شمارد. مالکیت در ذمه، مخصوص حقوق اسلام است. دقیقاً تفاوت شرط فعل و شرط نتیجه نیز مثل تفاوت عقد عهده‌ای و عقد تملیکی است. در مثال قبل، اگر در ضمن عقد بیع یک دستگاه خودرو، ملکیت هزار کیلوگرم برنج به صورت کلی علیه خریدار به صورت شرط نتیجه گنجانده شود، به محض پایان عقد، فروشنده در ذمه خریدار یک تن برنج را مالک خواهد بود؛ بنابراین در صورت

۱. نک: صدر، «حواله»، ۷ تا ۴.

۲. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۱۵ و ۳۲۳ و ۵۱۰.

مرگ مشروط‌علیه، مشروط‌له می‌تواند تقاضا کند متعلق مشروط‌به از ترکه وی برداشت و به وی تسلیم شود. در همین مثال سابق، در صورتی که در قالب شرط فعل، مشروط‌علیه ملتزم شده باشد یک تن برنج به مشروط‌له تملیک کند، طبق دیدگاه بعضی از فقیهان، مشروط‌له، مالک متعلق مشروط‌به (یک تن برنج) در ذمه مشروط‌علیه نمی‌شود؛ بلکه صرفاً تکلیف به انجام شرط بر عهده مشروط‌علیه مستقر شده است. مشروط‌له تنها حق دارد وفای به شرط را مطالبه کند. در صورتی که مشروط‌علیه قبل از وفای به شرط از دنیا برود، متعلق مشروط‌به از ترکه برداشت‌شدنی نیست؛ چون مفاد شرط فعل یادشده، تنها تکلیف بوده است. روشن است تکلیف هم به صرف وفات مشروط‌علیه منتفی می‌شود. دارنده دیدگاه پنجم بیان می‌کند: دیدگاه بعضی از فقیهان که معتقدند شرط فعل مالی صرفاً بر عهده قرار می‌گیرد، نه در ذمه، پذیرفتنی نیست؛ زیرا می‌توان گفت: ذوق عرفی، بین شرط فعل تملیک یک تن برنج با شرط نتیجه ملکیت یک تن برنج تفاوتی نمی‌گذارد، عرف، همچنان که شرط تملیک یک تن برنج در قالب شرط نتیجه را ملکیت‌آور می‌شمارد، شرط تملیک یک تن برنج در قالب شرط فعل را نیز در ذمه مشروط‌علیه مستقر می‌شمرد و مشروط‌علیه را به اندازه متعلق مشروط‌به مدیون می‌داند. طبق این مبنا، به محض اشتراط شرط فعل مالی، مشروط‌له به میزان متعلق مشروط‌به ملکیت در ذمه مشروط‌علیه پیدا می‌کند.

۳. تفاوت آثار نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی با نظریه

مشهور فقیهان

آثار متعددی بر این نظریه است که در مباحث بعدی اشاره خواهد شد. این نظریه، دو تفاوت با نظریه مشهور فقیهان درباره ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مالی دارد. به تفاوت‌های دوگانه مذکور اشاره می‌شود.

تفاوت نخست؛ امکان برداشت متعلق مشروط‌به در شرط فعل مالی از ترکه: طبق نظریه پنجم، چون شرط فعل مالی سبب ملکیت در ذمه مشروط‌علیه می‌شود، بنابراین حتی در فرض وفات مشروط‌علیه نیز متعلق مشروط‌به از ترکه وی برداشت‌شدنی است، اما طبق دیدگاه مشهور فقیهان، شرط صرفاً سبب حدوث تکلیف و حق مطالبه، علیه مشروط‌علیه می‌شود؛ چون به محض وفات مشروط‌علیه تکلیف منتفی می‌شود، به تبع، حق مطالبه نیز از بین خواهد رفت. در ضمن، چون مفاد شرط فعل مالی صرفاً تکلیف است و بر عهده مشروط‌علیه قرار گرفته است، روشن است امکان برداشت آن از ترکه نیست.

تفاوت دوم؛ عدم امکان تحقق خیار تخلف از اشتراط در شرط فعل مالی: طبق دیدگاه پنجم، به محض اشتراط شرط فعل مالی، به میزان متعلق مشروط‌به، مشروط‌له، ملکیت در ذمه مشروط‌علیه پیدا

می‌کند. بنابراین، مفاد شرط فعل مالی که وقوع ملکیت باشد، به محض اشتراط واقع می‌شود، دیگر تخلف از شرط فعل مالی معنا ندارد. در واقع، طبق این دیدگاه شرط فعل مالی دقیقاً مثل تملیک یک تن برنج در قالب شرط نتیجه خواهد شد. تخلف از شرط نتیجه معنا ندارد؛ زیرا شرط نتیجه یا صحیح است و به محض اشتراط در عالم اعتبار واقع می‌شود یا باطل است و واقع نمی‌شود. بنابراین، تخلف مشروط‌علیه از آن معنا ندارد. باتوجه به مطالب مذکور، طبق این دیدگاه در شرط فعل مالی، خیار تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع است، البته اگر مشروط‌علیه ذمه خود را که در اثر شرط فعل مالی مشغول شده است اِفراغ نکند، می‌توان اجبار وی را از دادگاه مطالبه کرد؛ چنان‌که اگر ملتزم در عقدی تملیکی، مال مورد تملیک را تسلیم نکند، می‌توان وی را از طریق دادگاه ملزم به تسلیم متعلق موضوع قرارداد کرد. در واقع، در فرض امتناع مشروط‌علیه از ادای دین، با وی دقیقاً مثل مدیون ممتنع رفتار می‌شود؛ به این معنا، اگر مالی از وی در دسترس باشد، بازداشت و طلب از آن‌ها وصول می‌شود؛ در صورتی که مشروط‌علیه ثابت کند مالی ندارد، مشمول احکام اعسار می‌شود.

برخلاف دیدگاه پنجم، طبق نظریه مشهور فقیهان، شرط فعل مالی، سبب حدوث ملکیت نمی‌شود؛ بلکه آن صرفاً سبب حدوث تکلیف و حق مطالبه برای مشروط‌له بر عهده مشروط‌علیه می‌شود. بنابراین، امکان دارد مشروط‌علیه به تکلیف مذکور عمل نکند و تخلف از شرط کند. در این صورت، طبق دیدگاه سوم، مشروط‌له مخیر است مشروط‌علیه را از طریق دادگاه ملزم به ایفاء شرط کند یا با استفاده از خیار تخلف از شرط، عقد را فسخ کند. طبق دیدگاه چهارم، همان‌طوری که در ماده ۲۳۹ ق.م.آ آمده است، حق فسخ از طریق خیار تخلف از شرط در فرض عدم امکان اجبار مشروط‌علیه ثابت می‌شود.^۱ هر چند صاحب نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی بودن شرط فعل» به دو تفاوت عمده نظریه خود با نظریه مشهور فقیهان اشاره کرده است؛ ولی برای نشان دادن تمایز این نظریه با نظریه مشهور فقیهان، به سه تفاوت دیگر نیز صرفاً برای نمونه اشاره می‌شود.

تفاوت سوم؛ امکان تحقق بیع دین به دین در بعضی از فروض: اگر شرط فعل مالی را طبق نظریه پنجم سبب ثبوت دین در ذمه مشروط‌علیه به نفع مشروط‌له بدانیم، این طلب قابلیت معامله را دارد. چنانچه طلب مذکور به عنوان ثمن در قرارداد بیع دیگری که مبیع کلی فی الذمه است قرار داده شود، مباحث مربوط به فروش دین در برابر دین پیش می‌آید که مطابق نظر مشهور فقیهان باطل است،^۲ ولی طبق دیدگاه مشهور فقیهان، شرط فعل مالی صرفاً سبب ثبوت حق به نفع مشروط‌له می‌شود. می‌توان حق مذکور را ثمن

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۰۱ تا ۳۲۲.

۲. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۲۷/۲ و ۳۵۳.

قرار داد، بدون اینکه اشکال خرید و فروش دین در برابر دین پیش بیاید.

تفاوت چهارم؛ اشتغال ذمه مستعیر، به محض اتلاف عین مستعاره توسط ثالث در عاریه به شرط ضمان: در صورتی که در عاریه شرط ضمان مستعیر در قالب شرط فعل شود، در فرضی که ثالث عین مورد عاریه را تلف کند، طبق دیدگاه پنجم به محض اتلاف، ذمه مستعیر در برابر معیر به میزان مال تلف شده مشغول می شود. در واقع، معیر به همان میزان مال تلف شده، ملکیت در ذمه مستعیر پیدا می کند و مال تلف شده در عالم اعتبار جبران می شود، صرفاً اِفرَاق ذمه باقی می ماند. مشروطه از نظر قضایی امکان مطالبه بدل مال تلف شده از ثالث را ندارد. ثالث در برابر مستعیر ضامن خواهد بود، نه در برابر مالک عین مستعاره، ولی طبق دیدگاه مشهور فقها، شرط برای مشروطه صرفاً حق مطالبه ایجاد می کند. طبق قاعده شروط، مالک می تواند از مستعیر مطالبه بدل کند و نیز براساس قاعده اتلاف می تواند به ثالث رجوع کند. روشن است پذیرش هر کدام از این نظریه ها، در تنظیم دادخواست و صدور حکم و اجرای آن تأثیر اساسی دارد.

تفاوت پنجم؛ تحقق جرم فروش مال غیر توسط مشروط علیه در بعضی از فروض: اگر متعلق مشروط به، عین معین خارجی مثلاً یک دستگاه ماشین باشد، در صورتی که مالک در قالب شرط فعل ملتزم به تملیک آن به مشروط له شده باشد، اگر آن را مشروط علیه به ثالث بفروشد، طبق دیدگاه پنجم مرتکب جرم فروش مال غیر شده است؛ چون به محض اشتراط، ملکیت آن به مشروط له منتقل شده است، ولی طبق دیدگاه چهارم، شرط سبب زوال ملکیت مشروط علیه نمی شود؛ بلکه وی ملتزم می شود متعلق مشروط به را به مشروط علیه تملیک کند.

۴. تطبیق نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» در پنج مسئله فقهی و بیان تمایز آن با سایر نظریه ها

نویسنده طرفدار نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، در ادامه سخن خود به ثمره دیدگاه خود در پنج مسئله فقهی نیز اشاره می کند که در اینجا به چکیده پنج مسئله مذکور اشاره می شود. ناگفته نماند برای روشن شدن هر چه بیشتر آثار نظریه ها، مباحثی نیز به عنوان تبیین افزوده شده است، ولی تلاش بر این است کوچک ترین انحرافی در توضیح دیدگاه پنجم رخ ندهد.

مسئله نخست؛ شرط نفقه اجیر بر عهده مستأجر: اگر نفقه اجیر بر عهده مستأجر شرط شود، ولی مشروط علیه از انجام شرط خودداری ورزد، طبق نظریه سوم، مشروط له مختار است یا الزام مشروط علیه را از دادگاه مطالبه کند یا اینکه عقد مشروط را از باب خیار تخلف از شرط فعل فسخ کند. طبق نظریه چهارم

نیز حق فسخ از باب خیار تخلف از شرط در فرض عدم امکان اجبار مشروط‌علیه وجود دارد. براساس نظریه پنجم، حق فسخ از باب خیار تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع است؛ زیرا به محض اشتراط پرداخت نفقه، اجیر در ذمه مستأجر به میزان متعلق مشروط به ملکیت پیدا می‌کند. همچنین طبق دیدگاه‌های سوم و چهارم، در فرض وفات مشروط‌علیه، متعلق مشروط به از ترکه برداشت‌شدنی نیست ولی براساس دیدگاه پنجم، متعلق مشروط به از ترکه وصول‌شدنی است.

مسئله دوم؛ شرط نفقه در عقد موقت: اگر در عقد نکاح موقت، طبق ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی شرط نفقه علیه زوجه شود، طبق دیدگاه پنجم، زوجه به اندازه نفقه، ملکیت در ذمه زوج (مشروط‌علیه) پیدا می‌کند؛ بنابراین حتی در صورت اعسار زوج، مشروط‌علیه به استناد خیار تخلف از شرط فعل، حق فسخ عقد موقت را ندارد؛ چون به محض اشتراط پرداخت نفقه، هر چند در قالب شرط فعل مالی، ملکیت خود به خود حاصل می‌شود؛ بنابراین تخلف از شرط فعل، سالبه به انتفای موضوع است. طبق این دیدگاه، قاعداً باید به مدیون برای ادای دین تا زمان پیدا کردن استطاعت مالی مهلت داده شود. طبق دیدگاه سوم و چهارم، مشروط‌له می‌تواند عقد نکاح موقت را در فرض اعسار زوج به استناد خیار تخلف از شرط فعل فسخ کند، مگر اینکه معتقد باشیم خیار تخلف از شرط فعل، به طور مطلق هم در نکاح دائم و هم نکاح منقطع تخصیص خورده است. در این صورت، مسئله مبنایی خواهد بود. همچنین طبق دیدگاه پنجم در فرض وفات مشروط‌علیه، نفقه زوجه موقت همچون نفقه زوجه دائم، دین و از ترکه وصول‌شدنی است، ولی براساس دیدگاه‌های سوم و چهارم، به محض وفات مشروط‌علیه، برداشت نفقه شرط‌شده از ترکه ممکن نیست؛ زیرا مفاد شرط فعل مالی صرفاً تکلیف است و به محض وفات مشروط‌علیه از بین می‌رود.

مسئله سوم؛ شرط اعطای مال در عقد مزارعه: اگر طبق ماده ۵۲۰ قانون مدنی در عقد مزارعه شرط شود یکی از طرفین افزون بر حصه معین از حاصل، مال دیگری (مثلاً یک تن برنج) نیز به طرف مقابل بدهد، در صورت تخلف مشروط‌علیه، آثار مبنای منتخب درباره تخلف از شرط فعل مالی ظاهر خواهد شد. طبق دیدگاه پنجم، خیار تخلف از اشتراط برای مشروط‌له ایجاد نمی‌شود؛ بلکه صرفاً با مشروط‌علیه همچون مدیون متمتع رفتار می‌شود. همچنین در فرض وفات، متعلق مشروط به از ترکه وصول‌شدنی است، ولی طبق دیدگاه‌های سوم و چهارم، مشروط‌له خیار تخلف از شرط دارد. در ضمن، مشروط به نیز از ترکه برداشت‌شدنی نیست.

مسئله چهارم؛ شرط تملیک مال علیه مضارب: در ماده ۵۵۸ قانون مدنی آمده است: «اگر شرط شود مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است، مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً

به مالک تملیک کند.» محقق داماد معتقد است: قانونگذار در این ماده از نظریه تکلیف و حق ذمی عدول کرده و به جای آن نظریه، نظریه تکلیف و حق مطالبه را ترجیح داده است؛ زیرا اگر از نظر نویسندگان قانون مدنی، شرط فعل مالی سبب ثبوت حق ذمی می‌شد، به صورتی که در دیدگاه پنجم مطرح است؛ در این صورت تفاوتی بین صدر و ذیل ماده مذکور باقی نمی‌ماند تا شرط به شیوه مطرح شده در صدر ماده باطل شمرده شود ولی به صورت مذکور در ذیل ماده صحیح اعلام شود؛ زیرا طبق مبنای مذکور، شرط فعل مالی در هر دو صورت سبب افزایش دارایی مشروطه و ثبوت دین در ذمه مشروط‌علیه می‌شود. نتیجه اینکه، نویسندگان قانون مدنی، مفاد شرط را چیزی جز تعهد الزام‌شدنی نمی‌دانسته‌اند. همین امر سبب شده است قانونگذار در صدر ماده ۵۵۸ قانون مدنی، شرط ضمان مضارب را باطل اعلام کند در فرضی که شرط سبب اشتغال ذمه مشروط‌علیه می‌شود، ولی در ذیل ماده، شرط تملیک رایگان به مقدار خسارت یا تلف را صحیح بداند؛ زیرا شرط مذکور در ذیل ماده، صرفاً تعهدی الزام‌شدنی بر عهده مشروط‌علیه می‌گذارد، بدون اینکه منجر به اشتغال ذمه وی شود و دارایی مشروطه را فزونی بخشد.^۱

مسئله پنجم؛ شرط پرداخت هزینه انتفاع از عین مستأجره علیه مستأجر: اگر طبق ماده ۴۸۶ قانون مدنی هزینه انتفاع از عین مستأجره به صورت شرط فعل بر عهده مستأجر گذاشته شود، در این فرض نیز آثار نظریه تکلیف و حق ذمی مالی با نظریه مشهور فقیهان تفاوت اساسی خواهد داشت.^۲ همچنان‌که در نمونه‌های پیشین به تفصیل بیان شد، همان تفاوت‌ها راجع به مسئله پنجم نیز جاری است. با توضیحات کامل ارائه شده، دیدگاه پنجم تبیین شد و در ادامه، پنج ثمره مذکور را نقد خواهیم کرد.

۵. نقد نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی

نظریه مذکور اشکالات متعددی دارد که به ترتیب به بیان آن‌ها می‌پردازیم. اشکالات، چند نوع است: اشکال‌های شکلی، نقد نسبت مطرح شده به فقها در کلام صاحب نظریه پنجم و اشکال‌های ماهوی.

۵. ۱. اشکال نخست؛ دقیق نبودن عنوان نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی»

با تبیین نظریه پنجم، روشن شد طبق این نظریه، شرط فعل مالی سبب می‌شود مشروط‌له مالک مشروط‌به در ذمه مشروط‌علیه شود. طبق این مبنا مناسب نبود مهم‌ترین طرفدار این نظریه از واژه حق در عنوان نظریه منتخب خود استفاده کند که نظریه تکلیف و حق مالی ذمی است؛ زیرا همچنان‌که خودش در جای دیگر نوشته است: ویژگی‌های ملک کاملاً با ویژگی‌های حق متفاوت است؛ از جمله اینکه، ملک قابل

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۰۵ تا ۳۰۳.

۲. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۲۲ تا ۳۲۸.

هرگونه دادوستد است، درحالی که حق نمی تواند مبیع واقع شود. ملک، اعراض شدنی است اما حق در اغلب موارد، اسقاط شدنی است.^۱ ماده ۲۹ قانون مدنی نیز حق را قسمی ملک قرار داده و در واقع، تفاوت آن دو را پذیرفته است؛ نتیجه اینکه مناسب بود ایشان از عباراتی همچون «دین بودن شرط فعل مالی» یا «ملکیت آوردن شرط فعل مالی» استفاده کند. این تعبیر، نظریه مذکور را بهتر بیان می کرد. لازم به ذکر است در حقوق اسلام، «دین» سبب ثبوت ملکیت داین در ذمه مدیون به میزان دین می شود.

۵. ۲. اشکال دوم؛ نادرستی انتساب نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» به علامه حلی

مدافع نظریه تکلیف و حق مالی ذمی معتقد است: علامه حلی اولین فقیهی است که نظریه تکلیف و حق مالی ذمی بودن شرط فعل مالی را پذیرفته است؛ زیرا وی در موردی که عامل در عقد مساقت از انجام متعلق مشروط به تخلف می ورزد، نوشته است: مشروطه می تواند عقد را فسخ یا اجرت عمل را مطالبه کند.^۲ اعطای حق مطالبه اجرت به مشروطه به دلیل این است که ایشان متعلق مشروطه را ملک مشروطه در ذمه مشروط علیه می دانسته است.

دلیل اول؛ ثبوت خیار اشتراط برای مشروطه طبق نظر علامه حلی: ادعای مذکور درست نیست؛ زیرا علامه حلی، به صراحت قائل به حق فسخ ناشی از خیار تخلف از شرط در عرض حق مطالبه اجرت است، درحالی که طبق نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، خیار مذکور سالبه به انتفای موضوع است؛ زیرا به محض اشتراط، مفاد شرط فعل مالی که ثبوت ملکیت در ذمه مشروط علیه باشد، محقق می شود. تخلف از شرط و در نتیجه، ثبوت خیار تخلف از اشتراط ممکن نیست.

دلیل دوم؛ دیدگاه های گوناگون علامه حلی: نظرات علامه حلی درباره ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل گوناگون است. ایشان گاهی برای مشروطه حق فسخ یا اجبار مشروط علیه به انجام شرط را در عرض هم ثابت دانسته است،^۳ اما درباره شرط عتق، حق اجبار را نپذیرفته و صرفاً برای مشروطه حق فسخ قائل شده است، بدون اینکه کمترین سخنی از دریافت عوض شرط بکند،^۴ ولی گاهی شرط عتق را قابل ارزش گذاری مالی دانسته و معتقد شده است: در فرضی که شرط عتق علیه مشتری می شود ولی عبد قبل از عتق بمیرد، مشروطه می تواند ارزش شرط را مطالبه کند؛^۵ بنابراین با این همه گوناگونی دیدگاه ها و عدم صراحت، نمی توان علامه حلی را از قائلان به این دیدگاه شمرد.

۱. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۶۸ و ۲۶۹.

۲. علامه حلی، تحریر الأحکام، ۱۵۲/۲.

۳. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۵۲/۱۰.

۴. علامه حلی، قواعد الأحکام، ۹۱/۲؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۳۵۵/۲.

۵. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۶۹/۱۰.

دلیل سوم؛ مفاد مستقیم شرط نبودن حق مطالبه بهای متعلق مشروطه: طبق نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، به محض اشتراط شرط فعل مالی؛ مثل شرط عمل برای عامل مساقات، متعلق مشروطه دست کم به صورت معلق در عالم اعتبار محقق می شود و مشروطه به میزان آن در ذمه عامل به صورت معلق ملکیت پیدا می کند. به محض تخلف مشروط علیه، خود به خود ذمه وی مشغول به پرداخت اجرت عمل می شود. نتیجه مذکور با دیدگاه علامه حلی تطبیق شدنی نیست؛ زیرا طبق ظاهر کلام ایشان، به صرف اشتراط، ملکیتی هر چند معلق برای مشروطه در خصوص عمل عامل در ذمه مشروط علیه پیدا نمی شود؛ بلکه در فرض تخلف مشروط علیه از شرط، در صورتی که مشروطه خیار تخلف از شرط خود را اعمال نکند می تواند اجرت عمل عامل را مطالبه کند. به عبارت دیگر، طلب مذکور در نظر علامه حلی در صورت نقض پیمان ناشی از شرط و عدم اعمال خیار اشتراط متصور است، در حالی که طبق نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، مفاد مستقیم شرط، ثبوت دین برای مشروط علیه و ملکیت برای مشروطه است؛ مدعایی که به هیچ عنوان کلام علامه حلی نسبت به آن دلالت ندارد.

دلیل چهارم؛ عدم تلازم بین امکان مطالبه بهای متعلق مشروطه و نظریه مورد نقد: تلازمی بین پذیرش امکان مطالبه اجرت با دیدگاه پنجم وجود ندارد. ممکن است طبق نظر مشهور فقیهان که شرط را موجب ثبوت حق مطالبه نسبت به ایفای تعهد به نفع مشروطه می دانند نیز قائل به مطالبه ارزش متعلق مشروطه در شرط فعل مالی شد؛ به دلیل اینکه عرف ممکن است در بعضی از فروض، تخلف مشروط علیه را سبب ورود ضرر به مشروطه شمرد و جبران آن را صرفاً با پرداخت بهای متعلق مشروطه ممکن بداند. ادله شرعی و قانونی مسئولیت ناشی از نقض تعهدات قراردادی نیز مثبت این مدعا است. ملاک ماده ۲۲۱ قانون مدنی در این باره درخور استفاده است.

۵.۳. اشکال سوم؛ نادرستی انتساب نظریه تکلیف و حق مالی ذمی به محقق طباطبایی یزدی

محقق طباطبایی یزدی نیز از طرفداران نظریه تکلیف و حق مالی ذمی شمرده شده است؛ توضیح اینکه، محقق طباطبایی یزدی نوشته است: اگر عامل مساقات، به شرایطی عمل نکند که ملتزم شده است، در صورتی که وقت آن عمل هنوز فوت نشده است، مالک می تواند اجبار وی بر عمل را مطالبه کند و در صورتی که اجبار ممکن نباشد یا وقت عمل گذشته باشد، مالک می تواند مساقات را به استناد خیار تخلف از شرط فسخ کند. اما آیا مالک می تواند بدون فسخ عقد مساقات، اجرت المثل عمل فوت شده به میزان حصه خود را از عامل مطالبه کند؟ پاسخ، دو قول است؛ نظر قویتر آن است که مشروطه مخیر است یا

عقد مسابقات را فسخ کند یا اجرت المثل مطالبه کند.^۱

لازم به ذکر است اجرت المثل عمل فوت شده به میزان حصه، در کلام محقق طباطبایی یزدی به صورت مبهم بیان شده است. در توضیح آن باید گفت: در عقد مسابقات برای هریک از طرفین حصه‌ای تعیین می‌شود. فرض کنید حصه مالک، نصف محصول در صورت تحقق آن بوده است. عامل، ترک فعل می‌کند و محصولی به دست نمی‌آید. منظور محقق طباطبایی یزدی این است: کاری که قرار بوده عامل انجام دهد، همان کار مقرر شده، به میزان درصد مالک از محصول، تعلق به وی دارد؛ در نتیجه در فرض یادشده مالک می‌تواند نصف اجرت عمل عامل را از وی مطالبه کند. دقت شود سخن محقق طباطبایی یزدی هیچ ارتباطی به امکان مطالبه محصول فوت شده ندارد.

محقق طباطبایی یزدی در ادامه کلام قبلی خود به اشکال بعضی از فقهای دیگر اشاره می‌کند و به آن اشکال، به صورت مصادره به مطلوب پاسخ می‌دهد؛ به این معنا، ایشان هیچ تحلیلی برای درستی نظریه خود ارائه نکرده، بلکه صرفاً مدعای خویش را در پاسخ تکرار فرموده است. اشکال این است: شرط، سبب تملیک عمل نمی‌شود؛ بلکه حداکثر مشروط‌علیه را ملتزم به انجام متعلق مشروط به می‌کند و سبب می‌شود بتوان وی را اجبار بر عمل کرد. در فرض عدم امکان اجبار، مشروطه می‌تواند عقد مشروط را فسخ کند.^۲

پاسخ محقق طباطبایی یزدی به اشکال مذکور چنین است: اگر متعلق مشروط به عمل باشد، شرط سبب می‌شود مشروطه مالک آن شود، حتی در صورتی که شرط قید معامله باشد، نه جزئی از عوضین؛ باز با ملکیت عمل مشروط به منافات ندارد. مطلب مذکور به عنوان قاعده‌ای در قراردادهای دیگر نیز جاری است. برای مثال، بایع اگر در عقد بیع بر مشتری شرط کند وی لباسی را در وقت معینی بدوزد، با انقضای وقت، بایع مخیر است بیع را فسخ یا اجرت خیاطت را مطالبه کند.^۳

محقق طباطبایی یزدی در جای دیگری هم نوشته است: بدون تردید مشروط‌علیه را می‌توان اجبار بر انجام شرط کرد؛ چون بعید نیست ادعای اجماع شود که شرط سبب پیدایش حق برای مشروطه می‌شود، حتی می‌توان گفت: در بعضی موارد، شرط سبب می‌شود مشروطه مالک عملی در ذمه مشروطه شود؛ زیرا تفاوت بین التزام اجاری (اجیر شدن بر انجام عملی از طریق عقد اجاره) و التزام شرطی نیست.^۴

دلیل اول؛ ثبوت خیار اشتراط برای مشروطه طبق نظر محقق طباطبایی یزدی: هر چند محقق

۱. طباطبایی، العروة الوثقی، ۳۶۱/۵ و ۳۶۲؛ طباطبایی، العروة الوثقی، ۷۴۰/۲.

۲. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۶۹/۲۷.

۳. طباطبایی، العروة الوثقی (المحشی)، ۳۶۱/۵ و ۳۶۲؛ طباطبایی، العروة الوثقی، ۷۴۰/۲.

۴. طباطبایی، حاشیه کتاب المکاسب، ۳۳۰/۳.

طباطبایی یزدی دیدگاه خود را در این باره تا حدودی با صراحت بیشتری به‌ویژه در نظریه اخیر خود بیان کرده است، ولی با این همه نمی‌توان وی را طرفدار نظریه تکلیف و حق مالی ذمی دانست؛ زیرا ایشان معتقد است اگر عامل مساقات از انجام شرط تخلف کند، مالک دارای اختیار تخلف از شرط است،^۱ در حالی که طبق نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، استناد به اختیار تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع است، به‌ویژه اینکه این مسئله باید در جای خود به‌صورت مستقل تحلیل شود؛ چراکه بعضی از فقیهان در عرض حق فسخ، در موارد خاصی امکان مطالبه اجرت فعل مشروطه را نیز جایز شمرده‌اند. قبل از محقق طباطبایی یزدی، فقهای نامدار دیگری نیز گرایش به این دیدگاه در بعضی از مصادیق پیدا کرده‌اند.^۲ کوتاه سخن اینکه، به نظر می‌رسد پیش‌بینی حق، مطالبه اجرت در چنین مواردی گاهی به‌دلیل این است که فسخ عقد مشروط سبب دفع یا رفع ضرر مشروطه عرفاً نمی‌شود. برای مثال، فسخ عقد مساقات در فرض مثال مذکور در اشکال سوم، در موارد متعددی ممکن است عرفاً سبب جبران ضرر مشروطه نشود. پیش‌بینی حق مطالبه اجرت در چنین مواردی در صورت تخلف مشروط‌علیه، کاملاً عقلایی و توجیه‌شدنی است. گاهی هم به‌دلیل حکم قانونگذار امکان فسخ عقد مشروط ممکن نیست. برای مثال، شرط فعلی در ضمن عقد نکاحی گنجانده شده و ایفای آن مقید به زمانی خاص بوده است. در صورت تخلف مشروط‌علیه، موجه‌ترین ضمانت‌اجرا، مطالبه اجرت فعل است؛ زیرا به‌دلیل قید بودن زمان، مطالبه ایفای شرط در حال حاضر برای مشروط‌له ممکن نیست. گاهی حتی ممکن است در حال حاضر، مطالبه ایفای آن برای مشروط‌علیه به‌دلیل خصوصیت داشتن زمان انجام، منفعت عقلایی نداشته باشد و از سوی دیگر، امکان فسخ عقد نکاح به‌دلیل تخلف از شرط فعل ممکن نیست.

دلیل دوم؛ بیان سه قرینه مبنی بر ناسازگاری نظریه مورد نقد با دیدگاه محقق طباطبایی یزدی: افزون بر اشکال پیشین، سه قرینه دیگری نیز وجود دارد که باتوجه به مجموع آن‌ها می‌توان گفت: نظریه محقق طباطبایی یزدی همسان با نظریه تکلیف و حق مالی ذمی نیست. به بیان قرینه‌ها می‌پردازیم.

أ. عدم ثبوت ملکیت برای مشروط‌له به سبب شرط نفقه ضمن عقد نکاح موقت: محقق داماد پس از انتساب نظریه تکلیف و حق مالی ذمی به محقق طباطبایی یزدی در کتاب العروة الوثقی و ذکر ایشان به عنوان مهم‌ترین حامی این دیدگاه، پنج مسئله را به‌عنوان نمونه برای نشان دادن ثمره دیدگاه خود بیان کرده است که به‌اختصار در بخش قبلی بیان کردیم. مسئله دوم از آن پنج مسئله، شرط نفقه زوجه موقت در عقد نکاح بود. نویسنده مذکور اصرار دارد، شرط سبب می‌شود مشروط‌له به میزان نفقه، در ذمه مشروط‌علیه

۱. طباطبایی، العروة الوثقی (المحشی)، ۳۶۱/۵ و ۳۶۲؛ طباطبایی، العروة الوثقی، ۷۴۰/۲؛ طباطبایی، حاشیه کتاب المکاسب، ۳۳۷ تا ۳۳۱/۳.

۲. نک: محقق کرکی، رسائل المحقق الکرکی، ۲۵۰/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴۷۰/۳.

مالک می‌شود و دیگر تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع می‌شود؛ بنابراین در فرض امتناع مشروط‌له از ایفای شرط، مشروط‌له مثل همه طلبکاران می‌تواند الزام مشروط‌علیه را بر اِفراغ ذمه از دادگاه مطالبه کند. اگر مدیون معسر باشد، باید برای ادای دین به وی مهلت داده شود.

طبق نظر ایشان، قاعداً محقق طباطبایی یزدی نیز طرفدار همین نظریه است، در حالی که واقعیت چنین نیست؛ چون محقق طباطبایی یزدی در مبحث وقف کتاب تکملة العروة الوثقی که آن را بعد از العروة الوثقی نوشته است، نظری را پذیرفته است که با نظریه تکلیف و حق مالی ذمی ادعا شده مطابقت نمی‌کند؛ توضیح مطلب اینکه، ایشان می‌نویسد: «اگر واقف شرط کند هزینه‌های فرزندان یا خویشاوندان دیگرش از منافع موقوفه پرداخت شود، شرط صحیح است؛ هر چند آن‌ها از کسانی باشند که پرداخت نفقه‌شان بر واقف واجب است و با عمل به این شرط، نفقه آن‌ها از عهده شرط‌کننده ساقط شود؛ زیرا چنین شرطی وقف بر نفس شمرده نمی‌شود؛ [تا باطل باشد]. همچنین در صورتی که واقف شرط کند نفقه زوجه موقت وی از منافع موقوفه پرداخت شود، شرط صحیح است، اما شرط پرداخت نفقه زوجه دائمه از منافع وقف درست نیست؛ زیرا وقف بر نفس می‌شود...»^۱ از مطالب مذکور برداشت می‌شود ایشان شرط نفقه در ازدواج موقت را سبب مدیون شدن شوهر و حدوث ملک در ذمه مشروط‌علیه به نفع مشروط‌له نمی‌داند، وگرنه طبق این مبنا لازم بود همانند ازدواج دائم، شرط پرداخت نفقه زوجه موقت از منافع موقوفه را از مصادیق وقف بر نفس بشمارد.

ممکن است در رد قرینه مذکور گفته شود: شرط مذکور ناظر به جایی است که شوهر از طریق شرط قبلاً متعهد به پرداخت نفقه زوجه موقت نشده است.^۲ شرط انفاق زوجه موقت در فرض مذکور، مثل شرط انفاق به نفع ثالث است. باین همه، اطلاق کلام محقق طباطبایی یزدی این احتمال را نفی می‌کند، به‌ویژه اینکه قراین دیگری نیز وجود دارد که ثابت می‌کند از نظر محقق طباطبایی یزدی، شرط فعل مالی سبب ثبوت ملکیت به نفع مشروط‌له در ذمه مشروط‌علیه نمی‌شود.

ب. عدم تعلق دین به ذمه مشروط‌علیه در شرط فعل مالی: از محقق طباطبایی یزدی پرسش شده است: اگر کسی به صورت شرط فعل ملتزم شده است در صورت کشف فساد در مصالح‌عنه، تا پنجاه سال، یک صد تومان به مشروط‌له بدهد، مشروط‌علیه بعد از پذیرش تعهد مذکور می‌تواند تمام مایملک خود را به فرزندش انتقال دهد یا نه؟ ایشان در پاسخ نوشته‌اند: «... صحت صلح و انتقال به قصد فرار از دین، محل اشکال است. لکن مورد سؤال معلوم نیست از این قبیل باشد؛ به دلیل اینکه تعلق دین به ذمه او معلوم

۱. طباطبایی، تکملة العروة الوثقی، ۱۹۹/۱.

۲. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۹۴/۲.

نیست. بل مقتضی الإستصحاب، العدم، ...»^۱ از این پاسخ نیز کشف می شود محقق طباطبایی یزدی، شرط فعل را سبب تحقق دین نمی داند به معنایی که در دیدگاه پنجم اصرار می شد، وگرنه لازم بود ایشان دست کم در فتوای مذکور به اشتغال ذمه مشروط علیه، هرچند به صورت معلق، به میزان مشروط به تصریح کند، به ویژه اینکه بیشتر فقیهان، از جمله محقق طباطبایی یزدی شرط معلق را برخلاف عقد معلق صحیح دانسته اند.^۲

ج. عدم تعلق شرط فعل به ترک: محقق داماد پس از معرفی محقق طباطبایی یزدی به عنوان طرفدار اصلی نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، تأکید کرده است که طبق این مبنا، مفاد شرط فعل مالی صرفاً تکلیف نیست تا با مرگ مشروط علیه منتفی شود؛ بلکه سبب ثبوت دین در ذمه مشروط علیه می شود و می توان دین را از ترک برداشت کرد. به نظر می رسد انتساب این مطلب نیز به محقق طباطبایی یزدی دشوار است؛ زیرا ایشان بدون اینکه بین شرط فعل مالی و غیر مالی تفصیل دهد، به طور کلی معتقد است در صورتی که شخصی در قالب شرط فعل ملتزم شود خیار مجلس خود را اسقاط کند ولی قبل از وفای به شرط بمیرد، وارثان مشروط علیه می توانند عقد را فسخ کنند؛ زیرا آن ها مشروط علیه نیستند تا انجام شرط بر عهده آن ها باشد.^۳ درست است شرط اسقاط خیار مجلس، شرط فعل حقوقی است، نه شرط فعل مالی؛ اما چنان که در متن بیان شد ایشان هیچ گونه تفصیلی در کلام خود قائل نشده است. دست کم نظر ایشان در موضوع محل بحث، دلیل هم نباشد، حداقل به عنوان مؤید درخور استناد است.

به طور کلی، از نوشتار محقق طباطبایی یزدی برداشت می شود که تعهد ناشی از شرط فعل، از طریق ترک به وارثان مشروط علیه منتقل نمی شود؛ نتیجه اینکه، با استقرای بعضی از مسائل فقهی معلوم می شود سخن پیشین محقق طباطبایی یزدی هم که التزام شرطی را همچون التزام اجاری بیان کرده بود، صرفاً ناظر به امکان مطالبه عوض شرط بوده است، نه اینکه به طور مطلق احکام ملکیت و دین را همچون نظریه پنجم نسبت به شرط فعل مالی مترتب سازد.

۵. ۴. اشکال چهارم؛ عدم نیاز به نظریه تکلیف و حق مالی ذمی برای اثبات استیفای متعلق

مشروط به از ترک

به نظر می رسد نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، در راستای تعدیل و ترمیم اندیشه ای است که شرط فعل را صرف تکلیف می داند و استیفای متعلق مشروط به از ترک مشروط علیه روا نمی شمارد! چنان که در

۱. طباطبایی، سؤال و جواب، ۲۲۴ و ۲۲۵.

۲. انصاری، کتاب المکاسب، ۵۷/۶ و ۵۸؛ طباطبایی، حاشیه کتاب المکاسب، ۲۹۹/۳.

۳. طباطبایی، حاشیه کتاب المکاسب، ۴۱۳/۲.

گذشته ضمن مقدمه کوتاهی این مبنا توضیح داده شد. صاحب نظریه مذکور برای رهایی از اندیشه یادشده، راجع به شرط فعل مالی، مرزهای شرط فعل و شرط نتیجه را بر هم زده است تا بتواند برداشت متعلق مشروطه را از ترکه توجیه کند.

به نظر نگارنده، نیازی به توجیه یادشده نیست. می‌توان بدون برهم زدن مرز شرط فعل و نتیجه بر این باور بود که شرط فعل مالی از ترکه وصول‌شدنی است؛ زیرا پیمان ناشی از تعهد و شرط، به‌عنوان مصداقی از وجودی اعتباری و پیمان لازم، همواره به دارایی طرفین تعلق می‌گیرد. وجود اعتباری ناشی از التزام، صرف تکلیف نیست تا با مرگ مشروط‌علیه و متعهد از بین برود؛ بلکه سبب ثبوت حق به‌نفع مشروط‌له است. تعهد (به‌معنای اسم مصدری) و حق یادشده، از مصادیق حکم وضعی است، تا زمانی که دلیل معتبر قانونی بر زوال آن‌ها نباشد، مشروط‌علیه را متعهد می‌سازد. در فرض مرگ مشروط‌علیه، ایفای تعهد ناشی از آن موجود اعتباری (پیمان لازم)، از ترکه استیفاشدنی است.

ناگفته نماند چنان‌که بپذیریم شرط فعل مالی، از ترکه وصول‌شدنی است، چنین نیست که نقد نظریه موضوع بحث این مقاله بی‌اثر باشد؛ بلکه در موارد متعددی نظریه سوم و نظریه چهارم با نظریه تکلیف و حق مالی ذمی تفاوت اساسی دارد، ازجمله اینکه: طبق نظریه اخیر، خیار تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع است، درحالی‌که مطابق نظر برگزیده‌شده، خیار تخلف از شرط یکی از احکام شرط فعل مالی است. به بعضی از تفاوت‌ها نیز در گذشته اشاره شد و نیازی به تکرار نیست.

۵.۵. اشکال پنجم؛ خروج از محل نزاع

طرفدار نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، در توجیه اندیشه خود گفته است: «درست است در این‌گونه موارد [که شرط فعل مالی در قرارداد گنجانده می‌شود]، متن قرارداد به‌صورت شرط فعل تنظیم می‌شود ولی در واقع، اراده آنان قابل تفسیر به شرط نتیجه است.»^۱

در نقد مدعای مذکور می‌توان گفت: طبق ماده ۲۲۴ قانون مدنی، الفاظ عقود، بر معانی عرفیه محمول است. باتوجه به جداسازی شرط فعل و شرط نتیجه و تفاوت احکام قانونی آن دو، در صورتی که برای تفسیرکننده قرارداد روشن شود قصد باطنی طرفین با شرط نتیجه تطبیق می‌کند سخنی نیست، ولی این مطلب از محل نزاع بیرون است. آنچه محل گفت‌وگوست، شرط فعل مالی است که آیا سبب مدیون‌شدن ذمه مشروط‌علیه همانند شرط نتیجه مالی می‌شود یا نه. به عبارت دیگر، در واقع صاحب نظریه مورد نقد، با آوردن سخن مذکور، از محل نزاعی که خودش ترسیم کرده، خارج شده است.

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۱۸.

۵. ۶. اشکال ششم؛ عدم تلازم بین التزام شرطی و ثبوت ملک برای مشروطه

توجیه بیان شده دیگر برای اثبات نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، چنین است: «چه مانعی دارد تعهد و التزام به پرداخت مال را از اسباب ضمان و دین بدانیم...؛ زیرا درست است که تحقق خارجی شرط، بالقوه؛ یعنی پرداخت آن و ارتباطش با اموال خارجی، به صورت غیر مستقیم است، ولی تعهد و التزام، بدون تردید بالفعل است.»^۱

در اشکال به مدعی یادشده باید گفت: تردیدی نیست به صرف انعقاد تعهد و شرط به معنای مصدری، تعهد به معنای اسم مصدری (مُشَّأً)، به صورت منجز حاصل می شود؛ ولی این امر دلیل نمی شود ما معتقد باشیم شرط فعل مالی سبب می شود مشروطه در ذمه مشروط علیه به میزان متعلق مشروطه به ملکیت پیدا کند، در حالی که فرض بر آن است ملکیت مذکور مفاد مستقیم شرط فعل مالی نیست و در قصد انشای طرفین واقع نشده است؛ بلکه طبق ظاهر، مقصود طرفین انشای شرط فعل بوده است. به عبارت روشن، مشروط علیه متعهد به پرداخت یا انجام شرط فعل مالی شده ولی ملکیتی برای مشروطه در ذمه مشروط علیه انشا نشده است. نتیجه اینکه، شرط به طور مستقیم نمی تواند از اسباب دین (ثبوت ملکیت برای مشروطه در ذمه مشروط علیه) باشد، مگر اینکه موضوع انشای طرفین در قالب شرط نتیجه واقع شده باشد. در شرط فعل، فرض بر این است طرفین صرفاً التزام مشروط علیه در برابر مشروطه راجع به انجام متعلق مشروطه را انشا کرده اند. ناگفته نماند ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل ممکن است گاهی به تحقق ملکیت مالی برای مشروطه منتهی شود، اما این امر ارتباطی به ماهیت شرط فعل ندارد؛ بلکه از احکام آن است. برای مثال، مشروطه بعد از تخلف مشروط علیه با اذن دادگاه به هزینه خود، متعلق مشروطه را عملیاتی سازد، سپس معادل هزینه ها را از اموال مشروط علیه استیفا و تملک کند. ماده ۲۳۸ قانون مدنی^۲ و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی^۳ نیز در این باره در جای خود درخور تأمل و بررسی است و حتی با مباحث امکان سنجی مطالبه ارش از بابت شرط فعل مالی، مقایسه شدنی است.

۵. ۷. اشکال هفتم؛ نادرستی استناد به ذوق عرفی

دلیل ارائه شده دیگر برای اثبات نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، استناد به ذوق عرفی است؛ با این

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۱۸.

۲. «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.»

۳. «هرگاه محکوم به انجام عمل معینی باشد و محکوم علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن باشد، محکوم له می تواند تحت نظر دادورز (مأمور اجرا) آن عمل را به وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل، هزینه لازم را به وسیله قسمت اجرا از محکوم علیه مطالبه نماید. در هریک از موارد مذکور دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت، با جلب نظر کارشناس میزان هزینه و معین می نماید....»

توضیح که، ذوق عرفی بین ضمانت ایجاد شده از طریق شرط نتیجه و شرط فعل مالی تفاوتی نمی‌بیند؛ هر چند به دقت عقلی این دو از هم تفاوت دارد.^۱ منظور از مطلب مذکور این است این دو مثال زیر، از نظر ذوق عرفی همسان هستند:

الف در ضمن عقدی لازم، به صورت شرط فعل ملتزم شود دین ب به ج را بپردازد (ضمانت در قالب شرط فعل)؛ الف در ضمن عقدی لازم به صورت شرط نتیجه، ضمانت دین ب به ج را بپذیرد؛ در این صورت، به محض اشتراط، ذمه الف به میزان دین ب به ج مشغول خواهد شد (ضمانت در قالب شرط نتیجه). مدعی نویسنده مذکور این است: ذوق عرفی در ضمانت محقق شده در قالب شرط فعل نیز ذمه مشروط علیه را مشغول می‌شمارد و تفاوتی بین دو مثال مذکور قائل نمی‌شود.

به نظر می‌رسد این استدلال نیز پذیرفتنی نیست. ذوق عرفی ممکن است خیلی از قواعد را در نظر ابتدایی همسان بداند، ولی این دلیل نمی‌شود از نظر علمی مرزهای اصطلاحات و احکام حقوقی آن‌ها به هم آمیخته شود. ذوق عرفی، بین این دو کلام تفاوت نمی‌گذارد: ۱. الف به ب اعلام کند: خانه‌ام را به شما اجاره دادم به اجاره‌بهای ماهیانه صد هزار تومان، به شرط اینکه صد میلیون تومان قرض الحسنه به من بدهید؛ ۲. ب به الف بگوید مبلغ صد میلیون تومان به شما قرض الحسنه دادم، به شرط اینکه به مبلغ صد هزار تومان اجاره‌بهای ماهیانه، خانه‌ات را به من اجاره بدهید؛ دومی از مصادیق بارز قرض ربوی است، ولی اولی عقد اجاره صحیح به همراه شرط فعل مبنی بر اعطای قرض است. در ضمن، اگر ذوق عرفی در تفسیر قرارداد کمک کند، به طوری که مقصود طرفین از شرط فعل مالی را به شرط نتیجه تفسیر کند، این امر دیگری است و خروج از محل گفت‌وگوست.

۵. ۸. اشکال هشتم؛ تفسیر نادرست از ماده ۵۸۸ قانون مدنی

چنان‌که در گذشته بیان شد، مدافع نظریه تکلیف و حق مالی ذمی نوشته بود: نویسندگان قانون مدنی به دلیل عدم اعتقاد به نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، در صدر ماده ۵۵۸ قانون مدنی، شرط ضمان مضارب را به صورت شرط نتیجه نپذیرفته‌اند، و گرنه با پذیرش نظریه مذکور، تفاوتی بین صدر و ذیل ماده پیدا نمی‌شد تا شرط ضمان مضارب به صورت مطرح شده در ذیل ماده صحیح و به شیوه‌ای که در صدر ماده آمده است، باطل باشد.^۲

این شاهد مثال نیز درست نیست؛ زیرا صدر و ذیل ماده یاد شده ارتباطی به نظریه تکلیف و حق مالی ذمی ندارد، بلکه به دلیل روایاتی است که در باب مضارب وارد شده و ضمان سرمایه را بر عهده مالک

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۱۷.

۲. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۲۷ و ۳۲۸.

گذاشته است. مشهور فقیهان از روایات یادشده برداشت کرده‌اند که شرط ضمان مضارب، به صورت شرط نتیجه، مخالف مفاد روایات مذکور است. به تعبیر فقهی، قرارگرفتن ضمان سرمایه بر عهده مالک، حکمی شرعی است و شرط مخالف با آن خلاف حکم شرعی شمرده می‌شود. نویسندگان قانون مدنی نیز به دلیل یادشده در صدر ماده ۵۵۸ قانون مدنی، شرط ضمان مضارب را سبب بطلان عقد مضاربه دانسته‌اند؛ اما شرط ضمان مضارب به صورت شرط فعل که در ذیل ماده مذکور آمده است، نه تنها مخالف با حکم روایات نیست، بلکه نوعی تأیید آن‌ها به حساب می‌آید؛ زیرا مفاد شرط یادشده این است که با وجود اینکه ضمان سرمایه بر عهده مالک است، ولی عامل متعهد می‌شود به مقدار مال تلف‌شده، مجاناً به مالک سرمایه تملیک کند.^۱

نتیجه‌گیری

نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، به عنوان دیدگاهی نو و مخالف نظر مشهور فقیهان امامیه، در صدد است با استناد به قصد طرفین و ذوق عرفی و از طریق سبب دین شمردن التزام و تعهد، اثبات کند به محض اشتراط شرط فعل مالی، شرط سبب می‌شود مشروطه به اندازه مشروطه مالک ذمه مشروط‌علیه شود؛ بنابراین خیار تخلف از شرط فعل در شرط فعل مالی، سالبه به انتقای موضوع است و امکان استیفای متعلق مشروطه به از ترکه وجود دارد. طبق این دیدگاه، بر شرط فعل‌های مالی، احکام شرط نتیجه مترتب می‌شود. در صورت پذیرش این نظریه، آثار متعددی بر آن بار می‌شود که به بعضی از آثار به تفصیل در متن مقاله اشاره شد. با ادله متعدد ثابت شد نظریه مذکور صحیح نیست. در صورتی که قصد طرفین شرط بر این باشد که مشروطه به میزان متعلق مشروطه، در ذمه مشروط‌علیه مالک شود، نباید شرط مذکور را شرط فعل نامید؛ بلکه شرط مذکور از مصادیق شرط نتیجه خواهد بود، در حالی که این نظریه محل گفت‌وگو را شرط فعل مالی قرار داده است. خروج از محل نزاع، پایه اصلی این نظریه را لرزان می‌سازد. از سوی دیگر، ذوق عرفی نمی‌تواند اثبات‌کننده احکام دقیق شروط باشد، نهایت اینکه در تفسیر قصد طرفین و قرارداد آن‌ها می‌تواند اثر داشته باشد. اگر با ذوق عرفی مشخص شود مقصود طرفین شرط فعل مالی، شرط نتیجه بوده است، دومین بار خروج از محل نزاع در این نظریه محقق می‌شود. در اینکه التزام عهده‌ی بتواند سبب ثبوت دین در ذمه مشروط‌علیه شود، اول ادعاست و دلیلی برای آن وجود ندارد؛ زیرا هیچ تلازم شرعی و قانونی یا عرفی بین التزام عهده‌ی و ثبوت دین در ذمه مشروط‌علیه (ملتزم) وجود ندارد. مطالبه هزینه‌های اجرایی متعلق مشروطه به در بعضی از موارد، از احکام شرط فعل مالی است و ارتباطی به ماهیت آن ندارد. انتساب

۱. طباطبائی، العروة الوثقی (المحتمی)، ۱۶۲/۵ تا ۱۶۵.

نظریه تکلیف و حق مالی ذمی به علامه حلی و محقق طباطبایی یزدی نیز صحیح نیست. قرائن متعدد در کلام آن دو فقیه نامدار وجود دارد که با نظریه مورد نقد منطبق نیست؛ از جمله اینکه، هر دو فقیه مذکور در شرط فعل مالی قائل به خیار تخلف از شرط فعل هستند، در حالی که طبق نظریه مذکور، صاحب نظریه مورد نقد، وقوع خیار مذکور را در شرط فعل مالی غیر ممکن نمی‌داند؛ نتیجه اینکه، شرط فعل مالی همچون شرط فعل‌های دیگر، سبب ثبوت خیار تخلف از شرط فعل است. نمی‌توان با ادله مناقشه‌شدنی، شرط فعل مالی را به شرط نتیجه بازگرداند؛ زیرا تفاوت‌های این دو شرط از نظر احکام، اساسی است. نیازی نیست برای اثبات امکان استیفای متعلق مشروط به در صورت وفات مشروط‌علیه از ترکه، متمسک به نظریه مورد نقد شویم، بلکه می‌توان طبق مبنای مشهور فقها در باب شرط فعل مالی نیز از طریق دیگر به آن نتیجه دست یافت. با اثبات اینکه شرط فعل مالی با همان ماهیت پذیرفته‌شده مشهور فقها سبب می‌شود در عالم اعتبار، حق مالی مطالبه‌شدنی و درخور تقویم به نفع مشروط‌له ایجاد شود، نیازی به پذیرش نظریه مورد نقد نیست. البته لازم است ابهامات نظریه مشهور، زدوده و جنبه‌های کاربردی آن در حوزه حقوق معاملات برجسته شود و بعضی از پیش‌فرض‌های درخور نقد مطرح‌شده از سوی بعضی از فقها تبیین و نقد شود.

منابع

- انصاری، مرتضی‌بن محمد امین. کتاب المکاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۲۲ق.
- آل کاشف‌الغطاء، علی‌بن جعفر. شرح خيارات اللعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- بجنوردی، حسن. القواعد الفقهية. قم: الهادی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- جعفری خسروآبادی، نصرالله. «شرط فعل از تکلیف محض تا اشتغال ذمه»، پژوهش‌های فقهی. دوره ۱۳، ش ۴، زمستان ۱۳۹۶، ۹۵۹ تا ۹۷۶. <https://doi.org/10.22059/jorr.10.22059> ۲۰۱۷/۲۰۸۲۰۵/۱۰۰۷۳۵۱/
- خمینی، روح‌الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی. چاپ اول، ۱۳۷۹.
- خوئی، ابوالقاسم. التنقیح فی شرح المکاسب. مقرر: علی تبریزی غروی. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی. چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية فی فقه الإمامية. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. اللعة الدمشقية فی فقه الإمامية. بیروت: دار التراث؛ الدار الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. الروضة البهية فی شرح اللعة الدمشقية. قم: مجمع الفکر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۲۶ق.
- صاحب‌جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ ششم، ۱۳۹۴ق.

صفري؛ بررسی انتقادی نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی / ۱۳۳

- صدر، محمدباقر. «حواله»، فقه اهل بیت (ع). دوره ۶، ش ۲۱، بهار ۱۳۷۹، ۱۶ تا ۳.
- طباطبایی، محمدکاظم. العروة الوثقی و بهامشها تعلیقات اعلام العصر و مراجع الشیعة الامامیة. تهران: المكتبة العلمیة الاسلامیة. بی تا.
- طباطبایی، محمدکاظم. العروة الوثقی؛ المحشی. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- طباطبایی، محمدکاظم. تکملة العروة الوثقی. قم: کتابفروشی داوری. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- طباطبایی، محمدکاظم. حاشیة کتاب المکاسب. قم: طلیعة نور. چاپ دوم، ۱۴۲۹ق.
- طباطبایی، محمدکاظم. سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة. ۱۳۸۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البیت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- علیدوست، ابوالقاسم؛ مهدی سنجرانی. «آثار شروط ضمن عقد نکاح»، مطالعات جنسیت و خانواده. دوره ۲، ش ۱، شهریور ۱۳۹۳، ۹۹ تا ۱۲۶.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: علمی. چاپ اول، ۱۳۸۹ق.
- محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ یازدهم، ۱۳۸۳.
- محقق داماد، سید مصطفی. نظریة عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ اول، ۱۳۸۸.
- محقق داماد، سید مصطفی. نظریة عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ اول، ۱۳۹۷.
- محقق کرکی، علی بن حسین. رسائل المحقق الکرکی. قم: کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی. چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل البیت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

Transliterated Bibliography

Āl Kāshif al-Ghiṭā', 'Alī ibn Ja'far. *Sharḥ Khīyārāt al-Lum'a*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

'Alidūst, Abū al-Qāsim; Mahdī Sanjarānī. "Āsār-i Shurūṭ-i Ḍimn-i 'Aqd-i Nikāḥ", *Muṭālī'āt Jinsiyat va Khānivādih*. Durīh-yi 2, no. 1, Shahrivār 2014/1393, 99-126.

- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā'id al-Aḥkām fī Ma'rifa al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1994/1414.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar'īya 'alā Madhhab al-Imāmiyya*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 2000/1420.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Makāsib*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 2001/1422.
- Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā'id al-Fiqhiyya*. Qum: al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Ja'farī Khusrū Ābādī, Naṣr Allāh. “Sharṭ Fī' az Taklīf-i Maḥẓ tā Ishtighāl Dhimmah”, *Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*. Durīh-yi 13, no. 4, winter 2017/1396, 959-976.
- Khū'i, Abū al-Qāsim. *al-Tanqīh fī Sharḥ al-Makāsib*. Muqarr 'Alī Tabrizī Gharawī. Qum: Mū'assisa Ihya' Āṣār al-Imām al-Khū'i, Chāp-i Awwal, 2004/1425.
- Khumaynī, Rūh Allāh. *Kitāb-i al-Bay'*. Tehran: Mū'assisah-yi Nashr va Tanzīm-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2000/1379.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Nazarīyah-yi 'Umūmī Shurūṭ va Iltizāmāt dar Ḥuqūq-i Islāmī*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum Islāmī. Chāp-i Awwal, 2009/1388.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Nazarīyah-yi 'Umūmī Shurūṭ va Iltizāmāt dar Ḥuqūq-i Islāmī*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum Islāmī. Chāp-i Awwal, 2018/1397.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Qawā'id Fiqh*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum Islāmī. Chāp-i Yāzdahum, 2004/1383.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Tehran: A'lamī. Chāp-i Awwal, 1970/1389.
- Muḥaqqiq Karakī, 'Alī ibn Ḥusayn. *Rasā'il al-Muḥaqqiq al-Karakī*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh al-'Uzmā Mar'ashī Najafī. Chāp-i Awwal, 1989/1409.
- Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi'a fī Aḥkām al-Shari'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. “Ḥawālah”, *Fiqh Āl al-Bayt(AS)*. Durīh-yi 6, no. 21, spring 2000/1379, 3-16.
- Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. Tehran: Dār al-

Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Shishum, 1974/1394.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Durūs al-Shar'iyah fī Fiqh al-Imāmiyya*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Lum'a al-Dimashqiyya fī Fiqh al-Imāmiyya*. Beirut: Dār al-Tūrāth; Dār al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1989/1410.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahiyya fī Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiyya*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 2005/1426.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *al-'Urwa al-Wuthqā wa biḥāmishihā Ta'liqāt A'lām al-'Aṣr wa Marāji' al-Shi'a al-Imāmiyya*. Tehran: al-Maktaba al-'Ilmiyya al-Islāmiyya. s.d.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *al-'Urwa al-Wuthqā; al-Muḥashshī*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1999/1419.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *Hāshiya Kitāb al-Makāsib*. Qum: Ṭalī'ah-yi Nūr. Chāp-i Duwwum, 2008/1429.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *Su'āl wa Jawāb*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *Takmila al-'Urwa al-Wuthqā*. Qum: Kitābfurūshī Dāvarī. Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyya*. Tehran: al-Maktaba al-Murtaẓawīya li-Iḥyā' al-Āṣār al-Ja'fariyya. 1968/1387.



Clarifying the Reality of Guiding (*Irshādī*) Rule with a Focus on Understanding Reason and The Conduct of the Wise (*Banā-yi 'Uqalā*)

Dr. Mostafa Kargarian , PhD Graduate, Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Dr. Mohammad Hassan Haeri  (Corresponding Author)

Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Dr. Mohammad Taqi Fakhlaei

Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Abstract

Two of the commonly used terms in the fields of jurisprudence and *'Uṣūl* regarding the legitimacy of rulings are *Muwlavī* (authoritative) or *Irshādī* (directive/guiding). Despite the fact that the term *Irshādī* is used frequently in *'Uṣūlī* and jurisprudential texts, an independent discussion about the meaning of this term has not been carried out, which has led to confusion and lack of clarity regarding related this issue. Through and exploration of various discussions and contexts in jurisprudential and *'Uṣūlī* books, it was concluded that the terms *Muwlavī* or *Irshādī* have found common verbal usage among various meanings. These include the following: 1. Guiding (*Irshād*) towards a legislative ruling (*ḥukm-i vaṣṭī*) 2. Guiding towards divine *Sharī'a* rulings as opposed to the ruling of a governmental authority (*Muwlavī*) 3. Worldly benevolence regardless of afterlife impact 4. Guiding towards understanding reason in discovering *Sharī'a* rulings 5. Guiding towards the conduct of the wise (*Banā-yi 'Uqalā*) in assuming its independence in discovering the *Sharī'a* ruling 6. Stating the ruling precedent or subsequent to the establishment of *Sharī'a* ruling.

The study concludes that each *Sharī'a* ruling may be considered *Irshādī* according to one meaning, and *Muwlavī* according to another.

Keywords: *Irshādī* ruling, *Muwlavī* ruling, guiding towards rational ruling, guiding towards the conduct of the wise, guiding towards worldly interests





تبیین حقیقت حکم ارشادی با محوریت درک عقل و بنای عقلا

دکتر مصطفی کارگریان مروستی

دانش آموخته گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

دکتر محمدحسن حائری (نویسنده مسئول)

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

haeri-m@um.ac.ir

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

چکیده

ازجمله اصطلاحات پرکاربرد در فقه و اصول در زمینه حکم، دو مصطلح مولوی و ارشادی است. باوجود کاربردهای وسیع اصطلاح حکم ارشادی در متون اصولی و فقهی، بحث مستقلی راجع به معنا و مفهوم آن مطرح نشده است و این امر زمینه را برای خلط مبحث و عدم وضوح مطالب مربوط پدید آورده است. با جست‌وجو در مباحث مرتبط در کتب فقهی و اصولی این نتیجه به دست آمده که اصطلاح مولوی یا ارشادی، بین چند معنا اشتراک لفظی یافته است: ۱. ارشاد به حکم وضعی؛ ۲. ارشاد به حکم شرعی الهی در مقابل حکم مولوی حکومتی؛ ۳. خیرخواهی دنیوی، بدون تأثیر اخروی؛ ۴. ارشاد به ادراک عقلی در کشف حکم شرعی؛ ۵. ارشاد به بنای عقلا در فرض استقلال آن در کشف حکم شرعی؛ ۶. بیان حکم مقدم یا متأخر از ثبوت حکم شرعی. حاصل تحقیق اینکه وجه مشترک بین این معانی منتفی است و هریک از احکام شرعی ممکن است باتوجه به یک معنا، ارشادی و باتوجه به معنای دیگری، مولوی باشد.

واژگان کلیدی: حکم ارشادی، حکم مولوی، ارشاد به حکم عقل، ارشاد به بنای عقلا، ارشاد به مصالح دنیوی.

مقدمه

تقسیمات گوناگونی در خصوص اعتبارات و احکام شرعی بیان شده است؛ از جمله، حکم مولوی یا ارشادی. اصطلاح مولوی یا ارشادی بودن حکم در موارد متعددی در بیان مسائل فقهی یا اصولی از سوی دانشمندان مدنظر است، از جمله: مقدمه واجب، حسن احتیاط در شبهه تحریمی، بیان اجزا و شرایط اعمال عبادی مانند نماز یا روزه، قاعده ملازمه حکم عقل و شرع و در برخی از شرایط معاملات؛ مانند شاهد گرفتن یا رهن گرفتن در معامله، ادله حجیت خبر واحد، ادله قول لغوی و...

این اصطلاح نسبت به دیگر تقسیمات حکم شرعی، نوپدیدتر است و تقریباً از زمان شیخ انصاری به بعد معمول شده و اخیراً در مسائل کلامی جدید، مانند انتظار بشر از دین در عرصه‌های دنیوی نیز به کار رفته است. از جمله کارهای پژوهشی در این حوزه می‌توان به مقاله «چیستی و چرایی حکم ارشادی»^۱ اشاره کرد. پرداختن به این موضوع از نظر معناشناسی، ماهیت (انشا یا اخباری بودن)، ملاک تشخیص و آثار، درخور بررسی است. در برخی از آثار پیش از آنکه از معناشناسی سخن به میان آید، صرفاً به بیان ملاک تشخیص بسنده شده است.^۲

در این جستار سعی بر این است با رجوع به نوشته‌های عالمان این حوزه در زمینه‌ها و مناسبت‌های مختلف و با اثبات اشتراک لفظی این اصطلاح، معانی متعدد حکم ارشادی بیان و بررسی شود تا این زمینه فراهم شود که در بیان ماهیت، ملاک تشخیص و آثار هریک از این معانی، دقیق‌تر و به دور از تناقض و خلط مبحث سخن به میان آید. برای نمونه، در تعریف آن دو گفته شده است: حکم مولوی، حکمی است که از جایگاه مولویت مولا صادر شده است؛ چه حکم شرعی تأسیسی باشد و چه تأکیدی و در مقابل، حکم ارشادی آن است که از جایگاه مولویت مولا صادر نشده باشد و اگر شارع از خوردن پنبه دلیل ضرر و زیان منع کند یا امر به اطاعت و نهی از معصیت خودش کند، حمل بر ارشادی می‌شود.^۳ در مقابل، اگر حکم نقلی با درک عقل همراه باشد، تعبیر به تأکیدی و ارشادی شده است و در غیر این صورت، تأسیسی و مولوی است.^۴ یا در تحلیل ماجرای حضور حضرت آدم(ع) و همسرش در جنت و عمل نکردن به دستورات الهی و نزدیک شدن به درخت ممنوعه و خوردن از آن گفته شده است: نهی آدم(ع) از درخت ممنوعه به سبب آسایش خود او بوده است، وگرنه نزدیک شدن به آن گناه به شمار نمی‌رود؛ مانند نهی پزشک از

۱. فیاض، مجله مطالعات اصول فقه امامیه

۲. ساباطی یزدی، حاشیه رسائل شیخ انصاری، ۹۶.

۳. صدر، مباحث الأصول، ۴۱۳/۴.

۴. مظفر، اصول الفقه، ۲۴۵.

غذاهای مضر و زیان‌بخش. تردیدی نیست که اگر بیمار با دستور طیب مخالفت کند، مخالفتی با شخص او نکرده است؛ بلکه ارشاد او را نادیده گرفته و خود را به زحمت انداخته است. در اینجا نیز خداوند به او فرموده بود که نتیجه خوردن از درخت ممنوعه، بیرون رفتن از بهشت و افتادن در زحمت و رنج است، پس خوردن از آن درخت گناه نبود؛ بلکه بی‌توجهی به توصیه خدا گناه بود که نتیجه‌اش به زحمت افتادن بر روی زمین است.^۱

با بررسی‌های انجام‌شده نسبت به گفتار عالمان این حوزه در زمینه‌ها و مناسبت‌های مختلف مشخص می‌شود اصطلاح مولوی یا ارشادی، مشترک لفظی بین چند مفهوم و معناست و در هر حوزه، معنا و مفهومی اراده شده است که با مفاهیم دیگر ارتباطی ندارد. از این رو، ضرورت بررسی و منقح‌شدن مراد از این اصطلاح به دلایلی از این دست است: عدم تبیین مفاهیم چندگانه حکم ارشادی و ایجاد خلط احتمالی در تعریف آن و گاه پراکنده‌گویی در باب ماهیت، ملاک تشخیص و آثار آن.

ابتدا به معانی و مفاهیمی که حکم ارشادی در آن معنا استعمال شده است ولی به حکم عقل یا بنای عقلا مرتبط نیست، اشاره مختصری می‌کنیم و سپس به بررسی معانی حکم ارشادی با محوریت درک عقل و رویکرد بنای عقلا می‌پردازیم.

۱. تعریف اصطلاحات

أ. ارشاد به حکم وضعی: یکی از انواع تقسیم‌بندی‌های حکم شرعی، تکلیفی یا وضعی بودن آن است. احکام وارد در خطاب‌های شرعی بر حسب طبع اولیه خود، در وجوب و حرمت تکلیفی مولوی ظهور دارد؛ یعنی در عالم تشریع اعتبار شده است که مکلف در نواهی از انجام عمل دوری کند و گویا ناهی، منهی را از عمل باز داشته و راه به سوی آن را بسته است. اما در باب عبادات و معاملات مرکب (عقود و ایقاعات)، ظهور اولیه احکام از وجوب و حرمت تکلیفی، با ارشاد به فساد و اعتبار عدم آن چیز تغییر می‌کند؛ برای مثال، عرف از عبارت «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» برداشت نمی‌کند که بیع غرر حرام شرعی است، مانند شرب خمر؛ بلکه چنین می‌فهمد که شارع خرید و فروش این فرد را امضا نکرده و صحت معامله منوط به غرری نبودن است و در این قبیل موارد، حرمت تکلیفی استفاده نمی‌شود، مگر از دلیل خارجی؛ آن گونه که در مسئله ربا و به استناد آیه شریفه «فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ»^۲، حرمت تکلیفی نیز علاوه بر حکم وضعی بطلان استنباط می‌شود. این مطلب در هر دو قسم نواهی و اوامر صادق است و لذا

۱. مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۱۲۳/۶.

۲. بقره: ۲۷۹.

ظهور حکم از مولوی تکلیفی، به ارشادی وضعی تغییر یافته است.^۱

باتوجه به این مطلب، اعتبارات شرعی دو دسته اند: مولوی یا ارشادی؛ یعنی گاه اصطلاح حکم ارشادی در مقابل حکم تکلیفی به کار می رود. در این هنگام، حکم مولوی بر حکم تکلیفی و حکم ارشادی بر حکم وضعی دلالت دارد و مراد این است که امر و نهی شرعی به منظور انجام یا بازداشتن از عمل نیامده است؛ بلکه از امری وضعی، مانند صحت، بطلان، مانعیت، جزئیت، شرطیت، طهارت، نجاست و... خبر می دهد و منظور اصلی، بیان حکم وضعی است، نه حکم تکلیفی.^۲

ب. ارشاد به حکم الهی در برابر حکم مولوی حکومتی: دستورها و گفته های حاکم جامعه اسلامی باتوجه به جایگاه و موقعیتش مختلف است؛ گاه به عنوان مبلغ و مفسر و فقیه، اعتبارات شرعی را کشف و برای مردم بیان می کند که در این مقام، وظیفه تبلیغ و عرضه شریعت را برعهده دارد و امر و نهی مستقلاً تصور ندارد و تمام دستورها و احکامش ارشاد به شریعت اسلامی و احکام الهی است؛ مانند دستور به نماز خواندن راجع به مردمان در فرمایش پیامبر اعظم (ص) که بیانگر حکم الله است.^۳ اما گاهی به عنوان حاکم و مسئول جامعه اسلامی به عنوان شعبه ای از ولایت صورت می گیرد که به معنای زمامداری و مدیریت و سرپرستی جامعه برای تحقق اهداف بعثت است؛ از جمله عدالت و آزادی های اجتماعی و برقراری نظم در شهرها و روستاها، حفظ مرزها و دفاع در مقابل دشمن و سرپرستی هر آنچه مرتبط است با نظام سیاسی و اقتصادی جامعه و مصالح عامه آنان که با مشارکت مردم است.^۴ در این مقام، ایشان اوامر و دستورهایی دارد که فراتر از شریعت اسلامی است. حال دستورها و احکام بیان شده ازسوی وی در مقام تبلیغ و تبیین دین، ارشادکننده به شریعت اسلامی و احکام الهی است، اما دستورها و احکام کلی الهی زمامداری و سرپرستی، مولوی و حکومتی است.^۵

آیه ۵۹ سورة مبارکه نساء: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا»، ناظر به همین معنا از حکم ارشادی است و تکرار کلمه «اطيعوا» در آیه شریفه بیانگر این است که محور اطاعت الله با محور اطاعت از رسول گرامی (ص) و اولوالأمر جداگانه است که اولی، احکام کلی الهی

۱. خویی، موسوعه، ۴۸۹/۲۲؛ خویی، محاضرات فی اصول الفقه، ۸۶/۴.

۲. صدر، بحوث فی شرح عروة الوثقی، ۴۱/۴؛ خویی، فقه الشیعة؛ کتاب الطهارة، ۱۴۸/۴ و ۱۸۸؛ جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الإسلامی، ۱۰۱ تا ۱۰۰/۱۰.

۳. فاضل لنگرانی، دراسات فی الأصول، ۶۹/۴.

۴. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۴۴۷/۱؛ جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه، ۳۶۲/۳.

۵. بروجردی، نهاية التفریر، ۴۲۸/۱.

است و دومی، احکام ولایی و حکومتی.^۱

ج. خیرخواهی دنیوی بدون تأثیر اخروی: حکم شرعی صرفاً به منظور خیرخواهی و رساندن به مصالح دنیوی یا دورشدن از مفساد دنیایی صادر شده است؛ یعنی گاه، بعضی از دستورهای الهی به انگیزه برانگیختن یا بازداشتن مکلف نسبت به انجام یا ترک فعلی صادر شده و جهت صدور حکم، مولویت است؛ خواه دستور شرع، تأسیسی باشد و خواه تأکیدی. در این فرض، فرد با مخالفت کردن مستحق عقاب است؛ ازجمله در امر به نماز و نهی از زنا و دروغ‌گویی. اما در مقابل، بعضی از احکام از جایگاه مرشد و ناصح بودن صادر شده است و در فرض مخالفت، عقاب مترتب نیست؛ بلکه حکم شرعی از امری تکوینی حکایت دارد.^۲ شاید این قسم به مثابه دستورهای پزشکی به بیماران خود در خصوص خوردن و آشامیدن بعضی چیزها باشد که صرفاً ارشاد به نفع یا ضرر است؛ مانند دستوردادن به فرد دارای حساسیت، به عدم استفاده از چیزی که حساسیت‌زاست و در فرض مخالفت با دستور پزشک، عقابی برای بیمار متصور نیست.^۳ همچنین مانند اجماع فقها با استناد به آیه ۲۸۳ سورة مبارکه بقره: «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» مبنی بر اینکه رهن گرفتن، حکم تکلیفی ندارد؛ بلکه آیه کریمه، مردمان را به مفسده مترتب بر وثیقه دین نگرفتن ارشاد می‌کند^۴ یا در نقد حکم به استحباب پرهیز از آب به کاررفته در غسل برای استفاده دوباره و نیز روایات مرتبط با نوشیدن آب در روز و شب با کیفیت خاص که همگی بر استحباب یا کراهت دلالت ندارد؛ بلکه در مقام ارشاد است و برای بیان حکم مولوی نیامده است.^۵

باید توجه داشت که در تبیین این معنا باید اهداف بعثت و پیامبری را در نظر داشت. پر واضح است که هدف از بعثت و نبوت فقط در بُعد معنوی محدود نشده و تنها خدا و آخرت، غایت نبوت شمرده نشده است؛ یعنی پیامبر اعظم (ص) جامع‌نگر بوده و به عنوان رسول خداوند در دو ساحت دنیا و آخرت، دارای اهداف و برنامه‌ریزی بوده است. هرچند مهم‌ترین هدف بعثت، آخرت و راهنمایی مردم به سوی فلاح است، ولی به ایجاد عدالت و برقراری آزادی‌های اجتماعی و رفع خصومت‌های مردم نیز اهتمام داشته است و این امر، مطابق با وحی الهی بوده است، نه صرفاً بدین سبب که چون انسان بوده است باید دغدغه

۱. فاضل لنکرانی، اصول فقه شیعه، ۵۰۴/۳؛ منتظری، دراسات فی ولایة الفقیه، ۶۴/۱؛ فاضل لنکرانی، دراسات فی الأصول، ۷۰/۴؛ حسینی حائری، المرجعية و القيادة، ۲۳۷ تا ۲۳۸.

۲. صدر، مباحث الأصول، ۴۱۳/۴؛ روحانی، منتقى الأصول، ۲۶۷ تا ۲۶۸/۵؛ اصفهانی، نهاية الدراية، ۱۷۰/۲.

۳. اشکنانی، دروس فی اصول الفقه، ۲۳۴ تا ۲۳۳.

۴. جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الاسلامی، ۱۰۴/۱۰؛ حسینی فیروزآبادی، عنایة الأصول، ۸۴/۴ تا ۸۵ و ۳۵۱/۳.

۵. خویی، موسوعة، ۲۸۱/۲ تا ۲۸۲.

آن را داشته باشد.^۱

حال بعد از اشاره مختصری به سه معانی پیشین حکم ارشادی، مجال آن است که اصطلاح حکم ارشادی که در ارتباط با حکم عقل یا عقلا استعمال شده است و محوریت این گفتار را در برمی گیرد، بررسی و تبیین کامل شود. نگارنده، بررسی معانی چندگانه حکم ارشادی را به صورت مبسوط در رساله بیان کرده است، اما به دلیل محدودیت این گفتار، از بیان سه معنای پیشین به اختصار اکتفا شده و تمرکز بر معانی معطوف شده است که به نحوی در ارتباط با منبع کشف احکام است.

۲. ارشاد به ادراک عقلی (حکم عقل)

از تعبیر مرتبط با حکم، امضایی بودن آن است. این تعبیر هم در کتب اصولی در باب حجیت خبر واحد و حجیت ظواهر الفاظ و مانند آن و هم در کتب فقهی، به ویژه در باب معاملات دیده می شود. در موارد متعددی گفته شده است فلان موضوع را «امضاء الشارع»؛ یعنی شارع مقدس آن را امضا کرده است، مانند لزوم عقلایی وجود ارش در معامله^۲ یا حیات در امور مباح که سبب در ملکیت عقلایی است^۳ یا عدم اعتبار تعهدات بچه، دیوانه، انسان مست در معاملات^۴ و... که همه این موارد با امضای شارع و با تعبیر «امضاء الشارع» همراه است یا در پایان بحث از قاعده ملازمه در باب مستقلات عقلی گفته شده است بر فرض پذیرش قاعده ملازمه، محل بحث است که اگر از سوی شرع و با بیان نقلی، حکمی درباره درک عقل صادر شود، آیا این حکم، تأکیدی و به تعبیر مشابه، امضایی است (به تعبیر دیگری، ارشاد به حکم عقل است) یا اینکه باید بر تأسیسی بودن و به تعبیر دیگری، مولوی بودن حمل شود؟^۵

آنچه از مجموع این گونه کلمات به دست می آید این است که احکام شرع تقسیمات گوناگونی دارند؛ یکی از تقسیمات آن، تقسیم به احکام تأسیسی و امضایی است. در تعریف احکام تأسیسی گفته شده است: احکامی است که مسبوق به سابقه ای نیست و از سوی شارع مقدس اسلام تأسیس شده است؛ مانند غالب احکام عبادات و بسیاری از احکام مربوط به حلال و حرام. در مقابل حکم تأسیسی، حکم امضایی عبارت است از اینکه: در میان عقلا و اهل عرف وجود داشته و آنجا که موافق مصالحی بوده است، اسلام و

۱. قدردان قراملکی، درباره پیامبر اعظم (ص)، ۲۱۳.

۲. سبحانی تبریزی، نظام النکاح فی الشریعة الإسلامية، ۲۰۴/۲.

۳. هاشمی شاهرودی، فرائد فقهیه معاصره، ۳۱۷/۲.

۴. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۱۹۸.

۵. مظفر، اصول الفقه، ۲۴۵.

سایر ادیان آسمانی آن را پذیرفته‌اند؛ مانند خرید و فروش، اجاره، هبه، وصیت، صلح و حتی نکاح و طلاق.^۱ یکی از فقه‌پژوهان معاصر بر این نظر است که اصطلاح حکم ارشادی که در خصوص اعتبارات و دستورهای مستقل الهی متصور است، ارشاد به حکم عقل است. گفته شده است که وجوب تقسیم می‌شود به: عقلی، عقلایی، فطری و شرعی؛ یعنی آنچه دلالت بر لزوم می‌کند، عقل، سیره عقلی، فطرت یا شرع است. البته در شرع مقدس و با ادله نقلی، به هریک از واجبات سه‌گانه به‌طور خاص یا عام ارشاد شده است.^۲

همان‌طور که گفته شد از تعبیر «امضاء الشارع» در بیان علما، هم در مدرکات عقلی و هم در بناهای عقلایی استفاده شده است. همین امر سبب این است که آن دسته از ادله نقلی که در بستر درک عقل یا بنای عقلا صادر شده باشد، هم امضایی نامیده شود و هم ارشادی. ارشادی، از آن‌رو که به درک عقل و بنای عقلا ارشاد و هدایت دارد و امضایی، چون مورد رضایت و تأیید شارع مقدس قرار گرفته است. البته به دلیل تفاوت در ماهیت درک عقل با بنای عقلا، کیفیت امضای شارع نیز متفاوت است که در ادامه خواهد آمد. بنابراین، در واقع ما دو نوع حکم امضایی داریم؛ امضای حکم عقل و امضای حکم عقلا یا قراردادهای آن‌ها؛ هرچند که اصطلاح احکام امضایی بیشتر درباره احکام عقلاییه به کار می‌رود، نه حکم عقل.^۳ احکام امضایی عقلی، ناظر به قاعده «کلما حکم به العقل حکم به الشرع» است؛ همچون حکم عقل به قبح ظلم و حسن عدالت که حکم مستقل عقلی نامیده می‌شود. از این درک عقل، حرمت شرعی ظلم و وجوب عدل استکشاف می‌شود. از این‌رو، حکم وارد از سوی شارع، ارشاد به حکم عقل است و مراد این است که حکم در مرتبه سابق بر بیان نقلی از طرف عقل موجود است و شارع با امر و نهی، به حکم عقلی ارشاد کرده است.^۴ البته باید توجه داشت که اصطلاح حکم عقل، خالی از مسامحه نیست؛ زیرا طبق نظری اصولی، شأن عقل صرفاً ادراک و کشف و مجرد رؤیت است و انشای حکم، کار عقل نیست.^۵

احکام امضایی عقلایی در خصوص تأسیساتی است که عقلا به منظور حفظ نظام حیات، جعل و اعتبار کرده و بر آن بنا نهاده‌اند. چنین تأسیساتی از آنجاکه مشتمل بر مصالح نوعیه زندگی آدمی است، معمولاً از سوی شارع اسلام امضا شده است و در مواردی که فاقد مصلحت است یا با برخی از مصالح

۱. مکارم شیرازی، دائرة المعارف فقه مقارن، ۵۶۱.

۲. حسینی شیرازی، بیان الفقه، ۷/۱.

۳. مکارم شیرازی، دائرة المعارف فقه مقارن، ۵۶۲.

۴. مصطفوی، مائة قاعدة فقهية، ۲۶۸؛ جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الاسلامی، ۱۰/۱۰ تا ۱۰/۱۱.

۵. حسینی شیرازی، بیان الفقه، ۱۷/۱؛ مصطفوی، مائة قاعدة فقهية، ۲۶۹؛ اشکنانی، دروس فی اصول الفقه، ۳۰۲؛ روحانی، زبدة الأصول، ۵۳۱/۱؛ موسوی بجنوردی، علم اصول، ۳۲۶؛ علی‌دوست، فقه و عقل، ۱۲۷.

شرعی در تضاد است، ازسوی شارع ردع شده است؛ مانند مسئله رباخواری که باوجود پذیرش و جاری بودن آن در میان جوامع عقلایی و اهل عرف، اسلام شدیداً آن را نفی کرده است.^۱

باتوجه به این تقسیم بندی، در خصوص هریک از احکام امضایی عقلی و امضایی عقلایی، از تعبیر ارشادی استفاده شده است که در این قسم (ارشاد به ادراک عقلی) و قسم بعدی شرح و توضیح آن می آید.

أ. جایگاه درک عقل در کشف حکم: در خصوص جایگاه دلیل عقل در کشف حکم شرعی، دو دیدگاه کلی بر رد یا اثبات آن وجود دارد. نپذیرفتن هریک از این مقدمات منجر به عدم اعتبار حکم عقل می شود؛ واقعی بودن حسن و قبح افعال نه صرف اعتباری، قابل درک بودن حسن و قبح بعضی از افعال برای عقل، وجود ملازمه بین حکم قطعی عقل با حکم نقل، دارا بودن حجیت قطعی ذاتی. در مقابل، دیدگاه بیشتر اصولیان با پذیرفتن تمامی این مقدمات، بر اعتبار درک عقل است؛ با این تحلیل که، تفکیک اراده تشریعی و ادراک عقلی ممکن نیست و تمام ادیان الهی که دچار تدلیس و تحریف نشده باشند مطابق موازین عقل است و ادله نقلی قرآن و هدایت و حیانی، به تبعیت از داوری خرد می خوانند و میان ادراک عقلی و حکم شرعی نقلی ملازمه قطعی وجود دارد و نمی توان دینی را الهی فرض کرد اما با این ودیعه الهی که خداوند آن را برای تشخیص و تمیز صحیح از ناصحیح و صلاح از فساد در طبیعت آدمی قرار داده است، مخالف باشد، وگرنه تضادی میان تشریع پروردگار و تکوین او صورت می گیرد و این امر با حکمت الهی سازگار نیست. پس یک فعل هم حکم عقلی دارد و هم بیان شرعی؛ برای مثال، ستم کردن به دیگری، ایذای مؤمن و تحقیر و سب او هم در آیین عقل و خرد مذموم و نکوهیده و نایسته است و هم ادله نقلی کتاب و سنت مکرراً از آن نهی کرده است؛ لذا ملازمه بین حکم عقل عملی و شرع به واسطه درک عقل نظری برقرار است.^۲ حال، بحث از ارشادی دانستن ادله نقلی که در بستر حکم عقلی وارد شده است، قهراً طبق دیدگاه دوم معنا پیدا می کند. اما بر مبنای عدم حجیت دلیل عقل به عنوان یکی از ادله کشف حکم، طبعاً تمامی بیان های نقلی احکام مولوی تأسیسی تعریف می شوند.

باید توجه داشت موافقت شارع مقدس با حکم عقل عملی دو صورت دارد: گاه اعمال مولویت می کند و با ابراز نظر خویش، عملی را که عقلاً واجب یا حرام بود شرعاً نیز واجب یا حرام می شمرد و گاه ضرورتی نمی بیند که اعمال مولویت کند. بنابراین، در مواردی که حکم عقل وجود دارد، موافقت واقعی شارع با

۱. مکارم شیرازی، دائرة المعارف فقه مقارن، ۵۶۲؛ صدر، دروس فی علم الأصول، ۱۹.

۲. محمدی، شرح اصول فقه، ۲۳/۲؛ علی دوست، فقه و عقل، ۱۴۳؛ جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ۲۳۸ تا ۲۳۹؛ آشتیانی، حاشیه علی در الفوائد، ۳۵.

حکم عقل این نیست که بیان نقلی نیز حتماً وجود داشته باشد؛ بلکه حکم عقلی محض کفایت می‌کند.^۱ شایان ذکر است که بعد از پذیرش قابلیت تلازم بین درک عقل و بیان نقلی و اثبات آن باید تفصیل داد که حکم عقل گاه، علت تامه است و شارع با دلایل دیگر، فعلیت آن را نفی نمی‌کند و گاه، اقتضایی است و فعلیت آن به امضا و سکوت یا عدم ردع و عدم ابطال منوط است؛ مانند قاعده شرعی فراغ که مانع از فعلیت قاعده عقلی اشتغال یقینی در نماز می‌شود.^۲

ب. ارشادی بودن احکام راجع به این معنا، تلازمی با ارشادیت به معنای صرف خیرخواهی دنیوی ندارد: نکته مهم دیگر این است که هرچند بخشی از احکام با توجه به این معنا ارشادی محسوب می‌شود و بیان نقلی، ارشادکننده به درک عقل است، ولی این مطلب بدین مفهوم نیست که دلالت دلیل بر حکم تکلیفی از بین رود و وجوب یا حرمت از آن استفاده نشود و در واقع، بیان شرع از جایگاه مولویت صادر نشده باشد؛ بلکه تمامی احکام نقلی که به حکم عقل ارشاد می‌کنند و از تعبیر ارشادی بودن برای آن‌ها استفاده می‌شود و در زمره احکام تأسیسی اسلام نیستند، در مقام بررسی، نسبت به معنای سوم از حکم ارشادی (خیرخواهی دنیوی) ممکن است وضعیت متفاوتی داشته باشد؛ مانند درک عقلی قبح ظلم که هرچند بیان نقلی وارده در خصوص آن ارشادی است، ولی به دلیل اینکه گزاره درون دینی و دارای اثرات آخروی است و برای صرف خیرخواهی دنیوی نیامده است، بیان‌کننده حرمت شرعی مولوی آن نیز است.^۳ توضیح بیشتر اینکه، درک عقل به عنوان یکی از ادله کشف حکم شرعی نزد بیشتر اصولیان معتبر است و طبق قانون ملازمه، حکم عقل از حکم مولوی شرعی کشف می‌کند؛ چون احکام شرع تابع مصالح و مفاسد است و وقتی عقل قبح چیزی را درک کرد و ظلم را قبیح دانست، این فعل، حکم تحریم شرعی هم پیدا می‌کند. نمی‌توان پذیرفت چون حکم عقلی برای قبح ظلم وجود دارد، پس ظلم حرمت شرعی ندارد و همین طور در خصوص ایذای دیگران که عقل آن را قبیح می‌داند. لذا ارشادی بودن حکمی ازسوی عقل طبق این معنا را نباید به معنای نفی حکم شرعی مولوی (معنای سوم) دانست؛ بلکه حکم شرعی ملازم آن است. نتیجه آنکه، در مواردی که حکم عقل در سلسله علل احکام قرار دارد، از آن حکم مولوی کشف می‌شود و ارشاد و عقل، منافاتی با حکم مولوی ندارد؛^۴ یا در باب تقسیمات مقدمه و مقایسه آن‌ها با یکدیگر گفته شده است بحث از طرفین ملازمه در مقدمه و وجوب، به صورت «دو وجوب شرعی مولوی» است؛

۱. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۲۹۵۰/۹.

۲. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۲۹۵۰ تا ۲۹۴۹/۹ و ۳۰۲۲ تا ۳۰۲۱/۹.

۳. نائینی، اجود التقریرات، ۴۱۲ تا ۴۱۱/۱؛ شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۳۱۵ تا ۳۱۶/۱ روحانی، زبدة الأصول، ۵۳/۱؛ انصاری، مطارح الأنظار، ۲۵۰.

۴. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۳۱۵ تا ۳۱۶/۱.

یعنی همان طور که وجوب ذی المقدمه، شرعی مولوی است، نه ارشادی؛ مقدمه نیز بنابر قول به ملازمه، دارای وجوب شرعی مولوی است. لذا محل بحث در مقدمه واجب، وجوب شرعی مولوی غیري است و این با مقدمه علمیه غیر مرتبط است؛ زیرا در مقدمه علمیه اولاً، وجوب شرعی ندارد، بلکه وجوب عقلی دارد؛ ثانیاً، لزوم عقلی آن ارشادی است، نه مولوی؛ یعنی در احکام عقلیه نیز مسئله مولویت و ارشادیت مطرح است. حکم عقل در خصوص قبح ظلم، حکم مولوی است، اما حکم عقل به اینکه درباره مشتبّه بودن قبله باید به چهار طرف نماز خوانده شود، حکم ارشادی است؛ یعنی حکم او برای این است که می خواهد نماز به سوی قبله واقعی تحقق یابد.^۱ توضیح تکمیلی اینکه قبح ظلم از آن رو که مورد درک عقل است و شارع نیز با ادله نقلی به ترک آن اهتمام داشته است، حکمی ارشادی تأکیدی است، نه تأسیسی و از آن رو که مولا به ترک آن به عنوان تکلیفی مستقل رضایت ندارد، مولوی به شمار می رود.

۳. ارشاد به بنای عقلا

مفهوم دیگر از حکم ارشادی این است که بیان نقلی؛ خواه قرآن کریم و خواه سنت معصومان (ع)، ارشاد به طریقه و بنای عقلا دارد. همان طور که در مقدمه معنای قبله گفته شد یکی از معانی احکام امضایی که غالباً نیز در همین معنا به کار می رود، امضای بناهای عقلایی است. در خصوص تأسیسات عقلایی که به منظور حفظ نظام زندگی اجتماعی یا خانوادگی بنا شده و بخش درخور توجهی از آن را معاملات تشکیل می دهد یا اموری مانند خبر واحد، ظواهر الفاظ و... که بنای عقلا بر آن مستقر و با تأیید نقلی همراه است، بیان شرع، ارشاد و امضاکننده بنای عقلاست.^۲

بنای عقلا در مسائل گوناگون نقش دارد، ولی از جمله کارکردهای اساسی که محل بحث و نظر است، صغرا قرارگرفتن برای کشف حکم شرعی و بحث پیرامون حجیت آن است.^۳

باید توجه داشت که بنای عقلا به یکی از دو معنا اشاره دارد: ۱. گاه، مراد این است که بنای عقلا نمود و بروز و سلوک خارجی برای درک عقل از حسن و قبح است و رویکرد عقلا کاشف از حکم عقل عملی است. این معنا به دلیل عقل بر می گردد که حجیت آن مستقل است و نیاز به تأیید و امضای شرع نیست؛ چراکه پشتوانه آن، حکم عقل عملی است و در قاعده ملازمه حجیت، آن ثابت شده است؛^۴ ۲. گاه، بحث پیرامون آن دسته از بناهای عقلایی است که به دلیل عقلی راجع نیستند. برای توضیح این مطلب باید به

۱. فاضل لنکرانی، اصول فقه شیعه، ۲۴۵/۴.

۲. مکرم شیرازی، دایرة المعارف فقه مقارن، ۵۶۲؛ سیستانی، قاعدة لاضرر و لا ضرر، ۶۲ تا ۶۱.

۳. سبحانی تیریزی، اصول الفقه المقارن، ۳۱۱.

۴. رحیمی، تاریخ الفقه و تطوراته، ۷۰ تا ۶۹؛ بروجردی، نهاية الأصول، ۴۷۲.

منشأ دلیل عقل و بنای عقلا توجه داشت. یکی از مهم‌ترین مسائل پیرامون سیره عقلا و تبیین چیستی سیره عقلا، منشأ و خاستگاه آن است. این مطلب از چند جهت مهم است: اول. زمینه‌ساز تفکیک دقیق عقل و سیره عقلاست؛ دوم. میزان استواری سیره و نیازمندی آن را به متمم حجیت یا استقلال و بی‌نیازی آن را تعیین می‌کند؛ سوم. سیره عقلا را از عرف‌های محدود زمانی جدا می‌کند. حکم عقل برخاسته از درک مصلحت و مفسده واقعی افعال (حسن و قبح) است و عقل باتوجه به حسن و قبح، بایستگی و نبایستگی آن را درک کند، ولی بنای عقلا کاشف از حسن و قبح واقعیت متعلق حکم نیست^۱ و به علت فراگیری و گستردگی بنای عقلا نمی‌توان آن را تلقائی و غیرمعل دانست. برای کشف علت به وجود آمدن بنای عقلا هرچند ظاهراً عواملی مانند؛ فرهنگی، محیطی، عاطفی و... می‌تواند تأثیرگذار باشند، اما علت اصلی آن است که بنای عقلا بر پایه حفظ نظام اجتماعی و عدم اخلال به آن باتوجه به مصالح و مفاسد نوعی فعل به وجود آمده است و مراد، مصالحی است که قوام و استقرار حیات بشر در گرو تأمین و رعایت آن است و عقلا همواره در پی آن بوده‌اند.^۲

مطلب دوم در باب سیره عقلا، ملاک و مناط آن است. ملاک در حکم عقل، علم وجدانی و یقینی است، درحالی‌که ملاک سیره، اغلب اطمینان و علم عادی است؛ یعنی علمی که عرف و اغلب مردم به احتمال خلاف آن اعتنا نمی‌کنند.^۳

بعد از بیان این مقدمه، دو دیدگاه راجع به بنای عقلا وجود دارد: دیدگاه اول، بنای عقلا، اموری فطری و حقیقی است که با ضرورت‌های حیات انسان درگیر است و به عنوان مدرکات فطری و جبلی مطرح است^۴ و نیاز و ضرورت، تأثیر فراوانی در تحقق آن دارد،^۵ بدین دلیل حجیت آن ذاتی است و ردع از آن امکان ندارد،^۶ لذا اگر مصلحت و مفسده نوعی عمل توسط بنای عقلا درک شد و همگی در آن متفق بودند، حکم شرع نیز همان است و خطاب نقلی، به بنای عقلا ارشاد دارد؛ مانند رجوع جاهل به عالم به عنوان رویکرد برخاسته از فطرت عقلا که ادله نقلی ارشاد به عملکرد عقلا دارد و با ادله عام، نهی از اتباع مطلق ظن نفسی نمی‌شود و برای ردع نیاز به صراحت و تأکید است.^۷

۱. حکیم، الأصول العامة، ۱۹۲.

۲. سبحانی تیریزی، مصادر الفقه الاسلامی، ۱۶۸ تا ۱۶۶؛ خمینی، الرسائل، ۱۲۲؛ طباطبائی، حاشیه الکفایه، ۲/۲۰۵؛ روحانی، منهاج الفقاهه، ۱/۳۳۶؛

فخلمی، «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل»، ۱۰۲ تا ۱۰۱.

۳. فخلمی، «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل»، ۱۱۸.

۴. خمینی، الرسائل، ۱۲۲؛ طباطبائی، حاشیه الکفایه، ۲/۲۰۵.

۵. موسوی خوانساری، جامع المدارک، ۵۹۳/۱؛ کوه‌کمری، کتاب البیع، ۷۸.

۶. طباطبائی، حاشیه الکفایه، ۲/۲۰۵.

۷. خمینی، الاجتهاد والتقليد، ۶۳.

دیدگاه دوم، صرف بنای عقلا را به علت عدم یقینی بودن، کاشف از حکم شرع نمی داند و شایستگی احتجاج از سوی مکلف بر مولا را ندارد؛ زیرا امکان دارد شارع رویکرد آن ها را نقد و تخطئه کند، بلکه برای حجیت و به عنوان یکی از ادله، نیاز به امضا و تأیید از سوی شرع است.^۱

نحوه امضای شرع بر بناهای عقلایی بدین صورت است که گاه، بنای عقلا به صورت صریح با ادله نقلی تأیید می شود؛ مانند «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^۲ یا «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۳ و گاه، با دستیابی به سکوت و عدم رد سیره از سوی معصومان (ع)، بنای عقلا دارای وجهت می شود و حجیت می یابد؛ مانند قرارداد اجتماعی که در میان مردم و محیط زندگی امامان (ع) رایج بوده و با عدم نهی، رضایت آنان به رویکرد عقلا به دست می آید. بسیاری از احکام امضایی به این شکل تحقق پیدا کرده اند؛ مانند برگزاری سوگواری و بزرگداشت اموات، حجیت خبر واحد، تقلید، معاطات در بیع، اجاره، رهن و خرید و فروش کودک در امور کم ارزش و...^۴

طبق مبنای دوم، سیره عقلا اگر از سوی شرع نهی شود یا عملکرد عقلا در زمان متأخر از عصر معصومان حادث شده باشد، نمی توان دیدگاه معصومان (ع) را در قبال این رویکرد به دست آورد و در این صورت، سیره حجت نیست و باید به دنبال دلیل دیگر بود.^۵ برای مثال، شارع اسلام از مواردی نهی کرده است؛ از قبیل اختلاط مردان و زنان در مجالس شادی، انواع معاملات ربوی، شرط مرتهن برای انتفاع از عین مرهونه، تجویز اشتراط مضارب در عقد مضاربه که سهم مشخصی از سود را مالک شود، نه به نسبت سود و زیان و... و سیره ها در این قبیل موارد، مشمول امضای شارع واقع نشده اند؛ لذا طبق همین مبنا، سیره های متأخر؛ مانند عقد تأمین، بیمه، سرقتی و... برای مشروعیت نیاز به دلیل دیگر دارند.^۶ بنابراین، اتصال سیره و عرف یا قالب و جوهره آن تا عصر معصومان و در مرئی و مسموع بودن شرط است.^۷

باتوجه به دیدگاه های مطرح در ماهیت بنای عقلا و حجیت آن، در صورتی که بنای عقلا را به عنوان دلیلی مستقل در عرض سایر ادله کشف احکام شرعی بپذیریم، بیان نقلی وارده، در واقع به بنای عقلا به مثابه دلیلی مستقل ارشاد می کند و در فرض نبود بیان نقلی، بنای عقلا به تنهایی از حکم شرع کشف می کند و

۱. حکیم، الأصول العامة، ۱۹۲؛ مکارم شیرازی، دایرة المعارف فقه مقارن، ۵۶۶.

۲. بقره: ۲۷۵.

۳. مانند: ۱.

۴. سبحانی تبریزی، اصول الفقه المقارن، ۳۱۱ تا ۳۱۲؛ مکارم شیرازی، دایرة المعارف فقه مقارن، ۵۶۳.

۵. صدر، ماوراء الفقه، ۴۱۳/۲.

۶. سبحانی تبریزی، اصول الفقه المقارن، ۳۱۴.

۷. مکارم شیرازی، دایرة المعارف فقه مقارن، ۵۶۶.

نقش بیان نقلی در واقع تأکید بنای عقلاست. اما در صورتی که حجیت بنای عقلا مستقل به حساب نیاید و منوط به اظهار نظر و اعلام موضع از سوی شرع باشد، برای عمل بر طبق بنای عقلا حتماً باید رضایت و امضای شرع؛ خواه با بیان نقلی و خواه با سکوت و عدم ردع به دست آید. در غیر این صورت، بنای عقلا حجت نیست؛ براین مبنا، نام گذاری بیان نقلی ناظر به بنای عقلا به ارشادی بودن، خالی از مسامحه نیست؛ زیرا بنای عقلا دارای حجیت تام نیست تا بیان نقلی ارشادی لحاظ شود، بلکه برای امکان عمل به بنای عقلا ضرورت دارد که از سوی شرع بیان شود.

نتیجه بحث در این قسم از مفهوم حکم ارشادی این است که طبق مبنای نخست که حجیت سیره را بنابر مبنا ثابت دانست، ارشادی بودن، همگون با ارشادی بودن حکم شرع در زمینه حکم عقل است؛ یعنی اینکه بیان شرعی در زمینه تأسیس عقلایی جنبه تأکیدی دارد و بس. البته با لحاظ همان نکته که در درک عقل نیز گفته شد که ارشادی بودن بنای عقلا در این معنا منافاتی ندارد که شارع مقدس از جایگاه مولویت و به عنوان مولا بما هو مولا به آن حکم کرده باشد؛ طبق مبنای دوم، امضای شارع در خصوص سیره عقلا جزو متمم های دلیل بودن سیره به شمار می رود و بدون آن، ولو به صورت عدم ردع حجیت و دلیل بودن سیره، منتفی است، ضمن اینکه در مواردی نیز که امکان حصول امضا و کشف موقف شارع به دلیلی چون عدم معاصرت سیره با عصر شارع ممکن نیست، کارکرد سیره به عنوان دلیل و حجت، محدودیت می یابد.

۴. حکم متقدم یا متأخر از ثبوت حکم شرعی (حکم واقع در سلسله معالیل)

تمامی معانی قبلی از حکم ارشادی در دایره احکام مستقل شرعی بود؛ به این بیان که، هریک از تکالیف شرعی با توجه به معانی پیشین، بررسی و مولوی یا ارشادی بودن آن تبیین می شد. با استناد به تعبیر سلسله علل یا سلسله معالیل، گاه در خصوص برخی افعال؛ مانند قبح تجری، لزوم اطاعت یا ترک عصیان الهی، لزوم توبه کردن و... بحث است که آیا این افعال در سلسله علل است یا در سلسله معالیل. از علل، تعبیر به مولوی بودن شده است و از دومی، به نام ارشادی بودن. از آنجاکه حکم عقل و بنای عقلا همانند بیان نقلی در این معنا نیز استفاده شده است و از این نظر نیز هر کدام قابلیت تقسیم به مولوی و ارشادی بودن را دارد و از طرفی، چون با دو معنای پیشین متفاوت است؛ لذا به آن به عنوان قسمی جداگانه پرداخته شده است.

هریک از تکالیف احکام یا مدرکات عقلی، گاه به حکم مستقل شرعی اشاره دارد و مآلاً نفس عمل، مورد امر و نهی واقع شده است و با اطاعت یا مخالفت، مکلف مستحق ثواب یا عقاب است و گاه، به تکلیف مستقل اشاره ندارد؛ بلکه متقدم یا متأخر از ثبوت حکم مستقل شرعی است و ثواب و عقاب

جداگانه‌ای وجود ندارد که فراتر است از آنچه بر نفس خود عمل مترتب است؛ یعنی در اصطلاح، گاه احکام عقلی در سلسله علل است و گاه، در سلسله معالیل؛ توضیح اینکه، با ملاحظه کیفیت مدرکات عقلی و قاعده ملازمه بین حکم عقل و شرع به نظر می‌رسد تمام مدرکات عقلی از یک سنخ نباشند. مدرکات عقلی سابق بر مولویت مولا و تکالیف مولا و به‌عنوان تکلیفی مستقل که خود فعل آن ارزشمند است و از آن به حسن و قبح واقع در سلسله علل احکام تعبیر می‌شود؛ مانند حکم عقل به حسن عدل، قبح ظلم یا حسن صداقت و... این قسم در مرحله، مقدم بر حکم شارع است؛ زیرا متصف شدن این افعال به حسن و قبح، بدون لحاظ حکم شارع به وجوب یا حرمت، ثابت است؛ چراکه موضوع حسن و قبح در این مرحله، نفس افعال است که وجود و اتصاف این افعال به صفت، مرتبط با حکم شارع نیست. اما گاه حکم عقلی در طول تکالیف الهی و مولویت مولا است که از آن به حسن و قبح واقع در سلسله معلولات احکام تعبیر می‌شود؛ مانند درک حسن اطاعت یا قبح معصیت و مخالفت با مولا؛ یعنی اتصاف فعل به اطاعت یا معصیت و در نتیجه، حسن یا قبح، مترتب بر حکم شارع است و بدون حکم شارع، اطاعت و عصیان معنا ندارد؛ لذا هرگاه ادله شرعی، وجوب یا حرمت فعلی را ثابت بدانند، عقل نیز به حسن اطاعت مولا ارشاد می‌کند؛ یعنی حکم عقل درباره قبح ظلم به دلیل اشاره به تکلیف مستقل حکم مولوی است، اما حکم عقل به وجوب خواندن نماز به چهار سمت در فرض مشتبّه بودن قبله به‌عنوان مقدمه علمی، حکم ارشادی است که هدف، تحقق نماز به سمت قبله واقعی است؛ ازاین‌روست که اگر حکم عقل در سلسله علل باشد، حکم مولوی است و اگر در سلسله معالیل باشد، ارشادی است.^۱ نباید گفت که چون حکم عقلی برای قبح ظلم وجود دارد، پس ظلم حرمت شرعی ندارد و همین‌طور راجع به ایذا که عقل آن را قبیح می‌داند؛ ازاین‌رو ارشادی بودن حکمی از ناحیه عقل را نباید به‌معنای نفی حکم شرعی دانست؛ بلکه حکم شرعی، ملازم آن است. البته بعضی از احکام عقلیه به‌تعبیر نائینی در سلسله معلولات احکام قرار دارد که حکم شرعی مستقلی ندارند؛ مثلاً امر به اطاعت در سلسله معالیل احکام است و چون ارشادی است، مخالفت با آن کیفر مستقل ندارد؛ بنابراین چنانچه کسی نماز نخواند، به دلیل اینکه امر «أَقِیْمُوا الصَّلَاةَ» را امتثال نکرده است، عقاب می‌شود، ولی عقاب جداگانه‌ای برای اینکه «أَطِیْعُوا اللَّهَ» را امتثال نکرده است متوجه او نیست. نتیجه آنکه، در مواردی که حکم عقل در سلسله علل و احکام قرار دارد؛ مثل حکم به قبح ظلم، از آن حکم مولوی کشف می‌شود و ارشاد و عقل، منافاتی با حکم مولوی ندارد.^۲

۱. فاضل لنکرانی، اصول فقه شیعه، ۲۴۱/۳ تا ۲۴۲؛ صدر، بحوث فی علم الأصول، ۱۲۲/۵؛ منصوری، بیان المفید، ۱۹۷/۴ تا ۱۹۹، انصاری، مطرح الأنظار، ۲۵۰.

۲. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۳۱۶/۱ تا ۳۱۷.

اگر گفته شود حکم عقل در سلسله معلولات منجر به جریان قاعده ملازمه نیست، برخلاف حکم عقل در سلسله علل که به کشف حکم شرعی منجر می‌شود،^۱ در پاسخ باید گفت: قاعده ملازمه فقط مخصوص اثبات احکام شرعی مستقل نیست، بلکه برای مقدمات حکم شرعی، از علم اصول و قواعد فقه (در سلسله معالیل) نیز قابلیت کاربرد دارد^۲ و نمی‌توان کلیت حکم عقل را تخصیص زد؛ چراکه مانعی وجود ندارد که حتی در احکام عقلی واقع در سلسله معلولات، با قاعده ملازمه به حکم شرعی رسید، جز اینکه تأثیرش مانند حکم عقل است و در فرض مخالفت، بر ذمه مکلف ثواب و عقابی غیر از خود مأمور به و منهی عنه واقعی مستقر نمی‌شود.^۳ البته برقراربودن قاعده ملازمه در صورتی است که مورد و مصداق، قابلیت تلازم را داشته باشد؛ یعنی مقتضی برای تعلق حکم شرعی مولوی به درک عقلی برقرار باشد؛ مانند قبح عقلی تشریع که با قاعده ملازمه، حکم به حرمت می‌شود. اما گاه برای ملازمه، مانع وجود دارد و آن، وجود محذور عقلی، از قبیل دور یا تسلسل است؛ یعنی فعل دارای جعل تکوینی ذاتی است و قابل جعل تشریعی نیست؛ مانند اطاعت الهی و عدم عصیان که اولاً باید گفت: اطاعت الهی و عدم عصیان به علت قرارگرفتن در سلسله معالیل و متأخربودن از احکام الهی، حکم ارشادی است^۴ و ثانیاً، هرچند حسن اطاعت از عقل استفاده می‌شود، ولی قاعده ملازمه برقرار نیست و ادله نقلی، بیانگر وجوب نیست^۵ و این بدین سبب نیست که گفته شود فعلی که عقل، حسن یا قبح آن را تشخیص می‌دهد اگر در سلسله علل باشد سبب کشف حکم شرعی مولوی است و اگر در سلسله معلولات باشد، کشف حکم شرعی مولوی امکان‌پذیر نیست^۶؛ بلکه بعضی از مصداق، قابلیت پذیرش حکم شرعی را ندارد و به حکم برهان محال است که حکم شرع بر آن وارد شود، بلکه حسن و قبح آن‌ها ثابت و ضروری است و اگر حکم آن‌ها منتهی به وجوب دیگری باشد مستلزم دور یا تسلسل است و لذا قابل جعل حکم مولوی نیست، برخلاف بحث از مسارعت به سوی نیک و خوب که هیچ مانعی ندارد که مسارعت هم عقلاً حسن باشد و هم شرعاً مستحب مولوی باشد.^۷

این تقسیم‌بندی همان‌طور که در مدرکات عقلی متصور است در خطابات نقلی نیز صادق است و

۱. نانینی، اجود التقريرات، ۱۳۵/۲.

۲. فشارکی، الرسائل الفشارکیه، ۶۶.

۳. خمینی، انوار الهدایه، ۹۴/۱؛ آملی، تحریر الاصول، ۲۲۱/۴؛ مکارم شیرازی، دائرة المعارف فقه مقارن، ۵۶۹.

۴. فاضل لنکرانی، اصول فقه شیعه، ۵۰۴/۳؛ ملکی میانجی، بدائع الکلام، ۲۱۴ و ۲۵۳.

۵. فاضل لنکرانی، اصول فقه شیعه، ۵۰۴/۳؛ عراقی، التقريرات، ۱۸ تا ۱۷.

۶. عراقی، التقريرات، ۹۳/۴.

۷. محمدی، شرح اصول فقه، ۲۳/۲؛ نانینی، اجود التقريرات، ۴۱۱ تا ۴۱۲؛ روحانی، منهاج الفقاهه، ۵۳۱/۱؛ مشکینی اردبیلی، الرسائل الجدیدة، ۱۳۱/۱؛ رشتی، بدائع الافکار، ۴۳۱.

شامل احکام تأسیسی الهی نیز می‌شود؛ یعنی بخش عمده‌ای از دستورات الهی، حکم مولوی حقیقی و در سلسله علل و به تکالیف مستقل الهی مرتبط است که خود آن عمل دارای مصلحت یا مفسده است و بر انجام یا ترک آن، ثواب و عقاب مترتب است؛ مانند امر به اقامه نماز یا وجوب روزه. در مقابل امر ارشادی، امری صوری و ظاهری است که بهره‌ای از حقیقت طلب ندارد، بلکه اخبار از مصلحت یا مفسده عملی است که در ضمن حکم دیگر از او خواسته شده یا به آن نهی شده است؛ ازین‌رو در حکم ارشادی، ثواب و عقاب مستقل، چیزی جز تشویق مکلف به امتثال حکم مولوی نیست.^۱ شاید بتوان قاعده فقهی فراغ یا استصحاب شرعی را از این سنخ دانست؛ زیرا هرچند قاعده فراغ و اصل استصحاب شرعی از مخترعات الهی است، ولی بر اطاعت یا مخالفت آن‌ها چیزی فراتر از ثواب یا عقاب نفس عمل مترتب نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

با بررسی معانی به‌کارگرفته‌شده از اصطلاح حکم ارشادی مشخص شد که این واژه، مشترک لفظی است. دانشمندان فقه و اصول در مناسبت‌های مختلف برای بیان مقصود خود از این اصطلاح استفاده کرده‌اند و هیچ ارتباطی میان معانی چندگانه این اصطلاح وجود ندارد. برای حکم ارشادی، این معانی ذکر شده است: ۱. آن دسته احکام برخورداری از ساختار حکم تکلیفی که در واقع، ارشادکننده به حکم وضعی است؛ ۲. آن دسته اوامر و فرامین مولوی که از جایگاه رهبری و زمامداری حاکم جامعه اسلامی صادر شده است و در مقابل احکامی است که به حکم الهی ارشاد و دلالت دارد؛ ۳. احکامی شرعی صرفاً از باب خیرخواهی دنیوی و سامان‌دادن دنیای مردمان بیان شده است و آن‌ها را به پیامدهای دنیوی و تکوینی اعمال خود ارشاد می‌کند و برخلاف احکام مولوی، بر ثواب و عقاب اخروی دلالت ندارد؛ ۴. احکامی شرعی که در زمینه مدرکات یا احکام عقلی صادر شده است، جنبه تأسیسی ندارد؛ بلکه ارشادکننده به حکم عقل است؛ ۵. احکامی شرعی که در زمینه تأسیسات عقلایی و عرفی صادر شده است و نقش امضاکننده این تأسیسات را داراست و آن‌ها را ارشادکننده به بنای عقلا نام نهاده‌اند. البته این مورد به بناهایی مربوط است که حجیت آن بنابر مبنا ثابت است و بیان شرعی، متمم حجیت آن نیست؛ ۶. آن دسته از احکام عقلی و گاه نقلی که در مرحله متقدم یا متأخر از ثبوت حکم شرعی (سلسله معالیل) قرار دارد و در اطاعت یا عصیان آن‌ها چیزی فراتر از مصلحت یا مفسده مامور به یا منهی عنه واقعی ثابت نیست و عقاب و ثواب مستقلاً هم در کار نیست.

روشن شد که آنچه علما از مفاهیم ارشادی و مولوی مدنظر دارند و در موقعیت‌های مختلف و مباحث

گوناگون فقهی و اصولی بیان کرده‌اند در یک وادی جاری نیست و ارتباط مفهومی میان آن‌ها برقرار نیست؛ استعمالات جداگانه‌ای است که عدم درک روشن از موقعیت هریک، آدمی را در ورطه خلط مفاهیم و مباحث قرار می‌دهد. شاید به علت عدم توجه کامل به مفاهیم متعدد حکم ارشادی است که در تعریف حکم ارشادی عبارات گوناگون و گاهی متضاد بیان شده است؛ مانند خطاب مولوی، خطابیی است که از جایگاه مولویت مولا صادر شده و بر دو قسم است: قسمی از این خطاب مولوی ممکن است مکرر و تأکیدی باشد و قسمی دیگر، ابتدایی و تأسیسی. اما خطاب ارشادی بیانگر حکمی است که از جایگاه مولویت مولا صادر نشده و در واقع، از شئون مولا به شمار نمی‌رود؛ مانند بیان مضرات پنیر.^۱ در مقابل این نظر، امر مولوی از جایگاه مولویت صادر شده و با اصطلاح حکم تأسیسی هم‌معناست و حکم ارشادی با تأکیدی بودن حکم از یک معنا برخوردار است و بدین سبب، تمامی احکام در باب مستقلات عقلی بر تأکیدی بودن دلالت دارند، نه تأسیسی بودن.^۲ طبیعتاً این اختلاف، به ماهیت ملاک تشخیص و آثار حکم ارشادی نیز کشیده می‌شود؛ برای نمونه، گفته شده است که ماهیت احکام ارشادی، در واقع اخباری است، نه انشایی.^۳ این در حالی است که این مطلب در ارشاد به حکم وضعی صادق است، ولی ماهیت احکام ارشادی ناظر به مدرکات عقلی، قطعاً از ظاهر انشایی بودن خود خارج نشده است و همچنین ماهیت احکام ارشادی ناظر بر بناهای عقلایی. گفته شده است که احکام مولوی دسته‌ای از احکام است که جایگاه صدور آن‌ها مولویت مولا است و در مقابل، حکم ارشادی از جایگاه ناصح و مرشد بودن مولا صادر شده است و بر آن ثواب و عقابی مترتب نیست. این تعریف نیز باتوجه به معنای سوم از حکم ارشادی که ارشادکننده به مصالح دنیوی و تکوینی است، صحیح است اما سبب پذیرفتن این مطلب در بحث مستقلات عقلی و مفاد قاعده ملازمه میان نقل و شرع و ارشادی دانستن ادله نقلی ناظر به مدرکات عقلی نمی‌شود و ویژگی ثواب و عقاب اخروی از آن زوال می‌یابد یا اینکه حکم به لزوم روبه‌قبله بودن حیوان هنگام ذبح، هر چند در واقع مطابق با وضعی است و بر حکم تکلیفی دلالت ندارد و عدم رعایت آن مستلزم عقاب نیست، بلکه صرفاً بر ممنوعیت اکل لحم و مانند آن دلالت دارد؛ اما باتوجه به معنای چهارم از معانی ارشادی، در زمره احکام مولوی تأسیسی است و اگر شارع به آن امر نکرده بود عقل از درک آن عاجز می‌ماند.

سرانجام باید توجه داشت منافاتی ندارد که احکام شریعت باتوجه به یک معنا، ارشادی و باتوجه به

۱. صدر، مباحث الأصول، ۴/۴۱۳.

۲. مظفر، اصول الفقه، ۲۴۵.

۳. مشکینی، اصطلاحات الأصول، ۷۵.

معنایی دیگر، مولوی محسوب شود؛ مانند دستور به روبه‌قبله‌بودن قربانی هنگام ذبح برای حلال‌بودن، به دلیل بیان شرطیت، به حکم وضعی ارشاد کند و به دلیل تأسیسی و اختراع شریعت‌بودن، بر حکم مولوی دلالت کند یا برابر معنای چهارم، احکام نقلی صادر در زمینه مستقلات عقلی گرچه ارشادکننده به حکم عقل هستند، لیکن این مانع از آن نیست که از حیثیت مولوی به معنای ترتب ثواب و عقاب اخروی برخوردار نباشند یا درخور انتساب به شارع اقدس در جایگاه شارعیت نباشند.

منابع

- قرآن حکیم. مترجم: ناصر مکارم شیرازی. قم: چاپخانه بزرگ قرآن کریم. ۱۳۹۰.
- اشکنانی، محمدحسین. دروس فی اصول الفقه. قم: انوار الهدی. ۱۳۸۰.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین. مطارح الأنظار. قم: مجمع الفکر الإسلامی. ۱۳۸۳.
- آشتیانی، محمود. حاشیة علی درر الفوائد. قم: مؤلف. بی‌تا.
- آملی، هاشم. تحریر الأصول. قم: داوری. چاپ اول، بی‌تا.
- بروجردی، حسین. نهاية الأصول. مقرر: حسین علی منتظری. تهران: تفکر. ۱۴۱۵ق.
- بروجردی، حسین. نهاية التقرير. مقرر: محمدفاضل موحدی لنکرانی. بی‌جا: بی‌تا. بی‌تا.
- جمعی از پژوهشگران. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. زیرنظر: سیدمحمود هاشمی شاهرودی. قم: دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). ۱۴۲۶ق.
- جمعی از پژوهشگران. موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام. زیرنظر: سیدمحمود هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). ۱۴۲۳ق.
- جناتی، محمدابراهیم. منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی. بی‌جا: بی‌تا. بی‌تا.
- حسینی حائری، کاظم. المرجعية و القيادة. قم: دار التفسیر. ۱۴۲۵ق.
- حسینی شیرازی، صادق. بیان الفقه فی شرح العروة الوثقی. قم: دار الأنصار. ۱۴۲۶ق.
- حسینی فیروزآبادی، مرتضی. عنایة الأصول فی شرح کفایة الأصول. قم: فیروزآبادی. ۱۴۰۰ق.
- حکیم، محمدتقی. الأصول العامة فی الفقه المقارن. قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع). ۱۴۱۸ق.
- خمینی، روح‌الله. الاجتهاد و التقليد. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره. ۱۴۱۸ق.
- خمینی، روح‌الله. الرسائل. قم: اسماعیلیان. ۱۴۱۰ق.
- خمینی، روح‌الله. انوار الهدایة فی التعليقة علی الکفایة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). ۱۴۱۵ق.
- خویی، ابوالقاسم. فقه الشیعة. مقرر: سیدمحمد مهدی موسوی. قم: آفاق. ۱۴۱۸ق.
- خویی، ابوالقاسم. موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی (ره). ۱۴۱۸ق.

- خویی، ابو القاسم. محاضرات فی اصول الفقه. مقرر: محمد اسحاق فیاض، قم، دار الهادی للطبوعات، ۱۴۱۷ ق.
- رحیمی، علیرضا. تاریخ الفقه و تطوراته. بی جا: بی نا. بی تا.
- رشتی، حبیب الله. بدائع الأفكار. قم: آل البيت (ع). بی تا.
- روحانی، محمدصادق. زبدة الأصول. تهران: حدیث دل. ۱۳۸۳.
- روحانی، محمد. منتقى الأصول. قم: دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی. ۱۴۱۳ ق.
- روحانی، محمدصادق. منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی. ۱۴۲۹ ق.
- ساباطی یزدی، عبد الرسول. حاشیه رسائل شیخ انصاری. قم، موسسه در راه حق، چاپ اول.
- سبحانی تبریزی. جعفر. اصول الفقه المقارن فیما لانص فیہ. قم: مؤسسه امام صادق (ع). ۱۳۸۳.
- سبحانی تبریزی. جعفر. نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء. قم: ایران، چاپ اول.
- سبحانی تبریزی، جعفر. مصادر الفقه الاسلامی و منابعه. بیروت: دار الأضواء. ۱۴۱۹ ق.
- سیستانی، علی. قاعدة لاضرر و لاضرار. قم: دفتر آیت الله سیستانی. ۱۴۱۴ ق.
- شیرازی زنجانی، موسی. کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز. ۱۴۱۹ ق.
- صدر، محمد. ماوراء الفقه. بیروت: دار الأضواء. ۱۴۲۰ ق.
- صدر، محمدباقر. بحوث فی شرح العروة الوثقی. مصحح: سید محمود هاشمی. قم: مجمع الشہید آیت الله الصدر العلمی. ۱۴۰۸ ق.
- صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. بیروت: الدار الاسلامیة. ۱۴۱۷ ق.
- صدر، محمدباقر. دروس فی علم الأصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی. ۱۴۲۳ ق.
- صدر، محمدباقر. مباحث الأصول. مقرر: کاظم حسینی. قم: مکتب الاعلام الاسلامی. ۱۴۰۸ ق.
- طباطبایی، محمدحسین. حاشیه الکفایة. قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی. ۱۴۲۹ ق.
- عراقی، عبدالنبی. التقریرات المسمی بالمحاکمات بین الاعلام. مقرر: مسلم سرابی تبریزی. قم: چاپخانه قم. بی تا.
- علیدوست، ابوالقاسم. فقه و عقل. بی جا: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. ۱۳۹۱.
- فاضل لنکرانی، محمد. اصول فقه شیعه. مقرر: محمود ملکی. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). بی تا.
- فاضل لنکرانی، محمد. دراسات فی الأصول. مقرر: علی موسوی. قم: فقه الاثمة الأطهار (ع). ۱۴۳۰ ق.
- فخلعی، محمدتقی. «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل»، فقه و اصول. ش ۱، بهار و تابستان ۸۹، ۹۷ تا ۱۲۶. فشارکی، محمدباقر بن محمد جعفر. الرسائل الفشارکیة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۱۳ ق.
- فیاض، محمدصادق. «چیستی و جرایبی حکم ارشادی»، مطالعات اصول فقه امامیه. ش ۴، پاییز و زمستان ۹۴، ۱۱۳ تا ۱۴۰.
- قدردان قراملکی، محمدحسن. درباره پیامبر اعظم (ص). تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. ۱۳۸۹.

کارگریان مروستی و دیگران؛ تبیین حقیقت حکم ارشادی با محوریت درک عقل و بنای عقلا / ۱۵۷

کوه‌کمری، سیدمحمدبن‌علی حجت. کتاب البيع. مقرر: ابوطالب تجلیل تبریزی. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.

محمدی، علی. شرح اصول فقه. قم: دار الفکر. ۱۳۸۷.

مشکینی اردبیلی، علی. الرسائل الجديدة و الفرائد الحديثة. قم: پیروز. ۱۳۴۹.

مشکینی اردبیلی، علی. اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها. قم: نشر الهادی، چاپ ششم، ۱۴۱۶ق.

مصطفوی، محمدکاظم. مائة قاعدة فقهية. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۲۱ق.

مظفر، محمد رضا. أصول الفقه (با تعلیقه زارعی). قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۷ ش

مکارم شیرازی، ناصر. انوار الفقاهة. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۲۵ق.

مکارم شیرازی، ناصر. دائرة المعارف فقه مقارن. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۲۷ق.

مکارم شیرازی، ناصر. تفسیر نمونه. قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۳۸۷ق.

ملکی میانجی، محمدباقر. بدائع الكلام فی تفسیر آیات الأحکام. بیروت: الوفاء. ۱۴۰۰ق.

منتظری، حسین علی. دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية. قم: تفکر. ۱۴۰۹ق.

منصوری، ایاد. البیان المفید فی شرح الحلقة الثالثة من حلقات علم الأصول. قم: حسین (ع). ۱۴۲۷ق.

موسوی خوانساری، احمد. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: اسماعیلیان. ۱۴۰۵ق.

موسوی بجنوردی، محمد. علم اصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). ۱۳۷۹.

نائینی، محمدحسین. اجود التقريرات. مقرر: ابوالقاسم خویی. قم: العرفان. ۱۳۵۲.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. قراءات فقهیه معاصره. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). ۱۴۲۳ق.

Transliterated Bibliography

‘Alidüst, Abū al-Qāsim. *Fiqh va ‘Aql*. s.l. Pazhūhishgāh Farhang va Andīshih-yi Islāmī. 2013/1391.

Āmulī, Hāshim. *Tahrīr al-Uṣūl*. Qum: Dāvarī. Chāp-i Awwal, s.d.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Muṭār al-Anzār*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī. 2005/1383.

Āshtiyānī, Maḥmūd. *Hāshīya ‘alā Durar al-Fawā’id*. Qum: Mu‘allif. S.d.

Burūjirdī, Ḥusayn. *Naḥāya al-Taqrīr*. Muqarr Muḥammad Fāzil Muwaḥidī Lankarānī. s.l. s.n. s.d.

Burūjirdī, Ḥusayn. *Naḥāya al-Uṣūl*. Muqarr Ḥusayn ‘Alī Muntazirī. Tehran: Tafakur. 1995/1415.

Fakhla’ī, Muḥammad Taqī. “Pazhūhish dar Chistī Sirah-yi ‘Uqālā va Nisbat ān bā Ḥukm-i ‘Aql”, *Fiqh va Uṣūl*. no. 1, spring and summer 2011/1389, 97-126.

Fayyāḍ, Muḥammad Ṣādiq. “Chistī va Chirāyī Ḥukm Irshādī”, *Muṭālī‘āt-i Uṣūl Fiqh Imāmīyah*. No. 4,

autumn and winter 2016/1394, 113-140.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Dirāsāt fi al-Uṣūl*. Muqarr ‘Alī Musawī. Qum: Fiḥ al-*ʾimah al-Aṭḥār*(AS). 2009/1430.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Uṣūl Fiḥ Shiʿah*. Muqarr Maḥmūd Malikī. Qum: Markaz-i Fiḥi *ʾimah Aṭḥār*(AS). s.d.

Fishārakī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Jaʿfar. *al-Rasāʾil al-Fishārakiya*. Qum: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1413.

Ḥakīm, Muḥammad Taqī. *al-Uṣūl al-ʾAmah fi al-Fiḥ al-Muqārīn*. Qum: Majmaʿ Jahānī Āl al-Bayt(AS). 1997/1418.

Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. *Qarāʾāt Fiḥiyah Muʾāṣirah*. Qum: Mūʾassisa Dāyrah al-Maʾārif-i Fiḥ-i Islāmī bar Madhhab Ahl-i Bayt(AS). 2002/1423.

Ḥusaynī Firūz Ābādī, Murtaḍā. *ʾAnāya al-Uṣūl fi Sharḥ Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Firūz Ābādī. 1980/1400.

Ḥusaynī Ḥāʾirī, Kāzim. *al-Marjaʿiya wa al-Qayāda*. Qum: Dār al-Tafsīr. 2004/1425.

Ḥusaynī Shīrāzī. Šādiq. *Bayān al-Fiḥ fi Sharḥ al-ʾUrwa al-Wuthqā*. Qum: Dār Anṣār. 2005/1426.

ʿIrāqī, ʿAbd al-Nabī. *al-Taqrīrāt al-Musamā bi-al-Muḥākīmāt Bayn al-Aʾlām*. Muqarr Muslim Sarābī Tabrizī, Qum: Čāpkhānih-yi Qum. s.d.

Ishkanānī, Muḥammad Ḥusayn. *Durūs fi Uṣūl al-Fiḥ*. Qum: Anvār al-Hudā. 2002/1380

Jamʿī az Pazhūhishgarān. *Farhang-i Fiḥ Muṭābiq-i Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. zīr naẓar Sayyid Maḥmūd Hāshimī Shāhrūdī. Qum: Dāyrah al-Maʾārif-i Fiḥ-i Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). 2005/1426.

Jamʿī az Pazhūhishgarān. *Mausūʾat al-Fiḥ al-Islāmī Ṭibqa li-Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. zīr naẓar Sayyid Maḥmūd Hāshimī Shāhrūdī. Qum: Mūʾassisa Dāyrah al-Maʾārif-i Fiḥ-i Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). 2002/1423.

Jannātī, Muḥammad Ibrāhīm. *Manābiʿ Ijtihād az Didgāh-i Madhāhib-i Islāmī*. s.l. s.n. s.d.

Khūʾī, Abū al-Qāsim. *Fiḥ al-Shiʿa*. Muqarr Sayyid Muḥammad Maḥdī Mūsawī. Qum: Āfāq. 1997/1418.

Khūʾī, Abū al-Qāsim. *Mausūʾat al-Imām al-Khūʾī*. Qum: Mūʾassisa Ihyāʾ Āṣār Imām Khūʾī. 1997/1418.

Khūʾī, Abū al-Qāsim. *Muḥāḍarāt fi Uṣūl al-Fiḥ*. Muqarr Muḥammad Ishāq Fayyāḍ, Qum: Dār al-Hādī li-l-Maṭbūʿāt, 1996/1417.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Ijtihād wa Taqlīd*. Tehran: Mūʾassisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām

Khumaynī. 1997/1418.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Rasā'il*. Qum: Ismā'īliyyān. 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Anwār al-Hidāya fī al-Ta'liqā 'alā al-Kifāya*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. 1995/1415.

Kuhkamārī, Sayyid Muḥammad ibn 'Alī Ḥujat. *Kitāb-i al-Bay'*. Muqarr Abū Ṭālib Tajlīl Tabrizī. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1989/1409.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Faqāhah*. Qum: Madrasah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS). 2004/1425.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Dāyrah al-Ma'ārif-i Fiqh-i Muqārīn*. Qum: Madrasah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS). 2006/1427.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Tafsīr Numūnah*. Qum: Intishārāt-i Madrasah-yi Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS). 1967/1387.

Malikī Miyyānjī, Muḥammad Bāqir. *Al-Badā'ī' al-Kalām fī Tafsīr al-Aḥkām*. Beirut: al-wafā'. 1980/1400.

Manṣūrī, Ayād. *al-Bayān al-Mufīd fī Sharḥ al-Ḥalqa al-Thālitha min Ḥalaqāt 'Ilm Uṣūl*. Qum: Ḥasaniyn(AS). 2006/1427.

Mishkinī Ardabilī, 'Alī. *Al-Rasā'il al-Jadīda wa al-Farā'id al-Ḥadītha*. Qum: Pīrūz. 1970/1349.

Mishkinī Ardabilī, 'Alī. *Iṣṭilāḥāt al-Uṣūl wa Mu'zam Abḥāthihā*. Qum: Nashr al-Hādī. Chāp-i Shishum, 1995/1416.

Muḥammadi, 'Alī. *Sharḥ Uṣūl Fiqh*. Qum: Dār al-Fikr. 2009/1387.

Muntazirī. Ḥusayn 'Alī. *Dirāsāt fī Walāya al-Faqīh wa Fiqh al-Dawla al-Islāmiyya*. Qum: Tafakur. 1989/1409.

Mūsawī Bujnūrdī, Muḥammad. *'Ilm Uṣūl*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. 2000/1379.

Mūsawī Khuwānsārī, Aḥmad. *Jāmi' al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Ismā'īliyyān. 1985/1405.

Muṣṭafāwī, Muḥammad Kāzim. *Mi'at Qā'idah Fiqhiyah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2000/1421.

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh(bā Ta'liqah Zārī')*. Qum: Būstān-i Kitāb, 1967/1387.

Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Muqarr Abū al-Qāsim Khū'i, Qum: al-'Irfān. 1973/1352.

Qardān Qarāmalikī, Muḥammad Ḥasan. *Darbārih-yi Payāambar-i A'zam(pbuḥ)*. Tehran: Pazhūhishgāh Farhang va Andishih-yi Islāmī. 2011/1389.

Qurān-i Ḥakīm. Translated by Nāṣir Makārim Shīrāzī. Qum: Chāpkhānah-yi Buzurg Qurān-i Ḥakīm.

2011/1390.

Raḥīmī, ‘Alī Rizā. *Tārīkh-i al-Fiqh va Taṭavurātih*. s.l. s.n. s.d.

Rashtī, Ḥabīb Allāh. *Al-Badā’i’ al-Afkār*. Qum: Āl al-Bayt(AS). s.d.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Minhāj al-Faqāha*. Qum: Anvār al-Hudā. 2008/1429.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Zubda al-Uṣūl*. Tehran: Ḥadith Dil. 2004/1383.

Rūḥānī, Muḥammad. *Muntaqī al-Uṣūl*. Qum: Daftar-i Āyat Allāh Sayyid Muḥammad Ḥusaynī Rūḥānī. 1993/1413.

Sābātī Yazdī, ‘Abd al-Rasūl. *Hāshiya al-Rasā’il Shaykh Anṣārī*. Qum: Mū’assisah-yi dar Rāh Ḥaq, Chāp-i Awwal.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fi ‘Ilm al-Uṣūl*. Beirut: Dār al-Islāmiya. 1996/1417.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fi Sharḥ-i al-Urwa al-Wuthqā*. Ed. Sayyid Maḥmūd. Hāshimī. Qum: Majm‘ al-Shahīd Āyat Allāh al-Ṣadr al-‘Ilmī. 1988/1408.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Durūs fi ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Majm‘ al-Fikr al-Islāmī. 2002/1423.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Mabāḥith al-Uṣūl*. Muqarr Kāzim Ḥusaynī. Qum: Maktab al-‘Ālam al-Islāmī, 1988/1408.

Ṣadr, Muḥammad. *Māwarā’ al-Fiqh*. Beirut: Dār al-Aḍwā’. 1999/1420.

Shubayrī Zanjānī, Mūsā. *Kitāb-i Nikāḥ*. Qum: Mū’assisah-yi Pazhūhish Ra’ypardāz. 1998/1419.

Sistānī, ‘Alī. *Qā’idah lā Ḍarar wa lā Ḍirār*. Qum: Daftar-i Āyat Allāh Sistānī. 1994/1414.

Subḥānī Tabrizī, Ja‘far. *Maṣādir al-Fiqh al-Islāmī wa Manābi‘-hi*. Beirut: Dār al-Aḍwā’. 1998/1419.

Subḥānī Tabrizī, Ja‘far. *Nizām al-Nikāḥ fi al-Sharī‘a al-Islāmiyya al-Gharra’*. Qum: Irān, Chāp-i Awwal.

Subḥānī Tabrizī, Ja‘far. *Uṣūl al-Fiqh al-Muqārīn Fimā Lānaṣ fih*. Qum: Mū’assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). 2005/1383.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *Hāshiya al-Kifāya*. Qum: Bunyād-I ‘Ilmī va Fikrī ‘Allāmah Ṭabāṭabāyī. 2008/1429.



A Critical Analysis of the Concept of Jurisprudential Justice as Second Nature (*Malakih*)

Dr. Rahmatollah KarimZadeh , Assistant Professor, Department of Philosophy and Islamic Kalam, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran
Email: karam276@gmail.com

Abstract

Justice is a prevailing reality in all dimensions of human life, conceptualized in different fields of knowledge including jurisprudence. Jurisconsults have presented various definitions of justice, the most importance of which is the definition of justice as a second nature (*malakih*). The present study clarifies the definitions of justice provided in jurisprudence, and follows the hypothesis that none of these definitions truly capture the meaning of justice. Some of the definitions indicate and discover the existence of justice, and second nature cannot be accepted as a definition of justice either, due to some shortcomings. In fact, justice is an existential reality derived from Right (*haq*), both of which are parts of innate human necessities and can be proven by reference to human nature. Performing the obligatory acts (*vājibāt*) and avoiding prohibited acts (*muḥarramāt*) leads to the realization of justice. It is not that justice is a second nature that emerges from performing obligatory acts and avoiding prohibited ones. This study is necessary, because elucidating the reality of jurisprudential justice yields scientific benefits in the least.

Keywords: justice, right (*haq*), nature, jurisprudential justice





تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی

به مثابه ملکه تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه

دکتر رحمت الله کریم زاده

استادیار گروه فقه و اصول، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

Email: karam276@gmail.com

چکیده

«عدالت» حقیقتی جاری در تمام ابعاد زندگی انسان است، در دانش‌های مختلف مفهوم‌یابی شده و فقه از جمله آن دانش‌هاست. فقها تعاریف گوناگونی از عدالت ارائه داده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها تعریف عدالت به مثابه ملکه است. این پژوهش با تبیین تعاریف ارائه شده از عدالت در فقه، این فرضیه را دنبال می‌کند که هیچ‌یک از تعاریف عدالت فقهی بیانگر معنای حقیقی نیست؛ برخی از آن‌ها حاکی و کاشف از وجود عدالت است و ملکه بودن نیز به دلیل برخی اشکالات نمی‌تواند تعریف عدالت به شمار آید؛ بلکه عدالت، واقعیتهای وجودی برخاسته از حق است که هر دو از اقتضائات فطری انسان به شمار می‌روند و فطرت آدمی بر آن گواهی می‌دهد. انجام واجبات و ترک محرمات، سبب فعلیت یافتن عدالت است، نه اینکه عدالت ملکه‌ای باشد که با انجام واجبات و ترک محرمات پدید آید. تبیین این حقیقت، دست‌کم به لحاظ علمی ثمراتی در بر دارد که ضرورت بحث و تحقیق را ایجاب می‌کند.

واژگان کلیدی: عدالت، حق، فطرت، عدالت فقهی

مقدمه

احساس عدالت و عدالت خواهی به نظر می رسد در جوهری قرار دارد که انسان از آن آفریده شده است. معنای فلسفی و کلامی و حتی فقهی عدالت هرچند ممکن است در ذهن ما ابهام داشته باشد، اما روح ما در اعماق خود حسی از عدالت دارد که در وجدان ما می درخشد و ما را به زندگی مبتنی بر عدالت و اجرای عدالت و محافظت از آنچه عادلانه می پنداریم، ترغیب می کند. تمامی انبیای الهی و حکما و دانشمندان از عدالت سخن گفته اند و آن را از اصول اساسی حیات بشری دانسته اند. کتاب های مقدس بر محور بودن عدالت، در زندگی مبتنی بر اخلاق و معنویت تصریح دارند. هر قوم و ملتی از عدالت سخن گفته و می گوید، حتی زمانی که بی عدالتی جهان را پر کرده است. حتی آن دسته از افراد و حاکمانی که عملاً به دیگران ظلم و ستم روا می دارند، مدعی عدالت و عدالت خواهی هستند و عمل و رفتار خود را عادلانه می پندارند و معتقد نیستند که کار آن ها بی عدالتی است و هیچ کدام عمل و رفتار خود را مصداق ظلم و بی عدالتی نمی داند.

موضوع عدل در سراسر زندگی اسلامی و شریعت الهی که هدف اجرای آن، اقامه عدل و درنهایت، تحقق حق است، جریان دارد. قرآن مملو از اشارات به موضوع عدالت است و جامعه خوب را با جامعه عادل می شناسد.

خداوند به مسلمانان پیوسته یادآور می شود: «قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ»^۱ پروردگارم به عدالت فرمان داده است. «وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ»^۲ با آن ها مهربان باشید و نسبت به آن ها با عدالت رفتار کنید. «قرآن به مسلمانان دستور می دهد که نه تنها عادلانه رفتار کنند، بلکه به عدالت نیز سخن بگویند: «وَ إِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا»^۳ و هرگاه سخنی گوئید به عدالت گرایید. «بالاتر از همه، مسلمانان باید همیشه به دنبال قضاوت عادلانه باشند؛ زیرا قرآن دستور می دهد: «وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»^۴ و چون حاکم بین مردم شوید به عدالت داورى کنید.»

تمام دانش هایی که به نوعی به مسئله خدا، آفرینش به عنوان فعل الهی، انسان و ارتباط او با خدا و دیگر انسان ها می پردازند، به عدالت نیز پرداخته اند. دانش فقه از جمله دانش هایی است که عدالت در آنجا مطرح است و رفتار و افعال انسان را در بسیاری از موارد، مشروط به عدالت می کند. تعریف های مختلفی از

۱. اعراف: ۲۹.

۲. ممتحنه: ۸.

۳. انعام: ۱۵۲.

۴. نساء: ۵۸.

عدالت در فقه صورت گرفته است، اما همان‌سان که شیخ انصاری بیان داشته است، تمامی آن‌ها به دو یا سه تعریف باز می‌گردد.^۱ هدف این نوشتار آن است که با بررسی تفصیلی تعریف عدالت فقهی به ملکه‌بودن به‌طور خاص و دیگر تعریف‌های عدالت فقهی، به‌اختصار این فرضیه را مطرح کند که آنچه به عنوان تعریف عدالت در فقه آمده است، معنای حقیقی عدالت نیست و عمده آن‌ها ابزار و نمادهای نشان‌دهنده تحقق و فعلیت یا عدم‌فعلیت عدالت است، نه مفهوم و معنای حقیقی آن و برخی را نیز نمی‌توان به‌عنوان معنای حقیقت عدالت پذیرفت؛ بلکه عدالت (دیدگاه پیشنهادی) واقعیتی وجودی برخاسته از حق و مبتنی بر آن است که هر دو از اقتضائات و شهودات فطرت به شمار می‌آیند. این معنا با تحلیل عناوین فطرت و حق و عدالت درخور دستیابی است و رسیدن به آن موجب اثبات بنیانی استوار برای عدالت در تمامی حوزه‌ها خواهد شد که خود این امر، تأمین‌کننده ضرورت این بحث است.

در خصوص پیشینه بحث باید گفت: عدالت در فقه، پیشینه‌ای به‌درازای خود طرح مباحث فقهی دارد. کتاب‌ها و رساله‌ها و مقالات فراوانی در باب عدالت به رشته تحریر درآمده است، ازجمله: مقاله‌ای با عنوان «مفهوم‌شناسی واژه عدالت در فقه امامیه»، نوشته زین‌العابدین نجفی و مقاله «عدالت نفسانی قاضی در فقه امامیه و حقوق ایران»، نوشته علی‌اکبر ایزدی‌فرد و... که در هر دو مقاله هرچند به بررسی و ارزیابی تعاریف عدالت و ازجمله ملکه‌بودن آن پرداخته شده است؛ اما درنهایت، به‌نوعی، تعریف عدالت به ملکه بودن را تقویت کرده‌اند. مقاله دوم، صرفاً با نظارت به عدالت قاضی به‌عنوان صفت نفس بحث کرده است که این نوشتار، نظر منفی به آن دارد و عدالت را از صفات نفس نمی‌داند؛ بلکه از صفات فعل به شمار می‌آورد. ازاین‌رو، نوشتار حاضر اولاً، به‌طور خاص، تعریف عدالت فقهی به ملکه‌بودن و دیگر تعریف‌ها را به‌دلیل ارتباط با آن به‌طور اختصار ارزیابی کرده است و ثانیاً، نقد آن تعاریف باتوجه به پیشنهاد، دیدگاهی متفاوت در باب عدالت است که به نتیجه متفاوتی دست یافته است؛ ازاین‌رو بر آن شدیم که از دریچه حق و عدالت به‌عنوان دو مفهوم فطری، بازنگاهی به تعاریف ارائه‌شده در فقه برای عدالت داشته باشیم.

۱. معنای لغوی عدالت

برخی، عدالت را به‌معنای مساوات و برابری می‌دانند.^۲ بعضی دیگر، عدالت را به استقامت و راست و موزون بودن معنا کرده‌اند.^۳ عده‌ای گفته‌اند: عدل، یعنی میانه‌روی در کارها و خلاف جور است.^۴ اما معنای

۱. انصاری، المکاسب، ۱۹۰/۳.

۲. راغب اصفهانی، المفردات، ۳۲۵؛ طریحی، مجمع البحرین، ۴۲۱/۵؛ ابن‌فارس، معجم مقاییس اللغة، ۲۴۶/۴.

۳. ابن‌منظور، لسان العرب، ۴۱۴/۱۱.

۴. مقرئ، المصباح المنیر، ۳۹۶.

کریم زاده؛ تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه / ۱۶۵

مشترکی میان تمام اهل لغت درباره واژه عدالت وجود دارد و آن عبارت است از: درستی و راستی و استقامت.

۲. تعریف عدالت در فقه

بحث عدالت در عمده ابواب فقهی عبادات و معاملات، به معنای عام آن مطرح شده است. درباره تعریف و معنای اصطلاحی عدالت در فقه اختلاف نظر فراوانی وجود دارد و هر کسی تعریفی ارائه داده است که عمده آن‌ها به پنج دیدگاه منتهی می‌شود.

۲.۱. دیدگاه نخست

دیدگاه نخست درباره تعریف عدالت فقهی که منسوب به مشهور فقهای متأخر است، عبارت است از اینکه: عدالت را به ملکه یا حالت یا کیفیتی راسخ در نفس انسان تعریف می‌کند که زمینه پدید آمدن تقوا را فراهم می‌سازد و انسان را بر انجام واجبات و ترک گناهان و محرمات بر می‌انگیزاند. علامه حلی فرموده است: «والتحقیق: أنَّ العدالةَ کیفیةٌ نفسانیةٌ راسخةٌ تبعثُ الْمُتَّصِفَ بِهَا عَلَى مِلَازِمَةِ التَّقْوَى وَ الْمُرُوءَةِ، وَ تَحَقُّقِ اجْتِنَابِ الْكِبَائِرِ وَ عَدَمِ الْإِصْرَارِ عَلَى الصَّغَائِرِ»^۱ تعبیر فوق، صراحت دارد بر اینکه عدالت امری نفسانی است و از صفات نفس انسان به شمار می‌آید. شهید اول در کتاب دروس می‌نویسد: «و يعلم العدالة بالشیاع، و المعاشرة الباطنة، و ... و لایکفی الإسلام فی معرفة العدالة ...، و لا التعویل علی حسن الظاهر علی الأقوی»^۲ تعبیر «المعاشرة الباطنة» در این عبارت، حاکی از آن است که ایشان نیز عدالت را امری نفسانی می‌دانند.

شهید ثانی نیز تصریح به کیفیت نفسانی بودن عدالت دارد و می‌گوید: «و شرعاً: کیفیة راسخة فی النفس، تبعث علی ملازمة التقوى و المروءة»^۳ از تعبیر ایشان که فرموده است: «و شرعاً» استفاده می‌شود که ایشان معنای عدالت را حقیقتی شرعی می‌داند. همین تعبیر را محقق ثانی نیز آورده است.^۴ اما صاحب ریاض از عدالت، تعبیر به ملکه نفسانی کرده است: «و العدالة و هی ملکه نفسانیة باعثة علی ملازمة التقوى»^۵ اینکه آیا بین واژه ملکه و کیفیت تفاوت هست یا نه، شاید جای بحث باشد، ولی ظاهراً همه آن‌ها به یک معنا بر می‌گردد. در هر صورت، آنچه اهمیت دارد این است که تعبیرات فوق دلالت دارد که

۱. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۵۰۱/۸؛ فاضل هندی، کشف اللام، ۲۷۶/۱۰؛ فاضل مقداد، التفتیح الرائع، ۲۸۹/۴.

۲. شهید اول، الدروس الشرعیة، ۱۳۸/۹.

۳. شهید ثانی، روض الجنان، ۷۶۷/۲.

۴. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۳۷۲/۲.

۵. طباطبایی، ریاض المسائل، ۲۴۵/۴.

عدالت از امور نفسانی است و از ویژگی‌های نفس انسان شمرده می‌شود.

دلایل دیدگاه نخست: چندین دلیل برای تعریف عدالت به ملکه نفسانی ارائه شده است.

دلیل اول: دلیل نخست عبارت است از «اصل». این اصل به چندین گونه تصویر شده است:

ا. هر حکمی که بر موضوعی بار می‌شود، باید ابتدا موضوع حکم احراز شود و سپس حکم بر آن مرتب شود، در غیر این صورت، حکم بار نمی‌شود؛ زیرا رابطه حکم به موضوع، نظیر رابطه معلول است به علت؛ تا زمانی که علت نباشد معلول نیز نخواهد. در مسئله محل بحث نیز چنین است، چون آثاری که قرار است بر موضوعاتی بار شود که مشروط به عدالت است، تا آن موضوع با تمام شرایط مربوط به آن احراز نشود، حکم بر آن موضوع بار نمی‌شود. از آنجاکه احتمال شرط بودن عدالت به عنوان صفتی راسخ در نفس وجود دارد، صرف ترک گناهان بدون اینکه ملکه عدالت احراز شود مساوی است با عدم احراز موضوع؛ در نتیجه، حکم بر چنین موضوعی بار نمی‌شود.

ب. مقتضای استصحاب این است که کسی که ملکه عدالت در او تحقق نیافته است، هنگام شک در عدالت او، حکم به عدم ترتب آثار می‌شود.

ج. عدالت اگر به صورت ملکه در شخص وجود داشته باشد، یقین به وجود عدالت خواهیم داشت، اما اگر به صورت ملکه نباشد، وجود عدالت مشکوک خواهد بود و هنگام شک در وجود عدالت، اصل عدم عدالت جاری می‌شود.^۱

دلیل دوم: شیخ انصاری فرموده است: برای اینکه شخصی بتواند برای مثال، منصب امام جماعت را بر عهده بگیرد، باید اطمینان نسبت به دین او وجود داشته باشد. از سوی دیگر، چنین اطمینانی مادامی که ملکه ترک معاصی در او وجود نداشته باشد، با صرف ترک گناهان حاصل نمی‌شود.^۲

دلیل سوم: در برخی از روایات، برای شهادت شاهد صفاتی ذکر شده است؛ از قبیل مأمون بودن، عفیف بودن، صالح بودن، مرضی بودن و... که از امور نفسانی هستند. بدیهی است که به حکم اجماع، در شاهد غیر از عدالت چیز دیگری شرط نیست. پس نام بردن از این صفات به منزله این است که گویا از عدالت نامبرده شده است و این نشانگر آن است که عدالت از صفات نفسانی و ملکه نفسانی است.^۳

دلیل چهارم: روایت عبدالله بن ابی یعفور است. در این روایت از امام (ع) سؤال می‌شود که به چیزی می‌توان عدالت شخص مسلمانی را تشخیص داد؟ امام (ع) مواردی را از قبیل؛ ستر، عفاف، کف بطن و...

۱. طباطبایی قمی، ثلاث رسائل، ۱۲.

۲. انصاری، رسائل فقهیه، ۱۱.

۳. انصاری، رسائل فقهیه، ۱۱.

کریم زاده؛ تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه / ۱۶۷

ذکر می‌کند. کیفیت استدلال به این روایت این است که اولاً، این امور به عنوان معرف منطقی لحاظ شوند و ثانیاً، این امور از صفات نفسانی به شمار آیند. براین اساس، معنایش آن است که باید شخص تمام عیب‌هایش را بپوشاند تا اینکه بر مسلمانان بیان غیر آن‌ها حرام باشد. چنین اموری جز با ملکه عدالت جمع‌شدنی نیست.^۱

۲.۲. دیدگاه دوم

دیدگاه دوم بیانگر این معناست که عدالت عبارت است از: خود همان عمل خارجی که در قالب انجام واجبات و اجتناب از محرمات صورت می‌گیرد، اما منشأ آن عمل خارجی، وجود ملکه نفسانی است. براساس این تعریف، عدالت از صفات نفسانی به شمار نمی‌آید، هر چند منشأ این عمل خارجی امری نفسانی است.^۲

شاید بتوان گفت که عدالت براساس این تعریف، یک امر مرکب، از ملکه نفسانی به عنوان منشأ و عمل خارجی به عنوان مسبب است. این احتمال نیز وجود دارد که عدالت، خود آن عمل خارجی است ولی منشأش وجود ملکه نفسانی است. در این صورت، عدالت دیگر مرکب از دو چیز نخواهد بود. این تعریف برخلاف تعریف قبلی، ناظر به مسبب است، درحالی‌که تعریف قبلی ناظر به سبب بود. به تعبیر دیگر، عدالت براساس تعریف قبلی، سبب و مقتضی عمل به شمار می‌آید، ولی براساس تعریف دوم، آن عمل مسبب از ملکه نفسانی است.

۳.۲. دیدگاه سوم

دیدگاه سوم در باب عدالت عبارت است از صرف اعمال خارجی؛ یعنی انجام واجبات و ترک محرمات، بدون اینکه همراه ملکه یا ناشی از ملکه باشد. براین اساس، عدالت چنین تعریف شده است: پایداری عملی در افعال و تروک و استقامت در مسیر شریعت و منحرف‌نشدن از آن، بدون اینکه ناشی از ملکه باشد.

ابن‌ادریس حلی می‌گوید: «العدالة... فی الشریعة... أن لا یُخلَّ بواجب، و لا یرتکب قبیحاً.»^۳ ابن حمزه نیز گفته است: «ان العدالة فی الدین الإجتنب عن الكبائر و عن الإصرار علی الصغائر.»^۴ همچنین ابی‌الصلاح حلبی می‌نویسد: «إن العدالة شرط فی قبول الشهادة و تثبُّ حکمها بالبلوغ و کمال العقل و

۱. طباطبایی قمی، ثلاث رسائل، ۱۹.

۲. مفید، المقنعة، ۲۵؛ طوسی، النهایه، ۳۲۵.

۳. ابن‌ادریس، السرائر، ۱۱۷/۲.

۴. ابن‌حمزه، الوسیله، ۲۳۰.

الإيمان و اجتناب القبائح أجمع.^۱

براساس این تعریف، خود عملی خارجی؛ یعنی انجام واجبات و ترک محرمات، عدالت به شمار می‌آید. سخنی از ملکه یا حالت نفسانی بودن یا هیئت راسخ بودن عدالت به میان نیامده است.

۲. ۴. دیدگاه چهارم

دیدگاه چهارم این است که عدالت عبارت است از داشتن اسلام و عدم ظهور فسق در خارج؛ یعنی صرف مسلمان بودن و عدم ظهور فسق از انسان، مساوی است با تحقق عدالت.

شیخ طوسی در کتاب خلاف می‌گوید: «إذا شهد عند الحاكم شاهدان يُعرفُ إسلامُهما ولا يُعرفُ فيهما جرح، حُكِمَ بشهادتهما.»^۲ او همچنین در مبسوط می‌گوید: «فالعَدْلُ في الدين أن يكونَ مسلماً ولا يُعرفُ منه شيءٌ من أسباب الفسق.»^۳

شیخ مفید نیز می‌گوید: «العَدْلُ من كان معروفاً بالدين والورع عن محارم الله.»^۴ براینکه این تعریف آن است که اکثر مسلمانان، عادل خواهند بود، هر چند با آن‌ها معاشرت نداشته باشیم؛ چون اولاً، مسلمان هستند؛ ثانیاً، فسقی از آن‌ها مشاهده نکرده‌ایم.^۵

۲. ۵. دیدگاه پنجم

دیدگاه پنجم این است که عدالت عبارت است از: حُسن ظاهر و بس؛ یعنی همین که فردی جنبه ظاهری را رعایت کند و به صورت آشکار و علنی، اعمالی منافی با عدالت انجام ندهد، برای حکم به عدالت داشتن وی کافی است. این دیدگاه منسوب است به مشهور فقهای متقدم.^۶ براساس این دیدگاه، امکان حکم به عدالت اکثر مسلمانان نیست؛ چون حکم به عدالت آنان متوقف است بر احراز حُسن ظاهر و احراز حُسن ظاهر متوقف است بر معاشرت با آنان، درحالی‌که با اکثر مسلمانان معاشرت نداریم.

عمده تعاریف نقل شده از فقها در باب عدالت، به همین پنج تعریف باز می‌گردد. از میان این پنج دیدگاه، همان‌گونه که شیخ انصاری بیان داشته است،^۷ دیدگاه چهارم و پنجم (داشتن اسلام و عدم ظهور فسق و حُسن ظاهر) نیز از نشانه‌ها و علائم عدالت به شمار می‌آیند، نه اینکه خود آن‌ها عدالت باشند؛

۱. حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۳۵.

۲. طوسی، الخلاف، ۲۱۷/۶.

۳. طوسی، المبسوط، ۲۱۷/۸.

۴. مفید، المقنع، ۷۲۵.

۵. نک: علامه حلی، مختلف الشیعه، ۸۸/۳؛ طوسی، الخلاف، ۲۱۷/۶؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۲۶۷/۸.

۶. حلبی، الکافی فی الفقه، ۲۱۹؛ طوسی، الخلاف، ۲۱۷/۶؛ ابن‌براج، المذهب، ۵۵۶/۲.

۷. انصاری، مکاسب، ۱۹۰/۳.

کریم زاده؛ تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه / ۱۶۹

چون ممکن است شخصی در باطن دارای بالاترین درجه فسق باشد، ولی نزد مردم ظواهر را به خوبی رعایت کند، این شخص واقعاً فاسق است و نمی توان او را عادل دانست.

همچنین خود عنوان داشتن اسلام و عدم ظهور فسق، حاکی از آن است که فسق امری واقعی است که گاهی ظاهر نمی شود، مگر با داشتن اسلام و اجتناب از محرمات الهی. بنابراین، اگر فسق امری واقعی است، چگونه ممکن است به دلیل اینکه فسقش ظاهر نشده است او را عادل دانست! لذا این دو دیدگاه، درحقیقت، طریق به عدالت هستند، نه خود عدالت.^۱

بنابراین، تعاریف فقهی که به نوعی ناظر به مفهوم و حقیقت عدالت است، همان سه تعریف نخست است. البته تعریف عدالت به ملکه نفسانی که نخستین تعریف بود، با تعریف دوم که ملکه به عنوان منشأ عدالت تلقی شده است، نه خود عدالت؛ حقیقتاً به یک چیز بر می گردد. در نتیجه می توان گفت: تمام تعریف هایی که از عدالت در فقه صورت گرفته است، به دو تعریف باز می گردند: یکی ملکه بودن و دیگری، انجام واجبات و ترک محرمات؛ از این رو، فقط این دو دیدگاه را بررسی می کنیم.

نکته دیگری که باید بدان توجه داشت عبارت است از اینکه: حقیقت شرعی ای برای معنای عدالت ثابت نشده است و معنای عدالت همان معنای عرفی و لغوی است. هر چند برخی ادعای ثبوت حقیقت شرعی برای معنای عدالت کرده اند؛ ولی عمده فقها این دیدگاه را نپذیرفته اند.^۲ قبل از بررسی و ارزیابی تعریف های مذکور در باب عدالت فقهی، به تبیین دیدگاهی به عنوان دیدگاه پیشنهادی می پردازیم که فرضیه بحث ما را تشکیل می دهد.

۳. دیدگاه پیشنهادی (منتخب)

تبیین دیدگاه منتخب، متوقف بر بیان چند مقدمه است:

۳.۱. مقدمه اول: حقیقت فطرت

واژه فطرت در لغت از ماده «فطر»؛ یعنی شکافتن،^۳ فتح شیئی و ابراز آن،^۴ ابتدا و اختراع،^۵ شکافتن از طول و ایجاد و ابداع^۶ آمده است و فاطر؛ یعنی شکافنده. خداوند، از آن رو که موجودات را هستی بخشیده و

۱. شهید اول، موسوعه، ۱۳۸/۹؛ محقق کرکی، الرسالة الجعفریة، ۱۲۶/۱؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۲۴/۷.

۲. مامقانی، نهاية المقال، ۲۵۱.

۳. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۳۲۵/۱۳.

۴. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۵۱۰/۴.

۵. جوهری، صحاح اللغة، ۷۸۱/۲.

۶. راغب اصفهانی، مفردات، ۳۹۶.

به آن‌ها هستی داده است گویا فطر کرده و شکافته است.

فطرت در اصطلاح، براساس آنچه مفسران قرآن کریم راجع به کلمه فطرت گفته‌اند، بر وزن «فعلته» مصدر نوعی است که دلالت بر نوع خاصی از آفرینش دارد. مستفاد از آیه شریفه «فَطَرَتَ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا»^۱ نیز همین است.^۲ فطرت، آن نوع خاص از آفرینش^۳ است که همراه با بینش الهی و گرایش به خداست. خداوند جان آدم را براساس فطرت توحیدی آفرید؛ یعنی از یک سو، نحوه پیدایش جان آدم و آفرینش روح، خداشناسی و خدایینی و ازسوی دیگر، خداخواهی است. به گونه‌ای روح آدم خلق شده است که حق محض را می‌بیند و به آن سر می‌سپارد و دل می‌دهد.

فطرت به عنوان فعل الهی، نحوه خاصی از آفریدن و ایجاد ابداعی است که با خلقت تفاوت دارد و مخصوص انسان است. امور فطری که مقتضای نوع آفرینش انسان است، مشترک میان تمام انسان‌هاست. لذا در تعریف فطرت گفته شده است: «نوعی هدایت تکوینی انسان در قلمرو شناخت و احساس است.»^۴ ویژگی‌های فطرت که نحوه خاص هستی انسان است، از تحلیل خود فطرت به دست می‌آید و نیاز به اثبات ندارد. آن ویژگی‌ها عبارت‌اند از: علتی، جز علت هستی‌بخش خود ندارد؛ انسان آن‌ها را به معرفت حضوری می‌یابد؛ تغییرناپذیر و ثابت‌اند؛ کلی و فراگیرند؛ همراه معرفت عقلی و دارای تقدس و ارزش حقیقی هستند.^۵

ادراکات فطری شامل اموری از این دست است: بدیهیات عقلی، شهودات باطنی، حقیقت‌جویی، احساس اخلاقی، احساس عبادت و پرستش، احساس زیبایی‌دوستی، احساس عدالت‌خواهی و تمام احساس‌های انسانی انسان که ریشه در فطرت او دارند.^۶

از تعبیرات مذکور چنین به دست می‌آید که در آفرینش انسان، یک ویژگی وجود دارد که ادراک‌کننده این نوع امور است و گرایش به آن‌ها دارد. باید توجه داشت که ظاهراً بین تعبیر به ویژگی ادراک فطری و احساس و گرایش فطری تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا مقصود از احساس و گرایش فطری انسان، قطعاً معنای غریزه نیست؛ چون میان طبیعت و غریزه و فطرت تفاوت است و فطرت امری است ورای طبیعت و غریزه. بنابراین، می‌توان گفت: بین ادراکات فطری و احساس و گرایش فطری تفاوتی وجود ندارد.

۱. روم: ۳۰.

۲. طباطبائی، المیزان، ۱۶/۱۸۴۱۸۳.

۳. جوادی آملی، آفاق اندیشه، ۳۷۹.

۴. طباطبائی، المیزان، ۲۰/۲۹۸.

۵. مطهری، فطرت، ۲۴۱.

۶. مطهری، مجموعه آثار، ۴/۱۷ و ۱۳/۴۳۷.

در هر صورت، آنچه در این مرحله اهمیت دارد این است که براساس دیدگاه مفسران، انسان با ویژگی خاصی آفریده شده است که در دیگر مخلوقات نیست. این ویژگی خاص، اقتضانات خاص خودش را دارد. اموری، به عنوان اقتضانات فطرت برشمرده شده است. از مهم ترین آن ها که همه بر آن اتفاق نظر دارند، گرایش به توحید، دین، شریعت، پرستش خدا، حق جویی و عدالت خواهی است. سؤالی که در اینجا مطرح است آن است که مگر می شود چیزی خواهان چیز دیگری و به دنبال چیز دیگری و گرایش به چیز دیگری داشته باشد، ولی هیچ ادراک و شناخت یا نوعی ارتباط با آن نداشته باشد؟! اگر نوعی ارتباط بین فطرت انسان و اقتضانات فطری اش وجود ندارد، باید فطرت، اقتضای هر چیزی را داشته باشد، درحالی که چنین نیست. به تعبیر دیگر، نوعی سنخیت بین فطرت و اقتضاناتش وجود دارد، در غیر این صورت یا باید بگوییم: فطرت، هیچ چیزی را اقتضا ندارد یا اقتضای همه چیز را دارد و هر دو به نظر می رسد که نادرست است. پس باید پذیرفت که بین فطرت و اقتضانات فطری، نوعی ارتباط و سنخیت وجود دارد.

برای تقریب به ذهن می توان این مثال عرفی را ذکر کرد؛ مثلاً ابزاری به نام «رادار» در امور نظامی وجود دارد که اشیای خاصی در آن شهود می شوند. نوع برنامه ریزی که در آن صورت می گیرد بدین گونه است که اشیای خاصی را نشان می دهد، این گونه نیست هر چیزی را بتواند ردگیری کند. در خصوص فطرت نیز چنین است. قرآن کریم، طبق برداشت مفسران، سخن از فطرت به میان آورده و آن را نوعی خاص و ویژه از آفرینش معرفی کرده است. ویژگی اش آن است که گرایش خاصی به یک سری از امور دارد، این گونه نیست که به هر چیزی گرایش داشته باشد. در صفحه رادار فطرت، اموری همچون، توحید، حق، حقیقت، دین، شریعت، عدالت شهود می شوند. آیا بدون اینکه قوه ای از این امور یا دست کم سنخیتی بین این امور و فطرت انسان وجود داشته باشد، می تواند آن ها را شهود کند؟!

البته نباید این سخن را با دیدگاه افلاطون در باب علم اشتباه گرفت که علم را تذکر دانسته است؛ بلکه بدان معناست که در فطرت انسان، قوه و چیزی نهاده شده است که این نوع امور را اقتضا دارد. به تعبیر دیگر، وجود آن ویژگی در فطرت انسان، به صورت بالقوه است و از هیچ نوع فعلیتی برخوردار نیست، اما به محض اینکه زمینه برای فعلیت آن فراهم می شود، می تواند آن ویژگی در انسان فعلیت پیدا کند.

بنابراین، شاید بتوان گفت که خداوند متعال در آفرینش انسان قوه یا مرتبه ای از شعور و آگاهی خاص قرار داده است که به دنبال حقیقت حقه (توحید) که مرتبه اعلا ی حق و حقیقت است، می باشد که ورای آن حقیقتی نیست؛ از جمله آن امور، حق و عدالت است.

۳.۲. مقدمه دوم: حق

واژه حق در لغت، به معانی مختلفی به کار رفته است، از جمله: ثبوت، صدق، وجوب، شایسته،

درستی، یقین، حکم مطابق واقع.^۱ برخی از اهل لغت گفته‌اند: هرچند برای واژه حق معانی متعددی ذکر شده است؛ اما این معانی به یک معنا بر می‌گردد و آن عبارت است از: مفهوم ثبوت و ثابت.^۲ در نتیجه، می‌توان گفت که کلمه حق در معنای مصدری، به معنای ثبوت و در معنای وصفی، به معنای ثابت است. کلمه حق در فلسفه به معنای گوناگونی به کار رفته است، از جمله: مطلق وجود خارجی، وجود دائم، واجب بالذات، قول و اعتقاد مطابق واقع، آنچه شیئی شایسته آن است.^۳ در فلسفه اخلاق نیز واژه حق به معنای مختلفی به کار رفته است، مانند: کار درستی که با هدف، تناسب بیشتری داشته باشد.^۴

برخی، واژه حق را به معنای امر ثابت،^۵ مطابق و موافق با واقعیت^۶ دانسته‌اند؛ از این رو، به هر امری که از جمیع جهات در جایگاه مناسب خود قرار داشته باشد، حق گفته می‌شود.^۷ مفهوم حق، مفهومی کلی است که مصادیق متعددی دارد که مصداق تام و تمام آن عبارت است از: حقیقت توحیدی. اما کلی بودن مفهوم حق، به معنای کلی منطقی نیست؛ بلکه از مفاهیم کلی فلسفی است که ویژگی آن این است که از مقایسه دو یا چند واقعیت خارجی انتزاع می‌شوند؛ نظیر مفهوم علیت که از مقایسه دو امر واقعی انتزاع می‌شود؛ بدین رو مفاهیم فلسفی در دسته مفاهیم اعتباری قرار می‌گیرند.^۸ بنابراین، عقل مفهوم حق را از مقایسه کردن دو امر واقعی می‌سازد و آن را بر مصادیق و نمونه‌های عینی؛ یعنی واقعیت‌های خارجی اطلاق می‌کند. پس حق، یعنی همان امر عینی واقعی و حقیقی در خارج که مفهوم حق از آن حکایت می‌کند. به تعبیر دیگر، حق یعنی هر آن چیزی که با تمام ویژگی‌های خاص خودش شایسته و بایسته است که وجود داشته باشد.

۳.۳. مقدمه سوم: فطری بودن حقیقت عدالت

در باره اینکه حقیقت عدالت از امور فطری و اقتضائات آن به شمار می‌آید یا اینکه امری اکتسابی است، دو دیدگاه وجود دارد:

۱. ابن منظور، لسان العرب، ۵/۴ تا ۹/۱۰؛ جوهری، صحاح اللغة، ۴/۱۴۶۰؛ فراهیدی، العین، ۳/۶؛ ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۲/۱۵ و ۱۹؛ راغب اصفهانی، مفردات، ۲۵.
۲. مقرئ، المصباح المنیر، ۱/۱۴۳.
۳. ابن سینا، اللهیات من الشفاء، ۳۰۶؛ سهروردی، ۲۱۱/۱؛ صدرالدین شیرازی، ۸۹/۱.
۴. مصباح یزدی، حقوق متقابل مردم و حکومت، ۸۳.
۵. طباطبائی حکیم، المحکم فی اصول الفقه، ۶.
۶. روحانی، زبدة الأصول، ۲۰۲/۱۵.
۷. خویی، مصباح الفقاهه، ۴۷/۲.
۸. طباطبائی، نهاية الحکمة، ۲۵۸.

۱. در نهاد و نهان بشر چنین کششی نیست؛ بلکه این مفهوم، ابداع انسان‌های ضعیف و زبون و ناتوان است و عدالت، هیچ نسبتی با فطرت ندارد، بلکه از آن بیگانه است. مظلوم و ضعیف، چون به حقش نرسیده و دستش کوتاه است از عدالت سخن می‌راند و صدای عدالت‌خواهی‌اش بلند است؛ اما انسان نیرومند، درکی از مفهوم عدالت ندارد و می‌خواهد به آمال دنیایی و ارضای هوای نفسانی خود برسد.^۱

۲. متفکران مسلمان، عدالت را امری فطری و درونی می‌دانند؛ به این معنا که، انسان به گونه‌ای آفریده شد که نمی‌توان ارزش‌های اخلاقی را از او جدا کرد؛ زیرا حذف باورهای اخلاقی، مساوی با مسخ مقام انسانی است؛ چراکه انسان چیزی جز ارزش‌های اخلاقی نیست و اگر این امور از انسان تفکیک شود، پوسته و لایه‌ای از او به صورت انسان می‌ماند، ولی به سیرت حیوان است.^۲

براساس مقدمات فوق روشن می‌شود که یکی از امور فطری و اقتضانات فطرت، حق جویی و عدالت‌خواهی است. هیچ تردیدی وجود ندارد که فطرت هر انسانی خواهان عدالت است، حتی کودک خردسال نیز این حقیقت را به گونه‌ای ادراک می‌کند. شاهد آن این است که اگر والدین، به طور تبعیض‌آمیز با فرزندان خود رفتار کنند، آن فرزند خردسالی که نسبت به او بی‌توجهی صورت می‌گیرد، از این رفتار تبعیض‌آمیز متنفر می‌شود و واکنش از خودش نشان می‌دهد. این نیست، جز اینکه فطرت ناخودآگاه او این رفتار ناپسند را مشاهده و ادراک می‌کند.

اکنون که تاحدی با معنای فطرت و حق و عدالت آشنا شدیم، به مقدمه چهارم می‌پردازیم که درحقیقت، نتیجه سه مقدمه قبل است.

۳. ۴. مقدمه چهارم: رابطه فطرت و حق و عدالت

حاصل مقدمه اول این شد که فطرت عبارت است از: مرتبه‌ای از حقیقت وجودی و حقه که به انسان داده شده و براساس آن حقیقت یافته است. این فطرت، اقتضاناتی دارد که ذاتی آن است و مشترک میان تمام انسان‌هاست. مرحله‌اعلای آن اقتضانات عبارت است از: توحید، حق، دین، شریعت، عدالت‌خواهی و... . پس حق جویی و عدالت‌خواهی از اقتضانات فطرت هر انسانی به شمار می‌آید.

عصاره مقدمه دوم این شد که حق به معنای اسمی عبارت است از ثبوت و به معنای وصفی عبارت است از ثابت و بودن در جایگاهی که از جمیع جهات، شایسته آن است.

نتیجه مقدمه سوم نیز این شد که عدل، یعنی بودن و وجود داشتن به آن گونه‌ای که باید باشد و عدالت، یعنی انجام دادن به هر صورت، قراردادن در هر جا و اعطا کردن آنچه شایسته و بایسته هر چیز است به آن

۱. جوادی آملی، ادب قضا در اسلام، ۱۵۸ و ۱۶۱.

۲. جوادی آملی، ادب قضا در اسلام، ۱۵۸ و ۱۶۱.

چیز.

نتیجه این سه مقدمه این است که حقیقت حق به عنوان منشأ عدالت، با عدالت یک چیز به شمار می آید و اجرای عدالت چیزی جز استقرار حق نیست، هر چند به لحاظ مفهومی تفاوت دارند. این حقیقت واحد از شئون و اقتضائات فطری هر انسانی به شمار می آید. وقتی از عدالت سخن می گوئیم، بی درنگ این معنا را به صورت فطری شهود می کنیم که عدالت یعنی اینکه اشیا در جای درست و شایسته قرار داشته باشند و اشیا بر واقعیت خود باقی باشند و به هر چیزی آنچه شایسته آن است اعطا شود. این همان معنای حقیقی حق و عدالت است که مشهود فطرت است؛ یعنی حق و حق جویی، عدالت و عدالت خواهی از حقایقی است که با فطرت انسان عجین است و هیچ گاه از آئینه فطرت غیب نمی شود، هر چند ممکن است بر اثر غفلت، در غبار بی توجهی پنهان شوند، ولی هرگز زوال پیدا نمی کنند و به محض التفات و انجام برخی از اعمال، دوباره رنگ فعلیت دریافت می کنند.

براساس این جهان بینی، عدالت، امری واقعی و از عینیت برخوردار است و منطبق بر حق و واقعیت است.^۱

طبق این دیدگاه، عدالت درباره انسان از ویژگی های انسان و افعال او «بما هو انسان» به شمار می آید، نه انسان به شرط ایمان یا اسلام. دلیل این است که اگر شخصی بی ایمان و حتی غیرمسلمان و حتی ملحد، کاری را انجام دهد؛ مثلاً درباره چیزی به حق داوری کند، صادق است که بگوئیم به عدالت داوری کرده است. هر چند ممکن است از نگاه شرعی او عادل نباشد، ولی کارش عادلانه است. این حاکی از آن است که عدالت امری واقعی است، بلکه همه چیز حتی شریعت مبتنی بر عدالت است؛ زیرا عدالت مبتنی بر حق است و حق منشأ هر عدالتی است.

بنابراین، بدون تحقق چنین عدالتی، سعادت انسان تأمین نمی شود. فعلیت بخشی به حقیقت عدالت در فرد، ملازم با تقوا در شریعت است؛ چراکه عدالت در حوزه عمل، سلوک بر صراط مستقیم و هدف بعثت انبیاست و آمدن شریعت نیز برای تحقق این هدف بزرگ بوده و تحقق این هدف نیز مبتنی و متوقف بر استقرار حق و حقیقت است. در حقیقت، عدالت به معنای در مسیر فطرت بودن و عدم انحراف از آن است؛ چه به لحاظ نظر و اعتقاد و چه به لحاظ عمل و رفتار.

براساس این تحلیل می توان گفت که همه انسان ها از این حقیقت عدالت برخوردارند و اقتضای عدالت در همه وجود دارد، مگر اینکه مانعی سد راه آن باشد و مانع عبارت است از: انکار توحید و حقیقت حقه در

۱. صدر، مدرسه اسلامی، ۴۰.

مقام نظر و اعتقاد و ترک واجبات و انجام محرمات الهی در مقام عمل. در نتیجه، کسی که کار خلافی هر چند در ظاهر انجام نداده باشد، بیشتر به آن حقیقت فطری نزدیک است و می‌توان حکم به عادل بودن او کرد. لذا یکی از ثمراتی که بر ملکه دانستن عدالت (قول مشهور فقهای متأخر) یا فطری دانستن آن مترتب می‌شود آن است که اگر حالت سابقه شخصی به لحاظ عدالت معلوم نباشد، بر مبنای ملکه بودن عدالت، اصل عدم عدالت جاری می‌شود؛ چون وجود ملکه عدالت به عنوان امری اکتسابی، مسبوق به عدم است؛ پس جای اصل عدم عدالت خواهد بود. در حالی که اگر عدالت ریشه در فطرت انسانی داشته باشد، بر اساس اصل فطرت «کل مولود یولد علی الفطرة فأبواه یهودانه و یُنصرانه»^۱ یا حُسن ظاهر یا حُسن ظن به دیگران، حکم به عدالت یا استصحاب عدالت وی می‌شود.

اکنون که مقصود از دیدگاه پیشنهادی روشن شد، به نقد تعاریف فقها از عدالت می‌پردازیم. از آنجاکه مهم‌ترین دیدگاه در باب عدالت فقهی نزد مشهور فقهای متأخر ملکه دانستن عدالت است؛ لذا این دیدگاه را به تفصیل ارزیابی می‌کنیم و به دیگر دیدگاه‌ها به اختصار می‌پردازیم.

۴. نقد دیدگاه‌های مذکور در باب تعریف عدالت فقهی

۴. ۱. اشکالات دیدگاه نخست

ارزیابی دیدگاه نخست (ملکه بودن عدالت) در دو بخش پی گرفته می‌شود: بخش نخست، بررسی دلایلی است که برای ملکه بودن عدالت اقامه شده است و بخش دوم، اشکالات مربوط به ملکه بودن عدالت است.

۴. ۱. ۱. بخش نخست: نقد دلایل ملکه بودن عدالت

أ. نقد دلیل اول: دلیل اولی که مشهور متأخران برای ملکه بودن عدالت اقامه کرده بودند عبارت بود از: اصل. اشکال این دلیل آن است که اولاً، زمانی می‌توان به سراغ اصل رفت که پای دلیل در میان نباشد، در حالی که هم طرفدان ملکه بودن عدالت و هم منکران آن، برای ادعاهای خودشان دلیل آورده‌اند. طبعاً، با وجود دلیل، دیگر جایی برای اصل باقی نمی‌ماند.

ثانیاً، شبهه‌ای که در باب عدالت وجود دارد، به لحاظ مفهومی است، نه مصداقی؛ یعنی اساساً اصل مفهوم عدالت نسبت به سعه و ضیق دایره‌اش روشن نیست و شبهه وجود دارد؛ ازین‌رو نمی‌توان با جریان اصل، شبهه مفهومی را برطرف کرد. به تعبیر دیگر، قدر متیقنی به لحاظ مفهومی وجود ندارد تا اینکه نسبت به زائد بر آن، اصل عدم جاری شود یا نسبت به قدر متیقن، اشتغال ذمه وجود داشته باشد.

ثالثاً، اصل به‌عنوان اصل اشتغال در اینجا جاری نیست؛ چون وجود ملکه عدالت که به‌عنوان قدر متیقن فرض شده است وصفی زاید است و اثبات آن نیاز به دلیل دارد، نه اینکه ملکه، قدر متیقن از عدالت باشد؛ زیرا شک در این است که آیا علاوه بر رعایت حسن ظاهر و انجام واجبات و ترک محرمات، وجود وصف ملکه بودن نیز لازم است. اصل، عدم لزوم وصف زاید است.

رابعاً، راجع به کسی که حالت سابقه او معلوم نیست، مانند فردی که تازه به سن بلوغ رسیده است و هنوز مرتکب کبیره نشده و شروع به انجام واجبات کرده است، چه باید کرد؟ آیا اصل عدم عدالت جاری می‌شود یا اصل عدالت؟! آیا به‌عنوان مثال، شهادت چنین شخصی پذیرفتنی است، درحالی که ملکه عدالت در او تحقق پیدا نکرده است؟

خامساً، اگر عدالت از اقتضانات فطری باشد که در دیدگاه پیشنهادی به آن اشاره شد، حالت سابقه عدالت، عدم نخواهد بود؛ بلکه به‌عنوان امری وجودی، هرچند به‌صورت بالقوه در فطرت هر انسانی به عنوان اقتضانات فطری وجود دارد. پس جای جریان اصل عدالت است، نه اصل عدم.

ب. نقد دلیل دوم: دلیل دوم عبارت بود از اینکه اعتماد و وثوق به دین امام جماعت پیدا نمی‌شود، مگر اینکه ملکه عدالت در او باشد.

اشکال این دلیل آن است که اولاً، دلیل بر اعتبار وثوق به دین امام جماعت، تمسک به دو روایت است که هر دو به لحاظ سند، ضعیف است.

ثانیاً، حصول وثوق و اطمینان، متوقف بر وجود ملکه نیست؛ بلکه بدون وجود ملکه نیز وثوق و اطمینان دست‌یافتنی است.

ثالثاً، این دو روایت مربوط به امام جماعت است و سرایت به غیر آن، قیاس خواهد بود که باطل است. رابعاً، آنچه در روایت آمده است تعبیر به وثوق است و وثاقت از نظر عرف و لغت، غیر از عدالت است. خامساً، گفته شده است که مراد از وثوق در این روایات؛ یعنی شیعه بودن، نه داشتن عدالت.

ج. نقد دلیل سوم: دلیل سوم این بود که در برخی از روایات برای شهادت شاهد صفاتی ذکر شده است، از قبیل: مأمون بودن، عفیف بودن، صالح بودن، مرضی بودن و... که از امور نفسانی است و نام بردن از این صفات به منزله این است که گویا از عدالت نام برده شده است، پس عدالت از صفات نفسانی و ملکه نفسانی است.

اولاً، این نوع صفات را حتی قائلان به ملکه بودن عدالت، در شاهد لازم نمی‌دانند.

ثانیاً، به فرض که این نوع صفات در شاهد لازم باشد، دلیلی بر لزوم آن‌ها در غیر باب شهادت وجود ندارد.

ثالثاً، اینکه این صفات از امور نفسانی باشند، محل تردید است. برای مثال، صالح بودن و مرضی بودن، از صفات اشخاص است و از صفات نفسانی به شمار نمی آیند.

د. نقد دلیل چهارم: در روایت ابی‌یعفور سؤال از این شده بود که به چه چیزی می‌توان عدالت را شناخت؟ اولاً، روشن است که در این روایت سؤال از این شده است که به چه چیزی عدالت شناخته می‌شود، نه اینکه آنچه در روایت ذکر شده است عدالت باشد. به تعبیر دیگر، در روایت، سؤال از ابزار شناخت عدالت است، نه تعریف آن؛ لذا این روایت ارتباطی به تعریف و بیان معنای عدالت ندارد. ثانیاً، با فرض اینکه عناوین ذکر شده در این روایت، تعریف عدالت باشد؛ این عناوین از افعال انسان به شمار می‌آیند، نه صفات او؛ چراکه برای مثال، عفاف که به معنای بازداشتن نفس از ارتکاب زشتی‌ها معنا شده است،^۱ بازداشتن و کفّ نفس، از مقوله فعل است، نه صفت. همچنین، «ستر» به معنای پوشاندن عیب است. پوشاندن، فعل است، نه صفت. البته فعل اقسامی دارد: فعل خارجی، فعل نفسانی و...، اما در هر صورت، فعل به شمار می‌آید، نه صفت نفس.

۴. ۱. ۲. بخش دوم: اشکالات ملکه بودن عدالت

أ. اشکال نخست: حالت و کیفیت یا ملکه بودن، امری اکتسابی و زوال پذیر است؛ چراکه در توضیح معنای ملکه آمده است که خصوصیات نفسانی دو قسم اند: برخی سریع الزوال است که به آن‌ها حالت گفته می‌شود و برخی سریع الزوال نیست که آن‌ها را ملکه می‌نامند.^۲ در حالی که براساس تحلیلی که به عنوان دیدگاه منتخب در باب حقیقت عدالت پیشنهاد شده است، عدالت خواهی و حق و حق جویی اولاً، حقیقت و قوه‌ای است که خداوند در فطرت همه انسان‌ها به ودیعه نهاده و امور فطری است و امور فطری، اکتسابی نیستند. ثانیاً، امور اکتسابی زوال پذیر هستند، ولی امور فطری هر چند ممکن است ضعیف شوند، ولی زوال پذیر نیستند؛ بدین معنا که، آن حقیقت وجودی فطری، به صورت حقیقتی بالقوه در نهاد انسان قرار داده شده است که با انجام برخی افعال و اعمال به فعلیت می‌رسد و کمال می‌یابد و با انجام برخی افعال و اعمال به ضعف می‌گراید، به صورتی که در حجاب غبار غفلت پنهان می‌شود، همانند آتشی در زیر خاکستر است که هرگز خاموش نمی‌شود و زوال پیدا نمی‌کند. لذا به محض توجه انسان به آن حقیقت فطری و فراهم کردن ابزار شعله‌ور شدن آن، به فعلیت می‌رسد و سیر کمال و صعود را پیش می‌گیرد.

ب. اشکال دوم: اگر عدالت به معنای ملکه باشد، پدید آمدن این ویژگی حتی در افراد بسیار اندک نیز مشکل است؛ چون ملکه معنایش آن است که آن ویژگی چنان در فرد رسوخ کند که تصور ترک واجبات و

۱. خوئی، التنقیح فی شرح الغرّة الوثقی، ۲۶۲ تا ۲۶۳.

۲. جمعی از نویسندگان، شرح المصطلحات الکلامیه، ۳۴۶.

انجام محرمات از چنین شخصی دشوار است، درحالی که عدالت از صفات مورد ابتلای اکثریت افراد جامعه مسلمان است و یقیناً چنین مرتبه‌ای از عدالت را هیچ‌یک از فقها معتبر ندانسته‌اند.^۱

ممکن است گفته شود که ملکه امری ذومراتب است و وجود پایین‌ترین مرتبه آن کفایت می‌کند. پاسخ این است که حتی به دست آوردن پایین‌ترین مراتب آن نیز دشوار است؛ چون معنای ملکه عبارت است از: رسوخ و استقرار ویژگی در نفس انسان و مفهوم استقرار با آنچه در فقه به عنوان عدالت در عمده مسائل مطرح است، منافات دارد. قطعاً، صرف انجام واجبات و ترک محرمات یا حُسن ظاهر و امثال آن‌ها نمی‌تواند معنای ملکه بودن عدالت را تأمین کند.

البته اگر مقصود از ملکه بودن عدالت این باشد که احساس حقیقت جویی و عدالت‌طلبی که به صورت بالقوه در نهاد انسان‌ها به صورت فطری قرار داده شده است، قابلیت استکمال را دارد؛ این سخن درستی است، زیرا احساس عدالت‌خواهی که از اقتضائات فطری انسان است، شدت و ضعف دارد و می‌تواند به سرحد کمال برسد، به گونه‌ای که وجود آن، انسان را وادار به انجام و امثال فرامین الهی کند و از ارتکاب محرمات منع کند.

ج. اشکال سوم: اشکال سوم دیدگاه نخست این است که: به وجود آمدن ملکه به صورت تدریجی است، چنین نیست که ملکه عدالت به یک‌باره پدید آید، درحالی که فقها فتوا داده‌اند که انجام عمل منافی با عدالت سبب زوال آن می‌شود و به محض توبه، عدالت باز می‌گردد. این فتوا با معنای ملکه بودن عدالت که امری تدریجی‌الحصول است منافات دارد.

ممکن است گفته شود که بازگشت عدالت بر اثر توبه امری تعبدی است. پاسخ این است که این نیز مشکل را حل نمی‌کند؛ زیرا اولاً، خود قائلان به این دیدگاه معتقد به زوال هستند و ثانیاً، ملکه عدالت بر حسب فرض، امری واقعی نفسانی است و تعبدپذیر نیست، مگر اینکه گفته شود توبه سبب بازگشت عدالت نیست، ولی مجرد توبه برای تحقق شرط آن عمل کافی است، هر چند ملکه عدالت واقعاً وجود نداشته باشد.

د. اشکال چهارم: اگر عدالت ملکه نفسانی باشد اولاً، نباید افعال و رفتار انسان متصف به عدالت شوند، درحالی که اعمال و افعال و رفتار انسان متصف به صفت عدالت می‌شوند و آن‌ها را عادلانه می‌نامیم.

ثانیاً، اینکه شخص را متصف به عدالت می‌کنیم و او را عادل می‌نامیم، به اعتبار افعالی است که به

۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۲۴/۷؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۸۴/۳؛ خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ۲۵۸/۱.

کریم زاده؛ تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه تحلیل انتقادی مفهوم عدالت فقهی به مثابه ملکه / ۱۷۹

صورت عادلانه انجام می دهد، نه اینکه این صفت در نفس او ایجاد می شود. از این رو، حتی کسانی که عدالت را به استقامت در طریق و جاده حق معنا کرده اند،^۱ نمی توان چنین معنایی را به ملکه بودن تفسیر کرد، چنان که برخی چنین برداشتی داشته اند؛^۲ بلکه استقامت در طریق و جاده حق، فعل انسان است و از این فعل، انتزاع عنوان عدالت می شود و شخص نیز به اعتبار آن فعل، متصف به صفت عادل می شود. در حقیقت، عدالت عبارت است از: اجرا و برقراری و پیاده کردن. کسی که چنین کاری انجام می دهد را عادل می گویند و از صدور چنین فعلی، انتزاع وصف عدالت می شود و خود فعل نیز متصف به صفت عادلانه می شود. اساساً عدالت صفت نفس انسانی نیست تا در قالب ملکه تصویر شود.

ه. اشکال پنجم: عدالت گاهی به معنای اسمی به کار می رود (عدل) و گاهی به معنای وصفی (عادل، عادلانه). عدالت به معنای وصفی (عادلانه)، صفت افعال شمرده می شود و نمی تواند از اوصاف نفسانی باشد، در حالی که دیدگاه نخست، عدالت را مطلقاً (اسمی و وصفی) ملکه می داند و این معنا با وصف عادلانه است که صفت افعال و اعمال است.^۳

باتوجه به اشکالات مذکور بر دیدگاه نخست (ملکه بودن عدالت)، نمی توان عدالت را ملکه دانست و آن را از صفات نفسانی به شمار آورد.

۴. ۲. اشکالات دیدگاه دوم

راجع به دیدگاه دوم باید گفت که تمام اشکالات دیدگاه اول بر دیدگاه دوم نیز وارد است؛ زیرا در دیدگاه دوم هر چند مجرد وجود ملکه، عدالت به شمار نیامده است، بلکه انجام واجبات و ترک محرمات ناشی از وجود ملکه، عدالت شمرده شده است؛ اما در عین حال، ملکه اگر جزو معنای عدالت باشد، اشکالات مذکور را خواهد داشت. در نتیجه، هر آنچه بر دیدگاه اول به عنوان ملکه بودن عدالت بیان شد، در اینجا نیز جاری است. افزون بر آن ها، اشکال وارد دیگر آن است که انجام واجبات و اجتناب از محرمات، ابزار کشف و احراز عدالت هستند، نه خود عدالت.

۴. ۳. اشکالات دیدگاه سوم و چهارم و پنجم

از آنجاکه دیدگاه سوم (صرف انجام واجبات و اجتناب از محرمات)، دیدگاه چهارم (داشتن اسلام و عدم ظهور فسق) و دیدگاه پنجم (حُسن ظاهر)، به گونه ای به یک چیز بر می گردد، اشکالی مشترک بر آن ها وارد است و آن عبارت است از اینکه: این امور صرفاً حاکی از وجود یا عدم عدالت هستند، نه اینکه خود

۱. خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ۲۵۷/۱.

۲. نجفی، «مفهوم شناسی واژه عدالت در فقه امامیه»، ۱۴۱.

۳. خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ۲۵۷/۱.

آن‌ها عدالت باشند. درحقیقت، معانی ذکرشده برای عدالت، از قبیل اشتباه مفهوم به مصداق است. به دیگر سخن، تمام تعریف‌های ذکرشده در لسان فقها، بیان مصداق عدالت یا به تعبیر دقیق‌تر، بیان ابزار کشف عدالت هستند، نه خود معنا و حقیقت عدالت.

نتیجه‌گیری

۱. عدالت از اقتضائات فطری است که براساس آیات و روایات، خداوند در فطرت تمام انسان‌ها اموری را قرار داده است که همواره مشهود فطرت هستند، ازجمله آن امور، عدالت‌خواهی است. این چنین نیست که انسان با انجام برخی اعمال و ترک برخی، حقیقت عدالت را کسب کند، هرچند انجام و امتثال اوامر و نواهی الهی عامل استکمال فعلیت یافتن حقیقت عدالت هستند.
۲. حقیقت عدالت، برخاسته از حقیقت حق است و هر دوی آن‌ها از اقتضائات فطری به شمار می‌آیند، هرچند به لحاظ مفهومی با یکدیگر تفاوت دارند.
۳. می‌توان گفت که عدالت، یعنی بر مسیر فطرت حرکت کردن و تحقق بخشیدن هرآنچه فطرت اقتضای آن را دارد. ازجمله اموری که مشهود و مقتضای فطرت است، ایمان به توحید و یگانگی خدا و عمل به فرامین و نواهی اوست. پس عدالت، یعنی در اعتقاد و عمل در مسیر حق بودن و اعمال خارجی، سبب فعلیت بخشیدن به عدالت است، نه خود عدالت.
۴. تعریف عدالت به ملکه، هیئت، کیفیت و حالت نفسانی تعریف صحیحی به نظر نمی‌رسد، زیرا دلایل ارائه شده برای آن نمی‌تواند این ادعا را اثبات کند و همه آن‌ها محل نقد و مناقشه قرار گرفتند.
۵. تعریف عدالت به انجام واجبات و ترک محرمات یا داشتن اسلام و عدم ظهور فسق یا به حسن ظاهر نیز تعریف درستی به نظر نمی‌آید؛ زیرا همه این امور از عوامل و اسباب و ابزار کشف عدالت هستند، نه خود عدالت. افزون بر آن، وجود این امور سبب فعلیت و استکمال عدالت است، نه خود عدالت.

منابع

قرآن کریم

- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن حریر. المذهب. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۶ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی. الوسيلة إلى نيل الفضيلة. قم: چاپخانه آیت الله مرعشی نجفی. ۱۴۰۸ق.
- ابن سینا، حسین بن عبدالله. الإلهیات من الشفاء مع تعلیقات صدر المتألهین. قم: بیدار. بی تا.
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. محقق: محمد هارون عبدالسلام. قم: مکتب الإعلام الإسلامی.

۱۴۰۴ق.

- ابن منظور، محمد بن مكرم. لسان العرب. قم: ادب حوزه. ۱۴۰۵ق.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين. المكاسب، قم: الذخائر. چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين. رسائل فقهيه. قم: مجمع الفكر الإسلامى. ۱۴۱۴ق.
- جمعى از نويسندگان. شرح المصطلحات الكلامية. مشهد: آستان قدس رضوى. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- جوادى آملی، عبدالله. ادب قضا در اسلام. بی جا: بی نا. چاپ اول، ۱۳۹۰.
- جوادى آملی، عبدالله. آفاق اندیشه. بی جا: بی نا. چاپ اول، ۱۳۸۹.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. صحاح اللغة. بی جا: امیری. ۱۳۶۸.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح. بيروت: دار العلم. ۱۳۹۹ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الكرامة. بيروت: دار احیاء التراث العربی. بی تا.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الكرامة. قم: مؤسسة النشر الإسلامى. ۱۴۲۲ق.
- حكيم، محمد سعید. المحكم فى اصول الفقه. بی جا: بی نا. ۱۳۷۶ق.
- حلبی، ابوالصلاح. الكافى فى الفقه. اصفهان: مكتبة الإمام اميرالمؤمنين (ع). ۱۴۰۳ق.
- خویی، ابوالقاسم. التنقيح فى شرح عروة الوثقى. مقرر: ميرزا على غروى. قم: بی نا. ۱۴۱۸ق.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهه. قم: داورى. ۱۳۷۷.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. المفردات فى غريب القرآن. بی جا: مرتضويه. ۱۲۶۲ق.
- روحانى، محمد صادق. زبدة الأصول. بی جا: مدرسه امام صادق (ع). ۱۴۱۲ق.
- سهروردی، یحیی بن حبش. المشارع و المطارحات؛ در مجموعه مصنفات شيخ اشراق. مصحح: هنرى كرين. تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگى. ۱۲۷۲ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية فى فقه الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامى. ۱۴۱۷ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. موسوعة. قم: مكتب الإعلام الإسلامى. ۱۴۳۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. روض الجنان فى شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر تبلیغات اسلامى. ۱۴۰۲ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامى. چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.
- صدر، محمد باقر. مدرسه اسلامى. مترجم: كاظمی خلخالی. تهران: عطایی. ۱۳۶۲.
- صدرالدين شیرازى، محمد بن ابراهيم. الحكمه المتعاليه فى الاسفار الاربعه. قم: مصطفىوى. ۱۳۶۸ق.
- طباطبايى قمى، تقى. ثلاث رسائل. قم: محلاتى. بی تا.
- طباطبايى، على بن محمد. رياض المسائل. آل البيت (ع). بی جا: بی نا. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

۱۸۲/ نشریه فقه و اصول، سال پنجاه و ششم، شماره ۱، شماره پیاپی ۱۳۶

طباطبایی، محمدحسین. المیزان. بیروت: اعلمی. ۱۴۱۱ق.

طباطبایی، محمدحسین. تفسیر المیزان. بیروت: اعلمی. ۱۹۹۷م.

طباطبایی، محمدحسین. نهاية الحکمة. قم: مؤسسه نشر اسلامی. چاپ دوم، ۱۳۶۲.

طباطبایی، محمدکاظم. حاشیه المکاسب. قم: اسماعیلیان. ۱۳۷۸ق.

طریحی، فخرالدین بن محمد. مجمع البحرین. تهران: مرتضوی. چاپ دوم، ۱۳۶۵.

طوسی، محمدبن حسن. الخلاف. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۱۷ق.

طوسی، محمدبن حسن. المبسوط. تهران: المرتضوی. چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.

طوسی، محمدبن حسن. النهایة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی.

بی جا: بی نا. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.

فاضل هندی، محمدبن حسن. کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول،

۱۴۱۶ق.

فراهیدی، خلیل بن احمد. العین. تحقیق. قم: هجرت. محقق: مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی. چاپ دوم،

۱۴۱۰ق.

مامقانی، عبدالله. نهاية المقال. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه. بی تا.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. بحار الأنوار. مصحح: جمعی از محققان. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.

محقق کرکی، علی بن حسین. الرسالة الجعفریة. قم: مکتبه آیت الله مرعشی. ۱۴۰۹ق.

محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت (ع). قم:

آل البيت (ع). چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.

مرتضی زبیدی، محمدبن محمد. تاج العروس. بی جا: دار الهدایه. ۱۳۸۷ق.

مصباح یزدی، محمدتقی. حقوق متقابل مردم و حکومت. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی. ۱۳۸۲.

مطهری، مرتضی. فطرت. بی جا: صدرا. چاپ ششم، ۱۳۷۳.

مطهری، مرتضی. مجموعه آثار. قم: صدرا. ۱۳۹۰.

مفید، محمدبن محمد. المقنعه. قم: بی نا. ۱۴۱۳ق.

مقری، احمدبن محمد. المصباح المنیر. قم: دار الهجرة. ۱۴۰۵ق.

نجفی، زین العابدین. «مفهوم شناسی واژه عدالت در فقه امامیه»، انسان پژوهی دینی. س ۹، ش ۲۸، ۱۳۹۱،

Transliterated Bibliography

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī’a fi al-Aḥkām al-Sharī’a*. ed. Gurūh-i Pazhūhish Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. s.l. s.n. Chāp-i Duwwum, 1993/1413.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Makāsib*. Qum: Dhakhā’ir. Chāp-i Awwal, 1991/1411.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Rasā’il Fiqhiya*. Qum: Majma’ al-Fikr al-Islāmī. 1994/1414.

Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām ‘an Qawā’id al-Aḥkām*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Fāḍil Miqdād, Miqdād ibn ‘Abd Allāh. *al-Tanqīḥ al-Rā’i li-Mukhtaṣar al-Sharā’i’*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar’ashī. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. al-‘Ayn. Qum: Hijrat. researched by Maḥdī Makhzūmī va Ibrāhīm Sāmarrāi. Chāp-i Duvūm, 1990/1410.

Ḥakīm, Muḥammad Sa’īd. *al-Muḥkam fi Uṣūl al-Fiqh*. s.l. s.n. 1997/1376.

Ḥalabī, Abū al-Ṣalāḥ. *al-Kāfi fi al-Fiqh*. Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Mu’minīn(AS). 1983/1403.

Ḥusaynī ‘Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Tūrāth al-‘Arabī. s.d.

Ḥusaynī ‘Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 2001/1422.

Ibn Ḥamzih, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Wasīlah ilā Niyāl al-Faḍīlah*. Qum: Chāpkhānih-yi Āyat Allāh al-Mar’ashī al-Najafī. 1988/1408.

Ibn Barrāj, ‘Abd ‘Aziz ibn Niḥrīr. *al-Muḥadhdhab*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, 1986/1406.

Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu’jam Maqāyīs al-Lughah*. researched by Muḥammad ‘Abd al-Salām. Qum: Maktab al-‘Ilām al-Islāmī. 1984/1404.

Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā’ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-‘Arab*. Qum: Adab-i Ḥawzah. 1985/1405.

Ibn Sinā, Ḥusayn ibn ‘Abd Allāh. *al-Ilāhīyāt min al-Shifā’ ma’a al-Ta’līqāt Ṣadr al-Muta’allahīn*. Qum: Bīdār.

S.d.

Jam'ī az Nivīsandigān. *Sharḥ-i Mashhad: Āstān-i Quds-i Raḡavī*. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Javādī Āmūlī, 'Abd Allāh. *Āfāq-i Andīshih*. s.l. s.n. Chāp-i Awwal, 2010/1389.

Javādī Āmūlī, 'Abd Allāh. *Ādab-i Qazā dar Islām*. s.l. s.n. Chāp-i Awwal, 2011/1390.

Jawharī, Ismā'īl ibn Ḥammād. *al-Ṣiḥāḥ*. Beirut: Dār al-'Ilm. 1979/1399.

Jawharī, Ismā'īl ibn Ḥammād. *Ṣiḥāḥ al-Lughā*. s.l. Amīrī. 1990/1368.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *al-Tanqīḥ fi Sharḥ al-'Urwa al-Wuthqā*. Muqarr Mirz'Alī Gharawī. s.n. 1997/1418.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāḥah*. Qum: Dāvarī. 1998/1377.

Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Biḥār al-Anwār*. Ed. Jam'ī az Muḥaqqiqān. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī. Chāp-i Duvūm, 1993/1413.

Māmaqānī, 'Abd Allāh. *Nihāya al-Maqāl*. Qum: Majm' al-Dhakhā'ir al-Islāmiyya. s.d.

Miṣbāḥ Yazdī, Muḥammad Taqī. Ḥuqūq Mutaqābil-i Mardum va Ḥukumat. Qum: Mū'assisah-yi Āmūzish va Pazhūhish Imām Khumaynī. 2003/1382.

Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqni'a*. Qum: s.n. 1993/1413.

Muḥaqqiq Karakī, 'Alī ibn Ḥusayn. *al-Risāla al-Ja'fariya*. Qum: Maktaba Āyat Allāh Mar'ashī. 1989/1409.

Muḥaqqiq Karakī, 'Alī ibn Ḥusayn. *Jāmi' al-Maqāsid fi Sharḥ al-Qawā'id*. ed. Gurūh-i Pazhūhish Mū'assisa Āl al-Bayt(AS). Qum: Āl al-Bayt(AS). 1994/1414.

Muqrī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munīr*. Qum: Dār al-Hijrah, 1985/1405.

Murtaḍā Zabīdī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Tāj al-'Arūs*. s.l. Dār Hidāya. 1967/1387.

Muṭaharī, Murtaḍā. *Fiṭrat*. s.l. Ṣadrā. Chāp-i Shishum, 1994/1373.

Muṭaharī, Murtaḍā. *Majmū'ah Aṣṣār*. Qum: Ṣadrā. 2011/1390.

Najafī, Zayn 'Abīdīn. "Mafhūmshināsī Vāzhīh-yi Adālat dar Fiqh Imāmiyah", *Insān Pazhūhi Dini*. Yr. 9, no. 28, 2012/1391, 141-170.

Qurān-i Karīm

Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mufradāt fi Gharīb al-Qurān*. s.l. Murtaẓawīya. 1845/1262.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Zubda al-Uṣūl*. s.l. Madrisah-yi Imām Ṣādiq (AS). 1992/1412.

Ṣadr al-Dīn Shirāzī. Muḥammad ibn Ibrāhīm. *al-Ḥikmat al-Muta'aliya fi al-Asfār al-Arba'a*. Qum: Muṣṭafawī. 1990/1368.

- Şadr, Muḥammad Bāqir. *Madrisah-yi Islāmī*. Translated by Kāzīmī Khalkhālī. Tehran: ‘Aṭāyī. 1983/1362.
- Şāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy’ al-Islām*. Qum: Mū’assisa Dāyrah al-Ma’ārif-i Fiqh-i Islāmī. 2000/1421.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Durūs al-Shar’iyah fi al-Fiqh al-Imāmīyah*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. 1996/1417.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *Mausū’a*. Qum: Maktabat al-A’lām al-Islāmī, 2009/1430.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *Rawḍ al-Jinān fi Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Daftar-i Tablighāt-i Islāmī. 1982/1402.
- Suhriwardī, Yahyā ibn Ḥabash. *al-Mashārī’ wa al-Muṭārahāt; dar Majmū’ah Muṣanafāt Shaykh Ishrāq*. Ed. [Henry Corbin](#). Tehran: Mū’assisah-yi Muṭālī’āt va Taḥqīqāt Farhangī. 1855/1272.
- Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *Thalāth Rasā’il*. Qum: Maḥalātī. s.d.
- Ṭabāṭabāyī, ‘Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ al-Msā’il*. Āl al-Bayt(AS). s.l. s.n. Chāp-i Awwal, 1997/1418.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān*. Beirut: al-A’lāmī. 1991/1411.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *Nihāya al-Hikma*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1984/1362.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *Tafsīr al-Mizān*. Beirut: al-A’lāmī. 1997/1418.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzīm. *Hāshiyā al-Makāsib*. Qum: Ismā’īliyyān. 1959/1378.
- Ṭurayhī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad. *Majma’ al-Baḥrayn*. Tehran: Murtaẓavī. Chāp-i Duvvum, 1986/1365.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Khiṭāf*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1996/1417.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ*. Tehran: Murtaẓawīya. Chāp-i Sivum, 1968/1387.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Nihāya*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1996/1417.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhib al-Aḥkām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1986/1364.



Exploring the Jurisprudential Ruling of Tolerance of Testimony in Case of Crimes Purely Against God's Rights (*Haqq Allāh*)

Dr. Mohammad Ali Mohebborahman  (Corresponding Author), Assistant Professor, Department of Fiqh and Law, Faculty of Theology, Shahid Madani University of Azarbaijan, Tabriz, Iran
Email: m.moheb@azaruniv.ac.ir

Dr. Ali Mozahar Gharamaleki, Professor, University of Tehran

Dr. Mohammad Mahdi Mohebborahman, Assistant Professor, Department of Jurisprudential and Legal Issues, Research Center for Jurisprudence and Law, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran

Abstract

The present study aims at providing a clear and reasonable jurisprudential answer to the following questions: What is the responsibility of someone who is informed of the commission of a crime purely against God's rights, such as crimes of breaching chastity or alcohol consumption? Should the person witness the incident and record its details, or should they neglect the commission of crime? Also, if they encounter such a crime for any reason, should they pursue the issue to prove the crime to legal authorities, is it obligatory to remain silent, or is it optional? Through an analysis of relevant verses (*āyahs*) and accounts related to the issue and by consulting the opinions of jurisconsults and analyzing probable theories, it is revealed that bearing witness to the crime and testifying is obligatory upon generalities (*'umūmāt*) and applications (*'ilāqāt*) in case of crimes related to the rights of individuals. However, in cases referred to as crimes purely against God's rights (*Haqq Allāh-i mahdih*), bearing witness to the crime is not only non-mandatory, but also reprehensible. In such cases, bearing witness is unethical and against the teachings of *Shari'a*, because based on *āyahs* and accounts, violating a person's privacy and spying (which is necessary in such cases) are prohibited, and hiding the sin is obligatory. Additionally, bearing witness which can expose oneself to punishment (*Ta'zīr*) or the penalty of false accusation (*qazf*) are both reprehensible and condemned on a logical and jurisprudential basis.

Keywords: bearing witness to a crime, testimony, crimes against God's rights, crimes against rights of individuals





واکاوی حکم فقهی تحمل و ادای گواهی در جرایم حق الله محض

✉ دکتر محمدعلی محب الرحمان (نویسنده مسئول)

استادیار گروه فقه و حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه شهید مدنی آذربایجان، تبریز، ایران

Email: m.moheb@azaruniv.ac.ir

دکتر علی مظهر قراملکی

استاد دانشگاه تهران

دکتر محمد مهدی محب الرحمان

استادیار گروه مسائل فقهی و حقوقی، پژوهشکده فقه و حقوق، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران

چکیده

جستار حاضر در پی دستیابی به پاسخ روشن و مستدل فقهی به این پرسشهاست که چه تکلیفی برعهده کسی است که از وقوع جرمی از جرایم حق الله محض، چون جرایم منافی عفت و شرب خمر باخبر می‌شود؟ آیا باید به سمت مشاهده واقعه برود و جزئیات حادثه را مضبوط سازد، یا لازم است چشم‌پوشی کند و وقوع جرم را نادیده گیرد؟ نیز چنانچه به هر دلیل، چنین جرمی را مشاهده کرد، آیا باید در پی اثبات جرم برای مراجع قانونی برآید یا واجب است سکوت کند یا اینکه مخیر است؟ با تحلیل آیات و روایات مرتبط به مسئله و آرای فقها و نقد نظریه‌های محتمل، این نتیجه به دست آمد که در جرایمی که با حق اشخاص مربوط است به حکم عمومات و اطلاقات، تحمل و ادای شهادت واجب است، اما مواردی که حق الله محض نامیده می‌شود، تحمل شهادت نه تنها واجب نیست، بلکه مذموم است و ادای شهادت نیز چه بسا غیراخلاقی و برخلاف آموزه‌های شریعت است؛ چراکه براساس آیات و روایات، بی‌آبروکردن افراد و تجسس که لازمه چنین مواردی است، ممنوع و پوشاندن گناه، واجب شمرده شده است؛ افزون بر اینکه، ادای شهادت که سبب قراردادن خود در معرض تعزیر و یا مجازات قذف است، به حکم عقل و شرع، منهی و مذموم است.

واژگان کلیدی: تحمل شهادت، ادای شهادت، جرایم حق الله، جرایم حق الناس.

مقدمه

راجع به جرایم حق‌اللهی محض این سؤال مطرح می‌شود که آیا مؤمنان برای فریضه نهی از منکر در صورت مشاهده جرم لازم است که مجرمان را به مراجع قانونی معرفی کنند و دلایل مجرمیت آن‌ها را به دادگاه ارائه دهند یا اینکه بهتر است افراد در صورت مشاهده جرم، از محل جرم خارج شوند و واقعه را نادیده گیرند و عبور کنند.

اهمیت و ضرورت بررسی مسئله از این روست که از سویی، در آیات و روایات و آرای فقیهان، بر لزوم رعایت احکام شریعت و اجرای حدود الهی تأکید شده است^۱ و از سوی دیگر، از اشاعه فحشا و رسواکردن و بی‌آبروکردن مؤمنان نهی شده است؛ چراکه ممکن است تحمل و ادای شهادت در این‌گونه جرایم، برخلاف عفت عمومی باشد و منجر به رسوایی مجرم و بی‌آبرویی و شرمساری خانواده و خویشان او شود و احیاناً پیامدهای ناگوار به بار آورد.

البته سخن در حق‌الله محض است و منظور، آن دسته از جرایم حق‌اللهی است که هیچ جنبه حق‌الناسی؛ یعنی حق اشخاص در آن وجود نداشته باشد، اما در مواردی که بخشی از واقعه به حق‌الناس مربوط شود، خارج از محل بحث است؛ چراکه در این فرض، تحمل شهادت و ادای آن، به‌منظور احقاق حق‌الناس واجب است^۲ که تفصیل آن بیان خواهد شد. بنابراین، مورد بحث حتی شامل تجاوز به عنف نمی‌شود؛ چون در تجاوز به عنف، هرچند مجازات از باب حق‌الله است، اما بخش مهمی از جرم، آسیب به حق دیگری است؛ چراکه عرض از مهم‌ترین حقوق افراد است و افزون بر آن، ارش‌البکاره و مهرالمثل نیز مطرح است.

برخی از فقیهان، ادای شهادت در حق‌الله محض را نیز تحت عمومات وجوب شهادت و از قواعد ثابت شرع می‌دانند^۳ و برخی تصریح کرده‌اند که در صورت وجود همه شرایط، ادای گواهی برای اثبات جرم از وظایف دینی است.^۴ این نظرات، گذرا و بدون بررسی تفصیلی ادله بیان شده است، درحالی‌که به نظر می‌رسد موضوع نیازمند بحث و بررسی بیشتر است و لازم است جزئیات و شرایط آن تبیین شود. در قوانین موضوعه، مسئله تحمل و ادای گواهی در حق‌الله محض، به‌طور خاص مدّ نظر قرار نگرفته و تفاوت آن با موضوعات دیگر کیفری دیده نشده است. البته بر اساس ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری:

۱. نور: ۲؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۲/۲۸؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۲۴/۲۷.

۲. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۸۰/۴۱؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲۶۳/۱۴ و ۲۶۶.

۳. موسوی گلپایگانی، الدر المنضود، ۲۲۵/۱؛ موسوی گلپایگانی، تقریرات، ۸۶/۱.

۴. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۳۰/۱.

«انجام هرگونه تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست، مگر در مواردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شده و یا دارای شاکی یا به عنف یا سازمان یافته باشد که در این صورت، تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط مقام قضایی انجام می شود.»، منظور از جرم مشهود جرمی است که عناصر آن در معرض رؤیت و مشاهده سطح جامعه قرار داشته باشد.^۱

بنا بر اصول، در این ماده وظیفه دادرس در جرایم حق الهی محض، عدم تحقیق دانسته شده، اما وظیفه سایر مؤمنان به طور مشخص بیان نشده است؛ البته وقتی تحقیق و تجسس توسط دادرس ممنوع باشد، به طریق اولی تحقیق و تجسس توسط افراد عادی نیز مجاز نخواهد بود، ولی مشخص نیست که اگر شخص عادی اقدام به تجسس کرد و عمداً جرم منافی عفت را مشاهده کرد، با مجازاتی مواجه است یا خیر؟ همچنین بر اساس ماده ۲۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری، در صورتی که گواه بدون عذر موجه به احضار مقامات قضایی بی توجهی کند، جلب می شود؛ لکن این ماده به طور کلی درباره گواهی گواه است و به طور خاص، جرایم حق الهی محض در آن مدنظر قرار نگرفته است.

در خصوص پیشینه موضوع باید گفت: محققان درباره تمایز بین حق الله و حق الناس مطالب فراوانی نگاشته اند: در مقاله «حق الله و حق الناس»^۲، نویسنده به توضیح اصل تقسیم حق و تمایز بین حق الناس و حق الله پرداخته است. نویسنده در مقاله «قاعده فقهی تقدم حق الناس بر حق الله»^۳، تقدم یا عدم تقدم حق الناس راجع به حق الله را بررسی کرده است. مقاله «آثار قضایی حق الله و حق الناس»^۴ جایگاه حق الله و حق الناس در ساختار قضایی اسلام را مدنظر قرار داده است، بی آنکه درباره حق الله محض، بحث مستوفایی داشته باشد. نویسنده در مقاله «قلمرو شفاعت در اقسام مجازات»^۵، جایگاه حق الله و حق الناس در یکی از فروع مسائل جزایی؛ یعنی امکان شفاعت را بررسی کرده است. همچنان که مشاهده می شود مقالات مذکور به حق الله و حق الناس توجه کرده اند، اما موضوع تحمل و ادای شهادت در حق الله محض در آن ها بررسی نشده است که نوشتار حاضر به آن می پردازد.

در خصوص ادای شهادت نیز مقالات زیادی نوشته شده است که فروع مختلف آن را بررسی کرده اند،

۱. شاکری، «پاسخ به جرم مشهود در سیاست جنایی ایران با نگاهی به حقوق انگلستان»، ۸۴.

۲. استادی، «حق الله و حق الناس»، ۱۶۸ تا ۱۵۳.

۳. فاضل لنگرانی، «قاعده فقهی تقدم حق الناس بر حق الله»، ۲۵ تا ۹.

۴. روحانی مقدم، «آثار قضایی حق الله و حق الناس»، ۱۱۱ تا ۹۹.

۵. میرخلیلی، «قلمرو شفاعت در اقسام مجازات»، ۱۳۷ تا ۱۱۵.

ازجمله: «اثر تعذر حضور شاهد برای ادای گواهی»^۱، «بررسی فقهی الزام به ادای شهادت در دعاوی کیفری»^۲، «گستره گواهی و شهادت زن در اسلام»^۳

شایان ذکر است که در هیچ‌یک از این مقاله‌ها درباره حکم فقهی تحمل شهادت و ادای آن در حق‌الله محض بحثی به میان نیامده است و در مکتوبات دیگری هم که به دلیل رعایت اختصار مطرح نشد، بحث درخور توجهی درباره مسئله مقاله مشاهده نمی‌شود و این امر، اهمیت پرداختن به مسئله یادشده را چنان‌که گذشت دوچندان می‌سازد. نوشتار حاضر به‌منظور واکاوی و حل مسئله، ابتدا درصدد بررسی ادله و عمومات وجوب تحمل و ادای شهادت برآمده و با بررسی تفصیلی آن‌ها و ملاحظه سایر دلایل، نظریه عدم شمول عمومات را راجع به تحمل و ادای شهادت در حق‌الله محض، با ملاحظات اختیاری کرده و سپس به نتیجه‌گیری پرداخته است.

۱. عمومات وجوب تحمل و ادای شهادت

برحسب قواعد، تحمل و ادای شهادت، واجب است. به موجب آیه شریفه «وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا»^۴، هرگاه شهود را به‌منظور ادای شهادت به مجلس داوری فرا خوانند، نباید از حضور و ادای شهادت امتناع ورزند و در آیه «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ»^۵، به‌صراحت از کتمان شهادت نهی و بیان شده است که کتمان‌کنندگان، به دل‌گناهکارند. همچنین آیه «وَلَا تَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْأَثِمِينَ»^۶ تصریح دارد که گواهان باید معتقد باشند که شهادت خدا را کتمان نمی‌کنیم وگرنه از گناهکاران خواهیم بود. روایات متعدد^۷ نیز به‌صورت کلی بر این موضوع دلالت دارد و مشهور یا اجماع فقیهان نیز در این امر اتفاق نظر دارند.^۸

از آنجاکه مورد آیات مذکور^۹ و بیشتر روایات، حق‌الناس است^{۱۰} و معلوم نیست که عمومیتی در خصوص حق‌الله محض داشته باشند؛ لذا این پرسش پیش می‌آید که آیا این حکم؛ یعنی ضرورت تحمل و

۱. حسن‌زاده، «اثر تعذر حضور شاهد برای ادای گواهی»، ۱۱۱ تا ۹۵.

۲. نوبهار، «بررسی فقهی الزام به ادای شهادت در دعاوی کیفری»، ۱۵۴ تا ۹۳.

۳. صدری، «گستره گواهی و شهادت زن در اسلام»، ۹۶ تا ۷۱.

۴. بقره: ۲۸۲.

۵. بقره: ۲۸۳.

۶. مانده: ۱۰۶.

۷. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۳۰۹/۲۷.

۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۸۰/۴۱؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲۶۳/۱۴ و ۲۶۶.

۹. بقره: ۲۸۲ و ۲۸۳؛ مانده: ۱۰۶.

۱۰. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۳۰۹/۲۷.

ادای شهادت، شامل حق الله محض هم می شود یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا حق الله محض، به صورت تخصیص یا تخصص از این عموم خارج است یا خیر؟

باتوجه به دلایل ذیل به نظر می رسد حکم وجوب تحمل و ادای شهادت، شامل حق الله محض و نیز تحمل و ادای شهادت به طور مطلق نیست؛ باین حال چنان که خواهد آمد محتمل است تحمل و ادای شهادت در موارد خاص واجب باشد که تحقق آن هم عملاً و عرفاً بسیار نادر است و اینک به تفصیل به آن می پردازیم.

۲. عدم شمول عمومات وجوب تحمل شهادت در خصوص حق الله محض

تحمل شهادت، به معنای احساس امر مشهود توسط شاهد، شامل مشاهده عمدی یا غیر عمدی واقعه ای است که آثار حقوقی یا کیفری دارد. مشاهده غیر عمدی، از اعمال اختیاری نیست؛ لذا حکم فقهی و قانونی ندارد؛ مثل اینکه کسی در حین راه رفتن فریادی می شنود و ناخودآگاه سر خود را بر می گرداند و فرورفتن چاقو به قلب انسانی را مشاهده می کند که در این دست موارد، این پرسش که تحمل شهادت چه حکمی دارد، فاقد معناست؛ چراکه گواه، ناخودآگاه حادثه ای را مشاهده کرده است. بنابراین، تحمل غیر عمدی شهادت از افعال اختیاری نیست، لذا حکمی ندارد و در این مورد بین جرایم حق الله محض یا حق الناس تفاوتی وجود ندارد.

مشاهده عمدی واقعه ای که آثار حقوقی یا کیفری دارد همان طور که اشاره شد، به حکم برخی آیات قرآن کریم و روایات و نظرات فقیهان، بر حسب قواعد واجب است؛ ولی درباره مسائل مربوط به جرایم حق الله محض، واجب بودن مشاهده عمدی واقعه، مشکوک و فاقد دلیل است و چنان که خواهد آمد از برخی دلایل و فروع فقهی استفاده می شود که در این نوع امور، تحمل عمدی شهادت نه تنها واجب نیست؛ بلکه از باب مقدمه حرام، ممنوع است؛ چراکه در چنین مواردی تحمل شهادت مستلزم اموری است که در شریعت به صراحت از آن نهی شده است؛ برای مثال، تحقق تحمل شهادت در امور منافی عفت، همراه با تجسس و مشاهده واقعه است که هر دو بر حسب ادله فقهی و اخلاق اسلامی ممنوع و مذموم است. در ادامه، این امر به تفصیل بررسی می شود.

۲.۱. ممنوعیت تجسس

آیه ۱۲ سوره حجرات، بخش «... و لا تجسسوا...»، به صراحت بر ممنوع بودن «تجسس» دلالت دارد. در روایات^۱ و فقه اسلامی، به وجوب اجتناب از تجسس تصریح شده است.^۲ تجسس، به جست و جوی

۱. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲/ ۲۷۵.

عیوب و گناهان افراد قبل از اینکه ظاهر شوند معنا شده است.^۲

معنای حداقلی تجسس، گناہانی است که افراد در خفا انجام می‌دهند. فرض این است که شخص، در حال ارتکاب جرم مربوط به حقوق خداوند است و گواه، ناخودآگاه عمل را مشاهده نکرده است، بلکه به هر دلیلی گمان کرده که چنین جرمی در حال وقوع است؛ آیا وظیفه دارد که عمداً جرم را مشاهده کند و شهادت را تحمل کند یا آنکه وظیفه عدم تجسس اقتضا می‌کند که عمداً چیزی را مشاهده نکند؟ به نظر می‌رسد مشاهده عمدی، نوعی تجسس باشد؛ چون جرم از دید او مخفی است و با مشاهده عمدی است که جرم دیده می‌شود؛ مثلاً صدای مشکوکی را می‌شنود و احتمال می‌دهد گناهکاران مشغول شرب خمر باشند، به نظر می‌رسد به سمت صدافتن و مشاهده شراب‌خواری دیگران، تجسس تلقی شود. بنابراین، اقدام به تحمل شهادت در خصوص این قبیل جرایم، نمی‌تواند صحیح باشد.

البته در خصوص حق‌الله چنین حکمی جریان دارد، وگرنه در خصوص حق‌الناس همان‌طور که بیان شد به حکم آیه ۲۸۲ سورة بقره و نظر مشهور فقیهان، تحمل شهادت واجب است؛^۳ چراکه زمانی که مظلوم، مورد ظلم قرار می‌گیرد، حداقل کار ممکن آن است که اشخاص به دعوت مظلوم واقعه را مشاهده کنند.

مناسب است به رابطه ممنوعیت تجسس و عمومات و جوب نهی از منکر نیز توجه شود: همان‌طور که در ماده ۳ «قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر» و نظرات محققان^۴ بیان شده است، نهی از منکر در خصوص گناهان آشکار واجب است و اموری که مستور از چشمان عموم مردم است، مشمول عمومات نهی از منکر قرار نمی‌گیرد یا اینکه نهی از منکر در خصوص آن‌ها منوط به مواردی است که بدون تجسس کشف شود و در این موارد نیز نهی از منکر تنها باید به شکل خصوصی و نه به شکل علنی انجام شود.

بنابراین، مشاهده عمدی جرم حق‌الله محض، تجسس است و تجسس، به تصریح قرآن کریم و نظر فقه امامیه، امری حرام به شمار آمده است.

۲.۲. وجوب ستر

روایات فراوانی در سنت اسلامی وجود دارد که بر وجوب ستر تأکید دارد.

۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۳/۲۹۸؛ شافعی، الأم، ۴/۱۲۰.

۲. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۳/۲۹۸؛ طوسی، تفسیر التبیان، ۹/۳۵۰؛ طبرسی، مجمع البیان، ۹/۲۲۸؛ مقدس اردبیلی، زیادة البیان، ۱/۴۱۷؛ طباطبائی، المیزان، ۱۸/۳۲۳.

۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۴۱/۱۸۰؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۴/۲۶۳ و ۲۶۶.

۴. ورعی، «امر به معروف و نهی از منکر و گناهان پنهان و آشکار»، ۸۱.

به صورت مرسل از طریق امامان معصوم از امام علی (ع) نقل شده است که فرمودند: «لو وجدت مؤمناً علی فاحشة لسترته بثوبی؛ اگر مؤمنی را ببینم که مرتکب فحشایی می شود، با لباسم او را می پوشانم.»^۱

در نقل دیگری به طور مرسل آمده است که پیامبر گرامی اسلام از امام علی (ع) می پرسند که اگر مردی را بر فحشایی ببینی چه می کنی؟ آن حضرت پاسخ می دهند که او را می پوشانم و پیامبر اکرم می پرسند اگر برای بار دوم آن مرد را در حال فحشا ببینی چه می کنی؟ و ایشان پاسخ می دهند که با عبايم او را می پوشانم تا سه بار و پیامبر (ص) می فرمایند: «لا فتی إلا علی» و فرمودند: «استروا علی إخوانکم»^۲ یا در صحیفه سجادیه چنین آمده است: «اللهم إني اعتذر إليك... من عیب مؤمن ظهر لی فلم أستره»^۳؛ یعنی نزد خداوند عذرخواهی شده است از اینکه ممکن است عیب مؤمنی را مطلع شده باشد ولی نپوشانده است.

همچنین به صورت مرسل از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمودند: «کسی که مطلع شود که مؤمنی گناهی کرده است و آن را افشا کند و کتمان نکند و از خداوند برای او طلب غفران نکند، نزد خداوند مانند این است که خود مرتکب آن گناه شده است.»^۴

اگرچه روایات ذکر شده مرسله است، اما این نوع روایات آن قدر زیاد است که جزو سنت اسلامی قرار دارد و از بدیهیات فقه^۵ و اخلاق اسلامی شمرده شده است.^۶

روشن است که مشاهده جرم، با دستور به وجوب ستر ناسازگار است؛ چراکه ستر، یعنی پوشاندن و مخفی کردن و اگر شخص عمداً اقدام به مشاهده کند، با مخفی کردن متضاد است.

بنابراین، حتی اگر مشاهده عمدی تجسس تلقی نشود، ادله وجوب ستر اقتضا دارد که اگر مؤمنی احساس کند جرمی از دسته حق الله در حال انجام است، باید به تعبیر روایت، عبايش را بر آن بکشد تا جرم، مستور و مخفی بماند و باعث افشای جرم نشود.

البته جرایم مشهود طبعاً مستور نیستند تا وجوب ستر درباره آنها معنا داشته باشد. با اوصافی که در روایات آمده است، منظور از مشهود جرمی خواهد بود که برای همگان مشاهده شدنی باشد و مجرم برای

۱. ابن اشعث، الأنشعيات، ۲۴۲؛ ابن حيون، دعائم الإسلام، ۴۴۶/۲.

۲. نوری، مستدرک، ۴۲۶/۱۲؛ بروجردی، جامع احادیث الشيعة، ۱۸۷/۱۶.

۳. امام زين العابدين، الصحيفة السجادية، ۱۶۶.

۴. «من اطلع من مؤمن على ذنب أو سينة، فأفشى ذلك عليه و لم يكتمها و لم يستغفر الله له، كان عند الله كعاملها، و عليه و زر ذلك الذى أفشاه عليه، و كان مغفوراً لعاملها، و كان عقابه ما أفشى عليه فى الدنيا مستور ذلك عليه فى الآخرة، ثم يجد الله أكرم من أن يثنى عليه عقاباً فى الآخرة». مفيد، الاختصاص، ۳۲؛ مجلسی، بحار الأنوار، ۲۱۶/۷۲؛ نوری، مستدرک، ۴۲۵/۱۲؛ بروجردی، جامع احادیث الشيعة، ۱۸۹/۱۶.

۵. صاحب جواهر، جواهر الكلام، ۲۹۸/۱۳.

۶. نصیرالدین طوسی، اخلاق ناصری، ۱۷۵ و ۱۸۰ و ۲۷۶؛ نراقی، معراج السعادة، ۵۴۰؛ فیض کاشانی، المحجة البيضاء، ۳۲۶/۳؛ مامقانی، مرآة الکمال، ۳۴۱/۲.

پوشاندن آن تلاشی نکرده باشد، وگرنه در صورتی که مجرم در محیط عمومی به شکلی مرتکب جرمی شود که عادتاً برای عموم، مشاهده شدنی نیست و مرتکب در صدد پوشاندن آن است، در این صورت بر اساس روایات یادشده، شاهد جرم باید آن را بپوشاند، نه آنکه آن را افشا کند. ظاهر روایات، به ویژه روایت امام علی (ع)، به وضوح بر این امر دلالت دارد؛ چراکه مورد سؤال این است که اگر شخصی را بر فحشایی ببینی و بعید است منظور آن باشد که با تجسس و ورود به منزل دیگران، مجرم در حال فحشا مشاهده شود؛ بلکه به نظر می رسد به نوعی منظور آن است که در معبر عام، شخصی بر فحشایی دیده شود.

بنابراین، تحمل شهادت در این نوع جرایم واجب نیست، به جز در مواردی که جرم مشهود است یا شاکی خصوصی دارد، به ویژه اینکه برخی از این جرایم، مانند زنا نیاز به دقت در مشاهده دارد که بعید است تحت نهی «لاتجسسوا» قرار نگیرد.

۳.۲. وظیفه مؤمنان راجع به تحمل شهادت در حق الله محض

نتیجه اینکه تحمل شهادت، مخصوصاً به طوری که جزئیات مدّ نظر در حق الله مشاهده شود، در برخی از موارد به حکم «لاتجسسوا» حرام است و همچنین در برخی از موارد، به حکم وجوب ستر، حرام یا مکروه است و در مواردی که ناگهانی یا در ملا عام باشد، به گونه ای که ناخودآگاه دیده شده است، حکمی ندارد؛ چون عمل اختیاری نبوده است.

در نهایت باید گفت: تحمل عمدی شهادت در حق الله محض واجب نیست، حتی ممکن است به مقتضای نهی از تجسس و وجوب ستر، حرام یا مکروه باشد.

۳. عدم شمول عمومات و وجوب ادای شهادت در خصوص حق الله محض

پس از اثبات عدم وجوب تحمل عمدی شهادت در حق الله محض، این سؤال پیش می آید که اگر شخصی به هر دلیلی، عملی مجرمانه مربوط به حق الله محض را مشاهده کرد؛ چه به طور ناخودآگاه و چه با اعتقاد به اینکه مشاهده عمدی جرم منعی ندارد، در این صورت، اقامه شهادت و ارائه گواهی در خصوص آن چه حکمی دارد؟ آیا ادای شهادت بر وی واجب است یا هیچ حکم الزامی متوجه او نیست؟

بر حسب قاعده و به طور کلی، ادای شهادت واجب است؛^۱ اما چنان که خواهد آمد برخی احکام برآمده از آیات و روایات متعدد و نظرات فقیهان نشان می دهد که ادای شهادت در جرم های مربوط به حق الله محض، نه تنها واجب نیست؛ بلکه چه بسا ناپسند و مورد تقبیح شرع قرار گرفته است؛ توضیح آنکه، دستوری از قرآن کریم یا روایات وجود ندارد که به طور صریح شهادت در حق الله را ممنوع سازد و همچنین

۱. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۱۸۰/۴۱؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۶۳/۱۴ و ۲۶۶.

دستوری وجود ندارد که صراحتاً بیان کند که ادای گواهی در حق الله محض واجب نیست ولی در ذیل، دستورات و فروعی ذکر می شود که ممکن است بتوان از آن ها استنباط کرد که در حق الله محض، ادای شهادت واجب نیست یا در شرایطی واجب است که عملاً تحقق آن شرایط نادر است.

موارد زیر از این جهت بررسی می شود که نشان دهنده دشواری شرایط شهادت صحیح در جرایم حق الله محض است؛ به طوری که عملاً به واقعیت پیوستن موقعیتی که ادای شهادت بلا اشکال باشد را به امری نادر تبدیل می کنند.

از فروع ذیل چنین نتیجه گرفته شده است که بر طبق اصول، ادای گواهی در جرایم حق الله محض واجب نیست؛ چراکه ادای اولین گواهی مکروه است و به علاوه، به ندرت موقعیتی را می توان تصور کرد که گواه در معرض حد قذف قرار نگیرد و از آنجا که هدف از مجازات قذف، جلوگیری از نسبت دادن جرم به دیگری است؛ لذا به نظر می رسد شرع انور با در نظر گرفتن مجازات قذف برای اکثر قریب به اتفاق موارد خارجی، به دنبال جلوگیری از ادای گواهی، به جز در موارد نادر بوده است.

البته در موارد نادر که جرم به طوری در مرئی و منظر عموم بوده است که گواهان به هیچ عنوان در معرض حد قذف قرار نخواهد گرفت که تفصیل آن بیان خواهد شد، ادای گواهی بلا اشکال است.

۳. ۱. حد افترا در صورت گواهی توسط کمتر از نصاب

قرآن کریم تصریح فرموده است که: «لَوْ لَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ»^۱ از این آیه مبارکه می توان استنباط کرد که در صورتی که کمتر از چهار شاهد برای اثبات برخی از جرایم شهادت دهند، از نظر خداوند؛ یعنی شرعاً همه آن ها محکوم به دروغ گویی هستند، هر چند در واقع راست گفته باشند.

به طور مشخص در مسئله نسبت زنا بر محصنات، اگر تعداد گواهان کمتر از میزان لازم، مثلاً کمتر از چهار شاهد مرد باشد، همه گواهان مشمول حد قذف خواهند بود^۲ که به گفته جمعی از فقیهان در این خصوص اجماع وجود دارد^۳ و از بدیهیات فقه است.^۴

باید توجه داشت که مجازات قذف، تنها به دلیل نسبت خلاف واقع و دروغ گویی نیست؛ بلکه ممکن است قاذف راست گفته باشد، ولی هدف مجازات قذف، صیانت از آبروست؛ چیزی که آیه «لاتجسسوا»

۱. نور: ۱۳.

۲. محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۳۹/۴؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۲۶۶/۵.

۳. شهید ثانی، الروضة البهية، ۴۹/۹؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۴۶۴/۱۵؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۲۹۸/۴۱.

۴. فاضل لنگرانی، تفصیل الشریعة، ۱۲۰.

آن را تضمین کرده است.^۱

نتیجه این فرع آن است که اگر شخصی به هر دلیلی یکی از جرایم حق اللہ محض را مشاهده کرد و اکنون می‌خواهد در دادگاه شهادت دهد ولی می‌بیند که گواهان از نظر تعداد، واجد شرایط نیستند؛ مثلاً در جایی که چهار گواه مرد لازم است، تنها سه نفر هستند یا در جایی که شش گواه مرد و زن لازم است، فقط پنج نفر هستند، در این موارد، گواه نباید شهادت دهد؛ چراکه بر اساس آیه مبارکه ۱۳ سورة نور وقتی مدعی بر ادعای خود شاهد لازم را نیاورد، نزد خدا و شرعاً محکوم به دروغ‌گویی است؛ چه در واقع دروغ باشد یا راست گفته باشد. به همین دلیل است که تصریح شده است که^۲ اگر سه نفر این نوع جرایم را مشاهده کرده و یقین داشته باشند باز هم جایز نیست که اقدام به اقامه شهادت کنند.

بنابراین، حاصل فرع این است که اگر تعداد گواهان کمتر از نصاب مقرر باشد، ادای گواهی واجب نیست و ممکن است حرام باشد؛ چراکه از نظر قرآن کریم اگر چنین شخصی شهادت دهد، دروغ‌گوست و به حکم قرآن و نظرات فقیهان، باید بر او حد قذف جاری شود؛ یعنی نباید اقدام به ادای گواهی کند، چون بدیهی است که هدف از اجرای حد قذف، جلوگیری از نسبت دادن است که در اینجا به معنای جلوگیری از ادای گواهی خواهد بود.

۳. ۲. کراهت شهادت به عنوان اولین گواه

عبارت معروفی از امام علی (ع) نقل شده است که فرمودند: «لَا تُكُونُ أَوَّلَ الشُّهُودِ الْأَرْبَعَةِ أَحْسَنَى الرَّوْعَةِ أَنْ يَنْكُلَ بَعْضُهُمْ فَأُجْلَدَ»^۳ این روایت آن چنان مهم است که برخی از علما در چند کتاب خود بدان استناد کرده‌اند؛^۴ به این معنا که «من اولین نفر از شاهدان چهارگانه [برای اثبات زنا و مانند آن] نخواهم بود؛ نگران این موضوع هستم که برخی از گواهان، حاضر به ادای گواهی نشوند و من به شلاق محکوم شوم». این روایت به حدی معروف است که در منابع مذاهب اسلامی دیگر نیز نقل شده است.^۵

این خبر و روایت، حسن یا حسن کالصحیح یا صحیح است.^۶

البته برخی گفته‌اند که جمله «أَنْ يَنْكُلَ بَعْضُهُمْ فَأُجْلَدَ» ممکن است جزو روایت نباشد و منظور این

۱. فاضل مقداد، کنز العرفان، ۳۴۷/۲.

۲. ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۳۲.

۳. کلینی، الکافی، ۲۱۰/۷؛ فیض کاشانی، الوافی، ۲۵۸/۱۵.

۴. ابن بابویه، الفقیه، ۲۴/۴؛ ابن بابویه، علل الشرائع، ۵۴۰/۲؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۴۰۹/۲۷ و ۱۹۴/۲۸؛ حر عاملی، هداية، ۴۴۲/۸.

۵. هادی الی الحق، الأحکام، ۲۲۷/۲؛ ابن حجر عسقلانی، المطالب العالیة، ۵۰۲/۸.

۶. مجلسی، روضة المتقین، ۱۰/۱۰؛ مجلسی، مرآة العقول، ۳۲۳/۲۳؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۴۷۰/۱۵؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۵/۴۱؛ موسوی گلپایگانی، تقریرات، ۸۶/۱؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۲۱؛ روحانی، فقه الصادق، ۳۹۸/۲۵؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائده، ۴۵/۱۳.

است که: اولین گواه نخواهم بود، پس چهار گواه باید با هم شهادت دهند.^۱ برخی از محققان، این روایت را به معنای کراهت ادای گواهی به عنوان اولین گواه دانسته‌اند،^۲ چون اگر به معنای حرمت ادای اولین گواهی باشد، منطقاً شهادتی رخ نخواهد داد. فرض روایت در جایی است که گواهان از نظر تعداد کامل هستند و اکنون اولین گواه می‌خواهد گواهی دهد. بر اساس این روایت بهتر است گواه، به عنوان نفر اول ادای گواهی نکند، حداقل برداشتی که می‌شود از این روایت داشت، عدم وجوب ادای گواهی است؛ چون وجوب با کراهت جمع‌شدنی نیست. توضیح آنکه، فرض روایت، حضور چهار گواه است. اکنون که می‌خواهند شهادت بدهند، بر نفر اول مکروه است که اقدام به ادای شهادت کند. اگر نفر اول باتوجه به کراهت اقدام به ادای گواهی نکند، نوبت نفر دوم می‌شود و اگر او نیز به این کراهت توجه کند، کسی برای ادای شهادت باقی نمی‌ماند. اگر ادای شهادت واجب باشد، ادای اولین گواهی نمی‌تواند مکروه باشد.

ممکن است گفته شود که حدیث دال بر کراهت نمی‌تواند وجوب را تخصیص بزند، در حالی که در این روایت، عام و خاصی مطرح نیست؛ موضوعی که درباره آن کراهت وارد شده، دقیقاً همان موضوعی است که ممکن است واجب باشد؛ یعنی سؤال این است: ادای اولین گواهی در حق الله محض چه حکمی دارد و به استناد روایت، پاسخ کراهت است و به استناد عمومات، وجوب مطرح است.

با فرض اینکه عام و خاص مطرح باشد؛ یعنی عام، وجوب ادای گواهی و خاص، کراهت ادای اولین گواه باشد، از آنجاکه صدور این روایت قطعی است؛ یا این روایت، ادله عام وجوب شهادت را تخصیص می‌زند و ادای اولین گواهی واجب نیست، بلکه مکروه خواهد بود یا اینکه درباره ادای اولین گواهی، این دو حکم با هم تعارض دارند که در تعارض بین وجوب و کراهت، اصل عدم وجوب است.^۳

۳.۳. حد افترا در صورت عدم اجتماع همه گواهان

از امام صادق (ع) نقل شده است که به امام علی (ع) مراجعه شده بود در خصوص سه نفر که بر جرم زنا شهادت دادند، امام علی (ع) پرسیدند: نفر چهارم کجاست؟ گفتند که الان نفر چهارم می‌آید، ایشان فرمودند بر هر کدام از این سه نفر، حد قذف جاری کنید؛ چراکه نباید در اجرای حدود تأخیر کرد.^۴

۱. مجلسی، روضة المتقین، ۱۱/۱۰.

۲. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۴۰۹/۲۷؛ بروجری، جامع احادیث الشیعه، ۲۴۶/۲۵.

۳. انصاری، فراند الأصول، ۱۶۵/۲.

۴. «عن ابی عبد الله (ع)، فی ثلاثة شهدوا علی رجل بالزنا، فقال امیر المؤمنین (ع): این الرابع؟ فقالوا: الآن یجیء، فقال امیر المؤمنین (ع): حدوهم فلیس فی الحدود نظرة ساعة.» (کلینی، الکافی، ۲۱۰/۷؛ ابن بابویه، الفقیه، ۳۴/۴؛ طوسی، تهذیب، ۵۱/۱۰؛ حر عاملی، وسائل، ۱۹۴/۲۸).

این روایت با اندک تفاوتی در نقل‌های مختلف آمده است^۱ که برخی از نقل‌ها موثق^۲ یا قوی^۳ یا معتبر^۴ دانسته شده است، اما برخی از محدثان بعضی از اسناد روایت را ضعیف شمرده‌اند.^۵

در منابع اهل سنت نیز مشابه مضمون این روایات آمده است که حضرت رسول (ص) فرمودند: شهادت سه نفر یا دو نفر یا یک نفر بر زنا قبول نیست و بر آن‌ها حد قذف جاری می‌شود و دیگر شهادت این گواهان پذیرفتنی نخواهد بود.^۶

خلاصه اینکه، اگرچه برخی از نقل‌ها از این روایات ممکن است از نظر سندی محکم نباشند، ولی نقل آن‌ها در سه کتاب از کتب اربعه شیعه، اهمیت این موضوع و شهرت آن را نشان می‌دهد و بنا بر نظر صاحب جواهر و برخی دیگر، عمل فقها به مضمون حدیث، قصور سندی آن را جبران می‌کند.^۷ فقها بر اساس این روایات معتقدند: هر چهار گواه باید با هم در دادگاه حضور یابند و آماده ادای گواهی باشند و در صورت عدم تکمیل گواهان، بر همه افرادی که به تحقق جرم شهادت داده‌اند، حد قذف جاری می‌شود.^۸

این حکم اجماعی است^۹ یا تقریباً اجماعی است؛ با این توضیح که، صاحب جواهر گفته است که به جز ابن سعید حلی در کتاب الجامع، هیچ‌کس مخالف این حکم نیست.^{۱۰} البته این اجماع، اجماع مدرکی است و مورد خدشه واقع شده است.^{۱۱}

شایان ذکر است که برخی از فقها درباره اجرای مجازات قذف بر این گواهان در برخی از فروع مسئله ابراز تردید کرده‌اند؛ چراکه گواهان برای جلوگیری از فساد، اقدام به گواهی کرده‌اند و نه به هدف قذف

۱. کلینی، الکافی، ۲۱۰/۷؛ طوسی، تهذیب، ۵۱/۱۰؛ فیض کاشانی، الوافی، ۳۸۵/۱۵؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۹۶/۲۸ و ۹۷ و ۱۹۴؛ بروجردی، جامع احادیث الشیعه، ۳۶۱/۲۵.

۲. سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۶۲/۲۷.

۳. مجلسی، روضة المتقین، ۴۲/۱۰.

۴. خونی، القضاء والشهادات، ۱۳۹/۲.

۵. مجلسی، ملاذ الأخیار، ۹۹/۱۶ و ۳۲۳؛ مرآة العقول، ۳۲۳/۲۳.

۶. منقی، کنز العمال، ۴۲۸/۵.

۷. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۴/۴۱؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۳۰/۱.

۸. ابن بابویه، المقنع، ۴۰۳؛ علامه حلی، قواعد، ۵۲۵/۳؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ۴۷۶/۴؛ شهید ثانی، الرضة البهیة، ۵۳/۹؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳۵۶/۱۴؛ فاضل هندی، کشف اللام، ۴۲۹/۱۰؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۴۴۳/۱۳؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۴۴/۱۳؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۲۵/۱.

۹. سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۶۲/۲۷.

۱۰. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۴/۴۱.

۱۱. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۲۵/۱.

مسلمان اما در نهایت، نظر مشهور با اجماع را ترجیح می‌دهند.^۱

آنچه مسلم است عبارت است از اینکه در صورت عدم اجتماع چهار گواه، افراد حاضر نباید اقدام به ادای گواهی کنند یا حداقل ادای گواهی توسط آنان واجب نیست؛ چراکه بر اساس نظر مشهور فقها، به حد قذف محکوم خواهند شد. نمی‌شود که ادای گواهی توسط سه گواه واجد شرایط واجب باشد و درعین حال، به حد قذف محکوم شوند.

از روایات و فتاوی‌ی یادشده در این بخش نیز علاوه بر هشدار بر مؤمنان در مواضع مربوط به نوامیس، اهمیت صیانت از آبروی مسلمان نیز دانسته می‌شود.

بنابراین می‌توان از این فرع چنین نتیجه گرفت که اگر همه گواهان با هم حضور پیدا نکنند، ادای گواهی واجب نیست و ممکن است حرام باشد؛ چراکه منظور از مجازات قذف، جلوگیری از ادای این نوع گواهی است.

۳. ۴. حد افترا در صورت اجتماع همه گواهان و شهادت برخی از گواهان و نکول برخی دیگر

از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمودند: اگر سه نفر شهادت دهند و نفر چهارم از ادای گواهی امتناع ورزد، بر سه نفر حد قذف جاری می‌شود.^۲ این روایت، صحیح^۳ یا معتبر^۴ خوانده شده است. مشهور یا اجماع فقیهان،^۵ به استناد این روایت فتوا داده‌اند و معتقدند: اگر هر چهار گواه حاضر شوند و بعد از ادای گواهی توسط سه نفر، فرد چهارم حاضر به ادای گواهی نباشد، بر آن سه نفری که اقدام به ادای گواهی کردند، حد قذف جاری خواهد بود.^۶

برخی از فقها معتقدند: در این صورت نباید حد قذف اجرا شود؛ چون همه گواهان لازم حاضر شده‌اند و فرضشان این بوده است که همه بنابر وظیفه شرعی گواهی دهند،^۷ حتی علامه حلی تصریح کرده است که

۱. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۳۱/۱.

۲. «علی بن ابراهیم فی (تفسیر) عن أبیه، عن حماد، عن جریر، عن ابی عبد الله (ع) قال: القاذف یجلد ثمانین جلد و لا تقبل له شهادة ایدا إلا بعد التوبة أو یکذب نفسه، فان شهد له ثلاثة و أبی واحد، یجلد الثلاثة و لا تقبل شهادتهم حتی یقول أربعة: رأینا مثل المیل فی المکحلة.» (قمی، تفسیر القرآن الکریم، ۹۶/۲؛ فیض کاشانی، الصافی، ۴۱۹/۳؛ حر عاملی، وسائل، ۱۷۷/۲۸؛ بحرانی، البرهان فی تفسیر القرآن، ۴۸/۴؛ مجلسی، بحار الأنوار، ۱۱۷/۷۹؛ بروجردی، جامع احادیث الشیعة، ۴۵۴/۲۵).

۳. موسوی گلپایگانی، الدر المنضود، ۱۹۳/۱؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۲۳.

۴. خونی، القضاء و الشهادات، ۳۰۳/۲؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۰۳/۱.

۵. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۵/۴۱؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۳۲/۱.

۶. مقدس اردبیلی، مجمع الفائده، ۴۵/۱۳؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۶۳/۲۷؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۴۴۵/۱۳؛ روحانی، فقه الصادق، ۳۹۸/۲۵.

۷. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۳۲/۱؛ موسوی گلپایگانی، الدر المنضود، ۲۲۵/۱.

در این فرع نباید بر گواهان حد جاری شود، وگرنه دیگر هیچ گواہی حاضر به ادای گواہی نیست.^۱ این نظر علامه از نظر برخی از فقہا از دلایل اعتباری است که توان مقابله با نص را ندارد.^۲

تفاوت این فرع با فروع قبلی آن است که در این فرع، گواه هم از نظر تعداد و هم از نظر اجتماع و آمدن سایر گواهان به اطمینان رسیده است؛ یعنی مشاهده می‌کند که گواهان دیگر حاضر شده‌اند و تعداد آنان برای اثبات جرم کافی است، باین وجود اگر گواہی بدهد ولی گواه بعدی حاضر به ادای گواہی نباشد، به استناد نظر مشهور یا اجماع فقہا^۳ به حد قذف محکوم می‌شود.

به هر حال، روایات و مشهور فقہا این مورد را از موارد اجرای حد قذف می‌دانند و آنچه مسلم است این است که شاهد در معرض حد قذف است؛ چراکه اگر گواه آخر از ادای شهادت امتناع کند، به استناد روایت گفته شده و سخن مشهور فقیهان، بر سه گواه اول حد قذف جاری می‌شود. البته ممکن است اگر عدم سوء نیت او اثبات شود و قاضی از نظر غیر مشهور تبعیت کند، حد قذف بر او اجرا نشود.

وقتی گواه این چنین در معرض حد قذف است، کافی است که اندک تردیدی در گواه وجود داشته باشد که ممکن است گواهان بعدی شهادت ندهند که در این صورت بهتر است برای ادای گواہی حاضر نشود و می‌توان گفت که ادای شهادت بر او واجب نیست.

۳. ۵. حد افترا در صورت ثابت نشدن عدالت شهود

ابوبصیر از امام صادق (ع) نقل کرده است که درباره چهار نفر که بر زنا ی مردی شهادت دادند ولی عدالتشان ثابت نشده است، فرمودند که بر آنها حد قذف جاری می‌شود.^۴ اگرچه این روایت ضعیف دانسته شده است،^۵ اما برخی از فقہا بر اساس آن فتوا داده‌اند.^۶

تفصیل‌های مختلفی نیز مطرح شده است، مانند اینکه اگر رد شدن شهادت به دلیل فسق خفی باشد، اگرچه شهادت بر زنا ثابت نشده است ولی حد قذف نیز ثابت نمی‌شود.^۷

۱. علامه حلی، مختلف الشیعة، ۱۴۴/۹.

۲. طباطبائی، ریاض المسائل، ۴۴۵/۱۳؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۵/۴۱؛ روحانی، فقه الصادق، ۳۹۸/۲۵.

۳. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۵/۴۱؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۳۲/۱.

۴. «محمدين الحسن یاسناده عن الحسين بن سعيد، عن ابن محبوب، عن علی بن ابی حمزة، عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله فی اربعة شهدوا علی رجل بالزنا فلم يعدلوا، قال: یضربون الحد.» (طوسی، تهذیب، ۷۰/۱۰؛ فیض کاشانی، الوافی، ۳۸۶/۱۵؛ حر عاملی، وسائل، ۱۹۵/۲۸؛ بروج ردی، جامع احادیث الشیعة، ۴۷۵/۲۵).

۵. مجلسی، ملاذ الأخیار، ۱۳۹/۱۶؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۳۳؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۳۶/۱.

۶. ابن بابویه، المقتع، ۴۰۳؛ ابن بابویه، الهدایة، ۲۹۲/۲؛ علی بن موسی (ع)، فقه الرضا، ۲۶۲.

۷. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۴۷۶/۴؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۳۱/۱۰؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۶/۴۱؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۶۳/۲۷؛ خمینی، تحریر الوسیلة، ۴۹۴/۲؛ موسوی گلپایگانی، الدر المنضود، ۲۲۸/۱؛ مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۳۶/۱.

به هر حال، اگر گواهان تعدادشان کامل باشد ولی حکم به عدم عدالت برخی شود، همه گواهان ممکن است به قذف محکوم شوند. بنابراین، اگر چه به طور مستقیم بیان نشده است که ادای گواهی ممنوع است، اما می توان از این فرع چنین استنباط کرد که اگر گواه در خصوص اثبات عدالت سایر گواهان تردید داشته باشد بهتر است شهادت ندهد.

۳.۶. عدم تأیید معرفی شرکای جرم

صاحب وسائل الشیعه بابتی به این موضوع اختصاص داده است که اگر خانمی چهار مرتبه به زنا اقرار کند و نام زناکار را نیز اعلام کند، علاوه بر حد زنا به حد قذف محکوم می شود.^۱ از رسول الله (ص) نقل شده است که فرمودند: از خانمی که مرتکب فاحشه شده است مشخصات مرد را نپرسید.^۲

برخی از فقها سند حدیث را قوی می دانند^۳ و برخی معتقدند: سند حدیث ضعیف است.^۴ البته روایتی با مضمون مشابهی وجود دارد که صحیح است^۵ و در ادامه نقل می شود. از امام باقر (ع) نقل شده است که درباره مردی که به همسرش بگوید من با تو زنا کرده بودم، فرمودند بر مرد حد قذف واجب می شود.^۶

در روایت دیگری از چند طریق از امام علی (ع) نقل شده است که فرمودند: اگر از خانمی که مرتکب فاحشه شده است، مشخصات مرد پرسیده شود و او اعلام کند، علاوه بر زنا، حد قذف نیز بر خانم وارد می شود.^۷

برخی از فقها، سند حدیث را قوی می دانند^۸ و برخی نیز معتقدند سند حدیث ضعیف است.^۱ مشابه

۱. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۴۶/۲۸.

۲. «محمدين الحسن ياستاده عن احمد بن محمد، عن البرقي، عن النوفلي، عن السكوني، عن جعفر، عن ابيه، عن علي (ع) قال: قال رسول الله (ص): لا تسألوا الفاجرة من فجبك، فكما هان عليها الفجور يهون عليها أن ترمي البريء المسلم.» (طوسی، تهذيب، ۴۸/۱۰؛ ابن اشعث، الأشعثيات، ۱۳۸؛ فیض کاشانی، الوافی، ۳۶۷/۱۵؛ حر عاملی، وسائل، ۱۴۶/۲۸؛ نوری، مستدرک، ۷۱/۱۸؛ بروجردی، جامع احادیث الشیعه، ۴۱۸/۲۵؛ ابن حنون، دعائم الإسلام، ۴۶۷/۲).

۳. طباطبائی، ریاض المسائل، ۵۳۰/۱۵.

۴. مجلسی، ملاذ الاختیار، ۹۵/۱۶.

۵. مجلسی، ملاذ الاختیار، ۱۴۹/۱۶؛ مجلسی، مرآة العقول، ۳۲۴/۲۳؛ فاضل هندی، كشف اللثام، ۴۱۶/۱۰؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۵۳/۲۷.

۶. «محمدين يحيى، عن احمد بن محمد بن عيسى، عن ابن محبوب، عن العلاء بن رزين و ابى ايوب، عن محمد بن مسلم، عن ابي جعفر (ع) في رجل قال لامرأته: يا زانية أنا زنت بك قال: عليه حد واحد لقذفه إياها و أما قوله: أنا زنت بك فلا حد فيه إلا أن يشهد على نفسه أربع شهادات بالزنى عند الامام.» (كليني، الكافي، ۲۱۱/۷؛ ابن بابويه، الفقيه، ۵۱/۴؛ طوسی، تهذيب، ۷۶/۱۰؛ فیض کاشانی، الوافی، ۳۶۴/۱۵؛ حر عاملی، وسائل، ۱۹۵/۲۸).

۷. «و بهذا الإسناد عن علي (ع) قال: إذا سألت الفاجرة من فجبك؟ فقالت: فلان، جلدتها حدين: حدا للفجور و حدا لفريتها على الرجل المسلم.» (كليني، الكافي، ۲۰۹/۷؛ طوسی، تهذيب، ۴۸/۱۰ و ۶۷؛ فیض کاشانی، الوافی، ۳۶۷/۱۵؛ حر عاملی، وسائل، ۱۴۶/۲۸؛ نوری، مستدرک، ۷۱/۱۸؛ بروجردی، جامع احادیث الشیعه، ۴۱۸/۲۵).

۸. طباطبائی، ریاض المسائل، ۵۳۰/۱۵.

این روایت، در کتب دیگر حدیثی شیعی^۲ و نیز در دیگر منابع اسلامی^۳ آمده است. به طور کلی زمانی که فردی در زمان اقرار به زنا، طرف مقابل را نیز معرفی کند، ممکن است فقط عمل رابطه جنسی را گفته باشد که قذف نیست؛ چون شاید به وجه حلال یا شبهه‌ای باشد و ممکن است دیگری را به زنا متهم کرده باشد که در این صورت قذف است.^۴

اما برخی از فقہا نقل اجماع کرده‌اند که در چنین موردی، حتی اگر حد زنا بر مقرر ثابت نشود، حد قذف بر او اثبات خواهد شد^۵ و برخی دیگر معتقدند که در فرض مسئله، اگر حد قذف بر مقرر ثابت نشود، در همه فروض آن تعزیر به دلیل هتک حرمت دیگران ثابت است؛^۶ چراکه نسبت دادن رابطه جنسی به دیگری، خود نوعی هتک حرمت است.

بنابراین، در برخی گناهان و جرم‌ها که جنبه حق‌اللہی محض دارد، معرفی شریک جرم حتی با وجود سؤال دیگران، اگر سبب ایجاد حد قذف بر مقرر نباشد، حداقل سبب تعزیر بر او خواهد بود و از این طریق دانسته می‌شود که وظیفه کشف جرم که به عنوان مسئولیتی عام متوجه دادستان است، شامل این قبیل امور نمی‌شود و در این قبیل امور، وظیفه دادستان کشف جرم نیست.

توجه به واژه «مسلم» که در این روایات آمده نیز ضروری است؛ به این معنا که، احکام مذکور در این روایات مبنی بر عدم معرفی شرکای جرم، عام است و شامل همه مسلمانان می‌شود.

۳. ۷. وظیفه مؤمنان در خصوص ادای شهادت در حق‌اللہ محض

باتوجه به فرع‌های یادشده می‌توان به این نتیجه رسید که اگرچه در روایات و اقوال فقیهان، ادای گواهی در حق‌اللہ محض صراحتاً منع و حرام نشده است، اما ادای شهادت در حق‌اللہ محض با مخاطرات فراوانی روبه‌روست. به طور کلی، در مسئله نسبت فاحشه به مسلمانی، اگر گواهان از نظر تعداد کامل و درخور اعتماد باشند و همه شرایط و ارکان شهادت کامل باشد، ادای شهادت مشکلی ایجاد نمی‌کند و اشکالی ندارد، ولی به محض اینکه یکی از شرایط یکی از گواهان در معرض تردید باشد یا حتی یکی از گواهان از ادای شهادت امتناع کند، ممکن است گواه واجد شرایط، در معرض مجازات قذف قرار گیرد.

۱. مجلسی، ملاذ الأخیار، ۹۵/۱۶.

۲. ابن بابویه، عیون اخبار الرضا، ۴۳/۱؛ ابن‌اشعث، الأشعثیات، ۱۳۸؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۴۶/۲۸؛ مجلسی، بحار الأنوار، ۱۱۲/۷۶.

۳. زیدین‌علی، مسند الإمام زید، ۵۰۰.

۴. محقق حلّی، شرائع الإسلام، ۱۳۹/۴؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴۹/۹؛ فاضل‌هندی، کشف اللثام، ۴۱۶/۱۰؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۹۴؛ روحانی، فقه الصادق، ۳۹۰/۲۵.

۵. طباطبائی، ریاض المسائل، ۵۳۰/۱۵.

۶. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۸۳/۴۱.

یافتن چنین شرایط ایده‌آلی که گواه با خاطری آسوده اقدام به گواهی کند، بسیار نادر است. در همه این فرع‌ها، خطرات شهادت به فحشا به‌وضوح بیان شده است اما از سویی دیگر، دستوری ازسوی شارع مقدس یافت نمی‌شود که شهادت در حق‌الله محض را به‌خصوص توصیه فرموده باشد. بنابراین شاید بتوان گفت که هدف شارع آن است که تا جایی که ممکن است جرم زنا اثبات نشود.^۱ به‌بیان دیگر، هرچند جرم زنا و دیگر جرایم حق‌اللهی محض از گناهان بزرگ هستند و برای آن‌ها مجازات سنگین مقرر شده است، اما آموزه‌های روایی و فقهی نشانگر آن است که گویا هدف شارع در این قبیل امور، بیشتر پوشاندن جرم است، نه مجازات مجرم. بنابراین، در جایی که شخصی می‌خواهد گواهی دهد، درباره تعداد گواهان، عدالت گواهان دیگر و پذیرش گواهی از سوی دادگاه تردید داشته باشد، ادای شهادت چه‌بسا مکروه یا حرام باشد؛ چراکه در معرض اتهام قذف قرارگرفتن، خود گناهی بزرگ است. اما در جایی که از نظر گواه همه شرایط وجود داشته باشد و گواه تصور می‌کند که دادگاه نیز شرایط را کامل خواهد دید، باتوجه به ظاهر روایت «لَا أَكُونُ أَوَّلَ الشُّهُودِ الْأَرْبَعَةِ» بسیار بعید است بتوان حکم به وجوب ادای گواهی داد، به‌ویژه آنکه این روایت صحیح است، البته حکم به اباحه یا کراهت در مواردی نادر که همه شرایط گواهی و گواهان کامل است می‌تواند مستحکم باشد.

نتیجه‌گیری

در مواردی که جرم با حقوق اشخاص مرتبط است، مانند تجاوز به عنف یا ایجاد آسیب به دیگران، همه مسلمانان برحسب واجب کفایی وظیفه دارند واقعه و جرم را مشاهده و ادای شهادت کنند، اما در مواردی که حقوق اشخاص مطرح نیست و به اصطلاح حق‌الله محض است، تلاش برای مشاهده جرم با حرمت تجسس و وجوب اخلاقی ستر منافات دارد و نه تنها واجب نیست، بلکه چه‌بسا امری ناپسند و برخلاف آموزه‌های شارع به شمار می‌آید.

اگر به هر دلیلی شخصی جرمی را مشاهده کرد، ادای گواهی در جایی که احتمال معقولی برای اثبات جرم وجود ندارد؛ مانند آنکه گواهان از جهت تعداد یا شرایط، کامل نباشند، حرام یا مکروه است و برخلاف آیات قرآن و روایات است؛ چراکه بر اساس آیات، روایات و اقوال فقیهان، در چنین مواردی نه تنها جرم مربوط به حق‌الله ثابت نمی‌شود، بلکه گواه به دلیل نسبت دادن جرم به مجازات حد قذف محکوم می‌شود.

اما در مواردی که همه شرایط از نظر گواه موجود باشد، یعنی شاهد معتقد است که تعداد گواهان کامل

۱. مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۲۳/۱.

است و همه عادل‌اند و هیچ‌کدام منصرف نخواهند شد، در این صورت ادای شهادت هرچند حرمتی ندارد، ولی در مقام عمل، حکم به عدم وجوب درست‌تر به نظر می‌آید؛ چراکه در اکثر موارد قریب به اتفاق، احتمال عدم اثبات منتفی نیست و همیشه این احتمال دارد که جرم ثابت نشود، ولی قذف به راحتی ثابت می‌شود؛ چون گواه در حضور دادگاه جرم را به متهم نسبت داده بود. تنها جایی که خطر قذف ممکن است مطرح نباشد جایی است که احتمال اثبات جرم نزدیک به یقین باشد که بسیار نادر است؛ از این رو، به طور کلی می‌توان گفت: به نظر می‌رسد قاعده اصلی مستنبط از آیات و روایات و نظرات فقیهان، عدم وجوب ادای گواهی در حق‌الله محض است.

منابع

قرآن کریم

- ابن‌اشعث، محمد بن محمد. الأشعثیات. تهران: مکتبه نینوی الحدیثه. چاپ اول، بی‌تا.
- ابن‌بابویه، محمد بن علی. المقنع. قم: مؤسسه الإمام الهادی. ۱۴۱۵ق.
- ابن‌بابویه، محمد بن علی. الهدایة فی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه الإمام الهادی. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- ابن‌بابویه، محمد بن علی. علل الشرائع. نجف: المکتبه الحیدریه. ۱۳۸۳ق.
- ابن‌بابویه، محمد بن علی. عیون اخبار الرضا. بیروت: اعلمی. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- ابن‌بابویه، محمد بن علی. کتاب من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.
- ابن‌حجر عسقلانی، احمد بن علی. المطالب العالیة بزوائد المسانید الثمانیة. ریاض: دار العاصمة. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- ابن‌حیون، نعمان بن محمد. دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام. قم: آل‌البيت (ع). چاپ دوم، ۱۳۸۵ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبه الإمام امیرالمؤمنین (ع). چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- استادی، رضا. «حق‌الله و حق‌الناس»، نور علم. دوره ۳، ش ۳، مهر ۱۳۶۷، ۱۵۳ تا ۱۶۸.
- امام زین‌العابدین علیه‌السلام. الصحیفة السجادیة. قم: نشر الهادی. چاپ سوم، ۱۳۷۸.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الأصول. قم: مجمع الفکر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- بحرانی، هاشم بن سلیمان. البرهان فی تفسیر القرآن. قم: البعثة. بی‌تا.
- بروجردی، حسین. جامع احادیث الشیعة. قم: بی‌تا. ۱۳۹۹ق.
- حراملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل المسائل الشریعة. قم: آل‌البيت (ع). ۱۴۱۴ق.
- حراملی، محمد بن حسن. هدایة الأمة الی أحكام الأئمة. بی‌جا: مجمع البحوث الإسلامیة. بی‌تا.
- حسن‌زاده، مهدی. «اثر تعذر حضور شاهد برای ادای گواهی»، حقوق اسلامی. دوره ۹، ش ۳۵، بهمن ۱۳۹۱،

- خمینی، روح الله. تحریر الوسیلة. نجف: دار الکتب العلمیة. چاپ اول، ۱۳۹۰ق.
- خوئی، ابوالقاسم. القضاء و الشهادات. قم: مکتبة الإمام الخوئی. چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
- روحانی، محمدصادق. فقه الصادق. قم: مدرسه الإمام الصادق(ع). چاپ سوم، ۱۴۱۲ق.
- روحانی مقدم، محمد. «آثار قضایی حق الله و حق الناس»، فقه و مبانی حقوق. دوره ۲، ش ۱، پاییز ۱۳۸۴، ۹۹ تا ۱۱۱.
- زیدبن علی. مسند الإمام زید. بیروت: دار مکتبة الحیة. بی تا.
- سبزواری، عبدالأعلى. مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام. بی جا: آیت الله العظمی سیدسبزواری. ۱۴۱۷ق.
- شافعی، محمدبن ادريس. الأم. بیروت: دار المعرفة. ۱۴۱۰ق.
- شاکری، ابوالحسن و مسعود قاسمی. «پاسخ به جرم مشهود در سیاست جنایی ایران با نگاهی به حقوق انگلستان»، پژوهش های دانش انتظامی. دوره ۱۸، ش ۱، بهار ۱۳۹۵، ۸۳ تا ۱۰۲.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: داوری. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية. ۱۴۱۹ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. تهران: دار الکتب الإسلامية. چاپ هفتم، ۱۳۶۴.
- صدری، سیدمحمد؛ خدیجه صادقی موحد. «گستره گواهی و شهادت زن در اسلام»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی. دوره ۱۱، ش ۴۱، پاییز ۱۳۹۴، ۷۱ تا ۹۶.
- طباطبائی، علی بن محمد(ع). ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل. قم: آل البيت(ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- طباطبائی، محمدحسین. المیزان فی تفسیر القرآن. قم: اسماعیلیان. ۱۳۷۲.
- طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: مؤسسة الأعلمی. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- طوسی، محمدبن حسن. تفسیر التبیان. بیروت: احیاء التراث العربی. بی تا.
- طوسی، محمدبن حسن. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۳۶۳.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: مؤسسة امام صادق. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- علی بن موسی(ع)، امام هشتم. فقه الرضا(ع). مشهد: المؤتمر العالمی للإمام الرضا. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: الحدود. قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

مظهر قراملكی، محب الرحمان؛ واکاوی حکم فقهی تحمل و ادای گواهی در جرایم حق‌الله محض / ۲۰۷

فاضل لنکرانی، محمدجواد. «قاعدة فقهی تقدم حق الناس بر حق الله»، فقه و اجتهاد. س ۵، ش ۱۰، مهر ۱۳۹۷، ۲۵ تا ۹.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. كنز العرفان في فقه القرآن. تهران: مكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية. ۱۳۴۳. فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام و الأبهام في شرح قواعد الأحكام. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن. ایضاح الفوائد في شرح إشکالات القواعد. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۳۸۹ق. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. الصافی فی التفسیر القرآن. تهران: مكتبة الصدر. چاپ چهارم، ۱۴۱۶ق. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. المحجة البيضاء. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ چهارم، ۱۴۱۷ق. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. الوافی. اصفهان: مكتبة الإمام امیرالمؤمنین علی العامة. ۱۴۱۱ق. قمی، علی بن ابراهیم. تفسیر القرآن الکریم. بیروت: دار السورور. چاپ اول، بی تا. کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الكتب الإسلامية. چاپ سوم، ۱۳۶۲. مامقانی، عبدالله. مرآة الکمال. قم: دلیل ما. چاپ پنجم، ۱۳۸۵.

متقی، علی بن حسام الدین. كنز العمال في سنن الأقوال و الأفعال. بیروت: مؤسسة الرسالة. چاپ پنجم، ۱۴۰۱ق. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. بحار الأنوار الجامعة لدرر اخبار الأئمة الأطهار. بیروت: الوفاء. چاپ دوم، بی تا. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. مرآة العقول في شرح اخبار آل الرسول. تهران: دار الكتب الإسلامية. چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: مكتبة آيت الله المرعشي. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی. روضة المتقين. بی جا: کوشانپور. چاپ دوم، ۱۴۰۶ق. محقق حلّی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. تهران: استقلال. چاپ دوم، ۱۴۰۹ق. مفید، محمد بن محمد. الإختصاص. بیروت: دار المفید. بی تا. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. زبدة البیان فی أحكام القرآن. تهران: مكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، چاپ اول، بی تا.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الأذهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

مکارم شیرازی، ناصر. انوار الفقاهة؛ کتاب الحدود و التعزیرات. قم: مدرسة الإمام امیرالمؤمنین، چاپ اول، ۱۳۷۷. موسوی گلپایگانی، محمد رضا. الدر المنضود في احكام الحدود. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول، ۱۴۱۲ق. موسوی گلپایگانی، محمد رضا. تقریرات الحدود و التعزیرات. قم: مركز اطلاعات و مدارك اسلامي. ۱۳۸۶.

میرخلیلی، احمد؛ عباس کلانتری خلیل آباد و دیگران. «قلمرو شفاعت در اقسام مجازات»، فقه و اصول. دوره ۵۱، ش ۴، اسفند ۱۳۹۸، ۱۱۵ تا ۱۳۷.

نراقی، احمد بن محمد مهدی. معراج السعادة. قم: هجرت. بی تا.

نصیرالدین طوسی، محمد بن محمد. اخلاق ناصری. تهران: علمیة اسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

نوبهار، رحیم. «بررسی فقهی الزام به ادای شهادت در دعاوی کیفری»، تحقیقات حقوقی. دوره ۷، ش ۴۰، دی ۱۳۸۳، ۹۳ تا ۱۵۴.

نوری، حسین بن محمد تقی. مستدرک الوسائل. قم: آل البيت. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.

ورعی، سید جواد. «امربه معروف و نهی از منکر و گناهان پنهان و آشکار»، حکومت اسلامی. دوره ۱۷، ش ۶۵، پاییز ۱۳۹۱، ۸۱ تا ۱۰۴.

هادی الی الحق، یحیی بن حسین. الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. صنعاء: مكتبة اليمن الكبرى. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

Transliterated Bibliography

Abū al-Ṣalāḥ Ḥalabī. Taqī ibn Najm. *al-Kāfī fī al-Fiqh*. Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Mu'minin(AS).

Chāp-i Awwal, 1983/1403.

‘Alī ibn Mūsā(AS), Imām Hashtum. *Fiqh al-Riḍā(AS)*. Mashhad: al-Mu’tamar al-‘Ālamī Li-al-Imām al-Riḍā.

Chāp-i Awwal, 1986/1406.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī’a fī Ahkām al-Sharī’a*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī.

Chāp-i Duvvum, 1993/1413.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā’id al-Ahkām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī1. Chāp-i Awwal,

1998/1419.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Ahkām al-Sharīyah ‘alā Madhab al-Imāmiya*. Qum: Mū’assisah-

yi Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Farā’id al-‘Uṣūl*. Qum: Majm‘ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Awwal,

1998/1419.

Bahrānī, Ḥāshim ibn Sulaymān. *al-Burhān fī Tafsīr al-Qurān*. Qum: al-Ba’tḥa. s.d.

Burūjirdī, Ḥusayn. *Jāmi‘ Ahādith al-Shī’a*. Qum: s.n. 1979/1399.

Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām fī Sharḥ Qawā’id al-Ahkām*. Qum:

Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Fāḍil Miqdād, Miqdād ibn ‘Abd Allāh. *Kanz al-‘Irfān fī Fiqh al-Qurān*. Tehran: Maktaba al-Murtaẓawīya li-Iḥyā’ al-‘Āsār al-Ja‘fariya. 1965/1343.

Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan. *Idāḥ al-Fawā’id fī Sharḥ Ishkālāt al-Qawā’id*. Qum: Ismā‘īliyyān. Chāp-i Awwal, 1970/1389.

Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *al-Maḥja al-Bayḍā’*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Chāhārum. 1996/1417.

Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *al-Ṣāfi fī al-Tafsīr al-Qurān*. Tehran: Maktaba al-Ṣadr. Chāp-i Chāhārum. 1995/1416.

Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *al-Wāfi*. Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Mu‘minīn ‘Alī al-‘Āmah. 1991/1411.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad Javād. “Qawā’id-yi Fiqhī Taqadum Haqq al-Nās bar Haqq Allāh”, *Fiqh va Ijtihād*. Yr. 5, no. 10, Mihr 2019/1397, 9-25.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī‘a fī Sharḥ Taḥrīr al-Wasīla; al-Hudūd*. Qum: Markaz-i Fiqh al-A‘imma al-Aṭṭhar(AS). Chāp-i Awwal, 2002/1422.

Hādī ilā al-Haqq, Yahyā ibn Ḥusayn. *al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. San‘ā: Maktaba al-Yaman al-Kubrā. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Ḥasanzādih, Mahdī. “Aṣar Ta‘adhur Ḥuẓūr Shāhid Barāy Adāy Guvāhī”, *Huqūq Islāmī*. Durīh-yi 9, no. 35, Bahman 2013/1391, 95-111.

Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Hidāya al-Mah ilā Aḥkām al-A‘immah*. s.l. Majma‘ al-Buḥūth al-Islāmiyya. s.d.

Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā’il al-Shī‘a ilā Taḥṣīl Masā’il al-Sharī‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1994/1414.

Ibn Ash‘ath, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Ash‘athiyāt*. Tehran: Maktaba Niynawā al-Ḥadītha. Chāp-i Awwal, s.d.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Hidāya fī al-Uṣūl wa al-Furū’*. Qum: Mū’assisa al-Imām al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *al-Muqni‘*. Qum: Mū’assisa al-Imām al-Hādī. 1995/1415.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *‘Ilal al-Sharāi‘*. Najaf: al-Maktaba al-Ḥidariyya. 1964/1383.

- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1984/1404.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *‘Uyūn Akhbār al-Rizā*. Beirut: A’alamī. Chāp-i Awwal, 1984/1404.
- Ibn Ḥajar ‘Asqalānī, Aḥmad ibn ‘Alī. *al-Maṭālib al-‘Āliyah bi Zawā’id al-Masānīd al-Thamāniya*. Riyāḍ: Dār al-‘Āsimah. Chāp-i Awwal, 1998/1419.
- Ibn Ḥiyūn, Nu’mān ibn Muḥammad. *Da’ā’im al-Islām wa Dhikr al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwwum, 1966/1385.
- Imām Zayn al-‘Ābidīn(AS). *al-Ṣaḥīfah-yi al-Sajādiyah*. Qum: Nashr-i al-Hādī. Chāp-i Sivum, 1999/1378.
- Khū’ī, Abū al-Qāsim. *al-Qaḍā’ wa al-Shahādāt*. Qum: Maktaba al-Imām al-Khū’ī. Chāp-i Awwal, 2007/1428.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Taḥrīr al-Wasīlah*. Najaf: Dār al-Kutub ‘Ilmiyyah. Chāp-i Awwal, 1971/1390.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya’qūb. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Sivum, 1983/1362.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi‘a li-Durar Akhbār A’imma al-Aṭḥār*. Beirut: al-wafā’. Chāp-i Duvvum, s.d.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Malādh al-Akhyār fi Fahm Tahdhib al-Akhbār*. Qum: Maktaba Āyat Allāh al-Mar‘ashī. Chāp-i Awwal, 1987/1407.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Mir’āt al-‘Uqūl fi Sharḥ Akhbār Āl al-Rasūl*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Duvvum, 1983/1403.
- Majlisī, Muḥammad Taqī ibn Maqṣūd ‘Alī. *Rawḍa al-Muttaqīn*. s.l. Kūshānbūr, 1986/1406.
- Makārim Shīrāzī, Nāsir. *Anwār al-Faqāhah; Kitāb-i al-Ḥudūd wa al-Ta’zīrāt*. Qum: Madrisah-yi al-Imām Amīr al-Mu’minīn, Chāp-i Awwal, 1998/1377.
- Māmaqānī, ‘Abd Allāh. *Mir’āt al-Kamāl*. Qum: Dalīl-i Mā. Chāp-i Panjum, 2007/1385.
- Mīr Khalīl, Aḥmad; ‘Abbās Kalāntarī Khalīlābād et al. “Qalamrū Shafā’at dar Aqsām Mujāzāt”, *Fiqh va Uṣūl*. Durīh-yi 15, no. 4, Isfand 2020/1398, 115-137.
- Mufīd, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Ikhtisāṣ*. Beirut: al-Dār al-Mufīd. S.d.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Sharā‘ al-Islām fi Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Tehran: Istiqlāl. Chāp-i Duvvum, 1989/1409.
- Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Fā’ida wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Zubda al-Bayān fī Ahkām al-Qurān*. Tehran: al-Maktaba al-Murtaẓawīya Ihya' Āsar Ja'fariya. Chāp-i Awwal, s.d.

Musawī Gulpāygānī, Muḥammad Riḍā. *al-Durr al-Manḍūd fī Ahkām al-Hudūd*. Qum: Dār al-Qurān-i al-Karīm. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Musawī Gulpāygānī, Muḥammad Riḍā. *Taqrīrāt al-Hudūd wa al-Ta'zīrāt*. Qum: Markaz-i Itilā'āt va Madārik-i Islāmī. 2008/1386.

Muttaqī, 'Alī ibn Ḥisām al-Dīn. *Kanz al-'Ummāl fī Sunan al-Aqwāl wa al-Af'āl*. Beirut: Mū'assisa Risālah. Chāp-i Panjum, 1981/1401.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mī' rāj al-Sa'āda*. Qum: Hijrat. S.d.

Naṣīr al-Dīn Ṭūsī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Akhlaq Nāsirī*. Tehran: 'Ilmiyya Islāmiyya, Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Nūbahār, Raḥīm. "Barrīsī Fiqhī Ilzām bi Adāy Shahādāt dar Da'āvi Kiyfari", *Tahqīqāt Huqūqī*. Durīh-yi 7, no. 40, Diy 2005/1383, 93-154.

Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS) . Chāp-i Duvvum, 1988/1408.

Qumī, 'Alī ibn Ibrāhīm. *Tafsīr al-Qurān al-Karīm*. Beirut: Dār Surūr. Chāp-i Awwal, s.d.

Qurān-i Karīm

Rūḥānī Muqadam, Muḥammad. "Āsar Qaḍāyī Haqq Allāh va Haqq al-Nās", *Fiqh va Mabānī Huqūq*. Durīh-yi 2, no. 1, autumn 2005/1384, 99-111.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Fiqh al-Ṣādiq(AS)*. Qum: Madrisah-yi al-Imām al-Ṣādiq (AS). Chāp-i Sivum, 1992/1412.

Sabzawārī, 'Abd al-'Alā. *al-Muhadhdhab al-Ahkām fī Bayān al-Halāl wa al-Harām*. s.l. Āyat Allāh al-'Uzmā Sayyid Sabzawārī. 1996/1417.

Ṣadrī, Sayyid Muḥammad; Khadījīh Ṣādiqī Muwaḥhid. "Gustariḥ-yi Gūvāhī va Shahādāt Zan dar Islām", *Pazhūhish-hā-yi Fiqh va Huqūq Islāmī*. Durīh-yi 11, no. 41, autumn 2016/1394, 71-96.

Ṣāḥib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Haftum, 1985/1364.

Shāfi'ī, Muḥammad ibn Idrīs. *al-Umm*. Beirut: Dar al-Ma'rifa. 1990/1410.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fī Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqīya*. Qum: al-Dāwarī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i al-Islām*. Qum: Mū'assisa al-Ma'ārif al-Islāmiyya. 1998/1419.

Shākiri, Abū al-Ḥasan va Mas'ūd Qāsimī. "Pāsukh bi Jurm Mashhūd dar Siyāsat Jināyī Irān bā Nigāhi bi Ḥuqūq Ingilistān", *Pazhūhish-hā-yi Dānish Intizāmī*. Durīh-yi 18, no. 1, spring 2017/1395, 83-102.

Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *Majma' al-Bayān fī Tafsīr al-Qurān*. Beirut: Mū'assisa al-A'lamī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Ṭabāṭabāyī, 'Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ al-Masā'il fī Bayān Ahkām al-Shar' bi al-Dalā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fī Tafsīr al-Qurān*. Qum: Ismā'iliyān. 1993/1372.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafsīr al-Tibyān*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī. s.d.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhīb al-Ahkām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum, 1984/1363.

Ustādī, Rizā. "Ḥaqq Allāh va Ḥaqq al-Nās", *Nūr 'Ilm*. Durīh-yi 3, no. 3, Mihr 1988/1367, 153-168.

Wara'ī, Sayyid Javād. "Amr-i bi Ma'rūf va Nahy az Munkar va Gunāhān Pinhān va Āshikār", *Hukumat Islāmī*. Durīh-yi 17, no. 65, autumn 2013/1391, 81-104.

Yazīd ibn 'Alī. *Musnad al-Imām Yazīd*. Beirut: Dār Maktaba al-Ḥayāt. S.d.



Positive and Negative Doctrines: Convergence or Divergence (A comparative Study in Moral Philosophy and Jurisprudential *ʿUṣūl*)

Mahdi Narimanpour  (Corresponding Author)

PhD Candidate, Fiqh and Private Law, Shahid Motahari University, Mashhad, Iran

Email: narimanpour71@gmail.com

Dr. Mohammad Bahrami Khoshhar

Associate Professor, Department of Fiqh, Shahid Motahari University, Mashhad, Iran

Masoud Narimanpour

MA Graduate, Private Law, Farabi College, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

Utilitarianism, as one of the theories discussed in normative ethics, is considered to be one of the most influential theories in moral philosophy. Traces of this theory can be found in many prevalent sciences. The theory is in accordance with the tradition of *ʿuqalā* (the wise) and has a long-standing history in the theological context despite its considerable growth in the non-theological space in the West. For instance, it can be observed where questions of virtue and vice are discussed. At its core, utilitarianism is a commendable concept that can also be advocated based on reason. However, scholars hold significantly different views regarding the quality of utilitarian thinking. Some take the maximization of happiness and the reduction of suffering as the model of utilitarianism. On the other hand, a group of thinkers center their utilitarianism around the reduction of suffering, which has multiple interpretations, including absolute, weak, moderate, and threshold negativisms. A similar tendency and pattern can be observed among scholars of *ʿUṣūl*, where some prioritize the avoidance of mischief (*muṣṣidih*), some prioritize attracting benefit (*maṣlaḥat*), some give precedence to the avoidance of mischief only in case of conflicting priorities, and yet some advocate for a balanced approach (*takhyīr*), considering the importance of benefit and mischief to be the criterion for preference except in cases where priorities are conflicting. The present research analyses the various approaches to utilitarianism and its justifications, using the analytical method and relying on library sources. It seems that the theory of negativism is weak and prioritizing the avoidance of mischief is logical and justified in case of conflict, whereas the principle of priorities (*ʾaham va muhim*) applies to non-conflicting cases.

Keywords: utilitarianism, positive utilitarianism, negative utilitarianism, benefit (*maṣlaḥat*), mischief (*muṣṣidih*), principle of priorities (*ʾaham va muhim*)



This is an open access article under the CC BY license: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



دکترین مثبت و منفی؛ هم‌گرایی یا واگرایی (مطالعه تطبیقی در فلسفه اخلاق و اصول فقه)

مهدی نریمانپور (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

Email: narimanpour71@gmail.com

دکتر محمد بهرامی خوشکار

دانشیار گروه فقه دانشگاه شهید مطهری

مسعود نریمانپور

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی پردیس فارابی

چکیده

«فایده‌گرایی» از جمله نظریات مطرح‌شده در اخلاق هنجاری و از نظریات بسیار تأثیرگذار در فلسفه اخلاق است و ردپای آن را می‌توان در بسیاری از علوم مرسوم دید؛ اندیشه‌ای مبتنی بر سیره عقل که علاوه بر رشد چشمگیر آن در فضای غیرالهیاتی در دنیای غرب، در فضای الهیاتی نیز سابقه دیرینه داشته است؛ از جمله در دین اسلام که می‌توان رد پای آن را در ضمن مسئله حسن و قبح مشاهده کرد. نفس فایده‌گرایی، امری نیکوست که عقل نیز بدان حکم می‌کند؛ باوجوداین، میان اندیشمندان در کیفیت فایده‌اندیشی تفاوت‌های بسیار چشمگیری وجود دارد: برخی، حداکثرسازی شادی و کاهش رنج را الگوی فایده‌گرایی و عده‌ای دیگر، کاهش رنج را محور فایده‌گرایی قرار داده‌اند که دارای خواص متعددی است، از جمله: منفی‌گرایی مطلق، ضعیف، متوسط و آستانه‌ای. شبیه دو گرایش مذکور و الگوهای مشابه را می‌توان در میان علمای اصول نیز یافت. آنگونه که برخی اولویت را به دفع مفسده و برخی به جلب مصلحت و برخی دیگر، صرفاً در مقام تراحم به دفع مفسده داده‌اند و برخی نیز قائل به تخییر شده و در غیر از موارد تراحم، اهمیت مصلحت و مفسده را سنجه ترجیح دانسته‌اند. این نوشتار با روش تحلیلی توصیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای می‌کوشد به تحلیل رویکردهای متعدد فایده‌گرایی و استدلال آن‌ها بپردازد. حاصل تحقیق اینکه به نظر می‌رسد نظریه منفی‌گرایی، دچار ضعف بوده و اولویت دفع مفسده در صورت تراحم و جریان قاعده‌ای مهم و مهم در غیر موارد تراحم، منطقی و موجه است.

واژگان کلیدی: فایده‌گرایی، فایده‌گرایی مثبت، فایده‌گرایی منفی، مصلحت، مفسده، اهم و مهم.

مقدمه

در سال‌های اخیر، مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق و فلسفه اخلاق رشد چشمگیری داشته است؛ به‌گونه‌ای که مباحث شایان توجهی از فلسفه اخلاق در حوزه حقوق به کار گرفته شده است؛ از آن جمله مباحث، فایده‌اندیشی است که دامنه مباحث آن را می‌توان در بسیاری از علوم؛ از جمله اقتصاد، جامعه‌شناسی، علوم سیاسی و حقوق مشاهده کرد. فایده‌گرایی گرچه در آثار فیلسوفان مقدم همچون اپیکور مشاهده می‌شود، ولی نظام‌واره‌بودن آن با بن‌تأم شروع شد و افرادی همچون جان استوارت میل و هنری سیجویک آن را بسط و توسعه داده‌اند. این گونه از فایده‌گرایی، موسوم به فایده‌گرایی مثبت است که قائل به حداکثرسازی شادی و کاهش رنج بوده‌اند. فایده‌گرایی مثبت از نقادی مصون نمانده و از جهات متعدد نقد شده که منجر به ظهور مکاتب متعددی شده است، از جمله: فایده‌گرایی انتخاب عقلانی، فایده‌گرایی اولویت‌گر، فایده‌گرایی قاعده‌محور و... یکی از این مکاتب، فایده‌گرایی منفی است که در واقع در تقابل با فایده‌گرایی مثبت است. این نوع از فایده‌گرایی اولین بار توسط کارل پوپر مطرح شد؛ گرچه تسمیه آن به فایده‌گرایی منفی توسط «ر. ن. اسمارت» انجام گرفت^۱ و بعد از وی نیز با این تسمیه به حیات خود ادامه داده است. فایده‌گرایی منفی مثبت‌گرایان را از این نظر محل نقادی قرار داده است که لازمه فایده‌گرایی مثبت این است که میان رنج و شادی و در سطح وسیع میان امور مثبت و منفی، تقارن و هم‌سویی وجود دارد، حال آنکه میان امور مثبت و منفی هم‌گرایی وجود ندارد.

مناقشه اخیر صرفاً در مکاتب غربی مطرح نبوده، بلکه در اسلام نیز خصوصاً در فقه اسلامی در ذیل برخی از مباحث اصولی و فقهی در قالب مفاهیمی؛ همچون مصلحت و مفسده، قاعده اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت و همچنین وجود رویکردهای با اولویت دفع مفسده در مکاتب فقهی، از جمله فقه شیعی نیز همواره مطرح بوده است.

در این جستار می‌کوشیم با تبیین مدعای فایده‌گرایی مثبت و منفی و استدلال‌های آنان و همچنین بیان رویکردهای اندیشمندان اصول، تقارن یا عدم تقارن امور مثبت و منفی روشن شود.

تتبع در پایگاه‌های علمی، از جمله نورمگز نشان می‌دهد که پژوهش‌های متعددی در خصوص فایده‌گرایی مثبت انجام شده، لکن در زمینه فایده‌گرایی منفی پژوهشی صورت نگرفته است؛ لذا مقتضی است که در این زمینه پژوهش صورت بگیرد و آرا و استدلال‌های آن‌ها بررسی شود.

ابتدا به تعریف رنج و شادی و مصلحت و مفسده و ارتباط میان مفاهیم و سپس به بررسی فایده‌گرایی

مثبت و منفی و استدلال‌های طرفین می‌پردازیم و در نهایت، رویکردهای علمای اصول در خصوص تقارن یا عدم تقارن امور مثبت و منفی، احصا و ادله آن‌ها بررسی می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی شادی و رنج و نسبت آن با مفهوم مصلحت و مفسده

أ. **تعریف رنج و شادی:** همان‌طوری که در مقدمه گفته شد، فایده‌گرایی منفی به‌عنوان واکنشی در مقابل فایده‌گرایی کلاسیک (مثبت) ظهور پیدا کرده است؛ مقتضای چنین وضعیتی این است که در این مکتب نیز رویکرد لذت‌گرایانه از فایده‌گرایی وجود داشته باشد. لذا مشاهده می‌شود که گروهی از نویسندگان با همین رویکرد اقدام به تعریف رنج و شادی کرده‌اند. مطابق این رویکرد، شادی عبارت است از لذت و فقدان درد.^۱

به مقتضای این تعریف، رنج نیز عبارت است از درد و فقدان لذت. مطابق خوانش لذت‌گرایانه، شادی و رنج هر دو احساس هستند؛ شادی عبارت است از آنچه که انسان نسبت بدان احساس خوبی دارد و رنج عبارت است از آنچه که انسان بدان احساس بدی دارد.^۲

در واقع این عده از نویسندگان با تعریف لذت‌گرایانه از شادی و رنج، سایر تعاریف (از جمله تعاریف طرفداران فایده‌گرایی ایده‌آل و فایده‌گرایی ترجیحی) را از موضوع بحث خارج دانسته‌اند؛ چراکه معتقدند تمایلات و ترجیحات، فراتر از احساسات است.^۳ در مقابل، برخی موضوع نزاع را اعم گرفته‌اند و مطلق‌دکترین منفی و مثبت را مدّ نظر فایده‌گرایی منفی دانسته‌اند.^۴ منظور از دکترین مثبت عبارت است از هرآنچه که مثبت است؛ خواه شادی، خواه فایده و سود، خواه تمایل، خواه ترجیح و... و منظور از دکترین منفی عبارت است از هرآنچه که منفی است؛ به عبارت دیگر، هرآنچه ناخواستنی است.^۵

ب. **تعریف مصلحت و مفسده:** اندیشمندان اسلام، تعاریف متعددی از مصلحت ارائه کرده‌اند. در بخشی از این تعاریف، مصلحت را عبارت دانسته‌اند از محافظت بر مقصود شارع.^۶ عده‌ای نیز مصلحت را به جلب منفعت و دفع ضرر تعریف کرده‌اند.^۷ بعضی نیز مصلحت را به صلاح و صلاح را به نفع، بدون

۱. Mulgan, understanding utilitarianism, 21.

۲. Mayerfeld, the Moral Asymmetry of Happiness and Suffering, 318.

۳. Mayerfeld, the Moral Asymmetry of Happiness and Suffering, 318.

۴. Knutsson, What Is the Difference between Weak Negative and Non-Negative Ethical Views? 3.

۵. Mayerfeld, the Moral Asymmetry of Happiness and Suffering, 317.

۶. غزالی، المستصفی، ۱۷۴/۱؛ طوفی، رسالة فی رعاية المصلحة، ۲۵؛ زرکشی، تشنیف المسامع، ۱۳/۳.

۷. ابن‌فداه، روضة الناظر و جنة المناظر، ۴۷۸/۱؛ محقق حلی، معارج الاصول، ۲۲۱.

اشاره به دفع ضرر تفسیر کرده‌اند.^۱

گروهی نیز مصلحت را به لذت و فرح یا آنچه که وسیله لذت و فرح است و مفسده را به الم و غم شناسانده‌اند. لذت و الم را نیز اعم از جسمی و روحی و عقلی یا دنیوی و اخروی می‌دانند.^۲ تعاریف مذکور، اهم تعاریف ارائه شده از مصلحت است و دارای نکات و اعتراضات و اشکالات متعددی است که هرکدام از صاحب نظران در واکنش به این امور، تعریفی مجزا از مصلحت به عمل آورده‌اند، ولی عمده تفاوت میان این تعاریف را باید تقیید یا عدم تقیید به شرع دانست؛ مطابق این تقیید، «مصلحت» امری شرعی است،^۳ ولی بنابر عدم تقیید، «مصلحت» امر عرفی است.^۴ این بدین معناست که مطابق مصلحت عرفی، مصلحت از جنس مضرات و منافع است که بشر از آن می‌فهمد و حال آنکه مطابق مصلحت شرعی، مصلحت فراتر از مضرات و منافع مورد درک بشر است. در واقع، تعریف به مصلحت عرفی، تعریف نزدیک به تعریف مکاتب غربی است.

ج. نسبت رنج و شادی با مصلحت و مفسده: در این بخش، نسبت میان مفاهیم؛ از قبیل تقارن و تباعد سنجیده می‌شود و بدین ترتیب، ارتباط این مفاهیم بیشتر فهمیده می‌شود.

همان‌طوری که گفته شد از یک سو، سه تعریف عمده از مصلحت و مفسده ارائه شده است: تعریف به محافظت بر مقصود شارع، تعریف به جلب منفعت و دفع مضره و تعریف به لذت و درد و ازسوی دیگر، دو دیدگاه درباره محل نزاع مثبت‌گرایان و منفی‌گرایان وجود دارد؛ برخی گفته‌اند: صرفاً رنج و شادی (لذت و احساس‌گرایی) محل نزاع است و برخی دیگر، محل نزاع را اعم دانسته‌اند. بنابر اینکه محل نزاع اعم باشد؛ یعنی مطلق‌ترین مثبت و منفی محل نزاع باشد، تباینی میان مفاهیم نیست؛ چراکه مصلحت به‌عنوان دکترین مثبت و مفسده به‌عنوان دکترین منفی است. اما بنابر اینکه محل نزاع صرفاً لذت و رنج باشد؛ به عبارت دیگر، رویکرد لذت‌گرایانه حاکم باشد، هم‌پوشانی مفاهیم محل بحث است. بنابر تعریف مصلحت و مفسده به لذت و درد، ارتباط میان مصلحت و مفسده و رنج و شادی روشن است؛ چراکه هر چهار قسم مفاهیم حاکی از احساس خوشی و بدی است؛ بنابراین میان مفاهیم هم‌پوشانی وجود دارد. بنابر تعریف مصلحت و مفسده و جلب منفعت و دفع مضره نیز هم‌پوشانی میان مفاهیم روشن است؛ چراکه دو تعریف لغوی از نفع و منفعت ارائه شده است: عده‌ای از لغویان، نفع را متضاد ضرر معنا کرده‌اند.^۵ در

۱. ابن‌عاشور، مقاصد الشریعة الإسلامية، ۲۵/۳.

۲. فخر رازی، المحصول، ۱۷۹/۶.

۳. علی‌دوست، فقه و مصلحت، ۵۲.

۴. توکلی، مصلحت در فقه شیعه و اهل سنت، ۸۴.

۵. ابن‌منظور، لسان العرب، ۳۵۸/۸؛ جوهری، الصحاح تاج اللغة، ۱۲۹۳/۳؛ فراهیدی، العین، ۱۵۸/۲.

مقابل، عده‌ای به خیر معنا کرده‌اند.^۱ بنابر هر دو تعریف، نفع و ضرر شامل لذت و درد می‌شود؛ چراکه نفع، موجبات خوشحالی و ضرر، موجبات درد و رنج است و بنابر تعریف به خیر نیز چنین است. بنابر تعریف مصلحت و مفسده به محافظت بر مقصود شارع، تفاوت میان مفاهیم محرز است؛ چراکه در مکتب غرب صرفاً عنصر مادیت مطرح است، ولی در مکتب اسلام صرفاً مادیت نیست؛ بلکه معنویت و اخرویت نیز مطرح است. با وجود این تفاوت، به دو دلیل هم‌پوشانی دیده می‌شود: اولاً، مصلحت شرعی حاوی نفع به انسان است و نفع حاوی لذت و فرح است؛ به عبارت دیگر، می‌توان گفت: مصالح و مفاسد شرعی سبب لذت و رنج در آدمی است؛^۲ ثانیاً، در حوزه معاملات با استقرای احکام معاملی می‌توان این ادعا را مطرح کرد که ملاکات احکام، منافع و مضرات دنیوی است و منافع و مضرات، حاوی لذت و درد است؛^۳ به هر روی، بنا بر هر سه تعریف مطرح شده از مصالح و مفاسد می‌توان ارتباط وثیق میان این مفاهیم و مباحث مرتبط را فهمید.

۲. نسبت موضع بحث در فلسفه اخلاق و اصول فقه (از حیث مقام ثبوت و اثبات)

در این بخش، به بررسی موضع بحث فایده‌گرایی و مصلحت‌گرایی در فلسفه اخلاق و اصول فقه می‌پردازیم. به عبارت دیگر، در این بخش روشن خواهد شد که آیا آنچه در اصول فقه تحت‌عنوان تقابل «مصلحت و مفسده» که گاهی ذیل «قاعده اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت» و گاهی به‌عنوان یک رویکرد و دیدگاه کلی مطرح می‌شود، با آنچه در فلسفه اخلاق تحت‌عنوان فایده‌گرایی مثبت و منفی که در تقابل یکدیگر هستند، دارای موضع و مکان واحد از حیث طرح مسئله هستند یا نه؟ در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت: چه در فلسفه اخلاق و چه در اصول فقه، نقطه عزیمت بحث در باب دوران رنج و شادی یا به‌طور کلی دگرترین مثبت و منفی و مصلحت و مفسده، تقابل میان این مفاهیم و اولویت یکی از آنهاست، فارغ از اینکه در مقام ثبوت باشد؛ یعنی مقام معیار فعل اخلاقی و ملاکات احکام (در این مقام، بحث از تعارض معیارها و ملاکات است) یا در مقام اثبات باشد؛ یعنی مقام تزاحم (به معنای مصطلح) افعال اخلاقی و تزاحم احکام؛ چراکه در هر دو مقام، این تزاحم و تعارض میان مصلحت و مفسده و رنج و شادی تصویرشدنی است و فرقی از این حیث نیست، بلکه مهم این است که در دوران میان این مفاهیم، کدام را مقدم بداریم؟ و اتفاقاً شواهد موجود نشان می‌دهد که دوران امر میان این مفاهیم، در هر دو مقام

۱. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۴۸۵/۱۱؛ فیومی، المصباح المنیر، ۶۱۸/۲.

۲. ترکلی، مصلحت در فقه شیعه و اهل سنت، ۸۷.

۳. شهید اول، القواعد و الفوائد، ۳۵/۱؛ بهبهانی، الفوائد الحائریه، ۴۷۵؛ فاضل لنگرانی، رسائل، ۲۶۹.

مطرح شده است؛ توضیح مطلب اینکه، در باب مقام ثبوت، برای تعیین معیار فعل اخلاقی و ملاک احکام و صدور حکم با سه حالت مواجه هستیم: گاهی فعل صرفاً دارای مصلحت و گاهی صرفاً دارای مفسده است و گاهی هر دو جنبه را دارد؛ در دو حالت اول، میان اندیشمندان بحثی در خصوص اولویت مصلحت یا مفسده مطرح نیست. محل بحث، حالت سوم است که فعل مدّ نظر هم مصلحت دارد و هم مفسده که در واقع، تقابل میان مصلحت و مفسده یا به تعبیر فلاسفه اخلاق رنج و شادی یا دکترین مثبت و منفی است. شاهد بر این مدعا که تقابل میان مصلحت و مفسده در مقام ثبوت نیز مطرح است، آیه شریفه ۲۱۹ سورة بقره است. در این آیه در باب شراب و قمار آمده است که در این دو هم منافع است و هم مضرات و لکن مضرات آن بیشتر است؛ لذا شراب و قمار، بیشتر به سبب مضرات تحریم شده است. ادعای مذکور با شواهد موجود در اصول فقه نیز همخوانی دارد؛ بسیاری از علما، بحث از تقابل مصلحت و مفسده و اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت را مستند سخن خویش در باب دَوْران امر میان وجوب و حرمت در صورت عدم وجود مرجع قرار داده‌اند؛^۱ همچنان‌که در باب اجتماع امر و نهی نیز مطرح کرده‌اند. در فلسفه اخلاق نیز این مطلب روشن است؛ چراکه محل اختلاف فایده‌گرایان مثبت و منفی، در صورت تقابل رنج و شادی است؛ یعنی جایی که هم مصلحت و هم مفسده بر فعل مدّ نظر مترتب می‌شود. در این صورت، منفی‌گرایان، جنبه منفی را معیار فعل اخلاقی و مثبت‌گرایان، جنبه مثبت را معیار فعل اخلاقی می‌دانند؛ در هر صورت روشن است که بحث در مقام ثبوت، یعنی معیار فعل اخلاقی است.

در مقام اثبات نیز در اصول فقه عمده فقهایان، بحث تقابل میان مصلحت و مفسده و اولویت مصلحت یا مفسده را در تراحم احکام مطرح کرده‌اند.^۲ در فلسفه اخلاق نیز گرچه در وهله اول چنین می‌نماید که محل بحث فایده‌گرایان صرفاً در باب معیار فعل اخلاقی، معادل ملاکات احکام در اصول فقه است، لکن مطالعه در استدلال‌های طرفین و تقسیم‌بندی‌های انواع فایده‌گرایی مثبت و منفی نشان می‌دهد که محل بحث صرفاً ملاک فعل اخلاقی نیست، بلکه شامل تراحم افعال اخلاقی (در مقام اثبات) نیز است؛ چراکه اولاً، عمده مثال‌هایی که فلاسفه اخلاق در هر دو مکتب زده‌اند مربوط به تقابل دو فعل است و اینکه به هنگام تقابل میان دو فعلی که یکی منشأ شادی و دیگری منشأ رنج است، تکلیف اخلاقی شخصی که در چنین وضعیتی قرار می‌گیرد، چیست؟ و ثانیاً، برخی از طرف‌داران فایده‌گرایی مثبت، نفس تراحم تکالیف را دلیل بر اثبات فایده‌گرایی (در مقام ملاک فعل اخلاقی) می‌دانند؛ به عبارت دیگر، آن‌ها استدلال می‌کنند که تراحم تکلیف ضرورتاً منجر به گذر از تکلیف‌گرایی و انتخاب غایت‌گرایی، از جمله فایده‌گرایی می‌شود.

۱. انصاری، فراند الأصول، ۱۸۵/۲.

۲. حسینی مراغی، العناوین الفقهية، ۳۹۲/۲؛ خویی، محاضرات فی الأصول، ۱۹۲/۲.

همچنان که یکی از فلاسفه اخلاق در تبیین مفهوم تقارن رنج و شادی که مدعای فایده‌گرایی مثبت است، با بیان تراحم تکالیف این مسئله را تبیین می‌کند.^۱

حاصل کلام اینکه، عمده بحث این است که تقابل میان رنج و شادی و مصلحت و مفسده و به‌طور کلی، دکترین مثبت و منفی، چه تکلیفی را برای ما ایجاد می‌کند؟ آیا باید مصلحت را مقدم بدانیم یا مفسده یا مخیر هستیم میان این دو فعل؟ فرقی نمی‌کند که مربوط به فعلی باشد که شارع و قانون‌گذار یا شخص مکلف از حیث اینکه هم دارای مصلحت و شادی و هم مفسده و رنج است، نوع حکم را مشخص خواهد کرد یا مربوط به دو فعل و حکم متزاحم باشد که یکی ذی‌المصلحه است و دیگری ذی‌المفسده. آنچه در اندیشه متفکرانی که در تقابل میان مصلحت و مفسده، محل دغدغه و مناقشه است، سنجش مصلحت و مفسده و به عبارت ملموس‌تر، سنجش سود و زیان است، فارغ از اینکه مقام اثبات باشد یا مقام ثبوت. به عبارت دیگر، همان‌طور که در مقام اثبات تحلیلی، هزینه و فایده برای انتخاب حکم مناسب از میان دو حکم و تکلیف است، در مقام ثبوت نیز همین اتفاق تکرار می‌شود؛ به این معنا که، شارع وقتی حکمی را بنابر فایده انتخاب می‌کند، آن را با حکمی می‌سنجد که مفسده دارد و انتخاب نمی‌کند و سپس به حکم مفید فایده امر می‌کند. حاصل اینکه، نظریات فایده‌گرایانه در مقام ملاکات باشند یا در مقام اجرا و تراحم، از اصول واحدی پیروی می‌کنند؛ مسئله، صرف شباهت دو مفهوم و اندراج تحت یک مفهوم نیست؛ بلکه قواعد، حاکم بر دوران امور مثبت و منفی است. بنابراین، محل بحث تقارن یا عدم تقارن، رنج و شادی و مصلحت و مفسده است، نه بحث‌های مثل ملاکات احکام یا تراحم احکام؛ همچنان که این وضعیت (تقارن یا عدم تقارن) را در طرفداران جانب نهی یا جانب امر در اجتماع امر و نهی یا تقدم جانب امر در دوران میان محذورین یا قاعده اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت یا بالعکس مشاهده می‌کنیم، بدون اینکه ملاکات احکام و تراحم احکام را موضع و مکان بحث قرار دهند؛ چراکه بحث صرفاً دوران میان امور مثبت و منفی است، فارغ از اینکه این دوران در مقام ملاکات احکام باشد یا تراحم حکم.

۳. دوگانه تکلیف‌گرایی-غایت‌گرایی (به تبع فایده‌گرایی به عنوان بخشی از غایت‌گرایی)؛ گذر از تکلیف‌گرایی محض

آنچه بررسی می‌شود به جاست که یکی از بحث‌های سنتی اخلاق باشد و آن عبارت است از: یکی از دوگانه‌های مهم در میان انبوهی از دوگانه‌ها؛ تکلیف‌گرایی (Deontology) و غایت‌گرایی (Teleology) (فایده‌گرایی بخشی از غایت‌گرایی است). اهمیت طرح این بحث از آن‌روست که باتوجه به بخش‌های قبلی،

1. Mayerfeld, the Moral Asymmetry of Happiness and Suffering, 317.

خواننده تیزبین بلافاصله با این تردید معقول مواجه خواهد شد که در دوران امر بین تکلیف‌گرایی و غایت‌گرایی (فایده‌گرایی) اولاً، به کدام یک می‌توان یا باید پایبند بود؛ ثانیاً و مهم‌تر اینکه، آیا احکام اسلام به سمت تکلیف‌گرایی گرایش دارد؟

بی‌تردید، چنین رویکردی، به خصوص در تکالیف اسلامی، غیرمحمتمل نیست و در آثار مؤلفان، نمونه‌های زیادی از این نوع رویکرد را می‌توان یافت. با این وجود، برخلاف آنچه در ابتدا آشکار می‌شود، چنین رویکردی به لحاظ تحلیلی در برابرِ واشکافی بیشتر، مقاومت نخواهد کرد و این احتمال، آهسته‌آهسته متزلزل‌تر هم خواهد شد.

باتوجه به هم‌پوشانی گسترده مطالب، به تبیین مواضع فلاسفه اخلاق و متفکران اسلامی به صورت جداگانه نمی‌پردازیم؛ بلکه برعکس، در ذیل ایرادات بنیادی به تکلیف‌گرایی محض که آن را به سوی غایت‌گرایی اجباری (و به طور خاص فایده‌گرایی) هدایت می‌کند، به اضافه کردن موضع حقوق اسلام نیز می‌پردازیم. اتخاذ چنین موضعی در عین اینکه ما را از دوباره‌کاری‌های غیرضروری باز می‌دارد، به طور خودکار و به سهولت، جایگاه حقوق اسلام را نیز در این دوگانه آشکار می‌سازد.

لازم است در ابتدا به دو نکته جدی بیشتر توجه کنیم: ۱. مهم است که ابتدا در تخریب این «به‌ظاهر» دوگانه‌گرایی، اما «به واقع» دوقطبی کاذب، کوتاه‌ترین مسیر انتخاب شود. به نظر می‌رسد چنین دوگانه‌ای قبل از شکل‌گیری عقیم می‌شود؛ چراکه همان‌طور که فایده‌گرایی مشهور، «جرمی بن‌تام» از مفهوم تکلیف‌گرایی (deontology) در معنای عام‌تری استفاده می‌کند، مصلحت‌گرایی نیز به لحاظ ماهوی فی‌نفسه نوعی تکلیف و واجد نیروی الزام‌آوری است^۱ و آنچه سبب معنادار شدن این تفاوت می‌شود پاسخ به این سؤال است که معیار و ملاک تکلیف، فایده و در کل، پیامد است یا نیازی به پیامد نیست. از این رو، تقسیم حوزه‌ها به واقعیت و حکم که دومی برای محدود ساختن اولی کاربرد دارد، تقسیم به جایی باشد. این تقسیم به نوبه خود، دوگانه محل بحث را به تک‌قطبی «حکم یا تکلیف» محدود می‌سازد. با این وجود، حتی اگر این دوگانه شکل بگیرد، هنوز راه دراز و پرفراز و نشیبی برای تکلیف‌گرایی صرف قلمداد شدن حقوق اسلام در پیش داریم. ۲. همان‌طور که پیش‌تر تبیین شد، «فایده‌گرایی» فلسفه اخلاقی است که بیان می‌کند که رفاه کلی یا «خوب» باید به حداکثر برسد و رنج یا «بد» باید به حداقل برسد. معمولاً در تقابل با فلسفه دئونولوژیک قرار می‌گیرد که بیان می‌کند قوانین اخلاقی نقض ناپذیری وجود دارد که بسته به موقعیت تغییر نمی‌کنند.^۲

۱. Heinzmann, "Deontology Defended", 5197-5216-520.

۲. Heinzmann, "Deontology Defended", 5197-5216-520; Ross, "The Right and the Good", 36; Brook, "Deontology, Paradox, and Moral Evil", 431-

درحقیقت، افزون بر پیامد، «ملاحظات دیگری نیز وجود دارد که ممکن است عمل یا حکمی را به‌جز خوبی یا بدیِ عواقب آن، صحیح یا واجب کند، ویژگی‌های خاصی از خود عمل غیر از ارزشی که به وجود می‌آورد.»^۱

از منظر فایده‌گرایانه، در صورتی می‌توان قتل را توجیه کرد که منافع آن بیشتر از هزینه‌ها باشد؛ برای مثال، اگر قتل جنایت‌کاری خطرناک، جان انسان‌ها را نجات دهد. از منظر دئونتولوژیک، یک عمل علی‌رغم پیامدهای آن، صرفاً درست یا نادرست است. دئونتولوژیست‌ها استدلال می‌کنند که اگر یک قاعده اخلاقی را بتوان در موقعیتی نقض کرد، در هر موقعیتی می‌توان آن را نقض کرد و بنابراین، دیگر قانونی اخلاقی نیست. برای مثال، «نکش» یک قاعده کلی کلاسیک دئونتولوژیک است و اما این قتل همیشه از منظر دئونتولوژیک اشتباه است، حتی اگر جان انسان‌ها را نجات دهد. برای یک فایده‌گرا، هدف، وسیله را توجیه می‌کند، درحالی‌که برای یک دئونتولوژیست یا تکلیف‌گرا چنین نیست.

با اختیار چنین تعریفی در فلسفه اخلاق اولاً، دایره و محدوده مفاهیم مشخص شد و ثانیاً، این بار با تردید بیشتری این سؤال مهم را دو مرتبه پرسید که آیا هنوز می‌توان تکلیف‌گرای صرف بود؟ آیا حقوق اسلام بی‌توجه به پیامدهاست؟ مسلماً پاسخ منفی است. باتوجه به جمله «... فلسفه دئونتولوژیک...» بیان می‌کند قوانین اخلاقی نقض‌ناپذیری وجود دارد که بسته به موقعیت تغییر نمی‌کنند»، واضح است که موضع حقوق اسلام کاملاً در تضاد با نگاه تکلیف‌گرای صرف قرار می‌گیرد. دلایلی که در زیر مرتب می‌شوند، چنین تصور ابتدایی را از بین می‌برد.

۱. نظریه‌های تکلیف‌گرا، نقاط ضعف خاص خود را دارند؛ درحقیقت، خود تکلیف‌گرای در مقام اجرا، لاجرم با معضل «میل اجباری به غایت‌نگری» مواجه می‌شود؛ به این معنا که، تکالیف مختلفی وجود دارد که عاملان آن‌ها گاه با تعارض یا تراحم آن‌ها مواجه می‌شوند و در این صورت چاره‌ای جز «کدام‌یک را انتخاب کنم» ندارد؛ برای مثال، بازپرداخت بدهی‌های خود و محافظت از دیگران در برابر آسیب.

تلاش‌های مختلفی برای پاسخ به این معضل ارائه شده است که نمونه شایان توجه آن را باید «دیوید راس» دانست. «راس» بین تعهدات اولیه و تعهدات واقعی (مطلق) تمایز قائل می‌شود. مورد دوم «در عمل»، از لحاظ اخلاقی است، درحالی‌که مورد اول صرفاً «عوامل یا ملاحظات درستی» هستند که به‌عنوان واکنش اخلاقی نهایی باید مد نظر قرار گیرند. درحقیقت، درگیری‌ها و تعارضات، هریک از این

40.

1. Frankena, "Ethics", 15;

وظایف ظاهری ممکن است نادیده گرفته شود.^۱ چیزی مانند «نجات و بهبود زندگی تعداد زیادی از مردم با پرداخت پولی زیاد به یک بیمارستان» یا «عمل به وعده‌ای خاص از قبیل نگهداری پول‌ها یا گنجی در جزیره‌ای دورافتاده»، هر دو وظیفه‌ای ابتدایی خواهد بود.^۲ «راس» نتیجه می‌گیرد دادن پول به بیمارستان وظیفه واقعی ما خواهد بود. بنابراین، وظیفه واقعی ما نقض وعده مربوط به حفظ گنج در جزیره دورافتاده است. ما این کار را برای نجات و بهبود زندگی انجام می‌دهیم. این طور نیست که ما در اینجا نیز وظیفه واقعی داریم که به وعده مربوط به جزیره عمل کنیم.^۳

رویکرد راس نیز در خطر فروپاشی به نوعی نتیجه‌گرایی است. این حقیقت، مد نظر اصولیان و فقهای اسلام نیز بوده است و برای رهایی از چنین معضلی، برخلاف کانت، قواعدی چون اهم و مهم را که ناظر بر تعارض احکام و توجه به «غایت و پیامدهاست» جعل کردند. در نتیجه، می‌توان گفت چاره‌ای جز تکمیل تکلیف‌گرایی با غایت‌گرایی و فایده‌گرایی نیست.

ب. تکلیف‌گرایی محض چه در فلسفه اخلاق و چه در فلسفه حقوق با معضلات اخلاقی و حقوقی مواجه می‌شود. توضیح مطلب اینکه، در تکلیف‌گرایی گاهی اوقات تعهدات مقوله‌ای (categorical obligations) در معنای کانتی، یک فرد مستلزم حفظ خلوص عاملیت اخلاقی خود به بهای داشتن اعمالش است که آن اعمال، جهان را از نظر اخلاقی در وضعیت بدتری قرار می‌دهد. برای مثال، مطابق تکلیف‌گرایی، ما مأمور به تکلیف هستیم فارغ از هرگونه ملاحظات احتمالی؛ خواه منجر به فجایع اخلاقی بشود یا نشود. این روایت کانت از جمله معروف لاتین است که می‌گوید: «عدالت باید اجرا شود، حتی اگر آسمان سقوط کند»، مشهور است که: «بهتر است که همه مردم از روی زمین هلاک شوند» تا اینکه بی‌عدالتی انجام شود یا اینکه در توجیه بمباران اتمی ژاپن گفته می‌شود اگر سیصد هزار نفر کشته نمی‌شدند، تلفات چندین برابر بیشتر می‌شد. وجود این معضلات اخلاقی، اندیشمندان را به تکاپو برای پاسخ و داشته است و راه‌هایی ارائه داده‌اند، از جمله پاسخ داده شده این است که: می‌توان آن را «تعیین حد یا آستانه‌ای برای پابندی» نامید؛ به این معنا که، هنجارهای تکلیف‌گرا علی‌رغم پیامدهای نامطلوب تاحدی حاکم است. اما وقتی پیامدها آن قدر وخیم می‌شوند که از آستانه تعیین شده عبور می‌کنند، نتیجه‌گرایی حاکم می‌شود. همان طور که می‌توان تصور کرد این آستانه به دو طریق اعمال‌شدنی است: آستانه ثابت؛ مانند اینکه با تغییر شرایط و افراد تغییر نمی‌کند (شبیه مجازات‌های ثابت در حقوق کیفری)، چنین آستانه‌ای به

1. Ross, "The Right and the Good", 19-20, 46.

2. Ross, "The Right and the Good", 21, 47.

3. Conee, "Against Moral Dilemmas", 87-97.

این معنا ثابت است که با شدت تکلیف، طبقه‌ای که نقض می‌شود، تغییر نمی‌کند. نوع دومی از آستانه که می‌توان تصور کرد «آستانه متغیر یا تناسب» است. فردی‌سازی مجازات‌ها متناسب با وضعیت مجرم، نمونه‌ای از این تلاش‌هاست. در این نسخه، آستانه به نسبت میزان اشتباه انجام‌شده متفاوت است؛ مانند ضربه‌زدن نقاط حساس بدن و دیگر نقاط.

باین حال، چنین تلاش‌هایی با مشکلات نظری جدی روبه‌روست؛ به این معنا که، علاوه بر اینکه هیچ معیاری برای تعیین این حداقل نداریم، اولاً، درباره چگونگی استدلال پس از رسیدن به آستانه ابهامی وجود دارد: آیا باید در حاشیه، بر اساس دلایل مستقیم نتیجه‌گرایانه محاسبه کنیم، از یک حالت جمع‌آوری وزن‌دار عامل استفاده کنیم، یا کار دیگری انجام دهیم؟

چنین راهکاری مدّ نظر متفکران اسلام بوده است. اگر به دنبال مصداق باشیم مطمئناً حکمت جعل عناوین ثانویه‌ای چون لاجرح، لاضرر، مصلحت و... توجه به پیامدهاست، همچنان‌که در برخی از گزاره‌های فقهی چنین راه‌حلی دیده می‌شود؛ مانند وجوب برخی تکالیف، همانند امر به معروف و نهی از منکر، صراحتاً منوط به احتمال اثر شده‌اند.^۱

جهاد: فقها پذیرفته‌اند اگر دشمن بیش از دو برابر باشد، تکلیف ساقط است؛ چراکه بنا نیست ما برای کشته‌شدن به میدان جنگ برویم و... .

در نتیجه به نظر می‌رسد هرکجا رسیدن به نتایج مسدود شود، وجوب اعمال تکلیف هم ساقط می‌شود. حقیقت آن است که ما نمی‌توانیم یک تکلیف‌گرایی محض در حقوق اسلام ببینیم.

ج. راه سوم برای عبور از تکلیف‌گرایی محض؛ خواه در فلسفه اخلاق و خواه حقوق اسلام این است که می‌دانیم که مشخصه مشترک تمایز غایت‌شناسی و دئونتولوژی بر رابطه بین «حق» و «خوب» متمرکز است: غایت‌شناسی به این معناست که «خوب» بر «حق» ارجحیت دارد. دئونتولوژی به این معناست که «حق» بر «خوب» مقدم است.^۲

دو ویژگی فایده‌گرایی از این اصل اساسی استنباط می‌شود. اولاً، در فایده‌گرایی، حق با خیر مشخص می‌شود و خیر بر حق اولویت دارد؛ زیرا فایده‌گرایان درک خود از عدالت را از نظریه اخلاقی خود می‌گیرند و بنابراین مقصد نهایی آن‌ها نظریه‌های لذت‌گرایانه است. از سوی دیگر، در نظریه‌های لذت‌گرا کیفیت خاصی به لذت، حس و احساس نسبت داده می‌شود. طرح انتخاب عقلانی، مبتنی بر لذت است و آنچه سبب لذت می‌شود خوب و اخلاقی تلقی می‌شود. بر این اساس، انسان فقط نیازها، منافع، لذت و درد و...

۱. محقق حلی، معارج الاصول، ۳۱۱/۱؛ ابن‌ادریس، السرائر، ۲۳/۲.

2. Timmermann, "What's Wrong with 'Deontology?'", 173.

است. با تعیین عوامل عمل می‌کند و فایده نیز خیر اخلاقی را تعریف می‌کند. به همین دلیل، نتیجه‌گیری می‌شود که فایده‌گرایی، اخلاق را نه با کیفیت‌ها یا اصول اولیه؛ بلکه با اصول تجربی علمی طبیعی می‌سازد. در نتیجه، این نتیجه‌گیری که خوب مقدم بر حق است، برای فایده‌گرایان اجتناب‌ناپذیر می‌شود. در واقع، همان‌طور که هر رویدادی علتی دارد، بسیار طبیعی است که اعمال انسان علتی داشته باشد.

این مانع که درحقیقت در حوزه حقوق اسلام کاربرد دارد، مسیر را برای این سؤال باز می‌کند که آیا اسلام همواره بر حق و تکلیف به ضرر خیر و خوبی اولویت می‌دهد؟ در پاسخ قبلی و پاسخ‌های بعدی، ذکر مصادیق نقضی همچون عناوین ثانویه و حکم حکومتی روشن می‌سازد که ممکن است حقوق و تکالیف نادیده گرفته شوند.

د. بایستی به این حقیقت توجه داشت که به‌خصوص در حوزه احکام اسلامی، وجوب فعل به‌سبب وجوب نتیجه است. از آنجاکه احکام الهی تابع مصالح و مفاسد هستند، پس وقتی تکلیفی برعهده ما قرار می‌گیرد، بدین معناست که باید آن تکلیف را انجام دهیم تا مصلحت آن محقق شود. درحقیقت، اینکه امری واجب یا حرام شده است، بدین منظور است؛ یعنی به‌منظور تأمین مصالحی خاص تدارک دیده شده‌اند. پس وجوبشان نیز به‌دلیل نیل به آن مصلحت است. در واقع، قضیه‌ای شرطیه می‌توان ترتیب داد: «اگر معلول مصلحتی که در اثر تحقق فعل حاصل می‌شود - مطلوب باشد، فعلی که مقدمه یا سبب تحقق آن شود نیز مطلوب است؛ چون هر یک از اجزای علت تا به نسبت به معلول، وجوب بالقیاس دارند.» چون آن مصلحت مطلوب است، چیزی که آن مصلحت را ایجاب کند یا شرط تحقق آن مصلحت باشد، آن هم وجوب بالقیاس خواهد داشت.

در نتیجه، در رفتارهای ارزشی آنچه نباید به فراموشی سپرده شود نتایج فعل است. این امر به‌ویژه در مبحث معاملات (در مقابل عبادات) شایع‌تر است؛ برای مثال، در حیل شرعی^۱ در فقه که راهی برای دستیابی به نتایج ممنوعه احکام ثابت است یا قاعده نقض غرض^۲ که حول محور غرض از جعل احکام و تکالیف می‌چرخد، در کنار مباحث پیش‌گفته، همگی بر این حقیقت دلالت دارند که احکام اسلامی بی‌توجه به نتایج تکالیف نیست.

۴. فایده‌گرایی در اندیشه علمای اصول

در این قسمت به بررسی فایده‌گرایی در اصول فقه می‌پردازیم.

۱. نک: مکارم شیرازی، حیل‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح.

۲. نک: دکامی، «قاعده نقض غرض در کلام اسلامی».

فایده‌گرایی در غرب در دو فضای الهیاتی و غیرالهیاتی مطرح بوده است؛ دو مکتب «فایده‌گرایی مثبت و منفی» در فضایی غیرالهیاتی مطرح شده و در فضایی الهیاتی نیز فایده‌گرایی مطرح بوده است که در فضای آکادمیک به فایده‌گرایی الهیاتی موسوم است. فایده‌گرایی الهیاتی نظریه‌ای است که نشان می‌دهد قواعد اخلاقی استاندارد را می‌توان بر پایه فایده‌گرایانه مبتنی بر خیرخواهی خداوند قرار داد. از سوی دیگر، در این دیدگاه، بر عقل انسان و حسن خلقت و معقول بودن اوامر الهی تأکید می‌شود.

باین حال، برچسب فایده‌گرایی الهیاتی می‌تواند گمراه‌کننده باشد؛ چراکه این تفکر اگرچه معتقد است که خدا به دنبال سعادت ماست، اما دلیل اینکه یک عمل را از نظر اخلاقی درست می‌دانند، مطابقت آن با اراده خداست؛ نه میزان شادی که به دست می‌آورد یا رنجی که به حداقل می‌رساند.

این رویکرد الهیاتی به فایده‌گرایی را می‌توان در اسلام در مسئله «حسن و قبح» و به عبارت اخص، در مسئله تبعیت احکام از مصالح و مفاسد دید. دو مسئله اخیر، نوع رویکرد علمای اصول را راجع به اصل فایده‌گرایی و واقعی بودن آن در عالم خارج نمایان می‌سازد و در واقع، جلوه‌ای از فایده‌گرایی در اسلام است. به بررسی اجمالی این دو مسئله می‌پردازیم که علمای اصول چگونه اندیشه فایده‌گرایانه داشته‌اند.

۱.۴. مسئله حسن و قبح

مسئله حسن و قبح، از جمله مسائلی است که به شدت محل اختلاف است: هم از حیث ذاتی و الهی بودن (مقام ثبوت) و هم از حیث عقلی و شرعی بودن (مقام اثبات) به شدت اختلاف شده است. دیدگاه اشاعره، بنابر آنچه از کلماتشان استنباط شدنی است، بر این است که حسن و قبح از نظر ثبوت و اثبات شرعی است؛ به این معنا که، افعال «بما هو هو» نه دارای حسن هستند نه دارای قبح، بلکه تابع اوامر و نواهی شرع هستند؛ لذا اگر خداوند متعال امر کرد، حسن خواهد بود و در غیر این صورت، قبیح خواهد بود. مطابق این دیدگاه، افعال هیچ اقتضائی ندارند، لذا بحث از فایده‌گرایی در این دیدگاه بی معنا خواهد بود. در مقابل، بسیاری از شیعه و معتزله قائل اند که از حیث ثبوت و اثبات وابسته به امر و نهی خداوند متعال نیست. از میان این گروه، برخی از حیث ثبوت قائل به نظریه ذاتی بودن حسن و قبح هستند؛^۱ در مقابل، برخی قائل اند که حسن و قبح ذاتی نیست، بلکه از قبیل تطابق آرای عقلاست.^۲ از حیث اثبات نیز بسیاری از این گروه قائل به اکتشافی بودن حسن و قبح از نظر عقل هستند؛ به عبارت دیگر، طرفدار حسن و قبح عقلی هستند. اتخاذ این دیدگاه از شیعه و معتزله در واقع، نوعی از اندیشه فایده‌گرایی در حقوق اسلام را نشان می‌دهد؛ چراکه معانی‌ای که برای حسن و قبح ذکر شده است، به وضوح این فایده‌گرایی را در افعال

۱. صدر، بحوث فی علم الأصول، ۸۵؛ سبحانی، رسالة فی تحسین و تقبیح العقلین، ۲۳؛ فیاض، محاضرات فی اصول الفقه، ۲۹۷/۴.

۲. اصفهانی، نهاية الدراية، ۳۰/۳.

نشان می‌دهد. محققان، معانی متعددی را برای حسن و قبح مطرح کرده‌اند، از جمله:

۱. حسن و قبح به معنای موافقت و مخالفت با طبع؛ مطابق این معنا، هر آنچه که مطابق طبع و میل انسان است، حسن است و هر آنچه که مطابق میل و طبع انسان نیست، قبیح است.^۱
۲. حسن و قبح به معنای مصلحت و مفسده نوعی؛ مطابق این معنا، هر آنچه که متضمن مصلحت باشد، حسن و هر آنچه متضمن مفسده باشد، قبیح است.^۲
۳. حسن و قبح به معنای کمال و نقص نفسانی؛ بر طبق این معنا، هر آنچه سبب کمال نفسانی باشد، حسن است؛ مانند شجاعت و هر آنچه سبب نقص نفسانی شود، قبیح است.
۴. حسن و قبح به معنای مدح و ذم؛ مطابق این معنا، حسن عبارت است از آنچه سبب استحقاق مدح فاعل و ثواب می‌شود و قبیح عبارت است از هر آنچه سبب استحقاق ذم فاعل و عقاب می‌شود.^۳
۵. منافرت و ملائمت با قوه عاقله؛ بر مبنای این معنا، هر آنچه در ملائمت با قوه عاقله باشد، حسن و هر آنچه در مغایرت و منافرت با قوه عاقله باشد، قبیح است.^۴

بر طبق مبنای اول که عبارت باشد از مخالفت و منافرت با طبع، حسن و قبح در تطابق با تفسیر لذت‌گرایانه از افعال اخلاقی است، لکن این معنا مدنظر اشاعره و عدلیه نیست و لذا تفسیر لذت‌گرایانه از حسن و قبح میان اندیشمندان اسلامی مطرح نشده است. بر طبق معنای دوم که بنابر نظر برخی محل نزاع است، ارتباط حسن و قبح با تفسیر موسع از فایده‌گرایی بسیار ارتباط تنگاتنگ دارد؛ چراکه مطابق تفسیر موسع از فایده‌گرایی مطلق، دکترین مثبت و منفی مدنظر است و این مطلق‌انگاری شامل همه امور مثبت و منفی، از جمله مصلحت و مفسده است. بر طبق معنای سوم که عبارت است از کمال و نقصان نفسانی که بنابر نظر برخی، محل نزاع اشاعره و عدلیه است، کمال و نقصان نیز از قبیل فایده‌گرایی است که موجبات رنج و شادی است. شاهد بر این مدعا را می‌توان بر شمردن یادگیری علم و دانش به عنوان یکی از مصادیق بارز فایده‌گرایی دانست؛ لذا یکی از اشکالات میل به نظریه بنیادین بود که به کمالات و منابع ابدی و اخروی، همچون تعلیم و تعلم توجهی صورت نگرفته است، حال اینکه این گونه لذات به مراتب از لذات دنیوی پایدارتر است؛^۵ همچنان که برخی از علمای اصول نیز فضایی همچون علم‌آموزی را برای کمال و

۱. تفتازانی، شرح المقاصد، ۲۸۲.

۲. سبحانی، رسالة فی تحسین و تقبیح العقلین، ۲۹.

۳. مظفر، اصول الفقه، ۲۷۵/۲.

۴. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۱۲۴/۱.

۵. معلی، فلسفه اخلاق، ۱۳۷.

نقصان مثال زده اند.^۱

معنای چهارم که عبارت است از مدح و ذم و به تبع ثواب و عقاب را باید ذیل تفسیر موسع فایده گرایی گنجانند؛ چراکه مدح و ذم شرعی و به تبع ثواب و عقاب خود نوعی فایده اندیشی است که مکلفان با توجه به آن (از حیث اینکه ثواب دارد یا عقاب)، سعی در انجام افعال دارند. اما معنای آخر که ملائمت و منافرت با قوه عاقله باشد، بنابر تفسیر برخی از علمای اصول بازگشت به مصلحت و مفسده است که گفته شده ذیل تفسیر موسع گنجانده می شود.

۲.۴. تبیین احکام از مصالح و مفاسد

بارزترین مسئله ای که در اصول فقه به وضوح، فایده اندیشی علمای اصول را نشان می دهد، قول به تبعیت احکام از مصالح و مفاسد است. شیعه و معتزله قائل به تبعیت احکام از مصالح و مفاسد هستند.^۲ در مقابل، به اشاعره منسوب است که قائل به تبعیت نیستند.^۳ شیعه و معتزله با استناد به ادله عقلی، بر تبعیت احکام از مصالح و مفاسد تأکید دارند، ادله ای از این قبیل: لزوم ترجیح بلا مرجح؛ بدین تقریر که لازمه عدم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد این است که شارع افعال خود مبنی بر حرمت، وجوب، کراهت، استحباب را بدون هیچ مرجحی مقرر دارد؛ لغویت افعال؛ بدین تقریر که لازمه جعل احکام بدون غرض که عبارت باشد از مصالح و مفاسد، لغویت افعال خداست و لغویت، خلاف حکمت الهی است. این مسئله نیز به خوبی نشان می دهد که از نظر علمای اصول، شارع در احکام، بر مبنای محاسبه مصلحت و مفسده، امر و نهی می کند؛ این سنجش، چیزی جز فایده اندیشی نیست.

۵. فایده گرایی مثبت

۱.۵. تعریف

فایده گرایی، نظریه ای اخلاقی است که معتقد است درستی یا نادرستی اخلاقی یک عمل بر اساس نتایج یا عواقب آن قضاوت می شود. پیامدهای یک عمل، ارزش آن را تعیین می کند. اگر عملی در مقیاس وسیع سبب خوشبختی مردم شود، از نظر اخلاقی صحیح است. اگر باعث ایجاد ناراحتی در مقیاس بزرگ شود، گفته می شود که از نظر اخلاقی نادرست است.^۴

۱. مظفر، اصول الفقه، ۲/۲۷۲.

۲. ابن شهید ثانی، معالم الدین، ۲۱۴.

۳. فخر رازی، التفسیر الکبیر، ۱۵۵/۲۲؛ عضدالدین ایجی، شرح مختصر المنتهی، ۲۰۲.

ایده‌های فایده‌گرایانه به‌عنوان یک نظریه اخلاق هنجاری است با نگرش‌های غایی^۱ و پیامدهای سیاسی که عنصر حیاتی آن ناظر به ارائه راهنمایی هنجاری کامل برای هدایت رفتار عمومی جامعه است.^۲ جست‌وجوی خوشبختی یا به عبارتی تحلیل از طریق موازنه شادی و رنج را به‌عنوان تنها هدف غایی برای همه نوع بشر یا شاید برای همه موجودات ذی‌شعور، نشانه می‌رود؛^۳ ازاین‌رو، احساسی که منفعت‌گرا به آن متوسل می‌شود، «خیرخواهی تعمیم‌یافته» در برابر «خیرخواهی فردگرایانه» است.^۴

۵. ۲. استدلال طرفداران فایده‌گرایی مثبت

طرفداران فایده‌گرایی مثبت، استدلال‌های متعددی مطرح کرده‌اند. در ادامه، به‌مهم‌ترین این استدلال‌ها می‌پردازیم:

أ. استدلال جان استوارت میل؛ مشاهده‌پذیری تجربی: مشهورترین استدلال برای سودگرایی، متعلق به جان استوارت میل (۱۸۶۱) است. «میل» به‌عنوان یک تجربه‌گرا معتقد بود: مثل بقیه دانش‌ها، شناخت ما از اخلاق و طبیعتاً «اهداف غایی» و اصول اولیه باید از مشاهده نشئت گرفته شود.^۵ لذا وی در استدلال خود برای اثبات فایده‌گرایی از این روش بهره می‌گیرد. نظریه میل دارای سه مرحله: ۱. حرکت از «میل مردم به امری» به «مطلوبیت آن امر»؛ ۲. حرکت از «خوب‌بودن خوشبختی هرکس برای او» به «خوشحالی عمومی برای مجموع افراد است»؛ ۳. خوشبختی، تنها هدف است. وی برای هر سه مرحله، استدلال جداگانه می‌کند، ولی بن‌مایه استدلال او را می‌توان در اثبات مرحله اول دانست که به‌نوعی اثبات مراحل بعدی متکی بر آن است و با تحریر خاصی از آن بهره می‌گیرد. وی می‌گوید که تنها دلیل قابل مشاهده‌بودن یک شیء این است که مردم آن را می‌بینند و تنها دلیل قابل شنیده‌شدن صدا این است که مردم آن را می‌شنوند و همچنین سایر تجارب نیز چنین است. وی بعد از بیان نکته اخیر استدلال می‌کند که تنها دلیل و مدرک اینکه چیزی مطلوب است این است که مردم آن را می‌خواهند^۶ و مشاهده می‌شود که عموم مردم به خوشبختی و مطلوبیت تمایل دارند.

ب. استدلال بنتام؛ فقدان جایگزین و خودگرایی روانی: استدلال اصلی بنتام را بایستی در اولین سطرهای کتاب او دانست که به نظر می‌رسد از دو روش مستقیم و غیرمستقیم برای اثبات نظریه خود بهره

1. Smart, Utilitarianism: For and Against, 7.

2. Goodin, Utilitarianism as a public philosophy, 4.

3. Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 14.

4. Smart, Utilitarianism: For and Against, ۷.

5. Mill, Utilitarianism, 63.

6. Mill, Utilitarianism, 207.

می‌گیرد.^۱ در مقدمه اصول اخلاق و تشریع، خود را از اثبات با دلیل مستقیم بی‌نیاز می‌داند؛ چراکه معتقد است هر چیز دیگری را نیز نمی‌توان به‌خودی‌خود ثابت کرد و لاجرم، زنجیره‌ای از براهین باید از جایی آغاز شود. به عقیده بنتام ما به‌طور طبیعی تمایل داریم در هر امری به اصل مطلوبیت متوسل شویم؛ حتی درجایی که افرادی قصد دارند با این اصل به مخالفت برخیزند از استناد به آن در امان نیستند.^۲ به همین دلیل، او به‌نوعی از مخالفان دعوت می‌کند که گزینه‌های مدّ نظرشان را طرح کنند و باین‌حال، هر گزینه و انتخابی به سؤال دیگری منجر می‌شود. این فرایند ما را به این نقطه رهنمون می‌کند که همه جایگزین‌های اصل سودمندی، پیامدهای نپذیرفتنی دارند؛ مانند اینکه می‌توان تنها جایگزین سودگرایی را هوس‌بازی دانست که مبتنی بر خرافه یا علاقه شخصی باشد. به‌ویژه، بنتام بر اساس منافع شخصی طبقه حاکم به وضعیت موجود اخلاقی حمله می‌کند.

در مورد روش مستقیم، او می‌نویسد: طبیعت، بشر را تحت حاکمیت دو ارباب مقتدر قرار داده است؛ درد و لذت. این تنها برعهده آن‌هاست که به آنچه ما باید انجام دهیم اشاره کنند و همچنین تعیین کنند که چه کاری باید انجام دهیم. از یک سو، معیار حق و باطل و از سوی دیگر، سلسله علل و معلول‌ها، به عرش بسته است. آن‌ها ما را در هر کاری که انجام می‌دهیم، در هر چیزی که می‌گوییم، در هر فکری که می‌اندیشیم، اداره می‌کنند: هر تلاشی که می‌توانیم برای کنارگذاشتن تبعیت خود [از آن] انجام دهیم، فقط برای نشان دادن و تأیید آن مفید خواهد بود. در کلام ممکن است یک مرد وانمود کند که از امپراتوری آن‌ها چشم‌پوشی می‌کند: اما در واقعیت او [تحت حاکمیت آن] باقی خواهد ماند.^۳

طبیعی‌ترین قرائت از این جمله این است که این درد و لذت خود ماست که انگیزه اعمال ما می‌شود، زیرا چنین خواهد بود؛ بنابراین، استدلال اصلی او خودگرایی روانی است که منتج به خودگرایی اخلاقی می‌شود.

۶. فایده‌گرایی منفی

۶.۱. تعریف فایده‌گرایی منفی

برخی در تعریف گفته‌اند: «فایده‌گرایی منفی شکلی از پیامدگرایی منفی است که در آن افراد باید مجموع رنج را به حداقل برسانند یا اینکه باید رنج را به حداقل و سپس، میزان کل شادی را به حداکثر

1. Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 16.

2. Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 16.

3. Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 16.

برسانند. می‌توان آن را نسخه‌ای از فایده‌گرایی در نظر گرفت که اولویت بیشتری به کاهش رنج نسبت به افزایش لذت می‌دهد.^۱ برای مثال، اگر یک قرص نان داشته باشیم، پنج نفر خیلی گرسنه نیستند و یک نفر در شرف مرگ از گرسنگی است؛ فایده‌گرایی مثبت، نان را بین پنج نفر تقسیم می‌کند تا حداکثر سود را داشته باشد و سودمند منفی به یک نفر می‌دهد تا درد را به حداقل برساند.

این تعریف با این اشکال روبه‌روست که جامع نیست؛ چراکه بنابر برخی از خوانش‌ها، شادی اصلاً ارزش اخلاقی ندارد.

یکی دیگر از نویسندگان می‌نویسد: «سودگرایی منفی، شکلی از اصل فایده‌گرایانه است که در آن دستور به حداکثر رساندن شادی با دستور حذف رنج یا با هدف «کمترین رنج قابل اجتناب برای همه» جایگزین می‌شود.»^۲

همچنین گفته‌اند: «فایده‌گرایی منفی، یک اصطلاح جامع برای همه انواع فایده‌گرایی است که عدم تقارن بین رنج و شادی را ترسیم می‌کند.»^۳

شبه همین تعریف را برخی دیگر از فایده‌گرایان منفی (در عصر حاضر) مطرح کرده‌اند: «منفعت‌گرایی منفی اخلاقی، یک نظام ارزشی است که تقارن اخلاقی لذت و درد را به چالش می‌کشد و به‌عنوان یک ارزش اخلاقی، صرفاً برای اعمالی که تمایل به حداقل رساندن یا حذف رنج را دارند، ارزش قائل است.»^۴ به نظر می‌رسد از میان تعاریف مطرح‌شده، تعریف اخیر جامع‌ترین تعریف از منفی‌گرایی هست؛ چراکه دو عنصر اصلی منفی‌گرایی در تعریف گنجانده شده است: عدم تقارن بین رنج و شادی و اولویت‌دهی به رنج با هدف حذف رنج یا کاهش رنج.

۲.۶. انواع فایده‌گرایی منفی

سودگرایی منفی، همانند سایر مکاتب اخلاقی به چالش کشیده شده و نقدهای فراوانی نسبت بدان صورت گرفته است؛ به فراخور همین نقدها، نسخه‌های متعددی از سودگرایی منفی ارائه شده است که در واقع در پاسخ به نقدها و رفع اشکالات، خود را به‌روز کرده است. در این قسمت به مهم‌ترین اقسام سودگرایی منفی می‌پردازیم:

أ. منفی‌گرایی مطلق: مطابق این نسخه از فایده‌گرایی منفی، آنچه که مهم است، رنج است و شادی،

۱. Leslie, The End of the World: The Science and Ethics of Human Extinction, 12.

۲. Acton, Negative Utilitarianism, 1.

۳. Fricke, Verschiedene versionen Des negativen utilitarismus, 13.

۴. David Pearce, Why be negative?.

ارزش اخلاقی ندارد. در این نسخه مقصود این نیست که کاستن از رنج در اولویت از شادیِ حداکثری است؛ بلکه اصلاً شادی ارزش اخلاقی ندارد، بنابراین اولیّتی مطرح نیست.^۱ این نسخه از منفی‌گرایی که معروف به منفی‌گرایی مطلق است، مطابق خوانشی است که «ر. ن. اسمارت» از منفی‌گرایی دارد: «چون خوشبختی (happiness) ارزش اخلاقی ندارد؛ هیچ حالتی بهتر از نیستی، نیست.»

ب. منفی‌گرایی متوسط: مطابق این نسخه از منفی‌گرایی، شادی و رنج هر دو مهم هستند و ارزش اخلاقی دارند، ولی هیچ اندازه از شادی (هرچقدر هم بیشتر باشد) نمی‌تواند هم‌سنگ رنج باشد، هرچند که آن رنج کمتر باشد. مطابق این نسخه، آنچه اولویت دارد به حداقل رساندن رنج است تا به حداکثر رساندن شادی که فایده‌گرایان مثبت، مدعی و در تلاش هستند تا رنج به حداقل برسد. بنابراین، حداکثرسازی شادی بعد از حداقل‌سازی رنج است.^۲

ج. منفی‌گرایی ضعیف: مطابق این نسخه، رنج و شادی هر دو اهمیت دارند، لکن رنج به نسبت شادی از اهمیت بیشتری برخوردار است. برای مثال، یک دقیقه در یک گاو برنزی ممکن است به میلیون‌ها سال زندگی شاد نیاز داشته باشد تا از نظر اخلاقی بیشتر باشد. با این وجود، پیشنهادکنندگان این نسخه از منفی‌گرایی معتقدند: مقادیری از شادی وجود دارد که می‌تواند بر مقدار معینی از رنج غلبه داشته باشد. به عبارت دیگر، نرخ مبادله‌ای میان (exchange rate) رنج و شادی وجود دارد که حکایت از این دارد که چقدر شادی لازم است تا به مقدار معینی از رنج غلبه کند.^۳ از این نسخه گاهی به (Negative-leaning utilitarianism) تعبیر می‌کنند.^۴

د. منفی‌گرایی آستانه‌ای: مطابق این نسخه، رنج و شادی هر دو مهم است، اما مقداری رنج وجود دارد که هیچ مقداری از شادی نمی‌تواند بر آن غلبه کند.^۵

۳.۶. استدلال منفی‌گرایان

یکی از عمده استدلال‌های مطرح‌شده به سود منفی‌گرایی این است که طبق نسخه کلاسیک فایده‌گرایی، بین رنج و شادی تقارن وجود دارد؛ حال آنکه، تقارنی بین شادی و رنج وجود ندارد. مفهوم تقارن رنج و شادی بر این دلالت دارد که افزایش شادی مثبت و کاهش رنج، زمانی که از نظر بزرگی برابر

1. Ord, Why I'm Not a Negative Utilitarian?, part: Types of Negative Utilitarianism.

2. Ord, Why I'm Not a Negative Utilitarian?, part: Types of Negative Utilitarianism.

3. Ord, Why I'm Not a Negative Utilitarian?, part: Types of Negative Utilitarianism.

4. Tomasik, Three Types of Negative Utilitarianism, part: Types of Negative Utilitarianism.

5. Ord, Why I'm Not a Negative Utilitarian?, part: Types of Negative Utilitarianism.

باشند، از نظر ارزش اخلاقی برابرند.^۱

کسانی که معتقد به عدم تقارن هستند جلوه‌های متعددی از عدم تقارن را ذکر کرده‌اند، یکی از این جلوه‌ها عدم تقارن در فوریت است؛ بدین معنا که، رنج ذاتاً مشکل است و فوریت ذاتی دارد؛ حال آنکه، حالتی که می‌تواند منجر به شادی با مقدار خیلی زیاد شود، مشکل‌ساز نیست؛ بنابراین، چنین حالت‌هایی که مشکل نیستند، فوریتی برای افزایش شادی ندارند.^۲

شبیه همین استدلال در اثر (THE OPEN SOCIETY AND ITS ENEMIES THE SPELL OF) PLATO) «پوپر» با تعبیرات دیگر آمده است. بنابر نظر ایشان، منفی‌گرایی، اضطراب/فوریت یا جاذبه اخلاقی دارد؛ بدین معنا که، «رنج» یک درخواست مستقیم اخلاقی؛ یعنی درخواست کمک است، برخلاف «شادی»؛ هیچ چنین درخواستی وجود ندارد برای افزایش مقدار شادی شخصی که به هر حال شاد است.^۳ در واقع، وقتی تحت تأثیر رنج کسی قرار می‌گیریم، احساس می‌کنیم که از ما خواسته شده است تا کمک کنیم، در حالی که وقتی تحت تأثیر شادی کسی قرار می‌گیریم، معمولاً چنین فوریت عملی وجود ندارد. رنج، این ادعا را برای ما ایجاد می‌کند ولی خوشبختی، چنین ادعایی برای ما ایجاد نمی‌کند.^۴ برخی نیز فایده‌گرایی را ضد شهود ما انسان‌ها می‌دانند؛ شهود به ما می‌گوید که نه تنها باید به تسکین رنج اولویت دهیم، بلکه باید این کار را انجام دهیم؛ زیرا تسکین رنج بیش از ارتقای شادی اهمیت دارد.^۵ استناد به شهود در استدلال بسیاری از طرفداران عدم تقارن دیده می‌شود. استنادکنندگان به ضدشهودبودن سعی می‌کنند با آوردن مثال‌های ضدشهودبودن، فایده‌گرایی کلاسیک را نشان دهند: برای مثال، دیوید پیرس می‌گوید: «هیچ مقدار شادی که برخی از موجودات از آن بهره می‌برد، نمی‌تواند وحشت وصف‌نشدنی آشویتس را توجیه کند. همچنین نمی‌تواند بر وحشت پراکنده از درد و ناامیدی غلبه کند که هر ثانیه، هر روز رخ می‌دهد.»^۶

همچنین استدلال شده است که بدترین پیامد تقارن این است که تحمیل رنج شدید بر فردی معین به منظور افزایش شادی دیگران می‌تواند مجاز و حتی اجباری باشد، حتی زمانی که آن دیگران از قبل، وضع

1. Mayerfeld, the Moral Asymmetry of Happiness and Suffering, 317.

2. Vinding, Suffering and happiness: Morally symmetric or orthogonal?, part: An asymmetry in urgency.

3. Popper, the Open Society and Its Enemies, 241.

4. Acton, Negative Utilitarianism, 86.

5. Mayerfeld, the Moral Asymmetry of Happiness and Suffering, 325.

6. Pearce, Why Be Negative?.

مالی خوبی داشته باشند.^۱

برخی نیز استدلال کرده‌اند که یافته‌های روان‌شناسی و علوم اعصاب به ما دلیلی می‌دهد که نسبت به این دیدگاه شک کنیم که شادی و رنج تقریباً متقارن هستند.^۲ همان‌طور که «آدام شرایو» می‌نویسد: نتایج اخیر علوم اعصاب نشان می‌دهد که لذت و درد، دو قطب متقارن یک مقیاس تجربه نیستند؛ بلکه در واقع، دو نوع تجربه متفاوت‌اند که به‌طور چشمگیری سهم متفاوتی در بهزیستی دارند.^۳

۴.۶. نقد فایده‌گرایی منفی

فایده‌گرایی منفی نیز همانند سایر مکاتب اخلاقی، از نقد مصون نمانده و انتقادهای فراوانی از آن شده است. نقدهای مطرح‌شده بر منفی‌گرایی، دو دسته است: نقدهایی که به‌صورت جداگانه بر نسخه‌های منفی‌گرایی و نقدهای که بر همه نسخه وارد شده است؛ به‌طوری‌که اشکالات بر همه نسخه وارد است، نه صرفاً نسخه‌ای خاص. در این بخش، ابتدا به نقدهای کلی می‌پردازیم و در آخر، انتقادات واردشده بر تک‌تک نسخه‌ها را بررسی می‌کنیم.

أ. **نقد کلی منفی‌گرایی:** برخی از نویسندگان در نقد کلی منفی‌گرایی آورده‌اند: منفی‌گرایی، ارزیابی شخصی افراد را نادیده می‌گیرد؛ بدین صورت که، در زندگی روزمره بسیار واقع می‌شود که انسان‌ها میان رنج و شادی معاوضه می‌کنند؛ به‌سختی کار می‌کنند تا غذایی بهتری بخورند یا عجله می‌کنند تا به‌موقع تئاتر برسند یا مشغول گوش کردن به موسیقی یا خواندن کتاب هستند، به‌جای اینکه بر روی کاهش رنج یا حذف آن تمرکز کنند؛ حال آنکه، نظریه‌هایی که در خصوص رفاه طرح شده است، بر بهبود رفاه مردم به‌واسطه این مبادلات صحه می‌گذارند. در واقع، منفی‌گرایی، این بده‌وبستان افراد را نادیده می‌گیرد. این نادیده‌گرفتن تبادل میان رنج و شادی در منفی‌گرایی مطلق و واژگانی بسیار واضح است؛ چراکه مطابق هر دو نسخه، شادی ارزش اخلاقی ندارد و به‌تبع، چنین مبادله‌ای ارزشی ندارد. در منفی‌گرایی آستانه نیز اگر رنج بیشتر از آستانه باشد؛ چنین مبادله‌ای ارزشی ندارد. در منفی‌گرایی ضعیف نیز گرچه برخی از تبادلات را اخلاقی می‌دانند، لکن ممکن است که مردم دست به تبادلی بزنند، اما از نظر منفی‌گرایی ضعیف، ارزش اخلاقی نداشته باشد. بنابراین منفی‌گرایی، منافع افراد جامعه را نادیده می‌گیرد و بدین ترتیب به مردم آسیب می‌زند.^۴

ب. **نقد منفی‌گرایی مطلق و متوسط:** منفی‌گرایی مطلق و متوسط از آن‌رو که منتج به نتیجه‌ای واحد

1. Vinding, Suffering and happiness: Morally symmetric or orthogonal?, part: The implications of symmetry.

2. Diener & Emmons, The Independence of Positive and Negative Affect, 331.

3. Shrive, The Asymmetrical Contributions of Pleasure and Pain To Animal Welfare, 1.

4. Fricke, Verschiedene versionen Des negativen utilitarismus, 16.

می‌شود و آن اینکه، رنج در همهٔ صور بر شادی ارجح است، دارای نقدهای مشترک‌الورود هستند. نقدهای متعددی از این دو نسخه ارائه شده است؛ از جمله اینکه، پذیرش این دو نسخه، مستلزم حذف کل بشر است؛ بدین ترتیب که، مثلاً اگر سلاحی در دست داشته باشیم که می‌توان با آن کل بشر را نابود کرد، اگر با آن سلاح نسل بشر را منقرض نکنیم، لازمه‌اش این است که بشر همچنان در رنج باشد و اگر نسل انسان را منقرض کنیم، دیگر رنجی وجود نخواهد داشت که در واقع، مطلوب طرفدارن منفی‌گرایی مطلق است.^۱

همچنین گفته شده است که مطابق این نسخه‌ها بهتر است که زندگی وجود نداشت، اگر سر سوزنی آدمی دچار ناراحتی و ناخوشایند شود یا اینکه اگر شخصی در باغی زندگی کند که حاوی شادی است، لکن در پای او خاری فرو می‌رود، فروزفتن خار در پای آن شخص بهتر از زندگی در آن باغ پر از شادی است.^۲

در پاسخ به استدلال اخیر ممکن است گفته شود: اولاً، این‌گونه دردها ماهیت کیفی متفاوتی با دردهای شدید و بزرگ همچون سرطان استخوان یا سوگواری یا شکنجه یا نسل‌کشی دارد و دردهایی همچون خراش سوزن، مضمول رنج نیست؛ ثانیاً، دردهای همچون خارش خاری در برخورد با رنج‌هایی که گاهی آن‌قدر وحشتناک است که قربانیان آن برای پایان‌دادن به عذاب خود حاضرند خود را نابود کنند، بسیار ناچیز است؛ هر سال حدود ۸۰۰۰۰۰ نفر در سراسر کرهٔ زمین درحالی‌که در چنگال ناامیدی هستند خود را می‌کشند؛ ده‌ها میلیون نفر به‌شدت افسرده هستند یا از دردهای عصبی مزمن رنج می‌برند. در واقع، این استدلال گمراه‌کننده است و به جای اینکه به رنج‌های اصلی بپردازد، به رنج‌هایی می‌پردازد که واقعاً مهم نیست.^۳

پاسخ گفته‌شده با اشکالات اساسی مواجه است: معیار درد خفیف و درد شدید چیست؟ در چه سطحی، درد، خفیف تلقی می‌شود و در چه سطحی، درد شدید؟ همچنین باتوجه‌به اینکه شادی نیز در این نسخه مدّ نظر قرار گرفته است، چه زمانی شادی واقعی ظهور می‌کند؟ به‌واقع، این نسخه به‌گونه‌ای است که عملاً جایی برای شادی در زندگی نمی‌گذارد؛ چراکه زندگی همواره با درد همراه است؛ خواه خفیف، خواه شدید.

ج. نقد منفی‌گرایی آستانه‌ای: ازجمله نقدهای صورت‌گرفته بر این نسخه عبارت است از اینکه: لازمهٔ این گفتار که رنجی وجود دارد که هیچ مقدار شادی نمی‌تواند بر آن غلبه کند، وجود رابطهٔ غیرمنطقی

1. Griffin, Is Unhappiness Morally More Important than Happiness?, 48.

2. Pearce, THE PINPRICK ARGUMENT.

3. Pearce, THE PINPRICK ARGUMENT.

و ناپیوسته در رنج یا شادی است؛ بدین صورت که، دو سطح بسیار مشابه از شدت رنج وجود دارد؛ به طوری که رنجی کمی شدیدتر از رنج‌های دیگر، بی‌نهایت بدتر خواهد بود یا اینکه مقدار بسیار کمی از ارزش وجود دارد که هیچ مقدار شادی نمی‌تواند جهان را تا آن سطح از ارزش بهبود ببخشد.^۱

توضیح مطلب اینکه، فرض کنید یک توالی طولانی از رنج وجود دارد؛ مثلاً از شدیدترین رنج تا سبک‌ترین رنج (مثلاً خراش بسیار کوچک)، این توالی را می‌توانیم از یک تا ده (مثلاً) شماره‌گذاری کنیم؛ مطابق نسخه آستانه، درجه شماره یک، بی‌نهایت بدتر از شماره نه است و شماره نه بی‌نهایت بدتر از شماره هشت است و... در نتیجه، رابطه‌ای غیرمنطقی و ناگسست میان اعداد رقم خواهد خورد؛ حال آنکه، لازمه رابطه منطقی میان اعداد مذکور این است که به تعداد محدود از همدیگر بدتر باشند، نه به صورت نامحدود و نتیجه وجود رابطه ناپیوسته میان اعداد رنج، ایجاد رابطه ناپیوسته در اعداد شادی است و نتیجه رابطه منطقی میان اعداد رنج، ایجاد رابطه منطقی در اعداد رنج است که در این صورت، مقدار بسیار کمی از ارزش وجود دارد که شادی نمی‌تواند بر آن غلبه کند.

برخی دیگر نیز گفته‌اند که مشکل این نسخه این است که ما نمی‌توانیم آستانه‌ای (کمیت ضرب در کیفیت رنج) تعریف کنیم که برای همه معتبر است. توانایی جبران رنج، بستگی به قانون اساسی و محیط زیست و زندگی‌نامه هر فرد دارد.

د. نقد منفی گرای ضعیف: منفی‌گرایی ضعیف نیز مانند نسخه‌های پیشین از نقد مصون نمانده است؛ یکی از نقدهای وارد شده این است که این نسخه نامنسجم است؛ چراکه اینکه گفته می‌شود رنج از شادی مهم‌تر است؛ رنج با چه مقیاس‌هایی مهم‌تر از شادی است؛ مقیاس و معیار روشنی وجود ندارد تا بتوان آن‌ها را با هم مقایسه کرد؟ علت اینکه مقیاس و معیار روشنی وجود ندارد این است که روان‌سنجی تأیید می‌کند که عاطفه مثبت و منفی حامل اطلاعات متفاوتی است و نیاز به اندازه‌گیری و تجزیه و تحلیل جداگانه دارد.^۲

۷. دیدگاه علمای اصول

فقه‌های اسلام صرفاً به طرح مسئله فایده‌گرایی، ذیل مسئله «حسن و قبح» و مسئله «تبعیت احکام از مصالح و مفاسد» نپرداخته‌اند؛ بلکه دنباله مسئله، دامنه‌دار است و در قالب فروع متعدد به بحث گذاشته شده است؛ یکی از این فروع، تقارن یا عدم تقارن مصالح و مفاسد است که در واقع، نسخه اسلامی تقارن

1. Ord, Why I'm Not a Negative Utilitarian?, part: Objections to Negative Utilitarianism.

2. Ord, Why I'm Not a Negative Utilitarian?, part: Objections to Negative Utilitarianism.

یا عدم تقارن رنج و شادی و در سطح وسیع، دکترین منفی و مثبت است. علمای اصول در دو مسئله، دوران امر میان حرمت و وجوب و قاعده اولویت دفع مفسده بر جلب مصلحت که با تعبیر متعددی در فقه از آن یاد شده است، به ارائه دیدگاه‌های خود پرداخته‌اند. مطابق این قاعده، اگر امر دایر شود بین جلب مصلحت و دفع مفسده، دفع مفسده اولویت دارد؛^۱ علمای اصول از قاعده مذکور گاهی به نحو مستقل و گاهی در ضمن مسئله دوران امر میان حرمت و واجب بحث کرده‌اند.^۲ به هر روی، با تتبع در دو مسئله اخیر، علمای اصول در تقابل میان مصلحت و مفسده چهار رویکرد داشته‌اند:

رویکرد اول؛ اولویت مطلق دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت: از برخی از عبارات فقها چنین استنباط می‌شود که قائل‌اند دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت، مطلقاً ترجیح دارد؛ چراکه در فروع فقهی، به طور مطلق بدون اینکه توأم با قیودی باشد، به قاعده مذکور استناد کرده‌اند؛^۳ همچنان‌که در برخی از کتب اصولی، تقدم مطلق مفسده نسبت به جلب مصلحت را به صراحت به برخی از فقها و علمای اصول نسبت داده و این قاعده را نقد کرده‌اند.^۴

این گروه، استدلال‌های متعددی مطرح کرده‌اند: استدلال به برخی از روایات که در آن جانب حرمت مقدم شمرده شده است، از جمله روایتی است که از امیرالمؤمنین نقل شده است: «اجْتَنَابُ السَّيِّئَاتِ أَوْلَى مِنْ اكْتِسَابِ الْحَسَنَاتِ»؛^۵ روایاتی که در آن وقوف عند الشبهة بهتر از وقوع در هلاکت دانسته شده است، از جمله: «الوقوف عند الشبهة خير من الإقتحام في الهلكة وترك حديثاً لم تروه خير من روايتك حديثاً لم تحصه».^۶ همچنین روایت تغليب حرام بر حلال: «ما اجتمع الحلال والحرام الا غلب الحرام الحلال».^۷ عده‌ای نیز استدلال کرده‌اند که ارتکاب مفسده از قبائح ذاتی است، حال آنکه جلب منفعت، از امور حسنی است که موافق میل و طبع انسان است و عقل حکم به تجنب از ارتکاب حرام می‌کند ولی در جلب منفعت چنین حکمی نمی‌کند.^۸ برخی نیز به بنای عقلا تمسک کرده‌اند؛ بدین تقریر که، اهتمام عقلا به دفع مفساد، بیشتر از اهتمام آن‌ها به جلب مصلحت است.^۹ همچنین استدلال شده است که عدم دفع شر،

۱. فیض کاشانی، الوافی، ۱/۱۹۴.

۲. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۱۷۷.

۳. فیض کاشانی، الوافی، ۱/۱۹۴؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۱/۳۹۵.

۴. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۱۷۷.

۵. انصاری، فراند الأصول، ۲/۱۸۶.

۶. فیض کاشانی، الوافی، ۱/۱۹۴.

۷. ابن‌ابی‌جمهور، عوالی اللئالی، ۲/۱۳۲.

۸. مدنی، در الفوائد، ۴/۳۴.

۹. حکیم، اصول العامة، ۱۴۰.

منجر به حصول شر خواهد شد و حصول شر، اسباب حزن و اندوه انسان را فراهم می‌کند و به تبع، منجر به مشقت برای انسان خواهد شد، حال آنکه در صورت عدم وصول به خیر، به انسان نه خیر خواهد رسید و نه شر و به تبع، انسان در همان حالت اولیه خود (سلامت اصلی) باقی خواهد ماند و تحمیل این حالت آسان‌تر است.

علاوه بر استدلال‌های مذکور، می‌توان به استدلالی اشاره کرد که برخی در ترجیح جانب نهي بر جانب امر داشته‌اند و آن اینکه، به حسب استقراء، در احکام شرعی دیده می‌شود که اهتمام شارع به ترک مفسده بسیار است.^۱ گرچه مشهور در مصادیقی که ذکر کرده‌اند مناقشات فراوانی کرده‌اند؛ اما برخی از علما به صراحت به این اهتمام اذعان کرده‌اند. از جمله این بزرگان، میرزای شیرازی است. ایشان می‌فرماید: «فإن استقراء الموارد الشرعية المجتمعة في هاتين الجهتين الوجوب و الحرمة من العبادات و المعاملات قاضٍ بترجيح النهي في مورد الشك، فإن المتتبع يجد في تلك الموارد أنَّ الشارع غلب جانب الحرمة على جانب الوجوب في غالبها، فيلحق المشكوك بالغالب.»^۲

در تأیید این نظر می‌توان گفت: در بسیاری از عناوین ثانویه، همچون قاعده لاضرر و قاعده لاجرح و قاعده اضطراب دیده می‌شود که علما بر احکام اولیه مقدم دانسته‌اند و این نشان می‌شود که اهتمام شارع به دفع مفسده بیشتر است.

اشکالات و انتقادات فراوانی راجع به این رویکرد مطرح شده است که می‌توان مهم‌ترین این نقد را عبارت از این دانست که دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت، دارای اولویت دائمی نیست؛ چراکه چه بسا واجباتی باشند که به مراتب از برخی مفاسد از نظر اهمیت، بالاتر و دارای اولویت است؛ مانند نماز؛ همچنان که در عرف نیز دیده می‌شود که عقلاً در برخی مواقع مفاسدی را متحمل می‌شوند تا مصلحتی را جلب کنند؛^۳ بنابراین ممکن است در مواردی، مصلحت اهم از مفسده یا بالعکس باشد و در این گونه موارد، قاعده تقدیم اهم بر مهم جاری می‌شود، نه اینکه مطلقاً مفسده بر مصلحت مقدم شود.

رویکرد دوم؛ اولویت جلب مصلحت بر دفع مفسده: برخی از علمای حنبلی، از جمله ابن تیمیه^۴ و ابن القيم^۵ و ابن رجب^۶ بر این عقیده هستند که جنس فعل مأموره، برتر از جنس فعل منهی عنه است. این

۱. انصاری، فرائد الأصول، ۱۸۶/۲.

۲. آشتیانی، تقریرات آیت الله المجدد الشیرازی، ۲۶/۳.

۳. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۱۷۷.

۴. ابن تیمیه، الفتاوی، ۸۵/۲۰.

۵. ابن قیم، اعلام الموقعین عن رب العالمین، ۱۷۷/۲.

۶. ابن رجب، جامع العلوم و الحكم، ۲۵۳/۱.

عده نیز برای مختار خود، وجوهی مطرح کرده‌اند؛ از جمله اینکه، اوامر (واجبات) مقصود فی نفسه است، ولی نواهی (محرمات) مقصود فی نفسه نیست؛ بلکه تشریع شده است تا مقصد اصلی حاکم شود؛^۱ خداوند متعال پاداش و اجابت را ده برابر قرار داده است، حال آنکه جزای منهیات، یکی پیش نیست؛^۲ مقصود از واجبات، ایجاد است و مقصود از منهیات، عدم آن‌هاست و خیری در عدم نیست، مگر اینکه متضمن امر وجودی باشد والا هیچ خیری در عدم نیست و عقل و تجربه بدان حکم می‌کند؛^۳ انجام حسنات سبب ترک سیئات است؛ بدین گونه که، «فعل»، حسن یا «ضد فعل»، منهی است یا «مانع فعل»، منهی است، حال آنکه مجرد ترک سیئات سبب فعل حسنات نمی‌شود.^۴

نقد مطرح شده بر رویکرد اول، بر این رویکرد نیز وارد است؛ چراکه در فقه اسلامی موارد متعددی را می‌توان یافت که در آن مفسده بر مصلحت مقدم دانسته شده است؛ همچنان که میان عقلای عالم بسیار دیده می‌شود که برای دفع مفسده، جانب مصلحت را نادیده می‌گیرند.

رویکرد سوم؛ اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت در صورت تراحم: عده‌ای از علمای اصول، رویکرد جدیدی را اتخاذ کرده‌اند. بنابر نظر این عده، دوران امر میان جلب مصلحت و مفسده از سه حالت خارج نیست: أ. مصلحت، بزرگ‌تر از مفسده باشد؛ ب. مفسده، بزرگ‌تر از مفسده باشد؛ ج. میان مصلحت و مفسده تساوی برقرار باشد.^۵

در دو صورت اول، قاعدة «تقدیم اهم بر مهم» جاری می‌شود. بنابراین، به ترتیب، جلب مصلحت و دفع مفسده مقدم می‌شود و در صورت سوم، دفع مفسده، مقدم بر جلب مصلحت است.^۶ این گروه نیز به ادله‌ای تمسک کرده‌اند که طرفداران رویکرد اول بدان استناد کرده‌اند؛ لذا از طرح دوباره ادله پرهیز می‌کنیم.

رویکرد چهارم؛ تأخیر در صورت تراحم مفسده و مصلحت: مطابق این نظریه، در صورت تساوی مفسده و مصلحت از نظر اهمیت، مکلف اختیار دارد که هر کدام را خواست، مقدم دارد. گرچه حسب تتبع، فقیه و عالم اصولی یافت نشد که در ذیل قاعدة «دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت» این نظریه را پذیرفته باشد؛ لکن در مبحث اصولی دوران امر میان حرمت و وجوب، عده‌ای از علمای اصول قائل به

۱. ابن‌قیم، الفوائد، ۱۵۶.

۲. ابن‌قیم، الفوائد، ۱۵۶.

۳. ابن‌تیمیه، الفتاوی، ۸۵/۲۰.

۴. ابن‌تیمیه، الفتاوی، ۸۵/۲۰.

۵. سیکی، الاشیاء والنظائر، ۱۵۰/۱.

۶. سلطان العلماء، قواعد الأحکام، ۹۸/۱؛ طوفی، شرح مختصر الروضه، ۲۱۴/۳.

تخیر هستند؛ مانند جایی که نمی‌دانیم امر، تکلیفی وجوبی است یا حرمت دارد؟^۱ مطابق این رویکرد، در صورتی که وجه ترجیحی میان وجوب و حرمت وجود نداشته باشد، مکلف می‌تواند هر کدام را که خواست انجام دهد.

۸. ارزیابی دیدگاه‌ها

همان‌طوری که گفته شد دوران میان رنج و شادی، امور مثبت و منفی، نفع و ضرر، حسن و قبح، مصلحت و مفسده، فارغ از تفاوت معنای این مفاهیم، در واقع دوران است میان آنچه که برای انسان موجبات نگرانی و آنچه که موجبات شادی را فراهم می‌آورد؛ به عبارت دیگر، در دوران این مفاهیم، نقطه‌ای مشترک وجود دارد و آن عبارت است از اینکه در دوران آنچه که خوب است و آنچه که بد است، به کدامین سوء دست یابیم؟ آیا برای رفع بدی قدم برداریم و از خوبی بگذریم، چنان‌که طرفداران فایده‌گرایی منفی و طرفداران اولویت دفع مفسده گویند یا اینکه خوبی را در دست بگیریم و بدی را نادیده انگاریم؟ به نظر می‌رسد دفع امور منفی نسبت به جلب امور مثبت، با نفس آدمی ملائمت بیشتری داشته باشد؛ چراکه اولاً، مشاهده می‌شود که در میان عرف، تمایل به دفع امور منفی بیشتر از تمایل به جلب امور مثبت است؛ ثانیاً، تمایل به چنین راهی در میان اندیشمندان به‌وفور دیده می‌شود. بسیاری از علمای اصول همان‌طوری که گفته شد، طرفدار دفع امور منفی هستند، کما اینکه در بسیاری از گزاره‌های فقهی و حدیثی چنین رویکردی مطرح شده است، همان‌طوری که بخشی از این گزاره‌ها نقل شد؛ ثالثاً، رنج و شادی، به تعبیر وسیع‌تر، دگرترین مثبت و منفی و به تعبیر اسلامی، حسن و قبح و مصلحت و مفسده؛ از قبیل امور اضدادی هستند^۲ و بی‌شک، آنچه سبب الم و درد شود، ملایمتی با نفس ندارد؛ بلکه با آن منافرت دارد و همچنین آنچه که سبب لذت و خوشحالی شود، با نفس ملایمت دارد.^۳ بنابراین، نفس رنج، امر ناپسندی است که انسان‌ها تمایلی به این رنج ندارند و بالعکس شادی است که انسان‌ها آن را می‌پسندند. در نتیجه، از حیث ذاتی، تقارنی میان رنج و شادی وجود ندارد. بنابراین، از حیث مدعا، اصل سخن طرفداران فایده‌گرایان منفی مبنی بر عدم تقارن رنج و شادی، صحیح است؛ همچنان‌که برخی از پژوهشگران در ذیل قاعده «اولویت دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت» نسبت به تقدم جنس مفسده نسبت به جنس مصلحت اذعان کرده‌اند.^۴ بنابراین، در صورت تساوی رنج و شادی (مفسده و مصلحت)، رنج مقدم می‌شود و دیدگاه فایده‌گرایان

۱. انصاری، فراند الأصول، ۱۸۵/۲.

۲. مظفر، اصول الفقه، ۲۷۳/۲.

۳. مظفر، اصول الفقه، ۲۷۳/۲.

۴. مبارک، درء المفاسد، ۱۷؛ سرآسیا و حسینی، «نقد حجیت قاعده اولویت دفع مفسده بر جلب مصلحت»، ۹.

مثبت و دیدگاه حنبلیان و قائلان به تخییر، ضعیف است. ازطرف دیگر، باوجود این تقدم ذاتی رنج نسبت به مفسده و عدم تقارن میان این دو، این گونه نیست که این تقدم نسبت به همه افراد رنج نسبت به همه افراد شادی جریان داشته باشد؛ چه بسا، بزرگی فردی از افراد رنج نسبت به فردی از افراد شادی آن قدر زیاد باشد که عقلای عالم نسبت به تقدم رنج در صورت اخیر شک به خود راه نمی دهند، همچنان که بالعکس قضیه اخیر نیز صادق است؛ لذا نقدهایی که نسبت به نسخه های مطلق و متوسط و آستانه ای منفی گرایی وارد شده است، موجه است؛ همچنان که بنابر نکته اخیر، دیدگاه تقدم فایده گرایی مثبت، در همه شرایط منطقی نیست، حتی در مقام تراحم. بنابراین با توجه به گفته های پیشین، دیدگاه منفی گرایان ضعیف که در واقع، به حسب مدعا معادل دیدگاه قائلان به تفصیل در حقوق اسلام است، منطقی و موجه است.

نتیجه گیری

۱. فایده گرایی به عنوان نظریه ای نتیجه گرا که متعلق به اخلاق هنجاری است، از جمله مکاتب مهم اخلاقی است که منحصر در فلسفه اخلاق نیست و در بسیاری از علوم مطرح بوده است؛ از جمله اقتصاد، جامعه شناسی، علوم سیاسی و حقوق.

۲. فایده گرایی در یک تقسیم بندی به دو دسته تقسیم می شود: فایده گرایی مثبت و منفی. فایده گرایی مثبت عبارت است از: نظریه ای اخلاقی که معتقد است درستی یا نادرستی اخلاقی عملی، بر اساس نتایج یا عواقب آن قضاوت می شود؛ اگر عملی در مقیاس وسیع سبب خوشبختی مردم شود، از نظر اخلاقی صحیح است. اگر سبب ایجاد ناراحتی در مقیاس بزرگ شود گفته می شود که از نظر اخلاقی نادرست است. فایده گرایی منفی نیز شکلی از اصل فایده گرایانه است که در آن دستور به حداکثر رساندن شادی، با دستور حذف رنج یا با هدف «کمترین رنج قابل اجتناب برای همه» جایگزین می شود.

۳. اختلاف میان دو مکتب منفی گرایان و مثبت گرایان در این است که آیا میان رنج و شادی و در سطح وسیع، میان امور منفی و مثبت، تقارن وجود دارد یا نه؟ مثبت گرایان بر این ادعا هستند که میان امور منفی و مثبت تقارن وجود دارد، ولی منفی گرایان تقارن مذکور را رد می کنند.

۴. تقابل میان منفی گرایان و مثبت گرایان در حقوق اسلام نیز مطرح بوده است. علمای اصول در ضمن مبحث تقابل مصلحت و مفسده به ارائه دیدگاه های خود پرداخته اند، از جمله: رویکرد اولویت مطلق مفسده، اولویت مطلق مصلحت؛ اولویت مفسده در صورت تراحم و تخییر میان مصلحت و مفسده در صورت تراحم.

۵. به نظر می رسد از میان انظار مختلفی که مطرح شده است، رویکرد منفی گرایان ضعیف در غرب و

رویکرد اولویت مفسده در صورت تراحم در اسلام، دیدگاه قریب به صواب است.

منابع

- ابن ابی جمهور، محمد بن علی. عوالی اللآلی العزیزة فی الاحادیث الدینیة. قم: دار سیدالشهداء. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم. الفتاوی. مدینه: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف. چاپ دوم، ۱۴۱۶ق.
- ابن شهید ثانی، حسن بن زین الدین. معالم الدین و ملاذ المجتهدین. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی تا.
- ابن عاشور، محمد طاهر. مقاصد الشریعة الإسلامیة. قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامیة. چاپ دوم، ۱۴۲۵ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. روضة الناظر وجنة المناظر فی اصول الفقه علی مذهب الإمام احمد بن حنبل. بیروت: مؤسسة الریان. چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر. اعلام الموقعین عن رب العالمین. بیروت: دار الکتب العلمیة. چاپ سوم، ۱۴۱۱ق.
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر. الفوائد. بیروت: دار النفائس. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الصادر. چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- اصفهانى، محمد حسین. نهاية الدراية فی شرح الکفاية. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الأصول. قم: مجمع الفكر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. فوائد الأصول. قم: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. کفاية الأصول. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، بی تا.
- آشتیانی، محمد حسن بن جعفر. تقریرات آیت الله المجدد الشیرازی. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل. الفوائد الحائریة الاصولیة الجدیدة. قم: مجمع الفكر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- تفتازانی، مسعود بن عمر، شرح مقاصد الطالبین فی اصول الدین. قم: الشریف الرضی. ۱۴۰۹ق.
- توکلی، اسدالله. مصلحت در فقه شیعه و اهل سنت. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۳۸۴ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم للملایین. چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. العناوین الفقهیة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- حکیم، محمد تقی. اصول العامة للفقه المقارن. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، بی تا.
- خوئی، سید ابوالقاسم. محاضرات فی الأصول. قم: مؤسسه إحياء آثار امام خوئی قدس سره. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- زركشى، محمد بن بهادر. تشنیف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدین السبکی. قاهره: مكتبة قرطبة للبحث العلمی و

احياء التراث. چاپ اول، ١٤١٨ق.

سبحانى تبريزى، جعفر. رساله فى التحسين و التقييح العقلين. بى جا: بى نا. بى تا.

سبكى، عبدالوهاب بن على. الأشباه و النظائر. بيروت: دار الكتب العلمية. چاپ اول، ١٤١١ق.

سرآسيا، عليرضا عابدى و حسيني سيده رقيه. «نقد حجيت قاعده اولويت دفع مفسده بر جلب مصلحت»، فصلنامه

جستارهاى فقهى و اصولى. دوره ٧، ش ٧، ١٤٠٠ تا ٢٣٠٤. DOI: 10.22034/JRJ.2020.53315.1627

سلطان العلماء، عبدالعزيز بن عبدالسلام. الفوائد فى اختصار المقاصد او القواعد الصغرى. بى جا: دار الكتاب

الجامعى. چاپ اول، بى تا.

سلطان العلماء، عبدالعزيز بن عبدالسلام. قواعد الأحكام فى مصالح الأنام. قاهره: مكتبة الكليات الأزهرية.

چاپ سوم، ١٤١٤ق.

شهيد اول، محمد بن مكى. القواعد و الفوائد. قم: كتاب فروشى مفيد. چاپ اول، بى تا.

صدر، محمد باقر. بحوث فى علم الأصول. به تقرير: حسن عبدالساتر. بيروت: الدار الإسلامية. چاپ اول، ١٩٩٦م.

طباطبايى، على بن محمد. رياض المسائل فى تحقيق الأحكام بالدلائل. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ١٤١٨ق.

طوفى، سليمان بن عبد القوى. رساله فى رعاية المصلحة. قاهره: الدار المصرية اللبنانية. چاپ اول، ١٤١٣ق.

طوفى، سليمان بن عبد القوى. شرح مختصر الروضة. بيروت: الرسالة. چاپ اول، ١٤٠٧ق.

عضدالدين ايجى، عبدالرحمان بن احمد. شرح مختصر المنتهى الاصولى. قاهره: مكتبة الكليات

الأزهرية. چاپ اول، ١٤٠٣ق.

على دوست، ابوالقاسم. فقه و مصلحت. قم: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامى. چاپ دوم،

١٣٩٣.

غزالى، محمد بن محمد. المستصفى. بيروت: دار الكتب العلمية. چاپ اول، ١٤٠٣ق.

فاضل لنكرانى، محمد جواد. رسائل. قم: مركز فقهى ائمه اطهار (ع). چاپ اول، ١٤٢٨ق.

فخر رازى، محمد بن عمر. التفسير الكبير. بيروت: دار إحياء التراث العربى. چاپ اول، ١٤٢٠ق.

فخر رازى، محمد بن عمر. المحصول فى علم اصول الفقه. بيروت: الرسالة. چاپ اول، ١٤١٢ق.

فخر رازى، محمد بن عمر. المحصول فى علم الاصول. بيروت: الرسالة. چاپ اول، ١٤١٨ق.

فراييدى، خليل بن احمد. العين. قم: هجرت. چاپ اول، ١٤١٠ق.

فياض، محمد اسحاق. محاضرات فى اصول الفقه. قم: مؤسسه احياء آثار امام خوى قدس سره. چاپ اول، ١٤٢٢ق.

فيض كاشانى، فيض، محمد بن شاه مرتضى. الوافى. قم: كتابخانه امام اميرالمؤمنين (ع). چاپ اول، ١٤٠٦ق.

فيومى، احمد بن محمد. المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير. بيروت: المكتبة العلمية. چاپ اول، بى تا.

مبارك، محمد بن عبدالعزيز. قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح و تطبيقاتها الطبية. رياض: وزارة الصحة.

چاپ اول، ۱۴۲۸ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن. معارج الوصول الى علم الأصول. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

مدنی تبریزی، یوسف. درر الفوائد فی شرح الفرائد. قم: بصیرتی. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. تاج العروس من جواهر القاموس. دار الهدایة. بی تا.

مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.

معلمی، حسن. فلسفه اخلاق. قم: انتشارات مرکز جهانی علوم اسلامی. ۱۳۸۴.

Acton, H. B. , and J. W. N. Watkins. "Negative Utilitarianism", Proceedings of the Aristotelian Society.

Supplementary Volumes, Vol 37, 1963, 83-11. DOL:

<https://doi.org/10.1093/aristoteliansupp/37.1.83>. <https://academic.oup.com/aristoteliansupp/article-abstract/37/1/83/1774030?redirectedFrom=fulltext>.

Bentham, J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Kitchener: Batoche Books. 2000.

Brook, Richard. "Deontology, Paradox, and Moral Evil", Social Theory and Practice. 33, no. 3, 2007, 431–40. DOL: 10.5840/soctheorpract200733316. <https://philpapers.org/rec/BRODPA>.

Conee, Earl. "Against Moral Dilemmas", The Philosophical Review. Vol. 91, No. 1, 1982, 87-97. DOL: 10.2307/2184670. <https://philpapers.org/rec/CONAMD>.

Diener, E. & Emmons, R. "The Independence of Positive and Negative Affect" Journal of Personality and Social Psychology. 47(5), 1984, 1105-1117. DOI: [10.1037/0022-3514.47.5.1105](https://doi.org/10.1037/0022-3514.47.5.1105).

<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/6520704/>.

Driver, Driver. The History of Utilitarianism. 2009. Retrieved from. <https://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history/>.

Duignan, B. "Utilitarianism" (revised). Encyclopædia Britannica. Retrieved 5 July 2020.

Frankena, William. Ethics. Prentice Hall. 1973.

Fricke, F. "Verschiedene versionen Des negativen utilitarismus", Kriterion - Journal of Philosophy. 15 (1), 2002, 13-27. DOI: [1515/krt-2002-011504](https://doi.org/10.1515/krt-2002-011504). <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/krt-2002-011504/html>.

Goodin, R. Utilitarianism as a public philosophy. Cambridge New York: Cambridge University Press. 1995.

Griffin, J. "Is Unhappiness Morally More Important than Happiness? ", The Philosophical Quarterly. Vol. 29, No. 114, 1979, 47 – 55. DOI: <https://doi.org/10.2307/2219182>. <https://academic.oup.com/pq/article>

abstract/29/114/47/1455012?redirectedFrom=PDF

Heinzelmann, Nora. "Deontology Defended", *Synthese* 195. no. 12:2018.5197–5216.

Knutsson, S. What Is the Difference between Weak Negative and Non-Negative Ethical Views? Retrieved from. <https://www.simonknutsson.com>.

Leslie, J. *The End of the World: The Science and Ethics of Human Extinction*. United Kingdom: Routledge. 1998.

Mayerfeld, J. "the Moral Asymmetry of Happiness and Suffering", *The Southern Journal of Philosophy*. Vol 34. Issue3.1996.317-338. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.2041-6962.1996.tb00795.x>.
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.2041-6962>.

Mill, J. S. *Utilitarianism*. Broadview Press. 2010.

Moore, Michael. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford. 2010.

Mulgan, T. *understanding utilitarianism*. Acumen. 2017.

Nathanson, S. Act and Rule Utilitarianism. Retrieved from. <https://iep.utm.edu/util-a-r/>.

Ord, T. Why I'm Not a Negative Utilitarian? Retrieved from.

<http://www.amirrorclear.net/academic/ideas/negative-utilitarianism/>.

Paley, W. *The Principles of Moral and Political Philosophy*. fifth edition. Dublin. 1973.

Pearce, D. THE PINPRICK ARGUMENT. Retrieved from. <https://www.utilitarianism.com/pinprick-argument.html>

Pearce, D. 'Why be negative? Retrieved from. <http://www.hedweb.com/negutil.htm>.

Popper, K. *the Open Society and Its Enemies*. London: Routledge. 1945.

Ross, David. *The Right and the Good*. Oxford University Press. 2003.

Shriver, A. "The Asymmetrical Contributions of Pleasure and Pain to Animal Welfare", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*. 23 (2), 2014.152-162. 10.1017/S0963180113000686. DOI: <https://philarchive.org/archive/SHRTACv1>. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24495693/>.

Smart, R. N. "Negative Utilitarianism". *Mind*. New Series. Vol. 67. No1.1958.268.542 – 543.

Smart, J. J. C. ; Williams, Bernard. *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge University Press. 1973.

Timmermann, Jens. "What's Wrong with 'Deontology? " *Proceedings of the Aristotelian Society*. 115.2015.2015.75-92.

Tomasik, B. Three Types of Negative Utilitarianism. Retrieved from. <https://reducing-suffering.org/three-types-of-negative-utilitarianism/>.

Vinding, M. Suffering and happiness: Morally symmetric or orthogonal? Retrieved from. <https://centerforreducingsuffering.org/>.

Transliterated Bibliography

‘Aḡud al-Dīn Ījī. ‘Abd al-Raḥmān ibn Aḥmad. *Sharḥ Mukhtaṣar al-Muntahā al-Uṣūlī*. Cairo: Maktaba al-Kuliyāt al-Azhariya. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *al-Farāʿid al-Uṣūl*. Qum: Vizārat-i Farhang va Irshād Islāmī. Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, s.d.

‘Alidūst, Abū al-Qāsim. *Fiqh va Maṣliḥat*. Qum: Sāzimān-i Intishārāt-i Pazhūhishgāh Farhang va Andīshih-yi Islāmī. Chāp-i Duvvum, 2015/1393.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Aḥmad. *al-Farāʿid al-Uṣūl*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Āshtiyānī, Muḥammad Hasan ibn Ja‘far. *Taqrīrāt Āyat Allāh al-Mujaddid al-Shirāzī*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Bahbahānī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Akmal. *al-Fawāʿid al-Ḥāʾiriyah al-Uṣūliyya al-Jadida*. Qum: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Fakhr Rāzī, Muḥammad ibn ‘Umar. *al-Maḥṣūl fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Beirut: al-Risālah. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Fakhr Rāzī, Muḥammad ibn ‘Umar. *al-Maḥṣūl fī ‘Ilm Uṣūl al-Fiqh*. Beirut: al-Risālah. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Fakhr Rāzī, Muḥammad ibn ‘Umar. *al-Tafsīr al-Kabīr*. Beirut: Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Awwal, 2000/1420.

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *al-‘Ayn*. Qum: Hijrat. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. *Muḥāḍarāt fī Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mu’assisa Ihya’ Āṣār Imām Khū‘ī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr*. Beirut: al-Maktaba al-‘Ilmiyyah, Chāp-i Awwal, s.d.

Fāzil Lankarānī. Muḥammad Javād. *al-Rasā’il*. Qum: Markaz-i Fiqhī A’imah Aṭḥār(AS). Chāp-i Awwal, 2007/1428.

Fiyḍ Kāshānī, Fiyḍ, Muḥammad ibn Shāh Murtaḍā. *al-Wāfi*. Qum: Kitābkhānah-yi Imām Amīr al-Mu’minīn ‘Alī(AS). Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Mustaṣfā*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Ḥakīm, Muḥammad Taqī. *Uṣūl al-‘Āmah li-l-Fiqh al-Muqārīn*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, s.d.

Ḥusaynī Marāghī, ‘Abd al-Fattāḥ ibn ‘Alī. *al-Anāwīn al-Fiqhiyya*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Ibn Qudāmah, ‘Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Rawḍa al-Nāzir wa janna al-Manāzir fī Uṣūl al-Fiqh ‘alā Madhhab al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal*. Beirut: Mū’assisa al-Riyān. Chāp-i Awwal, 2002/1423.

Ibn Abī Jumhūr. Muḥammad ibn ‘Alī. *‘Awālī al-Lā’ālī al-‘Azīziyyah fī Aḥādīth al-Dīniyyah*. Qum: Dār Sayyid al-Shuhadā. Chāp-i Awwal, 1985/1405.

Ibn ‘Āshūr, Muḥammad Ṭāḥir. *Maqāṣid al-Sharī‘a al-Islāmiyya*. Qatar: Wizārat-i al-Awqāf wa al-Shu’ūn al-Islāmiyya. Chāp-i Duwwum, 2004/1425.

Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-‘Arab*. Beirut: Dār al-Ṣādir. Chāp-i Duwwum, 1994/1414.

Ibn Qayyim Jawziyāh, Muḥammad ibn Abī Bakr. *al-Fawā’id*. Beirut: Dār al-Nafā’is. Chāp-i Awwal, 1986/1406.

Ibn Qayyim Jawziyāh, Muḥammad ibn Abī Bakr. *I’lām al-Muwaqqi’in ‘an Rabb al-‘Ālamīn*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Sivum, 1991/1411.

Ibn Shahīd Thānī, Ḥasan ibn Zayn al-Dīn. *Ma’ālim al-Dīn wa Malādh al-Mujtahidīn*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. s.d.

Ibn Taymiyya, Aḥmad ibn ‘Abd al-Ḥalīm. *al-Fatawā*. Madīnah: Majma‘ al-Malik Fahad li-Ṭabā‘a al-Muṣaf al-Sharīf. Chāp-i Duwwum, 1995/1416.

Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Nihāya al-Dirāya fī Sharḥ al-Kifāya*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Jawharī, Ismā‘īl ibn Ḥammād. *Tāj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabīya*. Beirut: Dār al-‘Ilm li-l-Malāyīn, Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Muḥāḍarāt fī al-Uṣūl*. Qum: Mū‘assisa Iḥyā’ Āsār Imām Khū‘ī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Madanī Tabrizī, Yūsuf. *Durar al-Fawā'id fī Sharḥ al-Farā'id*. Qum: Baṣīratī. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Mu‘alimī, Hasan. *Falsafah-yi Akhlāq*. Qum: Intishārāt-i Markaz-i Jahānī ‘Ulum-i Islāmī. 2005/1384.

Mubārak, Muḥammad ibn ‘Abd ‘Azīz. *Qā’ida Dar’ al-Mafāsīd Muqadam ‘alā Jalb al-Maṣāliḥ wa Taṭbiqāti-hā al-Ṭabīya*. Riyāḍ: Wizārat al-Ṣaḥāḥ. Chāp-i Awwal, 2007/1428.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Ma‘ārij al-Wūṣūl ilā ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Murtaḍā Zabīdī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Tāj al-‘Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. Dār al-Hidāya. S.d.

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2009/1430.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Taqrīr Ḥasan ‘Abd al-Sātir. Beirut: Dār al-Islāmīya. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Sarāsiyā, ‘Alī Rizā ‘Ābidī va Ḥusaynī Sayyidah Ruqayah. “Naqd-i Ḥujīyat Qā’idih-yi Ulaviyat Daf ‘ Mafṣadiḥ bar Jalb-i Maṣliḥat”. *Faṣlnāmih-yi Justār-hā-yi Fiqhī va Uṣūlī*. Durīh-yi 7, no. 7, 2021/1400, 23-40.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Qawā'id wa al-Fawā'id*. Qum: Kitābfurūshī Mufīd. Chāp-i Awwal, s.d.

Subḥānī Tabrizī, Ja‘far. *Al-Risālah fī al-Taḥsīn wa al-Taḥqīq al-Aqlayn*. s.l. s.n. s.d.

Subkī, ‘Abd al-Wahāb ibn ‘Alī. *al-Ashbāḥ wa al-Nazā'ir*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1991/1411.

Sulṭān al-‘Ulamā; ‘Abd ‘Azīz ibn ‘Abd al-Salām. *Qawā'id al-Aḥkām fī Maṣāliḥ al-Anām*. Cairo: Maktaba al-Kuliyāt al-Azhariya. Chāp-i Sivum, 1994/1414.

Sulṭān al-‘Ulamā; ‘Abd ‘Azīz ibn ‘Abd al-Salām. *al-Fawā'id fī Ikhtisār al-Maqāṣid aw al-Qawā'id al-Ṣuḡhrā*. s.l. Dār al-Kitāb al-Jāmi‘. Chāp-i Awwal, s.d.

Ṭabāṭabāyī, ‘Alī ibn Muḥammad. *Riyāḍ al-Masā'il fī Taḥqīq al-Aḥkām bi al-Dalā'il*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Taftāzānī, Mas'ūd ibn ‘Umar. *Sharḥ Maqāṣid al-Ṭalībīn fī Uṣūl al-Dīn*. Qum: al-Sharīf al-Raḍī. 1989/1409.

Tavakuli, Asad Allāh. *Maṣliḥat dar Fiqh-i Shi‘ah va Ahl-i Sunat*. Qum: Mū‘assisah-yi Āmūzish va Pazhūhish Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2006/1384.

Ṭūfī, Sulaymān ibn ‘Abd al-Qawī. *Risāla fī Ri‘āya al-Maṣlaḥa*. Cairo: Dār al-Miṣriya al-Lubnāniya. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Ṭūfī, Sulaymān ibn ‘Abd al-Qawī. *Sharḥ Mukhtaṣar al-Rawḍa*. Beirut: al-Risālah. Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Zarkashī, Muḥammad ibn Bahādur. *Tashnīf al-Masāmi‘ bi-Jam‘ al-Jawāmi‘ li-Tāj al-Dīn al-Subkī*. Cairo: Maktaba Qurṭuba li-l-Baḥth al-‘Ilmī wa Ihya‘ al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1997/1418.



The Status of Acceptance (*Qabūl*) in Endowment (*Waqf*)

Dr. Gholamreza Yazdani  (Corresponding author), Assistant professor, Department of law, Razavi University of Islamic Arts, Mashhad, Iran
Email: dr.yazdani@razavi.ac.ir

Dr. Seyyed Mohsen Mousavi Far, Assistant professor, Department of law, Razavi University of Islamic Arts, Mashhad, Iran

Abstract

Iranian Civil Code, in article 56, explicitly considers endowment (*waqf*) as one of the contracts, necessitating the acceptance of the designated beneficiary (*mawqufon_ālayh*) for the realization of a specific endowment, and the acceptance of the ruler in case of a general endowment. This is despite the emergence of differing viewpoints among *Imāmiya* jurists, including the following: 1. Endowment is one of the unilateral obligations (*īqā'āt*), thus acceptance is not necessary regarding endowments. 2. Endowment is a contract; thus, acceptance is necessary in its realization in addition to the offer (*ījāb*). 3. Those who distinguish between specific and general endowments hold that in general endowments acceptance is not necessary, so it is considered a unilateral obligation (*īqā'*), however in specific endowments the acceptance of the designated beneficiary is the necessary condition for the validity of endowment. The present research uses the analytical-descriptive method and adopts the library approach. The findings show that endowment is one of the unilateral obligations, thus acceptance is not one of its conditions. Therefore, article 56 of the Civil Code needs to be revised.

Keywords: acceptance (*Qabūl*), endowment (*waqf*), contract (*'aqd*), unilateral obligation (*īqā'*)





جایگاه قبول در وقف

دکتر غلامرضا یزدانی (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

Email: dr.yazdani@razavi.ac.ir

دکتر سید محسن موسوی فر

استادیار، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

چکیده

قانون مدنی ایران در ماده ۵۶، به صراحت وقف را جزو عقود به شمار آورده و برای تحقق آن در وقف خاص، قبول موقوف‌علیهیم و در وقف عام، قبول حاکم را لازم دانسته است. این در حالی است که میان فقهای امامیه در خصوص لزوم قبول، دیدگاه‌های متفاوتی از این قرار پدید آمده است: اینکه وقف، از جمله ایقاعات است و نیازمند قبول نیست؛ وقف، عقد به شمار می‌رود و برای تحقق آن، افزون بر ایجاب، قبول ضروری است؛ قولی تفصیلی بدین بیان که وقف عام، ایقاع است و در آن قبول لازم نیست ولی در وقف خاص، قبول موقوف‌علیهیم شرط صحت است. حاصل این نوشتار به روش تحلیلی توصیفی و با تکیه بر ابزار کتابخانه‌ای این است که وقف، از جمله ایقاعات است و قبول در آن شرط نیست؛ از این رو توصیه می‌شود ماده ۵۶ قانون مدنی در این باره بازخوانی و اصلاح شود.

واژگان کلیدی: وقف، وقف عام، وقف خاص، قبول وقف، عقد، ایقاع.

مقدمه

یکی از مباحث اختلافی در خصوص وقف، ماهیت این نهاد حقوقی است. ازجمله موارد مورد اتفاق عبارت است از: وقف در زمره وقایع حقوقی نیست، بلکه از اعمال حقوقی است و در نتیجه، تحقق آن نیازمند اراده است. در این مسئله اختلاف نظر وجود دارد که وقف فقط با اراده واقف ایجاد می شود تا اینکه ایقاع باشد یا علاوه بر اراده واقف، اراده موقوف علیهم نیز باید وجود داشته باشد تا عقد به شمار رود یا باید بین انواع وقف، قائل به تفصیل شد؛ بدین معنا که اراده واقف در وقف عام کافی است، ولی اراده موقوف علیهم نیز در وقف خاص لازم است.

در کتب فقهی قدما امامیه، سخنی از لزوم قبول در وقف نیامده است. با اینکه در کتاب الوقف، شرایط تحقق عقد وقف را بر شمرده و برای نمونه، ایجاب و قبض را شرط صحت وقف عنوان کرده اند، ولی سخنی از لزوم قبول در وقف به میان نیاورده اند. از این نحوه برخورد با موضوع می توان نتیجه گرفت که از نظر آن ها قبول در وقف شرط نیست.^۱ محقق اول در شرائع اولین فقیهی است که از وقف به عقد تعبیر کرده است.^۲ سپس علامه حلی در برخی از کتب خود به صراحت، وقف را از عقود دانسته^۳ و پاره ای از فقها از این ایده تبعیت کرده اند. از این زمان، اختلاف نظر میان فقها در خصوص ماهیت وقف بیشتر شده است. عده ای نیز راه میانه ای را برگزیده و نه به طور مطلق، وقف را از عقود به شمار آورده اند و نه از ایقاعات؛ بلکه میان انواع وقف قائل به تفصیل شده اند. هریک از این نظرات به تفصیل نقد و بررسی می شود.

در خصوص پیشینه پژوهش باید خاطرنشان کرد، مسئله کنونی در لابه لای مباحث فقهی و حقوقی بررسی شده است و صرفاً یک مقاله مستقل به این موضوع پرداخته که عبارت است از: «مفهوم و ماهیت وقف و وضعیت مالکیت مال موقوفه در فقه امامیه و حقوق مدنی»، دکتر ابهری علی آباد و عبدالله رضیان، نشریه مقالات و بررسی ها. این مقاله علاوه بر اینکه نظریه عقد بودن وقف را تقویت کرده، به مطالب متعدد دیگری در خصوص وقف پرداخته است که سبب خروج مقاله از حالت مسئله محور شده است. نوشتار حاضر، در پی پاسخ به سؤال محوری مقاله؛ یعنی جایگاه قبول در وقف است و حاصل آنکه، از نگاه فقهی نظریه ایقاع بودن وقف از قوت بیشتری برخوردار است.

۱. مفید، المقنعه، ۶۵۲؛ سار دلمی، مراسم، ۱۹۷؛ طوسی، تهذیب، ۵۳۷/۳؛ طوسی، المبسوط، ۲۸۶/۳؛ طوسی، النهایه، ۵۹۶؛ ابن براج، المذهب، ۸۷/۲؛ ابن حمزه، وسیله، ۲۹۶؛ ابن ادریس، السرائر، ۱۶۰/۳؛ قطب الدین کندی، اصباح الشیعة، ۳۴۵؛ آبی، کشف الرموز، ۴۸/۲؛ محقق حلی، المختصر، ۱۵۶/۱؛ محقق حلی، شرائع، ۱۱۸/۳؛ ابن سعید، الجامع، ۳۶۸؛ قمی، جامع الخلاف والوافق، ۳۶۵؛ شهید اول، غایة المراد، ۹۹.

۲. محقق حلی، شرائع، ۱۶۵/۲.

۳. علامه حلی، تبصره، ۱۲۶.

۱. بررسی نظریه لزوم قبول در وقف (عقدبودن وقف)

برخی از محققان معتقدند که وقف در زمره عقود است و برای تحقق آن علاوه بر اراده واقف، اراده موقوف علیهم یا حاکم لازم است. به نظر می‌رسد محقق اول در شرائع اولین فقیهی است که تصریح به عقدبودن وقف کرده است. وی در تعریف وقف می‌نویسد: «الوقف عقد ثمرته تحبیس الأصل و إطلاق المنفعة»^۱، سپس این نظریه را برخی از محققان پذیرفته‌اند.^۲ برخی از فقها نتوانسته‌اند نظر قاطعی را ابراز کنند، لذا بنابر احتیاط واجب قبول را لازم می‌دانند.^۳ اکثر حقوق‌دانان به تبعیت از ماده ۵۶ قانون مدنی، وقف را از عقود می‌دانند.^۴

طرفداران نظریه لزوم قبول در وقف، ادله متعددی را برای اثبات این ادعا ارائه کرده‌اند.

أ. اصل بقای ملک بر ملک واقف: بعد از آنکه واقف اقدام به وقف می‌کند و ایجاب را اعلام می‌کند، مادامی که قبول به آن ملحق نشده باشد، شک می‌شود که وقف صحیح است تا مال موقوفه از ملکیت واقف خارج شود یا وقف هنوز محقق نشده و در نتیجه، مال موقوفه در ملکیت واقف باقی است و استصحاب بقای مالکیت واقف، حکم به عدم خروج مال از ملک واقف می‌کند و در نتیجه، وقف بدون قبول باطل است.^۵ به دیگر سخن، هنگامی که واقف ایجاب را انشا می‌کند، شک می‌شود که ایجاب برای انتقال مالکیت کافی است یا باید قبول به آن ضمیمه شود، با شک در تمامیت ایجاب، استصحاب عدم انتقال مالکیت می‌شود.^۶ به تعبیری دیگر، در مواردی که شک در عقد یا ایقاع بودن نهادی حقوقی شود، برگشت شک به این خواهد بود که در صورت فقدان قبول، آیا ماهیت حقوقی تشکیل می‌شود یا خیر؟ استصحاب عدم تحقق ماهیت حقوقی، حکم به عدم تحقق آن ماهیت می‌کند و در نتیجه، قبول برای تحقق آن ماهیت لازم است.^۷

نقد و نظر: اشکال وارد شده به این دلیل عبارت است از اینکه: تمسک به اصول عملیه زمانی میسر

۱. محقق حلی، شرائع، ۱۶۵/۲.

۲. علامه حلی، تبصره، ۱۲۶؛ علامه حلی، تحریر، ۲۹۰/۳؛ علامه حلی، تلخیص المرام، ۱۵۱؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۱/۹؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۹۴/۱۰؛ طباطبایی، الشرح الصغير، ۲۳۵/۲؛ میرزای قمی، جامع الشتات، ۳۲/۴؛ کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهه، ۲؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۶/۲۸؛ آخوند خراسانی، کتاب فی الوقف، ۳.

۳. اراکی، الخيارات، ۱۵۱/۲.

۴. امامی، حقوق مدنی، ۶۹۸؛ یوسف‌زاده، اموال و مالکیت، ۱۰۱؛ باریکلو، اموال و حقوق مالی، ۲۳۴؛ جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ۲۰۷؛ صفایی، اشخاص و اموال، ۲۸۶؛ کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۲۱۹.

۵. کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهه، ۲.

۶. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۱/۹؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۶۵/۳؛ شهید ثانی، مسالك، ۳۱۳/۵؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۳۰/۲۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱؛ آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۳.

۷. کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهه، ۲؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۶/۲۸.

است که دلیل اجتهادی وجود ندارد، درحالی که طرفداران نظریه عدم لزوم قبول، ادله اجتهادی متعددی برای اثبات عدم لزوم دارند.^۱

ب. **عدم امکان ادخال مال در ملک غیر بدون رضایت:** از یک سو، اثر وقف، تملیک مال موقوفه به موقوف علیهم است و از سوی دیگر، بدون تردید نمی توان بدون رضایت، مالی را از ملکیت شخصی خارج یا داخل در ملکیت وی کرد یا دست کم، امکان این کار بعید به نظر می رسد. حال اگر در باب وقف نیازی به قبول موقوف علیهم نباشد و وقف صرفاً با ایجاب واقف محقق شود، لازمه اش آن است که واقف بتواند بدون رضایت موقوف علیهم مالی را داخل در ملکیت موقوف علیهم کند. در نتیجه، برای تحقق وقف باید موقوف علیهم وقف را قبول کند.^۲

نقد و نظر: استدلال مذکور با این اشکال مواجه است که اگر منظور استدلال کنندگان این است که ادخال مال در ملک غیر عقلاً یا شرعاً محال است، به وضوح امری ناصواب است. شاهدش آن است که در باب ارث، بدون رضایت ورثه، اموال مورث داخل در ملکیت ایشان می شود^۳ و این نحوه استدلال، مصادره به مطلوب است.^۴ اگر منظور این است که ادخال مال در ملک غیر، خلاف اصل است، این دلیل با دلیل پیش گفته تفاوتی ندارد و از نقد گفته شده در ذیل آن دلیل، بطلان آن دلیل روشن شد. وانگهی تمامی فقها معتقدند که هر چند قبول طبقه اول در وقف لازم باشد، ولی قبول توسط بطون لاحق لازم نیست. حال اگر امکان ادخال مال در ملک طبقه اول بدون رضایتشان اشکال دارد با چه توجیحی ادخال مال در ملک طبقات لاحق جایز است؟^۵

ج. **تمسک به اجماع:** برخی از محققان گفته اند که فقها اتفاق نظر دارند بر اینکه وقف عقد است و بدون تردید، ایجاب و قبول برای تحقق عقد لازم است.^۶ به دیگر سخن، لازمه عدم لزوم قبول در وقف، ایقاع بودن آن است و به سبب بطلان تالی، مقدم نیز باطل است؛ با این توضیح که، تلازم بین عدم لزوم قبول و ایقاع بودن عمل حقوقی، انکارش دنی نیست. از سوی دیگر، دلیل بطلان تالی (ایقاع بودن وقف) آن است که

۱. طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹.

۲. فخرالمحققین، ایضاح القواعد، ۳۷۸/۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۱/۹؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۶۵/۳؛ شهید ثانی، مسالک، ۳۱۳/۵؛ بحرانی، حقائق الناضرة، ۱۳۰/۲۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۶/۲۸.

۳. طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹؛ آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۳؛ یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۸۵/۱.

۴. آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۳؛ یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۸۵/۱؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۲/۲۲.

۵. طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹؛ آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۳؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۲/۲۲.

۶. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۱/۹؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۹۴/۱۰؛ کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهه، ۲؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۶/۲۸.

فقها اجماع دارند که وقف در زمره عقود تعریف می‌شود.^۱

نقد و نظر: اشکال استدلال مذکور این است که اولاً، ادعای اجماع فقها مبنی بر عقد بودن وقف، ادعای کاملاً ناصوابی است؛ چراکه بسیاری از فقها، تصریح به لزوم قبول در وقف نکرده‌اند، چه رسد به اینکه اجماع بر عقد بودن داشته باشند.^۲ همان‌طور که اشاره شد، صاحب شرائع اولین فقیهی است که تصریح به عقد بودن وقف کرده است. ثانیاً، بسیاری از فقها، از جمله برخی از کسانی که ادعای اجماع بر عقد بودن وقف کرده‌اند مثل شهید ثانی بر این باورند که در وقف عام، قبول شرط نیست. این مطلب با ادعای اجماع بر وقف بودن تعارض دارد.^۳ در نتیجه، به راحتی نمی‌توان به این دلیل تکیه کرد و حکم به لزوم توقف وقف بر قبول داد.

د. خلاف اصل بودن وقف: وقف، از جمله نهادهای خلاف اصل است؛ از این رو، در لزوم آن باید به قدر متیقن اکتفا کرد و قدر متیقن وقف زمانی است که وقف متضمن قبول باشد.^۴

نقد و نظر: واقعیت است که خلاف اصل بودن وقف، دلیل روشنی ندارد. وانگهی مفهوم خلاف اصل بودن نهاد وقف، تعبیر واضحی نیست.

ه. صدقه بودن وقف: براساس روایات متواتر و نیز اجماع فقها، وقف، نوعی صدقه است و از طرفی در باب صدقه، بدون تردید قبول لازم است.^۵

نقد و نظر: استدلال مذکور زمانی کامل است که ثابت شود هر وقفی، عنوان صدقه اصطلاحی بر آن منطبق است، در حالی که نمی‌توان این مطلب را به راحتی ثابت کرد.^۶ شاهد اینکه بین وقف و صدقه اصطلاحی تفاوت وجود دارد و نمی‌توان وقف را صدقه به شمار آورد این است که در صدقه شرط است که افرادی که به آن‌ها صدقه داده می‌شود فقیر و مسکین باشند، ولی در وقف چنین شرطی وجود ندارد؛ از این رو، می‌توان برای افراد غیر نیازمند نیز وقف کرد.^۷

و. قاعدة لاضرر: اگر شخصی بتواند بدون رضایت دیگری، مالی را وارد مالکیت او کند، به گونه‌ای که ملکیت استقرار یابد و امکان انحلال آن نباشد، ضرر بر منتقل الیه خواهد بود و از طرفی، مقتضای قاعدة

۱. طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹.

۲. طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹.

۳. طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹.

۴. طباطبایی، ریاض المسائل، ۹۴/۱۰.

۵. کاظمی، مقایس الأنوار، ۲۵۵.

۶. آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۴؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۱۷.

۷. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۹/۲۸.

لاضرر این است که هیچ کس نمی تواند به دیگری ضرر بزند؛ ازاین رو، قبول برای تحقق وقف لازم است.^۱

نقد و نظر: در نقد این دلیل می توان گفت: تملیک مال به دیگری نوعاً متضمن تضرر موقوف علیهم نمی شود. درحقیقت، وقف از عقود احسانی است و احسان به دیگری نوعاً ضرر به وی به شمار نمی رود. از طرفی، مفاد لاضرر، نهی از اضرار به غیر نیست؛ بلکه مفاد آن عدم حکم ضرری است؛ ازاین رو، با حدیث لاضرر نمی توان اثبات کرد که وقف نیازمند قبول است. بیشترین چیزی که با لاضرر می توان اثبات کرد این است که اگر تملیک بدون رضایت سبب تضرر موقوف علیهم شود، لزوم وقف در حق ایشان مرتفع می شود و آن ها می توانند وقف را فسخ کنند.

ز. تمسک به مفهوم اولویت: نهادهای حقوقی ای نظیر وکالت، ودیعه، عاریه، از جمله عقود اذنی به شمار می روند. در این قبیل اعمال حقوقی، شخص مالی را به دیگری تملیک نمی کند و به وی صرفاً اذن در تصرف می دهد. باوجوداین، قبول طرف مقابل (وکیل، عاریه گیرنده، ودیعه گیرنده) لازم است. پس به طریق اولی، در وقف که عقدی تملیکی است و نتیجه آن تملیک مال به موقوف علیهم است، باید قبول موقوف علیهم معتبر باشد.^۲

نقد و نظر: به نظر می رسد این استدلال قیاس باشد تا تمسک به مفهوم اولویت؛^۳ زیرا ملاک لزوم قبول در عقود اذنی، معلوم نیست این باشد که در نتیجه عقد، طرف مقابل ایجاب، اذن در تصرف پیدا کند. به دیگر سخن، در مواردی می توان به مفهوم اولویت تمسک کرد که ملاک و مناط ثبوت حکم، قطعی باشد و این ملاک به طور قوی تر و جدی تری در نهاد حقوقی دیگر وجود داشته باشد، درحالی که در بحث حاضر، ملاک لزوم قبول در عقود اذنی روشن نیست.

ح. بطلان وقف با رد موقوف علیهم: بسیاری از فقها (و بلکه ادعای اجماع هم شده است) بر این باورند که اگر موقوف علیهم وقف را رد کند، وقف باطل می شود. این مهم نشان می دهد که اراده موقوف علیهم در شکل گیری وقف بی تأثیر نیست. پس برای تحقق ماهیت وقف، باید اراده موقوف علیهم هم به اراده واقف ضمیمه شود.^۴

نقد و نظر: اشکالی که در استدلال مذکور وجود دارد این است که بین قبول و رد، تلازم دیده شده است. به دیگر سخن، دلیل اینکه با رد موقوف علیهم، وقف باطل می شود این است که با آمدن رد، مانع

۱. کاظمی، مقایس الاثوار، ۲۵۵.

۲. طباطبائی، کتاب المناهل، ۴۶۹.

۳. طباطبائی، کتاب المناهل، ۴۶۹.

۴. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۷/۲۸.

برای وقف پیدا شده است، پس می‌توان گفت رد، مانع صحت است. اما اگر قبول شرط صحت وقف باشد، به این معناست که یکی از مقومات وقف، قبول است. پس بین رد و قبول این تفاوت وجود دارد که رد، مانع است و قبول، مقوم. حال از اینکه رد مانع است نمی‌توان اثبات کرد که قبول مقوم صحت است.^۱ حاصل آنکه، نظریه عقدبودن وقف، متکی بر ادله درخور اعتمادی به جز اصول عملیه نیست. حال اگر بتوان با ادله اجتهادی، عدم لزوم قبول در وقف را اثبات کرد، اصول عملیه درخور اعتنا نیست.

۲. بررسی نظریه عدم لزوم قبول (ایقاع بودن وقف)

همان‌طور که در مقدمه عنوان شد تا قبل از محقق اول، فقها با وجود اینکه به شرایط تحقق وقف پرداخته‌اند؛ اشاره‌ای به لزوم قبول در وقف نکرده‌اند. از این نحوه برخورد مسئله می‌توان استفاده کرد که به نظر ایشان، قبول در وقف لازم نیست و وقف، از جمله ایقاعات است؛ چراکه در اعمال حقوقی‌ای که قبول لازم است، فقها به صراحت بدان تصریح کرده‌اند، حال آنکه اختیار سکوت راجع به لزوم قبول در وقف، این گمان را تقویت می‌کند که از نگاه ایشان قبول لازم نیست.^۲

علامه حلی در ارشاد اولین فقیهی است که به صراحت حکم به عدم لزوم قبول در وقف کرده است. وی در خصوص لزوم یا عدم لزوم قبول در وقف خاص سکوت کرده است، ولی وقتی به وقف عام می‌رسد، به صراحت می‌گوید قبول لازم نیست: «و یصح علی المصالح کالقناطر و المساجد و لا یفتقر إلی قبول». ^۳ با وجود این، علامه در تبصره و تحریر، به صراحت و بدون تفکیک بین وقف عام و خاص، قبول را شرط صحت وقف ذکر کرده است.^۴ شهید اول نیز در لمعه اشاره‌ای به لزوم قبول در وقف نکرده است؛^۵ از این رو، شهید ثانی معتقد است که نظر شهید اول در لمعه، بر عدم لزوم قبول در وقف است.^۶ بسیاری از محققان دیگر نیز به صراحت عنوان کرده‌اند که در وقف نیازی به قبول وجود ندارد.^۷

۱. آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۳.

۲. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱.

۳. علامه حلی، ارشاد الأذهان، ۴۵۲/۱.

۴. علامه حلی، تبصره، ۱۲۶؛ علامه حلی، تحریر، ۲۹۰/۳.

۵. شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۹۹.

۶. شهید ثانی، روضة البیة، ۱۶۴/۳.

۷. طباطبائی، کتاب المناهل، ۴۶۹؛ یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۸۵/۱؛ اصفهانی، وسیلة النجاة، ۵۲۹؛ حکیم، منهاج الصالحین، ۲۴۰/۲؛ خمینی، تحریر الوسیلة، ۶۴/۲؛ خونی، منهاج الصالحین، ۲۳۳/۲؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۱۲/۲۲؛ تبریزی، ارشاد الطالب، ۳۰۲/۲؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۱۵؛ منتظری، الأحکام الشرعیة، ۵۲۷؛ حکیم، منهاج الصالحین، ۲۶۵/۲؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ۲۶۴/۳؛ شبیری زنجانی، المسائل الشرعیة، ۶۲۵؛ سیستانی، المسائل المنتخبة، ۴۹۵؛ سیستانی، منهاج الصالحین، ۴۵۰/۲؛ مکارم شیرازی، رسالة توضیح المسائل، ۴۵۱؛ روحانی، منهاج الصالحین، ۴۴۷/۲؛ فیاض، رسالة توضیح المسائل، ۵۱۳؛ فیاض، منهاج الصالحین، ۴۴۲/۲.

در فقه اهل سنت این نظریه توسط برخی فقهای حنبلی پذیرفته شده است. ابن قدامه در المغنی می نویسد: «أَنَّهُ لَا يَنْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ مِنَ الْمُؤَقُّوفِ عَلَيْهِ»^۱ میان حنفیه نیز این نظریه طرفدارانی دارد.^۲ طرفداران نظریه عدم لزوم قبول در وقف، برای اثبات ادعای خود ضمن پاسخ به ادله نظریه پیشین، به ادله ای تمسک کرده اند.

أ. عموم ادله وقف: از یک سو، ادله مشروعیت وقف، مطلق است و در این ادله آمده است که وقف با گفتن «وقفْتُ» و قبض منعقد می شود و از سوی دیگر، اطلاق دلیل حکم می کند که چه قبول وجود داشته و چه وجود نداشته باشد، صرف گفتن ایجاب و تحقق قبض برای انعقاد وقف کافی است.^۳ نقد و نظر: همان طور که برخی از محققان گفته اند: روایات باب وقف صرفاً در مقام بیان مشروعیت وقف و لزوم توجه به اراده واقف است. این روایات در مقام بیان تمامی شرایط لازم برای تحقق وقف نیست تا از سکوت راجع به لزوم قبول بتوان نتیجه گرفت که قبول در وقف شرط نیست.^۴

ب. عدم تعرض فقها راجع به لزوم قبول: هیچ یک از فقهای متقدم قبول را شرط تحقق وقف بیان نکرده اند. این در حالی است که فقها متعرض سایر شروط تحقق وقف؛ نظیر ایجاب، قبض و... شده اند که این مطلب نشان می دهد که به نظرشان قبول نقشی در تحقق وقف ندارد.^۵

ج. اصل عدم اشتراط: در خصوص اشتراط یا عدم اشتراط قبول در وقف اختلاف نظر وجود دارد. اصل، عدم اشتراط قبول در تحقق ماهیت وقف است.^۶

نقد و نظر: در نقد این دلیل برخی گفته اند که اصل اولیه در عقود و قراردادها فساد است؛ از این رو، هر چند دلیلی بر اشتراط قبول در وقف وجود ندارد، ولی از این مهم نمی توان نتیجه گرفت که در وقف نیازی به قبول نیست؛ چرا که باید دلیل عامی که مقتضی صحت باشد اقامه شود تا به کمک آن دلیل عام، عدم اشتراط قبول در وقف ثابت شود.^۷

این ادعا که دلیلی بر اشتراط قبول وجود ندارد نیز ناتمام است؛ زیرا اتفاق نظر فقها مبنی بر اینکه وقف

۱. ابن قدامه، المغنی، ۶/۶.

۲. مرداوی، ۲۶/۷.

۳. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۱/۹؛ طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹؛ یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۸۵/۱.

۴. آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۳.

۵. فخرالمحققین، ایضاح القواعد، ۳۷۸/۲؛ طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹.

۶. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۶۴/۳؛ شهید ثانی، مسالک، ۳۱۳/۵؛ بحرانی، حقائق الناضر، ۱۳۰/۲۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱؛ طباطبایی،

ریاض المسائل، ۹۴/۱؛ طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹؛ یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۸۵/۱.

۷. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱.

از جمله عقود است، دلیل است بر لزوم قبول در وقف.^۱

به نظر می‌رسد هیچ‌کدام از نقدهای پیش‌گفته صحیح و تمام نباشد؛ چراکه اولاً، دلیل عامی وجود دارد که مقتضی صحت وقف بدون قبول باشد و آن عبارت است از: مکاتبة صغار که در آن روایت، حضرت (ع) می‌نویسند: «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها»^۲ در این روایت، به‌طور عام، عنان امر وقف به دست واقف سپرده شده است و گویا تحقق وقف منوط به اراده اهل آن، یعنی واقف شده و نقشی برای موقوف‌علیهیم پیش‌بینی نشده است.^۳ ثانیاً، تمسک به اتفاق نظر فقهاء مبنی بر اینکه وقف از جمله عقود است نیز صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا علاوه بر اینکه این اجماع با اجماع فخرالاسلام در تعارض است،^۴ چنین اجماعی نیز ثابت نیست؛ چراکه تا قبل از محقق اول و بلکه علامه حلی، هیچ‌یک از فقهاء متعرض لزوم یا عدم لزوم قبول در وقف نشده‌اند.

د. فک ملک بودن وقف: اثر وقف، فک ملک است، نظیر عتق؛ از این رو، ایجاب برای تحقق آن کفایت می‌کند. همان‌طور که در باب عتق نیز ایجاب کفایت می‌کرد.^۵

نقد و نظر: برخی در نقد استدلال مذکور گفته‌اند که در باب عتق نیازی به قبول نیست، ولی نمی‌توان وقف را به عتق قیاس کرد؛ زیرا قیاس از نگاه امامیه حرام است.^۶ وانگهی، همه انواع موقوفات فک ملک نیست؛ بلکه گاهی وقف مفید تملیک است.^۷

ه. عدم تعرض روایات راجع به لزوم قبول: در هیچ‌یک از روایات وارده در باب وقف، اشاره‌ای به لزوم قبول نشده است و این نشانگر آن است که تحقق ماهیت وقف، نیازمند قبول نیست.^۸ وانگهی، در وقف‌نامه‌هایی که توسط ائمه اطهار (ع) انجام می‌شده است، دیده می‌شود که امام (ع) به صرف بیان ایجاب اکتفا می‌فرمایند؛^۹ برای نمونه، در وقف‌نامه‌ای که توسط امیرمؤمنان علی (ع) انجام شده است، حضرت می‌نویسد: «بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علی بن ابی طالب...»^{۱۰} اگر قبول شرط صحت وقف

۱. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱.

۲. طوسی، تهذیب، ۱۳۰/۹.

۳. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱.

۴. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱.

۵. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۱/۹؛ شهید ثانی، مسالک، ۳۱۳/۵؛ بحرانی، حقائق الناضرة، ۱۳۰/۲۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱.

۶. طباطبائی، ریاض المسائل، ۹۴/۱۰؛ میرزای قمی، جامع الشتات، ۳۱/۴؛ آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۳.

۷. آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۳.

۸. شهید ثانی، مسالک، ۳۱۳/۵؛ بحرانی، حقائق الناضرة، ۱۳۰/۲۲؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۵.

۹. یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۸۵/۱.

۱۰. ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۲۴۸/۴.

بود، حداقل در یک روایت باید به آن اشاره می‌شد.^۱

نقد و نظر: در نقد این دلیل برخی گفته‌اند که روایات باب وقف، صرفاً در مقام بیان مشروعیت وقف است و هدف روایات، تبیین تمامی شروط لازم برای تحقق وقف نیست؛ ازاین‌رو، نمی‌توان به اطلاق روایات تمسک کرد.^۲ باید دانست انتقاد مذکور جداً وارد نیست؛ زیرا در وقف‌نامه‌های ائمه (ع) به جزئیات وقف اشاره شده است.

و. **اباحه بودن وقف:** در باب وقف، مال موقوفه برای موقوف‌علیهم مباح می‌شود و انتقال مالکیتی رخ نمی‌دهد و در باب اباحه نیازی به قبول مباح‌شونده وجود ندارد.^۳

نقد و نظر: این دلیل خالی از اشکال نیست؛^۴ زیرا وقف، ازجمله نهادهای حقوقی است که اثر آن تملیک است، نه صرف اباحه. اما در وقف عام، مال موقوفه به شخصیت حقوقی وقف تملیک می‌شود. افزون بر آن، این دلیل، نوعی مصادره به مطلوب است.^۵

۳. بررسی نظریه تفکیک بین وقف عام و وقف خاص

علامه حلی در تلخیص المرام اولین فقیهی است که به‌صراحت بین وقف عام و خاص تفکیک کرده و معتقد است که در وقف عام نیازی به قبول نیست، ولی در وقف خاص قبول لازم است: «یفتقر الوقف إلى الإيجاب والقبول... ولا يشترط القبول في الوقف على المصلحة ويقبضه المتولي لها».^۶ وی در کتاب قواعد نیز این تفصیل را بیان کرده است. البته در این کتاب در خصوص لزوم قبض در وقف خاص، ابتدائاً تردید کرده است: «... ففی اشتراط قبوله إشکال أقرب ذلک ... ولو كان الوقف على المصالح لم يشترط القبول».^۷ شهید اول در دروس نیز به پیروی از علامه حلی، قبول را در وقف خاص لازم می‌داند و در وقف عام، قبول را لازم نمی‌داند،^۸ ولی در لمعه اشاره‌ای به لزوم قبول در وقف نمی‌کند. ابن‌طی نیز همین تفکیک را عنوان کرده است.^۹ شهید ثانی در حاشیه ارشاد تفکیک مذکور را پذیرفته است،^{۱۰} ولی در حاشیه مختصر

۱. طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹.

۲. کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهه، ۲: آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۳.

۳. شهید ثانی، مسالک، ۳۱۳/۵؛ بحرانی، حدائق الناضرة، ۱۳۰/۲۲.

۴. طباطبایی، کتاب المناهل، ۴۶۹.

۵. کاشف الغطاء نجفی، انوار الفقاهه، ۲.

۶. علامه حلی، تلخیص المرام، ۱۵۱.

۷. علامه حلی، قواعد، ۳۸۸/۲.

۸. شهید اول، دروس، ۲۶۴/۲.

۹. فقعی، مسائل ابن‌طی، ۱۷۰.

۱۰. شهید ثانی، حاشیه الإرشاد، ۴۲۷/۲.

النافع، بدون تفکیک بین وقف عام و خاص می نویسد: «يعتبر فيه القبض وكذا القبول»^۱ و در شرح لمعه مجدداً بین دو نوع وقف، قائل به تفکیک می شود.^۲ برخی دیگر از محققان نیز این نظریه را قبول کرده اند.^۳ برخی از فقها در وقف عام فتوا به عدم لزوم وقف داده اند، ولی در وقف خاص بنا بر احتیاط واجب، قبول را شرط صحت عنوان کرده اند.^۴

این نظریه در فقه اهل سنت نیز طرفدارانی دارد. برخی از فقهای حنبلی این نظریه را پذیرفته اند.^۵ در فقه شافعی نیز این نظریه طرفدارانی دارد.^۶

دلیل عدم لزوم قبول در وقف عام: طرفداران این نظریه برای اثبات لزوم قبول در وقف خاص، به همان ادله ای که طرفداران نظریه اول ارائه کرده اند اکتفا کرده و در خصوص عدم لزوم قبول در وقف عام ادله ای اقامه کرده اند. به دیگر سخن، به اعتقاد ایشان مقتضی وقف آن است که از عقود باشد، ولی به سبب وجود موانعی در وقف عام، قبول در آن شرط نیست؛ ازین رو وقف عام، استثنائاً در شمار ایقاعات قرار می گیرد.

أ. فک ملک بودن وقف عام: در وقف عام، واقف مال موقوفه را فی سبیل الله اختصاص می دهد و چون مالک شدن اعتباری در حق خداوند متعال بی معناست، تملیکی در این قسم از موقوفات رخ نمی دهد و صرفاً فک ملک است، لذا وقف عام شبیه باب عتق می ماند. حال همان طور که عتق، ایقاع است و نیازی به قبول نیست، در وقف عام هم نیازی به قبول وجود ندارد.^۷

نقد و نظر: اثر وقف، چه در وقف عام و چه در وقف خاص، تملیک است. اما در وقف خاص، مال موقوفه به ملکیت موقوف علیهم می رسد و در وقف عام، به شخصیت حقوقی موقوفه تملیک می شود.

ب. عدم امکان قبول: امکان قبول در این قبیل موقوفات وجود ندارد؛ زیرا وقف بر جهات عامه شده است، نه اشخاص معینی تا بتوان آن ها را قبول کرد.^۸

نقد و نظر: اینکه در وقف عام، مال موقوفه به حضرت حق تعالی منتقل شده است و از طرفی، امکان قبول توسط خداوند متعال وجود ندارد، دلیل نمی شود که قبول در وقف عام شرط نیست؛ چراکه امکان قبول

۱. شهید ثانی، مسالک، ۱۱۷.

۲. شهید ثانی، روضة البیة، ۱۶۴/۳.

۳. کاظمی، مقایس الأنوار، ۲۵۵.

۴. اصفهانی، وسیلة النجاة، ۵۲۹؛ روحانی، منهاج الصالحین، ۳۹۲؛ صافی گلپایگانی، هدایه العباد، ۱۸۲/۲.

۵. قرافی، ذخیره، ۳۱۶/۶؛ جندی، مختصر التخلیل، ۲۱۲/۱.

۶. انصاری، اسنى المطالب، ۴۶۳/۴.

۷. فخرالمحققین، ایضاح القواعد، ۳۷۸/۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۱/۹؛ شهید ثانی، مسالک، ۳۱۳/۵.

۸. شهید اول، دروس، ۲۶۴/۲؛ میرزای قمی، جامع الشتات، ۳۲/۴.

توسط متولی یا حاکم شرع وجود دارد.^۱

ج. تحلیل عقلی: در وقف عام، نظیر وقف بر فقرا یا وقف بر قبیله قریش، در صورت لزوم قبول موقوف علیهم، مسئله از سه صورت خارج نیست: ۱. قبول تمامی موقوف علیهم لازم است، در این صورت، امکان وقوع وقف عام نخواهد بود؛ زیرا اخذ قبول از تمامی موقوف علیهم امکان پذیر نیست؛ ۲. قبول برخی از موقوف علیهم کافی باشد، اشکال این صورت این است که لازمه آن ترجیح بلامرجح است؛ یعنی به چه دلیل قبول سه فقیر مثلاً مجوز دخول مال در ملکیت سایر فقرا شود؛ ۳. گفته شود در این موارد، شخصی وقف را به ولایت از موقوف علیهم وقف قبول کند. اشکال این صورت این است که ولایت داشتن شخص بر اشخاص دیگر، خلاف اصل و نیازمند دلیل است.^۲

نقد و نظر: در موقوفات عامه، مال موقوفه به تملک شخصیت حقوقی موقوفه در می آید و متولی به نمایندگی از موقوفه، مال را قبول می کند.

د. سیره مسلمانان: با مراجعه به سیره مسلمانان این نتیجه به دست می آید که سیره مسلمانان در تمامی زمان ها و بلادها بر این بوده است که در وقف عام، به صرف انشا اکتفا می کرده اند.^۳

نقد و نظر: این دلیل اختصاص به موقوفات عامه ندارد، بلکه سیره در موقوفات خاص نیز جریان دارد. **ه. تمسک به روایات:** ظاهر روایات و نیز وقف نامه های مأثور ائمه (ع) این است که در وقف عام، قبول لازم نیست.^۴

نقد و نظر: این دلیل نیز اختصاص به وقف عام ندارد؛ زیرا برخی از روایات با لسان عام وارد شده است و اختصاص به وقف عام ندارد.

نتیجه گیری

همان طور که ملاحظه می شود نظریه عدم لزوم قبول در وقف، مشهور بین قدماست، به گونه ای که تا قبل از محقق اول در هیچ کتابی فقها به لزوم قبول وقف اشاره نکرده اند. بعد از محقق و علامه حلی، اختلاف نظر میان فقها رخ داده و تا زمان معاصر این اختلاف نظر ادامه دارد، به طوری که بین فقهای معاصر نیز سه دیدگاه وجود دارد و اختلاف هنوز زنده است. باتوجه به بررسی صورت گرفته معلوم می شود نظریه

۱. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴۳۸/۲۱؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۹۴/۱۰؛ میرزای قمی، جامع الشتات، ۳۲/۴؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۶/۲۸؛

آخوند خراسانی، کتاب الوقف، ۳.

۲. کاظمی، مقابیس الأنوار، ۲۵۵.

۳. کاظمی، مقابیس الأنوار، ۲۵۵.

۴. کاظمی، مقابیس الأنوار، ۲۵۵.

تفکیک بین وقف عام و وقف خاص، توجیح صحیحی ندارد. همچنان که ادله ارائه شده برای لزوم قبول در وقف، کامل و درخور اعتماد نیست. این مطلب وقتی کنار شهرت نظریه عدم لزوم وقف بین قدا قرار می گیرد، اطمینان پیدا می شود که در وقف، قبول شرط نیست. باوجوداین، قانون مدنی بدون تفکیک بین وقف عام و وقف خاص، قبول را در وقف لازم می داند و حقوق دانان به تبع ماده ۵۶ قانون مدنی، شرط تحقق وقف را قبول می دانند؛ ازاین رو، لازم است ماده ۵۶ قانون مدنی اصلاح شود.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن حریر. المذهب. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی. الوسيله الى نيل الفضيله. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی. چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد. الجامع للشرائع. قم: مؤسسة سیدالشهداء العلمیه. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. المغنی. قاهره: مكتبة القاهرة. چاپ دوم، ۱۳۸۸ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم. کتاب فی الوقف. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- اراکي، محمد علی. الخيارات. قم: مؤسسه در راه حق. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- اصفهانی، ابوالحسن. وسیله النجاة مع تعالیق الإمام الخمينی. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- انصاری، زکریا بن محمد. أسنى المطالب فی شرح روض الطالب. بی جا: دار الکتاب الإسلامی. بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری (ره). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- آبی، حسن بن ابیطالب. کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.
- باریکلو، علیرضا. اموال و حقوق مالی. تهران: سمت. چاپ دوم، ۱۳۹۴.
- بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- تبریزی، جواد. ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب. قم: اسماعیلیان. ۱۴۱۶ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. حقوق اموال، تهران: گنج دانش. چاپ اول، ۱۳۸۸.
- جندی، خلیل بن اسحاق. مختصر الخلیل. قاهره: دار الحديث. چاپ اول، ۱۴۲۶ق.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۹ق.

- حکیم، محسن. منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- حکیم، محمدسعید. منهاج الصالحین. بیروت: دار الصفوة. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- خویی، سید ابو القاسم. منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم. چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ق.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسیلة. قم: دار العلم. چاپ اول، بی تا.
- روحانی، محمدصادق. منهاج الصالحین. بی جا: بی تا.
- سبزواری، عبدالاعلی. مذهب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- سلار دیلمی، حمزة بن عبدالعزیز. المراسم العلویة فی الفقه و الاحکام النبویة. قم: منشورات الحرمین. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- سیستانی، سیدعلی. المسائل المنتخبة. قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی. چاپ نهم، ۱۴۲۲ق.
- سیستانی، سیدعلی. منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی. چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.
- شیرازی، موسی. المسائل الشرعیة. قم: الفقاهه. چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
- شهید اول، محمدبن مکی. الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.
- شهید اول، محمدبن مکی. غایة المراد فی شرح نکت الارشاد. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- شهید اول، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه. بیروت: دار التراث. چاپ اول، ۱۴۱۰ق. ۱۰۳.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتاب فروشی داوری. ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. حاشیة الإرشاد. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
- صافی گلپایگانی، لطف الله. هداية العباد. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- صفایی، سیدحسین. اشخاص و اموال. تهران: میزان. چاپ بیستم، ۱۳۹۴.
- طباطبایی، علی بن محمد. الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی. ۱۴۰۹ق.
- طباطبایی، علی بن محمد. ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۸ق.
- طباطبایی، محمدبن علی. کتاب المناهل. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، بی تا.
- طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة لآحیاء الآثار الجعفریة. چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن. النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتاب العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.

- طوسی، محمدبن حسن. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تبصره المتعلمین فی احکام الدین. قم: موسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الأحکام الشرعية علی مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکره الفقهاء. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تلخیص المرام فی معرفه الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- فخرالمحققین، محمد، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: موسسه اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۳۸۷ق.
- فقعانی، ابن طی. مسائل ابن طی. بی جا. بی نا. بی تا.
- فیاض، محمد اسحاق. رساله توضیح المسائل. قم: انتشارات مجلسی. چاپ اول، ۱۴۲۶ق.
- فیاض، محمد اسحاق. منهاج الصالحین. بی جا، بی نا. بی تا.
- قرافی، احمد بن ادریس. الذخیره. بیروت: دار الغرب الإسلامی. چاپ اول، ۱۹۹۴م.
- قطب الدین کندی، محمد بن حسین. اصباح الشیعة بمصباح الشریعة. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- قمی، علی بن محمد. جامع الخلاف و الوفاق بین الامامیه و بین ائمة الحجاز و العراق. قم: زمینه سازان ظهور امام عصر (ع). چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- کاتوزیان، ناصر. اموال و مالکیت. تهران: میزان. چاپ سی و سوم، ۱۳۹۰.
- کاشف الغطاء نجفی، حسن بن جعفر. انوار الفقاهه؛ کتاب الوقف. نجف: کاشف الغطاء. ۱۴۲۲ق.
- کاظمی، اسدالله بن اسماعیل. مقابس الأنوار. قم: آل البيت (ع). بی تا.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. المختصر النافع فی فقه الإمامية. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة. چاپ ششم، ۱۴۱۸ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: آل البيت (ع). چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- مرداوی، علی بن سلیمان. الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف. بی جا: دار احیاء التراث العربی. چاپ دوم، بی تا.
- مفید، محمد بن محمد. المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. رساله توضیح المسائل. قم: مدرسه امام علی (ع). چاپ دوم، ۱۴۲۴ق.

- منتظری، حسینعلی. الأحكام الشرعية على مذهب اهل البيت (ع). قم: تفکر. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم. جامع الشتات فی اجوبه السوالات. تهران: موسسه کیهان. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- وحیدخراسانی، حسین. منهاج الصالحین. قم: مدرسه امام باقر (ع). چاپ پنجم، ۱۴۲۸ق.
- یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. حاشیه المکاسب. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.
- یوسفزاده، مرتضی. اموال و مالکیت. تهران: میزان. چاپ اول، ۱۳۹۴.

Transliterated Bibliography

- Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzim. *Kitāb fi al-Waqf*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. 1993/1413. .
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Talkhīṣ al-Marām fi Ma’rifā al-Aḥkām*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī Chāp-i Awwal. 2000/1421.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Irshād al-Adhhān ilā Aḥkām al-Īmān*. Qum: Intishārāt-i Daftar Tablighāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1990/1410.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā'id al-Aḥkām fi Ma’rifā al-Halāl wa al-Harām*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tabṣira al-Muta'allimīn fi Aḥkām al-Dīn*. Qum: Mū'assisah-yi Chāp va Nashr Vābastih bi Vizārat-i Farhang va Irshād Islāmī. Chāp-i Awwal, 1991/1411.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1994/1414.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar'iyah ‘alā Mazhab al-Imāmiya*. Qum: Mū'assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 1999/1420.
- Anṣārī, Zakariyā ibn Muḥammad. *Asnā al-Maṭālib fi Sharḥ al-Rawḍ Ṭālib*. S.l. Dār al-Kitāb al-Islāmī. S.d.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb-i al-Makāsib*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāshṭ Shaykh Anṣārī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Arākī, Muḥammad ‘Alī. *al-Khiyārāt*. Qum: Mū'assisah-yi dar Rāh Ḥaqq, Chāp-i Awwal. 1994/1414.
- Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadā'iq al-Nāḍira fi Aḥkām al-'Itra Ṭāhira*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1985/1405.
- Bāriklū, ‘Alī Rizā, *Amvāl va Ḥuqūq-i Mālī*. Tehran: Samt. Chāp-i Duwwum. 2016/1394
- Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad. *Idāḥ al-Fawā'id fi Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id*. Qum: Mū'assisa Ismā'īliyān. Chāp-i Awwal, 1967/1387.
- Faq'ānī, Ibn Ṭay. *Masā'il Ibn Ṭay*. s.l. s.n. s.d.

- Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. s.l. s.n. s.d.
- Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. *Risālah Tawḍīḥ al-Masā'il*. Qum: Intishārāt-i Majlisī. Chāp-i Awwal, 2005/1426.
- Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī'a*. Qum: Markaz-i Fiqhī A'īmah Aṭḥār(AS). Chāp-i Awwal, 2004/1424.
- Ḥakīm, Muḥammad Sa'īd. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Dār al-Ṣafwa. Chāp-i Awwal, 1995/1415.
- Ḥakīm, Muḥsin. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Beirut: Dār al-Ta'aruf. Chāp-i Awwal, 1990/1410.
- Ḥusaynī 'Āmulī, Muḥammad Jawād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawā'id 'Allāma*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Duvum, 1998/1419.
- Ibn Ḥamzih, Muḥammad ibn 'Alī. *al-Wasīlah ilā Niyl al-Faḍīlah*. Qum: Intishārāt-i Kitābkhānah Āyat Allāh Mar'ashī. Chāp-i Awwal, 1988/1408.
- Ibn Qudāmah, 'Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Mughnī*. Cairo: Maktaba al-Qāhirah. Chāp-i Duwwum, 1969/1388.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1993/1413.
- Ibn Barrāj, 'Abd 'Azīz ibn Niḥrīr. *al-Muḥadhdhab*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1986/1406.
- Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā'ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Daftar Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.
- Ibn Sa'īd, Yahyā ibn Aḥmad. *al-Jāmi' li-l-Sharāy'*. Qum: Mū'assisa Sayyid al-Shuhadā 'Ilmiyyah. Chāp-i Awwal, 1985/1405.
- Isfahānī, Abū al-Ḥasan. *al-Wasīlah al-Najāt ma'a Ta'ālīq al-Imām al-Khumaynī*. Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.
- Ja'farī Langirūdī, Muḥammad Ja'far. *Huqūq Amvāl*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp-i Awwal, 2010/1388.
- Jundī, Khalīl ibn Ishāq. *Mukhtaṣar al-Khalīl*. Cairo: Dār al-Ḥadīth. Chāp-i Awwal, 2005/1426.
- Kāshif al-Ghiṭā' Najafī, Ḥasan ibn Ja'far. *Anwār al-Faqāhah: Kitāb al-Waqf*. Najaf: Kāshif al-Ghiṭā'. 2001/1422.
- Kātūziyān, Nāṣir. *Amvāl va Mālīkiyat*. Tehran: Mizān. Chāp- Sī va Sivum, 2012/1390.
- Kāzīmī, Asad Allāh ibn Ismā'īl. *Maqābis al-Anwār*. Qum: Āl al-Bayt(AS). s.d.

Khū'i, Sayyid Abū al-Qāsim. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Nashr-i Madīnah al-‘Ilm. Chāp-i Bist va Hashtum, 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qum: Dār al-‘Ilm. Chāp-i Awwal, s.d.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Risālah Tawḍīḥ al-Masā’il*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī (AS). Chāp-i Duwwum, 2003/1424.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim. *Jāmi‘ al-Shitāt fī Ajvibat al-Su’ālāt*. Tehran: Mū’assisah-yi Kiyhān. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqni‘a*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Hizāriḥ Shaykh Mufid. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Mukhtaṣar al-Nāfi‘ fī Fiqh al-Imāmīya*. Qum: Mū’assisa al-Maṭbū‘āt al-Dīniya. Chāp-i Shishum, 1997/1418.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja‘far ibn Ḥasan. *Sharā‘i‘ al-Islām fī Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Ismā‘iliyān. Chāp-i Duvvum, 1988/1408.

Muḥaqqiq Karakī, ‘Alī ibn Ḥusayn. *Jāmi‘ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawā’id*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Duwwum, 1994/1414.

Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. *al-Aḥkām al-Shar‘īyah ‘alā Mazhab al-Imāmīya*. Qum: Tafakur, Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Murdāwī, ‘Alī ibn Sulaymān. *al-Inṣāf fī Ma‘rifat al-Rājiḥ min al-Khilāf*. S.l. Dār Iḥyā’ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Duwwum, s.d.

Qarāfī, Aḥmad ibn Idrīs. *al-Dhakhirah*. Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Qumī, ‘Alī ibn Muḥammad. *Jāmi‘ al-Khilāf wa al-Wifāq Bayna al-Imāmīyya wa Bayna A’imma al-Ḥijāz wa al-‘Irāq*. Qum: Zamīnihsāzān-i Zuhūr Imām ‘Aṣr(AS). 2001/1421.

Qutb al-Dīn Kiydarī, Muḥammad ibn Ḥusayn. *Iṣbāḥ al-Shi‘a bi Miṣbāḥ al-Sharī‘a*. Qum: Imām Ṣādiq (AS). Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. s.l. s.n. s.d.

Sabzawārī, ‘Abd al-‘Alā. *al-Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: al-Minār. Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.

Ṣafā’ī, Sayyid Ḥusayn. *Ashkhāṣ va Amvāl*. Tehran: Mīzān. Chāp-i Bistum, 2016/1394

- Şafî Gulpâygânî, Luţf Allâh. *Hidâya al-‘Abâd*. Qum: Dâr al-Qurân-i Karîm. Châp-i Awwal, 1995/1416.
- Şâhib Jawâhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bâqir. *Jawâhir al-Kalâm fi Sharḥ Sharâ’ al-Islâm*. Beirut: Dâr Iḥyâ al-Turâth al-‘Arabî. Châp-i Haftum, 1984/1404.
- Salâr Daylamî, Ḥamazat ibn ‘Abd ‘Azîz. *Al-Marâsim al-‘Alwiyya fi al-Fiqh wa al-Aḥkâm al-Nabawiyya*. Qum: Manshûrât al-Ḥaramîn. Châp-i Awwal, 1984/1404.
- Shahîd Awwal, Muḥammad ibn Makkî. *al-Durûs al-Shar’iyah fi Fiqh al-Imâmiyya*. Qum: Daftar-i Intishârât-i Islâmî. Châp-i Awwal, 1996/1417.
- Shahîd Awwal, Muḥammad ibn Makkî. *Ghâyat al-Murâd fi Sharḥ Nukat al-Irshâd*. Qum: Daftar-i Intishârât-i Islâmî. Châp-i Awwal, 1994/1414.
- Shahîd Awwal. *al-Lum’a al-Dimashqiyya fi Fiqh al-Imâmiyya*. Beirut: Dâr al-Turâth, 1990/1410.
- Shahîd Thâni, Zayn al-Dîn ibn ‘Alî. *al-Rawḍa al-Bahîya fi Sharḥ al-Lum’a al-Dimashqiyya*. Qum: Kitâbfurûshî al-Dâwarî. 1990/1410.
- Shahîd Thâni, Zayn al-Dîn ibn ‘Alî. *Hâshiya al-Irshâd*. Qum: Daftar-i Intishârât-i Islâmî. Châp-i Awwal, 1994/1414.
- Shahîd Thâni, Zayn al-Dîn ibn ‘Alî. *Masâlik al-Afhâm fi Sharḥ Sharâ’ al-Islâm*. Qum: Mû’assisa al-Ma’ârif al-Islâmiyya. Châp-i Awwal, 1993/1413.
- Shubayrî Zanjânî, Mūsâ. *al-Masâ’il al-Shar’iyah*. Qum: al-Faqâha. Châp-i Awwal, 2007/1428.
- Sistânî, Sayyid ‘Alî. *al-Masâ’il al-Muntakhabih*. Qum: Daftar-i Ḥazrat Âyat Allâh Sistânî. Châp-i Nuhum, 2001/1422.
- Sistânî, Sayyid ‘Alî. *Minhâj al-Şâlihîn*. Qum: Daftar-i Ḥazrat Âyat Allâh Sistânî. Châp-i Panjum, 1996/1417.
- Ṭabâṭabâyi, ‘Alî ibn Muḥammad. *al-Sharḥ al-Şaghîr fi Sharḥ Mukhtaṣar al-Nâfi’*. Qum: Kitâbkhânah-yi Âyat Allâh Mar’ashî. 1989/1409.
- Ṭabâṭabâyi, ‘Alî ibn Muḥammad. *Riyâḍ Masâ’il fi Tahqîq al-Aḥkâm bi al-Dalâ’il*. Qum: Âl al-Bayt(AS). 1997/1418.
- Ṭabâṭabâyi, Muḥammad ibn ‘Alî. *Kitâb-i al-Manâhil*. Qum: Âl al-Bayt(AS). Châp-i Awwal, s.d.
- Tabrizî, Javâd. *Irshâd al-Ṭâlib ilâ al-Ta’lîq ‘alâ al-Makâsib*. Qum: Ismâ’iliyân. 1995/1416.
- Ṭûsî, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsûṭ fi Fiqh al-Imâmiyyah*. Tehran: al-Maktaba Murtaẓawiyya li-Iḥyâ’ al-Âsar al-Ja’fariyya. Châp-i Sivum, 2009/1387.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Nihāya fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī. Chāp-i Duvvum, 1980/1400.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhīb al-Aḥkām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.

Waḥīd Khurāsānī, Ḥusayn. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Madrisah-yi Imām Bāqir (AS). Chāp-i Panjum, 2007/1428.

Yazdī Muḥammad Kāzim ibn ‘Abd al-‘Azīm. *Hāshiya al-Makāsib*. Qum: Ismā‘īliyyān. Chāp-i Awwal, 2000/1421.

Yūsufzādih, Murtaḍā. *Amvāl va Mālikiyat*. Tehran: Mizān. Chāp-i Awwal, 1956/1375.

Table of Contents

The Impact of Epilepsy on the Termination of Marriage: A Comparison of Viewpoints Offered by Jurisconsults in the Five Schools of Islamic Thought (Madhāhib-i Khamsih) and the Civil Law in Light of Recent Scientific Findings	9
Dr. Farzad Parsa - Om-i Kolsum Bahrami Jaf	
A Jurisprudential and Legal Analysis of the Nullification of the Purpose of Contract Formation	37
Dr. Hossein Tahami - Dr. Sayyed Mohammad Mahdi Ghabooli Dorafshan - Dr. Saeid Mohseni - Dr. A'zam Ansari	
An Analysis of the Islamic Jurisprudential Basis for Article 645 of the Islamic Penal Code Regarding "Monetary Compensation (dīya) for Nail Injury"	65
Dr. Sedigheh Hatami - Dr. MohamadReza Elmi Sola	
Analyzing the Impact of Father-Son Relationship on Crimes Against Property and the Issuance of Discretionary Judgment (Ḥukm-i Ta'zīrī)	85
Dr. Mohammad Reza Rezvan Talab - Davood Darrehshiri	
Critical Analysis of the Theory of "Obligation and the Financial Rights of the Dhimmī" Regarding the Condition of the Financial Act	109
Dr. Esfandiar Safari	
Clarifying the Reality of Guiding (Irshādī) Rule with a Focus on Understanding Reason and The Conduct of the Wise (Banā-yi 'Uqalā)	137
Dr. Mostafa Kargarian - Dr. Mohammad Hassan Haeri - Dr. Mohammad Taqi Fakhlaei	
A Critical Analysis of the Concept of Jurisprudential Justice as Second Nature (Malakih)	161
Dr. Rahmatollah KarimZadeh	
Exploring the Jurisprudential Ruling of Tolerance of Testimony in Case of Crimes Purely Against God's Rights (Ḥaqq Allāh)	187
Dr. Mohammad Ali Mohebborahman - Dr. Ali Mozahar Gharamaleki - Dr. Mohammad Mahdi Mohebborahman	
Positive and Negative Doctrines: Convergence or Divergence (A comparative Study in Moral Philosophy and Jurisprudential 'Uṣūl)	213
Mahdi Narimanpour - Dr. Mohammad Bahrami Khoshhar - Masoud Narimanpour	
The Status of Acceptance (Qabūl) in Endowment (Waqf)	251
Dr. Gholamreza Yazdani - Dr. Seyed Mohsen Mousavi Far	

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 56, No. 1: Issue 136, Spring 2024

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Translation of Abstracts

Mina Mollaie

Editorial Board

Dr.J. Īravanī

Prof , Razavi University of Islamic Sciences

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. Ā. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M.T.Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. J. Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. M. Malek Afzali Ardakani

Professor of Al-Mustafa (PBUH) International
Society

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī Moghadam

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

Journal of Figh and Usul



Faculty of Theology and Islamic Studies

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 56, No. 1: Issue 136, Spring 2024

FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD PRESS